

## ZWEITER TEIL:

# DIE KÖRPERSCHAFT ALS ORGANISATIONSFORM DES VERWALTUNGSRECHTS

## A. DIE KÖRPERSCHAFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS IM SYSTEM DES VERWALTUNGSORGANISATIONSRECHTS

### I. Verwaltungsorganisationsrecht und rechtliche Strukturen des Makrosystems der Verwaltung

#### 1. Verwaltungsorganisationsrecht

Nachdem bei der Darstellung der Körperschaft als Organisation eine organisations-theoretische Perspektive gewählt wurde, in der das Recht als Struktur der Organisation bzw. als Versuch einer aus der Umwelt kommenden strukturellen Steuerung fungierte,<sup>1</sup> wird jetzt eine normative Betrachtungsweise eingenommen, die Organisationen als Gegenstand von Rechtsnormen beobachtet.<sup>2</sup> In diesem Kapitel sollen Ziele und Funktionsweisen des Verwaltungsorganisationsrechts dargestellt und in Beziehung zu den genannten drei Dimensionen von Organisationen gebracht werden.<sup>3</sup>

Schon eingangs des organisationssoziologischen Abschnitts war auf zwei Defizite der Theorie öffentlicher Verwaltungsorganisationen hingewiesen worden. Zum einen sind Darstellungen des Organisationsrechts noch immer viel zu sehr auf das „Vorbild“ der hierarchischen Verwaltung fixiert.<sup>4</sup> Das trifft auch auf die Untersuchungen der Körperschaften des öffentlichen Rechts zu. Sie werden nur in wenigen Stichpunkten, sonst aber zumeist verstreut und ohne Herausarbeitung der allgemeinen Strukturen in den Darstellungen des besonderen Verwaltungsrechts mitabgehandelt.<sup>5</sup> Eine andere Orientierung ist hier nur zu erwarten, wenn statt

---

1 Schuppert 2000, S. 582; Schmidt-Aßmann 1997, S. 20; allgemein zur „Steuerung durch Organisation“ (so der Titel) auch Schmidt-Preuß 2001, S. 45 ff.; Burgi 2002, § 51 Rn. 14.

2 Zum Verhältnis von Organisation und Organisationsnormen, Trute 1997, S. 255 f.; Wolff (1933, S. 14) sprach von Organisationen als Substraten des Organisationsrechts; zu den Problemen einer Ontologisierung dieser Perspektiven in dem Sinne, daß neben einer Organisation im tatsächlichen Sinn die juristische Person als Rechtskonstruktion stünde, Böckenförde 1973, S. 276 f.

3 Darstellung einiger Elemente eines allgemeinen Organisationsrechts der Verwaltung, Wolff 1933, S. 205.

4 Schmidt-Aßmann: „Der Status anderer Mitglieder von Organisationseinheiten, wie z. B. der gewählten Mandatsträger oder punktuell berufener Sachverständiger, hat in den allgemeinen Lehren des Verwaltungsorganisationsrechts selten einen Platz. Allenfalls werden solche Fragen in den besonderen Teilen des Organisationsrechts, z. B. im Gemeinderecht, behandelt“, Schmidt-Aßmann 1997, S. 25. Kritisch insofern zum gegenwärtigen Stand des Verwaltungsorganisationsrechts Schmidt-Aßmann 2006, S. 240 f.; Groß 1999, S. 8 ff.

5 Anders steht es mit den monographischen Darstellungen, die sich entweder auf eine Gruppe von Körperschaften konzentrieren (Tettinger 1997 für die Kammern; Kluth 1997 für die Träger der funktionalen Selbstverwaltung), ihr prägendes Strukturprinzip, die Selbstverwaltung, herausgreifen (Hendler

von einer bestimmten Organisationsform von Verwaltung vom Begriff der Verwaltungsorganisation ausgegangen wird, der dann in die besonderen Formen der hierarchischen und anderer differenziert werden kann. Dieser Zugang hat noch eine weitere Konsequenz: Die Träger kommunaler Selbstverwaltung werden nicht als Idealtypus der Körperschaft des öffentlichen Rechts genommen, wie dies oft geschehen ist.<sup>6</sup> Gerade der abstraktere Zugang über allgemeine Grundstrukturen des öffentlichen Rechts kann hier spezifische Unterschiede herausarbeiten, wie sie sich etwa im Legitimationsmodus der Gemeinden und Kreise im Gegensatz zu den Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung sogleich zeigen werden.<sup>7</sup>

Ein anderes Defizit der Rekonstruktion von Verwaltungsorganisationen entspringt der Übernahme organisationstheoretischer Modelle, die besonders in den Wirtschaftswissenschaften entwickelt worden sind.<sup>8</sup> Anders als dort ist hier die Organisation Herrschaftsausübung, so daß bei der Rekonstruktion der öffentlichen Organisation Legitimationsfragen stärker zu berücksichtigen sind. Im demokratischen Rechtsstaat sind dies die demokratische Legitimation, die sich bis in die Untergliederungen und verselbständigten Verwaltungseinheiten hinein erstreckt und durch eine autonome Legitimation ggf. ergänzt wird<sup>9</sup> sowie die Rechtsförmigkeit und Grundrechtsgebundenheit der Entscheidungen.

Verwaltungsorganisationsrecht wird hier in einem weiten Sinne nicht nur als das Binnenrecht der Organisation,<sup>10</sup> sondern als das gesamte, die selbständige Gestalt (Konstituierung), die Binnenstruktur und das Verhältnis der betreffenden Verwaltungsorganisation zu ihrer Umwelt ordnende Recht verstanden.<sup>11</sup> Es grenzt sich damit von dem diese Strukturen ausfüllenden Verwaltungsverfahrensrecht ab. Ziel des Verwaltungsorganisationsrechts ist es, öffentlichen Organisationen eine rechtliche Grundlage zu geben, ihre Entscheidungsverläufe zu strukturieren und ihr Verhältnis zum Bürger und zu anderen Organisationen rechtlich zu ordnen.<sup>12</sup>

---

1984) oder sich mit ihrer Legitimation im System der Verwaltungsorganisationen beschäftigen (*Emde* 1991). Hier werden dann Darstellungen der einzelnen Organisationsformen mit vorangehender oder zusammenfassender Analyse von Grundproblemen verbunden. Ältere Darstellungen waren hingegen eher systematisch-strukturell angelegt und erwähnten einzelne Organisationsformen eher beispielhaft problemorientiert (etwa *Forsthoff* 1931; *Köttgen* 1939; *Weber* 1943; *Lynker* 1960). An diese Form soll im folgenden angeknüpft werden.

6 *Forsthoff* 1931, S. 7; *Scheuner* 1952, S. 611; kritisch zu dieser Methode schon *Brohm* 1969, S. 248 f.; *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 3 u. 33 f., die sich aber auch gegen die Ausarbeitung einer allgemeinen Theorie der Körperschaft wenden; *Schmidt* 2006, S. 1.

7 Das nimmt der kommunalen Selbstverwaltung nichts von ihrer historischen Vorreiterrolle, die im historischen Teil gezeigt wurde und ihrer Ausstrahlungswirkung auf andere Formen der Selbstverwaltung (vgl. auch *Hendler* 1984, S. 8 ff.).

8 Differenziert hierzu: *Müller* 1993, 187 ff.; ökonomische Perspektive bei *Reichard* 1998, S. 144 f.; nach Wissenschaftsdisziplinen unterschiedene Perspektiven bei *Schuppert* 2000, S. 551 ff.

9 So daß auch hier nicht einfach ökonomische Konstruktionen rezipierbar sind, so aber *Groß* 1999, S. 150.

10 Klassisch *Wolff/Bachof* 1976, S. 11: „Organisationsrecht i.e.S. ist lediglich das Recht der Bildung, Errichtung, Strukturierung, Änderung und Aufhebung der Organe und ihrer Stellung in der Organisation“.

11 Zum Organisationsrecht in diesem weiteren Sinn gehören nach *Wolff/Bachof* (1976, S. 11): „das Recht der Schaffung von Organen, ihrer inneren Struktur, ihrer Rechtsstellung, ihrer Beziehungen untereinander und ihres Verfahrens sowie das Recht der Berufung von Menschen zur Ausübung der Organ-Funktionen und ihrer diesbezüglichen Stellung nebst dem der Bereitstellung der von ihnen benötigten sachlichen Mittel“. *Böckenförde* 1998, S. 70 ff.; *Achterberg* 1986, § 12 Rn. 1; *Schröder* 1986, S. 372.

12 *Burgi* 2002, § 51 Rn. 14; *Krebs* 1988, Rn. 23. Ziel des Verwaltungsorganisationsrechts unter steuerungstheoretischer Perspektive ist mithin eine Struktursteuerung, nicht eine Handlungssteuerung

Insofern öffentliche Verwaltungen Organisationen sind, die den Rahmen für Verwaltungshandeln abstecken, strukturiert das Verwaltungsorganisationsrecht diese Vorgaben des Entscheidens.<sup>13</sup> Das Recht ermöglicht die verbindliche und legitime Ordnung der Zuständigkeiten der Organe einer Organisation, der Verfahren ihrer Willensbildung und -äußerung sowie der Zurechnung der Handlungen des Einzelnen zur Organisation und ist somit prägendes Moment ihrer formalen Struktur.<sup>14</sup> Im Organisationsrecht „finden die Forderungen nach rechtsstaatlicher Verantwortungsklarheit und Effektivität mit den Geboten demokratischer Legitimation zusammen. Gerade das Verwaltungsorganisationsrecht hat das abzubilden, was als ‚Gemeinwohlordnung‘ immer wieder hergestellt werden muß“.<sup>15</sup> Voraussetzung dafür sind klar umrissene Bausteine dieser Ordnung. Daran mangelt es aber häufig: Grundproblem des Organisationsrechts ist die Unabgeschlossenheit öffentlicher Organisationsformen.<sup>16</sup> Im Grundsatz hat es der Organisationsgesetzgeber in der Hand, zwischen bestehenden Organisationsformen zu wählen oder neue zu entwickeln.<sup>17</sup> Trotz starker Bemühungen in der Verwaltungswissenschaft und Verwaltungsrechtslehre zeichnet sich noch kein einheitliches System ab.<sup>18</sup> Angesichts der rechtsstaatlichen, grundrechtssichernden und demokratischen Funktion des Verwaltungsorganisationsrechts<sup>19</sup> bleibt die weitere Ausarbeitung desselben ein dringendes Desiderat.

Im Anschluß an *Edelman/Suchman* können hier drei grundlegende Funktionsweisen des Organisationsrechts unterschieden werden:<sup>20</sup> (1.) eine konstitutive oder ermöglichende Funktion, die die rechtliche Verfassung der Organisation betrifft.<sup>21</sup> Zu dieser letzten Kategorie gehören auch Regeln über das Entstehen und das Ende von Organisationen und ihren Charakter als selbständige Rechtspersönlichkeiten oder als teilrechtsfähige Einheiten;<sup>22</sup> (2.) eine regulatorische Funktion, durch die den organisatorischen Tätigkeiten durch Gebote und Verbote Grenzen gezogen werden. Bekannt ist diese Dimension auch als Schutz- und Konfliktbewältigungsfunktion;<sup>23</sup> (3.) eine erleichternde Funktion, durch die der Organisation Mittel an die

---

(*Trute* 1997, S. 257), auch wenn sich die Struktur in Entscheidungen und anderen Kommunikationsakten realisiert und so diese mittelbar gesteuert werden.

13 *Schmidt-Aßmann* 1997, S. 20; *Luhmann* 1997, S. 834 ff.; *ders.* Ausdifferenzierung des Rechtssystems, in *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts. Frankfurt/Main, S. 35 ff. (44 f.); *Pitschas* 1997, S. 156.

14 *Jellinek* 1959, S. 543; *Trute* 1997, S. 256. Nicht dazu gehört das Recht des öffentlichen Dienstes als der Berechtigung und Verpflichtung von natürlichen Personen zur Ausübung der Funktionen der Verwaltungsorganisationen, *Wolff/Bachof* 1976, S. 11 f.; *Rupp* 1991, S. 76.

15 *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 240, und tragen so zur Schaffung der strukturellen Voraussetzungen für die Gemeinwohlkonkretisierung bei, *Brugger* 1999, S. 52 f.

16 *Loeser* 1994, S. 33 f.

17 *Brohm* 1969, S. 29.

18 *Loeser* 1994, S. 33.

19 *Loeser* 1994, S. 41 f.

20 *Edelman/Suchman* 1997, S. 481 ff. (vgl. schon oben Erster Teil, C I 2 d). Andere Einteilungen etwa von *Schuppert* 2001, S. 66 ff.: Ermöglichungs-, Strukturierungs- und Grenzziehungs-auftrag des Verwaltungsrechts.

21 *Edelman/Suchman* 1997, S. 507: „Constitutive environments come into play as legal forms, and categories help to define the very nature of organizations and their environments; but the rules, principles, and values that comprise legal forms and categories often arise out of organizational practices and norms.“ Hier werden Teile der Bereitstellungsfunktion erfaßt.

22 *Edelman/Suchman* 1997, S. 484.

23 *Hoffmann-Riem* 1999, S. 522.

Hand gegeben werden, um ihre Ziele zu erreichen.<sup>24</sup> In der deutschen Diskussion ist insofern auch von Bereitstellungsfunktion gesprochen worden.<sup>25</sup> Insgesamt könnte die erste Funktion auch als die Legitimationsfunktion, die zweite als die Kontrollfunktion bezeichnet werden, während zur letzteren auch die Informationsordnung gehört.<sup>26</sup> Bei dieser Einteilung wird ein Verhältnis von Verwaltungsorganisationsrecht und -verfahrensrecht vorausgesetzt, dessen rechtliche Grundlage mit H. L. A. Harts Unterscheidung von „secondary and primary rules“<sup>27</sup> erfaßt werden kann. Organisationsrecht meint danach die „Gruppe von Rechtssätzen, welche unmittelbar oder mittelbar die Erzeugung, Anwendung und Durchsetzung jenes materiellen Rechtes ermöglichen“,<sup>28</sup> das Gebote, Verbote und Gewährungen an Personen zum Gegenstand hat<sup>29</sup> und gehört somit zu den „secondary rules“.<sup>30</sup>

Das Verwaltungsorganisationsrecht fügt sich in die Normenhierarchie des Rechts und erhält seine prägende Vorgaben durch die Verfassungsprinzipien. Diese Vorgaben sind jedoch nicht so engmaschig, daß aus ihnen die Formen der Verwaltungsorganisationen gewissermaßen deduziert werden könnten. Vielmehr kommt dem Gesetzgeber hier ein erheblicher Spielraum zu. Daraus ist ein nach Anlässen und Motiven sowie Organisationsformen, -aufgaben, engeren oder weiteren Koordinationsmechanismen außerordentlich heterogenes System von Verwaltungsorganisationen entstanden (s. o. Erster Teil C).<sup>31</sup> Die Ordnungsleistung der Dogmatik des Verwaltungsorganisationsrechts kann angesichts dieser verfassungsrechtlichen Spielräume nicht von verfassungsrechtlichen Prämissen her erfolgen, sondern von den konkreten Verwaltungsorganisationen in ihren rechtlichen Ausformungen. Deren Grundstrukturen darzustellen und darauf die verfassungsrechtlichen Anforderungen und Beschränkungen zu beziehen, ist ihre vordringliche Aufgabe.<sup>32</sup> In diesem ersten Abschnitt des zweiten Hauptteils soll daher zunächst eine Zuordnung einiger wichtiger Rechtsbereiche zu den Dimensionen von Verwaltungsorganisationen erfolgen, wobei die Besonderheiten der Körperschaften des öffentlichen Rechts im Zentrum stehen.

24 *Edelman/Suchman* 1997, S. 482: „As a facilitative environment, law provides an exogenously generated, but fundamentally passive set of tools and forums, which managers actively employ to accomplish various organizational goals“. *Roellecke* (1996, S. 11) spricht von „instrumenteller“ Funktion.

25 *Hoffmann-Riem* 1999, S. 522.

26 So die Einteilung von *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 251.

27 *Hart* 1994, S. 91 ff.

28 *Wolff/Bachof* 1976, S. 11 u. *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 80 Rn. 69, dort auch zu einem Organisationsrecht im engeren Sinne (Innerorganisationsrecht); vgl. auch *Forsthoff* 1973, S. 432: organisatorische seien diejenigen Normen, „welche die ämter- und behördenmäßige Gestalt des Staates zum Gegenstand haben“.

29 *Wolff/Bachof* 1976, S. 12: „Verwaltungsorganisationsrecht iE.S. ist der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, welche die (idR: institutionalisierten) Subjekte öffentlicher Verwaltung konstituieren sowie ihre Funktionen und ihre Beziehung untereinander regeln“.

30 Wobei es allerdings nicht um die Geltungsfrage der Primärregeln geht, die von diesen „secondary rules“ zu entscheiden wäre (*Hart* 1994, S. 105), sondern um die Modalitäten der Anwendung.

31 *Schuppert* 1981, S. 5 ff.; *ders.* 2000, S. 602 ff.; *Müller* 1993, S. 392 ff.

32 *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 244: „Ein Recht, das Organisationen von innen heraus steuern und die in ihnen angelegten Steuerungsmöglichkeiten nutzen soll, muß auf die Spezifika von Organisationen eingehen: Es muß die Vielfalt der in ihnen wirksamen Kräfte erfassen und ihrem Zusammenspiel einen flexiblen, aber verlässlichen Rahmen geben“.

## 2. Aspekte der rechtlichen Differenzierung und Koordinierung des Makrosystems der Verwaltung

Vorgaben enthält die Verfassung zunächst für das hier im Anschluß an *Renate Mayntz* so bezeichnete Makrosystem der Verwaltung. Sie lassen dieses System als eine gegliederte Ordnung erscheinen, die weder dem Leitbild eines monolithischen Einheitsblocks noch einer vormodernen Polyarchie entspricht, sondern Prinzipien der Differenzierung und Koordinierung enthält. Einige Aspekte seien als Rahmen der genaueren Untersuchung der Ausdifferenzierung einzelner Verwaltungsorganisationen aus diesem System vorangestellt:

Grundlegende *Differenzierungsprinzipien* dieses Systems sind hier vor allem die Grundsätze der Gewaltenteilung,<sup>33</sup> die föderale Ordnung der Verwaltung, die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung und die Grundrechte,<sup>34</sup> insofern sie wie die Wissenschaftsfreiheit und die Rundfunkfreiheit auch öffentlich-rechtliche Organisationsformen prägen. Zu den wesentlichen Strukturprinzipien gehören aber auch die parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung und die Ressortverantwortung der Minister (Art. 65 S. 2 GG).<sup>35</sup>

*Koordinationsprinzipien* sind nach Becker:<sup>36</sup> die vereinheitlichende Wirkung der Grundrechte, die Harmonisierungswirkung der Art. 20 und 28 GG gemeinsam mit dem Grundsatz der Bundestreue, die Einheit der Rechtsordnung und die umfangreichen Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes, die Einheit der Sozial- und Wirtschaftsordnung, die Einheit des öffentlichen Dienstes, die Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes und am Bundesvollzug, die Art. 84 u. 85 GG, die Grundsätze der Rechts- und Amtshilfe (Art. 35 I GG) mit der engeren Koordinierungsorganisation in Notfällen (Art. 35 II u. III GG), die zu koordinierende Finanzverwaltung (Art. 108 GG) und weitere Verfahrensregeln und Haushaltsplanungsgrundsätze. Es ist allerdings nicht zu übersehen, daß hier normative Regeln und faktische Wirkungsweisen vermischt werden. Wichtigstes normatives Koordinationsprinzip dürfte auch hier das Demokratieprinzip sein. Die rechtliche Einheit der Verwaltung stellt sich als Einheit des Legitimationszusammenhanges der Ausübung von Staatsgewalt (Art. 20 II GG) dar:<sup>37</sup> Herrschaftsgewalt ist legitimiert, wenn sie auf den Willen des Volkes zurückgeführt werden kann. Von ihm darf sich also keine Verwaltungsorganisation so weit absondern, daß sie einen Herrschaftsbereich aus eigenem „Recht“ bilden würde. Diese Einheit ist aber, wie soeben (Teil 1, C V) ausgeführt wurde, eine Einheit der Funktion von Handlungen und Entscheidungen, die eine gegliederte Organisationsstruktur zuläßt.<sup>38</sup>

Institutionell wird die Koordination im Rahmen des Makrosystems der Verwaltung durch Verfahren, die Aufsichtsmittel, Netzwerke (besonders im Wissen-

<sup>33</sup> *Bryde* 1988, S. 187; *Oebbecke* 2003, S. 371.

<sup>34</sup> *Bryde* 1988, S. 188; *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 62 f. zur Bedeutung der Realisierung der Grundrechte durch Organisation und Verfahren.

<sup>35</sup> *Oebbecke* 1987, S. 870; *Sachs* 1987, S. 2341.

<sup>36</sup> *Becker* 1989, S. 369. *Bryde* 1988, S. 189, hebt allerdings hervor, daß die Verfassung sparsam ist mit Einheitspostulaten; auch *Oebbecke* 1987, S. 869.

<sup>37</sup> *Haverkate* 1988, S. 221 u. 223 ff.

<sup>38</sup> *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 256 f.

schaftsbereich) und Organisationen durchgeführt.<sup>39</sup> Zu Organisationen, die horizontale Koordinationsaufgaben wahrnehmen, gehören auch Körperschaften, wie die Planungsverbände, Regionalverbände, Stadt-Umland und Regionalverbände.

## II. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Schaffung selbständiger Verwaltungsorganisationen

Die Ausdifferenzierung des Makrosystems der Verwaltung durch Bildung und Errichtung von Verwaltungsorganisationen ruft die Frage nach der Legitimation solcher Organisationstätigkeit hervor, nach weiteren Prinzipien, die diese Differenzierung stützen können, und nach dem Träger der dafür erforderlichen Befugnis, der Organisationsgewalt.<sup>40</sup> Diese Befugnis zur Schaffung von Verwaltungsorganisationen hat einen Aspekt, der die Gewaltenteilung und einen, der die föderalen Strukturen des Staates betrifft. Bei der unmittelbaren Staatsverwaltung, deren demokratische Legitimation institutionell sowie sachlich über gesetzliche Vorgaben und personell letztlich über die parlamentarische Verantwortung der Regierung gesichert ist, wirft dies keine Probleme auf. Die Ausdifferenzierung des Makrosystems der Verwaltung durch verselbständigte Verwaltungseinheiten ist jedoch mit Einflußknicks innerhalb der über die parlamentarische Verantwortung der Regierung vermittelten demokratischen Legitimation der Verwaltung verbunden.<sup>41</sup> Das Demokratieprinzip fordert gleichwohl eine hinreichende demokratische Legitimation aller Staatsgewalt.<sup>42</sup> Solange hier ein Mindestmaß an parlamentsgesetzlicher sachlicher Programmierung, entsprechender Kontrolle und auch eine Rekrutierung des Personals dieser Verwaltungseinheiten sich letztlich auf das Volk, wenn auch mittelbar, zurückführen läßt, werden diese Kriterien erfüllt.<sup>43</sup> Die Verselbständigung von Verwaltungseinheiten, die nicht nur eigenverantwortlich handeln, sondern deren Entscheidungen zudem auf den Willen der Mitglieder zurückgeführt werden sollen, erscheinen jedoch in besonderer Weise rechtfertigungsbedürftig.<sup>44</sup> Denn hier besteht über die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der Selbstverwaltungsträger und die Rekrutierung der Organe durch die Entscheidungen der Mitglieder eine weitgehende Lockerung der Legitimationskette. Mit der kommunalen Selbstverwaltung ist diese Möglichkeit in der Verfassung durchaus angelegt. Für die Hochschulen kann sie aus der organisationsrechtlichen Dimension der Grundrechte gerechtfertigt sein. Im allgemeinen können sich die Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung auf eine derartige verfassungsrechtliche Legitimation jedoch nicht berufen. Hier stellt sich die Frage, ob die so herbeigeführte

39 Becker 1989, S. 370 f.

40 Zentral für die Grundlegung des Verwaltungsorganisationsrechts sind die Prinzipien von Demokratie, Rechtsstaat und Grundrechten, die hier bereits als Differenzierungs- und Vereinheitlichungsprinzipien eingeführt wurden, dazu auch Schmidt-Aßmann 1997, S. 39 f.; Loeser 1994, S. 41 f.

41 Wägener 1976, S. 33.

42 Eingehend Emde 1991, S. 26 ff.; Böckenförde 2004, Rn. 11 ff.; Jestaedt 1993, S. 265 ff.

43 Näher zu den Anforderungen unten B I; Böckenförde 2004, Rn. 15 f.; Jestaedt 1993, S. 265 ff.; Emde 1991, S. 49 ff.

44 Hierzu auch Schmidt-Aßmann 1991, S. 337 ff.; Kluth 1986, S. 721; kritisch Schliesky 2004, S. 280 f.

Entfernung vom Staatsvolk durch eine autonome Legitimation des Verbandsvolks kompensiert werden kann.

## 1. Organisationsgewalt

Organisationsgewalt ist die rechtliche Befugnis<sup>45</sup> der öffentlichen Gewalt „zur Schaffung, Veränderung, Zusammenordnung, Bestimmung der Aufgaben und inneren Gliederung und Geschäftsregelung öffentlicher Handlungseinheiten auf dem Boden der in der Verfassung selbst getroffenen Grund-Organisation und mit Ausnahme der nicht-exekutiven unmittelbaren Verfassungsorgane“.<sup>46</sup> In den drei Dimensionen der Organisationen betrifft die Organisationsgewalt somit die Herauslösung der Organisation als eines Entscheidungszusammenhangs aus ihrer Umwelt (Anordnung der Rechtsform, Zuweisung von Kompetenzen und Zuständigkeiten, Bestimmung des Sitzes), die Regelung ihrer inneren Strukturen (Verfassung, innere Organisation) sowie ihres Verhältnisses zu ihrer Umwelt (Rekrutierung, Einwirkung, Kontrolle) und deren jeweilige Veränderung auf der Grundlage und im Rahmen der Verfassung.<sup>47</sup> Die Organisationsgewalt ist Teil der Souveränität, die als Staatsgewalt vom Volk ausgeht und somit letztlich das Volk Träger der Organisationsgewalt. Als selbst rechtlich organisierter Organisator hat der Staat dabei die strukturellen Vorgaben, die ihm die Verfassung macht, zu beachten. Sie bezeichnet also keine weitere Staatsfunktion, sondern ist lediglich ein einheitlicher Terminus zur Erfassung der differenzierten verfassungsrechtlichen Einzelregelungen (insbes. Art. 30 u. 83 ff. GG).<sup>48</sup> So ist im Verhältnis zu Ländern und Gemeinden die Verbandskompetenz zur Organisation und im Verhältnis der Staatsorgane untereinander die Organkompetenz dazu zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Organisationsgewalt meint auch die administrative Befugnis zur Selbstorganisation und tritt so zu der erwähnten Form auch als Organisationsbefugnis im Verwaltungssinnenbereich auf.<sup>50</sup>

Wenn die verfassungsrechtliche Einbindung des Begriffs der Organisationsgewalt berücksichtigt wird,<sup>51</sup> besteht keine Notwendigkeit ihn durch den demokra-

45 Und nicht eine „Befugnis..., die mit der Staatsgewalt ipso iure gegeben ist“ und an die das Recht nur äußerlich beschränkend herantritt, so aber *Forsthoff* 1973, S. 434.

46 *Böckenförde* 1998, S. 38, der diesen verfassungsrechtlichen Begriff von einem weiteren, deskriptiven staatswissenschaftlichen Begriff der Organisationsgewalt unterscheidet (S. 29: „die in der Staatsgewalt enthaltene Befugnis („Gewalt“), die eine bestimmte sachliche Tätigkeit, nämlich die Herstellung, den Ausbau und die Erhaltung staatlicher Organisation zum Inhalt hat“), auch zur Geschichte des Begriffs (S. 21 f.); dazu auch *Traumann* 1998 S. 18 f.; *Köttgen* 1958, S. 155 ff.; *Burgi* 2002, § 52 Rn. 2 ff.; *Maurer* 2002, § 21 Rn. 57; *Bull* 2000, Rn. 154; *Loeser* 1994, S. 48; *Schmidt-De Caluwe* 1993, S. 116 f.; *Achterberg* 1986, § 13 Rn. 2 f.; *Wolff/Bachof* 1976, S. 128; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 82 Rn. 4 f.

47 *Böckenförde* 1998, S. 47 f., die verfassungsrechtliche Fundierung und Begrenzung der Organisationsgewalt unterscheidet den demokratischen Begriff von dem der konstitutionellen Monarchie, in der sie eine Prerogative der Exekutive war, *Böckenförde* 1998, S. 56.

48 *Böckenförde* 1998, S. 37.

49 *Maurer* 2002, § 21 Rn. 60; *Schmidt-de Caluwe* 1993, S. 117; *Stelkens* 2003, S. 490.

50 *Köttgen* 1958, S. 184: „Die Literatur pflegt sich im allgemeinen nur für die Organisationsgewalt der Regierung zu interessieren. Darüber droht in Vergessenheit zu geraten, daß ganz allgemein mit jeder Verantwortung für eine hinreichend geschlossene Verwaltungseinheit auch ein Stück Organisationsgewalt verbunden ist“. Vgl. auch *Schmidt-Aßmann* 1997, S. 24; *Böckenförde* 1998, S. 42 f. u. 86 f.; zu unterschiedlichen Auffassungen über die Verwendung des Begriffs in diesem Kontext, *Butzer* 1994, S. 161 u. 171 f.

51 Zu seiner Vorgeschichte *Böckenförde* 1998, S. 21 f.; *Butzer* 1994, S. 158 f.

tiethoretisch geprägten Begriff der „Leitungsgewalt“ zu ersetzen.<sup>52</sup> Diese soll die „auf den staats- bzw. verwaltungsinternen Bereich bezogene Ausübung von Staatsgewalt“ bezeichnen.<sup>53</sup> Die Einführung des Begriffs der Leitungsgewalt als Zentralbegriff des Verwaltungsorganisationsrechts ist jedoch einem strukturellen und einem klassifikatorischen Einwand ausgesetzt: Der strukturelle zielt auf die unterschiedliche Funktion beider Gewalten: Organisationsgewalt ist nach der angeführten Definition auf die Schaffung und Veränderung von Organisationen gerichtet. Leitungsgewalt hingegen soll die Personal-, Sachentscheidungs- und „Organisationsgewalt i.e.S.“, sowie die Haushalts- und Finanzgewalt in Organisationen betreffen. Als organisierende Gewalt ist die Organisationsgewalt aber der organisierten Leitungsgewalt – mag sie auch in dem gesetzten Rahmen weitere Organisationsentscheidungen treffen – vorgeordnet. – Der klassifikatorische Einwand bezieht sich auf die Ableitung und die funktionale Reichweite des Begriffs der Leitungsgewalt. Dieser allerdings noch präzisierungsbedürftige Begriff erbringt Erklärungsleistungen im Bereich der demokratischen Legitimation von Organisationen, kann jedoch nicht alle rechtlichen Facetten der Schaffung von Organisationen erfassen. Der Begriff der Organisationsgewalt ist demgegenüber spezifischer organisationsbezogen.

Welche Rechtsqualität Akte der Organisationsgewalt haben müssen bzw. ob die Legislative oder die Exekutive Träger der Organisationsgewalt ist, wird zumeist aus der Perspektive der Grundrechte,<sup>54</sup> dann aber auch danach beurteilt, ob verfassungsgestaltende Grundsatzentscheidungen getroffen werden (institutioneller Gesetzesvorbehalt<sup>55</sup>), nicht aber aus der Perspektive der Unterscheidung: Innere Organisation<sup>56</sup> – äußere Organisation. Sind Grundrechte betroffen oder liegt ein Fall des institutionellen Gesetzesvorbehalts vor, muß die Organisationsgewalt in der Form des Parlamentsgesetzes ausgeübt werden.<sup>57</sup> Aus dem institutionellen Gesetzesvorbehalt folgt insbesondere das Verbot der vollziehenden Gewalt, aus sich heraus grundlegende Veränderungen der staatlichen Hoheitsrechte und in ihrem eigenen verfassungsrechtlichen Status vorzunehmen. Daraus ergibt sich ein Gesetzesvorbehalt für die Errichtung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wenn hierdurch eigene Hoheitsbefugnisse dieser Verwaltungsorganisationen begründet werden.<sup>58</sup> Auch wegen der zivilrechtlichen Haftungsbeschränkung sind juristische Personen des öffentlichen Rechts durch formelles Gesetz zu bilden.<sup>59</sup> Schließlich sind auch die Vorgaben der föderalen Ordnung des Grundgesetzes (Art. 84 ff. GG) für die Beurteilung der Organisationsgewalt zu berücksichtigen.

52 Kritisch etwa Berliner-Kommentar-*Groß* Art. 86, Rn. 32.

53 Wolff/Bachof/Stober-Kluth § 81 Rn. 198; § 84 Rn. 144 f.

54 Allgemeiner Gesetzesvorbehalt, *Böckenförde* 1998, S. 92 f.: Beschränkungen der Exekutive ergeben sich hier in bezug auf das Staat-Bürger-Verhältnis.

55 Verankert etwa in Art. 87 GG; Art. 77 I LV Bay; Art. 70 I LV BW; Art. 43 II LV Nds; Art. 77 S. 1 LV NRW; Art. 116 LV Saar; Art. 45 II LV SH; *Böckenförde* 1998, S. 95 f.; *Burgi* 2002, § 52 Rn. 4; *Maurer* 2002, § 6 Rn. u. § 21 Rn. 63 f.; *Krebs* 1988, Rn. 58 f.; *Wolff/Bachof* 1976, S. 130 f.; *Köttgen* 1958, S. 161 f.; *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 253 f.

56 *Wolff/Bachof* (1976, S. 134) sprechen aber insofern von der Organ-Errichtungs-Gewalt für die konkrete Schaffung von Verwaltungsorganen.

57 Etwas anderes gilt nur für Organisationsakte ohne Außenwirkung gegenüber dem Bürger, für die der Verwaltung selbst die Organisationsgewalt verbleibt, *Burgi* 2002, § 52 Rn. 4 f.; *Maurer* 2002, § 21 Rn. 67.

58 *Böckenförde* 1998, S. 96 f.; *Burmeister* 1991, S. 46 f.

59 *Wolff/Bachof* 1976, S. 132.



## 2. Das Demokratieprinzip

Die Körperschaft des öffentlichen Rechts wird aus dem Entscheidungszusammenhang und damit auch dem Legitimationszusammenhang des Verwaltungssystems dadurch in besonderer Weise verselbständigt, daß ihren Mitgliedern maßgeblicher Einfluß auf die Zusammensetzung der Organe eingeräumt wird. Die Frage, wie dies mit dem Demokratieprinzip zu vereinbaren ist, wird seit langem kontrovers diskutiert. Auszugehen ist von den Grundlagen dieses Prinzips.

Demokratie wurzelt in der Idee der freien, seiner Würde entsprechenden Selbstbestimmung des Bürgers.<sup>60</sup> Sie konkretisiert damit in bezug auf die Beteiligung des Bürgers am Gemeinwesen den Gedanken des Herrenchiemseer Verfassungskonvents: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“. Selbstbestimmung meint dabei im Kern, sein Leben nach den selbstgewählten Intentionen führen zu können.<sup>61</sup> Sie hat wie Freiheit zwei Dimensionen: eine negative, die die Unabhängigkeit der Selbstbestimmung vom Einfluß anderer privater oder öffentlicher Akteure betrifft, und eine positive, die sich auf Selbstgestaltung und Selbstverwirklichung bezieht.<sup>62</sup> Im politischen Kontext bedeutet sie Abwesenheit von heteronomer Fremdherrschaft und Teilnahme an Herrschaft.<sup>63</sup> Dieser status activus steht dem Bürger als subjektives Recht zu.<sup>64</sup> Auf seine Grundlage sollen nicht nur alle Belastungen, sondern auch alle Berechtigungen auf die Möglichkeit, über sie mitzuzentscheiden, zurückgeführt werden: Der Staatsbürger, der nicht einfach Staatsangehöriger ist, soll als citizen über die Rechte mitbestimmen, die er als bourgeois genießt.<sup>65</sup> Das bringt das Demokratieprinzip als Verfassungsprinzip in einen Begründungszusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip.<sup>66</sup> Ausgehend von diesem Fundierungszusammenhang zwischen Rechtsstaat und Demokratie, läßt sich die Funktion des Rechtsstaatsprinzips in der Anbindung der administrativen Machtausübung an diese demokratische Begründung allen Rechts verstehen: „Die administrative Macht soll sich

60 Für einen derart breiten Begriff der „avancierten Demokratie“ Müller 1997, S. 62 u. passim; vgl. auch Böckenförde 2004, Rn. 35: „Der Einzelne soll, als Herr seiner selbst, auch sein eigener Gesetzgeber sein, der die Bindungen seines Handelns nicht (heteronom) von einer fremden Macht oder Autorität auferlegt erhält, sondern sich (autonom) selber gibt“; Häberle 1987, Rn. 65: „In der Menschenwürde hat Volkssouveränität ihren ‚letzten‘ und ersten (!) Grund“. Sandel 1996, S. 202 u. 347 f.; auch Enders 1997, S. 442 ff. u. 491 f.; in bezug auf die Verwaltungsorganisation: Schmidt-Aßmann 1997, S. 39 f.

61 Young 2002, S. 32 im Anschluß an Philipp Pettit. Zur Selbstbestimmung im Recht eingehend Hollerbach 1996.

62 Zum Nachweis dieser von Isaiah Berlin nur aufgegriffenen traditionellen Unterscheidung der beiden Freiheitsdimensionen vgl. Böckenförde 1992/2, S. 44 ff.

63 Young 2002, S. 33.

64 Habermas 1994, S. 209: „Im Prinzip der Volkssouveränität, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, trifft sich das subjektive Recht auf die chancengleiche Teilnahme an der demokratischen Willensbildung mit der objektiv-rechtlichen Ermöglichung einer institutionellen Praxis staatsbürgerlicher Selbstbestimmung“.

65 Habermas 1994, S. 153 f.; ders. 1996/10, S. 301: „Die Idee der rechtlichen Autonomie der Bürger verlangt ja, daß sich die Adressaten des Rechts zugleich als dessen Autoren verstehen können“. Verfassungstheoretisch müßte entsprechend von einem notwendigen Konnex zwischen grundrechtlicher und demokratischer Freiheit gesprochen werden, Schmidt-Aßmann 1991, S. 331.

66 Grundlegend hierzu Habermas 1994, S. 151 ff.; ders. 1996/10, S. 293 ff.; aber auch Schmitt Glaeser 1987, § 31 Rn. 1 ff.

nicht selbst reproduzieren, sondern allein aus der Umwandlung kommunikativer Macht regenerieren dürfen“.<sup>67</sup>

a. *Selbstbestimmung in Form von politischer Mitwirkung und demokratischer Teilhabe im Grundgesetz*

Als philosophisches Prinzip vermag jedoch diese Idee<sup>68</sup> – die hier nur skizziert werden kann<sup>69</sup> – zwar eine moralische Rechtfertigung der Verfassung zu geben, aber keine rechtliche Explikation der Demokratiegehalte der Verfassung zu liefern.<sup>70</sup> Immerhin kann ein solches Ideal zur Prüfung veranlassen, wieviel von ihm verfassungsrechtlich realisiert ist.<sup>71</sup>

Um am Gemeinwesen bzw. an der Gesellschaft mitzuwirken, sie politisch zu gestalten, stehen dem Bürger zunächst individuell die grundrechtlich geschützten Freiräume zur Verfügung.<sup>72</sup> „Erst in solcher Aktualisierung können Selbstbestimmung des Einzelnen und selbstverantwortliche Mitwirkung am politischen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben Wirklichkeit, kann die freiheitliche Ordnung des Gemeinwesens Leben gewinnen“.<sup>73</sup> Dies geschieht im Gebrauch der Meinungsfreiheit als Teilnahme an politischer Kommunikation,<sup>74</sup> in glaubensgetragener sozialer Wirken und in anderen Formen gesellschaftsbezogener individueller Grundrechtsverwirklichung. In der organisationsbezogenen Dimension ist der Zusammenhang von individueller und kollektiver Selbstbestimmung im Bereich der Rundfunkanstalten anerkannt. Dabei ist die Bedeutung dieser Form für den demokratischen Prozeß in verschiedenen medienfreundlichen Regelungen, aber auch durch die besondere Inpflichtnahme der öffentlichen Rundfunkanstalten hervorgehoben worden.<sup>75</sup> Die politische Mitwirkung geschieht aber auch in der gemeinschaftsbezogenen Dimension dieser Grundrechte, in der Versammlungsfreiheit, der Vereins- und Koalitionsfreiheit und in der Betätigung in und durch Parteien. Hierbei ordnen sich die politischen Meinungen der Öffentlichkeit und wird der Wille des im Staat des Grundgesetzes lebenden Personenverbandes der Staatsbürger

67 Habermas 1994, S. 187: „Die Idee des Rechtsstaates läßt sich dann allgemein als die Forderung interpretieren, das über den Machtkode gesteuerte administrative System an die rechtsetzende kommunikative Macht zu binden und von den Einwirkungen sozialer Macht, also der faktischen Durchsetzungskraft privilegierter Interessen, freizuhalten“. Hieraus ergibt sich dann für Habermas konsequent der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, (S. 213 f.). Verfassungsrechtlich kann von einem „Distanzgebot gegenüber Sonderinteressen“ (Schmidt-Aßmann 1991, S. 336) gesprochen werden.

68 Zu ihrem geschichtlichen Hintergrund vgl. auch Maihofer, 1994 § 12 Rn. 48 ff.

69 Eingehend Hollerbach 1996, S. 15 ff.

70 Immerhin sprach schon Anschütz angesichts von Art. 2 WRV vom Selbstbestimmungsrecht als einem im Werden begriffenen Rechtssatz, vgl. Hollerbach 1996, S. 9. Hier wie auch in Art. 140 GG i.V.m. 137 III WRV erscheint das Selbstbestimmungsrecht in seiner kollektiven Form als Selbstbestimmungsrecht des Volkes „noch sozusagen im Vorhof der individuellen Selbstbestimmung“, Hollerbach 1996, S. 10.

71 Vgl. zum Zusammenhang zwischen moralischer Fundierung und ihrer voluntativen Transformation in Verfassungsrecht durch die verfassunggebende Gewalt auch Kirste 2003, S. 79 ff.

72 Böckenförde 2004, Rn. 37; Schmitt Glaeser 1987, § 31 Rn. 3 ff.

73 Hesse 1994, Rn. 16.

74 Schmitt Glaeser 1987, § 31 Rn. 5 f.

75 Gersdorf 2003, Rn. 70 f.; Kübler 1999, S. 1285: „auch die Demokratie wurzelt in der normativen Prämisse individueller Autonomie; sie gewährleistet die kollektive der Bürger“; Habermas 1994, S. 133 f.

vorgeformt.<sup>76</sup> In der verfassungsrechtlich eingeräumten Mitwirkungsbefugnis der gesellschaftlich gebildeten Parteien an der politischen Willensbildung des Volkes (Art. 21 I S. 1 GG) wendet sich der Einfluß zur legitimationsbegründenden Beteiligung des Volkes an der Legitimation staatlicher Herrschaft, für den Staatsbürger individuell abgesichert über die Wahlgrundsätze des Art. 38 I GG. Vor allem aber geschieht diese „freie Selbstbestimmung“ als Ausdruck von „Wert und Würde der Person“<sup>77</sup> in kleineren und größeren Gemeinschaften und erweist so ihre Nähe zum Prinzip der Autonomie.<sup>78</sup> Dieses Prinzip bezieht sich zwar als Privatautonomie auf den gesellschaftlichen Bereich, wird aber klassisch als innere und äußere politische Freiheit im Gegensatz zur Fremdherrschaft auch öffentlich verstanden.<sup>79</sup> Mitumfaßt waren dabei historisch immer auch die Rechte einer Gemeinschaft zu begrenzter eigenverantwortlicher Regelung ihrer Angelegenheiten, insbesondere auch zur Rechtsetzung.<sup>80</sup>

Was solchermaßen als Tableau einer steigenden Einflußnahme des Bürgers auf die staatliche Willensbildung erscheint, ist aber sehr unterschiedlichen Prinzipien unterworfen. Zunächst ist die Nähe zum Staat mit einem Verlust an Individualität und Freiheit erkaufte. Als Einzelner kann sich der Bürger eingeschränkt nur durch „allgemeine“ oder sonst verhältnismäßig limitierende Gesetze an der politischen Meinungsbildung beteiligen. In Verbänden unterwirft er sich freiwillig der Verbandsmacht, um dadurch eine Steigerung seines Einflusses zu bewirken. Ihre Binnenstruktur folgt mit steigender Nähe zur staatlichen Willensbildung demokratischen Prinzipien (Art. 21 I S. 3 GG).<sup>81</sup> Über die Verbände erreicht er den bei korporatistischen Arrangements zu kritisierenden, notwendig in der Gefahr der Asymmetrie stehenden Einfluß auf die Staatsorgane.<sup>82</sup> Damit ist aber zweitens sein Einfluß zunehmend demokratischen Anforderungen unterworfen.

Selbstbestimmung ist aber nicht auf den gesellschaftlichen Bereich beschränkt. Ihrer Rückführung auf die Menschenwürdegarantie entsprechend,<sup>83</sup> verlangt sie auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung, daß der Mensch nicht zum Objekt der Staatsgewalt gemacht wird – mag sie auch demokratisch legitimiert sein.<sup>84</sup> Sie prägt vielmehr die „verschiedensten Formen menschlicher Vergemeinschaftung, vom Verein und Betrieb, von der Universität und der Akademie, von Gemeinde, Kreis und Land bis hinauf zum Gesamtstaat, ja Staatengemeinschaft“.<sup>85</sup> Nur nimmt sie dabei unterschiedliche Formen an: als demokratische Selbstbestimmung ist

76 Schmitt *Glaeser* 1987, § 31 Rn. 21 f.

77 *BVerfGE* 65, S. 1 ff. (41) – Volkszählung; zur Verbindung von Menschenwürde, Selbstbestimmung und Autonomie auch *Brugger* 1997, S. 32 f.

78 *Hollerbach* 1996, S. 19; zum Zusammenhang zwischen Menschenwürde und Selbstbestimmung auch *Brugger* 1999, S. 399 ff.: Im Übergang von der Menschenwürde als allgemeinem Wert zu ihrer Realisierung in der Selbstbestimmung differenziert sie sich, wird unterscheidbar und wirkt in autonomen, einer differenzierten rechtlichen Bewertung zugänglichen Rechtskreisen.

79 So etwa bei Herodot, *Pohlmann* 1971, Sp. 701.

80 *Hollerbach* 1996, S. 19 f., der ausdrücklich die Gemeinde- und Hochschulautonomie erwähnt.

81 Zum Problem der Verbandsdemokratie vgl. *Teubner* 1978, S. 169 ff.

82 *Grimm* 1994, § 15 Rn. 5 ff.; *Kaiser* 1987, § 34 Rn. 29 f.

83 *Enders* 1997, S. 88 f., 491 ff., der sich im übrigen jedoch dafür ausspricht, konkrete Rechte an den Freiheitsgrundrechten im einzelnen und nicht am Würdeprinzip festzumachen.

84 *Häberle* 1987, Rn. 62, der sogar davon spricht, daß die Menschenwürde den Art. 20 II GG „korrigiere“.

85 *Hollerbach* 1996, S. 27.

sie die prinzipiell ununterschiedene Selbstbestimmung des Gesamtvolkes, in den Teilgemeinschaften hat sie den Charakter der durch das Gesamtvolk beschränkten Autonomie.<sup>86</sup> Soweit diese Autonomie im Interesse des Gesamtvolkes eingeräumt wird, ist sie auch inhaltlich von dem öffentlichen Interesse geprägt und geformt, unabhängig davon, daß sie zugleich den Einzelinteressen dienen mag. Selbstbestimmung als Autonomie folgt dann den Prinzipien, die die Selbstbestimmung des Volkes in Gestalt der Organisationsgesetze festgelegt hat.<sup>87</sup> Indem das GG in Art. 20 II deutlich gemacht hat, daß es die demokratische als die für die Begründung der Staatsgewalt vorrangige Form der Selbstbestimmung ansieht, geht es bei der Berücksichtigung der menschenwürdegetragenen Selbstbestimmung nicht um eine Korrektur des Demokratieprinzips (vgl. o. Fußn. 88). Sie vermag aber Rücknahmen der demokratischen Legitimation verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, wenn es um die Bürgeraktivierung, seine Mitgestaltung geht. Auch die Selbstverwaltung der Körperschaften kann damit den Gedanken der Selbstbestimmung aufnehmen: In ihrer kollektiven Dimension als selbständige, eigenverantwortliche Wahrnehmung der Angelegenheiten des Selbstverwaltungsträgers; in ihrer individuellen Dimension als auf dem aktiven Freiheitsgebrauch ihrer Mitglieder beruhende körperschaftliche Verfassung dieses Selbstverwaltungsträgers. Ihre Legitimation bezieht die Körperschaft aus dem Zusammenwirken von demokratischer und ergänzender autonomer Selbstbestimmung.<sup>88</sup>

### b. Die demokratische Selbstbestimmung des Staatsvolkes

Im demokratischen Verfassungsstaat ist jede Staatsfunktion insofern demokratisch, als sie auf der Grundlage der Verfassung steht, die ihrerseits aus der verfassunggebenden Gewalt des Volkes hervorgeht.<sup>89</sup> In diesem Rahmen aber muß ihre Tätigkeit auf das Volk rückführbar sein.<sup>90</sup> Das Demokratieprinzip fordert im Kern eine hinreichende demokratische Legitimation aller Verwaltungsorganisationen, eine Willensbildung „vom Volk zu den Staatsorganen“.<sup>91</sup> Dabei können drei hauptsächliche Anforderungen unterschieden werden: Das *Legitimationssubjekt* muß das Volk sein. Jede Form staatlicher Gewalt muß auf das Volk zurückgeführt werden können (*Legitimationsobjekt*). Die *Legitimationsvermittlung* muß in hierfür geeigneten Formen erfolgen.

86 Das *BVerfG* hat schon früh anerkannt, daß nach dem Zusammenbruch des autoritären Systems der Kommunalverwaltung im Nationalsozialismus das Kommunalverfassungsrecht bemüht sei, „unter Zurückdrängung des bürokratisch-autoritativen Elements dem Gedanken des Selbstbestimmungsrechts der Gemeindebürger wieder erhöhte Geltung zu verschaffen“. E 6, S. 367 ff. (373); 7, S. 155 ff. (167); dazu auch von *Komorowski* 1998, S. 132; *Schmidt-Aßmann* (1997, S. 57) spricht auch von einer gemeinsamen Verwurzelung von Selbstverwaltung und demokratischer Legitimation „in den Tiefenschichten der demokratischen Idee“.

87 Und verfolgt damit „das Grundanliegen der demokratischen Idee durch Mitwirkung an staatlicher Herrschaft Selbstbestimmung in organisierter Form zu gewähren“, *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 94.

88 *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 95 spricht zu Recht von „zwei Legitimationszügen“, die zu einer „dualen Ordnung ausgebaut“ seien.

89 *Böckenförde* 1998, S. 79; auch *Kirste* 2003, S. 80 f.

90 Art. 20 II S. 1 GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“.

91 *BVerfGE* 20, S. 56 ff. (99); *Krebs* 1988, Rn. 80 f.

## aa. Das Legitimationssubjekt: Staatsvolk

Volk im Sinne von Art. 20 II GG ist das Staatsvolk<sup>92</sup> als Einheit.<sup>93</sup> Seine Untergliederungen sind die Völker der kommunalen und staatsrechtlichen Gebietskörperschaften mit ihrem prinzipiell gleichen demokratischen Artikulationsmodus.<sup>94</sup> Das Grundgesetz kennt daneben keine „Verbandsvölker“ als demokratische Legitimationssubjekte.<sup>95</sup> Die Unterschiede zwischen dem Volk einer mit Universalzuständigkeit ausgestatteten Gebietskörperschaft und den Mitgliedern einer nach sachlichen Gesichtspunkten abgegrenzten Körperschaft sind auch so weitreichend, daß eine Übertragung der Grundsätze auf sie im Wege einer Analogie nicht möglich ist.<sup>96</sup> Das Staatsvolk kann für eine demokratische Legitimation nicht durch einen noch so großen Kreis Betroffener ersetzt werden.<sup>97</sup> Es ist damit das einzige demokratische Legitimationssubjekt.

## bb. Das Legitimationsobjekt: Staatsgewalt

Legitimationsobjekt ist die Ausübung staatlicher Gewalt (Art. 20 II GG).<sup>98</sup> Dabei sind aufgabenbezogene, abgestufte Legitimationsanforderungen an das staatliche Handeln zu stellen.<sup>99</sup> Bei „verbindlichen Maßnahmen mit Entscheidungscharakter“ müssen die Befugnisse des handelnden Selbstverwaltungsorgans „ausreichend vorherbestimmt“ sein. Im übrigen reicht es, daß das Grundgesetz die Selbstverwaltung als Möglichkeit von Selbstbestimmung anerkennt.<sup>100</sup>

92 *BVerfGE* 83, S. 37 ff. (50) – Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein; *Böckenförde* 2004, Rn. 26 f.; *Jestaedt* 1993, S. 207 f. Die Grenze des Staatsvolks wird durch die Staatsangehörigkeit markiert; *Kluth* 1997, S. 369 f.

93 Das schließt nicht aus, daß das Volk außer-verfassungsrechtlich als „Summe der Einzelnen“ verstanden wird (*Haverkate* 1992, S. 330 ff.). Der einheitsbildende Gesichtspunkt des „Staatsvolkes“ ist die Zugehörigkeit zur Gebietskörperschaft Bundesrepublik Deutschland. Als solche Einheit ist das Staatsvolk demokratisches Legitimationssubjekt.

94 Mag man sie nun „Teilvölker“ (*Böckenförde* 2004, Rn. 31) oder präziser „Volksteile“ nennen, *Jestaedt* 1993, S. 211 mit Fn. 30; *Kluth* 1986, S. 719; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 81 Rn. 134.

95 *Jestaedt* 1993, S. 500 ff.; *Dreier* 1991, S. 275.

96 *Brohm* 1969, S. 249 f.; *Jestaedt* 1993, S. 502.

97 *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 376 f.; *Tettinger* 1986, S. 39; *Jestaedt* 1993, S. 224: „Das Legitimationskonzept des Art. 20 II GG ist bezüglich der Zahl möglicher originärer demokratischer Legitimationssubjekte abschließend“.

98 *Böckenförde* 2004, Rn. 12; *Jestaedt* 1993, S. 225 ff.

99 *Tettinger* 1986, S. 32 ff.; der daneben noch die soeben entfaltete Stufung nach der Staatsnähe der Verwaltungsorganisationen vorsieht.

100 Dies anerkennt auch das *BVerfG* (Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 – Lippeverbandsgesetz): „Nicht bereits die Erledigung öffentlicher Aufgaben als solche, wohl aber die Befugnis zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter macht es erforderlich, Maßnahmen, welche die jeweilige Selbstverwaltungskörperschaft bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben ergreift, am Maßstab des Art. 20 II GG zu messen. Das bedeutet im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht, daß dies im Wege einer lückenlosen personellen Legitimationskette vom Volk zum einzelnen Entscheidungsbefugten zu geschehen hat. Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter ist den Organen von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht aber nur gestattet, weil und soweit das Volk auch insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahrt, indem es maßgeblichen Einfluß auf dieses Handeln behält. Das erfordert, daß die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell demokratisch legitimerter Amtswalter unterliegt“.

Artikel 20 II GG verlangt außerdem, daß *alle* Staatsgewalt auf dieses Legitimationssubjekt zurückgeführt werden muß. Damit steht nicht nur fest, daß es keine staatliche Herrschaftsgewalt geben darf, die sich nicht auf das Volk gründet, sondern auch, daß damit das Volk das Legitimationssubjekt ist und daß es dies als Einheit ist.<sup>101</sup>

### cc. Legitimationsformen

Das Demokratieprinzips stellt Legitimationsanforderungen an staatliche Herrschaft und Organisationsanforderungen an ihre Ausführung.<sup>102</sup> In legitimatorischer Hinsicht ist die Ableitung jeder Herrschaftsausübung durch eine ununterbrochene Legitimationskette vom Staatsvolk erforderlich.<sup>103</sup> Sie gliedert sich in die *drei wechselbezüglichen Legitimationsformen*<sup>104</sup> funktionell-institutionelle, die personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation. Die *institutionell-funktionelle Legitimation* betrifft die Legitimation aus der verfassungsrechtlich vorgesehenen Ausübung der Staatsgewalt des Volkes in den drei Gewalten (Art. 20 II 2 GG).<sup>105</sup> Auch hier kommt es nicht darauf an, die Verwaltung in ein einheitliches Legitimationskorsett zu pressen, sondern funktions- und aufgabenspezifische Legitimationsanforderungen herauszuarbeiten.<sup>106</sup> Die „*sachlich-inhaltliche Legitimation*“ vermittelt die Bindung der Exekutive an inhaltliche Vorgaben der vom Volk direkt oder durch seine Repräsentanten getroffenen Willensentscheidungen.<sup>107</sup> Hierbei steht die Steuerung durch das Parlamentsgesetz im Zentrum. Sie erfolgt aber auch auf dieser Grundlage und im Rahmen der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Verwaltungsspitzen durch Rechtsverordnung, Genehmigungsvorbehalte und Weisungen. Die *personelle Legitimation* betrifft die Besetzung der Stellen mit Amtswaltern: Sie muß auf das Volk zurückzuführen sein<sup>108</sup> und dem Prinzip der Lückenlosigkeit der Entscheidungsketten, der individuellen Berufung des Amtswalters und der normativ begründeten Legitimationsbefugnis genügen.<sup>109</sup> Die drei demokratischen

101 *Jestaedt* 1993, S. 158 f.: Als Einheit meint insbesondere auch, daß außer den in Art. 28 I S. 2 GG genannten Völkern der Gebietskörperschaften kein Teilvolk demokratisch legitimierende Wirkung besitzt. Alternative demokratische Legitimation scheidet auch deshalb aus, weil sich das Volk in Art. 20 II GG auf das deutsche Volk bezieht. Die Mitgliedschaft etwa in den IHKn knüpft aber an die gewerbliche Niederlassung eines Unternehmens in Deutschland an. Mitglieder von IHKn können daher auch ausländische Unternehmen sein, *Jahn* 2002, S. 99.

102 *Emde* 1991, S. 41.

103 *Böckenförde* 2004, Rn. 23 f.

104 *BVerfGE* 93, S. 37 ff. (67) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein: Maßgeblich ist die Erreichung eines bestimmten Legitimationsniveaus. „Dieses kann bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Staatsgewalt im allgemeinen und der vollziehenden Gewalt im besonderen unterschiedlich ausgestaltet sein.“, vgl. auch *Dederer* 2000, S. 404: „Fließgleichgewicht“.

105 *Böckenförde* 2004, Rn. 15; *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 363; *Trute* 1994, S. 220 f.; kritisch gegenüber einer eigenständigen Bedeutung, *Jestaedt* 1993, S. 276 ff.; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 81 Rn. 138 f.

106 *Trute* 1994, S. 222 f.

107 *Böckenförde* 2004, Rn. 21 f.; *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 357; *Jestaedt* 1993, S. 270 f.: wobei die sachliche die personelle voraussetzt, nicht aber umgekehrt; *Trute* 1994, S. 227 f.; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 81 Rn. 152 f.

108 *BVerfGE* 93, S. 37 ff. (68) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; *Böckenförde* 2004, Rn. 16; *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 360; *Jestaedt* 1993, S. 267 f.; *Trute* 1994, S. 223 f.; kritisch: *Schliesky* 2004, S. 290 f.

109 *BVerfGE* 93, S. 37 ff. (67) – Mitbestimmungsgesetz; *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 361 f.

Legitimationsformen werden von der Ministerialverwaltung am vollkommensten realisiert.<sup>110</sup> Von diesem Modell darf der Gesetzgeber nur aus verfassungsrechtlichen Gründen abweichen.<sup>111</sup>

a. *Zur demokratischen Legitimation der Körperschaften des öffentlichen Rechts*

Die Einräumung von Partizipationsmöglichkeiten in der Form von Anhörungs-, Vorschlags-, Einwendungs- und sonstigen Mitwirkungsrechten außerhalb von echten Entscheidungsbefugnissen durchtrennt die Legitimationskette noch nicht.<sup>112</sup> Durch die weitreichenden Hoheiten bzw. Befugnisse der öffentlich-rechtlichen Körperschaften werden diese Legitimationszusammenhänge jedoch unterbrochen: Am wenigsten betroffen ist die institutionell-funktionelle Legitimation.<sup>113</sup> Die personelle Legitimation wird durch die Personalhoheit der Körperschaften zum Problem.<sup>114</sup> Voraussetzung für die Vermittlung personeller Legitimation durch ein Gremium als Kurationsorgan ist nach dem BVerfG, daß „die die Entscheidung tragende Mehrheit sich ihrerseits aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimierter Mitglieder des Kurationsorgans ergibt“.<sup>115</sup> Diese personell demokratisch legitimierten Mitglieder des Kurationsorgans müssen ihrerseits bei der Mitwirkung an der Bestellung eines Amtsträgers parlamentarisch verantwortlich handeln.<sup>116</sup> Daran fehlt es bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die Mitglieder als „Stimmkörperorgan“ sind nach dem Grundsatz der Freiheit der Wahl niemandem verantwortlich und so aus der Legitimation durch das Gesamtvolk herausgelöst. Die Mitglieder der Repräsentativversammlung besitzen bei der Wahl des Vorstands ein freies Mandat.

Die sachlich-inhaltliche Legitimation wird durch die Autonomien der Körperschaften verdrängt.<sup>117</sup> Im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben findet auch eine Lockerung des Legitimationszusammenhangs statt, insofern sich die Integrität des Staates im wesentlichen auf eine nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt und nur ausnahmsweise über Genehmigungsvorbehalte und Weisungsrechte stärkeren Einfluß ausüben kann. Allerdings ist im Bereich der

110 *Jestaedt* 1993, S. 329 ff. – und vielleicht auch zu sehr an dieser Organisationsform ausgerichtet, *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 81 Rn. 181.

111 *Jestaedt* 1993, S. 358; das Modell ist allerdings nicht unumstritten geblieben, vgl. ausführlich *Mehde* 2000, S. 448 ff.

112 *Emde* 1991, S. 353. *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 371 f. Die Lockerung, die gleichwohl eintritt, ist rechtsstaatlich gerechtfertigt. Das BVerfG stellt letztlich auf die Verantwortbarkeit des Organisationshandelns durch die Ministerialverwaltung ab: „wenn sich die Bestellung der Amtsträger – personelle Legitimation vermittelnd – auf das Staatsvolk zurückführen läßt und das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt; dies setzt voraus, daß die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung – ohne Bindung an die Willensentschließung einer außerhalb parlamentarischer Verantwortung stehenden Stelle – handeln können und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen“. *BVerfGE* 93, S. 37 ff. (67) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein.

113 Hierzu: *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 97.

114 *Emde* 1991, S. 50 u. 122; *Muckel* 2001, S. 163 f.

115 *BVerfGE* 93, S. 37 ff. (67 f.) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein.

116 *BVerfGE* 93, S. 37 ff. (68) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein.

117 *Emde* 1991, S. 51.

Sozialversicherung die Regelungsdichte so hoch, daß hier eine starke staatsvermittelte Legitimation besteht.<sup>118</sup>

Fraglich ist, welche verfassungsrechtlichen Konsequenzen diese Lockerung der Legitimationsketten nach sich zieht. Zwei kommen in Betracht: Entweder die Absenkung des Legitimationsniveaus bzw. die Unterbrechung des Legitimationszusammenhangs bedarf der Kompensation, ist ihr aber auch zugänglich, um die Verfassungsmäßigkeit wiederherzustellen;<sup>119</sup> oder die Unterbrechung des Legitimationszusammenhangs ist nur zulässig, wenn sie verfassungsrechtlich vorgesehen ist.

Verfassungsrechtlich geboten etwa, um in den sechziger und siebziger Jahren viel beklagte Demokratiedefizite der unmittelbaren Staatsverwaltung zu beheben ist die Selbstverwaltung nicht.<sup>120</sup> Da das GG selbst an verschiedenen Stellen von Selbstverwaltung spricht, hält es sie offenbar nicht für unzulässig.<sup>121</sup> Gehört zu ihrem Kern aber die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung, nimmt es offenbar auch Lockerungen des Legitimationszusammenhangs in Kauf. Vorgeschlagen wird zunächst, daß das Legitimationsdefizit durch eine demokratischen Binnensstruktur zu *kompensieren* sei.<sup>122</sup> Das würde jedoch die Prinzipien vom verfassungsrechtlich vorgesehenen Legitimationssubjekt, dem Staatsvolk lösen und ihnen eine eigenständige demokratische Legitimationswirkung zumessen.<sup>123</sup> Andere vertreten die Auffassung, das GG enthalte in Art. 20 II nur eine Art „*Mindestration*“ demokratischer Legitimation, die andere Möglichkeiten demokratischer Legitimation nicht ausschließe.<sup>124</sup> Doch ist dafür kein verfassungsrechtlicher Anhaltspunkt ersichtlich. Vielmehr verlangt das GG ausdrücklich, daß alle Staatsgewalt durch das Staatsvolk legitimiert sein müsse.<sup>125</sup> Schließlich wird eine Kompensation der demokratischen Legitimation der Selbstverwaltungskörperschaften aus dem Grundsatz der *Betroffenenpartizipation* vorgeschlagen.<sup>126</sup> Dem widerspricht aber die klare Fixierung des Grundgesetzes auf das Staatsvolk als demokratisches Legitimationssubjekt, wie es gerade dargestellt wurde. Das Verbandsvolk kann danach keine „alternative Resource demokratischer Legitimation“ sein.<sup>127</sup> Ferner stehen auch die Gleichheit der Wahl und der Grundsatz der parlamentarischen Demokratie entgegen.<sup>128</sup>

118 *Emde* 1991, S. 166: Sie reicht so weit, daß sich insofern nur noch bedingt von Selbstverwaltung sprechen läßt, *BVerfGE* 39, S. 302 ff. (313 f.): „Die Hauptaufgabe der Sozialversicherungsträger besteht in dem Vollzug einer detaillierten Sozialgesetzgebung, gleichsam nach Art einer übertragenen Staatsaufgabe. In diesem Bereich läßt sich der Sache nach nur bedingt von Selbstverwaltung sprechen. Als ‚Selbstverwaltung‘ kann hier nur die vom Gesetz eingeräumte und im Rahmen des Gesetzes bestehende organisatorische Selbständigkeit und die Erledigung dessen verstanden werden, was die Kassen als Maßnahmen vorbeugender, heilender und rehabilitierender Fürsorge für ihre Versicherten – nach den gesetzlichen Vorschriften zwar weisungsfrei, aber nicht frei von Rechtsaufsicht – ins Werk setzen.“  
119 Zu einem Gebot der Legitimationskompensation ausführlich: *Emde* 1991, S. 382 ff. u. 421 f.; dafür auch *Muckel* 2001, S. 171.

120 *Breuer* 1977, S. 9 f.

121 *Hendler* 1990, Rn. 50; *Püttner* 1990, Rn. 2 ff.

122 *Kleine-Cosack* 1986, S. 184 ff.; auch *Zacharias* 2001, S. 449 f.

123 Ablehnend daher *Jestaedt* 1993, S. 499.

124 *Emde* 1991, S. 326, 328, 333.

125 *Jestaedt* 1993, S. 509.

126 *Hendler*

1984, S. 309 u. 314 f.; *Kleine-Cosack* 1986, S. 186 f.; vgl. auch *Brohm* 1969, S. 253; kritisch *Böckenförde* 2004, Rn. 27 u. 33 f.

127 So aber *Emde* 1991, S. 383.

128 *Jestaedt* 1993, S. 505.



*Jestaedt* geht daher im Anschluß an Böckenförde<sup>129</sup> zu Recht davon aus, daß das Defizit demokratischer Legitimation nicht durch eine autonome „demokratische“ Legitimation kompensiert werden kann. Absenkungen des Legitimationsniveaus müssen danach verfassungsrechtlich selbst gerechtfertigt werden.<sup>130</sup> Dies sei etwa in Art. 87 II u. III GG geschehen, wenn dort Körperschaften vorgesehen seien.<sup>131</sup> Bei den Gemeinden und Kreisen sehe das GG selbst eine Kompensation der Verselbständigung durch die kommunale Selbstverwaltung aufgrund homogener Strukturprinzipien (Art. 28 I S. 2 GG) vor.<sup>132</sup> Im Bereich der akademischen Selbstverwaltung, nehme Art. 5 III GG einen bestimmten Freiraum von der staatlichen Einflußnahme und damit auch vom Geltungsbereich des Gebots demokratischer Legitimation aus.<sup>133</sup> Soweit aber von Hochschulen hoheitliche Gewalt ausgeübt werde, müsse sie demokratisch legitimiert sein. Die Legitimation des Handelns der Hochschulen zerfällt danach in einen autonom legitimierten und einen demokratisch legitimierten Bereich.<sup>134</sup> Eine autonome demokratische Legitimation scheidet danach aus.

Das GG sieht Selbstverwaltung und die mit ihr verbundenen Minderung demokratischer Legitimation vor. Soll dem Bürger daraus ein Weniger an Selbstbestimmung erwachsen? Das ist nicht der Fall: Auf der Grundlage „Idee der Selbstbestimmung der Bürger“ nimmt vielmehr die Verfassung den demokratischen Legitimationsanspruch zurück, um dem anderen Element dieser Idee, der individuellen, letztlich grundrechtsgetragenen Selbstbestimmung auch im Bereich der Ausübung öffentlicher Gewalt Platz zu machen. Kompensiert wird hier nicht die demokratische Legitimation durch eine autonome *demokratische* Legitimation; vielmehr wird die Rücknahme der demokratischen Legitimation aus der „Idee der Selbstbestimmung der Bürger“ durch eine andersartige Legitimation, die ebenso der Selbstbestimmung dient, verfassungsrechtlich gerechtfertigt.<sup>135</sup> Beide, die demokratische durch das Staatsvolk und die autonome Legitimation wurzeln im Prinzip der Selbstbestimmung. Das Niveau der demokratischen Legitimation kann aber abgesenkt werden, um Bereiche autonomer und über die Selbstbestimmung nicht weniger verfassungsrechtlich fundierter Legitimationsformen zu öffnen.<sup>136</sup> Dabei wird kein überpositives „Selbstbestimmungsprinzip“ als Grundlage demokratischer

129 Böckenförde 2004, Rn. 34; vgl. auch *Lepsius* 1999, S. 24.

130 Unzutreffend ist es, allein auf das zu erreichende Legitimationsniveau abzustellen, das durch eine (beliebig?) offene Anzahl von Legitimationsformen erreicht werden könne (so aber *Schliesky* 2004, S. 306 f.). Das GG legt die demokratische als die primäre Form fest. Nicht ausgeschlossen ist aber eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ergänzender Legitimationsformen zur Erreichung eines Mindestniveaus.

131 *Jestaedt* 1993, S. 544 f. u. 549 f.; Böckenförde 2004, Rn. 34; *Muckel* 2001, S. 169.

132 Böckenförde 2004, Rn. 25; *Jestaedt* 1993, S. 529.

133 *Jestaedt* 1993, S. 536.

134 *Haug-Herberger* 2001, Rn. 190 f.

135 *Tettinger* (1986, S. 45) schreibt: „Hier reicht es zur Wahrung des Demokratiegebotes aus, wenn der zuständige demokratisch legitimierte Gesetzgeber aus grundrechtlicher Sicht vertretbare Organisationsentscheidungen trifft und die betreffenden Organe und Amtswalter ihre personelle Legitimation dann durch Wahl der grundrechtlich zulässigerweise (zwangs-) inkorporierten Gruppe(n) erhalten.“ – Diese Legitimation bleibt aber eine nicht-demokratische, weil sie sich nicht aus der Quelle des Staatsvolks speist.

136 Vgl. zur Differenzierung der Funktionen beider Formen *Trute* 1997, S. 284 f.

Legitimation statuiert, dessen normative Verbindlichkeit zweifelhaft wäre.<sup>137</sup> Nur zeigt gerade die aktive Dimension der Grundrechte, daß sich die Selbstbestimmung der Bürger nicht in der Teilnahme an der Willensbildung durch das Staatsvolk erschöpft. Die Grundrechte reduzieren den Einzelnen nicht zum Objekt demokratisch legitimierter Wohltatenausschüttung und abwehrenden Kämpfer gegenüber demokratisch legitimierter Herrschaft.<sup>138</sup> Insofern fordert der Grundsatz der „bestmöglichen Partizipation“<sup>139</sup> nicht eine Durchbrechung der letztlich die Allgemeinheit des staatlichen Handelns fundierenden demokratischen Legitimation, sondern ihre Ergänzung, wo dies möglich und sinnvoll ist.<sup>140</sup> In elementarer Weise geschieht dies auf der Grundlage rechtlich anerkannter Interessen oder seiner Betroffenheit, wenn dem Bürger Partizipationsmöglichkeiten durch Information, Anhörungen und Kooperation in Verwaltungsverfahren eingeräumt werden.<sup>141</sup> Stärker ist diese Selbstbestimmung, wenn dem Bürger Mitentscheidungsmöglichkeiten oder Zustimmungsvorbehalte eingeräumt werden. Sie verdichtet sich zur mitgliedschaftlichen Trägerschaft als organisierte Mitentscheidung bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts, die durch das Selbstbestimmungsprinzip gerechtfertigt sein kann, bis hin zu ihrem Gefordertsein durch bestimmte Grundrechte, wie etwa Art. 5 III GG.<sup>142</sup> Der Einzelne kann keinen Einfluß auf das Allgemeine der Herrschaftsausübung nehmen, ohne dessen Allgemeinheit zu gefährden; hier kommt es auf seine Aggregation als Staatsvolk an. Wo aber die Herrschaft des Allgemeinen dem grundrechtlich gesicherten Recht der Einzelnen und ihrer freiwilligen Verbindungen nicht gerecht werden kann, ist es verfassungsrechtlich gerechtfertigt, ihnen

137 So aber *Maihofer* 1994, Rn. 75 ff.; auch *Haverkate* (1992, S. 330 ff.) begründet philosophisch und steht daher vor der Notwendigkeit, noch begründen zu müssen, warum diese philosophischen Forderungen in der ganz anderen Form des Rechts gelten sollen.

138 Häberle 1987, Rn. 65.

139 Der, wie *Maihofer* (1994, Rn. 83) zu Recht hervorhebt, kein Grundsatz der „größtmöglichen Partizipation“ ist.

140 Wenn *Haverkate* (1992, S. 340) schreibt: „Das Ziel individueller Selbstbestimmung ist durchgängiges Leitprinzip von den Grundrechten des forum internum bis hin zur Teilnahme an der Willensbildung des Gesamtstaates – und nicht zu vergessen: bis hin zur Teilnahme an der Willensbildung in der Europäischen Gemeinschaft. Demokratie erweist sich hier als Verlängerung individueller Selbstbestimmung, wie sie die Grundrechte sichern, in den Bereich des Öffentlichen und Staatlichen“, dann ist aber festzuhalten, daß nach der Verfassungsordnung des GG diese Selbstbestimmung im Prinzip der Volkssouveränität eine spezielle Ausformung gefunden hat, und insofern zur Begründung von Staatsgewalt positivrechtlich nicht mehr darauf zurückgegriffen werden kann. Darin erschöpft sich aber, wie der Anfang des Zitats zeigt, der Gehalt der Selbstbestimmung auch in gemeinschaftbezogener und politischer Hinsicht nicht, und insofern ist dann Art. 20 II S. 1 GG nicht das speziellere Gesetz.

141 *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 371 ff.; tragender Gesichtspunkt für die Partizipation ist hier die „Einsichtigkeit“ des Verwaltungshandelns, *Achterberg* 1986, § 19 Rn. 35 f.: „Transparenz tritt in Beziehung zur Freiheit – des mündigen Bürgers gegenüber dem Staat und damit auch den Verwaltungsorganen mit dem Ziel kontinuierlicher Partizipation – und zur Gleichheit – mit demjenigen, allen unterschiedlichen Interessen Gehör zu verschaffen: Öffentlichkeit und damit Einsichtigkeit wachsen hierdurch geradezu in Grundrechtsdimensionen hinein“. Vgl. auch *Hufen* (VVDStRL 62, 2003, S. 460), es gehe um „Selbst-Verwaltung des mündigen, des freien grundrechtsbezogenen Bürgers“.

142 Sofern sich dies nicht ausnahmsweise aus den Grundrechten ergibt, ist die Frage also nicht, ob die Mitentscheidung im Rahmen der körperschaftlichen Selbstverwaltung verfassungsrechtlich etwa durch das Rechtsstaatsprinzip notwendig ist, sondern ob sich die Absenkung des Niveaus demokratischer Legitimation verfassungsrechtlich rechtfertigen läßt. – Zwischen den genannten Formen der Verfahrensbeteiligung und der organisierten Mitentscheidung ergeben sich zahlreiche Zwischenformen – wie der ehrenamtlichen Mitwirkung, der Heranziehung von „sachkundigen Einwohnern“ zu Gemeindeausschüssen etc., *Ehlers* 2002, § 1 Rn. 27.

im Rahmen der Verträglichkeit mit dem Ganzen an der Gestaltung der besonderen Verhältnisse Mitwirkungsrechte einzuräumen.

Das BVerfG hat diesen Gedanken schon im KPD-Urteil anerkannt<sup>143</sup> und wendet ihn konkret auf die Körperschaften an, wenn es in der Entscheidung über das Lippeverbandsgesetz schreibt, das GG sei „offen für Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt, die vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation abweichen“.<sup>144</sup> Es fordert also *keine* Kompensation für die Abweichung von der demokratischen Legitimation, auch keinen ergänzenden demokratischen Legitimationsmodus,<sup>145</sup> sondern sieht „besondere Formen der Beteiligung von Betroffenen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ als zulässig an.<sup>146</sup> In diesen Partizipationsformen anerkennt das Gericht eine Ergänzung und Verstärkung des demokratischen Prinzips, die „der Verwirklichung des übergeordneten Ziels der freien Selbstbestimmung aller dient“.<sup>147</sup> Beide Prinzipien stünden

143 *BVerfGE* 5, S. 85 ff. (204): „Um seiner Würde willen muß ihm eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden. Für den politisch-sozialen Bereich bedeutet das, daß es nicht genügt, wenn eine Obrigkeit sich bemüht, noch so gut für das Wohl von ‚Untertanen‘ zu sorgen; der Einzelne soll vielmehr in möglichst weitem Umfange verantwortlich auch an den Entscheidungen für die Gesamtheit mitwirken“. Auch wenn es diesen Gedanken „in erster Linie“ auf den Bereich der gesellschaftlichen Meinungsbildung angewendet hat, trägt er doch weiter und ist nicht darauf beschränkt, *Kopp* 1992, S. 17.

144 *BVerfG* Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (678 u. 679) – Lippeverbandsgesetz; hierzu jetzt auch *Musil* 2004, S. 116; *Unruh* 2003, S. 1061 ff.; *Häußermann* 2004, S. 22 ff.

145 So aber etwa das *BVerwG* (NJW 1999, S. 2292 ff. [2295]): „Mit der Gewährung funktionaler Selbstverwaltung innerhalb eines von vornherein durch Wesen und Aufgabe der Körperschaft begrenzten Bereichs hat der Staat einzelnen gesellschaftlichen Gruppen Satzungs Gewalt zu dem Zweck verliehen, durch demokratisch gebildete Organe in überschaubaren Bereichen solche Angelegenheiten zu regeln, die sie selbst betreffen und die sie am sachkundigsten beurteilen können. Die nach dem Demokratiegebot grundsätzlich zu fordernde demokratische Rückanbindung an die Volksvertretung wird hier durch eine mitgliedschaftliche Binnenstruktur der jeweiligen Verantwortung der Volksvertretung kompensiert“.

146 *BVerfG* Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz.  
 147 *BVerfG* Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz. Das Gericht bleibt aber unklar in bezug auf das Verhältnis von Selbstbestimmung, Selbstverwaltung und Demokratieprinzip (zu Recht insofern *Jestaedt* 2004, S. 652): Neben der gerade zitierten Formulierung, die auf die Annahme eines Ergänzungsverhältnisses von Selbstverwaltung und Demokratie hindeutet, finden sich andere, die nahelegen, daß das Gericht Selbstverwaltung als Bestandteil des Demokratieprinzips ansieht: „im demokratischen Prinzip wurzelnde Grundsätze der Selbstverwaltung“, „Die funktionale Selbstverwaltung kann als Ausprägung dieses Prinzips [des demokratischen, S.K.] verstanden werden“. Wenn die erste Annahme zutrifft, tritt die funktionale Selbstverwaltung von außen an das Demokratieprinzip und ergänzt es; trifft die zweite zu, ist das Selbstverwaltungsprinzip Bestandteil des Demokratieprinzips. Die Frage, auf welches Verhältnis das Gericht primär abstellt, beantwortet sich durch seinen Bezug auf die Selbstbestimmung: Wäre das Selbstverwaltungsprinzip Bestandteil des Demokratieprinzips bedürfte es des Rekurses auf das Prinzip der Selbstbestimmung nicht, auf das beide ausgerichtet sein sollen. Mithin unterscheidet das Gericht nicht nur Demokratieprinzip und Selbstverwaltung, sondern sieht das erstere Prinzip als „offen“ für „andere Formen der Ausübung von Staatsgewalt“, nämlich die Selbstverwaltung an. Beide Prinzipien sind nicht Ausprägungen desselben Demokratieprinzips, sondern des beiden übergeordneten Prinzips der freien Selbstbestimmung. Daß dieses Verhältnis gemeint ist, bestätigt sich auch durch den Verweis auf *Maihofer* (1994, S. 490 ff.) und auf seine eigene Judikatur, insbesondere E 44, S. 125 ff. (142) – Öffentlichkeitsarbeit, wo es heißt: „Der Staat des Grundgesetzes ist der Entscheidungszusammenhang und Verantwortungszusammenhang, vermittels dessen sich das Volk nach der Idee der Selbstbestimmung aller in Freiheit und unter der Anforderung der Gerechtigkeit seine Ordnung, insbesondere seine positive Rechtsordnung als verbindliche Sollensordnung setzt“. Dem Ziel freier Selbstbestimmung aller dient die demokratische Selbstbestimmung des Staatsvolkes, wie sie in Art. 20 II GG und an zahlreichen weiteren Stellen ausgeprägt ist, ihm dient auch die Selbstverwaltung, wie sie im GG nur vereinzelt Erwähnung gefunden hat. Vor diesem Hintergrund muß das Demokratiegebot mit dem BVerfG einschränkend dahin interpretiert

nicht im Gegensatz zueinander: „Sowohl das Demokratieprinzip in seiner traditionellen Ausprägung einer ununterbrochen auf das Volk zurückgehenden Legitimationskette für alle Amtsträger als auch die funktionale Selbstverwaltung als organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen verwirklichen die verbindende Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung.“<sup>148</sup> Die Legitimation durch die Staatsbürger kann also ergänzt und verstärkt werden durch eine letztlich grundrechtsgetragene Legitimation. Dadurch kann den Legitimationsproblemen, die Organisationen aufwerfen, die zugleich öffentliche und private Interessen in der besonderen Gestalt, die sie durch die öffentlich-rechtliche Organisation erfahren, verfolgen, Rechnung getragen werden, ohne daß die Gemengelage auseinanderdividiert werden müßte, weil ein Teil notwendig demokratisch durch das Volk, ein anderer aber durch die Betroffenen legitimiert werden könnte. Schließlich hat das BVerfG als dritten Grund für die Einräumung von Selbstverwaltung an verselbständigte Verwaltungsorganisationen neben der Aktivierung gesellschaftlicher Kräfte und der Nutzung besonderer Sachkunde der Bürger auch anerkannt, daß die Selbstverwaltung „darauf angelegt [ist, SK], eine gesetzlich angeordnete Zwangsmitgliedschaft durch Beteiligungsrechte zu kompensieren“.<sup>149</sup> Der individuelle Nachteil durch die Zwangsmitgliedschaft läßt sich also durch gesteigerte Mitwirkungsrechte die keine demokratischen sind<sup>150</sup> – kompensieren.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden: Auf allen Ebenen staatlichen Handelns sollen sich die Bürger selbst regieren. Dieses „übergeordnete Ziel der freien Selbstbestimmung aller“ bzw. die Idee, „die Freiheit durch Selbstbestimmung zu sichern“,<sup>151</sup> gliedert sich verfassungsrechtlich in das demokratische Prinzip und die dieses ergänzende und verstärkende Legitimationsform der funktionalen Selbstverwaltung.<sup>152</sup> Auch insofern sollen die Bürger nicht nur Adressaten und Schutzsubjekte der staatlichen Gewalt, sondern auch der Autor (Citoyen) dieser

---

werden, daß es „offen“ ist für das „andere“ Prinzip der Selbstverwaltung. Die Zurücknahme der demokratischen Legitimation ist also aufgrund der freien Selbstbestimmung durch eine Ausweitung des Selbstverwaltungsprinzips zu rechtfertigen.

148 BVerfG Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz.

149 BVerfG NVwZ 2002, S. 851 f. unter Bezugnahme auf BVerwGE 106, S. 64 ff. (83) – Vorlagebeschuß zum Lippeverbandsgesetz. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2002, S. 335 ff. (337) – Pflichtmitgliedschaft in der IHK. Die „Heterogenität“ dieser Argumentation ist also nicht zu kritisieren (*Jestaedt* 2004, S. 652). Vielmehr kommt es gerade auf sie an: Die Rücknahme der demokratischen Legitimation wird nicht demokratisch, sondern durch ein die Demokratie fundierendes Prinzip, die aus der Menschenwürde folgende individuelle Selbstbestimmung gerechtfertigt.

150 Anders aber *Kluth* 2002, S. 300.

151 *Schmidt-Aßmann* 1991b, S. 124; *ders.* 1998, S. 88.

152 In dieser Aufgliederung der Wirkung des Prinzips der Selbstbestimmung in das demokratische Prinzip einerseits und das Selbstverwaltungsprinzip andererseits unterscheidet sich die vorgetragene Auffassung von der Konzeption *Emdes*. Bei ihm ist demokratische Legitimation der einzige Grund für die Rechtfertigung öffentlicher Gewalt. Diese Prinzip wird überhöht durch das „Dogma der individuellen Selbstbestimmung“ (1991, S. 384). Durch diese Überhöhung spaltet sich das Demokratieprinzip in wundersamer Weise in sich selbst in einen Kernbereich demokratischer und der Möglichkeit autonomer demokratischer Legitimation (1991, S. 387 u. 404). Entsprechend bleibt das Staatsvolk anders als bei *Emde* (1991, S. 389) der alleinige legitimationsstiftende Bezugspunkt für das demokratische Prinzip; vor dem Hintergrund des übergeordneten Prinzips der Selbstbestimmung ist es jedoch einschränkend dahin zu interpretieren, daß dieser Selbstbestimmung dienende andere Formen der Einflußnahme des Bürgers auf die Ausübung von Staatsgewalt gerechtfertigt werden können.

Regelungen sein.<sup>153</sup> Dazu wird den Bürgern in der Körperschaft ein Freiraum eröffnet, in den sie ihre Selbstorganisationsfähigkeit einbringen können: Insofern trifft sich dieses Prinzip mit der anglo-amerikanischen Idee des Self-government.<sup>154</sup> Das Prinzip der Selbstverwaltung trägt diesen Gedanken bis in die Verwaltung hinein und modifiziert ihn, ihrer Stellung im gewaltenteiligen demokratischen Verfassungssystem entsprechend. Hier zeigt sich, daß die Errichtung von Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht nur eine Verselbständigung von Verwaltungsträgern bedeutet, sondern eine Ausdifferenzierung autonomer Legitimationsstrukturen, die zugleich den mit der Zwangsmitgliedschaft verbundenen Nachteil kompensiert. Der status activus kommt nur – aber immerhin – in beiden Dimensionen anders zum Ausdruck: Während es sich bei der Demokratie um ein die gesamte staatliche Ordnung durchdringendes und zudem höchstrangiges Prinzip (Art. 79 III GG) handelt, betrifft die Selbstverwaltung den status activus des Bürgers innerhalb der zweiten Gewalt mit einer Bedeutung, die entweder gar nicht (funktionale Selbstverwaltung) oder jedenfalls in einer modifizierbaren Form (kommunale Selbstverwaltung) verfassungsrechtlich geschützt ist.<sup>155</sup> Dieser Unterschied der Funktion hat einen unterschiedlichen Träger zur Folge: Träger des Demokratieprinzips und damit Legitimationssubjekt staatlicher Gewalt ist, das Staatsvolk;<sup>156</sup> Träger der Selbstbestimmungsrechte sind die Mitglieder der Verbände und in ihrer Einheit die Verbandsvölker der Körperschaften.

### c. *Konsequenzen des Ergänzungsverhältnisses von Demokratie und Selbstverwaltung*

Autonome, körperschaftliche Legitimation und demokratische Legitimation können damit prinzipiell in Konflikt geraten. Aus der unterschiedlichen normativen Dignität ergibt sich ein Vorrang des Demokratieprinzips und demokratisch begründeter Entscheidungen. Das bedeutet, daß sich die Selbstbestimmung des Verbandsvolks durch die Selbstverwaltung immer nur im Rahmen der parlamentarisch legitimierten Gesetze vollziehen kann: Demokratie kommt als egalitäre, Rousseausche Demokratie ohne Selbstverwaltung, Selbstverwaltung aber nicht ohne Demokratie aus.<sup>157</sup>

153 *Habermas* 1994, S. 153 f. u. 136, zur kommunalen Selbstverwaltung S. 237; *ders.* 1996/10, S. 301.

154 *Sandel* 1996, S. 26: „On the republican view, liberty is understood as a consequence of self-government. I am free insofar as I am a member of a political community that controls its own fate, and a participant in the decisions that govern its affairs“. Zur amerikanischen Tradition des Self-government und ihrer Aktualität in der gegenwärtigen Demokratiedebatte: *ders.*, a.a.O., S. 5 f. u. 25 f.; zur englischen Tradition *Heffter* 1969, S. 99 f. u. 372 ff.; *Frotscher* 1983, S. 128 f.

155 *Schmidt-Aßmann* 1991b, S. 124; der Bürger ist hier in seiner Selbstbestimmung an die über seine Wahlen an den Repräsentativorganen der Gesetzgebung selbst gesetzten Beschränkungen gebunden. Mit *Habermas* könnte man davon sprechen, daß das Medium seiner Selbstbestimmung, das zunächst nur über die Verfassung limitiert war (so weit *Habermas* 1994, S. 160) nun auch durch die infolge dieser Selbstbeschränkung ergangenen verfassungsmäßigen Gesetze beschränkt ist.

156 *BVerfGE* 83, S. 37 ff. (50).

157 *Schmidt-Aßmann* 1987, S. 257; vgl. auch *Frotscher* 1983, S. 143 f.

Die gemeinsame Fundierung von Demokratie- und Selbstverwaltungsprinzip im Gedanken der Selbstbestimmung<sup>158</sup> oder sogar Selbstregierung<sup>159</sup> erlaubt nun differenziertere Begründungen bei Abweichungen vom Modus der Rekrutierung der Organwalter durch die Körperschaftsmitglieder, als dies möglich wäre, wenn man nur eine demokratische Legitimation (*Jestaedt*) oder eine solche und eine ergänzende autonome demokratische Legitimation zuließe (*Emde*). Die Einheit von im Selbstbestimmungsprinzip wurzelndem demokratischen und Selbstverwaltungsprinzip bleibt auch wirksam, wenn das Grundgesetz mit dem Homogenitätsprinzip des Art. 28 I 2 nun die Einheit der staatlichen und kommunalen Gebietskörperschaften betont und die letzteren von den Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung abhebt: „Das Demokratieprinzip prägt das Bild der Selbstverwaltung, wie sie der Gewährleistung des Art. 28 II zugrunde liegt“.<sup>160</sup> Die über ein Gebiet und nicht eine Gleichgerichtetheit der Interessen, Berufstätigkeit etc. integrierten Mitglieder besitzen eine demokratische Selbstbestimmung, die funktional integrierten eine „mitgliedschaftliche Partizipation“.<sup>161</sup> Art. 28 I S. 2 verdeutlicht, daß es die Teilmöller<sup>162</sup> der Länder und der Gemeinden gibt, von denen demokratische Legitimation ausgehen kann (s. u.).<sup>163</sup> Wie diesen im Bereich ihres Staatsgebietes so kommt den Gemeinden lokale Allzuständigkeit und eine entsprechende Legitimationsstruktur zu. Zwar spricht Art. 28 I S. 2 GG von „dem Volk“ im Singular, zugleich gliedert es dieses Volk aber und ordnet es staats- und verwaltungsrechtlichen Gebietskörperschaften zu. Deren Handeln soll durch diese Teilmöller demokratisch legitimiert werden. Als Mitglieder der Gebietskörperschaften legitimieren sie die Hoheitsgewalt der zurechenbaren juristischen Person, der sie unterworfen sind. Sie sind aber gleichwohl körperschaftliche Legitimationsformen.<sup>164</sup> Sie beruhen auf der Mitgliedschaft zu einem dem Staat eingegliederten Verband, von dessen Entscheidungen die Gemeindebürger in lokal abgehobener Weise besonders betroffen sind.

Legitimatorisch betrachtet nehmen die kommunalen Gebietskörperschaften eine Mittelstellung ein zwischen der nur durch die Verfassung begrenzten demokratischen Legitimation durch das Staatsvolk und der mitgliedschaftlichen Selbstbestimmung durch die funktionale Selbstverwaltung. Mit dieser teilen sie die gesetzliche und damit durch das Gesamtvolk vermittelte Beschränkung ihrer

158 *BVerfG* Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz; und nicht, wie es im Facharztbeschuß heißt, daß „die Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie ... im demokratischen Prinzip“ wurzelten, *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (159).

159 *Böckenförde* 2004, Rn. 35 erwähnt beides; *Trute* 1994, S. 211; *Frotscher* 1983, S. 127 ff.

160 *BVerfGE* 91, S. 228 ff. (244) – Gleichstellungsbeauftragte.

161 Hier bestätigt sich also, daß nicht jede „politische Teilnahme auch demokratisch ist“, *Hendler* 1986, S. 305.

162 *Böckenförde* 2004, Rn. 31. Mit der Verwendung des Singulars „das Volk“ soll eine entsprechend strukturierte Vertretung in den Ländern, Kreisen und Gemeinden haben, macht das GG deutlich, daß es nicht in erster Linie an die Mitglieder der Gebietskörperschaften als Einheit, sondern auch hier an das Staatsvolk denkt, das sich in die räumlich abgegrenzten Teilmöller gliedert. Hierzu auch *Groß* 1999, S. 167 f.

163 Die Gebietskörperschaften verbreitern so die Basis der Demokratie; *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 350, setzt hinzu: „Das demokratische Prinzip läßt es nicht beliebig zu, anstelle des Gesamtvolkes jeweils einer durch örtlichen Bezug verbundenen kleineren Gesamtheit von Staatsbürgern Legitimationskraft beizulegen“. Hieraus ergeben sich Anforderungen an die Organisationsgröße von derartigen Legitimationsobjekten, die ein Mindestmaß nicht unterschreiten dürfen.

164 Anders aber *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 380.

Selbstbestimmung, mit jener die gleiche Struktur.<sup>165</sup> Innerhalb der Träger der funktionalen Selbstverwaltung muß nach der Qualität dieser Partizipationsmöglichkeiten unterschieden werden: Eigenverantwortliche Betroffenenverwaltung<sup>166</sup> vollzieht sich in allen Formen; ob sie aber als anstaltliche Selbstverwaltung oder als körperschaftliche ausgestaltet ist, ergibt einen deutlichen Unterschied in der Selbstbestimmung des Bürgers.<sup>167</sup> Die der pflichtigen Einbindung in die Organisation durch den Mitgliedschaftsstatus entsprechenden ausgeprägteren Partizipationsmöglichkeiten stärken die Selbstbestimmung aller vom Organisationshandeln Betroffenen. Diese Binnenstruktur rückt die Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung auch in legitimatorischer Hinsicht wieder näher an die Gebietskörperschaften als die Anstalten:<sup>168</sup> „organization matters“ also auch insofern. Innerhalb der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung muß dann weiter nach dem Grund der Legitimation unterschieden werden, nämlich danach, ob sie eher dem Modell der kommunalen Selbstverwaltung angenähert ist oder ob sie als Ausdruck der Bedeutung der Grundrechte für die Körperschaft anzusehen und ggf. in ihrem Gewicht zu differenzieren ist.<sup>169</sup> Im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung können nach dem Einfluß verfassungsrechtlich geschützter Interessen Abweichungen von der demokratischen Legitimation gerechtfertigt werden.<sup>170</sup> Die vergleichsweise geringste Bedeutung kommt den in und durch die Organisation zu schützenden grundrechtlichen Interessen in der Sozialversicherung zu. Diese Interessen sind im Kammerwesen schon stärker ausgeprägt und führen zu einer höheren entsprechenden Legitimation. Über Art. 14 GG vermittelt sind die Mitentscheidungsbefugnisse in den Realkörperschaften, bei denen sich Mitgliedschaft und Mitgliedschaftspflichten auf die Belegenheit des Grundstücks im Körperschaftsgebiet stützt.<sup>171</sup> Eine weitgehend staats-autonome Legitimationsbasis besitzen dann die grundrechtstragenden Körperschaften, wie die Hochschulen.<sup>172</sup> Die individuelle Forschungsfreiheit (Art. 5 III GG) tritt hier als Gegenprinzip zu Art. 20 II GG auf und fordert Mitbestimmung bei der Organisation der Wissenschaft.<sup>173</sup>

Da es für das autonome Legitimationssubjekt auf die Betroffenheit ankommt, ergibt sich für die möglichen Aufgaben, die Körperschaften des öffentlichen Rechts übertragen werden können, daß sie abgrenzbar sein müssen, d. h. nicht alle Staatsbürger in gleicher Weise, sondern einen abgrenzbaren Teil des Volks in besonderer Weise betreffen müssen.<sup>174</sup> *Trute* schreibt treffend: „Autonome Formen der

165 *Böckenförde* 2004, Rn. 31; eine widerspruchsfreie Einordnung ist somit möglich, anders für Theorien der Kompensation demokratischer Legitimationsdefizite *Jestaedt* 1993, S. 516.

166 So die Definition der Selbstverwaltung von *Hendler* 1986, S. 284; auch *ders.* 1996, S. 212; *Jestaedt* 2002, S. 311.

167 Zu Recht hebt *Trute* hervor, daß die autonome Legitimation bei den Körperschaften wegen dieser Binnenstruktur gewissermaßen am „greifbarsten“ sei, sich aber nicht in diesen erschöpfe, und verweist auf die DFG, *Trute* 1994, S. 213.

168 *Emde* (1991, S. 387).

169 *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 345.

170 *Brohm* 1969, S. 261: Von der Aufgabe her gerechtfertigt werden.

171 *Kluth* 1997, S. 449 f.

172 *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 103.

173 „Nicht demokratische Egalität der Mitwirkungschance, sondern grundrechtliche Differenziertheit ist hier ein verfassungsnotwendiges Organisationsgebot.“, *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 382.

174 *Emde* 1991, S. 381; *Jestaedt* 1993, S. 37.

Legitimation reichen immer nur soweit, wie abgrenzbar eigene Interessen geregelt werden.<sup>175</sup> *Brohm*, der die Legitimation durch ein Verbandsvolk befürwortet, nimmt als Kriterien für sein Bestehen eine „gewisse soziale Homogenität der Betroffenen“, die etwa in einer „Gruppenethik“ in einer „Standesgemeinschaft“ oder auch in gemeinsamen Anliegen und Interessen zum Ausdruck kommen kann, an.<sup>176</sup> Das BVerfG hat deshalb als zulässige Ziele der körperschaftlichen Selbstverwaltung angesehen: ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen zu schaffen, verwaltungsexternen Sachverstand zu aktivieren und sachgerechten Interessenausgleich zu erleichtern.<sup>177</sup> Das geht nicht „auf Kosten der Legitimationskraft des Parlamentsgesetzes“,<sup>178</sup> sondern mildert die Folgen der demokratisch legitimierten Einbeziehung des Einzelnen in die öffentliche Organisation durch Mitwirkung an der im gesetzlich gesteckten Aufgaben- und Handlungsrahmen erfolgenden Selbstverwaltung der Körperschaft.

Grundrechtsbasierte Mitwirkung erlaubt eine wesentlich größere Spannweite für Differenzierungen. So ist anerkannt, daß der Gruppe der Hochschullehrer im Rahmen der Selbstverwaltung der Universität ein besonderes Gewicht zukommen muß. Eine rein demokratische Legitimation würde hier gar nicht ausreichen, weil sie nicht auf die in gleicher Weise verfassungsrechtlich gebotenen Differenzierungen reagieren könnte.<sup>179</sup> Problematisch könnte der unterschiedliche Einfluß der Mitglieder bei denjenigen Realkörperschaften wie etwa den Forstbetriebsverbänden sein. Hier hängt das Stimmrecht von der Größe des belegenen Grundstücks ab (§ 28 III BWaldG). Inhabern großer Grundstücke kommen hier mehr Stimmen zu als denen kleinerer Grundstücke, so daß auch ihr Einfluß auf die Verbandsversammlung größer ist. Gerade hier zeigt sich jedoch, daß die Grundlage der autonomen Legitimation der Körperschaften Ausdruck der besonderen Betroffenheit durch die Aufgaben der Körperschaft ist. Inhaber großer Grundstücke sind aber durch die Entscheidungen der Forstbetriebsverbände stärker betroffen als die kleineren.<sup>180</sup> Auch sie sind jedoch betroffen, und so muß auch den Inhabern kleinerer Grundstücke mindestens eine Stimme verbleiben (§ 28 III S. 2 BWaldG).

Das BVerfG sieht aber eine Grenze der autonomen Begründung von Körperschaften des öffentlichen Rechts dort an, wo es um Entscheidungsbefugnisse geht – also in wichtigen Bereichen ihrer Tätigkeit. Hier bedeutet die Einbindung der körperschaftlichen Selbstverwaltung in die gesetzliche Ordnung, daß die wesentlichen Entscheidungen dem demokratischen Gesetzgeber vorbehalten sind.<sup>181</sup>

Inwieweit mithin Körperschaften Legitimation durch ihre Willensbildung ergänzen können, ist eine Frage ihrer Binnenorganisation und ist dort abzuhandeln.<sup>182</sup>

175 *Trute* 1994, S. 382; zustimmend *Burgi* 2002, § 52 Rn. 25.

176 *Brohm* 1969, S. 262.

177 *BVerfG* Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz.

178 So aber *Lepsius* 1999, S. 28.

179 *Trute* 1994, S. 212: „Demokratische Legitimation bezieht sich dann auf die Institutionalisierung als solche, die staatliche Zwecksetzung, deren Sicherung und die Vermittlung der eigenständigen Interessenwahrnehmung mit den übrigen staatlichen Aufgaben und Rechten Dritter, autonome Legitimation auf die Verwaltung eigener Angelegenheiten“.

180 Grundlage des Stimmgewichts ist nicht die Person, sondern das Grundstück, *Emde* 1991, S. 409.

181 *BVerfG* Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz.

182 Vgl. auch *Groß* 1999, S. 197, der allerdings eine Kompensation der Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus durch Kollegialstrukturen vorsieht.



Daß eine solche Kompensation aber prinzipiell möglich ist und unter welchen Voraussetzungen dies geschehen kann, wurde vorstehend gezeigt. Es ist jedoch deutlich, daß ein wichtiger Unterschied im Legitimationsmodus der Selbstverwaltungsträger zwischen den Anstalten und den demokratisch ausdifferenzierten Körperschaften besteht, der alleine schon ihre Differenzierung ermöglicht und rechtfertigt. Auszugehen ist von einem auf Selbstbestimmung gegründeten Begriff der Legitimation. Demokratische Legitimation muß dabei in den Formen der freien, gleichen, unmittelbaren, geheimen und das ganze Legitimationssubjekt erfassenden Weise begründet werden. Selbstbestimmung kann aber auch durch den aktiven Gebrauch der Grundrechte vermittelt werden. In der körperschaftlichen Selbstverwaltung findet gewissermaßen eine organisatorische Wiedervereinigung der in der hierarchischen Ministerialverwaltung in demokratische Legitimation einerseits<sup>183</sup> und gesellschaftlich-grundrechtliche Selbstverwirklichung andererseits getrennten „Idee der Selbstbestimmung“ der Bürger statt. In einer Organisation, die Herrschaftsgewalt ausübt, wird den Bürgern zugleich die Möglichkeit der Realisierung ihrer Grundrechte geboten. Dies schafft – hier bildet die kommunale Selbstverwaltung eine Ausnahme – keine kompensierende demokratische Legitimation, stärkt aber die Stellung der Mitglieder in der Organisation und mildert so die Schwere des mit der Einbeziehung in die Körperschaft verbundenen Nachteils. Gerade wenn die Mehrheit der Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht wie etwa die Hochschulen primär im Einzel- oder gesellschaftlichen Interesse, sondern überwiegend im Gemeininteresse errichtet werden,<sup>184</sup> kann die über die Mitgliedschaftsbeziehungen vermittelte autonome Legitimation die gelockerte demokratische nicht vollständig ersetzen, sondern nur die Folgen der Belastung für die Mitglieder abfedern. Zugleich kann so sachlich die über das Gesetz vermittelte Einheitlichkeit demokratischer Entscheidungen mit der Möglichkeit einer Ausdifferenzierung der Verwaltungsorganisation vermittelt werden, die den immer heterogeneren Umweltanforderungen gerecht wird.<sup>185</sup>

### 3. Zur föderalen Gliederung der Organisationsgewalt (Art. 30 u. 83 ff. GG)

Die Art. 30 und 83 ff. GG enthalten wesentliche Differenzierungsprinzipien des Funktionssystems der Verwaltung durch die Festlegung von Verwaltungskompetenzen, die das Gesamtbild eines „Vollzugsföderalismus“ abgeben.<sup>186</sup> Sie verteilen dadurch die Organisationsgewalt auf die Gebietskörperschaften Bund und Länder

183 Als Typus zugleich der Fremdsteuerung, *Groß* 1999, S. 110 f.

184 *BVerwG NVwZ* 1999, S. 879 ff. (873).

185 Hierzu *Brohm* 1969, S. 285 f.

186 Berliner-Kommentar-*Groß* Art. 83, Rn. 9. Angesichts dieser Differenzierung ist es in der Tat überraschend, daß die Landesverfassungen im Verhältnis zum GG nur geringe Vorgaben für die Organisation der unmittelbaren Staatsverwaltung enthalten. Grund dafür dürfte sein, daß sich die Landesverfassungen auf generalklauselartige Regelungen beschränken, um sich nicht mit den sonst erforderlichen Detailregelungen zu überfrachten, *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 81 Rn. 116. Im Bereich der rechtlich verselbständigten Verwaltungsorganisationen werden jedoch die kommunalen Gebietskörperschaften und in einigen Bundesländern auch die übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts näheren landesverfassungsrechtlichen Regelungen unterworfen (vgl. etwa Art. 71 LV-BW).

und stellen zugleich Forderungen an die Verselbständigung von Verwaltungsorganisationen und legen deren Grenzen fest. Parallelzuständigkeiten sind danach ausgeschlossen, auch wenn – begrenzt durch eine klare Verantwortungszurechnung („Verbot der Mischverwaltung“) eine Verzahnung der Verwaltungszuständigkeiten zulässig ist.<sup>187</sup>

### a. Die Organisationsgewalt der Länder

Nach der verfassungsrechtlichen Grundkonzeption sind die Länder für die eigenverantwortliche Wahrnehmung von Verwaltungsfunktionen zuständig. Das gilt zunächst für die nicht bundes-gesetzesakzessorische Verwaltung (Art. 30 GG). Der Vollzug der Landesgesetze bleibt danach bei den Bundesländern.<sup>188</sup> Im Rahmen des Grundgesetzes und der Landesverfassungen führen sie die Landesgesetze weitgehend unbeeinflusst durch bundesstaatliche Ingerenz aus.<sup>189</sup> Die Zuständigkeit zur Regelung der kommunalen Körperschaften liegt danach bei den Ländern, in deren Verfassungen und Organisationsgesetzen<sup>190</sup> sie näher ausgestaltet ist.<sup>191</sup>

Aber auch der Vollzug der Bundesgesetze ist vorrangig von Ländern in eigener Verantwortung als landeseigene Verwaltung eigenverantwortlich wahrzunehmen (Art. 83 GG).<sup>192</sup> Für bestimmte öffentliche Aufgaben sieht das GG jedoch vor, daß sie als bundeseigene Verwaltung (Art. 86 f. GG) erfüllt werden sollen („obligatorische Bundesverwaltung“) oder können („fakultative Bundesverwaltung“).

Dieser Grobgliederung folgend, steigen die Ingerenzmöglichkeiten des Bundes bei der Ausführung seiner Gesetze von der Bundesaufsichts- über die Bundesauftrags- bis zur bundeseigenen Verwaltung.

Am schwächsten sind die Einwirkungsmöglichkeiten bei der landeseigenen Verwaltung der Bundesgesetze, die lediglich unter einer *Bundesaufsicht* steht. Die Länder sind hier zwar verpflichtet, die Bundesgesetze effektiv auszuführen und eine hierzu geeignete Verwaltungsorganisation bereitzuhalten,<sup>193</sup> die Organisationsgewalt in bezug auf die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben steht ihnen aber zu (Art. 84 I GG).<sup>194</sup> Abweichungen können sich nur aus der Verfassung ergeben (s. u.) oder durch ein zustimmungsbedürftiges Bundesgesetz festlegt werden.<sup>195</sup> Sie

187 *Papier* 1996, S. 276.

188 Der Bund hat allerdings im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung die Landesgesetze zu beachten (str.), GG-Kommentar Dreier-Hermes Art. 83, Rn. 29 f.

189 v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 83, Rn. 25; *Krebs* 1988, Rn. 60 f.

190 Zu allgemeinen Organisationsgesetzen (LVG-BW, LOG-BBg, LOG-NRW, LOG-Saar, LVwG-SH) und Gesetzen für spezielle Verwaltungsorganisationen (Kommunalgesetze, Kammergesetze) Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 82 Rn. 60 ff.

191 *Bovenschulte* 2000, S. 130 ff.; *Gern* 2003, Rn. 38; *Schmidt-Aßmann* 2003, Rn. 2.

192 Art. 83 GG konkretisiert also Art. 30 GG mit Rücksicht auf den Vollzug von Bundesgesetzen, Berliner-Kommentar-Groß Art. 83, Rn. 7; *Traumann* 1998, S. 112 ff.

193 GG-Kommentar Dreier-Hermes Art. 83, Rn. 34.

194 Berliner-Kommentar-Groß Art. 83, Rn. 23; *Schmidt-De Caluwe* 1993, S. 117; GG-Kommentar Dreier-Hermes Art. 83, Rn. 33 u. Art. 84, Rn. 17; v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 83, Rn. 22.

195 *Schmidt-De Caluwe* 1993, S. 117; *Hebeler* 2002, S. 166; hinzu treten noch ungeschriebene Verwaltungskompetenzen des Bundes, die vor dem Hintergrund der länderschützenden Kompetenzverteilung der Art. 83 ff. GG nur unter den engen Voraussetzungen, daß die entsprechenden Verwaltungsaufgaben durch die Länder überhaupt nicht erfüllt werden können, insbesondere nur einheitlich vollzogen werden können, bestehen, v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 83, Rn. 80.

können dazu eine unmittelbare hierarchisch gegliederte Landesverwaltung aufbauen und rechtlich verselbständigte Verwaltungseinheiten errichten.<sup>196</sup> Auch wenn das GG hier nur von „Behörden“ spricht, ist der Ausdruck doch nicht eng, sondern weit im Sinne von „Organisation“ zu verstehen, so daß auch juristische Personen des öffentlichen Recht damit gemeint sind.<sup>197</sup> Außerdem regeln die Länder die Binnenstruktur dieser Verwaltungsorganisationen und ihre Verfahren. Umstritten ist, ob Art. 84 I GG eine eigenständige Gesetzeskompetenz zur Regelung von Einrichtung und Verfahren der Behördenorganisation begründet<sup>198</sup> oder ob insoweit nur eine zu anderen Kompetenzzuweisungen (Art. 70 ff. GG) strikt akzessorische Regelung vorliegt.<sup>199</sup> Geht man von der grundsätzlichen ländereigenen Verwaltung der Bundesgesetze aus, wie sie in Art. 83 GG festgehalten ist, dann ordnet Art. 84 I GG zunächst an, daß die Länder für die Verwaltungsorganisation und das -verfahren zuständig sind, auch wenn der Bund die Sachkompetenz zur Gesetzgebung hat. Zugleich legt Art. 84 I GG die besonderen Voraussetzungen fest (Zustimmung des Bundesrates), die der Bund zu erfüllen hat, wenn er doch ausnahmsweise in diesem Bereich die Behördenorganisation regeln will.<sup>200</sup> Danach enthält Art. 84 I GG nur eine akzessorische Kompetenz des Bundes, die die Zuweisung der Sachkompetenz nach Art. 70 ff. GG voraussetzt. Die Folge davon ist, daß der Bund nur insofern er nach den Art. 70 ff. GG materiell die Gesetzgebungskompetenz besitzt, mit Zustimmung des Bundesrates Regelungen über die Verwaltungsorganisation auf Kommunalebene treffen darf.<sup>201</sup> Dabei hat er auch Art. 28 II GG zu beachten. Der Bund ist hier auf punktuelle Annexregelungen zu solchen Gesetzen beschränkt, für die er die materielle Gesetzgebungskompetenz besitzt.<sup>202</sup>

Wendet man diese Voraussetzungen auf die Errichtung von Körperschaften des öffentlichen Rechts an, so werden sie etwa von der Errichtung kommunaler Planungsverbände nach § 205 BauGB erfüllt. Sie sind aufgrund der bundesgesetzlichen Zuständigkeit für das Bauplanungsrecht (Art. 74 I Nr. 18 GG) als organisationsrechtliche Folgeregelung die Bildung von Planungsverbänden vorgesehen. Das mit Zustimmung des Bundesrates verabschiedete BauGB, das die Länder als eigene Angelegenheiten nach Art. 83 GG ausführen, regelt zugleich als Annex die dezentrale Organisation der auf den örtlichen und unter weiteren Voraussetzungen auf den überörtlichen Bereich bezogenen Planung. Da die Planung bürgernah erfolgen sollte, sah es auch das BVerfG als konsequent an, die Zuständigkeit für die Planung „in den eigenen Initiativraum der Gemeinden zu geben“.<sup>203</sup> Da hier keine weiteren

196 Der Begriff der „Einrichtung“, den das GG hier verwendet, ist weit zu verstehen und erfaßt die Bildung, Errichtung und die eigentliche Ausstattung der Verwaltungsorganisation mit Personal- und Sachmitteln, *Traumann* 1998 S. 44 f.; *Schmidt-De Caluwe* 1993, S. 116 f.; *Berliner-Kommentar-Groß* Art. 84, Rn. 17; *GG-Kommentar-Dreier-Hermes* Art. 84, Rn. 25; v. *Mangoldt/Klein/Starck-Trute* Art. 83, Rn. 73; Art. 84, Rn. 8; zu den Begriffen s. u.

197 *Berliner-Kommentar-Groß* Art. 84, Rn. 18; v. *Mangoldt/Klein/Starck-Trute* Art. 84, Rn. 8.

198 v. *Mangoldt/Klein/Starck-Trute* Art. 84, Rn. 4 f.

199 *GG-Kommentar-Dreier-Hermes* Art. 83, Rn. 39 u. 44; *Berliner-Kommentar-Groß* Art. 84, Rn. 16.

200 *GG-Kommentar-Dreier-Hermes* Art. 83, Rn. 22.

201 Das BVerfG (E 77, S. 288 ff. [299]) sieht dies nur dann vor, wenn dies eine Annex-Regelung ist und sie „für den wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmungen des Gesetzes notwendig ist“, vgl. auch v. *Mangoldt/Klein/Starck-Trute* Art. 84, Rn. 10 f.

202 *BVerfGE* 22, S. 180 ff. (209 f.) – Jugendhilfe; 77, S. 288 ff. (300 f.).

203 *BVerfGE* 77, S. 288 ff. (300); zur Errichtung dieser Verbände vgl. u. B IV 4.

landesgesetzlichen Schritte zur Errichtung der Planungsverbände erforderlich sind, liegt der seltene Fall einer kommunalen Körperschaft kraft bundesgesetzlicher Regelung vor.<sup>204</sup> Auch die aufgrund etwa der BRAO, BNotO, StBerG (aufgrund der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 1 GG), IHKG<sup>205</sup> WPO und HwO (Art. 74 I Nr. 11 GG)<sup>206</sup> errichteten Körperschaften gehören in diesen Bereich. Anknüpfungspunkt für die Errichtung der Wasserverbände war Art. 74 I Nrn. 11, 17, 18 u. 21 GG.<sup>207</sup> Ziel dieser Gesetze ist die weitgehende Beteiligung der Betroffenen an der Ausführung des Gesetzes. Dazu war die Errichtung von Selbstverwaltungskörperschaften notwendig.<sup>208</sup> Weiteren Einschränkungen unterliegt der Bundesgesetzgeber dabei nicht.<sup>209</sup> Zwar besitzt der Bundesgesetzgeber die Rahmenkompetenz zur Regelung des Hochschulwesens, die grundsätzlich auch die Organisation der Hochschulen und ihre Selbstverwaltung umfaßt,<sup>210</sup> die entsprechenden Vorschriften des HRG wurden jedoch inzwischen aufgehoben.<sup>211</sup> Mangels hinreichender entsprechender Zuständigkeit können die Kammern anderer freier Berufe wie z. B. Heilberufe und Ingenieure und der Landwirtschaft nur per Landesgesetz gebildet werden.<sup>212</sup> Da der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hatte, war auch die Errichtung der Arbeitskammern durch die Länder Bremen und Saarland zulässig.<sup>213</sup>

Über Verwaltungsvorschriften kann auch die Bundesregierung Einfluß auf die Binnenstruktur („organisatorische Verwaltungsvorschriften“) und das Verfahren („verhaltenslenkende Verwaltungsvorschriften“)<sup>214</sup> nehmen (Art. 84 II GG).<sup>215</sup> Punktuell kann sie ferner auch Einzelweisungen erteilen, sofern dies mit der gesetzlich eingeräumten Selbstverwaltung vereinbar ist (Art. 84 V GG). Sie sollen jedoch ebenfalls die Verwaltungsausführung durch die landeseigene Verwaltung möglichst unbeschadet lassen, weil sie von Ausnahmefällen abgesehen an die Ministerialebene zu richten sind (Art. 84 V 2 GG).<sup>216</sup> Vor allem übt die Bundesregierung

204 *Bovenschulte* 2000, S. 131

205 Die Errichtung, Auflösung und Umgestaltung der IHKn erfolgt dann über § 12 I IHKG durch Landesrecht.

206 *Tettinger* 1997, S. 95.

207 Näher über die Zuordnung der verschiedenen Verbandszwecke zu den jeweiligen Kompetenztiteln: *Rapsch* (1993, Rn. 10 f.), auch zur Fortgeltung der WVVO gem. Art. 125 Nr. 1 GG, sowie zum Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung, a.a.O., Rn. 17. Neben diesen bundesrechtlichen Verbänden verbleibt aber noch die Möglichkeit zur Errichtung von landesrechtlichen, a.a.O., Rn. 26 f.

208 *Poetzsch-Heffter* 1983, S. 120.

209 GG-Kommentar Dreier-*Hermes* Art. 84, Rn. 44; Berliner-Kommentar-*Groß* Art. 84, Rn. 19 f.; a. A.: v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 84, Rn. 10 f.

210 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Rozek* Art. 75, Rn. 35.

211 §§ 60–69 des HRG vom 9.4.1987, BGBl. I, S. 1170.

212 *Tettinger* 1997, S. 95.

213 *BVerfGE* 28, S. 281 ff. (299) – Arbeitskammern; vgl. auch *Hsu* 2004, S. 97.

214 Zur Unterscheidung *Ossenbühl* 1988, § 65 Rn. 14 ff.; vgl. auch *Traumann* 1998, S. 59 ff.

215 Auf der Grundlage der Unterscheidung von Verwaltungsvorschriften nach dem Verhältnis des Normgebers zum Normunterworfenen handelt es gleichwohl um intersubjektive Verwaltungsvorschriften, nicht um intra-subjektive, weil sie nicht zur Regelung der eigenen Binnenorganisation vom Inhaber der Organisations-, Geschäftsleitungs- und Dienstgewalt, sondern von einem Verwaltungsrechtssubjekt an ein anderes ergehen, zur Unterscheidung *Ossenbühl* 1988, § 65 Rn. 29; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 84, Rn. 27 ff. Ihrem Gegenstand nach beziehen sie sich aber auf die Binnenorganisation.

216 Berliner-Kommentar-*Groß* Art. 84, Rn. 35 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 84, Rn. 39.

aber nachträglichen Einfluß durch die Rechtsaufsicht bei der Ausführung der Bundesgesetze und des Europarechts aus (Art. 84 III u. IV GG).<sup>217</sup> Bei der Durchführung der Aufsichtsmittel ist sie allerdings durch deren notwendige Mitwirkung auf die Zustimmung der obersten Landesbehörden oder des Bundesrates angewiesen (Art. 84 III 2 u. IV 1 GG). Adressat der Aufsichtsmaßnahmen ist, von der Ausnahme des Art. 84 III S. 2, 2. Alt. GG abgesehen, das Land und nicht eine der Verwaltungsorganisationen. Somit ist ein Durchgriff auf die juristischen Personen des Landes ausgeschlossen.<sup>218</sup> Das Land muß jedoch, wenn es die Erfüllung der Aufgabe einer juristischen Person auferlegen will, die Durchsetzung der Weisungen und Verwaltungsvorschriften sicherstellen.<sup>219</sup>

Auch soweit das GG festlegt oder zuläßt, daß Bundesgesetze im *Auftrag* des Bundes ausgeführt werden, geschieht dies durch landeseigene Verwaltung, bei der allerdings die Ingerenzmöglichkeiten des Bundes stärker sind als bei der Bundesaufsichtsverwaltung. Die vorliegend interessierende Organisationsgewalt hinsichtlich der unmittelbaren, hierarchischen Verwaltung und der rechtlich verselbständigten Verwaltungseinheiten steht dabei wie bei der Bundesauftragsverwaltung grundsätzlich den Ländern zu.<sup>220</sup> Die Bundesregierung kann nun aber nicht nur über Verwaltungsregeln<sup>221</sup> und Verwaltungsvorschriften Einfluß auf die Binnenstruktur und das Verfahren der Verwaltungsorganisationen der Länder nehmen. Sie bestimmt auch stärker deren Verhältnis zur Umwelt. Das betrifft zunächst die Rekrutierung von Personal, für die sie Standards festsetzen kann (Art. 85 II S. 2 GG), und die an wichtigen Schaltstellen, den Mittelbehörden, nicht ohne ihr Einvernehmen erfolgen kann (Art. 85 II 3 GG). Vor allem aber ist die Landesverwaltung bei der Ausführung der Aufträge an Weisungen der obersten Bundesbehörden gebunden, die zwar generell an die Hierarchiespitze, in für dringlich erachteten Fällen aber auch an andere Verwaltungsstellen ergehen kann.<sup>222</sup> In jedem Fall trifft die Ministerialverwaltung aber die Pflicht, die Durchsetzung der Weisungen sicherzustellen (Art. 85 III GG). Die Aufsicht umfaßt hier auch nicht mehr nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns (Art. 85 IV GG). Mit diesen weitreichenden Einflußmöglichkeiten ist die Übertragung der entsprechenden Aufgabe zur eigenverantwortlichen Erledigung an eine Selbstverwaltungskörperschaft ausgeschlossen.<sup>223</sup>

217 Maßstab der Rechtsaufsicht ist nicht das Landesrecht; zu den Einzelheiten: Berliner-Kommentar-Groß Art. 84, Rn. 39 ff.; GG-Kommentar Dreier-Hermes Art. 84, Rn. 73 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 84, Rn. 44 ff.;

218 Für die Kommunen: v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 84, Rn. 53.

219 Poetzsch-Heffter 1983, S. 121.

220 v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 85, Rn. 4 f.

221 Daß diese nicht wie in Art. 84 I GG eigens erwähnt wurden, wird als Redaktionsversehen gewertet und entsprechend korrigiert. In der Tat ist nicht einzusehen, warum der Bund bei den im übrigen stärkeren Einflußmöglichkeiten im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung das Instrument der Verfahrensregelung nicht besitzen sollte, das ihm schon bei der Bundesaufsichtsverwaltung zukommt, v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 85, Rn. 10; GG-Kommentar Dreier-Hermes Art. 85, Rn. 27 f.

222 Dazu gehören auch die mit der Ausführung von Bundesgesetzen beauftragten kommunalen Gebietskörperschaften, v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 85, Rn. 24.

223 Poetzsch-Heffter 1983, S. 121.

### b. Die Organisationsgewalt des Bundes

Die Organisationsgewalt liegt beim Bund, wenn das GG die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in seine Verantwortung legt („obligatorische Bundesverwaltung“)<sup>224</sup> oder diese Möglichkeit vorsieht („fakultative Bundesverwaltung“)<sup>225</sup>. Auch im Bereich der Bundeseigenverwaltung ist diese Organisationsgewalt vielfach beschränkt. Das betrifft zunächst die Staatsaufgaben, die in ihre Zuständigkeit fallen. Ferner die Frage, ob zur Ausführung eine Verwaltungshierarchie aufgebaut werden kann oder ob auf diesen Unterbau und damit auf Differenzierungsmöglichkeiten verzichtet werden muß. Schließlich vorliegend aber von besonderem Interesse legt das GG auch fest, ob bestimmte Aufgaben auf rechtlich verselbständigte Verwaltungsträger übergeben werden müssen (Art. 87 II GG). In den verbleibenden Bereichen, in denen der Bund eine eigene hierarchische Verwaltung aufbauen kann, ist sein Einfluß am größten. In diesen Bereich gehören jedenfalls alle zentralen Staatsaufgaben.

Die Bundesregierung kann hier, sofern der Gesetzgeber nicht von seinem Zugriffrecht Gebrauch macht (Art. 86 S. 2 GG) die Organisationseinheiten errichten,<sup>226</sup> durch Verwaltungsvorschriften für ihre Binnenstruktur sorgen und sie schließlich auch über Einzelweisungen steuern. Wie sich aus der Abgrenzung von „bundeseigener Verwaltung“ und „Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts“ in Art. 86 GG ergibt, meint die erstere Form hier wie auch in den Art. 87 f. GG<sup>227</sup> die Verwaltung in rechtlich nicht verselbständigten Organisationsformen, die dem Direktionsrecht des Bundes unterstehen.<sup>228</sup> Zu den genannten juristischen Personen gehört – wie oben erwähnt – einerseits auch die Stiftung.<sup>229</sup> Andererseits geht es in Art. 86 GG um die föderale Zuordnung von Verwaltungsaufgaben, so daß solche Körperschaften des öffentlichen Rechts, die zwar eine Rechtspersönlichkeit besitzen, aber der Verwirklichung der Grundrechte dienen, wie die Hochschulen und Religionsgesellschaften nicht von dieser Vorschrift erfaßt sind.<sup>230</sup> Die Rechtsfähigkeit ist hier also das entscheidende Abgrenzungsmerkmal. Andere, auch privatrechtliche Organisationsformen sind nicht ausgeschlossen.<sup>231</sup> Immerhin formuliert der Art. 86 GG, indem Körperschaften und Anstalten besonders heraushebt, Regeltypen, von denen dann durch gesetzliche

224 Etwa Art. 87 I S. 1 (Auswärtiger Dienst, Bundesfinanzverwaltung, Wasserstraßen, Schifffahrt), Art. 87 II (länderübergreifende Sozialversicherungsträger), 87 b I S. 1 (Bundeswehrverwaltung), v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 86, Rn. 15; allgemein auch *Traummann* 1998, S. 27 f.

225 Etwa Art. 87 I S. 2 (Bundesgrenzschutz, Zentralstellen), Art. 87 III (Angelegenheiten der Bundesgesetzgebungskompetenz), weitere bei v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 86, Rn. 16; Berliner-Kommentar-*Groß* Art. 86, Rn. 12.

226 Der in Satz 2 verwendete Begriff der Behörde ist wiederum wie in Art. 84 I GG weit zu verstehen, v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 86, Rn. 76.

227 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 4.

228 Eingehend: *Traummann* 1998 S. 88 ff.; Berliner-Kommentar-*Groß* Art. 86, Rn. 21 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 86, Rn. 44 f. – mit Ausnahme der Ministerien selbst, GG-Kommentar *Dreier-Hermes* Art. 86, Rn. 24 u. 26 f.

229 Berliner-Kommentar-*Groß* Art. 86, Rn. 24; GG-Kommentar *Dreier-Hermes* Art. 86, Rn. 31.

230 Entsprechendes gilt für die Rundfunkanstalten, v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 86, Rn. 52 Fn. 141.

231 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 86, Rn. 24 f. u. 55.

Regelung abgewichen werden kann.<sup>232</sup> Entscheidend ist, daß auch sie der Bundesaufsicht unterstehen.<sup>233</sup>

#### aa. Rechtlich verselbständigte Bundesverwaltung

Art. 87 II GG schreibt die Errichtung von Sozialversicherungsträgern als bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts vor, wenn sich deren Zuständigkeitsbereich entweder über mehr als drei Bundesländer oder über mehr als ein Land erstreckt, die beteiligten Länder aber von der Möglichkeit der Errichtung als landeseigener Körperschaft keinen Gebrauch gemacht haben. Der Begriff der Sozialversicherung ist gleichbedeutend mit dem des Art. 74 I Nr. 12 GG.<sup>234</sup> Ausgehend vom „Bild der klassischen Sozialversicherung“ bestimmt sie das BVerfG<sup>235</sup> durch vier Kriterien: Es muß (1.) die Aufgabe der betreffenden Organisation sein, die „gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit“ zu gewährleisten, wobei (2.) auf einen sozialen Lastenausgleich durch Umverteilung geachtet wird, (3.) die Aufgabe eine bestimmte Organisationsform erfordern und (4.) die Finanzierung über Sozialversicherungsbeiträge der Beteiligten erfolgen.<sup>236</sup> In bezug auf die Binnenorganisation geht das BVerfG allerdings nicht so weit, eine mitgliedschaftliche Verfassung zu fordern, wie sie für Körperschaften typisch ist. Bei der Zuweisung anderer als sozialversicherungsrechtlicher Aufgaben an Sozialversicherungsträger kann sich der Bund nicht auf Art. 87 II GG stützen.<sup>237</sup>

Art. 87 II GG ist in erster Linie eine gegenüber Art. 87 III GG spezielle Kompetenznorm zur föderativen Abgrenzung der Verwaltungszuständigkeiten. Sie verlangt, daß die länderübergreifend eingerichteten Sozialversicherungsträger dem Bund zuzurechnen sind.<sup>238</sup> Art. 87 II GG begründet aber keine Verpflichtung dazu, Sozialversicherungsträger länderübergreifend einzurichten oder aufrechtzuerhalten.<sup>239</sup> Mithin ist der Bundesgesetzgeber nicht gehindert, andere als länderübergreifende Sozialversicherungsträger vorzusehen. Nachdem die Länder nun einen

232 Berliner-Kommentar-*Groß* Art. 86, Rn. 20; *Trute* sieht hier keinen Maßstab für die Beurteilung bestimmter Verwaltungsformen, v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 86, Rn. 26.

233 Berliner-Kommentar-*Groß* Art. 86, Rn. 23.

234 *Dittmann* 1983, S. 243; GG-Kommentar *Dreier-Hermes* Art. 87, Rn. 56; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 69.

235 E 11, S. 105 ff. (111 f.) – Familienlastenausgleich; 14, S. 312 ff. (317 f.); 62, S. 354 ff. (366) – Heilfürsorgeansprüche; 63, S. 1 ff. (35) – Schornsteinfegerversorgung; 75, S. 108 ff. (146 f.) – Künstlersozialversicherungsgesetz; 81, S. 156 ff. (185 f.) – Arbeitsförderungsgesetz 1981; 87, S. 1 ff. (314 f.) – Trümmerfrauen; 88, S. 203 ff. (313) – Schwangerschaftsabbruch II; eine rein traditionalistische Interpretation würde allerdings dem systematischen Anliegen von Art. 74 I Nr. 12 u. 87 II GG nicht gerecht. Auch die Schaffung neuer Sozialversicherungsbereiche wie etwa die Errichtung von Pflegekassen nach Art. 46 SGB XI ist von ihm umfaßt, *Papier* 1996, S. 274.

236 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 72; *Becker* 1996, S. 118 f.; *Lee* 1997, S. 27 f.

237 In Betracht kommt aber Art. 87 III GG, wenn der Sozialversicherungsträger durch die Verbindung mit dieser Aufgabe nicht sein Gepräge verliert, v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 76.

238 Eine Regionalisierung ist dadurch also nicht ausgeschlossen, v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 82. Durch den neuen Art. 87 II S. 2 GG wird sie aber auch nicht befördert, *Papier* 1996, S. 280.

239 Es besteht mithin eine Wahlfreiheit, die nur durch eine Konditionalbedingung eingeschränkt ist: Wenn länderübergreifende Organisation, dann bundeseigene Verwaltung; wenn nicht-länderübergreifend, dann Landesverwaltung. Und entsprechend kann er den Vollzug der Sozialgesetze bundesunmittelbaren oder landesunmittelbaren Körperschaften übertragen, *Papier* 1996, S. 277.

entsprechenden Staatsvertrag über das aufsichtführende Land abgeschlossen haben,<sup>240</sup> ist es aber möglich, daß der Bund zwar prinzipiell eine nicht-länderübergreifende Zuständigkeit von Versicherungsträgern vorgesehen hat, diese sich aber gemäß Art. 87 II S. 2 GG länderübergreifend per Staatsvertrag zusammenschließen.<sup>241</sup> Erstreckt sich das Gebiet dieses Sozialversicherungsträgers allerdings über mehr als drei Bundesländer, greift Art. 87 II S. 2 GG nicht. Eine solche Vereinbarung würde zur Gründung einer bundesunmittelbaren Körperschaft führen. Dafür ist aber nach Art. 87 III S. 1 GG ein Bundesgesetz erforderlich.<sup>242</sup> Im Ergebnis erstreckt sich die Organisationsgewalt des Bundes in der Sozialversicherung darauf, länderübergreifende oder nicht-länderübergreifende Sozialversicherungsträger zu errichten. Sie wird aber beschränkt durch das Recht der Länder unter den Voraussetzungen des Art. 87 II S. 2 GG länderübergreifende Sozialversicherungsträger für weniger als drei Länder zu bilden.

Schwierig ist die Frage der Errichtung von Dachverbänden zu beurteilen.<sup>243</sup> Ausgangspunkt ist dabei, daß nur solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts unter die Regelung des Art. 87 II GG fallen, die selbst Versicherungsleistungen erbringen. Danach gehören die Dachverbände der landesunmittelbaren Versicherungsträger nicht dazu. Soweit sie bundesrechtlich errichtet wurden, muß der Bund die Voraussetzungen des Art. 87 III beachten.<sup>244</sup>

#### bb. Exkurs: Der Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts in Art. 87 II GG

Art. 87 II GG hat aber auch zuständigkeitsüberschießende, organisationsrechtliche Gehalte. Fraglich ist in dieser Hinsicht, wie streng der Begriff der Körperschaft im Sinne einer bestimmten Organisationsform hier zu verstehen ist. Wortlaut und Systematik sprechen, wie oben schon ausgeführt wurde, gegen eine terminologische Verwendung des Begriffs: Die vom GG geforderte Organisationsform setzt nicht nur eine rechtliche Verselbständigung (Art. 86 S. 1 GG), sondern auch ein gewisses Maß an Selbstverwaltung voraus.<sup>245</sup> Selbstverwaltung ist aber bei allen juristischen Personen möglich. Die weitere Frage ist, ob Art. 87 II GG auch die spezifische Form mitgliedschaftlicher Prägung, wie sie für die Selbstverwaltung der Körperschaften des öffentlichen Rechts kennzeichnend ist, verlangt. Nach dem Art. 116 des Entwurfs des Herrenchiemseer Konvents, der zunächst von „Selbstverwaltungseinrichtungen“ sprach, bestand dazu keine Notwendigkeit. Die Änderung hin zur Fassung des Art. 87 II GG ist kaum zu erklären. Daß die Körperschaft als einzige Form der Organisation von Selbstverwaltung erschien,<sup>246</sup> ist historisch nicht wahrscheinlich, wurde doch im Gegenteil in weiten Teilen der Literatur „Körperschaft“ mit

240 GVBl. NW 1996, S. 566 u. die Bekanntmachung zum Inkrafttreten: GVBl. 1997, S. 202.

241 Vgl. §§ 143 III und 144 I S. 2 SGB V für die Ortskrankenkassen.

242 *Papier* 1996, S. 278 u. 280.

243 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 70.

244 *Dittmann* 1983, S. 246 f.; *Tettinger* 1997, S. 95.

245 GG-Kommentar Dreier-*Hermes* Art. 87, Rn. 61 f.

246 Das erwägt *Becker* 1996, S. 117.



„juristischer Person des öffentlichen Rechts“ gleichgesetzt.<sup>247</sup> Wollte der Verfassungsgeber trotz des Begriffswechsels an der besonders qualifizierten Form der Selbstverwaltung für die bundesunmittelbare Sozialversicherung festhalten?<sup>248</sup> Vermutlich hatte die Änderung aber keine sachlichen Gründe. Nachdem im Fachausschuß des Herrenchiemseer Konvents immer von „bundesunmittelbaren Selbstverwaltungseinrichtungen“ gesprochen worden war, schlug der allgemeine Redaktionsausschuß erstmals vor, für den damaligen Art. 116 III S. 2 die Formulierung „neue bundesunmittelbare Selbstverwaltungskörperschaften können auch durch Bundesgesetz geschaffen werden“ vor.<sup>249</sup> Weshalb diese Formulierung gewählt wurde, ist nicht ersichtlich. Die Anmerkung des Abgeordneten *Horch*, dadurch solle die Möglichkeit geschaffen werden, auch abgesehen von den einengenden Voraussetzungen des S. 1<sup>250</sup> Selbstverwaltungsträger zu errichten, erklärt jedenfalls nicht, daß an deren Binnenverfassung auch besondere, von S. 1 abweichende Anforderungen zu stellen seien. In der abschließenden Sitzung des Hauptausschusses wurde dann die insoweit ins Grundgesetz übernommene Fassung („Als bundesunmittelbare Körperschaften werden diejenigen sozialen Versicherungsträger geführt“) auf der Basis einer Fassung des allgemeinen Redaktionsausschusses gewählt.<sup>251</sup> Aus diesen vagen Umständen lassen sich keine Schlüsse für einen spezifischen Gebrauch des Ausdrucks „Körperschaft“ ziehen.<sup>252</sup> Aus diesen Beratungen geht aber auch hervor, daß sachlich der Kreis der Sozialversicherungsträger nicht eingegrenzt sein sollte, so daß auch Organisationen für neue Versicherungszweige geschaffen werden können.<sup>253</sup> An einer Aussage darüber, daß diese Träger ihre Aufgaben als Selbstverwaltung wahrnehmen sollten, wollte man wohl nicht rütteln, auch wenn es nicht der zentrale Aussagegehalt der Norm ist.<sup>254</sup> Zusammenfassend muß also festgehalten werden, daß der Wortlaut kein Argument für einen spezifischen Sinn des Ausdrucks „Körperschaft“ darstellt, daß der systematische Zusammenhang mit den Vorschriften über die fö-

247 Allerdings gelangte die Erwähnung der Anstalten in Abs. 3 GG auf ausdrückliche Bitte des Abgeordneten *Laforet* in den Entwurf, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1 (1951), S. 647, was für eine Sensibilität hinsichtlich der Unterschiede spricht.

248 So BK-*Herrfahrdt* Art. 87, Rn. 3; kritisch dazu insoweit zu Recht: *Dittmann* 1983, S. 95.

249 Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F. 1 (1951), S. 646.

250 „in deren Bereich der Gefahrenausgleich die einheitliche Zusammenfassung für das Bundesgebiet erfordert“.

251 Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F. 1 (1951), S. 647.

252 *Dittmanns* (1983, S. 94 f.) Gegenüberstellung der Erwähnung von „Körperschaften und Anstalten“ in Art. 86 S. 1 und 87 III GG trägt deshalb auch nichts aus.

253 BVerfGE 88, S. 203 ff. (313): „Der weit gefaßte verfassungsrechtliche Begriff der Sozialversicherung (vgl. BVerfGE 75, 108 [146 f.] m.w.N.; st. Rspr.) erlaubt es, neue Sozialleistungen in deren Gesamtsystem einzubeziehen, wenn diese in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken, dem Bild entsprechen, das durch die klassische Sozialversicherung geprägt ist. Entscheidend ist ein Verständnis der Sozialversicherung im Sinne der ‚gemeinsamen Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit‘ (BVerfGE 75, 108 [146]). Neben diesem Merkmal ist auch die Art und Weise kennzeichnend, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt wird. Träger der Sozialversicherung sind selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge der Betroffenen aufbringen“ *Dittmann* 1983, S. 243; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 70; GG-Kommentar Dreier-*Hermes* Art. 87, Rn. 60.

254 So die Einschätzung von *Emde* 1991, S. 369 u. *Schmidt-Aßmann* 1987, S. 253; er sieht hier aber auch eine „Mindestgarantie verbandlicher Institutionen“, für die nach der hier vorgelegten historischen Interpretation kein Anhaltspunkt besteht.

deralen Verteilung der Verwaltungskompetenzen gegen eine organisationsrechtliche Aufladung des Begriffs spricht und daß schließlich die historischen Gründe diese systematischen Überlegungen angesichts der nicht klaren Motivationslage nicht zu korrigieren vermögen. Es bleibt mithin dabei, daß „Körperschaft“ hier zwar auf eine rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisation mit Selbstverwaltung verweist,<sup>255</sup> daß die Sozialversicherungsträger aber nicht die anspruchsvolleren, spezifisch körperschaftlichen Strukturen besitzen müssen.<sup>256</sup> Der Bund ist mithin nur dazu verpflichtet, wenn er nach Art. 87 II GG die Kompetenz dazu besitzt, den Selbstverwaltungsträgern ein gewisses Maß an Selbstverwaltung zuzugestehen.<sup>257</sup>

### cc. Die bundeseigene Verwaltung

Obwohl der Bund im Bereich der inneren Sicherheit materiell überwiegend in der Gesetzgebungskompetenz der Länder steht,<sup>258</sup> gibt ihm Art. 87 I S. 2 GG hier die Möglichkeit, durch Gesetz (besonderer institutioneller Gesetzesvorbehalt<sup>4</sup>) Bundesgrenzschutzbehörden und Zentralstellen zu errichten („fakultative unmittelbare Bundesverwaltung“).<sup>259</sup> Die zudem noch auf die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben beschränkte Organisationsform der Zentralstelle unterstreicht aber auch hier die Bedeutung des Föderalismus bei der Organisation der Verwaltung im Bereich der inneren Sicherheit. Es besteht insofern ein Typenzwang, als der Bund die genannten Verwaltungsorganisationen zwar nicht errichten muß; macht er von dieser Möglichkeit Gebrauch, steht es ihm aber wegen des Ausdrucks „Behörden“ nicht frei, statt der genannten Formen rechtlich verselbständigte Organisationen zu errichten oder die Organisationseinheiten mit einem Unterbau zu versehen.<sup>260</sup>

Für die nicht verselbständige – bundeseigene – Verwaltung hat der Bund nach Art. 87 I S. 1 GG einen hierarchischen Verwaltungsunterbau räumlich und sachlich differenzierter Verwaltungsbehörden und Verwaltungseinheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit zu errichten („obligatorische unmittelbare Bundesverwaltung“).<sup>261</sup> Detaillierte Vorgaben hinsichtlich der hierarchischen Differenzierung macht die Verfassung allerdings nicht,<sup>262</sup> insbesondere ist die Festlegung der Hierarchiestufen dem Bund überlassen.<sup>263</sup>

255 Nur insofern läßt sich hier eine „kompetenzüberschießende“ Aussage entnehmen, anders aber *Jestaedt* 1993, S. 478.

256 Das Ergebnis entspricht der h. M.: GG-Kommentar Dreier-*Hermes* Art. 87, Rn. 56; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 93.

257 Ein Mindestmaß an Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung gehört als Kerngehalt dazu. Da sich auch nichtrechtsfähige Selbstverwaltungseinheiten finden lassen, ist die Rechtsfähigkeit nicht geschützt.

258 Vgl. aber Art. 73 Nr. 10 GG bezüglich Kriminalpolizei, Bundesgrenzschutz und Verfassungsschutz.

259 Zum folgenden auch *Traumann* 1998 S. 84 ff. u. 141 ff.

260 GG-Kommentar Dreier-*Hermes* Art. 87, Rn. 32; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn.36; *Poetzsch-Heffter* 1983, S. 117.

261 *Traumann* 1998 S. 116 ff.; eine Abweichung von den überkommenen Organisationsformen kann dabei aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein. v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 6.

262 Ganz auf einen Unterbau kann allerdings nur in Einzelfällen und aus sachlichen Gründen, die die Bedeutung auch dieser Organisationsdifferenzierung für die föderale Struktur des Systems der Verwaltungsorganisationen aufwiegen verzichtet werden, v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 87, Rn. 29.

263 *Traumann* 1998 S. 117 f.

Schließlich ermöglicht es die Generalklausel des Art. 87 III GG dem Bund, auch außerhalb von Art. 87 I GG selbständige Bundesbehörden,<sup>264</sup> die bei dringendem Bedarf<sup>265</sup> einen Verwaltungsunterbau besitzen, oder rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisationen in Bereichen zu errichten, in denen er die Gesetzgebungskompetenz besitzt.<sup>266</sup> Obwohl hier auch in bezug auf die Bundesoberbehörden von „Selbständigkeit“ die Rede ist, meint der Begriff doch zunächst das gleiche wie in Abs. 1 die „bundeseigene Verwaltung“, schränkt den möglichen Aufgabenkreis aber auf die Sachaufgaben ein, die nur für das ganze Bundesgebiet einheitlich von einer Zentralbehörde wahrgenommen werden können.<sup>267</sup> Die Aufgabe muß aber auch in dem Sinne selbständig sein, daß sie keinem Ministerium eingegliedert sein darf.<sup>268</sup> Hinsichtlich der unspezifischen Verwendung der Ausdrücke „Körperschaft und Anstalt“ ergibt sich hier gegenüber Art. 86 GG nichts Besonderes. Auch die Frage der Selbstverwaltung spielt nicht die Rolle, die ihr in Art. 87 II GG zukam.<sup>269</sup>

### c. Zusammenfassung

Die Organisationsgewalt ist mithin zwischen Ländern und Bund dahingehend geteilt, daß den Ländern die gesamte nicht-gesetzesakzessorische Verwaltung (Art. 30 GG) sowie die Ausführung der Landesgesetze zukommt. Auch im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze besitzen sie die Organisationsgewalt, sofern nicht bundeseigene Verwaltung vorliegt. Dabei sind sie jedoch ansteigenden Ingerenzen des Bundes von der Bundesaufsichtsverwaltung über die Bundesauftragsverwaltung ausgesetzt. Aber auch im Bereich der bundeseigenen Verwaltung ist die Organisationsgewalt des Bundes Beschränkungen ausgesetzt. So besteht hinsichtlich einiger Aufgaben ein Verbot der Errichtung von Körperschaften (Art. 87 I 1 GG), bei anderen ein Gebot der Errichtung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung (Art. 87 II GG). Eine Verpflichtung zur Errichtung von Körperschaften des öffentlichen Rechts läßt sich aber diesen Vorschriften nicht entnehmen.

Schließlich sind auch der Kooperation von Bund und Ländern durch die Art. 83 ff. GG Grenzen gesetzt. Man wird zwar nicht schlechthin von einem „Verbot der Mischverwaltung“ sprechen können, die grundgesetzlichen Regeln der Kompetenzverantwortung dürfen jedoch durch die Art der Zusammenarbeit nicht verschleiert oder umgangen werden.<sup>270</sup> In diesem Rahmen können informelle Formen des Zusammenwirkens bestehen, Beratungsgremien und Kommissionen gebildet

264 GG-Kommentar Dreier-Hermes Art. 87, Rn. 65 f.; möglich ist insbesondere auch die Errichtung nichtrechtsfähiger Anstalten, v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 87, Rn. 121.

265 Wenn die Erledigung der betreffenden Aufgaben in anderer Weise nicht möglich ist, v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 87, Rn. 131.

266 Traumann 1998 S. 125 f.

267 v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 87, Rn. 115.

268 Stern 1980, S. 829 – und enthält insofern ein „Gebot zur Verselbständigung“, Krebs 1988 Rn. 56.

269 v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 87, Rn. 116, daß sie aber ganz verzichtbar sein soll, ist nicht einsichtig: Eine Körperschaft ohne Selbstverwaltung wenigstens in einem minimalen Sinn gibt es nicht.

270 GG-Kommentar Dreier-Hermes Art. 83, Rn. 49; v. Mangoldt/Klein/Starck-Trute Art. 83, Rn. 28 f.; auch Hein 1990, S. 412 mit Bezug auf die Sozialversicherungsverbände.

werden;<sup>271</sup> echte *Organisationen als Entscheidungseinheiten* überschreiten ihn jedoch.<sup>272</sup> Hinzuweisen ist aber noch auf die Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a und b GG und Art. 108 IV im Bereich der Finanzverfassung. Unproblematisch sind auch Konstruktionen, in denen entweder bundesunmittelbare Sozialversicherungsträger zu einem bundesunmittelbaren oder landesunmittelbaren Träger zu einem landesunmittelbaren Dachverband zusammengeschlossen sind.<sup>273</sup> Fraglich ist, ob vor diesem Hintergrund (Verbands-)Körperschaften des öffentlichen Rechts, in denen landes- und bundesunmittelbare Körperschaften zusammengefaßt sind, organisiert werden können.<sup>274</sup> Diese Verbände sind keine Träger der Sozialversicherung. Erstrecken sich die Aufgaben des betreffenden Dachverbandes lediglich auf die Förderung der Belange seiner Verbandsmitglieder, ohne daß ihm zugleich Entscheidungsbefugnisse – insbesondere Aufsichtsmittel – zugewiesen werden, besteht kein Problem.<sup>275</sup> In diesen Fällen und erst recht bei privatrechtlichen Dachverbänden liegt dann der – zulässige – Schwerpunkt der Tätigkeit im Bereich der Interessenvertretung, der freiwilligen Koordinierung der Aufgaben und Bereitstellung von Leistungen für ihre Mitglieder.<sup>276</sup> Nicht gerechtfertigt ist danach jedoch die verbindliche Entscheidung über Mitgliederkonflikte und andere „Grundsatzentscheidungen“, auch wenn dafür eine Mehrheit der Mitgliederstimmen des Dachverbandes erforderlich ist;<sup>277</sup> denn hinsichtlich des in der Abstimmung unterlegenen Mitglieds besäße der bundesunmittelbare Bundesverband verbindlichen Einfluß auf einen landesunmittelbaren Sozialversicherungsträger. Die Bindung des landesunmittelbaren Sozialversicherungsträgers an diese Entscheidung des Bundesverbandes verhindert die Zurechnung seiner darauf gestützten Maßnahmen zum Land.<sup>278</sup> Dies ist aber nicht zulässig.

#### 4. Das Rechtsstaatsprinzip

Neben Fragen der Formenklarheit, der spezifischen Aufgabenzuweisung und der Kompetenzabgrenzung, ergeben sich besonders aus dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gewaltenteilungsgrundsatz sowohl Rechtfertigungsmöglichkeiten hinsichtlich der Errichtung von Körperschaften des öffentlichen Rechts als auch Begrenzungen hinsichtlich der Organkompetenzen hierzu.

271 *Papier* 1996, S. 279 f.

272 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 83, Rn. 45; die Kooperation der Länder untereinander wird von diesen Regelungen ohnehin nicht erfaßt, GG-Kommentar Dreier-*Hermes* Art. 83, Rn. 53.

273 *Langosch* 1995, S. 115 – nicht hierher gehört die hierarchische Binnenstruktur von bundes- oder landesunmittelbaren Sozialversicherungsträgern, wie etwa bei der Bundesanstalt für Arbeit.

274 Vgl. etwa § 212 SGB V für die Bundesverbände der Krankenkassen; *Hein* 1990, S. 413 f.; *Langosch* 1995, S. 114 f.

275 *Hein* 1990, S. 414 f.: Die Schaffung eines Instanzenzuges der Sozialversicherungsträger unter Beibehaltung der Organisationsform landesunmittelbarer Körperschaften ist danach ausgeschlossen.

276 *Langosch* 1995, S. 119 f.

277 So vorgesehen in § 217 II Nr. 4 u. III SGB V.

278 Daher hilft es auch nichts, dies als „Ausnahmeregelung“ darzustellen, auf die Partizipationsrechte des Sozialversicherungsträgers und das Ermessen des Bundesverbandes hinzuweisen (so aber *Langosch* 1995, S. 125 f.): Der Konfliktfall einer Entscheidung des Dachverbandes, der von der Regelung Gebrauch macht und das Verbandsmitglied überstimmt, führt zu dem bezeichneten verfassungswidrigen Einfluß des Bundes. Eine solche Entscheidung ist aber gerade von § 217 II Nr. 4 u. III SGB V zugelassen.

a. *Zur Rechtfertigung der Körperschaften des öffentlichen Rechts durch das Rechtsstaatsprinzip*

Während das Demokratieprinzip nach einer legitimatorische Rückbindung verselbständigter Verwaltungseinheiten als Ausübung von Staatsgewalt an das Volk verlangt und so tendenziell zu einer Vereinheitlichung des Systems der Verwaltungsorganisationen führt, erlaubt die föderale Struktur der Organisationsgewalt den Bundesländern und eingeschränkt auch dem Bund, bei der Ausführung von Bundesgesetzen Formen rechtlich verselbständigter Verwaltungseinheiten zu schaffen und begünstigt so die Ausdifferenzierung des Verwaltungssystems. Es ergibt sich jedoch auch hier keine verfassungsrechtliche Forderung nach einer generellen Schaffung oder Aufrechterhaltung von Körperschaften des öffentlichen Rechts in dem bei der Begriffsbestimmung vorläufig festgehaltenen Sinn von mitgliedergetragenen juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Sieht man einmal von der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden und Gemeindeverbände (Art. 28 II GG) und der Freiheit von Forschung und Lehre (Art. 5 III GG) ab, auf die im nächsten Abschnitt zurückzukommen sein wird, so stellt sich die Frage, ob in historischer Anknüpfung, etwa an *von Gneist*, aus dem Rechtsstaatsprinzip Differenzierungskriterien des Verwaltungssystems abgeleitet werden können, die eine Verpflichtung des Staates zur Schaffung einer körperschaftlichen Selbstverwaltung begründen können.<sup>279</sup>

Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 I i.V.m. Art. 28 I S. 1 GG) verlangt, von seinen Grundpfeilern ausgehend, abwehrrechtlich den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I S. 2 GG) und objektivrechtlich die gewaltenteilende Verfassungsstaatlichkeit.<sup>280</sup> Darauf ruhend bestehen bestimmte Verfahrensgarantien wie etwa die Amtshaftung und der Grundsatz einer Differenzierung und Mäßigung der Staatsgewalt im Interesse einer Absicherung der subjektiven Rechte ihr gegenüber.<sup>281</sup> In verwaltungsorganisatorischer Perspektive fordert das Prinzip aufgabengerechte Organisation der Verwaltung, insbesondere Effektivität und Effizienz der Verwaltung.<sup>282</sup> Es verlangt, daß Entscheidungen von denjenigen Organen oder Organisationen getroffen werden, „die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“.<sup>283</sup> Insofern ließe sich auch von einem Grundsatz der „funktionsgerechten Verwaltungsorganisation“ sprechen,<sup>284</sup> der eine laufende Prüfung und Optimierung der Organisationsstrukturen

279 Selbstverwaltung und Rechtsstaat schienen ihm „in der That ein und dieselbe Sache“ zu sein (*Gneist* 1870, S. VI, hierzu auch *Sobota* 1997, S. 355 f.). Dem rechtsstaatlichen Gedanken der Mäßigung der Staatsgewalt entsprechend sollte sie als Bollwerk gegenüber willkürlich agierenden Amtsgewalten fungieren, *Schmidt-Eichstaedt* 1975, S. 347 f.; *Luig* 2004, S. 478 f.

280 Näher *Sobota* 1997, S. 27 ff. (Verfassungsstaatlichkeit) u. 423 f. (Menschenwürde); *Schmidt-Aßmann* 2004, Rn. 4, 28 f. u. 30 f.

281 *Schmidt-Aßmann* 2004, Rn. 46 f.; GG-Kommentar Dreier-Schulze-Fielitz Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 37. 282 *Schmidt-Aßmann* 2004, Rn. 79; *ders.* 1997, S. 40 f. unter Verweis auf Art. 29 I S. 1 GG und 87 e III GG; *Krebs* 1988, Rn. 77; kritisch aufgrund der Gefahr eines Sein-Sollensfehlschlusses *Sobota* 1997, S. 143 f. u. 500.

283 *BVerfGE* 68, S. 1 ff. (86) – Atomwaffenstationierung; 98, S. 218 ff. (251 f.) – Rechtschreibreform.

284 Vgl. etwa *Burgi* 2003, S. 431; skeptisch gegenüber einem selbständigen, aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Grundsatz *Sobota* 1997, S. 500.

verlangt.<sup>285</sup> Zudem fordert es Klarheit der Zuweisung von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortungen in Verwaltungsorganisationen<sup>286</sup>

*Scheuner* versteht das Prinzip weiter in einem materialen Sinn als Forderung nach „Schutz der persönlichen und politischen Freiheit des Bürgers und die Mäßigung und rechtliche Bindung aller öffentlichen Machtausübung“.<sup>287</sup> Dem dienen Dezentralisierung und Dekonzentration, die sachgerechte, weil sachnahe Entscheidungen gewährleisten sollen. Dieser Gedanke wird auch in der Selbstverwaltung aufgegriffen. Auch sie führt zu institutionellen Gegengewichten gegenüber der hierarchischen Verwaltung.<sup>288</sup> Grundsatz der rechtsstaatlichen Differenz und Differenziertheit.<sup>289</sup> *Hendler* hat zu Recht von der rechtlichen Selbstverwaltung durch eigenverantwortliche Erledigung öffentlicher Aufgaben als einem „Staatsdistanzprinzip“ gesprochen.<sup>290</sup>

Demgegenüber wurde von *Breuer* kritisch eingewandt, der mögliche Freiheitsgewinn durch körperschaftliche Selbstverwaltung sei durch eine Zwangskollektivierung erkaufte. Der Einzelne gerate unter den Zwang von Gruppeninteressen und stehe in der Gefahr der Majorisierung seiner eigenen Interessen.<sup>291</sup> Zur Realisierung des mit der Selbstverwaltung verbundenen Freiheitsgewinns seien freiheitssichernde rechtliche Voraussetzungen und effektive Kontrollen einzurichten. In der Tat: Gneist hat im Prinzip der Selbstverwaltung ein Instrument der Bürgeraktivierung gefunden, das fest eingebunden blieb in den hoheitlichen Staatsapparat. Ehrenamtliche Bürgerbeteiligung, nicht rechtliche Selbstverwaltung im Sinne der durch eine autonome Körperschaft eigenverantwortlich wahrzunehmenden Verwaltungsaufgaben, ist sein Motto. Insofern berücksichtigt ein Rekurs auf Gneist die von *Breuer* geforderte Einbindung in die allgemeinverbindliche staatliche Willensbildung, die von *Scheuner* nur von der monarchischen in eine demokratische Legitimation gewendet wird. Sie trägt jedoch nicht das ganze Konzept körperschaftlicher Selbstverwaltung, zu der neben der inneren durch Teilhabe an den Körperschaften freiheitssichernde Funktion noch die äußere, eigenverantwortliche Entscheidung der rechtlich selbständigen juristischen Person gehört.

Schließlich bringt das Rechtsstaatsprinzip den Gedanken der Beschränkung des Prinzips der Volkssouveränität durch die verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitsrechte ein<sup>292</sup> und zeigt, daß erst eine Balance aus beiden Prinzipien Freiheitlichkeit im Sinne der Selbstgestaltungsfähigkeit<sup>293</sup> begründet. Auch der von der Rechtsprechung immer wieder angeführte Gedanke der effektiveren Normdurchsetzung durch die Anteilnahme der Bürger an autonom gesetztem Recht und damit eine größere Nähe zwischen hoheitlicher Rechtssetzung und gesellschaftlicher

285 *Schmidt-Aßmann* 1993, S. 701.

286 GG-Kommentar *Dreier-Schulze-Fielitz* Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 192; *Krebs* 1988, Rn. 77; *Schmidt-Aßmann* 2004, Rn. 79; v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann Art. 20, Rn. 290.

287 *Scheuner* 1960, S. 250; *Schnapp* 1983, S. 898; *Oebbecke* 2003, S. 371; *Kahl* 2000, S. 411.

288 GG-Kommentar *Dreier-Schulze-Fielitz* Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 72.

289 *Schmidt-Aßmann* 1987, Rn. 26.

290 *Hendler* 1990, Rn. 23 u. 36 f. *Oebbecke* 2003, S. 371, der auch auf die Möglichkeiten unterschiedlicher Problemwahrnehmung durch selbständige Entscheidungszentren hinweist.

291 *Breuer* 1977, S. 12.

292 *Sobota* 1997, S. 477.

293 *Sobota* 1997, S. 46 ff., 478 f.

Normbefolgung findet im Gedanken der Rechtsstaatlichkeit eine Bestärkung im Prinzip der Öffentlichkeit des Staatshandelns.<sup>294</sup>

Folgt man der Perspektive von Gneists, lassen sich Gründe anführen, die eine Einbeziehung der Bürger in die öffentliche Verwaltung und die hierdurch begünstigte Differenzierung rechtfertigten, sofern diese wiederum in rechtsstaatlichen Grenzen erfolgt. Die Möglichkeit sachnaher Entscheidungen durch dezentrale Verwaltungseinheiten kann ebenso mit diesem Prinzip verbunden werden wie die dadurch bewirkte Schaffung von Gegenlagern. Ableiten läßt sich eine Forderung nach Schaffung von Selbstverwaltungseinrichtungen aus dem Prinzip jedoch nicht. Es fungiert aber als Gegengewicht der Sicherung individueller Freiheit gegenüber dem Demokratieprinzip auch in öffentlichen Organisationen.<sup>295</sup>

### b. Gewaltenteilung und Organisationsgewalt: Gubernative oder Legislative

Anders als die Landesverfassungen<sup>296</sup> enthält das GG keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß die Errichtung von Verwaltungsträgern durch ein formelles Gesetz zu erfolgen habe. Grund für die Zuständigkeit des Gesetzgebers ist vielmehr der allgemeine institutionelle Gesetzesvorbehalt. Danach darf die vollziehende Gewalt nicht von sich aus Veränderungen in der Substanz der staatlichen Hoheitsrechte vornehmen und ist nicht befugt, grundlegende Veränderungen der Organisationsregelungen zu treffen.<sup>297</sup> Die Schaffung neuer rechtlich verselbständigter Verwaltungseinheiten und neuer Behördentypen bedarf einer gesetzlichen Entscheidung,<sup>298</sup> weil nur so trotz der Staatsdistanzierung dieser Organisationen der demokratische Einfluß erhalten bleibt. Infolgedessen kommt zur Errichtung von Körperschaften<sup>299</sup> keine Organkompetenz der Regierung, sondern nur des Gesetzgebers in Betracht.<sup>300</sup> Dabei sind die wesentlichen Organisationsaufgaben<sup>301</sup> und ihre grundrechtsrelevanten Befugnisse, die Festlegung der Grundzüge der Binnenverfassung und die Bestimmungen über die staatliche Lenkung durch den

294 Sobota 1997, S. 498 f.

295 Zum Verhältnis von Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip: Schmidt-Aßmann 1987, Rn. 96; Beide sind komplementäre Elemente im Dienste der Freiheitsidee.

296 Vgl. etwa Art. 77 LV NRW; Art. 70 I S. 1 LV BW; weitere Nachweise bei Schmidt-Aßmann 1977, S. 341; Burmeister 1991, S. 53 f. u. Stelkens 2003, S. 491 f.; Schmidt-De Caluwe 1993, S. 143.

297 Böckenförde 1999, S. 95 f.; Emde 1991, S. 70 f. Zu seinen Grenzen in bezug auf den Eigenbereich der Exekutive/Gubernative Schmidt-Aßmann 1977, S. 347 u. 350; zu seiner notwendigen Abgrenzung vom Gesetzesvorbehalt im Sinne der Wesentlichkeitstheorie Böckenförde 1999, S. 1235; ders. 1998, S. 89 ff.; zurückhaltend gegenüber einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt und Rückführung auf die besonderen in Art. 28 I S. 1 GG und in den Art. 84 ff. GG; Krebs 1988, Rn. 58 f.; zu seiner Fundierung im Demokratieprinzip auch Berliner Kommentar-Groß Art. 86, Rn. 37.

298 Schmidt-Aßmann 1987, S. 264; ders. 1977, S. 347, wenn dabei das Moment der Verselbständigung im Zentrum steht und die Rechtsfähigkeit nur Akzidenz ist, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage nicht nur bei den rechtsfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, sondern auch bei den nichtrechtsfähigen, wie etwa den Fakultäten.

299 Nicht aber von Behörden, soweit sie keine Befugnisse zu Grundrechtseingriffen haben, Stelkens 2003, S. 491.

300 Böckenförde 1998, S. 96 f.; Stelkens 2003, S. 491; Krebs 1988 Rn. 88; Maurer 2002, § 21 Rn. 66; Schmidt-De Caluwe 1993, S. 144.

301 Auch im Bürgerinteresse, Maurer 2002, § 6 Rn. 21; vor allem aber im Interesse der Sicherung des parlamentarischen Einflusses auf die Staatsleitung; Krebs 1988, Rn. 87; Schmidt-De Caluwe 1993, S. 144.

Gesetzgeber selbst zuzuweisen.<sup>302</sup> Nur die Binnendifferenzierung der Staatsverwaltung in Behörden im Rahmen des Spektrums überkommener Formen und ihre Selbstorganisation in expliziten verfassungsrechtlichen Grenzen bleibt – auch aus Gründen der Gewaltenbalance<sup>303</sup> als „Residualfunktion“<sup>304</sup> prinzipiell bei der Regierung.<sup>305</sup> Insgesamt ist vor dem Hintergrund der demokratischen Fundierung des institutionellen Gesetzesvorbehalts der Grad der Verselbständigung von der Parlamentsverantwortung der Regierung entscheidend und nicht die Rechtsform.<sup>306</sup> Die Kompetenz zur Selbstorganisation einer Verwaltungseinheit besteht dabei jeweils im Rahmen der Hierarchie der Organisationsgesetze. Besonders gesichert ist sie für die kommunalen Gebietskörperschaften durch die verfassungsrechtlich verankerte Organisationshoheit (s. u.).

Abgesehen von der Notwendigkeit gesetzgeberischer Organisationsentscheidung, besteht Einigkeit, daß sie prinzipiell jederzeit möglich ist, so daß der Gesetzgeber ein Zugriffsrecht auf diese Materie besitzt.<sup>307</sup> Sie ist aber begrenzt durch den „Kernbereich exekutivischer Eigenverantwortung“, der aus dem Grundsatz der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung abzuleiten ist.<sup>308</sup> Dieser Bereich sichert jedoch keinen festen Bestand einzelner Befugnisse, sondern soll generell die Funktionsfähigkeit der Verwaltung erhalten.<sup>309</sup> Ist die Organisationshoheit nicht wie bei den Gemeinden verfassungsrechtlich geschützt, kann auch hier der Gesetzgeber auf Verfahren und Organisation zugreifen.<sup>310</sup>

### c. Zusammenfassung

Faßt man diese Aspekte zusammen, lassen sie sich durch den Bezug auf die Organisationsdimensionen systematisieren: Das Rechtsstaatsprinzip trägt wichtige Bausteine zur Rechtfertigung der Dezentralisierung des Verwaltungssystems durch rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisationen bei. Es verlangt in der Selbstständigkeitsdimension sachnahe und damit ggf. dezentrale Organisationen zur funktionsgerechten und freiheitssichernden Erledigung von Verwaltungsaufgaben, sowie eine klare Aufgabenzuweisung und entsprechende Zurechnungsfähigkeit

302 *Emde* 1991, S. 72; *Schmidt-Aßmann* 1977, S. 342, 347 zur Erweiterung auch auf den nichtrechtsfähig organisierten Bereich.

303 *Böckenförde* 1999, S. 1236.

304 *Berliner Kommentar-Groß* Art. 86, Rn. 40; GG-Kommentar *Dreier-Hermes* Art. 86, Rn. 58.

305 *Etwa* Art. 70 II LV BW; *Schmidt-De Caluwe* 1993, S. 145.

306 Das gilt insbesondere durch die Verselbständigung in Form der Verleihung von weitreichender Autonomie, die nicht an die rechtliche Verselbständigung gebunden ist, *Berliner Kommentar-Groß* Art. 86, Rn. 37; *Schmidt-Aßmann* 1977, S. 348.

307 Zum Ausdruck gebracht auch in Art. 86 S. 2 GG, ansonsten aber als allgemeiner Grundsatz schon aus der verfassungsrechtlichen Stellung des Parlaments ableitbar, *Böckenförde* 1998, S. 286; vgl. auch *Burmeister* 1991, S. 93 f.; *Schmidt-De Caluwe* 1993, S. 143 f.; *Traumann* 1998 S. 363 ff.; einschränkend *Berliner Kommentar-Groß* Art. 86, Rn. 38.

308 *BVerfGE* 67, S. 100 ff. (139) – Flick-Untersuchungsausschuß; 68, S. 1 ff. (87) – Atomwaffenstationierung; *BVerfG* NJW 1985, S. 603 ff. (605); kritisch zu dieser Rechtsprechung und den Ansätzen in der Literatur: *Traumann* 1998 S. 373 ff.; zum Ausdruck: *Scholz* 1980, S. 598.

309 Skeptisch gegenüber dem Begriff *Dreier* 1991, S. 184: „nicht randscharfe, konturenklare Rechtskategorie, sondern eher ein Suchbegriff“.

310 *Emde* 1991, S. 75.



und Kompetenzzuweisung.<sup>311</sup> Die Notwendigkeit klarer Kompetenzzuordnung strukturiert auch die Binnenorganisation von Verwaltungsorganisationen.<sup>312</sup> In der Umweltdimension der Verwaltungsorganisation sind klare Befugniszuweisungen, eine klare Abgrenzung der Rechtssphären von Organisation und Bürger, auch der Organisation gegenüber der unmittelbaren Staatsverwaltung und anderen hoheitlichen Eingriffen unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, resp. dem „gemeindegemäßen Aufgabenverteilungsprinzip“,<sup>313</sup> die maßvolle Einbeziehung des Bürgers in die Organisation und ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten.

## 5. Sozialstaatsprinzip

*Schmitt Glaeser* hat vorgeschlagen, aus dem Sozialstaatsprinzip eine „sozialstaatliche Minimalpartizipation“ abzuleiten, die sich nicht nur auf Anhörungsrechte beschränkt, sondern echte Mitentscheidungsbefugnisse umfassen soll.<sup>314</sup> Unterstützung findet diese Auffassung, wenn der Begriff des Sozialstaates von dem des Wohlfahrtsstaates durch das Kriterium der Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit und dem notwendigen Respekt vor dem Selbstverständnis des Hilfeempfängers heranzieht.<sup>315</sup> Unter Heranziehung der Menschenwürdegarantie fordert er, daß der Einzelne nicht zum „Objekt staatlicher Daseinsvorsorge“ gemacht werden dürfe.<sup>316</sup> Andere verweisen auf ein anspruchsvoll verstandenes Republikprinzip, das im Zusammenhang mit dem Sozialstaatsprinzip die Teilnahme möglichst vieler an den Lasten der Gemeinschaft im Sinne der Solidarität nahelegt – jedoch ohne daraus eine spezifische Konsequenz in dem Sinne zu ziehen, daß daraus eine körperschaftliche Organisation dieser Solidarität notwendig folge.<sup>317</sup>

Es ist sicherlich nicht zu übersehen, daß gerade im Zusammenhang mit der Daseinsvorsorge gewaltige bürokratische Apparate aufgebaut wurden.<sup>318</sup> Wollte man jedoch hier überall von Unmenschlichkeit sprechen, liefe das auf eine Fundamentalkritik der Bürokratie hinaus. Sollte diese auf das Sozialstaatsprinzip gestützt werden, würde das Sozialstaatsprinzip gewissermaßen gegen sich selbst gekehrt: Das Sozialstaatsprinzip in seiner Mitentscheidung fordernden Variante würde den Aufbau derjenigen Bürokratie verhindern, die zur Erfüllung der von ihm als Leistungsprinzip gestellten Aufgaben notwendig ist.<sup>319</sup> Auch historisch zeigt sich, daß die körperschaftliche Selbstverwaltung bei den auf massenhafte Erbringung von Sozialleistungen ausgerichteten Sozialversicherungsträgern am schwächsten aus-

311 Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 81 Rn. 222.

312 „funktionsgerechte Verwaltungsorganisation“, checks-and-balances, Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 81 Rn. 226.

313 v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann Art. 20, Rn. 306 f.

314 1972, S. 257.

315 GG-Kommentar Dreier-Gröschner Art. 20, Rn. 17, der auch darauf hinweist, daß das Sozialstaatsprinzip nicht einfach zur Herstellung eines gerechten Zustands verpflichtet, sondern auch eine prozedurale Dimension besitzt (Rn. 51).

316 1972, S. 253.

317 Zurückhaltend Zacher 2004, Rn. 85. Zur Republik als Gestaltungsprinzip: Gröschner 2004, Rn. 40.

318 Forsthoff 1973, S. 368 ff. u. 567 f.

319 Gegen die Ableitung der sozialen Selbstverwaltung aus dem Sozialstaatsprinzip auch Breuer 1977, S. 12 f.

geprägt, ja ungeachtet des gesetzlich verliehenen körperschaftlichen Etiketts teilweise in Anstaltsform erbracht wird.<sup>320</sup>

Mit dem Rekurs auf das Verbot, den Einzelnen zum „Objekt staatlicher Daseinsvorsorge“ zu machen, ist denn auch eher das Menschenwürdeprinzip angesprochen. Es verlangt nach Beachtung auch in der Verwaltungsorganisation und unterstützt, wie oben gezeigt den Aspekt der Selbstregierung auch dort, wo er nicht vom Demokratieprinzip erfaßt wird; alleine oder mit dem Sozialstaatsprinzip wird es aber nicht die grundsätzliche Forderung nach Mitentscheidung und in diesem Sinne körperschaftlicher Selbstverwaltung der gesamten Daseinsvorsorge begründen können. Die Fremdbestimmung, die auch bei der körperschaftlichen Selbstverwaltung durch den Anteil an der Willensbildung der Organisation nicht aufgehoben wird,<sup>321</sup> wird dadurch aber gleichwohl abgemildert.

## 6. Das Republikprinzip

Eine weitere Verstärkung erfährt die Körperschaft aus dem material verstandenen Republikprinzip.<sup>322</sup> Auch wenn dieses Prinzip am stärksten in der englischen Tradition des lokal- oder self-government zum Ausdruck gelangt, blieb es doch auch für die deutsche Tradition nicht ohne Einfluß.<sup>323</sup> Ist beim *Reichsfreiherrn Heinrich Karl vom und zum Stein* noch umstritten, wie stark der englische Einfluß war,<sup>324</sup> liegt er bei *von Gneist* offen zutage.<sup>325</sup> Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Idee der Bürgeraktivierung zur Förderung des Gemeinwohls im 19. Jahrhundert von einem durchaus antidemokratischen Ressentiment getragen war.<sup>326</sup> Die nach der Revolution unter der Weimarer Reichsverfassung notwendig anstehende Diskussion, wie körperschaftliche Selbstverwaltung und demokratischer Staat zusammenpaßten, wurde dann bezeichnender Weise nicht mehr unter Rekurs auf ein materiales Republikprinzip geführt.<sup>327</sup>

320 Vgl. zu den Spannungen zwischen dem Sozialstaats- und dem Prinzip demokratischer Selbstbestimmung, *Zacher* 2004, Rn. 87 f.

321 *Isensee* 1995, S. 337.

322 Zu der Unterscheidung in formales und materiales Republikprinzip: *Gröschner* 2004, Rn. 1 f.; *Anderheiden: Gemeinwohl* (Manuskript), S. 258 ff., S. 285: „Die Interpretation von ‚Republik‘ als ‚Nicht-Monarchie‘ stellt nur den kleinsten gemeinsamen Nenner der wirkmächtigsten politischen Gruppierungen der Zeit [Weimarer Staatsrechtslehre, S.K.] dar“; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Sommerrmann* Art. 20, Rn. 13 f.; GG-Kommentar *Dreier-Dreier* Art. 20 (Republik), Rn. 20.

323 *Henke* 1987, § 21 Rn. 13: „Die städtische Selbstverwaltung seit 1808 fand in republikanischen Formen statt“. Zur Geschichte der Stadtrepubliken vgl. die Übersicht von *Henke* 1981, S. 249; *ders.* 1987, § 21 Rn. 20 f. Angesichts der dominierenden Rolle der Patrizier in der frühneuzeitlichen Städteverfassung muß festgehalten werden, daß wenigstens hier sich Demokratie und Republik ausschlossen, *Schilling* 2004.

324 Zurückhaltend: *Heffter* 1969, S. 88 u. differenzierend S. 100 f.: In der Ablehnung des Zentralismus und einem rousseauschen Demokratiemodell war Stein britisch; den englischen Einfluß heben auch *Wolter* 1993, S. 642 ff., *Menger* 1983, S. 26, *Forsthoff* 1932, S. 9 hervor; *Preuss* 1906, S. 235 f. betont daneben den französischen Einfluß.

325 *Heffter* 1969, S. 526.

326 *Luig* 2004, 472 f.: Die Selbstverwaltung war für ihn ein Mittel zur Eingliederung der Klassen in den Nationalstaat im Dienst der sozialen Gerechtigkeit. „Diese Selbstverwaltung läßt sich aber nur in einen monarchischen Staat einbauen und nicht in eine Demokratie“.

327 Wenn man wie Preuß von der Strukturgleichheit von Gemeinde und Staat annahm, dann war zwar Art. 1 I WRV, wonach Deutschland eine Republik sei, zu beachten; „Die deutsche Republik“ konnte

Den Staat als *res publica* zu verstehen, bedeutet, wie es *Richard Thoma* formulierte, ihn „als ein Gemeinwesen“ zu begreifen, „an dem alle Bürger teilhaben, in dem jede Herrschaft zum Dienst an den Gliedern, jedes Glied zum Dienst am Ganzen verbunden wird. Republik in diesem Sinne macht den Untertan zum Bürger und verpflichtet und berechtigt ihn zu der Gesinnung und der tätigen Bereitschaft, die Friedrich Naumann in die Worte gekleidet hat: ‚Der Staat, das sind wir‘<sup>328</sup> Mit dem materialen Begriff der Republik wird eine gegliederte Gemeinwohlverantwortung angesprochen, in die auch die verselbständigten Verwaltungseinheiten einzubeziehen sind.<sup>329</sup> Dabei ist hervorzuheben – später wird darauf noch näher eingegangen – daß es sich bei diesem Gemeinwohl nicht um eine Kontingenzformel für die überpositive werthafte Einheit des als Ganzheit verstandenen Staates gehen kann. Vielmehr muß das Gemeinwohlprinzip im Kontext der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft von seinen normativen verfassungsrechtlichen Vorgaben her als sich aus dem GG ergebende Gemeinwohlordnung verstanden werden.<sup>330</sup> Das Republikprinzip bringt diesen Bezug des Einzelnen zum Gemeinwesen, der in den Grundrechten, im Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verankert sind, auf einen gemeinsamen Begriff und stellt ihn, soweit dies nicht in den Verbürgungen schon geschehen ist, in die Perspektive staatlicher Einheit.<sup>331</sup>

Das Republikprinzip eröffnet hier eine vorsichtige Perspektive auf das Einwirkungspotential des Einzelnen auf die öffentlichen Angelegenheiten einerseits (Partizipation, Zugang zu öffentlichen Ämtern) und die Möglichkeit seiner Inpflichtnahme und der Pflichten im Amt andererseits.<sup>332</sup> Die Einwirkungspotentiale betreffen den *status activus* des Bürgers insgesamt und gehen daher über seine demokratische Mitwirkung als Teil des Staatsvolks hinaus. Als Amtsträger kann von der Person dann Interessentranszendenz, die Berücksichtigung des Ganzen als *Citoyen* verlangt werden,<sup>333</sup> auf die gerade auch die interessenvertretenden Kammern abzielen, wenn sie die Vertretung des „Gesamtinteresses“ ihrer Mitglieder zur Aufgabe der Körperschaft machen. Angesprochen ist mithin die Einbettung der

---

aber „nur die demokratische Selbstorganisation des deutschen Volkes als einer politischen Gesamtheit sein“. (Preuß 1926, S. 370). Neben der Konnotation der Einheit, blieb ging also der Republikbegriff im demokratischen auf.

