

Zweiter Beratungsgegenstand:

Die öffentlichrechtliche Anstalt

1. Bericht von Professor Dr. *Klaus Lange*, Gießen*

Inhalt

	Seite
A. Die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt	170
I. Die anstaltliche Erbringung betrieblicher Leistungen	170
II. Die Steuerung anstaltlicher Betriebsverwaltung im allgemeinen	175
III. Das Anstaltsbenutzungsverhältnis	180
1. Zulassungsbedürftigkeit	180
2. Benutzungsregelung	181
IV. Ablösung des Rechtsbegriffs der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt	185
B. Die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt	188
I. Verselbständigung durch Autonomisierung und Spezialisierung	188
1. Verselbständigung	188
2. Autonomisierung	189
3. Spezialisierung	190
II. Typen rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten	191
1. Anstalten der mittelbaren Staatsverwaltung	191
2. Staatsfreie Anstalten	192
3. Intermediäre Anstalten	194
III. Bildung und Ausgestaltung rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten	196
1. Übereinstimmungen von rechtsfähiger und nicht- rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalt	196
2. Bildung rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten	196
3. Differenzierungsbedürftigkeit des öffentlichrechtlichen Status	196
4. Binnenverfassung	198
5. Staatliche Steuerung	199
6. Staatliche Kontrolle	201
IV. Beibehaltung des Rechtsbegriffs der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt	202

* Der administrativen Praxis schulde ich für vielfältige Auskünfte Dank, den ich hier nicht einzeln abstellen kann. Meinen Mitarbeitern Herrn *D.Herkströ-*

A. Die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt

I. Die anstaltliche Erbringung betrieblicher Leistungen

Die öffentlichrechtliche Anstalt wird bislang in zumeist enger Anlehnung an die von *Otto Mayer*¹ geprägte Formulierung definiert, nach der die öffentliche Anstalt „ein Bestand von Mitteln, sächlichen^{1a} wie persönlichen“ ist, „welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind“². Ungeachtet aller Wandlungen nicht nur des Verfassungsrechts, sondern auch des Verwaltungsrechts und der Verwaltungswirklichkeit hat sich diese Definition damit nun fast neunzig Jahre lang weitgehend behauptet. Das mag an ihrer Aufnahmefähigkeit liegen, fügen sich doch tatsächlich äußerst verschiedene, herkömmlich³ als Anstalten bezeichnete Phänomene in den damit gezogenen Rahmen. Aber um welchen Preis!

ter, Herrn *K.-H. Wagner*, Frau *S. Böcher*, Herrn *M. Höfler* und Herrn *M. Diehl* danke ich für konstruktive Kritik und mannigfache Unterstützung, Frau *M. Müller* und Frau *H. Eisenberg* für die Niederschrift des Manuskripts und vorzügliche organisatorische Betreuung.

¹ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bd. II, 1924, S. 268; in unwesentlich abweichender Formulierung bereits *ders.*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl., Bd. II, 1896, S. 318.

^{1a} Im Vortrag ist das von *O. Mayer* in der 1. Aufl. des „Deutschen Verwaltungsrechts“ verwendete Wort „sächlichen“ gebraucht worden.

² Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1985, § 23 Rdn. 46; *Götz*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1985, S. 44; *Salzwedel*, in: *Erichsen/Martens* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1983, § 43 (S. 399); *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 7. Aufl. 1983, Rdn. 440; *W. Schmidt*, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, Rdn. 54; *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, § 11 Rdn. 5; *Bull*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, S. 100. Dabei wird verschiedentlich der administrative Charakter (*Achterberg*, *Bull*, *Götz*, *Salzwedel*), verschiedentlich auch die Verselbständigung der Anstalt (*Salzwedel*) hervorgehoben. Besonders betont wird die Selbständigkeit der Anstalt in Anlehnung an *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 98 I a 6, von *Rüfner*, DÖV 1985, 605 (609). Die von *Kormann*, WBSstVerwR, 2. Aufl., Bd. III, 1914, S. 1, vorgenommene Unterscheidung von öffentlicher und öffentlichrechtlicher Anstalt ist heute nicht gebräuchlich.

³ Der Begriff „Anstalt“ ist auch nicht etwa erst von *O. Mayer* erfunden worden, sondern war durchaus schon zuvor im Gebrauch; vgl. *F. F. Mayer*, Grundsätze des Verwaltungsrechts mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, sowie auf neuere Gesetzgebung und bemerkenswerthe Entscheidungen der obersten Behörden zunächst der Königreiche Preußen, Baiern und Württemberg, 1862, S. 12, 194ff., 231ff., 456; *v. Mohl*, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 3 Bde., 3. Aufl. 1866, passim; *Loening*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 596, 610, 618, 671, 716f., 751. *O. Mayer* hat ihm die dauerhafte Definition gegeben.

Die Definition verdankt ihr Fassungsvermögen dem Umstand, daß sie formal und überdies sehr weit ist. Unter sie passen alle administrativen Organisationseinheiten einschließlich der Behörden, wenn nicht sogar sämtliche organisierten Ressourcen, vermittelt deren öffentliche Hand irgendwelche, auch außeradministrative, Aufgaben wahrnimmt. Eine solche Begriffsbestimmung ist zu allgemein, um die Erkenntnis ihres Gegenstandes umfassend zu fördern. An einer umfassenden Einsicht in den Gegenstand öffentlichrechtlicher Anstalten mag der liberal-rechtsstaatlichen Lehre des Spätkonstitutionalismus denn auch weniger gelegen gewesen sein. Hier ging es primär um die Abgrenzung bürgerlicher Freiheit und monarchisch-staatlicher Herrschaft voneinander. Was *Otto Mayer* an der öffentlichrechtlichen Anstalt interessierte, waren in erster Linie der vom bürgerlichen Rechtsverkehr abgehobene staatliche Anstaltscharakter und das spezifische Verhältnis exekutivischer Befugnisse zu bürgerlicher Freiheit in dem als besonderes Gewaltverhältnis qualifizierten Anstaltsbenutzungsverhältnis⁴.

Der Ablösung der Monarchie durch die parlamentarische Demokratie, der Entwicklung des leistungsintensiven Sozialstaats und der rechtsstaatlichen Durchdringung des Staates genügt diese Sicht nicht mehr. Der demokratische, soziale Rechtsstaat verlangt verstärkt die rechtliche und administrative Beachtung und Beherrschung der Inhalte staatlichen Handelns⁵. Es kommt deshalb darauf an, entschiedener, als *Otto Mayer* es mit manchen durchaus in diese Richtung zielenden Bemerkungen getan hat⁶, auf den Inhalt anstaltlichen Handelns abzustellen, um Anhaltspunkte für eine zeitgemäße rechtliche und administrative Beurteilung der öffentlichrechtlichen Anstalt zu gewinnen. Dabei möchte ich mich zunächst der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt zuwenden, die ich der Einfachheit halber vorläufig auch schlicht als Anstalt bezeichne. Sie hat m.E. trotz mancher Überschneidungen eine grundsätzlich andere Funktion und Struktur als die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt, auf die ich anschließend eingehen werde.

Der Blick auf die öffentlichrechtlichen Organisationseinheiten, die man als nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalten zu bezeich-

⁴ *O.Mayer* (o. Fn. 1), 1. Aufl., Bd. II, §§ 51, 52; *ders.* (o. Fn. 1), 3. Aufl., Bd. II, §§ 51, 52.

⁵ Aus demokratischer Sicht im Hinblick auf Möglichkeiten und Grenzen demokratischer Steuerung, aus sozialstaatlicher Sicht im Hinblick auf die wirksame soziale staatliche Leistungserbringung, aus rechtsstaatlicher Sicht im Hinblick auf deren normative Einbindung und wiederum deren Kontrolle sowie den Schutz subjektiver Rechte.

⁶ *O.Mayer*, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S. 160f., 226; *ders.* (o. Fn. 1), 3. Aufl., Bd. II, S. 269, 274f.

nen pflegt, zeigt vom Krankenhaus über den Kindergarten, die Schule, das Schwimmbad, das Theater, die Verkehrs- und Versorgungsbetriebe, das Altenheim bis zum Friedhof, ja selbst im Falle von Archiven, inneradministrativen Fortbildungs- und Forschungseinrichtungen sowie Justizvollzugsanstalten, daß die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt primär der Erbringung solcher Leistungen dient, die man im Gegensatz zu hoheitlichen Regelungsakten wegen ihrer Ähnlichkeit mit den Leistungen privater Betriebe als betriebliche Leistungen bezeichnen kann⁷. Zwar kommen auch Anstalten oft nicht ohne die Vornahme von Regelungsakten aus⁸. Doch haben diese hier eine bloße Hilfsfunktion gegenüber der vorrangigen Erbringung betrieblicher Leistungen. Die Schule ist eben nicht primär dazu da, Ordnungsmaßnahmen gegen Schüler zu ergreifen, das Krankenhaus darf – soweit das Benutzungsverhältnis überhaupt öffentlichrechtlich ausgestaltet ist – seine Hauptaufgabe nicht in der Kostenfestsetzung sehen, und auch die Justizvollzugsanstalt hat sich nicht primär am Erlaß von Regelungsmaßnahmen, sondern an dem Ziel der Verwahrung und Resozialisierung von Gefangenen zu orientieren. Dadurch unterscheiden sich Anstalten von Behörden⁹, deren vorrangige Aufgabe im Erlaß von Regelungsakten und nicht etwa in der Durchführung von Dienstfahrten besteht^{10,11}. Der Unterschied liegt also nicht darin, daß Anstalten ei-

⁷ Vgl. BVerwGE 32, 299 (302); *Jecht*, Die Öffentliche Anstalt, 1963, S. 49ff., insbes. S. 53, 67f. Nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalten werden denn auch zumeist allein nach der Art solcher von ihnen erbrachter Leistungen benannt. Daß die Anstaltseigenschaft nach der hier vertretenen Auffassung von dem verfolgten Zweck abhängt, beeinträchtigt die organisatorische Bedeutung des Begriffs nicht. Auch in der Organisationssoziologie und der betriebswirtschaftlichen Organisationslehre wird der Organisationszweck bzw. das Organisationsziel als ein maßgebliches Element des Organisationsbegriffs betrachtet; vgl. *Etzioni*, Soziologie der Organisationen, 5. Aufl. 1978, S. 12, 15ff.; *Kieser/Kubiczek*, Organisation, 1977, S. 1f., 203ff. Aus ihm ergeben sich Folgerungen für die Rollenverteilung und die funktionalen Beziehungen innerhalb der Anstalt sowie für das Verhältnis der Anstalt zu ihrer Umwelt.

⁸ Im Hinblick auf diese Fälle, aber nur insofern, erweist sich der weite Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG als sachgerecht.

⁹ A.A. insbes. *H.J. Wolff*, AfK 2 (1963), 149 (150, 157); *R.Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1967, S. 205, 208 m.w.N.

¹⁰ Daß Realakte hier im Dienst der Regelungsverwaltung stehen, hat rechtliche Folgen, die an dieser Stelle nur angedeutet werden können: Ihre Rechtsform wird von dem öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter der Regelungsverwaltung beeinflusst (vgl. BGH LM Art. 34 GG Nr. 25). Ob die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, das Übermaßverbot und andere einschlägige Rechtsgrundsätze beachtet sind, wird nicht allein unter dem Aspekt betrieblicher Leistung, sondern primär unter dem der maßgeblichen Regelungsverwaltung beurteilt. Die Organisation wird hier von den Erfordernissen

nem Begriff der Leistungsverwaltung zuzuordnen wären, der als Gegensatz zur Eingriffsverwaltung verstanden werden könnte. Das Begriffspaar Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung klassifiziert die Verwaltung aus der Sicht des Bürgers danach, ob sie ihm etwas nimmt oder gibt. In diesem Sinn gehört anstaltliche Verwaltung durchaus nicht notwendigerweise zur Leistungsverwaltung¹², sie kann den Bürger auch schmerzen oder gar nicht unmittelbar berühren. Die Gegenüberstellung anstaltlicher Betriebsverwaltung und behördlicher Regelungsverwaltung betrifft vielmehr den Inhalt des Verwaltungshandelns als solchen: die Erzeugung von betrieblichen Leistungen einerseits und von Regelungsakten andererseits. Diese Unterscheidung zwischen Anstalten und Behörden, welche die Verwaltungsverfahrensgesetze ausdrücklich allein für ihren eigenen Anwendungsbereich negieren¹³, entspricht nicht nur einem Sprachgebrauch, dem es fremd wäre, die beispielhaft genannten Anstalten als Behörden oder auch bloß Behördenteile zu bezeichnen. Die Ausrichtung der Anstalt auf die Erbringung betrieblicher Leistungen wirft auch spezifische Probleme auf, die spezifische, für Behörden nicht in gleicher Weise gültige Antworten verlangen.

Diese spezifischen Probleme ergeben sich daraus, daß die betrieblichen Leistungen nichtrechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten we-

der Regelungsverwaltung bestimmt, so daß die Bauaufsicht nicht etwa deshalb rechtlich verselbständigt werden wird, um die dort tätigen Schreibkräfte und Kraftfahrer besser einsetzen zu können, während umgekehrt öffentliche Verkehrs- und Versorgungsbetriebe im Interesse einer davon erhofften Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit sogar als juristische Personen des Privatrechts organisiert werden.

¹¹ Allerdings kann eine Organisationseinheit mit behördlichen Regelungsaufgaben und betrieblichen Leistungsaufgaben betraut sein, von denen keine im Dienst der anderen steht. Das gilt für die Polizei, soweit sie weder regelnd noch regelungsunterstützend tätig wird, mehr noch für Organisationseinheiten wie das Deutsche Hydrographische Institut und die Bundesanstalt für Materialprüfung, die neben Regelungsakten in beträchtlichem Umfang nichtregelungsbezogene Tätigkeiten ausüben. Solche organisatorischen Additionen behördlicher und anstaltlicher Elemente werden nach dem jeweiligen Schwergewicht als Behörden mit anstaltlichen Elementen oder Anstalten mit behördlichen Elementen (kürzer: anstaltliche Behörden bzw. behördliche Anstalten) bezeichnet werden können. Für ihre primär betrieblicher Leistungserbringung dienenden Teile gelten die anstaltsrechtlichen Besonderheiten. Sie werden aber erst bei einer aus dieser Aufgabenstellung resultierenden Eigenständigkeit, die sie nicht mehr als Bestandteil der Gesamtorganisation erscheinen läßt, selbst als Anstalten bezeichnet werden können.

¹² Nur wegen der Mißverständnisse, die der Gebrauch des schon anderweit besetzten Begriffs der Leistungsverwaltung hervorrufen kann und bereits hervorgehoben hat, wird hier statt des an sich viel besser passenden Begriffs „Leistungsverwaltung“ der Begriff „Betriebsverwaltung“ verwandt.

¹³ Vgl. § 1 Abs. 4 VwVfG.

sentlich aus Realakten bestehen. Daß Anstalten durch die Erzeugung von Realakten charakterisiert sind, hat *Arnold Köttgen* bereits auf der Frankfurter Staatsrechtslehretagung des Jahres 1929, die sich mit der öffentlichen Anstalt befaßte, festgestellt¹⁴. Sein gleichzeitiger Versuch, den Begriff der öffentlichen Anstalt zur Abgrenzung gegenüber der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand auf Organisationseinheiten mit öffentlichrechtlicher Nutzungsordnung zu beschränken, hat sich zwar m.E. zu Recht nicht durchgesetzt. Zu Unrecht ist darüber aber auch, von vereinzelt Stellungnahmen abgesehen, die maßgebliche Bedeutung des mit der betrieblichen Leistungserbringung verbundenen Realaktsbezugs der Anstalt aus den Augen verloren worden.

Die spezifisch realaktsbezogenen Probleme der Anstalt rühren einmal daher, daß Realakte, abgesehen davon, daß sie nichtjuristischer administrativer Beurteilung in ganz anderem Maße zugänglich sind als die behördliche Regelungsverwaltung, bislang rechtsdogmatisch nur unvollkommen und nicht selten gekünstelt erfaßt werden, was in Anbetracht ihrer Häufigkeit und Bedeutung besonders unbefriedigend ist. Gerade wegen ihres Realaktsbezugs erzeugt die Betriebsverwaltung außerdem vielfältigere Berührungspunkte und Reibungsflächen gegensätzlicher Interessen als rechtliche Regelungstätigkeit. Sie verursacht höhere Kosten und konkurriert deshalb schärfer mit anderen Agenden um die begrenzten verfügbaren Ressourcen. Sie steht in einem latenten Dauerkonflikt mit privaten Initiativen, welche die anstaltlich erbrachten betrieblichen Leistungen selbst erbringen möchten. Durch Emissionen kann sie darüber hinaus zu ansonsten gänzlich Unbeteiligten in Gegensatz geraten. Bei nutzbaren Anstalten sind Interessenkonflikte zusätzlich im Verhältnis des Benutzers zum Anstaltsträger, aber auch im Verhältnis der Benutzer untereinander angelegt. Mit alledem erweist sich die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt als Inbegriff des gerade im Sozialstaat besonders ausgeprägten Realhandelns der öffentlichen Hand und der Schwierigkeiten seiner Beherrschung. Ich muß mich hier auf einige Bemerkungen zunächst zur Steuerung anstaltlicher Betriebsverwaltung im allgemeinen und dann zum Anstaltsbenutzungsverhältnis beschränken.

¹⁴ *Köttgen*, VVDStRL 6 (1929), 105 (112ff.). Vgl. dann vor allem *Herbig*, Die öffentlichen Einrichtungen im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart, 1970, S. 16ff.

II. Die Steuerung anstaltlicher Betriebsverwaltung im allgemeinen

Aus dem Realaktsbezug und der Multidimensionalität anstaltlicher Betriebsverwaltung erwachsen anstaltspezifische Steuerungsprobleme, die allgemeinerer Art sind als die besonderen Fragen des Anstaltsbenutzungsverhältnisses. Bei einer an den Inhalten und der Qualität anstaltlicher Betriebsverwaltung orientierten Betrachtungsweise dürften sie stärkere Aufmerksamkeit verdienen, als ihnen neben dem dominanten Thema des Anstaltsbenutzungsrechts meistens zuteil wird.

Realakte wie die Behandlung in Krankenhäusern, die Gewährung von Unterricht oder die Verwaltung von Museen und Bibliotheken sind für eine weitgehende Einbindung in Rechtsnormen zu komplex. Rechtsnormen vermögen die hier in Betracht kommende Vielfalt von Handlungssituationen und Handlungsmöglichkeiten nicht zu erfassen. Medizinische Betreuung, Unterrichtsgewährung, Museums- und Bibliotheksverwaltung, die vollständig normativ geregelt würden, wären nicht mehr sinnvoll durchführbar. Sie würden um die ihnen eigenen Maßstäbe und, soweit sie Benutzer haben können, mehr oder weniger zugleich um diese gebracht. Anstaltliche Betriebsverwaltung läßt sich daher nur erheblich lückenhafter normieren als behördliche Regelungsverwaltung. Ihre normative Steuerung muß sich wesentlich auf konkretisierungsbedürftige Zweckvorgaben, Verfahrensregeln und Benutzungsbedingungen beschränken.

Der Mangel konditionaler Programmierungsmöglichkeiten in Form von Tatbestand-Rechtsfolge-Verknüpfungen läßt sich durch die Anwendung von Rechtsgrundsätzen partiell, aber doch nur sehr begrenzt, kompensieren. Zu den Rechtsgrundsätzen mit anstaltsrelevantem Inhalt gehören außer den einfachgesetzlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit¹⁵ vor allem das Demokratieprinzip, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, der Gleichheitsgrundsatz und die Strukturrentscheidungen, die in den Freiheitsgrundrechten Ausdruck gefunden haben. Aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ergibt sich m.E. insbesondere, daß die öffentlichrechtliche Anstalt an den ihr vorgegebenen Zweck auch dann außenrechtswirksam gebunden ist, wenn er allein durch Verwaltungsvorschrift festgelegt ist¹⁶.

¹⁵ Vgl. § 6 Abs. 1 HGrG; § 7 Abs. 1 BHO.

¹⁶ Zur Außenwirkung zuständigkeitsregelnder Verwaltungsvorschriften, die m.E. auf die genannten Verfassungsprinzipien zurückzuführen sein dürfte, vgl. *Ossenbühl*, in: Erichsen/Martens (Hrsg.) (o. Fn. 2), § 7 IV 4 c. Daß es zur Begründung dieser Außenwirkung zwingend einer „vom Gesetzgeber bewußt offengelassenen Gesetzeslücke“ bedarf – so deutlicher noch *Ossenbühl*, Festg. BVerwG, 1978, S. 433 (437, 439) –, wird danach freilich bezweifelt werden müssen. Es kann auch sonst, sei es aus der Sicht des Bürgers, der des Staates oder im Hinblick auf das Interesse an einer verlässlichen Abgrenzungsmöglichkeit, kaum überzeugen.

Denn nur durch die wirksame Bindung an die ihr jeweils aufgegebenen Zwecke läßt staatliche Macht sich in dem demokratisch gebotenen Sinne steuern und in dem rechtsstaatlich gebotenen Sinne bändigen. Speziell dem Rechtsstaatsprinzip wird das Übermaßverbot zugerechnet¹⁷. Das Sozialstaatsprinzip erlegt dem Staat die – definitionsgemäß mindestens weitgehend anstaltliche – Erbringung derjenigen existenznotwendigen Leistungen auf, die anders gar nicht oder nicht zu angemessenen Bedingungen angeboten werden¹⁸. Zugleich verpflichtet es den Staat, bei der Leistungserbringung auf die Bedürfnisse sozial Schwacher Rücksicht zu nehmen. Das schließt m.E. grundsätzlich die Berechtigung ein, Anstaltsbenutzungsgebühren nach dem Einkommen der Benutzer zu staffeln¹⁹. Der Gleichheitsgrundsatz verbietet einerseits ungerechtfertigte Ungleichbehandlung; Kranken, Behinderten, Älteren müssen, sofern nicht überwiegende Gründe entgegenstehen, real gleiche Benutzungsmöglichkeiten anstaltlicher Leistungen geboten werden wie anderen. Er verpflichtet aber auch zu differenzierender Rücksichtnahme auf unterschiedliche Voraussetzungen und Bedürfnisse – sei es in der Schule, sei es im Verkehrs- und Versorgungsbereich oder auf anderen Sektoren. Im Recht der Anstaltsbenutzungsgebühren bzw. entsprechender zivilrechtlicher Entgelte dürfte der Gleichheitsgrundsatz eher einen sachgerechten Maßstab abgeben als das wenig überzeugend aus dem Übermaßverbot abgeleitete sog. Äquivalenzprinzip²⁰. Die grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen verpflichten im

¹⁷ Vgl. BVerfGE 23, 127 (133); 35, 382 (400f.); 61, 126 (134).

¹⁸ Die dementsprechende Pflicht des Staates, solche Leistungen zu angemessenen Bedingungen zu erbringen, dürfte auch die maßgebliche Grenze kostenüberschreitender Leistungsentgelte darstellen.

¹⁹ Zu weitgehend Hess.VGH ESUGH 27, 116 (124), wonach es sich bei der Orientierung von Kindergartengebühren am Einkommen der Eltern nicht um eine unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes aus sachlichen Gründen zulässige Differenzierung handeln soll.

²⁰ Zum Äquivalenzprinzip BVerfGE 20, 257 (270); 28, 66 (88); 50, 217 (233); BVerwGE 12, 162 (169f.); 26, 305 (309f.); *Kloepfer*, AöR 97 (1972), 232 (252ff.); *D. Wilke*, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S. 244ff. Aus dem Übermaßverbot ließe sich das Äquivalenzprinzip nur ableiten, wenn die Belastung des gebührenpflichtigen dabei nicht – wie es trotz der damit verbundenen ohnehin unbefriedigenden Verengung des Blickfeldes geschieht – zu dem Wert der gebührenpflichtigen Leistung (und noch dazu für den Empfänger), sondern zu den Vorteilen in Beziehung gesetzt würde, die der Allgemeinheit aus der Gebührenerhebung erwachsen. Dann könnte eine Gebühr aber kaum unverhältnismäßig sein, da der Kostenbelastung des Gebührenschuldners (von der schwierigen Frage des Verwaltungsaufwandes abgesehen) regelmäßig mindestens der gleich hohe Einnahmenvorteil der öffentlichen Hand gegenübersteht. An der Erforderlichkeit im Sinne eines aus dem Übermaßverbot abgeleiteten Äquivalenzprinzips könnte es wohl nur dann fehlen, wenn mit der Gebührenerhebung Einnahmen zu unzulässigen Zwecken erzielt werden sollten. Ob der jeweilige Zweck

Zusammenhang mit dem Sozialstaatsprinzip nicht nur zu globaler grundrechtsverwirklichender anstaltlicher Leistungserbringung. Sie gebieten auch, diese Leistungserbringung im einzelnen so zu gestalten, daß Freiheit sich entfalten kann. Die Bindungswirkung solcher Grundsätze darf jedoch keinesfalls überschätzt werden. Ihre Konkretisierung und Abwägung muß im wesentlichen neben dem Gesetzgeber, der bei seinen anstaltsrechtlichen Regelungen höherrangige Rechtsgrundsätze selbstverständlich zu beachten hat, den unmittelbar zuständigen Exekutivorganen obliegen, wenn deren anstaltsspezifische Entscheidungskompetenz nicht über Gebühr verkürzt werden soll. Insofern sind sie zunächst lediglich Leitbilder und Rechtfertigungsgründe. Erst ihre evidente Verletzung durch die primär zuständigen Organe führt zur Rechtswidrigkeit und kann ein Einschreiten der zur Rechtmäßigkeitskontrolle berufenen staatlichen Organe auslösen.

Eher noch als normativ kann anstaltliche Betriebsverwaltung durch Einzelweisungen gesteuert werden. Doch finden auch sie eine Grenze einmal in der beschränkten Arbeitskapazität weisungsbefugter Behörden und andererseits wiederum in den eigenen Gesetzlichkeiten und Möglichkeiten anstaltlichen Realhandelns.

Was an anstaltlicher Betriebsverwaltung danach weder unmittelbar normativ noch durch rechtliche Einzelweisungen gesteuert werden kann, muß anderen Steuerungsformen²¹ überlassen bleiben, die freilich ihrerseits großenteils durch rechtliche Regelungen unterstützt werden müssen, rechtliche Probleme aufwerfen können und rechtspolitischer Diskussion zugänglich sind. Von hervorragender Bedeutung ist hier ein am Anstaltszweck ausgerichtetes professionelles Ethos, das durch Aus- und Fortbildung tradiert und bestärkt werden kann, aber auch der Anerkennung in der Öffentlichkeit bedarf. Weiterhin ist es wichtig, daß Anstalten ihrem Zweck entsprechend organisiert werden. Soweit sie, wie etwa ein Schwimmbad, schon durch ihre sachliche Beschaffenheit weitgehend zweckentsprechend ausgestaltet werden können, um so besser. Im übrigen bedarf es einer zweckgerechten Aufbau- und Ablauforganisation. Sie wird hierarchische Strukturen teil-

der mit der Gebührenerhebung angestrebten Einnahmenerzielung es rechtfertigt, Anstaltsbenutzer stärker als Nichtbenutzer zur Deckung des Finanzbedarfs der öffentlichen Hand heranzuziehen, ist aber primär eine Frage des Gleichheitssatzes. Für den Fall, daß mit einer Gebührenerhebung Nebenzwecke verfolgt werden, die nicht der Erzielung von Einnahmen dienen, und der Gebührenpflichtige dadurch in der Ausübung von Grundrechten übermäßig behindert wird, bedarf es eines besonderen Äquivalenzprinzips nicht; er läßt sich unter Rückgriff auf Grundrechte und Übermaßverbot ohne weiteres lösen.

²¹ Dazu *B.Becker*, DV 9 (1976), 273ff.; *Klages*, DV 10 (1977), 31 (39); *Bosetzky*, DÖV 1979, 194 (196f.); *K.Lenk*, Jahrb. f. Rechtssoziologie u. Rechtstheorie 7 (1980), 254 (260f.).

weise durch umfangreiche Delegationsakte ergänzen und durch Teamarbeit ersetzen. Je nach Anstaltszweck wird sie auch eine Beteiligung der Betroffenen vorsehen. An die Stelle vorgängiger Steuerung kann schließlich die begleitende und nachträgliche Kontrolle der Erfüllung des Anstaltszwecks treten. Die dafür erforderliche Evaluierung der Anstaltstätigkeit darf sich nicht auf finanzielle Aspekte beschränken. Sie kann als Selbstkontrolle, aber auch durch unabhängige Organisationseinheiten erfolgen und wird auf die Befragung verwaltungsexterner wie verwaltungsinterner Anstaltsbenutzer kaum verzichten können.

Die danach technisch unvermeidbare partielle rechtliche Unabhängigkeit anstaltlicher Betriebsverwaltung läßt sich aufgrund technisch nicht eindeutig vorgegebener politischer Entscheidung sogar noch erweitern. Nichtrechtsfähige Anstalten können durch ein erhebliches Maß an Weisungsunabhängigkeit und wie im Eigenbetriebsrecht auch haushaltsrechtlich verselbständigt sein. Auf Gründe und Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden, weil solche über das anstaltstechnisch unvermeidbare Maß hinausgehende Verselbständigung das wesentliche Merkmal der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt ist und deshalb im Zusammenhang mit dieser etwas näher beleuchtet werden soll. Immerhin läßt sich schon hier feststellen, daß die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt durch eine Verselbständigung gegenüber dem Anstaltsträger der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt angenähert werden kann.

Nicht weniger wichtig ist aber die Feststellung, daß die begriffsnotwendige Eigengesetzlichkeit nichtrechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten nicht verabsolutiert werden darf. Nur eine überzogene technokratische Perspektive verkennt, daß auch hier grundlegende und in Anbetracht der Bedeutung anstaltlicher Betriebsverwaltung sehr folgenreiche politische Entscheidungen getroffen werden, die prinzipiell politisch und nicht technokratisch legitimiert werden müssen²². Im kulturellen Bereich, der von der Wertentscheidung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geprägt ist, sprechen gute Gründe dafür, daß der Staat sie weitgehend aus der Hand gibt. In anderen Sektoren ist das viel problematischer: Besonders auffällig ist die seit geraumer Zeit bestehende Neigung vieler Kommunen, ihre öffentlichen Einrichtungen nicht nur als besonders eigenständig ausgestaltete öffentlichrechtliche Anstalten, sondern in den privatrechtlichen Organisationsformen der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu

²² Zu einseitig im Anschluß an eine Formulierung von *G.Jellinek* aber *Jecht* (o. Fn. 7), S. 64, bei prinzipiell treffender Hervorhebung der technischen Bedingtheit der spezifischen Anstaltsstruktur.

führen²³. Maßgeblich sind hierfür vor allem zwei Gründe. Einmal wird auf die größere Beweglichkeit der privatrechtlichen Organisationseinheiten hingewiesen, die aus der geringeren Abhängigkeit von politischen Vorgaben resultiere²⁴. Eine eher noch wichtigere Rolle spielt des öfteren die steuerrechtliche Privilegierung der Eigengesellschaft gegenüber dem Eigenbetrieb²⁵. Beide Gründe vermögen prinzipiell nicht zu überzeugen. Die steuerrechtliche Privilegierung der Eigengesellschaft verfälscht die Wahl der sachgerechten Organisationsform und sollte deshalb abgebaut werden²⁶. Grundsätzlich nicht abgebaut werden darf hingegen die Abhängigkeit von den politischen Vorgaben der dafür zuständigen kommunalen Organe in Fragen, deren Beantwortung sich nicht schon aus Eigengesetzlichkeiten des jeweiligen Tätigkeitsbereiches ergibt²⁷. Die Anstaltsform ist die beste Gewähr dafür, daß der instrumentelle Charakter der Leistungseinheiten der öffentlichen Hand im Dienst solcher politischer Ziele durchgehalten und nicht durch eine verfehlt orientierung der Unternehmensleitung insbesondere an einzelwirtschaftlichen Rentabilitäts Gesichtspunkten verdrängt wird²⁸. Vor allem deshalb ist die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt durch die Möglichkeit privatrechtlicher Formenwahl nicht obsolet geworden. Gerade wegen der besseren Anbindung an die politisch verantwortlichen Organe des Anstaltsträgers stellt sie vielmehr

²³ Vgl. *Thiemeyer*, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, 1975, S. 39; *Rohm*, Ztg. f. kommunale Wirtschaft Nr. 10/1980; *R.Scholz/Pitschas*, Gemeindegewirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur, 1982, S. 20.

²⁴ Vgl. *P.Münch*, ÖWG 1978, 108 (109); *Graf Vitzthum*, AöR 104 (1979), 580 (589f.); *Scholz/Pitschas* (o. Fn. 23), S. 20.

²⁵ Dazu *Lüder*, in: P. Friedrich/Kupsch (Hrsg.), Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, 1981, S. 207 (212ff.).

²⁶ Vgl. auch *Lüder* (o. Fn. 25), S. 218ff.; *D.Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 333f.

²⁷ Zur Notwendigkeit der politischen Kontrolle bedarfswirtschaftlicher öffentlicher Betriebe *Oettle*, in: Issing (Hrsg.), Zukunftsprobleme der Sozialen Marktwirtschaft, 1981, S. 535 (546, 548).

²⁸ Zu dieser generellen Gefahr *Thiemeyer*, in: FS O.Blume, 1979, S. 303 (318f.); *v.Eynern/Himmelmann*, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hrsg.), Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. II, 1982, S. 79 (84f.); *Abromeit/Schwoil*, aus politik und zeitgeschichte B 29–30/85 v. 20.7. 1985, S. 16 (18ff.); hinsichtlich des Bankenbereichs *W.-D.Becker*, ZögU, Beiheft 6, 1984, S. 9ff. Sie wächst mit der im Vergleich zum Eigenbetrieb stärkeren Abkopplung der GmbH und erst recht der AG von den kommunalen Entscheidungen, bei der die Kompetenzausstattung, die Zusammensetzung und nicht zuletzt das Selbstverständnis der beteiligten Organe zusammenwirken. Dazu *Graf Vitzthum*, AöR 104 (1979), 631ff.; *Janson*, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, 1980, S. 142ff., 208f.; historisch *Ambrsius*, Die öffentliche Wirtschaft in der Weimarer Republik, 1984, S. 48ff., insbes. S. 82.

die grundsätzlich angemessenere Rechtsform staatlicher oder kommunaler Betriebsverwaltung dar²⁹.

III. Das Anstaltsbenutzungsverhältnis

1. Zulassungsbedürftigkeit

Realaktsbezug und Multidimensionalität anstaltlicher Betriebsverwaltung müssen sich auch in der rechtlichen Beurteilung des Anstaltsbenutzungsverhältnisses niederschlagen. Die Probleme beginnen gleich bei den Voraussetzungen der Anstaltsbenutzung. Nach h.M. setzt die Anstaltsbenutzung, jedenfalls soweit sie nicht vertraglich geregelt wird, eine Zulassung in Verwaltungsaktsform voraus³⁰. Mindestens bei kostenloser Anstaltsbenutzung ohne tatsächliche Zugangskontrolle, wie meistens im Falle des Friedhofsbesuchs, nicht selten bei der Benutzung von Lesesälen öffentlicher Bibliotheken und gelegentlich im Fall von Museen, sowie erst recht bei Abschluß privatrechtlicher Benutzungsverträge, die nach verbreiteter Meinung einen stillschweigenden öffentlichrechtlichen Zulassungsakt implizieren³¹, fehlt für eine Zulassung aber jeder tatsächliche Anhaltspunkt³². Eine – naturgemäß stillschweigende – Zulassung auch dort anzunehmen, wo von ihr tatsächlich nicht das Geringste zu merken ist, ist nicht nur wirklichkeitsfremd, sondern darüber hinaus rechtlich überflüssig und sogar schädlich. Überflüssig ist es, weil alle in Betracht kommenden Rechtsfolgen auf die bloß tatsächliche Benutzung bezogen werden können und auch ein Rechtsanspruch unmittelbar auf Benutzung gerichtet sein kann³³.

²⁹ Vgl. auch *Janson* (o. Fn. 28), S. 201ff.; *Scholz/Pitschas*, in: Püttner (Hrsg.), Handb. d. kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl., Bd. V, 1984, S. 128 (148). Kritisch gegenüber der privatrechtlichen Organisationsform öffentlicher Betriebe auch *Oettle*, Grundfragen öffentlicher Betriebe I, 1976, S. 138ff., 158ff.

³⁰ Vgl. *Salzwedel* (o. Fn. 2), § 43 (S. 400), § 44 II (S. 405); *Wolff/Bachof* (o. Fn. 2), § 99 III a, wo als Abweichung von der als Regelfall bezeichneten Zulassungsbedürftigkeit nur der Vertrag erwähnt wird; *Frotscher*, in: Püttner (Hrsg.), Handb. d. kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl., Bd. III, 1983, S. 135 (149).

³¹ Vgl. – kritisch – *Schmidt-Aßmann*, in: I. v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1985, S. 91 (164).

³² Darüber hinaus weist auch Gebührenpflichtigkeit nicht ohne weiteres auf eine Zulassungsbedürftigkeit hin, zumal Gebühren nachträglich erhoben werden können.

³³ Gebührenpflichten ergeben sich ohnehin nicht unbedingt aus der Zulassung, sondern aus der tatsächlichen Benutzung. Eine Zurückweisung von Interessenten, welche den Benutzungsregeln nicht entsprechen oder die Anstalt wegen Überfüllung nicht benutzen können, ist auch ohne Zulassungsbedürftigkeit mög-

Schädlich ist es, weil es den Zugang zu anstaltlichen Leistungen in einer mit freiheitlichen Grundentscheidungen unvereinbar pauschalen Weise erschwert, der schwierigen Zwei-Stufen-Theorie³⁴ Nahrung gibt und sogar dazu führen kann, daß einem Unberechtigten wegen der erschweren Rücknahmemöglichkeit begünstigender Verwaltungsakte die weitere Benutzung der Anstalt gestattet werden muß, ohne daß zuvor tatsächlich irgendeine Entscheidung über seine Zulassung getroffen worden wäre. Anstalten werden deshalb nicht nur aufgrund vertraglicher oder verwaltungsaktsförmiger Zulassung benutzt werden dürfen³⁵. Das bedeutet freilich die Verabschiedung einer Rechtsauffassung, die inzwischen zu den Grundvorstellungen des Anstaltsrechts gehört, und kann für die Abgrenzung von öffentlichem Anstalts- und Sachenrecht nicht folgenlos bleiben.

2. Benutzungsregelung

Das Eigengewicht anstaltlichen Realhandelns prägt darüber hinaus gerade auch die Anstaltsbenutzungsregelung selbst. Es stellt schon die rechtssystematisch unentbehrliche Zuordnung der Benutzungsregelung

lich. Die zivilrechtlichen Bedenken gegenüber faktischen Vertragsverhältnissen (dazu *Palandt/Heinrichs*, BGB, 44. Aufl. 1985, Einf. v. § 145 Anm. 5 a m.w.N.) lassen sich auf öffentlichrechtliche Beziehungen nicht ohne weiteres übertragen, wie der Umstand zeigt, daß die Benutzung öffentlicher Sachen nach allgemeiner Auffassung auch durch die Widmung zum Gemeingebrauch eröffnet werden kann. Selbst die kommunalrechtlichen Vorschriften über die Rechte der Einwohner bezüglich der kommunalen öffentlichen Einrichtungen (vgl. § 20 Abs. 1 Hessische Gemeindeordnung i.d.F. v. 1.4.1981 [GVBl. I S. 66]) setzen keine besondere Zulassung voraus. Es entspricht sogar ihrem Wortlaut, sie mangels abweichender Regelung als Begründung eines unmittelbaren, nicht erst zulassungsvermittelten Anspruchs auf Benutzung zu verstehen. Wo eine vertragliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses in privatrechtlicher Form vorgesehen ist, müssen öffentlichrechtliche Benutzungsansprüche, wie es auch sonst im Falle öffentlichrechtlich begründeter Kontrahierungspflichten (dazu *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., Einf. v. § 145 Anm. 3 b) und anderer verwaltungsprivatrechtlicher Bindungen geschieht, vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt werden können; vgl. auch *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 367f., insbes. Fn. 128.

³⁴ Dazu *Ossenbühl*, DVBl. 1973, 289 (291ff.); *W.Schmidt* (o. Fn. 2), Rdn. 223.

³⁵ *O.Mayer* (o. Fn. 1), 3. Aufl., Bd. II, S. 278, ging zwar davon aus, daß eine Zulassung erfolgt, hielt sie aber bemerkenswerterweise für eine bloße Tathandlung. *W.Weber*, VVDStRL 21 (1964), 145 (177), betrachtete eine individuelle Zulassung zur Anstaltsbenutzung nicht als erforderlich. Die Entbehrlichkeit einer solchen besonderen Zulassung klingt bei *Löwer*, DVBl. 1985, 928 (937 Fn. 130), an, findet in dem Kontext der einschlägigen Bemerkung aber keine Bestätigung.

zum öffentlichen Recht oder Privatrecht vor Probleme, denen die gebräuchlichen Abgrenzungskriterien nicht gewachsen sind. Die Anstaltsträger schweigen sich trotz der rechtlichen Bedeutung der Frage denn auch nicht selten dazu aus. Im Zweifel wird eine Benutzungsregelung dem öffentlichen Recht deshalb zuzuordnen sein, weil dessen gemeinwohlorientierte, durchsetzungsfähigere Handlungsmöglichkeiten ebenso wie der mit ihm verbundene verstärkte Schutz des Bürgers den Besonderheiten staatlichen Handelns am ehesten gerecht werden³⁶.

Auf die Benutzungsregelung muß sich vor allem auch die begrenzte Eignung rechtlicher Regeln zur Steuerung anstaltlicher Betriebsverwaltung auswirken. Das gilt zunächst hinsichtlich der Frage, ob Regelungen der Anstaltsbenutzung dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen. Aus der prinzipiellen Grundrechtsbindung des Staates ergibt sich, daß die Grundrechte auch hinsichtlich der Anstaltsbenutzung Geltung beanspruchen. Zwar erstreckt sich der Schutzbereich von Grundrechten im allgemeinen nicht darauf, eine Anstalt abweichend von ihrem Widmungszweck zu benutzen³⁷. In dem durch den Anstaltszweck zwingend vorgegebenen Rahmen bleibt aber ein Spielraum zur immer noch vom Anstaltszweck gedeckten Ausgestaltung des Anstaltsbenutzungsverhältnisses, die durchaus in Grundrechte eingreifen kann³⁸. Trotzdem läßt sich der Vorbehalt des Gesetzes auf Benutzungsregelungen nicht ohne weiteres anwenden. Soweit Benutzungsregelungen nicht Bestimmungen enthalten, die im Hinblick auf die anstaltlichen Eigenesetzlichkeiten ohnehin selbstverständlich sind, müssen sie zu speziell auf die Eigenheiten der jeweiligen Anstalt zugeschnitten sein, als daß dafür generell ein formelles Gesetz oder auch nur eine formell-gesetzliche Ermächtigung verlangt werden könnte. Öffentlichrechtliche Benutzungsordnungen werden in Anlehnung an § 35 Satz 2 3. Alt. VwVfG

³⁶ Zu denken ist dabei u.a. an Verwaltungsakt und Verwaltungsvollstreckung, die zweifelsfreie Grundrechtsbindung, Verwaltungsverfahren- und Amtshaftungsrecht sowie den verwaltungsprozessualen Untersuchungsgrundsatz. Die heute stark vertretene Vermutung für das öffentliche Recht – s. auch BVerwGE 32, 299 (301) – hat Tradition; vgl. *Löwer*, DVBl. 1985, 935, 938, jeweils m.w.N.

³⁷ Dies folgt schon daraus, daß Grundrechte im allgemeinen keinen Anspruch auf Bereitstellung von Anstalten zu den von den Grundrechtssubjekten gewünschten Zwecken geben.

³⁸ Zu eng *W.Loschelder*, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, 1982, S. 422. Daß Benutzungsregelungen auch insofern Konditionen staatlicher Leistungserbringung darstellen, kann sie rechtfertigen, nimmt ihnen aber nicht den Eingriffscharakter; vgl. auch *H.Meyer/Borgs*, VwVfG, 2. Aufl. 1982, § 36 Rdn. 33, zum Eingriffscharakter belastender Nebenbestimmungen, die begünstigenden Verwaltungsakten beigelegt werden.

regelmäßig als Allgemeinverfügungen zu qualifizieren sein³⁹. Soweit sie lediglich die Modalitäten anstaltlicher Leistungserbringung regeln, werden sie im Einklang mit der Praxis, die auf besondere Ermächtigungen verzichtet, als gewohnheitsrechtlich ermächtigt angesehen werden können⁴⁰. Dafür spricht nicht nur die mangelnde Eignung der Gesetzesform für die Regelung anstaltlicher Betriebsverwaltung, sondern auch der Vergleich öffentlichrechtlich geregelter Anstaltsbenutzung mit privatrechtlichen Benutzungsregelungen: Privatrechtliche Benutzungsbedingungen werden im allgemeinen keiner gesetzlichen Grundlage für bedürftig erachtet. Daß die Freiheit des Anstaltsträgers, Anstaltsbenutzungsverhältnisse privatrechtlich zu regeln, die Flucht aus einem ansonsten bestehenden Vorbehalt des Gesetzes ermöglichen soll, kann nicht angenommen werden. Schließlich läßt sich der gewohnheitsrechtliche Ersatz einer sonst möglicherweise gebotenen gesetzlichen Grundlage von Anstaltsbenutzungsordnungen darauf stützen, daß Benutzungsordnungen, welche lediglich die Modalitäten anstaltlicher Leistungserbringung regeln, durch den Anstaltszweck und eine Reihe von Rechtsgrundsätzen determiniert sind – materiellrechtliche Bindungen erleichtern hier einmal die Preisgabe verfahrensrechtlicher Vorgaben. Soweit freilich Anstaltsbenutzungsordnungen über die Regelung der Modalitäten anstaltlicher Leistungserbringung hinaus einen Grundrechtsbezug aufweisen, wo etwa wie im Schulrecht eine obligatorische Anstaltsbenutzung geregelt wird oder eine Anstaltsbenutzung, von der Grundrechtsverwirklichung wesentlich abhängt, fordert der Vorbehalt des Gesetzes wieder Beachtung⁴¹.

³⁹ So Maurer (o. Fn. 2), § 9 Rdn. 34; Löwer, DVBl. 1985, 939. In Anbetracht dessen, daß § 35 Satz 2 3. Alt. VwVfG sich seinem Wortlaut nach nur auf die Regelung der Benutzung von Sachen bezieht (die damit offenbar als ein von § 35 Satz 2 sonst nicht erfaßter Tatbestand angesehen wird), ist das nicht selbstverständlich. Doch spricht die Gleichheit der Interessenlage für eine entsprechende Beurteilung der Anstaltsbenutzungsregelung.

⁴⁰ Vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 25 VIII b, zu den dort als Sonderverordnungen qualifizierten Anstaltsbenutzungsordnungen. Soweit auf staatlicher Ebene danach gewohnheitsrechtlich ermächtigte Allgemeinverfügungen ausreichen, wird auf kommunaler Ebene nicht die Satzungsform verlangt werden können. Gleichwohl kann die Gemeindevertretung bzw. der Kreistag für den Erlaß auch solcher Anstaltsbenutzungsordnungen, die nicht in Satzungsform ergehen, zuständig sein, sofern es sich hierbei nicht um Angelegenheiten der laufenden Verwaltung handelt.

⁴¹ Insofern verlangt Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1980, § 39 Rdn. 16, zutreffend, daß die Kriterien einer Hochschulzulassung vom Gesetzgeber zu umschreiben seien. Auf die Kriterien des Zugangs zu beliebigen anderen Anstalten wird diese Forderung jedoch nicht erstreckt werden können. Die Folgerungen, die F. Rottmann, EuGRZ 1985, 277 (288), aus einem rechtsstaatlich-institutionellen Verständnis des Vor-

Die Komplexität anstaltlichen Realhandelns und die Vielfalt der durch die Anstaltsbenutzung ermöglichten rechtlich relevanten sozialen Berührungspunkte und Reibungsflächen läßt sich durch Benutzungsordnungen allerdings nur unvollständig erfassen. Dies spricht dafür, das Anstaltsbenutzungsverhältnis ähnlich dem Gesellschaftsverhältnis oder dem Arbeits- oder Beamtenverhältnis als eine Sonderverbindung zu verstehen, die zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet und aus der eine Reihe elementarer Rechte und Pflichten des Anstaltsträgers einerseits und des Benutzers andererseits abzuleiten ist.

Für den Anstaltsträger folgt hieraus die Pflicht, auf die Belange der Anstaltsbenutzer Rücksicht zu nehmen: Sie umfaßt die Obhutspflicht für eingebrachte Sachen des Anstaltsbenutzers, die Pflicht, Benutzer vor Störungen durch andere Benutzer zu schützen, die Pflicht, dem Benutzer bei der Benutzung insbesondere automatisierter Anstalten Hilfestellung zu leisten, auch die Pflicht, Änderungen des Anstaltsbetriebs unter Rücksichtnahme auf die Interessen der Anstaltsbenutzer vorzunehmen. Hier hat nicht zuletzt die Haftung des Anstaltsträgers für Schädigungen von Anstaltsbenutzern ihren Grund, die indessen mit dem Ausschluß etwa des Strafgefangenen- und des Schulverhältnisses restriktiver verstanden wird, als folgerichtig sein dürfte⁴². Für den Anstaltsbenutzer folgt aus dem Rechtscharakter des Anstaltsbenutzungsverhältnisses als Sonderverbindung die Pflicht, bei seinem Verhalten in der Anstalt auf den Anstaltszweck einschließlich der Realisierbarkeit des Anstaltszwecks gegenüber anderen Anstaltsbenutzern die unentbehrliche Rücksicht zu nehmen. Diese Pflicht zur selbstverständlichen Rücksichtnahme auf Anstaltsbelange muß vom Anstaltsträger durch angemessene Einzelanordnungen durchgesetzt werden können, ohne daß es dafür der Regelung in einer Benutzungsordnung bedürfte.

Die Grenzen gerichtlicher Kontrollierbarkeit von Anstaltsbenutzungsordnungen und anstaltsbenutzungsrechtlichen Einzelweisungen sind damit bereits abgesteckt. Zwar kann der Anstaltsbenutzer durch Anstaltsbenutzungsregelungen durchaus in einem Benutzungsrecht, seinen Freiheitsgrundrechten, seinem Recht auf Gleichbehandlung oder in einem Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung betroffen sein. Doch sind anstaltsrechtliche Benutzungsregelungen eben solange rechtmäßig, wie sie vom Zweck der Anstalt gedeckt sind und auch sonst nicht gegen normative Vorgaben verstoßen. Dabei kommt den Anstaltsorganen eine gerichtlich nur begrenzt kontrollierbare Kompe-

behalts des Gesetzes für „Sonderordnungen“ ziehen will, werden bei aller grundsätzlichen Anerkennung der Bedeutung, die Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip für den Vorbehalt des Gesetzes besitzen, der teils nicht, teils nur konkret normierbaren Struktur öffentlichrechtlicher Anstalten nicht gerecht.

⁴² Dazu K. Lange, in: Püttner (Hrsg.) (o. Fn. 30), S. 162 (176 m.N.).

tenz zur Konkretisierung der Anstaltszwecke zu. Nicht das Fehlen subjektiver Rechte, sondern deren partiell injustitiable Einschränkung müssen Anstaltsbenutzer also hinnehmen. In dieser Einschränkung ohne formell-gesetzliche Grundlage erweisen sich Elemente der Konzeption des besonderen Gewaltverhältnisses als auch heute noch gültig. Sie sind insofern nicht dem obsoleten Spannungsverhältnis zwischen monarchischer Exekutive und bürgerlichem Parlament und auch nicht der überholten Vorstellung von einem rechtsfreien Innenraum des Staates verhaftet, sondern sie ergeben sich aus der Komplexität tatsächlichen Handelns, letzten Endes daraus, daß die Lebenswirklichkeit rechtlich nicht voll erfaßt werden kann⁴³.

