

Engel, Christoph

Working Paper

Freiheit und Autonomie

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2003/9

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (2003) : Freiheit und Autonomie, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2003/9, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/85072>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Preprints of the
Max Planck Institute
for Research on Collective Goods
Bonn
2003/9

Freiheit und Autonomie

Christoph Engel

Freiheit und Autonomie

I.	Fragestellung.....	3
II.	Selbstverwaltung.....	6
1.	Normenbestand.....	6
2.	Freiheit oder Autonomie?.....	7
3.	Telos	9
a)	Steuerungsqualität	9
b)	Begrenzung staatlicher Macht.....	13
c)	Menschenrechtlicher Gehalt.....	14
d)	Partizipation und Demokratie.....	15
e)	Selbstverwaltung als Steuerungsinstrument.....	17
f)	Rückbindung an die geänderte Verfassungswirklichkeit.....	18
4.	Enumerationsprinzip	19
5.	Tatbestand	20
a)	Einheitliche Dogmatik der Autonomierechte.....	20
b)	Ausgestaltung versus Eingriff	21
c)	Schutzrichtungen	21
d)	Eingriff	23
6.	Schranken	24
a)	Legitimes Ziel	24
b)	Schutzniveau	27
7.	Dogmatische Folgefragen.....	29
a)	Träger des Autonomierechts	30
b)	Art. 19 III GG.....	30
III.	Selbststeuerung	31
1.	Anwendungsfälle.....	31
2.	Normenbestand.....	31
3.	Freiheit oder Autonomie?.....	32
4.	Generalklausel	34
5.	Telos	35
6.	Tatbestand	35
7.	Schranken	36
8.	Dogmatische Folgefragen.....	38

IV. Nichtstaatliche Regulierung.....	39
1. Anwendungsfälle.....	39
2. Normenbestand.....	42
3. Telos	43
4. Dogmatik.....	44
V. Selbstverwaltung ohne explizite Garantie	45
1. Anwendungsfälle.....	45
2. Normenbestand.....	46
3. Schutz vor der Aufdrängung souveräner Befugnisse	46
VI. Schlussbemerkung	47
Bibliographie.....	48

* Markus Englerth danke ich für anregende Gespräche und hilfreiche Hinweise auf das Material. Florian Becker und Dieter Kerwer danke ich für hilfreiche Kommentare.

I. Fragestellung

Der Verfassungstext ist notwendig älter als die Wirklichkeit, die er ordnen will. Der Text hat nur die Erfahrungen aufgenommen, die das Gemeinwesen bei der Verabschiedung bereits gemacht hat. Das Grundgesetz hat das in sehr kluger, wohl abgewogener und redlicher Weise getan. Manche seiner Lösungen waren visionär und haben ausländische Nachahmer gefunden. Doch auch das Grundgesetz hat nicht alles vorhergesehen. Zu den fundamentalen Veränderungen der Verfassungswirklichkeit gehört die Auflösung der Grenze zwischen Öffentlich und Privat. Für einen distanzierten Beobachter war der Staat allerdings nie die einzige ordnende Kraft im deutschen Gemeinwesen. Der Verfassungstext hat seinen späteren Interpreten aber nahegelegt, die Grenze zu gesellschaftlicher Steuerung scharf zu ziehen. Gesellschaftliche Steuerung erscheint manchen Interpreten sogar verdächtig, anderen jedenfalls keines verfassungsrechtlichen Schutzes würdig. Wo die Anwendungspraxis solchen Schutz doch gewährt, etwa bei den Kirchen oder den Universitäten, wird das als nicht generalisierungsfähige Ausnahme gedeutet. Diese Deutung wird der Verfassungswirklichkeit immer weniger gerecht. Das Anliegen dieses Beitrags ist es, dem Verfassungstext eine adäquatere Deutung zu entlocken.

Er tastet sich vorsichtig heran. Er beginnt mit dem am besten erschlossenen Bestand, der Selbstverwaltung (II). Der Begriff hat zwei Komponenten. Es geht um Verwaltung. Darunter wird hier der Zugriff auf souveräne Befugnisse des Staats verstanden. Diese Verwaltung geschieht aber von den Adressaten „selbst“. Genauer: an die Stelle der allgemeinen Staatsverwaltung tritt eine Behörde, die vom Willen einer Betroffenenengemeinschaft getragen ist. Das Grundgesetz gibt manchen Selbstverwaltungsträgern ein durchsetzbares Recht. So liegt es insbesondere bei den Gemeinden, den Universitäten, Rundfunkveranstaltern und Kirchen. Dieser Beitrag interpretiert all diese Garantien nicht als Freiheits-, sondern als Freiraumschutz. Sie gewähren ihrem Inhaber nicht grundrechtliche Freiheit, sondern Regelungsautonomie.

Im zweiten Schritt zeigt sich, dass diese Interpretation auch für die verfassungsrechtlichen Garantien von Selbststeuerung zutrifft (III). Selbststeuerung teilt mit der Selbstverwaltung den Träger. In beiden Fällen geht das steuernde Geschehen von einer Betroffenenengemeinschaft aus. Selbststeuerung nimmt aber keine souveränen Befugnisse in Anspruch. Sie verlässt sich auf freiwillige Unterwerfung. Oder sie beschränkt sich auf Steuerungsmittel, die rechtlichen Zwang nicht brauchen. Das Grundgesetz enthält in Art. 9 III GG eine Spezialvorschrift für die Selbststeuerung der Tarifparteien. In einem weit gefassten Sinne kann man auch die Garantie politischer Parteien in Art. 21 GG und die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG hierher rechnen. Im übrigen greift die Generalklausel des Art. 9 I GG. Auch diese Vorschrift erweist sich bei näherem Zusehen nicht als Freiheitsrecht, sondern als verfassungsrechtlicher Autonomieschutz.

Der problematischste Schritt ist der dritte. Wie geht die Verfassung mit privater Regulierung um, die nicht von einer Gemeinschaft der Betroffenen getragen wird (IV)? Im Ergebnis wäre es wirklichkeitsfremd und normativ auch ganz unangemessen, solche Regulierung ganz zu verbieten. Weil es dabei um Regulierung geht, wäre umgekehrt aber ein grundrechtlicher Schutz

falsch. Richtig gehört auch solche Regulierung unter die Generalklausel des Art. 9 I GG. Typischerweise ist das Schutzniveau dann aber niedriger als bei Selbststeuerung.

Der letzte Schritt führt dann wieder in vertrauertes Gelände. Beim Schutz der Selbstverwaltung war die Verfassung wählerisch. Sie hat nur einige wenige Selbstverwaltungsträger privilegiert. Die übrigen genießen keinen verfassungsrechtlichen Autonomieschutz. Die expliziten Garantien sind abschließend. Sie lassen keine Analogie zu. Auch Art. 9 I GG schützt solche Selbstverwaltungsträger nicht. Denn sie nehmen souveräne Befugnisse in Anspruch. Der verfassungsrechtliche Schutz beschränkt sich deshalb auf äußerste Grenzen. Der Staat darf nicht willkürlich oder zur Unzeit eingreifen. Gelegentlich ergeben sich auch aus den organisatorischen Vorschriften der Verfassung objektive Schranken. Weil die Folgen auf den verfassungsrechtlichen Schutz so drastisch sind, muss sich aber auch kein privater Regulator souveräne Befugnisse aufdrängen lassen (V).

Dieser Beitrag hat also vor allem ein dogmatisches Anliegen. Er möchte die einschlägigen Normen der Verfassung zum System denken. Er will die verborgene Ordnung hinter vielen Elementen der Verfassungsrechtsprechung sichtbar machen. Er will schließlich helfen, offene Streitfragen zu entscheiden. Zugleich hat der Beitrag jedoch auch ein rechtspolitisches Anliegen. Er will den Gedanken einer Zweistufigkeit der Rechtsordnung auch in die staatliche Regulierung von Selbstregulierung hineinragen. Es will also auch hier eine verfassungsrechtliche Ebene einziehen. Entgegen modischer Kritik hat die Bundesrepublik mit dieser Zweistufigkeit bei den Freiheitsrechten nämlich hervorragende Erfahrungen gemacht¹. Der Gesetzgeber verhält sich nicht immer als benevolenter Diktator. Das Bundesverfassungsgericht hat tatsächlich zwar nur wenige Gesetze kassiert. Der Gesetzgeber hat oft aber vorweggenommen, was ihm in Karlsruhe drohen würde, wenn er sich nicht mäßigt. Vor allem führt die Zweistufigkeit der Rechtsordnung aber zu einem wohlthuenden verfassungsrechtlichen Paralleldiskurs politischer Fragen.

Detailschärfe ist der größte Reiz juristischer Arbeit. Im Rahmen dieses Beitrags können aber nur ausgewählte Details ausgebreitet werden. Manches muss ganz unerörtert bleiben. Das gilt insbesondere für die folgenden Fragen: Die bloße Beteiligung Privater an der staatlichen Verwaltung, etwa in den Gremien der Landesmedienanstalten². Ausgeblendet bleibt auch die Frage, ob der Staat in Regulierungsautonomie nicht nur eingreifen darf, sondern eingreifen muss³. Die Schutz-

1 Den Nachweis habe ich an anderer Stelle erbracht: *Christoph Engel*, Delineating the Proper Scope of Government: A Proper Task for a Constitutional Court?, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 157 (2001) S. 187-219; *Christoph Engel*, The Constitutional Court - Applying the Proportionality Principle - as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes, in: *Christoph Engel und Adrienne Héritier*, *Linking Political Science and the Law*, 2003, S. 285-314.

2 Dazu insbesondere *Christoph Wagner*, *Die Landesmedienanstalten. Organisation und Verfahren der Kontrolle privater Rundfunkveranstalter in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1990; *Ulrike Bumke*, *Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten. Verfassungs- und organisationsrechtliche Überlegungen zur Rechtsstellung einer verselbständigten Verwaltungseinheit*, München, 1995; allgemein zu Art. 9 I GG als Garantie der Interessenrepräsentation und der gesellschaftlichen Beteiligung an staatlichen Entscheidungen programmatisch etwa *AK/Rinken* Art. 9 I GG, R 18-22.

3 Aus der Rechtsprechung etwa *BVerfGE* 33, 125, 157 – Facharzt.

pflichtendimension des Themas⁴ bleibt also unbehandelt. Das gilt auch für die spiegelbildliche Frage, ob private Regulatoren von Verfassungen wegen verlangen können, dass der Staat zu ihren Gunsten in Freiheit oder Autonomie eingreift. Schließlich geht der Beitrag auch nicht auf die internationale Dimension des Themas ein, obwohl es hier viel zu sagen gäbe⁵.

Schließlich ein Wort zu den Begriffen. Eigentlich müsste man einen neuen Begriff erfinden. Denn alle denkbaren Begriffe für die Unterscheidung, um die es hier geht, sind bereits mehrfach besetzt. Doch damit wäre niemandem gedient, der Rezeption des Gedankens am wenigsten. So sei zunächst noch einmal betont, was nicht gemeint ist. Autonomie ist natürlich nicht im Sinne der Philosophie von Immanuel Kant verstanden⁶. Es geht auch nicht bloß um die Ermächtigung zum Erlass von Satzungen⁷. Im hier verstandenen Sinne gibt es Autonomie nämlich auch jenseits der Selbstverwaltung. Die verfassungsdogmatische Frage beschränkt sich nicht auf die Durchbrechung von Art. 80 I 2 GG. Vielmehr ist der Gegenstand von Autonomie jede Form von Regulierung, die nicht unmittelbar vom demokratisch gewählten Parlament und der von ihm bestimmten Regierung und Verwaltung getragen wird. Im einfachrechtlichen Sinne liegt Autonomie vor, wo immer solche Regulierung stattfindet. Im verfassungsrechtlichen Sinne hat ein Regulator immer dann Autonomie, wenn er seinen Freiraum zur Regulierung gegen staatliche Ingerenz verteidigen kann. Verfassungsrechtlich ist also das subjektive Recht entscheidend. Autonomie setzt dabei keinen absolut geschützten Regelungsfreiraum voraus. Es genügt, wenn dieser Freiraum dem Grunde nach geschützt ist, vom Staat aber mit verfassungsrechtlich ausreichender Begründung beeinträchtigt werden darf.

Dieser Begriff von Autonomie lehnt sich an einen verbreiteten Sprachgebrauch an. So wird Art. 28 II 1 GG oft als Garantie kommunaler Autonomie gelesen⁸, Art. 9 III GG wird als Garantie der Tarifautonomie bezeichnet⁹, Art. 5 III GG als Garantie der Hochschulautonomie¹⁰, Art. 137 III WRV als Garantie der Kirchenautonomie¹¹.

4 Grundlegend *Peter Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer "gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion", Berlin, 2002.

5 An anderer Stelle habe ich die internationalen Fragen wenigstens skizziert: *Christoph Engel*, Hybrid Governance Across National Jurisdictions as a Challenge to Constitutional Law, in: *European Business Organisation Law Review* 2 (2001) S. 569-584; jüngst anregend *Dieter Kerwer*, Rules That Many Use, Standards and Global Regulation, im Erscheinen.

6 *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga, 1785, BA 87.

7 In diesem Sinne ist der Begriff etwa verwendet bei *BVerfGE* 33, 125, 154 und 157 – Facharzt; *Christian Starck*, Autonomie und Grundrechte. Zur Regelungsbefugnis öffentlich-rechtlicher Autonomieträger im Grundrechtsbereich, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 92 (1967) S. 449-478, 467; *Reinhard Henderl*, Das Prinzip Selbstverwaltung, in: *Josef Isensee und Paul Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IV: Finanzverfassung, Bundesstaatliche Ordnung, 1999, S. § 106, R 38.

8 Etwa *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Sicherung kommunaler Autonomie durch Stärkung von Verwaltungsverantwortung und Folgenföhlbarkeit im Bundesstaat, in: *Hans-Günther Henneke*, Stärkung der kommunalen Handlungs- und Entfaltungsspielräume, 1996, S. 141-146.

9 Etwa *Hansjörg Otto*, Tarifautonomie unter Gesetzes- und Verfassungsvorbehalt. Gedanken zur Funktionsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG, in: *Festschrift für Albert Zeuner zum 70. Geburtstag*, 1994, S. 121-145; *Martin Henssler*, Tarifautonomie und Gesetzgebung, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1998 S. 1-40.

10 Etwa *Franz-Ludwig Knemeyer*, Freiheit von Forschung und Lehre - Hochschulautonomie, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 1982, S. 513-517.

11 Etwa *Günter Otto*, Das Spannungsverhältnis zwischen der Regelungsautonomie der Kirchen und dem Grundrechtsschutz von Ehe, Familie und Religionsfreiheit, in: *Familienrechtszeitung* 1994, S. 929-935; auch von

Der Begriff hat eine lange Tradition. Schon Otto von Guericke hat ihn dem „schwankenden Begriff“ der Selbstverwaltung vorgezogen¹². Auch Hermann Roesler¹³ und Carl Schmitt verfolgen dieses Anliegen¹⁴. Auch im gegenwärtigen Schrifttum wird der Begriff nicht selten in dieser Weise verwandt¹⁵. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss der EG hat mittlerweile sogar sein gesamtes Selbstverständnis auf dem Konzept der Zivilgesellschaft aufgebaut. Für deren Kern hält er Autonomie im hier verstandenen Sinne¹⁶.

II. Selbstverwaltung

An wenigen, aber wichtigen Stellen schützt das Grundgesetz die Selbstverwaltung ausdrücklich (1). Das sind zwar subjektive Rechte. Diese Rechte sind aber keine Freiheitsrechte, sondern gewähren Autonomie (2). Die Liste der Gründe für diesen verfassungsrechtlichen Schutz ist lang (3). Gleichwohl kann darauf keine Analogie gestützt werden. Die Gewährungen des Grundgesetzes sind enumerativ (4). Wohl kann und sollte man den vorhandenen Garantien aber eine einheitliche dogmatische Struktur geben. Das gilt sowohl für den Tatbestand (5) wie für die Schranken (6). Aus dem so gewonnenen dogmatischen System lässt sich dann auch die Entscheidung von Folgefragen ableiten (7).

1. Normenbestand

Die Autonomie der Gemeinden ist in Art. 28 II 1 GG geschützt¹⁷. Die Autonomie der Universitäten und Fakultäten wird aus Art. 5 III GG abgeleitet¹⁸. Die Autonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten folgert das Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 I 2 GG¹⁹. Die Regelungsaus-

einer Autonomie der Sozialversicherungsträger ist die Rede, obwohl hier ein subjektives Recht gerade fehlt, etwa *Friedrich E. Schnapp*, Soziale Selbstverwaltung zwischen Autonomie und Fremdbestimmung, in: Mitteilungen der Versicherungsanstalt Oberfranken 1982, S. 499-508.