328 *Thoma* in: *Anschütz/Thoma Staatsrecht I* 1930, S. 186, zit. nach *Anderheiden: Gemeinwohl* (Manuskript), S. 281; vgl. auch v. *Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann Art. 20*, Rn. 14 u. 30; zum Weg des Republikprinzips im Parlamentarischen Rat bis zur gegenwärtigen Fassung auch *Anderheiden: Gemeinwohl* (Manuskript), S. 258 f.

329 *Kirste* 2002, S. 342 f., u. 360 f.; zum Zusammenhang von Republik und Gemeinwohl: *Anderheiden: Gemeinwohl* (Manuskript), S. 265 f. u. 307 ff., der das Republikprinzip als „Prinzip der Bereitstellung kollektiver Güter“ versteht (S. 310).

330 Wozu das Republikprinzip mit seinem Rekurs auf die Selbstbestimmung und der Ablehnung aller Arten von Herrschaft aus höherrangigem Recht selbst Anlaß gibt, *Gröschner* 2004, Rn. 39 u. 42; v. *Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann Art. 20*, Rn. 15.

331 *Isensee* 1981, S. 8: „Republik steht als Name für das Ganze, das sonst nur in umständlicher Umschreibung („freiheitlich demokratische Grundordnung“) angesprochen wird“; insofern ist der materiale Begriff der Republik nicht überflüssig, so aber GG-Kommentar *Dreier-Dreier Art. 20* (Republik), Rn. 19; auch *Böckenförde* 2004, § 24, Rn. 96; kritisch dazu *Anderheiden: Gemeinwohl* (Manuskript), S. 261 f., 318 f.: insbesondere hat es trotz der Aufwertung der Grundrechte gegenüber der Weimarer Reichsverfassung seine Bedeutung.

332 *Gröschner* 2004, Rn. 27 u. 43 im Anschluß an Rousseau. Ohne daß aus diesem Prinzip jedoch etwa Grundpflichten abgeleitet werden könnten, *Gröschner*, a.a.O., Rn. 48, *Kirste* 2002, S. 332 f.

333 *Gröschner* 2004, Rn. 67.

subjektiven Freiheit in die verfassungsmäßige Ordnung des Grundgesetzes.<sup>334</sup> Hier wird auch eine Betroffenenpartizipation mit dem Republikprinzip in Verbindung gebracht: Diejenigen sollen partizipieren können, die von einem kollektiven Gut betroffen sind.<sup>335</sup> Bund und Länder finden damit im Republikprinzip eine Bestärkung bei der Schaffung von Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Interessenvermittlung von Einzelnen und Allgemeininteresse. Dabei ergeben sich aber aus den weiteren Verfassungsprinzipien und insbesondere den Grundrechten Beschränkungen dieser Möglichkeiten.

Die Heranführung dieses Prinzips an die Körperschaften des öffentlichen Rechts hat jedoch zu konstatieren, daß Art. 28 I GG zwar in Satz 1 das Republikprinzip zur verfassungsmäßigen Ordnung der Länder zählt, nicht aber in Satz 2 zur notwendigen Ausstattung der Kreise und Gemeinden macht.<sup>336</sup> Zwar sind die kommunalen Gebietskörperschaften Teil der Landesverwaltung, die Nichterwähnung des Prinzips in Satz 2 zeigt aber, daß ihre Stellung nicht die von Stadtrepubliken sein kann: Eine Republik sind die staatsrechtlichen Gebietskörperschaften Bund und Länder, nicht aber die Gemeinden und Gemeindeverbände. Auch die Landesverfassungen beziehen das Republikprinzip nur auf das Land,<sup>337</sup> nicht aber auf die Gemeinden oder sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die Binnenverfassung der Körperschaften des öffentlichen Rechts ist mithin nicht „republikanisch“.

Während also das Rechtsstaatsprinzip als Differenzierungsprinzip des Verwaltungssystems auf eine funktionsadäquate Organisation der Aufgaben drängt und das Demokratieprinzip als vereinheitlichendes Strukturprinzip eine Legitimation durch das Staatsvolk fordert, ergibt sich aus einem material verstandene Republikprinzip eine dialektische Einheit aus vereinheitlichender Tendenz der Hinordnung der öffentlichen Organisationsentscheidungen auf das Gemeinwohl und der Freiheitsbetätigung der Einzelnen in diesem Interesse. In dieser politische Freiheitsbetätigung des Einzelnen mit Hinordnung auf das politische Ganze vermittelnden Einheit unterstützt das Republikprinzip wesentliche Strukturentscheidungen der Körperschaften des öffentlichen Rechts.

## 7. Grundrechte

Aus den Grundrechten ergeben sich Anforderungen an Verwaltungsorganisationen in mehrfacher Hinsicht:<sup>338</sup> (1.) schaffen Organisationen die Voraussetzungen der Verwirklichung von Freiheit,<sup>339</sup> (2.) können Verwaltungsorganisationen, sofern sie

334 Gröschner 2004, Rn. 45; wenn hierbei als beschränkendes Moment des Republikprinzips der in ihm enthaltene Gedanke des Gemeinwohls angesprochen wird, ist allerdings zu bedenken, daß der Gemeinwohlentwurf des GG eine vermittelte Einheit aus Einzelinteresse und Staatsinteresse darstellt, Kirste 2002, S. 342 f.

335 *Anderheiden*: Gemeinwohl (Manuskript), S. 587 f., der jedoch zu Recht sehr zurückhaltend gegenüber organisatorischen Forderungen aus dem Republikprinzip ist, S. 627 f.

336 Art. 28 I Satz 2 beschränkt sich vielmehr auf spezifisch demokratische Homogenitätsvorgaben, v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 83.

337 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 20 (Republik), Rn. 14.

338 Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 81 Rn. 243 f.

339 Vgl. etwa *BVerfG* 35, S. 79 ff. (121 f.) – Hochschulurteil. Aus den Grundrechten ergibt sich jedoch nicht die Notwendigkeit einer bestimmten Organisationsform (*BVerfG* a.a.O., S. 116).

nicht grundrechtsverpflichtet sind, selbst Grundrechtsträger sein; (3.) ergeben sich Vorgaben für die Binnenstruktur von Verwaltungsorganisationen; (4.) können sie vor einer Pflichtrekrutierung schützen. Diese vier Aspekte der Prägung von Organisationen durch die Grundrechte können wiederum den drei Organisationsdimensionen zugeordnet werden: Auf die Selbständigkeitsdimension sind der erste und zweite, auf die Binnenstruktur der dritte und auf das Umweltverhältnis der vierte Aspekt bezogen. Weil dies an seiner systematischen Stelle ausführlicher zu behandeln sein wird, soll hier nur übersichtsweise darauf eingegangen werden.

Politische Organisation wirkt nicht nur freiheitsbeschränkend, sondern auch freiheitsermöglichend und stellt so eine „notwendige Bedingung der Freiheit“ dar:<sup>340</sup> Grundrechte „bedürfen der Organisation“.<sup>341</sup> In ihnen wird eine gegliederte und differenzierte Form der Selbstbestimmung des Bürgers möglich.<sup>342</sup> Darauf war oben schon bei der Frage der Fundierung von autonomer und demokratischer Legitimation im menschenwürde-getragenen Prinzip der Selbstbestimmung des Menschen hingewiesen worden. Ferner ist auf die Verwirklichung der Grundrechte durch Organisationen hinzuweisen, wie sie sich etwa im Hochschulbereich vollzieht. Die Bereitstellung der Organisation selbst dient hier der Verwirklichung der Grundrechte.<sup>343</sup>

Verwaltungsorganisationen können nicht nur gegenüber ihren Mitgliedern, sondern auch gegenüber der sonstigen staatlichen Verwaltung soweit rechtlich selbstständig sein, daß sie selbst Träger von Grundrechten sind (Art. 19 III GG). Dies kann – auf die restriktive Rechtsprechung des BVerfG wird einzugehen sein – insbesondere dann der Fall sein, wenn und soweit sie von staatlichem Handeln in ihrer der Verwirklichung der Grundrechte dienenden Funktion ebenso betroffen sind, wie natürliche Personen als Grundrechtsträger. Die Ausgestaltung der Binnensstruktur von Verwaltungsorganisationen wird durch Grundrechte geprägt, indem Partizipationsformen, Mitspracherechte oder Freiräume für den Grundrechtsgebrauch vorgesehen werden müssen.<sup>344</sup> Während gesellschaftliche Organisationen durch freiwilligen Zusammenschluß gebildet und durch freiwillige Aufnahme regeneriert werden, erfolgt die Rekrutierung der Mitglieder von Verwaltungsorganisationen als Wehrpflicht, in Gestalt der Verpflichtung zur Übernahme von Ehrenämtern oder der Zwangsmitgliedschaft in Körperschaften des öffentlichen Rechts häufig gegen den Willen des Bürgers. Hier schützen die Grundrechte vor einer nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigten Zwangsrekrutierung.

340 *Böckenförde* 1992/2, S. 51 f.; für die Menschenrechte *Isensee* 1992, § 115 Rn. 49 f.; schon *Hegel* 1972, § 260, S. 221.

341 *Isensee* 1992, § 115 Rn. 152; *Hesse* 1994, § 5 Rn. 44 f.

342 *Böckenförde* (1992/2, S. 53) hebt in diesem Zusammenhang auch Dezentralisation und Selbstverwaltung hervor.

343 *BVerfG* v. 26. Oktober 2004 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00: „Dem einzelnen Träger des Grundrechts aus Art. 5 III Satz 1 GG erwächst aus dieser Wertentscheidung ein Recht auf solche staatlichen Maßnahmen auch organisatorischer Art, die zum Schutz seines grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unerlässlich sind, weil sie ihm freie wissenschaftliche Betätigung überhaupt erst ermöglichen“.

344 *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 81 Rn. 254 f.

## 8. Zusammenfassung

Sieht man von der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden (Art. 28 II S. 1 GG) und der Wissenschaftsfreiheit ab, so gibt es keine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Errichtung von verwaltungsrechtlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Aus den grundlegenden Verfassungsprinzipien ließ sich keine allgemeine Forderung nach körperschaftlicher Selbstverwaltung begründen.<sup>345</sup> Im Gegenteil erschienen die Körperschaften im Hinblick auf das grundsätzlich zu erreichende demokratische Legitimationsniveau wegen der ihnen eingeräumten Autonomie und den Mitentscheidungsbefugnissen einer kleinen Gruppe von Bürgern als problematisch und daher rechtfertigungsbedürftig. Das Defizit an demokratischer Legitimation wird nicht durch eine autonome demokratische Legitimation kompensiert. Das BVerfG hat aber zu Recht hervorgehoben, daß ergänzende Legitimationsmodi bestehen, die dem Gedanken der Selbstbestimmung der Bürger Rechnung tragen können. Nicht als Forderung nach der Schaffung von Körperschaften des öffentlichen Rechts, wohl aber als verfassungsrechtlicher Gesichtspunkt zu ihrer Rechtfertigung konnte das letztlich in der Menschenwürde verankerte Prinzip der Selbstbestimmung angeführt werden. Und auch das Rechtsstaatsprinzip rechtfertigt dezentrale, sachnahe Entscheidungen. Das Republikprinzip unterstützt den Gedanken der Betroffenenverwaltung im Interesse einer gestuften Gemeinwohlverwirklichung. So wenig die Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert das monarchische Prinzip in Frage stellte, sondern dem Bürger im öffentlichen Interesse und im Interesse der Entfaltung seiner Freiheit im öffentlichen Raum eine Einflußnahme auf Verwaltungsentscheidungen eröffnete, so wenig stellt sie im demokratischen Verfassungsstaat Demokratie und demokratische Kontrolle der Verwaltung in Frage, sondern ergänzt sie um einen eingeschränkten Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgabe unter Aktivierung von jeweils besonders betroffenen Bürgern.

## III. Drei Dimensionen des Verwaltungsorganisationsrechts

Hauptanliegen der Arbeit ist es, die Ausdifferenzierung der Körperschaft des öffentlichen Rechts als Verwaltungsorganisation aus dem oben grob umrissenen Makrosystem der Verwaltung rechtlich zu rekonstruieren. Dazu sind aufgrund des vorgeschlagenen Organisationsmodells rechtliche Voraussetzungen, Formen und Grenzen der Herausbildung selbständiger Verwaltungsorganisationen in diesem System zu untersuchen, das Recht der Binnenstruktur dieser Organisationen zu analysieren und schließlich die Rechtsbeziehungen dieser ausdifferenzierten Verwaltungsorganisation zu ihrer Umwelt zu verfolgen.<sup>346</sup> Will man die den

<sup>345</sup> Die Landesverfassungen (etwa Art. 155 LV Bay, die aber eine besondere Stellung besitzen) anerkennen zwar Selbstverwaltungsorganisationen; nur selten aber fordern sie deren Errichtung als Körperschaften. Sie wiederholen insofern die institutionelle Garantie der Gemeinden und sehen die Errichtung weiterer als Möglichkeit vor,

<sup>346</sup> In etwas anderer Formulierung und Reihenfolge auch *Schmidt-Aßmann* (1998, S. 212) „Das Organisationsrecht muß die als Organisationen greifbaren sozialen Wirkungsgefüge rechtlich ordnen. Es muß ihnen ihre Stellung im Verhältnis zu anderen Sozialsystemen und überhaupt im Rechtsverkehr

Organisationsdimensionen zugeordneten Rechtsmaterien unterscheiden, könnten sie konstituierendes Organisationsrecht, Innerorganisationsrecht und Organisationsaußenrecht genannt werden. Nach der verspäteten Verabschiedung der Vorstellung rechtsfreier Innenräume der Verwaltung<sup>347</sup> spielt die Unterscheidung von Innenrecht und Außenrecht eine wichtige Rolle.<sup>348</sup> Die Differenzierung von Innerorganisationsrecht und Organisationsaußenrecht soll diese Unterscheidung nicht unterlaufen, wird die Grenzen von beiden jedoch nicht funktional, sondern organisatorisch ziehen.<sup>349</sup> Im folgenden sollen diese drei Perspektiven als Leitfaden der späteren Untersuchung nur kurz umrissen werden

## 1. Konstituierendes Organisationsrecht

Zunächst muß eine Verwaltungsorganisation auch rechtlich durch eine Innen-Außen-Unterscheidung von ihrer Umwelt abgegrenzt werden. Als konstituierende sollen hier diejenigen Rechtssätze verstanden werden, die sich auf die selbständige äußere Gestalt der Verwaltungsorganisation beziehen. Entsprechend der oben entwickelten Organisationsstruktur geht es im Kern um die Fragen der Rechtsform der Verselbständigung und die Bedeutung der Ziele als Aufgaben. Das Verwaltungsorganisationsrecht hat hier konstituierende und abgrenzende Funktion.<sup>350</sup>

### a. Rechtliche Verselbständigung

Die grundlegende organisationsrechtliche Frage bei der Schaffung neuer Verwaltungsorganisationen ist diejenige nach ihren formalen Strukturen und den identitätsbildenden Zielen. Für den Gesetzgeber ergeben sich nur wenige Gebote hinsichtlich einer bestimmten Organisationsform, so daß er eine weitgehende Wahlfreiheit besitzt.<sup>351</sup> Beispielsweise ist etwa das überkommene Strukturmodell der Universität nicht verbindlich.<sup>352</sup> Gerade wenn es keinen Numerus Clausus der Organisationsformen gibt, ist die Frage des Umfangs der rechtlichen Formalisierung der neu zu schaffenden Organisationseinheit wichtig, um zu klar identifizierbaren Strukturen zu gelangen. Das Organisationsrecht muß hier Kriterien bereithalten, die es erlauben, die Entscheidungen, Handlungen etc. der Organisation von denen ihrer Umwelt zu unterscheiden.<sup>353</sup> Dies geschieht durch das statusbegründende oder konstituierende

---

zuweisen und die Bahnen der inneren Willensbildung festlegen“. Der erste Aspekt betrifft das hier statusbegründende Recht genannte Gebiet, der zweite diejenigen Rechtssätze, die das Verhältnis der Organisation zu ihrer Umwelt regeln, mithin das Organisationsaußenrecht; der letzte Aspekt das Innerorganisationsrecht, vgl. auch *Krebs* 1988, Rn. 2.

347 Vgl. besonders *Rupp* 1991, S. 19 ff.

348 *Rupp* 1991, S. 34; *Groß* 1999, S. 17, Beispiel: Der Verwaltungsakt nach § 35 (L)VwVfG.

349 *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 251 u. *ders.* 1997, S. 43: „Organisationen setzen eine *spezifische Differenz* von Innen und Außen voraus“.

350 *Trute* 1997, S. 255.

351 *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 81 Rn. 44 f.; *Müller* 1993; *Bull* 2001, S. 545 ff.; *Kempfen* 1989.

352 *BVerfGE* 35, S. 79 ff., Ls. 4, S. 79 u. 115: „Die Garantie der Wissenschaftsfreiheit hat weder das überlieferte Strukturmodell der deutschen Universität zur Grundlage, noch schreibt sie überhaupt eine bestimmte Organisationsform des Wissenschaftsbetriebs an den Hochschulen vor“.

353 *Trute* 1997, S. 254 f.; das betrifft ganz grundsätzlich bei jeder juristischen Person den Innen- und den Außenrechtskreis, *Wolff* 1933, S. 191.

Recht.<sup>354</sup> Mit dem konstituierenden Organisationsrecht wird die Organisation errichtet, werden die grundlegenden und von der Organisation nicht zu verändernden Aufgaben, Ziele und Zuständigkeiten festgelegt und das Hauptkriterium ihrer Selbständigkeit bzw. ihr Status, ihre Rechtsstellung und die Grundzüge ihrer Handlungsfähigkeit bestimmt.<sup>355</sup> Hierdurch werden insbesondere zurechenbare Rechtssubjekte geschaffen.<sup>356</sup> Dies ermöglicht die Bereitstellung von Einheiten für die rechtliche Ausgestaltung der organisatorischen Binnenstruktur, der rechtlichen Erfassung, Ermöglichung und Begrenzungen ihrer Wirkungen und der rechtlichen Steuerung.<sup>357</sup>

Als Organisationen im Rechtssinn können jedenfalls alle Rechtsgebilde bezeichnet werden, „die als innendifferenzierte Rechtssubjekte strukturiert sind“.<sup>358</sup> Die Herausbildung einer Vielzahl von juristischen Personen des öffentlichen Rechts bedeutet die rechtliche *Dezentralisierung* des Makrosystems der Verwaltung.<sup>359</sup> Sie kann so von der Dekonzentration als der Schaffung von nicht-rechtsfähigen, weisungsgebundenen Verwaltungseinheiten unterschieden werden.<sup>360</sup> Auch nach dem GG steht die Rechtsfähigkeit für die Abgrenzung von eigener und mittelbarer Verwaltung im Zentrum.<sup>361</sup> Wie schon erwähnt, sieht das GG zunächst ein vertikal dezentralisiertes Verwaltungssystem durch die Verwaltungsträger<sup>362</sup> Bund, Länder und Gemeinden als Gebietskörperschaften vor.<sup>363</sup> Zur Rechtsfähigkeit tritt für die letzteren noch Selbstverwaltung hier als wichtiges Prinzip der Dezentralisierung.<sup>364</sup> Die vertikal differenzierten Verwaltungsträger besitzen die rechtliche Organisationsgewalt für eine weitere horizontale, nach dem Realprinzip und anderen Grundsätzen erfolgende Differenzierung in weitere juristische Personen des öffentlichen Rechts. Diese sind ebenfalls Verwaltungsorganisationen, für die die anderen horizontal oder vertikal differenzierten Verwaltungsorganisationen Organisationsumwelten bedeuten. Verwaltungsorganisationen grenzen sich mithin durch die Rechtsfähigkeit von ihrer Umwelt ab.<sup>365</sup> Zwischen diesen und nichtrechtsfähigen

354 Schmidt-Aßmann 1997, S. 43.

355 Schmidt-Aßmann 1997, S. 22.

356 Schnapp (1980, S. 69) hat insofern auch von der Zurechnungsfunktion des Organisationsrechts gesprochen. Auch wenn dies nicht das einzige und vielleicht sogar ein Kriterium ist, das an Bedeutung verliert (Krebs 1988, Rn. 20; Schmidt-Aßmann 1977, S. 348). An seine Stelle treten zunehmend materielle Kriterien der Verselbständigung wie vor allem die Aufgabe.

357 Kirste 2000, S. 37 f.; ders. 2001, S. 357.

358 Achterberg 1986, § 13 Rn. 13.

359 Als einem zentralen Differenzierungsprinzip der Verwaltung der Bundesrepublik Deutschland, Bryde 1988, S. 186 f.; zum Folgenden Becker 1989, S. 194 ff.; auch Traumann 1998 S. 275 f.; Löer 1999, S. 5; Dreier 1991, S. 224.

360 Burgi 2002, § 52 Rn. 26; Bull 2000, Rn. 156; Peters 1928, S. 17 f., der statt von Dekonzentration auch von „administrativer Dezentralisierung“ spricht.

361 So etwa in Art. 86 S. 1 GG, wenn zwischen der bundeseigenen Verwaltung und den „Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts“ unterschieden wird (GG-Kommentar Dreier-Hermes Art. 86, Rn. 27 u. 31) oder in Art. 87 III 1 GG zwischen „selbständigen Bundesoberbehörden“ und „Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts“, GG-Kommentar Dreier-Hermes Art. 87, Rn. 79.

362 Zum Begriff Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 83, Rn. 88; Maurer 2002, § 21 Rn. 1 ff.; Köttgen 1939, S. 1 f.

363 Burgi 2002, § 52 Rn. 8; In diesem Rahmen sind prinzipiell sekundäre vertikale Differenzierungen der Verwaltungsorganisationen möglich, Becker 1989, S. 209 f.

364 Stern 1984, S. 397 ff.; Peters 1928, S. 17 f.

365 Diese Umwelt besteht selbstverständlich noch aus einer Vielzahl anderer Elemente: nichtrechtsfähige Organisationen anderer Verwaltungsorganisationen, natürliche und juristische Personen des Privatrechts, etc.



Verwaltungseinheiten, die ihre Zuständigkeiten von der betreffenden Verwaltungsorganisation herleiten und ihren Weisungen unterworfen sind, spannt sich ein breites Spektrum mehr oder weniger fachlich oder örtlich dezentrierter Verwaltungseinheiten.<sup>366</sup>

Quer zu dieser Einteilung liegt die auf *Arnold Köttgen* zurückgehende Gliederung des Makrosystems der Verwaltung in „Verwaltungseinheiten“.<sup>367</sup> Köttgen verstand darunter ohne Rücksicht auf ihre Rechtsfähigkeit jede „Verbindung, die durch einen Organisationsakt gesichert und damit dem organischen Wechsel von Bindung und Lösung im wesentlichen entzogen sind“.<sup>368</sup> Sie können, müssen aber nicht Rechtsfähigkeit besitzen. Auf diese Weise erfaßt der Begriff nicht nur Organisationen, sondern auch Organe im herkömmlichen juristischen Sinn.

Stand bei Köttgen noch die Überzeugung des Vorrangs der gelebten „irrationalen Gemeinschaft“ vor der „rationalen Organisation“ der juristischen Person im Vordergrund,<sup>369</sup> so ergibt sich gegenwärtig die Prominenz des Begriffs eher aus dem kaum zu bändigenden Formenreichtum öffentlicher Verwaltungsorganisationen.<sup>370</sup> „Verselbständigte Verwaltungseinheiten“ erfassen nun alle Verwaltungsorganisationen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsfähigkeit und die öffentlich- oder privatrechtliche Organisationsform, die infolge einer Verselbständigung von Personal- und Sachmitteln, der Willensbildung oder der Entscheidungstätigkeit zwar nicht zu Verwaltungsträgern, wohl aber zu Organisationseinheiten geworden sind.<sup>371</sup> Dazu gehören nicht nur die juristischen Personen des öffentlichen und des Privatrechts, sondern auch die selbständigen Bundesoberbehörden.<sup>372</sup> Zugrunde liegt hier eine aufgabenbezogene Sichtweise, bei der die Rechtsgestalt der Verselbständigung die Folge der Ausgliederung der Aufgabe aus einer bestehenden Verwaltungsorganisation ist.<sup>373</sup>

366 *Becker* 1989, S. 212 ff.; *Lecheler* 1988, S. 82 f.

367 *Köttgen* 1939, S. 7 ff.; auch *Schuppert* 1981, S. 1 ff.; *Gogos* 1997, S. 27 ff.

368 *Köttgen* 1939, S. 7.

369 *Köttgen* 1939, S. 39 f.: „Organisation ist also hier keineswegs allein eine Frage der Zweckmäßigkeit, sondern steht von vornherein unter den wesensmäßigen Notwendigkeiten gegebener Gemeinschaft. Vor der Verwaltungskraft steht die Gemeinschaftskraft“.

370 *Schuppert* 1981, S. 250 f.

371 *Wagner* (1976, S. 33) definiert: „Unter ‚verselbständigte Erfüllung‘ öffentlicher Aufgaben soll die Durchführung von Teilen der öffentlichen Aufgaben in Organisationseinheiten verstanden werden, die von den Haupteinheiten der öffentlichen Verwaltung (Bund, Länder und Kommunalverwaltungen) in einer noch näher darzulegenden Weise abgesetzt sind“. Gemeindeverwaltungen (als unmittelbare Verwaltung des Verwaltungsträgers Gemeinde) werden neben den Verwaltungen der unmittelbaren Staatsverwaltung nicht zu den verselbständigten Verwaltungsträgern gezählt. Für *Wagner* erlaubt der Begriff eine bessere Erfassung der Differenzierungen des Makro-Systems der Verwaltung, weil er Graduierungen zuläßt. Eine Verselbständigung I. Grades soll danach dann vorliegen, wenn ein gewisser „Einflußknick“ besteht, eine Verselbständigung II. Grades, wenn weitere Elemente von Unabhängigkeit hinzutreten. Als solche Elemente zählt er sechs weitere auf, deren Addition jeweils einen weiteren Grad der Verselbständigung bedeutet. Verselbständigungen I. Grades sind Behörden mit eigenem Unterbau, II. Grades etwa die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, III. Grades juristische Personen des öffentlichen Rechts etwa Untereinheiten von juristischen Personen des öffentlichen Rechts und V. Grades eine Reihe von teils privatrechtlichen teils öffentlich-rechtlichen Organisationseinheiten. – Die Organisationsform, insbesondere die Binnenorganisation, die in unserer Untersuchung die Hauptrolle spielen muß, ist dabei jedoch nebensächlich.

372 *Schuppert* 1981, S. 249 f.; *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 259 ff.; *Gogos* 1997, S. 39 f.; *Krebs* 1988, Rn. 19 ff.; weitere Beispiele bei *Dieckmann* 1976, S. 21 f. u. 27; *Wagner* 1976, S. 41 f.; eine Übersicht gibt *Laux* 1976, S. 119 f.

373 *Dieckmann* 1976, S. 26.

Neben den oben bei der Erörterung von bürokratischer und nichtbürokratischer Organisation genannten organisationstheoretischen Gründen, werden vor allem politische Gründe der Entlastung der bestehenden Verwaltungsstrukturen, der Erzielung von Machtbalance innerhalb der öffentlichen Verwaltung, der Differenzierung der Entscheidungsergebnisse durch die Vervielfältigung der Entscheidungsträger und der Steigerung der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung in kleineren Organisationseinheiten genannt.<sup>374</sup>

Der verwaltungswissenschaftliche Befund kann und soll nicht geleugnet werden und würde sich bei näherer Untersuchung noch bestätigen. Problematisch daran ist, daß der Rekurs auf den nicht rechtlich qualifizierte Organisationsakt den Begriff der Verwaltungseinheit zu einem faktischen, nicht aber zu einem rechtlichen Begriff macht, dessen Charakter als „Sammelbegriff“ ihn zudem öffnet gegenüber einer Vielzahl von Organisationsformen, die herkömmlich nicht erfaßt wurden, zugleich aber auch schwierige Abgrenzungsprobleme aufwirft.

### b. Aufgaben<sup>375</sup>

Die Ziele der Verwaltungsorganisationen werden über Aufgabenzuweisungen bestimmt. Hierdurch wird ihr Entscheidungsrahmen im Zusammenhang des Makrosystems der Verwaltung inhaltlich festgelegt. Verwaltungsrechtliche Zielbestimmungen als Aufgabennormen legen zwar bestimmte anzustrebende Zustände fest,<sup>376</sup> enthalten aber keine Festlegungen über die Modalitäten der Ausführung dieser Aufgabe.<sup>377</sup> Dadurch unterscheiden sie sich von Verhaltensnormen und können nicht als Befugnisnormen verstanden werden. Hinsichtlich ihrer Bestimmtheit haben sie die Struktur von Finalprogrammen.<sup>378</sup> Ihrem Inhalt nach sind sie Prinzipien, die nicht wie Regeln nur erfüllt oder nicht erfüllt, sondern mehr oder weniger erfüllt werden können.<sup>379</sup> Sie sind damit Optimierungsgebote, die nicht isoliert zu einer maximalen Verwirklichung verpflichten, sondern die Verwaltung anhalten, sie unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Alternativen und Rahmenbedingungen bestmöglich zu realisieren.<sup>380</sup> Zielkonflikte können dann durch Abwägung bewältigt werden.<sup>381</sup>

Neben die organisationstheoretischen Funktionen der Aufgabe, die klassifikatorische, die binnenstrukturelle und die normative Funktion tritt in verwaltungs-

374 Dieckmann 1976, S. 24 f. u. 27 f., der diesen Aspekten aber sogleich die Nachteile gegenüberstellt: Abnahme der öffentlichen Kontrolle, Unübersichtlichkeit und Zersplitterung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Entmachtung von Regierung und Parlament, Mittelverschwendung und andere; Wagener (1976, S. 45 f.) führt 13 Eigenarten von Aufgaben an, die zu einer Verselbständigung geführt haben an. Bemerkenswert ist, daß er überwiegend hierarchisch strukturierte Organisationen aufzählt.

375 Loeser 1994, S. 121.

376 Aufgabe meint die Hinordnung auf das Ziel als einem erwünschten Zustand, Bull 1977, S. 44.

377 Aufgabennorm kann mit Ota Weinberger als Norm verstanden werden, die das zu erreichende Ziel vorschreibt. Sie unterscheidet sich von der Verhaltensnorm, die bestimmte Verhaltensweisen gebietet, verbietet oder erlaubt, Weinberger 1979, S. 119.

378 Luhmann 1993, S. 195 ff.; im Bereich der Staatsorganisation könnte man relativ abstrakte Staatsziele von konkreteren Staatsaufgaben unterscheiden, Bull 1977, S. 44 f.; Sommermann 1997, S. 365 f.

379 Ausführlich zum Ganzen Sommermann 1997, S. 355 ff.

380 Sommermann 1997, S. 411 ff. unter Berufung auf Alexy 1994, S. 75 f.

381 Sommermann 1997, S. 412 f.

rechtlicher Perspektive noch die *Legitimationsfunktion* der Aufgabe. Ziele werden öffentlichen Organisationen als öffentliche Aufgaben übertragen bzw. als freiwillige öffentliche Aufgaben zugelassen. Als rechtlich gebildete, herrschaftliche Organisation mit Eingriffsbefugnissen muß die Verwaltungsorganisation demokratisch gerechtfertigt werden (Art. 20 II GG und die Grundrechte). Dies erfordert jedenfalls einen legitimen Zweck der Organisation.

Weil öffentliche Aufgaben nicht aus sich heraus einem bestimmten Subjekt zugeordnet sind, müssen sie als *sachliche Zuständigkeit* noch einer bestimmten Verwaltungsorganisation zugewiesen werden.<sup>382</sup> Diese Zuordnung kann sich auf einzelne genau abgegrenzte Aufgaben beziehen oder, wie im Bereich der Gemeinden, eine Allzuständigkeit für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft begründen. Erforderlich zur Zuordnung einer Aufgabe zu einem bestimmten Verwaltungsträger ist ferner die Begründung seiner örtlichen Zuständigkeit. Über diese wird zugleich eine wesentliche Entscheidung hinsichtlich der Organisationsgröße getroffen. Die Organisationsgröße wird aber – jedenfalls im Bereich der Körperschaften des öffentlichen Rechts – auch über die Zahl ihrer Mitglieder bestimmt. Hierfür bietet sich der – soweit ersichtlich – bisher nicht allgemein in die Dogmatik des Verwaltungsorganisationsrechts eingeführte Ausdruck „*personelle Zuständigkeit*“ an.<sup>383</sup> In der Sache wird er aber etwa im Recht der Unfallversicherung verwendet, wenn der Kreis der Mitglieder aus der Perspektive des Versicherungsträgers als „Zuständigkeit für Versicherte“ abgegrenzt wird (§ 133 SGB VII).<sup>384</sup> Weder Aufgabe noch ihre Zuordnung zu einer Verwaltungsorganisation als Zuständigkeit sagen ferner etwas über die Befugnis aus, bestimmte Mittel zu ihrer Erfüllung zu nutzen. Sie wird vielmehr als Ermächtigung zur Erfüllung der gestellten Aufgaben mit bestimmten Mitteln verliehen.<sup>385</sup> Da sich die Ermächtigung als Handlungsbefugnis auf das Außenverhältnis nicht nur gegenüber anderen Verwaltungsorganisationen, sondern auch gegenüber dem Bürger bezieht, betrifft sie zugleich das Organisation-Umweltverhältnis.

## 2. Innerorganisationsrecht

Materiellrechtliche Vorgaben für das Verwaltungshandeln können nur nach Maßgabe des Innenrechts der jeweiligen Verwaltungsorganisation umgesetzt werden.<sup>386</sup> Das Innerorganisationsrecht betrifft die inneren Verhältnisse der Organisation

382 *Wolff/Bachof* 1976, S. 14 f. u. 18; *Maurer* 2002, § 21 Rn. 44; *Achterberg* 1986, § 13 Rn. 21; *Collin/Fügemann* 2005, S. 694 ff.

383 *Wolff/Bachof* 1976, S. 22 f. sehen dieses Moment als dem der örtlichen Zuständigkeit untergeordnet an. Dies ist jedoch keineswegs notwendig. Ebenso gut ist es möglich, daß primär an bestimmte personelle Merkmale angeknüpft wird und die örtliche Zuständigkeit erst aus mehr oder weniger pragmatischen Gesichtspunkten der Funktionstüchtigkeit der Organisation sekundär verliehen wird.

384 *Bieback* (1996, § 54 Rn. 60) verwendet hier den Ausdruck „personelle Zuständigkeit“.

385 *Wolff/Bachof* 1976, S. 15; *Maurer* 2002, § 21 Rn. 53. Näher zu den Voraussetzungen dieser Ermächtigungsgrundlagen *Ericksen* 2002, § 15 Rn. 13 f.

386 *Trute* 1997, S. 258, der diesen Organisationsrechtsbereich als „Gestaltung von Möglichkeitsspielräumen binnenorganisatorischer Kommunikation“ versteht.

zwischen den Organwaltern,<sup>387</sup> den Organen und der Organisation selbst.<sup>388</sup> Sein Adressat sind Organe und Unterorgane der Verwaltungsorganisation.<sup>389</sup> Seine „Quellen“ sind formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften und Geschäftsordnungen.<sup>390</sup>

a. *Die verwaltungsorganisationsrechtliche Unterscheidung von Innen- und Außenrecht*

Die Grenze zwischen dem „Innenbereich“ und dem „Außenbereich“ wird durch die Selbständigkeit der betreffenden Verwaltungsorganisation markiert. Die klarste Abgrenzung ergibt sich dabei aus der Rechtspersönlichkeit einer Organisation. Aber auch eine bestimmte Aufgabenzuweisung an einen Zusammenhang von Entscheidungsträgern kann eine solche Verselbständigung – wenn auch mit größeren Unschärfen am Rand – begründen.<sup>391</sup> Grundsätzlich soll hier die Grenze zwischen beiden Rechtsbereichen bereits bei der jeweiligen Verwaltungsorganisation im Verhältnis zu ihrer Umwelt gezogen werden, nicht zwischen dem Staat und dem Makrosystem der Verwaltung einerseits und dem Bürger und seinen Rechten andererseits.<sup>392</sup> Sie ist also nicht deckungsgleich mit der Unterscheidung zwischen Grundrechtsberechtigtem und Grundrechtsverpflichtetem, obwohl dies Rechtsverhältnis für die einzelne Verwaltungsorganisation die Grenze bezeichnen kann.<sup>393</sup> Gegen diese Unterscheidung läßt sich nicht einwenden, das Verwaltungsrecht teile diese Unterscheidung nicht,<sup>394</sup> denn das konkrete rechtliche „Innen und Außen“ wird durch die Verwaltungsrechtssätze bestimmt und nicht vorausgesetzt.

387 Zu diesem Begriff *Wolff* 1934, S. 224 f.; *Maurer* 2002, § 21 Rn. 26; *Krebs* 1988, Rn. 28: Innenrecht bezeichne „die Rechtssätze..., die sich auf die Beziehungen der rechtlichen Untergliederungen juristischer Personen zueinander beziehen“.

388 *Rupp* 1991, S. 34: „Als Innenrechtsverhältnis oder Innenbeziehung sollen in der folgenden Untersuchung diejenigen Rechtsbeziehungen verstanden werden, soweit sie ausschließlich den organischen Funktionsablauf zwischen Organwaltern, Organen und Organismus betreffen; als Außenrechtsverhältnis dagegen der Komplex von Rechtsrelationen, durch welche das Verhältnis von Verwaltungsorganisationen einerseits zu Subjekten, die nicht in der Wahrnehmung einer Organisationsfunktion begriffen sind, andererseits bestimmt wird“. Vgl. auch *Wolff/Bachhof* 1976, S. 5; *Schmidt-de Caluwe* 1993, S. 86.

389 *Maurer* 2002, § 21 Rn. 26.

390 *Maurer* 2002, § 21 Rn. 27; *Löer* 1999, S. 25; *Schmidt-Aßmann* 1981, S. 33 f.

391 In der Perspektive der Organisationsform als abhängiger Variabler der Aufgabenstellung hat *Schuppert* verschiedene Faktoren der Organisationsbildung wie etwa die Fertigungstechnologie, weitere Umweltfaktoren und Organisationszwecke untersucht, *Schuppert* 1981, S. 191 ff.

392 Dazu *Maurer* 2002, § 3 Rn. 5; *Schmidt-de Caluwe* 1993, S. 115. Kritisch zu dieser Abgrenzung in bezug auf die Rechtsnatur von Verwaltungsvorschriften: *Ossenbühl* 2002, § 6 Rn. 41.

393 Die organisationsrechtliche Unterscheidung zwischen Innenrecht und Außenrecht deckt sich entsprechend auch nicht mit der Frage, ob ein Verwaltungshandeln Außenwirkung hat, ob es also als Verwaltungsakt Rechte und Pflichten des Bürgers begründet, abermals *Maurer* 2002, § 9 Rn. 26. Es geht hier mithin auch nicht um die Frage, ob das Innerorganisationsrecht ausnahmsweise „Außenwirkung“ gegenüber dem Bürger entfalten kann.

394 So zu Recht *Krebs* (1988, Rn. 28) gegenüber Vorstellungen, die das Verhältnis zwischen Staat und Gemeinden oder zwischen anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts Innenrecht wären. Vor dem hier angenommenen Begriff der Verwaltungsorganisation meint *Krebs* allerdings zu Unrecht, daß es sich bei den rechtlich selbständigen Verwaltungsträgern um Angehörige „der Verwaltungsorganisation“ handelt. Insofern die Rechtsfähigkeit als Einheitskriterium der Verwaltungsorganisation fungiert, decken sich nämlich die Grenzen einer Verwaltungsorganisation mit der Grenze von Innen- und Außenrecht. Was *Krebs* hier mit „Verwaltungsorganisation“ meint, ist das von uns im Anschluß

Im einzelnen kann unterschieden werden in: das Rechtsverhältnis zwischen Organisation und Organ,<sup>395</sup> Organisation und Organwaller,<sup>396</sup> Organ und Organwaller<sup>397</sup> und das Verhältnis der Organe untereinander.<sup>398</sup> Das Innerorganisationsrecht stellt einen gegenüber dem Organisationsaußenrecht selbständigen Bereich dar, in dem folglich auch gegenüber diesem eigenständige und nicht notwendig kongruente Rechtmäßigkeitskriterien gelten.<sup>399</sup>

Die vorgeschlagene organisationsrechtliche Perspektive schließt eine andere Innen-Außenunterscheidung, die die mögliche Wirkung von Verwaltungsmaßnahmen im Rechtskreis des Bürgers zugrundelegt, nicht aus.<sup>400</sup> Diese zweite Unterscheidung ist dann etwa für die Frage des Rechtsschutzes des Bürgers gegenüber belastenden Akten der Verwaltungsorganisation und der Form, in der Organisationsrechtssätze erlassen werden müssen, von Bedeutung.<sup>401</sup> Da das Innenrecht der Verwaltungsorganisation und das Außenrecht der Bürger und anderer Organisationen (Art. 19 III GG) ihre Geltung aus übergeordneten Rechtssätzen, insbesondere der Verfassung ableiten, kann sich aus diesen auch eine Überbrückung bzw. „Durchlässigkeit“ der Grenze zwischen dem Innerorganisationsrecht und dem Außenrecht der Verwaltungsorganisation ergeben. Sie besteht insbesondere dann, wenn die Grundrechte den Einzelnen vor einer übermäßigen Belastung durch die Organisationsentscheidungen schützen. Den Verwaltungsorganisationen insgesamt ist durch die Satzungsautonomie und die Ermächtigung des Art. 80 GG ihrerseits die Möglichkeit eingeräumt, allgemeine Rechtssätze<sup>402</sup> und über die Verwaltungsakte Regelungen im Einzelfall mit Außenwirkung zu erlassen. Die Grundrechtsgeltung in Sonderrechtsverhältnissen hat Kriterien für eine solche Überbrückung der Trennung der Rechtskreise aufgestellt.<sup>403</sup> Die „Brücke“ zeigt abermals zugleich die Differenz von Innen- und Außenrecht: der Organwaller ist an das Innenrecht gebunden, auch wenn er außenwirksame Rechtsakte erläßt. Gerade deshalb sind hohe Anforderungen etwa an die demokratische Qualität der Innenrechtssätze zu stellen.<sup>404</sup> Die Ausdifferenzierung der Verwaltungsorganisation von ihrer Umwelt führt also

---

an Renate Mayntz so bezeichnete Makrosystem der Verwaltung, also der durch ihre Teilnahme am Funktionssystem der Verwaltung vereint rechtlich selbständigen Organisationen.

395 *Achterberg* 1986, § 20 Rn. 52 f.

396 *Achterberg* 1986, § 20 Rn. 58 f.

397 Geprägt durch innerdienstliche Rechtsakte, *Achterberg* 1986, § 20 Rn. 61.

398 *Achterberg* 1986, § 13 Rn. 14 u. § 20 Rn. 64 f. – zum Organisationsinnenrecht gehört aber nur das Verhältnis zwischen Organen derselben Organisation („Intraorganisatorische Inter-Organ-Verhältnisse“); vgl. auch *Krebs* 1988, Rn. 28

399 *Rupp* 1991, S. 62 am Beispiel einer außenrechtswidrigen Organwallerweisung, die innenrechtlich gleichwohl einen Rechtsgrund darstellt; *Maurer* 2002, § 3 Rn. 4 f.; *Löer* 1999, S. 24.

400 Innerorganisationsrecht gehört zum intrapersonalen im Gegensatz zum interpersonalen Recht (zur Unterscheidung, *Maurer* 2002, § 24 Rn. 12), muß aber nicht auf dieses beschränkt sein. Denn Verwaltungsorganisationen als verselbständigte Verwaltungseinheiten bilden auch dann eine organisatorische Einheit, wenn sie keine Rechtspersönlichkeiten bilden.

401 *Rupp* 1991, S. 64 u. 98.

402 *Rupp* 1991, S. 144.

403 *Achterberg* 1986, § 20 Rn. 44 f. u. 81 ff.

404 *Rupp* 1991, S. 54 f. Hier zeigt sich also besonders deutlich, daß „das materielle Recht nur nach Maßgabe der binnenorganisatorischen Struktur umgesetzt wird“ (*Trute* 1997, S. 258), daß dann aber auch die Steigerung des Grades der Binnendifferenzierung dieser Struktur zu einer differenzierteren Anwendung des materiellen Rechts führen kann.

dazu, daß sie in ihrer Binnenstruktur den Legitimationsanforderungen der Verfassung spezifisch begegnen kann und muß.

Das Innerorganisationsrecht wird vom Organisationsaußenrecht danach nicht abgegrenzt durch einen bestimmten Kreis von Rechtsquellen, sondern durch seine Funktion.<sup>405</sup> Das bedeutet nicht, daß nicht bestimmte Rechtsformen eine besondere Relevanz für das Innerorganisationsrecht besitzen. Verwaltungsvorschriften<sup>406</sup> spielen durch ihre Funktion als Selbstprogrammierung der Verwaltung eine hervorgehobene Rolle bei Regelungen der Art und Weise der Aufgabenerfüllung der Organe und Amtswalter im organisatorischen Innenbereich.<sup>407</sup> Ihr Erlaß erfolgt innerhalb des Funktionssystems der Verwaltung, wenn auch nicht notwendig innerhalb derselben Verwaltungsorganisation. Gegenstand ist die innere Organisation<sup>408</sup> und der Dienstbetrieb einer Behörde.<sup>409</sup> Da sie aber regelmäßig im Rahmen von Weisungsverhältnissen gegenüber nachgeordneten Behörden erlassen werden, spielen sie im Innerorganisationsrecht der Körperschaft des öffentlichen Rechts vor allem im Bereich der Vollzugsorganisation und der Fachaufsicht über die Körperschaft eine Rolle. Anders steht es mit den Geschäftsordnungen der Kollegialorgane.<sup>410</sup> Sie sind gegenständlich und in ihrem Adressatenkreis noch enger gefaßt und strukturieren das Verfahren in diesen Organen.<sup>411</sup> Inhaltlich kann das Innerorganisationsrecht in das Recht der Aufbauorganisation, der Koordinierungsregeln und der Stellenverteilung<sup>412</sup> und des innerorganisatorischen Verfahrensrechts gegliedert werden.<sup>413</sup>

### b. Die Ausdifferenzierung der Organisationsverfassung

Das Organisationsverfassungsrecht betrifft den grundlegenden Aufbau der Organisation, ihre Entscheidungsträger, Organe, die innere Gliederung und den grundlegenden Status der Angehörigen oder Mitglieder.<sup>414</sup>

405 Zu den Rechtsquellen *Maurer* 2002, § 4, insbes. Rn. 14 f.; *Ossenbühl* 2002, § 5 Rn. 1 ff.

406 Sie können mit *Ossenbühl* (2002, § 6 Rn. 71) bezeichnet werden als „Regelungen, die innerhalb der Verwaltungsorganisation von übergeordneten Verwaltungsinstanzen oder Vorgesetzten an nachgeordnete Behörden oder Bedienstete ergehen und die dazu dienen, Organisation und Handeln der Verwaltung näher zu bestimmen“. Vgl. auch *ders.* 1988, § 65 Rn. 4.

407 Der „Innenraum“, auf den sie sich beziehen, ist durch die Nichtbetroffenheit der Rechte und Pflichten gekennzeichnet und so weiter, als die Außengrenze der jeweiligen Verwaltungsorganisation, *Dreier* 1991, S. 192. Im übrigen kann nach dem Verhältnis von Regelungsgeber und Regelungsadressat nach intrabehördlichen Verwaltungsvorschriften, die im vorliegend vorgeschlagenen Sinn innerorganisatorisch sind, interbehördlichen und intersubjektiven Verwaltungsvorschriften unterschieden werden, die vorliegend vor allem als Vorschriften im Verhältnis der Länder zu den Körperschaften von Bedeutung sind, unterschieden werden, *Ossenbühl* 1988, § 65 Rn. 29.

408 Etwa in Gestalt von Dienstverteilungsplänen, *Ossenbühl* 2002, § 6 Rn. 33; *ders.* 1988, § 65 Rn. 15.

409 *Maurer* 2002, § 24 Rn. 8; vgl. zu einer gegenstandsbezogenen Typologie auch *Ossenbühl* 2002, § 6 Rn. 32 ff.; *ders.* 1988, § 65 Rn. 14 ff.

410 Abzugrenzen von der Geschäftsordnungen von Behörden einerseits und Satzungen andererseits, *Ossenbühl* 1988, § 65 Rn. 16; *ders.* 1988, § 66 Rn. 41; *Schmidt-Aßmann* 1981, S. 33 f.

411 *Maurer* 2002, § 24 Rn. 12: Es handelt sich um „organinternes Recht“.

412 Die eigentliche Rekrutierung (Zwangsmitgliedschaft, Berufung in das Dienstverhältnis etc.) betrifft das Organisation-Umweltverhältnis, die Frage nämlich in welchen Formen die Personalrekrutierung von Organisationen stattfindet, anders *Groß* 1999, S. 18.

413 Zu diesen Einteilungsgesichtspunkten, *Groß* 1999, S. 18 f.

414 *Loeser* 1994, S. 77.

Während die Prinzipien von Zentralisation und Dezentralisation die Organisation des Makrosystems der Verwaltung betreffen, ist die Dekonzentration von Entscheidungszuständigkeit ein Prinzip der Binnenorganisation.<sup>415</sup> Differenzierte Organisationseinheiten, die im Wege der Dekonzentration gebildet werden, sind daher nichtrechtsfähige Verwaltungseinheiten, insbesondere Behörden, nichtrechtsfähige Anstalten, Stiftungen und Körperschaften, Beauftragte, Räte und Kommissionen. Bei den Gemeinden sind dies etwa die Eigenbetriebe als nichtrechtsfähige Anstalten.<sup>416</sup> Sie übernehmen Funktionen für ihre Trägerorganisation, ohne hierfür rechtlich verselbständigt zu sein. Über Ziele, eine innere Struktur und bestimmte Befugnisse sind sie gegenüber der Trägerorganisation verselbständigt und daher ebenfalls Verwaltungsorganisationen. Sie gehören gleichwohl nicht zur Umwelt der Trägerorganisation, da dieser ihre Entscheidungen rechtlich zugerechnet werden. Die Verselbständigung bezieht sich also nur auf das Binnenverhältnis zur Trägerorganisation.

#### aa. Begriff des Organs, der Behörde, des Amtes und der Stelle

Hauptuntergliederungen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind ihre Organe und Behörden. Das Verwaltungsorganisationsrecht macht sie zunächst abstrakt („Bildung“) als Zurechnungssubjekt und dann konkret durch die Errichtung (als der Ausstattung mit allem zu ihrer Wirksamkeit Notwendigen) zu Teilen der betreffenden Verwaltungsorganisation.<sup>417</sup>

(1.) *Organe* sind relativ selbständige Funktionseinheiten einer Organisation.<sup>418</sup> Der Ausdruck wird rechtstechnisch und ohne Anklänge an biologische Konnotationen<sup>419</sup> für solche Organisationseinheiten verwendet, die ihre Zuständigkeiten von einer rechtlich selbständigen Organisation ableiten und sie für diese wahrnehmen.<sup>420</sup> Insofern können auch sie als Organisationen, nämlich gewissermaßen als Organisationen von Organisationen hinsichtlich ihrer (funktionalen) Verselbständigung als „institutioneller Zuständigkeitskomplex“ (Wolff), der Ausdifferenzierung einer Binnenstruktur und dem Verhältnis zu ihrer Umwelt untersucht werden.

415 *Becker* 1989, S. 214: „Dekonzentration meint ... die Gliederung von Verwaltungsentscheidungen nach räumlichen, sachlichen oder anderen Gliederungsprinzipien ohne rechtliche Verselbständigung der dezentrierten Organisationseinheit eines Verwaltungsträgers“. Vgl. auch *Wolff/Bachof* 1976, S. 99; *Krebs* 1988, Rn. 11; *Achterberg* 1986, § 13 Rn. 39; *Burgi* 2002, § 52 Rn. 26 f.; *Dreier* 1991, S. 224 f.; *Forsthoff* 1973, S. 458 f.; *Wagener* (1976, S. 39) unterscheidet Dezentralisation und Dekonzentration nach der Art der Kontrolle über die Verwaltungseinheit: Beschränkt sich die Kontrolle auf eine Rechtsaufsicht, liegt Dezentralisierung vor, stellt sie eine totale Weisungsabhängigkeit der Verwaltungseinheiten dar, liegt Dekonzentration vor. Einzelne Weisungsmöglichkeiten, wie sie im Rahmen der Fachaufsicht bestehen, heben jedoch die Selbständigkeit einer dezentralisierten Verwaltungseinheit nicht auf.

416 *Becker* 1989, S. 350 f.

417 *Wolff/Bachof* 1976, S. 57; *Loeser* 1994, S. 58 f.

418 *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 83, Rn. 129; *Wolff/Bachof* 1976, S. 2 und 47 f.; *Wolff* 1934, S. 236 f.; *Maurer* 2002, § 21 Rn. 22 f.; *Bull* 2000, Rn. 144; *Rupp* 1991, S. 24.

419 *Schreiber* 2000, S. 132; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 83, Rn. 130.

420 *Wolff/Bachof* 1976, S. 48: „Organ im engeren juristischen Sinne ist daher ein durch organisierende Rechtsätze gebildetes, selbständiges institutionelles Subjekt von transitorischen Zuständigkeiten zur funktionsteiligen Wahrnehmung von Aufgaben einer (teil-)rechtsfähigen Organisation“.

Organisationsrechtlich gesehen führt die geringere rechtliche Verselbständigung zu einer stärkeren Umweltbezogenheit als die ihrer Trägerorganisation. Als relationale Zuordnungssubjekte von Organisationsrechtssätzen<sup>421</sup> leiten Organe ihre Zuständigkeiten von der mindestens teilrechtsfähigen Organisation her, der ihre Äußerungen nach außen zugerechnet werden und bestehen damit unabhängig von den ihre Funktionen ausführenden Personen.<sup>422</sup> In diesem Umfang haben sie, bezogen auf das Binnenorganisationsrecht, Rechtsfähigkeit. Sie verrichten im Verhältnis zur Umwelt der Organisation typischerweise Handlungen für Dritte, nämlich die Organisation selbst.<sup>423</sup> Im Verhältnis zu anderen Organen führt die relative Verselbständigung dazu, daß Organe Befugnisse besitzen, die sie gegenüber anderen ggf. auch gerichtlich geltend machen können.<sup>424</sup>

Neben zahlreichen anderen Unterscheidungsmerkmalen<sup>425</sup> können die Arten der Organe nach ihren Aufgaben oder Funktionen in dem hier interessierenden Zusammenhang nach Vollzugsorganen und nach Willensbildungsorganen unterschieden werden. Letztere spielen besonders bei den Körperschaften, worauf weiter unten einzugehen sein wird, eine wichtige Rolle. Sie gliedern sich weiter in die Einheit der stimmberechtigten Organisationsangehörigen als *Trägerorgan*,<sup>426</sup> das von ihnen und aus ihnen durch Wahl bestimmte *Repräsentativorgan*, das seinerseits als Stimmorgan weitere Organe oder Amtswalter wählt und/oder als Lenkungsorgan die wesentlichen Entscheidungen der Verwaltungsorganisation trifft und ihre Ausführung kontrolliert;<sup>427</sup> das von dem Stimmorgan gewählte *Direktionsorgan*; schließlich das aus diesem oder selbständig bestimmte Konkretionsorgan, das die „Geschäfte der laufenden Verwaltung“ erledigt.<sup>428</sup> Hinzu tritt ein außenvertretungsberechtigtes Geschäftsführungsorgan. Diese Organe sind wiederum personell mehr oder weniger ausdifferenziert als monokratische, durch nur einen Organwalter besetzte Organe oder als Kollegialorgane, bei denen die Organkompetenz von mehreren gleichberechtigt gemeinsam aufgrund von Mehrheitsbeschlüssen wahrgenommen wird.<sup>429</sup> Die letzte Differenzierung findet sich auch bei den Vollzugsorganen.

Organe sind entsprechend der Aufgabe der Verwaltungsorganisation, der sie angehören, und ihrer eigenen Hauptfunktion sehr unterschiedlich ausdifferenziert. Sie können wiederum Unterorgane oder Organteile besitzen.<sup>430</sup> Die Zuständigkeit wird

421 Rupp 1991, S. 24 f.

422 Klassisch Wolff 1934; Schnapp 1980, S. 73.

423 Wolff 1934, S. 238; Böckenförde 1998, S. 30 Fn. 32.

424 Im Wege verwaltungsrechtlicher Organstreitverfahren, vgl. etwa Bauer/Krause 1996, S. 411 ff.; Martensen 1995, S. 989 ff.

425 Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 83 Rn. 139 f.

426 Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 83 Rn. 154.

427 Wie oben (Erster Teil, A I) gezeigt, wird dieses auch als „Körperschaft“ bezeichnet.

428 Wolff/Bachof 1976, S. 66.

429 Zu weiteren Unterscheidungen hinsichtlich der Kollegialorgane, Groß 1999, S. 45 ff.; Wolff/Bachof 1976, S. 73 f.

430 Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 83 Rn. 164 f.; es ist nicht zu übersehen, daß die undialektische Entgegensetzung von Organisation/juristische Person = Zurechnungsendsubjekt und Organ = Zurechnungssubjekt einer transitorischen Wahrnehmungszuständigkeit angesichts zunehmend komplexer Binnenstrukturen öffentlicher Organisationen dem Organbegriff einiges zumutet: Unterorgane, Teilorgane, Glieder von Organen müssen konstruiert werden, so daß eine große Vielzahl von Unterbegriffen entsteht, Böckenförde 1973, S. 275. Zugleich ist aber fraglich, wodurch der Begriff des Organs unter der Perspektive der Zurechnung von Rechtssätzen ersetzt werden könnte. Solange deutlich bleibt, daß



ihnen als Verpflichtung mit der Befugnis, die zur Erfüllung dieser Verpflichtungen erforderlichen Handlungen vorzunehmen, erteilt. Da das Organ diese Befugnis nur im Interesse des Ganzen der Organisation verliehen bekommen hat, kann es sie auch nur im Interesse der Organisation und soweit es dazu ermächtigt wurde, durchsetzen.<sup>431</sup> Daß es sich um Innenrechtsverhältnisse der Organisation handelt, zeigt sich auch daran, daß der Bürger sich auf diese Zuständigkeitsrechtsverhältnisse nur insofern berufen kann, als sie ausnahmsweise seine subjektiven Rechte betreffen.<sup>432</sup> Allerdings können bestimmte Organisationseinheiten in einer Hinsicht Organe einer anderen Organisation, in einer anderen aber selbständige Organe sein.<sup>433</sup> Ferner können Organe auch im Außenrechtsverhältnis teilrechtsfähig sein.<sup>434</sup>

Organe werden zumeist von Organisationsangehörigen als Organwaltern ausgefüllt. Sie vollziehen („walten“) die Befugnisse des Organs, nicht aber ihre eigenen. Ihre Rechtsbeziehungen kommen dabei nur organisationsrelativ und nicht in bezug auf ihre außerorganisatorische Rechtsstellung in Betracht.<sup>435</sup> Nur dadurch, daß man diese Organwalterpflichten und -rechte als Wahrnehmungszuständigkeiten für das Organ versteht, kann die rechtliche Einheit des Organs und der Organisation aufrechterhalten werden.<sup>436</sup> Nur weil seine Zuständigkeiten von der Organisation abgeleitet sind, ist das Organ also trotz möglicher innerorganisatorischer Rechte- und Pflichtenstellung nicht selbst juristische Person und Zurechnungsendsubjekt, sondern zwar Zurechnungssubjekt, aber einer Zuständigkeit, die es für die Organisation als juristischer Person wahrnimmt.<sup>437</sup>

Die Organe von Verwaltungsorganisationen können auch sachlich mehr oder weniger differenziert sein.<sup>438</sup> Sie sind nach dem oben Gesagten um so stärker differenziert, je mehr sie als Eigenleistung erbringen können, was ihnen sonst aus ihrer Umwelt zugeführt werden müßte. Am geringsten binnen-differenziert sind danach Stellen.<sup>439</sup> Ihre Aufgaben und Handlungsweisen sind zumeist durch auf gesetzlicher Grundlage ergangene Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften recht genau festgelegt. In diesem Sinne und insoweit sind die Versammlungen von Körperschaften besonders stark differenzierte Organe; da hier nicht nur Entscheidungen

---

auch Organe in relative Innen- und „Außen“rechtsverhältnisse eingespannt sind, die sich allerdings letztlich alle auf die Organisation beziehen, und dies auch für die Unterorgane gilt, erscheint der Begriff aber weiterhin verwendbar, um Zurechnungsfragen von Pflichten und Kompetenzen zu erfassen. Man muß allerdings auf die Notwendigkeit eines „unmittelbaren Zurechnungsverhältnisses“ zur Organisation verzichten. Auch Teil- oder Unterorgane sind Organe, die nur nicht primär relativ zur Organisation, sondern zu den Organen, denen sie eingegliedert sind, bestehen.

431 *Rupp* 1991, S. 99 f.

432 *Wolff* 1934, S. 252. Ob er das tut, ist dem Gesetzgeber im Rahmen der Lehre vom Gesetzesvorbehalt freigestellt, *Rupp* 1991, S. 94 f.

433 Das ist, wenn man davon ausgeht, daß die Rechtsfähigkeit relativ zu den verliehenen Rechten und auferlegten Pflichten ist, unproblematisch, *Rupp* 1991, S. 89 f.; *Wolff/Bachof* 1976, S. 53.

434 *Bachof* 1958, S. 258

435 *Rupp* 1991, S. 86 u. 34: „Das Organwalterverhältnis ist stets ein ausschließliches Beziehungsfeld des Organwalters zu demjenigen Rechtsorganismus, dessen Funktionen der Organwalter ‚organschaftlich‘ ausübt. Alle denkbaren Rechtsbeziehungen des Organwalters tendieren nach innen, nicht nach außen, sie sind also ausschließlich Innenrechtsbeziehungen.“

436 *Rupp* 1991, S. 48; *Burgi* 2002, § 52 Rn. 28; *Bull* 2000, Rn. 144.

437 *Wolff* 1934, S. 248 f.

438 *Maurer* 2002, § 21 Rn. 35 f.

439 Als nichtrechtsfähige Organe, *Wolff/Bachof* 1976, S. 16.

nach vorgegebenen Programmen vollzogen, sondern neue Programme aufgestellt und andere Organe legitimiert werden können.<sup>440</sup>

Durch ihr Handeln erfüllen die Organe nicht nur transitorisch die Aufgaben der Organisation in bezug auf deren Umwelt, sondern erbringen zugleich einen spezifischen Beitrag für ihre eigene innerorganisatorische Umwelt. So schafft etwa das Repräsentativorgan in Form von Satzungen die binnenrechtlichen Grundlagen der Betätigung seiner selbst und der anderen Organe und Mitglieder der Organisation, das Direktionsorgan setzt sie in konkrete Maßnahmen um und wird dabei wiederum von einem anderen oder dem erstgenannten Organ kontrolliert. Auch hier wird sich zeigen, daß die Körperschaft des öffentlichen Rechts eigentümliche Abhängigkeiten der Organe untereinander dadurch geschaffen hat, daß Wahl der Organ„mitglieder“, also die Rekrutierung der Organwalter, überwiegend nicht durch die staatliche Umwelt der Organisation, sondern durch das Repräsentations- oder Trägerorgan als Stimmorgan in seiner Kreationfunktion erfolgt.

Organe können wiederum in Einheiten untergliedert werden, die keine Zuständigkeiten wahrnehmen, sondern nur an der Zuständigkeit des Organs teilnehmen. Das sind Organteile.<sup>441</sup> Sie können dann gleichwohl vereinzelt Zuständigkeiten im Innverhältnis besitzen. Solche Organteile sind dann etwa die Ausschüsse der Vertretungskörperschaften, sofern sie nicht ausdrücklich als Organe ausgestaltet sind, und die Fraktionen (s. u.).

Schließlich können Organe ihre Befugnisse im Verhältnis zu anderen Organen notfalls im Wege von Organstreitverfahren geltend machen.<sup>442</sup> Hierbei handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit (§ 40 I S. 1 VwGO), bei der sich die Beteiligten auf Organbefugnisse berufen und die angesichts der abschließenden Regelungen der VwGO keine Klageart *sui generis*, sondern je nach Klagebegehren eine allgemeine Leistungs- oder eine Feststellungsklage darstellt. Es tritt besonders im Bereich der Gemeinden als Kommunalverfassungsverstreit hervor.<sup>443</sup>

(2.) *Behörde* ist „das Organ eines Trägers öffentlicher Verwaltung, das mit Außenzuständigkeiten zu konkreten Rechtshandlungen insbesondere auf dem Gebiet materieller Verwaltungstätigkeit ausgestattet ist“.<sup>444</sup> Organisationstheoretisch handelt es sich mithin um eine Grenzstelle,<sup>445</sup> da sie notwendig Außenzuständigkeiten für

440 Schuppert 2000, S. 856 hebt deshalb zu recht die Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung als besondere Beispiele der Binnendifferenzierung hervor.

441 Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 83 Rn. 164.

442 Bauer/Krause 1996, S. 411 ff. u. 512 ff.

443 Dazu aus der neueren Literatur: Erichsen/Biermann 1997, S. 157 ff.; Martensen 1995, S. 989 ff. u. 1077 ff.; Schoch 1987, S. 783 ff.

444 Wolff/Bachof 1976, S. 83; Schnapp 1980, S. 73; Hufeld 2003, S. 30 ff.; Bull 2000, Rn. 145; Loeser 1994, S. 120; Kennzeichen sind: Organisatorisch verselbständigt Organ, autoritative Entscheidungsbefugnisse, Außenwirkung; Becker 1989, S. 233: „Behörde“ ist eine Verwaltungsorganisation, die auf sich und in sich Beschäftigte (i.w.S.) und sächliche Mittel und finanzielle Mittel vereinigt, um die ihr zugeordneten räumlichen und sachlichen Zuständigkeiten erfüllen zu können“. Vgl. auch Wolff/Bachof/Stober 1999, § 4 Rn.19; unterschieden werden kann die insofern angesprochene „Behörde im funktionellen Sinn“ von der konkreten Behörden bezeichnenden „Behörde im organisatorischen Sinn“, Maurer 2002, § 21 Rn. 32; Burgi 2002, § 52 Rn. 29.

445 Vgl. auch § 1 IV VwVfG.

konkrete Rechtshandlungen besitzt.<sup>446</sup> Rechtlich gesehen ist sie eine unselbständige Verwaltungseinheit ihres Rechtsträgers als Verwaltungsorganisation.<sup>447</sup> Behörden können nach den Verwaltungsträgern (Bund, Länder, Gemeinden, andere juristische Personen des öffentlichen Rechts), nach der räumlichen Reichweite ihrer Entscheidungen, nach sachlichen Gesichtspunkten, nach Art ihrer Entscheidungsbefugnis (Wirkung für die Umwelt der Trägerorganisation oder nur intern) und nach ihrer Hierarchiestufe unterschieden werden.<sup>448</sup> Auch teilrechtsfähige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen können Behörden haben.<sup>449</sup>

(3.) Schließlich meint *Amt* im organisationsrechtlichen Sinn die fremdnützigen Wahrnehmungszuständigkeiten einer natürlichen Person als „Amtswalter“.<sup>450</sup> Sie ist die kleinste Organisationseinheit der Verwaltung, durch die verschiedene Stellen zusammengefaßt werden.<sup>451</sup>

#### bb. Arbeitsteilung,<sup>452</sup> Zuständigkeitsverteilung

Die Verteilung der verschiedenen Aspekte der Organisationsaufgaben an einzelne Organe geschieht formal durch Zuständigkeitsvorschriften,<sup>453</sup> material durch Kompetenzen<sup>454</sup> und die Einräumung der zu ihrer Wahrnehmung erforderlichen Ermächtigungen.<sup>455</sup> Die Verteilung der Zuständigkeiten kann räumlich, sachlich oder in bezug auf einen bestimmten Teilaspekt der Aufgabe funktional und auch instanziell erfolgen. Die Ausdifferenzierung der Zuständigkeiten ist nicht vollständig durchgeführt und kann für besondere Fälle von Notkompetenzen, bei Gefahr im Verzug oder im Falle des Selbsteintrittsrechts der weisungsbefugten gegenüber der weisungsunterworfenen Stelle beschränkt sein.<sup>456</sup>

Auf die Darstellung der weiteren Binnengliederung<sup>457</sup> der Behörden in Abteilungen, Dezernate, Referate, Ämter, Außenstellen, ihre differenzierten Aufgaben und Kompetenzzuweisungen sowie die Koordinierung durch Aufgabengliederungspläne, Organisationspläne, Stellenpläne, Geschäftsverteilungspläne etc.<sup>458</sup>

446 *Wolff/Bachof* 1976, S. 86; *Burgi* 2002, § 52 Rn. 29.

447 Das schließt nicht aus, sondern ein, daß sie als Rechtsgebilde eine organisatorische Selbständigkeit gegenüber den sie als Organwaltern als natürlichen Personen besitzt, *Strößenreuther* 1991, S. 103.

448 *Becker* 1989, S. 234 f.

449 *Wolff/Bachof* 1976, S. 84.

450 *Schnapp* 1980, S. 73; *Burgi* 2002, § 52 Rn. 30; *Wolff/Bachof/Stober* 1999, § 4, Rn. 20; *Wolff/Bachof* 1976, S. 28 f. auch zu weiteren Verwendungen des Ausdrucks „Amt“; *Wolff* 1934, S. 240: nennt es ein „auf ein Individuum bezogenen Kompetenzkomplex“.

451 *Bull* 2000, Rn. 140.

452 *Schuppert* 2000, S. 767 f.; *Becker* 1989, S. 534 f.

453 *Achterberg* 1986, § 13 Rn. 19 f.; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 84, Rn. 1 ff.; *Collin/Fügemann* 2005, S. 696 f.

454 Auch „sachliche Zuständigkeit“ genannt, *Burgi* 2002, § 52 Rn. 36; *Forsthoff* 1973, S. 450 f. verwendet Kompetenz und Zuständigkeit synonym.

455 *Wolff/Bachof* 1976, S. 14 f.

456 *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 84 Rn. 40 f. dort auch Rn. 49 f. zu Zuständigkeitskonkurrenzen.

457 *Loeser* 1994, S. 31; *Wolff/Bachof* 1976, S. 95 f.

458 *Wolff/Bachof* 1976, S. 92 f.; *Hufeld* 2003, S. 32 f.; zur Rechtsnatur BayVerfGH NJW 1986, S. 1673 ff.; *Schmidt-Aßmann* 1981, S. 35 f.; *Collin/Fügemann* 2005, S. 696 f.

und Verfahrensregelungen (Geschäftsordnungen, Dienstordnungen etc.) kann hier verzichtet werden.<sup>459</sup>

### c. Koordinationsstrukturen

Bei Verwaltungsorganisationen geht es um kollektiv zurechenbare Handlungen. Das stellt an die Binnenstruktur die Aufgabe, die Einzelhandlungen der Amtsträger in kollektive Handlungen zu transformieren.<sup>460</sup> Zunächst dient schon die Zuständigkeits- und Kompetenzzuweisung, da sie im Interesse des Ganzen erfolgt, auch der Koordination der Aufgabenerledigung.<sup>461</sup> Diese Zuweisungen können dann enumerativ oder generell erfolgen.<sup>462</sup> Darüber hinaus sind aber verschiedene alternative, teilweise auch kumulative Koordinierungsmechanismen erforderlich. Im Zentrum steht auch hier der Vergleich des tatsächlichen Behördenverhaltens mit den dafür aufgestellten Maßstäben im Wege der Kontrolle.<sup>463</sup>

#### (1.) Hierarchie und Weisung

Hauptaufgabe der hierarchischen Struktur von Verwaltungsorganisationen ist die Durchsetzung des demokratischen Willens bis in einzelne Verwaltungsentscheidungen.<sup>464</sup> Sie garantiert nach wie vor die stärkste Integration der ihr unterworfenen Organisationselemente zu Verwaltungseinheiten.<sup>465</sup> Zugleich vermittelt sie über die parlamentarische Verantwortung der Hierarchiespitze klar zurechenbare Legitimation der unteren Verwaltungsstufen.<sup>466</sup> Nach der Dichte der normativen Steuerung der Hierarchie kann unterschieden werden zwischen der klassischen weisungsgesteuerten, der finalgesteuerten und der realleistenden Hierarchie, die trotz eines prinzipiell hierarchischen Aufbaus fachspezifischen Rationalitätskriterien des Personals größeren Raum gibt.<sup>467</sup> Ausdruck des Hierarchieprinzips ist organisationsintern die Leitungsbefugnis.<sup>468</sup> Das Prinzip bezieht sich auf die Durchsetzung des Willens der obersten Behörde innerhalb eines Weisungsträgers gegenüber

459 Ohnehin werden die Regeln über das Verfahrensrecht der Ablauforganisation traditionell dem Verwaltungsverfahrensrecht zugerechnet, *Burgi* 2002, § 51 Rn. 6.

460 *Schmidt-Aßmann* 1997, S. 44.

461 *Maurer* 2002, § 21 Rn. 46.

462 *Forsthoff* 1973, S. 450 f.

463 *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 10.

464 *Dreier* 1991, S. 139: Gesetzesbindung der Verwaltung und Verantwortung der Regierung gegenüber dem Parlament vereinigen sich und bilden die Grundlage des demokratisch-hierarchischen Kontrollsystem der Verwaltung. *Trute* 1997, S. 275 f.

465 vgl. bereits oben im ersten Teil D III, 2 b cc

466 *Dreier* 1991, S. 125 f. u. 138; *Loschelder* 1988, Rn. 3.

467 *Schmidt-Aßmann* 1997, S. 49; *Kahl* 2000, S. 402 ff.; *Strößenreuther* 1991, S. 25 ff.; *Becker* 1989, S. 870.

468 Oder Direktions- bzw. Weisungsrecht, *Loeser* 1994, S. 65; *Kahl* 2000, S. 357; *Dreier* 1991, S. 138 f.; *Bull* 2000, Rn. 149.

den nachgeordneten Stellen.<sup>469</sup> Konkretisierungen davon sind die Personalhoheit, die Organisations- und die Haushaltsgewalt.<sup>470</sup>

Mag sie, soweit die Rationalität bürokratischer Erledigung öffentlicher Aufgaben reicht, weiterhin die effektivste Struktur von Verwaltungsorganisationen sein, ist doch schon länger deutlich, daß Hierarchie nicht mehr das Strukturprinzip darstellt, das die Einheit der Verwaltung insgesamt gewährleistet<sup>471</sup> und für alle Verwaltungsformen die effektivste Aufgabenerledigung ist.<sup>472</sup> Das sagt nichts über die rechtslogisch weiterhin erforderliche Normenhierarchie und die demokratisch notwendige Ableitung aller Staatsgewalt aus dem Willen des Volkes.<sup>473</sup> Schließlich wird es auch in einem dezentralisierten Makrosystem der Verwaltungsorganisationen weiterhin hierarchisch-bürokratische Binnenstrukturen zur Erledigung routinemäßiger Aufgaben geben (vgl. oben). Rein bürokratisch-hierarchische Strukturen prägen aber nicht – und, wie die historische Übersicht gezeigt hat: nicht nur nicht mehr – das Makrosystem der Verwaltung. Die hierarchisch geordnete unmittelbare Staatsverwaltung ist vielmehr Teil dieses Systems, das allerdings durch ein immer komplexer werdendes Spektrum von Verwaltungsaufgaben und eigenverantwortlich agierenden verselbständigten Verwaltungseinheiten zunehmend differenziert wird und dessen Organisationen sich zudem durch kollegiale Organstrukturen, die Integration von wissenschaftlichem oder/und interessiertem Sachverstand in Beiräten und Verwaltungsräten und andere Mechanismen auch in ihrer Binnenstruktur weiter ausdifferenzieren.<sup>474</sup> Verhandlungsmodelle ergänzen oder ersetzen hierarchische Strukturen.<sup>475</sup> Das binnenstrukturelle Gegenmodell der hierarchischen Verwaltung ist die Organisationsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts, die nicht nur äußere rechtliche Selbstverwaltung, sondern innere besitzt, aufgrund derer im gesetzlichen Rahmen alle wesentlichen Organisationsentscheidungen von den Mitgliedern selbst getroffen werden.

## (2.) Kontrolle und Aufsicht innerhalb von Verwaltungsorganisationen

Die nach wie vor wichtigste Form der rechtlichen Koordination von dezentrierten oder dezentralisierten, jedenfalls voneinander distanzierenden Verwaltungseinheiten ist die Kontrolle.<sup>476</sup> Sie sichert, daß die normativen Verhaltenserwartungen, die mit der Zuschreibung von Kompetenzen, Aufgaben, Handlungsspielräumen

469 *Loschelder* 1988, Rn. 85 ff.; *Kahl* 2000, S. 357. Seine Bedeutung darf freilich nicht überschätzt werden: *Schuppert* 2000, S. 594 f. auf die Abhängigkeit der hierarchisch-bürokratischen Verwaltung von detaillierter konditionaler Programmierung einerseits und stabilen Verwaltungsumwelten war bereits im organisationstheoretischen Teil (D III 2 f) hingewiesen worden.

470 *Kahl* 2000, S. 357; *Böckenförde* 1998, S. 144; *Emde* 1991, S. 48 u. 343 ff.

471 *Dreier* 1991, S. 5 f.; *Bryde* 1988, S. 182 f.; *Haverkate* 1988, S. 239.

472 Mag sie auch immer noch als Vorbild für den Verwaltungsvollzug mitgeschleppt werden, kritisch: *Schmidt-Aßmann* 1997, S. 25; *Schuppert* 2000, S. 594 f.

473 Zum Problem der Legitimationshierarchie vgl. *Jestaedt* 1993, S. 159 f. u. 189 f.; zu Hierarchie und Demokratie *Dreier* 1991, S. 113 f.

474 *Groß* 1999, S. 113 ff.; *Dreier* 1991, S. 155; *Schuppert* 2000, S. 596 f.; *Loschelder* 1988, Rn. 21 f. u. 53 f.

475 *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 388 f.

476 Zur Distanziertheit als Voraussetzung von Kontrolle *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 10; *Hoffmann-Riem* 2001, S. 326.

aufgestellt werden, auch erfüllt werden.<sup>477</sup> Ist diese Distanz nicht vorgesehen, liegen Formen der Mitentscheidung vor.<sup>478</sup> Die Distanz muß allerdings nicht durch das weitreichende Prinzip der Eigenverantwortlichkeit im Sinne der Selbstverwaltung begründet sein.<sup>479</sup> Notwendig ist sie aber mit einer Grenzziehung verbunden, die mehr oder weniger ausgeprägte Verantwortungsbereiche voneinander scheidet.<sup>480</sup> Entsprechend kann die Kontrolle sowohl organisationsintern („Selbstkontrolle“) als auch organisationsextern sowie innerhalb des Funktionssystems der Verwaltung („Eigenkontrolle“) oder außerhalb, etwa durch Gerichte („Fremdkontrolle“), erfolgen.<sup>481</sup> Kontrolle ist zwar klassisch mit dem hierarchischen Verwaltungsmodell verbunden, jedoch, wie zahlreiche Formen kooperativer Kontrolle und gerade auch die eingeschränkte Kontrolle von Selbstverwaltungsträgern zeigen, nicht auf diese Organisationsstruktur beschränkt.<sup>482</sup>

Das Kontrollverfahren geschieht durch die Überprüfung eines Ist-Zustandes mit einer Norm, die einen anzustrebenden oder zu vermeidenden Zustand als gesollt vorstellt.<sup>483</sup> Entsprechend der Struktur der Handlungsmaßstäbe der kontrollierten Verwaltungseinheit und ihrer eigenen Maßstäbe ist die Kontrolle selbst mehr – Konditionalprogramme – oder weniger – Finalprogramme etc. – engmaschig. Neben dieser unterschiedlichen Struktur der Kontrollmaßstäbe ist für die Intensität der Kontrolle das Verhältnis der Handlungs- zu den Kontrollmaßstäben wesentlich.<sup>484</sup> Je höher das Maß an Verantwortlichkeit des Kontrollierten, desto enger die Kontrollmaßstäbe und je enger die Entscheidungsfreiheit des Kontrollierten sein soll, desto breiter sind die Kontrollmaßstäbe. Klassisches Beispiel hierfür ist die Unterscheidung zwischen Rechts- und Fachaufsicht – bei aller Ambivalenz des Begriffs der letzteren.<sup>485</sup>

Neben der Relation zwischen den Entscheidungs- und den Kontrollmaßstäben spielt der Zeitpunkt des Einsatzes der Kontrollmittel eine maßgebliche Rolle für die Frage, wie breit der Entscheidungsspielraum des Kontrollierten tatsächlich ist. Während die präventive Kontrolle vor dessen Abschluß in den Entscheidungsprozeß des Kontrollierten eingreift, erfolgt repressive danach.<sup>486</sup> In organisationsrecht-

477 *Hoffmann-Riem* 2001, S. 340 f., der auf den Zusammenhang des für den Brennpunkt der Verhaltensersparungen überkommenen Begriff der Rolle mit der Gegen-Rolle oder eben der Kontrolle hinweist.

478 *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 10; fehlt Distanz hingegen faktisch, obwohl sie normativ geboten ist, können Kontrolldefizite auftreten, *Hoffmann-Riem* 2001, S. 357 f.

479 Es muß also keine „Staatsdistanz“ im Sinne eines Herausrückens einer juristischen Person aus dem Weisungszusammenhang der unmittelbaren Staatsverwaltung vorliegen; hierzu *Hendler* 1990, Rn. 23 u. 36 f.

480 *Hoffmann-Riem* 2001, S. 327.

481 *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 18 f.

482 *Kahl* 2000, S. 440 ff.; *Lüder* 2001, S. 48 ff.; *Hoffmann-Riem* 2001, S. 327

483 Instruktiv *Lüder* 2001, S. 45 f. Der Begriff der Norm ist dabei weit zu fassen. Hierzu gehören beispielsweise nach *Lüder* Ziele, Pläne, professionelle Standards, Regeln der Kunst, Rechtsvorschriften, organisationsinterne Verfahrensregeln, „best practice“-Fälle.

484 *Hoffmann-Riem* 2001, S. 328.

485 Vgl. *Groß* 2002a, S. 793 ff.

486 Die Bestimmung des Zeitpunkts ist nicht klar. Während *Groß* aus organisationsrechtlicher Perspektive zutreffend auf den Abschluß des Entscheidungsprozesses abstellt (2002a, S. 797), bestimmen andere den Zeitpunkt als „Vollendung des gemeindlichen Rechtsaktes“ (*Stober* 1996, S. 150), „Abschluß eines Rechtsaktes“ (*Schröder* 1986, S. 373).

licher Perspektive spielt für diese Unterscheidung das Moment der Wirksamkeit der Entscheidung keine Rolle, so daß eine Einwirkung des Kontrolleurs auf den Kontrollierten nach abgeschlossener Entscheidungsbildung, das Wirksamkeitsbedingung für diese Entscheidung ist, eine Form der repressiven Kontrolle darstellt.<sup>487</sup> Die Austarierung dieses Systems der Kontrollmaßstäbe ist an der dem Kontrollierten verfassungsrechtlich (Selbstverwaltung der Gemeinden, Rundfunkanstalten, Hochschulen) oder gesetzlich eingeräumten (Eigen-) Verantwortung auszurichten und ist bei Fehlen von Maßstäben Sache der Organisationsgewalt.

Über diese Kernbedeutung hinaus herrscht jedoch Streit in bezug auf die Zuordnung der in diesem Zusammenhang erwähnten Begriffe Steuerung, Kontrolle, Aufsicht, Lenkung.<sup>488</sup> Einigkeit besteht noch insofern, als der Begriff Kontrolle weiter zu verstehen ist, als der der Aufsicht. Auch wird die Wirtschaftsaufsicht des Staates einhellig ausgenommen, weil sie keine Aufsicht innerhalb des Funktionssystems der Verwaltung und auch keine Fremdkontrolle von Verwaltungsorganisationen, sondern staatliche Aufsicht über gesellschaftliche Akteure darstellt. Als Kriterium der Eingrenzung von Aufsicht gegenüber Kontrolle wird sowohl ein organisationsrechtliches Argument als auch die Art des Kontrollmittels angeführt. Organisationsrechtlich soll Kontrolle die entweder verwaltungs- oder sogar nur verwaltungsorganisationsinterne Kontrolle betreffen, während Aufsicht die insofern externe Kontrolle meint. Aufsicht ist dann Staatsaufsicht als Rechts- und Fachaufsicht. Kahl schlägt hingegen vor, die Aufsicht durch das in der Kontrolle als Überwachung nicht vorgesehene Mittel der Beanstandung als Korrektur der kontrollierten Entscheidung abzugrenzen.<sup>489</sup> Beide Ansätze überzeugen nicht. Kahl trifft mit der Unterscheidung anhand der Kontrollmittel sicherlich einen wichtigen Aspekt der Differenzierung zwischen verschiedenen Kontrollmitteln. Wenn aber der Aufsicht etwas möglich wäre, was nicht zum Instrumentarium der Kontrolle gehört, wäre sie der Oberbegriff und nicht der der „Kontrolle“. Die Abgrenzung nach Innen- und Außenbereich der Verwaltung bzw. von einzelnen Verwaltungsorganisationen begegnet zwar einerseits Bedenken, weil rein gesetzessprachlich auch von Dienstaufsicht und der Aufsicht des Fachvorgesetzten die Rede ist. Andererseits trifft weist sie aber zutreffend darauf hin, daß sich Kontrolle über das Funktionssystem der Verwaltung hinweg von der Kontrolle innerhalb der Verwaltung unterscheidet.

Als Aufsicht soll daher nur diejenige Kontrolle verstanden werden, die insofern Eigenkontrolle der Verwaltung ist, als Kontrollierter und Kontrollinstanz

487 Diese von der vorherrschenden vom individuellen Rechtsschutz geprägten Perspektive abweichende Einteilung aus organisationsrechtlichen Gründen (vgl. *Groß* 2002a, S. 798 f.) führt dazu, daß Genehmigungsvorbehalte der Aufsichtsbehörden als eine Form präventiver Kontrolle aufgefaßt werden müssen (vgl. eingehender unten).

488 *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 10; *Kahl* 2000, S. 357 u. 402 ff.; breiterer Begriff von Kontrolle bei *Ströbenreuther* (1991, S. 38), der sie dann auch für die behördeninterne Überprüfung anwendet; breiter auch der an Krebs angelehnte Begriff der Kontrolle, den *J. P. Schneider* der Beurteilung behördlicher Wettbewerbe zugrunde legt, *Schneider* 2001, S. 278. Danach „können auch behördliche Wettbewerbsprozesse als Kontrollarrangement verstanden werden, wenn sie zur mitlaufenden Maßstabbildung und fortlaufenden Überprüfung von administrativen Entscheidungsprozessen anhand der so entstandenen Maßstäbe führen. *Schulze-Fielitz*

(2001, S. 298) verwendet ebenfalls einen sehr weiten Begriff von Kontrolle, wenn er darunter versteht „einen Prozeß permanenter gegenseitiger Beeinflussung durch Zusammenwirken“.

489 *Kahl* 2000, S. 421; *Kluth* 1997, S. 270.

Verwaltungsorganisationen sind. Keine Aufsicht ist danach insbesondere die verwaltungsgerichtliche Rechtskontrolle. Ob die Aufsicht hingegen innerhalb einer Organisation der Verwaltung („Selbstkontrolle“) oder zwischen mehreren Verwaltungsorganisationen als funktionsinterne Fremdkontrolle stattfindet, ist eine Frage der weiteren Unterscheidung der Aufsichtsformen.<sup>490</sup> Aufsicht kann also vor allem in der Form der „Verwaltungskontrolle“, unter der hier nur die organisationsinterne Aufsicht erfaßt werden soll (Amtsaufsicht und „Körperschaftsinterne Aufsicht“), als intra-organisatorische Kontrolle zwischen verschiedenen Verwaltungsbehörden („Behördenaufsicht“) sowie als Staatsaufsicht („Körperschaftsaufsicht“) über Selbstverwaltungsträger erfolgen.<sup>491</sup> Sie kann prinzipiell in allen ihren Hauptformen als präventive oder als repressive erfolgen. Präventive Kontrolle kann auch als „Lenkung“ bezeichnet werden.

Keine Staatsaufsicht, die der Koordination verschiedener Verwaltungseinheiten (s. u.), sondern Verwaltungskontrolle, die der innerorganisatorischen Koordination des Personals dient, sind danach die „Dienstaufsicht“ und die innerbehördliche Fachaufsicht.<sup>492</sup> Gleiches gilt für die Sicherstellung der Ordnungsgemäßheit der Organisation eines Organs einer Verwaltungseinheit, ihre Personalführung und den Geschäftsgang durch das übergeordnete Organ (allgemeine Organ- oder Behördenaufsicht).<sup>493</sup> Beide Formen gehören zur Vorgesetztenkontrolle als einem – klassisch-bürokratischen – Teil von Verwaltungsführung<sup>494</sup> oder Leitung.<sup>495</sup> Weitere organisationsinterne Kontrollen der Verwaltung finden durch Ausdifferenzierung ihrer Strukturen, etwa durch Querschnittseinheiten,<sup>496</sup> Beauftragte<sup>497</sup> sowie gewissermaßen von unten durch das innerbehördliche Vorschlagswesen, Beschwerden und Remonstrationen statt.<sup>498</sup> Während diese Formen<sup>499</sup> noch im klassischen

490 *Strößenreuther* 1991, S. 101 ff.

491 *Schmidt-Aßmann* (2001a, S. 18 f.) unterscheidet hingegen die auf der Grundlage des Gewaltenteilungsprinzips „Eigenkontrollen“ (Kontrollen innerhalb des Funktionssystems der Verwaltung) von „Fremdkontrollen“ (parlamentarische Kontrollen, Gerichtskontrollen, Rechnungshofkontrollen). Zur Eigenkontrolle gehören dann Amtsaufsicht und Behördenaufsicht, „Körperschaftsaufsicht“ und „Körperschaftsinterne Kontrollmechanismen“. Der Sinn dieser Differenzierung soll nicht bestritten werden. Für die hier vorgeschlagene organisationsrechtliche Untersuchung der Körperschaft des öffentlichen Rechts ist es jedoch sinnvoll, die Kriterien von „eigen“ und „fremd“ an den Grenzen der Verwaltungsorganisation festzumachen. Hierdurch kann dann auch gezeigt werden, daß Selbstverwaltungsträger eine gegenüber der in der hierarchischen Verwaltung prägenden Form der Amts- und Behördenaufsicht besonders differenzierte Form der Selbstkontrolle besitzen

492 *Schröder* 1986, S. 372; *Kahl* 2000, S. 394; *Knemeyer* 1995b, Sp. 401. Zur Abgrenzung von behördeninterner und behördenexterner Kontrolle vgl. *Strößenreuther* 1991, S. 101 ff.; *Pitschas* 1998, S. 909 u. 912; zur kommunalen Dienstaufsicht: *Lübbing/Vogelsang* 1998, Rn. 80 f.

493 *Kahl* 2000, S. 394 f.; *Maurer* 2002, § 22 Rn. 32; *Rudolf* 1998, § 52 Rn. 48.

494 *Strößenreuther* 1991, S. 113 f.; anders *Schröder* 1986, S. 371.

495 Leitung ist die „Direktion der untergeordneten Verwaltung durch die obersten Behörden innerhalb eines Verwaltungsträgers, bei welcher der Wille des Geleiteten durch den Willen des Leiters ersetzt werden kann“, *Kahl* 2000, S. 357.

496 Hierzu sind etwa die Kontrolle durch das Organisationsamt, das Personalamt und Haushaltsbeauftragte, *Strößenreuther* 1991, S. 148 ff.

497 Wie etwa die innerbehördlichen Datenschutzbeauftragten der Haushaltsbeauftragte (§ 9 BHO) und die Gleichstellungsbeauftragten, *Strößenreuther* 1991, S. 215 ff.; *Pitschas* 1998, S. 909.

498 *Strößenreuther* 1991, S. 249 ff.

499 Allerdings erfahren auch sie einen durchgreifenden Funktionswandel von der hierarchischen Steuerung zur Anreicherung – eine vollständige Ersetzung wird wohl nur in Teilbereichen möglich sein – mit Elementen dezentraler Verantwortlichkeit, *Pitschas* 1998, S. 912 f.



Arsenal der Behördenorganisation verbleiben, hat das New Public Management gerade auch im Bereich der behördeninternen Steuerung zu völlig Instrumenten geführt, die outputorientiert Kundenzufriedenheit sicherstellen sollen.<sup>500</sup>

Nicht hierher gehört, wie *Kahl* zu Recht herausgearbeitet hat, die Steuerung der rechtmäßigen und zweckmäßigen Erledigung von Verwaltungsaufgaben im Wege der „Fachaufsicht“.<sup>501</sup> Sie richtet sich an den rechtlich verselbständigten Verwaltungsträger, vertreten durch das hierzu befugte Organ, nicht an das Organ als solches oder seinen Organwalter.<sup>502</sup> Die Fachaufsicht läßt die organisatorische Selbständigkeit der ihr unterworfenen Verwaltungsorganisationen bestehen und steuert nur punktuell die Wahrnehmung und Erfüllung bestimmter Aufgaben. Dieser Zusammenhang bestätigt den Sinn der organisationsbezogenen Unterscheidung von Außen und Innen: die verschiedenen Formen der „Fachaufsicht“ sind Formen der Fremdkontrolle innerhalb des Funktionssystems der Verwaltung, weil die organisatorische Einheit unberührt lassen, jedoch für eine enge funktionale Verknüpfung der kontrollierenden und der kontrollierten Verwaltungsorganisation sorgen. Die Fachaufsicht stellt damit eine partiell enge Kopplung einer verselbständigten Verwaltungseinheit an ihre Umwelt, nicht eine Koordinierung von deren Binnenstruktur dar.

Zum Bereich der organisationsinternen Kontrolle ist aber noch das Verhältnis der später eingehender zu erörternden Formen der „Kontrastorgane“ der Körperschaft („körperschaftsinterne Kontrolle“) zu rechnen. Diese Kontrolle liegt gewissermaßen zwischen der verwaltungsinternen hierarchischen Kontrolle und der umgekehrt hierarchischen Kontrolle (Gegenvorstellungen, Remonstrationen etc.) einerseits und der körperschaftsexternen Kontrolle andererseits.<sup>503</sup> Von der ersteren unterscheidet sich die körperschaftsinterne Kontrolle durch ihren „horizontalen“, nicht-hierarchischen Charakter, von der letzteren durch die jedenfalls gegenüber der Rechtsaufsicht größere Kontrolltiefe.

### (3.) Weitere Prinzipien des Innerorganisationsrechts

Es konnte auch hier nur darum gehen, einige wichtige Strukturen des Innerorganisationsrechts als Leitfaden der späteren Untersuchung des Innenrechts der Körperschaft des öffentlichen Rechts anzuführen, nicht eine auch nur annähernd vollständige Darstellung zu präsentieren. Nur erwähnt sei noch das für die Koordinierung in Körperschaften wichtige Kollegialprinzip, wie es pluralistische Kollegialorgane, professionelle Kollegialorgane, kooperative Kollegialorgane prägt.<sup>504</sup> Es bedeutet nicht nur eine stärkere Organdifferenzierung als bei monokratischen Organen, sondern bewirkt auch über die notwendig einheitliche Willensbildung die Koordination der Organglieder. Zugleich wirkt der Beratungsprozeß als Form der verwaltungsinternen Kontrolle.<sup>505</sup> Gerade durch die Notwendigkeit der Koordinierung

500 vgl. die Übersicht bei *Schuppert* 2000, S. 1002 f.

501 *Kahl* 2000, S. 395; *Groß* 2002a, S. 796

502 *Kahl* 2000, S. 396.

503 *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 19 f.

504 *Groß* 1999, 300 ff.; *Schuppert* 2000, S. 847 ff.

505 *Schulze-Fieltz* 2001, S. 305.

heterogener Ansichten zu einem einheitlichen Standpunkt oder Beschluß können Alternativen durchdacht und so Fremdkontrolle antizipiert werden.<sup>506</sup>

Eine enge Koordination wird durch Organverbindungen hergestellt: Sie können durch die Eingliederung von Organen im Sinne einer Verschmelzung oder durch die Verwendung eines Organs durch mehrere Organisationen und andere organisatorische Vorkehrungen erfolgen.<sup>507</sup> Weitere Koordinationsformen ergeben sich aus dem Pluralitätsprinzip,<sup>508</sup> dem Integrationsprinzip und anderen.<sup>509</sup> Schließlich wäre auf das organisationsinterne Verfahrensrecht einzugehen.<sup>510</sup> Hier werden die grundlegenden Informations-,<sup>511</sup> Kommunikations- und Entscheidungsstrukturen der Organisation festgelegt. Regeln über den Rechtsschutz gehören nur insoweit hierher, als der Rechtsschutz das innerorganisatorische Rechtsverhältnis betrifft.<sup>512</sup> Endlich wären auch die informellen Koordinationsmöglichkeiten und verwaltungsinterne Kontrakte zu erwähnen, die notwendige Abstimmungen herbeiführen, wenn die thematischen Aufgaben hinreichend spezifiziert und die Ziele klar sind.<sup>513</sup>

### 3. Außenrecht der Verwaltungsorganisationen

Das Organisationsaußenrecht betrifft die Rechtsbeziehungen zwischen der Organisation und Rechtssubjekten ihrer Umwelt.<sup>514</sup> Als solche Rechtssubjekte treten sowohl natürliche als auch juristische Personen, insbesondere auch der Bund und die Länder, als Träger ihrer unmittelbaren Verwaltungsorganisationen auf. Das Außenrecht der Verwaltungsorganisation soll hier also sowohl das gewöhnlich als „Außenrecht“ bezeichnete Recht zwischen der Verwaltung und Privatrechtssubjekten (s. o. 2.) als auch das Verhältnis zu anderen Verwaltungsorganisationen, insbesondere den staatlichen Verwaltungsorganisationen, umfassen. Nach der allgemeinen organisationstheoretischen Grundstruktur geht es bei diesem Rechtsbereich zunächst um das Recht der Ressourcenbeschaffung der Organisation. Hier ist im Falle der Körperschaft die Finanzierung der Organisation und die Frage der Rekrutierung ihrer Mitglieder anzusprechen. Zweitens betrifft dieser Rechtskreis die Leistungen der Verwaltungsorganisationen für ihre Umwelt, in der eingebürgerten betriebswirtschaftlichen Terminologie: den Output. Da Verwaltungsorganisationen Zweckgebilde zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben darstellen, die sie mit hoheitlichen Mitteln erledigen, muß um der demokratischen Legitimation willen eine Kontrolle dieser Organisationen stattfinden. Unter Berücksichtigung der Selbstständigkeit und der Binnendifferenzierungen hat das Verwaltungsorganisationsrecht hier eine koordinierende Funktion.

506 *Schulze-Fielitz* 2001, S.307.

507 *Wolff/Bachof* 1976, S. 114 f.: Angliederung, Beiordnung, Realunion, Personalunion.

508 *Schuppert* 2000, S. 597.

509 *Schuppert* 2000, S. 597.

510 *Schuppert* 2000, S. 752 u. 764 f.

511 *Schmidt-Aßmann* 1997, S. 44 f.; vgl. auch den Sammelband *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* 2000.

512 Zu weit daher *Loeser* 1994, S. 77.

513 *Trute* 1997, S. 279.

514 Vgl. auch *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 241.

### a. Rekrutierung

Die Rekrutierung der Mitglieder von Verwaltungsorganisationen erfolgt, je nachdem es sich um eine herrschaftliche oder eine mitgliedschaftliche Organisation handelt, in grundsätzlich unterschiedlicher Weise. Bei hierarchischen Verwaltungsorganisationen erfolgt die Rekrutierung durch Berufung in ein Amt oder Zuweisung einer Amtsstelle anhand der Kriterien von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Art. 33 II GG).<sup>515</sup>

Bei den mitgliedschaftlichen öffentlich-rechtlichen Organisationen hingegen werden die Mitglieder (i. w. S.) in sehr unterschiedlicher Weise rekrutiert. Grundsätzlich kommt hier eine Pflichtzugehörigkeit bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen, die Entsendung durch hierzu berechnigte Verbände oder eine Zugehörigkeit kraft Wahl in Betracht.<sup>516</sup>

### b. Interorganisationsrecht

Das Interorganisationsrecht betrifft die Struktur des Makrosystems der Verwaltung bzw. des funktional integrierten Netzwerks der Verwaltungseinheiten.<sup>517</sup> Hier geht es um das Verhältnis zwischen Verwaltungsorganisationen<sup>518</sup> und das Verhältnis der Organe verschiedener Verwaltungsorganisationen zueinander.<sup>519</sup> Sein Regelungsgegenstand ist somit die Einpassung der verselbständigten und binnendifferenzierten Verwaltungsorganisation in ihre öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisationsumwelt.

Wie bei den Ausführungen zum Funktionssystem der Verwaltung schon dargelegt, stehen die Organisationen dieses Systems nicht unverbunden nebeneinander, sondern sind Teil des politischen Herrschaftssystems. Die hierfür erforderliche demokratische Legitimation wird, wie oben näher untersucht, über das demokratisch gewählte Parlament vermittelt. im Fall der unmittelbaren Staatsverwaltung ist die Legitimation durch die Ministerialverantwortung und die hierarchische Weisungskette gewährleistet.<sup>520</sup> Um die Legitimationskette auch bei einem stark ausdifferenzierten Funktionssystem nicht abreißen zu lassen, bedarf es adäquater Kontrollmechanismen, die auch bei selbständigen Verwaltungsorganisationen die Anbindung und Unterordnung unter die gesetzgeberischen Entscheidungen als dem primären Ausdruck demokratischer Legitimation sicherstellen.

515 *Wolff/Bachof* 1976, S. 37.

516 *Wolff/Bachof* 1976, S. 42 f.

517 *Trute* 1997, S. 262.

518 *Achterberg* 1986, § 20 Rn. 49 f.

519 *Achterberg* 1986, § 20 Rn. 66: „interorganisatorische Interorgan-Verhältnisse“ wie etwa bei Akten der Rechtsaufsicht oder bei der Organleihe, bei der ein bestimmtes Organ des einen Verwaltungsträgers einige Aufgaben eines anderen Verwaltungsträgers wahrnimmt und insofern als dessen Organ agiert, *Maurer* 2002, § 21 Rn. 54.

520 *Dreier* 1991, S. 138 f.

### c. Rechtsverhältnis zum Organisationsträger

Die funktionale Einheit der ausdifferenzierten Verwaltungsorganisationen ergibt sich nicht von selbst, sondern wird durch Aufsicht gewährleistet. Ihr Ziel ist nicht die Beseitigung der Verselbständigung von Verwaltungsorganisationen, sondern die Beobachtung und ggf. Erzwingung der Beachtung der Grenzen dieser Verselbständigung und ggf. die Ermunterung, die zugewiesenen Freiräume auch zu nutzen. Wichtigstes „Mittel zur Reintegration der verselbständigten Verwaltungseinheiten“<sup>521</sup> in die funktionale Einheit des Verwaltungssystems ist die Rechtsaufsicht.<sup>522</sup> Durch die Überwachung der Einhaltung dieser Rechtsregeln wird zugleich eine gewisse Homogenität der Verwaltungsstandards erreicht.<sup>523</sup> Wenn die verselbständigte Verwaltungseinheit Aufgaben im Auftrag der unmittelbaren Staatsverwaltung wahrnimmt, kann diese auch inhaltlich Einfluß auf den Entscheidungsprozeß der Verwaltungsorganisation nehmen und dafür sorgen, daß deren Entscheidungen mit ihren eigenen Absichten zusammenstimmen. Selbst in diesem Fall wird die organisatorische Verselbständigung nicht beseitigt, sondern nur funktional enger an die staatliche Verwaltung angebunden. Dies zeigt sich etwa daran, daß die interne Organisation der Aufgabenerledigung der juristischen Person überlassen bleibt.<sup>524</sup> Sie gehört damit als Staatsaufsicht in organisationsrechtlicher Perspektive zur Fremdaufsicht, auch wenn sie funktional-gewaltenteilig eine Kontrolle innerhalb der Exekutive und somit Eigenkontrolle bedeutet.<sup>525</sup> Die Differenzierung von „Selbst-“ und „Fremdkontrolle“, die anders verläuft als die an der Gewaltenteilung orientierte Unterscheidung von „Eigen-“ und „Fremdkontrolle“, bleibt neben der letzteren auch rechtlich von Bedeutung, weil sie die rechtliche Verselbständigung der Verwaltungsträger in Rechnung stellt.<sup>526</sup> Aus der Perspektive des Rechtsschutzsuchenden Bürgers handelt es sich bei alledem um eine Kontrolle „der“ Verwaltung; aus der Perspektive der mit Statusrechten versehenen Verwaltungsorganisationen ist auch die Aufsicht durch staatliche Behörden eine Fremdkontrolle.

Während die interne Koordination von Verwaltungsorganisationen über Weisungshierarchien, interne Aufsicht und kollegiale Koordinationsstrukturen hergestellt wird, hat die der Sicherstellung der gesetzlichen Vorgaben dienende Aufsicht der selbständigen Verwaltungsorganisationen deren Autonomie zu berücksichtigen. Dies bedarf eines differenzierten Koordinationsinstrumentariums. Nach der prinzipiellen Stärke der Steuerungseinwirkung auf den Entscheidungsprozeß

521 Dreier 1991, S. 287 f.: „Wenn es ein Institut gibt, das als probates Mittel zur Reintegration der verselbständigten Verwaltungseinheiten in den staatlichen Apparat und als Gegengift zu den beargwöhnten ‚Tendenzen autokephaler Bürokratie‘ [Köttgen, SK] dienen könnte, dann kommt dafür vor allem die staatliche Rechtsaufsicht in Betracht“.

522 Wolff/Bachof 1976, S. 105.

523 Schmidt-Aßmann 1997, S. 24.

524 Kahl 2000, S. 395 f.

525 Schmidt-Aßmann 2001a, S. 18. Schmidt-Aßmann unterscheidet die Eigenkontrolle innerhalb des Verwaltungssystems noch in „Eigenkontrolle im ‚Innenbereich‘ und sonstige Eigenkontrolle, berücksichtigt also die Verselbständigung von Verwaltungsorganisationen.

526 Vgl. zu einer institutionell-organisatorischen Unterscheidung von Kontrollformen auch Schulze-Fielitz 2001, S. 298 f.: Aufsicht über Körperschaften des öffentlichen Rechts, aber auch zwischen Behörden sei „i.w.S. verwaltungsinterne“ Kontrolle; wie hier Löer 1999, S. 32 ff.

können danach (1.) die Steuerung durch Partizipation, die der Selbststeuerung noch nahe kommt, (2.) die bloße Kontrolle ohne Korrekturbefugnis durch die staatliche Aufsichtsbehörde, (3.) die Staatsaufsicht, die sich als Rechtsaufsicht auf die nachträgliche Kontrolle getroffener Verwaltungsentscheidungen bezieht, und (4.) die Lenkung, die als stärkste Steuerungsform auf die Entscheidungsbildung Einfluß nimmt, unterschieden werden.

#### aa. Steuerung durch die Öffentlichkeit und durch Partizipation

Öffentlichkeit spielt eine gewichtige Rolle bei der Steuerung der Verwaltung (s. o.).<sup>527</sup> Ihre Äußerungen mögen diffus sein; für die generelle Akzeptanz des Handelns von Verwaltungsorganisationen ist sie von Bedeutung. Hier spielen Verbände, die Massenmedien, Betroffene und Interessenten eine Rolle.<sup>528</sup> Damit wird zugleich die Vermittlung des Verwaltungshandelns zentral. So wirkt die Öffentlichkeit als Anregung zur Selbstkontrolle.<sup>529</sup> Nachteile dieser Kontrolle sind die problematische Repräsentativität der sich artikulierenden Öffentlichkeit, ihrer Kontrollmaßstäbe, fehlende Informiertheit, Transparenz u.a.m.<sup>530</sup> Grenzen ergeben sich zudem aus der Gewaltenteilung, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinsichtlich der kontrollrelevanten Daten und auch Aspekte der Funktionstüchtigkeit der Verwaltung.<sup>531</sup>

Eine schon stärker internalisierte Kontrolle durch Private stellen Verfahren der Anhörung da, die nicht einem subjektiven Rechtsschutzinteresse dienen. Hierzu gehört etwa die Anhörung „beteiligter Kreise“ nach §§ 51 BImSchG, 60 KrW/AbfG, 7 VII ChemG, 6 WRMG und 20 BBodSchG.<sup>532</sup> Hier wirken auch europäische Vorgaben der Informationsrichtlinie kontrollfördernd.

Die Einbeziehung eines größeren Kreises von Bürgern aber auch bei der förmlichen Selbstkontrolle von Bedeutung. Ein Mittel, um einerseits der notwendigen gesellschaftlichen Mitwirkung bei der Implementation staatlicher Politik und andererseits den Gefahren korporatistischer Arrangements gerecht zu werden, war oben bereits durch die öffentlich-rechtliche Organisierung der Zusammenarbeit in Form von Partizipationsstrukturen dieser Organisationen erwähnt worden.<sup>533</sup> Ganz allgemein gehört hierher aber die Betroffenenpartizipation.<sup>534</sup> Die Binnenorganisation tritt hier als Steuerungsmittel im Dienste einer engeren Umweltsanbindung der Organisation auf. Dieses Steuerungsmittel wird sowohl bei den Körperschaften als auch bei den pluralistisch zusammengesetzten Anstalten, insbesondere den Rundfunkanstalten, genutzt.

527 *Rossen-Stadtfeld* 2001, S. 117 ff.; *Scherzberg* 2000, S. 200 ff.; *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 26.

528 *Rossen-Stadtfeld* 2001, S. 165 ff.; freilich mit den Nachteilen, die ein wenig kanalisierter Verbands-einfluß mit sich bringt, *Hoffmann-Riem* 2001, S. 353.

529 *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 26.

530 *Rossen-Stadtfeld* 2001, S. 181 ff.; *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 107 ff.

531 *Rossen-Stadtfeld* 2001, S. 192 ff.

532 *Schulze-Fielitz* 2001, S. 301 u. 307 f.

533 Vgl. auch *Schuppert* 1981, S. 368; *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 104 f.

534 *Schuppert* 1981, S. 365 ff., 370 ff., 373 ff.

## bb. Staatsaufsicht

Das Mittel für die Koordination des Verhältnisses der Verwaltungseinheiten untereinander ist die Staatsaufsicht.<sup>535</sup> Staatsaufsicht<sup>536</sup> als das klassische und nach wie vor wichtigste Koordinationsinstrument bedeutet Beobachtung, Prüfung und ggf. Beeinflussung des beaufsichtigten Selbstverwaltungsträgers durch die Aufsicht führende Behörde.<sup>537</sup> Als Mittel der Kontrolle mit Korrekturbefugnis bezieht sie sich auf ein im übrigen wirksames Verwaltungshandeln. Orientiert an der jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltung der Selbstverwaltung der betreffenden Verwaltungseinheit, stellt sie die Einhaltung dieser Vorgaben sicher und unterstützt sie in der eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer Befugnisse. Nicht zur Aufsicht, sondern zur Binnenorganisation gehört hingegen die oben bereits erwähnte Behördenaufsicht (etwa § 20 LVG-BW) als Dienst- und Fachaufsicht.<sup>538</sup>

Während sich der Weisungsbefugte gegenüber dem Weisungsempfänger mit seinem Willen durchsetzen kann, bestehen im Bereich der verselbständigten Verwaltungseinheiten Organisationen, die teilweise eigenverantwortlich öffentliche Aufgaben erfüllen.<sup>539</sup> Soweit diese Eigenverantwortlichkeit reicht, ist zwar eine Überprüfung ihres Verhaltens anhand bestimmter normativer Kontrollmaßstäbe möglich; ihr Verhalten kann jedoch nicht durch den Willen des Überprüfenden unmittelbar geändert werden. Bei denjenigen öffentlichen Aufgaben, die diese Organisationen im Auftrag und nach Weisung der Staatsverwaltung wahrnehmen, besteht hingegen ein Weisungsrecht derselben.<sup>540</sup> Sie setzt daher auch nicht notwendig ein Über- und Unterordnungsverhältnis voraus.<sup>541</sup>

535 Krebs 1988, Rn. 40 f.; Kluth 1997, S. 273; Schröder 1986, S. 371 f.

536 Es geht hier und im folgenden nur um die Aufsicht des Staates gegenüber verselbständigten Verwaltungsorganisationen. Deshalb wird auf die sachlich zutreffende begriffliche Differenzierung zwischen „Aufsicht“ als Oberbegriff und der Aufsicht gegenüber Verwaltungsorganisationen und Wirtschaftsaufsicht gegenüber Privaten keine besondere Rücksicht genommen, zu dieser Unterscheidung: Groß 2002a, S. 795; Schmidt-Aßmann 2001a, S. 13; Kahl 2000, S. 364; Gröschner 1992, S. 46 u. 52: Staatsaufsicht zielt auf die Einheit der staatlichen Angelegenheiten, Wirtschaftsaufsicht bzw. das Überwachungsverhältnis hingegen setzt die individuelle und gesellschaftliche Freiheitssphäre voraus.

537 Groß 2002a, S. 799; Kahl 2000, S. 408 f.; Wolff/Bachof 1976, S. 101; Schmidt-Aßmann 2001a, S. 13: Sie ist wiederum abzugrenzen von der hinsichtlich der Kontrollinstrumente und der Kontrollorganisationen breiteren Verwaltungskontrolle.

538 Wolff/Bachof 1976, S. 103.

539 Die Hervorhebung der „Eigenverantwortlichkeit“ kann nicht bedeuten, daß es innerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung keine Verantwortlichkeit im Sinne einer Rechenschaftspflicht für die Entsprechung des Verhaltens gegenüber der Bindung des Verantwortlichen an seine normativen Vorgaben und Verantwortung im Sinne der Übernahme dieser Verantwortlichkeit, Luhmann 1999, S. 172 ff.; Ströbenreuther 1991, S. 76 f. Der Unterschied zur Eigenverantwortlichkeit im Sinne der Selbstverwaltung besteht darin, daß bei der Verantwortlichkeit der Verantwortliche, obwohl er rechtlich zu einem bestimmten Verhalten oder einer bestimmten Bandbreite von Verhaltensweisen verpflichtet ist, faktisch auch anders handeln kann, während die mit der Selbstverwaltung verbundene Eigenverantwortlichkeit unbeschadet dieser Möglichkeit auch rechtlich die Möglichkeit alternativen Zwecksetzens und Handelns, die nur durch die generelle Aufgabe begrenzt ist, eingeräumt wird.

540 Kahl 2000, S. 358. Das weisungsunterworfenen Handeln in derselben Behörde oder einer untergeordneten wird hier nicht in diesem Sinne kontrolliert, sondern determiniert. Allerdings wird teilweise auch insofern von „Kontrolle“ gesprochen, Knemeyer 1995b, Sp. 401.

541 Schröder 1986, S. 371.

Gegenstand der Kontrolle sind nicht nur Entscheidungen, sondern Verfahren, Verhaltensweisen, Systeme und organisatorische Arrangements.<sup>542</sup> Kahl faßt das Ziel von Kontrolle und Aufsicht daher treffend zusammen: „Bei der Kontrolle und der Staatsaufsicht geht es darum, die infolge von Gewaltenteilung und Sachverantwortungsparzellierung eintretenden Abstimmungsbedarfe, Steuerungsprobleme und Reibungsverluste im Interesse der Sicherung der demokratischen Legitimation und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu kompensieren“.<sup>543</sup>

### cc. Lenkung

Am intensivsten ist der Einfluß der dazu befugten Verwaltungsorganisation auf eine ihr unterworfenen im Bereich der Lenkung. Hier „geht es um die vorgängig-offensive und generelle Setzung von Rechtmäßigkeits- oder Zweckmäßigkeitsmaßstäben“.<sup>544</sup> Innerhalb der Kontrolle werden damit Aufsicht und Lenkung am zeitlichen Kriterium der vorgängigen Einflußnahme auf eine zu treffende Verwaltungsentscheidung oder der nachträglichen Überprüfung einer bereits ergangenen sowie am sachlichen Kriterium der Maßstabsetzung unterschieden.<sup>545</sup> Dies liegt quer zur gängigen Unterscheidung von Rechts- und Fachaufsicht als zwei Formen der Aufsicht. Sie sollen sich nicht in erster Linie durch den Zeitpunkt des Einflusses auf das Verwaltungshandeln, sondern durch den Kontrollmaßstab unterscheiden:<sup>546</sup> Im Rahmen der Rechtsaufsicht wird die Rechtmäßigkeit eines bereits vorgenommenen Verwaltungshandelns geprüft, während die Fachaufsicht zugleich die Zweckmäßigkeit dieses Handelns kontrolliert. Sieht man nun aber auf die Mittel der Steuerung, so finden sich staatliche Genehmigungsvorbehalte sowohl in bezug auf den Maßstab der Rechts- wie auch der Zweckmäßigkeitskontrolle, während die Weisung, die zudem noch in dem hier ausgeblendeten Direktionsrecht Verwendung findet, die staatliche Zwecksetzung sichert. Die Weisung nimmt aber Einfluß auf die Verwaltungsentscheidung vor ihrem Erlaß. Somit liegt es aber näher, statt der üblichen Unterscheidung von Rechts- und Staatsaufsicht die hier im Anschluß an Groß vorgenommene Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Einflußnahme auf das Verwaltungshandeln bezogen auf deren Wirksamkeit, zu wählen und die weiteren Unterschiede dort einzubauen.<sup>547</sup> Danach bezieht sich die Kontrolle in der Form der Aufsicht auf bereits vorliegendes Verwaltungshandeln. Sie prüft die Rechtmäßigkeit dieses Verhaltens als Rechtsaufsicht. Lenkung hingegen nimmt Einfluß auf noch nicht abgeschlossenes Verwaltungshandeln, indem es dessen Erlaß an die

542 Schmidt-Aßmann 2001a, S. 11.

543 Kahl 2000, S. 408; zu den grundsätzlichen Zusammenhängen von Organisationsdifferenzierung, Integration und Kontrolle Becker 1989, S. 659 ff.

544 Kahl 2000, S. 358; Groß 2002a, S. 797.

545 Groß 2002a, S. 797.

546 Zu diesen grundsätzlich: Schulze-Fielitz 2001, S. 295 ff.

547 Als präventiv können solche Steuerungsmittel bezeichnet werden, „die zeitlich vor dem Abschluß eines Rechtsaktes des Selbstverwaltungsträgers liegen und/oder einem Rechtsverstoß des Selbstverwaltungsträgers vorbeugen sollen“ (Schröder 1986, S. 373). Repressiv wirken dagegen solche Steuerungsinstrumente, die an eine bereits abgeschlossene Entscheidung eines Selbstverwaltungsträgers anknüpfen.

Einhaltung von Weisungen bindet.<sup>548</sup> Sie nimmt Einfluß auf die Zwecksetzung der betreffenden Verwaltungseinheit. Dies ist prinzipiell möglich in der Form allgemeiner (Verwaltungsvorschriften) oder einzelfallbezogener Weisungen.

Noch nicht geklärt ist, ob Genehmigungsvorbehalte, wie sie etwa für Satzungen bestehen, als Lenkung oder als Aufsicht einzuordnen sind. *Groß* hat zu Recht auf die Ambivalenz dieses Steuerungsmittels hingewiesen: In bezug auf die Entscheidungsbildung der Verwaltungseinheit ist die Genehmigung repressiv, weil sie diese Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit und ggf. auch ihre Zweckmäßigkeit hin überprüft; in bezug auf das Wirksamwerden dieser Entscheidung ist sie hingegen präventiv, weil sie Wirksamkeitsvoraussetzung ist.<sup>549</sup> *Groß* will sie nun weder der Lenkung noch der Aufsicht zuordnen, sondern als „allgemeine Möglichkeit gesetzlicher Beschränkung der Selbstverwaltung“.<sup>550</sup> Von der Aufsicht unterscheide sie sich dadurch, daß die Genehmigung – auch wenn sie in Selbstverwaltungsangelegenheiten nur eine Art Unbedenklichkeitsbescheinigung darstellt<sup>551</sup> – Wirksamkeitsvoraussetzung auch für eindeutig rechtmäßige Maßnahmen sei, von der Weisung aber durch den bereits abgeschlossenen Entscheidungsprozeß des Selbstverwaltungsträgers. Diese Unterscheidung kann gerade auch in organisationsrechtlicher Perspektive überzeugen: Die Genehmigung steuert den Entscheidungsprozeß des Selbstverwaltungsträgers nicht inhaltlich, sondern dient seiner Überprüfung. Insofern wahrt sie seine Selbständigkeit eher als die Weisung. Während aber die Aufsicht die erlassene Maßnahme beanstandet und ggf. korrigiert, hängt bei der Genehmigung die Wirksamkeit der Entscheidung vom Handeln der staatlichen Behörde ab.

Die Aufsicht wirkt somit maßstabsüberprüfend; die Lenkung setzt hingegen Maßstäbe für das Verwaltungshandeln.<sup>552</sup> Kontrollmaßstab der Aufsichtsbehörde und Handlungsmaßstab des Selbstverwaltungsträgers fallen tendenziell zusammen. Sie ist damit zielsetzungsorientiert und beschränkt als heteronome Zielsetzung das jeder Autonomie eigentümliche Moment der Entscheidung zwischen mehreren Alternativen. Diese idealtypische Differenzierung zwischen Aufsicht und Lenkung darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß es präventive Aufsichtsformen gibt, die der Lenkung sehr nahe kommen.<sup>553</sup> Lenkung trifft aber generell die Autonomie eines Selbstverwaltungsträgers stärker als die Kontrolle.

#### *d. Koordinationsstrukturen und kooperative Entscheidungsformen*

Neben dem Hierarchieprinzip kommt hier das Kooperationsprinzip in Betracht<sup>554</sup> Dem stark ausdifferenzierten Makrosystem der Verwaltungsorganisationen entsprechend, wird Kooperation dieser arbeitsteilig wirkenden Verwaltungseinheiten

548 Die Weisung wäre damit als vor dem Zeitpunkt des Erlasses der Verwaltungsentscheidung liegend immer präventiv, anders aber *Knemeyer* 2000, S. 524.

549 *Groß* 2002a, S. 797.

550 *Groß* 2002a, S. 799.

551 OVG NRW, OVGE 19, S. 192 ff. (196); *Andrick* 1987, S. 547.

552 *Kahl* 2000, S. 358 f.

553 *Kahl* 2000, S. 360.

554 *Schuppert* 2000, S. 732 f. u. S. 596 f. Auch aus den Grundrechten können sich weiter Verpflichtungen des Staates zur Kooperation mit Organisationen, wie etwa wissenschaftlichen Einrichtungen ergeben *Trute* 1994, S. 313 f.



zur zentralen Funktionsvoraussetzung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben.<sup>555</sup> Zusammenwirken mit anderen Organen oder Organisationen kann gesetzlich angeordnet und insofern notwendig sein. Dem Zusammenwirken von Bundes- und Landesverwaltung sind dabei engere Grenzen in der Erfindung neuer Verwaltungsformen gesetzt („Verbot der Mischverwaltung“)<sup>556</sup> als den kommunalen Gebietskörperschaften, zu deren verfassungsrechtlicher Ausstattung auch die Kooperationshoheit gehört.<sup>557</sup> Die Grenzen einer solchen Kooperation sind nicht einfach und vor allem nicht schematisch zu bestimmen. Um eine legitimatorische Verselbständigung zu vermeiden, besteht die äußerste Grenze der Kooperation jedenfalls in einem Bezug zu den gesetzlich festgelegten oder verfassungsrechtlich garantierten eigenen Aufgaben der betreffenden Körperschaft.<sup>558</sup>

Das Spektrum der Kooperationsformen ist ausgesprochen weit.<sup>559</sup> Es reicht von losen Interaktionsbeziehungen bis hin zu organisierten Formen.<sup>560</sup> Häufig werden bestimmte Entscheidungen nur aufgrund eines mehr oder weniger intensiven Zusammenwirkens mehrerer Organe getroffen, nämlich entweder so, daß sie nur gemeinsam entscheiden können, daß ein Organ bei der Entscheidung eines anderen mitwirken muß (Mitzeichnung, Einvernehmen, Zustimmung, Genehmigung, Bestätigung) oder daß ein Organ zur Entscheidung eines anderen eine Stellungnahme abgibt, die bindend oder gutachtlich sein kann.<sup>561</sup> Diese Kooperation kommt auch zwischen Verwaltungsorganisationen vor. Als anlaßbezogenes Zusammenwirken kommt etwa die Amtshilfe in Betracht.<sup>562</sup>

In Entsprechung zur Bundestreue der staatsrechtlichen Gebietskörperschaften zueinander ist daher das Kooperationsprinzip im Verhältnis der Selbstverwaltungsträger zueinander entwickelt worden.<sup>563</sup> Ausfluß der Selbstverwaltungsgarantie wirkt es in erster Linie auf die Beziehungen des Staates zu verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsträgern. Sehr fraglich ist, ob es auch im Verhältnis zu den nicht verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsträgern gelten soll. Da deren Selbstverwaltung nicht weiter reicht, als sie durch Gesetz eingeräumt ist, wäre durch das Prinzip allenfalls eine gewisse Gesetzmäßigkeit der Aufsicht gewährleistet, die aber ohnehin schon gesichert ist. Daher bedarf es des Prinzips in diesem Bereich nicht.<sup>564</sup>

Schließlich ist hier die Möglichkeit der Kooperation mit anderen Verwaltungseinheiten in organisierter Form zu denken. Diese organisierte Kooperation hat bei

555 *Püttner* 1982, S. 132 f.; Motive hierzu sind hier wie bei der Kooperation von Bund und Ländern im Bereich der Verwaltung unter anderem die Inkongruenz zwischen Verwaltungsraum und Aufgabenzuschnitt und auch die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse, v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 83, Rn. 39 f.

556 Maunz/Dürig-*Lerche* Art. 83 Rn. 85.

557 vgl. u. B IV 4 u. B V 5 e aa (5).

558 Für die Gemeinden und Gemeindeverbände: *Schmidt-Jortzig* 1983, S. 531; für die Kooperation zwischen Bund- und Länderverwaltungen: v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 83, Rn. 43; Maunz/Dürig-*Lerche* Art. 83 Rn. 90 f., 95.

559 Kritisch wegen zum Begriff der Kooperationsverwaltung aufgrund seiner Weite: *Jestaedt* 1993, S. 76 f.

560 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 83, Rn. 41 f.

561 *Wolff/Bachof* 1976, S. 120 f.; *Achterberg* 1986, § 13 Rn. 42 f.

562 *Achterberg* 1986, § 13 Rn. 46 f.

563 *Kahl* 2000, S. 510 f.

564 Wie hier *Andrick* 1987, S. 551 f.

den Körperschaften des öffentlichen Rechts wiederum zwei Erscheinungsformen: eine privatrechtliche und eine öffentlich-rechtliche. Zur privatrechtlichen Zusammenarbeit gehören insbesondere die privaten Dachverbände von Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie etwa die Bundesärztekammer als private Arbeitsgemeinschaft der Ärztekammern, die Bundesarchitektenkammer als private Interessenvertretung aller Architekten, die Innungsverbände nach §§ 79 ff. HwO,<sup>565</sup> einige Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger,<sup>566</sup> der Deutsche Städtetag, der Deutsche Landkreistag und der Deutsche Städte- und Gemeindebund als Interessenvertretungen der betreffenden Gebietskörperschaften<sup>567</sup> und andere.<sup>568</sup> Die öffentlich-rechtlichen Formen der Zusammenarbeit sind in Verbandskörperschaften organisiert. Sie können mehr die Form eines Zusammenschlusses zur Erledigung gemeinsamer öffentlicher Aufgaben, die die einzelne Körperschaft überfordern, wie etwa bei den Zweckverbänden annehmen oder aber eine öffentlich-rechtlich organisierte Form der Interessenvertretung auf Bundesebene, die dann mit weiteren öffentlichen Aufgaben verbunden ist, wie etwa bei den Bundeskammern der freien Berufe (z. B. die Bundesrechtsanwaltskammer, § 176 BRAO), den Bundesverbänden der Krankenkassen (§ 212 IV SGB V), und andere Formen.

#### IV. Zusammenfassung

Körperschaften des öffentlichen Rechts als rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisationen mit dem Recht der Selbstverwaltung werden durch den Inhaber der Organisationsgewalt aus dem Makrosystem der Verwaltung heraus gebildet, müssen aber als Träger öffentlicher Gewalt in den demokratischen Legitimationszusammenhang der öffentlichen Verwaltung eingebunden bleiben. Das Grundgesetz lehnt eine derartige Verselbständigung und damit eine Gliederung des Verwaltungssystems nicht ab. Abgesehen von der föderalen Gliederung der Verwaltung, hält es auch über die explizit genannten Verselbständigungsmöglichkeiten hinaus (etwa Art. 28 II GG, Art. 87 II GG) Prinzipien sowohl für die Differenzierung dieses Systems als auch für seine Koordinierung bereit. Als wichtigste Differenzierungsprinzipien erschien neben den Grundrechten, wie etwa Art. 5 III GG, das Rechtsstaatsprinzip. Es verlangt nach einer funktionsgerechten, damit auch sachbezogenen

565 Im einzelnen sind dies die Landesinnungsverbände als Zusammenschlüsse der Handwerksinnungen des gleichen Handwerks oder sich fachlich oder wirtschaftlich nahestehender Handwerke (§ 79 HwO) und die Bundesinnungsverbände als Zusammenschlüsse von Landesinnungsverbänden des gleichen Handwerks oder sich fachlich oder wirtschaftlich nahestehender Handwerke im Bundesgebiet (§ 85 HwO). Beide sind juristische Personen des Privatrechts, § 85 II i.V.m. § 80 S. 1 HwO, die ihre Rechtsfähigkeit mit der Genehmigung der Satzung durch die oberste Landesbehörde, resp. den Bundeswirtschaftsminister erlangen. Zur Verfassungsmäßigkeit *Kluth 1997*, S. 477 ff.

566 Eingehend und kritisch hierzu *Hein 1990*, S. 5 ff. u. 405 ff.

567 Diese Verbände haben sich wiederum in die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zusammengeschlossen, deren Aufgabe es insbesondere auch ist, übergreifende kommunale Anliegen zu vertreten. Um dies auch auf europäischer Ebene effektiv tun zu können, wurde in Brüssel ein gemeinsames „Europabüro der kommunalen Spitzenverbände“ gegründet.

568 Teilweise auch als privatrechtliche Zusammenschlüsse von privaten wie öffentlich-rechtlichen Organisationen. So etwa die Bundesvereinigung der deutschen Apothekerverbände (ABDA). Mitglied-organisationen der ABDA sind die 17 Apothekerkammern und 17 Apothekervereine/-verbände.

und ggf. spezialisierten Verwaltungsorganisation und der Mäßigung und Bindung der öffentlichen Gewalt im Dienste der Freiheit der Bürger. In dieser Ausprägung hatte schon von *Gneist* im Rechtsstaatsprinzip eine Begründungsmöglichkeit körperschaftlicher Selbstverwaltung gesehen. Das Demokratieprinzip hingegen funktiert über die Notwendigkeit eines hinreichenden demokratischen Legitimationsniveaus, das über eine ununterbrochene Legitimationskette zum Staatsvolk, eine parlamentsgesetzlich vermittelte sachliche Legitimation und eine institutionelle Legitimation sichergestellt werden muß. Die Verselbständigung von eigenverantwortlich agierenden, die Organwalter selbst rekrutierenden Verwaltungsorganisationen wie den Körperschaften des öffentlichen Rechts wird diesem Einheitsprinzip zum Problem und vom Rechtsstaatsprinzip allein nicht gefordert. Mithin trat die Frage auf, die seit der Eroberung der Demokratie in Weimarer Republik die Diskussion um die Körperschaft prägte: Wie läßt sich die Absenkung des Niveaus demokratischer Legitimation verfassungsrechtlich rechtfertigen? Subjekt der demokratischen Legitimation ist das deutsche Volk (Art. 20 II S. 1 GG). Daran ist nicht zu rütteln. Nur die Gemeinden und Kreise können angesichts ihrer Strukturgleichheit ebenfalls eine beschränkte demokratische Legitimation hervorbringen und somit die Absenkung des durch das gesamte Staatsvolk vermittelten Legitimationsniveaus kompensieren. Unmittelbar verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist die geringere demokratische Legitimation im Bereich der Hochschulen aus Art. 5 III GG. Der große Bereich der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung aber steht ohne eine derartige explizite Rechtfertigungsmöglichkeit da, mag sie auch im Bereich der Sozialversicherung angesichts ihrer hohen rechtlichen Durchnormierung nicht so drängend erscheinen. Hier wurde der Vorschlag gemacht, auf den Grund der Demokratie zurückzugehen, der im Prinzip der freien Selbstbestimmung des Bürgers, wie es sich aus der Menschenwürde ergibt, besteht. Diese Selbstbestimmung hat zwar für die Begründung der Staatsgewalt in Art. 20 II GG eine spezielle Regelung gefunden. Sie ist aber keineswegs darin aufgegangen. Auch der so legitimierte öffentlichen Gewalt soll der Bürger nicht nur unterworfen sein, sondern soweit es aufgrund eigener Betroffenheit nötig und möglich ist, aktiv einbezogen werden. Hierdurch wird keine autonome demokratische Legitimation geschaffen, die Entfernung von der demokratischen Legitimation jedoch im Interesse eines Freiraums zur Selbstbestimmung des Bürgers im öffentlichen Bereich gerechtfertigt. Zugleich läßt diese Rechtfertigung eine differenzierende Strukturierung dieses Freiraums zu, je nachdem in welcher Weise hier die Selbstbestimmung zur Geltung kommen soll. Abweichungen von den Wahlrechtsprinzipien sind auf dieser Grundlage möglich.

Wenn somit eine organisatorische Verselbständigung von rechtsfähigen, eigenverantwortlich handelnden, mitgliedschaftlich strukturieren Verwaltungsorganisationen nicht ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage nach dem Träger der hierzu erforderlichen Organisationsgewalt. In gewaltenteiliger Perspektive kommt wegen der Grundrechtsbetroffenheit und des institutionellen Gesetzesvorbehalts hierzu nur der parlamentarische Gesetzgeber in Betracht. In der föderalen Ordnung der Verwaltungskompetenzen ergeben sich differenzierte Regelungen, die einerseits

klare Zuordnungen treffen, vor deren Hintergrund eine „Mischverwaltung“ jedenfalls in der organisierten Form der öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungsträger problematisch erscheint; die aber andererseits keine Vorgaben darüber machen, daß die Organisationsgewalt auch im Hinblick auf bestimmte Organisationsformen gebunden wäre. Insbesondere konnte aus den Art. 83 ff. GG nicht abgeleitet werden, daß die Körperschaft des öffentlichen Rechts die für den Bund oder die Länder gebotene Organisationsform zur Erledigung bestimmter Aufgaben, auch nicht im Bereich der Sozialversicherung ist.

Ist somit eine rechtliche Verselbständigung von Selbstverwaltungsträgern auf einer gesetzlichen Grundlage durch den zuständigen Inhaber der Organisationsgewalt verfassungsrechtlich möglich, bestand vor der Analyse des Rechts der Körperschaft nun noch die Aufgabe, Ordnungsprinzipien zu skizzieren, denen die verschiedenen rechtlichen Merkmale der Körperschaft des öffentlichen Rechts zugeordnet werden können. Dies geschah, indem die organisationstheoretisch erarbeiteten drei Organisationsdimensionen als Grundgerüst für die Zuordnung von verwaltungsorganisationsrechtlichen Regelungsmaterien herangezogen wurden. Daraus ergab sich in der Dimension der Selbständigkeit das die betreffende Verwaltungsorganisation konstituierende statusbegründende Organisationsrecht. Hierzu wurde die für die formale Struktur der Körperschaft wichtige Verleihung der Rechtsfähigkeit sowie die für ihre Identität bedeutsame Aufgabenzuweisung hervorgehoben.

Der Dimension der Binnenstrukturierung der Organisation können diejenigen Rechtsregelungen zugeordnet werden, die auf eine Differenzierung der Verwaltungsorganisation in Organe, Behörden etc., aber auch diejenigen, die auf ihre interne Koordination durch Hierarchie oder Formen der internen Kontrolle abzielen. Wichtige Weichenstellung war es dabei, daß die Grenze zwischen dem Innenrecht und dem Außenrecht anders als zumeist üblich gezogen wird. In organisationsrechtlicher Perspektive bedeutet nicht das Innenrecht die Ordnung der Organe einer Verwaltungsorganisation, während das Außenrecht das Verhältnis „der Verwaltung“ zum Bürger betrifft. Die Grenze verläuft vielmehr an der Linie der organisationsrechtlichen Verselbständigung und markiert als außen (als Umwelt) das Verhältnis zu allen Rechtssubjekten, seien sie nun natürliche Personen oder auch der Staat.

Das Organisationsaußenrecht betrifft schließlich das Verhältnis zu Rechtssubjekten der Umwelt der jeweiligen Verwaltungsorganisation. Hier sind Fragen der Rekrutierung der Sach- und Finanzmittel, aber auch der Mitglieder der Organisation einzuordnen, die Frage der Handlungsformen und der Kooperation mit anderen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Organisationen, aber auch der staatlichen Verantwortung für die Einhaltung der Grenzen der Verselbständigung durch die Aufsicht und andere Ingerenzmöglichkeiten.

## B. BILDUNG UND ERRICHTUNG DER KÖRPERSCHAFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Mit ihrer Errichtung entsteht die Körperschaft als selbständige öffentlich-rechtliche Organisation. Es mag sie als gesellschaftliche Organisationen in Einzelfällen – und historisch gesehen öfters – schon vorher gegeben haben,<sup>1</sup> ihre spezifisch öffentlich-rechtlichen Potentiale erhält sie erst mit ihrer Errichtung resp. staatlichen Anerkennung.<sup>2</sup> Körperschaften des öffentlichen Rechts können wie andere juristische Personen des öffentlichen Rechts nur durch staatlichen Hoheitsakt errichtet werden.<sup>3</sup> Bei einigen Formen von Körperschaften können die Einflüsse der späteren Mitglieder bei der Errichtung größer sein als bei Anstalten<sup>4</sup> und Stiftungen;<sup>5</sup> alleine aus dem privatautonomen Willen der Mitglieder entstehen sie nie.

Von der Errichtung als der konkreten Gründung der besonderen Körperschaft,<sup>6</sup> ist die Bildung als die generelle Typisierung bestimmter Formen von Körperschaften einerseits und ihrer Einrichtung als dem faktischen Tätigkeitsbeginn zu unterscheiden.<sup>7</sup> Der *actus contrarius* zur Errichtung ist dann schließlich die Aufhebung der Körperschaft. Er wird ebenfalls von der Organisationsgewalt umfaßt.<sup>8</sup>

Mit der staatlichen Errichtung entsteht die Körperschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts mit Kompetenzen, Zuständigkeiten und ggf. Rechten. Im folgenden ist zunächst auf diese Befugnisse, sodann auf das eigentliche Verfahren zu ihrer Errichtung einzugehen.

### I. Die Körperschaft als selbständige Rechtsperson

Wichtigster rechtlicher Mechanismus der Ausdifferenzierung von Organisationen aus dem Makrosystem der Verwaltung bleibt die Verselbständigung als juristische

1 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 84 Rn. 15.

2 Während organisationstheoretisch eine ganze Reihe von Strukturunterschieden zwischen öffentlichen und privaten Organisationen gefunden werden konnten (s. o. Teil II), ist die staatliche Gründung oder wenigstens Mitwirkung das maßgebliche Kriterium zur Unterscheidung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationen, *Groß* 1999, S. 28.

3 *Forsthoff* 1973, S. 492; *Weber* 1943, S. 28; *Tettinger* 1997, S. 104.

4 Entscheidend ist aber – worauf später zurückzukommen sein wird – daß die Mitglieder der Körperschaft zwar deren Träger, nicht aber ihre Errichter sein müssen, *Wolff* 1934, S. 255.

5 *Schulte* 1989, S. 77 ff.; *Neuhoff* 1983, S. 991 ff.; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 88 Rn. 21.

6 „Errichtung bedeutet die rechtliche Anordnung; sie umfaßt nicht nur die Entscheidung über die Schaffung eines Verwaltungsträgers oder einer Behörde, sondern auch ihre organisatorische Ausgestaltung wenigstens in den Grundzügen und die Festlegung ihrer Zuständigkeiten.“ *Maurer* 2006, § 21 Rn. 58; vgl. auch *Rasch* 1970, S. 766.

7 *Wolff/Bachof* 1976, S. 57; *Maurer* 2006, § 21, Rn. 66. *Forsthoff* verwendet den Ausdruck „Bildung“ für den von *Wolff/Bachof/Stober* verwendeten Terminus „Einrichtung“: „Ist der konkrete Organisationstypus der öffentlichen Körperschaft bereits in gesetzlicher Ausprägung vorhanden, so entsteht die konkrete Körperschaft dadurch, daß sie gebildet wird.“ *Rasch* (1970, S. 766) sieht vorher noch einen Akt der „Stiftung“ als Erklärung, daß eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ins Leben gerufen wird“. Es ist jedoch nicht klar, ob und wenn: welche Rechtswirkung diese Erklärung haben soll.

8 *Stern* 1984, S. 824.

Person des öffentlichen Rechts. Sie bedeutet rechtlich gesehen die am weitesten reichende und am klarsten abgegrenzte Form der Selbständigkeit.<sup>9</sup> Die Bedeutung der Rechtsfähigkeit darf aber auch nicht überschätzt werden: Sie gehört nach dem oben zum Begriff der Körperschaft Ausgeführten zwar nicht zu ihren notwendigen, jedoch zu den typischen Eigenschaften.<sup>10</sup> Auch ist die Rechtsfähigkeit nicht das allein maßgebliche Kriterium für die Beurteilung der Selbständigkeit.<sup>11</sup> Für andere Organisationsformen ist es auch möglich, daß die Verselbständigung der Aufgabe in den Vordergrund tritt und die Rechtsform an Maßgeblichkeit einbüßt.<sup>12</sup> An eindeutig identifizierbarer rechtlicher Zurechenbarkeit sind diesen Formen aber die juristischen Personen des öffentlichen Rechts überlegen. Schließlich besagt sie nichts über die Selbständigkeit des Handelns.<sup>13</sup> Innerhalb dieses Rahmens sorgen dann die Zuweisung eigenverantwortlich wahrzunehmenden Aufgaben, die Ausdifferenzierung der Binnenstruktur und Art und Umfang der Umweltbeziehungen für die nähere Bestimmung der Selbständigkeit.

## 1. Rechtsfähigkeit, Rechtssubjektivität, Rechtspersonlichkeit

### a. Begriffliche Abgrenzungen

Ohne Rücksicht auf die Art des Rechtssatzes als Außen- oder Innenrechtssatz ist die *Rechtssubjektivität* zunächst elementar als die Fähigkeit, Zurechnungssubjekt mindestens eines Rechtssatzes zu sein, zu verstehen.<sup>14</sup> Zurechnungssubjekt und damit Rechtssubjekte sind sowohl die Organisation selbst, die durch Rechtssätze errichtet, ausgestaltet, begrenzt und ggf. aufgelöst werden kann, als auch ihre Organe. Der Inhalt der Rechtssubjektivität und ihr Umfang bestimmt sich nach der Art und dem Umfang der zugerechneten Rechtssätze.

Ohne daß in der Rechtsqualität selbst ein Unterschied bestünde,<sup>15</sup> kann zunächst der Art nach in Außen- und Innenrechtssätze unterschieden werden. *Rechtsfähigkeit* ist die von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit, im Verhältnis zu anderen Träger von Pflichten und Rechten, d. h. Endsubjekt rechtlicher Zuordnung zu sein.<sup>16</sup> Wenn der Umfang der Rechtsfähigkeit aus den Rechtsnormen zu beurteilen ist, die einem Subjekt zugerechnet werden können, steht seine Bemessung in den verfassungsrechtlichen Grenzen im Ermessen des Gesetzgebers.<sup>17</sup> Rechtsfähigkeit ist mithin relativ zur Zuordnung von Rechtssätzen.

9 Schon deshalb ist sie mehr als ein „Kunstgriff zur effektiveren Erledigung bestimmter Verwaltungsaufgaben“, *Oldiges* 1987, S. 740.

10 *Erichsen/Scherzberg* 1990, S. 12.

11 Kritisch zur Rechtsfähigkeit als Kriterium der Selbständigkeit *Jestaedt* 1993, S. 93.

12 Dazu ausführlich *Schuppert* 1981, S. 5 ff. u. 165 ff.

13 Insofern mag man von einem „bloß“ formalen Kriterium sprechen, das lediglich aus rechtstechnischen Gründen verliehen wird, *Berg* 1985, S. 2296.

14 *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 32 Rn. 4; *Bachof* 1958, S. 259 f.; *Maurer* 2006, § 21 Rn. 4; *Erichsen* 2002, § 11 Rn. 13.

15 *Rupp* 1991, S. 21 f.

16 *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 32 Rn. 5; *Erichsen* 2002, § 11 Rn. 9.

17 *Kirste* 2001, S. 356.

Sie kann weiter untergliedert werden in Teil- und Vollrechtsfähigkeit. Vollrechtsfähigkeit besteht dann, wenn in Gesetzen uneingeschränkt von Rechtsfähigkeit die Rede ist und sich eine solche Beschränkung auch nicht durch Auslegung ergibt.<sup>18</sup> Sie bedeutet dann die prinzipielle Befugnis zur Teilnahme am Rechtsverkehr.<sup>19</sup> Rechtssubjektivität als Zurechnungsendsubjektivität von Rechtssätzen bedeutet aber auch, daß selbst die Vollrechtsfähigkeit nicht absolut in dem Sinne ist, daß damit zugleich die Rechtsfähigkeit bezüglich aller denkbaren Rechte und Pflichten besteht. Vielmehr ist auch sie relativ zu den zugeordneten Rechtssätzen. Nur ergibt sich hier die Rechtsfähigkeit in bezug auf ganze Bereiche, nicht nur auf einzelne Rechte.<sup>20</sup> Beschränkungen sind Ausnahmen. Nach nicht unbestrittener Auffassung<sup>21</sup> liegt Teilrechtsfähigkeit vor, wenn sich die Rechtsfähigkeit nur aus einer begrenzten Gruppe von Rechtssätzen ergibt, also nur im Hinblick auf bestimmte einzelne Rechtsbeziehungen besteht.<sup>22</sup> Diese Einzelzuordnung von Rechten oder Pflichten verleiht ihnen also auch nur eine partielle Rechtsfähigkeit. Ohne daß immer differenziert wird, geht die überwiegende Auffassung davon aus, daß juristische Personen eine Außenrechtsfähigkeit besitzen müssen. Organe hingegen sind immer nur Adressat einzelner Binnenrechtssätze.<sup>23</sup> Anders als Menschen aufgrund von Art. 1 I GG besitzen Organisationen kein Recht auf Rechtsfähigkeit.<sup>24</sup>

*Rechtsperson* ist jedes vollrechtsfähige Rechtssubjekt<sup>25</sup> oder in den Worten des Hegelschülers *Eduard Gans*: „Person ist das Recht als Subjekt“.<sup>26</sup> Hierzu gehören die juristischen und die natürlichen Personen. Erstere können nach der Herkunft der sie berechtigenden Rechtssätze wiederum in solche des öffentlichen Rechts und solche des Privatrechts unterschieden werden. Organisationen als Zurechnungssubjekte von Rechtssätzen sind juristische Personen.

### b. Kritik am Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts

Am Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts ist wiederholt Kritik geübt worden. Dabei braucht hier nicht erneut auf die nationalsozialistische Diskussion eingegangen zu werden.<sup>27</sup>

18 *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 32 Rn. 6; *Bachof* 1958, S. 263.

19 *Bachof* 1958, S. 264: „Verleihung der Vollrechtsfähigkeit heißt : Übertragung eines Gesamtkomplexes von Rechten und Pflichten.“

20 *Erichsen* 2002, § 11 Rn. 11, der einen fließenden Übergang zur Teilrechtsfähigkeit annimmt. Entscheidend für die Abgrenzung ist jedoch die Umkehrung des Regelausnahmeverhältnisses: Bei der Vollrechtsfähigkeit ist die Beschränkung des Rechtskreises die Ausnahme, bei der Teilrechtsfähigkeit die Regel.

21 *Forsthoff* 1973, S. 485, nimmt nur Vollrechtsfähigkeit an, räumt aber ein, daß die nichtrechtsfähigen Gebilde hier und dort“ der juristischen Person gleichgestellt werden könnten und anerkennt auch an anderen Stellen eine beschränkte Rechtsfähigkeit an, *Bachof* 1958, S. 266.

22 *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 32 Rn. 7; *Maurer* 2006, § 21 Rn. 6; *Bachof* 1958, S. 264: „Die Teilrechtsfähigkeit . entsteht durch Einzelzuweisung von Rechten und Pflichten.“ Zur Kritik an quantitativen Ansätzen jetzt auch *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 83 Rn. 15.

23 *Erichsen* 2002, § 11 Rn. 14.

24 *Kirste* 2001, S. 358; *ders.*: 2000, S. 39 f.: das gilt insbesondere – worauf noch einzugehen sein wird – in bezug auf die Grundrechtsfähigkeit (Art. 19 III GG); *Erichsen* 2002, § 11 Rn. 9; zum Recht auf Rechte *Enders* 1997.

25 *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 32 Rn. 9; *Bachof* 1958, S. 264.

26 1971, S. 74; hierzu auch *Kirste* 2000, S. 37 f.

27 Vgl. oben Erster Teil, C III, 4 a.

Im Zentrum steht der Vorwurf, daß der Begriff der juristischen Person zur Erfassung der komplizierten und differenzierten Rechtsbeziehungen verschiedener Verwaltungsorganisationen zueinander ungeeignet sei.<sup>28</sup> So hat *Böckenförde* klassisch formuliert, mit dem Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts könne die differenzierte Einheit der staatlichen Organisation nicht erfaßt werden: „Eine Organisation, die sich als Juristische Person darstellt, kann nicht Organisationen, die sich ebenfalls als Juristische Personen darstellen, zu ihren – wie auch immer gearteten – Teilen haben.“<sup>29</sup> Die Teile wären keine Teile, wenn sie insofern Zurechnungsendsubjekte wären, sondern selbst Organisationen mit Teilen. Das durch Zurechnungsendsubjektivität ausgezeichnete Ganze wäre entsprechend nicht diese Einheit, wenn die Teile selbst diese Eigenschaft besäßen.

Doch ist der Staat nicht einfach das Ganze der Verwaltung und nicht eine Organisation, deren Teile die anderen Verwaltungsrechtsträger wären. Der Staat ist als juristische Person Zurechnungsendsubjekt der staatsrechtlichen Rechtssätze. Er besitzt Staatsorganisationen. Die Verwaltung des Staates hat ihre Einheit nicht als Organisation, sondern als Funktion – herkömmlich mit „Verwaltung im materiellen Sinn“ umschrieben (s. o.). Die Organisationen, die diese Funktion ausüben, bilden das erwähnte Makrosystem der Verwaltung. Dieses besteht aus juristischen Personen als Zurechnungsendsubjekten und deren nichtrechtsfähigen Organen. Die unmittelbare Staatsverwaltung mit dem Staat als Verwaltungsrechtsträger trifft auf die anderen (rechtsfähigen) Verwaltungsrechtsträger und die übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts in Außenrechtsverhältnissen. Die Ersetzung der Zurechnungseinheit juristische Person durch „Organisationen als Handlungseinheiten“<sup>30</sup> ist danach nicht notwendig, rechtstechnisch nicht möglich und würde rechtspraktisch zu genau denselben Fragen führen wie bei der juristischen Person, nämlich nach dem Umfang der Zurechnung.<sup>31</sup>

Um überhaupt rechtlich erfaßbar zu sein, muß etwas (auch Prozesse, Kommunikationen etc.) entweder Gegenstand oder Subjekt eines Rechtssatzes sein. Soll es rechtlich als potentiell handlungsfähig konstruiert werden, kommt nur die Eigenschaft als Rechtssubjekt im oben gekennzeichneten Sinn in Betracht. Diese Aussagen sind rein formal und sagen nichts über die Art der Rechtsbeziehungen und die Binnendifferenzierung des Rechtssubjektes aus. Schon gar nicht bedeuten sie einen Rückfall in die Impermeabilitätstheorie.<sup>32</sup> Gerade deshalb trifft der häufig geäußerte Vorwurf zivilistischen Denkens durch den Einbau der Konstruktion der juristischen Person in die Systematik des Rechts der öffentlichen Organisationen<sup>33</sup> nicht

28 Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 83, Rn. 22: „... kein verlässlicher Anhaltspunkt für die Zurechnung von Handeln“.

29 *Böckenförde* 1973, S. 281.

30 *Böckenförde* 1973, S. 287.

31 Diesen nicht metaphysischen, sondern schlicht rechtstechnischen Aspekt der juristischen Person verkennt auch die Kritik von *Groß* 1999, S. 171 f.

32 Bekanntlich konstruierte Laband den Staat als Zurechnungssubjekt in Form einer undurchdringlichen Einheit, *Laband* 1911, S. 81 ff.; Daß dies keine notwendige Folge der Konstruktion des Staates als juristischer Person ist, hebt *Oldiges* (1987, S. 743) hervor.

33 Schon *Mayer* 1908, S. 56 f.; *Rupp* 1991, S. 22; *Böckenförde* 1973, S. 288 f.; *Knemeyer* 1995a, Sp. 676 f.; *Uhlenbrock* 2000, S. 91 f., 156 u. 173; *Schmidt-de Caluwe* 1993, S. 85, Fn. 109; *Forsthoff* 1973, S. 484; dagegen auch *Weber* (1943, S. 13): „In Wahrheit ist die Funktion des Begriffs der juristischen Person des



zu.<sup>34</sup> Wenn man die Rechtsperson als abstrakte Form und nicht vom „Normalfall“ menschlicher Rechtssubjektivität<sup>35</sup> her konstruiert,<sup>36</sup> ist die weitere Ausdifferenzierung dieser Form eine Frage der das Rechtssubjekt näher ausgestaltenden Rechtssätze.<sup>37</sup> Hält man an dieser rechtstechnischen Bedeutung der juristischen Person fest, entgeht man zugleich den kognitivistisch und organisations-strukturell sicherlich gut begründbaren Thesen von der tatsächlichen Auflösung der Organisationseinheiten in den Atomismus eines rechtlich kaum noch erfäßbaren „Differenzgeschehens“.<sup>38</sup> Die solchermaßen (vielleicht) begründbare Auflösung des Subjekts in Prozesse der Selbst(!)Konstruktion und der sozialen Zuschreibung von wechselnden Identitäten führt nicht dazu, daß seine Partikel keine – und seien es fiktive – Adressaten oder Objekte von Rechten oder Rechtspflichten wären. Auch Organisationen, „corporate actors“ mögen faktisch nur noch fragile und hochkomplexe,<sup>39</sup> emergente Einheiten hervorbringen; als soziale Adressen fungieren sie doch schon tatsächlich nur als Personen.<sup>40</sup> Die Form der Person bleibt also gerade angesichts der immer

---

öffentlichen Rechts im modernen Verwaltungsrecht von so ausgeprägter Eigenart, daß sie sich vom Zivilrecht und dem System des bürgerlichen Gesetzbuchs her nicht erfassen läßt.“ Allerdings schließt auch Weber den Staat vom Begriff der juristischen Person aus. *Forsthoff* (1973, S. 484), der auch diese zivilistische Genese des Begriffs annimmt, hält ihn gleichfalls für verwendbar, wenn er sich von den zivilrechtlichen Konnotationen befreit.

34 Auch historisch gesehen verfolgt bereits 1837 *Albrecht* in seiner berühmten „Maurenbrecher-Rezension“ das öffentlich-rechtliche Anliegen einer Konstitutionalisierung der Staatsgewalt durch die Konstruktion des Staats als juristischer Person (1837, S. 1489 ff. u. 1508 ff.; hierzu auch *Kirste* 2002, S. 697 f.); zudem war der Rezeptions- und Ausdifferenzierungsvorgang des Begriffs der juristischen Person im Zivilrecht noch nicht so weit abgeschlossen – *Savigny* selbst hatte erst 1840 in seinem System einen elaborierten Begriff der juristischen Person, der in der Staatsrechtslehre übernommen werden konnte (*Uhlenbrock* 2000, S. 42 f.), daß hier von einer Rezeption des Rechtsinstituts im öffentlichen Recht gesprochen werden könnte. Zudem lag in der philosophischen Konzeption der *persona moralis*, die allerdings noch rechtstechnisch formalisiert werden mußte, das „Mutterinstitut“ vor, auf das Zivilrechtsdogmatik wie Staatsrechtslehre gleichermaßen zurückgreifen konnten, *Kirste* 2001, S. 353 f. Die Figur der *persona moralis* hatte aber bereits klare politische Funktionen: Schon *Thomas Hobbes* bezeichnete den Staat als „una persona“, allerdings auch als „homo“ oder „persona artificialis“. Er wie auch *John Locke* nutzten den Begriff der Person in einer politischen Bedeutung (*Häfelin* 1959, S. 31 f.) und *Jean-Jacques Rousseau* bezeichnete ihn als öffentliche moralische Person auf der Grundlage der Zurechnung der der *volonté générale* entspringenden Gesetze. Schließlich sah auch *Kant* den Herrscher als „moralische oder natürliche Person“ und den Staat als moralische Person an (*Metaphysik der Sitten* § 49, A 170/B 200, S. 435).

35 Über die Inhalte der Rechtssätze, insbesondere der Grundrechte, erhält der Mensch erst als natürliche Person und notwendiger Grundrechtsträger eine hervorgehobene Position unter allen Rechtssubjekten.

36 Ein derartiger Ansatz war in der Tat im Zivilrecht prägend: Klassisch *Rhode* (1932, S. 73 ff.), der „alle Versuche, in den Begriff des Rechtssubjekts mehr als den Menschen einzuschließen, sinnlos“ findet, bis hin zu *Westermann* und *Coing*, vgl. *Kirste* 2001, S. 342 f.

37 Eingehend *Kirste* 2000, S. 25 f. u. S. 33 ff.; *ders.* 2001, S. 341 ff.; das betrifft gerade auch Fragen einer „gespaltenen Zurechnung“ von Rechtssätzen, kritisch gegenüber der Verwendbarkeit des Instituts der juristischen Person in diesen Fällen etwa *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 83 Rn. 28 f.

38 *Ladewig* 1995, S. 21 ff.; *Kirste* 2001, S. 320 f.

39 *Teubner* 1989, S. 176 f. sieht zwar bei solch komplexen Organisationen (etwa Konzernen) die Grenzen der Möglichkeiten der juristischen Person als überschritten an: „Der Konzern als Netzwerk sprengt die überkommenen anthropomorphen Denkfiguren der juristischen Person wie des corporate actor und die in doppelter Weise. Nicht Einheitszurechnung, sondern Vielfachzurechnung, nicht Personifizierung, sondern polyzentrische Autonomisierung werden dem Netzwerkcharakter des Konzerns gerecht“. Er entwickelt statt dessen ein System von kumulativer, alternativer und komplementärer Zurechnung, bei dem sich aber bezeichnenderweise die „Teilzurechnungen auf die Konzernebenen erst in der Zusammenschau zu einem Ganzen verbinden.“ (S. 177).

40 *Teubner* 1987, S. 64: In „systemtheoretischer Sicht [ist, SK] die soziale Realität der juristischen Person ein ‚Kollektiv‘: die sozial verbindliche Selbstbeschreibung eines organisierten Handlungssystems

unübersichtlicheren Konstruktionen von Selbst und Organisation gesellschaftlich gesehen notwendiger Zuschreibungspunkt von Identitäten.<sup>41</sup> Nicht weniger gilt dies für die Zuordnung von Rechtssätzen.<sup>42</sup> Wie auf die Veränderungen des „sozialen Substrats“ zu reagieren ist, ist keine Frage der Notwendigkeit der Konstruktion von natürlicher und juristischer Person, sondern der sinnvollen und grundrechtsbezogenen (Art. 1 I GG u. 19 III GG) Ausgestaltung ihrer Rechtspositionen.<sup>43</sup> Der formale Charakter der juristischen Person des öffentlichen Rechts bedeutet dann aber auch, daß die Vielfalt ihrer Formen nicht aus dem Begriff erklärt werden kann. Auch für das Ausmaß der Verselbständigung ist die Rechtspersönlichkeit die Grundlage, enthält aber keine Aussagen über deren Reichweite. Hier bekommt dann die Aufgabenzuweisungen und die innere Organisation bestimmende Funktion.

Daß das Institut der Juristischen Person des öffentlichen Rechts heute keineswegs überflüssig ist, zeigt sich auch daran, daß zentrale Problemstellungen, für die sie eine Antwort bieten sollte, nach wie vor bestehen. Das gilt etwa für die „zentrale Transformationsleistung“ von Organisationen,<sup>44</sup> die in der Bildung eines gemeinsamen Willens bzw. in der Formung eines kollektiven Willens besteht. Dies erscheint nur möglich, wenn eine Unabhängigkeit von konkreten Personen besteht.<sup>45</sup> Gerade hierfür sollte die juristische Person eine rechtliche Antwort bieten, auch dort, wo faktisch nur ein Minimum an Homogenität besteht.

## 2. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Rechtsfähigkeit

„Zwar schließt die Rechtspersönlichkeit öffentlichen Rechts die privatrechtliche Rechtsfähigkeit ein. Dieser Satz ist aber nicht umkehrbar.“<sup>46</sup> Jede als rechtsfähig bezeichnete juristische Person des öffentlichen Rechts ist also zugleich privatrechtsfähig.<sup>47</sup> Für Anstalten des öffentlichen Rechts besteht dafür allerdings anders als

---

als zyklische Verknüpfung von Identität und Handlung“; *Kirste* 2001, S. 324 f.; umgekehrt stellt die Eigenschaft als juristische Person zwar eine rechtliche Einheit der Organisation dar, schließt aber nicht aus, daß faktisch der Staat oder Verwaltungsorganisationen im Wege rekursiver Vernetzung von Kommunikationen (*Luhmann* 2000, S. 241), als Integrationsgebilde oder auf andere Weise Einheiten bilden und als solche verstanden werden.

41 *Luhmann* 1993, S. 251: „Individuum-Sein wird zur Pflicht. Nur das Individuum selbst kann in seiner Einmaligkeit Konsistenz und Erwartungssicherheit für andere garantieren. In diesem Sinne muß es nicht nur Individuum, es muß auch Person sein. In gewissem Sinne kommt man so auf eine basale Einheit von Recht und Pflicht zurück, an die das 18. Jahrhundert geglaubt hatte. Als Person wird das Individuum soziale Adresse, wird Garant seiner eigenen Identität im sozialen Verkehr.“

42 *Teubner* 1987, S. 70: „Der Schlüssel zum Verständnis steckt in der zyklischen Verknüpfung von Handlung und kollektiver Identität über Zurechnungsmechanismen.“ Kommunikationsakte werden danach nicht in erster Linie als Äußerungen eines Individuums, sondern als „Handlungen des Systems zugerechnet.“

43 Durch die rechtstechnische Auffassung der juristischen Person wird also gerade nicht im nachhinein den nationalsozialistischen Kritikern des Instituts (s. o.) durch eine kollektivistische Uminterpretation recht gegeben; die Rechtsperson als Zurechnungssubjekt von Rechtssätzen ist formal genug, um auch durch starke Annahmen von Persönlichkeitskonzeptionen konkretisiert zu werden oder eben als juristische Person für mehr technische Aspekte ausgestaltet zu werden.

44 *Schmidt-Aßmann* 1997, S. 34.

45 *Schmidt-Aßmann* 1997, S. 34.

46 *Forsthoff* 1973, S. 485.

47 *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 34 Rn. 7; *Bachof* 1958, S. 266; *Krebs* 1988, Rn. 35; vgl. auch *Winterfeld* 1986, S. 129 ff.; *Silcher* 1993, S. 89 f.; *Lynker* 1960, S. 41.

für Körperschaften keine Notwendigkeit.<sup>48</sup> Da die Ausgestaltung der juristischen Person des öffentlichen Rechts aber immer von der gesetzgeberischen Entscheidung abhängt, ist es auch möglich, diese grundsätzlich bestehende öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Rechtsfähigkeit partiell zu beschränken oder die zivilrechtliche ganz auszuschließen.<sup>49</sup>

Fraglich ist aber, ob die öffentlich-rechtliche Rechtsfähigkeit generell nur eine Teilrechtsfähigkeit aufgrund von Einzelzuweisungen bestimmter Rechtspositionen/Kompetenzen bedeutet, wie es *Otto Bachof* annimmt. Die gesetzliche Zuweisung der Rechtspersönlichkeit an eine öffentlich-rechtliche Organisation würde dann nur deren zivilrechtliche Vollrechtsfähigkeit bedeuten.<sup>50</sup> Wenn man als juristische Person nur vollrechtsfähige Rechtssubjekte ansieht, hätte dies zur Folge, daß es keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts gibt, vielmehr alle so genannten in Wahrheit juristische Personen des Privatrechts mit öffentlich-rechtlicher Teilrechtsfähigkeit wären.<sup>51</sup> Wenn Bachof als Voraussetzung für den öffentlich-rechtlichen Charakter dieser juristischen Personen auf den Schwerpunkt ihres Aufgabebereichs im öffentlichen Recht abstellt,<sup>52</sup> fügt er dem Begriff der Rechtsperson ein Merkmal ein, das dieser in seiner eigenen Definition nicht enthält: Rechtsperson war danach jedes vollrechtsfähige Rechtssubjekt (s. o.). Schließlich nimmt er selbst an, daß kein notwendiger Zusammenhang zwischen der Aufgabe und der Rechtsnatur der juristischen Person besteht.<sup>53</sup> Dann kann auch das Schwergewicht der Aufgaben nicht das maßgebliche Kriterium nur für den öffentlich-rechtlichen Charakter der juristischen Person sein.

Ausschlaggebend für die Frage der grundsätzlichen Voll- oder Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts kann aber nur der Ausgangspunkt, der Begriff der Rechtsfähigkeit sein. Sofern einem Subjekt Rechtssätze zugerechnet werden, ist es rechtsfähig. Zurechenbar sind jedoch nicht nur Befugnisse, sondern auch Verpflichtungen.<sup>54</sup> Zu den Verpflichtungen gehören aber auch die Grundrechte als negative Kompetenznormen, nicht nur die aufgrund der Aufgabenstellung zugewiesenen Kompetenzen. Da die Bindung der öffentlichen Gewalt an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) und die Grundrechte, sofern sie sich öffentlich-rechtlicher Handlungsformen bedient, umfassend ist (Art. 1 III GG),<sup>55</sup> können Träger hoheitlicher Gewalt insoweit auch Zurechnungssubjekt von Rechtssätzen

---

48 *Huber* 1953, S. 184: Der Grund liegt darin, daß auch bei fehlender privatrechtlicher Rechtsfähigkeit der Anstalt, ihren Gläubigern ein neben der Anstalt bestehender Träger derselben als Haftungssubjekt zur Verfügung steht; dieses fehlt bei der verbandsmäßig organisierten Körperschaft.

49 *Bachof* 1958, S. 268.

50 So *Bachof* 1958, S. 268; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 83 Rn. 16.

51 Mit der Konsequenz, daß ein privatrechtlich vollrechtsfähiger Verband, also ein rechtsfähiger Verein, dessen Tätigkeitsschwerpunkt der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts wäre! *Bachof* 1958, S. 276.

52 *Bachof* 1958, S. 269.

53 *Bachof* 1958, S. 235.

54 *Kelsen* 1962, S. 94, 130 f. u. 162 f.; *Wolff* 1933, S. 148 f.

55 Und zwar der vollziehenden Gewalt im Bund und den Ländern (v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 1, Rn. 138 f.; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 1 III, Rn. 23) und der Selbstverwaltungsträger, GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 1 III, Rn. 43).

und damit rechtsfähig sein.<sup>56</sup> Allerdings sagt weder Art. 20 III GG noch Art. 1 III GG etwas darüber aus, wer letztlich Zurechnungssubjekt der Verpflichtung ist. Wenn aber Art. 20 III GG „die“ vollziehende Gewalt ganz allgemein an Recht und Gesetz bindet und auch Art. 1 III GG keine Einschränkungen enthält, dann können keine Ausnahmen bestehen, dann ist jeder Träger öffentlicher Gewalt, mithin jede Verwaltungsorganisation zur Beachtung von Recht und Gesetz und insbesondere der Grundrechte verpflichtet. Daß der Körperschaft Kompetenzen häufig nur partiell zugewiesen werden, beschränkt zunächst ihr *Dürfen*, kann sie aber aus ihrer Verantwortung für die Wahrung der Grundrechte bei einem darüber hinausgehenden Handeln nicht entlassen. Andernfalls könnte der Gesetzgeber die Verwaltung von der Bindung des Art. 1 III GG befreien. Insofern ist auch die teilrechtsfähige Verwaltungsorganisation Verpflichtete der Grundrechte.<sup>57</sup> Insofern ihr Verhalten aber der hinter ihr stehenden juristischen Person des öffentlichen Rechts zugerechnet wird, dürfte dies auch für die Zurechnung der Folgen von Verstößen gelten, so daß bei Teilrechtsfähigkeit aufgrund explizit zugewiesener Befugnisse und Pflichten auch aus der umfassenden Bindung der öffentlichen Gewalt an die Grundrechte keine Notwendigkeit zur Annahme der Vollrechtsfähigkeit besteht.

### 3. Zusammenfassung

Danach gibt es Verwaltungsorganisationen, die öffentlich-rechtlich wie privatrechtlich vollrechtsfähig sind, und solche, die öffentlich-rechtlich vollrechtsfähig und privatrechtlich teilrechtsfähig und schließlich solche, die nur teilrechtsfähig sind. Organe dieser Verwaltungsorganisationen sind grundsätzlich nichtrechtsfähig und nur Subjekte von Innenrechtssätzen, können aber einzelne Befugnisse mit Außenrechtswirkung haben und insofern teilrechtsfähig sein.<sup>58</sup>

### 4. Verfassungsrechtliche Garantie der Rechtssubjektivität

Eine verfassungsrechtliche Garantie der Rechtssubjektivität besteht nur hinsichtlich der Gemeinden. Zu den verfassungsrechtlich überkommenen Kerngehalten von Art. 28 II S. 1 GG gehört die institutionelle Rechtssubjektgarantie, die gewährleistet, daß es überhaupt Gemeinden als Teil des Verwaltungssystems geben muß.<sup>59</sup> Als Element der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung sichert sie keinen Bestand der einzelnen („individuellen“) Gemeinde.<sup>60</sup> Aus dieser Garantie ergibt sich zunächst die Rechtssubjektivität der Gemeinde als juristischer Person des öffentlichen Rechts. In geschichtlicher Tradition ist damit auch ihr Charakter

56 Gerade die rechtliche Verpflichtung ist das entscheidende Kriterium der Rechtsfähigkeit, *Rupp* 1991, S. 81 ff. Dahinter steht die Überzeugung, daß die Verwaltung (und damit auch die Selbstverwaltungsträger) ebenso wie der Staat des GG nicht eine ursprüngliche, sondern eine rechtlich konstituierte, ausgestaltete und begrenzte Macht ist, *Sobota* 1997, S. 126; *Rupp* 1991, S. VII u. 131.

57 *Stern* 1988, S. 1333.

58 So die von Bachof untersuchten Technischen Ausschüsse, nach dem alten § 24 GewO.

59 *Schmidt-Aßmann/Röhl* 2005, Rn. 10; *Ehlers* 2000a, S. 1302; v. Münch/Kunig-Löwer Art. 28, Rn. 42; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 93; *Stern* 1984, S. 409; *Clemens* 1990, S. 835.

60 v. Münch/Kunig-Löwer Art. 28, Rn. 42.

als Gebietskörperschaften garantiert und die Zuordnung eines Gemeindegebiets sowie eines gewissen, eigenverantwortlich zu erfüllenden Aufgabenbestandes.<sup>61</sup> Dafür spricht, daß der Verfassungsgeber den geschichtlichen, insbesondere unter der WRV gebildeten Begriff der kommunalen Gebietskörperschaft vorausgesetzt hat.<sup>62</sup> Eine neuere Gegenauffassung versteht die Rechtssubjektgarantie subjektiver, so daß der Gesetzgeber nicht nur ausgestaltend, sondern eingreifend tätig wird, wenn er im Rahmen von Neugliederungsmaßnahmen Gemeinden zusammenlegt.<sup>63</sup> Jedenfalls besteht gegenüber Neugliederungsmaßnahmen eine „beschränkt individuelle Rechtssubjektgarantie“, aufgrund derer die betroffene Gebietskörperschaft die Einhaltung der hierfür erforderlichen inhaltlichen und prozeduralen Voraussetzungen geltend machen kann.<sup>64</sup> Die Garantie ihrer rechtlichen Verselbständigung enthält zugleich das Recht der Selbstorganisation mit dem Recht der Ausgestaltung einer organisatorischen Binnenstruktur.<sup>65</sup> Schließlich gehört zur Rechtssubjektgarantie auch die Namensfähigkeit der Gemeinden.<sup>66</sup>

Der Körperschaftsstatus der Gemeinden besitzt somit Verfassungsrang. Entsprechend wird er auch in allen Landesverfassungen und Gemeindeordnungen der Bundesländer sogleich am Anfang genannt.<sup>67</sup> Darüber, was dies im einzelnen bedeutet, schweigt sich die Verfassung jedoch aus. Eine vergleichbare Garantie für andere Körperschaften besteht nicht.

## 5. Einfachgesetzliche Rechtsfähigkeit

Die übrigen verwaltungsrechtlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts besitzen entweder ausdrücklich verliehene<sup>68</sup> oder im Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts vorausgesetzte Rechte.<sup>69</sup>

Nimmt man die Vertretungskörperschaften, die Organe von juristischen Personen sind, aus, so besitzen nur wenige Körperschaften des öffentlichen Rechts *Teilrechtsfähigkeit*. Hierzu gehören die Fakultäten bzw. Fachbereiche an Hochschulen.<sup>70</sup>

61 Berliner Kommentar-*Vogelsang* Art. 28, Rn. 95; *Pappermann* 1981, § 17 S. 299; *Maunz* Art. 28 Rn. 54.

62 Berliner Kommentar-*Vogelsang* Art. 28, Rn. 95; GG-Kommentar Dreier-*Dreier* Art. 28, Rn. 93; v. Münch/Kunig-*Löwer* Art. 28, Rn. 42.

63 *Ehlers* 2000a, S. 1305.

64 *Schmidt-Aßmann/Röhl* 2005, Rn. 11; v. Münch/Kunig-*Löwer* Art. 28, Rn. 43; GG-Kommentar Dreier-*Dreier* Art. 28, Rn. 96; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 94 Rn. 54.

65 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Tettinger* Art. 28, Rn. 156; *Schmidt-Aßmann/Röhl* 2005, Rn. 10.

66 v. Münch/Kunig-*Löwer* Art. 28, Rn. 43; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Tettinger* Art. 28, Rn. 158; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 94 Rn. 55.

67 Etwa § 1 IV GO-BW, § 1 II Hess-GO.

68 Vgl. nur § 53 S. 2 HwO.

69 So etwa in § 58 I S. 1 HRG für die Hochschulen, vgl. HRG-Hailbronner-*Hailbronner* § 58, Rn. 7.

70 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 84, Rn. 18; die früher hier genannten technischen Ausschüsse nach § 24 GewO sind inzwischen weggefallen. Der gem. § 8 des Gesetzes über technische Arbeitsmittel als Ausschuss beim Bundesarbeitsministerium vorgesehene „Ausschuß für technische Arbeitsmittel“ stellt keine Körperschaft dar. Dagegen spricht die Rekrutierung seiner Mitglieder durch Berufung des Bundesarbeitsministerium im Einvernehmen mit dem Bundesgesundheitsministerium, § 8 II TechArbMG. Das gleiche gilt für den beim Bundesumweltministerium zu bildenden Ausschuss für Anlagensicherheit gem. § 31a BImSchG. Die kollegiale Struktur dieser Gremien darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß ihnen zum Charakter der Körperschaft das Tragen durch die Mitglieder fehlt. Das Kollegialprinzip betrifft hingegen die Ausdifferenzierung des Entscheidungsprozesses, *Groß* 1999, S. 46 f.; zu den Landes- und Bundesausschüssen der Krankenkassen und kassenärztlichen Vereinigungen nach §§ 90 f. SGB V vgl. unten C.

Neuerdings wird der Umweltgutachterausschuß<sup>71</sup> als Körperschaft des öffentlichen Rechts angesehen. Der Ausschuß wird zwar beim Bundesumweltministerium gebildet, genießt aber Weisungsfreiheit und besitzt ausweislich der Materialien nur Teilrechtsfähigkeit.<sup>72</sup> Danach soll er rechtsfähig sein, soweit seine Kompetenzen reichen.<sup>73</sup> Grund für die Versagung der Vollrechtsfähigkeit war es, daß man keine kostenträchtigen neuen selbständigen Verwaltungsstrukturen schaffen wollte. Insofern mag die Teilrechtsfähigkeit begründet sein; daß es sich aber um eine Körperschaft handeln soll, erscheint angesichts des Rekrutierungsmodus der Mitglieder durch Berufung des Bundesumweltministers von Vertretern aus Verbänden, Unternehmen und Behörden mehr als zweifelhaft. Man wollte den Ausschuß nur nicht als Behörde errichten, weil das Gesetz freiwillige Zusammenarbeit der Beteiligten fordert, seine Aufgaben zwecks einheitlicher Erledigung im Bundesgebiet aber nicht den Handels- oder Handwerkskammern überlassen.<sup>74</sup> Dieser Freiwilligkeit und Eigenverantwortlichkeit korrespondiert die Weisungsfreiheit (§ 22 I UAG), nicht aber die innere Struktur des Ausschusses. Daß dieses Motiv aber schon Grund genug für die Annahme des Körperschaftscharakters des Ausschusses sein soll, vermag angesichts der wenig körperschaftlichen Binnenstruktur nicht zu überzeugen. Der Umweltgutachterausschuß ist somit allenfalls eine nominellen Körperschaft.

*Nichtrechtsfähige Körperschaften* des öffentlichen Rechts können zwar gemäß der oben getroffenen Unterscheidung (Erster Teil, A I) öffentliche Körperschaften sein. Sie unterscheiden sich jedoch durch die fehlende Rechtsfähigkeit signifikant von den verwaltungsrechtlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Solche nichtrechtsfähigen öffentlichen Körperschaften sind zunächst die kollegial strukturierten Repräsentativkörperschaften. Sie sind Verwaltungsorgane von Körperschaften des öffentlichen Rechts. Kennzeichnend ist, daß sie nicht Träger von Selbstverwaltung sind, sondern für den Selbstverwaltungsträger die „politische Selbstverwaltung“ ausüben, also kollegiale Entscheidungen treffen. – Schwierig ist die Rechtsstellung der Hochschulen der Bundeswehr zu beurteilen. Aber auch hier reicht eine Binnenorganisation nach dem Kollegialprinzip nicht aus, um den Körperschaftsstatus zu begründen.<sup>75</sup> Sofern die Mitglieder der Körperschaft zwar durch die oberste Landesbehörde berufen werden, die Selbstverwaltungsorgane jedoch von ihnen gewählt werden, ist der Körperschaftsstatus auch bei fehlender Rechtsfähigkeit gegeben.<sup>76</sup> Keine Körperschaften sind hingegen die Schulen. Sie sind etwa nach baden-württembergischem Landesrecht (§ 23 I S. 1 SchulG) nichtrechtsfähige öffentliche Anstalten. Sie stellen auch sicherlich einen über die Aufgabe als Einheit

71 Vgl. hierzu *Mayen* 1997, S. 215; *Lütges* 1996, S. 234.

72 Zur Rechtsnatur des Umweltgutachterausschusses als teilrechtsfähiger Körperschaft des öffentlichen Rechts vgl. BT-Dr 13/1192, S. 22, 31 lapidar: „Er stellt rechtlich eine teilrechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts dar.“

73 *Lütges* 1996, S. 234.

74 BT-Dr 13/1192, S. 22.

75 *Anders Bryde* 1988, S. 195;

76 Das gilt etwa für die „Kommission für geschichtliche Landeskunde in Baden-Württemberg“. Sie wurde 1954 zur Erforschung von Geschichte, Raum und Volkstum Südwestdeutschlands vom baden-württembergischen Wissenschaftsminister errichtet. Problematisch ist aber ihre Binnenstruktur: Die ordentlichen Mitglieder der Kommission werden auf Vorschlag der Mitgliederversammlung vom Wissenschaftsminister berufen. Sie wählen aber den Vorstand.

konstituierten Entscheidungszusammenhang dar und sind somit eine Organisation. Die kollegiale Binnenstruktur, die zudem noch mit monokratisch-direktoralen Momenten durchsetzt ist,<sup>77</sup> macht sie noch nicht zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts,<sup>78</sup> auch wenn eine solche Verselbständigung vielleicht wünschenswert erscheinen mag.

## II. Beginn der Rechtsfähigkeit

Konstitutiv für die Rechtsfähigkeit der Körperschaft des öffentlichen Rechts ist ihre Errichtung und die darin zuerkannte Rechtsfähigkeit (s. u.).