IV. Ablösung des Rechtsbegriffs der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt

Die besonderen rechtlichen Probleme, die im allgemeinen mit der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt verbunden werden, scheinen sich nach alledem durchweg darauf zurückführen zu lassen, daß vermittels der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt betriebliche Leistungen erbracht werden. Für die Erbringung solcher betrieblicher Leistungen bedarf es nicht notwendigerweise der Kombination persönlicher und sachlicher Mittel, von der das heute verbreitete Verständnis des Anstaltsbegriffs ausgeht⁴⁴, ohne allerdings durch die auf *Otto Mayer* zurückgehende Definition dazu gezwungen zu sein⁴⁵. Betriebliche Leistungen der öffentlichen Hand können wie im Fall einer gemeindlichen Wohnungsvermittlung, Touristeninformation oder Wirtschaftsförderungseinrichtung ohne wesentliche sachliche Ausrüstung fast ausschließlich mit personellen Ressourcen erstellt werden. Gleichwohl passen die anstaltsrechtlichen Regeln auch hierauf. Andererseits ist der permanente Einsatz von Personen gerade in einer Zeit zunehmender Automatisierung keine notwendige Voraussetzung betrieblicher Leistungserbringung. Ein Verkehrs- oder Versorgungsbetrieb verliert die Eigenschaft einer öffentlichrechtlichen Anstalt nicht dadurch, daß er vollautomatisiert wird. Damit erweitert sich freilich der anstaltsrechtliche Bereich gegenüber dem vorherrschenden Ver-

⁴³ Vgl. *W.Loschelder* (o. Fn. 38), passim, insbes. S. 467ff., 471, 474.

⁴⁴ Vgl. BVerwGE 32, 299 (302); *Salzwedel* (o. Fn. 2), § 43 (S. 399); *Götz* (o. Fn. 2), S. 44; *Schwerdtfeger* (o. Fn. 2), Rdn. 440; *W.Schmidt* (o. Fn. 2), Rdn. 54; *Achterberg* (o. Fn. 2), § 11 Rdn. 5.

⁴⁵ Auch der Satz „Eine Bibliothek ist ein Bestand von Büchern, neuen wie alten“ bedeutet nicht, daß eine Bibliothek aus einer Verbindung von neuen und alten Büchern bestehen muß; es reicht eines von beiden.

ständnis in Richtung auf den der öffentlichen Sachen⁴⁶. Das entspricht aber auch der Interessenlage. Dem städtischen Kinderspielplatz oder dem Stadtpark und, wie *Werner Weber*⁴⁷ für wichtige Bereiche bereits vor 21 Jahren aufgewiesen hat, prinzipiell auch der öffentlichen Straße ist das rechtliche Regime durchaus angemessen, das herkömmlich als Anstaltsrecht bezeichnet wird⁴⁸, zumal eben auch die Benutzung traditioneller Anstalten nicht notwendigerweise als zulassungsabhängig angesehen werden kann.

Wenn aber die dargestellten anstaltsrechtlichen Kriterien grundsätzlich für alle personellen und sachlichen Ressourcen Geltung beanspruchen, die der Staat oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts in einer aus dem Zweck betrieblicher Leistungserbringung resultierenden Eigenständigkeit⁴⁹ einsetzt, so fragt sich freilich, ob der Begriff der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt nicht

⁴⁶ Der Begriff der öffentlichen Sache verliert dadurch nicht seine Berechtigung. Die anstaltsrechtlichen Regeln schieben sich lediglich weiter über die öffentliche Sache, die auch bisher schon, soweit sie zu den Mitteln anstaltlicher Tätigkeit gerechnet wurde, darunter fiel. Der traditionelle Personenbezug des Anstaltsbegriffs – dazu *Nobel*, *Anstalt und Unternehmen*, 1978, passim – geht damit, daß anstaltsrechtliche Regeln auf Sachkomplexe der hier gemeinten Art erstreckt werden, im Grundsatz ebenfalls nicht verloren. Immer handelt es sich dabei um Sachen, die von Menschen geformt und – mit wie wenig Aufwand auch immer – von Menschen unterhalten werden (letzteres übersieht BVerwGE 32, 299 [302]).

⁴⁷ *W. Weber* (o. Fn. 35), 176ff.; dagegen *K. Stern*, VVDStRL 21 (1964), 183 (190f.).

⁴⁸ Die betriebliche Leistung der öffentlichen Hand liegt hier in der Schaffung oder jedenfalls Gestaltung und der Unterhaltung der zur Benutzung zur Verfügung gestellten Sachen. Die Angemessenheit einer einheitlichen rechtlichen Betrachtung gilt selbst für das Verhältnis zum Träger, der beispielsweise die Betreuung von Kinderspielplätzen, Parks und Straßen durch Eigenbetriebe oder sogar Eigengesellschaften in Betracht ziehen könnte. Bezeichnend ist ferner der Umstand, daß § 35 Satz 2 3. Alt. VwVfG in der neueren Literatur wie selbstverständlich auf Benutzungsordnungen von Anstalten angewandt wird, obwohl er sich seinem Wortlaut nach nur auf die Benutzung von Sachen bezieht (vgl. o. Fn. 39). Vgl. auch *R. Scholz* (o. Fn. 9), S. 213f., 216f.

⁴⁹ Erst bei einer solchen Eigenständigkeit, insbesondere gegenüber Behörden, wird von Anstalten gesprochen werden können. Auf die für die Anstalt begriffsnotwendige Eigenständigkeit ist verschiedentlich hingewiesen worden, vgl. o. Fn. 2 a.E. Nach *Wolff/Bachof* und *Rüfner* soll die Eigenständigkeit öffentlichrechtlicher Anstalten jedoch mindestens in einer rechtlichen Subjektivierung bestehen. Weshalb, bleibt unklar. Weder gewährleistet eine rechtliche Subjektivierung (wie die teilrechtsfähige Anstalt zeigt) noch verhindert ihr Fehlen die von *Rüfner* für maßgeblich erachtete Freistellung von der permanenten Einwirkung des Muttergemeinwesens. Richtigerweise kommt es nur auf eine durch den Zweck betrieblicher Leistungserbringung begründete Eigenständigkeit an, die auch bloß räumlich-gegenständlicher Art sein kann. Daß das Kriterium der Eigenständigkeit konkretisierungsbedürftig ist, trifft nicht nur den Anstaltsbegriff, sondern

überholt ist. Die Bedeutung, die ihm im allgemeinen beigelegt wird, erfaßt den Bereich nicht vollständig, der unter dem Aspekt betrieblicher Leistungserbringung zusammengefaßt werden sollte⁵⁰. Besser dafür geeignet ist m.E. der offenere Begriff der Einrichtung⁵¹. Mit der Ersetzung des Begriffs der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt durch den der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Einrichtung würde der durch den heutigen Gebrauch des Anstaltsbegriffs nahegelegten Verengung des Blickfeldes auf einen bloßen Ausschnitt der Phänomene, die gleichen rechtlichen Regeln unterworfen sein müssen, auch terminologisch gegengesteuert werden. Darüber hinaus brauchte der obrigkeitliche Beigeschmack des Anstaltsbegriffs nicht länger in Kauf genommen zu werden. Zugleich würde die Aufmerksamkeit nachhaltiger auf die notwendige Gesamtbetrachtung der Einrichtungen der öffentlichen Hand einschließlich der privatrechtlich ausgestalteten gelenkt werden. Schließlich würde die m.E. unglückliche Gleichnamigkeit der nichtrechtsfähigen und der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt, die nur partiell und keineswegs grundsätzlich etwa gemein haben, ein Ende finden⁵².

selbst den Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG, für den „ein gewisses Maß an organisatorischer Selbständigkeit bei der Erfüllung der Aufgaben“ als wesentlich angesehen wird (vgl. *Kopp*, VwVfG, 3. Aufl. 1983, § 1 Rdn. 27 m.w.N.).

⁵⁰ Der teilweise in der Tat zu offene, teilweise aber auch sehr zu Recht offengehaltene Anstaltsbegriff *O.Mayers* hat sich also in der falschen Richtung verengt: Statt auf den eigenständigen Ressourceneinsatz zum Zweck betrieblicher Leistungserbringung konzentriert zu werden, ist er auf die Verbindung personeller und sachlicher Ressourcen fixiert worden.

⁵¹ Für die Bezeichnung der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt als Einrichtung schon *Laforet*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 197. Einrichtungen sind nach dem hier entwickelten Verständnis also alle personellen und sachlichen Ressourcen, die der Staat oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts in einer aus dem Zweck betrieblicher Leistungserbringung resultierenden Eigenständigkeit einsetzt (wobei die Eigenständigkeit die Dauerhaftigkeit des Einsatzes impliziert). Dieser Einrichtungsbegriff ist geeignet, terminologisch die Ressourcen zu erfassen, die im Hinblick auf die genannte Eigenständigkeit nicht unter den Begriff der Behörde passen. Einrichtungsbezogene Gesichtspunkte gelten aber darüber hinaus auch für behördeninterne Ressourcen in dem Maße, in dem dort das primäre Ziel der Regelungsverwaltung Raum für eigenständige Überlegungen betrieblicher Leistungserstellung läßt. Ob der Schreib- oder Kfz-Dienst einer Behörde in sich wirtschaftlich ist, inwieweit seine Eigengesetzlichkeiten respektiert werden müssen, ob er unabhängig gestaltet oder sogar privatisiert werden sollte, läßt sich nach Einrichtungsmaßstäben beantworten, soweit das Primärziel der Regelungsverwaltung keine Vorgaben setzt. Diese Einwirkungen der Maßstäbe einrichtungsförmiger Leistungsverwaltung auf Behörden sind nicht so verwunderlich, wenn man bedenkt, daß Maßstäbe behördlicher Regelungsverwaltung auch auf die Regelungsakte im Rahmen von Einrichtungen Anwendung finden, soweit diese nicht schon durch den Zweck betrieblicher Leistungserstellung bestimmt sind.

⁵² Zu den genannten Gesichtspunkten bereits treffend *Herbig* (o. Fn. 14), S. 14ff.

B. Die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt

I. Verselbständigung durch Autonomisierung und Spezialisierung

1. Verselbständigung

Die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt, der ich mich damit zuwenden möchte, wird im allgemeinen wie die nichtrechtsfähige Anstalt i.S. *Otto Meyers* definiert mit der Modifikation, daß es sich um ein rechtsfähiges Gebilde handele⁵³. Das deutet auf eine enge Verwandtschaft beider Anstaltsbegriffe hin.

Fragt man jedoch wiederum nach dem Tätigkeitsfeld, so ergibt sich eine grundlegende Diskrepanz zwischen der nichtrechtsfähigen und der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt. Die rechtsfähige Anstalt ist aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit gerade befähigt, ihr definitiv zurechenbare rechtliche Regelungen (mit Außenwirkung) vorzunehmen, und sie tut es auch in der Praxis. Es gibt durchaus rechtsfähige Anstalten wie die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr⁵⁴, von denen nicht gesagt werden kann, daß sie primär der Erbringung betrieblicher Leistungen dienen. Die rechtsfähige Anstalt läßt sich deshalb nicht nach dem Gegenstand ihrer Tätigkeit definieren; sie ist grundsätzlich zu allem fähig.

Als gemeinsame Funktion rechtsfähiger Anstalten läßt sich statt des Inhalts nur eine Modalität ihrer Aufgabenwahrnehmung herausheben, die freilich, wie sich zeigen wird, im Dienst unterschiedlicher Tätigkeitsinhalte steht und daraus erst ihre Rechtfertigung bezieht. Die allen rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalten gemeinsame spezifische Funktion wird durch deren hervorstechendstes Merkmal, eben die Rechtsfähigkeit, begründet. Die mit der Rechtsfähigkeit verlehene zunächst nur formale rechtliche Selbständigkeit indiziert reale Selbständigkeit und bildet im allgemeinen eine Voraussetzung dafür. Wer Entscheidungen treffen kann, die ihm selbst rechtlich zugerechnet werden, genießt eine relative Unabhängigkeit gegenüber Einflüssen von außen. Auf eine reale Selbständigkeit weist anstaltliche Rechtsfähigkeit um so mehr hin, als mit ihr regelmäßig ein eigenes Vermögen, ein eigener Haushalt, eigene Rechnungsführung und dar-

⁵³ Vgl. *O.Mayer* (o. Fn. 1), 3. Aufl., Bd. II, S. 331; *Bull* (o. Fn. 2), S. 100; *Achterberg* (o. Fn. 2), § 11 Rdn. 5; *W.Schmidt* (o. Fn. 2), Rdn. 54; *Schwerdtfeger* (o. Fn. 2), Rdn. 440; *Rudolf*, in: *Erichsen/Martens* (Hrsg.) (o. Fn. 2), § 56 II 2 b; *Salzwedel* (o. Fn. 2), § 43 (S. 399); *Götz* (o. Fn. 2), S. 44; *Maurer* (o. Fn. 2), § 23 Rdn. 48.

⁵⁴ Wesentlich der Regelungsverwaltung dienen auch die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung und die schweizerische Eidgenössische Alkoholverwaltung; zu letzterer *Lazzarini*, Öffentlich-rechtliche Anstalten des Bundes im Vergleich, Rechtswiss. Diss. Zürich 1982, S. 199ff.

über hinaus verschiedentlich eigene Dienstherrnenfähigkeit verbunden sind. Die Funktion der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt ist also Verselbständigung⁵⁵. Im Gegensatz zur begriffsnotwendigen Eigenständigkeit der nichtrechtsfähigen Anstalt ist sie nicht technischer Art und nicht durch einen Zweck betrieblicher Leistungserbringung notwendig vorgegeben, sondern rechtlicher Natur und Folge politischer Entscheidung⁵⁶. Sie äußert sich vor allem in zweierlei Hinsicht, die man als Autonomisierung und Spezialisierung bezeichnen kann.

2. Autonomisierung

Unter Autonomisierung verstehe ich die Verschaffung von Selbständigkeit durch Abkopplung von externen Einflußnahmen. Die Bildung rechtsfähiger Anstalten begründet solche Selbständigkeit in zwei Richtungen: der Gesellschaft und dem Staat gegenüber. Der freien gesellschaftlichen Betätigung werden die der rechtsfähigen Anstalt übertragenen Aufgaben entzogen, zugleich werden sie unmittelbar staatlicher Einflußnahme entrückt. Mit beidem ist ein Legitimationsverlust verbunden oder kann er es jedenfalls sein.

Mit der Abkopplung von gesellschaftlicher Einflußnahme wird mindestens möglicherweise in grundrechtlich gesicherte freie gesellschaftliche Handlungsräume eingegriffen. Dieser Legitimationsverlust bedarf – im Hinblick auf den grundrechtlichen Aspekt von Verfassungen wegen – einer Rechtfertigung, die um so höheren Ansprüchen genügen muß, je stärker einerseits der betreffende Lebensbereich grundrechtlich geschützt ist und je nachhaltiger andererseits seine grundrechtlich geschützten Dimensionen betroffen sind. Freilich ist das ein Problem nicht nur der rechtsfähigen Anstalt, sondern aller Staatstätigkeit.

Mit der Abkopplung von der Einflußnahme durch die unmittelbare Staatsverwaltung wird die demokratische Legitimationskette gelockert, die die Exekutive über ihre parlamentarisch bestellte Spitze und

⁵⁵ Nach verbreiteter Ansicht wird die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt hingegen nicht durch diese Funktion charakterisiert; vgl. *Köttgen*, Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, 1939, S. 76; *Rüfner* (o. Fn. 33), S. 251; *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (615 f. m.w.N.). Ein solcher Eindruck mag durch die Vielfalt konkreter Ausgestaltungsmöglichkeiten nichtrechtsfähiger und rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten entstehen, trifft aber deren grundsätzlichen Unterschied nicht. Vgl. demgegenüber die Betonung der Selbständigkeit als wesentlichen Kennzeichens der mittelbaren Staatsverwaltung bei *Dittmann*, Die Bundesverwaltung, 1983, S. 90.

⁵⁶ Vgl. zur grundsätzlichen Verschiedenheit von nichtrechtsfähiger und rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalt *Scheuner*, in: Gedächtnisschrift H. Peters, 1967, S. 797 (800 Fn. 11); *Löwer*, DVBl. 1985, 937.

das volksgewählte Parlament mit dem Volk verbindet⁵⁷. Auch dieser für die rechtsfähige Anstalt signifikante Legitimationsverlust bedarf – im Hinblick auf das Demokratieprinzip ebenfalls von Verfassungs wegen – einer Rechtfertigung. Bei Bemessung der daran zu stellenden Anforderungen wird allerdings die legitimierende Wirkung des in dem Bild der demokratischen Legitimationskette zum Ausdruck gebrachten Verantwortungszusammenhangs nicht überschätzt werden dürfen. Sie ist weitgehend formaler Natur. Außerdem kommt bereits der – grundsätzlich revidierbaren – gesetzgeberischen Entscheidung des Parlaments, einen Bereich aus der unmittelbaren Staatsverwaltung auszugliedern, in ihrer Eigenschaft als parlamentarischer Entscheidung eine fundamentale, wenn auch nicht grenzenlose, demokratische Legitimationswirkung zu.

3. Spezialisierung

Die Übertragung einer Aufgabe auf eine rechtsfähige Anstalt führt indessen nicht nur zu einer autonomisierenden Abkopplung von der Einflußnahme durch gesellschaftliche Kräfte und die unmittelbare Staatsverwaltung und damit von deren Legitimationsgrundlagen. Sie führt außerdem und, wo es lediglich um eine vermögensmäßige Vonselbständigkeit geht, sogar primär zu einer spezialisierenden Abkopplung der Wahrnehmung dieser Aufgabe von der Wahrnehmung anderer, mit ihr zusammenhängender Aufgaben.

Eine solche Isolierung einzelner Aufgaben von anderen Agenden und Interessen des freien gesellschaftlichen Kräftespiels trifft wiederum auf grundrechtliche Schutzstellungen und bedarf je nach ihrer Grundrechtsrelevanz rechtfertigender Gründe.

Die Trennung der einer rechtsfähigen Anstalt zugewiesenen Aufgaben von anderen staatlichen Aufgaben entspricht zwar der heutigen technischen Perfektionierung vieler Aufgaben, die nach dem Experten verlangt. Die Abkopplung von anderen Aufgaben, die andere technische Bearbeitungsformen und andere Experten erfordern, beeinträchtigt jedoch die Abstimmung der Aufgabenwahrnehmung untereinander, trübt den Blick für das Allgemeine, ersetzt common sense durch Professionalisierung und erschwert oder verhindert die übergreifende Setzung von Prioritäten. Sinn staatlicher Aufgabenwahrnehmung kann aber nicht die Erbringung unkoordinierter fachspezifischer Höchstleistungen sein, sondern nur die Verwirklichung einer insgesamt vernünft-

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 9, 268 (281); *E. Klein*, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, 1974, S. 24; *H.-J. Menzel*, Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater?, 1980, S. 60f.

tigen Gemeinwohlförderung. Die Absonderung der Wahrnehmung einzelner Aufgaben aus diesem Zusammenhang muß sich durch plausible Gründe rechtfertigen lassen. Auch das dürfte im Hinblick auf die verfassungsrechtlich vorausgesetzte Koordination staatlichen Handelns⁵⁸ ein Gebot nicht nur der Zweckmäßigkeit, sondern der Rechtmäßigkeit sein. Freilich gibt es so vielfältige verfassungsrechtliche, politische und faktisch vorgegebene Gründe für eine ausgeprägte Binnendifferenzierung der Verwaltung⁵⁹, daß dieses Gebot nur einen sehr weiten rechtlichen Rahmen für mannigfache zulässige Organisationsformen abgeben kann. Es kann daher im Regelfall nur als injustitiable Leitlinie staatlicher Organisationsarbeit wirksam werden.

II. Typen rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten

Nach der Art der Rechtfertigung von Autonomisierung und Spezialisierung lassen sich drei große Gruppen von rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalten unterscheiden.

1. Anstalten der mittelbaren Staatsverwaltung

Eine erste, seit langem geläufige Gruppe kann als anstaltliche mittelbare Staatsverwaltung bezeichnet werden. Hier wird allein von der Verselbständigung vor allem eine verbesserte Aufgabenwahrnehmung erwartet, ohne daß es um eine Öffnung für nichtstaatliche Einflüsse ginge.

⁵⁸ Daß die Koordination staatlichen Handelns verfassungsrechtlich vorausgesetzt wird, ergibt sich nicht nur aus Normen über die Richtlinienkompetenz des Regierungschefs, Mehrheitsentscheidungen des Kabinetts und Ressortverantwortlichkeit der Minister, sondern aus der Einrichtung der staatlichen Organe und ihres Zusammenwirkens überhaupt, die allesamt auf eine verbindliche Entscheidbarkeit der innerhalb staatlicher Aufgabenwahrnehmung entstehenden Konflikte und damit auf eine Verklammerung staatlicher Aufgaben gerichtet sind. Letztlich ist es eine integrative Grundvoraussetzung von Staatlichkeit, daß dem Auseinanderfallen staatlicher Aufgabenwahrnehmung in nicht allein von widersprüchlichen Ansichten, sondern gerade auch von widersprüchlichen Interessen bestimmte Teilapparate, so unvermeidlich, wünschenswert und sogar verfassungsrechtlich gefordert es bis zu einem gewissen Grade ist, Grenzen gesetzt werden. Mit seiner verfassungsrechtlichen Konstituierung ist dem Staat diese Koordination grundsätzlich auch von Rechts wegen aufgegeben.

⁵⁹ Grundlegend *Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981. Vgl. weiterhin insbes. *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), 245 (262f., 302); *Berg*, NJW 1985, 2294 (2299 f. m.w.N.), wobei jeweils auch die gleichwohl erforderliche Koordination staatlichen Handelns hervorgehoben wird (*Brohm*, a.a.O., S. 298f.; *Berg*, a.a.O., S. 2300).

Besonders der Umstand, daß eine Aufgabe zweckmäßiger wahrgenommen werden kann, wenn sie von der Beeinflussung durch andere und möglicherweise kurzfristig wechselnde staatliche Ziele weitgehend abgeschirmt ist, kann ihre Übertragung auf eine rechtsfähige Anstalt rechtfertigen. So kann die Deutsche Bundesbank das Ziel der Währungssicherung⁶⁰ wirksamer verfolgen, wenn es nicht von vornherein im Rahmen einer umfassenderen Organisationseinheit gegen andere Ziele abgewogen wird und sich in deren Interesse Abstriche gefallen lassen muß. Öffentlichrechtliche Kredit- und Versicherungsanstalten können sich marktwirtschaftlichen Gegebenheiten ihres jeweiligen Tätigkeitsbereichs elastischer anpassen, wenn ihre Abhängigkeit von anderen staatlichen Interessen in Grenzen gehalten wird.⁶¹

Die Vorteile einer verselbständigten Aufgabenwahrnehmung müssen freilich in einem angemessenen Verhältnis zu den dadurch verursachten Legitimations- und Koordinationsdefiziten stehen. Die hohen Legitimations- und Koordinationskosten, die sich in Anbetracht der politischen Bedeutung der Entscheidungen der Deutschen Bundesbank und deren Interdependenz mit anderen Agenden aus der Verselbständigung der Bundesbank ergeben, werden durch die besonders hohe Bewertung des Ziels der Währungssicherung ausgeglichen – ob das für die unabhängige Ausgestaltung der Bundesbank insgesamt gilt, ist eine andere Frage.⁶² Je weniger eine Anstalt wichtige politische Entscheidungen zu treffen hat und je weniger ihre Maßnahmen der Koordination mit anderen Agenden bedürfen, desto eher läßt sich ihre Verselbständigung rechtfertigen. Das gilt nun gerade für Kredit- und Versicherungsanstalten sowie andere Anstalten mit betrieblichen Aufgaben. Hier zeigt sich, daß die auf Verselbständigung durch Spezialisierung und Autonomisierung gerichtete Form der rechtsfähigen Anstalt ten-

⁶⁰ § 3 BBankG.

⁶¹ Die Fähigkeit von Bundesbahn und Bundespost, im Rechtsverkehr unter ihrem Namen zu handeln, zu klagen und verklagt zu werden (§ 2 Abs. 1 BBahnG; § 4 Abs. 1 PostVerwG), entlastet übergeordnete Behörden von diesen Aufgaben und trägt damit insgesamt zu einer einfacheren und übersichtlicheren Wahrnehmung staatlicher Aufgaben bei. Die Qualifizierung als Sondervermögen mit eigener Wirtschafts- bzw. Haushalts- und Rechnungsführung (§ 1 BBahnG; § 3 Abs. 1 PostVerwG), durch welche Bundesbahn und Bundespost mit typischen Merkmalen rechtsfähiger Anstalten ausgestattet worden sind, unterstützt die wirtschaftliche Erfüllung ihrer Aufgaben durch eine bessere Überschaubarkeit der zur Verfügung stehenden Mittel und ihrer Verwendung.

⁶² Daß staatliche Eisenbahnen und Post weder in der Bundesrepublik Deutschland noch in Österreich noch in der Schweiz volle Rechtsfähigkeit haben, überzeugt deshalb, weil es immerhin zweifelhaft wäre, ob die Vorteile ihrer rechtlich gänzlich verselbständigten Aufgabenwahrnehmung ausreichen würden, um die damit verbundenen ebenfalls hohen Legitimations- und Koordinationsmängel aufzufangen.

denziell, wenn auch nicht immer und nicht nur, besonders gut für die als Organisationseinheit der Betriebsverwaltung verstandene Anstalt oder besser: Einrichtung geeignet ist⁶³. Der politischen Bedeutung und aufgabenübergreifenden Relevanz, welche auch einer sehr fachspezifischen anstaltlichen Betriebsverwaltung zumeist verbleibt, wird durch eine entsprechende Ausgestaltung der jeweiligen rechtsfähigen Anstalt Rechnung getragen werden müssen. Dafür bietet die Form der öffentlichrechtlichen Anstalt – besonders durch eine adäquate Ausgestaltung von Binnenorganisation und Aufsichtsregelungen – differenziertere, wirksamere und stabilere Möglichkeiten als privatrechtliche Organisationsformen.

2. Staatsfreie Anstalten

Von den traditionellen Anstalten der mittelbaren Staatsverwaltung, die bei aller Selbständigkeit doch immer deutliche Verbindungen zur staatlichen Exekutive aufweisen, unterscheiden sich solche rechtsfähigen Anstalten, die grundsätzlich jeglichem besonderen staatlichen Einfluß entrückt sein und lediglich der Organisation staatsfreien gesellschaftlichen Handelns dienen sollen. Staatsfreie Anstalten in diesem Sinne sind die öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten. Sie bedürfen der Rechtfertigung im Hinblick darauf, daß mit ihnen die Gestaltung des Rundfunks durch die gesellschaftlichen Kräfte einem staatlichen Reglement unterworfen wird, vor dem die grundrechtlich verbürgte Rundfunkfreiheit sie zwar nicht allein, aber prinzipiell auch schützen soll. Sie finden diese Rechtfertigung in einer Interpretation der Rundfunkfreiheit, die die Unabhängigkeit geistiger Kommunikation von gesellschaftlicher Macht und die Lockerung ihrer Verbindung insbesondere mit ökonomischen Interessen in den Schutzbereich dieses Grundrechts einbezieht⁶⁴. Für eine entsprechende Verselbständigung bieten sich die mit der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt eröffneten Möglichkeiten dauerhafter und differenzierter Organisation eher an als die prinzipiell autonomer Änderung zugängliche und kapitalorientierte Organisation privatrechtlicher Provenienz. Die besondere Rechtferti-

⁶³ Daran wird deutlich, daß die Terminologie von nichtrechtsfähiger und rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalt unbefriedigend ist. Sie erweckt den Eindruck, als unterschieden sich beide Begriffe nur in Bezug auf die Rechtsfähigkeit. In Wirklichkeit unterscheiden sie sich aber auch hinsichtlich der Bedeutung des Anstaltlichen. Deshalb kann eine Organisationseinheit der Form nach rechtsfähige Anstalt sein und zugleich der Aufgabe nach das, was den Kern der nichtrechtsfähigen Anstalt bzw. Einrichtung ausmacht, nämlich Einheit zur Erbringung betrieblicher Leistungen.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 57, 295 (320ff.).

gung, deren rechtsfähige Anstalten sonst im Hinblick auf ihre Verselbständigung gegenüber der unmittelbaren Staatsverwaltung bedürfen, erübrigt sich hier; die Verselbständigung gegenüber dem Staat ist im Fall der Rundfunkanstalten ohnehin von Verfassungen wegen geboten.

3. Intermediäre Anstalten

Die realen Grenzen der heutigen Trennbarkeit von Staat und Gesellschaft zeigen sich besonders deutlich an dem modernsten Typ rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten, die man als intermediäre Anstalten bezeichnen kann. Sie dienen als Forum einer Kooperation von Staat und gesellschaftlichen Gruppen, die jeweils Repräsentanten in die Anstaltsorgane entsenden. Zu ihnen gehören beispielsweise die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, der Stabilisierungsfonds für Wein, die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr, die Filmförderungsanstalt, wichtige öffentlichrechtliche Kreditanstalten wie die Kreditanstalt für Wiederaufbau und trotz ihrer gesetzlichen Bezeichnung als Körperschaft die Bundesanstalt für Arbeit.⁶⁵

Die Bildung solcher intermediärer Anstalten hängt weitgehend mit den Schwierigkeiten zusammen, die einseitig staatlicher Steuerung gesellschaftlicher Prozesse aus der Verselbständigung gesellschaftlicher, insbesondere ökonomischer, Teilbereiche erwachsen. Erfolgreiche Steuerung ist in großem Umfang auf Informationen durch betroffene gesellschaftliche Gruppen und auf deren Unterstützung bei der Verwirklichung ihrer Programme angewiesen. Solche Kooperation ist viel-

⁶⁵ Vgl. zu dem hier als intermediäre Anstalt bezeichneten Organisationstyp insbesondere *Schuppert* (o. Fn. 59), S. 30ff., 259ff., 365ff. Das Zusammenwirken von Staat und Gesellschaft in solchen Anstalten hat sich unterschiedlich entwickelt (vgl. *Berg*, NJW 1985, 2297). Teils ist es das Ergebnis einer partiellen Verstaatlichung zuvor gesellschaftlich oder wenigstens gesellschaftsnäher wahrgenommener Agenden, wie die Beispiele der Studentenwerke (dazu *Schuppert*, a.a.O., S. 174f.) und der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr (dazu v. *Tegehlen*, GüKG, Losebl. Stand August 1985, Einf. I 5, § 53 Anm. 1) zeigen. Hier hat das gewachsene Interesse an staatlicher Einflußnahme privatrechtliche oder doch wenigstens körperschaftliche Organisationsformen verdrängt und im Sinne der schon von *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1980, S. 429, diagnostizierten Tendenz zu einer Verstaatlichung (dazu auch *E.R. Huber*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2. Aufl., Bd. I, 1953, S. 761) geführt. In diesen Fällen steht die Frage nach einer grundrechtlich geforderten Rechtfertigung im Vordergrund des Interesses. Großenteils sind intermediäre Anstalten aber das Ergebnis einer partiellen Vergesellschaftung unmittelbar staatlich begründeter Aufgaben. Hier rückt die anstaltsspezifische Frage in den Vordergrund, ob und inwiefern die beabsichtigte Kooperation von Staat und Gesellschaft die mit der Bildung rechtsfähiger Anstalten verbundenen Legitimations- und Koordinationseinbußen zu rechtfertigen vermag.

fach nur um den Preis der Entscheidungsbeteiligung gesellschaftlicher Gruppen zu erhalten. Diese an sich nicht neue Erkenntnis hat in den letzten Jahren unter dem Stichwort „Neokorporatismus“ besondere Aufmerksamkeit erfahren⁶⁶. Systemintegration in Form einseitig gesetzten Rechts wird hier, und nicht nur hier⁶⁷, durch Sozialintegration in Form von Verständigungsprozessen abgelöst⁶⁸.

Das damit angesprochene Phänomen allein wäre allerdings eine zweifelhafte Rechtfertigung für die mit der Bildung intermediärer Anstalten verbundenen Legitimations- und Koordinationseinbußen. Selbstverständlich sind gesellschaftliche Gruppen bestrebt, Möglichkeiten der Entscheidungsbeteiligung im Sinne ihrer Interessen zu nutzen. Es gibt daher keine Gewähr dafür, daß Entscheidungen, die aus einer Kooperation staatlicher Organe mit gesellschaftlichen Gruppen hervorgehen, sich mit den Entscheidungen decken, die aus allein staatlich verantworteten und damit prinzipiell an die demokratische Legitimationskette gebundenen und mit anderen staatlichen Aufgaben koordinierten Entscheidungsprozessen hervorgehen würden.

Doch eröffnet die Kooperation von Staat und gesellschaftlichen Gruppen Chancen, die über die bloße Verwirklichungsfähigkeit beliebiger Kompromißentscheidungen hinausgehen. Sie ermöglicht eine Kongruenz von Entscheidungsinhalten mit den Interessen Betroffener, die im Kern demokratischen Selbstbestimmungsvorstellungen entsprechen und von grundrechtlichen Strukturprinzipien getragen sein kann⁶⁹. Sie kommt demokratischen Grundgedanken um so näher, je mehr sie eigenständige exekutivische Entscheidungen, die realer demokratischer Kontrolle entzogen sind, durch eine Willensbildung aller Entscheidungsbetroffenen ersetzt. Das ist desto eher der Fall, je mehr sich exekutivische Entscheidungen parlamentarischer Kontrolle, insbesondere gesetzlicher Programmierung, und der Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit entziehen⁷⁰ und je enger der Kreis derjenigen ist, die von den Auswirkungen der Entscheidungen betroffen sind. Je speziel-

⁶⁶ Dazu v. *Alemann/Heinze* (Hrsg.), *Verbände und Staat*, 2. Aufl. 1981; *R.G. Heinze*, *Verbändepolitik und „Neokorporatismus“*, 1981.

⁶⁷ Vgl. die rechtsdogmatische Durchsetzung des öffentlichrechtlichen Vertrages und die Faktizität staatlich-gesellschaftlicher Arrangements insbesondere bei Großvorhaben (dazu *Hoffmann-Riem*, *VVDStRL* 40 [1982], 187 [192ff.]).

⁶⁸ Zur Begrifflichkeit *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 3. Aufl., Bd. II, 1985, S. 226, 536, 544.

⁶⁹ Vgl. *Schreyer*, *Pluralistische Entscheidungsgremien im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben*, 1982, S. 138; *Höfling*, *DÖV* 1985, 387 (391ff.).

⁷⁰ Dazu, daß die Eindeutigkeit gesetzlicher Grundlagen der Verwaltung regelmäßig um so geringer ist, je komplexer, dynamischer oder widersprüchlicher die Umwelt ist, *Treutner*, *Planende Verwaltung zwischen Recht und Bürgern*, 1982, S. 96f.

ler ein Aufgabenbereich ist, je mehr aber auch ein Aufgabenbereich grundrechtsverwirklichender Organisation bedarf, desto eher kann deshalb seine Übertragung an eine rechtsfähige Anstalt unter Beteiligung der Betroffenen gerechtfertigt sein. Voraussetzung für eine hinreichende Rechtfertigung ist allerdings eine angemessene Beteiligung aller entscheidungs- bzw. grundrechtsbetroffenen Gruppen und die Schaffung von Rahmenbedingungen dafür, daß verbleibende Legitimationsprobleme im Hinblick auf allgemeinere politische Vorgaben gelöst werden und Koordinationserfordernissen im Hinblick auf andere Aufgabenreiche Rechnung getragen wird.

III. Bildung und Ausgestaltung rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten

1. Übereinstimmungen von rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalt

Soweit rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalten betriebliche Leistungen erbringen und damit zugleich Einrichtungen in dem eingangs behandelten Sinn darstellen, gelten die dafür entwickelten Grundsätze auch für sie. Aber rechtsfähige Anstalten sind eben nicht nur Organisationseinheiten der Betriebsverwaltung, und generell wirft ihre Verselbständigung spezifische Probleme auf, die wiederum eigenständige Antworten erforderlich machen.

2. Bildung rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten

Inbesondere aus der autonomisierenden Funktion der rechtsfähigen Anstalt folgt zunächst, daß deren Bildung dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt. Entweder betrifft sie wegen der Lockerung parlamentarisch-demokratischer Kontrolle das Demokratieprinzip so nachhaltig, daß sie deshalb einer vom Parlament beschlossenen gesetzlichen Grundlage bedarf, oder sie unterliegt dem Vorbehalt des Gesetzes, weil sie Grundrechte ausgestaltet oder in Grundrechte eingreift⁷¹. Oft wird beides zusammenkommen.

3. Differenzierungsbedürftigkeit des öffentlichrechtlichen Status

Die Unterschiedlichkeit der Anstaltstypen macht deutlich, daß die Ausgestaltung der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt nicht

⁷¹ Vgl. *Erichsen/Knoke*, DÖV 1985, 53 (55).

aufgrund ihrer pauschalen Zuordnung zum Staat oder zur Gesellschaft beurteilt werden kann. Es kommt auf den Einzelfall oder doch jedenfalls auf Fallgruppen an. Das gilt auch für die Frage der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Handlungsform. Besonders an den staatsfreien rechtsfähigen Anstalten zeigt sich, daß die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt nicht mehr ausnahmslos als hoheitlich ausgerüsteter Teil der staatlichen Exekutive verstanden werden kann⁷². Es ist nicht ersichtlich, weshalb Anstalten wie die Rundfunkanstalten, die nur ein Forum für staatsfreie gesellschaftliche Aktivitäten darstellen sollen, hoheitlicher Handlungsformen bedürfen sollten. Der Sinn ihrer Bildung liegt vielmehr in der staatlichen Festlegung einer bestimmten Organisation und eines bestimmten Verfahrens, die wiederum nur durch staatlichen Akt sollen verändert werden können⁷³. Deshalb muß es möglich sein, solche, aber auch andere, rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalten auf die Handlungsform des Privatrechts zu beschränken. Unter dem Gesichtspunkt des Übermaßverbots kann dies sogar rechtlich geboten sein.

Es ist danach wenig überzeugend, wenn die Tätigkeit der Rundfunkanstalten generell als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung⁷⁴ und im Fall der Vergabe von Sendezeiten an politische Parteien sogar als Ausübung öffentlicher Gewalt⁷⁵ bezeichnet wird. Schon gar nicht läßt sich daraus ohne weiteres eine Grundrechtspflichtigkeit der Rundfunkanstalten ableiten⁷⁶. Es wäre widersinnig anzunehmen, daß der allein zum Schutz der Rundfunkfreiheit öffentlichrechtlich organisierte Rundfunk wegen dieser freiheitsschützenden Organisation pauschal Grundrechtsbindungen unterworfen sein sollte, denen private Kommunikationsunternehmen selbst bei einer vergleichbaren Marktstellung nicht unterlägen⁷⁷.

⁷² Anders *W. Weber*, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl. 1943, S. 12ff., 20f., 75f.; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., Bd. I, 1973, S. 471, 478, 502f.

⁷³ Vgl. Sondervotum der Richter *Geiger, Rinck, Wand*, BVerfGE 31, 337 (340ff.).

⁷⁴ So BVerfGE 7, 99 (104); 14, 121 (130); 31, 314 (329); 47, 198 (223); *Stern/Bethge*, Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat, 1968, S. 5 m.w.N.

⁷⁵ So aber BVerfGE 7, 99 (104); 14, 121 (130); vgl. auch BVerfGE 47, 198 (223); 67, 149 (151). Vgl. demgegenüber *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1980, S. 165.

⁷⁶ S. die o. Fn. 75 zitierten Entscheidungen. Prinzipiell überzeugend insoweit hingegen BVerwG NJW 1985, 1655 (1657).

⁷⁷ Vgl. *K. Lange*, in: FS Löffler, 1980, S. 195 (210ff.). Anderes gilt selbstverständlich, soweit Rundfunkanstalten wirklich hoheitliche Gewalt ausüben. Auch soll nicht von vornherein ausgeschlossen werden, daß es Fälle geben mag, in de-

4. Binnenverfassung

Auch die Binnenverfassung der rechtsfähigen Anstalt muß dem jeweiligen Sinn ihrer Verselbständigung entsprechen. Da die Nachteile der Verselbständigung einer Kompensation durch deren Vorteile bedürfen, ist eine Binnenstruktur, die wenigstens die Chance bietet, diese Vorteile zu realisieren, nicht nur zu empfehlen, sondern rechtlich geboten.

Besondere Probleme wirft in diesem Zusammenhang die Binnenverfassung staatsfreier und intermediärer Anstalten auf. Sie betreffen zunächst die angemessene Zusammensetzung des Kollegialorgans, in dem die betroffenen Gruppen vertreten sind. Zwar muß dem Gesetzgeber und den die gesetzgeberische Entscheidung ausführenden Organen bei der Bestimmung dieser Gruppen ein Beurteilungsspielraum zugestanden werden. Doch besteht die grundsätzliche Verpflichtung, für eine angemessene Vertretung aller betroffenen Gruppen Sorge zu tragen⁷⁸. Wo betroffene Gruppen nicht hinreichend organisationsfähig sind, wird staatlicherseits für ihre personelle Repräsentation gesorgt werden müssen. Auch wird den betroffenen Gruppen die Auswahl ihrer Repräsentanten nur dann überlassen bleiben können, wenn sie selbst eine hinreichend repräsentative Binnenstruktur aufweisen. Je weniger dies der Fall ist, desto mehr wird der Staat auf die Bestellung der Repräsentanten in dem jeweiligen Anstaltsorgan Einfluß zu nehmen haben oder, vor allem wenn eine solche Einflußnahme gerade grundrechtlich ausgeschlossen ist, von der Schaffung rechtsfähiger Anstalten gänzlich absehen müssen.

Evident unterbeteiligte Gruppen müssen, sofern sie vor Gericht parteifähig sind, mindestens aufgrund des Gleichheitssatzes auf angemessene Beteiligung klagen können⁷⁹. Maßnahmen einer rechtsfähigen Anstalt, die offensichtlich ohne angemessene Beteiligungsmöglichkeit der betroffenen Gruppen ergriffen werden, sind rechtswidrig und können vorbehaltlich der übrigen prozessualen Voraussetzungen im Klagewege angegriffen werden.

Allerdings werden Betroffene durchaus nicht immer und ohne weiteres ein Interesse daran haben, in den Organen von Anstalten repräsentiert zu sein. Beteiligung bedeutet Inpflichtnahme der Beteiligten, die auch grundrechtlich relevant ist. Den Gefahren ungerechtfertigter

nen die staatlich bewirkte Abkopplung des Rundfunks von ungehinderter gesellschaftlicher Einflußnahme einen Grundrechtsschutz, ggf. auch unmittelbar gegenüber den Rundfunkanstalten, erforderlich machen kann.

⁷⁸ Vgl. zur Kritik an der Vertretung der grundrechtsbetroffenen Gruppen in der Filmförderungsanstalt *Schreyer* (o. Fn. 69), S. 140 m.w.N.

⁷⁹ Vgl. auch OVG Lüneburg JZ 1979, 24 (28); *Starck*, in: FS Löffler (o. Fn. 77), S. 375 (381f., 384ff.).

Majorisierung einzelner Gruppen muß ggf. durch Minderheitenschutz Rechnung getragen werden⁸⁰. Der Gefahr, daß die Interessen eines Teils der Gruppenangehörigen vernachlässigt werden, muß dadurch entgegengewirkt werden, daß nicht nur auf eine angemessene Binnenorganisation der beteiligten Gruppen geachtet, sondern nach Möglichkeit auch für Publizität der Grundentscheidungen der Anstalt bei den Betroffenen Sorge getragen wird. Gegen eine ungerechtfertigte Einbeziehung in rechtsfähige Anstalten müssen Betroffene sich, gestützt auf ihre Grundrechte, und sei es nur das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, zur Wehr setzen können.

Auch innerhalb rechtsfähiger Anstalten müssen Inter- und Intraorganstreitigkeiten grundsätzlich als zulässig angesehen werden. Jedenfalls, soweit ihre Organe der Institutionalisierung potentiell widersprüchlicher Interessen dienen, was insbesondere bei staatsfreien und intermediären Anstalten der Fall ist, kann daran kein Zweifel bestehen.

5. Staatliche Steuerung

Selbstverständlich sind rechtsfähige Anstalten an staatliche Steuerung durch Gesetze und Rechtsverordnungen gebunden. Darüber hinaus können sie insbesondere⁸¹ auch einer Steuerung durch fachaufsichtliche Weisungen unterliegen. Das gilt aber nicht ausnahmslos. Hinsichtlich der Rundfunkanstalten als staatsfreien Anstalten kommen fachaufsichtliche Weisungen schon von Verfassungen wegen nicht in Betracht. Die Verselbständigungsfunktion der rechtsfähigen Anstalt legt es nahe, auch sonst eine bloße Rechtsaufsicht über rechtsfähige Anstalten anzunehmen, wo gesetzlich oder aufgrund eines Gesetzes nichts anderes bestimmt ist⁸². Im Zweifel wird daher auch ein Geneh-

⁸⁰ Vgl. *Kisker*, in: F. Wagener (Hrsg.), *Verselbständigung von Verwaltungsträgern*, 1976, S. 73 (84).

⁸¹ Daneben kann Steuerung vor allem auch finanziell und, sofern die Anstalt nicht über eigene Dienstherrenfähigkeit verfügt, personell erfolgen.

⁸² Gegen die Beschränkung der Aufsicht über rechtsfähige Verwaltungseinheiten auf eine bloße Legalitätskontrolle *Köttgen* (o. Fn. 55), S. 94. Demgegenüber hat *W. Weber*, JJB 8 (1967/68), 137 (160), darauf hingewiesen, daß die Staatsaufsicht auch über Anstalten im allgemeinen auf Rechtsaufsicht beschränkt sei. Wollte man im Zweifel für die Fachaufsicht votieren, so würde nicht einmal die mit der Bildung rechtsfähiger Anstalten regelmäßig mindestens beabsichtigte Entlastung der unmittelbaren Staatsverwaltung erreicht werden, da die übergeordneten Behörden gerade in den kritischen Fällen eingeschaltet werden würden; vgl. dazu *Kisker* (o. Fn. 80), S. 74ff., insbes. S. 76. Auf eine Vermutung für oder gegen die Fachaufsicht ganz zu verzichten, hieße, eine schwer erträgliche Rechtsunsicherheit in Kauf zu nehmen. Die hier vertretene Vermutung gegen die

migungsvorbehalt hinsichtlich des Haushalts- bzw. Wirtschaftsplans einer rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt nur im Sinn einer Rechtmäßigkeitskontrolle zu verstehen sein.

Verfassungsrechtlich kann es freilich durchaus geboten sein, fachaufsichtliche Weisungen vorzusehen. Sie sind in dem Maße rechtlich erforderlich, in dem verselbständigungsbedingte Legitimations- und Koordinationsdefizite verbleiben, die anders, insbesondere auch durch eine Beteiligung der Betroffenen, nicht kompensiert werden können. Die Praxis trägt dem insofern Rechnung, als eine Fachaufsicht um so weniger vorgesehen zu sein scheint, je stärkere Entscheidungsbefugnisse man betroffenen gesellschaftlichen Gruppen einräumen zu können gemeint hat⁸³.

In Anbetracht der Tendenz von Organisationen, sich mit ihren Organisationszielen zu identifizieren, halte ich es für wenig aussichtsreich, die Berücksichtigung allgemeinerer und fachlich anderer Interessen im Sinne einer neuerlich vorgeschlagenen Selbststeuerung durch reflexives Recht⁸⁴ den Anstalten selbst anzuvertrauen. Damit der Sinn der Verselbständigung von Aufgabenwahrnehmung durch die Bildung rechtsfähiger Anstalten verwirklicht werden kann, sollten fachaufsichtliche Vorgaben aber so allgemein gehalten werden, daß sie eine Konkretisierung durch die Anstalt ermöglichen und voraussetzen. Die staatliche Sonderaufsicht bezüglich kommunaler Weisungsaufgaben bietet hierfür ein gutes Muster.

Gegen rechtswidrige fachaufsichtliche Weisungen müssen sich rechtsfähige Anstalten m.E. gerichtlich zur Wehr setzen können. Zwar werden sie durch ihre rechtliche Verselbständigung nicht ohne weiteres grundrechtsfähig⁸⁵. Doch wird ihnen grundsätzlich ein einklagbares subjektives Recht auf eigenverantwortliche Wahrnehmung des Tä-

Fachaufsicht kann allerdings durch gegenteilige Anhaltspunkte entkräftet und auch durch die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung ausgeräumt werden.

⁸³ Vgl. die Filmförderungsanstalt, bei der den maßgeblichen Befugnissen der Vertreter gesellschaftlicher Gruppen eine bloße staatliche Rechtsaufsicht gegenübersteht (§§ 4ff., 13 Abs. 1 FilmförderungsG v. 25.6.1979 [BGBl. I S. 803]), den Stabilisierungsfonds für Wein, bei dem immer noch relativ starken Befugnissen der Vertreter gesellschaftlicher Gruppen eine zwar nicht vollständige, aber doch prinzipielle Begrenzung der staatlichen Aufsicht auf eine Rechtsaufsicht korrespondiert (§§ 18ff., 22 Abs. 1 WeinwirtschaftsG i. d.F. v. 11.9.1980 [BGBl. I S. 1665]), und die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, bei der den relativ geringen Befugnissen der Vertreter gesellschaftlicher Gruppen eine staatliche Fachaufsicht entspricht (§§ 4ff., 8 Abs. 3 G.ü.d. Neuorganisation d. Marktordnungsstellen v. 23.6.1976 [BGBl. I S. 1608]).

⁸⁴ Teubner/Willke, Zeitschr. f. Rechtssoziologie 6 (1984), 4ff.

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 31, 314 (322); 45, 63 (78); 62, 354 (369); insofern übereinstimmend v. Mutius, in: Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 3 Rdn. 114.

tigkeitsbereiches zuerkannt werden müssen, der ihnen gesetzlich übertragen worden ist⁸⁶. Eine Rechtsordnung, die Organstreitigkeiten für zulässig hält, wird solche subjektiven Rechte und ihren gerichtlichen Schutz nicht verneinen können.

6. Staatliche Kontrolle

Die Kontrolle darüber, ob die im Rahmen staatlicher Steuerung gesetzten rechtlichen Vorgaben eingehalten werden, ist Sache staatlicher Rechtsaufsicht. Da der Staat die Verantwortung dafür trägt, daß die von ihm geschaffenen Anstalten ihre rechtlichen Schranken einhalten, müssen Anstalten grundsätzlich staatlicher Rechtsaufsicht unterliegen⁸⁷.

Gegen eine staatliche Rechtsaufsicht kann insbesondere bei staatsfreien Anstalten freilich der Umstand sprechen, daß die Grenzen zwischen Rechts- und Fachaufsicht nicht eindeutig sind. Die Kreativität, welche die Rechtsprechung bei der Konkretisierung von Rechtsnormen entwickelt hat, hat nicht nur der Justiz einen starken Einfluß auf die Verwaltung verschafft, sondern zugleich der administrativen Rechtsaufsicht – ohne daß dies intendiert gewesen sein wird – entsprechende Gewinne an Kontrollmöglichkeiten beschert. Demgegenüber werden die notwendigen Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume der primär zuständigen Organe hervorgehoben werden müssen. Das gilt besonders für die Kontrolle der rechtlichen Bindung der Anstalt an ihren Zweck, die bei Außerachtlassung der gebotenen Zurückhaltung leicht zu einer Totalkontrolle der Zweckmäßigkeit anstattlichen Handelns ausufern kann. Die Gefahr einer verfehlten Ausweitung der Rechtsaufsicht kann es immerhin ausnahmsweise rechtferti-

⁸⁶ Es dürfte ein Recht auf Gewährleistung einer dem Anstaltszweck gemäßen Mindestalimentierung durch das Muttergemeinwesen umfassen. Die Pflicht des Muttergemeinwesens zu einer solchen Alimentierung wird mit einem wenig aussagekräftigen Begriff als Anstaltslast bezeichnet; dazu – weitgehend kritisch – *Oebbecke*, Rechtsfragen der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen, 1980, S. 23ff.; *D.Ehlers* (o. Fn. 26), S. 321f. Fn. 156; *Berg*, NJW 1985, 2299; *Löwer*, DVBl. 1985, 935 Fn. 98. Die Rundfunkanstalten sollen einen aus Art. 5 Abs. 1 GG resultierenden – terminologisch glücklicheren – Funktionsgewährleistungsanspruch gegen den Staat haben, der auch deren finanzielle Ausstattung umschließe; vgl. *Ossenbühl*, Rundfunkfreiheit und Rechnungsprüfung, 1984, S. 54 m.w.N. Eher noch wird ein solcher Anspruch m.E. aus der präziseren einfachgesetzlichen Konstituierung solcher, aber auch anderer rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten abgeleitet werden können.

