## Zweiter Beratungsgegenstand: Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel

# Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung

1. Bericht von Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Münster\*

#### Inhalt

		Seite
I.	Ökonomisierung und Europäisierung als Entwicklungs-	
	momente der Selbstverwaltung	367
II.	Elemente einer Empirie und Theorie der Selbstverwaltung.	371
	1. Funktionen der Selbstverwaltung	371
	2. Selbstverwaltung und Staat	375
	3. Handlungsbedingungen	378
	a) Innere Verfassung	378
	b) Aufgabenzuschnitt	380
	c) Aufgabenerfüllung	382
	d) Finanzen	387
III.	· · · · · · · · · · · · · · · · · · ·	389
	1. Verfassungsrechtliche Gewährleistungen	389
	2. Die demokratische Legitimation	392
	3. Die personelle Basis der Willensbildung	395
	4. Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung	397
	5. Vorüberlegungen zu einem Wettbewerbsrecht der	
	öffentlichen Verwaltung	399

<sup>\*</sup> Für ihre freundliche Bereitschaft, mir zur Vorbereitung dieses Vortrages zu Gesprächen zur Verfügung zu stehen, danke ich sehr herzlich: Herrn Ersten Direktor Wilfried Gleitze, Vorsitzender der Geschäftsführung der Landesversicherungsanstalt Westfalen-Lippe, Münster; Herrn Dr. Winfried Haneklaus, Leiter der Stabsstelle Recht des Ruhrverbandes, Essen; Herrn Dr. Jürgen Heß, Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz, Bonn; Herrn Dr. Günter Sokoll, Hauptgeschäftsführer des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften, St. Augustin, sowie den Herren Wehe, Dr. Christe-Zeyse und Dr. Ritsert von der Polizei-Führungsakademie Münster.

## I. Ökonomisierung und Europäisierung als Entwicklungsmomente der Selbstverwaltung

"Na, dann ist es ein Regierungsgletscher." So lässt Mark Twain Mr. Harris, seinen Landsmann und Reisegefährten in der Schweiz, auf die Mitteilung reagieren, dass sich der Gornergletscher so langsam, weniger als einen Zoll pro Tag, zu Tal bewegt. Harris fährt fort: "Hier drüben macht die Regierung alles – deshalb ist alles langsam; langsam und schlecht geführt. Aber bei uns wird alles durch privates Unternehmertum gemacht, und dann gibt's kein großes Herumtrödeln, darauf kannst du dich verlassen." 1

Die Ökonomisierung der öffentlichen Verwaltung, verstanden als die Übernahme von Konzepten aus der Wirtschaft,<sup>2</sup> ist durchaus kein neues Phänomen<sup>3</sup>. Die Kritik des Mr. Harris an der Schweizer Gletscherorganisation läuft auf eine materielle Privatisierung<sup>4</sup> und damit auf eine externalisierende Ökonomisierung<sup>5</sup> hinaus, bei der die Erledigung einer Aufgabe nach privatwirtschaftlichen Prinzipien durch Verlagerung aus der Verwaltung auf private Unternehmen erreicht wird. Daneben lassen sich im Blick auf die Selbstverwaltung andere Formen der Ökonomisierung<sup>6</sup> unterscheiden: bei der terminologischen sind es Begriffe,<sup>7</sup> bei der prakti-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Zitiert nach der Übersetzung von Ana Maria Brock (Mark Twain, Bummel durch Europa, Zürich 1990, 340); das Werk erschien 1880 unter dem Titel "A Tramp Abroad".

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Zum Begriff s. die Nachweise bei Schuppert VVDStRL 42, 216, 224; Gröpl Haushaltsrecht und Reform, 2001, 328; Battis DÖV 2001, 309, 311 ff.; J.-P. Schneider Die Verwaltung 34 (2001), 317 ff.; in der Politikwissenschaft wird er recht unterschiedlich verstanden: So etwa bei Grauhan/Hickel in: dies. (Hrsg.) Krise des Steuerstaats, 1978, 7, 21 als "staatliches Handeln in den Strukturen marktpreisvermittelter Produktion und Verteilung aufzulösen"; bei Pilz Der Steuerungs- und Wohlfahrtsstaat Deutschland, 1998, 15 deutlich weiter: "umfassende Ausrichtung aller individuellen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Verhaltensweisen und Handlungen auf ökonomische Kalküle". Ähnlich wie hier Oettle Die Verwaltung 32 (1999), 291: "Vordringen ökonomischen Denkens im Verwaltungshandeln".

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Als Beispiele seien hier aus dem kommunalen Bereich die Eigenbetriebsverordnung vom 21. 11. 1938 (RGBI. I, 1650), welche die damals vor allem in Norddeutschland längst bestehende Praxis der kaufmännischen Buchführung in Verwaltungsbetrieben sanktionierte (dazu etwa *Storck* Die Eigenbetriebsverordnung, 1939, Erl. zu § 16) und der in das Kommunalabgabengesetz NW vom 21. 10. 1969 (GVBI. NW, 712) aufgenommene Verweis auf die nach "betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten" genannt.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Zur Systematik der Privatisierungsformen s. etwa Schoch DVBl. 1994, 962 ff.; Weiβ Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, 29 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Gröpl (Fn. 2), 336 spricht von "externer Ökonomisierung".

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> S. auch die abweichende Unterscheidung bei Schneider (Fn. 2), 320.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Etwa die Rede vom "Konzern" oder vom Bürger als "Kunden" (dazu Wallerath in: ders. [Hrsg.] Verwaltungserneuerung – Eine Zwischenbilanz der Modernisierung öffentlicher Verwaltungen, 2001, 49); König DVBI. 1997, 239, 240 konstatiert "eine gewisse Vor-

schen sind es Handlungsformen, bei der theoretischen Ökonomisierung schließlich sind es die Erklärungsmodelle, nach denen über die Entwicklung der Verwaltung entschieden wird, die von der Wirtschaft übernommen werden.

"Wirtschaft" kann hier die private Wirtschaft und die dafür entwickelten Managementlehren ebenso meinen wie die Wirtschaftswissenschaft, gerade auch die Volkswirtschaftslehre; deshalb ist die so verstandene Ökonomisierung außerordentlich vielgestaltig. Dementsprechend wenig ist gewonnen, wenn man ein Phänomen als Erscheinungsform der Ökonomisierung charakterisiert.<sup>8</sup>

Allen Formen der Ökonomisierung liegt die Überzeugung zu Grunde, dass es bei dem, was der Staat tut, und dem, was die private Wirtschaft tut, handlungsrelevante Gemeinsamkeiten gibt<sup>9</sup> und dass diese wenigstens in vielen Fällen eine Orientierung der Verwaltung an der Wirtschaft nahe legen.<sup>10</sup> War zu Anfang des 20. Jahrhunderts der Offizier die auch für die Verwaltung maßstäbliche gesellschaftliche Leitfigur,<sup>11</sup> war es an seinem Ende der Konzernvorstand; der dunkle Geschäftsanzug war an die Stelle der Uniform getreten.

Die Ökonomisierung ist gegenwärtig – nicht nur in Deutschland<sup>12</sup> – eines der wichtigen Entwicklungsmomente für die Verwaltung und damit auch für die Selbstverwaltung. Der starke jüngste Schub ist vor allem am Neuen Steuerungsmodell<sup>13</sup> in den Kommunen diskutiert worden. Noch

liebe für eher rhetorische Figurinen". S. auch Voβkuhle Der Staat 40 (2001), 495f.; König DÖV 1995, 349, 354f.; zu ihrer Funktion Pelizzari Die Ökonomisierung des Politischen, 2001, 9f.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> In diese Richtung wohl auch Schoch VBIBW 2000, 41, 42; Schneider (Fn. 2), 318 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> S. dazu *Mehde* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 137ff.; die Unterschiede zwischen Wirtschaft und Verwaltung und ihrer Bedeutung betont *König* DÖV 2001, 617, 619.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Für eine Annäherung von Verwaltung und Wirtschaft im Bewusstsein der Bürger lassen sich seit Ende der sechziger Jahre Anzeichen nachweisen (*Oebbecke* NVwZ 2002, 1195, 1201). Für den jüngsten Schub der Ökonomisierung stellt Wallerath JZ 2001, 209 einen Zusammenhang mit der als Kennzeichen der Postmoderne verstandenen Betonung der "Zweckrationalität des Einzelnen" her.

<sup>11</sup> S. dazu Nipperdey Deutsche Geschichte 1866 - 1918, Bd. 2, 230ff.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Dazu König (Fn. 7) DVBl. 1997, 240; Voßkuhle (Fn. 7), 512 mwN; Reichard in: Wallerath (Fn. 7), 13 ff.; Pünder Kommunales Haushaltsrecht im Umbruch, 2002, 30. Zur Schweiz s. Pelizzari (Fn. 7), passim.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Dazu KGSt-Bericht 5/1993; *Mehde* (Fn. 9), 26ff.; s. auch *Groβ* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 127ff.; *J.-P. Schneider* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 103, 114ff.; *König* (Fn. 9), 618; *Reichard* (Fn. 12), 13ff.; *Pünder* (Fn. 12), 324 (Charakteristika), dort (40 mit Fn. 145) auch umfangreiche Nachweise von Erfahrungsberichten aus der

mehr als über Ökonomisierung<sup>14</sup> wurde und wird über die Europäisierung<sup>15</sup> geschrieben und diskutiert, die schon 1993 auf der Mainzer Tagung der Vereinigung Thema war.<sup>16</sup> Andere, für die (Selbst-)Verwaltung vielleicht ebenso wichtige Entwicklungsmomente, wie das Vordringen schneller Transportmittel oder der Kommunikations- und Informationstechnik<sup>17</sup> und ihre Auswirkungen, etwa den dadurch bedingten Bedeutungsverlust des Raumes, sind bisher auf deutlich weniger Interesse gestoßen.<sup>18</sup>

Was Selbstverwaltung ist, darüber besteht in der Sache weitgehend Einigkeit: <sup>19</sup> Selbstverwaltung üben neben den Kommunen die Träger der Sozialversicherung, die Kammern der Wirtschaft und der freien Berufe, die Universitäten und die öffentlich-rechtlichen Genossenschaften, etwa die Wasserverbände, aber auch die Rundfunkanstalten aus. Als begriffsnotwendig wird man den auf der Basis eigenständiger Willensbildung und unabhängig von staatlichen Vorgaben auszufüllenden Entscheidungsbereich einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ansehen können. <sup>20</sup>

kommunalen Praxis; aus kommunalverfassungsrechtlicher Sicht von Mutius FS Stern, 1997. 685 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> S. etwa Engel/Morlok (Hrsg.) Öffentliches Recht als ein Gegenstand der ökonomischen Forschung, 1998; Wolff/Bachof/Stober Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 2 IV und die Beiträge von J.-P. Schneider, Voβkuhle und Groβ Die Verwaltung 34 (2001), 317 ff., 347 ff., 371 ff. mwN.

<sup>15</sup> Etwa Zuleeg FG von Unruh, 1983, 91 ff.; Engel Die Verwaltung 25 (1992), 437 ff.; Schmidt-Aβmann DVBl. 1993, 924 ff., der, soweit ersichtlich, als erster den Begriff "Europäisierung" benutzt; Ehlers in: Erichsen (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 3; Kadelbach Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999; Schoch VBIBW 1999, 241 ff.; s. auch die Nachweise zur Europäisierung der kommunalen Selbstverwaltung bei Thomas Schäfer Die deutsche kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union. 1998; Hubert Meyer Kommunalrecht, 2. Aufl. 2002, 85.

<sup>16</sup> S. dazu die Beiträge von Zuleeg und Rengeling in: VVDStRL 53 (1994), 154ff., 202ff.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Man mag hier von "Informatisierung" sprechen (Hoffmann-Riem DÖV 1997, 433). Verwaltung war aber schon immer eine informationsverarbeitende Tätigkeit; es wäre zu fragen, ob sich mit der gewachsenen Verfügbarkeit die Menge nicht nur der gespeicherten, sondern auch der effektiv verarbeiteten Informationen geändert hat.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Zu den Auswirkungen auf die Kooperationsintensität s. Oebbecke in: Pieroth (Hrsg.) Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, 113, 131.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Mit Abweichungen in der Formulierung Hendler Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, 284; ders. in: HStR IV, 2. Aufl. 1999, § 106 Rn. 12ff.; Emde Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 366; Jestaedt Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 69; Kluth Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 25; von Unruh VerwArch 92 (2001), 531, 536; Kluth Die Verwaltung 35 (2002), 349, 352f.; Groβ DVBl. 2002, 1182, 1191 f.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> S. etwa Hendler Selbstverwaltung (Fn. 19), 284; Hufen in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, SDSRV 34 (1991), 43, 54 hat für ein stärker materielles Verständnis

Als personelles Substrat dieser eigenständigen Willensbildung "die Betroffenen"<sup>21</sup> zu bezeichnen, ist problematisch, weil regelmäßig durchaus nicht alle Betroffenen einbezogen werden und nicht selten erst die Einbeziehung die Betroffenheit begründet.<sup>22</sup> Eher schon ließe sich von den mit der Selbstverwaltung "Betrauten" sprechen. Die Rede von der Betroffenheit verdeckt zum Beispiel,<sup>23</sup> dass es Alternativen gab, als die Arbeitgeber in die Rentenversicherung, die nicht-wissenschaftlichen Mitarbeiter in der Universität oder die Erschwerer in die Wasserverbände,<sup>24</sup> nicht aber die Einwohner der Speckgürtel in die großstädtische Selbstverwaltung oder die Organisationen des Gesundheitswesens in die Willensbildung einer Rundfunkanstalt einbezogen wurden. Der jeweilige Träger der Selbstverwaltung wird nicht anhand einer tatsächlich unausweichlich vorgegebenen engen Sachbeziehung zum Gegenstand der Selbstverwaltung festgestellt,<sup>25</sup> sondern politisch bestimmt.<sup>26</sup>

In dem Sinne, wie Selbstverwaltung etwa in Ansehung der Grundrechtsbindung staatliche Verwaltung ist,<sup>27</sup> sind die von ihr wahrgenommenen Aufgaben staatliche Aufgaben oder werden es mit der Zuweisung an die Selbstverwaltung. Die Beispiele der Rundfunkanstalten oder der Jagdgenossenschaften zeigen, dass es sich aber nicht um originär staatliche oder um dem Staat vorbehaltene Aufgaben handeln muss;<sup>28</sup> das staatliche Interesse kann sich in der Schaffung von angemessenen Bedingungen für die Wahrnehmung nicht staatlicher, öffentlicher oder privater, Interessen erschöpfen.

als "gemeinsame Wahrnehmung des Grundrechts freier Selbstbestimmung im Rahmen des öffentlichen Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben" plädiert; kritisch Schnapp StWissStPrax 9 (1998), 149, 150f.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Etwa BVerfGE 33, 125, 159; *Hendler* in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 15ff.; *von Unruh* (Fn. 19), 536; *Groβ* (Fn. 19), 1191 f.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Kritisch auch Jestaedt Die Verwaltung 35 (2002), 293, 307ff.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Weitere Unschärfen kommen hinzu; im Recht der Sozialversicherung sind zB auch nicht alle Versicherten Mitglieder (dazu etwa *Bieback* FS Gitter, 1995, 83, 87f.).

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> S. dazu § 8 Abs. 1 Nr. 2 Wasserverbandsgesetz.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Zu den Problemen einer Anknüpfung von Rechtsfolgen an den Betroffenenbegriff Schmidt-Aβmann AöR 116 (1991), 329, 372.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Plastisch aus der Geschichte der Sozialversicherung *Geis* in: Schnapp (Hrsg.) Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip am Beispiel der Sozialversicherung, 2001, 65, 66f.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Dazu Schmidt-Aßmann GS Martens, 1987, 249, 258.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Schuppert FG von Unruh, 1983, 183, 186 nennt hier auch die berufsständische Selbstverwaltung.

## II. Elemente einer Empirie und Theorie der Selbstverwaltung

## 1. Funktionen der Selbstverwaltung<sup>29</sup>

Wie andere Formen der Dezentralisierung<sup>30</sup> wirkt Selbstverwaltung freiheitssichernd,<sup>31</sup> nicht nur durch die Verfassung grundrechtlicher Freiheit,<sup>32</sup> sondern auch weil sie durch vertikale Gewaltenteilung<sup>33</sup> und die Etablierung einer Vielzahl selbständiger Entscheidungszentren Ausweichmöglichkeiten für die Klienten der Verwaltung wie für das Personal sichert<sup>34</sup> sowie unterschiedliche Problemwahrnehmungen und Lösungsperspektiven ermöglicht.<sup>35</sup>

Die Selbstverwaltung hat es ähnlich wie andere Formen der Dezentralisierung mit Problemlagen zu tun, die in sachlicher, räumlicher oder personeller Hinsicht begrenzt sind. Wo die Probleme unterschiedlich sind, können ihre Lösungen deshalb besser an die jeweiligen Besonderheiten angepasst sein.<sup>36</sup> Auch wo nicht regionale oder andere Differenzen Berücksichtigung verlangen, reduziert die Sach- und Problemnähe die Menge der bei Entscheidungen zu verarbeitenden Informationen sowie die Kosten ihrer Erhebung und Verarbeitung. Diese Vorteile der Nähe gehen notwendig einher mit Nachteilen, etwa einem gewissen Risiko von Filz und Selbstbedienung,<sup>37</sup> immer und vor allem aber mit der deutlich erschwerten Rückkopplung zwischen Vollzug und Gesetzgeber.<sup>38</sup> Wo

<sup>29</sup> Dazu Geis (Fn. 26), 66ff.; Bieback (Fn. 23), 91 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Dazu Schuppert (Fn. 28), 187; Hendler Selbstverwaltung (Fn. 19), 345ff.; Schuppert AöR 114 (1989), 127, 129ff.; Dreier in: ders. (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 28 Rn. 79; weil es sich bei der Selbstverwaltung wie beim Bundesstaat um einen "Unterfall staatlicher Dezentralisation" (Isensee FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, 719, 747) handelt, decken sich die Funktionen von Selbstverwaltung und Föderalismus zu einem guten Teil.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Dazu Schnapp FG von Unruh, 1983, 881, 898; Oeter in: Engel/Morlok (Fn. 14), 119ff.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Zum Beispiel der Hochschulen s. *Hendler* Selbstverwaltung (Fn. 19), 310; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 25), 381 f.

<sup>33</sup> Etwa Hendler Selbstverwaltung (Fn. 19), 328, 347.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Die Ökonomie spricht von der Option "exit"; dazu – auch zu den Problemen – *Oeter* (Fn. 31), 126 und *Sauerland* Föderalismus zwischen Freiheit und Effizienz, 1997, 59 ff.

<sup>35</sup> Zur Pluralitätssicherung Kühne DÖV 1997, 1, 2 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Das System hat damit die Möglichkeit "ein differenziertes Gefüge unterschiedlicher politischer "Menüs" anzubieten, die den unterschiedlichen lokalen und regionalen Präferenzordnungen entsprechen", *Oeter* (Fn. 31), 128.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Dazu Schmidt-Aβmann (Fn. 27), 256; Frotscher FG von Unruh, 1983, 127, 141; Hendler in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 74.

<sup>38</sup> Dazu Oebbecke in: Lhotta u.a. (Hrsg.) Deutsche und Europäische Verfassungsgeschichte: Sozial- und rechtswissenschaftliche Zugänge, 1997, 35, 37, 45 ff.

Selbstverwaltung zuständig ist, fehlen den Ministerien als Gesetzgebungsstäben<sup>39</sup> die Informationen, über die sie sonst als Spitze der staatlichen Verwaltungsorganisation verfügen.<sup>40</sup> Diese Schwierigkeiten der Rückkopplung werden zum Teil durch Verbände, wie sie für die Selbstverwaltung typisch sind,<sup>41</sup> und ihre Mitwirkung an der staatlichen Gesetzgebung kompensiert.<sup>42</sup> Die Verlagerung von Normsetzungsbefugnissen auf die europäischen Institutionen verkürzt die Freiräume der Selbstverwaltung nicht stärker als dies die nationale Gesetzgebung getan hat;<sup>43</sup> sie erschwert jedoch diese Einflussnahme auf die Normsetzung und damit die Einbringung von Vollzugserfahrungen.<sup>44</sup> Der Aufbau von Verbänden der Selbstverwaltung auf europäischer Ebene<sup>45</sup> wird in vielen Bereichen da-

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> S. dazu *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 196.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> In Grenzen gelangen solche Informationen allerdings über die Aufsichtsbehörden an die Ministerien; dazu *Oebbecke* DÖV 2001, 406, 409.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Zu den kommunalen Spitzenverbänden: Dittmann in: Achterberg/Püttner (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 18 Rn. 105, 109ff.; Weinberger in: HdbKWP, Bd. 2, 2. Aufl., 1982, 474ff.; sowie www.staedtetag.de, www.dstgb.de und www.landkreistag.de. - Zu den Verbänden der Sozialversicherungsträger: Hein Die Verbände der Sozialversicherungsträger in der Bundesrepublik Deutschland, 1990; Ruland DRV 1988, 359; zur Rentenversicherung s. § 146 SGB VI; Ruland DRV 1994, 543 sowie www.vdr.de; zur Unfallversicherung Bieback (Fn. 23), 102 f.; Watermann in: Lauterbach, Unfallversicherung Sozialgesetzbuch VII, Loseblatt, Stand Oktober 2001, § 114 Rn. 18ff. sowie www.hvbg.de, www.lsv-de.de und www.unfallkassen.de. - Zu den Hochschulen: Erichsen in: Flämig u.a. (Hrsg.) HdbWissR, Bd. 2, 2. Aufl. 1996, 1637 ff. sowie www.hrk.de; neben der Hochschulrektorenkonferenz hat sich eine Kooperation der Kanzler mit regelmäßigen Treffen und Ansätzen einer Organisation entwickelt. - Zu den Wasserverbänden: Mit rund 1000 Mitgliedern aus Bremen, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt ist der Wasserverbandstag mit Sitz in Hannover tätig (www.wasserverbandstag.de); ähnliche Organisationen bestehen in einigen anderen Ländern; als Dachorganisation wird der Deutsche Bund der verbandlichen Wasserwirtschaft tätig; Präsidium und Geschäftsführung liegen beim Wasserverbandstag Hannover. Die großen Wasserverbände Nordrhein-Westfalens pflegen eine nicht verbandlich organisierte Kooperation; es finden zweimal jährlich Treffen der Geschäftsführer und verschiedener Fachleute statt.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Zur Rolle der kommunalen Spitzenverbände im Gesetzgebungsverfahren *Leidinger* FS Schäfer, 1980, 162 ff.; *Meyer* ZG 1994, 262 ff.; *Riederle* Kommunale Spitzenverbände im Gesetzgebungsverfahren, 1995.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Zur Bindung der Selbstverwaltung an das europäische Recht s. *Zuleeg* (Fn. 16), 188f.

<sup>44</sup> S. Oebbecke (Fn. 38), 48.

<sup>45</sup> Zu den Trägern der Sozialversicherungen: Terwey ZSR 1999, 784; zur Europaarbeit der deutschen Sozialversicherungsträger: Terwey DRV 1993, 93; Ruland DRV 1994, 553 und das Schaubild bei Glomdik DRV 1994, 141, 142. – Zu den Hochschulen: Erichsen (Fn. 41), 1649. – Zu den Kommunen: Dieckmann DÖV 2000, 457 ff. mwN auch auf Internet-Quellen. Die deutschen kommunalen Spitzenverbände haben ihre Europaarbeit in einer am 1. 4. 2002 in Kraft getretenen Vereinbarung neu geregelt. – Die bestehenden Or-

durch erschwert, dass vergleichbare Selbstverwaltungsstrukturen in den anderen Mitgliedstaaten fehlen.<sup>46</sup>

Wie der Föderalismus weist die Selbstverwaltung eine große Nähe zum Wettbewerb auf.<sup>47</sup> Dabei wirken verschiedene Mechanismen:<sup>48</sup> Marktlicher Wettbewerb findet um Personal statt, um Studierende, um Hörer und Zuschauer, um Ansiedlungen oder um Events wie Fußball-Weltmeisterschaftsspiele. Schon weil in weiten Bereichen ausschließliche Zuständigkeiten bestehen, die einen solchen marktlichen Wettbewerb verhindern,<sup>49</sup> ist eine andere Form des Wettbewerbs deutlich wichtiger, nämlich die kooperative Konkurrenz<sup>50</sup> um bessere Lösungen und bessere Leistungen.<sup>51</sup> Dabei geht es nicht um Nullsummenspiele; alle Konkurrenten können profitieren. Die Teilnehmer an der Konkurrenz bilden eine Lerngemeinschaft; man kann sich am anderen messen, sich über dessen Praxis informieren und Know-how von einander übernehmen.<sup>52</sup> So typisch im marktlichen Wettbewerb die Geheimhaltung von Lösungswissen vor den Wettbewerbern ist, so typisch ist für kooperative Konkurrenz der Informationsaustausch und seine mehr oder weniger stark formalisierte Ins-

ganisationen greifen in ihrem Mitgliederbestand häufig deutlich über die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft hinaus; keinesfalls darf man sie deshalb auf die Funktion der Interessenvertretung gegenüber den Organen der Gemeinschaft reduzieren.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Zum Rechtsvergleich Groß (Fn. 19), 1184ff, mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Aus der ökonomischen Literatur s. etwa Sauerland (Fn. 34), 16ff.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Zum folgenden s. *Oebbecke* StWissStPrax 8 (1997), 461 ff.; wenn *Ruffert* DÖV 1998, 897, 903 von "kompetitiver Selbstverwaltung" spricht, bezeichnet "kompetitiv" den Prozess des Ausgleichs gegenläufiger (Gruppen-)Interessen in der Sozialversicherung durch Verhandlungen und Verträge.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> König DÖV 1998, 963, 966. Anders als *Gröpl* (Fn. 2), 341 meint, verhindert nicht der pflichtige Charakter einer Aufgabe den Wettbewerb, sondern die Ausschließlichkeit der Zuständigkeit; es gibt Beispiele von Wettbewerb bei pflichtigen Aufgaben (s. etwa *Greiwe* Wettbewerb zwischen Schulen, 2001).

<sup>50</sup> Adamaschek/Banner zit. bei Machura Die Verwaltung 32 (1999), 403, 418, sprechen mit anderer Akzentuierung von "sportlichem Wettbewerb". Die Bezeichnung "virtueller" (König [Fn. 7] DVBI. 1997, 244ff.; Gröpl [Fn. 2], 342) oder "potentieller Wettbewerb" (Sauerland [Fn. 34], 17) verkennt, dass diese Konkurrenz sehr real ist. Jeder Verantwortliche gerät in Begründungsnot, wenn er auf Dauer erkennbar "schlechter ist" als andere; auch abgesehen von diesem Druck wollen nach wie vor die meisten ihre Sache ohnehin möglichst gut machen; beim "Wettbewerb der Systeme" (Woll Reform der Hochschulausbildung durch Wettbewerb, 2001, 38ff.) handelt es sich um eine Form des marktlichen Wettbewerbs, die entscheidend auf reale Mobilität angewiesen ist.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Dazu Wallerath (Fn. 10), 213; Oeter (Fn. 31), 135 ff., 146 f.; Oebbecke in: Henneke (Hrsg.) Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet? Professorengespräch 1998 des Deutschen Landkreistages, 1998, 47, 57; Oates in: Guy Kirsch (Hrsg.) Föderalismus, 1977, 15, 22.

<sup>52</sup> Dazu Oates (Fn. 51), 21; Mehde (Fn. 9), 117.

titutionalisierung, meist in Verbandsform. Erst dieser Austausch schafft die Bedingungen dafür, dass sich Erfahrungen und Innovationen ausbreiten und damit von anderen genutzt und weiterentwickelt werden können.<sup>53</sup> Dergestalt kooperativ konkurrierende Aufgabenwahrnehmung erzeugt, verbreitet und optimiert Lösungswissen und beschleunigt die Anpassung der Verwaltung an veränderte Bedingungen.<sup>54</sup>

Die Wahrscheinlichkeit, dass Neues gedacht und – wegen der kleineren trägen Massen – dass es dann auch umgesetzt wird, ist in der Selbstverwaltung schon wegen der größeren Zahl der Entscheidungszentren erhöht.<sup>55</sup> Normative Vorgaben verbessern zwar durch Angleichung der Problemlagen die Bedingungen für das gegenseitige Lernen,<sup>56</sup> sie reduzieren aber die Spielräume für die praktische Realisierung von Innovationen; zwischen diesen beiden Polen sind im Zuge der Diskussion um eine neue Steuerung durch die Schaffung von Experimentierklauseln<sup>57</sup> vor allem in der kommunalen Selbstverwaltung Spielräume zurück gewonnen worden.<sup>58</sup>

Manche Formen der Ökonomisierung können Innovationen bei der Aufgabenerfüllung indessen abträglich sein. So ist der Nutzen des Neuen in einer Kosten- und Leistungsrechnung häufig erst nach Jahren ablesbar und ein qualitativ neuartiger Nutzen lässt sich quantitativ erst abbilden, wenn zusätzlich zur Neuerung selbst auch neue Mess- und Abbildungsverfahren durchgesetzt sind; honoriert wird er erst, wenn auch die Anreizverfahren entsprechend umgestellt sind. Je genauer bekannte Größen gemessen und belohnt werden, desto weniger wahrscheinlich entsteht im Rahmen des ökonomisch angestrebten rationalen Verhaltens Nutzen, der mit den etablierten Methoden nicht messbar ist. Das Problem lässt

<sup>53</sup> Es liegt auf der Hand, dass die Implantierung marktlicher Elemente – etwa des Wettbewerbs um begrenzte Haushaltsmittel – dem Informationsaustausch abträglich sein kann.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Stärker den Gesichtspunkt der Koordination betont *Schwerdtfeger* in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, SDSRV 34 (1991), 123 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Zu den Innovationspotentialen der Dezentralisierung *Hauschildt* FG von Unruh, 1983, 79, 87; *Oebbecke* (Fn. 51), 57.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Dazu *Oebbecke* (Fn. 48), 471 f.

 $<sup>^{57}</sup>$  S. etwa  $\S$  7 Abs. 2 S. 1 HG NW oder die Bestimmungen der  $\S\S$  18a BSHG, 421d SGB III.

<sup>58</sup> Dazu etwa Siedentopf DÖV 1995, 193 ff.; Lange DÖV 1995, 770 ff.; Jutzi DÖV 1996, 25 ff.; Brüning DÖV 1997, 278 ff.; Grzeszick Die Verwaltung 30 (1997), 545 ff.; von Mutius (Fn. 13), 713 ff.; Borchert in: Ziekow (Hrsg.) Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, 161 ff.; Mehde (Fn. 9), 352 f.; sowie die Beiträge in Hill/Klages (Hrsg.) Jenseits der Experimentierklausel, 1996. Nachweise der Normen aus den Kommunalverfassungen der Länder bei Strätker in: Wallerath (Fn. 7), 195.

sich mit klug gewählten Summenparametern reduzieren, aber nicht beseitigen.

Selbstverwaltung schafft Freiräume für Mitwirkung und damit Selbstverwirklichung;<sup>59</sup> sie kann disziplinieren<sup>60</sup> und Akzeptanz sichern.<sup>61</sup> Die Übertragung auf Selbstverwaltungsträger isoliert Aufgaben stärker als dies bei der Schaffung staatlicher Sonderbehörden der Fall ist; es entfällt der koordinierende Einfluss der Bündelung in der Mittelinstanz oder auf der Ebene der Regierung und vor allem entfällt der hierarchische Durchgriff. Die Aufgaben stehen nicht oder nur in einer vergleichsweise reduzierten Konkurrenz mit anderen Aufgaben; davon profitieren Kontinuität und Qualität ihrer Wahrnehmung.

#### 2. Selbstverwaltung und Staat

Soweit der Selbstverwaltung übertragene Entscheidungsbereiche der demokratischen Willensbildung des Staates entzogen sind, ist die traditionelle Entgegensetzung von Demokratie und Selbstverwaltung<sup>62</sup> berechtigt;<sup>63</sup> wo Selbstverwaltung autonom entscheidet, entscheidet nicht der Staat. Die Entgegensetzung ist unberechtigt, weil Selbstverwaltung ihrerseits demokratisch entscheidet.<sup>64</sup> Sie ist auch unberechtigt, weil Selbstverwaltung durch Entlastung der staatlichen Willensbildung<sup>65</sup> die Funktionsbedingungen der Demokratie im Staat verbessert.<sup>66</sup> Nutzen wie Gefahren einer Aufgabenverlagerung auf die Selbstverwaltung liegen heute nicht zuletzt in der Verlagerung der Entscheidungsgegenstände und -verfahren vom Grundsätzlich-Allgemeinen ins Pragmatisch-Besondere

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Klages FG von Unruh, 1983, 41 ff.; zur "Erziehungsfunktion" s. Merten VVDStRL 55 (1996), 7, 34f. mwN.

<sup>60</sup> S. etwa Hendler Selbstverwaltung (Fn. 19), 353 ff.; Schuppert (Fn. 30), 132 ff.; zum Beispiel der Kammern Brohm FG von Unruh, 1983, 777, 783 ff.

<sup>61</sup> Hendler in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 76.

<sup>62</sup> Dazu Frotscher (Fn. 37), 134ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Dezidiert als Ausnahme vom demokratischen Prinzip versteht *Geis* (Fn. 26), 78 die Selbstverwaltung; *Breuer* FG von Unruh, 1983, 855, 870 spricht von einem "strukturfremden Element"; *Dreier* (Fn. 39), 275 von der "Entgegensetzung von Partikular- und Popularwillen, demokratischer Gesamtheit und demokratischer Teilpopulation"; s. auch *Merten* (Fn. 59), 35.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Dazu Haverkate VVDStRL 46 (1988), 217, 238; von Arnim DÖV 1990, 85, 90; Schmidt-Aβmann (Fn. 27), 251 ff., 256 f.; ders. FS 50 Jahre Bundesversassungsgericht, 2001, 803 ff. mwN.

<sup>65</sup> Dazu Schuppert (Fn. 30), 139ff.; Ruland DRV 1993, 684, 695; Hendler in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 71.

<sup>66</sup> S. dazu Lübbe-Wolff VVDStRL 60 (2001), 246, 279 ff.; Dreier (Fn. 30), Rn. 79; Starck in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 29 Rn. 35.

und der damit einhergehenden Reduzierung der Medienöffentlichkeit; die landesweite Einführung von Studiengebühren verursacht mehr öffentliche Aufmerksamkeit als wenn einzelne Hochschulen je für sich darüber entscheiden.

Weil das staatliche Interesse an einer Aufgabe nicht mit der Übertragung auf die Selbstverwaltung endet<sup>67</sup> und weil jede Aufgabenerfüllung externe Effekte hat, bedarf die Selbstverwaltung der Steuerung und der Koordination durch den Staat.<sup>68</sup> Das klassische Mittel dazu ist das Gesetz. Je engmaschiger die gesetzlichen Vorgaben für die Selbstverwaltung, desto enger ist allerdings ihr Spielraum und desto gravierender sind auch die erwähnten Rückkopplungsprobleme. Ohne relevante und intelligent arrangierte Entscheidungsfreiräume ist Selbstverwaltung ineffektiv.<sup>69</sup> Die gesetzliche Unfallversicherung, die eine ganz ähnliche Verfassung aufweist wie die Renten- oder Krankenversicherung, hat ihre Leistungen über Jahrzehnte verbessert, ihre Beiträge dabei aber stabil gehalten.<sup>70</sup> Anders als die genannten Zweige verfügt sie nämlich vor allem bei der Prävention und Rehabilitation<sup>71</sup> über breite und der Entschädigung sinnvoll zugeordnete Entscheidungsfreiräume.<sup>72</sup>

Der Staat steuert nicht allein über Gesetze, sondern vor allem auch über Geld. Bei den Hochschulen steuerte er bislang unmittelbar über den staatlichen Haushalt und dessen Bewirtschaftung durch die Ministerien.<sup>73</sup> Das neue Instrument der Zielvereinbarung substituiert diese Form der finanziellen Steuerung;<sup>74</sup> wo eher Zweckzuweisungen üblich sind, kommt es nicht recht zum Zuge. Eine Bindung, wie sie zwischen Hochschulen und Staat durch die Zielvereinbarung intendiert sein kann,<sup>75</sup> wird bei der

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Betont wird dieses Interesse für den Hochschulbereich von *Bull/Mehde JZ* 2000, 650, 658.

<sup>68</sup> Hendler in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 70.

<sup>69</sup> Zum Umfang solcher Spielräume in der Sozialversicherung bereits 1983 Schnapp (Fn. 31), 881: "De facto tendieren sie beim augenblicklichen Stand der Dinge gegen Null". Zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung: Muckel in: Schnapp (Fn. 26), 151, 158ff.; DRV 1993, 657, 659ff.; zur Krankenversicherung Axer Die Verwaltung 35 (2002), 377, 380ff.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Der Beitragssatz liegt heute etwas niedriger als vor vierzig Jahren (Beitragskonstanz der Unfallversicherung, FAZ Nr. 150 v. 2. 7. 2002, 12).

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> S. den Vergleich bei *Rische* in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, SDSRV 34 (1991), 81 ff.

<sup>72</sup> Bieback (Fn. 23), 89ff.

<sup>73</sup> Lorenz JZ 1981, 113, 118.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> S. dazu Trute WissR 33 (2000), 134, 138; Hoffacker DÖV 2001, 681, 682.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Zur Bindung an solche Vereinbarungen *Uerpmann JZ* 1999, 644ff.; *Trute* (Fn. 74), 147ff.; *Hill* NVwZ 2002, 1059, 1062.

Zweckzuweisung an Kommunen oder Wasserverbände durch den bewilligenden Verwaltungsakt und seine Nebenbestimmungen erreicht.

Ist und bleibt das Gesetz das wichtigste Steuerungsinstrument des Staates gegenüber der Selbstverwaltung, muss seine Beachtung sichergestellt sein. Das klassische Mittel dafür ist die gern als Korrelat der Selbstverwaltung bezeichnete staatliche Aufsicht. Das einzige Mittel ist sie nicht. Alternativen wie Informations- und Klagerechte der Mitglieder könnten sie sogar entbehrlich machen. Die Zwangsverbände werden durch ihre Mitglieder recht effektiv im Rahmen der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben gehalten.

Wo Entscheidungen der Selbstverwaltung durch die Anwendung ökonomischer Methoden rationalisiert werden, wird auch ihr Nachvollzug und damit ihre Kontrolle erleichtert. Die Aufsicht kann sich dann selbst solcher Methoden bedienen. Verbesserte Entscheidungsverfahren der Selbstverwaltung können so in der Hand der Aufsicht zur Reduzierung oder Aufhebung normativ zugewiesener Freiräume führen.<sup>81</sup> Wo der Staat sich durch den Abschluss verbindlicher Kontrakte in ein Verhältnis der Gleichordnung zur Selbstverwaltung begibt, kann er nicht zur Durchsetzung auf die hoheitlichen Mittel der Aufsicht zurückgreifen, sondern muss den Klageweg beschreiten.<sup>82</sup> Faktisch ist die Selbstverwaltung allerdings gegen eine Intensivierung der Aufsicht durch personelle Engpässe der Aufsichtsbehörden ohnehin weitgehend geschützt.<sup>83</sup>

<sup>76</sup> Oebbecke (Fn. 40), 407.

<sup>77</sup> BVerfGE 6, 104, 118; 78, 331, 341; Dreier (Fn. 30), Rn. 107 mwN.

<sup>78</sup> Zur Europäisierung der Aufsicht Ehlers DÖV 2001, 412 ff.; Darsow LKV 2002, 1, 5f.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Oebbecke DÖV 2002, 353; für die Unverzichtbarkeit der Aufsicht Schmidt-Aßmann (Fn. 25), 358; Kahl Die Staatsaufsicht 2000, 496f. Die Effektivität der Durchsetzung des objektiven Rechts durch Individualklagen wird nachdrücklich durch die Erfahrungen im Europarecht belegt (dazu Masing Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, 19ff.).

<sup>80</sup> Dazu BVerwGE 34, 69ff.; 64, 115ff.; 112, 69ff.; BVerfG-K, NVwZ 2002, 335, 337; anders für Krankenkassen BVerfG, NJW 1988, 2289; aus dem Schrifttum etwa Ress WiVerw 1979, 157ff.; Laubinger VerwArch 74 (1983), 175, 263ff.; Meßerschmidt VerwArch 81 (1990), 55ff.

<sup>81</sup> Dazu Kahl (Fn. 79), 542.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Hier muss Ähnliches gelten wie beim verwaltungsrechtlichen Vertrag mit dem Bürger. Zum Problem auch *Uerpmann* (Fn. 75), 651 f.; *Trute* (Fn. 74), 155.

<sup>83</sup> Zu Recht spricht Kahl (Fn. 79), 495 von einem "massiven Vollzugsdefizit".

## 3. Handlungsbedingungen

## a) Innere Verfassung

Dass Selbstverwaltung traditionell in weiten Bereichen mit Zwangsmitgliedschaft einhergeht, ist dem Trittbrettfahrerproblem bei den nicht marktgängigen Gütern geschuldet, welche die Selbstverwaltung als Verwaltungsleistungen erzeugt. Bei der rechtlichen Beurteilung von Zwangsmitgliedschaften wird man künftig auch<sup>84</sup> die Europäische Menschenrechtskonvention berücksichtigen müssen;<sup>85</sup> so hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die zwangsweise Einbeziehung von kleinen Grundeigentümern in die französischen Jagdgenossenschaften beanstandet.<sup>86</sup>

Die Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft bei der Einräumung von Mitwirkungsrechten in der Selbstverwaltung beschränkt sich heute im Wesentlichen<sup>87</sup> auf die kommunale Selbstverwaltung. Hier zeigt sich ihre Nähe zur dezentralisierten Staatlichkeit der Länder,<sup>88</sup> am Wahlrecht für die Unionsbürger aber auch die fortbestehenden Unterschiede.<sup>89</sup> Nach der Einfügung des Art. 28 Abs. 1 S. 3 in das Grundgesetz führt dogmatisch kein Weg an der verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit des Kommunalwahlrechts für andere Ausländer vorbei; rechtspolitisch bleibt der

<sup>84</sup> Zu den gemeinschaftsrechtlichen Restriktionen s. Kluth Die Verwaltung (Fn. 19), 371 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Auch sonst darf die Aufmerksamkeit nicht auf den Rahmen der Europäischen Gemeinschaft verengt werden; in den verschiedenen Bereichen der Selbstverwaltung kommen wichtige Impulse aus weiter ausgreifenden Kooperationen der Staaten oder der Verbände. Vgl. die Beispiele der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung (dazu Galette FG von Unruh, 1983, 1077 ff.; Schaffarzik Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 2000), der sog. Äquivalenzkonventionen des Europarats (dazu Krüger in: HdbWissR, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, 189 ff.) und des sog. Bologna-Prozesses zur Schaffung eines europäischen Hochschulraumes (dazu etwa: www.bologna-berlin2003.de).

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> EGMR, NJW 1999, 3695 ff. Ob die Entscheidung auf die Rechtslage in Deutschland übertragbar ist, wird unterschiedlich beurteilt; vorsichtig dafür *Sojka* AgrarR 2000, 73 f.; dagegen *Dietlein* AgrarR 2000, 76 ff.; von *Pückler* AgrarR 2001, 72 ff.

<sup>87</sup> Die Handwerksordnung verzichtet seit dem Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, anderer handwerksrechtlicher Vorschriften und des Berufsbildungsgesetzes v. 20. 12. 1993 (BGBl. I 2256, 2261) auf die deutsche Staatsangehörigkeit als Wählbarkeitsvoraussetzung. § 5 Abs. 2 c Landwirtschaftskammergesetz NW berücksichtigt die europarechtlichen Vorgaben bei der Wahlberechtigung seit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung von Landwirtschaftskammern im Lande Nordrhein-Westfalen v. 20. 6. 1989 (GVBl. NW 436).

<sup>88</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 64), 805 f.

<sup>89</sup> Zuleeg (Fn. 15), 106, hat noch 1983 deutlich Skepsis im Hinblick auf die Realisierbarkeit eines solchen Wahlrechts geäußert und hinter den Einwänden dagegen den "nationalen Gedanken" gesehen.

Ausschluss großer Teile der Wohnbevölkerung von der Mitwirkung in den Kommunen problematisch.

Der Intensitätsgrad der Mitwirkung an der Selbstverwaltung, ihre partizipatorische Effektivität als Element ihrer "Selbstverwirklichungsleistung"90 ist wegen der Unterschiede in Aufgaben, Größe, Traditionen und sozialer Kohärenz der Selbstverwaltungsträger sehr verschieden.91 In der genossenschaftlichen Selbstverwaltung, die für ihre Mitglieder zwar begrenzte, aber klar definierte und durch Mitfinanzierung materiell verdeutlichte Interessen wahrnimmt, funktioniert die Beteiligung der Mitglieder an der Selbstverwaltung gut. Dagegen lassen die nur reduzierten Entscheidungsspielräume und die Schwierigkeiten der Kommunikation in Massenorganisationen die herkömmlichen Instrumente der Willensbildung von unten nach oben etwa bei der Rentenversicherung an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit stoßen;92 eine rechtspolitische Antwort könnte darin liegen, wie bei den Rundfunkanstalten die individuelle Mitwirkung an der Selbstverwaltung auch de iure<sup>93</sup> durch die Indienstnahme von Organisationen zu ersetzen, also von einer partizipativen Struktur auf eine korporative<sup>94</sup> überzugehen.<sup>95</sup>

Die in der kommunalen Selbstverwaltung zu beobachtende Ausbreitung<sup>96</sup> direkt-demokratischer Elemente<sup>97</sup> ist kein allgemeiner Trend in der Selbstverwaltung; hier drückt sich eher die bereits erwähnte Nähe zur dezentralisierten Staatlichkeit in den Ländern aus. Eine Annäherung der

<sup>90</sup> Klages (Fn. 59), 49.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Auch hinsichtlich der Mitwirkung bei den Wahlen und anderen Formen der Mitwirkung ist zu differenzieren; nach Auffassung von Praktikern spielen etwa die Ausschüsse in der Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger eine wichtige Rolle; dazu Kruse/Kruse Sozialversicherung 2000, 200ff. Zur Situation in der normalen Selbstverwaltung Graf Vitzthum/Kämmerer Bürgerbeteiligung vor Ort, 2000, 10ff.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Ruland (Fn. 65), 692f.; bei den Sozialwahlen 1999 fanden nur bei 15 von 548 Sozialversicherungsträgern Wahlhandlungen statt, bei den anderen sog. Friedenswahlen (dazu unten III 2); s. Schlussbericht der Wahlbeauftragten über die allgemeinen Wahlen in der Sozialversicherung im Jahre 1999, 5; zu den Krankenversicherungen s. auch Axer (Fn. 69), 384f. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Die soziale Selbstverwaltung wird im Schrifttum als faktisch verbandsgesteuerte Verwaltung angesehen; dazu *Schuppert* (Fn. 28), 192 ff.; *Hendler* in: von Maydell/Ruland (Hrsg.) Sozialrechtshandbuch, 2. Aufl. 1996, 217; nach *Bieback* (Fn. 23), 92, trägt die Selbstverwaltung der Sozialversicherung "stark korporatistische Züge eines Arrangements der großen Arbeitsmarktverbände".

