

Dritter Beratungsgegenstand

Individuen und Intermediäre

2. Selbstverwaltung

Referat von *Peter Bußjäger*, Innsbruck

Inhalt

I.	Einleitung	364
II.	Erscheinungsformen der Selbstverwaltung	369
	1. Territoriale Selbstverwaltung	369
	2. Funktionale (nichtterritoriale) Selbstverwaltung	370
III.	Entwicklung und Funktionswandel der Selbstverwaltung.	372
	1. Spuren früher Selbstverwaltung	372
	2. Das Jahrhundert der Selbstverwaltung	374
	3. Funktionale Selbstverwaltung in der modernen Staatsorganisation	378
	a) Das Schweigen der Verfassungen	378
	b) Judge-made-selfgovernment?	382
	c) „Nützlich, notwendig und unentbehrlich“? Legitimationsprobleme moderner Selbstverwaltung. . .	384
IV.	Die Positivierung der Selbstverwaltung und ihre Folgen	388
	1. Demokratie und Repräsentation: Die Reform der österreichischen Sozialversicherung.	388
	2. Selbstverwaltungskörper und autonomes Satzungsrecht: das Beispiel der österreichischen Agrargemeinschaften. . . .	391
	3. Ist die universitäre Selbstverwaltung überhaupt Selbstverwaltung oder etwa Selbstverwaltung sui generis?	393
V.	Selbstverwaltung und verfasste Freiheit	397
	1. Die verfasste Freiheit des Selbstverwaltungskörpers	397
	2. Die Perspektive der Allgemeinheit gegenüber dem Selbstverwaltungskörper.	400
	3. Das liberale Selbst versus den Selbstverwaltungskörper . . .	402
VI.	Zusammenfassende Ergebnisse	407

I. Einleitung

Hugo Preuß formulierte im Jahre 1912 den bekannten Satz: „Die schönste Einmütigkeit und die schlimmste Meinungsverworrenheit zugleich bestehen in unserer Literatur über die Selbstverwaltung. Dass sie nützlich, notwendig und unentbehrlich sei, darüber ist alles einig; aber was eigentlich Selbstverwaltung ist, worauf ihr Wesen beruht, – darüber ist alles uneinig.“¹ Diese Uneinigkeit änderte sich nicht so schnell: *Rudolf Herrmann-Herrnritt* qualifizierte 1921 den Begriff noch immer als „vielumstritten und vieldeutig“.² Demgegenüber konnte *Peter Pernthaler* 1967 konstatieren, dass die Definition der Selbstverwaltung, die „einst Generationen von Staatsrechtslehrern in Atem gehalten hat, in der Theorie und Praxis des österreichischen Staatsrechtes der Gegenwart fremd und gleichgültig geworden [ist]“.³ 2002 führte *Janbernd Oebekke*, der das Thema „Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung“ behandelte, bei der Staatsrechtslehrtagung in St. Gallen aus: „Was Selbstverwaltung ist, darüber besteht in der Sache weitgehend Einigkeit.“⁴

An dieser in gut 100 Jahren erzielten Einigkeit soll hier nicht gerüttelt werden. *Harald Eberhard* fasst 2014⁵ die in Österreich herrschende Meinung wie folgt zusammen:

¹ *Hugo Preuß* Die kommunale Selbstverwaltung in Deutschland, in: Paul Laband/Adolf Wach/Adolf Wagner/Georg Jellinek/Karl Lamprecht/Franz von Liszt/Georg von Schanz/Fritz Berolzheimer (Hrsg.) Handbuch der Politik, Bd. 1. Aufl. 1912, 198 (198); die Aussage wird auch bei *Martin Burgi* Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), 405 (407) wiedergegeben; sie findet sich auch bei *Karl Korinek* Wirtschaftliche Selbstverwaltung, 1970, 7, der sich wiederum auf *Georg Wannagat* Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, Bd. I, 1966, 12, beruft. Ähnlich die zeitgenössische Bem. von *Hermann Blodig* Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff, 1894, 4: „Die Frage nach dem Wesen und Charakter der ‚Selbstverwaltung‘ ist eine der bestrittensten im ganzen Gebiete des Verwaltungsrechts“.

² *Rolf Herrmann-Herrnritt* Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 1921, 187; *Harald Eberhard* Nichtterritoriale Selbstverwaltung, 2014, 34.

³ *Peter Pernthaler* Die verfassungsrechtlichen Schranken der Selbstverwaltung in Österreich. Gutachten. Verhandlungen des dritten Österreichischen Juristentages, 1967, 11; s.a. *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 34. S.a. *Ernst Forsthoff* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973, 471. Kritisch zu dieser Aussage *Günther Winkler* Studien zum Verfassungsrecht, 1991, 286.

⁴ *Janbernd Oebekke* Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), 366 (369).

⁵ *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 35. *Eberhard* konstatiert jedoch nach wie vor „keinen einheitlichen Selbstverwaltungsbegriff“. Auf die weiterhin bestehende Begriffsvielfalt verweist auch *Burgi* Selbstverwaltung (Fn. 1), 408. Vor der B-VG-Nov. BGBl. I 2/2008 wurde ebenfalls betont, dass die österreichische Bundesverfassung keinen einheitlichen

Selbstverwaltung ist „dezentralisierte⁶ Verwaltung durch relativ unabhängige Rechtsträger, die in der Regel Rechtspersönlichkeit besitzen“.⁷ Die „relativ unabhängigen Rechtsträger“ beruhen auf einer durch Gesetz oder auf gesetzlicher Grundlage erfolgten Zusammenfassung einer entweder durch territoriale oder funktionale Kriterien bestimmten Gemeinschaft⁸ zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts⁹ mit eigener Rechtsetzung, weisungsfrei, jedoch unter Aufsicht staatlicher Rechtsträger.¹⁰ Weiters

Begriff der Selbstverwaltung kennt (*Walter Antonioli/Friedrich Koja Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1996, 382; sich darauf berufend *Walter Berka Universitätsautonomie, akademische Selbstverwaltung und Universitätsgesetz 2002. Zur Verfassungsmäßigkeit der im Entwurf eines Universitätsgesetzes 2002 vorgesehenen Entscheidungsstrukturen. Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur*, 2002, 6 <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXI/SNME/SNME_05637/imfname_593994.pdf> [Stand 22.9.2022]).

⁶ Der Begriff der Dezentralisierung wird hier funktional, nicht territorial gebraucht. Auch ein Selbstverwaltungskörper kann in hohem Maße zentralisiert sein, indem er die Aufgaben, die er zu erfüllen hat, zentral im territorialen Sinne erledigt. Dezentralisiert ist der Selbstverwaltungskörper freilich stets insoweit, als er aus der Organisation der unmittelbaren staatlichen Verwaltung ausgegliedert ist. Selbstverwaltung kann auch – auf den ersten Blick paradox – mit erheblichen Zentralisierungstendenzen einhergehen (vgl. *Peter Bußjäger/Mirella Johler Power-Sharing in Austria: Consociationalism, Corporatism, and Federalism*, in: Soeren Keil/Allison McCulloch [Hrsg.] *Power-Sharing in Europe*, 2021, 43 [55 und 62]).

⁷ *Eberhard Selbstverwaltung* (Fn. 2), 35, der dies als herrschende Definition bezeichnet; s. dazu auch dieselbe Begriffsprägung bei *Antonioli/Koja Verwaltungsrecht* (Fn. 5), 382, die wiederum schon von *Walter Antonioli Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1. Aufl. 1954, 155, gebraucht wurde; bei *Antonioli/Koja ebd.*, 382, finden sich weitere Ausführungen dahingehend, weshalb von einer „typologischen Begriffsbestimmung“ abgesehen wird; s.a. *Walter Antonioli Begriff und Grundlagen der Selbstverwaltung in Österreich*, ZÖR 10 (1959/60), 334 (336); *Robert Walter Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System*, 1972, 610; *Leopold Werner Selbstverwaltung und Bundesverfassung*, ÖJZ 1950, 437 (438). Ähnlich die deutsche Lehre *Oebekke Selbstverwaltung* (Fn. 4), 369.

⁸ Verdichtet sind diese Kriterien im „gemeinsamen Interesse“ der in der Selbstverwaltung verkörperten Gemeinschaft, vgl. *Peter Pernthaler Kammern im Bundesstaat. Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Gesichtspunkte einer stärkeren Föderalisierung der Kammern in Österreich*, 1996, 7; vgl. auch *Winfried Kluth Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz*, 1997, 543; s.a. *Nina-Annette Reit Rechtliche Determinanten der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung*, in: Laurenz Mülheims/Karin Hummel/Susanne Peters-Lange/Edwin Toepler/Iris Schuhmann (Hrsg.) *Handbuch Sozialversicherungswissenschaft*, 2015, 763 (764).

⁹ *Oebekke Selbstverwaltung* (Fn. 4), 369; *Pierre Tschannen Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2. Aufl. 2011, 33.

¹⁰ *Eberhard Selbstverwaltung* (Fn. 2), 41; *Christoph Grabenwarter Autonomie und interne Aufsicht in der wirtschaftlichen Selbstverwaltung*, in: Metin Akyürek/Dietmar Jahn/ Gerhard Baumgartner (Hrsg.) *Staat und Recht in europäischer Perspektive – FS Heinz Schäffer*, 2006, 175 (183). Ihre eigene Rechtspersönlichkeit unterscheidet denn

gehört auch die demokratische Verfasstheit der Selbstverwaltung zu ihren Wesenselementen.¹¹

Selbstverwaltung bedeutet Teilhabe an der Staatsfunktion Verwaltung.¹² Eine in die Weimarer Zeit zurückgehende Begriffsbildung spricht in diesem Zusammenhang von „mittelbarer Staatsverwaltung“.¹³

auch die Selbstverwaltung von der dezentralisierten staatlichen Verwaltung s. *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 36; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 543; *Jürgen Salzwedel* Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22 (1965), 206 (207 ff.); *Antoniolli* Verwaltungsrecht (Fn. 7), 158 ff.; grundlegend zum Thema *Wolfgang Kahl* Die Staatsaufsicht, 2000.

¹¹ So auch die einhellige Judikatur sowohl des BVerfG (BVerfGE 107, 59 [92 f.]) wie auch des VfGH (VfSlg. 8215/1977). *Peter Unruh* Demokratie und „Mitbestimmung“ in der funktionalen Selbstverwaltung – am Beispiel der Emschergenossenschaft, Verwaltungsarchiv 92 (2001), 531 (539); *Anna Gamper* Staat und Verfassung, 5. Aufl. 2021, 218 und 250.

¹² *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 27; *Pernthaler* Schranken (Fn. 3), 46; *Adolf Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, 347, qualifiziert sie als „demokratische Verwaltung“ und als eine Zwischenform „zwischen staatlich organisierter und sogenannter freier, in Wirklichkeit allerdings rechtlich ebenfalls organisierter Gesellschaft“ (ebd., 358). Zur Selbstverwaltung als Steuerungsprinzip der Verwaltung s. *Gunnar Folke Schuppert* Verwaltungswissenschaft, 2000, 598. Nicht gebräuchlich ist in der deutschsprachigen Literatur der Ausdruck „Selbstregierung“, obgleich Selbstverwaltung ja häufig darauf hinausläuft. Insoweit ist der Begriff der *staatlichen* Aufsicht irreführend, weil er durch die Gegenüberstellung von Selbstverwaltungskörper und Staat den Eindruck erweckt, die selbstverwaltete Einheit sei eben nicht Teil der Verwaltung. Die Aufsicht bildet nach der klassischen Auffassung das Scharnier zwischen Staat und Gesellschaft (*Eberhard* Selbstverwaltung [Fn. 2], 387). Es darf aber eben nicht übersehen werden, dass die Mitglieder des Selbstverwaltungskörpers („die Gesellschaft“) staatliche Aufgaben erfüllen und der Selbstverwaltungskörper wie dargelegt ein Teil der staatlichen Verwaltung ist. So schon *Hans Kelsen* Demokratisierung der Verwaltung, in: Hans R. Klecatsky/Rene Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.) Die Wiener rechtstheoretische Schule, Bd. 2, 1968, 1581 (1582), der betont, dass ein Staat doch nur eine Verwaltung haben könne, „weil ja die Einheit des Staates nur in der Einheit seiner Ordnung besteht“. *Andreas Hauer* Aufsicht und Kontrolle, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg.) Selbstverwaltung in Österreich. Grundlagen – Probleme – Zukunftsperspektiven, 2009, 75 (76), akzentuiert dagegen die Diskrepanz zwischen Staat und dem Selbstverwaltungskörper. *Ewald Wiederin* Staatliche Verwaltung, bundesstaatliche Kompetenzverteilung und private Akteure, in: Claudia Fuchs/Franz Merli/Magdalena Pöschl/Richard Storn/Ewald Wiederin/Andreas W. Wimmer (Hrsg.) Staatliche Aufgaben, private Akteure, Bd. 3, 2019, 21 (31), spricht in ähnlicher Weise davon, dass Selbstverwaltung gerade keine staatliche Verwaltung i.e.S. darstelle, sondern dieser gegenüberstehe. In der Schweiz sprach schon 1916 *Fritz Fleiner* davon, dass dem schweizerischen Staatsrecht der Gegensatz von Staatsverwaltung und Selbstverwaltung fremd sei (*ders.* Beamtenstaat und Volksstaat, in: Festgabe für Otto Mayer zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Freunden, Verehrern und Schülern, 1916, 29 [40]). Er begründete dies letztlich damit, dass die Selbstverwaltung in dem umfassenderen Begriff der demokratischen Selbstregierung aufgehe (ebd., 41).

¹³ *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 26; *Forsthoff* Verwaltungsrecht (Fn. 3), 470; *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 36 und 69; ähnlich *Wolfgang Kahl* Deutschland, in: IPE V, 2014,

Die Selbstverwaltung steht in einem engen Zusammenhang mit Autonomie.¹⁴ Dieser Begriff bedeutet etymologisch die Selbst-Gesetzgebung, die im autonomen Satzungsrecht der Körperschaft, die zwar generelle Rechtsetzung, aber keine formelle Gesetzgebung ist, zum Ausdruck gelangt.¹⁵

Alois Körner wies 1930 unter Bezugnahme auf eine Auseinandersetzung zwischen *Paul Laband* und *Otto Mayer* darauf hin, dass der Terminus Selbstverwaltung zwei Bedeutungen hat, nämlich „selbst verwalten“ und „sich selbst verwalten“.¹⁶ *Laband* stellte die berühmte These auf, dass Selbstverwaltung den Gegensatz zum Verwalteterwerden bedeute,¹⁷

§ 74 Rn. 24); *Georg Stillfried* Berufliche Selbstverwaltung und autonomes Satzungsrecht, 1994, 131; kritisch *Wolfgang Loschelder* Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung in der Exekutive, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 107 Rn. 53. S.a. *Kluth* ebd., 28, der die Diskussion über die Abgrenzung von mittelbarer Staatsverwaltung und Selbstverwaltung als fruchtlos betrachtet. S. weiters *Horst Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 225; *Ernst Thomas Emde* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 244 ff.; *Werner* Selbstverwaltung (Fn. 7), 437; *Reit* Determinanten (Fn. 8), 764; *Salzwedel* Staatsaufsicht (Fn. 10), 232 ff. Letzterer betont (ebd., 233), dass für Universitäten und Rundfunkanstalten der Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung „überhaupt nicht in Betracht“ komme. In der Schweizer Lehre spricht *Tschannen* Systeme (Fn. 9), 32, in Zusammenhang mit der Selbstverwaltung von mittelbarer Staatsverwaltung. In Österreich ist der Ausdruck der mittelbaren Staatsverwaltung ebenfalls weniger gebräuchlich (vgl. *Eberhard* Selbstverwaltung [Fn. 2], 69 f., der den Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung in der österreichischen Dogmatik nur auf Fälle anwenden will, bei denen der Selbstverwaltungskörper im übertragenen Wirkungsbereich agiert, also in Unterordnung und in Weisungszusammenhang mit der Staatsverwaltung). Die österreichische Zurückhaltung mag auch mit der sonst gegebenen Verwechslungsgefahr mit der bedeutsamen mittelbaren Bundesverwaltung, dem Vollzug von Bundesrecht durch den Landeshauptmann und die ihm unterstellten Landesbehörden (Art. 102 und 103 B-VG), zu tun haben. S. aber die Verwendung des Begriffs bei *Günther Winkler* Die Rechtspersönlichkeit der Universitäten, 1988, 313.

¹⁴ *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 39; *Antoniolli* Verwaltungsrecht (Fn. 7), 156; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 25; *Blodig* Selbstverwaltung (Fn. 1), 15; *Janbernd Oebekke* Demokratische Legitimation nicht kommunaler Selbstverwaltung, Verwaltungsarchiv 81 (1990), 349 (357).

¹⁵ *S. Reinhard Hendler* Das Prinzip Selbstverwaltung, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 143 Rn. 37, der freilich darauf hinweist, dass Autonomie auf eine normgebende und nicht nur normvollziehende Tätigkeit bezogen ist; s.a. *Stillfried* Selbstverwaltung (Fn. 13), 138 f.; *Winkler* Studien (Fn. 3), 303; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 25, der allerdings darauf hinweist, dass der Begriff der Autonomie als Rechts- oder Verfassungsbegriff vor dem Hintergrund des GG nicht eindeutig definiert ist. Dies gilt auch für das B-VG.

¹⁶ *Alois Körner* Beiträge zur Theorie der Selbstverwaltung, ZÖR 9 (1930), 66 (66); s.a. *Antoniolli* Begriff (Fn. 7), 338. Einen neuen Aspekt der „Selbstverwaltung“ bringt *Norbert Wimmer* Dynamische Verwaltungslehre, 4. Aufl. 2017, 344, in Zusammenhang mit dem E-Government ins Spiel, indem er von der Selbstverwaltung des Bürgers, der seine Angelegenheiten online selbst erledigen kann, spricht.

¹⁷ *Paul Laband* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, 5. Aufl. 1911, 103; *Kahl* Staatsaufsicht (Fn. 10), 150.

der *Mayer* entgegen hielt, dass das Selbstverwaltungsrecht nicht bedeute, dass der Selbstverwaltungskörper sich selbst verwalte,¹⁸ sondern, dass er gewisse Angelegenheiten, die als die seinigen angesehen werden, selbst verwalte, während sie sonst der Staat verwalten würde.¹⁹ Beide Perspektiven haben gemein, dass sie eine, wie dies *Laband* formuliert, „höhere Macht“ voraussetzen, von welcher der Selbstverwaltungskörper auch verwaltet werden könne.²⁰

Selbstverwaltung wurde als eine Art Residuum der Gemeinschaft gegenüber dem Staat oder auch, wie *Hugo Preuß* schrieb, „Selbstbestimmung eines mündigen Volkes im Gegensatz zur Bevormundung einer willenlosen Untertanenschaft [...] durch eine absolute Obrigkeit“²¹ verstanden.²² Dennoch darf nicht übersehen werden, dass das Selbst durch das Recht in die Gemeinschaft gezwungen wird, die eine kollektive Selbstverwaltung, nicht die Selbstverwaltung des Individuums ist.²³

¹⁸ In die Richtung dieses Begriffsverständnisses weisen partizipative Modelle in der Wirtschaft (Arbeiterselbstverwaltung), auf die hier nicht näher eingegangen wird. Vgl. dazu allgemein *Luise Gubitzer* Geschichte der Selbstverwaltung, 1989. An dieser Stelle darf erwähnt werden, dass in den Entwürfen II, III, V und VI *Hans Kelsens* zur österreichischen Bundesverfassung der Begriff der Selbstverwaltung gerade in diese Richtung, nämlich den Zusammenschluss gemeinwirtschaftlicher Unternehmungen auf der Grundlage der Selbstverwaltung, verstanden wurde (s. *Georg Schmitz* Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, 1981, 280 f.).

¹⁹ *Körner* Beiträge (Fn. 16), 66. S. dazu auch *Blodig* Selbstverwaltung (Fn. 1), 9 und 14; dazu auch *Antoniolli* Begriff (Fn. 7), 338. Der Gedanke, dass es der Staat ist, der die Aufgaben bestimmt, kehrt wieder, wenn in der Literatur formuliert wird: „Soweit der Staat Aufgaben, die er selbst erfüllen könnte, [...] Selbstverwaltungskörperschaften überläßt [...]“ (*Christian Starck* Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 33 Rn. 20).

²⁰ *Körner* Beiträge (Fn. 16), 66. Die Bezugnahme auf *Laband* findet sich auch bei *Hugo Preuß* Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität, in: Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum 50. Geburtstage der Doktor-Promotion, Bd. II, 1908, 199 (203 f.), die als „bekannte Formulierung“ bezeichnet wird.

²¹ *Hugo Preuß* Selbstverwaltung, in: Josef Brix/Hugo Lindemann/Otto Most/Hugo Preuß/Albert Oskar Wilhelm Südekum (Hrsg.) Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften, Bd. III, 1924, 768 (773).

²² *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 37; *Pernthaler* Kammern (Fn. 8), 7.

²³ S. dazu auch *Jürgen Salzwedel* Wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung in Österreich und in der Bundesrepublik Deutschland, in: Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Hrsg.) Probleme der wirtschaftlichen und sozialen Selbstverwaltung, 1968, 8 (8), der die Rolle der gemeinsamen Interessenwahrnehmung und von öffentlichen Interessen betont.

II. Erscheinungsformen der Selbstverwaltung

Selbstverwaltung gliedert sich in territoriale und nichtterritoriale Selbstverwaltung,²⁴ letztere auch als funktionale Selbstverwaltung bezeichnet.²⁵

1. Territoriale Selbstverwaltung

Die territoriale Selbstverwaltung sei nur erwähnt, um sie von der nichtterritorialen, funktionalen Selbstverwaltung abzugrenzen.

Sie umfasst die Kommunalverwaltungen, also Gemeinden und Verbände höherer Ordnung. Das sind in Österreich die Gemeinden und Gemeindeverbände, die Zweckverbände bilden, während die Selbstverwaltungspromesse der Gebietsgemeinden in Art. 120 B-VG unerfüllt geblieben ist. Auch die territoriale Selbstverwaltung kann weiter ausdifferenziert werden, wie z.B. in die Kreisverwaltungen in Deutschland²⁶ oder die Schulgemeinden in der Schweiz.²⁷

²⁴ Eberhard Selbstverwaltung (Fn. 2), 61 ff.; Harald Stolzlechner in: Benjamin Kneihls/Georg Lienbacher (Hrsg.) Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 2022, Vorbemerkung zu B. Sonstige Selbstverwaltung Rn. 1 (2010); das B-VG unterscheidet seit der Positivierung der nichtterritorialen Selbstverwaltung mit der B-VG-Nov. BGBl. I 2/2008 im V. Hauptstück „Selbstverwaltung“ zwischen „A. Gemeinden“ und „B. Sonstige Selbstverwaltung“. Bei dem vom österreichischen Bundesverfassungsgesetzgeber gewählten Begriff handelt es sich um eine Neuschöpfung (vgl. Stolzlechner ebd., Rn. 1). Die Regel. des B-VG findet weder Entsprechung im GG noch in der BV, welche sich beide lediglich mit „kommunaler Selbstverwaltung“ (Art. 28 GG) bzw. den Gemeinden (Art. 50 BV) befassen. Dazu näher in Kap. III. 3.

²⁵ So schon der Titel des Werkes von Kluth Selbstverwaltung (Fn. 8); Kahl Deutschland (Fn. 13), § 74 Rn. 27; Alfons Gern/Christoph Brüning Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, 82; Ulrich E. Zellenberg Ist die nichtterritoriale Selbstverwaltung eine Verwaltung für den Bürger?, JRP 24 (2016), 39 (43); Sandra Köller Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, 2009, 25 ff.; Unruh Demokratie (Fn. 11), 536; Emde Legitimation (Fn. 13), 5; Eberhard Schmidt-Aßmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2006, 95; Bernd Grzeszick in: Günther Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.) GG III, 2022, Art. 20 Rn. 173 (2022); Ernst-Wolfgang Böckenförde Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 31 und 33 ff.; Tanja Klenk Modernisierung der funktionalen Selbstverwaltung. Universitäten, Krankenhäuser und andere öffentliche Körperschaften, 2008, 25 ff.; Eberhard Selbstverwaltung (Fn. 2), 105.