⁸⁷ Vgl. *Wolff/Bachof* (o. Fn. 2), § 77 II b 3; *Kisker* (o. Fn. 80), S. 84; *Dittmann* (o. Fn. 55), S. 254 m.w.N.

gen, wie im Fall mancher öffentlichrechtlicher Rundfunkanstalten⁸⁸ von einer staatlichen Rechtsaufsicht überhaupt abzusehen.

Im Regelfall ist jedoch eine staatliche Rechtsaufsicht über rechtsfähige Anstalten im Errichtungsgesetz zu Recht ausdrücklich vorgesehen. Die betreffenden Normen sind denn auch neben der Gesetzesform des Errichtungsakts ein willkommenes Indiz⁸⁹, um zu erschließen, ob eine Anstalt rechtsfähig sein soll oder nicht. Der Gesetzgeber entzieht sich, wie zu der anderen Grundsatzfrage der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Handlungsform, in wenig überzeugender Weise oft auch zu dieser grundsätzlichen Frage einer ausdrücklichen Antwort⁹⁰.

Nicht immer klar geregelt sind die Mittel der Rechtsaufsicht. Auskunftsverlangen, Beanstandung, Anweisung und Ersatzvornahme werden jedoch, selbstverständlich vorbehaltlich der Möglichkeit abweichender Regelungen, wohl schon gewohnheitsrechtlich als die mit dem Begriff der Rechtsaufsicht verbundenen rechtlichen Instrumente verstanden werden müssen⁹¹. Hier wie auch in den einschlägigen Rechtsproblemen finden sich manche Parallelen zur Kommunalaufsicht, deren Verständnis in Rechtsprechung und Literatur auch für die Anstaltsaufsicht fruchtbar gemacht werden kann.

IV. Beibehaltung des Rechtsbegriffs der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt

Manches von dem Gesagten wird wegen der Parallelität der Interessenlagen auf nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalten bzw. Einrichtungen übertragen werden können, die selbständig, ggf. auch

⁸⁸ Vgl. insbes. § 1 Abs. 1 Satz 2 G. ü. d. Hessischen Rundfunk v. 2.10.1948 (GVBl. S. 123), wo ausdrücklich bestimmt ist, daß der Hessische Rundfunk nicht der Staatsaufsicht unterliegt.

⁸⁹ Um mehr als Indizien handelt es sich dabei allerdings nicht. Die Bildung nichtrechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten kann in einem förmlichen Gesetz geregelt sein (vgl. die Regelung der Rechtsstellung der Bundesanstalt für Materialprüfung in § 44 SprengstoffG v. 13.9.1976 [BGBl. I S. 2737]); u.U. – nicht zuletzt nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG, der wegen der Parallelität der Interessenlage ebenfalls auf entsprechende nichtrechtsfähige Anstalten wird bezogen werden müssen – bedarf sie sogar der Gesetzesform. Auch nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalten bzw. Einrichtungen können so unabhängig ausgestaltet werden, daß sie einer bloßen Rechtsaufsicht unterliegen.

⁹⁰ Vgl. nur § 53 GüKG; § 16 WeinwirtschaftsG.

⁹¹ *Salzwedel*, VVDStRL 22 (1965), 206 (255), schließt diese Aufsichtsmittel für den Fall, daß ein Gesetz nur ganz allgemein eine Staatsaufsicht vorsieht, mindestens nicht von vornherein aus. Zur exemplarischen Bedeutung des Gemeindefortschritts hinsichtlich der Staatsaufsicht über Körperschaften des öffentlichen Rechts *Forsthoff* (o. Fn. 72), S. 491.

unter Beteiligung der Betroffenen, ausgestaltet sind. Doch kann dies nicht dazu führen, den Begriff der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt in dem einer selbständigen öffentlichrechtlichen Anstalt aufgehen zu lassen⁹². Ein solcher Begriff wäre vor allem zu unbestimmt, um als Zuordnungsobjekt von Rechtssätzen dienen zu können. Das klare Abgrenzungsmerkmal der Rechtsfähigkeit ist nicht ersetzbar.

Als juristische Person des öffentlichen Rechts, die weder die Besonderheiten der rechtsfähigen Körperschaft⁹³ noch die der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Stiftung⁹⁴ aufweist, ist die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt ein Residualbegriff: eben die juristische Person des öffentlichen Rechts ohne Eigenschaften – außer der, rechtsfähig zu sein⁹⁵. Auch sie muß einen Namen haben.

Von den juristischen Personen des Privatrechts unterscheidet die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt sich deutlich. Sie gibt die Möglichkeit, eine selbständige Organisationseinheit mit maßgeschneidertem Aufbau und Verfahren und ggf. mit genau dosiertem staatl-

⁹² S. aber *Krebs*, NVwZ 1985, 615f.

⁹³ Intermediäre und besonders staatsfreie rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalten weisen wegen der durch sie eröffneten Einflußnahme gesellschaftlicher Gruppen auf ihre eigenen Belange Ähnlichkeiten mit Selbstverwaltungskörperschaften auf. Da sie aber keine Mitglieder haben und folglich keiner unmittelbaren Steuerung durch ihre Mitglieder unterliegen können, dürfen auch sie nicht mit Körperschaften gleichgesetzt werden. Wenn hier von Selbstverwaltung gesprochen wird (vgl. *Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, insbes. S. 288; *Berg*, NJW 1985, 2297), sollte sie deshalb auch terminologisch als anstaltliche Selbstverwaltung deutlich von körperschaftlicher Selbstverwaltung unterschieden werden (vgl. *Schuppert*, in: Festg. v. Unruh, 1983, S. 183 (195f.)).

⁹⁴ Die Besonderheit der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Stiftung ergibt sich formal schon aus deren besonderer gesetzlicher Regelung; vgl. §§ 1ff. Hessisches Stiftungsg v. 4.4.1966 (GVBl. I S. 77). Sie ist aber auch materiell begründet: Während das personale Substrat der juristischen Person des öffentlichen Rechts und die damit verbundenen Selbstverwaltungsmöglichkeiten bei der öffentlichrechtlichen Körperschaft am stärksten ausgeprägt sind, stehen das sachliche Substrat und die darauf bezogenen Vorgaben, welche Entstehung und Bestand, Ressourcen und Zweck der betreffenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts in spezifischer Weise prägen, bei der öffentlichrechtlichen Stiftung im Vordergrund. Es ist deshalb sinnvoll, die rechtsfähige öffentlichrechtliche Stiftung nicht nur, was sonst unerläßlich wäre, als besonderen Typ der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt zu qualifizieren, sondern neben der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Körperschaft als besonderen Typ der juristischen Person des öffentlichen Rechts. Den dann verbleibenden „Rest“ juristischer Personen des öffentlichen Rechts als rechtsfähige Anstalten zu bezeichnen, vermeidet nicht allein einen unnötigen Bruch mit der herkömmlich überwiegend vertretenen Dreiteilung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sondern dürfte auch der rechtsdogmatischen Klarheit noch am dienlichsten sein.

⁹⁵ Vgl. bereits *W. Weber* (o. Fn. 72), S. 90.

chem Einfluß von Staats wegen dauerhaft zu gewährleisten und dabei nicht zuletzt dem Ineinanderwachsen von Staat und Gesellschaft Rechnung zu tragen. Das ist genug, um ihr, nicht massenhaft, aber unverwechselbar, eine Zukunft zu sichern.

Leitsätze des Berichtstatters über:

Die öffentlichrechtliche Anstalt

A. Die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt

I. Die anstaltliche Erbringung betrieblicher Leistungen

1. Der demokratische, soziale Rechtsstaat verlangt eine im Vergleich mit der tradierten Anstaltsdefinition Otto Meyers verstärkte Beachtung der Inhalte anstaltlichen Handelns. Unter diesem Blickwinkel ist die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt dadurch gekennzeichnet, daß sie im Gegensatz zur behördlichen Regelungsverwaltung primär der Erbringung betrieblicher Leistungen dient. Die Erzeugung von Realakten und die daraus wiederum erwachsende Vielfalt von Berührungspunkten und Reibungsflächen gegensätzlicher Interessen bestimmen die spezifische Struktur und die typischen Probleme anstaltlicher Betriebsverwaltung. Sie machen die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt zum Inbegriff des gerade im Sozialstaat besonders ausgeprägten Realhandelns der öffentlichen Hand und der Schwierigkeiten seiner Erfassung.

II. Die Steuerung anstaltlicher Betriebsverwaltung im allgemeinen

2. Realaktsbezug und Multidimensionalität anstaltlicher Betriebsverwaltung setzen deren rechtsnormativer Steuerung Grenzen. Diese muß sich wesentlich auf Zweckvorgaben, Verfahrensregeln und Benutzungsbedingungen beschränken, welche die eigenen Maßstäbe der anstaltlichen Tätigkeitsfelder respektieren.

3. Der Mangel konditionaler Programmierungsmöglichkeiten wird durch die Geltung von Rechtsgrundsätzen partiell kompensiert. Hierzu gehören die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, das Demokratieprinzip, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, der Gleichheitsgrundsatz und die Strukturentscheidungen, die in den Freiheitsgrundrechten Ausdruck gefunden haben. Doch sind sie zunächst lediglich Leitbilder und Rechtfertigungsgründe für die primär zuständigen Legislativ- und Exekutivorgane. Erst ihre evidente Verletzung durch diese führt zur Rechtswidrigkeit und kann ein Einschreiten der zur Rechtmäßigkeitskontrolle berufenen Organe auslösen.

4. Was an anstaltlicher Betriebsverwaltung nicht unmittelbar rechtlich gesteuert werden kann, muß anderen Steuerungsmechanismen wie Professionalisierung, Organisation und evaluierender Kontrolle überlassen bleiben.

5. Die danach technisch unvermeidbare partielle rechtliche Unabhängigkeit anstaltlicher Betriebsverwaltung läßt sich aufgrund technisch nicht eindeutig vorgegebener politischer Entscheidung erweitern. Durch eine solche Verselbständigung gegenüber dem Anstaltsträger kann die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt angenähert werden.

6. Trotz ihrer technisch bedingten Eigengesetzlichkeit läßt anstaltliche Betriebsverwaltung Raum für politische Entscheidungen, die dann auch prinzipiell politisch legitimiert werden müssen. Das spricht gegen die Abwanderung kommunaler öffentlicher Einrichtungen aus der Eigenbetriebsform in die Rechtsform der AG oder GmbH und gegen die steuerrechtliche Privilegierung dieser privatrechtlichen Organisationsformen.

III. Das Anstaltsbenutzungsverhältnis

7. Die Annahme, daß Anstaltsbenutzung generell zulassungsbedürftig sei, wird dem Realaktscharakter anstaltlicher Betriebsverwaltung nicht gerecht.

8. Die auf betriebliche Leistungserbringung nicht zugeschnittenen gebräuchlichen Abgrenzungskriterien von öffentlichem Recht und Privatrecht sind für die Beurteilung von Anstaltsbenutzungsregelungen unzureichend. Im Zweifel sollten Anstaltsbenutzungsregelungen dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.

9. Obwohl Anstaltsbenutzungsregelungen in Grundrechte eingreifen können, kann der Vorbehalt des Gesetzes letztlich wegen der begrenzten Eignung rechtlicher Regeln zur Steuerung anstaltlicher Betriebsverwaltung für sie nicht ohne weiteres gelten. Soweit öffentlichrechtliche Benutzungsordnungen ohne einen zusätzlichen besonderen Grundrechtsbezug lediglich die Modalitäten anstaltlicher Leistungserbringung regeln, werden sie als gewohnheitsrechtlich ermächtigt angesehen werden können.

10. Die Komplexität anstaltlichen Realhandelns läßt sich durch Benutzungsordnungen nur unvollständig erfassen. Das spricht dafür, das Anstaltsbenutzungsverhältnis als eine Sonderverbindung zu verstehen, die zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet und aus der eine Reihe elementarer Rechte und Pflichten des Anstaltsträgers einerseits und des Benutzers andererseits abzuleiten ist.

11. Der Anstaltsbenutzer kann durch Benutzungsregelungen zwar durchaus in subjektiven Rechten betroffen sein. Doch muß er deren, besonders im Hinblick auf die Konkretisierung des Anstaltszwecks, partiell injustitiable Einschränkung hinnehmen.

IV. Ablösung des Rechtsbegriffs der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt

12. Die rechtlichen und administrativen Besonderheiten anstaltlicher Betriebsverwaltung gelten grundsätzlich für alle personellen und sachlichen Ressourcen, die der Staat oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts in einer aus dem Zweck betrieblicher Leistungserbringung resultierenden Eigenständigkeit einsetzt. Es kommt hierfür also nicht auf die Kombination personeller und sachlicher Ressourcen an, von der das vorherrschende Anstaltsverständnis ausgeht, sondern es genügt der Einsatz von Personen ohne wesentliche sachliche Hilfsmittel ebenso wie der Einsatz von Sachen ohne wesentlichen personellen Ressourceneinsatz.

13. Besser als von dem Begriff der Anstalt wird der danach zusammengehörige Bereich von dem offeneren, auch weniger obrigkeitlich belasteten Begriff der Einrichtung erfaßt. Der Begriff der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt sollte deshalb durch den der nichtrechtsfähigen öffentlichrechtlichen Einrichtung abgelöst werden, der zugleich den Unterschied zur rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt deutlicher zum Ausdruck bringt.

B. Die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt

I. Verselbständigung durch Autonomisierung und Spezialisierung

14. Die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt unterscheidet sich grundsätzlich von der nichtrechtsfähigen. Sie läßt sich nicht nach dem Gegenstand ihrer Tätigkeit definieren. Ihr entscheidendes Merkmal ist vielmehr die durch die Rechtsfähigkeit bewirkte und ermöglichte Verselbständigung der Aufgabenwahrnehmung, die freilich ihrerseits im Dienst unterschiedlicher Tätigkeitsinhalte steht und daraus erst ihre Rechtfertigung bezieht.

15. Diese Verselbständigung kann als Autonomisierung im Sinne einer Abkopplung einmal von gesellschaftlicher Einflußnahme und dann von staatlicher Einflußnahme erfolgen. Damit verbundene Legitimationseinbußen müssen sich einerseits in grundrechtlicher Hinsicht, andererseits wegen der Lockerung der demokratischen Legitimationskette im Hinblick auf das Demokratieprinzip rechtfertigen können.

16. Die Bildung rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten kann auch eine Spezialisierung in dem Sinne bedeuten, daß die Wahrnehmung einer Aufgabe von der Wahrnehmung anderer, mit ihr zusammenhängender Aufgaben abgekoppelt wird. Hierfür bedarf es, sei es unter grundrechtlichem Aspekt, sei es im Hinblick auf die verfassungsrechtlich vorausgesetzte Koordination staatlichen Handelns, ebenfalls rechtfertigender Gründe.

II. Typen rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten

17. Anstalten der mittelbaren Staatsverwaltung zielen vor allem auf eine durch Verselbständigung verbesserte Aufgabenwahrnehmung, ohne daß es um eine Öffnung für nichtstaatliche Einflüsse ginge. Die Vorteile verselbständigter Aufgabenwahrnehmung müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den dadurch verursachten Legitimations- und Koordinationsdefiziten stehen. Je weniger eine Anstalt wichtige politische Entscheidungen zu treffen hat und je weniger ihre Maßnahmen der Koordination mit anderen Agenden bedürfen, desto eher läßt sich ihre Verselbständigung rechtfertigen.

18. Staatsfreie Anstalten unterscheiden sich von den Anstalten mittelbarer Staatsverwaltung dadurch, daß sie grundsätzlich jeglichem besonderen staatlichen Einfluß entrückt sein und lediglich der Organisation staatsfreien gesellschaftlichen Handelns dienen sollen. Auch die verselbständigende Bildung staatsfreier Anstalten bedarf der Rechtfertigung, die im Fall der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten aus der verfassungsrechtlichen Verbürgung der Rundfunkfreiheit selbst folgt.

19. Als intermediäre Anstalten lassen sich rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalten bezeichnen, die durch die Zusammensetzung ihrer Organe als Forum einer Kooperation von Staat und gesellschaftlichen Gruppen dienen. Diese Kooperation kann dem Demokratieprinzip sowie grundrechtlichen Strukturprinzipien entsprechen und daraus rechtfertigende Kraft ziehen.

III. Bildung und Ausgestaltung rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Anstalten

20. Soweit rechtsfähige Anstalten betriebliche Leistungen erbringen, wofür sie nicht nur, aber besonders gut geeignet sind, gelten die für die nichtrechtsfähige Anstalt oder besser: Einrichtung entwickelten Grundsätze auch für sie.

21. Insbesondere wegen ihrer autonomisierenden Funktion unterliegt die Bildung rechtsfähiger Anstalten dem Vorbehalt des Gesetzes.

22. *Rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalten sind nicht notwendigerweise Teil der staatlichen Exekutive. Da der Sinn ihrer Bildung sich in der Verselbständigung materiell staatsfreier gesellschaftlicher Aktivitäten durch staatliche Festlegung einer bestimmten Organisation und eines bestimmten Verfahrens erschöpfen kann, ist ihre Ausstattung mit hoheitlichen Kompetenzen nicht selbstverständlich.*

23. *Die Binnenverfassung rechtsfähiger Anstalten muß wenigstens die Chance bieten, die Vorteile zu realisieren, deren es zur Rechtfertigung verselbständigungsbedingter Legitimations- und Koordinations einbußen bedarf. Das setzt bei staatsfreien und intermediären Anstalten eine angemessene Vertretung aller betroffenen Gruppen voraus, deren evidente Verfehlung gerichtlich kontrollierbar sein muß.*

24. *Rechtsfähige Anstalten können staatlicher Steuerung durch fachaufsichtliche Weisungen unterworfen werden, sofern das nicht wie im Fall der Rundfunkanstalten verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist. Die mit ihrer Bildung bezweckte Verselbständigung legt es allerdings nahe, eine bloße Rechtsaufsicht anzunehmen, wo gesetzlich oder aufgrund eines Gesetzes nichts anderes bestimmt ist. Verfassungsrechtlich geboten ist eine Fachaufsicht in dem Maße, in dem verselbständigungsbedingte Legitimations- und Koordinationsdefizite anders, insbesondere auch durch eine Beteiligung der Betroffenen, nicht kompensiert werden können. Fachaufsichtliche Vorgaben sollten grundsätzlich so allgemein gehalten werden, daß sie eine Konkretisierung durch die Anstalt ermöglichen und voraussetzen. Gegen rechtswidrige fachaufsichtliche Weisungen müssen sich rechtsfähige Anstalten gerichtlich zur Wehr setzen können.*

25. *Rechtsfähige Anstalten müssen grundsätzlich staatlicher Rechtsaufsicht unterliegen, die indessen Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume der primär zuständigen Organe zu respektieren hat.*

IV. Beibehaltung des Rechtsbegriffs der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt

26. *Die für die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt geltenden Grundsätze lassen sich in dem Maß auf nichtrechtsfähige Anstalten bzw. Einrichtungen anwenden, in dem diese selbständig ausgestaltet werden. Doch rechtfertigt dies nicht, den Begriff der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt in dem einer selbständigen öffentlichrechtlichen Anstalt aufgehen zu lassen. Das klare Abgrenzungsmerkmal der Rechtsfähigkeit ist nicht ersetzbar. Als Residualbegriff für juristische Personen des öffentlichen Rechts, die nicht die Besonderheiten von Körperschaften oder Stiftungen aufweisen, ist die rechtsfähige öffent-*

lichrechtliche Anstalt unentbehrlich. Anders als die juristische Person des Privatrechts gibt sie die Möglichkeit, eine selbständige Organisationseinheit mit maßgeschneidertem Aufbau und Verfahren und ggf. mit genau dosiertem staatlichem Einfluß von Staats wegen dauerhaft zu gewährleisten und dabei nicht zuletzt dem Ineinanderwachsen von Staat und Gesellschaft Rechnung zu tragen.

Die öffentlichrechtliche Anstalt

2. Mitbericht von Professor Dr. *Rüdiger Breuer*, Trier

Inhalt

	Seite
I. Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen und offene Grundfragen der öffentlichrechtlichen Anstalt	213
1. Die rechtliche Publizierung der öffentlichen Verwaltung	213
2. Der Zwiespalt zwischen Organisations- und Handlungsform: die organisationsrechtliche Konturenlosigkeit des Anstaltsbegriffs Otto Mayers	216
3. Zweifel am Erfordernis der öffentlichrechtlichen Organisationsform	217
4. Die Kontroverse um die funktionale Deutung der Anstalt als Organisationstyp der Leistungsverwaltung	218
5. Die diskreditierende Hypothek des besonderen Gewaltverhältnisses	219
6. Abgrenzungsschwierigkeiten im Gefüge der juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaft–Anstalt–Stiftung)	220
7. Das zweifelhafte Verhältnis der Anstalt zur Selbstverwaltung	222
8. Bilanz des Diskussionsstandes	223
II. Die allgemeinen Merkmale der Anstalt im positiven öffentlichen Recht	223
1. Die öffentlichrechtliche Anstalt als Organisationsform des positiven öffentlichen Rechts	223
2. Die öffentlichrechtliche Anstalt als verselbständigte Verwaltungseinheit	224
3. Motiv und Sachgrund der anstaltlichen Verselbständigung	227
4. Die öffentlichrechtliche Anstalt als organisationsrechtliches Spannungsfeld zwischen einem Verselbständigungsinteresse und dem Gesamtinteresse des Muttergemeinwesens	229
5. Die öffentlichrechtliche Stiftung als Unterfall der öffentlichrechtlichen Anstalt	231
6. Die Multifunktionalität der öffentlichrechtlichen Anstalt	231
III. Typologie der verschiedenen öffentlichrechtlichen Anstalten	232
1. Hilfsanstalt mit verwaltungsinternen Funktionen	232
2. Eingriffsanstalt	232
3. Leistungsanstalt	232
4. Sorgeanstalt	233
5. Versicherungsanstalt	233
6. Lenkungsanstalt	234
7. Freiheitssichernde Anstalt	235

IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen der öffentlichrechtlichen Anstalt	235
1. Der Gesetzesvorbehalt	235
2. Die Frage nach verfassungsrechtlichen Garantien der anstaltlichen Verselbständigung	235
3. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der anstaltlichen Verselbständigung	237
4. Anstaltsspezifische Handlungsmaximen	241
V. Schlußbemerkung	242

I. Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen und offene Grundfragen der öffentlichrechtlichen Anstalt

Wer sich mit der öffentlichrechtlichen Anstalt beschäftigt, kommt nicht umhin, einem Ritual zu folgen. Mit der Aura eines ebenso unvermeidlichen wie hilfreichen Zauberstabes drängt sich die klassische Definition *Otto Mayers*¹ auf, wonach die „öffentliche Anstalt . . . ein Bestand von Mitteln (ist), sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Subjektes der öffentlichen Verwaltung einem bestimmten öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind“. Diese Definition wird in den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts² bis in die jüngste Zeit unisono beibehalten. Dadurch entsteht der Eindruck rechtsdogmatischer Kontinuität und Sicherheit.

Dieser Eindruck trägt. Der Versuch, mit der Definition *Otto Mayers* reale Phänomene öffentlichrechtlicher Anstalten zu erklären oder gar umstrittene Fragen des Anstaltsrechts zu lösen, muß zwangsläufig in Verwirrung enden. Um es vorwegzunehmen: Der *Mayersche* Anstaltsbegriff ist zeitbedingt, weithin mehrdeutig und unvollkommen, ja teilweise amorph. Der vermeintliche Zauberstab erweist sich alsbald als brüchiger Strohalm. Dennoch darf man nicht übersehen, daß sich hinter diesem Begriff eine beachtliche Kolonisationsleistung der öffentlichrechtlichen Dogmatik verbirgt. Ein Blick hinter die verbale Fassade läßt wegweisende Ansätze, letztlich aber doch mehr Unklarheiten, Antinomien und Zweifel als verlässliche Prinzipien hervortreten.

1. Die rechtliche Publizierung der öffentlichen Verwaltung

Die von *Otto Mayer* definierte öffentliche Anstalt ist ein Vehikel zur rechtlichen Publizierung der öffentlichen Verwaltung. Als „eine Erscheinung der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung“ hat die öffentliche Anstalt – in den Worten *Otto Mayers* – „ihren natürlichen Boden im öffentlichen Recht“³. Ihr Anwendungs- und Tätigkeitsfeld

¹ Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Bd., 1. Aufl. 1896, S. 318; leicht modifiziert in 3. Aufl. 1924, S. 268.

² So etwa *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973, S. 494f., auch S. 412ff.; *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 98 I a; *Salzwedel*, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1983, S. 399; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1985, S. 469.

³ *Otto Mayer* (Fn. 1), 1. Aufl., S. 319.

ist umfassend abgesteckt. Sie kann, wie *Otto Mayer*⁴ formuliert hat, zum einen „den Gemeinzustand unmittelbar fördern, indem sie öffentliche Sicherheit und Ordnung gewährleistet, wie die Feuerlöschanstalten und die großartigste Anstalt des Staates, das Heer, oder allgemeinen Kulturaufgaben dient, wie eine Sternwarte, eine Akademie“. Zum anderen kann sie nach der Diktion *Otto Meyers* „ihren öffentlichen Zweck auch dadurch erfüllen, daß sie dem Publikum, den vielen einzelnen, jedem für sich, Vorteile gewährt und Dienste leistet wie Schulen, Sparkassen, Krankenhäuser, Post, Eisenbahn“. Damit wird das Augenmerk auf die nutzbare öffentliche Anstalt gelenkt. Zugleich wird hierdurch die Leistungsverwaltung im Wege einer juristischen Landnahme durch das öffentliche Recht besetzt. Dieser Vorgang hatte in Gesetzgebung und Rechtspraxis lange zuvor begonnen und sich z.B. schon im Preußischen Allgemeinen Landrecht⁵ mit der Erklärung bestimmter Tätigkeiten und Einrichtungen zu staatlichen oder staatsunterworfenen „Anstalten“ oder „Veranstaltungen“ niedergeschlagen. Der umfassende und endgültige Durchbruch der Publizierungstendenz ist jedoch *Otto Mayer* und seiner Konstruktion der öffentlichen Anstalt zu verdanken.

Zutreffend hob *Werner Bühler*⁶ im Jahre 1928 hervor, daß die juristische Sonderstellung der öffentlichen Anstalten in der grundsätzlichen Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts besteht. Ebenso trifft seine Analyse zu, daß der Anstaltsbegriff die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht sowie die Anerkennung einer allgemeinen Verwaltungskompetenz des Staates voraussetzt. Erst der Rechtsstaat hat ein eigenständiges öffentliches Recht, dessen Gegensatz zum privaten Recht, die öffentlichrechtliche Deutung der Anstaltsnutzung und somit die öffentlichrechtliche Anstalt hervorgebracht⁷.

Indessen ist *Otto Mayer* bei der rechtlichen Publizierung der öffentlichen Verwaltung durch die Konstruktion der öffentlichen Anstalt auf halbem Wege stehengeblieben. Auf das Verwaltungshandeln bezogen, hielt er zwar daran fest, daß die öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung „die natürliche Form der Bestimmung des Verhältnisses zu den Nutzenden“ sei⁸. Eine abweichende Regelung der Anstaltsnut-

⁴ A.a.O. (Fn. 1), 1. Aufl., S. 318f. und 3. Aufl., S. 269.

⁵ So PrALR (1794), §§ 1, 2 II 12 (Schulen und Universitäten), § 10 II 17 (Polizei); §§ 6, 18ff., 32ff. II 19 (Armenanstalten und andere „milde Stiftungen“).

⁶ Begriff und Formen der öffentlichrechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut, 1928, S. VI, 13ff., 100.

⁷ *Bühler* (Fn. 6), S. 1ff., 5.

⁸ *Otto Mayer* (Fn. 1), 1. Aufl., S. 321, auch 3. Aufl., S. 272.

zung durch privatrechtlichen Vertrag erachtete er jedoch ohne weiteres für zulässig. Für die erforderliche Abgrenzung verwies er auf die jeweilige „Wirklichkeit des Rechtes“⁹. Die Folge war – und ist noch heute – eine vielfältige, oft schwankende und unsichere, gelegentlich nur aus „geschichtlichen Hergängen“¹⁰ zu erklärende Einordnung einzelner Anstaltsnutzungsverhältnisse¹¹.

Lehre und Rechtsprechung haben zwar versucht, die suspektheit der Wahlfreiheit der Verwaltung zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Nutzungsordnung sowie die vielbeschworene „Flucht in das Privatrecht“ durch die Theorie des Verwaltungsprivatrechts juristisch zu entschärfen¹². Die hiernach propagierte Bindung des privatrechtlichen, unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienenden Verwaltungshandelns an ergänzende und überlagernde Normen des öffentlichen Rechts läßt jedoch ungelöste Probleme zurück: Rechtsunsicherheiten wegen des Ausmaßes der öffentlichrechtlichen Bindung, Zweifel in bezug auf die notwendige Synthese zwischen den Normen des privaten und des öffentlichen Rechts sowie die Divergenzen der Haftungsregime und des Rechtsschutzes¹³. Ähnlich hat es die Zweistufentheorie¹⁴ trotz ihres beachtlichen Siegeszuges nicht vermocht, die postulierte öffentlichrechtliche Entscheidungsstufe in bezug auf das „Ob“ der Anstaltsnutzung stets zuverlässig von der privatrechtlichen Entscheidungsstufe in bezug auf das „Wie“ der Nutzung abzuschichten.

Angesichts dieser Verwerfungen trifft auch heute noch eine Feststellung von *Werner Bühler*¹⁵ aus dem Jahre 1928 zu: Das Rechtsgebiet der öffentlichen Anstalt ist ein Kampfgebiet par excellence, auf dem das ältere Privatrecht gegen das jüngere öffentliche Recht im Streite liegt.

⁹ *Otto Mayer* (Fn. 1), 1. Aufl., S. 321ff., auch 3. Aufl., S. 274ff.

¹⁰ *Otto Mayer* (Fn. 1), 1. Aufl., S. 323.

¹¹ Vgl. zur öffentlichrechtlichen Nutzung der Bundespost: RGZ 158, 83; 164, 273; BGHZ 16, 111; 20, 102; BVerwG, DÖV 1985, 577; zur privatrechtlichen Nutzung der Bundesbahn: BGHZ 2, 37 (41); 6, 304 (309); allgemein v. *Münch*, in: *Erichsen/Martens* (Fn. 2), S. 20; kritisch *Zuleeg*, *VerwArch.* 73 (1982), 384 (397ff.).

¹² *Wolff/Bachof*, *Verwaltungsrecht I*, 9. Aufl. 1974, § 23 II; speziell zur Anstaltsnutzung *Salzwedel* (Fn. 2), S. 401ff.; jew. m.w.N.

¹³ Eingehend dazu *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984; *ders.*, *DVBl.* 1983, 422ff.

¹⁴ Vgl. im Anschluß an *H.P. Ipsen*, *Öffentliche Subventionierung Privater*, 1956, für die Zulassung zu einer öffentlichrechtlichen Anstalt etwa *Brohm*, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, 1969, S. 174, 181ff.

¹⁵ *A.a.O.* (Fn. 6), S. 5, 251.

2. *Der Zwiespalt zwischen Organisations- und Handlungsform: die organisationsrechtliche Konturenlosigkeit des Anstaltsbegriffs Otto Meyers*

Die öffentliche Anstalt *Otto Meyers* ist überdies in einem merkwürdigen Zwiespalt zwischen Organisations- und Handlungsform stecken geblieben. Gewiß ist es richtig, daß *Otto Mayer* seinen Anstaltsbegriff vom französischen Terminus des *service public* abgeleitet, sukzessive aber durch eine institutionelle Betrachtungsweise fortentwickelt hat¹⁶. In Frankreich war – und ist – der *service public* doppeldeutig. Einerseits versteht ihn die französische Doktrin in einem materiell-funktionalen Sinne als die im allgemeinen Interesse ausgeübte Tätigkeit eines öffentlichen Gemeinwesens. Andererseits bezeichnet er in einem formell-institutionellen Sinne die Organisation der öffentlichen Verwaltung, nämlich den in sich differenzierten Verwaltungsapparat. Der Zwiespalt dieser Terminologie hat im französischen Verwaltungsrecht den Begriff des *service public* in eine vielfach konstatierte Krise getrieben; manche wollen ihn wegen seiner mangelnden Präzision verabschieden¹⁷. Demgegenüber hat *Otto Mayer* die öffentliche Anstalt nach anfänglichem Schwanken sachbezogen und verwaltungsorganisatorisch, also institutionell begriffen – eben als „Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, . . . in der Hand eines Subjektes der öffentlichen Verwaltung“.

Ebenso zutreffend ist jedoch ein Befund, den *Wolfgang Rüfner*¹⁸ einprägsam umschrieben hat: Die öffentliche Anstalt ist von *Otto Mayer* zwar als „Organisationsform definiert, aber als Handlungsform konzipiert“ worden. Sein Anstaltsbegriff ist eine organisationsrechtliche Fassade geblieben. Was *Otto Mayer* in seiner Anstaltslehre ausgeformt hat, ist die rechtliche Ordnung der Anstaltsnutzung. Dabei galt sein Augenmerk der Alternative zwischen der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Nutzungsordnung sowie der Zulassung des Be-

¹⁶ Vgl. zur sukzessiven Entwicklung *Otto Mayer*, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886, S. 160f., 225ff.; *ders.* (Fn. 1), 1. Aufl., S. 318ff., 377ff. und 3. Aufl., S. 268ff., 331ff.; *ders.*, in: *Festgabe für Laband*, 1908, S. 40ff., 69ff.; dazu näher *Jecht*, *Die öffentliche Anstalt*, 1963, S. 12ff.; *Rüfner*, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967, S. 290ff.; *ders.*, *Die Verwaltung* 1984, 20ff.; *ders.*, *DÖV* 1985, 605ff.; *Brohm* (Fn. 14), S. 169ff.; *Löwer*, *DVBl.* 1985, 928ff.; *Walter Weber*, *Die Entwicklung der Sparkassen zu selbständigen Anstalten des öffentlichen Rechts – Ein Beitrag zur Entwicklung des Anstaltsbegriffs im 19. Jahrhundert*, 1985, S. 5ff.

¹⁷ Dazu *Schnur*, *AöR* 79 (1954), 418ff.; *Rüfner*, *Formen* (Fn. 16), S. 265ff.; *Brohm* (Fn. 14), S. 170f.; jew. m.w.N.

¹⁸ *Rüfner*, *Formen* (Fn. 16), S. 291; ferner: *ders.*, *Die Verwaltung* 1984, 20ff., 28, 30; *ders.*, *DÖV* 1985, 606f.; ähnlich *Löwer*, *DVBl.* 1985, 928ff.; *Krebs*, *NVwZ* 1985, 937ff.

nutzers, der Entschädigungsfrage, der Anstaltsgewalt und der Gebührenpflicht. In organisationsrechtlicher Hinsicht entbehrt der *Mayer*-sche Anstaltsbegriff jeglicher Konturen. Dies stellt – so paradox es klingen mag – keine Lücke, sondern eine systemimmanente Konsequenz des zugrundeliegenden Konzepts dar.

*Otto Mayer*¹⁹ hat stets darauf beharrt, daß die rechtliche Selbständigkeit i.S. der Rechtsfähigkeit kein maßgebendes Kriterium der öffentlichen Anstalt sei. Im Falle der Rechtsfähigkeit erblickte er lediglich hinter der (unveränderten) öffentlichen Anstalt eine gesonderte Anstaltspersönlichkeit anstelle des Muttergemeinwesens. Auch eine bloße organisatorische Verselbständigung, die heute als Wesenszug der öffentlichrechtlichen Anstalt gilt, taucht im Anstaltsbegriff *Otto Mayers* nicht auf. Seine öffentliche Anstalt war der Apparat der öffentlichen Verwaltung schlechthin. Das hiermit verfolgte Anliegen bestand in der Bestimmung des Herrschaftsverhältnisses der öffentlichen Verwaltung gegenüber dem Untertan. In diesem Zusammenhang figurierte der sächlich und persönlich verfestigte Verwaltungsapparat als öffentliche Anstalt, die „ihren eigenen Gang als große Maschine“²⁰ gehen sollte. Dementsprechend sollten die Anstaltsbenutzer „nur Objekte für sie ohne bestimmende Einwirkung“ sein.

Noch deutlicher tritt dieses Konzept in *Otto Mayers* Abhandlung über „Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht“²¹ aus dem Jahre 1908 hervor. Dort bezeichnete er, eine Terminologie der älteren Staatsrechtslehre aufgreifend, den Staat als „eine große Anstalt“. Als zweitrangig sah er an, ob die Leitung der Staatsgewalt, also der Anstalt, einem Fürsten oder der Bürgerschaft zusteht. Das Problem des anstaltlichen Staatsbegriffs²² kann an dieser Stelle nicht vertieft werden. Festzustellen bleibt die organisationsrechtliche Konturenlosigkeit des Anstaltsbegriffs *Otto Mayers*. In ihr lag schon aus der zeitgenössischen Sicht *Erich Kaufmanns*²³ ein Stein des Anstoßes.

3. Zweifel am Erfordernis der öffentlichrechtlichen Organisationsform

Die Unvollkommenheit der Publizierungswirkung und die organisationsrechtliche Konturenlosigkeit des *Mayerschen* Anstaltsbegriffs

¹⁹ A.a.O. (Fn. 1), 1. Aufl., S. 377 mit Fn. 3 und 3. Aufl., S. 268 mit Fn. 1, S. 331 mit Fn. 1; *ders.*, Festgabe (Fn. 16), S. 54, 69f.

²⁰ *Otto Mayer* (Fn. 1), 1. Aufl., S. 329 (nicht mehr in der 3. Aufl.).

²¹ Festgabe (Fn. 16), S. 53ff. (55).

²² Dazu *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 7. Neudruck, 1960, S. 165f.; *Böckenförde*, in: Festschrift für H.J. Wolff, 1973, S. 294ff.

²³ In: *v.Stengel/Fleischmann*, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 3. Bd., 2. Aufl. 1914, S. 708.

werfen Zweifel auf, ob die öffentliche Anstalt zwingend einer öffentlichrechtlichen Organisationsform bedarf oder – wie namentlich *Fritz Fleiner*²⁴ meinte – auch in eine Privatrechtsform gekleidet sein kann. In jüngerer Zeit hat sich vor allem *Hans Jecht*²⁵, einer funktionalen Betrachtungsweise folgend, dafür ausgesprochen, daß die öffentliche Anstalt auch in Privatrechtsform geführt werden könne. Damit würden insbesondere die bedeutsamen Eigengesellschaften der Kommunalwirtschaft in der Rechtsform einer AG oder GmbH der öffentlichen Anstalt zugeschlagen.

Einer solchen Begriffs- und Systembildung ist schon *Arnold Köttgen*²⁶ im Jahre 1929 entgegengetreten. Mit Rücksicht auf die begriffliche Prägnanz und Unterscheidungskraft entschied er sich dafür, „privatrechtliche Gebilde jeglicher Art aus dem Anstaltsbegriff (zu) eliminieren und diesen ausschließlich auf öffentlichrechtliche Verwaltungseinheiten (zu) beschränken“. Darauf lief auch die synonyme Verwendung der Begriffe „öffentliche Anstalt“ und „öffentlichrechtliche Anstalt“ bei *Werner Bühler*²⁷ hinaus. Ebenso sieht die h. M.²⁸ heute die öffentlichrechtliche Organisationsform als begriffswesentliches Kriterium der Anstalt an.

4. Die Kontroverse um die funktionale Deutung der Anstalt als Organisationstyp der Leistungsverwaltung

*Otto Mayer*²⁹ hat die öffentliche Anstalt als Organisations- und Handlungsrahmen für jedweden öffentlichen Zweck der Verwaltung konstruiert. Dennoch hat er „vorzugsweise“ die nutzbare Anstalt ins Visier genommen, also ein Konzept der anstaltlichen Leistungsverwaltung entwickelt. Daraus erwächst die Frage, ob die Anstalt heute sinnvollerweise noch als multifunktionaler Rahmen der öffentlichen Verwaltung oder als monofunktionaler Organisationstyp der Leistungsverwaltung zu begreifen ist.

Als die Staatsrechtslehrervereinigung sich im Jahre 1929 mit dem „Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt“ befaßt hat, standen die Referate von *Lutz Richter* und *Arnold Köttgen*³⁰ ganz unter dem Eindruck der erweiterten wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Daraus ergab sich zwangsläufig eine Beschränkung auf die Lei-

²⁴ Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 125.

²⁵ A.a.O. (Fn. 16), S. 80ff.

²⁶ VVDStRL 6 (1929), 110f.

²⁷ A.a.O. (Fn. 6).

²⁸ So z.B. *Forsthoff* (Fn. 2), S. 412, 493ff.; *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 98 II a 6; *Salzwedel* (Fn. 2), S. 399ff.; *Maurer* (Fn. 2), S. 472.

²⁹ A.a.O. (Fn. 1), 1. Aufl., S. 318f. und 3. Aufl., S. 269; vgl. oben I 1.

³⁰ VVDStRL 6 (1929), 69ff. und 105ff.

stungsfunktionen der öffentlichen Anstalt sowie die Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsformen wirtschaftlicher Unternehmen. Auch später ist immer wieder betont worden, daß die öffentliche (oder öffentlichrechtliche) Anstalt ihre Bedeutung vorwiegend auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung entfalte³¹.

Am pointiertesten hat *Hans Jecht* im Jahre 1963³² die Anstalt funktional als „Organisationstyp der leistenden Verwaltung“ definiert und damit von der hierarchisch gebundenen, Ordnungsfunktionen wahrnehmenden Behördenorganisation abzugrenzen versucht. Dem ist zu Recht widersprochen worden³³. Zum einen werden die typischen Aufgaben der Leistungsverwaltung nicht nur von Anstalten, sondern weitgehend auch von staatlichen oder kommunalen Behörden wahrgenommen. Zum anderen nehmen zahlreiche, unstreitig als solche qualifizierte Anstalten hoheitliche Ordnungsfunktionen wahr. Als Beispiele hierfür seien einstweilen Straf-, Besserungs- und Zwangserziehungsanstalten genannt, auch die öffentlichen Schulen, die in ambivalenter Weise Leistungs- und Eingriffsakte vornehmen³⁴ und in einem geschlossenen Bildungs-, Ausbildungs- und Berechtigungssystem ordnend agieren, ferner die wirtschaftslenkenden Anstalten, etwa die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung³⁵.

Die Versuche einer funktionalen Definition oder Eingrenzung der öffentlichen (oder öffentlichrechtlichen) Anstalt müssen somit als gescheitert gelten³⁶. Aussagen über die „Anstalt als Organisationstyp der leistenden Verwaltung“ erfassen nur Teilwahrheiten. Mit dem Anspruch auf die volle Wahrheit propagiert, sind sie falsch.

5. Die diskreditierende Hypothek des besonderen Gewaltverhältnisses

Offenkundig überholt ist die Lehre *Otto Mayers*³⁷ von der Anstaltsgewalt, die der öffentlichen Anstalt aus ihrem Wesen und ohne gesetzliche Grundlage zustehen sollte. Mit dem Eintritt des einzelnen in den Anstaltsbereich sollte hiernach ein besonderes Gewaltverhältnis entstehen und der allgemeine Gesetzesvorbehalt zurücktreten. Die Verknüpfung der öffentlichen Anstalt mit dem besonderen Gewaltverhältnis ist

³¹ So z.B. *Forsthoff* (Fn. 2), S. 407ff., 494, 497; *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 98 I a 6; *Maurer* (Fn. 2), S. 469.

³² A.a.O. (Fn. 16), S. 49ff.

³³ So *Brohm* (Fn. 14), S. 33ff. m.w.N.; kritisch auch *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 98 I a 6.

³⁴ Vgl. *v.Münch* (Fn. 11), S. 25f.

³⁵ §§ 1–12 des Gesetzes über die Neuorganisation der Marktordnungsstellen vom 23.6.1976, BGBl. I S. 1608.

³⁶ Davon geht namentlich auch *Berg*, NJW 1985, 2294 (2296f.) aus.

³⁷ A.a.O. (Fn. 1), 1. Aufl., S. 335ff. und 3. Aufl., S. 285ff.

keineswegs – wie man gemeint hat³⁸ – uneinsichtig, sondern die konsequente Vollendung der obrigkeitlichen Sicht des Verwaltungshandelns. Sie lastet als diskreditierende Hypothek auf dem Rechtsinstitut der Anstalt.

Rechtsprechung und Lehre haben das besondere Gewaltverhältnis verabschiedet³⁹. Freilich ist zutreffend darauf hingewiesen worden, daß manche Bindungen und Pflichten, die früher kurzerhand mit dem besonderen Gewaltverhältnis erklärt wurden, unter dem Vorzeichen des Gesetzesvorbehalts und der differenzierten Verwaltungsrechtsverhältnisse als sog. öffentlichrechtliche Sonderbindungen fortbestehen⁴⁰. Festzuhalten ist, daß die Rechtsverhältnisse zwischen der öffentlichen (oder öffentlichrechtlichen) Anstalt und dem Bürger im heutigen rechtsstaatlichen Kontext durchforstet und, soweit erforderlich, neu konzipiert werden müssen – ein Weg, auf dem längst sektorale Erfolge, aber auch gewisse Ernüchterungen zu verzeichnen sind; die Entwicklung des Schulrechts⁴¹ erscheint insofern symptomatisch.

6. Abgrenzungsschwierigkeiten im Gefüge der juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaft – Anstalt – Stiftung)

Seit *Otto Mayer*⁴² wird die öffentliche Anstalt, obwohl nicht notwendigerweise rechtsfähig, neben der Körperschaft und der Stiftung in eine Trias der juristischen Personen des öffentlichen Rechts eingereiht. Das Gefüge dieser Trias ist keineswegs so klar, wie es auf den ersten Blick scheinen mag.

³⁸ So *Rüfner*, DÖV 1985, 606 und 607; auch *ders.*, Die Verwaltung 1984, 30, wo jedoch an anderer Stelle (S. 26) im Anschluß an *Forsthoff* (Fn. 2, S. 494) zutreffend festgestellt wird, daß der Anstaltsbegriff *Otto Mayers* dazu diene, „die Vorstellung eines Innen und Außen zu ermöglichen, die ihrerseits das besondere Gewaltverhältnis trug“.

³⁹ Grundlegend: BVerfGE 33, 1 (10f.); 34, 165 (192f.); zur heutigen Lehre statt vieler: *v.Münch*, in: *Erichsen/Martens* (Fn. 2), S. 49ff.; *Maurer* (Fn. 2), S. 84ff.; 129ff.; zu den historischen Grundlagen: *Wenninger*, Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis, 1982; auch *Krüger* und *Ule*, VVDStRL 15 (1957), 109ff. und 133ff.; *Erichsen*, in: *Festschrift für H.J.Wolff*, 1973, S. 221ff.

⁴⁰ Vgl. *Ronellenfitsch*, DÖV 1981, 933ff.; *ders.*, VerwArch. 73 (1982), 245ff.; *ders.*, DÖV 1984, 781ff.; *Loschelder*, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, 1982; *Merten* (Hrsg.), Das besondere Gewaltverhältnis, 1985 (mit Beiträgen von *Loschelder*, *Ronellenfitsch*, *Merten*, *Ule* und *Schenke*).

⁴¹ Vgl. etwa die „Zwischenbilanz“ von *Niehues*, DVBl. 1980, 465ff.; *Clemens*, NVwZ 1984, 65ff.; *Dietze*, NVwZ 1984, 72ff.

⁴² A.a.O. (Fn. 1), 1. Aufl., S. 376ff. und 3. Aufl., S. 331ff.

Die geläufige Abgrenzung, wonach die Körperschaft Mitglieder hat und verbandsmäßig strukturiert ist, die Anstalt hingegen keine Mitglieder und somit auch keine verbandsmäßige Struktur hat⁴³, schließt Zweifel nicht aus. Schon *Werner Weber*⁴⁴ hat die mangelnde Systematik der Gesetzgebung beklagt: Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts böten ein Bild verwirrender Abwandlungsmöglichkeiten und einer großen Unruhe der Formen, die bisweilen sogar in völlige Regellosigkeit auszuarten scheine. Eine besondere Unsicherheit ist dadurch entstanden, daß auch (zumindest so bezeichnete) Anstalten in neuerer Zeit vielfach eine Organstruktur erhalten haben, die Gruppen- und Interessenvertretern aus der gesellschaftlichen Sphäre eine Mitwirkung eröffnet. *Winfried Brohm*⁴⁵ spricht insoweit von „Kooperativorganisationen“ und meint, für diesen Organisationstypus entbehren die herkömmlichen Grundformen der Körperschaft und Anstalt jeder Aussagekraft. Dabei ist etwa an die Bundespost, die Bundesbahn, öffentliche Kreditanstalten und wirtschaftslenkende Anstalten⁴⁶ zu denken.

Was die Stiftung betrifft, so ist ungeklärt, ob sie wirklich systematisch neben der Anstalt steht, eine Unterart der Anstalt ist oder umgekehrt die Kategorie der Anstalt mitumfaßt⁴⁷. Zwar mag der Stiftungsakt auch im öffentlichen Recht signifikant sein. Das geschaffene Organisationsgebilde der Stiftung ist jedoch von einer Anstalt kaum zu unterscheiden. So sprach auch *Otto Mayer*⁴⁸ bisweilen in einem Atemzuge von der Anstalt und der Stiftung.

Auf einen Nenner gebracht: Die relativ junge, von *Otto Mayer* konzipierte Anstalt hat sich bisher nicht kollisionsfrei mit den älteren Organisationsformen der Körperschaft und der Stiftung im Gefüge der juristischen Personen des öffentlichen Rechts verorten lassen.

⁴³ *Köttgen*, *VerwArch.* 44 (1939), 32ff., 69ff.; *Werner Weber*, *Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts*, 1943, S. 87ff.; *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 84 II, § 98 I; *Rudolf*, in: *Erichsen/Martens* (Fn. 2), S. 550ff.

⁴⁴ A.a.O. (Fn. 43), S. 9; abgeschwächt *ders.*, in: *Festschrift für Reinhardt*, 1972, S. 500; vgl. ferner *Berg*, *NJW* 1985, 2294f.

⁴⁵ A.a.O. (Fn. 14), S. 119ff.

⁴⁶ Z.B. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (oben Fn. 35); weitere Beisp. unten bei Fn. 68–70.

⁴⁷ Dazu *Bühler* (Fn. 6), S. 237ff.; *Ebersbach*, *Die Stiftung des öffentlichen Rechts*, 1961, S. 24f., 28ff.

⁴⁸ So in: *Festgabe* (Fn. 16), S. 40ff., 69.

7. Das zweifelhafte Verhältnis der Anstalt zur Selbstverwaltung

Die Gegenüberstellung von Körperschaft und Anstalt verweist auf ein tieferliegendes Problem: das zweifelhafte Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Anstalt zur Selbstverwaltung. Freilich kann es in diesem Zusammenhang nicht darum gehen, den Begriff der Selbstverwaltung zu problematisieren. In der jüngeren Diskussion⁴⁹ ist indessen überzeugend belegt worden, daß es im Rahmen des geltenden Rechts nicht nur eine mittelbare Staatsverwaltung, sondern auch eine echte Selbstverwaltung gibt, die gerade auf eine partikulare Interessenwahrnehmung gegenüber dem Staat sowie auf die Erledigung eigener, dem Staat verwehrter Angelegenheiten gerichtet ist.