<sup>94</sup> Zu dieser Systematik Groß (Fn. 13), 61 ff.

<sup>95</sup> Zu Vor- und Nachteilen Geis (Fn. 26), 86f.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> S. *Dustmann* Die Regelung von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in den Kommunalverfassungen der Flächenstaaten der Bundesrepublik Deutschland, 2000, 23 ff.

<sup>97</sup> Dazu etwa Schliesky ZG 1999, 91 ff.; Gabriel ZG 1999, 299 ff.

inneren Verfassung an das organisatorische Vorbild privater Unternehmen, wie es sie im Hochschulrecht, 98 aber auch in der sozialen 99 und genossenschaftlichen 100 Selbstverwaltung gegeben hat, lag auch für die kommunale Selbstverwaltung auf der Linie der Neuen Steuerung. 101 Die Breite und Offenheit der Aufgabenzuweisung der Kommunen und die politische Rationalität, der gewählte Ratsmitglieder genügen müssen, 102 haben diese Form praktischer Ökonomisierung verhindert; 103 die Ausbreitung der volksgewählten Bürgermeister 104 hat im Gegenteil die ganz andere Ausrichtung der inneren Kommunalverfassung weiter verfestigt. 105

## b) Aufgabenzuschnitt

Wie die staatliche Verwaltung nimmt auch die Selbstverwaltung büromäßig Aufgaben wahr. Stärker als für jene ist für die Selbstverwaltung aber die Aufgabenerfüllung durch fachlich-technische Einrichtungen und durch tatsächliche Erfolgsbewirkung typisch. Diese faktische Leistungserbringung lässt sich häufig relativ leicht materiell privatisieren und damit, wenn überhaupt ein Markt besteht, in den Wettbewerb stellen. Formelle Privatisierungen auf Gesellschaften in öffentlicher Hand<sup>106</sup> isolieren Aufgaben und entlasten die Führung der Selbstverwaltungseinheit durch Auslagerung des operativen Geschäfts. Der über den so zugewiesenen Aufgabenbereich nicht selten hinausschießende Impetus der Geschäfts-

<sup>98</sup> Püttner FS Schiedermair, 2001, 557, 562; Jörn Ipsen NdsVBl. 2001, 6ff.; Krüger in: Deutscher Hochschulverband (Hrsg.), Streitfall Hochschulrat, Bonn 1998, 69ff.

<sup>99</sup> Felix in: Schnapp (Fn. 26), 43, 44; Reiter DRV 1993, 657, 663; Ruland (Fn. 65), 685; Axer (Fn. 69), 383.

<sup>100</sup> Zum Beispiel des Ruhrverbandes s. *Nisipeanu* in: Ruhrverband (Hrsg.) 100 Jahre ganzheitliche Wasserwirtschaft an der Ruhr. 2000, 185, 218f.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> von Kodolitsch AfK 2000, 199, 202; König (Fn. 7) DVBl. 1997, 242; s. dazu auch König (Fn. 9), 618.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> Plastisch dazu Springer BayBgm 2002, 64, 65; s. auch von Kodolitsch (Fn. 101), 210; Jörg Bogumil Modernisierung lokaler Politik. 2001, 171 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> Dazu von Kodolitsch (Fn. 101), 199 ff.; Reichard (Fn. 12), 28; Bogumil VerwArch 93 (2002), 129 ff.

<sup>104</sup> S. von Arnim DÖV 2002, 585ff.

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> Das in den siebziger und achtziger Jahren diskutierte Problem einer Dominanz der hauptamtlichen Verwaltung über die ehrenamtlich tätigen Ratsmitglieder (dazu etwa Püttner FG von Unruh, 1983, 171, 176; Frotscher (Fn. 37), 139; Blümel VVDStRL 36 [1978], 171, 225) bleibt praktisch bestehen, theoretisch wird es durch die Direktwahl des Bürgermeisters gemildert.

<sup>106</sup> Formelle Privatisierungen sind nicht auf die kommunale Selbstverwaltung beschränkt; s. *Groβ* (Fn. 19), 1191; *Kluth* Die Verwaltung (Fn. 19), 369.

leitungen<sup>107</sup> trägt dann wohl auch einmal zur Schaffung von Märkten bei, in die hinein später eine materielle Privatisierung sinnvoll sein kann.<sup>108</sup> Auf der Linie von der Verselbständigung innerhalb der Verwaltung über die formelle und die materielle Privatisierung verläuft einer der Wege, auf dem vor allem die kommunale Selbstverwaltung alte Aufgaben abgibt und Raum für neue schafft. Auch der Aufgabenverlust ist Bedingung für eine funktionierende Allzuständigkeit.

Soweit Aufgaben im Wettbewerb mit Privaten wahrgenommenen werden, <sup>109</sup> erzwingt das Gemeinschaftsrecht durch das Beihilfeverbot und die Transparenzrichtlinie<sup>110</sup> in einigen Bereichen eine mindestens rechnerische Isolierung von Aufwand und Ertrag. Es zwingt also dazu, die in der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in den Formen des Privatrechts angelegte und durchaus auch entlastend wirkende Vagheit, warum man etwas tut und was es genau kostet, aufzugeben. <sup>111</sup> Aus der damit erzwungenen ökonomischen Klarheit erwachsen – vor allem unter dem Druck leerer Kassen – Anstöße für eine Aufgabenkritik und Privatisierungsüberlegungen. <sup>112</sup> Die Europäisierung forciert die Ökonomisierung. <sup>113</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> Hellermann Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, 61 spricht von einer "Expansion der Kommunalwirtschaft in neue Märkte".

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Solche Entwicklungen dürften bei der Energieversorgung, dem öffentlichen Nahverkehr und bei den kommunalen Sparkassen eine Rolle gespielt haben und spielen.

<sup>109</sup> Zur europarechtlichen Zulässigkeit des Systems der Monopole in der Sozialversicherung s. etwa: EuGH, EuZW 2002, 146ff. mwN; Giesen Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, 1995, 244ff.; Schulz-Weidner in: Bernd Schulte/Klaus Barwig (Hrsg.) Freizügigkeit und soziale Sicherheit, 1999, 269 ff.; Heintzen NZS 1999, 209, 212; Jung in: Ebsen (Hrsg.) Europarechtliche Gestaltungsvorgaben für das deutsche Sozialrecht, 2000, 67, 70ff.; Fuchs/Stefano Giubboni BG 2001, 320ff.; Groβ (Fn. 19), 187; Bieback EWS 1999, 361 ff.; SG Würzburg, BG 2000, 174ff.; SG Darmstadt, BG 2000, 417f.; Heinze FS Gitter, 1995, 355 ff.; Eichenhofer Sozialrecht der Europäischen Union, 2001, Rn. 326 ff.; Haverkate/Huster Europäisches Sozialrecht, 1999, Rn. 459 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen v. 25. 6. 1980 (ABI. 195/35), geändert durch die Richtlinie 2000/52/EG v. 26. 7. 2000 (ABI. 193/75); nun auch Transparenz- und Publizitätsgesetz v. 19. 7. 2002 (BGBI. I 2681 ff.); s. dazu etwa *Löwer* VVDStRL 60 (2001), 416, 451.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> In diesem Sinne auch *Darsow* (Fn. 78), 5f.; zum Beispiel der Sparkassen *Kruse* NVwZ 2000, 721 ff.

<sup>112</sup> Auf den umgekehrten Zusammenhang zwischen formeller Privatisierung und ökonomischer Klarheit weist Färber in: Lüder (Hrsg.) Öffentliche Verwaltung der Zukunft, 1998. 137. 144 hin.

<sup>113</sup> Terwey ZSR 1999, 784, 789, der zu Recht darauf hinweist, dass die EG oft nur "Überbringer der Nachricht" ist (785); Groß (Fn. 19), 1189 spricht von "Impulsgeber"; Kämmerer Privatisierung, 2001, 93 ff. von "Privatisierungsdruck"; Oebbecke VerwArch 93 (2002), 278 ff. von "Katalysator".

Zwar liegt im Übergang von Normsetzungsbefugnissen auf die Gemeinschaft keine Einengung von Selbstverwaltungsspielräumen: daraus, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sich inhaltlich von den überkommenen deutschen unterscheiden, kann sich aber der rechtliche Zwang oder wenigstens ein faktischer Druck ergeben, organisatorische Konsequenzen zu ziehen.<sup>114</sup> Die Wasserrahmenrichtlinie<sup>115</sup> etwa formuliert die Oualitätsziele für die Gewässer<sup>116</sup> so, dass sie wegen der starken ökologischen Komponente mit den bisher eingesetzten Mitteln der Gewässergüte- und der Gewässermengenwirtschaft allein schwerlich erfolgreich verfolgt werden können. Damit ergibt sich ein Impuls, diese etwa in Nordrhein-Westfalen bisher in der Zuständigkeit der großen Wasserverbände liegenden Aufgaben<sup>117</sup> mit der bisher von der kommunalen Selbstverwaltung wahrgenommenen Gewässerunterhaltung bei einem Träger zu bündeln. Die in der Richtlinie enthaltene Vorgabe, wasserwirtschaftlich für ganze Flussgebiete wie den Rhein oder die Weser zu planen. 118 zwingt dazu, das System der wasserwirtschaftlichen Planung mindestens teilweise zu modifizieren; auch dadurch können die bisher von Selbstverwaltungsträgern wahrgenommenen Aufgaben berührt werden.

## c) Aufgabenerfüllung

Schon immer sind Leistungen am Markt eingekauft worden; bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte zwingt das Europarecht nun dazu, Anbieter über das eigene Trägergebiet und den deutschen Markt hinaus zu berücksichtigen. <sup>119</sup> Das erhöht den Beschaffungsaufwand, dämmt aber die Gefahr von Filz und Vetternwirtschaft ein und eröffnet die Chance, günstigere Preise zu erreichen. <sup>120</sup>

<sup>114</sup> Rengeling VVDStRL 53 (1994), 202, 211 f.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> Richtlinie 2000/60/EG v. 23. 10. 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABI. L 327/1 ff.

<sup>116</sup> Dazu Schmalholz ZfW 2001, 69, 74ff., 94.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> S. etwa § 2 des Gesetzes über den Ruhrverband (Art. 1 des Gesetzes zur Änderung wasserverbandsrechtlicher Vorschriften für das Einzugsgebiet der Ruhr v. 7. 2. 1990 IGVBI, NW. 1781).

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Dazu Breuer NVwZ 1998, 1001, 1003 ff.; Holtmeier ZfW 1999, 69, 74f.; Ruchay ZUR Sonderheft 2001, 115, 117f.; Nisipeanu (Fn. 100), 234ff.; Reinhardt DVBI. 2001, 145, 153; Schmalholz (Fn. 116), 93 ff.

<sup>119</sup> Dazu s. etwa Hailbronner/Weber EWS 1997, 73 ff.; Schwarze EuZW 2000, 133 ff.; Puhl VVDStRL 60 (2001), 456 ff.; Kokott in: Byok/Jaeger (Hrsg.) Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Einf. Rn. 15 ff.; Dreher in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Aufl. 2001, Vorbem. vor §§ 97 ff. Rn. 5 ff.

<sup>120</sup> Für die Sozialversicherung Terwey (Fn. 113), 789.

Schon bei geringem Umfang der Verselbständigung einer Aufgabe kann es sinnvoll sein, die Finanzverantwortung mit der Wahrnehmungsverantwortung zusammenzuführen, indem man Budgets<sup>121</sup> einrichtet und so die Fehlleitung von Haushaltsmitteln vermeidet, die bei enger Zweckbindung unausweichlich ist.<sup>122</sup>

Zielvereinbarungen gestatten eine recht präzise Ausrichtung des Vollzuges auf Ergebnisse. Von der einseitigen zweckbezogenen Mittelbereitstellung unterscheiden sich diese Kontrakte nicht nur durch ihren konsensualen Charakter; vor allem schaffen sie im Innenrechtsbereich, wo der Verwaltungsakt als Steuerungsmittel ausscheidet, tatsächliche oder auch rechtliche Verbindlichkeit<sup>123</sup> und damit eine gewisse Dispositionssicherheit.<sup>124</sup> Anders als Weisungen schaffen Kontrakte eine Mitverantwortlichkeit des Weisungsunterworfenen oder Finanzabhängigen für die Zielsetzung. Das nötigt ihn wiederum, sein Handlungswissen mindestens teilweise einzubringen. Soweit Zielvereinbarungen Prioritäten explizit machen,125 schließen sie die implizite Prioritätensetzung im Vollzug aus. Mit der konsensualen Zielvereinbarung sanktionieren beide Seiten die erfolgte Prioritätensetzung. Der Abschluss von Kontrakten setzt bei allen Beteiligten wenigstens ein Minimum an Handlungsfreiheit und damit auch die Verfügung über Ressourcen voraus; im Abschluss einer Zielvereinbarung liegt deshalb stets die Anerkennung eines solchen Freiraums. 126 Mit der Einführung von Zielvereinbarungen als Steuerungsmittel des Innenbereichs wachsen der Selbstverwaltung der Hochschulen also dort eigene Freiräume zu,127 wo bisher staatliche Agenden gesehen wurden.128

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> Unter "Budget" wird hier die haushaltsrechtliche Regelungstechnik, nicht das Instrument zur Leistungsbegrenzung in der Sozialversicherung verstanden (*Gröpl* [Fn. 2], 232; dazu etwa *Pitschas* VSSR 4 [1998], 163 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> Dazu Böhm NVwZ 1998, 934ff.; zur Budgetierung Seidler KJ 1996, 75ff.; Osterloh StWissStPrax 8 (1997), 79ff.; Linck ZG 1997, 1ff.; Kube DÖV 2000, 810ff.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> Zur Frage der Verbindlichkeit von Zielvereinbarungen *Trute* (Fn. 74), 145 ff.; *Hoffacker* (Fn. 74), 685; *Wallerath* DÖV 1997, 57, 61 ff.; *Pünder* DÖV 1998, 63 ff.; *Oebbecke* DÖV 1998, 853, 857 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Ähnlich Wallerath (Fn. 7), 54; F. Kirchhof JZ 1998, 275, 280; Uerpmann (Fn. 75), 649.

<sup>125</sup> S. Trute (Fn. 74), 138.

<sup>126</sup> Ähnlich *Uerpmann* (Fn. 75), 647 f.

<sup>127</sup> Trute (Fn. 74), 140 spricht "im Prinzip" von einem "Gewinn an Autonomie"; ähnlich F. Kirchhof (Fn. 124), 282. Skeptisch dagegen, dass "die Universität selbst schmerzhafte Einschnitte verfügen (muss), für die sonst die Verantwortung bei der staatlichen Seite läge", Bull/Mehde (Fn. 67), 653.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> Finanzsicherungsverträge (dazu *Trute* [Fn. 74], 147f.) wären nach herkömmlichem Verständnis der Hochschulselbstverwaltung notwendig als innenrechtliche Verträge an-

Auch die Steuerung über Produkte oder die Schaffung von Marktsubstituten durch die Erbringung von Leistungen aufgrund vertragsähnlicher Beziehungen durch teil-verselbständigte Betriebseinheiten, etwa Liegenschaftsbetriebe, 129 zwingt dazu, Ziele und Prioritäten explizit zu machen. Der damit erzwungene Verzicht auf Unschärfe<sup>130</sup> ist die Voraussetzung des ökonomischen Erfolgs, den diese Instrumente haben können; er ermöglicht nämlich erst den Vergleich und die präzise Information über die Knappheit von Ressourcen bei deren Inanspruchnahme. Unweigerlich ist mit der Präzisierung aber zugleich eine Festlegung und Einengung<sup>131</sup> verbunden. Solche Formen der Steuerung erleichtern deshalb zwar die operative Verantwortung der Führungsinstanz. 132 ihre strategische Verantwortung<sup>133</sup> für die Zielsetzung der Verwaltung, auch für die damit verbundenen Ausblendungen und Einengungen, wird durch die Explizisierung aber stärker, denn die damit gegebene Genauigkeit verhindert, dass die nachgeordneten Stellen ihren Beitrag zur Konkretisierung der Ziele erbringen können.<sup>134</sup> Die Führung muss insoweit einen ähnlichen Regulierungsbedarf decken, wie er von materiellen Privatisierungen bekannt ist.<sup>135</sup> Will sie sich diese Entscheidungslast erleichtern, indem sie

zusehen. Ebenso hätte die Einführung einer Kosten- und Leistungsrechnung, zu der sich Hochschulen in solchen Vereinbarungen verpflichten (*Uerpmann* [Fn. 75], 645), nach herkömmlichem Verständnis zu den "staatlichen Aufgaben" (s. etwa § 107 Abs. 2 Nr. 2 HG NW "Haushalts- und Wirtschaftsangelegenheiten"; *Oppermann* in: HdbWissR [Fn. 85], 1013) gezählt und nicht Gegenstand von Dispositionen der Hochschule sein können (zutreffend *Hoffacker* [Fn. 74], 684).

<sup>129</sup> S. dazu für die Kommunen etwa Portz/Düsterdiek Kommunales Immobilienmanagement, DStGB Dokumentation Nr. 8, 1999; Hofmann/Redmann/Wegner LK 2002, 29ff.; Forsting StuGR 2001, 31 f.; für die Hochschulen Machoczek DUZ 20/2001 19; zur öffentlichen Liegenschafts- und Bauverwaltung generell Gröpl (Fn. 2), 482 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> Dahinter steht auch die Vorstellung eines "unpolitischen" Vollzugs; zu dieser Vorstellung etwa *Frotscher* (Fn. 37), 139 f.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Hoffmann-Riem (DÖV 1997, 433, 437) spricht von "Reduktionen", König (Fn. 9), 620 von "Segmentierung".

<sup>132</sup> Trute (Fn. 74), 136f.

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Die Führung erleichtert zugleich ihre eigene Kontrolle; zum Problem s. Schulze-Fielitz VVDStRL 55 (1996), 231, 257.

<sup>134</sup> Buschor (in: Banner [Hrsg.] Kommunale Managementkonzepte in Europa, 1993, 177, 182) nennt "Mehr Gewicht der Führung" als erstes von zehn Merkmalen des Neuen Verwaltungsmanagements. Den Zusammenhang zwischen Präzision der Vorgaben und Handlungsspielraum der nachgeordneten Stelle betont auch Oettle (Fn. 2), 297f. Zum Problem der Belastung der Hierarchiespitze aus betriebswirtschaftlicher Sicht Hauschildt (Fn. 55), 86. Zu bedenken ist, wie viel komplexer und entscheidungsbedürftiger die Zielfrage in der Verwaltung im Vergleich zu Wirtschaftsunternehmen ist.

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup> Dazu etwa *Burgi* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 86; *Kämmerer* (Fn. 113), 489 ff.

die Zahl der bei der Erfolgsmessung berücksichtigten Zieldimensionen erweitert oder gar in konventioneller Weise die Berücksichtigung nicht explizit vorgegebener Ziele erlaubt,<sup>136</sup> reduziert sich die Steuerungsschärfe und zugleich der wirtschaftliche Nutzen des Einsatzes der Marktsubstitute. Schließlich muss die Führung Parameter festlegen, welche die Leistung angemessen abbilden – auf manchen Gebieten eine nur schwer lösbare Aufgabe.<sup>137</sup> Die sehr anspruchsvolle Etablierung von Marktsubstituten als Formen ökonomischer Steuerung ist deshalb immer Ausdruck einer Hochschätzung der eigenen Zielsetzungs- und Organisationsfähigkeit der betreffenden Leitungsinstanz.<sup>138</sup> Die unsichtbare Hand ist keine anonyme Macht, die ohne eigenes Zutun die Dinge zum Besten wendet.

Kontrakte, Produktsteuerung und Marktsubstitute erzeugen einen erheblichen Aufwand für Verhandlungen, für das präzise Beschreiben einzelner Leistungen und für das Rechnungswesen, ganz zu schweigen von den erheblichen und fast nie berücksichtigten Investitionen für die Etablierung solcher Systeme. In der kommunalen Diskussion ist inzwischen aus diesen Gründen bereits eine gewisse Ernüchterung eingetreten, etwa im Blick auf die Produktsteuerung.<sup>139</sup> Weil die Rationalisierungsreserven in der Verwaltung meistens überschätzt werden, greift auch die Erkenntnis, dass man Krankheiten, die man doch nicht lindern kann, auch nicht aufwändig diagnostizieren muss.

Schließlich steht die Schaffung von Marktsubstituten vor einer fundamentalen Schwierigkeit. In seiner Abhandlung über die Natur des Unternehmens aus dem Jahre 1937, einem der Basistexte der Neuen Institutionenökonomie<sup>140</sup> und damit der Theorie der Ökonomisierung, hat *Ronald Coase* gezeigt, dass der ökonomische Sinn der Bildung und Erhaltung von

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> So hat der Landtag NRW in § 2 Abs. 1 S. 1 Bau- und Liegenschaftsbetriebsgesetz die im Regierungsentwurf (LT-Drs. 13/189) nicht enthaltene Pflicht eingefügt, bei der Grundstückswirtschaft nach kaufmännischen Gesichtspunkten "die baupolitischen Ziele des Landes zu beachten".

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Voßkuhle (Fn. 7), 519; zu den Kommunen Machura (Fn. 50), 403 ff.; zu den Hochschulen Bull/Mehde (Fn. 67), 651 ff.; Trute (Fn. 74), 137; zu den Messproblemen bei der Rechtsprechung Groß (Fn. 14), 380 f.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Zur Überlastung zentraler Entscheidungsträger s. *Osner* Kommunale Organisations-, Haushalts- und Politikreform, 2001, 103.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> So ausdrücklich: *Reichard* in: Grunow/Wollmann (Hrsg.) Lokale Verwaltungsreform in Aktion: Fortschritte und Fallstricke, 1998, 85 ff.; s. auch *Reichard* (Fn. 12), 31 f.; *Hans Lange* LKV 2001, 397, 399. Zu grundsätzlichen Problemen der Produktsteuerung *König* (Fn. 9), 620; vorsichtig auch die Einschätzung von *Mehde* (Fn. 9), 154.

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> Zur Rolle der Neuen Institutionenökonomie für die Ökonomisierungsdiskussion Wallerath (Fn. 10), 211 f.

Unternehmen gerade darin liegt, den Aufwand der Inanspruchnahme des Marktes einzusparen. <sup>141</sup> Marktsubstitute nivellieren den Unterschied zwischen interner und externer Leistungserbringung, indem sie ganz ähnliche Transaktionskosten bei der internen Leistungserbringung erzeugen; der Gegensatz von "make" und "buy" wird also eingeebnet. Hier und da mag der intern entstehende Aufwand durch Auslastung von Kapazitäten gedeckt werden können, die durch Budgetierung oder stärkeren externen Wettbewerb in Hauptämtern oder Ministerien überflüssig geworden sind. Nicht selten dürfte das organisatorische Pendel in den nächsten Jahren aber wieder zurückschwingen, weil die Kosten der Etablierung und Benutzung der Marktsubstitute den Nutzen übersteigen.

Die Reformulierung von Beziehungen und Abhängigkeiten in der Verwaltung als ökonomische Austauschverhältnisse, von Mitteln für gemeinsame Zwecke als Preise für erbrachte Leistungen, von – wie gesagt worden ist – "Vernunft als Berechnen"<sup>142</sup> ist schließlich noch aus einem anderen Grund problematisch.<sup>143</sup> Warum eine Leistung erbracht wird, prägt ihren Nutzen nicht selten entscheidend mit.<sup>144</sup> Intrinsische Motive<sup>145</sup> wie Fachethos, Loyalität, Korpsgeist, Verantwortung des Einzelnen für das Ganze – das ganze Spektrum der mentalen Funktionsbedingungen erfolgreichen Kooperierens nicht nur in der öffentlichen Verwaltung steht quer zu einer Verengung auf die je selbständige Verfolgung explizit vorgegebene Einzelziele.<sup>146</sup> Manchmal kann die intrinsische Motivation nicht einmal

<sup>141</sup> Coase Economica 1937, 386, 390ff.

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> Brodbeck Die fragwürdigen Grundlagen der Ökonomie, 1998, 220.

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> S. zum Folgenden etwa Engel/Morlok (Fn. 14), 193; Göbel/Lauen Die Verwaltung 35 (2002), 263, 274ff.; Fangmann VerwArch 91 (2000), 117, 122 – Zum Problem auch Habermas: "Die Sprache des Marktes dringt heute in alle Poren ein und presst alle zwischenmenschlichen Beziehungen in das Schema der selbstbezogenen Orientierung an je eigenen Präferenzen. Das soziale Band, das aus gegenseitiger Anerkennung geknüpft wird, geht aber in den Begriffen des Vertrages, der rationalen Wahl und der Nutzenmaximierung nicht auf." (FAZ Nr. 239 v. 15. 10. 2001, 9).

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Dazu aus ökonomischer Sicht *Hirsch* Die sozialen Grenzen des Wachstums, 1980, 139ff.

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> Die hier angesprochenen Probleme werden in der Ökonomie unter den Stichworten "intrinsische und extrinsische Motivation" und "crowding out" diskutiert (Frey/Bohnet Die Ökonomie zwischen extrinsischer und intrinsischer Motivation, Homo oeconomicus 11 [1994], 1ff.); zu den mit einer Kommerzialisierung von Leistungsbeziehungen zusammenhängenden Fragen auch Biedenkopf FS Mestmäcker, 1996, 101, 103 ff., 115 f.; Engel Vertrauen: ein Versuch, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1999/12, 31 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> Ergebnisse einer empirischen Untersuchung der Wirkungen interner Konkurrenz in Industrieunternehmen bei *Hirsch-Kreinsen* ZfS 24 (1995), 422, 429 ff.; aus betriebswirtschaftlicher Sicht auch *Göbel* Neue Institutionenökonomik, 2002, 118 ff., 149 ff.

mit der externen, ökonomisch vermittelten koexistieren; ihre Grundlagen werden vielmehr dauerhaft zerstört. Haben Personen oder Organisationsteile erst einmal gelernt, ihren Beitrag zum Gesamterfolg an einer Gegenleistung auszurichten und von ihr abhängig zu machen, wird es schwerlich gelingen, sie das Erlernte wieder vergessen zu lassen.

#### d) Finanzen

Selbstverwaltung bedarf zu ihrer Entfaltung einer ausreichenden materiellen Basis. 147 Während die Kommunen und noch mehr die Hochschulen stark von staatlichen Zuweisungen abhängen, finanzieren sich die wirtschaftliche und genossenschaftliche Selbstverwaltung sowie weite Teile der Sozialversicherung ganz oder weit überwiegend selbst. Je weniger die Selbstverwaltung ihren Aufwand selbständig beeinflussen kann und je mehr Spielraum sie im Wettbewerb bei der Aufgabenerfüllung haben soll, desto mehr ist sie auf Einnahmequellen angewiesen, die der Höhe nach disponibel und hinreichend ertragsstark sind. Einheitliche und nicht disponible Anforderungen aus der Aufgabenerfüllung einerseits, regional und strukturell differenzierte Einnahmen andererseits machen nicht nur bei den Kommunen einen Finanzausgleich erforderlich; 148 er muss so ausgestaltet werden, dass er den Mindestbedarf der Empfänger deckt, ohne für Zahler oder Empfänger falsche ökonomische Anreize zu setzen.

Ökonomischer Rationalität entspricht es häufig, individuell zurechenbare Leistungen durch spezielle Entgelte zu finanzieren und diese so zu gestalten, dass Anreize für die sparsame Inanspruchnahme der Leistungen bestehen. Nach solchen Grundsätzen erheben die Kommunen Abfallgebühren nach Größe der Mülltonnen<sup>149</sup> und die Berufsgenossenschaften ihre Beiträge nicht nur differenziert nach Branchenrisiken, sondern auch nach Maßgabe des Erfolgs betrieblicher Präventionsbemü-

<sup>147.</sup> Zur Pflicht zu ausreichender Finanzausstattung der Hochschulen BVerfGE 35, 79, 114f.; 88, 129, 136f.; Erichsen/Scherzberg NVwZ 1990, 8, 15f.; F. Kirchhof (Fn. 124), 277f.; Uerpmann (Fn. 75), 647; für die Kommunen Grawert VVDStRL 36 (1978), 277, 299ff.; Schmidt-Aβmann (Fn. 64), 823f.; Henneke ZG 1999, 256ff.; Schoch AfK 2000, 225ff.; Volkmann DÖV 2001, 497ff. jeweils mwN auch aus der Rechtsprechung. Einen bestimmten Betrag wird man aber wegen der anderen vom Staat zu finanzierenden Aufgaben nicht als garantiert ansehen können (Lorenz [Fn. 73] 118; Hufeld DÖV 2002, 309, 310; ähnlich Uerpmann [Fn. 75], 647).

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup> Für die Hochschulen *Bull/Mehde* (Fn. 67), 650; für die Rentenversicherung § 218 SGB VI; *Wolf* in: Ruland (Hrsg.) Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung, 1990, 1023 ff.; für die Berufsgenossenschaften §§ 176 ff. SGB VII; *Schimanski* BG 1996, 135 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> Zur Ökologisierung der Abfallgebühren s. *Oebbecke* in: ders. (Hrsg.) Kommunalfinanzen, 2001, 119, 121 f. mwN.

hungen. Genauso kann es aber ökonomischer Logik entsprechen, Kosten nicht oder nach anderen Maßstäben zu erheben. Wer Theaterbesuche auch jenseits von Eisrevuen und Musicals für sinnvoll hält, muss das kommunale Theater aus allgemeinen Deckungsmitteln subventionieren. Bei der Bewirtschaftung von Gewässern hat es sich bewährt, sowohl die Verursacher der Kosten wie diejenigen heranzuziehen, die von den Bemühungen des jeweiligen Verbandes profitieren, wobei die Aufteilung der Kosten auf die Gruppen der Beitragszahler nicht ökonomisch exakt kalkuliert, sondern normativ gesetzt ist. Hier wie auch sonst setzt die Anwendung ökonomischer Maßstäbe Ziele voraus, kann sie aber nicht ersetzen. 150

Das praktizierte Rechnungswesen schließlich muss sicherstellen, dass die Entscheider in der Selbstverwaltung wie in den Aufsichtsbehörden die langfristige, effektive und effiziente Aufgabenerfüllung sicherstellen können. Das kameralistische Rechnungswesen weist Lücken auf. Das betrifft etwa den Wertverzehr durch Abnutzung, künftige Belastungen wie Pensionsverpflichtungen oder die einmalige Realisierung stiller Reserven wie bei der Veräußerung von Vermögenswerten. In der genossenschaftlichen Selbstverwaltung ist man deshalb auf die kaufmännische Buchführung übergegangen. Das hier und da bereits modifiziert praktizierte Haushaltsrecht der Kommunen soll in diese Richtung umgestaltet werden. Damit wird sich etwa der kommunale Verzicht auf Unterhaltungsmaßnahmen an Schulen im jährlichen Zahlenwerk künftig so niederschlagen, dass diese Anforderungen auch und gerade mit Blick auf die Wiederwahlchancen der Verantwortlichen nicht mehr vernachläs-

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> Wallerath (Fn. 10), 214f.; von Arnim Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, 36f.; Gawel Die Verwaltung 32 (1999), 179, 214.

<sup>151</sup> S. dazu etwa die Beiträge Schuppert und von Mutius in: VVDStRL 42 (1984), 216ff., 147ff. sowie Schmidt-Aβmann in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aβmann (Hrsg.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 245, 258ff.; Oebbecke DÖV 1998, 853, 855f.

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup> Zu den Defiziten s. *Buschor* in: Budäus u.a. (Hrsg.) Neues öffentliches Rechnungswesen, 2000, 21 ff.; *Gröpl* (Fn. 2), 156, 380 ff.; *Meyer* in: Wallerath (Fn. 7), 65, 78 f.; *Osner* (Fn. 138), 162 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> Zu den Wasserverbänden s. Ruhrverband und Ruhrtalsperrenverein (Hrsg.) 75 Jahre – Im Dienst für die Ruhr, 1988, 67; Piens ZfW 1999, 349, 352.

<sup>154</sup> Für Hessen Hahnelt VR 2002, 145, 146f.

<sup>155</sup> Zur Zulassung der kaufmännischen Buchführung als Ergänzung zum kameralistischen Rechnungswesen *Gröpl* NVwZ 1998, 1251, 1254f.; *Lüder* DÖV 1998, 285 ff.

<sup>156</sup> S. das Beispiel der Stadt Detmold bei Osner (Fn. 138), 229ff.

<sup>157</sup> Dazu mwN Pünder (Fn. 12), passim.

sigt werden können. Das neue Rechnungswesen verbessert damit bei den Kommunen die institutionellen Voraussetzungen für Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit; es wird künftig auch Nebenrechnungen als Grundlagen für Kostenermittlungen etwa zur Gebührenberechnung überflüssig machen.<sup>158</sup>

## III. Elemente einer Dogmatik der Selbstverwaltung

Wenn man Selbstverwaltung als dogmatischen Begriff verstehen will, ist Vorsicht geboten. Die Unterschiede zwischen den einzelnen Zweigen der Selbstverwaltung sind erheblich und schließen die Anwendung allgemeiner Lehren nicht selten auch da aus, wo sie nicht schon bestehende Sonderregelungen verbieten. Es bleibt aber ein Bestand von Fragen, bei denen der Rückgriff auf allgemeine Lehren der Selbstverwaltung möglich ist. Das gilt nicht nur für die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen von und Anforderungen an die Selbstverwaltung, sondern auch für verwaltungsrechtliche Themen wie die Aufsicht. 159 Fragen an eine solche Dogmatik der Selbstverwaltung wirft nicht zuletzt der vor allem mit der Ökonomisierung verbundene institutionelle Wandel 160 auf.

## 1. Verfassungsrechtliche Gewährleistungen

Das Gemeinschaftsrecht kennt keine Gewährleistung irgendeiner Form von Selbstverwaltung. 161 Die Selbstverwaltung profitiert aber vom Schutz mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten vor dem Zugriff der gemein-

<sup>158</sup> Zur Kosten- und Leistungsrechnung etwa Wilde in: Ruhrverband (Fn. 100), 134ff.

<sup>159</sup> Das zeigt etwa Kahl (Fn. 79), 546ff.; s. auch Löwer in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, § 12 Rn. 144.

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> Sennett Der flexible Mensch, 2000, 26, 63 ff. zeigt, dass in der privaten Wirtschaft der institutionelle Wandel und seine Akzeptanz bereits als solche als Indiz für den wirtschaftlichen Wert eines Unternehmens angesehen werden.

<sup>161</sup> Zur kommunalen Selbstverwaltung Rengeling DVBI. 1990, 893, 899f.; Faber Europarechtliche Grenzen der kommunalen Wirtschaftsförderung, 1992, 50ff.; Erichsen Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1997, 422f.; Hellermann (Fn. 107), 121 ff.; Groβ (Fn. 19), 1188f.; Kaltenborn Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung im Recht der Europäischen Union, 1996; zur neueren Diskussion s. auch Kottmann EL Rev. 26 (2001), 159ff.; van Nuffel CML Rev. 2001, 871 ff.; Schmahl DÖV 1999, 852 ff., 857 ff. Zur hochschulischen Selbstverwaltung Klostermann Die akademische Selbstverwaltung in der Europäischen Union, 1997, 143; einen Schutz durch die Charta der Grundrechte nimmt Tettinger NJW 2001, 1010, 1013 f. an.

schaftlichen Rechtsetzung.<sup>162</sup> Soweit dieser reicht, gilt die im Grundgesetz enthaltene Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, die in den Verfassungen der Länder aufgegriffen und teilweise erweitert wird.<sup>163</sup> Bei der Anrufung der Landesverfassungsgerichte stützen sich die Kommunen auf diese Garantien.<sup>164</sup>

Das können in den meisten Ländern auch die Hochschulen tun, wenn sie ihre Selbstverwaltung etwa durch landesgesetzliche Maßnahmen eingeschränkt sehen. Drei Viertel der Landesverfassungen enthalten ausdrückliche Garantien der hochschulischen Selbstverwaltung. 165 Auf die Frage, ob mit der Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG auch die Selbstverwaltung der Hochschulen gewährleistet ist, 166 kommt es in diesen Ländern nicht an. 167 Meistens könnten die Hochschulen gesetzliche Verstöße mit Verfassungsbeschwerden auch unmittelbar bei den Verfassungsgerichten rügen. 168 Auf die landesverfassungsrechtlichen Garantien können sie sich aber auch berufen, wenn die staatliche Aufsicht die ihr gesetzten Grenzen administrativ überschreitet. Angesichts dieses Befundes ist die Zurückhaltung des Schrifttums 169 gegenüber den landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Hochschulselbstverwaltung

<sup>162</sup> Hellermann (Fn. 107), 108 mwN.

<sup>163</sup> Nach BVerfGE 39, 302, 314 ist dem Grundgesetz "eine Verfassungsgarantie des bestehenden Systems der Sozialversicherung oder doch seiner tragenden Organisationsprinzipien ... nicht zu entnehmen"; zur Frage einer bundesverfassungsrechtlichen Garantie der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung s. auch Schnapp (Fn. 31), 887ff.; Hendler (Fn. 93), 223 f.; Heun in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 3, 2000, Art. 87 Rn. 64. Die landesverfassungsrechtlichen Garantien der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung – Art. 57 Abs. 4 S. 2 bremVerf; 35 Abs. 1 S. 3 hess Verf; 53 Abs. 4 rhpfVerf; 46 S. 2 saarlVerf – spielen wegen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der bundesgesetzlichen Regelungen praktisch keine Rolle. Zur Frage der verfassungsrechtlichen Garantie der wasserverbandlichen Selbstverwaltung s. Breuer (Fn. 63), 864 f.

<sup>164</sup> Zum Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeiten Schmidt-Aβmann (Fn. 64), 813.

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> Kühne (Fn. 35), 1ff.; s. auch die Wiedergabe der Texte bei Hillermann Die Durchsetzung des Hochschulselbstverwaltungsrechts vor dem Bundesverfassungsgericht und den Landesverfassungsgerichten. 2000. 55f.

<sup>166</sup> Dafür Starck in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 3 Rn. 270; Grupp FS Roellecke, 1997, 97, 101 f.; Pernice in: Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 29; Fehling Die Verwaltung 35 (2002), 399; skeptisch Rupp FG von Unruh, 1983, 919, 922 f.; dagegen Kühne (Fn. 35), 5f.; Groß (Fn. 19), 1193.

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> Zum Verhältnis von landesverfassungsrechtlicher Garantie und Bundesrecht: Rupp (Fn. 166), 924ff.

<sup>168</sup> S. dazu die Aufstellung bei Hillermann (Fn. 165), 137.

<sup>&</sup>lt;sup>169</sup> S. dazu auch Löwer/Menzel WissR 29 (1996), 237, 238; Kühne (Fn. 35), 4 spricht von einer "literarischen Kaumzuwendung bzw. Unabgeklärtheit".

erstaunlich,<sup>170</sup> nach Rücknahme der rahmenrechtlichen Vorgaben gelegentlich schwer verständlich<sup>171</sup>. Auch Rechtsprechung findet sich nur vereinzelt.<sup>172</sup> Hier mag auch die bei einer sehr kurzfristigen Perspektive vielleicht nachvollziehbare Sorge der Hochschulen eine Rolle spielen, die alimentierenden staatlichen Stellen könnten durch die Anrufung der Gerichte inkommodiert werden.<sup>173</sup> Übersehen wird dabei allerdings, dass es so etwas wie den notwendigen Unterhaltungsaufwand für Rechtspositionen gibt.

Das "unentfaltete Autonomiepotential"<sup>174</sup>, das in den landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der hochschulischen Selbstverwaltung steckt, harrt jedenfalls nach wie vor seiner dogmatischen Entfaltung. Da wäre etwa zu fragen, ob aus der Einheit von Forschung und Lehre Vorgaben für die Gewichtung der verschiedenen Erfolgsparameter bei der Mittelvergabe resultieren.<sup>175</sup> Der Vergleich mit der kommunalen Selbstverwaltung kann ungeachtet der bestehenden Unterschiede<sup>176</sup> durchaus weiterführend sein.<sup>177</sup> So schützen in beiden Fällen die Selbstverwaltungsgarantien nicht den Bestand einzelner Träger.<sup>178</sup> In beiden Fällen ist der Staat zur Schaffung einer organisatorischen Struktur verpflichtet, die den Aufgaben angemessen ist.<sup>179</sup> In beiden Fällen wird man

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> So geht etwa *Bethge* in seiner Darstellung des Wissenschaftsrechts (in: Achterberg/Püttner/Würtenberger [Fn. 159], § 13) mit keinem Wort auf diese Gewährleistungen ein: "Landesverfassungsrechtliche Eigenheiten beziehungsweise Eigentümlichkeiten spielen nur am Rande eine Rolle." (ebd. Rn. 14).

<sup>171</sup> So, wenn Hufeld (Fn. 147), 309 ff. diese Garantien mit keinem Wort anspricht.

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> Nachw. bei Kühne (Fn. 35), 4; zu einem besonders bezeichnenden Beispiel s. jetzt auch *Pottmeyer* FS zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, 2002, 245, 266ff.

<sup>173</sup> Etwas anders Kühne (Fn. 35), 4: "Auch ist man, in bemerkenswert vorwegnehmender Verwirklichung des Grundsatzes – beidseitig – hochschulfreundlichen Verhaltens, großen Prozessen in auffallendem Maße aus dem Weg gegangen."

<sup>174</sup> Kühne (Fn. 35), 1ff.

<sup>&</sup>lt;sup>175</sup> Zur Effizienzmessung und der Entkoppelung von Forschung und Lehre: *Harms* Verwaltung und Management 1995, 230 ff., 232 f.

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> Diese werden im Schrifttum stark betont; s. etwa Gallwas WissR 2 (1969), 116, 121 f.; Bethge (Fn. 170), Rn. 82; Knemeyer in: HdbWissR (Fn. 85), 243 mwN; Fehling (Fn. 166), 401 f.

<sup>&</sup>lt;sup>177</sup> S. Erichsen/Scherzberg (Fn. 147), 12; Kühne (Fn. 35), 10.

<sup>178</sup> Für die Kommunen Schmidt-Aβmann (Fn. 64), 813 ff.; für die Hochschulen Tettinger in: Starck (Hrsg.) Landesversassungsgerichtsbarkeit, Bd. III, 1983, 271, 295; Erichsen/Scherzberg (Fn. 147), 12; Kühne (Fn. 35), 9; Grupp (Fn. 166), 109 f.; Dreier (Fn. 30), Rn. 94.

<sup>179</sup> Für die Kommunen: Schmidt-Aβmann (Fn. 64), 813 ff.; für die Hochschulen: Hufeld (Fn. 147), 312; Fehling (Fn. 166), 417.

den Inhalt der Gewährleistung nicht als ein für allemal feststehend ansehen können. Mit der Planungshoheit etwa hat die kommunale Selbstverwaltung ihren Schutzbereich erheblich ausgeweitet. Für die hochschulische Selbstverwaltung gibt es Entwicklungen, die einen vergleichbaren Wandel des Garantiegehalts ausgelöst haben: Nach Jahrzehnten der Einheitsverwaltung 182 etwa müsste eine Desintegration der Hochschulverwaltung in akademisch und staatlich administrierte Teile vor der Garantie der hochschulischen Selbstverwaltung gerechtfertigt werden. Die Verfügung über nach wettbewerblichen Kriterien zugeteilte oder aufgrund von Zielvereinbarungen zur freien Verfügung gewährte Mittel ist keine staatliche Aufgabe, sondern Ausübung von Selbstverwaltung; 183 durch die Ökonomisierung wächst der Hochschulselbstverwaltung eine Art Finanzhoheit 184 zu. 185

## 2. Die demokratische Legitimation

Als der sechste Senat des Bundesverwaltungsgerichts über die Zulässigkeit einer Form praktischer Ökonomisierung, nämlich der Mitwirkung des Personals in den Gremien der nordrhein-westfälischen Wasserverbände, entscheiden sollte, hat er die theoretische Frage nach der Vereinbarkeit von Selbstverwaltung und Demokratie<sup>186</sup> für die personelle Legitimation als dogmatische Alternative zugespitzt.<sup>187</sup> Jedenfalls über "die Wahrnehmung überragend wichtiger Gemeinwohlbelange und Angele-

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Wenn Art. 16 Abs. 1 LVerf NW den Hochschulen "eine ihrem besonderen Charakter entsprechende Selbstverwaltung" garantiert, wird damit auch ein Einfallstor für die Berücksichtigung des Wandels der Hochschulen geschaffen.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> Dazu *Oebbecke* FS Hoppe, 2000, 239, 241 f. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>182</sup> Dazu Knemeyer (Fn. 176), 237 ff.; Oppermann (Fn. 128), 1013 f.; Jürgen Heβ WissR 33 (2000), 332, 338 ff.; s. auch Erichsen/Scherzberg (Fn. 147), 13 f.; Neese WissR 32 (1999), 10, 11 ff.; Püttner (Fn. 98), 559.

<sup>183</sup> Skeptisch gegenüber dieser Unterscheidung Fehling (Fn. 166), 406.

<sup>&</sup>lt;sup>184</sup> Zum (bisherigen) Fehlen der Finanzhoheit *Lorenz* (Fn. 73), 118; *Knemeyer* (Fn. 176), 246; *Löwer* in: ders./Tettinger (Hrsg.) Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 16 Rn. 54f.