12 *Otto Friedrich Von Guericke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin, 1869, I, 743 f.

13 *Hermann Roesler*, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Erlangen, 1872, 43: Selbstverwaltung verleiht ihrem Träger „ein bestimmtes Gebiet unabhängiger Tätigkeit gegenüber den Verwaltungsorganen und namentlich auch gegenüber dem Staate“

14 *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, München, Leipzig, 1928, 170 unterscheidet die „Freiheitsrechte des isolierten Einzelnen“ von „Freiheitsrechten des Einzelnen in Verbindung mit anderen Einzelnen“.

15 Etwa *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, in: Ingo von Münch und Peter Selmer, Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 249-264, 252; *Winfried Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status - verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen, 1997, S. 25 und 365; *Thomas Groß*, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, in: Deutsches Verwaltungsblatt (2002) S. 1182-1194, 1191.

16 Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema "Die Rolle und der Beitrag der organisierten Zivilgesellschaft zum europäischen Bildungswerk", ABl. 1999 C 329/30, 5.2.1.

17 Zuletzt zusammenfassend *BVerfG (Kammer)* 7.1.1999, NVwZ 1999, 520, 520 – Wegerecht.

18 *BVerfGE* 15, 256, 261 – außerordentlicher Professor; zur Frage der Erstreckung auf die verfassten Studentenschaften s. *Erhard Denninger*, Das politische Mandat der Studentenschaft, in: Kritische Justiz 1994, S. 1-22.

19 *BVerfGE* 31, 314, 322 – 2. Fernsehurteil; zur Frage der Grundrechtsträgerschaft der Landesmedienanstalten s. *Herbert Bethge*, Grundrechtsschutz für die Medienpolizei ?, in: Neue Juristische Wochenschrift 1995, S. 557-561.

tonomie der Kirchen folgt aus Art. 137 III WRV²⁰, beziehungsweise direkt aus Art. 4 II GG²¹. Weitere Garantien finden sich in den Landesverfassungen²².

Auch sonst spricht das Grundgesetz gelegentlich von Autonomie, auch wenn es dabei nicht dieses Wort verwendet. Insbesondere bestimmt Art. 87 II 1 GG, dass die Sozialversicherungsträger als bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts verfasst sind²³. Art. 87 III GG gestattet dem Bund, weitere bundesunmittelbare Körperschaften zu errichten²⁴. Art. 88,2 GG verpflichtet den Bund, an der Errichtung einer unabhängigen Europäischen Zentralbank mitzuwirken. Art. 90 II GG sieht vor, dass die Bundesfernstraßen von den „nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften“ verwaltet werden²⁵. Art. 106 V-IX sorgt für die Finanzausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände. All das sind aber nur Aussagen des objektiven Verfassungsrechts. Zu subjektiven Rechten können sie nur dann werden, wenn die Verfassung ihrem Träger an anderer Stelle solch ein Recht einräumt.

2. Freiheit oder Autonomie?

Freiheitsrechte und Autonomierechte stehen in einem Verhältnis von Nähe und Distanz²⁶. Beide schützen vor staatlicher Ingerenz. Historisch haben sich die Autonomierechte aus den Freiheitsrechten entwickelt. So war die Gemeindeautonomie in den Reichsverfassungen von 1849 und 1919 noch den Grundrechten zugeordnet²⁷. Nur die Gemeindeautonomie ist bislang dogmatisch aus dem Grundrechtsteil herausgelöst worden. Nur für sie ist mit der Kommunalverfassungsbeschwerde auch ein selbständiger Rechtsbehelf geschaffen worden. Die übrigen Autonomiegewährungen stehen nach wie vor im Grundrechtsteil der Verfassung. Sie müssen mit der Verfassungsbeschwerde verfolgt werden. Dogmatisch bleibt einstweilen also nichts anderes, als die Grundrechte als Sammelbegriff für Freiheits- und Autonomierechte zu deuten²⁸.

20 *BVerfGE* 53, 366, 367 und passim – Kirchliches Krankenhaus.

21 Ebd., 387.

22 Einzelheiten bei *Groß*, (Bibl.) S. 1182; *Janbernd Oebbecke*, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 62 (2003) S. 366-400, 390 f.

23 Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *Schmidt-Aßmann*, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, (Bibl.) S. 253; s. auch *Winfried Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, in: Die Verwaltung 35 (2002) S. 349-376, 365.

24 Dazu *Rüdiger Breuer*, Selbstverwaltung und Mitverwaltung Beteiligter im Widerstreit verfassungsrechtlicher Postulate, in: Die Verwaltung 1977, S. 1-29, 8.

25 Dazu *Hendler* (Bibl. 1999), R 50.

26 Vgl. ebd., R 53: „Affinität zwischen Grundrechten und Selbstverwaltung“.

27 Darauf weist *Schmidt-Aßmann*, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung (Bibl.), S. 255 hin.

28 Diese dogmatische Figur braucht man etwa, um die folgende merkwürdige Äußerung des BVerfG zu bewältigen: „Im Kontext des Grundgesetzes ist der den Religionsgemeinschaften in Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV angebotene Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ein Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit [...]. Der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts soll die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Religionsgemeinschaften unterstützen. Die Religionsgemeinschaften mit öffentlich-rechtlichem Status sind in gleichem Umfang grundrechtsfähig wie Religionsgemeinschaften privatrechtlicher Rechtsform.“, *BVerfGE* 102, 370, 387 – Zeugen Jehovas.

Sachlich ist beides jedoch grundverschieden²⁹. Wer ein Freiheitsrecht in Anspruch nimmt, will nur für sich selbst handeln. Er mag mit der Freiheit anderer kollidieren. Dann wird der Ausgleich zwischen konkurrierender Freiheit zu einer legitimen Aufgabe für den Staat. Er mag über Dritte Macht haben. Dann müssen die Dritten die Wirkungen des Freiheitsgebrauchs ertragen, falls ihnen der Staat nicht zu Hilfe kommt. Aber wer Freiheit beansprucht, will nicht seinerseits Gesellschaft ordnen. Genau diese Ordnungsabsicht ist es, die Autonomie ausmacht. Wer Autonomie beansprucht, will erreichen, dass er seine Ordnungsvorstellungen ungehindert durchsetzen kann. Drittwirkung ist bei der Autonomie also keine gelegentliche, zufällige oder bloß in Kauf genommene Nebenwirkung. Der Wunsch, auf das Verhalten anderer Personen einzuwirken, macht Autonomie aus. Autonomie gewährt die Befugnis zur Herrschaft. Sie ist nicht Freiheitschutz, sondern Freiraumschutz.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gemeindeautonomie kommt dieser Gedanke klar zum Ausdruck. Geschützt ist vor allem die Planungshoheit³⁰. Als ihr Substrat sind grundsätzlich auch die Organisationshoheit³¹ und die Finanzhoheit³² vom Schutz umfasst. Ein Schutz einzelner Vermögensgegenstände steht der Gemeinde dagegen nicht zu. Denn sie ist gerade nicht Trägerin des Grundrechts aus Art. 14 GG³³.

All das gilt aber nicht nur für die Gemeindeautonomie, sondern für jede verfassungsrechtlich geschützte Autonomie. Bislang finden sich allerdings erst Spuren dieses Gedankens in der Verfassungsrechtsprechung. Am deutlichsten ist eine Entscheidung, nach der sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht auf das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG berufen können³⁴.

Die verfassungsrechtlichen Garantien der Selbstverwaltung könnten auch noch anders gedeutet werden. Man könnte sie als verfassungsrechtlichen Schutz von Gruppenrechten sehen, der von den Freiheitsrechten als Individualrechten zu unterscheiden wäre. Darin liegt jedoch nicht der Kern des Problems. Dogmatisch zeigt sich das an der Tatsache, dass die Autonomierechte jeweils dem Selbstverwaltungsträger zugeordnet sind, seinen Mitgliedern dagegen allenfalls subsi-

29 Der Gedanke ist angedeutet bei *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung (Bibl.), S. 354: „das verfassungsrechtliche Grundanliegen des Organisationstypus [der funktionalen Selbstverwaltung], das in der Eröffnung demokratischer Partizipation und nicht in der Beschränkung staatsbürgerlicher Freiheit liegt“; *Groß*, (Bibl.), S. 1194: „Die Funktion der Grundrechte als individueller Freiheitsschutz wird überdehnt“, wenn die Universitäten und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter als Grundrechtsträger behandelt werden.

30 *BVerfGE* 76, 107, 118 – Landesraumordnungsprogramm Niedersachsen; Selbstorganisation ist also nicht etwas qualitativ anderes als Selbstregulierung. Beides hängt untrennbar zusammen.

31 *BVerfGE* 91, 228, 236 – Gleichstellungsbeauftragte.

32 *BVerfGE* 26, 228, 244 – Sorsum.

33 *BVerfGE* 61, 82, 101 – Sasbach; *BVerfG (Kammer)* 7.1.1999, NVwZ 1999, 520, 521 – Wegerecht.

34 *BVerfGE* 78, 101, 102 f. – Eigentumsrecht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Erwähnenswert ist auch folgende Stelle aus einer Entscheidung zu den Zahntechniker-Innungen: „Ihre Tätigkeit betrifft insoweit nicht den Vollzug gesetzlich zugewiesener hoheitlicher Aufgaben, sondern die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten. In den grundrechtsgeschützten Lebensbereich gehört indessen das Wirken juristischer Personen des öffentlichen Rechts nicht allein deshalb, weil ihnen Selbstverwaltungsrechte zustehen (*BVerfGE* 21, 362 [370]; 39, 302 [314]; 61, 82 [103]).“, *BVerfGE* 68, 193, 208. S. schließlich *BVerfG (Kammer)* 2.10.1995, NJW 1996, 584, 584 – Baugenossenschaft: „Soweit eine als juristische Person des Privatrechts verfaßte gemeinnützige Unternehmung (hier: Baugenossenschaft) i.S. des § 1 III RHG als Ausgeberin von Reichsheimstätten zugelassen war, waren ihr die entsprechenden Befugnisse nur im öffentlichen Interesse eingeräumt. Diese unterliegen daher nicht der Eigentümergarantie.“

diär³⁵. Normativ ändert die Einbeziehung der Gruppe nicht den Charakter des Rechts. Sie verschafft dem Autonomierecht nur eine stärkere Legitimationsbasis³⁶.

3. Telos

Für die Gewährung von Autonomie gibt es viele gute Gründe. Diese Gründe erklären, warum die Verfassung manchen Autonomieträgern auch gegenüber dem Gesetzgeber Schutz gewährt. Die Gründe lassen sich grob wie folgt ordnen³⁷: Wenn sie richtig eingesetzt wird, erhöht Autonomie die Qualität von Steuerung (a). Sie begrenzt staatliche Macht (b). Sie entspricht einem realen Bedürfnis der beteiligten Individuen (c). Sie stärkt das demokratische Gemeinwesen (d). Gelegentlich macht sie eine Gruppe staatlicher Steuerung überhaupt erst zugänglich oder erleichtert den Zugriff jedenfalls (e). Schließlich reagiert die verfassungsrechtliche Garantie von Autonomie auf eine geänderte oder jedenfalls anders wahrgenommene Verfassungswirklichkeit (f).

a) Steuerungsqualität

Der Rechtspositivismus hat viele wissenschaftliche Feinde. Naturrechtler halten ihn für einen seelenlosen Mechaniker³⁸. Die ökonomische Analyse politischer Entscheidungen hält ihn für einen willenlosen Spielball ausbeuterischer Mehrheiten³⁹. Die historische Rechtsschule hält ihn für einen geschichtslosen Gesellen, der mutwillig das Band zu Jahrtausenden der Rechtsentwicklung zerschneidet⁴⁰. Und doch ist das deutsche Recht ganz selbstverständlich positivistisch. Recht wird bei uns nicht gefunden, sondern gesetzt. Ob Recht gilt, ist eine Frage des Verfahrens. Die zentrale Rechtsquelle ist das Gesetz. In den Grenzen der Verfassung steht es jederzeit zur Disposition des Gesetzgebers. Diese Beweglichkeit macht viel Sinn. Sie erlaubt der Rechtsordnung, sich schnell an geänderte Verhältnisse oder Überzeugungen anzupassen. Genauer: Solche Veränderungen sind nicht auf den indirekten, hermeneutischen Weg der Auslegung verwiesen. Reformen können offen neuen Rechtstext schaffen.

Aus der Perspektive des Rechtspositivismus sind Gesetze Steuerungsinstrumente⁴¹. Sie reagieren auf ein wahrgenommenes soziales Problem. Ihnen liegt die Prognose zugrunde, durch rechtliche

35 Vgl. *Maunz-Dürig/Scholz* Art. 9 GG, R 24: Art. 9 GG ist ein „Verbandsgrundrecht“, kein „Gruppengrundrecht“.

36 Zu dem Spannungsverhältnis zwischen Autonomie und Demokratie s. unten 6 a; zu den Folgen für private Regulierung, die nicht von der Gruppe der Betroffenen ausgeht, s. unten III 4.

37 Eine etwas andere Klassifikation findet sich bei *Gunnar Folke Schuppert*, Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 114 (1989) S. 127-148.

38 Charakteristisch *Hans Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962, 183-190.

39 Charakteristisch *James M. Buchanan und Gordon Tullock*, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, 1962.

40 Charakteristisch *Friedrich Karl Von Savigny*, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

41 *Gunnar Folke Schuppert*, *Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht*, in: *Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Gunnar Folke Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen*, 1993, S. 65-114.

Intervention könne das Problem gemildert oder gar beseitigt werden. Aus dieser Perspektive kann Autonomie ein ausgesprochen nützliches Instrument sein⁴².

Den eindrucksvollsten empirischen Beleg hat Elinor Ostrom erbracht⁴³. Sie interessiert sich für soziale Probleme, die ohne staatliche Intervention eigentlich unlösbar sein müssten. In historisch belasteter, aber eindringlicher Sprache: Eigennutz müsste über Gemeinnutz triumphieren. Solche Situationen nennt die Ökonomie öffentliche Güter⁴⁴. Tatsächlich werden viele lokale und regionale Gemeinschaften mit solchen Problemen aber seit Jahrhunderten sehr gut fertig. Die Schweizer Allmenden sind nur ein sprichwörtliches Beispiel⁴⁵. Nicht alle Anstrengungen waren allerdings erfolgreich⁴⁶. Unter den folgenden Bedingungen war Autonomie erfolgreich: Die Grenzen sind klar bestimmt⁴⁷. Die internen Regeln des Selbstverwaltungsträgers passen zum Charakter des sozialen Problems⁴⁸. Möglichst viele Adressaten sind an der Regelbildung beteiligt⁴⁹. Regelverletzungen werden bemerkt und mit abgestuften Sanktionen beantwortet⁵⁰. Es gibt einen entwickelten Mechanismus zur Bewältigung interner Konflikte⁵¹. Der Selbstverwaltungsträger ist nicht isoliert, sondern in ein Netzwerk von Regulatoren eingebunden⁵². Schließlich und vor allem: die Regelungsautonomie des Selbstverwaltungsträgers ist jedenfalls prinzipiell vor staatlicher Intervention geschützt⁵³.

Steuerungsinstrumente kann man nur vergleichend beurteilen. Kein Instrument ist perfekt. Immer geht es um die Abwägung zwischen verschiedenen Bündeln aus Vor- und Nachteilen⁵⁴. So ist es auch im Verhältnis zwischen staatlichem Recht und Selbstverwaltung⁵⁵. Selbstverwaltung hat in diesem Vergleich eine Reihe charakteristischer Stärken.

Selbstverwaltung ist näher am Sachverhalt⁵⁶. Dabei geht es auch um Informationsgewinnungskosten. Was die Betroffenen ohnehin wissen, müsste sich der Staat erst mühsam erschließen. Wich-

42 Hendlar (Bibl. 1999), R 19: Selbstverwaltung als Instrument zur „Verbesserung der administrativen Leistungen“.

43 Elinor Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge ; New York, 1990.

44 Programmatisch Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in: *Science* 162 (1968) S. 1243-1248; eine gut lesbare Einführung in die Theorie öffentlicher Güter findet sich bei Charles Beat Blankart, *Öffentliche Finanzen in der Demokratie. Eine Einführung in die Finanzwissenschaft*, München, 2001, 57-66.