Damit rücken gegensätzliche Rechtsbehauptungen in den Blickpunkt. Auf der einen Seite wird gelehrt, nur Körperschaften und nicht etwa Anstalten könnten Träger einer Selbstverwaltung sein⁵⁰. Auf der anderen Seite wird ausgeführt, zumindest bestimmte Anstalten fungierten als Selbstverwaltungsträger⁵¹. Hier stößt man auf einen wunden Punkt, der schon *Otto Mayer*⁵² beschäftigt hat, als er die rechtsfähige Anstalt zu den „Selbstverwaltungskörpern“ gerechnet hat. Fraglich ist, wer die maßgebenden Interessenten und die „wahren Angehörigen“ der Anstalt sind, welche die anstaltliche Selbstverwaltung tragen. Aus der Sicht *Otto Meyers* sind dies jedenfalls nicht die Destinatäre (namentlich also die Benutzer), sondern – wie es im „Deutschen Verwaltungsrecht“⁵³ heißt – solche Menschen, „die an dem Zwecke der Anstalt derart teilnehmen, daß sie ihr Mittel gewähren für ihren Betrieb“. Der Verlegenheitscharakter dieser Konstruktion, die eher für die Stiftung als für die Anstalt paßt, liegt auf der Hand. Später hat *Otto Mayer*⁵⁴ als „Zugehörige“ der öffentlichen Anstalten die jeweiligen Muttergemeinwesen angegeben; ihnen sollten die direkt Bevorteilten (die Spender und Einleger) und schließlich die indirekt Bevorteilten (die Destinatäre) nachstehen. Wer die maßgebenden Interessenten und Wirkungsträger der anstaltlichen Selbstverwaltung sind, blieb auch damit unbeantwortet.

⁴⁹ Vgl. etwa *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 121; *Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, S. 295ff., insbes. S. 298f.

⁵⁰ So *Köttgen*, *VerwArch.* 44 (1939), 71f.; *Werner Weber* (Fn. 43), S. 88; *Scheuner*, in: *Gedächtnisschrift für Peters*, 1967, S. 803; *Jecht* (Fn. 16), S. 33, 63ff., 122; *Maurer* (Fn. 2), S. 471.

⁵¹ So *Salzwedel*, *VVDStRL* 22 (1965), 212, 234; *Schuppert*, in: *Festgabe für v. Unruh*, 1983, S. 195ff., 205; *Hendler* (Fn. 49), S. 284ff.; *Berg*, *NJW* 1985, 2295, 2299f.

⁵² A.a.O. (Fn. 1), 1. Aufl., S. 376ff. und 3. Aufl., S. 331ff.

⁵³ A.a.O. (Fn. 1), 1. Aufl., S. 380 (nicht mehr in der 3. Aufl.).

⁵⁴ In: *Festgabe* (Fn. 16), S. 91ff.

8. Bilanz des Diskussionsstandes

Zieht man eine Zwischenbilanz, so ergibt sich aus den entwicklungs-geschichtlichen Grundlagen und den aufgeworfenen Grundfragen des Anstaltsrechts ein diffuses Bild dogmatischer Unklarheiten und Antinomien. Deren Grund liegt letztlich in der historischen Bedingtheit und dem Konturenmangel des – von *Ernst Forsthoff*⁵⁵ so bezeichneten – „Allerweltsbegriffs“ der öffentlichen (oder öffentlichrechtlichen) Anstalt.

Diesem Negativbefund steht allerdings die erhebliche Verbreitung und Bedeutung der Anstalt gegenüber. Der Blick auf die realen Phänomene der bestehenden öffentlichrechtlichen Anstalten zeigt jedoch, daß diese auf einzelgesetzlichen, außerordentlich differenzierten Rechtsgrundlagen beruhen. Ein allgemeines Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Anstalt rückt dabei in nebulose Ferne⁵⁶. Welche praktischen Konsequenzen die Qualifizierung einer Verwaltungsorganisation als Anstalt nach sich ziehen soll, ist schwer ersichtlich. Glasperlenspiele einer theoretischen Kategorisierung lohnen kaum. Angesichts dieser Lage hat jüngst ein Doktorand bemerkt, die Diskussion um den Anstaltsbegriff sei „zuletzt eher ohne Ergebnis beendet worden, um nicht zu sagen eingeschlafen“⁵⁷.

II. Die allgemeinen Merkmale der Anstalt im positiven öffentlichen Recht

1. Die öffentlichrechtliche Anstalt als Organisationsform des positiven öffentlichen Rechts

Will man den toten Punkt des nachgezeichneten Diskussionsstandes überwinden, so gilt es, die Perspektive zu wechseln. Beizubehalten ist zwar das vorrangige Ziel eines *allgemeinen* Anstaltsbegriffs. Dieser kann jedoch nicht aus dem Himmel abstrakter Theorien heruntergeholt werden. Er kann vielmehr nur aus dem *positiven* Recht abgeleitet, also aus der Vielzahl der einschlägigen Einzelgesetze und der hierauf gegründeten Anstalten abstrahiert werden⁵⁸.

⁵⁵ A.a.O. (Fn. 2), S. 134.

⁵⁶ Ähnlich *Rüfner*, *Die Verwaltung* 1984, 30f.; *ders.*, *DÖV* 1985, 608, 610; auch *Krebs*, *NVwZ* 1985, 609 (613) mit der Feststellung, daß sich bisher „kein anerkannter Anstaltsbegriff herausgeschält“ hat.

⁵⁷ *Walter Weber* (Fn. 16), S. 4.

⁵⁸ So bereits *Bühler* (Fn. 6), S. 8.

Hierbei kommt es in erster Linie darauf an, welche allgemeingültigen Merkmale die Anstalt als *Organisationsform* auszeichnen. In dem entwicklungsgeschichtlich bedingten Zwiespalt zwischen Organisations- und Handlungsform der öffentlichen Anstalt gebührt das primäre Interesse den von *Otto Mayer* vernachlässigten Fragen des Organisationsrechts⁵⁹. Anstaltsspezifische Besonderheiten des Organisationsrechts können vermutet werden, ebenso organisationspezifische Besonderheiten der Anstalt. Dagegen ist das anstaltliche Handeln heute grundsätzlich auf die allgemeinen Rechtsformen des Verwaltungshandelns verwiesen. Nach der Verabschiedung des besonderen Gewaltverhältnisses können anstaltsspezifische Besonderheiten des materiellen Verwaltungsrechts sowie des Verwaltungsverfahrenrechts nicht mehr unterstellt werden. Damit scheiden grundsätzlich auch handlungsspezifische Besonderheiten der Anstalt aus.

Anstaltsspezifische Besonderheiten der Organisation können sich nur aus *öffentlichem Recht* ergeben, da das geltende bürgerliche Recht keine Anstalt kennt⁶⁰. Privatrechtliche Unternehmensformen als „öffentliche Anstalten in Privatrechtsform“⁶¹ zu behandeln, ist nicht sinnvoll, da es öffentlichrechtliche Sondervorschriften über die Organisation privatrechtlich geführter Unternehmen für die staatliche Ebene überhaupt nicht und für die kommunale Ebene nur mit peripheren Inhalten⁶² gibt. Daher ist die Konzentration auf die *öffentlichrechtliche Anstalt* unter dem organisationsrechtlichen Aspekt folgerichtig.

Auf dem Wege zur Eingrenzung des kritisierten „Allerweltsbegriffs“ gilt es somit, die öffentlichrechtliche Anstalt als Organisationsform des positiven öffentlichen Rechts zu begreifen.

2. Die öffentlichrechtliche Anstalt als verselbständigte Verwaltungseinheit

Näher betrachtet, zeichnet sich die öffentlichrechtliche Anstalt dadurch aus, daß sie eine verselbständigte Verwaltungseinheit ist. Dieses Merkmal hebt die Anstalt aus der allgemeinen, insbesondere staatli-

⁵⁹ So auch *Rüfner*, DÖV 1985, 608ff. (der insoweit über seine früheren Äußerungen in *Die Verwaltung* 1984, 30ff. hinausgeht); *Krebs*, NVwZ 1985, 613ff.

⁶⁰ Vgl. §§ 21ff., 80ff. BGB (Vereine und Stiftungen), auch § 89 BGB (Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts); dazu bereits *Otto Mayer* (Fn. 1), 3. Aufl., S. 332; zur älteren Entwicklung des Anstaltsbegriffs aber *Otto v. Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. II, 1873, S. 958ff.; *ders.*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, S. 11f.

⁶¹ So aber *Fleiner* (Fn. 24); *Jecht* (Fn. 16), S. 80ff.

⁶² Vgl. z.B. §§ 88, 89 GO Rh-Pf; Näheres bei *Kraft*, in: *Püttner*, *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Bd. 5, 1984, S. 175ff., 181ff.

chen oder kommunalen Behördenhierarchie heraus. Es ist seit langem aus dem Begriffselement „Bestand von sachlichen und persönlichen Mitteln“ hergeleitet worden⁶³. Damit hat man jedoch einerseits, wie erwähnt, das Konzept *Otto Mayers* bereits überschritten und andererseits die erforderliche Konkretisierung noch nicht erreicht. Bei genauem Hinsehen erfolgt die anstaltliche Verselbständigung in vier verschiedenen Alternativen der organisationsrechtlichen „Technik“.

a) *Erstens* kann die öffentlichrechtliche Anstalt durch Gesetz im Vollsinn für rechtlich selbständig, d.h. *rechtsfähig*, erklärt sein. Beispiele hierfür bilden im geltenden Recht die Sparkassen⁶⁴ sowie eine Reihe wirtschaftslenkender Anstalten, etwa die Anstalten für den Güterfernverkehr⁶⁵ und für landwirtschaftliche Marktordnung⁶⁶, der Stabilisierungsfonds für Wein⁶⁷, der Absatzförderungsfonds der deutschen Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft⁶⁸ sowie eine Reihe von Kreditanstalten der Bundes- und Landesebene⁶⁹. Die gleiche Rechtsform ist z.B. auch den öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten⁷⁰ verliehen.

b) *Zweitens* kommt es vor, daß öffentlichrechtliche Anstalten nur in bestimmten Beziehungen selbständig auftreten können, also *teilrechtsfähig* sind⁷¹. Als Beispiele dieser Kategorie seien die Deutsche Bundespost und die Deutsche Bundesbahn genannt, die als gesetzlich

⁶³ So z.B. *Bühler* (Fn. 6), S. 27ff.; *Jecht* (Fn. 16), S. 63ff.; *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 98 I a 4, II b; *Salzwedel* (Fn. 2); *Maurer* (Fn. 2), S. 469ff.; zustimmend *Rüfner*, DÖV 1985, 608; *Berg*, NJW 1985, 2297, 2298ff.; *Krebs*, NVwZ 1985, 613ff.

⁶⁴ Dazu v. *Mutius*, in: *Püttner* (Fn. 62), S. 471f.; zur geschichtlichen Entwicklung *Walter Weber* (Fn. 16), S. 136ff.

⁶⁵ §§ 53ff. GüKG; dazu *Eckart Klein*, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, 1974, S. 112f.

⁶⁶ Vgl. oben Fn. 46.

⁶⁷ §§ 16–23 des Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete der Weinwirtschaft (Weinwirtschaftsgesetz) i.d.F. der Bekanntm. vom 11.9.1980, BGBl. I S. 1665, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.8.1982, BGBl. I S. 1177, 1194.

⁶⁸ Gesetz über die Errichtung eines zentralen Fonds zur Absatzförderung der deutschen Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft (Absatzfondsgesetz) i.d.F. der Bekanntm. vom 8.11.1976, BGBl. I S. 3109; dazu *Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, S. 41ff.

⁶⁹ Dazu *Schuppert* (Fn. 68), S. 53ff. m.w.N.

⁷⁰ Zusammenfassend *Rudolf*, in: v.MüncH, Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1985, S. 807ff., 813ff.; *Hendler* (Fn. 49), S. 253ff., 286f., 330ff.; *Hoffmann-Riem*, in: *Festgabe für v.Unruh*, 1983, S. 951ff.

⁷¹ Grundlegend *Bachof*, AöR 83 (1958), 259ff., der allerdings in der öffentlichrechtlichen Rechtsfähigkeit immer nur eine partielle Rechtsfähigkeit sehen will; relativierend zur Unterscheidung zwischen selbständigen (rechtsfähigen) und „unselbständigen“ Anstalten auch *Bühler* (Fn. 6), S. 252ff.; *Krebs*, NVwZ 1985, 615f.

verselbständigte Sondervermögen des Bundes eigene Organe haben und im Rechtsverkehr unter ihrem Namen handeln, klagen und verklagt werden können⁷². Eine weitere Feinabstufung ergibt sich daraus, daß die ministeriellen Zuständigkeiten im Falle der Bundespost weiter reichen als im Falle der Bundesbahn⁷³. Die organisationsrechtliche Verselbständigung der Bundesbahn ist mithin weiter fortgeschritten als diejenige der Bundespost. Eine ähnliche, insgesamt allerdings schwächere Teilrechtsfähigkeit weisen auf der kommunalen Ebene die – im strengen Sinne nicht rechtsfähigen – Eigenbetriebe⁷⁴ auf. Für sie verfügen die Werkleitung und der Werksausschuß über begrenzte Entscheidungskompetenzen, die Werkleitung zudem über eine begrenzte Kompetenz zur Außenvertretung der Gemeinde. Die allgemeinen kommunalrechtlichen Kompetenzen des Gemeinderates und des Gemeindevorstandes werden so in vorsichtiger Weise beschränkt, in Grundsatzfragen aber aufrechterhalten. Wichtig ist ferner sowohl für die verselbständigten Sondervermögen des Bundes als auch für die kommunalen Eigenbetriebe die partielle haushaltsrechtliche Sonderbehandlung⁷⁵.

c) *Drittens* können öffentlichrechtliche Anstalten lediglich organisatorisch, sehr wohl aber ebenfalls organisationsrechtlich, in der Weise verselbständigt sein, daß sie zwar nicht nach außen selbständig auftreten können, jedoch eine spezifische *Binnenstruktur von Organen* haben, denen bestimmte Zuständigkeiten gesetzlich zugewiesen sind. Soweit diese reichen, werden – gleichsam auf der Kehrseite – ebenfalls die Zuständigkeiten der staatlichen Behördenhierarchie eingeschränkt⁷⁶. In diese Kategorie fallen die öffentlichen Schulen sowie die landesgesetzlich geregelte Mitwirkung von Eltern, Schülern und

⁷² §§ 1–4 PostVerwG; §§ 1–7, 14–18 BundesbahnG; vgl. auch BVerwGE 64, 202 (205), wonach die Bundesbahn eine teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts ist.

⁷³ Dazu *Rüfner*, Formen (Fn. 16), S. 238ff.; *Eckart Klein* (Fn. 65), S. 90ff.; *Schuppert* (Fn. 68), S. 26ff.; *Dittmann*, Die Bundesverwaltung, 1983, S. 160ff., 171ff.; nicht überzeugend *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 98 I b 4, die die Bundespost nicht als Anstalt, sondern nur als „anstaltsähnlich“ bezeichnen; dagegen bereits *Rüfner*, Die Verwaltung 1984, 28.

⁷⁴ Dazu *Zeiss*, in: *Püttner* (Fn. 62), S. 153ff.; dagegen sind die schlichten „Regiebetriebe“ nicht verselbständigt und somit aus dem Anstaltsbegriff auszuschließen; ebenso offenbar *Rüfner*, DÖV 1985, 609.

⁷⁵ Vgl. § 18 HGrG, § 26 BHO; ebenso *Rüfner*, ebd.; *Krebs*, NVwZ 1985, 616.

⁷⁶ Gerade hierum geht es bei der Forderung nach „materieller Selbstverwaltung“ oder „Demokratisierung“ der Schule; dazu etwa *Dietze*, Schulverfassung und Grundgesetz, Diss. Mainz 1972; *ders.*, Von der Schulanstalt zur Lehrerschule, 1976.

Lehrem⁷⁷. Damit wird den Schulen ein begrenztes organisatorisches Eigenleben gesichert. Allerdings ist eine derartige Anstalt, anders als die beiden erstgenannten Anstaltskategorien, weder ganz noch teilweise rechtsfähig, nämlich keinerlei Zurechnungsobjekt von Rechten und Pflichten⁷⁸. Dennoch verdient auch dieser mindere Grad der organisationsrechtlichen Verselbständigung besondere Beachtung.

d) *Viertens* kann sich die organisationsrechtliche Verselbständigung bei nichtrechtsfähigen Anstalten darauf beschränken, daß im Innenverhältnis zwischen der Anstalt und ihrer Trägerkörperschaft die behördenhierarchischen Bindungen eingeschränkt werden. Dies geschieht regelmäßig durch schlichten Organisationsakt des Trägergemeinwesens⁷⁹. Typische Beispiele solcher nichtrechtsfähiger Anstalten bilden die Bundesakademie für öffentliche Verwaltung, das Bundesarchiv, die Bundeszentrale für politische Bildung und zahlreiche Forschungsinstitutionen wie die Forschungsanstalt für Landwirtschaft.

3. Motiv und Sachgrund der anstaltlichen Verselbständigung

Jenseits der organisationsrechtlichen „Technik“ stellt sich die Frage nach dem gesetzgeberischen Motiv und dem objektiven Sachgrund der anstaltlichen Verselbständigung. Insoweit führt die Sichtung des positiven Rechts abermals zu einem differenzierten Befund. Auf das Wesentliche konzentriert, lassen sich fünf Gründe unterscheiden:

a) *Erstens* kann das gesetzgeberische Motiv wie auch der Sachgrund der anstaltlichen Verselbständigung darin liegen, daß ein *abgeschirmtes Sondervermögen* gebildet werden soll⁸⁰. Damit kann zum einen ein eingeworbenes Vermögen vor dem Zugriff des Muttergemeinwesens geschützt werden – ein Schutz, der letztlich den Einlegern, Beitragszahlern oder sonstigen Gläubigern zugute kommt. Zum anderen kann das Muttergemeinwesen durch die Bildung des Sondervermögens vor dem wirtschaftlichen Risiko des Anstaltsbetriebs geschützt werden. Beide Schutzziele können in janusköpfiger Verbindung auftreten. Als Musterbeispiele derart motivierter Anstalten sind die Sparkassen und die öffentlichrechtlichen Versicherungsunternehmen⁸¹ anzuführen.

⁷⁷ Vgl. z.B. (mit unterschiedlicher Reichweite) §§ 18ff. SchVG Hamb; SchMitwG N-W; §§ 22ff., 26ff., 32ff. SchG Rh-Pf.

⁷⁸ Dazu *Böckenförde* (Fn. 22), S. 282ff., 298f. in kritischer Auseinandersetzung mit der Organisationstheorie von *Hans Julius Wolff* (vgl. *Wolff/Bachof*, Fn. 2, § 74 I f).

⁷⁹ Zum Ganzen *Bernd Becker*, *VerwArch.* 69 (1978), 154, 174ff., 180ff.

⁸⁰ Dazu bereits *Otto Mayer*, in: *Festgabe* (Fn. 16), S. 72ff.; *Köttgen*, *VerwArch.* 44 (1939), 72ff.

⁸¹ Vgl. zu den „öffentlichrechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen“ *Badura*, *ZHR* 146 (1982), 448ff.

b) *Zweitens* kann die anstaltliche Verselbständigung dadurch motiviert und begründet sein, daß die Verwaltung zur Wahrnehmung einer Lenkungs Aufgabe in die Lage versetzt werden soll, *im Rechtsverkehr möglichst frei und flexibel zu agieren*. Maßgebend ist dieser Grund etwa bei Sparkassen und öffentlichen Versicherungsunternehmen, ferner namentlich bei den erwähnten wirtschaftslenkenden Anstalten mit Aufgaben der Marktordnung und Absatzförderung⁸².

c) *Drittens* wird die anstaltliche Verselbständigung vielfach dadurch motiviert und begründet, daß ein spezialisierter und dadurch qualifizierter Verwaltungsapparat seine Fachaufgaben innerhalb eines normativen Rahmens in *begrenzter technokratischer Eigenregie* erledigen soll⁸³. Dafür mag ein sächlicher Bestand in Gestalt von Anlagen und Einrichtungen oder ein persönlicher Bestand in Gestalt eines Fachpersonals, oft aber auch die Verbindung beider Elemente den Ausschlag geben. Von den zahlreichen Beispielen hierdurch motivierter Anstalten seien nur die in der Organisationsform öffentlichrechtlicher Anstalten geführten Verkehrs- und Versorgungsbetriebe hervorgehoben: Bundespost, Bundesbahn und die Eigenbetriebe der Kommunalwirtschaft.

d) *Viertens* kann als gesetzgeberisches Motiv sowie als Sachgrund der anstaltlichen Verselbständigung ein *partizipatorisches Moment* wirken. So eröffnet die Organstruktur der Anstalt bisweilen bestimmten Interessenten die Möglichkeit einer *Mitverwaltung*. Beispiele hierfür bilden abermals Bundespost, Bundesbahn und die wirtschaftslenkenden Anstalten⁸⁴. Unter den Organen dieser Anstalten findet sich durchweg ein Verwaltungsrat, dem neben staatlichen Vertretern nach einem gesetzlich fixierten Schlüssel Vertreter bestimmter wirtschaftlicher Interessengruppen angehören. Das gleiche gilt prinzipiell für den Verwaltungsrat der ebenfalls bundesunmittelbaren und rechtsfähigen

⁸² Vgl. oben Fn. 35, 64, 66–68; zur ökonomischen Funktion der Sparkassen *Fischer*, in: Festgabe für v.Unruh, 1983, S. 836ff.; zu wirtschaftslenkenden Anstalten BT- Drucks. V/zu 4006, S. 2, 4 (Absatzfonds); 7/4021, S. 12, 13f. (Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung); *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 160ff.; *Brohm* (Fn. 14), S. 65ff., 125ff.; *v.Massenbach*, Das Marktstruktur- und Absatzfondsrecht, Diss. Göttingen 1972; *Nagel*, Die Förderung des deutschen Weinbaus durch staatliche Maßnahmen, Diss. Heidelberg 1973.

⁸³ Dazu (allerdings einseitig) *Jecht* (Fn. 16), S. 61ff.; ferner *Wagener*, in: ders., Verselbständigung von Verwaltungsträgern, 1976, S. 43f., 45ff.; *Schuppert*, DÖV 1981, 153ff. (156f.) („Quangos“).

⁸⁴ Vgl. oben Fn. 35, 65–68; *Friedrich-Wilhelm Müller*, Selbstverwaltung und Interesseneinfluß bei den Anstalten des öffentlichen Rechts, Diss. Göttingen 1959; *Jecht* (Fn. 16), S. 117ff.; *Brohm* (Fn. 14), S. 119ff.; *Eckart Klein* (Fn. 65), S. 90ff.; *Schuppert* (Fn. 68), S. 259ff., insbes. 305f., 319ff.; *ders.* (Fn. 51), S. 194ff.

Filmförderungsanstalt, die sich im Grenzbereich zwischen Wirtschafts- und Kunstförderung bewegt⁸⁵. Erinnert sei ferner an die partizipatorischen Mitwirkungsbefugnisse von Eltern, Schülern und Lehrern in den öffentlichen Schulen.

e) *Fünftens* ist die anstaltliche Verselbständigung im Sonderfall der öffentlichrechtlichen *Rundfunkanstalten* dadurch motiviert und begründet, daß innerhalb der Anstalt zur Wahrung der grundrechtlichen Freiheit ein staatsfreier Raum für eine *binnenpluralistische Gesamtpäsentation* der verschiedenen gesellschaftlichen Kräfte geschaffen wird⁸⁶.

Klarzustellen ist, daß die fünf genannten Gründe für die anstaltliche Verselbständigung keine trennscharfen Alternativen darstellen. Vielmehr sind Überschneidungen in concreto häufig anzutreffen.

4. Die öffentlichrechtliche Anstalt als organisationsrechtliches Spannungsfeld zwischen einem Verselbständigungsinteresse und dem Gesamtinteresse des Muttergemeinwesens

Die vorgefundenen öffentlichrechtlichen Anstalten bleiben – ungeachtet ihrer organisationsrechtlichen Sonderrolle – in einer typischen Weise an ihr Muttergemeinwesen (in der Regel an den Staat oder eine Kommune) angebunden⁸⁷. Dies ist kein Zufall. Unter Legitimationsaspekten leiden die genannten Sachgründe der anstaltlichen Verselbständigung an einer Schwäche: Sie verschaffen keinen ausschließlichen, ja regelmäßig nicht einmal einen primären Bezug eines bestimmten Verselbständigungsinteresses und der Sachwalter dieses Interesses zu dem Aufgabenbereich einer Anstalt. Die anstaltliche Verselbständigung verdrängt somit nicht das Gesamtinteresse des Muttergemeinwesens. Daher vermögen auch die Zuständigkeiten und Befugnisse, die den Sachwaltern des jeweiligen Verselbständigungsinteresses in der Anstalt zustehen, nicht die Gesamtverantwortung des Muttergemeinwesens zu verdrängen. Die öffentlichrechtliche Anstalt erweist sich mithin als organisationsrechtliches Spannungsfeld zwischen den legiti-

⁸⁵ §§ 1–13 des Gesetzes über Maßnahmen zur Förderung des deutschen Films (Filmförderungsgesetz) vom 25.6.1979, BGBl. I S. 803; dazu BVerwGE 45, 1 (Zuordnung zum wirtschaftsrechtlichen Kompetenzbereich des Bundes nach Art. 74 Nr. 11, 87 Abs. 3 Satz 1 GG); *Bär*, Film und Recht 1983, 525ff.

⁸⁶ BVerfGE 12, 205 (259ff.); 31, 314 (325ff.); 57, 295 (319ff.); ferner die Nachw. oben Fn. 70.

⁸⁷ Vgl. etwa *Bühler* (Fn. 6), S. 221; *Werner Weber* (Fn. 43), S. 91f.; *Jecht* (Fn. 16), S. 85ff.; *Dittmann* (Fn. 73), S. 96f.; speziell zur Bindung zwischen Sparkassen und Gewährträgern: BVerwGE 41, 195 (196f.); *Fischer* (Fn. 82), S. 838ff.; *Nierhaus*, DÖV 1984, 662ff.

men Verselbständigungsinteressen und dem Gesamtinteresse des Staates oder eines anderen Muttergemeinwesens.

Darin unterscheidet sich die Anstalt von der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sowohl Gebiets- als auch Personalkörperschaften werden durch ein Interesse und einen Organisationsmodus der Verselbständigung ihrer Mitglieder dergestalt getragen, daß ein ausschließlicher oder zumindest primärer Bezug einer territorialen oder sozialen Teilgemeinschaft zu den jeweiligen korporativen Angelegenheiten besteht. Damit ist eine prinzipielle Ausgrenzung dieser Angelegenheiten aus der staatlichen Verantwortung verbunden⁸⁸. Die echte körperschaftliche Selbstverwaltung findet so ihre inhärente Erklärung und Rechtfertigung.

Was die Legitimation der öffentlichrechtlichen Anstalt betrifft, so muß man allerdings nach den verschiedenen Motiven und Sachgründen der Verselbständigung differenzieren. Die einzelnen Verselbständigungsinteressen haben unterschiedliches Gewicht. Je geringer die Legitimationskraft des konkreten Verselbständigungsinteresses ist, desto stärker bleibt das Gesamtinteresse und somit auch die Gesamtverantwortung des Muttergemeinwesens erhalten. Je stärker das Verselbständigungsinteresse legitimiert ist, desto mehr kann oder muß der Einfluß des Muttergemeinwesens zurückgedrängt werden. So wird man etwa den Sachgrund der begrenzten technokratischen Eigenregie unter demokratischem und rechtsstaatlichem Vorzeichen als relativ schwache Legitimationsbasis bewerten müssen⁸⁹. Demgegenüber weist der Sachgrund der partizipatorischen Mitverwaltung einen freiheitlichen Impuls auf. Unter demokratischen und rechtsstaatlichen Legitimationsaspekten ist die partizipatorische Mitverwaltung der Interessenten jedoch ambivalent und differenziert zu bewerten⁹⁰. Ganz anders ist der Sachgrund der gesellschaftlichen Gesamtpräsentation im Rundfunkbereich Ausfluß eines grundrechtlichen Postulats sowie der Ablehnung eines Staatsrundfunks⁹¹. Dadurch verschafft dieser Grund ausnahmsweise dem anstaltlichen Verselbständigungsinteresse der Meinungsfreiheit und den Sachwaltern dieses Interesses in den Anstaltsorganen einen primären Bezug zur öffentlichen Aufgabe des Rundfunks; der festgestellte Sachgrund erweist sich hier als tragender Legitimationsgrund der anstaltlichen Verselbständigung. Gegenüber den Rundfunkanstalten ist der Staat demgemäß auf eine sekundäre Garantenrolle und eine bloße Rechtsaufsicht verwiesen.

⁸⁸ Ähnlich *Bühler* (Fn. 6), S. 215ff.; *Schuppert* (Fn. 51), S. 185ff.

⁸⁹ So auch *Eckart Klein* (Fn. 65), S. 168ff., 177ff.

⁹⁰ Dazu *Breuer*, *Die Verwaltung* 1977, 1ff. m.w.N.

⁹¹ Vgl. oben Fn. 70, 86.

Deshalb ist es bei den öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten gerechtfertigt, von echter anstaltlicher Selbstverwaltung zu sprechen⁹². In den Fällen der übrigen Legitimationsgründe schafft die Verselbständigung in Gestalt rechtsfähiger Anstalten nur im formellen Sinne eine anstaltliche Selbstverwaltung, im materiellen Sinne jedoch eine mittelbare Staatsverwaltung oder allenfalls ein staatlich-anstaltliches Kondominium. Insoweit ist entscheidend, daß dort das Interesse, der Organisationsmodus und die Sachwalter der anstaltlichen Verselbständigung keinen ausschließlichen oder primären Aufgabenbezug aufweisen⁹³.

5. Die öffentlichrechtliche Stiftung als Unterfall der öffentlichrechtlichen Anstalt

Die öffentlichrechtliche Stiftung präsentiert sich auf der Grundlage der entwickelten Überlegungen als Unterfall der öffentlichrechtlichen Anstalt. Die Motive und Sachgründe der anstaltlichen Verselbständigung lassen keinen Raum für ein eigenständiges Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Stiftung⁹⁴. Vielmehr ist diese eine „gestiftete Anstalt“⁹⁵, nämlich die anstaltspezifische Organisation eines verselbständigten Sondervermögens sowie eventuell auch einer technokratischen Eigenregie mit dem Signum eines organisationsrechtlichen Spannungsfeldes zwischen dem Verselbständigungsinteresse und dem Gesamtinteresse des Muttergemeinwesens. Dessen Verantwortung für das Stiftungswohl wird nicht verdrängt. Dies gilt jedenfalls bei einem rein staatlichen Stiftungsakt wie im Falle der Stiftung „Preußischer Kulturbesitz“⁹⁶, aber auch bei einem Stiftungsakt, in dem der Staat ein privates Vermögen vereinnahmt, was im Falle der Contergan-Abfindung und der Stiftung „Hilfswerk für behinderte Kinder“ geschehen ist⁹⁷.

6. Die Multifunktionalität der öffentlichrechtlichen Anstalt

Die aufgeführten Beispiele, Motive und Sachgründe bestätigen, daß die Organisationsform der öffentlichrechtlichen Anstalt multifunktional ist. Entgegen den referierten Behauptungen⁹⁸ bildet sie keineswegs ausschließlich einen Organisationstyp der Leistungsverwaltung. Viel-

⁹² So auch *Schuppert* (Fn. 51), S. 195f.; *Hendler* (Fn. 70).

⁹³ Insoweit zutreffend die oben in Fn. 50 Genannten.

⁹⁴ So schon *Bühler* (Fn. 6), S. 241ff.

⁹⁵ Begriff bei *Neuhoff*, in: Festgabe für v.Unruh, 1983, S. 997.

⁹⁶ Gesetz vom 25.7.1957, BGBl. I S. 841; dazu BVerfGE 10, 20.

⁹⁷ Gesetz vom 17.12.1971, BGBl. I S. 2018; dazu BVerfGE 42, 263.

⁹⁸ Vgl. oben I 4.

mehr fungiert sie als variables Mehrzweckinstrument der öffentlichen Verwaltung im modernen Rechts- und Sozialstaat.

III. Typologie der verschiedenen öffentlichrechtlichen Anstalten

Die Erkenntnisse über die allgemeinen Merkmale, die unterschiedlichen organisationsrechtlichen Ausgestaltungen und die Multifunktionalität der öffentlichrechtlichen Anstalt fordern eine systematisierende Gesamtschau heraus. Aus ihr läßt sich eine Typologie der verschiedenen öffentlichrechtlichen Anstalten gewinnen.

1. *Hilfsanstalt mit verwaltungsinternen Funktionen*

Eher unproblematisch erscheinen Hilfsanstalten mit verwaltungsinternen Funktionen. Sie nehmen Aufgaben der inneradministrativen Dokumentation, Information, Ermittlung, Forschung und Schulung wahr⁹⁹. Soweit solche Verwaltungsstellen überhaupt organisationsrechtlich verselbständigt sind, werden sie typischerweise als schlichte nichtrechtsfähige Anstalten geführt. In ihnen entfaltet sich eine ganz begrenzte technokratische Eigenregie eines spezialisierten Verwaltungsapparates.

2. *Eingriffsanstalt*

Auch die klassischen Eingriffsanstalten sollen hier nicht im einzelnen durchleuchtet werden. Namentlich als Straf-, Besserungs- und Zwangserziehungsanstalten¹⁰⁰ sind sie ebenfalls in das Gewand nichtrechtsfähiger Anstalten gekleidet und als begrenzte Verselbständigungen eines spezialisierten Verwaltungsapparates unter der fortbestehenden Gesamtverantwortung teils des Staates, teils der Kommunen zu verstehen.

3. *Leistungsanstalt*

Trotz der Multifunktionalität der öffentlichrechtlichen Anstalt bleibt die Leistungsanstalt, nämlich die sog. nutzbare Anstalt, eine ihrer bedeutsamsten Typen. Durch sie wird weithin die staatliche und

⁹⁹ Für die Bundesebene umfassende Nachw. bei *Bernd Becker* (Fn. 79).

¹⁰⁰ Vgl. §§ 38f., 61ff., StGB; StrafvollzugsG; §§ 12, 16, 17ff. JGG; §§ 62ff., 78f. JWG; UnterbringungsG der Länder.

kommunale Daseinsvorsorge im wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bereich organisiert und vollzogen. Die organisationsrechtliche Ausgestaltung der einzelnen Leistungsanstalten weist eine schillernde Variationsbreite auf. Im wirtschaftlichen Bereich sind die Formen der voll- oder teilrechtsfähigen Anstalt vorherrschend¹⁰¹. Als tragendes Moment der Verselbständigung spielt dabei teils die Bildung eines abgeschirmten Sondervermögens (so bei den Sparkassen), meist die begrenzte technokratische Eigenregie eines spezialisierten Verwaltungsapparates und nicht selten die partizipatorische Mitverwaltung von Interessenten eine Rolle. Bisweilen wirken alle diese Momente zusammen (so bei der Bundespost und der Bundesbahn).

4. *Sorgeanstalt*

Die Sorgeanstalt ist dadurch gekennzeichnet, daß sie den einzelnen in ein enges und personales Lebens- und Rechtsverhältnis zieht und dabei miteinander verquickte Eingriffs- und Leistungsfunktionen ausübt. Hält man sich die öffentlichen Schulen als Musterbeispiel dieses Anstaltstyps vor Augen, so wird deutlich, daß hier nicht nur die fehlende Rechtsfähigkeit und die „rechtstechnische“ Ausgestaltung der organisatorischen Binnenstruktur, sondern vor allem die Legitimationsproblematik des zulässigen Verselbständigungsgrades angesprochen ist¹⁰². Neben der begrenzten Eigenregie eines spezialisierten Verwaltungsapparates bilden die erwähnte partizipatorische Mitverwaltung, die staatliche Gesamtverantwortung und die anstaltsspezifische Grundrechtsbalance gerade im Schulwesen ein neuralgisches Beziehungsgeflecht.

5. *Versicherungsanstalt*

Als Versicherungsanstalten sind jedenfalls die öffentlichrechtlichen Versicherungsunternehmen einzuordnen, die auf landesgesetzlichen Grundlagen vorwiegend die Sparten der Lebensversicherung und der Schadens-, insbesondere der Feuerversicherung betreiben¹⁰³. In die Form rechtsfähiger Anstalten gekleidet, bilden sie den organisatorischen Rahmen für ein abgeschirmtes Sondervermögen, das zugunsten der Solidargemeinschaft der Versicherten zu pflegen ist, sowie für eine erhöhte rechtsgeschäftliche Flexibilität und eine begrenzte technokra-

¹⁰¹ Vgl. oben II 2 a, b und 3 a, c, d.

¹⁰² Vgl. oben II 2 c und unten IV 3 e.

¹⁰³ Vgl. oben Fn. 81.

tische Eigenregie eines spezialisierten Verwaltungsapparates, der sich im allgemeinen in der Konkurrenz mit privaten Versicherern bewähren muß.

Die verselbständigten Sozialversicherungsträger werden zwar gesetzlich (§ 29 Abs. 1 SGB IV) als „rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung“ bezeichnet und von der h. M.¹⁰⁴ auch als solche qualifiziert. Dennoch können sie mit triftigen Gründen als öffentlichrechtliche Versicherungsanstalten eingestuft werden¹⁰⁵. Jedenfalls ist ihr gesetzliches Etikett nicht ausschlaggebend. Auch auf ihre körperschaftliche Organstruktur ist nicht unbedingt Verlaß. Der sozialstaatliche Zugriff auf das gesamte Sozialversicherungsrecht, das Ausmaß der gesetzlichen Festlegung von Beiträgen und Leistungen sowie der hiermit verbundene Zuwachs der gesetzessvollziehenden Geschäftsführung, der Staatsaufsicht und der Staatsverantwortung höhlen die körperschaftliche Struktur aus. Daraus resultieren zunehmende Züge einer anstaltlichen Verselbständigung. Charakteristisch hierfür ist ein anstaltsspezifisches Spannungsverhältnis zwischen einer dotierten wirtschaftlichen und technokratischen Absonderung und dem dominierenden staatlichen Gesamtinteresse¹⁰⁶.

6. Lenkungsanstalt

Der Typ der Lenkungsanstalt tritt insbesondere in den erwähnten wirtschaftslenkenden Anstalten hervor¹⁰⁷. Diese sind durchweg rechtsfähig. In ihrer Organisation wirken die Momente der erhöhten rechtsgeschäftlichen Flexibilität, der begrenzten technokratischen Eigenregie eines spezialisierten Verwaltungsapparates und der partizipatorischen Mitverwaltung von wirtschaftlichen Interessenten.

Als rechtsfähige Lenkungsanstalt eigener Art ist – in Übereinstimmung mit der h.L.¹⁰⁸ – auch die Deutsche Bundesbank zu qualifizie-

¹⁰⁴ So *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 96; *Ruland*, in: v.MüncH (Fn. 70), S. 435ff.; *Hendler* (Fn. 49), S. 218ff.; *Berg*, NJW 1985, 2294.

¹⁰⁵ So *Scheuner* (Fn. 50); *Friedrich-Wilhelm Müller* (Fn. 84), S. 52ff., 63ff.; zweifelnd *Schnapp*, in: Festgabe für v.Unruh, 1983, S. 886f.

¹⁰⁶ So auch der Tenor der Analyse von *Schnapp* (Fn. 105), S. 887ff., 892ff.

¹⁰⁷ Vgl. oben II 2 a und 3 b, d sowie Fn. 35, 65–68.

¹⁰⁸ So *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 88 Rdnr. 27; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 471; *Samm*, Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge, 1967, S. 144ff.; *Irrgang*, Die Rechtsnatur der Bundesbank, Diss. Köln 1969, S. 95ff.; *Lampe*, Die Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank, 2. Aufl. 1971, S. 34ff.; *Reiner Schmidt*, in: *Festschrift für Zepos*, Bd. II, 1973, S. 663f.; v. *Bonin*, Zentralbanken zwischen funktioneller Unabhängigkeit und politischer Autonomie, 1979, S. 171f.

ren. Sie stellt sich in besonderem Maße als organisationsrechtliches Spannungsfeld zwischen dem anstaltlichen Verselbständigungsinteresse der begrenzten technokratischen Eigenregie eines spezialisierten, politisch „neutralen“ Verwaltungsapparates und dem staatlichen Gesamtinteresse dar.

7. *Freiheitssichernde Anstalt*

Die freiheitssichernde Anstalt ist modellhaft in den öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten verwirklicht¹⁰⁹. Allerdings wird die anstaltliche Freiheitshege eine Ausnahme für den Fall bleiben müssen, daß eine grundrechtliche Freiheit sonst im freien Spiel der gesellschaftlichen Kräfte erstickt zu werden droht.

IV. **Verfassungsrechtlicher Rahmen der öffentlichrechtlichen Anstalt**

1. *Der Gesetzesvorbehalt*

Soweit der Gesetzesvorbehalt hier interessiert, kann er auch in organisationsrechtlicher Hinsicht als geklärt betrachtet werden. Die Schaffung, die Organisationsstruktur und die Kompetenzen voll- oder teilrechtsfähiger Anstalten bedürfen ebenso wie die Gründung von Körperschaften des öffentlichen Rechts eines Gesetzes oder einer gesetzlichen Grundlage¹¹⁰. Das gleiche gilt für die schwächere organisationsrechtliche Verselbständigung nichtrechtsfähiger Anstalten durch die Einführung von partizipatorischen Binnenstrukturen und Mitverwaltungskompetenzen¹¹¹. Im übrigen können nichtrechtsfähige Anstalten durch schlichten Organisationsakt des Trägergemeinwesens geschaffen werden¹¹².

2. *Die Frage nach verfassungsrechtlichen Garantien der anstaltlichen Verselbständigung*

Größeres Interesse verdient die Frage, ob es in bestimmten Bereichen oder unter bestimmten Umständen verfassungsrechtliche Garan-

¹⁰⁹ Vgl. oben II 3 e und Fn. 70, 86.

¹¹⁰ *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 98 III; *Maurer* (Fn. 2), S. 471; *Berg*, NJW 1985, 2296, 2298; *Krebs*, NVwZ 1985, 614.

¹¹¹ Vgl. zum Schulrecht: Verhandlungen des 51. DJT, Bd. II, 1976, Sitzungsbericht M 230; *Niehues*, DVBl. 1980, 466.

¹¹² *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 98 III; *Bernd Becker*, *VerwArch.* 69 (1978), 154.

tien der anstaltlichen Verselbständigung gibt. Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen.

a) Selbst für die *Rundfunkfreiheit* (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) hat das BVerfG¹¹³ von Anfang an betont, daß nicht nur Anstalten des öffentlichen Rechts, sondern auch rechtsfähige Gesellschaften des privaten Rechts Träger von Veranstaltungen sein können. Die freiheitssichernde Rundfunkanstalt ist mithin nur *eine* verfassungskonforme Alternative zur Erfüllung des grundrechtlichen Pluralismuspostulats. Wie die Erfahrung lehrt, behauptet sich allerdings diese Organisationsform bemerkenswert kraftvoll, seit das BVerfG¹¹⁴ die Anforderungen an einen außenpluralistischen Privatrundfunk ebenso streng wie sibyllinisch formuliert hat, die verfassungsrechtliche Folgediskussion sich in neuen Zweifeln verstrickt hat und die Kontroverse zwischen „Meinungsmarkt“-Forderungen und „Kontrollatruppen“-Vorwürfen zu einem juristischen Grabenkrieg geführt hat¹¹⁵. Damit zeichnet sich ein rechtliches Prognoseproblem¹¹⁶ ab: Je dubioser die grundrechtsbezogene Risikoprognose für den Privatrundfunk ausfallen muß, desto mehr ist es verfassungsrechtlich indiziert, das Institut der freiheitssichernden Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts beizubehalten und fortzuentwickeln.

b) Was die *Sozialversicherungsträger* betrifft, so bestimmt Art. 87 Abs. 2 GG, daß sie als „bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts“ geführt werden, sofern ihr Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt. Die h.M.¹¹⁷ geht zu Recht davon aus, daß hiermit weder das System der Sozialversicherung noch deren Organisation in der Form der Körperschaft i.e.S. garantiert ist. Art. 87 Abs. 2 GG verwendet einen weiteren Körperschaftsbegriff, der alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts umfaßt. Die Verfassung gebietet daher lediglich alternativ entweder eine (i.e.S.) körperschaftliche oder eine anstaltliche Verselbständigung. Da dieses Gebot ersichtlich auf die Solidargemeinschaft der Versicherten bezogen ist, muß man zudem eine partizipatorische Mitverwaltung durch Vertreter der Versicherten als gewährleistet ansehen¹¹⁸. Dem kann indessen, wie gezeigt, auch im Rahmen einer Anstaltsorganisa-

¹¹³ BVerfGE 12, 205 (262).

¹¹⁴ BVerfGE 57, 295 (319ff., insbes. 324ff.).

¹¹⁵ Vgl. einerseits *Bullinger*, AöR 108 (1983), 161ff.; andererseits *Hoffmann-Riem*, AöR 109 (1984), 306 (366ff.); Versuch einer Synthese zwischen Markt- und Integrationsmodell bei *Stock*, AöR 110 (1985), 219ff.

¹¹⁶ Allgemein dazu *Ossenbühl*, in: BVerfG und GG, Bd. I, 1976, S. 484ff.; *Breuer*, Der Staat 1977, 21ff.; *Schlaich*, Das BVerfG, 1985, S. 231ff.

¹¹⁷ BVerfGE 39, 302 (314f.); *Maunz* (Fn. 108), Art. 87 Rdnr. 38; *Broß*, in: v.Müch, GG, Bd. 3, 1978, Art. 87 Rdnr. 6, 7, 19.

¹¹⁸ *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), 270 Fn. 69; *Dittmann* (Fn. 73), S. 244.

tion entsprochen werden. Deshalb ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn der Gesetzgeber die Sozialversicherungsträger zu öffentlichrechtlichen Anstalten werden läßt¹¹⁹. Wer hingegen aus Art. 87 Abs. 2 GG eine Garantie der Körperschaftsstruktur (i.e.S.) entnehmen will¹²⁰, muß die gegenwärtige Realität der Sozialversicherungsträger im Grenzbereich zwischen Körperschafts- und Anstaltsstruktur als verfassungsrechtliches Problem betrachten.

c) Viel Staub hat die These aufgewirbelt, die Unabhängigkeit der *Deutschen Bundesbank* sei durch Art. 88 GG garantiert¹²¹. Diese Ansicht hat sich nicht durchgesetzt. Sie ist aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Sinn des Art. 88 GG nicht zu belegen. Insbesondere ist es daher verfassungsrechtlich nicht geboten, die Bundesbank als rechtsfähige und „autonome“ Anstalt des öffentlichen Rechts auszugestalten¹²².

3. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der anstaltlichen Verselbständigung

Noch brisanter erscheint die Frage, inwieweit die anstaltliche Verselbständigung von bestimmten Verwaltungszweigen verfassungsrechtlich *zulässig* ist. Probleme ergeben sich auf der staatlichen Ebene, wenn die Verselbständigung organisationsrechtlich einen gesteigerten Grad erreicht, zentrale Ordnungsaufgaben des Staates betrifft oder innerhalb der Anstaltsorganisation staatliche Entscheidungen der dominierenden Partizipation privater Interessenten ausliefert. Bei solchen Ausgestaltungen gerät die öffentlichrechtliche Anstalt in den Sog allgemeiner verfassungsrechtlicher Probleme, die hier nur angedeutet werden können. So drängt sich die Frage des ministerialfreien und folglich parlamentskontrollfreien Raumes¹²³, letztlich also die Frage der Regierungsverantwortung und der parlamentarischen Kontrolle auf. Auch die partizipatorische Mitverwaltung von Interessenten wirft Grundfragen des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips auf. Sie lassen sich verkürzt mit den Stichworten der „Repräsentation organi-

¹¹⁹ Dazu oben III 5.

¹²⁰ So *Dittmann* (Fn. 73), S. 94f.

¹²¹ So *Samm* (Fn. 108), S. 179ff.; *Uhlenbruck*, Die verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank und ihre Grenzen, 1968, S. 24ff.

¹²² BVerfGE 41, 334 (345ff.); *Maunz* (Fn. 108), Art. 88 Rdnr. 22.; *Stern* (Fn. 108), S. 470, 494ff.; *Reiner Schmidt* (Fn. 108), S. 667ff.; v. *Bonin* (Fn. 108), S. 162ff.; *Hahn*, BayVBl. 1982, 34f.

¹²³ Dazu BVerfGE 9, 268 (281ff.); *Eckart Klein* (Fn. 65), passim; *Wolfgang Müller*, JuS 1985, 497ff.

sierter Interessen¹²⁴ sowie der „osmotischen Verbindung von Staat und Gesellschaft“¹²⁵ umreißen. Organisationsrechtlich geht es darum, wie weit die charakteristische Anbindung der Anstalt an das Muttergemeinwesen – hier: den Staat – aufgehoben oder gelockert werden darf.

a) Allerdings geben die vorgefundenen Organisationsmodelle der *Leistungsanstalten* insofern wenig Anlaß zur Vertiefung. Dafür kann zum einen der Gesichtspunkt angeführt werden, daß die wahrgenommenen Leistungsagenden jedenfalls keine „originären wesentlichen Staatsaufgaben“ sind¹²⁶. Zum anderen unterstehen gerade die staatlichen Leistungsanstalten der *Bundespost* und der *Bundesbahn* einer ministeriellen Verantwortung, und zwar die Bundespost einer Verwaltungsleitung und die Bundesbahn einer Rechts- und Fachfragen einschließenden Aufsicht durch den zuständigen Bundesminister¹²⁷. In diesem Gefüge stellt die partizipatorische, in den Verwaltungsräten beider Anstalten vorgeschriebene Mitverwaltung durch Interessenvertreter ein rechtspolitisches, kein verfassungsrechtliches Thema dar¹²⁸.

b) Dagegen gilt die anstattliche Verselbständigung der *Deutschen Bundesbank* im Hinblick auf das Demokratieprinzip, die Regierungsverantwortung und die parlamentarische Kontrolle als „verfassungsrechtlich höchst anfechtbar“¹²⁹. Auffälligerweise ist die Bundesbank bei der Ausübung ihrer Befugnisse nach dem Bundesbankgesetz „von Weisungen der Regierung unabhängig“ (§ 12 Satz 2 BBankG). Die h.M.¹³⁰ hält diese Verselbständigung mit Rücksicht auf die prekäre Aufgabe der Währungssicherung (§ 3 BBankG) und die erstrebte politische Neutralisierung der Bundesbank für verfassungskonform, eine beachtliche Mindermeinung¹³¹ hingegen für verfassungswidrig. Der h.M. ist zu folgen. Allerdings bildet das Moment der begrenzten technokratischen Eigenregie, wie bereits angedeutet, in der parlamentarischen Demokratie einen schwachen Legitimationsgrund. Zudem ist die

¹²⁴ Titel der Schrift von *Joseph H. Kaiser*, 1956; vgl. auch oben Fn. 84.

¹²⁵ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 150.

¹²⁶ *Maunz*, in: Festschrift für Scupin, 1983, S. 615 (622); zur Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen *Graf Vitthum*, AöR 104 (1979), 581ff.

¹²⁷ Vgl. oben Fn. 72.

¹²⁸ Insoweit zutreffend, wenngleich ohne hinreichende Unterscheidung der Agenden, *Schuppert* (Fn. 68), S. 350ff., 365ff., 373ff., 386f.

¹²⁹ So *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 198.

¹³⁰ So neben den in Fn. 121 Genannten: BVerwGE 41, 334 (354ff.); *Maunz* (Fn. 108), Art. 88 Rdnr. 22, 23; *Bauer*, in: v.Münch (Fn. 117), Art. 88 Rdnr. 25; *Stern* (Fn. 108), S. 497, 505ff.; *Reiner Schmidt* (Fn. 108), S. 671, 672ff.; *Schuppert* (Fn. 68), S. 354ff.; *Hahn*, BayVBl. 1982, 35f.

¹³¹ So *Eckart Klein* (Fn. 65), S. 215; v.*Bonin* (Fn. 108), S. 166ff., 172ff., 235ff.