### 1. Die „Vor-Körperschaft“ und die fehlerhafte Körperschaft

Vor dem im Errichtungsgesetz vorgesehenen Zeitpunkt besteht grundsätzlich keine Rechtsfähigkeit der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Es ist aber die Frage, wie Handlungen der im Gründungsstadium befindlichen Körperschaft bei der Errichtung rechtlich zu bewerten sind. Hier ist einerseits zwischen privatrechtlichen und hoheitlichen Handlungen und andererseits zwischen nicht zustande gekommenen und rechtlich fehlerhaft errichteten Körperschaften zu unterscheiden.<sup>79</sup>

Aufgrund eines starken öffentlichen Bedürfnisses hat allerdings der BGH in Übereinstimmung mit seiner Praxis im Kapitalgesellschaftsrecht bereits im Gründungsstadium die Geschäftsfähigkeit späterer juristischer Personen des öffentlichen Rechts anerkannt und diese dann für die Verbindlichkeiten des „Vor-Verwaltungsträgers“ privatrechtlich haftbar gemacht.<sup>80</sup> Kommt es nicht zur Errichtung der juristischen Person, haften deren Gründer. Das Problem trat insbesondere bei fehlerhaften Zweckverbänden auf.<sup>81</sup> Hierzu *Kollhosser*: Es „... besteht ..., sofern nicht durch Gesetz oder Vereinbarung mit einem Vertragspartner etwas anderes bestimmt ist, im deutschen Recht ein rechtsformunabhängiger, allgemeiner Grundsatz, daß die Mitglieder einer nicht rechtsfähigen Vereinigung für die Schulden der Vereinigung unbeschränkt gesamtschuldnerisch haften. Da das öffentliche Recht für Vor-Zweckverbände keine abweichenden speziellen Regeln aufweist, gilt dieser allgemeine Grundsatz auch für die Mitglieder von öffentlichrechtlichen Vor-Zweckverbänden“.<sup>82</sup> Hoheitliche Maßnahmen kann ein solcher privatrechtlicher Verband nicht in verbindlicher Form erlassen, da ihm hierzu die Kompetenz fehlt.

Es ist jedoch fraglich, ob dies auch für freiwillig von natürlichen Personen zu errichtende Verbände gelten kann. Das VG Arnsberg hat zu Recht entschieden, daß

77 *Groß* 1999, S. 71 f.

78 Anders aber *Bryde* 1988, S. 195.

79 *Stelkens* 2003, S. 493 f.

80 *BGHZ* 146, S. 190 ff. (196 f.) zu kommunalen Zweckverbänden, *Kollhosser* 1997, S. 3270 f.; *Stelkens* 2003, S. 492.

81 Anfang der 90er Jahre ging es um eine große Anzahl von fehlerhaft kommunalen Zweckverbänden in den neuen Bundesländern (vgl. auch zu den tatsächlichen Problemen, *Aschke* 2003, S. 918 f.). Hier hafteten dann beim Scheitern die Gemeinden, *Kollhosser* 1997, S. 3265 u. 3270 f.

82 *Kollhosser* 1997, S. 3271.

es sich „bei dem Zusammenschluß von natürlichen Personen, der aus eigenem Recht einen Anspruch auf Genehmigung der Errichtung eines Wasser- und Bodenverbandes im Sinne des § 1 WVG (Verband) verfolgt“ um eine BGB-Gesellschaft handelt.<sup>83</sup> In der Tat besteht kein Grund, eine solche Vereinigung, die erst durch den staatlichen Mitwirkungsakt zur juristischen Person des öffentlichen Rechts wird, vor diesem Akt als öffentlich-rechtlich zu behandeln.

Wurde alles Notwendige zur Errichtung der Körperschaft getan, stellt sich aber nachträglich heraus, daß dies fehlerhaft war, weil die genehmigte Hauptsatzung gegen höherrangiges Recht verstößt, bestehen prinzipiell zwei Möglichkeiten: Entweder es wird wie bei der nicht errichteten „Vor-Körperschaft“ verfahren – ihre Akte wären dann mangels vorhandenen Rechtssubjekts Nichtakte.<sup>84</sup> Dafür könnte der „Grundsatz der Formstrenge des öffentlichen Rechts“ sprechen.<sup>85</sup> Oder es wird die privatrechtliche Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft herangezogen, mit der Folge, daß die Körperschaft insoweit als wirksam entstanden zu behandeln ist, wie dies inzwischen auch das BVerwG annimmt.<sup>86</sup> Rechtssicherheit und das Prinzip der Schadensbegrenzung beschränken hier den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) und lassen die Körperschaft zunächst wirksam entstehen.<sup>87</sup> Nach dieser Lehre reicht es aus, daß die Körperschaft auf einer tatsächlichen, wenn auch rechtsfehlerhaften Einigung der Gründer beruht und dadurch in Vollzug gesetzt wurde, daß die Körperschaft mit ihrer Verwaltungstätigkeit begonnen hat.<sup>88</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit, der auch der hier einschlägige Grundsatz der „Formstrenge des öffentlichen Rechts“ dient, ist diese Ansicht vorzugswürdig, weil so dem Bürger ein zurechnungsfähiges Rechtssubjekt für das Errichtungsstadium erhalten bleibt.<sup>89</sup> Hierfür spricht, daß in den entschiedenen Fällen eine, wenn auch fehlerhafte, Verbandssatzung und ihre Genehmigung bekanntgemacht wurden und so der Rechtsschein einer wirksamen Verbandsgründung erzeugt wurde.<sup>90</sup> Lediglich wenn bei der Gründung Vorschriften verletzt oder nicht beachtet worden sind, die überragende Interessen der Allgemeinheit oder eines Einzelnen schützen sollen, oder bei Rechtsmißbrauch,<sup>91</sup> kann etwas anderes gelten.<sup>92</sup> In bezug auf die Zeit der Errichtung besitzt dann die fehlerhafte Körperschaft alle Rechte und Pflichten einer fehlerfreien. Ihre Maßnahmen unterfallen den üblichen Fehlerfolgenregelungen. Hinsichtlich der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit liegt es sachlich nahe und ist auch kompetenzrechtlich geboten, auf die Grundsätze der Vor-Gesellschaft zurückzugreifen.<sup>93</sup>

83 VG Arnsberg U. v. 21.05.2002 – 8 K 1698/01.

84 So das *OLG Brandenburg* LKV 1997, S. 426 ff. (427).

85 *Kollhosser* 1997, S. 3266.

86 NVwZ 2003, S. 995 ff. (996); zum Ganzen *Stelkens* 2003, S. 493 f.; der Versuch, die Fehlerhaftigkeit über rückwirkende „Zweckverbandsheilungsgesetze“ zu beheben, ist gescheitert, *Kollhosser* 1997, S. 3266.

87 *Aschke* 2003, S. 922 f. – ohne damit seinem allgemeinen „Gedanken der Fehlertoleranz des Verwaltungsrechts“ zustimmen zu müssen.

88 *Kollhosser* 1997, S. 3267.

89 *Stelkens* 2003, S. 494.

90 *Aschke* 2003, S. 920, mit Berufung auf die amtliche Begründung zur alten Fassung des § 19 I 4 Thür-KGG, LT-Dr 1/788, S. 28.

91 *OVG Weimar* ThürVGRspr 2001, S. 77 ff. (83).

92 *Kollhosser* 1997, S. 3268.

93 *Kollhosser* 1997, S. 3266; *Stelkens* 2003, S. 494.



## 2. Erlangung der Rechtsfähigkeit durch die Genehmigung der Satzung

Handwerksinnungen und Kreishandwerkerschaften erlangen die Rechtsfähigkeit mit der Genehmigung und Verkündung ihrer Satzungen, sofern der Gründungswille der beteiligten Handwerker in diesem Zeitpunkt noch besteht.<sup>94</sup>

Zweckverbände als Körperschaften des öffentlichen Rechts<sup>95</sup> können bei einem dringenden öffentlichen Bedürfnis auf Veranlassung der Rechtsaufsichtsbehörde gegründet werden (Pflichtverband) oder als Freiverband durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag und einer Verbandssatzung, die von der Rechtsaufsichtsbehörde zu genehmigen ist, damit er Rechtsfähigkeit erlangt.<sup>96</sup> Die Genehmigung per Verwaltungsakt prüft deren Rechtmäßigkeit und bei Weisungsaufgaben auch die Zweckmäßigkeit der Übertragung der Aufgaben. Mit der öffentlichen Bekanntmachung erlangt der Verband die Rechtsfähigkeit.<sup>97</sup>

## III. Umfang der Rechtsfähigkeit

Mit ihrer Errichtung erlangen die Körperschaften des öffentlichen Rechts Rechtsfähigkeit, die, wie oben ausgeführt grundsätzlich aus öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Rechtsfähigkeit besteht.<sup>98</sup> Hier soll nun dem Umfang der Rechtsfähigkeit nachgegangen werden.

### 1. Grundrechtsfähigkeit

Organisationen im Allgemeinen und durch ihre hoheitlichen Mittel, insbesondere auch einer eventuellen Zwangsrekrutierung, öffentliche Organisationen im Besonderen sind grundrechtsambivalent.<sup>99</sup> Sie können eine Verstärkung der Realisierungsmöglichkeiten von Grundrechten erbringen, indem sie den Mitgliedern gesicherte und erwartbare Entfaltungsräume zur Verfügung stellen oder deren Einflußchancen erweitern. Wie schon oben in der Auseinandersetzung mit *Herbert Simon* gezeigt, übersteigen Organisationen die Rationalität ihrer Mitglieder, und von diesem Plus profitieren diese. Zugleich bedeutet die Zugehörigkeit zu Organisationen eben um der Steigerung der Handlungsorientierung (Verhaltenserwartung) willen eine Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten und damit eine Beeinträchtigung grundrechtsgeschützter Freiheiten.<sup>100</sup> Vor diesem Hintergrund, ist die Frage zu beurteilen, inwiefern sich als rechtlich zurechenbar angesehene Organisationen, zumal öffentliche, auf Grundrechte berufen können sollen. Ob Grundrechte

94 §§ 89 I Nr. 1 i.V.m. 53 S. 2 HwO; *Honig* 2004, § 53 Rn. 5.

95 *Schmidt-Aßmann/Röhl* 2005, Rn. 152; *Oebbecke* 1982, S. 4.

96 *Saugier* 2001, S. 36 ff.; *Bovenschulte* 2000, S. 419 f.; *Kollhosser* 1997, S. 3265; *Dittmann* 2000, Rn. 44 ff.; *Gern* 2003, Rn. 936 f.

97 VGH BW NVwZ RR 1990, S. 215; *Saugier* 2001, S. 41 f.

98 *Lynker* 1960, S. 41.

99 *Schmidt-Aßmann* 1993, S. 702.

100 Ausführlich zum Problem der Freiheitsambivalenz von Organisationen: *Trute* 1994, S. 330 f.

auf juristische Personen des öffentlichen Rechts anwendbar sind, bemißt sich sowohl nach dem Charakter des betreffenden Grundrechts<sup>101</sup> als auch der in Frage stehenden juristischen Person.<sup>102</sup>

### a. Die juristische Person i.S.v. Art. 19 III GG

Der Begriff der juristischen Person in Art. 19 III GG deckt sich nicht mit dem einfachgesetzlichen Begriff:<sup>103</sup> Einfachgesetzliche Rechtsfähigkeit ist nicht Voraussetzung für die Grundrechtsfähigkeit. Unklar ist in der Formulierung des Art. 19 III GG („soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“) jedoch, ob es für die Beurteilung der Grundrechtsfähigkeit der juristischen Personen auf die einzelnen Grundrechte oder auf das „Wesen der Grundrechte in der Rechtsordnung schlechthin“ ankommen soll.<sup>104</sup> Für ein prinzipielles Verständnis spricht, daß die ursprünglich kasuistische Textfassung, die einzelne Grundrechte aufzählte, während der Beratungen durch die heutige, weite Fassung ersetzt wurde. Der Verfassungsgeber wollte so verhindern, daß nur einzelne Grundrechte anwendbar seien und flexible Lösungen ermöglichen.<sup>105</sup> Zu prüfen ist daher, welches die Sachverhalte sind, die eine wesensmäßige Anwendbarkeit auslösen können und welche Grundrechte dann in Betracht zu ziehen sind.

Hier stehen sich bekanntermaßen die Durchgriffstheorie des BVerfG und die Theorie der „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ gegenüber.<sup>106</sup> Während nach der Durchgriffstheorie die juristischen Personen als Grundrechtsberechtigte ausgeschlossen sind, sofern sich ihre Bildung und Betätigung nicht als Ausdruck der freien Entfaltung der Person darstellt, berücksichtigt die Theorie der grundrechtstypischen Gefährdungslage die organisatorische Verselbständigung der juristischen Person. In der Perspektive der Bürger als Grundrechtsträger erscheint die Organisation als „Medium der Grundrechtsverwirklichung“;<sup>107</sup> damit ist aber noch nicht ausgemacht, daß das Grundgesetz ausschließlich diese Perspektive einnimmt. Das BVerfG hat, ohne dies freilich näher zu erläutern, den „mißverständlichen“<sup>108</sup> Begriff des „Durchgriffs“ durch den des „Durchblicks auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen“ ersetzt.<sup>109</sup> Dies geschah offenbar, um deutlich zu machen, daß der Rückbezug auf die in der juristischen Person organisierten natürlichen Personen gleichwohl die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person selbst

101 Umstritten: Das BVerfG (E 75, S. 192 ff. [195 f.] – Sparkassen) nimmt an, daß es auf das Wesen der Grundrechte in ihrer gemeinsamen Funktion ankomme.

102 Roellecke 2002, Rn. 89 u. 97.

103 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 26.

104 BVerfGE 21, S. 362 ff. (369 f.) – Landesversicherungsanstalt. vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck-Huber Art. 19, Rn. 224; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 18.

105 Hierzu auch GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 10.

106 Vgl. nur v. Mangoldt/Klein/Starck-Huber Art. 19, Rn. 226 f.; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 19 f.

107 Isensee 1988, Rn. 2.

108 v. Münch/Kunig-Krebs Art. 19, Rn. 38.

109 BVerfGE 61, S. 82 ff (101) – Sasbach, eine Metapher, die sich in der amtlichen Sammlung sonst nicht mehr findet.

begründen soll.<sup>110</sup> Ob nun Durchblick oder -griff: Die Theorie wird dem Wesen der juristischen Person nicht gerecht. Juristische Person meint immer eine Verselbständigung der Organisation gegenüber ihren Mitgliedern. Wenn also überhaupt von der Grundrechtsfähigkeit dieser Person die Rede sein kann, verbietet sich jede Vorstellung die nicht auf den Verband selbst, sondern die in ihm zusammengeschlossenen Personen abstellt, kurz: Wenn Bedingung der Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person der Durchgriff auf die in ihr zusammengeschlossenen natürlichen Personen sein soll bzw. „ihre“ Betätigung nur als Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen ist, wie das BVerfG meint,<sup>111</sup> dann gibt es keine Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person selbst, sondern nur der zu ihr Gehörigen.<sup>112</sup> Art. 19 III GG statuiert jedoch mehr als die ohnehin einzelgrundrechtlich verbürgte kollektive Grundrechtsausübung,<sup>113</sup> indem er den Verband selbst mit in den Schutz einbezieht. Mithin kommt es auf die „grundrechtstypische Gefährdungslage“ der Organisation an.<sup>114</sup> „Art 19 III GG begründet ... Grundrechtsfähigkeit, wenn sich ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Abwehr von Übergriffen in die ihm außenrechtswirksam eingeräumten Kompetenzen in einer Situation befindet, die vom Schutzzweck der in Betracht kommenden Grundrechtsnorm umfaßt ist“.<sup>115</sup>

Nimmt man weiter die oben referierte organisationstheoretische Erkenntnis *Simons* hinzu, daß sich Individuen zur Steigerung ihrer Entscheidungsrationalität zu Organisationen zusammenschließen, Organisationen mithin eine über die einzelnen Zugehörigen hinausgehende Rationalität besitzen, so wird deutlich, daß die Verselbständigung der Organisation im Interesse der Individuen begründet sein kann. Gerade wenn man auf das Interesse der natürlichen Personen an der Organisation abstellt, muß man der Verselbständigung Rechnung tragen, soll nicht der Schutz an den Intentionen der Organisationsmitglieder vorbei gewährt werden. Die verselbständigte Organisation ermöglicht die Ausbildung von Handlungen, deren Rationalität sich nicht in jedem Detail auf die der Organisationszugehörigen zurückrechnen läßt, ja ihnen entgegenstehen mag. Die Rechtsordnung anerkennt dies, indem sie die Organisation zur Zurechnungseinheit eigener Rechtssätze zum Rechtssubjekt macht.<sup>116</sup> „Juristische Personen erscheinen vor diesem Hintergrund selbst als ... Elemente der freiheitlichen Ordnung“.<sup>117</sup> Sie kann in dieser verselbstän-

110 Skeptisch gegenüber der klarstellenden Wirkung dieser Metapher auch GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 20, Fn. 53.

111 Stdg. Rspr. E 21, S. 362 ff (369) – Landesversicherungsanstalt; E 61, S. 82 ff. (101) – Wylh; E 68, S. 193 ff. (206) – Innungen; E 75, S. 192 ff. (196) – Sparkassen.

112 Hebt man allerdings die grundrechtsverstärkende Funktion der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung hervor, eröffnet sich hier jedenfalls prinzipiell ein Ansatzpunkt insofern und in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung eine Grundrechtsfähigkeit zu prüfen.

113 Roellecke 2002, Rn. 108.

114 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 21 m.w.N.; Kluth 1997, S. 438 f.

115 Erichsen/Scherzberg 1990, S. 11.

116 Die Grundrechtsfähigkeit ist allerdings nicht an diese einfachgesetzliche Zurechnung von Rechtssätzen gebunden und kann Organisationen auch dann Grundrechtsfähigkeit zumessen, wenn sie ansonsten nicht rechtsfähig sind, v. Mangoldt/Klein/Starck-Huber Art. 19, Rn. 257 f., der dies mit einem Erst-recht-Schluß von den juristischen Personen konstruiert.

117 So treffend v. Mangoldt/Klein/Starck-Huber Art. 19, Rn. 237; dabei sollen die oben geschilderten Oligarchieprobleme keineswegs unterschätzt werden. Doch können diese gesondert gesellschaftsrechtlich oder über die Geltung der Grundrechte auch in Verwaltungsorganisationen abgearbeitet werden.

digten Rationalität und den hierauf gegründeten Entscheidungen betroffen sein, auch wenn die Grundrechte der Mitglieder nicht tangiert sind. Auch eine individualistische Perspektive kommt also zur Anerkennung einer eigenen Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person ohne den jeweiligen Durchgriff auf natürliche Personen oder andere Mitglieder.<sup>118</sup> So vertritt etwa die Bundesrechtsanwaltskammer die Gesamtinteressen der Anwaltschaft, nicht der einzelnen Anwälte.<sup>119</sup> Auf dieser Basis liegt es dann nahe, die Betätigungen der betreffenden Organisation eher über Art. 19 III GG selbst als über eine „Verlängerung“ der Grundrechte in die kollektive Dimension zu erfassen.<sup>120</sup>

Daß die einfache Rechtsordnung die Verselbständigung der Organisation durch die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit anerkennen kann, bedeutet nicht, daß sich Art. 19 III GG nur auf diese bezieht. Auf der anderen Seite zeigen die durchaus auch rechtstechnischen Überlegungen im Parlamentarischen Rat (s. o.),<sup>121</sup> daß man diese Dimension nicht völlig beiseite stellen wollte. Zwar bedarf es mithin nicht der Vollrechtsfähigkeit, um „juristische Person“ im Sinne von Art. 19 III GG zu sein; die Nichtrechtsfähigkeit schließt aber ebenfalls die Grundrechtsfähigkeit aus,<sup>122</sup> weil es hier an einem „Mindestmaß an organisatorischer Verfestigung fehlt“.<sup>123</sup>

#### *b. Die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts*

Das BVerfG geht zwar grundsätzlich von der mangelnden Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts aus,<sup>124</sup> obwohl der Wortlaut des Art. 19 III GG hierfür keinen Anhaltspunkt bietet und die Entstehungsgeschichte eher dagegen spricht.<sup>125</sup> Zieht man jedoch die Argumente des Gerichts heran, wird deutlich, daß auch auf dieser Basis Ausnahmen möglich sind. Diese Ausnahmen sind, und zwar auch im Interesse der natürlichen Personen, geboten. Diese Verselbständigung liegt wegen ihrer organisatorischen Effekte wenigstens in einigen Formen im Interesse der besseren Realisierung der Grundrechte. Das Gericht verwendet im einzelnen zur Beurteilung der Grundrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts sieben Argumente. Das Konfusionsargument und das Anpassungsargument sollen gegen ihre Grundrechtsfähigkeit sprechen; das Zuordnungs-, Errichtungs-, Aufgaben- und Hoheitsargument Ausnahmen rechtfertigen.

Nach dem *Konfusionsargument* ist die Grundrechtsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich ausgeschlossen. Der Staat kann

118 Deshalb ist der Versuch abzulehnen, auch die Grundrechtsberechtigung der (wirtschaftsständischen) Kammern aus der Wirtschaftsfreiheit ihrer Mitglieder unmittelbar zu rekonstruieren, so aber Fröhler/Oberndorfer 1974, S. 53 ff., 60.

119 Zimmermann 1993, S. 181 f. Entsprechendes gilt nach § 1 I IHKG für die Industrie- und Handelskammern, vgl. Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering 1999, § 1 Rn. 6; Mußgnug 1989, S. 667.

120 v. Mangoldt/Klein/Starck-Huber Art. 19, Rn. 247 f.

121 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 10.

122 Krebs 2000, Rn. 31.

123 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 27.

124 Vgl. die ausführliche Darstellung bei Zimmermann 1993, S. 2 ff.

125 Wie oben erwähnt, war zunächst an eine Formulierung gedacht worden, daß sich „Körperschaften und Anstalten“ auf einzelne Grundrechte berufen können sollten, dies aber später zugunsten der jetzigen allgemeineren Formulierung aufgegeben worden, vgl. auch GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 38; Zimmermann 1993, S. 80 f.

nicht Berechtigter und Verpflichteter der Grundrechte zugleich und in gleicher Beziehung (!)<sup>126</sup> sein, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu geraten.<sup>127</sup> Grundrechte sind negative Kompetenznormen und können daher nicht zugleich und in gleicher Weise den Staat beschränken und berechtigen.<sup>128</sup> Betont man damit den logischen Hintergrund des Arguments, dann kann differenziert werden nach unterschiedlichen Rechtsbeziehungen, aufgrund derer ein Rechtsträger unterschiedlich gebunden bzw. berechtigt sein kann.<sup>129</sup> Immerhin zeigen auch vom BVerfG anerkannte Fälle der Grundrechtsberechtigung (Universitäten, Rundfunkanstalten), daß die Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung bei derselben juristischen Person in unterschiedlichen Beziehungen möglich ist.<sup>130</sup> Das hier so genannte *Perspektivenargument* stellt darauf ab, daß es für den Bürger häufig keinen Unterschied mache, ob der Staat oder eine verselbständigte Verwaltungseinheit hoheitlich handelt.<sup>131</sup> Dieses Argument kann jedenfalls dann und insoweit nicht entscheidend sein, als die Körperschaften Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen, ohne dabei hoheitliche Funktion auszuüben. Nicht überzeugend ist das *Anpassungsargument* des BVerfG, wonach jede Veränderung der Organisationsstruktur einer juristischen Person des öffentlichen Rechts bei Anerkennung der Grundrechte über mögliche Verfassungsbeschwerden zu einer Verhinderung dieser Anpassungen führen könnte.<sup>132</sup> Solche pragmatischen Argumente können über die rechtsstaatlich vorrangige Frage der Grundrechtsfähigkeit nicht entscheiden.<sup>133</sup>

Ausnahmen begründet das BVerfG aufgrund von vier weiteren Argumenten, wobei unklar ist, ob sie kumulativ vorliegen müssen oder Alternativität genügt. Nach dem ersten anerkennt es ist die Grundrechtsfähigkeit solcher juristischer Personen

126 Es ist also kurzschlüssig, aus dem Umstand, daß eine Organisation grundrechtsberechtigt und grundrechtsverpflichtet ist, auf einen Widerspruch zu folgern, denn „Ein *Widerspruch* ist . dann vorhanden, wenn die Bejahung und Verneinung sich entgegenstehen. Unter Entgegenstehen verstehe ich aber, daß beide Aussagen in derselben Bestimmung desselben Gegenstandes sich entgegenstehen und daß die Worte dabei nicht zweideutig gebraucht werden“ *Aristoteles*: Organon II, Lehre vom Satz, 6. Kap. S. 99. Nur wenn also eine Verwaltungsorganisation in bezug auf denselben Sachverhalt grundrechtsberechtigt und verpflichtet wäre, läge ein Widerspruch vor.

127 *BVerfGE* 15, S. 256 ff. (262) – Universitäre Selbstverwaltung; E 21, S. 362 ff., LS – Sozialversicherungsträger, std. Rspr.: „Wenn die Grundrechte das Verhältnis des Einzelnen zur öffentlichen Gewalt betreffen, so ist es damit unvereinbar, den Staat selbst zum Teilhaber oder Nutznießer der Grundrechte zu machen; er kann nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter der Grundrechte sein.“

128 *Kluth* 1997, S. 413 f.

129 *Krebs* 2000, Rn. 41.

130 GG-Kommentar *Dreier-Dreier* Art. 19 III, Rn. 41.

131 *BVerfGE* 21, 362 ff. (369 f.) – Sozialversicherungsträger: „die Verfassungswirklichkeit kennt eine Fülle von Organisationsformen: von den Gebietskörperschaften mit ihren Behörden über die sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts bis zu nicht rechtsfähigen Verwaltungseinheiten verschiedener Art, Sondervermögen, beliehenen Unternehmern usw. Vom Menschen und Bürger als dem ursprünglichen Inhaber der Grundrechte her gesehen, handelt es sich jeweils nur um eine besondere Erscheinungsform der einheitlichen Staatsgewalt.“

132 „Bei Anerkennung der Grundrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Träger öffentlicher Aufgaben könnte eine sinnvolle Ordnung der staatlichen Aufgabenerfüllung und eine Anpassung der Staatsorganisation an die wechselnden Erfordernisse der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklung erheblich erschwert werden. Der Gesetzgeber und die Exekutive müßten bei jeder Änderung der bestehenden Verhältnisse, die in den Funktionsbereich oder das Vermögen einer rechtsfähigen Körperschaft oder einer anderen selbständigen Verwaltungseinheit eingriffe, damit rechnen, daß die Betroffenen sich auch mit der Verfassungsbeschwerde zur Wehr setzen.“, *BVerfGE* 21, S. 362 ff. (372 f.) – Sozialversicherungsträger.

133 *Zimmermann* 1993, S. 40.

des öffentlichen Rechts, die unmittelbar dem Lebensbereich der Bürger zugeordnet sind (*Zuordnungsargument*). „Das letztere setzt voraus, daß es sich – wie bei den Kirchen, Universitäten und Rundfunkanstalten – um eine juristische Person handelt, die den Bürgern zur Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen und als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen Bestand haben“.<sup>134</sup> Diese juristischen Personen sieht das BVerfG in der gleichen „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ gegenüber dem Staat wie den Bürger selbst. Ausreichend für die Zuordnung ist jedoch nicht jede Form organisatorischer Vonselbständigung von Verwaltungseinheiten.<sup>135</sup> Nicht genügend sein soll ein schwach ausgeprägter Selbstverwaltungsbereich, wenn dem Staat über eine detaillierte Aufgabenzuweisung und Rechtskontrolle erhebliche Einflußmöglichkeiten verbleiben.<sup>136</sup>

Nach dem zweiten Argument kommt eine Grundrechtsträgerschaft von juristischen Personen des öffentlichen Rechts dann in Betracht, wenn sie nicht vom Staat geschaffen worden sind, sondern freiwillige gesellschaftliche Gründungen sind (*Errichtungargument*).<sup>137</sup> Hier schadet die öffentlich-rechtliche Errichtung, wenn nicht das Zuordnungsargument einschlägig ist. Umgekehrt begründet zwar die privat-rechtliche Errichtung eine Vermutung zugunsten der Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person; die ist jedoch dann nicht maßgeblich zur Begründung der Grundrechtsfähigkeit, wenn und soweit zugleich die Betrauung mit einer öffentlichen Aufgabe besteht.<sup>138</sup> Im Ergebnis kommt es also nicht primär auf die private oder öffentlich-rechtliche Rechtsform an.<sup>139</sup> Es begründet aber immerhin ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der privatrechtlichen Form. Nicht genügend sein soll hier der freiwillige Zusammenschluß als Innung,<sup>140</sup> da die exklusive Zuweisung bestimmter Aufgaben zugleich eine Art Monopolstellung zur Folge hat.<sup>141</sup>

Nach dem dritten Ausnahmeregiment sind Körperschaften des öffentlichen Rechts ausnahmsweise dann grundrechtsfähig, wenn sie „in ihrem Eigenbereich weder staatliche Aufgaben wahrnehmen...“ (*Aufgabenargument*)<sup>142</sup> „noch staatliche Gewalt ausüben“ (*Hoheitsargument*).<sup>143</sup> Nichtstaatliche Aufgaben in diesem Sinn sind grundrechtsbezogene (*Zuordnungsargument*). Nicht staatliche, aber im

134 BVerfGE 45, S. 63 ff. (79) – Stadtwerke Hameln.

135 BVerfGE 39, S. 302 ff. (313 f.) – AOK.

136 BVerfGE 68, S. 193 ff. (207) – Zahntechnikerinnungen; 39, S. 302 ff. (313 f.) – AOK; zurückhaltend auch Zimmermann 1993, S. 125 f.

137 BVerfGE 21, S. 362 ff. (374) – Sozialversicherungsträger.

138 BVerfGE 68, S. 193 ff. (208 u. 212) – Zahntechnikerinnungen.

139 BVerfGE 68, S. 193 ff. (212) – Zahntechniker-Innungen; 70, S. 1 ff. – Orthopädietechniker-Innungen; 75, S. 192 ff. (197) – Sparkassen: „Maßgebend für die Frage der Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen des öffentlichen Rechts ist danach nicht die Rechtsform als solche, sondern ob und inwieweit in der Rechtsstellung als juristische Person des öffentlichen Rechts eine Sach- und Rechtslage Ausdruck findet, welche nach dem Wesen der Grundrechte deren Anwendung auf juristische Personen entgegensteht. Es kommt namentlich auf die Funktion an, in der eine juristische Person des öffentlichen Rechts von dem beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt betroffen wird.“

140 BVerfGE 68, S. 193 ff. (207) – Zahntechnikerinnungen.

141 BVerfG NVwZ 1994, S. 262 ff. (262) – Innungsgrenzen.

142 „Auch hier sind maßgebend die Art der wahrzunehmenden Aufgaben und die Funktion, welche die juristische Person jeweils ausübt. Sind diese Aufgaben und Funktionen solche der öffentlichen Verwaltung, so kann die Organisationsform keinen ausschlaggebenden Unterschied begründen“, BVerfGE 68, S. 193 ff. (212) – Zahntechniker-Innungen; 70, S. 1 ff. – Orthopädietechniker-Innungen.

143 BVerfGE 18, S. 385 ff. (386 f.) – Teilung einer Kirchengemeinde; 19, S. 1 ff. (5) – Religionsgesellschaften; 21, S. 362 ff. (374) – Sozialversicherungsträger; 68, S. 193 ff. (207) – Zahntechnikerinnungen.

weiteren Sinne öffentliche Aufgaben sollen die fehlende Grundrechtsfähigkeit nicht beseitigen können, weil sie aufgrund von Kompetenzen und nicht durch originäre Freiheitsrechte erfüllt werden.<sup>144</sup> Dem Aufgabenargument hat das BVerfG jedenfalls in der Sparkassenentscheidung eine nur untergeordnete Bedeutung bei der Begründung der Ausnahme beigemessen.<sup>145</sup> Die Vergleichbarkeit der Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Organisation mit privatwirtschaftlichen Tätigkeiten begründe, für sich genommen, nicht die Grundrechtsberechtigung. Es müsse ferner noch entschieden werden, wer Träger dieser Organisation sei. Bei kommunalen Unternehmen, stelle sich die Tätigkeit der Organisation als Ausdruck der öffentlichen Aufgabe der Gebietskörperschaft dar, der sie angehört. Diese Begründung läßt aber Raum dafür, in Fällen, in denen die juristische Person keine öffentlichen Aufgaben ihres Trägers, sondern zugleich Interessen von Grundrechtsträgern wahrnimmt, insoweit auch eine Grundrechtsberechtigung anzunehmen. Das BVerfG hat bei Innungen eine Dominanz des Staates bei der Gestaltung der Aufgabenstruktur im Bereich der Pflichtaufgaben angenommen und insoweit die Grundrechtsfähigkeit einer Innung abgelehnt.<sup>146</sup> Die Möglichkeit der Grundrechtsfähigkeit im Bereich der freiwilligen Aufgaben wurde bewußt offengelassen.<sup>147</sup>

### c. *Aufgabenbezogene, teilweise Grundrechtsfähigkeit von Körperschaften des öffentlichen Rechts*

Der Gedanke einer teilweisen Grundrechtsfähigkeit ist dem Verfassungsrecht nicht fremd. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen mit unterschiedlichen Kapitalanteilen der öffentlichen Hand, die aber unter 100 % (Eigenbetrieb) liegen,<sup>148</sup> nehmen Stimmen in der Literatur einen dem privaten Anteil korrespondierenden Umfang der Grundrechtsfähigkeit an.<sup>149</sup> Diese ursprünglich von *Bethge* vertretene These wurde zwar unter anderem deshalb stark bekämpft, weil sie zu Rechtsunsicherheit führe, da die Beteiligungen und Einflüsse nicht immer klar feststellbar seien. Das muß aber bei klaren normativen Kriterien nicht der Fall sein. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat deshalb in mehreren Entscheidungen eine anhand der grundrechtstypischen Gefährdungslage orientierte Einzelfallprüfung vorgenommen.<sup>150</sup> Diese Möglichkeit gilt es auszuloten:

Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind insoweit nicht grundrechtsfähig, als sie öffentliche Aufgaben mit hoheitlichen Mitteln wahrnehmen.<sup>151</sup>

144 *BVerfGE* 68, S. 193 ff. (207): „die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch juristische Personen des öffentlichen Rechts vollzieht sich in aller Regel nicht in Wahrnehmung unabgeleiteter, ursprünglicher Freiheiten, sondern aufgrund von Kompetenzen, die vom positiven Recht zugeordnet und inhaltlich bemessen und begrenzt sind.“

145 E 75, S. 192 ff. (200).

146 *BVerfGE* 68, S. 193 ff. (208) – Zahntechnikerinnungen; vgl. auch GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 44 f.

147 *BVerfGE* 68, S. 193 ff. (208 f.) – Zahntechnikerinnungen.

148 Zum Begriff vgl. *Schmidt-Aßmann* 1991a, S. 384.

149 *Bull* 1977, S. 155 f.

150 *BayVGHE* 29, S. 105 ff. (118 f.); 37, S. 101 ff. (108); vgl. hierzu auch die Urteilsanalyse von *Kluth* 1997, S. 399 f.

151 *Roellecke* 2002, Rn. 117; eingehend auch *Zimmermann* 1993, S. 115 ff.; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 41 f.

Das Konfusionsargument gilt auch, wenn sich der Staat „zur Erfüllung seiner Aufgaben eines selbständigen Rechtsgebildes bedient“.<sup>152</sup> Der Auffassung kann für den Bereich der Erfüllung notwendiger und obligatorischer staatlicher Aufgaben zugestimmt werden.<sup>153</sup> Eine Grundrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts kann danach nicht bei der Erfüllung solcher Aufgaben bestehen, die nur der Staat erfüllen kann oder soll und die sie nur als Auftragsangelegenheiten nach Weisung erledigen. Ausgeschlossen ist die Grundrechtsfähigkeit der Selbstverwaltungskörperschaften dann jedoch nicht weil,<sup>154</sup> sondern *insofern* sich der Staat ihrer zur Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben bedient. Bei den formellen öffentlichen Aufgaben, die materiell zugleich im gesellschaftlichen Interesse stehen (Interessenvertretung), kann dies aber nicht in gleicher Weise gelten. Hier ist die Körperschaft überwiegend nicht-hoheitlich tätig häufig genug sind die öffentlichen und privaten Organisationsformen austauschbar. Das BVerfG ist zwar der Auffassung, daß einer Gemeinde auch „außerhalb des Bereichs der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben das Grundrecht aus Art. 14 I S. 1 GG“ nicht zustehe, weil sie sich „auch bei Wahrnehmung nicht-hoheitlicher Tätigkeit in keiner ‚grundrechtstypischen Gefährdungslage‘“ befände. Sie sei hier nicht in gleicher Weise wie ein Privater in ihren Grundrechten betroffen.<sup>155</sup> Doch trifft dies nicht auf alle Körperschaften in gleicher Weise zu. Vielmehr nimmt vom Staat selbst über die Gemeinden, die Interessenvertretenden Körperschaften, die Universitäten, Religionsgemeinschaften, die freiwillig dem Gemeinwohl dienenden Verbände, bis hin zu rein privatnützig handelnden Organisationen die heterogen auferlegte Verpflichtung auf eine öffentliche Aufgabe ab und die Bedeutung der freien Zielsetzung zu. In dem Umfang, mit der die Freiwilligkeit zulässigerweise<sup>156</sup> zunimmt, steigt auch die Gefährdung durch staatliches Handeln und entstehen somit grundrechtstypische Gefährdungslagen. Schon die interessenvertretenden Körperschaften sind aber „Rahmen und Forum individueller Freiheitsentfaltung“<sup>157</sup> und ihre Verstärkung, auch wenn eben darin zugleich ihre öffentliche Aufgabe besteht.

Nicht überzeugend ist das Gegenargument aus einem Erst-recht-Schluß. Danach sei eine juristische Person des öffentlichen Rechts, auch wenn sie keine öffentlichen Aufgaben wahrnehme, erst recht nicht grundrechtsberechtigt, weil nach der Konzeption des Grundgesetzes grundsätzlich der Einzelne selbst zur Wahrnehmung seiner Grundrechte befugt sei und darin nicht durch eine Organisation mediatisiert werden dürfe.<sup>158</sup> Um die treuhänderische Wahrnehmung der Grundrechte kann es jedoch nicht gehen, da der natürlichen Person neben der selbst grundrechtsberechtigten juristischen Person des öffentlichen Rechts die Möglichkeit unbenommen

152 BVerfGE 21, S. 362 ff. (370) – Sozialversicherungsträger.

153 In diesem Sinne auch Roellecke (2002, Rn. 128): „Wenn und soweit nicht Freiwilligkeit, sondern positivrechtliche Anordnung die juristische Person erst schafft und ihr Kommunikationen ermöglicht, kann sich die juristische Person nicht auf die Grundrechte berufen, weil ihre Existenz und ihre Chancen dann durch ihre Einordnung in den politischen Apparat im weiteren Sinn gesichert werden.“

154 So aber v. Mangoldt/Klein/Starck-Huber Art. 19, Rn. 267.

155 BVerfGE 61, S. 82 ff. (105) – Sasbach.

156 Also bei Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft im Rahmen ihrer legitimen öffentlichen Aufgaben.

157 v. Mangoldt/Klein/Starck-Huber Art. 19, Rn. 272.

158 BVerfGE 61, S. 82 ff. (104).



bleibt, sich bei einer angenommenen Verletzung ihrer Grundrechte auf diese zu berufen.<sup>159</sup> Wenn die Körperschaft aber Interessen ihrer Mitglieder, deren Prägung sich aus ihrer Verkammerung ergibt, wahrnimmt, handelt sie staatsdistanziert und in Erfüllung einer öffentlichen, nicht aber staatlichen Aufgabe.<sup>160</sup> In der Verfolgung dieses Ziels ist sie durch staatliches Handeln potentiell ebenso gefährdet wie jeder Grundrechtsträger. Das BVerfG hat – gestützt freilich auf die hier abgelehnte Durchgriffsthese – in der Entscheidung zur Innung der Orthopädie-Techniker die Grundrechtsfähigkeit dieser Körperschaft angenommen, weil die Aufgabe des „Abschlusses von Verträgen im Interesse der hinter dem Zusammenschluß stehenden Menschen“ durch die Innung erfolge.<sup>161</sup> Dem steht eine Entscheidung über die Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde einer Schreiner-Innung gegen die Aufforderung der Handwerkskammer zu einer Satzungsänderung nicht entgegen, sondern bestätigt sie. Die 2. Kammer des Gerichts betont, daß eine Grundrechtsberechtigung der Kammer möglich sei. Der territoriale Zuschnitt der Körperschaft sei aber kein Recht der Innung, sondern eine Frage der staatlichen Organisationshoheit.<sup>162</sup> Schließlich paßt zu dieser Abgrenzung auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts, die abgelehnt wird, wenn sie Aufgaben im öffentlichen Interesse mit hoheitlichen Mitteln wahrnimmt.<sup>163</sup>

*Roellecke* möchte entscheidend auf die demokratische Legitimation abstellen, die die Anwendung der Grundrechte ausschließe, weil sie zu Unklarheiten führe.<sup>164</sup> Wendet man dieses Argument auf die Körperschaften an, muß festgestellt werden,

159 Deshalb überzeugt auch der Versuch von *Fröhler/Oberndorfer* (1974, S. 56 f.) mit dem „Durchgriffsargument“ die Grundrechtsfähigkeit der Kammern im Bereich der Interessenvertretung zu begründen. In dieser Funktion stelle sich das Handeln der Kammer als Ausdruck der Wirtschaftsfreiheit der in ihr zusammengeschlossenen Mitglieder dar. Wäre dies richtig, dürfte der Verband gar nicht errichtet werden, wollte man die Mitglieder nicht zum Gebrauch ihrer Grundrechte zwingen. Vielmehr dürfte dann die Interessenvertretung nur in der privatrechtlichen Form eines freiwilligen Zusammenschlusses erfolgen. In ihrer staatsdistanzierten Wahrnehmung der öffentlich-rechtlich geprägten Interessen sind aber die Kammern so wie eine natürliche Person gegenüber staatlichen Eingriffen gefährdet. 160 *Zimmermann* 1993, S. 177. Auf die genaue Unterscheidung zwischen öffentlicher und staatlicher Aufgabe wird weiter unten eingegangen (vgl. u., S. 459).

161 *BVerfGE* 70, S. 1 ff. (20) – Orthopädie; dazu auch *Zimmermann* 1993, S. 16 f. u. 151 f.; kritisch: *Hsu* 2004, S. 128 f.; eine ähnliche Aufgabenbezogenheit läßt sich der Entscheidung zu den Landesinnungsverbänden entnehmen (E 68, S. 193 ff. [211]), die somit nicht vereinzelt steht; skeptisch: *Schmidt-Aßmann* 1991a, S. 389.

162 *BVerfG* NVwZ 1994, S. 262 f.; vereinbar mit dieser Abgrenzung ist auch die Entscheidung der 1. Kammer NJW 1996, S. 1588, worin es um eine Kassenärztliche Vereinigung ging, die sich hinsichtlich ihrer Honorarzuteilung an ihre Mitglieder auf Art. 2 I GG berufen wollte. Das Gericht ließ die Verfassungsbeschwerde nicht zu, weil sie insoweit öffentliche Aufgaben mit hoheitlichen Mitteln gegenüber ihren Mitgliedern wahrnehme. Zwar stellt das Gericht apodiktisch fest: „Soweit eine kassenärztliche Vereinigung in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Aufgaben und somit als Teil der Staatsverwaltung durch einen Hoheitsakt betroffen ist, kann sie nicht Inhaberin von Grundrechten gegen den Staat sein“ – Es wird aber sogleich deutlich, daß nicht die Aufgabe selbst das entscheidende Argument ist, sondern die hoheitlichen Befugnisse gegenüber ihren Mitgliedern: „Daß sie hierbei mittelbar auch die Verwirklichung von Grundrechten der in ihr zusammengeschlossenen Ärzte fördert, macht sie im Innenverhältnis nicht regelmäßig zum grundrechtsgeschützten Sachwalter des einzelnen. Vielmehr nimmt sie als normsetzende Körperschaft hoheitliche Befugnisse gegenüber den in ihr zusammengeschlossenen Mitgliedern wahr.“ Vgl. auch *BVerfGE* 62, S. 354; kritisch dazu *Bogs* 1997, S. 30 f.

163 *BVerfG* NJW 1996, S. 584 (Baugenossenschaft); *BVerfGE* 75, 192 ff. (200) – Sparkassen; 68, S. 193 ff. (212 f.) Zahntechniker-Innungen; 70, S. 1 ff. (15 ff.) – Orthopädietechniker-Innungen.

164 *Roellecke* 2002, Rn. 128 u. 131.

daß diese Legitimation problematisch ist. Sie wird ergänzt und teilweise zurückgedrängt durch die autonome Legitimation, die auf die individuelle Selbstbestimmung des Bürgers auch in öffentlichen Organisationen gestützt ist (vgl. oben A II 1.). Doch stand überhaupt nicht in Frage, daß auch dann, wenn sich die juristische Person selbst auf Grundrechte berufen könne, der einzelne bei entsprechender möglicher Betroffenheit unabhängig davon berechtigt ist, Grundrechte geltend zu machen.

Möglich ist danach prinzipiell die Berufung auf Art. 5 I GG, Art. 8 GG, eingeschränkt bei den Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung auch Art. 14 GG und schließlich auch auf die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG.<sup>165</sup> Allerdings ist dies beschränkt durch die jeweilige Aufgabe.<sup>166</sup>

#### d. Die Grundrechtsfähigkeit einzelner Körperschaften des öffentlichen Rechts

Ist also die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht in jeder Hinsicht ausgeschlossen, richtet sich die Frage, welche Grundrechte auf die Körperschaften des öffentlichen Rechts Anwendung finden, sowohl nach den Besonderheiten der betreffenden Körperschaft, den einschlägigen Aufgaben, als auch nach dem Inhalt der einzelnen Grundrechte.

Ausgeschlossen ist der juristischen Person die Berufung auf die Grundrechte hinsichtlich ihrer Gründung, Auflösung (kein Bestandsschutz) oder der Erweiterung und Beschränkung ihrer Aufgaben. Ihre Errichtung fällt, wie oben hervorgehoben, in den Bereich der staatlichen Organisationsgewalt, von dem sie im Wege des Gesetzes Gebrauch macht.<sup>167</sup> Dem hat die juristische Person keine „originären“ Rechtspositionen entgegenzusetzen.

Mit ihrer stark objektiven Dimension können die Verfahrensgrundsätze der Art. 101 I und 103 GG<sup>168</sup> sowie die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG (str.<sup>169</sup>) und nach umstrittener Auffassung das Petitionsrecht des Art. 17 GG<sup>170</sup> von allen juristischen Personen des öffentlichen Rechts geltend gemacht werden.<sup>171</sup> Art. 101 I und 103 GG enthalten „nach ihrem Inhalt keine Individualrechte wie die Art. 1 bis 17 GG, sondern enthalten objektive Verfahrensgrundsätze, die für jedes gerichtliche Verfahren gelten und daher auch jedem zugute kommen müssen, der nach den Verfahrensnormen parteifähig ist oder von dem Verfahren unmittelbar betroffen wird.“<sup>172</sup>

165 Kluth 1997, S. 435, 447 f.

166 Weitergehend Hoppe/Beckmann 1990, S. 182 für die Wasser- und Bodenverbände; zusätzlich zu Art. 2 I auch Art. 12 I, Art. 14 I GG; für die Kammern: Kopp 1992, S. 21: Art. 12 I, Art. 14, Art. 5 (hinsichtlich der Interessenvertretung), Art. 13, Art. 9 GG (hinsichtlich des Zusammenschlusses mit anderen Kammern zu privatrechtlichen Verbänden), Art. 3 GG.

167 Zimmermann 1993, S. 142 f.

168 BVerfGE 21, S. 362 ff. (373) – Sozialversicherungsträger; 75, S. 192 ff. (200) – Sparkassen, std. Rspr. 169 Beiläufig und ohne weitere Begründung („es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß den AOK die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 GG und vor allem aus Art. 3 Abs. 1 GG ... zustehen“) lehnt das BVerfG in der AOK-Entscheidung die Anwendung ab, BVerfGE 39, S. 302 ff. (316), um sie dann im Sasbach-Urteil offen zu lassen (E 61, S. 82 ff. [109]).

170 Ablehnend etwa Rüfner 1992, Rn. 58; für die Anwendung GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 25.

171 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 25; Zimmermann 1993, S. 22 f.

172 BVerfGE 21, S. 362 ff. (373) – Sozialversicherungsträger.

### aa. Die Gemeinden

Seit der Entscheidung über die Stadtwerke Hameln<sup>173</sup> geht das BVerfG zu Recht davon aus, daß die Gemeinden nicht gesellschaftlichen Ursprungs sind<sup>174</sup> und auch im Hinblick auf ihr Eigentum nicht in gleicher Weise wie Private von staatlichem Handeln betroffen sind. Sie können zwar privatrechtliches Eigentum besitzen, doch soll dieses nicht privatnützig sein, sondern der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen.<sup>175</sup> Stimmen in der Literatur<sup>176</sup> und auch der Rechtsprechung<sup>177</sup> haben die Grundrechtsfähigkeit von Gemeinden hingegen bejaht. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof argumentierte dabei freilich, daß außerhalb der Erfüllung öffentlicher Aufgaben den Gemeinden originäre Rechte aus ihrer Stellung als „ursprüngliche Gebietskörperschaften“ zukämen. Mit diesen stünden sie aber dem Staat ebenso gegenüber wie der Bürger auch.<sup>178</sup> Diese Auffassung vermag vor dem Hintergrund von Art. 28 II GG nicht zu überzeugen. Gegen die generelle Grundrechtsfähigkeit der Gemeinden spricht auch das Hoheitsargument, denn nicht nur beim Vollzug von Auftragsangelegenheiten, sondern auch in weiten Bereichen der Durchführung ihrer Selbstverwaltungsangelegenheiten handeln die Gemeinden hoheitlich und so letztlich mit der Rückendeckung des Staates.<sup>179</sup>

### bb. Die Sozialversicherungsträger

Die Sozialversicherungsträger sollen, soweit sie überhaupt materiell als Körperschaften anzusehen sind, aufgrund ihrer hoheitlichen Befugnisse inzwischen eher als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung denn als Selbsthilfeeinrichtungen zu verstehen sein.<sup>180</sup> Als solche sind sie keine Träger von Grundrechten.<sup>181</sup> Der Staat sichere sich über die keineswegs nur in Randbereichen der Aufgabenerfüllung erfolgende Aufsicht eine wesentliche Einflußnahme auf die Tätigkeit der Allgemeinen

173 BVerfGE 45, S. 63 ff. (78 f.).

174 Vgl. auch BVerfGE 83, S. 37 ff. – Ausländerwahlrecht: „Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG trägt auf diese Weise der besonderen Stellung der kommunalen Gebietskörperschaften im Aufbau des demokratischen Staates Rechnung. Zwar wurden die Gemeinden im 19. Jahrhundert vielfach dem gesellschaftlichen Bereich zugeordnet und als Korporationen der Bürger in Abwehrstellung gegenüber dem Staat begriffen; die Verfassung des Deutschen Reiches von 1849 regelte das Recht der Gemeinden auf Selbstverwaltung in ihrem Grundrechtsteil (§ 184). Die Gemeinden sind jedoch im Laufe der Entwicklung, bei Aufrechterhaltung oder Ausbau ihres Rechts auf Selbstverwaltung, zunehmend in den staatlichen Bereich einbezogen und eingefügt worden. Vollends in der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes steht die kommunale Selbstverwaltung nicht mehr in Abwehrstellung zur Staatsorganisation.“

175 BVerfGE 45, S. 63 ff. (78 f.) – Stadtwerke Hameln; 61, S. 82 ff. (101) – Sasbach mit dem bekannten Ausspruch (S. 108): „Art. 14 als Grundrecht schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater“).

176 Pieroth/Schlink 2003, Rn. 163.

177 Bay VerfGH n. F. 3, S. 129 ff. (135); 5, S. 1 ff. (5 f.); 29, S. 105 ff. (119); 37, S. 101 ff. (106) in bezug auf die Eigentumsfreiheit des Art. 103 LV Bay.

178 Zimmermann 1993, S. 24 ff. und die in der vorigen Fußnote angeführten Fundstellen.

179 Zimmermann 1993, S. 126, der allerdings unzutreffend davon spricht, daß die Gemeinden überwiegend staatliche Aufgaben erfüllten.

180 Papier 1996, S. 287: Einen Anspruch auf die Erhaltung von Funktionsbereichen gegenüber Umstrukturierungsmaßnahmen genießen die Sozialversicherungsträger also nicht.

181 Rüfner 1992, Rn. 78; v. Mangoldt/Klein/Starck-Huber Art. 19, Rn. 287; BVerfGE 21, S. 362 ff. (366 f.) – Sozialversicherungsträger.

Ortskrankenkassen.<sup>182</sup> Die Voraussetzungen des Zuordnungsarguments liegen mithin ebensowenig vor, wie die der Errichtungs-, Aufgaben- und Hoheitsargumente.

Die Bedeutung der in älteren Landesverfassungen vorgesehenen Bestandsgarantien<sup>183</sup> hinsichtlich der Träger der Sozialversicherung ist vor dem Hintergrund der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes und seiner umfänglichen Regelungen als gering einzuschätzen.<sup>184</sup>

### cc. Die interessenvertretenden Körperschaften

*Peter Michael Huber* hat vorgeschlagen, bei Vorliegen einer Durchgriffsmöglichkeit auf die hinter der juristischen Person des öffentlichen Rechts stehenden Grundrechtsträger sowie bei Vorliegen eines durch den Zusammenschluß begründeten grundrechtlichen „Mehrerts“ eine Grundrechtsberechtigung der entsprechenden juristischen Person anzunehmen.<sup>185</sup> Bei Körperschaften, die nur dem Ausgleich grundrechtlich geschützter Interessen dienen wie Teilnehmergeinschaften nach dem FlurbG und Jagdgenossenschaften, fehle aber ein solcher Mehrwert.<sup>186</sup>

Für die berufsständischen Körperschaften hat das BVerfG die Grundrechtsberechtigung verneint, soweit es um die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ging.<sup>187</sup> Für die Innungen und Landesinnungsverbände hat das Gericht sie für den Bereich der Pflichtaufgaben abgelehnt, für die freiwilligen aber bewußt offengelassen.<sup>188</sup> Hinsichtlich der staatlich zur Verfügung gestellten Form besteht jedenfalls keine Grundrechtsfähigkeit.<sup>189</sup>

Berücksichtigt man aber, daß die Vertretung der Interessen der Gesamtheit der Mitglieder keine delegierte Staatsaufgabe, sondern eine öffentliche Aufgabe der Körperschaft ist, die zugleich den Interessen ihrer Mitglieder dient, dann kommt die Grundrechtsfähigkeit aufgrund grundrechtstypischer Gefährdungslage in Betracht, ist aber auch auf diesen Teil der Aufgaben beschränkt.<sup>190</sup> Errichtung, Beendigung und Umfang der Aufgaben und gebietlicher Zuschnitt sind nicht durch Grundrechte geschützt, wohl aber die Betätigung über Art. 2 I GG und auch das Eigentum der Körperschaft, sofern es diesen Zwecken dient.<sup>191</sup> Dies dürfte auch für die berufsständischen und wirtschaftlichen Kammern in gleicher Weise zu beurteilen sein.<sup>192</sup> Zu weit geht es danach, wenn *Kopp* umstandslos Art. 9 I (hinsichtlich ihrer freiwilligen Vereinigung zu privatrechtlichen Dachverbänden),

182 *BVerfGE* 39, S. 302 ff. (313): „Von dem Grundsatz der Selbstverwaltung waren sie indessen nicht derart bestimmt, daß die Staatsaufsicht nur eine Randbedeutung hatte und sie deshalb vom Staate nahezu unabhängig waren.“

183 Vgl. Art. 57 Brem LV; Art. 35 Hess LV; Art. 46 Saar LV.

184 *Kluth* 1997, S. 518.

185 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Huber* Art. 19, Rn. 285; vgl. auch *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 53 ff. u. 88 ff.

186 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Huber* Art. 19, Rn. 286: Fehle also etwa bei Teilnehmergeinschaften nach dem Flurbereinigungsgesetz und Jagdgenossenschaften.

187 E 76, S. 171 ff. – anwaltliches Standesrecht I und 76, S. 196 ff. – anwaltliches Standesrecht II.

188 *BVerfGE* 68, S. 193 ff. (207) – Zahntechnikerinnungen.

189 *BVerfG NVwZ* 1994, S. 262 ff. (262) – Innungsgrenzen.

190 *Kopp* 1992, S. 20 f.; *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 17 u. 60 ff.

191 *Zimmermann* 1993, S. 183 f.

192 *Tettinger* 1997, S. 101; *Zimmermann* 1993, S. 165 ff.

Art. 14 (Kammervermögen), 12 (hinsichtlich der Service-Betriebe), 5 I (hinsichtlich der Interessenvertretung), 13 (gegenüber Hausdurchsuchungen bei der Kammer), Art. 5 (hinsichtlich ihrer Interessenvertretung) und das aus Art. 3 GG folgende allgemeine Willkürverbot auf die Handwerkskammern anwendet.<sup>193</sup> Zwar zieht auch er eine aufgabenbezogene Begrenzung der Grundrechtsfähigkeit in Betracht, sieht sie aber selbst im Bereich der Ordnungs- und Disziplinierungsbefugnissen gegenüber den Mitgliedern als gegeben an.<sup>194</sup> Diese Befugnisse lassen sich aber nicht anders als bestenfalls im „wohlverstandenen“, nicht aber im tatsächlichen Einzelinteresse bestehend auffassen. Ist diese Einzelinteresse des Mitglieds aber grundrechtlich geschützt, dann müßte bei Zugrundelegung von Kopp's Auffassung genau der Fall eintreten, daß die Kammer in bezug auf ein und denselben Sachverhalt sowohl grundrechtsberechtigt als auch grundrechtsverpflichtet wäre. Festzuhalten ist danach, daß die Grundrechtsfähigkeit der interessenvertretenden Körperschaften des öffentlichen Rechts einzelfallbezogen anhand der jeweiligen Aufgabe zu beurteilen ist.<sup>195</sup> Sie besteht in bezug auf die Interessenvertretung, nicht aber in bezug auf einseitig hoheitliche Maßnahmen gegenüber ihren Mitgliedern.

Keinen zusätzlichen Schutz gewinnen die entsprechenden Körperschaften über die teilweise in den Landesverfassungen enthaltenen Förderungsklauseln.<sup>196</sup>

#### dd. Die Hochschulen

Träger der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 III GG sind nicht nur die Mitglieder der Hochschulen, sondern auch diese selbst.<sup>197</sup> Zwar kann immer nur das Individuum forschen und lehren; dazu ist es jedoch auf Sachmittel und eine Organisation angewiesen, die ihm hilft, seine Tätigkeit mit anderen zu koordinieren.<sup>198</sup> Die Organisation stellt sich dann selbst als Ausdruck der Grundrechtsbetätigung dar. Allerdings bestätigt sich hier – auch ohne eine Funktionalisierung des einzelnen im Dienste der Organisation –, daß die Grundrechtsfähigkeit des Art. 19 III GG nicht im Wege eines Durchgriffs auf den einzelnen heruntergerechnet werden kann, ohne den spezifischen Sinn der Organisation zu ignorieren: Der einzelne Forscher ist grundrechtlich in seiner Forschungsfreiheit geschützt. Die Organisation der Wissenschaftseinrichtung selbst ist (in einem noch zu entwickelnden Sinn) aus der Forschungsfreiheit geboten. Dies ist aber gerade deshalb notwendig, weil durch die kommunikativ ausgeübte gemeinsame Forschung ein „integraler Effekt“, eine Art Mehrwert erzeugt<sup>199</sup> wird, der als Steigerung der Realisierung des Grundrechts selbst Schutz verdient. Als Funktionseinheit soll sie vor staatlicher

193 Kopp 1992, S. 20 f.

194 Kopp 1992, S. 22.

195 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 19 III, Rn. 45.

196 Art. 44 Hess LV; Art. 28 S. 2 NRW LV; Art. 65 RPF LV; Art. 54 Saar LV, dazu Kluth 1997, S. 518 f.

197 Kluth 1997, S. 419 ff. u. 512 f.; Erichsen/Scherzberg 1990, S. 10 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5, Rn. 370; HRG-Denninger-Lüthje § 58, Rn. 23.

198 Erichsen/Scherzberg 1990, S. 12; Oppermann 1996, S. 1012.

199 Schmidt-Aßmann 1993, S. 706; Trute 1994, S. 359 ff. mit eingehender Kritik der Durchgriffstheorie.

Ingerenz geschützt werden.<sup>200</sup> Um der Wissenschaftsfreiheit des einzelnen willen muß der Mehrwert, den die Organisation erbringt, geschützt werden.

Den Universitäten und Fakultäten<sup>201</sup> kommt nach dem Zuordnungsargument unabhängig von ihrer Rechtsfähigkeit Grundrechtsfähigkeit zu:<sup>202</sup> „Ihre Tätigkeit betrifft insoweit nicht den Vollzug gesetzlich zugewiesener hoheitlicher Aufgaben, sondern die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten“.<sup>203</sup> Sie besitzen daher grundsätzlich das Recht, „Eingriff in ihre organisatorischen Strukturen abzuwehren, die einer freien wissenschaftlichen Betätigung abträglich sind“.<sup>204</sup> Auch die verfaßten Studentenschaften wirken an der Ausgestaltung der akademischen Lehrfreiheit mit und sind daher und insoweit grundrechtsberechtigt.<sup>205</sup>

#### ee. Weitere Körperschaften

Schließlich soll auch den Realkörperschaften bei der Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder Grundrechtsfähigkeit zukommen.<sup>206</sup> Bei ihnen kommt eine Grundrechtsfähigkeit hinsichtlich Art. 14 III GG in Betracht. Das BVerfG hat sie jedoch etwa hinsichtlich der Deichverbände abgelehnt.<sup>207</sup> Andere Stimmen befürworten die Grundrechtsfähigkeit von Realkörperschaften mit Rücksicht auf den Bereich „gesellschaftlicher Selbstverwaltung“, in dem die Körperschaften die Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen und so Ausdruck von deren Grundrechtsbetätigung seien.<sup>208</sup> Danach genießen die Wasser- und Bodenverbände, soweit sie „ein Zusammenschluß zum privaten Nutzen ihrer Mitglieder sind“ Grundrechtsschutz.<sup>209</sup> *Rapsch* hingegen vertritt die Auffassung, es komme auf das konkrete Rechtsverhältnis an, in dem die Körperschaft zum Staat steht. Soweit sie ihm eigene Interessen entgegensetze, könne sie grundrechtsfähig sein.<sup>210</sup> Diese aufgaben- und funktionsbezogene Sichtweise verdient Zustimmung. Sie läßt sich auch durch das hier zur Begründung der Grundrechtsfähigkeit herangezogene Konfusionsargument stützen: Sofern die Realkörperschaft hoheitliche Gewalt ausübt, ist sie nicht grundrechtsfähig, sofern sie sich aber als Ausdruck der Freiheitsbetätigung darstellt, kann sie es sein. Das WVG gibt hier allen Anlaß, Aufgaben im Interesse der Mitglieder und solche im öffentlichen Interesse zu scheiden. Dies ergibt sich schon aus § 1 II S. 1, 1. Hs.: „Der Verband dient dem öffentlichen Interesse und dem Nutzen seiner Mitglieder“. Die Aufgabenstruktur bestätigt diese Interessenrichtung (§ 2 WVG). Formal wird sie durch die Möglichkeit eines freien Zusammenschlusses zum Ausdruck ge-

200 *Erichsen/Scherzberg* 1990, S. 12.

201 *BVerfGE* 68, S. 193 ff. (207) – Zahntechniker-Innungen; 75, S. 192 ff. (196) – Sparkassen.

202 *Trute* 1994, S. 366 f.; *BVerfGE* 15, S. 256 ff. (262) – Universitäre Selbstverwaltung.

203 *BVerfGE* 68, S. 193 ff. (207) – Zahntechnikerinnungen.

204 *BVerfGE* 85, S. 360 ff. (384 f.) – Akademie der Wissenschaften der DDR.

205 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Huber* Art. 19, Rn. 281.

206 *BK-v. Mutius* Art. 19 III Rn. 140 f.; GG-Kommentar *Dreier-Dreier* Art. 19 III, Rn. 42; ablehnend v. Mangoldt/Klein/Starck-*Huber* Art. 19, Rn. 286.

207 *BVerfGE* 24, S. 367 ff. (383) – Hamburgisches Deichordnungsgesetz.

208 *Hoppe/Beckmann* 1990, S. 181 unter Verweis auf *BGH* NJW 1982, S. 2183, wo das Gericht die Grundrechtsfähigkeit von Jagdgenossenschaften angenommen hatte.

209 *Hoppe/Beckmann* 1990, S. 182.

210 *Rapsch* 1993, Rn. 56 f.

bracht (§ 11 WVG). Grundrechtsfähig sind Realkörperschaften, sofern ihre Betätigung zugleich dem Nutzen der Mitglieder dient, sie diesen also nicht hoheitlich und somit selbst grundrechtsgebunden gegenüber treten.<sup>211</sup> Entsprechend haben die Obergerichte auch die Eigentumsfähigkeit des Jagdausübungsrechts der Jagdgenossenschaften im Fall von § 8 V BJagdG anerkannt.<sup>212</sup> Entscheidend ist hier, daß in dem aus zusammenhängenden Flächen bestehenden gemeinschaftlichen Jagdbezirk nur der Jagdgenossenschaft als Vereinigung der Grundeigentümer (§ 9 I BJagdG) selbst das Recht zur Ausübung der Jagd zusteht.<sup>213</sup> Dieses Recht der Körperschaft stellt sich mithin als Bündel der Rechte ihrer Mitglieder dar.

Körperschaften schließen sich überwiegend zu Dachverbänden zusammen, die als juristische Personen des Privatrechts (rechtsfähige Vereine) oder öffentlich-rechtlich als Verbundkörperschaften organisiert sein können. Für beide soll der vom BVerfG in der Entscheidung über die Landesinnungsverbände ausgesprochene Grundsatz<sup>214</sup> gelten, daß öffentlich-rechtliche Körperschaften keine Grundrechtsfähigkeit vermitteln können, die ihnen selbst nicht zukommt.<sup>215</sup> Kommt sie ihnen aber zu – wie bei der Interessenvertretung durch die Kammern und auch die Innungen –, besitzt sie auch der öffentlich- oder privatrechtliche Dachverband. Bei den vereinsmäßig organisierten Dachverbänden besteht dann freilich die Besonderheit, daß sie als juristische Personen des Privatrechts nur eingeschränkt grundrechtsfähig im Rahmen dieser Funktion sind.

## 2. Handlungsfähigkeit und das kompetenzüberschreitende Handeln („ultra vires“)

Mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit erhält die Körperschaft auch die öffentlich-rechtliche, hoheitliche Handlungsfähigkeit (§ 12 I Nr. 3 [L] VwVfG). Im Gebrauch dieser Befugnisse üben die Körperschaften öffentliche Gewalt aus.<sup>216</sup> Maßgebliches Kriterium für das Bestehen von Staatsgewalt ist dabei, „ob das jeweilige Handeln einem Organ zugerechnet werden kann, das in der Kompetenzordnung des deutschen Verwaltungsgefüges verortet ist“.<sup>217</sup> Dazu gehörten auch die Selbstverwaltungsträger.<sup>218</sup> Sie sind dabei an die Gesetze (Art. 20 III GG) und die Grundrechte gebunden (Art. 1 III GG), ob ihre Entscheidungen nun hoheitlich oder in den

211 Bei den Wasserverbänden etwa bei der Teilnahme am Planfeststellungsverfahren, bei Umweltverträglichkeitsprüfungen, bei der Vergabe von staatlichen Subventionen, *Rapsch* 1993, Rn. 68.

212 OLG Bamberg NVwZ 1998, S. 211: Das Jagdausübungsrecht sei „ein ‚Stück abgespaltenes Eigentum‘ der einzelnen Jagdgenossen, das erst in der Hand der Genossenschaft als Trägerin zu einem Recht erstarkt.“

213 BGH NJW 1982, S. 2183; BGH NJW 2000, 3638; BGH NJW-RR 2004, S. 101.

214 E 68, S. 193 ff. (208 f.) – Landesinnungsverbände.

215 Mit *Schmidt-Aßmann* (1991a, S. 389): „Ein Zusammenschluß grundrechtsunfähiger juristischer Personen kann aber nicht grundrechtsberechtigte juristische Person sein.“; vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck-*Huber* Art. 19, Rn. 194 f.

216 *Emde* 1991, S. 221 ff.

217 *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 339; vgl. auch *Jestaedt* 1993, S. 233 f.

218 V. Mangoldt/Klein/Starck-*Sommermann* Art. 20 Rn. 140; GG-Kommentar Dreier-*Dreier* Art. 20 Demokratie, Rn. 79; *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 339 u. 343 f.; insbesondere entspricht es auch nicht der Funktion von Art. 28 I GG die kommunalen Gebietskörperschaften vom Anwendungsbereich des Art. 20 II GG auszunehmen, *Emde* 1991, S. 313.

Formen des Privatrechts ergehen.<sup>219</sup> Ausgenommen sind die Religionsgemeinschaften bei nichthoheitlichem Handeln.<sup>220</sup> Den Körperschaften stehen dabei grundsätzlich dieselben Handlungsformen wie den Behörden zur Verfügung.<sup>221</sup> Den Gemeinden sind darüber hinaus die überkommenen kommunalen Handlungsformen als Regelungshoheit verfassungsrechtlich garantiert.<sup>222</sup>

### a. Die Satzungsautonomie

Spezifisch für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist das Handeln durch den Erlaß von Rechtsnormen in der Form von Satzungen.<sup>223</sup> Ziel und Problem dieser Satzungsautonomie ist die Selbstprogrammierung des Selbstverwaltungsträgers: Ziel, weil die Satzung ein wesentliches Gestaltungsmittel zur eigenverantwortlichen Regelungen der Angelegenheiten des Selbstverwaltungsträger ist; Problem, weil sie dadurch zu einer Distanzierung von der über das Parlamentsgesetz vermittelten sachlich-demokratischen Legitimation führt. Ferner trägt sie zur Ausbildung einer Identität des Selbstverwaltungsträger bei, indem sie spezifische, auf die einzelne juristische Person zugeschnittene Lösungen ermöglicht.<sup>224</sup> Die Satzung ist die Handlungsform der Körperschaften, wenn sie im Bereich ihrer Selbstverwaltungsangelegenheiten allgemeine Rechtsnormen und damit von ihrem Willen abhängiges, autonomes Recht erlassen wollen.<sup>225</sup> Außerhalb dieses Bereiches können sie aber bei einer entsprechenden Ermächtigung (Art. 80 I GG oder entspr. landesrechtliche Vorschriften, z. B. Art. 61 I LV BW) auch Rechtsverordnungen erlassen.<sup>226</sup> Per Satzung werden die grundlegenden Angelegenheiten der Körperschaft, nicht zuletzt ihre innere Organisation geregelt (Hauptsatzung). Auch die Erfüllung einer Reihe von Aufgaben geschieht auf der Grundlage von Satzungen. Satzungen können ihrem Inhalt nach in gewichtige („Grundordnung“, „Hauptsatzung“, „Verfassung“) im Gegensatz zu einfachen („Gebührensatzungen“ etc.) unterschieden werden.<sup>227</sup> Konsequenz dieser Unterscheidungen nach ihrer Bedeutung sind die unterschiedlichen Formen präventiver Rechtsaufsicht, die sich an diese Maßnahmen knüpfen, die entweder genehmigt („anerkannt“, „bestätigt“, „Zustimmung erteilt“) werden muß oder bei der nur eine Mitteilungspflicht besteht. Keine Rechtsnormen sind die standardsetzenden Verhaltens- insbes. Standesrichtlinien.<sup>228</sup>

219 Schmidt-Aßmann 1991, S. 341 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann Art. 20 Rn. 140.

220 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 20 Demokratie, Rn. 79.

221 Für die Kammern: Tettinger 1997, S. 207 ff.

222 Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 121.

223 Ossenbühl 2006, § 6 Rn. 60 ff.; Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 95; Maurer 2006 § 4 Rn. 14 f.; Papenfuß 1991, S. 23 mit Hinweisen zum Streit über das Verständnis des Begriffs der Autonomie; Breuer 1992, S. 66; teilweise wird auch von „Ordnungen“ (Hochschulbereich) oder Ähnlichem gesprochen, Wolff/Bachoff/Stober 1987, § 93 Rn. 67.

224 Schmidt-Aßmann 1981, S. 1.

225 Das BVerfG (E 33, S. 125 ff [156]) definiert: „Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden“ vgl. auch Papenfuß 1991, S. 24 f. Ossenbühl 1988, § 66 Rn. 22.

226 Ossenbühl 1988, § 65 Rn. 5 f.

227 Schmidt-Aßmann 1981, S. 5 f.; Papenfuß 1991, S. 29 f.; Hsu 2004, S. 281 f.

228 Tettinger 1997, S. 191 f.



Grundsätzlich genießen Körperschaften des öffentlichen Rechts Satzungsautonomie.<sup>229</sup> Autonomie meint dabei die öffentlich-rechtliche Fähigkeit, objektive Rechtssätze zu erlassen.<sup>230</sup> Die Ratio der Verleihung von Satzungsautonomie ergibt sich für das BVerfG aus der Selbstverwaltung: „Die Verleihung von Satzungsautonomie hat ihren guten Sinn darin, gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren, den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können, eigenverantwortlich zu überlassen und dadurch den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern“.<sup>231</sup> Hinzu tritt die Funktion der Entlastung des Gesetzgebers von der Berücksichtigung der lokalen oder sachlichen Besonderheiten der in der Körperschaft zusammengefaßten Mitglieder und ihrer Interessen.<sup>232</sup> Aktivierung gesellschaftlicher Gruppen, sachnahe Regelungsmöglichkeit, wozu auch die größere Flexibilität gehört, und Entlastungsfunktion der staatlichen Rechtsetzung sind mithin die Gründe für die Einräumung von Satzungsautonomie.<sup>233</sup> Faßt man die Funktion der Satzungsautonomie somit etwas abstrakter als das BVerfG im Facharztbeschuß, wird zugleich deutlich, daß dieser Sinn auch erfüllt wird, wenn die Mitglieder nicht bestimmenden Einfluß auf die Zusammensetzung der Selbstverwaltungsorgane haben, sondern eine Anstaltsform gewählt wird.<sup>234</sup> Verbunden ist die Satzungsautonomie mit der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung und der Selbstverwaltung in diesem Sinn, nicht notwendig mit der Organisationsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts.<sup>235</sup> Die fehlende Mitgliederpartizipation beim Erlaß von Satzungen mag dann aber die Grenzen der Satzungsautonomie bei Anstalten enger ziehen und die staatlichen Steuerungsmöglichkeiten intensivieren.

Ob Körperschaften des öffentlichen Rechts Satzungsautonomie besitzen und wie weit ihr Ermessen bei deren Erlaß reicht, ist weitgehend eine Frage der gesetzlichen Ausgestaltung.<sup>236</sup> Nach Auffassung *Ebsens* rechtfertigt sich die Satzungsautonomie nur als Instrument der betroffenen Bürger zur eigenverantwortlichen

229 vgl. etwa § 4 I GO BW; für das Kammerrecht etwa § 78 StBerG, § 57 III, IV WPO, § 59b BRAO. *Scheuner* (1952, S. 613), der einen engen, an die Organisationsform der Körperschaft gebundenen Begriff der Selbstverwaltung vertritt, hält die Satzungsautonomie für ein mögliches, nicht aber notwendiges Recht der Selbstverwaltungsträger.

230 *Hendler* 1986, S. 293; *Forsthoff* 1973, S. 480; *Breuer* 1992, S. 66 f.; *Maurer* 2006, § 4 Rn. 16.

231 *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (156 f.) – Facharzt.

232 Neben dem Fußn. 231 genannten Facharztbeschuß des BVerfG auch *BVerwGE* 6, S. 247, *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 25 Rn. 48.

233 Vgl. allgemein *Papenfuß* 1991, S. 134 f.; für den Kammerbereich *Löwer* 2000, S. 93.

234 Anders aber *Löwer* 2000, S. 93.

235 Zur Satzungsbefugnis der Anstalten des öffentlichen Rechts *Ossenbühl* 1988, § 66 Rn. 12 ff. und der Stiftungen a.a.O., Rn. 16. *Ossenbühl* geht allerdings davon aus, daß „Autonomie“, soweit sie durch den Selbstverwaltungsgedanken legitimiert werden soll, eine Teil-Menge von Betroffenen, also eine korporative Basis“ voraussetze (a.a.O., Rn. 24). Differenziert man die Selbstverwaltung, wie hier vorgeschlagen nach der äußeren im Sinne der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der eigenen Angelegenheiten der juristischen Person des öffentlichen Rechts und der inneren im Sinne der mitgliederschaftlichen Partizipation, so bedarf es auch insofern der Einschränkung auf eine korporative Binnenstruktur nicht. Die Satzung ist dann das Mittel, um den Freiraum der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung allgemeine Regelungen zu schaffen.

236 Überwunden ist die Vorstellung, es handle sich bei der Satzungsautonomie um ein quasi naturrechtliches, vorstaatliches Recht der Körperschaften. Sie beruht vielmehr auf einer staatlichen Ermächtigung, *Papenfuß* 1991, S. 139; *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 25 Rn. 50; *Ossenbühl* 2006, § 6 Rn. 65.

Regelung ihrer Angelegenheiten.<sup>237</sup> Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip ließen grundsätzlich nur dann eine Ausnahme von den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 I S. 2 GG zu, wenn dieses Kriterium erfüllt sei.<sup>238</sup> In der grundrechtstragenden Selbstverwaltung der Hochschulen trete ergänzend eine Legitimation etwa durch Art. 5 III GG hinzu. Satzungsautonomie ist mithin zwar ein typisches, nicht jedoch ein notwendiges Kennzeichen der Körperschaft des öffentlichen Rechts.<sup>239</sup> Lediglich für die Gemeinden (Art. 28 II GG: „regeln“)<sup>240</sup> und Universitäten<sup>241</sup> gehört die Satzungsautonomie – in bezug auf die entsprechend garantierten Aufgaben – zum verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich ihrer Rechtsstellung.<sup>242</sup> Im übrigen hängt sie an der einfachgesetzlichen Verleihung.<sup>243</sup> Das BVerfG geht davon aus, daß sich die Satzungsautonomie in die grundgesetzliche Ordnung einfügt.<sup>244</sup> Da aber grundsätzlich rechtssatzmäßige Regelungen kaum auf den reinen Selbstverwaltungsbereich beschränkbar sind, bestehen hier in höherem Maße staatliche Ingerenzrechte als bei einzelfallbezogenem Handeln der Körperschaft.<sup>245</sup> Insbesondere muß der Staat auch hier das Wesentliche selbst regeln.<sup>246</sup> Nach den Ingerenzmöglichkeiten der unmittelbaren Staatsverwaltung kann dann weiter in freiwillige, genehmigungspflichtige und Pflichten Satzungen unterschieden werden. Vor dem Hintergrund der Bedeutung der Satzungsautonomie für die Selbstverwaltung der Körperschaft bedürfen Genehmigungsvorbehalte einer gesetzlichen Grundlage.<sup>247</sup>

Besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Satzungsautonomie aller Selbstverwaltungsträger, so bestehen doch für die Anstalt engere Grenzen, die aus der andersartigen Binnenstruktur resultieren.<sup>248</sup> Für die Körperschaft ergeben sich die Grenzen der Satzungsgewalt aus dem Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben der

237 *Ebsen* 1989, S. 327, was nicht bedeutet, daß sie in gleicher Weise betroffen sein müssen. Nur hat die Aufgabe der Körperschaft einen Bezug zu ihrem Tätigkeitsfeld, klarstellend *ders.* VVdStRL 62 (2003), S. 659 (Wortbeitrag).

238 *Ebsen* 1989, S. 329; anders: *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 86, Rn. 80.

239 *Hendler* 1986, S. 293; anders aber *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 86 Rn. 78; für die Gemeindeverbände *Bovenschulte* 2000, S. 478 – was jedenfalls der historisch überlieferten Ausstattung der Körperschaften des öffentlichen Rechts entspricht. Der Streit ist alt, vgl. schon *Peters* 1926, S. 37.

240 *Gern* 2003, Rn. 248.

241 Vgl. etwa auch Art. 16 LV NRW; Art. 20 II LV BW; *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 93 Rn. 67, *Kluth* 1997, S. 430.

242 Kritisch dazu *Emde* 1991, S. 60 f., der aus dem Schweigen des GG und der Landesverfassungen über die Satzungsautonomie schließt, daß sie kein notwendiger Bestandteil sei, dies auch historisch nicht abgeleitet werden könne, so daß auch in diesem Bereich die Satzungsautonomie von ihrer einfachgesetzlichen Verleihung abhängt.

243 Ihre praktische Bedeutung hängt in diesen Fällen angesichts eines nicht garantierten Aufgabebereichs an der gesetzlichen Durchnormierung ihrer Tätigkeit. Dies bedeutet, daß die Bedeutung der Regelungen in Form von Satzungen im Bereich der Sozialversicherungsträger sehr zurückhaltend beurteilt werden, *Ossenbühl* 1988, § 66 Rn. 10.

244 *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (157) – Facharzt.

245 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 93 Rn. 67 für die Hochschulen.

246 *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (163) – Facharzt; *Schmidt-Aßmann* 1987, S. 261 f.

247 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 86 Rn. 85.

248 Das Thema Grenzen der Satzungsgewalt gehört streng genommen zum Thema Körperschaft und ihre Umwelt, da sich die Grenzen der Reichweite der spezifischen Satzungsgewalt der Körperschaft einerseits aus ihrer mitgliedschaftlich vermittelten Legitimation und andererseits aus den Grundrechten ergeben. Die Binnenstruktur der Körperschaft prägt das Verhältnis zu ihrer Umwelt, insbesondere zu den Inhabern subjektiver Rechte. Als Konzession an die üblicherweise im Zusammenhang erfolgende Darstellung der Satzungsgewalt und ihrer Grenzen wird das Thema hier vorgezogen.

Körperschaft<sup>249</sup> sowie aus der aus dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt folgenden Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage.<sup>250</sup> Bestimmt genug ist die gesetzliche Ermächtigung in Abweichung von Art. 80 GG und entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen<sup>251</sup> schon, wenn sie die Gegenstände der Satzung erkennen läßt.<sup>252</sup> Die Abweichung ergibt sich aus der auf die Regelung der eigenen Angelegenheiten beschränkten besonderen Legitimation gerade der körperschaftlichen Rechtsetzung aufgrund der bürgerschaftlichen Partizipation. Hierdurch unterscheidet sie sich von der Normsetzung der unmittelbaren Staatsverwaltung.<sup>253</sup> Die Satzungsautonomie der Körperschaften des öffentlichen Rechts findet in ihrer Aufgabe ihre Grenzen, genauer dort, wo die Wahrnehmung des Partikularinteresses das Allgemeininteresse beeinträchtigt.<sup>254</sup> Die allgemeine Ermächtigung zur Regelung der eigenen Angelegenheiten deckt aber nicht Grundrechtseingriffe ab.<sup>255</sup> Grundsätzlich bezieht sich der personelle Geltungsbereich der Satzungen auf die Mitglieder.<sup>256</sup> Nur sie haben an der autonomen Legitimation der Körperschaft teil.<sup>257</sup> Anders steht es mit den kommunalen Satzungen, die der Universalzuständigkeit für die lokalen Angelegenheiten korrespondierend auch auf diejenigen anwendbar sind, die sich auf dem Gemeindegebiet aufhalten, ohne als Bürger am Legitimationszusammenhang der Satzungsgebung teilzuhaben.<sup>258</sup> Bei den Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung fehlt es an einer Dritten gegenüber wirksamen Legitimation.<sup>259</sup> Den Kammern ist eine Erstreckung ihrer Satzungen auf Außenstehende grundsätzlich verwehrt, wenn sie nicht ausnahmsweise gesetzlich zugelassen sind.<sup>260</sup> Begünstigende Regelungen ihnen gegenüber bleiben jedoch möglich.<sup>261</sup> Auch sind einrichtungsbezogene Satzungen (Benutzungsordnungen) sowohl auf Mitglieder wie auch auf Nichtmitglieder anwendbar.<sup>262</sup> Konkret ist die Satzungsgewalt im

249 Zu den Grenzen: *BVerfGE* 12, S. 319 ff. (325); *BVerwGE* 32, S. 308 ff. (311); *Ossenbühl* 2006, § 6 Rn. 62 u. 65; *Papenfuß* 1991, S. 134 ff.; *Maurer* 1993, S. 188 f.

250 *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (158) – Facharzt; *BVerwGE* 72, S. 73 ff. (75); *Breuer* 1992, S. 67; *Papenfuß* 1991, S. 141 f. u. 183 ff.; *Ossenbühl* 1988, § 62 Rn. 7 ff.; *Oebbecke* 2003, S. 397 f.

251 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 86 Rn. 80; *Ossenbühl* 2006, § 6 Rn. 63.

252 *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (157) – Facharzt; *Kluth* 1997, S. 488; *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 86 Rn. 80; *Schmidt-Aßmann* 1987, S. 261.

253 „Denn es macht einen erheblichen Unterschied aus, ob der Gesetzgeber seine – der Materie nach prinzipiell unbeschränkte und allen Bürgern gegenüber wirksame – Normsetzungsbefugnis an eine Stelle der bürokratisch hierarchisch organisierten staatlichen Exekutive abgibt oder ob er innerhalb eines von vornherein durch Wesen und Aufgabenstellung der Körperschaft begrenzten Bereichs einen bestimmten Kreis von Bürgern ermächtigt, durch demokratisch gebildete Organe ihre eigenen Angelegenheiten zu regeln.“ *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (157) – Facharzt; auch v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann Art. 20, Rn. 172.

254 *BVerfGE* 33, 125 ff. (159 f.) – Facharzt: Hier tritt dann der Staat als „Hüter des Gemeinwohls gegenüber den Gruppeninteressen“ in Funktion und hat die Sphären des Einzelnen, der körperschaftlichen Gemeinschaft und des Staates in ihren Grundzügen abzugrenzen.

255 *Schmidt-Aßmann/Röhl* 2005, Rn. 96; *ders.* 1981, S. 8.

256 *BVerfGE* 10, S. 20 ff. (49 f.) – Preußischer Kulturbesitz; 33, S. 125 ff. (156) – Facharzt; *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 25 Rn. 46.

257 *Papenfuß* 1991, S. 26 f., zu bedenken ist aber, daß die Satzungsgewalt wie auch das übrige hoheitliche Handeln demokratisch institutionell oder sachlich legitimiert sein kann, *Kluth* 1997, S. 495 u. 504.

258 *Schmidt-Aßmann* 1981, S. 4; *Papenfuß* 1991, S. 134 ff.

259 *Tettinger* 1997, S. 190; *Kluth* 1997, S. 504, sieht hier immerhin eine personelle Legitimation.

260 *Ossenbühl* 1988, § 66 Rn. 32; *Tettinger* 1997, S. 190; *Hsu* 2004, S. 291.

261 *Kluth* 1997, S. 505; *Papenfuß* 1991, S. 176.

262 *Papenfuß* 1991, S. 177 auch zu weiteren Ausnahmen. Regelungen mit mittelbarer Außenwirkung sind zulässig, wenn sie primär und überwiegend auf die Mitglieder bezogen sind, die Geltungserstre-

Hinblick auf die Beschränkung von Grundrechten begrenzt, ohne jedoch vor dem Hintergrund der Selbstverwaltung ganz ausgeschlossen werden zu können.<sup>263</sup> Das BVerfG hat unter Anwendung der Dreistufentheorie auf die Satzungsautonomie der Personenkörperschaften entschieden, daß „statusbildende“ Regelungen die Freiheit der Berufswahl zentral betreffen und vom Gesetzgeber selbst entschieden werden müssen, während die Berufsausübung von der Körperschaft selbst geregelt werden kann.<sup>264</sup> Das bedeutet dann z. B. auch, daß Selbstverwaltung zwar Friktionen des egalitär verstandenen Demokratieprinzips kompensieren, nicht aber den Grundrechtsstandard senken kann. Zu berücksichtigen ist auch die über das Homogenitätsprinzip des Art. 28 I S. 2 GG begründete höhere demokratische Legitimation der Gemeinden und Kreise, so daß hier prinzipiell eine Absenkung der Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt im Vergleich zu den Kammern möglich ist.<sup>265</sup> Verzichtbar ist eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe in Grundrechte aber auch hier nicht. Zusammenfassend können die Kriterien für die Abgrenzung von Satzungsgewalt und dem Parlament vorbehaltenem Regelungsbereich anhand der vier Kriterien: Grundrechtsrelevanz, Größe des Adressatenkreises, politische Wichtigkeit, fehlende Sachkompetenz des Parlaments, resp. bestehende der Körperschaft und Legitimation der Körperschaft, bestimmt werden.<sup>266</sup>

Im übrigen müssen Satzungen auch formell rechtmäßig erlassen werden, wozu ein ordnungsgemäßer Satzungsbeschluß, die förmliche Ausfertigung, eine genügende Publikation und, soweit notwendig, die staatliche Genehmigung gehören.<sup>267</sup> Regelmäßig ist für den Erlaß der Satzungen die Körperschaftsversammlung zuständig.<sup>268</sup>

### *b. Das Handeln der Körperschaft ultra vires*

Nicht immer beachten die Körperschaften die Grenzen des ihnen mit ihrer Aufgabe gesetzten Wirkungsbereichs. Beispiele sind insbesondere die Anmaßung eines allgemeinpolitischen Mandats<sup>269</sup> oder der kommunalwirtschaftlichen Be-

---

ckung auf insofern Externe unvermeidbar und zu Erfüllung einer legitimen Aufgabe notwendig sind und die Regelung auf eine hinreichende parlamentarische Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann oder im Einzelfall Ausdruck grundgesetzlich garantierter Rechte des Selbstverwaltungsträgers ist, *Papenfuß* 1991, S. 181.

263 *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (157) – Facharzt: „Andererseits würden die Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie, die ebenfalls im demokratischen Prinzip wurzeln und die dem freiheitlichen Charakter unserer sozialen Ordnung entsprechen, nicht ernst genug genommen, wenn der Selbstgesetzgebung autonomer Körperschaften so starke Fesseln angelegt würden, daß ihr Grundgedanke, die in den gesellschaftlichen Gruppen lebendigen Kräfte in eigener Verantwortung zur Ordnung der sie besonders berührenden Angelegenheiten heranzuziehen und ihren Sachverstand für die Findung „richtigen“ Rechts zu nutzen, nicht genügenden Spielraum fände.“

264 E 33, S. 125 ff. (152 ff.) – Facharzt. Dies hat auch darin seinen Grund, daß die von den statusbegründenden Regelungen Betroffenen nicht am Erlaß dieser Regelungen mitwirken können. Gleiches gilt etwa teilweise auch für Prüfungsordnungen, vgl. im einzelnen *Papenfuß* 1991, S. 33 ff.

265 *Maurer* 1993, S. 188.

266 *Kluth* 1997, S. 491 f.

267 Sie ist eine Wirksamkeitsbedingung für die Geltung der Satzung. Für Satzungen der Gemeinde vgl. etwa § 4 II, III GO BW; orientiert daran für die Kammern *Tettinger* 1997, S. 189.

268 *Hsu* 2004, S. 305 ff. auch zu weiteren Besonderheiten bei einzelnen Körperschaften und zum Satzungsgebungsverfahren mit Einzelheiten zu Ausfertigung und Verkündung.

269 *Wolff/Bachof/Stober* 2007, § 32 Rn. 9. Beispielen des Überschreitens: *Oebbecke* 1988, S. 394 f.

tätigung außerhalb des Wirkungskreises der Gemeinde.<sup>270</sup> Nach wie vor ist umstritten, welche Folge eine solche Überschreitung des Wirkungskreises hat („ultra vires“).<sup>271</sup> Ausdrückliche gesetzliche Regelungen bestehen nicht. Aber auch im übrigen ist es schwierig, klare Kriterien für Abgrenzungen von Handlungen intra und ultra vires zu finden.<sup>272</sup> Handlungen außerhalb ihres Wirkungskreises können der Körperschaft jedenfalls nicht nach den ihre Kompetenzen und Zuständigkeiten regelnden Normen zugerechnet werden. Die Frage ist aber, ob sie ihr deshalb überhaupt nicht zugerechnet werden können. Geht man nämlich von der relativen Rechtsfähigkeit aller juristischen Personen des öffentlichen Rechts aus,<sup>273</sup> müßte man die Konsequenz ziehen, daß dort, wo kein die Körperschaft befähigender Rechtssatz besteht, auch gar kein Rechtsgebilde existiert.<sup>274</sup> Ihnen fehlte dann jede Wirksamkeit, so daß von „Nicht-Akten“ zu sprechen wäre.<sup>275</sup> Der Einwand liegt allerdings nahe, daß hier ein „Schluß von der Inkompetenz auf die Machtlosigkeit“ vorliege.<sup>276</sup> Anders gewendet: Der rechtlich nicht existente Akt sei kein wirklicher Akt der juristischen Person.<sup>277</sup> Die Konsequenz wäre dann in der Tat, daß ein solcher Nichtakts auch nicht im Wege der Aufhebung nach §§ 44 u. 59 VwVfG zu beseitigen sind.<sup>278</sup>

Eine Handlung, die durch keinerlei Rechtsnorm – und sei sie noch so weit gefaßt – tatbestandsmäßig erfaßt ist, ist *rechtlich* inexistent. Für eine rechtlich inexistente Handlung kann niemand verantwortlich gemacht werden.<sup>279</sup> Soll sich also die öffentliche Gewalt ihrer Verantwortung dadurch entziehen können, daß sie die Rechtsfähigkeit von Hoheitsträgern beschränkt? Das wäre vor dem Hintergrund von Art. 20 III GG und Art. 1 III GG, der auch die Körperschaften des öffentlichen Rechts in ihren öffentlich-rechtlichen Handlungsformen erfaßt,<sup>280</sup> nicht zu rechtfertigen. Rechtsnormen, die Handlungen erfassen, können insbesondere Erlaubnissätze und Verbotsnormen sein. Wenn Rechtsfähigkeit, wie oben (222) dargelegt, die Fähigkeit ist, Zuordnungsobjekt von Rechtssätzen zu sein, leitet sie sich offenbar nicht nur von Erlaubnissätzen ab. Fehlt ein Erlaubnissatz, kann also insofern Rechtsfähigkeit bestehen, als eine Rechtsnorm an eine entsprechende Handlung eine negative Rechtsfolge in Form eines *Verbots* knüpft. Eine Handlung, zu der keinerlei Rechtsnorm berechtigt oder die durch ein Prinzip erlaubt ist, kann also

270 Ehlers 2000, S. 19 f. u. 28 f.; weitere Beispiele bei Silcher 1993, S. 31 ff.; Hufeld 2003, S. 391 f.

271 Nur dieser Aspekt des Handelns „ultra vires“ soll hier diskutiert werden. Nachweise dazu bei Ehlers 2000, S. 15, Fn. 15; ausführlich zu den Lehren vom Handeln „ultra vires“ Eggert 1977, S. 1 ff.; Silcher 1993, S. 117 ff.; Winterfeld 1986, S. 155 ff.

272 Ehlers 2000, S. 59 u. 66.

273 Rupp 1991, S. 23.

274 Ehlers 2000, S. 23.

275 Ehlers 2000, S. 22 f.; BGHZ 20, S. 119 ff. (124).

276 Hufeld 2003, S. 390.

277 Ehlers 2000, S. 62: „Insoweit versucht die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts bzw. die deutsche Ultra-vires-Lehre Überschreitungen des Wirkungskreises nach dem Motto, daß nicht sein kann, was nicht sein darf, als nicht existent im Rechtssinne hinweg zu denken.“

278 Er leidete gewissermaßen nicht an einem rechtlichen Fehler, sondern wäre in keiner Norm als Tatbestandsmerkmal enthalten und somit rechtlich neutral.

279 Diese Folge ist, anders als Ehlers (2000, S. 62) meint, rechtstheoretisch zwingend.

280 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 1 III, Rn. 43; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art 1, Rn. 195.

gleichwohl Rechtsfolgen nach sich ziehen. Soweit mithin ein Verbot einer Handlung oder wenigstens eine Regelung der Rechtsfolgen des Handelns der juristischen Personen des öffentlichen Rechts besteht, ist die juristische Person Zurechnungs-subjekt eines Rechtssatzes und somit rechtsfähig. Sie handelt nur inhaltlich nicht rechtmäßig. Legt die Rechtsordnung der Organisation Grenzen ihrer Handlungsbe-fugnis auf, macht sie sie zum Verpflichtungs-subjekt dieser rechtlichen Grenzen. Die Grundrechte als negative Kompetenznormen sind solche rechtlichen Grenzen aller öffentlichen Gewalt, mithin auch aller öffentlich-rechtlichen Organisationen.<sup>281</sup> So lange und so weit von einer solchen Organisation ein Eingriff – auch ein faktischer – ausgeht, wird sie von der Verfassung als Verpflichtungs-subjekt der Grundrechte angesehen und muß sich verfassungsrechtlich rechtfertigen. Gelingt ihr dies nicht, ist die Handlung letztlich verfassungswidrig, zumeist aber schon durch einfaches Recht mit Rechtsfolgen versehen. Bei deren Fehlen ist dann auch die Lehre vom Gesetzesvorbehalt zu beachten, die Verwaltungshandeln ohne die erforderliche Ermächtigung verfassungswidrig erscheinen läßt.<sup>282</sup> Eine hier nicht zu diskutierende Frage ist es, *welche* Rechtsfolge dann gesetzlich vorgesehen ist (Rechtswidrigkeit mit Aufhebbarkeit oder Nichtigkeit<sup>283</sup>). Es geht also gar nicht um die Frage, ob der Gesetzgeber befugt ist, die Rechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts einzuschränken.<sup>284</sup> Ihre Befugnisse und damit ihr rechtliches Dürfen kann er beschränken – ihre umfassende rechtliche Verpflichtetheit ist ihm verfassungsrechtlich vorgegeben.

Die These, daß die Überschreitung des Wirkungskreises einen Nicht-Akt zur Folge hat, kann also vermieden werden, ohne daß die These der Relativität der Rechtsfähigkeit aufzugeben ist. Zwei Annahmen sind hierzu erforderlich: Erstens, daß die Rechtssubjektivität von der Zurechnungsfähigkeit nicht nur von Erlaubnis-, sondern auch von Verbots- und anderen Rechtssätzen abhängt. Zweitens ist die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte und negative Kompetenznormen zugrundezulegen.<sup>285</sup> Die Folge ist dann die Anwendung der üblichen Rechtsfolgenregelungen. Der Unterschied zwischen Rechtspersonen des Privatrechts und juristischen Personen des öffentlichen Rechts besteht also nicht in der prinzipiellen Vollrechtsfähigkeit der ersteren und der Teilrechtsfähigkeit der letzteren,<sup>286</sup> sondern in der umfassenden rechtlichen Bindung der letzteren. Wenn verselbständigte Verwaltungseinheiten als „teilrechtsfähig“ errichtet werden, bedeutet das eine Beschränkung ihres Dürfens, nicht aber ihrer Verantwortlichkeit. Der Ansatz über die

281 In Betracht kommt bei kompetenzüberschreitendem Verhalten von Körperschaften jedenfalls der funktionalen Selbstverwaltung Art. 2 I GG.

282 GG-Kommentar Dreier-Schulze-Fielitz Art. 20, Rn. 95 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann Art. 20, Rn. 263 ff.

283 Eine Besonderheit stellt § 155 I 2 AO 1977 dar: Nur ein bekanntgegebener Steuerbescheid soll ein Steuerbescheid sein, durch den die Steuer festgesetzt werden kann. Der große Senat des BFH ist der Auffassung, daß damit ein nicht bekanntgegebener Steuerbescheid ein Nichtakt sei, *BFH NVwZ* 2003, S. 895 f. (895).

284 So aber *Ehlers* 2000, S. 69.

285 *Pieroth/Schlink* 2003, Rn. 73 f.; Kritisch gegenüber diesem Ausdruck, GG-Kommentar Dreier-Dreier Vorb. Rn. 49.

286 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Ehlers* (2000, S. 76), jedoch mit anderer Begründung über das Rechtsstaatsprinzip.

Grundrechtsbindung erscheint als spezifischer als der von Ehlers entwickelte über das Rechtsstaatsprinzip,<sup>287</sup> insofern hier ganz allgemein die rechtliche Fundierung aller staatlichen Gewalt grundgelegt ist. Sieht man die Grundrechte als Bestandteil der Prinzipien des „materiellen Rechtsstaats“,<sup>288</sup> sind die Begründungen ohnehin kompatibel.

Auf dieser Grundlage können die problematischen Fälle, die die Ultra vires-Doktrin lösen will, erfaßt werden. Sie betreffen die Fragen der Zurechnung: Wem wird es zugerechnet, wenn (1.) ein Noch-Nicht-Akt der öffentlichen Gewalt vorliegt, wenn (2.) eine Erklärung nicht ernst gemeint wurde, wenn (3.) eine Amtshandlung mit vis absoluta erzwungen wurde, wenn (4.) jemand öffentliche Gewalt ausübt, ohne hierzu autorisiert zu sein („Hauptmann von Köpenick“) oder wenn eben (5.) der Wirkungskreis der juristischen Person des öffentlichen Rechts überschritten wurde?<sup>289</sup> Bei diesem hier allein interessierenden fünften Problemkreis kann sich wiederum (a.) nachträglich herausstellen, daß die juristische Person nicht wirksam errichtet wurde oder (b.) daß dies zwar der Fall ist, sie in ihrem Handeln aber ihre Zuständigkeiten überschritten hat.

Der Fall (5a.) wurde bereits oben bei den fehlerhaften Zweckverbänden diskutiert: Maßgeblich ist hier, ob überhaupt eine Organisation entstanden ist, deren Handlungen als öffentlich-rechtlich beurteilt werden können. Regelmäßig wird man das dann annehmen müssen, wenn wenigstens eine Verbandssatzung beschlossen, genehmigt, beides bekanntgemacht wurde und dies nicht rechtsmißbräuchlich geschehen ist.<sup>290</sup> Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts dürfen, insofern sie durch die Mitgliedschaft der Verbandskörperschaft in ihren Rechten (für Gemeinden etwa Art. 28 II GG) verletzt sein können, die Fehlerhaftigkeit der Errichtung bzw. der auf ihrer Grundlage erlassenen Maßnahmen geltend machen. Natürliche Personen in Körperschaften mit Pflichtmitgliedschaft können sich hierzu auf Art. 2 I GG berufen.<sup>291</sup> Ist danach ausnahmsweise kein Verband zustande gekommen, bleibt das Handeln als fehlerhaftes den öffentlich-rechtlichen Gründungsmitgliedern zurechenbar. Sind die Gründungsmitglieder Privatrechtssubjekte, müssen sie jedoch zivilrechtlich als BGB-Gesellschaft gesamtschuldnerisch haften und können keine öffentlich-rechtliche Wirkung herbeiführen. Hier liegt weder ein staatliches (Genehmigung) noch überhaupt ein öffentlich-rechtliches zurechenbares Verhalten vor. Nur in diesen Mißbrauchsfällen entspricht das Handeln der Gründungsmitglieder der Köpenickiade und ist als Amtsanmaßung auch der Genehmigungsbehörde nur bei entsprechender Mitwirkung öffentlich-rechtlich zurechenbar. Das Handeln geschieht nicht „ultra vires“, sondern „sine vi“.<sup>292</sup>

287 Ehlers 2000, S. 68 f.

288 Kritisch dazu Sobota S. 448 f. u. 485, die aber ein Beziehungsgefüge zwischen Grundrechten und Rechtsstaatsprinzip annimmt, zum Zusammenhang zwischen Grundrechten und Rechtsstaatsprinzip auch differenzierend dies. S. 65 ff.

289 Ehlers 2000, S.13 f.

290 Vgl. OVG Weimar ThürVGRspr 2001, S. 77 ff. (83).

291 Aschke 2003, S. 922 f.; zur Zwangsmitgliedschaft in Körperschaften des öffentlichen Rechts näher unten Teil D.

292 Hufeld 2003, S. 394.

Im Fall der Überschreitung des Wirkungskreises bleibt das Handeln – ggf. den Trägerorganisationen – zurechenbar.<sup>293</sup> Es ist jedoch, sofern nicht besondere Gründe vorliegen, nichtig. Körperschaften existieren mithin als juristische Personen, soweit sie rechtsfähig sind. Rechtsfähig sind sie, soweit ihnen Kompetenzen und Verpflichtungen zugerechnet werden. Auch bei eingeschränkten Kompetenzen sind sie der umfassenden Bindung an die Grundrechte unterworfen und insofern umfassend verpflichtete. Sind Körperschaften nicht oder fehlerhaft errichtet worden, können sie als solche fehlerhaften Vor-Körperschaften prinzipiell gleichwohl verpflichtet sein. Darüber hinaus sind sie nach den Grundsätzen über die Vor-Gesellschaft zivilrechtlich haftbar. Die Vorstellung, die in diesem Zusammenhang abgegebenen Erklärungen seien Nichtakte (*ultra vires*), ist unzutreffend.

### 3. Haftungsfähigkeit

Die Haftung der Körperschaften des öffentlichen Rechts richtet sich weitgehend nach den allgemeinen Grundsätzen.<sup>294</sup> Das bedeutet, daß sich die privatrechtliche (vertragliche und gesetzliche) Haftung der Körperschaft für ihre Organe nach den §§ 31 u. 39 BGB richtet. Das Verhalten des Organs wird ihr zugerechnet, wenn es in „amtlicher Eigenschaft“ geschah, ohne daß es dabei auf eine Vertretungsmacht ankäme.<sup>295</sup>

Für öffentlich-rechtliches Handeln haftet sie nach § 839 i.V.m. Art. 34 GG als Anstellungs- bzw. Anvertrauenskörperschaft nach den üblichen Voraussetzungen. Dies gilt auch für alle vertretungsberechtigten Bediensteten.<sup>296</sup> In Erweiterung einer kommunalrechtlichen Entscheidung des BGH<sup>297</sup> kommen als Dritte hierbei nicht nur Privatrechtssubjekte, sondern alle auch öffentlich-rechtlich organisierten Rechtspersonen in Betracht, sofern sie in einem „Interessen-Gegensatz“ zu der betreffenden Körperschaft stehen.<sup>298</sup> Die strafrechtliche Deliktsfähigkeit fehlt allen Körperschaften des öffentlichen Rechts als juristischen Personen. Im Ordnungswidrigkeitenrecht gilt § 30 OWiG.

### 4. Partei- Beteiligungs- und Prozeßfähigkeit

Die rechtsfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts sind parteifähig (§ 50 ZPO<sup>299</sup>) in Zivilprozessen, beteiligungsfähig in Verwaltungsprozessen (§ 61 Nr. 1 VwGO) und Verwaltungsverfahren (§ 11 [L]VwVfG) und prozeßfähig (§§ 51, 52 ZPO, 62 VwGO).

<sup>293</sup> Ehlers 2000, S. 77.

<sup>294</sup> Vgl. aber für die zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Haftung (*Musielak/Detterbeck* 1995 § 74 Rn.1) die spezialgesetzliche Regelung des § 74 HwO für die Innungen, die gem. § 83 I Nr. 3 HwO auch auf die Innungsverbände und § 89 I Nr. 5 HwO auch auf die Kreishandwerkerschaften entsprechend anwendbar ist.

<sup>295</sup> Gern 2003, Rn. 141 f.

<sup>296</sup> *Musielak/Detterbeck* 1995, § 110 Rn. 5; Gern 2003 Rn. 141.

<sup>297</sup> BGHZ 32, S. 146.

<sup>298</sup> Gern 2003, Rn. 144; ein Grund, weshalb dies nicht auch auf die Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung ausgedehnt werden sollte, ist nicht ersichtlich.

<sup>299</sup> Weth 2007, § 50 Rn. 20.



## 5. Vollstreckungsfähigkeit und Insolvenzfähigkeit

Gerade auch im Bereich von Zwangsvollstreckung und Insolvenz zeigt sich die besondere Stellung der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie muß im Interesse der Gläubiger möglich sein, darf aber andererseits die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, um derentwillen sie errichtet wurde, nicht gefährden.<sup>300</sup>

### a. Die Zwangsvollstreckung und öffentlich-rechtliche Vollstreckung gegen Körperschaften des öffentlichen Rechts

Die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind gem. § 882a ZPO in gleicher Weise vollstreckungsfähig wie Bund und Länder. Sicherheitsvorkehrungen wurden jedoch getroffen, um Beeinträchtigungen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Körperschaft durch die Vollstreckung zu verhindern. Deshalb muß bei der Vollstreckung von Geldforderungen<sup>301</sup> der private Vollstreckungsgläubiger seine Absicht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, dem gesetzlichen Vertreter der Körperschaft und ggf. auch dem zuständigen Finanzminister vier Wochen vor der Zwangsvollstreckung mit dem erforderlichen Inhalt<sup>302</sup> anzeigen (§ 882a I u. III ZPO). Auch im Umfang darf die Vollstreckung nicht die Wahrnehmung der Aufgaben der Körperschaft gefährden (§ 882a II ZPO).<sup>303</sup> Landesrechtlich ist zudem bei einer Vollstreckung gegen Gemeinden eine Zulassungsverfügung der Rechtsaufsichtsbehörde erforderlich.<sup>304</sup> Bei der Verfügung, die sowohl gegenüber der Gemeinde als auch gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger ein Verwaltungsakt ist,<sup>305</sup> prüft die Rechtsaufsichtsbehörde, ob die Vollstreckung die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben gefährden würde oder ein sonstiges überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht.<sup>306</sup> Hierbei hat sie kein Ermessen.<sup>307</sup>

Die Vollstreckung durch öffentlich-rechtliche Gläubiger vollzieht sich auf der Grundlage des VwVG für Forderungen des Bundes und seiner juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 1 I VwVG) und der Landesverwaltungsvollstreckungsgesetze für entsprechende Forderungen. Auch hierbei ist, um die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nicht zu gefährden, die Vollstreckung durch die Rechtsaufsichtsbehörde der Körperschaften zu genehmigen.<sup>308</sup> Die Anwendung von Zwangsmitteln entfällt, sofern sie nicht durch Spezialgesetze extra zugelassen wurde.<sup>309</sup>

300 Tettinger 1997, S. 105.

301 Die Vorschrift ist nicht auf die Vollstreckung dinglicher Forderungen anwendbar, Becker 2007, § 882a Rn. 2.

302 Beabsichtigter Vollstreckungsort, beabsichtigte Zeit und alle Vollstreckungsvoraussetzungen, Becker 2007, § 882a Rn. 3.

303 Vgl. auch *BVerfG* NJW 1982, S. 2859 ff. (2860).

304 Vgl. etwa § 127 GO BW; § 122 GO Sachs; § 69 KO Thür, zum folgenden *Pencereci/Siering* 1996, S. 401 ff.

305 *Gern* 2003, Rn. 716.

306 Es würde hier zu weit führen, auch auf die Frage einzugehen, ob dies auch für die Zwangsvollstreckung in Eigengesellschaften gilt, vgl. hierzu

307 *Pencereci* 1996, S. 402.

308 Vgl. etwa § 17 LVwVG BW.

309 § 17 VwVG; aus dem Landesrecht etwa § 22 LVwVG BW; derartige Vorschriften sind etwa § 50 I 1 KWG für das Bundesamt für das Kreditwesen, vor allem aber die Zwangsmittel der Kommunalaufsichtsbehörden.

### b. Insolvenzfähigkeit

Die Insolvenz einer Körperschaft des öffentlichen Rechts würde die Erfüllung ihrer im Gemeinwohl liegenden Aufgaben ausschließen. Auf der anderen Seite müssen auch die Interessen der Insolvenzgläubiger berücksichtigt werden.<sup>310</sup> Nachdem das BVerfG schon früher gegenüber der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts verfassungsrechtliche Bedenken erhob,<sup>311</sup> wird sie nun von § 12 InsO ausgeschlossen, insofern das Landesrecht dies vorsieht.<sup>312</sup> Für die Gemeinden und Gemeindeverbände ist ein solcher Ausschluß verfassungsrechtlich aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG geboten, da ein Insolvenzverfahren in die Organisations- und Finanzhoheit der Gemeinden eingreifen würde: Die Entscheidung über die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ginge auf den Insolvenzverwalter über!<sup>313</sup> Hinsichtlich von Arbeitnehmerforderungen wird dem Land aber in § 12 II InsO eine Ausfallhaftung auferlegt.<sup>314</sup> Hierbei ist allerdings manches unklar geblieben. So ist insbesondere das Verhältnis von § 12 II InsO zu anderen Haftungsregelungen offen. Bei den AOKs besteht etwa eine Haftung des Landes- oder Bundesverbandes bei Auflösung einer AOK.<sup>315</sup> Ausgeschlossen ist die Insolvenz mangels passiver Parteifähigkeit ohnehin bei den nichtrechtsfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts.<sup>316</sup>

Die Handwerksinnungen und die Kreishandwerkerschaften sind hingegen insolvenzfähig (§ 77 I u. § 89 I Nr. 5 HwO).<sup>317</sup> Die Rechtskraft des amtsgerichtlichen Beschlusses zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat ihre Auflösung kraft Gesetzes zur Folge. Für die Handwerkskammern fehlt eine entsprechende Regelung. Überwiegend wird zwar die Möglichkeit des Konkurses angenommen. Dieser soll jedoch in gleicher Weise wie bei den Innungen und Kreishandwerkerschaften die öffentlich-rechtliche Auflösung zur Folge haben, da sie nach § 113 HwO nur durch Gesetz oder Rechtsverordnung aufgelöst werden können.<sup>318</sup> BVerwG und BVerfG haben auch die Konkursfähigkeit der IHKs nicht ausgeschlossen.<sup>319</sup> Das gleiche gilt für die Rechtsanwalts- und Ärztekammern.<sup>320</sup>

310 *Lehmann* 1999, S. 14 f.

311 Und dies auch in Art. IV EGÄndGKO und § 15 Nr. 3 EGZPO i.V.m. mit den einschlägigen landesgesetzlichen Regelungen für die Gemeinden ausgeschlossen war, hierzu ausführlich: *Lehmann* 1999, S. 46 ff.

312 Von dieser Regelung haben etwa Bayern in § 25 AGGVG, Hessen § 26 I 2 HessVwVG und Baden-Württemberg § 45 AGGVG, Thüringen in § 69 III KO Gebrauch gemacht, vgl. dazu *Lehmann* 1999, S. 49 f.; *Grawert* 1983, S. 587.

313 Denn mit der „Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht der Gemeinden, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über.“ (§ 80 InsO), *Lehmann* 1999, S. 102.

314 Zu den Einzelheiten: *Gundlach* 2001, S. 778 f.

315 §§ 146a S. 3 i.V. mit 155 IV SGB V, vgl. *Gundlach* 2001, S. 779; allgemein auch *Lehmann* 1999, S. 149 ff.

316 *Lehmann* 1999, S. 18.

317 Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat dabei die Auflösung der Innung zur Folge (§ 77 I HwO, vgl. auch *Honig* 2004, § 77 Rn. 3, § 89 Rn. 2: Nach der Liquidation der Kreishandwerkerschaft ist unverzüglich eine neue zu errichten.

318 *Lehmann* 1999, S. 161.

319 *BVerwGE* 64, S. 248 ff. (256); *BVerfGE* 89, S. 132 ff.

320 *BVerwG* BB 1982, S. 372 f.; *Lehmann* 1999, S. 165. Nicht insolvenzfähig ist die Hessische Landesärztekammer, § 26 I S. 4 Hess VwVG; vgl. auch *Tettinger* 1997, S. 105.

## 6. Das Namensrecht

Zur Rechtsfähigkeit gehört auch das Namensrecht (Namensbestimmungs- und -änderungsrecht), zu dem auch das Recht einer bestimmten Bezeichnung („Stadt“,<sup>321</sup> „Universität“ „IHK“ etc.) und teilweise das Recht zum Führen von Wappen, Flaggen und Dienstsiegeln<sup>322</sup> gehört. Die Körperschaften können sich damit gegen verwechslungsfähige Bezeichnungen schützen.<sup>323</sup>

Das Namensrecht basiert nicht bei allen Körperschaften des öffentlichen Rechts auf der gleichen Grundlage. Nicht zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie, aber doch Teil der Rechtssubjektsgarantie des Art. 28 II S. 1 GG ist es den Gemeinden und Gemeindeverbänden prinzipiell gewährleistet.<sup>324</sup> Insofern ist ihnen das Recht garantiert, überhaupt einen Namen führen zu dürfen. Das Namensbestimmungsrecht hingegen betrifft staatliche Interessen. So wird es häufig vom Staat wahrgenommen oder bedarf doch seiner Zustimmung.<sup>325</sup> Der von einer Namensänderung betroffenen Gemeinde sind dabei aber aus ihrer subjektiven Rechtsstellungsgarantie verfahrensrechtliche Mitwirkungsrechte garantiert. Das Namensrecht ist im übrigen zugleich privatrechtlich und öffentlich-rechtlich geschützt. Der Schutz ergibt sich einfachrechtlich aus den gemeinderechtlichen Vorschriften sowie einer analogen Anwendung von § 12 BGB.<sup>326</sup> Für die Kammern und Hochschulen folgt dies aus § 12 BGB.<sup>327</sup> Das unberechtigte Führen des Titels „Universität“ ist aber zugleich öffentlich-rechtlich abgesichert, indem es gegen die öffentliche Ordnung verstößt.<sup>328</sup>

## 7. Dienstherrenfähigkeit<sup>329</sup>

Dienstherrenfähig sind Körperschaften des öffentlichen Rechts nur, sofern ihnen dieses Recht durch Gesetz oder Satzung mit Genehmigung der zuständigen Stelle verliehen wurde oder sie es vor Inkrafttreten des BRRG schon besaßen (§ 121 Nr. 2 BRRG). Letzteres gilt etwa für die Handwerkskammern.<sup>330</sup> Bei den Gemeinden folgt dies aus ihrer Personalhoheit.<sup>331</sup> Ferner besitzen die IHKs,<sup>332</sup> die Sozialversicherungsträger<sup>333</sup> sowie die Zweckverbände<sup>334</sup> diese Fähigkeit. Die Hochschullehrer und das verbeamtete Hochschulpersonal sind aber, der Doppelstruktur der Hochschule als Körperschaft und Anstalt folgend, traditionell zumeist Beamte des

321 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 86 Rn. 9.

322 Vgl. etwa § 5 III UG BW; auch *Bethge* 2000, Rn. 131; HRG-Denninger-Lüthje § 58, Rn. 21.

323 Für den Bereich der berufsständischen und Wirtschaftskammern: *Tettinger* 1997, S. 105; *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 1 Rn. 16.

324 Vgl. bereits oben S. 403; *Schmidt-Aßmann/Röhl* 2005, Rn. 12; v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 158.

325 Vgl. etwa § 5 I GO BW u. Art. 2 GO Bay.

326 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 86, Rn. 11.

327 *Tettinger* 1997, S. 105; *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 1 Rn. 265.

328 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 93, Rn. 76.

329 Vgl. auch die Übersicht bei *Kluth* 1997, S. 256 f.; *Mronz* 1973, S. 183 ff.

330 *Tettinger* 1997, S. 122; *Breuer* 1992, S. 63 f.

331 *Gern* 2003, Rn. 175 u. 159.

332 § 5 IHKG BW, vgl. auch *Tettinger* 1997, S. 122 f.

333 § 143 I u. 145 SGB VI; § 149 Unfallkasse Post und Telekom und § 149 a I SGB VI des Bundes.

334 Vgl. etwa § 17 GKZ BW.

jeweiligen Bundeslandes. Anders steht es mit der Stiftungshochschule (Hochschulen in der Trägerschaft rechtsfähiger Stiftungen des öffentlichen Rechts).<sup>335</sup> Sie besitzt nach § 58 I S. 1 HG Nds die Dienstherrnenfähigkeit gem. § 2 I NBG.

## IV. Formen von Bildung und Errichtung der Körperschaft des öffentlichen Rechts und ihrer Auflösung

Die Entstehung der Körperschaften des öffentlichen Rechts unterliegt einem gestuften Einfluß des Staates. Sie können durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Verwaltungsakt oder Vertrag *errichtet* werden.<sup>336</sup> Körperschaften müssen aber nach dem oben zur Organisationsgewalt Ausgeführten durch Gesetz *gebildet* werden, sofern sie nicht schon in den Verfassungen hinreichend konkret<sup>337</sup> vorgesehen sind.<sup>338</sup> Einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung dazu bedarf es umgekehrt jedoch nicht, da dem Gesetzgeber hierbei ein Ermessen zukommt.<sup>339</sup> Die konkrete Ausstattung mit Personal- und Sachmitteln ist ihre Einrichtung; das Gegenstück dazu ist die Abwicklung der aufgelösten Juristischen Person. Zwar müssen ihre Form und die generellen Voraussetzungen ihrer Errichtung durch ein Gesetz festgelegt werden („Bildung der Körperschaft“), die konkrete Entstehung kann aber durchaus durch die Mitglieder selbst betrieben werden. Auch hier bedarf es dann aber wenigstens der staatlichen Genehmigung der Satzung. Im einzelnen ergeben sich unterschiedliche Anteile des Einflusses von Gesetzgeber, der unmittelbaren Staatsverwaltung und der Mitglieder der Körperschaft.

### 1. Errichtung durch Gesetz

Körperschaften werden durch Gesetz errichtet, wenn sie dort vorgesehen sind und keine weitere Handlung mehr zu ihrer Entstehung notwendig ist oder wenn sie die Normativbestimmungen des Gesetzes erfüllen.<sup>340</sup> Das Gesetz knüpft an bestimmte Merkmale von Personengruppen (Eigentümer eines von im Aufgabenbereich gelegener Grundstücke, Angehörige eines Berufs etc.) an und legt fest, daß

335 Vgl. auch *Ipsen* 2006, S. 582; *Battis/Griegoleit* 2002, S. 68.

336 Dies hat in der Sache allgemeingültig § 38 SchHst LVwG festgehalten; vgl. auch § 17 LOG BBG; § 18 LOG NRW; § 18 LOG Saar; eine entsprechende Vorschrift fehlt in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

337 Der Schutz der Selbstverwaltung der „sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten“ in einigen Landesverfassungen (etwa Art. 71 I S. 3 LV BW) reicht dafür nicht aus, weil hierdurch noch nicht über die wesentlichen Fragen ihrer Organisation entschieden worden ist.

338 *Forsthoff* 1973, S. 440; zu Ausnahmen *Stelkens* 2003, S. 491. Eine Ausnahme war etwa die Ostfriesische Landschaft, die nach 1945 ohne gesetzliche Grundlage aufgrund der Genehmigung der frei vereinbarten Verbandssatzung durch den niedersächsischen Innenminister gebildet und zugleich errichtet worden war, *Bovenschulte* 2000, S. 101, Fn. 11.

339 Anders aber *Jestaedt* (1993, S. 358, 523 f. u. passim) vor dem Hintergrund der Annahme der hierarchischen Verwaltung als „Standardmodell“; selbst, wenn man diese Bedenken teilt, enthalten das GG mit Art. 28 II S. 2 und entsprechende Vorschriften der Landesverfassungen auch für andere Körperschaften des öffentlichen Rechts die insoweit notwendigen allgemeinen Grundlagen, *Bovenschulte* 2000, S. 104.

340 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 84 Rn. 15; *Rasch* 1970, S. 768.

diese Personen die Körperschaft bilden.<sup>341</sup> Bei dieser Form wird dem allgemeinen institutionellen Gesetzesvorbehalt unproblematisch Rechnung getragen,<sup>342</sup> eine Mitwirkung der Mitglieder wie auch der staatlichen Verwaltung findet nicht statt. Um geänderten Umständen – etwa einer Größenanpassung – Rechnung zu tragen, werden dann die Aufsichtsbehörden zu weiteren Neu- und Umbildungen ermächtigt.<sup>343</sup> Den Mitgliedern der Körperschaft bzw. ihren Vorständen wird jedoch ein Anhörungsrecht gewährt.<sup>344</sup>

Die Universitätsgesetze der Länder enthalten häufig keine Bestimmungen über die Errichtung der Hochschulen, sondern Kataloge der bestehenden Universitäten. Da zumeist keine weitere Ermächtigung zur Errichtung besteht, wird man davon ausgehen müssen, daß neue Universitäten nur per Gesetz gegründet werden können bzw. durch ihre Nennung anerkannt sind.<sup>345</sup>

Eine besondere Form der Entstehung durch Gesetz liegt vor, wenn eine Körperschaft als gesetzliche Folge eines bestimmten, nicht auf ihre Errichtung abzielenden Hoheitsaktes entsteht. Dies ist bei den Teilnehmergeinschaften nach dem Flurbereinigungsgesetz der Fall: Hat die Flurbereinigungsbehörde einen Flurbereinigungsbeschluß aufgestellt und bekanntgemacht (§§ 4 u. 115 I FlurbG), dann entsteht unter den Beteiligten (gem. § 10 FlurbG) eine Teilnehmergeinschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 16 FlurbG).<sup>346</sup>

Neue Gemeinden entstehen nur noch durch Vereinigung und Umbildung. Die Gemeinden sind dabei weder durch Institutionsgarantie des Art. 28 II 1 GG noch durch die entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen<sup>347</sup> gegenüber einer Änderung ihres Gebietsbestandes geschützt.<sup>348</sup> Diese Änderung vollzieht sich in den Bundesländern unterschiedlich: In einigen Bundesländern grundsätzlich durch Gesetz.<sup>349</sup> In anderen ist vorgesehen, daß nur Gebietsänderungen gegen den Willen der beteiligten Gemeinden durch Gesetz erfolgen,<sup>350</sup> in Fällen von geringer Bedeutung auch durch Rechtsverordnung.<sup>351</sup> Teilweise können Gebietsänderungen auch durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung der betroffenen Gemeinden mit Genehmigung

---

341 Vgl. etwa die Jagdgenossenschaften § 9 I 1 JagdG und landesrechtlich etwa die Fischereigenossenschaften nach § 23 I 1 FischG BW; im Bereich der Kammern: §§ 60 u. 175 I BRAO; § 65 I 1 u. 76 I BnotO; § 53 PAO; § 4 I WPO; §§ 73 I u. 85 StBerG – die Steuerberaterkammern mehrerer Oberfinanzbezirke können sich auch zu einer neuen „Gemeinsamen Steuerberaterkammer“ zusammenschließen. Eine Genehmigung durch eine staatliche Behörde ist nicht vorgesehen (§ 75 I StBerG); § 27 I SeelG für die Seelotsenkammer; landesrechtlich etwa § 1 HeilbKG-BW für die Landesärzte-, -zahnärzte-, -tierärzte-, -apotheker- und -psychotherapeutenkammer, vgl. auch § 1 S. 2 HeilBerG NW; § 10 ArchG BW u. § 7 BauKaG NW;.

342 Kluth 1997, S. 231.

343 So etwa in § 61 BRAO; § 65 I S. 2 BNotO.

344 Vgl. etwa § 61 I S. 2 BRAO; die Neuerrichtung ist für die bestehende Kammer ein belastender Verwaltungsakt, den sie nach § 223 BRAO anfechten kann, Feuerich/Weyland 2003, § 61 Rn. 3.

345 Kluth 1997, S. 42.

346 Zum Verfahren und den Voraussetzungen auch Steding 1992, S. 352.

347 Häufig ist die Möglichkeit der Gebietsänderung ausdrücklich vorgesehen, vgl. etwa Art. 74 I LV BW; Art. 98 LV Bbg; Art. 59 LV Nieders.

348 BVerfG NVwZ 1993, S. 262 ff. (263).

349 § 12 I S. 1 GO Bay; § 19 III GO NRW.

350 Hier ist die Gesetzesform aber verfassungsrechtlich geboten, etwa Art. 74 I 1 LV BW; § 8 III GO BW; Art. 98 II LV Bbg; Art. 59 II LV Nieders.

351 Die geringe Bedeutung bemißt sich nach der Größe des betroffenen Gebietes und der betroffenen Einwohnerzahl, z. B. § 12 I GO Bay; § 19 III GO NRW.

der Rechtsaufsichtsbehörde geschehen.<sup>352</sup> Die Neubildung erfolgt dann durch Gebietsabtrennung oder Gebietszusammenlegung. Die Gemeinden können hier Anträge stellen auf Neubildung stellen. Erfolgt die Neubildung gegen den Willen der betroffenen Gemeinden, besitzen sie jedoch mindestens ein zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie gehörendes Anhörungsrecht,<sup>353</sup> teilweise sind auch Bürgerentscheide vorgesehen.<sup>354</sup> Dabei sind mit abnehmender Freiwilligkeit gesteigerte Anforderungen an die Gründe des Gemeinwohls zu stellen, die die Änderung rechtfertigen sollen.<sup>355</sup> Hierbei prüft das BVerfG auch die Verhältnismäßigkeit der Gebietsänderung.<sup>356</sup> Bei den freiwilligen Gebietsänderungen sind die betroffenen Bürger zu hören.<sup>357</sup> Insgesamt zeigt sich hier das mitgliederschaftliche Element der Körperschaft an den Anhörungsrechten der Gemeindebürger und gestärkt durch die Möglichkeit von Bürgerentscheiden. Zugleich wird deutlich, daß im Konflikt zwischen dem Bestandsinteresse und dem Gemeinwohl des Bundeslandes die Gemeinde sich nicht gegenüber dem Allgemeininteresse durchsetzen kann.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß neben der Bildung auch die Errichtung von Körperschaften des öffentlichen Rechts durch Gesetz erfolgen kann und erfolgen muß, wenn verfassungsrechtlich geschützte Belange der Beteiligten durch die Errichtung betroffen sind.

## 2. Errichtung auf gesetzlicher Grundlage durch Rechtsverordnung

Dem institutionellen Gesetzesvorbehalt wird auch dann Genüge getan, wenn die Körperschaften in einem Modellgesetz abstrakt vorgesehen, also gebildet werden und die Errichtung der individuellen Körperschaft in das Ermessen der Verwaltung gestellt wird.<sup>358</sup> Dies ist in einigen Landesverfassungen ausdrücklich so vorgesehen.<sup>359</sup>

352 Z. B. § 8 II GO BW; § 9 II 1 KO Thür; in einigen Bundesländern kann ein Bürgerentscheid an die Stelle eines Gebietsänderungsvertrages treten, z. B. § 12 I S. 2 GO MV.

353 BVerfG NVwZ 1993, S. 262 ff. (263); BVerfGE 50, 195 (202) – Laatzten.

354 Z. B. § 21 I Nr. 2 GO BW.

355 Zur Anforderung an das Gemeinwohl auch BVerfG NVwZ 1993, S. 262 ff. (263) u. BVerfGE 50, 195 (202) – Laatzten. Vgl. etwa § 11 II BayGO: „Änderungen im Bestand oder Gebiet von Gemeinden können unbeschadet des Absatzes 1 vorgenommen werden, 1. wenn Gründe des öffentlichen Wohls vorliegen und die beteiligten Gemeinden einverstanden sind, 2. gegen den Willen beteiligter Gemeinden, wenn dringende Gründe des öffentlichen Wohls vorliegen. Vor Maßnahmen nach Satz 1 Nr. 2 sind die beteiligten Gemeinden zu hören.“

356 Zu den Voraussetzungen: Knemeyer 1992, S. 314. BVerfG NVwZ 1993, S. 262 ff. (263); BVerfGE 50, 195 (202) – Laatzten.

357 Z. B. § 9 II S. 2 KO Thür.

358 Bovenschulte 2000, S. 105; vgl. etwa § 12 I Nr. 1 IHKG i.V.m. den landesrechtlichen Gesetzen über die Industrie- und Handelskammern, etwa § 1 IHKG-BW (zu weiteren vgl. Frenzels/Jäkel/Junge/ Hinz/ Möllering 1999, § 12 Rn. 12).

359 Für die Errichtung, Umgestaltung und Auflösung von Gemeinden und Gemeindeverbänden etwa Art. 74 II S. 1 u. III S. 1 LV BW; Art. 98 II S. 1, III S. 1 LV Bbg;

### 3. Errichtung auf gesetzlicher Grundlage durch Verwaltungs- oder sonstigen Hoheitsakt

Andere Körperschaften des öffentlichen Rechts können durch einen sonstigen Organisationsakt mit Rechtsnormcharakter errichtet werden.<sup>360</sup> Dies gilt auch, wenn in den Fällen möglicher freiwilliger Vereinigung ein Verband nicht zustande kommt,<sup>361</sup> seine Errichtung aber gleichwohl aus wichtigen oder dringenden Gründen des Gemeinwohls geboten ist.<sup>362</sup> Die Errichtung wird mit der Veröffentlichung des Organisationsaktes wirksam.<sup>363</sup>

### 4. Errichtung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag und durch Genehmigung der Satzung

Am geringsten ist der staatliche Einfluß, wenn die Körperschaft zwar im Gesetz vorgezeichnet ist, ihre Errichtung aber auf freiwilliger Vereinbarung entweder von Privatrechtssubjekten oder von juristischen Personen des öffentlichen Rechts beruht, die selbst oder bei der nur noch die von diesen beschlossene Satzung einer Genehmigung durch die staatliche Aufsichtsbehörde bedarf. Zwar ist auch in diesem Fall aufgrund des institutionellen Gesetzesvorbehalts eine gesetzliche Grundlage notwendig, die die Ordnung der Körperschaften im wesentlichen vorzeichnet.<sup>364</sup> Nicht verfassungsrechtlich festgelegt ist aber der Einfluß des Staates bei der Errichtung.

Hierher gehören die als Freiverbände errichteten Zweckverbände.<sup>365</sup> Der Zweckverband kommt dabei auf der Grundlage einer Vereinbarung unter den beteiligten Gemeinden nach der Genehmigung der Verbandssatzung durch die Aufsichtsbehörde zustande.<sup>366</sup> Auch bei den freiwillig gebildeten Körperschaften ist der Staatseinfluß maßgeblich für das Entstehen der öffentlich-rechtlichen Rechtsform und sichert die Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit. Abfallverbände des Landes Baden-Württemberg können nach § 7 I LabfG BW von den Beteiligten entweder freiwillig mit Zustimmung der höheren Abfallrechtsbehörde gegründet, oder dazu verpflichtet sein, wenn diese Behörde ein dringendes Bedürfnis dazu feststellt. In diesem Fall kann bei Nichterfüllung der Verpflichtungen die Rechtsaufsichtsbehörde selbst die notwendigen Maßnahmen treffen.

Bei den kommunalen Planungsverbänden kommt es auf diese Mitwirkung nicht an (§ 205 f. BauGB). Zwar reicht die Selbstverwaltungsgarantie des GG nicht so

360 So die Errichtung der Handwerkskammern durch die oberste Landesbehörde gem. § 90 III S. 1, 1. Hs. HwO; die IHKS gem. § 12 I Nr. 1 IHKG i.V.m. etwa § 1 I IHKG BW, § 1 IHKG NRW; § 65 I S. 2.

361 Vgl. etwa Planungsverbände, § 205 II BauGB.

362 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 91 Rn. 11 für die Zweckverbände als Pflichtverbände.

363 *Musiak/Detterbeck* 1995, § 90 Rn. 17; *Honig* 2004, § 90 Rn. 11.

364 *Bovenschulte* 2000, S. 111 f. für die Zweckverbände; dies dürfte aber vor dem Hintergrund des oben zum institutionellen Gesetzesvorbehalt Gesagten für alle Körperschaften des öffentlichen Rechts gelten.

365 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 91. Rn. 8; vgl. etwa §§ 2 I u. 6 f. GKZ BW; §§ 17 f. KommZG Bay – Gegründet werden kann der Verband nur durch Gemeinden und Landkreise, auch wenn Verbandsmitglieder auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts sein können, § 2 II S. 2 GKZ BW.

366 Etwa § 8 II GKZ BW.

weit, daß die Gemeinden sich ohne gesetzliche Grundlage zu neuen Verbänden zusammenschließen könnten.<sup>367</sup> Auch folgt diese Kompetenz nicht aus der Kooperationshoheit der Gemeinden und Gemeindeverbände.<sup>368</sup> Um der kommunalen Planungshoheit willen besteht aber hierbei nicht einmal eine Genehmigungspflicht der staatlichen Aufsichtsbehörden.<sup>369</sup> Die staatliche Verwaltung tritt erst in Aktion, wenn der Zusammenschluß oder die Satzung nicht zustande kommt und entweder eine Gemeinde oder eine staatliche Behörde einen Antrag stellt. Sie bildet nun den Zusammenschluß, wenn Gründe des Gemeinwohls dies erfordern, zwangsweise (§ 205 II BauGB). Schließlich ist es aus den gleichen Gründen möglich, daß die Satzung von der Landesregierung, nachdem auch ein Satzungsvorschlag nicht angenommen wurde, festgesetzt wird (§ 205 III BauGB).<sup>370</sup> Kommt eine Einigung nicht zustande, kann dann aus Gründen des Gemeinwohls die staatliche Behörde, die Landesregierung, mehrere Körperschaften zusammenschließen. Bei entsprechender Betroffenheit können dies auch die Regierungen mehrerer Bundesländer, bei Beteiligung von Bundeskörperschaften unter Einbeziehung der Bundesregierung (§ 205 II BauGB) vornehmen. Die staatliche Organisationsgewalt steht hier bei der Bildung der Körperschaft gewissermaßen in der Reserve, um das Allgemeininteresse auch dann durchzusetzen, wenn dies den (potentiellen) Mitgliedern der Körperschaft nicht gelingt.

Verfahren abgestufter staatlicher Ingerenz finden sich im Bereich der Realkörperschaften. Bei den Forstbetriebsverbänden stehen private Verbände und öffentliche in einem solchen Stufenverhältnis: Zum Zweck der Verbesserung der Bewirtschaftung von Waldflächen und der Aufforstung (§ 16 BWaldG), können freiwillig private Forstbetriebsgemeinschaften gebildet werden (§ 17 BWaldG), die aber bestimmte öffentliche Aufgaben besitzen und weitere Voraussetzungen erfüllen müssen, um staatlich anerkannt zu werden (§§ 17, 18 BWaldG).<sup>371</sup> Kommt eine solche Gemeinschaft auch nach einer Aufforderung durch die staatliche Behörde nicht zustande (§ 22 II Nr. 4 BWaldG), kann ein Forstbetriebsverband als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft gebildet werden, wenn weitere Voraussetzungen, die das Allgemeininteresse an seiner Bildung begründen (§ 22 BWaldG), erfüllt sind. Der Forstbetriebsverband wird dann dadurch errichtet, daß die nach Landesrecht zuständige Forstbehörde eine Versammlung der Eigentümer

367 Durch das BauGB ist der Verband aber immerhin als Bundkörperschaft aus den beteiligten Gemeinden und nicht als Gebietskörperschaft vorgesehen, *BVerfGE* 77, S. 288 ff. (302) – Stadtverband Saarbrücken (zu diesem auch *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 89a Rn. 6). Dazu werden in einigen Bundesländern (vgl. etwa § 30 III GkZ BW, weitere Nachweise bei *Bovenschulte* 2000, S. 108, Fn. 43) die Regeln über die Zweckverbände auf die Planungsverbände angewendet.

368 *Bovenschulte* 2000, S. 102 u. 421 f.

369 Brügelmann-Grauvogel 1990, § 205, Rn. 27; nach Kommunalverfassungsrecht steht ihr allerdings ein Informationsanspruch zu; vor dem Hintergrund der weitreichenden Auswirkungen der bauplanungsrechtlichen Entscheidungen auf die Grundrechte hält *Bovenschulte* (2000, S. 108 f.) diese Regelung für nicht unproblematisch, aber jedenfalls dann und insoweit gerechtfertigt, wenn man eine legitimierende Wirkung der Beschlüsse der unmittelbar demokratisch legitimierten Gemeindevertretungen annimmt. Eine Änderung der Satzung durch den Planungsverband wäre danach aber ausgeschlossen.

370 Diese Festsetzung selbst ist gegenüber der Gemeinde ein anfechtbarer Verwaltungsakt. Der Rechtsetzungsakt ist erst vollständig, wenn die Satzung bekanntgemacht wurde, *Brügelmann-Grauvogel* 1990 § 205, Rn. 30.

371 Vgl. auch *Klein* 1957, S. 153.



der in dem betreffenden Bezirk gelegenen Grundstücke abhält, einen Satzungsentwurf vorlegt und dann die von der Gründungsversammlung beschlossene Satzung genehmigt. Mit der Bekanntmachung der Satzung entsteht dann der Forstverband (§ 23 BWaldG). Dieses Verfahren zeigt eine dem Gedanken der Subsidiarität Rechnung tragende Lösung der öffentlichen Aufgabe der effektiven Waldbewirtschaftung: Zunächst soll die private Gemeinschaft die öffentliche Aufgabe erfüllen, und nur wenn dies scheitert, wird unter erheblichem staatlichem Einfluß die öffentliche Körperschaft gebildet.<sup>372</sup>

Ein gestuftes Verfahren findet sich auch im Wasserverbandsgesetz.<sup>373</sup> Hier ist die freiwillige Errichtung auf Antrag eines oder mehrerer Beteiligter (nach § 8 WVG) möglich, wenn sich alle Beteiligten einig sind und ihre Satzung durch die Aufsichtsbehörde genehmigt wird (§ 7 I S. 1 Nr. 1 WVG). Besteht unter den Beteiligten nur eine Mehrheit zur Gründung des Verbandes, ist außerdem noch die verpflichtende Heranziehung der übrigen Beteiligten durch die Behörde im Genehmigungsakt erforderlich (Nr. 2). Schließlich kann der Verband insbesondere bei mehrheitlicher Ablehnung der Beteiligten von Amts wegen im öffentlichen Interesse (§ 10 I u. 17 WVG) gegründet werden (§ 7 I S. 1, Nr. 3). Die Errichtung besteht insgesamt, obwohl sie auf Antrag der Beteiligten erfolgt, gleichwohl nur im öffentlichen Interesse, so daß ein Anspruch auf die Genehmigung oder eine ermessensfehlerfreie Entscheidung darüber durch die Aufsichtsbehörde nicht besteht.<sup>374</sup>

Wenn unterschiedliche Gruppen in einer Körperschaft zusammengefaßt werden, können bei der Errichtung auch höhere Anforderungen an Abstimmungsprozesse gestellt werden. So werden Betriebskrankenkassen auf Antrag des Betriebsinhabers nach der Genehmigung seines Antrags genehmigt, wenn weitere sachliche Voraussetzungen vorliegen. Zusätzlich ist auch die Zustimmung der Mehrheit der Beschäftigten im Betrieb erforderlich (§§ 147 I u. 148 I u. II SGB V).<sup>375</sup>

Der staatliche Einfluß wird in den Fällen des freiwilligen Zusammenschlusses über die Genehmigung der Körperschaftssatzung oder des Antrags gewährleistet.<sup>376</sup> Diese Genehmigung ist ein Verwaltungsakt gegenüber den Gründungsmitgliedern.<sup>377</sup> Sie ist ein Teil der Organisationsgewalt des Staates, nicht der Staatsaufsicht.<sup>378</sup> Bei der Genehmigungserteilung werden Recht- und Zweckmäßigkeit der Satzung geprüft, wenn dies nicht ausnahmsweise gesetzlich beschränkt wurde. Einmal erteilt, ist sie unwiderruflich.<sup>379</sup> Gegen die Versagung können die Gründer Klage beim VG erheben, wenn die Errichtung nicht nur im Allgemeininteresse, sondern auch im Interesse der Beteiligten liegt.

372 Auch wenn sich der Verfassung ein Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip über den in Art. 23 I S. 1 GG hinaus gesteckten Rahmen nicht entnehmen läßt, erfüllt doch der „Vorrang der freien Verbandsbildung“, den das BVerfG Art. 2 I u. 9 I GG entnimmt im Verhältnis der öffentlich-rechtlich Verbandsbildung zur privatrechtlich organisierten eine äquivalente Funktion, BVerfG 38, S. 281 ff. (303) – 373 Hierzu auch *Rapsch* 1993, S. 43 ff.; *Breuer* 1983, S. 865 ff. (zur Rechtslage unter der WVVO).

374 VG Arnsberg U. v. 21.05.2002 – 8 K 1698/01.

375 *Becker* 1996, S. 161 f.

376 Vgl. etwa § 56 I HWo; § 40 I S. 2 LVwG SchlHst.

377 Allgemein *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 97, Rn. 16.

378 *Rasch* 1970, S. 768.

379 *Rasch* 1970, S. 769.

Ähnliche Regelungstechniken bestehen auch in anderen Gesetzen bei freiwilligen Zusammenschlüssen: Den gesetzlichen Normalfall bildet eine freie Vereinigung von natürlichen Personen oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Von den über die Planungshoheit zu rechtfertigende Ausnahmen der kommunalen Planverbände abgesehen, ist dann zur Errichtung der neuen Körperschaft nur die Genehmigung der Satzung durch die Rechtsaufsichtsbehörde erforderlich. Kommt die Vereinigung nicht zustande, kann die Aufsichtsbehörde von sich aus tätig werden, wenn dies im Allgemeininteresse geboten ist. Sie legt dann selbst einen Satzungsentwurf vor, den sie ggf. auch gegen den Willen der Gründungsmitglieder durchsetzen kann. In einigen Bereichen ist außerdem vorgesehen, daß andere staatliche Stellen oder die unterlegene Minderheit im freiwilligen Vereinigungsverfahren entsprechende Anträge auf Vereinigung stellen können.<sup>380</sup>

## 5. Zusammenfassung

Diese Beispiele haben gezeigt: Die Bildung der Körperschaften des öffentlichen Rechts ist dem Staat vorbehalten. Ihre Errichtung aber erfolgt mit unterschiedlichen Beteiligungsanteilen von Staat und Mitgliedern. Sie kann wegen des (institutionellen und rechtstaatlichen) Gesetzesvorbehalts niemals vollständig durch Private erfolgen. Körperschaften werden in diesen Grenzen durch Gesetz, aufgrund Gesetzes durch Rechtsverordnung, gegen den Willen der Beteiligten bei entsprechender gesetzlicher Grundlage durch sonstigen Rechtsakt, freiwillig mit Genehmigung der Gründung oder der Satzung und im Fall der Planungsverbände aus Gründen der Planungshoheit der Gemeinden ohne weiteren staatlichen Einfluß errichtet. Materiell steigen mit dem Grad der Unfreiwilligkeit die Anforderungen an die Gründe des Gemeinwohls, die die Errichtung der Körperschaft rechtfertigen können.

## 6. Aufhebung und Auflösung der Körperschaft des öffentlichen Rechts

### a. Die Form der Auflösung

„Die Beendigung der öffentlichen Körperschaft unterliegt als *actus contrarius* grundsätzlich den gleichen Regeln wie die Entstehung“.<sup>381</sup> In seltenen Fällen ist die Aufhebung der Körperschaften gesetzlich vorgesehen. Angesichts bestehender Möglichkeiten freiwilliger Vereinigung oder einer Aufhebung auf Antrag kann bei der Aufhebung jedoch nicht durchweg von einem *actus contrarius* zur Errichtung gesprochen werden.<sup>382</sup> So kann die freiwillig gebildete Handwerkerinnung auch durch die Kreishandwerkerschaft nach Anhörung des Landesinnungsverbandes

380 So etwa für die Vereinigung von Ortskrankenkassen § 145 SGB V.

381 Forsthoff 1973, S. 493; Bovenschulte 2000, S. 134.

382 § 39 ILVwG-SH: Aufhebung. „Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit kann nur aufgehoben werden 1. durch Gesetz oder 2. aufgrund eines Gesetzes entweder durch Verwaltungsakt (Entziehung der Rechtsfähigkeit) oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag.“

aufgelöst werden (§ 76 HwO). Der Körperschaft selbst kommen hier Einflußmöglichkeiten zu, die bei ihrer Errichtung naturgemäß nicht bestehen können.

Die Auflösung erfolgt aus unterschiedlichen Gründen. Bei den Innungen etwa, die freiwillige Mitglieder haben, sind wiederholte gesetzwidrige Beschlüsse der Mitgliederversammlung (§ 76 Nr. 1 HWO), die Verfolgung gesetzwidrige Zwecke durch die Innung (§ 76 Nr. 2 HWO) oder Gefahr, daß aufgrund schwindender Mitgliederzahlen die Verfolgung der öffentlichen Aufgaben gefährdet erscheint (§ 76 Nr. 3 HWO) Grund für eine Auflösung durch die Handwerkskammer. Unmöglichkeit der Zweckerreichung gilt auch sonst als Grund zur Auflösung von Körperschaften. Bei den Ortskrankenkassen ist etwa ausdrücklich geregelt, daß eine Kasse geschlossen werden kann, wenn ihre Leistungsfähigkeit nicht mehr auf Dauer gesichert ist (§ 146a SGB V). Gebietsreform und andere Rationalisierungsmaßnahmen innerhalb der Körperschaften des öffentlichen Rechts haben die Vereinigung als Grund der Aufhebung von Körperschaften verdeutlicht.<sup>383</sup> Sie ist als Grund wiederum bei den Ortskrankenkassen vorgesehen (§ 143 SGB V).<sup>384</sup> Dort gibt es dann auch eine Vereinigung durch den zuständigen Organisationsgesetzgeber, eine freiwillige Vereinigung durch mehrere Ortskrankenkassen oder auf Antrag einer Kasse.<sup>385</sup> Entsprechendes gilt mit Modifikationen für die BKKs.<sup>386</sup> Schließlich kommt auch eine freiwillige Auflösung in Betracht.<sup>387</sup>

Auf der Grundlage des Gesetzes zur Förderung der Rationalisierung im Steinkohlenbergbau wurde per Verordnung des Bundeswirtschaftsministers<sup>388</sup> der Rationalisierungsverband Steinkohlenbergbau mit Wirkung zum 31. Dezember 2000 aufgelöst.<sup>389</sup> Der Verband war 1963 zur Behebung der schwerwiegenden Probleme im Bergbau durch die Förderung seiner Wettbewerbsfähigkeit als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft für alle Unternehmen oberhalb einer Kohlefördermenge von 100 000 t errichtet worden.

Eine andere Form der Auflösung ist schließlich die Privatisierung von Körperschaften des öffentlichen Rechts. So wurde etwa die Deutsche Genossenschaftsbank, die eine Körperschaft des öffentlichen Rechts war, durch Gesetz<sup>390</sup> – rückwirkend! – zum 1.1.1998 in eine Aktiengesellschaft „DG Bank Deutsche Genossenschaftsbank Aktiengesellschaft“ umgewandelt. Die Bundesregierung begründete die Auflösung damit, daß ein dauerhafter öffentlicher Auftrag nicht mehr notwendig sei, da das

---

383 Zulässig ist eine Gebietsreform nach Ansicht des LVerfG Sachsen-Anhalt (DVBl. 1994, S. 1420), wenn sie durch Gemeinwohlaspekte gerechtfertigt ist, der Gesetzgeber ein seinerseits mit der Verfassungsordnung vereinbares System zugrundegelegt hat (von dem er nur aus sachlichen Gründen abweichen darf), die Entscheidung nicht willkürlich ist und wenn die Gebietsreform auch sonst mit der Verfassungsordnung vereinbar ist, vgl. auch *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 68.

384 Vgl. etwa die VO der Landesregierung zur Vereinigung der Allgemeinen Ortskrankenkassen in Baden-Württemberg zu einer Allgemeinen Ortskrankenkasse Baden-Württemberg, vom 28. Februar 1994, GBl. 1994, S. 138.

385 *Becker* 1996, S. 159.

386 *Becker* 1996, S. 161 f.

387 § 44 III NWaldLG.

388 Die Verordnung (v. 6.10.2000, BGBl. I S. 1417) sah seine Abwicklung durch den Vorstand vor.

389 Vgl. § 29 II des Gesetzes zur Förderung der Rationalisierung im Steinkohlebergbau vom 29. Juli 1963 (BGBl. I S. 549). Der Auflösungszeitpunkt wurde durch Art. 1 Nr. 1 des Änderungsgesetz vom 15.12.1995 (BGBl. I S. 1723) auf den 31.12.2000 festgesetzt.

390 § 1 DG Bank-Umwandlungsgesetz vom 13.08.1998, BGBl. I S. 2102.

ursprüngliche Ziel, eine flächendeckende Versorgung breiter Bevölkerungsschichten mit preiswerten Finanzdienstleistungen sicherzustellen, inzwischen erreicht und somit ein Grunderfordernis für den Fortbestand der öffentlichen Rechtsform für ein wettbewerbliches Unternehmen weggefallen sei.<sup>391</sup>

### *b. Schutz gegenüber der Auflösung*

Ein Schutz gegenüber ihrer Auflösung ergibt sich weder aus dem GG noch aus den Landesverfassungen. Auch die institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 II GG)<sup>392</sup> gewährt den Gemeinden und Gemeindeverbänden keinen absoluten individuellen Bestandsschutz.<sup>393</sup> Rechtsstaatsprinzip und Kern der Selbstverwaltungsgarantie erfordern jedoch ein Anhörungsrecht und die Verhältnismäßigkeit der Auflösung unter Berücksichtigung der Interessen der Gemeinde auf der einen und des Gemeinwohls auf der anderen Seite, was auf einen relativen Bestandsschutz hinausläuft.<sup>394</sup>

Der verfassungsrechtlich abgeleitete relative Bestandsschutz der Gemeinden und Gemeindeverbände kann nicht auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, auch nicht auf die grundrechtsgetragenen, ausgedehnt werden.<sup>395</sup> Hierzu fehlt es an der für die Analogie erforderlichen Gleichheit der Situationen und der verfassungsrechtlichen Wertungen.<sup>396</sup> Die Organisationsgewalt des Staates wird auch durch das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit nicht grundsätzlich eingeschränkt.<sup>397</sup> Diese Garantie wie auch der verfassungsrechtliche Schutz der Hochschulen bewirkt jedoch, daß ihre Auflösung durch ein Gesetz zu regeln ist, das nicht willkürlich sein darf<sup>398</sup> und den Kriterien der Verhältnismäßigkeit genügen muß.<sup>399</sup> Dies gilt teilweise auch für die Landkreise.<sup>400</sup> Sowohl bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden als auch bei den Hochschulen ergeben sich aber verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verfahren bei ihrer Auflösung. Dadurch, daß bei einer Auflösung die Abordnung oder Versetzung der beamteten Professoren an andere Hochschulen möglich ist (§ 50 II S. 2, 1. Hs. HRG), werden auch die Rechte dieser Hochschulen betroffen. Ihre Mitwirkung beschränkt sich jedoch in diesem Fall auf eine Anhörung (§ 50 II S. 2, 2. Hs. HRG).

Mit der Auflösung fällt das Vermögen der Körperschaft an deren organisationsrechtlichen Träger, zumeist den Bund oder das Land.<sup>401</sup>

391 BR-Drucks. 117/98, vgl. auch EuZW 1998, S. 456.

392 Kritisch gegenüber dieser Einordnung und Einordnung als subjektives, grundrechtsähnliches Recht etwa *Kahl* 2000, S. 450 f. m. w. N.

393 Zum folgenden auch *Gern* 2003a, S. 433 ff.

394 *BVerfG*, NVwZ 1993, S. 262, std. Rspr.; Berliner Kommentar-*Vogelsang* Art. 28, Rn. 97.

395 *BVerfG* NJW 1992, S. 1373 ff. (1376); *StGH BWNVwZ* 1982, S. 32 ff.;

396 *StGH BWNVwZ* 1982, S. 33.

397 *BVerfG* NJW 1992, S. 1373 ff. (1376);

398 *StGH BWNVwZ* 1982, S. 32 ff.

399 *Reich* 2005, Rn. 7.

400 Nachweise bei *Bovenschulte* 2000, S. 105 f., Fn. 29.

401 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 84 Rn. 17.

## V. Die Aufgaben der Körperschaft des öffentlichen Rechts

Die primären Ziele bestimmen die Verwaltungsorganisationen und ihre Untergliederungen nicht selbst, sondern werden ihnen als Aufgaben übertragen. Anders als durch selbstgesetzte Ziele wird den Verwaltungsorganisationen über die Aufgabenzuweisungen nicht nur eine Identität verliehen; zugleich werden sie auf diese Weise in ihre Umwelt eingepaßt, denn es kann nun normativ erwartet werden, daß sie diese Aufgabe auch erfüllen. Das kann auch hinsichtlich der kommunalen Gebietskörperschaften nicht mehr unter Berufung auf „originäre Aufgaben“<sup>402</sup> bestritten werden.<sup>403</sup> Wie der historische Teil gezeigt hat, konnten die Körperschaften modernen Typus' zwar an historische Wurzeln anknüpfen, wurden aber durch staatlichen Akt – und sei es durch die Genehmigung der von den Mitgliedern beschlossenen Satzung errichtet und sind daher künstliche Gebilde, deren Aufgaben dieser Errichtung entspringen.<sup>404</sup> Verselbständigung der Organisationsziele aus der organisatorischen Umwelt und gezielte Einpassung in sie sind also die wichtigsten Leistungen der Aufgabenzuweisung. Die Aufgabenübertragung bleibt daher bei aller Kritik der Relevanz von Organisationszielen (s. o. Erster Teil, D III 1 b bb.) ein wichtiges Mittel der Steuerung von Verwaltungsorganisationen. Zugleich bedeutet Steuerung bei den hier zu untersuchenden Körperschaften keine statische Zuweisung, sondern ermöglicht über die Differenzierung der sekundären Aufgaben, insbesondere durch die Kategorie der freiwilligen Aufgaben innovative und flexible Entwicklungsmöglichkeiten der Verwaltungsorganisationen.<sup>405</sup>

Während es oben bei der Untersuchung der Organisationsgewalt darum ging, ob und inwieweit der Bund oder die Länder die Organisationsgewalt beim Vollzug der gesetzlich bestimmten Aufgaben besitzen, insbesondere auch, ob die Errichtung von rechtlich verselbständigten Verwaltungseinheiten überhaupt möglich ist, soll im

---

402 So aber etwa noch *Huber* 1953, S. 110.

403 In dieser Frage wirkte die Weimarer Diskussion noch in die Kontroversen der Bundesrepublik fort. Im Anschluß an *Peters* (1926, S. 9 u. 30), der für die erste eintrat, können drei fest etablierte Positionen unterscheiden werden: 1. Alle Aufgaben der Selbstverwaltungsträger sind staatliche Aufgaben, weil sie hoheitlich wahrgenommen werden, die Einheitlichkeit der Staatsgewalt aber gebietet, daß solche Aufgaben aber nur vom Staat übertragen werden könnten. Hierher gehören die meisten Auffassungen von Selbstverwaltung als mittelbarer Staatsverwaltung (vgl. auch *Forsthoff* 1973, S. 523 f.). 2. Die Gegenposition sieht sowohl Selbstverwaltungsträger als auch den Staat als eine der Formen von Gemeinschaften mit Hoheitsbefugnissen an, die eine prinzipiell gleichartige Struktur besitzen. Wie der Staat, so haben auch die Selbstverwaltungsträger (jedenfalls die Gemeinden) eigene „natürliche“ Befugnisse aus der Tatsache, daß sie natürliche Lebensgemeinschaften darstellen. 3. Eine vermittelnde Position, die zwar keine „natürlichen Rechte“ der Selbstverwaltungsträger annimmt, aber doch davon ausgeht, daß der Staat eigene Angelegenheiten der Selbstverwaltungskörperschaften anerkennen oder ihnen als eigene übertragen kann.

404 Art. 11 II 1 LV Bay spricht allerdings von Gemeinden als ursprünglichen Körperschaften des öffentlichen Rechts und unterscheidet davon die Möglichkeit der Aufgabenübertragung gem. Art. 11 III LV Bay. Das legt die Möglichkeit nahe, daß der bayerische Verfassungsgeber davon ausgegangen ist, daß es eine originäre Aufgabenzuständigkeit gäbe. Inhaltlich mag also Kontinuität bestehen, ihre konkrete Form haben diese Aufgaben aber durch die staatliche Aufgabenzuweisung erhalten, *Lynker* 1960, S. 49 u. 51, der zu Recht neben den historischen auch systematische Einwände (Gesetzesvorbehalt, Art. 28 II GG etc.) erhebt.

405 *Schuppert* 1981, S. 212 f. Die kommunalen Gebietskörperschaften unterscheiden sich allerdings von denen der funktionalen Selbstverwaltung, da ihnen ein Aufgabenfindungsrecht zusteht, *Brohm* 1969, S. 154.

folgenden die Funktion der öffentlichen Aufgabe für die Körperschaft des öffentlichen Rechts beleuchtet werden. Dazu soll zunächst (1.) das Konzept der öffentlichen Aufgabe analysiert, (2.) die Frage diskutiert werden, ob es rechtlich notwendige Aufgaben der Körperschaft des öffentlichen Rechts gibt, (3.) die Grenzen der Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Körperschaften ermittelt, (4.) Art und Umfang der Aufgabenübertragung analysiert, (5.) der Modus der Aufgabenerledigung als Selbstverwaltung untersucht und (6.) abschließend einige Bemerkungen über die Funktion der Aufgaben für die Körperschaft des öffentlichen Rechts angefügt werden.

## 1. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe

Während oben allgemein der Begriff der Aufgabe geklärt wurde, ist hier zu prüfen, ob ein spezifischer Zusammenhang von bestimmten Aufgaben mit der Körperschaft des öffentlichen Rechts besteht. Hierbei treten dann zwei Fragen auf: 1. Unterscheiden sich die Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts von staatlichen Aufgaben? und 2. unterscheiden sie sich von Aufgaben im Privatinteresse und kommt den Körperschaften und wenn inwiefern die Aufgabe der Vertretung der Interessen ihrer Mitglieder zu?

### a. Zum Problem des Begriffs der öffentlichen Aufgabe

Aufgabe meint, wie oben schon ausgeführt wurde, die Verpflichtung zur Herstellung bestimmter Zustände. Körperschaften erfüllen faktisch Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit, Aufgaben im Interesse ihrer Mitglieder und Aufgaben, die ihrem Erhalt dienen, wozu auch privatrechtliche gehören. Die Auerlegung der Aufgabe statt freiwilliger Vereinbarung, zumeist unfreiwillige Vereinigung der Mitglieder in der Körperschaft zur Erfüllung dieser Aufgabe sowie hoheitliche Befugnisse der Körperschaft gegenüber ihren Mitgliedern verlangen nach einer besonderen rechtlichen Rechtfertigung. Hierzu ist, wie das BVerfG ausgeführt hat, nicht jede Aufgabe in der Lage, sondern nur eine, die im Allgemeininteresse liegt. Das schließt ein Primärziel der Körperschaft im Privatinteresse aus. Erforderlich ist vielmehr eine öffentliche Aufgabe. Fraglich ist, ob dies auch eine Staatsaufgabe sein muß.<sup>406</sup> Ein Blick in die Aufgabenkataloge der Körperschaften des öffentlichen Rechts zeigt, daß diese Aufgaben tatsächlich mit denen der unmittelbaren Staatsverwaltung inhaltlich nicht identisch sind.<sup>407</sup> Insbesondere die Vertretung der gemeinsamen Interessen einer nach sachlichen Kriterien abgegrenzten Gruppe von Bürgern fällt außerhalb des Bereichs typischer Staatsaufgaben. Ohne hier schon materiell auf

406 Das BVerfG (E 15, S. 235 ff [242] – Zwangsmitgliedschaft) hat in der Tat besonders in früheren Entscheidungen davon gesprochen, daß der Gesetzgeber „öffentliche Aufgaben . durch Körperschaften des öffentlichen Rechts erfüllen . lassen, also staatliche Aufgaben an Selbstverwaltungskörper“ delegieren könne.“ Mithin setzte es zuweilen öffentliche und Staatsaufgabe gleich und sah die Körperschaft so als mittelbare Staatsverwaltung an. So hieß es in der AOK-Entscheidung ausdrücklich, daß diese Körperschaften „Aufgaben in mittelbarer Staatsverwaltung wahrnehmen“ (E 39, S. 302 ff. [313]). – Der Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung wurde aber von dem Gericht insgesamt äußerst zurückhaltend verwendet und inzwischen aufgegeben, von Komorowski 1998, S. 131.

407 Dazu unten mehr.

diese besonderen Aufgaben einzugehen, liegt es doch nahe, für diese Art von Aufgaben eine eigene rechtliche Kategorie zu bilden.

In bezug auf den Begriff der öffentlichen Aufgabe herrscht jedoch alles andere als Klarheit.<sup>408</sup> Da es in diesem Abschnitt um typische und vielleicht notwendige Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts geht, kann dafür die öffentliche Aufgabe nicht durch ihren Träger definiert werden. Dies wurde etwa versucht, wenn in öffentliche Aufgaben im weiteren und im engeren Sinn unterschieden wurde. Die ersteren sollen die Aufgaben aller staatlichen und verwaltungsrechtlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die letzteren nur die des Staates sein. Zu Recht kritisiert *Bull* diese Auffassung, weil die Zuordnung zu entsprechenden Organisationseinheiten von Zufälligkeiten abhängt.<sup>409</sup> Dem ist beizupflichten. Zwar dienen die Verwaltungsorganisationen bestimmten Aufgaben; sie lassen sich aus diesen Aufgaben jedoch nicht erklären. Vielmehr kommen regelmäßig mehrere Organisationsformen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Betracht. Besteht somit generell keine notwendige Verbindung zwischen einer Aufgabe und einer Organisationsform, kann der Charakter einer Aufgabe auch nicht durch die zu ihrer Erfüllung verpflichtete Organisation erklärt werden. Vielmehr prägen umgekehrt bestimmte Aufgaben die Organisation. Im übrigen muß die nähere Untersuchung hier offen bleiben, da hier gerade die Frage ist, wie der Kreis der Aufgaben näher zu bestimmen ist, die der Körperschaft zukommen.

Gegenständlich werden sie teilweise mit Staatsaufgaben „im weiteren Sinne“ gleichgesetzt.<sup>410</sup> Doch ist diese Residualkategorie wenig aussagekräftig: Wann liegt eine Staatsaufgabe im weiteren, wann im engeren Sinne vor? Die inhaltliche Bestimmung dessen, was den weiteren Sinn ausmacht, führt vielmehr zur Bildung einer eigentlichen Kategorie von Aufgaben.

Als öffentliche Aufgaben werden weiter solche verstanden, die mit hoheitlichen Mitteln zu erledigen sind.<sup>411</sup> Da dies einerseits auch auf üblicherweise nur dem Staat zugewiesene Aufgaben zutrifft, das Kriterium mithin zu weit ist, andererseits aber auch nicht alle körperschaftlichen Aufgaben – wie beispielsweise die Beratung staatlicher Stellen – erfaßt, und somit zu eng gefaßt ist, liegt es auch insofern nahe, für die Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts eine eigene Kategorie zu bilden.

408 Zum Streitstand *Kelber* 1998, S. 11 ff.; *Uerpmann* 1999, S. 32 ff.; *Schuppert* 1980, S. 333, spricht geradezu von einer „babylonischen Sprachverwirrung“; zu verschiedenen Begriffen etwa *Brohm* 1969, S. 156; *ders.* 1983, S. 792; *Mronz* 1973, S. 67 ff.; *Emde* 1991, S. 249.

409 *Bull* 1977, S. 48.

410 *Klein DÖV* 1965, S. 759. Das BVerfG meinte sich in seiner ersten Rundfunkentscheidung (E 12, S. 205 ff.) bei den Rundfunkanstalten in einer Verlegenheit zu befinden, da sie einerseits öffentliche Aufgaben wahrnehmen (s. u.), andererseits aber staatsfrei gestellt sein müssen. Die Lösung schien ihm die wenig überzeugende Setzung der Staatsaufgabe in Anführungsstriche zu sein: Die Veranstaltung von Rundfunksendungen ist nach der deutschen Rechtsentwicklung eine öffentliche Aufgabe. Wenn sich der Staat mit dieser Aufgabe in irgendeiner Form befaßt (auch dann, wenn er sich privatrechtlicher Formen bedient), wird sie zu einer „staatlichen Aufgabe“ (E 12, S. 205 ff., LS 7a, u. S. 243) – 1. Rundfunkentscheidung (Deutschland-Fernsehen). Die Verlegenheit ergibt sich aus der weiten Prämisse und nicht nur daraus, daß der Begriff der „staatlichen Aufgabe“ kompetenzrechtlich verstanden wird (so aber BK-*Degenhart* Art. 5 I u. II, Rn. 763). Wenn der Staat sich nämlich mit einer Aufgabe in der Weise befaßt, daß er sie nicht durch seine unmittelbare Behördenverwaltung, sondern durch rechtlich selbstständige Verwaltungsträger ausführen läßt, besteht keine Notwendigkeit, diese Ausführung in eigener Verantwortung ebenfalls als Erledigung einer staatlichen Aufgabe zu verstehen.

411 *Brohm* 1969, S. 157 f.

Oder muß man ganz auf den Begriff der öffentlichen Aufgabe verzichten?<sup>412</sup> Bull schlägt statt dessen andere Unterscheidungen vor: Er differenziert in „gemeinwohlbezogene“ oder „gemeinnützige Aufgaben“, sofern diese Aufgaben von gesellschaftlichen Akteuren erfüllt werden und „staatliche Aufgaben“, sofern sie durch Europäisches, Verfassungs- oder Gesetzesrecht dem Staat auferlegt wurden.<sup>413</sup> Das vermeidet zwar die Unschärfen anderer Ansätze, ist aber gerade für den hier interessierenden Bereich der Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts zu schematisch.

### b. Öffentliche Aufgaben, Gemeinwohl und private Interessen

Der Gefahr eines Schematismus läßt sich entgehen, wenn der Begriff der Aufgabe auf den Modus (freiwillig oder öffentlich-rechtlich verpflichtet) des Handelns bei der Erfüllung eines rechtlichen Interesses bezogen wird. Daß das öffentliche Interesse notwendige, wenn auch nicht hinreichende Bedingung für das Bestehen einer öffentlichen Aufgabe ist, wird kaum bestritten.<sup>414</sup> Die Frage ist, wann eine im öffentlichen Interesse liegende Handlung auch eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Kriterium dafür ist jedoch weder das handelnde Subjekt noch der Inhalt der im öffentlichen Interesse bestehenden Aufgabe.

Die Einheit der verfassungsrechtlich anerkannten Interessen kann man die Gemeinwohlordnung des Grundgesetzes nennen.<sup>415</sup> Aus dem GG ergibt sich dabei eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Interesse. Die privaten Interessen sind als Grundrechte geschützt und können so den rechtlich legitimen öffentlichen Interessen als den Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen. Die Verfassung grenzt diese Sphären jedoch nicht nur gegeneinander ab, sondern vermittelt sie und bringt sie zum Ausgleich.<sup>416</sup> Daraus folgt, daß die Beschränkung der grundrechtlich geschützten privaten Interessen durch die an sich legitimen öffentlichen Interessen nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung verlangt. Diese Rechtfertigung kann prinzipiell nur gelingen, wenn die Verfassung selbst Kriterien für deren Ausgleich bereithält.<sup>417</sup> Umgekehrt kann die Betätigung der Grundrechte zugleich im Interesse des Gemeinwohls liegen.<sup>418</sup>

412 Emde 1986, S. 249, der die einzige sinnvolle Verwendungsweise des Begriffs in einer Gleichsetzung mit den staatlichen Aufgaben sieht. Weitere Nachweise zu derartigen Auffassungen bei Kelber 1998, S. 14. 413 Bull 1977, S. 50.

414 Vgl. etwa Schmidt-Aßmann 2006, S. 154 f.

415 Gemeinwohl bezeichnet danach kein überpositives Prinzip, auf das hin die Verfassung normativ verlängert würde und vor dem sie sich zu rechtfertigen hätte, sondern die verfassungsrechtliche Ordnung selbst im Hinblick auf die Ordnung der verschiedenen Interessen, vgl. hierzu eingehend Kirste 2002, S. 350 ff.

416 Exemplarisch kommt dies in Art. 14 III S. 2 GG zum Ausdruck, wo von der staatlichen Verpflichtung gesprochen wird, bei der Enteignungsentschädigung die Interessen der Beteiligten mit denen der Allgemeinheit gerecht abzuwägen, vgl. zur Gemeinwohlrelevanz dieser Vorschrift auch Kirste 2002, S. 331 f., u. 342 f.

417 Kirste 2002, S. 349 f.

418 So wenn das BVerfG anerkennt, daß die „Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist“, BVerfGE 65, 1 (43) – Volkszählung; oder wenn das Gericht dem „Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch einen über das Individualinteresse hinausgehenden Gemeinwohlbezug“ zuerkennt, BVerfGE 100, 313 (381) – Telekommunikationsüberwachung. – In dieser Perspektive ist auch die objektive Dimension der Grundrechte gemeinwohllbedeutsam, eingehend v. Anim 1977, S. 89 f., 98 f.



Dieses vermittelte System von rechtlich geschütztem Privatinteresse und legitimem öffentlichen Interesse kann die Gemeinwohlordnung des Grundgesetzes genannt werden.<sup>419</sup> Die Gesamtheit der Normen des Grundgesetzes enthält die Kriterien für die rechtliche Vermittlung dieser beiden gegenläufigen Interessensphären,<sup>420</sup> es hebt – wenn der Hegelsche Ausdruck hier gestattet ist – Einzel- und öffentliches Interesse in sich auf.<sup>421</sup> Gemeinwohl als Rechtsprinzip ist mithin nicht als überpositives, gar „metaphysisches“ Prinzip zu verstehen,<sup>422</sup> sondern als Ausdruck dieser materialen Einheit der Interessenvermittlung.

Der Träger des Interesses ist für die Abgrenzung der Interessensphären nachrangig. Das BVerfG geht zu Recht davon aus, daß vom Interesse nicht auf seinen Träger geschlossen werden könne. Zwar sind Private Träger privater Interessen und der Staat und Verwaltungsorganisationen Träger öffentlicher Interessen; daß eine Enteignung zugunsten Privater nur möglich sein soll, wenn sichergestellt ist, daß sie im öffentlichen Interesse handeln, zeigt aber, daß sie Träger öffentlicher Interessen sein können.<sup>423</sup>

Dieses verfassungsrechtliche Gefüge von öffentlichen und privaten, grundrechtlich geschützten Interessen wird sowohl durch die Bürger als auch durch den Staat in allerdings je spezifischer Weise realisiert. Es geschieht ganz elementar schon dann, wenn Private von ihren legitim eingeschränkten Grundrechten Gebrauch machen und das Handeln der öffentlichen Gewalt verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Die Realisierung des Gemeinwohls geschieht freilich nicht nur und vielleicht nicht einmal überwiegend, jedenfalls nicht in den rechtlich problematischen Fällen in dieser schematischen Art. Vielmehr besteht eine Asymmetrie zwischen den Befugnissen der öffentlichen Gewalt zum Handeln im Gemeinwohlinteresse und dem der Privaten. Das Handeln der öffentlichen Gewalt kann den Interessen des Einzelnen dienen. Soweit es seine grundrechtlich geschützten Interessen betrifft, muß es aber auch, soweit es zugleich die Interessen anderer schützt, im öffentlichen Interesse erfolgen. Die Rechte der Privaten verhalten sich hierzu jedoch nicht spiegelbildlich; vielmehr sind sie nicht auf die Verfolgung ihres Eigeninteresses beschränkt, sondern befugt, im öffentlichen Interesse zu handeln. Nehmen sie alleine oder in Organisationen Ziele im öffentlichen Interesse auf, tragen sie freiwillig zur

419 Das Bundesverfassungsgericht sieht den Gesetzgeber als primären Gemeinwohlverpflichteten an und verlangt von ihm, „daß er den „Bereich des Einzelnen und die Belange der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich“ bringt BVerfGE 31, 229 (241 f.) – Schulbuchprivileg.

420 Diese Vermittlung ist zugleich durch Auslegung, Abwägung, insbesondere auch durch das Institut der praktischen Konkordanz im Bereich der Rechtsanwendung zu leisten.

421 Wie die Diskussion des Unterschieds von privaten und öffentlichen bzw. kollektiven Gütern zeigt (Anderheiden 2002, S. 402 f.), bedeutet dies gerade nicht, daß diese Aufhebung in der Auflösung aller öffentlichen Interessen in private erfolgt (so aber von Arnim 1977, S. 14 u. 81, der deshalb genuine Staatsinteressen ablehnt). Ebensovwenig kann sie aber rechts-hegelianisch in der Auflösung aller Privatinteressen in öffentliche Interessen bestehen, wogegen gerade die subjektiven Rechte in der Verfassung sprechen (Rupp 1968, S. 117 f.). Die Verfassung als „Strukturplan für die Rechtsgestalt eines Gemeinwohls“ (Hollerbach 1969, S. 46) unterscheidet sie vielmehr und ordnet sie einander zu.

422 Kritisch zu überpositiven Begründungen des Gemeinwohls auch Rupp 1968, S. 125; noch einem anderen Verständnis verpflichtet Art. 1 III LV-R.Pf. „Die Rechte und Pflichten der öffentlichen Gewalt werden durch die naturrechtlich bestimmten Erfordernisse des Gemeinwohls begründet und begrenzt.“

423 Das sie dann im Eigeninteresse mitverfolgen. Erforderlich ist eine „gesetzlich vorgesehene effektive rechtliche Bindung des begünstigten Privaten an das Gemeinwohlziel“, BVerfGE 74, 264 (284 f.) – Boxberg, vgl. auch Kirste 2002, S. 346.

Vermittlung der öffentlichen mit ihren privaten Interessen bei. Bei zahlreichen Organisationen insbesondere im karitativen, aber auch im politischen Bereich gehört dieses Handeln für das öffentliche Interesse zu ihrem Selbstverständnis. Zahllose Vereinigungen verfolgen Ziele, die sie als sektorale Aspekte des Gemeinwohls ansehen.<sup>424</sup> Der Staat als Träger öffentlichen Interesses anerkennt das auf vielfache Weise, nicht zuletzt durch die steuerliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit. Die sektorale freiwillige Gemeinwohlverpflichtung der Wohlfahrtsverbände wurde im Artikel 32 des Einigungsvertrages ausdrücklich anerkannt<sup>425</sup> und im § 17 III SGB I zur Grundlage der Verpflichtung der öffentlichen Träger zur Zusammenarbeit<sup>426</sup> mit „gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen“ gemacht.<sup>427</sup> Ausgehend von gesellschaftlicher Selbstverpflichtung, wird der Beitrag der Wohlfahrtsverbände inzwischen immer stärker in die staatliche Sozialpolitik integriert.<sup>428</sup> Private können sich auf ihr Handeln im öffentlichen Interesse anderen Privaten gegenüber jedoch nur berufen, wenn sie dazu durch das öffentliche Recht beauftragt wurden. Im übrigen sind Private überwiegend negativ auf das Gemeinwohl verpflichtet, insofern etwa Vereine nicht gegen das Gemeinwohl verstoßen dürfen.<sup>429</sup> Weiter gehen die Presse-<sup>430</sup> und Rundfunkgesetze,<sup>431</sup> die – verfassungskonform<sup>432</sup> – davon sprechen, daß die freiwillig erbrachten Leistungen der Medien zugleich eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Während also das Gemeinwohl durch Private freiwillig realisiert werden kann, wenn sie sich im öffentlichen Interesse betätigen und nur ausnahmsweise ein Handeln im öffentlichen Interesse verlangt wird, sind Verwaltungsorganisationen zur Realisierung des öffentlichen Interesses grundsätzlich verpflichtet, indem es ihnen durch einen Träger öffentlicher Gewalt zur rechtlichen Aufgabe gemacht wird.<sup>433</sup> Insgesamt ergibt sich also ein Bild der Leistungen im öffentlichen Interesse von der reinen grundrechtlichen Betätigung ohne explizite Bezugnahme auf das Gemeinwohl, bei der die Förderung nur im

424 Kirste 2002, S. 369 f. m. w. N.

425 Artikel 32 Einigungsvertrag „Freie gesellschaftliche Kräfte“: „Die Verbände der Freien Wohlfahrtspflege und die Träger der Freien Jugendhilfe leisten mit ihren Einrichtungen und Diensten einen unverzichtbaren Beitrag zur Sozialstaatlichkeit des Grundgesetzes. Der Auf- und Ausbau einer freien Wohlfahrtspflege und einer Freien Jugendhilfe in dem in Artikel 3 genannten Gebiet wird im Rahmen der grundgesetzlichen Zuständigkeiten gefördert.“

426 Auch § 10 II BSHG mit der Subsidiaritätsregelung in Abs. IV.

427 Vgl. a. § 3 II SGB VIII, der die gleichberechtigte Erbringung der Jugendhilfe durch öffentliche und Träger der freien Jugendhilfe hervorhebt, die Verpflichtungen nach dem SGB VIII aber ausdrücklich nur auf die öffentlichen Träger bezieht.

428 Bockhaus-Maul 2000, S. 27.

429 Dies wird in einigen Landesverfassungen zum Ausdruck gebracht: Art. 1 LV-Saar.: „Jeder Mensch hat das Recht, als Einzelperson geachtet zu werden. Sein Recht auf Leben, auf Freiheit und auf Anerkennung der Menschenwürde bestimmt, in den Grenzen des Gesamtwohles, die Ordnung der Gemeinschaft.“; Art. 52 II LV-R.-Pf.: „Die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen findet ihre Grenzen in der Rücksicht auf die Rechte des Nächsten und auf die Erfordernisse des Gemeinwohls.“; auch: Art. 58 LV-R.-Pf.; Art. 151 II 3, 4 LV-Bayern, Art. 3 I LV-Bremen.