²⁶ Andreas Engels in: Michael Sachs (Hrsg.) GG, 9. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 84; Hans-Günter Henneke in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Hrsg.) GG, 15. Aufl. 2022, Art. 28 Rn. 104. Daneben gibt es sogenannte „second-tier local governments“ in zahlreichen anderen Staaten, wie etwa in Spanien (vgl. Ran Hirschl City, State. Constitutionalism and the Megacity, 2020, 92 ff.).

2. Funktionale (nichtterritoriale) Selbstverwaltung

Die funktionale Selbstverwaltung, deren Erscheinungsformen hier ausgehend von der österreichischen Rechtslage dargestellt werden, ist weitaus vielfältiger als die territoriale. Typisierend wird zwischen der wirtschaftlichen (beruflichen), sozialen, der grundrechtsgetragenen und der weiteren funktionalen Selbstverwaltung unterschieden.

Zur wirtschaftlichen (beruflichen) Selbstverwaltung²⁸ zählen Interessenvertretungen sowohl der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmerseite, nämlich: die Kammern der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber, der freien Berufe, der Landwirte und der Landarbeiter,²⁹ aber auch die auf Pflichtmitgliedschaft beruhenden Interessenverbände der im Ski- und Bergsport tätigen Personen sowie der Hochschülerschaft.³⁰

²⁷ Kilian Meyer in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.) Basler Kommentar Bundesverfassung, 2015, Art. 50 Rn. 3. Bei den Bürger- und Kirchgemeinden der Schweiz tritt demgegenüber ein personales Element dahingehend hinzu, als die Zugehörigkeit an das Bürgerrecht geknüpft ist und dieses von der Gemeinde losgelöst sein kann.

²⁸ Korinek Selbstverwaltung (Fn. 1), 25 f. Gebräuchlich ist freilich auch der Begriff der beruflichen Selbstverwaltung, vgl. Thomas Mann Berufliche Selbstverwaltung, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 146 Rn. 1; Kahl Deutschland (Fn. 13), § 74 Rn. 27; Stillfried Selbstverwaltung (Fn. 13), 1; Heinz Peter Rill Wie können wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung sowie die Sozialpartnerschaft in der Bundesverfassung verankert werden?, JRP 13 (2005), 107 (108); Manfred Welan/Brigitte Gutknecht Selbstverwaltung, in: Felix Ermacora/Günther Winkler/Friedrich Koja/Heinz Peter Rill/Bernd-Christian Funk (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht – Festgabe zum 70. Geburtstag für Walter Antonioli, 1979, 389 (410); Dreier Verwaltung (Fn. 13), 231, spricht von interessenvertretender Verwaltung; Kunigunde Baier-Treu in: Walter Georg Leisner (Hrsg.) HwO, 2. Aufl. 2022, § 53 Rn. 6; Stolzlechner in: Kneihs/Lienbacher (Fn. 24), Vorbemerkung zu B. Sonstige Selbstverwaltung Rn. 6; Gerhart Holzinger Die Organisation der Verwaltung, in: ders./Peter Oberndorfer/Bernhard Raschauer (Hrsg.) Österreichische Verwaltungslehre, 3. Aufl. 2013, 136 ff.; man kann darüber hinaus wie Schuppert Verwaltungswissenschaft (Fn. 12), 856 f., bei der wirtschaftlichen Selbstverwaltung zwischen der Selbstverwaltung der freien Berufe und der gruppen-pluralen Selbstverwaltung differenzieren.

²⁹ Letztere Personengruppen sind in Österreich in eigenen Kammern zusammengefasst, die von der Arbeiterkammer getrennt sind. Auch die Gesetzgebungszuständigkeit (Bundesgesetzgebung betr. die Arbeiterkammern gemäß Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG, Landesgesetzgebung gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG betr. die in der Land- und Forstwirtschaft tätigen Personen wie auch der Dienstnehmer) divergiert. S. dazu auch Holzinger Organisation (Fn. 28), 141 f.

³⁰ Stillfried Selbstverwaltung (Fn. 13), 1 f., der freilich innerhalb der wirtschaftlichen Selbstverwaltung noch die berufliche Selbstverwaltung (Kammern der freien Berufe) ausdifferenziert, ähnlich Zellenberg Selbstverwaltung (Fn. 25), 44; Rill Selbstverwaltung (Fn. 28), 108. Die Interessenverbände der Schilehrer und Bergführer sind auf der Grundlage des Art. 15 Abs. 1 B-VG landesgesetzlich geregelt, die Hochschülerschaft auf der Grundlage von Art. 10 Abs. 1 Z. 12a B-VG bundesgesetzlich.

Die soziale Selbstverwaltung wird von den Sozialversicherungsträgern gebildet.³¹ Die in der deutschen Lehre so bezeichnete grundrechtsgetragene Selbstverwaltung umfasst die akademische Selbstverwaltung (Wissenschaftsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) und die Selbstverwaltung des Rundfunks (Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG).³²

Daneben gibt es noch zahllose „andere“ funktionale Selbstverwaltungs-körperschaften, die systematisch kaum befriedigend zu erfassen sind. Nur

³¹ *Friedhelm Hase* Soziale Selbstverwaltung, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 145 Rn. 1; *Kahl* Deutschland (Fn. 13), § 74 Rn. 27; *Stilfried* Selbstverwaltung (Fn. 13), 1; *Konrad Lachmayer/Theo Öhlinger* Verfassungsrechtliche Fragen der Errichtung einer österreichischen Gesundheitskasse, in: Walter Berka/Thomas Müller/Felix Schörghofer (Hrsg.) Die Neuorganisation der Selbstverwaltung in Österreich. Verfassungsrechtliche Grundprobleme, 2019, 39 (42); *Rill* Selbstverwaltung (Fn. 28), 108; *Welan/Gutknecht* Selbstverwaltung (Fn. 28), 417; *Zellenberg* Selbstverwaltung (Fn. 25), 46; *Dreier* Verwaltung (Fn. 13), 235; *Reit* Determinanten (Fn. 8), 765; *Stolzlechner* in: Kneihls/Lienbacher (Fn. 24), Vorbemerkung zu B. Sonstige Selbstverwaltung Rn. 6; *Walter Berka* Zur Ausgestaltung der Autonomie in der österreichischen Krankenversicherung. Aspekte der regionalen Organisation, in: ders./Thomas Müller/Felix Schörghofer (Hrsg.) Die Neuorganisation der Sozialversicherung in Österreich. Verfassungsrechtliche Grundprobleme, 2019, 65 (68); *Fritz Ossenhühl* Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 49; *Holzinger* Organisation (Fn. 28), 143 ff.; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 12), 857.

³² *Kahl* Deutschland (Fn. 13), § 74 Rn. 27. In Österreich wird in Zusammenhang mit den Universitäten von der kulturellen Selbstverwaltung gesprochen (*Stilfried* Selbstverwaltung [Fn. 13], 1); *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 31; vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation, AöR 116 (1991), 330 (382); *Unruh* Demokratie (Fn. 11), 538; *Oebekke* Legitimation (Fn. 14), 353; *Dreier* Verwaltung (Fn. 13), 237; *Klaus F. Gärditz* in: Günther Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.) GG I, 2022, Art. 5 Abs. 3 Rn. 274 (2021); *Salzwedel* Selbstverwaltung (Fn. 23), 12; *Rudolf Wendt* in: Ingo von Münch/Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 171; *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 101 ff. Im Gegensatz dazu stützt sich die österreichische Lehre von der „selbstverwaltungsähnlichen Hochschulautonomie“ auf Art. 81c B-VG, wo die Universitäten näher geregelt werden, und nicht auf die Wissenschaftsfreiheit in Art. 17 StGG. Es wird jedoch von der „universitären Selbstverwaltung“ gesprochen (so etwa *Holzinger* Organisation [Fn. 28], 145). Vgl. VfSlg. 19.775/2013; 20.395/2020. In ähnlicher Weise leitet in der Schweiz das Bundesgericht die Hochschulautonomie nicht aus der Garantie der Wissenschaftsfreiheit in Art. 20 BV ab, sondern aus Art. 63a BV (vgl. *Peter Hänni* in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.] Basler Kommentar Bundesverfassung, 2015, Art. 63a Rn. 19). Die Rundfunkfreiheit wird in Österreich außer in Art. 10 EMRK im BVG über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks behandelt und in dessen Art. 1 Abs. 3 als eine öffentliche Aufgabe bezeichnet. Auch die Organisation des Rundfunks ist selbstverwaltungsähnlich ausgestaltet (*Wiederin* Verwaltung [Fn. 12], 31), wird in der Literatur aber kaum in Zusammenhang mit dem Selbstverwaltungsbegriff gebracht. Zur Rundfunkautonomie in der Schweiz (Art. 93 Abs. 3 BV) s. *Franz Zeller/Martin Dumermuth* in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.) Basler Kommentar Bundesverfassung, 2015, Art. 93 Rn. 30 ff.; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 12), 856.

beispielhaft erwähnt seien Körperschaften wie Wasserverbände, Jagdverbände und Tourismusverbände.³³

III. Entwicklung und Funktionswandel der Selbstverwaltung

So vielfältig die Erscheinungsformen der Selbstverwaltung sind, so facettenreich ist ihre Geschichte.

1. Spuren früher Selbstverwaltung

Mit dem Begriff der Selbstverwaltung wird in historischer Hinsicht vor allem die mittelalterliche deutsche Stadt assoziiert.³⁴ Sie bildete ein „staatsähnliches Gemeinwesen, aber ohne die Souveränität, die die italienische Stadt im Mittelalter erlangte“. ³⁵ Sie verfügte über Autonomie gegenüber der feudalen Gewalt, unterstand ihr jedoch, als freie Stadt oder Reichsstadt ausschließlich dem König und Kaiser sowie dem Reich.³⁶ Innerhalb des territorialen Geltungsbereiches des Stadtrechtes konnte autonome Rechtsetzung erfolgen.³⁷ Die Bürgerschaft wurde zum Subjekt.³⁸

Die Zünfte bilden erste Ansätze der heutigen wirtschaftlichen Selbstverwaltung. Sie regelten nicht nur den Zutritt zum Markt, sondern auch gemeinschaftliche Angelegenheiten der das jeweilige Handwerk Ausübenden.³⁹

Aber auch in ländlichen Gemeinden, wo die Zwänge der Grundherrschaft, die Reglementierungen der Religion und der dörflichen Strukturen wenig Freiheit zuließen, kam es zur Herausbildung von Institutionen der Selbstverwaltung: Zu nennen ist die zuletzt durch die Arbeit von

³³ Beispielhafte Aufzählungen finden sich etwa bei *Holzinger* Organisation (Fn. 28), 147; s.a. *Erich Pürgy* Die sonstige funktionale Selbstverwaltung – ein weites Restfeld, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg.) Selbstverwaltung in Österreich. Grundlagen – Probleme – Zukunftsperspektiven, 2009, 279 ff.; *Richard Elhenicky* Sonstige Körperschaften öffentlichen Rechts, in: ders. (Hrsg.) Körperschaften öffentlichen Rechts, 2015, 250 ff.; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 12), 857.

³⁴ *Gerhard Dilcher* Zum Verhältnis von Autonomie, Schriftlichkeit und Ausbildung in der mittelalterlichen Stadt, *Der Staat*, Beih. 19 (2010), 9 (9); s.a. *Thomas Mergel* Staat und Staatlichkeit in der europäischen Moderne, 2022, 43.

³⁵ *Dilcher* Verhältnis (Fn. 34), 11; *Mergel* Staat (Fn. 34), 43.

³⁶ *Dilcher* Verhältnis (Fn. 34), 12.

³⁷ *Max Weber* Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972, 789. Die Entstehung einer auf den Bürgereid begründeten Kommune im 12. Jahrhundert wird als Markstein der Verwaltungsgeschichte betrachtet (*Dilcher* Verhältnis [Fn. 34], 15).

³⁸ *Dilcher* Verhältnis (Fn. 34), 16.

³⁹ *Weber* Wirtschaft (Fn. 37), 789; *Blodig* Selbstverwaltung (Fn. 1), 61 ff.

Elinor Ostrom zu neuem Interesse gelangte Allmende,⁴⁰ die gemeinschaftliche Nutzung von Weiden und Wiesen, Wäldern und Almen durch die Bauern der örtlichen Gemeinschaft.⁴¹ Die Gemeinschaft der Berechtigten grenzt sich von den Nicht-Berechtigten ab und ist durch Selbstverwaltung geprägt.⁴² In ihrer Abschottung manifestiert sich ebenso wie bei den Zünften die Janusköpfigkeit dieser Art verfasster Freiheit.

Eine weitere, sich im ausgehenden Mittelalter und der frühen Neuzeit ausdifferenzierende Körperschaft mit Elementen der sozialen Selbstverwaltung bildeten die Knappschaften mit ihren Unterstützungsleistungen.⁴³ Den Knappschaften gehörten neben den Bergleuten als Lohnarbeiter auch die zuständigen Beamten, die Eigenlehner und Gewerken an, die einerseits Anteilseigner, andererseits selbst Bergleute waren.⁴⁴

Ein letztes Element früher Selbstverwaltung soll noch angesprochen werden: Die Universitäten, die im Mittelalter nach Vorbild von Paris und Bologna zumeist durch landesherrliche Verfügung gegründet wurden.⁴⁵ Sie verfügten über die Autonomie, ihre inneren Angelegenheiten selbst zu regeln, wie etwa die Befugnis, Studierende aufzunehmen, auszubilden, gegebenenfalls auszuschließen und Sanktionen zu verhängen.⁴⁶

⁴⁰ *Elinor Ostrom* Die Verfassung der Allmende, 1999, 79 ff. Diese wirtschaftshistorische Arbeit wurde mit dem Preis der Schwedischen Nationalbank für Wirtschaftswissenschaften, gemeinhin als Wirtschaftsnobelpreis bezeichnet, ausgezeichnet.

⁴¹ S. dazu etwa *Theo Öhlinger/Bernd Oberhofer/Gerald Kohl* Das Eigentum der Agrargemeinschaft, in: *Gerald Kohl/Bernd Oberhofer/Peter Pernthaler/Fritz Raber* (Hrsg.) Die Agrargemeinschaften in Westösterreich. Gemeinschaftsgut und Einzeleigentum, 2012, 41 (81).

⁴² *Ostrom* Verfassung (Fn. 40), 84.

⁴³ *Ulrich Lauf* Das sächsische Knappschaftswesen. Vom Autor im April 2011 überarbeitete und ergänzte Fassung der Erstpublikation im „Kompaß“, Zs. für Sozialversicherung im Bergbau, Heft 9/1987, 11, <<https://docplayer.org/51346089-Das-saechsische-knappschaftswesen-von-ulrich-lauf.html>> (Stand 22.9.2022). *Stefan Wedrac* Der Ursprung der Selbstverwaltung der Krankenversicherung, DRdA 2016, 365 (365); *Rudolf Müller* Woher kommt eigentlich die soziale Selbstverwaltung?, in: *Mathias Neumayr* (Hrsg.) SSV-NR – Liber Amicorum für Peter Bauer, 2019, 69 (71). Die Knappschaften gewährten Sozialleistungen, gleichzeitig mussten die Bergleute Beitr. leisten (*Lauf* ebd., 9).

⁴⁴ *Lauf* Knappschaftswesen (Fn. 43), 6; s.a. *Wedrac* Ursprung (Fn. 43), 365.

⁴⁵ S. etwa *Martin P. Schennach* „ad maius provinciae Tyrolensis nobis subiectas incrementum...“, „Landesuniversität“ – zur Geschichte eines Konzepts seit der frühen Neuzeit, in: ders. (Hrsg.) 350 Jahre Universität Innsbruck. Regionale Ausstrahlung und europäische Vernetzung, 2020, 17 (22); *Hans-Albrecht Koch* Die Universität. Geschichte einer europäischen Institution, 2008, 60.

⁴⁶ *Stefan Fisch* Geschichte der europäischen Universität, 2015, 15; *Wolfgang Weber* Geschichte der europäischen Universität, 2002, 28; *Laetitia Boehm* Einführung, in: dies./*Rainer A. Müller* (Hrsg.) Universitäten und Hochschulen in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Eine Universitätsgeschichte in Einzeldarstellungen, 1983, 9 (13); *Alexander Kluge* Die Universitätsselbstverwaltung, 1958, 20 ff.

Diese frühe Selbstverwaltung ist insgesamt dadurch gekennzeichnet, dass sie den Staat dort substituierte, wo es ihn (noch) nicht gab.⁴⁷ Mit zunehmender Konsolidierung, Zentralisierung und Monopolisierung von Staatsgewalt veränderte sich dieses Bild, bis es im Staatsverständnis des Absolutismus keine andere Verwaltung als die des Staates mehr gab.⁴⁸

2. Das Jahrhundert der Selbstverwaltung

Die moderne Selbstverwaltung in Form der Existenz intermediärer Gewalten wurde erst im 19. Jahrhundert in einem mühsamen Prozess, der sich gegen staatliche Bevormundung richtete, entdeckt. Zunächst in den Gemeinden, wobei die Preußische StädteO des *Freiherrn vom Stein* vom 19.11.1808 den Markstein setzte⁴⁹ und das bürgerliche Element mit dem Staat verband.⁵⁰ Nach 1848 bzw. dem Intermezzo des Neoabsolutismus

⁴⁷ *Mergel Staat* (Fn. 34), 41 ff., sieht die Anfänge des modernen Staates im Spätmittelalter. Damit liegen diese Spuren früher Selbstverwaltung am Beginn eines langen Prozesses hin zur Staatlichkeit.

⁴⁸ *Kahl Staatsaufsicht* (Fn. 10), 44. Zur Entwicklung der modernen Staatlichkeit durch Zentralisierung und Monopolisierung von Staatsgewalt auch *Alexander Thiele Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 2022, 45 ff.; *Mergel Staat* (Fn. 34), 68 ff. Beispielhaft veranschaulicht ist der Kampf um die Vorherrschaft der zentralisierten Staatsgewalt bei *Christoph Schönbberger* Der Kampf der Parlamente mit dem Königtum, *Der Staat*, Beih. 19 (2010), 143 (165 ff.), im Falle der Parlamente, die Rechtsprechungs- wie auch Verwaltungskörper waren und als tradierte Formen regionaler Administration in Konflikt mit der Bürokratie des bourbonischen Staates gelangten.

⁴⁹ *Forsthoff Verwaltungsrecht* (Fn. 3), 47; *Hendler Prinzip* (Fn. 15), § 143 Rn. 2; *Preuß Selbstverwaltung* (Fn. 1), 200; *Salzwedel Staatsaufsicht* (Fn. 10), 227; *Jörg-Detlef Kühne* Freiherr vom Stein – berechtigtes Feiern seiner Selbstverwaltungs- und Autonomievorstellungen?, *Der Staat*, Beih. 19 (2010), 181 (194); *Kahl Staatsaufsicht* (Fn. 10), 64, der betont, dass erst im Jahr 1808 die eigenständige Rechtspersönlichkeit der Korporationen anerkannt worden sei, sodass auch erst mit dieser Zeit von einem Beginn der staatlichen Aufsicht gesprochen werden könne. S.a. *Benjamin Schindler* Regierung, Verwaltung, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *IPE IX*, 2021, § 152 Rn. 32; *Reinhard Hendler* Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, 14.

⁵⁰ *Forsthoff Verwaltungsrecht* (Fn. 3), 472; *Hendler Prinzip* (Fn. 15), § 143 Rn. 4; *Hans-Günter Henneke/Klaus Ritgen* Aktivierung bürgerschaftlicher Selbst-Verwaltung in Städten, Kreisen und Gemeinden – zur Bedeutung der Lehren des Freiherrn vom Stein für die kommunale Selbstverwaltung der Gegenwart, *DVBf.* 2007, 1253 (1255). S. zum verwaltungsorganisatorischen Verständnis *von Steins* auch *Heinrich Siedentopf* Freiherr vom Stein und die permanente Strukturreform der deutschen Verwaltung, *DÖV* 2007, 877 ff.; *Salzwedel Staatsaufsicht* (Fn. 10), 228 f., spricht von der Idee der gesellschaftlichen Selbstverwaltung, wie sie besonders von *Hugo Preuß* vertreten wurde. Allerdings stand die bürgerliche Freiheit vorerst unter Kuratel. § 21 ABGB setzte die Gemeinden Personen gleich, „welche des Gebrauches ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt, oder wenigstens unvermögens sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen“. Die Kuratel der Gemeinden unter

konnte die nunmehr „freie Gemeinde“⁵¹ geradezu zum Laboratorium bürgerlicher Freiheit werden.⁵²

Lorenz von Stein nannte 1869 die Selbstverwaltung und das Vereinswesen, wo Aufgaben der Verwaltung in freier Selbstbestimmung erfüllt werden, die „freie Verwaltung“.⁵³ Auch Kammern, Verbände und Genossenschaften übten v. Stein zufolge Selbstverwaltung aus.⁵⁴ Selbstverwaltung bedeutete in diesem Verständnis bürgerliche Freiheit in und gegenüber staatlicher Verwaltung.⁵⁵

die staatliche Aufsicht war ein wesentliches Element ihrer „Selbstverwaltung“. § 27 ABGB unterstrich dies wie folgt: „In wie fern Gemeinden in Rücksicht ihrer Rechte unter einer besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehen, ist in den politischen Gesetzen enthalten.“ Gunnar Folke Schuppert Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation, AöR 114 (1989), 127 (128), spricht von der Versöhnung von Bürgertum und monarchischem Staat.

⁵¹ So die Diktion des Art. I Reichsgemeindegesetzes vom 17.3.1849, das den Versuch einer Unterscheidung von eigenem („natürlichem“) und übertragenem Wirkungsbereich unternimmt (vgl. Lorenz v. Stein Die Verwaltungslehre. Erster Theil Die vollziehende Gewalt. Zweite Abtheilung Die Selbstverwaltung und ihr Rechtssystem, 2. Aufl. 1869, 283; Körner Beiträge [Fn. 16], 69). Zur Entwicklung der lokalen Selbstverwaltung s. Lutz Raphael Recht und Ordnung. Herrschaft durch Verwaltung im 19. Jahrhundert, 2000, 145 ff.

⁵² Werner Weber Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl. 1967, 142. So verwundert es nicht, dass in der nationalsozialistisch geprägten Literatur die Idee der Selbstverwaltung der Mitte des 19. Jahrhunderts als „Kampfbegriff“ bezeichnet wurde, mit welchem Personengemeinschaften, wie z.B. Kirchen, Klöster, Schulen, dem Staat gegenübergestellt wurden (vgl. Fritz Voigt Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff und juristische Erscheinung, 1938, 143).

⁵³ V. Stein Verwaltungslehre (Fn. 51), 22. Zu von Stein s. Kahl Staatsaufsicht (Fn. 10), 138 ff., wonach die Selbstverwaltung zu einem Bindeglied zwischen Staat und Gesellschaft wird (ebd., 39 f.); Hendler Selbstverwaltung (Fn. 49), 54.

⁵⁴ V. Stein Verwaltungslehre (Fn. 51), 124; Pernthaler Schranken (Fn. 3), 13; s.a. Forsthoff Verwaltungsrecht (Fn. 3), 472; Pernthaler Kammern (Fn. 8), 6; Blodig Selbstverwaltung (Fn. 1), 7. Von Stein fasst die Vereine und die eigentlichen Selbstverwaltungskörper als Organisationen zur Beteiligung des Staatsbürgertums an der Vollziehung auf (vgl. Kahl Staatsaufsicht [Fn. 10], 139).