Aufgabe der Währungssicherung eine zentrale, „hochpolitische“ Ordnungsaufgabe des modernen Sozialstaates (vgl. auch Art. 109 Abs. 2 GG). Bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung läßt sich jedoch – entgegen dem ersten Anschein – eine effektive und ausschlaggebende Anbindung der Bundesbank an den Staat ausmachen:

Erstens ist die Bundesbank nach zutreffender Ansicht¹³² an die Ziele des magischen Vierecks nach § 1 StabG gebunden. *Zweitens* ist sie nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 12 Satz 1 BBankG) verpflichtet, die allgemeine Währungspolitik der Bundesregierung zu unterstützen, soweit dies mit der Aufgabe der Währungssicherung vereinbar ist. *Drittens* untersteht die Bundesbank bei verfassungskonformer, wenn auch streitiger Auslegung¹³³ der Rechtsaufsicht durch die Bundesregierung. Dieses Element ist jedenfalls bei der öffentlichrechtlichen Anstalt unabdingbar¹³⁴. Die gesetzliche Freistellung von Weisungen der Bundesregierung (§ 12 Satz 2 BBankG) schließt nur die Fachaufsicht aus. *Viertens* entscheiden die Bundesregierung und der Bundesrat maßgeblich über die Auswahl der Mitglieder des Bundesbank-Direktoriums und des Zentralbankrates (§§ 7, 8 BBankG). *Fünftens* erlegt das Gesetz (§ 13 BBankG) der Bundesbank gegenüber der Bundesregierung umfassende Konsultationspflichten im Vorfeld der Entscheidungen auf. *Sechstens* ist im Anschluß an die Konsultationsmechanismen davon auszugehen, daß die Bundesregierung eine Entscheidung der Bundesbank entweder tolerieren kann und dafür parlamentarisch verantwortlich ist oder im Konfliktfall eine Beschlußfassung des Bundestages herbeiführen kann¹³⁵.

c) Die rechtsfähigen *wirtschaftslenkenden Anstalten* nehmen ebenfalls zentrale staatliche Ordnungsaufgaben wahr¹³⁶. So stehen der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse im Rahmen einer sektoralen Wirtschaftslenkung zu. Ein besonders einschneidendes Lenkungsinstrumentarium bilden die Regelungs- und Ordnungsbefugnisse der Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung. Auch den abgaben- und subventionsrechtlichen Befugnissen des Stabilisierungsfonds für Wein sowie des Absatzförderungsfonds der deutschen Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft

¹³² Reiner Schmidt (Fn. 108), S. 673; zu weitgehend allerdings Faber, Wirtschaftsplanung und Bundesbankautonomie, 1969, S. 27ff., der der Bundesbank nur eine „planbeschränkte Autonomie“ zugestehen will.

¹³³ So Wolff/Bachof (Fn. 2), § 98 I b 2; Irrgang (Fn. 108), S. 97; Lampe (Fn. 108), S. 76f.; v. Bonin (Fn. 108), S. 187f.; a. A. Samm (Fn. 108), S. 31f., 180; Uhlenbruck (Fn. 121), S. 67; Hahn, BayVbl. 1982, 34.

¹³⁴ Vgl. etwa Wolff/Bachof (Fn. 2), § 98 V i. V. m. § 77 II c.

¹³⁵ So bereits BT-Drucks. II/zu 3603, S. 5.

¹³⁶ Vgl. oben II 2 a, 3 b, d und III 6 sowie Fn. 35, 65–68.

wohnt eine erhebliche Lenkungs kraft inne. Der Staat darf die Wahrnehmung derartiger Ordnungsaufgaben nicht in eine technokratische Eigenregie unter einer partizipatorischen, demokratisch und rechtsstaatlich ambivalenten Mitverwaltung privater Interessenten entlassen. Eine bloße Rechtsaufsicht des Staates dürfte hier nicht ausreichen. Dennoch ist die Organisationsstruktur der genannten wirtschaftslenkenden Anstalten verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weil der zuständige Bundesminister gegenüber diesen Anstalten durchweg über eine umfassende Rechts- und Fachaufsicht verfügt¹³⁷.

Im Falle der Filmförderungsanstalt wird die Beschränkung auf eine ministerielle Rechtsaufsicht dadurch gerechtfertigt, daß den Bewertungs- und Vergabekommissionen der Anstalt ein administrativer Beurteilungsspielraum zusteht, der verfassungsrechtlich unbedenklich, nicht anstaltsspezifisch und fachaufsichtsfeindlich ist¹³⁸.

d) Im *Rundfunkbereich* begegnet es indessen durchgreifenden Bedenken, wenn neuerdings einige Landesgesetze die Eröffnung eines Privatrundfunks damit verbinden, daß die Zulassung der privaten Unternehmen und Programme sowie hoheitliche Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse einer öffentlichrechtlichen Aufsichtsanstalt mit gruppenpluralistischer Organstruktur überantwortet werden¹³⁹. Damit wird der pluralistischen, in der Rundfunkorganisation überkommenen Gesamtrepräsentation der gesellschaftlichen Kräfte eine geänderte Funktion unterschoben. Die freiheitssichernde Rundfunkanstalt mit binnenpluralistischer Gesamtrepräsentation ist gerechtfertigt, weil in ihr und durch sie die Meinungsfreiheit ausgeübt wird. Eine Aufsichtsanstalt gemäß dem Modell der außenpluralistischen Gesamtrepräsentation übt dagegen keine Meinungsfreiheit aus, sondern kontrolliert und beschränkt die Freiheit privater Rundfunkveranstalter. Die Aufsicht über den Rundfunk ist eine unabdingbare Staatsaufgabe¹⁴⁰. Sie darf nicht im Wege der anstaltlichen Verselbständigung gesellschaftli-

¹³⁷ Vgl. §§ 71, 76 Abs. 2 GüKG; § 8 Abs. 3 G über die Neuorganisation der Marktordnungsstellen (Fn. 35); § 7 Abs. 1 AbsatzfondsG (Fn. 68); § 22 Abs. 1 WeinwirtschaftsG (Fn. 67); wie hier offenbar auch BVerfGE 37, 1 (27) (Stabilisierungsfonds für Wein); *Dittmann* (Fn. 73), S. 270f.

¹³⁸ Vgl. §§ 13 sowie 7, 8, 64 FFG (Fn. 85), wie hier auch *Dittmann* (Fn. 73), S. 271.

¹³⁹ Überblick über die einschlägigen Regelungen der verabschiedeten oder bevorstehenden Mediengesetze der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein bei *Groß*, DVBl. 1985, 353ff.; zur Rechtslage in Bayern auch *Lerche*, in: Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 245ff.

¹⁴⁰ Vgl. BVerfGE 57, 295 (326); *Wolff/Bachof* (Fn. 2), § 98 I b 3; *Starck*, JZ 1979, 306; str.; w. N. bei *Hoffmann-Riem* (Fn. 70), S. 967.

chen Kräften überlassen werden, und seien diese noch so ausgewogen zusammengesetzt¹⁴¹.

e) Die Verselbständigung der „*Sorgeanstalt Schule*“ steht in einem symptomatischen Widerstreit grundrechtlicher und freiheitlicher Postulate. Die partizipatorische Mitverwaltung stößt hier auf die Garantie der staatlichen Schulaufsicht (Art. 7 Abs. 1 GG). Unter dieser ist mit der h.M.¹⁴² ein umfassendes Leitungsrecht des Staates, d.h. des Parlaments und der Regierung, in den äußeren und inneren Schulangelegenheiten zu verstehen. Damit ist die staatliche Verantwortung für die Schule zur Wahrung von Neutralität, Toleranz, Freiheit und Gleichheit gewährleistet. Der Staat darf vor allem die *Entscheidung* der inneren Schulangelegenheiten nicht gesellschaftlichen oder individuellen Kräften überlassen. Daran scheitern substantielle Entscheidungskompetenzen der aus Eltern-, Schüler- und Lehrervertretern bestehenden Mitverwaltungsorgane. Deshalb sind landesgesetzliche Vorschriften, welche die Bestellung des Schulleiters von der Wahl in einem solchen Organ abhängig machen, verfassungswidrig¹⁴³ – unabhängig von parallelen beamtenrechtlichen Einwänden. Das gleiche gilt für die landesgesetzliche Regelung von Entscheidungskompetenzen solcher Organe in wesentlichen Fragen der Unterrichtsgestaltung¹⁴⁴.

4. Anstaltsspezifische Handlungsmaximen

Die Frage nach anstaltsspezifischen Handlungsformen muß grundsätzlich negativ beantwortet werden. Die Multifunktionalität der öffentlichrechtlichen Anstalt schließt eine Festlegung auf allgemeinverbindliche Handlungsformen aus. De lege und de constitutione lata ist insbesondere auch die Leistungsanstalt nicht generell auf die Formen des öffentlichrechtlichen Verwaltungshandelns und der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung festgelegt¹⁴⁵. Die eingangs angesprochenen Probleme der administrativen Wahl und der rechtsdogmatischen Abgrenzung zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher An-

¹⁴¹ Bedenken auch bei *Bullinger*, AöR 108 (1983), 200ff.; *Hoffmann-Riem* (Fn. 70), S. 971ff.; *dems.*, AöR 109 (1984), 361f.; *Lerche* (Fn. 139), S. 255f.

¹⁴² BVerfGE 26, 228 (238f.); 34, 165 (182); 47, 46 (71f.); BVerwGE 18, 38; 47, 194 und 201; *Oppermann*, in: v.Münch (Fn. 70), S. 724ff.

¹⁴³ *Leisner*, Vorgesetztenwahl? 1974, S. 58ff.; *Oppermann*, in: Verhandlungen des 51. DJT, Bd. I, 1976, Gutachten C 38ff. (41, 43); vgl. auch die kritischen Erfahrungsberichte von *Lawenstein/Wunder*, RdJB 1977, 344ff.

¹⁴⁴ *Evers*, VVDStRL 23 (1966), 184f.; *dems.*, Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, 1979, S. 56f., 144ff.; *Starck*, DÖV 1979, 275.

¹⁴⁵ Vgl. *Rüfner*, Formen (Fn. 16), S. 264ff., 348ff.; *Löwer*, DVBl. 1985, 937f.; ferner, allerdings einschränkend, *Ehlers*, DVBl. 1983, 429f.

staltsnutzung sowie die Friktionen des sog. Verwaltungsprivatrechts lassen sich nur durch positivgesetzliche Festlegung der Handlungsform beheben¹⁴⁶.

Verfassungsrechtliche Handlungsmaximen ergeben sich auch für die öffentlichrechtlichen Anstalten aus den Grundrechten. So ist in spezifischer Weise die allgemeine und gleichmäßige Zugänglichkeit der Leistungsanstalt, eine schon von *Otto Mayer*¹⁴⁷ erhobene Forderung, heute durch den grundrechtlichen Gleichheitssatz (Art. 3 GG) gewährleistet¹⁴⁸. Ebenso sollte sich die Einsicht durchsetzen, daß die Organisationsform der öffentlichrechtlichen Anstalt als solche kein Verwaltungsmonopol rechtfertigt. Vielmehr muß ein anstaltliches Verwaltungsmonopol bei potentiell privaten Agenden stets an den handlungsbezogenen Maßstäben der Grundrechte, vor allem der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), gemessen werden¹⁴⁹.

Anerkennung verdient ein grundrechtliches Postulat der anstaltspezifischen Neutralität und Toleranz. Es gilt insbesondere innerhalb der „Sorgeanstalt Schule“. Daraus folgen nicht nur ein curriculares Ausgewogenheitsgebot, ein religiöses und weltanschauliches Rücksichtnahmegebot sowie eine qualifizierte Mäßigungspflicht der Lehrer¹⁵⁰. Vielmehr liegt hier auch der Hebel zur Durchsetzung des in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten Wahl- und Bestimmungsrechts der Eltern; es darf – wie das BVerfG¹⁵¹ zutreffend verlangt – nicht durch den Oktroi „nur noch einer einzigen vorhandenen obligatorischen Schulform mit einem vom Staat einseitig festgelegten Bildungsziel“ obsolet werden und leerlaufen. Dieses Postulat findet – vorsichtig formuliert – nicht überall die gebührende Beachtung¹⁵².

V. Schlußbemerkung

Zum Schluß sei an die Erkenntnis erinnert, daß erst der Rechtsstaat das Institut der öffentlichrechtlichen Anstalt hervorgebracht

¹⁴⁶ Vgl. *Ossenbühl*, JuS 1979, 687; *Erichsen*, Jura 1982, 543f.

¹⁴⁷ A.a.O. (Fn. 1), 1. Aufl., S. 324, auch 3. Aufl., S. 277ff. (allerdings unter Verneinung eines subjektiven öffentlichen Rechtes).

¹⁴⁸ Vgl. etwa *Rüfner*, Formen (Fn. 16), S. 390ff., 395ff.

¹⁴⁹ Zutreffend BVerfGE 21, 245; *Badura* (Fn. 82), S. 339f.; auch *Lerche*, Rundfunkmonopol, 1970, S. 41ff.; nicht haltbar BVerfGE 41, 205.

¹⁵⁰ Vgl. BVerfGE 41, 29, 65 und 88; 52, 223; OVG Hamburg, DVBl. 1985, 457; *Oppermann* (Fn. 143), C 94ff.; *Evers*, Die Befugnis (Fn. 144), S. 82ff.

¹⁵¹ BVerfGE 45, 400 (416); vgl. auch BVerfGE 34, 165 (185); BVerfG, NVwZ 1984, 871.

¹⁵² Bedenklich etwa zur Frage der ausschließlichen Bereitstellung einer integrierten Gesamtschule *Nevermann*, RdJB 1982, 187; zutreffend dagegen *Maunz*, in: Festschrift für Scheuner, 1973, S. 428; *Starck*, DÖV 1979, 275; *Bryde*, DÖV 1982, 665ff.; *Clemens*, NVwZ 1984, 69.

hat¹⁵³. Er hat indessen dieses Kind nicht nur gedeihen, sondern auch vagabundieren lassen. Die Staatsrechtslehre sollte die öffentlichrechtliche Anstalt deshalb nicht verstoßen, sondern auf den abgesteckten Wegen einer verstärkten Institutionensorge zuführen.

¹⁵³ *Bühler* (Fn. 6), S. 5; vgl. oben I 1.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Die öffentlichrechtliche Anstalt

I. Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen und offene Grundfragen der öffentlichrechtlichen Anstalt

1. Der „klassische“ Anstaltsbegriff Otto Meyers ist zeitbedingt, weitgehend mehrdeutig und unvollkommen sowie teilweise amorph.

2. Die von Otto Mayer definierte öffentliche Anstalt ist ein Vehikel zur rechtlichen Publizierung der öffentlichen Verwaltung. Erst der Rechtsstaat hat ein eigenständiges öffentliches Recht, dessen Gegensatz zum privaten Recht, die öffentlichrechtliche Deutung der Anstaltsnutzung und somit die öffentlichrechtliche Anstalt hervorgebracht.

3. Die rechtliche Publizierung der öffentlichen Verwaltung durch die Konstruktion der öffentlichen Anstalt ist auf halbem Wege stehen geblieben. Die Folge war – und ist noch heute – eine oft schwankende und unsichere Einordnung einzelner Anstaltsnutzungsverhältnisse.

4. Die öffentliche Anstalt ist in einem Zwiespalt zwischen Organisations- und Handlungsform steckengeblieben. Was Otto Mayer in seiner Anstaltslehre ausgeformt hat, ist die rechtliche Ordnung der Anstaltsnutzung. In organisationsrechtlicher Hinsicht entbehrt sein Anstaltsbegriff jeglicher Konturen.

5. Die Unvollkommenheit der Publizierungswirkung und die organisationsrechtliche Konturenlosigkeit des Meyerschen Anstaltsbegriffs werfen Zweifel auf, ob die öffentliche Anstalt zwingend einer öffentlichrechtlichen Organisationsform bedarf.

6. Die Versuche einer funktionalen Definition oder Eingrenzung der öffentlichen (oder öffentlichrechtlichen) Anstalt müssen als gescheitert angesehen werden. Aussagen über die „Anstalt als Organisationstyp der leistenden Verwaltung“ erfassen nur Teilwahrheiten.

7. Die Verknüpfung der öffentlichen Anstalt mit dem besonderen Gewaltverhältnis ist in der Lehre Otto Meyers die konsequente Vollen- dung der obrigkeitlichen Sicht des Verwaltungshandelns. Sie lastet als diskreditierende Hypothek auf dem Rechtsinstitut der Anstalt.

8. *Die relativ junge Anstalt hat sich bisher nicht kollisionsfrei mit den älteren Organisationsformen der Körperschaft und der Stiftung im Gefüge der juristischen Personen des öffentlichen Rechts verorten lassen.*

9. *Das Verhältnis der öffentlichrechtlichen Anstalt zur Selbstverwaltung erscheint problematisch. Fraglich ist, wer die maßgebenden Interessenten und Wirkungsträger der zu den „Selbstverwaltungskörpern“ gerechneten Anstalt sind.*

10. *Dem Negativbefund in bezug auf den „Allerweltsbegriff“ (Forsthoff) der öffentlichen (oder öffentlichrechtlichen) Anstalt steht deren erhebliche Verbreitung und Bedeutung auf der Basis einzelgesetzlicher, außerordentlich differenzierter Rechtsgrundlagen gegenüber.*

II. Die allgemeinen Merkmale der Anstalt im positiven öffentlichen Recht

11. *Die Anstalt ist als öffentlichrechtliche Anstalt, und zwar als Organisationsform des positiven öffentlichen Rechts, zu begreifen.*

12. *Die öffentlichrechtliche Anstalt zeichnet sich dadurch aus, daß sie eine verselbständigte Verwaltungseinheit ist. Die anstaltliche Verselbständigung erfolgt in vier verschiedenen Alternativen der organisationsrechtlichen „Technik“: Erstens kann die öffentlichrechtliche Anstalt im Vollsinn rechtlich selbständig, d.h. rechtsfähig, sein. Zweitens kann sie nur in bestimmten Beziehungen zu selbständigem Auftreten befugt, also teilrechtsfähig sein. Drittens kann sie lediglich in der Weise verselbständigt sein, daß sie zwar nicht nach außen selbständig auftreten kann, jedoch eine spezifische Binnenstruktur von Organen hat, denen bestimmte Zuständigkeiten gesetzlich zugewiesen sind. Viertens kann die organisationsrechtliche Verselbständigung sich bei nichtrechtsfähigen Anstalten darauf beschränken, daß im Innenverhältnis zwischen der Anstalt und ihrer Trägerkörperschaft die behördenhierarchischen Bindungen eingeschränkt werden.*

13. *Was das gesetzgeberische Motiv und den objektiven Sachgrund der anstaltlichen Verselbständigung betrifft, so lassen sich fünf Gründe unterscheiden: erstens die Bildung eines abgeschirmten Sondervermögens, zweitens die Befähigung zu möglichst freiem und flexiblem Handeln im Rechtsverkehr, drittens die Schaffung einer begrenzten technokratischen Eigenregie, viertens das partizipatorische Moment einer Mitverwaltung durch bestimmte Interessenten und fünftens die Schaffung eines grundrechtlichen Freiheitsraumes für eine binnenpluralistische Gesamtpäsentation (Rundfunk).*

14. *Unter Legitimationsaspekten leiden die Sachgründe der anstaltlichen Verselbständigung an einer Schwäche: Sie verschaffen keinen ausschließlichen und regelmäßig nicht einmal einen primären Bezug eines bestimmten Verselbständigungsinteresses und der Sachwalter dieses Interesses zu dem Aufgabenbereich einer Anstalt. Dadurch erweist sich die öffentlichrechtliche Anstalt als organisationsrechtliches Spannungsfeld zwischen den legitimen Verselbständigungsinteressen und dem Gesamtinteresse des Staates oder eines anderen Muttergemeinwezens.*

15. *Bei den öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten ist es gerechtfertigt, von echter anstaltlicher Selbstverwaltung zu sprechen. In den Fällen der übrigen Legitimationsgründe schafft die Verselbständigung in Gestalt rechtsfähiger Anstalten nur im formellen Sinne eine anstaltliche Selbstverwaltung, im materiellen Sinne jedoch eine mittelbare Staatsverwaltung oder allenfalls ein staatlich-anstaltliches Kondominium.*

16. *Die öffentlichrechtliche Stiftung präsentiert sich als Unterfall der öffentlichrechtlichen Anstalt.*

17. *Die Anstalt fungiert als variables Mehrzweckinstrument der öffentlichen Verwaltung im modernen Rechts- und Sozialstaat.*

III. Typologie der verschiedenen öffentlichrechtlichen Anstalten

18. *Aus den allgemeinen Merkmalen, den unterschiedlichen organisationsrechtlichen Ausgestaltungen und der Multifunktionalität der öffentlichrechtlichen Anstalt läßt sich eine Typologie gewinnen. Danach sind verschiedene öffentlichrechtliche Anstalten zu unterscheiden: die Hilfsanstalt mit verwaltungsinternen Funktionen, die Eingriffsanstalt, die Leistungsanstalt, die Sorgeanstalt, die Versicherungsanstalt, die Lenkungsanstalt und die freiheitssichernde Anstalt.*

IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen der öffentlichrechtlichen Anstalt

19. *Die Schaffung, die Organisationsstruktur und die Kompetenzen voll- oder teilrechtsfähiger Anstalten bedürfen eines Gesetzes oder einer gesetzlichen Grundlage. Das gleiche gilt für die schwächere organisationsrechtliche Verselbständigung durch die Einführung von partizipatorischen Binnenstrukturen und Mitverwaltungs Kompetenzen.*

20. *Die anstaltliche Verselbständigung ist grundsätzlich nicht verfassungsrechtlich garantiert.*

21. *Je dubioser allerdings die grundrechtsbezogene Risikoprognose für den Privatrundfunk ausfallen muß, desto mehr ist es verfassungs-*

rechtlich indiziert, das Institut der freiheitssichernden Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts beizubehalten und fortzuentwickeln.

22. Für die Sozialversicherungsträger gebietet die Verfassung lediglich alternativ entweder eine körperschaftliche oder eine anstaltliche Verselbständigung.

23. Es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, die Deutsche Bundesbank als rechtsfähige und „autonome“ Anstalt des öffentlichen Rechts auszugestalten.

24. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der anstaltlichen Verselbständigung ist auf der staatlichen Ebene problematisch, wenn die Verselbständigung organisationsrechtlich einen gesteigerten Grad erreicht, zentrale Ordnungsaufgaben des Staates betrifft oder innerhalb der Anstaltsorganisation staatliche Entscheidungen der dominierenden Partizipation privater Interessenten ausliefert.

25. Die anstaltliche Verselbständigung ist nicht nur in den Fällen der vorgefundenen Leistungsanstalten, sondern auch in den Fällen der Deutschen Bundesbank und der wirtschaftslenkenden Anstalten aufgrund der spezifischen Anbindung an den Staat verfassungskonform.

26. Im Rundfunkbereich begegnet es durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Eröffnung eines Privatrundfunks damit verbunden wird, daß die Zulassung der privaten Unternehmen und Programme sowie hoheitliche Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse einer öffentlichrechtlichen Aufsichtsanstalt mit gruppenpluralistischer Organstruktur überantwortet werden.

27. Die Verselbständigung der „Sorgeanstalt Schule“ steht in einem symptomatischen Widerstreit grundrechtlicher und freiheitlicher Postulate. Die partizipatorische Mitverwaltung stößt hier auf die Garantie der staatlichen Schulaufsicht.

28. Die Multifunktionalität der öffentlichrechtlichen Anstalt schließt eine Festlegung auf allgemeinverbindliche Handlungsformen aus.

29. Verfassungsrechtliche Handlungsmaximen ergeben sich auch für die öffentlichrechtlichen Anstalten aus den Grundrechten. Anerkennung verdient insbesondere ein grundrechtliches Postulat der anstaltsspezifischen Neutralität und Toleranz.

3. Aussprache und Schlußworte

Die öffentlichrechtliche Anstalt

Vorsitzender (Erichsen): Meine Damen und Herren. Ich wollte eigentlich angesichts der im Raume stehenden Kennzeichnung von Herrn *Breuer*, der die Anstalt als variables Mehrzweckinstrument eingeordnet hat, kein Schema vortragen, sondern nach Abstimmung mit den Herren Referenten hier Näherungsversuche zur Reduktion der mit dem Thema verbundenen Komplexität entfalten. Ausgangspunkt der Referate ist in beiden Fällen, wie könnte es anders sein, der Klassiker des Verwaltungsrechts, *Otto Mayer*, gewesen. Die Unschärfe seines Anstaltsverständnisses, die nicht nur eine Randunschärfe ist, führt uns zu dem Vorschlag, in einer ersten Abteilung über den historischen Befund zu diskutieren. In diesem Zusammenhang könnte etwa die Zweifältigkeit oder Mehrfältigkeit des Anstaltsbegriffs bei *Otto Mayer*, könnte die Frage der Anstaltsgewalt diskutiert werden.

Von diesem historischen Befund ausgehend, sollten wir einen Brückenschlag in die Gegenwart, vielleicht auch mit der Zielsetzung vornehmen, am Beispiel der öffentlichrechtlichen Anstalt zu verdeutlichen, daß die Ansätze und Überlegungen, daß das System *Otto Mayers* für die Bewältigung der Gegenwartsaufgaben der öffentlichen Verwaltung, insbesondere für ihre Alltagsgeschäfte, nur begrenzt brauchbar ist. Deshalb sollte in einer zweiten Abteilung zunächst unsere Aufmerksamkeit den organisationsrechtlichen Aspekten gelten und auch hier darf ich vielleicht einige Komplexe kurz anreißen: Die in den Referaten deutlich gewordene unterschiedliche Einstellung zur Frage der Rechtsfähigkeit der Anstalt – also die Abgrenzung rechtsfähige/nicht-rechtsfähige Anstalt –, die Definition der Anstalt, die Abgrenzung von anderen Erscheinungen – Anstalt, Einrichtung, Behörden – könnten ein erster Komplex sein, Tätigkeitsbereiche und Tätigkeitsstrukturen ein zweiter, Anstaltsorganisation und Verfassungsrecht ein weiterer und schließlich die Funktion der Anstalt ein zusätzlicher Gesichtspunkt. Auch die Beziehung zum Mutterwesen, Stichworte: Aufsicht, Legitimation und einige Aspekte – nicht alle glaube ich – der Selbstverwaltung könnten in dieser zweiten Abteilung angesprochen werden.

Mit dem Stichwort der Anstaltsgewalt in heutiger Sicht wird der Übergang zur dritten Abteilung eröffnet, die den außen-, nutzungs- oder materiellverwaltungsrechtlichen Aspekten der Anstalt gewidmet sein soll. Hier wird es um die rechtliche Steuerung der Anstalt gehen,

etwa Stichworte: Freiheit der Formenwahl, Grundrecht und Anstalt, auch Grundrechte in der Anstalt und auf Teilhabe an der Anstaltsleistung, Grundrechtskompensation durch Mitwirkung – etwa der Begriff der intermediären Anstalt, wie Herr *Lange* ihn gebracht hat, aber der Gedanke spielt auch bei Herrn *Breuer* eine große Rolle – und – offenbar unverzichtbar – das besondere Gewaltverhältnis, alles zusammenfassend, Staat, Gesellschaft, Anstalt. Dann könnten in diesem Zusammenhang Fragen des Rechtsschutzes und schließlich das kaum angesprochene Problem: Anstalt und Dritte erörtert werden.

Überlegungen zur gegenwärtigen Begriffsbestimmung und Funktion der Anstalt führen sicherlich zu einem Verbund von Gesichtspunkten der ersten und der zweiten Abteilung, die Auseinandersetzung, insbesondere mit Herrn *Lange*, wohl auch zu Überlegungen, die die Abteilungen zwei und drei übergreifen, also zu eher globalem Zugriff auf die Thematik. Das gleiche gilt, wie an dem Referat von Herrn *Breuer* auch deutlich geworden ist, für Fragen des Rechtsschutzes. Deshalb, meine Damen und Herren, darf ich bitten, diesen von uns vorgetragenen Vorschlag nicht als Schema anzusehen. Wir sind durchaus bereit, auch systemspengende Beiträge in die Diskussion einzubeziehen. Die Beispiele, die gebracht worden sind, standen überwiegend zur Vergewärtigung juristischer Problemlagen und deshalb bitten wir, sie auch in diesem Zusammenhang zu diskutieren und wieder aufzugreifen, wenn das Bedürfnis besteht. Im übrigen gelten die gestern von Herrn Kollegen *Häberle* verkündeten allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Verehrte Frau Kollegin, meine Herren, ich darf damit die Diskussion des heutigen Nachmittags eröffnen. Gestatten Sie mir, daß ich nochmals auf die zeitliche Begrenzung der einzelnen Beiträge hinweise; sie beträgt auch heute 4 Minuten. Ich darf zunächst Herrn *Badura* aufrufen.

Badura: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen. Das Recht der öffentlichen Anstalt ist eines der wenigen Rechtsgebiete, das noch ein Gegenstand primär der Staatsrechtswissenschaft ist, und wir haben also heute seit langer Zeit zum ersten Mal wieder zwei Vorträge gehört, in denen die Namen von Wissenschaftlern öfters zitiert wurden als das Bundesverfassungsgericht. Es ist eine letzte Domäne des Juristenrechtes in unserem Fache, und daraus resultiert natürlich eine besondere Verpflichtung des Durchdenkens und der Genauigkeit dieser Fragen, wofür wir unseren beiden Referenten sehr dankbar sein müssen, indem sie sich bemüht haben, bei einem Autor des 19. Jahrhunderts beginnend und ihn oft zitierend, die Frage aufzuwerfen, ob und in welchem Umfange die Grundsätze der Lehre der öffentlichrechtlichen Anstalt auch heute noch Gültigkeit haben können. Der Gedanke bei

Otto Mayer war doch wohl, daß man aus dem Rechtsstaatsgedanken eine bestimmte Doktrin für solche Fälle entwickelt, wo die Verwaltung nicht durch Verwaltungsakt handelt; denn für den Verwaltungsakt und seine Besonderheiten gab es eine feste und verhältnismäßig konsistent zu entwickelnde Doktrin. Dieser Bereich ist es zugleich, der nun auch heute zum Gegenstand der Betrachtung beider Referenten gemacht worden ist, wobei Herr *Breuer* vielleicht weniger als Herr *Lange* den Versuch gemacht hat, einen solchen dogmatischen Fußpunkt zu finden, von dem aus sich die Lehre der öffentlichen Anstalt konsistent entwickeln läßt.

Unter dem Begriff der „Multifunktionalität“ von Herrn *Breuer* verbirgt sich eigentlich in gewisser Weise die These, daß es eine einheitliche Lehre der öffentlichen Anstalt nicht gibt, während Herr *Lange* mit der Vorstellung, die in These 1 entwickelt wird – daß wir hier eine Erscheinung vor uns haben, die „primär der Erbringung betrieblicher Leistungen dient“ –, einen Gedanken aufgreift, der auch schon sonst in der Literatur vertreten wird. Er versucht darzutun, daß die Idee, die Rechtfertigung dafür, überhaupt einen eigenen Lehrbegriff der öffentlichen Anstalt zu bilden, daraus resultiert, daß wir hier – „im Gegensatz zur behördlichen Regelungsverwaltung“ – etwas vor uns haben, das „primär der Erbringung betrieblicher Leistungen dient“. Dieser These möchte ich zustimmen und möchte also der Skepsis von Herrn *Breuer* nicht folgen. Ich glaube, daß es Herrn *Lange* gelungen ist, diesen Grundgedanken in einer fruchtbaren Weise zu entwickeln und auch zu zeigen, inwiefern die Erscheinungen hoheitlicher Anstaltsverwaltung, die es natürlich gibt und die nicht zu leugnen sind, in Bezug setzen kann zu diesem Grundgedanken, daß wir es hier zu tun haben mit der Erbringung betrieblicher Leistungen und daß wir deswegen, siehe These 12, der Frage nachgehen müssen einer Eigenständigkeit, die aus dem Zweck betrieblicher Leistungserbringung resultiert. Es ist eine Eigenständigkeit, die sowohl rechtliche wie administrative Besonderheiten aufweist. Diese These möchte ich unterstützen und im Gegensatz zur These 6 von Herrn *Breuer* meinen, daß es durchaus auch heute möglich und fruchtbar wäre, den Begriff und die Lehre der öffentlichen Anstalt von diesem Gesichtspunkt aus zu entwickeln.

Um nur ein Beispiel zur Erläuterung dazu beizusetzen, darf ich verweisen auf die Vorstellungen, die Herr *Lange* – in These 9 und 11 vor allem – entwickelt hat über das Problem des Gesetzesvorbehalts beim Anstaltsbenutzungsverhältnis. Ich finde in den Thesen 9 und 11 von Herrn *Lange* die Vorstellung, wenn auch nicht das Wort, aber doch die Vorstellung, daß es eine Art „organisatorische Gestaltungsfreiheit“ im Bereich der Anstaltsverwaltung gibt.

Das ist, wie ich meine, ein entwicklungsfähiger Gedanke, so wie wir ja eine „planerische Gestaltungsfreiheit“ seit längerer Zeit anerkennen.

Er zeigt sich im Bereich dieser Art von Leistungserbringung in besonderer Form. Wir haben sowohl, wenn es sich um eine anstaltliche Leistungserbringung ohne eigene Rechtspersönlichkeit, wie um eine solche mit Rechtspersönlichkeit handelt, die Möglichkeit, einen gewissen Spielraum organisatorischer Gestaltungsfreiheit vorzufinden, der in gewisser Weise eine Lockerung des Gesetzesvorbehalts und damit auch der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten eröffnet. Ich glaube, daß Herr *Lange* sehr sorgfältig versucht hat, dennoch die erforderlichen rechtlichen Bindungen und Schutzmöglichkeiten des Anstaltsnutzers aufrechtzuerhalten, andererseits aber die Besonderheit der anstaltlichen Leistungserbringung mit dieser Vorstellung einer organisatorischen Gestaltungsfreiheit – jedenfalls der Sache nach, wie ich es sehe – ausgedrückt hat.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Badura*. Zu dem Punkt der betrieblichen Leistung hatte sich auch Herr *Bayer* gemeldet, den ich hiermit bitten darf.

Bayer: Herr Vorsitzender, ich sehe es nicht als meine Aufgabe an, hier von dem Gewinn zu sprechen, den mir die beiden Referenten heute morgen bereitet haben. Ich möchte vielmehr an zwei Punkten, jedenfalls mit einer gewissen Kritik, ansetzen.

Der erste Punkt betrifft in der Tat den Begriff der betrieblichen Leistungen. Herr *Lange*, im Gegensatz zu Herrn *Badura* neige ich dazu zu sagen, daß uns dieser Begriff als solcher noch nicht viel weiterhilft. Wir werden innerhalb dieses Begriffs vielmehr eine Form der betrieblichen Leistungen mit aller Deutlichkeit hervorheben müssen, und das sind die wirtschaftlichen Leistungen. Verallgemeinernd gesagt: Ich habe in Ihrem Referat, Herr *Lange*, ein wenig die wirtschaftliche Seite der öffentlichen Anstalt vermißt. Ich möchte das und die damit zusammenhängenden Probleme an einem konkreten Beispiel, zumindest in aller Kürze, verdeutlichen.

Ich bin Vorsitzender des Verwaltungsrats einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts. Diese Anstalt hält sich einiges darauf zugute, daß sie, ich sage das bewußt, einen „Umsatz“ von vielleicht 30 Millionen macht. Sie ist als solche jedem Hochschullehrer eigentlich bekannt und Herr *Folz* hat, wie ich annehme, mit einem gewissen Unbehagen zur Kenntnis genommen, daß sie hier heute gleichwohl noch nicht erwähnt worden ist. Ich spreche vom Studentenwerk oder, in meinem Falle, dem Akademischen Förderungswerk. Es ist für mich überhaupt keine Frage, daß innerhalb dieser Anstalt jeden Tag betriebliche Leistungen erbracht werden. In der Tat, wir stellen Tag für Tag bis zu zehntausend Mittagessen auf den Tisch, das ist nicht das Problem. Das Problem, das sich sozusagen jeden Tag von neuem stellt, ist

die Frage: Sind das Leistungen wirtschaftlicher Art? Erbringen wir wirtschaftliche Leistungen? Wir sind hier bei der Unterscheidung zwischen „Privatwirtschaft“ und „Gemeinwirtschaft“, wir sind bei den leitenden Prinzipien wirtschaftlicher Betätigung, wir sind bei der Frage: Haben wir uns bei der Erbringung unserer, nochmals, zweifellos „betrieblichen Leistungen“ an der Gewinnmaximierungsmaxime zu orientieren oder haben wir uns zu orientieren an dem Gedanken der Kostendeckung, unter Umständen sogar damit abzufinden, daß wir unsere Leistungen unterhalb der Kostendeckungsgrenze anbieten müssen, was dann naturgemäß die Frage aufwirft: Wer deckt die Differenz, die wir über den Preis nicht hereinbringen können? Wir sind dann weiter bei der Frage: Wer ist für unsere Anstalt das „Muttergemeinwesen“, das uns die Differenz in irgendeiner Weise zur Verfügung zu stellen hat?

Die angeschnittenen Fragen sind keineswegs nur theoretischer Natur, sondern haben, wie ich meine, eine ganze Reihe praktisch wichtiger Konsequenzen. Ich will nur zwei erwähnen. Zunächst einmal die Rechnungslegung. Nach welchen Prinzipien hat eine Anstalt des öffentlichen Rechts Rechnung zu legen? Orientieren wir uns mehr oder weniger vorrangig – weil ausgehend vom privatwirtschaftlichen Modell – am Aktienrecht, orientieren wir uns umgekehrt lieber an den haushaltsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften? Darin steckt einiges an Sprengstoff. Ich darf nur daran erinnern, daß beispielsweise von studentischer Seite häufiger die Errichtung einer sog. Sozialbilanz gefordert wird, einer Sozialbilanz, die das Aktiengesetz jedenfalls nicht als Teil „seines“ Jahresabschlusses kennt. Oder, zweite Konsequenz: Die Rechnungsprüfung. Wer ist zuständig, das Rechnungswerk einer solchen Anstalt des öffentlichen Rechts zu prüfen? Wir haben die Diskussion darüber im Zusammenhang mit gewissen privatrechtlichen Vereinigungen gehabt, Herr Kollege *Oppermann* könnte dazu unter dem Stichwort „Stiftung Volkswagenwerk“ ganz gewiß eine Menge sagen: Nur Wirtschaftsprüfer, nur Rechnungshof oder, wie in der Praxis, eine Art Doppelprüfung?

Soviel zu diesem Punkt, und wenn ich nun vielleicht doch noch kurz meinen zweiten Punkt anschneiden darf: Herr *Lange*, als Steuerrechtslehrer würde ich Ihnen eigentlich sehr deutlich in bezug auf Ihre These widersprechen wollen, daß die Eigengesellschaft, das privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen gegenüber dem Eigenbetrieb der öffentlich-rechtlichen Unternehmensform eine steuerliche Privilegierung genießt. Ich meine, genau das Gegenteil ist richtig. Betrachtet man die Dinge systematisch, so sind nämlich, ich beschränke mich hier auf die Körperschaftsteuer nach § 1 Absatz 1 Ziff. 1 bis 5 KStG, zunächst einmal nur die privatrechtlichen Rechtsformen, also die Aktiengesellschaft, die GmbH usw. der Besteuerung unterworfen. Das Ge-

setz fügt diesen die sog. Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts in einer besonderen Ziff. 6 sozusagen noch „ergänzend“ hinzu, und zwar doch offenbar deshalb, weil es eine allzu starke Diskriminierung der „Privaten“ gegenüber den „Öffentlichen“ vermeiden will. Und darüber hinaus, letzte Bemerkung: Auch wenn man an dieser Stelle die betriebswirtschaftliche Steuerlehre betrachtet: Es werden ständig rechtsformorientierte Steuerbelastungsvergleiche vorgenommen, aber es ist noch niemand zu dem eindeutigen Ergebnis gekommen, daß schon von Haus aus die eine Organisationsform gegenüber der anderen steuerlich besser bzw. schlechter gestellt wäre. Ich meine also, in diesem Punkt sind erhebliche Zweifel an dem von Ihnen Gesagten angebracht. Dankeschön.

Vorsitzender: Ich danke Ihnen, Herr *Bayer*. Herr *Kisker* bitte!

Kisker: Mir geht es auch um den Versuch von Herrn *Lange*, die nichtrechtsfähige Anstalt von ihrer Handlungsform (betriebsförmiges Handeln) her zu bestimmen. Das ist deshalb ein wichtiger Gesichtspunkt, weil sich daraus erhebliche Konsequenzen für den Umgang mit der nicht-rechtsfähigen Anstalt ergeben; Konsequenzen insbesondere für den Gesetzesvorbehalt und die verbliebenen Reste der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis. Es wäre natürlich hilfreich, wenn man genauer bestimmen könnte – vielleicht auch mit Hilfe der Betriebswirtschaft – was unter betriebsförmiger Erledigung von Verwaltungsaufgaben zu verstehen ist. Der Begriff scheint mir im Augenblick noch ein wenig *vage* zu sein.

Es bleibt ferner die Frage, ob das betriebsförmige Handeln wirklich für alle nicht-rechtsfähigen Anstalten charakteristisch ist. Anknüpfend an das, was Herr *Breuer* gesagt hat, könnte man auf den Gedanken kommen, daß Sie mit dem Merkmal der Betriebsförmigkeit eine zwar häufige, aber nicht notwendige Eigenschaft von nicht-rechtsfähigen öffentlichen Anstalten angesprochen haben.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Kisker*. Als nächsten habe ich Herrn *Quaritsch* vorgesehen.

Quaritsch: Ich habe zunächst eine Frage anzusprechen, die sich sowohl auf die nichtrechtsfähige wie auf die rechtsfähige Anstalt bezieht, nämlich die Charakterisierung des Rechtsverhältnisses, das zwischen Nutzer und Anstalt besteht. Herr *Lange* hat mit Recht gesagt, daß die vielfältigen Beziehungen, die zwischen Anstalt und Bürger bestehen, mit dem Begriff des Verwaltungsakts, besonders bei der Zulassung, nicht angemessen zu erfassen sind. Das trifft zu. Besonders auf diejenigen Rechtsverhältnisse, in denen ein Austausch von Leistung

und Gegenleistung stattfindet, sei es bei einem Museumsbesuch oder beim Besuch der Badeanstalt, bei Wasserlieferungsverträgen oder bei der Postbenutzung, auf alle diese inhaltlich sehr verschiedenen, rechtlich aber sehr ähnlichen Verhältnisse, sollten Begriff und Regeln des „verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses“ angewendet werden. Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis unterscheidet sich von dem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis dadurch, daß zur Begründung Willenserklärungen, Vertragsangebot und Vertragsannahme wie im Zivilrecht nicht notwendig sind; die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung genügt, um dieses Schuldverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten entstehen zu lassen. Die Notwendigkeit des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses ergibt sich auch aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz, das uns mit dem Zwang zur Schriftform für den öffentlich-rechtlichen Vertrag die Möglichkeit genommen hat, die anstaltlichen Leistungsverhältnisse als öffentlich-rechtliche Verträge zu konstruieren. Denn in aller Regel werden keine schriftlichen Verträge zwischen dem Nutzer und einer öffentlichen Anstalt geschlossen. Die Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses zu entwickeln, ist hier nicht der Ort. Ich möchte nur bemerken, daß auf diese Weise die notwendigen öffentlich-rechtlichen Komponenten mit geeigneten zivilrechtlichen Elementen in einem „verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis“ verbunden werden können.

Kritisiert haben Sie, Herr *Lange*, daß Entscheidungen der Rundfunkanstalten gegenüber politischen Parteien bei der Verteilung von Sendezeiten als Ausfluß öffentlicher Gewalt und sogar als Verwaltungsakt bezeichnet werden. Mit Vergnügen nehme ich zu dieser Kritik Stellung, denn das erste Judiz, das in diesem Sinne erging, vom Bundesverfassungsgericht sogleich bestätigt wurde (BVerfGE 7, 99/104) und bis heute offenbar maßgeblich geblieben ist, war das Urteil des LVG Hamburg vom 6. August 1957, an dem ich als Referendar beteiligt war. Nach der damals geltenden VO 165 mußten die Ablehnung des NWDR, dem „Bund der Deutschen“ vor der Bundestagswahl 1957 Sendezeiten einzuräumen und die Zulassung selbst als Verwaltungsakte angesehen werden, auf die mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zu reagieren war. Anderenfalls wäre der aus dem Prinzip der Chancengleichheit abgeleitete Rechtsanspruch der Klägerin Theorie geblieben. Die Rechtsbeziehungen zur Anstalt können nicht ohne Rücksicht auf gerichtliche Zuständigkeiten und die prozessuale Durchsetzbarkeit verstanden und zugeordnet werden. Da wir für die hier einschlägigen nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeiten nur zwischen den Zivil- und den Verwaltungsgerichten wählen können, müssen wir auch die Rechts- und Klageformen des jeweiligen Gerichtszweiges hinnehmen. Sonst wäre – das war uns damals angesichts der Einlassung der Beklagten durchaus bewußt – der Rundfunk nicht nur „staatsfrei“,

sondern auch „gerichtsfrei“. Im übrigen erscheint es mir auch heute noch ganz plausibel, eine Einzelfallentscheidung leitender Organe einer öffentlich-rechtlichen Anstalt über satzungsmäßige Rechte und Pflichten gegenüber einer politischen Partei – dazu über Sendezeiten für Wahlwerbung – als Verwaltungsakt anzusehen.

Vorsitzender: Dankeschön, Herr *Quaritsch*. Dann darf ich Herrn *Burmeister* bitten.

Burmeister: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Auch ich habe gewisse Schwierigkeiten, mich mit meinen Bemerkungen in die vorgegebene Diskussionsstruktur einzufügen, weil ich auf einige überwölbende Grundfragen hinweisen möchte, die zwar in den Referaten angeklungen sind, denen jedoch nach meinem Dafürhalten nicht ganz das richtige Gewicht beigemessen worden ist.

Daß es der Verwaltungsrechtslehre nicht gelungen ist, die im Zuge der sozialstaatlichen Aufgabenexpansion eingetretene Vervielfachung und Vervielfältigung der staatlichen Leistungserbringung, namentlich im wirtschaftlichen Bereich, durch Entwicklung einer entsprechenden Vielfalt geeigneter Organisationsmodelle der Leistungseinrichtungen zu begegnen, ist eine vielfach diagnostizierte Tatsache. Das häufig hervorgehobene „dogmatische Defizit“ bei der Erfassung und Durchdringung der staatlichen Leistungsverwaltung ist nach meinem Dafürhalten zumindest für den Bereich des Organisationsrechtes zutreffend. Dies schlägt sich in zwei augenfälligen Symptomen nieder: *Erstens* dem Umstand, daß unter der Bezeichnung der öffentlich-rechtlichen Anstalt eine Fülle staatlicher Einrichtungen firmieren, für die nur die Bezeichnung, im übrigen jedoch kein organisationsförmliches Attribut gemeinsam ist. Die öffentlich-rechtliche Anstalt ist zu einem konturlosen Sammelbegriff degradiert, dem im Grunde eine organisationspezifische Typik fehlt. *Zweitens* schlägt sich das organisationsrechtliche Defizit in der noch immer anhaltenden Flucht in privatrechtliche Organisationsformen nieder, hinter der sich weiß Gott häufig andere als gemeinwohlorientierte Motive verbergen. Die ganz und gar problematisch gebliebene These – ich betone ganz und gar problematisch gebliebene These – von der freien Austauschbarkeit der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, die auch von beiden Referenten zugrundegelegt worden ist, ist keineswegs nur unter dem Gesichtspunkt der oft beabsichtigten Befreiung von den spezifischen öffentlich-rechtlichen Bindungen staatlichen Verwaltungshandelns bedenklich, sondern hat wahrhaft ärgerliche Konsequenzen, für deren Duldung durch die Verwaltungsrechtslehre sich wenig Verständnis aufbringen läßt, so etwa, wenn aus der Befugnis der freien Formenwahl die Möglichkeit privatrechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbe-

ziehung zum Benutzer abgeleitet, bei der Durchsetzung der Leistungsansprüche jedoch der Rückgriff auf das verwaltungsvollstreckungsrechtliche Instrumentarium offengehalten wird, wie dies häufig der Fall ist. Wichtiger als diese Unzuträglichkeiten ist jedoch eine bis heute dogmatisch unbewältigt gebliebene Konsequenz der Formenverwischung: nämlich die Erklärung des Phänomens, wie es – rechtsdogmatisch – überhaupt möglich sein soll, daß eine staatliche Organisationseinheit Rechtsbeziehungen zum Bürger eingeht, die ihr nicht als Bestandteil der öffentlichen Verwaltung, sondern als Privatrechtssubjekt zugerechnet werden. Ich selbst vermag diese Konsequenz der freien Austauschbarkeit der Handlungs- und Organisationsformen bis zum heutigen Tage nicht einzusehen, und ich möchte nur am Rande vermerken, daß ich deshalb die dogmatische Erfassung des sog. Verwaltungsprivatrechts nach wie vor als eine unbewältigte Aufgabe ansehe. Im übrigen ist darin die auch in einigen Formulierungen von Herrn *Lange* anklingende Folgerung angelegt, daß die Verselbständigung der anstaltlichen Organisationseinheit und die Privatisierung ihrer Handlungsformen zur Verleihung subjektiver Handlungsrechte führe, die qualitativ etwas anderes seien als schlichte Wahrnehmung pflichtgebundener Handlungszuständigkeiten der öffentlichen Verwaltung. Die Erhöhung des von Anstalten erwirtschafteten Vermögens zu grundrechtsgeschütztem Privateigentum der Anstalten selbst, gehört beispielsweise zu den darin angelegten Irrtümern.

Erlauben Sie mir noch einen kurzen weiteren Hinweis: In der Tendenz zur Verselbständigung und Privatisierung der öffentlichen Organisationseinheiten ist im übrigen die sehr verzweigte verfassungsrechtliche Problematik angelegt, die wir geläufig mit dem Begriff der „Pluralisierung der Staatsperson“ kennzeichnen. Herr *Breuer* hat am Schluß seines Referates kurz auf einige aus rechtsstaatlicher und demokratischer Sicht relevante Grundfragen hingewiesen. Aber nicht nur die Auflösung der staatlichen Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse sowie die Verwässerung der demokratischen Legitimationsstrukturen scheint mir problematisch zu sein, sondern auch die damit verbundene Ablösung des öffentlichen Dienstrechtes durch privates Arbeitsrecht, mit der eine Beseitigung von spezifisch öffentlichen Pflichtbindungen – etwa in bezug auf das Streikrecht – intendiert und verbunden ist. Vielen Dank!

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Burmeister*. Wir haben ausweislich der mir vorliegenden Meldungen einerseits eher globale Zugriffe auf die Anstaltsfrage und andererseits an Einzelaspekten orientierte Wortmeldungen. Es ergibt sich immer wieder, daß bei den eher global angelegten Ausführungen Einzelaspekte angesprochen werden, für die

gesonderte Meldungen vorliegen. So hat sich Herr *Bachof* zur Frage Eigengesellschaft und Anstalt gemeldet.

Bachof: Ich wollte zum Leitsatz 6 von Herrn *Lange* sprechen, aber das betrifft auch das, was Herr *Burmeister* eben gesagt hat. Herr *Lange* hat gemeint, die Abwanderung kommunaler öffentlicher Betriebe in die Form der GmbH oder der AG usw. sei durch zwei Erwägungen bestimmt: in erster Linie durch den Wunsch nach größerer Beweglichkeit, zum anderen durch steuerrechtliche Gründe. Ich meine, es gibt einen dritten Grund, der vielleicht sogar der wichtigste ist. Wenn nämlich Herr *Lange* gegen jene Abwanderung Bedenken angemeldet hat, weil damit die politisch legitimierte Gremien ausgeschaltet würden, so ist nach meiner Beobachtung die Absicht solcher Ausschaltung gerade ein wesentlicher Grund für solche Abwanderung. Vor allem die Gemeindeverwaltungen, zum Teil aber auch die großen Fraktionen in den Gemeinderäten wollen die unmittelbaren politischen Einwirkungen auf Betriebsentscheidungen – mitunter sehr unsachliche Einwirkungen – ausschalten. Ich kenne mehrere Beispiele aus Baden-Württemberg. So werden bei den jährlich sich wiederholenden Debatten um Gebührenerhöhungen bei den Versorgungsbetrieben oft in den Gemeinderäten agitatorische Versuche unternommen – zum Teil mit Erfolg –, in die Gebühren- und Tarifpolitik Gesichtspunkte hineinzubringen, die nach den herkömmlichen Gebührenmaßstäben schlechthin unzulässig sind; so z.B. sozialpolitische Erwägungen, die zwar in gewissem Rahmen mitberücksichtigt werden können, die aber die allgemeinen Grundsätze des Gebührenrechts nicht einfach überspielen dürfen, wie das nicht selten geschieht. Solche Geschehnisse sind ein Grund für das Bestreben, jene Fragen dadurch aus dem Gemeinderat herauszunehmen, daß man privatrechtliche Gesellschaften gründet. Ich habe übrigens gegen solches Vorgehen weniger Bedenken als Herr *Burmeister*; sofern, wie das meistens geschieht, dafür gesorgt wird, daß in den Organen dieser Betriebsgesellschaften der Gemeinderat angemessen vertreten ist. Nach den Erfahrungen, die ich aus einigen Gemeinden kenne, ist dort eine wesentliche Versachlichung eingetreten, seitdem nicht mehr der Gemeinderat und in ihm vor allem gewisse agitatorische Gruppen unmittelbaren Einfluß auf Betriebsentscheidungen nehmen können.