45 Viele empirische Belege sind zusammengetragen bei Ostrom (Bibl.), S. 58-102.

46 Misserfolge analysiert ebd., 143-181.

47 Ebd., 91

48 Ebd., 92: wir würden in deutscher Tradition sagen: der Selbstverwaltungsträger hat „richtiges Recht“ geschaffen.

49 Ebd., 93 f.

50 Ebd., 94-100.

51 Ebd., 100 f.

52 Ebd., 101 f.

53 Ebd., 101.

54 Am Beispiel des Abfallrechts habe ich das systematisch ausgearbeitet: Christoph Engel, *Abfallrecht und Abfallpolitik*, Baden-Baden, 2002, 49-110.

55 Vgl. Schuppert (Bibl.), S. 140: Selbstverwaltung als Instrument zur Verringerung des parlamentarischen Regelungsdefizits.

56 *BVerfGE* 33, 125, 156 – Facharzt: „Die Verleihung von Satzungsautonomie hat ihren guten Sinn darin, [...] den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können, eigenverantwortlich zu

tiger als dieser quantitative ist jedoch ein qualitativer Effekt. Regulierung ist den Adressaten oft nicht angenehm. Ihnen drohen zusätzliche Kosten und Hindernisse. Zumindest müssen sie von eingefahrenen Gewohnheiten lassen⁵⁷. Deshalb haben sie oft einen Anreiz, regelungsrelevante Information verborgen zu halten. Vielleicht versuchen sie sogar, dem Staat Sand in die Augen zu streuen. Der Staat kann sich in Grenzen zwar wehren. Ein drastisches Beispiel sind Kronzeugenregelungen⁵⁸. Oft gelingt es den potenziellen Adressaten aber, regulierungsrelevante Informationen lange, wenn nicht auf Dauer verborgen zu halten. So ist der Großteil der Abfallaltlasten in den USA nach wie vor unbekannt⁵⁹.

Selbstverwaltung hat es demgegenüber oft leichter. Da hier die Betroffenen selbst die Regeln schreiben, fließt ihr professionelles und lokales Wissen ein. Das kann einen direkten und einen indirekten Vorzug haben. Manche Umstände, die dem Staat verborgen bleiben würden, können Mitbetroffene direkt beobachten. Die Behauptungen des Adressaten können sie unmittelbar überprüfen⁶⁰. Der indirekte Vorzug beruht auf generischem Wissen⁶¹. Es kann aus der Kenntnis von explizit formulierten Gesetzmäßigkeiten bestehen. Häufig ist solches Wissen zugleich aber auch implizit⁶². Als Mitglied einer Gemeinschaft kann man Behauptungen einschätzen und Signale verwerten. Eine bloße Andeutung, ein Oberton oder eine Vielzahl je allein irrelevanter Einzelheiten werden dann sprechend.

Weil Selbstverwaltung näher am Gegenstand ist, kann sie oft auch sehr viel differenzierter sein⁶³. Sie kann auf einer sehr viel breiteren Wissensbasis arbeiten⁶⁴. Ebenso wichtig ist aber ein Vorzug bei der Regeldurchsetzung. Es liegt im Eigeninteresse der übrigen Betroffenen, dass sich alle an die Regeln halten. Deshalb haben sie ein Interesse, die übrigen Mitglieder intensiv zu beobachten. Oft fallen diese Beobachtungen ohnehin an, weil mehrere Betroffene am selben Ort tätig sind. Dann können differenzierte Regeln auch glaubhaft durchgesetzt werden⁶⁵. Aus diesen

überlassen“; s. auch *BVerfGE 10*, 89, 106 – Großer Erftverband; *BVerfG (Kammer)* 19.1.2001, R 35 – Prüfverband.

57 Der letzte Gesichtspunkt findet in der Regulierungsdiskussion zu Recht immer mehr Aufmerksamkeit. Sie sucht nach „win-win-solutions“, also nach Interventionen, bei denen sich die Adressaten schließlich nicht schlechter, sondern oft sogar besser stehen. Ein abfallpolitisches Beispiel diskutiere ich in *Engel*, Abfallrecht (FN 54), S. 52-69.

58 Anregend *Roswitha Kleineidam und Markus Lehmann*, Das Problem der Altlastenentdeckung - Anreize zur Informationsenthüllung durch eine Kronzeugenregelung, in: *Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht* 24 (2001) S. 475-495.

59 Näher *Roswitha Kleineidam*, Abfallwirtschaft in Deutschland und den USA. Ein ökonomisch informierter Rechtsvergleich ausgewählter Themen: Abfallverbringung, Entsorgungsgebühren und Altlastensanierung, Baden-Baden, 2001, 105-175, insbes. 160-164.

60 Diese letzte Unterscheidung wird in der Spieltheorie mit den etwas missverständlichen Begriffen „beobachtbare“ vs. „verifizierbare“ Information belegt, s. etwa *Douglas G. Baird, Robert H. Gertner und Randal C. Picker*, *Game Theory and the Law*, Cambridge, Mass., 1994, 109-112.

61 Zu dieser Kategorie etwa *Klaus Fiedler*, Unsicheres Wissen als Beginn - nicht als Grenze der Wissenschaft., in: *Christoph Engel, Jost Halfmann und Martin Schulte*, *Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen*, 2002, S. 277-297, 294 und passim.

62 Grundlegend zu dieser Unterscheidung *Robin Cowan, Paul A. David und Dominique Foray*, The Explicit Economics of Knowledge Codification and Tacitness, in: *Industrial and Corporate Change* 9 (2000) S. 211-253.

63 *BVerfGE 33*, 125, 156 f. – Facharzt; *Starck* (Bibl.), S. 239 des Nachdrucks 2002.

64 Ein anschauliches Beispiel schildert *James M. Acheson*, *The Lobster Gangs of Maine*, Hanover, NH, 1988.

65 S. erneut *Ostrom*, 94-100.

Gründen können die Regeln von Selbstverwaltungskörperschaften viel komplexer sein als staatliches Recht⁶⁶. Das kann ein Vorzug sein⁶⁷.

Schließlich kann Autonomie der Ausweg sein, wo dem Staat der Zugriff auf den Regelungsgegenstand aus verfassungsrechtlichen Gründen verwehrt ist⁶⁸. So liegt es insbesondere bei den Medien. Art. 5 I 3 GG verbietet kategorisch jede Vorzensur⁶⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat aus Art. 5 I 2 GG außerdem ein striktes Gebot der Staatsferne abgeleitet. Danach sind dem Staat alle Eingriffe versagt, die zu einer Meinungslenkung führen könnten⁷⁰. Deshalb gibt es die pluralen Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der Landesmedienanstalten. Und deshalb setzt der Jugendmedienschutzstaatsvertrag auf Selbstregulierung⁷¹.

Autonomie ist nicht nur dort erwägenswert, wo der Staat hilflos wäre⁷². Vielmehr kann die Gewährung von Autonomie auch Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips sein⁷³. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn zur Bewältigung des sozialen Problems keine souveräne Intervention erforderlich ist. Wann dem so ist, lässt sich in spieltheoretischen Kategorien sehr genau ausdrücken⁷⁴. Es kommt darauf an, welche Art von Spiel die Beteiligten miteinander spielen⁷⁵. Oft können sie sich durch geeignete Gestaltung ihrer Interaktion selbst helfen⁷⁶. Nicht selten genügt auch, dass sich die Beteiligten freiwillig der Intervention eines privaten Dritten unterwerfen. Der Staat wird nur dann gebraucht, wenn die Betroffenen zu ihrem Glück gezwungen werden müssen⁷⁷. Der Charakter des Spiels muss also verhindern, dass die Parteien von selbst zur individuell und sozial besten Lösung finden⁷⁸.

66 Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschusses (FN 16) Nr. 4.3 und 7.2.

67 Dafür etwa *Breuer*, in: S., 9; kritisch dagegen *Richard Allen Epstein*, *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge, MA, 1995.

68 *Kluth*, *Selbstverwaltung*, 392 f. (zu den Universitäten).

69 Grundlegend *Christoph Fiedler*, *Die formale Seite der Äußerungsfreiheit. Zensurverbot und Äußerungsgrundrechte*, Berlin, 1999.

70 S. nur *BVerfGE* 73, 118, 185 – 4. Fernsehurteil und aus der Literatur insbes. *Hubertus Gersdorf*, *Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1991.

71 §§ 19, 20 III Jugendmedienschutzstaatsvertrag.

72 Vgl. *Schuppert* (Bibl.) S. 140: *Selbstverwaltung als Instrument zur Vermeidung einer Überforderung des Gesetzgebers*.

73 Das Prinzip ist bekanntlich vor allem in der katholischen Soziallehre ausgearbeitet, grundlegend *Oswald Von Nell-Breuning*, *Gerechtigkeit und Freiheit. Grundzüge katholischer Soziallehre*, Wien, 1980.

74 Grundlegend *Fritz Wilhelm Scharpf*, *Games Real Actors Play. Actor-centered Institutionalism in Policy Research*, Boulder, Colo., 1997.

75 Analytisch scharf *Katharina Holzinger*, *The Problems of Collective Action. A New Approach*, 2003, http://www.mpp-rdg.mpg.de/pdf_dat/2003_2.pdf.

76 Dann sprechen die Ökonomen davon, dass ein direkter Mechanismus möglich ist, oder jedenfalls der Austausch hinreichend glaubwürdiger Signale, näher *Urs Schweizer*, *Vertragstheorie*, Tübingen, 1999.

77 Die Mechanismustheorie der Ökonomen spricht davon, dass der Staat die Teilnahmebedingung überspielen kann.

78 Spieltheoretisch gesprochen: die effiziente Lösung ist kein Nash-Gleichgewicht, wie etwa bei einem einmaligen, simultanen Gefangenendilemma, zu diesen Konzepten näher *Baird, Gertner und Picker* (FN 60) 19-28 und 31-35.

Ein Beispiel für diesen Ansatz spiele ich durch in *Christoph Engel*, *Institutions Making Behaviour Predictable*, im Erscheinen, part C.

Schließlich kann die Gewährung von Autonomie auch ganz pragmatisch begründet sein. Der Staat möchte auf eine zusätzliche Steuerungsressource zugreifen⁷⁹. Dabei kann es dem Staat um die besondere Sachkunde der Betroffenen gehen⁸⁰. Sie ist also auch dort normativ beachtlich, wo dem Staat selbst der Zugriff auf regelungsrelevante Informationen nicht kategorisch verschlossen wäre. Außerdem sind die Betroffenen regelmäßig eine wertvolle Ressource für den Vollzug⁸¹. Autonomiegewährung vermindert dann die Sorge um ein Vollzugsdefizit⁸². Denn die Betroffenen machen nicht nur mehr und verlässlichere Beobachtungen als der Staat. Als private attorney general⁸³ sind die Privaten auch deshalb wertvoll, weil sie regelmäßig gut motiviert sind. Ist die Betroffenengemeinschaft eine Gemeinschaft von Unternehmen, steht sich jeder nämlich individuell am besten, wenn sich alle anderen an die Regeln halten, nur er selbst nicht. Aus dem Wunsch, solche Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, erklärt sich etwa die große Zahl lauterkeitsrechtlicher Klagen. Die Betroffenen sind aber auch dann eine wertvolle Vollzugsressource, wenn sie nicht im Wettbewerb miteinander stehen. Dafür ist eine Eigenheit der menschlichen Psyche verantwortlich. Die Menschen haben feine Sensorien, um Regelverletzungen ausfindig zu machen⁸⁴. Werden sie fündig, ist der Wunsch zur Bestrafung der Übeltäter stark. Die meisten Menschen sind zur Bestrafung auch dann bereit, wenn der individuelle Nutzen daraus kleiner ist als Aufwand oder Risiko⁸⁵.

b) *Begrenzung staatlicher Macht*

Die Gewährung von Autonomie ist auch ein Instrument zur Gewaltenteilung⁸⁶. Selbstverwaltung ist also ein „Dezentralisierungskonzept“⁸⁷. Autonomie stellt Staatsferne her⁸⁸. Bei geeigneter

79 *BVerfGE* 33, 125, 155 f. – Facharzt; *Schuppert* (Bibl.), S. 139; *Hendler* (Bibl. 1999), R 19.

80 S. erneut *BVerfGE* 10, 89, 106 – Großer Erftverband; *BVerfGE* 33, 125, 158; *BVerfG (Kammer)* 19.1.2001, R 35 – Prüfverband.

81 Vgl. *Matthias Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: *VVDStRL* 56 (1997) S. 160-234, 170: „Das Postulat größtmöglicher Aktivierung selbstregulativer Beiträge“.

82 Grundlegend dazu *Gerd Winter*, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht. Ein Beitrag zur Soziologie des Öffentlichen Rechts, Berlin, 1975; *Renate Mayntz*, Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte, Königstein/Ts., 1980; *Adrienne Windhoff-Héritier*, Politikimplementierung. Ziel und Wirklichkeit politischer Entscheidungen, Königstein/Ts., 1980.

83 Der griffige Ausdruck ist im amerikanischen Recht geläufig, s. etwa *Agency Holding Corp. v. Malley-Duff & Associates*, 107 S.Ct. 2759, 483 U.S. 143, 151 (1987).

84 In der Psychologie werden sie cheater detection mechanism genannt, näher *Alan Page Fiske*, Structures of Social Life. The Four Elementary Forms of Human Relations : Communal Sharing, Authority Ranking, Equality Matching, Market Pricing, New York; Toronto, 1991.

85 Die Psychologen sprechen von punishing sentiments, näher *Ernst Fehr*, Cooperation and Punishment in Public Goods Experiments, in: *American Economic Review* 90 (2000) S. 980-994.

86 *BVerfGE* 38, 281, 303: „Das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung grenzt die freiheitliche Ordnung von einem System ab, in dem das Volk von oben her in ständisch-korporative Gruppen gegliedert und nur noch in dieser von vornherein durch obrigkeitliche Lenkung "kanalisierten" Form an der öffentlichen Meinungs- und Entscheidungsbildung beteiligt wird.“; s. auch *BVerfGE* 50, 290, 353 – Mitbestimmung; *Hendler* (Bibl. 1999), R 36 spricht vom „Staatsdistanzprinzip“.

87 *Schuppert* (Bibl.), S. 129; s. auch *Kluth* (Bibl.), S. 350 FN 9; zu Ende gedacht führt das zu einer Parzellierung von Staatlichkeit, der insbes. *Bruno Frey*, A Utopia? Government without Territorial Monopoly, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 157 (2001) S. 162-175 das Wort redet.

88 *Kluth* (Bibl.), S. 392 f.

Ausgestaltung kann es zu einem Regulierungswettbewerb kommen⁸⁹. Solch ein Wettbewerb kann vor allem dann wohltuend wirken, wenn die beste Lösung für ein soziales Problem erst noch gefunden werden muss. Denn auch Regulierungswettbewerb wirkt als Entdeckungsverfahren⁹⁰. Die Parallelität von Regulatoren schützt zugleich eine Art „kultureller Biodiversität“⁹¹.

c) Menschenrechtlicher Gehalt

Art 9 I GG wird sich als Generalklausel für den Schutz der Selbststeuerung erweisen⁹². Selbststeuerung ist nichts kategorial anderes als Selbstverwaltung. Ihr fehlt nur der Zugriff auf souveräne Befugnisse. Deshalb können und müssen bereits an dieser Stelle die Begründungen Beachtung finden, die für den Schutz der Autonomie in der Form von Selbststeuerung gegeben werden.

Das Bundesverfassungsgericht beruft sich vor allem auf den „mensenrechtlichen Gehalt“ der Norm⁹³. Die Verfassung respektiert also, dass die Menschen nicht zum Kaspar Hauser geboren sind. Sie sind, wie schon Aristoteles bemerkt hat, ein „animal sociale“⁹⁴. Das Grundgesetz folgt dabei nicht dem historisch älteren ständischen Prinzip. Es zwingt die Menschen also nicht in lebenslange Statusverhältnisse. Vielmehr bekennt es sich in Art. 9 I zum liberalen Assoziationsprinzip⁹⁵. Wie sie ihre soziale Anlage ausleben wollen, überlässt das Grundgesetz prinzipiell also den Menschen selbst.

In Art. 9 I GG steckt deshalb auch das „Prinzip freier sozialer Gruppenbildung“⁹⁶. Dazu passt die Vorstellung von Selbstverwaltung als „einer ‚Zwischenschicht‘ einer sich von unten aufbauenden Staatlichkeit“⁹⁷. Sie trifft sich mit dem deutschrechtlichen Genossenschaftsgedanken⁹⁸, den vor allem Otto von Guericke ausgearbeitet hat⁹⁹. Heute würde man wohl eher von der „organisierten Zivilgesellschaft“ sprechen¹⁰⁰.