<sup>185</sup> In ähnliche Richtung Oppermann (Fn. 128), 1024; Schuster in: HdbWissR (Fn. 85), 1067 f. weist auf die Offenheit des HRG in dieser Frage hin; er plädiert zwar für die Zuweisung des Haushaltsvollzuges zu den staatlichen Angelegenheiten, am Beispiel des Haushaltsvoranschlags macht er jedoch – ebenso wie Oppermann ebd., 1029 – deutlich, dass es inkonsequent ist, einen eigenen Handlungsspielraum zuzuweisen und diesen der Fachaufsicht zu unterwerfen.

<sup>186</sup> Dazu oben II 2.

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> Zum Problem der demokratischen Legitimation der Selbstverwaltung s. aus der Fülle des inzwischen vorliegenden Schrifttums etwa *Muckel* (Fn. 69), 163 ff.

genheiten Dritter"188 dürfen nach den beiden Vorlagebeschlüssen 189 nur Organe entscheiden, die mehrheitlich auf der Basis allgemeiner Wahlen durch das "Staatsvolk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 oder 28 Abs. 1, 2 GG"190 legitimiert sind. Setzt sich diese Auffassung durch, sind die Kammern, die Träger der Sozialversicherung und die der genossenschaftlichen Selbstverwaltung auf die Erledigung solcher Aufgaben beschränkt, die an Bedeutung hinter der Sorge für das "überragend wichtige Gemeinschaftsgut "Wasser"191 deutlich zurückbleiben, es sei denn, Vertreter der Kommunen oder der Länder verfügen dort eher zufällig über ausreichende Mehrheiten. 192

Weil Selbstverwaltung begriffsnotwendig einen selbständig auszufüllenden Entscheidungsraum besitzt, kann es insoweit keine ununterbrochene Legitimationskette zum Landes- oder Bundesvolk geben.<sup>193</sup> Die von Kritikern als "volksdemokratische Lehre" bezeichnete herrschende Meinung gerät hier in der Tat insofern in Schwierigkeiten,<sup>194</sup> als sie begründen muss, wieso die verfassungsrechtliche Zulassung auch der nichtkommunalen<sup>195</sup> Selbstverwaltung<sup>196</sup> mit dem Gebot einer ununterbrochenen Legitimationskette zwischen dem Volk und der Staatsgewalt ausübenden Selbstverwaltung kompatibel ist.<sup>197</sup>

<sup>188</sup> BVerwG, NVwZ 1999, 870, 873.

<sup>&</sup>lt;sup>189</sup> BVerwG, NVwZ 1999, 870ff. (Lippeverband); BVerwGE 106, 64ff. (Emschergenossenschaft); dazu *Blanke* KJ 1998, 452ff.; *ders.* PersR 1999, 50ff.; *Tettinger/Mann/Salzwedel* (Hrsg.) Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000; zur Vorgeschichte auch *Piens* (Fn. 153), 353ff.

<sup>190</sup> BVerwG, NVwZ 1999, 870, 874.

<sup>191</sup> BVerwG, NVwZ 1999, 870, 874.

<sup>192</sup> von Unruh (Fn. 19), 535; Blanke PersR 1999, 50, 51.

<sup>193</sup> Muckel (Fn. 69), 163.

<sup>194</sup> So Bryde StWissStPrax 5 (1994), 305, 319.

<sup>&</sup>lt;sup>195</sup> Merten (Fn. 59), 35f. sieht auch bei den Kommunen "nicht vom Staatsvolk legitimierte Verwaltung".

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> Emde (Fn. 19), 363ff.; Jestaedt (Fn. 19), 542; Lerche in: Maunz/Dürig (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Stand Juli 2001, Bd. 4, Art. 87 Rn. 151; Axer (Fn. 69), 396f.; Tettinger/Mann in: Tettinger/Mann/Salzwedel (Fn. 189), 21; Muckel (Fn. 69), 167ff.; Muckel NZS 2002, 118, 125.

<sup>197</sup> Mit unterschiedlichen Begründungen wird das ganz überwiegend angenommen: OVG NW, NWVBI. 1996, 254, 257f.; Jestaedt (Fn. 22), 316; Böckenförde in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 25; Schmidt-Aβmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 87ff.; Emde (Fn. 19), 382ff.; Blanke PersR 1999, 50, 60f.; Muckel (Fn. 196), 122; Bieback (Fn. 23), 96; Trute Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, 210ff.; Isensee in: HStR IV, 2. Aufl. 1999, § 98 Rn. 169; Tettinger/Mann (Fn. 196), 63; Schulze-Fielitz Die Verwaltung 32 (1999), 241, 257 ff. mwN.

Der Vorzug der Lehre von der Legitimationskette<sup>198</sup> liegt darin, dass sie es erlaubt, die Forderung nach demokratischer Binnenorganisation auch der Selbstverwaltungsträger<sup>199</sup> auf Art. 20 Abs. 2 GG zu stützen.<sup>200</sup> Es sollte deshalb nicht um einen Verzicht auf die Legitimationskette gehen. Auch ihre bereichsspezifische Modifizierung ist nicht erforderlich.<sup>201</sup> Der Gesetzgeber unterliegt bei der Bestimmung des jeweiligen Aktivvolkes im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG<sup>202</sup> außerhalb der Kommunalverwaltung nicht dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG.<sup>203</sup>

Modifikationen, etwa nach der Beitragshöhe bemessene Stimmrechte, sind bei der Anwendung der Wahlrechtsgrundsätze zulässig;<sup>204</sup> dass überhaupt regelmäßig gewählt und dadurch eine sich selbst ergänzende Oligarchie ausgeschlossen wird, steht aber nicht zur Disposition.<sup>205</sup> Wenn die

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> Wer die Forderung nach der personellen Legitimation mittels einer ununterbrochenen Legitimationskette ablehnt (etwa *Bryde* [Fn. 194], 324; *Blanke* KJ 1998, 452ff.; *Rinken* KritV 1996, 282ff.; sowie die Beiträge von *Bryde*, *Schefold* und *Frankenberg* in: Redaktion KJ [Hrsg.] Demokratie und Grundgesetz, 2000) wird hier schon deshalb keine Schwierigkeiten sehen.

<sup>&</sup>lt;sup>199</sup> Schmidt-Aβmann (Fn. 27), 261 ff.; Bieback (Fn. 23), 95; Kluth Die Verwaltung (Fn. 19), 362 f.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> So etwa BVerfGE 47, 253 ff. Legt man etwa die Auffassung von *Böckenförde* (Fn. 197), Rn. 33 ff., zu Grunde, ist für die nicht-kommunale Selbstverwaltung nicht ersichtlich, woher insoweit Vorgaben kommen sollen; *Emde* (Fn. 19), 439, 423, muss deshalb die Unzulässigkeit der Friedenswahlen auf die "Gleichwertigkeit" der von ihm angenommenen Legitimationskompensation stützen und landet damit letztlich doch wieder bei der (entsprechenden) Anwendung des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> So der Vorschlag von Kluth Funktionale Selbstverwaltung (Fn. 19), 376 ff.; Kluth Die Verwaltung (Fn. 19), 361 ff.; von Unruh (Fn. 19), 552 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> Für eine Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung durch die "Verbandsvölker" etwa Oebbecke VerwArch 81 (1990), 349, 358; Herzog in: Maunz/Dürig (Fn. 196), Bd. 2, Art. 20 Abschn. II Rn. 56ff.; Ehlers JZ 1987, 218, 221; Püttner DÖV 1988, 357, 360; Frotscher (Fn. 37), 144; Brohm VVDStRL 30 (1972), 245, 269; Tettinger Kammerrecht, 1997, 96f.; Groß (Fn. 13), 198f.; Ehlers FS Stein, 2002, 125, 133.

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup> Weil das die Organe legitimierende Volk nicht etwas verfassungsrechtlich Vorgegebenes ist, sondern stets erst vom Gesetzgeber konstituiert werden muss, ist das Volk als Träger der Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG auch im Falle von Bund, Ländern und Kommunen nicht identisch mit dem durch Wahlen im Sinne der Art. 20 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 S. 2 GG legitimierenden Aktivvolk (*Oebbecke* [Fn. 202], 361 f. mwN).

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> Schmidt-Aβmann (Fn. 27), 257, 263; Bieback (Fn. 23), 94f.; Kluth Funktionale Selbstverwaltung (Fn. 19), 461; von Unruh (Fn. 19), 555; Groß (Fn. 19), 1193; für die Hochschulen s. etwa Geis Die Verwaltung 33 (2000), 563, 574; zu den großen Wasserverbänden Breuer (Fn. 63), 876f.

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> So Schmidt-Aβmann (Fn. 25), 383; Jestaedt (Fn. 19), 645 Fn. 561; Haverkate (Fn. 64), 238; Emde (Fn. 19), 422; Hufen (Fn. 20), 63; Merten (Fn. 59), 35; Axer (Fn. 69), 385; für

Notwendigkeit sog. Friedenswahlen<sup>206</sup> mit den spezifischen Bedingungen der Willensbildung in den Großorganisationen der Sozialversicherung begründet wird,<sup>207</sup> ist das eine rechtspolitische Anfrage an die Eignung der organisatorischen Form, kein verfassungsrechtliches Argument für den Verzicht auf jede Rückbindung an den Träger der verbandlichen Demokratie.

Entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich im Übrigen der Kreis der Aufgaben, die für eine Wahrnehmung in der Form der Selbstverwaltung in Betracht kommen, nicht nach der Bedeutung der Aufgaben bestimmen.<sup>208</sup> Auch für lebenswichtige Aufgaben kann der Staat seiner Verantwortung anders als durch Selbsterfüllung entsprechen.<sup>209</sup> Verfassungsrechtliche Grenzen dieser Gestaltungsfreiheit überschreitet die Wahrnehmung der wasserwirtschaftlichen Aufgaben im Rahmen der Vorgaben des Wasserrechts durch Selbstverwaltungsträger nicht.<sup>210</sup>

## 3. Die personelle Basis der Willensbildung

Bei der Bestimmung der personellen Basis für die autonome Willensbildung der Selbstverwaltung,<sup>211</sup> also der Entscheidung über die Einbeziehung in den Kreis der Betroffenen, ist der Gesetzgeber an die Vorgaben der Verfassung gebunden.<sup>212</sup> Personeller Zuschnitt und Aufga-

Zulässigkeit BSGE 36, 242ff.; Bieback (Fn. 23), 87, 95; Hendler (Fn. 93), 216; bei Modifikationen für Zulässigkeit Muckel (Fn. 69), 172ff.

<sup>206 § 46</sup> Abs. 3 SGB IV.

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> Muckel (Fn. 69), 177.

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> S. BVerfGE 10, 89 ff., 102 ff.; zum Problem auch BVerfGE 15, 235, 242; 38, 281, 299; Oebbecke (Fn. 202), 352 f.; Osterloh VVDStRL 54 (1995), 204, 206 ff.; Bauer VVDStRL 54 (1995), 243, 255.

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> So auch *Britz* VerwArch 91 (2000), 418, 426f. Zu notwendigen Staatsaufgaben und den Möglichkeiten ihrer Erfüllung s. nur *Gramm* Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, 190 ff.; zu den verschiedenen "Verantwortungsstufen" s. etwa *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 261, 265 ff.; *Bauer* (Fn. 208), 277 ff.; *Weiß* (Fn. 4), 97 ff.; *Schuppert* DÖV 1995, 761, 768; *ders.* Verwaltungswissenschaft, 2000, 400 ff.; *Weiß* DVBI. 2002, 1167, 1173 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> Tettinger/Mann (Fn. 196), 39 ff.; Dederer NVwZ 2000, 403, 405 Fn. 24; von Unruh (Fn. 19), 540 f.; Löwer (Fn. 159), Rn. 146; BVerfGE 10, 89, 103 f. Entgegen Bull/Mehde (Fn. 67), 657 ergeben sich Restriktionen für eine Rücknahme staatlicher Einflussnahmemöglichkeiten auch nicht für die Hochschulen.

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> Dazu *Hendler* in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, SDSRV 34 (1991), 65, 71 f.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> Zum Entscheidungsspielraum s. etwa VerfGH NW, NWVBl. 1988, 145, 147.

benstellung müssen korrespondieren.<sup>213</sup> Der Gesetzgeber kann auch außerhalb der Kommunalverwaltung und damit außerhalb der Öffnungsklausel des Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG Unionsbürger<sup>214</sup> und andere Ausländer in das Legitimationssubjekt einbeziehen,<sup>215</sup> wenn man ihm zugesteht, das Aktivvolk der Selbstverwaltung im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG zu bestimmen.

Die Zulässigkeit einer Zwangsmitgliedschaft ist an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen.<sup>216</sup> Wo die eigentliche Last der Zwangsmitgliedschaft eine Finanzierungslast ist, wird man wegen möglicher funktioneller Äquivalenz auch die Voraussetzungen für die Erhebung von Sonderabgaben<sup>217</sup> im Auge behalten müssen; je stärker die Betroffenen Einfluss auf die Höhe der Last und die Verwendung der aufgebrachten Mittel nehmen können, desto großzügiger wird man vergleichsweise verfahren können.<sup>218</sup>

Eine Einbeziehung der beim Selbstverwaltungsträger beschäftigten Mitarbeiter in den Kreis der mit der Selbstverwaltung Betrauten ist mit Rücksicht auf das Gebot einer Korrespondenz von Aufgaben und Verfassung auch außerhalb der kommunalen Selbstverwaltung problematisch.<sup>219</sup> Ob der Wunsch nach Einbindung des Produktionsfaktors Personal sie rechtfertigen kann, erscheint zweifelhaft;<sup>220</sup> die Mitwirkung des nicht-wissenschaftlichen Personals in der Gruppenuniversität<sup>221</sup> lässt sich

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> Herzog (Fn. 202), Rn. 59; Oebbecke (Fn. 202), 358f.; Jestaedt (Fn. 19), 544f.

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> Zu den europarechtlichen Problemen eines Ausschlusses *Groβ* (Fn. 19), 1187; zum Problem auch *Kluth* Die Verwaltung (Fn. 19), 371.

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> Sehr dezidiert in diesem Sinne schon *Isensee* VVDStRL 32 (1974), 49, 97; im Ergebnis auch *Stern* Staatsrecht I, § 8 III 3; offen gelassen von BVerfGE 83, 37, 55.

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> Grundlegend BVerfGE 10, 89, 102 ff.; jüngst bestätigt durch BVerfG-K, NVwZ 2002, 335 ff.; dazu Kluth NVwZ 2002, 298 ff.; Hatje/Terhechte NJW 2002, 1849 ff.; kritisch Kluth Die Verwaltung (Fn. 19), 354 f.

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> Dazu s. *Heun* in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 2000, Art. 105 Rn. 24ff.; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth (Hrsg.) Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2002, Art. 105 Rn. 9ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> S. Kluth Funktionale Selbstverwaltung (Fn. 19), 327f.

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup> Dazu Haverkate (Fn. 64), 234ff.; Schmidt-Aßmann (Fn. 27), 263; Ehlers Jura 1997, 180ff.; Tettinger/Mann (Fn. 196), 62f.; Battis/Kersten DÖV 1996, 584, 585.

<sup>&</sup>lt;sup>220</sup> Dafür Salzwedel in: Tettinger/Mann/Salzwedel (Fn. 189), 88ff.; ähnlich Fehling (Fn. 166), 403.

<sup>&</sup>lt;sup>221</sup> BVerfGE 35, 79, 126 nimmt Art. 20 Abs. 2 GG als Prüfungsmaßstab nicht in den Blick (richtig *Püttner* [Fn. 202], 360); das BVerfG misst nur am Maßstab des Art. 5 Abs. 3 GG und stellt zur Rechtfertigung auf den Sachverstand ab. Auch *Hendlers* Hinweis auf Art. 12 GG (Selbstverwaltung [Fn. 19]), 310; s. auch *Hendler* in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 34, bezieht sich nur auf diesen rechtlichen Aspekt. Wegen Art. 20 Abs. 2 GG halten die Mitwirkung des nicht-wissenschaftlichen Personals ausdrücklich für verfassungswidrig: *Krü*-

anders, etwa mit Besonderheiten der Wissenschaft,<sup>222</sup> allerdings kaum motivieren.<sup>223</sup> Jedenfalls muss der Gesetzgeber den Einfluss des Personals wegen der damit einhergehenden Risiken eng begrenzen und sachgerecht austarieren;<sup>224</sup> dafür kommen auch außerhalb der Hochschulen<sup>225</sup> der Ausschluss von bestimmten Entscheidungen und das Gebot doppelter Mehrheiten in Frage.

## 4. Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung

Unabhängig davon, ob das Selbstverwaltungsrecht durch Verfassung oder durch einfaches Gesetz eingeräumt ist, sind staatliche Ingerenzen in die Aufgabenwahrnehmung nur zulässig, soweit sie auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden können. Dieser Satz gilt für jede Art der Selbstverwaltung.

Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung wird indessen vielleicht noch stärker als durch politisch ja stets rechtfertigungsbedürftige staatliche Eingriffe durch die Ausweitung des Gesetzesvorbehalts<sup>226</sup> eingeschränkt.<sup>227</sup> Dagegen helfen Experimentierklauseln nicht.

Werden die an die staatliche Verwaltung gestellten Anforderungen im Ergebnis eins zu eins auf die Selbstverwaltung übertragen, büßt diese ihre Spielräume in weiten Bereichen ein, kann die an sie gerichteten Erwartungen, situationsgerecht und innovativ zu verwalten, nicht mehr erfüllen und muss die intendierte Entlastung der staatlichen Willensbildung verfehlen.<sup>228</sup> Wenn als gesetzliche Grundlage für Eingriffe eine Satzungsermächtigung als solche nicht ausreichen soll, sondern verlangt wird, sie müsse denselben oder praktisch denselben Bestimmtheitsanforderungen genügen wie bei Rechtsverordnungen, und der Gesetzgeber müsse

ger PersV 1991, 1, 4ff.; Leuze in: HdbWissR, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, 859, 877 ff.; kritisch Rupp WissR 7 (1974), 89, 99; Bethge (Fn. 170), Rn. 181.

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> Gegen die Berufung auf Art. 5 Abs. 3 GG auch BVerfGE 35, 79, 126.

<sup>&</sup>lt;sup>223</sup> Walter Schmidt NJW 1973, 585, 588, Fn. 35; Bethge (Fn. 170), Rn. 181; Löwer (Fn. 184), Rn. 32.

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> Schmidt-Aβmann (Fn. 25), 361, verlangt in einem ähnlichen Zusammenhang eine "Ausgestaltung des Amtsstatus", die sicherstellt, dass sich die Betreffenden "nicht dominierend als Vertreter von Sonderinteressen verstehen".

<sup>&</sup>lt;sup>225</sup> Dazu § 37 HRG, §§ 13 Abs. 2 S. 2 und 3, 14, 121 Abs. 1 HG NW.

<sup>&</sup>lt;sup>226</sup> Zu den Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts Kluth Die Verwaltung (Fn. 19), 374.

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> S. dazu schon Blümel (Fn. 105), 197; von Mutius Gutachten E zum 53. DIT, 1980, 87; Hufen (Fn. 20), 60ff.; ähnlich für den Bundesstaat Oeter (Fn. 31), 147.

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> Es handelt sich um eine Form der "Verrechtlichungsfalle" (*Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Fn. 151], 11, 13).

die "wesentlichen" Entscheidungen selbst treffen,229 geht das deutlich über die Vorgaben des Facharztbeschlusses<sup>230</sup> hinaus.<sup>231</sup> Dem rechtsstaatlichen Bedürfnis nach einer ausdrücklichen normativen Regelung werden auch Satzungen gerecht. Dem demokratischen Anliegen der Einbindung des Betroffenen in die Willensbildung zum Erlass dieser Normen kommt die Willensbildung in der Selbstverwaltung mindestens im selben Umfang entgegen wie die staatliche Gesetzgebung.<sup>232</sup> Den möglichen Nachteilen im Verfahren der Willensbildung im Vergleich zu den Parlamenten steht die größere Sachnähe gegenüber. Es ist deshalb gerechtfertigt, die Argumentationslast umzukehren; wo Selbstverwaltung - nicht nur kommunale Selbstverwaltung - nicht wesentlich über die Regelung eigener Angelegenheiten hinausgeht, genügt es, wenn eine gesetzliche Bestimmung den Satzungserlass für den betreffenden Regelungsgegenstand abdeckt.<sup>233</sup> Den leitenden Überlegungen des Facharztbeschlusses kann der Gesetzgeber dadurch gerecht werden, dass er die Felder identifiziert, in denen die dort angesprochenen Gefahren etwa für Berufsanfänger und Außenseiter<sup>234</sup> sich realisieren können und insoweit eigene prozedurale oder materielle Vorgaben macht.<sup>235</sup>

Wenn § 31 SGB I für alle im SGB geregelten Sozialleistungsbereiche einen Totalvorbehalt begründet,<sup>236</sup> muss diese Norm im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte kommunale Selbstverwaltung verfassungskonform sehr restriktiv ausgelegt und auch ihre Anwendung auf an-

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 128; Ossenbühl in: HStR III, 2. Aufl. 1997, § 66 Rn. 31; Hendler in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 58; Papier/Möller SGb 1998, 337, 342ff.; nicht ganz so weitgehend Schmidt-Aßmann (Fn. 27), 261.

<sup>230</sup> BVerfGE 33, 125ff.

<sup>&</sup>lt;sup>231</sup> Ein Beispiel für die teilweise vertretenen Anforderungen bietet der Konflikt aus der Unfallversicherung über die Bildung von Gefahrklassen im bezahlten Fußball (dazu: *Papier/Möller* [Fn. 229], 337 ff.; Schulz SGb 1999, 172 ff.).

<sup>232</sup> Dazu BVerfGE 21, 54, 62; Ossenbühl in: Erichsen (Fn. 15), § 6 Rn. 66.

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> S. Kluth Funktionale Selbstverwaltung (Fn. 19), 503 f.; Schnapp FS Gitter, 1995, 861, 866 f.; in ähnliche Richtung auch: Haverkate (Fn. 64), 238; Ebsen VSSR 1990, 57 ff.; Knemeyer (Fn. 176), 252 f.; Burgi VerwArch 90 (1999), 70, 92 ff. mwN; Bethge (Fn. 170), Rn. 79 ff.; Schmidt-Aßmann (Fn. 64), 812; Dreier (Fn. 30), Rn. 134 mwN; s. auch P. Kirchhof in: HStR IX, 1997, § 221 Rn. 52 f.

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> BVerfGE 33, 125, 159.

<sup>&</sup>lt;sup>235</sup> In die Rolle des Schiedsrichters zwischen unterschiedlichen verbandspolitischen Richtungen sollte er sich dabei nicht drängen lassen; dazu *Engel* Die Verwaltung 34 (2001), 1, 20f.

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> Die Bestimmung erstreckt die früher nach § 179 Abs. 3 RVO für die Sozialversicherung geltende Rechtslage (dazu *Schnapp* [Fn. 31], 883) auch auf die anderen Leistungsbereiche.

dere Selbstverwaltungsträger sorgfältig geprüft werden.<sup>237</sup> Als Regelungssperre wirkt schließlich auch die über die Bindung an höherrangiges Recht hinausgehende Pflicht zur Rücksichtnahme auf gesetzgeberische Konzeptionen.<sup>238</sup>

## Vorüberlegungen zu einem Wettbewerbsrecht der öffentlichen Verwaltung<sup>239</sup>

Schließlich wird die Selbstverwaltung nicht nur durch die staatliche Gesetzgebung in ihren Entscheidungsfreiräumen eingeschränkt. In ihren wettbewerblichen Komponenten ist sie genau wie der Bundesstaat auch von innen heraus, durch Selbstaufgabe gefährdet. Selbstverwaltung ist Recht und Pflicht.<sup>240</sup> Die durch Verfassung oder Gesetz etablierte dezentrale Selbstverwaltungsordnung impliziert Wettbewerb, sei es in Form marktlicher, sei es in Form kooperativer Konkurrenz. Dieses Organisationsrecht verbietet es, den Wettbewerb administrativ auszuschließen.

Wo marktliche Konkurrenz herrscht, besteht die Versuchung, Kartelle zu bilden. Auch wo das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht greift,<sup>241</sup> sind Absprachen und andere Formen des Wettbewerbsausschlusses rechtswidrig, weil und soweit sie den gesetzlich angeordneten Wettbewerb ausschließen.

Auch die zweite Form des Wettbewerbs, die kooperative Konkurrenz, bedarf des Schutzes. Hier droht vor allem die Gefahr, dass Selbstverwaltungsträger sich rechtlich gegenseitig verpflichten, an einer einmal erreichten Lösung festzuhalten und auf diese Weise die Möglichkeit weite-

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> Der Hinweis von *Bley* (in: SGB-SozVers-GesKomm, Bd. 2, Loseblatt Stand März 2002, § 31 Anm. 6 d) aa)), die Selbstverwaltung sei den Gemeinden nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet, kann eine materielle Rechtfertigung der Bestimmung nicht ersetzen; diese ist schwerlich ersichtlich; kritisch auch *Schnapp* (Fn. 20), 154; wenn man mit *Schnapp* Bochumer Kommentar zum Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1979, § 31 Rn. 28 auch Satzungen als "Gesetze" im Sinne dieser Vorschrift ansieht, ist das Problem deutlich entschärft.

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> BVerfGE 98, 106ff.; 98, 83 ff. Insoweit zustimmend *Di Fabio* NVwZ 1999, 1153 ff.; kritisch *Brüning* NVwZ 2002, 33 ff.; *Lege* Jura 1999, 125 ff.; *Kluth* DStR 1998, 892 f.; problematisch auch OVG NW, NWVBI. 1995, 170 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup> Zur Notwendigkeit einer rechtlichen Rahmenordnung für einen funktionsfähigen Wettbewerb in dezentralen öffentlichen Organisationen am Beispiel des Föderalismus Schuppert Verwaltungswissenschaft (Fn. 209), 949 f.

<sup>&</sup>lt;sup>240</sup> Dazu Oebbecke Zweckverbandsbildung und Selbstverwaltungsgarantie, 1982, 65 ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> Dazu Hellermann (Fn. 107), 246; Immenga/Mestmäcker GWB, 3. Aufl. 2001, Einl. Rn. 25f., § 1 Rn. 28, § 130 Rn. 7ff.

rer Optimierung ausschließen.<sup>242</sup> Wenn sich nur noch alle gemeinsam bewegen dürfen, geht der Mobilitätsvorteil dezentraler Organisation verloren. Die Selbstverwaltung darf sich grundsätzlich ihres Entscheidungsspielraums, wie sie auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen ihre Aufgaben erfüllen will, nicht begeben;<sup>243</sup> der rechtliche Freiraum, einer besseren Erkenntnis zu folgen, steht nicht zu ihrer Disposition. Eine Ausnahme bilden Kooperationen nach Maßgabe gesetzlicher Vorschriften, wie sie etwa für die kommunale Gemeinschaftsarbeit bestehen.<sup>244</sup>

Ein Wettbewerbsrecht für die öffentliche Verwaltung ist konsequent, wenn man von der – wohl nicht ganz unrealistischen – Annahme ausgeht, dass es auch hinsichtlich des Wunsches, sich den Anstrengungen der Konkurrenz zu entziehen, handlungsrelevante Gemeinsamkeiten von Wirtschaft und Verwaltung gibt. Es wäre jetzt reizvoll, der Frage nachzugehen, ob solcher Gemeinsamkeiten wegen hier und da auch ein Transfer von Konzepten in die umgekehrte Richtung, von der Verwaltung in die Wirtschaft, sinnvoll sein könnte. Das ist indessen ein anderes Thema.

<sup>&</sup>lt;sup>242</sup> Ähnlich für den Bundesstaat Oeter (Fn. 31), 141.

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> SächsVerfGH, LKV 2001, 216, 219ff.

<sup>&</sup>lt;sup>244</sup> Für eine verfassungsrechtliche Kooperationshoheit der Gemeinden *Dreier* (Fn. 30), Rn. 128 mwN.

#### Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

## Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung

- I. Ökonomisierung und Europäisierung als Entwicklungsmomente der Selbstverwaltung
- 1. Unter Ökonomisierung der öffentlichen Verwaltung lässt sich die Übernahme von Konzepten aus der Wirtschaft in die Verwaltung verstehen. Die Ökonomisierung ist ein wichtiges Entwicklungsmoment der Verwaltung neben anderen (etwa Europäisierung, Vordringen schneller Transportmittel und der Kommunikations- und Informationstechnik).
- 2. Begriffsnotwendig für Selbstverwaltung ist der auf der Basis eigenständiger Willensbildung und unabhängig von staatlichen Vorgaben auszufüllende Entscheidungsbereich einer juristischen Person des öffentlichen Rechts.
- 3. Das personelle Substrat der Selbstverwaltung ist besser als "Betraute" denn als "Betroffene" zu charakterisieren.

## II. Elemente einer Empirie und Theorie der Selbstverwaltung

- 1. Funktionen der Selbstverwaltung
- 4. Die Sach- und Problemnähe als Vorteile der dezentralen Selbstverwaltung gehen einher mit Nachteilen, vor allem mit der erschwerten Rückkopplung zwischen Vollzug und Gesetzgeber.
- 5. Wie der Föderalismus weist die Selbstverwaltung eine große Nähe zum Wettbewerb auf. Wichtiger als der marktliche Wettbewerb ist die kooperative Konkurrenz der Selbstverwaltungsträger um bessere Lösungen und bessere Leistungen. Typisch für die kooperative Konkurrenz ist der Informationsaustausch und seine Institutionalisierung, meist in Verbandsform.
- 6. Normative Vorgaben verbessern in der kooperativen Konkurrenz zwar die Bedingungen für das gegenseitige Lernen durch Angleichung der Problemlagen, sie reduzieren aber die Spielräume für die praktische Realisierung neuer Lösungen.
- 7. Manche Formen der Ökonomisierung können Innovationen abträglich sein, etwa weil die Anpassung von Anreizsystemen nicht Schritt hält.

### 2. Selbstverwaltung und Staat

- 8. Selbstverwaltung bedarf der Steuerung und der Koordination durch den Staat. Je engmaschiger die gesetzlichen Vorgaben für die Selbstverwaltung sind, desto enger sind allerdings ihre Handlungsspielräume; ohne relevante und intelligent arrangierte Entscheidungsfreiräume ist Selbstverwaltung ineffektiv.
- 9. Zielvereinbarungen zwischen Staat und Selbstverwaltungsträger substituieren die finanzielle Steuerung über die Zuweisung von Haushaltsmitteln; wo eher Zweckzuweisungen üblich sind, kommt dieses Instrument nicht recht zum Zuge.
- 10. Die staatliche Aufsicht ist das klassische, nicht das einzige Mittel, die Beachtung des Gesetzes sicherzustellen. Wo Entscheidungen der Selbstverwaltung durch die Anwendung ökonomischer Methoden rationalisiert werden, wird auch ihr Nachvollzug und damit ihre Kontrolle erleichtert.

### 3. Handlungsbedingungen

### a) Innere Verfassung

11. Die partizipatorische Effektivität der Selbstverwaltung ist sehr unterschiedlich. Die nur reduzierten Entscheidungsspielräume und die Schwierigkeiten der Kommunikation in Massenorganisationen wie der Rentenversicherung lassen die herkömmlichen Instrumente der Willensbildung von unten nach oben an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit stoßen.

### b) Aufgabenzuschnitt

- 12. Für die Selbstverwaltung ist die Aufgabenerfüllung durch fachlich-technische Einrichtungen und durch tatsächliche Erfolgsbewirkung typisch.
- 13. Über Privatisierungen gibt vor allem die kommunale Selbstverwaltung bisher wahrgenommene Aufgaben ab und schafft Raum für neue.
- 14. Die Europäisierung forciert die Ökonomisierung, vor allem über das Beihilferecht.

# c) Aufgabenerfüllung

- 15. Zielvereinbarungen erhöhen die Dispositionssicherheit und setzen die Anerkennung eines Handlungsspielraums auf beiden Seiten voraus.
- 16. Die ökonomischen Steuerungsmittel zwingen dazu, Ziele und Prioritäten explizit zu machen. Solche Formen der Steuerung erleichtern deshalb zwar die operative Verantwortung der Führung, ihre strategische Verantwortung aber wächst.
- 17. Die Schaffung von Marktsurrogaten verwischt den Gegensatz zwischen der Bedarfsdeckung in der eigenen Organisation und der Bedarfsdeckung am

Markt. Sie kann mit der intrinsischen Motivation der handelnden Personen eine Funktionsbedingung erfolgreicher Zusammenarbeit in Organisationen gefährden.

#### d) Finanzen

- 18. Je weniger die Selbstverwaltung ihren Aufwand beeinflussen kann und je mehr Spielraum sie haben soll, desto mehr ist sie auf Einnahmequellen angewiesen, die der Höhe nach disponibel und hinreichend ertragsstark sind
- 19. Das praktizierte Rechnungswesen muss sicherstellen, dass die Entscheider in der Selbstverwaltung wie in den Aufsichtsbehörden die langfristige, effektive und effiziente Aufgabenerfüllung sicherstellen können.

### III. Elemente einer Dogmatik der Selbstverwaltung

20. Bei allen Unterschieden zwischen den Zweigen der Selbstverwaltung gibt es – etwa bei der Aufsicht – einen Bestand von Fragen, bei denen der Rückgriff auf allgemeine Lehren der Selbstverwaltung möglich ist.

### 1. Gewährleistungen

21. Das "unentfaltete Autonomiepotential" der landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der hochschulischen Selbstverwaltung harrt nach wie vor seiner dogmatischen Entfaltung.

### 2. Die demokratische Legitimation

- 22. Weil Selbstverwaltung begriffsnotwendig (auch) selbständig von staatlichen Vorgaben entscheidet, kann es insoweit keine ununterbrochene Legitimationskette zum Landes- oder Bundesvolk geben.
- 23. Den Vorzug verdienen solche Vorschläge zur Begründung der Kompatibilität der Selbstverwaltung mit Art. 20 II GG, die es erlauben, die Forderung nach demokratischer Binnenorganisation der Selbstverwaltungsträger auf diese Bestimmung zu stützen.

### 3. Die personelle Basis der Willensbildung

- 24. Der Zuschnitt des personellen Substrats und die Aufgabenstellung der Selbstverwaltung müssen korrespondieren.
- 25. Eine Einbeziehung der beim Selbstverwaltungsträger beschäftigten Mitarbeiter in die personelle Basis ist mit Rücksicht auf das Gebot einer Kor-

respondenz von Aufgaben und Verfassung auch außerhalb der kommunalen Selbstverwaltung verfassungsrechtlich problematisch.

### 4. Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung

- 26. Staatliche Ingerenzen in die Aufgabenwahrnehmung der Selbstverwaltung sind nur zulässig, soweit sie auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden können.
- 27. Wo die Selbstverwaltung nicht wesentlich über die Regelung eigener Angelegenheiten hinausgeht, ist dem Gesetzesvorbehalt für Eingriffe entsprochen, wenn eine gesetzliche Bestimmung den Satzungserlass für den betreffenden Regelungsgegenstand abdeckt.
- Vorüberlegungen zu einem Wettbewerbsrecht der öffentlichen Verwaltung
- 28. In ihren wettbewerblichen Komponenten ist die Selbstverwaltung genau wie der Bundesstaat auch von innen heraus, durch Selbstaufgabe, gefährdet.
- 29. Mangels abweichender gesetzlicher Regelungen verbietet das die Selbstverwaltung etablierende Organisationsrecht, den Wettbewerb administrativ auszuschließen.

# Zweiter Beratungsgegenstand: Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel

# Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung

# 2. Bericht von Prof. Dr. Martin Burgi, Bochum\*

### Inhalt

		Seite
I.	Einführung	407
	1. Problemhorizont	
	2. Selbstverwaltung als Begriff des allgemeinen	
	Verwaltungsrechts	408
II.	Die Dogmatik des Verwaltungsrechts im Kraftfeld von	
	Europäisierung und Ökonomisierung der Verwaltungs-	
	rechtsordnung	414
	1. Wirkungszusammenhänge	
	2. Duales Herausforderungsprofil	
III.	Die politische Idee der Selbstverwaltung	
	1. Bestand und Bedeutung	
	2. Im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung	
	a) Zwang zur Rationalität	
	b) Europäisierung	
	c) Ökonomisierung	
IV.	Der Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung und	
	der Binnenbereich	426
	1. Die Ebene der Verwaltungsaufgaben	
	2. Effektivität und Effizienz des Organisationstyps	
	Selbstverwaltung	428
	a) Staatliche Organisationsverantwortung	
	b) Effektivität als Bestandteil der rechtlichen	
	Determinanten der Organisationsentscheidung	429

<sup>\*</sup> Dr. Markus Kaltenborn, Bochum, ist für ständige Diskussionsbereitschaft und vielfältige Anregungen zu danken.

c) Selbstverwaltungstauglichkeit gegenwärtiger und	
künftiger Verwaltungsaufgaben	431
d) Gewährleistung von Eigenverantwortlichkeit als	
Ausdruck organisatorischer Effizienz	436
3. Sektorale Gemeinschaftsunmittelbarkeit von Selbst-	
verwaltungsträgern	439
a) Die verwaltungsrechtliche Perspektive	439
b) Die wettbewerbsrechtliche Perspektive	441
c) Konsequenzen für die Selbstverwaltung	444
4. Im Binnenbereich des Organisationstyps Selbst-	
verwaltung	445
•	
,	445
	447
	künftiger Verwaltungsaufgaben

### I. Einführung

#### 1. Problemhorizont

Anknüpfend an das Generalthema des zweiten Tages bedeutet Selbstverwaltung staatliche1 Gemeinwohlverantwortung mit verfasster Betroffenenteilnahme. Konnte Hugo Preuß noch konstatieren, dass in der Beurteilung der Selbstverwaltung als "nützlich, notwendig und unentbehrlich" die "schönste Einmütigkeit" herrsche,<sup>2</sup> so dominieren heute Krisenszenarien.3 Neben die schon klassische Beschreibung der überregulierten und unterfinanzierten Gemeinden4 ist die Sorge um die angeblich "im Kern verrotteten Universitäten"5, die Frustration über die Selbstverwalter des gesundheitspolitischen Stillstandes in Krankenkassen und Kassenärztevereinigungen<sup>6</sup> sowie der Eindruck getreten, dass die Wirtschaftskammern mehr Kammerverweigerer als ehrenamtlich Mitwirkende mobilisieren. Der Schritt vom Krisenszenario zur Identitätskrise der Selbstverwaltung ist ein kleiner, und er wird beschleunigt durch die allgegenwärtigen Herausforderungen von Europäisierung und Ökonomisierung. Im Zangengriff von unionalem Integrationskalkül und effizienzverheißendem Wettbewerbsdenken scheint es nur die Wahl zwischen der nivellierenden Preisgabe einer weiteren tradierten Institution der deutschen Verwaltungslandschaft oder dem zermürbenden Bau von Schutzbastionen zu geben. Immerhin geht es um grundlegende politische Zielsetzungen und um teilweise gewaltige wirtschaftliche Dimensionen, wenn man bedenkt, dass allein das Ausgabevolumen der Gesetzlichen Krankenkassen bei rund 140 Milliarden Euro pro Jahr liegt. 7 Die Institution Selbstverwaltung

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Innerhalb des breiteren Spektrums des Generalthemas "Öffentliche Gemeinwohlverantwortung" ist mithin ein durch das Vorhandensein einer Staats- bzw. Verwaltungsaufgabe (vgl. sogleich I 2) markierter Ausschnitt betroffen.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> In: Anschütz/Berolzheimer u.a. (Hrsg.) Handbuch der Politik, 1. Band (Die Grundlagen der Politik), 3. Aufl. 1920, 266.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Einschätzung in Anlehnung an *Groß* DVBl. 2002, 1182; vgl. im allgemeineren Zusammenhang des Verwaltungsrechts auch *Sommermann* DVBl. 1996, 889, 891; *Voßkuhle* VerwArch 92 (2001), 184, 185.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Vgl. bereits *Blümel* und *Grawert* VVDStRL 36 (1978), 171, 186 ff., bzw. 277, 295 ff. Zur aktuellen Finanzlage vgl. den Gemeindefinanzbericht Der Städtetag 2002, 4ff.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> So der Buchtitel des St. Gallener Professors *Peter Glotz* (Im Kern verrottet? Fünf vor zwölf an Deutschlands Universitäten, 1996).

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Glaeske/Lauterbach/Rürup/Wasem Weichenstellungen für die Zukunft – Elemente einer neuen Gesundheitspolitik. Veröffentlichungen der Friedrich-Ebert-Stiftung, Gesprächskreis Arbeit und Soziales, 2001, 9f.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Nach den auf der Homepage gemachten Angaben des Bundesgesundheitsministeriums waren es im Jahr 2000 genau 261736000 DM.

erfasst jeden einzelnen, in wechselnden Rollen und in verschiedenen Situationen – von der kassenfinanzierten Wiege bis zur kommunal betriebenen Bahre, um nur die Eckpunkte einer chancenreichen "vita activa" zwischen Gemeinde- und Wirtschaftsbürgertum, Studierenden- oder Vertragsärzteschaft zu bezeichnen, ganz abgesehen von den vielen schönen Stunden, die die Hochschulprofessoren dazwischen in den zahllosen Gremien der universitären Selbstverwaltung verbringen dürfen. Der folgende Bericht greift das behutsam-nüchtern formulierte Thema mit einem ebensolchen dogmatischen Ansatz auf. Er will der Analyse und Neubestimmung einen Rahmen geben und erste Problemstellungen vertiefen.

## 2. Selbstverwaltung als Begriff des allgemeinen Verwaltungsrechts

Die existierende Vielzahl dogmatischer Selbstverwaltungsbegriffe<sup>9</sup> ist Indikator universeller Einsatzfähigkeit wie Produkt traditionsreicher Entwicklung<sup>10</sup> in der nationalen<sup>11</sup> Verwaltungspraxis, in den Normtexten und

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Formulierung nach *Hannah Arendt* Vita activa oder vom tätigen Leben, 12. Aufl. 2001.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Ebenso Bethge in: v. Mutius (Hrsg.) Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft. FG von Unruh, 1983, 149, 152; Kleine-Cosack Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, 1986, 84, 112. Auf ggf. relevante Begriffe und Erkenntnisse der Staats-bzw. Verfassungstheorie, der Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie und vor allem der Verwaltungswissenschaft ist im Rahmen der Problembewältigung einzugehen (vgl. noch Fn. 12). "Basis aller juristischen Betrachtungen" ist nach wie vor die rechtsdogmatische Festlegung der Begriffe (Peters in: Verwaltungsakademie Berlin [Hrsg.] Gegenwartsfragen der Kommunalverwaltung, 1929, 139, 140).

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Als Gesamtdarstellungen: Heffter Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, 1950; Hendler Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, 7 ff.; Menger FG von Unruh, 1983, 25 ff.

<sup>11</sup> Auf der Ebene der Eigenverwaltung der EG ist der Organisationstyp Selbstverwaltung unbekannt. Dies liegt daran, dass er im EG-Vertrag nicht vorgesehen ist und dass der Organisationsgewalt der Gemeinschaft durch die sog. Meroni-Rechtsprechung des EuGH (Slg. 1958, 9, 42ff.; Slg. 1977, 741ff.) enge Grenzen gezogen sind (*Pipkorn* in: Starck [Hrsg.] Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Personalkörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, 1992, 227, 243, 266). Die bei *Uerpmann* AöR 125 (2000), 551 ff., beschriebenen "gemeinschaftseigene(n) juristische(n) Personen des öffentlichen Rechts" ermangeln jedenfalls der Betroffenenmitwirkung; kritisch zu diesen und weiteren Erscheinungsformen der Externalisierung (übersichtliche Darstellung bei *Oppermann* Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 444; *Groß* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 337ff.) auf EG-Ebene *Lübbe-Wolff* VVDStRL 60 (2000), 246, 267f., 269f. Rechtsvergleichend zur kommunalen Selbstverwaltung: *Martini* Gemeinden in Europa, 1992, 186ff.; *Schäfer* Die deutsche kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union, 1998, 26f.; zu einzelnen Erscheinungsformen der funktionalen Selbstver-

in der Rechtswissenschaft.<sup>12</sup> Die Mindestvoraussetzungen, welche vorliegen müssen, um eine bestimmte Erscheinungsform der Verwaltungsorganisation<sup>13</sup> als "Selbstverwaltung" klassifizieren zu können,<sup>14</sup> lassen sich zusammenfassen als "eigenverantwortliche Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger unter Mitwirkung der von der Aufgabenerfüllung Betroffenen".<sup>15</sup> Damit ist ein Organisationstyp<sup>16</sup> charakterisiert, der – gemessen an der Einsatzbreite und am Grad der dogmatischen Verfestigung<sup>17</sup> – aus der pluralen Organisations-

waltung: Tettinger Kammerrecht, 1997, 243 f.; Groß Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, 1992, 36 ff.; ders. (Fn. 3), 1184 f. mwN, sowie für die wirtschaftliche Selbstverwaltung die einzelnen Länderberichte bei Stober (Hrsg.) Wirtschaftsverwaltungsrecht in Europa, 1993.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Welcher überdies die Verarbeitung der Erkenntnisse der benachbarten Selbstverwaltungswissenschaften innerhalb des rechtlichen Rahmens obliegt, was große methodische Sorgfalt erfordert, vgl. dazu mit Blick auf das Verwaltungsorganisationsrecht Schnapp AöR 105 (1980), 243, 258; Lepsius Die Verwaltung 32 (1999), 429 ff.; Jestaedt Die Verwaltung 35 (2002), 293, 316f.

<sup>13</sup> Dagegen geht es bei der neu belebten Diskussion um eine "Selbstverwaltung der Gerichte" (vgl. nur van Husen AöR 78 (1952/53), 49; Dästner und Groß in: Schulze-Fielitz/Schütz [Hrsg.] Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit, Die Verwaltung, Beiheft 5, 2002, 201 ff. bzw. 217 ff.; Papier NJW 2002, 2585) um eine veränderte Verteilung der Organisationsgewalt zugunsten der Dritten Gewalt, nicht um die Mitwirkung der von der Sachaufgabenerfüllung Betroffenen. Allerdings können einem Selbstverwaltungsträger der Verwaltungsorganisation auch Aufgaben rechtsprechenden bzw. rechtsetzenden Charakters übertragen sein (vgl. nur Wolff/Bachof/Stober Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987, § 84 Rn. 38).