Burmeister: Dafür lassen sich einige Gegenbeispiele anführen.

Bachof: Das wird so sein. Ich wollte nur darauf hinweisen, daß zu den beiden von Herrn *Lange* genannten Gründen für die Abwanderung in privatrechtliche Formen noch ein dritter hinzukommt, der oft sogar der hauptsächlichliche Grund sein mag.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Bachof*. Die für die Gliederung der Diskussion vorgeschlagenen Abteilungen übergreifend wollte sich auch Herr *Wahl* der Anstalt nähern.

Wahl: Es scheint, daß die Diskussion eine geheime Leitmelodie hat, nämlich den Gegensatz zwischen der Vielfalt der Verwaltungs- und Organisationswirklichkeit auf der einen Seite und dem Allerweltsbegriff der Anstalt auf der anderen Seite. In den Referaten ist die Konturenlosigkeit des Begriffes, sein Verlegenheitscharakter, überhaupt seine Abstraktheit gekennzeichnet worden. Auf der anderen Seite ist man, wenn man sich mit Organisationsfragen beschäftigt, immer wieder fasziniert von der Vielfalt der dort vorkommenden Gestaltungen. Die Zahl der Trabanten der Verwaltung ist z.B. sehr viel größer als der Kern der Verwaltung. Dem steht nun das Organisationsrecht mit einer sehr begrenzten Zahl von wenigen rechtlichen Typen der Behörde, der Anstalt, der Körperschaft gegenüber. Die Frage ist nun, wie man diesen Gegensatz zwischen der Vielfalt der Verwaltungswirklichkeit und den wenigen Rechtsbegriffen bewertet. Eine Reaktion ist, daß man die Abstraktheit und Allgemeinheit des Rechts beklagt und daß man demzufolge versucht, den als blutleer empfundenen Begriff der Anstalt zu verbinden mit inhaltlichen Elementen. Das ist vielfach geschehen, indem man die Anstalt etwa als Organisationsprinzip der Leistungsverwaltung oder heute die Anstalt als die typische Form der Erbringung von betrieblichen Leistungen verstanden hat. Und Herr *Badura* hat, Herrn *Lange* insoweit bestätigend, verdeutlicht, daß es den ursprünglichen Ansatz von *Otto Mayer* trifft, wenn man die Anstalt als den Rechtstyp für das Handeln in der Form des Realakts versteht.

Bei diesem Verständnis kommt es aber zu einer Überkreuzung zwischen dem Organisationsrecht und dem Recht der Handlungsformen. Herr *Lange* und Herr *Badura* haben die Anstalt im wesentlichen von der Handlungsform her entwickelt und damit den allgemeinen Begriff der Anstalt aufgefüllt und lebendiger gemacht; dies erscheint zunächst plausibel. Andererseits, und das hat mich auch beeindruckt, hat Herr *Breuer* auf die Zwiespältigkeit gerade dieses Ansatzes schon bei *Otto Mayer* hingewiesen. Die Frage ist deshalb, ob das Organisationsrecht und das Recht der Handlungsformen nicht doch auf zwei verschiedenen Ebenen liegen. Als Kategorie des Organisationsrechts ist die Anstalt multifunktional; darin möchte ich Herrn *Breuer* voll zustimmen. Die Praxis setzt die Anstalt auch für verschiedene Zwecke ein. Es gibt in der Praxis Anstalten nicht nur zur Erbringung von betrieblichen Leistungen. Die Bundesbank, die heute immer wieder erwähnt worden ist, erbringt, wenn ich recht sehe, in diesem Sinne keine betrieblichen Leistungen. Sie hat auch kein Anstaltsbenutzungsverhältnis. Deshalb

ist die nutzbare Anstalt sicherlich ein wichtiger Typ, aber auch wie Herr *Kisker* gefragt hat, ist sie das Ganze?

Dies bringt mich abschließend zur Frage nach der Funktion des Anstaltsbegriffs. Mir scheint, er ist ein Begriff des allgemeinen Verwaltungsrechts und hat von daher seine Abstraktheit und muß sie auch behalten. Was mit dem Ausdruck ‚Allerweltsbegriff‘ gesagt worden ist, ist insoweit eigentlich kein Tadel, sondern in der Abstraktheit des Anstaltsbegriffs schlägt sich der Versuch nieder, die Vielfalt der Organisationsformen rechtlich zu bändigen durch allgemeine Kategorien, die eine bestimmte begrenzte Anzahl von Rechtsproblemen lösen, die aber natürlich nichts über die Lebenswirklichkeit sagen und nichts darüber sagen können, was in den Anstalten inhaltlich geschieht. Der Verwaltungsaktsbegriff sagt auch nicht viel über die Verwaltungswirklichkeit aus und braucht es auch nicht zu tun. Die entscheidende Frage sehe ich darin, ob man in der hier auch von Herrn *Lange* vorgetragene Weise Organisationsrecht und Handlungsformenrecht überkreuzen kann und deshalb die Anstalt als Begriff des allgemeinen Organisationsrechts zugleich auf das Erbringen von betrieblichen Leistungen festlegen kann. Mir scheint die nutzbare Anstalt nur eine Unterform zu sein. Letztlich muß man sich damit bescheiden, daß der allgemeine Begriff der Anstalt, eben weil er allgemein und umfassend ist, nicht viele, sondern nur ein paar Probleme löst.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Wahl*. Etablissement public, meine Damen und Herren, ist das Stichwort für die nächste Wortmeldung von Herrn *Fromont*, der uns damit einen Blick über die Grenzen des deutschsprachigen Raumes ermöglicht.

Fromont: Ja, ich will nicht über den Begriff des *service public* sprechen. Ich weiß, daß *Otto Mayer* mit dem Begriff öffentliche Anstalt offensichtlich den französischen Begriff *service public* im Auge hatte. Aber jetzt hat die französische Verwaltungsrechtsprechung den Begriff des *service public* als einen rein materiellen Begriff entwickelt, und dieser Begriff spielt bloß noch eine bescheidene Rolle bei der Frage, ob z.B. die Verwaltungsgerichte zuständig sind, wenn eine Amtshafnungsklage erhoben wird. Dagegen läßt sich der französische Begriff des *établissement public* mit dem deutschen Begriff der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt vergleichen. Der französische *établissement public* ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts, das bedeutet: eigenes Vermögen, eigener Haushalt, ein Konkurs ist nicht möglich. Aber ebenso wie im deutschen Recht kann die Autonomie sehr unterschiedlich gefaßt und die Spezialität kann sehr begrenzt sein oder fast uferlos werden. Ich denke z.B. an öffentliche Unternehmen, wenn sie in der Form einer öffentlichen Anstalt gebildet sind. Es

gibt doch Unterschiede zwischen dem französischen Begriff *établissement public* und dem deutschen Begriff rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt. Die französische Kategorie hat eine *summa divisio*. Es wird immer mehr zwischen zwei Arten von *établissement public* unterschieden. Einerseits der *établissement public administratif* und andererseits der *établissement public industriel et commercial*; dem ersten Typ entspricht z.B. eine Universität, die in Frankreich keine Körperschaft ist oder ein Gymnasium; dem zweiten Typ entspricht eine öffentliche Bank oder ein öffentliches Unternehmen oder sogar Anstalten, die Wirtschaftslenkung zur Aufgabe haben. Warum? Der Unterschied zwischen den beiden Begriffen liegt nicht nur darin, daß die Nutzungsverhältnisse nach Privatrecht oder nach öffentlichem Recht geregelt sind, sondern es betrifft auch die Organisation. In einem *établissement public administratif* sind die meisten Angestellten Beamte; in einem *établissement public industriel et commercial* sind fast alle Angestellten rein privatrechtliche Angestellte. Nur die leitenden Angestellten haben eine öffentlichrechtliche Rechtsstellung. Auch was die Finanzen betrifft, gibt es Unterschiede: die Buchhaltung wird privat gestaltet, wenn es sich um einen *établissement public industriel et commercial* handelt, selbstverständlich öffentlichrechtlich, wenn der *établissement public administratif* ist. Hinzu kommt, daß der *établissement public industriel et commercial* parafiskale Abgaben erheben darf. Die *établissements publics administratifs* dürfen nur Gebühren erheben oder selbstverständlich Zuschüsse vom Staat empfangen. Die Konsequenz dieser *summa divisio* ist die: es gibt heute fast keinen Unterschied mehr zwischen einem *établissement public industriel et commercial* und einer Gesellschaft. Das Paradebeispiel dafür ist sicher die Société nationale des chemins de fer, die französische Bahn. Bis 1983 war diese Anstalt eine Gesellschaft, sogar eine gemischte wirtschaftliche Kapitalgesellschaft. 1983 wurde sie als *établissement public industriel et commercial* umgebildet, aber diese Umbildung hat wirklich keine Veränderung gebracht. Ich könnte noch weitere Beispiele geben, z.B. haben unsere Versicherungsträger die Form einer Genossenschaft, aber sie könnten genauso in der Form einer sog. partizipativen öffentlichrechtlichen Anstalt gebildet sein, und unsere Rundfunkanstalten sind heute keine Etablissements administratifs mehr, sondern Gesellschaften. Also sind die Formen des *établissement public industriel et commercial* und der Kapitalgesellschaft umtauschbar, weil der „caractère industriel et commercial“ nicht nur auf die Nutzungsverhältnisse, sondern auch auf die Gestaltung der Finanzen und des Personals wirkt.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Fromont*. Herr *Gygi*, dessen Anwesenheit unter uns ich durch diesen Aufruf mit Freude vergegenwärtigen darf, möchte zur Rechtsfähigkeit etwas sagen.

Gygi: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich spreche also aus der schweizerischen Sicht, und da haben wir die Situation, daß im geltenden Recht eine Unterscheidung getroffen wird zwischen der autonomen Anstalt und der gewöhnlichen, der nichtautonomen Anstalt, nämlich in der Bundesverwaltungsrechtspflege und im Verwaltungsverfahren des Bundes. Dabei hat der Unterschied lediglich sekundäre Bedeutung und zwar für den Rechtsweg. Es ist der einzige Ort, wo positiv-rechtlich dieser Unterschied angesprochen wird. Ich weiß nicht, ob er allenfalls in gewissen Kantonen noch irgendwie erwähnt wird. Tatsache ist jedenfalls, daß auch bei uns eine erhebliche Sprachverwirrung besteht. Und nun möchte ich gerade zu der Frage der Rechtsfähigkeit und damit zum Referat von Herrn *Lange* sprechen. Bei uns ist der Unterschied zwischen autonomer und nichtautonomer Anstalt sicher nicht identisch mit der Frage der Rechtsfähigkeit und Nichtrechtsfähigkeit, ganz im Gegenteil. Wir haben eine rechtsfähige Anstalt, das ist die schweizerische Alkoholverwaltung, die das Monopol verwaltet, also die Regaleinnahmen, an denen die Kantone beteiligt sind. Das ist eine reine Abteilung des Finanzdepartementes. Der Chef der Alkoholverwaltung wird beim Chef der Finanzverwaltung zitiert wie irgendein Funktionär. Der Grund, warum man sie zu einer rechtsfähigen Anstalt gemacht hat, ist der, daß die Kantone am Ertrag dieses Regals beteiligt sind und man nicht gewollt hat, daß angesichts der notorisch leeren Bundeskasse diese Gelder plötzlich dort verschwinden. Aber rechtlich hat das keine weitere Bedeutung. Dagegen gibt es nichts Autonomeres und nichts Selbständigeres als die PTT, also die Post-, Telegraf- und Telefonbetriebe und die schweizerischen Bundesbahnen, die beide nicht rechtsfähig, aber im höchsten Grade autonom sind. Man kann bei uns vielleicht die Parallele zwischen selbständig und autonom und nichtselbständig und nichtautonom ziehen, womit man aber mit den Privatrechtlern in Konflikt kommt, weil die ausgerechnet die rechtsfähigen Anstalten als die selbständigen ansehen und umgekehrt. Das ist die Verwirrung, von der ich eben gesprochen habe. Aber es ist eindeutig so bei uns, daß die Rechtsfähigkeit höchstens ein sekundäres, ein höchst untergeordnetes Element der administrativen Selbständigkeit ist. Man könnte also bei uns sagen, daß die öffentliche Anstalt im Grunde genommen nichts anderes ist als eine Organisationsform, vermittels derer in größerer oder geringerer Selbständigkeit eine Verwaltungsaufgabe außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung, aber unter Aufsicht des Trägergemeinwesens durchgeführt wird. Das würde ich als schweizerische Definition bezeichnen. Und dann kommen natürlich auch bei uns ganz sonderbare Dinge vor. Die schweizerische Nationalbank ist eine Aktiengesellschaft! Sie ist eine Aktiengesellschaft aus ideologischer Voreingenommenheit des letzten Jahrhunderts, derzufolge sie keine Staatsbank sein dürfe. Und

wenn ich dieses Sujet nun weiterbehandle, da es sich insoweit nicht für eine wissenschaftliche Tagung, sondern eher für ein Kabarett eignet, dann um zu sagen, daß die Eidgenossenschaft nur Aktien dieser Aktiengesellschaft hat, die sie durch Schenkung oder Erbschaft erhalten hat. Die Aktien besitzen die Kantone und Private, die Aktien der schweizerischen Nationalbank also. Das tut aber auch nichts zur Sache, denn die Aktionäre haben auch gar nichts zu sagen. Die Generalversammlung der Aktionäre hat nur den Geschäftsbericht und die Jahresrechnung abzunehmen und in einem sehr begrenzten, gesetzlich vorbestimmten Rahmen über die Verwendung des Reingewinnes zu beschließen.

Und nun komme ich zu den Fragen, die Herr *Breuer* angesprochen hat. Das Verhältnis zwischen der Anstalt und dem Muttergemeinwesen ist nicht allein eine Frage der Aufteilung der Kompetenzen und der Aufsicht, sondern ebensosehr des Zusammenwirkens, also des Kondominiums. Wenn Sie die Nationalbank ansehen, da ist einmal das gesamte Statut der Nationalbank in einem Nationalbankgesetz enthalten, also in demokratisch höchster Form beschlossen. Die Direktoren der Nationalbank werden nicht etwa von der Generalversammlung, sondern vom Bundesrat gewählt. Der Bundesrat redet zwar nicht mit, was die rein technischen Fragen der Kredit- und Währungspolitik anbelangt, da würde er sich wahrscheinlich auch sachlich nicht als berufen erachten. Dagegen hat die Nationalbank heute eine wichtige Funktion in der Konjunkturpolitik, und dort finden Gespräche zwischen dem Bundesrat und der Leitung der Nationalbank statt.

Wir haben in allen Gebieten bei der PTT und SBB neben getrennten Kompetenzen Formen des Zusammenwirkens. Antragsrechte auf der einen Seite, Genehmigungsrechte auf der anderen Seite, Festlegung von Grundsätzen der Tarifbildung auf der einen, die eigentliche Tarifsetzung auf der anderen Seite. Dieses Zusammenwirken macht die mehr oder weniger große Selbständigkeit oder Autonomie der Anstalt aus. Daher ist jedenfalls von der schweizerischen Sicht aus eine Konsequenz zu ziehen: Die autonome Anstalt ist eine Organisation erstens der dezentralen Verwaltung und zweitens der repräsentativen Demokratie. Eine Organisation der repräsentativen Demokratie also, und deswegen hat es bei mir immer ein gewisses Lächeln ausgelöst, wenn man daran herantreten ist, die Anstalt zu demokratisieren. Für den Fall, daß die repräsentative Demokratie undemokratisch ist, ist das nötig, sonst nicht. Sonst ist die Anstalt in die repräsentative Demokratie vollauf eingebaut. Da haben wir eben dieses Zusammenwirken mit Entscheidungsbefugnissen bis zum Parlament, bei den Tarifen war eine Zeitlang für die PTT sogar eine Volksabstimmung möglich. Das gehört zum Wesen der repräsentativen Demokratie.

Weglassen will ich die SRG, die Schweizerische Radio- und Fern-

sehgesellschaft. Sie steht irgendwie zwischen Scylla und Charybdis des Staatsrundfunkes einerseits und des Privatrundfunkes andererseits, die beide nicht angehen. Heute haben wir deshalb eine Zwischenlösung nötig. Für diese Zwischenlösung haben wir jetzt eine Orientierung, das zuhanden von Herrn *Breuer*. Es ist ein Verfassungsartikel entstanden, der diese Dinge endlich regelt, indem er die Radio- und Fernsehfreiheit in eine andere Sicht, nämlich nicht in die der Sicherung der Freiheit der Rundfunkanstalt, sondern der Gewährleistung der Informationsfreiheit des Empfängers gestellt hat, der Anstalt aber Autonomie in der Programmgestaltung zuhält. Das ist dann ganz etwas anderes, aber es ist zu befürchten, daß das in der Ausführungsgesetzgebung wieder in das Gegenteil verkehrt wird.

Ich danke Ihnen.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Gygi*. Zur Rechtsfähigkeit wollte auch Herr *Berg* sich äußern.

Berg: Zuvor ein kurzer Rückgriff auf das nicht eingehaltene Diskussionskonzept. Zum historischen Befund: Nachdem der Wortlaut der Definition *Otto Mayers* in nahezu jedem Lehrbuch anders wiedergegeben wird, und nachdem auch die Referenten mehrfach von „sachlichen“ statt von „sächlichen“ Mitteln gesprochen haben, sollte man sich – wie auch sonst üblich – auf die vom Autor selbst zuletzt verwandte, korrigierte Formulierung einigen. – Nun zur Sache: Herr *Lange*, ich bin sehr damit einverstanden, daß Sie den Anstaltsbegriff hinsichtlich der meisten nichtrechtsfähigen Anstalten ablösen durch den Begriff der öffentlichen Einrichtungen. Denn aus dem Begriff der Anstalt als solchem ergeben sich weder Ansprüche noch irgendwelche Ermächtigungen zu Rechtseingriffen. Unklar geblieben ist mir, warum die Anstaltsbenutzungsgebühren nach den Einkommensverhältnissen, wie Sie anfangs sagten, gestaffelt werden können. Die Ausgestaltung des Gebührenrahmens richtet sich ja nicht nach irgendeinem Anstaltsrecht, sondern nach dem Abgabenrecht, etwa nach den kommunalen Abgabengesetzen und ähnlichem. Nicht recht einsichtig ist mir weiterhin, warum von Ihnen die Rechtsfähigkeit der Anstalt als sachlich entscheidendes Kriterium angesehen wird. Richtig ist sicher, daß die rechtsfähige Anstalt vom parlamentarischen Gesetzgeber geschaffen werden muß. Aber der Gesetzgeber ist natürlich auch nicht gehindert, nichtrechtsfähige Anstalten einzurichten. Einem etwa bestehenden Gesetzesvorbehalt kann eben auf diese Weise dann auch Genüge getan werden. Eine bis jetzt noch zu leistende empirische Untersuchung dürfte vermutlich zum Ergebnis kommen, daß die sachliche Aufgabenerfüllung nicht dadurch beeinflußt wird, ob eine Anstalt rechtsfähig oder nicht rechtsfähig ist. Ich fühle mich bestätigt durch

die prononcierte Aussage von Herrn *Gygi*, an die ich mich hier – dank der Rednerliste des Herrn Vorsitzenden – unmittelbar anschließen kann. Für viel wichtiger als das Kriterium der Rechtsfähigkeit würde ich halten, inwieweit der Staat oder das sonstige „Muttermgemeinwesen“ durch Maßnahmen der Fachaufsicht oder durch das Haushaltsrecht in die Aufgabenerfüllung hineinregieren kann oder, was noch wichtiger ist, tatsächlich auch hineinregiert. Das aber hat mit der Frage der Rechtsfähigkeit überhaupt nichts zu tun.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Berg*. Mir liegt dann als nächste Wortmeldung jene von Herrn *Wenger* vor, der wiederum zur Rechtsfähigkeit, aber davon ausgehend auch zu weiteren Fragen der Organisationsstruktur Stellung nehmen möchte. Und danach Herr *Bachof*.

Wenger: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Ich kann unmittelbar an meinen Vorredner anschließen. Es ist hier, wenn ich richtig zugehört habe, zum ersten Mal auf die Relevanz des Haushaltsrechtes hingewiesen worden. Herr *Breuer* hat, soweit ich mich erinnere, gesagt, daß durch die Schaffung von Sondervermögen das Anstaltsvermögen dem allgemeinen Zugriff des Muttermgemeinwesens entzogen ist. Ich glaube, daß das eine größere Bedeutung hat, die man auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Aspekte noch etwas ausleuchten muß.

Wenn nämlich für bestimmte Staatsaufgaben, wie Herr *Fromont* gesagt hat, ein *établissement public* oder eine ähnliche Institution geschaffen wird, dann werden damit die diesen zur Besorgung übertragenen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gewissermaßen aus dem Konkurrenzkampf bei der Aufteilung staatlicher Budgetmittel rechtstechnisch herausgenommen. Es werden diesen Einrichtungen, eben den öffentlichen Anstalten, vielmehr für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgabe von vornherein bestimmte vom *allgemeinen Staatsbudget* mehr oder minder unabhängige *Fonds* zugewiesen. Wir kehren damit sozusagen partiell zur Fondswirtschaft des merkantilistisch-kameralistischen Staates zurück, wo es noch kein einheitliches Staatsbudget, sondern statt dessen eine Reihe zweckgebundener Finanzierungsfonds gab. Ist aber ein wesentlicher Grund für die Schaffung öffentlicher Anstalten die qualifizierte Sicherstellung der finanziellen Dotation für bestimmte, aus irgendwelchen Gründen momentan für besonders wichtig erachtete Staatsaufgaben, dann verstößt man bewußt gegen den heute verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der *Budgeteinheit*. In Österreich ist dieser Grundsatz in Art. 51 B-VG derart normiert, daß das Budget *alle* Einnahmen und Ausgaben des Finanzjahres zu enthalten hat. Einnahmen und Ausgaben, die formal keine Einnahmen und Ausgaben des Bundes sind, sondern solche einer rechtsfähigen öf-

fentlichen Anstalt, scheinen im Bundeshaushaltsplan nicht auf. Sie unterliegen daher auch nicht der kritischen und oft sehr harten Diskussion um einen sachlich vertretbaren Haushaltsplan mit den unvermeidlichen und unverzichtbaren Präferenzierungen und Gewichtungen im interessenbehafteten Gesamtspektrum der öffentlichen Aufgaben.

Das sind gewissermaßen die Ex-ante-Konsequenzen, es ergeben sich aber ebenso nicht weniger schwerwiegende Ex-post-Konsequenzen. Diese wurzeln in der regelmäßig im Organisationsgesetz der Anstalt normierten *Ausfallhaftung* des Staates für die anstaltlichen vermögensrechtlichen Verpflichtungen. Damit schafft man Unternehmensträger, die gegenüber anderen, privaten Unternehmensträgern, für die jedenfalls die Möglichkeit eines Konkurses besteht, im wirtschaftlichen Verkehr eindeutig privilegiert sind, weil sie zufolge der staatlichen Ausfallhaftung bonitäts- und sicherheitsmäßig ungleich günstiger bewertet werden. Das ist m.E. auch verfassungsrechtlich relevant, insbesondere im Hinblick auf den Gleichheitssatz. Diesbezügliche Überlegungen sind mir in beiden Referaten etwas abgegangen.

Auf einen weiteren finanziellen Aspekt ist in der jetzigen Diskussion im Hinblick auf das Benutzungsverhältnis schon von einigen Vordnern aufmerksam gemacht worden. Mir scheint lediglich eine kleine Ergänzung notwendig. Wenn wir eine typische Leistungsanstalt, also eine Anstalt, die Realleistungen erbringt, haben, so ist es im allgemeinen so, daß solche Leistungen nicht von jedermann in Anspruch genommen werden, sondern nur von einer begrenzten Zahl von Staatsbürgern. Frage: Wie ist es, wenn mehr Staatsbürger solche Leistungen in Anspruch nehmen wollen, als nach der Leistungskapazität der Anstalt tatsächlich erbracht werden können? Ist hier der Kontrahierungszwang wirklich noch eine sachgerechte Lösung, soll die Leistungsverteilung nach dem catch as catch can-Prinzip oder nach irgendeiner anderen Regel erfolgen? Hier haben wir das für die Leistungsverwaltung typische Problem, das *Forsthoff* mit dem Stichwort „Teilhabe“ am Leistungsstaat plakativ gekennzeichnet hat. Hier bedarf es wohl einer Ordnung, die für die Inanspruchnahme der Leistungen eine Prioritätenskala enthält. Dazu kommt noch ein weiterer Aspekt, der uns vom Rechtsinstitut der Enteignung her bekannt ist. Wenn der Enteignete, weil er zufällig Vermögenswerte hatte, welche die Allgemeinheit unbedingt zur Befriedigung von Gemeinwohlinteressen braucht, deshalb eine Entschädigung in Höhe des Verkehrswertes bekommt, weil er sonst ein gleichheitswidriges Sonderopfer bringen müßte, so muß ein solcher Ausgleich auch auf Leistungsseite erfolgen. Das heißt, wenn nicht alle, die es gerne möchten, das Glück haben, Leistungen einer öffentlichen Anstalt in Anspruch nehmen und durch diese Inanspruchnahme persönliche Individualbedürfnisse befriedigen zu können, zu deren Erbringung Mittel der Allgemeinheit beigetragen haben oder beitragen, dann

verlangt es der Gleichheitssatz, daß die tatsächlichen Nutznießer auch einen individuellen Kostenbeitrag leisten, daß also keine Leistungsabgabe zum sogenannten Nulltarif erfolgt. Es erscheint mir von Verfassungen wegen auch geboten, daß Begünstigungen für bestimmte Benutzergruppen, gerade in Zeiten steigenden Steuerdrucks, eingehend und unvoreingenommen auf ihre sachliche Rechtfertigung, anders ausgedrückt auf ihre Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz, geprüft werden.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Wenger*, Herr *Bachof* bitte!

Bachof: Herr *Breuer* hat in These 8 gemeint, die relativ junge Anstalt habe sich bisher nicht kollisionsfrei mit den älteren Organisationsformen der Körperschaft und der Stiftung verorten lassen. Ich lasse die Stiftung als relativ unproblematisch außer Betracht. Was das zweifelhafte Verhältnis von Anstalt und Körperschaft betrifft, so meine ich, daß dies nicht nur der Jugend der Anstalt zuzuschreiben ist, sondern daß es sich aus der Natur der Sache ergibt. Zwischen Körperschaft und Anstalt kann es m.E. gar keine scharfe Abgrenzung geben. In dieser Frage bestand ein Dissens zwischen *Hans Julius Wolff* und mir, der seinerzeit im Lehrbuch bei der Aussage über die Rechtsgestalt der Universität zu der Kompromißformel geführt hat, hier beständen sowohl eine Körperschaft als auch eine ihr zugeordnete Anstalt. Herr *Wolff* war der Meinung, ein Gebilde könne nur entweder Körperschaft oder Anstalt sein – „tertium non datur“; eine Körperschaft möge auch anstaltliche, eine Anstalt auch körperschaftliche Elemente aufweisen können, aber man müsse sich entscheiden, was überwiege; und danach sei dann das ganze Gebilde entweder eine Körperschaft oder eine Anstalt, etwas anderes könne es nicht geben. Ich bin demgegenüber der Ansicht, es gebe doch etwas anderes, nämlich nicht eindeutig zuzuordnende Mischformen. Herr *Breuer* hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die Sozialversicherungsträger zum Teil auf der Grenze zwischen Anstalt und Körperschaft stehen. Ich meine, manche stehen nicht nur auf der Grenze, sondern sie sind in der Tat Gebilde eigener Art, die man weder eindeutig der Körperschaft noch der Anstalt zurechnen kann. Der Grund dafür liegt darin, daß die Bildung juristischer Personen des öffentlichen Rechts ganz anders erfolgt als die des Privatrechts. Juristische Personen des Privatrechts werden privatautonom gegründet. Die Wahl der Rechtsform steht den Gründern innerhalb des abschließenden Kataloges der vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Formen frei; man kann bei Vorliegen der einschlägigen rechtsnormativen Voraussetzung eine AG, eine GmbH, einen Verein usw. gründen; aber man kann nicht irgendetwas gründen, was in der Rechtsordnung nicht vorgesehen ist. Ganz anders bei den juristischen Perso-

nen des öffentlichen Rechts. Sie werden entweder ad hoc vom Gesetzgeber selbst oder aufgrund einer spezialgesetzlichen Ermächtigung gegründet; dabei ist der Gesetzgeber völlig frei, irgendeine Gestalt zu wählen, die er für zweckmäßig hält, ohne an vorgegebene Formen gebunden zu sein. Ob man das so geschaffene Gebilde dann einkastelt als Körperschaft oder als Anstalt oder auch als Stiftung, das ist relativ gleichgültig. Man muß nicht versuchen, unbedingt ein Schubfach zu finden, wo das hineinpaßt. Es paßt eben oft in keines der gängigen Fächer hinein, sondern es kann sich um Gestaltungen handeln, die sowohl anstaltliche wie körperschaftliche Züge haben, Gebilde *sui generis*.

Nicht näher eingehen möchte ich auf Herrn *Breuers* interessante Bemerkung, bei den Sozialversicherungsträgern bestehe derzeit eine gewisse Tendenz zum Übergang von der körperschaftlichen Form zu einer mehr anstaltlichen. Dazu nur so viel: Mir scheint, daß es bei manchen Sozialversicherungsträgern eher umgekehrt ist, weil hier nämlich durch entsprechende Einrichtung oder Umgestaltung der Vertretungsorgane das einstige bloße Nutzerverhältnis der Leistungsempfänger mehr und mehr zu einem Mitgliedsverhältnis wird.

Vorsitzender: Ein Spontanbeitrag ergänzender Art von Herrn *Quaritsch*.

Quaritsch: Im Bundesinnenministerium wie an der Hochschule Speyer wird seit längerer Zeit darüber nachgedacht, ob ein „Bundesorganisationsgesetz“ Typen und Merkmale von Körperschaft, Anstalt und Stiftung festlegen sollte. In der Praxis hat sich nämlich herausgestellt, daß der Mangel an klaren gesetzgeberischen Vorgaben nicht nur Vorteile hat. Die auf den ersten Blick für den Gesetzgeber angenehme Gestaltungsfreiheit zwingt nämlich bei jedem neuen Gesetz, erneut über die richtige Rechtsform und die Ausgestaltung dieser Rechtsform nachzudenken. Angesichts der Unsicherheiten in beiden Fragen führt dieser Zwang jedesmal zu einem beachtlichen, aber vielleicht vermeidbaren geistigen Arbeitsaufwand. Weder im BMI noch in Speyer sind die Vor- und Nachteile eines „Bundesorganisationsgesetzes“ endgültig gegeneinander abgewogen worden. Ich wollte Sie nur darüber informieren, daß solche Überlegungen angestellt werden.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Quaritsch*. Herr *Kirchhof*, gestatten Sie, daß ich eben Herrn *Isensee* frage, ob sein Beitrag zu Körperschaft und Anstalt in der Sozialversicherung auch auf diese Abgrenzungsprobleme zielt. Wenn das der Fall sein sollte, würde ich ihn gern mit Ihrem Einverständnis vorziehen.

Isensee: Es ist schwierig, heute mit der Kategorie der öffentlichen Anstalt zu arbeiten. Diese Begriffsantiquität will sich nicht so ohne weiteres mit der Verwaltungsrealität verbinden. Der Begriff hat Kontur verloren dadurch, daß er ganz oder teilweise andere Rechtsfiguren wie die öffentliche Sache und die öffentliche Einrichtung abdeckt und absorbiert. Doch es gibt auch einen politischen Grund für die Schwierigkeit im Umgang mit der öffentlichen Anstalt. Sie genießt derzeit den schlechteren rechtspolitischen Ruf als die öffentliche Körperschaft. Die Körperschaft gilt als der demokratischere, freiheitlichere, also zeitgemäßere Organisationstyp, weil sie sich auf eine personelle, mitgliedschaftliche Basis stützt und sich aus ihr legitimiert, schließlich weil ihre Leitungsorgane in der Regel aus Wahlen hervorgehen. Die Anstalt indes legitimiert sich aus einer Sachaufgabe. Sie folgt der Funktionsgesetzlichkeit, die sich Demokratisierungsbemühungen widersetzt. Die Anstalt hat daher ein technokratisches, die Körperschaft ein demokratisches Image.

Es liegt auf der Hand, daß der Gesetzgeber dazu neigt, Einrichtungen, die herkömmlich als Anstalten gegolten haben und diesem Organisationstypus nach Aufgabe, Arbeitsweise und Struktur auch heute entsprechen, als Körperschaften zu bezeichnen. Gutes Anschauungsmaterial bieten die Universitätsgesetze.

Doch ich möchte nicht von der Universität sprechen, sondern von den Sozialversicherungsträgern. Herr *Breuer* hatte den Mut, die Einrichtungen der sozialen Selbstverwaltung, die vom Gesetz sämtlich als Körperschaften deklariert werden, als Anstalten zu qualifizieren. Er bestätigt damit die hergebrachten Namen der Bundesversicherungs-„anstalt“ für Angestellte und der Bundes-„anstalt“ für Arbeit. Ich halte die Qualifikation als Anstalt im substantiellen Sinne grundsätzlich für richtig, meine aber, daß man ein wenig differenzieren muß. Es gibt nicht, wie es in der Verwaltungsrechtslehre zuweilen scheint, ein starres Entweder/Oder zwischen der Qualifikation als Anstalt oder Körperschaft. Anstalt und Körperschaft sind Typusbegriffe. Der eine oder andere Organisationstypus ist selten rein verwirklicht. Es gibt Mischungen und Übergänge. Die Träger der sozialen Selbstverwaltung, die der Struktur nach überwiegend Anstaltscharakter haben, enthalten eine unterschiedlich starke körperschaftliche Komponente. Im gegliederten System der Sozialversicherung muß unterschieden werden nach dem Maß an effektiver Selbstverwaltung und an mitgliedschaftlich legitimierbarer Tätigkeit. Die Typenreihe beginnt mit den Berufsgenossenschaften, die am intensivsten körperschaftlich geprägt sind. Relativ nahe stehen diesen die Kassen. Dazu halten aber die Rentenversicherungsträger bereits deutlichen Abstand. Sozialwahlen machen noch keine Körperschaft. Es fragt sich, ob der Aufwand der Wahlen überhaupt durch den schmalen Bestand an Selbstverwaltungskompetenzen

gerechtfertigt wird. Die Arbeitslosenversicherung, die noch nicht einmal symbolische Wahlen kennt, hat praktisch keine körperschaftlichen Komponenten. In der Bundesanstalt für Arbeit wird denn auch am deutlichsten, wem letztlich das Sagen in der sozialen Selbstverwaltung zukommt: nicht den einzelnen Versicherten und den beitragspflichtigen Arbeitgebern als „Mitgliedern“, sondern den kollektiv organisierten Sozialpartnern, den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden als intermediären Gewalten.

Es bleibt die Frage, wie sich die anstaltliche Verfassung von der Sache her legitimiert, da sie eine Minderung parlamentarischer Führung und Kontrolle mit sich bringt. Aber gerade diese Einbuße an aktueller parlamentarischer Legitimation erweist sich als Vorzug, wenn man auf den Zweck des jeweiligen Sozialversicherungszweiges abstellt. In der dezentralen Organisation der Sozialversicherung werden Finanzmassen einem bestimmten Finanzierungszweck gewidmet. Die anstaltliche Selbstverwaltung schützt die finanzrechtliche Widmung vor dem politischen Zugriff des Haushaltsgesetzgebers. Die Versicherungsanstalten sind entparlamentarisierte, entpolitisierte Fonds. Ihre rechtliche Selbstständigkeit dient der Versachlichung. Die politische Unabhängigkeit ist die Kehrseite ihrer Zweckbindung und Funktionsgesetzlichkeit. Das nach Versicherungszweigen differenzierte System dezentraler, jeweils auf einen bestimmten Versicherungszweck begrenzter Anstalten, gewährleistet auch das abgabenrechtliche Prinzip der Äquivalenz zwischen Beitrag und Versicherungsschutz. Es trägt also dazu bei, daß der Sozialversicherungsbeitrag seinen Sondercharakter wahrt gegenüber der Steuer wie gegenüber dem korporativen Beitrag, der, auf eine Vielzahl von Verbandszwecken bezogen, keine Äquivalenzbindung kennt.

Die mitgliedschaftlich fundierte Körperschaft erweist sich in der Praxis gegenüber der zweckorientierten Körperschaft nicht von vornherein als die freiheitlichere. Im Gegenteil: Der Anstaltsbenutzer braucht nur Grundrechtsbeschränkungen hinzunehmen, die um des Anstaltszwecks willen erforderlich sind. Die Körperschaft mutet ihren Mitgliedern nicht selten mehr zu mit der Begründung, daß diese Beschränkungen autonom seien, also auf körperschaftsinternem Mehrheitsentscheid gründeten. Der körperschaftliche status activus ist allerdings eine unzulängliche Kompensation für eine Ausweitung des status passivus. So regen sich heute rechtspolitische Bestrebungen, die grundrechtlich prekäre und politisch undankbare Entscheidungsaufgabe, die Krankenhauskapazität zu senken, vom Staat auf Körperschaften zu verlagern, deren Pflichtmitglieder die Krankenhausträger werden sollen, damit sie „autonom“ den Mangel unter sich verteilen. Der personale Zug der Körperschaft bringt rechtsstaatliche Gefahren mit sich, die der funktionalen, versachlichten, zwecklimitierten Di-

stanz wahren den Anstalt fremd sind. Beide Referenten haben uns vor Augen geführt, daß die Anstalt ihre rechtsstaatlichen Qualitäten hat.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Isensee*. Ein Spontanbeitrag von Herrn *Ruland*.

Ruland: Ich glaube, man muß bei der Frage, ob eine Wahl zwischen Körperschaft oder Anstalt besteht, nach dem Grundverhältnis differenzieren, das in der Beziehung des einzelnen zu der jeweiligen juristischen Person des öffentlichen Rechts besteht. Wenn wir z.B. bei den Sozialversicherungsträgern bleiben: Je mehr der Gesetzgeber dieses Grundverhältnis als Versicherung ausgestaltet und sich auf die Organisation mitgliederschaftlicher Verbände beschränkt, desto mehr ist er, um Fremdbestimmung zu vermeiden, gezwungen, die Rechtsform der Körperschaft mit Selbstverwaltung zu wählen. Je mehr er vom Prinzip der Versicherung weggeht, wie etwa bei der Bundesanstalt für Arbeit, desto mehr hat er die Befugnis, dann auch dieses Institut als Anstalt auszugestalten. Man kann also nicht beliebig eine Organisationsstruktur aufpfropfen, sondern man muß von dem Grundverhältnis ausgehen und von ihm aus dann fragen, welche Organisationsform paßt dazu. Vielen Dank.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Ruland*. Herr *Kirchhof* bitte!

P. Kirchhof: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen. Ich möchte auch zu den Grenzen der Organisationsfreiheit sprechen, jedoch mit einer anderen Perspektive. Mir geht es nicht um die Alternative: Anstalt oder sonstige Organisationsform, sondern um die Frage, inwieweit die konkrete Verselbständigung einer staatlichen Einrichtung mit ihrer Aufgabe zusammenhängt. Bei der Entscheidung über Art und Intensität organisatorischer Verselbständigungen gilt keineswegs Beliebigkeit, weil die rechtliche Begrenzung von Aufgabe und Betroffenen inhaltlich zusammenhängt und weil die Verselbständigung einer Aufgabe die anzuwendenden Rechtsmaßstäbe verändern kann. Der Zusammenhang zwischen beteiligten Personen und der ihnen gestellten Aufgabe wird deutlich, wenn Anstalten oder ähnliche Einrichtungen als Lastenverbände wirken. Das Problem kennen wir durch viele Publikationen aus unserem Kreis, z.B. für die Deutsche Bundespost, wenn dort die Telefondaten den Zustelldienst mitfinanzieren sollen; oder für das Sozialversicherungsrecht, wenn dort die Versicherungspflicht zum Auswahlkriterium für drittbeginstigende Beitragslasten wird und der Leistungsfähigere den Leistungsschwächeren finanziell unterstützen muß. Dem Staatsorganisationsrecht stellt sich die Aufgabe, die Tätigkeitsbereiche und den Kreis der Betroffenen jeweils für die konkrete Anstalt

zu definieren und dadurch die in der Anstalt gebildeten Umverteilungskreisläufe und den Kreis der zur Umverteilung verpflichteten Personen zu rechtfertigen. Die finanzrechtliche Bedeutung eines staatlichen Organisationsaktes wird noch deutlicher, wenn eine Gemeinde dazu übergeht, eine Volkshochschule und ein Parkhaus – also ein verlustbringendes und ein gewinnbringendes Unternehmen – in einer Anstalt zusammenzufassen, um Überschüsse nicht abliefern zu müssen, in die Gebührenbemessung auch die verlustbringende Tätigkeit einberechnen zu können und – soweit eine Steuerpflicht besteht – Gewinn und Verlust gegeneinander ausgleichen zu können. Müssen diese materiellen Folgen eines Organisationsaktes nicht Rückwirkungen auf den organisationsrechtlichen Maßstab, etwa im Sinne eines Koppelungsverbot, haben? Heute gibt es sogar Anstalten, die wie eine Basisgesellschaft Verantwortlichkeiten, Aufwand und Ertrag flexibel unter den Beteiligten aufteilen. Einer wissenschaftlichen Versuchsanstalt, an der zur Hälfte der Staat, zur Hälfte eine berufsständische Kammer beteiligt ist, wird eine neue Aufgabe, z.B. des Umweltschutzes, übertragen. Dieser Organisationsakt weist die Entscheidungskompetenz für Fragen des Umweltschutzes auch den Kammermitgliedern zu, zieht sie andererseits im Wege der Beitrags- und Umlageverpflichtung zur Finanzierung der Staatsaufgabe heran. Auch hier stellt sich die Frage, inwieweit die organisationsrechtliche Verselbständigung einer Aufgabe und die Beteiligung weiterer Organisationen an dieser Aufgabe von materiellen Prinzipien vorbestimmt ist. Die Grenzziehung zwischen Anstalt und Körperschaft tritt demgegenüber zurück, solange sie nicht Aufgaben definiert und subjektive Verantwortlichkeiten zuordnet.

Die zweite Frage, wann die Verselbständigung einer Tätigkeit der öffentlichen Hand auch die anzuwendenden Rechtsmaßstäbe verändern kann, läßt sich am Maßstab der Wirtschaftlichkeitsprüfung und Rechnungskontrolle veranschaulichen. Prüfen wir z.B., ob eine in Form der Anstalt betriebene Bergbahn kostendeckend arbeitet, so hängt das Prüfungsergebnis entscheidend davon ab, ob wir die Funktion der Bergbahn ausschließlich in der Transportleistung oder aber in der Erschließung des Berges und damit auch in der Mitbetreuung der dort oben tätigen Gastronomie sehen. Hat die anstaltliche Organisationsform die Kraft, den Zweck des Bergbahnbetriebes ausschließlich auf anstaltsinterne Vorgänge, also das Transportwesen, zu beschränken, so könnte der Vergleich von Leistung und Gegenleistung oder von Aufwand und Ertrag nur an anstaltsinterne Erfolge anknüpfen. Sollen hingegen auch die externen Wirkungen in die Prüfung einbezogen werden, so kann der Anstaltszweck nicht auf die Benutzer, die Anstaltsverantwortlichkeit nicht auf anstaltseigene Handlungen und die Anstaltsfinanzierung nicht auf anstaltseigenes Aufkommen beschränkt werden. Die verminderte Gestaltungswirkung des Organisa-

tionsakts veranlaßte dann die Frage, ob die Rechtsfigur der Anstalt nicht zu konturenarm geworden ist und fast nur noch einen Rechtschein bewirkt.

Bei der Zulässigkeit der Staatsverschuldung müssen wir staatliche Investitionsausgaben von staatlichen Konsumausgaben abheben. Finanziert der Staat das Sondervermögen Bundesbahn mit Hilfe von Krediten, so stellt sich die Frage, ob durch die Verbesonderung des Vermögens die Finanzierung der dort tätigen Beamten zur Investitionsausgabe wird, weil das Gesamtbetriebsunternehmen Bundesbahn ein Investitionsvolumen darstellt. Würden wir schließlich den Konnexitätsgrundsatz, den der Herr Vorsitzende uns früher einmal literarisch entfaltet hat, auf Anstalten anwenden, d.h. der organisatorischen Verselbständigung eine Bindung von Aufgabe und Finanzierungsverantwortlichkeit folgen lassen, dann wäre für die Bundesbahn die Frage zu stellen, ob die Mischaufgaben der Bundesbahn nicht auch eine Mischfinanzierung zur Folge haben muß. Die Bundesbahn hat bekanntlich nicht nur die Aufgaben eines Verkehrsbetriebes, sondern auch die Verpflichtung, Wege vorzuhalten, Sozial- und Familienpolitik zu betreiben. Die Eigenentscheidungskompetenz der Bahn betrifft allerdings vorwiegend ihre Tätigkeit als Verkehrsunternehmen. Entscheidungen über die Aufrechterhaltung eines nicht rentablen Wegenetzes oder die Verbilligung im Nahverkehr hingegen fallen im Parlament. Würde hier der Konnexitätsgrundsatz Aufgaben und Finanzierung in ein Junktim bringen, so müßte die Bundesbahn allein an ihren Verkehrsleistungen und deren Rentabilität gemessen werden, die Zuweisung sozial- und interventionspolitischer Aufgaben hingegen durch das Parlament entschieden und finanziert werden. Das Konnexitätsprinzip könnte einen Maßstab für die Entscheidung bieten, welche Aufgabe verselbständigungsfähig, verselbständigungsbedürftig, vielleicht verselbständigungspflichtig ist.

Die Untersuchungen zum Zusammenhang zwischen Aufgabe und Organisationsform könnte man z.B. für das Sparkassenrecht weiterführen, wenn in einer Sparkasse Grundrechte der dort anlegenden Eigentümer gebündelt werden, die Aufgaben der Sparkasse deshalb nicht mit beliebigen anderen Zwecken kombiniert werden dürfen. Auch bei den Versorgungsbetrieben gibt es rechtliche Maßstäbe, die eine organisatorische Absonderung nahelegen oder fordern. Die organisationsrechtliche Verselbständigung der Verkehrsversorgungsbetriebe hat – neben den in der Diskussion bereits benannten – eine fünfte Funktion: Sie ermöglicht eine ordnungsmäßige polizeirechtliche Überwachung. Wenn für die Verkehrsbetriebe die Regel gilt, daß jeder dort Tätige nach vier Arbeitsstunden eine halbe Stunde Pause einlegen muß oder wenn bestimmte Vorkehrungen für die Wartung und Überwachung der Fahrzeuge zu beachten sind, so lassen sich diese Rechtspflichten je-

denfalls erheblich leichter erfüllen, wenn die Betriebe organisationsrechtlich von den sonstigen Aufgaben des Betreibers abgegrenzt sind.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Kirchhof*. Herr *Riedel* bitte!

Riedel: Herr Vorsitzender, meine Damen, meine Herren. Meine Fragen beziehen sich auf Thesen 17 bis 19 bei Herrn *Lange* und These 18 von Herrn *Breuer*. Sie haben in Ihren Referaten eine Typologie der öffentlichrechtlichen Anstalt erstellt und entfaltet und diese dann hauptsächlich anhand von zwei Problembereichen illustriert: einerseits die Probleme der Staatsaufsicht im Verhältnis Staat-Anstalt, andererseits konkrete Nutzungsverhältnisse im Verhältnis Bürger-Anstalt. Mir scheint, ein dritter Problembereich sollte dabei nicht übersehen werden, nämlich die Frage der Interorganverhältnisse und -kontrollen in der Anstalt selber und deren Auswirkungen auf ihre Typologie. Anders gefragt, bestimmt die Wahl der konkreten Typologie auch die Art der Interorganverhältnisse von Intendanten, Geschäftsführern, Verwaltungsräten zueinander? Denn immerhin ist die Doppelbindung etwa von Anstaltsgeschäftsführern an anstaltsexterne Staatsaufsicht und anstaltsinterne Organkontrollen bei voller persönlicher Verantwortung ohne Beamtenstatusvorteile zumindest merkwürdig. Ist der Gesetzgeber hier wirklich völlig frei oder auf welche Weise bestimmt die Wahl des Typus der Anstalt auch die Formen der Organverhältnisse? Die zweite Frage: Macht es nicht einen Unterschied, ob wir es mit einer öffentlich-rechtlichen Anstalt zu tun haben, die bundesweit operiert und in bundeseinheitlicher Trägerschaft fungiert oder ob es sich um eine öffentlich-rechtliche Anstalt handelt, die in die Länderkompetenz fällt und hier dann möglicherweise unter Homogenitätsgesichtspunkten des Föderalismus zu sehen ist und sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann? Ich möchte das von Herrn *Bayer* genannte Beispiel der Studentenwerke aufgreifen, wo wir bei einem Blick in die einzelnen Studentenwerksgesetze feststellen können, daß teilweise Fachaufsicht, teilweise Rechtsaufsicht, teilweise sehr unterschiedliche Einzelkompetenzen der Aufsicht in Wirtschaftlichkeits- und Haushaltskontrollen vorgesehen sind. Wie wirkt sich das aus und ist da die Lösung ausreichend, auf die Herr *Quaritsch* hingewiesen hat, daß hier ein geplantes Organisationsgesetz Abhilfe schaffen soll, oder wird damit nicht eigentlich ein Problem des kooperativen Föderalismus angesprochen, um das Eigengewicht der Länder stärker zu berücksichtigen? Mit anderen Worten, steckt hier nicht in der Problematik der Typologie auch noch ein Föderalismusproblem und ist dieses dann nicht möglicherweise geeignet, die so schöne Typologie wieder zu sprengen? Vielen Dank.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Riedel*, und dann bitte Herr *Meyer*.

Meyer: Auch ich möchte entgegen den Vorschlägen des Vorsitzenden nicht über *Otto Mayer* sprechen. Ich glaube, man sollte die Verehrung eines Denkmals nicht mit der Exhumierung einer Leiche verwechseln. Ich möchte mich einem Thema zuwenden, das *Otto Mayer* sicherlich nicht hat behandeln können, das mir heute aber gefehlt hat. In der These 13 hat Herr *Breuer* dankenswerterweise versucht, die gesetzgeberischen Motive oder die sachlichen Gründe für eine Verselbständigung in Form einer Anstalt aufzuzählen. Mir fehlt ein Grund, nämlich ein bundesstaatlicher Grund. Die Anstalt, insbesondere die nichtrechtsfähige Anstalt, wird vom Bund genutzt, um Verwaltungskompetenzen zu erschleichen. Das will ich an einem Beispiel darlegen: Es gibt eine Bundesanstalt für Straßenwesen. Dies ist eine nichtrechtsfähige Anstalt, die der Verkehrsminister errichtet hat, – übrigens in einem Verfahren, das nicht Ausdruck der Freiheit ist, wie Herr *Quaritsch* richtig gesagt hat, sondern Ausdruck der Hilflosigkeit: Kein Mensch wußte, wie man so etwas macht, es hat also auch prompt zu Schwierigkeiten geführt. Diese Bundesanstalt für Straßenwesen hat u.a. die Aufgabe, Markierungsstoffe für Bundesfernstraßen etwa auf die Tagessichttauglichkeit zu untersuchen. Es scheint mir evident zu sein, daß der Bund keine Ministerialverwaltungskompetenz zur Untersuchung der Tagessichttauglichkeit von Markierungsstoffen für Bundesfernstraßen hat. Was er hätte machen können, wäre, durch Gesetz nach Art. 87 Abs. 3 GG eine rechtsfähige Bundesanstalt dieser Art zu gründen. Das hat er aber nicht getan und sich so eine Kompetenz erschlichen, die eigentlich nach Art. 30, 83ff. GG den Ländern zusteht. Dies ist ein nicht unwesentliches Motiv für den Bund, die Form der nichtrechtsfähigen Anstalt auszunutzen. Wenn man eine Reihe der Forschungsanstalten, die ebenso organisiert sind, überprüft, wird man herausfinden, daß sie im Sinne der Kompetenzabgrenzung verfassungsrechtlich höchst zweifelhaft, wenn nicht eindeutig verfassungswidrig sind.