89 Zu diesem Konzept näher *Lüder Gerken*, *Competition Among Institutions*, Houndmills, 1995; *Monopolkommission*, *Systemwettbewerb*, Baden-Baden, 1998; *Markus Müller*, *Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung*, Baden-Baden, 2000.

90 Vgl. den programmatischen Titel von *Friedrich-August Von Hayek*, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in: *Friedrich-August von Hayek, Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze von Friedrich-August von Hayek*, 1969, S. 249-265.

91 Der plastische Ausdruck stammt von *Paul A. David*, *The Internet and the Economics of Network Technology Evolution*, in: *Christoph Engel und Kenneth H. Keller, Understanding the Impact of Global Networks on Local Social, Political and Cultural Values*, 2000, S. 39-71, 69 f.

92 S. unten III 4.

93 *BVerfGE* 50, 290, 352 f. – Mitbestimmung; s. auch *BVerfGE* 38, 281, 303 – Arbeitnehmerkammern; *BVerfGE* 80, 244, 252 – Vereinsverbot; *Maunz-Dürig/Scholz* Art. 9 GG, R 21 spricht von der „Persönlichkeitsverwirklichung in Gruppenform“, *AK/Rinken* Art. 9 I GG, R 42 von der „Persönlichkeitsentwicklung in Gruppenform“.

94 *Aristoteles*, *Politik. Schriften zur Staatstheorie*, Stuttgart, 1989, 1,2 (bzw. im griechischen Original: „ζῶον πολιτικόν“).

95 *Maunz-Dürig/Scholz* Art. 9 GG, R 2.

96 *BVerfGE* 50, 290, 352 – Mitbestimmung.

97 *Schmidt-Aßmann* (Bibl.), S. 256.

98 *Kluth* (Bibl.), S. 350 FN 9.

99 *Von Guericke* (FN 12).

100 Das ist jedenfalls die europäische Sprachregelung: EU Kommission Weißbuch Europäisches Regieren, KOM (2001) 428 endg. vom 25.7.2001, ABl. C 287/19 FN 9; näher EU Wirtschafts- und Sozialausschuss (FN 16).

Das ist jedoch nur eine, keineswegs die einzige gedankliche Linie, die von Art. 9 I GG ausgeht. Andernfalls würde das Grundgesetz nämlich eine ganz bestimmte normative Vorstellung vom sozialen Zusammenleben privilegieren. Es würde sich mit anderen Worten auf die Seite einer ganz bestimmten Konstruktion des sozialen Problems schlagen. Man kann sie am besten als die egalitäre Konstruktion beschreiben¹⁰¹. Das Grundgesetz ist offen für egalitäre Organisationsformen. Es schützt in Art. 8 etwa die spontane Versammlung. Art. 9 I gilt etwa auch für Bürgerinitiativen¹⁰². Die Vorschrift ist darauf jedoch nicht beschränkt. Geschützt sind etwa auch Handelsgesellschaften¹⁰³. Sie sind nach einer alten ökonomischen Einsicht Inseln der Hierarchie im Markt¹⁰⁴. Schließlich verschwindet der Schutz der Vereinigungsfreiheit nicht deshalb, weil eine Organisation intern auf das Marktprinzip setzt. Weder die Schaffung von Profitcentern noch die Anwendung des „neuen Steuerungsmodells“ in einer Selbstverwaltungskörperschaft lassen den Autonomieschutz entfallen. Kurz: Das Grundgesetz überlässt es der Vereinigung, ob sie sich intern egalitär, hierarchisch oder individualistisch organisieren will. Zum Schutzgut der Autonomiefreiheit zählt auch die Organisationsfreiheit¹⁰⁵. Der Autonomieschutz ist also neutral gegenüber der weltanschaulichen Grundhaltung einer Vereinigung. Er nimmt nicht Partei für einen „way of life“¹⁰⁶.

d) *Partizipation und Demokratie*

Selbstverwaltung ist „Betroffenenverwaltung“¹⁰⁷. „Sie hat für die Betroffenen den Vorteil, dass sie unmittelbar gestaltend an der Erfüllung der sie besonders berührenden öffentlichen Aufgaben mitwirken und ihren Einfluss schon im Stadium der Willensbildung des Verbandes geltend machen können“¹⁰⁸. Diese Konzeption geht schon auf Lorenz von Stein zurück. Er sah Selbstverwaltung als Teilhabe der Bürger an der vollziehenden Gewalt, in Ergänzung zu ihrer Teilhabe an der legislativen Gewalt durch Wahlen¹⁰⁹. Selbstverwaltung war also gedacht als Versöhnung

101 Den Versuch einer knappen Darstellung dieser Sicht des sozialen Problems habe ich unternommen in *Christoph Engel, Governing the Egalitarians from Without. The Case of the Internet*, im Erscheinen.

102 *Von Münch/Löwer* Art. 9 GG, R 2 und R 34; gelegentlich wird der Zugang zu dieser einfachen Einsicht durch das sich verselbständigende Merkmal der Dauerhaftigkeit verstellt (s. etwa *von Mangoldt-Klein/Kemper* Art. 9 I GG, R 76 f.). Es kann aber allenfalls zur Abgrenzung zwischen Art. 8 und Art. 9 I GG dienen. Bei der hier untersuchten Ausnutzung der Vereinigungsfreiheit ist es ganz entbehrlich. Denn Versammlungen wollen nie selbst regulieren, sondern immer nur auf fremde, nämlich staatliche, Regulierung Einfluss nehmen.

103 *BVerfGE* 50, 290, 355 – Mitbestimmung; das Gericht hat ebd. 355 f. nur offengelassen, ob der Schutz auch für „größere Kapitalgesellschaften“ gilt.

104 Grundlegend *Ronald Coase, The Nature of the Firm*, in: *Economica* 4 (1937) S. 386-405.

105 *BVerfGE* 91, 228, 236 – Gleichstellungsbeauftragte (zu Art. 28 II 1 GG); *BVerfGE* 50, 290, 354 – Mitbestimmung (zu Art. 9 I GG).

106 Das ist der technische Ausdruck der soziologischen Theorie, die das Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen Wirklichkeitskonstruktionen am genauesten ausgearbeitet hat. Sie nennt sich *cultural theory*, grundlegend *M. Thompson, Richard Ellis und Aaron B. Wildavsky, Cultural Theory*, Boulder, Colo., 1990.

107 Den plastischen Begriff hat *Schmidt-Aßmann* (Bibl.), S. 253 geprägt; *Schuppert* (Bibl.), S. 135 und *Kluth* (Bibl.), S. 350 FN 9 sprechen von „Betroffenenpartizipation“; s. auch *Hendler* (Bibl. 1999), R 15 und *Breuer* (Bibl.), S. 11; Wirtschafts- und Sozialausschuss (FN 16) 5.2.1.

108 *BVerfGE* 10, 89, 103 – Großer Erftverband; s. auch *BVerfG (Kammer)* 23.1.1997, NJW 1997, 1634, 1634 – Ärztekammer Hamburg.

109 *Lorenz Von Stein, Die Verwaltungslehre*, Stuttgart., 1865, I/2, 169.

zwischen der Bürgerschaft und dem monarchischen Staat¹¹⁰. Sie ist auch heute noch dazu gedacht, „den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern“¹¹¹.

Autonomie steht in einem Spannungsverhältnis zu dem demokratischen Gedanken der Repräsentation des Ganzen durch das Parlament. Das wird noch näher auszuführen sein¹¹². Autonomie, und insbesondere Selbstverwaltung, hat aber auch selbst eine demokratische Komponente¹¹³. Deshalb lässt die Verfassung autonomer Rechtsbildung mehr Freiraum als der delegierten Rechtssetzung durch die staatliche Verwaltung¹¹⁴. Autonomie muss zwar nicht im engeren Sinne politisch genutzt werden, sie kann es aber¹¹⁵. „Die Zivilgesellschaft ist ein Ort der kollektiven Willensbildung und der Bürgervertretung“¹¹⁶. Autonomie hat also auch eine „öffentliche Seite“¹¹⁷. Hinter der Gewährung von Autonomie steht die Einsicht, dass die repräsentative Demokratie Strukturmängel hat¹¹⁸. In der sozialen Wirklichkeit ist das Volk keine Einheit. Autonomie schafft einen Freiraum für diese Vielfalt¹¹⁹. Dadurch ist Autonomie auch ein Instrument des Minderheitenschutzes. Darauf hat Hans Peters bereits in der Weimarer Republik aufmerksam gemacht¹²⁰.

Minderheitenschutz ist Rücksichtnahme auf Andersartigkeit. Das ist wichtig. Denn im letzten ist normativer Streit nicht entscheidbar. Man kann nicht beweisen, dass die richtige soziale Ordnung vom Einzelnen oder von der Gemeinschaft her gedacht sein soll. Ebenso wenig kann man beweisen, dass es gerecht ist, alle formal gleich zu behandeln, und nicht nach ihrem Bedürfnissen oder nach ihren Fähigkeiten¹²¹. Außerdem ergehen alle staatlichen Entscheidungen unter Unsicherheit. Denn sie wollen ja für die Zukunft wirken, die niemand wirklich vorhersehen kann. Meist bleibt überdies auch die Vergangenheit unsicher, die Anlass zum Einschreiten geboten hat¹²². Es geht schließlich also nicht ohne Dezsision. Alle Dezsision kann falsch sein¹²³.

110 *Schuppert* (Bibl.), S. 128.

111 *BVerfGE 33*, 125, 157 – Facharzt.

112 S. unten 6 a.

113 *Ernst Thomas Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin, 1991; *Kluth* (Bibl.), S. 350; Wirtschafts- und Sozialausschuss (FN 16) 7.1.

114 *BVerfGE 33*, 125, 157 – Facharzt.

115 *Detlef Merten*, Vereinsrecht, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2001, S. § 144, R 6.

116 Wirtschafts- und Sozialausschuss (FN 16) 3.7.

117 *AK/Rinken* Art. 9 I GG, R 5.

118 *Breuer* (Bibl.), S. 9.

119 *AK/Rinken* Art. 9 I GG, R 44; vgl. auch *BVerfGE 38*, 281, 303 – Arbeitnehmerkammern; *BVerfGE 50*, 290, 352 – Mitbestimmung.

120 *Hans Peters*, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen. Ein Beitrag zur Lehre vom Verhältnis der Gemeinden zu Staat und Reich, Berlin, 1926, 43 f.

121 Grundlegend *Wolfgang Kersting*, Moralphilosophie, Dezsisionismus und pragmatische Rationalität, in: *Wolfgang Kersting*, Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend. Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart, 1997, S. 353-396.

122 Näher *Indra Spiecker gen. Döhmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit. Juristische und ökonomische Vorgaben, in: *Joachim Lege*, Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich - was kann und was sollte das Recht regeln?, 2001, S. 51-88.

123 Näher *Christoph Engel*, Offene Gemeinwohldefinitionen, in: *Rechtstheorie 32* (2001) S. 23-52.

Vielfalt zuzulassen hilft auch denen, die aktuell anders sind oder denken. Darauf hat zuletzt vor allem die evolutorische Ökonomik aufmerksam gemacht¹²⁴. Der Erfolg einer Gesellschaft hängt nicht allein am Bewahren des Guten. Letztlich kommt es darauf an, wie sie sich in einer beständig beweglichen Umwelt bewährt. Vielfalt hält Lösungen bereit, auf die in diesem Anpassungsprozeß zurückgegriffen werden kann.

Autonomie kann dem Staat auch deshalb helfen, weil Interessenausgleich dann im Kleinen stattfinden kann¹²⁵. Das ist auch dann nützlich, wenn ein Konflikt auf diese Weise noch nichts gänzlich aus der Welt ist. Autonomie hat dann eine ähnliche Wirkung wie die Medien. Sie organisiert gesellschaftliche Meinungsbildung. Auf diese Weise führt sie auch zu einer „Verzahnung von Staat und Gesellschaft“¹²⁶.

Die letzte Bemerkung kann man noch in einem zweiten Sinne interpretieren. Autonomie hat auch einen identitätsstiftenden Effekt¹²⁷. Das hat schon Georg Friedrich Hegel so gesehen¹²⁸.

e) *Selbstverwaltung als Steuerungsinstrument*

In der literarischen Diskussion wird Selbstverwaltung gelegentlich auch als staatliches Steuerungsinstrument gedeutet¹²⁹. Das trifft die Absichten etwa des Dritten Reichs sicher richtig¹³⁰. Es gibt auch keinen Grund, solche staatlichen Absichten unter Ideologieverdacht zu stellen. Vielmehr hat vor allem die Systemtheorie gezeigt, dass der Staat gut daran tut, die Eigenrationalität und Eigendynamik der Gesellschaft zu respektieren¹³¹. In ihrer radikalen Variante lehnt die Systemtheorie allerdings jegliche staatliche Steuerung ab¹³². Dann wird sie für den praktisch tätigen Juristen unbrauchbar. Zu solcher Radikalität besteht aber kein Grund. Vielmehr kann man den richtigen Kern der Systemtheorie in der Mahnung erkennen, staatliche Steuerung solle die Autopoiesis der gesteuerten gesellschaftlichen Subsysteme ernst nehmen¹³³. Dann muss Steuerung nicht als direkte Intervention interpretiert werden, sondern als Kontextsteuerung¹³⁴.

124 Zusammenfassend *Ulrich Witt*, *Evolutionary Economics. An Interpretative Survey*, in: Kurt Dopfer, *Evolutionary Economics. Program and Scope*, 2001, S. 45-88.

125 *BVerfGE* 10, 89, 104 – Großer Erftverband.

126 *Schuppert* (Bibl.), S. 131; eine ähnliche Formulierung verwendet *BVerfGE* 33, 125, 157 – Facharzt.

127 *Starck* (Bibl.), S. 240 im Nachdruck 2002; *Schuppert* (Bibl.), S. 138.

128 *Georg Friedrich Wilhelm Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, §§ 251, 289.

129 *Schuppert* (Bibl.), S. 132 spricht sogar von einem „Disziplinierungsinstrument“.

130 Ebd., S. 132-135 schildert, wie Selbstverwaltung im Dritten Reich genutzt wurde, um die Kriegswirtschaft und die Medien zu steuern.

131 Eine gut lesbare und dichte Einführung in das systemtheoretische Denken ist *Niklas Luhmann*, *Ökologische Kommunikation : kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen, 1986.

132 Charakteristisch *Niklas Luhmann*, *Einige Probleme mit "Reflexivem Recht"*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1995) S. 1-18.

133 Diesen Gedanken hat vor allem *Gunther Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989 ausgearbeitet. Auch *Gerhard Wegner*, *Wirtschaftspolitik zwischen Selbst- und Fremdsteuerung - ein neuer Ansatz*, Baden-Baden, 1996 gehört hierher.

134 Programmatisch *Gunther Teubner und Helmut Willke*, *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1984) S. 4-35; meine eigenen Überlegungen finden sich in *Christoph Engel*, *Regulierung durch Organisation und Verfahren*, in: *Ulrich*

Die Gewährung von Autonomie rechnet hierher, wenn sie auf die Steigerung der Selbststeuerungsfähigkeit abzielt¹³⁵.

Aber all das ist kein Effekt allein der Gewährung von Autonomie. Vielmehr reguliert der Staat dann gleichsam in zwei Stufen¹³⁶. Die Gewährung von Autonomie ist nur die Vorbereitungshandlung. Das Ziel des Staats ist der zweite Schritt. Er will die durch Selbststeuerung besser geordnete Gesellschaft dann seinerseits steuern können. Ihm geht es also gar nicht wirklich um autonome Selbstregulierung, sondern um regulierte Selbstregulierung¹³⁷.