⁵⁵ V. Stein Verwaltungslehre (Fn. 51), 6. Forsthoff Verwaltungsrecht (Fn. 3), 472; Pernthaler Schranken (Fn. 3), 40; Voigt Selbstverwaltung (Fn. 52), 156; Zellenberg Selbstverwaltung (Fn. 25), 42; zur Relevanz des organischen Verwaltungsbegriffs von Lorenz v. Stein s. Utz Schliesky Von der organischen Verwaltung Lorenz von Steins zur Netzwerkverwaltung im Europäischen Verwaltungsverbund, DÖV 2009, 641 (641); Blodig Selbstverwaltung (Fn. 1), 7 f.; Hendler Selbstverwaltung (Fn. 49), 50. Die ersten österreichischen Sozialversicherungsgesetze (Unfallversicherungsgesetz 1887, RGBl. 1/1888 und das Krankenversicherungsgesetz 1888, RGBl. 33/1888; näher dazu Müller Selbstverwaltung [Fn. 43], 74 ff.) orientierten sich wenige Jahre später in der Organisation der Sozialversicherung am Vereinsgesetz 1867, was v. Steins Anschauung bestätigte. S.a. Ewald Wetscherek Allgemeines über die Selbstverwaltung, in: Bundesministerium für Arbeit und Soziales/Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg.) 100 Jahre Österrei-

Besondere Anziehungskraft übte für die Wissenschaft das Konzept des englischen „selfgovernment“ aus,⁵⁶ von dem auch der deutsche Terminus „Selbstverwaltung“ abgeleitet wurde.⁵⁷ Das selfgovernment, das eine Art territoriale Selbstverwaltung beruhend auf Ehrenamtlichkeit in jahrhundertelanger Tradition darstellte,⁵⁸ wurde mystifizierend als Modell bürgerlicher Selbstregierung verstanden. Die modernere Forschung ist auf Grund der mit dem Phänomen real verbundenen oligarchischen und selbstbezogenen Strukturen⁵⁹ hingegen weitaus zurückhaltender.⁶⁰ Demnach hat die Ehrenamtlichkeit als Wesenskern des Modells den Aufbau einer modernen Verwaltung erschwert.⁶¹

chische Sozialversicherung, 1989, 46 (46); zur Entwicklung in Deutschland s. *Klenk* Modernisierung (Fn. 25), 146 f.; *Hendler* Selbstverwaltung (Fn. 49), 78 ff.

⁵⁶ *Hans C. Kraus* „Selfgovernment“ – Die englische lokale Selbstverwaltung, *Der Staat*, Beih. 19 (2010), 213 (214). Ein besonderer Anhänger des selfgovernment und der Verwaltung durch Ehrenbeamte war *Rudolf Gneist*, der sich dadurch auch eine Reduktion des Parteieneinflusses erwartete (vgl. *Voigt* Selbstverwaltung [Fn. 52], 149). S.a. *Hendler* Prinzip (Fn. 15), § 143 Rn. 6 ff.; s.a. *Gern/Brüning* Kommunalrecht (Fn. 25), 8; *Gerd Schmidt-Eichstaedt* Staatsverwaltung und Selbstverwaltung bei Rudolf von Gneist, *Die Verwaltung* 8 (1975), 345 (347); s.a. *Preuß* Selbstverwaltung (Fn. 20), 205 ff.; *ders.* Selbstverwaltung (Fn. 21), 768 ff.; *Blodig* Selbstverwaltung (Fn. 1), 8; *Salzwedel* Staatsaufsicht (Fn. 10), 228 f.; *Kahl* Staatsaufsicht (Fn. 10), 143; *Schindler* Regierung (Fn. 49), § 152 Rn. 32; *Hendler* Selbstverwaltung (Fn. 49), 58.

⁵⁷ *Preuß* Selbstverwaltung (Fn. 1), 139.

⁵⁸ *Kraus* „Selfgovernment“ (Fn. 56), 216; *Salzwedel* Staatsaufsicht (Fn. 10), 229.

⁵⁹ *Kraus* „Selfgovernment“ (Fn. 56), 214; *Raphael* Recht (Fn. 51), 151.

⁶⁰ S. etwa *Schmidt-Eichstaedt* Staatsverwaltung (Fn. 56), 352; *Kraus* „Selfgovernment“ (Fn. 56), 244 f.; *Raphael* Recht (Fn. 51), 151.

⁶¹ *Kraus* „Selfgovernment“ (Fn. 56), 223. Zur Entwicklung der Lokalverwaltung im Vereinigten Königreich s. *William Wade/Christopher Forsythe* Administrative Law, 7. Aufl. 1994, 108 ff. S. zur Entwicklung der public administration der US-amerikanischen Verwaltung *Klaus König* Stationen integrativer Verwaltungswissenschaft. Zugleich zur transdisziplinären Forschung, 2020, 40 ff., wonach ein professioneller Civil Service das Ergebnis einer längeren Entwicklung war und erst im 20. Jahrhundert zur Herausbildung eines Berufsbeamtentums geführt hat. S. aber auch *Weber* Wirtschaft (Fn. 37), 831, wonach die „Dilettantenverwaltung durch Beutepolitiker, welche in den Vereinigten Staaten Hunderttausende von Beamten, bis zum Postboten hinunter, je nach dem Ausfall der Präsidentenwahl wechseln ließ und den lebenslänglichen Berufsbeamten nicht kannte, [...] längst durch die Civil Service Reform durchlöchert [ist]“. Eine Kritik an dieser Sichtweise liefert *Nicholas Parillo* Testing Weber: compensation for public services, bureaucratization, and the development of positive law in the United States, in: Susan Rose-Ackerman/Peter L. Lindseth (Hrsg.) Comparative Administrative Law, 2013, 47 ff.; *Bernardo Sordi* Révolution, Rechtsstaat, and the Public Law: historical reflections on the emergence of administrative law in Europe, in: Susan Rose-Ackerman/Peter L. Lindseth (Hrsg.) Comparative Administrative Law, 2013, 23 (33).

Im selfgovernment offenbart sich der Zwiespalt des Selbstverwaltungs-konzepts des 19. Jahrhunderts, das auf einer dem Staat abgerungenen Selbstregierung und Selbstverantwortung des Bürgers beruhte und dadurch in Gegensatz zu einer sich professionalisierenden Staatsverwaltung geraten musste,⁶² was – keineswegs überraschend – gerade auch *Hans Kelsen* anmerkte.⁶³

Wie groß noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Anziehungskraft des selfgovernment war, unterstreicht der – gescheiterte – Versuch des österreichischen Staatskanzlers *Karl Renner*, in der sogenannten dritten Länderkonferenz⁶⁴ am 31.1.1919 den anwesenden Vertretern der im Staatsverband verbliebenen ehemaligen Kronländer genau dieses als Grundmodell dezentralen Regierens statt der von ihnen angestrebten föderalen Staatsorganisation schmackhaft zu machen.⁶⁵

⁶² *Kraus* „Selfgovernment“ (Fn. 56), 245; s.a. *Raphael* Recht (Fn. 51), 153.

⁶³ *Hans Kelsen* Allgemeine Staatslehre, 1925, 435. *Hans Kelsen* schien der „Kampf um Selbstverwaltung [...] auf dem Kontinent in allererster Linie ein Kampf um Demokratisierung der Lokalverwaltung“ zu sein (ebd., 436); s. dazu auch *Salzwedel* Staatsaufsicht (Fn. 10), 231. *Böckenförde* Demokratie (Fn. 25), § 24 Rn. 33, erwähnt freilich, dass in der funktionalen Selbstverwaltung der Gedanke des selfgovernment weiter wirke. Zum Spannungsverhältnis des Selbstverwaltungsgedankens zur hierarchischen Verwaltungsorganisation s.a. *Schindler* Regierung (Fn. 49), § 152 Rn. 33.

⁶⁴ Die sogenannten „Länderkonferenzen“ in den Jahren 1919/1920 bildeten wichtige Weichenstellungen in Zusammenhang mit der Gründung des Bundesstaates und bereiteten die Grundlagen für die Staatsorganisation des B-VG vor (vgl. *Felix Ermacora* Materialien zur österreichischen Bundesverfassung, Bd. I, 1989, 1). Die Inhalte der dritten Länderkonferenz finden sich wiedergegeben ebd., 7. In dieser Länderkonferenz erfolgte die entscheidende Weichenstellung wie der neue österreichische Staatsaufbau gestaltet sein würde. Der Vortrag *Renners* dauerte, wie einer Anm. eines Teilnehmers entnommen werden kann, fünf Viertelstunden.

⁶⁵ *Ermacora* Materialien (Fn. 64), 13 ff.; s auch *Peter Bußjäger* Ein Rückblick auf die Begründung des Bundesstaates aus Sicht der Peripherie, in: ders./Peter Pernthaler (Hrsg.) Verfassungsbegründung und Verfassungsautonomie. Beiträge zur Entwicklung des österreichischen Bundesstaates, 2004, 3 (4). Den Ländervertretern lag indessen die föderale Schweiz näher als das englische selfgovernment, sowohl territorial als auch hinsichtlich ihrer Interessenlage (*Bußjäger* ebd., 5). Wieso *Karl Renner* ausgerechnet das selfgovernment vorschwebte, lässt sich einerseits mit der allgemein großen Anziehungskraft dieses Modells erklären, und damit, dass eine andere Bezeichnung für das Modell der Kronländer gefunden werden musste, die nach dem Staatsrecht der Monarchie ebenfalls Selbstverwaltungskörper und zwar solche „höherer Ordnung“ waren (vgl. *Thomas Simon* Die Föderalisierung des Kaisertums Österreich nach 1860 und der Gedanke der Selbstverwaltung, Der Staat, Beih. 19 [2010], 256 [268]). Andererseits verkörperte das selfgovernment auch eine Art von regionaler Autonomie, welche als Gegenkonzept zu einem föderalen System aus Sicht der Zentralregierung verlockend war. Dies gelangt auch in den Ausführungen *Renners* zum Ausdruck, wonach „Self-Government“ eben nicht mit „Selbstverwaltung“ zu übersetzen sei, welche treffender mit „Self-Administration“ zu bezeichnen wäre, sondern besser mit „Selbstregierung“. Wenn man freilich den zeitgenössischen, etwas verklärenden

3. Funktionale Selbstverwaltung in der modernen Staatsorganisation

a) Das Schweigen der Verfassungen

Im österreichischen B-VG vom 1.10.1920 wurde, während die territoriale Selbstverwaltung – allerdings nur rudimentär – geregelt war,⁶⁶ und mit den programmatisch in Art. 120 B-VG vorgesehenen Gebietsgemeinden noch *Renners* Konzept des selfgovernment durchschimmerte,⁶⁷ die damals in der Rechtsordnung bereits existierende funktionale Selbstverwaltung mit keinem Wort erwähnt.⁶⁸

Immerhin nannte Art. 10 Abs. 1 Z. 8 B-VG bereits „Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie“ als Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung und Art. 11 Abs. 1 Z. 2 B-VG wies die anderen „beruflichen Vertretungen“, ausgenommen jene auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet, dem Bund in Gesetzgebung, den Ländern in Vollziehung zu. Damit waren die Kammern der Arbeitnehmer, der Wirtschaftstreibenden, der Land- und Forstwirte und der freien Berufe gemeint,⁶⁹ allesamt auf einfachgesetzlicher Ebene bereits auf Pflichtmitgliedschaft beruhend.⁷⁰ Außerdem existierte

Blick von *Fleiner* Beamtenstaat (Fn. 12), 146 ff., auf den „Volksstaat“ Schweiz vergleicht, dann hatten die Ländervertreter mit der Schweiz ohnehin das wahre Modell bürgerlicher Selbstverwaltung vor Augen.

⁶⁶ Art. 115 bis 120 B-VG enthielten Grundsatzregelungen über die Gemeindeverwaltung. Die näheren Bestimmungen wurden einem BVG überlassen, das die Grundsätze der Verwaltungsorganisation in den Ländern regeln sollte, das aber niemals erlassen wurde. S. dazu *Hans Kelsen* Österreichisches Staatsrecht, 1923, 206 f. Mit der B-VG-Nov. 1962, BGBl. 49/1962, wurde die Gemeinde bundesverfassungsgesetzlich neu und detaillierter geregelt.

⁶⁷ Im Übrigen auch hinsichtlich der territorialen Selbstverwaltung. Die Art. 115 bis 120 B-VG regelten die Gemeindeorganisation nur rudimentär. Die noch heute bestehende Promesse des Art. 120 B-VG unterschied zwischen Orts- und Gebietsgemeinden, immerhin war klar, dass beide Kategorien Selbstverwaltungskörper waren (vgl. *Georg Froehlich* Die Bundesverfassung der Republik Österreich nach dem Stand vom 1. August 1930, 1930, 89); *Michael Potacs/Sebastian Scholz* Demokratisierung der Bezirksverwaltung, in: Peter Bußjäger/Matthias Germann/Christian Ranacher/Christoph Schramek/Wolfgang Steiner (Hrsg.) Kontinuität und Wandel – von „guter Polizey“ zum Bürgerservice – FS 150 Jahre Bezirkshauptmannschaften, 2018, 519 (521).

⁶⁸ Freilich gab es in diversen Entwürfen Bestimmungen, die sich auf die Selbstverwaltung bezogen, etwa Art. 175 des *Kelsen*-Entw. V, der ein Grundrecht der sich in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis befindlichen Personen auf die zur „Ausübung [ihnen] übertragener öffentlicher Ehrenämter“ nötige freie Zeit eingeräumt hätte. Gemäß Art. 176 dieses Entw. wäre der Staat verpflichtet gewesen, ein Sozialversicherungswesen „unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten“ zu schaffen (vgl. *Schmitz* Vorentwürfe [Fn. 18], 285).

⁶⁹ *Wetscherek* Selbstverwaltung (Fn. 55), 49.

⁷⁰ Sie begann bereits 1850 mit der Einführung einer Advokatenkammer, s. dazu *Alfons Dür* Geschichte der Vorarlberger Rechtsanwaltschaft 1780–2018, in: Vorarlberger Rechtsanwaltskammer (Hrsg.) FS 150 Jahre Vorarlberger Rechtsanwaltskammer, 2019, 1 (19). Das Arbeiterkammergesetz, StGBI. 100/1920, war hingegen knapp vor dem B-VG, am

eine Bundeskompetenz in Art. 10 Abs. 1 Z. 11 B-VG zur Regelung des Sozialversicherungswesens.⁷¹ Das Schweigen des B-VG teilte die damalige Schweizerische Bundesverfassung.⁷²

Auch die WRV schwing weitgehend, wenn auch nicht ausschließlich, indem Art. 161 immerhin auf ein Versicherungswesen mit maßgebender Mitwirkung der Versicherten rekurrierte.⁷³ Im GG kommt – im Gegensatz

9.6.1920, erlassen worden (vgl. *Rudolf Müller* Die Arbeiterkammern im Verfassungsgefüge, DRdA 2020, 17 [17]). Die Handels- und Gewerbekammer wurde mit RGBL. 85/1868 als Organisation beruhend auf Pflichtmitgliedschaft nach einigen provisorischen Regeln definitiv ins Leben gerufen, die Ärztekammer mit RGBL. 6/1892. Dazu näher *Hans Steindl* Die Kammern, in: Richard Elhenicky (Hrsg.) Körperschaften öffentlichen Rechts, 2015, 154 (156 ff.). Zur Rechtsentwicklung auf dem Gebiet der Sozialversicherung, die bereits in den Rechtsvorschriften der Monarchie partizipative Beteiligungsformen der Dienstgeber und Dienstnehmer vorsah *Rudolf Müller* Die Beteiligung der Dienstgeber an der sozialen Selbstverwaltung der Dienstnehmer, in: Susanne Auer-Mayer/Elias Felten (Hrsg.) Diskussionen und Reflexionen zum Sozialrecht und Arbeitsrecht. Festband für Rudolf Mosler und Walter J. Pfeil, 2019, 67 (70 ff.); *Peter Pernthaler* Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich aus der Sicht des öffentlichen Rechts, in: Bundesarbeitskammer (Hrsg.) Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich, 1994, 19 (23 f.). Zur Entwicklung in Deutschland *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 95 f. m.w.N.; *Gerhard Kleinhenz* Einführender Systemvergleich, in: Peter Jabornegg/Reinhard Resch/Otfried Seewald (Hrsg.) Sozialversicherung im Umbruch. Hat die Selbstverwaltung Zukunft?, 2005, 1 (1 f.).

⁷¹ *Wetscherek* Selbstverwaltung (Fn. 55), 49. *Hans Tassar* Bundesverfassungsrechtliche Organisationsprinzipien staatlichen Handelns und Ausgliederung, 2010, 713. Der Umstand, dass in der Bundeskompetenz keine Aussage über die Organisationsform der Aufgabenbesorgung in der Sozialversicherung getroffen wurde, ließ manche Zweifel über die Zulässigkeit der Selbstverwaltung in diesem Bereich aufkommen (s. die Nachweise bei *Stolzlechner* in: Kneihls/Lienbacher [Fn. 24], Vorbemerkung zu B. Sonstige Selbstverwaltung Rn. 4). Der VfGH stellte die Zulässigkeit der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung demgegenüber nie in Frage (VfSlg. 3708/1960; 9737/1983; *Stolzlechner* ebd., Rn. 4).

⁷² In der BV 1874 war die Gemeindeautonomie nicht explizit verankert, die Gemeinden wurden lediglich in verschiedenen Bestimmungen (z.B. Art. 43) erwähnt. Das Bundesgericht entwickelte jedoch ein allgemeines Autonomierecht der Gemeinden (vgl. *Meyer* in: Waldmann/Belser/Epiney [Fn. 27], Art. 50 Rn. 5 f.). In der revidierten BV sind die Gemeinden in Art. 50 verankert. Die Zurückhaltung gegenüber einer Positivierung der sonstigen Selbstverwaltung in der BV hat auch mit der starken Dezentralisierung des föderalen Staatsaufbaus der Schweiz zu tun. Auf Ebene der Kantonsverfassungen garantiert demgegenüber beispielsweise § 75 Abs. 2 der Kantonsverfassung von Schwyz den Bestand und die Selbstverwaltung der Korporationen als selbständige Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts, Art. 130 der Kantonsverfassung von Zürich die Selbstverwaltung diverser Kirchen.

⁷³ Immerhin bestimmte Art. 161 WRV programmatisch: „Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein

zu manchen deutschen landesverfassungsrechtlichen Verbürgungen⁷⁴ – ebenfalls lediglich die kommunale Selbstverwaltung explizit als Garantie zur Sprache, nur nebenbei spricht Art. 90 Abs. 3 GG von „Selbstverwaltungs-körperschaften.“⁷⁵

Dessen ungeachtet wurde die funktionale Selbstverwaltung – vor allem im österreichischen Verbändestaat nach 1945, dem klassischen Modell einer korporatistischen Ordnung⁷⁶ – immer häufiger zum Gegenstand der Gesetzgebung.⁷⁷

Der VfGH⁷⁸ und ein großer Teil der Lehre⁷⁹ vertraten die Meinung, der Verfassungsgesetzgeber habe diese Organisationsformen vorgefunden und sie stünden im Wesentlichen zur Disposition des einfachen Gesetzgebers.⁸⁰ Das Argument, dass die Rechtswirklichkeit voll von Selbstverwaltungskörpern war und ist,⁸¹ bestätigte sie darin. Auf diese Weise wurde – ungeach-

umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten.“ S. dazu *Hendler* Selbstverwaltung (Fn. 49), 144; zur funktionalen Selbstverwaltung während der WRV vgl. *Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 25), Art. 20 Rn. 184.

⁷⁴ Vgl. Art. 57 Abs. 1 Nds. Verfassung; dazu *Winfried Kluth* Das Selbstverwaltungsrecht der Kammern und sein verfassungsrechtlicher Schutz, DÖV 2005, 368 (370).

⁷⁵ *Eberhard Schmidt-Aßmann* Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, in: Peter Selmer (Hrsg.) GS Wolfgang Martens, 1987, 249 (250); vgl. *Hendler* Prinzip (Fn. 15), § 143 Rn. 38 und 51; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 14; *Hendler* Selbstverwaltung (Fn. 49), 193 ff.; s.a. *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 98 ff., der ebd., 118, im Übrigen ebenfalls den Begriff des Schweigens der Verfassung verwendet.

⁷⁶ *Bußjäger/Johler* Power-Sharing (Fn. 6), 53.

⁷⁷ So etwa das Arbeiterkammergesetz, BGBl. 95/1945, das Handelskammergesetz, BGBl. 182/1946, die Ärztekammern im Rahmen des Ärztesgesetzes, BGBl. 92/1949, das Hochschülerchaftsgesetz, BGBl. 174/1950, und viele mehr. Auf Landesebene sind insbesondere die Landwirtschafts- und Landarbeiterkammern zu nennen. Zur Entwicklung in Deutschland s. *Hendler* Selbstverwaltung (Fn. 49), 218 ff.

⁷⁸ VfSlg. 2500/1953; s. *Korinek* Selbstverwaltung (Fn. 1), 40 f.; *Harald Stolzlechner* Der Gedanke der Selbstverwaltung in der Bundesverfassung, in: Österreichische Parlamentarische Gesellschaft (Hrsg.) 75 Jahre Bundesverfassung. Festschrift aus Anlass des 75. Jahrestages der Beschlussfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz, 1995, 361 (367).

⁷⁹ *Werner* Selbstverwaltung (Fn. 7), 439; s.a. die Nachweise bei *Korinek* Selbstverwaltung (Fn. 1), 39; *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 118 ff.

⁸⁰ S. dazu auch *Bernd-Christian Funk* Die Zwangsmitgliedschaft – ein „Wesensmerkmal“ der beruflichen Selbstverwaltung, in: Oswin Martinek (Hrsg.) Arbeit, Recht und Gesellschaft – FS Walter Schwarz zum 65. Geburtstag, 1991, 227 (229); *Welan/Gutknecht* Selbstverwaltung (Fn. 28), 400; *Peter Pernthaler* stellte hingegen 1967 die These auf, die Selbstverwaltung i.S.d. funktionalen Selbstverwaltung stünde (nur) zur Disposition des Verfassungsgesetzgebers (*ders.* Schranken [Fn. 3], 63); s.a. *Herbert Schambeck* Die Demokratie, in: *ders.* (Hrsg.) Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 1980, 149 (220).

⁸¹ So *Werner* Selbstverwaltung (Fn. 7), 440. S.a. *Antoniolli* Begriff (Fn. 7), 343. Davon unterscheidet sich die Diskussion in Deutschland nicht wesentlich, wenn *Grzeszick* in:

tet mancher kritischer Stimme, wie jener von *Ludwig Adamovich sen.*, der davon sprach, dass der Bundesverfassung hinsichtlich der Selbstverwaltung „ein bedauerliches Versehen unterlaufen“ sei,⁸² – die real existierende Selbstverwaltung mit dem Konzept der Bundesverfassung in Einklang gebracht.⁸³

Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 25), Art. 20 Rn. 183, schreibt, dass „dem Regeltypus der hierarchisch organisierten Ministerialverwaltung für den Vorgang der Verfassungsgebung auch keine so starke diskursive Prägung gegenüber dem Organisationstyp der funktionalen Selbstverwaltung zugemessen werden [kann], dass diese bei den Beratungen zum Grundgesetz ausdrücklich als demokratisch unbedenklich hätte erwähnt werden müssen, um verfassungsrechtlich zulässig zu sein“.