Der Bund geht aber noch einen Schritt weiter, und dieser Aspekt ist ebenfalls nicht einbezogen worden, obwohl er bei funktionaler Betrachtung der Anstalten einzubeziehen gewesen wäre. Der Bund besitzt nämlich auch Quasi-Anstalten. Diese Quasi-Anstalten schafft er sich, indem er Private oder angeblich Private dazu auffordert, einen Verein des bürgerlichen Rechts zu gründen, den er zu 100% finanziert. Ein schönes Beispiel: In Frankfurt gibt es die Deutsche Zentrale für Touristik. Niemand von Ihnen würde wahrscheinlich annehmen, daß diese staatliche Aufgaben wahrnimmt. Sie wird mit ihrem Jahresetat von, ich glaube 20 Millionen, aus dem Bundeshaushalt voll finanziert. Ihre Aufgabe ist,

den Tourismus in der Bundesrepublik zu fördern. Warum das eine Bundesaufgabe sein soll, ist mir unklar. Daß keine öffentlichrechtliche Organisation gewählt worden ist, hat sicherlich auch den Sinn zu vermeiden, die Länder im Hinblick auf die Kompetenzfrage aufzuwecken.

Ein solches Verfahren hat natürlich eine Reihe weiterer Vorteile, die man unter den Begriff der Flexibilität fassen kann, die aber auch zu leicht korruptiven Erscheinungen führen können. So ermöglicht z.B. dieser Verein, vom Bund voll finanziert, dem Vorstand der deutschen Lufthansa, von dem man annehmen müßte, daß er in der Lage wäre, ohne in die eigene Tasche zu greifen, überall in die Welt zu fliegen, auf Kosten des Bundes, Dienstreisen in der Welt zu machen. Das Hinausgehen aus den relativ strengen Bindungen des öffentlichen Rechts unter dem Gesichtspunkt Flexibilität kann also auch negative Auswirkungen haben. Ein weiteres Beispiel, das anschließt an die Äußerungen von Herrn *Bachof* und Herrn *Burmeister*, bietet eine schöne Geschichte aus einer rheinischen Stadt. Aus ihr ergibt sich, wozu es gut ist, wenn man eine Stadtwerke AG hat. Eines Sommers fiel in Dubrovnik ein großer Dienstwagen aus einer rheinischen Großstadt auf. Städter, die zufällig auch in Dubrovnik Ferien machten, regten sich darüber auf, daß einer der Beigeordneten mit dem Dienstwagen in die Ferien nach Dubrovnik fuhr. Und was haben die klugen Beigeordneten gemacht? Im nächsten Sommer haben sie sich die Dienstwagen der AG ausgeliehen, deren Kennzeichen nicht zu verifizieren waren und sind damit in die Ferien gefahren.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Meyer*. Damit wären wir dann wieder bei der zivilrechtlich organisierten Anstalt *Otto Meyers*. Meine Herren Kollegen, die Referenten haben gebeten, ihnen die Möglichkeit zu einem Zwischenwort zu geben. Soweit ich es im Augenblick übersehe, sind die Beiträge, die sich eher global der Anstaltsproblematik nähern wollen, erschöpft. Ich darf daher an dieser Stelle Herrn *Lange* das Wort für eine kurze Zwischenbilanz erteilen.

Lange: Nur ganz kurz vorweg zur Anstaltsdefinition *Otto Meyers*: Herr *Berg*, die Formulierung dieser Definition hat sich zwischen der ersten und der dritten Auflage von *Otto Meyers* „Verwaltungsrecht“ leicht verändert. So ist einmal von „sachlichen“, einmal von „sächlichen“ Mitteln die Rede. Wir orientieren uns meistens an der dritten Auflage des Buches.

Ein Hauptproblem ist nach meiner Konzeption natürlich die Frage, ob es für die nichtrechtfähige öffentlichrechtliche Anstalt wirklich wesentlich ist, daß sie betriebliche Leistungen erbringt – betriebliche Leistungen i.S. von wirtschaftlichen Leistungen, Herr *Kisker*, die durch private Wirtschaftsbetriebe in ähnlicher Weise erbracht werden

könnten, und besonders im Gegensatz gesehen zu hoheitlichen Regelungsakten, die nicht von privaten Betrieben erbracht werden könnten. Ich habe mir erspart, weil ich glaube, das brächte nicht sehr viel, auf Definitionsfragen dessen, was wirtschaftliche Leistungen und Wirtschaftlichkeitsprinzip bedeuten, in diesem Zusammenhang einzugehen.

Die Gegenbeispiele, die dagegen angeführt werden, daß man die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt in dieser Weise, also durch die Erbringung von betrieblichen Leistungen, charakterisiert, entstehen m.E. regelmäßig aus einem Irrtum, nämlich aus der irrigen Vermischung von nichtrechtsfähiger und rechtsfähiger Anstalt. Es gibt rechtsfähige Anstalten, die auf hoheitliche Regelungsakte beschränkt sind. Die schweizerische Eidgenössische Alkoholverwaltung ist ein Beispiel dafür. Rechtsfähige Anstalten erbringen zwar zum großen Teil betriebliche Leistungen, können aber durchaus auch konzentriert sein auf hoheitliche Regelungstätigkeit. Bei den nichtrechtsfähigen Anstalten habe ich hingegen kein Beispiel gefunden, in dem es nicht primär um die Erbringung betrieblicher Leistungen geht.

Herr *Wahl* hat die Frage aufgeworfen, ob sich Handlungsform und Organisationsform unter diesem Gesichtspunkt zur Deckung bringen lassen. Ich meine in der Tat, daß die betriebliche Leistungserbringung durch nichtrechtsfähige Anstalten sowohl für die Handlungsform als auch für die Organisationsform von Bedeutung ist, für die Handlungsform natürlich wesentlich im Benutzungsverhältnis, aber für die Organisationsform auch unter einer ganzen Reihe von Aspekten. Einmal im Hinblick darauf, wie überhaupt nichtrechtsfähige Anstalten gesteuert werden können, und dann vor allen Dingen im Hinblick auf die Frage, inwieweit eine nichtrechtsfähige Anstalt verselbständigt werden kann. Ich habe im Referat hierauf nur verweisen können, als ich gesagt habe: Soweit nichtrechtsfähige Anstalten verselbständigt sind – durch Beschränkung von Steuerungs- und Aufsichtsbefugnissen, durch partizipatorische Binnenstrukturen – gilt für sie Entsprechendes wie für rechtsfähige Anstalten. Die Autonomisierung nichtrechtsfähiger Anstalten ist ein wichtiges und umfangreiches Thema. Sie scheint mir organisatorische Fragen zu betreffen, die in einem Bezug zu der Erbringung betrieblicher Leistungen stehen und unter Zugrundelegung der Besonderheiten dieser betrieblichen Leistungen beantwortet werden müssen. Organisatorische Fragen stellen sich also auch in erheblichem Maße im Hinblick auf nichtrechtsfähige Anstalten, die durch die Erbringung betrieblicher Leistungen definiert werden.

Zur Frage der Wahlfreiheit zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Organisationsform einerseits, Handlungsform andererseits: Ich dachte, ich hätte in meinem Referat genug heiße Eisen berührt und wollte nun nicht auch noch versuchen, an dieses Thema heranzugehen. Mir ist bei dieser Wahlfreiheit auch etwas unbehaglich zu-

mute, zumal man sich fragen kann, inwieweit die Wahl jedenfalls zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Handlungsform in Anbetracht der verwaltungsprivatrechtlichen Bindungen im Ergebnis einen wesentlichen Unterschied ausmacht und was eigentlich für ein Sinn darin liegen kann, diese Wahlfreiheit zu haben. Es gibt immerhin eine Reihe von Gründen für die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen. Daß Großforschungseinrichtungen weitgehend nicht in anstaltlicher Form organisiert sind, liegt u.a. wesentlich daran, daß man dort eine Kooperation von Bund und Ländern installieren will, ohne dem Vorwurf verbotener Mischverwaltung zu begegnen. Die Frage ist nur, ob das nicht auch in privatrechtlicher Organisationsform verboten ist.

Ich habe mich darauf beschränkt, und das scheint mir in der gegenwärtigen Situation ein verhältnismäßig realistischer Standpunkt zu sein, nicht die Wahlfreiheit als solche in Frage zu stellen, aber doch jeweils für die öffentlichrechtliche Form zu plädieren. Das hat, wie ich zugeben muß, was die Handlungsform angeht, bisher nicht viel gefruchtet. Die Forderung, im Zweifel sollten Anstaltsbenutzungsverhältnisse als öffentlichrechtlich angesehen werden, wird seit langem erhoben und hat trotzdem nicht viel Wirkung gehabt. Gleichwohl ist sie sicherlich richtig. Ich kann nur hoffen, daß die Befürwortung der öffentlichrechtlichen Organisationsform, also der Anstalt statt der AG oder GmbH, sich als wirkungsvoller erweist.

Herr *Bachof* hat mit dem Motiv, durch Verselbständigung in Form einer AG oder GmbH eine Versachlichung herbeizuführen, einen zweifellos sehr wichtigen Punkt angesprochen. Ich habe diesen Punkt schon mit dem von mir erstgenannten Grund für eine Organisationsprivatisierung, nämlich der Erzielung größerer Beweglichkeit durch Freistellung von politischen Vorgaben, erfassen wollen. Gerade die Frage von Gebührentariffestsetzungen scheint mir aber doch eine wirklich eminent wichtige politische Frage zu sein, und deswegen bin ich nicht der Meinung, daß man unter dem Aspekt der Versachlichung solche Entscheidungen ohne weiteres herausnehmen sollte aus dem Einflußbereich der kommunalen Organe. Problematischer sind punktuelle und gar nicht so grundsätzliche politische Einflußnahmen in konkreten Interessenfällen. Aber wo es um die Bestimmung der großen Linie geht, auch bei Entscheidungen über die Höhe der Gebühren, würde ich nicht für eine Versachlichung durch Distanzierung von der Politik plädieren.

Hinsichtlich der Ausgestaltung von Anstalten im einzelnen meine ich, daß vieles nicht von vornherein rechtlich festgeschrieben ist. Zur Frage von Herrn *Bayer*, wie es mit der Gewinnmaximierung steht: Gewiß, im Kommunalrecht haben wir Festlegungen, aus denen sich ergibt, daß Gewinnmaximierung bei den kommunalen Einrichtungen, selbst bei wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden, nicht im Vor-

dergrund stehen darf. Hier darf nur ein angemessener Gewinn erzielt werden. Bei staatlichen Anstalten sehe ich grundsätzlich keine Vorgabe in dieser Richtung. In der Diskussion der 20er, 30er Jahre ist die Anstalt mit einer nichterwerbswirtschaftlichen Zielsetzung identifiziert worden, erwerbswirtschaftliche Zielsetzungen sollten außerhalb der Anstaltsform verfolgt werden. Ich denke, es ist sehr schwierig, hier eine Grenze zu ziehen, weil eben die Gewinnerzielung bei Anstalten, jedenfalls in einem gewissen Maße, statthaft ist und in der Praxis durchaus betrieben wird, wie das Beispiel des Münchner Hofbräuhauses zeigen dürfte, bei dem der Gewinn nicht unbedingt hinter der Daseinsvorsorge zurückstehen wird.

Hinsichtlich Rechnungslegung und Rechnungsprüfung meine ich schon, daß öffentlichrechtliche Vorschriften eingreifen und grundsätzlich auch die Zuständigkeit der Rechnungshöfe besteht. Steuerrechtlich würde ich Herrn *Bayer* antworten müssen, daß doch in gewissen Beziehungen nach allem, was ich sehe, eine Privilegierung der Eigengesellschaften besteht. Die Körperschaftsteuerbelastung des Eigenbetriebs ist bei voll ausgeschütteten Gewinnen höher als die Belastung der Eigengesellschaft durch Körperschaftsteuer plus Kapitalertragsteuer. Bei Bildung von Rücklagen verändert sich das Bild. Aber die steuerrechtlichen Gesichtspunkte sprechen in einer Reihe von Konstellationen für die Errichtung von Eigengesellschaften, und, wie ich aus der Praxis gehört habe, bilden sie auch tatsächlich ein wesentliches Motiv für die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen.

Die von Herrn *Fromont* dargestellte Unterscheidung von Etablissement public administratif und Etablissement public commercial läßt sich m.E. im deutschen Recht nicht durchführen. Die Zuordnung der öffentlichrechtlichen Handlungsform und des Beamten zu Anstalten mit einer Zielsetzung i.S. der Etablissements administratifs entfernt sich zu weit von der hier bestehenden Praxis.

Aus zeitlichen Gründen sollte ich damit zu den rechtsfähigen Anstalten übergehen. Mir ist es klar, und ich glaube, ich habe das eben schon deutlich gemacht, daß nichtrechtsfähige Anstalten im einzelnen sehr autonom gestaltet werden können. Mir ging es darum, den grundsätzlichen Unterschied zwischen der nichtrechtsfähigen und der rechtsfähigen Anstalt festzustellen. Ich meine, daß dieser Unterschied sich nicht, wie *Ernst Rudolf Huber* geschrieben hat, auf den Privatverkehrsverkehr beschränkt. Es spielen, soweit ich sehe, immer Verselbständigungs Gesichtspunkte eine Rolle, und wenn es bei der Eidgenössischen Alkoholverwaltung darum geht, daß die Kantone an die Einnahmen herankommen wollen und deswegen dieses Vermögen verselbständigen wollen, dann ist das eben ein Beispiel dafür, daß eine hier auf das Vermögen bezogene Verselbständigung stattfindet, und bei den Sozialversicherungsträgern scheint es mir teilweise ganz ähnlich zu sein.

Um mich darauf zu beschränken, möchte ich nur noch ein Wort zu den Körperschaften, Anstalten und Stiftungen sagen. Gewiß gibt es da viele Abgrenzungsprobleme. Ich meine aber, daß man eigentlich immer noch ganz gut damit zurechtkommt, wenn man die juristischen Personen des öffentlichen Rechts in diese drei Gruppen aufteilt. Es ist m.E. ein prinzipieller Unterschied, ob eine juristische Person des öffentlichen Rechts über Mitglieder und über dementsprechende Selbstverwaltungsmöglichkeiten verfügt oder nicht. Und so wie dieses personale Substrat und die damit verbundenen Selbstverwaltungsmöglichkeiten bei der Körperschaft im Vordergrund stehen, ist es das sachliche Substrat, welches, ganz abgesehen von den konkreten Vorschriften der Stiftungsgesetze, der Stiftung ihre besondere Prägung gibt. Das sachliche Substrat ist so wichtig für Entstehung und Bestand, für die Ressourcen und den Zweck der Stiftung, daß es sinnvoll ist, diese als eine besondere Art der juristischen Person des öffentlichen Rechts anzusehen und damit die alte Trias der drei Typen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts beizubehalten.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Lange*. Dann Herr *Breuer* bitte.

Breuer: Ich kann mich zunächst in einer Vorbemerkung Herrn Kollegen *Lange* vorbehaltlos anschließen. Die unterschiedlichen Definitionen, Herr *Berg*, die die öffentliche Anstalt bei *Otto Mayer* gefunden hat, stammen aus den verschiedenen Auflagen des Lehrbuchs des Verwaltungsrechts. Ich habe in meinem Referat die erste Auflage zugrundegelegt, wo sozusagen in nuce die Definition auftaucht, die dann später fortentwickelt worden ist. Dort ist von sachlichen und persönlichen Mitteln die Rede. Wichtig erscheinen mir fünf Punkte, die zu sachlichen Grundfragen und auch Differenzen zurückführen. Erstens: Wir müssen uns m.E. darüber klar werden, ob wir die öffentlichrechtliche Anstalt als Organisationsform oder als Handlungsform des öffentlichen Rechts fortführen wollen. Ich habe in meinem Referat sehr dezidiert die Auffassung vertreten, daß die öffentlichrechtliche Anstalt als Organisationsform zu begreifen ist und sinnvollerweise nur so begriffen werden kann, weil sie die verschiedensten Funktionen und Aufgaben wahrnimmt. Sie nimmt eben nicht nur Leistungsaufgaben wahr, sondern eine ganze Reihe hochbedeutsamer, z.T. hochpolitischer Ordnungsaufgaben, und diese verliert man aus dem Blick, wenn man die öffentlichrechtliche Anstalt von der Funktion her als Leistungsträger definiert. Insoweit möchte ich entgegen den Bemerkungen von Herrn *Badura* an dem spezifisch organisationsrechtlichen Ansatz festhalten. Was Herr *Wahl* dazu gesagt hat, geht etwa in die von mir hier vertretene Richtung. Darin liegt sicherlich auch eine Differenz zwischen den beiden Referaten von Herrn *Lange* und von mir. Es

scheint mir aber an der Multifunktionalität der Anstalt kein Weg vorbeizuführen. Das schließt nicht aus, daß wir die Leistungsanstalt mit ihren spezifischen Aufgaben und mit den notwendigen Gestaltungen des Rechtsverhältnisses sehr sorgfältig prüfen. Die Details, die Herr *Lange* hierzu vorgetragen hat, stimmen durchaus in wesentlichen Punkten wieder mit dem überein, was ich für den Typ Leistungsanstalt, bezogen auf die Anstaltsbenutzungsverhältnisse, meinerseits für richtig halte. Insoweit kommt es mir nur noch einmal darauf an, herauszustellen, daß die öffentlichrechtliche Anstalt als Organisationsform der Verwaltung zu begreifen ist, und insoweit habe ich schon den Versuch unternommen, eine einheitliche Lehre der Anstalt zu entwickeln. Nur meine ich, daß es keine einheitliche Funktion der Anstalt etwa i.S. einer Leistungsanstalt geben kann. Zum zweiten: Der Unterschied zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts scheint auch mir nicht entscheidend zu sein. Ich habe das in meinem Referat anzudeuten versucht, indem ich die verschiedenen Formen der organisationsrechtlichen Technik zur Verselbständigung aufgelistet habe. Die Rechtsfähigkeit der Anstalt ist nur *eine* rechtliche Technik und wahrlich nicht die alleinentscheidende rechtliche Technik. Was etwa Herr *Gygi* aus Schweizer Sicht dazu ausgeführt hat, scheint mir überzeugend zu sein und ins Schwarze zu treffen. Unser Organisationsrecht ist viel zu subtil, als daß man mit der Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Anstalten den Grad der anstaltlichen Verselbständigung wirklich erfassen könnte. Rechtsfähige Anstalten sind offenbar in der Schweiz ebenso wie in der Bundesrepublik Deutschland oft nur dazu eingerichtet, die Flexibilität im Rechtsverkehr zu steigern. Damit ist oft eine Fachaufsicht gepaart, die eigentliche Autonomie ist in solchen Fällen mithin gering. Auf der anderen Seite kann eine bloße Teilrechtsfähigkeit der Anstalt mit haushaltsrechtlichen Sonderstellungen verbunden sein, die letztlich viel effektiver sind. Ich glaube, insoweit deckt sich der Befund in der Schweiz und in der Bundesrepublik Deutschland. Aus diesem Grunde schien es mir nicht richtig zu sein, eine Dichotomie zwischen rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Anstalt an den Anfang zu rücken, sondern notwendig, die Feinabstufung der Verselbständigung in den Blick zu nehmen. Herr *Wenger*, Sie haben aus der österreichischen Sicht die spezifische Bedeutung des Haushaltsrechts für die Verselbständigung herausgestellt. Es ist auch richtig, daß ich diesen Punkt nur relativ knapp behandelt habe. Das bedeutet nicht, daß ich ihn für weniger bedeutsam halten würde, als Sie dies herausgestellt haben. Gerade die haushaltsrechtliche Sonderbehandlung kann nichtrechtsfähigen öffentlichen Anstalten eine spezifische Verselbständigung verleihen, die dann unter demokratischen und rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sehr genau unter die Lupe genommen werden muß. Drittens

möchte ich noch einmal auf die Unterscheidung zwischen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen zurückkommen. Herr *Bachof* hat zu Recht darauf hingewiesen, daß es hier keine trennscharfe Abgrenzung gibt. Auch mir ist insbesondere bei den Sozialversicherungsträgern die außerordentlich schwierige Grenzziehung schwergefallen; ich glaube, das ist aus dem Referat deutlich geworden. Nur meine ich, daß man sich nicht mit dem Befund zufrieden geben kann, daß die Abgrenzung sehr schwierig sei und daß es eben Gebilde eigener Art gebe, die man nicht in eine der drei Schubladen einordnen könne. Wir können die Legitimationsproblematik nicht beiseiteschieben. In diesen Punkten weiß ich mich einig etwa mit Herrn *Isensee* und auch Herrn *Ruland* und Herrn *Kirchhof*. Entscheidend ist, wie eigentlich aufgrund der organisatorischen Verselbständigung, aufgrund der Organzuständigkeiten und Befugnisse sowie aufgrund der Besetzung der Organe die administrativen und politischen Gewichte verteilt sind. Bei der Anstalt scheint mir, wie ich in den Thesen 13 und 14 auszuführen versucht habe, charakteristisch zu sein, daß neben dem fortbestehenden staatlichen Einfluß ein andersartiger Einfluß, der nicht den demokratischen und rechtsstaatlichen Strukturen voll eingeordnet ist, zum Tragen kommt. Dies habe ich mit dem Spannungsverhältnis zwischen der anstaltlichen Verselbständigung und der staatlichen Verantwortung zu kennzeichnen versucht. Wenn der Gesetzgeber nun eine Organisationsform wählt, bei der einerseits Interessenten, Technokraten oder andere partikulare Interessenten und andererseits der Staat austarierte Kompetenzen und Befugnisse haben, dann muß man sich nach beiden Seiten hin fragen, ob die Gewichte so legitimerweise in der Anstalt eingebaut worden sind, oder ob es von der Legitimation her Bedenken gibt. Bei der Körperschaft ist die Ausgliederung von sozialen oder territorialen Teilgemeinschaften kennzeichnend, insoweit sind die Gewichte eben anders verteilt, und deswegen stellt sich auch die Legitimationsfrage anders. Insbesondere bei der Sozialversicherung scheint es mir, Herr *Isensee*, das ist ganz sicherlich richtig, notwendig zu sein, daß man im einzelnen differenziert zwischen den verschiedenen Trägern der Sozialversicherung. Und es sind ja auch durchweg die organisatorischen Detailregelungen unterschiedlich. Es bleibt die Frage zu stellen, ob legitimerweise die partikularen Interessen und die staatlichen Interessen in den Kompetenzen und Befugnissen der Anstaltsorgane richtig austariert sind. Die Legitimationsfrage stellt sich für die Bundesrepublik Deutschland hier insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 87 Abs. 2 GG. Bei meiner Sicht der Dinge, die Sie als mutig bezeichnet haben, Herr *Isensee*, wird das Problem des Art. 87 Abs. 2 GG etwas entschärft. Wenn man hier ein echtes körperschaftliches Gebot der Selbstverwaltung erblickt und dann die von mir diagnostizierten anstaltlichen Momente erkennt, kommt man in Schwierigkeiten. Auf

diesen besonderen Legitimationsaspekt wollte ich noch einmal hinweisen. Viertens: Es ist eine prekäre Frage, welche rechtlichen Folgen daraus erwachsen, daß wir einen verselbständigten Verwaltungsträger als Anstalt des öffentlichen Rechts bezeichnen. Für das deutsche Recht jedenfalls meine ich, daß man nicht ohne weiteres die Anstalt und einen Rechtsträger des privaten Gesellschaftsrechts miteinander gleichsetzen kann. Hier gibt es doch spezifische Bindungen des öffentlichen Rechts, die qua Organisationsform mit der öffentlichrechtlichen Anstalt verbunden sind. Von diesem Ansatz her würde ich auch, Herr *Bayer*, die von Ihnen aufgeworfene Frage zu lösen versuchen, ob eigentlich Vorschriften der Rechnungslegung und der Rechnungsprüfung, wie sie spezifisch dem öffentlichen Recht angehören, auf die Studentenwerke anwendbar sind, die ja die Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts haben. Ich würde also eine solche Bindung bejahen wollen, weil diese Spezifika des öffentlichen Rechts an die Organisationsform geknüpft sind. Auf der anderen Seite, Herr *Burmeister*, ist die Wahlfreiheit im Hinblick auf das Verwaltungshandeln der Anstalt nach wie vor ein Problem. So sehr auch mir die Wahlfreiheit zwischen der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Handlungsform problematisch zu sein scheint, glaube ich doch, daß man *de lege lata* nicht die Anstalt auf die öffentlichrechtliche Handlungsform festgelegt sehen kann. Hier hat es – um einen von mir gebrauchten Begriff zu wiederholen – eben für das Verwaltungshandeln keine totale Landnahme durch das öffentliche Recht gegeben. Es wäre vielleicht *de lege ferenda* wünschenswert, wenn der Gesetzgeber sich einer größeren Klarheit befleißigen würde und die öffentlichrechtliche Anstalt als Organisationsform auch prinzipiell in stärkerem Maße auf das öffentlichrechtliche Verwaltungshandeln festlegen würde. Das ist aber, soweit ich sehe, in den einschlägigen Rechtsgrundlagen nicht geschehen. Man müßte hier auch das Kommunalrecht – etwa das Kommunalabgaberecht – durchmustern. Ich vermag hier jedenfalls keine durchgängige klare Festlegung auf die öffentlichrechtliche Handlungsform zu erkennen. Wir müssen uns wohl mit den Rechtsformen des Verwaltungsprivatrechts behelfen. Ich verkenne nicht und habe in meinem Referat dazu auch Stellung genommen, daß ungelöste Probleme des Verwaltungsprivatrechts zurückbleiben. Nur können wir diese Fragen m.E. *de lege lata* nicht einer glatten öffentlichrechtlichen Lösung zuführen. Fünftens: Herr *Meyer*, Sie haben die bundesstaatlichen Aspekte angesprochen, Herr *Riedel* ist zum Teil auch darauf gekommen; die öffentlichrechtliche Anstalt birgt in der Tat auch föderalistische Problempunkte in sich. Aus Raum- und Zeitgründen konnte ich in meinem Referat nicht darauf eingehen. Das von Ihnen genannte Beispiel der Bundesanstalt für das Straßenwesen ist zunächst einmal eine Anstalt des öffentlichen Rechts, die in spezifischer Weise einer begrenzten techno-

kratischen Eigenregie Raum geben soll. Ich glaube, insoweit sind wir uns einig. Es bleibt dann die Legitimationsfrage zu stellen. Neben den von mir angesprochenen Fragen des Demokratieprinzips und des Rechtsstaatsprinzips muß sicherlich auch das Bundesstaatsprinzip als verfassungsrechtliche Sonde an einer derartige Anstalt angelegt werden. Auch insoweit sind wir, wie ich glaube, noch einig. Allerdings wird es dann sehr schwierig, wenn wir für derartige Einzelfälle die Verfassungswidrigkeit oder die Verfassungskonformität diagnostizieren wollen; hier wäre ich etwas vorsichtiger. Immerhin haben wir ja gewisse Einfallstore für die Bundesverwaltung in Art. 87 Abs. 3 und vielleicht auch in dem von Ihnen genannten Beispiel in Art. 85 des GG. In Ihrem Beispiel klingt auch die hier nicht weiter zu vertiefende Problematik der Mischverwaltung an, weil in Anstalten der von Ihnen angesprochenen Art der Bundesebene oft den Exekutiven der Länder Einflußmöglichkeiten eingeräumt werden. Dies wird, wenn ich recht sehe, von der herrschenden Meinung bis zu einem gewissen Grade toleriert, solange die Bundesdominanz im wesentlichen gewahrt ist. Die Einzelfälle bestimmter Anstalten dieser Art liegen außerordentlich schwierig und komplex. Ich glaube, daß wir es im Augenblick mit diesem Befund bewenden lassen können.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Breuer*. Meine Herren, es ist jetzt in den letzten Beiträgen und auch in dem Zwischenwort von Herrn *Breuer* schon die Frage „Anstalt und Verfassung“, die auch das föderative Problem mit einschließt, angegangen worden, und das leitet uns dann über zu weiteren Fragestellungen aus diesem Bereich. Ich würde aber ganz gerne vorher eben noch Herrn *Scherer* das Wort geben, der zu den Tätigkeitsbereichen und Strukturen noch etwas sagen wollte. Herr *Scherer*, bitte!

Scherer: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich möchte, anknüpfend an die These 26 von Herrn *Lange* und die These 29 von Herrn *Breuer*, hinweisen auf gegenläufige Tendenzen in der öffentlichrechtlichen Diskussion über öffentliche Anstalten einerseits und in der neueren ökonomischen Diskussion über die institutionellen Bedingungen der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben andererseits. Bei allen Unterschieden in den analytischen Ansätzen zur Typisierung öffentlicher Anstalten, insbesondere der Leistungsanstalten, wie sie in den beiden Referaten zum Ausdruck gekommen sind, scheint mir doch ein weitgehender Konsens darüber zu bestehen, daß diese öffentlich-rechtlich strukturierten und von öffentlichen Trägern gesteuerten Organisationseinheiten geeignete Instrumente zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben sind. Viele Ökonomen, die derzeit noch im Bann der amerikanischen Deregulierungsdiskussion stehen, sind da ganz anderer Ansicht.

Sie vertreten – gestützt auf eine Vielzahl meist sehr stark betriebswirtschaftlich ausgerichteter Einzelstudien – die Ansicht, daß die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf private Träger, also die sog. Aufgabenprivatisierung, eine effizientere Erfüllung der betreffenden Aufgaben gewährleisten. Die Privatisierungskataloge sind bekannt. Sie reichen von der Müllabfuhr über die Tropfsteinhöhlen bis hin zu den lukrativeren Teilen des Fernmeldewesens und auch zu bestimmten Teilen der deutschen Bundesbahn. Dieser von vielen Ökonomen vertretenen These liegt freilich oft ein betriebswirtschaftlich verkürzter Effizienzbegriff zugrunde, dem die Öffentlichrechtler dann, in den zuweilen stattfindenden ritualisierten Diskussionen ihre Konzepte von grundrechtsgerichteten öffentlichen Aufgaben, von Sozialwirtschaftlichkeit, von rechtsstaatlichen und demokratisch-partizipativen Organisations- und Verfahrensgestaltungen und, wie eben in dem Beitrag von Herrn Meyer, auch das Kompetenzrecht entgegengehalten. Dies jedoch, ohne daß diese Gestaltungsprinzipien bislang aufgaben- und bereichsspezifisch hinreichend konkretisiert worden wären. Um nun diese Kluft zwischen juristisch begründeten Forderungen nach einer deutlicheren öffentlich-rechtlichen Strukturierung der öffentlichen Anstalt und ihrem verstärkten Einsatz einerseits und den ökonomisch begründeten und im politischen Raum immer dankbar aufgenommenen Forderungen nach Aufgabenprivatisierung andererseits überbrücken zu können, scheinen mir, bevor man sich über Ausgestaltungen im einzelnen unterhält, in verstärktem Maße verwaltungswissenschaftliche und auch rechtsvergleichende Bemühungen erforderlich zu sein. Voraussetzung für die verwaltungsrechtliche Ausprägung der Anstalt als einer Organisationsform oder, wie Herr Breuer das formuliert hat, für die Fortführung der öffentlich-rechtlichen Anstalt als Organisationsform, scheint mir zu sein ein empirisch informiertes Verständnis der Zusammenhänge zwischen einzelnen spezifisch zu benennenden, sehr stark zu konkretisierenden öffentlichen Aufgaben und den prozeduralen und organisatorischen Mechanismen zu ihrer Erfüllung. D.h., jetzt in der Sprache der Ökonomie formuliert: Es muß zunächst einmal Klarheit bestehen über die Wohlfahrtsauswirkungen bestimmter institutioneller Bedingungen. Die Verwaltungswissenschaft, die dies zu untersuchen hätte, kann hierbei zurückgreifen auf einen breiten Bestand an ökonomischen Studien, die etwa unter der Rubrik „Theorie der Firma“ zu subsumieren wären. Sie kann auch anknüpfen an ein bei den Ökonomen neu erwachtes Interesse an den institutionellen Bedingungen privatwirtschaftlichen und öffentlichen Handelns, Stichwort: „Neue politische Ökonomie.“ Grundvoraussetzung für eine fruchtbare interdisziplinäre Zusammenarbeit ist jedoch, daß zunächst die Öffentlichrechtler Klarheit liefern über die jeweiligen öffentlichen Aufgaben und die verfassungsrechtlich geprägten Bedingungen ihrer Verwirklichung. M.a.W.: Eine

verwaltungswissenschaftlich informierte Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft muß der ökonomischen Diskussion sehr viel stärker als bisher bereichsspezifisch differenzierte Wohlfahrtsziele — man kann auch sagen: bereichsspezifisch ausdifferenzierte öffentliche Aufgaben —, muß Anforderungsprofile für die organisations- und verfahrensrechtliche Verwirklichung dieser öffentlichen Aufgaben vorgeben. Erst wenn diese Arbeit geleistet ist, meine ich, lassen sich die Fragen, die sich für mich aus Herrn *Langes* These Nr. 26 ergeben, für welche Bereiche die öffentlich-rechtliche Anstalt nämlich unentbehrlich ist und wie ihr maßgeschneiderter Aufbau auszusehen hat, plausibel beantworten.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Scherer*. Ein Spontanbeitrag von Herrn *Bayer*.

Bayer: Nur eine Bemerkung noch dazu. Ich glaube schon, daß Herr *Scherer* die amerikanische ökonomische Theorie in diesem Punkt durchaus zutreffend referiert hat. Man sollte nur hinzufügen, daß die deutschen Ökonomen diesem Ansatz sehr, sehr skeptisch gegenüberstehen, weil sie eben deutlicher als die Amerikaner sehen, daß das zu einer Aufgabe des Begriffs der öffentlichen Aufgabe führen müßte, und da scheut man hier doch davor zurück. Aufgabe des Begriffs der öffentlichen Aufgabe nicht zuletzt deshalb, weil die Amerikaner eben so weit gehen, daß sie beispielsweise auch die Finanzverwaltung oder das Polizeiwesen für privatisierbar halten.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Bayer*. Dann bitte jetzt Herr *Denninger*.

Denninger: Meine Damen und Herren, ich kann mich auf eine kurze kleine Anregung beschränken. Ich bedauere allerdings, daß Herr *Quaritsch* offenbar im Moment nicht mehr im Saal ist, denn Adressaten meiner Anregung wären eigentlich der oder die Gesetzgeber, und Herr *Quaritsch* sprach ja von der Möglichkeit eines Bundesorganisationsgesetzes. Der Herr Vorsitzende hat, und das war sicherlich heute morgen kein Versprecher, von dem „besonderen Gewaltverhältnis“ als einem Tagesordnungspunkt hier gesprochen. Ich meine, das „besondere Gewaltverhältnis“ ist, obwohl vom Bundesverfassungsgericht verabschiedet, doch keineswegs tot, jedenfalls der Sache nach feiert es immer wieder fröhliche oder unfröhliche Urstände, und das sollte uns bei den Betrachtungen, Überlegungen zur Ausgestaltung des Gesetzesvorbehalts im Anstaltsrecht zu denken geben. Um ganz konkret zu werden: Meine Anregung geht dahin, der Gesetzgeber möge künftig mehr Aufmerksamkeit nicht so sehr den letzten Details der anstaltli-

chen, organschaftlichen Struktur und Organisation widmen, sondern mehr Aufmerksamkeit einer konkreten Festlegung der Anstaltsaufgaben. Wenn man nämlich Anstaltsgesetze durchmustert, wird man feststellen, daß der Anstaltzweck in der Regel mit einem einzigen Paragraphen angegeben wird, und daß das übrige Gesetz sich darum bemüht, nun die Kompetenzbeziehungen zwischen den einzelnen Organen usw. möglichst minutiös festzulegen. Das ist sicherlich sehr wichtig und wird ja auch in Zukunft notwendig sein, aber es muß hinzukommen, wenn wir das Problem des Gesetzesvorbehalts hier richtig bewältigen wollen, eine sehr viel konkretere Aufgabenbestimmung, wobei ich unter Aufgaben etwa die Ebene unterhalb des sehr abstrakt formulierbaren Anstaltzwecks sehe und noch oberhalb der einzelnen Modalitäten, der einzelnen Funktionsweisen der Aufgabenerfüllung. Und auf diese ganze Einteilung bin ich eigentlich durch die Bemerkung von Herrn *Lange* heute morgen gekommen, der den Realakt als sozusagen prototypische Handlungsform der leistenden Anstalt bezeichnet hat. Wenn ich beobachte, daß in Bereichen der Eingriffsverwaltung (etwa Polizeirecht) die ganze Tendenz nun dahingeht, Aufgabenbestimmung und Befugnisregelung zu trennen und das Instrumentarium der Befugnisregelungen immer stärker zu verfeinern, dann könnte man vielleicht sagen, parallel dazu müßte im Bereich des Anstaltsrechts das Instrumentarium der Aufgabenbestimmungen verfeinert werden, weil man gerade der Vielfalt der eigentlichen Tätigkeiten – Realakte oder nicht – nicht so leicht Herr werden kann. Das war meine kleine Anregung. Ich möchte noch zwei Bemerkungen zu den Referaten kurz anflechten. Mir ist auch nach Ihrem Zwischenwort, Herr *Lange*, noch nicht deutlich geworden, warum Sie zwischen der nichtrechtsfähigen und der rechtsfähigen Anstalt, abgesehen von dem begrifflichen Unterschied, der ja klar ist und auf der Hand liegt, einen kategorialen Unterschied machen wollen. Wenn Sie nämlich zulassen, daß Aufgaben, die über die Betriebsleistung hinausgehen, sowohl von nichtrechtsfähigen wie von rechtsfähigen Anstalten bewältigt werden können, und das ist ja die Wirklichkeit, dann ist eigentlich diese Unterscheidung eine zwar rechtstechnisch notwendige und vernünftige, aber darüber hinaus nicht eine in irgendeiner Form von der Sachmaterie, dem Inhalt des Anstaltzwecks her gebotene Unterscheidung. Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie dazu vielleicht nochmal kurz Stellung nehmen könnten. Im übrigen hat mir zu denken gegeben, daß Herr *Breuer* in seinem Referat diese Unterscheidung überhaupt nicht gebraucht hat, und er hat genauso gehaltvoll über die Anstalt sprechen können wie Sie. Nicht wahr, auch das gibt, glaube ich, zu denken. Ein dritter Punkt ist aber ein ganz kleiner Spezialpunkt, Herr *Breuer*, Sie haben sich, ich glaube es ist These 26 Ihres Textes, gegen eine gruppenpluralistische, mit hoheitlichen Aufsichtsbefugnissen ausgestattete

Rundfunkaufsichtsanstalt für den Privatrundfunk ausgesprochen. Ich glaube, da sind Sie etwas kurzschlüssig vorgegangen, jedenfalls hat mich Ihre Begründung dafür, Stichwort: „Staatsaufsicht“, nicht überzeugt. Ich glaube, es wäre vielleicht nützlich, wenn Sie da noch eine etwas differenzierendere Begründung vorlegen könnten. Vielen Dank.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Denninger*. Ausweislich seiner mir vorgelegten Übersicht will auch Herr *Kloepfer* u.a. verfassungsrechtliche Fragen der Grundrechtsbindung in der Anstalt ansprechen.

Kloepfer: Ich hatte allerdings davor noch die Abgrenzung „Anstalt und Behörde“ kurz ansprechen wollen und zwar eigentlich nur als Frage an die Referenten, ob und wie sie eine Abgrenzung sehen. Insbesondere scheint mir die Figur der selbständigen Bundesoberbehörde Abgrenzungsprobleme zu schaffen nach den Kriterien, die zugrundegelegt sind, insbesondere unter dem Aspekt der Minimierung der Fachaufsicht. Wenn ich einen Typ der Bundesoberbehörde wie das Umweltbundesamt anschau, dann frage ich mich, ob vieles, was hier zur Anstalt gesagt worden ist, nicht auch auf diesen Behördentyp zutrifft. Frage: Ist eine Behörde wie z.B. das Umweltbundesamt in einem weiteren Sinne nach Ihrer Auffassung eine Anstalt oder gibt es selbständige Bundesoberbehörden, die eben praktisch genauso funktionieren. Das Umweltbundesamt erläßt ja – bis auf neu hinzugekommene Randbereiche – keine Verwaltungsakte, sondern sie nehmen tatsächliche Informationen, Messungen, Forschungsorganisation usw. vor.

Zu der Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft oder Staat/Gesellschaft, die ja Herr *Lange* angesprochen hat, vielleicht noch ein Sonderproblem: Derzeit werden ja die Verbindungen etwa zwischen öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten und privatrechtlichen Verlagen intensiv diskutiert. Frage: Wie würden Sie – in Ihrer auf Betriebsabläufe bezogenen Sicht – solche ganz neuartigen Kooperationsformen einordnen? Sind sie überhaupt notwendig? Ich sehe deren Gefahr darin, daß hierdurch bestimmte privatrechtliche Bindungen einerseits und spezifische verfassungsrechtliche Bindungen andererseits verlorengehen.

Zur Grundrechtsbindung eine Frage an Herrn *Lange*: Wenn ich Sie richtig verstanden habe – Sie haben hier noch eine kleine Einschränkung gemacht –, sind nach Ihrer Auffassung die öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten alter Art nicht – oder jedenfalls teilweise nicht – grundrechtsgebunden. Dies leuchtet mir wenig ein. Die alten öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten können sich in der Tat auf den Art. 5 GG berufen, aber sie sind doch gerade hierdurch in einem besonderen Maß grundrechtsgebunden. Gerade die Legitimation ihrer spezifischen Organisationsform durch Art. 5 GG aktualisiert eben

nicht nur ein Grundrecht, sondern in diesem Fall auch eine besonders intensive Form von Grundrechtsverantwortlichkeit. Also in diesem Bereich würde ich für die Rundfunkanstalten alter Art sogar – z.B. bezüglich ihrer inneren Struktur und Verfahren sowie auch für die Gestaltung ihres Programmes – eine intensiviertere Form der Grundrechtsbindung sehen, weil hier das Grundrecht – wegen der öffentlich-rechtlichen Organisation und Fassung von Freiheit – eben starke Pflichtgehalte aufweist. Vielleicht könnten Sie da freundlicherweise noch eine Präzisierung geben.

Eine letzte Frage an Herrn *Lange* zur Verfassungskontrolle. Seine These 24 halte ich für außerordentlich nachdenkenswert, würde ihn allerdings zum dritten Satz dieser These fragen: Was ist hier der Verfassungsgrundsatz, der eine Fachaufsicht gebietet? Also welche verfassungsrechtliche Idee steht dahinter: Demokratieprinzip, Rechtsstaatsprinzip? In abgeschwächter Form würde ich diese Frage auch noch für seine These 25 stellen, wonach rechtsfähige Anstalten grundsätzlich einer staatlichen Rechtsaufsicht unterliegen müssen. Das recurriert wahrscheinlich auch auf eine Form der Verfassungsbindung; auch hier deshalb die Frage nach dem konkreten Verfassungsgrundsatz oder der konkreten Verfassungsbestimmung.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Kloepfer*. Zur Frage: „Anstaltsorganisation und Verfassung“ wollte sich auch Herr *Gramlich* aus Würzburg äußern.

Gramlich: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen, gestatten Sie mir einige Bemerkungen bzw. auch präzisierende Anfragen an die beiden Referenten zur Frage „Anstaltserrichtung und Grundgesetz“, exemplifiziert am Beispiel, das ja Herr *Breuer* mehrfach verwendet hat, auch Herr *Lange*, nämlich Deutsche Bundesbank; ich beziehe mich also insbesondere auf die Thesen 23 und 25 von Herrn *Breuer* und 17 bzw. 24 von Herrn *Lange*. Ich war Herrn *Breuer* sehr dankbar, daß er dezidiert darauf hingewiesen hat, daß die jüngst in einem obiter dictum des Bundesverfassungsgerichts wieder aufgetauchte verfassungskräftig verbürgte Unabhängigkeit der Bundesbank so wohl nicht richtig gesehen wurde. Ich hätte aber gerade zu dieser These 23 eine Verständnisfrage. Es heißt dort ja, es sei verfassungsrechtlich nicht geboten, die Deutsche Bundesbank als rechtsfähige und autonome Anstalt des öffentlichen Rechts auszugestalten. Nun hat vorhin Herr *Gygi* darauf hingewiesen, daß in der Schweiz die Zentralbank gar nicht öffentlich-rechtlich organisiert ist, sondern eine Aktiengesellschaft ist in privatrechtlicher Organisationsform also ausgestaltet und, wenn ich recht weiß, ist es in Österreich ebenso; Herr *Wenger* möge mich korrigieren, wenn ich mich da irre. Es geht hier also auch um eine Abgrenzung möglicher-

weise zu einer Art Entstaatlichung, einer Herausnahme aus der öffentlich-rechtlichen Organisationsform. Würden Sie hier Grenzen ziehen wollen? Die kann man ja gerade bei der Zentralbank auch am Gegenteil festmachen. Wenn man wieder ein bißchen über die Grenzen der Bundesrepublik und auch der Schweiz und Österreichs schaut, so gibt es ja auch die Zentralbank, etwa in Frankreich und in England, als Glied der unmittelbaren Staatsverwaltung. Das als erste präzisierende Frage, und der zweite Gesichtspunkt, der mir vielleicht präzisierungsbedürftig erscheint, das wäre die Frage der Rechts- und Fachaufsicht. Auch hier ist die Bundesbank ja vielleicht ein Sonderfall. Ich habe, wenn ich das recht verstanden habe, beiden Referaten entnommen, daß man für die Anstalt zumindest die Rechtsaufsicht für unabdingbar erachtet. Nun ist bei der Bundesbank ja – Herr *Breuer* sprach, wenn ich recht weiß, von der verfassungskonformen Auslegung – eine Rechtsaufsicht allenfalls rudimentär angelegt, insbesondere, wenn man das vergleicht mit den Formen der kommunalen Aufsicht, auf die sich Herr *Lange* mal bezogen hat, ich glaube in These 24; und der Herr Vorsitzende hat ja auch vor einiger Zeit mal über die Hochschulaufsicht in ähnlichem Zusammenhang die Mittel der Rechtsaufsicht im einzelnen dargestellt. Solche Mittel habe ich bei Herrn *Breuer* nur gehört als entweder Tolerierung durch die Bundesregierung, was dann also die Bedenken aus Demokratieprinzip und parlamentarischer Kontrolle besänftigenden würde, oder, so sagten Sie wohl, es könne dann ja der Bundestag reagieren. Nun frage ich mich, wie soll er das tun? Ändert er das Bundesbankgesetz oder macht er einen schlichten Parlamentsbeschluß oder was soll er sonst tun? Und vielleicht ein letzter Gesichtspunkt noch: Ich frage mich auch, was die Maßstäbe für eine Rechtsaufsicht gerade bei der Bundesbank sein könnten. Da müßte man vielleicht – das ist nur eine Anregung – differenzieren zwischen der Rechtsaufsicht, die sich auf die genuin währungsrechtliche Aufgabe der Bundesbank bezieht, die also letztlich aus dem Art. 88 GG herrihrt, und anderen Aufgaben, die der Bundesbank legitimerweise über Art. 87 Abs. 3 GG übertragen sind, etwa im Bereich des Kreditwesens, der Außenwirtschaft etc. Vielen Dank.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Gramlich*. Herr *Bachof*, zur These 22 von Herrn *Lange* in diesem Zusammenhang.

Bachof: Wegen der fortgeschrittenen Zeit hinter die These 22 von Herrn *Lange* nur ein Fragezeichen statt einer ausführlichen Stellungnahme. Herr *Lange* meint, daß die Ausstattung von öffentlich-rechtlichen rechtsfähigen Anstalten mit hoheitsrechtlichen Kompetenzen nicht selbstverständlich sei. Ich stimme dem völlig zu, soweit Herr *Lange*, worauf er ja hauptsächlich abgestellt hat, die Leistungsbezie-

hungen der Anstalt zu den Leistungsempfängern usw. im Blick hat. Aber ich meine, daß mit jeder gesetzlichen oder gesetzesezmächtigten Gründung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ein Minimum an hoheitlichen Befugnissen gegeben und geradezu im Gründungsakt impliziert ist; nämlich insoweit, als es sich um die öffentlich-rechtlichen Befugnisse zur Abwehr von Störungen der Aufgabenerfüllung handelt. Denken Sie etwa an die Besetzung einer Rundfunkanstalt durch Protestler oder ähnliches. — Ich meine — kann das aber in der knappen Zeit jetzt nicht begründen —, daß hier das privatrechtliche Hausverbot oder die Inanspruchnahme der Polizei im Wege der Amtshilfe nicht ausreichen, sondern daß man eigene hoheitliche Abwehrbefugnisse der öffentlichen Anstalt als mitgegeben ansehen muß.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Bachof*. Dann Herr *Hendler* zum Problem „Öffentlich-rechtliche Anstalt und Selbstverwaltung“.

Hendler: Herr Vorsitzender, verehrte Anwesende, ich möchte zum Problemkreis „Anstalt und Selbstverwaltung“ Stellung nehmen. Hierbei bietet es sich an, beim Leitsatz 9 von Herrn *Breuer* anzuknüpfen. Dort heißt es: „Das Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Anstalt zur Selbstverwaltung erscheint problematisch.“ Zunächst ist festzuhalten, daß neben den Körperschaften auch Anstalten zum Kreis der Selbstverwaltungsträger gehören können. Dies dürfte *heute* nicht mehr streitig sein. Herr *Breuer* hat z.B. die Rundfunkanstalten ausdrücklich zu den Selbstverwaltungsinstitutionen gezählt. Weitere Beispiele ließen sich im Bereich der Sozialversicherungsträger unschwer finden. Die Problematik besteht aber nach Herrn *Breuer* darin, wer die maßgebenden Wirkungsträger und Interessenten sind (Leitsatz 9 Satz 2). Die Antwort lautet meines Erachtens, daß dies nur diejenigen Personen sein können, die von den Entscheidungen, von der Tätigkeit der Anstalt mehr als andere berührt sind. Diesen Personenkreis möchte ich die Betroffenen nennen. Der Begriff des Betroffenen ist präziser als der des Interessenten, den Herr *Breuer* in erster Linie verwandt hat. Denn ob jemand interessiert ist, ist eine Frage des subjektiven Befindens. Die Betroffenen lassen sich hingegen nach objektiven Kriterien bestimmen. Es sind diejenigen Personen, die von bestimmten hoheitlichen Entscheidungen mehr als andere berührt sind. Das zur Definition des Betroffenenbegriffs. Für den hier behandelten Zusammenhang ist entscheidend, daß es sich nur dann um Selbstverwaltung handelt, wenn die Betroffenen in der Anstalt mitwirken. Dies bedeutet, daß z.B. die Deutsche Bundesbank nicht als Selbstverwaltungsträger angesehen werden kann, weil es dort keine Mitwirkung der Betroffenen in der Institution gibt. Daß es in diesem Zusammenhang auf die Mitwirkung der Betroffenen ankommt, ergibt sich m.E. aus der ursprüngli-

chen politischen Idee der Selbstverwaltung. Diese Idee richtet sich dahin, die Bürger stärker an den öffentlichen Angelegenheiten teilnehmen zu lassen. Deshalb scheidet eine Selbstverwaltung ohne die Mitwirkung von Bürgern – Beispiel: Bundesbank – aus. Die betroffenen Bürger sind das personelle Substrat bei der Qualifizierung einer Anstalt als Selbstverwaltung. In der Ausdrucksweise von Herrn *Breuer*: Sie sind die Interessenten und Wirkungsträger i.S. des Leitsatzes 9. Daß mit diesen Ausführungen die von mir aufgegriffene Problematik nicht erschöpft ist, ist mir klar. Aber es kann in einem solchen kurzen Diskussionsbeitrag ja auch nur darauf ankommen, den Ausgangspunkt zu skizzieren, von dem aus man zu Problemlösungen gelangen könnte.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Hendler*. Wir kommen jetzt zu einigen spezifischen Ausformungen oder Erscheinungsformen der Anstalt. Ich darf Herrn *Badura* bitten.