Eine weitere Steuerungsleistung erbringt Selbstregulierung dagegen regelmäßig ganz ohne staatliche Intervention. Sie ist ein Instrument zur Vorbeugung gegenüber und zur Bewältigung von sozial störenden Konflikten¹³⁸. Typische Konflikte werden institutionalisiert und dadurch in Schach gehalten¹³⁹. Ein anschauliches Beispiel ist die Tarifautonomie, deren friedenssichernde Funktion häufig betont worden ist¹⁴⁰.

f) *Rückbindung an die geänderte Verfassungswirklichkeit*

Selbstverwaltung hat eine lange Geschichte¹⁴¹. Auch gesellschaftliche Selbststeuerung ist alles andere als neu. Die Lex Mercatoria hat ihre Wurzeln im Mittelalter¹⁴². Trotzdem stimmt die These vom Wandel der Verfassungswirklichkeit. In immer weniger Lebensbereichen verlässt sich der Staat auf direkte Steuerung. Immer häufiger setzt er stattdessen auf die Selbststeuerungsleistung der Adressaten. Ein eindringliches Beispiel ist der (schon nicht mehr ganz so)

-
- Immenga, Wernhard Möschel und Dieter Reuter, Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1996, S. 119-138.
- 135 Uwe Schimank und Manfred Glagow, Formen politischer Steuerung. Etatismus, Subsidiarität, Delegation und Neokorporatismus, in: Manfred Glagow, Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität, 1984, S. 4-28.
- 136 Den Gedanken zweistufiger Regulierung habe ich näher entfaltet in *Engel, Egalitarians* (FN 101).
- 137 Der Begriff ist mittlerweile beinahe modisch geworden. Entwickelt hat ihn *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen - Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Wolfgang Hoffmann-Riem und Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.): Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden, Nomos 1996, 261-336 (301-303); *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 62 (2003) S. 266-335 hat daraus ein ganzes „Gewährleistungsverwaltungsrecht“ entwickelt. Zum konzeptionellen Hintergrund s. *Scharpf* (FN 74), S.195-205 und *Christoph Engel*, Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 9 (1998) S. 535-591.
- 138 Zu Konflikt als einem sozialen Problem näher *Christoph Engel*, Causes and Management of Conflicts, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics 159 (2003) S. 1-15.
- 139 Von *Morten Egeberg*, An Organisational Approach to European Integration. What Organisation Tells us about System Transformation, Committee Governance and Commission Decision Making, 2002, <http://www.arena.uio.no/> stammt die plastische Formulierung „patterned conflict“.
- 140 Etwa *Wolfgang Franz*, Arbeitsmarktökonomik, Berlin, 1996, 252.
- 141 Eindrucksvoll *Reinhard Hender*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der Industriegesellschaft, Köln, 1984, 1-188.
- 142 Anregend der wirtschaftstheoretische und wirtschaftshistorische Disput zwischen *Avner Greif*, Institutions and Impersonal Exchange. From Communal to Individual Responsibility, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics 158 (2002) S. 168-204 und *Lars Boerner und Albrecht Ritschl*, Individual Enforcement and Collective Liability in Premodern Europe, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics 158 (2002) S. 205-213.

„neue Ansatz“ in der Techniksteuerung¹⁴³. Ein zweites Beispiel ist die Umstellung des Abfallrechts auf ein Kreislaufwirtschaftsrecht. Das dafür zentrale Konzept der Produktverantwortung versucht der Staat erst gar nicht, durch direkte Steuerung zu verwirklichen¹⁴⁴. Noch wichtiger ist aber wahrscheinlich der Wandel der Wirklichkeitsvorstellung in Regierung und Verwaltung. Man traut der direkten staatlichen Intervention immer weniger zu und vertraut stattdessen auf die Steuerungskraft der Selbstregulierung¹⁴⁵.

4. Enumerationsprinzip

Die Liste der Vorzüge von Selbstverwaltung ist lang. Verfassungspolitisch könnte man deshalb erwarten, dass sich das Grundgesetz für Selbstverwaltung weit öffnet. Tatsächlich hat das Grundgesetz das für Gemeinden und Universitäten, für Rundfunkanstalten und Kirchen ja auch getan¹⁴⁶. Im Sozialversicherungsrecht ist gelegentlich versucht worden, aus diesen einzelnen Normen ein allgemeines Prinzip abzuleiten¹⁴⁷. Die ganz herrschende Ansicht hat sich solchen Versuchen jedoch zu Recht widersetzt. Sie hält die im Grundgesetz vorhandenen Garantien der Selbstverwaltung für enumerativ¹⁴⁸. Der einfache Gesetzgeber kann darüber zwar hinaus gehen¹⁴⁹. Das steht aber in seinem Ermessen¹⁵⁰. Für diese Zurückhaltung gibt es einen ebenso einfachen wie einleuchtenden Grund. Selbstverwaltung ist dadurch definiert, dass sie souveräne staatliche Befugnisse in Anspruch nimmt. Ein generalklauselartiges subjektives Recht auf die Übertragung staatlicher Befugnisse an nichtstaatliche Stellen kann es nicht geben. Diese Ent-

143 Umfassend *Helmut Voelzkow*, Private Regierungen in der Techniksteuerung. Eine sozialwissenschaftliche Analyse der technischen Normung, Frankfurt, 1996.

144 Zu den Einzelheiten s. erneut *Engel*, Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung, in: S. .

145 Sichtbarer Ausdruck ist die Konjunktur des Konzepts in der Staatsrechtslehrervereinigung: *Udo Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: *VVDStRL* 56 (1997) S. 235-282; *Schmidt-Preuß* (FN 81); *Martin Burgi*, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 62 (2003) S. 405-456; *Markus Heintzen*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 62 (2003) S. 220-265; *Matthias Herdegen*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung ?, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 62 (2003) S. 7-36; *Martin Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung ?, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 62 (2003) S. 37-84; *Oebbecke* (Bibl.); *Vosskuhle* (FN 137).

146 Zum Normenbestand s. im einzelnen oben 1.

147 S. etwa *Georg Erler*, Freiheit und Grenze berufsständischer Selbstverwaltung. Dargestellt an den verfassungsrechtlichen Grundfragen der Bundesrechtsanwaltsordnung, Göttingen, 1952; *Karl Linckelmann*, Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der "mittelbaren Staatsverwaltung", in: *Die Öffentliche Verwaltung* (1959) S., 565 f; *Wilhelm Boecken*, Mengensteuerung durch Budgetregelungen unter Einbeziehung des Globalbudgets. Strukturreform 2000 - Steuerung von Überkapazitäten im Gesundheitswesen, in: *Medizin und Recht* (2000) S., 173 f.

148 *BVerfGE* 15, 235, 242 – Zwangsmitgliedschaft; *BVerfGE* 51, 115, 118 f. – Wasser- und Bodenverbände; *BVerfGE* 5.4.1993, NVwZ 1994, 262, 263 – Handwerksinnung; *BVerwG* 21.7.2000, NJW 2000, 3150, 3150 – Landwirtschaftskammer; *Hendler* (Bibl. 1984), S. 331; *Schuppert* (Bibl.), S. 137; *Hendler* (Bibl. 1999), R 50 und R 56.

149 *Emde* (FN 113); *Kluth* (Bibl.), S. 360 f.

150 *Hendler* (Bibl. 1999), R 55.

scheidung kann allenfalls der Gesetzgeber selbst treffen, und er muss es ausdrücklich tun. Das folgt sowohl aus dem Demokratieprinzip wie aus dem Rechtsstaatsprinzip¹⁵¹.

5. Tatbestand

Juristische Dogmatik hat die Aufgabe, die Vielfalt der Erscheinungen zum System zu denken. Notwendige Differenzierungen müssen dabei beachtet bleiben. Zu den Leistungen der Dogmatik gehört aber, hinter scheinbarer Vielfalt ein einheitliches Prinzip zu entdecken. Die Unterscheidung zwischen Freiheitsrechten und Autonomierechten erlaubt genau das. Auf ihrer Grundlage kann eine einheitliche Dogmatik der Autonomierechte gewonnen werden (a). In der Rechtsprechung spielt der Begriff der Ausgestaltung der Autonomierechte eine große Rolle. Letztlich ist er entbehrlich. Jedenfalls muss er aber richtig gehandhabt werden (b). Wichtiger ist es, aus der Unterscheidung zwischen Freiheits- und Autonomierechten Folgerungen für die Schutzrichtung von Autonomierechten zu ziehen (c). Dann lichtet sich auch der Nebel um das Konzept des Eingriffs (d).

a) *Einheitliche Dogmatik der Autonomierechte*

Die Autonomierechte werden bislang nicht einheitlich gedacht. Selbst bei den Selbstverwaltungsrechten wird die Eigenständigkeit jeder Garantie betont¹⁵². Die Garantien in Art. 5 I 2, 5 III GG und Art. 137 WRV werden meist (fälschlich) wie Freiheitsrechte behandelt. Die Dogmatik von Art. 28 II 1 GG schwankt von Entscheidung zu Entscheidung. Dabei ist es im Grunde ganz einfach. Alle Autonomierechte sind in ihrem Kern Abwehrrechte. Die Träger von Regelungsautonomie verlangen vom Staat, dass er sie gewähren lässt. Tut der Staat das nicht, greift er in das Autonomierecht ein. Für diesen Eingriff braucht er eine Rechtfertigung. Sonst wäre der verfassungsrechtliche Autonomieschutz ja wertlos. Dabei genügt es nicht, dass der Staat ein legitimes Ziel vorbringen kann. Vielmehr muss Art und Ausmaß des Eingriffs auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem staatlichen Ziel stehen. Letztlich kommt es also auf das Schutzniveau des Autonomierechts an. Es hängt nicht nur an der abstrakten Deutung dieser Art von Autonomie. Vielmehr muss auch im Konkreten Art und Ausmaß des Eingriffs mit der Bedeutung des staatlichen Anliegens verglichen werden.

Auf diese Weise wird zunächst einmal die beinahe schon mystische Kernbereichslehre entbehrlich, die das Bundesverfassungsgericht zu Art. 28 II 1 GG entwickelt hat¹⁵³. Bei Licht besehen ist das nichts als eine vorweggenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das konkrete Schutzanliegen der Gemeinde hat solches verfassungsrechtliches Gewicht, dass es sich gegen beliebige staatliche Ziele durchsetzt. Das Schutzniveau dieses Aspekts der Kommunalautonomie ist also

151 Zu beiden Prinzipien als Schranken eines von der Verfassung gewährten subjektiven Rechts auf Autonomie s. noch unten III 7.

152 Charakteristisch *Oebbecke* (Bibl.), S. 389.

153 *BVerfGE* 76, 107, 118 – Niedersächsisches Landesraumordnungsprogramm; *BVerfGE* 79, 127, 145 – Rastede; *BVerfGE* 91, 228, 239 – Gleichstellungsbeauftragte.

extrem hoch. In dieser Formulierung wird zugleich deutlich, warum die Kernbereichslehre auch normativ problematisch ist. So lässt das Bundesverfassungsgericht etwa offen, ob die Planungshoheit zum Kernbereich der Gemeindeautonomie rechnet¹⁵⁴. Soll dem Staat wirklich jede Intervention versagt sein, wenn eine Gemeinde ihre Planungshoheit sichtbar missbraucht? Beispiele sind nicht schwer zu finden. So haben Gemeinden ihre Industriegebiete immer wieder so ausgewiesen, dass der Großteil der Umweltlasten eine Nachbargemeinde trifft. Hätte das Gericht solch einen Fall zu entscheiden, würde es den Kernbereich sicher zurückschneiden. Es würde also das Verhältnismäßigkeitsprinzip durch die Hintertür doch wieder einführen. Der Klarheit der Argumentation ist mit solchen dogmatischen Umwegen aber nicht gedient.

b) *Ausgestaltung versus Eingriff*

Für eine zweite dogmatische Figur gilt dasselbe. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht dem Gesetzgeber bei Art. 28 II 1 GG ein Ausgestaltungsvorbehalt zu¹⁵⁵. Das Gleiche wird vielfach auch für die Hochschulen behauptet¹⁵⁶. Das ist nun allerdings keine Besonderheit der Autonomierechte. Auch für Freiheitsrechte wie das Eigentum oder die Rundfunkfreiheit postuliert das Bundesverfassungsgericht bekanntlich einen Ausgestaltungsvorbehalt¹⁵⁷. Für eine angemessen tiefgehende Auseinandersetzung mit dem Konzept ist hier nicht der Ort¹⁵⁸. Auch wenn man an der dogmatischen Figur der Ausgestaltung festhalten will, ändert das aber nichts an der Grundstruktur des Autonomierechts. Auch ausgestaltende Akte sind an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden¹⁵⁹. Wieder geht es in Wahrheit um eine Aussage zum Schutzniveau. Wo der Gesetzgeber den ordnenden Rahmen erst schaffen muss, braucht er mehr Freiraum als bei punktuellen Interventionen.

c) *Schutzrichtungen*

Autonomierechte schützen vor staatlicher Ingerenz. Solch ein Schutz ist angebracht. Das liegt zunächst an dem allgemeinen Entartungsrisiko jeder Demokratie. Nicht nur gegenüber dem Individuum kann es zum Terror der Mehrheit kommen, sondern auch gegenüber autonomen Regulatoren. Die Zweistufigkeit der Rechtsordnung reicht aber weiter. Es kommt nicht darauf an, ob dem Gesetzgeber anstößige Absichten nachgewiesen werden können. Wie bei den Frei-

154 *BVerfGE* 76, 107, 118 f. – Niedersächsisches Landesraumordnungsprogramm.

155 *BVerfGE* 76, 107, 118 – Niedersächsisches Landesraumordnungsprogramm; *BVerfGE* 79, 127, 143 – Rastede; *BVerfG (Kammer)* 7.1.1999, NVwZ 1999, 520, 520 – Wegerecht.

156 *Oebbecke*, in: S., 391 m.w.N.; vgl. auch *BVerfG* 23.1.1997, NJW 1997, 1634, 1634 – Ärztekammer Hamburg: „die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch juristische Personen des öffentlichen Rechts vollzieht sich aufgrund von Kompetenzen, die das positive Recht zuordnet, inhaltlich bemißt und begrenzt. Die Regelung dieser Beziehungen und die Entscheidung daraus resultierender Konflikte sind nicht Gegenstand der Grundrechte, weil der unmittelbare Bezug zum Menschen fehlt“.

157 Zwei Habilitationsschriften haben sich in jüngerer Zeit der Unterscheidung zwischen Eingriff und Ausgestaltung angenommen: *Gerd Morgenthaler*, *Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte*, Tübingen, 1999; *Martin Gellermann*, *Grundrechte in einfachgesetzlichen Gewande. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*, Tübingen, 2000.

158 Für die Rundfunkfreiheit habe ich meine Skepsis begründet in *Christoph Engel*, *Rundfunk in Freiheit*, in: *Archiv für Presserecht* 1994, S. 185-191.

159 So denn auch *BVerfGE* 79, 127, 153 f. – Rastede.

heitsrechten ist der Schutz ein objektiver. Es genügt, wenn der Staat interveniert, ohne dafür hinreichende Gründe zu haben. Auch bei den Autonomierechten führt der verfassungsrechtliche Schutz also zum Paralleldiskurs politischer Fragen vor dem Verfassungsgericht. Die Absicht ist dabei nicht, Politik durch Richterspruch zu ersetzen. Wohl soll der allgemeine politische Diskurs aber durch einen zweiten Diskurs auf einer anderen Bühne ergänzt werden. Vor dem Verfassungsgericht zählen Interessen gar nichts. Ideen haben nur dann Gewicht, wenn sie im Text der Verfassung Niederschlag gefunden haben¹⁶⁰.

Im Falle der Autonomierechte tritt eine spezifische Sorge hinzu. Der Staat der Bundesrepublik ist nicht nur Verfassungsstaat. Allem anderen voran ist er Regulierungsstaat. Deshalb steht jede autonome Regulierung in potentieller Konkurrenz zu staatlichem Eigenhandeln. Die verfassungsrechtlichen Autonomierechte sorgen auch dafür, dass der Staat die Rollen von Schiedsrichter und Spieler nicht vermischt. Er ist dazu aufgerufen, autonome Regulierung zu ordnen, wenn das zum Schutz berechtigter Anliegen erforderlich ist. Diese Zuständigkeit darf er aber nicht dazu missbrauchen, den Regelungswettbewerb zwischen sich selbst und den autonomen Regulatoren zu verzerren¹⁶¹.

Was ist nun aber das Schutzgut der Autonomierechte? In seiner Bestimmung liegt der eigentliche Wert der Unterscheidung zwischen Freiheitsrechten und Autonomierechten. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird die Unterscheidung vor allem beim Eigentumsschutz deutlich. Das Bundesverfassungsgericht hat den Gemeinden¹⁶² und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verwehrt, sich auf Art. 14 GG zu berufen¹⁶³. Geschützt ist dagegen die Finanzhoheit der Gemeinden¹⁶⁴. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben nach der Rechtsprechung des Gerichts sogar einen Leistungsanspruch auf angemessene Ausstattung mit Finanzmitteln¹⁶⁵. Die Dimensionen des Autonomierechts sind also konsequent aus der Funktion gedacht. Geschützt ist, was der Rechtsträger braucht, um die garantierte Aufgabe wahrzunehmen.