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Es handelt sich mithin um einen "Klassenbegriff" (Engisch Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl. 1968, 244, 246), zu dessen Erfüllung mehrere Merkmale stets vorliegen müssen. Von "Mindestanforderungen" spricht im vorliegenden Zusammenhang auch Kluth Die Verwaltung 35 (2002), 349, 352.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Im Anschluss v.a. an *Hendler* Ordnungsprinzip (Fn. 10), 284ff., und *dens.* in: HStR IV, 1990, § 106 Rn. 15ff. Daran anknüpfend auch *Kahl* Die Staatsaufsicht, 2000, 9, 30f.; spezifizierender *Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 541f., allerdings mit einem bereits legitimationsdogmatisch orientierten Erkenntnisinteresse.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Mithin mehr als eine (privat- oder öffentlich-rechtliche) Organisations form (zu den diesbezüglichen Begrifflichkeiten vgl. Burgi in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.] GG, Band 3, 2001, Art. 86 Rn. 20ff.). Der Begriff "Standardtyp" (Schmidt-Aβmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 217) ruft m.E. weitere Abgrenzungsprobleme hervor.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Diese fehlt zumindest gegenwärtig Organisationstypen wie der "Kooperationsverwaltung" (Schuppert FG von Unruh, 1983, 183, 200 ff.), der "Kondominialverwaltung" (hierzu und zur Abgrenzung gegenüber der funktionalen Selbstverwaltung vgl. Jestaedt Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 72 ff.), der "Kollegialverwaltung" (Groβ Kollegialprinzip [Fn. 11], 45 ff.) und den weiteren bei Schmidt-Aβmann Ordnungs-

landschaft herausragt, auf gleicher Höhe mit dem Organisationstyp der Staatsverwaltung.<sup>18</sup> Ebenso wie dieser wird auch der Organisationstyp der Selbstverwaltung durch die jeweils gestellten Aufgaben mitbestimmt.<sup>19</sup> Zur Gewährleistung von Betroffenenmitwirkung und Eigenverantwortlichkeit verfügen die Selbstverwaltungsträger ihrerseits über eine spezifische Organisationsstruktur.

Während die Merkmale "Erfüllung von Verwaltungsaufgaben"<sup>20</sup> und "öffentlich-rechtliche<sup>21</sup> Verwaltungsträgerschaft"<sup>22</sup> vor allem der Negativabgrenzung gegenüber den Formen der gesellschaftlichen Gemein-

idee (Fn. 16), 218, aufgezählten Typen. Teilweise erfassen diese Kategorien auch Selbstverwaltungsträger.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Im engeren Sinne, d.h. unter Ausschluss der Selbstverwaltung, welche zur Staatsverwaltung im weiteren Sinne zählt (vgl. sogleich im Text). Die hinter diesem Typ stehenden politischen Ideen lassen sich mit dem Begriff "Hierarchie" zusammenfassen, ohne dass darin schon die Anerkennung eines "Prinzips" liegt (so aber Schuppert Verwaltungswissenschaft, 2000, 590ff., 598ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Vgl. Burgi in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 51 Rn. 14f.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Als Untergruppe der Staatsaufgaben, verstanden als diejenigen Aufgaben, die der Staat wahrnimmt (*Burgi* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 48ff.) bzw. zumindest in öffentlich-rechtliche Organisationsform überführt hat, wie in den in diesem Bericht nicht weiter verfolgten (grundrechtlich fundierten) Sonderbereichen von Rundfunk (vgl. zur problematischen Zuordnung von Rundfunkanstalten bzw. Landesmedienanstalten *Kluth* Selbstverwaltung [Fn. 15], 75 ff.; *Schmidt-Preuβ* VVDStRL 56 [1997], 160 in Fn. 6, bzw. *Bumke* Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, 289 ff.), Hochschule und Studierendenschaft (vgl. zu deren Zuordnung *Kluth* ebd., 31 ff., 54 ff., 212 ff.). Insoweit ist die Selbstverwaltung Teil der Staatsverwaltung iwS (ebenso *Hendler* [Fn. 15], Rn. 41 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Ganz hM (vgl. nur Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 10. Aufl. 1973, 478; Hendler Ordnungsprinzip [Fn. 10], 279ff.; anders Schuppert [Fn. 17], 197ff., der die privatrechtlichen Träger unter bestimmten Voraussetzungen einer Untergruppe "mittelbare Selbstverwaltung" zuordnen möchte). Noch innerhalb des thematischen Rahmens befinden sich etwaige privatrechtlich organisierte Töchter (etwa die Eigengesellschaften der Gemeinden) sowie die der jeweiligen "Familie" verbundenen, oftmals privatrechtlich organisierten Dach- und Spitzenorganisationen, wie z.B. der Deutsche Industrie- und Handelskammertag oder die Bundesärztekammer).

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Im Unterschied zu den anderen "verselbständigten Verwaltungseinheiten" (zu ihnen vgl. *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 225 f.; *Burgi* [Fn. 19], § 52 Rn. 9) besitzen die Selbstverwaltungsträger mithin Rechtsfähigkeit. Gleichgültig ist, ob es sich um eine Körperschaft oder um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handelt (*Hendler* [Fn. 15], Rn. 28); auch die Einbettung in eine Stiftungsstruktur ist grundsätzlich möglich, wenngleich verfassungsrechtlich problematisch, vgl. zu den diesbezüglichen Diskussionen im Hochschulbereich *Geis* in: ders./Hailbronner (Hrsg.) HRG, Stand Mai 2001, § 58 Rn. 48; *Ipsen* NdsVBl. 2000, 240; *Koch* WissR 34 (2001), 57, 67 ff.; *von Brünneck* WissR 35 (2002), 21.

wohlverantwortung<sup>23</sup> bzw. gegenüber den verselbständigten Verwaltungseinheiten in Privatrechtsform oder ohne Rechtsfähigkeit dienen, sind es die Merkmale "Betroffenenmitwirkung"<sup>24</sup> und "Eigenverantwortlichkeit für Ob und/oder Wie der Aufgabenerfüllung"<sup>25</sup>, über die Identifikation und Legitimation bewirkt werden müssen. Dabei wird unter Anknüpfung an die rein deskriptiv zu verstehende "Betroffenheit"<sup>26</sup> zu Recht<sup>27</sup> danach differenziert, ob diese auf verschiedene Verwaltungsaufgaben innerhalb eines bestimmten Gebiets (wie bei der kommunalen Selbstverwaltung) oder auf den Inhalt bestimmter Verwaltungsaufgaben bezogen ist,<sup>28</sup> wie bei der funktionalen Selbstverwaltung. Freilich ist der hier zugrunde gelegte Begriff nicht auf die Erscheinungsformen bereits verwirklichter Selbstverwaltung beschränkt (mit nachfolgender Fokussierung auf die kommunale Selbstverwaltung,<sup>29</sup> die

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Sei es nach Privatisierung einschließlich Beleihung, sei es nach einer sog. regulierten Selbstregulierung; ebenso bereits Schuppert AöR 114 (1989), 127, 144ff., ferner Schmidt-Preuß (Fn. 20), 163 in Fn. 6; Di Fabio VVDStRL 56 (1997), 235, 269, der zu Recht auf Überschneidungen in den politischen Ideen (vgl. III 1) hinweist. Deutlich auch Schmidt-Aβmann Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, 253, 261 ("Selbstverwaltungsträger stehen kraft ihrer Rechtsform auf Seiten des Staates").

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Bewusst unspezifischer formulierend wie etwa Böckenförde in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 33 in Fn. 51, der auf die Rekrutierung der Entscheidungsorgane "aus den Betroffenen" abhebt. Mangels Betroffenenmitwirkung scheiden namentlich die durch Sachverständige geprägten Verwaltungseinheiten aus.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Die Staatsaufsicht ist zwar korrelativ, wenngleich nicht schon in einem bestimmten Umfang, mitumschlossen (zur kommunalen Selbstverwaltung: BVerfGE 78, 331, 341; ausführlich Kahl Staatsaufsicht [Fn. 15], 496f.). Dies wird durch das Begriffsmerkmal "Eigenverantwortlichkeit" hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Der Begriff "Autonomie" ist vergleichsweise unspezifisch und ohne eigene Aussagekraft, außerdem wird er vielfach auf die Rechtsetzungsbefugnisse von Selbstverwaltungsträgern, mithin auf einen Ausschnitt bezogen; ebenso Hendler (Fn. 15), Rn. 38f.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Im Unterschied zu *Jestaedt* (Fn. 12), 337 ff., der hiermit verfassungsrechtliche Assoziationen verbindet. Die Betroffenenmitwirkung in der Selbstverwaltung ist eine Form der "Partizipation", die sich von anderen Partizipationsformen (außbereitet bei *Schmidt-Aβmann* Ordnungsidee [Fn. 16], 97 ff.; *Wolff/Bachof/Stober* [Fn. 13], Rn. 33) zunächst durch das erreichte Maß an institutioneller Einbindung unterscheidet.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Zur Unterscheidung von kommunaler und funktionaler Selbstverwaltung vgl. *Emde* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 5ff.; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 4ff.; vgl. auch BVerfGE 83, 37, 55. Weitere Binnendifferenzierungen hat namentlich *Schuppert* (Fn. 17), 203 ff., vorgeschlagen.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Wenn zusätzlich andere Aufgaben erfüllt werden (sog. Fremdaufgaben, wie z.B. die staatlichen Aufgaben bei den Kommunen; vgl. nur *Burgi* [Fn. 19], § 53 Rn. 19), dann ist der Begriff trotzdem erfüllt, es ergeben sich aber u.U. rechtliche Probleme (vgl. IV 2 d).

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Vgl. Art. 28 Abs. 2 GG sowie (beispielsweise) Art. 78 Verf NRW, §§ 1 bis 3 GO NRW. Der Begriff umschließt die Selbstverwaltung in Gemeinden und Gemeindeverbänden (zu

Kammern<sup>30</sup> und die soziale Selbstverwaltung in Kranken<sup>31</sup>- und Arbeitslosenversicherung<sup>32</sup>),<sup>33</sup> sondern er ermöglicht es, über die Einsetzbarkeit jenes Organisationstyps auch in anderen Aufgabenfeldern nachzudenken, beispielsweise über den Schritt von der "selbständigen Schule" zur Schule in Selbstverwaltung.

Diese von fachverwaltungsgesetzlicher Konstituierung unabhängige Wirkung verdankt der klassifikatorische<sup>34</sup> Selbstverwaltungsbegriff sei-

deren Bestand vgl. Dittmann in: Achterberg/Püttner/Würtenberger [Hrsg.] Besonderes Verwaltungsrecht II, 2000, § 18).

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Vor allem in den Industrie- und Handelskammern (IHKs), auf der Grundlage des IHK-Gesetzes, und in den Handwerkskammern, auf der Grundlage der Handwerksordnung, wo jeweils nicht explizit von "Selbstverwaltung" die Rede ist, sondern davon, dass eine "Körperschaft des öffentlichen Rechts" bestimmte Aufgaben zu erledigen habe. Die sog. berufsständischen Kammern sind gegenwärtig nur anzutreffen bei den sog. freien Berufen. Beispielhaft zu nennen sind die auf Landesebene errichteten Ärztekammern (als Körperschaft des öffentlichen Rechts, z.B. gemäß § 1 S. 2 Heilberufegesetz NRW vom 9. 5. 2000, GVBl. 2000, 403) und die auf der Ebene der Oberlandesgerichte bestehenden Rechtsanwaltskammern (vgl. § 62 Abs. 1 BRAO). Eine ausführliche Phänomenologie bietet Kluth Selbstverwaltung (Fn. 15), 82ff., 143ff.; vgl. ferner Tettinger Kammerrecht (Fn. 11), 4ff.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Zu unterscheiden sind die nach Kassenarten getrennten Träger der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. §§ 29 Abs. 1 SGB IV, 4 Abs. 1 u. 2 SGB V) und die Kassenärztlichen Vereinigungen, denen v.a. die Gewährleistung der vertragsärztlichen Versorgung obliegt (§ 75 Abs. 1 u. 2 SGB V); ausführlich zu beiden jüngst Axer Die Verwaltung 35 (2002), 377, 379ff., 389ff.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Vgl. zu der auf diesem Felde tätigen "Bundesanstalt für Arbeit" §§ 367 SGB III ("Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung"), 189 Abs. 1 S. 1 AFG. Diese ist ungeachtet bestehender Unsicherheiten über den Körperschafts- bzw. Anstaltscharakter (vgl. allg. Fn. 22) erfasst (ebenso *Emde* [Fn. 27] 465 f.; anders *Kluth* Selbstverwaltung [Fn. 15], 543 f., 208, weil es sich infolge der Wahl der Organe auf Vorschlag der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände um eine verbandsgesteuerte, und daher nicht mitgliedschaftlich verfasste Körperschaft handle). *Ebsen* VSSR 1990, 57, 59 f., spricht insoweit von "formelle(r) Selbstverwaltung", um anzuzeigen, dass es bei der demokratischen Legitimation und bei der Statthaftigkeit der Rechtsetzung Spezifika gibt; ausführlich zur körperschaftlichen bzw. anstaltlichen Selbstverwaltung in der Sozialversicherung ferner *Geis* in: Schnapp (Hrsg.) Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, 2001, 65 ff.

<sup>33</sup> Keine spezifische Berücksichtigung finden (außer den bereits in Fn. 20 ausgeschiedenen Selbstverwaltungsträgern in Rundfunk und Wissenschaft) im Zweitbericht die sog. Realkörperschaften (Wasserverbände, Jagdgenossenschaften etc.), vgl. Kluth Selbstverwaltung (Fn. 15), 164ff.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Seine Wirkung besteht darin, die Ermittlung von Rechtsfolgen zumindest "interpolierend" (allg. Schmidt-Aβmann Ordnungsidee [Fn. 16], 4) zu erleichtern. Konkret betrifft dies Rechtsfolgen des Verwaltungsrechts (z. B. die Reichweite der Staatsaufsicht) wie des Verfassungsrechts (z. B. die demokratische Legitimation). Mit erfolgter Zuordnung einer bestimmten Erscheinungsform der Verwaltungsorganisation zur Selbstverwaltung ist ein bestimmtes Arsenal von Antworten eröffnet.

ner – im Schrifttum allzu oft verschwiegenen<sup>35</sup> oder verdrängten<sup>36</sup> – Zugehörigkeit zum allgemeinen Verwaltungsrecht. Dessen Funktion ist es bekanntlich, die in verschiedenen Fachgesetzen (vgl. etwa § 1 Abs. 1 S. 2 GO NRW; § 29 Abs. 1 SGB IV) enthaltenen, teilweise unvollständigen<sup>37</sup> Regelungen zu transzendieren, gemeinsame Problemstellungen zu identifizieren (gerade auch mit Blick auf die weitgehend von Spezialistenhand gepflegte soziale Selbstverwaltung) und die Transformation der bereichs übergreifenden verfassungsrechtlichen Vorgaben (vor allem des Demokratieprinzips und der Grundrechte) zu erleichtern. Bei der Interpretation der bereichs spezifischen verfassungsrechtlichen Regelungen (namentlich bei Art. 28 Abs. 2 GG)<sup>38</sup>, kann an die statuierten Mindestvoraussetzungen angeknüpft<sup>39</sup> werden. Es gibt demnach kein "staatsbzw. verfassungsrechtliches Prinzip Selbstverwaltung"<sup>40</sup>, wohl aber ein

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> In den Lehr- bzw. Handbüchern des allgemeinen Verwaltungsrechts kommt die Selbstverwaltung als bereichsübergreifender Organisationstyp teilweise gar nicht oder nur ganz am Rande vor (wie etwa bei *Krebs* in: HStR III, 1988, § 69).

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Zugunsten der Proklamierung eines staats- bzw. verfassungsrechtlichen Begriffs (etwa bei *Jestaedt* Kondominialverwaltung [Fn. 17], 68 u. 71) der in einer neueren Untersuchung (Fn. 12), 293 ff., überdies die Existenz eines "intradisziplinären Verbundbegriffes" verneint, ohne die Möglichkeit der Verortung auch des materiellen Elements der Betroffenenmitwirkung auf der Ebene des allgemeinen Verwaltungsrechts sowie die Differenzierung zwischen einem Begriff, der die Mindestvoraussetzungen enthält, und weiteren Begriffen mit zusätzlichen Inhalten, in Erwägung zu ziehen; auch *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 12, 14ff., bewegt sich auf der staatsrechtlichen Ebene.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Namentlich in der wirtschaftlichen und in der berufsständischen Selbstverwaltung fehlt es vielfach an einer expliziten Verbürgung von "Selbstverwaltung" oder "Eigenverantwortlichkeit" im jeweiligen Fachrecht. Vorgeschrieben ist dann der das Vorhandensein von Mitgliedern indizierende Körperschaftsstatus und eine spezifische Binnenstruktur (vgl. z.B. §§ 3 Abs. 1, 4ff. IHKG).

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Daneben finden sich explizite Aussagen im Text der Art. 90 Abs. 2 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV (iVm Art. 140 GG). Zu weiteren (wichtigeren, aber nicht expliziten) Verbürgungen (v.a. Art. 5 Abs. 3 Satz 1, Art. 87 Abs. 2 GG) vgl. IV 2 b u. 4 b.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Da es sich um rechtsgeprägte, nicht um sachgeprägte Gewährleistungen handelt; vgl. auch *Schmidt-Aßmann* GS Martens, 1987, 249, 254 ("vorgefunden").

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> So aber Schmidt-Aβmann (Fn. 39), 249 ff., der aber nunmehr (Ordnungsidee [Fn. 16], 17) richtigerweise von einem "Standardtyp der Verwaltungsorganisation" spricht – in einem Buch zum allgemeinen Verwaltungsrecht; Groß (Fn. 3), 1182. Der Nachweis eines solchen Prinzips lässt sich weder deduktiv (ebenso Kahl Staatsaufsicht [Fn. 15], 255 f.) noch induktiv erbringen (so aber etwa Brohm Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, 256; Hendler Ordnungsprinzip [Fn. 10], 302 ff.; wie hier Bethge [Fn. 9], 151 ff.; von Mutius Gutachten E für den 53. DJT, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages [Hrsg.] Verhandlungen, Band I, 1980, 28). Allg. zu den Problemen des Prinzipienbegriffs vgl. Röhl Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, 251 ff. Von "Bauform" spricht Püttner Verwaltungslehre, 3. Aufl. 2000, 67 ff.

Verfassungsrecht der Selbstverwaltung, verstanden als die Summe aller verfassungsrechtlichen Aussagen mit Geltung für den beschriebenen Verwaltungsorganisationstyp.<sup>41</sup> Mit der Aufnahme des Merkmals der Betroffenenmitwirkung in die Begriffsbestimmung gelingt die Überwindung der unfruchtbaren Dichotomie von juristischem und politischem<sup>42</sup> Selbstverwaltungsverständnis.<sup>43</sup>

Hinter dem eher profan erscheinenden verwaltungsorganisationsrechtlichen Begriff steht die politische Idee der Selbstverwaltung.<sup>44</sup> Diese bildet freilich nicht eine einzige und fixe Idee, sondern ein ganzes Motivbündel, dem Wandel der Anschauungen über die optimale Organisation der Gemeinwohlverantwortung unterworfen<sup>45</sup> und bei den einzelnen Selbstverwaltungsträgern in unterschiedlicher Weise entfaltet. Wie nun verhalten sich die politische Idee, der Verwaltungsorganisationstyp als solcher und die jeweils anzutreffende Binnenstruktur im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung?

# II. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung der Verwaltungsrechtsordnung

### 1. Wirkungszusammenhänge

Die unspezifische Verbindung "angesichts von" in der Themenstellung indiziert, dass eine umfassende systematische Beschreibung der Wirkungszusammenhänge zwischen den etablierten Institutionen der

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> In BVerfGE 51, 115, 118, wird festgestellt, dass es "nicht ein einheitliches Recht *der* Selbstverwaltung schlechthin" gebe.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Auf der Grundlage des Selbstverwaltungskonzepts von Rudolf von Gneist zielte der sog. politische Selbstverwaltungsbegriff auf den Aspekt der ehrenamtlichen Beteiligung der Bürger, während der von Hans Julius Wolff geprägte juristische Selbstverwaltungsbegriff auf den Umstand der "fachweisungsfreien" Aufgabenerledigung in dezentraler Verwaltungsträgerschaft fokussierte (zu Bedeutung und Geschichte der Zweiteilung vgl. Hendler Ordnungsprinzip [Fn. 10], 271 ff.; Schnapp StWissStPrax 9 [1998], 149, 152 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Bzw. von formalem und materialem Selbstverwaltungsverständnis (kritisch *Kluth* Selbstverwaltung [Fn. 15], 20f.; (zu) schroffe Entgegensetzung etwa bei *Jestaedt* [Fn. 12], 301 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Vgl. bereits G. Jellinek Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1960, 632, gegenüber O. Mayer Deutsches Verwaltungsrecht, Band II, 3. Aufl. 1924, 394, der "Selbstverwaltung" als politisches Schlagwort abqualifiziert hatte. Die einzelnen Begriffsmerkmale sind daher zugleich Rezeptoren der ideengeschichtlichen Entwicklung (Schmidt-Aβmann [Fn. 39], 250); z. B. rezipiert das Begriffsmerkmal "Eigenverantwortlichkeit" die Idee der Dezentralität (vgl. noch III 1).

<sup>45</sup> Ebenso Schuppert (Fn. 23), 128ff.

Verwaltungsrechtsordnung und jenen beiden Vorgängen fehlt.<sup>46</sup> Um die dogmatische Aufgabenstellung<sup>47</sup> formulieren und die Vielzahl der Problemstellungen aus den Referenzgebieten der Selbstverwaltung einordnen zu können, ist es daher erforderlich, den die beiden Vorgänge umschließenden Rahmen vorab zu skizzieren.

Der Begriff "Europäisierung" bezeichnet jedenfalls<sup>48</sup> die Einwirkungen des europäischen (Rechts-)Denkens und (Rechts-)Handelns auf die nationalstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen.<sup>49</sup> Bei der dogmatischen

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Die vorliegenden Untersuchungen konzentrieren sich darauf, wie die einzelnen Institutionen inhaltlich betroffen werden und wie die Einwirkungsmechanismen beschaffen sind (stellv., als besonders breit angelegte Arbeiten zur Europäisierung: Brenner Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996, 65ff.; von Danwitz Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, 194ff.; Hatje Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, 93 ff.; Kadelbach Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, 296ff.; Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem [Hrsg.] Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999; ferner Sommermann [Fn. 3]; Schoch Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, 135; Schwarze [Hrsg.] Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999; stärker die allgemeinen Wirkungszusammenhänge einbeziehend Kahl Die Verwaltung 29 [1996], 354f.; Kämmerer EuR 2001, 27, 28f.). Auch mit Blick auf die anderen wichtigen Rechtsbereiche (Privatrecht, Strafrecht etc.) bestehen Wirkungszusammenhänge, die ebenfalls intensiv analysiert werden. Allerdings unterscheidet sich das Kraftfeld, in dem sich die Verwaltungsrechtsordnung befindet, von allen anderen grundlegend durch die der Verwaltung zukommende Stellung und Aufgabe als Bestandteil des europäischen Verwaltungsraumes (vgl. sogleich im Text). - Noch unerforschter ist der Teilbereich der Ökonomisierung. Als erste Arbeiten seien genannt: Oettle Die Verwaltung 32 (1999), 291; Morlok in: Engel/Morlok (Hrsg.) Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, 1; Wallerath JZ 2001, 209; Gröpl Haushaltsrecht und Reform 2001, 327 ff.; ders. VerwArch 93 (2002), Heft 4, iE; Schneider Die Verwaltung 34 (2001), 317; Pünder Kommunales Haushaltsrecht im Umbruch, Manuskript der Habilitationsschrift, Münster 2002, 70 ff. (1. Teil, 4. Abschn. A II 2).

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Allg. zu dieser vgl. hier nur *Brohm* VVDStRL 30 (1972), 245, 246f.; *Burgi* Funktionale Privatisierung (Fn. 20) 14f.; *Kadelbach* Verwaltungsrecht (Fn. 46), 275 ff., 287 ff. (sub specie Europäisierung); *Schmidt-Aβmann* Ordnungsidee (Fn. 16), 6f.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Zur gebotenen Erweiterung der Perspektive auf den "europäischen Verwaltungsraum" vgl. sogleich im Text.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Begriffsbestimmung nach Schmidt-Aβmann FS Lerche, 1993, 513; Rengeling in: ders. (Hrsg.) Europäisierung des Rechts, 1996, 1, 2; Kämmerer (Fn. 46), 28f. Mit Blick auf die Sozialrechtsordnung vgl. Haverkate/Huster Europäisches Sozialrecht, 1999, Rn. 1 ff. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die Ebene der Europäischen Gemeinschaft. Auf die zumindest politische Bekräftigung, die die kommunale Selbstverwaltung durch die auf der Ebene des Europarates angesiedelte "Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung" (umgesetzt durch Gesetz vom 22. 1. 1987, BGBl. II, 65) erfährt, sei hingewiesen (ausführlich hierzu jüngst Schaffarzik Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 2000).

Bewältigung dieses Vorgangs darf nicht die überholte Perspektive der Trennung von Gemeinschaftsverwaltungsrecht einerseits, europäisiertem nationalen Verwaltungsrecht andererseits leitend sein, sondern es gilt, die rechtliche Ordnung des Verwaltungsraumes sub specie "Selbstverwaltung" im europäischen Staatenverbund zu entfalten.<sup>50</sup>

Der Begriff "Ökonomisierung" kann im Kontext der Verwaltungsrechtsordnung<sup>51</sup> m.E. die Einwirkungen<sup>52</sup> eines an den ökonomischen Maßstäben von Effektivität und Effizienz<sup>53</sup> bzw. an den Strukturen von Markt

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Vgl. Ladeur EuR 1995, 227, 238f.; Wahl Der Staat 38 (1999), 495, 502ff.; Schmidt-Aβmann Ordnungsidee (Fn. 16), 36f., 307ff., und dens. FS Steinberger, 2002, 1375, 1380f. Diese Perspektive schließt prinzipiell auch die Ebene der Verwaltungsorganisation der Gemeinschaft ein, von welcher im Bereich der Selbstverwaltung aber keine Wirkungen ausgehen können (vgl. I 2). Siedentopf/Sperr DÖV 2002, 753, präferieren angesichts der fortbestehenden Divergenzen den Begriff "Europäische Verwaltungsgemeinschaft".

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Das mit "ökonomisches Paradigma" (vgl. nur Kirchner in: Engel/Morlok [Fn. 46], 315, 318 f.) umschriebene Spektrum ist zu breit und aus rechtswissenschaftlicher Sicht zu unspezifisch, um in toto als Bezugspunkt dienen zu können. Es erscheint daher sinnvoll, gleichsam von der anderen Seite des Kraftfeldes, d.h. von der Verwaltungsrechtsordnung her schauend, sich auf die besonders relevanten Ausprägungen zu konzentrieren, ohne die (noch zu leistende) Analyse der Ableitungen auch nur im Ansatz unternehmen zu können.

<sup>52</sup> Damit gelangt zum Ausdruck, dass man es mit Denken und Handeln zu tun hat, das seinen Ursprung in einem anderen Lebensbereich, nämlich dem der Privatwirtschaft hat (Oettle [Fn. 46], 292). Von dort aus sind immer weitere Bereiche erfasst worden (wissenschaftlich begleitet im Wandel von der Ökonomie zur Ökonomik, skizziert bei Söllner Die Geschichte des ökonomischen Denkens, 2. Aufl. 2001, 50ff.; Gröpl [Fn. 46], 328ff.; dem entspricht der Sprachgebrauch im Englischen, wo zwischen "economy" und "economics" unterschieden wird), wodurch sie automatisch auch mehr Relevanz für Gegenstände und Fragestellungen, die der Verwaltungsrechtsordnung unterliegen, gewinnen konnten. Die Abgrenzung zum "Ökonomismus" (in Anlehnung an Oettle ebd., 296) erfolgt dadurch, dass dieser auf die notwendige Einordnung in das Ganze verzichten und die ökonomischen Aspekte absolut setzen würde. Der Ökonomismus ist es eigentlich, auf den die gegenwärtig viel diskutierten populärwissenschaftlichen Publikationen (etwa Friedmann Der ökonomische Code, 1996; Forester Terror der Ökonomie, 1997; dies. Die Diktatur des Profits, 2001; Saul Der Markt frißt seine Kinder, 1997) abzielen.

<sup>53</sup> Effizienz bezeichnet eine Maßgröße für das Verhältnis der eingesetzten Mittel (Kosten, Ressourcen – etwa durch und in der Verwaltungsorganisation, wobei zu beachten ist, dass die Ressourcen einen mehr als nur ökonomischen Wert haben können; Hoffmann-Riem in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Hrsg.] Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 11 ff.) zu dem erzielten Erfolg (Nutzen in einem weit verstandenen Sinne). Mithin geht es um die Relation zwischen erreichtem Output und verwendetem Input. Dabei ist mit Hilfe des sog. Transaktionskostenansatzes (zu ihm vgl. Richter/Furubotn Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl. 1999, 47 ff.; Schuppert Verwaltungswissenschaft [Fn. 18], 576 ff.) auch die Einbeziehung von Informations-, Kontrollund Abwicklungskosten möglich. Effektivität betrifft die Relation zwischen Outputziel

und Wettbewerb<sup>54</sup> orientierten Denkens und Handelns kennzeichnen.<sup>55</sup> Europäisierung ist mithin ein raumbezogener, Ökonomisierung ein durch bestimmte Inhalte charakterisierter Vorgang. Die wichtigsten Erscheinungsformen der Europäisierung, zu denen die Aspekte der Selbstverwaltung bislang allerdings nicht zählten, sind heute Teil des Examenswissens, während Ökonomisierung im juristischen Sprachgebrauch kaum mehr als ein Schlagwort ist.<sup>56</sup> Europäisierung und Ökonomisierung überschneiden sich, wenn gerade durch europäische Impulse eine ökonomische Ausrichtung bewirkt wird.<sup>57</sup>

Ein erster Systematisierungseffekt tritt ein, wenn man innerhalb der *Objekte* von Europäisierung und Ökonomisierung danach differenziert, ob die politische Idee oder die rechtliche Form Selbstverwaltung betroffen ist. Im Hinblick auf diese ist danach zu unterscheiden, ob die jeweils erfüllte Verwaltungsaufgabe<sup>58</sup> oder der Verwaltungsorganisationstyp als solcher ein-

und Output und bildet eine Maßgröße für den Zielerreichungsgrad, gleichgültig mit welchen Mitteln, Hoffmann-Riem ebd., 17f.; Schmidt-Aßmann ebd., 245, 246ff.; Budäus/Finger Die Verwaltung 32 (1999), 313, 326; Gröpl (Fn. 46) 343 ff. Ausführlich Eidenmüller Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, 323 ff.; Pünder (Fn. 46), 71 ff. (1. Teil 4. Abschn. A II), und früher schon Eichhorn, Verwaltungshandeln und Verwaltungskosten, 1979, 20 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Wettbewerb ist auch außerhalb eines Marktes (im Sinne eines realen Austausches von Gütern und Dienstleistungen im Rahmen von Angebot und Nachfrage) möglich, und zwar als sog, virtueller Wettbewerb (König DVBI, 1997, 239, 244).

<sup>55</sup> Eine allgemein anerkannte Begriffsbestimmung gibt es nicht.

<sup>56</sup> Erste Analysen beschäftigen sich mit thematisch abgegrenzten Teil-Kraftfeldern des staatsrechtlichen Bereichs (zum Bundesstaat: Sauerland Föderalismus zwischen Freiheit und Effizienz, 1997; Oeter in: Engel/Morlok [Fn. 46], 119 ff.; zum Finanzausgleich: Korioth Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, 197 ff.; Bull DÖV 1999, 269; zur Staatsverschuldung: Höfling in: Engel/Morlok [Fn. 46], 85 ff.), des verwaltungsverfahrensrechtlichen Bereichs (Holznagel in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Fn. 53], 205 ff.; Voβkuhle Die Verwaltung 34 [2001], 347 mwN in Fn. 1), des verwaltungsprozessrechtlichen Bereichs (Groß Die Verwaltung 34 [2001], 371; Schütz/Schülze-Fielitz in: Schulze-Fielitz/Schütz [Fn. 13], 9), sowie und vor allem mit dem Umweltrecht (Gawel DÖV 1999, 281; Suchanek Normative Umweltökonomie, 2000, 101 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Als Beispiel sei die Liberalisierung von bisher monopolistisch, d.h. den Marktgesetzen entzogenen Leistungsbeziehungen durch die europäischen Liberalisierungsrichtlinien in den Bereichen Telekommunikation, Post und Energie genannt.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Die Abschichtung der Betroffenheit der Verwaltungsaufgaben (der materiellen Ebene) von der des Verwaltungsvollzugs im Allgemeinen und der Verwaltungsorganisation im Besonderen ist im Hinblick auf die *Europäisierung* mittlerweile gängig, vgl. schon Zuleeg FG von Unruh, 1983, 94ff. (sub specie Selbstverwaltung); Oebbecke in: Ipsen u. a. (Hrsg.) Verfassungsrecht im Wandel, 1995, 607, 614f. Hinsichtlich der Ökonomisierung ist diese Differenzierung noch nicht ausgeprägt. Schneider (Fn. 46), 320f., unterscheidet verschiedene "Dimensionen", darunter eine "materielle" und eine "verfahrensbezogene". Gröpl Haushaltsrecht (Fn. 46), 336f., differenziert einmal zwischen "externer" und "in-

schließlich des Binnenbereichs erfasst wird.<sup>59</sup> Im Verlauf der Vermessung des Kraftfeldes muss mithin die Dogmatik der Selbstverwaltung überprüft und unter Umständen einer Neubestimmung unterworfen werden.<sup>60</sup>

Ein zweiter Systematisierungseffekt lässt sich erzielen, wenn man die Wirkfaktoren, also das, was auf die geschilderten Objekte einwirkt, näher charakterisiert. Dabei zeigt sich, dass Europäisierung wie Ökonomisierung, obschon in unterschiedlichem Maße, zugleich für eine politischrechtliche Strategie stehen und Phänomene der sozialen Wirklichkeit bilden, d.h. Vorgänge im Verwaltungsumfeld, die dem Recht vorausliegen. Darin unterscheiden sie sich gemeinsam von den anderen wichtigen<sup>61</sup> Wirkfaktoren, mit denen die Verwaltungsrechtswissenschaft gegenwärtig konfrontiert ist; von vergleichbarem Gepräge sind beispielsweise die mit dem Begriff "Internationalisierung"<sup>62</sup> oder die mit dem Begriff "Informatisierung"<sup>63</sup> zusammengefassten Faktoren. Die klassischen Faktoren Finanznot und Aufgabenkomplexität hingegen sind primär Phänomene der sozialen Wirklichkeit, Faktoren wie Deregulierung,<sup>64</sup> Verantwortungsteilung<sup>65</sup> oder Kooperationalisierung<sup>66</sup> sind bereits Strategien.

terner" Ökonomisierung, dann (VerwArch 2002, Fn. 46), II 2 u.ö., zwischen "Binnenökonomisierung" ("nur" die Verwaltung betreffend) und "Ökonomisierung des Verwaltungsrechts", wobei er zwischen Ökonomisierung des Verfahrensrechts (iwS) und Ökonomisierung des materiellen Rechts unterscheidet.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Wobei sich Einwirkungen auf die politische Idee bzw. auf die erfüllten Verwaltungsaufgaben wiederum auf den Einsatz des Verwaltungsorganisationstyps und dessen Binnenorganisation auswirken können, wie zu zeigen sein wird (IV).

<sup>60</sup> Damit können sich Innovationsanstöße und die Lösung von Verkrustungen verbinden, etwa nach dem Beispiel der Überwindung des Postulats "keine Haftung für legislatives Unrecht" im Zuge der Europäisierung des Staatshaftungsrechts, vgl. nur Schoch (Fn. 46), 143 f. Ungeachtet der Notwendigkeit der Einbeziehung künstiger Entwicklungen ist allerdings die Grenze zur Rechtspolitik zu wahren (Brohm [Fn. 47], 251 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Welche auch bei der folgenden Analyse nicht gänzlich außer Betracht bleiben können, da es Überschneidungen und wechselseitige Verstärkungen gibt, etwa von Europäisierung und Verantwortungsteilung in Gestalt des sog. Umweltaudits oder von Ökonomisierung und Verantwortungsteilung in Gestalt der Regulierungsansätze im Internet, vgl. Schneider (Fn. 46), 336ff.; zu undifferenziert demgegenüber Wallerath (Fn. 46), 215 ff.

<sup>62</sup> Vgl. (für den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts) nur Schmidt Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, 165 ff.; Stober Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2001. Zunehmende Bedeutung dürften in den kommenden Jahren die Festlegungen des "General Agreement on Trade in Services" (GATS) erlangen.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Vgl. nur *Hoffmann-Riem* DÖV 1997, 433; *Britz* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, iE.

<sup>64</sup> Vgl. nur Wallerath (Fn. 46), 217.

<sup>65</sup> Vgl. nur die Beiträge in Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, 1999.

<sup>66</sup> Bündig Voßkuhle (Fn. 3), 203 f. mwN.

### 2. Duales Herausforderungsprofil

Dass Europäisierung wie Ökonomisierung Phänomen und Strategie in einem sind, wirkt sich auf das dogmatische Arbeitsprogramm aus. Bereits als Phänomene der sozialen Wirklichkeit bilden sie eine Herausforderung für die Verwaltungsrechtsdogmatik, zu deren Aufgaben nach heutigem Verständnis die zukunftsoffene Verarbeitung der sich kontinuierlich wandelnden Sachanschauungen und -strukturen in Wirtschaft und Gesellschaft, Kultur und Philosophie gehört. 67 Dass sich mit den als "Ökonomisierung" bezeichneten Vorgängen jedenfalls bestimmte Anschauungen und Strukturen in der sozialen Wirklichkeit verbinden - etwa die hohe Bewertung von Individualität<sup>68</sup> und die Ausstrahlung des Wettbewerbsgedankens in immer neue gesellschaftliche Bereiche – ist offensichtlich. 69 Aber auch die Vorgänge der "Europäisierung" dürfen nicht auf die Europäisierung durch Recht reduziert werden. 70 So gibt es auf die politische Idee "Europa" bezogene kulturell-philosophische Zeitströmungen,71 grenzüberschreitende gesellschaftliche Entwicklungen und vor allem die zunehmende Verflechtung der Märkte in Europa. All diese Facetten der sozialen Wirklichkeit speisen die Entwicklung der politisch-rechtlichen Strategien, welche ihrerseits Entwicklungen in der sozialen Wirklichkeit in Gang zu setzen oder zu beeinflussen vermögen.<sup>72</sup>

Als Strategien bilden Europäisierung wie Ökonomisierung ein Arsenal von Steuerungsansätzen innerhalb des rechtlichen Rahmens.<sup>73</sup> Insoweit

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Daraus folgt das Erfordernis der Auseinandersetzung mit den anderen Selbstverwaltungswissenschaften (vgl. bereits I 2).

<sup>68</sup> Penski DÖV 1999, 85; Budäus/Finger (Fn. 53), 314 (auch zu weiteren Aspekten).

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Trotzdem wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum bislang nicht in der hier vorgeschlagenen Weise differenziert. So erscheint "Ökonomisierung" bei *Voβkuhle* (Fn. 3), 209 ff., komplett als "Strategie"; bei *Battis* DÖV 2001, 309, 312, werden immerhin "Kenntnisnahme" und "Reaktion" seitens des Rechts unterschieden.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Explizit Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 16), 29 u. 34.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Skeptisch zu Versuchen, die europäische Integration als die Institutionalisierung einer (namentlich abendländisch-christlichen) Wertegemeinschaft zu begreifen von Bogdandy Der Staat 39 (2000), 169, 171 ff. (mit entsprechenden Nachweisen). Zu "Europa als politische Idee und als rechtliche Form" vgl. den gleichnamigen Band von Isensee (Hrsg.) 1993.

<sup>72</sup> Ähnlich (mit Blick auf die Europäisierung) Kämmerer (Fn. 46), 27ff.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Zu den Möglichkeiten und Grenzen des sog. steuerungswissenschaftlichen Ansatzes, dessen vornehmlichste Stärke – in aller Kürze – darin besteht, die verschiedenen Steuerungsinstrumente im europäischen Verwaltungsraum (außer Recht v.a. Personal, Organisation, Finanzen) je für sich und im Verbund analysieren und Alternativen beschreiben zu können, vgl. Schuppert in: Grimm (Hrsg.) Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 217 ff.; Burgi (Fn. 19), § 51 Rn. 18 f. mwN.

stellen sie eine noch intensivere, da unmittelbare Herausforderung für die Dogmatik der Selbstverwaltung dar. Dass "Europäisierung" in erster Linie für ein rechtlich geprägtes Konzept steht, wurde bereits festgestellt.<sup>74</sup> Eine Strategie im Sinne eines rechtlich mitgeprägten Wirkfaktors ist aber auch in dem mit "Ökonomisierung" beschriebenen Teil des Kraftfeldes zu erkennen. Hier gibt es zahlreiche Formen des Einsatzes ökonomischer Elemente in der Verwaltungspraxis und erste Aussagen im einfachen Recht; 75 auf der theoretisch-methodischen Ebene erstrecken sich die ökonomischen Analysen von Staat und Recht zunehmend auch auf verwaltungsrechtliche Themenstellungen. 76 Beide Strategien beeindrucken freilich nicht durch Planmäßigkeit und harren ihrerseits in erheblichem Maße der rechtswissenschaftlichen Bewältigung, d.h. neben die Heraus-

Wichtig ist die Erkenntnis, dass auch die außerrechtlichen Steuerungsansätze und die hierdurch veränderten Maßstäbe (z.B.: Effizienz) innerhalb der Rechtsordnung verarbeitet werden müssen, Schmidt-Aβmann Ordnungsidee (Fn. 16), 25; Lepsius (Fn. 12), 443 f.; Hoffmann-Riem (Fn. 53), 27.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Im einzelnen sind es das Primärrecht, die zahllosen Normsetzungsakte des Sekundärrechts sowie die Rechtsanwendung durch EU-Kommission und EuGH und die veränderten Organisations- und Handlungsstrukturen, vgl. dazu Hatje Steuerung (Fn. 46), 113, der auf die vielfach bestehende Unmöglichkeit des Kausalitätsnachweises hinweist. Mit dem europäischen Recht halten auch die hinter diesem stehenden, teilweise anderen, teilweise identischen Ausprägungen des Rechtsdenkens Einzug (vgl. dazu von Danwitz System [Fn. 46], 374ff.), etwa den Auftrag des Verwaltungsrechts betreffend (vgl. Schoch [Fn. 46], 142f., der die durch das Anliegen eines effektiven Vollzugs geprägte Eindimensionalität des europäischen Verwaltungsrechts [in seiner Handhabung durch den EuGH] analysiert). Dabei wirken die europäischen Impulse nicht nur innerhalb, sondern – mittelbar-faktisch – auch außerhalb der Bereiche des Vollzugs von Gemeinschaftsrecht ein (zu diesem sog. Overspill-Effekt vgl. Ladeur [Fn. 509], 239).

<sup>75</sup> Vgl. IV 4 b. Es ist angesichts des Instrumentalcharakters der Organisation kaum verwunderlich, dass das ökonomisierte Rechtsdenken im Binnenbereich der Verwaltung Platz greifen konnte, worauf bereits Morlok (Fn. 46), 23, hingewiesen hat.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> So sind v.a. zu unterscheiden die heute vorherrschende Strömung der sog. Neuen Institutionenökonomik (vgl. nur *Richter/Furubotn* [Fn. 53], v.a. 453 ff.) und die mehr im politologischen Bereich wirkmächtige "Neue Politische Ökonomie" (bündige Vorstellung dieses und weiterer Ansätze bei *Gröpl* [Fn. 46], 331 f. u. 335 mwN). Der Institutionenbegriff ist weit und umfasst Rechts- und Sozialregeln sowie andere Entscheidungssysteme, mithin auch die Organisationstypen innerhalb des Staates sowie andere Systeme der Gemeinwohlverwirklichung. Dies macht es möglich, Selbstverwaltung mit Staatsverwaltung sowie (z.B.) mit regulierter Selbstregulierung zu vergleichen (sog. institutional choice; vgl. näher IV 2 a). Mit Blick auf die Verwaltungsorganisation ist ferner der Teil-Ansatz der sog. principal-agent-Theorie von Bedeutung (*Richter/Furubotn* [Fn. 53], 163 ff., 201 ff.; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft [Fn. 18], 621 ff.), der es ermöglicht, Leistungsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger und innerhalb der Verwaltung als Auftraggeber/Auftragnehmer-Verhältnis zu konstruieren.

forderung für die Dogmatik der Selbstverwaltung tritt die dogmatische Herausforderung, die Europäisierung und Ökonomisierung<sup>77</sup> als Strategien bilden.

### III. Die politische Idee der Selbstverwaltung

### 1. Bestand und Bedeutung

Die politischen Gründe,<sup>78</sup> die den Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung über die sektoralen Einsatzbereiche und die dort wirkenden Ideen hinweg tragen, bilden ein seit Jahrzehnten fest geschnürtes Bündel. Sie geraten vor allem in den Einsatzbereichen, in denen eine verfassungsrechtliche Anerkennung fehlt bzw. die erst zukünftig erschlossen würden, in den Blick. Die Analyse ergibt, dass veränderte Anschauungen über die Organisation der Gemeinwohlverwirklichung sich bislang nur auf die Gewichtung innerhalb des Motivbündels,<sup>79</sup> nicht aber auf seine Zusammensetzung ausgewirkt haben. Die beiden zentralen Stränge bestehen unverändert in den Zielen der Dezentralisation und der Staatsent-

<sup>77</sup> Hier kann angeknüpft werden an die methodischen Überlegungen, die in der Auseinandersetzung mit der sog. ökonomischen Theorie des Rechts (Assmann/Kirchner/ Schanze [Hrsg.] Ökonomische Analyse des Rechts, 2. Aufl. 1993; Behrens Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, 6ff.) vor allem im Bereich des Zivilrechts und bei der Bestimmung der Spielräume bei der Gesetzesauslegung bereits angestellt worden sind (Eidenmüller Effizienz [Fn. 53], 17 ff., 393 ff., 450 ff.; Grundmann Rabels Z 61 [1997], 423; Ladeur Rabels Z 64 [2000], 60, 91 ff.; Adams [Hrsg.] Ökonomische Theorie des Rechts, 2002). Durchgehend Rechnung zu tragen (allg. und weiterführend Morlok [Fn. 46], 10f.; Kirchner [Fn. 46], 315ff.; Voßkuhle [Fn. 56], 365ff.) ist den Schwächen des ökonomischen Rechtsdenkens (Schwierigkeiten bei Bestimmung und Bewertung des Nutzens sowie Komplexität der Ziele bei der Effizienzermittlung; Vermischung empirischer und heuristischer Voraussetzungen (Lepsius [Fn. 12], 439); Leistungsgrenzen (v.a.: tendenzielle Geringschätzung der gemeinwohlbezogenen Aspekte (Morlok [Fn. 46], 28f.) mit der Gefahr der Untergrabung der Grundlagen des Gemeinwesens (Wallerath [Fn. 46], 215 f.), ferner Unterkomplexität angesichts der funktionalen Differenziertheit von Staat und Gesellschaft (Wirtschaft).

