

Demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung - Grundzüge und Grundprobleme

I. Einführung

Die Frage nach der demokratischen Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung hätte vor zehn Jahren kaum jemand gestellt. Sowohl in der wissenschaftlichen Literatur als auch in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Verfassungsgerichte stand die Frage nach der Vereinbarkeit der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft mit den Grundrechten der Mitglieder¹ sowie die genaue Bestimmung der Reichweite der Rechtsetzungsbefugnisse² von Trägern funktionaler Selbstverwaltung sowie ihrer Aufgaben im Bereich der Interessenvertretung³ und -förderung⁴ ganz im Vordergrund. Prozeßrechtlich wurde diese weitreichende Kontrolle der Betätigung der Träger funktionaler Selbstverwaltung durch einen eigens für diesen Bereich entwickelten mitgliedschaftlichen Anspruch auf Einhaltung der Verbandskompetenz ermöglicht.⁵ Zum Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation hatte das Bundesverfassungsgericht in seinem Facharztbeschuß, der die Ärztekammern betraf, noch schlicht und knapp formuliert, daß die Prinzipien der Selbstverwaltung und Autonomie im demokratischen Prinzip wurzeln.⁶ Genauere

¹ BVerfGE 10, 89 ff.; 10, 354 ff.; 11, 105 ff.; 12, 319 ff.; 15, 235 ff.; 38, 281 ff.; 78, 320 ff.; BVerwG NJW 1998, 3510 ff.; NJW 1999, 2292 ff. Ausführliche Erörterung und weitere Nachweise bei *Winfried Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status - verfassungsrechtlicher Schutz, 1997, S. 275 ff. Diskutiert wird auch die Frage, ob die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft an Art. 2 Abs. 1 GG oder Art. 9 Abs. 1 GG zu messen ist. Zu diesem Aspekt ausführlicher *Hans-Uwe Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 1989, § 152 Rdnr. 68 ff.; siehe auch *Winfried Kluth*, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, 1997, S. 16 ff.

² Siehe dazu etwa BVerfGE 33, 125 ff. - Facharztbeschuß; - 76, 171 ff. - Standesrichtlinien.

³ Exemplarisch BVerwGE 34, 69 ff.; 59, 231 ff.; 64, 298 ff. - allgemeinpolitisches Mandat.

⁴ Beispiele: BVerwGE 64, 115 - Finanzierung einer Fachzeitschrift; 74, 254 - Verbandsmitgliedschaft einer Handwerkskammer.

⁵ Dazu im einzelnen *Hans-Werner Laubinger*, Zum Anspruch der Mitglieder von Zwangsverbänden auf Einhaltung des gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereichs, VerwArch. 74 (1983), S. 175 ff.; *Klaus Meßerschmitt*, Rechtsschutz gegenüber Zwangsverbänden, VerwArch. 81 (1990), S. 55 ff.; *Rolf Stober*, Rechtsfragen bei Mitgliederklagen auf Einhaltung des Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs innerhalb der Handwerksorganisation, 1984; weitere Einzelheiten und Nachweise bei *Kluth*, (Fn. 1), S. 285 ff.

⁶ BVerfGE 33, 125 (159).

Ableitungen der demokratischen Legitimation finden sich in der Rechtsprechung darüber hinaus nicht.⁷

Inzwischen hat sich hier ein Wandel vollzogen. Spätestens seit der 1991 publizierte Untersuchung von *Ernst Thomas Emde* zur demokratischen Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung⁸ ist das Thema in den Blickpunkt der wissenschaftlichen Diskussion vorgedrungen. Teilweise in Auseinandersetzung mit den dort aufgestellten Thesen, teilweise aber auch aufgrund von anderen Zugängen haben sich weitere grundlegende Untersuchungen angeschlossen. Hervorzuheben sind die Untersuchungen von *Horst Dreier* zur hierarchischen Verwaltung im demokratischen Staat⁹, von *Kay Waechter* zur geminderten demokratischen Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem¹⁰, von *Matthias Jestaedt* zur Vereinbarkeit von Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung¹¹, sowie wichtige Einzelbeiträge aus der Feder von *Eberhard Schmidt-Aßmann*¹² und *Ernst-Wolfgang Böckenförde*¹³. Speziell für den Bereich der sozialen Selbstverwaltung hat *Peter Axer* jüngst eine Untersuchung zur Reichweite der Rechtsetzungsbefugnisse vorgelegt.¹⁴

⁷ Eine Ausnahme bilden die Überlegungen zur Arbeitnehmermitbestimmung in den Wasser- und Bodenverbänden. Dazu OVG NW, NWVBl. 1996, 254 (256 ff.). Siehe zur Thematik auch *Rolf Stober*, Wasserverbandsrecht und Arbeitnehmermitbestimmung, 1989; *Kluth*, (Fn. 1), S. 469 ff.

⁸ *Ernst Thomas Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, 1991.

⁹ *Horst Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991.

¹⁰ *Kay Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem. Zur Wirkung von Verfassungsprinzipien und Grundrechten auf institutionelle und kompetenzielle Ausgestaltungen, 1994.

¹¹ *Matthias Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung. Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, 1993.

¹² *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 ff.; *ders.*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: *ders./Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 9 ff.; *ders.*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998, S. 80 ff.

¹³ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, § 22 insbes. Rdnr. 33 f.

¹⁴ *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000.

Das damit dokumentierte deutlich gewachsene Interesse an organisationsrechtlichen Fragen, genauer: an Fragen des Staats- und Verwaltungsorganisationsrechts, denn die Frage der Verwaltung in Privatrechtsform, die auch organisatorische Aspekte betrifft, war bereits in den 80er Jahren ein wichtiges Thema¹⁵, kann heute als Ausdruck eines allgemeinen Trends zur Neuentdeckung und Neubelebung des Organisationsrechts gewertet werden. Konnte und mußte Friedrich Schnapp 1978 und 1980 noch konstatieren, daß das Organisationsrecht von der Verwaltungsrechtswissenschaft vernachlässigt worden ist¹⁶, so kann heute zumindest von einer Wiederbelebung gesprochen werden, die allerdings noch lange nicht abgeschlossen ist. Doch erfolgt seit Beginn der 90er Jahre eine Neuvermessung des Organisationsrechts aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts. Thematisiert wurden neben den organisationsrechtlichen Bezügen der Grundrechte¹⁷ auch die Einflüsse der Verfassungsprinzipien des Art. 20 GG. Dabei stand das Demokratieprinzip in seiner doppelten Funktion als Legitimations- und Staatsorganisationsprinzip im Vordergrund.¹⁸ Diese Neuorientierung war und ist als noch nicht abgeschlossenes Projekt weiter nötig, weil das vor allem durch die Arbeiten von Hans-Julius Wolff geprägte Verwaltungsorganisationsrecht nur sehr bedingt verfassungsrechtliche Bezüge aufwies. Insoweit kann man ein durchgängig vom Grundgesetz geprägtes Verwaltungsorganisationsrecht nach wie vor als Desiderat bezeichnen.