430 § 3 LPresseG-Sachsen: „...2. Die Presse erfüllt eine öffentliche Aufgabe, indem sie in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse Nachrichten beschafft und verbreitet, Stellung nimmt, Kritik übt oder auf andere Weise an der Meinungsbildung mitwirkt.“

431 § 6 I LandesmedienG-BW: „Der private Rundfunk erfüllt eine öffentliche Aufgabe, wenn er in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse Nachrichten beschafft und verbreitet, Stellung nimmt, Kritik übt oder auf andere Weise an der Meinungsbildung mitwirkt.“

432 BVerfGE 20, 162 (221) – Spiegel, spricht auch von einer öffentlichen Aufgabe der Presse.

433 BVerfGE 49, 89 (132) – Kalkar.

Gebrauch machen besteht, über die freiwillig zur Aufgabe gemachten, Förderung von öffentlichen Interessen bis hin zur staatlichen Anerkennung dieser freiwilligen Beiträge, die dann von Anforderungen an die Art und Weise der Verfolgung der selbstgesetzten Gemeinwohlziele oder gar der Erfüllung von Aufgaben abhängig gemacht werden kann. In dieses Spektrum lassen sich dann privatrechtliche Vereine mit mitgliederbezogenen Eigeninteressen über karitative und politische Vereine, Medienorganisationen, Gewerkschaften, Religionsgesellschaften, Parteien, juristische Personen des öffentlichen Rechts bis hin zur unmittelbaren Staatsverwaltung als rechtlich anerkannte Akteure im öffentlichen Interesse einordnen. Die Anerkennung reicht in den Fällen besonders weit, wo sie in der Verleihung eines öffentlich-rechtlichen Status mündet, wie bei den Religionsgesellschaften und den Universitäten.<sup>434</sup> Dadurch ändert sich an der Freiwilligkeit ihrer Zielsetzung nichts, auch wenn sie zugleich öffentliche Aufgaben übernehmen können und wenn der Status auch mit Pflichten verbunden ist. Indem die Rechtsordnung diese Leistungen anerkennt und ordnet, bestätigt sich der rechtsgeschichtliche Befund, daß die Realisierung der öffentlichen Interessen nach dem Ende des wohlfahrtsstaatlichen Absolutismus wieder – nämlich insofern an Leistungen der alten Korporationen und der zahlreichen bürgerschaftlichen Vereine anknüpfend – nicht beim Staat monopolisiert ist und der Gesellschaft der egoistischen Nutzenmaximierer gegenübersteht, sondern in der deutschen Tradition durch gesellschaftliche und staatliche Akteure erbracht wird.

Versteht man die Verfassung als Gemeinwohlordnung, die ein normatives Modell zur Harmonisierung der rechtlich geschützten Interessen der einzelnen mit dem öffentlichen enthält, so läßt sich sagen, daß Träger öffentlicher Gewalt verpflichtet sind, im Interesse des Gemeinwohls zu handeln, auch wo sie dabei auf die Interessen des Einzelnen abzielen, weil sie dabei zugleich die limitierenden öffentlichen Interessen zu beachten haben. Der Unterschied zwischen Privaten und der öffentlichen Gewalt besteht mithin im Modus ihres Beitrags zum öffentlichen Interesse: Grundsätzliche rechtliche Aufgabe hier – grundsätzliche rechtliche Freiwilligkeit dort. *Bull* ist also insofern recht zu geben, als das Bestehen einer öffentlichen Aufgabe von der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung abhängig ist.<sup>435</sup> Dieser Befund ist aber zu differenzieren. Dabei ergibt sich eine über die öffentliche Aufgabe koordinierte Realisierung des Gemeinwohls durch die öffentliche Gewalt und eine rechtlich gesehen zufällige Realisierung durch Private.<sup>436</sup>

Private wie Träger öffentlicher Gewalt handeln also faktisch im öffentlichen Interesse: Private können es tun, können, wenn sie dies wollen und die Voraussetzungen erfüllen, dazu beauftragt oder ausnahmsweise auch gegen ihren Willen dazu verpflichtet werden. Ihre persönliche oder die Zielsetzung der von ihnen

---

434 Oder auch dem Bayerischen Roten Kreuz, dessen Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts Ausdruck der staatlichen Anerkennung seiner öffentlichen Bedeutung ist, *Knöpfle* 1987, S. 108.

435 *Bull* 1977, S. 50; *Wagener* 1976, S. 32.

436 Diese rechtliche „Zufälligkeit“ der Realisierung öffentlicher Aufgaben deutet zugleich auf die Problematik einer zuweilen nur vorgeblichen Gemeinwohlförderlichkeit des Verhaltens von Verbänden, ihres egoistischen Einflusses auf die Politik und der möglichen Lähmung politischer Entscheidungen durch die Rücksichtnahme auf derlei Partikularinteressen, die jedoch nicht einer Zurückdrängung des Handelns Privater im öffentlichen Interesse, sondern deren Ordnung bedarf.

gebildeten Organisationen können, müssen aber nicht im öffentlichen Interesse liegen. Sie dürfen ihnen nur nicht widersprechen.<sup>437</sup> Der Träger einer öffentlichen Aufgabe hat hingegen grundsätzlich die Verpflichtung, im öffentlichen Interesse tätig zu werden. Nimmt man diese Momente zusammen, so ergibt sich folgendes Spektrum: Freiwillig gebildete (private) Organisation verfolgt freiwillig Ziele im Eigeninteresse – freiwillig gebildete (private) Organisation verfolgt freiwillig Ziele im öffentlichen Interesse<sup>438</sup> – freiwillig gebildete (private) Organisation übernimmt freiwillig eine ihr öffentlich-rechtlich übertragene Aufgabe – freiwillig gebildete Organisation wird verpflichtet, eine öffentlich-rechtlich übertragene Aufgabe zu erfüllen – öffentlich-rechtlich errichtete (Verwaltungseinheit) erfüllt ihre mit der Errichtung übertragenen öffentlichen Aufgaben.<sup>439</sup>

Der öffentliche Charakter der öffentlichen Aufgabe kann mithin nicht allein durch ihren Inhalt – die Erzielung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ergebnisses – bestimmt werden, sondern nur durch die öffentlich-rechtlich begründete Verpflichtung, dieses Ergebnis herbeizuführen. Dem entspricht es auch, daß das BVerfG die Grundrechtsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts ablehnt, sofern sie Träger öffentlicher Aufgaben sind, denn insofern sind sie und sollen sie staatlich gesteuert sein (s. o.). Von allen Handlungszielen im öffentlichen Interesse sind nur solche öffentliche Aufgaben, zu deren Herbeiführung ihr Träger öffentlich-rechtlich verpflichtet wurde.<sup>440</sup> Der Staat tritt hier nicht nur disziplinierend an die freiwilligen Leistungen für das Gemeinwohl heran, sondern sieht bestimmte Leistungen als so gewichtig an, daß er ein Erfüllungs- oder Abwicklungsinteresse an ihnen hat.<sup>441</sup> Hiermit ist ein Begriff der öffentlichen Aufgabe gewonnen, der nicht auf den Träger abstellt.<sup>442</sup> Zugleich wird deutlich, daß das

437 Nähere Nachweise bei *Kirste* 2002, S. 367 f.

438 Diese Interessenverfolgung ließe sich wiederum differenzieren in von ihr behauptete *partielle* Ziele, die gleichwohl im öffentlichen Interesse liegen sollen (Hilfeleistung und Unterstützung des Roten Kreuzes) und von allgemeinen Zielen im Gesamtinteresse, die Verbände aus ihrer subjektiven Perspektive verfolgen (Parteien), hierzu *Kirste* 2002, S. 369 f.

439 Dieses Schema kann 1. noch differenziert werden durch die weiter unten zu diskutierende Interessenvertretungsfunktion öffentlicher Verwaltungsorganisationen und 2. noch verlängert werden durch die ebenfalls später zu diskutierende Übertragung genuin staatlicher Aufgaben auf öffentlich-rechtlich errichtete, aber verselbständigte Verwaltungsorganisationen und schließlich die durch die unmittelbare Staatsverwaltung zu erfüllenden Staatsaufgaben.

440 Die Frage, warum ein Ziel, das sich Private setzen, überhaupt zugleich als „Aufgabe“ tituliert werden kann, wird zumeist nicht gestellt.

441 *Schmidt-Aßmann* 1987, S. 258.

442 So auch *Martens* 1969, S. 118; folglich kennt auch das BVerfG eine große Bandbreite von Trägern öffentlicher Aufgaben, die sich kaum auf einen anderen Nenner bringen lassen als den, daß sie mindestens mit der freiwilligen Setzung eines Ziels zugleich auch öffentlich-rechtliche Pflichten übernehmen. So hat das BVerfG etwa für die Parteien die Beteiligung an Wahlen als öffentliche Aufgabe angesehen (E 8, S. 51 ff., LS u. S. 63 – 1. Parteispenderurteil; E 20, S. 56 ff., 113 – 1. Parteienfinanzurteil); die Rundfunkanstalten wurden als Träger der öffentlichen Aufgabe, Rundfunksendungen zu veranstalten angesehen (E 12, S. 205 ff., LS u. S. 243 – 1. Rundfunkentscheidung, std. Rspr.); die Presse hat wesentliche Funktionen oder Aufgaben der Information und Verbreitung und Vermittlung von Meinungen im Rahmen der Demokratie (E 20, S. 162 ff., 175 – Spiegel); die Sozialversicherungsträger (E 21, S. 362 ff., LS – Sozialversicherungsträger); die völkerrechtlich rechtsfähige und zwischenstaatliche Einrichtung nach Art. 24 I GG, Eurocontrol, sieht das Gericht als Träger der öffentlichen Aufgabe Luftverkehrsicherungsdienste an (E 58, S. 1 ff. 31 – Eurocontrol I); Sparkassen übernehmen öffentliche Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge (E 75, S. 192 ff., 200 – Sparkassen); ferner die staatlich gebundenen Berufe wie etwa die Kassenärzte (E 11, S. 30 ff., 39 – Kassenarzturteil).

Spezifische der öffentlichen Aufgabe nicht ihr Inhalt ist,<sup>443</sup> auch nicht die Intensität des Interesses,<sup>444</sup> sondern der Modus der Zielsetzung.

Finden sich Private zur Verfolgung ihrer Interessen in einer freiwilligen Organisation zusammen, so dient dies aufgrund ihrer durch Art. 9 I u. III GG geschützten Freiheit dazu, bei der Errichtung öffentlicher „Konkurrenz-Organisationen“ zu berücksichtigen.<sup>445</sup> Kann der private Verband die Interessen in gleicher Weise wahrnehmen wie die öffentliche Körperschaft und würde deren Errichtung seine Arbeit faktisch unmöglich machen, so wäre sie verfassungswidrig.<sup>446</sup>

Damit wird es möglich, daß ein und dieselbe Person Träger öffentlicher Aufgaben wie privater Interessen sein kann;<sup>447</sup> öffentlich-rechtliche Organisationen dürfen freilich in ihren Hauptzielen nur im öffentlichen Interesse handeln und müssen beim Handeln zugunsten des Einzelinteresses das Gemeinwohl berücksichtigen. Das bedeutet andererseits nicht, daß sie nur aufgrund einer Aufgabenzuweisung im öffentlichen Interesse handeln dürfen. Es bleibt die Möglichkeit freiwilligen Handelns im öffentlichen Interesse. Die Trennung zwischen Aufgabe und Aufgabenträger ist schließlich auch die Grundlage für die formelle Privatisierung von Verwaltungsaufgaben.<sup>448</sup>

### c. *Öffentliche Aufgaben und Staatsaufgaben*

Private Interessenverfolgung und öffentliche Aufgabe unterscheiden sich also im Modus der Zielverwirklichung: Während die öffentliche Aufgabe durch eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Zielerreichung gekennzeichnet ist, erfolgt die private Verfolgung privater oder von Zielen im öffentlichen Interesse rechtlich freiwillig. Wenn nun innerhalb der öffentlichen Aufgaben ein Bereich abgesteckt werden soll, der Körperschaften des öffentlichen Rechts zukommen kann und vielleicht sogar muß, ist auf einer ersten Konkretisierungsstufe nach Interessengegenständen

443 Also insbesondere auch nicht die Größe des Interessentenkreises (so aber *Kelber* 1998, S. 76 hinsichtlich der Interessenvertretung der Handwerkskammern). Denn der Umstand, daß eine Tätigkeit nicht nur im Interesse eines Einzelnen, sondern einer Gruppe besteht, nicht, daß dieses Gruppeninteresse auch öffentlich ist. Das hinzugefügte negative Kriterium, daß diese Tätigkeit keine staatliche Aufgabe sei, führt auch nicht weiter.

444 So aber *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 11; und abweichend auch die 2. Rundfunkentscheidung des *BVerfG* (E 31, S. 314 ff., S. 343), wo das Gericht davon spricht, daß sich die Charakterisierung einer bestimmten Leistung (hier: des Rundfunks) als öffentliche Aufgabe aus der Rücksicht des öffentlichen Interesses auf das Gemeinwohl ergebe; in der *Sasbach*-Entscheidung werden öffentliches Interesse und öffentliche Aufgabe dann aber wieder graduell auf gleicher Stufe angesiedelt (E 68, S. 82 ff., 103): „öffentliche Aufgaben, also Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit“.

445 *BVerfGE* 38, S. 281 ff. – Arbeitnehmerkammern.

446 „Bei echter Konkurrenz der solchen Körperschaften zgedachten Aufgaben mit solchen, die von frei gegründeten Vereinigungen ebensogut erfüllt werden können, kann der in der Pflichtmitgliedschaft liegende Eingriff in die Freiheit des Einzelnen sich als übermäßig, weil nicht unbedingt erforderlich, und deshalb als verfassungswidrig erweisen. Dieses Bedenken ist noch nicht dadurch ausgeräumt, daß durch die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft die Gründung eines privatrechtlichen Verbands mit paralleler Zielsetzung rechtlich nicht behindert wird. Es müßte bereits als verfassungswidrig angesehen werden, wenn eine durch staatlichen Hoheitsakt gegründete Körperschaft dem freien Verband eine Tätigkeit, die er im Rahmen seiner Zielsetzung legitimerweise ausübt, faktisch unmöglich machte“, *BVerfGE* 38, S. 281 ff. (303 f.) – Arbeitnehmerkammern.

447 Tatsächlich sieht etwa § 1 II S. 1 VWG dies für Wasserverbände auch ausdrücklich vor.

448 *Kirste* 2002, S. 51 f.

und Aufgabenträgern zu differenzieren. Gegenstand öffentlicher Aufgaben können danach grundsätzlich reine Staatsinteressen<sup>449</sup> oder andere öffentliche Interessen sein. Wie können beide Bereiche voneinander abgegrenzt werden? Zur Beantwortung der Frage soll auf eine Unterscheidung zurückgegriffen werden, die *Josef Isensee*<sup>450</sup> im Anschluß an Jellineks Staatszwecklehre<sup>451</sup> entwickelt hat. Danach sind ausschließliche und konkurrierende, obligatorische und fakultative sowie finale und instrumentale Staatsaufgaben zu unterscheiden.

Ausschließlich und damit notwendig sind solche Aufgaben, die einer einheitlichen Entscheidung bedürfen, oder etwas weiter gefaßt: der Schutz derjenigen Rechtsgüter, die ohne das Eingreifen schutzlos blieben.<sup>452</sup> Zu diesen hat das Bundesverfassungsgericht die Sorge für das Gemeinwohl gerechnet: Der Staat fungiert geradezu als „Hüter des Gemeinwohls gegenüber Gruppeninteressen“. <sup>453</sup> Insofern ließe sich von einer „Garantenpflicht des Staates für das Gemeinwohl“ sprechen.<sup>454</sup> Das BVerwG hat insofern auch von „lebensnotwendigen Staatsaufgaben“ gesprochen, die nicht auf andere Organisationen als die unmittelbare Staatsverwaltung selbst übertragen werden dürften.<sup>455</sup> Dem steht auch die innere Struktur selbständiger Verwaltungsträger entgegen. Das BVerwG lehnt die dezentrale Erfüllung solcher Aufgaben deshalb ab, weil so über eine Aufgabe, deren Erfüllung im Interesse aller Bürger liege, im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Träger von Partikularinteressen in den Repräsentationsorganen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft entschieden werden könne.<sup>456</sup> Hierdurch würde einer Gruppe von Bürgern ein ungleicher, stärkerer Einfluß auf die Erledigung der öffentlichen Aufgabe, die sie doch alle gleichermaßen interessiere, gewährt. Der Kreis derartiger notwendiger Aufgaben ist nicht leicht zu bestimmen. Das Gewicht der Aufgaben alleine und ihre Bedeutung für das Gemeinwohl machen sie aber nicht zu notwendigen Staatsaufgaben.<sup>457</sup> *Kirchhof* erwähnt neben der Sorge für das Gemeinwohl auch die Verantwortlichkeit für die Verwirklichung und Begrenzung der Grundrechte sowie die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt.<sup>458</sup> *Bieback* rechnet zu diesen Aufgaben, die damit von den Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht

449 Auch „Staatswohl“, etwa in Art. 32 der LV-HH und in *BVerfGE* 5, 85 (199 f.) – KPD-Verbot; 20, 162 (221) – Spiegel. Bei diesem Aspekt des öffentlichen Interesses geht es dann im wesentlichen um die Sicherheit, vgl. hierzu auch *Brugger* 2003, Manuskript V., S. 16 ff.; zur Unterscheidung von Staatswohl – Gemeinwohl – öffentlichem Interesse auch *Kirste* 2002, S. 358 f.

450 1992, Rn. 150 f.

451 1959, S. 250 ff., hier besonders die Unterscheidung in Tätigkeiten, die dem Staat ausschließlich zukommen (exklusive S. 255 u. 263), und solche, die ihm zukommen können und so mit anderen geteilt werden (konkurrierende Zwecke, S. 259 f. u. 263). Zu ersteren gehören alle mit der staatlichen Selbstbehauptung, Sicherheit, Machtentfaltung, Rechtsetzung und Rechtsschutz zusammenhängenden, zu letzteren insbesondere auch sozialstaatliche Interessen.

452 Schmidt-Aßmann 1998, S. 140.

453 *BVerfGE* 33, 125 (159) – Facharzt; Böckenförde (1992/9, S. 232 f.) unterscheidet innerhalb der öffentlichen Aufgaben zwischen notwendigen und möglichen Staatsaufgaben, denen er solche öffentlichen Aufgaben gegenüberstellt, die „kraft grundrechtlicher Verbürgung“ keine staatlichen Aufgaben sein dürfen. Notwendige Staatsaufgaben sind danach etwa die Rechtspflege, die Polizei und das Militär.

454 *Burgi* 1999, S. 28.

455 *BVerwGE* 106, 64–85 – es ging um den Schutz des Oberflächen- und Grundwassers; vgl. schon *Stein* 1869, S. 200; *Forsthoff* 1931, S. 96

456 *BVerwGE* 106, 64–85.

457 *BVerfG* Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz.

458 *Kirchhof* 1988, Rn. 100.

in eigener Verantwortung wahrgenommen werden können, die klassischen Staatsaufgaben wie Verteidigung, allgemeine Justiz, Innenpolitik, Außenpolitik, Steuern im allgemeinen.<sup>459</sup>

Obligatorische sind nach *Isensee* solche Aufgaben, die zwar auch ein anderer erfüllen könnte, die jedoch der Staat erfüllen „muß“, zu deren Erfüllung er verpflichtet ist.<sup>460</sup> Das Grundgesetz ist mit ausdrücklichen Aufgabenzuweisungen sparsam,<sup>461</sup> nimmt solche Aufgaben aber an.<sup>462</sup> Verfassungsrechtliche Staatsaufgaben können sich daher aus solchen expliziten Zuweisungen ergeben. Mittelbar, nämlich in dem Sinne, daß die einfachgesetzlich erfolgende Aufgabenzuweisung an den Staat gerechtfertigt ist, erfolgt die Zuweisung auch über die Kompetenzvorschriften<sup>463</sup> und in eingeschränktem Maß auch aus den Grundrechten.<sup>464</sup> Das BVerfG hat aus dem Prinzip der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung abgeleitet, daß es „Regierungsaufgaben [gibt, S.K.], die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind“.<sup>465</sup> Das Grundgesetz nennt in den Art. 87 ff. eine Reihe von solchen Aufgaben, die obligatorische Aufgaben der bundeseigenen Verwaltung sind und insofern nicht auf Körperschaften des öffentlichen Rechts oder andere juristische Personen übertragen werden dürfen.<sup>466</sup>

Schließlich sind finale solche Staatsaufgaben, die unmittelbar auf das öffentliche Interesse gerichtet sind.<sup>467</sup> Diese Unterscheidung betrifft eher die Intention der Aufgabenerfüllung als die Frage ihrer Zuordnung zum Staat oder anderen. Rechtlich notwendige Staatsaufgaben wären danach nur die ausschließlichen und die obligatorischen. Damit gibt es innerhalb der öffentlichen Aufgaben solche, die nur vom Staat bzw. seiner unmittelbaren Verwaltung erfüllt werden können oder dürfen, und solche, bei denen dies möglich, aber nicht notwendig ist.<sup>468</sup> Die Abgrenzung ergibt sich durch die verfassungsrechtlichen Aufgabenzuweisungen. Daneben verbleibt ein großer Bereich von möglichen staatlichen Aufgaben, nämlich solchen, deren „Verstaatlichung“ verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Hierbei ist es „Sache des gesetzgeberischen Ermessens, zu entscheiden, welche dieser

459 *Bieback* 1982, S. 894; vgl. auch *Schuppert* 1981, S. 128.

460 *Isensee* 1988, Rn. 152.

461 Etwa in Art. 87 a I GG für die Verteidigung, *Bull* 1977, S. 149 f.

462 So etwa in Art. 24 Abs. 1a, Art. 30 GG; *Mronz* 1973, S. 199 f.

463 *Bull* 1977, S. 152 f.; auch den Staatszielbestimmungen, *Brohm* 1983, S. 794.

464 *Bull* 1977, S. 155 f.; *Brohm* 1983, S. 796 f.

465 *BVerfGE* 9, 268 ff. (282) – Bremer Personalvertretung: Wenn eine Übertragung stattfände, „würde es der Regierung unmöglich gemacht, die von ihr geforderte Verantwortung zu tragen. Welche Angelegenheiten von solchem politischem Gewicht sind, läßt sich nur von Fall zu Fall beurteilen. Hier genügt es festzustellen, daß im heutigen Verwaltungsstaat jedenfalls die Entscheidung über Einstellung, Beförderung, Versetzung und sonstige personelle Angelegenheiten der Beamten erhebliches politisches Gewicht hat.“ Vgl. zu dieser Grenze der möglichen Aufgaben von Selbstverwaltungsträgern auch *Emde* 1991, S. 380.

466 Art. 87 I 1 GG (Auswärtiger Dienst, Bundesfinanzverwaltung), Art. 87b I (Bundeswehrverwaltung), Art. 87e I 1 (Eisenbahnverkehrsverwaltung), Art. 87 f II 2 (Hoheitsaufgaben des Post- und Telekommunikationswesens), Art. 89 II (Bundeswasserstraßen). Nur Randbereiche können hier privatisiert oder von verselbständigten Verwaltungseinheiten wahrgenommen werden, GG-Kommentar Dreier-*Hermes* Art. 87, Rn. 24.

467 *Isensee* 1988, Rn. 154.

468 Wie hier *Tettinger* 1985, S. 69 f. Später spricht er zu Recht von einem weiteren Kreis der öffentlichen und einem engeren der staatlichen Aufgaben innerhalb derselben.

Aufgaben der Staat nicht durch seine Behörden, sondern durch eigens gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften erfüllt. Das Bundesverfassungsgericht kann hierbei nur nachprüfen, ob der Gesetzgeber die Grenzen seines Ermessens beachtet hat<sup>469</sup>. Wenn aber der Staat nicht in verfassungsrechtlich legitimer Weise auf diese möglichen Aufgaben zugegriffen hat, sind sie öffentliche, nicht aber staatliche Aufgaben. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe ist somit der Oberbegriff für die rein staatlichen und einen Bereich nicht näher bezeichneter übriger öffentlicher Aufgaben.<sup>470</sup> Damit werden sowohl Ansichten zurückgewiesen, die von grundsätzlich staatlichen Aufgaben ausgehen und dann noch solche „im weiteren Sinn“ anerkennen bzw. öffentliche und staatliche gleichsetzen,<sup>471</sup> wie auch solche Konzeptionen, die den Begriff der öffentlichen Aufgabe dem der staatlichen entgegensetzen.<sup>472</sup> Es sind nicht grundsätzlich alle öffentlichen Aufgaben staatlich, weil nicht bei allen Zielen, zu deren Erreichung ein öffentlich-rechtlicher Rechtssatz verpflichtet, eine zentrale, einheitliche Entscheidung und ihre Durchsetzung durch eine weisungsgebundene unmittelbare Verwaltung notwendig oder rechtlich geboten sind;<sup>473</sup> die Staatsaufgaben gehören jedoch zu dem Kreis der öffentlichen Aufgaben, da sie deren Form teilen und sich nur durch den Gegenstand unterscheiden.<sup>474</sup>

Deshalb ist auch die Vorstellung unzutreffend, der Staat in Form des Gesetzgebers sitze gewissermaßen auf dem Topf der öffentlichen Aufgaben, von denen er sich nur nach dem Grundsatz „*nemo plus iuris transferre potest quam ipse se habet*“ trenne, resp. sie übertrage, indem er sie auf die Träger mittelbarer Staatsverwaltung austeile.<sup>475</sup> Der „Topf“ – der sich allerdings laufend neu füllt – sind vielmehr

469 „Ob die Wahl der Organisationsform zweckmäßig oder notwendig war, hat das Bundesverfassungsgericht also nicht zu prüfen.“ *BVerfGE* 10, S. 89 ff. (102) – Großer Erftverband; 21, S. 362 ff. (370) – Sozialversicherungsträger; 38, S. 281 ff. – Arbeitnehmerkammern; *BVerfG NVwZ* 2003, S. 974 ff. (976). 470 In diesem Sinn auch das *BVerfG*, wenn es im Erdölbevorratungsurteil (E 30, S. 292 ff., 311) davon spricht, daß es sich bei der Erdölbevorratung „um eine öffentliche, ja um eine im engeren Sinn staatliche Aufgabe handelt“. Ferner führt es in der zweiten Rundfunkentscheidung (E 31, S. 314 [329]) aus: „Damit haben sie [die Länder, SK] den Rundfunkanstalten eine ‚Aufgabe der öffentlichen Verwaltung‘ übertragen, die sie selbst unmittelbar wegen des Gebots der Staatsfreiheit des Rundfunks nicht wahrnehmen können. Die Tätigkeit der Rundfunkanstalten vollzieht sich daher im öffentlich-rechtlichen Bereich. Die Rundfunkanstalten stehen in öffentlicher Verantwortung und erfüllen, indem sie Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehmen, zugleich integrierende Funktionen für das Staatsganze.“ Hiermit ist ein Bereich von öffentlichen Aufgaben bezeichnet, der nicht zu den staatlichen gehört und im Interesse der Grundrechte gehören darf, obwohl er die Verwaltungsaufgaben mitumfaßt. Vgl. zum Rundfunk als öffentlicher, nicht-staatlicher Aufgabe auch *Hesse* 1999, S. 139 f.

471 Vgl. nur *Di Fabio* 1999, S. 586 f.; *Mronz* 1973, S. 123 f.; zu diesen auch *Kelber* 1998, S. 12; auch *Oebbecke* (2003, S. 370) spricht davon, daß die Selbstverwaltungsträger durch die Zuweisung der Aufgabe staatliche Aufgaben wahrnehmen; gegen diese Ansichten dezidiert *Burgi* 1999, S. 44.

472 So *Häberle* 1970, S. 214; *Henke* 1970, S. 167: „Zwischen reinen Staatsaufgaben und rein gesellschaftlichen Aufgaben liegt eine tiefe Zone öffentlicher Aufgaben, zu deren Erfüllung die Beteiligung des Staates nicht entbehrt werden kann, ohne daß sie ganz in staatliche Verwaltung genommen werden müßten. Sie bildet den Bereich möglicher Selbstverwaltung. Er umfaßt einen breiten Fächer von Möglichkeiten zwischen den beiden Extremen reiner Staatsverwaltung und rein gesellschaftlicher Erfüllung öffentlicher Aufgaben.“

473 *Schmidt-Aßmann* 1987, S. 258: „Nicht jede Aufgabe, die sich als ‚öffentliche‘ einordnen läßt, muß notwendig in Ausübung von Staatsgewalt erfüllt werden.“

474 Zur staatlichen wird eine öffentliche Aufgabe auch nicht deshalb, weil der Staat auf die Einhaltung der Gesetze bei ihrer Durchführung im Wege der Staatsaufsicht achtet, *Kahl* 2000, S. 532.

475 So aber diejenigen Theorien, die von den Körperschaftsaufgaben als „genuin staatlichen“ ausgehen, die den öffentlichen Verbänden zur weisungsgebundenen oder eigenverantwortlichen Erledigung „überlassen“ worden seien, *Kelber* 1998, S. 111; *Mronz* 1973, S. 197; kritisch dazu auch *Tettinger*



die öffentlichen, als diejenigen Aufgaben die durch eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt werden. Und für diesen schreibt *Stern* zu Recht: „Niemals hatte und hat der Staat das Monopol auf das Öffentliche“.<sup>476</sup> Nur wenige dieser Aufgaben kommen verfassungsrechtlich notwendig einem bestimmten Träger zu. Über die anderen möglichen staatlichen Aufgaben hat der Staat in Gestalt des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu entscheiden. Dabei hat er sich vor der Verfassung zu rechtfertigen. Daß ihn als notwendige staatliche Aufgabe (!) diese Pflicht trifft, folgt aus der ihm verfassungsrechtlich zukommenden Stellung als „Hüter des Gemeinwohls gegenüber den Gruppeninteressen“.<sup>477</sup> Diese Aufgabe besteht aber in der vor der Verfassung zu rechtfertigenden Zuordnung der Aufgaben, nicht in ihrer Austeilung aus seinem Besitz.

Diese Einteilung hat Konsequenzen für die Art der Aufgabenwahrnehmung und die Verantwortung des Staates hierbei: Will er aus arbeitsteiligen oder anderen sachlichen Gründen eine notwendige oder obligatorische staatliche Aufgabe nicht selbst ausführen, kann er sie zwar einer anderen Verwaltungsorganisation übertragen, muß sich aber ausreichende Einflußmöglichkeiten vorbehalten, um seiner Verantwortung für diese Aufgabe gerecht zu werden.<sup>478</sup> Verpflichtet er eine andere Verwaltungsorganisation zur Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden öffentlichen Aufgabe, so hat er nur die Verantwortung für diese Zuordnung und die sich aus ihr ergebenden näheren (und weiter unten noch zu bestimmenden) Folgen, nicht aber für ihre konkrete Ausführung. Die Aufgabenzuordnung begründet dann seine Pflicht im Wege der Rechtsaufsicht auch über die Einhaltung der gesetzlichen Grenzen zu wachen (s. u.).<sup>479</sup> Im Rahmen der öffentlichen Aufgaben kann dann noch der Bereich der Verwaltungsaufgaben unterschieden werden, der den Kreis derjenigen öffentlichen Aufgaben bezeichnet, der „der Verwaltung durch Rechtsatz übertragen und von ihr in rechtlich zulässiger Weise wahrgenommen“ wird.<sup>480</sup> Diese werden vom BVerfG von der Interessenvertretung unterschieden.<sup>481</sup> Nicht zu den möglichen Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts zählen danach auch solche Gegenstände im öffentlichen Interesse, die etwa im Rahmen der Gewaltenteilung der Exekutive oder der Judikative zugewiesen sind.<sup>482</sup>

Bisher konnte nur geklärt werden, daß es außer den notwendigen und obligatorischen innerhalb der öffentlichen Aufgaben einen Bereich von möglichen

---

1995, S. 171. Andere differenzieren in Körperschaften der mittelbaren Staatsverwaltung, auf die dieses Merkmal zutreffen soll, und den interessenvertretenden Kammern, die in den Rang von verwaltungsrechtlichen Körperschaften erhoben worden seien, jedoch weiterhin die gesellschaftlichen Interessen wahrnahmen, *Knöpfle* 1987, S. 96;

476 1980, S. 746.

477 *BVerfGE* 33, 125 ff. (159) – Facharzt.

478 „Von einer Übertragung ausgeschlossen sind diejenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinne wahrnehmen muß“, *BVerfGE* Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz.

479 Staatsaufsicht bedeutet dann nicht, die Überwachung des Verbleibs einer Staatsaufgabe, von der sich der Staat mehr oder weniger getrennt hat (so aber *Kelber* 1998, S. 117), sondern die Überwachung der Folgen seiner Zuordnungsentscheidung.

480 *Bauer* 1995, S. 250.

481 *BVerfGE* 15, S. 235 ff. (241) – Pflichtzugehörigkeit zu den IHKS.

482 So schon Peters Definition der Selbstverwaltung, die Tätigkeiten der Rechtsprechung und Rechtsetzung ausdrücklich ausnimmt, *Peters* 1926, S. 26 u. 44 f.

Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts gibt, nicht aber, ob es auch notwendige Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts gibt. Die zur Unterscheidung sinnvolle, negative Abgrenzung, wie sie etwa *Loeser* vorgeschlagen hat (1. Es darf sich nicht um eine genuine Staatsaufgabe handeln. 2. Es darf sich nur um Aufgaben handeln, die „rein gesellschaftlicher Bedeutung entwachsen sind“<sup>483</sup>), hilft dafür nur bedingt als äußerste Grenze weiter. Eine weitere Grenze hatte sich aus der Notwendigkeit autonomer Legitimation durch die Selbstbestimmung der Betroffenen als Kompensation für die infolge Selbstverwaltung gelockerte demokratische Legitimation ergeben: Es muß sich bei den Aufgaben der Körperschaft des öffentlichen Rechts um solche handeln, die einen gegenüber dem Staatsvolk insgesamt abgrenzbaren Kreis von Bürgern in besonderer Weise betrifft.

## 2. Öffentliche Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts

Die Existenz ursprünglicher, den Körperschaften – insbesondere den Gemeinden – von Natur zukommender Aufgaben wird heute zu Recht nicht mehr angenommen. Der geschichtliche Überblick konnte deutlich machen, daß an frühere rechtliche Traditionen vor den Steinschen Reformen nicht mehr angeknüpft werden kann.<sup>484</sup> Danach aber lag die Errichtung der Körperschaften des öffentlichen Rechts in der Hand der staatlichen Organisationsgewalt. Nachdem diese verfassungsrechtlich eingebunden ist, können sich notwendige Aufgaben der Körperschaften auch nur aus den Verfassungen ergeben. Die notwendigen Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts können innerhalb der öffentlichen Aufgaben nicht unter den Staatsaufgaben gesucht werden, da diese durch eine notwendige oder obligatorische Verpflichtung der unmittelbaren Staatsverwaltung gekennzeichnet sind. Sie können sich auch nicht aus dem Bereich der möglichen Staatsaufgaben ergeben, da in diesem Feld ein Zugriff des Staates prinzipiell gerechtfertigt werden könnte.<sup>485</sup> Bleibt nur die Feststellung, daß es danach zwar einen Bereich *möglicher* Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts gibt, aber keine Aufgaben, die ihnen *notwendig* zukommen? Mithin hätte man sich bei der Umschreibung der Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts mit der Residualkategorie von nicht staatlichen Aufgaben zu begnügen, mit der Konsequenz, daß sie dem jederzeitigen Zugriff des Staates ausgesetzt wären.

483 *Loeser* 1994, S. 132. Das dritte Kriterium (Körperschaften dürfen weitere Aufgaben nur mit Bezug zu ihren „eigenen Angelegenheiten“ übertragen werden) besagt nur – aber immerhin –, daß sekundäre Aufgabenzuweisungen nichts über die primären aussagen, ihnen aber nicht entgegenstehen dürfen.

484 Vgl. auch *Lynker* 1960, S. 49 f.

485 Anders *Kluth* 1986, S. 718. Er bezeichnet als öffentliche solche Aufgaben, die ebensogut von Privaten erfüllt werden können. Staatlich hingegen seien solche, deren „Wahrnehmung durch Rechtssatz geregelt und einem staatlich errichteten und/oder zumindest beaufsichtigten Träger zur Wahrnehmung übertragen ist, wobei der Träger auch eine juristische oder natürliche Person des Privatrechts sein kann.“ Dadurch wird der Begriff der staatlichen Aufgabe sehr weit ausgedehnt. Die „öffentliche Aufgabe“ bezeichnet dann alle „Aufgaben“, die einer gemeinschaftlichen Bewältigung bedürfen. Danach wären auch solche Organisationsziele, zu deren Verwirklichung sich Private zusammenschließen, weil sie nur auf gemeinsam zu erreichen sind, öffentliche Aufgaben. Da diese Ziele aber, obwohl sie zweifellos im öffentlichen *Interesse* liegen können, freiwillig erstrebt werden, sollen sie hier nicht als öffentliche Aufgaben gefaßt werden. Kennzeichen der öffentlichen Aufgabe ist danach neben dem Umstand, daß ihre Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, die Auferlegung der Erfüllung als öffentliche Pflicht.

a. *Nicht-bürokratische Aufgabenerledigung als Grund für notwendige Aufgaben der Körperschaft des öffentlichen Rechts?*

Paßt man die Kriterien, die Isensee zu Begründung der Staatsaufgaben verwendet, auf die Körperschaft an, so könnte man zunächst fragen, ob sich aus der Körperschaftsstruktur, aus ihrer inneren Organisation, Aufgaben ergeben, die nur durch eine Verwaltungsorganisation erfüllt werden können, deren Mitglieder zugleich die Träger der Organisation sind. Hierfür könnte man auf die oben ausgeführten Vorteile nicht-bürokratischer Verwaltungsorganisationen zurückgreifen. So wurde in der Tat die Einbeziehung von gesellschaftlichem Sachverstand, die Interessenvertretung, die Institutionalisierung und damit bessere staatliche Kontrolle korporatistischer Arrangements usw. angeführt. Ist schon fraglich, ob derartige faktische Vorzüge auch eine rechtliche Notwendigkeit begründen können, sprechen sie jedoch für die Erledigung der Aufgabe durch eine Organisation, die durch die Betroffenen verwaltet wird, mithin eine Selbstverwaltungsorganisation, nicht aber für die besondere Form der Körperschaft des öffentlichen Rechts.

b. *Notwendige öffentliche Aufgaben der Körperschaften aus dem Grundgesetz*

Eine rechtliche Verpflichtung zur Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf eine Körperschaft des öffentlichen Rechts besteht nach dem Grundgesetz nur für die Gemeinden und Gemeindeverbände nach Art. 28 II GG und die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen<sup>486</sup> für den Bereich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. In diesem Punkt anerkennt die Verfassung die Existenz öffentlicher Aufgaben, deren Träger nicht der Staat und die unmittelbare Staatsverwaltung, sondern notwendig eine Gebietskörperschaft ist. Zwar besitzt der Gesetzgeber im Rahmen seiner Organisationsgewalt ein Zugriffsrecht auf organisationsrechtliche Entscheidungen (s. o.), gerade das Selbstverwaltungsprinzip der Gemeinden verlangt aber die Belassung nennenswerter Aufgaben und organisatorischer Befugnisse bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden.<sup>487</sup> Fraglich ist aber, ob es darüber hinaus noch verfassungsrechtlich notwendige Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts gibt.

Die Möglichkeit der Ableitung weiterer notwendiger Aufgaben von Körperschaften des öffentlichen Rechts aus dem GG wird zurückhaltend beurteilt.<sup>488</sup> Für die Rundfunkanstalten hat das Gericht ein Gebot der Staatsfreiheit des Rundfunks aus Art. 5 I 2 GG abgeleitet.<sup>489</sup> Der Beitrag des Mediums Rundfunk zur

486 Hierzu etwa *Schmidt-Jortzig* 1993, S. 973 ff.; zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden etwa *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 94 Rn. 100 f.

487 *BVerfGE* 91, S. 228 ff. (238) – Gleichstellungsbeauftragte; *Bovenschulte* 2000, S. 114.

488 *Schmidt-Aßmann* 1987, S. 249 ff.; *Hendler* 1984, S. 329 ff.

489 *BVerfGE* 83, S. 238 ff. (322 f.) – 6. Rundfunkentscheidung (S. 330): „Staatsfreiheit des Rundfunks bedeutet, daß der Staat weder selbst Rundfunkveranstalter sein noch bestimmenden Einfluß auf das Programm der von ihm unabhängigen Veranstalter gewinnen darf.“ Vgl. auch E 74, S. 297 ff. (349) – 5. Rundfunkentscheidung. Mit Bezug auf den Charakter des Rundfunks als öffentliche Aufgabe hatte das Gericht schon zuvor ausgeführt: „Damit haben sie den Rundfunkanstalten eine ‚Aufgabe der öffentlichen Verwaltung‘... übertragen, die sie selbst unmittelbar wegen des Gebots der Staatsfreiheit

Meinungsbildung soll unbeeinflusst vom Staat erfolgen. Vergleichbare Begründungen finden sich auch hinsichtlich der Hochschulen.<sup>490</sup> Mitgliedschaftliche, staatsdistanzierte Aufgabenwahrnehmung kann bei einer individualisierbaren „Verwaltungsklientel“ naheliegen;<sup>491</sup> daß dies aber für die Mehrzahl der Körperschaften des öffentlichen Rechts aus den Grundrechten der Beteiligten zu begründen wäre, erscheint jedoch zweifelhaft. Im Gegenteil: Das Gericht hat die Staatsdistanziertheit oder -freiheit der Aufgabenwahrnehmung bei den genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts damit begründet, daß sie einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich zugeordnet sind.<sup>492</sup> Dieses Kriterium erfüllen aber nur die genannten Organisationen.<sup>493</sup>

Auch auf diese Weise können also notwendige Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht begründet werden. Nicht in Betracht kommen nach dem oben zur Organisationsgewalt Ausgeführten auch die Vorschriften über die Ausführung der Bundesgesetze, Art. 83 ff. GG. Hier geht es um die Abgrenzung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, nicht um deren Wahrnehmung in bestimmten Organisationsformen.<sup>494</sup> Selbst Art. 87 II GG fordert zwar rechtlich verselbständigte und auch mit Selbstverwaltung ausgestattete Organisationen der Sozialversicherungsträger; daß diese auch in der Organisationsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts erfolgen soll, läßt sich dieser Vorschrift nicht entnehmen.<sup>495</sup>

### c. *Notwendige Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts aufgrund landesverfassungsrechtlicher Vorgaben?*

Abstellen könnte man dabei auf das in einigen Landesverfassungen gewährte Recht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten auf das Recht der Selbstverwaltung in den durch das Gesetz gezogenen Grenzen.<sup>496</sup> Zum Selbstverwaltungsrecht soll dabei nach allgemeiner Auffassung auch die Mindestausstattung mit eigenverantwortlich zu erledigenden Aufgaben gehören. Es gibt mithin einen zum Selbstverwaltungsrecht gehörenden Anspruch auf Mindestausstattung mit öffentlichen Aufgaben. Doch unterscheidet sich diese Garantie gerade dadurch von der Selbstverwaltungsgarantie der kommunalen Gebietskörperschaften, daß hier verfassungsrechtlich kein bestimmter Kreis von Aufgaben festgelegt wird.

---

des Rundfunks nicht wahrnehmen können. Die Tätigkeit der Rundfunkanstalten vollzieht sich daher im öffentlich-rechtlichen Bereich. Die Rundfunkanstalten stehen in öffentlicher Verantwortung und erfüllen, indem sie Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehmen, zugleich integrierende Funktionen für das Staatsganze.“ Das wurde aber nicht verbunden mit einer bestimmten Organisationsstruktur.

490 *BVerfGE* 15, S. 256 ff. (262).

491 *Krebs* 1988, Rn. 70.

492 Vgl. *BVerfGE* 15, S. 256 ff. (262); 31, S. 314 ff. (322); 59, S. 231 ff. (254); 75, S. 192 ff. (196) – Sparkassen. Hierzu zählen auch die Kirchen, E 18, S. 385 ff. (386).

493 Daher hat das Gericht auch eine Staatsdistanziertheit etwa der Innungen (*BVerfGE* 68, S. 193 ff. [207] – Zahntechniker-Innungen), Gemeinden (E 61, S. 82 ff. [102 f.] – Sasbach) Kassenärztlichen Vereinigungen (NJW 1996, S. 1588 ff., 1589) abgelehnt.

494 Vgl. etwa GG-Kommentar Dreier-*Hermes* Art. 87, Rn. 76; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Trute* Art. 83 Rn. 1.

495 Anders *Dittmann* 1983, S. 94, dem aber hier aus den oben (A III 2 a bb. [1.]) genannten Gründen nicht gefolgt wird.

496 Etwa Art. 71 I S. 3 LV-BW; Art. 57 I LV-Nieders.

Außerdem ist vorausgesetzt, daß bereits eine Körperschaft errichtet ist, für deren Selbstverwaltung dann ein Minimum eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung notwendig sein mag. Ein Kriterium für bestimmte notwendige Aufgaben der Körperschaft läßt sich daraus nicht gewinnen.

*d. Notwendige Aufgaben von Körperschaften des öffentlichen Rechts aufgrund „gesellschaftlicher Selbstverwaltung“?*

Eine andere Möglichkeit, notwendige Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts zu begründen, könnte sein, zwei Arten von Aufgaben zu unterscheiden: erstens staatliche Aufgaben und zweitens Aufgaben der gesellschaftlichen Selbstverwaltung. Träger der erstgenannten Aufgabe bleibt der Staat, der sie nur zur Erfüllung auf die öffentlich-rechtliche Körperschaft überträgt und sich zur Wahrung seiner Verantwortung weitreichende Weisung und andere Kontrollrechte vorbehält. Zweitens Aufgaben der gesellschaftlichen Selbstverwaltung, die nicht nur keine staatlichen seien, sondern die der Staat auch gar nicht erfüllen dürfe.<sup>497</sup> Hierzu gehören insbesondere die Interessenvertretung als typische Aufgabe der Kammern.<sup>498</sup> Nach der oben vorgeschlagenen Definition der öffentlichen Aufgabe bleibt die gesetzlich vorgeschriebene Interessenvertretungsfunktion eine öffentliche Aufgabe als öffentlich-rechtliche Verpflichtung, auch wenn sie inhaltlich gesellschaftliche Partikularinteressen betrifft.<sup>499</sup> In den entsprechenden Gesetzen wird hierfür zumeist der Begriff des „Gesamtinteresses“ verwendet.<sup>500</sup> Dieser Ausdruck macht schon deutlich, daß mit dem vertretenen Interesse weder eine „Summe oder Potenzierung der Einzelinteressen noch der kleinste gemeinsame Nenner“ gemeint ist; die Bestimmung dieses „Gesamtinteresses“ setzt vielmehr „nach einer Ermittlung dieser Einzelinteressen deren Abwägung und einen Ausgleich voraus; die Kammern sollen angesichts der vielfältigen wirtschaftlichen Interessen wie ein Filter wirken“.<sup>501</sup> Das gleiche ließe sich für die anderen Kammern anführen: Die Handwerkskammern sollen nach § 91 I Nr. 1 HwO „die Interessen des Handwerks . fördern und für einen gerechten Ausgleich der Interessen der einzelnen Handwerke und ihrer Organisation . sorgen“.<sup>502</sup> Auch hier bedeutet dies eine Ausrichtung auf das Interesse des Gesamthandwerks, ohne daß dadurch die Vertretung der Interessen einzelner Mitgliedergruppen ausgeschlossen würde, sofern nicht die Interessen anderer Mitglieder dadurch verletzt

497 Dazu *Hendler* 1986, S. 678; kritisch *Frotscher* 1983, S. 142.

498 § 91 I HwO; § 1 I IHKG; § 73 I BRAO; § 76 BNotG. Zu deren Anerkennung auch BVerfGE 15, S. 235 ff. (241); zur Doppelstruktur der Aufgaben auch *Tettinger* 1997, S. 47 u. 83.

499 Freilich tritt die Interessenvertretung nun unter den Limitationen öffentlich-rechtlicher Regelungen ihrer Form auf, die somit mehr als ein „öffentlich-rechtliches Gewand“ ist, das „im Prinzip nichts an der Funktion dieser Berufsstände oder Erwerbszweige als Interessengemeinschaften“ ändert, anders aber *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 14 ff.; *Schuppert* 1983, S. 190 f.

500 Vgl. zu den IHKn *Möllering* 2001, S. 25 ff.

501 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 1 Rn. 6; *Tettinger* 1997, S. 86.

502 Dieser Zusammenhang spricht also nicht gegen die Interessenvertretungsfunktion der Kammern (so aber *Emde* 1991, S. 103), sondern dafür. Er zeigt aber zugleich, daß ihnen damit gerade nicht „im wesentlichen dieselbe Funktion zu[kommt, SK] wie privaten Verbänden“ (*Kopp* 1992, S. 32), sondern eine interessenintegrierende Funktion, die zugleich im öffentlichen Interesse besteht und durch dieses geprägt ist.

werden.<sup>503</sup> Dabei ist intern auch die Ausgleichsfunktion zu berücksichtigen.<sup>504</sup> Für eine Beschränkung dieser Interessenvertretung auf die Formen von Anhörung, Anregung, Vorschläge etc. ist in den Gesetzen kein Anhaltspunkt zu finden.<sup>505</sup> Vielmehr handelt es sich um eine diesen gegenüber eigenständige Funktion.<sup>506</sup> Entsprechendes gilt auch für die Rechtsanwaltskammern.<sup>507</sup> Gerade diese Vermittlung liegt im Gemeinwohlinteresse. Durch die Bündelung der Interessen und ihre möglichst objektive Darstellung entlasten sie den Staat im Bereich der Wirtschaftsverwaltung und ermöglichen ihm ein höheres Maß an Sachnähe und Richtigkeit seiner Entscheidungen.<sup>508</sup> Deshalb ist es auch unzutreffend, wenn *Fröhler/Oberndorfer* von einer funktionalen Parallelen zur privatrechtlich organisierten Interessenvertretung auszugehen und insofern mit *Salzwedel* von einem Bereich „gesellschaftlicher Selbstverwaltung“ sprechen.<sup>509</sup> Die Vorstellung, der privaten Interessenvertretung werde mit der Korporierung lediglich ein öffentlich-rechtlicher Mantel umgehängt, der diese Interessenvertretung inhaltlich unberührt lasse, verkennt, daß diese im öffentlichen Interesse wesentlich modifiziert.<sup>510</sup> In der Dialektik von Staat und Gesellschaft bedeutet gerade diese Aufgabe der Körperschaft die Wahrnehmung eines partikularen Allgemeinen: Sie ist nicht selbst Träger der Aufgabe, für das Gemeinwohl aller Bürger zu sorgen, sondern trägt dem Staat, dem diese Verantwortung zukommt, ein Gruppeninteresse vor; in dieser Funktion geht es aber anders als bei der Beteiligung privater Verbände nach §§ 47 I u. III u. 74 V GGO um eine der Objektivität und Repräsentativität verpflichtete Information staatlicher Stellen. Nur aufgrund dieses Abstands zu privatrechtlicher Interessenvertretung ist auch die Zwangsmitgliedschaft zu rechtfertigen.

Gegen die Annahme der Interessenvertretung als notwendiger, weder von privaten Organisationen noch vom Staat wahrzunehmender öffentlicher Aufgaben könnte aber die Auffassung des BVerfG von der Grundrechtsfähigkeit interessenvertretender Körperschaften sprechen. Diese sollen nur insofern grundrechtsberechtigt sein, als sie keine öffentlichen Aufgaben wahrnehmen. In bezug auf ihre Interessenvertretungsfunktion aber soll eine Grundrechtsberechtigung in Betracht kommen. Also kann die Interessenvertretung keine öffentliche Aufgabe sein. Sieht man sich die Gründe näher an, so geht es um die Unterscheidung von freiwilligen,

503 *Musielak/Detterbeck* 1995, § 91 Rn. 2; *BVerwG NJW* 1982, S. 1298.

504 Die Integrationsfunktion ist vielleicht im Bereich des Handwerks am größten, weil hier eine stärkere Partizipation der abhängig beschäftigten Gesellen vorgesehen ist, vgl. auch *Hoffmann-Riem* 1984, S. 286; *ders.* 1980, S. 26 f.

505 So aber *Emde* 1991, S. 93.

506 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 1.

507 *Feuerich/Weyland* 2003, § 73 Rn. 16 mit weiteren Nachweisen für die anderen Kammern der freien Berufe.

508 *BVerfG NVwZ* 2002, S. 336; *Jahn* 2002, S. 101.

509 So aber *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 28 ff. u. 47 ff. (50): „Gesellschaftliche Selbstverwaltung liegt daher vor, wenn die im demokratischen Gemeinwesen unserer Vorstellung unerläßliche (staats-)freie gesellschaftliche Interessenartikulation von einem zwangsweise gebildeten, öffentlich-rechtlichen Organisationsgrundsätzen, – daher besonderen Anforderungen an die demokratische Legitimität des Willensbildungsprozesses –, unterworfenen Verband wahrgenommen wird.“

510 Das unterscheidet sie in bezug auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Aufgaben von den Religionsgemeinschaften, deren Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht mit der Auferlegung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen verbunden ist, sondern der Effektuierung ihrer grundrechtsgerechten Wirksamkeit dient (s. u. S. 512).

gesellschaftlichen Interessen und öffentlich-rechtlicher Verpflichtung, auch Grundrechtsverpflichtung der staatlichen Gewalt. Die Interessenvertretung genügt nun beiden Kriterien: Einerseits sind die Interessen, die zu vertreten die Körperschaft verpflichtet ist, gesellschaftlicher Natur; andererseits ist die Verpflichtung zu ihrer Integration und Vertretung öffentlich-rechtlich und als solche Gegenstand der staatlichen Rechtskontrolle.<sup>511</sup> Das bedeutet aber, daß sie in der Form als öffentliche Aufgabe zugewiesen wird, in der Sache aber eine im Allgemeininteresse erfolgende Vertretung gesellschaftlicher Interessen bedeutet. In der Sache bezieht sie sich auf die Betätigung der Grundrechte der Mitglieder, auch wenn sie in der Form zur öffentlichen Aufgabe zählt. Das bestätigt die Grundfunktion der Körperschaft des öffentlichen Rechts, die eine organisatorische Verstärkung der Grundrechte in Bereichen darstellt, die von besonderem öffentlichen Interesse sind.

Es bleibt also bei dem oben festgestellten Befund: Wenn privatautonom gebildete Organisationen freiwillig Ziele von öffentlichem Interesse verfolgen, werden durch den Inhalt dieser Ziele weder sie selbst noch diese Ziele öffentlich. Wenn sie öffentlich-rechtlich verpflichtet werden, eine im Interesse der Allgemeinheit liegende Aufgabe zu erfüllen, liegt eine öffentliche Aufgabe vor, gegen deren Übertragung sie sich grundrechtlich wehren können. Wenn eine öffentlich-rechtlich errichtete Organisation verpflichtet wird, gesellschaftliche Interessen wahrzunehmen, weil dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint, so ist sie formell Träger einer öffentlichen Aufgabe, die aber gesellschaftliche Interessen zum Gegenstand hat.

Diese Aufgabe kann keine staatliche sein, da sie inhaltlich Ausprägung der Interessen der Grundrechtsträger sind, auch wenn sie wegen ihrer besonderen Bedeutung im Interesse der Allgemeinheit die Form einer öffentlichen Aufgabe erhalten haben.<sup>512</sup>

#### *e. Vermeidung von Machtkonzentration als Grundlage notwendiger Aufgaben der öffentlichen Körperschaften*

Zu stärkeren Anforderungen an die Übertragung eines bestimmten Kreises von Aufgaben kommt man auch nicht, wenn man dem BVerfG darin folgt, daß zur Gemeinwohlkonzeption des Grundgesetzes die Vermeidung von Machtkonzentration auch über die Gewaltenteilung hinaus gehört.<sup>513</sup> Das BVerfG hat damit das Prinzip der Dezentralisierung zu den Funktionsbedingungen der freiheitlich demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland gezählt und dabei auch in Rechnung gestellt, daß diese Form der Verwaltung gegenüber einer zentralisierten

511 Klein 1957, S. 150 spricht daher zu Recht von einem nur scheinbaren Widerspruch, der darin liegt, daß der einzelne in einen Verband gezwungen wird, der seine privaten Interessen vertritt. Es geht hier nicht um die Mediatisierung seiner Interessenvertretung, sondern darum, daß die Vertretung der privaten zugleich im öffentlichen Interesse liegt, sei es, daß sie überhaupt artikuliert und gehört werden können, sei es, daß sie ausgewogen repräsentiert oder schließlich, daß sie integriert werden.

512 Hendler 1986, S. 297; Schuppert 1981, S. 162 f.

513 BVerfGE 5, 85 (199 f.) – KPD-Verbot: „Das Prinzip der Aufteilung der Staatsmacht auf verschiedene, sich gegenseitig kontrollierende und hemmende Träger dient der Vermeidung übermäßiger Machtkonzentration an einer Stelle im Staat. Das gleiche Ziel verfolgt die Abspaltung von Bereichen der Staatstätigkeit aus der zentralen Leitung durch Übertragung an Körperschaften und Personengemeinschaften zu grundsätzlich selbstverantwortlicher Wahrnehmung.“

Form weniger kostengünstig sein könne.<sup>514</sup> Daraus folgt jedoch nur, daß Dezentralisierung der Staatsorganisation durch Körperschaften des öffentlichen Rechts Machtkonzentration vermeiden kann, jedoch weder, daß diese Dezentralisierung notwendig durch Körperschaften des öffentlichen Rechts und nicht auch durch andere juristische Personen des öffentlichen Rechts erfolgen kann, noch daß damit diesen Körperschaften bestimmte Aufgaben zukommen müßten.

#### f. Zusammenfassung

Die Körperschaften des öffentlichen Rechts nehmen also vom Gesetzgeber zugewiesene öffentliche Aufgaben in eigener Verantwortung und staatliche Aufgaben als übertragene wahr. Im Ergebnis bleibt es dabei, daß sich für das Gros der Körperschaften des öffentlichen Rechts mögliche, sinnvolle öffentliche Aufgaben finden lassen, aber keine notwendigen.<sup>515</sup> Der Gesetzgeber hat bei der Zuordnung von öffentlichen Aufgaben zu Körperschaften ein weites Ermessen.<sup>516</sup> Entsprechend hat das BVerfG festgestellt, daß eine grundsätzliche Formenwahlfreiheit des Gesetzgebers besteht hinsichtlich der Frage, ob er eine öffentliche Aufgabe durch seine unmittelbare Staatsverwaltung oder durch verselbständigte Verwaltungsträger ausführen lassen möchte.<sup>517</sup> Bei den übertragenen Aufgaben lassen sich dann Typen bilden, die aber keinen abschließenden Charakter besitzen, so daß laufend neue Arten von Aufgaben gefunden oder bestehende anderen Trägern zugewiesen werden können. Immerhin haben die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß es staatliche Aufgaben geben kann, die keine körperschaftlichen sein können, und körperschaftliche, die keine staatlichen sein können.<sup>518</sup> So hat auch das BVerfG den Bereich der öffentlichen Aufgaben, die für eine Übertragung an Körperschaften des öffentlichen Rechts in Betracht kommen, durch das Feld der privaten Interessenverfolgung einerseits und der Staatsaufgaben andererseits abgesteckt.<sup>519</sup>

Die Frage wandelt sich somit von der rechtsdogmatischen zur rechtspolitischen, welche Aufgaben im Bereich der möglichen der Körperschaft des öffentlichen Rechts sinnvoller Weise übertragen werden können. Grundlage dabei muß das Spezifikum der Körperschaft des öffentlichen Rechts, nämlich ihre mitgliedschaftliche

514 „Eine zentralistisch organisierte Verwaltung könnte allerdings in vielerlei Hinsicht rationeller und billiger arbeiten; die Verfassung setzt diesen ökonomischen Erwägungen jedoch den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben (oben 3. a) entgegen und gibt ihm den Vorzug.“ *BVerfGE* 79, 127 (153) – Rastede.

515 *Groß* 1999, S. 235 ganz allgemein: „Für unterschiedliche Aufgaben können unterschiedliche Organisationsformen gewählt werden.“ Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob zur Wahrnehmung der sinnvoll auf Körperschaften des öffentlichen Rechts übertragenen Aufgaben die Pflichtzugehörigkeit notwendig ist, *BVerfGE* 15, S. 235 ff. (242).

516 *BVerfGE* 38, S. 281 ff. – Arbeitnehmerkammern; *Schuppert* 1981, S. 157 f.

517 *E* 15, S. 235 ff. (242) – ; 10, S. 89 ff. (102) – Großer Erftverband.

518 Anders aber *Forsthoff* 1973, S. 524: „Es gibt aber ... keine Gemeindeaufgaben, die nicht Staatsaufgaben sein können und vice versa“. Forsthoff schränkt dies nur in bezug auf die Aufgaben, die sich aus der Existenz der Gemeinde ergeben, wie etwa die Verwaltung des eigenen Vermögens, ein.

519 *BVerfGE* 38, 281 ff. – Arbeitnehmerkammern: Mit dem Begriff der „legitimen öffentlichen Aufgaben“ seien solche „Aufgaben gemeint, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber so geartet sind, daß sie weder im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können noch zu den im engeren Sinn staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muß.“



Verfassung sein.<sup>520</sup> Ohne einen gewissen Gestaltungsspielraum bleibt die Übertragung einer Aufgabe nicht sinnvoll.<sup>521</sup>

Wo es im wesentlichen um die fachliche Kompetenz geht, sind, wie oben gezeigt, nichtbürokratische Organisationsform vorteilhafter. Der Wissenschafts- und Forschungsbetrieb entzieht sich – abgesehen von seiner verfassungsrechtlich gebotenen Staatsdistanziertheit – einer hierarchischen Steuerung und ist wesentlich auf individuelle, kollegiale und kooperative Entscheidungsstrukturen angewiesen.<sup>522</sup> Allein aus diesen sachlichen Strukturen bedürfte es aber keiner körperschaftlichen Verfassung.<sup>523</sup> Hier reichen andere Formen der Verselbständigung von Verwaltungstätigkeit aus. Umgekehrt werden Körperschaftsstrukturen überfordert, wenn von Körperschaften Leistungen an die Allgemeinheit oder eine Interessenvertretung einer sehr abstrakten Gruppe verlangt werden. Dies zeigt sich einerseits an den Sozialversicherungskörperschaften und andererseits an den Arbeitnehmerkammern. Bereiche, in denen die Verfassung eine besondere staatliche Aufsicht und die Herstellung eines Mindestmaßes an Egalität verlangt, wie etwa der Grundschulbereich, sind ebenfalls keine geeigneten Kandidaten für eine körperschaftliche Organisation.<sup>524</sup>

### 3. Arten der Aufgaben

Die Arten der Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts können nach verschiedenen Gesichtspunkten unterschieden werden.<sup>525</sup> Möglich wäre es, nach den bei ihrer Erfüllung verwendeten Handlungsformen,<sup>526</sup> nach Pflicht-, Soll- und freiwilligen Aufgaben<sup>527</sup> zu unterscheiden. Demgegenüber wird klassisch und zu Recht nach der Interessenrichtung differenziert.<sup>528</sup> Wenn die Körperschaft des öffentlichen Rechts eine Verwaltungsorganisation darstellt, die durch ihre mitgliedschaftliche Prägung gekennzeichnet ist, dann kann zur Differenzierung der Aufgaben auf den Adressatenkreis der Begünstigten innerhalb oder außerhalb der Körperschaft abgestellt werden. Danach können interessenvertretende von fördernden Aufgaben im Interesse der Mitglieder und disziplinierende Aufgaben, die zugleich im öffentlichen Interesse bestehen, abgehoben werden.<sup>529</sup>

Zu den Aufgaben im Interesse der Körperschaftsmitglieder gehört neben der Interessenvertretung (s. u., S. 519) auch beratende Tätigkeiten,<sup>530</sup> Bildungsaufgaben im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung<sup>531</sup> und andere Förderungen der

520 Bieback 1982, S. 896.

521 Kluth 2002, S. 356.

522 Trute 1994, S. 339.

523 Bieback 1982, S. 895.

524 Bieback 1982, S. 896.

525 Verwaltungswissenschaftlich unterscheidet Gulick (1976, S. 153 ff.) nach dem Zweck, nach der Art der Verrichtung oder den Tätigkeiten (Verrichtungsprinzip), nach dem Ort oder der Region, die verwaltet werden soll (Regionalprinzip) und nach Personengruppen, mit denen man es zu tun hat (Klientelprinzip).

526 So etwa Hsu 2004, S. 223.

527 Vgl. etwa § 54 HwO.

528 Vgl. etwa Kluth 2005, S. 370.

529 Brohm 1983, S. 781 ff.

530 Etwa § 73 II Nr. 1 BRAO.

531 Emde 1991, S. 111 f.; Brohm 1969, S. 71.

Mitglieder, sowie soziale Dienste für notleidende Mitglieder, Ausgleich von Mitgliederinteressen, Inkassotätigkeit für Mitglieder,<sup>532</sup> Vertretung der Mitglieder gegenüber Behörden und Organisationen,<sup>533</sup> die gutachterlichen Betätigungen, Bewirtschaftung und Erhaltung des Körperschaftsvermögens und andere.

Im Interesse der über den Kreis der Mitglieder der Körperschaft hinausreichenden Allgemeinheit erfüllen Körperschaften die Aufgaben der Beratung staatlicher Stellen,<sup>534</sup> der Erstellung von Gutachten, Einreichung von Vorschlägen, sowie sonstige Unterstützungsleistungen. Sie vereidigen Sachverständige und entsenden Vertreter in staatliche oder andere Selbstverwaltungsorgane. Während die Körperschaften diese Aufgaben im öffentlichen und zugleich staatlichen Interesse wahrnehmen, können noch andere Aufgaben im öffentlich-gesellschaftlichen Interesse unterschieden werden. Hierzu gehört die Streitschlichtung zwischen Kammermitgliedern und ihren Auftraggebern, die Führung von Verzeichnissen,<sup>535</sup> die Ausstellung von Bescheinigungen und andere Urkundsfunktionen. Auch Disziplinierung der Mitglieder<sup>536</sup> durch die Aufstellung von Standesrecht und die Berufsaufsicht, sowie die Standesgerichtsbarkeit<sup>537</sup> liegen zugleich im gesellschaftlichen Interesse.<sup>538</sup> Auch die Berücksichtigung allgemeiner Folgen des Handelns der Körperschaftsmitglieder für die Umwelt der Körperschaft können zu Aufgaben derselben führen.<sup>539</sup>

#### 4. Grenzen der Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Körperschaften des öffentlichen Rechts

Sind somit die möglichen Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts durch die nicht notwendig staatlichen öffentlichen Aufgaben bezeichnet und lassen sich mit der Ausnahme der Selbstverwaltungsgarantie von Gemeinden und Gemeindeverbänden nach dem GG und den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen keine notwendigen Aufgaben ausmachen, so ist zu fragen, ob es in diesem Rahmen Grenzen der Übertragung von Aufgaben an Körperschaften des öffentlichen Rechts gibt.<sup>540</sup> Erfolgte die Abgrenzung bisher gegenüber den notwendig oder obligatorischen staatlichen Aufgaben, so ist nun die Abgrenzung der Aufgaben der Körperschaften gegenüber gesellschaftlichen Angelegenheiten zu betrachten. Solche Grenzen bestehen insbesondere vor dem später ausführlicher zu diskutierenden Hintergrund der Zwangsmitgliedschaft, die den Bürger in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit betrifft. Das BVerfG grenzt hier den Kreis der

532 § 28 SeelG.

533 § 177 I Nr. 4 BRAO. Der Begriff der „Organisationen“ dürfte dabei weit zu verstehen sein und jedenfalls bei den als Körperschaften verfaßten Dachorganisationen auch europäische und außereuropäische umfassen, für die Bundesnotarkammer *Tettinger* 1997, S. 17.

534 Dies betrifft besonders die berufsständischen Kammern, *Bachof* 1958, S. 241 f.

535 Führung von öffentlichen Verzeichnissen, z. B.: Handwerksrolle (§ 91 I Nr. 3 HdwO), Handelsregister (§ 126 FGG), Architektenlisten (etwa § 13 nw.BauKaG).

536 *Zimmermann* 1993, S. 162 f.

537 *Tettinger* 1997, S. 194 f.

538 *Schuppert* 1981, S. 100; *Emde* 1991, S. 110 f.; *Brohm* 1969, S. 70; *Tettinger* 1997, S. 175.

539 Hier ist etwa die Berücksichtigung umweltgerechter Wirtschaftsweisen in der Landwirtschaft zu nennen, *Tettinger* 1997, S. 10.

540 *Scheuner* 1967, S. 620.

möglichen Aufgaben einer Körperschaft durch die Notwendigkeit einer „legitimen öffentlichen Aufgabe“ ein.<sup>541</sup> Es reicht also aus der nach Abzug der Staatsaufgaben verbliebenen Gruppe der öffentlichen Aufgaben nicht jede aus, sondern nur eine, „an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Allgemeinheit besteht“.<sup>542</sup>

### a. Die Legitimität der Aufgabe

Es ist durchaus fraglich, was unter dem Begriff der „Legitimität“ zu verstehen ist.<sup>543</sup> Für eine Klärung dieses Kriteriums der Aufgabe ist davon auszugehen, daß öffentliche Aufgaben staatliche und sonstige enthalten, die, wenn sie der Körperschaft zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen wurden, Selbstverwaltungsaufgaben sind. „Legitim“ muß für diese nicht dasselbe bedeuten wie für die staatlichen Aufgaben.<sup>544</sup> Sie müssen aber gegenständlich beschränkter sein. *Tettinger* hat sie daher zu Recht bestimmt als eine Agenda von Aufgaben, die deutlich umrissen und funktionsorientiert sind und an deren Erfüllung ein gesteigertes Gemeinschaftsinteresse besteht.<sup>545</sup> Bei Selbstverwaltungsaufgaben wird dabei allgemein der Gedanke der „sachgerechten Funktionswahrnehmung“ durch einen orts- und sachnäheren Verband im Vordergrund stehen.<sup>546</sup> Doch ist damit noch nicht erklärt, warum eine Aufgabe einem bestimmten Selbstverwaltungsträger übertragen wird. Es stellt sich insbesondere die Frage, wieso zur Erfüllung einer Aufgabe ein Verband mit Zwangsmitgliedschaft erforderlich sein soll. Deshalb ist bei dem unter Abzug der staatlichen verbleibenden Kreis der öffentlichen Aufgaben weiter zu unterscheiden nach dem Träger der öffentlichen Aufgabe. Legitim sind danach angesichts ihrer mitgliedschaftlichen Prägung nur solche öffentlichen Aufgaben der Körperschaft, die einen Bezug zu diesen Mitgliedern als einer gegenüber der Gesamtheit der Staatsbürger besonders betroffenen Gruppe haben.<sup>547</sup> Hintergrund der Bestimmung der Legitimität der Aufgabe ist dann also der unterschiedliche Legitimationsmodus durch die Partizipation der Mitglieder an den wesentlichen Körperschaftsentscheidungen. Ausgeschlossen ist damit ein allgemeinpolitisches Mandat.<sup>548</sup>

541 Std. Rspr. *BVerfGE* 10, S. 89 ff. (102); 38, S. 281 ff.; vgl. auch *Häberle* 1970, S. 104 f.; *Schöbener* 2000, S. 380 ff.

542 *BVerfGE* 38, S. 281 ff. – Arbeitnehmerkammern; *BVerfG NVwZ* 2002, S. 336.

543 *Kelber* 1998, S. 19 ff., lehnt allerdings die Legitimität als Kriterium der Grenzen der Aufgabenübertragung auf Körperschaften des öffentlichen Rechts ab.

544 *Schöbener* 2000, S. 383.

545 *Tettinger* 1995, S. 171, im Anschluß an das *BVerfG* (vgl. o. Fußn. 541).

546 *Schöbener* 2000, S. 384.

547 *Kelber* 1998, S. 65 ff.; für die Legitimität der Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf sonstige Selbstverwaltungsträger mag man hingegen genügen lassen, daß auf diese Weise ein möglichst hohes Maß an „Sachnähe und Richtigkeit“ erzielt wird, *BVerfGE* 14, S. 235 ff. (240).

548 *BVerwGE* 64, S. 298 ff.; für die verfaßten Studentenschaften jetzt noch einmal bestätigt durch *VG Berlin WissR* 2002, S. 366 ff.; *BVerfG NVwZ* 1998, 1286–1287; *OVG Berlin DÖV* 2004, S. 933 hat hervorgehoben, daß dies auch für die Frage der Finanzierung allgemeinpolitischer Kampagnen durch dritte gilt, die unzulässig ist. Für die Universitäten hat Ernst Cassirer den Grundgedanken 1930 prägnant zum Ausdruck gebracht: „Die deutschen Universitäten sind keine politischen Organisationen ... ihre Selbstständigkeit bedeutet freilich nicht, daß sie sich dem Ganzen der staatlichen Gemeinschaft entziehen, daß sie einen ‚Staat im Staate‘ bilden sollen ... Die Universität ist freilich nicht die Stätte, an der die politischen Kämpfe zum Austrag gebracht werden können; aber sie soll diese Kämpfe in ihrem Sinn und Ursprung zu verstehen suchen“, *Cassirer* 1992, S. 169.

Angesichts der durch die (Pflicht-)Mitgliedschaft in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verbundenen Beeinträchtigung von Art. 2 I GG der erfaßten Personengruppe kann ferner legitim nur eine Aufgabe sein, die das Übermaßverbot berücksichtigt.<sup>549</sup> Legitim sind damit nur solche Aufgaben, die weder notwendige staatliche Aufgaben noch solche, die in privater Initiative wahrgenommen werden können. Unter den verbleibenden öffentlichen Aufgaben sind legitim dann solche, an „deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht“.<sup>550</sup>

### b. *Interessenwahrnehmung nicht als legitime Aufgabe?*

Ausgehend von der Annahme, die Körperschaften nähmen nur delegierte staatliche Aufgaben wahr,<sup>551</sup> wurde ihre Interessenvertretungsfunktion bestritten.<sup>552</sup> Interessenvertretung sei keine staatliche Aufgabe und könne daher nicht Aufgabe der Körperschaften sein. Sie hätten nur die Aufgabe, den Status der Berufsangehörigen geltend zu machen, nicht aber die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder.<sup>553</sup> Diese Auffassung geht allerdings davon aus, daß alle öffentlichen Aufgaben zugleich Staatsaufgaben sind, von denen sich der Staat dann im Wege der Delegation trenne.<sup>554</sup> Daß diese Auffassung abzulehnen ist, wurde oben bereits begründet.<sup>555</sup> Das BVerfG hat deshalb schon früh<sup>556</sup> die Interessenvertretung als legitime öffentliche Aufgabe anerkannt: „Bei den Aufgaben der Industrie- und Handelskammern lassen sich zwar die beiden Komplexe Vertretung der gewerblichen Wirtschaft gegenüber dem Staat‘ und ‚Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben auf wirtschaftlichem Gebiet‘ deutlich unterscheiden; es ist jedoch unzweifelhaft, daß es sich in beiden Fällen um legitime öffentliche Aufgaben (BVerfGE 10, 89 [102]) handelt“.<sup>557</sup> Interessenvertretung ist mithin weder eine delegierte staatliche noch eine gesellschaftliche Aufgabe, mit der die Körperschaft „beliehen“ würde.<sup>558</sup> Die Interessenvertretungsfunktion erschöpft sich auch nicht in den Aufgabenkatalogen der Kammern. Hier sind zwar spezielle Aufgaben aufgezählt. Sie haben jedoch keinen abschließenden Charakter<sup>559</sup> und bilden auch sonst keinen Anlaß dafür, daß eine

549 Zimmermann 1993, S. 172; Brohm 1983, S. 794.

550 BVerfGE 38, S. 281 ff. (299) – Arbeitnehmerkammern.

551 „was nicht Aufgabe des Staates sein kann, ist auch den Körperschaften verwehrt“, Redeker 1982, S. 1267; kritisch dazu zu Recht Tettinger 1995, S. 171.

552 Besonders Emde 1991, S. 93. Nicht einleuchtend ist der Gedanke von Kluth (1997, S. 324), Interessenvertretung sei ein Reflex der Zuweisung von staatlichen Aufgaben und daher selbst eine staatliche Aufgabe. Die Interessenvertretung ist nicht nur Annex, sondern gehört neben anderen zu den den Körperschaften zugewiesenen Aufgaben.

553 Redeker 1982, S. 1267.

554 Redeker 1982, S. 1267.

555 Vgl. i. ü. auch Fröhler/Oberndorfer 1974, S. 10; Zimmermann 1993, S. 171.

556 E 15, S. 235 ff. (241) – Pflichtzugehörigkeit zu IHKs.

557 Für die Handwerkskammern bestätigt in BVerfGE 32, S. 54 ff. (64) – Betriebsbetreuungsrecht; in E 33, S. 125 ff. (157) – Facharzt für die Ärztekammern, vgl. auch Tettinger 1995, S. 172; ders. 1997, S. 139 f.; Hoffmann-Riem 1980, S. 20 f.

558 So aber Fröhler/Oberndorfer 1974, S. 27; anders zu Recht Kluth 1986, S. 723, der die Interessenvertretung als Reflex der Zuweisung einer öffentlichen Aufgabe ansieht.

559 Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering 1999, § 1 Rn. 13 f. für die IHKs und Feuerich/Weyland 2003, § 73 Rn. 2 für die Rechtsanwaltskammern.

Interessenvertretung nur insofern möglich sei.<sup>560</sup> Interessenvertretung kann durchaus eine öffentliche Aufgabe darstellen.

Weiter wird vorgetragen, Interessenvertretung durch öffentlich-rechtliche Körperschaften sei ausgeschlossen, weil dies zum Meinungsbildungsprozeß gehöre und genügend private Verbände vorhanden seien, um diese Interessen zu artikulieren.<sup>561</sup> Auch wird die aus seiner negativen Meinungsfreiheit folgende Freiheit des Einzelnen vor staatlicher Bevormundung eingewandt.<sup>562</sup> Doch vertritt die Körperschaft die Meinung eines Einzelnen genauso wenig an seiner Stelle, wie sie als juristische Person der unmittelbare Ausdruck der addierten Einzelwillen ist. Vielmehr vertritt sie den gemeinsamen Willen der Rechtsperson.<sup>563</sup> Das BVerfG hat auch hier den besonderen Charakter der Vertretung der Gesamtinteressen hervorgehoben, der in der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Abwägung der Interessen und der Pflicht zu einem Höchstmaß an Objektivität besteht.<sup>564</sup> Es bleibt den einzelnen und privaten Vereinigungen unbenommen, neben der öffentlich-rechtlich überlagerten Interessenvertretung der Körperschaft auf anderem Wege ihre Interessen zu bekunden. Eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, die genau dieselben Interessen vertritt wie ein bestehender privatrechtlicher Band, würde freilich keine legitime öffentliche Aufgabe erfüllen:<sup>565</sup> „Die körperschaftliche Interessenvertretung bedarf . der Rechtfertigung, weil der Staat mit ihr die Erfüllung einer Aufgabe reguliert, die grundsätzlich dem freien Spiel der gesellschaftlichen Initiativen überantwortet bleiben muß“.<sup>566</sup>

Für die Interessenvertretungsfunktion von Körperschaften des öffentlichen Rechts wird angeführt, der Gesetzgeber habe diesen öffentlichen Verbänden die Interessenvertretung übertragen, um deren angemessene Repräsentation sicherzustellen. Dadurch habe er die Interessenvertretung aber gegenüber der gesellschaftlichen Form nicht substantiell verändert. Er halte also bestimmte Interessen im Allgemeininteresse für besonders schutzbedürftig.<sup>567</sup> Zwar gingen, wie oben im historischen Teil dargestellt werden konnte, zahlreiche Kammern aus gesellschaftlichen Verbänden mit ähnlicher Zielsetzung – teilweise sogar auf deren ausdrückliches Betreiben – hervor. Deshalb ist es auch verkürzend, sie aufgrund dieses Formwandels in ihrer öffentlich-rechtlichen Gestalt als bloße Hilfsorgane der staatlichen Behörden aufzufassen.<sup>568</sup> Andererseits unterstellte sie diese Transformation

560 So aber *Emde* 1991, S. 93 u. 290 f.; dagegen dezidiert auch *Tettinger* 1997, S. 44 f.

561 *Kleine-Cosack* 1986, S. 161.

562 Zu diesem Recht *BVerwGE* 64, S. 298 ff. (301).

563 Im Ergebnis auch *Kluth* 1997, S. 322.

564 *BVerfGE* 15, S. 235 ff. (241): „Die von der Beschwerdeführerin gezogene Parallele zu den Fachverbänden übersieht, daß diese primär die Interessen ihrer Wirtschaftszweige vertreten, so daß eine umfassende Würdigung entgegenstehender und allgemeiner Interessen von ihnen nicht ohne weiteres erwartet wird. Demgegenüber ist es den Industrie- und Handelskammern gesetzlich zur Pflicht gemacht, stets das Gesamtinteresse der gewerblichen Wirtschaft im Auge zu behalten und die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbezweige oder Betriebe lediglich ‚abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen‘; es ist ihnen die gesetzliche Verantwortung dafür auferlegt, daß sie im Rahmen ihrer Aufgabe, die gewerbliche Wirtschaft im ganzen zu fördern, das höchstmögliche Maß von Objektivität walten lassen.“

565 *Brohm* 1983, S. 798.

566 *Mußgnug* 1989, S. 674.

567 *Oberdorfer* 1987, S. 36 f.; *Brohm* 1983, S. 797, der allerdings ebenfalls auch die Gefahr einer „Überrepräsentanz“ durch öffentlich-rechtliche und zahlreiche private Interessenvertretungen hinweist.

568 So aber schon aus historischen Gründen unzutreffend, *Emde* 1991, S. 90 ff.

dem Regime des am Gemeinwohl orientierten öffentlichen Recht, so daß eine rein am Einzelwohl von Mitgliedern orientierte Interessenverfolgung ausgeschlossen sein mußte. Sie unterliegen bei der Interessenvertretung einem gewissen Objektivitätsgebot. Interessenvertretung durch öffentlich-rechtliche Körperschaften ist auf kooperative Interessenrepräsentation, nicht wie die der privaten Verbände auf konfrontative Interessendurchsetzung angelegt.<sup>569</sup> Vermittelnde Positionen billigen den Kammern nur eine „objektivierende“, nicht auf Individuen bezogene Interessenvertretung zu.<sup>570</sup> So hält auch *Tettinger* die Interessenvertretung für eine legitime Aufgabe der Körperschaften des öffentlichen Rechts, schließt aber die Vertretung rein wirtschaftlicher Interessen des Einzelnen aus.<sup>571</sup> Entscheidend ist die Berufsbezogenheit der Interessen.<sup>572</sup> Soweit sie aber legitimerweise erfolge, handele es sich nicht um delegierte staatliche Aufgaben. Ohnehin kommt nicht jede Körperschaft für eine Interessenvertretung in Betracht. Erforderlich ist eine gewisse Homogenität der Interessen, wie sie etwa bei den berufsständischen Kammern, nicht aber bei den verbändegetragenen Körperschaften der Sozialversicherung besteht.<sup>573</sup> Für diese These spricht auch die besondere Einbeziehung in die Vorbereitung staatlicher Entscheidungen, bei der der Staat einerseits die Informationen über die Sichtweise des Standes zu einem bestimmten Sachproblem, nicht aber eine partikularistische Perspektive benötigt.<sup>574</sup>

Die Vertretung von Einzelinteressen kann schon deshalb nicht die Aufgabe von Körperschaften des öffentlichen Rechts sein, weil ihr Schutz auch im Allgemeininteresse durch die Grundrechte erreicht wird (s. o.).<sup>575</sup> Legitime Aufgabe kann nur ein Interesse sein, daß mit der Organisation dieser Aufgabe in der Form eines öffentlichen Verbandes verfolgt werden kann. Das bedeutet, daß die Körperschaft hier als Filter wirkt, der eine Gemeinsamkeit durch Abwägung und Ausgleich der Mitgliederinteressen ermittelt, dabei jedoch nicht die Gruppeninteressen anderer Lebensbereiche berücksichtigen muß.<sup>576</sup> Das kann auch nicht jedes Gruppeninteresse sein, da dieses regelmäßig auch in privaten Verbänden verfolgt werden kann. In Betracht kommt somit nur ein Gruppeninteresse, dessen Repräsentation durch private Organisationen nicht hinreichend geschützt ist, das aber zugleich auch im öffentlichen, und zwar im „gesteigerten Interesse der Gemeinschaft“<sup>577</sup> als schutzwürdig erscheint.

569 *Hoffmann-Riem* 1980, S. 20 f.: Während sich ein Gleichgewicht der bei der konfrontativen Interessenvertretung idealtypisch durch die Marktmechanismen extern einstellt, ist die Körperschaft des öffentlichen Rechts auf interne Interessenharmonisierung hin angelegt.

570 *Mußgug* 1989, S. 676, was gesetzlich mit der Hervorhebung des „Gesamtinteresses“, also des integrierten Interesses der Mitglieder zum Ausdruck gebracht wird.

571 1997, S. 140 f. u. 144; 1985, S. 72 f.

572 *Scharf* 1983, S. 607.

573 Innerhalb der Kammern ist diese wiederum eher bei denen der freien Berufe, als bei den Erwerbszweige repräsentierenden Handwerks- und Landwirtschaftskammern, die Mitglieder sehr verschiedener Stellung repräsentieren, gegeben, *Schuppert* 1983, S. 204 f.

574 *Mußgug* 1989, S. 677.

575 Nicht ausgeschlossen ist damit aber – wie etwa § 1 II S. 1 WVG festhält, daß die Erfüllung der zugleich dem Nutzen der einzelnen dient.

576 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 1 Rn. 6.

577 *BVerfGE* 38, S. 281 ff. (299) – Arbeitnehmerkammern.

Umgekehrt sind Körperschaften auch nicht Sprachorgan des öffentlichen Interesses schlechthin: Sie verfügen über kein allgemeinpolitisches Mandat.<sup>578</sup> Die ihnen aufgetragene Interessenvertretung stellt vielmehr ein partikuläres politisches Mandat dar.<sup>579</sup> In standespolitischen, bei den körperschaftlich verfaßten Studentenschaften in hochschulpolitischen Angelegenheiten, bei den Gemeinden in Angelegenheiten mit lokalem Bezug besitzen sie ein politisches Mandat. Dieses partikular-politische Mandat hat Grund und Grenze in der Aufgabe der Körperschaften, die bei den einschlägigen Körperschaften sowohl im gemeinsamen Interesse der Mitglieder als in der Integration dieser Interessen auch im Gemeinwohl besteht. Körperschaften, die keine Interessenvertretungsfunktion besitzen, wie die Realkörperschaften, besitzen entsprechend kein, auch kein partikular-politisches Mandat.<sup>580</sup> Das gilt in entsprechender Weise auch für die Gemeinden. Obwohl sie eine Allzuständigkeit für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft besitzen, ist ihr Mandat doch auf den Bezug zu eben diesen Angelegenheiten beschränkt, daher zwar thematisch breiter als das der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung, in der Sache aber ebenso zuständigkeitsbegrenzt wie ihres.<sup>581</sup>

Der gesamtgesellschaftliche Interessenausgleich ist sicherlich eine Gemeinwohlaufgabe, die den Gesetzgeber verpflichtet. Kann er aber über Normprogramme einen Ausgleich wegen ihrer Heterogenität und Spezialität der Interessen nicht vornehmen, kann er die Interessengewichtung innerverbandlich einem eigenverantwortlich handelnden Gremium anvertrauen.<sup>582</sup> Seine Verantwortung ist dann auf eine Organisationsverantwortung beschränkt.

Sofern dies im Gemeinwohl geboten ist, weil von ihr eine gewisse Objektivierung der Interessen durch eine repräsentative und eine auch thematisch nicht auf Partikularinteressen fixierte Vertretung erwartet werden darf, stellt die Interessenvertretung mithin eine legitime Aufgabe dar. Je geringer jedoch das öffentliche Interesse an der Objektivität der Interessenrepräsentation ist, desto geringer ist das legitime Interesse an deren körperschaftlicher Organisation in Form eines Zwangsverbandes.<sup>583</sup>

578 Hsu 2004, S. 213 ff.; für die wirtschafts- und berufsständischen Kammern etwa BVerwGE 34, S. 69 ff. (74); 59, S. 231 ff. (238); 59, S. 242 ff. (245).

579 Mußgnug 1989, S. 667 f.; Stober 2001, S. 397 f. spricht im gleichen Sinne von „spezialpolitischen“ bzw. „regionalpolitischem Mandat“.

580 Mußgnug 1989, S. 669.

581 Etwas anderes läßt sich auch nicht aus der in der Rastedeentscheidung des BVerfG (E 79, S. 127 ff. [149]) vorgetragene Vorstellung vom „nach Verwaltungsebenen gegliederten, auf Selbstverwaltungskörperschaften ruhenden Staatsaufbau“ entnehmen. Die Entscheidung postuliert keine unterschiedslose Demokratie auf allen Ebenen, auch wenn den Gemeinden staatliche „Strukturelemente“ zu eigen sind (BVerfGE 83, S. 37 ff. [54] – Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein, anders aber von Komorowski 1998, S. 144). Den Aufgaben wie auch den Handlungsformen – insbesondere des Gesetzes – entsprechend, besitzen die Parlamente der staatsrechtlichen Gebietskörperschaften einen breiteren Befassungsbereich als die gesetzlich beschränkten und nur mit einem Satzungsrecht versehenen verwaltungsrechtlichen. Auch die Gemeinden haben mithin kein allgemeinpolitisches Mandat, mag ihr partikular-politisches auch weiter sein als das der übrigen Körperschaften anders aber von Komorowski 1998, S. 146.

582 Groß 1999, S. 258 f.

583 Mußgnug 1989, S. 682.

## 5. Die Aufgabenübertragung

Finden sich, abgesehen von den genannten Ausnahmen, bei den Hochschulen und Gemeinden keine verfassungsrechtlich notwendigen öffentlichen Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts, hängt der Umfang der Ziele, die sie zu verfolgen hat, von der staatlichen Aufgabenzuweisung bei der Errichtung ab. Einige allgemeine Gesichtspunkte:

### a. Umfang der Aufgabenübertragung

Diese Aufgabenübertragung kann grundsätzlich enumerativ oder umfassend sein, wobei nur den Gemeinden und Gemeindeverbänden die Angelegenheiten der örtlichen Verwaltung umfassend zugewiesen sind (Universalität des Wirkungskreises).<sup>584</sup> Zuweilen wird trotz der Allzuständigkeit der Körperschaft noch ein Aufgabekatalog genannt. Dieser hat dann grundsätzlich beispielhaften Charakter. Der Funktionsbereich der Körperschaft erstreckt sich auf diejenigen Handlungen, die aus dem gesetzlich festgelegten Zweck zum zugeordneten Wirkungskreis gehören sollen.<sup>585</sup>

### b. Der räumliche Wirkungskreis

Der durch die Aufgabe bestimmte Wirkungskreis Körperschaften des öffentlichen Rechts wird zudem räumlich begrenzt. Die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden umfaßt die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft, enthält aber nach überwiegender Auffassung auch die in diesem Interesse erfolgende interkommunale Zusammenarbeit.<sup>586</sup>

Auch den übrigen Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung sind jeweils Bezirke zugewiesen.

### c. Aufgabendualismus und Aufgabenmonismus

Die Selbständigkeit der Körperschaft des öffentlichen Rechts von ihrer Umwelt, insbesondere von der Kontrolle durch die unmittelbare Staatsverwaltung, wird entscheidend durch das Maß der Verantwortung, das ihr bei der Erfüllung eingeräumt wird, geprägt. Danach kann prinzipiell unterschieden werden zwischen solchen Aufgaben, die der Körperschaft zur eigenen Verantwortung überlassen wurden und bei denen der Staatsverwaltung nur eine Rechtsaufsicht verbleibt, und anderen Aufgaben, die sie im Auftrag und nach Weisung der unmittelbaren Staatsverwaltung zu erfüllen hat. Insbesondere auch im letzten Fall wird sie trotz stärkerer

584 Art. 28 II S. 1 GG Hierzu auch *BVerfGE* 83, S. 37 ff. (54) – Ausländerwahlrecht Schleswig Holstein; 91, S. 228 ff. (236) – Gleichstellungsbeauftragte.

585 *BVerfGE* 50, S. 16 ff.; 54, S. 237; *Tettinger* 1985, S. 22; *ders.* 1997, S. 13. Sprachlich wird das durch den durch die Wendung „insbesondere“ zum Ausdruck gebracht, *Hsu* 2004, S. 220.

586 Vgl. *Dittmann* 2000, Rn. 33 ff.



staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten nicht zu einer „geographischen Unterabteilung des Staates“.<sup>587</sup>

Der Zusammenhang dieser beiden Aufgabenarten wird dabei unterschiedlich gesehen und hat entsprechend auch zu zwei prinzipiell unterschiedlichen einfachgesetzlichen Ausgestaltungen geführt, die besonders im Kommunalrecht prominent geworden sind.<sup>588</sup> Diese beiden Aufgabenarten können in unterschiedliche Wirkungskreise geschieden werden (*Aufgabendualismus*),<sup>589</sup> so daß hier noch die Vorstellung eines originären Aufgabenkreises der Körperschaften im Gegensatz zu übertragenen Aufgaben nachwirkt. Primäre Aufgaben sind danach die eigenverantwortlichen Selbstverwaltungsangelegenheiten (eigener Wirkungskreis), während ihnen die staatlichen Aufgaben als sekundäre, fremde Aufgaben von außen auferlegt werden (übertragener Wirkungskreis). Während sich die Aufgaben des eigenen Wirkungskreises in freiwillige und pflichtige gliedern, werden die Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises grundsätzlich nach Weisung und nur ausnahmsweise im eigenen Ermessen ausgeführt. Die *monistische Konzeption* hingegen geht von einem einheitlichen Wirkungskreis der öffentlichen Aufgaben im Rahmen der primären Angelegenheiten (der örtlichen Gemeinschaft, bestimmte Aufgaben des Handwerks etc.) aus,<sup>590</sup> zu denen dann sowohl die eigenverantwortlich wahrzunehmenden gesetzlichen und (im Rahmen der Primäraufgaben bei den Gebietskörperschaften) die freien Angelegenheiten, als auch die Weisungsaufgaben im Rahmen eines staatlichen Weisungsrechts gehören.

Eindeutige verfassungsrechtliche Vorgaben lassen sich auch im kommunalen Bereich weder für das eine noch das andere Modell ermitteln.<sup>591</sup> Dies gilt erst recht für den Bereich der übrigen Selbstverwaltung. Die Entscheidung, welchem Modell eine Körperschaft folgt, obliegt dem Gesetzgeber. Die Länder haben teilweise in bezug auf die Gemeinden vom monistischen Modell, sonst aber wie auch der Bund im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung überwiegend vom dualistischen Modell Gebrauch gemacht. Darüber hinaus spricht die durch das Selbstverwaltungsrecht beschränkte Weisungsbefugnis<sup>592</sup> dafür, daß die Selbstverwaltungsträger auch bei diesen Aufgaben organisatorisch selbständig bleiben und eine gewisse, wenn

587 Kahl 2000, S. 456.

588 Zum folgenden Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 33 ff.; Schröder 2000, Rn. 22 ff.; Gern 2003, Rn. 227 ff.; Schmidt-Jortzig 1993, S. 975 f.

589 § 2 I u. 3 I GO MV; § 2 I GO Nds; § 2 I u. II GO RPF; §§ 4 I u. 5 I GO SAnh; §§ 5 I u. 6 I KSVG Saar; §§ 2 I u. 3 I GO SH; §§ 2 I u. 3 I KO Thür.

590 § 2 I GO BW; § 3 I GO Bbg; § 2 VerfbhV; § 2 GO Hess.; § 2 GO NW; § 7 I GO Bay; § 2 GO Sachs;

591 vgl. Gern 2003, Rn. 227 ff. der auf verfassungsrechtliche Probleme beider Modelle hinweist.

592 Der Umfang der Beschränkung ist allerdings nach Aufgabenmodellen unterschiedlich: In den reinen Auftragsangelegenheiten im dualistischen Modell besteht ein unbeschränktes Weisungsrecht in bezug auf die Aufgabensubstanz, während die „existentielle Selbständigkeit der Gemeinden und das Recht, grundsätzlich alle organisatorischen Vorkehrungen zur Bewältigung der übertragenen Aufgaben eigenverantwortlich zu treffen“, die Aufgabenwahrnehmung also bei der Gemeinde verbleiben. Bei den Pflichtaufgaben nach Weisung im monistischen Modell ist hingegen auch die Aufgabensubstanz und damit die Fremdsteuerung beschränkt durch das Erfordernis einer vorherigen gesetzlichen Festlegung. Möglich ist danach eine gesetzliche Ausgestaltung, die sich im Umfang der staatlichen Einflußnahme den Auftragsangelegenheiten annähert, Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 36 f.; Schröder 2000, Rn. 29 f.; Einzelweisungen, die Zuständigkeiten einzelner Beamter festlegen würden oder sonst gezielt in die Organisations- und Ablaufstruktur des Selbstverwaltungsträgers eingreifen würden, wären daher in beiden Modellen unzulässig, Gern 2003, Rn. 242.

auch reduzierte Eigenverantwortlichkeit behalten, und damit für das monistische Aufgabenverständnis.

Normative Kriterien für die Begrenzung der Auferlegung von Auftragsangelegenheiten bzw. Pflichtaufgaben nach Weisung ergeben sich nur in wenigen Fällen aus verfassungsrechtlichen Vorgaben. Sie bestehen nur für die Gemeinden und Gemeindeverbände: Nach Art. 28 II GG muß ihnen ein Bereich von weisungsfreien Aufgaben bleiben. Aufgaben im Rahmen von Art. 84 und 85 GG müssen ihnen hingegen grundsätzlich weisungsgebunden auferlegt werden.<sup>593</sup>

## 6. Modus der Aufgabenerfüllung durch Körperschaften des öffentlichen Rechts: Selbstverwaltung und Auftragsverwaltung

Anliegen der vorliegenden Untersuchung ist es, die Körperschaft als Organisation zu analysieren. Als Organisation stellt sie einen Entscheidungszusammenhang dar, der gegenüber seiner Umwelt selbständig ist, eine spezifische Binnenstruktur besitzt und selektiv, als öffentliche Organisation jedoch vergleichsweise intensiv, in seine Umwelt eingebunden ist. Als Mechanismus der Verselbständigung dient ihr vor allem die Errichtung als selbständige Rechtspersönlichkeit und die Zuweisung einer spezifischen Aufgabe, für die sie in ihrem Zuständigkeitsbereich eine Art Monopol besitzt. Durch die Verleihung der Rechtsfähigkeit grenzt sich die Körperschaft des öffentlichen Rechts sowohl gegenüber gesellschaftlichen als auch Verwaltungsorganisationen ab. Diese Abgrenzung wäre eine leere Hülle, wenn sie nicht der Erfüllung von Zielen diene, die ihr – wie gerade gezeigt – als öffentliche Aufgaben auferlegt werden. Schon über diese öffentliche Aufgabe, deren Erfüllung im Wege der Aufsicht überprüft werden kann, bleibt die Körperschaft stärker formalisiert als private Organisationen an ihre Umwelt gebunden. Es gibt jedoch erhebliche Unterschiede im Maß der Verselbständigung bei der Erfüllung der Primäraufgaben und der Möglichkeit, über weitere Aufgaben in dem dadurch gesteckten Rahmen zu entscheiden. Die Selbständigkeit bei der Aufgabenerfüllung ist eine Frage der Selbstverwaltung der Körperschaft des öffentlichen Rechts.<sup>594</sup>

### a. Zum Begriff der Selbstverwaltung

Selbstverwaltung ist unbestritten eine zentrale Eigenschaft der Körperschaft des öffentlichen Rechts. So selbstverständlich dieser Konsens ist, so sehr divergieren jedoch die Auffassungen über den Inhalt des Begriffs und seinen normativen Status. Diese Heterogenität der Verwendung des Ausdrucks legt die Vermutung nahe, daß der Terminus selbst für recht unterschiedliche Gegenstände, jedenfalls sehr

<sup>593</sup> Bovenschulte 2000, S. 289 f. Die Pflicht zur Erfüllung „folgt aus der gegenseitigen Unterstützungs- und Treuepflicht – Grundsatz des ‚bundestreuen Verhaltens‘ – im gegliederten Gemeinwesen.“ Schmidt-Jortzig 1993, S. 976.

<sup>594</sup> vgl. schon die auf die Tätigkeit der juristischen Person abstellende Definition von Peters (1926, S. 36 u. 44 f.): Selbstverwaltung ist „eine sich im Rahmen der Rechts- und Staatsgesetze abspielende Tätigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts – außer von Reich und Staat –, kraft deren diese Verbände Aufgaben, welche weder solche der Rechtsprechung noch der Rechtsetzung sind, unter eigener Verantwortung erfüllen.“

unterschiedliche Aspekte verwendet wird und so nur von einer Art „Verbundbegriff der Selbstverwaltung“ gesprochen werden kann.<sup>595</sup> Verbunden werden dabei sehr unterschiedliche Elemente wie Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung, Teilhabe der Mitglieder an den wesentlichen Entscheidungen der Körperschaft, die Frage, ob Selbstverwaltung notwendig mit einer bestimmten Organisationsform verbunden ist, und schließlich, ob es sich bei ihr um ein Verfassungsprinzip handelt – also die Frage des formalen Status des Prinzips.

#### aa. Verfassungsprinzip Selbstverwaltung?

Enthält das Grundgesetz also ein Verfassungsprinzip Selbstverwaltung? Es verwendet den Ausdruck „Selbstverwaltung“ insgesamt sehr spärlich (Art. 28 II S. 2 u. 3, Art. 90 II, Art. 93 I Nr. 4b). Auch in der Sache findet sich weder die Aussage, daß „die Selbstverwaltung in den Gemeinden und Kreisen . dem Aufbau der Demokratie von unten nach oben“ diene (Art. 11 IV LV Bay) oder auch, daß die Verwaltung der Bundesgesetze „durch die Regierung, die ihr unterstellten Behörden und durch die Träger der Selbstverwaltung ausgeübt“ würde (Art. 69 LV BW). In der Sache wird sie den Gemeinden und Kreisen garantiert (Art. 28 II GG, s. u.), bei den Sozialversicherungsträgern vorausgesetzt (Art. 87 II GG) und aus Art. 5 III GG entwickelt. Hieraus mag man ein allgemeines Ordnungsprinzip der Selbstverwaltung entwickeln. Nur stellt sich sofort die Frage nach seiner Funktion: Sind die enumerativen Erwähnungen der Selbstverwaltung im GG abschließend, so daß es kein *normatives* Prinzip der Selbstverwaltung darüber hinaus geben kann, oder sind sie Ausdruck dieses selbst als verbindlich betrachteten Selbstverwaltungsprinzips? Im ersten Fall bestünde über die genannten Garantien hinaus keine allgemeine verfassungsrechtliche Fundierung der Selbstverwaltung. Sie wäre nur nach Maßgabe der Einzelbestimmungen geschützt. Über ihre einfachgesetzliche Ausgestaltung wäre damit allerdings noch nichts ausgesagt. Im zweiten Fall wäre sie umfassend verfassungsrechtlich geschützt und besäße gleichen Rang wie andere Verfassungsprinzipien auch. Außer Zweifel steht, daß der Verfassungsgeber ein Prinzip der Selbstverwaltung kannte, das jedenfalls Elemente wie die Eigenverantwortlichkeit als Kern beinhaltet.<sup>596</sup> Selbst wenn man die Perversionen des Prinzips im Dritten Reich außer acht läßt, lag es jedoch in so heterogenen Formen und Verständnissen vor, daß eine verfassungsrechtlich Selektion und Dezision erforderlich gewesen wäre, um einen verbindlichen Gehalt festzusetzen.<sup>597</sup> Das ist nicht geschehen. Mit seiner Erwähnung an den genannten

<sup>595</sup> *Jestaedt* 2002, S. 293 ff.

<sup>596</sup> So schon der Abgeordnete *Laforet*, der in der 5. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates (18.11.1948, Verhandlungen, S. 60), die Ausdrücke Selbstverwaltung und selbstverantwortliche Tätigkeit synonym gebrauchte. Ebenso *von Mangoldt* im Ausschuß für Grundsatzfragen (11. Sitzung vom 14.10. 1948): „Selbstverwaltung ist das Recht, im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung selbst zu verwalten.“ Vgl. aber nächste Fußnote.

<sup>597</sup> *Carlo Schmid* forderte dies im Ausschuß für Grundsatzfragen (11. Sitzung v. 14.10.1948, Sten. Prot., S. 11/36): „Was schiebt man heute nicht alles der Selbstverwaltung zu! Man gebraucht heute diesen Begriff so häufig, so gleitend, daß man durch eine Legaldefinition Ordnung schaffen sollte.“ Das schien allerdings nicht möglich zu sein. Aufschlußreich ist eine Bemerkung des Abgeordneten *Zimmermann* in der 5. Sitzung des Hauptausschusses, am 18.11.1948 (Verhandlungen, S. 62): „Der Streit darüber, was Selbstverwaltung ist, ist nicht neu. Seit mehr als hundert Jahren geht dieser Streit. Eine Legalde-

Stellen hat der Verfassungsgeber zwar zum Ausdruck gebracht, daß er es als Form der Erledigung öffentlicher Aufgaben nicht ablehnte. Die differenzierte Garantie des Art. 28 II GG und das vollständige Fehlen weiterer inhaltlicher Ausgestaltungen des Prinzips bei anderen Formen der Selbstverwaltung zeigt aber, daß im GG ein nach Selbstverwaltungstypen unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Schutz und eine differenzierte Einbeziehung in die Verwaltungsstruktur gewollt war. Ferner spricht gegen ein allgemeines normatives Verfassungsprinzip,<sup>598</sup> daß es in sehr unterschiedlichen Kontexten des GG erwähnt wird: Auf den Kompetenzzusammenhang des Art. 87 II GG war oben schon hingewiesen worden. Als normativer Verfassungsbegriff ist Selbstverwaltung mithin kontextuell.<sup>599</sup> Ein einheitliches, verfassungsrechtlich verbindliches Ordnungsprinzip ist sie nicht.<sup>600</sup> Über diese Einzelfälle hinaus, in denen die Ausstattung einer Verwaltungsorganisation verfassungsrechtlich geboten ist, kann der Begriff aber deskriptiv in dem Sinne gebraucht werden, als mit seiner Hilfe beobachtet werden kann, inwiefern der Gesetzgeber einer juristischen Person Selbstverwaltung eingeräumt hat.

#### bb. Der organisationsbezogene Begriff der Selbstverwaltung

Häufig wird der Begriff organisationsbezogen verstanden. Eine näher spezifizierte Gruppe von Verwaltungseinheiten fungiert dann als wesentliches Merkmal von Selbstverwaltung. Zumeist werden hier die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts genannt. Wird zudem noch die mitgliedschaftliche Partizipation<sup>601</sup> oder Betroffenheit<sup>602</sup> als wesentliches Moment der Selbstverwaltung angenommen, fällt der Begriff mit der Organisationsform der Körperschaft zusammen.<sup>603</sup> *Emde* spricht sogar von einer „fast symbiotischen Zusammengehörigkeit

---

tion, was ein Selbstverwaltungsrecht ist und was zur Selbstverwaltung gehört, ist bis heute nicht gefunden worden. Wir finden es auch heute nicht. Ich kann mir nicht denken, wie wir im Bundesverfassungsgesetz eine Regelung oder Fassung finden sollen, die allen gerecht wird. Wir müßten einen vollkommenen Katalog aufstellen, um das zu umschreiben, was eigentlich zur Selbstverwaltung gehört und was das Selbstverwaltungsrecht schlechthin bedeutet.“ Anlaß dieser Bemerkung war die Regelung der kommunalen Selbstverwaltung, deren inhaltliche Bestimmung dann schließlich den Ländern überlassen bleiben sollte.

598 Vgl. *Jestaedt* 1993, S. 518 f.

599 *Jestaedt* 1993, S. 523; *Emde* 1991, S. 363 f.; *Bethge* 1983, S. 152 f.

600 Anders aber *Hendler* 1990, Rn. 1 u. 46 ff.; wie hier *Burgi* 2003, S. 411 f.

601 *Ebsen* 1989, S. 325 m.w.N.

602 *Jestaedt* 2002, S. 303: „Selbstverwaltung läßt sich nach dem heutigen Stand der Dogmatik definieren als die institutionell selbstständige und materiell eigenverantwortliche Wahrnehmung von Staatsgewalt durch die davon virtualiter besonders Betroffenen.“ Zu den Konsequenzen für eine weitere Fassung des Selbstverwaltungsbegriffs *Hendler* 1986, S. 2, der allerdings auf die Organisationsform der Betroffenen abstellt (S. 284 u. *ders.* 1996, S. 212), bei der es aber wiederum nicht von Belang sein soll, ob es sich um eine Körperschaft, Anstalt oder Stiftung handelt. Vgl. auch *Burgi* 2003, S. 409.

603 Vgl. etwa *Jefß* (1935, S. 16): „Selbstverwaltung ist die eigenverantwortliche Verwaltung bestimmter ‚staatlicher‘ Angelegenheiten i.w.S. durch dem Staat ein- und untergeordnete, innerhalb ihres Wirkungskreises jedoch weitgehend selbstständige Körperschaften des öffentlichen Rechts (Selbstverwaltungskörper) an Stelle des Staates.“ Vgl. auch *Huber* (1953, S. 110): „Selbstverwaltung ist die unter Einsatz hoheitlicher Mittel bewirkte Wahrnehmung eigener Angelegenheiten durch einen körperschaftlichen Verband, der mit Autonomie gegenüber dem Staat ausgestattet und zwar einer staatlichen Legalitätskontrolle, aber grundsätzlich keiner darüber hinausgehenden Weisungsgewalt unterworfen ist.“ Ferner *Weber* 1959, S. 41; *Papenfuß* 1991, S. 20; weitere Auffassungen oben im Kapitel „Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts“ (Erster Teil B III 2).

von öffentlicher Körperschaft und Selbstverwaltung“.<sup>604</sup> Derlei Ansätze erscheinen, wie schon oben bei der Bestimmung des Körperschaftsbegriffs hervorgehoben wurde, aus zwei Gründen als problematisch:

Erstens ist dieses organisationsbezogene Verständnis von Selbstverwaltung zu eng. Körperschaften, Stiftungen, Anstalten<sup>605</sup> und weitere Formen<sup>606</sup> etwa der wirtschaftlichen Selbstverwaltung<sup>607</sup> verbindet eine gewisse Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit gegenüber dem primären Verwaltungsträger.<sup>608</sup> Diese mag bei den Körperschaften stärker ausgeprägt sein; für sie muß aber ein Begriff gefunden werden, egal in welcher Organisationsform sie ausgeübt wird. Auch ändert es an einer eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung durch die juristische Person und damit an der Selbstverwaltung nichts, daß die Mitglieder des Hauptorgans durch Verbände bestimmt werden, obwohl dadurch die Form der Organisation als öffentliche Körperschaft in Frage steht.<sup>609</sup> Will man an einem organisationsbezogenen Begriff der Selbstverwaltung festhalten, mag man dann in Selbstverwaltung im engeren oder weiteren oder im eigentlichen und sonstigen Sinn<sup>610</sup> oder einen formalen und einen materialen Begriff unterscheiden und von der körperschaftlichen als der Regelform von Selbstverwaltung sprechen.<sup>611</sup>

Zweitens ist jedoch die organisationsbezogene Sichtweise des Selbstverwaltungsbegriffs in bezug auf die Organisationsfunktionen zu unpräzise. Wenn die Organisation als Einheit zum Kriterium für Selbstverwaltung erhoben wird, bleibt unberücksichtigt, daß keineswegs alles, was diese Organisation auszeichnet, Selbstverwaltung ist und damit eigenverantwortlich geschieht. Insbesondere muß das Verhältnis zu den Auftragsangelegenheiten geklärt werden. Man mag das noch für einen Teil der Selbstverwaltungsträger im Sinne des Weinheimer Modells erklären, angesichts häufig dualistischer Aufgabenstrukturen im Bereich der Träger funktionaler Selbstverwaltung wird dies aber schwierig. Sämtliche

604 1991, S. 364.

605 Auch sie können Aufgaben im Modus der Selbstverwaltung wahrnehmen, *Tettinger* 1986, S. 47.

606 Teilweise (*Forsthoff* 1973, S. 477 f.; *Emde* 1991, S. 9 f.) wird eine Beschränkung des Selbstverwaltungsbegriffs auf rechtsfähige Verwaltungseinheiten vorgenommen. Kritisch zur Gleichsetzung von Körperschaft und Selbstverwaltung auch *Jestaedt* 1993, S. 70 f.

607 Vgl. in Auseinandersetzung mit dem BVerwG hierzu etwa *Tettinger* 1983, S. 809 ff., der von diesem Begriff auch eine Vielfalt von Phänomenen „gemeinsamer eigenverantwortlicher Beteiligung Privater an der Wirtschaftsverwaltung auch außerhalb öffentlich-rechtlicher Strukturen“ umfaßt wissen will (811).

608 Aus Art. 69 u. 71 I S. 3 LV BW ergibt sich etwa, daß die Verwaltung auch durch die Selbstverwaltungsträger ausgeübt wird. Dieses Recht wird in Art. 71 I S. 1 u. 2 LV BW näher umschrieben und in Art. 17 I S. 3 LV BW auch den „öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten in den durch Gesetz gezogenen Grenzen“ zugestanden. Damit sind die Anstalten neben den Körperschaften als Selbstverwaltungsträger anerkannt. Das schließt eine Differenzierung nach der Reichweite der Selbstverwaltung innerhalb dieser Organisationsformen der Verwaltung nicht aus; auszugehen ist aber davon, daß grundsätzlich auch die Anstalten Selbstverwaltungsträger sein können.

609 Anders wohl *Ebsen* 1989, S. 323, der insofern die Selbstverwaltungseigenschaft der BA bezweifelt; wie hier auch *Jestaedt* 1993, S. 70.

610 *Forsthoff* (1973 S. 477 f.) geht von einer ursprünglichen Identität von Selbstverwaltung und Körperschaft aus, paßt sein Konzept dann aber neueren Entwicklungen an: „Die Beschränkung verdient jedoch erst recht fallen gelassen zu werden, nachdem die genossenschaftliche Gestaltung innerhalb der Strukturen rechtsfähiger Verwaltungseinheiten so stark zurückgetreten ist, wie das in den letzten zwei Jahrzehnten [bis 1973, SK] geschehen ist. Selbstverwaltung ist also die Wahrnehmung an sich staatlicher Aufgaben durch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts“.

611 *Emde* 1991, S. 366.

Organisationsstrukturen auf die Selbstverwaltung zurückzuführen, erscheint aber als geradezu unmöglich. Nicht gestützt wird die Auffassung von der Trennung von Selbstverwaltungsprinzip und Organisationsform hingegen durch die (unzutreffende) Behauptung, es gebe auch Körperschaften des öffentlichen Rechts, denen keine Selbstverwaltung zukomme.<sup>612</sup> Die mitgliedschaftliche Binnenstruktur der Körperschaft, die über die Notwendigkeit kollegialer Entscheidungen hinaus den maßgeblichen Einfluß der Mitglieder auf die Körperschaft bedeutet, zieht als angemessene Konsequenz Eigenverantwortlichkeit in der Aufgabenwahrnehmung nach sich.<sup>613</sup> Somit ist zwar das Prinzip Selbstverwaltung nicht an die Organisationsform der Körperschaft gebunden, sondern kann auch anderen zukommen; eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ohne Selbstverwaltung ist aber nicht sinnvoll und wäre im Fall der Hochschulen, Gemeinden und Gemeindeverbände auch verfassungswidrig. Das schließt auch bei verschiedenen Körperschaften einen unterschiedlichen Umfang der eingeräumten Selbstverwaltung nicht aus. Das BVerfG hat etwa im AOK-Urteil angesichts der geringen Ausstattung der Ortskrankenkassen mit Eigenverantwortung nicht den Schluß gezogen, ihr Körperschaftsstatus stünde in Frage – was bei der Annahme einer notwendigen Verbindung von Körperschaft und Selbstverwaltung zwingend wäre. Es hat vielmehr den Umfang von Selbstverwaltung aufgabenbezogen geprüft.<sup>614</sup> Schließlich kann auch zugegeben werden, daß die Organisationsform für die Selbstverwaltung insofern von Bedeutung ist, als die Anstalt oder andere Selbstverwaltungsträger etwa im akademischen Bereich<sup>615</sup> ge-

612 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 84 Rn. 31, hinsichtlich der Lastengemeinschaften, vor allem der Berufsgenossenschaften und der Versorgungskassen. Dies wird aber grundsätzlich die Ausnahme bleiben. Der von den Autoren angeführte *Kommunale Versorgungsverband Baden-Württemberg* (GKV) wird zwar von § 1 I S. 1 des entsprechenden Gesetzes (idF. v. 16. April 1996, GBl. S. 394) als Körperschaft des öffentlichen Rechts bezeichnet. Rechtlich gesehen ist die Bezeichnung aber irrelevant, da die Binnenstruktur mit einem Verwaltungsrat als Hauptorgan, dessen Mitglieder vom Innenminister ernannt werden (§ 19 II S. 1 GKV BW), und dem von diesem gewählten Direktor nicht den Anforderungen einer von den Mitgliedern getragenen juristischen Person des öffentlichen Rechts genügt. Vor allem aber genießt er durchaus Selbstverwaltung, insofern ihm § 1 I S. 2 GKV BW das Recht zur eigenverantwortlichen Verwaltung seiner Angelegenheiten, ein Satzungsrecht (§ 3 I S. 2 GKV BW) allerdings mit Vorlagepflicht an die Rechtsaufsichtsbehörde) und neben Pflichtaufgaben noch die Möglichkeit der Übernahme freiwilliger Aufgaben (§ 15 GKV) einräumt. Der kommunale Versorgungsverband Baden-Württemberg ist also keine Körperschaft ohne Selbstverwaltung, sondern unbeschadet einer rein nominell anderslautenden Bezeichnung eine Anstalt mit ihr.

613 So etwa *Becker* (1989, S. 224): „Das Recht der Selbstverwaltung der ... Verwaltungskörperschaften (Real-, Personal- und Bundkörperschaften) folgt an sich nicht denknotwendig aus dem Körperschaftsbegriff, sondern aus dem Sinn und Zweck der Körperschaft, und zwar aus dem Element der i.d.R. zwangsweise, aber auch freiwillig begründeten Mitgliedschaft.“

614 E 38, S. 302 ff. (313 f.): „Mit jeder Ausgliederung eines Verwaltungsträgers als juristischer Person ist zwar eine gewisse Verselbständigung verbunden, mit der sich die Beibehaltung einer direkten Staatsleitung im allgemeinen nicht verträgt. Jedoch kann der Grad der Ausgliederung und der Verselbständigung verschieden sein. Die Hauptaufgabe der Sozialversicherungsträger besteht in dem Vollzug einer detaillierten Sozialgesetzgebung, gleichsam nach Art einer übertragenen Staatsaufgabe. In diesem Bereich läßt sich der Sache nach nur bedingt von Selbstverwaltung sprechen. Als ‚Selbstverwaltung‘ kann hier nur die vom Gesetz eingeräumte und im Rahmen des Gesetzes bestehende organisatorische Selbständigkeit und die Erledigung dessen verstanden werden, was die Kassen als Maßnahmen vorbeugender, heilender und rehabilitierender Fürsorge für ihre Versicherten nach den gesetzlichen Vorschriften zwar weisungsfrei, aber nicht frei von Rechtsaufsicht ins Werk setzen.“

615 Art. 7 IV LV MV erkennt diese außeruniversitäre akademische Selbstverwaltung ausdrücklich an. In Betracht kommen etwa Sonderforschungsbereiche und Großforschungseinrichtungen, *Trute* 1994, S. 492 ff., S. 560 ff.

genüber der Körperschaft ein geringeres Potential zur Kompensation von durch die Aufgabenverselbständigung bewirkten Legitimationsdefiziten haben. Doch stellt auch dies nicht die Zuweisung von Aufgaben zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung insgesamt in Frage,<sup>616</sup> sondern nur den Umfang. Selbstverwaltung bezeichnet also keine Organisation und kann auch nicht durch bestimmte Organisationsformen erklärt werden, sondern erfaßt Funktionen von Verwaltungseinheiten.<sup>617</sup>

### cc. Funktionale Selbstverwaltung

Von einem organisationsbezogenen Konzept der Selbstverwaltung ausgehend, wurde dann auch der Begriff der „*funktionalen Selbstverwaltung*“ geprägt.<sup>618</sup> Er wird bezeichnet „als Platzhalter für eine Vielzahl konkreter Erscheinungsformen von Selbstverwaltungsträgern, die nach ganz unterschiedlichen Kriterien geordnet werden können“.<sup>619</sup> Gemeinsam ist ihnen das negative Abgrenzungskriterium, daß sie nicht zur kommunalen Selbstverwaltung gehören. Das Grundgesetz erwähnt sie zwar nicht explizit, setzt sie aber in einer Reihe von Bestimmungen voraus und anerkennt sie.<sup>620</sup> Zu dieser Begründung will es aber dann nicht recht passen, wenn die grundrechtsgetragenen Körperschaften wie die Hochschulen als Träger funktionaler Selbstverwaltung nach Ansicht einiger ausscheiden sollen<sup>621</sup> – um sie dann sogleich doch hinsichtlich ihrer Selbstverwaltungsangelegenheiten zu untersuchen.<sup>622</sup> „Funktionale Selbstverwaltung“ in der hier vorgeschlagenen aufgabenbezogenen Definition von Selbstverwaltung würde eine nähere Bestimmung der eigenverantwortlich wahrgenommenen Aufgabenbereiche dahingehend bedeuten, daß solche Aufgaben erfaßt werden, die nicht lokal radiziert sind.

### dd. Selbstverwaltung und mittelbare Staatsverwaltung

Abzugrenzen ist der Begriff der Selbstverwaltung schließlich noch von einem aufgabenbezogenen Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung. *Ernst Rudolf Huber* versteht vor dem Hintergrund seiner schon erwähnten stark genossenschaftlichen Selbstverwaltungskonzeption unter mittelbarer Staatsverwaltung „die Wahrnehmung übertragener Staatsaufgaben administrativer Art durch staatsabhängige öffentliche Anstalten oder durch öffentliche Körperschaften, soweit diese Träger staatsabhängiger Auftragsverwaltung sind. Dagegen ist die Selbstverwaltungstätigkeit öffentlicher

616 So aber etwa auch *Traumann* 1998, S. 286.

617 *Schuppert* 1988, S. 401.

618 Der Ausdruck wird wohl erstmals von *Kloß* (1961, S. 331 f.) verwendet. Er bezeichnet damit „eine Selbstverwaltung, deren Geltungsbereich nicht gebietlich, sondern sachlich abgegrenzt war, die also einen bestimmten Sektor der Verwaltung im gesamten Staatsgebiet in die Selbstverwaltung überführen“ soll. Vgl. auch *Emde* 1991, S. 9 ff.; *Burgi* 2006, § 52 Rn. 21.

619 *Kluth* 1997, S. 30, eingehend zum Begriff S. 12 ff.; vgl. auch *Schuppert* 1981, S. 65 ff.

620 Art. 86, 87 II, u. III, Art. 130 III GG; dazu das *BVerfG* Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98 – Lippeverbandsgesetz, DÖV 2003, S. 678–681, (678): „Der Verfassungsgeber hat solche bei Inkrafttreten des GG vorhandenen, historisch gewachsenen Organisationsformen der funktionalen Selbstverwaltung zur Kenntnis genommen und durch Erwähnung ihre grundsätzl. Vereinbarkeit mit der Verfassung anerkannt.“

621 *Kluth* 1997, S. 24 mit Fußn. 48.

622 *Kluth* 1997, S. 50 ff.

Körperschaften keine ‚mittelbare Staatsverwaltung‘ im präzisen Sinn<sup>623</sup> Grundlage ist sein dualistisches Aufgabenverständnis. Die ‚Mittelbarkeit‘ bezieht sich bei Huber also auf die staatlichen Aufgaben, die die genannten Verwaltungseinheiten für den Staat wahrnehmen. Da sich bei den Körperschaften aber zumeist sowohl staatlich zugewiesene Auftragsangelegenheiten als auch freiwillige oder pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben finden, die jedenfalls bei einigen von ihnen zu einem einheitlichen Wirkungskreis zusammengefaßt werden, reißt Hubers Modell auseinander, was zusammengehört.<sup>624</sup> Demgegenüber verwenden *Ernst Forsthoff*<sup>625</sup> und andere<sup>626</sup> den Ausdruck ‚Mittelbarkeit‘, um den Träger zu bezeichnen, den der Staat rechtlich verselbständigt hat und der Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten wahrnimmt. Während Selbstverwaltung auf die Selbständigkeit und das Eigenleben ihres Trägers verweise, bezeichne ‚mittelbare Staatsverwaltung‘ die Abhängigkeit des Trägers vom Staat.<sup>627</sup> Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung unterscheiden sich dann durch ein gewisses Maß an Staatsdistanziertheit der letzteren. Dem ist insofern recht zu geben, als nach der oben getroffenen Bestimmung der öffentlichen Aufgaben der Staat in Gestalt des Gesetzgebers der ‚Hüter des Gemeinwohls‘ gegenüber den Gruppeninteressen ist und er auch aufgrund des institutionellen Gesetzesvorbehalts für die wesentlichen Zuweisungen öffentlicher Aufgaben zuständig ist, sofern diese Zuordnung nicht bereits verfassungsrechtlich feststeht. Dies bedeutet nach dem oben zu den öffentlichen Aufgaben Gesagten aber nicht, daß sie staatlich delegiert und insofern mittelbar sind. Der Begriff ergibt deshalb in bezug auf die Aufgabenverteilung wenig Sinn.<sup>628</sup> Der Ausdruck mag aber als Residualkategorie für die gegenüber der unmittelbaren Staatsverwaltung verselbständigten Verwaltungsorganisationen beibehalten werden.<sup>629</sup> Er richtet dann die Aufmerksamkeit auf die Herauslösung aus dieser und weniger auf die damit verbundene Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung.<sup>630</sup> In diesem Sinne würde mittelbare Staatsverwaltung nicht die Selbständigkeit der Verwaltungsorganisation bezeichnen, sondern diese ebenso wie ihre Binnenstruktur voraussetzen

623 *Huber* 1953, S. 111; *ders.* 1958, S. 40 f.; so auch *Tettinger* 1986, S. 38.

624 Es ist freilich hervorzuheben, daß *Huber* seinen Begriff im Kontext der wirtschaftlichen Selbstverwaltung entwickelt, die keinen einheitlichen Wirkungskreis besitzt.

625 *Forsthoff* 1973, S. 471 f. u. 490; zuvor schon *Weber* 1943 und andere.

626 *Achterberg* 1986, S. 175; *Köttgen* 1939, S. 43 ff.; *Maurer* 2006, § 23, Rn. 1: ‚Mittelbare Staatsverwaltung liegt vor, wenn der Staat seine Verwaltungsaufgaben nicht selbst, durch eigene Behörden, erfüllt, sondern rechtlich selbständigen Organisationen zur Erledigung überträgt oder überläßt.‘ – Er will diese Bezeichnung aber nur noch mit Vorbehalten nutzen.

627 *Forsthoff* 1973, S. 478 Fn. 2: ‚Mit dem Begriff ist nicht mehr gemeint als die Staatsbezogenheit aller öffentlichen Verwaltung und damit die Ablehnung eines ursprünglichen, also staatsunabhängigen Wirkungsbereichs der Gemeinden und entsprechender verselbständigter Verwaltungsträger... Der Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung schließt weder die Ausstattung verselbständigter Verwaltungsträger mit subjektiv-öffentlichen Rechten aus..., noch sagt er etwas über den Umfang der Selbstverwaltungsbefugnisse aus...‘

628 Kritisch angesichts unzureichender Differenzierungsmöglichkeiten auch *Tettinger* 1995, S. 171.

629 Zum Ganzen auch *Emde* 1991, S. 247 f.; für Zwecke der Systematisierung hält sie auch *Hendler* (1986, S. 299 u. 1990, § 106 Rn. 44) weiterhin brauchbar.

630 *Forsthoff* 1973, S. 478: Der Gegenstand des Begriffes der mittelbaren Staatsverwaltung ‚deckt sich weithin mit der Selbstverwaltung, aber es ist bei den Begriffsbildungen der Akzent jeweils anders gesetzt. Während er bei der Selbstverwaltung auf dem Eigenleben des Trägers liegt, weist der Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung auf die Abhängigkeit vom Staate hin‘; vgl. auch *Jestaedt* 1993, S. 90 u. 92, der die Akzessorietät zu den Staatsaufgaben betont.



und auf die verbliebenen Momente der Anbindung an die Organisation der ministerialen, hierarchischen Staatsverwaltung hinweisen.<sup>631</sup> So behielt der Begriff eine, wenn auch eingeschränkte, Bedeutung neben der äußeren Selbstverwaltung im Sinne der Aufgabenverselbständigung und der inneren im Sinne der partizipatorischen Ausdifferenzierung der Binnenstruktur der Organisationseinheit.

### *b. Selbstverwaltung als Modus der Aufgabenerfüllung*

Selbstverwaltung stellt außer in den vom GG ausdrücklich anerkannten Fällen der Gemeinden und Gemeindeverbände bzw. als aus den Grundrechten der Art. 5 I S. 2 und 5 III GG geforderten Bereichen kein allgemeines Verfassungsprinzip dar. Es fungiert aber als Begriff, der bestimmte einfachgesetzlich geregelte Strukturmerkmale zusammenfaßt. Selbstverwaltung kann nicht als Organisationsform verstanden werden.<sup>632</sup> Sie wird deshalb nicht mit der Körperschaft des öffentlichen Rechts gleichgesetzt, sondern kann jedenfalls allen juristischen Personen des öffentlichen Rechts prinzipiell zukommen. Der Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung ist, wenn er nicht in einem qualifizierten Sinn verwendet wird, der sich auf die Delegation staatlicher Aufgaben bezieht, wenig aussagekräftig für die nähere Bestimmung des Prinzips der Selbstverwaltung, weil er insofern vor allem eine gewisse Staatsdistanziertheit akzentuiert. Wird er aber in dem bezeichneten qualifizierten Sinne genommen, widerspricht er der oben getroffenen Unterscheidung von öffentlichen Aufgaben und Staatsaufgaben, da – wenn von einem einheitlichen Wirkungskreis ausgegangen wird – jedenfalls auch die nicht-staatlichen öffentlichen Aufgaben zu den Selbstverwaltungsaufgaben zählen, im dualistischen Verständnis aber zu den übertragene staatlichen noch die Selbstverwaltungsaufgaben hinzukommen.

Betrifft aber die Selbstverwaltung ein Moment von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, das sie gemeinsam haben, obwohl sie nicht alle mitgliederschaflich verfaßt sind, kann sich der Begriff auch nicht, jedenfalls nicht in erster Linie auf ihre Binnenstruktur beziehen. Auf die Rechtsfähigkeit als Gemeinsamkeit von Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts bezieht

631 *Schuppert* 1981, S. 72; *ders.* 1988, S. 400; zurückhaltend verwendet auch *Burgi* 2006, § 52 Rn. 11 den Begriff.

632 Für eine Trennung auch *Oebbecke* (2003, S. 369 f.), der die Eigenverantwortlichkeit „auf der Basis eigenständiger Willensbildung“ hervorhebt, die aber nicht körperschaftlich verfaßt sein muß: „Der jeweilige Träger der Selbstverwaltung wird nicht anhand einer tatsächlich unausweichlich vorgegebenen engen Sachbeziehung zum Gegenstand der Selbstverwaltung festgestellt, sondern politisch bestimmt.“ Für einen trägerunabhängigen Begriff der Selbstverwaltung auch *Forsthoff* 1973, S. 478, der darauf verweist, daß unter Selbstverwaltung der „materielle Funktionsbereich“ verstanden würde, „während die Bezeichnung mittelbare Staatsverwaltung außerdem die Organisation und das Behördenwesen mit umfaßt“. *Hendler* (1990, Rn. 1 u. 20) hingegen versteht Selbstverwaltung als „besondere organisatorische Untergliederungsform des Staates“ und *ders.* 1984, S. 284: „Bei der Selbstverwaltung handelt es sich um öffentlichrechtliche Organisationseinheiten, die gegenüber dem staatsunmittelbaren Behördensystem institutionell verselbständigt, aber gleichwohl dem Staatsverband eingegliedert sind und sich dadurch auszeichnen, daß bestimmte öffentliche Angelegenheiten von den davon besonders berührten Personen, den Betroffenen, eigenverantwortlich (d. h. höchstens unter staatlicher Rechtsaufsicht) verwaltet werden“; die Organisationsform offenlassend etwa *Weides* 1995, Sp. 1164: Selbstverwaltung „bedeutet die weisungsfreie Wahrnehmung von sachlich begrenzten Verwaltungsaufgaben durch besondere, gegenüber dem Staat verselbständigte, öffentlich-rechtlich organisierte Verwaltungsträger unter der Rechtsaufsicht des Staates.“

sich die Selbstverwaltung nicht, weil diese nur die Zurechnungsfähigkeit von Rechten und Pflichten bezeichnet. Bleibt das oben erwähnte Element der Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung.<sup>633</sup> Diese Eigenverantwortlichkeit hat neben dem bereits erwähnten demokratischen Aspekt der teilweisen Herauslösung der Körperschaft aus dem Zusammenhang der staatlich vermittelten Legitimation durch ihre Verselbständigung als Rechtssubjekt und als Entscheidungszusammenhang noch einen Zurechnungsaspekt, der die Verantwortlichkeit der juristischen Person der Körperschaft im Rechtssinne betrifft. Hiervon könnte man dann einen Struktur-aspekt, der sich auf die Wahrnehmung dieser Verantwortung durch die innere Organisation des Selbstverwaltungsträgers bezieht, unterscheiden. Legitimationsaspekt und Zurechnungsaspekt sind bei den verschiedenen Selbstverwaltungsträgern prinzipiell gleichgelagert. Im Struktur-aspekt weichen sie ab: Mitentscheidungs-befugnisse der Mitglieder bei der Aufgabenerfüllung kommt der Körperschaft zu. Das bedeutet keine radikale Trennung dieser Dimensionen. Das BVerfG hat vielmehr schon früh deutlich gemacht, daß eine Ausweitung der Aufgabenzuweisungen zugleich – eine entsprechende Binnenstruktur vorausgesetzt – zu einer Stärkung der Selbstbestimmung der Körperschaftsmitglieder führt.<sup>634</sup> Das Moment der „Stärkung“ zeigt, daß Selbstverwaltung in schwächerer Form prinzipiell auch bei anderen Verwaltungsorganisationen möglich ist. Selbstverwaltung durch Körperschaften des öffentlichen Rechts stellt dann eine qualifizierte Form der Selbstverwaltung dar und kann danach definiert werden als: die einer rechtlich verselbständigten Verwaltungseinheit zurechenbare eigenverantwortliche Erfüllung öffentlicher Aufgaben aufgrund mitgliedschaftlicher Entscheidungsstrukturen. Der Selbstverwaltungsbegriff im allgemeinen bezeichnet hingegen die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung einer verselbständigten Verwaltungseinheit.

Selbstverwaltung bezieht sich somit auf den Modus der Erfüllung legitimer öffentlicher Aufgaben, nicht auf den Gegenstand der Aufgaben. Viel spricht dafür, daß etwa die oben erwähnte Interessenvertretung nur eigenverantwortlich von der Körperschaft wahrgenommen werden kann. Auch wird das Bestehen einer öffentlichen Aufgabe vorausgesetzt. Nicht jede öffentliche Aufgabe ist aber eine Selbstverwaltungsaufgabe. Die Interessenvertretung ist es, weil sie sinnvollerweise nur eigenverantwortlich wahrgenommen werden kann. Gegenständlich ausgenommen vom verwaltungsrechtlichen Begriff der Selbstverwaltung sind

633 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 84 Rn. 36; Achterberg 1980, S. 616: „Selbstverwaltung kann somit definiert werden als selbständig, fachweisungsfreie Wahrnehmung überlassener oder zugewiesener öffentlicher Angelegenheiten durch unterstaatliche Rechtssubjekte.“ Groß 1999, S. 139. In diesem Sinne auch Haverkate (1992, S. 345): „Der Grundgedanke der Selbstverwaltung ist, daß der Bürger seine Angelegenheiten im engeren örtlichen wie im beruflichen und sozialen Wirkungskreis selbst regeln soll.“ Allerdings geht es bei der Selbstverwaltung zunächst um die Eigenverantwortlichkeit des Selbstverwaltungsträgers selbst, nicht des einzelnen. Erst die besondere Form der körperschaftlichen Selbstverwaltung bringt den einzelnen mit seiner Partizipation ins Spiel.

634 E 11, S. 266 ff. (275) – Wählerversammlung: „Kommunalverfassungsrecht und -wirklichkeit [sind, Sk] seit dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes unter Anknüpfung an die Tradition der Weimarer Zeit von der Tendenz geprägt, dem Gedanken des Selbstbestimmungsrechts der Gemeindeglieder vor allem durch eine Erweiterung der Zuständigkeiten der Kommunalvertretungen wieder in stärkerem Maße zum Durchbruch zu verhelfen.“

aber die speziellen Selbstverwaltungen wie etwa der gesetzgebenden Körperschaften und der Gerichte.<sup>635</sup>

Diese Definition soll zeigen, daß die prinzipiell unterscheidbaren Aspekte von „juristischer“ oder äußerer (Eigenverantwortlichkeit der juristischen Person des öffentlichen Rechts) und „politischer“ oder innerer (ehrenamtlich-partizipatorischer) Selbstverwaltung<sup>636</sup> in der Körperschaft des öffentlichen Rechts aufgehoben sind.<sup>637</sup> Sie berücksichtigt zudem, daß eigenverantwortliche Aufgabewahrnehmung nicht nur durch Körperschaften, sondern auch durch andere zu eigenverantwortlichem Handeln befähigte Verwaltungseinheiten möglich ist. Die Körperschaft unterscheidet sich von diesen in der Ausdifferenzierung der Mitgliederpartizipation.<sup>638</sup> Die so eingezogenen Konturen rechtfertigen es, Selbstverwaltung als terminus technicus zu verwenden und nicht als bloßes „Schlagwort“ abzutun.<sup>639</sup> Sie sind andererseits in bezug auf den Inhalt der Selbstverwaltung nicht so scharf gezogen, daß die konkrete Aussage, was genauer darunter zu verstehen ist, ob sie einem Verwaltungsträger zukommt und wenn: *inwieweit*, nicht noch durch den Gesetzgeber konkret getroffen werden müßte.<sup>640</sup> Beide Dimensionen erhalten vielmehr wieder einen spezifischen Sinn: die „juristische Selbstverwaltung“ bezieht sich mehr auf die äußere Struktur in bezug auf ihre Selbständigkeit; die „politische Selbstverwaltung“ erfaßt wesentliche Elemente der Binnenstruktur der Körperschaft, wobei die Integration in der Organisationsform beide nicht in ihrer „Reinform“ erhält, in der sie im 19. Jahrhundert gedacht und einander gegenübergestellt wurden.<sup>641</sup> Dabei steckt die juristische Selbstverwaltung den Rahmen ab, innerhalb dessen die politische zu einem höheren Maß an Legitimation im Sinne der Mitgliederbeteiligung führen kann.<sup>642</sup> Von daher rechtfertigt es sich dann, die Körperschaft als die geeignetste Organisationsform anzusehen,

635 Ihnen fehlt es ohnehin zumeist an der Rechtsfähigkeit. Zur Selbstverwaltung der Gerichte etwa *Groß* 2003, S. 298 ff.; *Papier* 2002, S. 2585 ff.; zu einem insofern weiteren Begriff der Selbstverwaltung, der das Element der Dezentralisierung der Aufgabenerledigung in den Vordergrund stellt und die gerichtliche Selbstverwaltung mit einbezieht vgl. *Kelsen* 1993, S. 181 f.

636 Zum Begriff etwa *Hendler* 1990 Rn. 12 f.; *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 84 Rn. 33 f.; und schon oben im geschichtlichen Teil. Dazu daß diese Unterscheidung angesichts der gerade im kommunalen Bereich zu beobachtenden Tendenz zur Professionalisierung prekär geworden ist, vgl. *Laux* 1983, S. 51.

637 Vgl. auch etwa § 29 II „Selbstverwaltung durch die Versicherten und die Arbeitgeber“ (Aspekt der politischen Selbstverwaltung) und § 29 III „Versicherungsträger erfüllen ihre Aufgaben in eigener Verantwortung“ (Aspekt der juristischen Selbstverwaltung), vgl. dazu auch die Begründung in BT-Drucks. 7/4122, S. 34 f.

638 Das hat das *BVerfG* auch in der Facharztentscheidung (E 33, S. 125 ff. [159]) hervorgehoben: Der Grundgedanke sei es, „die in den gesellschaftlichen Gruppen lebendigen Kräfte in eigener Verantwortung zur Ordnung der sie besonders berührenden Angelegenheiten heranzuziehen und ihren Sachverstand für die Findung ‚richtigen‘ Rechts zu nutzen.“

639 So aber *Mayer VwR II*, S. 357 f.; daß der Begriff in der Weimarer Epoche dazu geworden sei, hebt auch *Peters* (1926, S. 5) hervor.

640 Hierzu auch *Stern* 1984, S. 397; *Emde* 1991, S. 118 f.

641 Es ließe sich insofern auch ein formaler, eher die Verselbständigung durch eigenverantwortliche Aufgabenerledigung des Selbstverwaltungsträgers und ein materialer, eher die staatsbürgerliche Partizipation betonender Selbstverwaltungsbegriff unterscheiden, *Jestaedt* 1993, S. 66 f.

642 Die innere Selbstverwaltung ist nicht in der Lage, den Bereich der Selbstverwaltung auszuweiten. Ist der eng gezogen, wie bei den Sozialversicherungsträgern, vermag auch die politische Selbstverwaltung im Innern daran nichts zu ändern, *Schnapp* 1983, S. 886.

wenn es um den Ausbau der „politischen“ im Rahmen der rechtlichen Selbstverwaltung geht.<sup>643</sup>

### c. Zur sozialen Funktion von körperschaftlicher Selbstverwaltung

Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der Körperschaft auf der Grundlage von mitgliedschaftlichen Entscheidungsstrukturen erfüllt eine Reihe von sozialen Funktionen.<sup>644</sup> Zunächst dient sie der Dezentralisierung von Erfüllungsverantwortung.<sup>645</sup> Auf diese Weise entlastet sie den Staat von der Ausführung öffentlicher Aufgaben. Insofern die Betroffenen an der Erfüllung dieser Aufgaben teilnehmen, erlangen sie einen stärkeren öffentlichen Einfluß, als sie ihn als bloße Abnehmer staatlicher Leistungen hätten,<sup>646</sup> werden dafür aber auch zugleich stärker in die Pflicht genommen, insofern sie regelmäßig mit ihren Beiträgen zur Finanzierung beitragen und sich sonstigen körperschaftlichen Pflichten unterwerfen. Dem Bürger wird also eine Tür zur solidarischen Übernahme von Verantwortlichkeit im öffentlichen Interesse aufgestoßen,<sup>647</sup> zugleich wird er aber bei der Artikulation seiner Interessen einer größeren Disziplinierung unterworfen, indem sie öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt.<sup>648</sup> Gerade dadurch kann aber eine größere Integration der verschiedenen Interessen an bestimmten öffentlichen Aufgaben gewährleistet werden und so die sonst bei öffentlichen Organisationen latenten Akzeptanzprobleme beseitigt, jedenfalls internen Prozeduren zugeführt.<sup>649</sup> Relativ kleine Verwaltungsräume zur Aufgabenerfüllung und demokratischer Entscheidungsstil begünstigen eine Motivationssteigerung bei der Aufgabenerfüllung.<sup>650</sup> Es entstehen Außenstellen öffentlichen Entscheidens, die durch ihre Distanziertheit

643 Schmidt-Aßmann 1987, S. 262: „Rechtsnatur und Binnenorganisation der Körperschaft eignen sich besonders, jener Schnittstelle von Eigenständigkeit und Entscheidungsteilnahme, die die Selbstverwaltung ausmacht, rechtliche Form zu geben.“

644 Schuppert 1989, S. 127 ff.

645 So definiert Stern (1984, S. 397 f.): „In ihrer Grundform erweist sich Selbstverwaltung als eine innerstaatliche Organisationsform der Dezentralisierung im Sinne einer Ausgliederung von in der Regel verselbständigten juristischen Personen des öffentlichen Rechts aus dem Bereich unmittelbarer Staatsverwaltung unter Gewährung eines Mindestmaßes an Selbständigkeit und Selbstbestimmung.“ Vgl. auch Schuppert 2000, S. 598; ders. 1983, S. 187.

646 Starck 1995, S. 180; Schmidt-Aßmann 1991b, S. 124 f. „Selbstverwaltung ist ein die kommunale Selbstverwaltung umschließendes, über sie aber hinausreichendes staatsrechtliches Ordnungsprinzip, das auch interessenspezifisch ausgerichtete Organisationsformen sogenannter funktionaler Selbstverwaltung erfaßt. Sie will politische Freiheit durch die Stärkung spezieller Partizipationsmöglichkeiten sichern.“

647 Starck 1995, S. 180; Schuppert 2000, S. 598 f. Kluth 1997, S. 4: „Selbstverwaltung erweist sich als ein Instrument zur Stärkung der Stellung der Bürger als Träger der Staatsgewalt (Partizipation und Ehrenamt) sowie der Vermittlung von solidarischer Gemeinschaft im überschaubaren und erfahrbaren Lebenszusammenhängen (Genossenschaftsprinzip).“

648 Tettinger 1997, S. 64 f.; Schuppert 2000, S. 599.

649 Habermas (1994, S. 403) schreibt zu diesem Aspekt zu Recht: „Daraus entsteht das Bild eines von der Gesellschaft relativ unabhängig operierenden Verwaltungssystems, das sich die erforderliche Massenloyalität beschafft und die politischen Zielfunktionen mehr oder weniger selbst bestimmt.“

650 Mayntz 1963, S. 130 u. 134 f.; Coleman 1992, S. 176: „Psychologische Untersuchungen haben erbracht, daß sich Personen unwohl fühlen, wenn sie einen Kontrollverlust erfahren, und sich zufriedener fühlen und besser lernen, wenn sie die Ereignisse, die sie betreffen, kontrollieren. Die Verlagerung der unmittelbaren Kontrolle von Personen zu Körperschaften [Kontrollbehörden, übergeordneten Aufsichtsinstanzen, S. K.] erzeugt einen strukturellen Zustand in der Gesellschaft, bei dem sich eine große Anzahl der Ereignisse, an denen Individuen interessiert sind, nicht unter deren unmittelbarer Kontrolle befinden.“

zum Zentrum der hierarchischen Verwaltung informale Kontakte und gezielte Rollenüberschneidungen fördern und so eine „Pufferzone bildet, in der Vorstellungen umgebildet und angeglichen werden, um aus einem System in das andere fließen zu können“.<sup>651</sup> Gerade diese potentiellen Überschneidungen und Ingerenzen durch Bürgerbeteiligungen fördern eine organisationstheoretische Grundforderung nach Erhaltung von Lernfähigkeit von Organisationen als Grundlage ihrer Adaptivität.<sup>652</sup> Insofern führt Selbstverwaltung zu einer Effizienzsteigerung der öffentlichen Verwaltung und eine Entlastung der unmittelbaren Staatsverwaltung.<sup>653</sup> Insgesamt ergibt sich besonders für die Selbstverwaltung der Kammern eine Art Win-Win-Situation: Die in den Kammern organisierten Interessen gewinnen öffentlichen Einfluß und die öffentliche Verwaltung steigert die Effektivität und Effizienz der Erfüllung ihrer Aufgaben und kann zugleich durch die Notwendigkeit der Repräsentativität der Interessenvertretung eine gewisse Vereinheitlichung derselben bewirken.<sup>654</sup>

#### *d. Die Merkmale von Selbstverwaltung*

Von den drei Problemkreisen der Selbstverwaltung (Legitimation, Eigenverantwortlichkeit, qualifizierte Entscheidungsstruktur) wurde die Legitimationsfrage bereits bei der Erörterung der Auswirkungen des Demokratieprinzips auf die Verwaltungsorganisation diskutiert. Er betraf die Absenkung des Niveaus demokratischer Legitimation von Selbstverwaltungsträgern aufgrund der „Einflußknicke“ in der sachlichen demokratischen Legitimation durch die eigenverantwortliche Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben und der personellen demokratischen Legitimation dadurch, daß die wesentlichen Körperschaftsentscheidungen im Rahmen der Gesetze durch die Mitglieder und nicht durch staatlich ernannte Funktionsträger getroffen werden. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts, so wurde ausgeführt, kann die demokratische Legitimation nicht durch eine autonome demokratische Legitimation kompensieren; die Rücknahme des Legitimationsniveaus bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts erfolgt aber im Interesse der Selbstbestimmung der Bürger, die sich auch im öffentlichen Bereich nicht in seiner demokratischen Partizipation an Wahlen erschöpft, sondern umfassende Berücksichtigung verlangt. Zwar besteht kein Anspruch auf die Schaffung von Verwaltungsformen, die der Selbstbestimmung eines beschränkten Kreises von Bürgern über einen beschränkten Kreis von öffentlichen Aufgaben Raum geben; sie vermag aber einen verfassungsrechtlichen Grund dafür abzugeben, daß eine Rücknahme des Legitimationsniveaus erfolgt.

Der zweite Aspekt die Fragen der durch die mitgliedschaftlichen Strukturen qualifizierten Binnenstrukturen der Körperschaften des öffentlichen Rechts und die hierdurch mögliche gesteigerte Form von Selbstverwaltung – wird im Zentrum der Analyse der inneren Organisation der Körperschaft stehen. Im gegenwärtigen Teil der Arbeit, der sich mit der selbständigen Rechtsgestalt der Körperschaft des

651 Luhmann 1999, S. 230.

652 Berger/Berhard-Mehlich 2001, S. 154.

653 Schuppert 2000, S. 601.

654 Schuppert 1983, S. 189 f.

öffentlichen Rechts befaßt, soll zunächst nur die Verselbständigung der Aufgabenerfüllung durch die Einräumung von Eigenverantwortlichkeit noch näher untersucht werden. Da der Eigenverantwortlichkeit die Zurücknahme der staatlichen Ingerenz, mithin des Einflusses der staatlichen Umwelt der Körperschaft korrespondiert, ergeben sich naturgemäß enge Bezüge des jetzt angesprochenen Themas zum letzten Teil der Arbeit, die das Verhältnis der Körperschaft zu ihrer Umwelt zum Gegenstand haben wird. Während hier jedoch die Eigenständigkeit der Körperschaft im Zentrum der Aufmerksamkeit steht, an den die Kontrollmöglichkeiten des Staates nur negativ herantreten, werden diese im letzten Teil der Arbeit im Zentrum stehen und näher inhaltlich analysiert werden.

#### aa. Eigenverantwortlichkeit

Im Zentrum der Selbstverwaltung steht die eigenverantwortliche Aufgabenerledigung. Eigenverantwortlichkeit meint hier „das Recht, die überlassenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als eigene frei von staatlichen Weisungen insbes. hinsichtlich des Ermessensgebrauchs und der Zweckmäßigkeit, also dezentral, jedoch unter der Rechtsaufsicht des Staates zu verwalten“.<sup>655</sup> Dabei bedeutet Selbstverantwortung positiv die Verwaltung eines näher zu bestimmenden Mindestbereichs eigener Angelegenheiten im eigenen Namen und auch auf eigene Kosten. Erforderlich ist insofern ein gewisses Maß autonomer Entscheidungsbefugnisse.<sup>656</sup> Negativ ist die Unabhängigkeit von fachlichen Weisungen, nicht aber die Unabhängigkeit von Rechtsaufsicht damit gemeint. Das Ausmaß der Selbständigkeit bemißt sich dabei auch nach der Aufgabenstruktur.<sup>657</sup> Als „eigene Angelegenheiten“ müssen sich die Aufgaben bei der Körperschaft auf die Mitglieder beziehen. Wirkungen von Körperschaftsentscheidungen gegenüber Nichtmitgliedern sind vor diesem Hintergrund problematisch und bedürfen einer besonderen Rechtfertigung.<sup>658</sup>

Subjekt der Eigenverantwortlichkeit ist die Körperschaft, zu der die Mitglieder sich zusammengeschlossen haben oder zu der sie zusammengeschlossen wurden.<sup>659</sup> Sie ist der Aufgabenträger, und ihr gebührt der Entscheidungsspielraum gegenüber staatlicher Ingerenz.<sup>660</sup> Der Grund dafür ist, daß sie auch verantwortlich gemacht wird: An sie richtet sich die Rechtsaufsicht und sie trifft als privatrechtsfähiges Rechtssubjekt die Haftung. Bürgeraktivierung zur Wahrnehmung der eigenen

655 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 86 Rn. 50.

656 *Kluth* 1997, S. 18 u 24.

657 *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 48.

658 *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (160) – Facharzt.

659 Anders aber *Sachs* 1987, S. 2343, der von einem Durchgriff auf die hinter der juristischen Person des öffentlichen Rechts stehenden Subjekte spricht; zustimmend auch *Jestaedt* 1993, S. 545. Da aber auch bei der Hochschule nicht nur ihre Mitglieder, sondern auch die Hochschule selbst Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit ist, kommt es auf diesen Durchgriff nicht an, v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5, Rn. 370; *Trute* 1994, S. 366; GG-Kommentar Dreier-Pernice Art. 5 III, Rn. 29. Dies gilt erst Recht für Körperschaften, die zwar von ihren Mitgliedern getragen sind, jedoch nicht ihrem grundrechtlich geschützten Lebensbereich zugeordnet sind.

660 Insofern kann auch von der Eigenverantwortlichkeit als einem „Staatsdistanzprinzip“ gesprochen werden, *Hendler* 1990, Rn. 36.

Angelegenheiten als den sie besonders betreffenden<sup>661</sup> sind Fragen, die die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerfüllung voraussetzen. Sie betreffen die Binnenorganisation der Selbstverwaltungskörperschaft. Eine Selbstbestimmung aufgrund kollegialer Verwaltung gehört wegen des aufgabenbezogenen Selbstverwaltungsbegriffs nicht zu seinen konstituierenden Merkmalen.

Inwieweit eine Körperschaft bei der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben Eigenverantwortlichkeit genießt, ist gesetzesabhängig und für jede Aufgabe gesondert zu beantworten.

#### bb. Autonomie

Selbstverwaltung und Autonomie sind zu unterscheiden.<sup>662</sup> Autonomie oder Selbstverwaltungsautonomie kann verstanden werden als Befugnis von Selbstverwaltungsträgern zur Setzung objektiven Rechts.<sup>663</sup> Sie bezeichnet innerhalb der Selbstverwaltung den Bereich der eigenverantwortlichen Rechtsetzung.<sup>664</sup>

Festzulegen, wie weit die Selbstverantwortung der eigenen Angelegenheiten reicht, ist, sofern nicht wie bei der kommunalen und der akademischen Selbstverwaltung eine verfassungsrechtliche Fundierung besteht, Sache des Gesetzgebers. Bei diesen beiden Körperschaften erstreckt sie sich über den gesamten Bereich der verfassungsrechtlich geschützten Aufgaben. Das bedeutet, daß die Universitäten in Fragen von Forschung und Lehre das Satzungsrecht besitzen.<sup>665</sup> Zwar gehört die Satzungsautonomie regelmäßig dazu; notwendig ist dies aber nicht.<sup>666</sup> Das BVerfG führt dazu im Facharztbeschuß aus: „Die Verleihung von Satzungsautonomie hat ihren guten Sinn darin, den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen, eigenverantwortlich zu überlassen und dadurch den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern.“<sup>667</sup>

#### e. Grund und Umfang der Selbstverwaltung bei einzelnen Körperschaften

Nachdem zunächst allgemeine Grundmerkmale der Selbstverwaltung entwickelt wurden, soll nun die rechtliche Ausgestaltung bei einigen Körperschaften untersucht werden, entsprechend der Annahme, daß es sich nicht um ein einheitliches Verfassungsprinzip, sondern um spezifisch ausgestattete Selbstverwaltungsgebiete

661 BVerfGE 11, S. 266 (275) – Wählervereinigung: „Kommunale Selbstverwaltung – wie sie heute verstanden wird – bedeutet ihrem Wesen und ihrer Intention nach Aktivierung der Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten, die die in der örtlichen Gemeinschaft lebendigen Kräfte des Volkes zur eigenverantwortlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben der engeren Heimat zusammenschließt mit dem Ziel, das Wohl der Einwohner zu fördern und die geschichtliche und heimatliche Eigenart zu wahren.“

662 Hendl 1990, Rn. 38; ders. 1984, S. 293 f. häufig, wenn auch nicht durchgängig gleichsetzend hingegen Kleine-Cosack 1986, S. 33 f.

663 Papenfuß 1991, S. 24; Hendl 1984, S. 293.

664 Hendl 1990, Rn. 40: „ein besonderes Gestaltungsmittel der Selbstverwaltungsträger bei der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der ihnen obliegenden Aufgaben.“

665 Vgl. etwa § 7 UG BW; Herberger 2001, Rn. 326.

666 Hendl 1986, S. 293; Emde 1991, S. 60 f.; Papenfuß 1991, S. 23.

667 BVerfGE 33, S. 125 ff. (156 f.) – Facharzt.

handelt.<sup>668</sup> Am stärksten ausgeprägt ist die Selbstverwaltung bei den Gemeinden, den Landkreisen und den übrigen Gemeindeverbänden (Art. 28 II GG).<sup>669</sup> Eine starke Stellung gegenüber dem Gesetzgeber und der unmittelbaren Staatsverwaltung besitzt auch die Selbstverwaltung der Hochschulen (Art. 5 III GG). Nicht Grundgesetzlich gefordert ist dagegen die Selbstverwaltung der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung. Hier hat der Staat weitgehenden Zugriff auf die Ausgestaltung der Aufgabenstruktur, von der er bei der Sozialversicherung am intensivsten Gebrauch gemacht hat, so daß der Bereich der verbliebenen Selbstverwaltung hier gering ausfällt.

#### aa. Die kommunale Selbstverwaltung

Von allen Körperschaften des öffentlichen Rechts in Deutschland sind lediglich die Gemeinden und grundsätzlich, wenn auch in geringerem Umfang die Kreise,<sup>670</sup> grundgesetzlich unmittelbar gebildet und wenigstens teilerrichtet.<sup>671</sup> Wenige andere sind landesverfassungsrechtlich garantiert.<sup>672</sup> Die Selbstverwaltung hat bei den kommunalen Gebietskörperschaften den höchsten Grad an Ausdifferenzierung erreicht. Das betrifft nicht nur den Umfang der eigenverantwortlich wahrzunehmenden Aufgaben, sondern auch die Einbeziehung der Bürger über Wahlen und plebiszitäre Elemente in den Kommunalverfassungen. Tatsächlich ist über den lokalen Bezug auch der stärkste Anknüpfungspunkt für die Bürger zur solidarischen und eigenverantwortlichen Erledigung ihrer Angelegenheiten vorhanden.<sup>673</sup> Das Rastende-Urteil des BVerfG hat aber zugleich gezeigt, daß eine wachsende Neigung dazu besteht, die Entscheidungsspielräume der Kommunen im Interesse von Effizienzerwägungen zu verkürzen.<sup>674</sup> – Zugleich hat das Urteil aber auch die Grenzen solcher Bestrebungen aufgezeigt.<sup>675</sup>

Kommunale Selbstverwaltung bezeichnet „das Recht der Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze eigenverantwortlich, mit eigenen Mitteln, ohne fachaufsichtlichen Weisungen unterworfen zu sein, unter Beteiligung ehrenamtlich tätiger Bürger, insbesondere einer demokratischen Volksvertretung, selbst zu regeln, wozu auch das Recht gehört, in diesem Rahmen allgemeine abstrakte Rechtssätze in der Gestalt von Satzungen zu erlassen.“<sup>676</sup> Geschützt ist ein Kernbereich der Selbstverwaltung. Die Frage ist aber, wie dieser Kernbereich zu bestimmen ist. Das BVerfG bevorzugt die historische Methode, ohne jedoch zu

668 Vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 133.

669 Von Arnim 1988, S. 2 ff.; Püttner 1990, Rn. 2 ff.; Hendler 1984, S. 192 ff.

670 Nicht die übrigen Kommunalkörperschaften, Bovenschulte 2000, S. 127.

671 Bovenschulte 2000, S. 120.

672 Bovenschulte 2000, S. 128 f.

673 Püttner 1990, Rn. 9 f.: „Unabhängig von Gemeinde- oder Kreisbewußtsein bietet jedenfalls die kommunale Selbstverwaltung den Bürgern auch heute konkrete und überschaubare Mitwirkungsmöglichkeiten, wie sie im Staat so nicht gegeben sind.“ Vgl. auch Schuppert 1989, S. 137 ff.

674 Schon heute machen Schätzungen zufolge die Auftragsangelegenheiten bzw. Pflichtaufgaben nach Weisung, bei denen die Gemeinden keine bzw. nur eine erheblich reduzierte Eigenverantwortlichkeit besitzen, etwa 80 % der Gemeindeaufgaben aus, Schröder 2000, Rn. 28.

675 BVerfGE 79, S. 127 ff. (143 ff.); dazu auch Schoch 1990, S. 19 ff.; Schmidt-Aßmann 1991b, S. 127 ff.

676 Berliner-Kommentar-Vogelsang 2002, Rn. 90.



einer Status-Quo-Garantie zu gelangen. Die Selbstverwaltungsgarantie sei vielmehr für eine „vernünftige Fortentwicklung des überkommenen Systems“ offen.<sup>677</sup>

Seit der Weimarer Diskussion über das „Grundrecht der Gemeinden“ (Art. 127 WRV) wird nicht unumstritten,<sup>678</sup> aber doch ganz überwiegend davon ausgegangen, daß die Selbstverwaltung der Gemeinden im Sinne einer institutionellen Garantie geschützt ist. Sie ist damit ein verfassungsrechtliches Strukturprinzip des Makrosystems der öffentlichen Verwaltung, das dessen Dezentralisierung im Bereich der Erfüllung lokal radizierter Aufgaben verbindlich anordnet.<sup>679</sup> Den Gemeinden wird mithin kein individueller Anspruch auf Bestandsschutz gewährt. Gesichert ist danach ein Mindestbestand von Rechten, der von den Ländern nicht unter- wohl aber überschritten werden darf.<sup>680</sup>

Im einzelnen können drei Dimensionen unterschieden werden: Art. 28 II S. 2 GG enthält (1.) eine Rechtssubjektsgarantie, (2.) eine Rechtsinstitutionsgarantie und (3.) eine subjektive Rechtsstellungsgarantie.

### (1.) Institutionelle Rechtssubjektsgarantie

Aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II S. 1 ergibt sich zunächst eine institutionelle Rechtssubjektsgarantie, die Gemeinden als selbständige Rechtssubjekte im Aufbau des Verwaltungssystems vorsieht. Diese Rechtspersönlichkeit der Gemeinden, von der bereits oben (S. 223) die Rede war, ist die Grundlage für die Zurechenbarkeit der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung.

### (2.) Die objektive Rechtsinstitutionsgarantie

Diese Dimension der Selbstverwaltungsgarantie interessiert hier am stärksten. Denn sie gewährleistet der Gemeinde die Wahrnehmung des gemeindlichen Aufgabenbereichs in eigener Verantwortung und die Befugnis zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte in diesem Bereich.<sup>681</sup> Sie läßt sich weiter untergliedern in den Schutz der Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft, ihrer eigenverantwortlichen Wahrnehmung,<sup>682</sup> und die Fragen des Gesetzesvorbehalts.

Geschützt ist zunächst die Verwaltung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Dies sind nach dem BVerfG: „diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie

677 BVerfGE 38, 258 ff. (279).

678 Knemeyer 1983, S. 210 ff.: Die Vorstellung von der institutionellen Garantie verkenne die ganz andersartige Stellung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung im GG und in der WRV, wo sie bei den Grundrechten eingeordnet gewesen sei. Eine vermittelnde Lösung entwickelt Püttner 1990, Rn. 11.

679 Die funktionale Betrachtungsweise der Selbstverwaltungsgarantie wollte in dem dezentralen Staatsaufbauprinzip sogar den Kerngehalt der Regelung erblicken, v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 162.

680 V. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 134 u. 139 f.; Berliner-Kommentar-Vogelsang 2002, Rn. 90; Bovenschulte 2000, S. 233 f.

681 BVerfGE 79, 127 ff. (143) – Rastede; 87, S. 228 ff. (231 f.); 92, S. 52 ff. (62); Ehlers 2000a, S. 1302.

682 V. Münch/Kunig-Löwer Art. 28, Rn. 45 ff.; Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 98 ff.; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 103 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 168 ff.

das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an<sup>683</sup> Auf welchen Kreis von Aufgaben sich dieser örtliche Bezug erstreckt, kann nicht ein für alle Mal festgesetzt werden, sondern unterliegt einer gewissen Entwicklung.<sup>684</sup> In ihrer Reichweite erstreckt sich die Garantie nach dem Universalitätsprinzip auf alle derartigen Angelegenheiten, sofern sie nicht gesetzlich dem Staat vorbehalten sind.<sup>685</sup> Die Aufgaben müssen aus dem Gemeindegebiet hervorgehen.<sup>686</sup> Darauf, daß sie finanziell auch durch die Gemeinde bewältigt werden können, kommt es seit der Rastede-Entscheidung nicht mehr entscheidend an.<sup>687</sup> Die Bezogenheit auf das Gemeindegebiet setzt jedoch der Aufgabe zugleich räumliche Grenzen: Grenzüberschreitende Aufgaben können gesetzlich einem Gemeindeverband anvertraut werden.<sup>688</sup> Auf diese Weise sind aber zugleich einem „Entörtlichungsprozeß“ Grenzen gesetzt.<sup>689</sup> Insofern besteht eine Zuständigkeitsvermutung der Gemeinde gegenüber dem Staat,<sup>690</sup> lokal radizierte Aufgaben ohne weitere Kompetenztitel wahrnehmen zu dürfen.<sup>691</sup> Während hier also eine verfassungsrechtlich-originäre Zuständigkeit der Gemeinden begründet wird, ist die entsprechende Zuständigkeitsregelung der Gemeindeverbände eine gesetzlich abgeleitete.<sup>692</sup> Geschützt ist die Gemeinde sowohl vor dem Entzug von Aufgaben als auch vor Aufgabenüberbürdung. Ferner ergibt sich hieraus ein Gebot, die finanziellen Folgen einer Aufgabenübertragung zu berücksichtigen.

Zu den typischen Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft gehören die Daseinsvorsorge und andere Aufgaben des räumlich-nachbarschaftlichen Zusammenlebens.<sup>693</sup> Überörtliche Angelegenheiten müssen Auswirkungen auf das Gemeindegebiet haben. Damit scheidet ein allgemeinpolitisches Mandat aus.<sup>694</sup> Hier wie auch sonst sind die Körperschaften des öffentlichen Rechts keine Anwälte des Gemeinwohls. Ihre Aufgabe ist es nicht, wie etwa die der Parteien,<sup>695</sup> sich aus ihrer subjektiven

683 BVerfGE 8, 122 ff. (134); 79, 127 ff. (127 u. 151) – Rastede ergänzt, daß es sich dabei um solche Aufgaben handelt, „die den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemein sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“.

684 Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 103.

685 Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 99.

686 Die Gemeinden besitzen aber nicht nur das Recht der Selbstverwaltung in bezug auf bestehende Aufgaben, sondern darüber hinaus ein Aufgaben- und Funktionenfindungsrecht, BVerfGE 79, S. 127 ff. (147) – Rastede; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 104; v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 178.

687 An die Stelle der Effizienz ist hiermit das bürgerschaftliche Engagement getreten, Schmidt-Aßmann 1991b, S. 128 f.; zur älteren Rechtsprechung (etwa BVerfGE 8, S. 122 ff.) auch Forsthoff 1973, S. 531.

688 Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 111.

689 Hendler 2003, S. 201 f. Das hebt auch die Formel hervor, die Schmidt-Jortzig entwickelt hat (1993, S. 974): ‚Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft‘ sind diejenigen Vorhaben, deren bestmögliche Verwirklichung den Menschen in einem geschlossenen Siedlungsraum für ihre gemeinsamen Lebensbedürfnisse von konkretem Interesse sind.“

690 Nicht jedoch gegenüber Privaten (Schmidt-Aßmann 1991b, S. 131), so daß die Garantie auch keinen Eingriffstitel darstellt, v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 165.

691 Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 100.

692 Knemeyer 1983, S. 220.

693 Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 17.

694 Mußgnug 1989, S. 666: „Ein allgemeinpolitisches Mandat können nur private Verbände für sich in Anspruch nehmen, die von ihren Mitgliedern in freier Initiative ins Leben gerufen worden sind und daher das Recht zur autonomen, von gesetzlichen Beschränkungen unabhängigen Definition ihrer Aufgaben genießen.“ Vgl. auch Oebbecke 1988, S. 394.

695 Kirste 2002, S. 376 f.

Sicht für die Belange der staatlichen Gemeinschaft einzusetzen, sondern ihre lokal radizierten Aufgaben wahrzunehmen. Eine andere Frage ist, ob sie im Interesse eines inhaltlich verstandenen Gemeinwohls, das sich aus der Realisierung des verfassungsrechtlichen Gemeinwohlturfs ergibt und somit auch die Realisierung der darin vorgesehenen Institutionen erfaßt,<sup>696</sup> befugt sind, die Interessen der Gemeinden als solcher gegenüber dem Staat zu vertreten. Dies beträfe nicht die Vertretung der Interessen der gesamten staatlichen Gemeinschaft aus subjektiver Perspektive, sondern die Berücksichtigung der typischen Eigeninteressen der Gemeinden als verfassungsrechtlich anerkanntem Teil des Gemeinwohls. Doch sind die gemeinsamen Angelegenheiten aller örtlichen Gemeinschaften nicht selbst lokal radizierte Aufgabe, sondern überörtliche, so daß jedenfalls dem Gesetzgeber hier die primäre Entscheidungsbefugnis zusteht. In diesen Grenzen sind aber überkommunale, privatrechtlich organisierte Zusammenschlüsse möglich.<sup>697</sup>

„Eigenverantwortlichkeit“ bedeutet mehr als dezentralisierte Wahrnehmung der Aufgabe.<sup>698</sup> Auch darf nicht nur eine Mitverantwortung bei der Aufgabenerfüllung zugestanden werden.<sup>699</sup> Im einzelnen ist aber zwischen der Verantwortung für die Organisation und der inhaltlichen Aufgabenverantwortung zu unterscheiden. Die Verantwortung für die Organisation ist umfassend.<sup>700</sup> Die inhaltliche Aufgabenverantwortung reicht je nach der Aufgabe unterschiedlich weit. Staatliche Reglementierungen der Erledigung solcher Aufgaben, die sich aus dem Kreis der örtlichen Angelegenheiten ergeben, kann die Gemeinde abwehren, nicht dagegen solcher, die übertragene überörtliche Angelegenheiten betreffen.<sup>701</sup> In den freiwilligen Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft besitzt sie die Entscheidung über das Ob, Wie und Wann.<sup>702</sup> Bei den pflichtigen hingegen fehlt die Entschließungsfreiheit. Jedenfalls haben sie in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft das Recht zur weisungsfreien Erfüllung.<sup>703</sup>

Das BVerfG hat sogar einen „prinzipiellen Vorrang“ der dezentral-eigenverantwortlichen, kommunalen vor der „staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung“<sup>69704</sup> und der gemeindlichen vor der Aufgabenwahrnehmung durch die Kreise<sup>705</sup> angenommen.

696 KIRSTE 2002, S. 350 f.: Damit ist gemeint, daß das GG auf die Vereinigung von Einzel-, Gruppen- und Staatsinteressen abzielt, die ggf. durch Abwägung, die sich an den grundlegenden Wertentscheidungen der Verfassung zu orientieren hat, zu vereinigen sind.

697 DITTMANN 2000, Rn. 109 ff.

698 Zu anderen Auffassungen KNEMEYER 1983, S. 215 ff.

699 Weniger sollte nach der funktionalen Theorie genügen, HENDLER 1986, S. 204; v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK-TETTINGER Art. 28, Rn. 161.

700 BVerfGE 83, S. 363 ff. (382) – Krankenhausfinanzierung.

701 BVerfGE 83, S. 363 ff. (382) – Krankenhausfinanzierung.

702 v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK-TETTINGER Art. 28, Rn. 178; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 106; Ehlers 2000, S. 1305.

703 BOVENSCHULTE 2000, S. 278.

704 Bei der Beschränkung der Eigenverantwortlichkeit habe der Gesetzgeber „den verfassungsgewollten prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also gemeindlichen, vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen.“ BVerfGE 83, S. 363 ff. (382) – Krankenhausfinanzierung.

705 „Er hat hierbei indes den Vorrang zu berücksichtigen, den Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft der Gemeindeebene auch vor der Kreisebene einräumt.“ BVerfGE 79, S. 127 ff (152) – Rastede.

### (3.) Die subjektive Rechtstellungsgarantie

Als subjektive Rechtsstellungsgarantie vermittelt Art. 28 II GG den Gemeinden schließlich direkt<sup>706</sup> ein gerichtlich durchsetzbares Recht auf Selbstverwaltung.<sup>707</sup> Das ergibt sich schon sprachlich daraus, daß die Bestimmung den Gemeinden ein „Recht“ gewährt.<sup>708</sup> Umfaßt sind nicht nur Abwehransprüche gegenüber Beeinträchtigungen, sondern auch positive Ansprüche auf Anhörung, Berücksichtigung und wenn man hierfür nicht eine eigene Kategorie der Erstreckungsgarantie vorsehen will<sup>709</sup> auf gemeindefreundliches Verhalten und Mitwirkungsrechte an staatlichen Planungen.<sup>710</sup>

### (4.) Der Gesetzesvorbehalt und seine Grenzen

Das Recht auf Selbstverwaltung ist den Gemeinden nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Im Umfang bezieht sich dieser Gesetzesvorbehalt sowohl auf die gemeindliche Zuständigkeit als auch die Art und Weise der Aufgabenerledigung.<sup>711</sup> Das bedeutet zunächst, daß Aufgabenzuweisungen und Entzug einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und nicht nur aufgrund einer Einzelweisung ergehen dürfen.<sup>712</sup> Diese Schranken beziehen sich nicht nur auf den Grundsatz der Eigenverantwortung, sondern auch auf den Aufgabenbestand insgesamt,<sup>713</sup> so daß bestimmte Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft den Gemeinden entzogen werden und auf staatliche Stellen übertragen werden können.<sup>714</sup>

Grenzen der Beschränkung der kommunalen Selbstverwaltung ergeben sich aus der *Kernbereichsgarantie* des Art. 28 II GG. Kriterien zur Bestimmung dieses Bereichs sind nicht leicht anzugeben. Sinnvoll ist es hier, auf einen historisch ausgebildeten, aber auch das aktuelle Leitbild miteinbeziehenden, typenbildenden Bestand an Merkmalen abzustellen.<sup>715</sup> Dazu gehört „kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog, wohl aber die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen (‘Universalität‘ des gemeindlichen Wirkungskreises)“.<sup>716</sup>

706 Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 24.

707 Ehlers 2000a, S. 1302; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 96 f.

708 Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 126.

709 Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 25

710 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 98; Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 150.

711 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 109; Ehlers 2000a, S. 1303; kritisch Waechter 1996, S. 47 ff. (66).

712 Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 127.

713 Püttner 1990, Rn. 19.

714 Bovenschulte 2000, S. 210.

715 BK-Stern Art. 28 Rn. 123: „Der Wesensgehalt ist das Essentielle, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern“ (u. 124). Stern verwendet zwar in Einklang mit dem BVerfG (etwa BVerfGE 1, 167 [174 f.]; 38, 258 [278 f.]; 76, 107 [118]; st. Rspr.) den Ausdruck „Wesensgehalt“, wie er in Art. 19 II GG verwendet wird, hebt aber ausdrücklich hervor, daß dieser nicht herangezogen werden könne, da es sich nicht um ein Grundrecht, sondern eine institutionelle Garantie handele (Rn. 120); zur Begründung auch: GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 116. 716 BVerfGE 79, S. 127 ff. (146) – Rastede; 59, S. 216 ff. (226) – Söhlde; 76, S. 107 ff. (118) – Landesraumdordnungsprogramm Niedersachsen; st. Rspr.

Auch außerhalb des Kernbereichs – so die Weiterentwicklung der Rechtsprechung durch das Rastede-Urteil – besitzen die Gemeinden nach der Konzeption des Grundgesetzes eine wichtige Funktion für das Gemeinwesen, die der Gesetzgeber nicht beliebig beschränken darf.<sup>717</sup> Gerade durch die Explikation dieser Beschränkung macht das BVerfG deutlich, daß die Zuständigkeit der Gemeinden für die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft eingebettet ist in die Gemeinwohlordnung des Grundgesetzes (s. o.) und daher auch dort nur auf seiner Grundlage („nur aus Gründen des Gemeininteresses“<sup>718</sup>) beschränkt werden darf, wo sie vom staatlichen Einfluß nicht im Kern betroffen ist. Den Staat trifft vor dem Hintergrund dieser Gemeinwohlbedeutsamkeit der Gemeinden eine besondere Argumentationslast für die einschränkende Gesetze.<sup>719</sup> Hieraus ergibt sich ein allgemeines *materiales Aufgabenverteilungsprinzip*, das die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft grundsätzlich den Gemeinden zuweist.<sup>720</sup> Der Staat darf der Gemeinde eine derartige Aufgabe entziehen, wenn nur so sichergestellt ist, daß sie erfüllt werden kann. Reine Effizienzerwägungen reichen dazu nicht, solange der Staat über Aufsichtsmittel deren Berücksichtigung durch die Gemeinde kontrolliert und ggf. durchgesetzt werden kann.<sup>721</sup> Diese Erweiterung der Grenzen des Gesetzesvorbehalts durch das Rastede-Urteil beschränken die Möglichkeiten des Gesetzgebers zur Zentralisierung von Aufgaben erheblich und sichern jedenfalls ein dezentrales Verwaltungssystem durch die kommunale Selbstverwaltung auch dort, wo eine Aufgabenbeschränkung nicht dessen Kernbereich beträfe.<sup>722</sup>

717 BVerfGE 79, S. 127 ff. (143 f.): „Aber auch außerhalb des Kernbereichs ist der Gesetzgeber nicht frei: Indem der Verfassungsgeber die Institution gemeindliche Selbstverwaltung nicht nur in ihrer überkommenen Gestalt aufgegriffen, sondern mit eigenen Aufgaben in den Aufbau des politischen Gemeinwesens nach der grundgesetzlichen Ordnung eingefügt hat, hat er ihr eine spezifische Funktion beigemessen, die der Gesetzgeber zu berücksichtigen hat.“

718 BVerfGE 79, S. 127 ff. (153) – Rastede.

719 Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 22; Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 146: „Argumentationslastverteilung zugunsten der Gemeinden.“

720 Auch nicht den Kreisen, BVerfGE 79, S. 127 ff. (152 f.) – Rastede; dazu auch Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 22; ders. 1991b, S. 135 ff.; einige Landesverfassungen verstärken diese Aufgabenverteilung zugunsten der Gemeinden noch dadurch, daß sie sie zu „alleinigen Trägern der öffentlichen Aufgaben“ in ihrem Gebiet erklären (vgl. etwa Art. 71 II bwVerf.).

721 BVerfGE 79, S. 127 ff. (153): „Eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter darf der Gesetzgeber den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses, vor allem also dann entziehen, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre. Demgegenüber scheidet das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder der Zuständigkeitskonzentration – etwa im Interesse der Übersichtlichkeit der öffentlichen Verwaltung – als Rechtfertigung eines Aufgabenzugs aus; denn dies zielte ausschließlich auf die Beseitigung eines Umstandes, der gerade durch die vom Grundgesetz gewollte dezentrale Aufgabenansiedlung bedingt wird. Auch Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung insgesamt rechtfertigen eine ‚Hochkonzonung‘ nicht schon aus sich heraus, sondern erst dann, wenn ein Belassen der Aufgabe bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde. Eine zentralistische organisierte Verwaltung könnte allerdings in vielerlei Hinsicht rationeller und billiger arbeiten; die Verfassung setzt diesen ökonomischen Erwägungen jedoch den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben (oben 3. a) entgegen und gibt ihm den Vorzug. Der Staat ist daher zunächst darauf beschränkt sicherzustellen, daß die Gemeinden ihre Angelegenheiten nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfüllen; daß andere Aufgabenträger in größeren Erledigungsräumen dieselbe Aufgabe insgesamt wirtschaftlicher erledigen könnten, gestattet – jedenfalls grundsätzlich – keinen Aufgabenzug.“

722 Schmidt-Aßmann 1991b, S. 135.

## (5.) Die Gemeindehoheiten

Auf dieser verfassungsrechtlichen Grundlage hat die Dogmatik einen Kreis von Aufgaben entwickelt, der in seinen Grundgedanken einen unverzichtbaren Teil der Selbstverwaltungsgarantie darstellt, jedoch nicht in allen Einzelheiten von dieser geschützt ist und gesetzlicher Beschränkung und Veränderung unterliegt: die „Gemeindehoheiten“. Hierzu zählt die *Gebietshoheit* als konstitutiv für alle Gebietskörperschaften, die der Gemeinde bei Bestands- und Gebietsänderungen zwar keinen absoluten Schutz, aber doch einen verfahrensrechtlichen Anspruch auf Anhörung und Berücksichtigung gewährt.<sup>723</sup>

Ferner gehört dazu die *Organisationshoheit* als Befugnis, über die innere Organisation der Gemeinde, ihrer weiteren Gliederung und der Errichtung von Einrichtungen und Betrieben selbst entscheiden zu dürfen.<sup>724</sup> Gemäß der neueren Unterscheidung zwischen Kernbereichsschutz und Vorfeldsicherung durch ein materiales Aufgabenverteilungsprinzip hat das BVerfG aber in der Entscheidung zu den Gleichstellungsbeauftragten eine Abschichtung vorgenommen. Zur historisch überkommenen Befugnis des Gesetzgebers gehört die Festlegung der Grundstrukturen der Gemeindeorganisation.<sup>725</sup> Würde er der Gemeinde aber keinerlei Spielraum mehr belassen bei der weiteren Ausgestaltung dieser Typen oder diese einem umfassenden Weisungs- bzw. Fachaufsichtsrecht unterwerfen, wäre die Selbstverwaltung der Gemeinde insofern im Kern betroffen.<sup>726</sup> Jenseits dieses Bereichs besteht ein größerer Spielraum, der aber durch die grundsätzliche Regelungsbefugnis des Gesetzgebers einerseits und durch die verfassungsrechtliche Anerkennung der grundsätzlichen Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden bei der Erledigung lokaler Aufgaben strukturiert ist. Das Verhältnis dieser beiden Kriterien verhindert es, ein „Prinzip der Eigenorganisation“ der Gemeinde als Bestandteil ihrer Organisationshoheit anzunehmen, demzufolge jede Organisationsregelung des Gesetzgebers zu rechtfertigen wäre.<sup>727</sup> In diesem „Vorfeld“ der Kernbereichsgarantie besteht mithin keine reine Selbstverwaltung im Sinne der eigenverantwortlichen Organisation, sondern nur eine „Mitverantwortung“ für die Aufgabenerledigung und die Einrichtung der zu dieser erforderlichen Organisationsstrukturen. Im Rahmen der Verteilung dieser Mitverantwortung kommt dem Staat der Part der Festlegung der Grundstrukturen und den Gemeinden der der Anpassung an die lokalen

723 BVerfGE 50, S. 50 ff. (50) – Laatz: Gebietsänderungen beeinträchtigen nicht den Kernbereich; E 50, S. 195 ff. (203 f.) – Rheda-Wiedenbrück; v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 166 u. 179; GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 122; Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 94 Rn. 69; zu berücksichtigen ist aber, daß die Landesverfassungen hier teilweise eingehende Bestimmungen treffen, vgl. etwa Art. 74 LV-BW, Art. 98 LV-BBg; Art. 59 LV-Nieders., Art. 88 LV-Sachs.