⁸² *Ludwig Adamovich* Wirtschaftsordnung und Verfassung, in: Ernst Lagler/Johannes Messner (Hrsg.) Wirtschaftliche Entwicklung und soziale Ordnung, 1952, 105 (106); dieses „bedauerliche Versehen“ wurde von *Ludwig K. Adamovich*, dem Sohn von *Ludwig Adamovich*, in dessen Neubearbeitung des Werks seines Vaters über das österreichische Verfassungsrecht offenbar hinterfragt, nicht zuletzt angesichts der Tatsache, dass der Vorentwurf zum B-VG sehr wohl Aussagen über die Selbstverwaltung enthielten (vgl. *Ludwig Adamovich* Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6. Aufl. 1971, 314). *Peter Pernthaler* Probleme der wirtschaftlichen und sozialen Selbstverwaltung in Österreich, in: Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Hrsg.) Probleme der wirtschaftlichen und sozialen Selbstverwaltung, 1968, 40 (40), bezeichnet dagegen die Aussage von *Adamovich* als „Feststellung einer ebenso banalen wie erschütternden Tatsache“; s.a. *Antoniolli* Begriff (Fn. 7), 340; s.a. die Nachweise bei *Michael Holoubek* Selbstverwaltung und Gewaltenteilung, in: Christoph Grabenwarter/Michael Holoubek (Hrsg.) Verfassung als Fundament des Staates. Gedächtnissymposium für Karl Korinek, 2018, 23 (25). Kritisch auch *Walter* Bundesverfassungsrecht (Fn. 7), 609, der von der „Problematik der Selbstverwaltung“ spricht, und der Zulässigkeit „weiterer Formen der Selbstverwaltung“ (außer der territorialen) „zum Teil“ die verfassungsrechtliche Grundlage abspricht. *Peter Pernthaler* folgte *Adamovich* noch 1967 in der Einschätzung, dass diese Verfassung der Selbstverwaltung „weithin gleichgültig, ja ablehnend gegenüber steht“ (*Pernthaler* Schranken [Fn. 3], 3). *Pernthaler* anerkannte, dass die Selbstverwaltung bereits eine vorkonstitutionelle Institution darstellte, deren „Rezeption, Transformation und parakonstitutionelle Weiterbildung das eigentliche verfassungsrechtliche Problem bildet“ (ebd., 125). S. zu den kritischen Stimmen auch die Hinweise bei *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 119 auf *Ermacora* und *Walter*.

⁸³ Im Grunde handelt es sich dabei um eine Art versteinerte Verfassungsinterpretation, die sonst insbesondere bei der Auslegung der Kompetenztatbestände zur Anwendung gelangt und darin besteht, den Inhalt einer bestimmten Bundeskompetenz mit dem zum Inkrafttretenszeitpunkt des Begriffs vorhandenen Normenbestand zu erschließen. S. zur Vorgangsweise auch den Vortragsbericht von *Hans Heiss* Probleme der Verwaltung durch besondere (nicht staatliche) Rechtsträger (Vortrag gehalten von Universitätsprofessor Dr. Hans Spanner, Graz.), JBl 1951, 12 (12); *Felix Ermacora* Österreichische Verfassungslehre, Bd. I, 1970, 196. Nicht anders BVerfGE 107, 59 (89 f.): „Der Verfassungsgeber hat solche bei Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhandenen, historisch gewachsenen Organisationsformen der funktionalen Selbstverwaltung zur Kenntnis genommen und durch Erwähnung ihre grundsätzliche Vereinbarkeit mit der Verfassung anerkannt [...]“ S. weiters *Stolzlechner* in: Kneihls/Lienbacher (Fn. 24), Vorbemerkung zu B. Sonstige Selbstverwaltung Rn. 4.

b) *Judge-made-selfgovernment?*

Die weitere Entwicklung in Österreich mündete in den leading case des VfGH aus dem Jahre 1977 zur Salzburger Jägerschaft⁸⁴, worin basierend auf der Lehre *Ringhofers*,⁸⁵ klargestellt wurde, dass die Erwähnung von Kammern, beruflichen Vertretungen, Fonds und Körperschaften öffentlichen Rechts im B-VG „nicht anders gedeutet werden kann, denn als Ermächtigung, ‚nichtstaatliche‘ Rechtsträger einzurichten und mit Kompetenzen zu versehen“.⁸⁶ Dogmatisch mag dies für den VfGH mit seiner spezifisch rechtspositivistischen Tradition⁸⁷ das größere Problem gewesen sein als für das BVerfG.

Letzteres spricht in Zusammenhang mit den Wasserverbänden Lippeverband und Emschergenossenschaft ähnlich wie der VfGH von einem historisch gewachsenen und von der Verfassung grundsätzlich anerkannten Bereich nicht-kommunaler Selbstverwaltung.⁸⁸ Demgegenüber gibt es keine vergleichbare Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts in dieser Frage,⁸⁹ was auch damit zu tun haben mag, dass die Schweiz stärker darauf verzichtet, das Individuum in der sozialen und wirtschaftlichen

⁸⁴ VfSlg. 8215/1977. So auch der Ausdruck bei *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 119 und 128.

⁸⁵ *Kurt Ringhofer* Die verfassungsrechtlichen Schranken der Selbstverwaltung in Österreich. Gutachten, Bd. 2, 3. Teil, 1967, 55 ff. Vgl. *Karl Korinek* Kurt Ringhofers Beitrag zur Lehre von der Selbstverwaltung, in: Robert Walter/Clemens Jabloner (Hrsg.) Strukturprobleme des öffentlichen Rechts – Gedenkschrift Kurt Ringhofer, 1995, 65 (65); *Stolzlechner* Gedanke (Fn. 78), 367; *Holoubek* Selbstverwaltung (Fn. 82), 27; *Müller* Arbeiterkammern (Fn. 70), 19; *Tessar* Organisationsprinzipien (Fn. 71), 723; *Stolzlechner* in: Kneihs/Lienbacher (Fn. 24), Vorbemerkung zu B. Sonstige Selbstverwaltung Rn. 5; *Funk* Zwangsmitgliedschaft (Fn. 80), 230.

⁸⁶ *Ringhofer* Schranken (Fn. 85), 55 ff.; *Korinek* Beitrag (Fn. 85), 66; *Holoubek* Selbstverwaltung (Fn. 82), 28; *Harald Stolzlechner* VfSlg 8215/1977 und die Folgen, ZÖR 76 (2021), 111 (111); s.a. die Zusammenfassung der Rechtsprechung bei *Hans R. Klecatsky/Siegbert Morscher* Das österreichische Bundesverfassungsrecht, 3. Aufl. 1982, 291; *Müller* Arbeiterkammern (Fn. 70), 19; *Tessar* Organisationsprinzipien (Fn. 71), 719; *Stolzlechner* in: Kneihs/Lienbacher (Fn. 24), Vorbemerkung zu B. Sonstige Selbstverwaltung Rn. 10; *Funk* Zwangsmitgliedschaft (Fn. 80), 230.

⁸⁷ Das Kelsen/Merkel'sche Modell der autokratischen Verwaltungsorganisation, das die österreichische Bundesverfassung prägt (vgl. *Peter Bußjäger* Die Organisationshoheit und Modernisierung der Landesverwaltungen, 1999, 58), stand gerade aus Sicht der Protagonisten dieses Konzepts in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Selbstverwaltung, weil *Merkel* zufolge der Bürger in der so bezeichneten Staatsverwaltung das Objekt, in der Selbstverwaltung das Subjekt der Verwaltung sei (*Merkel* Verwaltungsrecht [Fn. 12], 344 f.).

⁸⁸ BVerfGE 107, 59 (89); s.a. *Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 25), Art. 20 Rn. 178.

⁸⁹ Verschiedentlich erwähnt das Bundesgericht die mittelbare Staatsverwaltung, wie etwa in Zusammenhang mit dem Zentralverband schweizerischer Milchproduzenten, der

Selbstverwaltung zu mediatisieren, sondern die Angelegenheiten ganz im Laband'schen Sinne unmittelbar durch den Staat oder eben überhaupt nicht verwalten lässt.⁹⁰

BVerfG⁹¹ und VfGH⁹² haben in ihrer Rechtsprechung in einer Art „judge-made-selfgovernment“⁹³ die Wesenselemente einer mit der Verfassung kompatiblen funktionalen Selbstverwaltung skizziert, die dem Gesetzgeber einen insgesamt großen Gestaltungsspielraum einräumt.⁹⁴

öffentliche Aufgaben auf dem Gebiet der Konsummilchversorgung versieht und dabei Träger mittelbarer Staatsverwaltung ist (BGE 112 Ib, 128 [130]).

⁹⁰ Darüber hinaus werden zahlreiche Angelegenheiten, die in Deutschland und Österreich Teil der funktionalen Selbstverwaltung sind, durch Organisationen erledigt, die Teil einer stark ausdifferenzierten kommunalen Selbstverwaltung sind, wie etwa die Bürgergemeinden, die ähnlich wie die österreichischen Agrargemeinschaften agrarische Selbstverwaltung, aber auch Aufgaben der sozialen (Spitäler, Alten- und Jugendheime) und kulturellen Selbstverwaltung (Museen, Bibliotheken) erfüllen (*Basil Sieber* „Bürgergemeinde“, in: Historisches Lexikon der Schweiz [HLS], <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/026443/2005-02-16/>> [Stand 22.9.2022]). Im Übrigen ist der Begriff der Selbstverwaltung in der Schweiz vornehmlich in Zusammenhang mit der Unabhängigkeit der Gerichte in der Gestaltung ihrer inneren Organisation gebräuchlich (vgl. etwa *Andreas Lienhard/Daniel Kettiger* Die Selbstverwaltung der Gerichte, Justice – Justiz – Giustizia 2013, <https://www.kettiger.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Downloads/lienhard_kettiger_bs_112_richterzeitung.pdf> [Stand 22.9.2022]; *Lorenz Meyer/Paul Tschümperlin* Die Aufsicht des Bundesgerichts, Justice – Justiz – Giustizia 2012, <https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/richterzeitung_2025.pdf> [Stand 22.9.2022]; *Markus Metz* Das Spannungsverhältnis zwischen Selbstverwaltung und Aufsicht – Gedankensplitter eines ‚Beaufichtigten‘, Justice – Justiz – Giustizia 2012, <https://richterzeitung.weblaw.ch/rzissues/2012/3/1010.html__ONCE&login=false> [Stand 22.9.2022]).

⁹¹ S. etwa BVerfGE 44, 125 (142); *Winfried Kluth* Marktparadigma und öffentlich-rechtliche Interessenvertretung, in: Harald Eberhard/Ulrich E. Zellenberg (Hrsg.) Kammern in einem sich wandelnden Umfeld, 2014, 1 (4); *Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 25), Art. 20 Rn. 178; *Dieter Kugelman* Idee und Realität von Selbstverwaltung in der Europäischen Kooperation und Integration, Der Staat, Beih. 19 (2010), 293 (318).

⁹² Zuletzt in VfSlg. 17.023/2003. S.a. *Stolzlechner* Gedanke (Fn. 78), 379.

⁹³ Von einem verfassungsgerichtlichen „judicial activism“ zu sprechen, wäre angesichts der Anknüpfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Selbstverwaltung am positivrechtlichen Bestand wohl verfehlt. In gleicher Weise wäre wohl auch der Ausdruck „judge-made-constitutionalism“ irreführend. Nichtsdestoweniger sind die Umrisse der von VfGH und BVerfG konstruierten Selbstverwaltung „judge-made“.

⁹⁴ Der einfache Gesetzgeber genießt diesbezüglich im Übrigen auch in der Schweiz einen großen Gestaltungsspielraum, muss sich aber an übergeordnetes Recht halten, insbesondere die Grundrechte beachten. S. dazu *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann* Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, 376; *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller* Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, 35; *Erwin Ruck* Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1951, 60; *Zaccaria Giacometti* Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1960, 165.

c) „Nützlich, notwendig und unentbehrlich“? *Legitimationsprobleme moderner Selbstverwaltung*

Die Klammer, die staatsunmittelbare Verwaltung und Selbstverwaltung zusammenhält, ist das demokratisch erzeugte Recht, an das beide gebunden sind.⁹⁵ Wenn die Bürger selbst verwalten, eröffnet sich ein neues Problemfeld, da, wie *Hans Kelsen* ganz i.S.d. Max Weber'schen Bürokratiemodells⁹⁶ ausführt, „der technisch-soziale Fortschritt [...] die Arbeitsteilung und mit ihr den bürokratischen Verwaltungsapparat zur Voraussetzung und zur Folge [hat]. Niemals kann die Demokratisierung der Verwaltung die Bürokratie verdrängen, ohne einen Rückfall in den ärgsten Primitivismus zu bewirken“.⁹⁷ Das ist die Absage an ehrenamtliches selfgovernment in der modernen Staatsorganisation.⁹⁸ Zu diesem effizienzbezogenen Argument tritt hinzu, dass nunmehr Selbstverwaltung weder die Funktion hat, erst einen Raum der Verwaltung zu konstituieren, wie dies im Mittelalter der Fall war, noch, dem autokratischen Staat einen Freiraum abzutrotzen wie im 19. Jahrhundert,⁹⁹ da an dessen Stelle ein demokratischer Rechtsstaat getreten ist. In diesem verschwimmt der frühere Gegensatz zwischen selbstbestimmter bürgerlicher Freiheit und der Staatsverwaltung.

⁹⁵ *Kelsen* Demokratisierung (Fn. 12), 1588.

⁹⁶ Dem *Kelsen/Merkl'schen* Modell der autokratischen Verwaltungsorganisation entspricht soziologisch das Max Weber'sche Bürokratiemodell, vgl. *Stephan Pesendorfer* Verwaltungskultur in Österreich, *ZfV* 1994, 133 (136); s.a. *Bußjäger* Organisationshoheit (Fn. 87), 292; s. weiter *Salzwedel* Selbstverwaltung (Fn. 23), 17.

⁹⁷ *Kelsen* Demokratisierung (Fn. 12), 1585; *Merkl* Verwaltungsrecht (Fn. 12), 347, sprach dem Ehrenbeamtentum ab, typisierende Eigenschaft der Selbstverwaltung zu sein, gerade weil das „Berufsbeamtentum“ sich auch in der Selbstverwaltung durchsetze. S.a. *Kelsen* Staatslehre (Fn. 63), 436 f. Es verwundert daher auch gar nicht, wenn, wie in der Literatur gelegentlich zum Ausdruck kommt, „Verrechtlichung“ als eine Art Bedrohung der Selbstverwaltung betrachtet wird (vgl. *Kluth* Selbstverwaltung [Fn. 8], 545). In diesem Sinne unter Bezugnahme auf *Weber Schindler* Regierung (Fn. 49), § 152 Rn. 37. Schließlich spricht *Weber* Wirtschaft (Fn. 37), 128, selbst davon, dass die „bürokratische Verwaltung“ die „formal-technisch rationalste ist [...]. Man hat nur die Wahl zwischen ‚Bürokratisierung‘ und ‚Dilettantisierung‘ der Verwaltung [...]“.

⁹⁸ *Max Weber* Soziologie. Universalgeschichtliche Analysen. Politik, 1992, 153, räumt ein, dass auch in der Bürokratie als der technisch reinsten Form der legalen Herrschaft teilweise Interessenvertreter an der Verwaltung beteiligt seien, eben in der „sogenannten Selbstverwaltung“, und weiter: „Entscheidend ist aber: dass die kontinuierliche Arbeit überwiegend und zunehmend auf den bürokratischen Kräften ruht“.

⁹⁹ Vgl. *Forsthoff* Verwaltungsrecht (Fn. 3), 478, wonach der Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung auf die Abhängigkeit vom Staat hinweist. Eher könnte man, wie *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 12), 598, von Selbstverwaltung als Verzahnung von Staat und Gesellschaft sprechen.

Es ist schwierig zu begründen, welches Selbstorganisationsrecht der Bürger in der modernen und professionalisierten Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger zum Ausdruck gebracht wird.¹⁰⁰ Korporatistische Wirtschaftsstrukturen wie die Kammern wiederum stehen in einem Spannungsverhältnis zur liberalen Zielsetzung des Binnenmarktes,¹⁰¹ beschränken die wirtschaftliche Freiheit und können eine Oligarchisierung von Partikularinteressen bewirken.

Vor diesem Hintergrund ist die explizite Verankerung der Grundsätze der nichtterritorialen Selbstverwaltung in den Art. 120a bis 120c B-VG¹⁰² im Jahre 2008 hinterfragenswert. Demnach können Personen zur selbstständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, die in ihrem ausschließlichen oder überwiegenden gemeinsamen Interesse gelegen und geeignet sind, durch sie gemeinsam besorgt zu werden, durch Gesetz zu Selbstverwaltungskörpern zusammengefasst werden (Art. 120a Abs. 1 B-VG). Sie agieren unter der Aufsicht des Bundes oder der Länder weisungsfrei mit autonomer Satzungsbefugnis (Art. 120b Abs. 1 B-VG) und die Organe der Selbstverwaltungskörper sind aus dem Kreis ihrer Mitglieder nach demokratischen Grundsätzen zu bilden (Art. 120c Abs. 1 B-VG). Zwar mag der Bundesverfassungsgesetzgeber dadurch manche Spannung gelöst haben, die sich aus dem Mangel klarer verfassungsrechtlicher Grundlagen für die Selbstverwaltung ergab,¹⁰³ unabdingbar war der Schritt indessen keineswegs.

Die Positivierung der Selbstverwaltung in den Art. 120a bis 120c B-VG wurde als Versuch interpretiert, das durch das liberale Selbst in Bedrängnis gekommene Konzept der Selbstverwaltung, vor allem deren Pflichtmit-

¹⁰⁰ So aber *Kluth* Marktparadigma (Fn. 91), 1. S. demgegenüber *Reit* Determinanten (Fn. 8), 775; *Ewald Wiederin* Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungs-Organisationsgesetzes, RdM 2019, 239 (239), spricht von einem „Grenzfall der Selbstverwaltung“. Von Selbstorganisationsrecht in diesem Sinne mag noch am ehesten hinsichtlich Körperschaften wie Agrargemeinschaften, Jagdverbänden und auch der Hochschulselbstverwaltung gesprochen werden. Auf eine Legitimationskrise der Selbstverwaltung verweist *Burgi* Selbstverwaltung (Fn. 1), 407.

¹⁰¹ *Kugelman* Idee (Fn. 91), 309.

¹⁰² Dazu näher *Harald Eberhard* Selbstverwaltung und weisungsfreie Verwaltung, in: Karim Giese/Gerhart Holzinger/Clemens Jabloner (Hrsg.) Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat – Festschrift Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag, 2013, 89 (91); *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 135 ff. *Theo Öhlinger* Die Verankerung von Selbstverwaltung und Sozialpartnerschaft in der Bundesverfassung, JRP 16 (2008), 186 (186); *Tessar* Organisationsprinzipien (Fn. 71), 718 ff.; *Stolzlechner* in: Kneih/Lienbacher (Fn. 24), Vorbemerkung zu B. Sonstige Selbstverwaltung Rn. 15; *Berka* Ausgestaltung (Fn. 31), 68 f.

¹⁰³ *Rill* Selbstverwaltung (Fn. 28), 118; *Öhlinger* Verankerung (Fn. 102), 186. Zum Befund der „unklaren“ oder „mangelhaften“ verfassungsrechtlichen Grundlagen s.a. *Stolzlechner* Gedanke (Fn. 78), 363; *Antoniolli* Begriff (Fn. 7), 340; *Ulrich E. Zellenberg* Selbstverwaltung neu?, in: Georg Lienbacher/Gerhard Wielinger (Hrsg.) Öffentliches Recht. Jahrbuch 2009, 2009, 149 (150).

gliedschaft, der Diskussion zu entziehen.¹⁰⁴ Der Kritik, die Verfassungsänderung diene lediglich der Perpetuierung überkommener Strukturen, wird entgegengehalten, dass es eben nicht nur einen einheitlichen Volkswillen gibt, sondern eine Vielzahl von Interessenlagen.¹⁰⁵ Die Selbstverwaltung sei Teil einer allgemeinen Entwicklung hin zur Ausdifferenzierung einer pluralisierten Verwaltung¹⁰⁶ mit einer Vielzahl von Entscheidungsträgern,¹⁰⁷ ja sogar der Enthierarchisierung des Staates.¹⁰⁸ Aus der Selbstbestimmung

¹⁰⁴ In diesem Sinne recht eindeutig *Steindl* Kammern (Fn. 70), 167 f., der von einem „window of opportunity“ spricht, die nichtterritoriale Selbstverwaltung „gegenüber zufälligen Parlamentsmehrheiten“ abzusichern. S. dazu auch *Ulrich E. Zellenberg* Rechtliche, ökonomische und politische Aspekte der Pflichtmitgliedschaft in Kammern, Wirtschaftspolitische Blätter 2008, 425 (425); *Bußjäger/Johler* Power-Sharing (Fn. 6), 60. Zur Diskussion über die Pflichtmitgliedschaft s. unter der rechtlichen Perspektive *Pernthaler* Kammern (Fn. 70), 26 ff.; *Christian Smekal/Christof Fink* Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich aus ökonomischer Sicht – eine finanzwissenschaftliche Untersuchung, in: Bundesarbeitskammer (Hrsg.) Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich, 1994, 141 ff.; *Anton Pelinka* Kammern und politische Erosion. Verbände und Sozialpartnerschaft in der Defensive, in: Bundesarbeitskammer (Hrsg.) Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich, 1994, 95 ff.; *Ferdinand Karlsrufer* Dienstleistungsbetrieb oder kollektive Interessenvertretung? Probleme der Loyalitätssicherung am Beispiel der Arbeiterkammern, in: Bundesarbeitskammer (Hrsg.) Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich, 1994, 109 (125). Kritisch zur Pflichtmitgliedschaft als Wesensmerkmal der Selbstverwaltung *Funk* Zwangsmitgliedschaft (Fn. 80), 236 f.; *Hendler* Prinzip (Fn. 15), § 143 Rn. 79, führt zutreffend aus, dass die Selbstverwaltung ihren Existenzsinn in dem Maße einbüßt, „wie sich ihre Tätigkeit im bloßen Vollzug detaillierter gesetzlicher Normen erschöpft“. Nicht ganz zu Unrecht spricht *Burgi* Selbstverwaltung (Fn. 1), 407 und 453, im Jahre 2003 von einer durch Europäisierung und Ökonomisierung induzierten Identitätskrise der Selbstverwaltung.

¹⁰⁵ *Karl Korinek* Die verfassungsrechtliche Dimension der Selbstverwaltung, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg.) Selbstverwaltung in Österreich. Grundlagen – Probleme – Zukunftsperspektiven, 2009, 9 (22); *Karl Korinek* Staatsrechtliche Grundlagen der Kammer-Selbstverwaltung, DRdA 1991, 105 (105); *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 102), 102; *Welan/Gutknecht* Selbstverwaltung (Fn. 28), 396; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 544; *Müller* Beteiligung (Fn. 70), 80. Wenn *Pernthaler* Kammern (Fn. 70), 41, von „gegliederter Demokratie“ spricht und diese Demokratie in Gegensatz zu einem zentralisierten Demokratiemodell setzt, ist gerade auch die Pluralität im modernen Sinn gemeint.

¹⁰⁶ *Dreier* Verwaltung (Fn. 13), 213. Man könnte hier i.S. *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 12), 601, auch von Staatsentlastung sprechen.

¹⁰⁷ *Dreier* Verwaltung (Fn. 13), 229. Das Phänomen dieser funktionalen Dezentralisierung wird m.E. mit dem Begriff der gesellschaftlichen Selbstverwaltung, den etwa *Salzwedel* Staatsaufsicht (Fn. 10), 236, gebraucht, verunklart. Gelegentlich wird auch in der österreichischen Dogmatik von gesellschaftlicher Selbstverwaltung gesprochen, wie etwa bei *Bernhard Raschauer/Wolfgang J. Kazda* Organisation der Verwaltung, in: Karl Wenger/Christian Brünner/Peter Oberndorfer (Hrsg.) Grundriss der Verwaltungslehre, 1983, 141 (150).