Ein Blick auf die bereits erwähnten Untersuchungen vom Beginn der 90er Jahre ruft allerdings nicht selten den Eindruck hervor, daß hier ein übertriebener dogmatisch-konstruktiver Aufwand betrieben wird, dem es an Realitätsbezug fehlt. Das mag vor allem für die oft sehr feinsinnigen Aussagen zu Legitimationsmechanismen und Legitimationsketten gelten, die in der Praxis kaum nachvollziehbar sind. Doch ist gerade in jüngster Zeit durch die Betonung der Steuerungswirkung von

¹⁵ Siehe nur *Dirk Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984.

¹⁶ *Friedrich E. Schnapp*, *Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts*, *Rechtstheorie* 9 (1978), S. 275 (276); *ders.* *Dogmatische Überlegungen zu einer Theorie des Organisationsrechts*, *AöR* 105 (1980), S. 243 (244).

¹⁷ Dazu bereits *Peter M. Huber*, *Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat*, 1988; ausführlich zu einem Teilbereich *Hans-Heinrich Trute*, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, 1994. Zu diesem Aspekt auch *Kluth*, (Fn. 1), S. 391 ff.

¹⁸ Siehe die in den Fn. 8 bis 13 nachgewiesenen Schriften.

organisatorischen Entscheidungen¹⁹ ein Orientierungswandel eingetreten, der mit einem heilsamen Zwang zur Orientierung an den realen Wirkungen von Organisation verbunden ist und insoweit sicher dazu beiträgt, daß hier eine realitätsnahe und insoweit auch brauchbare Dogmatik entwickelt wird, ein Umstand, der bei organisationsrechtlichen Fragen von besonders großer Bedeutung ist.

Die soeben für das Verwaltungsorganisationsrecht allgemein geforderte Vertiefung der Bezüge zum Verfassungsrecht gilt für die funktionale Selbstverwaltung in besonderer Weise. Denn wir haben es hier mit einem Organisationstypus zu tun, dessen Entstehungsgründe bis in die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurückreichen und der seither unter mehrmals gewandelten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen fortbesteht. Anders als die im gleichen Zeitraum zur heutigen Form und Bedeutung herangereifte kommunale Selbstverwaltung wurde die funktionale Selbstverwaltung aber von den Verfassungsgebern in Bund und Ländern²⁰ nicht bzw. nur marginal normativ rezipiert. Man kann nur davon sprechen, daß ihr Fortbestand sehenden Auges akzeptiert wurde und daraus die sehr allgemeine Bewertung als grundgesetzkonform ableiten.²¹ Die Frage nach der demokratischen Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung ist damit allenfalls grundsätzlich, nicht aber in den Einzelheiten ihrer Herleitung und Reichweite beantwortet. Dazu sollen im Rahmen meiner Ausführungen einige grundlegende Gedanken beigetragen werden.

Meine Überlegungen werde ich in drei große Abschnitte gliedern. Zunächst wende ich mich der Frage zu, wie die Träger funktionaler Selbstverwaltung in den Rahmen der gesamtstaatlichen demokratischen Ordnung in Bund und Ländern einzuordnen sind. Dabei werde ich auch auf unterschiedliche Interpretationsansätze des Demokratieprinzips eingehen (sub II.). Aufbauend auf diese allgemeinen Vorklärungen soll dann in einem zweiten Schritt nach den Einzelheiten der demokratischen Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung gefragt werden. Im Vordergrund steht dabei die Auseinandersetzung mit den für diesen Bereich in der Literatur entwickelten unterschiedlichen Legitimationsmodellen (sub III.). Im

¹⁹ Dazu sei stellvertretend auf die Beiträge in dem Sammelband *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht als Steuerungsressource*, 1997 hingewiesen.

²⁰ Zu den einschlägigen Regelungen in den Landesverfassungen siehe *Kluth*, (Fn. 1), S. 514 ff.

²¹ Für eine solche Lösung etwa *Jestaedt*, (Fn. 11), S. 538 ff.; *Axer*, (Fn. 14), S. 292 ff.

dritten Schritt möchte ich sodann die Frage aufwerfen, welche Wirksamkeitsbedingungen es für die demokratische Partizipation in der funktionalen Selbstverwaltung gibt und ob diese vor dem Hintergrund der tatsächlichen Gegebenheiten heute und in Zukunft erfüllt sind. Dabei soll auch ein Blick auf Alternativmodelle gewagt werden (sub IV.).

II. Funktionale Selbstverwaltung in der gesamtstaatlichen Demokratie

1. Die zentralistisch geprägte Demokratietheorie

Die Frage, wie sich exekutivische Selbstverwaltung in die gesamtstaatliche Demokratie einfügt, hat bereits vor mehr als siebenzig Jahren den späteren ersten Bundespräsidenten *Theodor Heuss* beschäftigt. In seiner Schrift „Demokratie und Selbstverwaltung“ aus dem Jahre 1921 warnte er davor, Demokratie und Selbstverwaltung als aufeinander bezogene, harmonisch miteinander verbundene Erscheinungen zu betrachten.²² Zwischen den Belangen des Staatsvolkes als ganzem und den Belangen seiner einzelnen Teile seien Unterschiede und Gegensätze unvermeidbar, deren Überwindung manch schwierige Aufgabe stelle.²³

Gut sieben Jahre später brachte *Hans Peters* in seiner grundlegenden Studie „Zentralisation und Dezentralisation“ die bei Heuss anklingende Problematik juristisch genauer auf den Punkt. Peters wies darauf hin, daß dem Demokratieprinzip je nach Auslegung zwei Wirkweisen eigentümlich sind, die entweder die Zentralisation und damit den Gesamtstaat oder die Dezentralisation und damit auch die Selbstverwaltung stützen.

Die erste Sichtweise des Demokratieprinzips knüpft sehr eng an den Gedanken der Volkssouveränität an und versteht den aus der Volkssouveränität abgeleiteten Herrschaftsanspruch des Volkes nicht auf die Verfassungsgebung und Parlamentswahl beschränkt. Vielmehr soll das Volk auch durch und in den einzelnen Staatsorganen seine Herrschaft ausüben. Dies verlangt eine strikte Rückbindung

²² Noch radikaler formuliert *Detlef Merten*, Möglichkeiten und Grenzen der Selbstverwaltung, in: ders. (Hrsg.), Die Selbstverwaltung im Krankenversicherungsrecht, 1995, S. 11 (16): Die Selbstverwaltung wurzelt nicht im demokratischen Prinzip.

²³ Zitiert nach *Georg Christoph v. Unruh*, Selbstverwaltung als staatsbürgerliches Recht, DÖV 1972, 16 (18).

auch der Exekutive an das Parlament und fördert die hierarchisch verfaßte, weisungsgebundene Ministerialverwaltung als demokratischen Regeltyp der Verwaltungsorganisation.

Die zweite Sichtweise knüpft demgegenüber an ein Verständnis der Demokratie im Sinne einer Identität von Regierer und Regierten oder Herrscher und Beherrschten an. Ein solches Demokratieverständnis erlaubt und fördert die Durchbrechung der zentralen Machtausübung überall dort, wo eigene Angelegenheiten durch Teile des Staatsvolkes zu besorgen sind und begünstigt damit die Selbstverwaltung.