724 BVerfGE 91, S. 228 ff. (236) – Gleichstellungsbeauftragte: „Durch sie legen die Gemeinden für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten im einzelnen fest und bestimmen damit auch über Gewichtung, Qualität und Inhalt ihrer Entscheidungen.“ Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 23; Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 16.

725 BVerfGE 91, S. 228 ff. (239). Hierzu gehört insbesondere die Konturierung von Gemeindeverfassungstypen wie der Magistrats-, Bürgermeister-, der süd- oder norddeutschen Ratsverfassung oder auch der Einbau plebiszitärer Elemente.

726 BVerfGE 91, S. 228 ff. (239) – Gleichstellungsbeauftragte.

727 BVerfGE 91, S. 228 ff. (240) – Gleichstellungsbeauftragte.

Gegebenheiten zu. Hierfür ist ihnen ein ausreichender Spielraum zu gewähren.<sup>728</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, daß die Organisationshoheit vernichtet und damit die Selbstverwaltungsgarantie im Kern getroffen wäre, wenn der Gemeinde keinerlei Spielraum hinsichtlich der Gestaltung ihrer Organisation eingeräumt würde. Dieser Spielraum ist aber beschränkt und reduziert auf die Adaption der Grundstrukturen an die lokalen Bedürfnisse. In engem Zusammenhang mit der Organisationshoheit steht die Kooperationshoheit der Gemeinden und Gemeindeverbände.<sup>729</sup> Sie bezieht sich in erster Linie auf die kommunale Zusammenarbeit.<sup>730</sup> Ein Recht, aufgrund dieser Hoheit ohne gesetzliche Grundlagen neue rechtsfähige Verwaltungsorganisationen errichten zu können, besteht jedoch nicht.<sup>731</sup>

Ferner gehört zu den Gemeindehoheiten die *Personalhoheit*, die es der Gemeinde ermöglicht, über die wesentlichen Fragen der Zahl, Vergütung, Rekrutierung ihres Personals sowie seiner Organisation und Beförderung selbst zu entscheiden.<sup>732</sup> In welchem Maße sie also eine bürokratische Personalstruktur aufbauen will, ist grundsätzlich Sache der Gemeinde, die hierbei besonders gut die lokalen Gegebenheiten berücksichtigen kann. Die *Finanz- oder Abgabehoheit* (Art. 28 II S. 3 GG) steht im Zusammenhang mit der Finanzgarantie des Art. 106 VI 1 GG und soll der Gemeinde eine ausreichende Finanzausstattung und die eigenverantwortliche Verwaltung derselben garantieren.<sup>733</sup> Hierzu enthalten auch die Landesverfassungen weitere Regelungen.<sup>734</sup> *Planungs- und insbesondere die Raumplanungshoheit* sichern der Gemeinde die eigenverantwortliche Erledigung ihrer Aufgaben in zeitlicher und räumlicher Hinsicht.<sup>735</sup> Um ihre Ziele langfristig und sinnvoll realisieren zu können, müssen der Gemeinde Freiräume gewährt werden, um strukturelle Entscheidungen mit langfristiger Wirkung treffen zu können.<sup>736</sup> Ferner ist ihnen das Recht gewährleistet, das Gemeindegebiet nach eigenen Vorstellungen zu ordnen und zu gestalten.<sup>737</sup>

728 BVerfGE 91, S. 228 ff. (241) – Gleichstellungsbeauftragte.

729 Das BVerfG (NVwZ 1987, S. 123 f. [124]) sieht sie als in der Organisationshoheit enthalten an.

730 Schmidt-Jortzig 1983, S. 525 ff.; Stober 1996, S. 87: „Kooperationshoheit bedeutet, daß die Kommunen für einzelne Aufgaben zusammen mit anderen Stellen, insbesondere Kommunen zusammenarbeiten, gemeinschaftliche Handlungsinstrumente schaffen, sich mit anderen Stellen zusammenschließen und gemeinsame Einrichtungen betreiben können.“

731 Schmidt-Jortzig 1983, S. 526; Bovenschulte 2000, S. 102 f.;

732 BVerfGE 91, S. 228 ff. (245) – Gleichstellungsbeauftragte; Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 94 Rn. 71; Gern 2003 Rn. 175; Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 23; Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 17.

733 BVerfGE 26, S. 228 ff. (244) – Sorsum: „Die aus der Selbstverwaltungsgarantie abzuleitende Finanzhoheit gewährt den Gemeinden die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens“ – hieraus folge auch, daß sich die Gemeinde eigenverantwortlich auf die ihr obliegenden Verpflichtungen einstelle, vgl. auch E 52, S. 95 ff. – Gemeindeverband; Kirchhof 1985, S. 3; Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 167 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 243 f.: Geschützt sind insbesondere die Einnahmen und Ausgabenhoheit inklusive der Haushaltsführung und der Vermögensverwaltung. Nicht geschützt sind einzelne vermögensrechtliche Positionen, Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 170.

734 Vgl. etwa Art. 73 LV-BW; Art. 83 I LV-Bay; Art. 49 V LV-RP; Art. 137 V LV-Hess; Art. 87, 85 LV-Sachs mit Ausgleichsregelungen für die Übertragung weiterer Aufgaben.

735 BVerfGE 76, S. 107 ff. (118 f.) – Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen; Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 94 Rn. 72.

736 Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 23.

737 Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 18.

Schließlich gehört zu den Gemeindehoheiten noch die *Regelungs- oder Rechtsetzungshoheit*, die den Gemeinden eine Art Formgarantie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben im Umfang der überkommenen kommunalen Handlungsformen gewährleistet.<sup>738</sup> Hierzu gehört insbesondere die Satzungsautonomie, die sich anders als bei anderen Körperschaften wegen der Allzuständigkeit der Gemeinden auch auf Externe erstreckt.<sup>739</sup>

## (6.) Zusammenfassung

Gerade diese der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie entspringenden Gemeindehoheiten zeigen noch einmal, daß die Selbstverwaltung auf den eigenverantwortlichen Modus der Aufgabenerledigung bezogen ist. Sie beziehen sich auf den räumlichen Kreis der eigenverantwortlich wahrzunehmenden Aufgaben der Gemeinde; die Organisationshoheit gewährleistet den Spielraum, der den Gemeinden bei der Schaffung der zur Aufgabenerledigung notwendigen Einrichtungen verbleibt; die Finanzhoheit sichert die dafür erforderlichen Mittel und deren eigenverantwortliche Verteilung; die Planungshoheit sichert die Zukunft eigenverantwortlicher Aufgabenerledigung in der Langfristperspektive; die Regelungshoheit sichert insbesondere über die Satzungsautonomie der Gemeinde die der lokalen Aufgabenerledigung angemessenen Handlungsinstrumente. Es verwundert nicht, daß bei dem heterogenen Kreis der den Gemeinden über ihre lokale Allzuständigkeit zukommenden Aufgaben und ihrer Bedeutung, die Gewährleistungen hier so differenziert ausgeformt sind, wie bei keiner anderen Körperschaft des öffentlichen Rechts. Angesichts der klaren verfassungsrechtlichen Begründung bleibt es allerdings fraglich, ob diese ausdifferenzierte Form der Selbstverwaltung Modellcharakter für andere Körperschaften besitzt. Die Potentiale der Selbstverwaltungsidee zeigt sie jedoch wie keine andere Form.

Betont man die vier historischen Wurzeln der kommunalen Selbstverwaltung, die Lehre vom „*pouvoir municipal*“, die französische Lehre von der Dezentralisierung, die Lehre von der Genossenschaft als Mittel der Zurückdrängung der Bürokratie und die englische Lehre vom „*Selfgovernment*“, die in der Tat, wie gezeigt, die deutsche Theorie und Praxis in unterschiedlicher Weise beeinflusst haben,<sup>740</sup> kann man nicht feststellen, daß sich das Grundgesetz für eine von ihnen entschieden hat. Vielmehr hat es diese Wurzeln als gemeinsame Kraftquelle für eine eigenartige Konzeption genutzt: Die öffentliche Gewalt der Gemeinde ist verfassungsrechtlich fundiert und gesetzlich umgrenzt. Das Konzept einer bloß juristischen Selbstverwaltung der Gemeinden greift sicherlich zu kurz und wird seit einiger Zeit von Literatur und Rechtsprechung wieder stärker um die – notwendige – Komponenten der politischen ergänzt.<sup>741</sup> Dennoch bleibt die kommunale Selbstverwaltung

738 Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 121; Schmidt-Aßmann/Röhl 2005, Rn. 23.

739 Papenfuß 1991, S. 33; Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 21 f.

740 zu Recht: v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 126a.

741 Frotzcher 1983, S. 127 ff. u. 141 f.; Schmidt-Aßmann 1991b, S. 126 f.;



Verwaltung und ist nicht Regierung.<sup>742</sup> Dezentralisierung erfolgt gerade hier auf der Grundlage von Binnenverfassungen der verselbständigten Organisationseinheiten, die deutlich über das französische Modell hinausgehen.<sup>743</sup> Das genossenschaftliche als das genuine Element der deutschen Entwicklung ist allerdings prägend geblieben: Gerade dieses Element vermittelt juristische und politische Selbstverwaltung, mittelbare Staatsverwaltung und gesellschaftliche Selbstverwaltung. Gemeinden können definiert werden als „Gebietskörperschaften ., die das Wohl ihrer Einwohner in freier Selbstverwaltung durch ihre von der Bürgerschaft gewählten Organe fördern“.<sup>744</sup>

#### bb. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung der Gemeindeverbände (Art. 28 II S. 2 GG)

Zu den Gemeindeverbänden im Sinne des Art. 28 II S. 2 GG gehören die Gebietskörperschaften oberhalb der Gemeinden (Ämter, Samtgemeinden, Verbandsgemeinden, Kreise und Landschaftsverbände<sup>745</sup>). Die Zweckverbände gehören als Verbandkörperschaften mit partieller Zwecksetzung demgemäß nicht zu den in Art. 28 II S. 2 GG geschützten Verbänden.<sup>746</sup> Eine herausgehobene Stellung nehmen die Kreise ein. Nur sie sind nach Art. 28 I S. 2 GG so in die dezentrale demokratische Struktur der Bundesrepublik eingebaut, daß ihnen eine institutionelle Garantie zukommt.<sup>747</sup>

Obwohl auch die Selbstverwaltung der Kreise grundgesetzlich<sup>748</sup> garantiert ist, fällt sie hinter die der Gemeinden zurück. Das BVerfG hat im Rastede-Urteil geradezu von einem Gefälle zwischen gemeindlicher und gemeindeverbandlicher Selbstverwaltung gesprochen.<sup>749</sup> Hier entfällt eine bestimmte Aufgabengarantie und verdünnt sich zur Garantie, überhaupt einen angemessenen Aufgabenbestand zugewiesen zu erhalten. Art. 28 II 2 GG fungiert hier als Ermächtigung des Landesgesetzgebers zur Bildung und Errichtung von entsprechenden Körperschaften und gewährleistet ihnen die Organisations-, Satzungs-, Personal- und Finanzhoheit, um die ihnen zugewiesenen Aufgaben selbstverwaltend erfüllen zu können.

In institutioneller Perspektive schreibt das Grundgesetz in Art. 28 II S. 2 einen mehrstufigen Aufbau der Flächenbundesstaaten vor.<sup>750</sup> Die Eigenverantwortlichkeit als zentraler Bestandteil der Selbstverwaltung ist auch den Gemeinde-

---

742 Heffter, auf den sich Tettinger hier (v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 126a) stützt, beklagt zwar die, daß die deutsche Tradition die Potentiale des englischen Self-Government zu wenig genutzt und sich auf bescheideneren Formen beschränkt hat (1969, S. 57 u. passim); de lege lata hat man sich aber damit abzufinden und allenfalls nach Ansatzpunkten für eine rechtlich zulässige Erweiterung zu suchen.

743 GG-Kommentar-Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 41.

744 v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 166 unter Verweis auf § 1 GO NRW; Art. 1 GO Bay; § 1 GO Sachs.

745 Näher zum Begriff unten Dritter Teil I 4. GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 155; Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 156.

746 Forsthoff 1973, S. 530.

747 Bovenschulte 2000, S. 85 f.

748 Zu unterschiedlichen Regelungen in den Landesverfassungen vgl. Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 94 Rn. 102 u. 103.

749 Schmidt-Aßmann 1991b, S. 129; BVerfGE 79, S. 127 ff. (152).

750 Bovenschulte 2000, S. 122 f.

verbänden garantiert.<sup>751</sup> Schwächer ist der Schutz aber vor allem im Bereich der Aufgabenzuweisung. Durch die Formulierung „im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs“ im Gegensatz zu „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ im Satz 1 macht das GG klar, daß sich die Aufgaben der Gemeindeverbände nicht auf diese letzteren Angelegenheiten beziehen und garantiert sind. Die Übertragung der Aufgaben an die Gemeindeverbände steht grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers.<sup>752</sup> Entsprechend der Entzug. Eine gewisse Aufgabengarantie besteht aber im Rahmen des Minimums, das erforderlich ist, um überhaupt von Selbstverwaltung sprechen zu können. Dieses muß weisungsfrei gestellt sein.<sup>753</sup> Dazu gehört, auch wenn die Landesverfassungen hier mehr versprechen, nicht eine Universalzuständigkeit, weil dies mit dem Universalitätsprinzip der Gemeinden kollidieren würde.<sup>754</sup> Die solchermaßen bestehenden Aufgaben müssen übergemeindlich sein und die gemeindlichen Zuständigkeiten insofern ergänzen, als die Erfüllung der Aufgaben die gemeindlichen Kapazitäten übersteigen würde.<sup>755</sup> Ferner gehören dazu Ausgleichsaufgaben, um gleichwertige Verhältnisse innerhalb der Kreisbevölkerung zu garantieren.<sup>756</sup>

#### cc. Die Selbstverwaltung der Hochschulen

„Eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitvorstellungen befreite Wissenschaft“ dient „dem Staat und der Gesellschaft im Ergebnis am besten, hielt das BVerfG bereits in seiner Entscheidung zum hessischen Universitätsgesetz fest.<sup>757</sup> Schon von der Sache her liegt so ein gewisser Freiraum zur Selbstorganisation der Hochschulen in der rechtlichen Form der Selbstverwaltung nahe.<sup>758</sup> Dies wird von einigen Landesverfassungen ausdrücklich garantiert.<sup>759</sup> Diese Garantie ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil dem Bund in diesem Bereich nur eine Rahmenkompetenz zur Gesetzgebung zukommt, wovon er in dem hier interessierenden Bereich besonders durch § 58 HRG Gebrauch gemacht hat. Innerhalb dieser rahmenhaften Vorgaben sind aber die Länder zur Hochschulgesetz-

751 Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 159.

752 BVerfGE 79, 127 ff. (150); BVerfG NVwZ 1992, S. 365 ff. (367).

753 Bovenschulte 2000, S. 281: „Daß Selbstverwaltungsaufgaben im Sinne des Grundgesetzes nur vollständig weisungsfreie Aufgaben sind und die Kreise als Gemeindeverbände in der Regel nur überörtliche Angelegenheiten wahrnehmen dürfen, folgt daraus, daß der Gesetzgeber verpflichtet ist, den Kreisen ein Minimum an vollständig weisungsfreien überörtlichen Aufgaben zur Erfüllung zuzuweisen“, Hendlar 1986, S. 207.

754 Knemeyer 1983, S. 214; Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 159.

755 § 2 I LKrO BW, Art. 4 I u. 52 I LKrO-Bay, § 2 I LKrO-BBg, § 89 I, II KVMV, § 2 I LKrO-NdS, § 2 I LKrO-NRW („überörtliche Angelegenheiten“), § 197 V S. 1 KSVG-Saar (für Stadtverbände), § 2 I LKrO-SAh,

756 v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 238; Berliner Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 161 f. 757 BVerfGE 47, S. 327 ff. (370).

758 HRG-Denninger-Lüthje Vor § 3, Rn. 54; vgl. auch Rupp 1983, S. 920 f. mit kritischen Anmerkungen zur bescheidenen Realität dieser Selbstverwaltung.

759 So heißt es etwa in Art. 20 der LV BW: „Die Hochschule ist frei in Forschung und Lehre. Die Hochschule hat unbeschadet der staatlichen Aufsicht das Recht auf eine ihrem besonderen Charakter entsprechende Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze und ihrer staatlich anerkannten Satzungen.“ Vgl. auch Art. 138 II LV Bay; Art. 60 LV Hess; Art. 16 I LV NRW; Art. 39 I LV Rpf. Zum Ganzen Kühne 1997, S. 1 ff.; Erichsen/Scherzberg 1990, S. 12.

gebung berufen und eben darin an die Landesverfassungen gebunden. Anders als im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung durch die institutionelle Garantie des Grundgesetzes kommt mithin einer möglichen grundrechtlichen Absicherung der Hochschulselbstverwaltung aus Art. 5 III GG nur eine Minimalsicherung für die Länder zu, die keine landesverfassungsrechtliche Garantie besitzen.

Allerdings läßt sich bereits aus Art. 5 III GG eine verfassungsrechtliche Gewährleistung der akademischen Selbstverwaltung entnehmen.<sup>760</sup> Steht im Zentrum des Grundrechts die Freiheit des einzelnen Wissenschaftlers zu Forschung und Lehre, so kann von dieser Freiheit doch – von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>761</sup> – kein sinnvoller Gebrauch gemacht werden, ohne eine Basis an Forschungsmitteln, der freien Ausarbeitung von Forschungsperspektiven und die Koordination mit anderen Wissenschaftlern<sup>762</sup> Wissenschaftliche Kommunikation vollzieht sich aber in Organisationen, so daß die Wissenschaftsfreiheit zum „Organisationsgrundrecht“ wird.<sup>763</sup> Das BVerfG versteht Art. 5 III GG nicht nur im Sinne eines subjektiven Abwehrrechts, sondern zugleich als „wertentscheidende Grundsatznorm“<sup>764</sup> im Sinne einer institutionellen Garantie,<sup>765</sup> aus der sich eine Gewährleistungsverantwortung des Staates zur Abrundung der individualrechtlichen Freiheit ergibt.<sup>766</sup> Dieser Verantwortung korrespondiert kein Leistungsrecht des Bürgers;<sup>767</sup> sie verpflichtet den Staat jedoch objektiv, den einzelnen durch die Bereitstellung von Mitteln und Organisationsstrukturen zum Gebrauch seiner Freiheit instand zu setzen.<sup>768</sup> Dabei muß die Organisation zwar nicht optimal sein, aber im Hinblick auf die Aufgabe laufend optimiert werden und „typischerweise geeignet sein, freie Wissenschaft zu fördern“.<sup>769</sup> Ausgehend von der Wertentscheidung des GG für Forschung und Wissenschaft als individueller Zielsetzung und zugleich der öffentlichen Aufgabe

760 V. Mangoldt/Klein/Starck Art. 5, Rn. 353; Kluth 1997, S. 36 ff.; Oppermann 1996, S. 1010.

761 Die grundsätzlich nicht vernachlässigt werden dürfen (Schmidt-Aßmann 1993, S. 704), die vorliegend nur nicht thematisiert sind.

762 Trute 1994, S. 280 ff.

763 Schmidt-Aßmann 1993, S. 697 ff.; Trute 1994, S. 84 f. u. 283: „Staatliche Institutionalisierung grundrechtlicher Freiheit äußert sich nicht nur in der Etablierung von Verfahrenssystemen mit dem Ziel der Entscheidung über mehr oder minder punktuell wirkende Verwaltungshandlungen, in der kooperativen Konkretisierung administrativer Entscheidungen, sondern auch in der Schaffung von Möglichkeiten grundrechtsgeschützter Handlungen und Kommunikationen durch die Bereitstellung von Freiheitsvoraussetzungen, von Handlungsmitteln, durch die Eröffnung und thematische Bindung von Handlungschancen. Vor allem, wenn auch nicht ausschließlich, geht es um die Inklusion von Grundrechtsträgern in Organisationen, die staatlich eingerichtet oder unterhalten werden und in unterschiedlicher Intensität zugleich mit der Erfüllung staatlicher Zwecke verbunden werden: Grundrechtsschutz in und durch Organisation ist hier der entscheidende Bezugspunkt, nicht administrative Entscheidungen.“

764 Stdg. Rspr. BVerfGE 94, S. 268 ff. (285).

765 BVerfG v. 26. Oktober 2004 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00; V. Mangoldt/Klein/Starck Art. 5 Rn. 346, 348.

766 Hendler 1986, S. 209 u. 211.

767 Kluth 1997, S. 40.

768 Stdg. Rspr. BVerfGE 88, S. 129 ff. (236). GG-Kommentar Dreier-Pernice Art. 5 III (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 46; vgl. auch Groß 1999, S. 217 ff.

769 BVerfGE 35, S. 79 ff. (117) – Hochschulurteil; Schmidt-Aßmann 1993, S. 701: Dieses Optimierungsgebot fordert auch nicht den Anschluß an ein bestimmtes Organisationsmodell, sondern Folgerichtigkeit innerhalb des gewählten Organisationsmodells. In diesem Sinne besteht ein „Konsequenzgebot“, nicht widersprüchliche Konstruktionsprinzipien in der Organisation miteinander zu verbinden.

der wissenschaftlichen Lehre,<sup>770</sup> ergeben sich somit konkretere Forderungen an die akademische Selbstverwaltung.<sup>771</sup> Das BVerfG anerkennt die Befugnis der Hochschulen zur „eigenverantwortlichen Bewahrung“ freiheitlicher Strukturen zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben.<sup>772</sup> Der Umfang der Selbstverwaltung ist allerdings weniger klar bestimmbar als bei den Gemeinden.<sup>773</sup>

In organisationsrechtlicher Hinsicht ergeben sich aus Art. 5 III GG vor allem verfassungsrechtliche Vorgaben für die innere Struktur der Hochschule.<sup>774</sup> Der grundrechtlichen Fundierung entspricht am besten die mitgliedschaftliche Verfassung als Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 58 I S. 1 GG), auch wenn andere Organisationsformen verfassungsrechtlich so lange nicht ausgeschlossen sind, als sie der Hochschule den zur Entfaltung der Wissenschaftsfreiheit notwendigen Gestaltungsspielraum belassen.<sup>775</sup> Verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist jedenfalls die Eingliederung in die hierarchische Staatsverwaltung.<sup>776</sup> Darauf wird später zurückzukommen sein. Hier ist aber festzuhalten, daß aus dem Körperschaftsstatus traditionell jedenfalls die aufgabenbezogene Teilrechtsfähigkeit der Hochschulen abgeleitet wird.<sup>777</sup> Da sie zugleich staatliche Einrichtung ist, sind die Grenzen des Handelns aus eigenem Recht besonders scharf gezogen.

„Hoheiten“, wie sie dort entwickelt wurden, finden sich hier nicht.<sup>778</sup> Es gibt Finanzzuweisungen, aber keine Finanzhoheit.<sup>779</sup> Die Hochschule genießt verfassungsrechtlich auch keine Personalhoheit, obwohl das Recht der Professoren zur Selbstrekrutierung mit einem Bestätigungsrecht des Staates<sup>780</sup> und zur Heranbil-

770 *BVerfGE* 35, S. 79 ff. (122) – Hochschulurteil: „Insoweit ist die Universität nicht nur der Raum für die sich in wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit vollziehenden einzelnen Forschungs- und Bildungsprozesse, sondern Gegenstand und Mittel einer öffentlich kontrollierten Bildungs- und Forschungspolitik.“

771 Zurückhaltung zunächst das *BVerfG* (E 35, S. 79 ff. [115]): „die Selbstverwaltung im ‚akademischen‘, d. h. dem auf Forschung und Lehre unmittelbar bezogenen Bereich, besteht faktisch unangefochten, ist in den Hochschulgesetzen anerkannt und in den meisten Länderverfassungen ausdrücklich garantiert.“

772 *BVerfGE* 85, S. 360 ff. (384) – Akademie der Wissenschaften der ehemaligen DDR; vgl. auch HRG-Denninger-Lüthje § 58, Rn. 29; zu den Aufgaben vgl. § 4 HRG, dazu auch Reich 2005 § 4, Rn. 1 über den öffentlichen Charakter derselben.

773 *BVerfG* v. 26. Oktober 2004 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, C I 4.

774 *Kimminich* 1996, S. 121 ff. *Achterberg* 1986, § 6 Rn. 7; *Bethge* 2000, Rn. 18. Nur um diese geht es hier. Daß andere Wissenschaftseinrichtungen zu anderen organisatorischen Antworten auf die Anforderungen von Art. 5 III GG kommen mögen, insbesondere auch andere Selbstverwaltungsstrukturen entwickeln, sei hier nur erwähnt, näher dazu *Trute* 1994, S. 302 f.

775 *Oppermann* 1996, S. 1012; *Ericksen-Scherzberg* 1990, S. 9; HRG-Denninger-Lüthje § 58, Rn. 15. Einen weiten Gestaltungsspielraum nimmt das BVerfG an (*BVerfG* v. 26. Oktober 2004 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, C I 4.), der nur dadurch begrenzt ist, daß „die Strukturen die freie Lehre und Forschung hinreichend gewährleisten.“

776 Das BVerfG (*BVerfG* v. 26. Oktober 2004 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, C I 4.) hält „auch hochschulexterne Institutionen“ wie den Hochschulrat für geeignet, dazu beizutragen, „einerseits staatliche Steuerung wissenschaftsfreiheitssichernd zu begrenzen und andererseits der Gefahr der Verfestigung von status quo-Interessen bei reiner Selbstverwaltung zu begegnen.“

777 *Oppermann* 1996, S. 1010; *Dallinger/Bode/Dellian-Dallinger* § 58, Rn. 3. Kritisch dazu und für umfassende Rechtsfähigkeit: HRG-Denninger-Lüthje § 58, Rn. 19. Zur Überschreitung ihres Aufgabenbereichs vgl. bereits oben S. 427 zur Ultra Vires Doktrin.

778 *Karpen/Freund* 1992, S. 6 f.

779 V. Mangoldt/Klein/Starck Art. 5, Rn. 359.

780 *BVerfGE* 15, S. 256 ff. (264) – Universitäre Selbstverwaltung: „Ein unbeschränktes Recht der akademischen Selbstverwaltung – also ein reines Kooptationsrecht – hat den deutschen Universitäten auch insoweit niemals zugestanden; vielmehr zeigt die geschichtliche Entwicklung des Universitätsrechts,

dung von wissenschaftlichem Nachwuchs zur „Selbstverwaltung in personeller Hinsicht“ gehört.<sup>781</sup> Ferner genießen die Universitäten in den zentralen Bereichen von Forschung und Lehre Planungsfreiheit.<sup>782</sup> Zu deren Durchführung und als wichtiges Mittel der Steuerung ihrer Angelegenheiten (insbes. durch die Grundordnung, § 58 II HRG<sup>783</sup>) besitzen die Hochschulen endlich ein unmittelbar aus Art. 5 III GG folgendes Recht zum Erlaß von Satzungen.<sup>784</sup> Die Satzungsautonomie besteht überall dort, „wo es generalisierter Regelungen wissenschaftsrelevanter Angelegenheiten bedarf“.<sup>785</sup> Eine Bestandsgarantie hinsichtlich einzelner wissenschaftlicher Einrichtungen gewährt Art. 5 III GG schließlich nicht.<sup>786</sup>

Je enger zudem die Materie mit Fragen von Forschung und Lehre verbunden ist, desto geringer sind die Ingerenzmöglichkeiten des Staates bei der Wahrnehmung der Aufgaben der Hochschulen.<sup>787</sup> Die in § 58 I S. 3 HRG anerkannte Selbstverwaltung läßt solche Abstufungen zu.<sup>788</sup> Ob man aus der bloßen Garantie der Selbstverwaltung in § 58 I S. 3 HRG Satzungs-, Organisations-, Personal- und Finanzhoheit entnehmen kann, erscheint, soweit dies nicht verfassungsrechtlich geboten ist, nicht als zwingend.<sup>789</sup> Wie dies § 59 HRG verfassungskonform zum Ausdruck bringt, reduziert sich die Aufsicht des Staates im Kernbereich der Selbstverwaltung, der durch den engen Bezug zu Wissenschaft und Forschung gekennzeichnet

---

daß bei dieser Seite der Forschungs- und Lehrfreiheit der Universitäten in neuerer Zeit alles nur auf ein Zusammenwirken mit den staatlichen Hochschulverwaltungen angelegt ist. Bei der Besetzung von Lehrstühlen sind das Vorschlagsrecht der Fakultäten und das staatliche Berufungsrecht miteinander verbunden.“; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5, Rn. 335.

781 Dieses Recht verlangt auch nach flexiblen arbeitsrechtlichen Regelungen, die etwa Zeitverträge von wissenschaftlichem Personal in größerem Umfang erfordern können, *BVerfGE* 94, S. 268 ff. (286) – Wissenschaftliches Personal: „Zur sachgerechten Förderung des akademischen Nachwuchses, einer aus Art. 5 Abs. 3 GG folgenden Aufgabe, ist die generelle Befristung der Beschäftigungsverhältnisse von wissenschaftlichen Mitarbeitern geeignet und auch erforderlich. Entsprechende Beschäftigungsverhältnisse gewähren zugleich eine gewisse Alimentierung während einer Phase beruflicher Qualifikation, die auf eine vollwertige wissenschaftliche Arbeit vorbereiten soll. Dieser Sinn verflüchtigt sich, wenn das Arbeitsverhältnis über einen gewissen Zeitraum hinaus andauert.“ – Allerdings ist zu bedenken, daß zu kurze Befristungen diesen Sinn ebenfalls in Frage stellen, da die Sorge um den Arbeitsplatz die Produktivität der Forschungsarbeit beeinträchtigen kann.

782 HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 21; *Oppermann* 1996, S. 1022.

783 Dallinger/Bode/Dellian-Dallinger § 58, Rn. 3 u. 11; *Oppermann* 1996, S. 1020 f., 1025 f. Die Grundordnungen sind nach den Landesgesetzen praktisch durchgängig staatlichen Genehmigungs-, Zustimmung- oder Bestätigungsvorbehalten unterworfen.

784 Der Spielraum beim Erlaß von Satzungen ist allerdings gegenüber dem der Gemeinden deutlich stärker eingeschränkt durch gesetzliche Vorgaben, *Ossenbühl* 1988, § 65 Rn. 7; *Papenfuß* 1991, S. 105 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5 Rn. 362 f.; *Hendler* 1986, S. 214 f.; nicht unumstritten, einschränkend: *Karpen/Freund* 1992, S. 6; *Bethge* 2000, Rn. 80; vgl. die Nachweise bei HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 29 f.: Das Satzungsrecht erstreckt sich aber nur auf den Wissenschaftsbereich.

785 *Trute* 1994, S. 378; *Bethge* 2000, Rn. 88 f.; vgl. zur Satzungsautonomie eingehend *Papenfuß* 1991, S. 110 ff.; *Karpen/Freund* 1992, 32 ff.

786 *BVerfGE* 85, S. 360 ff. (384) – Akademie der Wissenschaften der DDR; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5, Rn. 345; HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 27; *Schmidt-Aßmann* 1993, S. 709; *Bethge* 2000, Rn. 78.

787 HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 19. *Oppermann* (1996, S. 1023) spricht im Anschluß an das *BVerfG* plastisch von Bereichen: einem „Kernbereich“ (Forschung, Lehre und damit zwangsläufig verbundene akademische Angelegenheiten), der der Verfügungsgewalt des Staates und gesellschaftlicher Kräfte entzogen sei, einem „Kooperationsbereich“ (weniger streng von Art. 5 III GG geprägt) und einem Außenbereich, der durch einen Vorrang staatlicher Regelungsbefugnis gekennzeichnet sei. Dem werden dann Selbstverwaltungs- Kooperations- und Staatsaufgaben zugeordnet.

788 Zur Ausgestaltung im einzelnen vgl. *Kühne* 1997, S. 1 ff.

789 Anders *Reich* 2005 § 58, Rn. 3.

ist, auf eine Rechtsaufsicht.<sup>790</sup> Der Kooperationsbereich in Fragen der Berufung der Professoren (§ 45 HRG) und anderen Angelegenheiten bestehen Mitwirkungsrechte von Staat und Hochschule.<sup>791</sup> In Bereichen, in denen die Hochschulen Aufgaben im Auftrag des Staates wahrnehmen (Personalverwaltung, Wirtschaftsverwaltung, Haushaltsrecht, Finanzverwaltung, ggf. Krankenversorgung durch medizinische Hochschulen oder Universitätskliniken und die Studienplatzbewirtschaftung) sind sie auch der Zweckmäßigkeitkontrolle des Staates unterworfen.

§ 58 HRG I S. 1 hatte hieraus zunächst die organisatorische Konsequenz gezogen, daß die Hochschulen Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung und zugleich staatliche Einrichtungen seien.<sup>792</sup> Wie die Gegenüberstellung zu anderen Organisationsformen in § 58 S. 2 HRG („Sie können auch in anderer Rechtsform errichtet werden“) jetzt<sup>793</sup> deutlich macht, ist Begriff der Körperschaft hier terminologisch zu nehmen:<sup>794</sup> Die Hochschule soll regelmäßig<sup>795</sup> als mitgliedschaftlich getragener rechtsfähiger Verband errichtet werden, der öffentliche Aufgaben mit hoheitlichen Mitteln wahrnimmt.<sup>796</sup> Der eingefügte § 58 S. 2 des Abs. 1 zeigt jedoch, daß die Selbstverwaltung der Hochschule auch in organisatorischer Gestalt gewährleistet werden kann, sofern diese das grundrechtlich geforderte Partizipationsniveau nicht unterschreitet.<sup>797</sup> Ohnehin zeigt die – umstrittene und „rätselhaft“<sup>798</sup> – Formulierung „und zugleich staatliche Einrichtung“, daß die Hochschule in bezug auf die organisatorisch kaum abtrennbare Wahrnehmung übertragener staatlicher Aufgaben zugleich anstaltliche Elemente besitzt.<sup>799</sup> Teilweise wird der Ausdruck jedoch stärker, nämlich in dem Sinne verstanden, daß sie als staatliche Einrichtung unselbständige, nicht rechtsfähige Anstalten als Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung seien.<sup>800</sup> Andere vertreten, daß die Formulierung sich nur auf den staatlichen Konstitutionsakt der Hochschule als juristischer Person beziehe und neben den grundrechtsbezogenen Aufgaben von Forschung und Lehre auch staatliche wahrgenommen werden.<sup>801</sup> Diese Auffassung ist insofern problematisch, als der staatliche Konstitutionsakt auch die Körperschaft als solche betrifft, also eine überflüssige Wiederholung darstellte. Zutreffend verweist sie aber auf die damit verbundene Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Die zuerst genannte Auffassung

790 Reich 2005 § 59, Rn. 1; HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 13 u. 20; Bethge 2000, Rn. 83 u. 93 f.

791 HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 22 f.

792 Vgl. hierzu etwa Oppermann 1996, S. 1010 f.

793 § 58 I wurde durch das 4. Änderungsgesetz zum HRG vom 24.08.1998, BGBl. I, S. 2197 neu gefaßt.

794 Bethge 2000, Rn. 73; Reich 2005, § 58 Rn. 1; kritisch gegenüber einer Einschätzung als Körperschaft Forsthoff 1973, S. 489.

795 Detmer 1999, S. 832; Bethge 2000, Rn. 73.

796 HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 6.

797 Reich 2005 § 58, Rn. 2. Diese Einfügung unterstreicht nochmals, daß Selbstverwaltung prinzipiell sowohl Körperschaften als auch Anstalten und Stiftungen zukommen kann. Denn während vor der HRG-Änderung (s. o. Fußn. 793) die Hochschulen notwendig Körperschaften waren, ist nun nur noch erforderlich, daß sie Selbstverwaltung genießen, in welcher Rechtsform auch immer, so lange es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, Bethge 2000, Rn. 73.

798 Kimminich 1996a, S. 233 f.; Bethge 2000, Rn. 75.

799 Trute 1994, S. 373 f.; HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 8 f.; kritisch dazu Bethge 2000, Rn. 74.

800 Dallinger/Bode/Dellian-Dallinger § 58, Rn. 4. Diese Ausgestaltung des staatlichen Anteils an der Hochschulorganisation ist nicht zwingend und nach der Streichung des § 58 III HRG, der Einheitsverwaltung, für die Zukunft nicht einmal als allgemeines Muster festzuhalten, s. u.

801 Bethge 2000, Rn. 73 ff.

zerreißt jedoch, was zusammengehört: Je nach Aufgabe soll die Hochschule Körperschaft (oder andere Organisationsform nach S. 2) einerseits und andererseits in Fragen der Bedarfsverwaltung oder der Krankenversorgung Teil der Staatsverwaltung ansehen. Staatliche Aufgaben sind immer bezogen auf die besonderen Leistungen der Hochschulen, die sich aus der Grundrechtsverwirklichung ihrer Mitglieder ergeben. Der Wegfall der rahmenrechtlichen Vorschriften über die innere Organisation der Hochschulen hat den Ländern größere Freiräume gewährt, die zumeist im Hinblick auf eine Verbesserung der Partizipation der Mitgliedergruppen außer den Hochschullehrern und zu einer Stärkung der Hochschulleitung geführt haben.<sup>802</sup>

Das einfachgesetzliche Selbstverwaltungsrecht des § 58 HRG steht aber unter dem Vorbehalt landesgesetzlicher Regelung. Diese ist aber neben den landesverfassungsrechtlichen Beschränkungen auch den Grenzen der staatlichen Ingerenz nach den Aufgabenbereichen ausgesetzt, die soeben aus Art. 5 III GG entwickelt wurden. Ferner ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.<sup>803</sup> Auch hier soll in Entsprechung zum Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens ein „Grundsatz des hochschulfreundlichen Verhaltens“ gelten, der die Berücksichtigung der Hochschulbelange bei staatlichen Entscheidungen fordert.<sup>804</sup>

Die Streichung des § 58 III HRG durch das Vierte Gesetz zur Änderung des HRG<sup>805</sup> hat auch das Prinzip der Einheitsverwaltung aufgehoben.<sup>806</sup> Aufgrund dieses Prinzips war die Hochschule für alle sie betreffenden Aufgaben zuständig, gleichgültig ob es sich um die übertragenen staatlichen oder die Selbstverwaltungsaufgaben handelte.<sup>807</sup> Sie hatte mithin einen einheitlichen Wirkungskreis und besaß auch in Anbetracht der übertragenen Aufgaben eine gegenüber dem Staat selbständige Organisationshoheit.<sup>808</sup> Die Einheitsverwaltung war insgesamt „darauf angelegt, staatliche Einflußnahme und universitätseigene Initiative in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen“.<sup>809</sup> Die Beseitigung dieser nie unumstrittene Lösung<sup>810</sup> hat nun den Ländern Freiräume zu unterschiedlichen Lösungen geschaffen.

Selbstverwaltung hat in der Hochschule eine spezifische Funktion. Sie ist zwar auch in der objektiven Dimension der Wissenschaftsfreiheit auf eine öffentliche Aufgabe gerichtet. Bezugspunkt bei deren Erfüllung bleibt aber die individuelle Wissenschaftsfreiheit und der Mehrwert, der ihr durch die Organisation zukommen soll. „Selbstverwaltung ist hier Ausdruck eines auf Kollegialität und

802 *Detmer* 1999, S. 833. Dabei wurde erwartungsgemäß die innere Verfassung der Hochschulen von den Ländern gegenüber der vorherigen Rechtslage wesentlich unterschiedlicher geregelt, als dies vorher der Fall war.

803 HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 33.

804 HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 34.

805 vom 20.8.1998, BGBl. I S. 2190.

806 Differenzierend jetzt etwa Art. 5 I HG Bay: „Die Hochschulen nehmen eigene Angelegenheiten als Körperschaften (Körperschaftsangelegenheiten), staatliche Angelegenheiten als staatliche Einrichtungen wahr.“ Es folgt im Abs. 2 eine Vermutung zugunsten von Körperschaftsangelegenheiten und eine Aufzählung der staatlichen in Abs. 3.

807 *Oppermann* 1996, S. 1014, 1026 f., ohne daß dadurch deren Unterschied aufgehoben worden wäre, *Dallinger/Bode/Dellian-Dallinger* § 58, Rn. 5; HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn.47; *Erichsen/Scherzberg* 1990, S. 13.

808 *Reich* 2005 § 58, Rn. 3.

809 *Oppermann* 1996, S. 1013; vgl. auch *Erichsen/Scherzberg* 1990, S. 14.

810 Vgl. zum Streit: *Reich* 2005 § 58, Rn. 1; HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58, Rn. 51.

gleichberechtigte Kommunikation angewiesenen Bereichs, sie ist ein Stück ‚Selbstorganisation‘ in staatlicher Organisationsverfassung<sup>811</sup>. Das bedeutet, daß im Bereich der Hochschulen die körperschaftliche Binnenstruktur der öffentlichen Organisation zur Erfüllung ihrer eigenverantwortlich wahrzunehmenden Aufgaben besonders naheliegt. Das bedeutet nicht, daß alle Organisationen der Wissenschaft körperschaftlich organisiert sein müssen; der spezifische Aufgabenzuschnitt der Hochschulen legt dieses aber nahe. Die akademische unterscheidet sich von der kommunalen Selbstverwaltung schließlich darin, daß „Art. 5 III GG. nicht das Selbstbestimmungsrecht einer ganzen Bevölkerungsgruppe wie Art. 28 II GG [garantiert], sondern die Eigenständigkeit des Sachbereichs Wissenschaft in individueller, aber auch in institutionell-organisatorischer Hinsicht“<sup>812</sup>.

#### dd. Die wirtschaftliche und freiberufliche Selbstverwaltung<sup>813</sup>

Anders als für die kommunale und die akademische Selbstverwaltung besteht hinsichtlich der Selbstverwaltung der Wirtschaft und der freien Berufe kein verfassungsrechtlicher Schutz im GG.<sup>814</sup> Die Landesverfassungen, die ohnehin die Selbstverwaltung als zweite Säule der Verwaltung vorsehen,<sup>815</sup> enthalten aber teilweise Garantien der Selbstverwaltung, die den Landesgesetzgeber in den Grenzen des Bundesrechts binden.<sup>816</sup> Nur im übertragenen Sinne kann dann etwa von Abgabenhöhe gesprochen werden. Sie ist hier nicht verfassungsrechtlich gefordert, sondern sichert den Kammern eine ausreichende Finanzdecke, ohne daß sie auf gewinnorientierte Aktivitäten angewiesen sind.<sup>817</sup> Die Selbstverwaltung im Bereich der wirtschaftlichen und freiberuflichen Kammern steht damit prinzipiell zur Disposition des Gesetzgebers.<sup>818</sup> Solange aber überhaupt Selbstverwaltung in diesem

811 *Trute* 1994, S. 370.

812 *Oppermann* 1996, S. 1020.

813 Auch von diesem Begriff sollen an dieser Stelle nur seine aufgabenbezogenen Elemente diskutiert werden. Zu einem organisationsbezogenen Begriff der wirtschaftlichen Selbstverwaltung vgl. *Huber* 1958, S. 9: „Selbstverwaltung der Wirtschaft ist ein in Zuordnung zum Staatsganzen entwickeltes Gefüge von Einrichtungen und Verrichtungen, in dem die Wirtschaftstätigen in körperschaftlichen oder organschaftlichen Formen ihre eigenen gemeinsamen Angelegenheiten in eigenständiger Selbstgestaltung, doch unter öffentlicher Verantwortung zusammenwirkend wahrnehmen.“ Als Organisationsform soll primär die Körperschaft in Betracht kommen, daneben aber auch Beiräte, Ausschüsse, Kollegialbehörden als organschaftliche Selbstverwaltung der Wirtschaft. Diese letzteren gehören statusmäßig nicht dem öffentlichen Recht an, sondern sind „vielmehr nur ihrer Funktion nach in den Bereich der öffentlichen Verwaltung aufgenommen“, S. 17 f. Diese „Funktion besteht aber in der eigenverantwortlichen Wahrnehmung bestimmter Angelegenheiten. Diese haben sie mit den Körperschaften der wirtschaftlichen Selbstverwaltung gemeinsam.“ Damit ist aber auch bei *Huber* unausgesprochen der Modus der Aufgabenerfüllung das einheitsbildende Kriterium für die Selbstverwaltung.

814 *Kleine-Cosack* 1986, S. 77 f.; *Tettinger* 1995, S. 170.

815 Vgl. z. B. Art. 2 II S. LV Bbg; Art. 25 u. 69 LV BW; Art. 69 LV MV; Art. 82 I S. 1 Sächs. LV; Art. 86 I Sachs.-Anh. LV; vgl. auch *Schmidt-Aßmann* 2006, S. 250; *Jestaedt* 2002, S. 293: ohne ihn allerdings – wie auch das GG nicht – zu definieren (S. 304).

816 Art. 62 S. 2 LV Rpf (Selbstverwaltung der Wirtschaft); Art. 154 LV Bay; Art. 59 LV Saar anerkennt die Industrie-, Handels-, Handwerks-, Landwirtschafts- und Arbeitskammern und die Genossenschaften; Art. 71 I S. 3 LV BW, Art. 82 III LV Sachs u. Art. 57 I LV Nds sieht weitere juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung vor, dazu eingehend *Kluth* 2005, S. 370 ff.

817 *Stober* 2001, S. 400; *Honig* 2004, § 91 Rn. 25.

818 *Kleine-Cosack* 1986, S. 93.



Bereich bestehen soll, darf jedenfalls ein Mindestmaß an Eigenverantwortlichkeit durch die gesetzlichen Regelungen nicht unterschritten werden.

Als entscheidend für die Selbstverwaltung wurde oben der Modus der Aufgabenerfüllung, nicht ihr Gegenstand bezeichnet. Darüber sind die Grundsätze des hier einschlägigen Aspekts äußerer Selbstverwaltung durch eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung bereits oben erfüllt worden. Hier soll noch auf einige typische Aufgabengegenstände eingegangen werden. Sie können nach dem primären Interesse unterschieden werden, dem sie dienen – ohne daß freilich Überschneidungen der Interessen ausgeschlossen wären. In Betracht kommen dabei die Interessen der Mitglieder, die Interessen des Staates und die Interessen der Bürger in einem weiten Sinn.<sup>819</sup> Die Aufgaben der wirtschaftlichen und freiberuflichen Selbstverwaltung weisen dabei untereinander große Ähnlichkeit auf und betreffen alle drei Gruppen.<sup>820</sup>

Im Interesse ihrer Mitglieder betreiben sie die Vertretung von deren Interessen als Gesamtheit. Die Kammern bemühen sich um den Ausgleich der Mitgliederinteressen und schlichten Streit zwischen ihnen. Sie fördern und beraten sie durch Informationsmaterial zum Berufsstand und wirtschaftlichen, steuerlichen und rechtlichen Fragen<sup>821</sup> und schaffen dafür ggf. weitere Einrichtungen oder Förderungswerke. Hierher gehören auch andere Fürsorge- und Vorsorgemaßnahmen. Im Interesse der Förderung des Nachwuchses werden Einrichtungen der Berufsbildung geschaffen. Die ehemals freiwillige Pflichtaufgabe ist seit 1969 durch das BBiG vereinheitlicht und zu einer pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe gemacht worden. Hinzu treten Forschungs- und Versuchsinstitute.<sup>822</sup> Im gesellschaftlichen Interesse, aber auch im Interesse der Mitglieder werden das Ständesrecht in Form von Ständesordnungen oder Richtlinien aufgestellt,<sup>823</sup> die Berufsaufsicht und Prüfungen durchgeführt. Angesichts der unterschiedlichen Berufsgruppen tritt diese Funktion jedoch im Bereich der wirtschaftlichen Kammern zurück.<sup>824</sup> Aber auch hier wurden Standards gesammelt, die zur Vereinheitlichung beitragen und als Handelsbräuche Eingang in die Rechtsprechung fanden. Teilweise (Seelotsen) übernehmen sie auch Inkassofunktionen für ihre Mitglieder, wenn die Beiträge solidarisch verteilt werden sollen. Für die Bürger werden Bescheinigungen ausgestellt und Institutionen und Verfahren zur Streitschlichtung zwischen ihnen und Mitgliedern bereitgehalten und spezifische Leistungen erbracht wie etwa der ärztliche Notfalldienst durch die Ärztekammern. Diese Funktionen entlasten die staatliche Verwaltung und faktisch auch die Gerichte und liegen so mittelbar auch im staatlichen Interesse.

---

819 Gemeint ist damit nicht ein Auseinanderdividieren der Aufgaben, sondern die Darstellung der Schwerpunkte. Auch soll selbstverständlich nicht die Behauptung aufgestellt werden, daß es sich bei den Aufgaben im Interesse der Bürger um gesellschaftliche handele, vielmehr werden auch sie im öffentlichen Interesse, der Bereitstellung dieser Leistungen für die Bürger erbracht.

820 Eingehend zu den Aufgaben der Kammern: *Tettinger* 1997, S. 132 ff.

821 *Brohm* 1983, S. 783; *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 4 f.

822 *Brohm* 1983, S. 782.

823 *Brohm* 1983, S. 784 f.; entsprechend hat das einzelne Mitglied keinen Anspruch auf ihre Aufstellung, VGH München NJW 1979, S. 614 f.; wohl aber gewährleisten sie, wenn sie einmal aufgestellt sind, gewisse Standards der Berufstätigkeit und schützen das einzelne Mitglied in seinem Ansehen. Auf dieser Grundlage besteht ein subjektives Recht auf Einhaltung der Berufsordnung, *Brohm* 1983, S. 806.

824 *Brohm* 1983, S. 784.

Primär in seinem Interesse sind aber Vorschlagsrechte, ein Berichtswesen, Gutachtentätigkeit und sonstige spezifische Unterstützung der staatlichen Verwaltung. Auch die Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen dürfte hier einzuordnen sein. Hinzu kommt hier noch die Urkunds- und Registerfunktion durch die Führung von Rollen und Berufsregistern.<sup>825</sup>

#### ee. Die Selbstverwaltung der Realkörperschaften

Die Selbstverwaltung von Realkörperschaften<sup>826</sup> ist weder bundes- noch landesverfassungsrechtlich geschützt, mithin der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber anheimgestellt.<sup>827</sup> Häufig wird auch einfachgesetzlich das Selbstverwaltungsrecht nicht ausdrücklich zugestanden.<sup>828</sup> Sie werden dann schlicht als „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ bezeichnet (etwa § 21 I BWaldG). Immerhin deutet die Notwendigkeit einer Staatsaufsicht (§ 6 I S. 2 JagdG BW; § 23 FischG BW), die – wie unten noch zu zeigen sein wird – „Korrelat der Selbstverwaltung“<sup>829</sup> bzw. ihr Ausdruck auf eine Staatsdistanziertheit hin, die ein Maß von Eigenverantwortlichkeit mit sich bringt, das eine Weisungsunterworfenheit im Rahmen der innerbehördlichen Kontrolle ausschließt. Auch ist die Sitzungsgewalt häufig ausdrücklich geregelt (§ 23 II BWaldG; § 6 II S. 1 JagdG BW; § 25 I S. 1 FischG BW). Die damit verbundene Selbständigkeit zeigt sich etwa bei den Wasserverbänden. Ihre Satzungsautonomie wurde mit dem WVG gegenüber dem überkommenen Rechtszustand, unter dem die Gründung des Wasserverbandes mit Erlaß seiner Satzung durch die staatliche Behörde (§ 169 WVVO) erfolgte, erheblich erweitert.<sup>830</sup> Die Satzungsautonomie ist anerkannt (§ 6 WVG), und die Gründung bedarf nur noch – aber immerhin – der Genehmigung der Satzung durch die staatliche Behörde. Auch nach dem WVG ist allerdings eine Änderung der Satzung durch die Aufsichtsbehörde möglich, wenn der Verband ihrer entsprechenden Aufforderung nicht nachgekommen ist (§ 59 WVG).

Auch abgesehen von der später darzustellenden Binnenverfassung, besitzen die Realkörperschaften damit wesentliche Strukturelemente der äußeren Selbstverwaltung, die auf die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung schließen lassen.

825 *Tettinger* (1997, S. 86 f.) faßt weiter zusammen in 1. Wirtschafts- bzw. Berufsaufsicht, 2. Interessenvertretung, 3. weitere Aufträge wie Forderung der Wirtschaft bzw. des Berufsstandes, Berufsausbildung, zusätzliche Serviceleistungen. Ohne diese Einteilung zu kritisieren, können doch in der hier gewählten organisationsrechtlichen Perspektive die gewählten Kriterien gezielter den Bezug der Aufgaben zu den Organisationsdimensionen erfassen.

826 Also etwa der Jagdgenossenschaften (§ 9 I BJagdG), Forstbetriebsverbände (§§ 21 ff. BWaldG), der Fischereigenossenschaften (etwa nach § 23 FischG BW).

827 *BVerfGE* 10, S. 89 ff. (104) – Großer Erftverband; hierzu auch *Breuer* 1983, S. 864 f. m.w.N. für ältere Stimmen in der Literatur, die eine verfassungsrechtliche Verankerung angenommen hatten.

828 So etwa findet sich für die Jagdgenossenschaften und die Fischereigenossenschaften keine explizite Regelung.

829 *BVerfGE* 6, S. 104 ff. (118) – Kommunalwahl Sperrklausel; 78, S. 331 (341) – Nordhorn.

830 *Rapsch* 1993 Rn. 69 ff.

## ff. Die Selbstverwaltung der Sozialversicherungen

Von allen körperschaftlichen Selbstverwaltungsformen ist diejenige der Sozialversicherung am schwächsten ausgeprägt.<sup>831</sup> Die Sozialversicherungsträger sind verfassungsrechtlich vorgesehen (Art. 87 II GG), aber nicht als Institution geschützt, wie oben schon gezeigt werden konnte.<sup>832</sup> Es erscheint sehr fraglich, ob aus der rechtlich gesehen zufälligen Tatsache, daß die Sozialversicherung im Laufe ihrer Geschichte in Form von Selbstverwaltungseinrichtungen ausgestaltet wurde, entwickelt werden kann, daß das Sozialstaatsprinzip nun auch genau diese Formgebiete und somit über Art. 79 III GG sogar mit besonderer, unabänderbarer Dignität ausstatte.<sup>833</sup> Auch aus den Zuweisungen für die gesetzliche (Art. 74 I Nr. 12 GG) und die Verwaltungskompetenz (Art. 87 II GG) können keine weiterreichenden Garantien abgeleitet werden: Diese Bestimmungen setzen den Willen, daß der Bereich geregelt werden soll, voraus und grenzen die Befugnisse der Regelungswilligen gegeneinander ab; eine Verpflichtung, von der Kompetenz Gebrauch zu machen, enthalten sie nicht.<sup>834</sup> Das Demokratieprinzip besagt hierzu wenig und ob das Grundgesetz neben Elementen von Subsidiarität ein aus einer Gesamtschau zu ermittelndes entsprechendes Prinzip enthält, erscheint eher fraglich.<sup>835</sup>

Die eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung ist in § 29 III SGB IV festgehalten. Sie reicht jedoch nicht sehr weit: „der organisatorischen Verselbständigung [steht] kein vergleichbarer Handlungsspielraum zur Seite.“<sup>836</sup> Die Selbständigkeit der Sozialversicherungsträger ist schon durch die hohe Regelungsdichte und -tiefe bei der Beschreibung ihrer Aufgaben gekennzeichnet.<sup>837</sup> Die gesetzlichen Regelungen sind häufig so detailliert, daß sie den Inhalt möglicher Satzungen vorgeben und ohne weitere Konkretisierung umgesetzt werden können.<sup>838</sup> Im übrigen sind sie genehmigungsbedürftig. Monetäre Leistungen sind in den entsprechenden Gesetzen so präzise bestimmt, daß sie sich cent-genau ausrechnen lassen. Nicht vorher normierbaren Sachleistungen, werden durch den Vertragsarzt festgesetzt, der dabei wiederum an Richtlinien des Bundesausschusses für Ärzte und Krankenkassen gebunden ist.<sup>839</sup> Zu beobachten ist auch eine „heteronome Hochzonzung“, die Verlagerung der

831 Schnapp 1983, S. 893 resümiert: „Es bleibt in der Tat die Feststellung, daß sich Selbstverwaltung im Sinne eigenverantwortlichen Gestaltens nur noch in Randbereichen und Restbeständen findet.“ Vgl. auch Groß 1999, S. 140; Dreier 1991, S. 289.

832 A III 2 a bb. (3.); vgl. auch Schnapp 1983, S. 887.

833 So aber Schnapp 1983, S. 888; dagegen schon BVerfGE 39, S. 302 ff. (315) – AOK – wobei Schnapp zu Recht hervorhebt, daß die Diskussion darüber nicht nach dem Grundsatz „Karlsruhe locuta – causa finita“ abgebrochen werden müsse.

834 Anders auch insofern Schnapp 1983, S. 891.

835 Württemberger 1996.

836 Muckel 2001, S. 158 f.; Schnapp 2000, S. 824, S. 825 „Entscheiden‘ in der Sozialversicherung‘ komme „in weiten Bereichen einem Subsumtionsautomatismus gleich“ oder nahe.

837 BVerfGE 39, S. 302 ff. (314) – AOK; Schnapp 2000, S. 814 f.

838 Vgl. nur die eingehenden gesetzlichen Vorgaben für Satzungen der Krankenversicherungen nach § 194 SGB V.

839 Schnapp 2000, S. 824; und dabei ist innerhalb der Sozialversicherungsträger die Selbstverwaltung im Bereich der Krankenversicherungen noch am ehesten ausgeprägt, Muckel 2001, S. 159, der hier größere Handlungsspielräume als Schnapp feststellt; zur Legitimation der Bundesausschüsse nach § 91 SGB V, Schmidt-Aßmann 2001, S. 82 ff.

verbliebenen Entscheidungsspielräume auf höherrangige Verbände.<sup>840</sup> Immerhin besitzen sie als wichtiges Regelungsinstrument das Satzungsrecht nach § 34 SGB IV.<sup>841</sup>

Im Ergebnis besteht ein nur in geringem Maße selbständiger Modus der Aufgabenerfüllung.<sup>842</sup> Die Selbstverwaltung der Sozialversicherung verlagert sich statt dessen auf die Binnenorganisation, versucht, was ihr nicht an Eigenverantwortlichkeit anvertraut ist, durch die legitimationsverschaffende Dramatik interner Prozesse zu kompensieren.<sup>843</sup>

## f. Zusammenfassung

Die äußere Selbstverwaltung der Körperschaft im Sinne der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung ist entsprechend ihrer unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Fundierung, wenig einheitlich ausgestaltet. Sowohl in bezug auf die Breite der Aufgaben, die Tiefe der Entscheidungsfreiheit, die Absicherung und die Ausdifferenzierung einzelner Hoheiten ist die Selbstverwaltung der Gemeinden am stärksten ausgeprägt. Verfassungsrechtlich geschützt sind die Gemeinden nicht nur als Teil des Staatsaufbaus garantiert, sondern besitzen Allzuständigkeit für lokal radizierte Aufgaben, die sie über ein Aufgabenfindungsrecht ausbauen und eigenverantwortlich dürfen. Auf dieser Basis wurde eine Reihe von Hoheiten entwickelt, die inzwischen zum gefestigten Bild kommunaler Selbstverwaltung gehören. Grundrechtsgetragen genießen auch die Hochschulen einen weitgehenden Schutz ihrer Selbstverwaltung unter Einschluß des Satzungsrechts. Hoheiten, wie die der Gemeinden, kommen ihnen aber nicht zu. Einfachgesetzlich geregelt kommt den Personalkörperschaften der wirtschaftlichen und freiberuflichen Selbstverwaltung ein hohes Maß an Eigenverantwortlichkeit bei der Erledigung ihrer sachlich eingegrenzten Aufgaben zu. Obwohl die einschlägigen Gesetze hierzu wenig Aussagen enthalten, läßt sich ein gewisses Maß an Eigenverantwortlichkeit, das allerdings durch häufigere staatliche Genehmigungsvorbehalte für Satzungen eingeschränkt ist, auch bei den Realkörperschaften feststellen. Trotz der formal auch den Sozialversicherungsträgern eingeräumten Selbstverwaltung, wird die Eigenverantwortlichkeit hier doch erheblich durch rechtliche Vorgaben eingeschränkt. Insgesamt finden sich aber bei allen exemplarisch angeführten Körperschaftsformen Strukturelemente von Selbstverwaltung, auch wenn sie sehr unterschiedlich entfaltet sind.

## 7. Funktion der Aufgabe

Nach dem oben (Erster Teil, D III 1 b aa) angeführten organisationstheoretischen Befund haben sich die drei Funktionen von Organisationszielen bei den Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts bestätigt: (1.) *klassifikatorische Funktion*: Neben der formalen Herauslösung aus ihrer Umwelt durch die Verleihung der

840 Schnapp 1983, S. 893.

841 Dazu auch Schmidt-Aßmann 2001, S. 84.

842 Schnapp (1983, S. 884) sprach schon 1983 davon, daß der Entscheidungsspielraum der Sozialversicherungsträger gegen Null tendiere. Vgl. auch ders. in VVdStRL 62 (2003), S. 463 (Wortbeitrag).

843 Schnapp 1983, S. 894.

Rechtsfähigkeit erhält die Körperschaft durch die Aufgabenzuweisung eine inhaltliche Identität, die sie von anderen Verwaltungsorganisationen unterscheidbar macht. Hierzu tragen nicht nur die Aufgabengarantien, die Aufgabegenstände und ihr Umfang, sondern auch der Modus ihrer Erfüllung bei. Die Aufgabe ist also Teil der formalen Struktur der Körperschaft und gibt ihr eine bestimmte Gestalt. Im Bereich der öffentlichen Verwaltungen hat der zunehmende Aufgabendruck<sup>844</sup> zu Organisationsformen geführt, die sich nicht immer in die klassischen Formen juristischer Personen oder nichtrechtsfähigen Verwaltungseinheiten als Teil der Binnendifferenzierung von Organisationen einfügen lassen. Auch wenn sich, abgesehen vom kommunalen Bereich, keine notwendigen bzw. den Gesetzgeber verpflichtenden obligatorischen Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts finden lassen, haben die tatsächlich verliehenen Aufgaben doch eine prägende Funktion. Ein Schluß von einer spezifischen Aufgabe oder Aufgabenart auf eine bestimmte Organisationsform ist jedoch nicht möglich.

(2.) besitzen die Aufgaben für die Binnenorganisation eine *strukturierende* und eine *orientierende* bzw. stabilisierende Funktion, indem das Verhalten der Mitglieder der Organisation an ihnen ausgerichtet werden kann und bestimmte Aufgaben sinnvollerweise nur einer körperschaftlichen Organisation zugewiesen werden können.

(3.) Die Aufgaben haben ferner eine *normative Funktion*. Das Verhalten der Körperschaften kann an ihnen gemessen und ggf. korrigiert werden. Diese Funktion ist zunächst einmal Grundlage der Beurteilung der Außenwirksamkeit der Verwaltungseinheit. Umgekehrt ist das staatliche Handeln durch die zur eigenverantwortlichen Erledigung zugewiesenen Aufgaben beschränkt.

(4.) Die Aufgabenzuweisung hat schließlich eine *Legitimationsfunktion*, weil sie, in gesetzlicher Form ergangen und im legitimen Allgemeininteresse gelegen, Eingriffe in die Rechte des Bürgers rechtfertigen kann.

## VI. Exkurs: Die sogenannten „nur-formellen“ Körperschaften des öffentlichen Rechts

Abschließend sollen zwei Organisationen besprochen werden, die zwar als „Körperschaften des öffentlichen Rechts bezeichnet werden, die jedoch in bezug auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben von den übrigen Körperschaften des öffentlichen Rechts abweichen.

Konstitutives Moment juristischer Personen des öffentlichen Rechts ist, daß sie durch einen öffentlich-rechtlichen Organisationsakt errichtet werden, ihr Organisationsziel die Erfüllung öffentlicher Aufgaben darstellt und sie diese mit einem Mindestmaß an Eigenverantwortlichkeit wahrnehmen. Fraglich ist nun, wie Verbände einzuordnen sind, die gesellschaftlichen Ursprungs sind, Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnehmen, zum Teil nicht auf einer gesetzlichen Grundlage errichtet wurden, teilweise aber auch keine hoheitlichen Befugnisse besitzen und die Staat

844 Schuppert 1980, S. 332 f.; Petzina 1994, S. 233 ff.; Grimm 1990, S. 296 f.

oder Verfassung zumeist, um damit eine Anerkennung ihrer öffentlichen Bedeutung zu verbinden, als Körperschaften des öffentlichen Rechts bezeichnen.<sup>845</sup> Für derartige Verbände gesellschaftlichen Ursprungs wird in der Literatur der Ausdruck „Körperschaften des öffentlichen Rechts im nur formellen Sinn“ vorgeschlagen.<sup>846</sup>

## 1. Das Bayerische Rote Kreuz

Anders als die anderen Landesverbände des Deutschen Roten Kreuzes e.V. erhielt das Bayerische Rote Kreuz durch einen Ministerialerlaß vom 21.01.1921 den Status einer „Körperschaft des öffentlichen Rechts“.<sup>847</sup> Die nationalsozialistische Gleichstellung führte zur Unterstellung des Deutschen Roten Kreuzes und seiner Landesverbände unter das Reichsinnenministerium. Sofort nach dem Zweiten Weltkrieg wurden das Deutsche Rote Kreuz und die Landesverbände als eingetragene Vereine wiedergegründet. Bayern knüpfte an die eigene Tradition an: Schon am 22. Mai 1945 beauftragte die amerikanische Besatzungsmacht den Münchner Oberbürgermeister mit dem Neuaufbau des Bayerischen Roten Kreuzes, der dann durch seine Anerkennung am 27. Juli 1945 durch den Bayerischen Ministerpräsidenten abgeschlossen wurde. Eine Auflösung aufgrund des Kontrollratsgesetzes Nr. 2 vom 10.10.1945 als nationalsozialistische Organisation kam jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn man den Bayerischen Ministerpräsidenten als befugt ansah, die Anerkennung auszusprechen.<sup>848</sup>

845 Diese Struktur besitzen traditionell einige bayerische Verbände: Der *Bayerische Gemeindefrat*, dessen Vorgänger, der Verband der Landgemeinden des Königreichs Bayern, 1912 gegründet, 1947 durch die Mitglieder wiedergegründet wurde und 1954 durch Ministerialerlaß des Innenministers den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erhielt (Staatsanzeiger Nr. 25 v. 19. Juni 1954, S. 1); der *Bayerische Landkreistag*, der ein Zusammenschluß der bayerischen Landkreise „aus freiem Willen“ und zugleich eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 1 der Satzung v. 26. April 1989 (StAnz Nr.28) ist und aus dem 1919 gegründeten, 1933 aufgelösten „Landesverband bayerischer Bezirke“, 1947 als „Landesverband der bayerischen Landkreise“ wiedergegründeten Zusammenschluß hervorging und seit der oben genannten Satzung seine neue Bezeichnung trägt; der *Bayerische Bauernverband*, der 1945 durch „freien Zusammenschluß der gesamten bäuerlichen Bevölkerung innerhalb Bayerns einschließlich der Landfrauen und der bäuerlichen Jugend“ (§ 2 der Satzung) gegründet wurde und durch Beschluß der Bayerischen Staatsregierung v. 29. November 1945 den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erhielt; er hat allerdings per Verordnung Nr. 106 des Bayerischen Ministerpräsidenten vom 29. Oktober 1946 die Aufgabe erhalten: „Der Bayerische Bauernverband nimmt als Berufsorganisation der bayerischen Landwirtschaft hiernach aufklärende und beratende Aufgaben wahr, die die Förderung der gesamten Landwirtschaft auf fachlichem, beruflichem und wirtschaftlichem Gebiet zum Gegenstand haben. Zur Landwirtschaft gehört im Sinne dieser Verordnung auch die Forstwirtschaft in den Privat-, Gemeinde-, Stiftungs- und Körperschaftswaldungen und der Gartenbau“; der *Bayerische Jugendring*, der 1947 gegründet wurde. – Die *Landesgewerbeanstalt* ist ebenfalls, und zwar seit 1916, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 1 der Satzung, Bayerischer Staatsanzeiger Nr. 35 vom 1. September 2000). In § 2 wird ihre Aufgabe formuliert: „Die LGA dient der Wirtschaft, dem Verbraucher und der öffentlichen Verwaltung in technischer, wirtschaftlicher und gestalterischer Hinsicht.“ Mitglieder sind natürliche und juristische Personen des Privatrechts (§ 6 der Satzung). Sie wählen den „Aufsichtsrat“ (§§ 12 der Satzung) Sie untersteht der Staatsaufsicht (§ 22 der Satzung) – Auch die *Monumenta Germaniae Historica* sind seit 1963 „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ aus Anerkennung der Bedeutung, die sie zuvor als private, ursprünglich 1819 vom Freiherrn vom Stein gegründete Gesellschaft erlangt hatten. Hoheitsbefugnisse wurden auch ihnen nicht verliehen. Zu ihrer Geschichte: *Grundmann* 1969.

846 *Mronz* 1973, S. 165 ff.; *Knöpfle* 1987, S. 97 f.; *Di Fabio* 1999b, S. 449 ff.

847 *BVerfGE* 6, S. 257 ff. (260); *Mronz* 1973, S. 170.

848 Das war nicht unproblematisch, weil der Bayerische Ministerpräsident die Hoheitsbefugnis dazu in diesem Moment noch gar nicht besaß. Der *BayVerfGH* (E 15, S. 22 ff. [26]) ging aber 1962 davon aus, das das BRK diesen Status jedenfalls durch zwischenzeitliche Verfügungen des Ministerpräsidenten nach Verleihung der erforderlichen Organisationsgewalt erhalten habe. Anders daher *Renck* 1987, S. 546, Fn. 4.

Mit der Anerkennung bekamen dann aber auch wieder die überkommenen wissenschaftlichen Kontroversen Bedeutung, wie dieser öffentlich-rechtliche Status rechtlich zu bewerten sei.<sup>849</sup> Grund der Kontroverse sind neben dem gesellschaftlichen Ursprung des Bayerischen Roten Kreuzes weitere Anomalien gegenüber anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Während das Bayerische Rote Kreuz Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllt,<sup>850</sup> stehen ihm dabei jedoch keine hoheitlichen Befugnisse zu Gebote.<sup>851</sup> Längere Zeit bestand die Besonderheit, daß seine Satzungen keinen rechtsnormativen Charakter i.S.v. Art. 98 S. 4 LV Bay besitzen sollten.<sup>852</sup> Das Gesetz über die Rechtsstellung des Bayerischen Roten Kreuzes vom 16. Juli 1986 hat diesen Zustand rückwirkend bis zur Anerkennung des BRK durch den Ministerpräsidenten geändert und den seither erlassenen Rechtsakten Rechtswirksamkeit verliehen (heute § 5 II BRK-G).<sup>853</sup> Es bekräftigt auch die Eigenschaft des BRK als Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 1 S. 1 BRK-G), mißt ihm Selbstverwaltung zu (§ 1 S. 2 BRK-G) und erlegt ihm Aufgaben im Zivil- und Katastrophenschutz sowie im Gesundheits- und Wohlfahrtswesen auf (§ 2 S. 2 BRK-G).

Nachdem es bei einer rechtlich selbständigen GmbH des BRK zu Unregelmäßigkeiten gekommen war, wurde eine Gesetzesänderung mit dem Ziel einer stärkeren aufsichtsrechtlichen Anbindung eingeleitet.<sup>854</sup> Ein erster Entwurf, der die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Rechtsaufsicht der Gemeinden (§§ 11–113 GO Bay) entsprechend anwenden wollte, wurde verworfen. Statt dessen sieht die jetzige Fassung eine spezielle Rechtsaufsicht des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vor (Art. 3 BRK-G). Danach besteht eine Unterrichtsbefugnis des Ministeriums mit dem Recht, Berichte und Akten anzufordern (Art. 3 II, S. 1 u. 2 BRK-G). Das Ministerium ist ferner zur Teilnahme an den Gremiensitzungen des BRK berechtigt und hat dort ein Rederecht (Art. 3 II, S. 3 BRK-G). Ihm kommt ferner ein Beanstandungsrecht zu (Art. 3 III BRK-G). Die Satzung muß durch das Staatsministerium genehmigt werden. Das Ministerium kann jedoch nur die zur Herstellung rechtmäßiger Zustände notwendigen Maßnahmen bzw. deren Unterlassen verlangen, besitzt aber kein Recht der Ersatzvornahme oder weitergehende Befugnisse zur Durchsetzung seiner Aufsichtsmaßnahmen. Insgesamt ist die Aufsicht beschränkt durch das Selbstverständnis des BRK, wie es in der Präambel der

---

849 Zur älteren Diskussion etwa *Weber* 1943, S. 53 f.; *Köttgen* (1939, S. 23 f.) meinte, daß die mit dem Gesetz von 1937 gewählte privatrechtliche Form des Deutschen Roten Kreuzes nur gewählt worden sei, um dem Kriterium „freiwillige Hilfsgesellschaft“ des Genfer Abkommens von 1929 Rechnung zu tragen, obwohl in der Sache öffentliche Aufgaben wahrgenommen würden. *Weber* hielt dem zu Recht entgegen, das sich das Moment der Freiwilligkeit auch in der Form der Körperschaft des öffentlichen Rechts realisieren lasse (*Weber* 1943, S. 54); zur neueren *Knöpfle* 1987, S. 97 ff.

850 Kritisch *Renck* 1987, S. 564: „keine Verwaltungsaufgaben“. Das *BayObLG* (NZBau 2003, S. 348) hat aber den Charakter der Ziele des Bayerischen Roten Kreuzes als „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art“ im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB bejaht.

851 *Knöpfle* 1987, S. 97.

852 *BayVerfGE* 15, S. 22 ff. – ohne deutlich zu machen, welcher Rechtscharakter ihnen statt dessen zukommen sollte; dagegen auch *Knöpfle* 1987, S. 116 f.

853 Freilich bestand das Problem weiter, daß keiner der Satzungsbeschlüsse seit 1945 bis zum Inkrafttreten des Gesetzes veröffentlicht worden waren und auch mit dem Gesetz nicht veröffentlicht wurden (*Renck* 1987, S. 546). Heute werden aber die Satzungen im Bayerischen Staatsanzeiger veröffentlicht, § 4 II BRK-G.

854 *Di Fabio* 1999b, S. 449 ff.

Statuten des Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung niedergelegt ist (Art. 3 IV BRK-G). Außerdem kann die Ausübung der rechtsaufsichtsrechtlichen Befugnisse durch eine im Staatsanzeiger zu veröffentlichende Vereinbarung mit zwischen Ministerium und Rotem Kreuz näher geregelt werden. (Art. 3 V BRK-G). Die Regeln über die Rechtsaufsicht weisen damit einige Besonderheiten auf. Dazu gehört weniger die Möglichkeit kooperativer Rechtsaufsicht,<sup>855</sup> obwohl sie gegenüber anderen kooperativen Formen sehr stark ausgeprägt und formalisiert ist. Auffällig ist die Nichtübernahme der Regeln über die Kommunalaufsicht, das Fehlen der Ersatzvornahme oder weitergehender Aufsichtsbefugnisse und die starke Berücksichtigung des Selbstverständnisses. Doch geht sie auch mit diesen Beschränkungen über den Umfang einer Wirtschaftsaufsicht über private Unternehmen hinaus.<sup>856</sup> Wenn es sich beim BRK materiell um einen gesellschaftlichen Verband handelte, dem nur mit dem Körperschaftsstatus nur ein öffentlich-rechtlicher Mantel<sup>857</sup> umgehängt worden wäre,<sup>858</sup> dann stellte sich die Frage, ob eine derart intensive Aufsicht nicht gegen die Grundrechte der Art. 9 I, 13 II S. 1 GG und Art. 114 u. 101 LV Bay verstoßen.

Daß Körperschaften des öffentlichen Rechts aus einem freien, gesellschaftlichen Zusammenschluß hervorgehen können, ist nichts Ungewöhnliches und beeinträchtigt die rechtliche Qualifikation ihres Status nicht.<sup>859</sup> Auf diese Weise können etwa Innungen aus freiwilligen Zusammenschlüssen hervorgehen. Ungewöhnlicher ist schon das Fehlen hoheitlicher Befugnisse.<sup>860</sup> Entscheidend für ihren öffentlich-rechtlichen Status ist jedoch ihre öffentliche Anerkennung. Diese ist ihnen aber – läßt man die Unsicherheiten über den genauen Moment und ob zwischenzeitliches Verhalten der Bayerischen Staatsregierung diese Wirkung haben konnte außer acht – aber spätestens mit dem Gesetz von 1986 zuteil geworden.<sup>861</sup> Die Grundrechtsfähigkeit der Körperschaft ist nach dem oben Ausgeführten ebenfalls keine Anomalie, die die Bildung einer eigenen Organisationskategorie rechtfertigen würde. Der Voraussetzung für eine Anerkennung als „freiwillige Hilfsgesellschaft“ nach dem Genfer Übereinkommen von 1929 entsprechend, besteht eine freiwillige Mitgliedschaft (§ 8 der BRK-Satzung v. 21. Juli 2001), die ebenfalls bei Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht der Normalfall, aber auch nicht ausgeschlossen ist. Die Finanzierung erfolgt allerdings nicht überwiegend öffentlich-rechtlich.<sup>862</sup> Auffällig ist aber, daß die im Gesetz dem BRK und in der Satzung näher bezeichneten Aufgaben zwar im öffentlichen Interesse bestehen, daß aber die Satzung ausdrücklich

855 vgl. zum „Kooperationsprinzip als Leitprinzip der Staatsaufsicht“ ausführlich *Kahl* 2000, S. 518 ff.

856 Zu dieser *Badura* 2003, Rn. 74 ff.; *Schmidt* 1990, S. 338 ff.; *Stober* 2006, S. 240 ff.

857 Der Körperschaftsbegriff wird bei den Religionsgemeinschaften überwiegend als „Mantelbegriff“ aufgefaßt, *BVerfGE* 102, S. 370 ff. (388) – Zeugen Jehovas; *Kirchhof* 1994, S. 670; zum Streit, wie formal der Begriff dort zu verstehen sei, *Bohl* 2001, S. 43 ff.

858 So *Di Fabio* 1999b, S. 450: „Janusköpfigkeit“; auch *Knöpfle* 1987, S. 98.

859 *Knöpfle* 1987, S. 108: Die Erhebung des freiwilligen Verbandes zur Körperschaft des öffentlichen Rechts ist Ausdruck der Anerkennung der Bedeutung der von ihm erfüllten öffentlichen Aufgaben. Als problematisch sieht dies *Di Fabio* (1999b, S. 449) an.

860 *Hsu* 2004, S. 12 f. hält sie wegen des Fehlens der hoheitlichen Befugnisse zu Unrecht nicht für eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.

861 Die zunächst fehlende gesetzliche Grundlage war auch insofern unproblematisch, als dem Verband keine Hoheitsbefugnisse zugewiesen wurden, *Knöpfle* 1987, S. 103 f.

862 *BayOblGNZBau* 2003, S. 349; zur Finanzkontrolle: *Knöpfle* 1987, S. 114 f.



davon spricht, daß *sich* „das Bayerische Rote Kreuz . aufgrund seines Selbstverständnisses und seiner Möglichkeiten folgende Aufgaben“ stellt. Wäre hierin eine freiwillige Zielsetzung zu sehen, so handelte es sich bei den im Allgemeininteresse bestehenden Zielen nicht um öffentliche Aufgaben nach der oben vorgenommenen Definition, für die staatliche Auferlegung oder doch Anerkennung ausschlaggebend war. Freiwillig handeln zahlreiche private Organisationen im Interesse des Gemeinwohls.<sup>863</sup> Unbeschadet der Formulierung „stellt sich . folgende Aufgaben“ in § 2 I S. 1 der BRK-Satzung, ist aber doch festzustellen, daß sich diese Aufgaben sämtlich unter die Oberbegriffe der in Art. 2 BRK-G gestellten Aufgaben subsumieren lassen.<sup>864</sup> Die Formulierung der Satzung betont somit die besondere Bedeutung der Selbstverwaltung und Eigenverantwortlichkeit, macht aber die staatliche Aufgabenstellung nicht zu einer freiwilligen Zielsetzung.

Demgemäß handelt es sich beim BRK nicht nur dem Namen nach, sondern auch in der Sache um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit freiwilliger Mitgliedschaft, die einer dem freiheitlichen Charakter des Verbandes entsprechende Rechtsaufsicht besitzt, die aber eine echte Staatsaufsicht und keine Wirtschaftsaufsicht darstellt. Die Staatsaufsicht als solche „schlägt sie dem Staat“ aber nicht zu.<sup>865</sup> Es wird später noch zu zeigen sein, daß die Hauptfunktion der Staatsaufsicht die Erhaltung der Selbständigkeit der Körperschaft in ihren gesetzlichen Grenzen ist. Die verfassungsrechtliche oder gesetzliche Verleihung von Selbstverwaltung ist Grund und Maß der Staatsaufsicht. Der Umfang der Selbstverwaltung setzt der Aufsicht Grenzen. Entsprechend war die Rechtsaufsicht hier zu beschränken und um kooperative Momente zu ergänzen. Wenn damit auf die Besonderheiten des BRK und der anderen freiwilligen bayerischen Verbände hingewiesen werden soll, mag insofern am Begriff einer „nur-formellen“ Körperschaft des öffentlichen Rechts festgehalten werden. Eine besondere Kategorie von Körperschaften neben den verwaltungsrechtlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts kann der Ausdruck jedoch nicht bezeichnen.

## 2. Die Religionsgemeinschaften

Anders steht es nun aber mit den Religionsgemeinschaften (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V S. 2 WRV). Tragender Grund für die Verleihung des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften ist die Religionsfreiheit, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und das Verbot der Staatskirche.<sup>866</sup> Der Religionsfreiheit soll durch die Körperschaft ein institutioneller Ort zur Verfügung gestellt werden. Dieses Fundament gibt ihnen von vornherein eine eigentümliche Zielsetzung. Das bedeutet aber nicht, daß sie nicht zahlreiche Eigenschaften gibt, die sie mit anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts teilen. Gewiß teilen die Kirchen wesentliche Merkmale mit dem Staat: Sie gehen nicht aus der Privatautonomie hervor, sind Verwaltungsgemeinschaften mit entsprechenden Organisationsstrukturen und

<sup>863</sup> Kirste 2002, S. 363 ff.

<sup>864</sup> BayObLG NZBau 2003, S. 349.

<sup>865</sup> Anders aber *Di Fabio* 1999b, S. 452.

<sup>866</sup> *Hollerbach* 1969, S. 51; *ders.* 1989, § 138 Rn. 126; *Heinig* 2003, S. 176 f.

Handlungsformen;<sup>867</sup> geprägt ist dies jedoch durch die Selbstorganisation der Religionsfreiheit durch die Mitglieder. Dieses Moment ist es auch, was das historische „Herauswachsen“ (Liermann)<sup>868</sup> der Kirchen aus dem landesherrlichen Staatskirchentum von der Verselbständigung der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung unterscheidet. Grund der Loslösung vom Staat ist bei den Kirchen die Selbstorganisation der Religionsfreiheit; bei den Selbstverwaltungskörperschaften ist es hingegen die sachgerechte Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, bei der die Grundrechte dann zur Binnendifferenzierung durch den Einfluß der Mitglieder auf die wesentlichen Entscheidungen der Körperschaft beitragen.

#### a. Verleihung des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften und Entzug

Die Religionsgemeinschaften erlangen ihren Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts auf Antrag bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen durch staatliche Verleihung (Art. 140 GG i. V. m. 137 V S. 2 WRV). Der Status ist mithin wie bei anderen Körperschaften auch von einem staatlichen Organisationsakt abhängig.<sup>869</sup> Streit bestand bis zur Zeugen Jehovas-Entscheidung des BVerfG über die Voraussetzungen, unter denen die Verleihung möglich ist.<sup>870</sup> Abgesehen von der geschriebenen Voraussetzung, daß die Religionsgemeinschaft eine „Gewähr der Dauer“ bieten mußte, wurden hier sehr anspruchsvolle Kriterien genannt, wie etwa eine gewisse „Dignität“ und „Verleihungswürdigkeit“ bis hin zu Rechtstreue und „Staatsloyalität“.<sup>871</sup> Die Berechtigung der Annahme dieser weiteren Voraussetzungen wurde begründet mit dem Prestigegewinn dieses Status, den Vorrechten und die gesuchte Staatsnähe, die er zur Folge hat.<sup>872</sup> Das BVerfG hat diese weitergehenden Anforderungen zurückgewiesen und einzig das Kriterium der Rechtstreue als ungeschriebene Verleihungsvoraussetzung angenommen. Die Verleihung ist im übrigen an die Grundsätze der weltanschaulichen Neutralität des Staates und der Gleichbehandlung (Parität) gebunden.<sup>873</sup> Auch bei der rechtlichen Bindung der Religionsgemeinschaften zeigt sich also die besondere Stellung dieser Körperschaften: Ihr Maßstab sind nicht die gesetzlich ausbuchstabierten öffentlichen Aufgaben, sondern nur die Nichtgefährdung „fundamentaler Verfassungsprinzipien“, der

867 Hollerbach 1969, S. 56 f.

868 Liermann: Deutsches Evangelisches Kirchenrecht, 1933: „Die Kirchen sind nicht Geschöpfe des Staates, sondern sind, ihren eigenen Wert in sich tragend, aus ihm herausgewachsen“, zit. nach Winter 2001, S. 136.

869 Lindner 2002, S. 45 f.

870 BVerfGE 102, S. 370 ff.

871 So das BVerwG NJW 1997, S. 2396 (2397); dazu, zu den Vorinstanzen und zum Verwaltungsverfahren über die Verleihung des Körperschaftsstatus an die Zeugen Jehovas eingehend Bohl 2001, S. 16 ff. u. 118 ff; kritisch zum BVerwG Huster 1998, S. 2396; Heinig/Morlock 1999, S. 697 ff.

872 BVerwG DVBl. 1997, S. 1241: „Ebenso wie der Staat sich mit der Gewährung des Kooperationsstatus nicht in die Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften einmischet, sondern im Gegenteil deren Eigenständigkeit stützt und fördert, kann umgekehrt von der Religionsgemeinschaft, die mit ihrem Antrag nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV die Nähe zum Staat sucht und dessen spezifische rechtliche Gestaltungsformen und Machtmittel für ihre Zwecke in Anspruch nehmen will, erwartet werden, daß sie die Grundlagen der staatlichen Existenz nicht prinzipiell in Frage stellt.“

873 2001, S. 11.

„Grundrechte Dritter“, sowie der „Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts des Grundgesetzes“. <sup>874</sup>

Ein Verband erwirbt damit den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts im staatskirchenrechtlichen Sinn, wenn er (1.) einen entsprechenden Antrag stellt, er (2.) überhaupt eine Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaft darstellt, (3.) seiner Struktur nach eine gewisse Gewähr der Dauer bietet und (4.) das Kriterium der Rechtstreue erfüllt. Liegen diese Voraussetzungen vor, besteht ein Anspruch auf die Verleihung des Status. <sup>875</sup> Die Verleihung erfolgt nach Bundesländern unterschieden durch Beschluß der Landesregierung, des Kultusministers, aber auch durch Rechtsverordnung oder sogar durch Parlamentsgesetz. <sup>876</sup> Dem Verleihungsakt kommt eine Wirkung im ganzen Bundesgebiet zu. <sup>877</sup> Die Entstehung von Zusammenschlüssen von Religionskörperschaften als Verbänden richtet sich nach der nicht unproblematischen Regelung des Art. 140 GG i. V. m. 137 V 3 WRV). <sup>878</sup>

(1.) Der dienenden Funktion des Körperschaftsstatus für die Verwirklichung der Religionsfreiheit entsprechend, kann der Status nur auf Antrag erworben und nicht von Amts wegen verliehen werden. Dies wäre mit der negativen Religionsfreiheit gem. Art. 4 I u. II GG unvereinbar. <sup>879</sup> Daraus folgt im übrigen auch, daß die Religionskörperschaft nicht als Körperschaft mit Zwangsmitgliedschaft entstehen oder weiterbestehen kann. <sup>880</sup> (2.) Der beantragende Verband muß eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft darstellen. Religionsgemeinschaft oder -gesellschaft kann bestimmt werden als „Verband ..., der die Angehörigen ein und desselben Glaubensbekenntnisses oder mehrerer Glaubensbekenntnisse zu allseitiger Erfüllung der durch das gemeinsame Bekenntnis gestellten Aufgabe zusammenfaßt“. <sup>881</sup> Bei der Bestimmung des Begriffs der Religionsgemeinschaft ist das Selbstverständnis zu berücksichtigen. <sup>882</sup> (3.) Die von Art. 140 GG i. V. m. 137 V S. 2 WRV geforderte „Gewähr der Dauer“ liegt nach dem BVerfG vor, wenn die Religionsgemeinschaft „durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die prognostische Einschätzung stützen, daß sie auch in Zukunft dauerhaft bestehen wird“. <sup>883</sup> Dabei wird im Interesse einer verlässlichen Prognosebasis der Begriff der „Verfassung“ weit ausgelegt, so daß ihre Verfaßtheit im Sinne des „tatsächlichen Gesamtzustandes der Gemeinschaft“ eine aussagefähige Grundlage für die

874 BVerfGE 102, S. 370 ff. (S. 392).

875 Kirchhof 1994, S. 680; Lindner 2002, S. 86; Bohl 2001, S. 39.

876 Kirchhof 1994, S. 687; Lindner 2002, S. 88 und Bohl 2001, S. 85 ff. zu weiteren Einzelheiten von Form und Verfahren.

877 v. Mangoldt/Klein/Starck-von Campenhausen, Art. 140/Art. 137 WRV, Rn. 233; Kirchhof 1994, S. 687.

878 Zu den Voraussetzungen im einzelnen Lindner 2002, S. 90 ff.

879 BVerfGE 30, S. 415 ff. (423) – Mitgliedschaftsrecht.

880 Hollerbach 1989, § 139 Rn. 33; Lindner 2002, S. 51.

881 BVerwG NVwZ 1996, S. 61 f.; zum Begriff vgl. auch Heinig 2003, S. 65 f. u. 320; Bohl 2001, S. 23.

882 BVerfGE 24, S. 236 ff. (247).

883 BVerfGE 102, S. 370 ff. (384) – Zeugen Jehovas. Vgl. auch Kirchhof 1994, S. 684 f.; Morlok/Heinig 1999, S. 699: „Die Dauerhaftigkeit einer Religionsgesellschaft wurde in die Weimarer Reichsverfassung als Verleihungsvoraussetzung aufgenommen, um kurzzeitig in Erscheinung tretenden religiösen Bewegungen einen Anspruch auf den Korporationsstatus zu verwehren.“

Beurteilung ihrer Fortdauer abgeben kann.<sup>884</sup> Indizien dafür sind etwa die Dauer ihres Bestehens, die Intensität des religiösen Lebens und die Solidität der Finanzausstattung.<sup>885</sup> Die Mitgliederzahl muß ebenfalls die Prognose der Dauerhaftigkeit stützen.<sup>886, 887</sup> Eher als Skurrilität zu verbuchen ist in diesem Zusammenhang die Auffassung K. Müllers, die Zeugen Jehovas böten wegen ihrer „extrem-eschatologischen Theologie“ nicht die erforderliche Gewähr der Dauer.<sup>888</sup> (4.) Schon von privatrechtlichen Religionsgesellschaften kann aufgrund von Art. 9 II GG ein Mindestmaß an Rechtstreue verlangt werden.<sup>889</sup> Angesichts der besonderen Vorrechte, die die Religionsgemeinschaft als Körperschaft genießt, erschiene es problematisch, dies nicht auch von ihnen zu verlangen.<sup>890</sup> Da der Wortlaut des Art. 137 V 2 WRV dies auch nicht ausschließt, kann ein gewisses Maß an Rechtstreue zur Voraussetzung der Verleihung gemacht werden.<sup>891</sup> Ihrem Charakter als gesellschaftlich entstandene Vereinigungen entsprechend, kann jedoch auch für die Erlangung des öffentlich-rechtlichen Status der Körperschaft nicht generell die Einhaltung einer strikten Rechtsbindung i.S.v. von Art. 20 III GG zur Voraussetzung der Verleihung gemacht werden, sondern nur insoweit sie auch tatsächlich hoheitliche Gewalt ausübt.<sup>892</sup> Außerhalb dieses Bereichs wird aber im Rahmen von Art. 9 II GG wie von privatrechtlichen Vereinigungen Rechtstreue verlangt. Dafür reicht es jedoch aus, daß „die Religionsgemeinschaft im Grundsatz bereit ist, Recht und Gesetz zu achten und sich in die verfassungsmäßige Ordnung einzufügen“.<sup>893</sup> Zur Erfüllung dieser Voraussetzungen kommt es mithin nicht auf die Beachtung der Gesetze in jedem Einzelfall an.<sup>894</sup> Jedenfalls muß sie aber die Gewähr dafür bieten, daß sie sich an die Verfassungsprinzipien des Art. 79 III GG, die Grundrechte Dritter, sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts des Grundgesetzes halten wird. Die lange Zeit umstrittene Forderung nach einer „Staatsloyalität“ der Religionsgemeinschaft als Voraussetzung der Erlangung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts hat das BVerfG

884 *BVerfGE* 102, S. 370 ff. (384) – Zeugen Jehovas. Zur Dogmengeschichte des Begriffs: *Bohl* 2001, S. 27 f.; systematisch: *Heinig* 2003, S. 322 f.

885 *Lindner* 2002, S. 53 f.; *Bohl* 2001, S. 27 ff.

886 Die Bundesländer orientieren sich bei ihrer Verleihungspraxis daran, ob die Mitgliederzahl ein Tausendstel der Einwohnerzahl in dem jeweiligen Bundesland erreicht hat, ohne diesem Kriterium aber abschließende Bedeutung beizumessen, *Bohl* 2001, S. 35 f.

887 Zur letztlich zu verneinenden Frage, ob angesichts des religiös bedingten geringen Organisationsgrades der Muslime in Deutschland für diese eine Ausnahme von der hinreichenden Mitgliederzahl des Verbandes zu machen ist, *Lindner* 2002, S. 57 ff.

888 1952/53, S. 158. Selbst wenn diese Annahme inhaltlich zutreffend wäre, könnte der Staat aufgrund seiner Neutralitätspflicht auf diese inhaltliche Bewertung der Religion keine Versagung der Verleihung stützen. Zu ihr auch *Bohl* 2001, S. 37.

889 *BVerfGE* 102, S. 370 ff. (389) – Zeugen Jehovas; ablehnend zuvor *Morlok/Heinig* 1999, S. 704.

890 „Es wäre auch nicht einsichtig, daß Vereinigungen, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, insoweit weniger festen Bindungen unterliegen sollten als private Vereinigungen.“ *BVerfGE* 102, S. 370 ff. (389) – Zeugen Jehovas.

891 Kritisch demgegenüber *Heinig* 2003, S. 328 ff.

892 *BVerfGE* 102, S. 370 ff. (390) – Zeugen Jehovas: „Sie muß die Gewähr dafür bieten, daß sie das geltende Recht beachten, insbesondere die ihr übertragene Hoheitsgewalt nur in Einklang mit den verfassungsrechtlichen und den sonstigen gesetzlichen Bindungen ausüben wird.“

893 *BVerfGE* 102, S. 370 ff. (392) – Zeugen Jehovas

894 *Kirchhof* 1994, S. 683; *Lindner* 2002, S. 73.

zu Recht zurückgewiesen.<sup>895</sup> Hier wäre die Grenze des Normprogramms ebenso überschritten wie bei weiteren genannten Kriterien, etwa der „Anerkennungswürdigkeit“ und der „Dignität“.<sup>896</sup> Einmal abgesehen von der Unbestimmtheit dieser Begriffe, würde die Anlegung dieser Kriterien schließlich bewirken, daß die Religionsgemeinschaften, obwohl sie auch als Körperschaften des öffentlichen Rechts durch die Grundrechte geschützt sind, ihr Verhalten an den Interessen des Staates orientieren müßten.<sup>897</sup> Das wäre aber gegenüber dem Verbot der Staatskirche (Art. 140 GG i. V. m. 137 I WRV) nicht zu rechtfertigen<sup>898</sup> und vor dem Hintergrund der Dienstfunktion<sup>899</sup> des öffentlich-rechtlichen Status zur Erleichterung und Entfaltung der Religionsfreiheit problematisch.<sup>900</sup>

Mit der Erlangung des Körperschaftsstatus erhalten die Kirchen eine Reihe von Vorrechten gegenüber nichtkorporierten Religionsgemeinschaften: Sie erwerben das Recht zur Erhebung von Kirchensteuern (Art. 140 i.V.m. Art. 137 VI WRV), die Dienstherrenfähigkeit,<sup>901</sup> die Organisationsgewalt, das Recht, eigene Vermögensgegenstände zu *res sacrae* zu erheben,<sup>902</sup> das Parochialrecht,<sup>903</sup> die Insolvenzunfähigkeit und das sog. „Privilegienbündel“ und einige weitere Vergünstigungen.<sup>904</sup> Gerade diese Rechte zeigen, wie der Körperschaftsstatus ein Mittel zur Erleichterung und Entfaltung der Religionsfreiheit darstellt.<sup>905</sup>

Die Auflösung von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts vollzieht sich bei freiwilligem Erlöschen der Religionsgemeinschaft anders als bei der Auflösung von verwaltungsrechtlichen Körperschaften nicht durch einen staatlichen Hoheitsakt.<sup>906</sup> Mit der Funktion der Organisationsform der Körperschaft im Dienste der Religionsfreiheit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn die Religionsgemeinschaft in dieser Form weitergeführt würde, obwohl sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann und soll.<sup>907</sup> Lindner hat daher vorgeschlagen, die vereinsrecht-

---

895 Zum Streit *Lindner* 2002, S. 76 ff.; *BVerfGE* 102, S. 370 ff. (395) – Zeugen Jehovas.

896 Jeand'Heur/Korioth 2000, Rn. 235.

897 *Lindner* 2002, S. 79 f.

898 Bei einer solchen Bindung würden die Religionsgemeinschaften zu „Quasi-Staatskirchen“, *Robbers* 1999, S. 417.

899 *Hollerbach* 1988, § 138 Rn. 130.

900 *Morlok/Heinig* 1999, S. 700 f. Wie staatsnah sie sein will, ob sie demokratisch strukturiert sein will etc., ist eine Frage ihres Selbstverständnisses.

901 Zu diesen *Kirchhof* 1994, S. 670 ff.; sowie die zu seiner Realisierung erforderlich Disziplinargewalt und das Vereidigungsrecht, v. Mangoldt/Klein/Starck-von *Campanhausen*, Art. 140/Art. 137 WRV, Rn. 243 ff.

902 *Hollerbach* 1989, § 138 Rn. 133 f.; *Kirchhof* 1994, S. 672; *Lindner* 2002, S. 29; *Bohl* 2001, S. 56.

903 Das Recht also, die Zugehörigkeit eines Bekenntnisangehörigen mit Zuzug in die neue Gemeinde automatisch zu begründen, *Kirchhof* 1994, S. 671.

904 Zum „Privilegienbündel“ gehören: Die Befreiung von einzelnen Steuern, Kosten und Gebühren und das Recht zur Beteiligung an öffentlichen Planungsverfahren und in öffentlich-rechtlichen Gremien, Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe, besonderer Enteignungsschutz und Schutz durch besondere Strafnormen. *Heinig* 2003, S. 281 ff.; *Hollerbach* 1989, § 138 Rn. 130; *Kirchhof* 1994, S. 651 ff.; zum Ganzen auch *Bohl* 2001, S. 57 ff.; *Lindner* 2002, S. 28 f.

905 *BVerfGE* 102, S. 370 ff. (393) – Zeugen Jehovas: „Der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ist ein Mittel zur Erleichterung und Entfaltung der Religionsfreiheit. Für die korporierten Religionsgemeinschaften begründet er eine bevorzugte Rechtsstellung.“ Vgl. auch *Morlok/Heinig* 1999, S. 700 f.

906 *Lindner* 2002, S. 101 ff.; aus Gründen der Rechtssicherheit für einen staatlichen *actus contrarius* dagegen *Heinig* 2003, S. 357 ff.

907 *Bohl* 2001, S. 97 ff.; *Lindner* 2002, S. 106.

lichen Grundsätze entsprechend heranzuziehen.<sup>908</sup> Die Auflösung der Religionskörperschaft gegen den Willen der Mitglieder stellt hingegen einen Eingriff in die Religionsfreiheit dar, der wegen der speziellen Regelung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V S. 1 WRV für die altkorporierten Religionsgemeinschaften nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.<sup>909</sup> Bei neukorporierten bedarf sie einer gesetzlichen Grundlage und kann nur erfolgen, wenn die Verleihung rechtswidrig war, die Verleihungsvoraussetzungen nachträglich entfallen sind oder die Religionsgemeinschaft verboten worden ist und die Entziehung des Körperschaftsstatus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.<sup>910</sup> Anders als bei den freiwillig gebildeten Handwerksinnungen (§ 77 HwO) und den Kreishandwerkerschaften (§ 89 I Nr. 5 i.V.m. § 77 I HwO) führt die Insolvenz nicht zum Verlust des Körperschaftsstatus. Die hierfür erforderliche Annahme der Insolvenzfähigkeit würde bedeuten, daß mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Beschränkung der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnisse eintreten und diese Rechte auf den staatlichen Insolvenzverwalter übergehen würden. Das aber wäre mit der Religionsfreiheit nicht zu vereinbaren.<sup>911</sup>

### *b. Der Status der körperschaftlich verfaßten Religionsgemeinschaften*

Die Religionsgemeinschaften unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Körperschaftsstruktur sowohl in bezug auf ihre rechtliche Ausstattung, ihre Binnenstruktur, als auch in bezug auf ihr Verhältnis zur gesellschaftlichen und staatlichen Umwelt erheblich von den verwaltungsrechtlichen Körperschaften. Einige Aspekte:

Wie aus dem Vorstehenden deutlich geworden ist, ist der Körperschaftsstatus für Religionsgemeinschaften nicht die Form, um aufgrund einer mitgliedschaftlichen Binnenstruktur öffentliche Aufgaben wahrzunehmen. Er dient vielmehr der Realisierung der Religionsfreiheit. Das schließt nicht aus, daß die Betätigung der Religionskörperschaften zugleich im öffentlichen Interesse liegt und daß der Status Ausdruck der öffentlichen Anerkennung dieser Bedeutung ist.<sup>912</sup> Primäre Funktion ist es aber nicht, vom Staat auferlegte Aufgaben zu erfüllen, sondern ggf.,

908 Lindner 2002, S. 108 ff.; Art. 140 GG i.V.m. 137 I WRV steht dem, worauf Lindner zutreffend hinweist (2002, S. 114), auch in bezug auf die altkorporierten Körperschaften nicht entgegen, wenn gewissermaßen das Substrat erloschen ist, da diese Bestimmung zwar gegenüber der zwangsweisen Entziehung des Körperschaftsstatus schützt, nicht aber dagegen, daß der Staat aus dem ohne seine Mitwirkung eingetretenen, vermeidbaren Erlöschen der Körperschaft die notwendigen rechtlichen Konsequenzen zieht.

909 Bohl 2001, S. 102 ff.

910 OVG Berlin NVwZ 1997, S. 396 ff. (397); v. Mangoldt/Klein/Starck-von Campenhausen, Art. 140/Art. 137 WRV, Rn. 234; Jeand'Heur/Korioth 2000, Rn. 239. Die Form der Entziehung entspricht dabei der vorgesehenen Form für die Verleihung des Status, Lindner 2002, S. 125.

911 Lindner 2002, S. 137 f. auch zu den weiteren Folgen des Untergangs einer Religionsgemeinschaft als Körperschaft. Ferner Heinig 2003, S. 297 ff.

912 Hollerbach (1969, S. 62) faßt diesen Zusammenhang ganz im Sinne des auch hier vertretenen Verständnisses des Öffentlichen zusammen, wenn er von einer „auch nach innen offenen Staatlichkeit“ spricht, „in welcher Öffentlichkeit und Staatlichkeit nicht mehr gleichgesetzt werden können. Hier wird den im Gemeinwesen lebendigen pluralen Kräften freier Raum zur vollen Entfaltung in der Öffentlichkeit gegeben. Sie werden an der Wahrnehmung öffentlicher, gemeinwohlbezogener Aufgaben beteiligt, sofern die Sache sie angeht und sie einen verantwortlichen und förderlichen Beitrag leisten können. In dieser offenen Staatlichkeit, deren Struktur jenseits der starren Dichotomie von Staat und Gesellschaft begründet ist, haben auch die Kirchen ihren Platz als Faktoren, als Potenzen des Öffentlichen. Sie werden wegen ihrer verfassungs-transzendenten Legitimation als etwas qualitativ anderes

wenn dies dem eigenen Selbstverständnis entspricht, freiwillig für das Gemeinwohl einzutreten.<sup>913</sup>

In ihrer Binnenstruktur sind die korporierten Religionsgemeinschaften aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts darin geschützt, sich ihrem Selbstverständnis und ihren kirchenrechtlichen Grundsätzen gemäß organisieren.<sup>914</sup> Von den verwaltungsrechtlichen Körperschaften unterscheiden sich die Religionskörperschaften auch dadurch, daß keine verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen Anforderungen an ihre Binnenstruktur bestehen.<sup>915</sup> Somit sind auch autokratische Religionskörperschaften möglich.<sup>916</sup>

Im Verhältnis zu ihrer staatlichen Umwelt ist besonders hervorzuheben, daß die körperschaftlich verfaßten Religionsgemeinschaften keiner allgemeinen Staatsaufsicht unterliegen, sondern nur in dem Umfang, in dem sie hoheitliche Befugnisse ausüben, einer Rechtsaufsicht unterstehen.<sup>917</sup> Eine Staatsaufsicht hinsichtlich ihrer inneren Angelegenheiten ist damit ausgeschlossen.<sup>918</sup>

Geht man von der zentralen Bedeutung der Ziele für die Identität der Organisation aus, ist die öffentlich-rechtliche Rechtsform in der Tat nur der organisatorische Mantel für die Realisierung der Religionsfreiheit der Religionsgemeinschaften. In ihrem Dienst steht die Körperschaftsform, von ihm her ist sie zu beurteilen: Ihre Aufgabe ist die Grundrechtsverwirklichung durch Organisation.<sup>919</sup> Von diesem Ziel her ist die besondere Form der Verleihung des Körperschaftsstatus, die von der Errichtung verwaltungsrechtlicher Körperschaften abweicht, zu verstehen; ebenso die Grundrechtsfähigkeit,<sup>920</sup> die abweichende Binnenstruktur und die fehlende Staatsaufsicht. Daher ist es entscheidend, daß mit dem Status nicht die Übertragung öffentlicher Aufgaben verbunden ist. Mangels öffentlicher Aufgabe und aufgrund der daraus entstehenden Folgen für die Abgrenzung zu ihrer Umwelt, durch die Möglichkeit einer nicht-mitgliedschaftlichen Binnenstruktur und das Verhältnis

---

anerkannt als intermediäre Gruppen und Interessenverbände.“ Vgl. auch *Hollerbach* 1989, § 138 Rn. 130; ausführlich zum Religion und Öffentlichkeit *Heinig* 2003, S. 203 ff. u. 274 f.

913 Vgl. auch *Kirste* 2002, S. 373 m.w.N. dazu in Fn. 216.

914 „In ihrem eigenen Bereich lebt die Kirche nicht nach öffentlichem Recht, sondern nach Kirchenrecht, es gilt ‚ecclesia vivit jure proprio‘, und somit ist ‚kirchliche Gewalt‘ nicht ‚öffentliche Gewalt‘“, *Hollerbach* 1969, S. 58; zur Organisationshoheit und auch zu vertraglich vereinbarten staatlichen Mitwirkungsbefugnissen eingehend *ders.* 1989, Rn. 11 ff.

915 *Bohl* 2001, S. 154 f.; *Robbers* 1999, S. 421.

916 *Robbers* 1999, S. 421; *BVerfGE* 102, S. 370 ff. (394) – Zeugen Jehovas. Das bedeutet allerdings nicht, daß zugleich auf das Merkmal der Mitgliedschaft verzichtet werden könnte. Dieses gehört vielmehr bereits konstitutiv zur Religionsgemeinschaft (*Heinig* 2003, S. 73). Nur ist kein Getragensein der Religionsgemeinschaft durch die Mitglieder erforderlich wie bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts. 917 *Jeand’Heur/Korioth* 2000, Rn. 221.

918 *BVerfGE* 18, S. 385 ff. (386) – Teilung einer Kirchengemeinde; 102, S. 370 ff. (388) – Zeugen Jehovas stg. Rspr.; v. Mangoldt/Klein/Starck-von *Campenhausen*, Art. 140/Art. 137 WRV, Rn. 223.

919 *Heinig* 2003, S. 265 f., der betont, daß aus dieser Funktion alleine der öffentlich-rechtliche Status der Körperschaft nicht abgeleitet werden kann.

920 *BVerfGE* 42, 312 ff. (322 f.): „Die Kirchen sind ungeachtet ihrer Anerkennung als Körperschaften des öffentlichen Rechts dem Staat in keiner Weise inkorporiert, also auch nicht im weitesten Sinn „staatsmittelbare“ Organisationen oder Verwaltungseinrichtungen. Ihre wesentlichen Aufgaben, Befugnisse, Zuständigkeiten sind originäre und nicht vom Staat abgeleitete (*BVerfGE* 18, 385 [386]; 19, 129 [133 f.]). Sie können also unbeschadet ihrer besonderen Qualität wie der Jedermann dem Staat „gegenüber“ stehen, eigene Rechte gegen den Staat geltend machen. Sie sind unter diesem Gesichtspunkt grundrechtsfähig.“ Dazu auch *Heinig* 2003, S. 277 ff.

zur Umwelt sind die körperschaftlich verfaßten Religionsgemeinschaften keine Körperschaften im verwaltungsrechtlichen Sinn. Das BVerfG hat wiederholt betont: „Die Eigenständigkeit der Kirchen wird nicht durch ihren Charakter als Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV) in Frage gestellt. Angesichts der religiösen und konfessionellen Neutralität des Staates nach dem Grundgesetz bedeutet diese zusammenfassende Kennzeichnung der Rechtsstellung der Kirchen keine Gleichstellung mit anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die in den Staat organisch eingegliederte Verbände sind, sondern nur die Zuerkennung eines öffentlichen Status, der sie zwar über die Religionsgesellschaften des Privatrechts erhebt, aber keiner besonderen Kirchenhoheit des Staates oder gesteigerten Staatsaufsicht unterwirft.“<sup>921</sup> Die Kirchen erhalten dadurch ein angemesseneres „weltliches Kleid“,<sup>922</sup> als wenn sie in privatrechtlicher Form organisiert wären,<sup>923</sup> eine Form, die anders als der Status der übrigen Körperschaften „die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Kirche vom Staat sowie ihre originäre Kirchengewalt bekräftigen“ soll.<sup>924</sup> Der Körperschaftsbegriff erhält damit in bezug auf die Religionsgemeinschaften einen spezifischen verfassungsrechtlichen Gehalt, wird zu einem verfassungsrechtlichen Begriff, der ihn deutlich von dem verwaltungsrechtlichen abhebt.<sup>925</sup> Inzwischen wird daher zu Recht durchweg von einem „Körperschaftsstatus sui generis“ gesprochen.<sup>926</sup>

Man mag dafür den allerdings etwas blassen Begriff der „nur-formellen“ Körperschaft verwenden.<sup>927</sup> Bläß ist er insofern, als er die Modifikationen, die diese Form im Fall der Religionsgemeinschaften erhält, nicht berücksichtigt; unschädlich aber, insofern dies bei der Verwendung des Ausdrucks bedacht wird.

## VII. Bildung und Errichtung der Körperschaft des öffentlichen Rechts: Zusammenfassung

Unter der Überschrift „Bildung und Errichtung“ wurden im vorstehenden Abschnitt die wichtigsten Elemente der Begründung der Körperschaft des öffentlichen Rechts als selbständige Verwaltungsorganisation untersucht. Ihre selbständige rechtliche Gestalt ist geprägt von ihrer Rechtsfähigkeit und den spezifischen Aufgaben, die sie wahrzunehmen hat.

Die Rechtsfähigkeit hat zunächst einen formalen Aspekt, der ihre Funktion betrifft: die Zurechnungsfähigkeit von Rechten und Rechtspflichten. Der Begriff der juristischen Person erwies sich bei näherer Untersuchung als weiterhin brauchbar, um die die Zurechnungsfähigkeit von Rechtssätzen und zwar bei juristischen

921 *BVerfGE* 18, S. 385 ff. (386 f.) – Teilung einer Kirchengemeinde; 30, S. 415 ff. (428) – Mitgliedschaftsrecht; 42, S. 312 ff (321) – Inkompatibilität/Kirchliches Amt; 53, S. 366 ff. (387) – Konfessionelle Krankenhäuser; 66, S. 1 ff. (19 f.) – Konkursausfallgeld.

922 *Hollerbach* 1989, § 138 Rn. 125 u. 131.

923 *Hollerbach* 1969, S. 55, der zu Recht hervorhebt, daß der privatrechtliche Status durch die öffentlich-rechtliche Korporierung unangetastet bleibt und lediglich erweitert wird (S. 57).

924 *BVerfGE* 30, S. 415 ff. (428) – Mitgliedschaftsrecht.

925 *Hollerbach* 1989, § 138 Rn. 132.

926 Nachweis bei *Heinig* 2003, S. 271, Fn. 53.

927 *Di Fabio* 1999b, S. 450.



Personen: von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen – darzustellen. Selbst Adressat solcher Sätze zu sein, unterschied die Körperschaft dann von ihren Organen, die lediglich Träger von Innenrechtssätzen sind und die Außenrechtssätze lediglich für die juristische Person wahrnehmen. Nur den Gemeinden ist die Rechtsfähigkeit verfassungsrechtlich garantiert. Den übrigen verwaltungsrechtlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts wird sie jedoch einfachgesetzlich zugestanden. Sie ist somit ein – formales – Abgrenzungskriterium zu den auch Körperschaften genannten Vertretungsorganen, wie Parlamenten oder anderen Repräsentativversammlungen, die nicht rechtsfähig sind. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit erfolgt grundsätzlich mit der Errichtung, bei freiwilligen Zusammenschlüssen aber auch mit der Genehmigung der Satzung. Das wirft Fragen auf, wie zu verfahren ist, wenn der freiwillige Zusammenschluß rechtsfehlerhaft ist und die Genehmigung nicht erteilt wird. Der Rechtsschutz der Bürger kann hier das Institut einer „Vor-Körperschaft“ erfordern. Neben diesen formalen Aspekten der Rechtsfähigkeit war ihr Umfang zu prüfen, allen voran die Frage der Grundrechtsfähigkeit. Das BVerfG geht prinzipiell davon aus, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht Träger von Grundrechten sein können, weil sie als Inhaber hoheitlicher Gewalt sonst zugleich Berechtigte und Verpflichtete der Grundrechte wären. Präzisiert man aber dieses Konfusionsargument, läßt sich eine aufgabenspezifische Grundrechtsfähigkeit der Körperschaften des öffentlichen Rechts entwickeln: Soweit sie grundrechtsverpflichtet sind, können sie keine Grundrechtsträger sein; soweit sie aber nicht hoheitlich handeln, insbesondere, soweit sie die Interessen ihrer Mitglieder vertreten, kommt eine Grundrechtsfähigkeit in Betracht, ohne daß sich Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung im Sinne des Konfusionsarguments widersprechen würden. Abgesehen von den Hochschulen, bestehen danach insbesondere im Bereich der Kammern Möglichkeiten der Grundrechtsberechtigung. Auch die einfachgesetzliche Ausstattung der Körperschaft mit Handlungs-, Prozeß-, Vollstreckungs- und der Umstand weitgehenden Fehlens der Insolvenzfähigkeit sind vor dem Hintergrund der Stellung der juristischen Personen als gegenüber dem Staat rechtlich verselbständigte Organisationseinheiten mit öffentlicher Aufgabenstellung zu verstehen. So ist etwa der Handlungsradius der Körperschaften prinzipiell beschränkt. Insbesondere kommt ihnen kein allgemeinpolitisches Mandat zu. Dies darf aber – deshalb wird die Ultra-Vires-Lehre abgelehnt – nicht zum Nachteil des Bürgers dazu führen, daß ihr Handeln insofern rechtlich nicht existent wäre. Die Diskussionen von Beginn und Ende der Körperschaft, den Formen ihrer Errichtung also und ihrer Auflösung, beschlossen die Darstellung ihrer äußeren Rechtsgestalt. Die Eigenarten der Körperschaft traten bei denjenigen Errichtungs- und Auflösungsformen besonders deutlich zutage, die auf das Betreiben der Mitglieder geschehen. Ein Staatsakt ist aber in allen Fällen erforderlich.

Ist so die Rechtspersönlichkeit deutlicher Ausdruck dafür, daß die Körperschaft Adressat normativer Erwartungen ist und gaben die Diskussion einiger Rechte bereits erste Auskunft über den Charakter dieser Rechtspersönlichkeit, so blieb der Sinn dieser selbständigen Einrichtung zunächst noch im Dunkeln. Der organisationstheoretische Befund, daß die Ziele die Identität der Organisation bestimmen,

konnte durch die Analyse der Aufgaben der Körperschaft des öffentlichen Rechts bestätigt werden. Eine erste Eingrenzung ergab die Unterscheidung von öffentlichen und Staatsaufgaben: Der weite Begriff der öffentlichen Aufgaben umfaßt diejenigen Ziele im öffentlichen Interesse, die einzelne oder Organisationen nicht wie etwa die karitativen oder sonst gemeinwohlorientierten Verbände freiwillig verfolgen, sondern zu deren Erfüllung eine öffentlich-rechtliche Pflicht besteht. Staatsaufgaben bezeichnen nur einen Teil dieser öffentlichen Aufgaben, nämlich diejenigen, die entweder notwendig oder doch obligatorisch der Staat selbst erfüllen muß. Die übrigen öffentlichen Aufgaben sind mögliche staatliche Aufgaben und werden zu diesen, wenn er sie seiner unmittelbaren Verwaltung zuweist. Nur für wenige Aufgaben von allgemeinem Interesse konnte indes umgekehrt festgestellt werden, daß sie von Verfassungen wegen den Körperschaften des öffentlichen Rechts notwendig zugewiesen werden müssen: die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wegen Art. 28 II GG, Forschung und Lehre wegen Art. 5 III GG. Hinsichtlich der Interessenvertretung, die eine nicht den Zielen der einzelnen Körperschaftsmitglieder dient, sondern das Gesamtinteresse dieser Mitglieder betrifft, muß jedenfalls die sachliche Notwendigkeit einer gewissen Staatsdistanziertheit zugeschrieben werden, auch wenn sie nicht verfassungsrechtlich abgesichert ist. Auf die bereits festgestellten pragmatischen, nicht rechtlichen Gründe, bestimmte Aufgaben um der sachnahen Erledigung und ggf. der Nutzung besonderen mitgliedschaftlichen Engagements wegen einer dezentralen Erfüllung zuzuführen, wurde bereits im organisationstheoretischen Teil hingewiesen. Mehr als auf die kaum einzufangende Vielfalt der körperschaftlichen Aufgaben einzugehen, konnte von der Analyse des Modus der Aufgabenerfüllung Aufschluß über charakteristische Eigenschaften von Körperschaften des öffentlichen Rechts erwartet werden. In dieser Perspektive konnte ein Teilaspekt des Selbstverwaltungsrechts als wesentliches Moment der Eigenständigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts eingeordnet werden: die äußere Selbstverwaltung, die die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung durch die juristische Person betrifft. Zwar nicht mit dem Rang eines allgemeinen Verfassungsprinzips ausgestattet, besitzt Selbstverwaltung unterschiedliche normative Dignität und ist kontextbezogen zu verstehen. Wäre dies ein zu weitgehender Begriff, so wäre es andererseits zu eng, nur bei Körperschaften wegen ihrer mitgliedschaftlichen Struktur von Selbstverwaltung zu sprechen, weil einerseits auch sie keineswegs alle ihnen aufgetragenen Angelegenheiten im gleichen Modus der Eigenverantwortlichkeit erledigen und andererseits auch Anstalten Aufgaben in dieser Weise erledigen können und teilweise (Rundfunkanstalten) erledigen sollen. Dieses Prinzip, das gegenüber dem Begriff der mittelbaren Selbstverwaltung, der die verbliebenen Momente der Anbindung an den Staat akzentuiert, die Eigenständigkeit der Körperschaft hervorhebt, ist bei verschiedenen Körperschaften sehr unterschiedlich ausdifferenziert: Am stärksten und zudem verfassungsrechtlich garantiert bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden, verfassungsrechtlich fundiert auch bei den Hochschulen, jedoch weniger differenziert, einfachgesetzlich gesichert bei den Kammern, kann es aus Einzelregelungen auch bei den Realkörperschaften nachgewiesen werden. Nur in der Sozialversicherung, deren Trägern es in § 29 III SGB IV verliehen wurde, spielt es eine geringe Rolle,

daß ein so feinmaschiges Normengeflecht die Aufgaben programmiert, daß die Entscheidungsspielräume dramatisch eingeschränkt sind. Immerhin: Ein Rest an Eigenverantwortlichkeit besteht auch hier. Somit kann festgestellt werden, daß Selbstverwaltung in diesem Sinn zwar nicht auf die Körperschaften des öffentlichen Rechts beschränkt ist, daß ein Mindestmaß an Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung aber zu den notwendigen Eigenschaften der Körperschaften des öffentlichen Rechts gehört.

Die Organisationsgröße scheint jedenfalls für die Klassifizierung der Körperschaften eine nachgeordnete Rolle zu spielen. Zwar können Körperschaften nicht als Einmann-Körperschaften errichtet werden; sinkt ihr Bestand jedoch auf ein einziges Mitglied, so ist dies alleine kein Auflösungsgrund.<sup>928</sup> Die ausreichende Mitgliederzahl spielt aber für die Leistungsfähigkeit der Körperschaft eine Rolle. Ist diese aufgrund der schwindenden Mitgliederzahl gefährdet, kann die Körperschaft aufgelöst werden.<sup>929</sup>

---

928 § 62 II WVG, der der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit gibt, die Auflösung aus Gründen des öffentlichen Interesses zu fordern.

929 *Pappermann* 1981, S. 300; *Hsu* 2004, S. 103.



## C. DIE RECHTLICHE BINNENSTRUKTUR DER KÖRPERSCHAFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Verlieren die Staatsbürger durch die rechtliche Verselbständigung und vor allem die Möglichkeit der eigenverantwortlichen Aufgabenerledigung eines Verwaltungsträgers an demokratischem Einfluß auf die Ausübung öffentlicher Gewalt, so gewinnen sie ihn als nach lokalen, speziellen sachlichen, beruflichen oder wirtschaftlichen Bezügen geordnete Mitglieder eines solchen öffentlich-rechtlichen Verbandes wieder zurück. Die demokratische wie die mitgliedschaftliche öffentliche Willensbildung dienen der „Idee der freien Selbstbestimmung“ des Bürgers.<sup>1</sup> Sie ist mal mehr der staatlich-politischen Willensbildung angeglichen wie bei den Gemeinden (Art. 28 I S. 2 GG), mal mehr den zusammengefaßten Interessengruppen angepaßt wie etwa bei den Hochschulen. Die der öffentlichen Aufgabe angemessene Möglichkeit der Artikulation der betroffenen Interessen gibt die Grundorientierung für die Ausgestaltung der Binnenstruktur der Körperschaft vor. In der Entscheidung über das Lippeverbandsgesetz hat das BVerfG in diesem Sinne festgehalten, daß der Gesetzgeber bei der Errichtung von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung keine Binnenstruktur wählen darf, „die mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar wäre.“<sup>2</sup> Dabei sind insbesondere „ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür enthalten, daß die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.“ Um diese organisatorischen „Vorkehrungen“ soll es in diesem Abschnitt unter dem Stichwort „Binnenstruktur der Körperschaft“ gehen. Dabei werden die Problemkreise der Mitgliedschaft, der Körperschaftsorgane und des Verhältnisses der Körperschaftsorgane untereinander, mithin desjenigen, was in Anlehnung an den im Kommunalrecht gebräuchlichen Ausdruck auch „Körperschaftsverfassung“ genannt werden kann.<sup>3</sup>

### I. Mitgliedschaft

Die Körperschaft unterscheidet sich von anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht primär durch ihre Rechtsfähigkeit und von anderen Selbstverwaltungsträgern nicht durch die Eigenverantwortlichkeit der Erledigung der Aufgaben. Der wesentliche Unterschied besteht in der Binnenstruktur. Kennzeichen der Körperschaft ist es, wie oben angegeben wurde, daß sie von ihren Mitgliedern getragen wird. Daher ist zunächst auf den Begriff von Mitgliedschaft einzugehen und auf die Frage, wie sich Mitglieder von Nichtmitgliedern unterscheiden. Es

1 BVerfG Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz; BVerfGE 44, S. 125 ff. (142) – Öffentlichkeitsarbeit.

2 BVerfG Beschluß vom 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, DÖV 2003, S. 678–681 (679) – Lippeverbandsgesetz.

3 „Gemeindeverfassungsrecht“ bezeichnet das Recht des inneren Aufbaus der Gemeinden und mit Arten und Zusammenwirken der Gemeindeorgane, *Schmidt-Aßmann* 2003, Rn. 55.

schließen sich einige Bemerkungen über die unterschiedliche Zusammensetzung der Mitglieder an. Schließlich sollen einige typische Rechte und Pflichten der Mitglieder zusammengestellt werden.

## 1. Der Begriff der Mitgliedschaft

Organisationssoziologisch wurde Mitgliedschaft oben bereits im Anschluß an Luhmann als „abgesonderter Komplex von Verhaltenserwartungen“ bezeichnet.<sup>4</sup> Nach der Aufgabe der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis<sup>5</sup> müssen die engeren Relationen, die das Mitgliedschaftsverhältnis ausmachen und den Status des Einzelnen in der Organisation bestimmen, ebenfalls rechtlich festgelegt werden. Selbstverständlich ist heute, daß auch die Binnenorganisation der juristischen Personen des öffentlichen Rechts rechtlich strukturiert ist.<sup>6</sup> Mitgliedschaft meint danach ein besonderes Rechtsverhältnis,<sup>7</sup> und zwar – da sie auf der Grundlage von Normen des öffentlichen Rechts begründet wird – ein Verwaltungsrechtsverhältnis<sup>8</sup> des Einzelnen zur juristischen Person des öffentlichen Rechts. Dieses Rechtsverhältnis gehört dem Innenrechtskreis an.<sup>9</sup> Der Einzelne wird in diesem Abschnitt nur in diesem Sonderrechtsverhältnis betrachtet, nicht hinsichtlich seiner Rechtsstellung als natürliche Person. Die Frage der Rekrutierung der Mitglieder, insbesondere die Zwangsmitgliedschaft, betrifft das Verhältnis der Organisation zu ihrer Umwelt, das Außenrechtsverhältnis, und soll daher erst an späterer Stelle erörtert werden. Im Rechtssinne bedeutet Mitgliedschaft dann Zurechnungspunkt von organisationspezifischen Rechten und Pflichten.<sup>10</sup>

### a. Der Kreis der Mitglieder

Der Kreis der Mitglieder wird zunächst sachlich durch bestimmte gesetzliche Tatbestandsmerkmale, bei deren Erfüllung dann die Mitgliedschaft eintritt, festgelegt. Als solche Tatbestandsmerkmale kommen räumliche (Gemeinde- oder Kreiszugehörigkeit), persönliche (ausgeübter Beruf), wirtschaftliche (Gewerbebranche), sachliche (Eigentum an einem Grundstück) sowie Bedürftigkeit (Beitragsbemessungsgrenzen) in Betracht. Während jedoch die Zugehörigkeit zu den Gemeinden an das allgemeine Kriterium der Wohnsitznahme mit den Folgen weitreichender, den Einzelnen in einer Vielzahl von Lebensbedingungen betreffender Rechte und Pflichten anknüpft, bezieht sich die Mitgliedschaft in den Körperschaften der funktionalen

4 Luhmann 1999, S. 35.

5 Zur Entwicklung: Maurer 2002, § 6 Rn. 17 ff.; Rupp 1991, S. 41 f.

6 Rupp 1991, S. 4 ff. u. passim.

7 Achterberg 1986, § 20 Rn. 20 u. 35 f.

8 Dazu Gröschner 1997, S. 301 ff., der hervorhebt, daß sich gerade die an konkreten Rechtsbeziehungen orientierte Rechtsverhältnislehre eignet, zwischen Außen- und Innenrechtsbeziehungen, insbesondere auch Mitgliedschaftsverhältnissen und Verhältnissen zu Nichtmitgliedern zu unterscheiden (S. 303 f.).

9 Innenrechtsverhältnis bezeichnet diejenigen Rechtsbeziehungen, die „ausschließlich den organischen Funktionsablauf zwischen Organwaltern, Organen und Organismus betreffen“, Rupp 1991, S. 34.

10 Er bezeichnet damit einen besonderen Status des Einzelnen als Inbegriff von organisationsbezogenen Rechten und Pflichten, Wolff/Bachof 1987, S. 7.

Selbstverwaltung nur auf einzelne Merkmale der Person.<sup>11</sup> Sekundär sind dann die meisten Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung noch nach Bezirken räumlich gegliedert,<sup>12</sup> so daß für einen Körperschaftsbezirk nur eine entsprechende Körperschaft besteht.<sup>13</sup>

Beginn und Ende der Mitgliedschaft ergeben sich entsprechend aus der Wohnsitznahme bzw. ihrer längeren Schwerpunktbildung, der Aufnahme einer Berufstätigkeit, eines Gewerbes oder einer sonstigen Tätigkeit<sup>14</sup> und ihrer Beendigung etc. Bei den IHKs können auch Personen- und Kapitalgesellschaften Mitglieder werden. Maßgeblich für den Beginn der Mitgliedschaft ist die Veranlagung zur Gewerbesteuer, mithin bei Personengesellschaften die Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit und bei Kapitalgesellschaften grundsätzlich die Eintragung ins Handelsregister.<sup>15</sup> Bei den Körperschaften mit freiwilliger Mitgliedschaft wie etwa den Handwerksinnungen muß von demjenigen, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt,<sup>16</sup> ein entsprechender Antrag gestellt werden. Es besteht allerdings ein Aufnahmeanspruch (§ 58 III HwO). Die Mitgliedschaft beginnt dann mit der Wirksamkeit des Aufnahmeaktes.<sup>17</sup> Sie endet mit Austritt, Ausschluß oder Tod des Mitglieds.<sup>18</sup> In einigen komplizierteren Fällen wie etwa im Bereich der Sozialversicherung finden sich aber auch eingehende Regelungen über Beginn und Ende der Mitgliedschaft.<sup>19</sup>

Grundsätzlich gehören die Bediensteten der Körperschaft nicht zu ihren Mitgliedern.<sup>20</sup> Sie vollziehen unter der Leitung des von den Mitgliedern gewählten monokratischen oder kollegialen Vorstands die Beschlüsse der Selbstverwaltungsorgane, haben aber keinen eigenen Anteil an der Bestimmung über die Selbstverwaltungsangelegenheiten.<sup>21</sup> Eine signifikante Ausnahme ist die Hochschule. Neben den Doktoranden und den eingeschriebenen Studenten sind gerade die hauptberuflich Tätigen die Mitglieder der Hochschule, weil sie eine Organisation ist, die der Verwirklichung der Grundrechte dieser Personen dient. Der Hochschule ist ein Sachbereich – wissenschaftliche Berufsausbildung und Forschung – als Aufgabe übertragen, an deren Erledigung die einzelnen Mitglieder in verschiedenen Funktionen mitwirken. Der Umfang der Mitwirkungsrechte an der körperschaftlichen Willensbildung ist die organisatorische Kehrseite einer grundgesetzlich

11 Schöbener 2000, S. 379.

12 §§ 57 ff. WPO für die Wirtschaftsprüferkammer, deren Gebiet mit dem der Bundesrepublik Deutschland die gleiche Größe besitzt.

13 Etwas anderes ist die Untergliederung derselben Körperschaft in Bezirke, wie etwa die Ortsbezirke.

14 Vgl. etwa § 9 IV Erdölbevorratungsgesetz

15 Frenzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering 1999, § 2, Rn. 53 zu Einzelfragen Rn. 35 f.; die freiwillige Mitgliedschaft der Gemeinden und Gemeindeverbände (§ 2 V IHKG) beginnt mit der Beitrittserklärung und endet – ebenso freiwillig – mit dem Austritt, dies. a.a.O., Rn. 145.

16 Weiter Voraussetzungen an den Erwerb der Mitgliedschaft dürfen nicht gemacht werden, Musielak/Detterbeck 1995, § 58 Rn. 1; Honig 1999, § 58, Rn. 2 f.

17 Dies ist ein Verwaltungsakt, Musielak/Detterbeck 1995, § 58 Rn.5.

18 Musielak/Detterbeck 1995, § 58 Rn.8 f.; Honig 1999, § 58, Rn. 15.

19 §§ 186–193 SGB V; §§ 20 f SGB XI; Leitherer 1997, Rn. 84 ff.

20 Maurer 2002, § 23 Rn. 40: Es genüge nicht, „daß die Körperschaft Mitglieder hat; vielmehr ist es erforderlich, daß die Mitglieder den maßgeblichen Einfluß auf die Gestaltung der Verbandsangelegenheiten haben“; Rudolf 2002, § 52 Rn. 11; Hsu 2004, S. 146.

21 Rudolf 1998 § 52 Rn. 11; Wolff/Bachof/Stober 1987, § 84 Rn. 11 u.31.

geschützten Tätigkeit, die in der Ausübung von Forschungs- und/oder Lehrfunktionen oder in der Wahrnehmung eines Rechts auf Ausbildung besteht.<sup>22</sup>

Da es sich außer bei den Gemeinden und Kreisen bei den Körperschaftsmitgliedern nicht um ein Teilstaatsvolk handelt, also um einen lokal begrenzten gleichartigen Ausschnitt aus dem Gesamtstaatsvolk, besteht auch außer bei diesen Gebietskörperschaften kein Bedürfnis, den Kreis ihrer Mitglieder auf deutsche Staatsangehörige zu beschränken. Nach der Einführung des Kommunalwahlrechts für Unionsbürger (Art. 28 I S. 3 GG), besteht in bezug auf diese auch für die Gemeinden und Kreise keine Beschränkung mehr. Teilweise wird in den Wahlvorschriften zu den Körperschaftsorganen inzwischen auch in anderen Organisationsgesetzen ausdrücklich festgehalten, daß auch Unionsbürger zu diesen Organen wählbar sind.

### b. *Angehörige und Mitglieder*

Es zeichnet die Körperschaft gegenüber anderen Trägern von Selbstverwaltung aus, daß sie von den Mitgliedern getragen ist. Dies macht ihr genossenschaftliches Grundelement aus.<sup>23</sup> Getragen von den Mitgliedern ist die Körperschaft, wenn die Rekrutierung der Organwalter auf die Mitglieder zurückgeführt werden kann. Nicht alle, auf die sich die organisationsrechtlichen Normen in besonderer Weise beziehen (*Zugehörige*), tragen dazu bei. Vielmehr müssen zwei Gruppen unterschieden werden: diejenigen, die an den Leistungen der Körperschaft partizipieren, ihre Lasten tragen müssen, und an der Willensbildung teilhaben,<sup>24</sup> und diejenigen, die nur ihre Leistungen empfangen und ggf. ihre Lasten tragen müssen.<sup>25</sup> Die erste Gruppe bezeichnet innerhalb der Körperschaftszugehörigen die eigentlichen *Mitglieder*. Mitglied der Körperschaft ist also der wahlberechtigte Zugehörige der Körperschaft. Deshalb sind sie die Grundlage der Selbstverwaltung der Körperschaft und ihrer autonomen Legitimation. Keine Voraussetzung ist das passive Wahlrecht, das teilweise an besondere Voraussetzungen geknüpft wird.<sup>26</sup> Erforderlich ist daher eine Nähe zur Körperschaft und eine gewisse Mündigkeit. Die Nähe kann wiederum zeitlich (etwa die Dauer der Wohnsitznahme) oder sachlich (Eintragung in die Handwerksrolle, § 96 I HwO) bestimmt sein.

Davon ist der gesetzlich ebenfalls als „Mitglied“ bezeichnete, gewählte Vertreter der Körperschaftsmitglieder im Repräsentationsorgan<sup>27</sup> zu unterscheiden. Auch die

<sup>22</sup> Vgl. HRG-Hailbronner-Hailbronner § 58 Rn. 6.

<sup>23</sup> Köttgen 1968a, S. 12; Klein 1957, S. 151.

<sup>24</sup> Sie besitzen das aktive und passive Wahlrecht sowie – wenn dies vorgesehen ist – weitere Anhörungs- und Stimmrechte. Hinzu kommt im häufig die Pflicht, eine ehrenamtliche Tätigkeit für die Körperschaft anzunehmen, Gern 2003, Rn. 565.

<sup>25</sup> Krebs 1985, S. 614: Es könnten „Personen, die als Mitglieder an der Willensbildung der Organisation maßgeblich beteiligt sind, auch Destinatäre oder Organisationsleistungen sein (Nutzer), und umgekehrt können den Nutzern auch Einflußmöglichkeiten auf die Willensbildung der Organisation eingeräumt sein“. Vgl. auch Klein 1957, S. 151

<sup>26</sup> Etwa das Alter und die Dauer der Berufstätigkeit (§ 65 BRAO) oder zusätzlich noch die Befugnis zur Ausbildung von Lehrlingen (§ 97 I HwO).

<sup>27</sup> § 2 I IHKG spricht allerdings von Kammerzugehörigen im Sinne der wahlberechtigten Mitglieder der Kammer und von „Mitgliedern“ nur, insofern die gewählten Mitglieder der Repräsentativversammlung angesprochen sind. Auch § 90 II HwO formuliert „Zur Handwerkskammer gehören“, nur um dann in § 92 HwO von einer Mitgliederversammlung zu sprechen. Man mag die Bezeichnungen dahinstehen



Gruppe derjenigen, die an den Leistungen der Körperschaft teilhaben, ohne wahlberechtigt zu sein, wird in den Gesetzen verschieden bezeichnet (z. B. Einwohner,<sup>28</sup> Versicherte). Sie soll hier allgemein als „Angehörige“ aufgefaßt werden.<sup>29</sup> Ausländer können daher auch bei Kreisen und Gemeinden unproblematisch Angehörige sein. Schließlich differenzieren nicht alle Körperschaften diese zwei Status. Die Lastenverbände, wie beispielsweise der Erdölbevorratungsverband, haben keine Angehörigen, sondern ihrer Aufgabe entsprechend nur Mitglieder. Notwendig ist aber, daß es unter den zur Körperschaft gehörenden Personen auch Mitglieder und nicht nur Angehörige gibt.<sup>30</sup>

Auch bei den Kassenärztlichen Vereinigungen besteht dieser Unterschied, wenn er auch terminologisch anders zum Ausdruck gebracht wird. Grundlage der „Mitgliedschaft“ genannten Angehörigkeitsbeziehung ist die Eintragung in das jeweilige Arztregister (§§ 77 III i. V. m. 95 II SGB V). Die reine Eintragung führt allerdings erst zu einer „außerordentlichen Mitgliedschaft“ ohne Teilhabeberechtigung und Verpflichtung.<sup>31</sup> Erst die Kassenzulassung bewirkt die „ordentliche Mitgliedschaft“ in der Kassenärztlichen Vereinigung mit allen Rechten und Pflichten (§§ 77 III S. 1 i.V.m. § 95 III SGB V).

Die Unterscheidung von Angehörigem und Mitglied spielt auch bei der Frage der Mehrfachmitgliedschaft eine Rolle. Um eine Interessenkollision zu vermeiden, besteht bei Erfüllung des entsprechenden Tatbestandsmerkmals grundsätzlich die Mitgliedschaft nur in einer Körperschaft.<sup>32</sup> Hiervon weichen nur die Innungen und Realkörperschaften ab. Erfüllt ein Gewerbe die Kriterien der Mitgliedschaft in mehreren Innungen, kann der Gewerbetreibende auch in verschiedenen Innungen freiwillig Mitglied werden. Da die Realkörperschaften die Mitgliedschaft an die Belegenheit des Grundstücks knüpfen, ist der Eigentümer mehrerer Grundstücke, die oder eines Grundstücks, das in das Gebiet verschiedener Körperschaften fallen, Mitglied in mehreren Körperschaften.<sup>33</sup> Anders steht es mit den Angehörigen.

---

lassen, so lange klar ist, welcher rechtliche Unterschied besteht. Während in diesen Gesetzen nur die in die Repräsentativversammlung Gewählten als „Mitglieder“, die übrigen Körperschaftsmitglieder aber als „Zugehörige“ bezeichnet werden, wird hier in systematischer Perspektive vorgeschlagen, den Begriff der Zugehörigkeit als Oberbegriff von nicht wahlberechtigten Angehörigen und wahlberechtigten Mitgliedern zu verwenden. Daß damit der Ausdruck „Mitglied“ doppelt, nämlich einmal für das Körperschaftsmitglied und zum anderen für das Mitglied der Repräsentativversammlung verwendet wird, bringt zugleich die Gemeinsamkeit der Mitentscheidungsbefugnis in dem betreffenden Kollegialorgan zum Ausdruck.

28 *Ossenbühl* 1981, S. 380. Diese können wiederum unterschieden werden in solche, die mit einem Hauptwohnsitz in der Gemeinde wohnen, und die sog. „Zweitwohner“, deren Hauptsitz in einer anderen Gemeinde gelegen ist, *Püttner* 1981, S. 339 f.

29 *Klein* 1957, S. 151; *Wolff/Bachof/Stober* (1987, § 84 Rn. 11) bezeichnen die Angehörigen dagegen als „Interessenten“; doch ist der Begriff zu ungenau. Abweichend auch der Sprachgebrauch von § 6 des GKV BW, er bezeichnet als leistungsberechtigte Angehörige des kommunalen Versorgungsverbandes Baden-Württemberg die bei den Mitgliedern des Verbandes beschäftigten Beamten etc. Sie besitzen keine Mitwirkungsrechte.

30 Zu eng ist es hingegen, wenn *Klein* (1957, S. 152) annimmt: „Rechtserheblich für die innere Struktur einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ist dagegen, ob *jeder* Angehörige der Personenvereinigung den rechtlichen Status eines Mitglieds besitzt oder nicht“.

31 *KK-Hess* § 77 SGB V, Rn. 5.

32 Für die Krankenversicherungen etwa *Leitherer* 1994, Rn. 25.

33 *Rapsch* 1993, Rn. 138.

Einwohner ist, wer in der Gemeinde wohnt.<sup>34</sup> Entscheidend ist dabei der tatsächliche Aufenthalt, so daß bei einem entsprechenden Aufenthalt auch eine Einwohnerstellung in mehreren Gemeinden möglich ist.<sup>35</sup> Der Mitgliedschaftsstatus mit seinen besonderen Rechten und Pflichten verlangt dann nach einer Schwerpunktbildung, die auf eine besondere Nähebeziehung zu einer der Gemeinden schließen läßt. Entscheidend dafür ist der Hauptwohnsitz für eine bestimmte Zeitspanne.<sup>36</sup>

Innerhalb der gesetzlichen Mitglieder der Körperschaft besteht ein notwendiger Zusammenhang zwischen Mitgliedern und Angehörigen in dem Sinne, daß ersteren auch die Rechte der letzteren zukommen müssen. Eine Ausnahme besteht nur hinsichtlich der zugewählten Mitgliedern, von Körperschaftsorganen bei denjenigen Verbänden, bei denen dies vorgesehen ist. Sie sind gerade keine Angehörigen.

Zwischenformen finden sich teilweise in bezug auf solche Personenkreise, für die weder die dem Anstaltsnutzer nahestehende Form des Angehörigen noch eine Vollmitgliedschaft angemessen wäre. Dies kann etwa der Fall sein, weil sie zwar wegen ihrer Tätigkeit eine Nähe zur Körperschaft aufweisen, diese Tätigkeit jedoch nicht ihren Lebensschwerpunkt bildet. Im Hochschulbereich ist dies bei nebenberuflich an der Hochschule Beschäftigten der Fall. Sie sind zwar „Mitglieder der Hochschule“, jedoch ohne wahlberechtigt oder wählbar zu sein.<sup>37</sup>

### c. *Exkurs: Angehörige und Mitglieder in der Sozialversicherung*

Einer etwas eingehenderen Erörterung bedarf der Unterschied zwischen Angehörigen und Mitgliedern in der Sozialversicherung. Die verschiedenen Versicherungsarten unterscheiden hier nicht gleichmäßig und auch innerhalb der verschiedenen Sozialversicherungsträger sind die Regelungen sehr differenziert. Das SGB IV regelt diese Frage nur ungenau.<sup>38</sup> Basis ist die enge Beziehung zur Versicherung.<sup>39</sup> § 29 II SGB IV legt die grundsätzliche Ausübung der politischen, körperschaftlichen Selbstverwaltung durch die Versicherten und die Arbeitgeber fest.<sup>40</sup> Anknüpfungspunkt der besonderen Rechte- und Pflichtenbeziehung ist die Ausübung der Selbstverwaltung. Einen einheitlichen Mitgliedschaftsstatus sieht diese Vorschrift jedoch nicht vor; vielmehr wird sogleich zwischen Arbeitgebern und Versicherten unterschieden. Das bestätigt sich, wenn nun innerhalb der Bestimmungen zu den nach Gruppen erfolgenden Sozialversicherungswahlen in § 47 SGB IV die Gruppenzugehörigkeit näher bestimmt wird. Diese Gruppenzugehörigkeit wird jedoch nicht für alle Versicherungsträger einheitlich beurteilt. In der Krankenversicherung ge-

34 § 10 I GO BW.

35 Schröder 2000, Rn. 47; Gern 2003, Rn. 526.

36 Darüber hinaus ist allgemein die Deutsche Staatsangehörigkeit vor dem Hintergrund von Art. 28 I S. 2 GG und das Erreichen eines bestimmten Alters für die Wahlmündigkeit erforderlich, § 12 I GO BW; Schröder 2000, Rn. 48; Schmidt-Aßmann 2003, Rn. 85.

37 §§ 37 I S. 2 HRG u. § 6 II S. 1 UG BW

38 Leitherer 1994, Rn. 3.

39 Genauer gesagt das Sozialversicherungsverhältnis, „das aus der Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen einem Versicherungsträger, einem Versicherten sowie gegebenenfalls dritten Personen (insbesondere Arbeitgebern abhängiger Beschäftigter) besteht, Spellbrink 1996, § 22 Rn. 6.

40 KK-Maier SGB V, § 29 Rn. 7. Ausnahmen können sich aus § 44 SGB IV ergeben.

hören zur Gruppe der Versicherten die „Mitglieder“ (§ 47 I Nr. 1 SGB IV). Wer dies ist, kann nicht ohne weiteres bestimmt werden, da das SGB V in bezug auf das Versicherungsverhältnis sowohl von den „Versicherten“ als auch von den „Mitgliedern“ spricht.<sup>41</sup> Allerdings hilft hier die Unterscheidung zwischen leistungsberechtigten Angehörigen und lastentragungspflichtigen und mitwirkungsberechtigten Mitgliedern der Körperschaft weiter. Danach sind die versicherten Familienmitglieder Angehörige, denn sie haben zwar einen eigenen Leistungsanspruch gegenüber der Krankenversicherung (§ 10 SGB V), sind aber nicht zur Tragung der Lasten verpflichtet. Diese Verpflichtung trifft nur die „Mitglieder“ (§ 3 SGB IV).<sup>42</sup> Nur bei ihnen ist also der Versicherungsgedanke, daß Leistungen erhält, wer Beiträge entrichtet, voll erfüllt.<sup>43</sup> Wenn das SGB V von Mitwirkungsrechten spricht, bezieht es sich ebenfalls nur auf die „Mitglieder“ (§ 173 I SGB V).<sup>44</sup> Danach gilt, daß zwar Mitglied in der Krankenkasse nur Versicherte sein können, aber nicht jeder Versicherte in der Krankenkasse auch Mitglied ist.<sup>45</sup> Die Versicherten sind Angehörige der Körperschaft im Sinne der obigen Unterscheidung. Die „Mitglieder der Krankenkasse“ sind auch Mitglieder in diesem qualifizierten Sinn.<sup>46</sup> Familienversicherte sowie solche Versicherte, deren Mitgliedschaft aufgrund des Endes der Erwerbstätigkeit erloschen ist (§ 19 II SGB V) oder deren versicherungspflichtiger Familienangehöriger verstorben ist (§ 19 III SGB V) bleiben, ohne Mitgliedschaft versichert und damit leistungsberechtigt.<sup>47</sup> Keine Versicherten und keine „Mitglieder in der gesetzlichen Krankenversicherung“ sind die gleichwohl leistungs-, nämlich beitragspflichtigen Arbeitgeber (§ 249 SGB V). Sie gehören aber den nach Gruppen gegliederten Stimmkörperorganen der Krankenkassen an.<sup>48</sup> Nach dieser

41 Zu den Einzelheiten *Leitherer* 1994, Rn. 8 f.

42 Danach ist deutlich, daß zwischen dem Sozialversicherungsverhältnis als der Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen dem Versicherten und dem Versicherungsträger einerseits und dem Mitgliedschaftsverhältnis als der Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen einem Mitglied und dem jeweiligen mitgliedschaftlich strukturierten Sozialversicherungsträger zu unterscheiden ist, vgl. *Spellbrink* 1996, § 22 Rn. 26.

43 Ob nun das Mitgliedschaftsverhältnis das „Grundverhältnis“ ist, von dem sich das reine Versicherungsverhältnis ableitet (so *Schulin/Igl* 2002, Rn. 162 ff.), oder umgekehrt das Mitgliedschaftsverhältnis ein Plus gegenüber dem basalen Versicherungsverhältnis ist, braucht hier nicht entschieden zu werden.

44 *Schulin/Igl* 2002, Rn. 217.

45 *KK-Seewald* SGB IV, § 2 Rn. 1; zu weiteren Differenzierungen der Begriff vgl. auch *Leitherer* 1994, Rn. 15.

46 Eine Besonderheit bleibt aber auch insofern bestehen, als bestimmte Versicherte (§ 5 I Nr. 5–8 SGB V), die nicht oder vorübergehend nicht aufgrund einer Beschäftigung, sondern aus anderem Grund versichert sind, alternativ zu ihrer Krankenkasse auch ein Wahlrecht bei der Ortskrankenkasse ihres Wohnorts, der Krankenkasse eines Elternteils oder Ehegatten oder bei einer Ersatzkasse haben. Da sie versichert bleiben bei einer Krankenkasse zu der sie räumlich und sonst persönlich keine Beziehung mehr haben, sollen sie ihr Wahlrecht dort ausüben können, wo eine größere Nähebeziehung besteht. Leistungsbeziehung und Mitwirkungsbeziehung des Mitglieds fallen hier also auseinander.

47 Vor dem Hintergrund, daß in diesen Fällen das Mitgliedschaftsverhältnis gewissermaßen historisch-genetische Voraussetzung für das Versicherungsverhältnis ist, könnte man davon sprechen, daß hier das Angehörigkeitsverhältnis aus dem Mitgliedschaftsverhältnis folge und nicht das Mitgliedschaftsverhältnis das um die Mitwirkungsbefugnisse ergänzte Angehörigkeitsverhältnis sei, (*Schulin/Igl* 2002, Rn. 427). Doch geht es bei der Unterscheidung zwischen Angehörigem und Mitglied nicht um eine solche Ableitungsbeziehung, vielmehr soll nur festgestellt werden, daß sich der aktuelle Status beider Zugehörigen durch die Mitwirkungsbefugnisse voneinander unterscheidet.

48 Eine wichtige Ausnahme sind allerdings die Ersatzkassen, bei der die Arbeitgeber nicht an der Sozialversicherung beteiligt sind, § 44 I Nr. 4 SGB IV.

gesetzlichen Grundkonstruktion müssen sie deshalb im rechtstechnischen Sinn als Mitglieder angesehen werden, auch wenn sie im Recht der Krankenkassen nicht so bezeichnet werden.<sup>49</sup>

Da die Pflegeversicherung prinzipiell nach dem Grundsatz „Pflegeversicherung folgt Krankenversicherung organisiert ist,<sup>50</sup> wäre zu erwarten, daß sie auch wie diese strukturiert ist. Jedoch haben die Pflegekassen, obwohl sie „Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung“ sind (§ 46 II S. 1 SGB XI), keine eigenen Organe, sondern greifen im Wege der Organleihe auf die Organe der Krankenkassen zurück.<sup>51</sup> Problematisch ist diese Regelung im Fall derjenigen Mitglieder einer Pflegeversicherung, die nach §§ 21 u. 26 SGB XI nicht Mitglieder einer Krankenversicherung sind. Ihnen fehlt jeder Einfluß auf die Selbstverwaltung der ihres Sozialversicherungsträgers.<sup>52</sup> Man mag die Bedeutung der autonomen Legitimation bei Sozialversicherungskörperschaften gering einschätzen; wenn sie ganz entfiel, würde dies dem Pflegeversicherungsträger einen nichtkörperschaftlichen Charakter verleihen.

Während in der Krankenversicherung Sozialversicherungsverhältnis und Mitgliedschaftsverhältnis sich teilweise überschneidende Rechtsverhältnisse darstellten, sind sie in der Unfallversicherung getrennt.<sup>53</sup> Entsprechend sind auch die Mitglieder und die Versicherten<sup>54</sup> unterschiedliche Personengruppen: Die Unternehmer sind regelmäßig nicht versichert.<sup>55</sup> Hintergrund ist, wie schon oben im historischen Teil ausgeführt wurde, daß die Unfallversicherung eine Selbsthilfeorganisation der Unternehmer ist.<sup>56</sup> Überraschend ist daher, daß Versicherte oberhalb einer Mindestbeschäftigungszeit und bestimmte Rentenbezieher wahlberechtigt sind (§ 47 I Nr. 2 SGB IV): „Die versicherte Person [nimmt] als Außenseiter an einer kollektiven Selbstorganisation der Unternehmer teil“.<sup>57</sup> Wieso aber sollen die Unternehmer durch die Mitwirkung der Versicherten in ihrer Selbstorganisation

---

49 Nimmt man nicht diese rechtliche, sondern eine wirtschaftliche Perspektive ein, kommt man freilich zu einer entgegengesetzten Einschätzung: Die Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitgeber stellen sich danach als Entgeltbestandteile und damit Betriebskosten dar. Er stellt sich für ihn nicht als Beitrag im Rechtssinne dar, weil er aus dem Sozialversicherungsverhältnis dafür keinen potentiellen Vorteil hat. In dieser betriebswirtschaftlichen Perspektive stellen sich seine durch die Beitragspflicht begründeten Personalzusatzkosten und die Beteiligung an der Sozialversicherung als eine Pflicht und ein Recht dar, die nichts miteinander zu tun haben. Die Beteiligung an der Sozialversicherung muß dann aus anderen Gründen gerechtfertigt werden wie etwa die Einbeziehung des Sachverstandes der Arbeitgeber und – problematisch genug – die Leistung eines Beitrags zum sozialen Frieden. Umgekehrt bedeutet in dieser betriebswirtschaftlichen Perspektive die Beteiligung der Arbeitgeber an der Sozialversicherung ein Element der Fremdverwaltung, da der Arbeitgeberbeitrag so als Teil der Gesamtleistung angesehen wird, den dieser für den Arbeitnehmer zu erbringen hat. Gleichwohl sollen sie an den Entscheidungen über die Bewältigung seines Krankheitsrisikos beteiligt werden (*Schulin* 1994, § 6 Rn. 89 ff.). Vor dem Hintergrund von § 29 II SGB IV ist aber davon auszugehen, daß Selbstverwaltung in der Sozialversicherung Betroffenverwaltung durch die Sozialpartner im Sinne einer solidarischen Bewältigung des Krankheitsrisikos sein sollen.

50 *Leitherer* 1997, § 12 Rn. 2.

51 *Leitherer* 1997, § 12 Rn. 139.

52 Kritisch daher zu Recht: *Leitherer* 1997, § 12 Rn. 142.

53 *Schulin/Igl* 2002, Rn. 427; *Bieback* 1996, Rn. 65 f.

54 vgl. jetzt § 2 SGB VII.

55 *Spellbrink* 1996, § 22 Rn. 26.

56 *Spellbrink* 1996, § 23 Rn. 1.

57 *Spellbrink* 1996, § 24 Rn. 224.

beschränkt werden? Aus der Idee des Versicherungsverhältnisses kann dies nicht folgen, aus den bereits arbeitsvertraglich legitimierten Unfallverhütungsvorschriften auch nicht: „Insofern handelt es sich bei den Selbstverwaltungsrechten mithin um sozialpolitisch motivierte Rechtsgewährungen, die auch jederzeit wieder rückgängig gemacht werden könnten. Für sie spricht letztlich aber das rechtstatsächlich immer wieder zu diagnostizierende ‚gute Funktionieren‘ der Selbstverwaltung in der gesetzlichen Unfallversicherung“.<sup>58</sup> – Ein politisches, aber kaum ein die Beschränkung der Selbstbestimmung der Unternehmer rechtfertigendes rechtliches Argument. *Schulin/Igl* weisen deshalb darauf hin, daß insbesondere, wenn man die Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand und ihre Zuständigkeit für die unechte Unfallversicherung berücksichtigt, in bezug auf die Unfallversicherung eher von einer „Anstalt mit Selbstverwaltungselementen“ als von einer Körperschaft zu sprechen sei.<sup>59</sup>

Nicht von Mitgliedschaft spricht § 47 SGB IV und das SGB VI für die Rentenversicherung.<sup>60</sup> Hier haben aber die Rentenversicherten mit Versicherungsnummer und die Rentenbezieher auf seiten der Versicherten und die Arbeitgeber die entsprechenden Mitwirkungsrechte.<sup>61</sup>

## 2. Zusammensetzung der Mitglieder

### a. Natürliche und juristische Personen

Körperschaften des öffentlichen Rechts können ferner danach unterschieden werden, ob nur natürliche Personen oder natürliche Personen, Personengesellschaften und juristische Personen des Privatrechts zu ihrem Mitgliederkreis gehören oder ob sie schließlich aus anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts bestehen (Verbandskörperschaften). Bürger als Mitglieder der Gemeinden sind natürliche Personen.<sup>62</sup> Mitglieder in den berufsständischen Kammern können neben den natürlichen Personen auch Personengesellschaften sein (z. B. § 60 I BRAO). Bei letzteren kommen auch die Geschäftsführer von Gesellschaften in Betracht, da auch sie vom Landesrecht der Kammern betroffen sein können. Bei den gewerbebezogenen Körperschaften der wirtschaftlichen Selbstverwaltung natürliche und juristische Personen (§§ 58 I u. 90 II HwO), aber auch Personengesellschaften und juristische Personen Mitglieder werden (z. B. § 2 IHKG). Bei den Wirtschaftsprüferkammern können zudem auch juristische Personen des öffentlichen Rechts freiwillige Mitglieder werden (§ 58 II WPO). Auch bei Realkörperschaften spielt es keine Rolle, ob der Eigentümer eines Grundstücks eine juristische oder eine natürliche Person

58 *Spellbrink* 1996, § 24 Rn. 226; *Schulin/Igl* 2002, Rn. 566 f.

59 *Schulin/Igl* 2002, Rn. 427.

60 *Schulin/Igl* (2002, Rn. 209) verweisen darauf, daß mit der Öffnung der Rentenversicherung der Körperschaftscharakter der Rentenversicherungsträger zweifelhaft geworden sei und sie große Ähnlichkeiten mit Anstalten hätten.

61 *KK-Maier* SGB IV § 47, Rn. 4 f.

62 § 12 GO BW; Art. 15 II GO Bay; § 13 II GO BBG; § 8 II GO Hess; § 13 II KV MV; § 21 II GO Nds; § 21 II GO NRW; § 13 II GO RPF; § 18 II KSVG Saar; § 15 I GO Sachs; § 20 II GO SaA; § 6 II GO SH; § 10 II GO Thür.

ist. Sogar Körperschaften des öffentlichen Rechts können hier Mitglied werden (§ 4 I Nr. 5 WVG), ohne daß dadurch die Körperschaft zu einer Verbandskörperschaft wird. Verbandskörperschaften bestehen hingegen notwendig aus Körperschaften des öffentlichen Rechts, die sich freiwillig zur Erfüllung einer gemeinsamen Aufgabe zusammenschließen oder dafür zusammengeschlossen werden (vgl. etwa § 2 GKZ BW).

### *b. Homogene und gruppenplurale (gruppen-heterogene) Körperschaften*

Nach der Zusammensetzung der Mitglieder kann in Körperschaften mit homogener Mitgliederstruktur und solchen mit gruppenpluraler Struktur unterschieden werden.<sup>63</sup> Homogen ist die Mitgliederstruktur, wenn das die Mitgliedschaft begründende Merkmal auf alle Mitglieder in gleicher Weise zutrifft. Dies ist etwa der Fall in bezug auf die Mindestdauer des Hauptwohnsitzes in einer Gemeinde, deutsche Staatsangehörigkeit und Mindestalter der Bürger, die Ausübung eines Berufs bei den berufsständischen Kammern oder die Belegenheit eines Grundstücks bei den Realkörperschaften. Bei den tätigkeitsbezogenen, homogenen Gruppen ist eine aufgabenbezogene Gemeinsamkeit der Interessen erforderlich.<sup>64</sup> Daher aber auch nur insoweit kommt eine Pflichtmitgliedschaft sowohl von freiberuflich tätigen, als auch von angestellten und beamteten Ärzten in Betracht. Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG die Handwerkskammern als legitim angesehen und nicht nur die den verschiedenen Handwerkszweigen folgenden Handwerksinnungen: „Trotzdem stellt es [das Handwerk, SK] sich als eine einheitliche soziale Gruppe dar, die durch geschichtliche Entwicklung, Tradition, typische Besonderheiten ihrer Tätigkeiten, Lebensstil und Standesbewußtsein der Berufsangehörigen von anderen Berufsgruppen deutlich abgegrenzt ist. Auch die besondere Betriebs- und Beschäftigtenstruktur weist ihm einen eigenen sozialen Standort in der mittelständischen gewerblichen Wirtschaft an“.<sup>65</sup>

Bei gruppenpluralen Körperschaften betrifft der Lebenssachverhalt, an den das Mitgliedschaftsverhältnis anknüpft, unterschiedliche Personenkreise in unterschiedlicher Weise. Es liegt aber im öffentlichen Interesse, daß sie gemeinsam die aus diesen Sachverhalten sich ergebenden Aufgaben eigenständig verwalten sollen. Ziel der körperschaftlichen Organisation ist hier die Vermittlung und Integration der in bezug auf eine bestimmte Aufgabe bestehenden Interessendifferenzen der beteiligten Gruppen.<sup>66</sup> Dies trifft etwa auf die Mitglieder der Hochschulen zu, die hier forschen, lehren und lernen; und doch sind sie bezogen auf das Grundrecht des Art. 5 III GG, dessen Effektuierung die Hochschulen dienen sollen, nach den Gruppen der Professoren, der wissenschaftlichen Mitarbeiter und der Studenten in sehr unterschiedlicher Weise von der Organisation betroffen, resp. dient sie ihnen in

63 Breuer 1992, S. 57 f., vgl. auch Kluth 1997, S. 235, der zwischen monistischen Selbstverwaltungsträgern einerseits und gruppenpluralen oder gruppenantagonistischen andererseits unterscheidet.

64 Tettinger 1997, S. 108.

65 E 13, 97 ff. (110) – Handwerksordnung.

66 Schuppert 1983, S. 193.

unterschiedlicher Weise.<sup>67</sup> Ein weiteres Beispiel für die Differenzierung der Mitglieder nach Gruppen ist etwa die Wirtschaftsprüferkammer, bei der die Gruppe der Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfergesellschaften von den anderen stimmberechtigten Mitgliedern – insbes. die freiwilligen Mitglieder nach § 58 II WPO – unterschieden werden.<sup>68</sup> Die Gruppe ist dann gekennzeichnet durch eine prinzipielle Gleichgerichtetheit der Interessen oder durch die gleiche Funktion innerhalb der Körperschaft. So läßt sich etwa die Gruppe innerhalb der Hochschulen wie folgt definieren: „Gruppen sind Zusammenfassungen von Mitgliedern der Hochschule mit jeweils untereinander gleichen oder ähnlichen, im Verhältnis zu den Angehörigen der anderen Gruppen aber unterschiedlichen Funktionen“.<sup>69</sup> Die Zusammenstellung dieser Gruppen ist durch das Willkürverbot begrenzt. Sie müssen in sich „homogen“ sein.<sup>70</sup>

### 3. Rechte und Pflichten der Mitglieder

#### a. Rechte

Die Rechte der Mitglieder lassen sich grundsätzlich in zwei Gruppen unterteilen: erstens die Rechte auf Nutzung der Einrichtungen der Körperschaft und der sonstigen von ihr zu erbringenden Leistungen. Dieses Recht kommt auch den oben sogenannten Angehörigen zu. Der zweite große Bereich betrifft die Mitwirkungsrechte durch die Teilnahme an Wahlen etc. Diese Rechte kommen ausschließlich den qualifizierten Mitgliedern zu.<sup>71</sup> Sie können verfassungsrechtlich als demokratische (Art. 28 I S. 2 GG) oder auch als grundrechtlich fundierte Partizipationsrechte abgesichert sein, während die Nutzungsrechte nur einfachrechtlich fundiert sind.<sup>72</sup>

#### b. Pflichten

Bei den Pflichten kann eine korrespondierende Zweiteilung vorgenommen werden. Die Mitglieder sind einerseits verpflichtet, die Lasten der Körperschaft zu tragen.<sup>73</sup> Andererseits werden häufig Mitwirkungspflichten im Bereich der ehrenamtlichen Tätigkeiten statuiert,<sup>74</sup> denen sie sich nur unter besonderen Voraussetzungen entziehen können. Hinzu treten Auskunftspflichten.<sup>75</sup> Zu den Pflichten der Mitglieder gehören bei den berufsständischen und anderen Kammern ferner bestimmte Verhaltenspflichten bei der Ausübung ihrer Tätigkeit. Diese bestehen jedoch nicht

67 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 93 Rn. 97.

68 Vgl. zu den Wirtschaftsprüferkammern auch Tettinger 1997, S. 19 f.; Kluth 1997, S. 106 f.

69 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 93 Rn. 89.

70 BVerfGE 35, 134 ff.; 39, 255 ff.; 66, 241 ff.

71 Vgl. nur § 37 I S. 1 HRG: „Die Mitwirkung an der Selbstverwaltung der Hochschule ist Recht und Pflicht aller Mitglieder“.

72 Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 87 Rn. 58; ders. 1997, S. 451 ff.

73 § 10 II S. 3 GO BW; zu den Besonderheiten der Sozialversicherung siehe bereits oben, S. 526.

74 Z. B. § 15 f GO BW; einige Organisationsgesetze erklären die Mitwirkung im Hauptverwaltungsorgan zur Pflicht des Gewählten. So bestimmt etwa § 37 I S. 1 HRG, daß die Mitwirkung an der Selbstverwaltung Pflicht aller Mitglieder der Hochschule ist; § 16 I KammerG BW.

75 Vgl. Etwa §§ 3 III, 9 I IHKG; §§ 111 I HWO; § 56 BRAO, Hsu 2004, S. 174.

der Körperschaft gegenüber, sondern gegenüber Dritten, und werden von ihr nur überwacht und konkretisiert. Daher sollen sie hier nicht weiter erörtert werden.

Die Beitragspflicht steht im Zentrum der Mitgliedschaftspflichten und ist typischerweise mit der Körperschaft verbunden,<sup>76</sup> bedarf gleichwohl einer gesetzlichen<sup>77</sup> Grundlage.<sup>78</sup> Die Beiträge ermöglichen es den Mitgliedern der Körperschaft, ihre Aufgaben wahrzunehmen. Sie dienen der Finanzierung der Körperschaft im Ganzen und sind, anders als die für Anstaltsleistungen erhobenen Gebühren, keine konkreten Gegenleistungen für die Nutzung von Einrichtungen, sondern Leistungen auf die erwartbaren Vorteile.<sup>79</sup> Von der Steuer ist der Beitrag dadurch abgegrenzt, daß sie Begünstigte und Nichtbegünstigte zur Finanzierung einer staatlichen Leistung heranzieht.<sup>80</sup> Voraussetzung für die Entstehung und die Höhe des Beitrags ist aber auch hier, daß die Körperschaft ihm „einen individualisierbaren Vorteil anbietet oder von einer gruppenbezogenen Leistungspflicht entlastet“.<sup>81</sup> Bei der Ausgestaltung der Beitragshöhe besitzen der Gesetzgeber und auch die Körperschaften auf der Grundlage ihrer Finanzautonomie breite Gestaltungsspielräume, die durch das Äquivalenzprinzip<sup>82</sup> und das Willkürverbot beschränkt sind.<sup>83</sup> Dabei kann auch berücksichtigt werden, daß die Mitglieder in unterschiedlichem Maß Vorteile aus der Verbandstätigkeit ziehen.<sup>84</sup> Im Sozialversicherungsrecht kann eine Durchbrechung des Äquivalenzprinzips durch das Prinzip des sozialen Ausgleichs erfolgen.<sup>85</sup>

## II. Die Organe der Körperschaft des öffentlichen Rechts

Im Interesse einer zugleich effektiven und die Mitglieder optimal einbindenden Struktur ist die Körperschaft nicht vertikal, sondern horizontal differenziert.<sup>86</sup> Auch sofern sie sich zu Verbandskörperschaften zusammengeschlossen haben oder zusammengeschlossen wurden, sind diese keine rechtlich übergeordneten Organisationen. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts hat typischerweise zwei Hauptorgane:<sup>87</sup> Die Versammlung als Lenkungsorgan, die wiederum als Träger- oder als

76 *BVerwGN* 1998, S. 3510 ff. (3512): „Die Befugnis des Staates, zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben öffentlichrechtliche Körperschaften zu bilden, schließt die Befugnis ein, dies mit einer Beitragspflicht zu verbinden, die der Abgeltung der durch die Mitgliedschaft entstehenden Vorteile dient“.

77 Vgl. etwa § 3 II IHKG; § 73 IHWO (Handwerksinnungen); § 113 HWO (Handwerkskammern); § 23 I KammerG-BW (Kammern der Heilberufe); § 178 I BRAO (BRAK); § 73 I BNotO (Notarkammern) u. § 91 I BNotO (BNK); § 28 I WVG.

78 *BGH* NJW 1991, S. 2290 (2292); *NJW* 2002, S. 3026 f.; *Kirchhof* 1990, § 88 Rn. 278.

79 *Kirchhof* 1990, § 88 Rn. 213 f. u. 181: „der Beitrag fordert eine individuelle Mitfinanzierung einer individualdienlichen öffentlichen Einrichtung“; zu den Körperschaftsbeiträgen: *Kluth* 1997, S. 308 ff.

80 *Kirchhof* 1990, § 88 Rn. 215.

81 *Kirchhof* 1990, § 88 Rn. 219.

82 *Zimmermann* 1989, S. 901 ff.

83 Näher hierzu *Frentzel/Jäkel/Junge*, 1999, § 3 Rn. 50; *Heinig* 2004, S. 1087 ff., der aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 I GG anspruchsvollere Voraussetzungen hinsichtlich der Staffelung der Beiträge ableiten möchte.

84 Vgl. etwa § 30 I WVG; § 33 BWaldG; *Hsu* 2004, S. 172.

85 *BVerfGE* 11, 105 ff. (113) – Familienlastenausgleich; 75, S. 108 ff. (147) – Künstlersozialversicherungsgesetz.

86 Ein Unterschied besteht insoweit in bezug auf die Hochschulen als Gesamtkörperschaften, bei denen Weisungsrechte der Zentralverwaltung gegenüber den Fachbereichen vorgesehen sind.

87 *Tettinger* 1997, S. 96; *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 84 Rn. 32.



Repräsentativversammlung ausgestaltet sein und weitere Unterorgane bilden kann; der Vorstand als Leitungsorgan, der monokratisch oder kollegial strukturiert ist. Wenn das Hauptorgan als Repräsentativorgan organisiert ist, kommt bei Körperschaften notwendig noch das Trägerorgan als Stimmkörperorgan hinzu.<sup>88</sup> Dieses Trägerorgan als Stimmkörperorgan hat insbesondere Rekrutierungsfunktionen bei der Wahl, darüber hinaus aber im Wege direktdemokratischer Elemente in den Kommunalgesetzen auch Grundsatzfunktion bei der Entscheidung über wichtige Angelegenheiten der Körperschaft.<sup>89</sup> Bei einigen Körperschaften haben auch bestimmte Ausschüsse den Charakter von Organen und nicht nur von Hilfsorganen des Hauptverwaltungsorgans. Die Ausgestaltung dieser Organe sowie ihr Zusammenwirken erfolg jedoch sehr unterschiedlich.

Die Unterscheidung dieser Organe in dualistischen Modellen ist ebensowenig Ausdruck von Gewaltenteilung, wie ihre Verbindung diesem Grundsatz widerspricht.<sup>90</sup> Beide nehmen die Verwaltungsaufgaben der Körperschaft wahr.<sup>91</sup> Ihre Differenzierung folgt vielmehr anderen Gesetzen, die aber von der Gewaltenteilung jedenfalls den Gedanken der Checks-and-Balances im Interesse der Freiheitssicherung und Machtbeschränkung<sup>92</sup> übernommen haben.<sup>93</sup>

Die Zahl der Organe der Körperschaften des öffentlichen Rechts ist jedenfalls in bezug auf die Hauptorgane aufgrund des institutionellen Gesetzesvorbehalts gesetzlich zu regeln.<sup>94</sup> Die Einrichtung von Hilfsorganen wird hingegen der Satzungs Gewalt der Körperschaften überlassen. Vereinzelt finden sich wie etwa in § 27 UG BW Verbote, andere als die vorgesehenen Organe zu errichten. Teilweise ergibt sich dies als Folgerung aus der abschließenden Aufzählung der Hauptorgane (etwa § 60 HwO).<sup>95</sup>

Nach dem oben bereits allgemein zu Verwaltungsorganen Ausgeführten können auch Organe wiederum nach ihrer relativen Selbständigkeit innerhalb der Körperschaft, ihrer Binnenstruktur und dem Verhältnis zu anderen Organen untersucht werden. Kennzeichnend für ihre Selbständigkeit sind ihre Rechtsstellung als Organ und ihre Zuständigkeiten. Prägend für ihre Binnenstruktur ist die Zusammensetzung des Organs, die Befugnisse seiner Mitglieder und die weitere Differenzierung in Unter- und Hilfsorgane. Im Verhältnis zueinander erfüllen sie Kurations-, Kontroll-, Rechtsetzungs-, Ausführungsfunktionen etc.

Damit vom Getragensein der Körperschaft durch die Mitglieder gesprochen werden kann, ist es nach dem oben zur demokratischen und autonomen Legitimation Gesagten zentral, daß die Mitglieder gleichberechtigt oder aus

88 Wenn hingegen das Hauptorgan eine Vollversammlung aller Mitglieder ist, dann stellt es selbst das Trägerorgan dar.

89 Die aber Selbstverwaltungsangelegenheiten sein müssen, vgl. etwa den Bürgerentscheid nach § 21 GO BW.

90 Forsthoff 1973, S.536.

91 BVerfGE 78, S. 344 ff. (348); BVerwGE 90, S. 359 ff. (362).

92 Federalist Papers No 51 (1982, S. 263): „the constant aim is to divide and arrange the several offices in such a manner as that each may be a check on the other -- that the private interest of every individual may be a sentinel over the public rights.“

93 Für das Kommunalrecht: Schröder 2000, Rn. 61.

94 Vor diesem Hintergrund ist es durchaus problematisch, daß das ArchG-BW die Befugnisse der Organe der Architektenkammer nicht selbst regelt, sondern an den Satzungsgeber delegiert, § 15 II Nr. 5 ArchG-BW.

95 Honig 1999, § 60 Rn. 5.

verfassungsrechtlichen Gründen differenziert über die Zusammensetzung des Repräsentativorgans bestimmen und daß das Leitungsorgan dem Repräsentativorgan oder der Trägerversammlung gegenüber verantwortlich ist.<sup>96</sup>

## 1. Die Versammlung als Hauptorgan der Körperschaft

Hauptorgan der Körperschaft ist die kollegial strukturierte Vollversammlung der Mitglieder bzw. Repräsentationsversammlung, die von den Körperschaftsmitgliedern gewählt wird. Durch die Mitwirkungsmöglichkeiten der Körperschaftsmitglieder in diesem Organ kann die Körperschaft die besondere Legitimation erlangen, die kennzeichnend für sie ist. Ihre Binnenorganisation ist gesetzlich sehr unterschiedlich differenziert geregelt. Nur für die Kreise und Gemeinden ist sie verfassungsrechtlich vorgegeben (Art. 28 I S. 2 GG). Eingehende Vorgaben enthalten entsprechend vor allem die Gemeinde- und Landkreisordnungen, aber der Grundrechtsfundierung ihrer Selbstverwaltung gemäß auch die Hochschulgesetze, während im übrigen die weiteren Entscheidungen den Satzungen der Körperschaft überlassen werden (vgl. etwa § 9 BJagdG). Ihre Zentralstellung wird in den Organisationsgesetzen durch die Zuständigkeitsvermutung für die Erledigung der Aufgaben der Körperschaft<sup>97</sup> und durch ihre unmittelbare autonome Legitimation durch die Körperschaftsmitglieder zum Ausdruck gebracht. Zumeist sind sie zuständig, soweit nicht in dem Organisationsgesetz ein anderes Organ bestimmt wird.

Die Bezeichnungen für dieses Hauptorgan weichen von Körperschaft zu Körperschaft und bei landesrechtlichen Körperschaften auch nach den Landesgesetzen ab. Das kommunale Hauptorgan heißt etwa für die kleineren Gemeinden in Hessen (§ 9 I GO), Brandenburg (§ 32 II GO), Mecklenburg-Vorpommern und in Schleswig-Holstein „Gemeindevertretung“, in den Städten „Stadtverordnetenversammlung“ und in Schleswig-Holstein Stadtvertretung, § 27 V GO), in Baden-Württemberg (§ 23 GO), Bayern (Art. 29), Rheinland-Pfalz (§ 28 I S. 1 GO), Saarland (§ 29 GO), Sachsen (§ 27 GO), Sachsen-Anhalt (§ 35 GO) und Thüringen (§ 22 KO) „Gemeinderat“ (in den Städten „Stadtrat“<sup>98</sup>). In Nordrhein-Westfalen heißt es schlicht „Rat“ (§ 40 GO). Bei den IHKn und den Handwerkskammern wird die Vertretungskörperschaft als „Vollversammlung“ bezeichnet (§ 4 IHKG; § 92 Nr. 1 HwO), sonst auch „Vertreterversammlung“ (§ 31 SGB IV), „Mitgliederversammlung“ (§ 10 ErdölbevorratungsG), schlicht „Versammlung“ (§ 68 BNotO) und „Verbandsversammlung“ (§ 26 BWaldG). Hier soll dieses Organ zusammenfassend als „Versammlung“ bezeichnet werden.

<sup>96</sup> Tettinger 1995, S. 169 ff.

<sup>97</sup> vgl. etwa § 24 I S. 2 GO BW; § 4 S. 1 IHKG.

<sup>98</sup> vgl. etwa § 25 I S. 2 GO BW; Art. 30 I GO Bay, § 28 II S. 1 GO Rpf, § 29 II KSVG Saar, § 27 II GO Sachs, § 22 I S. 2 KO Thür.