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Sie sind trefflich zusammengefasst im Facharztbeschluss des BVerfG aus dem Jahre 1972 (BVerfGE 33, 125, 156f.). *Schuppert* (Fn. 23), 129ff., spricht von "Funktionen", denen er neuerdings (Verwaltungswissenschaft [Fn. 18], 598ff.) "Steuerungsleistungen" zuordnet.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Dabei hat die zu I 2 festgelegte Grundlage der Zuordnung zum Staat bestimmend zu bleiben, wenn man so will die Perspektive der "Selbstverwaltung von oben" (krit. *Hufen* FS Maurer, 2001, 1177, 1178ff.). Die – wie sich zeigen wird (IV 2 d u. 4 b) – berechtigten Anliegen der Stärkung der Eigenverantwortlichkeit und der Bürgerperspektive können von Verfassungs wegen nur auf dieser Grundlage verwirklicht werden.

lastung einerseits, <sup>80</sup> den Zielen der Vernetzung mit der Gesellschaft und der demokratischen Partizipation andererseits, <sup>81</sup> wozu in bestimmten Einsatzbereichen die Ziele der Integration gesellschaftlicher Interessen <sup>82</sup> bzw. der Disziplinierung gesellschaftlicher Formationen <sup>83</sup> treten können. Dieses Motivbündel ist das Produkt einer beeindruckenden, theoretisch wie praktisch gehaltvollen historischen Entwicklung mit einem Schwerpunkt im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung. <sup>84</sup> Teil der Entwicklung ist die Kritik, die beide Motivstränge ausdauernd, jedoch letztlich erfolglos begleitet. So wird die Effizienz der dezentralen Aufgabenerfüllung hartnäckig bestritten und die Gefahr der Uneinheitlichkeit von Normvollzug und Lebensverhältnissen beschworen. <sup>85</sup> Die sich mit der Beteiligung gesellschaftlicher Träger verbindenden Hoffnungen werden durch die Beschreibung von Distanzverlust und Partikularisierung zu dämpfen ver-

<sup>80</sup> Damit verbinden sich Orts- und Sachnähe, Kenntnis der Umstände und weitere dezentralisationsimmanente Vorteile (allg. Becker Öffentliche Verwaltung. Lehrbuch, 1989, 194ff.; Bryde VVDStRL 46 [1988], 181, 182f.; sub specie Selbstverwaltung Hendler Ordnungsprinzip [Fn. 10], 345ff.), nicht zuletzt der Vorzug, eine vertikale Gewaltenteilung zu bewirken. Klassisch zum Aspekt der Staatsentlastung: Laband Staatsrecht I, 1876. 101.

<sup>81</sup> Vgl. nur Hendler Ordnungsprinzip (Fn. 10), 302 ff.; Schuppert (Fn. 23), 135 f.; Kluth Selbstverwaltung (Fn. 15), 236 ff. Hier lassen sich die Teilziele Edukation (klassisch: Tocqueville De la démocratie en Amérique, vol. 1, édition définitive sous la direction de J. P. Mayer, 1951, 67 u. ö.) und Identifikation zuordnen. Zur Selbstverwaltung als Modus der Ermöglichung "menschlicher Selbstverwirklichung" Klages FG von Unruh, 1983, 41 ff. Bündig zur Verbindungslinie zwischen Dezentralisation und Partizipation Taylor Wieviel Gemeinschaft braucht die Demokratie?, 2002, 23 f.

<sup>82</sup> Am deutlichsten bei den Wirtschaftskammern, worin bereits Max Weber eine Erscheinungsform der "Ökonomisierung" der Politik gesehen hatte (Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1976, 176). Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Vertretung von Interessen im Staat (iwS) gegen den Staat (ieS), etwa auf der Grundlage von § 1 Abs. 1 IHKG, vgl. Brohm FG von Unruh, 1983, 777, 792 ff.; Kluth (Fn. 14), 366 f., und BVerfG, NVwZ 2002, 335, 337.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> Forsthoff (Fn. 21), 476. Kluth ebd., 375, hofft auf eine Ausweitung des Einsatzes der Träger funktionaler Selbstverwaltung als "Ordnungsfaktor im Binnenmarkt" – wo und mit welchen Mitteln bleibt unklar.

<sup>84</sup> Nachgezeichnet bei Pohl FG von Unruh, 1983, 3 ff.; Thiel Die Verwaltung 35 (2002), 25 ff.; vgl. ferner die Nachweise in Fn. 10. Zur Geschichte der in der kommunalen Selbstverwaltung (auch im europäischen Kontext) wirkmächtigen Idee des Kommunalismus: Blickle Kommunalismus. Skizzen einer gesellschaftlichen Organisationsform. Band 1, 2000.

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Nach Einschätzung des BVerfG (DVBl. 1989, 301, 303) könnte eine "zentralistisch organisierte Verwaltung ... in vielerlei Hinsicht rationeller und billiger arbeiten" als eine dezentral ausdifferenzierte Verwaltung. Als weiteres Beispiel für eine frühe (auch) ökonomisch inspirierte Argumentation: *Klein* FS Forsthoff, 1972, 165, 173 f.

sucht, unter Verwendung der Etiketten "Ständestaat"<sup>86</sup> bzw. "Neokorporatismus"<sup>87</sup>.

# 2. Im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung

### a) Zwang zur Rationalität

Um es vorweg zu nehmen: Europäisierung wie Ökonomisierung fügen dem beschriebenen Motivbündel keine weiteren Ideen hinzu. Sie tragen aber ansatzweise zur Stärkung einzelner, bestehender Selbstverwaltungsideen bei. Bevor aufgezeigt wird, wie dies geschieht, ist der folgende Hinweis wichtig: Europäisierung und Ökonomisierung verändern im gleichsinnigen Zusammenwirken die Methode des Umgangs mit den Legitimationsgründen. Genügten lange Zeit der reflexartige Verweis auf die Tradition und der ehrfurchtsvolle Blick auf die Ahnengalerie der Selbstverwaltungsdeuter,<sup>88</sup> so gibt es nun Umstände, die zur Thematisierung der politischen Idee zwingen und die Auswahlsituation (vgl. noch V 1 bzw. VI 1) bei der Entscheidung über die Zuweisung von Verwaltungsaufgaben an Selbstverwaltungsträger bzw. über deren Binnenorganisation determinieren. Das beginnt mit der Feststellung, dass es weder im Verwaltungsraum auf EU-Ebene noch in zahlreichen EU-Mitgliedstaaten einen ver-

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Diesem Etikett zuzuordnende Analysen bei *Weber* Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl. 1967, 24ff., 29f., 80ff., 102f.; *Scheuner* GS Peters, 1967, 797, 812, sowie aus neuerer Zeit *Merten* VVDStRL 55 (1996), 7, 34ff.

<sup>87</sup> Mit diesem Begriff wird in der Politikwissenschaft die (teilweise für mit dem 2. Weltkrieg überwunden gehaltene) Entwicklung der Repräsentation organisierter Interessen durch Verbände, die gleichzeitig an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben teilnehmen, bezeichnet. Betroffen sind freilich nicht allein die Träger der (funktionalen) Selbstverwaltung, etwa die Bundesanstalt für Arbeit, sondern vor allem auch die großen Wirtschaftsverbände, die Tarifparteien etc. (vgl. Schmitter/Lehmbruch [Hrsg.] Trends Toward Corporatist Intermediation, 1979; Streeck/Schmitter Journal für Sozialforschung 25 [1985], 133 ff.). Der Vorwurf des "Korporatismus" geht seither mit dem Vorwurf der Reduktion von Konkurrenzelementen einher. Eine Untersuchung des Gesundheitswesens anhand dieses Ansatzes bieten die Beiträge in Gäfgen (Hrsg.) Neokorporatismus und Gesundheitswesen. 1988.

<sup>88</sup> Beginnend mit dem Freiherr vom und zum Stein (Preußische Städteordnung, 1808), über Lorenz von Stein und von Gneist zur Genossenschaftslehre (von Gierke und Preuß; vgl. hierzu Stolleis Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II, 1992, 363 f.), mit sodann korporativer Erfassung durch Rosin (vgl. Bieback Die öffentliche Körperschaft, 1976, 362 ff.); vgl. ferner Fn. 10 u. 84. Schon von verschiedenen "Krisen" diktierte Arbeiten haben sodann namentlich H. Peters, Köttgen und Forsthoff vorgelegt (bündige Darstellung bei Stolleis ebd., 234) und nach 1945 (in fast schon zufälliger Auswahl) Salzwedel VVDStRL 22 (1965), 206, 223 ff., und U. K. Preuß Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969, 201 ff.

gleichbar strukturierten Organisationstyp gibt.<sup>89</sup> Das daraus folgende Erklärungsbedürfnis wird durch das der Ökonomisierung zuzurechnende Phänomen der Skepsis gegenüber tradierten Zwangs- und Monopolgemeinschaften verstärkt und durch die Strategie des Denkens in Kosten-Nutzen-Relationen zu einem Rationalitätsdruck verfestigt. Dieser verpflichtet in der politischen Auswahlsituation<sup>90</sup> zur Bezeichnung der Wertungsgrundlagen und Vorzüge, zur Gegenüberstellung der Nachteile und zur Nachvollziehbarkeit der Entscheidung zugunsten der Selbstverwaltung. Dabei haben bereichsspezifische, nach Leistung und Aufwand aufgeschlüsselte Begründungen einen Plausibilitätsvorsprung gegenüber der bereichübergreifenden Gesamtsaldierung.

### b) Europäisierung

Über Wirkungszusammenhänge zwischen Europäisierung und Selbstverwaltungsidee kann im gegenwärtigen Entwicklungsstadium des europäischen Verwaltungsraumes nur spekuliert werden. So mag es sein, dass die Idee der bürgerschaftlichen Mitwirkung in vergleichsweise überschaubaren, teilweise personengeprägten Einheiten parallel, jedoch als Gegengewicht zur Entfremdung des Einzelnen in immer weiteren europäischen, ja globalen Kontexten gestärkt wird;<sup>91</sup> ähnlich plausibel (und spekulativ) ist aber auch die entgegengesetzte Annahme, dass die Idee des kleinteiligen, mit Teil-Gesellschaften verzahnten Verwaltungsträgers durch den Ausbau europäischer oder den Aufbau weltweiter Verwaltungsträger auf Augenhöhe mit den global players in Wirtschaft oder auch Anwaltschaft eine Schwächung erfahren könnte. Mit einiger Sicherheit kann immerhin prognostiziert werden, dass die Idee der demokratischen Partizipation durch Selbstverwaltung<sup>92</sup> im Gefolge der gemein-

<sup>89</sup> Vgl. Fn. 11.

<sup>90</sup> Vgl. IV 2 a.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> So wohl Kotzur JöR 50 (2002), 257, 260, 271, und bereits Vorländer ZfP 42 (1995), 250, 266, sowie mit Blick auf die funktionale Selbstverwaltung Kluth Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, 1997, 69. Grundlegend zur Rolle des Rechts in der Globalisierung Röhl ZfRSoz 17 (1996), 1ff.; Di Fabio Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 100 ff. Zur Bedeutung und Entfaltung des "Staatsbürgersinns" (auch) in der Selbstverwaltung in diesem Prozess vgl. Höffe Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 28f. Stober Wirtschaftsverwaltungsrecht (Fn. 62), 78f., erhebt die Forderung nach einer internationalen Garantie der kommunalen und der wirtschaftlichen Selbstverwaltung. Die Idee der Disziplinierung wirtschaftlich-gesellschaftlicher Formationen mag mit Blick auf die vielfach konstatierte Steuerungsschwäche gegenüber der Wirtschaft ebenfalls naheliegend sein.

<sup>92</sup> Das BVerfG (BVerfGE 79, 127, 149f.) verspricht sich hiervon die Abwehr totalitärer Züge und Schutz vor einer sich selbst überlassenen Verwaltung.

schaftlichen Strategie des Ausbaus von Beteiligungsmöglichkeiten für Betroffene innerhalb und außerhalb von Verwaltungsverfahren<sup>93</sup> mittelfristig gestärkt werden wird. Als bereits organisatorisch verfasste Form der Kooperation von Staat und Gesellschaft bildet die Selbstverwaltung so betrachtet den Endpunkt auf einer mit der "Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts"<sup>94</sup> beginnenden Skala.

# c) Ökonomisierung

Auch die Ökonomisierung bewirkt, entgegen dem ersten Anschein, eher eine Stärkung der Selbstverwaltungsidee, konkret der Idee der Dezentralisierung. Zwar vermag sie den Glaubensstreit um die Überlegenheit der dezentralen oder der zentralen Organisationsstruktur nicht zu beenden. Sie wird ihn aber in einzelnen Bereichen zuspitzen sowie neue Argumente und Werkzeuge liefern. Dabei dürfte dem dezentralen Organisationstyp Selbstverwaltung zugute kommen, dass die bereits von Tocqueville fruchtbar gemachte "Lehre vom wohlverstandenen Eigennutz"95 mittlerweile Aufnahme in das Effizienzdenken gefunden hat die Einbeziehung nicht-monetärer Vorzüge (namentlich die Ermöglichung von Bürgernähe und -partizipation) in die Nutzen-Kostenbilanz gestattet. Einen weiteren Schub erfährt die Dezentralisierungsidee durch die wachsende Überzeugung, dass Effektivität und Effizienz am besten in wettbewerblichen Strukturen hergestellt werden könnten. Diese Struktu-

<sup>93</sup> Analyse und Einschätzung bei Schmidt-Aβmann Ordnungsidee (Fn. 16), 99ff. Prominente Beispiele bilden Einführung und Ausbau der Pflichten zur Umweltverträglichkeitsprüfung und zur Gewährung von Umweltinformationen. Lübbe-Wolff (Fn. 11), 279f., fordert einen Ausbau der "dezentral-demokratischen Partizipation" zur "Entschärfung" von Demokratiedefiziten auf mitgliedstaatlicher Ebene. Dabei erwähnt sie die Selbstverwaltung als "verlegenheitshalber gern auch einmal überstrapazierte" Kategorie (284).

<sup>94</sup> Masing Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997. Dort geht es um den europarechtlich veranlassten Vorgang der Instrumentalisierung der Betroffenen (im weiten Sinne) als Hüter der Rechtsbindung der Verwaltung.

<sup>95</sup> Tocqueville De la démocratie en Amérique, vol. 2, édition définitive sous la direction J. P. Mayer, 1951, 127f. Es geht ihm darum zu zeigen, dass gerade das tugendhafte Verhalten des Bürgers auch nützlich sei, was in den Vereinigten Staaten von Bürgern wie Gemeinwesen erkannt werde.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Allerdings erst nach Abschichtung von dem nach wie vor den Kern bildenden (rein) ökonomischen Effizienzprinzip (*Schmidt-Aβmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aβmann [Fn. 53], 246ff., spricht von einem Schalenmodell; vgl. ferner *Hoffmann-Riem* ebd. [Fn. 53], 27f.). Hier wirkt sich die oben (Fn. 77) beschriebene Notwendigkeit der Berücksichtigung der im Verwaltungsrecht bestehenden Zielkomplexität und des Vorhandenseins nicht-finanzieller Ressourcen aus.

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Dies wurde bereits gefordert von *Hauschild* FG von Unruh, 1983, 79, 88f.; *Hendler* (Fn. 15), Rn. 72.

ren setzen das Vorhandensein mehrerer eigenverantwortlich agierender Teilnehmer voraus und eröffnen sonach die Perspektive der Konkurrenz zwischen den verschiedenen Selbstverwaltungsträgern untereinander und in ihrem Verhältnis zum Staat. Wie man freilich aus der älteren Debatte um den sog. Wettbewerbsföderalismus weiß, 99 sind dem Wettbewerbsdenken innerhalb der Staats- bzw. der Verwaltungsorganisation Grenzen gesetzt, 100 vor allem dort, wo den Bürgern nur der Ortswechsel als Sanktionsmechanismus zur Verfügung steht (wie bei den Kommunen und den Kammern). 101

# IV. Der Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung und der Binnenbereich

Die nun folgende Vertiefung in den Bereichen Organisationstyp und Binnenbereich konzentriert sich auf ausgewählte Problemstellungen anhand der folgenden beiden Kriterien: *Erstens* anhand der Intensität des Wirkungszusammenhangs mit Europäisierung und Ökonomisierung, die den Problemhaushalt der Selbstverwaltung ja nicht in toto erfassen, und *zweitens* anhand der Intensität des Problembezuges zur Selbstverwaltung<sup>102</sup> und deren schon bislang vermuteten Schwachstel-

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Die Verwaltungseinheiten könnten dabei in einem Wettbewerb um Aufgabengebiete, Kompetenzen (vgl. IV 2 a u. b) und Budgets stehen (vgl. Suchanek in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Hrsg.], Verwaltungskontrolle, 2001, 247, 264f.).

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Vgl. dazu Schmidt-Jortzig DÖV 1998, 746, 749 f.; Oeter Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, 558 ff.; Wallerath (Fn. 47), 213. Nachweise zur Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts in Fn. 56.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> Diese bestehen zum ersten darin, dass im Bundesstaat weitere Strukturelemente wichtig sind (Koordination, Kooperation, kulturelle Identität etc.; bündig: Häberle Europäische Verfassungslehre, 2001/2002, 455). Zweitens liegen verschiedene Ausgangsbedingungen des "voraussetzungsvollen Konzepts" Wettbewerb (Schupper Verwaltungswissenschaft [Fn. 18], 949ff.) nicht vor (näher Sauerland [Fn. 56], 59ff., 117ff.) bzw. können aus rechtlichen Gründen (Stichworte: Gebietsmonopol und Zuständigkeitsregeln; König [Fn. 54], 246f.) nicht geschaffen werden.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> Bei den gesetzlichen Krankenkassen und bei den Hochschulen fehlt der Gebietsbezug, weshalb dort auch wettbewerbliche Strukturen forciert werden (vgl. 2 d).

<sup>102</sup> Ausnahmsweise einmal (angesichts der intensiven Befassung mit diesem Thema in den vergangenen Jahren; vgl. nur Löwer und Holoubek VVDStRL 60 [2001], 416 bzw. 513; Burgi VerwArch 93 [2002], 255; Ehlers Gutachten E zum 64. DJT, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages [Hrsg.] Verhandlungen, Band I, 2002) ausgeblendet bleiben die Einwirkungen von Europäisierung und Ökonomisierung auf die unternehmerische Tätigkeit von Kommunen (Stichwort "Daseinsvorsorge"; vgl. zuletzt Rennert Die Verwaltung 35 [2002], 319) oder auch Kammern (vgl. nur Knemeyer WiVerw 2001, 1).

len;<sup>103</sup> Spezifika einzelner Einsatzbereiche<sup>104</sup> und Teilgewährleistungen müssen ebenso zurücktreten wie Probleme, die sich in gleicher Weise auch in der unmittelbaren Staatsverwaltung stellen.<sup>105</sup>

### 1. Die Ebene der Verwaltungsaufgaben

Die augenfälligsten Wirkungen erzeugen Europäisierung wie Ökonomisierung auf der Ebene der Verwaltungsaufgaben. Diese nehmen ständig zu, sind immer häufiger durch die EU veranlasst<sup>106</sup> und werden infolge der Anpassung an veränderte Ausgangsbedingungen und Überzeugungen immer komplexer und immer häufiger an ökonomischen Maßstäben ausgerichtet. Im Zuge dessen sind zunehmend europaweit einheitliche Rechtsmaßstäbe zu beachten (etwa die Pflicht zur Umweltverträglichkeitsprüfung oder das sog. Freizügigkeits-Sozialrecht<sup>107</sup>). Namentlich die Universitäten<sup>108</sup> und die Träger der gesetzlichen Krankenversiche-

Dabei geht es um einen (bloßen) Modus der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben und folglich nur mittelbar um den Organisationstyp Selbstverwaltung (vgl. aber 3 b u. c), zumal sich die meisten Rechtsfragen ebenso im Hinblick auf die Wirtschaftstätigkeit von Bund oder Ländern ergeben.

<sup>103</sup> Unter Berücksichtigung des Hinweises von Haverkate VVDStRL 46 (1988), 217, 238, dass das "Potential wirklicher demokratischer Selbstverwaltung ... wohl noch unausgeschöpft" sei.

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> Etwa des Rundfunks (z.B.: Anwendbarkeit des EG-Beihilferechts?) oder des Gesundheitssystems, des kommunalen Abgabenwesens etc.

<sup>105</sup> Probleme, die sich aus der Aufgabenübertragung an ausgelagerte Verwaltungseinheiten und ggf. aus dem Einsatz der Privatrechtsform sowie der Verantwortungsteilung mit "echten" Privaten ergeben, werden daher nicht erörtert, obwohl sie alle mit Europäisierung und/oder Ökonomisierung "zu tun haben". Das gleiche gilt für die den Binnenbereich der unmittelbaren Staatsverwaltung im Grundsatz vergleichbar treffenden Ökonomisierungsherausforderungen in den Bereichen Personal (vgl. nur Pitschas Die Verwaltung 32 [1999], 1; Battis [Fn. 69], 309) und Haushalt (vgl. nur F. Kirchhof in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Fn. 53], 107 ff.; Gröpl [Fn. 46] und speziell für die kommunale Ebene Pünder [Fn. 46]).

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> Vgl. Majone Deregulation or Re-regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States, 1990; Oebbecke (Fn. 58), 613 f.

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> Begriff nach Haverkate/Huster (Fn. 49), 81 ff. Hierunter fallen neben sekundärrechtlichen Maßnahmen die Einwirkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages auf die Ansprüche der Versicherten und den Aktionsradius der Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung, die vor allem seit den EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen "Decker" (Slg. 1998, I-1831) und "Kohll" (Slg. 1998, I-1931) diskutiert werden (vgl. nur Eichenhofer VSSR 1999, 101).

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Vgl. zu den aktuellen und künftigen Entwicklungen *Hartmer* FS Schiedermair, 2001, 477; *Sandberger* WissR 35 (2002), 125; *Fehling* Die Verwaltung 35 (2002), 399, sowie zu

rung<sup>109</sup> werden in den kommenden Jahren mit weiteren ökonomisch orientierten Veränderungen ihres Auftrages bzw. des von ihnen zu vollziehenden Leistungsrechts konfrontiert sein. All das betrifft die Selbstverwaltungsträger zunächst in ihrer Eigenschaft als mit dem Vollzug des materiellen Rechts betraute Verwaltungsstellen (vgl. auch noch 3 a). Allerdings bestehen spezifische Zusammenhänge zwischen den Verwaltungsaufgaben und der Verwaltungsorganisation, denen nachzugehen ist.

### 2. Effektivität und Effizienz des Organisationstyps Selbstverwaltung

### a) Staatliche Organisationsverantwortung

In klassischer juristischer Perspektive erscheinen die staatlichen Maßnahmen vorwiegend als Bedrohung der Kompetenzräume der Selbstverwaltungsträger, was sie zweifelsohne auch sind. Erweitert man die Perspektive, so zeigt sich freilich, dass der staatliche Gesetzgeber bei der funktionalen Selbstverwaltung, teilweise auch bei der kommunalen Selbstverwaltung, vor allem zur Konstituierung und Ausgestaltung, und das heißt konkret zur Einrichtung einschließlich Aufgabenzuweisung bzw. zur Aufhebung der Verwaltungseinheiten und zur Gewährleistung von deren Eigenverantwortlichkeit,<sup>110</sup> berufen<sup>111</sup> ist. Die Entscheidung für oder gegen die Erfüllung staatlicher Aufgaben in Selbstverwaltung<sup>112</sup> ist

den im "Pionierland" Niedersachsen bereits erfolgten Schritten Perels KJ 34 (2001), 145; Koch (Fn. 22), 57.

<sup>109</sup> Ausgehend von der M\u00e4ngelanalyse im Gutachten 2000/2001 des Sachverst\u00e4ndigenrates f\u00fcr die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen (BT-Drucks. 14/5660, 1). Die gesundheitspolitischen Vorstellungen der Parteien im Wahljahr 2002 sind vorgestellt bei Paquet BKK 2002, 279, 297 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Die einzelnen Selbstverwaltungsträger können daran anknüpfend über die Übernahme bestimmter Aufgaben entscheiden (etwa im Hinblick auf die sog. freiwilligen Aufgaben auf der kommunalen Ebene bzw. innerhalb von eher unbestimmt gehaltenen Aufgabenzuweisungen bei der funktionalen Selbstverwaltung). Als aktuelles Beispiel: Entscheidung einer Kassenärztlichen Vereinigung über die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an Praxisverbünden in der sog. integrierten Versorgung (vgl. hierzu Boecken FS von Maydell, 2002, 61).

<sup>111</sup> Die auf der Ebene der Befugnisse angesiedelte sog. Organisationsgewalt liegt infolge des breiten Anwendungsbereichs des institutionell-organisatorischen Gesetzesvorbehalts (vgl. Ossenbühl in: HStR III, 1988, § 62 Rn. 28) innerhalb des Staates (ieS) regelmäßig beim Parlament (ausführlich Burgi [Fn. 19], § 52 Rn. 1 ff. mwN). Das BVerfG (BVerfGE 15, 235, 242) betont die dem staatlichen Gesetzgeber eröffneten Spielräume unter ausdrücklicher Erwähnung der Option Selbstverwaltung.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> Die staatliche Organisationsverantwortung knüpft an die Erfüllungsverantwortung, d.h. an den Zustand ohne Verantwortungsteilung mit Privaten (vgl. nur Schmidt-Aßmann Ordnungsidee [Fn. 16], 155) an (Schneider in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem

ebenso eine Organisationswahl wie etwa die viel häufiger thematisierte Entscheidung für oder gegen die Privatrechtsform. Diese Entscheidungssituation ist bislang vernachlässigt worden, <sup>113</sup> rückt aber nun, unter den Vorzeichen des europaweiten Institutionenwettbewerbs, in den Vordergrund. Dabei befindet sich die Option Selbstverwaltung in Konkurrenz mit der Option der unmittelbaren Staatsverwaltung, mit den verselbstständigten Verwaltungseinheiten ohne Selbstverwaltung und der Beleihung<sup>114</sup>; der Kreis wird noch größer, wenn man die Optionen der Verantwortungsteilung mit Privaten einbezieht.

# b) Effektivität als Bestandteil der rechtlichen Determinanten der Organisationsentscheidung

Vor allen anderen Determinanten ist die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG zu nennen. Sie gewährleistet den Gemeinden die Übernahme und Erledigung der örtlichen Aufgaben in Eigenverantwortlichkeit und lässt dadurch den Einsatz anderer organisatorischer Gestaltungen zur rechtfertigungspflichtigen Ausnahme werden. Deutlich niedriger sind die Hürden, die das Grundgesetz in Art. 87 Abs. 2 dem staatlichen Zugriff auf die soziale Selbstverwaltung errichtet und am schwächsten ist die Rechtsstellung der Kam-

<sup>[</sup>Hrsg.] Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource 1997, 103, 112, verwendet den Begriff "Organisationsverantwortung" in einem weiteren Sinne, nämlich unter Einschluss auch der Verantwortung für die bei Privaten nach Verantwortungsteilung zu etablierenden Organisationsstrukturen). Der Begriff "Verantwortung" wird in einem heuristischen Sinne verwendet, zur Bezeichnung des Arsenals der Handlungsoptionen und -befugnisse (im Bereich der Organisation).

<sup>113</sup> Vgl. aber Schuppert Der Staat 32 (1993), 590 ff., und dens. Verwaltungswissenschaft (Fn. 18), 602 ff., 610 ff.; Müller Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 1993, 185 ff., 299 ff., 383 ff.; Schneider (Fn. 112), 177 f.; Groß Kollegialprinzip (Fn. 11), 233 ff., sowie im Hinblick auf die wissenschaftliche Selbstverwaltung Lorenz JZ 1981, 113.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> Eingehend zur Beleihung als Alternative bei der Wahrnehmung von bislang den Industrie- und Handelskammern zugewiesenen Aufgaben Kluth Privatisierung (Fn. 91), 7 ff. Zu Begriff und Anwendungsbereich der Beleihung vgl. Burgi FS Maurer, 2001, 581.

<sup>115</sup> Dies gilt freilich nur innerhalb der staatlichen Erfüllungsverantwortung (vgl. Fn. 112), da Art. 28 Abs. 2 GG im Verhältnis zu Privaten nach hM nicht eingreift (VerfGH Rh.-Pf., DVBl. 2000, 992 m. Anm. Henneke; Löwer [Fn. 102], 435 mwN). Zur Reichweite des Schutzes nach Art. 28 Abs. 2 GG gegenüber Aufgabenentzug, Aufgabenoktroi sowie Einschränkungen der Eigenverantwortlichkeit vgl. statt vieler und als Dokumentation der Rechtsprechung Tettinger in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG, Band 2, 2000, Art. 28 Rn. 199; Schmidt-Aβmann FS 50 Jahre BVerfG, Band 2, 2001, 803, 812 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Nach herrschender (Schnapp FG von Unruh, 1983, 881, 891 f.; Isensee NZS 1993, 281; aA etwa Axer Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 282 ff.) und zutreffender (ausführlicher entfaltet bei Burgi in: von Mangoldt/Klein/Starck

mern.<sup>117</sup> In diesen Einsatzbereichen bildet das Gebot demokratischer Legitimation die zentrale verfassungsrechtliche Determinante,<sup>118</sup> neben dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, das die Pflichtmitgliedschaft nur bei Erfüllung "legitimer öffentlicher Aufgaben" und Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gestattet.<sup>119</sup> Europarechtliche Determinanten mit unmittelbarem Selbstverwaltungsbezug gibt es nicht, wohl aber – an verschiedenen Stellen im Sekundärrecht der Gemeinschaft – Aussagen zugunsten des Einsatzes von verselbständigten Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit und/oder mit Autonomie.<sup>120</sup> Hier bildet die Option Selbstverwaltung eine bislang nicht ernsthaft genug erwogene Alternative gegenüber der fast schon reflexartigen Einführung von Selbstregulierungsstrukturen, etwa bei den Erzeugergemeinschaften im Agrarsektor.<sup>121</sup>

Die thematisch interessanteste Determinante bildet aber der verfassungsrechtliche Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur. Bislang wurde von der Rechtsprechung<sup>122</sup> mit dem Topos der Funktionsgerechtigkeit nur im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Legislative

<sup>[</sup>Fn. 16], Art. 87 Rn. 90ff.) Ansicht lässt sich Art. 87 Abs. 2 iVm Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG entnehmen, dass ein "Grundbestand" an sozialer Selbstverwaltung erhalten bleiben muss.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> Zur Reichweite eines Bestandsschutzes der bestehenden Kammern, die als Institutionen weder durch die Grundrechte geschützt sind noch sich auf eine institutionelle Gewährleistung stützen können, vgl. *Kleine-Cosack* (Fn. 9), 71 ff.; *Kluth* Privatisierung (Fn. 91), 51 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Näher zu ihm am Ende von c. Hinzu kommen die Vorschriften über die Verteilung der Gesetzgebungs- und der Verwaltungskompetenzen. Im Bereich der wissenschaftlichen Selbstverwaltung ist der organisationsrechtliche Gehalt des Art. 5 Abs. 3 GG wirkmächtig (vgl. hier nur *Knemeyer* in: Flämig u.a. [Hrsg.] HdbWissR I, 2. Aufl. 1996, 237; *Geis* [Fn. 22], Rn. 27ff.).

<sup>119</sup> Zuletzt BVerfG, NVwZ 2002, 335; vgl. noch zu 4 a.

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> Vgl. die Nachweise bei *Hatje* Steuerung (Fn. 46), 123 f.; *Schmidt-Aβmann* Ordnungsidee (Fn. 16), 215 f. Beispielhaft seien Art. 11 ff. der VO Nr. 2200/96 (ABI. Nr. L 297/1 vom 21. 11. 1996) über die Marktordnung für Obst und Gemüse genannt.

<sup>121</sup> In Deutschland hat sich die Rechtsform des eingetragenen Vereins etabliert (vgl. Barnstedt Die Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland, 1988, 330 ff.). Allg. zu Begriff und Anwendungsbereich der sog. regulierten Selbstregulierung, die sich von der Selbstverwaltung durch ihre Zuordnung zum gesellschaftlichen Wirkbereich, bei privatrechtlicher Organisationsform der regulierten Regulierer, unterscheidet, vgl. Schmidt-Aβmann (Fn. 23), 253.

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> BVerfGE 68, 1, 186; 95, 1, 15; vgl. dazu (ausgehend von dem Begriff "Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur") von Danwitz Der Staat 35 (1996), 329, der aber, weitergehend (vgl. sogleich in Fn. 123), die Perspektive der Funktionszuweisung innerhalb der Exekutive eröffnet.

und Exekutive, nicht aber im Hinblick auf die Abgrenzung der verschiedenen Organisationstypen innerhalb der Exekutive argumentiert. Dort zielt er nach neuerem Verständnis auf eine erfolgversprechende Zuordnung der verschiedenen Organisationstypen und -formen der pluralen Verwaltungsorganisation zu den Verwaltungsaufgaben und wurzelt letztlich im Rechtsstaatsprinzip.<sup>123</sup> Indem er eine Relation zwischen einer bestimmten vorgegebenen Aufgabe und der tatsächlichen Wirkung von Organisationen herstellt, entspricht er dem Effektivitätsmaßstab des ökonomischen Denkens.<sup>124</sup> Geht es diesem allgemein um den Grad der Zielerreichung, so ist der Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur spezieller auf die Verwirklichung bestimmter materieller Vorgaben durch Organisation gerichtet. Somit erweist sich, dass ein wichtiges Element der Ökonomisierungsstrategie bereits Bestandteil des verfassungsrechtlichen Organisationsprogramms ist.

# Selbstverwaltungstauglichkeit gegenwärtiger und k\u00fcnftiger Verwaltungsaufgaben

Was bedeutet dies für die Organisationsentscheidung? Im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung hat das Grundgesetz den örtlichen Aufgaben selbst den von ihm als effektiv angesehenen Organisationstyp Selbstverwaltung zugeordnet, mit der Konsequenz, dass der Staat erst bei einem "unverhältnismäßigen Kostenanstieg"<sup>125</sup> anderweitig disponieren darf.<sup>126</sup> Bei der funktionalen Selbstverwaltung durch Kammern und im Sozialversicherungsbereich fehlt eine verfassungsunmittelbare Aufgabenzuordnung (vgl. c), weswegen der allgemeine Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur zur Anwendung gelangt. Ihn im Hinblick auf den Organisationstyp Selbstverwaltung zu entfalten, d.h. anzugeben, wie

<sup>123</sup> Vgl. Krebs (Fn. 35), Rn. 77; Di Fabio VerwArch 81 (1990), 193, 210 f.; ausführlich Groß Kollegialprinzip (Fn. 11), 200 ff. mwN.; vgl. auch Gröpl (Fn. 46), III 3, der im Rechtsstaatsprinzip den "richtigen Ansatzpunkt" für Effektivitäts- und Effizienzerwägungen erblickt. In die gleiche Richtung dürfte es gehen, wenn Huber den Gedanken der "Systemgerechtigkeit" für eine funktionsgerechte Ausgestaltung der Organisationsstrukturen in den Kassenärztlichen Vereinigungen fruchtbar machen will (VSSR 2000, 369, 391 ff.).

<sup>124</sup> Angedacht auch schon von Schmidt-Aβmann in: Schmidt-Aβmann/Hoffmann-Riem (Fn. 112), 40; Hoffmann-Riem (Fn. 53), 29; Voβkuhle (Fn. 3).

<sup>125</sup> BVerfG, DVBl. 1989, 301, 303 - Rastede.

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> Das Vertrauen in die Effektivität der kommunalen Selbstverwaltung kann bis zu diesem Grad mithin sogar Defizite auf der Kostenseite, d.h. bei der finanziellen Effizienz, überwinden. Die Zuweisungsentscheidung in Art. 28 Abs. 2 GG als Ausfluss von Funktionsgerechtigkeit deutend: BVerwGE 67, 321, 325.

eine Verwaltungsaufgabe beschaffen sein muss, damit die oben (bei der politischen Idee) geschilderten Vorzüge der Selbstverwaltung als dezentral-partizipativer Organisationstyp zum Tragen kommen können, bildet m.E. die zentrale dogmatische Herausforderung des Ökonomisierungsdenkens in diesem Bereich. Dabei ist umgekehrt auch zu fragen, ob Aufgaben durch den Einsatz jenes Organisationstyps Schaden nehmen könnten und folglich effektiver in unmittelbarer Staatsverwaltung oder durch verselbständigte Verwaltungseinheiten mit Sachverständigenbeteiligung o.ä. erfüllt werden sollten.

Blickt man nun mit diesem Erkenntnisinteresse von der Organisation zu den Aufgaben, so ergibt sich als allgemeine Bedingung für deren Selbstverwaltungstauglichkeit, dass ein abgrenzbarer Kreis von typischerweise Betroffenen,<sup>127</sup> d.h. von Trägern eines gleichgerichteten Interesses, vorhanden sein muss. Ist diese Bedingung erfüllt, dann ist der Organisationstyp Selbstverwaltung grundsätzlich einsatzfähig<sup>128</sup> und verspricht eine effektive Aufgabenerledigung.<sup>129</sup> Die Erfüllung dieser Bedingung bildet die verfassungsrechtliche Grundvoraussetzung für die Erledigung von Verwaltungsaufgaben in Selbstverwaltung und liegt als solche den demokratischen Legitimationsanforderungen voraus.<sup>130</sup> Gleich welche Sicht-

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> An deren Existenz der Gesetzgeber bei der Schaffung des Selbstverwaltungsträgers bzw. bei der Zuweisung von Aufgaben anknüpfen kann. Zur Sonderproblematik der Einbeziehung erst künftig Betroffener (gegenwärtige Auszubildende etc.) vgl. Isensee Kassenarztmonopol und nichtärztliche Leistungserbringer, 1995, 78 ff.

<sup>128</sup> Das heißt nicht, dass er auch eingesetzt werden muss. Innerhalb einer Willkürgrenze (näher von Danwitz [Fn. 122], 345 ff.) ist der Gesetzgeber bei Vorliegen der Voraussetzungen frei, sich für einen Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung zu entscheiden; allg. zur Unterscheidung von Prinzip (Grundsatz) und Regel in der Verwaltungsorganisation Mehde Die Verwaltung 34 (2001), 93; vgl. ferner Schmidt-Aβmann (Fn. 39), 264; Schuppert (Fn. 23), 137 f.

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> Dies gilt nicht für die bei verschiedenen Selbstverwaltungsträgern anzutreffenden staatlichen Aufgaben (den sog. Fremdaufgaben). Der Grundsatz der Funktionsgerechtigkeit macht ihre Überbürdung rechtfertigungspflichtig, was sich vor allem in Einsatzbereichen ohne verfassungsrechtliche Spezialgewährleistung (zu den sich aus Art. 28 Abs. 2 GG ergebenden Schranken vgl. bereits die Nachweise in Fn. 115, zur funktionalen Selbstverwaltung vgl. Kluth Selbstverwaltung [Fn. 15], 521 ff., der mit einem "rechtsstaatlichen Willkürverbot" argumentiert) auswirken dürfte, z.B. im Bereich der Unfallversicherung; vgl. Bieback FS Gitter, 1995, 83, 101 f.

<sup>130</sup> Ähnlich Jestaedt Kondominialverwaltung (Fn. 17), 547. Diese Erkenntnis liegt offenbar auch den Vorlagebeschlüssen des BVerwG in Sachen Emschergenossenschaft (BVerwGE 106, 64, 77f.) bzw. Lippeverband (NVwZ 1999, 870, 874) zugrunde, die unabhängig von den demokratierechtlichen Ausführungen (im Ergebnis unzutreffende, vgl. sogleich im Text) Überlegungen zur Selbstverwaltungstauglichkeit der wasserwirtschaftlichen Aufgaben enthalten (vgl. zu diesem Aspekt auch Tettinger/Mann in: dies./Salz-

weise man bei der Beurteilung des Legitimationsniveaus in der funktionalen Selbstverwaltung einnehmen will<sup>131</sup> – das Vorhandensein eines abgrenzbaren Betroffenenkreises ist conditio sine qua non.<sup>132</sup> Auch das bei der Rechtfertigung der Pflichtmitgliedschaft verwendete Kriterium der "legitimen öffentlichen Aufgabe" (vgl. c) erlangt hierdurch Kontur: Legitime öffentliche Aufgaben in diesem Sinne sind nur solche, die auf einen abgrenzbaren Betroffenenkreis mit gleichgerichteten Interessen zielen.<sup>133</sup>

Stellt man nun die in den vergangenen Jahren zugewiesenen bzw. in der Diskussion befindlichen Verwaltungsaufgaben auf den Prüfstand der Selbstverwaltungstauglichkeit, so ergibt sich eine gemischte Bilanz. Selbstverwaltungstauglich sind die den Kammern zugewiesenen Aufgaben der Zertifizierung und der Leistungserbringung im Umwelt- und Verbraucherschutz,<sup>134</sup> weil es um die Statuierung von Anforderungen an

wedel, Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000, 25f., und v.a. *Unruh*, VerwArch 92 [2001], 531, 539ff.; vgl. auch schon BVerfGE 33, 125, 151 u. 159; BVerfGE 38, 281, 299. Zu den demokratierechtlichen Aspekten vgl. *Dederer* NVwZ 2000, 403).

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Aktueller Überblick über das Meinungsspektrum (Stichworte: behebbares Legitimationsdefizit, autonome Legitimation) bei *Schnapp* in: von Münch/Kunig (Hrsg.) GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 20 Rn. 21 f.; *Muckel* NZS 2002, 118, 121 ff.; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 358 f.

<sup>132</sup> Erst nach Erfüllung jener Bedingung ist dem bei der funktionalen Selbstverwaltung prekären Erfordernis demokratischer Gleichheit (vgl. Breuer Die Verwaltung 10 [1977], 1, 7ff.; Hendler Selbstverwaltung [Fn. 10], 317) entsprochen und kann die erleichterte Zulassung von Grundrechtseingriffen durch Satzung, d.h. ohne vollständige parlamentsgesetzliche Durchprägung in Betracht kommen (zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Rechtsetzungsermächtigung vgl. nur Taupitz Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, 801 f.; Kluth Selbstverwaltung [Fn. 15], 494 ff.). Der vorliegend postulierte Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur erfasst auch Aufgaben, mit denen sich kein "Eingriff" im Sinne des Grundrechtstatbestands bzw. keine "Ausübung von Staatsgewalt" im Sinne des Legitimationsgebots verbindet. Auch die Zuweisung bloßer Vorbereitungstätigkeiten, deren Ergebnisse dann durch den staatlichen Gesetzgeber gleichsam ratifiziert würden (wie gegenwärtig bei der Festsetzung von Arzneimittelbeträgen gemäß § 35a SGB V) ist an ihm zu messen (vgl. noch 3 b).

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Ähnlich Schöbener VerwArch 91 (2002), 374, 408f.; Kluth Selbstverwaltung (Fn. 15), 356f. Auch das BVerfG (zuletzt: NVwZ 2002, 335ff.) setzt sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art. 2 Abs. 1 GG mit der Funktionsgerechtigkeit von Organisationstypen ohne Zwangsmitgliedschaft auseinander.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> Überblick über die diesbezüglichen Aufgaben der Industrie- und Handelskammern bei Stober GewArch 2001, 393, 395; vgl. ferner Jahn GewArch 2002, 353. Der Einwand von Lübbe-Wolff NuR 1996, 217, 224, die Kammern seien aufgrund der Zusammensetzung ihrer Mitglieder zu diese belastenden Maßnahmen im Interesse des Umweltschut-

einen abgrenzbaren Kreis von Wirtschaftsunternehmen bzw. um deren Entlastung geht. In Anbetracht dessen, dass die Qualitätssicherung unternehmerischer oder freiberuflicher Leistungserbringung ein bewährtes Aufgabenfeld der Kammerselbstverwaltung bildet, liegt im Ausbau ihrer Einbeziehung in den neuen Regulierungskontexten des Wirtschaftsverwaltungs-, Umwelt- oder des Produktsicherheitsrechts eine m.E. erfolgversprechende<sup>135</sup> Perspektive. Selbstverwaltungstauglich sind – entgegen dem Bundesverwaltungsgericht<sup>136</sup> – auch die den Wasserverbänden zugewiesenen Aufgaben, da hier in mustergültiger Manier an die naturgegebene Abgegrenztheit der Gewässeranlieger und Gewässerbenutzer angeknüpft wird. Grünes Licht könnte schließlich den immer wieder geforderten Kammern der nicht-ärztlichen Heil- und Pflegeberufe<sup>137</sup> gegeben werden.

Als nicht selbstverwaltungstauglich dürften sich nach genauerer Prüfung dagegen die bislang von den Ländern erfüllten Aufgaben der Krankenhausplanung<sup>138</sup> sowie Funktionen bei der Verteilung von Organen an Transplantationskandidaten<sup>139</sup> erweisen. Die in den Schulen erfüllten

zes nicht in der Lage, geht fehl, weil es nicht um ordnungsrechtliche Entscheidungen geht, sondern um die Qualität der Leistungserbringung durch Angehörige der betroffenen Wirtschaftskreise, ähnlich wie bei der Bestellung von Sachverständigen nach § 36 GewO.