Zum Schutzbereich gehört deshalb zunächst und vor allem das Recht, die eigenen Regeln zu erlassen. Die häufig zum Schutzbereich von Art. 28 II 1 GG gezählte Planungshoheit¹⁶⁶ ist ein Teil dieser Befugnis. Zum Schutzgut von Autonomierechten zählt aber auch die Befugnis, die

160 Die Unterscheidung zwischen Ideen und Interessen haben unabhängig voneinander entwickelt *Victor Vanberg* und *James M. Buchanan*, *Interests and Theories in Constitutional Choice*, in: *Journal of Theoretical Politics* 1 (1989) S. 49-62; *Albert S. Yee*, *The Causal Effects of Ideas on Policies*, in: *International Organization* 50 (1996) S. 66-108. Mein Konzept von der subsidiären politischen Rolle des Bundesverfassungsgerichts habe ich entfaltet in den beiden FN 1 zitierten Arbeiten; s. auch *Christoph Engel*, *Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots. Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik*, in: *Winfried Brugger, Stephan Kirste und Michael Anderheiden, Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103-172.

161 Zu der Theorie des Systemwettbewerbs s. erneut die Nachweise aus FN 89.

162 *BVerfGE* 61, 82, 101 – Sasbach; *BVerfG (Kammer)* 7.1.1999, NVwZ 1999, 520, 521 – Wegerecht.

163 *BVerfGE* 78, 101, 102 f. – Eigentumsrecht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

164 *BVerfG (Kammer)* 7.1.1999, NVwZ 1999, 520, 521 – Wegerecht.

165 *BVerfGE* 90, 60 – Rundfunkgebühren.

166 *BVerfGE* 76, 107, 118 – Landesraumordnungsprogramm Niedersachsen.

innere Ordnung nach den eigenen Vorstellungen auszugestalten¹⁶⁷. Bei den Gemeinden nennt das Bundesverfassungsgericht die Organisationshoheit¹⁶⁸. Bei Art. 9 I GG zählt die „Funktionsfähigkeit der Gesellschaften“ zum Schutzgut¹⁶⁹.

In die hier entwickelte Sicht des Autonomierechts fügt sich schließlich auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Auflösung oder Neuordnung von Gemeinden. Natürlich muss auch die Existenz der autonomen Einheit geschützt sein. Andernfalls wäre das Autonomierecht ja wertlos. Das Gericht betont nur zu Recht, dass dieser Schutz kein absoluter ist. In seiner eigenen, etwas gewundenen Dogmatik: die Garantie der Existenz gehört nicht zum Kernbereich¹⁷⁰. Aber die Auflösung von autonomen Regulatoren ist ein sehr schwerer Eingriff. Der Staat braucht dafür vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz also sehr gute Gründe. Das Schutzniveau des Autonomierechts ist hoch.

d) *Eingriff*

Wenn man die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liest, kann man den Eindruck gewinnen: Ein Gespenst geht um, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. In einer ganzen Serie von Entscheidungen hat das Gericht zu einem Kreuzzug gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip aufgerufen¹⁷¹. Es handelt dabei mit beachtlichem wissenschaftlichen Sukkurs¹⁷². In immer mehr Fällen verneint es schon den Grundrechtseingriff und vermeidet damit Gesetzesvorbehalt und Verhältnismäßigkeitsprüfung. Von diesem Trend sind auch die Autonomierechte nicht verschont geblieben¹⁷³.

Wiederum ist hier nicht der Ort für die gebotene, gründliche Auseinandersetzung. Sinnvoll ist dieser Trend aber weder bei den Freiheitsrechten noch bei den Autonomierechten. Wo die Rechtsprechung glaubt, dem Gesetzgeber Freiräume gewähren zu sollen, kann sie das auch innerhalb des Verhältnismäßigkeitsprinzips tun¹⁷⁴. Letztlich geht es immer nur um die Ausdifferenzierung des Schutzniveaus. Das ist notwendig. Denn Freiheits- wie Autonomierechte stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander und zu anderen legitimen staatlichen Zielen. Die notwendige intellektuelle Anstrengung wird aber vermieden, wenn sich die Rechtsprechung hinter

167 Bei den Kirchen hat das BVerfG von der Freiheit zur Ausgestaltung des „Procedere“ gesprochen, *BVerfGE* 53, 366, 401 – Kirchliches Krankenhaus, bzw. von einer „Selbstordnungs- und Selbstverwaltungsgarantie“, *BVerfGE* 70, 138, 162 – Tendenzschutz.

168 *BVerfGE* 91, 228, 236 – Gleichstellungsbeauftragte.

169 *BVerfGE* 50, 290, 356 – Mitbestimmung.

170 *BVerfGE* 86, 90, 107 – Papenburg.

171 *BVerfGE* 105, 252, 265 und 267 – Glykol; *BVerfGE* 105, 279, 293 f. – Osho; *BVerfG* 16.8.2002, R 11 – Scientology; *BVerfG* 17.12.2002, R 107-113 – Arzneimittelfestbeträge.

172 Prominent insbesondere *Herbert Bethge*, Der Grundrechtseingriff, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57 (1998) S. 7-56.

173 S. etwa *BVerfGE* 91, 228, 240 – Gleichstellungsbeauftragte; *BVerfG (Kammer)* 7.1.1999, NVwZ 1999, 520, 521 – Wegerecht.

174 Für die Rundfunkfreiheit habe ich diesen Nachweis in meiner Habilitationsschrift erbracht – damals notgedrungen an Hand der Europäischen Menschenrechtskonvention, weil das Bundesverfassungsgericht sich bei der parallelen Garantie aus Art. 5 I 2 GG jeden Weg zum Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeschnitten hatte, *Christoph Engel*, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden, 1993.

apodiktischen Aussagen zur Frage des Eingriffs versteckt. Tut sie das, verzichtet sie auch nicht etwa auf Abwägung. Vielmehr ist der Abwägungsvorgang für Außenstehende dann nur nicht mehr nachvollziehbar.

6. Schranken

a) *Legitimes Ziel*

Bei den Freiheitsrechten hat das Bundesverfassungsgericht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bekanntlich in vier Prüfungsschritte aufgelöst: Der Eingriff in das Freiheitsrecht muss einem legitimen Ziel dienen. Er muss zur Verfolgung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein¹⁷⁵. Im Kommunalverfassungsrecht ist einstweilen nur von der Notwendigkeit eines legitimen Ziels die Rede¹⁷⁶ und ganz allgemein vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁷⁷. Die Notwendigkeit eines legitimen Ziels betont das Bundesverfassungsgericht auch in den Entscheidungen zur Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Körperschaften¹⁷⁸; dogmatisch verortet das Gericht diesen Schutz allerdings (unangemessen) an falscher Stelle, nämlich bei Art. 2 I GG¹⁷⁹. Schließlich finden sich in der Rechtsprechung zu den Kirchenartikeln der Weimarer Reichsverfassung Andeutungen in Richtung auf das Erfordernis eines legitimen Ziels¹⁸⁰. Im Ergebnis kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass die zu den Freiheitsrechten entwickelten vier Maßstäbe auch auf die Autonomierechte passen. Sie sind aber natürlich in einer Weise auszufüllen, die dem Unterschied zwischen Freiheits- und Autonomierechten gerecht wird.

Wer Autonomie in Anspruch nimmt, will soziales Zusammenleben ordnen. Solange er seine Rolle nicht missbraucht, liegt das zwar im übergeordneten Interesse der Adressaten. Mit ungeordnetem Chaos wäre ihnen am wenigsten gedient. Gleichwohl steht Autonomie unvermeidlich in einem Spannungsverhältnis zu individueller Freiheit¹⁸¹. Das liegt nicht nur an der Möglichkeit zum Missbrauch der Regelungsbefugnisse. Vielmehr gibt es fast immer mehr als eine Möglichkeit, um vorhandene soziale Probleme zu lösen. Diese Möglichkeiten unterscheiden sich nicht nur in der Eleganz der Lösung und in ihren Kosten für den Regulator. Vielmehr betreffen sie typischerweise auch verschiedene Klassen von Adressaten unterschiedlich schwer. Die Lösungen unterscheiden sich, ökonomisch gesprochen, also auch anhand ihrer Verteilungseffekte. Das ist deshalb so bedeutsam, weil auch eine Lösung mit ungünstigen Verteilungseffekten für einen Adressaten immer noch besser ist, als gar keine Lösung. Ist die Lösung einmal etabliert, steht er sich deshalb immer noch besser, wenn er sie akzeptiert. Daraus folgt im Gegenschluss, dass die

175 S. nur *BVerfGE* 30, 292, 316 – Erdölbevorratung.

176 *BVerfGE* 79, 127, 153 – Rastede.

177 *BVerfGE* 76, 107, 119 – Landesraumordnungsprogramm Niedersachsen; *BVerfGE* 79, 127, 153 – Rastede; *BVerfGE* 86, 90, 107 – Papenburg.

178 *BVerfGE* 38, 281, 297 f. – Arbeitnehmerkammern; *BVerfG (Kammer)* 7.11.2001, R 37 f. – IHK.

179 Dazu näher unten III 8.

180 *BVerfGE* 70, 138, 166 f. – Tendenzschutz; *BVerfGE* 102, 370, 389 – Zeugen Jehovas.

181 Dem gehen etwa *Starck* (Bibl.) und *Di Fabio* (Bibl.), S. 252-254 näher nach.

Einwirkung auf die Auswahl der Lösungen die sicherste Methode ist, Verteilungsgewinne langfristig zu sichern¹⁸².

Zunächst und vor allem kann der Staat Autonomie also zum Schutz von Mitgliedern des autonomen Regulators beschränken, seien das Minderheiten oder einzelne Personen¹⁸³. Das gilt erst recht, wenn die Regelungsbefugnis des autonomen Rechtsträgers über den Kreis der Mitglieder hinaus reicht, etwa weil sich Dritte einmal freiwillig seiner Regelungsgewalt unterworfen haben. Ein einschlägiges Beispiel sind die Gasthörer der Universitäten. Sie sind nicht Mitglieder der Körperschaft. Sie können insbesondere also nicht an den Wahlen zu den universitären Gremien teilnehmen. Für sie ist die Universität Anstalt. Schutzbedürftig sind oft aber auch außenstehende Dritte¹⁸⁴. Diese Dritten können spezifisch oder diffus betroffen sein¹⁸⁵. Die spezifische Betroffenheit ist am stärksten, wenn die Regelungsgewalt auch Dritte erfasst, die sich ihr nicht freiwillig unterworfen haben¹⁸⁶. Spezifisch ist die Betroffenheit natürlich auch dann, wenn der Rechtsträger versucht, Außenseiter mit rechtlichen oder tatsächlichen Mitteln in die Mitgliedschaft zu zwingen¹⁸⁷. Schließlich gehört auch der umgekehrte Fall hierher. Ein autonomer Regulator bezieht Personen gerade nicht ein, obwohl sie materiell gleichermaßen betroffen sind¹⁸⁸.

Auf der Grenzlinie zur diffusen Betroffenheit liegen die Kartellwirkungen autonomer Regulierung¹⁸⁹. Auch sonst besteht stets die Möglichkeit, dass autonome Regulatoren nur an ihre Mitglieder und die eigene Institution denken, nicht aber an nachteilige Wirkungen auf die Allgemeinheit¹⁹⁰. Der Volksmund spricht dann vom St.-Florians-Prinzip.

Neben den subjektiven Rechten oder rechtlich erheblichen Interessen Dritter kann autonome Regulierung außerdem das Rechtsstaatsprinzip beeinträchtigen¹⁹¹. Praktisch geht es dabei vor allem um Art und Ausmaß der internen oder externen Kontrolle gegenüber Entscheidungen des autonomen Regulators¹⁹².

Die drastischste Lösung all dieser Probleme liegt in der Grundrechtsbindung des autonomen Regulators. Hier ist die Praxis wenig konsistent. Die Grundrechtsbindung der Gemeinden gilt als

182 Der Gedanke ist näher entfaltet bei *Jack Knight*, *Institutions and Social Conflict*, Cambridge England ; New York, N.Y., 1992. Am klarsten lässt er sich in der technischen Sprache der Spieltheorie ausdrücken. Die Adressaten spielen ein battle of the sexes. Die einmal gefundene Lösung ist ein Nash Gleichgewicht.

183 *BVerfGE* 33, 125, 159 – Facharzt; *BVerfG (Kammer)* 19.1.2001, R 28 – Prüfverband; s. auch *Schuppert*, Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens, in: S., 137: der „Betroffenschutz ist oft defizitär“.

184 *BVerfG (Kammer)* 19.1.2001, R 26 – Prüfverband.

185 Diese Unterscheidung hat *Mancur Olson*, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Mass., 1965 näher entfaltet.

186 Das ist das Außenseiterproblem, das noch näher zu beleuchten sein wird, s. unten IV. S. vorläufig nur *BVerfGE* 33, 125, 159; *Fritz Ossenbühl*, Satzung, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland III*, 1996, S. § 66, R 33.

187 Die literarische Aufmerksamkeit hat sich vor allem auf eine verwandte Frage gerichtet, die nicht von dem autonomen Rechtsträger, sondern von einem Gesetz angeordnete Zwangsmitgliedschaft in Kammern.

188 *Oebbecke* (Bibl.), S. 370.

189 *EuGH* 19.2.2002, Rs. C-35/99 – Arduino; *EuGH* 19.2.2002, Rs. C-309/99 – Wouters; *Schmidt-Preuß* (FN 81), S. 216 f.

190 *BVerfGE* 33, 125, 159 – Facharzt; *Oebbecke* (Bibl.), S. 376.

191 *BVerfGE* 33, 125, 157 – Facharzt.

192 *BVerfGE* 10, 89, 108 – Großer Erftverband; *BVerfGE* 33, 125, 157 – Facharzt.

selbstverständlich, ob sie nun im übertragenen oder im eigenen Wirkungskreis tätig sind¹⁹³. Die Grundrechtsbindung der Kirchen beschränkt das Bundesverfassungsgericht dagegen auf die Ausübung der ihnen übertragenen hoheitlichen Befugnisse¹⁹⁴. Dann kommt es im übrigen auf die indirekten Grundrechtswirkungen an, die mit Hilfe grundrechtlicher Schutzpflichten erreicht werden¹⁹⁵. Praktisch geht es darum, wie weit Informations- und Klagerechte der Mitglieder und Adressaten einen ausreichenden Schutz zur Verfügung stellen¹⁹⁶.

Die zweite Gruppe legitimer Ziele für Eingriffe in grundrechtlich geschützte Autonomie rankt sich um das Demokratieprinzip¹⁹⁷. Die zentrale Sorge hat schon Jean-Jacques Rousseau formuliert. Das Partikularinteresse der autonomen Gruppe könnte das Interesse der größeren Allgemeinheit dominieren¹⁹⁸. Ist das im Konkreten wirklich der Fall, ist eine Intervention des Gesetzgebers angezeigt. Dieser Nachweis muss aber auch erbracht werden. Der bloße Wunsch nach einem Schutz der inneren Souveränität des Staats¹⁹⁹ oder der Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers genügt nicht²⁰⁰.

Zurückhaltung ist auch gegenüber der Vorstellung geboten, Autonomie sei nur bei Homogenität der Interessen erträglich²⁰¹. Dagegen spricht zunächst schon die Einsicht, dass autonome Regulatoren gerade ein Instrument zur Institutionalisierung von Konflikten sein können²⁰². Das anschaulichste Beispiel ist die Tarifautonomie. Richtig ist allerdings, dass Interessenkonflikte im Innern Anlass für staatliche Intervention sein können. Wiederum muss dann aber im Konkreten die Unfähigkeit des autonomen Regulators nachgewiesen sein, den Konflikt angemessen zu bewältigen. Ein Indiz kann das Fehlen oder die Ungeeignetheit interner Interessenrepräsentation darstellen²⁰³.

193 Schmidt-Aßmann, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, in: S., 258; Oebbecke (Bibl.), S. 370.

194 BVerfGE 102, 370, 392 – Zeugen Jehovas.

195 Umfassend Szczekalla (FN 4).

196 Oebbecke (Bibl.), S. 377.

197 BVerfGE 33, 125, 158 – Facharzt; BVerwG 17.12.1997, NVwZ 1999, 870, 873 – Lippeverband; BVerwGE 106, 64 – Emschergenossenschaft.

198 Rousseau hat die Sorge in die Unterscheidung zwischen der (anzustrebenden) *volonté générale* und der (problematischen) *volonté de tous* gekleidet, *Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social; ou, Principes du droit politique*, n.p., 1763, II.3, s. auch II.2. Eine ähnliche Sorge hat auch *Rudolf Von Gneist, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen mit besonderer Rücksicht auf Verwaltungsreformen und Kreis-Ordnungen in Preußen, Berlin., 1869*, 121 artikuliert, weshalb er Selbstverwaltung auf das bürgerliche Ehrenamt zurückschneiden wollte. Aus dem jüngeren Schrifttum s. etwa *Schmidt-Aßmann (Bibl.), S. 256 f.*; *Hendler (Bibl. 1999), R 18*.