¹⁰⁸ So *Gunther Teubner* Polykorporatismus: Der Staat als „Netzwerk“ öffentlicher und privater Kollektivakteure, in: Hauke Brunkhorst (Hrsg.) Das Recht der Republik, 1999, 346 (346 und 360 ff.).

eines mündigen Volkes (*Hugo Preuß*)¹⁰⁹ gegenüber dem Staat wird damit die Funktion, die Pluralität und Diversität der Gesellschaft zum Ausdruck kommen zu lassen¹¹⁰ und die Verwaltung durch die Betroffenen zu legitimieren.¹¹¹ Damit harmoniert, dass Selbstverwaltung als ein Element des verwirklichten Subsidiaritätsprinzips und der Gewaltenteilung im europäischen Mehrebenensystem angesehen wird.¹¹²

¹⁰⁹ *Preuß* Selbstverwaltung (Fn. 21), 773. *Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 25), Art. 20 Rn. 175, spricht von der Grundidee der „Selbstherrschaft der Bürger“.

¹¹⁰ Die Wahrnehmung der Interessenvertretung durch den Selbstverwaltungskörper ist dementsprechend auch keine staatliche Tätigkeit (vgl. *Heinz Peter Rill* Zum Verwaltungsbegriff, in: Felix Ermacora/Günther Winkler/Friedrich Koja/Heinz Peter Rill/Bernd-Christian Funk [Hrsg.] Allgemeines Verwaltungsrecht – Festgabe zum 70. Geburtstag für Walter Antonioli, 1979, 35 [50]). *Teubner* Polykorporatismus (Fn. 108), 347, spricht von der Entwicklung des hierarchischen Staates zum heterarchischen Staat. In diesem Sinne auch *Hauke Brunkhorst* Heterarchie und Demokratie, in: ders. (Hrsg.) Das Recht der Republik, 1999, 373 (378 ff.); *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 12), 601; *ders.* Selbstverwaltung (Fn. 50), 139 ff. Selbstverwaltung ist damit, wie andere Formen der Dezentralisierung, freiheitssichernd, worauf *Oebekke* Selbstverwaltung (Fn. 4), 371, hinweist.

¹¹¹ *Karl-Jürgen Bieback* Soziale Selbstverwaltung – Geschichte und Programm, in: Stephan Rixen/Eva M. Welskop-Deffaa (Hrsg.) Zukunft der Selbstverwaltung. Responsivität und Reformbedarf, 2015, 11 (13). Sozialwissenschaftlich wurde festgehalten, dass die Narrative der Legitimation in der wirtschaftlichen Selbstverwaltung in der prinzipiellen Bejahung der staatsfernen und autonomen Selbstregulierung, in der solidarisch erbrachten Produktion eines kollektiven Gutes Verwaltung und in der unmittelbaren und egalitären Möglichkeit der Mitbestimmung liegen (*Katharina von Elten* Profession und Selbstverwaltung. Die Legitimationspolitik von Wirtschafts- und Berufskammern, 2017, 278); *Andreas Musil* Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, DÖV 2004, 116 (120). In diesem Sinne auch *Böckenförde* Demokratie (Fn. 25), § 24 Rn. 33; *Schindler* Regierung (Fn. 49), § 152 Rn. 33. In diesem Sinne spricht *Klenk* Modernisierung (Fn. 25), 28, zu Recht von der Selbstverwaltung als einer hybriden Organisation, die sowohl effiziente Verwaltungstätigkeit zu leisten, als auch demokratische Teilhabe zu ermöglichen sowie Daseinsvorsorge zu verbringen hat und dabei zuweilen auch in Konkurrenz mit privatwirtschaftlich verfassten Organisationen steht. S.a. *Kugelman* Idee (Fn. 91), 318; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 12), 600; *ders.* Selbstverwaltung (Fn. 50), 135 f.

¹¹² Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV ist freilich in erster Linie territorial angelegt, spricht es doch von „zentraler“, „regionaler“ und „lokaler“ Ebene und erwähnt das Verhältnis von unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung bzw. Staatsverwaltung und gesellschaftlicher Verwaltung nicht. Dessen ungeachtet ist auch die funktionale Selbstverwaltung ein Aspekt von Subsidiarität, wie etwa *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 442, darstellt. S.a. *Öhlinger* Verankerung (Fn. 102), 189. Allerdings wird die Einrichtung von Selbstverwaltungsorganisationen auf europäischer Ebene dadurch erschwert, dass in den Mitgliedstaaten nur äußerst unterschiedliche Strukturen der Selbstverwaltung vorhanden sind (*Oebekke* Selbstverwaltung [Fn. 4], 373). S. weiters die Verweise von *Kluth* Marktparadigma (Fn. 91), 370, auf die Rolle der Verbände und Berufsorganisationen in der Rechtsetzung auf Unionsebene. S. zum gewaltentrennenden Element des Verbändestaates *Funk*

Dennoch wird die Legitimation der Selbstverwaltung von zwei Seiten in Frage gestellt: einerseits von der technisch-bürokratischen Seite der professionalisierten Staatsverwaltung, andererseits von der liberalen Perspektive des Selbst,¹¹³ das u.U. auch gar nicht verwaltet werden will, weder vom Staat noch von sich selbst, also weder Objekt noch Subjekt der Verwaltung, sondern auch frei von intermediären Gewalten sein will.¹¹⁴ Dies gilt vor allem dann, wenn i.S. *Max Webers* nur die Wahl zwischen Bürokratisierung und Dilettantisierung bestünde. Ist Selbstverwaltung tatsächlich weiterhin nützlich, notwendig und unentbehrlich, wie *Hugo Preuß* vor über 100 Jahren schrieb? Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage folgt. Zuvor soll anhand von drei Beispielen untersucht werden, wie sich die Positivierung der Grundsätze der Selbstverwaltung auf diese auswirkt.

IV. Die Positivierung der Selbstverwaltung und ihre Folgen

1. *Demokratie und Repräsentation: Die Reform der österreichischen Sozialversicherung*

Die Neuorganisation der Sozialversicherung in Österreich beseitigte 2019 die bis dahin bestehende Zusammensetzung der Gremien der Generalversammlung der bisherigen neun Gebietskrankenkassen im Verhältnis 4:1

Zwangsmitgliedschaft (Fn. 80), 232; *Hendler* Prinzip (Fn. 15), § 143 Rn. 78. S.a. *Kugelman* Idee (Fn. 91), 317 f.; s. die differenzierte Sichtweise bei *Burgi* Selbstverwaltung (Fn. 1), 424 f., wonach die Idee demokratischer Partizipation durch Selbstverwaltung mittelfristig gestärkt würde. Diesem Befund aus dem Jahr 2003 kann aus heutiger Sicht im Wesentlichen zugestimmt werden. Ähnlich *Kleinhenz* Systemvergleich (Fn. 70), 8.

¹¹³ *Kugelman* Idee (Fn. 91), 321 f., spricht in diesem Sinne davon, dass die Selbstverwaltung der Legitimation bedarf, die sich nicht allein aus ihrer Existenz herleiten könne, sondern funktional begründet sei. Zum Spannungsverhältnis von Ehrenamtlichkeit und professionalisierter Verwaltung *Klenk* Modernisierung (Fn. 25), 55: „In der Regel ist die Geschäftsführung von Selbstverwaltungsorganisationen professionalisiert, aber die Beschlussorgane, die satzungsmäßig die gesamte Geschäftstätigkeit steuern und kontrollieren, sind ehrenamtlich besetzt. [...] Obgleich die ehrenamtlichen Gremien als die obersten Leitungsgremien konzipiert sind, werden heute Selbstverwaltungsorganisationen de facto durch die hauptamtliche Geschäftsführung gesteuert, die über Informations- und Qualifikationsvorteile verfügen.“ Die von *Rainer Fuchs* Perspektiven der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, in: Peter Jabornegg/Reinhard Resch/Ofried Seewalt (Hrsg.) Sozialversicherung im Umbruch. Hat die Selbstverwaltung Zukunft?, 2005, 43 (49), geortete Diskrepanz zwischen der politischen Bedeutung der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung und ihrer Wahrnehmung in der Öffentlichkeit könnte auch mit dem Phänomen dieser hier geschilderten „Sandwichposition“ zusammenhängen.

¹¹⁴ Das gilt im Besonderen für Österreich, das im int. Vergleich den prototypischen korporatistischen Staat verwirklicht (vgl. *Bußjäger/Johler* Power-Sharing [Fn. 6], 53).

der Vertreter der Dienstnehmer und der Dienstgeber bzw. der Kontrollversammlung im umgekehrten Verhältnis und ersetzte sie durch jeweils paritätische Vertretungen, ähnlich wie dies in Deutschland durch die §§ 44 ff. SGB IV bereits der Fall war.¹¹⁵

Das bisher geltende Recht hatte der spezifischen Interessenlage der Arbeitnehmer als Beitragszahler und Leistungsberechtigte gegenüber den Dienstgebern, die „nur“ Beitragszahler waren, Rechnung getragen.¹¹⁶ Die Pflichtversicherten bilden eine Risikogemeinschaft, innerhalb derer sich ein sozialer Ausgleich zwischen wirtschaftlich stärkeren und schwächeren Versicherten vollzieht.¹¹⁷

Aus Art. 120c Abs. 1 B-VG ergibt sich die Unzulässigkeit, einem Selbstverwaltungskörper hoheitliche Zuständigkeiten gegenüber Personen zu übertragen, die nicht zu jener Gemeinschaft zählen, welche der Körperschaft die erforderliche demokratische Legitimation verleiht.¹¹⁸ Trotz mancher Kritik¹¹⁹ werden auch die Dienstgeber, die selbst keinen Anspruch auf Leistung haben, aber Beiträge für ihre Arbeitnehmer zahlen müssen, zu dieser Gemeinschaft gezählt.¹²⁰

¹¹⁵ Zur Konformität der paritätischen Vertretung mit dem GG s. *Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation (Fn. 32), 383. S. außerdem *Reit* Determinanten (Fn. 8), 771; *Klenk* Modernisierung (Fn. 25), 151 ff.

¹¹⁶ *Peter Bußjäger/Christoph Schramek* Die Neuorganisation der Sozialversicherung in Österreich. Verfassungsrechtliche Grundprobleme, in: Walter Berka/Thomas Müller/Felix Schörghofer (Hrsg.) Die Neuorganisation der Sozialversicherung in Österreich. Verfassungsrechtliche Grundprobleme, 2019, 29 (35).

¹¹⁷ *Stefan Günther* Verfassung und Sozialversicherung, 1994, 38, unter Hinweis auf VfSlg. 3721/1960. Insoweit lässt sich sagen, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber diese Unklarheit prolongiert hat.

¹¹⁸ So bereits VfSlg. 17.023/2003 vor der Positivierung der sonstigen Selbstverwaltung im B-VG; *Lachmayer/Öhlinger* Fragen (Fn. 31), 42. Dies scheint ein wesentlicher Unterschied zum offeneren Verständnis der demokratischen Legitimation des Selbstverwaltungskörpers durch das BVerfG; vgl. *Hans-Georg Dederer* Organisatorisch-personelle Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, NVwZ 2000, 403 (404); *Oebekke* Legitimation (Fn. 14), 359.

¹¹⁹ *Lachmayer/Öhlinger* Fragen (Fn. 31), 54. *Müller* Beteiligung (Fn. 70), 85, qualifiziert die Dienstgeber als Außenstehende, denen zwar Beteiligungsrechte eingeräumt werden dürfen, deren Mitsprachemöglichkeiten aber deutlich hinter jenen der eigentlich „Verwalteten“ zurückbleiben müssen. S.a. *Walter Berka* Die Organisationsreform im Kontext von Selbstverwaltungsgarantie, Kompetenznorm und gleichheitsrechtlicher Sachlichkeit, in: Walter Pfeil/Michael Prantner/Johannes Warter (Hrsg.) Sozialversicherungs-Organisationsgesetz. Verfassungs-, arbeits- und verfahrensrechtliche Fragestellungen, 2019, 1 (16 ff.). Indifferent *Wiederin* Probleme (Fn. 100), 245.

¹²⁰ Vgl. etwa § 29 Abs. 2 SGB IV, wonach die Ausübung der Selbstverwaltung bei den Versicherten und den ArbG liegt; s. dazu *Hase* Selbstverwaltung (Fn. 31), § 145 Rn. 3.

Der VfGH vertrat die Auffassung, dass die Leistungen zwar „nur die Dienstnehmer als ‚Versicherte‘ der Krankenversicherung [...] elementar im Hinblick auf ihre Interessen an der Vorsorge für ihre Krankenbehandlung [betreffen],“ doch komme den Dienstgebern ein gewisses Kontroll- und Effizienz sicherungsinteresse zu. Auf der Beitragsseite seien demgegenüber sowohl Dienstgeber als auch Dienstnehmer durch ihre Leistung betroffen. Angesichts dieser Beitragsleistung und der besonderen Aufgabenkonstellation der Allgemeinen Sozialversicherung habe der Gesetzgeber den ihm eingeräumten Gestaltungsspielraum nicht überschritten, wenn er angesichts der spezifisch sozialpartnerschaftlichen Anknüpfung bei der Repräsentation in den Organen des Versicherungsträgers eine Parität von Vertretern der Dienstgeber und Dienstnehmer vorgesehen habe.¹²¹

Bemerkenswert ist, wie der VfGH dem Interesse der Versicherten an Leistungen der Sozialversicherung das Interesse der Dienstgeber an einer effizienten Mittelverwendung gegenüberstellt. Dieses Interesse haben nämlich die Versicherten mit ihren Beiträgen in gleicher Weise. Der VfGH gelangt mit seiner Sichtweise zu gleichgewichtigen Interessenlagen, die auch eine paritätische Vertretung in den Gremien rechtfertigen.¹²² Dies ist genauso problematisch, wie er stillschweigend darüber hinweggeht, ob es mit den „demokratischen Grundsätzen“ der Selbstverwaltung vereinbar sein kann, wenn die Vertreter mehrerer 10.000 Dienstgeber den Vertretern von Millionen Arbeitnehmern paritätisch gegenüber stehen.¹²³ Insoweit hat Art. 120c B-VG nur bestätigt: „Demokratische Grundsätze“ ist und bleibt ein vielschichtig interpretierbarer Begriff.¹²⁴

¹²¹ VfSlg. 20.361/2019.

¹²² Zu dieser Abwägung s.a. *Berka Organisationsreform* (Fn. 119), 18 f. Zur historischen Entwicklung *Müller Selbstverwaltung* (Fn. 43), 75 ff.; zur Meinungslage in Deutschland s. *Margareta Schuler-Harms* Betroffenheitsdemokratie und Begründung sozialer Selbstverwaltung in der Arbeitsverwaltung. Unterschiede und Gemeinsamkeiten SGB II und SGB III, in: Stephan Rixen/Eva M. Welskop-Deffaa (Hrsg.) *Zukunft der Selbstverwaltung. Responsivität und Reformbedarf*, 2015, 31 (42); s. zur Frage, ob in der Arbeitsverwaltung eine paritätische Vertretung von je sieben Personen „überhaupt die Pluralität der Arbeitsmarktakeure widerspiegeln kann“, *Felix Welte* Korporative Beteiligung und juristische Beteiligungsrechte, in: Stephan Rixen/Eva M. Welskop-Deffaa (Hrsg.) *Zukunft der Selbstverwaltung. Responsivität und Reformbedarf*, 2015, 87 (94). *Klenk* Modernisierung (Fn. 25), 57, weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass die Demokratie in der Sozialversicherung eine verbandsgesteuerte Selbstverwaltung ist.

¹²³ *Lachmayer/Öhlinger* Fragen (Fn. 31), 54. In diesem Sinne auch *Harald Eberhard* Die „sonstige Selbstverwaltung“ im Zusammenspiel mit Art 120a bis 120c B-VG und der Judikatur des VfGH, *ZfV* 2021, 15 (20). Diese Kritik relativierend *Wiederin* Probleme (Fn. 100), 245.

¹²⁴ In diesem Sinne auch *Wiederin* Probleme (Fn. 100), 245, ironisierend, wonach auch ein Zensuswahlrecht ein „Wahlrecht“ ist.

2. Selbstverwaltungskörper und autonomes Satzungsrecht: das Beispiel der österreichischen Agrargemeinschaften

Die durch Gesetz oder Verwaltungsakt begründete Pflichtmitgliedschaft unterscheidet den Selbstverwaltungskörper von dem auf Privatautonomie beruhenden Verein.¹²⁵ Es ist eine Zwangsnorm, welche erst ermöglicht, dass eine Gemeinschaft bestimmte Angelegenheiten, die von der rechtsetzenden Autorität als die ihrigen („Kontroverse *Laband/Mayer*“)¹²⁶ betrachtet werden, erledigt. Die Autonomie der Gemeinschaft ist der Lohn dieser Zwangsnorm. Die Selbst-Rechtsetzung manifestiert sich unter anderem in der autonomen Satzungsbefugnis, die in Art. 120b B-VG nunmehr positiviert ist, zuvor aber bereits vom VfGH,¹²⁷ wie übrigens auch vom BVerfG,¹²⁸ aus dem Wesen der Selbstverwaltung abgeleitet worden ist. Die Satzung steht im staatlichen Rechtsquellensystem auf der Stufe einer VO.¹²⁹

Die landesrechtlich geregelten Agrargemeinschaften in Österreich¹³⁰ sind in Nachfolge der „Allmende“ Körperschaften öffentlichen Rechts, deren Gemeinschaft von den Nutzungsberechtigten gebildet wird, welche durch Bescheid der Behörde in der Körperschaft zusammengefasst werden.¹³¹ Sie verfügen in jenen Ländern, wo die Satzung nicht von Amts wegen, sondern über Antrag erteilt wird,¹³² über eine gewisse Satzungsau-

¹²⁵ *Korinek Grundlagen* (Fn. 105), 110; *Stillfried Selbstverwaltung* (Fn. 13), 99; *Holoubek Selbstverwaltung* (Fn. 82), 38.

¹²⁶ S. Kap. I.

¹²⁷ Insbesondere VfSlg. 8255/1977.

¹²⁸ S. etwa BVerfGE 33, 116 (155 ff.). Dazu näher *Fritz Ossenhühl Satzung*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 105 Rn. 29.

¹²⁹ S. etwa VfSlg. 14.593/1996. Zur Satzung i.S.d. deutschen Verfassungsverständnisses *Ossenhühl Satzung* (Fn. 128), § 105 Rn. 28 ff. Dies hat zur Konsequenz, dass der VfGH die Satzung eines Selbstverwaltungskörpers, die höherrangigem Recht widerspricht, als rechtswidrige VO aufhebt. Zur Satzung der Universitäten in Österreich s. *Heinz Mayer* in: ders. (Hrsg.) *Universitätsgesetz 2002*, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. I.1. ff.

¹³⁰ Vgl. Burgenländisches Flurverfassungs-Landesgesetz, LGBl. 40/1970; Kärntner Flurverfassungs-Landesgesetz, LGBl. 64/1970; Niederösterreichisches Flurverfassungs-Landesgesetz 1975, LGBl. 6650-0; Oberösterreichisches Flurverfassungs-Landesgesetz, LGBl. 73/1979; Salzburger Flurverfassungs-Landesgesetz 1973, LGBl. 1/1973; Steiermärkisches Agrargemeinschaftengesetz 1985, LGBl. 8/1986; Tiroler Flurverfassungs-Landesgesetz, LGBl. 74/1996; Vorarlberger Flurverfassungsgesetz, LGBl. 2/1979. Den Agrargemeinschaften entsprechen in der Schweiz die Bürgergemeinden, freilich mit dem Unterschied, dass diese Teil der kommunalen Selbstverwaltung sind.

¹³¹ Dazu näher *Eberhard W. Lang Tiroler Agrarrecht*, Bd. II, 1991, 191; *Nikolaus Bachler/Roman Haunold Bodenreformrecht*, in: Roland Norer (Hrsg.) *Handbuch des Agrarrechts*, 2. Aufl. 2012, 590 (590).

¹³² S. *Bachler/Haunold Bodenreformrecht* (Fn. 131), 593; *Lang Agrarrecht* (Fn. 131), 196.

tonomie. Die Satzung bedarf in diesen Fällen – abhängig von der konkreten landesgesetzlichen Regelung – behördlicher Genehmigung, was auch bei anderen Selbstverwaltungskörpern vorkommt,¹³³ die sich grundsätzlich auf die Gesetzmäßigkeit der Satzungen des Selbstverwaltungskörpers zu beziehen hat.¹³⁴

Da den Agrargemeinschaften „typisch“ hoheitliche Befugnisse fehlen,¹³⁵ wurden sie – im Gegensatz zur Praxis der Waldwirtschaftsgenossenschaften oder der Forstbetriebsverbände in Deutschland, die eine ähnliche Struktur aufweisen –¹³⁶ von Teilen der Lehre¹³⁷ wie auch vom VfGH¹³⁸ 1990 zunächst nicht als Selbstverwaltungskörper betrachtet. Vor diesem Hintergrund war es konsequent, dass der VfGH die Satzung nicht als VO, sondern als einen „privatautonomen Akt“ qualifizierte.¹³⁹

Wenige Jahre später stellte der VfGH in VfSlg. 13.975/1994 hingegen klar, dass Agrargemeinschaften in Vorarlberg die ihnen durch Gesetz übertragenen öffentlichen Aufgaben besorgen und insoweit nicht im privatautonomen Bereich handeln.¹⁴⁰ In VfSlg. 19.320/2011 wurde den

¹³³ Vgl. § 455 ASVG hinsichtlich der Gen. der Satzung der Sozialversicherungsträger sowie §§ 74 und 88 WRG hinsichtlich der Satzungen von Wassergenossenschaften und Wasserverbänden. S. zu Deutschland auch *Ossenbühl* Satzung (Fn. 128), § 105 Rn. 58.

¹³⁴ *Stilfried* Selbstverwaltung (Fn. 13), 104.

¹³⁵ *Pernthaler* Die Rechtsnatur der Agrargemeinschaften, in: Gerald Kohl/Bernd Oberhofer/Peter Pernthaler (Hrsg.) *Die Agrargemeinschaften in Tirol. Beiträge zur Geschichte und Dogmatik*, 2010, 257 (258).

¹³⁶ Vgl. *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 177.

¹³⁷ *Pernthaler* Rechtsnatur (Fn. 135), 257; *Bachler/Haunold* Bodenreformrecht (Fn. 131), 590, sprechen unscharf von einer KdöR, „ohne jedoch mit typischen hoheitlichen Befugnissen ausgestattet zu sein“. Vgl. dagegen aber schon *Lang* Agrarrecht (Fn. 131), 209; *Stolzlechner* Gedanke (Fn. 78), 363. Anders wiederum *ders.* in: *Kneih/Lienbacher* (Fn. 24), Vorbemerkung zu B. Sonstige Selbstverwaltung Rn. 7, unter Berufung auf *Pürgy* Selbstverwaltung (Fn. 33), 292.

¹³⁸ S. dazu VfSlg. 12.279/1990, worin sich der VfGH zwar nicht zur Frage der Eigenschaft der Agrargemeinschaft als Selbstverwaltungskörper äußerte, sich aber über die eindeutigen Gesetzesmaterialien hinwegsetzte und der Satzung Verordnungscharakter absprach. Der VwGH folgte dieser Rechtsprechung (VwGH 26.5.1998, 97/07/0142).

¹³⁹ *Pernthaler* Rechtsnatur (Fn. 135), 257; s. VfSlg. 13.975/1994; 12.279/1990. Der VfGH argumentierte im zuletzt genannten Erk. freilich auch damit, dass die Satzung auf Grund der damals anzuwendenden landesrechtlichen Vorschrift des § 80 Abs. 2 S. 1 Vorarlberger Flurverfassungs-Landesgesetz mit Bescheid vorzunehmen war und nicht ohne zwingenden Grund angenommen werden könnte, dass der Gesetzgeber die Änderung einer VO durch Bescheid vorsehen wollte. Dieses Argument überzeugt freilich nur zum Teil, denn eine Änderung eines privatautonomen Aktes durch Bescheid erscheint rechtssystematisch genauso einer besonderen Begründung bedürftig.