<sup>135</sup> Nicht nur im Hinblick auf eine erfolgreiche Aufgabenerfüllung, sondern auch im Interesse der Vermeidung der zahlreichen durch die sog. regulierte Selbstregulierung ausgelösten dogmatischen Probleme (vgl. nur Schmidt-Aβmann [Fn. 23], 253 ff., sowie zum Referenzgebiet des Produktsicherheitsrechts Röhl Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000). Vergleichbare Perspektiven könnten sich im Bereich der alternativen Streitbeilegung bzw. -schlichtung ergeben.

<sup>136</sup> Fn. 130. Im Ergebnis wie hier Unruh (Fn. 130), 539f.

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Zu entsprechenden Forderungen vgl. *Roßbaum* PflegeR 2001, 2. Gegenwärtig werden auf Länderebene Psychotherapeutenkammern eingerichtet (vgl. etwa Gesetz zur Errichtung einer Psychotherapeutenkammer Schleswig-Holstein vom 27. 2. 2002, GVBl. 38); bilanzierend zu den Kammern der Heilberufe *Tettinger* NWVBl. 2002, 20.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Zu diesbezüglichen Vorhaben (aus rein kompetenzrechtlicher Sicht) *Burgi/Maier* DÖV 2000, 579, 586ff., sowie bereits früher *Isensee* in: Robert Bosch Stiftung (Hrsg.) Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, 1990, 162ff.

<sup>139</sup> Die gemäß § 16 TPG für die Erstellung von "Richtlinien" für Wartelisten und die Organvermittlung zuständige Bundesärztekammer ist als Verein privaten Rechts nicht selbst Selbstverwaltungsträger (vgl. Fn. 21). Ihre Mitglieder und deren Repräsentanten rechnen der berufsständischen Selbstverwaltung zu, deren Aktionsradius unter dem Gebot funktionsgerechter Organisationsstruktur aber nicht in den hier eröffneten Bereich der Allgemein-Betroffenheit hinein reicht. Gegenwärtig ist noch ungeklärt, ob die Tätigkeit der Bundesärztekammer anders gedeutet bzw. legitimiert werden kann (Selbstregu-

Aufgaben sind wegen der fehlenden Gleichgerichtetheit der betroffenen Interessen ebenfalls nicht selbstverwaltungstauglich.<sup>140</sup>

Noch weniger akzeptabel ist die stetig ausgebaute gemeinsame Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in der gesetzlichen Krankenversicherung. Sie tritt auf in Gestalt der sog. Normenverträge zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen einerseits, den Krankenkassenverbänden andererseits<sup>141</sup> und vor allem in Gestalt der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen. 142 Hier werden Entscheidungen über die Zulassung und die Finanzierung der Untersuchungs- und Behandlungsmethoden getroffen, die vielfach von existenzieller persönlicher bzw. wirtschaftlicher Tragweite für Patienten, Vertragsärzte, Arznei- oder Großgerätehersteller und für das gesamte Gemeinwesen sind. Indem nicht etwa zwei gleichgerichtete Interessen zur gegenseitigen Verstärkung zusammengespannt werden (wie bei der kommunalen Zusammenarbeit).143 sondern entgegengesetzte Interessen aufeinandergehetzt werden, geht der Effektivitätsvorteil der Selbstverwaltung verloren. 144 Ein homogenes, gleichgerichtetes Interesse jener beiden abgrenzbaren Betroffenenkreise ist nicht erkennbar, weswegen sich die hier in Frage stehenden Aufgaben als selbstverwaltungsuntauglich erweisen. Unabhängig von den mit großem Aufwand betriebenen Anstrengungen, der sog, gemeinsamen Selbstverwaltung einen verfassungsrechtlich sicheren

lierung, Beleihung etc.; vgl. Schmidt-Aßmann Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, 99 ff. mwN).

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> Aus der Diskussion: Geis FS J. P. Vogel, 1998, 31, 41 ff.; klassisch von Hippel DÖV 1950, 601.

<sup>141</sup> Auf der Grundlage des § 72 Abs. 2 SGB V (zu unterscheiden sind der Bundesmantelvertrag und die Gesamtverträge auf Landesebene, die jeweils Bindungswirkung auch gegenüber den Versicherten entfalten). Im Streitfall entscheiden paritätisch besetzte, um unparteiische Mitglieder erweiterte Schiedsämter. Vgl. zum Ganzen Hänlein Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001, 411 ff., 421 ff.; Wahl Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, 292 ff.; Axer in: Schnapp/Wigge (Hrsg.) Handbuch des Vertragsarztrechts, 2002, § 9 Rn. 25 f.

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> Der Bundesausschuss besteht aus jeweils neun Vertretern der Ärzte und Krankenkassen sowie drei unparteiischen Mitgliedern (vgl. § 91 Abs. 5 SGB V); die von ihm verabschiedeten Richtlinien entfalten Bindungswirkung gegenüber den Versicherten (BSGE 78, 70, 74; BSGE 82, 41, 47). Vgl. zu den Einzelheiten Axer in: Schnapp (Fn. 32), 115, 120ff.; Francke FS Schefold, 2001, 29; Schimmelpfeng-Schütte in: Schnapp/Wigge (Fn. 141), § 6 Rn. 19ff., jeweils mwN, auch zu benachbarten Institutionen.

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> Nach den Ländergesetzen über die kommunale Zusammenarbeit.

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Positive Beurteilung als angebliche Erscheinungsform "kompetitive(r) Selbstverwaltung" dagegen bei *Ruffert* DÖV 1998, 897, 903; *Kaltenborn* VSSR 2000, 249, 260f.; vgl. ferner *Trute* in: Schmidt-ABmann/Hoffmann-Riem (Fn. 112), 286f.

Platz im Legitimations<sup>145</sup>- bzw. im Rechtsquellengefüge<sup>146</sup> zuzuweisen, muss sie am Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur scheitern.<sup>147</sup>

d) Gewährleistung von Eigenverantwortlichkeit als Ausdruck organisatorischer Effizienz

Hat sich der Staat für den Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung entschieden, verlagert sich seine Organisationsverantwortung auf die Ausgestaltung der Beziehungen zu dem jeweiligen Selbstverwaltungsträger. Da Selbstverwaltung bedeutet, dass die Aufgabenwahrnehmung zumindest teilweise eigenverantwortlich erfolgt, muss der Staat sicherstellen, dass die erforderlichen Entscheidungs-, Handlungs- und übrigens auch die Finanzierungsspielräume<sup>148</sup> geschaffen und erhalten werden. Über sein diesbezügliches Versagen wird vor allem im Sozialversiche-

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> Vgl. nur Schwerdtfeger SDSRV 34 (1991), 123, 143 f.; Butzer/Kaltenborn MedR 2001, 333, 337 f., sowie aus grundrechtlicher Sicht Buchner/Krane NZS 2002, 65.

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> Vgl. nur Ossenbühl NZS 1997, 49; Axer Normsetzung (Fn. 116), 208 ff., 224 f.; Hänlein Rechtsquellen (Fn. 141), 345 ff., ferner BSG NZS 1995, 502 (Vorlage an das BVerfG betreffend die Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen, an der der Bundesausschuss mitwirkt; vgl. dazu noch 3 b [aus europarechtlicher Sicht]). Die Rechtsprechung des BSG ist nachgezeichnet bei Hänlein ebd., 472 ff.

<sup>147</sup> Das zwingt nicht unbedingt zur Überführung jener Aufgaben in die Verantwortung der unmittelbaren Staatsverwaltung; andere Alternativen könnten etwa verselbständigte Verwaltungseinheiten unter Einbeziehung von Sachverständigen (Anklänge in diese Richtung auch in der Begründung des BVerfG, NJW 1999, 3404, 3405) o.ä. sein (erörtert bei Wahl [Fn. 50], 441 ff.; Schmidt-Aβmann Gesundheitswesen [Fn. 139], 94f.). Die bloße Einführung einer nachträglichen staatlichen Genehmigung (zu entsprechenden Überlegungen im Bereich der Pflegeversicherung – allerdings außerhalb der gemeinsamen Selbstverwaltung – vgl. Neumann Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung?, 2002, 46f.) oder Übernahme von "Vorschlägen" der gemeinsamen Selbstverwaltung widerspräche ebenfalls dem Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur (vgl. bereits Fn. 132).

<sup>148</sup> Das Gebot funktionsgerechter und effizienter Organisationsstruktur ist somit ein bei der Interpretation der finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften des GG und der Landesverfassungen (Überblick bei Henneke Öffentliches Finanzwesen, 2. Aufl. 2000, Rn. 685 ff.) ergänzend zu beachtender Maßstab (zur bisherigen Situation der Kommunen vgl. nur Schoch Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997, und dens. in: Ehlers/Krebs [Hrsg.] Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, 93, sowie zu den europarechtlichen Implikationen Schaffarzik [Fn. 49], 583 f.; zu den Sozialversicherungsträgern Bieback in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Fn. 53], 127, 152 f.), der zugunsten der Konnexität von Aufgabenveranlassung und finanzieller Verantwortung wirkt. Das Effizienzdenken kann ferner Forderungen nach einer Stärkung der kommunalen Steuerhoheit bzw. Steuerertragskraft untermauern (Oettle [Fn. 46], 310; vgl. auch Kirchhof NJW 2002, 1549 f.).

rungsrecht<sup>149</sup>, aber auch im Kommunalrecht<sup>150</sup>, trotz der Verfassungsgarantien in Art. 28 Abs. 2 GG, seit langem und mit Recht Klage geführt. In Fortführung des Gebots funktionsgerechter Organisationsstruktur ist hier zu entgegnen, dass die Effektivitätsgewähr, die die Selbstverwaltung bei selbstverwaltungstauglichen Aufgaben bietet, in dem Maße bedroht ist, in dem die Eigenverantwortlichkeit über das verfassungs- und europarechtlich<sup>151</sup> notwendige Mindestmaß hinaus beschränkt wird. In Verlängerung der bereits von der Aufgabe zur Kompetenz gezogenen Linie ist auch die Verantwortung im weitestmöglichen Umfang bei den Selbstverwaltungsträgern anzusiedeln. Andernfalls würde das an sich effektive Mittel der Selbstverwaltung organisatorisch ineffizient eingesetzt. Während Effektivität den Zielerreichungsgrad angibt, bewertet Effizienz das Verhältnis von finanziellem oder - wie hier - organisatorischem Aufwand und Nutzen bei der Aufgabenerfüllung. 152 An der Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Staat und Selbstverwaltungsträger bemisst sich sonach ein schonender Umgang mit Selbstverwaltungsressourcen.

Verpflichtet, für mehr Effizienz zu sorgen, ist zunächst der Gesetzgeber. Das betrifft nicht nur den Normalfall der gesetzlichen Determinierung der Aufgabenerledigung,<sup>153</sup> sondern auch die im Vordringen befind-

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> Besonders eindringlich Schnapp (Fn. 116), 882 ff., und jüngst ders. FS Ipsen, 2000, 807, 825, mit dem schönen Bild der "exekutivischen Punktlandung"; vgl. ferner Hendler SDSRV 34 (1991), 65, 75 f.; Merten in: ders. (Hrsg.) Die Selbstverwaltung im Krankenversicherungsrecht, 1995, 11, 20 f., und BVerfGE 39, 302, 313 f.

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> Zum vergleichsweise schwachen Schutz, den die Eigenverantwortlichkeitsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG in ihrer Interpretation durch das BVerfG bietet, vgl. *Schmidt-Aβ-mann* (Fn. 115), 820f.

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup> Die Vereinheitlichung der Handlungsmaßstäbe durch das Europarecht (vgl. 1) bedeutet nicht das Ende konkretisierender Rechtsetzung auf kommunaler Ebene oder auf Kammerebene; es ist daher bedenklich, wenn die Kommission in ihrem "Bericht an den Rat und das Europäische Parlament" über den "Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen vom 30. 7. 2002 (KOM [2002] 441 endg., 55), bereits im Vorhandensein entsprechender Normen eine Gefährdung der Binnenmarktidee erblickt.

<sup>152</sup> Zur "organisatorischen Effizienz" vgl. Hoffmann-Riem (Fn. 53), 28f., und sub specie des Verhältnisses von Staat und Selbstverwaltungsträger Löwer GewArch 2000, 89, 95f. (vgl. ferner Fn. 53 u. 96). Verfassungsrechtlicher Sitz dieses an den Grundsatz der Funktionsgerechtigkeit (Fn. 123) anknüpfenden Grundsatzes ist wiederum das Rechtsstaatsprinzip, flankiert insbesondere durch das haushaltsverfassungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot nach Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, vgl. zu diesem VerfGH Rh.-Pf., NVwZ-RR 1998, 145, 149; von Arnim Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, 71 ff.; Gröpl Haushaltsrecht (Fn. 46), 348 ff. mwN; ausführlicher Kahl Staatsaufsicht (Fn. 15), 539 f. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> Diesbezügliche Vorschläge finden sich bereits bei von Mutius (Fn. 40), E 173 ff. Auch das Instrument der Experimentierklauseln auf materiellrechtlicher Ebene (Öffnungsklauseln) erscheint in diesem Zusammenhang vielversprechend, nachdem ent-

liche Ökonomisierungsstrategie der Schaffung von Wettbewerb zwischen Selbstverwaltungsträgern. Sollen die Krankenkassen oder die Hochschulen miteinander oder gar, wie auch die Bundesanstalt für Arbeit, Smit privaten Trägern konkurrieren, muss mit der Wettbewerbseröffnung eine spürbare Erweiterung der Spielräume einhergehen. Gefordert ist aber auch die Rechtsprechung, die mehr Zurückhaltung bei der Interpretation der allfälligen Parlaments- und Gesetzesvorbehalte der Interpretation der allfälligen Parlaments- und Gesetzesvorbehalte der Rechtsordnung and den Tag legen sollte. Die Aufsichtsbehörden in Bund und Ländern haben das Gebot organisatorischer Effizienz durch eine die Eigenverantwortlichkeit wahrende, durchgehend rechtsschutzbewehrte wahrende, durchgehend rechtsschutzbewehrte wahrende, die Effizienz des Selbstverwaltungs handelns zielt (vgl. etwa §§ 87 Abs. 1, 69 Abs. 2 SGB IV), nicht zur Schwächung der Eigenverantwortlichkeit missbraucht werden. Als grundsätzlich eigenverantwortungs-

sprechende Vorschläge in Brandenburg (LT-Drucks. 2/3400) und in Rheinland-Pfalz (LT-Drucks. 12/7025) nicht verwirklicht worden waren (positive Einschätzung auch bei *Grzeszick* Die Verwaltung 30 [1997], 545).

<sup>&</sup>lt;sup>154</sup> Zum Hochschulbereich: Woll Reform der Hochschulausbildung durch Wettbewerb, 2001; eine detaillierte Untersuchung des autonomiefördernden Gehalts der einzelnen Reformansätze in diesem Bereich bietet Hahnelt Die Novellierung des hessischen Hochschulgesetzes und ihre Auswirkungen auf die Autonomie der Hochschulen, 2002. Zum Kassenwettbewerb (§§ 173 ff. SGB V): Mühlhausen Der Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001; Haverkate VSSR 1999, 177; Becker SDSRV 48 (2000), 7.

<sup>155</sup> Zunächst im Gefolge der EuGH-Entscheidung zur teilweisen Europarechtswidrigkeit des Arbeitsvermittlungsmonopols (Slg. 1991, I-1979, Rechtssache "Höfner"), seit 27. 3. 2002 per gesetzlich angeordnetem (§§ 292 bis 301 SGB III nF) freiem Marktzugang für die privaten Arbeitsvermittler (dazu Rixen NZS 2002, 466, 467f.).

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> Entsprechende Forderungen u.a. bei *Burgi* VerwArch 90 (1999), 70, 92 ff. (zur kommunalen Selbstverwaltung) und bei *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 503 f. (zur funktionalen Selbstverwaltung), jeweils mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> Dessen Anwendung auf das Verhältnis von Sach- und Abgabenregelungen (BVerfGE 98, 83; BVerfGE 98, 106) beschränkt bleiben sollte (krit. auch *Jarass* AöR 126 [2001], 588; *Brüning* NVwZ 2002, 33).

<sup>&</sup>lt;sup>158</sup> Treffend Kahl Staatsaufsicht (Fn. 15), 562 f. mwN: "Grundsatz der umfassenden Aufsichtsklage".

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> Vgl. im einzelnen von Mutius (Fn. 40), E 201 ff.; Lüder in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 98), 45, 49 ff.; Pitschas DÖV 1998, 907, 909 f.; Kahl Staatsaufsicht (Fn. 15), 472 ff.

<sup>160</sup> Davor warnen auch Pietzcker VVDStRL 41 (1983), 193, 196f.; Hoffmann-Riem in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 98), 325, 345f.; Schnapp FS von Maydell, 2002, 621 ff.; diff. Kahl Staatsaufsicht (Fn. 15), 542f. Zu welchen Auswüchsen das "Pfennigbzw. Centrechnen" von Aufsichtsbehörden im Sozialversicherungsrecht führt, kann an-

steigernd ist das im Hochschulbereich bereits praktizierte<sup>161</sup> und nun auch für die Bundesanstalt für Arbeit vorgeschlagene<sup>162</sup> Instrumentarium der "Zielvereinbarungen" einzuschätzen, weil es gegenüber den klassischen Lenkungsinstrumenten Rechtsnorm und Zuweisung von Haushaltsmitteln die Chance der Mit-Lenkung eröffnet.

### 3. Sektorale Gemeinschaftsunmittelbarkeit von Selbstverwaltungsträgern

### a) Die verwaltungsrechtliche Perspektive

Mehr als nur eine Determinante und daher gesondert zu beschreiben ist die in Teilbereichen der funktionalen Selbstverwaltung zunehmende Vergemeinschaftung von Selbstverwaltungsträgern infolge der europäischen Wettbewerbsstrategie. Die gängige Einschätzung, wonach die Organisation der Verwaltungsträger und Behörden auf nationaler Ebene im Grundsatz autonom durch die Mitgliedstaaten erfolge, während die Gemeinschaft sich auf die bereits skizzierten Determinanten der Organisationswahl beschränke und die effektive Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts im übrigen durch Kooperations- und Koordinationsregelungen sichere, 163 ist aus rein verwaltungsrechtlicher Perspektive zwar zutreffend. Danach ist der Gemeinschaft der unmittelbare Zugriff auf die einzelnen Verwaltungsträger trotz der nicht zu leugnenden Partikularisierungsgefahren 164 verwehrt; Adressat von Determinanten und Auf-

hand der Entscheidung des BSG, MedR 2001, 95 m. Anm. Schnapp MedR 2001, 269, nachvollzogen werden.

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> Im hier relevanten Verhältnis zwischen Staat und Selbstverwaltungsträger dienen sie der Verständigung (bei selbstverständlich unverändertem Machtungleichgewicht!) über Ziele, Profile, Schwerpunkte und – natürlich – Finanzen); vgl. *Trute* WissR 33 (2000), 134; krit. *Hoffacker* DÖV 2001, 681; zum Einsatz von Zielvereinbarungen im Binnenbereich vgl. noch 4 b.

<sup>162</sup> Im Bericht der sog. Hartz-Kommission "Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt", vom 16. 8. 2002, 215. Selbstverständlich müssen jeweils die Anforderungen des Gebots demokratischer Legitimation beachtet werden.

<sup>163</sup> Vgl. nur EuGH, Slg. 1971, 49, 59; Slg. 1971, 1107, 1116; Kahl NVwZ 1996, 1082, und dens. (Fn. 46), 431; Kadelbach Verwaltungsrecht (Fn. 46), 110f.; zum Recht der Verwaltungskooperation in Europa vgl. Schmidt-Aßmann EuR 1996, 270. Speziell für den kommunalen Bereich: Schäfer (Fn. 11), 217 ff.; für den Sozialbereich: Pitschas in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 46), 123. In Art. 152 Abs. 5 EG wird ausdrücklich festgestellt, dass die Kompetenz der Mitgliedstaaten für die "Organisation" zu wahren sei.

<sup>&</sup>lt;sup>164</sup> Welche im Bereich der Einschaltung von Selbstverwaltungsträgern größer ist als bei der alternativen Option des indirekten Vollzugs von Gemeinschaftsrecht durch Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung (*Schoch* VBIBW 1999, 241, 247).

sichtsmaßnahmen ist grundsätzlich<sup>165</sup> der Mitgliedstaat. Daran vermögen noch so ambitionierte Vorstöße zur Stärkung der Rechtsstellung von Regionen, Kommunen oder auch der Kammern<sup>166</sup> nichts zu ändern.<sup>167</sup> Auch die neuesten Vorschläge der EU-Kommission in ihrem Weißbuch "Europäisches Regieren", die zur besseren Einbeziehung der Bürger unter anderem "dreiseitige Verwaltungsvereinbarungen" zwischen Kommission, Kommunen und Mitgliedstaat (mit Kontrollmechanismen) schließen will,<sup>168</sup> können nur mit Unterstützung des letzteren

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> Eine Kontrolle mitgliedstaatlicher Verwaltungsstellen unmittelbar durch die Kommission findet nur in ganz seltenen Fällen statt (geschildert bei *Kadelbach* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Fn. 112], 205, 225 f.; vgl. auch *Hatje* Steuerung [Fn. 46], 154 ff.).

<sup>166</sup> Zum Fehlen von expliziten Garantien bzw. zur bescheidenen Wirkkraft anderer Schutzmechanismen (Subsidiarität, Bürgernähe etc.) vgl. Schmahl DÖV 1999, 852; Schoch in: Henneke (Hrsg.) Kommunen in Europa, 1999, 24ff. (zugunsten der kommunalen Selbstverwaltung) bzw. Groß (Fn. 3), 1188f. (zugunsten der funktionalen Selbstverwaltung). Angesichts der Heterogenität der nationalen Verwaltungsstrukturen infolge der mitgliedstaatlichen Organisationshoheit sind hier keine nennenswerten Durchbrüche zu erwarten. Neben dem Ausbau prozessualer Befugnisse von lokalen (oder auch funktionalen?) Untergliederungen vor den europäischen Gerichten (vgl. dazu van Nuffel CMLRev. 2001, 871) bleibt aber die Arbeit an der Verbreiterung der politischen Basis des Kommunalismus bzw. Regionalismus (Häberle Verfassungslehre [Fn. 100], 444f.; Beutler FS Schefold, 2001, 19; Kotzur [Fn. 91]), aber auch des Kammerwesens (Stober [Fn. 135], 401), wichtig. Zur Ebene des Europarates vgl. Fn. 49. Bemerkenswert sind ferner die Zunahme der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Kommunen (vgl. Trute in: Henneke [Fn. 166], 209; für die Kammern: Tettinger [Fn. 137], 25f.) und der Aufbau von europaweiten Verbandsorganisationen (Schaffarzik [Fn. 49], 69f., 81f.).

<sup>167</sup> Die europäische Regional- (Benz in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Fn. 46], 45; Mehde NWVBI. 2002, 178) bzw. Raumordnungspolitik (Battis FS Schefold, 2001, 267) bezieht sich nicht auf in einem bestimmten Sinne rechtlich verfasste Strukturen, sondern auf nach funktionalen Gesichtspunkten geordnete Gebiete (weitergehend Koch in: Pitschas/Koch [Hrsg.] Staatsmodernisierung und Verwaltungsrecht in den Grenzen der europäischen Integrationsverfassung, 2002, 123).

<sup>168 &</sup>quot;Europäisches Regieren – Ein Weißbuch" (KOM [2001] 428 endg., ABI. EG Nr. C 287/01 vom 12. 10. 2001). Der erwähnte Vorschlag findet sich unter Nr. III.1. (10); erste erläuternde Hinweise bei *Poth-Mögele* in: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg.) Jahrbuch des Föderalismus 2002, 521. Entsprechendes gilt für den weiteren Vorschlag einer besseren Einbindung der Zivilgesellschaft (11 f.). Die Träger der funktionalen Selbstverwaltung, die ja auch Institutionen verfassten zivilgesellschaftlichen Engagements sind, erfüllen sicherlich die dort an die "Verantwortung" zivilgesellschaftlicher Institutionen gestellten Anforderungen als Voraussetzung einer intensiveren "Einbindung" in die europäische Politikgestaltung (so wohl auch Kluth [Fn. 14], 375). Da sie aber zugleich Teil der nationalen Verwaltungsorganisation sind, können sie aber nicht unmittelbar, sondern nur über den Mitgliedstaat erreicht werden.

realisiert werden: 169 Beim gegenwärtigen Integrationsstand bleiben die Selbstverwaltungsträger im europäischen Verwaltungsraum mediatisiert.

### b) Die wettbewerbsrechtliche Perspektive

Im Zuge der europäischen Wettbewerbsstrategie vollzieht sich nun aber eine grundlegende Veränderung, indem immer weitere Tätigkeiten nationaler Selbstverwaltungsträger als zugleich unternehmerisches Handeln qualifiziert und dadurch zusätzlich dem Regime der Art. 81 f. des EG-Vertrages unterworfen werden. Diese Entwicklung<sup>170</sup> wird sich parallel zu den bereits erwähnten nationalen Ökonomisierungsstrategien verstärken, d.h. der Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts vergrößert sich in dem Maße, in dem, namentlich im Gesundheitswesen,<sup>171</sup> auf nationaler Ebene wettbewerbliche Strukturen etabliert werden. Die Selbstverwaltungsträger werden insoweit gemeinschaftsunmittelbar. Als Verwaltungsträger sind sie weiterhin Teil der nationalen Verwaltungsorganisation unter mitgliedstaatlicher Aufsicht, aber als "Un-

<sup>169</sup> Das betont auch die Kommission, indem sie in diesem Bereich keine Vertragsänderung anstreben will und versichert, dass die "Zentralregierungen" nicht nur die betreffenden Einheiten benennen, sondern nach wie vor eine "Schlüsselrolle" bei der Aufstellung und Umsetzung jener Vereinbarungen spielen sollten (Weißbuch [Fn. 168], 9f.). Der Gedanke von Kluth (Fn. 14), 375, die Umsetzung von Richtlinien durch Kammersatzung, d.h. ohne den "Umweg über die mitgliedstaatlichen Parlamente", zu ermöglichen, begegnet nicht nur verfassungsrechtlichen, sondern auch europarechtlichen Zweifeln (vgl. Art. 249 Abs. 3 EG).

<sup>170</sup> Ähnliche Fragen sind aus der Diskussion um die Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe des GWB auf die Nachfragebeziehungen in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung (vgl. zuletzt BGH, JZ 2002, 781 m. Anm. Eichenhofer zur Festsetzung von Vergütungssätzen; Engelmann VSSR 1999, 167; Gassner VSSR 1999, 121, 123 ff.; Steinmeyer Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, 2000, 19 ff., 69 ff.) und auf bestimmte Aktivitäten der Berufskammern (vgl. nur BGH, WuW/E BGH 1474, 1476) bekannt. Der Dogmatik ist bis heute keine schlüssige Abgrenzung von unternehmerischem und hoheitlichem Handeln bzw. der Anwendungsbereiche von Öffentlichem Recht/Sozialrecht und Wettbewerbsrecht gelungen, was im Krankenversicherungsbereich schließlich in der zum 1. 1. 2000 neu gefassten Vorschrift des § 69 SGB V gipfelte. Darin wird festgestellt, dass jene Rechtsbeziehungen "abschließend" durch das SGB V geregelt werden (vgl. dazu Pietzcker FS von Maydell, 2002, 531), was dazu führt, dass die nationalen wettbewerbsrechtlichen Bindungen entfallen (ebenso BSGE 89, 24; Steinmeyer ebd., 84); vgl. ferner die prozessuale Flankierung durch § 51 Abs. 2 SGG.

<sup>171</sup> Vgl. bereits Fn. 154. Ähnliche Einschätzung bei Schultz NZS 1998, 269; Kingreen in Hrbek/Nettesheim (Hrsg.) Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, 96, 107; Rebscher FS von Maydell, 2002, 549, 557. Die Anwendung der europäischen Maßstäbe auf Arztnetz- und Einkaufsmodelle prüft Steinmeyer (Fn. 170), 110ff.; im Hinblick auf die sog. integrierte Versorgung gemäß § 140a Abs. 1 S. 1 SGB V vgl. Becker NZS 2001, 505.

ternehmen" bzw. "Unternehmensvereinigung" sind sie in den betroffenen Tätigkeitsbereichen, mithin sektoral, Teil des europäischen Wirtschaftsraumes, unter unmittelbarer Kontrolle der EU-Kommission und des EuGH<sup>172</sup>. Die dies bewirkende Rechtsprechungslinie beruht auf einem rechtsformenunabhängigen, an das Vorhandensein von Austauschverhältnissen anknüpfenden Verständnis.<sup>173</sup> Sie bezieht die immer weiter ausgreifenden Nachfragebeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen<sup>174</sup> einschließlich der Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen<sup>175</sup> ebenso ein wie die den Anwalts- oder den Architektenmarkt reglementierenden Berufsordnungen der Kammern. Diesbezüglich hat der EuGH am 19. Februar 2002 ein neues Kapitel der Vergemeinschaftung öffentlich-rechtlich organisierter Verwaltungs-, ja Rechtsetzungstätigkeit aufgeschlagen, indem er in der Rechtssache "Wouters" die niederländische Rechtsanwaltskammer als "Unternehmensvereinigung" im Sinne des Art. 81 EG-Vertrag und die von ihr erlassene Berufsordnung als grundsätzlich notifizierungs-

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> Welcher von den Selbstverwaltungsträgern und von Konkurrenten (!) im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG gegen Entscheidungen der Kommission im direkten Vollzug des Wettbewerbsrechts angerufen werden kann.

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> Nach dem sog. funktionalen Unternehmensbegriff des EuGH ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung erfasst. Dabei kann sich die Qualifizierung auch nur auf einen Teil der gesamten Unternehmenstätigkeit beziehen; vgl. etwa die Klassikerentscheidung EuGH, Slg. 1991, I-1979, 2016 ("Höfner") sowie aus neuerer Zeit (neben den sogleich genannten unmittelbar einschlägigen Entscheidungen) EuGH, Slg. 1999, I-5751, 5886 ("Albany"); EuZW 2002, 146 m. Anm. Lübbig ("Italienische Unfallversicherungsanstalt").

<sup>174</sup> Neben der Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen (vgl. sogleich Fn. 175) geht es um die bereits erwähnten (3 c) Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (OLG Hamburg, EuZW 2001, 637, sieht in einem angeblich nach deutschem Recht unzulässigen Arzneimittelauschluss durch den Bundesausschuss [§§ 91, 92 SGB V] einen Verstoß gegen Art. 81 EG; Eichenhofer NZS 2001, 1, 5). Die Gesamtentwicklung ist nachgezeichnet und kritisch kommentiert bei Haverkate/Huster (Fn. 49), Rn. 484ff., 571 ff.; Pitschas VSSR 1999, 221, 235f.; Wigge SDSRV 48 (2001), 79; Becker in: Schnapp/Wigge (Fn. 141), § 22 Rn. 55ff.; Kingreen (Fn. 171), 109 ff. Eher ablehnend Bieback EWS 1999, 361, 367; Ebsen in: Igl (Hrsg.) Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, 22, 36.

<sup>175</sup> Ausgangspunkt ist § 35 SGB V, wonach die Festbeträge durch die "Spitzenverbände" der Krankenkassen auf der Basis von Richtlinien des Bundesausschusses festgesetzt werden. Vorlagen an den EuGH haben das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. 5. 2001, U (Kart) 28/00 (vgl. bereits NZS 1998, 567), der noch unentschiedene BGH (WRP 2001, 1331) sowie das die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen ablehnende LSG NRW, Beschluss vom 28. 9. 2000 (L 5 KR 11/95) formuliert. Das BSG hatte diese Regelung bereits 1995 wegen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit dem BVerfG vorgelegt, NZS 1995, 502 (vgl. ferner Axer NZS 2002, 57; Eichenhofer Sozialrecht der Europäischen Union, 2001, Rn. 357 ff.; Steinmeyer [Fn. 170], 102 ff.).

pflichtige Kartellabsprache qualifiziert hat.<sup>176</sup> Die hierbei aufgestellten Voraussetzungen<sup>177</sup> werden m.E. auch durch die Satzungstätigkeit der deutschen Berufskammern erfüllt, und zwar nicht trotz, sondern wegen des Selbstverwaltungscharakters. Denn da die Kammern innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens eigenverantwortlich handeln dürfen und sollen,<sup>178</sup> sind sie eben nicht als Teil des hoheitlichen Schiedsrichtergespanns, sondern als Mitspieler auf dem europäischen Wettbewerbsfeld anzusehen. Zwar gibt es Ausnahmebereiche, von denen etwa das Sozialversicherungsmonopol als solches profitiert,<sup>179</sup> und es ist selbstver-

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> In dieser Rechtssache (NJW 2002, 877) ging es um ein Sozietätsverbot. Im Ergebnis verneinte der EuGH (mit einer europarechtsdogmatisch problematischen Tatbestandslösung) eine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art. 81 Abs. 1 EG (zur Interpretation und Einordnung vgl. Eichele EuZW 2002, 182; Andresen DVBl. 2002, 685; Römermann/Wellige BB 2002, 633; Lörcher NJW 2002, 1092; Kilian WRP 2002, 802, der auch den Konsequenzen für andere Berufskammern nachgeht). In einer weiteren Entscheidung vom gleichen Tage (Rechtssache "Arduino", JZ 2002, 453 m. Anm. Schlosser) ging es aus Anlass einer vom Staat, jedoch auf Vorschlag der öffentlich-rechtlichen Berufsvertretung der Rechtsanwälte in Italien erlassenen Gebührenordnung um die Abgrenzung von staatlichen, dem Wettbewerbsregime entzogenen Maßnahmen gegenüber Maßnahmen, denen der Staat selbst den staatlichen Charakter nimmt, indem er die Verantwortung privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt (was vorliegend nicht geschehen sei, da die Berufsvertretung nicht als Gremium von dem Allgemeininteresse verpflichteten Sachverständigen angesehen werden könne; ferner habe der Staat nicht auf seine Letztentscheidungsbefugnis verzichtet). In einer früheren Entscheidung hatte der EuGH im Hinblick auf die italienische öffentlich-rechtliche Spediteursvereinigung einen Wettbewerbsverstoß des Mitgliedstaates iVm. Art. 10 EG angenommen (Slg. 1997, I-3883).

<sup>177</sup> Auf Vortrag der Bundesregierung hin aufgestellt in der Entscheidung "Wouters" (Fn. 176, Rn. 67 bis 69): Mangels Unternehmenseigenschaft keine Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts, wenn Festlegung von Kriterien des Allgemeininteresses und wesentlicher Grundsätze durch den Staat, der überdies die "Letztentscheidungsbefugnis" behält. Andernfalls seien die betreffenden Regelungen allein dem Berufsverband zuzurechnen. Hierbei muss man wissen, dass rein staatliche Regelungen grundsätzlich nicht vom EG-Wettbewerbsregime erfasst sind, außer der Mitgliedstaat schreibt kartellrechtswidrige Aktivitäten vor bzw. verstärkt die Auswirkungen eines solchen Handelns oder es sind die in der Rechtssache "Arduino" (Fn. 176) geprüften Kriterien erfüllt (EuGH, Slg. 1988, 4769 Rn. 16; Slg. 1995, I-2883 Rn. 20).

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> Hinzu kommt, dass die Kammern nicht lediglich eine staatliche Normsetzung vorbereiten, sondern selbst als Normsetzer anzusehen sind. So treten beispielsweise die Satzungen im Rechtsanwaltsbereich gemäß § 191e BRAO drei Monate nach Übermittlung an das Bundesjustizministerium in Kraft, also ohne dass es einer staatlichen Genehmigung bedarf.

<sup>179</sup> Die Unternehmensqualität ist nach der Rechtsprechung des EuGH zu verneinen, wenn die Versicherung auf einer Pflichtmitgliedschaft beruht und maßgeblich vom Solidaritätsgedanken geprägt ist, insbesondere in Bezug auf eine einkommens- und risikoun-

ständlich in jedem Einzelfall eine sorgfältige Prüfung aller positiven und negativen Tatbestandsmerkmale sowie der Rechtfertigungsgründe vorzunehmen, 180 aber im Grundsatz tritt neben die Trennung, die Kooperation und die Koordination die sektorale Gemeinschaftsunmittelbarkeit nationaler Selbstverwaltungsträger.

### c) Konsequenzen für die Selbstverwaltung

Was bedeutet dies für die Selbstverwaltung? Zwar bleibt die Entscheidungsfreiheit über ihren Einsatz unberührt, aber Mitgliedstaat wie Selbstverwaltungsträger müssen sich darauf einstellen, dass die fortbestehenden öffentlich-rechtlichen Determinanten teilweise durch die wettbewerbsrechtlichen, und das heißt auch effizienzfördernden Maßstäbe ergänzt werden, welche die Spielräume eigenverantwortlichen Gestaltens eingrenzen. Dies geschieht in erster Linie zu Lasten von Gestaltungsoptionen, die auf unsachlichen, machtinspirierten Erwägungen beruhen. Teilweise weisen national-verfassungsrechtliche und wettbewerbsrechtliche Vorgaben in die gleiche Richtung. So ist es kein Zufall, dass der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen sich zugleich als nichtfunktionsgerechte Organisationseinheit und als Nachfragerkartell<sup>181</sup> gebrandmarkt sieht. Neben den Maßstäben sind es die Kontrollstränge, die zukünftig miteinander verknüpft werden müssen. Bei all dem werden die wichtigsten dogmatischen Herausforderungen<sup>182</sup> durch die Rechtfertigungsnorm des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ausgelöst. Sie bestehen in der Sicherung der nationalen Entscheidungsbefugnis über das Ob der Selbst-

abhängige Leistungsgewährung (seit der Entscheidung in der Rechtssache "Poucet und Pistre", Slg. 1993, I-637, 668f.; kritisch hierzu Haverkate/Huster [Fn. 49], Rn. 499ff.). Zur daraus folgenden Freistellung des Sozialversicherungsmonopols im Kernbereich der Pflichtversicherung vgl. Möller VSSR 2001, 25; Giesen SDSRV 48 (2001), 123, 145; Kingreen (Fn. 171), 106f.; Eichenhofer (Fn. 175), Rn. 334f.

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Bündig (zum Gesundheitswesen) Steinmeyer (Fn. 170), 49 ff. Neben den in den vorangegangenen Fußnoten erwähnten Fundstellen sei auf die Kommentierungen zu Art. 81, 82 und 86 EG hingewiesen.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> Vgl. 3c. Dementsprechend gibt es in Sachen Festbetragsfestsetzung neben den bereits erwähnten Vorlagen an den EuGH (Fn. 175) eine Vorlage des BSG an das BVerfG (Fn. 175).

Wie schon im Bereich der infrastrukturellen Daseinsvorsorge (ausführlich hierzu, unter Einschluss des Art. 16 EG, Burgi [Fn. 102], 255; Nettesheim in: Hrbek/Nettesheim [Fn. 171], 39; Stober NJW 2002, 2357, 2359f.). Auch die dort bereits vielbeachtete Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. 9. 2000 (KOM [2000], 580 endg.) sowie der Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. 10. 2001 (KOM [2001] 598 endg.) werden einzubeziehen sein.

verwaltung,<sup>183</sup> in der konsequenteren Ausformung der politischen Ideen in den rechtlichen Formen und schließlich darin zu verhindern, dass der europäische Zugriff von der Kontrolle des Wettbewerbs in die Bestimmung von Begriff und Wesen der Selbstverwaltung umschlägt.<sup>184</sup> Darin, und nicht in der panikartigen Verstaatlichung bisheriger Selbstverwaltungsbefugnisse,<sup>185</sup> sollte der Beruf staatlicher Organisationsverantwortung in Europa liegen.

### 4. Im Binnenbereich des Organisationstyps Selbstverwaltung

## a) Gemeinsame Organisationsverantwortung von Staat und Selbstverwaltungsträger

Auch im Binnenbereich der Selbstverwaltungsträger ist die gestalterische Perspektive der Organisationsverantwortung wichtiger als der abwehrrechtliche Zugriff, zumal dessen hauptsächlicher Gegenstand, die Pflichtmitgliedschaft in der funktionalen Selbstverwaltung, als verfassungsrechtlich gefestigt<sup>186</sup> und europarechtlich rechtfertigungsfähig<sup>187</sup> gel-

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup> Der EuGH hat wiederholt betont, dass das Gemeinschaftsrecht "die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt" lasse (zuletzt EuGH, EuZW 2002, 146, 148).

<sup>&</sup>lt;sup>184</sup> Demgegenüber bringt Zacher EuR 2002, 147, 160, bereits ein Vorgehen der Kommission auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 3 EG ins Spiel. Weiterführend zum Ganzen Pitschas ZSR 2000, 475, 484ff. (unter Betonung des Patientenschutzes als Verbraucherschutz); Steinmeyer (Fn. 170), 65 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup> Wie im Hinblick auf die Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen bereits geschehen durch § 35a SGB V, wonach diese nunmehr (befristet bis zum 31. 12. 2003) durch ministerielle Verordnung (allerdings nach Vorarbeit der Selbstverwaltungsträger; zu den sich auch dann noch ergebenden Zweifeln an der Selbstverwaltungstauglichkeit vgl. bei Fn. 147) erfolgen soll. In diesen Zusammenhang gehört auch der bereits erwähnte (Fn. 170) § 69 SGB V.

<sup>186</sup> BVerfGE 10, 89; 11, 105; 12, 319; 15, 235; 38, 281; BVerfG, NVwZ 2002, 335, und dazu Khth NVwZ 2002, 298; Jahn (Fn. 135), 98, und ders. JuS 2002, 434; Hatje/Terhechte NJW 2002, 1849, ferner bereits Schöbener (Fn. 133), 374; Löwer (Fn. 152), 89 ff., und, zur Pflichtmitgliedschaft in der Studierendenschaft, jüngst Gieseke Die verfaßte Studentenschaft, 2001. Zum verfassungsrechtlichen Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG vgl. bei Fn. 119 und 133. Immer wieder unternommene Vorstöße zur Etablierung anderer Maßstäbe (vgl. zuletzt Kaltenborn NZS 2001, 300) konnten sich nicht durchsetzen.

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> Nach einer im jeweils betroffenen Bereich durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung am Maßstab der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG; vgl. EuGH, Slg. 1983, 2727 Rn. 18: die Pflichtmitgliedschaft als solche beschränkt nicht die berufliche Betätigung durch Niederlassung) bzw. am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 50 EG; vgl. EuGH, Slg. 2000, I-7919, Rn. 38ff. – "Corsten": Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der auf-

ten kann. Die Organisationsverantwortung im Inneren zielt zum einen auf die spezifische Organstruktur des Selbstverwaltungsträgers, welche geprägt ist durch das Zusammenwirken eines die Betroffenen bzw. deren Interessen repräsentierenden Kollegialorgans (Gemeinderat, Vertreterversammlung etc.) mit einem monokratisch geprägten Exekutivorgan (Bürgermeister, Vorstand etc.). <sup>188</sup> Zum anderen geht es um den Status und um die Mitwirkungsmöglichkeiten der Betroffenen, d.h. um den einzelnen in seiner Rolle als Selbstverwaltungsbürger, <sup>189</sup> die ihm hier zusätzlich zu seinen Rollen als Staatsbürger, Adressat staatlicher Maßnahmen oder Träger öffentlicher Aufgaben übertragen wurde und an die beispielsweise mit der Einführung des kommunalen Ausländerwahlrechts auf EU-Ebene <sup>190</sup> angeknüpft worden ist. Die Rahmenverantwortung für die Gestaltung des Binnenbereichs liegt beim Staat, jedoch verfügen die Selbstverwaltungsträger über erweiterungsfähige <sup>191</sup> und – im Interesse erhöhter

wändigen Pflichtmitgliedschaftsbegründung bei lediglich einmaliger oder punktueller Leistungserbringung in Deutschland; näher Meyer GewArch 2002, 265).

<sup>188</sup> Die wichtigste Differenz besteht darin, dass das für die grundlegenden Entscheidungen, insbesondere für die Rechtsetzung zuständige Repräsentationsorgan aus ehrenamtlich tätigen Mitgliedern aus dem Kreis der Betroffenen besteht, also der eigentliche Ort der Partizipation ist, während das Exekutivorgan, dem typischerweise die Aufgaben der Verwaltung und der Vertretung nach außen obliegen, zumeist mit Professionellen besetzt ist; dass es in einzelnen Selbstverwaltungsbereichen auch kollegial organisiert sein kann (z.B.: Rektorat, Vorstand der Bundesanstalt für Arbeit; ein Überblick über die wichtigsten Kollegialorgane findet sich bei *Groβ* Kollegialprinzip [Fn. 11], 63 ff., 87 ff.), kann im vorliegenden Zusammenhang vernachlässigt werden. Ferner nicht verfolgt werden können die sich in Umsetzung der Ökonomisierungsstrategie des "Neuen Steuerungsmodells" (vgl. sogleich im Text) im Verhältnis zwischen dem Exekutivorgan und dem Verwaltungsapparat bzw. innerhalb desselben ergebenden Rechtsprobleme, v. a. im Hinblick auf verwaltungsinterne Zielvereinbarungen (vgl. nur *Ipsen* DVBl. 1998, 801, 805 ff.; *Pünder* DÖV 1998, 63, 68 ff., jeweils für den kommunalen Bereich).

<sup>189</sup> Mit diesem Begriff soll der Umstand der Einbeziehung als Betroffener (vgl. I 2) zur Mitwirkung im jeweiligen Selbstverwaltungsträger bezeichnet werden, unabhängig von der Intensität der im einfachen Recht näher ausgestalteten Partizipationsbefugnisse (etwa aufgrund der kommunalrechtlichen Unterscheidung zwischen Bürger und Einwohner; vgl. nur §§ 21 ff. GO NRW). Allg. zum Bürgerbegriff und zu den verschiedenen Rollen des Bürgers vgl. Baer KritV 82 (1999), 5.

<sup>190</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 1 EG und Art. 40 Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Dies ist verfassungsrechtlich ermöglicht worden durch Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG. Die Mitgliedschaft in Kammern und Sozialversicherungsträgern knüpft auch bei Unionsbürgern bzw. bei Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten regelmäßig an das von der Staatsangehörigkeit unabhängige Betroffensein von den jeweiligen Aufgaben an.