199 So könnte *Breuer (Bibl.), S. 2* zu verstehen sein: „Vielmehr steht das konservative Leitbild einer prinzipiellen politischen Gewaltverlagerung auf berufsständische Selbstverwaltungskorporationen in schroffem Gegensatz zu den Prinzipien staatsbürgerlicher Rechts- und Chancengleichheit und sozialstaatlichen Ausgleichs“.

200 *AK/Rinken Art. 9 I GG, R 26-30 m.w.N.*

201 *Matthias Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Berlin, 1991*, 151; *Matthias Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung. Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, Berlin, 1993*, 545 f.

202 S. oben 3 e.

203 Vgl. dazu *Kluth (Bibl.), S. 362 f.*; *Oebbecke (Bibl.), S. 379* und FN 92; zu weit geht dagegen *Schmidt-Aßmann (Bibl.), S. 261* wenn er kategorisch eine demokratische Binnenstruktur fordert; dagegen jetzt auch *BVerfGE 102, 370, 394 f.* – Zeugen Jehovas.

Wenn ein autonomer Regulator auf Außenseiter ausgreift, ist das vor allem ein Problem für die Grundrechte der Betroffenen²⁰⁴. Man kann das Problem aber auch aus der Perspektive des Demokratieprinzips beschreiben²⁰⁵. Denn ihre Interessen können dann bei der Normaufstellung ja nicht repräsentiert gewesen sein. Auch mit demokratischer Begründung kann der Gesetzgeber deshalb zum Schutz von Außenseitern intervenieren.

Institutionen kann man nur vergleichend bewerten. Das gilt auch für politische Institutionen, also Selbstverwaltung und Autonomie. Es hängt von der Art der Regelungsaufgabe, aber auch von vielen anderen Kontextfaktoren ab, welche politische Institution die höchste Problemlösungsfähigkeit hat²⁰⁶. Das muss nicht der autonome Regulator sein. Dann stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber intervenieren und die Frage an sich ziehen oder an einen anderen autonomen Regulator verweisen darf. Diese Möglichkeit wird man ihm nicht kategorisch verwehren können. Die Frage hat vor allem bei kleinen Gemeinden eine Rolle gespielt. Das Bundesverfassungsgericht hat sie zum Anlass genommen, auf der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu insistieren²⁰⁷. Noch größere Zurückhaltung hat es bei der Durchsetzung eines staatlichen Ordnungsinteresses gegenüber kirchlicher Autonomie eingefordert²⁰⁸. Die höhere Problemlösungsfähigkeit eines anderen Regulators ist also ein legitimes Ziel. Ob dieses Ziel ausreichendes Gewicht hat, hängt aber vom abstrakten Gegengewicht der Autonomie und vom konkreten Verhältnis zwischen beiden normativen Zielen ab.

Diese Überlegungen müssen erst recht gelten, wenn der Staat eingreift, um die Verteilungseffekte einer privaten Regel zu korrigieren oder um einen privaten Regulator zur Einhaltung der auch für ihn geltenden rechtlichen Rahmenordnung anzuhalten²⁰⁹.

b) *Schutzniveau*

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat drei relative Maßstäbe. Der staatliche Eingriff muss geeignet, erforderlich und angemessen sein. Ob er geeignet ist, hängt ausschließlich an dem legitimen Ziel. Der Maßstab der Erforderlichkeit verlangt vom Verfassungsinterpreten einen Institutionenvergleich. Nach der klassischen Formel des Bundesverfassungsgerichts darf dem Gesetzgeber kein gleich geeignetes, aber den Träger des Freiheits- oder Autonomierechts weniger belastendes Instrument zu Gebote stehen²¹⁰. Nimmt man diesen Maßstab wörtlich, spielt auch dabei das Schutzniveau noch keine Rolle. Dann ist der Maßstab allerdings auch praktisch inhaltsleer. Denn Vergleichen ist eine graduelle Tätigkeit. Man braucht mit anderen Worten eine einheitliche normative Währung. Die Gesichtspunkte, unter denen verschiedene Steuerungsinstrumente

204 S. dazu gerade.

205 *Papenfuß* (FN 201), S. 134 ff; *Ossenbühl* (Bibl.), R 33.

206 Problemlösungsfähigkeit ist eine zentrale politikwissenschaftliche Kategorie, s. etwa *Fritz Wilhelm Scharpf*, Die Problemlösungsfähigkeit der Mehrebenenpolitik in Europa, in: *Politische Vierteljahresschrift* 39 (1998) S. 121-144.

207 *BVerfGE* 76, 107, 119 – Landesraumordnungsprogramm; *BVerfGE* 79, 127, 153 – Rastede.

208 *BVerfGE* 53, 366, 401 – Kirchliches Krankenhaus; *BVerfGE* 70, 138, 168 – Tendenzschutz.

209 Zu letzterem s. *BVerfGE* 102, 370, 391 – Zeugen Jehovas.

210 S. nur *BVerfGE* 30, 292, 316 – Erdölbevorratung.

vorteilhaft oder nachteilig sind, lassen sich aber nicht in solch einer einheitlichen normativen Währung bewerten. Wie will man etwa die größere Schnelligkeit des einen Instruments gegen die höhere Treffsicherheit des anderen aufrechnen? Oder wie will man geringere Verteilungseffekte des einen Instruments mit geringeren Regulierungskosten eines anderen saldieren²¹¹? Soll der Maßstab der Erforderlichkeit sinnvoll bleiben, muss also auch hier schon wertend entschieden werden. Dann wird allerdings die Grenze zwischen Erforderlichkeit und Angemessenheit unscharf. Wie diesem dogmatischen Problem beizukommen ist, ist noch unklar. Eine Möglichkeit bestünde darin, auf der Ebene der Erforderlichkeit zwar einen wertenden Vergleich vorzunehmen, diese Wertung aber auf die Leistungsfähigkeit der Instrumente zu beschränken. Es bliebe dann der Ebene der Angemessenheit vorbehalten, einen zweiten Vergleich vorzunehmen. In diesen Vergleich wäre auf der einen Seite das Ergebnis der Wertentscheidung einzustellen, die auf der Erforderlichkeitsebene getroffen worden ist. Dieses Ergebnis wäre auf der anderen Seite mit dem Schutzinteresse des Grundrechtsträgers zu vergleichen.

Für Freiheitsrechte passt diese Konzeption relativ gut. Bei den Autonomierechten stellt sich aber ein zusätzliches Problem. Autonomie gewährt die Verfassung ja nicht um ihrer selbst willen, sondern als Mittel zum Zweck. Dieser Zweck besteht nun gerade in der Bewältigung sozialer Probleme. Bei der zweiten Abwägungsentscheidung steht also auf beiden Seiten ein Regulierungsinteresse: Das des gesellschaftlichen Regulators steht dem des Staats gegenüber. Das Problem ist aber lösbar. Man muss die erste Stufe, vulgo Erforderlichkeit, auf die Untersuchung des staatlichen Eingriffs beschränken. Hier ist die Intervention in die autonome Regulierung mit anderen staatlichen Optionen zu vergleichen. Zu denken ist insbesondere an potentiell mildere Formen der Beeinträchtigung autonomer Regulierung. So mag sich der Staat etwa darauf beschränken, Auenseitern oder Minderheiten ein Austrittsrecht zu sichern. Oder er mag sich damit begnügen, eine staatliche Auffangrechtsordnung zu schaffen.

Auf beiden Stufen des Vergleichs sind Wertentscheidungen zu fällen. Es geht mit anderen Worten um Abwägung. Sie ist in den letzten Jahren zu Unrecht in Verruf geraten²¹². Richtig ist allerdings, dass Abwägung niemals vollständig vorstrukturiert sein kann²¹³. Deshalb sind die Abwägungsergebnisse niemals vollständig vorhersehbar. Abwägung kann absolute Rechtssicherheit nicht schaffen. Absolute Rechtssicherheit ist aber auch gar nicht erstrebenswert. Denn sie wäre gleichbedeutend mit der Determination des Regelanwenders durch den Regelsetzer. Die Autonomie der Regelanwendung wäre beseitigt. Auf der Ebene der Rechtsanwendung würde nicht mehr entschieden, sondern nur noch exekutiert. Der Richter wäre wirklich zu Montesquieu's „Mund des Gesetzes“ geworden²¹⁴. Die Gewaltenteilung zwischen Regelbildung und Regelan-

211 Zu der Fülle der erheblichen Kriterien s. erneut *Engel*, Abfallrecht (FN 54), S. 49-110.

212 Der wortmchtigste und zugleich intellektuell schärfste Kritiker ist Robert Alexy, s. insbes. *Robert Alexy*, Die Gewichtsformel, in: Gedächtnisschrift Jürgen Sonnenschein 2003, S. 771-792; *Robert Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 61 (2002) S. 7-33, auch wenn seine Texte scheinbar als Verteidigung der Abwägung geschrieben sind.

213 Genau diesen Zustand will Alexy aber erreichen.

214 *Charles Louis De Secondat Montesquieu*, *De l'esprit des loix*, n. p., 1748, XI.6.

wendung wäre beseitigt. Die Regelanwendung könnte nicht mehr als Forum zur professionell streng kontrollierten Flexibilisierung und Adaption des Rechts wirken²¹⁵.

Abwägung ist also nicht nur unvermeidbar, sondern im Ausgangspunkt auch normativ richtig. Trotzdem hat die verbreitete Abwägungskritik natürlich einen richtigen Kern. In der Praxis der Regelanwendung verkommt die Abwägung leicht zu konturloser Topik. Dann kann man nicht nur alles begründen. Vielmehr kann das jeder, wenn ihm denn nur das Amt gegeben wird. Das Konzept des Schutzniveaus hilft, solche Beliebigkeit zu vermeiden²¹⁶. Es ist die vornehmste Aufgabe der Regelanwendung und insbesondere der Rechtsprechung, Schritt für Schritt zu konkretisieren, auf welchem Niveau ein Freiheits- oder Autonomierecht geschützt sein soll. Das hängt auch von dem abstrakten Gewicht des jeweiligen Schutzrechts ab. Wichtiger ist es, konkrete Ausprägungen dieses Rechts als mehr oder minder schutzwürdig zu erkennen. Vor allem geht es aber um die immer stärkere Ausdifferenzierung der Relation zwischen bestimmten staatlichen Steuerungsanliegen und der konkret betroffenen Ausprägung des Schutzrechts.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht diese Begriffe nicht verwendet, tut es in der Sache doch genau dies. Wenn es (irreführend) von einem „Kernbereich“ der Gemeindeautonomie spricht, meint es damit Schutzrichtungen, die auf besonders hohem Niveau geschützt sein sollen. Wenn es ausführt, dass das „bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder der Zuständigkeitskonzentration“ nicht für einen Eingriff in die Gemeindeautonomie genügt²¹⁷, meint es damit, dass die Planungsautonomie der Gemeinde auf einem höheren Niveau geschützt ist als dieses Ziel. Auch Entscheidungen zum fehlenden Eingriff in die Gemeindeautonomie lassen sich als Aussagen zum Schutzniveau rekonstruieren. So hat das Gericht entschieden, die Verpflichtung zur Beschäftigung einer hauptamtlichen Gleichstellungsbeauftragten greife nicht in die Gemeindeautonomie ein²¹⁸. Das kann man wie folgt reformulieren: Das Schutzniveau der Organisationshoheit als Ausprägung der Gemeindeautonomie ist niedriger als das staatliche Anliegen, der Diskriminierung weiblicher Beschäftigter entgegenzuwirken.

7. Dogmatische Folgefragen

Die Unterscheidung zwischen Freiheits- und Autonomierechten erlaubt schließlich, zwei dogmatische Folgefragen zu beantworten. Die erste betrifft den Träger des Autonomierechts (a). Die zweite, damit verbundene, die angemessene Interpretation von Art. 19 III GG (b).

215 Zu weiteren Vorzügen der Trennung zwischen Regelbildung und Regelanwendung näher *Christoph Engel*, Die Grammatik des Rechts., in: Hans-Werner Rengeling, Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund, 2001, S. 17-49.

216 Ich habe es am Beispiel der Europäischen Menschenrechtskonvention näher entfaltet, *Engel*, Privater Rundfunk (FN 174), 459-461 mit Verweisen auf die näher erörterten Anwendungsbeispiele; viele von Alexys Kategorien lassen sich darauf anwenden.

217 *BVerfGE* 79, 127, 153 – Rastede.

218 *BVerfGE* 91, 228, 240 – Gleichstellungsbeauftragte.

a) Träger des Autonomierechts

Träger der Gemeindeautonomie ist die Gemeinde, nicht ihre Bürger. Träger des Autonomierechts der Kirchen aus Art. 137 GRV ist die Kirche, nicht ihre Gläubigen. Träger der Hochschulautonomie ist die Hochschule, nicht ihre Professoren oder Studenten. Wenn man einmal den Unterschied zwischen Freiheits- und Autonomierechten gesehen hat, sind all das keine Hypostasierungen mehr²¹⁹. Vielmehr entspricht die formelle Trägerschaft nur der Schutzrichtung des Rechts. Die Mitglieder von Selbstverwaltungskörperschaften haben zwar rechtlich gesicherten Einfluss auf deren Handeln. Die Bürger wählen den Gemeinderat. Die Universitätsangehörigen wählen die Gremien der Universität. Die Angehörigen vieler evangelischer Gemeinden wählen ihre Priester. Aber dadurch wird keiner der Mitwirkenden selbst zum Träger des Autonomierechts. Es bleibt bei der Körperschaft.

b) Art. 19 III GG

Grundrechte sind nichts für juristische Personen des öffentlichen Rechts. Das entnimmt das Bundesverfassungsgericht einem Umkehrschluss zu Art. 19 III GG²²⁰. Eine Ausnahme macht das Gericht nur dann, „wenn ausnahmsweise die betreffende juristische Person des öffentlichen Rechts unmittelbar dem durch die Grundrechte geschützten Lebensbereich zuzuordnen ist“²²¹. Diese Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des Gerichts bei den Universitäten²²², den Rundfunkanstalten²²³ und den Kirchen erfüllt²²⁴. Es finden sich also die alten Bekannten wieder, nur falsch rubriziert. Denn es geht nicht um die besondere Nähe zwischen einem Freiheitsrecht und einer juristischen Person des öffentlichen Rechts. Vielmehr geht es darum, dass bestimmte Grundrechte bei näherem Zusehen keine Freiheitsrechte sind, sondern Autonomierechte. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind Träger dieses Rechts. Deshalb können sie sich darauf berufen, genauso wie eine Gemeinde auf die Gemeindeautonomie. Man braucht nicht einmal eine teleologische Reduktion, um zu diesem Ergebnis zu gelangen. Vielmehr muss man den Begriff des Grundrechts in Art. 19 III GG nur richtig verstehen. Er umfasst Freiheits- wie Autonomierechte. Jeweils kann sich auf das Recht berufen, wer sein Träger ist²²⁵.

219 So aber *Groß* (Bibl.), S. 1193 f..

220 Am klarsten *BVerfG (Kammer)* 23.1.1997, NJW 1997, 1634, 1634 – Ärztekammer Hamburg.

221 *BVerfGE* 39, 302, 313 f. – AOK.

222 *BVerfGE* 15, 256, 262 – universitäre Selbstverwaltung.

223 *BVerfGE* 31, 314, 322 – 2. Fernsehurteil.

224 *BVerfGE* 68, 193, 208 – Zahntechnikerinnungen.

225 *Kluth* (Bibl.), S. 403 geht ein Stück in diese Richtung, wenn er sich dagegen verwahrt, dass Art. 19 III GG aus der Perspektive einer „rein individualistischen Grundrechtsdeutung“ interpretiert wird. Es passt aber nicht, wenn er 441 und 443 von der „Grundrechtsberechtigung zur objektiven Freiheitssicherung bei zunehmender Aufgabenverstaatlichung“ spricht. *Groß* (Bibl.), S. 1193 braucht dagegen nicht mehr „verwundert“ zu reagieren, wenn Autonomierechte ihren Trägern zugeordnet werden. Das ist nämlich gerade keine Überdehnung des individuellen Freiheitsschutzes, weil es darum gar nicht geht.