### a. Die Rechtsstellung der Versammlung als Hauptverwaltungsorgan

Als Organ<sup>99</sup> gründet sich die relative Selbständigkeit des Hauptverwaltungsorgans gegenüber der Körperschaft nicht auf eine eigene Rechtsfähigkeit.<sup>100</sup> Vielmehr werden ihm Aufgaben als Zuständigkeiten zugewiesen, die es transitorisch für die Körperschaft wahrnimmt. Über diese Zuständigkeiten unterscheidet es sich von den anderen Organen. Sie können ggf. auch gerichtlich im Wege von verwaltungsgerichtlichen Organstreitverfahren geltend gemacht werden.<sup>101</sup>

#### aa. Die Aufgaben der Versammlung

##### (1.) Abgrenzung der eigenen zu den Aufgaben der anderen Organe

Die Abgrenzung der Aufgaben, die den einzelnen Körperschaftsorganen zukommen, bedeutet zugleich eine wesentliche Entscheidung über die Ausgestaltung der Machtbalance innerhalb der Körperschaft.<sup>102</sup> Bei den Aufgaben kann grundsätzlich in solche unterschieden werden, die aufgrund ihrer Bedeutung notwendig der Versammlung zukommen (Vorbehaltsaufgaben), und den übrigen, freiwilligen Aufgaben, deren Kreis wiederum durch die Vorbehaltsaufgaben der anderen Organe begrenzt ist.<sup>103</sup> Danach sind Rechtsetzungsfunktionen, die Besetzung der Ausschüsse, das Haushaltsrecht, die Regelung der Dienstverhältnisse, die Gründung weiterer zentraler Einrichtungen und Entscheidung über Zusammenschlüsse mit anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich Sache der Versammlung.<sup>104</sup> Ihre Zentralstellung wird auch dadurch deutlich, daß die Versammlung etwa im Bereich des Kommunalrechts in diesem Rahmen Aufgaben anderer Organe an sich ziehen oder zurückholen,<sup>105</sup> oder unter der Voraussetzung, daß sie sich die Beschlußfassung vorbehalten hat, über Angelegenheiten von anderen Organen entscheiden kann. Ferner ist es möglich, daß sie sich in der Hauptsatzung vorbehält, die Entscheidungen der von ihr eingesetzten Ausschüsse zu ändern oder aufzuheben.<sup>106</sup>

99 Die Eigenschaft als Organ ist zumeist in den Organisationsgesetzen selbst festgehalten, vgl. etwa § 11 UG BW zum Senat der Universitäten und § 23 I UG BW hinsichtlich des Fakultätsrats; § 60 Nr. 1 HwO für die Innungsversammlung; § 31 I S. 1 SGB IV hinsichtlich der Vertreterversammlung/Verwaltungsrat (§ 33 III SGB IV) der Sozialversicherungsträger.

100 Für den Gemeinderat, Gemeindeverordnetenversammlung etc. *Schmidt-Aßmann* 2003, Rn. 59; *Roth* 1992, S. 529.

101 Hervorzuheben ist, daß in einem Organstreitverfahren „nur körperschaftsinterne Rechtspositionen verfolgt werden können, die dem Kläger bzw. Antragsteller in seiner Eigenschaft als innerorganisatorisches Funktionssubjekt zur eigenständigen Wahrnehmung zugewiesen sind. Entscheidend ist dabei, daß die geltend gemachte Rechtsposition gerade dem Kläger bzw. Antragsteller zusteht. Sie darf also organisationsrechtlich nicht in die Zuständigkeit eines anderen Funktionsträgers falle“. *OVG Münster NVwZ-RR* 1993, S. 157.

102 *Schumacher* 2003, S. 538.

103 *Schmidt-Aßmann* 2003, Rn. 68 f.; *Schröder* 2000, Rn. 79 f.; *Gern* 2003, Rn. 315. Vgl. etwa die Regelung der §§ 73 u. 89 BRAO, die beide zusammen den gesamten Aufgabenkreis der Rechtsanwaltskammer umschreiben, dabei aber genau nach Organkompetenzen des Vorstands (§ 73 BRAO) und der Kammerversammlung (§ 89 BRAO) differenzieren, vgl. auch *Feuerich/Weyland* 2003, § 89 Rn. 1; oder im Bereich der Realkörperschaften § 47 I u. II WVG.

104 Vgl. etwa § 4 S. 2 IHKG.

105 Vgl. etwa § 39 III GO BW.

106 Vgl. neben dem § 39 III GO BW auch § 60 GO NRW und 22 III KO Thür.

Sind beschließende Ausschüsse zur Entscheidung bei Eilfällen befugt, können ferner nachträgliche Genehmigungen durch die Versammlung erforderlich sein.<sup>107</sup> Umgekehrt kann sich die Versammlung aber auch von einzelnen Aufgaben trennen und sie Ausschüssen oder der Verwaltungsleitung übertragen.<sup>108</sup>

Eigentümlich ist hier der Fakultätsrat an Baden-Württembergischen Universitäten. Zwar ist er Organ der Fakultät (§ 23 I UG BW). Er ist auch für alle die Forschung und Lehre betreffenden Angelegenheiten der Fakultät zuständig, „für die nicht der Dekan, der Fakultätsvorstand oder die Leitung der den Fakultäten zugeordneten wissenschaftlichen Einrichtungen oder Betriebseinheiten zuständig sind“ (§ 25 I S. 1 UG BW); der aus Dekan, Prodekan, Studiendekan und ggf. weiteren Mitgliedern bestehende Fakultätsvorstand ist jedoch seinerseits für „alle Angelegenheiten der Fakultät zuständig, soweit dieses Gesetz nichts Anderes regelt“. (§ 23 IV S. 1 UG). Hier stellt sich die Frage, ob die gesetzliche Regelung des § 25 I S. 1 UG BW eine andere Regelung im Sinne des § 23 IV S. 1 UG ist, oder umgekehrt § 23 IV den § 25 I S. 1 UG BW beschränkt mit der Wirkung, daß der Fakultätsrat nur zuständig wäre, wenn nicht dem Fakultätsvorstand, der dann primär zur Wahrnehmung die Angelegenheiten der Fakultät berechtigt wäre, diese Aufgabe zukäme. Eine solche Regelung würde dem schwächer, nämlich nur abgeleitet legitimierten Organ den Vorrang vor dem besser legitimierten geben. Dies erscheint vor dem Hintergrund von Art. 5 III GG bedenklich. Verfassungskonform kann der durch das zweifelhafte Verhältnis der beiden Regelungen eröffnete Spielraum dahin ausgelegt werden, daß dem Fakultätsrat in Angelegenheiten von Forschung und Lehre eine vorrangige Zuständigkeit zukommt, daß mithin § 25 I S. 1 UG BW eine andere, die Befugnisse des Fakultätsvorstands im Sinne von § 23 IV UG BW beschränkende Regelung darstellt.<sup>109</sup> Danach verbleibt es auch hier bei der Zentralzuständigkeit der Vertretungskörperschaft in Fragen von Forschung und Lehre, die die Zuständigkeiten des Fakultätsvorstands beschränkt.<sup>110</sup> Allerdings ist auch dann die Zentralstellung im Vergleich mit anderen Lenkungsorganen von Körperschaften gemindert, weil der Fakultätsrat wenigstens in Baden-Württemberg nur noch eine eingeschränkte Kurationsfunktion besitzt: Der Rektor schlägt dem Fakultätsrat den Kandidaten für die Wahl zum Dekan vor, der ihn dann mit Mehrheit sowie der Mehrheit der Professorenstimmen wählt (§ 24 III S. 1 u. 2 UG BW). Verfassungsrechtlich unbedenklich erscheint es dem BVerfG, wenn die Hochschulgesetze den monokratischen Organen Koordinations-, Evaluations- und sonstige

107 § 60 I S. 3 GO NRW.

108 Vgl. etwa § 24 I S. 2 GO BW.

109 Nach dem jüngsten Urteil des BVerfG (*BVerfG* v. 26. Oktober 2004 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, C II 1.) erscheint dies aber nur als eine mögliche, nicht als eine verfassungsrechtlich gebotene, notwendige Auslegung; betont doch das Gericht, daß „aus Art. 5 III Satz 1 GG ... für die Verfassung der Selbstverwaltung von Hochschulen kein Vorrang von Kollegialorganen gegenüber monokratischen Leitungsorganen“ folge, „Auch in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten ist eine Entscheidungskompetenz monokratischer Leitungsorgane zulässig, solange deren Tätigkeit inhaltlich begrenzt und organisatorisch so abgesichert ist, daß eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit ausscheidet“.

110 Anders *Herberger* 2001 Rn. 412, der auf die negative Formulierung der Zuständigkeiten des Fakultätsrats hinweist. Wie gezeigt sind die des Fakultätsvorstands jedoch ebenfalls negativ formuliert. Es bedarf also eines weiteren Kriteriums zur Feststellung eines Vorrangs. Dies ergibt sich aus Art. 5 III GG.

Auffangbefugnisse zuweisen, sofern diese durch innerorganisatorische Kontrolle und Rekrutierungsbefugnisse der Versammlungen begrenzt werden.<sup>111</sup>

Eine weitere Besonderheit ergibt sich für die Hochschulen aus dem unterschiedlichen Staatseinfluß bei akademischen Fragen einerseits und wirtschaftlichen Fragen der Hochschule andererseits. Hier besteht inzwischen nach dem baden-württembergischen Universitätsgesetz eine Verlagerung der letzteren Fragen auf den Hochschulrat, während der Senat die Zuständigkeit für die akademischen Angelegenheiten der Universität besitzt. In diesen Angelegenheiten sind dem Senat dann aber die Aufgaben (§ 19 I UG BW) im Bereich der Rechtsetzung (Grundordnung, weitere Satzungen), Kurationsfunktionen, Festlegung der inneren Ordnung von Einrichtungen der Universität, Stellungnahmen und Mitwirkungshandlungen bei Entscheidungen anderer Organe und Erörterungsfunktionen verblieben.

## (2.) Typische Aufgaben der Versammlung

Grundsätzlich hat das Hauptverwaltungsorgan zunächst die Lenkungsfunktion, indem es die Grundsätze der Planung bestimmt und abstrakte Anordnung erläßt. Insbesondere übt es die Satzungsgewalt der Körperschaft aus und besitzt Rechtsetzungsfunktion auch in bezug auf andere Normen der Körperschaft.<sup>112</sup> Die Versammlung ist insofern das zentrale Beschlußorgan der Körperschaft. Dem Hauptverwaltungsorgan stehen ferner im Rahmen der gesetzlichen Regelungen die Befugnis zur Konkretisierung der Organisationsstrukturen der Körperschaft und insbesondere auch ihrer eigenen durch Geschäftsordnungen zu.<sup>113</sup> Sie entscheidet über die Schaffung neuer Einrichtungen der Körperschaft.

Ihre Zentralstellung erhält die Versammlung ferner dadurch, daß ihr Kurations- oder Stimmfunktion zukommt, indem sie die Organwalter anderer Organe oder Hilfsorgane wählt. Korrespondierend besitzt sie Kontrollfunktionen gegenüber anderen Organen. Bei einzelnen Körperschaften ist die Kurationsfunktion nebst anderen besonders wichtigen Entscheidungen auf eigene Organe übertragen worden. So sieht das Hochschulgesetz von Berlin etwa ein Konzil als Organ der Hochschule vor (§ 51 Nr. 3 HG Berl). Es besitzt einen größeren Mitgliederkreis und hat daher ein höheres Gewicht als der akademische Senat (§ 62 HG Berl). Neben der Wahl der Hochschulleitung kommt ihm aber noch die Aufgabe der Entscheidung über die Grundordnung, die Abnahme des Rechenschaftsberichts und der Stellungnahme zu hochschulweiten Angelegenheiten zu (§ 63 I HG Berl). Es wählt sich im übrigen einen eigenen Vorstand (§ 63 II HG Berl).<sup>114</sup>

111 *BVerfG* v. 26. Oktober 2004 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, C II 1.

112 Angesichts der Bedeutung der Satzung einerseits und der höheren demokratischen oder autonomen Legitimation der Versammlung ist eine Delegation der Satzungsbefugnis durch die Körperschaft selbst grundsätzlich ausgeschlossen, *Maurer* 1993, S. 192, *Schmidt-Aßmann* 1981, S. 14 u. 23. Eine gesetzliche Übertragung der Satzungsbefugnis hinsichtlich bestimmter Materien auf andere Organe ist hingegen zulässig, *Hsu* 2004, S. 306 f.

113 *Maurer* 2002, § 24 Rn. 12; zu den Geschäftsordnungen des Gemeinderats: *Schmidt-Aßmann* 1981, S. 33 f.; *Gern* 2003, Rn. 440 f.; zu denen der Kammern: *Tettinger* 1997, S. 115.

114 Vgl. auch § 78 HG Thür;

Eine Ausnahme stellt hier die Wirtschaftsprüferkammer dar. Ihr Hauptorgan, die Wirtschaftsprüferversammlung hat lediglich die Funktion der Wahl des „Beirats“ (§ 59 II S. 1 WPO), der Entscheidung über Satzungsänderungen sowie der Kontrolle von Vorstand und Beirat.<sup>115</sup> Dieser nimmt dann über seine Exekutivfunktionen zugleich wesentliche Aufgaben der Wahl (Vorstand) und der Rechtsetzung wahr.<sup>116</sup>

Schließlich entscheidet die Versammlung über die Beiträge und beschließt den Haushalt der Körperschaft.

#### bb. Die Größe der Versammlung und die Amtszeiten ihrer Mitglieder

Häufig<sup>117</sup> ist auch die Größe des Hauptverwaltungsorgans gesetzlich festgelegt.<sup>118</sup> Sie richtet sich nach der Größe des Mitgliederkreises,<sup>119</sup> ist aber manchmal auch absolut angeordnet.<sup>120</sup> Bei gruppenpluralen Gremien sind zudem die Proportionen der Gruppen im Organisationsgesetz bestimmt (vgl. etwa § 107 UG BW).

Nicht generell gleich große oder nicht vorhersehbare Mitgliederzahlen haben in einigen Fällen den Gesetzgeber dazu veranlaßt, neben der Regelform einer großen Mitglieder- oder Repräsentativversammlung noch die Möglichkeit der satzungsmäßigen Bildung einer kleineren Versammlung vorzusehen. So kann etwa die Mitgliederversammlung der Handwerkerinnung durch eine Vertreterversammlung ersetzt werden (§ 61 I S. 3 HwO). Im Bereich der AOKs, BKKs, IKKs und Ersatzkassen tritt zur Vereinfachung an die Stelle der Repräsentativversammlung ein kleinerer Verwaltungsrat (§ 31 I S. 3a SGB IV).<sup>121</sup> Außer in Hessen<sup>122</sup> realisiert auch der Kreisausschuß als „verkleinerter Kreistag“ diese Möglichkeit.<sup>123</sup> Rechtsstellung und Aufgaben sind dabei sehr unterschiedlich geregelt. Teilweise wird er ausdrücklich als drittes Organ des Kreises neben Kreistag und Landrat bezeichnet.<sup>124</sup> In anderen Landkreisordnungen wird er nicht zu den Organen des Landkreises gerechnet. Schließlich ist er in einigen Landkreisordnungen gar nicht vorgesehen.<sup>125</sup> Wo er

115 Lör 1999, S. 70 ff.; Kluth 1997, S. 105 f.

116 Kluth 1997, S. 106; ders. 2000, S. 1931 f.

117 Anders etwa die „Vollversammlungen“ der IHKn. Sie sind gesetzlich nicht festgelegt und werden durch die Wahlordnung der IHK bestimmt, § 25 III IHKG, *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 5 Rn. 30.

118 In anderen Fällen kann die absolute Zahl der Mitglieder, nicht aber ihr proportionales Verhältnis bei pluralen Versammlungen satzungsmäßig bestimmt werden, vgl. etwa 43 I S. 1 SGB IV, der aber für die Vertreterversammlung eine Höchstzahl von 60 und für den Verwaltungsrat von 30 Mitgliedern festlegt.

119 Vgl. etwa § 25 II GO BW: zwischen 8 Gemeinderäten bei Gemeinden mit nicht mehr als 1000 Einwohnern und 60 Gemeinderäten in Gemeinden mit mehr als 400.000 Einwohnern.

120 So beträgt die Anzahl der Wahlmitglieder im Senat der Universitäten in Baden-Württemberg höchstens 20 II S. 3 UB BW.

121 Vgl. auch *Schnapp* 2000, S. 808; *Muckel* 2001, S. 154.

122 In Hessen ist der „Kreisausschuß“ als eine Art „Magistrat des Landkreises“ ausgebildet worden, als seine Verwaltungsbehörde mithin (§ 41 I S. 1 LKrO), auf die auch die Vorschriften über den Magistrat entsprechende Anwendung finden, § 42 LKrO i.V.m. § 67 GO Hess.

123 Art. 27 LKrO Bay, §§ 47 ff. LKrO BBG, §§ 49 ff. LKrO NrW, § 38 LKrO RPF, §§ 174 ff. KSVG-Saar, §§ 113 ff. KVMV, §§ 49 ff. LKrO-Nds, *Schmidt-Aßmann* 2003 Rn. 148.

124 Art. 22 ff., 26 f. LKrO Bay (Überschrift: „Hauptorgane“), § 26 LKrO BBG (wo neben dem Kreistag, dem Kreisausschuß und dem Landrat auch die Bürgerschaft des Kreises als Organe erwähnt werden) § 6 LKrO Nds, § 155 KSVG Saar.

125 LKrO BW, LKrO Sachs, LKrO SaA, LKrO SH.

vorgesehen ist, kommt ihm die Aufgabe zu,<sup>126</sup> die Entscheidungen des Kreistages vorzubereiten<sup>127</sup> und, soweit nicht die Vorbehaltsaufgaben der anderen Organe betroffen sind bzw. in dringlichen Angelegenheiten auch selbst entscheiden.<sup>128</sup> Der Kreisausschuß wird vom Kreistag gewählt.<sup>129</sup>

Die Amtszeit der Versammlungsmitglieder richtet sich grundsätzlich nach der Wahlperiode. Bei gruppenpluralen Gremien kann sie aber innerhalb der Mitglieder abweichend geregelt sein. So beträgt die Amtszeit der Studenten im Senat nur ein Jahr, während die der übrigen Mitglieder zwei Jahre dauert (§ 19 I S. 2, II 2 UG). Bei den Kammern besteht zwar überwiegend für alle Mitglieder eine einheitliche Wahlperiode; zulässig wäre aber auch ein Ausscheiden der Hälfte der Mitglieder nach der halben Wahlperiode mit einer Ergänzungswahl für deren Ersatz.<sup>130</sup> Um die Legitimationskette nicht zu durchbrechen und eine unzulässige Selbstkontinuation des Organs vorzunehmen, darf eine Verlängerung der Wahlperiode, wenn nicht ganz ungewöhnliche Umstände vorliegen, immer nur für eine zukünftige erfolgen. Entsprechend ist auch eine Verkürzung nur für zukünftige Wahlperioden zulässig.

Eine vorzeitige Auflösung der Versammlung durch die Aufsichtsbehörde kann wegen ihrer eigenständigen Legitimation nur ultima ratio sein.<sup>131</sup> Vor dem Hintergrund von Art. 28 I S. 2 GG gilt dies insbesondere bei der Auflösung von Gemeinde- und Kreisräten.<sup>132</sup>

### b. Die Binnenstruktur der Versammlung als Hauptverwaltungsorgan

Zur Regelung seiner Angelegenheiten gibt sich die Versammlung eine Geschäftsordnung. Diese stellt einen inneradministrativen Rechtsakt dar.<sup>133</sup>

#### aa. Die Zusammensetzung des Hauptverwaltungsorgans

##### (1.) Mitgliederversammlung oder Repräsentativversammlung

Nach der Zusammensetzung aufgrund der Mitgliedschaft in der Körperschaft selbst oder der Wahl durch dieselbe können, wie schon erwähnt, Körperschaften mit einer Vollversammlung der Mitglieder und solche mit Repräsentativversammlungen

126 In der LKrO von RPF finden sich ebenso wie in der KO Thür zu den Aufgaben des Kreisausschusses keine weiteren Angaben.

127 Art. 26 S. 2 LKrO Bay, § 48 I LKrO BBG, § 51 LKrO Nds, § 175 IV S. 2 i.V.m. 172 I S. 1 KSVG Saar (nur soweit nicht der freiwillige „Kreistagsausschuß“ zuständig ist).

128 Art. 26 S. 2 u. 30 LKrO Bay; § 48 I S. 2 u. II S. 1 LKrO BBG; § 113 II S. 2 KV MV; § 51 II LKrO Nds, § 50 LKrO NRW; § 175 II KSVG Saar.

129 Vgl. etwa Art. 26 V LKrO Bay, § 47 I LKrO BBG, § 113 KV MV, § 51 II LKrO NRW; § 38 LKrO RPF; § 147 KSVG Saar.

130 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 5 Rn. 31 für die IHKn.

131 Vgl. hierzu eingehender unter D bei der Staatsaufsicht.

132 *Berliner-Kommentar-Vogelsang* Art. 28 Rn. 44 f.

133 Die Geschäftsordnung wird nicht als Satzung erlassen, sondern als eine allgemeine interne Verfahrensvorschrift, die Bindungswirkung nur gegenüber den Mitgliedern der Versammlung entfaltet, *Maurer* 2002, § 24 Rn. 12; zu den Geschäftsordnungen des Gemeinderats: *Schmidt-Aßmann* 2003, Rn. 64; *Gern* 2003, Rn. 440 f.; zu denen der Kammern: *Tettinger* 1997, S. 115.

unterschieden werden.<sup>134</sup> Keine Versammlung aller Mitglieder ist allerdings die von diesen gewählte „Vollversammlung“ der IHKn und der Handwerkskammern.<sup>135</sup>

Echte Mitgliederversammlungen sind hingegen die Kammerversammlungen der Rechtsanwaltskammern (§ 85 ff. BRAO),<sup>136</sup> der Notarkammern (§ 71 ff. BNotO), der Patentanwaltskammer (§ 78 f. PAO), die Wirtschaftsprüferversammlung (§ 59 I Nr. 1 WPO),<sup>137</sup> der Steuerberaterkammern (§ 77 S. 1 StBerG), der Lotsenbrüderschaften (§ 30 SeeLG) sowie die Innungsversammlung (§ 61 I S. 2 HwO). Diese kann zwar ganz oder in bezug auf bestimmte Aufgaben in der Satzung durch eine Vertreterversammlung ersetzt werden (§ 61 I S. 3 HwO),<sup>138</sup> Regelmodell ist aber die Vollversammlung der Mitglieder.<sup>139</sup> Mitglieder der Vollversammlung können, da sie Mitglieder der Innung sind (§ 58 I S. 1 i. V. m. § 1 I HwO), auch juristische Personen oder Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit sein, die ein Handwerk betreiben.<sup>140</sup> Allerdings hat jede (natürliche oder juristische) Rechtsperson oder Personengesellschaft nur eine Stimme (§ 63 S. 2 HwO). Mitgliederversammlungen sind schließlich auch die Hauptverwaltungsorgane der Realkörperschaften.<sup>141</sup>

Sogar verfassungsrechtlich vorgesehen<sup>142</sup> ist die Möglichkeit von Gemeindeversammlungen in kleineren Gemeinden. Von der Möglichkeit, derartige Versammlungen einzurichten, haben aber lediglich Brandenburg und Schleswig-Holstein für Gemeinden unter 100 bzw. 70 Einwohnern Gebrauch gemacht.<sup>143</sup>

Eine Besonderheit stellt hier der erweiterte Fakultätsrat nach § 25 III UG BW dar. Aus Gründen der Freiheit von Forschung und Lehre in Art. 5 III GG erweitert sich der Fakultätsrat in zentralen Fragen von Forschung und Lehre um alle professoralen

134 Insofern mag man zwischen Mitglieds-körperschaften und Repräsentativ-körperschaften unterscheiden (*Huber* 1953, S. 204 f.) – die Unterscheidung suggeriert allerdings, daß es um Hauptgruppen von Körperschaften geht; tatsächlich bezeichnet sie aber nur die Differenz im Hauptorgan der Körperschaft, an die sich auch keine weiteren Unterscheidungen grundsätzlicher Art anschließen, so daß auf den Begriff verzichtet werden kann.

135 §§ 4 u. 5 IHKG; §§ 92, 93 I S. 1 HwO.

136 Auch die Kammerversammlung der Rechtsanwaltskammer beim BGH, § 174 BRAO u. § 2 f. GeschO der BRAK, abgedr. bei *Feuerich/Weyland* 2003, § 174 Rn. 3.

137 Der Schluß von diesen Beispielen darauf, daß alle Kammern der freien Berufe Mitgliederversammlungen hätten, ist jedoch nicht möglich. Gemäß § 11 KammerG BW sind etwa die Versammlungen der Kammern der Heilberufe als Vertreterversammlungen ausgestaltet. Werden Bezirkskammern der Landes-kammern eingerichtet, so können die Mitglieder der Vertreterversammlung der Landeskammer auch durch die Vertreterversammlungen der Bezirkskammern gewählt werden, § 12 KammerG BW. – Die Bezirkskammern sind im übrigen rechtlich unselbständige körperschaftlich verfaßte Untergliederungen der Landeskammern, § 22 I u. II KammerG BW.

138 *Musielak/Detterbeck* 1995, § 61 Rn. 2.

139 *Honig* 1999, § 61 Rn. 4; *Musielak/Detterbeck* 1995, § 61 Rn. 2.

140 Für eine juristische Person oder eine Personengesellschaft kann dann aber nur eine Stimme abgegeben werden (§ 63 S. 2 HwO), vgl. auch *Honig* 1999, § 63 Rn. 2.

141 Vgl. § 9 BJagdG für die Jagdgenossenschaften, § 26 BWaldG für die Forstbetriebsverbände sowie die Verbandsversammlung der Wasser- und Bodenverbände, § 46 I S. 1 WVG. Wegen der individuellen Betroffenheit von den Verbandsentscheidungen hat jedes Mitglied auch eine Stimme. Dem Problem der Entscheidungsunfähigkeit durch die Höhe der Mitgliederzahl soll teilweise durch die Einführung von Delegiertenversammlungen, teilweise durch ein an einen Mindestjahresbeitrag gekoppeltes Stimmrecht begegnet werden, das dann von Mitgliedern mit geringerem Beitrag nur gemeinsam durch Fraktionsbildung erreicht werden kann, *Rapsch* 1993, Rn. 168 f.; im übrigen kann ein Verbandsausschuß an die Stelle der Versammlung treten, § 49 I S. 1 WVG.

142 Art. 28 I S. 4 GG; Art. 72 II S. 3 LV BW; Art. 86 I LV Sachs; Art. 89, 2. Hs. LV SaA; Art. 95 S. 2 LV Thür.

143 § 53 GO Bbg; § 54GO SH.



Mitglieder der Fakultät, die hauptberuflich an der Universität tätig sind, zum erweiterten Fakultätsrat. Auf diese Weise wird in den sie besonders berührenden Fragen die Mehrheit dieser Gruppe sichergestellt. Der Fakultätsrat wird so gewissermaßen zur Teil-Mitgliederversammlung hinsichtlich dieser Gruppe.

Die Abgrenzung von Mitgliederversammlung und Repräsentativversammlung bezieht sich darauf, ob der Kreis der Körperschaftsmitglieder mit dem Kreis der Mitglieder im Hauptverwaltungsorgan identisch ist oder nicht. Sie sagt nichts über den Rechtscharakter der Mitglieder aus. Unerheblich ist es daher auch, ob diese juristische oder natürliche Personen sind. Den Versammlungen der Verbandskörperschaften gehören zumeist alle Mitgliedskörperschaften an.<sup>144</sup> Sie werden in der Versammlung durch die Präsidenten, Vorstände etc. lediglich vertreten.<sup>145</sup> Diese Vertreter sind also nicht gewählte Vertreter aller Mitglieder des Verbandes, sondern nur ihrer eigenen Körperschaft. Die Versammlungen der Bundkörperschaften sind danach ebenfalls Mitgliederversammlungen, da die Vertreter nicht Repräsentanten einer größeren Mitgliedergruppe, sondern des Mitglieds sind, dem sie als gewählter Organwahrer vorstehen.

Die Unterscheidung von Mitgliederversammlung und Vertreterversammlung bezieht sich nur auf die Binnenstruktur der Körperschaft und die Art des Einflusses der Mitglieder auf die Körperschaftsentscheidungen, nicht auf ihre Einordnung als Körperschaften. Man mag anhand der Zusammensetzung der Versammlung dann auch in „Mitgliedskörperschaften“ und „Repräsentativkörperschaften“ differenzieren.<sup>146</sup> Damit kann dann eine terminologische Besonderheit eingefangen werden: Einige „Repräsentativkörperschaften“ haben die Besonderheit, daß in den entsprechenden Gesetzen als „Mitglieder“ nur die Angehörigen der Versammlung bezeichnet werden.<sup>147</sup> Diese Bezeichnung ändert jedoch nichts daran, daß auch die aktiv wahlberechtigten Zugehörigen im Rechtssinne Mitglieder der Kammer sind und nicht nur ihre Angehörigen.<sup>148</sup> In diesem Sinne wäre klar zwischen den Mitgliedern der Körperschaft und den Mitgliedern eines Organs dieser Körperschaft nämlich der Repräsentativversammlung zu unterscheiden. Problematisch wird der Begriff der „Repräsentativkörperschaft“ jedoch dann, wenn er auch auf solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts verwendet wird, bei denen, wie etwa bei der Saarländischen Arbeitskammer,<sup>149</sup> die Mitglieder des „Repräsentativorgans“ nicht von den Zugehörigen des Verbandes, sondern von Nichtmitgliedern gewählt werden.<sup>150</sup> Trotz anderweitiger Bezeichnung handelt es sich dabei in Ermangelung eines Wahlrechts

144 Z. B. § 13 II GKZ BW; Art. 31 I S. 2 GKZ Bay; § 15 I S. 3 GKG BBG; § 15 II S. 1 GKG He; § 156 II S. 1 KV MV; § 15 I S. 2 GKG NW; § ) I S. 1 ZwVG RP; § 13 II S. 2 GKG Saar; § 52 I S. 1 GKZ Sachs; § 22 I GKZ SaA; § 9 GKZ SH; § 28 I S. 2 GKG Thür; aber auch die Bundesrechtsanwaltskammer, § 175 BRAO und andere.

145 Vgl. etwa § 88 HwO für die Kreishandwerkerschaft; § 188 I BRAO für die Bundesrechtsanwaltskammer.

146 Huber 1953, S. 204; Brohm 1983, S. 786 ff; Hsu 2004, S. 14.

147 Etwa § 5 I IHKG. Die anderen Mitglieder der IHK im Rechtssinne werden als „Kammerzugehörige“ bezeichnet (§§ 2 u. 5 II IHKG).

148 Zugehörigkeit wird, wie oben ausgeführt (S. 524), als Oberbegriff von nutzungsberechtigten Angehörigen und zudem noch wahlberechtigten Mitgliedern verstanden.

149 S. u., S. 606.

150 Mronz 1973, S. 52 f.

der Körperschaftszugehörigen nicht um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, sondern um eine Anstalt mit kollegial strukturiertem Lenkungsorgan (s. u., S. 595).

## (2.) Wahlmitglieder und Mitglieder kraft Amtes, Mitglieder mit und ohne Stimmrecht

Repräsentativversammlungen setzen sich zusammen aus Mitgliedern kraft Amtes<sup>151</sup> und gewählten Mitgliedern. Ferner kann nach Mitgliedern mit Stimmrecht und solchen mit nur beratender Stimme differenziert werden. Daraus ergeben sich verschiedene Konstellationen: Versammlungen, zu denen neben den von den Körperschaftsmitgliedern gewählten auch ein von diesen gewählter Vorsitzender gehört;<sup>152</sup> Versammlungen, denen die von den Körperschaftsmitgliedern gewählten Vertreter und der von den Versammlungsmitgliedern gewählte Vorsitzende angehört.<sup>153</sup> Schließlich sieht die Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen vor, daß der von den Bürgern gewählte Bürgermeister kein Mitglied des Rates ist, wohl aber dessen Vorsitz und ein Stimmrecht innehat.<sup>154</sup> § 42 des Kommunalselfverwaltungs-gesetzes des Saarlands gibt dem von den Bürgern gewählten Bürgermeister als Vorsitzendem des Gemeinderates kein Stimmrecht.<sup>155</sup>

Bei den Lastenverbänden und in der Sozialversicherung sind Inkompatibilitäten zwischen Zugehörigkeit zum Körperschaftsvorstand und Mitgliedschaft im Repräsentativorgan vorgesehen. Im Wasserverbandsrecht (§ 52 II S. 2 WVG) dient dies der Vermeidung von Interessenkollisionen zwischen Vorstandsmitgliedschaft und Mitgliedschaft im Verbandsausschuß.<sup>156</sup> In der Sozialversicherung soll auf diese Weise eine völlige Dominanz des Vorstands in der Vertreterversammlung verhindert und so ein System von Checks-and-Balances installiert werden. So kann die Kontrollfunktion der Vertreterversammlung gegenüber den anderen Organen verbessert werden.<sup>157</sup>

## (3.) Homogene und gruppenplurale Versammlungen

Schließlich kann entsprechend den verschiedenen strukturierten Mitgliedschaften der Körperschaften in gruppenplurale oder homogene Versammlungen unterschieden werden. Hier sollen einige Beispiele für gruppenplurale Versammlungen angeführt werden.

151 Nach § 19 II UG BW sind das im Senat etwa: der Rektor und die anderen Mitglieder des Rektorats, die Dekane, die Frauenbeauftragte und weitere.

152 So der Gemeinderat in Baden-Württemberg (§ 25 GO), Bayern (§ 31 I GO), Brandenburg (§ 34 u. 59 II S. 1 GO), Niedersachsen (§ 31 GO), Rheinland-Pfalz (§§ 53 II, III, 29 I GO), Sachsen (§ 29 GO), Thüringen (§ 23 KO).

153 So die Gemeindevertretung in Hessen (§ 49 S. 1 GO), in Mecklenburg-Vorpommern bei hauptamtlich verwalteten Gemeinden (§ 28 II S. 1 KV), während er in den ehrenamtlich verwalteten von seinem Amtsvorgänger ernannt wird (§ 28 III KV MV), ferner in Schleswig-Holstein §§ 31 S. 1 u. 33 I S. 1 GO.

154 § 40 II GO NRW.

155 Eine Besonderheit ist es schließlich, wenn in Sachsen-Anhalt nur in Gemeinden mit ehrenamtlichem Bürgermeister dieser der Vorsitzende des Gemeinderates ist, ansonsten aber ein gewähltes Mitglied desselben, § 36 II GO.

156 *Rapsch* 1993, Rn. 175.

157 *Gleitze/Krause/v. Maydell/Merten-Krause* 1992, §44 Rn. 35.

## (a.) Gruppenplurale Mitwirkung in den Hochschulen

Verfassungsrechtlich vorgegeben ist ein differenzierter Einfluß nach Gruppen für die Hochschulen. Der Umfang der Mitwirkung der einzelnen Gruppen variiert aber nach den Aufgaben, über die das betreffende Beschlußorgan zu befinden hat: Grob gesprochen ist der Professoreinfluß um so höher, je stärker der Kernbereich von Forschung und Lehre betroffen ist.<sup>158</sup> In Gremien, die regelmäßig über Zentralfragen von Forschung und Lehre entscheiden,<sup>159</sup> darf und muß also die Gruppe der Professoren ein Übergewicht der Stimmen haben, um durch „die Teilhabeberechtigung der Hochschullehrer an den Entscheidungen der Hochschulorgane über Angelegenheiten der Forschung und Lehre“ die „freiheitlichen Rahmenbedingungen ihrer Forschung und Lehre“ zu garantieren.<sup>160</sup> Die Grundrechtssicherung modifiziert hier also die Gleichheit der Stimmen im Sinne einer differenzierten Partizipationsstruktur.<sup>161</sup> Das Prinzip der grundrechtsfundierten Selbstbestimmung in der Organisation, das oben schon als Ergänzung der demokratischen Legitimation der Organisation eingeführt wurde, rechtfertigt und fordert hier eine Differenzierung der Mitwirkungsbefugnisse nach der Grundrechtsbedeutsamkeit der Aufgaben des betreffenden Organs.<sup>162</sup>

Näher ist zu differenzieren nach Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit.<sup>163</sup> Hier genießen die Hochschullehrer also eine herausgehobene Stellung aufgrund des Differenzgebotes zu ihren Gunsten,<sup>164</sup> das im übrigen durch ein Recht des Hochschullehrers an der akademischen Selbstverwaltung teilzunehmen, auch individualrechtlich abgesichert ist.<sup>165</sup> In den wissenschaftsferneren Bereichen ist dieses Ungleichgewicht nicht mehr gerechtfertigt. Während ihnen also in Berufungsangelegenheiten und Fragen der Forschung „ausschlaggebender Einfluß“ eröffnet sein muß und den anderen Gruppen nur Mitwirkungsfunktionen in Form von Informations- und Anhörungsrechten zukommen können, reicht in Fragen der Lehre ein „maßgebender“ aus, und entsprechend steigert sich der Einfluß der anderen Gruppen.<sup>166</sup> Dieses Prinzip gilt auf den verschiedenen Ebenen der Hochschulverwaltung und bestimmt zugleich das Maß an Selbstverwaltung der einzelnen Ebene: Hier ist die Schicht der Fakultäten wissenschaftsnäher als die Trägerschicht

158 *BVerfGE* 61, S. 260 ff. (278 f.).

159 Das *BVerfG* (E 61, S. 260 ff. [279]) rechnet zu diesen Fragen etwa: die Forschungsplanung, das Aufstellen von Lehrprogrammen und die Planung des Lehrangebots, die Koordinierung der wissenschaftlichen Arbeit und der Lehr- und Forschungsvorhaben, auch die Mittelvergabe, die Errichtung von wissenschaftlichen Einrichtungen, die Festlegung und Durchführung von Prüfungsordnungen und Personalentscheidungen.

160 *Groß* 1999, S. 226; *BVerfGE* 35, S. 79 ff. (130 f.) – Hochschulurteil.

161 GG-Kommentar Dreier-*Pernice* Art. 5 III (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 50; *Trute* 1994, S. 369.

162 *BVerfGE* 35, S. 79 ff. (114) – Hochschulurteil: „Daraus ergibt sich, daß auch im Bereich der Teilhabe am öffentlichen Wissenschaftsbetrieb jedenfalls der oben umschriebene Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung grundsätzlich der Selbstbestimmung des einzelnen Grundrechtsträgers vorbehalten bleiben muß“.

163 *BVerfGE* 35, S. 79 ff. (131) – Hochschulurteil; vgl. zu den Kriterien näher *Reich* 2002, § 37 Rn. 2.

164 V. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 5 Rn. 356; GG-Kommentar Dreier-*Pernice* Art. 5 III (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 50.

165 *BVerfGE* 51, S. 369 ff. (379).

166 *BVerfGE* 35, S. 79 ff. (131 ff.); *Herberger* 2001, Rn. 149.

der Universität, so daß entsprechend die Mitwirkungsrechte „nach oben“ abnehmen.<sup>167</sup> Ob weitere Vorgaben für die Binnenstruktur der Hochschulen aus Art. 5 III GG zu ermitteln sind, muß wohl, will man das Grundrecht nicht interpretatorisch überfrachten, eher zurückhaltend beurteilt werden. „Hochschulinterne Fremdverwaltung“, die durch Zentralisation von Zuständigkeiten in der zentralen Universitätsverwaltung so ausgeprägt wäre, daß sie die den einzelnen Fakultäten die Ausdifferenzierung von Strukturen, die ihren spezifischen Bedürfnissen gemäß sind, und die Entscheidung über Grundfragen der von ihnen wahrgenommenen Wissenschaft und Lehre nehmen würde, dürften aber mit Art. 5 III GG nicht mehr zu vereinbaren sein.<sup>168</sup> Das gilt in individualrechtlicher Perspektive ohnehin schon zugunsten des einzelnen Hochschullehrers.

Zwar sind die organisationsrechtlichen Rahmenregelungen des HRG für die Hochschulen weitgehend weggefallen (§§ 60 ff. HRG a.F.), vorgegeben ist durch § 37 I S. 3, 2. Hs. HRG aber weiterhin die Notwendigkeit der Mitwirkung aller Mitgliedergruppen in den Gremien der Universität.<sup>169</sup> Dies gilt zunächst für den Senat (§ 11 u. 19 II UG BW), aber auch für die Fachschaftsräte bzw. Fakultätsräte.

Nicht zur Problematik der Gruppenpluralität und nicht durch Art. 5 III S. 1 GG vorgegeben erscheint dem BVerfG die Vertretung eines jeden Fachbereichs oder einer Fakultät im Senat.<sup>170</sup>

## (b.) Die Struktur der Vollversammlung der Handwerkskammern

Die „Vollversammlung“ der Handwerkskammer besteht zu einem Drittel aus gewählten Gesellen und zu zwei Dritteln aus sonstigen gewählten Mitgliedern (§ 93 I HwO).<sup>171</sup> Sie dient damit der Interessenintegration aller Handwerker, nicht nur der selbständig tätigen.<sup>172</sup> Entsprechend fehlt ein Gesellenausschuß. Außerdem besteht die Möglichkeit der Zuwahl von Personen, die sich besonders mit den Verhältnissen des Handwerks beschäftigt haben (§ 93 IV HwO).<sup>173</sup> Voraussetzung ist aber, daß dafür tragfähige Gründe bestehen und die Anzahl der kooptierten Versammlungsmitglieder deutlich geringer ist als die der gewählten.<sup>174</sup> Dies kann zwar bis zu einem Fünftel der Mitgliederzahl der Versammlung ausmachen, darf aber die Proportionen zwischen Gesellen und sonstigen Arbeitnehmer und der Gruppe der selbständigen Handwerker nicht verschieben. Dabei steht dann den Gesellen und gleichgestellten Arbeitnehmern ein Vorschlagsrecht für die Wahl der weiteren Mitglieder durch die Vollversammlung (§ 106 I Nr. 2 HwO) hinsichtlich der auf ihr Drittel entfallenden Zugewählten zu (§ 93 IV S. 2 HwO).

167 Eingehend dazu *Trute* 1994, S. 374 ff.

168 in diesem Sinne auch *Groß* 1999, S. 227 f.

169 Damit soll aber den Ländern nur aufgegeben sein, überhaupt gruppenplurale Gremien vorzusehen; nicht ausgeschlossen wird damit, daß es andere, nicht gruppenplurale Gremien geben kann, *Herberger* 2001, Rn. 306.

170 *BVerfG* v. 26. Oktober 2004 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00.

171 Zu Entstehung und Entwicklung der Gesellenbeteiligung in den Handwerkskammern vgl. *Hoffmann-Riem* 1980, S. 38 ff.

172 *Hoffmann-Riem* 1980, S. 86 f.

173 Vgl. auch *Tettinger* 1997, S. 113.

174 *Tettinger* 1997, S. 114; *ders.* 1986, S. 37 ff.; *Oebbecke* 1990, S. 368 f.

## (c.) Die Vertreterversammlung der Sozialversicherungsträger

Sehr differenziert sind die Regelungen bei den Sozialversicherungsträgern. Dem Grundsatz der gemeinsam ausgeübten Selbstverwaltung (§ 29 II SGB IV) entsprechend, werden prinzipiell alle Selbstverwaltungsorgane zu gleichen Anteilen aus Versicherten und Arbeitgebervertretern besetzt (§ 44 I Nr. 1 SGB IV). In der Unfallversicherung besteht, abgesehen von der Gartenbau-Berufsgenossenschaft, Drittparität zwischen den Versicherten, den Selbständigen ohne Arbeitnehmern<sup>175</sup> und den Arbeitgebern (§ 44 I Nr. 2 SGB IV). Bei der Bundesknappschaft besteht mit zwei Dritteln der Mitglieder der Selbstverwaltungsorgane ein deutliches Übergewicht der Versicherten gegenüber den Arbeitgebern (§ 44 I Nr. 3 SGB IV).<sup>176</sup> Mitglieder der Vertreterversammlung bzw. des Verwaltungsrates der Ersatzkassen sind schließlich, ihrer Tradition als ehemaligen Vereinen auf Gegenseitigkeit entsprechend, nur Versichertenvertreter (§ 44 I Nr. 4 SGB IV), so daß es sich um eine interessenhomogene Versammlung handelt.<sup>177</sup> Bei den Betriebskrankenkassen und der Bundesbahnversicherungsanstalt gehört neben den gewählten Vertretern der Versicherten der Arbeitgeber als geborenes Mitglied mit derselben Zahl der Stimmen wie die Versichertenvertreter an (§ 44 II S. 1 u. 2 SGB IV).<sup>178</sup>

Diese Paritäten sind deshalb bemerkenswert, weil sie eine Abkehr von dem auch in der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen im Dreiklassenwahlrecht bis 1918 zum Ausdruck kommenden Prinzip der an der Lasttragung orientierten Partizipationsmöglichkeit bedeutet. An ihre Stelle ist weniger eine demokratischen Forderungen entsprechende als vielmehr eine an der gesellschaftlichen, in Art. 9 III GG geschützten Parität der Sozialpartner orientierte Lösung getreten.<sup>179</sup> Hier liegt also eine Betrachtungsweise zugrunde, die weder – wie etwa in einigen Realkörperschaften – auf die individuelle Grundrechtsbetroffenheit abstellt noch auf strikte demokratische Gleichheit, wie sie in Art. 28 I S. 2 GG für die Gebietskörperschaften vorgesehen ist, sondern die sich am Betroffenheitspotential einer sozialen Gruppe, nämlich von Versicherten, Arbeitgebern bzw. zusätzlich der Selbständigen ohne Arbeitnehmer orientiert.

## (4.) Mitgliedschaftsbefugnisse und Pflichten

Die Mitglieder der Versammlung sind Inhaber eines öffentlichen Amtes auch im haftungsrechtlichen Sinn (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB). Sie sind Amtswalter und keine Parlamentarier. Sie sind ehrenamtlich tätig,<sup>180</sup> auch wenn sie in

175 Sie werden – nicht unproblematisch – als Versicherte gesehen, obwohl sie als Unternehmer den Arbeitgebern näher stehen, kritisch: Gleitze/Krause/v.Maydell/Merten-Krause 1992, § 44 Rn. 35 f.: Überrepräsentation der Unternehmenseite.

176 Kritisch dazu: Gleitze/Krause/v.Maydell/Merten-Krause 1992, § 44 Rn. 40: „nicht rational erklärbar“.

177 Weitere Besonderheiten ergeben sich aus den Abs. 2 ff.

178 Satzungsmäßige Abweichungen sind aber nach § 44 IV SGB IV bei Sozialversicherungsträgern (AOK, BKK, IKK, ErsK, §§ 31 IIIa, 33 III i.V.m. 35a I SGB IV) mit Verwaltungsrat möglich.

179 Gleitze/Krause/v. Maydell/Merten-Krause 1992, § 44 Rn. 31; KK- Maier SGB V, § 44 Rn. 1; Schmidt-Aßmann 1991, S. 383.

180 Vgl. etwa § 32 I S. 1 GO BW; § 94 S. 2 i.V.m. § 66 IV HwO für die Handwerkskammer. – Eine Entschädigungspflicht für die ehrenamtliche Tätigkeit ist nicht bei allen Versammlungen vorgesehen.

Bundkörperschaften in der Mitgliedskörperschaft eine hauptamtliche Funktion innehaben.<sup>181</sup> Sie nehmen dann ebenso wie etwa die „berufsmäßigen Mitglieder“ des bayerischen Gemeinderats (§§ 40, 41 GO Bay) eine Doppelstellung ein.

Die Mitglieder besitzen, sofern die Versammlung keine Mitgliederversammlung aller Körperschaftsmitglieder ist, ein freies Mandat im Rahmen der Gesetze, d. h. sie sind an Aufträge und Weisungen nicht gebunden, sondern nur ihrem Gewissen unterworfen.<sup>182</sup> Sie sind insofern an keine Verpflichtungen gebunden und handeln nach ihrer freien, durch das Gemeinwohl bestimmten Überzeugung.<sup>183</sup> Auch dürfen sie von Dritten nicht an der Ausübung ihres Mandats gehindert werden.<sup>184</sup> Die scheinbare Ausnahme, daß den Vertretern der Mitgliedskörperschaften in den Zweckverbänden durch jene Weisungen erteilt werden können,<sup>185</sup> löst sich auf, wenn man bedenkt, daß nicht die Vertreter, sondern die Körperschaften Mitglied in Verband und Versammlung sind.<sup>186</sup>

Sie genießen zwar keine Immunität und Indemnität,<sup>187</sup> besitzen aber eine Reihe von Hauptbefugnissen und diese abstützenden Annexrechten.<sup>188</sup> Zu den Hauptbefugnissen gehören die aus dem freien Mandat fließenden Mitwirkungsrechte in der Versammlung, vor allem das Rede-, Antrags-, ggf. Fragerecht.<sup>189</sup> Differenziert wird bei einigen Körperschaften das Stimmrecht zugewiesen. Insbesondere bei Verbandskörperschaften kann die Satzung vorsehen, daß ein Vertreter der Mitgliedskörperschaft, entsprechend deren relativer Größe, mehr Stimmen in der Versammlung besitzt.<sup>190</sup> Die Vertreter der Mitgliedskörperschaften des Verbandes besitzen außerdem kein freies, sondern ein gebundenes Mandat.<sup>191</sup> Um die Entsprechung von Mitbestimmung und Pflichtigkeit herzustellen, ermöglicht § 65 I HwO die Übertragung des Stimmrechts auf den Leiter eines Nebenbetriebes nach § 2 Nr. 2 oder 3 HwO, wenn dieser die Pflichten des Übertragenden gegenüber der Innung übernimmt.<sup>192</sup> Sehr differenzierte Regelungen bezüglich der Stimmen bestehen

181 Sie sind aber keine „Ehrenbeamte“ als „natürliche Personen, die auf Grund eines Beamten-(Dienst-)Verhältnisses mit einem Dienstherrn als Wahlbeamte auf Zeit, auf Widerruf oder auch lebenszeitlich verpflichtet und berechtigt sind, neben ihrem bürgerlichen Beruf, Renteneinkünften oder einem beamtenrechtlichen Hauptamt eine hoheitliche Amtsstelle im konkreten funktionalen Sinne wahrzunehmen“, *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 110 Rn. 4; *Schröder* 2000, Rn. 70.

182 *Schröder* 2000, Rn. 71. Für die Repräsentativversammlung der Handwerkskammer vgl. § 94 S. 1 HwO; für die Kammern der Heilberufe etwa § 16 III KammerG BW; § 37 II S. 1, 2. Hs. HRG, zum Hochschulbereich § 37 III HRG, *Reich* 2002, § 37 Rn. 7, auch hier keine Weisungen durch die dienstlichen Vorgesetzten, Wählenden oder Entsendenden und Verbänden.

183 Etwa § 32 III GO BW; § 37 I GO BBG; § 35 I GO Hess.

184 § 32 II GO BW.

185 Dies ist in einigen Bundesländern ausdrücklich geregelt (etwa § 13 V GKZ BW; Art. 33 II S. 4 GKZ Bay; § 15 II S. 5 GKG BBG; § 8 II S. 1 ZwVG RPF; § 13 III GKG i.V.m. § 112 I, III KSVG Saar; § 52 IV GKZ Sachs; § 22 II S. 3 GKG SaA) aber auch in den anderen Bundesländern anerkannt, *Luppert* 2000, S. 165.

186 *VGH München NVwZ* 1999, S. 143 f.; *Luppert* 2000 S. 164 f.; *Gern* 2003, Rn. 939; *Oebbecke* 1982, S. 9.

187 Vgl. aber § 51 II GO Bay.

188 Zu diesen gehören etwa Behinderungs- und Benachteiligungsverbote, § 94 S. 2 i.V.m. § 69 IV HwO; § 37 III HRG.

189 § 47 II GO NRW; *Schröder* 2000, Rn. 70.

190 Vgl. etwa § 13 II S. 2 GKZ BW für kommunale Zweckverbände; hier können die Stimmen dann nur einheitlich abgegeben werden, § 13 II S. 3 GKZ BW; § 88 S. 3 u. 4 HwO für die Kreishandwerkerschaft. Hier kann die Satzung sogar vorsehen, daß die Stimmen uneinheitlich abgegeben werden können.

191 *Gern* 2003, Rn. 939.

192 Weitere Stimmübertragungen sind durch die Satzung möglich, § 65 II HwO.

auch bei den Realkörperschaften. So stellen etwa die Wasserverbände letztlich auf die zu erwartenden Nachteile durch den Verband ab.<sup>193</sup> § 28 III BWaldG bestimmt, daß die Stimmrechte nach der Größe der Grundstücke der Mitglieder festzulegen sei, wobei jedem Mitglied jedoch mindestens eine Stimme zukommen muß. Eine besonders qualifizierte Mehrheit verlangt § 9 III BJagdG für Beschlüsse der Jagdgenossenschaft: Es ist sowohl der Mehrheit der anwesenden und vertretenen Jagdgenossen als auch der Mehrheit der bei der Beschlußfassung vertretenen Grundfläche erforderlich.

Neben der grundsätzlichen Pflicht zur Annahme, Ausübung<sup>194</sup> und gewissenhaften Amtsführung<sup>195</sup> hat das ehrenamtlich tätige Mitglied der Versammlung Pflichten, die seine unabhängige Amtsführung unterstützen, aber auch die Rechte Dritter schützen sollen. Die Gemeindeordnungen sprechen insofern detailliert von „uneigennützig und verantwortungsbewußter“ Führung der übertragenen Geschäfte,<sup>196</sup> halten ihn zur Verschwiegenheit in solchen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung gesetzlich vorgeschrieben oder kraft Natur der Sache notwendig ist,<sup>197</sup> und zur gewissenhaften und unparteiischen Amtsführung an und verbieten ihm, wenn er nicht als gesetzlicher Vertreter handelt, Ansprüche gegenüber der Körperschaft geltend zu machen.<sup>198</sup> § 64 HwO schließt das Stimmrecht eines Mitglieds aus, wenn die Beschlußfassung ein Rechtsgeschäft zwischen ihm und der Innung betrifft.<sup>199</sup> Der Unterstützung seiner Neutralität dienen auch die Regeln über die Befangenheit von Versammlungsmitgliedern.<sup>200</sup> Ferner haben sie die Pflicht, an den Sitzungen teilzunehmen.<sup>201</sup> Angesichts der besonderen Verflechtung der Körperschaften des öffentlichen Rechts mit dem Staat über die Ausübung von Hoheitsbefugnissen, der Aufsicht und der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe auf der einen und der Gesellschaft, besonders ihrer Interessenartikulation auf der anderen

193 Vgl. § 48 III i.V.m. 13 II WVG: „Maßstab für die Festlegung der Stimmzahl ist grundsätzlich der Vorteil, den der Beteiligte von der Durchführung der Verbandsaufgaben zu erwarten hat. Hat ein Beteiligter von der Durchführung der Verbandsaufgaben nur einen Nachteil zu erwarten oder überwiegt der Nachteil gegenüber dem zu erwartenden Vorteil, ist Maßstab für die Festlegung der Stimmzahl der Nachteil“. – Deutlicher konnte das Gesetz das Betroffenheitsprinzip als Grundlage der Partizipation kaum zum Ausdruck bringen.

194 § 16 I S. 1 KammerG BW mit Befreiungsmöglichkeit durch den Vorstand (S. 2).

195 § 32 I S. 2 GO BW.

196 § 17 I GO BW; *Gern* 2003, Rn. 571 f.

197 § 17 II u. 35 II GO BW; § 20 I GO RPF; dazu auch *OVG Koblenz NVwZ-RR* 1996, S. 685 ff.: Hierbei geht es in erster Linie um den Schutz Dritter, sowie Geheimhaltung weiterer Informationen aus Gründen des Gemeinwohls.

198 § 17 III GO BW; Art. 50 GO Bay; § 26 GO Hess; § 27 GO Nds; § 43 III GO NRW; § 21 GO RPF; § 26 II KSVG Saar; § 23 GO SH; § 29 I GO Bbg; § 26 KV MV; § 19 III GO Sachs; § 30 III GO SaA, „kommunales Vertretungsverbot“: „Dem Vertretungsverbot liegt der Gedanke zugrunde, die Gemeindeverwaltung von allen Einflüssen freizuhalten, die eine objektive, unparteiische und einwandfreie Führung der Gemeindegeschäfte gefährden könnten. Es soll verhindert werden, daß Gemeindeglieder die Funktion ehrenamtlich tätiger Bürger für ihre persönlichen Interessen ausnutzen und rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter, die zugleich ehrenamtlich tätige Bürger sind, durch diese Doppelfunktion in einen Interessenwiderstreit geraten“ *VGH Mannheim BB* 1993, S. 1690; (dazu auch *Schoch* 1984, S. 626 ff.; *Wolff/Bachof/Stober* 1999, § 35 Rn. 9). Es gilt auch im Ortschaftsrat (*BVerwGE NJW* 1988, S. 1994 f.) und im Kreisausschuß (*BVerwG NJW* 1984, S. 377 u. *BVerfG* [1. Kammer] *NJW* 1988, S. 694).

199 § 64 HwO – weitere Gründe können in der Satzung bestimmt werden. Dies gilt auch für die Innungsverbände (§ 83 I Nr. 3, § 85 II S. 1 HwO) und die Kreishandwerkerschaften (§ 89 I Nr. 5 HwO).

200 § 18 GO BW.

201 § 34 III GO BW.

Seite, kommt diesen Regelungen zur Begrenzung illegitimen Sondereinflusses besondere Bedeutung zu.

Bei einer Verletzung ihrer Rechte durch den Vorsitzenden können die Mitglieder teilweise zunächst die Versammlung anrufen. Ansonsten ist ein Organstreitverfahren möglich.<sup>202</sup>

## bb. Differenzierung des Hauptverwaltungsorgans in Organteile

Zur Erleichterung seiner Arbeit differenziert sich die Versammlung in weitere Organteile, deren Bildung wiederum am detailliertesten in den Kommunalverfassungen vorgezeichnet ist.

### (1.) Der Vorsitzende

Als Kollegialorgan bedarf die Versammlung eines Vorsitzenden, der die Sitzungen vorbereitet, die Versammlung einberuft und leitet und die Ordnungsgewalt ausübt.<sup>203</sup> Dieser kann wiederum ein gewähltes Mitglied der Versammlung oder kraft Amtes der Vorstand der Körperschaft sein.<sup>204</sup>

Zuweilen besitzt der Vorsitzende als solcher ein Einspruchsrecht (auch „Beanstandungs-“, „Widerspruchs-“, oder „Rügerecht“ genannt) gegenüber der Versammlung, wenn er deren Beschlüsse<sup>205</sup> für rechtswidrig hält (vgl. etwa § 43 II S. 1 GO BW).<sup>206</sup> Meist kommt dies aber dem Vorstand zu (s. u.).

### (2.) Die Ausschüsse

Jedenfalls bei größeren Körperschaften bildet das Repräsentativorgan Ausschüsse zur Vorbereitung eigener Entscheidungen (beratende) oder zur Wahrnehmung spezieller Aufgaben (beschließende) Ausschüsse.<sup>207</sup> Zur Einrichtung von Ausschüssen kann die Körperschaft gesetzlich verpflichtet (Pflichtausschüsse)<sup>208</sup> oder sie kann kraft ihrer Organisationsgewalt<sup>209</sup> dazu berechtigt sein, weitere Ausschüsse

202 Zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinderatsmitglieder gegenüber dem Vorsitzenden des Gemeinderats: *Rothe* 1992, S. 535; *Müller* 1994, S. 120 ff.

203 Ausführlich hierzu in bezug auf das Kommunalrecht *Rothe* 1992, S. 529 ff.; allgemein *Löer* 1999, S. 153 f.

204 Im Senat der Universitäten in Baden-Württemberg etwa der Rektor der Universität (§ 19 I S. 3 UG).

205 Hat der Vorstand aufgrund seiner Eilentscheidungsbefugnis (vgl. etwa § 43 IV GO BW) als Vertreter des Gemeinderats den Beschluß gefaßt, kann das Repräsentativorgan ihn aufheben, der Vorstand oder sein Vorsitzender aber auch Einspruch dagegen einlegen.

206 Allgemein *Löer* 1999, S. 35 ff.; für das Kommunalrecht *Gern* 2003, Rn. 506.

207 Vgl. hierzu zu den Ausschüssen der kommunalen Gebietskörperschaften: *Rothe* 2003, S. 55 ff. In der bayerischen Gemeindeordnung (Art. 32) „Gemeindesenate“.

208 Vgl. etwa § 57 GO NRW: ein Hauptausschuß zur Koordinierung der Arbeit der weiteren Ausschüsse (§ 26 V GO NRW), ein Finanzausschuß zur Vorbereitung der Haushaltssatzung und Durchführung des Haushaltsplans (§ 26 VI GO NRW) und ein Rechnungsprüfungsausschuß, der die Haushaltsführung der Gemeinde begleitet und die Haushaltsrechnung überprüft (§ 26 VII GO NRW), *Rothe* 2003, S. 56; *Stober* 1996, S. 206; im Hochschulbereich in Baden-Württemberg etwa die Studienkommission als Organ des erweiterten Fakultätsrates (§ 25 IV UG BW); im Bereich der wirtschaftlichen Selbstverwaltung etwa der Lehrlingsausschuß nach § 67 II HwO und der Gesellenausschuß nach §§ 68 ff. HwO. 209 *Tettinger* 1997, S. 116.



einzurichten (freiwillige Ausschüsse). Die Notwendigkeit der Einrichtung von Pflichtausschüssen muß sich nicht aus dem Organisationsgesetz der Körperschaft ergeben, sondern folgt häufig aus anderen Gesetzen, die die dort zu verhandelnden Materien regeln.<sup>210</sup>

#### (a.) Die Rechtsstellung der Ausschüsse

Die Rechtsnatur der Ausschüsse wird von den Organisationsgesetzen unterschiedlich bestimmt. Teilweise werden sie neben der Versammlung und dem Vorstand als drittes Organ der Körperschaft bezeichnet,<sup>211</sup> teilweise sind sie keine eigenen Organe, sondern Organteile mit eigenen Innenrechtspositionen.<sup>212</sup> Die Abgrenzung ist nach *Wolff/Bachof* anhand der Frage zu beurteilen, ob die entsprechende Organisationseinheit selbst, in eigenem Namen, die Kompetenzen der juristischen Person, deren Teil sie ist, wahrnehmen kann oder ob sie einem dazu befugten Organ lediglich hilft.<sup>213</sup> Danach ist zwischen beschließenden und beratenden Ausschüssen zu unterscheiden: Beschließende Ausschüsse entscheiden anstelle der Versammlung.<sup>214</sup> Ihre Beschlüsse wirken ebenso wie die der Vertretungskörperschaft nach außen.<sup>215</sup> Insofern haben sie die Rechtsstellung eines Organs, auch wenn sie in den Organisationsgesetzen nicht als solche bezeichnet werden.<sup>216</sup> Fraglich ist dies in bezug auf die beratenden Ausschüsse. Sie bereiten die Verhandlungen der Versammlung lediglich vor, so daß sie nicht mit Wirkung nach außen handeln. Gegenüber der Versammlung mögen die Empfehlungen eines beratenden Ausschusses faktisch bindend sein, rechtlich gesehen besitzt sie Entscheidungsfreiheit. Es überzeugt daher nicht, mit Rücksicht auf dieses Faktum eine Organstellung der beratenden Ausschüsse anzunehmen.<sup>217</sup> Mithin sind beschließende Ausschüsse, sofern die Organisationsgesetze nichts anderes regeln, Organe der Versammlung der Körperschaft und, da die Versammlung ein Organ der Körperschaft ist, Unterorgane,<sup>218</sup> während beratende Ausschüsse Organteile der Versammlung sind.<sup>219</sup>

210 Vgl. etwa § 46 I BauGB zu den Umlegungsausschüssen; § 192 zu den Gutachterausschüssen; § 23 II S. 1 DenkmalschutzG NRW; §§ 70, 71 SGB VIII zu den Jugendhilfeausschüssen (vgl. auch *Rothe* 2003, S. 58); §§ 56 ff. BBiG zu den Berufsbildungsausschüssen.

211 Vgl. etwa § 60 Nr. 3 HwO für die Ausschüsse der Innungen und § 92 Nr. 3 HwO für die Ausschüsse der Handwerkskammern.

212 *Stober* 1996, S. 205; *Gern* 2003, Rn. 408; *Schreiber* 2000, S. 134 f. Teilweise ist die Bildung von Ausschüssen auch in anderen Gesetzen vorgezeichnet, so etwa in § 71 SGB VIII für den Jugendhilfeausschuß der Gemeinden.

213 *Wolff/Bachof* 1976, S. 52 f.; *Schreiber* 2000, S. 135.

214 Vgl. etwa § 39 III S. 1 GO BW; *Rothe* 2003, S. 56.

215 Vgl. etwa die besonderen Ausschüsse nach § 36a SGB IV und die Erledigungsausschüsse nach § 66 SGB IV.

216 *Schreiber* 2000, S. 135: Das Rückholungsrecht der Versammlung unterstreicht den Charakter der Aufgaben der Ausschüsse als transitorische Wahrnehmungszuständigkeiten.

217 So aber *Schreiber* 2000, S. 136 f. Im beratenden Ausschuß findet rechtlich gesehen keine auf die eigene Entscheidung bezogene Willensbildung, sondern eine auf die fremde Entscheidung bezogene Meinungsbildung statt.

218 Dafür, daß der Hauptausschuß ein Unterorgan der Gemeinde ist, auch *RhPfVerfGH NVwZ* 1982, S. 498.

219 Für die Fach- und Regionalausschüsse der IHK etwa *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 8 Rn. 4.

Auch wenn nicht überall geregelt ist, daß die Ausschüsse „mit besonderen regelmäßigen oder vorübergehenden Aufgaben“ betraut werden (§ 110 HwO), ergibt sich doch aus der Zentralstellung der Versammlung, daß die Ausschüsse, sofern dies nicht gesetzlich anders bestimmt ist, nur mit umgrenzten, sachlich oder temporal engeren Aufgabenkreisen betraut werden können. Ausgenommen von der Möglichkeit der Übertragung auf Ausschüsse sind Vorbehaltsaufgaben der Versammlung. Bei Körperschaften mit einer Mitgliederversammlung kann in einigen Fällen in der Verbandssatzung ein Ausschuß vorgesehen werden, der an die Stelle der Versammlung tritt. So kann bei Wasserverbänden ein Verbandsausschuß gewählt werden, der die Befugnisse der Verbandsversammlung wahrnimmt (§ 49 II S. 1 u. I WVG).<sup>220</sup>

Die Größe der Ausschüsse ist kaum gesetzlich geregelt. Sie ist funktionsbezogen zu bestimmen. Einerseits sollen die Ausschüsse die Arbeit der Versammlung optimieren, indem sie sie von Fach- und Detailfragen entlasten. Hierfür müssen sie möglichst klein bemessen sein. Andererseits werden hier wichtige Vorklärungen getroffen, die den späteren Entscheidungsprozeß beeinflussen. Hierfür müssen sie jedenfalls so groß sein, daß sie eine Repräsentation der Gruppen oder Fraktionen in der Versammlung ermöglichen.<sup>221</sup> Die Ausschüsse können auf Zeit oder dauerhaft gebildet werden.

Besondere Ausschüsse bestehen an Baden-Württembergs Hochschulen für Studentenangelegenheiten. Hier besteht keine verfaßte Studentenschaft als Zwangskörperschaft. Vielmehr ist auf der Zentralebene der AStA und auf der Fachbereichsebene die Fachschaft als Ausschuß von Senat und Fakultätsrat eingerichtet (§ 95 III S. 1; u. § 25 V S. 1 UG BW).<sup>222</sup> Teilweise ergibt sich die Verpflichtung zur Bildung von Ausschüssen auch nicht aus den Organisationsgesetzen selbst, sondern aus Spezialgesetzen.<sup>223</sup> Die Zuständigkeiten der beschließenden Ausschüsse sind regelmäßig beschränkt und unterliegen einem Rückholrecht der Vertretungskörperschaft.

## (b.) Die Zusammensetzung der Ausschüsse

Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern der Versammlung, teilweise deren Vorsitzendem oder dem Verwaltungsleiter der Körperschaft kraft Amtes<sup>224</sup> und in einigen Fällen hinzugewählten Mitgliedern zusammen. Hinzugewählte Mitglieder dürfen jedenfalls bei Gemeindeausschüssen wegen Art. 28 I S. 2 kein Stimmrecht besitzen,<sup>225</sup> da sie die Mehrheitsverhältnisse der Versammlung widerspiegeln sollen. Bei

<sup>220</sup> Vgl. auch § 30 BWaldG für die Forstbetriebsverbände.

<sup>221</sup> *Rothe* 2003, S. 59.

<sup>222</sup> Alle Fachschaften der Hochschule bilden gemeinsam den Fachschaftratsrat, wobei der Asta-Vorsitzende zugleich Vorsitzender des Rates ist (§ 25 V S. 5 UG BW). Die anderen AStA-Mitglieder gehören dem Rat mit beratender Stimme an (§ 25 V S. 4 UG BW). Der Fachschaftratsrat ist kein Organ der Hochschule, sondern ein gemeinsames Organ der Fakultätsräte. Dies zeigt sich auch daran, daß zwar die Fachschaft der Aufsicht des Dekans und der AStA der Aufsicht des Rektors untersteht (§ 95 VI S. 1 u. 2 UG BW), für den Fachschaftratsrat aber keine entsprechende Aufsicht besteht.

<sup>223</sup> So etwa der Jugendhilfeausschuß aus § 71 SGB VIII; der Umlegungsausschuß nach § 46 BauGB, Gutachterausschüsse nach § 192 BauGB.

<sup>224</sup> Auch hier wieder der Rektor bei Ausschüssen des Senats der baden-württembergischen Universitäten, § 13 I S. 2 UG BW.

<sup>225</sup> *Gern* 2003, Rn. 414.

Ausschüssen von homogenen Versammlungen muß jedoch keine proporzgenaue Repräsentation im Ausschuß stattfinden, da sie Angelegenheiten von geringerer Bedeutung behandeln und ein Rückholrecht der Vertretungskörperschaft besteht.<sup>226</sup> Anders steht es bei gruppenpluralen Versammlungen, bei denen häufig schon (vgl. etwa § 110 HwO) gesetzlich die Abbildung der Proportionen der Versammlung vorgesehen ist, wenn nicht aus anderen Gründen eine Abweichung vorgesehen ist.<sup>227</sup>

Eine Besonderheit bilden hier die Innungen. Der Gesellenausschuß wird gänzlich aus Nichtmitgliedern gebildet.<sup>228</sup> Deshalb ist durchaus fraglich, ob es sich um ein Organ der Innung oder eine selbständige, teilrechtsfähige repräsentative Körperschaft des öffentlichen Rechts<sup>229</sup> handelt.<sup>230</sup> Für eine Organstellung spricht, daß § 73 I S. 1 HwO die Innungsmitglieder zur Kostentragung für die Handwerksinnung und „ihren“ Gesellenausschuß verpflichtet. Ihm kommt insofern die gleiche Aufgabe wie der Innung zu, als beide ein gutes Verhältnis zwischen Meistern, Gesellen und Lehrlingen anstreben sollen (§ 54 I Nr. 2 HwO; § 68 I S. 1 HwO). Dagegen sprechen vier Gründe: (1.) gehören dem Ausschuß ausschließlich Nichtmitglieder der Innung an. (2.) besitzt weder die Innungsversammlung als das Hauptorgan der Körperschaft (§ 61 I HwO) noch ein anderes aus Mitgliedern besetztes Organ der Innung Einfluß auf die Zusammensetzung des Ausschusses. (3.) unterscheidet § 68 I S. 1 HwO Innung und Gesellenausschuß durch die Regelung, daß beide für bestimmte Aufgaben zuständig sind. (4.) paßt die Anrufung der Handwerkskammer gegenüber der versagten oder nicht rechtzeitigen Erteilung der Zustimmung des Gesellenausschusses zu Beschlüssen der Innungsversammlung (§ 68 IV S. 2 HwO) nicht auf ein Organschaftsverhältnis, sondern nur auf das zwischen rechtlich wenigstens teilweise selbständigen Organisationen.<sup>231</sup> Diese Argumente erklären aber nur negativ, warum der Gesellenausschuß kein Organ der Innung ist; dafür die Residualkategorie der „Einrichtung eigener Art“ zu bilden,<sup>232</sup> erscheint nicht nötig, so lange sich positive Aussagen zu einer vorhandenen Organisationsform machen lassen: Dem Gesellenausschuß sind eigene Aufgaben und Befugnisse rechtlich zugewiesen worden, die er als eigene und nicht nur transitorische geltend machen kann. Er ist mitgliedschaftlich verfaßt. Er kann im Verhältnis zur Innung die Rechtsaufsichtsbehörde anrufen. Diese drei Merkmale unterstreichen seinen Charakter als wenigstens teilrechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts.<sup>233</sup> Allerdings ist er organisatorisch eng mit der Innung verwoben. Er ist an einer Vielzahl der Entscheidungen der Innung zu beteiligen (§ 68 II HwO), was konkret ein Stimmrecht für eines seiner Mitglieder im Vorstand der Innung (§ 68 III Nr. 1 HwO), seiner sämtlichen Mitglieder in der Innungsversammlung (§ 68 III Nr. 2 HwO) und Parität bei der

226 VGH Mannheim 1990, S. 893 ff. (894).

227 Vgl. etwa für die Studienkommission als Ausschuß des erweiterten Fakultätsrats an den Hochschulen Baden-Württembergs § 25 IV S. 2 UG BW. Mitglieder sind der Studiendekan, drei Professoren (im erweiterten Fakultätsrat: alle), zwei Vertreter des wissenschaftlichen Dienstes und vier Studierende.

228 Zu den gesellschaftspolitischen Hintergründen seiner Einführung Hoffmann-Riem 1980, S. 38 ff.

229 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 95 Rn. 13.

230 Str., dafür, allerdings im Sinne einer „Einrichtung besonderer Art“: Honig 1999, § 68 Rn. 2. Deziert für die Eigenschaft als Organ dagegen Fröhler 1963, 49.

231 Musielak/Detterbeck 1995, § 68 Rn. 1.

232 Musielak/Detterbeck 1995, § 68 Rn. 1.

233 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 95 Rn. 13.

Verwaltung von Einrichtungen, an deren Aufwand sich die Gesellen beteiligen (§ 68 Nr. 3 HwO) bedeutet. Angesichts der geringen Ingerenzmöglichkeiten der Innung auf den Gesellenausschuß muß als eigene, mit ihr eng verbundene teilrechtsfähige Körperschaft verstanden werden. Mit der Folge freilich, daß in der Innungsverammlung und den Ausschüssen<sup>234</sup> der Innung Mitglieder sitzen, die keine Mitglieder der Innung sind. Dabei ist allerdings zwischen den Gesellen, die im Betrieb eines Innungsmitglieds tätig sind, und anderen Nichtmitgliedern in den Ausschüssen zu unterscheiden, weil sie in engerer Beziehung zur Innung stehen als diese.<sup>235</sup>

Prinzipiell unproblematisch ist die Zusammensetzung von beratenden Ausschüssen. Da ihnen kein direkter rechtlicher Einfluß auf die Entscheidungen der Körperschaft zukommt, können Sie auch mit Nichtmitgliedern besetzt sein.<sup>236</sup> Solche Nichtmitglieder sind im Kommunalrecht besonders die „sachkundigen Einwohner“ oder „sachkundigen Bürger“.<sup>237</sup> Sie werden meist auf Vorschlag der im Rat vertretenen Fraktionen, deren Proporz entsprechend, durch den Rat berufen. Ihre Anzahl ist der Höhe nach beschränkt, wobei die Obergrenze unterhalb der Anzahl der Ratsmitglieder im Ausschuß liegt.<sup>238</sup> Problematisch ist jedoch, daß sachkundigen Einwohnern kommunaler beratender Ausschüsse mehr Rechte zustehen können als denjenigen Gemeinderatsmitgliedern, die nicht Mitglieder dieser Ausschüsse sind und deshalb nur als Zuhörer teilnehmen können. Die sachkundigen Einwohner hingegen könnten über das Beratungsergebnis abstimmen. Sachsen-Anhalt hat deshalb ihre Stellung als Mitglieder dieser Ausschüsse beschränkt: Sie zählen bei der Feststellung der Beratungsfähigkeit nicht mit und haben nur noch beratende Stimme (§ 48 II 1 SachsAnhGO, § 37 II 1 SachsAnhLKO).<sup>239</sup> Ihre Sachkunde soll mithin keinen rechtlich entscheidenden Einfluß auf die Bewertung der Beratungen in den abschließenden Entscheidungen der Ausschüsse haben.

### (c.) Die Besetzung der Ausschüsse

Einen Anspruch auf Wahl in mindestens einen Ausschuß hat ein Versammlungsmitglied nicht, wohl aber ein Recht, als Zuhörer teilzunehmen.<sup>240</sup> Auch dadurch wird die Zentralstellung der Versammlung unterstrichen, der die Hoheit über die behandelten Gegenstände generell verbleibt, so daß ihre Mitglieder, auch wenn sie keine Ausschußmitglieder sind, hier ihre Rechte wahrnehmen können. Im übrigen

234 Die Satzung der Innung kann die Besetzung von weiteren Ausschüssen auch mit Gesellen vorsehen, *Honig* 1999, § 68 Rn. 4.

235 *Musielak/Detterbeck* 1995, § 67 Rn. 4.

236 Auch der faktische Einfluß der Vorberatungen auf das Abstimmungsverhalten im Rat ändert nichts daran, daß diejenigen entscheiden, die von den Bürgern dazu gewählt wurden. Grenzen bestehen danach im Hinblick auf die Freiheit bei der Zusammensetzung von Ausschüssen mit Entscheidungsbefugnissen, BayVGH NVwZ 1999, S. 1122. Dagegen *Waechter* 1997, Rn. 330, der diese Regelungen für verfassungswidrig hält.

237 Vgl. § 41 I 3 GO BW; § 36 IV KV MV; § 58 III GO NW; § 46 II GO SH; § 27 KO Thür.

238 Zum Ganzen *Waechter* 1997, Rn. 329 f., auch zu weiteren Rechtsproblemen und zum politischen Problem, daß sich die Gemeindevertretungen zu Verbändeparlamenten entwickelten.

239 Vgl. *Klang* 1998, S. 84.

240 Vgl. etwa §§ 35 V, 36 V KV MV, vgl. auch *Rothe* 2003, S. 59.

müssen Ausschüsse in ihrer Zusammensetzung ein proporzgenaues Abbild der Stärkeverhältnisse der Fraktionen in der Versammlung sein.<sup>241</sup>

Einige Körperschaften mit großem Einzugsbereich oder hohen Mitgliederzahlen bilden aufgrund der Satzung regionale Ausschüsse, die sich mit den örtlichen Angelegenheiten der Körperschaft beschäftigen.<sup>242</sup>

Die Mitglieder der Ausschüsse werden von den Versammlungen, durch deren Gruppen ggf. auch durch Verhältniswahl innerhalb der Fraktionen, die diese dann entsenden,<sup>243</sup> gewählt. Sofern sie stimmberechtigt sind, müssen sie in den beschließenden Ausschüssen Mitglieder der Vertretungskörperschaft sein.<sup>244</sup> Eine Besonderheit stellen die Berufsbildungsausschüsse (§§ 56 ff. BBiG i.V.m. § 8 IHKG) dar. Ihre Errichtung erfolgt nach § 56 I S. 1 i.V.m. § 75 BBiG für die Berufsbildung in Gewerbebetrieben, die keine Handwerksbetriebe oder handwerksähnliche Betriebe darstellen, durch die IHKn. Die Berufsbildungsausschüsse sind damit Organe der IHKn.<sup>245</sup> Sie haben das Recht, von der Kammer informiert und angehört zu werden und die Befugnis zur Rechtsetzung (§ 58 I u. II S. 1 BBiG). Ihre Mitglieder werden jedoch nicht durch die Versammlung gewählt, sondern von der nach Landesrecht zuständigen Behörde berufen (§ 56 II BBiG) und ggf. abberufen (§ 56 IV, V BBiG). Dabei besitzt die IHK ein Vorschlagsrecht für die Arbeitgebervertreter im Ausschuss, die im Kammerbezirk bestehenden Gewerkschaften oder anderen Arbeitnehmerorganisationen ein Vorschlagsrecht für die Arbeitnehmervertreter. Für die Lehrer an berufsbildenden Schulen besteht kein entsprechendes Vorschlagsrecht.<sup>246</sup> Die solchermaßen vermittelte Legitimation kann also nicht auf die Kammer zurückgeführt werden, sondern ist eine staatliche Legitimation aufgrund der Entscheidung einer staatlichen Behörde, die von der Kammer wie auch von den genannten gesellschaftlichen Vereinigungen lediglich vorbereitet wird.

Da die beratenden Ausschüsse mangels Entscheidungsbefugnis keine Organe der Körperschaft sind, sondern entlastende und vorbereitende Funktionen für die Entscheidungen der Beschlußorgane haben, geschieht der mitgliedschaftlichen Prägung der betreffenden Körperschaft kein Abbruch, wenn diese Hilfsorgane neben gewählten Mitgliedern auch staatlich bestimmte Mitglieder besitzen. So bestehen die beratenden Fachausschüsse für Psychotherapie bei den kassenärztlichen Vereinigungen zur Hälfte aus gewählten Mitgliedern und zur anderen Hälfte aus auf Vorschlag der Verbände der Psychotherapeuten von den zuständigen staatlichen Aufsichtsbehörden ernannten Vertretern (§ 79 b SGB V).

Keine Ausschüsse im vorgenannten Sinne von Organen oder Organteile der Körperschaften sind die Landes- und Bundesausschüsse der Krankenkassen und kassenärztlichen Vereinigungen nach §§ 90 f. SGB V. Sie bestehen neben je acht Vertretern

241 Waechter 1997, Rn. 326.

242 So etwa die auf Kreisebene in Bayern bestehenden Industrie- und Handelsgremien, ansonsten auch „Kreis-“, und „Stadtausschüsse“, *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 8 Rn. 3.

243 *Gern* 2003, Rn. 415.

244 Vgl. etwa § 13 I S. 4 UG BW; im Kommunalbereich können sachkundige Bürger als beratende Mitglieder hinzugezogen werden, § 40 I GO BW; In die beratenden Fachausschüsse der IHKn als Hilfsorgane werden fachkundige Mitglieder, regelmäßig Leiter von kammerzugehörigen Unternehmen gewählt, § 8 IHKG i.V.m. der Satzung der IHK.

245 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 6 Rn. 2.

246 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 8 Rn. 8.

der Kassen und der Ärzte aus einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern, die durch die für die Sozialversicherung zuständige oberste Landesbehörde resp. den Bundesminister für Gesundheit im Benehmen mit den Kassen und Kassenärztlichen Vereinigungen berufen werden (§§ 90 II u. 91 II SGB V). Wie sich die Bestellung durch die Verbände vollzieht, ist nicht geregelt. Sie sind Weisungen der Verbände nicht unterworfen. Die Ausschüsse unterstehen der Aufsicht der für die Sozialversicherung zuständigen obersten Landesbehörde resp. des Bundesministers für Gesundheit. Sie haben hoheitliche Befugnisse wie etwa die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen, den Erlaß von Richtlinien (§ 92 SGB V) und andere.<sup>247</sup> Von den Ausschüssen der Körperschaften unterscheiden sie sich dadurch, daß sie nicht nur von zwei Körperschaften, sondern auch noch durch staatlich bestimmte Mitglieder gebildet werden. Die staatliche Berufung von Ausschußmitgliedern ist insbesondere auch für beschließende Ausschüsse ungewöhnlich. Schließlich deutet auch die eigene Unterstellung unter die staatliche Aufsicht auf eine Verselbständigung hin, die bei anderen Ausschüssen unbekannt ist. Ihre Rechtsnatur ist nebulös als „die obersten beschließenden Einrichtungen der gemeinsamen Selbstverwaltung“ bezeichnet worden.<sup>248</sup> Der Begriff ist doppelt irreführend: Erstens besitzen sie angesichts der starken Kontrollmöglichkeiten keine echte Selbstverwaltungssubstanz; zweitens sind sie von einer – angesichts des Fehlens der Patienten legitimatorisch problematischen – Interessendivergenz,<sup>249</sup> nicht Homogenität der berufenden Körperschaften geprägt.<sup>250</sup> Ihnen allein aufgrund ihrer Kollegialstruktur das Prädikat „teilrechtsfähige Körperschaft“ zu verleihen,<sup>251</sup> verwechselt Kollegialprinzip und Körperschaftsstruktur: Die gemeinsame Entscheidung macht die Bundesausschüsse nicht zu Körperschaften. Repräsentativkörperschaften sind sie angesichts der staatlichen Berufung der drei unparteiischen Mitglieder ebenso wenig.<sup>252</sup> Bei aller Schwierigkeit gemeinsamer Merkmale nicht-rechtsfähiger Anstalten kann jedoch auch der Versuch, die Bundesausschüsse als solche einzustufen,<sup>253</sup> nicht überzeugen.<sup>254</sup> Der Umfang ihrer Legitimation würde nur ausreichen, sie als Sachverständigengremium zu verstehen.<sup>255</sup>

247 *Tempel-Kromminga* 1994, S. 32 f.; *KK-Hess SGB V*, § 90 Rn. 6 u. 91 Rn. 3.

248 *BSG SozR 3-2500 § 92 Nr. 6*.

249 Weitere „Außenseiter“ sind insbesondere die Arzneimittelhersteller, Apotheker und sonstige nichtärztliche Leistungserbringer, *Muckel* 2002, S. 119, der darauf hinweist, daß inzwischen auch das Justiz- anders als das Gesundheitsministerium die demokratische Legitimation der Bundesausschüsse kritisch beurteilt. Zusammenfassend (124): „Auch die personelle demokratische Legitimation besonderer Entscheidungsgremien wie der Bundesausschüsse der Ärzte (bzw. Zahnärzte) und Krankenkassen ist, gemessen an den Anforderungen des BVerfG zu Art. 20 II 1 GG, defizitär. Ihnen fehlt nicht nur der Zurechnungszusammenhang mit dem Volk i.S. von Art. 20 II 1 GG. Sie treffen überdies Entscheidungen, die auch für Personen verbindlich sind, die nicht in ihnen vertreten sind. Die Versicherten können mit einigem Konstruktionsaufwand vielleicht noch als von den Krankenkassen mitvertreten angesehen werden; die sog. Außenseiter, etwa die Nicht-Vertragsärzte, dagegen sind eindeutig nicht in den Bundesausschüssen vertreten, obwohl sie von manchen ihrer Entscheidungen betroffen sind, etwa bei der vertragsärztlichen Bedarfsplanung“.

250 *Schmidt-Aßmann* 2001, S. 89 f.

251 *Andreas* 1975, S. 42.

252 *Tempel-Kromminga* 1994, S. 22: Weder Körperschaft noch Organ derselben. Letztlich: Anstalten (S. 111).

253 *Tempel-Kromminga* 1994, S. 117: teilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts.

254 *Schmidt-Aßmann* 2001, S. 90.

255 Auf diesen Sachverstand stellt auch das *BVerfG* (NJW 1999, S. 3404 [3405]) ab.

### (3.) Die Fraktionen

Versammlungen mit gruppenhomogener Mitgliedschaft bilden zur Vereinfachung und Effektivierung ihrer Arbeit Fraktionen.<sup>256</sup> Diese sind im kommunalen Bereich teilweise in den Gemeindeordnungen bereits vorgesehen.<sup>257</sup> Auch sonst gründen sie sich aber auf die Organisationsgewalt der Versammlung und sind daher keine privatrechtlichen,<sup>258</sup> sondern öffentlich-rechtliche Organisationen. Außer in Hessen<sup>259</sup> erfolgt der Zusammenschluß gleichgesinnter Versammlungsmitglieder freiwillig, jedoch nicht durch natürliche Personen, sondern durch Mitglieder von öffentlich-rechtlichen Vertretungskörperschaften, die dadurch eine Verbesserung der Wahrnehmung ihrer Befugnisse erreichen wollen.<sup>260</sup> Als solche sind sie dann Organteile der Versammlung.<sup>261</sup> Sie verfügen über eigene Antrags-, Informations-, Akteneinsichts- und Rede-<sup>262</sup> sowie Rechte auf Mitwirkung an der Besetzung der Ausschüsse und teilweise auch auf Einberufung des Gemeinderates,<sup>263</sup> die sie im Kommunalverfassungsverfahren durchsetzen können.<sup>264</sup> Aufgrund dieser Befugnisse sind sie öffentlich-rechtlich teilrechtsfähig.<sup>265</sup> Der Zusammenschluß ist mit dem Ende der Wahlperiode aufgelöst. Ihre Mindestgröße beträgt im Gemeinderat zumeist zwei Ratsmitglieder.<sup>266</sup> Die innere Ordnung der Fraktionen wird durch ein Statut geregelt. Es muß demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen.<sup>267</sup>

### (4.) Weitere Differenzierungen der Versammlung

Einige Gemeindeordnungen oder Hauptsatzungen sehen außer den genannten noch weitere Organteile vor, die etwa den Vorsitzenden bei der Erstellung der Tagesordnung und dem Gang der Verhandlungen beraten sollen (Ältestenrat, § 33 a GO BW) oder die Bildung von Beiräten für spezielle Sachfragen.

256 *Stober* 1996, S. 215.

257 Vgl. z. B. 39b I GO Nds und Abs. 2: „Fraktionen und Gruppen wirken bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung im Rat, im Verwaltungsausschuß und in den Ausschüssen mit. Ihre innere Ordnung muß demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen“; §§ 30 VII GO NRW; 36a I 1 GO Hess; 34 V GO Rpf; 30 V KSVG Saar; 32a I, III GO SH.

258 A.A. VGH München, NJW 1988, S. 2754 ff. (2755) für Fraktionen in denjenigen Bundesländern, die sie nicht in ihren Gemeindeordnungen vorsehen.

259 § 36a GO Hess, nach dem die Gemeindevertreter einer Partei oder Wählervereinigung eine Fraktion bilden.

260 *Schmidt-Jortzig/Hansen* 1994, S. 117.

261 *BVerwGDÖV* 1992, S. 832; *Schmidt-Aßmann* 2003, Rn. 66a; *Schmidt-Jortzig/Hansen* 1994, S. 117. Sie sind nicht deren Organe, weil sie nicht für das Ganze der Versammlung auftreten, *Stober* 1996, S. 213.

262 §§ 36a III, 50 II S. 2 GO Hess; § 34 IV KV MV; §§ 47 I S. 4 48 I S. 2 GO NRW; § 34 V S. 2 GO Rpf; § 41 I S. 2 u. 3 KSVG Saar; § 34 IV S. 3 GO SH; § 35 IV S. 2 KO Thür.

263 § 47 I GO NRW; § 41 I KSVG Saar; § 29 II S. 3 KV MV; *Schröder* 2000, Rn. 74.

264 *Stober* 1996, S. 213.

265 *Gern* 2003, Rn. 422.

266 § 30a I GO Rpf; *BVerwGDÖV* 1979, S. 790; *OVG Koblenz NVwZ-RR* 1997, S. 310; eine „Ein-Mitglied-Fraktion“ nimmt *Stober* (1996, S. 213) an, weil die 5%-Hürde überwunden und dies auch aus Gründen der statusrechtlichen Gleichstellung erforderlich sei; kritisch dazu *Gern* 2003, Rn. 421 mit Rücksicht auf die Funktion der Fraktionen.

267 § 40 II S. 3 GO Bbg; § 23 V S. 3 KV MV; § 39b II S. 2 GO Nieders; § 56 II GO NRW; *Stober* 1996, S. 214; *Gern* 2003, Rn. 423.

c. *Das Verhältnis des Hauptorgans zu seiner innerkörperschaftlichen und außerkörperschaftlichen Umwelt*

Wie bei der Erörterung der Selbstverwaltung schon angedeutet wurde, ist das Kennzeichen körperschaftlicher Selbstverwaltung nicht die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung, die sie mit anderen Selbstverwaltungsträgern teilt, sondern ihre spezielle Binnenorganisation zur Wahrnehmung dieser Aufgaben. Die Besonderheit besteht in der Einbeziehung der Mitglieder in die Aufgabenerledigung. Entscheidend ist hier, daß zu der gesetzlich vermittelten demokratischen Legitimation der Körperschaft die autonome durch die Mitglieder hinzutritt. Sie sind nicht nur die Nutznießer der Selbstverwaltungsorganisation, sondern deren Träger. Damit die Organe der Organisation autonom legitimiert sein können, muß den Mitgliedern mithin entscheidender Einfluß auf deren Besetzung mit Organwaltern zukommen. Ohne eine solche Struktur mögen sie gleichwohl, und vielleicht sogar besser demokratisch legitimiert sein; eine körperschaftliche Legitimation besitzen sie dann nicht.

Soweit mithin den Organen der Körperschaft autonome Legitimation zukommen soll, müssen sie durch die Mitglieder gewählt sein. Das bedeutet nicht, daß diesen auch gleicher Einfluß auf die Zusammensetzung der Organe zukommt. Während die demokratische Legitimation strikt gleichen Einfluß aller Staatsbürger verlangt, ist die freiheitsbezogene autonome Legitimation Differenzierungen zugänglich, die Unterschiede nach dem Sinn der Körperschaft, vor allem aber nach der Betroffenheit in subjektiven Rechten durch die Entscheidungen der Körperschaft zuläßt.<sup>268</sup>

aa. *Die Besetzung des Hauptorgans*

Durch die beschränkten Amtszeiten der Organwalter wird ein Moment der Diskontinuität in die Versammlung eingeführt, das eine Entscheidung über die Neubesetzung verlangt. Dadurch wird das Organ in regelmäßigen Abständen an seine Umwelt gekoppelt und für Innovationspotentiale geöffnet und so in eine permanente Dynamik versetzt.<sup>269</sup> Vor allem aber wird den Organen eben dadurch ihre personelle Legitimation vermittelt.<sup>270</sup> Diese Entscheidung kann nun mehr (Wahl) oder weniger (Kooptation, Friedenswahl) umwelttoffen sein. Das Wahlverfahren ist hier aber doppelt funktional: Einerseits öffnet es die Versammlung gegenüber dem Einfluß der Wahlberechtigten; andererseits schließt es eben dadurch die Besetzung der Organwalterstellen gegenüber anderen Einflüssen aus der Organisationsumwelt ab. Das bedeutet insbesondere, daß die personelle demokratische Legitimation letztlich über einen parlamentarisch verantwortlichen Minister unterbrochen und in der oben gekennzeichneten Weise durch eine organisations-autonome personelle Legitimation ersetzt wird. Diese Doppelfunktionalität des Wahlverfahrens verleiht der Körperschaft ihre Eigenart gegenüber anderen Organisationsformen von rechtlich verselbständigter Selbstverwaltung. Selbstrekrutierungsmechanismen

<sup>268</sup> Vgl. bereits oben S. 542.

<sup>269</sup> *Kirste* 1998, S. 377 f.; *Riescher* 1994, S. 207 ff. zu Macht und Amtszeiten.

<sup>270</sup> *Schnapp* 2000, S. 821; *Tettinger* 1997, S. 113.



der Versammlung hingegen schließen das Hauptverwaltungsorgan stärker gegenüber seiner Umwelt ab. Hier droht die Diskontinuität der Amtsperioden durch eine Kontinuität der Organwalter überspielt und so eine Macht aufgebaut zu werden, die sich externer Kontrolle entzieht. Soll hier die demokratische Fundierung aller staatlichen Gewalt nicht beseitigt werden, bedarf es kompensatorischer Maßnahmen durch eine engmaschigere sachliche Steuerung oder staatlichen Einfluß auf die Selbstrekrutierung, um die demokratische Legitimation zu gewährleisten. Gemeinsam ist ihnen aber, daß sie nicht auf die Gesamtheit der Körperschaftsmitglieder zurückgeführt wird.

Weniger als in der Grundstruktur der Versammlung lassen sich bei der Rekrutierung der Organwalter Gemeinsamkeiten aufzeigen. Der Grund ist zunächst die unterschiedliche verfassungsrechtliche Fundierung der verschiedenen Körperschaften und ihrer Organe, dann aber auch Aufgabenstruktur und unterschiedliche Betroffenheit der Mitglieder durch die Maßnahmen der Körperschaften.

### (1.) Die Wahlen zum Gemeinderat

#### (a.) Art. 28 I S. 2 GG

Die verfassungsrechtliche Regelung der Besetzung der körperschaftlichen Repräsentativversammlungen ist am stärksten ausgeprägt für die Gemeinden und Kreise in Art. 28 I S. 2 GG. Während Art. 28 II GG die Verselbständigung der kommunalen Gebietskörperschaften in bezug auf ihre Rechtsstellung und die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der lokal radizierten Angelegenheiten sichert, verkompletiert die Normativbestimmung<sup>271</sup> des Art. 28 I S. 2 GG diese Garantie um Vorgaben für die Besetzung der Repräsentativversammlung. Auf diese Weise ist verfassungsrechtlich eine ausdifferenzierte innere Struktur der Gebietskörperschaften in Form der Gemeinden und Kreise gewährleistet.

Die Mitglieder der Repräsentationsorgane der Bundesländer, Kreise und Gemeinden sollen nach den gleichen Grundsätzen der allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahl bestimmt werden wie die des Bundestages. Die Homogenitätsforderung des Art. 28 I S. 2 GG gilt zwar für die Vertretungen der genannten Gebietskörperschaften, macht aber keine Vorgaben bezüglich ihrer gewaltenteiligen Stellung. Insbesondere läßt sich daraus nicht der Parlamentscharakter der Gemeinde- und Kreisräte ableiten.<sup>272</sup> Art. 28 I S. 2 GG ist vielmehr im Zusammenhang mit Absatz 2 zu verstehen und bezieht sich so auf die Gemeinden und Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften.<sup>273</sup>

Die Regelung hat zwar ausdrücklich nur die beiden genannten kommunalen Gebietskörperschaften im Blick, schließt aber nicht aus, daß auch andere kommunale Körperschaften wie die Gemeindeverbände gleich strukturiert werden.<sup>274</sup>

271 Als solche richtet sie sich an den Landesgesetzgeber und enthält Vorgaben für die Ausgestaltung der Kommunalwahlgesetze, GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 54.

272 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 70.

273 BVerwGDVB. 1993, S. 153 f. (154).

274 v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 97; Berliner-Kommentar-Vogelsang Art. 28, Rn. 42.

Auch fordert er allgemeine, unmittelbare, freie, gleiche und geheime Wahlen nur zum kommunalen Repräsentativorgan, läßt aber Raum dafür, daß auch andere Organe direkt durch die Körperschaftsmitglieder in der genannten Weise gewählt werden.<sup>275</sup> Daraus ergeben sich Grenzen für die Einführung von Managementstrukturen, bei denen Entscheidungsprozesse nicht über eine aus dem Gemeindevolk sich ergebende Legitimation zurückgeführt werden würden.<sup>276</sup> Zwar sind die Strukturen der Wahl zu den Repräsentativorganen vorgeschrieben; nicht notwendig ist aber, daß alle Willensäußerungen der Mitglieder der Gebietskörperschaften auf ein Repräsentativorgan gerichtet sind. Möglich bleibt die Einführung von unmittelbar demokratischen Elementen in die Kommunalverfassungen.<sup>277</sup>

Für die Repräsentativversammlung der Kreise und Gemeinden wird durch Art. 28 I S. 2 GG eine unmittelbare demokratische Legitimation gefordert, die auf das Teilvolk der Gemeinde- bzw. Kreismitglieder zurückgeführt werden kann. Dieses Volk ist durch die deutsche Staatsangehörigkeit (Art. 116 GG) einerseits und die Zugehörigkeit zur (kreisangehörigen) Gemeinde andererseits umgrenzt.<sup>278</sup> Die Wahlgrundsätze strukturieren den Einfluß der Körperschaftsmitglieder auf die Besetzung des Hauptverwaltungsorgans. Sie sichern, daß alle Bürger den gleichen Einfluß besitzen (Allgemeinheit der Wahl). Der lokale Bezug der Wahl fordert auch beim passiven Wahlrecht eine Gleichheit aller lokalen Parteien und kann zur Rechtfertigung einer Differenzierung gegenüber überörtlichen Einflüssen dienen. Die aus der Betroffenheit von lokalen Problemen erwachsenen Wählervereinigungen bzw. „Rathausparteien“ sind daher den landesweiten Parteien prinzipiell gleichzustellen.<sup>279</sup>

Um einer Selbstrekrutierung entgegenzusteuern, muß der Wahlprozeß offen gehalten werden für einen nicht durch Gemeindorgane gesteuerten Prozeß der Auseinandersetzung unter den Gemeindebürgern. Der ansonsten üblichen und notwendigen Öffentlichkeitsarbeit der Körperschaftsorgane sind damit im Umfeld der Wahlen Grenzen gesetzt, damit sie nicht zu einer Wahlwerbung mutiert und sich so die Willensbildung statt von den Bürgern zu den Gemeindeorganen von diesen zu jenen hin vollzieht.<sup>280</sup> Insofern fordert der Grundsatz der Freiheit der Wahl<sup>281</sup> eine Öffnung der Gemeindeorgane gegenüber der Umwelt auch auf Kosten der Gefährdung der eigenen Machterhaltung.

Ohne hier ausführlich auf die Wahlgrundsätze einzugehen, ist doch hervorzuheben, daß die Grundsätze der Unmittelbarkeit und der Freiheit der Wahl für die

275 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Tettinger* Art. 28, Rn. 11; GG-Kommentar Dreier-*Dreier* Art. 28, Rn. 68.

276 GG-Kommentar Dreier-*Dreier* Art. 28, Rn. 68.

277 GG-Kommentar Dreier-*Dreier* Art. 28, Rn. 65 u. 71.

278 Berliner-Kommentar-*Vogelsang* Art. 28, Rn. 53; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Tettinger* Art. 28, Rn. 84.

279 *BVerfGE* 11, S. 266 ff. (275): „Es gehört zum Wesen der in den überschaubaren Verhältnissen des 19. Jahrhunderts gewachsenen kommunalen Selbstverwaltung, daß sie von der Mitwirkung angesehener, mit den heimischen Verhältnissen besonders vertrauter Mitbürger getragen wird und sich an den besonderen Bedürfnissen der örtlichen Gemeinschaft orientiert. Aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 GG muß also gefolgert werden, daß die Auslese der Kandidaten für die kommunalen Wahlkörperschaften jedenfalls auch örtlich muß bestimmt werden können und daher nicht ausschließlich den ihrem Wesen und ihrer Struktur nach in erster Linie am Staatsganzen orientierten politischen Parteien vorbehalten werden darf“.

280 *Gern* 2003, Rn. 320.

281 Hierzu etwa v. Mangoldt/Klein/Starck-*Tettinger* Art. 28, Rn. 111 f.

genannten Gebietskörperschaften die Friedenswahl ausschließen.<sup>282</sup> Problematisch in bezug auf die Gleichheit der Wahl sind dabei Modelle von *Friedenswahlen*, die bei nur einem Wahlvorschlag einen Verzicht auf die Wahl vorsehen.<sup>283</sup> Angesichts hoher Quoren für die Einreichung von Wahlvorschlägen wird dabei Verbandsvertretern ein höherer Einfluß eingeräumt als normalen Mitgliedern: Die Tendenz zur Oligarchisierung wird in die Körperschaft getragen. Rechtfertigungsbedürftig sind auch gruppenspezifische Wahlen, die zwar dem jeweiligen Gruppenmitglied einen gleichen Einfluß innerhalb seiner Gruppe, nicht aber in bezug auf das Organ, dessen Zusammensetzung bestimmt werden soll, einräumt.<sup>284</sup> Hierdurch würde die Rekrutierung der Mitglieder der Repräsentativkörperschaft in die Hände von Dritten gelegt. Im übrigen macht aber das GG keine Vorgaben für die Einzelheiten des Wahlsystems.<sup>285</sup> Es rechtfertigt jedoch über Art. 87 II GG auch nicht die Rücknahme der personellen Legitimation durch Friedenswahlen.<sup>286</sup>

Nicht vereinbar mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl ist das *Kooperationsverfahren*, bei dem externe Organmitglieder durch die Organe selbst, nicht aber durch die Körperschaftsmitglieder bestimmt werden.<sup>287</sup> Hier verselbständigt sich dasjenige Organ, das die personelle demokratische Legitimation der Körperschaftsentscheidungen durch das Staatsvolk durchbricht, von den Mitgliedern der Körperschaft, deren Willensäußerungen alleine in der Lage sind, diesen Einflußknick zu rechtfertigen, so daß die autonome Legitimation seiner Entscheidungen ausgeschlossen ist.<sup>288</sup>

Auch das Prinzip paritätischer Wahlen wirft Probleme auf. Die gewählten Amtswalter erscheinen hier vielmehr als Exponenten ihrer Verbände denn als Repräsentanten der Körperschaftsmitglieder.<sup>289</sup> „Feste Vorschlagsrechte Dritter sind tolerabel, sofern der legitimierenden Instanz eine Auswahl unter mindestens zwei Vorgeschlagenen oder ein nicht auf eine reine Rechtskontrolle begrenztes Zurückweisungs- und Ergänzungsrecht vorbehalten bleibt.“<sup>290</sup>

Die Wahlrechtsgrundsätze halten so den Prozeß der personellen Erneuerung des Repräsentationsorgans offen für den lokal begrenzten prinzipiell gleichen, freiwilligen Einfluß durch die Gemeindemitglieder und schirmen ihn einerseits ab gegenüber Persistenzbedürfnissen der Organisation und andererseits die lokale Funktion des Hauptverwaltungsorgans beeinträchtigenden Einflüssen überörtlicher Kräfte.

282 *BVerfGE* 13, S. 1 ff. (18 f.) – Friedenswahl; 47, S. 253 ff. (283) – Gemeindeparlamente; Kritisch zur Friedenswahl über die Gebietskörperschaften hinaus etwa *Stober* 2001, S. 397; *Schnapp* 2000, S. 807 ff.; *Wimmer* 2004, S. 3369: Friedenswahlen in der Sozialversicherung sind verfassungswidrig; zur beschränkten Rechtfertigung von Friedenswahlen *Muckel* 2001, S. 151 ff.

283 *Emde* 1991, S. 127 u. 164 f.; *Kluth* 1997, S. 459 f.; *Wimmer* 2004, S. 3369 bestreitet daher den Charakter dieses Rekrutierungsvorgangs als Wahl.

284 *Haverkate* 1988, S. 238; *Emde* 1991, S. 128.

285 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Tettinger* Art. 28, Rn. 101; GG-Kommentar Dreier-*Dreier* Art. 28, Rn. 65.

286 *Wimmer* 2004, S. 3370: auch sonst ergebe sich für die fehlende Mitwirkung der Mitglieder im Falle von Friedenswahlen keine Rechtfertigung.

287 *Emde* 1991, S. 129; *Kluth* 1997, S. 472 f.

288 Organisationssoziologisch entsteht somit ein Oligarchieproblem, auf das früh schon Michels (oben, Erster Teil C V 1 b) und im Rahmen des Rational Choice Ansatzes auch Coleman (oben, Erster Teil, D I 1) hingewiesen haben. Zu diesem Zusammenhang auch *Zippelius* 2003, S. 184 f.

289 *Emde* 1991, S. 178 f.

290 *Schmidt-Aßmann* 1991, S. 361.

## (b.) Aspekte des Kommunalwahlrechts

Abgesehen von der konkreten Ausgestaltung der Wahlsysteme,<sup>291</sup> auf die hier nicht näher einzugehen ist, sind noch Besonderheiten hervorzuheben, die von allgemeinerem Interesse für die Binnenstruktur der Körperschaft des öffentlichen Rechts sind.

Die Gemeinden beziehen ihre besondere Legitimation nicht nur aus der dem Homogenitätsprinzip folgenden demokratischen Struktur ihrer Wahlvorgänge, sondern auch aus dem lokalen Bezug und der stärkeren örtlichen Integration der Bürger. Für die politischen Parteien, deren Engagement heute aufgrund der Erkenntnis, daß auch in diesem Selbstverwaltungsbereich lokale Politik nicht nur betrieben wird, sondern in mancher Hinsicht Basis des gestuften Demokratiemodells des GG ist,<sup>292</sup> anders als in der Weimarer Republik unbestritten ist, bedeutet die Teilnahme an Kommunalwahlen die Chance, durch den engeren Kontakt mit den Bürgern stärkeres Profil zu gewinnen.<sup>293</sup> Umgekehrt fordert aber Art. 28 II GG, daß den Parteien im Sinne von § 2 PartG die lokalen Rathausparteien und Wählervereinigungen gleichgestellt werden.<sup>294</sup> Gerade diese Organisationen des lokalen Gemeinschaftsinteresses wirken dem Trend der Oligarchisierung und Konzentration der großen Parteien entgegen und relativieren die Instrumentalisierung der Kommunalwahlen als Stimmungsbarometer für die politischen Verhältnisse der Bundesländer.<sup>295</sup>

Der besondere lokale Nähebezug, der gewiß nicht sozialromantisch überzeichnet, aber auch nicht vernachlässigt werden sollte, zeigt sich darüber hinaus auch im stark personalisierenden Element der meisten Kommunalwahlssysteme. Hierzu stehen allerdings große Gemeinden mit stärker ausgebauten bürokratischen Verwaltungen und einem stärkeren Parteeinfluß in einem Spannungsverhältnis.<sup>296</sup> Seit der Gebietsreform werden aber größere Gebietseinheiten aus Gründen effektiver Aufgabenerledigung, insbesondere auch der Planung, angestrebt. Den Ausgleich zwischen diesen beiden Prinzipien versuchen Modelle der Teilortswahl in Baden-Württemberg und Brandenburg.<sup>297</sup> Grenze solcher Bestrebungen ist aber der Charakter der Gemeinden als Gebiets- und nicht als Bundkörperschaften: Eine Aufteilung des Gemeindegebietes in zu Teilbürgerschaften verfestigten Wahlkreisen, deren Vertreter dann Mitglieder im Gemeinderat würden, wäre damit nicht vereinbar.<sup>298</sup> In Baden-Württemberg bleibt jedoch der einheitliche Wahlkörper erhalten, indem das personalisierte Verhältniswahlssystem für das gesamte Gemeindegebiet

291 Dazu etwa *Gern* 2003, Rn. 326 ff.; *ders.* 2001, Rn. 170 ff.; *Meyer* 1982, S. 54 f.; *Waechter* 1997, Rn. 417 f.

292 *Püttner* 1981, S. 9 f.: „Die Selbstverwaltung bestand niemals nur um ihrer selbst, um der Kommunen willen; sie verstand und sie versteht sich immer als die lebendige Basis des gesamten Gemeinwesens“.

293 *Dezidiert von Arnim* 1988, S. 5: „Auch Kommunalpolitik ist Politik. Den politischen Parteien kann weder rechtlich noch faktisch verwehrt werden, sich in der Kommunalpolitik zu betätigen und an der politischen Willensbildung in den Kommunen mitzuwirken“. Vgl. auch *Stober* 1997, S. 130.

294 *BVerfGE* 12, 10 ff. (25).

295 *Meyer* 1981, S. 52 f.: Auch wenn gerade in dieser Perspektive die Sperrklausel dysfunktional ist, vgl. auch *Waechter* 1997, Rn. 432; *Stober* 1997, S. 130.

296 *Schumacher* 2001, S. 489.

297 Zur Geschichte in Württemberg und dann in Baden vgl. *Niemann/Ruder* 1999, S. 321; zu den Bestrebungen in Brandenburg: *Schumacher* 2001, S. 489 f.

298 *Schumacher* 2001, S. 490.

gibt (§ 26 II S. 1 GO),<sup>299</sup> die Sitzanteile nach näher festzulegenden Proportionen aber durch Bewerber verschiedener, räumlich voneinander getrennter Wohnbezirke („Teilorte“) aufzufüllen sind, wenn sich die Gemeinde per Hauptsatzung dafür entschieden hat (Art. 72 II S. 2 LV, § 27 II S. 1 GO).<sup>300</sup> Dem Bürger wird dieses besondere personale Element bei seiner Stimmabgabe dadurch verdeutlicht, daß die Bewerber nach Wohnbezirken getrennt aufgeführt werden (§ 27 III S. 1 GO).<sup>301</sup> Im brandenburgischen Kommunalwahlsystem wird Ähnliches durch die Ermöglichung der Bildung von Wahlkreisen versucht. Dies soll nicht nur in kleinen Gemeinden (§ 20 III BbgKommWahlG), sondern auch in bezug auf unterschiedlich große Ortsteile (§ 21 III 2 BbgKommWahlG), wenn sie Teil eines Gebietszusammenschlusses nach § 9 III GO Bbg sind, möglich sein.<sup>302</sup> Die mit Rücksicht auf das Mehrheitswahlsystem problematische Asymmetrie der Wahlkreise<sup>303</sup> spielt deshalb nur eine untergeordnete Rolle, weil die Wahlkreise ausschließlich Bedeutung für eine Unterverteilung der nach dem Verhältniswahlsystem festgestellten Sitzverteilung auf die Vertreter der Wahlkreise hat. In beiden Bundesländern wird auf diese Weise trotz Beibehaltung der Einheit des Wahlgebiets eine Differenzierung mit Berücksichtigung der besonderen teiltörtlichen Verbundenheit möglich. Zugleich zeigt sich hier, wie die Kommunalwahlgesetze durch Steigerung der Komplexität des Wahlverfahrens zum Gemeinderat, also seiner Binnenstrukturen, eine „Anpassung“ an durch räumliche Zersplitterung entstandene Steigerung der Umweltkomplexität erreichen wollen, ohne dadurch die Einheit der gemeinsamen Vertretung aller Gemeindebürger in Frage zu stellen.

## (2.) Die Wahlen zum Senat in den Hochschulen und Art. 5 III GG

Art. 5 III GG fordert nicht eine demokratische Binnenstruktur der Hochschulen, die ja, wie oben ausgeführt wurde, nicht selbst demokratische Legitimation erzeugen können, sondern eine „grundrechtssichernde Binnenstruktur“.<sup>304</sup> Anders als die gerade angesprochene gemeindliche Binnenstruktur bedeutet dies keine strikte

299 Der Bürger kann also – „unechte“ Teilortswahl – für Kandidaten auch anderer Wohnbezirke stimmen, § 27 II S. 3 GO BW.

300 Das System der unechten Teilortswahl ist nach Auffassung des VGH Mannheim verfassungsmäßig, weil kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl vorliegt (*VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1996, S. 411 f. (412)). Zur unechten Teilortswahl in Baden-Württemberg auch *Gern* 2003, Rn. 334. 1994 gab es in Baden-Württemberg 638 Gemeinden von 1984 bei der Einführung ursprünglich 693 Gemeinden, die das Prinzip der Teilortswahl eingeführt haben, *Niemann/Ruder* 1999, S. 321. Die Kritik, die die letztgenannten Autoren an der unechten Teilortswahl üben (S. 322 ff.), überzeugt auf der Grundlage der Rechtsprechung des VGH nicht; insbesondere stellt die Ortschaftsverfassung keine Alternative da. Dem Ortschaftsrat kommt hierbei generell nur beratende und nur insoweit entscheidende Funktion zu, als ihm in der Hauptsatzung einzelne Angelegenheiten der Ortschaft dafür übertragen wurden (§ 70 I und II GO BW). Sein Einfluß auf die die Ortschaft betreffenden Angelegenheiten hängt also von der Gemeinde ab. Beratend und entscheidend ist er außerdem nur auf die Ortschaft beschränkt und bezieht sich nicht auf die Bedeutung der Ortschaft bei den die gesamte Gemeinde betreffenden Angelegenheiten.

301 *Niemann/Ruder* 1999, S. 322.

302 Vgl. eingehend *Schumacher* 2001, S. 490 f.

303 *BVerfGE* 95, S. 335 ff. (365) – Überhangmandate.

304 *Schmitt/Glaeser* 1972, S. 230.

Einflußgleichheit, sondern kann unter den Vorzeichen von Art. 3 GG auch ungleiche Partizipationsrechte vorsehen oder sie ausschließen.<sup>305</sup>

Ohne daß dabei ein bestimmtes Organisationsmodell vorgeschrieben<sup>306</sup> oder die Universität in ihrer überkommenen Form geschützt wäre,<sup>307</sup> folgen doch aus dem Umstand, daß die Organisation der Hochschule nicht nur staatliche Ausbildungsfunktionen übernehmen und die Interessen anderer integrieren soll, sondern vor allem auch Forschung und Lehre durch die Mitglieder dienen, Grenzen für die staatliche Einflußnahme<sup>308</sup> und Forderungen an die Organisationsstrukturen. Danach ist zunächst zu unterscheiden nach einem inneren und staatsfreien Bereich, der alles umfaßt, was zentral zur Forschung und Lehre gehört,<sup>309</sup> einem mittelbaren Bereich beschränkter staatlicher Ingerenz, der noch einen ausgeprägten Bezug zu Forschung und Lehre hat, und einem äußeren Bereich eines eher schwachen Wissenschaftsbezuges, in dem der Hochschule nur ein geringes Maß an Selbständigkeit zugestanden werden muß.<sup>310</sup> Gerade hier erweist sich dann die innere Selbstverwaltung als Koordinationsinstrument zwischen individueller Grundrechtsbetätigung, Koordinierungsnotwendigkeiten der Interessen der Universitätsmitglieder und den staatlichen Aufgaben.<sup>311</sup>

Diese grundsätzliche Unterscheidung wirkt sich dann mit Modifikationen sowohl auf die Binnenstruktur als auch auf das Verhältnis der Hochschule zu ihrer Umwelt bei der Aufsicht aus. Zwar läßt sich aus Art. 5 III GG auch kein Strukturmodell einer bestimmten Binnenorganisation der Hochschulen entnehmen – dies gerade im Interesse einer flexiblen Anpassung der Organisation an geänderte Anforderungen bei der Realisierung der Grundrechte.<sup>312</sup> Gerechtfertigt ist damit sowohl die Ordinarien-<sup>313</sup> als auch die Gruppenuniversität.<sup>314</sup> Weil die Organisation der Universität aber der Verwirklichung der Grundrechte dient, müssen alle Gremienvertreter jedoch per Wahl bestimmt werden. Somit erscheint tatsächlich in den grundrechtsrelevanten Bereichen die Körperschaft „als wissenschaftsadäquate

305 Schmitt/Glaeser 1972, S. 231; Groß 1999, S. 217 ff.

306 BVerfGE 35, S. 79 ff. (115 f.) – Hochschulurteil; Schmidt-Aßmann 1993, S. 711: „Nicht einzelne Bauformen in ihrer überkommenen Gestalt, wohl aber Grundstrukturen einer pluralen, von selbständigen Einheiten unterschiedlicher Aufgaben und unterschiedlicher Entscheidungsbildung geprägten Forschungslandschaft sind von Art. 5 Abs. 3 mit umfaßt“; vgl. i. ü. GG-Kommentar Dreier-Pernice Art. 5 III, Rn. 17; Hender 1986, S. 212; Herberger 2001 Rn. 147.

307 V. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5, Rn. 347.

308 Hender 1984, S. 212.

309 Trute weist zu Recht daraufhin, daß man jenseits noch einen – hier nicht thematischen – Bereich identifizieren kann, in dem wissenschaftliche Betätigung auch außerhalb von Selbstverwaltung geschützt ist, Trute 1994, S. 372 f.

310 Hender 1984, S. 215 f.

311 Groß 1999, S. 218.

312 Groß 1999, S. 223 f.

313 Hierbei nimmt allerdings die Universität für die anderen Mitglieder eher den Charakter einer Anstalt denn einer Körperschaft an.

314 Die sich trotz mancher Nachteile und heftigen Streits wohl als „Modell ohne Alternative“ herausgebildet hat, Leuze 1996, S. 881, der ihr ansonsten sehr kritisch gegenübersteht (auch zu ihrer Geschichte, S. 861 f.). Immerhin entspricht sie durch die Einbeziehung aller Gruppen eher einer körperschaftlicher Organisationsform als die Ordinarienuniversität, HRG-Denninger-Lüthje § 58, Rn. 14. Zu ihr auch Hender 1986, S. 211 f.; Kluth 1997, S. 37; GG-Kommentar Dreier-Pernice Art. 5 III, Rn. 48; V. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5, Rn. 354: Das Gebot der Konsequenz fordere aber, daß hinreichend interessen-homogene Gruppen bestehen (Rn. 355); Herberger 2001, Rn. 147.

Form der arbeitsteiligen Organisation des Forschungsprozesses“.<sup>315</sup> Insgesamt ist bei der Ausgestaltung der Binnenstruktur der Hochschulen die Funktion ihrer Selbstverwaltung als „Zubringerdienst für die grundrechtlich gewährleistete, aber staatlich ‚veranstaltete‘ Wissenschaftsfreiheit“ zu beachten.

Den verfassungsrechtlichen Vorgaben über den differenzierten Einfluß der Gruppen bei der Mitwirkung in der Selbstverwaltung der Hochschule entsprechend, ist auch bei der Wahl der Organe nach Gruppen zu differenzieren. Innerhalb der Gruppen gelten dann aber die Wahlrechtsgrundsätze<sup>316</sup> der Gleichheit, der Freiheit,<sup>317</sup> der Geheimheit, nach Maßgabe des Landesrechts auch der Unmittelbarkeit,<sup>318</sup> nicht aber Allgemeinheit der Wahl.<sup>319</sup> Die nähere Ausgestaltung ist nun aber mit dem Wegfall des § 39 HRG<sup>320</sup> in die Hand der Länder gelegt worden.

### (3.) Die Wahlen zu weiteren Repräsentativversammlungen

Den Zielen der Selbstverwaltung der Industrie- und Handelskammern gemäß soll ihre repräsentative „Vollversammlung“ die besonderen Wirtschaftsstrukturen des Kammerbezirks widerspiegeln. Die Wahl der Mitglieder ist also nicht geprägt durch die prinzipiell gleichen Mitglieder der Körperschaft wie bei den Kommunalwahlen und auch nicht durch ihre Unterschiedlichkeit aufgrund der Bedeutungen der Kammerentscheidungen für die Grundrechtsverwirklichung wie im Bereich der Hochschulen, sondern durch die unterschiedliche Bedeutung verschiedener Wirtschaftszweige.<sup>321</sup> Aus diesem Grund erfolgt hier eine Gruppenbildung nach den wirtschaftlichen Besonderheiten des Wahlbezirks und der Bedeutung der Gewerbegruppen (§ 5 III S. 2 IHKG). Sie wählen ihre Vertreter in die Versammlung. Da die Wahlgruppen ihrer Bedeutung entsprechend unterschiedlich groß sind, haben die Stimmen der Kammermitglieder zwar innerhalb der Gruppe das gleiche, zwischen den Gruppen aber ein unterschiedliches Gewicht. Da jedoch nach dem Mehrheitswahlprinzip gewählt wird, reicht nach dem BVerfG der gleiche Zählwert der Stimmen bei entsprechender Erfolgchance aus.<sup>322</sup> Auf diese Weise wird ein ihrer Bedeutung entsprechender Schutz der Wirtschaftsgruppen erzielt, der jedoch begrenzt ist durch eine Mindestsitzzahl der weniger mitgliederstarken Gruppen. Die Beachtung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Wahl ist bei den Kammerwahlen der IHKn nicht gesetzlich vorgeschrieben. Häufig findet sich ein Wahlmodus, nach dem ein Teil der Versammlung gewählt wird, der den Rest zuwählt. Auf diese Weise können wichtige Persönlichkeiten für den Wirtschaftscharakter des Kammerbezirks in die Versammlung einbezogen werden.<sup>323</sup> Notwendig ist aber, daß überhaupt gewählt wird, so daß Friedenswahlen, bei denen genau so viele Wahlvorschläge zugelassen

315 *Groß* 1999, S. 219; *Trute* 1994, S. 302 f

316 *Reich* 2002, § 37 Rn. 6.

317 *VG Berlin NVwZ RR* 1994, S. 444.

318 § 40 I S. 1 ThürHochschulG sieht etwa keine unmittelbare Wahl vor, was § 39 HRG nicht ausschließt, *Meyn* 1993, S. 324.

319 *Reich* 2002, § 37 Rn. 6.

320 Zu diesem auch *BVerfG NVwZ* 1985, S. 559–560.

321 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 5 Rn. 45.

322 Etwa *BVerfGE* 47, S. 253 ff. (277) – Gemeindeparlamente, stdg. Rspr.

323 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 5 Rn. 40 f.

werden, wie Sitze auf die Wahlgruppe entfallen, unzulässig sind.<sup>324</sup> Da sich diese Fragen nicht einheitlich für alle Kammern regeln lassen, sieht das IHKG in § 5 vor, daß das Wahlverfahren in der Wahlordnung der Kammern näher ausgestaltet wird. Um hier die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben sicherzustellen, ist die Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde Voraussetzung ihrer Wirksamkeit (§ 11 II IHKG).

Nach Gruppen wird auch die Vollversammlung der Handwerkskammer gewählt.<sup>325</sup> Im übrigen ist, wie schon erwähnt, die Zuwahl von nicht kammerangehörigen Versammlungsmitgliedern bis zu einem Fünftel der Mitgliederzahl möglich (§ 93 IV S. 1 HwO). Von den Wahlrechtsgrundsätzen erwähnt § 95 I HwO nur die Allgemeinheit, Gleichheit und Geheimheit, nicht aber die Freiheit der Wahl. Die Einzelheiten sind in der Wahlordnung, die als Anlage C Teil der Handwerksordnung ist, geregelt. Sie erfolgt im Wege einer Mehrheitswahl nach Listen.<sup>326</sup> Anders als bei den Industrie- und Handelskammern soll aber bei der Wahl zur Vollversammlung der Handwerkskammer eine Friedenswahl zulässig sein, wenn nur ein Wahlvorschlag zugelassen wird. Unter Berufung auf *Emde*<sup>327</sup> hat der VGH Mannheim hierin einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip gesehen.<sup>328</sup> Die Unterbrechung der demokratischen Legitimationskette erfordere eine Kompensationslösung, die, auch wenn die Kammermitglieder kein Teilvolk im Sinne des Art. 28 I S. 2 GG seien, an demokratischen Grundprinzipien orientiert sein müsse.<sup>329</sup> Abweichungen seien nur zulässig, wenn sie aufgrund der Besonderheit der Sachlage zwingend notwendig seien. Die bloße Erwartung, daß es nicht zu mehreren Bewerbungen komme, rechtfertige dies nicht. Eine Friedenswahl, bei der nicht einmal die Möglichkeit der Ablehnung des einzigen Bewerbers bestehe, sei mithin allenfalls als ultima ratio zulässig. Nachdem das BVerfG den Vorlagebeschluß des VGH aus formalen Gründen nicht angenommen hatte,<sup>330</sup> ist ein anderer Senat des VGH jetzt allerdings zur Auffassung gelangt, daß die Friedenswahl nicht verfassungswidrig sei.<sup>331</sup> An das Wahlrecht der funktionalen Selbstverwaltung sei nicht der strikt formale

324 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 5 Rn. 74; *Stober* 2001, S. 398.

325 Maßgeblich sind die in Anlage A und B zur HwO festgelegten Gruppen (§ 93 II S. 1 HwO).

326 §§ 7, 8 u. 18 II, 19 WahlO. Der VGH Mannheim hat jetzt in den bei den Wahlvorschlägen erforderlichen Quoren Verstöße gegen den Grundsatz der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl gesehen, die als „ungeschriebenes Verfassungsrecht auch über den Anwendungsbereich der Art. 28 I S. 2 u. 38 GG hinaus Anwendung fänden, *VGH Mannheim NVwZ RR* 1998, S. 369. Er zieht auch Art. 3 I GG zur Begründung heran.

327 1991, S. 421 ff.

328 *VGH Mannheim NVwZ RR* 1998, S. 366 ff.

329 *VGH Mannheim NVwZ RR* 1998, S. 369: „Wie gezeigt, gestattet das Demokratieprinzip für den Sachbereich der funktionalen Selbstverwaltung zwar eine vom Volksbegriff abweichende Bestimmung des Legitimationsträgers; aus diesem Grunde paßt Art. 28 I 2 GG hier nicht. Die weitere Anforderung des Art. 28 I 2 GG, daß nämlich demokratische Legitimation nur durch Wahlen vermittelt werden kann, die (zumindest) – bezogen auf den Kreis der zum jeweiligen Legitimationsträger Gehörigen, bei zulässiger Gliederung nach Gruppen auf den Kreis der Gruppenzugehörigen – allgemein und gleich sind, ergibt sich indes schon unmittelbar aus dem demokratischen Prinzip selbst und gilt damit für jedwede Staatsgewalt, auch für die mittelbar-staatliche Gewalt im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung“.

330 *GewArch* 2001, S. 74.

331 *VGH Mannheim*, *GewArch* 2001, 422, vgl. auch *Czybulka* 2003, S. 167; *Stober* 2001, S. 393 ff.; das BVerfG hat jetzt der Revision des Klägers aus Gründen stattgegeben, die die Verfassungsmäßigkeit der Friedenswahl nicht betrafen, sah sich also auch nicht zu einer Vorlage veranlaßt, *BVerwG NVwZ* 2003, S. 110 f. Eine obergerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit von Friedenswahlen steht danach weiterhin aus.



Gleichheitssatz für die Wahlen zu den Gebietskörperschaften anzulegen, sondern eine einfache Gleichheitsprüfung vorzunehmen. Danach sei kein zwingender, sondern ein sachlicher Grund für Differenzierungen erforderlich, der vorliegend in der Herstellung der Funktionstüchtigkeit der Versammlung bestehe. Ratio der Entscheidung ist mithin, daß im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung geringere Anforderungen an die Wahlgrundsätze zu stellen seien als im Bereich der Wahlen zu den Gemeinde- und Kreisvertretungen, den Landtagen und dem Bundestag. Man mag dem vor dem Hintergrund des Art. 28 I S. 2 GG zustimmen, der einen Abstand in der demokratischen Legitimation zwischen den dort genannten Gebietskörperschaften und den verfassungsrechtlich zulässigen Organisationen der funktionalen Selbstverwaltung vorsieht. Entscheidend spricht jedoch gegen die Zulässigkeit von Friedenswahlen, daß für eine autonome Legitimation – unabhängig davon, wie sie konkret begründet wird – notwendig eine Entscheidung durch die Mitglieder erforderlich ist. Bei Friedenswahlen findet jedoch im Grunde gar keine Wahl durch die Mitglieder, sondern in der Tat eine Bestimmung der Versammlungszusammensetzung durch die Vorschlagenden statt.<sup>332</sup>

Auch in anderen Bereichen der funktionalen Selbstverwaltung ist daher die Friedenswahl in die verfassungsrechtliche Kritik geraten.<sup>333</sup> Dabei stand bisher der § 46 III SGB IV im Zentrum der Diskussion, der bei den Wahlen zu den Vertreterversammlungen/Verwaltungsräten der Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung den Vorgeschlagenen als gewählt gelten läßt, wenn keine alternativen Wahlvorschläge zugelassen wurden.<sup>334</sup> Faktisch ist das Problem hier am drängendsten, weil die Friedenswahlen in der Sozialversicherung zum Normalfall geworden sind.<sup>335</sup> Das Bundessozialgericht hatte sie für verfassungsmäßig gehalten, weil die Grundsätze für die Wahlen zu den Volksvertretungen in Art. 28 I S. 2 GG nicht herangezogen werden könnten.<sup>336</sup> Maßstab der demokratischen Struktur der Wahlen zu den Sozialversicherungsträgern war dann nur noch Art. 28 I S. 1 GG, den das Gericht mit pragmatischen Aspekten (geringes Interesse, Kostenersparnis etc.) einschränkte.<sup>337</sup> Tatsächlich liegen die Verhältnisse hier wesentlich anders als im Bereich der Kammern.<sup>338</sup> Der Grund ist, daß das Segment notwendiger personeller Legitimation hier bei weitem geringer ist als in anderen Bereichen der funktionalen Selbstverwaltung.

332 VGH Mannheim NVwZ RR 1998, S. 369: „Das BVerfG hat bereits entschieden, daß die sog. Friedenswahl keine Wahl ist, sondern eine solche nur fingiert. Dem Wahlberechtigten wird die Ausübung seines Wahlrechts – und damit auch die Möglichkeit, den (einzigsten) Wahlvorschlag abzulehnen – verwehrt; die Bestimmung der zu wählenden Versammlung wird dem Wahlvorschlag überlassen“. Zustimmung Stober 2001, S. 393 ff.; Haverkate (1988, S. 238) dezidiert: „Solche fiktiven Wahlen, wie die sogenannten ‚Friedenswahlen‘ in der Sozialversicherung, legitimieren nichts“.

333 Vgl. etwa Kluth 1997, S. 460; Tettinger 1997, S. 111 f.; Jestaedt 1993, S. 546; Emde 1991, S. 178 f., 422; Schmidt-Aßmann 1991, S. 383.

334 § 46 III SGB IV „Wird aus einer Gruppe nur eine Vorschlagsliste zugelassen oder werden auf mehreren Vorschlagslisten insgesamt nicht mehr Bewerber benannt, als Mitglieder zu wählen sind, gelten die Vorgeschlagenen als gewählt“. Hierzu auch Schmidt-Aßmann 2001, S. 83 f.

335 Schnapp 2000, S. 809: 1993 wurde bei über 98 % der 1400 Sozialversicherungsträger keine Wahlhandlung mehr durchgeführt. Ganze 27 („Ur-“)Wahlen fanden statt. 1999 neigte sich das Verhältnis noch einseitig zugunsten der Friedenswahlen. Unmittelbar nach ihrer Einführung (1913) wurde hingegen noch zu zwei Dritteln tatsächlich gewählt, Muckel 2001, S. 155.

336 BSGE 36, S. 242.

337 Kritisch dazu Schnapp 2000, S. 812.

338 Zum Folgenden Schnapp 2000, S. 825 f.; Muckel 2001, S. 173 f.

Wie oben schon erwähnt, verbleibt den Sozialversicherungsträgern angesichts intensiver rechtlicher Durchnormierung der Grundlagen ihrer Leistungserbringung ein minimaler Entscheidungsspielraum. Das bedeutet aber, daß insoweit eine hohe demokratische sachliche Legitimation durch das Staatsvolk besteht. Aufgabe der Vertreterversammlungen/Verwaltungsräte der Sozialversicherungsträger ist es dann auch weniger, hier zu Entscheidungen zu kommen, die mit wesentlichen Auswirkungen für die Mitglieder verbunden wären, sondern Personal für die Rekrutierung der zahlreichen Verbandskörperschaften im Bereich der Sozialversicherung bereitzustellen.<sup>339</sup> Diese wirken dann beratend und damit auch interessenvertretend bei der Gesetzesvorbereitung mit. Da derlei Entscheidungen aber keine Eingriffe in die Rechte der Mitglieder besitzen, ist der Legitimationsbedarf hier gering. Dort wo mitgliederrelevante Entscheidungen getroffen werden, ist aber eine weitreichende gesetzlich vermittelte sachliche Legitimation durch das Staatsvolk vorhanden. Für den verbleibenden Bereich genügt ein sachlicher Grund, wie er etwa in dem augenfälligen Desinteresse der Mitglieder an den Wahlen und auch in pragmatischen Gründen wie der Funktionstüchtigkeit der Vertreterversammlung/Verwaltungsrat besteht, um eine „Friedenswahl“ zu legitimieren.<sup>340</sup> – Wenn aber die starke personale Legitimation gerade das Proprium der Körperschaften des öffentlichen Rechts ist, liegt die Konsequenz nahe, daß die rein gesetzvorbereitende beratende Funktion ebensogut durch Verbände und korporative Arrangements ausgeführt werden kann. Einer Körperschaft mit Pflichtmitgliedschaft bedürfte es dafür im Grunde nicht.

Im übrigen dauert die Wahlperiode sechs Jahre (§§ 45 ff. SGB IV). Dabei findet eine Wahl getrennt nach den Gruppen der Versicherten und der Arbeitgeber statt (§ 46 I, 1. Hs. SGB IV). Obwohl die Realität der Wahlen anders aussieht, ist doch gesetzlich als Regelform die Urwahl durch die Mitglieder vorgesehen (§ 46 I SGB IV).<sup>341</sup>

In den Organisationsgesetzen über die Realkörperschaften sind, sofern sie überhaupt die Versammlung optional repräsentativ vorsehen,<sup>342</sup> nur wenige Regelungen über das Wahlverfahren zu finden. Zulässig ist es hier, der Struktur des Verbandes dadurch Rechnung zu tragen, verschiedenen Interessengruppen bestimmte

339 Schnapp 2000, S. 827 f.

340 Nicht überzeugend ist es hingegen, aus der Kompetenznorm des Art. 87 II GG und der Kenntnis des Verfassungsgebers von den Wahlmodi in der Sozialversicherung bei der Anerkennung der Selbstverwaltung durch diese Vorschrift auf die Anerkennung der Friedenswahl zu schließen (so aber Muckel 2001, S. 174). Zwei Gründe sprechen dagegen: Erstens erreichte die Friedenswahl noch nicht das Ausmaß, das sie heute besitzt; vor allem aber können – wie oben gezeigt – aus der Kompetenznorm des Art. 87 II GG keine weiterreichenden Folgerungen für die Binnenstruktur der Selbstverwaltungsträger gezogen werden. Muckel, der den verbliebenen Entscheidungsspielraum insbesondere der Krankenkassen betont, und nach einer Kompensationslösung für die abgesenkte demokratische Legitimation sucht, hält Friedenswahlen so lange für unbedenklich, als die Wahlberechtigten ohne zu großen Aufwand über die Einreichung von Wahlvorschlägen die Möglichkeit haben, Konsenslösungen der Sozialpartner zu verhindern. Es erscheint aber widersprüchlich, einerseits anzunehmen „für eine Wahl, von deren Ausgang nicht viel abhängt, sind Friedenswahlen ein sinnvolles Instrument“, andererseits aber den Entscheidungsspielraum der Krankenkassen zu betonen. Dieser Spielraum stellt dann das Legitimationsproblem dar, das entweder durch eine weitere sachlich-demokratische Legitimation beseitigt oder nach Muckels Ansatz personell-legitimatorisch kompensiert werden muß. Diese personelle Legitimation setzt aber eine Wahl voraus, die einer Entscheidung bedarf, und sei es nur der Entscheidung, daß der einzige Bewerber nicht gewählt werden soll. Fehlt diese, liegt keine legitimationsbegründende Wahl vor.

341 Muckel 2001, S. 155.

342 Vgl. etwa den oben erwähnten Verbandsausschuß nach § 49 VWG.

Sitzkontingente in der Repräsentativversammlung zuzusichern, die gesondert gewählt werden.<sup>343</sup> Zu erinnern ist schließlich an die Besonderheit bei den Real-körperschaften, daß den einzelnen Mitgliedern entsprechend, orientiert an den sie treffenden Belastungen, oberhalb einer Mindeststimmzahl und bei den Wasserverbänden bis zur Grenze von zwei Fünfteln<sup>344</sup> ein unterschiedliches Stimmengewicht eingeräumt werden kann.

#### bb. Befugnisse in bezug auf den Vorstand und Kontrolle durch ihn

Grundsätzlich ist das Verhältnis der Körperschaftsorgane untereinander gleichgeordnet, so daß jedes im Rahmen seiner Zuständigkeit tätig wird.<sup>345</sup> Zu diesen Zuständigkeiten gehören jedoch verschiedene Befugnisse in bezug auf andere Organe, insbesondere die Formen der körperschaftsinternen Kontrolle. Im Fall der Kontrolle der Verwaltung der Haushaltsmittel sind hierfür sogar eigenständige Organe vorgesehen (Rechnungsprüfungsausschüsse, Rechnungsprüfungsamt). Das Rechnungsprüfungsamt ist weisungsunabhängig, auch wenn seine Mitarbeiter einer Dienstaufsicht durch den Bürgermeister unterstehen.<sup>346</sup>

#### (1.) Kontrollbefugnisse des Repräsentativorgans

Das Repräsentativorgan besitzt gegenüber dem Vorstand Überwachungsrechte hinsichtlich der Vollziehung seiner Beschlüsse.<sup>347</sup> Um die Funktionstüchtigkeit der Körperschaftsverwaltung nicht zu beeinträchtigen, ist – sofern dies nicht gesetzlich ausnahmsweise so vorgesehen ist – Adressat dieser Kontrollmaßnahmen nicht der einzelne Amtswalter, sondern das ausführende Organ selbst, zumeist also der Vorstand. Im Umfang erstreckt sich das Überwachungsrecht anders als im Aktienrecht auf die gesamte Geschäftsführung.<sup>348</sup> Hierbei überwacht das Repräsentativorgan Recht- und Zweckmäßigkeit der ausführenden Tätigkeit.

Wie bei der externen Aufsicht werden dem Repräsentationsorgan oder einem dafür zuständigen Ausschuß zunächst Mittel zur Durchführung der Überwachung etwa in Gestalt von Informationsrechten,<sup>349</sup> sodann aber eigentliche Überwachungsbefugnisse wie etwa Beanstandungsrechte, Befugnisse zur Vorgabe von Richtlinien oder Anweisungen verliehen.<sup>350</sup> Nach *Löer* soll dabei die allgemeine Überwachungsaufgabe auch ohne gesetzliche Ermächtigung zum Erlaß von konkreten

343 *Rapsch* 1993, S. 86.

344 § 13 I S. 3 WVG, *Rapsch* 1993, S. 86.

345 Für die IHKn etwa *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 6 Rn. 17.

346 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 76 ff.

347 Zum Folgenden *Löer* 1999, S. 70 ff.; aufgrund der Binnendifferenzierung der Körperschaft handelt es sich um eine organisationsinterne, wenn auch behördenexterne Kontrolle, *Strößenreuther* 1991, S. 105.

348 *Löer* 1999, S. 78.

349 Bzw. Informationspflichten des Vorstandes. Im einzelnen bestehen: Unterrichtungspflichten (§ 23 IV S. 5 UG BW), Auskunfts-, Einsichts- (vgl. etwa § 24 III GO BW) und Befragungs- oder Anfragerechte (§ 24 IV GO BW; Art. 30 GO Bay; § 36 GO BBg; § 50 GO Hess; § 22 II u. 34 KV MV; § 40 III GO Nds; § 55 GO NRW; §§ 32, 33 GO RPF; § 37 KSVG Saar; §§ 44 II, 62 II GO SaA; § 30 GO SH; § 22 III GO Thür).  
350 *Löer* 1999, S. 91 ff.

Einzelmaßnahmen berechtigen.<sup>351</sup> Einzelne Überwachungsbefugnisse betreffen dem Grad ihrer Einwirkung auf das überwachte Organ nach: die Beratung,<sup>352</sup> die Befugnis zur Beanstandung und Mißbilligung, die Aufstellung von Richtlinien.<sup>353</sup> Während bei Anstalten auch ein Recht zu Weisungen im Einzelfall nicht selten ist,<sup>354</sup> kommt dies bei den Körperschaften kaum vor.<sup>355</sup> Zu berücksichtigen sind auch bei dieser körperschaftsinternen Kontrolle die Zustimmungsvorbehalte.<sup>356</sup> Als ultima ratio bestehen schließlich bei einigen, insbesondere Gebietskörperschaften, Abwahlmöglichkeiten durch das Repräsentativorgan (vgl. etwa § 71 VII GO NRW) oder durch die Gemeindebürger (etwa § 62 GO BBG).<sup>357</sup> Hinzu kommen die Rechte zur Entscheidung über die Jahresrechnung (etwa §§ 109 II S. 1, III 2, 1. Hs. BHO; §§ 105 ff. LHO BW).

Sinn dieser internen Kontrolle ist die Stärkung der Selbstverwaltung durch eine selbständige Kontrolle.<sup>358</sup> Externe Aufsicht wird dadurch nicht in jedem Fall entbehrlich; doch stehen hier Konfliktlösungsmöglichkeiten bereit, die ein Eingreifen seltener notwendig werden lassen. So kann die Selbstkontrolle der Körperschaft als ein weiterer Beleg für die These ihrer Verselbständigung durch eine Steigerung der Ausdifferenzierung ihrer Binnenstrukturen verstanden werden. Die Selbstkontrolle der Körperschaft greift Strukturelemente der Fremdkontrolle zwischen Parlament und Regierung auf und rekonstruiert sie unter den Vorzeichen der internen Verwaltungsorganisation.

## (2.) Kontrolle des Repräsentativorgans durch den Vorstand

Die grundsätzliche Weisungsfreiheit der Mitglieder der Versammlung schließt nicht jede Ingerenz durch den Vorstand aus. Vielmehr ist die Versammlung seiner Kontrolle unterworfen. In erster Linie ist hier an das Beanstandungsrecht des Vorsitzenden zu denken.<sup>359</sup> Wenn diese Befugnis nicht ausnahmsweise dem Vorsitzenden der Versammlung als solchem eingeräumt wird, besitzt sie regelmäßig der Vorsitzende des Vorstands (§ 38 SGB IV).<sup>360</sup> In jedem Fall bedeutet die Beanstandung nicht die Ausübung einer staatlichen Befugnis, sondern gehört zu den Selbstverwaltungsan-

351 L<sup>ö</sup>er 1999, S. 102 u. 133.

352 Ausführlich L<sup>ö</sup>er 1999, S. 135 ff.

353 § 40 I Nr. 1 GO Nds.

354 L<sup>ö</sup>er 1999, S. 110 mit weiteren Beispielen.

355 Ein Sonderfall ist das Weisungsrecht des Rektors gegenüber dem Dekan in der Gesamtkörperschaft Universität nach dem baden-württembergischen UG (§ 13 VII; 2. Hs.).

356 Etwa bei überplanmäßigen Ausgaben, § 84 I GO BW und bei längerfristigen Investitionen, § 84 II GO BW.

357 Näher Gern 2003, Rn. 385 f., dabei ist unterschiedlich geregelt, ob nur der (Ober-)Bürgermeister oder auch einzelne Beigeordnete/Bürgermeister abgewählt werden können.

358 L<sup>ö</sup>er 1999, S. 134.

359 Zum Beanstandungsrecht des Bürgermeisters: L<sup>ü</sup>bking/Vogelsang 1998, Rn. 70; es besteht auch gegenüber beschließenden Ausschüssen, dies. Rn. 74. Weitere Beispiele: Beanstandungsrecht des Leitungsgremiums nach § 23 III S. 1 HG Bay;

360 KK-Maier § 38 Rn. 3; Gleitze/Krause/von Maydell/Merten-Krause 1992, § 38 Rn. 9 f. Die Beanstandung ist auch im Bereich der Sozialversicherungsträger Voraussetzung dafür, daß bei entsprechendem bestätigendem Verhalten des Selbstverwaltungsorgans, der Vorstandsvorsitzende nun die Aufsichtsbehörde einschalten kann, die Selbstkontrolle also in Fremdkontrolle umschlägt. – Für den Hochschulbereich etwa dem Dekan als Vorsitzendem des Fakultätsvorstands, § 24 I S. 3 UG BW.

gelegenheiten der auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verpflichteten (Art. 20 III GG) Körperschaft.<sup>361</sup> Ratio des Einspruchsrechts des Vorstandsvorsitzenden ist die Vermeidung einer Kollision zwischen der Pflicht, die Beschlüsse des Repräsentativorgans zu vollziehen und seiner Gesetzesbindung (Art. 20 III GG).<sup>362</sup> Ist die Vermeidung der Pflichtenkollision der Sinn seiner Befugnis, kann es einen Einspruch des Vorstands gegen nicht vollzugsbedürftige Beschlüsse des Repräsentativorgans nicht geben.<sup>363</sup> Zugleich ist fraglich, wie die Einspruchsbefugnis zu rechtfertigen ist, wenn sie dem Vorsitzenden des Repräsentativorgans zukommt, der nicht zugleich Vorstand ist. In Hessen ist das Beanstandungsrecht des Bürgermeisters als Vorprüfung für die Beanstandungsbefugnis des Gemeindevorstands ausgestaltet (§ 63 I u. II GO Hess). Sie kommt zur Geltung, wenn der Bürgermeister einen Einspruch unterläßt (§ 63 III GO Hess).<sup>364</sup>

Die ratio des Einspruchsrechts, eine rechtliche Pflichtenkollision zu vermeiden, vermag auch nur die Rechtmäßigkeitskontrolle zu rechtfertigen. Häufig ist jedoch eine im Ermessen des Inhabers der Befugnis stehende Möglichkeit der Zweckmäßigkeitkontrolle vorgesehen. Hier kann es wegen der grundsätzlichen Aufgabenteilung zwischen dem Hauptverwaltungsorgan und dem Vorstand nicht zur Befugnis des letzteren gehören, seine Vorstellungen von einer zweckmäßigen Aufgabenerfüllung der Körperschaft an die Stelle der von den Mitgliedern gewählten Repräsentanten oder dieser selbst nach eingehenden Erörterungen beschlossenen Entscheidung zu setzen. Zumeist wird daher in den Organisationsgesetzen die Zweckmäßigkeitsprüfung auf die Abwendung von Nachteilen für die Körperschaft (§ 43 II S. 1, 1. Hs. GO BW) oder die Gefährdung des Wohls oder wichtiger Interessen der Körperschaft abgestellt.<sup>365</sup> Auffällig ist, daß entgegen einer Tendenz zur Einführung des Opportunitätsprinzips in der externen Aufsicht beim Beanstandungsrecht noch weitgehend das Legalitätsprinzip gilt.<sup>366</sup> Dies schützt einerseits das ausführende Organ davor, sehenden Auges bei der Befolgung seiner Pflicht zur Vollziehung der Beschlüsse des Repräsentativorgans seine Pflicht zur Gesetzmäßigkeit seines Handelns zu verletzen, stärkt aber andererseits auch die Autonomie der Körperschaft insgesamt, indem so eine obligatorische Selbstkontrolle stattfindet. Teilweise ist dieses Rügerecht aber als Widerspruchsrecht ausgestaltet, das im Ermessen des Vorstands steht.<sup>367</sup>

Folge des Einspruchs ist, daß der Beschluß des Repräsentationsorgans nicht vollzogen werden muß (Suspensiveffekt) und dieses nun den Beschluß ändern oder einen neuen fassen kann.<sup>368</sup> Ändert es nicht oder bestätigt es den alten Beschluß,

361 Löer 1999, S. 36. Gegenüber einer Beschwerde des Vorsitzenden an die Rechtsaufsichtsbehörde stellt die Beanstandung das selbstverwaltungsfreundlichere Instrument dar, weshalb sie etwa in der Sozialversicherung als Vorstufe einer solchen organisationsexternen Kontrolle eingeführt wurde, KK-Maier § 38, Rn. 2.

362 Löer 1999, S. 38 u. 182 f.

363 Hierunter fallen Meinungsäußerungen, Absichtserklärungen, Beschlüsse, die faktisch nicht vollzogen werden können oder bereits vollzogen sind, Löer 1999, S. 42 u. 44.

364 Vgl. Gern 2003, Rn. 506.

365 Löer 1999, S. 49.

366 Vgl. etwa § 43 II S. 1 GO BW; Art. 59 II GO Bay, Knemeyer 1999, S. 196.

367 So das Widerspruchsrecht gem. § 62 III GO SaA u. § 54 I GO NW

368 Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 72.

entscheidet die Rechtsaufsichtsbehörde, weil der Vorsitzende/Vorstand zwar ein Prüfungs-, nicht aber eine Entscheidungskompetenz über die Rechtmäßigkeit des Beschlusses besitzt.<sup>369</sup> Die Selbstkontrolle der Körperschaft schlägt in eine Fremdkontrolle um. Überraschend erscheint es in diesem Zusammenhang, daß die Aufsichtsbehörde, die nach dem Opportunitätsprinzip nicht zur Vornahme von Aufsichtsmaßnahmen im Rahmen der Staatsaufsicht verpflichtet ist, bei einer Vorlage eines erneut für rechtswidrig gehaltenen Versammlungsbeschlusses etwa des Gemeinderats durch den Bürgermeister nun zur Entscheidung verpflichtet ist.<sup>370</sup> Der Grund liegt aber auch hier im Schutz des zur Ausführung verpflichteten Vorstands vor der Notwendigkeit zum Vollzug rechtswidriger Gemeinderatsbeschlüsse. Nicht möglich ist es für den Bürgermeister, um einer direkten Konfrontation mit dem Rat aus dem Wege zu gehen, gegen einen Beschluß des Rates gerichtlich zu klagen.<sup>371</sup> Hierfür fehlt ihm das Rechtsschutzinteresse. Auch insofern sind die körperschaftinternen Kontrollmöglichkeiten gegenüber einer Fremdkontrolle vorrangig. Dies trägt zugleich zur Verselbständigung der Körperschaft gegenüber ihrer Umwelt bei und stärkt ihre Integrationsprozesse.

Stärker als das Einspruchsrecht wirkt das Zustimmungserfordernis, wie es etwa das Baden-Württembergische UG in Prüfungsfragen zugunsten des Rektors gegenüber dem Senat vorsieht, in die Befugnisse des Repräsentationsorgans ein.<sup>372</sup>

## 2. Der Vorstand der Körperschaft des öffentlichen Rechts

Nach der Art der Körperschaft, ihren Aufgaben und anderen Aspekten sehr unterschiedlich ausgestaltet ist die Organisation der Vollzugsfunktion der Versammlungsbeschlüsse in Selbstverwaltungsangelegenheiten sowie der übertragenen staatlichen Aufgaben, der Leitungsfunktion der Körperschaftsverwaltung und der Vertretungsfunktion der Körperschaft. Das dafür zuständige Organ soll hier unabhängig von seiner Zusammensetzung „Vorstand“ genannt werden. Dabei ist die Funktionstrennung häufig nicht so eindeutig wie im staatsorganisationsrechtlichen Bereich, da einige Organe neben der Vollzugsfunktion zugleich den Vorsitz und die damit verbundenen Aufgaben in der Versammlung innehaben. Besonders die Binnendifferenzierung weist nach Grad (etwa monokratische oder kollegiale Struktur) und Art große Unterschiede auf. Entsprechend kommen dann auch als Rekrutierungsformen für die Organwalter reine Wahlen durch das Repräsentativorgan, gemischte Wahlen durch das Repräsentativorgan und die Körperschaftsmitglieder oder eine reine Wahl durch die Körperschaftsmitglieder in Betracht. Der angesprochenen dualen Aufgabenstruktur entsprechend, sind ferner die Ingerenzmöglichkeiten des Staates zu beachten.

369 Löer 1999, S. 63 f.

370 Knemeyer 1999, S. 196.

371 Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 70 f.

372 vgl. §§ 51 I S. 1, 54 II S. 3; 55 II S. 3 UG BW.

### a. Die Rechtsstellung des Vorstands

#### aa. Formale Rechtsstellung

Recht einheitlich geregelt ist zunächst die Rechtsstellung der Organe, die Vollzugsfunktion besitzen. Soweit die entsprechenden Gesetze überhaupt eine Aufzählung oder eingehende Normierung der Organe der Körperschaft enthalten, wird diese Funktion von einem Organ als transitorische in eigener Zuständigkeit wahrgenommen. Unterschiede ergeben sich hier nur darin, ob die Funktion in Verwaltungsleitung und Vollzug der laufenden Verwaltungsgeschäfte untergliedert und unterschiedlichen Organen als eigene Zuständigkeiten übertragen werden oder nicht. So wird etwa bei den Sozialversicherungsträgern außerhalb der in § 35a SGB IV genannten Krankenkassen zwischen dem Vorstand, dem unter anderem die Verwaltungsleitung zukommt, und dem Geschäftsführer unterschieden, der in eigener Zuständigkeit laufenden Routineangelegenheiten erledigt.

Dieses Modell hat den Vorteil der Entlastung der Selbstverwaltung von den eher bürokratisch zu erledigenden Routineangelegenheiten. Es führt andererseits aber auch zu einer Verselbständigung dieser Funktion und – angesichts der Schwierigkeiten der Abgrenzung der Aufgabenbereiche – auch zu Koordinationsproblemen. Weit überwiegend wird daher die Verwaltungsleitung heute einheitlich durch ein Organ wahrgenommen.

#### bb. Die Aufgaben des Vorstands

Hier lassen sich die größten Gemeinsamkeiten unter den Körperschaften des öffentlichen Rechts feststellen. Sofern die monokratischen Vorstände (1.) zugleich Leiter der Versammlung sind, bereiten sie deren Beschlüsse vor, leiten ihre Verhandlungen, besitzen zumeist ein Rügerecht bei rechtswidrigen Beschlüssen und vollziehen die rechtmäßigen. Die Vorstände sind (2.) Leiter der Körperschaftsverwaltung. Als solche sind sie die Dienstvorgesetzten des Körperschaftspersonals, haben zumeist gewisse Organisationsbefugnisse, die sie allerdings in bezug auf die hauptsächliche Einteilung der Dezernate nach einigen Organisationsgesetzen mit der Versammlung teilen müssen. In dieser Funktion erledigen sie die Geschäfte der laufenden Verwaltung, haben Eilbefugnisse, falls die Versammlung oder ein zuständiger Ausschuß nicht rechtzeitig entscheiden können und erfüllen die ihnen durch die Versammlung, Gesetz und die staatliche Verwaltung übertragenen Aufgaben. Sie vertreten (3.) die Körperschaft nach außen und nehmen eventuelle Beteiligungsrechte wahr.

##### (1.) Aufgaben in bezug auf die Versammlung

Sind in der Organisation des Vorstands nicht nur Verwaltungs-, sondern auch Vorsitzfunktionen in der Körperschaftsversammlung vereinigt, so gehört dazu die Vorbereitung ihrer Beschlüsse, die Einberufung ihrer Sitzung mit der Aufstellung

einer Tagesordnung und deren Leitung.<sup>373</sup> Seinem Rügerecht (s. o.) bei rechtswidrigen Beschlüssen korrespondiert dabei die Pflicht, jedenfalls Verbands- und Organkompetenz hinsichtlich der Verhandlungsgegenstände zu prüfen und – sofern das entsprechende Organisationsgesetz verlangt, daß nur Gegenstände, die zum Aufgabenbereich der Körperschaft gehören<sup>374</sup> – die Einberufung ggf. abzulehnen.<sup>375</sup> Bei der Sitzungsleitung ist auf einen ordnungsgemäßen Ablauf, ggf. unter Einsatz des Ordnungsrechts gegenüber den Versammlungsmitgliedern und des Hausrechts gegenüber der Öffentlichkeit zu achten.<sup>376</sup>

## (2.) Aufgaben der Verwaltungsleitung

Der Vorstand vollzieht die Beschlüsse der Versammlung. Er erfüllt die ihm gesetzlich oder von der Versammlung übertragenen Aufgaben. Zu diesen Aufgaben gehören auch die Pflichtaufgaben nach Weisung der Körperschaften.<sup>377</sup> Sofern zu ihrer Erledigung jedoch der Erlaß von Satzungen oder Rechtsverordnungen erforderlich ist, verbleibt es bei der Zuständigkeit des Gemeinderates.

Der Vorstand oder bei stärkerer Binnendifferenzierung eines seiner Unterorgane nehmen regelmäßig die *Geschäfte der laufenden Verwaltung* (laufende Geschäfte der Verwaltung,<sup>378</sup> laufende Verwaltungsgeschäfte<sup>379</sup>) wahr.<sup>380</sup> Dem eher technischen Charakter dieser Angelegenheiten entspricht es, daß sie durch die unter der Leitung des Vorstands bestehende bürokratische Körperschaftsverwaltung vollzogen werden können. Unter den Geschäften der laufenden Verwaltung sind solche zu verstehen, „die wegen ihrer Regelmäßigkeit und Häufigkeit zu den herkömmlichen und üblichen Aufgaben der Verwaltung gehören, deren Wahrnehmung nach festgesetzten Grundsätzen in eingefahrenen Geleisen erfolgt und die grundsätzlich keine weit tragende Bedeutung entfalten“. Sie dürfen auch finanziell nicht von erheblicher Bedeutung für die Körperschaft sein.<sup>381</sup>

Die Selbständigkeit des Vorstands bei der Erledigung dieser Aufgaben ist allerdings unterschiedlich ausgeprägt. Hier bestehen staatliche Genehmigungspflichten.<sup>382</sup> Teilweise besteht auch in bezug auf diese Geschäfte ein Vorbehalts- oder

373 Eingehend zu den Befugnissen des Gemeinderatsvorsitzenden *Rothe* 1992, S. 530 ff.

374 § 34 I S. 5 GO BW, vgl. auch *Rothe* 1992, S. 531; besteht eine solche gesetzliche Regelung nicht, präkludiert die Aufnahme in die Tagesordnung nicht eine spätere Entscheidung gegen eine eingehende Beratung und Beschlußfassung.

375 Für das Kommunalrecht etwa *Gern* 2003, Rn. 456.

376 *Rothe* 1992, S. 533 u. 535 f.

377 Vgl. etwa § 44 III GO BW; §§ 37 I Nr. 2 u. 59 I S. 1 GO Bay; § 53 III GO Sachs. Eine Aufteilung nimmt § 63 I c GO BBg vor.

378 § 61 II Nr. 7d HwO für den Innungsvorstand.

379 § 36 I S. 1 SGB IV.

380 Für das Kommunalrecht gehört dies in vielen Bundesländern zu den Vorbehaltsaufgaben des Gemeindevorstehers: vgl. § 44 II GO BW; Art. 37 I GO Bay; § 37 III 3 KV MV; § 47 I GO RPF; § 59 III KSVG Saar; § 53 II S. 1 GO Sachs; § 63 I GO SaA, § 29 II KO Thür. In Nordrhein-Westfalen besteht kein fester Vorbehaltsbereich des Bürgermeisters. Die Geschäfte der laufenden Verwaltung können ihm aber übertragen werden.

381 Vgl. z. B. *BGH*, DVBl. 1979, S. 514; *BGHZ* 92, S. 164 ff. (173); *BGH*, NJW 1980, S. 117.

382 *Schumacher* 2003, S. 541.



Rückholrecht des Repräsentativorgans oder des Hauptausschusses.<sup>383</sup> Diese Möglichkeit betrifft zugleich die Machtbalance zwischen Repräsentativorgan und Vorstand, ohne sie jedoch angesichts der klaren Vorbehaltszuständigkeiten, des Zusammenspiels zwischen Vorstand, Ausschüssen und Repräsentativversammlung und der vollen gerichtlichen Kontrolle der Rückholung entscheidend zu modifizieren.<sup>384</sup>

Nicht immer nimmt der Vorsitzende des Vorstands oder der monokratische Vorsteher der Verwaltung die Geschäfte der laufenden Verwaltung selbst wahr. Möglich ist es auch, daß sie einer nicht zum Organ ausgebauten Stelle zugewiesen werden, wie etwa den Kanzlern der Hochschulen in Berlin (§ 58 I S. 2 HG Berl) oder dem bzw. den (Haupt-) Geschäftsführern.

Der Vorstand besitzt auch in solchen Fällen, in denen er nicht aus anderen Gründen zuständig ist, eine *Eilzuständigkeit*,<sup>385</sup> um dringliche Angelegenheiten zu entscheiden.<sup>386</sup> Je nach der Binnenstruktur des Vorstands kommt diese Befugnis diesem,<sup>387</sup> dessen Vorsitzenden,<sup>388</sup> dem Vorsitzenden des Vorstands im Einvernehmen mit dem Versammlungsvorsitzenden,<sup>389</sup> primär einem besonderen Ausschuß der Körperschaft und erst wenn dieser nicht erreichbar ist, dem Vorsitzenden des Vorstands,<sup>390</sup> grundsätzlich einem beschließenden Ausschuß<sup>391</sup> oder dem Kollegialorgan zu. Um die Rechte der Versammlung oder anderer an sich zuständiger Organe zu wahren, ist dabei teilweise die Mitwirkung eines Versammlungsmitglieds<sup>392</sup> und eine nachträgliche Unterrichtung der Versammlung<sup>393</sup> bzw. eine nachträgliche Genehmigungspflicht oder Aufhebungsmöglichkeit vorgesehen. Soweit bereits Rechte Dritter durch die Eilentscheidung entstanden sind, kann allerdings die Befugnis zur Aufhebung ausgeschlossen sein.<sup>394</sup>

Es ist fraglich, auf welche Entscheidungsformen sich das Dringlichkeitsentscheidungsrecht erstreckt. Dies kann insbesondere bei Satzungen zweifelhaft sein. Zwar erläßt jedenfalls im Kommunalbereich der Hauptverwaltungsbeamte immer wieder Satzungen aufgrund seiner Dringlichkeitskompetenz, obwohl das Satzungsrecht zum Vorbehaltsbereich des Gemeinderats gehört, die Gerichte sehen dies zwar

383 §§ 40 II u. 57 II S. 2 GO Nds; § 41 III GO NRW; in Bayern gehören zu den Vorbehaltsaufgaben des Bürgermeisters nur die reinen Routineangelegenheiten, § 37 I GO Bay.

384 Schumacher 2003, S. 539; kritisch dazu Nierhaus 1995, S. 8.

385 „Die Eilzuständigkeit bedeutet eine unter den Voraussetzungen der Eilbedürftigkeit generell vorgenommene Delegation“, also eine unter diesen Voraussetzungen bestehende Übertragung der Zuständigkeit von der Versammlung auf ein anderes Organ, Achterberg 1986, § 13 Rn. 31; Wolff/Bachof 1976, S. 25.

386 Für das Kommunalrecht Schmitz 1995, S. 73 ff.; Eine Definition der Dringlichkeit enthält § 34 III S. 2 GO RPF: „Sofern eine Entscheidung nicht ohne Nachteil für die Gemeinde aufgeschoben werden kann (Dringlichkeit)“.

387 § 48 S. 1 GO RPF.

388 Art. 37 III S. 1 GO Bay; § 43 IV S. 1 GO BW; § 30 S. 1 GO Thür; § 117 UG BW generell für den Vorsitzenden des jeweiligen Gremiums.

389 § 68 I S. 1 GO BBg.

390 § 66 S. 2 GO Nds.

391 § 34 IV S. 2 LKrO BW; § 175 I S. 1 KSVG Saar.

392 § 60 I S. 2 GO NRW.

393 § 43 IV S. 2 GO BW; § 66 S. 3 GO Nds; § 61 I S. 2 KVSG Saar.

394 § 68 I S. 3 GO BBg; § 60 I S. 4 GO NRW; § 48 S. 3 GO RPF; § 61 I S. 3 KSVG Saar.

offenbar als ultima ratio in Fällen äußerster Dringlichkeit als gerechtfertigt an, prüfen aber das Vorliegen dieser Situation sehr genau.<sup>395</sup>

In der Verwaltungsleitungsfunktion ist der Vorstand Dienstvorgesetzter des Personals der Körperschaft.<sup>396</sup> In dieser Funktion besitzt er auch eine gewisse Organisationsgewalt zur Geschäftsverteilung und zum Geschäftsgang und für weitere Binnendifferenzierung der Körperschaftsverwaltung.<sup>397</sup> Er ist damit die zentrale Behörde der Körperschaft.

### *b. Größe und Amtszeit des Vorstands*

Die Größe<sup>398</sup> der kollegialen Verwaltungsspitze ist teilweise durch Gesetz, teilweise durch die Hauptsatzung näher bestimmt. Das gleiche gilt für die Amtszeit, die im kommunalen Bereich zwischen 5 und 8 Jahren beträgt.<sup>399</sup> Sofern die Verwaltungsleitung durch das Repräsentativorgan und nicht durch die Körperschaftsmitglieder gewählt wird, ist seine Amtszeit an die dieses Organs gekoppelt.

### *c. Die Binnenstruktur des Vorstands*

Daß letztlich eine mit nur einer Person als Organwalter ausgefüllte Stelle die Spitze der Verwaltungsleitung der Körperschaft ausmacht, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Funktion dieses Organteils sehr unterschiedlich ausgestaltet ist.

Die grundlegende Entscheidung ist dabei, ob die Verwaltungsspitze durch ein Kollegialorgan, dem die Verwaltungsleitung als gemeinsame Aufgabe zusteht, oder als monokratisches Organ, dem diese Aufgabe alleine zukommt, organisiert ist. Im Kollegialmodell wird dann vom Repräsentativorgan ein Vorsitzender der kollegialen Verwaltungsleitung bestimmt, dem die Aufgabe der Vorbereitung der Sitzungen dieses Organs, der Verhandlungsleitung, des Vollzugs seiner Beschlüsse und gewisser Eilkompetenzen zusteht. Auf der anderen Seite verfügt im monokratischen Modell der Verwaltungsleiter über eine Art Kabinett von Ressortleitern, die seine Tätigkeit vorbereiten. Regelmäßig kommt auch hier einem von diesen die Stellvertretung des Verwaltungsleiters zu. Zwischen diesen beiden Grundmodellen gibt es zahlreiche Übergangsformen: Zunächst kann es eine Dezernatsgliederung geben, bei der den dem Kollegialorgan angehörenden Vorstandsmitgliedern bestimmte Verwaltungsaufgaben übertragen werden können, die sie dann als Dezernatsleiter eigener Zuständigkeit wahrnehmen können und insofern auch vertretungsberechtigt sind. Ferner kann die Vorsitzfunktion in diesem Organ der Verwaltungsleitung wiederum so ausdifferenziert werden, daß in Form eines Präsidiums ein eigenes kollegiales Organ geschaffen wird, dem dann wiederum ein Präsident als Vorsitzender vorsteht. Auch im monokratischen Modell können den Ressortleitern relativ

395 Hierzu auch *Schoch* 1990a, S. 806.

396 Vgl. etwa § 44 IV GO BW; Art. 37 IV GO Bay; § 73 II GO Hess; § 39 II S. 2 KV MV; § 63 V GO SaA.

397 vgl. etwa § 62 I S. 2 GO NRW; § 65 I S. 2 GO SH.

398 Etwa § 108 II HwO.

399 § 45 GO BW; §§ 62 u. 65 GO NRW.

selbständige Zuständigkeiten eingeräumt werden, die ihnen gegenüber dem Vorsteher ein Eigengewicht verleihen.

Um den Besonderheiten der konkreten Körperschaft Rechnung zu tragen, ist die Frage eines kollegialen oder monokratischen Vorstands in den Organisationsgesetzen teilweise bewußt offen gelassen und der Satzung anvertraut worden. § 52 I S. 1 WVG etwa sieht vor, daß der Vorstand aus einer Person oder aus mehreren Personen bestehen kann.

#### aa. Mitgliedschaft im Vorstand

Maßgeblich für die Stellung der Mitglieder des Vorstands ist die Ausgestaltung dieses Organs, worauf sogleich einzugehen sein wird. Ein zweites wichtiges Kriterium ist aber die Größe, die jedenfalls im Kommunalbereich mitentscheidend dafür ist, ob die Aufgabe des Gemeindevorstehers, Beigeordneten oder Magistrats ehren- oder hauptamtlich ausgeübt wird.<sup>400</sup> Im Bereich der Kammern sind die Vorstandsmitglieder regelmäßig ehrenamtlich tätig.<sup>401</sup> Wird das Amt hauptberuflich ausgeübt, so ist der Amtswalter (Wahl-)Beamter der Körperschaft auf Zeit.<sup>402</sup>

Zu den Pflichten der Vorstandsmitglieder gehören etwa die Verschwiegenheit,<sup>403</sup> die sorgfältige Erledigung ihrer Amtsgeschäfte.<sup>404</sup> Sofern bei Lastenverbänden Interessenkollisionen zwischen Vorstand und Versammlung entstehen können, sind insofern auch Inkompatibilitäten vorgesehen.<sup>405</sup>

#### bb. Formen des kollegialen Vorstands

In einem reinen Kollegialvorstand ist nicht eines des aus mehreren Mitgliedern bestehenden Organs, sondern nur der Vorstand als Einheit für die Wahrnehmung der zugewiesenen Aufgabe zuständig.<sup>406</sup> Beschlüsse müssen von allen Mitgliedern des Vorstands gemeinsam getroffen werden.<sup>407</sup>

Im Kommunalbereich hat der Gemeindevorstand/Magistrat in Hessen eine kollegiale Struktur (§ 9 II S. 2 GO Hess). Ihm kommt die hauptsächliche Vollzugsfunktion sowohl der Auftrags-, als auch der Selbstverwaltungsangelegenheiten zu. Er bereitet die Beschlüsse der Gemeindevertretung vor (§ 66 I GO Hess). Zur weiteren Differenzierung seiner Verwaltungstätigkeit kann der Magistrat Kommissionen bilden, denen der Bürgermeister, Mitglieder des Magistrats und der Gemeindevertretung angehören (§ 72 GO Hess). Eingehende Regelungen über die Voraussetzungen seiner Beschlußfassung (§§ 67, 68 GO Hess) dokumentieren dessen differenzierte

400 Etwa gem. § 42 GO BW; § 66 IV HwO der Innungsvorstand, ehrenamtlich.

401 § 66 IV HwO Innungsvorstand; Ehrenamtlich ist auch das Amt des Vorstandsmitglieds der Handwerkskammer (*Honig* 1999, § 109 Rn. 7) und der IHK (*Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 5 Rn. 11); für die berufsständischen Kammern etwa § 75 BRAO für die Mitglieder des Vorstands der Rechtsanwaltskammer; *Stober* 2001, S. 398

402 Vgl. etwa § 61 V GO Nds; § 62 I S. 1 GO NRW.

403 § 76 BRAO; § 69a BNotO; § 71 PAO.

404 § 54 II S. 1 WVG.

405 § 52 II S. 2 WVG.

406 Zum Kollegialprinzip grundlegend *Groß* 1999, S. 46 f.

407 *Groß* 1999, S. 49.

Binnenstruktur. Obwohl der Bürgermeister hier auch direkt gewählt wird (§ 39 GO Hess), ist er doch nur der Vorsitzende des Magistrats und als solcher *primus inter pares*.<sup>408</sup> Als solcher bereitet er dessen Sitzungen vor (§ 70 I GO Hess), beruft sie ein (§ 69 I GO Hess), leitet sie und widerspricht Magistratsbeschlüssen, wenn sie rechtswidrig sind oder das Wohl der Gemeinde gefährden (§ 74 GO Hess). Er hat Stimmrecht und zwar bei Stimmgleichheit sogar mit ausschlaggebendem Gewicht (§ 68 II S. 2 GO Hess). Über die Rekrutierung wird weiter unten noch zu berichten sein. Die Befugnisse des Magistrats erstrecken sich auf die Vertretung der Gemeinde (§ 71 GO Hess) und dienstrechtliche Maßnahmen (§ 73 GO).

Kollegiale Leitungen des Vollzugsorgans der Körperschaft finden sich auch im Hochschulbereich. So ist etwa das Leitungsorgan der Hochschulen in Niedersachsen ein Präsidium, das aus dem Präsidenten und mindestens einem hauptamtlichen Vizepräsidenten besteht (§§ 36 Nr. 1, 37 IV S. 1 HG Nds). Dem Präsidenten kommt zwar innerhalb des Präsidiums eine gewisse Vorrangstellung zu, indem er seine Richtlinien bestimmt und es nach außen vertritt (§ 38 I HG Berl); innerhalb seines Geschäftsbereichs nehmen der oder die Vizepräsidenten jedoch ihre Aufgaben selbständig wahr (§ 36 IV S. 3 HG Nds). Von diesem Modell unterscheidet sich etwa die Baden-Württembergische Hochschulverfassung. Sie sieht nicht nur eine Wahlmöglichkeit zwischen einer monokratischen Universitätsleitung durch einen Präsidenten oder einer kollegialen durch ein Rektorat vor (§ 15 I S. 1 UG BW), auch die Rektoratsverfassung mißt seinem Vorsitzenden dominantere Züge bei, als dies beim niedersächsischen Modell der Fall ist. Dem Rektorat gehören die Prorektoren und der Kanzler an (§ 12 I UG BW). Herrscht bei Abstimmungen Stimmgleichheit, so gibt die Stimme des Rektors den Ausschlag (§ 12 I S. 4 UG BW). Ferner setzen sich in Haushaltsangelegenheiten er und der Kanzler durch. Der Rektor ist nicht nur der Vorsitzende aller zentralen Gremien und des Rektorats, er legt auch die Geschäftsbereiche der übrigen Rektoratsmitglieder fest und bestimmt die Richtlinien für die Erledigung der Aufgaben des Rektorats (§ 12 II UG BW).

Kollegial strukturiert sind schließlich auch einige Kammervorstände.<sup>409</sup> Teilweise ergibt sich die Notwendigkeit der Kollegialität hier schon aus dem Erfordernis hinreichender Repräsentation der in der Kammer vertretenen Gruppen (etwa Gesellen, sonstige Arbeitnehmer mit geschlossener Berufsausbildung einerseits und selbständiger Handwerker andererseits<sup>410</sup>). Gesetzlich wenig geregelt ist die Struktur des Präsidiums der IHKn. Immerhin ist festgehalten, daß der Präsident der IHK Vorsitzender dieses Gremiums wie auch der Vollversammlung ist. Das schließt nicht aus, daß die Satzung ihm weitere Zuständigkeiten einräumt. Das Präsidium unterstützt ihn dabei, und sofern es dies tut, handelt es in seiner Gesamtheit und damit kollegial.<sup>411</sup> Die Verwaltungsgeschäfte werden von dem durch die Vollversammlung gewählten Hauptgeschäftsführer wahrgenommen, der die Kammer

408 Waechter 1997, Rn. 366.

409 § 66 HwO für die Handwerksinnung; § 108 HwO für die Handwerkskammer; § 67 I PAO.

410 § 108 I S. 2 HwO: im Vorstand der Handwerkskammer müssen ein Drittel der Mitglieder Gesellen oder andere Arbeitnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung sein.

411 Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering 1999, § 6 Rn. 15.

auch gemeinsam mit dem Präsidenten vertritt.<sup>412</sup> Da er bei seiner Geschäftsführung an die Beschlüsse der Vollversammlung und des Präsidiums gebunden ist, dem Präsidium insbesondere auch Richtlinienbefugnisse zukommen,<sup>413</sup> liegt bei ihm die Verwaltungsleitung.

Auch die körperschaftlich strukturierten Sozialversicherungsträger haben einen kollegialen ehrenamtlichen Vorstand mit einem hauptamtlichen Geschäftsführer, der – selbst ein Organ der Körperschaft – für die laufenden Verwaltungsgeschäfte zuständig ist. Der Vorstand hat einen Vorsitzenden und ist in Geschäftsbereiche untergliedert. Er erläßt die Richtlinien zur Führung der Verwaltungsgeschäfte durch den oder die Geschäftsführer.<sup>414</sup> Bei den OKKs, BKKs, IKKs und Eks ist seine Funktion allerdings in dem hauptamtlichen Vorstand, der zur Gesamtgeschäftsführung berechtigt ist, aufgegangen (§ 35a SGB IV).<sup>415</sup> Zur Erreichung größerer Flexibilität im Hinblick auf Veränderungen in der Aufgabenstellung hat man hier also die Differenzierung der Verwaltungsführung zurückgenommen.

Es ist nicht leicht, in diesem bunten Bild gemeinsame Strukturen zu entdecken. Kollegiale Leitungsgremien an der Spitze der Körperschaft vorzusehen, kann seinen Grund in komplexen Entscheidungen haben, die auch im Bereich der ausführenden Körperschaftsverwaltung zu treffen sind.<sup>416</sup> Gegenläufig dazu ist die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidungen, die ggf. auch kurzfristig getroffen werden müssen. Dies streitet für eine monokratische Struktur. Entsprechend können dann die konkreten Ausgestaltungen am ehesten von diesen beiden Polen her verstanden werden, denen sie sich von der Aufgabenstruktur der Körperschaft her mehr oder weniger annähern.

### cc. Kollegialer Vorstand mit kollegialem Präsidium

Besonders differenziert ist der Vorstand bei den Rechtsanwaltskammern aufgebaut. Die Geschäftsordnung der Kammer kann zunächst die sachliche Gliederung in verschiedene Abteilungen vorsehen. Für die eigentlichen Leitungsfunktionen wählt der Vorstand aber aus seiner Mitte noch ein Präsidium.

Daß der Vorstand der Rechtsanwaltskammer ihr Organ ist, ergibt sich formal aus der Überschrift des Zweiten Abschnitts des Vierten Teils der BRAO, der die Überschrift „Die Organe der Rechtsanwaltskammer“ trägt sowie in der Sache aus seiner Kompetenz, Befugnisse der Kammer für diese wahrzunehmen. Seine Zuständigkeiten betreffen eine Reihe zentraler Aufgaben der Kammer, die in § 73 BRAO nicht abschließend aufgezählt sind.<sup>417</sup> Neben einzelnen Funktionen wie der

412 § 7 I IHKG. Der Hauptgeschäftsführer ist ein Organ der IHK, *Basedow* 1977, S. 369. Da er zumeist nicht mit einem Mitglied der Körperschaft besetzt ist, liegt Fremdorganschaft vor.

413 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllerling* 1999, § 7 Rn. 4.

414 Dies bezieht sich nicht auf die laufenden Verwaltungsgeschäfte, da diese Erfüllung gesetzlicher und nicht von Selbstaufgaben darstellen, *KK-Maier* SGB V, §35 Rn. 7. Dem liegt auch eine Unterscheidung von bürokratisch durch einen hauptamtlichen Körperschaftsbeamten zu erledigenden und zu verantwortenden Aufgaben und der Selbstverwaltung vorbehaltenen grundsätzlichen, nicht alltäglichen Entscheidungen zugrunde, *KK-Maier* SGB V, §36 Rn. 5.

415 *KK-Maier* SGB V, §35a Rn. 1 u. 2.

416 *Groß* 1999, S. 101 für das Rektorat.