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> Experimentierklauseln mit organisationsrechtlichem Gehalt (Überblick und erste Einschätzung zum kommunalrechtlichen Bestand bei *Brüning* DÖV 1997, 278) können

Eigenverantwortlichkeit (vgl. 2 d)<sup>192</sup> – erweiterungsbedürftige organisatorische Spielräume.

### b) Zwischen Monokratie und Selbstverwaltungsbürgerschaft

Im Unterschied zu der bislang untersuchten Ebene der Einsetzbarkeit der Selbstverwaltung im Staat gibt es im Binnenbereich eine bereits auf breiter Front in der Praxis verwirklichte Ökonomisierungsstrategie, in deren Gefolge die Organisationsgesetze in verschiedenen Selbstverwaltungssektoren geändert worden sind. Diese Strategie – das sog. Neue Steuerungsmodell<sup>193</sup> – ist durch verschiedene Elemente gekennzeichnet, die nicht nur die Organisation, sondern auch die Haushalte und das Personal<sup>194</sup> betreffen. Den intensivsten Selbstverwaltungsbezug weist das Kernelement der "Entflechtung von Politik und Verwaltung" auf. Mit dem erklärten Ziel, die Verantwortungssphären von Politik und Verwaltung im Sinne einer Auftraggeber-/Auftragnehmerbeziehung<sup>195</sup> zu entzerren, sollen die kollegialen, für schwerfällig erachteten Vertretungsorgane

dazu beitragen, die jenseits des institutionell-organisatorischen Vorbehalts des Gesetzes (vgl. bereits Fn. 111) bestehenden Spielräume zu präzisieren und zu erweitern.

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> Neben den verfassungsrechtlichen Einzelgewährleistungen, namentlich dem die sog. Organisationshoheit gewährleistenden Art. 28 Abs. 2 GG (vgl. etwa BVerfGE 91, 228, 236), ist hier wiederum der Grundsatz organisatorischer Effizienz (Fn. 152) wirkmächtig.

<sup>193</sup> Dieses führt die ihrerseits an Vorbilder in der Steuerung privatwirtschaftlicher Unternehmen anknüpfende Lehren des "New Public Management" (Überblick über die damit zusammenhängenden Modernisierungsansätze bei Burgi [Fn. 19], § 54 Rn. 2f. mwN) weiter und ist in Deutschland für die kommunale Ebene durch die sog. Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt) propagiert worden, beginnend mit dem von ihr herausgegebenen Bericht Nr. 5/1993; vgl. auch Bericht Nr. 8/1994, Bericht Nr. 10/1995, Banner VOP 1/1991, 6, sowie für das im Folgenden intensiver beleuchtete Teilelement des Verhältnisses von Politik und Verwaltung den Bericht Nr. 10/1996. Aus dem unübersehbar gewordenen Schrifttum: Hill in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 112), 65; Schneider ebd., 103; von Mutius FS Stern, 1997, 685; Otting Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997; Kahl Staatsaufsicht (Fn. 15), 307 ff., jeweils mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>194</sup> Welche aufgrund des geringeren Bezuges zum Thema "Selbstverwaltung" nicht behandelt werden (vgl. IV vor 1 und Fn. 105). Weitere wichtige Elemente des Neuen Steuerungsmodells (außer dem sogleich im Text behandelten Element) sind: Output- statt Inputorientierung, Budgetierung, dezentrale Zusammenführung von Fach- und Ressourcenverantwortung, Kontraktmanagement.

<sup>195</sup> Die sodann nicht nur durch die klassischen Instrumente (v.a. Weisungen), sondern auch durch den Abschluss von Zielvereinbarungen (Kontraktmanagement; zu dessen Einsatz im Verhältnis Staat-Selbstverwaltungsträger vgl. Fn. 161) gestaltet werden sollen. Über Einsetzbarkeit, Qualifizierung und Bindungswirkung von Zielvereinbarungen im Binnenbereich (vgl. bereits Fn. 188) besteht Streit (vgl. Wallerath DÖV 1997, 57; Oebbecke DÖV 1998, 853, 857 f., und jüngst Hill NVwZ 2002, 1059).

nur noch für das "Was", das Exekutivorgan hingegen für das "Wie" der Aufgabenerfüllung zuständig sein.<sup>196</sup> Dies führt zu einer Reduzierung der Kompetenzen und Befugnisse der Kollegialorgane zugunsten des Verwaltungsmanagements, in teilweise expliziter Orientierung am Organisationsmodell der Aktiengesellschaft.<sup>197</sup> Erscheinungsformen der Monokratisierung qua Neues Steuerungsmodell finden sich in den Kommunen,<sup>198</sup> in der Bundesanstalt für Arbeit<sup>199</sup> sowie in den Krankenkassen<sup>200</sup> und besonders deutlich in den Hochschulen.<sup>201</sup>

Der Rahmen der diesbezüglichen dogmatischen Überlegungen wird wiederum durch die verfassungsrechtlichen Determinanten gezogen. So setzen die bereichspezifischen Selbstverwaltungsgewährleistungen, namentlich Art. 28 Abs. 2 GG<sup>202</sup> und Art. 5 Abs. 3 GG,<sup>203</sup> aber auch lan-

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> Näher erläutert bei *Schulze-Fielitz* in: Henneke (Hrsg.) Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1998, 223, 242f.; *Mehde* Neues Steuerungsmodell und Demokratie-prinzip, 2000, 86ff.; *Pünder* (Fn. 46), 324f. (4. Teil 1. Abschn. A II). Zu den hierbei zu beachtenden Vorgaben der kommunalen Zuständigkeitsordnung vgl. v. *Mutius* (Fn. 193), 708; *Pünder* (Fn. 188), 63, 66f.

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> So etwa die Begründung zur Neufassung des § 376 SGB III, betreffend den Verwaltungsrat und den Vorstand in der Bundesanstalt für Arbeit (BT-Drucks. 14/8546).

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> Um den gegenwärtigen Implementationsstand (zu ihm: *Bogumil* Modernisierung lokaler Politik, 2001, 124ff.) treffender wiederzugeben: In den diesbezüglichen Konzepten der KGSt (Bericht 10/1996; vgl. auch *Mehde* [Fn. 196], 86ff.). Zur Binnenorganisation in den Kammern vgl. *Tettinger* in: Schnapp (Fn. 32), 89, 95ff.

<sup>&</sup>lt;sup>199</sup> Vgl. § 376 SGB III nF. Darin wurde u.a. die Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrates von 51 auf 21 verringert, vgl. zum Ganzen *Marx/Schmachtenberg* Bundesarbeitsblatt 4/2002, 5, 7f.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> Zu den in diesem Bereich zum 1. Januar 1996 erfolgten binnenorganisatorischen Veränderungen in Richtung einer "wettbewerbsadäquaten Unternehmensverfassung" (BT-Drucks. 12/3608) vgl. die (differierenden) Einschätzungen bei *Bieback* ZfS 1993, 197, 218 ff., und *Felix* in: Schnapp (Fn. 32), 43; zu den kassenärztlichen Vereinigungen vgl. *Schiller* in: Schnapp/Wigge (Fn. 141), § 5 Rn. 60 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> Vgl. stellv. die neu gefassten Vorschriften über die Kompetenzverteilung zwischen dem Senat und dem Präsidium im neu "reformierten" Niedersächsischen Hochschulgesetz vom 24. 6. 2002 (GVBl. 286; §§ 36ff.); näher Hahnelt (Fn. 154), 52ff., 84ff.; Sandberger (Fn. 108), 139 ff. Eine weitere binnenorganisatorische Neuerung (und Herausforderung für die Selbstverwaltung!) stellt die Einführung von (teilweise) mit externen Personen aus der Wirtschaft besetzten Hochschulräten bzw. Kuratorien dar (vgl. dazu Groß DÖV 1999, 895; Kersten DVBl. 1999, 1704; Kempen BayVBl. 1999, 454; Püttner FS Schiedermair, 2001, 557). Die Organisationsverantwortung des Staates in diesem Bereich hat zu Recht jüngst wieder (vgl. bereits Lorenz [Fn. 113], 113) Hufeld DÖV 2002, 309, betont.

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> Eingehend untersucht von *Mehde* (Fn. 196), 254 f., 356; vgl. ferner die Nachweise in Fn. 196.

<sup>203</sup> Vgl. Trute (Fn. 161), 141 f.; Geis Die Verwaltung 33 (2000), 563, 567 f., u. dens. (Fn. 22), § 58 bei Fn. 75; Hufeld (Fn. 201), 312 ff. Weitere Schranken können sich aus dem

desverfassungsrechtliche Garantien<sup>204</sup> der Ökonomisierung nach Innen ebenso Grenzen wie das Gebot demokratischer Legitimation.<sup>205</sup> Entflechtungsmaßnahmen, die sich innerhalb dieser Grenzen bewegen, müssen überdies dem bereits eingeführten (2 b) rechtsstaatlichen Gebot organisatorischer Effizienz entsprechen. Die Stärkung des Verwaltungsmanagements kann nicht per se als effizienzsteigernd qualifiziert werden.<sup>206</sup> Im Hinblick auf besonders anspruchs- und voraussetzungsvolle Aufgaben besteht eine optimale Ausschöpfung der organisatorischen Ressourcen gerade in der Kompetenzzuweisung an das kollegiale Vertretungsorgan, während durch eine Monokratisierung die Vorzüge des partizipativen Verwaltungstyps verspielt würden.

Die Auseinandersetzung mit dem Neuen Steuerungsmodell sollte nun nicht an der Sinnhaftigkeit der Deutung der Gemeinden (respektive der Universitäten,<sup>207</sup> der Kammern etc.) als "Dienstleistungsunternehmen" und der Bürger als "Kunden"<sup>208</sup> festgemacht werden. Diese Formulierungen wollen der Ökonomisierungsstrategie Identität verleihen und bei den Beschäftigten Servicementalität wecken,<sup>209</sup> sie tragen aber nicht den Schluss, dass der Gedanke der bürgerschaftlichen Partizipation als sol-

Abwehrgrundrecht der Wissenschaftsfreiheit ergeben. Zu den verfassungsrechtlichen Schranken von Organisationsveränderungen in der Krankenversicherung vgl. Weber Die Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung, 1995, 208 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> Dies gilt insbesondere für den Hochschulbereich. Zu Art. 16 Verf NRW, gegen den der durch die jüngste Novellierung des HochschulG NRW vom 14. 3. 2000 (GVBl. 190) bewirkte Modernisierungsschub verstoßen soll, da aus dem dort garantierten Selbstverwaltungsrecht folge, dass alle wesentlichen Entscheidungen durch das Vertretungsorgan zu treffen seien, vgl. *Löwer* in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verf NRW, 2002, Art. 16 Rn. 30 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> Dieses ist vor allem durch die mit der Konzentration des Vertretungsorgans auf die politische Führung verbundene Zurückhaltung bei der Ausübung von Weisungsbefugnissen berührt (vgl. Wallerath [Fn. 195], 65; Mehde [Fn. 196], 291 ff., 398 ff.). Das Effizienzdenken (vgl. sogleich im Text) vermag nicht die Anforderungen aus dem Gebot demokratischer Legitimation zu nivellieren (vgl. Mehde ebd., 387, 390 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> Allerdings ist zu bedenken, dass veränderte (ökonomisierte) Maßstäbe auf der Aufgabenebene (etwa die Forcierung der Drittmittelforschung) Verschiebungen auf der Organisationsebene zugunsten des Verwaltungsmanagements rechtfertigen können (allg. zum Zusammenhang von Aufgaben- und Organisationsebene im Hochschulbereich vgl. Bull/Mehde JZ 2000, 650).

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> Pars pro toto Müller-Böling Die entfesselte Hochschule, 2000, 24ff.

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> Banner (Fn. 193), 6; Klages VOP 11/1998, 11; Bogumil/Kiβler Vom Untertan zum Kunden?, 1995; vgl. ferner König (Fn. 54), 245 f.; Penski (Fn. 68), 86 ff. Teilweise titulieren sich die Selbstverwaltungsträger bzw. ihre Tochterunternehmen selbst in dieser Weise (was Kluth [Fn. 14], 368 f., im Hinblick auf die Kammern schildert).

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> Zu weiteren Funktionen und zur Qualifizierbarkeit als "Staatsbild" vgl. Voβkuhle Der Staat 40 (2001), 495, 506ff.

cher in Frage gestellt würde. 210 schon weil sie gleichermaßen für Selbstund Staatsverwaltung verwendet werden. Dass die Monokratisierung tatsächlich die Gefahr der Entbürgerlichung durch Entpolitisierung<sup>211</sup> hervorruft, liegt nicht an der Zielsetzung des Neuen Steuerungsmodells, sondern daran, dass es in Selbstverwaltungskontexten nur einen Ausschnitt der Wirklichkeit erfasst, nämlich die Beziehungen zu den Menschen in ihrer Rolle als Adressaten des Verwaltungshandelns. Das Verhältnis zu den Menschen in ihrer Rolle als Selbstverwaltungsbürger (als Gemeindemitglieder, Hochschulangehörige etc.) bleibt ausgeblendet. Dies ist umso bedauerlicher, da es aussichtsreich erscheint, die Beziehungen auf der Kunden-Wellenlänge zu intensivieren, um das sodann erwachte Qualitätsbedürfnis in eine Revitalisierung des bürgerschaftlichen Mitgestaltungsinteresses münden zu lassen. Eine grundlegende Neuordnung des Binnenbereichs dieser Verwaltungsträger kann nur erfolgreich<sup>212</sup> und verfassungskonform sein, wenn der Existenz von Betroffenen mit Mitwirkungsrechten Rechnung getragen wird. Dies gilt vor allem im Kommunalrecht, wo in den vergangenen Jahren mit dem Ausbau der Direktwahl des Bürgermeisters<sup>213</sup> und den Möglichkeiten direkter Demokratie<sup>214</sup> parallel zum Neuen Steuerungsmodell zwei bürgerorientierte Strategien verwirklicht worden sind.

Die Erweiterung der bisherigen Perspektive des Neuen Steuerungsmodells und die Verknüpfung der teilweise in verschiedene Richtungen weisenden Strategien bilden klassische dogmatische Aufgaben. Diese gel-

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> Ebenso, im Anschluss an eine sorgfältige Analyse der Berichte der KGSt (Fn. 193) zur Einführung des Neuen Steuerungsmodells, *Mehde* (Fn. 196), 104f.

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> Vgl. auch Knemeyer DVBl. 2000, 876, 877f.; Schulze-Fielitz (Fn. 196), 242ff., ferner Wahl in: Henneke (Fn. 196), 15, 38f. In teilweise polemischer Zuspitzung: Pelizzari Die Ökonomisierung des Politischen, 2001, 156ff.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> Dabei kann an verschiedene politikwissenschaftliche Untersuchungen angeknüpft werden (*Wollmann* Die Verwaltung 32 [1999], 345; *Bogumil* [Fn. 198], 117 ff.; *ders.* DfK 2001, 105; *ders.* VerwArch 93 [2002], 129). So wird darauf hingewiesen, dass bei der Formulierung des Ziels der Trennung von Politik und Verwaltung insbesondere die folgenden drei Faktoren nicht oder zu wenig beachtet worden sind: Die Verwaltungsdominanz bei der Auswahl der politischen Programme, die Schwierigkeiten bei der Entwicklung eindeutiger politischer Zielvorstellungen und die Politikhaltigkeit (auch) des Umsetzungsprozesses (*Bogumil* [Fn. 198], 123).

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> Diese ist mittlerweile in allen Flächenländern eingeführt (aktuelle Bilanz und Analyse bei von Arnim DÖV 2002, 585 mwN). Die Stellung des Bürgermeisters zwischen politischer Führung und verwaltungsmäßigem Vollzug ist im Entflechtungskonzept des Neuen Steuerungsmodells ebenfalls nicht zutreffend erfasst.

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> Vgl. hierzu *Schliesky* ZG 14 (1999), 91; *Dustmann* Die Regelung von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in den Kommunalverfassungen der Flächenstaaten der Bundesrepublik Deutschland, 2000.

ten in der funktionalen Selbstverwaltung ganz allgemein der dogmatischen Festigung der subjektivrechtlichen Stellung der Selbstverwaltungsbürger<sup>215</sup> und der Überwindung verschiedener weiterer bisheriger Partizipationsdefizite.<sup>216</sup> In allen Bereichen ist im Umgang mit den Vorschriften über die Kompetenzverteilung zwischen den Organen auf möglichst präzise Bestimmbarkeit<sup>217</sup> zu achten und der partizipative Mehrwert des kollegialen Vertretungsorgans zu erhalten.<sup>218</sup> Hierbei kann das Controlling-Instrumentarium des Neuen Steuerungsmodells bestehende Unterrichtungs-, Kontroll- und Kreationsinstrumente verstärken.<sup>219</sup> In solchermaßen verbesserter Form ist vor allem von den Kommunen und den Kammern schließlich ein selbstverwaltungsspezifischer<sup>220</sup> Beitrag zur

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> Anknüpfend an Kluth Selbstverwaltung (Fn. 15), 383 ff., 406 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> Etwa bei der Verbesserung von Organisation und Verfahren im Umgang mit der Binnenheterogenität vieler Selbstverwaltungsträger (Analysen und Ansätze bei *Link/de Wall* VSSR 2001, 69; *Axer* [Fn. 31], 390f., jeweils zu den Kassenärztlichen Vereinigungen; *Möllering* WiVerw 2001, 25; *Kluth* [Fn. 14], 367f., jeweils zu den Wirtschaftskammern), bei der Entfaltung der Selbstverwaltungsbürgerschaft in verbandsdominierten Strukturen (vgl. als Einstieg *Hufen* SDSRV 34 [1991], 43, 57f.; *Lee* Die Selbstverwaltung als Organisationsprinzip in der deutschen Sozialversicherung, 1997, 135ff.) sowie gegenüber privatrechtlichen Töchtern bzw. in privatrechtlichen Lobbystrukturen (vgl. Fn. 21, sowie *Kluth* Selbstverwaltung [Fn. 15], 477 ff.; vgl. auch BVerfGE 76, 171). Die sog. Friedenswahlen in der Sozialversicherung (bzw. nach der HandwO; vgl. VGH BW, GewArch 1998, 63) sind nicht nur unter demokratierechtlichen Aspekten (vgl. nur *Oebbecke* VerwArch 81 [1990], 349, 364f.; *Engelmann* NZS 2000, 76; *Schnapp* [Fn. 149], 807) bedenklich.

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> De lege lata (etwa in konkretisierenden kommunalen Hauptsatzungen und/oder in Kontrakten), anknüpfend an Formeln wie "Geschäft der laufenden Verwaltung" und unter Nutzung von Delegationsmöglichkeiten (zu den kommunalrechtlichen Grenzen vgl. Laux DÖV 1996, 414; Otting [Fn. 193], 82ff.), und de lege ferenda (Meyer DÖV 2000, 449; Pünder [Fn. 46], 516ff. [5. Teil 2. Abschn. C; zum Haushaltswesen]).

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> Einen diesbezüglichen Beitrag kann auch die Untergliederung in räumliche Bezirke mit darauf bezogenen Repräsentativorganen leisten (in den Kommunen: *Ahlhaus* DÖV 2000, 64; vgl. auch *von Mutius* [Fn. 40], E 216f.; zur Situation der Fachbereiche [Fakultäten] in der Hochschule vgl. *Knemeyer* FS Schiedermair, 2001, 539). Gerade mit der Einführung wettbewerblicher Elemente geht nicht selten eine Vergrößerung der Organisationseinheiten einher, beispielsweise in der Krankenversicherung, wie die Zahlen bei *Axer* (Fn. 31), 380, belegen.

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup> Vgl. Kahl Staatsaufsicht (Fn. 15), 311 f.

<sup>220</sup> Zu Optionen und Perspektiven der besseren Verzahnung des bürgerschaftlichen Engagements mit den Aktivitäten des Selbstverwaltungsträgers, der ja bereits Sitz der Selbstverwaltungsbürgerschaft ist, so dass eine gegenüber Bund und Land wesentlich günstigere Ausgangslage besteht, vgl. Klie/Meysen DÖV 1998, 452; Vitzthum/Kämmerer Bürgerbeteiligung vor Ort, 2000; Knemeyer (Fn. 211), 876, der u.a. für eine "triale Bürger-Rat-Bürgermeister-Verfassung" plädiert; Hill BayVBI. 2002, 321 (unter Einbeziehung der staatlichen Ebene).

Nutzbarmachung<sup>221</sup> des bürgerschaftlichen Engagements im vielleicht expandierenden neuen Kraftfeld der Bürgergesellschaftlichkeit<sup>222</sup> zu erwarten.

#### V. Schluss

Zum Schluss sei an den Schimmelreiter *Theodor Storms* erinnert, den die Verzweiflung über die Unzulänglichkeiten bei der Selbstverwaltung in seinem Deichverband zum Ritt in die tosende Flut getrieben hat und der seitdem die Deichgenossen zur Verbesserung von Effektivität, Effizienz und Partizipation mahnt.<sup>223</sup> Gelingt dies, dann ist mit Selbstverwaltung Staat zu machen, auch und gerade angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung!

<sup>&</sup>lt;sup>221</sup> Ging es früher beim Ausbau von Formen der Bürgerbeteiligung vor allem um die Verbesserung des "Inputs" (v.a. von Partizipation und Akzeptanz), so tritt nun die Perspektive des "Outputs" (vgl. Bogumil [Fn. 198], 251), d.h. von Effektivität und Effizienz der Gemeinwohlverwirklichung hinzu. Hier besteht eine Verbindungslinie zur verwaltungswissenschaftlichen Governance-Diskussion (vgl. nur König DÖV 2001, 617, sowie Bovaird/Löffler/Parrado-Diez [ed.] Developing Local Governance Networks in Europe, 2002).

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> Diesbezüglich finden sich auf der europäischen Ebene (Fn. 168) und in Deutschland theoretische (zur sog. Kommunitarismus-Debatte vgl. Brugger AöR 123 [1998], 337f.; zum Verständnis von "Zivilgesellschaft" vgl. Reese-Schäfer Politische Theorie heute, 2000, 75 ff. mwN) und konzeptionelle Ansätze, vgl. stellv. den Bericht der Enquete-Kommission "Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements" (BT-Drucks. 14/8900 vom 3. 6. 2002), v.a. 157 ff.

<sup>223</sup> Storm Der Schimmelreiter, Gesammelte Werke Band 6 (Hrsg.: Gottfried Honnefelder), Insel Taschenbuch, 1983. Bildete der Bau des nach ihm benannten Deichs vor dem "Hauke-Haien-Koog" einen, wenn auch in langen Sitzungen (geschildert v.a. 78f.) mühevoll erarbeiteten Erfolg, so brach später der alte Deich, weil der Deichgraf die Mitglieder des Deichverbandes nicht von der Notwendigkeit zeit- und kostenaufwendiger Instandhaltungsarbeiten zu überzeugen vermocht hatte.

### Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

### Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung

### I. Einführung

- 1. Die Selbstverwaltung befindet sich in einer durch Europäisierung und Ökonomisierung verschärften Identitätskrise. Der folgende Bericht widmet sich den in dieser Situation bestehenden dogmatischen Herausforderungen. Er konzentriert sich auf die Selbstverwaltung in Kammern und Kommunen, in der gesetzlichen Krankenversicherung und der Bundesanstalt für Arbeit sowie auf die Erschließbarkeit weiterer Aufgabenfelder.
- 2. Die Mindestvoraussetzungen für die Klassifizierung einer bestimmten Erscheinungsform der Verwaltungsorganisation als "Selbstverwaltung" lassen sich zusammenfassen als "eigenverantwortliche Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger unter Mitwirkung der von der Aufgabenerfüllung Betroffenen". Dieser Organisationstyp besitzt seinerseits eine spezifische Binnenstruktur. Hinter ihm steht ein wandlungsfähiges Motivbündel, die politische Idee der Selbstverwaltung.
- 3. Es handelt sich um einen Begriff des allgemeinen Verwaltungsrechts, nicht des Verfassungsrechts. Das Verfassungsrecht enthält bereichsspezifische Regelungen (v. a.: Art. 28 Abs. 2 GG), die an die Mindestvoraussetzungen anknüpfen. Ferner lassen sich ihm bereichsübergreifende Vorgaben entnehmen.

### II. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung der Verwaltungsrechtsordnung

- 4. Im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung der Verwaltungsrechtsordnung ist danach zu differenzieren, ob die politische Idee der Selbstverwaltung, der Einsatz dieses Organisationstyps zur Erfüllung bestimmter Verwaltungsaufgaben oder sein Binnenbereich betroffen ist. Beide Wirkfaktoren, die auch zusammentreffen können, veranlassen eine Überprüfung und ggf. Neubestimmung der Dogmatik der Selbstverwaltung.
- 5. Eine unmittelbar für die Verwaltungsrechtsdogmatik relevante politischrechtliche Strategie bildet die Herausbildung des europäischen Verwaltungs-

raumes. Zu verarbeiten sind aber auch die in der sozialen Wirklichkeit, also im Verwaltungsumfeld, angesiedelten Europäisierungsphänomene. Das gleiche gilt für die Phänomene der Ökonomisierung. Überdies steht auch dieser Begriff für eine politisch-rechtliche Strategie, die geprägt ist durch die Orientierung an den Maßstäben von Effektivität und Effizienz bzw. an den Strukturen von Markt und Wettbewerb.

### III. Die politische Idee der Selbstverwaltung

- 6. Europäisierung und Ökonomisierung fügen dem seit Jahrzehnten fest geschnürten Motivbündel der Selbstverwaltung keine weiteren Gründe hinzu. Sie lösen aber einen Zwang zur Rationalität aus, der in politischen Auswahlsituationen zur Bezeichnung der Wertungsgrundlagen und Vorzüge, zur Gegenüberstellung der Nachteile und zur Nachvollziehbarkeit der Entscheidung zugunsten der Selbstverwaltung verpflichtet.
- 7. Es ist zu erwarten, dass die politische Teil-Idee der bürgerschaftlichen Partizipation im Gefolge der europarechtlichen Strategie des Ausbaus von Beteiligungsmöglichkeiten für Betroffene mittelfristig gestärkt werden wird. Die Teil-Idee der Dezentralisation erfährt einen Schub durch die wachsende Überzeugung, dass Effektivität und Effizienz am besten in wettbewerblichen Strukturen hergestellt werden könnten.

### IV. Der Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung und der Binnenbereich

8. Die Auswahl der zu vertiefenden Problemstellungen orientiert sich an der Intensität des Bezugs zu bestehenden Schwachstellen der Selbstverwaltungsdogmatik und an der Intensität des Wirkungszusammenhangs mit Europäisierung und Ökonomisierung. Besonderheiten einzelner Einsatzbereiche müssen zurücktreten.

### (1) Die Ebene der Verwaltungsaufgaben

9. Europäisierung wie Ökonomisierung bewirken Wachstum und Veränderung auf der Ebene der Verwaltungsaufgaben. Die Selbstverwaltungsträger sind hiervon zunächst in gleicher Weise betroffen wie andere Verwaltungsstellen. Allerdings bestehen spezifische Zusammenhänge zwischen den Verwaltungsaufgaben und der Verwaltungsorganisation, denen nachzugehen ist.

### (2) Effektivität und Effizienz des Organisationstyps Selbstverwaltung

- 10. Die Entscheidung über den Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben obliegt in der Regel dem Staat. Dabei befindet sich die Option Selbstverwaltung in Konkurrenz mit anderen Organisationstypen und mit dem Konzept der Einbeziehung Privater.
- 11. Die rechtlichen Determinanten der Organisationswahlentscheidung sind vorwiegend dem Grundgesetz zu entnehmen. Im Europarecht finden sich vereinzelt Aussagen zugunsten des Einsatzes verselbständigter Verwaltungseinheiten.
- 12. Der Verfassungsgrundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur zielt auf eine erfolgversprechende Zuordnung der verschiedenen Organisationstypen und -formen zu den Verwaltungsaufgaben. Indem er eine Relation zwischen einer bestimmten vorgegebenen Aufgabe und der tatsächlichen Wirkung von Organisationen herstellt, entspricht er dem Effektivitätsdenken. Somit erweist sich, dass ein wichtiges Element der Ökonomisierungsstrategie bereits Bestandteil des verfassungsrechtlichen Organisationsprogramms ist.
- 13. Der Grundsatz funktionsgerechter (effektiver) Organisationsstruktur führt im Hinblick auf die funktionale Selbstverwaltung zu der Frage, wie eine Verwaltungsaufgabe beschaffen sein muss, damit die Vorzüge jenes dezentralpartizipativen Typs zum Tragen kommen können. Die Antwort lautet, dass die verfassungsrechtliche Grundbedingung für die Selbstverwaltungstauglichkeit von Verwaltungsaufgaben im Vorhandensein eines abgrenzbaren Kreises von typischerweise Betroffenen, d.h. von Trägern eines gleichgerichteten Interesses, besteht. Daran knüpfen die demokratischen und die grundrechtlichen Determinanten an.
- 14. Verschiedene gegenwärtig diskutierte Aufgaben (etwa im Zusammenhang mit der Zertifizierung im Umwelt- und Verbraucherschutzrecht) sind als selbstverwaltungstauglich einzuschätzen. Dagegen verstößt die sog. gemeinsame Selbstverwaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung gegen den Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur. Im verfassten Aufeinandertreffen entgegengesetzter Interessen geht der Effektivitätsvorteil der Selbstverwaltung verloren.
- 15. In Verlängerung der bereits von der Aufgabe zur Kompetenz gezogenen Linie ist auch die Verantwortung im größtmöglichen Umfang bei den Selbstverwaltungsträgern anzusiedeln. Gesetzgeber, staatliche Verwaltung und Rechtsprechung sind zu einem effizienten Umgang mit der organisatorischen Ressource Selbstverwaltung verpflichtet.

### (3) Sektorale Gemeinschaftsunmittelbarkeit von Selbstverwaltungsträgern

16. Aus verwaltungsrechtlicher Perspektive sind die Selbstverwaltungsträger im europäischen Verwaltungsraum mediatisiert. Daran würde sich auch mit der Realisierung des Weißbuchs "Europäisches Regieren" nichts ändern.

- 17. Im Zuge der europäischen Wettbewerbsstrategie werden indes immer weitere Bereiche öffentlich-rechtlich organisierter Verwaltungs-, ja Rechtsetzungstätigkeit als unternehmerisches Handeln qualifiziert. Die Selbstverwaltungsträger werden insoweit gemeinschaftsunmittelbar, d.h. sie sind als Teil des europäischen Wirtschaftsraumes zugleich der Kontrolle von EU-Kommission und EuGH unterworfen.
- 18. Neben die Verknüpfung der (ökonomisierten) Maßstäbe und der Kontrollstränge muss die europarechtskonforme Neubestimmung von Selbstverwaltungsbefugnissen in den betroffenen Sektoren treten.

### (4) Im Binnenbereich des Organisationstyps Selbstverwaltung

- 19. Im Inneren der Selbstverwaltungsträger gibt es in Gestalt des sog. Neuen Steuerungsmodells eine bereits auf breiter Front verwirklichte Ökonomisierungsstrategie. Den intensivsten Selbstverwaltungsbezug weist das Kernelement der Entflechtung von Politik und Verwaltung auf. In deren Gefolge kommt es zur Stärkung des jeweiligen Exekutivorgans zu Lasten der kollegialen Vertretungsorgane.
- 20. Infolge der verengten Perspektive des Neuen Steuerungsmodells droht die Gefahr der Entbürgerlichung durch Entpolitisierung. Staat und Selbstverwaltungsträger sind gemeinsam gefordert, innerhalb der verfassungsrechtlichen Determinanten die Stellung der Selbstverwaltungsbürger zur Geltung zu bringen und die Verknüpfung mit bestehenden bürgerschaftlich orientierten Strategien zu bewirken.

#### V. Schluss

Mit Selbstverwaltung ist Staat zu machen, auch und gerade angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung!

### 3. Aussprache und Schlussworte

# Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung

Vorsitzender (Schulze-Fielitz): Meine Damen und Herren, wir treten in die Diskussion ein. Wir haben hier derzeit neun Wortmeldungen vorliegen, das heisst, wir werden bei unveränderter Disziplin, die nach allgemeiner Ansicht durchaus diskussionsniveaufördernd war, bleiben und lieber ein wenig eher schliessen, auch im Hinblick auf einen langen Theaterabend. Das soll aber nicht ausschließen, dass durch spontane Gegenreden das dialogische Moment einer Diskussion, das gelegentlich in den vergangen Jahren untergegangen ist, möglicherweise belebt werden könnte. Von den neun Wortmeldungen gilt eine allen vier Referaten gemeinsam und damit dem übergreifenden Thema des heutigen zweiten Tages, so dass diese Grundsatzfragen zunächst angesprochen werden sollten. Es geht dann zweitens um Grundfragen der Selbstverwaltung insbesondere in verfassungsrechtlicher Hinsicht; es geht drittens um Fragen der Europäisierung und viertens um Ökonomisierung und Finanzfragen. In dieser sachlichen Abschichtung darf ich zunächst zu dem übergreifenden Beitrag Herrn Kollegen Schmidt-Aßmann bitten.

Schmidt-Aßmann: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, lassen Sie mich zwei Bemerkungen machen, die die Referate des heutigen Vormittags mit denen des Nachmittags verbinden bzw. gemeinsame Fragestellungen aufzeigen sollen. Das Allgemeine Verwaltungsrecht hat durch alle Referate des heutigen Tages eine vorzügliche Förderung erfahren. Dieser Teil des Verwaltungsrechts hat neben seiner Aufgabe, die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen in die Institute und Verfahrensweisen der öffentlichen Verwaltung zu transportieren, die Aufgabe einer Stimmigkeitskontrolle für die Teildogmatiken der einzelnen Fachverwaltungsrechte. Allgemeines Verwaltungsrecht ist dabei alles andere als eine von der Verwaltungsrealität abgehobene, fachferne Materie. Vielmehr ist es immer wieder auf breite Erfahrungen und auf Anschaulichkeit aus den Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts angewiesen. Diese Anschaulichkeit zu vermitteln ist heute Wichtiges geleistet worden. Geboten worden sind nicht nur Typologien, die das Kooperationsspektrum zwischen Staat und Gesellschaft, Verwaltung und Wirtschaft ordnen. Solche Typologien sind in jüngerer Zeit vielfältig entwickelt worden und haben ein gutes Fundament für die weitere wissenschaftliche Durchdringung gelegt. Heute war der Tag, daraus rechtsdogmatische Konsequenzen zu ziehen. Herr Voßkuhle hat das heute Morgen unter dem Begriff des "Gewährleistungsverwaltungsrechts" getan. Es soll neben die Rechtsverhältnisse der ordnenden und leistenden Verwaltung treten und dazu veranlassen, die großen systemtragenden Dogmen daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie aufnahmefähig für die neuen Herausforderungen veränderter staatlich-gesellschaftlicher Verantwortungsstrukturen sind. Heute Nachmittag ist es die Selbstverwaltung, die zu eben dieser Überprüfung veranlasst. Ich denke z.B. an die Lehre von der administrativen Gesetzesanwendung. Beide Referenten haben aufgezeigt, dass Selbstverwaltung Gestaltungsspielräume benötigt. Dann aber ist zu fragen, ob die überkommene Gesetzesanwendungslehre nicht zu stark von den Vorstellungen der Vollzugsverwaltung geprägt ist und künftig gleichrangig Anwendungsmodelle einbeziehen muss, die diesen Freiräumen - auch mit Konsequenzen für die gerichtliche Kontrolldichte - Rechnung tragen. Zur verwaltungsrechtlichen Systembildung gehört eben immer wieder die Rückversicherung, dass die repräsentativen Verwaltungstypen und Rechtsverhältnisse in den allgemeinen Lehren gleichgewichtig verarbeitet sind. Dazu müssen Perspektivenverengungen überwunden werden.

Meine zweite Bemerkung bezieht sich auf den in den Referaten durchlaufend erkennbaren Rang von Organisationsfragen. An der großen Bedeutung des Organisationsrechts in der Systematik des Verwaltungsrechts kann heute kein Zweifel mehr bestehen. Wenn man Organisationsrechtsfragen künftig noch stärker einbezieht, dann erweitern sich die Fragestellungen, was wiederum zu einem Methodenproblem führt. Es ist heute mehrfach davon gesprochen worden, es müssten Auswahlentscheidungen getroffen werden. Damit werden die rechtlichen Überlegungen über die klassische verwaltungsrechtliche Fragestellung nach der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns hinausgeführt in Bereiche, die sich nicht mehr nach einem Normenprogramm beantworten lassen, das zwischen Tatbestand und Rechtsfolge klar trennt. Das Recht ist für die Zusammenstellung organisatorischer Bauformen und die Bildung von Arrangements eher nur der Rahmen. Was sind das für Argumentationsvorgänge, und in welchem Umfang lassen sie sich rechtlich rekonstruieren, wenn Auswahlentscheidungen zu beantworten sind? Hier geht es häufig eher nur um Plausibilitäten, die nachträglich über das Verhältnismäßigkeitsprinzip oder eine Rechtsfigur wie das Legitimationsniveau in die Rechtsdogmatik hineingezogen werden. Das Verwaltungsrecht öffnet sich den Auswahl- und Gestaltungsfragen, wie sie im Zivilrecht schon bisher eine wesentlich stärkere Rolle spielten. Das kann nicht ohne Rückwirkung auf das Methodenverständnis bleiben.

Ebsen: Ich möchte mich etwas reiben an der besonderen Bedeutung des "Betroffenen" für die Legitimierung von Regulierung in Selbstverwaltung, wie sie besonders in dem Referat von Herrn Burgi hervorgehoben worden ist. Zunächst meine ich, dass man die kommunale Selbstverwaltung und das, was wir sonst noch an Selbstverwaltung haben und Selbstverwaltung nennen, schärfer trennen muss als wir es gewohnt sind. Die kommunale Selbstverwaltung gewinnt ihre Legitimität nicht nur aus ihrer verfassungsrechtlichen Garantie, sondern insbesondere aus der Tatsache, dass sich hier ein Gebietsvolk in einer Gebietskörperschaft mit Allgemeinzuständigkeit und allgemeinen und gleichen Wahlen selbst regiert.

Im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung habe ich große Zweifel, ob der Begriff des Betroffenen zur Begründung oder Verneinung demokratischer Legitimation wirklich sehr viel beitragen kann. Wir haben auch schon eine gewisse Skepsis bei Herrn Oebbecke gehört. Sind etwa Arbeitgeber in Sozialversicherungsträgern Betroffene? Wenn sie es sind, wieso sind sie dann nicht in Ersatzkassen vertreten? Wer sind Betroffene in der Selbstverwaltung beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk und der Medienaufsicht; es lassen sich weitere Beispiele nennen. Insofern glaube ich, dass der Begriff des Betroffenen jedenfalls zu wenig trennscharf ist, um rigorose Ja-Nein-Entscheidungen zur demokratischen Legitimation von Regulierung in Selbstverwaltung zu begründen. So einfach kann es nicht sein, dass wir entweder Betroffenenselbstverwaltung mit der Folge demokratischer Legitimation haben oder keine Betroffenenselbstverwaltung mit dem Verdikt mangelnder Legitimation und einem Verfassungsverbot für Regulierungsmacht. Man müsste sich dann auch fragen, was an die Stelle der durch solchen Rigorismus geschaffenen tabula rasa treten soll.

Ähnlich problematisch erscheint es mir, in den Begriff des Betroffenen dann auch noch als notwendige Legitimitätsvoraussetzung, ich nenne es einmal, die Gegnerfreiheit hineinzunehmen. Es leuchtet nicht ein, dass es unzulässig sein sollte, im Interesse bestimmter, vom Gesetzgeber gewollter Prozeduralisierung auch gegnerische Interessen so zusammenzuspannen, dass man gerade in ihrer Gegnerschaft ein bestimmtes Ergebnis erreichen kann. In meinen Augen ist sogar die gesamte pluralistische Selbstverwaltung, also bis hin zur Filmbewertung, auf diesen Prinzipien aufgebaut: Es sollen gerade gegnerische Konzepte, entgegengesetzte Ideen zusammenwirken. Ein geeigneteres Konzept zur verfassungsrechtlichen Bewertung autonomer Regulierung scheint mir der Gedanke sachgerechter Organisationsstrukturen zu sein, der dann anstelle rigoroser Ja-Nein-Entscheidungen flexiblere Je-desto-Sätze erlaubt. Je überzeu-

gender - auch in der interessendisparaten Zusammensetzung - eine Entscheidungsstruktur ist, desto eher ist Regulierungskompetenz zu akzeptieren. So wird man auch in der funktionalen Selbstverwaltung Strukturen finden, welche dem Idealbild der kommunalen Selbstverwaltung so ähneln, dass hier die demokratische Legitimation vergleichbar ist. Dann reicht hier für Rechtssetzungsmacht eine einfache Satzungsermächtigung. In anderen Fällen ist diese volle demokratische Legitimation vielleicht nicht gegeben; dann kann dies ja unter Umständen durch andere Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten des Staates kompensiert werden: vom Gesetzesvorbehalt, der auch in unterschiedlich intensiver Weise gelten kann, über unterschiedlich intensive Formen der Aufsicht und schließlich bis hin zur unterschiedlichen Kontrolldichte der Gerichte. Insofern meine ich, dass in diesem weiten Feld der funktionalen Selbstverwaltung doch weitaus mehr unterschiedliche Gestaltungen für Rechtsetzung in Selbstverwaltung möglich sein müssen, als sie mit einer rigorosen Ja-Nein-Dogmatik entstehen können.

Hufen: Ich habe zunächst zu danken für zwei sehr ertragreiche, sehr informationsreiche, einen ungeheuer weiten - fast zu weiten - Bogen spannende Referate, die dann doch eine gewisse Abstraktionshöhe nicht verkennen ließen. Aber einen Punkt möchte ich noch anmerken: Herr Burgi, Sie haben von der Identitätskrise der Selbstverwaltung gesprochen, und ich frage mich doch nach beiden Referaten: Könnte das vielleicht auch damit zusammenhängen, dass man nicht mehr genügend nach den Wurzeln dieser Identität fragt? Wir haben zwei Referate über Selbstverwaltung gehört, in denen Namen wie Freiherr vom Stein und Otto von Gierke nicht vorkamen. Das ist nun nicht so schlimm, das haben wir alles im Hinterkopf. Aber dass wir auf Schweizer Boden über Schweizer Modelle der Selbstverwaltung und alles, was an historischen Traditionen damit zusammenhängt, nicht reden, das scheint mir doch bemerkenswert. Der Genossenschaftsgedanke, der Gedanke der "Selbstverwaltung von unten", wenn wir es mal so nennen wollen, kam schlicht nicht vor. Für beide Referate kann man feststellen: Sie fußen fest auf dem Boden der norddeutschen - um nicht zu sagen - der preußischen Selbstverwaltungstradition: allenfalls Mitwirkung des Bürgers an den Staatsaufgaben, nicht Selbst-Verwaltung des mündigen, des freien grundrechtsbezogenen Bürgers! Zukunft braucht Wurzeln, und die Zukunft der Selbstverwaltung braucht auch vielleicht diese Wurzeln. Beide Referenten haben gesagt: Selbstverwaltung hat keinen Grundrechtsbezug, und die Ausgestaltung ist weitgehend Sache des Gesetzgebers. Der Bezugspunkt der Selbstverwaltung ist dann in der Tat eigentlich nicht der sich selbst verwaltende Bürger, sondern es ist der Staat, die Effizienz der Erfüllung von Staatsaufgaben. Wenn wir dagegen einmal in die Geschichte blicken und erkennen, welch ungeheurer Reichtum in der genossenschaftlichen, von unten kommenden Selbstverwaltungstradition, in der grundrechtlichen Verankerung der Selbstverwaltung der Paulskirche oder auch einiger deutscher Landesverfassungen - von der Schweiz gar nicht zu reden - liegt, dann wäre es doch eine interessante Aufgabe, das zu verbinden mit dem, was bei Herrn Burgi ganz zum Schluss wieder anklang, nämlich dem Begriff des "Selbstverwaltungsbürgers". Der Begriff ist schön, aber hat er im Konzept der Referenten wirklich eine Funktion? Hängt der Begriff des "Selbstverwaltungsbürgers" nicht in der in der Luft, wenn er verfassungsrechtlich und historisch nicht mehr verortet ist? Aber man kann es auch ganz einfach vom modernen Bestreben nach Effizienz und Betonung des Wettbewerbs her sehen, und da hat Herr Burgi natürlich völlig Recht wenn er betont, wie sehr der ökonomische Gesichtspunkt mit Interesse und Wettbewerb zu tun hat. Und dann ist es alles andere als unzeitgemäße Sozialromantik, wenn wir uns einmal wieder vergegenwärtigen, dass der alte Gedanke der sich selbst verwaltenden Bürger unvermutete Aktualität erlangen kann, dass ihr Interesse "vor Ort" besser auszudrücken und zu verwirklichen ist als in der bloßen Partizipation an den großen und damit ortsfernen Politiksystemen, wie sie beim herrschenden "staatsgeneigten" Modell allein im Mittelpunkt steht. Das kann dann auch viel effizienter sein, als der alles nivellierende Verwaltungszentralismus. Wollen wir nicht einmal überlegen, ob es in den historisch älteren Modellen nicht ungeheuer viel Aktualität der Mobilisierung von Bürgern, der Nähe und damit auch der Effizienz gibt? Die Antwort auf die Frage, ob mit Selbstverwaltung "Staat" zu machen ist, kenne ich nicht; aber ich weiß, dass mit Selbstverwaltung Verwaltung zu machen ist, und vor allem, dass mit Selbstverwaltung Freiheit zu machen ist. Vielen Dank.