¹⁴⁰ Dies übersieht *Pernthaler* Rechtsnatur (Fn. 135), 257. Welche öffentlichen Aufgaben von den Agrargemeinschaften tatsächlich wahrgenommen werden, darüber schweigt der VfGH und verweist auf die Gesetzesmaterialien (im konkreten Fall RV 9/1971 Blg. XXI.

Agrargemeinschaften in Tirol unter Hinweis auf die Wahrnehmung der „Besorgung eines Ausschnitts aus der öffentlichen Verwaltung“ gleich wie in VfSlg. 13.975/1994 zugebilligt, „Selbstverwaltungskörper im Sinne der Art 120a ff B-VG“ zu sein.¹⁴¹ Insbesondere rekurrierte der VfGH darauf, dass die Organe der Agrargemeinschaften „aus dem Kreis ihrer Mitglieder nach demokratischen Grundsätzen [Art. 120c Abs. 1 B-VG] zu bilden sind“. Auf die Rechtsqualität der Satzung, deren Qualifikation als privatautonomer Akt sich unter diesen Voraussetzungen eigentlich kaum mehr halten ließ, ging er nicht mehr ein. Da der VfGH in VfSlg. 19.320/2011 die Rechtsprechungsänderung gegenüber VfSlg. 12.279/1990 nicht explizit ansprach, bleibt offen, inwieweit Art. 120c B-VG für die nunmehrige Qualifikation der Agrargemeinschaft als Selbstverwaltungskörper maßgeblich war,¹⁴² die explizite Referenz lässt es jedoch annehmen.

3. *Ist die universitäre Selbstverwaltung überhaupt Selbstverwaltung oder etwa Selbstverwaltung sui generis?*

Die grundrechtstragende akademische Selbstverwaltung,¹⁴³ mit der die Ausübung verfassungsgesetzlicher Rechte verbunden ist, gilt in Deutschland als typischer Fall von Selbstverwaltung, die sich aus der Anwendung der Wissenschaftsfreiheit ergibt.¹⁴⁴

Vorarlberger LT, Zu den Z 2 bis 26). Es kann sich nur um die gemeinsame Verwaltung (die Allmende!) der im Eigentum der Agrargemeinschaft befindlichen Grundstücke, die damit eben nicht zum Privateigentum der Agrargemeinschaft, sondern zu einem öffentlichen Kollektiveigentum werden, handeln.

¹⁴¹ In VfSlg. 13.975/1994 fehlte dieser Satz noch, bei sonst ähnlicher Argumentation. In VfSlg. 20.003/2015 wurde im Prüfungsbeschluss von Bestimmungen des Kärntner Flurverfassungs-Landesgesetzes die Aussage getroffen, dass die nach diesem Gesetz gebildeten Agrargemeinschaften Selbstverwaltungskörper sein „dürften“ und auf VfSlg. 19.320/2011 mit Bezug auf die Rechtslage „nach dem Inkrafttreten der Art. 120a ff. B-VG“ verwiesen. Im Erk. setzte sich der VfGH mit dieser Frage nicht mehr auseinander.

¹⁴² Dieser neuen Judikatur folgend qualifizieren auch *Christoph Grabenwarter/Stefan L. Frank* B-VG, 2020, Art. 120a Rn. 3, die Agrargemeinschaften als Selbstverwaltungskörper.

¹⁴³ S. die Nachweise unter Fn. 32.

¹⁴⁴ *Ino Augsberg* Wissenschaftsverfassungsrecht, in: Thomas Vesting/Stefan Koriath (Hrsg.) *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, 2011, 187 (203); *Max-Emanuel Geis* Autonomie der Universitäten, in: HGR IV, 2011, § 100 Rn. 9; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: Bernd Becker/Hans Peter Bull/Otfried Seewald (Hrsg.) *FS Werner Thieme*, 1993, 697 (709 ff.); *Angelika Siehr* Selbstverwaltungsrecht der Universität und staatliche Aufgabenhoheit, *WissR* 27 (1994), 144 (147 f.). Dies bedeutet freilich aber auch, dass die akademische Selbstverwaltung lediglich dienende Funktion hat, nämlich das Grundrecht der an der Institution forschenden und lehrenden Personen durchzusetzen. Daraus ergibt sich auch in Deutschland kein akademisches Selbst-

In Österreich sind die Universitäten in Art. 81c B-VG im Abschnitt A. Kapitel 5. „Universitäten“ des 3. Hauptstückes, Vollziehung des Bundes, geregelt, der vom Verfassungsgesetzgeber im selben Atemzug wie mit der sonstigen Selbstverwaltung¹⁴⁵ geschaffen wurde. Systematisch sind sie an einem ganz anderen Ort als die „sonstige Selbstverwaltung“ (Abschnitt B. nach „A. Gemeinden“ des VI. Hauptstückes „Selbstverwaltung“) lokalisiert.¹⁴⁶ Wenn „Selbstverwaltung“ normativ aus jener der „Gemeinden“

verwaltungsrecht per se (vgl. Gärditz in: Dürig/Herzog/Scholz [Fn. 32], Art. 5 Abs. 3 Rn. 276) oder wie es Geis formuliert: Die akademische Selbstverwaltung steht unter dem „Diktat der Sachgerechtigkeit“ (*Max-Emanuel Geis* Akademische Selbstverwaltung im Reformzeitalter, Die Verwaltung 33 [2000], 563 [578]; s.a. *Christian Bumke* Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 [2010], 407 [438]); *Schmidt-Aßmann* Prinzip (Fn. 75), 252. In der österreichischen Dogmatik wird zwar ein Zusammenhang mit der in Art. 17 Abs. 1 StGG verbürgten Wissenschaftsfreiheit hergestellt, die akademische Selbstverwaltung aber vorwiegend in Zusammenhang mit Art. 81c B-VG mit der Institutionengarantie der Universität und der Weisungsfreiheit universitärer Kollegialorgane diskutiert (vgl. dazu *Thomas Kröll* in: Benjamin Kneihs/Georg Lienbacher [Hrsg.] Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 2022, Art. 17 StGG Rn. 91 [2014], wonach der Wissenschaftsfreiheit aber immerhin ein institutioneller Gehalt dahingehend zugebilligt wird, dass Art. 17 StGG zu einer wissenschaftsadäquaten Organisation der öffentlichen Universität verpflichten soll, „in der eine inhaltlich unbeeinflusste Tätigkeit in wissenschaftlicher Forschung und wissenschaftlicher Lehre der vom persönlichen Schutzbereich erfassten Personen sichergestellt wird“. So auch *Walter Berka* in: Benjamin Kneihs/Georg Lienbacher [Hrsg.] Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 2022, Art. 81c B-VG Rn. 67 [2011]). Auch in der Schweiz ergibt sich aus der Wissenschaftsfreiheit in Art. 20 BV nicht mehr, als dass der Grundsatz der Hochschulautonomie Teil der Lehr- und Forschungsfreiheit ist, aber Ausmaß und Grad der Autonomie daraus nicht abgeleitet werden können (*Bernhard Ehrenzeller* Hochschulautonomie im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Steuerung im Hochschulwesen, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassoli/Walter Stoffel/Beatrice Wagner Pfeifer [Hrsg.] Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, 2007, 203 [217]).

¹⁴⁵ Zu beachten ist allerdings, dass, anders als die „sonstige Selbstverwaltung“, die verfassungsrechtlichen Garantien der Weisungsfreiheit der Kollegialorgane der Universität bereits zuvor in expliziter Anordnung in fugitivem Verfassungsrecht (z.B. § 2 Abs. 2 UOG) verankert waren und Art. 81c B-VG im Prinzip Resultat einer Verfassungsvereinbarung ist (vgl. dazu *Berka* in: Kneihs/Lienbacher [Fn. 144], Art. 81c B-VG Rn. 14). Die Bestimmungen haben daher auch heute noch insoweit rechtliche Relevanz, als sie die Basis für die neuen Formulierungen bilden, wenngleich eine normative Identität zwischen der früheren und der durch Art. 81c B-VG geschaffenen Verfassungsrechtslage nicht besteht (vgl. *Gabriele Kucsko-Stadlmayer* in: Karl Korinek/Michael Holoubek/Christoph Bezemek/Claudia Fuchs/Andrea Martin/Ulrich E. Zellenberg [Hrsg.] Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 2022, Art. 81c B-VG Rn. 7 [2011]).

¹⁴⁶ S. dazu auch *Bettina Perthold-Stoitzner* Hochschulrecht im Wandel, 2012, 247. Diese Trennung der Universitäten von der sonstigen Selbstverwaltung lässt darauf schließen, dass es sich um keine Selbstverwaltungskörper handelt (ebd., 258 m.w.N.); *Walter Berka* Die Berufung ins Professorenamt, in: Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Gerhard

und der „sonstigen Selbstverwaltung“ besteht, dann sind die Universitäten schon aus systematischen Gründen keine Selbstverwaltungskörper.¹⁴⁷

Dieses Ergebnis ist kein redaktioneller Irrtum des Gesetzgebers: Zunächst war es die auf der Grundlage der UOG 1975 und 1993 eingeschränkte Rechtspersönlichkeit der Universität, die die stärksten Zweifel an ihrer Eigenschaft als Selbstverwaltungskörper begründete.¹⁴⁸ Trotz nunmehriger Vollrechtsfähigkeit der Universitäten sah der VfGH auch 2004 recht apodiktisch in ihnen keine Einrichtung der Selbstverwaltung.¹⁴⁹

Aber auch vor dem Hintergrund der Klarstellung von 2008: Zu den Grundelementen der Selbstverwaltung zählt die demokratische Organisation. Genau dies trifft auf die öffentlichen Universitäten in Österreich, gemessen am Maßstab, den Art. 120c Abs. 1 B-VG setzt, nur bedingt zu.¹⁵⁰ Die demokratische Repräsentation der Universitätsangehörigen im Senat ist eine disproportionale, und der Rektor sowie die anderen obersten Leitungsorgane¹⁵¹ werden ebenfalls nur teilweise nach demokratischen Grundsätzen

Muzak/Bettina Perthold-Stoitzner/Karl Stöger (Hrsg.) Vom praktischen Wert der Methode – FS Heinz Mayer zum 65. Geburtstag, 2011, 25 (32 ff.).

¹⁴⁷ *Berka* in: Kneihs/Lienbacher (Fn. 144), Art. 81c B-VG Rn. 32; *Kucsko-Stadlmayer* in: Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Fn. 145), Art. 81c B-VG Rn. 19.

¹⁴⁸ *Winkler Studien* (Fn. 3), 296; *Bernd-Christian Funk* Verfassungsrechtliche Dimensionen des Hochschulrechtes, in: ders./Werner Hauser/Manfred Novak/Beatrix Schwar/Roland Winkler/Dietmar Dragaric/Markus Grimberger/Stefan Huber/Alexander Kohler (Hrsg.) Handbuch des österreichischen Hochschulrechtes, 2. Aufl. 2012, 3 (42); *Berka* Universitätsautonomie (Fn. 5), 10. Auch der VfGH sprach in VfSlg. 8136/1977 nur davon, dass der eigene Wirkungsbereich der Universitäten dem von Selbstverwaltungseinrichtungen „ähnlich“ wäre. Zur Kontroverse, ob die Universitäten vor der B-VG-Nov. 2008 als Selbstverwaltungskörper zu bezeichnen waren (und diese Frage bejahend) s. *Winkler* Rechtspersönlichkeit (Fn. 13), 316 ff.

¹⁴⁹ VfSlg. 17.101/2004; *Berka* in: Kneihs/Lienbacher (Fn. 144), Art. 81c B-VG Rn. 11; *Funk* Dimensionen (Fn. 148), 44. Die Existenz einer „universitären Selbstverwaltung“ war bereits vor der B-VG-Nov. 2008 weitgehend unbestritten, unklar war jedoch, inwieweit es sich bei den Universitäten um Selbstverwaltungskörper handelt (vgl. *Winkler Studien* [Fn. 3], 282; *Kucsko-Stadlmayer* in: Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg [Fn. 145], Art. 81c B-VG Rn. 20). Bezeichnenderweise kennt das Stichwortverzeichnis des führenden Kommentars zum UG 2002 (*Heinz Mayer* [Hrsg.] Universitätsgesetz 2002, 2. Aufl. 2010, 827 ff.) das Wort „Selbstverwaltung“ nicht.

¹⁵⁰ *Karl Stöger* Universitäten und Hochschülerschaften, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg.) Selbstverwaltung in Österreich. Grundlagen – Probleme – Zukunftsperspektiven, 2009, 227 (230); *Berka* in: Kneihs/Lienbacher (Fn. 144), Art. 81c B-VG Rn. 34. Dies ist auch in Deutschland nicht anders, wenn das Verhältnis von Hochschulrat und Sen. betrachtet wird (s. *Bunke* Universitäten [Fn. 144], 446).

¹⁵¹ Diese sind: VizerektorInnen, Rektorate insgesamt und Universitätsrat. Zu deren demokratischer Legitimation s. *Anna Gamper* Alte und neue Baustellen im Universitätsorganisationsrecht, in: Meinrad Handstanger/Benedikt Harzl/Stephan Hinghofer-Szalkay/Emma Lantschner/Elmar Pichl/Jürgen Pirker/Klaus Poier/Günther Rautz/Gabriel N. Tog-

bestellt und sind dem Senat nicht unmittelbar verantwortlich.¹⁵² Auch die Identität von verwaltetem Interesse und verkörperter Gemeinschaft ist bestenfalls partiell gegeben.¹⁵³

Die akademische Verwaltung ist in Österreich selbstverwaltungsähnlich ausgestaltet,¹⁵⁴ was die Universität ebenso wenig wie die Postulate „Stätten freier Forschung und Lehre“ in Art. 81c Abs. 1 B-VG und der „größtmöglichen Autonomie und Selbstverwaltung“ in § 1 UG¹⁵⁵ zu einem Selbstverwaltungskörper i.S.d. B-VG macht. Gerade weil es an Universitäten auch um die individuelle Ausübung eines „hochsensiblen Grundrechts“¹⁵⁶ in Kombination mit einer erheblichen Beanspruchung öffentlicher Haushalte geht, kann das Demokratieprinzip hinter die Notwendigkeit, checks and balances gegenüber einer einseitigen Durchsetzung des Mehrheitsprinzips einzuführen, zurücktreten.¹⁵⁷ Diese Problematik bewältigt das BVerfG¹⁵⁸

genburg/Hedwig Unger (Hrsg.) Law and Politics. Festschrift Joseph Marko, 2022, 1069 (1076 ff.).

¹⁵² Der Sen. kann gemäß § 23 Abs. 5 UG 2002 durch einen Antrag an den Universitätsrat an der Absetzung dieser Organe mitwirken; s.a. *Stöger* Universitäten (Fn. 150), 231; s. dazu auch die Bem. bei *Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger/Stefan L. Frank* Österreichisches Staatsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2014, 210: „Das UG 2002 hat die für Selbstverwaltungseinrichtungen essenzielle demokratische Binnenstruktur bis auf Spurenelemente reduziert.“ Diese Aussage trifft wohl auch dann zu, wenn man die „demokratischen Grundsätze“ als Verpflichtung zu einer gleichen Repräsentation versteht und auch ins Kalkül zieht, dass das allgemeine Universitätspersonal kein Träger von Forschung und Lehre ist. Zu den – auf den Gleichheitssatz gestützten – Bedenken gegenüber der disproportionalen Vertretung der Universitätsangehörigen im Sen. s. *Gamper* Baustellen (Fn. 151), 1092 ff. Zu Deutschland vgl. *Bumke* Universitäten (Fn. 144), 446 f.

¹⁵³ *Berka* in: *Kneihs/Lienbacher* (Fn. 144), Art. 81c B-VG Rn. 33. S. dazu auch *Kucsko-Stadlmayer* in: *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Fn. 145), Art. 81c B-VG Rn. 20.

¹⁵⁴ *Christoph Hofstätter* in: Arno Kahl/Lamiss Khakzadeh/Sebastian Schmid (Hrsg.) Bundesverfassungsrecht. B-VG und Grundrechte, 2021, Art. 81c B-VG Rn. 1; *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 102), 103; *Zellenberg* Selbstverwaltung (Fn. 25), 48. In Deutschland stellt sich diese Frage nicht, s. *Kahl* Deutschland (Fn. 13), § 74 Rn. 27 und 111; *Berka* in: *Kneihs/Lienbacher* (Fn. 144), Art. 81c B-VG Rn. 34; *Kucsko-Stadlmayer* in: *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Fn. 145), Art. 81c B-VG Rn. 20.

¹⁵⁵ Dazu *Manfred Novak* Universitäten, in: Bernd-Christian Funk/Werner Hauser/Manfred Novak/Beatrix Schwar/Roland Winkler/Dietmar Dragaric/Markus Grimberger/Stefan Huber/Alexander Kohler (Hrsg.) Handbuch des österreichischen Hochschulrechts, 2. Aufl. 2012, 127 (150).

¹⁵⁶ *Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation (Fn. 32), 381; *ders.* Verwaltungsrecht (Fn. 25), 95.

¹⁵⁷ In diesem Sinne spricht *Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation (Fn. 32), 382, denn auch davon, dass nicht demokratische Egalität der Mitwirkungschance, sondern grundrechtliche Differenziertheit ein verfassungsnotwendiges Organisationsgebot darstellt. Kritischer *Wendt* in: von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur (Fn. 32), Art. 5 Rn. 172; zu den checks and balances s.a. *Geis* Selbstverwaltung (Fn. 144), 578.

mit der Aussage, dass der Gesetzgeber, solange er ein hinreichendes Maß an organisatorischer Selbstbestimmung gewährleiste, frei sei, den Wissenschaftsbetrieb grundsätzlich nach seinem Ermessen zu regeln.¹⁵⁹ Je mehr und je grundlegender hingegen Entscheidungen sind, die der akademischen Selbstverwaltung entzogen sind, umso stärkere Mitwirkungsrechte der Vertretungsorgane müssen bestehen.¹⁶⁰ Solches Richterrecht hat in der Kasuistik des B-VG, das mit seiner Detailverliebtheit die Grundrechtsproblematik eher verdrängt, als sie zu artikulieren, keinen Platz: Die universitäre Selbstverwaltung, mag sie auch auf einer Spezialnorm beruhen, ist keine „sonstige Selbstverwaltung“ i.S.d. B-VG, diese Klarstellung hat die Nov. 2008 erbracht.¹⁶¹

V. Selbstverwaltung und verfasste Freiheit

Die verfasste Freiheit des Selbstverwaltungskörpers eröffnet mehrere Perspektiven: Erstens jene gegenüber Eingriffen staatlicher Organe, zweitens der Allgemeinheit gegenüber dem Selbstverwaltungskörper und drittens der in diesem Verfassten.

1. Die verfasste Freiheit des Selbstverwaltungskörpers

Auch Selbstverwaltungskörper können in Österreich Träger jener Grundrechte sein, die für sie ihrem und dem Wesen des betroffenen Grund-

¹⁵⁸ BVerfGE 111, 333 (333) zum Bbg. Hochschulgesetz.

¹⁵⁹ BVerfGE 111, 333 (355 f.); kritisch *Augsberg* Wissenschaftsverfassungsrecht (Fn. 144), 203, unter Hinweis darauf, dass aus der positiven Pflicht, eine wissenschaftsadäquate Organisation zu schaffen, negativ das Verbot geworden sei, eine Organisation zu schaffen, die Wissenschaft „strukturell“ beeinträchtige. Dies erinnert an die noch zu behandelnde (Kap. V. 3.) „Vertretbarkeitskontrolle“ der Sachlichkeit und Effizienz von Organisationsänderungen der Selbstverwaltung; kritisch auch *Wendt* in: von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur (Fn. 32), Art. 5 Rn. 172; *Michael Antoni* in: Amadeus Wolff/Dietmar Hömig (Hrsg.) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 34; kritisch *Max-Emanuel Geis* Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), 364 (393 f.), der davon spricht, dass dem Gesetz ein nahezu unbegrenzter Gestaltungsspielraum in Organisationsfragen zugewilligt werde, solange die freie wissenschaftliche Betätigung nicht strukturell gefährdet werde. Zur Entwicklung der Universitätsverfassung in Deutschland s. *Klenk* Modernisierung (Fn. 25), 72 ff.

¹⁶⁰ BVerfGE 136, 338 (365 Rn. 68); zustimmend *Wendt* in: von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur (Fn. 32), Art. 5 Rn. 173; *Antoni* in: Wolff/Hömig (Fn. 159), Art. 5 Rn. 34.

¹⁶¹ Damit wird auch der Befund von *Wiederin* Probleme (Fn. 100), 239, wonach die Regeln des B-VG über die sonstige Selbstverwaltung als geschriebenes Recht härter und geradliniger sein mögen „als der mäandernde Fluss der Judikatur“, bestätigt.

rechts nach in Frage kommen.¹⁶² Das BVerfG verneint dagegen mit wenigen Ausnahmen ihre Grundrechtsfähigkeit,¹⁶³ weil sie Teil der Staatsverwaltung seien. Universitäten und Hochschulen können sich nach wohl herrschender, aber nicht unumstrittener Meinung in Deutschland¹⁶⁴ wie in Österreich auf die Wissenschaftsfreiheit berufen.¹⁶⁵

Über ein Recht auf Existenz verfügt der Selbstverwaltungskörper nicht. Es obliegt weitgehend dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, die Zahl der Selbstverwaltungskörper und ihre Aufgaben festzulegen.¹⁶⁶ Vorgaben machen jedoch in Österreich das Sachlichkeitsgebot,¹⁶⁷ gerade auch in Zusammenhang mit dem Prinzip

¹⁶² Demnach kann der Selbstverwaltungskörper über keine politischen Grundrechte verfügen oder solche, die typischerweise mit einer natürlichen Person verbunden sind, wie der Schutz vor Folter oder der Schutz der persönlichen Freiheit. S. näher *Walter Berka/Christina Binder/Benjamin Kneihs* Die Grundrechte, 2. Aufl. 2019, 121 ff., sowie in Bezug auf Sozialversicherungsträger ebd., 121. Zur Grundrechtsberechtigung von Sozialversicherungsträgern in Österreich vgl. VfSlg. 17.172/2004 unter Verweis auf VfSlg. 10.451/1985; 10.779/1986; s. *Berka/Binder/Kneihs* ebd., 124. Eingehend differenzierend *Walter Berka* in: Benjamin Kneihs/Georg Lienbacher (Hrsg.) Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 2022, Vorbemerkung StGG Rn. 57 ff. (2001); *Gabriele Kucsko-Stadlmayer* Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: HGR VII/1, 2. Aufl. 2014, § 3, Rn. 30 f.

¹⁶³ Zu Sozialversicherungsträgern etwa BVerfGE 21, 362 (369 ff.); 39, 302 (312 ff.); s. *Reit* Determinanten (Fn. 8), 768; *Ulrich Becker* Grundrechtsberechtigung juristischer Personen (Art. 19 Abs. 3 GG), Jura 2019, 496 (503 ff.). *Barbara Remmert* in: Günther Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.) GG III, 2022, Art. 19 Abs. 3 Rn. 43 ff. (2009); *Christian Ernst* in: Ingo von Münch/Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 75 ff.

¹⁶⁴ Vgl. *Wendt* in: von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur (Fn. 32), Art. 5 Rn. 171. Auf Landesverfassungsebene finden sich zahlreiche Erg. des Grundrechts, insbesondere in Bezug auf akademische Selbstverwaltungsgarantien. S. die Nachweise bei *Gärditz* in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 32), Art. 5 Abs. 3 Rn. 36 ff.