Der von Peters im Jahr 1928 skizzierte Gegensatz ist bis heute lebendig geblieben und kann in aktuellen Standardwerken des Staats- und Verfassungsrechts leicht nachgewiesen werden. So ist vor allem die von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* entwickelte Dogmatik des Demokratieprinzips²⁴, die auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁵ deutliche Spuren hinterlassen hat²⁶, sehr stark an der Volkssouveränität, der effektiven Sicherung der Herrschaftsmacht des Volkes und der dahinter stehenden Wahrung der Einheit der Staatsgewalt orientiert. Diese Deutung hat nicht zuletzt aufgrund ihrer Rezeption durch das Bundesverfassungsgericht eine breite Gefolgschaft gefunden.²⁷

Auch die zweite von Peters angesprochene Sichtweise ist aber nach wie vor lebendig und hat gerade in den letzten Jahren vermehrte Aufmerksamkeit erfahren, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Diskussion über die mögliche demokratische Legitimation der Europäischen Union, der es ja bekanntlich an einem eigenen Volk mangelt.²⁸ Aber auch unabhängig davon wird für den staatlichen Bereich etwa von *Görg Haverkate* in seiner 1992 publizierten Verfassungslehre folgendermaßen formuliert: „Es ist nur eine metaphorische Redeweise, wenn gesagt wird, die Staatsgewalt gehe vom Volk aus. In Wahrheit geht alle Staatsgewalt vom einzelnen,

²⁴ Siehe Fn. 13.

²⁵ Als Vorläufer in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können etwa die Entscheidungen *BVerfGE* 47, 253 (275 f.); 52, 95 (130) bezeichnet werden.

²⁶ Siehe etwa *BVerfGE* 83, 60 (71 f.); 89, 155 (182); 93, 37 (67).

²⁷ Besonders deutlich etwa bei *Jestaedt*, (Fn. 11), S. 204 ff.

²⁸ Dazu *Winfried Kluth*, Europa der Bürger oder Europa der Bürokraten? - Transparenz und Bürgernähe in der Europäischen Union nach dem Amsterdamer Vertrag, in: ders. (Hrsg.), *Die Europäische Union nach dem Amsterdamer Vertrag*, 2000, S. 73 (76 ff. m.w.N.).

vom Individuum aus. Das Grundmodell der Grundrechtsdemokratie hat die klassische Vertragstheorie gezeichnet: Die einzelnen kommen zusammen und verfassen sich als Gesamtheit, zum Zwecke der Selbstregierung.²⁹ Vor diesem Hintergrund besteht natürlich eine positive Wechselbeziehung zwischen Demokratie, Dezentralisation und Selbstverwaltung.³⁰

Mit ähnlicher Zielsetzung aber auf anderem Wege hat sich auch *Kay Waechter* um eine Relativierung der Beziehung zwischen Volkssouveränität, Zentralisation und Demokratieprinzip bemüht, indem er den Grundsatz der Gewaltenteilung ins Feld führt und diesen auch innerhalb der Exekutive fruchtbar machen will.³¹ Ihm geht es dabei zwar um die verfassungsrechtliche Einordnung der ministerialfreien Verwaltung, doch wirken sich diese Überlegungen auch im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung aus. Ideengeschichtlich verankert Waechter seine Überlegungen in einer Gegenüberstellung der Verfassungskonzeptionen von Rousseau und Montesquieu.³² Er macht deutlich, daß vor allem in Deutschland gegenüber der Gewaltenteilung Vorbehalte wegen der damit einhergehenden vermeintlichen Bedrohung des Postulats der Einheit der Staatsgewalt geäußert wurden.³³ Diese Grundhaltung sieht er auch in dem von Böckenförde postulierten Vorrang des Demokratieprinzips vor dem Grundsatz der Gewaltenteilung fortgeführt.³⁴

Waechter selbst spricht sich im Anschluß an das Verständnis des Demokratieprinzips bei *Kriele*³⁵ und *Stern*³⁶ dafür aus, von nach den verschiedenen Staatsfunktionen differenzierten Wirkungen des Demokratieprinzips und im Bereich der Exekutive von einer treuhänderischen Verantwortung auszugehen, die einen größeren Gestaltungsspielraum eröffnet, als dies nach dem von Böckenförde³⁷

²⁹ *Görg Haverkate*, Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992, S. 331.

³⁰ *Haverkate*, (Fn. 29), S. 340.

³¹ *Waechter*, (Fn. 10), S. 48 ff.

³² *Waechter*, (Fn. 10), S. 50 ff.

³³ *Waechter*, (Fn. 10), S. 56 ff.

³⁴ *Waechter*, (Fn. 10), S. 63 f.

³⁵ *Martin Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 46 (60).

³⁶ *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, § 18 II 5 f.

³⁷ Ähnlich stark am Gesamtstaatsvolk und der Einheit der Staatsgewalt orientiert ist die Position von *Merten*, (Fn. 22), S. 11 (16 ff.).

entwickelten Konzept der Fall ist.³⁸ Dabei geht es vor allem um die Frage, ob innerhalb der Exekutive immer eine sowohl personale als auch sachlich-inhaltliche Legitimation gegeben sein muß, oder ob die Legitimation auf nur eine Säule gestützt werden kann. Namentlich geht es um die auch für die funktionale Selbstverwaltung zentrale Frage, ob auf eine Weisungsgebundenheit verzichtet werden kann.

Diese Ausführungen zeigen, daß in der deutschen Staats- und Verfassungsrechtslehre zwar ein an der strikten Sicherung der Volkssouveränität orientiertes Demokratieverständnis dominiert, mit dem der Grundgedanke der funktionalen Selbstverwaltung, die Betroffenen-Selbstverwaltung, zumindest in einem Spannungsverhältnis steht. Es ist aber auch deutlich geworden, daß dieses sehr stark am Gedanken der Einheit der Staatsgewalt orientierte Verständnis weder einzig noch unumstritten ist und daß von daher sehr wohl auch andere Deutungen möglich und legitim sind. Dies möchte ich im folgenden durch eine eng an die einschlägigen Regelungen des Grundgesetzes anschließende Argumentation verdeutlichen.

2. *Das föderal-dezentrale Demokratiekonzept des Grundgesetzes*

Trotz oder gerade wegen seiner starken ideengeschichtlichen Prägung ist für das Demokratieprinzip die enge Orientierung an seiner Ausgestaltung durch die Verfassung von größter Bedeutung. Es geht für das Verfassungsrecht nicht so sehr darum, die richtige Demokratietheorie zu finden, sondern zunächst einmal darum, die verbindlichen Vorgaben des Grundgesetzes als äußeren Rahmen für solche Überlegungen zu ermitteln, denn Dogmatik kann und darf sich nur innerhalb der verbindlichen und eindeutigen verfassungsrechtlichen Vorgaben entwickeln, jedenfalls so lange wie sie als Interpretationsmaßgabe anerkannt und verwendet werden will.

Bei der Ermittlung des Regelungsgehalts des demokratischen Prinzips des Grundgesetzes ist expliziten normativen Vorgaben und verfassungsgeschichtlichen Zusammenhängen der Vorrang gegenüber demokratietheoretischen Überlegungen zuzuweisen. Dies entspricht der Einsicht, daß Verfassungsgebung in erster Linie auf

³⁸ Waechter, (Fn. 10), S. 65 ff.

einem historisch geprägten Willen des Verfassungsgebers beruht und die institutionelle Entwicklung des Verfassungsrechts durch eine Vielzahl von Faktoren geprägt wird, was einer Rückführung auf eine Theorie entgegensteht.