Badura: Verehrte Kollegen, beide Referenten haben den Versuch gemacht, eine Typologie der öffentlichen Anstalt vorzulegen. Herr *Breuer* hat sich dabei orientiert an den Tätigkeiten, zu denen die Anstalt fähig erscheint, im wesentlichen, während Herr *Lange* charakteristischerweise – offenbar hat er sich doch was dabei gedacht, Herr *Denninger* – nur bei der rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalt eine solche Typologie für nötig hält, was völlig folgerichtig von seinem Ausgangspunkt aus gedacht ist. Die hier gewählte Einteilung allerdings scheint mir weniger eine Typologie zu sein als die Hervorhebung bestimmter Merkmale, die man für die Eigenschaften bestimmter Anstalten heranziehen kann, die vielleicht sogar bis zu einem gewissen Grade kombinierbar sind. Also ich glaube, der Anspruch ist zu hoch und wird nicht eingelöst. Immerhin ist ein Gesichtspunkt, den Herr *Lange* verwendet, das Problem von Staat und Selbstverwaltung, das ja gerade auch berührt worden ist. Er hebt also besonders hervor die Staatsfreiheit oder Nichtstaatsfreiheit und andererseits die neuartige, von ihm wie es scheint, erstmals so bezeichnete Idee einer „intermediären“ Anstalt.

Soweit es um die Selbstverwaltung geht, glaube ich, daß der Begriff ein wenig komplexer ist als es erscheint. Man kann etwa von einem einheitlichen Begriff der Selbstverwaltung am wenigsten hier bei *Anstalten* mit Selbstverwaltung sprechen. Etwa die Universität, die ja in das Schema von Herrn *Lange* überhaupt gar nicht richtig hineinpassen würde, soweit sie anstaltliche Züge überhaupt trägt, zeigt das, aber auch die Rundfunkanstalten. Herr *Breuer* sagt in These 15, dort sei es „gerechtfertigt, von echter anstaltlicher Selbstverwaltung zu sprechen“, wobei nicht ganz klar ist für mich, ob dieses „echt“ sich auf Anstalt oder Selbstverwaltung bezieht. Soweit es sich auf Selbstver-

waltung beziehen sollte, würde ich sagen: ja warum eigentlich. Denn gerade, wenn Sie die Idee, die von Herrn *Hendler* eben genannt worden ist, verwenden würden, ist dies fraglich. Die „Bürger“ sind ja nicht – im Rundfunk – in der Selbstverwaltung „drinnen“, sondern die Gruppen sind es, und auch sie sind auch nicht eigentlich „drinnen“ – das ist jedenfalls meine Meinung zu dieser Frage. Die Gruppen sind im Rundfunk nicht vertreten aus eigenem Recht und damit sie da ihre eigene Interessenlage zur Geltung bringen können und eigentlich kollektiv selbst Rundfunk zu veranstalten hätten; davon kann überhaupt nicht die Rede sein. Es ist also eigentlich gerade bei den Rundfunkanstalten eher wenig Selbstverwaltung in diesem Sinn zu finden; es ist eben eine andere Art Selbstverwaltung, die vielleicht noch einer näheren Betrachtung zugänglich wäre.

Die Thesen 21 und 26 von Herrn *Breuer*, die sich auf die Fragen des Rundfunks beziehen, darf ich noch zum Schluß berühren. Die These 21 ist nicht näher begründet worden. Sie scheint eine Art positives Votum für das öffentlich-rechtliche System zu sein, wobei ich nicht verstehe, warum es richtig wäre, zu sagen, „... je dubioser ... die grundrechtsbezogene Risikoprognose für den Privatrundfunk ausfallen muß, desto mehr ...“ usw. Wenn man schon private Rundfunkanstalten für zulässig hält – und daran kann ja kein Zweifel sein –, ihnen eine derartig eigentümliche *probatio diabolica*, um auch ein Fremdwort zu verwenden, aufzuerlegen, das verstehe ich eigentlich nicht. Die Rundfunkfreiheit ist schon eine „Freiheit“, glaube ich. Und was diese „Risikoprognose“ anbelangt . . ., ja, Freiheit ist mit Risiko verbunden. Auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erfreuen sich der Rundfunkfreiheit. Auch das ist Freiheit und da ist auch viel Risiko. Dem Satz von Herrn *Breuer* würde ich in dieser Form also widersprechen wollen, weil er – soweit ich sehe – sich mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die wir aus der allerdings vielleicht nicht in jeder Richtung eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entnehmen können, nicht voll deckt.

Die These 26, die auch Herr *Denninger* kritisiert hat, muß ich natürlich noch mehr als er kritisieren, weil ja mit ihr zumindest auch das neue bayerische Gesetz mit dem langen Namen (Gesetz über die Erprobung und Entwicklung neuer Rundfunkangebote und anderer Mediendienste in Bayern, Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetz, MEG, vom 22. November 1984, BayRS 2251-4-K) gemeint ist, gegen das verfassungsrechtliche Bedenken abgeleitet werden könnten. So habe ich Herrn *Breuer* verstanden mit seiner Annahme, daß es hier eine Art originäre Aufsichtsposition des Staates gibt und der Staat nicht berechtigt wäre, diese ihm originär zukommende Aufsichtsbefugnis in die Hände – oder teilweise in die Hände – von derartigen kollektiv mitbestimmten Organen zu legen. Ein so weitgehender Verfassungs-

rechtssatz aber ist – soweit ich sehe – bisher nicht bekannt und ich habe daher ebensowenig wie Herr *Denninger* die – wie es hier heißt – „durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken“ finden können, die sich gegen diese Konstruktion erheben ließen. Es ist ja Neuland, überhaupt erst ein Versuch, und wenn der Staat, d.h. der Gesetzgeber, sich langsam und vorsichtig auf dieses Minenfeld des Privatrundfunks oder der gesetzlichen Regelung des Privatrundfunks vorwagt, zwischen den verschiedenen Gutachten der Kollegen hindurch, die ihm die verfassungsrechtlichen Grenzpfähle abstecken, dann frage ich mich, warum der Versuch nicht möglich sein kann, eine Verbindung zu finden, die den Staat, den Gruppenpluralismus und das Privatinteresse in ein System versetzt, das vielleicht nicht als Dauerlösung gemeint ist, aber jedenfalls einen ersten Schritt der Öffnung bedeuten könnte.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Badura*. Meine Damen und Herren, ich gehe davon aus, daß ich mit Ihrer Zustimmung die Rednerliste mit den mir noch vorliegenden Wortmeldungen schließen darf. Es hat dann Herr *Herrmann*, wiederum zum Thema Rundfunk, das Wort.

Herrmann: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Als Mitglied einer Anstaltsleitung im Rundfunkbereich begrüße ich natürlich, daß beide Referenten auch die Sonderform der Rundfunkanstalt gewürdigt haben, die ja auch körperschaftliche Elemente hat. Und das sage ich nicht nur, um nach dem Rezept des Herrn Kollegen *Isensee* den Ruf der Rundfunkanstalten etwas aufzubessern. Sie haben ja von der Verbürgung der Rundfunkfreiheit gesprochen, von der echten anstaltlichen Selbstverwaltung. Und trotz des Fragezeichens, das Herr *Badura* eben gesetzt hat, möchte ich dies von mir aus gerne bestätigen: Es ist ja in neueren Gesetzen sogar so, daß ausländische Mitbürger eigene Mitglieder in die Rundfunkräte entsenden. Nur: Was Sie gesagt haben, ist natürlich eine wundervolle Maxime und sehr schöne Theorie, die leider täglich einer Zerreißprobe unterliegt, und die Realität wird halt geprägt durch eine Variante des gestrigen Tagungsthemas, nämlich durch den Parteieneinfluß in den Rundfunkanstalten. Wir können dem Thema im Moment nicht mehr Zeit abgewinnen, obwohl das einmal ganz sinnreich wäre. Ich möchte nur festhalten, daß das Verbot des Staatsrundfunks, das ja zum Allgemeingut der Lehre gehört, wegen der Identität der handelnden Personen das Verbot eines Parteienrundfunks mit sich bringt. Und Artikel 21 Grundgesetz sagt eben, daß die politischen Parteien bei der öffentlichen Meinungsbildung „mit“wirken, nicht daß sie allein wirken sollen auf einem so wichtigen Gebiet. Drei kurze Bemerkungen noch: Herr *Breuer* hat in These 20 gesagt, die anstattliche Verselbständigung des Rundfunks ist grundsätzlich nicht verfassungsrechtlich garantiert und hat das begründet mit der Möglichkeit,

die ja inzwischen auch unbestritten ist, daß es private Rundfunkunternehmer gibt. Ich glaube, das ist ein Mißverständnis, Herr *Breuer*: Natürlich gilt die von Ihnen angegriffene These nur für den Fall, daß Rundfunk öffentlichrechtlich organisiert wird. Wenn er aber öffentlichrechtlich organisiert wird, muß er selbständig organisiert werden. Ich glaube, dem können Sie auch zustimmen. Zweitens: Die Frage Grundrechtsgebundenheit trotz der unbestrittenen Grundrechtsfähigkeit der Rundfunkanstalten wäre auch ein weiteres Thema, das der Vertiefung nicht nur zugänglich, sondern würdig wäre. Ich sehe hier einen Musterfall der von Herrn Kollegen *Bettermann* dargestellten Doppelrolle der Grundrechte: Die Rundfunkanstalten sind einerseits grundrechtsfähig, andererseits grundrechtsgebunden. Nehmen Sie das Beispiel des Verhältnisses zwischen einer Rundfunkanstalt und „ihrem“ Ministerpräsidenten. Wenn der Ministerpräsident sich anschicken würde, Weisungen zu erteilen, hat die Rundfunkanstalt Grundrechtsschutz gegenüber dem Ministerpräsidenten. Wenn aber dieselbe Person als Parteivorsitzender Wahlsendezeiten haben will, ist die Rundfunkanstalt gegenüber dem Ministerpräsidenten an die Grundrechte gebunden. Drittens: Hier kann ich mich zur These 26 von Herrn *Breuer* an das anschließen, was Herr *Denninger* und Herr *Badura* bereits gesagt haben. Wollen Sie wirklich, und mit dieser Frage möchte ich schließen, wollen Sie wirklich, daß die Verbürgung der Meinungsfreiheit, einer gewissen pluralen Meinungsbildung in privaten Rundfunkunternehmen nicht von einer pluralistisch zusammengesetzten Anstalt oder Ausschuß überwacht werden soll, sondern vom Ministerpräsidenten? Ich glaube, ich würde dann lieber den Rundfunkausschuß wählen. Danke schön.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Herrmann*. Die nächste Wortmeldung ist von Herrn *Weides*.

Weides: Meine Herren, meine Bemerkung zielt auf einen Typus der rechtsfähigen Anstalt, der eine besondere Beachtung verdient, und zwar auf das öffentlichrechtliche Wettbewerbsunternehmen. Herr *Breuer* nannte ein markantes Beispiel, nämlich die Versicherungsanstalt ohne Monopolrecht, die sich in der Konkurrenz mit privaten Versicherungsunternehmen bewähren müsse. Unter diese Kategorie fällt aber auch die Mehrzahl der öffentlichrechtlich organisierten Kreditinstitute. Eine Analyse der diesbezüglichen bundes- und landesrechtlichen Vorschriften zeigt nun folgendes Bild: Diese öffentlichrechtlichen Wettbewerbsunternehmen erfüllen keine Funktionen der Leistungsverwaltung, sie sind keine Leistungsanstalten; die ihnen gesetzten öffentlichrechtlichen Aufgaben erfüllen sie nur mittelbar. Eine Nebenbemerkung zu der Intervention von Herrn *Denninger*, diese öffent-

lichrechtlichen Aufgaben sind auch nur in der Form einer Generalklausel formulierbar. Sie sind nicht präzisierbar in dem Sinne, daß man jetzt nun etwa diesen Wettbewerbsunternehmen einen detaillierten Handlungskatalog vorgeben könnte. Sie erbringen Dienstleistungen unter den Bedingungen des Marktes, eben um die Wettbewerbsverhältnisse zugunsten der Verbraucher zu korrigieren. Sie erhalten keine Subventionen, auch kein Dotationskapital. Sie besitzen nicht mehr öffentlichrechtliche Privilegien. Und die öffentlichrechtliche Organisation dieser Wettbewerbsanstalten ist auf diese unternehmerische Funktion zugeschnitten. Sie sind durchweg nach dem Modell der Aktiengesellschaft konstruiert, sie haben einen Vorstand, ebenfalls nach dem Vorbild des Aktienrechts, durchweg auf die Dauer von 5 Jahren bestellt, auf der Grundlage von Privatdienstverträgen. Sie haben einen Verwaltungsrat – das ist der Aufsichtsrat – der gewisse Aufsichtsfunktionen erfüllt. Der Vorstand steuert die Geschäftspolitik eigenständig. Der oder die Träger dieser Wettbewerbsanstalten haben keine Einflußmöglichkeiten auf die konkrete Geschäftspolitik und ihre Repräsentanten in den Verwaltungsräten dieser Wettbewerbsanstalten beschränken sich darauf, gewisse grundlegende Entscheidungen über die Errichtung und Auflösung zu treffen, und im übrigen haben sie Organbestellungsrechte. Diese Wettbewerbsanstalten unterliegen einer doppelten Aufsicht, einer Staatsaufsicht und einer allgemeinen Gewerbeaufsicht, wobei diese Gewerbeaufsicht viel intensiver und durchgreifender ist und deshalb auch leistungsfähiger ist als die Staatsaufsicht. Soweit es das eben erwähnte Organbestellungsrecht angeht, sind beispielsweise nach dem Kreditwesengesetz die Träger dieser Wettbewerbsanstalten, wenn sie den Vorstand besetzen wollen, gebunden an das Placet des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen in Berlin. Eine weitere Bemerkung, und das widerspricht dem, was vorhin in einigen Diskussionsbeiträgen unter dem Stichwort der Wahlfreiheit der Handlungsform angeklungen ist, die Umwandlung dieser Wettbewerbsanstalten in Aktiengesellschaften würde zu einer Verstärkung der staatlichen bzw. der kommunalen Träger-Einflußmöglichkeiten auf die Geschäftspolitik führen. Die Rechtsbeziehungen dieser Anstalten zu ihren Kunden, zu ihren Benutzern, regulieren sich ausschließlich nach Normen des privaten Rechts, es gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit. Es ist hier keine Spur eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses gegeben. Es erfolgt auch keine Zulassung im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Rahmenverhältnisses. Und diese Wettbewerbsanstalten unterliegen in ihrem Geschäftsgebaren auch keiner Grundrechtsbindung, insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht maßgebend. Sie können ihre Geschäftspolitik individuell steuern. Eine Nachbemerkung zu dieser sehr speziellen Frage, ob öffentlichrechtliche Kreditanstalten Treuhänder der Grundrechte ihrer Kunden seien. Sie sind es

nicht, sie sind insofern nicht Vormünder in grundrechtlichen Belangen ihrer Kunden. Dann eine weitere Besonderheit dieser Wettbewerbsanstalten, sie unterliegen keiner haushaltsrechtlichen Bindung und Kontrolle. Im Gegenteil, das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder sieht vor, daß sie insofern von diesen Pflichten des Haushaltsrecht befreit werden. Ich komme zum Schluß. Diese Wettbewerbsanstalten passen nicht in die Typologie von Herrn *Lange*, sie sind nicht Anstalten der bloßen mittelbaren Staatsverwaltung, auch keine staatsfreien Anstalten, und sie gehören nicht zu den intermediären Anstalten. Ich meine, sie bilden einen Anstaltstypus sui generis, der einer besonderen rechtlichen Betrachtung bedarf. Danke.

Vorsitzender: Danke, Herr *Weides*, Herr *Schenke* wendet sich jetzt mit seinem Beitrag noch dem Rechtsschutz zu.

Schenke: Nur einige kurze Bemerkungen zu einem Randproblem. Es geht dabei im wesentlichen um die den Rechtsschutz betreffenden Thesen 9 und 24 im Referat von Herrn *Lange*.

In These 9 hat Herr *Lange* die Auffassung vertreten, daß Akte im Anstaltsverhältnis nur einer beschränkten Justitiabilität unterliegen. Ich würde ihm zwar insofern zustimmen, als in der Tat im Anstaltsverhältnis die normative Regelungsdichte häufig nicht die gleiche Intensität erreichen wird wie allgemein im Staat-Bürger-Verhältnis. Auch dürfte die Rechtsstellung des Anstaltsbenutzers wohl nicht mit der im allgemeinen Bürger-Staat-Verhältnis völlig gleichgestellt werden können. Insofern enthält die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis durchaus einen zutreffenden Kern, der auch heute noch eine gewisse Berechtigung besitzt. Was ich aber nicht für zutreffend halte ist, über die sich aus dem materiellen Recht heraus ergebenden Begrenzungen des Prüfungsmaßstabs weiteren Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle der Anstalt das Wort zu reden, insbesondere dieser – wie dies auch schon vorher vertreten wurde – einen nur begrenzt justitiablen Beurteilungsspielraum zuzubilligen und damit die gerichtliche Kontrolle im Verhältnis zu den Bindungen der Anstalt durch das materielle Recht einzuschränken.

Bedenken hätte ich ferner gegen eine entsprechende Übertragung der trotz ihrer allgemeinen Anerkennung keineswegs unproblematischen kommunalen Verfassungsorganstreitigkeiten auf das Anstaltsrecht und eine generelle Zulassung solcher durch die Verwaltungsgerichte zu entscheidenden Anstaltsorganstreitigkeiten. Damit zusammenhängend noch eine kurze Bemerkung zu einem weiteren Punkt. Er betrifft die These Nr. 24 von Herrn *Lange*. Ich würde mich hier, anders als Herr *Lange*, grundsätzlich gegen einen Rechtsschutz der Anstalt gegenüber staatlichen Aufsichtsmaßnahmen aussprechen. Zwar

kann der Gesetzgeber im Einzelfall das Verhältnis zwischen dem Träger der Aufsichtsbehörde und der Anstalt so ausgestalten, daß auch staatliche Weisungen in die Rechtsstellung der Anstalt eingreifen. Im Normalfall ist jedoch davon auszugehen, daß fachaufsichtliche Weisungen nicht subjektive Rechte der Anstalt tangieren und von daher keine Rechtsschutzmöglichkeit gegeben ist. Die Parallele, die Sie, Herr *Lange*, zwischen den von Ihnen allgemein befürworteten Organstreitigkeiten im Anstaltsbereich auf der einen Seite und der Frage des Rechtsschutzes der Anstalt gegenüber dem Staat auf der anderen Seite gezogen haben, scheint mir nicht ausreichend tragfähig zu sein. Für Organstreitigkeiten mag sich in gewissem Umfang eine Rechtfertigung daraus ergeben, daß es hier ohne Einschaltung der Gerichte angesichts der Gleichrangigkeit der Organe an einer Instanz fehlt, welche die Streitigkeit zwischen Organen schlichten und damit die Handlungsfähigkeit der Anstalt sichern kann. Im Verhältnis des Trägers der Aufsichtsbehörde zur Anstalt ist jedoch ein hierarchisches Verhältnis gegeben, so daß hier ein Bedürfnis für die Einschaltung der Gerichte zur Entscheidung der Streitigkeit zwischen Trägern der Aufsichtsbehörde und der Anstalt m.E. im Regelfall nicht besteht.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Schenke*. Die Herren Referenten haben angesichts ihres ausgedehnten Zwischenwortes zugesagt, sich im Schlußwort ganz kurz zu fassen, deshalb kann Herr *Hans Meyer* den Reigen der Diskutanten mit einem Kurzbeitrag beschließen.

Meyer: Ich hatte ursprünglich zwei Punkte, jetzt habe ich drei. Ich möchte Herrn *Schenke* hinsichtlich der Wertung der kommunalverfassungsrechtlichen Streitigkeiten widersprechen. Sollte es wirklich möglich sein, daß die Mitgliedschaftsrechte etwa eines Gemeinderats verletzt werden können, ohne daß er sich dagegen sollte wehren können? Ich bin dagegen mit ihm der Meinung, daß es innerhalb fachaufsichtlicher Verhältnisse keinen Rechtsschutz geben kann.

Zunächst aber wollte ich eigentlich den Versuch machen, zur gestrigen Verhandlung eine Brücke zu schlagen. Das mag zwar zunächst eigenartig klingen, aber ich darf es vielleicht dennoch versuchen. Eine der kritischsten Anstalten ist zweifellos die Bundesbank, und wenn ich die Thesen, These 6 von Herrn *Lange* und These 24 von Herrn *Breuer*, ernst nehme, muß ich zu dem Ergebnis kommen, daß die derzeitige Freiheit der Bundesbank verfassungswidrig ist. Wir haben alle das Gefühl, das könne eigentlich nicht sein. Warum aber? Wir alle oder die meisten von uns sind offensichtlich der Überzeugung, daß die Währungsstabilität beim Parlament und der von ihm kontrollierten Regierung nicht ordentlich aufgehoben ist. Das ist der eigentliche Grund; alles andere sind Versuche, diesen eigentlichen Grund durch juristische

Begründungen zu verschleiern. Überzeugen können diese Begründungen nicht. Wenn das aber der Grund ist, so läßt sich eine Brücke zu gestern schlagen; denn gestern standen wir an dem Punkt, an dem wir sagten, wir trauten den Parteien nicht zu, zu ihren eigenen Ungunsten vernünftige Regelungen zu machen. Bei der Bundesbank halten wir sozusagen die „Entpolitisierung“ für erlaubt, beim Parteienrecht waren wir zu feige, etwas Ähnliches auch nur zu denken.

Der dritte Punkt interessiert mich als Verwaltungsverfahrenrechtler. Seit 1977/81 haben wir eine Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts unter dem freilich irreführenden Titel des Verwaltungsverfahrensrechts. § 1 der Gesetze bestimmt, daß die öffentlichrechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden dem Gesetz unterfällt. Dabei ist „Behörde“ definiert als „jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“. Dieser weite Behördenbegriff umfaßt alle Anstalten. Die Konsequenz wäre eigentlich, daß wir das Verwaltungsverfahrensgesetz jedenfalls, wenn es sich nicht als völlig unbrauchbar erweisen sollte, anwenden müßten. Nun sehe ich mit Herrn *Quaritsch* die größte Schwierigkeit darin – und dies war wohl ein Fehler der Verwaltungsverfahrensgesetze –, daß für den öffentlichrechtlichen Vertrag die Schriftform vorgeschrieben ist. Damit ist natürlich der öffentlichrechtliche Vertrag diskreditiert. Meines Erachtens wäre die rechtspolitisch richtige Lösung gewesen, für die subordinationsrechtlichen Verträge die Schriftform vorzuschreiben, für die koordinationsrechtlichen Verträge aber grundsätzlich nicht, damit bei einfachen Geschäften auch öffentlichrechtliche Verträge geschlossen werden können. Dies führt zu einem weiteren Punkt. Wir behaupten immer, aber begründen es nie, daß die öffentliche Verwaltung ein Wahlrecht hat, ob sie privatrechtlich oder öffentlichrechtlich agiert. Warum eigentlich? Meines Erachtens gibt es eine Ursache und einen Grund. Die Ursache ist, daß im öffentlichen Recht ursprünglich ein ausdifferenziertes Regelungssystem überhaupt nicht vorhanden war. Dieser Grund ist mit den Verwaltungsverfahrensgesetzen deswegen entfallen, weil diese so intelligent waren, das gesamte bürgerliche Recht subsidiär einzubeziehen. Das heißt, Sie können mit Hilfe des öffentlichen Rechts alle differenzierten Verträge schließen, die Sie auch mit Hilfe des bürgerlichen Rechts schließen können. Der eigentliche Anlaß für die Wahlfreiheit ist also entfallen, läßt man einmal das Schriftformerfordernis unberücksichtigt. Der Grund, warum man früher mehr oder weniger beliebig die Wahl des Privatrechts erlaubte, kann nur darin gesehen werden, daß man im Bereich der Wahlfreiheit den Staat als jemanden sah, dessen Stellung sich kaum von dem unterschied, der Privatautonomie besaß. Das entscheidende Merkmal ist also das Maß der Bindung, welcher die öffentliche Hand unterliegt. Wenn die Bindungen so gering sind, daß die öffentliche Hand von einem Privatmann nicht mehr un-

terschieden werden kann — ein Beispiel gibt der Hinweis von Herrn *Weides* auf die Sparkassen; sie machen genau dieselben Geschäfte wie die Deutsche Bank, die Genossenschaftsbanken etc. —, ist die Privatrechtsform das adäquate Handlungsinstrument. Je größer die Bindungen sind, um so stärker muß die Tendenz sein, zu einem öffentlichrechtlichen Verwaltungsrecht zu kommen. Und ich meine, die Aufgabe zumindest de lege ferenda wäre, dieses Verwaltungsrecht, das nur rudimentär in den Gesetzen über das Verwaltungsverfahren vorhanden ist, zu entwickeln.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Meyer*. Ich darf dann Herrn *Breuer* das Schlußwort erteilen.

Breuer: Ich will mich auf die Punkte beschränken, in denen ich in der Diskussion angesprochen worden bin. Der grundsätzlichsste Punkt ist sicherlich der, wie es sich mit dem Verhältnis zwischen der Anstalt und der Selbstverwaltung verhält. Ich habe versucht, in These 15 und den dazugehörigen Ausführungen meines Referates einen differenzierten Standpunkt einzunehmen. Der Hintergrund der bisherigen Diskussion besteht ja darin, daß sehr pauschal behauptet wird, Anstalten könnten keine Selbstverwaltungsfunktionen wahrnehmen oder sie könnten Selbstverwaltungsträger sein. Der Fall der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten ist ein Sonderfall. Der Test ist für mich, ob es in den Rundfunkanstalten Interessenten und Willensträger gibt, die vom Staat abgekoppelt sind, gleichwohl aber maßgebliche Kompetenzen und Entscheidungsbefugnisse innerhalb der Anstalt haben. Wenn ein solcher ausschließlicher oder zumindest primärer Bezug der Interessenten und Willensbildungsträger innerhalb der Anstalt zur Anstaltsaufgabe besteht, liegt darin für mich eine Selbstverwaltung, und zwar eine echte Selbstverwaltung, wie wir sie ansonsten bei den Körperschaften vorfinden. Gewiß, die öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten bilden insofern einen Sonderfall, weil sie, wie Herr *Badura* zu Recht hervorgehoben hat, mit ihren Gremien und mit den Repräsentanten die gesamte Bevölkerung erfassen sollen. Hier wird nicht ein spezifisches soziales Teilinteresse erfaßt, sondern es wird ein eigener Repräsentationsstrang aufgebaut mit Willensbildungsträgern innerhalb der Anstalt, die eigenständig und nicht in Staatsabhängigkeit die Rundfunkfreiheit ausüben sollen. Bei den anderen Anstalten bestehen sehr viel größere Schwierigkeiten, eine anstaltliche Verselbständigung in Gestalt eines ausschließlichen oder primären Aufgabenbezuges darzulegen. In gewissen Bereichen scheint es mir möglich zu sein, ein staatlich-kommunales Kondominium anzunehmen; dieser Terminus deckt sich wohl in etwa mit demjenigen der intermediären Anstalten i.S. von Herrn *Lange*. Es gibt in bestimmten Bereichen verfas-

sungsrechtlich geschützte, zumindest einfachgesetzlich ausgeformte Mitwirkungsbefugnisse. Z.B. im Falle der Sozialversicherungsträger habe auch ich verfassungsrechtlich geschützte Mitwirkungsbefugnisse angenommen, gleichwohl aber die staatliche Gesamtverantwortung betont. In diesem Fall würde ich ein staatlich-anstaltliches Kondominium annehmen. In den übrigen Fällen scheint mir im wesentlichen die Staatsverantwortung nach wie vor dominierend zu sein, zumindest aber nicht zurückgedrängt zu sein, so daß man hier eher von mittelbarer Staatsverwaltung sprechen sollte. Über Einzelfälle der anstaltlichen Verwaltung mag man geteilter Meinung sein. Nun zu den Rundfunkanstalten. Es ist mir gelungen, mit meinen Thesen 21 und 26 zu provozieren, und ich will versuchen, meinen Standpunkt hierzu noch einmal deutlich zu machen. Zunächst zu These 21, wo ich zu der Frage der Zulassung eines Privatrundfunks Stellung genommen habe. Hier tauchte der Begriff der grundrechtsbezogenen Risikoprognose auf, und ich bin mir der Problematik dieses Begriffes bewußt. Der gedankliche Ansatz besteht darin, daß man bei der anstaltlichen Verselbständigung die Grundrechtsrelevanz der jeweiligen Organisation in den Blick nehmen muß. Diese Betrachtung ist natürlich auch, Herr *Badura*, bei den öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten notwendig. Wir haben ja gerade gestern vom Parteeinfluß innerhalb der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten gehört, und mir liegt es fern, jetzt ein Idealbild der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten zu beschreiben und demgegenüber den Privatrundfunk kritisch zu betrachten. Eine grundrechtsbezogene Betrachtung und auch eine grundrechtsbezogene Risikoprognose ist also nach beiden Seiten hin – auch zur öffentlichrechtlichen Anstalt – notwendig. Insoweit möchte ich ein Mißverständnis beseitigen. Bei der Zulassung des Privatrundfunks haben wir es jedoch mit der Besonderheit zu tun, daß nach jahrzehntelanger Praxis öffentlichrechtlicher Rundfunkanstalten nun etwas Neues hinzukommen soll. Bei den öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten sind wir uns der Gefahren bewußt. Bedenkliche Tendenzen sind erkannt. Sie gilt es sicherlich auch sorgfältig weiterzubetrachten und abzuwehren. Beim Privatrundfunk haben wir es aber mit ganz neuen Abläufen zu tun, die man rechtlich und insbesondere auch organisationsrechtlich in den Griff nehmen muß. Was die Diskussion hierüber unter den Medienrechtsexperten in den letzten Jahren zutage gefördert hat, stimmt doch zum Teil recht bedenklich. Was die Abhängigkeit oder Unabhängigkeit, die Werbeabhängigkeit oder die Abschottung gegenüber der Werbung angeht, wie weit man hier durch freie Marktmechanismen, durch freien Zugang, durch Gebührenregelungen oder Ähnliches die angedeuteten Gefahren in den Griff bekommen kann, ist nicht ausgetragen. Deswegen ist bei neuen Gestaltungen und Gefahren, die zur Zeit wohl niemand vollständig überblicken kann, die grundrechtsbezogene Risiko-

prognose mit besonderer Sorgfalt anzustellen. Das habe ich gemeint, und so ist es zu verstehen, wenn ich trotz der Grundrechtsseite des Art. 5 Abs. 1 GG, trotz der prinzipiellen Möglichkeit, einen Privatrundfunk zu eröffnen, gegenüber seiner vom einfachen Gesetzgeber zu reglementierenden Einführung gewisse Schranken und Prüfungskriterien für notwendig halte. Nun zu These 26, zu den Aufsichtsanstalten, die in den neueren Mediengesetzen der Länder vorgesehen sind. Sicherlich kann man hierüber ganz geteilter Meinung sein, und mit der Kritik, die etwa von Herrn *Denninger*, von Herrn *Badura* und von Herrn *Herrmann* formuliert worden ist, habe ich auch durchaus gerechnet. Hier scheint mir ein Problempunkt zu liegen, der noch nicht hinreichend diskutiert worden ist. Meine verfassungsrechtlichen Bedenken gründen sich auf den Funktionswandel, der hier der öffentlichrechtlichen Anstalt unterschoben wird. Die traditionellen öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten üben Rundfunkfreiheit aus. Ihre Gremien und die Gruppenrepräsentanten sind Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1, und sie sollen sich in dem Organisationsgefüge der Anstalt gegenseitig mäßigen, austarieren und zu einem freiheitlichen Gesamtzustand beitragen. Eine Aufsichtsanstalt hätte ganz andere Funktionen. Eine derartige Aufsichtsanstalt, die Privatunternehmer oder -programme zuläßt oder Überwachungsbefugnisse ausübt, würde nicht mehr Freiheit ausüben, also Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 sein, sondern reglementierend und restriktiv in die Ausübung der Rundfunkfreiheit anderer eingreifen. Dieser Funktionswandel scheint mir wichtig zu sein, unabhängig davon, ob man die verfassungsrechtlichen Bedenken für durchgreifend oder für nicht durchgreifend hält. Das Bundesverfassungsgericht hat von der Staatsaufsicht über den Rundfunk gesprochen. Sicherlich ist gerade das FRAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts auslegungsfähig und auslegungsbedürftig, aber die Tendenz zur Staatsaufsicht über den Rundfunk entnehme ich der verfassungsgerichtlichen Judikatur doch. Sie haben, Herr *Herrmann*, sehr pointiert gefragt, ob mir denn die Aufsicht durch die Länderexecutive lieber sei als die Aufsicht durch eine Anstalt und ein repräsentativ zusammengesetztes Gremium. Darauf kann ich im Augenblick nur antworten, indem ich auf die Gefahren hinweise, die von beiden Seiten drohen. Sicherlich ist die staatliche Aufsicht über den Rundfunk mit spezifischen restriktiven Tendenzen der Kontrolle verbunden. Aber auf der anderen Seite sollte man auch die Gefahren nicht gering veranschlagen, die daraus erwachsen, daß die Aufsicht demokratisch nicht gebundenen, nicht in die demokratische Legitimationskette eingefügten Personen und Gruppen zusteht. De lege ferenda könnte ich mir vorstellen, daß man die Aufsicht bei der staatlichen Exekutive beläßt, aber an das Benehmen oder an die Anhörung eines gruppenpluralistischen Gremiums bindet. Ich halte also durchaus Lö-

sungen in dieser Hinsicht für möglich. Nur meine ich, daß die schlichte Übertragung der restriktiven Aufsicht auf ein gruppenpluralistisches Anstaltsgrremium bedenklich ist. Zur Bundesbank haben insbesondere Herr *Gramlich* und Herr *Meyer* gesprochen. Sie ist ein kritischer Fall. Ich habe versucht, aus dem Bundesbankgesetz die spezifischen Instrumente der staatlichen Exekutive und auch des staatlichen Parlaments abzuleiten, die doch immer noch die anstaltliche Selbstverwaltung der Bundesbank einschränken. Man muß, Herr *Gramlich*, die Rechtsaufsicht unterscheiden von den weiteren Instrumenten, die ich genannt habe, insbesondere von den Konsultationsmechanismen im Vorfeld der Entscheidung, von der Tolerierung einer Bundesbankentscheidung durch die Bundesregierung und von der Möglichkeit, den Bundestag anzurufen. All das sind keine Instrumente der Rechtsaufsicht. Wenn Sie mich nun fragen, welche Mittel und Maßstäbe diese Rechtsaufsicht haben soll, berühren Sie natürlich einen kritischen Punkt. Was die Mittel anbelangt, so können wir uns nur an das allgemeine Organisationsrecht anlehnen, wie es z.B. gegenüber den Kommunen und auch gegenüber den sonstigen Anstalten des öffentlichen Rechts geläufig ist. Der Maßstab der Rechtsaufsicht bereitet Schwierigkeiten wegen der problematischen Justitiabilität der fraglichen Entscheidungen. Wichtig scheint mir nur zu sein, daß man mit der These der Rechtsaufsicht die Bundesbank in einer Anbindung an die demokratisch legitimierten Staatsorgane domestizieren kann. Diese Domestizierung scheint mir aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen notwendig zu sein. Herr *Weides*, Sie haben zu den öffentlichrechtlichen Versicherungsanstalten gesprochen und deren Besonderheiten hervorgehoben. Trotz dieser Besonderheiten meine ich, daß sie in einer Typologie der öffentlichrechtlichen Anstalten eingeordnet werden können. Ob man sie als Leistungsanstalt eigener Art oder überhaupt als eigenen Anstaltstypus gewichtet, dürfte eine sekundäre Frage sein. Ich erblicke jedenfalls auch bei den öffentlichrechtlichen Versicherungsanstalten die spezifischen Anstaltsmerkmale. Die Verselbständigung ist in diesem Fall insbesondere durch die erstrebte Flexibilität des Handelns begründet und wohl auch legitimiert. Wir haben es mit einem Sondervermögen zu tun, das abgeschottet ist gegenüber der sonstigen öffentlichen Verwaltung und den Begehrlichkeiten, die von dieser Verwaltung kommen könnten. Eine Staatsaufsicht ist ebenfalls vorhanden. So glaube ich also, daß man die öffentlichrechtlichen Versicherungsanstalten trotz ihrer Besonderheiten in die Typologie der Anstalt eingliedern kann. Herr *Kloepfer*, Sie haben die Abgrenzung Anstalt/Behörde angesprochen und ein auch mir besonders naheliegendes Beispiel erwähnt, nämlich das Umweltbundesamt als sogenannte selbständige Bundesoberbehörde. Wie es schwierig ist, z.B. Körperschaften und Anstalten voneinander abzugrenzen, so ist es auch in vielen Fällen schwierig, nicht-

rechtsfähige Anstalten und selbständige Behörden voneinander abzuschichten. Hier gibt es sicherlich auch im einen oder anderen Fall ein Chamäleon der Verwaltungsrechtsordnung. Das Umweltbundesamt mag ein solches Chamäleon sein. Entscheidend scheint mir nur zu sein, daß die spezifische Verselbständigung begründungsbedürftig und legitimationsbedürftig ist. Die Ausgliederungen durch partielle Verselbständigungen bedürfen unabhängig von der Qualifizierung als Anstalt oder als selbständige Behörde der Rechtfertigung. Damit komme ich zum Schluß. Es ist nicht nur eine Pflichtübung, wenn ich in einem Schlußwort den Dank ausspreche an alle Diskutanten, sowohl diejenigen, die mir zugestimmt haben, als auch insbesondere diejenigen, die zu einzelnen Punkten Kritik geübt haben. Die Kritik habe ich jedenfalls durch einige meiner Thesen provoziert, und ich bin dankbar dafür, daß eine auch für mich derart anregende Debatte daraus erwachsen ist. In diesem Sinne darf ich mich ganz herzlich bedanken.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Breuer*. Herr *Lange* bitte!

Lange: Im Gegensatz zu Herrn *Scherer* bin ich nach einer ziemlich umfangreichen Sichtung des wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttums zu der Auffassung gekommen, daß die wirtschaftswissenschaftliche Literatur im Hinblick auf die konkrete Fragestellung, ob Leistungserbringung anstaltlich oder etwa in Form einer Aktiengesellschaft oder GmbH erfolgen soll, nicht sehr ergiebig ist. Mir scheint in der Tat im Prinzip die Einwirkungsmöglichkeit der Kommunen, um die es hier wesentlich geht, im Falle der anstaltlichen Organisationsform größer zu sein. Das liegt teilweise an der Kompetenzausstattung der Organe, teilweise an ihrer Zusammensetzung und dem Verfahren, aber vielleicht in noch praktisch wirksamerer Weise an dem Selbstverständnis der Leitung der jeweiligen Organisationseinheit. Die Leitung von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung wird nach aller Erfahrung stärker dazu neigen, sich an Marktgesetzmäßigkeiten zu orientieren, distanziert zu sein von den Erfordernissen der kommunalen Verwaltung und der kommunalen Politik. Und das ist mit der privatrechtlichen Organisationsform oft ja auch gerade beabsichtigt. Ich halte es eben nur nicht für so richtig, und wenn man das nicht tut, dann spricht vieles dafür, die enger an die Kommune gebundene Form der Anstalt zu wählen.

Mit der Bedeutung des Selbstverständnisses der in einer Organisationseinheit Tätigen hängt es zusammen, daß ich Herrn *Denningers* Forderung, den Anstaltszweck deutlich zu machen, für sehr wichtig halte. Der Anstaltszweck bestimmt dieses Selbstverständnis so maßgeblich, daß er in der Tat möglichst konkret gefaßt werden muß. Nur dann läßt sich vor allem auch das rechtfertigen, was m.E. an Folgerun-

gen aus dem Anstaltszweck zu entnehmen ist. Es bleibt allerdings notwendigerweise immer noch ein offener Raum, der konkretisierungsbedürftig ist, wo konkretisiert werden muß, was Anstaltszweck ist, und ich meine, daß diese Konkretisierung innerhalb eines gewissen Spielraumes in der Tat nicht gerichtlich kontrollierbar ist und den dafür primär zuständigen Organen überlassen bleiben muß. Es gibt insofern Grenzen, jenseits deren die gerichtliche Kontrolle und auch die Kontrolle der Aufsichtsbehörden erst einsetzen darf.

Zu der Ausgestaltung der staatsfreien Anstalten, insbesondere der Rundfunkanstalten, würde ich in der Tat in einer Abweichung von Herrn *Bachof* meinen, daß es ebensowenig, wie sonst eine öffentlichrechtliche Ausgestaltung zwingend erforderlich ist, öffentlichrechtlicher Befugnisse zur Abwehr von Störungen von außen bedarf. Was die von Herrn *Kloepfer* angesprochene Grundrechtsbindung der staatsfreien Anstalten, insbesondere wieder der Rundfunkanstalten angeht, so ist es klar, daß ihre besondere Organisationsform überhaupt von Art. 5 des Grundgesetzes und seiner Interpretation getragen wird und insofern natürlich sehr starke Bindungen bestehen. Worauf es mir ankam, war klarzustellen, daß die Rundfunkanstalten nicht einfach unter dem Aspekt, sie seien Hoheitsträger und Teil des Staates, als grundrechtsgebunden angesehen werden können wie der Staat überhaupt. Das Bundesverwaltungsgericht hat sehr zu Recht kürzlich ausgeführt, daß ein Presseunternehmen sich nicht ohne weiteres gegenüber einer Rundfunkanstalt auf die Pressefreiheit berufen kann, weil Rundfunkanstalten eben nicht in gleicher Weise wie der Staat grundrechtsverpflichtet sind. Sie sind nicht Staat. Meine Leitsätze 24 und 25 erklären sich in der Tat aus dem Rückgriff auf Grundrechte und Demokratieprinzip sowie einem allerdings sehr weit zu verstehenden verfassungsrechtlich vorausgesetzten Gebot der Koordination staatlichen Handelns.

Auf den Beitrag von Herrn *Schenke* möchte ich erwidern, daß die Konstellation von Organstreitigkeiten, die wir im kommunalen Bereich kennen, sich m.E. gerade in intermediären und staatsfreien Anstalten wiederfindet. Auch hier gibt es übrigens durchaus das Verhältnis der Über- und Unterordnung von Organen. Ein Organ kann gegenüber einem anderen Organ weisungsbefugt sein. Von daher sehe ich, soweit wir überhaupt von Organstreitigkeiten ausgehen, keinen Grund, für den Anstaltsbereich die Möglichkeit von Organstreitigkeiten zu verneinen. Daß die Frage, ob es eine gerichtliche Klagemöglichkeit gegenüber fachaufsichtlichen Weisungen gibt, außerordentlich streitig sein muß, ist mir selbstverständlich klar. Ich halte aber die Entwicklung des Rechtsschutzes, die wir mit der Bejahung von Organstreitigkeiten vor sich gehen sehen, zusammen mit dem Umstand, daß die rechtsfähigen Anstalten auch für die Handlungen, die sie aufgrund fachauf-

sichtlicher Weisung vornehmen, selbst verantwortlich sind, für Gesichtspunkte, die in der Tat dafür sprechen, auch gegenüber fachaufsichtlichen Weisungen, sofern sie rechtswidrig sind, rechtswidrig in den gesetzlich vorgegebenen Tätigkeitsbereich einer Anstalt eingreifen, eine Klagemöglichkeit zu akzeptieren.

Damit komme ich wieder zu einem Grundanliegen meines Referates, nämlich der Anstaltsdefinition und der Unterscheidung der verschiedenen Anstaltstypen. Herr *Kloepfer*, auf Ihre Frage nach der Unterscheidung von Anstalt und Behörde würde ich natürlich wie in meinem Referat antworten, daß die nichtrechtsfähige Anstalt eben die Organisationseinheit ist, die primär der Erbringung betrieblicher Leistungen dient. Im Dienste der betrieblichen Leistungen kann es dort freilich durchaus auch Regelungsakte geben. Die Behörde ist demgegenüber dadurch gekennzeichnet, daß sie primär der Regelungsverwaltung dient; natürlich wird in diesem Rahmen unterstützend auch real gehandelt, Maschine geschrieben, Auto gefahren u.ä. Es besteht aber ein prinzipieller Unterschied. Ich meine, es ist einfach nicht plausibel zu machen, daß Schwimmbäder, Friedhöfe, Museen und Bibliotheken Behörden oder Behördenteile seien. Sie werden nicht so bezeichnet, und sie sind es nicht, und zwar deshalb nicht, weil hier besondere rechtliche und administrative Probleme vorliegen. Ich gebe allerdings völlig zu, daß es auch hier, wie in vielen anderen Bereichen, Abgrenzungsprobleme und Überschneidungen gibt. Die Bundesanstalt für Materialprüfung etwa oder das Deutsche Hydrographische Institut zeigen, daß organisatorische Kombinationen von Realhandlungs- und Regelungsverwaltungsaufgaben existieren, in denen das Realhandeln nicht unbedingt im Dienst von Regelungsverwaltung steht und Regelungsverwaltung nicht unbedingt im Dienst von Realhandeln. Diese Institutionen dienen teils behördlicher Regelungsverwaltung, teils nehmen sie unabhängig davon Realakte – Forschungsaktivitäten und Prüfungsmaßnahmen ohne rechtliche Folgewirkungen – vor. Das sind Mischformen von Anstalten und Behörden. Man merkt das sehr deutlich, wenn solche Organisationseinheiten als Institut oder Anstalt bezeichnet werden, früher aber vielleicht einmal Amt hießen und heute, wie die Bundesanstalt für Materialprüfung, gesetzlich zugleich als nichtrechtsfähige Anstalt und Bundesoberbehörde qualifiziert werden. Gleichwohl gibt es weite und m.E. ganz überwiegende Bereiche, in denen man eine klare Zuordnung nach den von mir vorgeschlagenen Kriterien zur nichtrechtsfähigen Anstalt oder zur Behörde vornehmen kann. Ich fände es freilich viel besser, wenn man diese nichtrechtsfähigen Anstalten als Einrichtungen bezeichnen würde, damit man endlich den Unterschied zur rechtsfähigen Anstalt klar zum Ausdruck bringt, zumal der Begriff Einrichtung viel gebräuchlicher ist, etwa im Kommunalrecht. Es wird sehr selten in Gesetzen von nichtrechtsfähigen

Anstalten überhaupt gesprochen. Der Anstaltsbegriff wird meistens im Sinne von rechtsfähigen Anstalten verwendet.

Wichtig ist mir, daß zum Begriff der Einrichtung oder der nicht-rechtsfähigen Anstalt keine über das technische selbstverständliche Maß hinausgehende Verselbständigung gehört. Ein Schwimmbad ist und bleibt eine Anstalt, auch wenn es nicht besonders verselbständigt ist, und Bibliotheken, Museen, Justizvollzugsanstalten, Archive, staatliche Forschungseinrichtungen oder Ausbildungsstätten bleiben auch dann Anstalten, wenn sie in vollem Umfang fachaufsichtlich gebunden und auch nicht irgendwie rechtlich subjektiviert sind. Es kommt nur darauf an, daß sie durch ihre technischen Besonderheiten soweit ausgesondert sind, daß sie nicht als Teil einer Behörde angesehen werden können.

Die Universität läßt sich sehr gut in dieses Schema einordnen. Sie ist nach meiner Vorstellung entgegen den Zweifeln, die Herr *Badura* geäußert hat, eine Einrichtung, weil sie betriebliche Leistungen erbringt, Forschungs- und Lehrleistungen, und zwar eine Einrichtung in der Rechtsform der rechtsfähigen Körperschaft.

Aber dieses Beispiel zeigt eben auch, daß man wirklich einen Schnitt machen muß zwischen nichtrechtsfähigen Anstalten, die man Einrichtungen nennen sollte, und rechtsfähigen. Denn eine Einrichtung, eine Einheit der betrieblichen Leistungsverwaltung, kann ganz unterschiedlich organisiert sein. Sie kann nichtrechtsfähig sein, sie kann eine rechtsfähige Anstalt sein, sie kann eine rechtsfähige Körperschaft sein.

Die rechtsfähige Anstalt unterscheidet sich in zweierlei Hinsicht grundlegend von der nichtrechtsfähigen Anstalt. Sie ist nicht wie diese primär fixiert auf betriebliche Leistungen. Sie kann auch primär behördliche Regelungsaufgaben wahrnehmen, wie die Beispiele der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr, der Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung und der schweizerischen Eidgenössischen Alkoholverwaltung zeigen. Der andere Unterschied liegt natürlich darin, daß sie rechtsfähig ist, was als solches schon eine gewisse Verselbständigung bedeutet. An dieser prinzipiellen Verschiedenartigkeit ändert sich nichts dadurch, daß nichtrechtsfähige Anstalten in ihrer konkreten Ausgestaltung unterschiedlich stark verselbständigt werden können. Je weiter ihre Verselbständigung geht, desto eher gelten ähnliche Grundsätze für sie wie für die rechtsfähigen Anstalten. Dann gilt eventuell auch, was Herr *Meyer* angesprochen hat, daß man für die Bildung nichtrechtsfähiger Anstalten die Gesetzesform verlangen muß — auch unter dem Aspekt des Art. 87 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes.

Insgesamt scheint mir die Anstalt einen Fragenkomplex zu betreffen, der im Schnittpunkt einer ganzen Reihe von hochaktuellen und wichtigen Entwicklungslinien der Rechtswissenschaft steht. Man braucht sich nur die Themen der jüngeren Habilitationsschriften an-

zusehen: Staatliche Verwaltung, Selbstverwaltung, Leistungsverwaltung, öffentlichrechtliche Sonderbindung, Kontrolle. Das alles bündelt sich im Grunde genommen in der Anstalt. Und deswegen glaube ich, daß es wichtig ist, diesem Thema weiter nachzugehen, wobei für mich die Schwerpunkte eben einerseits in dem Realhandeln und der Leistungsverwaltung, verstanden im Sinne betrieblicher Leistungserbringung, liegen und andererseits in der Verselbständigung der rechtsfähigen Anstalt, die besonders, denke ich, im Hinblick auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft wichtig ist. Ich danke Ihnen.

Vorsitzender: Meine verehrten Herren Kollegen, dann will ich mich jedenfalls kurz fassen und Ihren Beifall umsetzen in die Worte des Dankes an die Herren Referenten. Die Lebhaftigkeit und thematische Streuung der Diskussion hat in eindrucksvoller Weise die Ergiebigkeit Ihrer Bemühungen dokumentiert. In diesen Dank darf ich Sie alle einschließen, die Sie an der Diskussion teilgenommen haben, sei es aktiv, sei es dadurch, daß Sie sie in aktiver oder angespannter Aufmerksamkeit unterfangen und gefördert haben. Damit darf ich diesen Teil des heutigen Nachmittags abschließen.

Rupp: Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich möchte die heutige Diskussion und damit die diesjährige wissenschaftliche Tagung der Vereinigung nicht schließen, ohne nicht nochmals Herrn Kollegen *Fleiner-Gerster* unser aller Dank gesagt zu haben. Die Organisation dieser Tagung war perfekt und unübertrefflich; es war vor allem aber die Herzlichkeit und Fröhlichkeit, mit der Sie und Ihre Mitarbeiter die Arbeitslast dieser Tagung bewältigt haben, für die wir uns aufrichtig bedanken möchten.

Fleiner-Gerster: Ich bedanke mich ganz herzlich für diese freundlichen Worte und darf nur sagen, ich war in Deutschland immer so nett empfangen worden, und wir hatten es immer so schön, daß wir uns wirklich alle Mühe geben wollten, um Ihnen einen angenehmen Aufenthalt zu gestalten.