Graf Vitzthum: Mein erster Hinweis schlägt einen noch weiteren Bogen als die einführende Bemerkung von Herrn Schmidt-Aßmann. Ich versuche nämlich, den Bezug zu unserer Debatte gestern herzustellen. Die Diagnose im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung ist primär eine solche der Krise. In Ostdeutschland etwa finden sich nicht genügend Freiwillige für Bürgermeisterposten. Die Anamnese ist schwieriger als dieser Befund. Sind Europäisierung, Ökonomisierung, Spezialisierung, Professionalisierung oder Reglementierung die Gründe für die Krise? Ist es der Kompetenzschwund, sind es die leeren Kassen, ist es die "Ich-Gesellschaft"? Eine Schlüsselursache dürfte – und hier liegt ein Bezug zu gestern – das Identitätsdefizit auf der kommunalen Ebene sein. Jedenfalls sollte die Therapie auch dort ansetzen, also bei der Aktivierung der Bürger etwa mittels kommunaler Stiftungen, mittels eines Mehr an Bürger-

beteiligung an kommunalpolitischen Leitentscheidungen, vor allem aber mittels einer gezielten Identitätspolitik (auf Landesebene erfolgt letzteres ja längst). Im Vordergrund sollte demnach nicht die Kompensation von Kompetenzverlusten stehen, nicht die freudige, für Funktionäre prestigereiche Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen. Wichtiger ist eine bewusste Politik des Anders-Sein - der einen Kommune im Unterschied zu Gesicht. Agenda und Gewicht der anderen Kommune, Machen nicht alle Gemeinden mehr oder weniger das Gleiche? Wie kann sich meine Stadt von den anderen Städten der Region abheben, worin besteht ihre Identität? Den Bezug zu gestern sehe ich also gerade nicht in der Inklusion des Anderen, nicht in einer Angleichung aller Kommunen, sondern in einem identitätspolitisch bewussten Sich-Absetzen, in der Differenz. In den Kategorien von gestern Nachmittag, etwas hochtrabend formuliert: Der nächstliegende Pfad aus der Krise des Kommunalen ist. bezüglich der Gehalte, weniger universalistisch-kosmopolitisch als partikularistisch-lokal, oder, mit Namen benannt, ist weniger Jürgen Habermas als Rüdiger Bubner, ist eher Hegel als Kant.

Zweite Bemerkung: Herr Oebbecke hat Föderalismus und Selbstverwaltung in Wettbewerbshinsicht zu Recht parallelisiert. Sie scheinen mir aber auch in einem zweiten Punkt zusammenzugehören und gegenüber einem Dritten abzugrenzen zu sein: gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip. Letzteres bedeutet bekanntlich, dass das, was die höhere Ebene besser kann, auch auf diese gezogen werden darf. Dass das auch so geschieht, ist ja unsere weit verbreitete Erfahrung. Zumal im Verhältnis Staat/Kommunen sucht man nun, um ein Ausbluten der kommunalen Ebene zu vermeiden, nach Kernbestandsschutz. Dazu eignen sich die Prinzipien der kommunalen Selbstverwaltung und des Föderalismus. Beide schützen die Substanz ihrer Rechtsinstitute (Gliedstaaten als Zentren eigenständiger Willensbildung und Entscheidung; die bürgernahe, auch finanziell ermöglichte Kommunalautonomie), während das Subsidiaritätsprinzip letztlich keine Endgrenze setzt gegenüber permanenter, u.a. mit Effektivitätsargumenten begründeter Auszehrung. Insofern ist es keine entscheidende Hilfe, dass sowohl die Struktursicherungsklausel des Art. 23 GG wie der EU-Vertrag das Subsidiaritätsprinzip als Schutzinstrument gewählt haben. Zur Sicherung der Identität der Mitgliedstaaten wäre das Föderalprinzip das Richtigere gewesen, und zum Kern der Verfassungsidentität Deutschlands gehört auch die kommunale Selbstverwaltung. Etwas, das substanzlos ist (wie etwa seinerzeit die DDR), hat keine Identität, und etwas, dessen Substanz und Identität schwindet, kann nicht überleben.

Letzte Bemerkung: Herr Burgi hat in seinen Schlussbemerkungen nebenbei gesagt – völlig zu Recht in der Sache –, die negative Vereinigungsfreiheit, in die das Schema der Kammern eingreift, sei gefestigt. Müsste unter der Themenstellung dieser beiden Referate, also im Hinblick auf die neuen Entwicklungen der Ökonomisierung und der Europäisierung. nicht auch in dieser Frage weitergedacht, die Berechtigung der Verkammerung der Wirtschaft – der verkammerten Berufe – also nicht stärker hinterfragt werden? Würde eine Bedürfnisprüfung nicht zur Notwendigkeit einer größeren Relativierung der Zwangsverkammerung, etwa zur Einrichtung von escape-Klauseln - Finanzsorgen haben die Kammern ja nicht -, führen? Hier stoßen wir doch auch auf ein methodisches Defizit unserer Verfassungsrechtsprechung. Rechtsvergleichung und empirische Befundnahmen, also Instrumente, die seinerzeit das befreiende Apothekenurteil fundiert hatten, werden in Karlsruhe seit Jahren vernachlässigt. Eine Aktivierung dieser Mittel würde helfen, die negative Vereinigungsfreiheit gegenüber der verzopften Verkammerung der Wirtschaft zu effektivieren. Vielleicht hilft aber auch schon das Europarecht der Liberalisierung auf, was dann seinerseits weiter zur identitätsstiftenden übernationalen Gemeinsamkeit beitrüge.

Schnapp: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Kollegen. Ich möchte einen Ball aufgreifen, den Herr Zacher heute morgen in die Luft geworfen hat und der vielleicht noch nicht auf dem Boden gelandet ist. Ich beschränke mich auf die Sozialversicherung, und da pars pro toto auf die Krankenversicherung; in den anderen Bereichen sieht es ähnlich aus. Meine These: Weder von Selbstverwaltung noch von Wettbewerb kann man in der Krankenversicherung wie in den übrigen Zweigen der Sozialversicherung ernsthaft reden, wenn denn Worte noch eine Bedeutung haben sollen, d.h. wenn Selbstverwaltung wirklich Entscheidung über die eigenen Angelegenheiten der Mitglieder sein soll. Ich will das wie folgt deutlich machen. Nehmen wir den Aufgaben- oder Ausgabenbereich, der bei den Krankenkassen identisch ist mit dem Leistungsbereich. Wir haben im Wesentlichen zwei Arten von Leistungen, das sind Geldleistungen und Sachleistungen. Über Geldleistungen wird im Hause der Krankenkasse entschieden, aber: Das im förmlichen Gesetz bundesrechtlich vorgegebene Programm sieht so aus, dass eine Berechnung der Geldleistungen pfenniggenau möglich ist, das heißt, das Ganze kann man in Computerprogramme umsetzen, was auch bereits geschehen ist. Über die Sachleistungen, und die wichtigsten sind Krankenhausbehandlungen und ärztliche Behandlungen, entscheidet nicht der Sachbearbeiter, sondern der behandelnde Arzt, so dass man schon die Frage stellen kann, wie es denn aussieht mit der demokratischen Legitimation des niedergelassenen Arztes, der die wichtigsten Entscheidungen trifft. Was die Einnahmeseite angeht: Die Beitragssätze werden formal in der Satzung der

Krankenkasse geregelt, aber hier gibt wieder das Bundesgesetz explizite Vorgaben: Die Beiträge sind so zu bemessen, dass sie ausreichen, um die Ausgaben für die Leistungen, die Verwaltungskosten und die Rücklage zu decken. Das ist ein rein rechnerischer Nachvollzug. Man kann das phänomenologisch veranschaulichen: Die Satzungen der Krankenkassen sind reine Organisationsstatute. Es wird nicht über die Angelegenheiten der Mitglieder entschieden.

Der zweite Punkt betrifft den Wettbewerb. Auf der Leistungsseite kann kein Wettbewerb stattfinden. Die Leistungen sind abstrakt vorbestimmt durch Bundesgesetz, plus – Herr Burgi hat das dankenswerterweise erwähnt – durch die Richtlinien des Bundesausschusses der Krankenkassen und Ärzte. Hier gibt es keine Spielräume. Die Krankenkassen können über die Leistungsseite nicht konkurrieren. Es gab mal vor Jahren einen Posten Gesundheitsvorsorge. Aber als dem Gesetzgeber dann Tai-Chi- und Bauchtanz-Kurse zuviel wurden, hat er diesen Posten wieder gestrichen. Und die Einnahmeseite bei den Kassen? Auch da finden wir keinen Wettbewerb. Wir haben seit Jahren den Risikostrukturausgleich: Die einnahmestarken Kassen müssen an die einnahmeschwachen Kassen zahlen. Zu fragen, ob da von Wettbewerb die Rede sein soll – diese Frage stellen heißt sie verneinen. Vielen Dank.

Gallwas: Zur These 13 von Herrn Burgi: Selbstverwaltungstauglichkeit. Dort schreiben Sie: Die Betroffenen müssten "typischerweise" betroffen. dass heißt Träger gleichgerichteter Interessen sein. Ich möchte dieser Voraussetzung "gleichgerichteter Interessen" eine Relativierung anfügen. Wir haben gleichgerichtete Interessen bei den Pflegekräften. Dennoch sind wir etwas skeptisch, ob man Pflegekammern einrichten sollte, etwa für das gleichgerichtete Interesse: Anhebung des Sozialprestiges. Ich hätte also Bedenken zu sagen, dass hier schon typische Betroffenheit ausreicht; es muss vielmehr immer noch etwas hinzukommen. Im übrigen meine ich, dass die Konstruktion der Selbstverwaltung auch dann Sinn macht, wenn die Interessen nicht gleichlaufen, wenn sie nicht gleichgerichtet sind, sondern wenn sie entgegengesetzt und gegenläufig sind. Denken Sie etwa daran, dass wir seit einiger Zeit die Frage diskutieren, ob man den öffentlichen Schulen nicht Selbstverwaltungsrechte geben sollte. Bei ihnen haben wir gerade keine gleichgerichteten, sondern krass entgegengesetzte Interessen, wenn Sie auf der einen Seite die Eltern, auf der anderen Seite die Lehrer, und als dritte Gruppe die Schüler nehmen. Infolgedessen wäre einmal an ein Selbstverwaltungsmodell zur möglichst sachnahen Herstellung praktischer Konkordanz zu denken. Ich meine also, vielleicht sollte man die These 13 noch mal bedenken und eventuell relativieren. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank Herr Gallwas. Wir kommen jetzt zu dem Block, der sich mit Internationalem und der Europäisierung beschäftigt. Als erstes möchte Herr Häberle einen rechtsvergleichenden Einblick geben, und danach werden Herr Starck und Herr Breuer zur Europäisierungsfrage im engeren Sinne sprechen.

Häberle: Verehrte Kolleginnen und Kollegen! Auch beim heutigen Thema bringen die zwei Arten der Rechtsvergleichung reichen Ertrag: zum einen die Rechtsvergleichung in der Zeit, hier die Verfassungsgeschichte, und die Rechtsvergleichung im Raum, in den einzelnen europäischen Ländern heute. Im gelingenden Fall verschränkt sich beides kreuzartig. Das in Texten greifbare "Europa der Kommunen" müssen wir in diesen beiden Dimensionen erfassen. Aus der Schweiz kam schon früh, 1946 von A. Gasser das Stichwort: die "Gemeindefreiheit Europas". Gestern hat Herr Jörg Paul Müller in seinem eindrucksvollen Eröffnungsvotum auf das genossenschaftliche Selbstverständnis der Schweiz verwiesen. Es ist auch für die kommunale Selbst-Verwaltung fruchtbar zu machen. Erlauben Sie drei ergiebige Gegenstände der Rechtsvergleichung. Erstens: die innerdeutsche Verfassungsvergleichung. Sie hat Herr Oebbecke sehr ertragreich praktiziert, insofern er in Leitsatz 21 das "Autonomiepotential" der deutschen Landesverfassungen in den Blick nahm. Hier könnte m.E. gemeindeutsches Verfassungsrecht auch mit Anregungen aus dem Osten erstarken, das dann die kommunale und universitäre Selbstverwaltung auf GG-Ebene von unten her anreichert. - Zweitens: ein rechtsvergleichender Blick auf die Schweiz zur Legitimation der kommunalen Selbstverwaltung. In der Schweiz ist die Gemeindeautonomie auch ausweislich der neuen Kantonsverfassungen, übrigens auch in der Verfassungswirklichkeit, noch sehr vital, bei allen Gefährdungen "von oben" her. Auch hier lebt die demokratische Freiheit aus den gemeindebürgerlichen Wurzeln vor Ort als "Selbstregierung". - Drittens: ein Blick auf Italiens Geschichte und Gegenwart. Erinnern wir uns der Vorgeschichte des "Kommunalismus" in den oberitalienischen Stadtrepubliken in Mittelalter und Renaissance, auch wenn sie nicht im modernen Sinne Demokratien waren, doch gibt es schon das Zitat von der "Kommune als europäische Verfassungsform". Heute sind die italienischen Kommunen noch sehr stark. Sie bleiben sogar heftige Konkurrenten der sich verstärkenden Regionen auf dem Weg Italiens vom neuen Regionalismus zu einer Vorform von italienischem "Föderalismus". - Im Ganzen: Auf die von Herrn Burgi gestellte Schlussfrage, ob mit Selbstverwaltung "Staat" zu machen sei, die These: Mit der kommunalen Selbstverwaltung ist vor allem Demokratie und Freiheit zu machen, Herr Husen hat mit Recht soeben den Freiheitsbezug unterstrichen. Dies ist mein kleiner spontaner rechtsvergleichender "Inkurs".

Starck: Ich greife ein Problem aus dem grossen Tableau heraus, das uns die beiden Referenten geboten haben. Herr Oebbecke hat in der These 2 die Selbstverwaltung begrifflich festgelegt als auf der Basis eigenständiger Willensbildung und unabhängig von staatlichen Vorgaben auszufüllender Entscheidungsbereich. Nun muss man, wenn man über die Selbstverwaltung spricht, auch die Finanzseite sehen. Die Selbstverwaltung hat Aufgaben, und die finanzielle Ausstattung der Selbstverwaltung muss den Aufgaben entsprechen. In beiden Referaten kam ieweils an einer Stelle das Geld vor, das jedoch keinen Niederschlag in den Thesen gefunden hat. Herr Burgi hat das allgemein kurz aufgegriffen, und Herr Oebbecke hat gesagt, die Gemeinden bekämen hauptsächlich Zuweisungen. Dazu möchte ich zunächst bemerken, dass der Ausdruck Zuweisung für die gemeindliche Finanzierung missverständlich ist. Wir haben ein ziemlich ausgeprägtes System der finanziellen Ausstattung der Gemeinden: Gemäß Artikel 106 GG sind die Gemeinden an den Steuern beteiligt, dabei geht es nicht um Zuweisungen, um Zweckgebundenheit oder dergleichen. Auf der Ebene darunter in den Landesverfassungen und in den entsprechenden Finanzausgleichsgesetzen gibt es Regelungen über eine weitere Ausstattung der Gemeinden für die Selbstverwaltung. Das ist der Finanzausgleich. In vielen Landesverfassungen finden sich noch Sonderregelungen für die Frage, wie Aufgaben finanziert werden, die den Gemeinden übertragen werden. Wenn man über (kommunale) Selbstverwaltung spricht, darf der finanzielle Aspekt nicht vergessen werden, wenn er nicht überhaupt zur Definition der Selbstverwaltung gehört (vgl. Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG).

Das ist der Ausgangspunkt meiner Überlegungen und nun die weitere Frage: Wir erleben im Augenblick, dass die Gemeinden Aufgaben zugewiesen bekommen, auch vom Bund, etwa auf dem Gebiet der Sozialhilfe. Diese Aufgaben dürfen den Gemeinden nicht unmittelbar vom Bund als Selbstverwaltungsaufgabe oder als übertragene Angelegenheit zugewiesen werden, weil die Qualifizierung der Aufgabe zur Landeskompetenz gehört. Wenn die Länder entscheiden, dass es sich um eine übertragene Angelegenheit handelt, dann müssen sie die Deckung der Kosten regeln. Sollte es eine Selbstverwaltungsangelegenheit sein, dann ist sie aus dem allgemeinen Topf der Finanzausstattung zu finanzieren. Freilich könnte dann die Frage gestellt werden, ob der Finanzausgleich an die Erledigung solch einer Pflichtaufgabe angepasst werden muss. Darüber gibt es schon Gerichtsurteile der Landesverfassungsgerichte. Und nun die Beziehung zur Europäisierung. Diese bedeutet auch, dass ein Einfluss auf die gemeindlichen Aufgaben, zumindest auf die Art und Weise ihrer Erfüllung, stattfindet, indem die Aufgaben schon vom Verfahren her anders und teurer erfüllt werden müssen, so im Wasser- und im Umweltschutzrecht, wo die Aufgaben nach Vergaberecht europaweit ausgeschrieben werden müssen usf. Das sind alles Kostenfaktoren. Deswegen müsste man, wenn man über die Europäisierung im Zusammenhang mit den Gemeinden spricht, auch auf die Finanzseite eingehen. Es müsste geprüft werden, ob es irgendwelche Verfahren, irgendwelche Kriterien gibt, die die Aufgabenvermehrung oder die Aufgabenveränderung von der europäischen Seite her finanziell durchsichtig machen.

Breuer: Von Hans Julius Wolff stammt das bekannte Wort: Selbstverwaltung ist das Recht, auf eigene Kosten Dummheiten zu machen. Hält man sich vor dem Hintergrund dieses Wortes die heutigen Referate und die dargebotenen Erkenntnisse vor Augen, so möchte ich etwas vergröbert sagen, dass es gut um die Selbstverwaltung steht, was die wissenschaftliche Bemühung anbelangt. Aber es steht schlecht um die Selbstverwaltung, wenn man sich nach der Erfüllung ihres politischen Sinns erkundigt. Natürlich war der politische Sinn des Wortes von Hans Julius Wolffnicht, dass die Gemeinden verschwenderisch mit ihren Mitteln umgehen sollten, ganz im Gegenteil, es ging vielmehr darum, wer eigentlich die konzeptionellen, planerischen und finanzwirtschaftlichen Entscheidungen trifft. Gemeint war und ist, dass eine engere Gemeinschaft in Eigenverantwortung, öffentlich-rechtlich organisiert, auf demokratischer Basis und in bürgerschaftlicher Freiheit die Entscheidungen treffen sollte. Die Spielräume, die es nun einmal gibt, sollten also bei den engeren Gemeinschaften und der jeweiligen Bürgerschaft liegen. So gesehen muss man sich fragen, welche Verschiebungen im Kraftfeld stattfinden, wenn durch Europäisierung und Ökonomisierung die Ausgangspunkte und die Prinzipien der Entscheidung umgepolt werden. Jedenfalls zeichnet sich ab, dass in einem entgrenzten Wettbewerb über den Preis, nämlich in einem offenen zivilgesellschaftlichen Verfahren des Wettbewerbs zwischen Konkurrenten, disponiert wird, also in einem Verfahren, in dem die Bürger als Kunden und als Empfänger von Leistungen begriffen werden und miteinander agieren. Es ist also nicht mehr die öffentlich-rechtlich organisierte, demokratisch fundierte Gemeinschaft, die die Zweckmäßigkeitsentscheidungen trifft; sondern diese Entscheidungen werden in einem verlagerten Kraftfeld letztlich von anderen Agenten und ihren Organisationen bestimmt. Mir scheint auch, dass dies kein Geheimnis ist, sondern die erklärte Absicht der EG-Kommission, und dass sie letztlich auch im Europarecht nahe gelegt wird. Die engeren Gemeinschaften sollen geöffnet werden nach den Prinzipien des Wettbewerbs. Hier fürchte ich, dass man nicht so harmonisch, wie Herr Burgi es erklärt hat, mit dieser Verlagerung im Kraftfeld umgehen kann. In der Analyse des Befundes stimmen wir überein. Was Sie etwa in den Thesen 16 und 17 ausgeführt haben, ist in anderen Worten der gleiche Befund. Aber dann zu sagen, man müsse in einer Harmonisierung das ganze Konfliktpotential wieder zusammenführen, scheint mir ein wenig zu idealistisch zu sein und an der politischen Verschiebung im Kraftfeld vorbeizuführen. Vielleicht können Sie aber eine Erklärung dazu geben, die meine Sorge wenigstens mildern kann.

Zweite Bemerkung: Das Verwaltungsrecht wird zunehmend methodisch und systematisch umgeformt. Herr Schmidt-Aßmann hat dies angedeutet mit seiner Methodenbemerkung. Soweit ich die Dinge sehe, ist das Verwaltungsrecht zunehmend finalisiert worden. Es werden Ziele gesetzt, und zwar ökonomische Ziele, Umweltziele und andere Politikziele, und diese Ziele sollen dann von den Staaten und ihren Unterorganisationen realisiert werden. Ein deutliches Beispiel ist die Wasserrahmenrichtlinie, die von anderen bereits zitiert worden ist. Die Umweltziele, die Maßnahmenprogramme und die Bewirtschaftungspläne setzen Vorgaben, und diese Vorgaben sollen dann von den Mitgliedstaaten und ihren Unterorganisationen realisiert werden. Wo bleibt hier eigentlich die eigenverantwortliche Entscheidung der Mitgliedstaaten, der Länder und der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften oder auch der Realkörperschaften, die damit angesprochen sind? Ich fürchte, dass diese Finalisierung des Verwaltungsrechts zu Lasten der Selbstverwaltung geht.

Schlussbemerkung: Die Zielvereinbarungen, die uns hier als Instrument vorgestellt worden sind, sind meines Erachtens höchst gefährlich. Die stärkeren politischen Organisationen geben die Ziele vor, sie treffen die Zielvereinbarungen, und die kleineren Einheiten müssen folgen. Wir kennen das auch aus der Hochschulselbstverwaltung.

Vorsitzender: Vielen Dank. Wir kommen jetzt zu dem letzten Abschnitt, auch aus dem Titel aufgenommen, der "Ökonomisierung". Da habe ich zunächst eine Wortmeldung des Herrn Kollegen Fehling und dann von Herrn Groß.

Fehling: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren. Meine Anmerkung zielt auf, wie ich meine, zwei weitere Aspekte einer Ökonomisierung der Selbstverwaltung. Zum ersten ist zu beobachten, dass sich Selbstverwaltungsträger vermehrt auch in einer Art und Weise wirtschaftlich betätigen, bei der die eigentlichen Selbstverwaltungsaufgaben realistisch betrachtet nur noch eine Nebenrolle spielen und der Zweck der Einnahmenerzielung, das Stopfen von Haushaltslöchern, ganz im Vordergrund steht. Bei den Kommunen wird man schon ihre Beteiligung an den überregional tätigen Energieversorgungsunternehmen de facto so deuten müssen, jedenfalls aber ihre Betätigung im Bereich der Telekommunika-

tion. Diese Entwicklung ist jedoch nicht auf den kommunalen Sektor beschränkt: Man wird verweisen können auf Bestrebungen von Hochschulen, Lehrmaterialien im Internet etwa auch für Interessenten in Asien zur Verfügung zu stellen, gegen hohe Gebühren. Man wird ferner verweisen können auf Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Vermarktung neuer Angebote, zukünftig vermehrt auch im Internet. Bislang arbeiten wir in solchen Fällen mit den dogmatischen Kategorien "Einnahmenerzielung als Nebenzweck" oder "Randnutzung". Wird dies aber den geschilderten Phänomenen noch gerecht? Oder sollte die Entwicklung ein Anlass dafür sein, unsere dogmatischen Kategorien für die wirtschaftliche Betätigung von Selbstverwaltungsträgern zu überdenken und ökonomischen Motiven mehr Raum zu geben?

Ein zweiter Aspekt der Ökonomisierung, den ich kurz andeuten möchte, betrifft die Frage der Rechtsform, wie sie derzeit vor allem bei den Hochschulen in der Diskussion ist: Bleibt die Selbstverwaltung untrennbar mit der Rechtsform "Körperschaft" oder allenfalls "Anstalt" verbunden, oder kann eine ökonomisch motivierte Reorganisation sich auch der Rechtsform der – möglicherweise gar privatrechtlichen – Stiftung bedienen, nicht nur für den Hochschulträger, sondern auch für die Binnenorganisation der Hochschule? Lässt sich so einem ökonomischen Wandel der Selbstverwaltung zeitgerecht Ausdruck verleihen, oder sind das Rechtsformen, die mit dem Prinzip der Selbstverwaltung letztlich doch nicht kompatibel sind? Vielen Dank.

Groß: Ich möchte auch eingehen auf den Zusammenhang zwischen der Finanzierung der Selbstverwaltung und ihrer Legitimation. Ich sympathisiere sehr mit dem Gedanken von Herrn Oebbecke, die Selbstverwaltungsgarantie für die Hochschulen zu aktivieren, aber man stößt natürlich sofort auf das elementare Problem, dass die Hochschulen heutzutage fast ausschließlich fremdfinanziert sind. Deshalb stellt sich die Frage, ob man aus dem Selbstverwaltungsrecht einen Anspruch auf Gelder der Allgemeinheit ableiten kann. Ihre Antwort geht - denke ich - in die richtige Richtung. Es muss über Zielvereinbarungen einen gewissen modalen Einfluss der Hochschulen geben, aber es kann sicher nicht die parlamentarische Letztverantwortung umgangen werden, die eben gerade eine solche Form der fremdfinanzierten Selbstverwaltung von überwiegend eigenfinanzierter Selbstverwaltung unterscheidet. Die Frage ist: Kann man auch für andere Bereiche der Selbstverwaltung aus diesem Problem Schlussfolgerungen ziehen? Was bedeutet es, dass die Kommunen zunehmend von staatlichen Zuweisungen abhängig sind? Was bedeutet es zum Beispiel für die Rentenfinanzierung, dass der Staatszuschuss immer stärker zunimmt, sofern dort überhaupt noch substanzielle Selbstverwaltung vorhanden ist? Ist das nicht auch das eigentliche Problem der Krankenversicherung, dass nämlich die kassenärztlichen Vereinigungen genau besehen auch fremdfinanziert sind? Sie dienen dazu, von anderen, von den Krankenkassen und letztlich von ihren Versicherten aufgebrachte Mittel zu verteilen. Spricht das nicht, wenn nicht überhaupt gegen diese Konstruktion, zumindest gegen die Gleichberechtigung von kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen?

Vorsitzender: Meine Damen und Herren! Das strenge Siebeneinhalb-Minuten-Schlusswort-Diktat ist Last und Erleichterung zugleich. Es ist Last, weil man sich sehr konzentrieren muss, sehr souverän mit der Sache umgehen muss; es ist erleichternd, weil man von vornherein die Freiheit hat, nicht auf jeden Diskutanten eingehen zu müssen. Bitte freuen Sie sich auf diesen Umgang mit Last und Erleichterung, wie üblich in der umgekehrten Reihenfolge. Zunächst Herr Burgi, dann Herr Oebbecke.

Burgi: Ich will von dieser Freiheit nicht Gebrauch machen, sondern ich habe den Ehrgeiz, auf jede Frage einzugehen. Herr Schmidt-Aßmann hat begonnen mit dem Hinweis auf das allgemeine Verwaltungsrecht. Das knüpft an meine Begriffsbestimmung an. Man kann hier deutlich sehen, dass in den 60er, 70er Jahren, nicht zuletzt durch Sie selbst, Herr Schmidt-Aßmann, der Schwerpunkt auf das Verfassungsrecht gelegt worden ist – Stichwort: Selbstverwaltung als "staatsrechtliches Prinzip". Dann hat sich der Schwerpunkt verlagert in das Besondere Verwaltungsrecht, zum Kommunalrecht sowieso, aber auch zum Sozialrecht, zum Wirtschaftsverwaltungsrecht etc. Mein Anliegen ist es, Begriff und Kategorie zurückzuführen in das allgemeine Verwaltungsrecht, wo wir gegenwärtig in vielen eingeführten Lehrbüchern im Stichwortverzeichnis die "Selbstverwaltung" gar nicht finden.

Zu der Frage von Herrn Ebsen, die eine zweigeteilte Frage war und zunächst auf den Betroffenenbegriff zielte. Es ist zutreffend, dass man daran keine Ja-Nein-Dogmatik anknüpfen kann; das tue ich aber auch nicht, sondern ich verwende den Betroffenenbegriff heuristisch und mit folgendem Inhalt: Betroffene sind diejenigen, die durch den Gesetzgeber bei der betreffenden Aufgabe teilweise vorgefunden, teilweise durch ihn überhaupt erst dazu bestimmt worden sind. Ich knüpfe daran noch keine dogmatischen Konsequenzen. Das tut man allerdings dann bei der Frage nach der demokratischen Legitimation oder bei der Frage nach dem Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage anhand der Grundsätze von Artikel 80 GG, wo beispielsweise Sie, Herr Ebsen, mit einer Unterscheidung zwischen formeller und materieller Selbstverwaltung arbeiten wollen. Über all das kann man diskutieren, aber im Rahmen meines Refera-

tes haben sich diese Fragen nicht gestellt und auf der Begriffsebene genügt die Betroffenheit als allgemeines Kriterium. Dann hatten Sie Kritik geäußert, Herr Ebsen, an meiner These, dass es unstatthaft sei, wenn in der sog, gemeinsamen Selbstverwaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung entgegengesetzte Interessen zusammengespannt, ia aufeinander gehetzt werden. Man sieht in der Tat, dass auch in den Kammern oder in der Hochschule entgegengesetzte Interessen vorhanden sind, was wir in jeder Fakultätsratssitzung erleben. Hier handelt es sich indes lediglich um eine Binnenheterogenität der Interessen und man wird zugeben müssen, dass ungeachtet aller Interessengegensätze zwischen den Kollegen oder auch gegenüber den Studierenden ein gewisses Basisinteresse der Pflege von Forschung und Lehre besteht, und auch in den Wirtschaftskammern ist ein solches gemeinsames Basisinteresse vorhanden. In der sog, gemeinsamen Selbstverwaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung fehlt ein gemeinsames materielles Interesse nicht nur, sondern es darf definitionsgemäß gar nicht vorhanden sein: Ziel des Gesetzgebers ist es gerade, zwei unversöhnliche Welten in einer Organisationseinheit zusammenzuspannen. Nun schließe ich daraus freilich nicht, dass stattdessen der Staat tätig werden sollte. Eine denkbare Alternative sind verselbständigte Verwaltungseinheiten unter Einbeziehung von Sachverständigen – nur nicht unter der Flagge Selbstverwaltung. Diese und andere Alternativen müsste man sich in weiteren Untersuchungen vornehmen.

Herr Hufen hat die historischen Bezüge angemahnt und die Perspektive der "Selbstverwaltung von unten" betont. Ich glaube, im Anliegen sind wir uns durchaus einig. Die Frage ist nur, ob man das Anliegen der Stärkung von Ehrenamtlichkeit, von Selbstverwaltungsbürgerschaft, wie ich es genannt habe, auf der Basis der gegenwärtigen doch herrschenden und von mir auch für richtig gehaltenen Einordnung der Selbstverwaltungsträger in den Staat realisiert – das habe ich versucht – oder ob man, wie Sie, gewissermaßen im Ansatz schon revolutionärer ist und von der Ausübung einer dem Staat voraus liegenden bürgerlichen Freiheit ausgeht. Sie können mir vorwerfen, dass ich den Mut dazu nicht gehabt habe, aber ich bin der Meinung, dass man nicht alle Parameter zugleich verändern sollte, wenn man ein Anliegen mit Aussicht auf Erfolg durchsetzen will. Deswegen habe ich in diesem Punkt den herrschenden Standpunkt eingenommen, der, glaube ich, nicht in der Luft hängt, wie Sie gesagt haben, sondern auf dem Boden des Grundgesetzes steht.

Graf Vitzthum hat auf die Schwierigkeiten des Ehrenamtes hingewiesen. In der Tat tut man sich in den neuen Bundesländern, aber auch in den alten Bundesländern, etwa in der sozialen Selbstverwaltung schwer, Ehrenamtliche zu finden – dies ist einer der Gründe für das Institut der

Friedenswahlen. Die Ursache der Defizite beim ehrenamtlichen Engagement liegt darin, dass nichts zu bewegen ist. Dort wo nichts zu bewegen ist, bewegt sich auch niemand und wehrt sich niemand. Deswegen habe ich versucht, an zwei Stellen diesem Missstand abzuhelfen: zum einen durch die Stärkung der Eigenverantwortlichkeit, d.h. mehr Spielräume, mehr ehrenamtliches Engagement, und zum anderen auf der Ebene der Binnenstrukturen mit den Ansätzen zur Stärkung der Kollegialorgane und der Selbstverwaltungsbürgerschaft.

Herr Schnapp hat uns geschildert, dass die soziale Selbstverwaltung gekennzeichnet sei durch ein sehr geringes Maß an Eigenverantwortlichkeit. Wir wollen jetzt nicht über Prozentzahlen streiten, zumal wir uns in der Diagnose einig sind. Ich möchte daraus aber nicht den Schluss ziehen, in diesen Bereichen gar nicht mehr von Selbstverwaltung zu sprechen, weil mir für die kategoriale Zuordnung schon ein Prozent ausreichen würde. Ab da muss man dann juristisch überlegen – und das habe ich versucht –, ob man nicht aus der Verfassung die Verpflichtung ableiten kann, aus einem Prozent 10 oder 30 oder 40 Prozent zu machen.

Herr Gallwas hat die Pflegekammern, deren potentielle Aufgaben ich als selbstverwaltungstauglich ansehen würde, angesprochen. Das bedeutet aber nicht, dass man Pflegekammern einführen muss, sondern dass die verfassungsrechtliche Mindestbedingung hierfür erfüllt ist. Der Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur beinhaltet natürlich keine Verpflichtung, nun in all diesen Bereichen Selbstverwaltung vorzusehen.

Herr Häberle hat auf die Notwendigkeit und Nützlichkeit der Rechtsvergleichung hingewiesen. Dem ist nichts hinzuzufügen, der Hinweis ist vollkommen berechtigt. Ich würde zur Rechtfertigung in Anspruch nehmen wollen, dass unser Auftrag im Schwerpunkt darin bestanden hat, einen Rechtsvergleich innerhalb der verschiedenen Selbstverwaltungsarten herzustellen.

Zu Herrn Starck und zur Interpretation der finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften: Mein Anliegen ist es, den Gedanken organisatorischer Effizienz, wonach es nur Sinn macht mit der Selbstverwaltung, wenn dort auch Spielräume bestehen, für die Interpretation der finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften fruchtbar zu machen. Diese Vorschriften sind ja nun insbesondere in den Landesverfassungen, nicht nur in Niedersachsen, durchaus interpretationsbedürftig und interpretationsfähig, und vielleicht kann der Effizienzgedanke hier die Gewichte zugunsten der Träger der kommunalen Selbstverwaltung verschieben.

Herr Breuer schließlich hat die These vertreten, wenn ich es richtig notiert habe, dass die Gemeinschaft das Ziel verfolge, die inneren Gemeinschaften, d.h. die Selbstverwaltungsträger, zu öffnen. Ich weiß nicht, ob man eine solche Zielsetzung, einen diesbezüglichen Vorsatz, nachweisen kann. Was in der Tat stattfindet, ist eine Ausdehnung des europäischen Wettbewerbsrechts. Diese aber ist nicht zuletzt dadurch bedingt, dass eben immer mehr nationale Tatbestände in einer Weise ausgestaltet werden, dass die Voraussetzungen des europäischen Wettbewerbsrechts erfüllt sind. Daher stellt sich die Frage: Was tut man? Baut man Schutzbastionen und versucht, die nächsten fünf Jahre die Entwicklung zu kritisieren und aufzuhalten durch Anmerkungen, Aufsätze usw.? Oder beginnt man sogleich mit der Kärrnerarbeit, um mit Hilfe des Art. 86 Abs. 2 EG möglichst viel Selbstverwaltungssubstanz zur Entfaltung zu bringen. Ich habe für die letztere Variante plädiert.

Herr Fehling hat danach gefragt, ob die Stiftung auch eine mögliche Organisationsrechtsform der Selbstverwaltung sein könne. Das würde ich bejahen, solange die Trägerschaft im Öffentlichen Recht bleibt. Eine privatrechtliche Trägerschaft kann nicht mehr als Selbstverwaltung ausgeflaggt werden, aber Körperschaft, Anstalt oder Stiftung sind vom Begriff erfasst! Alles weitere ist wieder eine Frage des Verfassungsrechts und der Bereichsdogmatik. Danke!

Oebbecke: Ich habe einmal zu danken für Ergänzungen und Bestätigungen, etwa von Herrn Häberle oder Herrn Schnapp.

Es ist dann ganz zu Recht angemahnt worden, dass die bereichsspezifischen Fragen der Aufgabenstellung zu kurz gekommen sind. Das war deshalb nicht anders möglich, weil wegen der Konzentration auf die Selbstverwaltung als übergreifende Fragestellung die Besonderheiten der einzelnen Bereiche nicht die Aufmerksamkeit finden konnten, die sie sicher verdienen. Wenn man auf die Selbstverwaltung insgesamt sieht, erkennt man eben, dass es weite Bereiche gibt, die überhaupt keine Finanzprobleme haben: die Kammern, die genossenschaftliche Selbstverwaltung, auch Teile der Sozialversicherung wie die Unfallversicherung; in diesen Bereichen stimmt das Verhältnis und es läuft sehr gut. Das muss man berücksichtigen.

Herr Hufen hat auf eine wichtige Frage hingewiesen. Ich halte es allerdings nicht für richtig, dass wir das Thema ganz ausgespart hätten; ich etwa habe etwas zu den freiheitssichernden Momenten der Selbstverwaltung gesagt. Sie meinen aber noch etwas anderes, nämlich Freiheitsbetätigung gerade durch die Mitwirkung an der Selbstverwaltung. Da taucht in der Tat ein Problem auf. Ich glaube, dass sich diese Vorstellungen nicht mehr realisieren lassen. Wenn wir den Gedanken von der Wahl der Organisationsformen von Herrn Schmidt-Aßmann aufnehmen, dann erkennt man, dass es unter den heutigen Bedingungen – schnelle Kommunikation und erleichterter Transport über große Strecken, die mit dem angespro-

chenen Bedeutungsverlust des Raumes zusammenhängenden Möglichkeiten – einfach so leicht geworden ist, große Räume zu erfassen und die Skalenerträge zu nutzen, wenn man große Strukturen bildet, dass niemand die Nachteile in Kauf nimmt, die es hätte, in ihrem Sinne übersichtliche Größenordnungen zu bilden.

Es ist im Übrigen nicht so, hier unterscheide ich mich vielleicht in einer Nuance von Herrn Burgi, dass Rekrutierungsprobleme ausschließlich da bestehen, wo gar nichts zu bewegen ist. Auch da, wo die kommunale Selbstverwaltung die ganz kleinen Einheiten überschreitet, über die Hundert-Einwohner-Gemeinde in Ostdeutschland hinausgeht, ist es schwierig, Ratsmitglieder zu gewinnen. Es ist in der sozialen Selbstverwaltung schwierig, Leute zu gewinnen. Das Bedürfnis sich einzubringen ist offenbar insgesamt nicht vorhanden. Man kann auch an anderen Entwicklungen zeigen, dass sich eine Einstellung entwickelt hat, die eher Dienstleistungs- als Mitwirkungsbereiche wahrnimmt. Ich bin unsicher, ob dem gegenzusteuern ist.

Zu einigen Einzelfragen: Es ist der Schutz etwa der Kommunen gegen Europa angesprochen worden; was die finanzielle Seite anlangt, von Herrn Starck. Soweit ich sehe, handelt es sich strukturell um dasselbe Problem wie beim von Ihnen angesprochenen Schutz gegen den Bund. Bisher ist uns da meines Erachtens nichts Vernünftiges eingefallen, nichts, was wirklich funktioniert. Bei dem ähnlichen Problem in Europa wird uns wohl auch nichts einfallen. Dort kommt hinzu, dass es in Europa sehr unterschiedlich ist, ob Selbstverwaltungsträger in einem Bereich tätig sind. Es kann gut sein, dass sie eine Wasserrahmenrichtlinie erlassen, und in manchem Mitgliedstaat ist überhaupt kein Selbstverwaltungsträger betroffen. Auch das muss man sehen. Es handelt sich nicht um ein spezifisch europarechtliches Problem. Herr Breuer hat die besondere Orientierung der EG-Kommission auf den Wettbewerb angesprochen. Dazu hört man vor allem in der kommunalen Diskussion auch "Die wollen uns kaputt machen."; das ist die extreme Formulierung. Wenn man genau hinsieht, dann erkennt man aber, dass "die" eigentlich nicht viel anderes anordnen, als seit 1935 in der Gemeindeordnung steht. "Die" haben nur im Unterschied zu dem, was bisher vor allem die Verwaltungsgerichte aus diesen Vorschriften gemacht haben, endlich ein Mittel in der Hand, das auch juristisch durchzusetzen. Das ist es, worüber die Kommunen sich eigentlich beklagen, nicht über die Neuregelung, sondern darüber, dass das endlich einer ernst nimmt und es auch juristisch durchgesetzt wird. Meines Erachtens zeigt die Entwicklung der letzten zwei, drei Jahre aber, dass wir den Höhepunkt der von ihnen angesprochenen Entwicklung hinter uns haben, dass eine gewisse Konsolidierung einsetzt.

Meines Erachtens sind Zielvereinbarungen nicht so gefährlich, wie Sie glauben, Herr Breuer. Zielvereinbarungen sind ein Eingeständnis der Schwäche des Finanziers – warum sollte er sie sonst abschließen? Wenn er einfach anweisen könnte, würde er das tun. Es muss Vorteile für ihn haben – warum sollte er überhaupt eine Mitwirkungsmöglichkeit einräumen? Ich kann Ihre Einschätzung deshalb nicht so ganz teilen.

Herr Fehling hat nach der Eignung der Stiftungsform gefragt. Um freie Wissenschaft zu betreiben, ist sie, glaube ich, schon geeignet. In den Ländern, in denen wir entsprechende Selbstverwaltungsgarantien haben, sehe ich nicht, wie man die Stiftungsform einführen könnte, weil sie dafür bei all ihrer Offenheit doch ziemlich ungeeignet ist.

Ergibt sich aus dem Selbstverwaltungsrecht ein Anspruch auf Finanzierung? Wenn er nicht sondergesetzlich geregelt ist, grundsätzlich nicht, es sei denn, wir haben verfassungsrechtliche Schutzpflichten oder dergleichen. Wenn der Staat durch Selbstverwaltung Schutzpflichten nachkommt, muss er auch Sorge tragen, dass sie effektiv funktioniert. Grundsätzlich muss die Selbstverwaltung aber sehen, dass sie mit dem Geld auskommt, das sie hat, was, wie ich ganz bewusst sage, bei den Kommunen durchaus ein Problem ist.

Herr Schmidt-Aßmann hat auf eine, wie ich glaube, ganz wichtige Aufgabe hingewiesen. Die Probleme, mit denen wir uns hier in den Vorträgen befassen, greifen Fragestellungen auf, die mit denen, welche die Gerichte beschäftigen, nur noch relativ wenig zu tun haben. Eigentlich diskutieren wir auf der Basis des Allgemeinen Verwaltungsrechts Fragen der Rechtspolitik – nicht unbedingt nur Fragen, die im Bundestag oder in Landtagen entschieden werden, sondern auch das, was in kommunalen Vertretungen entschieden wird. Das sind Fragen der Gestaltung –"Wie will ich regeln?" – und nicht so sehr Fragen der Anwendung – "Was bedeutet die Regelung für die Entscheidung im Einzelfall?". Schönen Dank.

Vorsitzender: Meine Damen und Herren, die Busse stehen vorzeitig draußen. Das erlaubt es mir, im Namen des Vorstandes in weniger als vier Minuten ein Schlusswort des Dankes zu sagen. Es gehört zu den Routinen einer jeden Tagung, dass man Referenten, Diskutanten und allen sonstigen, die an der Tagung mitgewirkt haben, ein herzliches Dankeschön sagt. Vielleicht ist heute ein Tag, wo wir, der Vorstand, allen diesen, die dort beteiligt sind, in ganz besonderer Weise dankbar sein können. Wenn man nach 80 Jahren einheitlicher und eingefahrener Tagungspraxis eine gewisse Organisationsstrukturreform versucht, dann kann man möglicherweise hundertprozentig theoretisch "unwiderlegbar" begründen, dass das die allein richtige Form ist, aber es setzt voraus, dass sich eingeschliffene Routinen und Denkweisen kraft Überzeugung ändern.

Das geht nicht theoretisch, sondern das kann nur durch den praktischen Erfolg des Modells selbst geschehen. Wir waren uns im Vorstand insoweit nicht ganz sicher und werden erst in 14 Tagen evaluieren und die neue Tagung besprechen – Sie sehen: Ein Unsicherheitsmoment der Praxis war geblieben! Gerade deshalb sind wir jetzt in ganz besonderer Weise dankbar. Erstens für die vielen ausschließlich positiven Rückmeldungen während dieser Tagung! Wenn Sie Kritik haben, sind wir auch dafür sehr empfänglich, aber wir haben uns gefreut über diesen Rückenwind. Zweitens sind wir dankbar, dass nicht nur theoretisch eingetreten ist, was lange nicht der Fall war, dass z.B. am zweiten Tagungstag, dem Freitag, heute also, am Ende der Diskussion 150% mehr Kolleginnen und Kollegen im Saal sitzen als am letzten Tag im Vorjahr in Würzburg. Das scheint mir ein empirischer Beleg dafür zu sein, dass dieses neue Tagungsmodell auch bei der "Abstimmung mit den Füßen" angenommen worden ist.

Umso leichter fällt es, den Dank "loszuwerden". Erstens an die acht Referenten mit ihren, wie ich meine, außergewöhnlich guten Referaten, die die ganze Bandbreite deutscher Staatsrechtslehre versucht haben zu repräsentieren und in ungewöhnlicher Weise anregend waren. Es gilt unser Dank der hohen Disziplin aller Diskutanten: Die strenge Vier-Minuten-Regel ist keine Affektiertheit, sondern Ausdruck einer gewissen Gleichheit in der Gelehrtenrepublik, bei der die Stärke des Arguments und nicht die in Diskussionslänge abgebildete Reputation den Ausschlag gibt. Dass Sie alle so diszipliniert mitgemacht haben und empfunden haben, dass diese Diskussionsweise uns allen geholfen hat, dafür sind wir Ihnen zu besonderem Dank verpflichtet. Letztendlich war das nur möglich in einem Rahmen, der es erlaubt, vom "St. Galler Modell" zu sprechen mit einer hervorragenden, immer sofort reagierenden Organisation von Herrn Ehrenzeller, seinen vielen Helfern im Hintergrund, und ich finde, wir alle können jetzt den wissenschaftlichen Teil voller Dankbarkeit und beim Vorstand voller Erleichterung beenden.