Prägend für das demokratische Prinzip des Grundgesetzes ist insoweit zunächst die offenkundige Verbindung von Dezentralisation und Gewaltenteilung mit dem Demokratieprinzip in Art. 20 I und II sowie Art. 28 I GG.

Hinzuweisen ist zunächst auf die dreifache Ausdifferenzierung des Staatsvolkes als originäres Subjekt demokratischer Legitimation in Bund, Ländern und Kommunen, wie sie in Art. 20 II 1 in Verbindung mit Art. 28 I GG zum Ausdruck kommt. In diesen Regelungen kommt eine deutliche Relativierung der Einheit der Staatsgewalt insoweit zum Ausdruck, als die Volkssouveränität verschiedenen Subjekten zugewiesen wird. Dabei ist zwar davon auszugehen, daß die territorial enger umrissenen Subjekte auf kommunaler und Landesebene jeweils in der höheren Gebietskörperschaft aufgehoben sind, doch hebt das ihre Eigenständigkeit und Funktion als originäres Legitimationssubjekt nicht auf. Es ist nämlich zugleich zu beachten, daß nur ein partieller und bedingter Vorrang der jeweils höheren Ebene besteht und daß weite Bereiche der Allein- und Letztzuständigkeit der beiden unteren Ebenen zugewiesen sind, auch der kommunalen Ebene. Mit anderen Worten: eine auf das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland zurückführbare demokratische Legitimation findet nur im Rahmen der Reichweite der dem Bund durch das Grundgesetz zugewiesenen Kompetenzen statt. Im übrigen fungiert das Volk in den Ländern und Kommunen als originäres und letztzuständiges Legitimationssubjekt. Vor allem im Bereich der Exekutive ist es deshalb weitgehend nicht möglich, von einer Einheit der Staatsgewalt auszugehen.

Unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten eröffnet die in Art. 20 II 2 GG durch das Grundgesetz gewählte Verbindung der Gewalten- bzw. Funktionstrennung mit dem Demokratieprinzip. Da herkömmlicherweise die Gewaltentrennung mit dem Gedanken der Machtbegrenzung und gegenseitigen Kontrolle verbunden und deshalb dem Rechtsstaatsprinzip zugeordnet wird, wohnt der Verbindung mit dem Demokratieprinzip ein Überraschungsmoment inne. Man kann daraus einerseits den Hinweis ableiten, daß das Grundgesetz auf diese Weise die in Demokratieprinzip

und Volkssouveränität wurzelnde Einheit der Staatsgewalt besonders betonen wollte.³⁹ Man kann daraus aber andererseits auch den Hinweis ableiten, daß das Demokratieprinzip in jedem Bereich eine besondere, jeweils unterschiedliche Entfaltung und Ausprägung erfahren muß.⁴⁰ Beide Aussagen müssen aber nicht unbedingt als unvereinbar angesehen werden. Denn auf der einen Seite kann dem Postulat der Einheit der Staatsgewalt durch das Erfordernis eines angemessenen Legitimationsniveaus Rechnung getragen werden, während auf der anderen Seite zur Herstellung der Legitimation in den einzelnen staatlichen Funktionsbereichen unterschiedliche Mechanismen eingesetzt werden können.⁴¹ Beide Forderungen beziehen sich dabei auf unterschiedliche Aspekte des Demokratieprinzips und können so in Einklang gebracht werden.

Für eine solche flexible Interpretation spricht vor allem der Umstand, daß es sich beim Grundgesetz um eine Erscheinungsform des Typus der gemischten Verfassung⁴² handelt. Bereits die Mehrzahl der in Art. 20 I, 28 I GG angeführten tragenden Verfassungsprinzipien macht dies deutlich. Aus diesem Grunde ist einer Interpretation des Demokratieprinzips als eines offenen Legitimationsrahmens der Vorzug gegenüber allzu engen und starren Auslegungen einzuräumen.

Allerdings sind auch dabei Grenzen zu beachten. Neben den im weiteren Verlauf der Überlegungen noch genauer zu bestimmenden Anforderungen an das einzuhaltende Legitimationsniveau gehört dazu vor allem die Beachtung des mit dem Demokratieprinzip verbundenen Distanzgebots bzw., negativ ausgedrückt, des Verbots der privilegierten Einwirkung auf die Staatsgewalt. Die Zuweisung von Selbstverwaltungsrechten darf nicht dazu führen, daß einer Gruppe von Staatsbürgern ein privilegierter Einfluß auf die Ausübung der Staatsgewalt ermöglicht wird. Darauf hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt in seiner Rechtsprechung zur Mitbestimmung im öffentlichen Dienst hingewiesen.⁴³ Bei der funktionalen Selbstverwaltung besteht die Gefahr der Verletzung des Distanzgebotes nur dort, wo

³⁹ In diesem Sinne wohl *Böckenförde*, (Fn. 13), § 22 Rdnr. 87.

⁴⁰ So *Waechter*, (Fn. 10), S. 64 ff., 73 ff.

⁴¹ In diese Richtung weisen auch die Ausführungen in *BVerfGE* 93, 37 (67).

⁴² Dazu *Dolf Sternberger*, *Die neue Politie*, in: ders., *Verfassungspatriotismus*, 1990, S. 156 ff.

⁴³ *BVerfGE* 93, 37 ff.; siehe auch *Kluth*, (Fn. 1), S. 468 ff.

sich die Entscheidungen auf Außenstehende Auswirkungen können. In diesem Bereich ist aber bereits aufgrund des grundrechtlichen Parlamentsvorbehaltes eine Regelung wesentlichen Gesichtspunkte durch den parlamentarischen Gesetzgeber erforderlich, so daß es nicht zu einem Konflikt kommt. Im übrigen sind nach dem Grundprinzip alle von der Aufgabe betroffenen Personen am Entscheidungsprozeß beteiligt.

III. Demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung

1. Das Legitimationserfordernis und seine Reichweite

Art. 20 II 1 GG verlangt, daß alle Ausübung von Staatsgewalt unter dem Grundgesetz hinreichend demokratisch legitimiert ist.⁴⁴ Zweck der inhaltlichen Vorgaben des Demokratieprinzips als Staatsorganisationsprinzip ist es, die Verteilung der Leitungsmacht im Staat so zu ordnen, daß eine effektive und nach der Bedeutung der wahrgenommenen Funktion angemessen differenzierte Rückbindung ihrer Ausübung an das Volk gegeben ist.⁴⁵ Im Vordergrund steht in den meisten Fällen nicht die Frage, ob überhaupt demokratische Legitimation erforderlich bzw. gegeben ist, sondern ob ein ausreichendes Legitimationsniveau erreicht wird. Deshalb bedarf es zunächst eines kurzen Blicks auf die verschiedenen Mechanismen der Legitimationsvermittlung sowie auf die Kriterien, mit deren Hilfe das erforderliche Legitimationsniveau bestimmt werden kann.

a) Die Legitimationsmechanismen

Die Vermittlung demokratischer Legitimation innerhalb der Exekutive erfolgt vorrangig über zwei Kanäle: die Vermittlung sachlich-inhaltlicher Legitimation durch die normative und ggfs. weisungsmäßige Steuerung des Verwaltungshandelns⁴⁶ und durch die personelle demokratische Legitimation der Amtswalter⁴⁷. Hinzu kommt nach Ansicht einiger Autoren unter Umständen eine institutionelle oder funktionelle

⁴⁴ BVerfGE 83, 60 (71 f.); 89, 155 (182); 93, 37 (67).