417 Zu weiteren vgl. *Feuerich/Weyland* 2003, § 73 Rn. 3.

Streitschlichtung, der Beratung über die und der Überwachung der Berufspflichten, von Vorschlagsrechten, der Erstattung von Gutachten, Rechnungslegung und Prüfungsaufgaben hat er die Belange der Kammer zu wahren und zu fördern (§ 73 I S. 2 BRAO). Der Vorstand ist kollegial verfaßt: Seine sieben Mitglieder beschließen mehrheitlich (§ 72 BRAO) und tagen unter dem Vorsitz des Präsidenten der Rechtsanwaltskammer (§ 70 II BRAO).

Um die vielfältigen und teilweise mit umfänglichen Verhandlungen und Erörterungen verbundenen Fragen bewältigen zu können, kann der Vorstand zur dezentrierten Aufgabenerfüllung Abteilungen zu bilden, sofern dies in der Geschäftsordnung vorgesehen ist (§ 77 I BRAO).<sup>418</sup> Insofern sie Angelegenheiten des Vorstands selbständig und mit allen seinen Rechten und Pflichten (§ 77 V BRAO) für diesen wahrnehmen, sind die Abteilungen Unterorgane des Vorstands.<sup>419</sup> Ihre Selbständigkeit wird eine gewisse Eigenverantwortlichkeit einbeziehen. Sie ist aber dadurch begrenzt, daß der Vorstand zur Einheitlichkeit der Kammerverwaltung an ihrer Stelle entscheiden kann (§ 77 VI BRAO). In ihrer Binnenstruktur sind die Abteilungen kollegial verfaßt: Sie bestehen aus drei Vorstandsmitgliedern, die gemeinsam entscheiden, sich aber einen Abteilungsvorsitzenden, einen Abteilungsschriftführer und Stellvertreter bestimmen (§ 77 II BRAO).

Seine besonders ausdifferenzierte Binnenstruktur zeigt der Vorstand der Rechtsanwaltskammer nun durch die Ausbildung eines engeren Vorstands in Gestalt des Präsidiums, der für die Verwaltung des Kammervermögens und weitere durch Gesetz oder Vorstandsbeschluß übertragene Aufgaben zuständig ist (§ 79 BRAO). Diese kollegial ausdifferenzierte Kammerführung setzt sich aus dem Präsidenten als ihrem Vorsitzenden,<sup>420</sup> den Vizepräsidenten, dem Schriftführer und dem Schatzmeister zusammen (§ 78 II BRAO). Auch wenn das Präsidium nach seiner Überschrift als zweites Organ der Rechtsanwaltskammer geführt wird, geht es doch durch Wahl nur aus dem Vorstand hervor, nicht aus der Kammerversammlung.

Der eigentliche rechtsgeschäftliche und öffentlich-rechtliche Vertreter der Kammer ist ihr Präsident. Ihm kommt zugleich der Vollzug der Kammer- und Vorstandsbeschlüsse zu (§ 80 BRAO). Außerdem ist er der Vorsitzende der Kammerversammlung, des Vorstands und des Präsidiums mit den damit verbundenen körperschaftstypischen Aufgaben der Vorbereitung, Leitung, Aufrechterhaltung der Ordnung der Sitzungen etc. Ihm sind als ständiger Vertreter ein oder mehrere Vizepräsidenten beigegeben (§ 78 II Nr. 2 BRAO). Nicht vorgesehen, in der Praxis aber vielfach eingerichtet, ist ein Geschäftsführer für die nicht beschlußbedürftigen Routineangelegenheiten, die nicht gesetzlich oder nach den Geschäftsordnungen anderen Organen oder Unterorganen zugewiesen worden sind.<sup>421</sup>

418 Vgl. auch § 69b BNotO; § 57 V S. 1 WPO; § 68 PAO; § 59a WPO.

419 *Feuerich/Weyland* 2003, § 77 Rn. 11: Sie treten in ihrem Geschäftsbereich an die Stelle des Vorstands.

420 *Feuerich/Weyland* 2003, § 78 Rn. 2.

421 *Feuerich/Weyland* 2003, § 80 Rn. 9.

#### dd. Monokratischer Körperschaftsvorstand mit beigeordnetem Ausschuß der Versammlung

In Körperschaften mit einem monokratisch organisierten Körperschaftsvorsteher sind teilweise eigene Organe vorgesehen, die Funktionen in bezug auf die Körperschaftsversammlung und Verwaltungsaufgaben übernehmen. Soweit sie hierbei eigene Beschlüsse mit Wirkung für die Körperschaft fassen können, handelt es sich um selbständige Organe. Ihre Zuständigkeiten sind begrenzt durch die Zuständigkeiten der anderen Organe. Sie werden ganz oder teilweise von der Repräsentativversammlung gewählt. Solche Organe gewährleisten eine sachgerechte Aufgabenerledigung und entlasten die ehrenamtlich agierende Versammlung, die sich auf die wesentlichen Strukturentscheidungen konzentrieren kann.<sup>422</sup>

Im Kommunalrecht von Niedersachsen, Brandenburg und Schleswig-Holstein sind derartige Ausschüsse vorgesehen. In niedersächsischen Gemeinden werden die versamlungsbezogenen Aufgaben der Vorbereitung der Ratsbeschlüsse und der Koordination sowie die Verwaltungsentschlüsse in Angelegenheiten, die nicht anderen Organen zugewiesen wurden durch ein eigenes Organ, den Verwaltungsausschuß, wahrgenommen (§ 57 GO Nds).<sup>423</sup> Er setzt sich zusammen aus dem von den Gemeindegliedern gewählten Bürgermeister, den vom Rat gewählten Beigeordneten und ggf. weiteren Mitgliedern des Rates (§ 56 I GO Nds). Auch die Hauptausschüsse der Gemeinden in Brandenburg nehmen Funktionen in bezug auf die Vorbereitung der Sitzungen der Gemeindevertretung wahr (§ 57 I GO BBg) und beschließen in eigenen oder übertragenen Aufgaben, die auch eine Zuständigkeit für die Geschäfte der laufenden Verwaltung beinhalten kann (§ 57 II GO BBg).<sup>424</sup> Ein Vorsitz des Bürgermeisters im Hauptausschuß ist in der GO nicht vorgesehen und aufgrund möglicher Interessenkonflikte wohl auch nicht möglich.<sup>425</sup> Kein bei der Aufzählung der in § 21 KV MV erwähntes Organ, obwohl ebenfalls mit der Befugnis nicht nur der Vorbereitung der Versammlungssitzungen und der Koordinierung der Ausschüsse, sondern auch mit Vollzugsentscheidungen betraut, ist der Hauptausschuß im Mecklenburg-Vorpommern (§ 35 II KV MV).<sup>426</sup> Seine Zuständigkeiten umfassen auch das Eilentscheidungsrecht. Er besteht aus durch die Gemeindevertretung nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählten Mitgliedern (§ 35 I KV MV). Gewählte Mitglieder, sowie den Bürgermeister als Mitglied kraft Amtes hat auch der Hauptausschuß in Nordrhein-Westfalen. Er koordiniert die Arbeit der übrigen Ausschüsse (§ 59 I GO NRW),<sup>427</sup> hat aber auch eine Eilkompetenz für

422 Darsow 1994, S. 419.

423 Schmidt-Aßmann 2003, Rn. 81; Gern 2003, Rn. 412. In bezug auf die von ihm wahrgenommenen Zuständigkeiten der Gemeinden ist er ein Organ.

424 Eine Befugnis zur Entscheidung über Widersprüche steht ihm aber nach der Gemeindeordnung, anders als dem Verwaltungsausschuß in Niedersachsen (§ 57 III GO Nds), nicht zu. Zu den Einzelheiten vgl. Nierhaus 1995, S. 9.

425 Nierhaus 1995, S. 9.

426 Näher hierzu Darsow 1994, S. 419 f. entsprechende Ausschüsse bestehen in Mecklenburg-Vorpommern auch auf der Kreisebene.

427 Hier hat der Bürgermeister allerdings Vorsitz und Stimmrecht inne, § 57 III S. 2 GO NRW, dazu auch Rothe 2003, S. 56.

Ratsentscheidungen (§ 60 I GO NRW) und entscheidet über die Planung der Verwaltungsaufgaben von besonderer Bedeutung (§ 61 S. 1 GO NRW).

Nicht hierher gehören die ebenfalls „Hauptausschüsse“ genannten Ausschüsse des Repräsentativorgans. Sie nehmen regelmäßig keine eigenen Vollzugsentscheidungen, wenn sie ihm nicht durch die Gemeindevertretung übertragen wurden, wahr. Den Hauptausschuß in Schleswig Holstein (§ 45 b GO SH) kommen vielmehr die Funktionen der Kontrolle der Verwaltungsleitung durch den Bürgermeister, der Vorbereitung der Sitzungen der Gemeindevertretung und der Überwachung der einheitlichen Arbeit der anderen Ausschüsse zu. Daß er insofern eher zu den Hilfsorganen der Gemeindevertretung zu zählen ist, wird dadurch unterstrichen, daß er nicht als selbständiges Gemeindeorgan erwähnt ist, von der Gemeindevertretung gewählt wird (§ 45a I GO SH) und der Bürgermeister zwar Mitglied ist, nicht jedoch den Vorsitz führt und kein Stimmrecht besitzt (§ 45a II GO SH).<sup>428</sup> In Thüringen kommt ihm nur die Vorbereitung der Gemeinderatssitzungen (§ 26 I S. 2 KO Thür) zu.

Während also die zunächst genannten „Verwaltungsausschüsse“ und „Hauptausschüsse“ echte eigene Verwaltungsaufgaben wahrnehmen und somit eine eigene Organstellung zwischen der monokratischen Verwaltungsleitung und der Repräsentativversammlung besitzen, sind die zuletzt genannten Ausschüsse Organteile,<sup>429</sup> die auf deren Arbeit inklusive ihrer Kontrollfunktion bezogen sind.

Im Hinblick auf das körperschaftsinterne System von Checks-and-Balances sind diese sowohl mit repräsentativen als auch Vollzugsfunktionen ausgestatteten Organe nicht unproblematisch. Soweit sie zu einer sachgerechten Aufgabenerledigung notwendig sind, ist es im Interesse einer differenzierten Verteilung der Gewalten innerhalb der Körperschaft erforderlich, daß ihre Befugnisse sorgfältig umgrenzt sind.

### ee. Monokratischer Körperschaftsvorstand

Ein rein monokratisches System besteht dort, wo dem Körperschaftsvorsteher nur von der Versammlung gewählte Ressortleiter der Verwaltungsabteilungen beigegeben sind.

Dieses System besteht etwa in denjenigen Kommunalverfassungen, die keinen Haupt- bzw. Verwaltungsausschuß mit eigener Organstellung vorgesehen haben. So kennt etwa die Baden-Württembergische Gemeindeordnung<sup>430</sup> Beigeordnete, die bestimmten Aufgabenbereichen der Gemeindeverwaltung als Dezernatsleiter mit Leitungs- und Sachentscheidungskompetenz vorstehen.<sup>431</sup> Sie sind Stellvertreter des Bürgermeisters in ihrem Geschäftsbereich,<sup>432</sup> nehmen also dessen Zuständigkeit für ihn wahr. Eine herausgehobene Stellung unter ihnen besitzt der sog. „Erste Beigeordnete“, der der ständige allgemeine Vertreter des Bürgermeisters ist (§ 49 IV

428 Er ist der Disziplinarvorgesetzte des Bürgermeisters, § 45b II GO SH.

429 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 87 Rn. 16.

430 Ähnlich sind etwa die Regelungen in Rheinland-Pfalz (§ 50 GO), Sachsen (§ 55 GO); hierzu *Gern* 2003, Rn. 400 ff.

431 § 49 GO BW; dazu *Gern* 2003, Rn. 390 f.

432 § 49 III 1 GO BW.



S. 1 GO BW). Ihre bürokratische Funktion wird durch besondere Anforderungen an ihre Qualifikation (§ 49 II u. V GO BW) und ihre hauptamtliche Stellung (§ 50 I S. 1 GO BW) unterstrichen. Der Bürgermeister als Gemeindevorsteher ist ihnen gegenüber weisungsbefugt und behält die Gesamtverantwortung für die Verwaltungsleitung. Die hiermit gegebene sachliche und institutionelle Verselbständigung wird jedoch dadurch personell kompensiert, daß die Beigeordneten aufgrund von Wahlen durch den Gemeinderat rekrutiert werden (§ 50 II GO BW). Sie stellt sich so neben der Erteilung oder Verweigerung des Einvernehmens zur Einrichtung der Geschäftskreise der Beigeordneten durch den Bürgermeister als wichtigste Einflußnahmemöglichkeit auf die Organisation der Vollzugsaufgaben dar. Dieses Einvernehmen macht die Festlegung der Geschäftskreise wie auch ihre Änderung zu mitwirkungsbedürftige Entscheidungen des Bürgermeisters, die ohne dieses Einvernehmen nicht wirksam sind (§ 44 I S. 2 GO BW).<sup>433</sup> Im übrigen müssen die Beigeordneten keine Mitglieder des Gemeinderats sein, vielmehr werden ihre Stellen öffentlich ausgeschrieben.<sup>434</sup> In Nordrhein-Westfalen bilden die hauptamtlichen Beigeordneten zusammen mit dem Bürgermeister den Verwaltungsvorstand, der kein Organ mit Entscheidungsbefugnissen, sondern ein Koordinationsgremium der Verwaltungsleitung darstellt.<sup>435</sup>

Im Bereich der Hochschulen hat etwa Berlin ein monokratisches Modell der Universitätsleitung. Zentrales Verwaltungsorgan der Hochschule ist der Präsident (Universitäten, Technische Fachhochschule) oder Rektor (Fachhochschulen, § 51 Nr. 1 HG Berl). Ihm sind Vizepräsidenten resp. Prorektoren als Vertreter beigeordnet, die ihn vertreten und seine Arbeit unterstützen (§ 57 I HG Berl). Auch der Kanzler hat unterstützende Funktion (§ 58 I HG Berl) und ist weisungsgebunden.

Monokratische Entscheidungsstrukturen begünstigen schnelle und eindeutige Entscheidungen und entlasten so die übrigen Organe von weiteren Beratungen. Wie schon im organisationstheoretischen Teil hervorgehoben worden ist, führt dies zugleich zu einer Konzentration der Verantwortung an der Spitze und zu einer Konzentration der Verhaltenserwartungen auf sie. Dem entspricht im Kommunalrecht die direkte Wahl des Bürgermeisters, dessen weitreichenden Entscheidungsbefugnissen so zugleich die notwendige Legitimation vermittelt wird. Probleme des monokratischen Systems können sich bei sachlich oder wertungsmäßig hoch komplexen Entscheidungen ergeben. Für den ersteren Problembereich mag ein dezentriertes und spezialisiertes Dezernatssystem eine gewisse Abhilfe schaffen, während das zweite durch unmittelbar-demokratische Elemente in den Kommunalverfassungen aufgefangen werden kann. Ob sich ein solches System jedoch für professionelle Organisationen eignet, wie etwa die Hochschulen, die wesentlich vom Einsatz und den selbstgesetzten Leistungsstandards ihrer Mitglieder leben, erscheint sehr fraglich. Hier sind angesichts der grundrechtlichen Fundierung in der Wissenschaftsfreiheit bald Grenzen der Konzentration der Entscheidungskompetenzen bei einem monokratischen Fakultäts- oder Hochschulvorstand erreicht. Eine

433 VG Dresden, Urteil vom 22.08.2001 – 12 K 1944/01. DÖV 2002, S. 712 (Leitsatz).

434 Sie nehmen allerdings als Beigeordnete an den Sitzungen des Gemeinderats mit beratender Stimme teil (§ 33 I GO BW). Dabei sind sie weisungsgebundene Gemeindebeamte, Gern 2003, Rn. 392. 435 Vgl. die Regelung des § 70 GO NRW.

Verselbständigung des Rektorats oder des Rektors, die ihn nicht mehr gegenüber den Grundrechtsträgern, um deretwillen die Gesamtkörperschaft besteht, verantwortlich macht, überschreitet diese Grenzen eindeutig.<sup>436</sup>

*d. Das Verhältnis des Vorstands zu seiner innerkörperschaftlichen Umwelt*

Hier sind folgende Aspekte zu unterscheiden: Zunächst einmal wird der Vorstand per Wahl aus seiner Umwelt rekrutiert. Ihm sind verschiedene Handlungsformen und Befugnisse ihr gegenüber verliehen worden. Schließlich treffen ihn auch bestimmte Pflichten, bei deren Einhaltung er sowohl durch das Repräsentativorgan als auch durch die staatliche Verwaltung kontrolliert wird.

*aa. Die Wahl des Vorstands*

Kennzeichen der autonomen Legitimation der Selbstverwaltung durch Körperschaften des öffentlichen Rechts ist es, daß ihre Organe nicht durch die staatliche Verwaltung, sondern durch die Organe der Organisation selbst gewählt werden. Der Verwobenheit und dem Ausmaß der Übertragung von staatlichen Aufgaben entsprechend, kommen der staatlichen Verwaltung hier aber Mitwirkungsbefugnisse in Form von Vorschlagsbestätigungen, Vorschlägen, Ernennungen, Bestellungen<sup>437</sup> etc. zu. Angesichts der prägenden Bedeutung körperschaftsautonom legitimierter Organe muß es zumindest fremd erscheinen, wenn der Vorsteher der Körperschaft im Falle der Nichteinigung zwischen dem körperschaftlichen Kurationsorgan und der staatlichen Verwaltung durch diese auch gegen den Vorschlag der Körperschaft ernannt werden kann.<sup>438</sup> Diese Lösung ist zwar legitimationstheoretisch unproblematisch, da der Minister sogar besser demokratisch legitimiert und parlamentarisch verantwortlich ist; mit der Organisationsform der Körperschaft und der hier sogar verfassungsrechtlich geforderten autonomen Legitimation ist dies aber auch dann schwer vereinbar, wenn man den staatlichen „Anteil“ an der Hochschule berücksichtigt.<sup>439</sup> Denn der Rektor/Präsident ist im Modell der Einheitsverwaltung der Vorsitzende des Vorstands resp. monokratischer Vorsteher der Körperschaft wie der staatlichen Einrichtung.

436 Vgl. hierzu im Hinblick auf das geplante neue Baden-Württembergische Hochschulgesetz, das einem aktienrechtlichen Modell angelehnt, das Rektorat als Vorstand, den Rektor als Vorstandsvorsitzenden bzw. Chief Executive Officer, den Senat als Hauptversammlung und den Universitätsrat als Aufsichtsrat ausgestalten will, *Hommelhoff* in der Festschr. f. E. Jayme (im Erscheinen), S. 2 f. des Manuskripts, Hommelhoff selbst betont (S. 6): „Kein *top down*-System prägt die Universitäten, sondern ganz betont die Wirkrichtung *bottom up*“.

437 § 53 HG Berl für den Präsidenten/Rektor an Berliner Hochschulen; § 31 SeeLG: Wahl des „Ältermann“ genannten Vorsitzenden durch die Mitgliederversammlung mit Bestätigungsvorbehalt der Aufsichtsbehörde, die aber nur aus wichtigem Grund versagt werden darf.

438 So im Falle des Dissenses zwischen Auswahlausschuß und Wissenschaftsministerium nach der zweiten Ausschreibung, § 13 V S. 5 UG BW.

439 Das Vorschlagsrecht eines vom Ministerpräsidenten im Benehmen mit dem zuständigen Ausschuß des Landtages und nach Anhörung der Hochschulen bestimmten Landeshochschulrates ist danach verfassungsrechtlich unproblematisch, *BVerfG* v. 26. Oktober 2004 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, C II 3.

Die grundlegende Weichenstellung betrifft dabei zunächst die Frage, ob der Vorstand durch die Mitglieder der Körperschaft als Stimmorgan oder durch die Repräsentativversammlung gewählt wird. Das erstere Modell hat sich inzwischen in nahezu allen Kommunalverfassungen durchgesetzt und liegt naturgemäß denjenigen Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung zugrunde, deren Versammlungsorgan eine Mitgliederversammlung ist.

Entsprechend der unterschiedlichen Binnenstruktur der verschiedenen Vorstände gibt es aber eine große Bandbreite von Differenzierungsmöglichkeiten der Beteiligung der übrigen Organe an der Wahl der Vorstandsmitglieder. Im monokratischen Modell kann der Verwaltungsleiter durch die Körperschaftsmitglieder, seine Ressortleiter aber durch die Repräsentativversammlung gewählt werden (s. o., z. B. in der süddeutschen Ratsverfassung). Im kollegialen Modell (unechte Magistratsverfassung) besteht ebenfalls die Möglichkeit, daß der Vorsitzende durch die Körperschaftsmitglieder, die übrigen Angehörigen des Vorstands aber durch das Repräsentativorgan gewählt werden (§§ 39 I a u. 39a I GO Hess). Dadurch kommt ihnen eine nur mittelbare autonome Legitimation zu. Im differenzierten kollegialen Modell kann das Präsidium prinzipiell durch den Vorstand oder ebenfalls durch das Repräsentativmodell gewählt werden. Sofern es monokratisch verfaßt ist, muß der Präsident durch die Repräsentativversammlung gewählt werden.

Eine weitere Organisationsentscheidung betrifft dann den Wahlmodus. Er ist für die Gemeinden und Kreise jedenfalls hinsichtlich des direkt gewählten Bürgermeisters und Landrats durch Art. 28 I S. 2 GG vorgegeben, da sie eine Vertretung des Volkes sind.<sup>440</sup> Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Lippeverbandsgesetz deutlich gemacht, daß der Art. 28 I S. 2 GG nicht auf die Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung ausgedehnt werden kann.<sup>441</sup> In dieser Entscheidung hat das Gericht aber, wie oben ausgeführt, eine ergänzende autonome Legitimation, die sich wie das Demokratieprinzip auf den Gedanken der Selbstbestimmung stützt, diesen aber in seiner grundrechtlichen Ausprägung zugrunde legt, anerkannt.<sup>442</sup> Zwar ging es in der Entscheidung um die Legitimität der Aufgabenübertragung, nicht in erster Linie um die Ausgestaltung der innerverbandlichen Willensbildung, doch hat das Gericht die verstärkte Legitimation durch die Einräumung von Mitwirkungsbefugnissen anerkannt. Diese Legitimationsverstärkung stützt sich auch nicht auf das Demokratieprinzip, sondern auf den in den Grundrechten enthaltenen status activus als Ausdruck der Selbstbestimmung. Das bedeutet aber, daß die innerverbandliche Willensbildung auf diese Grundrechtsautonomie zurückgeführt werden muß. Auch dann ist von einer grundsätzlich gleichen, nicht beeinflussten Mitwirkungsbefugnis aller Mitglieder der Körperschaftsorgane auszugehen. Entsprechend der gesetzlich legitimierten Zielsetzung der Körperschaft mag es dann aber Modifikationen dieser Grundsätze geben. Wie oben ausgeführt, ist eine differenzierte Einflußnahme entsprechend der unterschiedlichen Grundrechtsbetroffenheit etwa bei den Hochschulen möglich. Sofern es sich um eine gruppenplurale Körperschaft mit entsprechender Struktur des Repräsentativorgans handelt, muß

440 GG-Kommentar Dreier-Dreier Art. 28, Rn. 68.

441 DÖV 2003, S. 678 f.

442 DÖV 2003, S. 679.

auch die Verwaltungsleitung nach Gruppen gewählt werden. Dabei stellt sich dann in monokratisch wie in kollegial verfaßten Vorständen die Frage, ob eine Mindestrepräsentation in diesem Organ stattfindet oder nicht. Bei den übrigen Körperschaften ist fraglich, ob und inwieweit die Wahlrechtsgrundsätze gelten. Auch hier fordern die Grundrechte als Optimierungsprinzipien eine Kompensation der drohenden Oligarchisierung (s. o.) durch verstärkte Einflußchancen.<sup>443</sup> Sofern hier keine sachlichen, aus dem gesetzlich anerkannten Zweck der Körperschaft folgenden Gründe eine Abweichung rechtfertigen, muß es auch bei der Begründung von autonomer Legitimation bei grundsätzlich gleichen und freien Einflußchancen bleiben.

Schließlich ist von Bedeutung, ob sich die Bewerber aus dem Kreis der Mitglieder rekrutieren müssen oder ob, wie etwa in den Gemeindeordnungen, nicht nur jeder Deutsche, sondern jeder Unionsbürger<sup>444</sup> oder im Hochschulbereich ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit jeder geeignete Bewerber<sup>445</sup> zum Kreis der Kandidaten gehören kann.

Zu den weiteren Fragen, die sich auf die Rekrutierung des Vorstands beziehen, gehört schließlich die nach der Möglichkeit einer externen Auflösung. Hier stellt sich wiederum die Frage nach der Möglichkeit und den Voraussetzungen des Widerrufs der Wahl,<sup>446</sup> einer Abwahl sowie der Möglichkeit und Zulässigkeit einer Abberufung durch die staatliche Verwaltung.<sup>447</sup> In einigen Organisationsgesetzen, etwa den Gemeindeordnungen und einigen Hochschulgesetzen<sup>448</sup> ist teilweise auch eine Abwahl der Bürgermeister und Beigeordneten oder des Rektors vorgesehen.<sup>449</sup> Dabei sind aber bestimmte rechtsstaatliche Voraussetzungen einzuhalten.<sup>450</sup> Schließlich gibt es noch die Möglichkeit der vorzeitigen Amtsniederlegung.<sup>451</sup>

## bb. Handlungsformen und Befugnisse des Vorstands

Dem Vorstand stehen zur Erfüllung seiner Aufgaben eine Reihe von Handlungsformen und Befugnissen gegenüber den Körperschaftsmitgliedern und gegenüber der Umwelt der Körperschaft zu, die trotz einiger Besonderheiten nicht sehr stark voneinander abweichen. Im Kern vertritt er die Körperschaft gerichtlich und außergerichtlich. Da es bei der vorliegenden Untersuchung um die körperschaftliche

443 *Kleine-Cosack* 1986, S. 187.

444 Vgl. etwa § 46 GO BW; Art. 36 GO Bay; §§ 61, 62 GO NdS; §§ 62 u. 65 GO NRW für den Bürgermeister; für den Landrat etwa: § 46 III LKrO RPF Unionsbürger mit Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland.

445 § 13 III S. 1 UG BW; § 52 II S. 1 HG Berl: Der Präsident muß nicht dem Kreis der Hochschullehrer angehören, wohl aber gem. § 52 II S. 2 HG Berl der Rektor der Fachhochschule.

446 § 66 II HwO durch die Innungsversammlung möglich.

447 Auch hier ist das Selbstverwaltungsrecht der Körperschaft möglichst zu schonen. So sieht etwa § 31 IV SeelG vor, daß die Aufsichtsbehörde im Einvernehmen mit der Mitgliederversammlung den Vorsitzenden („Ältermann“) der Seelotsenbrüderschaft abberufen kann. Kommt jedoch eine Einigung nicht zustande, entscheidet der Bundesverkehrsminister nach Anhörung der Bundeslotsenkammer.

448 § 13 VI UG BW; § 40 I S. 1 HG NdS.

449 § 32 IV KV MV; § 71 VII GO NRW; § 55 II GO RPF; § 56 IV GO Sachs; § 68a KSVG Saar; § 32 KO Thür; § 40a GO SH durch den Gemeinderat und etwa in Brandenburg (§ 62 GO) Hessen (§ 7 IV) auch durch das Volk.

450 *BVerfGE* 7, S. 155 ff.

451 *Musiak/Detterbeck* 1995, § 66 Rn. 14; Honig 1999, § 66 Rn. 9.

Organisation und ihren Formen als Voraussetzung von Entscheidungen, nicht aber um diese Entscheidungen selbst geht, und da diese Entscheidungsformen im wesentlichen den sonst üblichen entsprechen, kann sich die Darstellung hier auf einige (nicht abschließend aufgeführte) Eigentümlichkeiten beschränken.

### (1.) Gegenüber der Versammlung und ihren Mitgliedern

Gegenüber der Versammlung hat der Vorstand, sofern er bzw. sein Vorsitzender hier den Vorsitz ausübt, ein Beanstandungsrecht in bezug auf unzulässige Anträge und ein Rüge- oder Widerspruchsrecht in bezug auf rechtswidrige oder das Wohl der Körperschaft beeinträchtigende Beschlüsse.<sup>452</sup>

Besondere Befugnisse besitzt die Leitung der Gesamtkörperschaft der Hochschule. Zur Effektuierung ihrer Gesamtverantwortung für die ordnungs- und zeitgerechte Ausführung der Aufgaben der Hochschule hat sie weitreichende Mitwirkungs- und Kontrollbefugnisse.<sup>453</sup> Sie hat, wie es etwa § 56 VI HG Berl formuliert „das Rede-, Informations- und Antragsrecht bei allen Sitzungen aller Gremien der akademischen Selbstverwaltung“.<sup>454</sup> Die Hochschulleitung besitzt diesen gegenüber ferner die Dringlichkeitskompetenz und das Rügerecht in bezug auf rechtswidrige Beschlüsse (§ 56 III u. IV HG Berl).<sup>455</sup> Hinzu treten Mitwirkungsbefugnisse beim Erlaß von Satzungen von Fakultäts- bzw. Fachbereichsräten.<sup>456</sup>

Als Leiter der Versammlungssitzung stehen dem Vorsitzenden die aus dem Ordnungsrecht fließenden Befugnisse des Ordnungsrufs bei „grober Ungebühr“ oder eines Verstoßes gegen die Geschäftsordnung, der Erteilung und Entziehung des Rederechts,<sup>457</sup> des Sitzungsausschlusses bei wiederholtem Verstoß gegen die Geschäftsordnung<sup>458</sup> etc. zu.<sup>459</sup> Hierbei hat er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten und den Sitzungsausschluß für mehrere Sitzungen nur als ultima ratio anzuwenden.<sup>460</sup>

### (2.) Befugnisse hinsichtlich der Verwaltung

Prinzipiell vertritt der Vorstand die Körperschaft gerichtlich und außergerichtlich. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Gesamtvertretung der Körperschaft und der Vertretung der Körperschaft in bestimmten Aufgabenbereichen. Je nach seiner Binnenstruktur kommt die Gesamtvertretung dem monokratischen Vorsteher der Körperschaft oder seinem ständigen Stellvertreter<sup>461</sup> oder bei einem kollegialen

452 Vgl. schon oben S. 571; ferner etwa § 56 III UG BW.

453 HRG-Denninger-Lüthje § 59 Rn. 14.

454 Ähnliche Befugnisse sieht § 12 VIII UG BW zugunsten des Rektorats vor.

455 Vgl. auch § 12 VI S. 2 UG BW.

456 Etwa die Zustimmung zu den in §§ 51 I, 54 II S. 3, 55 II S. 3 UG BW erwähnten Prüfungsordnungen.

457 Bei wiederholtem Verstoß oder Überschreiten der zugemessenen Redezeit.

458 Womit dann der Verlust einer ggf. vorgesehenen Sitzungsentuschädigung für das ausgeschlossene Versammlungsmitglied verbunden ist, § 36 III S. 1 GO BW.

459 Näher *Rothe* 1992, S. 533.

460 Hierzu *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1990, S. 371; *VGH Mannheim*, VBIBW 1983, S. 342; *VG Frankfurt*, NVwZ 1982, S. 52.

461 Eingehend *Hufeld* 2003, S. 77 ff.

Vorstand dessen Vorsitzenden und seinem ständigen Vertreter zu.<sup>462</sup> Die Vertretung des Geschäftsbereichs kommt hingegen bei monokratischen Organen der Verwaltungsleitung den vertretungsberechtigten Ressortleitern hinsichtlich ihres Geschäftsbereichs, sonst dem zuständigen Vorstandsmitglied zu. Der Vorstand kann kraft seiner Verwaltungsleitung Richtlinien für die nähere Ausführung erlassen, soweit diese Ausführung Selbstverwaltungsangelegenheiten betrifft.<sup>463</sup>

### (3.) Kontrolle des Vorstands

Der Vorstand ist bei der Ausführung seiner Geschäfte entsprechend ihrer Zentralstellung der Kontrolle durch die Repräsentativversammlung unterworfen (s. o.). Hierbei unterliegt er Berichtspflichten<sup>464</sup> und muß den Informationsrechten der Versammlung Rechnung tragen. Hinzu kommt in bezug auf die Selbstverwaltung die Rechtmäßigkeits- und in bezug auf die übertragenen Angelegenheiten die fachliche Kontrolle durch die staatlichen Aufsichtsbehörden.

## 3. Weitere Organe von Körperschaften des öffentlichen Rechts

### a. Die Eintragungsausschüsse der Kammern der technischen Berufe

Gesetzlich nicht durchweg als Organe geregelt sind die Eintragungsausschüsse in den Architekten-,<sup>465</sup> den Ingenieurs-<sup>466</sup> und Stadtplanerkammern. Auch dort, wo er nicht zu den Organen gezählt wird, bezeichnen die entsprechenden Kammergesetze den Eintragungsausschuß jedoch als einen von der Kammer gebildeten Ausschuß.<sup>467</sup> Entscheidend ist aber, daß das Verhalten der Eintragungsausschüsse den Kammern zugerechnet wird. Insofern sind sie rechtstechnisch als deren Organe einzuordnen.

Seine Aufgabe ist die Führung der Berufslisten (Architekten-, Ingenieurs-, Stadtplanerlisten etc.).<sup>468</sup>

Die Mitglieder des Eintragungsausschusses werden von der Kammerversammlung gewählt<sup>469</sup> oder vom Kammervorstand bestellt.<sup>470</sup> In beiden Fällen leiten sie ihre personelle Legitimation von der Kammer her. Abweichend von diesem Modell wird der Eintragungsausschuß in Niedersachsen durch die Aufsichtsbehörde bestellt.<sup>471</sup> Baden-Württemberg, das den Architekten noch eine kompetente Wahl ihres Eintragungsausschusses zutraut, mißtraut den Ingenieuren, deren Ausschuß vom Innenministerium auf Vorschlag des Kammervorstands bestellt wird.<sup>472</sup> Hier

462 zur kollegialen Vertretung *Hufeld* 2003, S. 160 f.

463 vgl. etwa § 35 II SGB IV, KK-*Maier* SGB V, §35 Rn. 6.

464 § 35a II SGB IV.

465 § 14 I ArchG-BW, § 16 I BauKaG-NRW rechnen den Eintragungsausschuß nicht zu den Organen der Architektenkammer; anders § 18 Nr. 3 ArchG-Nds, § 15 I Nr. 3 ArchG-Sachs.

466 § 4 I Nr. IngenieurkammerG-BW bezeichnet den Ausschuß als Organ.

467 Etwa § 25 I BauKaG-NRW.

468 § 3 I u. III ArchG-BW, § 3 I u. II BauKaG-NRW, § 9 I u. III NBVO-Hess.

469 Vgl. etwa § 18 I Nr. 5 BauKaG-NRW; § 19 VI S. 1 ArchG-Sachs.

470 § 16 II S. 2 ArchG-BW; offen lassend („von der Kammer bestellt“) § 9 II NBVO-Hess.

471 § 22 II ArchG-Nds.

472 § 7 IV IngKaG.

besteht also die Besonderheit eines Organs einer Körperschaft, dessen Mitglieder ihre personelle Legitimation nicht von der Körperschaft herleiten. Die Mitglieder des Ausschusses müssen nicht in allen Bundesländern auch Mitglieder der Kammer sein<sup>473</sup> und dürfen nicht Mitglieder ihres Vorstandes sein.<sup>474</sup> Zumindest der Vorsitzende muß die Befähigung zum Richteramt besitzen.

Die Tätigkeit der Mitglieder des Eintragungsausschusses erfolgt unabhängig und nicht an Weisungen gebunden.<sup>475</sup> Zu den gegenüber den Betroffenen hoheitlichen Befugnissen<sup>476</sup> des Ausschusses gehört die Eintragung in die entsprechenden Listen und die Ausstellung von Bescheinigungen darüber und über weitere Qualifikationen.<sup>477</sup>

### III. Regionale Differenzierungen der Körperschaften des öffentlichen Rechts

Um eine sach- und ortsnahe Erledigung der Aufgaben und zugleich eine legitimationsstiftende Binnenstruktur zu ermöglichen, sehen zahlreiche Organisationsgesetze die weitere Untergliederung der Körperschaften in abhängige, körperschaftlich verfaßte Organisationseinheiten vor. Die nähere Regelung erfolgt dann durch die Satzung der Körperschaft. Hierzu gehören etwa die Bezirkskammern nach § 22 KammerG BW oder die Gemeindebezirke (§ 64 GO BW) und Ortschaften (§ 67 GO BW). Auf sie finden zwar die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 28 I S. 2 GG keine Anwendung; eine entsprechende Ausgestaltung der Bürgerbeteiligung erscheint aber unproblematisch.<sup>478</sup>

Auch hier bestehen wiederum unter den Körperschaften Besonderheiten. So müssen die regionalen Untergliederungen der Sozialversicherungsträger (Sektionen, Bezirksverwaltungen, Landesgeschäftsstellen) – anders als die Ausführungsbehörden nicht wiederum körperschaftlich strukturiert oder auch nur mit Selbstverwaltungsorganen versehen sein (§ 31 IV, V SGB IV).

### IV. Exkurs: Die Abgrenzung zur Anstalt des öffentlichen Rechts

Der Bereich der Anstalten ist durch eine noch größere Vielgestaltigkeit und vielleicht sogar Amorphie gekennzeichnet als der der Körperschaften.<sup>479</sup> Dem kann hier

473 In Baden-Württemberg ist hinsichtlich der Beisitzer und Stellvertreter Mitgliedschaft erforderlich, § 16 II S. 4 ArchG-BW; Sachsen nimmt den Vorsitzenden und die Stellvertreter vom Erfordernis der Mitgliedschaft aus, § 15 II S. 2 ArchG-Sachs.

474 § 16 II S. 5 ArchG-BW; § 25 II BauKaG-NRW; § 19 V ArchG-Sachs.

475 § 26 I S. 1 BauKaG-NRW; § 19 III S. 1 ArchG-Sachs.

476 OVG Bautzen NJW 2003, S. 3504 ff. (3505).

477 § 16 ArchG-BW; § 5 III SVBau-Bay; § 19 I S. 2 ArchG-Sachs.

478 BVerfGE 47, S. 253 ff. (272 f.) – Gemeindeparlamente; Schröder 2000, Rn. 50.

479 Breuer 1992, S. 71 f.; Berg 1985, S. 2297. Dies mag damit zusammenhängen, daß ihr eine Art Aufnahmefunktion zukommt, Wolff/Bachof/Stober 1987, § 98 Rn. 6.

nicht im einzelnen nachgegangen werden.<sup>480</sup> Nachdem nun aber die spezifische, mitgliederschaftliche Struktur der Körperschaft herausgearbeitet wurde, kann zu einigen Abgrenzungsproblemen zwischen beiden Organisationsformen Stellung bezogen werden. Gemäß dieser Zielsetzung geht es im Folgenden um die Anstalt als Organisation.<sup>481</sup> Damit brauchen hier zwei Perspektiven nicht berücksichtigt zu werden:

Erstens geht es damit nicht um Anstalt im funktionellen Sinne als Unterart der Leistungsverwaltung.<sup>482</sup> Leistungsverwaltung ist ein Untersystem des Funktionssystems Verwaltung (s. o.). Die von der Körperschaft abzugrenzende Anstalt ist aber eine Organisationsform, deren Ziel die Übernahme dieser Funktion sein kann, aber nicht muß. Diese Unterscheidung ermöglicht es auch, bei der Körperschaft des öffentlichen Rechts in bezug auf das Verhältnis der Zugehörigen zu ihr von einem anstaltlichen, nämlich einem Verhältnis im Sinne des funktionellen Anstaltsbegriffs zu sprechen. So sind etwa die Einwohner einer Gemeinde zur Nutzung ihrer Einrichtungen berechtigt (vgl. etwa § 10 II S. 2 GO BW). Sie besitzen aber gerade nicht das die Mitglieder auszeichnende Wahlrecht in der Gemeinde.<sup>483</sup>

Zweitens unterfällt daher die Anstalt als öffentlichrechtliche Organisation zwar dem Begriff der öffentlichen Einrichtung; dieser ist jedoch weiter als der Begriff der Anstalt, da er auch nicht-subjektiviert, verselbständigte und in diesem Sinne organisierte öffentliche Sachen umfaßt.<sup>484</sup> Deshalb kann hier der klassische Anstaltsbegriff von *Otto Mayer* nicht herangezogen werden, demzufolge sie „ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind“, ist.<sup>485</sup> Diesem Begriff fehlt das Moment der Organisation,<sup>486</sup> die – wie oben ausgeführt – eine Verselbständigung gegenüber dem Organisationsträger, eine bestimmte Binnenstruktur und ein spezifisches Verhältnis zu ihrer Umwelt voraussetzt.

Dies vorausgeschickt ist die Abgrenzung der Körperschaft zur Anstalt im Grundsatz klar: Anstalt ist die nicht-mitgliederschaftlich strukturierte öffentliche Organisation.<sup>487</sup> So definiert etwa *Rudolf*: „Die Anstalt des öffentlichen Rechts ist ein nicht verbandsmäßig organisierter rechtsfähiger Verwaltungsträger zur dauerhaften Verfolgung eines bestimmten Verwaltungszwecks des Anstaltsträgers“.<sup>488</sup> Teilweise wird sie dezidiert als Nicht-Körperschaft negativ bestimmt.<sup>489</sup> Da nun nicht jede verselbständigte Verwaltungsorganisation, die keine Körperschaft des

480 Vgl. aber eingehend: *Chen* 1994, S. 14 ff.; *Breuer* 1992, S. 71 ff.

481 Dazu auch: *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 88 Rn. 3.

482 Es mag deshalb insoweit dahinstehen, ob man mit *Rüfner* (1985, S. 608) auf den Begriff der Anstalt im Sinne der Anstaltsverhältnisse begründenden Tätigkeit der Verwaltung ganz verzichten bzw. ihn im Sonderrechtsverhältnis aufgehen lassen will. Vgl. auch *Chen* 1994, S. 23 f.; a. A. *Löwer* 1985, S. 937: „Es führt kein Weg daran vorbei, daß die öffentliche Anstalt Organisations- und Handlungsform ist“.

483 Allgemein: *Ossenbühl* 1981, S. 379 ff.

484 *Papier* 2002, § 41 Rn. 29; *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 98 Rn. 6 u. 7: „Der Anstaltsbegriff verlangt mithin nicht rechtliche Selbständigkeit, sondern lediglich ein bestimmtes Maß an organisationsrechtlicher Verselbständigung“.

485 1924, S. 268. Hierzu auch *Löwer* 1985, S. 930 f.; noch darauf bezogen: *Löer* 1999, S. 14.

486 Kritisch daher auch *Berg* 1985, S. 2295; *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 98 Rn. 6.

487 *Burgi* 2002, § 52, Rn. 13; *Rüfner* 1985, S. 609; *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 98 Rn. 3; *Rudolf* 1998, § 52 Rn. 15; *Weber* 1943, S. 88.

488 *Rudolf* 1998, § 52 Rn. 15.

489 *Papier* 2002, § 41, Rn. 28.



öffentlichen Rechts ist, eine Anstalt darstellt, ist der Begriff positiv zu fassen.<sup>490</sup> Das soll anhand der oben herausgearbeiteten drei Dimensionen der Organisation: Selbständigkeit, Binnenstruktur, Umweltrelation geschehen.

## 1. Die Selbständigkeit der Anstalt des öffentlichen Rechts

In der Verselbständigungsdimension fällt sogleich auf, daß die Rechtsfähigkeit nicht dieselbe Rolle spielt wie bei der Körperschaft.<sup>491</sup> Einerseits kommen viel häufiger als dort nicht-rechtsfähige Organisationsformen vor, so daß die Rechtspersönlichkeit kein typisches Merkmal der Anstalten als solcher ist.<sup>492</sup> Zum anderen weist die fehlende Rechtsfähigkeit die entsprechenden Anstalten nicht so eindeutig als Teilorganisationen aus, wie dies bei den nichtrechtsfähigen öffentlichen Körperschaften als Organen oder als Teile einer Gesamtkörperschaft der Fall ist. Die Rechtsfähigkeit ist vielmehr wesentlich stärker als bei der Körperschaft funktionsbezogen, so daß sie die typische Form eines Teils der Anstalten ausmacht.<sup>493</sup> Lenkungsanstalten und solche mit Selbstverwaltung besitzen Rechtsfähigkeit. Nichtrechtsfähige Anstalten sind etwa zumeist die Schulen.<sup>494</sup> Schließlich ist zu beachten, daß eine relative Rechtsfähigkeit insofern bestehen kann, als bestimmte Anstalten zwar Dritten gegenüber, nicht aber in bezug auf ihren Träger rechtsfähig sein können.<sup>495</sup>

Dem Umfang der Rechtsfähigkeit und den mehr oder weniger weitreichenden hoheitlichen Befugnissen korrespondierend ist auch ihre Errichtung nicht notwendig den gleichen hohen formalen Anforderungen unterworfen wie die der Körperschaft.<sup>496</sup> Die Errichtung einer rechtsfähigen Anstalt bedarf der gesetzlichen Grundlage.<sup>497</sup> Demgegenüber kann die nichtrechtsfähige öffentliche Anstalt durch einfachen Organisationsakt des Inhabers der Organisationsgewalt errichtet werden.

Umstritten ist, wie die Eigenschaft der Selbstverwaltung bei Anstalten zu bewerten ist.<sup>498</sup> Die Ansichten, die die Körperschaft des öffentlichen Rechts mit dem Merkmal der Selbstverwaltung identifiziert haben (s. o. Teil 1, B III 2), bekommen

490 Eine solche positive Definition gibt Kluth (Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 88 Rn. 6): „Anstalt ist eine von einer Hoheitsperson gemeinschaftlich getragene, idR. mit Hoheitsgewalt ausgestattete, rechtlich subjektiviert und institutionalisierte, d. h. mit eigenen Personal- und Sachmitteln versehene, Organisation, durch die der Träger (Anstaltsherr) eigene oder ihm gesetzlich auferlegte fremde, sachlich zusammenhängende öffentliche Angelegenheiten wahrnimmt und auf die er daher ... dauernd maßgeblichen Einfluß ausübt“.

491 Berg 1985, S. 2296; Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 88 Rn. 7.

492 Nichtrechtsfähige Anstalten können Organe anderer juristischer Personen, faktisch zumeist von Gebietskörperschaften sein, Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 88 Rn.14.

493 Beispiele für rechtsfähige Anstalten des Bundes sind etwa: die Deutsche Bundesbank, die Filmförderungsanstalt oder die Bundesanstalt für Flugsicherung; auf Landesebene etwa die sogleich zu besprechenden Rundfunkanstalten und einige Studentenwerke; auf Kommunalebene die Eigen- und die Regiebetriebe.

494 § 23 I S. 1 SchulG-BW, Art. 3 I EUG-Bay, § 6 SchVG-NRW, § 32 SchulG-Sachs.

495 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 98 Rn. 17 ff.: bis zu ihrer Reform etwa die Deutsche Bundesbahn; vgl. auch Dittmann 1983, S. 164 ff.

496 Lange 1986, S. 180 f.

497 Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 88 Rn. 43.

498 Entschieden ablehnend Scheuner 1952, S. 611: „Eine Anstalt kann wegen Fehlens des genossenschaftlichen Elements keinen Selbstverwaltungskörper darstellen, selbst wenn die Beteiligten bei ihr mitwirken“. Vgl. auch Köttgen 1939, S. 71 f.; Weber 1943, S. 88 f.

Schwierigkeiten, Anstalten mit Selbstverwaltung zu erfassen und einzuordnen.<sup>499</sup> Bestenfalls können Anstalten mit Selbstverwaltung dann mit der Residualkategorie der „Ausnahme“ etikettiert werden.<sup>500</sup> Hier war vorgeschlagen worden, daß zwar Selbstverwaltung eine notwendige Eigenschaft der Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, daß die Körperschaft des öffentlichen Rechts aber nicht die notwendige Organisationsform für Selbstverwaltung darstellt. Danach ist es jedenfalls *möglich*, daß Anstalten das Recht der Selbstverwaltung zukommt.<sup>501</sup> Näherhin wurde das Recht der Selbstverwaltung oben aber unterschieden in die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung durch die Organisation („rechtliche Selbstverwaltung“) und die Mitbestimmung der Mitglieder der Organisation an wesentlichen Entscheidungen der Verwaltungsorganisation, insbesondere der Bestellung ihrer Organe. Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung ist jedenfalls den (teil-)rechtsfähigen Anstalten möglich.<sup>502</sup>

Auch abseits von funktionellen Anstaltsverständnissen wird sie als Bestand an Mitteln verstanden. Dies gilt insbesondere für die Formen der nutzbaren Anstalten,<sup>503</sup> wie etwa die Sparkassen und Versicherungsanstalten der öffentlichen Hand. In der Tat spielt der Sachbezug eine größere Rolle als bei der Körperschaft.<sup>504</sup> Es muß aber die Organisiertheit der Sachen hinzutreten, um von einer Anstalt sprechen zu können.<sup>505</sup> Sofern die zeitliche Dimension angesprochen wird, soll auch eine gewisse Dauerhaftigkeit zum Kennzeichen der Anstalt gehören.<sup>506</sup> Sie dürfte dies allerdings mit allen Organisationen teilen und sie von reinen Interaktionssystemen unterscheiden (s. o. Erster Teil, D III 1).<sup>507</sup>

Diese beiden Aspekte verdeutlichen schon, daß der Selbständigkeit bei der Anstalt insgesamt keine so bestimmende Rolle zukommt wie bei der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Das zeigt auch, daß die Anstalt einen stärker instrumentellen Charakter besitzt.<sup>508</sup> Ihre Verselbständigung hat dienende Funktion: Sie soll die fachgerechte Aufgabenerfüllung ermöglichen, flexibles Agieren gewährleisten<sup>509</sup> und erfüllt häufig weniger komplexe und häufig hoch spezialisierte Aufgaben.<sup>510</sup> Die sog. „Hilfsanstalten“ bringen diesen instrumentellen Charakter am deutlichsten zum Ausdruck.<sup>511</sup> Die Rundfunkanstalten (s. u.) sind zwar als grundrechtstragende Organisationen stärker staatsdistanziert und somit nicht seinen Zwecken unterworfen. Der starke Verbandseinfluß läßt sie aber insofern stärker umwelt-

499 vgl. etwa *Scheuner* 1952, S. 613.

500 *Kluth* 1997, S. 544.

501 Wie hier *Hendler* 1986, S. 287 f.; *Berg* 1985a, S. 2297; keine grundsätzliche Unvereinbarkeit von Selbstverwaltung und Anstalt nehmen auch *Schuppert* 1983, S. 195 u. *Salzwedel* 1965, S. 234 an.

502 *Schmidt-Aßmann* 1987, S. 262; *Löer* 1999, S. 10 f.

503 Zur Unterscheidung von nutzbaren und nicht nutzbaren Anstalten *Forsthoff* 1973, S. 497 f.

504 *Breuer* 1992, S. 72 u. 77; *Huber* 1953, S. 115; *Köttgen* 1929, S. 112.

505 *Papier* 2002, § 41 Rn. 29.

506 *Rüfner* 1985, S. 609.

507 *Blau/Scott* 1966, S. 5.

508 *Kluth* 1997, S. 234; *Scheuner* 1967, S. 803.

509 *Breuer* 1992, S. 72 f.

510 *Lange* 1986, S. 173 f. Häufig geht es um Leistungen, die auch ein Privater erbringen könnte und häufig genug möchte, so daß sich die Frage der öffentlich-rechtlichen Organisation stellt.

511 *Breuer* 1992, S. 76: Hierbei handelt es sich um nichtrechtsfähige Anstalten, die in begrenzter technischer Eigenregie verwaltungsinterne Funktionen erfüllen.

gebunden erscheinen als grundrechtsgetragene Körperschaften des öffentlichen Rechts.

## 2. Die Binnenorganisation der Anstalt

Auch die Binnenorganisation ist weniger ausdifferenziert als die der Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Der wichtigste Unterschied besteht darin, daß die Anstalt allenfalls<sup>512</sup> Nutzer, nicht aber Mitglieder in dem qualifizierten Sinne besitzt, daß die Zusammensetzung ihrer Organe auf den entscheidenden Einfluß der Mitglieder zurückzuführen ist. Zwar ist der Umstand, daß sie Benutzer hat, kein hinreichendes Kriterium für die Annahme einer öffentlichen Anstalt<sup>513</sup> – öffentliche Sachen kennen ebenfalls Nutzer ; daß sie diesen aber keinen Sonderstatus im Sinne einer Mitgliedschaft gewährt, grenzt sie notwendig von der Körperschaft ab.<sup>514</sup> Um von Körperschaften sprechen zu können, müssen neben eventuellen Leistungsbeziehern auch wahlberechtigte Mitglieder zur Körperschaft gehören. Die Anstaltsnutzer nutzbarer Anstalten befinden sich in einem Sonderrechtsverhältnis, aufgrund dessen sie der Anstaltsgewalt unterworfen sind.<sup>515</sup> Der Anstaltsbenutzer ist zur Benutzung verpflichtet, sofern ein entsprechender Zwang besteht. Er hat Benutzungs-, Anstalts- und einzelne Anordnungen von Anstaltsorganen zu beachten. In dem gesetzlichen oder auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Maße hat er Eingriffe in seine Grundrechte zu dulden. Sofern es um eine entsprechende Leistungsanstalt geht und sie vorgesehen sind, hat er Gebühren für die Benutzung zu entrichten.<sup>516</sup>

Anstaltliche Elemente im Sinne des funktionalen Anstaltsbegriffs finden sich zwar auch bei der Benutzung körperschaftlicher Einrichtungen. Das Anstaltsverhältnis enthält aber niemals die gleiche Befugnis des Nutzers, über die Angelegenheiten der Organisation mitzubestimmen, wie die des Mitglieds der Körperschaft. Insbesondere werden die Organe der Anstalt nicht durch die Benutzer gewählt. Vielmehr werden die Mitglieder der Organe von außen, durch den Anstaltsträger bzw. dessen weisungsgebundene Vertreter bestellt. Insofern ist die Anstalt eine Organisation, die von außen, während die Körperschaft eine Organisation ist, die von ihren Mitgliedern getragen wird.<sup>517</sup> *Georg Jellinek* spricht daher treffend von einem „passiven Verband“.<sup>518</sup> Träger der Anstalt sind eine oder mehrere

512 Das bedeutet, daß es auch Anstalten gibt, die einem nicht unmittelbar nutzbaren Zweck dienen und daher zwar Amtswalter jedoch keine Nutzer haben (*Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 88 Rn. 40). Entscheidend ist, daß es nicht zu einem Mitgliedschaftsrecht kommt.

513 *Papier* 2002, § 41 Rn. 30; als wesentliches Unterscheidungsmerkmal wird die Benutzereigenschaft etwa von *Löer* 1999, S. 15, angesehen.

514 *Chen* 1994, S. 31; *Huber* 1953, S. 114.

515 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 99 Rn. 4.

516 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 99 Rn. 23.

517 *Huber* 1953, S. 115. „Öffentliche Anstalt ist ein gegenüber der unmittelbaren Staatsverwaltung organisatorisch und rechtlich verselbständigter, einem bestimmten öffentlichen Zweck dauernd unter Einsatz hoheitlicher Mittel dienender Verwaltungsverband, dessen Wille nicht durch korporativ-mitgliedschaftliche Selbstbestimmung, sondern durch die vom Träger der Anstalt bestellten verbandsleitenden Organe gebildet wird“. Auch *Wolff/Bachof* 1976, S. 8.

518 *Jellinek* 1959, S. 614.

rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts<sup>519</sup> oder auch rechtsfähige Anstalten selbst.<sup>520</sup> Das darf nicht damit verwechselt werden, daß es auch in den Anstalten Kollegialorgane gibt<sup>521</sup> und einige Anstalten geschaffen wurden, um eine gewisse Selbständigkeit kollegialen Entscheidens zu ermöglichen. Notwendig ist selbst diese Form der Organdifferenzierung für die Anstalt nicht. Vielmehr gibt es daneben auch direktoral strukturierte Organe.

Das bedeutet aber, daß eine „innere“, „politische“ Selbstverwaltung im Sinne einer mitgliedschaftlichen Mitbestimmung bei der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung („rechtliche Selbstverwaltung“) tatsächlich nicht zu den notwendigen Eigenschaft der Anstalten gehört. Werden aber interessenplurale Entscheidungsgremien geschaffen, wie etwa die Rundfunkräte, kann durchaus autonome Legitimation erzeugt werden. Die Staatsfreiheit der verselbständigten Form der Anstalt einerseits, ihre nicht gesellschaftliche, sondern öffentlich-rechtliche Organisationsform soll dann ausnahmsweise<sup>522</sup> eine gesellschafts-spiegelbildlich getroffene Entscheidung in einer öffentlich besonders relevanten Angelegenheit ermöglichen. Die Staatsfreiheit soll dem Binnenpluralismus dienen, die öffentlich-rechtliche Organisation ein befürchtetes Marktversagen durch Entstehen von Machtasymmetrien verhindern.

Schließlich ist damit nicht a limine ausgeschlossen, daß die Anstalt „Mitglieder“ hat. Ausschlaggebend ist nur, daß ihnen kein maßgeblicher Einfluß auf die Zusammensetzung der Organe und damit auf die Entscheidungen der juristischen Person zukommt. So kennen etwa die Versicherungsanstalten der Bayerischen Versicherungskammer-Versorgung „Pflichtmitglieder“, ohne daß ihnen ein Wahlrecht hinsichtlich der Anstaltsorgane zukäme.<sup>523</sup>

Insgesamt bleibt aber die Differenzierung der Binnenstruktur deutlich hinter der der Körperschaft zurück. Wie die Verselbständigung ist auch ihr Differenzierungsgrad stärker funktionsbezogen als bei der Körperschaft, bei der die Unterscheidung der Organe (Repräsentativ-)Versammlung und Vorstand zur Grundausstattung jeder Körperschaft gehört.

### 3. Das Verhältnis der Anstalt zu ihrer Umwelt

Der instrumentelle Charakter der Anstalt wird schließlich bestätigt, wenn auf ihr Verhältnis zur Organisationsumwelt gesehen wird.

Das betrifft zunächst die von ihr typischerweise verwendeten Handlungsformen. Wenn sie sich auch nicht darauf reduzieren lassen, so ist doch faktisches

519 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 98 Rn. 8.

520 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 98 Rn. 16.

521 Etwa der Vorstand der Bundesbank – als ihr einziges verbliebenes Organ, § 7 I S. 1 BBankG. Der Vorstand wird durch den Bundespräsidenten bestellt (§ 7 III S. 1 BBankG). §§ 5 und 6 BBankG mit den Regelungen über den Zentralbankrat und das Direktorium wurden aufgehoben mit Wirkung vom 30. 4. 2002 durch Gesetz v. 23. 3. 2002 (BGBl. I S. 1159). Zur deren Kollegialstruktur auch Groß 1999, S. 99.

522 Breuer 1992, S. 83.

523 §§ 1, 22 des bayerischen Gesetzes über das öffentliche Versorgungswesen (VersoG), vom 25. Juni 1994 (GVBl. S. 466, BayRS 763-1-I). Zum Vorgängergesetz, dem Gesetz über die Bayerische Ärzteversorgung vom 16.8.1923 (GVBl. S. 255) vgl. BVerfGE 10, S. 354 ff. – Ärzteversorgung I; E 12, S. 319 ff. – Ärzteversorgung II.

Handeln weit eher prägend für verschiedene Anstaltsformen als hoheitlich-rechtsförmiges.<sup>524</sup> Breuer hat die Anstalten anhand ihrer hoheitlichen Befugnisse in eine Ordnung gebracht, die von der verwaltungsinternen Hilfsanstalt ohne hoheitliche Befugnisse über die Leistungsanstalten (Sparkassen), die Eingriffsbefugnisse und Leistungsverpflichtungen verbindenden Sorgeanstalten (Schulen) bis hin zu den Eingriffsanstalten (Justizvollzugsanstalten) reicht.<sup>525</sup>

Während bei der Körperschaft der Notwendigkeit eines Bereichs eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung korrespondierend die Aufsicht insoweit auf die Rechtskontrolle reduziert ist und nur in Auftragsangelegenheiten um die weisungsberechtigte Fachaufsicht ergänzt wird, sind dem fehlenden Selbstverwaltungsrecht entsprechend bei den Anstalten vollständig weisungsunterworfenen Formen möglich.<sup>526</sup> Auch der staatliche Zugriff auf das Anstaltsvermögen unterliegt insgesamt geringeren Beschränkungen als der Zugriff auf das Körperschaftsvermögen.<sup>527</sup>

Die Benutzer der Anstalt können ein freiwilliges Verhältnis zu ihr eingehen oder im Wege des Anstalts- und Benutzungszwangs zu ihrer Verwendung herangezogen werden.<sup>528</sup> Das Anstaltsnutzungsverhältnis wird durch Zulassung begründet.<sup>529</sup> Zulassung zur Anstalt erfordert aber eine hoheitliche Regelung in der Form eines Verwaltungsaktes oder als Gegenstand eines Verwaltungsvertrages.<sup>530</sup>

Schließlich zeigt sich die stärkere Umweltabhängigkeit der Anstalt auch an ihrer Finanzierung. Per Anstaltslast trifft sie primär ihren externen Träger,<sup>531</sup> ohne daß ihr aber wie den Gemeinden eigene Steuern garantiert wären. Darüber hinaus tragen die von den Benutzern für konkrete Leistungen erhobenen Gebühren zu ihrer Finanzierung bei, während die Körperschaften dauerhafte und abstrakte Beiträge von ihren Mitgliedern verlangen können.

#### 4. Einzelne Grenzfälle

##### a. Die Bundesagentur für Arbeit

Keine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist daher entgegen der gesetzlichen Bezeichnung die Bundesagentur für Arbeit („als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts“, § 367 S. 1 SGB III).<sup>532</sup>

Sie ist rechtlich selbständig und besitzt auch eine Eigenverantwortlichkeit bei der Aufgabenwahrnehmung, so daß zu Recht von ihrer Selbstverwaltung zu

524 Lange 1986, S. 172; Köttgen 1929, S. 125.

525 Breuer 1992, S. 76 ff.; zur Systematisierung auch: Wolff/Bachof/Stober-Kluth 2004, § 88 Rn. 23 ff.

526 Berg 1985, S. 229f; Lange 1986, S. 177 f.; Rűfner 1985, S. 609.

527 Bostedt/Fehling 1998, S. 252 f.

528 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 99 Rn. 16 f. u. 35; Chen 1994, S. 52 f. u. 75 ff.

529 Wolff/Bachof/Stober 1987, § 99 Rn. 9.

530 Chen 1994, S. 54 ff.

531 Anstaltslast ist die Pflicht des Anstaltsträgers, die Anstalt zur Erfüllung ihrer Aufgaben mit den notwendigen Finanz-, Personal- und Sachmitteln auszustatten, vgl. etwa Bostedt/Fehling 1998, S. 252.

532 Eine Differenzierung nimmt allerdings auch das SGB IV vor: Die Bundesanstalt gilt gemäß § 1 I S. 3 SGB IV zwar als Sozialversicherungsträger und wäre als solcher gemäß § 29 I SGB IV eine „Körperschaft des öffentlichen Rechts“. Diese Bestimmung findet jedoch gemäß § 1 I S. 2 SGB IV gerade auf die Bundesanstalt keine Anwendung.

sprechen ist (§ 367 S. 2 SGB III).<sup>533</sup> Der Umfang dieses Selbstverwaltungsrechts ergibt sich aus Gesetzen, Satzungen und anderen Rechtsgrundlagen der Bundesanstalt (§ 374 III SGB III). Wichtigste Selbstverwaltungsaufgabe ist die Feststellung des Haushaltsplans der Bundesanstalt, der aber noch der Genehmigung durch die Bundesregierung bedarf (§ 71a II SGB IV).

Ausgeübt wird diese Selbstverwaltung durch den Verwaltungsrat der Bundesanstalt für Arbeit und die Verwaltungsausschüsse bei den Landes- und den Arbeitsämtern (§ 374 I u. II SGB III). Sie sind bei einer Größe von 21 bzw. 27 Mitgliedern drittelparitätisch aus Vertretern der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber und der öffentlichen Körperschaften besetzt. Entscheidender Unterschied zu den Körperschaften des öffentlichen Rechts ist aber, daß diese Vertreter von den außerhalb der Anstalt stehenden Verbänden und Körperschaften vorgeschlagen und vom Bundesministerium für Arbeits- und Sozialordnung in den Verwaltungsrat, von diesem in die Verwaltungsausschüsse der Landesarbeitsämter und von diesen in die Verwaltungsausschüsse der Arbeitsämter berufen werden (§§ 390 u. 392 SGB III). Weiteres Organ der Bundesanstalt ist der aus drei Mitgliedern bestehende Vorstand, der das Leitungsorgan der Anstalt darstellt und für die Geschäftsführung zuständig ist. Seine drei Mitglieder werden auf Vorschlag der Bundesregierung vom Bundespräsidenten nach Anhörung des Verwaltungsrates ernannt. Bei der Ernennung der Präsidenten der Leitungsorgane der Landesarbeitsämter kommt den kollegialen Lenkungsorganen, den Verwaltungsausschüssen, sogar nur ein Anhörungsrecht hinsichtlich der Stellungnahme des Verwaltungsrates der Bundesanstalt zum Vorschlag der Bundesregierung zu (§ 395 SGB III). Die Leistungsempfänger der Anstalt haben mithin keinen Einfluß auf die Besetzung der Versicherungsorgane.

Obwohl also von einer gewissen eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung der Bundesanstalt für Arbeit gesprochen werden kann, liegt mangels mitgliedergeprägter Binnenstruktur keine Körperschaft des öffentlichen Rechts vor. Der dafür erforderliche maßgebliche Einfluß der Mitglieder auf die Zusammensetzung der Organe der juristischen Person ist durch den Einfluß externer Organisationen ersetzt worden. Die Bundesanstalt für Arbeit ist daher eine rechtsfähige Anstalt mit Selbstverwaltung.<sup>534</sup> Diese Einordnung ist verfassungsrechtlich unschädlich, da Art. 87 II GG, wie mehrfach betont wurde, keine Vorgaben hinsichtlich der Organisationsform macht, sondern der Abgrenzung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern dient.

### *b. Die Versorgungswerke der berufsständischen Kammern*

Während alle Rentenversicherungsträger juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltungsbefugnissen sind, weichen sie in ihrer Binnenstruktur erheblich voneinander ab. Die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung

<sup>533</sup> Ihr Umfang ist allerdings durch staatliche Weisungsrechte eingeschränkt, *Kluth* 1997, S. 205; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* 2004, § 88 Rn. 106.

<sup>534</sup> Die Frage braucht also nicht offengelassen zu werden, so aber *Kluth* 1997, S. 204; wie hier: *Maurer* 2002, § 23, Rn. 48; *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 100 Rn. 4; *Rudolf* 1998, § 52 Rn. 15.

sind ungeachtet ihrer Bezeichnung als Körperschaften des öffentlichen Rechts ausgestaltet.<sup>535</sup>

Anders steht es aber mit einem Teil der berufsständischen Versorgungswerke,<sup>536</sup> die verschiedene Personalkörperschaften der freien Berufe für ihre Mitglieder eingerichtet haben.<sup>537</sup> Hier reicht die Satzungsautonomie deutlich weiter als bei den Trägern der gesetzlichen Rentenversicherung und umfaßt so zentrale Fragen wie die Pflichtmitgliedschaft, die Leistungserbringung und die Beitragshebung.<sup>538</sup> Im Umweltverhältnis beruht die Finanzierung, anders als bei der gesetzlichen Rentenversicherung, nur auf Beitragsleistungen ohne staatlichen Zuschuß. Die Aufsicht ist auf die Rechtsaufsicht beschränkt. Die Binnenstruktur ist hier jedoch überwiegend nicht körperschaftlich ausgestaltet,<sup>539</sup> weil eine Verdoppelung derselben Struktur bei der berufsständischen Körperschaft und ihrer Einrichtung überflüssig erscheint.<sup>540</sup> Hier behält dann die Trägerkörperschaft maßgeblichen Einfluß auf die Organbesetzung. Die Rechtsprechung bezeichnet sie insofern zu Recht als Anstalten.<sup>541</sup>

### c. *Körperschaften mit staatlich berufenen Organen?*

Getragen ist die juristische Person von ihren Mitgliedern, wenn sie maßgeblichen Einfluß auf die wesentlichen Verbandsentscheidungen haben. Das betrifft insbesondere auch die Organisation. Problematisch ist es vor diesem Hintergrund, wenn bestimmte juristische Personen des öffentlichen Rechts als „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ bezeichnet werden, obwohl sie zwar gewisse Selbstverwaltungsrechte in Form eigenverantwortlicher Aufgabenerledigung genießen, ihre Organe jedoch durch staatliche Stellen (Ministerien oder Parlamente) berufen werden. Mit Rücksicht auf ihre demokratische Legitimation mag diese Struktur sogar vorzuzugswürdig erscheinen,<sup>542</sup> die autonome, körperschaftliche Legitimation bleibt aber problematisch.

535 Auch die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte und die Landesversicherungsanstalten für Arbeiter sind also Körperschaften des öffentlichen Rechts, *Pitschas* 1999, § 42 Rn. 6 u. 16; *Kluth* 1997, S. 194; *Becker* 1996, S. 130; *Emde* 1991, S. 158; *Berg* 1985, S. 2294; *Schuppert* 1981, S. 69

536 Zur Geschichte der Rechtsanwaltsversorgungswerke vgl. *Kibel* 1998, S. 424 ff.; allgemein auch *Kluth* 1997, S. 208.

537 Versorgungswerke bestehen für Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Architekten, Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und Seelotsen.

538 *Pitschas* 1999, § 42 Rn. 10.

539 Beispiele bei *Kluth* 1997, S. 209 f., der für Nordrhein-Westfalen differenziert nach nichtrechtsfähigen (Nordrheinische Ärzteversorgung), anstaltsförmige (Notarversorgungswerk Köln) und körperschaftlichen Versorgungswerken, wie die Rechtsanwaltsversorgung Nordrhein-Westfalen, die in der Tat über eine durch die Mitglieder gewählte Vertreterversammlung, die den Vorstand wählt, verfügt. Vgl. ferner Fn. 511.

540 *Pitschas* 1999, § 42 Rn. 9.

541 *BVerfGE* 10, S. 354 ff. (362) – Bayerische Ärzteversorgung: „Die „Mitgliedschaft“ der Ärzte erschöpft sich darin, daß sie Beiträge zur Erreichung dieses Zweckes leisten müssen; sie sind nicht zu einem echten Personenverband zusammengeschlossen, der in ständigem Zusammenwirken der Mitglieder weitere, von Fall zu Fall durch Beschlüsse der Verbandsorgane konkret festzustellende gemeinsame Ziele verfolgt“, vgl. a. *BVerfGE* 12, S. 319 ff. (325) – Ärztliche Pflichtaltersversorgung; *BVerwGE* 27, S. 228 ff. (231 f.).

542 *Kluth* 1997, S. 465.

## aa. Die kommunalen Versorgungsverbände

In verschiedenen Bundesländern wurden Versorgungsverbände geschaffen,<sup>543</sup> deren Aufgabe der Ausgleich der Lasten ist, die ihren Mitgliedern aus der Versorgung ihres beamteten oder beamtenähnlich beschäftigten Personals entstehen.<sup>544</sup> Diese Verbände werden als „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ bezeichnet (§ 1 I S. 1 GKV BW). Sie haben Selbstverwaltungsrechte im Rahmen der Gesetze und sind dienstherrenfähig (§ 1 I S. 2 u. 3 GKV BW).

Mitglieder sind die Gemeinden, Gemeindeverbände, Zweckverbände und weitere juristische Personen des öffentlichen Rechts, einige von ihnen als freiwillige Mitglieder (§§ 4 u. 5 GKV BW). Organe des kommunalen Versorgungsverbandes sind ein Verwaltungsrat und der Direktor (§ 17 GKV BW). Entscheidend für die Einordnung des Verbandes als Körperschaft oder Anstalt ist die Frage der Besetzung des Verwaltungsrats als Hauptorgan des Verbandes. Sie erfolgt durch Berufung des Innenministers auf Vorschlag der Mitglieder (§ 19 II GKV BW; § 19 Sächs GKV). Der Verwaltungsrat wählt den Direktor (§ 18 II S. 1 GKV BW). Auch beim kommunalen Versorgungsverband besteht also wiederum die gleiche Struktur, bei der das Hauptorgan nicht durch die Mitglieder des Verbandes sondern durch das zuständige Ministerium bestimmt wird. Die Besonderheit ist hier, daß die Mitglieder des Verbandes keine natürlichen Personen sondern verselbständigte Verwaltungseinheiten sind. Der Kommunalverband kann jedoch mangels autonomer Legitimationsmöglichkeit nicht als Körperschaft angesehen werden. Die Satzung des Bayerischen Versorgungsverbandes hat daher die rechtssystematisch einzig richtige Konsequenz gezogen und den Verband eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts bezeichnet (Art. 33 I S. 3 VersoG Bay; § 1 der Satzung). Diese Form wird auch dem letztlich instrumentellen Charakter dieser Versorgungseinrichtungen gerecht.

## bb. Die Arbeitskammer des Saarlandes

Gemäß § 1 I des Gesetzes über die Arbeitskammer des Saarlandes<sup>545</sup> ist diese juristische Person eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Dienstherrenfähigkeit.<sup>546</sup> Sie hat die Aufgabe der Beförderung der allgemeinen wirtschaftlichen, ökologischen, sozialen und kulturellen Interessen der Gesamtheit der Arbeitnehmer.<sup>547</sup> Dies geschieht durch die Schaffung von Einrichtungen, die Einreichung von Vorschlägen und Berichten sowie die Erstattung von Gutachten und die Wahrung von Anhörungsrechten bei Gesetzgebungsverfahren (§ 2 ArbeitskammerG).<sup>548</sup> Insofern liegen nach Ansicht des BVerfG legitime öffentliche Aufgaben vor.<sup>549</sup> Diese Aufgaben

543 Vgl. etwa §§ 1 ff. GKV BW; 1 ff. GKV Bbg; 1 ff. GKV Sachs; Art. 32 ff. VersoG Bay; 1 ff GKV SachsAnh v. 15.11.1991 (GVBl. S. 434).

544 Vgl. etwa § 2 GKV BW.

545 Vom 8. April 1992, Amtsbl. S. 590; zum Vorgängergesetz vgl. *Mronz* 1973, S. 36; *BVerfGE* 38, S. 281 ff. (281) – Arbeitnehmerkammern.

546 Damit wird die Vorgabe des Art. 59 der LV Saar verwirklicht.

547 Zur Geschichte der Arbeitnehmerkammern, vgl. *Großmann* 1968, S. 298 f.; *Mronz* 1973, S. 23 ff.

548 Näher *Großmann* 1968, S. 299.

549 *BVerfGE* 38, S. 281 ff. (301) – Arbeitnehmerkammern; *Großmann* 1968, S. 305; *Zacher* 1971, S. 15 f.



erfüllt sie eigenverantwortlich, genießt also insofern ein Selbstverwaltungsrecht.<sup>550</sup> Angehörige der Kammer sind alle in § 3 ArbeitskammerG näher bezeichneten Arbeitnehmer des Saarlandes. Hautorgan der Arbeitskammer ist die „Vertreterversammlung“ (§ 4 ArbeitskammerG). Sie hat Rechtssetzungs-, Kurations- und Kontrollfunktionen (§ 5 ArbeitskammerG).<sup>551</sup> Insbesondere wählt sie den Vorstand und den Hauptgeschäftsführer und kontrolliert ihre Tätigkeit (§§ 5 und 12 ArbeitskammerG). Die Arbeitskammer finanziert sich über von den Arbeitgebern einbehaltene Beiträge der Arbeitnehmer (§ 15 ArbeitskammerG). Sie untersteht der Aufsicht durch das Ministerium für Frauen, Arbeit, Gesundheit und Soziales des Saarlandes.

Entscheidend ist nun, daß die Wahl der Mitglieder in der „Vertreterversammlung“ nicht durch die Mitglieder der Arbeitskammer, sondern „auf Vorschlag der Gewerkschaften und auf andere Vorschläge von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, die gemäß § 3 Mitglieder der Arbeitskammer des Saarlandes sind“ durch den saarländischen Landtag erfolgt. Das ist im Sinne einer demokratischen Legitimation unproblematisch, gegenüber dem körperschaftstypischen Wahlverfahren sogar geeignet, ein höheres Maß an persönlicher demokratischer Legitimation zu vermitteln. Es fehlt den Mitgliedern der „Vertreterversammlung“ aber die autonome Legitimation der von ihnen Vertretenen, der Mitglieder der Arbeitskammer. Daß sie selbst Zugehörige der Arbeitskammer sind, ändert daran nichts. Ausschlaggebendes Kriterium für die Qualifikation einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als Körperschaft ist aber das Getragensein durch die Mitglieder, mithin die Rückführung der Körperschaftsorgane auf eine Wahl durch die Mitglieder.<sup>552</sup> Die Bestellung der Mitglieder von zentralen Lenkungs- und Leitungsorganen durch den Staat ist hingegen typisches Kennzeichen der Anstalt des öffentlichen Rechts. Der Unterschied der Arbeitskammer gegenüber sonstigen Anstalten liegt insofern nur darin, daß hier der Landtag selbst die Mitglieder wählt, während dies sonst zumeist durch den zuständigen Minister oder die zuständige Aufsichtsbehörde geschieht. Da die Arbeitskammer nicht von ihren Mitgliedern in dem vorbezeichneten Sinn getragen ist, handelt es sich bei ihr, unbeschadet ihrer gesetzlichen Bezeichnung, um eine Anstalt.

Diese Form der nicht-mitgliedschaftlichen Rekrutierung der Mitglieder der Vertreterversammlung unterscheidet die Arbeitskammer des Saarlandes auch von der Aufgabenzuweisung her vergleichbaren (§ 2 u. 3 ArbeitnehmerkammerG) Arbeitnehmerkammer Bremen. Die Rechtssetzungs-, Kurations- und Kontrollbefugnisse stehen hier einer als „Vollversammlung“ bezeichneten Repräsentativversammlung zu (§ 7 ArbeitnehmerkammerG), die von den Mitgliedern der Arbeitnehmerkammer gewählt wird (§ 9 ArbeitnehmerkammerG). Aufgrund dieses Rekrutierungsmodus kann die Arbeitnehmerkammer Bremen ohne weiteres als Körperschaft eingeordnet werden.

<sup>550</sup> *Großmann* 1968, S. 301 f.

<sup>551</sup> Hoheitliche Befugnisse fehlen den Arbeitskammern außerhalb der zu ihrer Selbstorganisation (Erhebung von Gebühren und Beiträgen) notwendigen Handlungen, *Zacher* 1971, S. 18 f.

<sup>552</sup> Problematisch ist es daher, wenn *Großmann* (1968, S. 301) annimmt, daß die Zugehörigen zur Kammer zwar mangels Mitwirkungsbefugnissen keine Mitglieder seien, gleichwohl aber am Körperschaftscharakter der Arbeitskammer festhält. Erklärlich ist dies nur durch seine unzutreffende, weil die Abgrenzung zur Anstalt verschleiende Annahme, daß man unter der Körperschaft des öffentlichen Rechts „einen organisierten und rechtsfähigen Personenverband des öffentlichen Rechts mit hoheitlichen Mitteln unter staatlicher Aufsicht“ verstehe.

#### d. Rundfunkrechtliche Anstalten

Die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit (Art. 5 I S. 2 GG) ist vor allem auch ein Organisationsproblem.<sup>553</sup> Mit der Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen für die Organisation des Rundfunks tritt der Staat dem Bürger nicht in erster Linie grundrechtsbeschränkend, sondern grundrechtsermöglichend gegenüber.<sup>554</sup> Angesichts des technischen Aufwandes zur Produktion von Rundfunk zeigt sich hier in besonderer Weise die Bedeutung des „Mehrwertes“ von Organisation gegenüber einer nur durch den Einzelnen erfolgenden Betätigung. Der Staat schafft die rechtlichen Voraussetzungen dafür, wobei er der Bedeutung des Rundfunks für die Ausbildung der öffentlichen Meinung gerecht werden muß. Ihm dient die Rundfunkfreiheit nach der Auffassung des BVerfG.<sup>555</sup> Angesichts des faktischen Wegfalls der Beschränkung der Sendefrequenzen muß dies nicht in einem öffentlich-rechtlichen, sondern kann auch in einem dualen System erfolgen.<sup>556</sup> Soweit der Gesetzgeber den Rundfunk öffentlich-rechtlich organisiert, ist ihm keine bestimmte Organisationsform vorgegeben. Der dienenden Funktion des Rundfunks für die Ausbildung der öffentlichen Meinung<sup>557</sup> entsprechend, darf jedoch keine staatliche Organisationsform gewählt werden. Die Wahl der öffentlich-rechtlichen Organisation des Rundfunks ist umgekehrt gerechtfertigt zur Herstellung eines abgewogenen Einflusses der für die Ausbildung der öffentlichen Meinung relevanten Gruppen auf die Gestaltung des Rundfunks. Die Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks muß also so weit verselbständigt sein, daß sie maßgeblichem staatlichen Einfluß entzogen ist. Sie muß eine Binnenstruktur besitzen, die den relevanten gesellschaftlichen Gruppen den entscheidenden Einfluß auf die Gestaltung des Rundfunks erlaubt. Hierzu muß den öffentlich-rechtlichen Rundfunkorganisationen eine angemessene Finanzausstattung gewährleistet sein und die Staatsaufsicht auf die Einhaltung der Ziele der Organisation, der Rechtmäßigkeit ihres Handelns und die Rechnungskontrolle beschränkt sein.

Daß die Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Form von rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts erfolgt, ist nicht verfassungsrechtlich geboten, wohl aber von den Ländern so vorgenommen worden.<sup>558</sup> Dabei ist angesichts der Grundrechtsrelevanz der Rundfunkorganisationen die Frage aufgeworfen worden, ob man überhaupt von Anstalten in einem verwaltungstechnischen Sinn sprechen könne. Sofern dabei darauf verwiesen wird, Anstalten des öffentlichen

553 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 5 I, II, Rn. 110 f.; *Bumke* 1995, S. 86 ff.; *Brugger* 1991, S. 17 f.

554 *BVerfGE* 57, S. 295 ff. (320) – 3. Rundfunkentscheidung.

555 Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ *BVerfGE* 83, S. 238, S. 315; kritisch dazu etwa *BK-Degenhart* Art. 5 I u. II, Rn. 643; zur Verteidigung der Rundfunkfreiheit als Funktionsgrundrecht *Gersdorf* 2003, Rn. 67 f.

556 Nach *BVerfG* 73, S. 118 (158) ist die Ausgestaltung der Rundfunkordnung insofern der gesetzgeberischen Entscheidung übertragen. Andere (v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 5 I, II, Rn. 114) sehen die Zulassung des privaten Rundfunks als verfassungsrechtlich aus der Rundfunkfreiheit geboten und die Aufrechterhaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als rechtfertigungsbedürftig an.

557 *BVerfGE* 57, S. 295 ff. (320) – 3. Rundfunkentscheidung; *Hesse* 1999, S. 61; *Brugger* 1991, S. 19 f.; kritisch dazu *BK-Degenhart* Art. 5 I, II, Rn. 643 f.

558 *BVerfGE* 12, S. 205 ff. (143) – 1. Rundfunkurteil; *BK-Degenhart* Art. 5 I, II, Rn. 762; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 5 I, II, Rn. 112.

Rechts im verwaltungsrechtlichen Sinn seien Teil der mittelbaren Staatsverwaltung, die Träger staatlicher Aufgaben sei, ist daran zu erinnern, daß dies zwar für die rechtlich unselbständigen Anstalten zutrifft, daß die Rechtsfähigkeit und das mit ihr verbundene Selbstverwaltungsrecht die Möglichkeit begründen, daß eine Anstalt zwar öffentliche, nicht aber im engeren Sinne staatliche Aufgaben wahrnimmt. Staatliche Aufgaben waren nach der oben getroffenen Bestimmung solche Aufgaben, die notwendig der Staat übernehmen muß oder die er übernommen hat und ohne Verstoß gegen das GG übernehmen durfte. Öffentliche als diejenigen Aufgaben, zu deren Erfüllung der Aufgabenträger öffentlich-rechtlich verpflichtet ist, umfassen zwar die staatlichen Aufgaben, erschöpfen sich aber nicht in ihnen. Vielmehr besteht außerhalb der staatlichen ein Bereich von öffentlichen Aufgaben, auf die der Staat zugreifen kann. Solange er dies jedoch nicht getan hat oder ihm der Zugriff verwehrt ist, stellen sie keine öffentlichen Aufgaben dar, obwohl sie Selbstverwaltung und damit Verwaltungsaufgaben sein können. Diese Unterscheidung hat das BVerfG gerade auch für die Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks seit dem 1. Rundfunkurteil fruchtbar gemacht.<sup>559</sup> Rundfunk stellt danach einerseits im Interesse der öffentlichen Meinung insofern eine öffentliche Aufgabe dar,<sup>560</sup> als durch die öffentlich-rechtliche Form die Vielfalt der Meinungen in der Programmgestaltung sichergestellt wird<sup>561</sup> und die Veranstaltung von Rundfunk damit möglicherweise verzerrenden Tendenzen durch die Entstehung von Marktmacht entzogen wird: Rundfunk als wichtiger Faktor der Ausbildung der öffentlichen Meinung soll die Vielfalt der gesellschaftlichen Kräfte widerspiegeln, aber wie ein Spiegel sich nicht mit dem Gespiegelten verändern darf, ohne zu einem Zerrspiegel zu werden, nicht dem Wirken dieser Kräfte ausgesetzt sein.<sup>562</sup> Hierin liegt die besondere Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gerade auch neben privatrechtlichen Veranstaltern von Radio und Fernsehen. Die Rückbindung an die grundrechtliche Freiheit verbietet es auf der anderen Seite, diese Aufgabe als eine mögliche staatliche anzusehen (Grundsatz der Staatsfreiheit).<sup>563</sup>

Für die Erfüllung dieser Aufgabe liegt es jedenfalls nahe, daß die Rechtsform der juristischen Person des öffentlichen Rechts gewählt wird. Die rechtliche Selbständigkeit bietet den Anknüpfungspunkt für die Zurechnung von Rechtspositionen, die auch inhaltlich die Staatsdistanziertheit zum Ausdruck bringen.<sup>564</sup> Ihre Funktion für die organisatorische Absicherung der Realisierung der Grundrechte begründen ihre Grundrechtsfähigkeit gegenüber dem Staat.<sup>565</sup> Sie ist allerdings beschränkt auf das Grundrecht der Rundfunkfreiheit, in deren Dienst die

559 E 12, S. 205 ff. (234 f.).

560 Hierzu auch *Bumke* 1995, S. 56 ff.

561 *BVerfGE* 73, S. 118 ff. (155) – 4. Rundfunkentscheidung; *Brugger* 1991, S. 39 f.

562 Das BVerfG hat in diesem Zusammenhang auf die demokratische Komponente von Art. 5 I S. 2 GG hingewiesen und auch die Verantwortung des Rundfunks für das kulturelle Leben hingewiesen, *BVerfGE* 73, S. 118 ff. (158 ff.) – 4. Rundfunkentscheidung.

563 *BVerfGE* 31, S. 314 ff. (329) – 2. Rundfunkentscheidung. *BK-Degenhart* Art. 5 I, II, Rn. 54; *Hartstein/Ring/Dörr/Stettner* 2003, vor § 11 Rn. 7; *Gersdorf* 2003, Rn. 131 f.

564 vgl. oben A und zu den Rundfunkanstalten auch *Kauffmann* 1997, S. 44.

565 *BVerfGE* 57, S. 295 ff. (320) – 3. Rundfunkentscheidung; diese Grundrechtsfähigkeit dient dem Schutz ihrer Neutralität, *Hesse* 1999, S. 143; *BK-Degenhart* Art. 5 I, II, Rn. 728.

Rundfunkanstalten errichtet wurden.<sup>566</sup> Aus dieser zugleich im öffentlichen Interesse bestehenden Funktion geht das Selbstverwaltungsrecht der Rundfunkanstalten hervor.<sup>567</sup> Es sichert den Rundfunkanstalten Programmautonomie unter Einfluß der für die Vorbereitung und Verwertung der Sendungen erforderlichen Handlungen, Selbständigkeit in gewissen programmbegleitenden Tätigkeiten, Organisations- und Personalautonomie sowie die zur Durchführung ihrer Aufgabe erforderliche Satzungs- und Haushaltsautonomie.<sup>568</sup>

Ist es das Ziel des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, mit der Ausstrahlung von Programmen auf die öffentliche Meinung in einer Form Einfluß zu nehmen, die der Vielfalt der gesellschaftlichen Gruppen Rechnung trägt, so muß diesen Gruppen auf die Programmgestaltung zwar Einfluß gewährt werden.<sup>569</sup> Da aber keine Rückwirkung auf diese gesellschaftlichen Gruppen intendiert ist, müssen sie dazu nicht Mitglieder dieser Organisation werden. Mithin liegt es nahe, diejenige Form unter den juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu wählen, die zwar einen maßgeblichen äußeren Einfluß auf die Organisationsgestaltung, ihre Tätigkeit und die Zusammensetzung ihrer Organe erlaubt, diesen Einfluß aber nicht als Kompensation für die besonderen, aus dem Mitgliedschaftsstatus folgenden Pflichten vorsieht. Das ist aber die Anstalt des öffentlichen Rechts. Ihr Kennzeichen ist nicht eine mittelbare Staatsverwaltung im Sinne einer starken staatlichen Einflußnahme. Die Besonderheit der Anstalt lag, wie gerade gezeigt wurde, darin, daß sie ganz allgemein einen externen Träger besitzt und nicht die Mitglieder selbst maßgeblichen Einfluß auf ihre Entscheidungen üben. Deutlicher allerdings bei den aus eher technisch-pragmatischen Gründen verselbständigten instrumentellen Anstalten ist bei den Rundfunkanstalten ihre verfassungsrechtliche Funktion prägend für die Binnenstruktur. Sollen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Vielfalt der gesellschaftlichen Gruppen bei der Veranstaltung von Rundfunk widerspiegeln und sichern, so ergeben sich Pluralismus und Ausgewogenheit als die maßgeblichen Anforderungen an ihre Binnenstruktur.<sup>570</sup> Entsprechend ist das zentrale Lenkungsorgan der Rundfunkanstalten der Rundfunkrat. Ihm kommen in den Bereichen der Programmgestaltung, des Personal- und des Haushaltswesens Kurations-, Überwachungs- und Beratungsbefugnisse zu. So wählt der Rundfunkrat den Intendanten und den für die finanziellen und technischen Fragen zuständigen Verwaltungsrat. Er überwacht die Programmgestaltung, die der Intendant ihm gegenüber zu verant-

566 BK-Degenhart Art. 5 I, II, Rn. 765; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5 I, II, Rn. 122.

567 „Selbstverwaltung“ kann hier nicht im Sinne der oben erwähnten mitgliederschafflich-partizipativen Struktur, auch nicht im Sinne einer Betroffenenverwaltung verstanden werden (vgl. auch *Bumke* 1995, S. 52 f.), sondern im Sinne der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung der Anstalt. Vor dem Hintergrund eines engen, an die Organisationsform der Körperschaft gebundenen Verständnisses erscheint es daher konsequent, eine Selbstverwaltung der Rundfunkanstalten abzulehnen, so ausdrücklich *Scheuner* 1952, S. 612. – *Kluth* (1997, S. 81) schließt die Rundfunkanstalten ebenfalls aus dem Bereich der funktionalen Selbstverwaltung aus. Er begründet dies damit, daß die Rundfunkanstalten derartig umfassend grundrechtlich fundiert seien, daß die Rundfunkanstalten nicht zur öffentlichen Verwaltung gerechnet werden könnten. Dabei wird jedoch die zuvor ausgeführte öffentliche Funktion der Rundfunkanstalten vernachlässigt.

568 *Hartstein/Ring/Dörr/Stettner* 2003, vor § 11 Rn. 13 ff.

569 v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5 I, II, Rn. 124.

570 *BVerfGE* 73, S. 118 ff. (170) – 4. Rundfunkentscheidung, vgl. auch *Hesse* 1999, S. 147; BK-Degenhart Art. 5 I, II, Rn. 768 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5 I, II, Rn. 132.

worten hat. Dieser besitzt jedoch aufgrund der Programmgestaltung, der Organisationsgewalt und der Personalauswahl und Weisungsfunktion eine starke Stellung bei der Leitung der Anstalt.<sup>571</sup> Die Mitglieder des Rundfunkrates – und hierin liegt nun der zentrale Unterschied zur Körperschaft des öffentlichen Rechts – werden nach den Landesrundfunkgesetzen zumeist durch die gesellschaftlich relevanten Gruppen, die hierzu berechtigt sind, entsandt.<sup>572</sup> Nur beim ZDF werden sie auf ihren Vorschlag durch die Ministerpräsidenten bestimmt. In jedem Fall erfolgt die Rekrutierung der Mitglieder des Rundfunkrates nicht organisationsintern durch Wahlen, sondern extern durch Entsendung. Die Legitimation dieses Anstaltsorgans ist mithin nicht autonom durch die Mitglieder geprägt, sondern aufgrund der Repräsentation der gesellschaftlichen Gruppen.<sup>573</sup> Daran ändert es auch nichts, daß die Mitglieder der Rundfunkräte keine Interessenvertreter der sie entsendenden gesellschaftlichen Gruppen sind, sondern ihre Repräsentanten, die bei ihrem Verhalten nur ihrem Gewissen, nicht aber den Weisungen dieser Gruppen unterworfen sind. Die Zusammensetzung dieses Hauptorgans bleibt extern bestimmt. Dies entspricht gerade auch seiner Funktion der Vielfaltssicherung durch Binnenpluralismus, der Erstellung eines repräsentativen Meinungsspektrums und dem Ziel der Offenhaltung des Meinungsbildes.<sup>574</sup> Anders als in den Hochschulgremien dient die Mitwirkung der Verbände nicht der Verwirklichung und Sicherung ihrer eigenen Grundrechte in dem Sinne, daß sie selbst Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit wären; ihre Partizipation geschieht vielmehr im Interesse der Allgemeinheit an der Offenhaltung des Meinungsbildungsprozesses.<sup>575</sup>

Dies ist, unbeschadet seiner Bezeichnung, auch nicht anders beim *Deutschlandradio*. Zwar vertraut die überwiegende Auffassung der Bezeichnung des § 1 I Staatsvertrages über die Körperschaft des öffentlichen Rechts „Deutschlandradio“,<sup>576</sup> nach der es als Körperschaft des öffentlichen Rechts bezeichnet wird, obwohl zugleich die Strukturähnlichkeit mit den Rundfunkanstalten festgestellt wird.<sup>577</sup> Dabei wird jedoch übersehen, daß das Deutschlandradio zwar aus den in der ARD zusammen-

571 Hesse 1999, S. 148 ff.

572 Hartstein/Ring/Dörr/Stettner 2003, vor § 11 Rn. 56, verstehen den Rundfunkrat als pluralistische „Vertretung der Allgemeinheit im Rundfunk“, Hesse 1999, S. 153.

573 Bei der Bestimmung der entsendungsberechtigten Gruppen und der Gewichtung ihrer Anteile besitzt der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum (*BVerfGE* 83, S. 238 ff [332 f.] – 6. Rundfunkentscheidung). Kriterien für die Repräsentanz können auch durch die Anerkennung bestimmter Gruppen in der Verfassung wie etwa der Religionsgemeinschaften (Art. 4 II, 140 i.V.m. Art. 137 WRV), der arbeitsrechtlichen Koalitionen (Art. 9 III) und auch der Parteien sein, *BK-Degenhart* Art. 5 I, II, Rn. 769.

574 Vgl. auch Brugger 1991, S. 43 f.

575 *BVerfGE* 83, S. 238 ff. (333) – 6. Rundfunkentscheidung: „Die Bildung der Aufsichtsgremien aus den vorwiegend verbandlich organisierten gesellschaftlich relevanten Gruppen hat aber nicht den Sinn, diesen die Programmgestaltung zu übertragen oder sie gar zum Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit zu machen (so aber *BVerfGE* 31, 314 [337] – abw. M.). Die gesellschaftlich zusammengesetzten Kontrollgremien sind vielmehr Sachwalter des Interesses der Allgemeinheit. Sie sollen die für die Programmgestaltung maßgeblichen Personen und Gremien darauf kontrollieren, daß alle bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte und Gruppen im Gesamtprogramm angemessen zu Wort kommen können, das Programm nicht einseitig einer Partei oder Gruppe, einer Interessengemeinschaft, einem Bekenntnis oder einer Weltanschauung dient und in der Berichterstattung die Auffassungen der betroffenen Personen, Gruppen oder Stellen angemessen und fair berücksichtigt werden“.

576 vom 17. Juni 1993, GBl. BW S. 762.

577 Vgl. etwa *Bethge* 1996, S. 458; Hesse 1999, S. 136.

geschlossenen Landesrundfunkanstalten und dem ZDF als „Mitgliedern“ besteht (§ 1 S. 2 des Staatsvertrages)<sup>578</sup> und daß es auch über (letztlich Rundfunkgebühren basierte) Beiträge dieser Anstalten finanziert wird (§ 1 II u. 29 des Staatsvertrages), daß diesen jedoch gerade nicht der für die mitgliedschaftliche Prägung der Körperschaft notwendige Einfluß auf die Besetzung der Organe der juristischen Person zukomme.<sup>579</sup> Der Hörfunkrat wählt zwar auf Vorschlag des Verwaltungsrates den Intendanten des Deutschlandradios (§ 26 I des Staatsvertrages), stellt Richtlinien für die Programmgestaltung auf und überwacht die Tätigkeit des Intendanten (§ 20 des Staatsvertrages); der Hörfunkrat wird aber selbst ähnlich den Rundfunkräten durch die gesellschaftlich relevanten Gruppen, dazu Bund und Länder bestimmt und nicht durch eine Wahl der Mitglieder (§ 21 des Staatsvertrages).<sup>580</sup> Der Verwaltungsrat schließlich wird nicht durch die Mitglieder oder den Hörfunkrat gewählt, sondern besteht aus vier Vertretern der Mitglieder der „Körperschaft Deutschlandradio“, nämlich von ARD und ZDF, und vier Mitgliedern, die vom Bund und den Ländern (1 Bund, 3 Länder) entsendet werden. Da somit auch hier den „Mitgliedern“ des Deutschlandradios kein maßgeblicher Einfluß zukommt, kann auch der Verwaltungsrat nicht als das für die Begründung der Eigenschaft als Körperschaft ausschlaggebende Organ angesehen werden.<sup>581</sup> Das Bestehen des Selbstverwaltungsrechts (§ 1 III des Staatsvertrages) und die Beschränkung auf die Rechtsaufsicht (§ 31 des Staatsvertrages) sind für die Abgrenzung ohnehin nicht von Belang. Damit ist aber externer Einfluß bestimmend auf das Hauptorgan des Deutschlandradios und kommt auch im Verwaltungsrat den Mitgliedern kein ausschlaggebender Einfluß zu. Das Deutschlandradio ist also aufgrund seiner Binnenstruktur eine Anstalt.

Ihrem Charakter als öffentlich-rechtliche Anstalten, die der organisationsrechtlichen Sicherung der Realisierung der Rundfunkfreiheit dienen, entsprechend, finanzieren sich die Rundfunkanstalten über Gebühren und nur im Falle des Deutschlandradios über gebührenbasierte Beiträge.<sup>582</sup> Hinzu kommen Werbe-

578 *Bethge* (1996, S. 458) hält das Deutschlandradio deshalb, und auf der Grundlage der Annahme ihrer Organisationsform als Körperschaft konsequent, für eine Verbandskörperschaft – allerdings mit „atypischer Organisationsstruktur“.

579 Auch das gesetzgeberische Ziel war es, ARD und ZDF in die Organisation des Deutschlandradios einzubinden, *Kauffmann* 1997, S. 40.

580 *Kauffmann* 1997, S. 50 f. u. 151 f. Der Hörfunkrat besitzt, anders als die Rundfunkräte der Landesrundfunkanstalten, kein Satzungsrecht. Dieses übt der Verwaltungsrat aus.

581 Zu diesem Ergebnis kommt auch die Monographie von *Kauffmann* (1997, S. 52): „Es kann festgestellt werden, daß signifikante Unterschiede zum herkömmlichen Anstaltsmodell nicht vorliegen“. Statt nun aber die Konsequenz zu ziehen, und das Deutschlandradio auch unter die Anstalten einzuordnen, hält *Kauffmann* an der bloßen Bezeichnung als „Körperschaft“ fest, spekuliert darüber, daß die solchermaßen anstaltlich strukturierte „Körperschaft“ keine wesentlichen Vorteile gegenüber der Anstalt bringt, fragt sich, warum der Gesetzgeber wohl diese Form gewählt hat (- ohne sie zu finden, 1997, S. 55), und resümiert schließlich, daß die gegenüber dem „reinen“ Anstaltsmodell in der Tat stärkere Einbeziehung von ARD und ZDF keine Vorteile bringt. – Diese hilflose Argumentation mag als Beleg für die Notwendigkeit einer sachlichen Abgrenzung von Körperschaft und Anstalt trotz gesetzgeberischer Fehlbezeichnungen genommen werden.

582 Aus dem Art. 5 I S. 2 folgenden „Grundsatz der funktionsgerechten Finanzierung“ ist der Staat verpflichtet, für eine hinreichende Finanzdecke zu sorgen, ohne daß eine bestimmte Form der Finanzierung gesichert wäre, *BVerfGE* 74, S. 297 ff. (342) – 5. Rundfunkentscheidung: „Entscheidend ist allein, daß die Finanzierung der Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insgesamt hinreichend gesichert ist und daß den Anstalten auf diese Weise die Finanzierung derjenigen Programme ermöglicht wird, deren Veranstaltung ihren spezifischen Funktionen nicht nur entspricht, sondern

einnahmen.<sup>583</sup> In ihrem Handeln sind sie nur einer geringen Aufsicht unterworfen, die die Einhaltung der Grenzen der ihnen gestellten Aufgabe und eine Rechtsaufsicht umfaßt. Die Funktion dieser Aufsicht ist es nicht, die verselbständigte Verwaltungseinheit an die staatliche Verwaltung anzubinden.<sup>584</sup> Darüber hinaus ist die Rechtsaufsicht subsidiär zu anstaltsinternen Kontrollmechanismen, die etwa die Programmaufsicht übernehmen.<sup>585</sup> Der grundrechtsgeprägten Organisation entsprechend, kommen als Aufsichtsmittel vor allem Informationen, nicht aber die Ersatzvornahme oder die Entsendung eines Staatskommissars in Betracht.

Insgesamt entspricht die Organisationsform des Rundfunks als Anstalt seiner gesellschaftlichen Bedeutung. Sie dient nicht nur der Grundrechtsverwirklichung, sondern berücksichtigt zugleich die Bedeutung der Institution des Rundfunks für die Bildung der öffentlichen Meinung, indem die Vielfalt der gesellschaftlichen Einflüsse auch gegenüber möglichen Asymmetrien durch die binnenpluralistische Organisationsstruktur gesichert wird. Gerade für diesen breiten externen Einfluß eignet sich die Anstalt ihrer Struktur nach besser als die Körperschaft. Das wird schließlich auch dadurch belegt, daß die Aufsicht über die privaten Rundfunkbetreiber binnenpluralistisch, aber nicht körperschaftlich in der Form von Anstalten, nämlich den Landesmedienanstalten organisiert ist,<sup>586</sup> und daß auch der deutsche Auslandsrundfunk, die Deutsche Welle, die Organisationsform einer rechtsfähigen Anstalt besitzt.<sup>587</sup>

## 5. Zusammenfassung

Die öffentlich-rechtliche Anstalt unterscheidet sich von der Körperschaft dadurch, daß sie weniger gegenüber ihrer Umwelt, insbesondere gegenüber ihrem öffentlich-rechtlichen Träger verselbständigt wurde. Sie ist, wie Breuer es formuliert, „stärker an ihr Muttergemeinwesen angebunden“.<sup>588</sup> Dies zeigt sich 1. daran, daß die Rechtsfähigkeit weniger als bei der Körperschaft zu ihren typischen Merkmalen gehört, daß sie 2. nicht mit einer die Besetzung der Leitungsorgane legitimierenden Binnenstruktur versehen ist und daß sie 3. einer intensiveren Aufsicht, die regelmäßig auch Weisungen einschließt, ausgesetzt ist. Dies alles steht im Dienste der Erbringung öffentlicher Leistungen, als ihrer primären Funktion. Sie besitzt mithin einen instrumentellen Charakter, dient ihrem Träger, und danach bestimmt sich ihre Binnenstruktur. Während die Körperschaft durch eine komplexe und

---

auch zur Wahrnehmung dieser Funktionen erforderlich ist“. Vgl. auch BK-*Degenhart* Art. 5 I, II Rn. 806; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 5 I, II, Rn. 146 f.

583 *Hesse* 1999, S. 186 f.

584 *Hesse* 1999, S. 169.

585 So ist etwa die anstaltsinterne Programmaufsicht des Intendanten durch den Rundfunk-/Fernsehrat vorrangig gegenüber einer staatlichen Aufsichtsmaßnahme, BK-*Degenhart* Art. 5 I, II, Rn. 823; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 5 I, II, Rn. 134 f.

586 *Bumke* 1995, S. 252; wenn *Degenhart* (BK-*Degenhart* Art. 5 I, II, Rn. 729 davon spricht, daß die Landesmedienanstalt in ihrer Janusköpfigkeit (*Bumke* 1995, S. 197) zwar gegenüber den Rundfunkbetreibern binnenplurale Aufsichtsinstanz, jedoch „im Verhältnis zum Staat Selbstverwaltungskörperschaft“ sei, dann beruht das wohl auf der irrtümlichen Gleichsetzung von Körperschaft des öffentlichen Rechts und Selbstverwaltung.

587 § 1 I Deutsche-Welle-Gesetz, dazu *Niepalla* 2003, § 1 Rn. 4.

588 *Breuer* 1992, S. 89.

ausdifferenzierte innere Organisation, die im Grundsatz bei allen Formen gleich ist, ein hohes Maß an Umweltkomplexität verarbeiten kann, weist die Anstalt eine große Bandbreite von Formen auf, eine differenziertere oder weniger differenzierte Ausbildung ihrer Elemente je nach dem externen Zweck, dem sie dienen soll.

## V. Zusammenfassung: Die innere, „politische“ Selbstverwaltung der Körperschaft des öffentlichen Rechts

„Politische Selbstverwaltung“ hatte *Heinrich Rosin* 1883 als „diejenige Organisation der Verwaltung“ bezeichnet, „nach welcher bei der Bildung der Behörden das genossenschaftliche Element des Staates neben dem herrschaftlichen zum Ausdruck gelangt, oder mit anderen Worten eine verfassungsmäßige Beteiligung der Staatsbürger als solcher stattfindet“.<sup>589</sup> Hier liege auch im monarchischen Staat eine Form der „Selbstgesetzgebung“ vor. Schon damals konnte zweifelhaft erscheinen, ob der Ausdruck „politische Selbstverwaltung“ angemessen sei zur Erfassung dieser zwar nicht selbst als Rechtsperson zu adressierenden genossenschaftliche Struktur, die aber gleichwohl im Rahmen einer juristischen Person rechtlich verfaßt ist.<sup>590</sup> Um den Aspekt der mitgliedschaftlichen Mitwirkung an den Körperschaftsentscheidungen festzuhalten, auf den es hier ankommen soll, wird vorliegend daher von „innerer Selbstverwaltung“ gesprochen, die sich von der „äußeren“ als der eigenverantwortlichen Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben unterscheidet. Die innere Selbstverwaltung bezeichnet danach die Rückführung der wesentlichen Körperschaftsentscheidungen, insbesondere die Rekrutierung der Organe auf Willensäußerungen der Mitglieder der Körperschaft. Hierin ist das die Körperschaft auszeichnende Moment des „Getragenseins“ durch die Mitglieder zu finden. Während also die Körperschaft des öffentlichen Rechts mit den anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wie der vorige Abschnitt gezeigt hat, die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung teilt, liegt in der inneren Selbstverwaltung das Abgrenzungskriterium zu ihnen. Dies systematisch auszuführen, war das Anliegen dieses Abschnitts. Dazu wurde die Binnenorganisation der Körperschaft einer näheren Analyse unterzogen.

Dazu war zunächst das besondere Verhältnis eines nach funktionalen oder lokalen Kriterien abgegrenzten Kreises der Staatsbürger als Mitglieder näher zu untersuchen. Ihr Status unterscheidet sich von dem der Angehörigen, deren Status dem von Benutzern einer Anstalt nahekommt, durch das Wahlrecht. Zwar besitzen nicht alle Körperschaften Angehörige, die leistungsberechtigt und lastentragungspflichtig sind; notwendig für das Bestehen einer Körperschaft ist aber die Existenz

<sup>589</sup> 1883, S. 314.

<sup>590</sup> *Rosin* selbst schreibt (1883, S. 320): „Bei dieser Sachlage wäre es nun eigentlich angemessen, die „Selbstverwaltung im politischen Sinne“ anders zu bezeichnen. Allein es ist sehr zu befürchten, daß irgendein anderer Vorschlag bei der intensiven Art, mit der sich auch die Rechtswissenschaft jenes Wort in der politischen Bedeutung angeeignet hat, ohne Wirkung bleibt und nur die Verwirrung vermehrt“. – Ein Schicksal, das vielleicht manchen neuen Systematisierungs- oder Begriffsbildungsversuch in der Rechtsdogmatik ereilt. Die ideengeschichtlichen Darstellungen des Selbstverwaltungsbegriffs von *Heffter* (1969) und *Bieback* (1976) enthalten dafür reiches Anschauungsmaterial.



von Mitgliedern in dem gerade bezeichneten Sinn. Ansonsten können die Mitglieder je nach der Aufgabenstellung der Körperschaft natürliche oder auch oder ausschließlich juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts sein. Ihr Status ist schließlich durch die Existenz bestimmter Rechte und Pflichten bezeichnet, die sie von den übrigen Staatsbürgern abheben, über die sich aber entsprechend der Vielfalt der Körperschaften wenig Einheitliches sagen läßt.

Der zweite Unterabschnitt hatte die beiden Organe der Körperschaft, die Versammlung und den Vorstand, zum Gegenstand. Hier konnte sich die These von der besonderen Ausdifferenzierung der Körperschaft bestätigen.<sup>591</sup> Im organisationstheoretischen Teil war in dieser Hinsicht angenommen worden, daß eine Organisation um so stärker differenziert ist, je mehr sie Leistungen, die andere Organisationen aus ihrer Umwelt beziehen müssen, selbst erbringen kann. Dies zeigte sich schon daran, daß die Organe die Organisationsdimensionen (rechtliche Selbständigkeit, rechtliche Binnenstruktur, Organisation-Umweltverhältnis) unter den Vorzeichen ihrer transitorischen Wahrnehmungszuständigkeiten für die Organisation wiederholen. Daß sie Befugnisse der juristischen Person als eigene wahrnehmen, bezeichnet dabei ihre formale rechtliche Gestalt, die inhaltlich ausgefüllt wird durch die Aufgaben, die sich insbesondere durch die Vorbehaltsaufgaben der jeweiligen Organe voneinander abgrenzen. Dabei kommen der Versammlung die Grundsatzaufgaben, vor allem die Satzungsbefugnis, die Kontrolle der Ausführung ihrer Beschlüsse und Rückholrechte für Aufgaben zu, die sie an andere Organe übertragen hat. Bei ihrer Binnenstruktur war insbesondere zu unterscheiden nach Mitgliederversammlungen und dem weit häufigeren Typus der Repräsentativversammlungen, ferner – die Zusammensetzung der Körperschaft selbst spiegelnd – nach homogenen oder gruppenpluralen Versammlungen. Die anspruchsvolle Konstruktion der Binnenstruktur der Körperschaft des öffentlichen Rechts zeigt sich nun aber auch darin, daß die Versammlung abermals eine differenzierte Binnenstruktur aufweist. Hier wurden als Unter- und teilweise Hilfsorgane der Vorsitzende der Versammlung, die Ausschüsse und die Fraktionen untersucht. In der Umweltdimension der Versammlung stand zunächst die Rekrutierung ihrer Mitglieder durch Wahlen der Körperschaftsmitglieder im Zentrum. Hier zeigt sich dann der besondere Legitimationsmodus der Körperschaft des öffentlichen Rechts: Die Mitglieder der Organisation selbst verschaffen den Körperschaftsorganen in den durch das staatliche Recht gesetzten Grenzen die Legitimation, die sie für ihr Handeln benötigen. Die besondere mitgliedschaftliche Prägung dieser Legitimation zeigt sich daran, daß entsprechend den Aufgaben, die die Körperschaft auch im Interesse ihrer Mitglieder zu erbringen hat, Differenzierungen im Wahlsystem möglich sind. Dies zeigt sich insbesondere im Vergleich der durch den Art. 28 I S. 2 GG geprägten Kommunalwahlen mit den von Art. 5 III GG überlagerten Wahlen zu den Hochschulgremien. Aber auch im Bereich der wirtschaftlichen Selbstverwaltung gibt es Abweichungen vom gleichen Stimmgewicht, die sich aus der Aufgabe der Körperschaft, das Gewicht der Wirtschaftszweige im Kammerbezirk angemessen zu repräsentieren, ergeben. Die zweite autonome Leistung der Versammlung, die hier hervorgehoben wurde, war

<sup>591</sup> Zu den Grundlagen des Prinzips der Ausdifferenzierung vgl. oben Erster Teil, B III 2 c cc.

die körperschaftsinterne Kontrolle, die sie über den Vorstand ausübt und der sie durch den Vorstand unterworfen ist. Gerade hierin liegt eine Möglichkeit interner Konfliktaustragung, die eine Fremdkontrolle vermeiden kann. Das zweite Organ der Körperschaft ist der Vorstand, dem Vollziehungsfunktionen und gewisse Kontrollbefugnisse in bezug auf die Versammlung zukommen, die sich vor allem auch daher rechtfertigen, daß er nicht in eine Pflichtenkollision geraten soll zwischen seiner Pflicht zur Beachtung von Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) einerseits und der Pflicht zur Vollziehung möglicherweise rechtswidriger Gemeinderatsbeschlüsse. Ferner kommt ihm, als zumeist schlagkräftiger ausgestaltetes Organ, zumeist eine Eilkompetenz zu, die allerdings je nach Körperschaft durch unterschiedliche Mitwirkungsbefugnissen anderer Organe eingeschränkt sein kann. Auch die Binnensstruktur des Vorstands weist sehr große Unterschiede zwischen den Körperschaften auf: Von eher schlichten monokratischen Strukturen über kollegiale bis hin zu kollegialen Strukturen, deren Vorsitz wiederum ausdifferenziert ist, lassen sich diese Formen kaum auf einen gemeinsamen Nenner bringen. Entscheidend für die Struktur der Körperschaft ist aber auch hier, daß er seine autonom begründete Legitimation letztlich auf die Mitglieder stützt, auch wenn diese ihn nicht immer selbst wählen, sondern hierfür zumeist die Versammlung als Kurationsorgan zuständig ist.

Hiermit ist nun auch ein klares Abgrenzungskriterium zur Unterscheidung von Körperschaften und Anstalten gefunden. Dabei muß vorliegend nicht darauf eingegangen werden, welche Unterformen von Anstalten ggf. noch bestehen und wie sie sich von öffentlichen Einrichtungen oder anderen verselbständigten Verwaltungseinheiten abgrenzen. Entscheidend ist, daß bestimmte als „Körperschaften“ titulierte Anstalten wie die Bundesanstalt für Arbeit,<sup>592</sup> die Versorgungswerke der Kammern, die Arbeitskammer des Saarlands und das Deutschlandradio keine Körperschaften darstellen, weil ihre Organe nicht durch die Mitglieder der Körperschaft rekrutiert werden. Als weiterer Unterschied fiel auf, daß die Anstalten, da sie über einen externen Träger verfügen, auch sachlich und legitimatorisch eine wesentlich größere Umweltabhängigkeit besitzen.<sup>593</sup>

Nachdem somit die Spezifika der Körperschaft aufgrund ihrer mitgliedschaftlichen Binnenstruktur dargestellt wurden, ist im abschließenden Abschnitt dieses zweiten Teils einigen Aspekten des Verhältnisses der Körperschaft zu ihrer Umwelt nachzugehen.

---

592 Die gemäß § 367 S. 1 SGB III als „rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts“ bezeichnet wird.  
 593 Dies zeigt sich auch daran, daß das wesentliche Motiv für Körperschaften und die Staatsverwaltung zur Errichtung von Anstalten ihre Entlastung durch Aufgabenverlagerung auf einen verselbständigten Verwaltungsträger ist, *Maurer* 2002, § 23, Rn. 50.

## D. DIE KÖRPERSCHAFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS UND IHRE UMWELT

War es die Aufgabe des zweiten Abschnitts, die selbständige Rechtsgestalt der Körperschaft und die hieraus resultierenden Potentiale zu entwickeln, und des dritten, ihre Binnenstruktur als Grundlage der Realisierung dieser Potentiale aufgrund einer hochgradig ausdifferenzierten Problemverarbeitungsstruktur zu erweisen, so ist im vorliegenden Abschnitt noch auf das Verhältnis der Körperschaft zu den Rechtssubjekten ihrer gesellschaftlichen und staatlichen Umwelt einzugehen.<sup>1</sup> Dabei trifft die rechtlich verselbständigte Körperschaft auf andere Rechtssubjekte, die ihr Handeln prägen: auf die Grundrechtsträger, deren Einbeziehung in den Herrschaftsbereich der Organisation nach einer Rechtfertigung verlangt, und auf den ihr selbständiges Handeln rechtlich kontrollierenden Staat.

Gemäß den oben angeführten organisationstheoretischen Erkenntnissen ist das Verhältnis der Körperschaft zu ihrer Umwelt geprägt von den personellen und finanziellen Ressourcen, die sie aus ihrer Umwelt bezieht. Aufgrund dieser Ressourcen und gemäß ihrer inneren Struktur erstellt sie Leistungen für ihre Umwelt, die im Kontext des New Public Management auch als Produkte bezeichnet werden. Das bedeutet nicht *eo ipso* die durch dieses Modell geforderte Output-Perspektive. Vielmehr wird die Produkterstellung wesentlich gesteuert von den Aufgaben der Körperschaft und von ihren Befugnissen. In der Steuerung der Körperschaft durch die Rechtsaufsicht, die Weisungen im Bereich der Auftragsverwaltung und weitere Kontrollmechanismen wie Genehmigungen etc. wird gewährleistet, daß die Verselbständigung der Körperschaft nicht eine Herauslösung der Organisation aus dem Makrosystem der öffentlichen Verwaltung bedeutet, sondern eine zwar organisatorische Ausdifferenzierung, die jedoch eingebunden bleibt in das Ganze der Funktionseinheit der öffentlichen Verwaltung.

Ihrem Status als juristische Person des öffentlichen Rechts mit dem Recht zur Selbstverwaltung entsprechend, steht die Körperschaft des öffentlichen Rechts in einer sowohl im Vergleich zu privaten Verbänden als auch zur unmittelbaren Staatsverwaltung besonders komplexen Umwelt. Gegenüber ihrer gesellschaftlichen Umwelt muß sie sich dafür rechtfertigen, daß sie bestimmte Aufgaben nicht dem freien Spiel der Kräfte des Marktes überläßt und Gruppen von Bürgern in Verfolgung dieser Aufgaben besondere Pflichten auferlegt. Rechtfertigungsbedürftig ist insbesondere, daß der einzelne diese Pflichten nicht freiwillig eingeht, sondern im Wege der Zwangsmitgliedschaft zur Mitwirkung herangezogen wird. Gegenüber dem Staat und seiner Verwaltung muß sie ihre Selbständigkeit behaupten und Eingriffe in ihre Autonomie zurückweisen.

---

<sup>1</sup> Es mag sinnvoll erscheinen, daran zu erinnern, daß der Staat der Körperschaft des öffentlichen Rechts entsprechend ihrer organisatorischen Verselbständigung als juristische Person mit der Befugnis zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung eigener Angelegenheiten und der mitentscheidenden Partizipation ihrer Mitglieder sowie, ungeachtet der funktionalen Einheit, als Teil der Verwaltung als Umwelt entgegentritt.

Zur Veranschaulichung dieses Verhältnisses konzentrieren wir uns im Folgenden auf zwei Aspekte: die Rekrutierung der Mitglieder der Körperschaft aus ihrer Umwelt und die Staatsaufsicht, und erwähnen weitere Gesichtspunkte nur beiläufig.

## I. Befugnisse der Körperschaften des öffentlichen Rechts zu ihrer Aufgabenerledigung

Körperschaften des öffentlichen Rechts haben in der Regel hoheitliche Befugnisse,<sup>2</sup> sind Behörden und können daher Verwaltungsakte erlassen.<sup>3</sup> Daneben können sich die Körperschaften der üblichen verwaltungsrechtlichen Handlungsformen bedienen.<sup>4</sup> Sie können begünstigende und belastende Verwaltungsakte erlassen,<sup>5</sup> öffentlich-rechtliche Verträge abschließen,<sup>6</sup> schlicht hoheitlich handeln<sup>7</sup> und sich privatrechtlicher Handlungsformen bedienen. Nicht abschließend geklärt ist die Frage, inwieweit sie sich erwerbswirtschaftlich betätigen dürfen.

Neben formalem Verwaltungshandeln kommt hier aber insbesondere informales Verwaltungshandeln in Betracht. Hinzuweisen ist hier auch auf die erwerbswirtschaftliche Betätigung von Körperschaften, insbesondere der Gemeinden.<sup>8</sup> Wichtiges Handlungsinstrument sind daneben auch kooperative Handlungsformen, wie etwa bei der sogenannten gemeinsamen Selbstverwaltung der Krankenkassen und kassenärztlichen Vereinigungen.<sup>9</sup>

### 1. Hoheitliche Befugnisse

Zu den hoheitlichen Befugnissen der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung gehören insbesondere die Begründung und Feststellung der Mitgliedschaft, die Festsetzung der Beiträge sowie, bei den entsprechenden Kammern, Maßnahmen der Berufs- und Wirtschaftsaufsicht als Eingriffsbefugnisse und im Bereich der Sozialversicherung die öffentlich-rechtliche Leistungserbringung.<sup>10</sup> Bei den Kammern ist etwa auch an die Bestellung von Sachverständigen und die Ausstellung von Urkunden zu denken.<sup>11</sup>

Wichtiges hoheitliches Mittel der Körperschaft zu ihrer Finanzierung ist die Erhebung von Beiträgen. Da die Beitragserhebung in ihrer Höhe durch den potentiellen und individualisierbaren Vorteil der Leistung für das Körperschaftsmitglied

2 Eine Ausnahme war oben (B V 1) mit dem Bayerischen Roten Kreuz vorgestellt worden.

3 Für die Kammern etwa: *Tettinger* 1997, S. 209 f.

4 *Emde* 1991, S. 212 ff.

5 *Tettinger* 1997, S. 203 f.

6 *Tettinger* 1997, S. 209.

7 Etwa Gutachten erstellen, *Tettinger* 1997, S. 209 f.

8 Eine Erörterung derselben würde hier zu weit führen. Vgl. zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden, *Knemeyer/Kempen* 2000, Rn. 1 ff.; *Gern* 2003, Rn. 718 ff.; *Schmidt-Aßmann* 2005, Rn. 118 f.; zur wirtschaftlichen Betätigung der Kammern, *Hösch* 2000, S. 393 ff.

9 *Schmidt-Aßmann* 2001, S. 86.

10 *Kluth* 1997, S. 258 f.

11 *Huber* 1953, S. 219.

beschränkt ist,<sup>12</sup> kommt sie zur Finanzierung von staatlichen Auftragsangelegenheiten nicht in Betracht. „Beiträge sind Gegenleistungen für Vorteile, die das Mitglied aus der Kammerzugehörigkeit oder einer besonderen Tätigkeit der Kammer zieht oder ziehen kann.“<sup>13</sup> In der Höhe sind sie durch das Äquivalenzprinzip gebunden sowie durch Art. 3 I zur Herstellung von Beitragsgerechtigkeit der Beitragspflichtigen untereinander verpflichtet.<sup>14</sup> Maßstab der Beitragshöhe ist danach der mögliche Vorteil, nicht die Höhe des Einkommens oder des Umsatzes.<sup>15</sup> Bei den IHKn genügt aber der allgemeine Nutzen, der sich aus der Wahrnehmung ihrer Kammeraufgaben ergibt.<sup>16</sup>

## 2. Exkurs: Die Akademien der Wissenschaften

Die Ausstattung mit hoheitlichen Befugnissen ist ein typisches Kennzeichen von Körperschaften des öffentlichen Rechts, aber keine notwendige Bedingung. Neben den oben (B VI) genannten „formellen Körperschaften“ besitzen etwa auch die acht Akademien der Wissenschaften in Deutschland keine hoheitlichen Befugnisse.<sup>17</sup> Gleichwohl kann bei der Göttinger, der Düsseldorfer, der Heidelberger, der Mainzer und der Münchner Akademie der Wissenschaften an der Körperschaftsstruktur kein Zweifel bestehen.<sup>18</sup> Das ergibt sich nicht nur aus der jeweiligen gesetzlichen Bezeichnung. Auch in der Sache müssen sie als solche angesehen werden: Die Akademien der Wissenschaften sind sämtlich durch staatlichen Hoheitsakt<sup>19</sup> errichtet worden.<sup>20</sup> Zu ihren Aufgaben gehört die Wissenschaftsförderung durch Betreuung wissenschaftlicher Vorhaben, wissenschaftliche Kommunikation, eigene Forschung und Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses.<sup>21</sup> Hinzu tritt eine breite Beratungs- und Begutachtungstätigkeit.<sup>22</sup> Sie haben eine mitgliederschaftliche Binnenstruktur, im Rahmen derer die weiteren Organe durch die Mitgliederversammlungen<sup>23</sup> gewählt werden. Eine Besonderheit ist die Selbstrekrutierung der Mitglieder durch die Mitgliederversammlungen, die ein besonders hohes Maß an

12 *Kirchhof* 1990, § 88 Rn. 219.

13 *BVerwG NJW* 1999, S. 2292 ff. (2295).

14 *BVerwG* ebd.

15 *Dettmeyer* 1999, S. 3369, der die Beiträge für die Ärztekammern angesichts der damit finanzierten Standesaufsicht, die nicht im Interesse der Mitglieder liege, nicht für Beiträge im Sinne des Verwaltungsrechts hält.

16 *Jahn* 2000, S. 132.

17 Vgl. zu diesen näher *Meusel* 1990, S. 1 ff.

18 Eine Ausnahme ist die Leopoldina, die als eingetragener Verein konstituiert ist, vgl. § 1 der Satzung der Leopoldina v. 8.12.1998, abgedr. bei *Meusel* 1999, S. 623 f.; *Holl* 1996, S. 1342. Eine Notwendigkeit zur Errichtung als Körperschaft des öffentlichen Rechts besteht nicht, *Holl* a.a.O., S. 1343.

19 Zuletzt die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften durch Staatsvertrag vom 21.05.1992 zwischen den beiden beteiligten Ländern. Zu den anderen Rechtsgrundlagen vgl. die Übersicht von *Holl* 1996, S. 1343, Fn. 16.

20 Zu ihrer Geschichte etwa *Meusel* 1999, Rn. 58 ff. u. 118 ff.; *ders.* 1990, S. 2 f.; *Holl* 1996, S. 1339 f.

21 vgl. etwa Art. 2 des Staatsvertrages über die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften vom 21.05.1992 oder § 1 II der Satzung der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. Zu weiteren Aufgaben *Meusel* 1999, Rn. 118; *ders.* 1990, S. 4 f.; *Holl* 1996, S. 1352 f.

22 *Holl* 1996, S. 1353. Auch ist die nationale und internationale wissenschaftliche Kooperation zu berücksichtigen.

23 Auch „Plenum“, „Gesamtakademie“, „Vollversammlung“ oder „Versammlung“ genannt.

Selbständigkeit zum Ausdruck bringt.<sup>24</sup> Sie bedeutet keinen Eingriff in die Rechte des Gewählten, sondern stellt eine besondere Ehre dar.<sup>25</sup> Ihre Finanzierung setzt sich aus Erträgen des eigenen Vermögens, staatlichen Finanzaufweisungen und weiteren Finanzquellen zusammen.<sup>26</sup> Diese Unabhängigkeit zeigt sich auch in der Beschränkung der Aufsicht auf die Rechtsaufsicht.<sup>27</sup>

### 3. Rechtsetzungsbefugnisse

Ist ein wesentliches Motiv zur Errichtung von Körperschaften des öffentlichen Rechts die Erledigung öffentlicher Aufgaben durch eine nicht bürokratisch strukturierte Verwaltungsorganisation, dann müssen ihr auch die entsprechenden Rechtsetzungsbefugnisse an die Hand gegeben werden, um diese Aufgaben strukturieren zu können. Im Zentrum steht deshalb das Instrument der Satzung. Durch sie regelt die Körperschaft des öffentlichen Rechts Selbstverwaltungsangelegenheiten allgemeinverbindlich durch zumeist generell-abstrakte Regelungen.<sup>28</sup>

In bezug auf die Adressaten formuliert das BVerfG enger: „Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden.“<sup>29</sup> Satzungen unterscheiden sich danach von Rechtsverordnungen in bezug auf die Normadressaten durch einen engeren personellen Geltungsbereich: Die Rechtsverordnung betrifft potentiell alle Bürger, die Satzung danach grundsätzlich die Mitglieder der Körperschaft.

Üben die Körperschaften des öffentlichen Rechts damit aber öffentliche Gewalt aus, sind sie zugleich an die Grundrechte gebunden (Art. 1 III GG) und begrenzt durch das Erfordernis grundsätzlich parlamentsgesetzlicher Einschränkung der Grundrechte. Die Verfassungsmäßigkeit der körperschaftseigenen Rechtsetzungsmacht ist vor dem Hintergrund dieser beiden Gesichtspunkte einzuordnen, dem Streben nach Flexibilität, Sachnähe und Einfluß der Betroffenen auf die Sachregelungen und zugleich ihrem Schutz durch das für alle Staatsbürger geltende Parlamentsgesetz.<sup>30</sup> Alle statusbegründenden Rechtsnormen sind daher der Rechtsetzung durch die Körperschaft entzogen.<sup>31</sup> – Die Einzelheiten hatten wir bereits oben (B III 2 a) im Zusammenhang mit dem Umfang der Selbstverwaltungsrechte diskutiert. Hier ist daran zu erinnern, daß die Grenzen der Satzungsautonomie bei den Körperschaften

24 Die Kooptation ist hier unproblematisch, da sie sich auf die Mitglieder selbst und nicht auf die ausführenden Organe bezieht. Zur Selbstverwaltung vgl. *Meusel* 1999, Rn. 244 ff.; *Holl* 1996, S. 1344 f.

25 *Holl* 1996, S. 1348. Im übrigen wird auch bei den Akademien in der Sache zwischen Angehörigen ohne Stimmrecht („korrespondierende Mitglieder“) und Mitgliedern („ordentliche Mitglieder“) unterschieden.

26 *Meusel* 1999, Rn. 120; *ders.* 1990, S. 8.

27 *Meusel* 1999, Rn. 101 u. 315 ff. Daran ändern auch die Bestätigungs- und Genehmigungsvorbehalte etwa in Haushaltsfragen nichts.

28 *Schmidt-Aßmann* 2005, Rn. 94: Die Generalität und Abstraktheit der Satzung ist ein zwar typisch nicht jedoch durchgängig vorkommendes Merkmal der Satzung, vgl. auch *Schmidt-Aßmann* 1981, S. 4.

29 *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (156) – Facharzt; 10, S. 20 ff. (49 f.) – Preußischer Kulturbesitz.

30 *Kluth* 1997, S. 493 ff.

31 *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (162 f.) – Facharzt.

grundsätzlich weiter zu ziehen sind als bei den Anstalten. Der Grund tritt nach der Analyse der Binnenstruktur deutlicher hervor. Ist bei den Anstalten die Lockerung der demokratischen Legitimation, die mit der Einräumung von Satzungsautonomie verbunden ist, durch die eher pragmatischen Gründe der Entlastung des Gesetzgebers, der Möglichkeit sachnaher Regelungen etc. gerechtfertigt, tritt bei den Körperschaften die Mitwirkung von Betroffenen an sie besonders betreffenden Entscheidungen und die dadurch bewirkte Verringerung der Distanz zwischen Normsetzer und Normadressaten.<sup>32</sup> Diese Wirkung wird aber nur in bezug auf die Mitglieder, nicht auf die Angehörigen oder Außenstehende erreicht. Ihnen gegenüber kann die Lockerung vom demokratischen Legitimationszusammenhang nur aus denselben Gründen wie bei der Anstalt gerechtfertigt werden. Die Grenzen der Autonomie sind insofern also enger als bei mitgliederbetreffenden Entscheidungen bzw. bedürfen einer engeren sachlichen Legitimation.

Keine typische Handlungsform der Selbstverwaltungsträger und entsprechend auch nicht von der Selbstverwaltungsgarantie getragen, jedoch eine mögliche ist der Erlaß von Rechtsverordnungen. Sie werden von Körperschaften in typischerweise Auftragsangelegenheiten erlassen.<sup>33</sup> Unter den Voraussetzungen von Art. 80 I S. 2 GG und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften kommt eine Delegation der Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen auch an juristische Personen des öffentlichen Rechts in Betracht.<sup>34</sup> Sie betrifft sachlich insbesondere die Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis.

#### 4. Erlaß von Richtlinien

Neben der Interessenvertretung ist eine wesentliche Funktion der Kammern der wirtschaftlichen und freiberuflichen Selbstverwaltung ist von Forsthoff als „Disziplinierung von Sozialbereichen“ bezeichnet worden.<sup>35</sup> Grundanliegen, diese Funktion in Gestalt von Körperschaften des öffentlichen Rechts zu organisieren ist es aber – dies zeigen die Bestrebungen insbesondere der Ärzte nach ihrer Verkammerung im 19. Jahrhundert –, daß dies als *Selbstdisziplinierung* erfolgt. Die professionellen Mitglieder der Kammern sind so in der Lage, ihre Standards festzuschreiben und gegenüber Abweichungen durchzusetzen. Die angemessene Rechtsform dafür ist die Satzung. Bei den Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern ergehen sie jedoch als Richtlinien.<sup>36</sup> Im Bereich der berufsständischen Kammern ist besonders der Erlaß von Richtlinien von Bedeutung. Als solche sind diese nach dem BVerfG keine Rechtsvorschriften, sondern Erkenntnisquellen für die Standards der Berufsgenossen.<sup>37</sup>

32 Papenfuß 1991, S. 26 f.

33 Maurer 2004, § 4 Rn. 24; möglich sind hier aber auch Rechtsverordnungen. Hierbei kann dann der Gesetzgeber der Rechtsetzung der Körperschaft engere Vorgaben machen, Schmidt-Aßmann 2005, Rn. 95.

34 Ossenbühl 1988, § 66 Rn. 6; Schmidt-Aßmann 2005, Rn. 102; ders. 1981, S. 25 ff.

35 Forsthoff 1973, S. 476 f.

36 Vgl. etwa § 7 IV 4 BNotO, § 67 II S. 1 BNotO, § 78 I Nr. 6 BNotO; § 89 II Nr. 5 BRAO, § 177 II Nr. 2 BRAO. Ossenbühl 1988, § 66 Rn. 9; Brohm 1983, S. 802. Kleine-Cosack 1986, S. 65 ff. Papenfuß 1991, S. 34 u. 51.

37 BVerfGE 66, S. 337 ff. (356); Tettinger 1997, S. 192.

Problematisch sind auch die Richtlinien der Bundesausschüsse der gesetzlichen Krankenkassen und der kassenärztlichen Vereinigungen nach § 91 SGB V.<sup>38</sup> Waren sie zunächst noch als Erfahrungssätze einzuordnen, „die unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse generalisierende Aussagen über die Effektivität und Effizienz einzelner Untersuchungs- und Behandlungsmethoden treffen“<sup>39</sup> und als Standards den Ärzten, ist durch § 91 VIII SGB V inzwischen klargestellt, daß ihnen Rechtsqualität zukommen soll.<sup>40</sup> Sie werden wirksam, wenn sie nach Vorlage an den Bundesminister für Gesundheit von diesem nicht innerhalb der vorgesehenen Frist beanstandet werden (§ 94 SGB V). Das Beanstandungsrecht ist nicht durch Selbstverwaltungsrechte der Bundesausschüsse begrenzt, da sie keine besitzen, und erstreckt sich insbesondere auch auf eine eingehende Wirtschaftlichkeitsprüfung.<sup>41</sup> Die Richtlinien sind Bestandteil der Bundesmantelverträge und sollen wie diese Rechtsnormqualität haben.<sup>42</sup> Mangels Selbstverwaltungsrecht der Bundesausschüsse (s. o.) können diese nach § 92 SGB V zu erlassenden Richtlinien keine Satzungen sein.<sup>43</sup> Mangels organisatorischer und förmlicher Voraussetzungen können sie auch nicht als Rechtsverordnungen eingestuft werden. Da sich die Richtlinien gegenüber den Patienten, die in den Bundesausschüssen nicht vertreten sind, nicht auf eine autonome Legitimation berufen können,<sup>44</sup> scheidet auch die Einordnung als wie auch immer zu qualifizierende eigentümliche Rechtsquelle mit Wirkung ihnen gegenüber aus.<sup>45</sup> Legitimiert wären diese Richtlinien, wenn sie nicht selbst allgemeine Rechtsfolgen zeitigten, sondern nur den relativ engen gesetzlichen Rahmen interpretierten und konkretisierten.<sup>46</sup>

## 5. Schlichthoheitliches Verwaltungshandeln

Die Kammern erbringen eine Reihe von Leistungen für ihre Mitglieder, für Bürger und für die staatliche Verwaltung im Wege informalen Verwaltungshandelns. Hierzu gehört im Bereich der Interessenvertretung etwa die Mittel der Öffentlichkeitsarbeit wie die Herausgabe von Stellungnahmen und der Kammerzeitschriften.<sup>47</sup>

38 Vgl. hierzu auch *Ossenbühl* 1988, § 66 Rn. 11.

39 *KK-Hess* SGB V, § 92 Rn. 4.

40 *Tempel-Kromminga* 1994, S. 116: Satzungsrecht.

41 *KK-Hess* SGB V, § 94, Rn. 4. Außerdem besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit einer Ersatzvornahme.

42 Näher *Tempel-Kromminga* 1994, S. 48 ff.

43 *Schmidt-Aßmann* 2001, S. 92.

44 Selbst ein Anhörungsrecht ist nur für die Leistungserbringer vorgesehen (§ 92 V, VII, VIIa SGB V).

45 *Schmidt-Aßmann* 2001, S. 93.

46 So *KK-Hess*, SGB V § 92 Rn.4. Das hat das BVerfG insbesondere bei der „Festbetragsfestsetzung“ anerkannt: „Der Gesetzgeber hat das dabei einzuhaltende Verwaltungsverfahren in einer verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Weise in seinen Grundzügen festgelegt. Die für das Verhalten der Versicherten und der Ärzte bedeutsamen Regelungen hat er selbst getroffen. Bei der Festbetragsfestsetzung für Arzneimittel hat er angesichts der Schwierigkeiten, die im Zuge dieser neuartigen Aufgabe nicht zuletzt infolge des Widerstands der betroffenen Anhörungsberechtigten zu erwarten waren, mit dem Eintrittsrecht des zuständigen Bundesministers nach § 35 VI i.V. mit § 213 III 1 SGB V auch sichergestellt, dass die Normkonkretisierung ersatzweise durch die Exekutive in Gestalt des die Aufsicht führenden Ministers (§ 214 i.V. mit §§ 212, 213 SGB V) durchgesetzt werden kann“.

47 *Tettinger* 1997, S. 159 ff.; *Kleine-Cosack* 1986, S. 155 ff.; *Kluth* 1986, S. 716 ff. – Die immer wieder kontrovers diskutierte Frage der Kammerzeitschriften und sonstigen Publikationen (vgl. für die Zulässigkeit *Fröhler/Oberndorfer* 1974a, S. 177 ff.; *dies.* 1975, S. 7 ff.; *contra: Redeker* 1982, S. 1267) ist dahin-



Im Interesse der Mitglieder leisten die Kammern Förderungen, Beratungen, Inkassogeschäfte und erfüllen staatliche Aufgaben im Bereich der Aus- und Fortbildung der Mitglieder und der Berufsbildung nach dem BBiG.<sup>48</sup> Im staatlichen Interesse geben sie Vorschläge zu Gesetzgebungsvorhaben ab, erstellen Berichte und Gutachten (z. B. § 91 I Nr. 2 HwO; § 1 I IHKG) und andere Unterstützungsleistungen der staatlichen Verwaltung. Für den Bürger werden Bescheinigungen ausgestellt, Möglichkeiten der Streitschlichtung bereitgehalten und andere Leistungen erbracht.<sup>49</sup>

Hinzuweisen ist auch auf die Möglichkeit der Nutzung privatrechtlicher Handlungsformen.<sup>50</sup>

## 6. Kooperatives Verwaltungshandeln

Neben diesen klassischen Formen spielen bei allen Körperschaften des öffentlichen Rechts Formen kooperativen Handelns eine zunehmende Rolle.<sup>51</sup> Auf diese Weise können komplexe Aufgaben gemeinsam kostengünstiger und effektiver gelöst werden.

Im Kommunalbereich ist diese Notwendigkeit zur Bewältigung der komplexen Aufgaben der Daseinsvorsorge schon lange bekannt und anerkannt und durch die Kooperationshoheit der Gemeinden verfassungsrechtlich abgesichert.<sup>52</sup> Die Grenze der Kooperation ergibt sich aus dem Örtlichkeitsprinzip der übertragenen Angelegenheiten.<sup>53</sup> Umgekehrt kann zur Erfüllung von Aufgaben, die bereits überörtlichen Charakter haben, aus Gründen des öffentlichen Wohls die Kooperation landesgesetzlich als Pflicht auferlegt werden. Hierzu kommen öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vertragssysteme und ebenso entsprechende Organisationsformen in Betracht.<sup>54</sup> Zunehmende Bedeutung gewinnen auch staatsvertraglich oder auf der Grundlage von Verwaltungsabkommen erfolgende Formen länderübergreifender oder im Zuge der Regionalisierung von Europa auch Bundesgrenzen überschreitender Zusammenarbeit.<sup>55</sup> Die öffentlich-rechtlichen Formen reichen von der kommunalen Arbeitsgemeinschaft,<sup>56</sup>

---

gehend zu beantworten, daß die Öffentlichkeitsarbeit in Form von Kammerzeitungen den Rahmen der legitimen öffentlichen Aufgaben der Kammern beachten muß, insbesondere also nicht der Publikation allgemeinpolitischer Äußerungen oder allgemeiner Fachinformationen dienen darf. Inhaltlich ist dabei insbesondere auch die der Pflicht zur objektiven Darstellung der Gesamtinteressen korrespondierende Pflicht zur zurückhaltenden Darstellung zu beachten. In diesem Rahmen sind aber dann unterhaltende Anteile und Werbeanzeigen nicht zu beanstanden, vgl. näher *Tettinger* 1997, S. 165 f.

48 Etwa § 91 I Nr. 6 u. 7 HwO; §§ 74 f. BBiG; vgl. *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 4 f.; *Tettinger* 1997, S. 167; *Huber* 1953, S. 218 f

49 *Tettinger* 1997, S. 211.

50 *Tettinger* 1997, S. 212.

51 *Tettinger* 1997, S. 209 für den Bereich der Kammern.

52 Zur Kooperationshoheit bereits oben B IV 4.

53 *Gern* 2003, Rn. 922.

54 *Dittmann* 2000, Rn. 33 ff.; *Schmidt-Aßmann* 2005, Rn. 156; *Gern* 2003, Rn. 918 ff.

55 Hierzu wurden ein „Europäisches Rahmenabkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften und Behörden“ (BGBl. II 1981, S. 965), sowie verschiedene multilaterale Übereinkommen und Staatsverträge geschlossen, *Gern* 2003, Rn. 928; *Dittmann* 2000, Rn. 79. Neben Organisationssysteme treten zahlreiche mehr oder weniger formalisierte Verhandlungssysteme.

56 Die kommunale Arbeitsgemeinschaft stellt keine Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit, sondern einen Vertragszusammenhang zwischen den beteiligten Gemeinden dar mit dem Ziel der gemeinsamen Aufgabenplanung und -koordinierung, *Dittmann* 2000, Rn. 38; *Gern* 2003, Rn. 929.

öffentlich-rechtlichen Vereinbarung<sup>57</sup> über Verwaltungsgemeinschaften bis hin zu Zweckverbänden.<sup>58</sup> Zur Erfüllung nicht-hoheitlicher Aufgaben kommen ferner private Organisationsformen wie AGs oder GmbHs in Betracht. Privatrechtlich sind insbesondere auch die kommunalen Spitzenverbände in Deutschland (der Deutsche Städtetag, der Deutsche Landkreistag und die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände) und die Zusammenschlüsse auf internationaler Ebene.<sup>59</sup>

Dies ist inzwischen für die IHKn durch § 1 IVa IHKG ausdrücklich geregelt.<sup>60</sup> Zulässig zur Erfüllung von Aufgaben, die keine Kernaufgaben der Kammern sind, ist danach auch die Bildung öffentlich-rechtlicher Zweckverbände.<sup>61</sup> Hier ist auch die Möglichkeit des Zusammenschlusses zu privatrechtlichen Dachverbänden zu erwähnen.<sup>62</sup>

Grenzen für einen solchen Zusammenschluß ergeben sich für Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft aus dem allgemeinen Verbot der Aufgabenüberschreitung.<sup>63</sup> Dieses Verbot leitet sich aus Art. 2 I GG her: Danach ist der Einzelne davor geschützt, zwangsweise von unnötigen Körperschaften in Anspruch genommen zu werden.<sup>64</sup> Überschreitet eine Körperschaft diesen gesetzlich festgelegten Aufgabenbereich, fehlt ihr für den Eingriff in Art. 2 I GG eine Rechtsgrundlage. Die Mitgliedschaft in einem solchen Dachverband ist dann zulässig, wenn dieser die Interessen aller Körperschaftsmitglieder vertritt.<sup>65</sup> Die Mitgliedschaft im Dachverband verhilft der Körperschaft nicht zu Handlungsmöglichkeiten, die sie selbst nicht hat; vielmehr sind umgekehrt die Aufgaben des Verbandes durch die legitimen Aufgaben der Körperschaft beschränkt.<sup>66</sup>

Kooperation ist ein grundlegendes Prinzip des Wissenschaftsrechts.<sup>67</sup> Die Ausarbeitung staatlicher Wissenschaftsprogramme und deren Implementation ist nicht weniger auf die Kooperation mit bestehenden Wissenschaftseinrichtungen angewiesen, als die Einrichtungen auf die staatliche Unterstützung. Diese Kooperation verläuft in Form von Verhandlungssystemen, kooperativer Planung in Gestalt von Forschungsprogrammen<sup>68</sup> und Organisationssystemen in Gestalt von Gremien und

57 Dadurch übernimmt eine beteiligte Gemeinde eine bestimmte öffentliche Aufgabe für die anderen an der Zweckvereinbarung beteiligten Gemeinden, *Gern* 2003, Rn. 945. Auch hier kann der Abschluß der Vereinbarung bei einem dringenden öffentlichen Bedürfnis als Pflicht auferlegt werden („Pflichtvereinbarung“).

58 *Dittmann* 2000, Rn. 34 u. 41 ff.

59 *Dittmann* 2000, Rn. 109 ff.

60 *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 1 Rn. 221 f.; *Hoffmann-Riem* 1980, S. 65 zu den privatrechtlichen Spitzenverbänden des Handwerks.

61 *Jahn* 1998, S. 1044.

62 *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 6; zu verfassungsrechtlichen Aspekten *Kluth* 1997, S. 478 ff.; *Hein* 1990, S. 405 ff.

63 *BVerwGE* 64, S. 298 ff. (301); *VG Berlin* ApoR 2004, 166–173 und *VG Stuttgart* ApoR 2004, 160–166: Es besteht keine Pflicht der Landesapothekenkammer zum Austritt aus der Bundesvereinigung deutscher Apothekerverbände; anders aber, wenn der private Verband, dessen Mitglied die Körperschaft ist, nur einen Teil der Mitglieder mit ihren Interessen erfaßt, *OVG Bremen* NJW 1994, S. 1606 f.; *Meßerschmidt* 1990, S. 79; *Redeker* 1982, S. 1267; *Hoffmann-Riem* 1980, S. 67.

64 *BVerwGE* 107, S. 169; *BVerwG* NJW 1987, S. 337 u. *BVerwGE* 74, S. 254.

65 *OVG Bremen* NJW 1994, S. 1606 f.

66 68: „Die Beteiligung an dem Dachverband befreit nicht von den gesetzlichen Bindungen“.

67 *Trute* 1994, S. 312 ff.

68 *Trute* 1994, S. 589 ff.

gemeinsamen Einrichtungen.<sup>69</sup> Staatliche, gesellschaftliche Akteure und auch die Hochschulen wirken hier in vielfältiger Weise zusammen. Wegen der engen Verzahnung von staatlichen und Selbstverwaltungsaufgaben ergeben sich im Hochschulbereich vielfache Kooperationsformen nicht nur der Hochschulen untereinander (vgl. etwa § 34 UG BW), sondern auch mit dem Staat wie etwa bei Fragen der Studienreform (§ 8 HRG), der Ermittlung und Festsetzung der Ausbildungskapazitäten (§ 29 I HRG).<sup>70</sup> Grenzen ergeben sich aber daraus, daß durch die Kooperation die Selbstverwaltung der einzelnen Hochschule als Ausprägung ihrer Wissenschaftsfreiheit nicht gefährdet werden darf.<sup>71</sup>

## II. Die Ressourcen der Körperschaft des öffentlichen Rechts

Die Ressourcen der Körperschaft des öffentlichen Rechts sind ihre Finanzmittel und die Mitglieder. Da ihre Finanzierung zu wesentlichen – allerdings nach Körperschaftsformen unterschiedlichen – Anteilen durch Mitgliederbeiträge erfolgt, die den Hauptnachteil für diese darstellen, ist zunächst auf diese Mittelbeschaffung und anschließend auf die Voraussetzungen und Formen der Mitgliedschaft einzugehen.

### 1. Die Finanzierung der Körperschaft des öffentlichen Rechts

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben in den gerade umrissenen Handlungsformen wären die Körperschaften nicht in der Lage ohne die Verfügungsmacht über eine angemessene Finanzausstattung. Ihrer Selbständigkeit wird dabei um so mehr Rechnung getragen, als sie über eigene Mittel verfügt und nicht auf Zuweisungen angewiesen ist. Die Finanzierung der Körperschaften des öffentlichen Rechts erfolgt, ihren unterschiedlichen Aufgaben entsprechend, nicht einheitlich. Insbesondere variieren die Anteile von Mitgliedsbeiträgen und staatlichen Finanzausweisungen erheblich. Während sich die freiberufliche und wirtschaftliche Selbstverwaltung überwiegend selbst finanziert, sind vor allem die Gemeinden und Hochschulen auf erhebliche Finanzausweisungen angewiesen.<sup>72</sup>

Sofern die Mitglieder zur Finanzierung der Körperschaft herangezogen werden, ist aber allen Körperschaften gemeinsam, daß die bloße Zugehörigkeit weder Grund noch Höhe der zu leistenden Abgabe rechtfertigt.<sup>73</sup> Dafür ist jeweils die zu erfüllende Aufgabe heranzuziehen. Besteht sie überwiegend im staatlichen Interesse, liegt die staatliche Finanzierung nahe.<sup>74</sup> – Im Folgenden soll auf einige Grundzüge hingewiesen werden:

---

69 Trute 1994, S. 596 ff. (Beratungsgremien beim BMFT) u. 695 ff. (Hochschulrektorenkonferenz als Zusammenschluß der Hochschulen; der Wissenschaftsrat als Kooperationsform von Staat und Wissenschaft, eine Gemeinschaftseinrichtung von Bund und Ländern).

70 vgl. auch Kluth 1997, S. 50 f.

71 Trute 1994, S. 378 f.

72 Oebbecke 2003, S. 387.

73 Kirchhof 1990, § 88 Rn. 278.

74 Kirchhof 1990, § 88 Rn. 279.

### a. Die Gemeinde- und Kreisfinanzen

„Ohne eigene, frei verfügbare Finanzen kann eine Gemeinde in einem Finanzstaat keine eigenverantwortlichen Entscheidungen treffen.“<sup>75</sup> Deshalb steht den Gemeinden und Gemeindeverbänden ein sehr differenziertes Finanzierungssystem zur Verfügung, dessen verfassungsrechtliche Grundlage insbesondere die gemeindliche Finanz-, Abgaben-, Ertrags- und Verwaltungshoheit ist.<sup>76</sup> Seit 1994 umfaßt die Selbstverwaltung auch ausdrücklich die finanzielle Eigenverantwortung (Art. 28 II S. 3 GG).<sup>77</sup> Der Gesetzgeber hat den Auftrag, eine Hebesatzmöglichkeit für irgendeine wirtschaftsbezogene Steuer zu schaffen und den Gemeinden einen Steuerertrag zu garantieren.<sup>78</sup> Dadurch wird den Gemeinden aber keine finanzielle Mindestausstattung gewährt, die weiterhin nur aus Art. 28 II S. 1 GG und den entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen<sup>79</sup> abgeleitet werden kann.<sup>80</sup> Die Einnahmen gliedern sich in Steuern, Gebühren, Beiträge und Finanzzuweisungen von Bund und Ländern.<sup>81</sup> Die Steuereinnahmen gliedern sich in den Anteil am Aufkommen der Einkommensteuer gem. Art. 106 V GG und die Realsteuern (Gewerbesteuern und die Grundsteuer), bei denen die Ertragshoheit gem. Art. 106 VI S. 1, 1. Hs. GG den Gemeinden zusteht.<sup>82</sup> Zwar besteht kein Steuerfindungsrecht der Gemeinden, jedoch eine Bestandsgarantie vorhandener Steuern.<sup>83</sup> Abhängig von den tatsächlich entstehenden Kosten, können die Gemeinden auf gesetzlicher Grundlage Gebühren für bestimmte Leistungen oder die Nutzung gemeindlicher Einrichtungen erheben.<sup>84</sup> Sie sind in ihrer Höhe durch das Kostendeckungs-, das Äquivalenz- und das Gebot gerechter Gebührenmaßstäbe und -sätze begrenzt.<sup>85</sup> Sie können ferner Beiträge zur Deckung des Aufwands der Schaffung und Vorhaltung öffentlicher Einrichtungen erheben. Schließlich erhalten die Kommunen Finanzzuweisungen, sei es aus speziellen Investitionsprogrammen oder besonderen Titeln oder im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs.<sup>86</sup> Die nähere Regelung des letzteren obliegt den Ländern (Art. 106 VII GG). Das Ziel dieses Finanzausgleichs

75 Kirchhof 1985, S. 4.

76 Schmidt-Aßmann 2005, Rn. 127 ff.; Mückl 1998, S. 62 ff.; Kirchhof 1985, S. 10 f.; Gern 2003, Rn. 658.

77 Näher hierzu Waechter 2010, S. 329 ff.

78 Waechter 2010, S. 333.

79 Art. 73 I LV BW; Art. 10 IV LV Bay; Art. 99 LV BBG; Art. 137 V LV Hess; Art. 73 LV MV; Art. 58 LV Nds; Art. 79 LV NRW; Art. 49 V LV RPF; Art. 119 II LV Saar; Art. 41, 42 LV SH; Art. 87 I LV Sachs; Art. 88 I LV SaA, vgl. auch Waechter 2010, S. 341 f.

80 Mückl 1998, S. 75; weitergehend: v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 246.

81 Art. 28 II GG macht keine Angaben darüber, wie sich die Finanzausstattung aus diesen Quellen zusammensetzt. Aus Art 106 V-VII GG ergibt sich aber die Grundsatzentscheidung des GG zugunsten einer Steuerfinanzierung der Gemeinden, Kirchhof 1985, S. 4; zu sonstigen Einnahmen Püttner 1985, S. 280 ff.; Gern 2003, Rn. 673c; Zu berücksichtigen ist auch eine – durch die Aufsichtsbehörde genehmigungspflichtige – und nur grundsätzlich nur hilfsweise mögliche (etwa § 78 III, 87 II GO BW) Kreditaufnahme, Kirchhof 1985, S. 26 f.; Gern 2003, Rn. 673 f.

82 Weitere Steuereinnahmen sind die Zuweisungen der örtlichen Verbrauch- und Aufwandssteuern gem. § 106 VI S. 1, 2. Hs GG, Kirchhof 1985, S. 20 f.; Waechter 2010, S. 332.

83 Waechter 2010, S. 330: „Den Gemeinden muss nach Satz 3 die Ertragshoheit für eine wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle zustehen; welche wirtschaftskraftbezogene Steuer dies ist, ist für Art. 28 Abs. 2 GG unerheblich“; Schmidt-Aßmann 2005, Rn. 130.

84 Wilke 1985, S. 246 ff.; Gern 2003, Rn. 678 f.

85 Wilke 1985, S. 253 f.; Mückl 1998, S. 20 f.

86 Kirchhof 1985, S. 22 f.; Schmidt-Aßmann 2005, Rn. 132.

durch den Landesgesetzgeber ist die übergemeindliche Annäherung vorhandener Finanzkraftunterschiede. Dabei geht es nicht um vollständige Gleichheit, sondern um eine Ähnlichkeit der Finanzausstattung.<sup>87</sup> Soweit die Kommunen Aufgaben im Auftrag des Bundes erfüllen, ist dieser zur Erstattung der Kosten gem. Art. 104a II GG verpflichtet.<sup>88</sup> Daß diese Einnahmen immer weniger ausreichen, die kommunalen Ausgaben zu decken, wird immer stärker wahrgenommen und ruft die Erinnerung an die oben geschilderten desaströsen Verhältnisse während der Weimarer Republik wach.<sup>89</sup> Dies stellt eine vehemente Gefährdung der Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Aufgabenerledigung dar.<sup>90</sup>

Die Einnahmen der Kreise speisen sich aus Finanzhilfen nach Art. 106 VI u. VII GG in Gestalt von landesgesetzlich festzulegenden Anteilen am Aufkommen der örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern und einem Prozentsatz des Länderanteils am Gesamtaufkommen der Gemeinschaftssteuern. Hinzu treten weitere landesverfassungsrechtliche und landesgesetzliche Finanzausstattungsgarantien.<sup>91</sup> Ferner können sie selbst Gebühren, Beiträge und wietere Abgaben nach den landesgesetzlichen Regelungen erheben und private Entgelte für bestimmte Leistungen verlangen. Besonderes Instrument der Finanzierung der Kreise ist die Kreisumlage, die er von den zu ihm gehörenden Gemeinden erheben kann. Weil durch sie das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden betroffen ist, bedarf die Kreisumlage einer gesetzlichen Grundlage. Ihre Höhe wird durch die Haushaltssatzung für jedes Jahr festgelegt. Grenzen für die Erhebung der Kreisumlage ergeben sich aus dem Selbstverwaltungsrecht der kreisangehörigen Gemeinden, die durch die Umlage nicht in ihrer Lebensfähigkeit angetastet werden dürfen und dem Ausschluß zur Finanzierung von kreisfremden Aufgaben.<sup>92</sup> Gerade die Kreisumlage zeigt, daß die Kreise nicht nur als Gebietskörperschaften ihrer Einwohner verstanden werden können, sondern zugleich verbandskörperschaftlichen Charakter besitzen.<sup>93</sup>

### *b. Die Finanzierung der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung*

Bei den berufsständischen Körperschaften, den Körperschaften der wirtschaftlichen Selbstverwaltung<sup>94</sup> und denen der freien Berufe steht die Finanzierung über

---

87 BVerfGE 86, S. 148 ff. (251) – Finanzausgleich II, der allgemeine rechtsstaatliche Gleichheitssatz verbietet hier eine Nivellierung der Verwaltungskraft der Gemeinden; *Kirchhof* 1985, S. 23.

88 v. Mangoldt/Klein/Starck-Hellermann Art. 104a, Rn. 74: Die Verpflichtung des Bundes besteht auch gegenüber den Gemeinden, denen aber kein eigener Anspruch auf Erstattung der Zweckausgaben zusteht. Der 61. Juristentag hat Vorschläge dazu unterbreitet, dieses Prinzip auch in die Landesverfassungen bei der Übertragung von Aufgaben durch das Land einzuführen, *Gern* 2003, Rn. 669.

89 *Mücl* 1998, S. 15 u. 30, der auf einen seit 1990 ansteigenden negativen Finanzierungssaldo der Gemeinden hinweist.

90 Dabei befinden sich die Gemeinden gewissermaßen in einem Zweifrontenkrieg um die Erhaltung ihrer Selbstverwaltung (*Mücl* 1998, S. 35 f.): Auf der einen Seite gegenüber dem Staat, andererseits aber gegenüber den Kommunen.

91 *Gern* 2003, Rn. 909 f.

92 *Dittmann* 2000, Rn. 22 f.

93 *Dittmann* 2000, Rn. 20 f., der auch darauf hinweist, daß die Kreisumlage zunächst als subsidiäres Finanzmittel zum Ausgleich von Spitzenlasten gedacht war, sich aber zunehmend zum Hauptfinanzierungsmittel der Kreise entwickelt.

94 § 3 III IHKG; § 113 HwO.

Mitgliedschaftsbeiträge im Vordergrund.<sup>95</sup> Teilweise wird er auch als „Umlage“ bezeichnet.<sup>96</sup> Der Beitrag ist hier nach Grund und Höhe gerechtfertigt, wenn und soweit dem Mitglied ein potentieller individueller Nutzen aus dem Verband erwachsen kann.<sup>97</sup> Sie ist begrenzt durch das Kostendeckungsprinzip. Nicht immer ist seine Erhebung gesetzlich<sup>98</sup> geregelt. Bei den Rechtsanwaltskammern wird die Beitragspflicht mit der Mitgliedschaft vorausgesetzt.<sup>99</sup> Die Bemessung der Höhe der Beiträge erfolgt bei den Kammern der freien Berufe anhand des Einkommens. Der Beitrag wird häufig allgemein in einer Beitragsordnung geregelt, in der Höhe und Fälligkeit durch ein dazu befugtes Organ festgelegt<sup>100</sup> und durch einen speziellen Ausschluß oder einen Beauftragten gegenüber dem einzelnen Kammermitglied konkret festgesetzt und eingezogen.<sup>101</sup> Ein differenziertes Beitragssystem ist in § 3 IHKG für die Industrie- und Handwerkskammern vorgesehen: Soweit nicht anders abgedeckt, werden ihre Kosten durch nach Leistungsfähigkeit gestaffelte Beiträge sowie eine Umlage erhoben (§ 3 III S. 1 IHKG).<sup>102</sup> Die Beitragsordnungen bedürfen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörden. Neben die Finanzierung durch Beiträge tritt die Möglichkeit, für bestimmte Leistungen von den Mitgliedern Gebühren und Auslagen zu erheben.<sup>103</sup>

Fraglich ist die Geltung des kommunalrechtlichen Konnexitätsprinzips für die Finanzierung der im öffentlichen Interesse erfolgenden Aufgaben der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung. Außer der niedersächsischen Landesverfassung ist dies nicht verfassungsrechtlich geregelt.<sup>104</sup> Angesichts der Mitgliedsfinanzierung dieser Körperschaften ist diese Frage jedoch besonders dringlich.

Einen Anspruch auf eine bestimmte Finanzausstattung vermittelt Art. 5 III GG den Hochschulen und auch dem einzelnen Wissenschaftler nicht.<sup>105</sup> Soweit die Bundesländer wie etwa Baden-Württemberg (Art. 20 II LV BW) oder Nordrhein-Westfalen (Art. 16 I LV NRW) den Hochschulen „das Recht auf eine ihrem besonderen Charakter entsprechende Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze“ garantieren, stellt sich die Frage, ob daraus – wie bei den Gemeinden – auch eine angemessene Finanzausstattung folgt.<sup>106</sup> Dafür spricht insbesondere auch die Parallelität zur Selbstverwaltung der Rundfunkanstalten, für die ebenfalls ein Anspruch auf „funktionsgerechte Finanzausstattung“ angenommen wird. Auch die Erkenntnis, daß Selbstverwaltung ohne die zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung in stand setzenden Einnahmequellen nicht möglich ist, streitet für eine entsprechende

95 Vgl. hierzu *Tettinger* 2001, S. 79 ff. Grundlage der Beitragsbemessung im Rahmen von Ober- und Untergrenzen ist das Einkommen, *Kluth* 1997, S. 90 etwa für die Ärztekammern.

96 § 23 I KammerG BW.

97 *Kluth* 1997, S. 314 f.

98 vgl. etwa § 61 I WPO; 79 I StBerG;

99 *Feuerich/Weyland-Feuerich* § 84, Rn. 1 u. 89 Rn. 15 ff.

100 Etwa die Kammerversammlung gem. § 89 II Nr. 2 BRAO.

101 § 13 I KammerG BW.

102 Zu den Einzelheiten: *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 3 Rn. 40 ff.; *Kluth* 1997, S. 140 f.

103 Vgl. etwa § 61 II WPO; § 23 II KammerG BW. Einzelheiten ergeben sich aus den von der Kammerversammlung zu erlassenden und Gebührenordnungen der Kammern.

104 Näher *Kluth* 2005, S. 375.

105 *Bethge* 2000, Rn. 120 f.

106 Hierzu und zum folgenden: *Erichsen/Scherzberg* 1990, S. 15 f.

landesverfassungsrechtliche Verpflichtung.<sup>107</sup> Basis der Bemessung ist dabei das Konnexitätsprinzip, so daß die Auferlegung neuer Aufgaben eine entsprechende Finanzierung verlangt. Die Finanzierung der Hochschulen ruht auf den drei Säulen staatlicher Finanzzuweisungen aus dem Haushalt, Erträgen aus hochschuleigenem Vermögen und den Drittmitteln (vgl. etwa § 8 UG BW).<sup>108</sup> Gerade im Hochschulbereich spielen auch Zielvereinbarungen im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells eine prominente Rolle.<sup>109</sup> Gerade sie sind aber in besonderer Weise von der staatlichen Finanzierung abhängig, aber auch verfassungsrechtlich abgesichert.<sup>110</sup>

### c. Besonderheiten der Finanzierung der Lastenverbände<sup>111</sup>

Reine Finanzierungsverbände für mitgliedernützliche Aufgaben sind die Lastenverbände wie etwa die Deich-, Wasser-, Fischerei-, Jagdbewirtschaftungsverbände.<sup>112</sup> Bei ihnen bestimmt sich die Höhe der Beiträge oder Umlage nach dem Wert der jeweiligen Rechte bzw. der zum Verband gehörenden Grundstücke der Mitglieder.<sup>113</sup> Dabei beziehen sie sich nur auf den Teil der Kosten, der nicht durch eigene Einnahmen gedeckt werden kann.

Die Wasserverbände werden über Mitgliedsbeiträge (§ 28 I WVG, Eigenfinanzierung) und staatliche Finanzzuweisung finanziert. Die Höhe der Beiträge bemißt sich nach dem Vorteilsprinzip (§ 28 IV WVG). Entsprechend sind die Mitglieder, die keinen Vorteil durch den Verband haben, befreit (§ 28 V WVG); es können aber auch Nichtmitglieder, die einen Vorteil durch die Unternehmen des Verbandes haben als „Nutznießer“ zur Beitragspflicht herangezogen werden (§ 28 III WVG).<sup>114</sup> Die Finanzierung der Wasserverbände ist allerdings sehr heterogen: Während einige Verbände ihren Wasserschatz allerdings so profitabel verwalten können, daß keine beitragsgestützte Finanzierung erforderlich ist, sind andere auf staatliche Zuweisungen angewiesen.<sup>115</sup>

107 *Erichsen/Scherzberg* 1990, S. 16: „Auch im Hinblick auf die wissenschaftlichen Hochschulen ist es deshalb von rechtlicher Tragweite, daß die verfassungsrechtliche Gewährleistung der eigenverantwortlichen Wahrnehmung eigener Angelegenheiten eine Farce bleibt, wenn sie nicht durch einen Anspruch auf angemessene Finanzausstattung unterfangen wird“. Auch *Haug-Guntermann* 2001, Rn. 462: Die Autonomie erstreckt sich auch auf die staatlichen Angelegenheiten unter Einschluß der finanziellen.

108 *Bethge* 2000, Rn. 112 ff.

109 Einzelheiten hierzu, insbesondere auch zum Einsatz neuer Steuerungsmittel im Hochschulbereich bei *Haug-Guntermann* 2001, Rn. 448 ff. Ziel entsprechender Reformen ist nicht in erster Linie die Förderung der Wissenschaftsfreiheit, sondern der effektive Ressourceneinsatz, *Guntermann* a.a.O., Rn. 448, wobei allerdings die durch Zielvereinbarungen gewonnene Planungssicherheit der Hochschulautonomie zugute kommt.

110 *BVerfGE* 35, S. 79 ff. (114 f.) – Hochschulurteil; 88, S. 129 ff. (136 f.) – Promotionsberechtigung; *Erichsen/Scherzberg* 1990, S. 15 f., ohne daß hier bei ein höhenmäßig eindeutig festzumachender Betrag garantiert wäre, *Hufeld* 2002, S. 310.

111 Vgl. hierzu *Isensee* in der Festschr. *Geck* 1989, S. 355 ff.

112 *Kirchhof* 1990, § 88 Rn. 277.

113 Vgl. etwa § 23 II S. 1 FischG BW hinsichtlich der Fischereigenossenschaften; § 33 I S. 2 BWaldG bezüglich der Forstbetriebsverbände.

114 Einzelheiten zur Finanzierung der Wasserverbände finden sich bei *Rapsch* 1993, Rn. 241 ff.

115 *Rapsch* 1993, Rn. 240. Hintergrund der Unterfinanzierung ist kein Mißmanagement der Verbände, sondern eine die Aufbürdung von Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit (Natur- und Gewässerschutz, Landschaftspflege), *Rapsch* 1993, Rn. 294. Die Wasserverbände geraten hierdurch in eine planmäßige Finanzierungslücke: Nach dem Vorteilsprinzip dürfen sie nur Beiträge für Selbstverwal-

#### d. Die Finanzierung der Sozialversicherung

Der Sozialversicherungsbeitrag stellt eine Sonderlast dar, die ihre Existenzberechtigung stets nachweisen muß, und in der Verteilung an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Belastungsgleichheit gebunden ist.<sup>116</sup> Dieser Grundsatz wird aber überlagert durch das Solidarprinzip, sobald der Sozialversicherungsträger auch Dritten seine Leistungen anbietet.<sup>117</sup> Die Finanzierung der Sozialversicherungsträger weist entsprechend den unterschiedlichen Aufgaben erhebliche Abweichungen auf. In der Krankenversicherung sind die Beiträge grundsätzlich solidarisch (§ 3 SGB V), d. h. von Arbeitgebern und Versicherten je hälftig zu erbringen (§ 249 I SGB V), wenn nicht die besonderen Voraussetzungen vorliegen, unter denen entweder der Arbeitgeber die Beiträge alleine trägt, weil etwa der Arbeitnehmer nur geringfügig beschäftigt ist (§ 249 II Nr. 1 SGB V), oder umgekehrt der Versicherte, wie beispielsweise im Fall der freiwilligen Versicherung (§ 250 II SGB V). Schließlich kommt noch eine Erbringung durch Dritte, etwa Rehabilitationsträger (§ 251 I SGB V), in Betracht.

Die Leistungen der Rentenversicherung werden durch die Beiträge von Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie einen Bundeszuschuß gedeckt, der die von den Rententrägern zu erbringenden sog. „versicherungsfremden Leistungen“ abdecken soll (§§ 168 ff. SGB VI). Für pflichtversicherte Arbeitnehmer tragen diese und ihre Arbeitgeber die Beiträge je zur Hälfte (§ 168 I Nr. SGB VI). Wie in der Krankenversicherung trägt der Arbeitgeber sie bei Geringverdienern alleine (§ 168 I Nr. 1 i. V. m. § 169 Nr. 3 SGB VI). Pflichtversicherte Selbständige tragen die Beiträge alleine (§ 169 Nr. 1 SGB VI).<sup>118</sup> Die Kassenärztlichen Vereinigungen finanzieren sich über Gebühren und Beiträge, die in der Satzung festzulegen sind (§ 81 I Nr. 5 SGB V). Regelmäßig wird eine Verwaltungskostenumlage in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes des Vergütungsanspruches des Kassenarztes festgesetzt.<sup>119</sup>

Ohne daß hier auf die Einzelheiten des Klassifikationsstreits der Sozialabgaben eingegangen werden kann, ist doch innerhalb der Sozialversicherung zu differenzieren. Hält man an dem potentiellen, individualisierbaren Vorteil als Kriterium des Beitrags fest, sind die Leistungen der Arbeitgeber in der Unfallversicherung Beiträge zur Abdeckung ihres Haftungsrisikos gegenüber Unfällen ihrer Arbeitnehmer. Sofern hingegen die Abgabe dem Ziel des Risikoausgleichs unter den versicherten Arbeitnehmern und der allgemeinen Fürsorge der Arbeitgeber für sie entspringt, erwächst den Arbeitgebern kein individueller Vorteil. Bei ihrem Anteil handelt es sich dann nicht um einen Beitrag im technischen Sinn.<sup>120</sup> Am ehesten wird man diese Sozialversicherungsbeiträge daher als eine „eigenständige Abgabenart“ ansehen müssen, „der an Sozialversicherungsträger von den Versicherten oder den

---

tungsangelegenheiten erheben, die ihre Mitglieder begünstigen. Eine gesetzliche Regelung von Finanzzuweisungen des Landes als Kompensation für die Auftragsangelegenheiten sieht aber das WVG nicht vor. Eine Analogie aufgrund des Art. 104a II, III GG erscheint nicht möglich, *Rapsch* 1997, S. 304 ff.

116 *Kirchhof* 1994, § 53 Rn. 5.

117 *Kirchhof* 1994, § 53 Rn. 26.

118 Zur Finanzierung der Rentenversicherung näher *Schulin/Igl* 2002, Rn. 581 ff.

119 *KK-Hess* § 81, Rn. 11.

120 *Kirchhof* 1990, § 88 Rn. 218.



für die Versicherung in Verantwortung Genommenen zur Finanzierung von Versicherungsaufgaben gezahlt wird“.<sup>121</sup> Als Sonderlast ist diese Abgabenart dann vor Art. 3 GG durch das Solidarprinzip traditional gerechtfertigt.<sup>122</sup> Die Höhe ist dabei begrenzt durch den Vorrang der leistungsbezogenen Gebührenfinanzierung.

## 2. Die Begründung der Mitgliedschaft in der Körperschaft des öffentlichen Rechts

Herkömmlich werden Mitglieder der Organisation ebenfalls als ihre Ressource angesehen und wird der Vorgang ihrer Aufnahme in dieselbe als Rekrutierung bezeichnet.<sup>123</sup> Bei der Körperschaft des öffentlichen Rechts wird auf diese Weise der besondere mitgliedschaftliche Status begründet. Voraussetzungen und Formen der Begründung der Mitgliedschaft in der Körperschaft des öffentlichen Rechts sind vor dem Hintergrund ihrer Aufgaben und ihrer spezifischen Binnenstruktur zu erklären. Als Formen der Begründung von Mitgliedschaft kommen freiwillige und pflichtige in Betracht. Prägend ist die Pflichtmitgliedschaft. Sie stellt sicher, daß alle Personen dem Verband angehören, die zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben notwendig sind. Die Pflichtmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft bedeutet einen Eingriff in die Grundrechte des Pflichtigen und ist insofern rechtfertigungsbedürftig. Zur Rechtfertigung ist auf die Ziele der Körperschaft zurückzugreifen, die einen öffentlich-rechtlichen Zwangsverband prinzipiell legitimieren müssen. Dabei ist dann aber ausgleichend zu berücksichtigen, daß die fehlende Exit-Option der Körperschaft möglicherweise durch gesteigerte Mitwirkungsmöglichkeiten an ihren Entscheidungen kompensiert wird.<sup>124</sup>

### a. Freiwillige Mitgliedschaft

Keineswegs alle Körperschaften sind durch die Pflichtmitgliedschaft geprägt. Eine Reihe von Verbänden, besonders im Bereich der Personalkörperschaften, kennt eine freiwillige Mitgliedschaft. So besteht eine freiwillige Mitgliedschaft, wie schon erwähnt, bei den Innungen (§ 52 I S. 1 HwO). Außerdem hat der Bayerische Bauernverband, der als einziger in der Form einer Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert ist, freiwillige Mitglieder.<sup>125</sup>

121 F. Kirchhof 1990, § 93 Rn. 16.

122 F. Kirchhof 1990, § 93 Rn. 17.

123 Vgl. oben Erster Teil, D III 3 c. Der Begriff ist auch im Verwaltungsrecht nicht ungebrauchlich, vgl. etwa Dreier 1991, S. 230.

124 Angesichts der in anderen Darstellungen üblichen einheitlichen Erörterungen von Voraussetzungen und Formen der Begründung von Mitgliedschaft sowie ihres Inhalts erscheint eine methodische Bemerkung angezeigt: Die dabei angelegte grundrechtliche Perspektive würde für sich genommen eine zusammenhängende Erörterung der Mitgliedschaft fordern. Da jedoch, wie gezeigt, die Aufgabe der Körperschaft zugleich eine Bedeutung für ihre Identität und Selbständigkeit besitzt und die Mitgliederpartizipation nicht nur als Kompensation für die fehlende Austrittsmöglichkeit fungiert, sondern zugleich eine sachgerechte Aufgabenerledigung durch eine ausdifferenzierte Binnenstruktur der Körperschaft ermöglicht, waren diese Aspekte, dem organisationsrechtlichen Interesse der Arbeit folgend, eingepaßt in die drei Dimensionen von Verwaltungsorganisationen getrennt abzuhandeln.

125 § 5 I Verordnung Nr. 106 über die Aufgaben des Bayerischen Bauernverbands, vom 29. Oktober 1946, BayRS 7800-2-E, Mronz 1973, S. 172 f. vgl. zu ihm bereits oben B V 1, Fußn. 1.

Einige Verbandskörperschaften basieren auf freiwilliger Mitgliedschaft. Dies gilt insbesondere für die als Freiverbände gegründeten Zweckverbände (vgl. etwa § 2 GKZ BW). Der zur Förderung der Jugendarbeit in Bayern als Körperschaft des öffentlichen Rechts geschaffene Bayerische Jugendring beruht auf dem freiwilligen Zusammenschluß der Jugendverbände und Jugendgemeinschaften (§ 19 I BayKJHG).<sup>126</sup>

### *b. Pflichtmitgliedschaft*

Rechtfertigungsbedürftig ist die Pflichtmitgliedschaft in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, da mit ihr auch gegen den Willen des einzelnen oder ggf. eines Unternehmens einseitig hoheitlich die Mitgliedschaftspflichten entstehen. Dreh- und Angelpunkt der Erörterung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit ist dabei die Frage, ob der einzelne gegenüber dieser Zwangsmitgliedschaft durch eine aus Art. 9 I GG zu entnehmende negative Vereinigungsfreiheit geschützt ist. Sollte der einzelne nicht durch dieses vorbehaltlos gewährte Grundrecht vor Zwangsmitgliedschaften geschützt sein, stellt sich die Frage nach anderen betroffenen Grundrechten. Wegen ihres Bezuges zur Berufstätigkeit kann bei den Personalkörperschaften der wirtschaftlichen Selbstverwaltung und der freien Berufe an den Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) gedacht werden. Bei den Realkörperschaften, insbesondere den Bodenverbänden, könnte auch der Schutz des Eigentums (Art. 14 I GG) in Erwägung gezogen werden. Da es im Kern aber um die Mitgliedschaft in einem dem öffentlichen Interesse dienenden Verband geht, kann der Schutz jedoch aus darzulegenden Gründen letztlich nur über Art. 2 I GG gewährleistet werden. Schutzbereich und Eingriffsproblematik werden für alle Verbände einheitlich erörtert, da sich hier bis auf die Gebietskörperschaften keine wesentlichen Unterschiede ergeben. Lediglich bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ergeben sich, der unterschiedlichen Zielsetzung der Körperschaften entsprechend, unterschiedliche Erwägungen bei der Verhältnismäßigkeit.

#### *aa. Der Begriff der Pflichtmitgliedschaft*

Pflichtmitgliedschaft bedeutet, daß eine natürliche oder juristische Person durch Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen Mitglied in der Körperschaft des öffentlichen Rechts wird. Dem korrespondiert, daß sie die Mitgliedschaft nicht freiwillig aufgeben kann, sondern nur mit Erlöschen dieser Voraussetzungen ihre Mitgliedschaftsrechte verliert. Außerhalb der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen gibt es keine Möglichkeit, die Aufnahme in den öffentlichen Verband zu erzwingen.<sup>127</sup>

<sup>126</sup> Mitglieder sind 29 landesweit tätige Jugendverbände, 30 regional tätige Jugendverbände/-organisationen, rund 350 örtliche Jugendgemeinschaften, weitere Mitglieder.

<sup>127</sup> Kluth 1997, S. 303.