¹⁶⁵ Ablehnend *Kröll* in: Kneihs/Lienbacher (Fn. 144), Art. 17 StGG Rn. 86; *Berka/Binder/Kneihs* Grundrechte (Fn. 162), 702, sprechen diese Frage nicht direkt an, aus dem Kontext geht aber hervor, dass sich der persönliche Schutzbereich des Grundrechts wohl nicht auf juristische Personen erstreckt. Bejahend dagegen *Anna Gamper* in: Arno Kahl/Lamiss Khakzadeh/Sebastian Schmid (Hrsg.) Bundesverfassungsrecht. B-VG und Grundrechte, 2021, Art. 17 StGG Rn. 5.

¹⁶⁶ *Wiederin* Probleme (Fn. 100), 240 f.; *Stefan Huster* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 111.1; s. zu Österreich *Tessar* Organisationsprinzipien (Fn. 71), 725. Davon zu unterscheiden ist freilich die Rechtslage in der kommunalen Selbstverwaltung.

¹⁶⁷ So schon in VfSlg. 8215/1977, worin – bezeichnenderweise – die Sachlichkeit nicht weiter geprüft wurde, da derartige Bedenken nicht geltend gemacht wurden. Zutreffend daher die Anm. von *Klecatsky/Morscher* Bundesverfassungsrecht (Fn. 86), 292, wonach das Erk. keine Hinweise erkennen lässt, welche Folgerungen sich aus dem Gebot der Sachlichkeit ergeben. S. dazu auch *Heinz Peter Rill* Staatsaufgaben aus rechtlicher und rechts-

der Verhältnismäßigkeit,¹⁶⁸ und das Effizienzprinzip.¹⁶⁹ Wenn die einfache Gesetzgebung entgegen diesen Grundsätzen keinen Selbstverwaltungskörper etabliert¹⁷⁰ und die Angelegenheit in staatlicher Verwaltung führt oder

politischer Sicht, in: Michael Potacs/Paolo Rondo-Brovetto (Hrsg.) Beiträge zur Reform der Kärntner Landesverwaltung, 2001, 9 (22 f.), der sich vor dem Hintergrund einer von der damaligen österreichischen BReg eingesetzten Aufgabenreformkommission kritisch mit der Frage auseinandersetzt, wie groß das Entlastungspotenzial des Staates bei Übertragung von Aufgaben auf einen Selbstverwaltungskörper ist.

¹⁶⁸ Kluth Marktparadigma (Fn. 91), 373. Das gilt auch für die kommunale Selbstverwaltung, gerade auch in Zusammenhang mit Gemeindefusionen.

¹⁶⁹ Erstmals für die Selbstverwaltung judiziert in VfSlg. 17.023/2003, im Grundsatz bestätigt in VfSlg. 20.361/2019. Die Effizienz im Verständnis des österreichischen Bundesverfassungsrechts ist nach den Teilkriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu bestimmen (vgl. Maria Bertel Das Effizienzprinzip der österreichischen Bundesverfassung, Habilitationsmanuskript 2021, 204). Wie Bertel ebd., 205, nachweist, unterscheidet sich dieses Verständnis nicht wesentlich von der in der deutschen Literatur vertretenen Auffassung. Das Effizienzprinzip ist in den Bestimmungen des B-VG über die sonstige Selbstverwaltung in Art. 120b Abs. 1 S. 2 B-VG zum einen insoweit explizit angesprochen, als dem Gesetzgeber erlaubt wird, eine Aufsicht über den Selbstverwaltungskörper auch im Hinblick auf die Kontrolle der Zweckmäßigkeit einzurichten (vgl. Bertel ebd., 249; Harald Stolzlechner in: Benjamin Kneih/Georg Lienbacher [Hrsg.] Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 2022, Art. 120b B-VG Rn. 31 [2010]). Dazu kommt, dass die Selbstverwaltungskörper der Kontrolle des RH unterliegen und damit auch den Prüfungsmaßstäben des Art. 126b Abs. 5 B-VG, nämlich den Kriterien der ziffermäßigen Richtigkeit, Rechtmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit. Damit in Einklang stehend bestimmt Art. 120c Abs. 2 B-VG, dass eine sparsame und wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben der Selbstverwaltungskörper nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen sicherzustellen ist (Bertel ebd., 250; Harald Stolzlechner in: Benjamin Kneih/Georg Lienbacher [Hrsg.] Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 2022, Art. 120c B-VG Rn. 24 [2010]). Wie Bertel ebd., 251, ausführt, ergibt sich daraus aber kein eigenständiger Kontrollmaßstab; Berka Ausgestaltung (Fn. 31), 69. In Zusammenhang mit der Effizienz wird auch von der funktionsgerechten Organisationsstruktur gesprochen (vgl. Eberhard Selbstverwaltung [Fn. 2], 311; Thomas Müller Zur Verfassungskonformität der Bestimmungen über den Dachverband der Sozialversicherungsträger, in: Walter Berka/Thomas Müller/Felix Schörghofer [Hrsg.] Die Neuorganisation der Sozialversicherung in Österreich. Verfassungsrechtliche Grundprobleme, 2019, 107 [114]). Zum Erfordernis einer besonderen sachlichen Rechtfertigung der Einrichtung eines Selbstverwaltungskörpers in Deutschland s. Böckenförde Demokratie (Fn. 25), § 24 Rn. 34. Dass die Verfassung auf die Effizienz ihrer Strukturen angelegt ist, führt Peter Häberle Effizienz und Verfassung, AöR 1973, 625 (631), aus. Ablehnend gegenüber dem Gedanken, aus dem GG eine Verpflichtung des Gesetzgebers zu entnehmen, bei der Ausgestaltung der Staatsorganisation dem Effizienzprinzip Rechnung zu tragen, Horst Eidenmüller Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, 449.

¹⁷⁰ Ein solches Ergebnis ist wohl nur in Ausnahmefällen denkbar, worauf auch Walter Krebs Verwaltungsorganisation, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 83, hinweist. S.a. Schmidt-Aßmann Prinzip (Fn. 75), 264. Dies gilt auch vor dem Hintergrund der Art. 120a bis 120c B-VG.

eben gar nicht regelt, kann dies der potentielle, aber nicht existente Selbstverwaltungskörper nicht aufgreifen.¹⁷¹

Errichtet der Gesetzgeber aber einen Selbstverwaltungskörper, verfügt dieser nach Art. 120b Abs. 1 B-VG über ein Recht auf Selbstverwaltung.¹⁷² Dieses Recht ist nach herrschender Dogmatik insoweit begrenzt, als er kein Recht auf ungestörten Bestand hat, allerdings müssen sich Eingriffe an den zuvor genannten Kriterien messen lassen.¹⁷³ Dies gilt im Übrigen nicht nur für die funktionale, sondern auch für die territoriale Selbstverwaltung.¹⁷⁴

2. Die Perspektive der Allgemeinheit gegenüber dem Selbstverwaltungskörper

Der Allgemeinheit (und ihren Behörden) dürfen nicht Aufgaben durch Übertragung auf einen Selbstverwaltungskörper entzogen werden, obwohl das Interesse der Allgemeinheit gegenüber dem Partikularinteresse überwiegt.¹⁷⁵ Nicht jede Aufgabe eignet sich demnach dazu, sie der Selbst-

¹⁷¹ In diesem Sinne wohl auch *Salzwedel* Staatsaufsicht (Fn. 10), 209. Daneben würde sich auch die Frage stellen, welches Gesetz der VfGH überhaupt aufheben könnte, denn „[w]o nichts vorhanden ist, kann aber auch nichts aufgehoben werden“ (*Jakob A. Egger* Untätigkeit im öffentlichen Recht, 2020, 155).

¹⁷² *Zellenberg* Selbstverwaltung (Fn. 103), 158; *Rainer Palmstorfer* in: Arno Kahl/Lamiss Khakzadeh/Sebastian Schmid (Hrsg.) Bundesverfassungsrecht. B-VG und Grundrechte, 2021, Art. 120 B-VG Rn. 1, beruft sich auf VfSlg. 18.946/2009, wo dies m.E. nicht so klar zum Ausdruck gebracht wird.

¹⁷³ Dies ergibt sich daraus, dass Selbstverwaltungskörperschaften „Zweckschöpfungen des Staates“ sind und deshalb „von Hause aus naturgemäß keine Handlungsfreiheit gegenüber dem Staat“ haben (*Salzwedel* Staatsaufsicht [Fn. 10], 209). Zur Sozialversicherung s. *Reit* Determinanten (Fn. 8), 768; *Walter Berka* Zur Reform der Beitragsverwaltung in der gesetzlichen Sozialversicherung, in: ders./Thomas Müller/Felix Schörghofer (Hrsg.) Die Neuorganisation der Sozialversicherung in Österreich. Verfassungsrechtliche Grundprobleme, 2019, 157 (165). Zu den Universitäten s. *Gärditz* in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 32), Art. 5 Abs. 3 Rn. 280; BVerfGE 139, 148 (181 Rn. 63); *Antoni* in: *Wolff/Hömig* (Fn. 159), Art. 5 Rn. 34. Zur Hochschulautonomie in der Schweiz s. *Hänni* in: *Waldmann/Belser/Epiney* (Fn. 32), Art. 63a Rn. 19; *Tessar* Organisationsprinzipien (Fn. 71), 725; *Berka* in: *Kneihs/Lienbacher* (Fn. 144), Art. 81c B-VG Rn. 36. Es gibt daher auch kein über Art. 5 Abs. 1 und 3 GG hinausreichendes Gebot zur Bildung bzw. Erhaltung von Selbstverwaltungskörpern (*Krebs* Verwaltungsorganisation [Fn. 170], § 108 Rn. 83).

¹⁷⁴ VfSlg. 19.894/2014; BVerfGE 50, 50 (50); 86, 90 (107); s.a. *Veith Mehde* in: *Günther Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz* (Hrsg.) GG III, 2022, Art. 28 Abs. 2 Rn. 41 (2012).

¹⁷⁵ BVerfGE 33, 125 (158); 130, 76 (123 ff.); 135, 155 (222 f. Rn. 158); 136, 194 (263 Rn. 169). *Unruh* Demokratie (Fn. 11), 539; *Oebekke* Legitimation (Fn. 14), 353; *Hans Dieter Jarass* in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.) GG, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 12; *Grzeszick* in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 25), Art. 20 Rn. 178; *Böckenförde* Demokratie (Fn. 25), § 24

verwaltung zuzuweisen.¹⁷⁶ Dies könnte anhand des Subsidiaritätsprinzips geprüft werden, gerade auch weil das bürokratisch-technische Modell der Verwaltung zunehmend durch Konzepte der Selbstregulierung abgelöst wird.¹⁷⁷ Allerdings ist das Subsidiaritätsprinzip kein verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, es könnte allenfalls im Rahmen der Sachlichkeitsprüfung fruchtbar gemacht werden.

Das BVerfG trägt vielmehr dem Gesetzgeber auf, nicht gegen den Grundgedanken „autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits“ zu verstoßen.¹⁷⁸ Selbstverwaltung verlangt ein dominierendes Element der Selbstbetroffenheit der Mitglieder.¹⁷⁹ Auch dieses Kriterium verhindert nicht, dass die Übergänge zwischen der Wahrnehmung des Allgemeininteresses und der im Selbstverwaltungskörper vereinigten Partikularinteressen zuweilen verschwimmen.¹⁸⁰ Dies betrifft etwa die Sozialversicherung, wie sie in Deutschland und Österreich organisiert ist.¹⁸¹ Wenn die Auswirkungen ihres Handelns nicht auf den Kreis der Gemeinschaft beschränkt bleiben, von der sie konstituiert wird, also wenn beispielsweise staatliche Zuschüsse erforderlich sind, weil der Selbstverwaltungskörper seine Leistungen nicht vollständig finanzieren kann, ist diese Kongruenz freilich nicht mehr gewahrt.¹⁸² Die Rechtsprechung des VfGH zeigt auch hier vergleichsweise wenig Konturen.

Rn. 34; *Rainer Palmstorfer* in: Arno Kahl/Lamiss Khakzadeh/Sebastian Schmid (Hrsg.) Bundesverfassungsrecht. B-VG und Grundrechte, 2021, Art. 120a B-VG Rn. 4.

¹⁷⁶ *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 8), 356; *Musil* Bundesverfassungsgericht (Fn. 111), 120.

¹⁷⁷ S.a. *Eberhard* Selbstverwaltung (Fn. 2), 443; *Teubner* Polykorporatismus (Fn. 108), 360 ff. zum Polykorporatismus; *Kleinhenz* Systemvergleich (Fn. 70), 8.

¹⁷⁸ BVerfGE 107, 59 (93).

¹⁷⁹ *Musil* Bundesverfassungsgericht (Fn. 111), 120. In diesem Sinne stellt Art. 120a Abs. 1 B-VG klar, dass ein „überwiegendes gemeinsames Interesse“ der Mitglieder des präsumtiven Selbstverwaltungskörpers vorliegen muss.

¹⁸⁰ *Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrecht (Fn. 25), 96. S.a. *Reit* Determinanten (Fn. 8), 775.

¹⁸¹ In diesem Sinne auch *Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrecht (Fn. 25), 96. In der Schweiz wird die Sozialversicherung von Anstalten öffentlichen Rechts, die jedoch nicht als Selbstverwaltungskörper organisiert sind, besorgt. Hingegen sieht *Salzwedel* Staatsaufsicht (Fn. 10), 236, die Sozialversicherungen als gesellschaftliche Selbstverwaltung, indem sie „im Wettstreit um die besten Leistungsapparaturen, Verwaltungen, Krankenhäuser, Sonderstationen, Rehabilitationsstätten, Forschungsinstitute bauen oder finanzieren“.

¹⁸² *Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrecht (Fn. 25), 263. Auf diese Problematik weist auch *Eva M. Welskop-Deffaa* Partizipation und Responsivität. Zum Ausbau sozialpartnerschaftlicher Selbstverwaltung in den Sozialversicherungen, in: Stephan Rixen/Eva M. Welskop-Deffaa (Hrsg.) Zukunft der Selbstverwaltung. Responsivität und Reformbedarf, 2015, 69 (70), hin.

3. *Das liberale Selbst versus den Selbstverwaltungskörper*

Die liberale Perspektive verlangt, die Grundrechtsposition der Betroffenen gegenüber dem Selbstverwaltungskörper zu akzentuieren: Die Selbstverwaltung kann nämlich auch eine Gefahr für die autonome gesellschaftliche Grundrechtsbetätigung der Individuen sein.¹⁸³ Der Staat darf etwa nicht die Vertretung gesellschaftlicher Interessen durch Selbstverwaltungskörper monopolisieren und damit die Vereinsfreiheit ausschalten¹⁸⁴ oder Betätigungsschranken umgehen und Religionsgemeinschaften schaffen.¹⁸⁵

Es gibt auch ein in Österreich aus dem Gleichheitssatz und der Eigentumsfreiheit,¹⁸⁶ in Deutschland aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG¹⁸⁷ abzuleitendes Grundrecht der potentiell Verfassten gegenüber dem Gesetzgeber vor „unnötiger“ Einbeziehung in einen Selbstverwaltungskörper.¹⁸⁸ Konkretisiert wird dies im Wesentlichen über die Verhältnismäßigkeitsprüfung, in Deutschland etwa über den Grundsatz

¹⁸³ *Welan/Gutknecht* Selbstverwaltung (Fn. 28), 395. S.a. *Pernthaler* Probleme (Fn. 82), 45 f., der unter Bezugnahme auf *Welan/Gutknecht* den Unterschied zwischen Staat (Selbstverwaltung) und freien Verbänden betont. Letztere sind freie Schöpfungen der Bürger, Selbstverwaltungskörper sind Schöpfungen des Staates (so schon *Salzwedel* Selbstverwaltung [Fn. 23], 8; *Funk* Zwangsmitgliedschaft [Fn. 80], 232). Insoweit lässt sich freilich bei der universitären Selbstverwaltung auf der Basis deutscher Dogmatik die Auffassung vertreten, dass sich ihre besondere Legitimation bereits aus dem von ihr verwirklichten Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit ergibt (vgl. *Paul Kirchhof* Mittel staatlichen Handelns, in: *HSStR V*, 3. Aufl. 2007, § 99 Rn. 48, wonach das geltende Recht diese Form von Selbstverwaltung fordert; s. ebd., Rn. 127).

¹⁸⁴ *Welan/Gutknecht* Selbstverwaltung (Fn. 28), 403; *Oebekke* Legitimation (Fn. 14), 353. In diesem Sinne auch *Funk* Zwangsmitgliedschaft (Fn. 80), 234.

¹⁸⁵ *Oebekke* Legitimation (Fn. 14), 353.

¹⁸⁶ Vgl. *Stolzlechner* Gedanke (Fn. 78), 371.

¹⁸⁷ *S. BVerfGE* 146, 164 (196 Rn. 81); *Winfried Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, *Die Verwaltung* 35 (2002), 349 (353); *Bieback* Selbstverwaltung (Fn. 111), 12. Freilich spricht auch der VfGH in Zusammenhang mit der Sterbehilfe (VfSlg. 20.433/2020) von einem aus der Bundesverfassung abzuleitenden Recht auf freie Selbstbestimmung.

¹⁸⁸ Das ist die andere Seite des oben unter Kap. V. 1. erwähnten Grundsatzes, dass bei der Einrichtung oder eben Nicht-Einrichtung eines Selbstverwaltungskörpers das Sachlichkeitsgebot und das Effizienzprinzip zu beachten sind. Die Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG) gewinnt gegenüber den hier angeführten Grundrechten keine eigenständige Bedeutung: Die Zulässigkeit des Eingriffs in die Freiheit der Erwerbsbetätigung (wenn denn eine verpflichtende Mitgliedschaft in einer Kammer überhaupt als ein derartiger Eingriff qualifiziert wird) wird letztlich an der Sachlichkeit gemessen. Zur deutschen Diskussion s.a. *Kluth* Marktparadigma (Fn. 91), 4, hier allerdings auf Art. 9 Abs. 1 GG bezogen. Immerhin wird man aus den Gewährleistungen der Erwerbsfreiheit in Österreich, Deutschland und der Schweiz (Art. 31 BV 1874, Art. 27 BV) das Verbot einer Zunftorganisation ableiten können, die es also dem Selbstverwaltungskörper anheimstellt, wer die Erwerbsbetätigung ausüben darf. Für Österreich s. *Berka/Binder/Kneihls* Grundrechte (Fn. 162), 475. Zur historischen Bedeutung der Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz *Klaus A. Vallender* in:

angemessener Interessenberücksichtigung und das Verbot der Privilegierung von Sonderinteressen.¹⁸⁹

Worin die Grenzen der Sachlichkeit liegen, darüber hat sich die österreichische Judikatur bisher weitgehend ausgesprochen.¹⁹⁰ Genauso bleibt das Effizienzprinzip Schimäre, wenn etwa der VfGH zur Organisationsreform der Sozialversicherungen ausführt,¹⁹¹ dass es „prinzipiell im Rahmen des rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes des einfachen Gesetzgebers [liegt], eine ihm als rechtspolitisch zweckmäßig erscheinende Reform vorzunehmen [...], ohne hierfür in jedem Fall einen äußeren, spezifischen ‚sachlichen Anlass‘ zu benötigen“.

Zwar führt der VfGH unter Verweis auf VfSlg. 17.023/2003 aus, dass es dem Gesetzgeber infolge des Effizienzprinzips „als einer besonderen Ausprägung des Sachlichkeitsgebotes“¹⁹² obliege, „Selbstverwaltungskör-

Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.) Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 27 Rn. 1.

¹⁸⁹ S. dazu BVerfGE 107, 59 (92 f.), wonach der Gesetzgeber das Ziel verfolgen darf, „einen sachgerechten Interessenausgleich zu erleichtern, und so dazu bei[zu]tragen, dass die von ihm beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht werden [...]“ (Verweis auf BVerfGE 37, 1 [26 f.]). *Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 25), Art. 20 Rn. 178. BVerfGE 107, 59 (100 f.). Im (nach einer anderslautenden Entscheidung wiederaufgenommenen) Verfahren StGH 1985/11 vor dem Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein wurde die Pflichtmitgliedschaft in der Gewerbe- und Wirtschaftskammer des Fürstentums als verfassungskonform bestätigt, weil ein hinreichendes öffentliches Interesse und die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 36 der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein) bejaht wurden. Die Vereinsfreiheit wurde als nicht tangiert erachtet. In StGH 2003/48 wurde hingegen eine andere Beurteilung vorgenommen und die Pflichtmitgliedschaft als verfassungswidrig aufgehoben. Insbesondere erblickte der Staatsgerichtshof kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Zwangsmitgliedschaft (Erw. 5.2.4). Der Staatsgerichtshof verweist zur Begründung seiner Auffassung auch auf BVerfGE 38, 281 ff., wo das BVerfG allerdings zu einem anderen Ergebnis gelangt.

¹⁹⁰ So schon *Klecatsky/Morscher* Bundesverfassungsrecht (Fn. 86), 292. Zur erforderlichen strengeren Prüfung der Sachlichkeit von Ausgliederungen s. *Rill* Staatsaufgaben (Fn. 167), 25.

¹⁹¹ VfSlg. 20.361/2019, Erw. 2.1.3.2. In diesem Sinne aber auch BVerfGE 10, 89 (102) – Erftverband, wo auf die Wahrnehmung „legitimer öffentlicher Aufgaben“ abgestellt wird und es Sache des „gesetzgeberischen Ermessens“ sei, zu entscheiden, welche Aufgaben der Staat durch für einen bestimmten Zweck gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften wahrnehme. Vgl. *Bertel* Effizienzprinzip (Fn. 169), 434: „Wie stark die Bindungen an das Effizienzprinzip in der Gesetzgebung sind, insbesondere, ob sich aus dem Handlungsgrund im gegebenen Fall ein bindender Handlungsauftrag ableitet, bleibt vage, weil das Effizienzprinzip vage ist.“ Dem kann entgegengehalten werden, dass nicht das Effizienzprinzip vage ist, sondern die Vertretbarkeitskontrolle des VfGH und seine Scheu, Effizienz tatsächlich zu prüfen.

¹⁹² So die Diktion in VfSlg. 17.023/2003, Erw. 2.2.5. Lediglich angemerkt werden soll an dieser Stelle die Diskussion, ob das aus dem Grundrecht auf Gleichheit abgeleitete Sachlichkeitsgebot auf Sachverhalte angewendet werden kann, die mit der persönlichen

per gemessen an den ihnen übertragenen Aufgaben zweckmäßig, d.h. so zu gestalten, dass eine diesen Grundsätzen entsprechende Verwaltungsführung gewährleistet ist“.¹⁹³ Die Prüfung der Einhaltung der Effizienz, die in Abkehr von der „Ausgliederungsrechtsprechung“ nur noch Teil des Sachlichkeitsgebotes ist, reduziert der VfGH auf eine Vertretbarkeitskontrolle,¹⁹⁴

Rechtsgleichheit bzw. dem Verbot ungerechtfertigter Differenzierung nicht viel gemeinsam haben. Die Rechtsprechung des VfGH scheint dies zu bejahen, ohne das Thema explizit zu relevieren (vgl. *Berka Organisationsreform* [Fn. 119], 4; *Wiederin Probleme* [Fn. 100], 241; *Magdalena Pöschl Gleichheitsrechte*, in: HGR VII/1, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 40). *Berka* in: *Kneihs/Lienbacher* (Fn. 162), Rn. 59, argumentiert zutreffend, dass der Gleichheitssatz ein umfassender verfassungsrechtlicher Maßstab für staatliches Handeln sei und daher auch auf die Staatsorganisation anwendbar ist.