⁴⁵ BVerfGE 93, 37 (67).

⁴⁶ Böckenförde, (Fn. 13), § 22 Rdnr. 21 ff.; Jestaedt, (Fn. 11), S. 270 ff.; Kluth, (Fn. 1), S. 357 f.

⁴⁷ Böckenförde, (Fn. 13), § 22 Rdnr. 16 ff.; Jestaedt, (Fn. 11), S. 267 ff.; Kluth, (Fn. 1), S. 357 f.

demokratische Legitimation die auf den Errichtungsakt des Verwaltungsträgers durch den Verfassungsgeber bezogen wird.⁴⁸

Obwohl damit die groben Strukturen der Vermittlung demokratischer Legitimation unter dem Grundgesetz geklärt sind und insoweit auch weitgehende Einigkeit besteht, gibt es in den auch hier entscheidenden Einzelheiten unterschiedliche Positionen, die zum Teil mit ganz erheblichen Auswirkungen verbunden sind. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob und inwieweit die materielle und die personelle demokratische Legitimation gleiche Wirkungen zeitigen und sich gegenseitig substituieren können sowie zugespitzt um die Frage, ob unter bestimmten Voraussetzungen auf einen der beiden Legitimationsmechanismen vollständig verzichtet werden kann.⁴⁹

Ohne daß diese nicht unwichtige Frage hier ausführlich diskutiert werden kann, ist kurz auf die folgenden wesentlichen Gesichtspunkte hinzuweisen: Materielle und personelle demokratische Legitimation sind als solche gleichgerichtet und damit grundsätzlich auch substituierbar. In ihrer Wirkweise und Wertigkeit sind sie jedoch insofern gestuft, als der personellen Legitimation ein Vorrang gebührt, weil sie spezifisch auf die Legitimation von Entscheidungsfreiräumen abzielt. Hinzu kommt, daß die Wertigkeit der materiellen Legitimation sich nach Maßgabe der personellen Legitimation des Normgebers bemißt.⁵⁰ Daraus kann der für die weiteren Überlegungen wichtige Hinweis abgeleitet werden, daß in der durch Entscheidungsfreiräume geprägten funktionalen Selbstverwaltung der personellen demokratischen Legitimation eine vorrangige Bedeutung zukommt.

b) Kriterien zur Bestimmung des erforderlichen Legitimationsniveaus

Ebenfalls nur knapp skizziert werden können an dieser Stelle die Kriterien, die zur Bestimmung des erforderlichen Legitimationsniveaus herangezogen werden können. Ausgangspunkt ist nach wie vor der Facharztbeschuß des

⁴⁸ *Böckenförde*, (Fn. 13), § 22 Rdnr. 15 m.w.N. Für eine Bezeichnung dieser Variante als Verfassungslegitimation *Kluth*, (Fn. 1), S. 357, dort auch zur Einordnung eines einfachgesetzlichen Errichtungsaktes.

⁴⁹ Dazu *Kluth*, (Fn. 1), S. 358 f.

⁵⁰ *Kluth*, (Fn. 1), S. 359.

Bundesverfassungsgerichts⁵¹, der jedoch in mehreren Aspekten fortzuschreiben ist.⁵² Als wichtigste Orientierungspunkte dienen die Grundrechtserheblichkeit und Eingriffsintensität, die Betroffenheit von Externen und die Grundsätzlichkeit der Maßnahme für den Freiheitsgebrauch.⁵³

Die Verbindung zwischen beiden Aspekten, also der Legitimationsvermittlung auf der einen und den Anforderungen an das durch die wahrgenommene Aufgabe geforderte Legitimationsniveau auf der anderen Seite, muß nun im nächsten Schritt durch die Bestimmung des in den Trägern funktionaler Selbstverwaltung verwirklichten Legitimationsniveaus hergestellt werden. Damit kommen wir zugleich zu dem in der wissenschaftlichen Diskussion am meisten umstrittenen Aspekt, der Frage nämlich, wie die personelle demokratische Legitimation in den Trägern funktionaler Selbstverwaltung dogmatisch zu verorten und verfassungsrechtlich zu bewerten ist. Drei verschiedene Positionen werden dazu vertreten.

2. *Die verschiedenen Legitimationsvermittlungsmodelle*

a) *Das Modell der autonomen Legitimation*

Das von *Ernst Thomas Emde* vertretene Modell einer autonomen Legitimation stellt den aus verfassungsrechtlicher Perspektive weitreichendsten Versuch dar, die personelle demokratische Legitimation der Träger funktionaler Selbstverwaltung zu begründen und soll deshalb am Anfang stehen.⁵⁴ *Emde* sieht in den Mitgliedern der Träger funktionaler Selbstverwaltung ein originäres Subjekt der grundgesetzlichen Vermittlung demokratischer Legitimation. Er erweitert damit über den Regelungsgehalt der Art. 20 II, 28 I GG hinaus die vom Grundgesetz ausdrücklich anerkannten Erscheinungsformen des Staatsvolkes in Bund, Ländern und Kommunen und fügt das Verbandsvolk in der funktionalen Selbstverwaltung auf der Grundlage einer allgemeinen Auslegung des demokratischen Prinzips dieser Trias hinzu. Die nicht ohne Scharfsinn und argumentativen Aufwand vollzogene Begründung scheitert indes an dem strikten verfassungsrechtlichen Einwand, daß

⁵¹ *BVerfGE* 33, 125 (161 ff.).

⁵² Dazu *Kluth*, (Fn. 1), S. 499 f.

⁵³ Weitere Einzelheiten bei *Kluth*, (Fn. 1), S. 489 ff.

⁵⁴ *Emde*, (Fn. 8), S. 363 ff.

die Bestimmung der originären Subjekte demokratischer Legitimationsvermittlung dem Verfassungsgeber vorbehalten ist mit der Folge, daß einer interpretatorische Erweiterung aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist.⁵⁵ Das gilt umso mehr, als das Grundgesetz - wie gezeigt wurde - selbst bereits eine starke Ausdifferenzierung der Legitimationssubjekte bis in den Bereich der Exekutive hinein vorgenommen hat und deshalb auch aus diesem Grunde eine Vermutung für den abschließenden Charakter dieser Regelung besteht.