## bb. Pflichtmitgliedschaft in einem privaten Verband

Abzugrenzen von der Pflichtmitgliedschaft in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ist diejenige in einer juristischen Person des Privatrechts. Seit langem wird insbesondere darüber gestritten, ob die Pflichtmitgliedschaft von eingetragenen Genossenschaften in Prüfungsverbänden als eingetragenen Vereinen (§ 54 GenG) verfassungsrechtlich zulässig ist.<sup>128</sup> Diese Mitgliedschaft ist Voraussetzung der Eintragung der Genossenschaft (§§ 11 II Ziff. 3 GenG). Die Genossenschaft ist aufzulösen, wenn sie den Prüfungsverband verläßt (§ 54a II S. 1 GenG). Das BVerfG, das im Ergebnis eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung annahm,<sup>129</sup> prüfte die Pflichtmitgliedschaft in dem privaten Verband trotz gewisser Bedenken<sup>130</sup> am Maßstab des Art. 9 I GG. Es sah die Regeln über die Pflichtmitgliedschaft in den privatrechtlichen Prüfungsverbänden aber als sachgerechte Ausgestaltung der negativen Vereinigungsfreiheit an. Sie seien zum Schutz der Allgemeinheit und der Genossenschaftsmitglieder notwendig und belasteten diese nicht übermäßig. Sozialstaatsprinzip und (Art. 20 I GG, 28 I GG) und der Schutz der Privatautonomie (Art. 2 I GG) rechtfertigten das Ziel, „eine selbstbestimmte, vergleichsweise risikolose Teilhabe breiter Bevölkerungskreise am Wirtschaftsleben“ sicherzustellen, „um gleichzeitig dem Ziel einer gerechten Sozialordnung ein Stück näher zu kommen“.<sup>131</sup> Dieses Ziel sei durch eine obligatorische Prüfung der Genossenschaften durch private Wirtschaftsprüfer nicht in gleicher Weise zu erreichen, auch wenn die Prüfungsverbände letztlich selbst private Wirtschaftsprüfer einschalteten. Deren Auswahl würde aber nach objektivierenden Maßstäben erfolgen.

Diese Entscheidung ist auch deshalb vorliegend von Belang, weil das BVerfG sich mit der Frage auseinandersetzen hatte, wie die mit der Pflichtmitgliedschaft verbundene Fremdbestimmung durch einen nur über das Genossenschaftsgesetz sachlich, nicht aber personell demokratisch legitimierten privatrechtlichen Verband zu rechtfertigen sei. Das Gericht hebt hier die Kompensationsmöglichkeit durch die Mitwirkungsbefugnisse der Genossenschaft im Prüfungsverband hervor: „Die Freiheit der Selbstbestimmung der Genossenschaft, d. h. ihr Recht, eigene Angelegenheiten ohne Einfluß von außen zu regeln, wird davon auch nur punktuell berührt. Durch die gleichzeitig bestehenden Mitgliedschaftsrechte im Prüfungsverband wird das Maß der Fremdbestimmung darüber hinaus abgemildert und die Möglichkeit der Einflußnahme auf die Verbandspolitik eröffnet. Damit orientiert sich das Prüfungssystem zumindest auch am genossenschaftlichen Selbstverwaltungsgedanken“.<sup>132</sup>

128 Vgl. *Glenk* 1997, S. 110 f., Fn. 1 u. 7; *Steding* 2001, S. 355.

129 *BVerfG v. 19.1.2001 – I BvR 1759/91*, NZG 2001, S. 461 ff.

130 *BVerfG NZG 2001*, S. 461 ff. (463): „Bildete der Zugang zur Rechtsform der eG und deren Mitgliedschaft im Prüfungsverband eine funktionale Einheit (Rechtsformvoraussetzung), so käme der eG eine vom Prüfungsverband unabhängige Stellung nicht zu. Sie könnte sich daher hinsichtlich dieser Mitgliedschaft nicht auf Art. 9 I GG berufen. Dem braucht jedoch nicht nachgegangen zu werden, weil die Pflichtmitgliedschaft der Beschwerdeführerin im Prüfungsverband selbst dann verfassungsrechtlich unbedenklich ist, wenn man zu ihren Gunsten davon ausgeht, daß sie durch die angegriffenen Entscheidungen in ihrem Grundrecht aus Art. 9 I GG berührt wird“.

131 *BVerfG NZG 2001*, S. 461 ff. (464). Zur Problematik der Rechtfertigung des Eingriffs durch Zweckbündelung und zum Argumentationsgang der Entscheidung des BVerfG vgl. *Engel* 2001a, S. 134 f.

132 *BVerfG NZG 2001*, S. 461 ff. (465).

Sozialstaatsprinzip und Schutz der Privatautonomie rechtfertigen hier die Pflichtmitgliedschaft in einem privaten Verband. Die damit verbundene Fremdbestimmung durch den demokratisch nicht legitimierten Verband wird durch eine mitgliedschaftlich-partizipative Binnendifferenzierung des Prüfungsverbandes kompensiert. Hier tritt im privatrechtlichen Gewand der Gedanke der autonomen Legitimation als Kompensation der Pflichtzugehörigkeit zu einem Verband auf. Bei allen Unterschieden zu Körperschaften des öffentlichen Rechts dient auch hier die autonome Legitimation als Kompensation der mit der Pflichtmitgliedschaft verbundenen Nachteile der Fremdbestimmung durch den Verband.

### cc. Die gesetzliche Mitgliedschaft auf der Grundlage freiwilliger Organisationszugehörigkeit

Während bei der Pflichtmitgliedschaft eine Aufnahme des Mitglieds in die Körperschaft durch oder aufgrund eines entsprechenden Gesetzes erfolgt, gibt es einige Körperschaften, bei denen eine gewisse Rechte- und Pflichtenbeziehung zu der betreffenden Organisation freiwillig eingegangen wird, die Mitgliedschaft mit den besonderen Mitwirkungsrechten dann aber gesetzlich eintritt. Die Organisationszugehörigkeit ist dann Tatbestandsvoraussetzung für die Mitgliedschaft.

#### (1.) Begründung der Mitgliedschaft in der Gemeinde

Die Zugehörigkeit zur Gemeinde im Sinne einer einfachen Einwohnerstellung wird durch die freiwillige Wohnsitznahme und Innehabung begründet (§ 10 GO BW; Art. 15 GO Bay; § 13 I GO BBG etc.). Der durch sein Wahlrecht qualifizierte Bürger erwirbt seine Mitgliedschaft in diesem Sinne als Deutscher oder Unionsbürger, wenn er über einen längeren Zeitraum in einer Gemeinde mit Hauptwohnsitz wohnt. Dieser Bürgerstatus wird dann automatisch erworben.<sup>133</sup> Es handelt sich mithin um eine Zwangsmitgliedschaft mit über Art. 11 GG verbürgter Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Orten.<sup>134</sup> Dieser freiwillig angestoßene Mitgliedschaftserwerb betrifft jeden Bürger und ist nicht an weitere, besondere, nur von einigen Bürgern erfüllbare Merkmale wie bei der Zwangsmitgliedschaft gebunden.<sup>135</sup> Die für die Mitgliedschaft wesentliche Nähebeziehung wird bei den Gebietskörperschaften durch räumliche Kriterien begründet, wobei jeder Bürger in einer Gebietskörperschaft auf gleicher Stufe (Gemeinde, Kreis, Bundesland, Bundesrepublik Deutschland) dieses Kriterium erfüllt. Das GG geht von der Existenz der Gemeinden und dem Mitgliedschaftsstatus der Bürger in ihnen (Art. 28 I S. 2 GG: „in den Gemeinden muß das Volk“) aus und unterwirft sie wie auch die Mitgliedschaft in der Gebietskörperschaft Bundesrepublik Deutschland keiner besonderen Rechtfertigungspflicht.<sup>136</sup> Mit dem Erwerb der

133 *Ossenbühl* 1981, S. 380 f.; *Meßerschmidt* 1990, S. 82.

134 *Meßerschmidt* 1990, S. 82. Art. 11 GG schützt die Bewegungsfreiheit zwischen verschiedenen Orten (GG-Kommentar Dreier-*Pernice* Art. 11, Rn. 12 f.), nicht aber vor einer an die jeweilige Wohnsitznahme anknüpfende Mitgliedschaft in einer Gemeinde.

135 *Schöbener* 2000, S. 379.

136 *Meßerschmidt* 1990, S. 83.

Mitgliedschaft entstehen also nur Belastungen, die mit den staatsbürgerlichen Belastungen prinzipiell vergleichbar und nur lokal differenziert sind. Ein umfassendes Klagerecht dagegen gibt es aber anders als gegenüber Einzelbelastungen nicht.<sup>137</sup> Die übrigen Körperschaften knüpfen an Kriterien an, die nicht von *allen* Bürgern als Grundrechtsträgern erfüllt werden und verleihen ihm mit der Mitgliedschaft einen Sonderstatus.<sup>138</sup> Hier kann aber der verfassungsrechtlich gerechtfertigte Eingriff (sofern man überhaupt einen Eingriff annimmt)<sup>139</sup> zugleich auch die gegenüber den übrigen Bürgern bestehende besondere Belastung rechtfertigen.

## (2.) Die Begründung der Mitgliedschaft in Hochschulen

Die Hochschulen haben als gesetzliche Mitglieder die hauptamtlich an der Hochschule Beschäftigten und die eingeschriebenen Studenten (§ 36 I S. 1 HRG). Hauptberuflich an der Hochschule beschäftigt sind diejenigen, deren Arbeitszeit mehr als fünfzig Prozent der regelmäßigen Arbeitszeit ausmacht, und die nicht nur vorübergehend – etwa als Vertreter nach § 45 IV HRG – an der Hochschule tätig sind.<sup>140</sup> Die nebenberuflich Tätigen sind Mitglieder nach Maßgabe des Landesrechts. So regelt etwa § 6 I UG BW, daß auch die entpflichteten oder im Ruhestand befindlichen Professoren, die Honorar- und Gastprofessoren, die Privat- und Hochschuldozenten, die Lehrbeauftragten und andere „Mitglieder“ der Universität sind. Ihnen fehlt jedoch das aktive und passive Wahlrecht (§ 6 II UG BW). Angesichts dieser fehlenden Mitwirkungsmöglichkeiten handelt es sich bei den nebenberuflich Tätigen nicht um Mitglieder im Rechtssinne, sondern um Angehörige der Universität.<sup>141</sup> Schließlich sieht § 6 IV UG BW eine Gleichstellungsmöglichkeit für Angehörige kooperierender Forschungseinrichtungen und Kliniken mit den Mitgliedern der Universität vor.<sup>142</sup>

Die Mitgliedschaft der Studierenden wird durch die Einschreibung an der Hochschule begründet (§ 89 I S. 1 UG BW). Der Studienbewerber hat zwar vor dem Hintergrund des hohen Mitteleinsatzes und der durch Art. 5 III GG geschützten Notwendigkeit, die Funktionstüchtigkeit der Hochschulen zu erhalten, keinen grundrechtlich begründeten originären Leistungsanspruch auf Zulassung zur Hochschule;<sup>143</sup> er hat aber einen aus Art. 12 I GG i.V.m. Art. 3 I und dem Sozialstaatsprinzip folgenden derivativen Leistungsanspruch auf Ausschöpfung der vorhandenen Kapazitäten vor einer Ablehnung.<sup>144</sup> Dieser Anspruch richtet sich aber nur auf das mit der Zulassung verbundene Recht auf Teilnahme an den universitären Veranstaltungen und Einrichtungen, mithin auf ein Angehörigkeitsverhältnis. Da die durch die Mitwirkungsrechte in der Hochschule qualifizierte besondere Mitgliedschaftsstellung jedoch nicht über die Berufsfreiheit in Verbindung mit dem

137 *Meßerschmidt* 1990, S. 84.

138 *BVerwG NJW* 1998, S. 3510 f. (3511); hierzu auch *Jahn* 2000, S. 129 ff.

139 Ablehnend *Hellermann* 1993, S. 195 f.; *Kluth* 1997, S. 305 f.

140 *Reich* 2002, § 36 Rn. 1; HRG *Denninger-Nagel* § 36 Rn. 1.

141 *Reich* 2002, § 36 Rn. 1 f.

142 Vgl. auch *Herberger* 2001, Rn. 342.

143 *Brugger* 1983, S. 122; erwogen von *BVerfGE* 33, S. 303 ff. (350) – Numerus Clausus.

144 *BVerfGE* 33, S. 303 ff. (332 f.) – Numerus Clausus; *Brugger* 1983, S. 123; GG-Kommentar *Dreier-Wieland* Art. 12, Rn. 164.

Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip, sondern über Art. 5 III GG begründet sind, besteht kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Einräumung eines Mitgliedschaftsstatus.<sup>145</sup> Der Gesetzgeber ist insofern frei, unbeschadet des Umstands, daß sich die Gruppenuniversität als ein sinnvolles Modell etabliert hat (s. o.), zu einer Organisationsform der Hochschule wie etwa der Ordinarienuiversität zurückzukehren, die eine Mitwirkung der Studenten an der Selbstverwaltung nicht vorsieht.<sup>146</sup> Die Besonderheit der Hochschulzulassung besteht im übrigen darin, daß mit ihr ein Dauerrechtsverhältnis begründet wird, daß „einer periodischen Erneuerung des Willens, das Studium fortzusetzen“ in Gestalt einer Rückmeldung bedarf, um aufrechterhalten werden zu können.<sup>147</sup> Geschieht dies nicht, kann die Mitgliedschaft der Studierenden durch Exmatrikulation von Amts wegen beendet werden (§ 91 I S. 1 u. III Nr. 2 UG BW).<sup>148</sup>

dd. Verbände, die als freiwillige oder pflichtige Verbände bestehen:  
Die Zweckverbände

Zweckverbände können als freiwillige („Freiverbände“) oder als pflichtige („Pflichtverbände“) gegründet werden.<sup>149</sup> Pflichtverbände bestehen besonders dort, wo durch ihn Pflichtaufgaben und Auftragsangelegenheiten wahrgenommen werden sollen. Gegen ihren Willen können Gemeinden in Nordrhein-Westfalen<sup>150</sup> zu einem sog. gesetzlichen Zweckverband zusammengeschlossen werden.<sup>151</sup>

Durch den Pflichtzusammenschluß sind die betroffenen Gemeinden in ihrer Kooperationshoheit betroffen. Kooperationshoheit<sup>152</sup> oder -recht<sup>153</sup> ist das Recht der Kommunen, mit anderen Kommunen zur gemeinschaftlichen Aufgabenerfüllung von öffentlichen Zwecken zusammenarbeiten zu dürfen.<sup>154</sup> Dieser Zielrichtung gemäß betrifft die Kooperationshoheit nicht nur die organisatorische, sondern alle Formen der Zusammenarbeit mit anderen Kommunen, folgt also nicht aus der Organisationshoheit.<sup>155</sup> Fundiert in Art. 28 II S. 2 GG, wird die Kooperationshoheit begründet mit der Notwendigkeit, sich überschneidende Aufgabenkreise mit anderen Kommunen effektiv erfüllen zu können.<sup>156</sup> Von der Begründung von Pflichtverbänden betroffen ist die negative Kooperationshoheit und damit das Selbstverwaltungsrecht.<sup>157</sup>

145 *BVerfGE* 35, S. 79 ff. (125); v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 5, Rn. 368.

146 Ohne daß umgekehrt eine Beteiligung der Studenten an der Selbstverwaltung schon zu einer Fremdbestimmung in der Forschung führen müßte, *BVerfGE* 43, S. 242 ff. (268); HRG-Denninger-Nagel vor § 36, Rn. 2.

147 *BVerfG NVwZ* 2003, S. 719.

148 Zur Rechtslage in Berlin und Brandenburg *Jobs* 2003, S. 350 f.

149 *Saugier* 2001, S. 36 ff.; § 2 GKZ BW; Art. 17 KommZG Bay; §§ 5 f. KGG Hess; 1 f. ZweckVerbG NdS; 4 f. GKG NRW; 2 f. ZwVG RhPf; 2 f. KGG Saar; 2 f. GKZ S-H; 4 f. BBG; § 150 f. M-V; 44 f. KommZG Sachs; 17 KGG S-Anh.; 16 f. KGG Thür.

150 § 22 GKG Thür.

151 *Luppert* 2000, S. 118; *Stober* 1996, § 17 II 3.

152 *Luppert* 2000, S. 23 f.; *Bovenschulte* 2000, S. 417 ff.

153 *Oebbecke* (1982, S. 67 f.) spricht etwas mißverständlich im Ausdruck von „Koalitionshoheit“.

154 *Saugier* 2001, S. 33; *Luppert* 2000, S. 23.

155 *Saugier* 2001, S. 34 f.; *Stober* 1996, § 7 II 2 h; andere Auffassung *Oebbecke* 1982, S. 67 f.

156 *Stober* 1996, § 7 II 2 h.

157 *Oebbecke* 1982, S. 67 f.; *Saugier* 2001, S. 52 f.; *Luppert* 2000, S. 24 f.

Es ist daher verfassungsrechtlich problematisch, wenn einzelne Bundesländer (§ 13 I GkG Hess; § 15 I S. 2 ZwVG Nds) Pflichtverbände auch im Bereich von freiwilligen Aufgaben zulassen. Zumeist werden Pflichtverbände hingegen auf den Bereich der Erledigung von Pflichtaufgaben beschränkt.<sup>158</sup> Die Mitgliedschaftspflicht der Landkreise und Gemeinden ist hier gerechtfertigt, wenn „dringende Gründe des öffentlichen Wohls“ dies erfordern, wenn sie also nicht alleine in der Lage sind, die Aufgabe wahrzunehmen und bei der Nichterfüllung dieser Aufgabe die ordnungsgemäße Versorgung der Einwohner mit Gütern gefährdet wäre.<sup>159</sup>

#### ee. Körperschaften mit freiwilliger und pflichtiger Mitgliedschaft

Mitglieder der Sozialversicherung sind bestimmte Versicherte, denen Mitwirkungsbefugnisse in der Selbstverwaltung eingeräumt und die beitragspflichtig sind (s. o. C I 1 c). Die Versicherteneigenschaft kann mit Erfüllung der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Tatbestandsvoraussetzungen begründet werden („Versicherungspflicht“) oder bei Vorliegen der auch hierfür bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen durch freiwilligen Beitritt oder Fortsetzung über die Pflichtmitgliedschaft hinaus entstehen („Versicherungsberechtigung“), § 2 I SGB IV. Zwischen einer reinen Pflicht- und einer freiwilligen Versicherung steht die in der Rentenversicherung mögliche „Pflichtversicherung auf Antrag“ (§ 4 SGB VI).<sup>160</sup> Auf den Antrag hin tritt die Versicherungspflicht mit allen Rechten und Pflichten ein.<sup>161</sup> Hier soll einem Kreis von selbständig Erwerbstätigen, die nicht kraft Gesetzes versicherungspflichtig sind, die aber ein vergleichbares Risiko trifft, die Aufnahme in die gesetzliche Rentenversicherung ermöglicht werden.<sup>162</sup>

Davon sind die freiwillig in der Rentenversicherung Versicherten zu unterscheiden (§ 7 SGB VI), die innerhalb gewisser Grenzen (§§ 161 II, 167, 197 II SGB VI) frei über ihre Beitragshöhe entscheiden können, dafür aber auch nicht die Leistungen der gesetzlich Versicherten erhalten. Auch sie sind aber Versicherte und nehmen an der Selbstverwaltung der Rentenversicherung teil. Das Versicherungsverhältnis des freiwillig Versicherten wird, sofern er versicherungsberechtigt ist, durch tatsächliche Zahlungen begründet.<sup>163</sup> Zweck dieser freiwilligen Versicherung – das zeigt insbesondere der Ausschluß der Berechtigung zur freiwilligen Versicherung für Versicherungsfreie und von der Versicherungspflicht befreite Personen – ist nicht eine Zusatz- oder Doppelversicherung der Versicherungspflichtigen,<sup>164</sup> sondern in erster Linie eine Vervollständigung von solchen Versicherungsbiographien,

158 Vgl. etwa § 10 GkZ BW; Luppert 2000, S. 115 f.

159 VerfGH NW DVBl. 1979, S. 668; Gern 2003, Rn. 936; ders. 2001, Rn. 489 f.; Luppert 2000, S. 116 f.; Saugier 2001, S. 53 f.

160 Zu damit verbundenen Problemen: Voelzke 1999, § 16 Rn. 204 f.

161 KK-Gürtner SGB VI, § 4 Rn. 7. KK-Seewald SGB IV, § 2 Rn. 4: Sie erhalten die Rechtsstellung eines Pflichtversicherten, weil die vom Antrag veranlaßte Versicherung inhaltlich unabhängig vom Willen des Versicherten besteht.

162 Schuln/Igl 2002, Rn. 551.

163 KK-Gürtner SGB VI, § 7 Rn. 13; Voelzke 1999, § 18 Rn. 8 u. 35 f.

164 Die Möglichkeit einer freiwilligen Höherversicherung der gesetzlichen Pflichtversicherung, die bis 1998 bestand, hatte eher den Charakter einer privaten Altersvorsorge und warf daher die Frage nach der Notwendigkeit ihrer Organisation in der gesetzlichen Rentenversicherung auf, Voelzke 1999, § 18 Rn. 4.

deren Lücken nicht durch beitragsfreie Zeiten geschlossen werden können. Außerdem wird dadurch nicht pflichtversicherten Personen der Schutz der gesetzlichen Rentenversicherung eröffnet.<sup>165</sup> Anders steht es allerdings in der gesetzlichen Krankenversicherung. Hier begründet die aufgrund einer Versicherungsberechtigung beantragte freiwillige Versicherung (§ 9 SGB V) die gleiche Stellung wie den Pflichtversicherten.<sup>166</sup> Auch hier dient die Versicherungsberechtigung jedoch dazu, die Verbindung zu einer früheren Versicherungsberechtigung herzustellen und damit Personen, deren begrenztes Schutzbedürfnis der Gesetzgeber nicht als so ausgeprägt angesehen hat, um sie einer Versicherungspflicht zu unterwerfen, den Zugang oder die Fortsetzung der Versicherung bei der gesetzlichen Krankenversicherung zu ermöglichen.<sup>167</sup> Die Entlassung nach bestehender langjähriger gesetzlicher Versicherungspflicht in die Möglichkeit privater Krankenversicherungen würde wegen inzwischen eingetretener Risiken oder aus Altersgründen eine besondere Härte bedeuten.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die freiwillige Mitgliedschaft auch in der Sozialversicherung eine Ausnahme darstellt. Sie hat sich prinzipiell gegenüber der Möglichkeit der privaten Absicherung der einschlägigen Risiken zu rechtfertigen. Grund der freiwilligen Versicherung ist dann die Entstehung von besonderer Schutzbedürftigkeit oder das Bestehen sonstiger Folgen einer einmal bestandenen Pflichtversicherung. Nicht in dieser Weise sozialstaatlich motivierte freiwillige Versicherungen wie etwa die ehemalige Höherversicherung in der Rentenversicherung sind gegenüber privaten Anbietern von Versicherungsleistungen nicht mehr durch eine sozialstaatlich begründete öffentliche Aufgabe zu rechtfertigen. Bei der Unfallversicherung, bei der, wie oben ausgeführt, Versicherungsberechtigung und Mitgliedschaft personell getrennt sind, tritt die Mitgliedschaft eines Unternehmens kraft Gesetzes ein, während bei der Versicherungsberechtigung freiwillige Versicherungsverhältnisse möglich sind (§ 6 SGB VII).<sup>168</sup> Diese freiwillige Versicherung ist eine genossenschaftliche Eigenversicherung der Unternehmer als Alternative zu einer privaten Versicherung.<sup>169</sup>

Wie auch bei der sogleich zu besprechenden Pflichtmitgliedschaft in den Kammern betrifft die Versicherungspflicht den einzelnen in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit.<sup>170</sup> Sie ist danach gerechtfertigt, wenn ihre Auferlegung mit der verfassungsmäßigen Ordnung zu vereinbaren und insbesondere verhältnismäßig ist. Gemeinsamer Sinn der Versicherungspflicht ist es, die Allgemeinheit vor unterlassener Risikovorsorge des einzelnen zu schützen und einen Solidarausgleich unter den Versicherten herzustellen.<sup>171</sup> Zugleich dient der Gesetzgeber damit dem sozialstaatlichen Gebot der Gewährung ausreichenden

165 Voelzke 1999, § 18 Rn. 6.

166 Bloch 1994, § 17 Rn. 46.

167 KK-Peters SGB V, § 9 Rn. 2.

168 § 136 SGB VII, Bieback 1996, Rn. 65 f.; Schuln/Igl 2002, Rn. 427.

169 Schlegel 1996, § 21 Rn. 2.

170 BVerfGE 29, S. 221 ff. (235) – Jahresarbeitsverdienstgrenze; 29, S. 245 ff. (253); 75, S. 108 ff. (159) – Künstlersozialversicherung. Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Pflegeversicherung waren zusätzlich noch Art. 3 I u. 6 GG wegen der Beitragsgestaltung zu prüfen.

171 Schuln/Igl 2002, Rn. 80.



sozialen Schutzes seiner Bürger.<sup>172</sup> Im Kern geht es dabei um „die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit“.<sup>173</sup> Das Versicherungsprinzip aufgrund gegenseitiger Solidarität ermöglicht es dem Bürger zugleich, einen Beitrag zur Absicherung des jeweiligen Risikos zu leisten und verhindert es, daß er zum bloßen Empfänger von Sozialhilfeleistungen gemacht wird.<sup>174</sup> Das Versicherungsprinzip wird dabei durch das Prinzip des sozialen Ausgleichs, das das individuelle Risiko mit den Risiken der übrigen Versicherten der Solidargemeinschaft verknüpft, erheblich modifiziert. Gerade hierin liegt der Sinn einer gesetzlichen Versicherungspflicht. Unter Zugrundelegung eines recht weiten gesetzgeberischen Spielraums kann die Versicherungspflicht in der Rentenversicherung mit der Ungesicherheit gegenüber dem Risiko der Erwerbsunfähigkeit gerechtfertigt werden.<sup>175</sup>

#### ff. Die Pflichtmitgliedschaft der Kammern der wirtschaftlichen und freiberuflichen Selbstverwaltung

Während die Begründung der Mitgliedschaft bei den bisher dargestellten Körperschaften entweder durch ein Moment der Freiwilligkeit gekennzeichnet war, neben verpflichtigen auch freiwillige Formen der Körperschaftsart bestanden oder schließlich zwar eine gesetzliche Pflichtmitgliedschaft bestand, für bestimmte Personengruppen aber auch Möglichkeiten einer freiwilligen Begründung der Mitgliedschaft vorgesehen waren, ist nun auf rein pflichtige Formen der Mitgliedschaft einzugehen, wie sie zur Disziplinierung eines Berufsstandes oder zur Repräsentativität der Vertretung der Interessen der Wirtschaft in den berufsständischen und den Wirtschaftskammern vorgesehen sind. Hier wird das Verhältnis der Körperschaft zu ihrer gesellschaftlichen Umwelt zum Problem: Was rechtfertigt es, Bürger zu Mitgliedern einer Körperschaft zu machen, die nicht ihre Individualinteressen, sondern die des Berufsstandes oder der Wirtschaft vertritt und in der sie Pflichten übernehmen?

##### (1.) Betroffenheit in einem Grundrecht

Gezwungenermaßen einer Vereinigung anzugehören, trifft den Einzelnen in seiner Freiheit. Nach wie vor besteht keine Einigkeit darüber, vom Schutzbereich welchen Grundrechts das Interesse des Bürgers erfaßt wird, einem öffentlich-rechtlichen Verband nicht angehören zu müssen. Gesucht wird mithin ein Grundrecht, dessen negative Seite vor dieser Zugehörigkeit bewahrt.<sup>176</sup> Während das BVerfG seit

172 *BVerfGE* 27, S. 253 ff. (283) – Kriegsfolgeschäden; 69, S. 272 ff. (314).

173 *BVerfGE* 75, S. 108 ff. (146) – Künstlersozialversicherung.

174 *Bloch* 1994, § 16 Rn. 5 f.

175 *Voelzke* 1999, § 15 Rn. 11: Es besteht insofern eine soziale Schutzbedürftigkeit, als infolge von verminderter Erwerbsfähigkeit, insbesondere des Alters, die eigene Arbeitskraft nicht mehr zur Erlangung eines Lebensunterhaltes verwendet werden kann.

176 Zur negativen Seite der Grundrechte generell die Arbeit von *Hellermann* 1993, zur Pflichtmitgliedschaft besonders S. 59 ff., 85 ff. u. 187 ff.

dem Erftverbands-Urteil,<sup>177</sup> und ihm folgend das BVerwG,<sup>178</sup> seiner Auffassung treu geblieben ist, daß die Pflichtmitgliedschaft in den IHKn,<sup>179</sup> den Arbeitnehmerkammern,<sup>180</sup> der „Bayerischen Ärzteversorgung“,<sup>181</sup> den Handwerkskammern<sup>182</sup> und anderen Körperschaften nicht vom Schutzbereich des Art. 9 I GG umfaßt sei, sondern von Art. 2 I GG erfaßt werde, hat die Literatur lange Zeit sogar überwiegend eine gegenteilige Auffassung vertreten.<sup>183</sup>

#### (a.) Schutzbereich von Art. 9 I GG

Art. 9 I GG schützt das Recht aller Deutschen, sich zu Vereinen und Gesellschaften zusammenzuschließen. Unstreitig ist damit die positive Freiheit zur freiwilligen Bildung privater Vereinigungen gewährleistet. Aus Art. 9 I GG läßt sich kein Teilhaberecht auf Zugehörigkeit zu öffentlich-rechtlichen Verbänden herleiten, da ihre Errichtung und die Rekrutierung der Mitglieder durch staatlichen Hoheitsakt geschieht.<sup>184</sup> Einigkeit besteht auch insofern, als die Freiheit, einem privatrechtlichen Verband nicht anzugehören zu müssen, als die negative Seite dieses Grundrechts ebenfalls geschützt ist.<sup>185</sup> Kontrovers diskutiert wird aber, ob das Interesse, einem öffentlich-rechtlichen Verband nicht anzugehören zu müssen, von der negativen Seite dieses Grundrechts erfaßt wird. Der Wortlaut ist dabei unergiebig.<sup>186</sup> Die engere Systematik spricht gegen die Erfassung der Abwehr der Pflichtmitgliedschaft von der negativen Vereinigungsfreiheit. Sie kann nicht mehr garantieren als die positive Dimension des Grundrechts.<sup>187</sup> Diese bezieht sich aber nur auf privatrechtliche

177 E 10, S. 89 ff.; zur Geschichte der Judikatur des Gerichts über die Pflichtmitgliedschaft vgl. *Löwer* 2000, S. 91 f.;

178 NJW 1999, S. 2292 ff.; NJW 1998, S. 3510 ff.; E 59, S. 231 ff. (233) zur Studentenschaft; E 64, S. 115 ff. (117) zur Steuerberaterkammer; E 64, S. 298 ff. (301) zur Ärztekammer, vgl. a. *Dettmeyer* 1999, S. 3367 ff.; E 87, S. 324 ff. (325) zum Versorgungswerk für Rechtsanwälte und BVerwG NJW 1983, S. 2650 f. zu Versorgungseinrichtungen für Ärzte, BVerwG NJW 1998, S. 3510 ff. zu den IHKn. Zur Rechtsprechung der Oberverwaltungs- und Instanzgerichte: *Jahn* 2002, S. 99 Fn. 10 u. 11.

179 E 15, S. 235 ff. (239 f.); BVerwG NJW 1998, S. 3510 f.; hierzu *Selmer* 1999, S. 305 f.; *Jahn* 2000, S. 129 f.; *ders.* 1998a, S. 453 f.

180 E 38, S. 281 ff. (297 f.); vgl. auch *Großmann* 1968, S. 300 f., der völlig zu Recht darauf hinweist, daß angesichts der fehlenden Mitwirkungsbefugnisse der Arbeitnehmer in den Kammern nicht von Zwangsmitgliedschaft, sondern besser von „Zwangszugehörigkeit“ gesprochen werden sollte. Zum problematischen Körperschaftscharakter der Arbeitskammer des Saarlandes vgl. bereits oben C IV 4 c bb.

181 E 10, S. 354 ff. (362).

182 E 32, S. 54 ff. (63) – Betriebsbeteiligungsrecht.

183 *Kleine-Cosack* 1996, S. 145 ff.; *Jäkel* 1983, S. 1134 f.; *Fröhler/Oberndorfer* 1974, S. 17 ff. (auf der Grundlage der von ihnen vertretenen Vorstellung, daß die Interessenvertretung eine gesellschaftliche Aufgabe der Körperschaft des öffentlichen Rechts sei); *Mronz* 1973, S. 101 ff.; vgl. dazu auch *Kluth* 1997, S. 293 f.

184 BVerwG NJW 1998, S. 3510 ff. (3511); *Löwer* 2000, S. 95; *Kluth* 1997, S. 302 f.; *Hatje/Terhechte* 2002, S. 1850; *Huber* 1953, S. 198, der daraus den für die Ablehnung des Schutzes vor Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden klassischen Umkehrschluß zieht: „Besteht somit eine positive Vereinigungsfreiheit bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften nicht, so ist bei ihnen auch die Grundlage, von der aus bei privatrechtlichen Vereinigungen auf eine negative Vereinigungsfreiheit geschlossen wird, nicht gegeben“.

185 Maunz/Dürig-Scholz Art. 9, Rn. 88; GG-Kommentar Dreier-Bauer Art. 9, Rn. 41.

186 *Schöbener* 2000, S. 399.

187 *Löwer* 2000, S. 94. Eingehende Kritik dieser Auffassung bei *Hellermann* 1993, S. 67 f.: Der Vorwurf eines logischen Fehlschlusses kann jedoch nicht überzeugen. Wenn die positive Freiheit durch die kombinierten Merkmale „Freiwilligkeit“ und „privatrechtlicher Zusammenschluß“ gekennzeichnet ist,

Vereinigung. Entsprechend kann auch kein Schutz vor der Zugehörigkeit zu öffentlich-rechtlichen Organisationen in der negativen Dimension begründet werden.<sup>188</sup>

Kontrovers wird die Entstehungsgeschichte diskutiert. Unbestritten ging der Verfassungsgeber von der Existenz öffentlich-rechtlicher Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft aus und wollte daran auch nicht prinzipiell etwas ändern.<sup>189</sup> Das Argument, dann könnte er den Schutz vor der Zugehörigkeit zu diesen Verbänden nicht einem vorbehaltlos gewährten Grundrecht anvertrauen, überzeugt sicherlich wenig. Seine Widerlegung begründet aber noch nicht, warum nicht aus anderen historischen Gründen die negative Vereinigungsfreiheit den gesuchten Schutz nicht gewähren kann. Löwer hat aus den Materialien eingehend nachgewiesen, daß dem Verfassungsgeber die Notwendigkeit eines Schutzes gegenüber Zwangsmitgliedschaften bewußt war, er sie aber nicht über den Art. 9 I GG gewähren wollte.<sup>190</sup> Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, sein objektiverer Wille habe das nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht.

Die historische Auslegung spricht auch gegen die Vorstellung eines mittelbaren Eingriffs in die Vereinigungsfreiheit durch die Zwangsvereinigung.<sup>191</sup> Das BVerfG entnimmt Art. 9 I GG einen prinzipiellen „Vorrang der freien Vereinsbildung“.<sup>192</sup> Mittelbar könnte dieser Vorrang nun dadurch beeinträchtigt werden, daß der Staat „konkurrierende“ öffentlich-rechtliche Zwangsvereinigungen gründet.<sup>193</sup> Eben dieses Konkurrenzverhältnis besteht jedoch nicht.<sup>194</sup> Privatrechtliche Verbände könnten gar nicht diejenigen Ziele verfolgen, die der Staat mit den Körperschaften des öffentlichen Rechts erreichen will.<sup>195</sup> Gemeinsam ist allen Körperschaften, daß sie, gesetzlich verpflichtet, Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnehmen. Wie

---

dann ist es konsequent, bei der negativen Freiheit beide Merkmale mit einem negativen Index zu versehen: „unfreiwilliger privatrechtlicher Zusammenschluß“. *BVerfG NVwZ* 2002, S. 336; auch *Schöbener* 2000, S. 391.

188 *Erichsen* 1989, § 152 Rn. 69; *Jahn* 2002, S. 100 f.

189 *BVerfG NVwZ* 2002, S. 336; *Löwer* 2000, S. 90; *Schöbener* 2000, S. 400; *Hatje/Terhechte* 2002, S. 1850; *Kluth* 2002a, S. 299.

190 *Löwer* 2000, S. 90 f.: Zunächst wurde zwar erwogen, in Art. 9 III ein Verbot der Zwangsmitgliedschaft in arbeitsrechtlichen Koalitionen aufzunehmen. Hierzu brachte dann der Hauptausschuß den Vorschlag einer „Ausnahme“ für öffentlich-rechtliche Verbände ein. In den weiteren Beratungen wurde dann aber klargestellt, daß die ausdrückliche Zulassung der Zwangsmitgliedschaft in öffentlichen Verbänden in Wirklichkeit keine Ausnahme war, sondern eine Regelung, die mit dem Gegenstand des Art. 9, der die Vereinigungsfreiheit privater Zusammenschlüsse betreffen sollte, nicht in Zusammenhang stand. Daß dann auch das Zwangsverbot in arbeitsrechtlichen Koalitionen gestrichen wurde, hing damit nicht zusammen, sondern geschah, weil man es für überflüssig ansah; a. A. *Schöbener* 2000, S. 395 f. 191 *Etwas Erichsen* 1989, § 152 Rn. 72 f.

192 E 38, S. 281 (298) – Arbeitnehmerkammern.

193 *Jäkel* 1983, S. 1135. Das wäre etwa der Fall, wenn die Arbeitskammern im Saarland und ehemals in Bremen die Möglichkeit der Arbeitnehmer zur Organisation in Gewerkschaften erstickt („Gefahr der Austrocknung des freien Verbandswesens“) hätten, *Zacher* 1971, S. 26 f. u. 82.

194 *BVerwG NJW* 1999, S. 2292 ff. (2294); *Schöbener* 2000, S. 387. Das setzt allerdings voraus, daß man die Überlagerung der Interessenvertretung durch das öffentliche Interesse an der integrierenden Wirkung der Wahrnehmung dieser Aufgabe durch eine Körperschaft annimmt, wie dies hier vorgeschlagen wurde (B IV 3 b). Andernfalls würde in der Tat der von *Kopp* (1992, S. 35) formulierte Einwand zutreffen: „Wenn schon mit der Handwerkskammer ein zentrales Organ für die Interessenvertretung besteht, wozu sollten die Handwerker sich dann noch ergänzend dazu in Parallelorganisationen auf privatrechtlicher Basis zusammenschließen?“

195 Entsprechend können private Interessenverbände auf gewerblichen Gebiet, von Art. 9 I GG geschützt, ohne weiteres neben den Wirtschaftskammern gegründet werden, was bekanntlich auch geschieht, *Jahn* 2002a, S. 436; *Stober* 2001, S. 398 f.

oben bereits ausgeführt, geschieht dies, auch wenn sie die Interessen ihrer Mitglieder vertreten, weil sie das Gesamtinteresse ihrer Mitglieder objektiv darstellen und so dem Staat ein objektives Bild vermitteln sollen.<sup>196</sup> Entsprechendes gilt für die anderen Aufgaben. Diese unterschiedliche Zwecksetzung von öffentlichen und privatrechtlichen Verbänden war dem Verfassungsgeber trotz der Korruption dieses Unterschiedes im Dritten Reich aufgrund der langen, bis in die Weimarer Zeit hineinreichende, Tradition der öffentlichen Körperschaften bewußt.

Deshalb verfährt auch ein folgenorientiertes Argument nicht, demzufolge die Unterscheidung des Schutzes vor privatrechtlicher Vereinszugehörigkeit in Art. 9 I GG und vor öffentlich-rechtlicher Zwangsmitgliedschaft in Art. 2 I GG die Form der Grundrechtsgewährleistung in die Hand des Gesetzgebers legen würde.<sup>197</sup> Danach könnte der Gesetzgeber durch die Wahl der öffentlichen oder privaten Organisationsform bestimmen, welchem Schutzbereich das Abwehrverlangen des Bürgers gegenüber öffentlichen Zwangsverbänden unterliefe. Das verkehrt jedoch die Intentionen des Gesetzgebers: Er organisiert eine Aufgabe nicht durch einen öffentlich-rechtlichen Zwangsverband, um ihre Erfüllung vor dem insoweit schrankenlos gewährten Grundrecht<sup>198</sup> der Vereinigungsfreiheit zu „retten“. Vielmehr wählt er sie, weil sie ihm nur auf diese Weise realisierbar erscheint. Erweist sich diese Annahme als willkürlich, scheidet sie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit ebenso wie bei Art. 9 I GG.<sup>199</sup>

Mit der Regelung des Art. 9 GG, bei deren Entstehung ausdrücklich ein Absatz über das Verbot von Zwangsmitgliedschaften gestrichen wurde, ohne daß dies Auswirkungen auf den Schutz vor privaten Zwangsvereinigungen haben sollte,<sup>200</sup> hat der Verfassungsgeber vielmehr deutlich gemacht, daß die negative Seite dieses Freiheitsrechts von seinem Schutz mit umfaßt sein sollte. Dabei ist er davon ausgegangen, daß sich Art. 9 I GG in beiden Dimensionen nur auf privatrechtliche Vereinigungen beziehen sollte. Danach dient Art. 9 I GG erstens dem Schutz des Einzelnen, sich mit anderen frei zu vereinigen oder dies nicht zu tun. Zweitens enthält er in institutioneller Perspektive<sup>201</sup> eine Garantie des Marktmechanismen folgenden freien Vereinswesens und seiner freien Gruppenbildung,<sup>202</sup> der Konkurrenz dieser Verbände untereinander und um Mitglieder, die ihnen frei beitreten oder aus ihnen austreten können. Dabei können die Vereinigungen diejenigen Ziele verfolgen, die nicht mit anderen Verfassungsgütern kollidieren. Nicht erfaßt sind aber

196 Löwer 2000, S. 95, 97.

197 Schöbener 2000, S. 402 f.; Maunz/Dürig-Scholz Art. 9, Rn. 90: „Der gesetzgeberische Kompetenztitel zugunsten einer bestimmten ‚öffentlichen Aufgabe‘ wird gleichzeitig zum grundrechtlichen Grenzmaßstab – ein klassischer Zirkelschluß“. Zustimmung GG-Kommentar Dreier-Bauer Art. 9, Rn. 42. – Diese Ansicht verkennt zudem, daß der Gesetzgeber zwar eine Angelegenheit zur öffentlichen Aufgabe machen kann; ob dies aber legitim ist, ob also ein besonderes Interesse daran besteht, ist ein unabhängiger Maßstab, an dem seine Entscheidung gemessen wird.

198 Die Schranke des Art. 9 II GG ist hier nicht einschlägig, zu Inhalt und Umfang von Art. 9 II GG als Schranke: GG-Kommentar Dreier-Bauer Art. 9, Rn. 49 f.

199 In diesem Sinne auch v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 2, Rn. 125.

200 BVerfG NVwZ 2002, S. 336.

201 A. A.: v. Münch/Kunig-Löwer Art. 9, Rn. 22; Maunz/Dürig-Scholz Art. 9, Rn. 26.

202 Erichsen 1989, § 152 Rn. 71.

die staatlich ins Leben gerufenen oder anerkannten Verbände, die in koordinierter Weise unter staatlicher Aufsicht dem Gemeinwohl zu dienen verpflichtet sind.

### (b.) Weitere Grundrechte

Vorgeschlagen wurde auch noch, daß die Zwangsmitgliedschaft in einer Personalkörperschaft der wirtschaftlichen oder freiberuflichen Selbstverwaltung das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG betreffen könnte.<sup>203</sup> Hier muß aber zwischen der Begründung der Pflichtmitgliedschaft und den Maßnahmen der Körperschaft unterschieden werden. Standesrichtlinien und ähnliche disziplinierende Maßnahmen betreffen den einzelnen sicherlich in seinem Beruf. Die Pflichtmitgliedschaft selbst knüpft jedoch zwar an die Berufstätigkeit oder das Gewerbe an, hat als solche aber keine berufsregelnde Tendenz.<sup>204</sup> Einen Sonderfall stellte es dar, daß die Scientology-Organisation – ungeachtet der abzulehnenden Frage ihrer Religionseigenschaft – erfolglos versucht hatte, unter Berufung auf Art. 4 I GG gegen ihre Pflichtmitgliedschaft in der IHK vorzugehen.<sup>205</sup>

Dasselbe dürfte auch hinsichtlich der Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG, insbesondere auch bei Realkörperschaften gelten. Das BVerwG hat auch einen Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit durch die Interessenvertretungsfunktion der Kammern abgelehnt, weil dem einzelnen Mitglied die Artikulation entgegenstehender Auffassungen unbenommen bleibt und keine weitergehende Identifikation verlangt wird.<sup>206</sup> Die Ersetzung der selbständigen Verwaltung der Fischereirechte der Fischereiberechtigten durch Beteiligungsrechte an der Fischereigenossenschaft wurde hingegen vom BVerfG als verfassungsrechtlich gerechtfertigte Inhalts- und Schrankenbestimmung angesehen.<sup>207</sup>

### (c.) Art. 2 I GG Allgemeine Handlungsfreiheit

Zuzustimmen ist daher der Auffassung von BVerwG und BVerfG, daß die Freiheitsbeschränkung durch die unfreiwillige Zugehörigkeit zu einem öffentlich-rechtlichen Verband von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG in ihrer negativen Dimension erfaßt wird. Art. 2 I GG schützt den einzelnen davor „von ‚unnötigen‘ Körperschaften in Anspruch genommen zu werden“.<sup>208</sup>

203 Dafür etwa v. Mangoldt/Klein/Starck-*Manssen* Art. 12, Rn. 213, jedoch ohne Begründung.

204 *BVerfGE* 10, S. 354 ff. (363); 32, S. 54 ff. (63 f.) – Betriebsbetretungsrecht; 41, S. 231 ff. (241); *Löwer* 2000, S. 96; *Schöbener* 2000, S. 384; *Jahn* 2000, S. 130; *Hatje/Terhechte* 2002, S. 1850, die auf europarechtliche Folgeprobleme der Anwendung dieses Deutschengrundrechts hinweisen.

205 *VG Frankfurt* v. 17.03.2000, *GewArch* 2000, S. 332.

206 *BVerwG NJW* 1998, S. 3510 ff. (3512); *Jahn* 2000, S. 130.

207 *BVerfGE* 70, 191 ff. (209) – Fischereibeiräte; *OVG Magdeburg DVBl.* 2001, S. 1876: innerhalb der Sozialbindung des Eigentums, kein Eingriff in die Berufsfreiheit; *BGH NJW-RR* 2004, 1282 f. (1283).

208 *BVerwG NJW* 1998, S. 3510 ff. (3511).

## (2.) Eingriff

Während dies für die Zugehörigkeit zu einer Gebietskörperschaft abgelehnt wird, ist die Frage umstritten, ob die Begründung der Pflichtmitgliedschaft einen Eingriff darstellt.

Entgegen anderslautenden Stimmen in der Literatur<sup>209</sup> geht die h.M. zu Recht von einem Eingriff in Grundrechte durch die Pflichtmitgliedschaft aus. Das legen auch empirische Befunde nahe. Einer Unternehmerumfrage von „MIND-Mittelstand in Deutschland“ im Bereich der IHKn zufolge ist die Zufriedenheit mit der Arbeit der Kammern in den letzten Jahren gestiegen. Die Ablehnung der Pflichtmitgliedschaft liegt hier jedoch bei 2/3 der Befragten und beträgt auch im Bereich der Handwerkskammern über 50 %.<sup>210</sup> Im Zentrum der Kritik steht die Pflicht zur Beitragszahlung.<sup>211</sup>

Nicht gefolgt ist das BVerfG auch einem Ansatz von *Kluth*, den mit der Pflichtmitgliedschaft eingeräumten status activus innerhalb der öffentlichen Verwaltung als lediglich begünstigend anzusehen, als Erweiterung der Einflußmöglichkeiten, und hiervon die Mitgliedschaftspflichten als nicht notwendige Folge abzulösen.<sup>212</sup> Der begünstigende Aspekt der Pflichtmitgliedschaft ist in der Tat wichtig. Es war bei der Begründung der autonomen Legitimation bereits darauf hingewiesen worden, daß dem Bürger hier ein Moment der Selbstbestimmung innerhalb der öffentlichen Verwaltung geschaffen wird. Die von *Kluth* vorgenommene Trennung von begünstigendem Staterwerb und belastenden Mitgliedschaftspflichten ermöglicht auch sicherlich eine differenzierte grundrechtliche Beurteilung der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vor- und Nachteile. Sie vernachlässigt jedoch erstens, daß die mit der Pflichtmitgliedschaft verbundene Begünstigung gewissermaßen eine „aufgedrängte Bereicherung“ ist. Denn der einzelne wird, ganz abgesehen von finanziellen Nachteilen, allein dadurch in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt, daß er nicht frei darüber entscheiden kann, ob er diese Begünstigung annehmen

209 *Hellermann* 1993, S. 188 ff.

210 Vgl. unter <http://www.mind-mittelstand.de/studie/pdf/gesamt.pdf>. Hatten sich noch 1999 30,8 % der Entscheider in Unternehmen, die Mitglieder in der IHK sind für die Beibehaltung und 68,3 für ihre Abschaffung ausgesprochen, so waren 2001 32,7 % für die Beibehaltung und 67,1 % für die Abschaffung der Pflichtmitgliedschaft. Ablehnung und Zustimmung divergierten aber sehr stark zwischen dem produzierenden Gewerbe (Beibehaltung 41,6 %, Abschaffung 58,4 %) und dem Handel (Beibehaltung 26,7 %, Abschaffung 73,3 %). Das Dienstleistungsgewerbe lag mit 27,1 % für die Beibehaltung und 72,6 % für die Abschaffung in der Mitte. Bei den Handwerkskammern betragen die Zahlen 1999 für die Beibehaltung 47,6 % und für die Abschaffung 51,6 %, während 2001 48 % der Entscheider für die Beibehaltung und 51,7 % für ihre Abschaffung plädierten. Hier war die Zustimmung zur Pflichtmitgliedschaft im Dienstleistungsgewerbe am höchsten (Beibehaltung 53,2 %, Abschaffung 46,8 %) und wie bei den IHKn beim Handel am geringsten (Beibehaltung 36,4 %, Abschaffung 62 %). Hier machten auch 1,6 % keine Angaben, während diese Ziffer bei allen anderen Gewerben bei 0 % lag. Rund die Hälfte der Entscheider der Unternehmen des produzierenden Gewerbes sprach sich für eine Abschaffung aus (50,3 %). „Mind02“, S. 62 f.

211 *Schöbener* 2000, S. 375 f.

212 *Kluth* 1997, S. 306: „Die Begründung der Pflichtmitgliedschaft in einem Träger funktionaler Selbstverwaltung führt zu einer Erweiterung des Rechtskreises der Mitglieder, genauer in ihrem auf die Teilhabe an der Ausübung von Staatsgewalt bezogenen status activus. Sie ist demnach in allgemeinen rechtlichen Kategorien als begünstigend einzustufen. Es kann von einem grundrechtsrelevanten Eingriff nur in Bezug auf die konkreten Pflichten gesprochen werden“. vgl. auch *ders.* 1986, S. 720.

möchte oder nicht.<sup>213</sup> Die fehlende Exit-Option wird auch in der Organisations-  
theorie (s. o. Erster Teil, D I, 1, a) durchweg als individueller Nachteil angesehen,  
der rechtfertigungsbedürftig ist. Aus diesem Grund vermag auch – zweitens – die  
Ablösung der Beitragsfrage – so sehr sie analytisch sinnvoll ist – normativ nicht  
zu überzeugen: Das *Entstehen* der Beitragspflicht ist jedenfalls typische Folge der  
Pflichtmitgliedschaft in der Körperschaft des öffentlichen Rechts.<sup>214</sup> Teilweise wird  
sie gar nicht eigens erwähnt, weil sie ihre Grundlage in der Mitgliedschaft besitzt  
und damit stillschweigend vorausgesetzt wird.<sup>215</sup> Die Belastung entfällt nicht schon  
deshalb, weil auch bei privatrechtlichen Vereinigungen regelmäßig Beiträge zu zah-  
len sind. Dort mag die Beitragshöhe und Mittelverwendung ein Grund zum Austritt  
sein. Das scheidet bei der Körperschaft aus. Mit der Begründung der Pflichtmit-  
gliedschaft entsteht so die erwartbare Folge eines Mitgliedsbeitrags, gegen den sich  
das Mitglied nicht wehren kann. Das bedeutet nicht, daß der Beitrag in Grund und  
Höhe schon durch die Pflichtmitgliedschaft *gerechtfertigt* wäre.<sup>216</sup> Daß aber keinerlei  
Beitrag einer Körperschaft gerechtfertigt ist, ist nur vorstellbar, wenn für sie  
selbst kein legitimer Grund zu finden ist. Gerade bei einer solchen nichtlegitimier-  
ten Körperschaft stellt dann aber die Pflichtmitgliedschaft selbst die Belastung dar,  
nicht erst die Beitragserhebung. Der Unterschied wird auch dadurch verdeutlicht,  
daß der Beitrag in der Höhe die Mitglieder unterschiedlich treffen kann und in den  
zuständigen Gremien verhandelt wird. Die Pflichtmitgliedschaft bedeutet einen  
Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des betreffenden Mitglieds.

### (3.) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Pflichtmitgliedschaft

Rechtfertigen läßt sich der mit der Pflichtmitgliedschaft verbundene Eingriff nur  
dann, wenn die Körperschaft im Interesse des Gemeinwohls besteht und der Eingriff  
auch im übrigen verhältnismäßig ist. Überschreitet die Körperschaft den Kreis der  
legitimen Aufgaben, ist der damit verbundene Eingriff in die Grundrechte des betrof-  
fenen Mitglieds nicht mehr gerechtfertigt (Verbot der Aufgabenüberschreitung).<sup>217</sup>

#### (a.) Ziel im Gemeinwohlinteresse

Die Körperschaft verfolgt ein Ziel im Gemeinwohlinteresse, wenn sie eine legitime  
öffentliche Aufgabe wahrnimmt. Dafür ist nach der bereits vorgestellten Formulie-  
rung des BVerfG in jedem Fall zu prüfen, ob an ihrer Wahrnehmung ein gesteigertes  
Interesse der Allgemeinheit besteht.<sup>218</sup> Geprüft und bejaht hat das Gericht dieses

---

213 Von ihm wird in einem gewissen Umfang eine „Zwangsideifikation“ verlangt, *Merten* 1989, § 144  
Rn. 61; *Pietzcker* 1987, S. 306. Dies bezieht sich aber nicht auf die Identifikation mit der jeweiligen  
Mehrheitsmeinung der Kammer. Vielmehr ist er frei darin, seine entgegenstehende Ansicht weiter zu  
vertreten, *BVerwG NJW* 1998, S. 3510 ff. (3512).

214 *BVerwG NJW* 1998, S. 3510 ff. (3511).

215 *Feuerich/Weyland-Feuerich* § 84, Rn. 1.

216 *Kirchhof* 1990, § 88 Rn. 278.

217 Vgl. hierzu bereits oben S. 441 und die Nachweise Fußn. 64.

218 *BVerfGE* 38, S. 281 ff. – Arbeitnehmerkammern. Zuletzt *BVerfG NVwZ* 2002, S. 336; kritisch zur  
Tauglichkeit des Begriffs der legitimen öffentlichen Aufgabe, *Mronz* 1973, S. 94 f.

Interesse bei den IHKn,<sup>219</sup> den Handwerkskammern, den Kammern der freien Berufe und den Sozialversicherungsträgern.<sup>220</sup> Gemeinsam ist ihnen das öffentliche Interesse daran, daß ein bestimmter Sozialbereich vollständig erfaßt wird, da nur so die öffentliche Aufgabe erfüllt werden kann, sei es daß nur so die Gesamtinteressen erfaßt und gegenüber der Staatsverwaltung objektiv dargestellt werden könne, sonstige Leistungen für die Allgemeinheit erbracht<sup>221</sup> oder daß nur so die Solidargemeinschaft aller Betroffenen begründet werden kann. Bei den Wirtschaftskammern stehen dabei die „Vertretung der gewerblichen Wirtschaft“ und die „Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben auf wirtschaftlichem Gebiet“ im Vordergrund des Interesses.<sup>222</sup>

Im Bereich der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung können also aus dem Sozialstaatsprinzip legitime Ziele abgeleitet werden.<sup>223</sup> Das Solidarprinzip soll hier – aber nicht nur hier – sicherstellen, daß derjenige, der die Vorteile der Körperschaftsleistungen genießt auch zu ihren Lasten beiträgt.<sup>224</sup>

#### (b.) Geeignetheit der Körperschaften zur Verfolgung der legitimen öffentlichen Aufgaben

Die Pflicht, einem Verband angehören zu müssen, der sein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel gar nicht erreichen kann, ist verfassungsrechtlich nicht zur rechtfertigen. Bestritten wurde die Geeignetheit der IHKn zur Repräsentation des Gesamtinteresses der Gewerbetreibenden eines Bezirks angesichts der Heterogenität der Interessen der jeweiligen Gewerbe. Doch geht es bei der Vertretung des Gesamtinteresses gar nicht um Homogenität. Zwar wird eine gewisse Vereinheitlichung Voraussetzung des effektiven Einflusses auf Stellen der staatlichen Verwaltung sein. Sinn der Vertretung des Gesamtinteresses ist aber durchaus eine Einheit der Vielheit.<sup>225</sup>

#### (c.) Alternativen: Private Verbände, Austrittsmöglichkeiten und Überführung in unmittelbare Staatsverwaltung

Den einzelnen würde es gewiß weniger belasten, könnte die Aufgabe von einem privaten Verband wahrgenommen werden, in den er freiwillig ein- und aus dem er ebenso austreten könnte. In der Tat wäre hierdurch auch dem „Vorrang der freien

219 *BVerfGE* 15, S. 235 ff – Pflichtmitgliedschaft IHK.

220 *BVerfGE* 44, S. 70 ff. (89); *BVerwG* 32, S. 308 ff. (311 f.) – studentische Krankenversicherung.

221 vgl. etwa § 18 *KrW/AbfG*; *BVerfGE* 15, S. 235 ff. (241) – Zwangsmitgliedschaft, *Stober* 2001, S. 395; *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 1 Rn. 14.

222 *BVerfGE* 15, S. 235 ff. (241) – Pflichtmitgliedschaft IHK; *BVerfG NVwZ* 2002, S. 336. Hinzu kommt die „Förderung der Gewerblichen Wirtschaft“, *Jahn* 2002a, S. 436.

223 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 2, Rn. 128; *BVerfGE* 38, S. 281 ff. (301) – Arbeitnehmerkammern. 224 *Hendler* 1986, S. 681.

225 Treffend *Möllering* 2001, S. 30: „Ein entscheidender Irrtum der Kritik ist es, daß sie offenbar stets die Vertretung des Gesamtinteresses mit der gebündelten Vertretung gemeinsamer Interessen gleichsetzt. Für letztere wären in der Tat divergierende individuelle Interessen ein unüberbrückbares Hindernis. Nur im wesentlichen gleichlaufende Interessen lassen sich zu einem gemeinsamen Interesse bündeln. Ein Gesamtinteresse läßt sich dem gegenüber auch bilden, wenn unterschiedliche – gegebenenfalls sogar gegenläufige – Interessen vorhanden sind“.



Verbandsbildung“ entsprochen.<sup>226</sup> Das BVerfG nahm insofern jedoch nur eine Prüfungspflicht des Staates an,<sup>227</sup> keineswegs postulierte es, daß immer privaten Verbänden der Vorzug einzuräumen wäre. Jedenfalls dann ist ein privater Verband kein milderes Mittel im Sinne der Verhältnismäßigkeit, wenn er nicht ebenso geeignet ist, die öffentlichen Aufgaben, die der Zwangsverband erfüllen soll, wahrzunehmen. Wollte man die Aufgaben der Kammern durch privatrechtliche Vereinigungen erfüllen lassen, müßte man sie hinsichtlich der hoheitlichen Funktionen als Beliehene behandeln. Das wäre aber mit einem klaren Partizipationsdefizit verbunden.<sup>228</sup> Bestünden freie Eintritts- und Austrittsmöglichkeiten wie in privaten Verbänden, so stünden die Kammern in der Gefahr durch Austrittsdrohungen mächtigerer Mitglieder die Gesamtinteressen nur verzerrt wiederzugeben.<sup>229</sup> Würde sie realisiert, könnten sie kein Abbild aller Angehörigen der Gewerbetreibenden mehr erstellen.<sup>230</sup> Hierzu ist es bei den IHKn auch erforderlich, alle Gewerbetreibenden zu erfassen.<sup>231</sup> Berufliche Standards und ihre Überwachung müßte entweder einem Zertifizierungsmodell oder der staatlichen Lenkung anvertraut werden, wobei der Erfolg bei der ersten Variante ungewiß, bei der zweiten aber durch das Opfer geringerer Beteiligungsmöglichkeiten an der Festsetzung dieser Standards erkauft ist<sup>232</sup> und würde zu einer gerade nicht erwünschten Expansion der staatsunmittelbaren Verwaltung führen.<sup>233</sup> Die Überführung der Aufgabe in unmittelbare Staatsverwaltung ist also kein milderes Mittel.<sup>234</sup>

---

226 E 38, S. 281 (298) – Arbeitnehmerkammern: „Bei echter Konkurrenz der solchen Körperschaften zugeordneten Aufgaben mit solchen, die von frei gegründeten Vereinigungen ebensogut erfüllt werden können, kann der in der Pflichtmitgliedschaft liegende Eingriff in die Freiheit des Einzelnen sich als übermäßig, weil nicht unbedingt erforderlich, und deshalb als verfassungswidrig erweisen. Dieses Bedenken ist noch nicht dadurch ausgeräumt, daß durch die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft die Gründung eines privatrechtlichen Verbands mit paralleler Zielsetzung rechtlich nicht behindert wird. Es müßte bereits als verfassungswidrig angesehen werden, wenn eine durch staatlichen Hoheitsakt gegründete Körperschaft dem freien Verband eine Tätigkeit, die er im Rahmen seiner Zielsetzung legitimerweise ausübt, faktisch unmöglich machte“.

227 E 38, S. 281 (298) – Arbeitnehmerkammern; *BVerfG NVwZ* 2002, S. 336; vgl. auch *Kluth* 2002a, S. 299; *Jahn* 2002a, S. 438.

228 *Stober* 2001, S. 396.

229 *BVerfGE* 15, S. 235 ff. „Der Wert der von den Kammern erarbeiteten Vorschläge und Gutachten beruht einmal in der Unabhängigkeit ihres Urteils, zum anderen auf dem Maße des Überblicks, das die Kammern im Bereich des zu beurteilenden Verhältnisse besitzen. ... Wäre der Beitritt zur IHK freiwillig, so hinge die Zusammensetzung der Mitgliedschaft vom Zufall ab. Die Kammern wären auf die Werbung von Mitgliedern angewiesen. Finanzstarke Mitglieder würden sich in den Vordergrund schieben und mit Austrittsdrohungen die Berücksichtigung ihrer Sonderinteressen und -auffassungen zu erzwingen versuchen. Durch Fernbleiben oder Austritt ganzer Gruppen von Handel- und Gewerbetreibenden könnte den Kammern der Einblick in ihre Verhältnisse erschwert oder entzogen werden. In gleichem Maße wäre die Vertrauenswürdigkeit solcher Kammern, ihre umfassende Sachkunde und Objektivität nicht mehr institutionell gesichert“. *BVerwG NJW* 1998, S. 3510 ff. (3512); *Löwer* 2000, S. 97; *Stober* 2001, S. 399.

230 *Jahn* 2002, S. 101: Private Verbände haben in ihrer Interessenvertretung andere Ziele als die öffentlich-rechtlichen Kammern.

231 *BVerfG NVwZ* 2002, S. 337.

232 Gegenüber den Mitgliedern wird so staatliche Bevormundung verhindert, *Jahn* 2002, S. 101.

233 *BVerfG NVwZ* 2002, S. 335 ff. (337); *Stober* 2001, S. 399.

234 *BVerfG NVwZ* 2002, S. 335 ff. (337): „Zugleich hat die Pflichtmitgliedschaft eine freiheitssichernde und legitimatorische Funktion, weil sie auch dort, wo das Allgemeininteresse einen gesetzlichen Zwang verlangt, die unmittelbare Staatsverwaltung vermeidet und statt dessen auf die Mitwirkung der Betroffenen setzt“. Vgl. auch *Kluth* 1997, S. 327 f.; *Anders Hellermann* 1993, S. 87. Zu bedenken ist auch, daß die Überführung in eine Staatsaufgabe die Lasten für die Erbringung der Allgemeinheit auferlegen würde, obwohl nur ein Teil regelmäßig von ihr profitieren könnte, *Pietzcker* 1987, S. 306; *Jahn* 2002a, S. 437.

Als unzulässig, weil den gesetzgeberischen Spielraum unangemessen verkürzend sieht es das BVerfG auch an, die Aufgaben aufzuspalten in solche, die die Kammern legitimer Weise ausführen dürfen, und andere, damit zusammenhängende, die auch der Staat selbst oder Private erfüllen könnten.<sup>235</sup> Serviceleistungen müssen also in engem Zusammenhang zu den Kammeraufgaben stehen<sup>236</sup> und dürfen ihre Erledigung nicht beeinträchtigen.<sup>237</sup>

Bei der Pflichtversicherung stellt die Möglichkeit freiwilliger, privater Versicherung keine gleich geeignete Alternative dar um die sozialstaatlich gewollten Effekte des Risikoausgleichs zu erzielen.<sup>238</sup>

#### (d.) Zumutbarkeit der Pflichtmitgliedschaft

Die Angemessenheit der Zwangsmitgliedschaft zur Erfüllung der legitimen Aufgabe läßt sich nicht nur anhand der Nachteile, die dem einzelnen durch die typischerweise mit der Pflichtmitgliedschaft verbundenen Beitragspflicht entstehen, beurteilen.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Lippeverbandsgesetz,<sup>239</sup> die Ausstrahlungswirkung auf andere Selbstverwaltungsträger besitzt, im Rahmen der Zumutbarkeit insbesondere auch Kompensationsmöglichkeiten des Mitglieds gegenüber Benachteiligungen in Rechnung gestellt. Gerade hierin zeigt sich das besondere Potential der Körperschaft des öffentlichen Rechts, durch besondere Teilhabemöglichkeiten die besonderen Nachteile, die den Mitgliedern gegenüber Nichtmitgliedern entstehen, ausgleichen zu können.<sup>240</sup> Bei der Diskussion einiger Rational-Choice-Ansätze in der Organisationstheorie war herausgearbeitet worden, daß Organisationen eine fehlende faktische oder rechtliche Exit-Option durch Verstärkung der Möglichkeiten des einzelnen, in der Organisation seine Interessen vertreten zu können, kompensieren müssen, um legitim zu bleiben. In Weiterführung von an die Systemtheorie angelehnter Überlegungen war ferner erwo-gen worden, daß eine durch Partizipationsstrukturen differenzierte Organisation autonome Legitimationsleistungen selbst erbringen kann, die ihr sonst aus ihrer Umwelt zufließen. Diese Möglichkeit hatte sich bei der Analyse der Binnenstruktur der Körperschaft bestätigt. Beide Argumente kommen nun zum Tragen und stützten die Überlegungen des BVerfG bei der Angemessenheit der Zwangsmitgliedschaft. Einerseits betont das Verfassungsgericht das der fehlenden Exit-Option korrespondierende Recht des einzelnen, die Aktivitäten der Körperschaft im Hinblick auf die Einhaltung der ihr gestellten legitimen öffentlichen Aufgaben kontrollieren zu können.<sup>241</sup> Gerechtfertigt ist mithin die Körperschaft im Sinne des oben

235 BVerfG NVwZ 2002, S. 337; Jahn 2002a, S. 436.

236 Vgl. etwa § 1 I IHKG: „Förderung der gewerblichen Wirtschaft“.

237 Kluth 2002a, S. 299; Schöbener 2000, S. 413 f.; Stober 2001, S. 400.

238 v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 2, Rn. 128.

239 DÖV 2003, S. 678 ff.

240 Prägnant dazu auch Klein (1957, S. 152 f.): „Lieber mitmachen und die Sache in die eigenen Hände nehmen, als abseits stehen und sich mit staatlichen Zwangsmaßnahmen abfinden müssen“.

241 BVerfG NVwZ 2002, S. 335 ff. (337): „Die Beeinträchtigung des einzelnen Gewerbetreibenden durch die Pflichtmitgliedschaft bedeutet keine erhebliche Einschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit. Zu berücksichtigen ist dabei vor allem, daß die Pflichtmitgliedschaft den Kammerzugehörigen

in Fortsetzung institutionalistischer Organisationstheorien in Verknüpfung mit *Bruggers* Drei-Säulen-Modell des Gemeinwohls vorgeschlagenen Rechtfertigungsmodells von Organisationen zunächst dann, wenn ihre Grenzen klar bestimmt und einklagbar sind.<sup>242</sup> Mangels legitimationsbedürftigen Eingriffs gilt diese Klagemöglichkeit aber nicht gegenüber der Mitgliedschaft in Gebietskörperschaften.<sup>243</sup> Das Gericht hebt andererseits die freiheitssichernde Funktion der Teilhabe der Mitglieder der Körperschaft an ihren Entscheidungen hervor. So können die Nachteile der unfreiwilligen Mitgliedschaft durch Teilhabe an der Autonomie der Organisation bei der Verwaltung ihrer Angelegenheiten kompensiert werden. Gerechtfertigt ist die Körperschaft danach prozedural, wenn der Pflichtmitgliedschaft gesteigerte Partizipationsmöglichkeiten des Mitglieds korrespondieren.<sup>244</sup>

Mit seinen jüngsten Nichtannahmebeschlüssen von Verfassungsbeschwerden zur Pflichtmitgliedschaft in den IHKn und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts hat das BVerfG zugleich deutlich gemacht, daß sich an der sozialen Situation nichts Entscheidendes geändert hätte, das einen Wandel der Verfassungsauslegung (kurz auch als „Verfassungswandel“ bezeichnet)<sup>245</sup> erfordern würde.<sup>246</sup>

#### gg. Die Pflichtmitgliedschaft in den kassenärztlichen Vereinigungen

Während die Pflichtmitgliedschaft der Gewerbetreibenden und der Angehörigen der freien Berufe in den Kammern der Vertretung des Gesamtinteresses und der Erfüllung bestimmter dezentralisierter Verwaltungsaufgaben dient und auch die Mitgliedschaft in der bayerischen Ärzteversorgung allenfalls Nebenaspekte des Berufs betrifft,<sup>247</sup> geht es bei der Pflichtmitgliedschaft der Leistungserbringer der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 77 III SGB V) in den kassenärztlichen Vereinigungen

---

zum einen die Chance zur Beteiligung und Mitwirkung an staatlichen Entscheidungsprozessen eröffnet, dabei aber zum anderen ihnen die Möglichkeit offen läßt, sich nicht aktiv zu betätigen. Zugleich hat die Pflichtmitgliedschaft eine freiheitssichernde und legitimatorische Funktion, weil sie auch dort, wo das Allgemeininteresse einen gesetzlichen Zwang verlangt, die unmittelbare Staatsverwaltung vermeidet und statt dessen auf die Mitwirkung der Betroffenen setzt“. Das läuft nicht, wie *Hellermann* (1993, S. 187 f.) meint, auf eine Popularklage hinaus. Das einzelne Mitglied wird vielmehr selbst durch die Verfolgung eines Ziels, das nicht eine legitime Aufgabe der Körperschaft belastet, insbesondere weil seine Beiträge in dieser Hinsicht zweckentfremdet werden (*Pietzcker* 1987, S. 306). Zum Problem der Beitragsverweigerung in einzelnen Fällen eines Sonderbeitrags (*Hellermann* 1993, S. 189, *Werner* 1999, S. 224 f.: nicht aufgrund von Treu und Glauben, Selbsthilfe oder aus anderen Gründen; auch *Dettmeyer* 1999, S. 3371) oder einer dauerhaften Überschreitung der Aufgaben: *Mußgnug* 1989, S. 687 f. 242 Die öffentlichen Aufgaben der Körperschaft müssen so gesetzlich so klar festgelegt werden, daß Übergriffe in die Grundrechtssphäre der Mitglieder verhindert werden bzw. identifizierbar und im Klagewege verhinderbar sind, v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck* Art. 2, Rn. 126.

243 *Meßerschmidt* 1990, S. 85.

244 Daß das Gericht mit der Formulierung, die Mitgliedschaft eröffne dem Mitglied eine „Chance zur Beteiligung und Mitwirkung an staatlichen Entscheidungsprozessen“, deren „freiheitssichernde und legitimatorische Funktion“ hervorgehoben wird, muß aber nicht, wie *Kluth* (2002, S. 300) meint, auf eine demokratische Legitimation und einen Zusammenhang von Selbstverwaltung und Demokratieprinzip hindeuten. Es hebt damit jedoch die Bedeutung für eine *autonome*, freiheitsfundierte Legitimation hervor.

245 Vgl. hierzu *Kirste* 1998, S. 424 f.

246 *BVerfG* NVwZ 2002, S. 337; *BVerwG* NJW 1999, S. 2292 ff. (2294); *Jahn* 2002, S. 100; *ders.* 2000, S. 130.

247 *BVerfGE* 10, S. 354 ff. (362 f.) – Ärzteversorgung.

um zentrale Aspekte ihrer Tätigkeit.<sup>248</sup> Hier werden die Ärzte an der Ausarbeitung hoheitlicher, satzungsmäßiger Regelungen der Leistungserbringung durch Richtlinien und Verträge mit den Krankenkassen sowie an der gemeinsamen Bedarfsplanung beteiligt, sollen gemeinsam mit den Krankenkassen über die Zulassung der Ärzte entschieden, die Wirtschaftlichkeit ihrer Geschäftsführung kontrollieren und das Gesamtentgelt unter den Leistungserbringern nach einem mit den Krankenkassen vereinbarten Verteilungsmaßstab aufgeteilt werden.<sup>249</sup> Die Pflichtmitgliedschaft zielt hier auf die Regelung der Art und Weise der Berufsausübung der Ärzte und hat somit eine berufsregelnde Tendenz. Prüfungsmaßstab ist also Art. 12 I GG.

*Bieback* hat hier mit teilweise überzeugenden Argumenten die Erforderlichkeit der Pflichtmitgliedschaft in der kassenärztlichen Vereinigung in Frage gestellt: Das Regelungsziel der Einheitlichkeit und Verbindlichkeit von Vertragssicherung und Qualitätssicherung kann durch entsprechend ausgestaltete Gesamtverträge nach dem Tarifvertragsmodell und eine Art Allgemeinverbindlicherklärung erreicht werden, ohne daß es einer Pflichtmitgliedschaft der Ärzte bedürfte.<sup>250</sup> Bei dem Regelungsziel „Verteilung der Vergütung“ unter den Kassenärzten stellt sich die Frage, ob nicht schon die Tätigkeitsprofile so unterschiedlich sind (vgl. etwa die Behandlung von Gesprächsleistungen), daß eine gleichmäßige Verteilung der budgetierten Gesamtvergütung diesen Differenzierungen nicht gerecht werden kann.<sup>251</sup> Soweit *Bieback* auch die Bedarfsplanung und die Zulassung als milderes Mittel in die Hand der Vertragspartner bzw. der gesetzlichen Krankenkassen legen will, sind jedoch Zweifel angebracht. Eine partielle Einbeziehung der Ärzte in die Selbstverwaltung der Krankenkassen zur Entscheidung über sie betreffende Fragen würde noch stärkere Legitimationsprobleme mit sich bringen, als sie schon bei der „gemeinsamen Selbstverwaltung“ der Bundesausschüsse bestehen. Legitimationsprobleme würden vor allem deshalb entstehen, weil zwar Zulassungsfragen „nur“ die Berufsausübung regeln, jedoch tiefgreifende Eingriffe in die Berufsfreiheit darstellen.<sup>252</sup> Ferner wird von *Kluth* zu Recht auf die Notwendigkeit der Schaffung einer Art „Waffengleichheit“ der Kassenärzte gegenüber den öffentlich-rechtlichen Kassen hingewiesen.<sup>253</sup> Angesichts der bei der Zulassung ebenfalls zu berücksichtigenden hohen Bedeutung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung („besonders wichtiges Gemeinschaftsgut“)<sup>254</sup> und der Bedeutung der Zulassung auch für die Kostendämpfung und damit die Stabilität der gesetzlichen Krankenkassen erscheint ein privatrechtliches Vertragsmodell kein gleich geeignetes Mittel. Neo-korporatistischer Modelle besitzen zwar Vorteile bei der Implementation von hoheitlichen Entscheidungen, bringen zugleich aber auch Defizite bei der Steuerung

248 *Bieback* 1997a, S. 394 ff.; unzutreffend erscheint daher die unter pauschalem Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zu den berufsständischen Körperschaften erfolgende Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Kassenärztlichen Vereinigungen anhand des Maßstabs von Art. 2 I GG, so aber *Kluth* 2003, S. 124.

249 *Bieback* 1997, S. 12; *Bogs* 1997, S. 28 f.

250 *Bieback* 1997, S. 13 f.

251 *Isensee* 1995, S. 345.

252 *BVerfGE* 103, S. 172 ff. (183) – Altersgrenze für Kassenärzte.

253 *Kluth* 2003, S. 124.

254 *BVerfGE* 103, S. 172 ff. (184) – Altersgrenze für Kassenärzte.

der Erfüllung von wichtigen Aufgaben im Gemeinwohlinteresse mit sich. Sie stellen hier keine gleich geeignete Alternative dar.<sup>255</sup> Ein öffentlich-rechtlicher Verband, der unter der staatlichen Aufsicht den Betroffenen transparente Einflußchancen auf die Körperschaftsentscheidungen vermittelt, erscheint danach hinsichtlich der Bedarfsplanung gerechtfertigt. Schließlich streitet auch das Regelungsziel einer objektiven Repräsentation des Berufsstandes wie bei den Kammern für die Pflichtmitgliedschaft der Vertragsärzte in den Kassenärztlichen Vereinigungen.<sup>256</sup> Anders als bei den Kammern der wirtschaftlichen Selbstverwaltung geht es hier allerdings nicht um eine Vertretung des Gesamtinteresses des Berufsstandes. Vielmehr sprechen die sehr unterschiedlichen Tätigkeitsprofile der verschiedenen Heilberufe und die erwähnten Schwierigkeiten bei der Honorarverteilung<sup>257</sup> dafür, hier nicht zu große und heterogene Vereinigungen zu bilden. Zudem ließe sich auch an die Bildung von „Teilkörperschaften“ denken.<sup>258</sup>

### III. Die Kontrolle der Körperschaft des öffentlichen Rechts

Die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist Kontrollen innerhalb des Funktionssystems der Verwaltung sowie externen Kontrollen unterworfen. Diese Kontrolle treten zu den oben (C II 1 c bb) angesprochenen körperschaftsinternen Kontrollen der Organe untereinander hinzu. Zur Kontrolle innerhalb des Funktionssystems der Verwaltung gehört insbesondere die Staatsaufsicht, zur externen die verwaltungsgerichtliche Kontrolle. Die Kontrolle der Körperschaft des öffentlichen Rechts dient der Überwachung der Grenzen ihrer rechtlichen Verselbständigung und der Unterstützung darin, von ihrer mit der Selbstverwaltung eingeräumten Eigenverantwortlichkeit Gebrauch zu machen. Diese Aufsicht stellt so die funktionale Einheit der Verwaltung und die darüber vermittelte rechtsstaatliche und demokratische Legitimation trotz der organisatorischen Selbständigkeit sicher.<sup>259</sup> Sie geschieht mithin im öffentlichen Interesse der Koordination der Körperschaft mit anderen Organisationen im Funktionssystem der Verwaltung und der Abgrenzung und Sicherung gegenüber anderen Sozialsystemen. Wenn die Koordination mit der unmittelbaren Staatsverwaltung sich so weit verdichtet, daß die Körperschaft Aufgaben in deren Auftrag wahrnimmt, treten zu diesen beiden Kontrollformen noch besondere Ingerenzbefugnisse in Form von Weisungen hinzu, die zumeist als „Fachaufsicht“ beschrieben werden.

---

255 Anders aber *Bieback* 1997, S. 2 f. Das schließt nicht aus, daß sie in anderen Bereichen der Regelung der Leistungserbringung sinnvoll sein können (*ders.* 1997, S. 4 f.).

256 Auf diese Weise kann eine gegenüber der staatlichen Verwaltung freiheitlichere Organisation gebildet werden, *Kluth* 2003, S. 124.

257 *Isensee* 1995, S. 337 f.

258 *Bieback* 1997, S. 17 f. u. 21 f.

259 *Hoffmann-Riem* 2001, S. 364; *Stober* 1996, S. 149: „Die Rechtsaufsicht ist notwendige Bedingung und Folge der eigenverantwortlichen kommunalen Selbstverwaltung im Rahmen mittelbarer Staatsverwaltung“.

Als externer Kontrolle ist die Körperschaft der Finanzaufsicht durch den Rechnungshof<sup>260</sup> und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen.<sup>261</sup> Zum Schutz der mit dem Handeln der Körperschaft konfrontierten Bürger (Art. 19 IV GG) müssen seine subjektiven Rechte gegenüber den Befugnissen der Körperschaft einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen werden können. Diese unterschiedlichen primären Zielsetzungen von interner und externer Kontrolle verdeutlichen bereits, daß die Aufsicht ein anderes Kontrollziel besitzt als die verwaltungsgerichtliche Kontrolle<sup>262</sup> – nämlich im öffentlichen Interesse erfolgt – und daher dieser gegenüber nicht subsidiär ist.<sup>263</sup>

## 1. Die Staatsaufsicht als Rechtsaufsicht<sup>264</sup>

Aufsicht ist die laufende Bestätigung der funktionalen Einheit der Verwaltung angesichts ihrer organisatorischen Ausdifferenzierung.<sup>265</sup> *Kahl* bestimmt in seiner Arbeit die Aufsicht zusammenfassend: „Staatsaufsicht ist die im Rahmen eines Rechtsverhältnisses erfolgende, als gestuftes Verfahren zu begreifende Verwaltungstätigkeit von Staatsbehörden, die darauf abzielt, im öffentlichen Interesse die Funktionsfähigkeit grundsätzlich koordinierter verselbständigter Verwaltungseinheiten durch Schutz, Förderung und Vermittlung zu sichern sowie das Verhalten der verselbständigten Verwaltungseinheiten in kooperativ-partnerschaftlichem Geist zu beobachten, auf seine Vereinbarkeit mit einem vorgegebenen Richtmaß hin zu überprüfen und erforderlichenfalls zu berichtigen.“<sup>266</sup> Sie aktualisiert insofern die gesetzlich vorgezeichnete Koordinierung der verselbständigten Verwaltungseinheiten mit der unmittelbaren Staatsverwaltung.<sup>267</sup> Ihr Grund ist mithin die äußere Selbstverwaltung im Sinne der Möglichkeit eigenverantwortlichen Entscheidens der juristischen Person des öffentlichen Rechts.<sup>268</sup> Sie wird aber in ihrer Intensität modifiziert durch die unterschiedlichen Möglichkeiten der Selbstkontrolle der verschiedenen Formen der Selbstverwaltungsträger. Sofern die Selbstverwaltung aber Ausdruck

260 *Kopp* 1992, S. 45; *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 20 f.;

261 *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 22 f.

262 *Kopp* 1992, S. 106.

263 *Schröder* 1986, S. 375; *Gern* 2003, Rn. 804. Anders aber *Schnapp* 1971, S. 483, der von einem Funktionswandel der Staatsaufsicht angesichts der Rechtsschutzmöglichkeiten des Einzelnen gegenüber der Verwaltung und ihrer Reservefunktion diesen gegenüber spricht: „Die Konsequenzen, die nun zu ziehen sind, bestehen in der Erkenntnis, daß überall dort, wo der einzelne in der Lage ist, seine Rechte gegenüber der beaufsichtigten Körperschaft durchzusetzen, die Aufsicht bei einem Eingreifen ihre Funktion verfehlt“. Doch erschöpft sich das öffentliche Interesse nicht „in der Gewährung des subjektiven öffentlichen Rechts an den einzelnen“ (so aber *Schnapp* 1971, S. 484), sondern erstreckt sich auf die rechtlichen Grundlagen des Funktionierens eigenverantwortlicher Selbstverwaltung.

264 *Salzwedel* 1965, S. 216 nennt sie auch „Staatsaufsicht im engeren Sinn“, von der er die „Staatsaufsicht im weiteren Sinne“, die auch die Aufsicht im übertragenen Wirkungskreis erfaßt, abgrenzt.

265 *Kahl* 2000, S. 569 spricht auch von „Rückenbindungsfunktion“. *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 37: „Garant notwendiger ‚Einheit der Verwaltung‘“ vgl. auch *ders.* 1998, S. 221 ff.; *Horst Dreier* (1991, S. 287 f.) hebt das Spannungsverhältnis zwischen der Mannigfaltigkeit der Verwaltungsträger und der Gesamtheit der Verwaltung hervor, die die Aufgabe der Aufsicht begründen.

266 *Kahl* 2000, S. 528.

267 Zur Koordinationsfunktion auch *Burgi* 2002, § 52 Rn. 40; *Schröder* 1986, S. 371.

268 Sie ist daher nicht auf Körperschaften des öffentlichen Rechts beschränkt, sondern erfaßt alle Selbstverwaltungsträger, *Salzwedel* 1965, S. 212.

der Verwirklichung der Grundrechte ist, kann sie erheblich reduziert sein.<sup>269</sup> Geht man von dieser gemeinsamen Grundlage der Staatsaufsicht aus, kann dann entsprechend der jeweiligen Herleitungen der Selbstverwaltung auch hinsichtlich der Aufsicht differenziert werden.<sup>270</sup> Diese Grundlage ist um so wichtiger, als verschiedene Organisationsgesetze der Körperschaften keine (IHKn)<sup>271</sup> oder nur unzureichende Regelungen über die Aufsicht bzw. die Aufsichtsmittel enthalten (HWKn). In diesen Fällen ist dann die Möglichkeit eines differenzierten Rückgriffs auf die allgemeinen Regeln der Aufsicht von Bedeutung.<sup>272</sup> Es ist zwar richtig, daß „kein Verband als öffentliche Körperschaft anerkannt werden kann, der nicht der besonderen Staatsaufsicht untersteht“<sup>273</sup>; Aufsicht ist aber kein Spezifikum der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie teilt die Erforderlichkeit der Überwachung ihrer Tätigkeit vielmehr mit den anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Das BVerfG sieht die Staatsverwaltung nicht als Bestandteil, sondern als Korrelat der Selbstverwaltung an.<sup>274</sup> Es soll gewissermaßen verhindert werden, daß sich die verselbständigten Verwaltungseinheiten weiter verselbständigen, als dies gesetzlich vorgesehen ist.<sup>275</sup> Damit muß es nicht im Widerspruch stehen, wenn von anderen angenommen wird, daß die Staatsaufsicht Grund und Maß in der Selbstverwaltung besitzt.<sup>276</sup> Während die erste Auffassung aber mehr den Überwachungsaspekt hervorhebt, akzentuiert die zweite Ansicht mehr den Schutz der Selbstverwaltung. Beide Konzeptionen von Aufsicht beleuchten aber zwei Seiten derselben Medaille. Selbstverwaltung wird Verwaltungsorganisationen je nach ihrer Aufgabe mal mehr (berufsständische Kammern etwa) und mal weniger (Hochschulen) im öffentlichen Interesse verliehen. Die Aufsicht soll die Körperschaft in der Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung bestärken und unterstützen, soll aber zugleich auch die Einhaltung der gesetzlichen Grenzen überwachen und ggf. durchsetzen. Bedient sich die unmittelbare Staatsverwaltung nur der organisatorisch verselbständigten Verwaltungsträger zur Erfüllung eigener, staatlicher Aufgaben, muß ihr über stärkere Ingerenzbefugnisse die Sicherstellung derselben möglich sein. Es

269 Schröder 1986, S. 372 f.

270 Was hier nur sehr beschränkt möglich ist. Jedenfalls ist es dann nicht notwendig, auf gemeinsame Grundzüge zu verzichten und nur „sachbereichsspezifische“ Aufsichtsregelungen nebeneinander zu stellen. Für eine solche sachbereichsspezifische Betrachtungsweise, *Schnapp* 1994, Rn. 3.

271 Das nach § 12 I Nr. 4 KHKG zuständige Landesrecht beschränkt sich zumeist auf Vorschriften über die Auflösung der Kammern, *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 11 Rn. 12.

272 Für die Lücken im Aufsichtsrecht der Handwerksinnungen vgl. *Musielak/Detterbeck* § 75, Rn. 10 m.w.N. Daß hier eine Lücke vorliegt, ist offensichtlich, da andernfalls die rechtsaufsichtführende Handwerkskammer bei jedem Rechtsverstoß zum Mittel der Auflösung (§ 76 HwO) greifen müßte.

273 *Forsthoff* 1973, S. 490, der aus der Überlegung, daß die Umkehrung dieses Satzes, nämlich daß jeder Verband unter Staatsaufsicht eine öffentliche Körperschaft sei, nicht richtig sei, nicht zugleich schließt, daß das Moment der Staatsaufsicht eben nichts Spezifisches über die Körperschaft aussagt. – Die Aufsicht ist insofern ein Essentiale der Selbstverwaltung, *Kahl* 2000, S. 498.

274 Schon E 6, S. 104 ff. (118) – Kommunalwahl Sperrklausel: „Die Kommunalaufsicht ist nicht ein Element der Selbstverwaltung, sondern ihr Korrelat“ stdg. Rspr. *BVerfGE* 78, S. 331 (341); *Salzwedel* 1965, S. 211: „Kehrseite der staatlichen Verleihung des freiheitlichen Selbstverwaltungsstatus“; so auch *Knemeyer* 2000, S. 522; *Gleitze/Krause/von Maydell/Merten-Gleitze* 1992, § 87 Rn. 2: „synallagmatisches Gegengewicht zur Stellung des Versicherungsträgers als rechtsfähiger Körperschaft des öffentlichen Rechts“; das BSG spricht sogar von einem „naturgegebenen Spannungsfeld“ zwischen Staatsaufsicht und Selbstverwaltung (BSGE 31, S. 247 ff. [257]).

275 Vgl. etwa *Andrick* 1987, S. 546 f.

276 Sie ist mithin differenziert nach den Formen von Selbstverwaltung, *Schröder* 1986, S. 373.

ist aber nicht das Ziel der Staatsaufsicht, auf diesem Wege „zurückzuholen, was vom Gesetz bewußt und im Einklang mit der Verfassung hinsichtlich der primären Sachzuständigkeit ausgegliedert wurde“.<sup>277</sup> Ihre verfassungsrechtliche Begründung speist sich aus dem Grundsatz des Vorrangs von Verfassung und Gesetz (Art. 20 III GG) und dem Demokratieprinzip (Art. 20 II GG).<sup>278</sup> Der institutionelle Gesetzesvorbehalt fordert hier, daß die Grundlagen der Organisation und Tätigkeit der Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht nur hinreichend bestimmt sind, sondern auch ihre Einhaltung überwacht wird.<sup>279</sup> Sie ist daher in erster Linie Rechtsaufsicht.

Staatsaufsicht ist, wie oben im allgemeinen verwaltungsorganisationsrechtlichen Teil ausgeführt wurde, zwar Kontrolle innerhalb des Funktionssystems der Verwaltung, aber organisations-externe und damit Fremdkontrolle. So wenig diese Fremdkontrolle gegenüber der auf den individuellen Rechtsschutz gerichteten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle grundsätzlich subsidiär ist, so wenig ist sie es aber auch gegenüber der Eigenkontrolle.<sup>280</sup> Zwar verfügt die Körperschaft des öffentlichen Rechts über eine sowohl im Verhältnis zu den anderen Selbstverwaltungsträgern als auch erst recht zu anderen Verwaltungsorganisationen durch Mitwirkungsbefugnisse der Mitglieder besonders ausdifferenzierte Binnenstruktur. Die körperschaftliche Selbstkontrolle in Gestalt der Kontrolle ihres Repräsentationsorgans oder der Vollversammlung über den Vorstand sichert auch den bestimmenden Einfluß der Mitglieder auf die Organisationsentscheidungen. Entscheidend ist aber, daß die Staatsaufsicht zugleich die demokratische Legitimation der Körperschaft sicherstellen soll. So wenig nun die autonome Legitimation der Körperschaft die demokratischen Legitimationsdefizite kompensieren kann, so wenig kann die Selbstkontrolle der Körperschaftsorgane die Staatsaufsicht substituieren. Zu prüfen ist aber, ob die oben im Anschluß an das Lippeverbandsurteil des BVerfG entwickelte These von der grundrechtsrealisierenden Legitimationsverstärkung nicht eine Rücknahme der Aufsichtsintensität rechtfertigen: „Wählt der parlamentarische Gesetzgeber für bestimmte öffentliche Aufgaben die Organisationsform der Selbstverwaltung, so darf er keine Ausgestaltung vorschreiben, die mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar wäre“.<sup>281</sup> Eine Ausgestaltung der Körperschaft, die dem Grundgedanken autonomer, interessengerechter Selbstverwaltung dient, ist auch die körperschaftsinterne Kontrolle des Vorstandes durch das Repräsentationsorgan in dem die Mitgliedschaftsinteressen repräsentiert oder durch die Vollversammlung in der sie unmittelbar geltend gemacht werden. Die Staatsaufsicht ist hier generell darauf beschränkt, zu prüfen, ob diese Kontrolle

277 Kopp 1992, S. 60.

278 Andrick 1987, S. 551. Teilweise wird noch ein „Selbstverwaltungsprinzip“ als Grundlage genannt (Kahl 2000, S. 496 f.). Es ist aber durchaus fraglich, ob dieses über Art. 28 II GG hinsichtlich der Gemeinden und Kreise und Art. 5 III GG bei den Hochschulen hinaus eine allgemeine verfassungsrechtliche Fundierung besitzt. Wie ausgeführt läßt sich aus den Bestimmungen über die Verwaltungskompetenzen etwa in Art. 87 GG darüber nichts entnehmen. Einfachgesetzlich hat sie aber, wie erwähnt, ihren Sinn in der Erhaltung der Selbstverwaltung in ihrem gesetzlichen Umfang.

279 Kahl 2000, S. 504.

280 Trute 1994, S. 486 f.

281 BVerfGDÖV 2003, S. 679.



die Ziele der Aufsicht verwirklicht. Die Grenzen zur Einmischungsaufsicht<sup>282</sup> der Aufsichtsbehörde sind hier mithin enger gezogen. Wie im umgekehrten Fall des Beanstandungsrechts des Körperschaftsvorstands gegenüber der Versammlung bei rechtswidrigen Beschlüssen die Staatsaufsichtsbehörde nur bei einer Bestätigung des gerügten Beschlusses tätig wird, so sollte sie nach diesem Gedanken bei der Kontrolle der Versammlung erst tätig werden, wenn diese nicht selbst das Ziel der Aufsicht herstellen kann.<sup>283</sup> Um dieses zu überwachen, muß sie aber die erforderlichen Informationsrechte besitzen. Insofern bleibt also auch dann die Staatsaufsicht in Funktion. Mithin bestehen zwar auch bei der Körperschaft keine aufsichtsfreien Räume;<sup>284</sup> die Notwendigkeit ihres Einschreitens kann aber verdrängt werden, wenn die interne Kontrolle die Beachtung des öffentlichen Interesses sicherstellt.<sup>285</sup> Die Staatsaufsicht kontrolliert dann primär die Funktionstüchtigkeit der körperschaftsinternen Kontrolle.

### a. Aufgaben der Aufsicht

Während Forsthoff noch den Rechts- und Kompetenzschutz der Staatsaufsicht als ihr Primärziel bezeichnet hatte,<sup>286</sup> besteht inzwischen Konsens, daß dies neben den „Funktionssicherungsfunktionen“ im Rahmen einer kooperativen Aufsicht nur ein Aufsichtsziel neben anderen ist.<sup>287</sup> Es geht der Aufsicht mithin nicht nur um die Sicherung der Gesetzesbindung, sondern auch um den Schutz und die Förderung der Körperschaft und ihrer Selbstverwaltung. Verschiedene Gemeindeordnungen heben dies ausdrücklich hervor.<sup>288</sup>

### b. Gegenstand der Aufsicht

Neben dem hoheitlichen Handeln der Körperschaft gehört auch ihr schlichtes Verwaltungshandeln zum Gegenstand der Aufsicht. Strittig ist, ob dies auch für das rein privatrechtliche Handeln gelten soll. Die Überprüfung rein privatrechtlichen Handelns der Körperschaften des öffentlichen Rechts ist Grundsätzlich den

282 Hierzu schon *BVerfGE* 78, S. 331 ff. (341).

283 Einen grundsätzlichen der „Binnenaufsicht“ nimmt *Knemeyer* 2000, S. 521 an

284 *Kahl* 2000, S. 501.

285 *Kahl* (2000, S. 554 f.) stützt den Vorrang der Eigenaufsicht vor der Fremdaufsicht auf das Subsidiaritätsprinzip: „Der Selbstverwaltungskörper muß grundsätzlich stets die Chance zur internen Remedium eingeräumt bekommen, ehe er sich mit externen staatsaufsichtlichen Maßnahmen konfrontiert sieht“.

286 *Forsthoff* 1973, S. 491: (1.) Schutz der Mitglieder vor der Verbandsleitung. (2.) Schutz des Verbandes und der Verbandsinteressen gegenüber einem schädigenden Verhalten der Verbandsleitung. (3.) Schutz der Rechtsordnung gegenüber einem rechtswidrigen Verhalten der Verbandsleitung. (4.) Schutz des Staatsinteresses gegenüber einem schädigenden Verhalten der Verbandsleitung. (5.) Die Gewährung einer sachgemäßen Mitarbeit bei der Bewältigung der in den Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung fallenden Aufgaben; zustimmend etwa *Kopp* 1992, S. 43.

287 *Kahl* 2000, S. 524 ff.; für die Kommunalaufsicht: *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 64.

288 § 127 IGO Nds; § 11 der GO NRW: „Die Aufsicht des Landes schützt die Gemeinden in ihren Rechten und sichert die Erfüllung ihrer Pflichten“. Und Art. Art. 108 GO Bay: „Sinn der staatlichen Aufsicht. Die Aufsichtsbehörden sollen die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben verständnisvoll beraten, fördern und schützen sowie die Entschlußkraft und die Selbstverantwortung der Gemeindeorgane stärken“. § 118 GO BW: „Die Aufsicht ist so auszuüben, daß die Entschlußkraft und die Verantwortungsfreudigkeit der Gemeinde nicht beeinträchtigt werden“.

Zivilgerichten überantwortet.<sup>289</sup> Die Aufsichtsbehörde kann aber die Einhaltung der dabei zu beobachtenden öffentlich-rechtlichen Normen überprüfen.<sup>290</sup> Hierbei wird dann im Rahmen der Rechtsaufsicht von der Aufsichtsbehörde kontrolliert, ob die Körperschaft die ihr gesetzlich obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat, die gesetzlich zustehenden Befugnisse nicht überschritten und die gesetzlichen Verfahrensvorschriften beachtet hat.<sup>291</sup> Bei Ermessensentscheidungen sind die Grenzen des Ermessens zu prüfen.<sup>292</sup> Beurteilungsspielräume etwa in Form von Prognoseentscheidungen sind dabei zu berücksichtigen.<sup>293</sup>

### c. *Zuständige Aufsichtsbehörde, mittelbare Staatsaufsicht*

Die Aufsicht sichert die demokratische Legitimation der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie ist daher regelmäßig Staatsaufsicht und zwar zumeist Landesaufsicht.<sup>294</sup> Nur in Ausnahmefällen führt eine Körperschaft über eine andere Aufsicht, wie bei der Aufsicht der Handwerkskammern über die Handwerksinnungen (§ 75 HwO) und die Kreishandwerkerschaften (§ 89 I Nr. 5 HwO i.V.m. § 75 HwO)<sup>295</sup> und der Landkreise über die kreisangehörigen Gemeinden mit Ausnahme der großen Kreisstädte in Niedersachsen (§ 128 I S. 2 GO).<sup>296</sup> Sie ist dann mittelbare Staatsaufsicht.<sup>297</sup> Die Aufsicht über die Hochschulen ist hingegen auch dann keine staatliche Aufsicht, wenn gesetzlich eine eigene Rechtsaufsicht durch die Hochschulleitung vorgesehen ist.<sup>298</sup> Bei dieser handelt es sich dann um eine Form der Eigenkontrolle, nicht um eine abgeleitete Staatsaufsicht.<sup>299</sup> Diese Zuständigkeiten der Aufsicht sind verfassungsrechtlich weitgehend neutral. Eine Änderung der Zuständigkeiten der Aufsicht berührt die Gemeinden in ihren Rechten erst dann, „wenn zu besorgen ist, daß die grundsätzlich nur zulässige Rechtsaufsicht sich zu einer Einmischungsaufsicht entwickelt oder zur Fachaufsicht sich verdichtet“.<sup>300</sup>

289 Kopp 1992, S. 52. Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 125: Nur Information und Beratung, Beanstandung und Anordnung nur bei Verletzung öffentlicher Interessen.

290 Weil § 75 HwO keine Einschränkung enthält, soll bei der Aufsicht über die Handwerksinnungen auch eine Überprüfung des rein privatrechtlichen Handelns möglich sein, Musielak/Detterbeck § 75 Rn. 4. Anders für die IHKn: Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering 1999, § 11 Rn. 23, die dies allerdings aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herleitet. Im Ergebnis aber ist ihnen aus den oben genannten Gründen zuzustimmen. Da insofern kein Unterschied zu den Handwerkskammern besteht, kommt auch für diese eine Erstreckung der Aufsicht auf die privatrechtlichen Entscheidungen der Kammer nicht in Betracht.

291 Wie es in der Verwaltungsvorschrift zu § 118 GO BW heißt.

292 Schnapp 1994, Rn. 69, ohne daß dabei inhaltlich Erwägungen der Aufsichtsbehörde an die Stelle der Ermessenserwägungen der Körperschaft treten dürfen.

293 Schnapp 1994, Rn. 72.

294 Für die Kommunen vgl. Gern 2003, Rn. 801; Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 61.

295 Der Staat übt um der Selbstorganisation des Handwerks willen größtmögliche Zurückhaltung bei der Aufsicht über die Handwerksinnungen, Musielak/Detterbeck § 75 Rn. 1.

296 Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 101.

297 Musielak/Detterbeck § 75 Rn. 2; Kopp 1992, S. 37.

298 Bethge 2000, Rn. 90 ff.

299 Reich 2002, § 59 Rn. 1; HRG-Denninger-Lüthje § 59, Rn. 14 diese Aufsicht der Hochschulleitung begründet die Nachrangigkeit der Staatsaufsicht, die erst eintritt, wenn die körperschaftsinterne Leitung versagt, VG Berlin JZ 1971, S. 615.

300 BVerfGE 78, S. 331 ff. (341) – Nordhorn.

Rechtsaufsichtsbehörden sind auf allen drei Hierarchiestufen der unmittelbaren Landesverwaltung und im Bereich der Bundesministerien angesiedelt.<sup>301</sup> Teilweise sind verselbständigte Behörden für die Rechtsaufsicht geschaffen worden.<sup>302</sup> In einzelnen Kommunalordnungen sind Selbsteintrittsrechte der obersten Rechtsaufsichtsbehörden vorgesehen.<sup>303</sup> Abgesehen davon, daß mit der Bedeutung der Körperschaft aufgrund ihrer Größe und Mitgliederzahl oder aus anderen Gründen die Hierarchiestufe steigt, läßt sich jedoch kaum etwas Allgemeines über die Organisation der Aufsichtsbehörden anführen.<sup>304</sup> Eine Ausnahme ist gleichwohl die gemeinsame Aufsicht der beteiligten Länder nach § 90 III SGB IV. Sie ist für diejenigen Sozialversicherungsträger vorgesehen, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes, nicht aber über die Gebiete von mehr als drei Ländern hinaus erstreckt. In diesem Fall kann durch die Länder ein aufsichtführendes Land bestimmt werden. Eine entsprechende Möglichkeit besteht auch bei Wasser- und Bodenverbänden, deren Verbandsgebiet sich über mehr als ein Land erstreckt oder erstrecken soll (§ 73 WVG).<sup>305</sup>

Bei den bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts führt entweder das zuständige Bundesministerium selbst (z. B. § 176 II S. 1 BRAO; § 77 II S. 1 BNotO) oder eine ausgegliederte oberste Sonderbehörde die Aufsicht. So ist gemäß § 90 I S. 1 SGB IV das Bundesversicherungsamt zuständig für die Rechtsaufsicht über die bundesunmittelbaren Sozialversicherungsträger.<sup>306</sup> Öffentlich-rechtlich organisierte Verbandskörperschaften unterstehen ebenfalls der Aufsicht des zuständigen Bundesministeriums. Beispielsweise legen §§ 78 und 214 SGB V die Aufsicht über die Kassen(zahn)ärztlichen Bundesvereinigungen, die Bundesverbände der Orts-, Betriebs-, und Innungskassen sowie die Verbände der Ersatzkassen in die Hand des Bundesministers für Gesundheit.

Die Fachaufsichtsbehörden werden in den Organisationsgesetzen nur allgemein bezeichnet und sind zumeist in den hierfür einschlägigen besonderen Gesetzen genauer angegeben.<sup>307</sup> Im Allgemeinen folgt ihr Aufbau aber ebenfalls dem dreistufigen Aufbau der unmittelbaren Staatsverwaltung.<sup>308</sup> Einige Bundesländer sehen

301 Im Kommunalrecht Baden-Württembergs etwa ist das Landratsamt als untere Verwaltungsbehörde für die kreisangehörigen Gemeinden und das Regierungspräsidium für die Stadtkreise und großen Kreisstädte (§ 119 GO BW) sowie für die Landkreise die Rechtsaufsichtsbehörde (§ 51 I LKrO BW), zu den weiteren Bundesländern vgl. *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 97 f.; *Gern* 2003, Rn. 808.

302 So etwa das Versicherungsamt in Nordrhein-Westfalen für die Aufsicht über die landesunmittelbaren Krankenkassen, *Schnapp* 1994, Rn. 32.

303 § 121 IV GO BBG; § 141 b GO Hess; § 112 II GO Sachs. Soweit eine solche Befugnis nicht gesetzlich vorgesehen ist, besteht kein Selbsteintrittsrecht der höheren Aufsichtsbehörden.

304 Im Bereich der Wirtschafts- und berufsständischen Kammern ist regelmäßig die oberste Landesbehörde (i.d.R. Wirtschaftsministerium) zuständig, vgl. etwa § 115 I HwO, § 2 I IHKG-BW i.V.m. § 11 I u. II IHKG; § 66 S. 1 WPO. Für die Rechtsanwalts- und Notarkammern ist die Landesjustizverwaltung, die ihre Befugnisse auf nachgeordnete Behörden delegieren kann, Rechtsaufsichtsbehörde (§§ 62 II S. 1 BRAO, 224 BRAO; § 66 II S. 1 BNotO). Die Aufsicht über die Patentanwaltskammer führt allerdings der Präsident des Patentamtes (§ 57 PatO). Allerdings prüft das Bundesjustizministerium die Kammeratzung (§ 82a PatO).

305 Ansonsten sind für die Wasser- und Bodenverbände in Baden-Württemberg die unteren Verwaltungsbehörden Aufsichtsbehörden, § 1 I u. II AGWVG-BW.

306 Für die Fachaufsicht gem. § 87 II SGB IV ist das Bundesarbeitsministerium zuständig, § 90 I S. 2 SGB IV.

307 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 115 f.

308 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 118.

Auffangregelungen zugunsten der Rechtsaufsichtsbehörden vor, wenn in den speziellen Fachgesetzen keine eigene Fachaufsichtsbehörde genannt wird.

#### d. *Aufsichtsmaßstab, Aufsichtsintensität*

Die Aufsichtsintensität hängt auch von den Aufgaben ab. Sie ist im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben (eigener Wirkungskreis/freiwillige und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben) auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit beschränkt, während sie im Bereich des übertragenen Wirkungskreises resp. der Pflichtaufgaben nach Weisung und der Auftragsangelegenheiten jedenfalls auch eine eingeschränkte Prüfung der Zweckmäßigkeit umfaßt. Im Bereich der Wirtschaftskammern und der berufsständischen Kammern ist die Aufsicht schon gesetzlich grundsätzlich auf die Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt (§ 115 II HwO; § 11 IHKG; §§ 62 II S. 2 u. 176 II S. 2 BRAO).<sup>309</sup>

Maßstab der Rechtsaufsicht sind Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften, auch Weisungen.<sup>310</sup> Die Rücknahme des Aufsichtsmaßstabes auf die Überprüfung der Vereinbarkeit des Handelns des Selbstverwaltungsträgers mit diesen Maßstäben beläßt der Körperschaft im Grunde einen weiten Entscheidungsspielraum. Wie weit dieser Spielraum reicht, ist aber nicht nur von dieser formalen Beschränkung, sondern auch von der Regelungsdichte und -tiefe dieser rechtlichen Vorgaben abhängig. Normen, die Beurteilungsspielräume belassen, halten diesen Bereich offener, eingehende Vorgaben über die Entscheidungsgrundlagen verengen ihn. Die Beschränkung der Aufsicht über die Sozialversicherungsträger auf die Rechtsaufsicht (§ 87 I SGB IV)<sup>311</sup> muß folglich vor dem Hintergrund

309 Das schließt einzelne gesetzliche Regelungen, die eine weitergehende Kontrolle erlauben, nicht aus (§ 115 II HwO: „soweit nichts anderes bestimmt ist“), *Kopp* 1992, S. 66 f. Hieraus ergibt sich dann eine Aufgabenabhängigkeit der Aufsicht: je eher die Aufgaben auf die Interessen der Mitglieder beschränkt sind, desto stärker ist die Aufsicht reine Rechtsaufsicht, je mehr es sich um übertragene staatliche Aufgaben handelt, desto eher gehört zum Prüfungsmaßstab auch die Zweckmäßigkeit des Handelns der Kammer, *Kopp* 1992, S. 59 ff. Sie ist daher bei Fragen der Interessenvertretung Rechtsaufsicht, prüft also etwa die Einhaltung der Grenzen des partiell-politischen Mandats, während sie bei Fragen der Ordnung des Berufsstandes und der Disziplinierung auf eine Fachaufsicht zuläuft, *Kopp* 1992, S. 63 u. 67.

310 *Salzwedel* 1965, S. 219 f.; teilweise wird neben dem Gesetz nur auf „sonstiges Recht“ verwiesen, wobei Einigkeit besteht, daß hierunter dann auch Satzungen zu verstehen sind, *Gleitze/Krause/von Maydell/Merten-Gleitze* 1992, § 87 Rn. 5; *Leopold* 1996, S. 265 f.; *Bogs* 1973, S. 188 f., zu Recht wird hierzu auch das Gewohnheitsrecht gezählt (BSGE 24, S. 118 ff. [120]). Gewohnheitsrecht ist entgegen der Auffassung von *Schnapp* (1994, Rn. 55) positives Recht. „Da der Tatbestand der Gewohnheit durch Akte menschlichen Verhaltens konstituiert wird, sind auch die durch Gewohnheit erzeugten Normen durch Akte menschlichen Verhaltens gesetzt, und sohin, wie die Normen, die der subjektive Sinn von Gesetzgebungsakten sind, *gesetzte*, das heißt *positive* Normen. Rechtsnormen sind durch Gewohnheit erzeugte Normen, wenn die Verfassung der Gemeinschaft die Gewohnheit, und zwar eine bestimm qualifiziertere Gewohnheit, als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt“. (*Kelsen* 1960, S. 9). Entsprechend hat auch das *BVerfG* (E 22, S. 114 [121 f.]) ihren Charakter als Recht im Sinne von Art. 20 III GG angenommen (vgl. auch *Ossenbühl* 2002, § 6 Rn. 68 f.). Gewohnheitsrecht gehört auch im Hochschulbereich zum Aufsichtsmaßstab, wobei allerdings die Aufsichtsbehörde das Bestehen entsprechender Gewohnheiten nachzuweisen hat, HRG-Denninger-Lüthje § 59, Rn. 12. Richterrecht kann auch nur unter den Voraussetzungen der Geltung von Gewohnheitsrecht und begrenzt durch Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip und die Unabhängigkeit des Richters als Recht gelten (*Kirste* 1999, Sp. 1180) und zum Aufsichtsmaßstab gerechnet werden. – Allgemeine Rechtsgrundsätze sind hingegen Denkfiguren der Dogmatik, denen eine Positivität ermangelt, *Schnapp* 1994, Rn. 56 f.

311 Hinzu kommt aber noch die Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprüfung nach § 69 II SGB IV, die in ihren Auswirkungen einer Zweckmäßigkeitsprüfung gleichkommt, *Pitschas* 1999, § 45 Rn. 19.

der teilweise minutiösen sachlichen Regelungen verstanden werden. *Friedrich E. Schnapp* weist angesichts dieser Regelungsdichte zu Recht darauf hin, daß echte Selbstverwaltung im Bereich der Sozialversicherungsträger nur noch in Rudimenten zu finden sei.<sup>312</sup>

#### e. Mittel der Rechtsaufsicht

Die Mittel der Rechtsaufsicht, sofern sie Maßnahmencharakter i.S.v. § 35 VwVfG besitzen, greifen über den Bereich der Aufsichtsbehörde hinaus in den Rechtskreis der Körperschaft des öffentlichen Rechts ein. Sie sind daher als Verwaltungsakte zu kennzeichnen.<sup>313</sup>

Beschränkt zunächst auf das klassische Arsenal, werden herkömmlich präventive und repressive Aufsichtsmittel unterschieden. *Thomas Groß* hat zu Recht darauf hingewiesen, daß die Abgrenzung zwischen beiden unpräzise ist und eines zeitlichen Kriteriums bedarf.<sup>314</sup> In organisationsrechtlicher Perspektive ist dies der Abschluß des Entscheidungsprozesses der kontrollierten Verwaltungsorganisation. Zu den präventiven Mitteln der Aufsicht gehören danach das Informationsrecht der Rechtsaufsichtsbehörde, die Beratung und Schutzmaßnahmen zugunsten der Körperschaft. Als Mittel der repressiven Rechtsaufsicht tritt ebenfalls das Informationsrecht auf.<sup>315</sup> Spezifisch repressive Aufsichtsmittel sind dann aber Beanstandung, Ersatzvornahme, die Bestellung eines Beauftragten bzw. Staatskommissars und die Auflösung eines Körperschaftsorgans.

#### aa. Informationsrecht der Rechtsaufsichtsbehörde<sup>316</sup>

Die Aufsichtsbehörde kann sich jederzeit über alle Angelegenheiten der Körperschaft informieren und die hierzu erforderlichen Akten und sonstigen Unterlagen einsehen.<sup>317</sup> Begrenzt ist dieses Recht aber durch den jeweiligen Kontrollmaßstab, so daß es bei der Rechtsaufsicht grundsätzlich nur zur Ermittlung möglicher Rechtsverstöße und bei Weisungen zur Ermittlung des Standes der Beratungen zulässig ist. Teilweise sind aber auch laufende Berichtspflichten etwa von Kammern vorgesehen (§ 81 I BRAO und 185 III S. 1 BRAO; § 66 III BNotO und § 82 III S. 1 BNotO), die Pflicht zur Berichterstattung über Vorgänge von besonderer Bedeutung und die Anzeige der Ergebnisse der Vorstandswahlen (§ 81 II BRAO und § 185 III S. 2 BRAO; § 82 III S. 2 BNotO).<sup>318</sup> Sie dienen der Aufsichtsbehörde als Grundlage der Prüfung einer Notwendigkeit für ihr Einschreiten.

312 *Schnapp* 1994, Rn. 4.

313 *Maurer* 2004, § 23 Rn. 22. Auch hier zeigt sich wieder die Berechtigung, organisationsrechtlich zwischen Eigen- und Fremdkontrolle zu unterscheiden und nicht gewaltenteilig-funktional. Staatsaufsicht ist Fremdkontrolle, weil sie von außen in den Rechtskreis der juristischen Person des öffentlichen Rechts eingreift.

314 *Groß* 2002a, S. 797.

315 Vgl. etwa *Maurer* 2004, § 23 Rn. 19, der es weder der repressiven noch der präventiven Aufsicht zuordnet.

316 Nach *Andrick* 1987, S. 549: repressiv.

317 *Andrick* 1987, S. 549; ausführlich geregelt etwa in § 74 I WVG.

318 Näher *Feuerich/Weyland-Feuerich* § 81 Rn. 1; BNotO-Schippel-Kanzleiter § 66 Rn. 8.

## bb. Präventive Aufsichtsmittel

Präventive Aufsichtsmittel müssen nicht stärker in die Entscheidungsfreiheit der kontrollierten Verwaltungsorganisation eingreifen als repressive. Insbesondere dort, wo ihnen der Maßnahmecharakter fehlt, können sie stimulierend wirken und die gegenseitige Lernfähigkeit und damit Innovationsoffenheit von Kontrolliertem und Kontrolleur fördern.<sup>319</sup>

### (1.) Beratung

Die Beratung der Gemeinde vor wichtigen Entscheidungen gehört „zu den wichtigsten Formen präventiver Kommunalaufsicht“.<sup>320</sup> Ein an der Gewährleistung eigenverantwortlichen Entscheidens orientierter Austausch über Lösungsalternativen gehört zu den Schwerpunkten präventiver Aufsicht.<sup>321</sup> Hier sind insbesondere die koordinierende Beratung zwischen staatlichen Stellen und der Körperschaft sowie zwischen Körperschaften, vergleichend auslegende Beratung, rechtsauslegende Beratung und andere Formen einzuordnen.<sup>322</sup>

Die Beratung hat in jüngster Zeit eine weitere Bedeutungssteigerung durch den Wegfall vieler Genehmigungsvorbehalte und Vorlagepflichten erfahren.<sup>323</sup> Der bayrische Kommunalgesetzgeber wollte dadurch das partnerschaftliche Verhältnis zwischen Kommunen und Aufsichtsbehörden unterstreichen.<sup>324</sup> Insgesamt soll die Beratung zurückhaltend ausgeübt werden und auf Steigerung der Entscheidungsfähigkeit der Gemeinde, nicht aber auf Bevormundung ausgerichtet sein. Sie soll ferner die eigene Informationsbeschaffung der Körperschaft durch Zusammenarbeit mit anderen Körperschaften, ihren Spitzenverbänden oder Privaten nicht ersetzen.<sup>325</sup>

### (2.) Unterrichtung, Informationsrecht

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben stehen den Aufsichtsbehörden regelmäßig Unterrichtungs- oder Informationsrechte gegenüber der Körperschaft zu.<sup>326</sup> Bei der Anwendung dieser Aufsichtsmittel soll es so wenig wie bei den anderen um eine permanente Beaufsichtigung der Körperschaft gehen. Auch Unterrichtung und Informationsrecht beziehen sich daher auf einzelne Vorgänge und können keine generelle Vorlagepflicht begründen. Sie sind Instrumente der Rechtmäßigkeitskontrolle. Voraussetzung ihrer Zulässigkeit ist daher, daß Anhaltspunkte für eine konkret bevorstehende oder bereits eingetretene Rechtsverletzung bestehen. Das

319 *Hoffmann-Riem* 2001, S. 360.

320 *BVerfGE* 78, S. 331 ff. (342); *Andrick* 1987, S. 548; *Schmidt-Aßmann* 2005, 42.

321 *Andrick* 1987, S. 548.

322 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 143.

323 *Knemeyer* 1999, S. 195.

324 Dies bringt Art. 109 GO Bay mit der Formulierung zum Ausdruck: „Die Aufsichtsbehörden sollen die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben verständnisvoll beraten“.

325 Für die kommunale Beratung: *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 145 f.

326 Etwa § 120 GO BW; Art. 111 GO Bay; § 80 KV MV.

Informationsrecht erstreckt sich auch auf die Befugnis zur Teilnahme an Sitzungen der Körperschaftsversammlung.

### (3.) Schutz und Förderung<sup>327</sup>

Staatsaufsicht dient, wie angeführt, nicht nur dazu, das Handeln der Körperschaft in den rechtlich gesetzten Grenzen zu halten und sie so in ihre Umwelt einzupassen; vielmehr beruht das Konzept der Selbstverwaltung darauf, daß die Körperschaften durch die eigenverantwortliche Entfaltung ihrer Potentiale in Gestalt der Mitwirkung ihrer Mitglieder die ihr eingeräumten Spielräume ergreifen und von sich aus förderlich auf ihre Umwelt wirken. *Wolff/Bachof/Stober* heben daher auch im Anschluß an zahlreiche Gemeindeordnungen<sup>328</sup> zu Recht hervor: „das Schwergewicht der Kommunalaufsicht sollte bei einer die Entschlußkraft und die Selbstverantwortung der Gemeindeorgane stärkenden und Gesetzwidrigkeiten vorbeugenden fachlichen und rechtlichen Beratung, Koordinierung, Schlichtung und auch dem Schutz gegenüber anderen Ressorts oder Verwaltungsträgern liegen.“<sup>329</sup> In dieser Perspektive sichert die Aufsicht die Rationalität der ausdifferenzierten Verwaltung.

Schutz gewährt die staatliche Aufsichtsbehörde der Körperschaft dadurch, daß sie unrechtmäßigen Einwirkungen von Privaten oder Behörden gegen sie entgegentritt.<sup>330</sup> Sie fördert und unterstützt die Körperschaft, indem sie ihre Selbstverantwortung, Initiativkraft und Experimentierfreude bekräftigt und sich bevormundender Einmischung bei der Ausübung ihrer übrigen Kontrollmittel enthält. Hier gewinnt insbesondere die vorgenannte Beratung eine wichtige Funktion.<sup>331</sup> Insgesamt zeigt sich besonders bei den schützenden und fördernden Aufsichtsmitteln der kooperative Charakter der Aufsicht. Hierzu gehört es auch, daß die Aufsichtsbehörde in Streitfällen zwischen Körperschaftsorganen eine Mediatorenfunktion einnimmt.<sup>332</sup>

## cc. Repressive Mittel der Rechtsaufsicht

### (1.) Beanstandung

Das praktisch wichtigste repressive Aufsichtsmittel ist die Beanstandung.<sup>333</sup> Die Beanstandung ist die verbindliche Feststellung, daß das darin näher bezeichnete Handeln oder Unterlassen der Körperschaft rechtswidrig bzw. bei der Fachaufsicht unzumutbar war,<sup>334</sup> die mit der Aufforderung zu einem bestimmten Handeln oder

327 *Knemeyer* 1995, Sp. 402; *BVerfGE* 58, S. 177 ff. (195).

328 §§ 118 III GO BW; Art. 108 GO Bay; § 119 GO BBG; § 135 GO Hess; § 78 I KV MV; § 127 I GO Nds; § 117 GO RHPf; § 127 KSVG Saar; § 111 III GO Sachs; § 133 II, 135 GO SaA; § 116 GO Thür.

329 *Wolff/Bachof/Stober* 1987, § 86 Rn. 179; vgl. auch *Knemeyer* 2000, S. 522.

330 *Kahl* 2000, S. 528.

331 *Kahl* 2000, S. 530. Auch die Bereitstellung von Mustersatzungen, *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 138.

332 Zu weiteren Anwendungsfällen für diese Funktion: *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 142; *Kahl* 2000, S. 531.

333 vgl. etwa §§ 121 I GO BW; Art. 112 GO Bay; § 124 GO BBG; § 138 GO Hess; § 136 GO SaA; § 130 GO Nds; § 119 GO NRW; § 121 GO RPF; § 130 KSVG Saar; § 123 GO SH.

334 Der Fachaufsichtsbehörde kommt die „Beanstandung“ allerdings nur in der Form einer Rüge zu. Sie kann keine Aufhebung verlangen, *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 188.

Unterlassen oder auch nur zu einem Tätigwerden im Allgemeinen verbunden ist.<sup>335</sup> Ziel ist also die Selbstkorrektur durch Aufhebung der beanstandeten Maßnahme durch die Körperschaft, und zwar innerhalb einer von der Behörde zu setzenden angemessenen Frist.<sup>336</sup> Beanstandungsbefugnisse bestehen sowohl hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer Satzung, der Wahl oder sonstiger Akte der Körperschaftsorgane mit Außenwirkung.<sup>337</sup>

Um auch bei der Beanstandung den Vorrang der körperschaftseigenen Kontrolle zu wahren und anzustoßen, entscheidet bei einem rechtswidrigen Beschluß des Gemeinderates in Nordrhein-Westfalen<sup>338</sup> die Rechtsaufsichtsbehörde zunächst, ob sie einschreiten will, und weist dann den Bürgermeister an, den Beschluß zu beanstanden. Nur wenn dieser der Anweisung nicht nachkommt, ist die Aufsichtsbehörde befugt, selbst die Beanstandung auszusprechen.<sup>339</sup>

## (2.) Anordnung

Teilweise wird die Anordnung der Vornahme einer Maßnahme als ein eigenständiges Mittel der Rechtsaufsicht genannt.<sup>340</sup> Sie ist das Gegenstück zur Beanstandung für den Fall der Unterlassung einer Maßnahme, zu deren Erlaß die Körperschaft verpflichtet ist.<sup>341</sup> Während mit der Beanstandung allein ein pflichtwidriges Handeln der Gemeindeorgane beseitigt werden kann, soll mit der Anordnung in Reaktion auf ein pflichtwidriges Tun oder Unterlassen der Gemeindeorgane der rechtmäßige Zustand hergestellt werden.<sup>342</sup> Die Beanstandung ist mithin kassatorisch, die Anordnung regelnd.

## (3.) Ersatzvornahme und Selbsteintrittsrecht

Kommen Körperschaften den Anordnungen der Aufsichtsbehörde nicht nach, kann sie zum Mittel der Ersatzvornahme greifen.<sup>343</sup> Sie ist die ggf. zur Durchsetzung des Willens der Aufsichtsbehörde erforderliche dritte Stufe des Aufsichtsverfahrens.<sup>344</sup> An die Stelle des Handelns oder rechtswidrigen Unterlassens des

335 *Kopp* 1992, S. 79; *Salzwedel* 1965, S. 250; *Schröder* 1986, S. 374.

336 *Andrick* 1987, S. 549; *Gern* 2003, Rn. 812.

337 *Huber* 1953, S. 190; *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 190.

338 In anderen Bundesländern, wie etwa in Baden-Württemberg, besteht die Notwendigkeit und Möglichkeit einer Eigenkontrolle auf Anweisung nicht (§ 121 GO BW). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt aber, daß der Gemeinde vor einer Aufhebung des Beschlusses Gelegenheit zur Korrektur zu geben ist.

339 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 192. Die Anweisung selbst ist lediglich eine vorbereitende Maßnahme, der gegenüber die Gemeinde noch kein Rechtsschutzbedürfnis hinsichtlich einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung besitzt.

340 § 122 GO BW; § 126 GO BBg; § 139 GO Hess; § 137 GO LSA; § 131 I GO NdS; § 120 I GO NRW; § 122 GO RPF; § 132 KSVG Saar; § 124 GO SH.

341 *Andrick* 1987, S. 550; *Gern* 2003, Rn. 813.

342 OVG NRW NWVBl. 1995, S. 304.

343 § 123 GO BW; Art. 113 GO Bay; § 127 Gi BBg; § 140 GO Hess; § 138 GO LSA; § 131 II GO NdS; § 120 II GO NRW; § 123 GO RPF; § 133 KSVG Saar; § 124 GO SH; § 76 WVG; zur Rechtslage in Baden-Württemberg vgl. *Hollenbach* 2000, S. 465 f.

344 Die Ersatzvornahme bleibt aber Mittel der Aufsicht und ist kein Instrument der Verwaltungsvollstreckung, *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 227.



Selbstverwaltungsträgers tritt auf dessen Kosten das Handeln der staatlichen Aufsichtsbehörde.<sup>345</sup> Sie ist deshalb für die Körperschaft einschneidender als die vorgegangenen, weil sie eine fremde an die Stelle der an sich für die Entscheidung zuständigen Körperschaft setzt.<sup>346</sup> Bevor die Ersatzvornahme erfolgt, ist daher zunächst die Aufforderung zum Erlaß einer bestimmten Maßnahme erforderlich. Erst wenn diese Maßnahme durch die Körperschaft nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erlassen wurde und die Aufforderung bestandskräftig oder für sofort vollziehbar erklärt worden ist, kann die Behörde sie ersatzweise (selbst oder durch einen Dritten) vornehmen.<sup>347</sup> Die Aufsichtsbehörde unterliegt dabei den gleichen Beschränkungen wie die Körperschaft, für die sie handelt.

In einigen Organisationsgesetzen sind Selbsteintrittsrechte der Aufsichtsbehörde für den Fall von Gefahr im Verzug vorgesehen. Einen Sonderfall des Selbsteintrittsrechts bedeutet es, wenn § 89 SGB IV die Aufsichtsbehörde im Falle eines Scheiterns ihres Verlangens, die Selbstverwaltungsorgane zu einer Sitzung einzuberufen, ermächtigt, dies selbst zu tun und die Verhandlung zu leiten.<sup>348</sup> Sie tritt dann an die Stelle des dafür zuständigen Vorsitzenden.<sup>349</sup> Abgesehen von diesen gesetzlich geregelten Möglichkeiten, kann ein allgemeines Selbsteintrittsrecht nicht angenommen werden.<sup>350</sup>

#### (4.) Bestellung eines Staatskommissars/Beauftragten

In den Kern ihrer spezifischen Selbstverwaltung greift es ein, wenn die Aufsichtsbehörde ein Körperschaftsorgan durch einen staatlichen Beauftragten besetzt, der die Selbstverwaltungsfunktionen stellvertretend für dasjenige Organ (Versammlung oder Vorstand) der Körperschaft wahrnimmt, für das er eingesetzt wird.<sup>351</sup> Er besitzt, wie es etwa § 121 GO NRW formuliert, „die Stellung eines Organs der Gemeinde“. Im Gegensatz zur Rekrutierung der Organwalter der Körperschaft durch diese selbst als Ausdruck ihrer mitgliedschaftlichen Selbstverwaltung tritt hier – wenn auch nur vorübergehend und ggf. nur für bestimmte Aufgabenkreise<sup>352</sup> – die Fremdrekrutierung eines Stellvertreters ein. In der bayerischen Gemeindeordnung ist zur Vermeidung dieser einschneidenden Aufsichtsmaßnahme zunächst die Möglichkeit vorgesehen, daß die Verwaltungsorgane der Körperschaft im Auftrag der Aufsichtsbehörde agieren sollen. Zunächst soll der Bürgermeister von der Rechtsaufsichtsbehörde ermächtigt werden, für die Gemeinde zu handeln, und erst wenn er sich weigert oder sonst verhindert ist, sollen die weiteren Bürgermeister

345 Sie erfolgt durch Selbsteintritt, wenn die Behörde die für rechtmäßig gehaltene Maßnahme erläßt oder als Fremdvorname, wenn sie einen anderen damit beauftragt, *Andrick* 1987, S. 550; *Schröder* 1986, S. 374; *Huber* 1953, S. 191; *Gern* 2003, Rn. 814.

346 *Kopp* 1992, S. 80; *Andrick* 1987, S. 550.

347 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 228.

348 *Gleitze/Krause/von Maydell/Merten-Gleitze* 1992, § 89 Rn. 26; *Schnapp* 1994, Rn. 89 f.

349 Auch hierbei ist das Gebot der selbstverwaltung-schonenden Aufsicht zu beachten, so daß erst die anderen möglichen Aufsichtsmittel auszuschöpfen sind, *KK-Maier* SGB IV, § 89 Rn. 7 f.

350 *Schröder* 1986, S. 373.

351 § 124 GO BW; Art. 114 I u. II GO Bay; § 139 GO SaA; § 141 GO Hess; § 128 GO Bbg; § 132 GO Nds; § 121 GO NRW; § 124 GO RPF; § 134 KSVG Saar; § 127 GO SH; § 77 WVG.

352 *Andrick* 1987, S. 551; *Huber* 1953, S. 192.

beauftragt werden. Nur wenn auch dies nicht möglich oder erfolgreich ist, handelt die Aufsichtsbehörde für die Gemeinde (§ 114 I u. II GO Bay). Hier wird ein Weg vorgezeichnet, der auch noch im Falle der Weigerung des Repräsentativorgans, rechtswidrige Maßnahmen zu korrigieren, die organisatorische Selbständigkeit der Körperschaft möglichst intakt läßt. Was für ein extremes Aufsichtsmittel die Einsetzung eines Beauftragten für die Körperschaft ist, zeigt sich auch daran, daß sie im Kommunalrecht praktisch hauptsächlich in den Fällen eine Rolle spielte, in denen Gemeinden neugebildet oder aufgelöst werden sollten.<sup>353</sup> Die Möglichkeit der Bestellung eines Beauftragten bedarf der gesetzlichen Regelung. Zumeist ist vorgesehen, daß die Entscheidung über den Beauftragten die obere oder oberste Aufsichtsbehörde trifft.<sup>354</sup>

Bei den Handwerkskammern tritt abermals das Problem auf, daß diese Aufsichtsmaßnahme nicht geregelt ist, sondern nur die noch stärker eingreifende der Auflösung der Vollversammlung (§ 115 II HwO). Immerhin spricht aber § 115 II HwO von „anderen Aufsichtsmaßnahmen“. Da es hier einen graduellen Unterschied der Maßnahmen gibt, dürfte die Bestellung eines Beauftragten als das mildere Mittel gegenüber der Auflösung nach dem Grundsatz *a maiore ad minus* zulässig sein.<sup>355</sup> Der Beauftragte handelt dabei an Stelle des Vorstands, vollzieht also insbesondere die Beschlüsse der Versammlung und ist kein Vollzugsorgan der Aufsichtsbehörde.

#### (5.) Auflösung von Organen oder der Körperschaft, Amtsenthebung des Vorstands<sup>356</sup>

Handelt es sich bei der Bestellung eines Beauftragten um die Einsetzung eines Stellvertreters, der die Zusammensetzung des ausführenden Organs im übrigen unberührt läßt, trifft die Entscheidung der Aufsichtsbehörde, den Vorstand seines Amtes zu entheben, den Kern der Selbstverwaltung der Mitglieder der Körperschaft in bezug auf die Zusammensetzung der Körperschaftsorgane. Auch hier ist eine gesetzliche Regelung erforderlich. Fehlt sie, kommt aber wiederum ein *a maiore ad minus*-Schluß in Betracht, wenn eine einschneidendere Aufsichtsmaßnahme gesetzlich geregelt ist.<sup>357</sup> Dies ist bei den Handwerkskammern mit der Auflösung der Vollversammlung der Fall. In den Gemeindeordnungen ist diese Möglichkeit unterschiedlich geregelt. Geht das zu beanstandende Fehlverhalten vom Vorstand aus, ist es nicht sinnvoll, die Vollversammlung aufzulösen. Hier ist die Amtsenthebung das mildere Mittel.<sup>358</sup> Voraussetzung dafür ist aber, daß zuvor die Körperschaft die ihr zu Gebote stehenden Mittel selbst ausgeschöpft hat. Sieht mithin ihre Satzung die Möglichkeit der Abberufung des Vorstands durch das Repräsentativorgan bei

353 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 249.

354 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 253.

355 *Kopp* 1992, S. 81.

356 *Huber* 1953, S. 191.

357 Daraus ergibt sich aber zugleich, daß stärkere als die gesetzlich als *ultima ratio* genannten Aufsichtsmittel methodisch nicht zu begründen sind. Insbesondere kann nicht an eine Auflösung der Körperschaft gedacht werden, wenn sie nicht in dem betreffenden Organisationsgesetz vorgesehen ist, *Kopp* 1992, S. 87.

358 *Kopp* 1992, S. 83 f.; zur Möglichkeit der Abwahl bereits oben, vgl. i. ü. § 61 GO SaA (durch die Bürger); § 128 GO BW (Erklärung der Amtszeit für beendet durch die oberste Rechtsaufsichtsbehörde).

Rechtsverstößen vor, so muß die Aufsichtsbehörde dies zunächst von der Versammlung verlangen.

Das einschneidendste Aufsichtsmittel ist die Auflösung des Repräsentationsorgans (§ 115 II HwO).<sup>359</sup> Auch die Ausschüsse stellen ihre Arbeit ein. Der Vorstand ist in der Regel befugt, bis zum Amtsantritt eines neuen Vorstands die Geschäfte weiterzuführen. Als ultimatives Aufsichtsmittel ist sie an strenge Voraussetzungen gebunden und darf erst eingesetzt werden, wenn alle anderen Mittel versagt haben. Insbesondere sind die wiederholte Aufforderung zur Abstellung der Mißstände (§ 115 II HwO), eine ausreichend lange Frist zu ihrer Behebung und eine genaue Bezeichnung der Mißstände erforderlich. Sie kommt in Betracht, wenn die Repräsentativversammlung dauerhaft beschlußunfähig ist und die ordnungsgemäße Erledigung der Aufgaben der Körperschaft nicht mehr gewährleistet ist.<sup>360</sup>

Die Auflösung der Körperschaft selbst stellt nur als temporäre Maßnahme wie etwa die Schließung vorübergehende Schließung der Hochschule nach § 118 IV HG Bay eine Aufsichtsmaßnahme dar.<sup>361</sup> Wenn Körperschaften endgültig aufgelöst werden, wie etwa bei Gemeindezusammenschlüssen, Eingemeindungen etc. handelt es sich hingegen regelmäßig nicht mehr um Aufsichtsmaßnahmen.<sup>362</sup> Hierbei geht es nicht um eine Einflußnahme auf das Handeln der Körperschaft oder deren nachträgliche Kontrolle, sondern – wie etwa bei der Gebietsreform – um Verbesserungen der Leistungsfähigkeit der Körperschaft. Eine Ausnahme bildet aber die Auflösung der Handwerksinnung durch die Handwerkskammer nach § 76 HwO. Sie ist als ultima ratio vorgesehen, wenn alle anderen – in der HwO freilich nicht explizit geregelten – Aufsichtsmittel versagt haben.<sup>363</sup>

#### *f. Vollstreckung der Aufsicht?*

Nach Kopp ist eine Vollstreckung, sofern sie nicht gesetzlich geregelt ist, nicht zulässig und auch nicht notwendig.<sup>364</sup> Die möglichen gesetzlichen Maßnahmen seien in der Stufenleiter ihrer Eingriffsintensität regelmäßig Abschreckung genug.

#### *g. Opportunitätsprinzip oder Pflicht der Aufsichtsbehörde zum Einschreiten?*

Zumeist steht das Einschreiten der Aufsichtsbehörde auch im Dienst einer körperschaftsfreundlichen Aufsicht in ihrem Ermessen.<sup>365</sup> Es soll nicht schematisch-lückenlos jeder Rechtsverstoß verfolgt werden, sondern neben dem Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung der Rechtsverletzung der Verantwortungsbereitschaft

359 Für das Kommunalrecht: Art. 114 III GO Bay; § 114a GO Hess; § 122 GO NRW; § 125 GO RPF.

360 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 257.

361 Sie ist als letztes Mittel der Aufsicht nur dann verhältnismäßig, wenn sie unabweisbar notwendig ist, HRG-Denninger-Lüthje § 59 Rn. 41.

362 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 68.

363 *Musielak/Detterbeck* § 76, Rn. 2. Bei Vorliegen der Voraussetzungen soll die Handwerkskammer zur Auflösung sogar verpflichtet sein, LVG Schleswig GewArch 1958, S. 132.

364 *Kopp* 1992, S. 88 ff.

365 Vgl. etwa §§ 112, 113 GO Bay; *Gern* 2003, Rn. 803; *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 121.

und Entschlußkraft der Körperschaft Rechnung getragen werden.<sup>366</sup> Im Kommunalrecht wurden insofern die Bestimmungen zum Legalitätsprinzip überwiegend durch das Opportunitätsprinzip ersetzt.<sup>367</sup> Je schwerwiegender aber eine Rechtsverletzung ist, desto eher kann sich das Ermessen zu einer Pflicht zum Einschreiten verdichten.<sup>368</sup> Ein anderes Kriterium für eine Pflicht zum Einschreiten ist der Grundsatz der Bundestreue. Danach ist in Fällen der Landesaufsicht die Aufsichtsbehörde aus bundesfreundlichem Verhalten zur Vornahme von Aufsichtsmitteln verpflichtet, wenn eine Gemeinde sich ein allgemeinpoltisches Mandat anmaßt und damit in Bundeskompetenzen eingreift.<sup>369</sup>

Sofern sich keine eindeutige Regelung findet, ist die Frage von Ermessen oder Pflicht zur Aufsicht vor dem Hintergrund der Gesetzesbindung der Verwaltung, deren Beachtung sie überwachen soll,<sup>370</sup> und der gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsrechte zu beurteilen. Eine Daueraufsicht würde jedenfalls die Eigenverantwortlichkeit des Selbstverwaltungsträgers aufheben.<sup>371</sup>

#### *h. Grenzen der Aufsicht*

Unterscheidet man organisationstheoretisch die Verselbständigungs- bzw. Identitätsdimension, die Binnenstruktur und das Umweltverhältnis von Verwaltungsorganisationen, dann tritt die Frage der Grenzen der Selbstverwaltung als Problem der Abgrenzung von ihrer Umwelt und der Begrenzung insbesondere der staatlichen Ingerenzen auf. Beispielhaft dafür wurde hier die Staatsaufsicht herausgegriffen. Sie ist dasjenige Instrument, das – sei es kooperativ oder imperativ – die stärkste Umweltkopplung der Körperschaft herbeiführt. Daß diese Kopplung keineswegs durch ein schlichtes kausales Einwirkungsmodell zu verstehen ist, vielmehr die Binnenstruktur der Körperschaft dieses Verhältnis mit prägt, wird besonders an der Bestimmung der Grenzen der Staatsaufsicht deutlich, die sich aus dem Grund ihrer Verselbständigung ergeben, im Rahmen einer maßvollen Aufsicht aber auch durch die Möglichkeiten einer Eigenkontrolle der Körperschaft beeinflußt sind.

*Huber* erinnert zu Recht an die generelle Grenze jeder Staatsaufsicht, „daß die Aufsichtsgewalt nicht als ein Instrument gegen die Selbstverwaltung geltend gemacht werden darf, sondern daß sie ein Mittel sowohl zum Schutz der Selbstverwaltung als auch zum Schutz der Allgemeinheit gegen den Mißbrauch der körperschaftlichen Rechte und Freiheiten, insbesondere gegen Gesetzwidrigkeiten, ist“.<sup>372</sup>

366 *Stober* 1996, S. 154 f.: Die Aufsichtsbehörde muß daher stets das Gesamtverhalten des Selbstverwaltungsträgers berücksichtigen.

367 Das bedeutete aber nicht notwendig einen gravierenden Unterschied im Ergebnis. Auch wenn bei einem erkannten Rechtsverstoß für die Behörde eine Pflicht zum Einschreiten bestand, mußte dies jedoch vor dem Hintergrund des Selbstverwaltungsprinzips und der Schutz- und Förderpflicht der Aufsicht geschehen und führte daher nicht notwendig zu Beanstandungen oder schärferen Maßnahmen, *Knemeyer* 1999, S. 196.

368 OVG Lüneburg NVwZ 1988, 464 (566).

369 *BVerfGE* 8, S. 122 ff. (138 f.) – Volksbefragung Hessen.

370 Sowie ggf. einer „Verantwortung des Staates für die Rechtstreue der ihm eingegliederten, wenn auch autonomen Verwaltungsträger“ (*Knemeyer* 1999, S. 193 m.w.N. Fn. 9). Grundlage dafür ist die Schranke des Art. 28 II GG und entsprechender verfassungsrechtlicher Bestimmungen.

371 *Andrick* 1987, S. 552.

372 *Huber* 1953, S. 192.

Oben war in diesem Sinne schon hervorgehoben worden, daß Grund, aber auch Maß der Aufsicht die Selbstverwaltung der Körperschaft sei. Danach widerspricht eine Bevormundung oder eine permanente Überwachung und Einmischung dem Zweck der eingeräumten Selbstverwaltung und überschreitet somit die Grenzen der Aufsicht.<sup>373</sup>

#### aa. Die Selbstverwaltungsgarantie und die Grundrechte

Grenzen der Aufsicht ergeben sich bei den entsprechenden Körperschaften aus den die Selbstverwaltung begründenden Grundrechten bzw. der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG.<sup>374</sup> Hier ist die Gemeinde durch die Wesensgehaltsgarantie vor einer Aushöhlung ihres Kernbereichs geschützt.<sup>375</sup> Insofern ist der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens zu beachten.<sup>376</sup>

Die Rechtsaufsicht über die Hochschulen (§ 59 HRG) ist generell durch Art. 5 III GG beschränkt.<sup>377</sup> So ist im kognitiven Kernbereich der Wissenschaft Aufsicht verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Jenseits dieses Bereichs „hängt die Aufsicht nach Modalität, Intensität und Mittel von der Institutionalisierungsverantwortung des Staates, Aufgabenstellung der Einrichtung, Gegenstand der Aufsicht, vor allem aber den möglicherweise betroffenen Rechtspositionen ab.“<sup>378</sup>

#### bb. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Prinzip der schonenden Aufsicht

Fraglich ist zunächst, ob sich Grenzen der Aufsicht auch aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben. Die in der Folge der Rastede-Entscheidung des BVerfG<sup>379</sup> fraglich gewordene Anwendung des Prinzips wird in der Literatur überwiegend bejaht.<sup>380</sup> Erstens habe das Gericht selbst mit Aspekten der Erforderlichkeit gearbeitet. Zweitens handle es sich um ein aus dem Rechtsstaatsprinzip folgendes objektives Verfassungsprinzip, das auch nicht deshalb unanwendbar bleiben müsse, weil im Bund-Länder-Verhältnis unstreitig nicht darauf zurückgegriffen werden könne.<sup>381</sup> Schließlich verwendet auch § 8 III der Europäischen Kommunalcharta die Figur des „geringstmöglichen Eingriffs“. Bedenken ergeben sich aber aus der

373 Kopp 1992, S. 102; Verwaltungskontrolle ist grundsätzlich anlaßbezogen; Lübking/Vogelsang 1998, Rn. 120.

374 Hoffmann-Riem 2001, S. 349 f.

375 Schmidt-Aßmann 1991b, S. 134; Schoch 1990, S. 29 f.; BVerfGE 79, S. 127 ff. (146 f.) – Rastede.

376 OVG Münster OVG 19, S. 192; v. Mangoldt/Klein/Starck-Tettinger Art. 28, Rn. 198.

377 OVG Berlin 1972, S. 2100.

378 Trute 1994, S. 468.

379 E 79, S. 127 ff. (153); vgl. auch 83, S. 363 (382) – Krankenhausumlage: Das Gericht hat hier das „Prinzip der dezentralen Aufgabenansiedlung“ als Grundlage für Erwägungen genommen, die im übrigen unter dem Stichwort Erforderlichkeit diskutiert werden: „Das Ziel optimaler Verwaltungseffizienz trägt die Tendenz zur immer großräumigeren Organisation und stetigen ‚Hochzoning‘ von Aufgaben in sich, während das Ziel möglicher Bürgernähe und Bürgerbeteiligung dem widerstreitet und dezentrale Aufgabenansiedlung anempfiehlt“.

380 Stober 1996, S. 153; Schröder 1986, S. 374; Andrick 1987, S. 550 u. 552; Kopp 1992, S. 98; Musielak/Detterbeck § 75, Rn. 14; Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering 1999, § 11 Rn. 17 f.; Kluth 2005, S. 374.

381 Kahl 2000, S. 448 f.

grundrechtlichen Fundierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Bei der Aufsicht geht es hingegen um das Verhältnis zweier Verwaltungseinheiten, um Funktionsschutz.<sup>382</sup> Das BVerfG hat daraus die Konsequenz gezogen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht mehr erwähnt. Statt dessen begründet es aus der Systematik des Art. 28 II GG und der Funktion der kommunalen Selbstverwaltung ein gemeindegünstigendes Aufgabenverteilungsprinzip.<sup>383</sup> Danach besteht ein Vorrang einer dezentralen Aufgabenverteilung zugunsten der Gemeinden.<sup>384</sup> Dieses dezentrale Aufgabenverteilungsprinzip wäre nun wenig wert, wenn es durch die Aufsicht wieder revidiert werden könnte. Auch sie ist daher an dem prinzipiellen Vorrang zu messen, so daß hieraus ein Prinzip der „abgestuften Intervention“ ableitbar ist.<sup>385</sup> Ferner muß berücksichtigt werden, daß dieses Aufgabenverteilungsprinzip mit dem Vorrang der Gemeinden an der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 II 2 GG) entwickelt wurde. Deshalb kann erstens, soweit die Selbstverwaltung der Realisierung der Grundrechte dient, wie bei den Hochschulen,<sup>386</sup> die Aufsicht weiterhin am Verhältnismäßigkeitsprinzip gemessen werden. Zweitens ist der „Vorrang“ bei der Mehrzahl der Selbstverwaltungsträger, die keine verfassungsrechtliche Fundierung besitzen, differenziert zu beurteilen. Weil es auch hier um eine Funktionszuordnung geht, können die Grenzen der Aufsicht nicht am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz festgemacht werden. Ein verfassungsrechtlicher Schutz gegenüber strengen gesetzlichen Regelungen der Staatsaufsicht besteht daher nicht. Die Aufsicht der staatlichen Verwaltungsbehörde kann sich aber auch im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht über ihre gesetzlichen Voraussetzungen und Schranken hinwegsetzen. Zu diesen Voraussetzungen gehört es aber teils explizit, teils implizit aus der Sache heraus, daß sie auf die Selbstverwaltung bezogen ist, die sie um der Koordinierung ihrer Träger mit der übrigen Verwaltung im Interesse von Schutz und Stärkung der Eigenverantwortlichkeit dieser Verwaltungsorganisationen nicht weiter beschränken darf, als es erforderlich ist. Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung von Selbstverwaltungsorganisationen dezentrale Aufgabenträger und damit für einzelne Bereiche der Erfüllung öffentlicher Aufgaben spezifische Funktionszuordnungen getroffen, die die Aufsichtsbehörde nicht übergehen kann und deren eigenverantwortliche Wahrnehmung sie aus Sinn und Zweck der Einrichtung der Selbstverwaltung möglichst zu schonen hat.<sup>387</sup> Gerade hier zeigt sich, daß die Aufsicht nicht nur ihren Grund, sondern auch ihr Maß aus dem Selbstverwaltungsprinzip in seiner konkreten gesetzlichen Ausgestaltung erfährt.

382 *Schmidt-Aßmann* 1991b, S. 156; *Bogs* 1973, S. 192.

383 *BVerfGE* 79, S. 127 ff. (147 f.) – Rastede; vgl. *Schmidt-Aßmann* 1991b, S. 135; *Schoch* 1990, S. 33 f.

384 v. Münch/Kunig-Löwer Art. 28, Rn. 50, der auch darauf hinweist, daß hier ein Unterschied in der Begründung, nicht aber im Ergebnis besteht; *Stern* (1984, S. 418 f.) spricht vom „Grundsatz des selbstverwaltungsfreundlichen Verhaltens“.

385 *Kahl* 2000, S. 552 f., allerdings unter Rückgriff auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

386 Vgl. *Reich* 2002, § 59 Rn. 2; HRG-Denninger-Lüthje § 59, Rn. 16: Die Aufsicht ist nach Bereichen, die unmittelbar der Verwirklichung der Grundrechte dienen und anderen Selbstverwaltungsbereichen abzustufen. Im grundrechtseffektivierenden Bereich ist die Aufsicht begrenzt auf die Aufhebung rechtswidriger Maßnahmen.

387 *Bogs* hat für die Sozialversicherung insofern etwa vom „Grundsatz der maßvollen Ausübung der Rechtsaufsicht“ gesprochen, 1973, S. 189 f.

Danach folgt aus dem Selbstverwaltungsprinzip auch für die nicht verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsträger ein Gebot schonender Aufsicht, das sowohl beim Einschreitensermessen als auch beim Auswahlermessen zu berücksichtigen ist.<sup>388</sup> Nur dasjenige Aufsichtsmittel ist zu wählen, das zur Erreichung des Ziels notwendig ist. Unter den generell gleich geeigneten Aufsichtsmitteln ist immer zunächst dasjenige zu wählen, das die Rechte der Körperschaft am meisten schont.<sup>389</sup> Grundsätzlich hat die Aufsichtsbehörde danach die informalen vor den formalen Aufsichtsmitteln zu wählen und der Eigenkontrolle einen relativen Vorrang einzuräumen.<sup>390</sup> Zu berücksichtigen sind dabei auch die temporalen Aspekte der Kontrolle, wie der Kontrollzeitpunkt und die Dauer der Kontrolle,<sup>391</sup> die Kontrollbreite, -tiefe und -dichte.<sup>392</sup> Bei der Zumutbarkeit sind auch die finanziellen Folgen von Aufsichtsmaßnahmen für die Körperschaft in Rechnung zu stellen.<sup>393</sup>

### cc. Weitere Gründe, die Aufsichtsmaßnahmen ausschließen können

Keine Aufsicht kommt in Betracht, wenn die Aufsichtsbehörde selbst an dem Rechtsverhältnis, das sie kontrollieren will, beteiligt ist. In Fällen des Zusammenwirkens findet nach dem oben festgestellten Prinzip, das Kontrolle auf Distanz zwischen dem Kontrollierten und dem Kontrolleur beruht, Aufsicht nicht statt. In diesen Fällen steht dann nicht die Aufsicht, sondern das Tätigwerden in eigener Sache im Zentrum.<sup>394</sup>

## 2. Weisungsbefugnisse (Fachaufsicht)<sup>395</sup>

Zur präventiven Lenkung in Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises resp. der weisungsgebundenen Pflichtaufgaben können die Fachaufsichtsbehörden allgemeine Weisungen oder Weisungen im Einzelfall, die sich beide prinzipiell auf die Rechtmäßigkeit und/oder Zweckmäßigkeit der anstehenden Körperschaftsentscheidung beziehen können, erlassen.<sup>396</sup> Allgemeine Weisungen, Anordnungen

388 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 122.

389 Vgl. für die Anwendung dieses Grundsatzes etwa § 89 I SGB IV: Aus Anlaß einer Rechtsverletzung soll die Aufsichtsbehörde zunächst „beratend darauf hinwirken, daß der Versicherungsträger die Rechtsverletzung behebt“. Bleibt das innerhalb einer Frist erfolglos, kann er dazu verpflichtet werden. Schließlich kann diese Pflicht unter den üblichen Voraussetzungen dafür vollstreckt werden.

390 *Knemeyer* 2000, S. 523; *Kahl* 2000, S. 552 f.; *Kopp* 1992, S. 102.

391 *Hoffmann-Riem* 2001, S. 346, der auch darauf hinweist, daß präventive Kontrolle nicht stärker in die Entscheidungen der Körperschaft eingreifen müssen, weil sie ihr eine eventuelle spätere Korrektur ihrer Entscheidungen ersparen.

392 *Hoffmann-Riem* 2001, S. 347 f.; *Pitschas* 1998, S. 909.

393 *Kopp* 1992, S. 105.

394 *Schnapp* 1994, Rn. 98 f. mit Beispielen aus dem Sozialversicherungsrecht.

395 Die Begrifflichkeit geht hier in den Organisationsgesetzen und auch in der Literatur durcheinander. Teilweise wird auch von „Sonderaufsicht“ gesprochen (§ 132 I GO BBG; § 116 I GO NRW). In der Literatur wird unter Sonderaufsicht auch „die staatliche Aufsicht, die außerhalb der Gemeindegesetze erfolgt, die über die allgemeine Rechtsaufsicht hinausgeht und die sich als besondere Fachaufsicht kennzeichnet“ verstanden (etwa die Aufsicht über das gemeindliche Forstwesen), *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 273 („in der Sache kein Unterschied zwischen Sonder- und Fachaufsicht“); *Kahl* 2000, S. 555 f. 396 Sie ergehen gegenüber der juristischen Person selbst und nicht gegenüber einem einzelnen Körperschaftsorgan, *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 285; *Salzwedel* 1965, S. 207; für den Hochschulbereich HRG-Denninger-Lüthje § 59, Rn. 15: Richten sich Aufsichtsmaßnahmen fälschlich gegen ein Organ der

und Verwaltungsvorschriften<sup>397</sup> gegenüber der Körperschaft sind Instrumente der präventiven Lenkung.<sup>398</sup> Länder mit einem monistischen Aufgabenmodell haben zumeist die Weisungsbefugnisse im Bereich der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung beschränkt. Zunehmende Durchnormierung höhlt jedoch das eigenverantwortliche Handeln der Körperschaft aus, indem die Alternativen von Entscheidungen eingeschränkt und diese Einschränkungen kontrolliert werden. Eine Bindung der Körperschaften an Verwaltungsvorschriften muß schon deshalb die Ausnahme bleiben.<sup>399</sup>

Soweit dies gesetzlich vorgesehen ist, können die Fachaufsichtsbehörden den Körperschaften in Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises/Pflichtaufgaben nach Weisung oder zur Erfüllung nach Weisung auch Einzelweisungen erteilen.<sup>400</sup> Da dies jedoch die Organisationshoheit des Selbstverwaltungsträgers betrifft, verbieten einige Organisationsgesetze ausdrücklich derartige Maßnahmen (vgl. etwa § 4 GO Hess). Andere lassen sie nur aus Gründen der Bundestreue zu (§ 129 III GO BW). Die Befugnisse hierzu sind zudem begrenzt.

Ziel ist hier die Erreichung zweckmäßiger und damit auch wirtschaftlicher Entscheidung des Weisungsempfängers. Sie dürfen die Selbstverwaltung der Körperschaften nicht beeinträchtigen. Angesichts ihrer Organisationshoheit dürfen Weisungen daher nicht in die kommunale Organisation eingreifen.<sup>401</sup> Im Bereich der Hochschulen scheiden sie, soweit ihr Selbstverwaltungsrecht reicht, aus.<sup>402</sup> Ein Vollzugsrecht ihrer Weisungen besitzen die Fachaufsichtsbehörden nicht. Allein die Rechtsaufsichtsbehörde ist dann zur Anordnung der allgemeinen Aufsichtsmittel gegenüber der durch die Weigerung der Körperschaft, der Weisung Folge zu leisten, entstandenen Rechtsverletzung, befugt.<sup>403</sup>

### 3. Mitwirkungs-, insbes. Genehmigungsvorbehalte

In den Organisationsgesetzen über die Körperschaften finden sich zahlreiche, jedoch im Bereich der Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung häufiger vorgesehene Genehmigungsvorbehalte.<sup>404</sup> Diese gesetzlichen Regelungen sind erforderlich, weil ansonsten der Grundsatz der Genehmigungsfreiheit von Satzungen gilt.<sup>405</sup> Im Kommunalrecht ließ sich eine Tendenz zum Abbau der Genehmigungs-

---

Hochschule, kann dieses von der Hochschulleitung verlangen, daß sie die Durchsetzung der Aufsichtsmaßnahmen unterläßt und die Rechte des Organs gegenüber der Aufsichtsbehörde geltend macht.

397 Eingehend zu dem bei den Sozialversicherungsträgern besonders virulenten Problem der Verwaltungsvorschriften: *Bogs* 1973, S. 219 ff.

398 *Groß* 2002a, S. 798.

399 Vgl. etwa im Sozialrecht die Beispiele bei *Hendler* 1996, S. 218 f.

400 Auch insofern liegt eine Form der präventiven Aufsicht bzw. Lenkung vor. Nicht verständlich ist *Knemeyers* Ansicht, der davon spricht (2000, S. 524), daß die Behörde durch die spezielle Weisung auf „eine andere Handhabung der kommunalen Aufgaben hin [! S. K.] wirken will (repressive Aufsicht)“.

401 Str., vgl. *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 289.

402 *Maunz/Dürig-Scholz* Art. 5 III, Rn. 133.

403 § 129 II GO BW; Art. 116 I GO Bay; §§ 132 II- IV GO BBg; § 145 GO Hess; § 87 KV MV; § 124 GO Nds; § 124 GO NRW; § 127 II KSVG Saar; § 123 II GO Sachs; § 145 GO SaA; § 129 GO SH; § 120 II KO Thür.

404 Auch „Zustimmung-“ oder „Bestätigungsvorbehalte“ genannt. Vgl. auch *Emde* 1991, S. 55 ff.

405 *Ossenbühl* 2002, § 6 Rn. 70, *ders.* 1988, § 66 Rn. 57.



vorbehalte<sup>406</sup> beobachten, die dann durch Vorlagepflichten ersetzt wurden.<sup>407</sup> Ihre Verletzung macht jedoch die entsprechende Maßnahme im Außenverhältnis zum Bürger nicht unwirksam, sondern nur im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde rechtswidrig. Teilweise ist aber auch diese Vorlagepflicht inzwischen weggefallen.<sup>408</sup>

Zu den Gegenständen der Genehmigungsvorbehalte gehören<sup>409</sup> regelmäßig: die Hauptsatzung, der Haushalt, die Vermögensverwaltung und bestimmte Personalangelegenheiten.<sup>410</sup> Gemäß § 92 III GO BW ist die Gemeinde etwa bei Veräußerung eines Vermögensgegenstandes unter seinem Wert zur vorherigen Vorlage an die Rechtsaufsichtsbehörde verpflichtet, wenn nicht das Innenministerium zuvor eine generelle Freistellung von dieser Pflicht für bestimmte Geschäfte ausgesprochen hat oder sie sich regelmäßig wiederholen.<sup>411</sup> Die Nichterfüllung dieser Pflicht beläßt einer entsprechenden Maßnahme jedoch ihre Wirksamkeit gegenüber dem Bürger und macht sie nur „innenrechtswidrig“ – rechtswidrig also im Verhältnis zur Rechtsaufsichtsbehörde –, weil sie noch nicht vollzogen werden durfte.<sup>412</sup>

Klassisch werden auch die Genehmigungsvorbehalte zu den präventiven Aufsichtsmitteln gerechnet.<sup>413</sup> Oben war aber bereits im Anschluß an *Groß* darauf hingewiesen worden, daß sie sich von den präventiven Aufsichtsmitteln in organisationsrechtlicher Hinsicht dadurch unterscheiden, daß der Entscheidungsbildungsprozeß des Selbstverwaltungsträgers hier bereits abgeschlossen ist, wenn die Genehmigungspflicht eintritt, daß sie sich aber auch von den repressiven unterscheiden, weil sie auch bei einer rechtmäßigen Entscheidung zum Tragen kommen kann. Ferner wurden Kontrollmittel als solche bezeichnet, die eine gewisse Distanz zwischen Kontrolleur und Kontrolliertem voraussetzen. Die Genehmigungsvorbehalte sind daher als Steuerungsmittel zu bezeichnen, die die staatliche Überwachung des Handelns des Selbstverwaltungsträgers in besonders wichtigen Angelegenheiten ermöglichen und dessen Wirksamkeit ggf. verhindern können.<sup>414</sup>

Häufig wird aus dem „Wesen der Selbstverwaltung“ geschlossen, daß sie als Zweckmäßigkeitkontrollen regelmäßig unzulässig sind.<sup>415</sup> Rechtswidrig wären sie jedenfalls dann, wenn sie zu einer Fremdbestimmung der Körperschaft führen würden.<sup>416</sup> Sofern für eine Körperschaft überhaupt nur eine Rechtskontrolle vorgesehen ist, können die Genehmigungen entsprechend auch nur aus Gründen

406 *Knemeyer* 1999, S. 194. Auch wurden in einigen Bundesländern die Innenminister ermächtigt, die Kommunen von der Genehmigungspflicht zu befreien und statt dessen eine Anzeigepflicht vorzusehen. § 122 III GO BBG; § 143 II GO Hess; § 49 VI KV MV; § 133 VI GO Nds; § 128 GO NRW; § 126 KSVG Saar; § 140 GO SaA (*Stober* 1996, S. 159). Schonender als Einzelgenehmigungen für die Organisationshoheit der Gemeinden ist auch eine generelle Genehmigungserteilung, wie sie etwa § 88 IV GO BW vorsieht.

407 Zu diesen *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 163, die sie zu den präventiven Aufsichtsmitteln rechnen.

408 *Knemeyer* 1999, S. 195; *ders.* 2000, S. 523.

409 Zur Sozialversicherung: *Emde* 1991, S. 170.

410 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 172; *Emde* 1991, S. 161.

411 Zu weiteren Beispielen vgl. *Gern* 2001, Rn. 442.

412 *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 169.

413 *Schröder* 1986, S. 374. „Staatsaufsicht im weiteren Sinn“, *Andrick* 1987, S. 548; *Schuppert* 1998, S. 832.

414 Und keine Aufsichtsmittel, so auch *Schnapp* 1994, Rn. 16.

415 Gegen Zweckmäßigkeitkontrolle OVG NRW DVBl. 1990, S. 689 f.; *Emde* 1991, S. 58 f.

416 *Schmidt-Aßmann* 2001, S. 39; *Groß* 2002a, S. 798.

anderweitigen Rechtsverstöße verweigert werden.<sup>417</sup> Nach Auffassung des BVerfG verstößt eine Zweckmäßigkeitprüfung dann nicht gegen Art. 28 II S. 1 GG, wenn klare und bestimmte Prüfungsmaßstäbe für die Kontrolle bestehen.<sup>418</sup> Bei den *res mixtae*, die in die gemeinsame Verantwortungs- und Entscheidungszuständigkeit von Gemeinde und Staat fallen, muß den Aufsichtsbehörden eine Zweckmäßigkeitkontrolle gestattet sein.<sup>419</sup> Eine wichtige Rolle spielen im Bereich der Unfallversicherung die § 87 II SGB IV und § 15 IV S. 1 SGB VII gestützten Genehmigungsvorbehalte des Bundesministeriums für Arbeit.<sup>420</sup> In weisungsfreien Angelegenheiten sind sie aber auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme beschränkt.<sup>421</sup> Insofern müssen die Genehmigungsvorbehalte nach Gegenständen getrennt beurteilt werden und können – wenn sie überhaupt als ein angemessenes Mittel angesehen werden – je nach Aufgabe auch die Zweckmäßigkeit der Entscheidung der Körperschaft überprüfen.<sup>422</sup>

Viel spricht aber für ihre Unverhältnismäßigkeit: Nachträgliche Anzeigepflichten füllen den Zweck ebenso erfüllen und würden zugleich weniger in die Entscheidungsfreiheit der Körperschaft eingreifen.<sup>423</sup> So dienen etwa Genehmigungsvorbehalte bei der Veräußerung von Vermögen häufig den gleichen Zielen, die auch der allgemeinen Prüfung der Veräußerung durch die Denkmalschutzbehörde zugrunde liegen. Eine zusätzliche Prüfung durch die Kommunalaufsichtsbehörde ist dann überflüssig, verzögert nur das Verfahren und belastet die Gemeinde in ihrer Entscheidungsfreiheit daher mehr, als es zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.<sup>424</sup>

#### 4. Formen des Zusammenwirkens von Staat und Körperschaft des öffentlichen Rechts

Wird häufig noch von einer Trennung von Kontrolle und Kooperation ausgegangen, hat Kahl demgegenüber nachgewiesen, daß es zahlreiche Überschneidungen gibt.<sup>425</sup> Das bedeutet einerseits, daß die überkommenen Aufsichtsmittel kooperativ anzuwenden sind, zum anderen aber auch, daß Kooperation in den Bereich der Kontrolle aufgenommen wird. Dem entsprechen auch explizit kooperative Kont-

417 Für die IHKn *Frentzel/Jäkel/Junge/Hinz/Möllering* 1999, § 11 Rn. 26 f.

418 *BVerfGE* 38, S. 258 ff (280); vgl. auch *Kahl* 2000, S. 326.

419 *Stober* 1996, S. 160; *Groth* 2002, S. 460.

420 Die geplanten Unfallverhütungsvorschriften werden vom Ministerium möglichst früh mit den Trägern der Unfallversicherung abgestimmt, um so die eigenen Vorstellungen effektiv zur Geltung bringen und auf eine Vereinheitlichung hinwirken zu können, *KK-Maier* SGB IV, § 87 Rn. 6.

421 *Gern* 2003, Rn. 803; *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 180.

422 Eine solche differenzierte Regelung enthält etwa § 123 UG BW. Danach beschränkt sich die Prüfung der Zustimmung in Selbstverwaltungsangelegenheiten auf eine Rechtskontrolle, wenn nicht Verpflichtungen des Landes gegenüber dem Bund betroffen sind. In den übertragenden staatlichen Angelegenheiten insbesondere finanzieller Art kann auch die Übereinstimmung mit staatlichen Zielen geprüft werden.

423 *Kahl* 2000, S. 560; auch *Kopp* (1992, S. 50 f.) rückt sie in die Nähe einer Staatskuratel, bei der die staatliche Behörde unmittelbar in das Entscheidungsverhalten der verselbständigten Verwaltungsorganisation einwirkt.

424 Eingehend *Groth* 2002, S. 461 f.

425 *Kahl* 2000, S. 518 f. – obwohl zur Kennzeichnung nicht notwendig die sozialromantisch anmutenden Ausdrücke wie der „Geist von Vertrauen, Partnerschaft und Loyalität“ herangezogen werden müssen.

rollformen wie Zielvereinbarungen. Besonders im Bereich der grundrechtsgetragenen Körperschaften treten neben formale Aufsichtsmaßnahmen auch Formen des „Zusammenwirkens von Staat und Hochschule“.426 Neben den klassischen Möglichkeiten von Anhörungen und Vorschlagsrechten kommen hier gemeinsame Erörterungen, gemeinsame Gremien etc. in Betracht427 Ein „partnerschaftliches Verhältnis“ erhöht allerdings auch die Abstimmungsnotwendigkeiten vor der Entscheidung, so das der Umfang präventiver Einflußfaktoren auf die Entscheidungen der Körperschaft zunimmt.428

## 5. Zielvereinbarungen und Verwaltungscontrolling<sup>429</sup>

„Herzstück“ des Neuen Steuerungsmodells ist die Dezentralisierung der Produkt- und Ressourcenverantwortung.<sup>430</sup> Dadurch soll die Verantwortlichkeit kleiner Verwaltungseinheiten, die aber zumeist nicht als Selbstverwaltungsträger verselbständigt wurden, gestärkt werden. Um hier nicht zu einer „Balkanisierung von Verantwortlichkeiten“ zu kommen, sind neue Formen der Koordination erforderlich.<sup>431</sup> Das Kontraktmanagement ist ein Koordinationsmittel, das die Bindung der Exekutive an die Legislative sicherstellt und die Bindungen der nachgeordneten Verwaltungsebenen untereinander vermittelt.<sup>432</sup> Das Thema Zielvereinbarungen und Controlling scheint zunächst nicht zur Frage staatlicher Ingerenz auf die Körperschaften des öffentlichen Rechts zu gehören, betrifft es doch – wie im organisationstheoretischen Teil bereits dargestellt wurde – den ausführenden resp. den anstaltlichen Teil (Hochschulen) der Selbstverwaltungsträger. Doch würde diese Ausklammerung an der Verwaltungsrealität vorbeisehen: Zielvereinbarungen und diesen entsprechendes Verwaltungscontrolling haben Auswirkungen auf die klassische Aufsicht nicht nur im Bereich der innerorganisatorischen Kontrolle (s. o.), sondern auch im Bereich der klassischen Staatsaufsicht.<sup>433</sup> Zielvorgaben der Versammlung an die ausführenden Organe der Körperschaft müssen im Rahmen von Budgetierungsmodellen so ausformuliert sein, daß sie ein Controlling ermöglichen. Sie weiten damit den Bereich präventiver Kontrolle der Körperschaften des öffentlichen Rechts aus und können ihre Selbstverwaltung beeinträchtigen, wenn nicht entsprechende Schutzinstrumente in Form von Steuerungs- und Finanzgarantien entwickelt werden.<sup>434</sup> „Einmischungsaufsicht“, die die Eigenverantwortlichkeit

426 §§ 121 ff. HG MV; § 108 UG NRW.

427 Für den alten § 60 HRG: *Wolff/Bachhof/Stober* 1987, § 93 Rn. 66.

428 *Knemeyer* 2000, S. 522.

429 *Hill NVwZ* 2002, 1059 ff.; *Hoffmann-Riem* 1997, S. 386; *ders.* 2001, S. 336 f.; kritisch in bezug auf die damit verbundene „Finalisierung des Verwaltungsrechts zu Lasten der Selbstverwaltung“ *Breuer VVd-StRL* 62 (2003), S. 468. Dagegen wiederum *Oebbecke VVdStRL* 62 (2003), S. 475, der sie als Eingeständnis der Schwäche des Finanziers wertet.

430 *Schuppert* 1998, S. 834; vgl. auch *Pitschas* 1998, S. 912 f.; *Lüder* 1993, S. 269.

431 *Schuppert* 1998, S. 834.

432 *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 27; *Hoffmann-Riem* 1997, S. 386 f.; *Pitschas* 1998, S. 912. *Damkowski/Precht* 1995, S. 153 f.: als Entscheidungsvorbereitung und Informationsmanagement die „Koordinationschnittstelle der Managementfunktionen“.

433 *Pitschas* (1998, S. 913) bringt dies anschaulich zum Ausdruck, wenn er schreibt: „Der Controller ist ein Lotse der Aufsicht“.

434 *Pitschas* 1998, S. 915.

der kontrollierten Organisationseinheit beeinträchtigt, ist auch in diesem Gewand unzulässig.<sup>435</sup>

Das Verwaltungscontrolling stellt mit seinen Informations- und Berichtswesen den laufenden Informationsfluß des Ablaufs des Kontraktmanagements dar.<sup>436</sup> Es bezeichnet in betriebswirtschaftlicher Perspektive „ein System der Beschaffung und Bereitstellung von Planungs- und Kontrollinformationen (Planungs- und Kontrollsystem) für die Steuerung dezentral organisierter Unternehmen und soll die Ausrichtung der dezentral geführten Teileinheiten auf die Unternehmensziele sicherstellen“.<sup>437</sup> Ziel des Controllings ist die Steuerung des Verwaltungshandelns im Hinblick auf Effektivität und Effizienz.<sup>438</sup> Es dient als operatives Controlling der Leitungsebene der Verwaltung zur „Navigationshilfe“<sup>439</sup> zur Ermittlung von Fehlentwicklungen und ggf. deren Korrektur im Einzelfall. Das operative Controlling hingegen setzt konkreter an und ermöglicht der Zentrale gegenüber den relativ selbständigen dezentralisierten („dezentralisierten“) Untergliederungen der Verwaltungsorganisation eine Maßnahmenkorrektur.<sup>440</sup>

## 6. Rechtsschutz gegenüber Aufsichtsmaßnahmen

Weil Rechtsschutzfragen weitgehend ausgeklammert wurden, soll hier nur erwähnt werden, daß die Körperschaften auf die üblichen Klage- und Formen des vorläufigen Rechtsschutzes zurückgreifen.<sup>441</sup> Ob das aber auch für die Maßnahmen der Fachaufsicht gilt, ist strittig. Geht man aber davon aus, daß die Aufsicht als Rechts- wie als Fachaufsicht der Bestätigung und Befestigung der rechtlichen Selbständigkeit der betreffenden Verwaltungsorganisation dient, handelt es sich auch bei Maßnahmen der Fachaufsicht um solche mit Außenwirkung.<sup>442</sup> Keineswegs handelt die Körperschaft des öffentlichen Rechts hier als Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung, so daß die Fachaufsicht wie ein Direktionsrecht aufzufassen wäre.<sup>443</sup> Wird eine erforderliche Genehmigung nicht erteilt, kann die betroffene Körperschaft eine Versagungsgegenklage erheben.<sup>444</sup> Im Sozialversicherungsbereich wurde eigens eine Klageart geschaffen (§ 54 III SGG), ohne daß dadurch weitergehende Klagemöglichkeiten wegen der Verletzung der eingeräumten Kompetenzen ausgeschlossen wären.<sup>445</sup>

435 *Schmidt-Aßmann* 2001a, S. 38.

436 *Hoffmann-Riem* 2001, S. 336; *Schuppert* 1998, S. 834.

437 *Lüder* 2001, S. 54; *ders.* 1993, S. 265.

438 *Lüder* 1993, S. 266.

439 *Hoffmann-Riem* 2001, S. 337.

440 *Hoffmann-Riem* 1997, S. 390 f.; daneben sind noch weitere spezielle Formen des Controlling zu unterscheiden wie etwa Personal-Controlling, Projekt-Controlling, Organisations-Controlling, *Lüder* 1993, S. 266.

441 *Kopp* 1992, S. 108 ff.; *Lübking/Vogelsang* 1998, Rn. 293 ff.

442 *Knemeyer* 2000, S. 525; dagegen etwa *BVerwG NVwZ* 1983, S. 610.

443 Wie hier *Kopp* 1992, S. 115.

444 *Knemeyer* 2000, S. 522.

445 *Schnapp* 1994, Rn. 135 ff.; *Hendler* 1996, S. 219.

## IV. Zusammenfassung

Auf der Grundlage ihrer Ausstattung mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit und dem Recht der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung stellt sich die Körperschaft, ausgerüstet mit einer durch die mitgliedschaftliche Binnenstruktur hohen Problemverarbeitungskapazität in bezug auf sachlich differenzierte und wertungsmäßig komplexe Entscheidungen, spezifisch in ihre gesellschaftliche und staatliche Umwelt. Exemplarisch wurde dem durch eine nähere Analyse von Zwangsmitgliedschaft und Aufsicht nachgegangen. In beiden Fällen zeigte sich, daß hier anspruchsvollere Lösungen möglich sind, als sie ohne die mitgliedschaftliche Binnenstruktur zu rechtfertigen wären.

Bürger werden Mitglieder in Körperschaften des öffentlichen Rechts zumeist nicht freiwillig, sondern aufgrund einer Pflichtmitgliedschaft. Diese Form der Rekrutierung trifft sie nur im Falle der kassenärztlichen Vereinigungen, deren Aufgaben die Berufsausübung der Kassenärzte intensiv prägen, in speziellen Grundrechten, nämlich in Art. 12 I GG. Die unfreiwillige Mitgliedschaft in anderen Körperschaften trifft den Bürger nicht in seiner negativen Vereinigungsfreiheit. Es konnte aus systematischen wie auch aus historischen Gründen gezeigt werden, daß Art. 9 I GG den Bürger nicht vor einer Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden schützen soll. Es bleiben ihm also die allgemeine Handlungsfreiheit. Die rechtliche Situation der Gemeinden ist anders zu beurteilen: Sie sind in ihrer letztlich in Art. 28 II GG fundierten Kooperationshoheit betroffen. Eine Einbeziehung in Pflichtverbände ist danach nur aus „dringenden Gründen des Gemeinwohls“ gerechtfertigt. Anders steht es aber mit der Pflichtmitgliedschaft des Bürgers in Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung. Sie bedarf neben der schon im Abschnitt B erörterten legitimen Aufgabe noch einer Kontrolle anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Die Erforderlichkeitsprüfung macht in diesem Zusammenhang noch einmal die besondere Bedeutung der öffentlichen Aufgaben der Körperschaften des öffentlichen Rechts deutlich, die auch im Falle der Interessenvertretung nicht von privaten Verbänden erfüllt werden können, da ihre Exit-Option die Repräsentativität des geltend gemachten Gesamtinteresses gefährdet und die Drohung mit dem Gebrauch derselben starken Mitgliedern einen asymmetrischen Einfluß einräumen könnte. Auch im Rahmen der Zumutbarkeitskontrolle zeigen sich noch einmal die Besonderheiten der Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die Nachteile, die mit der unfreiwilligen Mitgliedschaft und der damit regelmäßig gekoppelten Beitragspflicht verbunden sind, werden nämlich abgedefert durch die Partizipationsmöglichkeiten an den Körperschaftsentscheidungen. Stehen so zumeist die Körperschaften mit Pflichtmitgliedschaft im Zentrum der Aufmerksamkeit, darf nicht übersehen werden, daß es auch Formen mit freiwilliger und solche mit freiwilliger Entscheidung über die Zugehörigkeit und daran angeknüpfter gesetzlich eintretender Mitgliedschaft gibt, wie bei Gemeinden und Hochschulen.

Aber auch die Staatsaufsicht ist durch die besondere Struktur der Körperschaft geprägt. Zunächst tritt sie nicht einfach als beschränkend an die

Selbstverwaltungsrechte der Körperschaft heran, sondern findet ihren Grund in derselben. Es hat ihr um die Stärkung der mit der Selbstverwaltung verliehenen Potentiale, um die Weckung von Eigenverantwortlichkeit, sofern dies notwendig ist, zu gehen und nicht um die bestmögliche Erfüllung der öffentlichen Aufgaben. Schutz und Förderung gehören daher nicht weniger zu den Zielen der Aufsicht als die ebenfalls im Interesse sowohl der Gesamtheit als auch der Körperschaft selbst liegende Überwachung der Grenzen der Selbstverwaltungsrechte. Die Aufsicht hat auch die Selbstverwaltung als Maß. Solange und soweit die Aufsichtsziele mit körperschaftseigenen Kontrollmöglichkeiten sichergestellt werden können, verdienen sie den Vorrang, so daß sich die Aufsicht auf eine Kontrolle dieser Funktionsmechanismen zurückziehen kann und nach dem Prinzip der schonenden Aufsicht auch soll. Hier besonders zeigt sich die Möglichkeit der Autonomisierung der Körperschaft von ihrer Umwelt durch die ausdifferenzierte Binnenstruktur, die eine effiziente Binnenkontrolle ermöglicht. Die Staatsaufsicht wird auch dann noch notwendig bleiben, um die Grenzen, in denen die Körperschaft im Interesse des gemeinsamen Wohls der Mitglieder das Gemeinwohl vernachlässigt, zu beachten. Wesentlich enger sind die Ingerenzen naturgemäß im Bereich der Kontrolle der Auftragsangelegenheiten, wo die Fachaufsichtsbehörden auch über Weisungen auf die Körperschaft einwirken können. Auch dann aber wird die Körperschaft nicht einfach Teil der staatlichen Verwaltung, sondern erhält ihre Selbständigkeit.