¹⁹³ Die Aussage des VfGH in VfSlg. 20.361/2019, Erw. 2.1.3.3, wonach „der Verfassungsgerichtshof [...] nicht zu finden [vermag], dass die Zusammenführung von neun länderspezifisch eingerichteten Gebietskrankenkassen zu einer bundesweiten Gesundheitskasse zwangsläufig zur Folge hätte, dass eine zweckmäßige und effiziente Verwaltungsführung nicht mehr gewährleistet wäre“, rundet dieses Bild nicht nur ab, sondern zeigt angesichts eines späteren Berichts des RH, wonach die erwarteten Einsparungen gerade nicht stattgefunden haben, auf, dass die Prognosen, auf welche der Gesetzgeber seine Entscheidung gegründet hat, wenig hinterfragt werden. S.a. die Wiedergabe der maßgeblichen Entscheidungsgründe bei *Bertel Effizienzprinzip* (Fn. 169), 269 f.

¹⁹⁴ Im „Austro-Control-Erk.“ des VfGH (VfSlg. 14.473/1996) wurde ausgesprochen, dass sowohl (!) dem Sachlichkeitsgebot wie auch dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot entsprochen werden müsse (vgl. dazu *Ewald Wiederin Öffentliche und private Umweltverantwortung – Verfassungsrechtliche Vorgaben*, in: Österreichischer Wasser- und Abfallwirtschaftsverband [Hrsg.] *Staat und Privat im Umweltrecht. Österreichische Umwelttage 2000*, 2000, 75 [83]; *Bertel Effizienzprinzip* [Fn. 169], 256 ff.). Wie von *Bertel* ebd. nachgewiesen, wird das Effizienzprinzip in der Judikatur eher formelhaft angesprochen, denn niemals konkret auf seine Einhaltung durch den Gesetzgeber nachgeprüft. In der Praxis erweisen sich diese Prüfungskriterien kaum jemals als justiziable Vorgaben (s. dazu auch *Peter Bußjäger Organisationsrechtliche Rahmenbedingungen einer Verwaltungsreform aus Sicht des Verfassungsrechts*, in: Michael Potacs/Paolo Rondo-Brevetto [Hrsg.] *Beiträge zur Reform der Kärntner Landesverwaltung*, 2001, 81 [93]). Auch in Zusammenhang mit solchen Ausgliederungen wurde von Vertretbarkeitskontrolle gesprochen (dazu *Bußjäger* ebd., 94, unter Verweis auf *Karl Korinek Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung*, ÖZW 2000, 46 [49]; *Stephan Korinek Ausgliederung – Privatisierung – Beleihung*, ZfV 1998, 296 [297]); zur Kritik an dieser bloßen Vertretbarkeitskontrolle s.a. *Rill Staatsaufgaben* (Fn. 167), 25. Die niedrige Kontrolldichte wird auch daran sichtbar, dass dem VfGH zufolge „auch unvollständige, in sich widersprüchliche oder nicht nachvollziehbare Gesetzesmaterialien oder solche Angaben in der bloß einfachgesetzlich vorgesehenen (§ 17 Bundeshaushaltsgesetz) ‚wirkungsorientierten Folgenabschätzung‘ keine Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, auf das sie Bezug haben, zur Folge haben“ (*Bertel* ebd., 270). *Bertel* ebd., 440, spricht in diesem Zusammenhang von „Exzesskontrolle“. *Wiederin Probleme* (Fn. 100), 241, vertritt daher die Auffassung, dass die Beurteilung von Sachlichkeit und Effizienz der Verwaltungsorganisation besser vom Gesetzgeber denn vom VfGH wahrzunehmen ist.

welche im Ergebnis auch das BVerfG verlangt.¹⁹⁵ Daran ändert auch nichts, dass der VfGH in VfSlg. 17.023/2003 die Einhaltung des Effizienzgebotes bei der Schaffung (und Organisationsreform) von Selbstverwaltungskörpern mit jener bei der Vornahme von Ausgliederungen aus der Verwaltung vergleicht: Hier wie dort wurde noch kein einziger Akt des Gesetzgebers wegen Verletzung der Effizienz aufgehoben, auch wenn sich ex post in vielen Fällen die vorgebliche Effizienz mehr als zweifelhaft erwiesen hat.¹⁹⁶ Insoweit erscheint der Ansatz des BVerfG, das „vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Effektivitätssteigerung“ als „ein[en] im Rahmen des Demokratieprinzips zulässigen Zweck“ zu betrachten,¹⁹⁷ womit das gesetzte Ziel, aber nicht die Zielerreichung den Selbstverwaltungskörper legitimiert, konsequenter.

Im Ergebnis können die durch die Pflichtmitgliedschaft Verfassten zwar im Wege des Sachlichkeitsgebots die Effizienz sowohl der Schaffung eines Selbstverwaltungskörpers wie auch seiner Beseitigung oder Verschmelzung mit einem anderen prüfen lassen, unterliegen jedoch einer Art faktischer

¹⁹⁵ Vgl. etwa BVerfGE 10, 89 (102) – Erftverband –, wonach es „Sache des gesetzgeberischen Ermessens“ ist, zu entscheiden, welche Aufgaben der Staat nicht durch seine Behörden, sondern durch eigens gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften erfüllt. Es wird lediglich die Ermessensüberschreitung geprüft. „Ob die Wahl der Organisationsform zweckmäßig oder notwendig war, hat das Bundesverfassungsgericht also nicht zu prüfen.“ In BVerfGE 107, 59 (85 ff.) – Emscherverband/Lippeverband – läuft die Willkürprüfung auf dasselbe Ergebnis hinaus, indem sich eine „offenkundige Zweckuntauglichkeit [...] noch nicht feststellen [lässt]“, vgl. BVerfGE 107, 59 (100). S.a. *Bertel* Effizienzprinzip (Fn. 169), 256, wonach im Bereich der Organisation von Selbstverwaltungskörpern das Effizienzprinzip als Teil des Sachlichkeitsgebots verstanden wird.

¹⁹⁶ S. hier das Beispiel der Austro Control bei *Bußjäger* Rahmenbedingungen (Fn. 194), 94; neuerdings die Kritik im Rohbericht des RH an der Organisationsreform der Sozialversicherungen (<<https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2153328-Aus-Einsparungen-fuer-Patientenmilliarde-wurden-215-Millionen-Mehrkosten.html>> [Stand 22.9.2022]); zur Kritik an der ineffizienten Organisationsstruktur *Müller* Verfassungskonformität (Fn. 169), 119. S.a. *Bertel* Effizienzprinzip (Fn. 169), 433 f., die davon spricht, dass das Effizienzprinzip einen Handlungsmaßstab für den Gesetzgeber bilde. Freilich hat der VfGH in einem jüngeren Prüfungsbeschluss (VfGH 29.9.2022, V 139/2022, G 108/2022) Zweifel geäußert, ob die Gewährung von COVID-Hilfen durch einen ausgegliederten Rechtsträger im konkreten Fall dem Effizienzgebot entspricht. Ein Erk. dazu liegt zum Zeitpunkt der Ablieferung des Manuskripts nicht vor.

¹⁹⁷ Vgl. BVerfGE 107, 59 (99). Nicht übersehen werden darf, dass die Selbstverwaltung mitunter auch deshalb mit einem Effizienzproblem zu kämpfen hat, gerade weil es sich um eine Exemption von der staatlichen Verwaltung handelt, s. dazu *Hendler* Prinzip (Fn. 15), § 143 Rn. 72, der darauf hinweist, dass sich die „Selbstverwaltung mit Kategorien administrativ-technischer Effizienz nur sehr unvollständig erfassen lässt“. Freilich nimmt auch das BVerfG eine Erforderlichkeitsprüfung bei der Pflichtmitgliedschaft im Selbstverwaltungskörper vor, vgl. dazu BVerfGE 38, 281 (301).

Beweislastumkehr: Es gilt eine Art Vermutung der Effizienz, deren Nichtvorliegen erst nachzuweisen ist.¹⁹⁸

Somit stellt sich in der österreichischen Praxis lediglich die Frage, ob ein sachlicher Grund¹⁹⁹ gegen die Einrichtung eines Selbstverwaltungskörpers bzw. dessen Umbau spricht, und nicht, ob ein sachliches Erfordernis („Notwendigkeit“) als Rechtfertigungsgrund vorliegt.²⁰⁰ Zu Recht wurde

¹⁹⁸ Strukturell nicht anders geht der VfGH bei der Beurteilung der Verfassungskonformität von Gemeindefusionen vor: Der VfGH hat demnach „alleine die Frage zu beurteilen, ob die vom Gesetzgeber vorgesehene Gemeindegliederung für sich genommen sachlich ist. Dementsprechend ist es nicht seine Aufgabe, zu untersuchen, ob alternative Festlegungen zweckmäßiger gewesen wären oder bessere Auswirkungen gehabt hätten“ (VfSlg. 19.894/2014, Erw. 2.3.1). Dabei kommt es ausschließlich auf den Zeitpunkt der Erlassung des Gesetzes an (Erw. 2.3.3.1). In diesem Sinne auch *Korinek* Bedingungen (Fn. 194), 49, der davon spricht, „dass dieser Kontrollmaßstab ein sehr weitmaschiger ist“ und dem Gesetzgeber daher „ein nicht unbeträchtlicher Einschätzungs- und Prognosespielraum zugebilligt werden“ müsse. S.a. *Korinek* Ausgliederung (Fn. 194), 297. Demgegenüber verlangt *Berka* Reform (Fn. 173), 173, dass der Gesetzgeber die Beweislast zu tragen hat, woraus sich ergeben soll, dass „der Reformgesetzgeber daher Effizienzgewinne nicht nur nachhaltig zu behaupten [hat]“, sondern sie „in nachvollziehbarer Weise dargestellt werden [müssen]“. Es ist bemerkenswert, wie leichtfertig sich der VfGH über die Kritik etwa bei *Berka* ebd., 182 ff., zur Übertragung der Beitragseinhebung der KrV durch die Träger der KrV an die Finanzverwaltung hinweg gesetzt hat. S. dazu auch die Ausführungen von *Tessar* Organisationsprinzipien (Fn. 71), 1038 f., der jedoch der Praxis der VfGH-Rechtsprechung größere Kontrolldichte zubilligt, als tatsächlich stattfindet. Die Prüfung der von ihm verlangten Auseinandersetzung mit möglichen Alt. zur Ausgliederung bzw. dem Selbstverwaltungskörper findet in der Praxis ja nicht statt.

¹⁹⁹ Einen zwingenden Grund für die Pflichtmitgliedschaft etwa in Kammern zu finden, ist indessen auch nicht leicht: So wurden beispielsweise unter 27 „Chambers of Commerce“ in den Mitgliedstaaten der Union lediglich acht identifiziert, die auf Pflichtmitgliedschaft und öffentlich-rechtlicher Organisation beruhen (s. *Detlef Sack* Industrie- und Handelskammern im europäischen und deutschen Vergleich. Strukturdaten und Rollensuche einer „doppelsinnigen“ Institution, in: Harald Eberhard/Ulrich E. Zellenberg [Hrsg.] Kammern in einem sich wandelnden Umfeld, 2014, 231 [239]). Immerhin ist die Pflichtmitgliedschaft im Selbstverwaltungskörper im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Einschränkung der Grundfreiheiten (insbesondere Niederlassungsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit) rechtfertigbar (*Eberhard* Selbstverwaltung [Fn. 2], 445 ff.).

²⁰⁰ *Schmidt-Aßmann* Prinzip (Fn. 75), 264, sieht als Grenze lediglich, dass Kernbereiche und Vorrang staatsunmittelbaren Verwaltungsvollzugs dadurch nicht geschmälert werden dürfen und spricht davon, dass allenfalls ein Gebot funktionsgerechter Organisation herausgearbeitet werden könnte. *Iris Eisenberger/Daniel Ennöckl* Verfassungsrechtliche Grundlagen der nichtterritorialen Selbstverwaltung, in: Richard Elhenicky (Hrsg.) Körper-schaften öffentlichen Rechts, 2015, 1 (15), betonen einerseits die „weitreichenden Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der Selbstverwaltungskörper aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz“, räumen dann aber ein, dass der VfGH noch nie ein Kammergesetz insgesamt als verfassungswidrig befunden habe. Letztlich komme daher dem zuständigen Gesetzgeber ein beträchtlicher rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zu.

von *Karl Korinek* angemerkt, dass die ausgegliederte Einrichtung (für den Selbstverwaltungskörper muss dasselbe gelten) auch einer verfassungsgerichtlichen ex-post-Kontrolle zu unterziehen ist, wenn die Frage der Effizienz deutlich leichter zu beantworten ist.²⁰¹ Die Praxis ist dem nicht gefolgt.

Diese vage Prüfung ist umso problematischer, als, wie gezeigt wurde, im modernen Staat das in Verbänden mediatisierte Selbst gerade nicht mehr mit dem Individuum zu vergleichen ist, das sich in der Selbstverwaltung eine Zitadelle der Freiheit aufgebaut hat.²⁰²

Das Individuum bleibt daher in seinem Grundrechtsschutz im Ergebnis auf vergleichsweise rudimentäre Prüfungen der Verfassungsgerichte zurückgeworfen, für deren Präzisierungen und Schärfungen noch ein weites Feld offen ist.

VI. Zusammenfassende Ergebnisse

Die Selbstverwaltung ist nicht mehr bloß das Residuum bürgerlicher Freiheit, als das sie lange betrachtet wurde. Sie ist ein Teil der Staatsfunktion Verwaltung und unterliegt neben der Gesetzesbindung der Notwendigkeit demokratischer Legitimation.

Die verfasste Freiheit des Selbstverwaltungskörpers ist auch eine eingefasste Freiheit der durch ein gemeinsames Interesse verbundenen Rechtssubjekte. Der Blick hat sich daher nicht nur auf das verfasste Kollektiv zu richten, sondern auch auf das in ihm inkorporierte Individuum.

Für das Individuum stellt sich nicht nur die in der klassischen Theoriebildung akzentuierte Alternative zwischen der staatlichen Verwaltung einer Angelegenheit oder ihrer Verwaltung durch die Gemeinschaft, sondern überhaupt die Frage, ob die Angelegenheit überhaupt verwaltet werden muss. Das wirft die Frage nach der Zulässigkeit der Schaffung von Selbstverwaltungskörpern auf, die von einer großen Zurückhaltung der Verfas-

Der liechtensteinische Staatsgerichtshof hat hingegen in StGH 2003/48 (s. Fn. 189) die Pflichtmitgliedschaft in der liechtensteinischen Handels- und Gewerbekammer als unverhältnismäßigen Eingriff betrachtet.

²⁰¹ *Korinek* Bedingungen (Fn. 194), 49, wonach, wenn feststünde, dass die Ausgliederung (für die Selbstverwaltung gilt mutatis mutandis dasselbe) ineffizient ist, und der Gesetzgeber dennoch keine Anpassung innerhalb angemessener Zeit vornehme, „der VfGH dem Gesetzgeber im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Effizienzgebot entgegenzutreten haben [wird]“. In diesem Sinne wohl auch *Tessar* Organisationsprinzipien (Fn. 71), 1040.

²⁰² Auch *Pernthaler* Probleme (Fn. 82), 45, verweist darauf, dass zwischen Selbstverwaltung als Organisationsform der staatlichen Verwaltung und Selbstverwaltung als Organisationsform des gesellschaftlichen Freiheitsraumes zu differenzieren ist.

sungsgerichte gegenüber dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers geprägt ist. Es ist auch Aufgabe der Rechtswissenschaft, die Kriterien, die die Einrichtung eines Selbstverwaltungskörpers i.S. *Hugo Preuß* „nützlich, notwendig und unentbehrlich“ machen, herauszuarbeiten.

Leitsätze des Referenten über:

Individuen und Intermediäre

2. Selbstverwaltung

I. Einleitung

(1) Was Selbstverwaltung ist, darüber hat die Staatsrechtslehre in einem langen, mühevollen Prozess weitgehend Einigkeit erzielt. Es handelt sich um die Ausübung der Staatsfunktion Verwaltung durch von der übrigen Staatsorganisation unabhängige, dezentralisierte Rechtsträger, deren Organe nach demokratischen Grundsätzen bestellt sind und unter einer Aufsicht durch andere staatliche Rechtsträger stehen.

(2) Selbstverwaltung setzt begrifflich voraus, dass es eine andere (staatliche) Autorität gibt, die jene Angelegenheiten, welche Gegenstand der Tätigkeit des Selbstverwaltungskörpers sind, an dessen Stelle erledigen könnte.

(3) Selbstverwaltung bedeutet nicht die Verwaltung des Individuums durch sich selbst, sondern einer bestimmten Angelegenheit durch die im Selbstverwaltungskörper zusammengefasste Gemeinschaft.

II. Erscheinungsformen der Selbstverwaltung

(4) Zu unterscheiden sind territoriale und nichtterritoriale (funktionale) Selbstverwaltung. Zu ersterer zählen die Gemeinden und andere Formen kommunaler Selbstverwaltung.

(5) Die funktionale Selbstverwaltung ist systematisch schwieriger zu erfassen. Man kann zwischen wirtschaftlicher, sozialer und grundrechtsgetragener (kultureller) Selbstverwaltung unterscheiden, es bleiben dennoch unzählige weitere Erscheinungsformen der Selbstverwaltung zurück, für die noch eigene Begrifflichkeiten gesucht werden können.

III. Entwicklung und Funktionswandel der Selbstverwaltung

(6) *Kristallisationspunkt früher Selbstverwaltung ist die mittelalterliche Stadt. Dies nicht nur in territorialer Hinsicht als kommunale Selbstverwaltung, sondern auch in funktionaler Hinsicht durch die Zunftorganisationen. Letzteren stand im ländlichen Raum die Nutzung der Allmende durch die Bauern gegenüber: Knappschaften vermittelten eine Art von sozialer Selbstverwaltung, und die Universitäten verkörperten Ansätze der Hochschulselbstverwaltung. Diese frühen Formen von Selbstverwaltung substituierten den Staat.*

(7) *Das „Jahrhundert der Selbstverwaltung“ wurde durch die Entdeckung der Gemeindeautonomie eingeleitet, die vorerst freilich noch unter Kuratel stand. Nach 1848 war die freie Gemeinde Muster der Selbstverwaltung, bis von Lorenz von Stein auch andere Körperschaften als Träger der Selbstverwaltung entdeckt wurden. Selbstverwaltung war in dieser Phase eine dem Staat abgetrotzte Verwaltung der eigenen Angelegenheiten der Gemeinschaft, die sonst auch vom Staat hätte erledigt werden können.*

(8) *Besondere Anziehungskraft übte für die Theoretiker der Selbstverwaltung das Konzept des englischen „selfgovernment“ aus. Dieses auf Ehrenamtlichkeit beruhende Modell kommunaler Verwaltung wurde idealisierend dargestellt und musste in einen Konflikt mit den Erfordernissen einer professionalisierten Verwaltung geraten.*

(9) *Das österreichische B-VG erwähnte in seiner Ursprungsfassung vom 1.10.1920 bis zur B-VG-Nov. 2008 die funktionale Selbstverwaltung mit keinem Wort, sondern setzte ihre Existenz voraus. Dennoch bereitete das Schweigen der Bundesverfassung vor allem der Lehre zum Teil große Probleme, während der VfGH schließlich von einer vom Bundesverfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 vorgefundenen Selbstverwaltung ausging.*

(10) *In ähnlicher Weise schwiegen und schweigen WRV GG und Schweizerische Bundesverfassung zur funktionalen Selbstverwaltung. Die Judikaturlinie des BVerfG ähnelt jener des VfGH in der Anerkennung der funktionalen Selbstverwaltung durchaus.*

(11) *Aus diesem „judge-made-selfgovernment“ ergaben sich sowohl in Deutschland als auch in Österreich die Vorgaben für die funktionale Selbstverwaltung, freilich ohne dass dadurch ein grundlegendes Problem behoben werden konnte: Die Selbstverwaltung ist längst nicht mehr Residuum bürgerlicher Freiheit, sondern durch das demokratisch erzeugte Recht zur Professionalisierung und zur Selbstreflexion ihrer Existenz gezwungen.*

(12) Die verfassungsrechtliche Positivierung der „sonstigen Selbstverwaltung“ in Österreich mit der B-VG-Nov. 2008 scheint die Selbstverwaltung auf den ersten Blick der Notwendigkeit zur Selbstreflexion ebenso entbehren zu haben wie sie jegliche Diskussion über die Pflichtmitgliedschaft im Selbstverwaltungskörper im Keim erstickt. Das ist, wie noch zu zeigen sein wird, allerdings nur der erste Blick.

IV. Die Positivierung der Selbstverwaltung und ihre Folgen

(13) Am Beispiel der Organisationsreform der österreichischen Sozialversicherung 2019 lässt sich demonstrieren, dass nicht nur die Abgrenzung des Kreises der Gemeinschaft des Selbstverwaltungskörpers Probleme bereiten kann, sondern auch die Gewichtung ihrer demokratischen Mitwirkungsrechte. Die „demokratischen Grundsätze“ des Art. 120c Abs. 1 B-VG sind ein dehnbarer Begriff.

(14) Mit der Selbstverwaltung ist häufig, aber nicht immer, die autonome Satzungsbefugnis verknüpft. Die Satzungen qualifiziert der VfGH als VO, freilich nicht in jedem Fall, wie sich am Beispiel der österreichischen Agrargemeinschaften demonstrieren lässt. In diesen erblickt der VfGH unter Berufung auf Art. 120c Abs. 1 B-VG nunmehr im Gegensatz zu früherer Rechtsprechung Selbstverwaltungskörper.

(15) Die demokratische Organisation der universitären Verwaltung in Österreich entspricht nicht den Anforderungen, die Art. 120c Abs. 1 B-VG an Selbstverwaltungskörper stellt. Zu Recht zählt sie daher nicht zur sonstigen Selbstverwaltung des B-VG, sondern wird in einem von dieser gesonderten Abschnitt geregelt. Die universitäre Verwaltung in Österreich ist selbstverwaltungsähnlich, jedoch nicht mehr.

V. Selbstverwaltung und verfasste Freiheit

(16) Die Einrichtung eines Selbstverwaltungskörpers wirft mehrere Perspektiven auf: Einerseits ist das Interesse der Gemeinschaft, ihre Angelegenheiten selbst verwalten zu dürfen (Mayer/Laband!), dem Interesse der Allgemeinheit, ihre Angelegenheiten nicht von einer fremden Autorität verwalten zu lassen, gegenüber zu stellen. Andererseits gibt es die Perspektive der in einem Selbstverwaltungskörper verfassten Individuen, weder in einen Selbstverwaltungskörper gezwungen zu werden noch ihre Angelegenheiten überhaupt verwalten zu lassen.

(17) Dogmatik und Rechtsprechung stellen für die Problemlösung nur wenige hilfreiche Leitlinien auf: Sowohl das Sachlichkeitsgebot wie auch

das Effizienzprinzip verbleiben angesichts der bestehenden Praxis im Ergebnis unscharf. Das Subsidiaritätsprinzip wäre ein geeigneter Maßstab, ist aber verfassungsrechtlich nicht als Prüfungsmaßstab positiviert und müsste daher als Teil der Sachlichkeitsprüfung verstanden werden. Der Gesetzgeber hat einen großen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum.

(18) Einzuengen ist dieser Gestaltungsspielraum mit Blick auf die Grundrechte des Individuums: Der Gesetzgeber darf nicht nur die Alternative vor Augen haben, ob die Angelegenheit in der staatlichen Verwaltungsorganisation oder in einem Selbstverwaltungskörper behandelt wird, sondern er muss auch prüfen, ob und nach welchen Maßstäben die Angelegenheit überhaupt der Staatsfunktion Verwaltung überantwortet werden soll.

(19) Diese liberale Perspektive nimmt Bedacht darauf, dass Selbstverwaltung nicht die Interessenwahrnehmung, etwa durch Vereine, beschränken soll, nicht ohne besondere sachliche Rechtfertigung das Berufsrecht disziplinarrechtlich regelt und Mitgliedschaft nur dort erzwingt, wo es im überwiegenden Interesse der im Selbstverwaltungskörper mediatisierten Individuen gelegen ist.