b) *Die These vom Legitimationsdefizit*

Folgt man dieser Kritik und lehnt eine autonome Legitimation der Organe der Selbstverwaltungsträger durch die Mitglieder ab, so stellt sich die Frage, wie überhaupt die personelle demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung begründet werden soll. Da den Mitgliedern selbst eine auf das Staatsvolk zurückführbare personelle Legitimation prima vista fehlt, können sie selbst auch keine solche weitergeben. Wahlen und Bestellungsakte in der funktionalen Selbstverwaltung befinden sich damit ebenso in einem legitimatorischen Vakuum wie sonstige Maßnahmen, für die es an einer ausdrücklichen externen, also von Parlament oder Regierung stammenden normativen Grundlage fehlt. Besonders deutlich werden die sich daraus ergebenden Schlußfolgerungen von *Detlef Merten* formuliert. Nachdem er klarstellt, daß für ihn der Gedanke der Selbstverwaltung nicht im demokratischen Prinzip wurzelt und er vor dem Hintergrund eines strikt zentralistischen Demokratieverständnisses auf der kommunalen Ebene nur eine quasi-demokratische Legitimation verwirklicht sieht, fehlt es bei der funktionalen Selbstverwaltung nach seiner Meinung völlig an der demokratischen Legitimation. Die funktionale Selbstverwaltung trägt nach seiner Ansicht ständisch-korporative und nicht demokratische Züge.⁵⁶

In der Literatur wird dieses Vakuum als Legitimationsdefizit ausgemacht und nach seiner möglichen Rechtfertigung gefragt. Diese wird teilweise mit dem Hinweis auf den Gedanken der Autonomie bzw. Selbstverwaltung als solchen für möglich gehalten. Dabei soll jedoch keine Legitimationskompensation stattfinden, sondern

⁵⁵ *Jestaedt*, (Fn. 10), S. 213 ff.; *Kluth*, (Fn. 1), S. 369 ff. Siehe auch *BVerfGE* 83, 37 (51 ff.).

⁵⁶ *Merten*, (Fn. 22), S. 11 (16, 19).

schlicht auf die personelle demokratische Legitimation verzichtet werden.⁵⁷ Ergänzend wird in diesem Zusammenhang - zutreffend - auf die stillschweigende Anerkennung des Typus funktionale Selbstverwaltung durch den Verfassungsgeber hingewiesen.⁵⁸

Dieser letzte Hinweis ist, obwohl er nur die Funktion eines Rettungsankers besitzt und Ausdruck einer gewissen Hilflosigkeit ist, noch das stärkste Argument dieser Position. Denn im übrigen steht sie in einem erheblichen Spannungsverhältnis, um nicht zu sagen: Widerspruch, zu den obigen Erkenntnissen über die Bedeutung der personellen demokratischen Legitimation. Denn bei der funktionalen Selbstverwaltung, bei der es um eigenverantwortliche Sachgestaltung geht, alleine und ausschließlich auf die materielle demokratische Legitimation abzustellen, wie es Böckenförde tut, verkehrt die Funktion der Legitimationsmechanismen geradezu in ihr Gegenteil. Es ist die Eigenart der personellen demokratischen Legitimation, Entscheidungsfreiräume zu legitimieren und es ist die Eigenart jeglicher Form der Selbstverwaltung, über Entscheidungsfreiräume zu verfügen. Die starke personelle demokratische Legitimation ist deshalb aus der Sicht des Demokratieprinzips das Essentiale der Selbstverwaltung und deshalb nicht ohne Grund in Art. 28 I GG für den kommunalen Bereich explizit verankert. Zu überzeugen vermag diese Position deshalb nicht. In der Praxis hilft sie allenfalls in dem Sinne weiter, daß es sich bei der funktionalen Selbstverwaltung um eine gerade noch unter Hinweis auf den Willen des Verfassungsgebers hinzunehmende Ausnahmeerscheinung handelt.

c) *Das Modell der kollektiven personellen Legitimation*

Daß dem nicht so ist und daß die funktionale Selbstverwaltung sehr wohl den regulären Anforderungen des demokratischen Prinzips des Grundgesetzes genügt, möchte ich mit Hilfe des Modells der kollektiven personellen demokratischen Legitimation aufzeigen. Dieses Modell knüpft an den sowohl historisch als auch sachlich authentischen Befund an, daß der Gesetzgeber den Mitgliedern der Träger funktionaler Selbstverwaltung die sie betreffenden Aufgaben aufgrund ihrer besonderen sachlichen Befähigung zugewiesen hat. Es wird also ein nach

⁵⁷ In diesem Sinne u.a. Böckenförde, (Fn. 13), § 22 Rdnr. 34.

⁵⁸ So insbesondere Jestaedt, (Fn. 10), S. 537 ff.

bestimmten persönlichen Merkmalen bestimmter Personenkreis zur Erfüllung von Staatsaufgaben in eigener Verantwortung, also unter Zuweisung von Entscheidungsfreiräumen, herangezogen. Damit ist der Errichtungsvorgang eines Trägers funktionaler Selbstverwaltung, der über den dauerhaften Hebel der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft zeitlich dynamisiert worden ist, durch die wesentlichen Charakteristika eines Vorgangs personeller demokratischer Legitimation gekennzeichnet. Denn auch bei Bestellung und Wahl, den ansonsten üblichen Formen der Vermittlung personeller demokratischer Legitimation, stehen die persönliche und fachliche Eignung sowie die Übertragung von Entscheidungsfreiräumen im Zentrum.⁵⁹

Es ist nicht zu leugnen, daß mit dem Modell der kollektiven personellen Legitimation eine neue Variante der Legitimationsvermittlung eingeführt wird. Doch steht das Demokratieprinzip des Grundgesetzes einer solchen Erweiterung nicht aus zwingenden Rechtsgründen entgegen, wie dies bei dem Modell der autonomen Legitimation der Fall ist. Hinzu kommt, daß es sich lediglich um eine modale Variante handelt, die in allen wesentlichen Merkmalen an die herkömmlich anerkannten Formen der personellen Legitimationsvermittlung anknüpft. Denn auch bei diesen ist, wie das Beispiel der Listenwahl zeigt, eine partielle Kollektivierung des Vermittlungsaktes zu beobachten.⁶⁰ Ähnliche Tendenzen gibt es im übrigen auch bei der Beleihung, die sich in vielen Fällen automatisch auf die entsprechend fachlich qualifizierten Mitarbeiter beliehener Unternehmen erstreckt, ohne daß die beleihende Stelle in eine über diese Anforderung hinausgehende Einzelfallprüfung eintritt.

d) *Funktionale Selbstverwaltung als eigenständiger Verwaltungstypus*

Was sind nun die Konsequenzen dieses Modells? Zunächst und wesentlich ist festzustellen, daß die Mitglieder der Träger funktionaler Selbstverwaltung über eine vom Parlament abgeleitete personelle demokratische Legitimation verfügen und damit das vermeintliche Vakuum nicht nur beseitigt, sondern sogar besonders hochwertig gefüllt wird. Letzteres folgt daraus, daß die Qualität der personellen

⁵⁹ Dazu ausführlicher Kluth, (Fn. 1), S. 374 ff.

⁶⁰ Der dagegen gerichtete Einwand von Axer, (Fn. 14), S. 299 beruht letztlich auf der zu starren Fixierung auf ein Legitimationsvermittlungsmodell und setzt sich mit den Argumenten, die für die Gleichwertigkeit des Bestellungsaktes vorgetragen werden, nicht im einzelnen auseinander.

Legitimation durch die Zahl der Legitimationsvermittlungsschritte zwischen Staatsvolk und Bestelltem bestimmt wird. Die zweite Konsequenz besteht darin, daß es sich bei der funktionalen Selbstverwaltung nicht um einen verfassungsrechtlich lediglich geduldeten, an sich aber systemfremden Verwaltungstypus, sondern um einen in jeder Hinsicht grundgesetzkonformen Verwaltungstypus handelt. Und drittens ist damit auch vorgezeichnet, daß auch innerhalb der Träger funktionaler Selbstverwaltung eine Vermittlung demokratischer Legitimation stattfindet und damit die dafür geltenden Grundsätze des Demokratieprinzips grundsätzlich zu beachten sind.

Neben der Ministerialverwaltung und der kommunalen Selbstverwaltung kann damit die funktionale Selbstverwaltung als weiterer regulärer Typ der Verwaltungsorganisation unter dem Grundgesetz bezeichnet und anerkannt werden. Zugleich erweist sich das Demokratieprinzip als ausreichend offen und flexibel, um die eingangs beschriebenen Spannungsmomente zwischen den verschiedenen Interpretationsansätzen in sich aufzunehmen und aufzuheben.

e) *Inkurs: Sozialversicherungsträger als Fall der funktionalen Selbstverwaltung*

Obwohl mein Vortrag sich auf die funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation im allgemeinen bezieht, ist aufgrund des Zusammenhangs mit dem Thema des Kolloquiums als solchem auf die Frage einzugehen, inwieweit das Gesagte überhaupt für die Sozialversicherungsträger gilt, ob diese also als Träger funktionaler Selbstverwaltung anzusehen sind.

Die von mir erörterte Verwirklichung demokratischer Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung setzt eine ausreichend homogene Mitgliedergruppe sowie die Beteiligung aller Betroffenen voraus.⁶¹ Unter beiden Gesichtspunkten bestehen bei den Sozialversicherungsträgern schon deshalb Bedenken, weil den Betroffenen vielfältige Wahlrechte zwischen verschiedenen Versicherungsträgern und zum Teil auch zwischen verschiedenen Versicherungsformen eingeräumt werden.

Hinzu kommt, daß durch die sehr weitreichende gesetzliche Regelung des Sozialversicherungsrechts mit dem Bundesverwaltungsgericht die Frage aufgeworfen werden

⁶¹ Zu diesem Zusammenhang vgl. *Kluth*, (Fn. 1), S. 298 ff., 326 f.

muß, ob es in diesem Bereich überhaupt noch substanzielle Spielräume für eine eigenverantwortliche Rechtsgestaltung gibt.⁶² Dies wird man nur dann bejahen können, wenn man in erster Linie auf die im Wege der Verhandlung mit Krankenkassen und Ärzten herbeizuführenden, die Leistungserbringung näher ausgestaltenden Regelungen abstellt.

3. *Auswirkungen für das Binnenrecht der Träger funktionaler Selbstverwaltung*

a) *Wahl und Zusammensetzung der Organe*

Welche Auswirkungen ergeben sich aus dieser Deutung der demokratischen Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung für den Binnenbereich? Diese Frage wird in weiteren Einzelheiten in späteren Vorträgen noch ausführlich behandelt. Deshalb möchte ich mich auf einige grundsätzliche Hinweise beschränken.⁶³

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß bei der Wahl oder Bestellung von Organwaltern innerhalb der funktionalen Selbstverwaltung personelle demokratische Legitimation vermittelt wird. Das gilt im übrigen auch dort, wo privatrechtlich verfaßte Spitzenorganisationen gebildet werden.⁶⁴ Grundsätzlich sind deshalb auch die aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Grundsätze für Wahlen und Bestellungsakte zu beachten. Allerdings ist auch in diesem Zusammenhang zu beachten, daß diese bereichsspezifisch modifiziert werden können, was insbesondere bei den gruppenplural zusammengesetzten Wirtschaftskammern von großer Bedeutung ist, die ihre Vertretungsorgane nach Berufsgruppen wählen.⁶⁵

b) *Aufgabenverteilung zwischen den Organen*

Auswirkungen ergeben sich auch für die Aufgabenverteilung zwischen den verschiedenen Organen, da hier ein Legitimationsgefälle besteht. Für die Aufgabenzuweisung im einzelnen können die zur Konkretisierung der Wesentlichkeitslehre entwickelten Maßstäbe sinngemäß herangezogen werden.

⁶² Siehe auch *Kluth*, (Fn. 1), S. 198.

⁶³ Ausführliche Darstellung bei *Kluth*, (Fn. 1), S. 458 ff.

⁶⁴ Einzelheiten bei *Kluth*, (Fn. 1), S. 477 ff.

⁶⁵ *Kluth*, (Fn. 1), S. 460 ff.

Besondere Aufmerksamkeit verdient auch in diesem Zusammenhang die Verfassung der privatrechtlich organisierten Spitzenorganisationen der nur landesweit als Körperschaften des öffentlichen Recht verfaßten Selbstverwaltungsträger. Da die Entscheidungen der Spitzenverbände eine über die rechtliche Verbindlichkeit hinausgehende faktische Bindungswirkung erzeugen, erscheint hier die Einrichtung eines direkt gewählten Repräsentationsorgans nach dem Vorbild des Deutschen Ärztetages angebracht. Das gilt vor allem für den Bereich der Industrie- und Handelskammern.

IV. Wirksamkeitsbedingungen der demokratischen Partizipation in der funktionalen

Selbstverwaltung und Alternativmodelle

1. Betroffenen-Selbstverwaltung oder Funktionärsherrschaft

Im dritten Abschnitt meiner Überlegungen soll die Aufmerksamkeit auf einen Aspekt gelenkt werden, der nach der erfolgreichen Einordnung der funktionalen Selbstverwaltung in den Ordnungsrahmen des Grundgesetzes einen eher kritisch besorgten Blick auf diesen Verwaltungstypus wirft. Es soll um die Wirksamkeitsbedingungen und um die Frage gehen, ob diese unter den heutigen rechtlichen und faktischen Gegebenheiten noch gewahrt und ob sie mit Blick auf die Zukunft dauerhaft gesichert sind.

Die funktionale Selbstverwaltung basiert auf dem Gedanken der Betroffenen-Selbstverwaltung. Dabei wird an die besondere Sachnähe und den besonderen Sachverstand der jeweils in Bezug genommenen Personengruppe, die sich in vielen Fällen als Berufsgruppe darstellt, angeknüpft. Stärker als dies bei der mit Fragen der allgemeinen Politik befaßten gebietsgesellschaftlich orientierten kommunalen Selbstverwaltung der Fall ist, kommt es bei der funktionalen Selbstverwaltung auf die Aktivität der Mitglieder an. Hinzu kommt die Frage, wie sich eine Fremdorganschaft in den Leitungsorganen, vor allem im Bereich der Geschäftsführung auswirkt.

Demokratie lebt aus der Integration freier Bürger, ohne diese jedoch erzwingen zu können.⁶⁶ Deshalb müssen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen, deren Gewährleistung in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers ist, auch Verhaltensweisen der Mitglieder hinzutreten, durch die die ihnen eröffneten Gestaltungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden. Es bedarf also der Initiative *zum* und *im* Ehrenamt.

Dieser Verweis auf das Ehrenamt bedeutet nicht, daß auf ein zusätzliches Kriterium abgestellt wird. Vielmehr handelt es sich lediglich um die ausdrückliche Bezugnahme auf ein konstitutives Element der Selbstverwaltungskonzeption, das seit Beginn an als einer ihrer unverzichtbaren Bestandteile angesehen wurde.⁶⁷ Selbstverwaltung durch die Betroffenen kann ja im Bereich der wirtschaftlichen und berufsständischen Selbstverwaltung nur bedeuten, daß diese das jeweilige öffentliche Amt nicht hauptberuflich wahrnehmen.

Die mit dem Ehrenamt verbundene zusätzliche Belastung, die vor allem bei Selbständigen nicht gering zu veranschlagen ist, wird naturgemäß von den Betroffenen eher und mit größerem Interesse und Engagement akzeptiert, wenn entsprechend gewichtige Aufgaben und weitreichende Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume zur Verfügung stehen. Es kann deshalb von einer Wechselwirkung zwischen den gesetzgeberischen Vorgaben bei der Zuweisung von Selbstverwaltungsaufgaben (Angebot) und der Mitwirkung der Mitglieder (Nachfrage) gesprochen werden.

Legt man diesen Befund zugrunde, so erscheint auch eine mancherorts anzutreffende Lethargie im Bereich der ehrenamtlichen Mitwirkung in den Kammerorganen in einem anderen Licht. Denn angesichts sehr weitgehender gesetzlicher Vorgaben, die, wo ausnahmsweise einmal größere Freiräume bestehen, nicht selten durch eine faktische Dominanz der hauptamtlichen Geschäftsführung "ergänzt" werden, kann diese Situation durchaus im obigen Sinne mit Marktmechanismen erklärt werden.

⁶⁶ Josef Isensee, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 3, 1988, § 57 Rdnr. 56.

2. *Eigenverantwortlichkeit und Reichweite von Regelungsbefugnissen*

Selbstverwaltung lebt von der eigenverantwortlichen *Regelung* der eigenen Angelegenheiten.⁶⁸ Sie kann und darf sich nicht auf bloßen Gesetzesvollzug beschränken. Deshalb ist der Typus funktionale Selbstverwaltung nur dann effektiv verwirklicht, wenn den einzelnen Organisationen und ihren Mitgliedern substantielle Entscheidungsspielräume in den die Mitglieder betreffenden Angelegenheiten zustehen. Insoweit ist über eine Deregulierung in dem Sinne nachzudenken, daß unter Wahrung der unverzichtbaren verfassungsrechtlichen Vorgaben, die aus dem Parlamentsvorbehalt abzuleiten sind, in einigen Bereichen auf eine (intensive) gesetzliche Regelung zugunsten einer Regelungszuständigkeit der Selbstverwaltungsträger verzichtet wird.

Das Vorhandensein ausreichender Entscheidungszuständigkeiten ist aber nur eine - wenn auch wichtige und unverzichtbare - Bedingung der Verwirklichung des Selbstverwaltungskonzepts. Es muß darüber hinaus auch innerhalb der Organisation eine basisnahe und transparente Entscheidungsfindung gewährleistet sein. Es darf mit anderen Worten nicht zu einer Selbstverwaltung kommen, die hauptsächlich oder ausschließlich durch hauptamtliche Geschäftsführer und Funktionäre ausgeübt wird. Diese sind zwar unverzichtbar und werden in der Regel auch im Interesse der Mitglieder tätig werden. Das Ziel einer erfahrbaren Teilnahme an der Ausübung von Staatsgewalt würde jedoch verfehlt, wenn die Basis nicht oder kaum an den inhaltlich bedeutsamen Entscheidungen beteiligt würde. Deshalb muß gewährleistet sein, daß z.B. Leitentscheidungen möglichst in der basisnäheren Vollversammlung diskutiert und entschieden werden.

3. *Partizipation versus Verbandswettbewerb*

Wozu der Verlust von Basisnähe oder Mitgliederverbundenheit führen kann, zeigen die seit einigen Jahren im Bereich der Industrie- und Handelskammern sowie der Rechtsanwaltskammern andauernden Diskussionen über deren Abschaffung und Ersetzung durch einen Verbandswettbewerb auf der Grundlage einer freiwilligen

⁶⁷ Vgl. *Stern*, (Fn. 36), § 12 I 2. Dieser Zusammenhang wird vor allem in der Selbstverwaltungslehre Rudolf von Gneist's betont. Dazu *Reinhard Hender*, *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, 1986, S. 57 ff. Für den kommunalen Bereich vgl. exemplarisch § 28 GO NW.

Mitgliedschaft. Dahinter steht nur teilweise der Wunsch nach Befreiung von den lästigen Mitgliedsbeiträgen. Vor allem bei der mit 3,2 Millionen Mitgliedern größten Organisationsform der Industrie- und Handelskammern steht auch der Gedanken dahinter, daß eine wirksame Interessenvertretung nur durch fachspezifischer ausgerichtete Verbände effektiv erfolgen kann.

Obwohl die Angriffe gegen die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht nicht begründet sind und die Kritiker deshalb zu Recht bislang vor den deutschen Verwaltungs- und Verfassungsgerichten der Erfolg versagt blieb, sollte die Kritik ordnungspolitisch ernst genommen werden. Hinter der Kritik steckt in vielen Bereichen eine durchaus verständliche Reaktion auf Fehlentwicklungen bei der Aufgabenwahrnehmung durch Kammern. Die Lösung sehe ich allerdings nicht in einer Dienstleistungsoffensive, sondern vielmehr in einer erneute Besinnung auf die ursprünglichen Bereiche der Selbstverwaltung: die qualifizierte Interessenvertretung und Beratung staatlicher Stellen sowie die Mitwirkung an der Regelung des Berufsrechts.

Die im Bereich der Wirtschaftskammern und berufsständischen Kammern geführte Diskussion kann auf die Sozialversicherung nicht übertragen werden. Hier stehen andere Fragen, wie vor allem ein ausreichender Regelungsfreiraum sowie eine zukunftsweisende Planung im Vordergrund.

V. Ausblick

Die demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung, so das Resümée meiner Überlegungen, ist nach wie vor ein Thema, das wissenschaftliche und praktische Aufmerksamkeit verdient und benötigt. In der theoretischen Erörterung wird es darum gehen, die Besonderheiten der Vermittlung demokratischer Legitimation an die Träger funktionaler Selbstverwaltung und innerhalb ihres Binnenbereichs weiter zu verdeutlichen. Das wird sicher auch zu machen Korrekturen an überkommenen Regelungen und Praktiken führen. Im praktischen Bereich gilt es, die Einladung zu demokratischer Partizipation, die mit der funktionalen Selbstverwaltung verbunden ist, durch eine Vermehrung von

Gestaltungsspielräumen und die stärker Einbeziehung des Ehrenamtes in Leitungsfragen attraktiver zu machen. Nur eine auch durch die Mitglieder getragene und gesteuerte funktionale Selbstverwaltung kann auf Dauer die Existenz der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft rechtfertigen und einen Beitrag zur Ausdifferenzierung des demokratischen Prinzips des Grundgesetzes leisten.