III. Selbststeuerung

Der Begriff der Selbststeuerung wird hier wie folgt verwandt: Ein Träger nimmt Autonomie in Anspruch, will also soziales Zusammenleben ordnen. Er nimmt dafür keine souveränen Befugnisse in Anspruch. Die Adressaten sind zugleich die Träger der Regulierung. Sie haben also institutionell gesicherten Einfluss auf die Regulierungsentscheidungen. Das ist ein vergleichsweise häufiger Vorgang (1). Das Grundgesetz reagiert darauf mit vier Normen (2). Diese Normen sind, ebenso wie die Garantien von Selbstverwaltung, kein Schutz von Freiheit, sondern von Autonomie (3). In einer wesentlichen Hinsicht unterscheidet sich der verfassungsrechtliche Schutz der Selbststeuerung aber vom Schutz der Selbstverwaltung. In Art. 9 I GG gibt es eine Generalklausel (4). Das Telos der verfassungsrechtlichen Garantien von Selbststeuerung stimmt in allen wesentlichen Hinsichten mit dem Telos der Garantien von Selbstverwaltung überein (5). Auch die Dogmatik von Tatbestand (6) und Schranken sind der Dogmatik der Selbstverwaltungsgarantien eng verwandt (7). Schließlich bietet die Unterscheidung von Freiheits- und Autonomierechten wieder die Lösung für eine Reihe dogmatischer Folgefragen (8).

1. Anwendungsfälle

Selbststeuerung im gerade definierten Sinne ist häufig und vielfältig. Hierher rechnen die Tarifparteien, Berufsverbände, gemeinnützige Einrichtungen, gesellschaftliche Basisgruppen²²⁶, Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat²²⁷, das Binnenrecht der Zivil- und Handelsgesellschaften²²⁸ und der politischen Parteien²²⁹, die selbstgesetzten Regeln einer Gemeinschaft von Wohnungseigentümern²³⁰ und vieles mehr²³¹. Die Träger von Selbststeuerung müssen nicht formal und juristisch verfasst sein. Hierher rechnen also egalitäre Bewegungen nach Art der Bürgerinitiativen. Wie schon bei der Selbstverwaltung liegt der Kern der Frage aber nicht im Gruppenbezug, sondern in der Regelungsautonomie.

2. Normenbestand

Das Grundgesetz enthält eine eindeutige spezielle Garantie der Selbststeuerung. Sie findet sich in Art. 9 III GG. Die Tarifautonomie ist der Kern des Schutzes²³². Eine weitere Spezialvorschrift findet sich in Art. 21 GG, der Garantie der Parteienstaatlichkeit. Sie ist als eine „besondere Ver-

226 All diese Beispiele sind aufgezählt in Weißbuch Europäisches Regieren (FN 100) 19 FN 9; s. auch Wirtschafts- und Sozialausschuss (FN 16) 8.1 und *Ferdinand Kirchof*, Private Rechtsetzung, Berlin, 1987, 265-300.

227 Dieses und weitere arbeitsrechtliche Beispiele sind zusammengetragen bei ebd., 181-264.

228 Ebd., 344-352.

229 Ebd., 301-308.

230 Ebd., 447-451.

231 Weiteres Material bei *Stephan Kirste*, Die Realisierung von Gemeinwohl durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, in: Winfried Brugger, Stephan Kirste und Michael Anderheiden, Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 327-390, 360-390.

232 S. nur *BVerfGE* 20, 312, 317 – Tariffähigkeit von Innungen.

einigungsfreiheit“ konzipiert²³³. Bei den Parteien steht die Teilhabe an der staatlichen Willensbildung aber ganz im Vordergrund. Explizit geschützt ist in Art. 21 I 2 GG nur die Gründung der Parteien. Art. 21 I 3 GG sagt umgekehrt sogar ausdrücklich, dass die innere Ordnung der Parteien demokratischen Grundsätzen entsprechen muss. Gleichwohl kann man aus beiden Aussagen ableiten, dass das Grundgesetz im übrigen die Autonomie der Parteien zur Ordnung ihrer eigenen Angelegenheiten schützt²³⁴.

Ebenso randständig ist die Versammlungsfreiheit für den Schutz von Autonomie. Man kann eine Versammlung zwar als „Augenblicksverband“ charakterisieren²³⁵. Der typische Zweck von Versammlungen ist aber ebenso sehr nach außen gerichtet wie bei den Parteien. Sie wollen auf das politische Geschehen Einfluss nehmen. Vor allem fehlt einer Versammlung aber schon definitionsgemäß die Dauerhaftigkeit und die institutionelle Verfestigung. Das regulierende Element beschränkt sich deshalb auf den konkreten Anlass. Das Versammlungsgesetz fordert dieses Element sogar ein. So muss eine öffentliche Versammlung nach §§ 2 I, 7 I, 19 I VersG einen Veranstalter haben, der typischerweise zugleich ihr Leiter ist. §§ 9 und 19 I 2 VersG laden den Leiter dazu ein, sich mit ehrenamtlichen Ordnern zu umgeben. Und in § 19 III VersG heißt es: „Vermag der Leiter sich nicht durchzusetzen, so ist er verpflichtet, den Aufzug für beendet zu erklären“. All das sind Eingriffe in die prinzipiell von Art. 8 GG geschützte Regelungsautonomie der Versammlung. Wenn sie mit Augenmaß gehandhabt werden, sind sie mit dem Schutz der Allgemeinheit vor dem Risiko zu rechtfertigen, dass Versammlungen einen unfriedlichen Verlauf nehmen.

Neben diesen speziellen Vorschriften enthält das Grundgesetz aber vor allem Art. 9 I GG. Die Vorschrift wird sich als Generalklausel zugunsten der Selbststeuerung der Gesellschaft erweisen²³⁶.

3. Freiheit oder Autonomie?

Dass Art. 28 II 1 GG die Gemeindeautonomie garantiert, nicht aber ein Freiheitsrecht, ist ganz einhellige Meinung. Dass auch die übrigen Grundrechte für juristische Personen des öffentlichen Rechts keine Freiheits- sondern Autonomierechte sein sollen, wird vermutlich auch nicht auf erbitterten Widerstand stoßen. Wegen der Staatsnähe von Art. 21 GG mag die These auch dort durchgehen. Bei der Tarifautonomie kann sie wenigstens auf Zustimmung der Arbeitsrechtler hoffen. Die dort ganz herrschende Meinung treibt die institutionalistische Deutung von Art. 9 III GG ja sogar bis zur Drittwirkung der Grundrechte²³⁷. Aber Art. 9 I GG soll kein Freiheitsrecht sein? Das scheint starker Tobak.

233 *Maunz-Dürig/Scholz* Art. 9 GG, R 1.

234 Näher zu der schwierigen Frage *Dieter Grimm*, Politische Parteien, in: Ernst Benda, Werner Maihofer und Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 1995, S. § 14, R36-41.

235 *Merten* (Bibl.), R 35.

236 S. unten 4.

237 Ständige Rechtsprechung des BAG seit *BAGE 1*, 258, 262 f.

Doch zunächst einmal passen all die Überlegungen auch hier, die zur Unterscheidung von Freiheits- und Autonomierechten in der Selbstverwaltung angestellt worden sind. Auch bei Art. 9 I GG geht es der Sache nach um Regulierung. Für ihren Binnenbereich will die Vereinigung das Problem der sozialen Ordnung in die eigene Hand nehmen. Der einzige Unterschied zur Selbstverwaltung liegt in den Instrumenten. Die Vereinigung nimmt zu diesem Zweck keine souveränen staatlichen Befugnisse in Anspruch. Sie bedient sich entweder der Instrumente des Privatrechts. Oder sie verzichtet ganz auf die juristische Form. Dann verlässt sie sich auf informale Steuerung, besonders auf soziale Normen. Auch solches Tun greift aber begriffsnotwendig auf fremde Freiheit aus. Ein Mitglied muss sich das ordnende Tun der Vereinigung gefallen lassen. Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich in der internen Willensbildung nicht durchsetzen konnte und wenn die internen Schutzmöglichkeiten nicht greifen. Auch private Vereinigungen nehmen die Befugnis zur Definition sozialer Zwecke in Anspruch, nicht anders als Selbstverwaltungsträger.

Im historischen Rückblick ist es auch gar nicht überraschend, eine konzeptionelle Linie von der Selbstverwaltung zur Selbststeuerung zu ziehen. Lorenz von Stein hat das Vereinswesen und die Aktiengesellschaften ganz selbstverständlich zur Selbstverwaltung gerechnet²³⁸. Ebenso sind Albert Haenel²³⁹ und Georg Jellinek verfahren²⁴⁰. Dem entspricht es, wenn die Gegenwart ein Kontinuum zwischen Selbstverwaltung und Selbststeuerung konstatiert²⁴¹ und wenn sie Selbstverwaltung als ein Hybrid zwischen Staat und Gesellschaft bezeichnet²⁴².

Nach verbreiteter Auffassung soll diese Einsicht jedoch ohne juristische Relevanz bleiben²⁴³. Die Zauberformel hat Heinrich Rosin entwickelt. Er unterscheidet Selbstverwaltung im politischen von Selbstverwaltung im juristischen Sinne²⁴⁴. In dieser Perspektive wird Selbstverwaltung zu

238 Lorenz Von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, Stuttgart, 1887, 82 ff.; s. auch seinen Zeitgenossen Karl Michael Joseph Leopold Von Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart, 1886, 112-114.

239 Albert Haenel, Deutsches Staatsrecht, Leipzig, 1892, 134 f.

240 Georg Jellinek und Walter Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1914, 638: Für ihn ist Selbstverwaltung „Verwaltung eines öffentlichen Interessenkreises durch die Interessenten selbst“; vgl. auch die Abgrenzungsversuche bei Peters (FN 120), S. 37.

241 Schuppert (Bibl.), S. 145.

242 Schmidt-Aßmann (Bibl.), S. 254: „Denn darum geht es doch der Idee der Selbstverwaltung: Das Feld zwischen demokratisch-repräsentativer Staatlichkeit und der ihr zugeordnete hierarchisch aufgebauten Verwaltung und den vielfältigen Darstellungsweisen der grundrechtlich abgesicherten Individualrechtssphäre andererseits organisatorisch durch Mischformen so zu erfassen, dass Bewegung und Ordnung gleichermaßen gewährleistet werden“.

243 Besonders deutlich Hender (Bibl. 1984), S. 55 f., obwohl gerade er die lange Dogmengeschichte der Frage den gegenwärtigen Juristen erschlossen hat. Er wendet sich gegen eine „historisierende und soziologisierende Betrachtungsweise“ (56) und sorgt sich darum, der Begriff der Selbstverwaltung verliere andernfalls seine Konturenschärfe (55).

244 Heinrich Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, in: Hirths Annalen (1883) S. 265-322, 305 f. und passim; s. auch Karl Michael Joseph Leopold Von Stengel, Die Organisation der Preussischen Verwaltung nach den neuen Reformgesetzen. Historisch und dogmatisch dargestellt, Leipzig, 1884, 18; Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen, 1905, 291 aufgenommen etwa bei Schmidt-Aßmann (Bibl.), S. 250.

einem positivistischen Begriff²⁴⁵. In der Bundesrepublik verkümmert der Begriff dann ganz zu einer Beschreibung formaler Organisationsstrukturen²⁴⁶.

Der juristische Begriff der Selbstverwaltung hat natürlich einen richtigen Kern. Wer souveräne Rechte in Anspruch nimmt, bedarf nicht nur der staatlichen Kontrolle. Er rückt dadurch selbst in die Nähe des Staats. Deshalb ist die Trennlinie zwischen Selbstverwaltung und Selbststeuerung hier ja auch genau an dieser Stelle gezogen worden. Deshalb kann es auch keinen allgemeinen verfassungsrechtlichen Schutz von Selbstverwaltung geben. Man schüttet aber das Kind mit dem Bade aus, wenn man deshalb alle Selbststeuerung auch gleich der individuellen Freiheit zuordnet. Sie bleibt Regulierung. Der verfassungsrechtliche Schutz von Selbststeuerung darf deshalb nicht als ein Schutz von Freiheit gedeutet werden. Er ist ein Schutz von Autonomie.

Aus Art. 9 I GG und den genannten Spezialvorschriften folgt dann auch, dass der deutsche Staat kein Monopol auf die Gestaltung des „Öffentlichen“ in Anspruch nimmt²⁴⁷. Erst recht zwingt die Verfassung der Selbststeuerung der Gesellschaft keinen öffentlich-rechtlichen Status auf²⁴⁸. Der Bedarf nach einem Schutz der Mitglieder, freiwilligen Adressaten und gegebenenfalls Außenseiter gehört vielmehr auf die Schrankenebene. Er kann durch Schutzpflichten geboten sein, die aus den Freiheitsrechten dieser Personen abgeleitet sind.

Wie bei der Selbstverwaltung liegt auch bei der Selbststeuerung der konzeptionelle Kern im Autonomierecht, nicht in einem Gruppenrecht²⁴⁹. Das „Prinzip der freien Gruppenbildung“²⁵⁰ ist ein Instrument zu diesem Zweck. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Verfassung in Art. 9 I GG keine Vorgaben für den Zweck der Vereinigung macht. Die Vereinigung muss insbesondere also nicht offen dem Gemeinwohl dienen wollen²⁵¹. Das bedeutet aber nur, dass die Autonomie gerade auch darin besteht, den Bereich des sozial Relevanten, also des Politischen, anders zu definieren als der organisierte politische Prozess.

4. Generalklausel

Im Schrifttum ist immer wieder betont worden, dass das Grundgesetz keine allgemeine Garantie der Selbstverwaltung ausspricht²⁵². Das ist richtig, muss aber auch wörtlich genommen werden. Selbstverwaltung, also autonome Regulierung unter Rückgriff auf souveräne Befugnisse, kann es nur kraft staatlicher Verleihung geben. Einen thematisch unbeschränkten Anspruch auf diese Verleihung enthält das Grundgesetz mit gutem Grund nicht. Daraus darf aber nicht geschlossen

245 Charakteristisch *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen, 1876, 102.

246 *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München u. Berlin, 1966, 478; *Hans Julius Wolff*, *Otto Bachof und Rolf Stober*, Verwaltungsrecht II, München, 1987, R 34; kritisch aber *Hendler* (Bibl. 1999), R 20.

247 *Von Mangoldt-Klein/Kemper* Art. 9 I GG, R 8; s. auch ebd. R 10: „Die Vereinigungsfreiheit verliert eben durch den besonderen Öffentlichkeitsstatus der Verbände nicht den Charakter eines Abwehrrechts“.

248 *Von Mangoldt-Klein/Kemper* Art. 9 I GG, R 10.

249 S. erneut *Maunz-Dürig/Scholz* Art. 9 GG, R 24: Art. 9 I GG ist „Verbandsrecht“, nicht „Gruppenrecht“.

250 *BVerfG (Kammer)* 7.11.2001, R 36 – IHK; s. auch *BVerfGE* 38, 281, 298 – Arbeitnehmerkammern.

251 *BVerfGE* 38, 281, 298 – Arbeitnehmerkammern.

252 *Hendler* (Bibl. 1984), S. 333; *Groß* (Bibl.), S. 1193; *Kluth* (Bibl.), S. 365.

werden, dass jegliche nichtstaatliche Regulierung der staatlichen Zulassung bedürfte. Wenn der Regulator keine souveränen Befugnisse in Anspruch nehmen will, steht ihm der Markteintritt frei. Das ist der Kern von Art. 9 I GG. Die Vorschrift ist also eine Generalklausel für den Schutz von Regelungsautonomie²⁵³.

5. Telos

Selbststeuerung ist Autonomie ohne Rückgriff auf souveräne staatliche Befugnisse. Deshalb können die Überlegungen zum Telos von Art. 9 I GG ganz kurz ausfallen. Das Telos ist genau dasselbe wie bei den Vorschriften zum Schutz der Selbstverwaltung²⁵⁴. Weil Selbststeuerung in sich selbst organisierenden Gruppen geschieht, passen auch die Überlegungen zur demokratischen Bedeutung. Nur mit institutionalisierter Partizipation an staatlichem Handeln hat Selbststeuerung nichts zu tun²⁵⁵.

6. Tatbestand

Dass Art. 9 I GG ein Autonomierecht ist, hat vor allem Folgen für die Schutzrichtung des Grundrechts. Die Vorschrift schützt vor staatlicher Ingerenz in die autonome Regulierungstätigkeit. Zur Ausdifferenzierung der Schutzrichtungen kann prinzipiell also die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 28 II 1 GG herangezogen werden²⁵⁶.

Geschützt ist zunächst und vor allem die Befugnis, eigene Regelungskonzepte zu entwickeln²⁵⁷. Das ist der Kern der Autonomie. Damit der Träger der Selbststeuerung diese Aufgabe wahrnehmen kann, braucht er aber auch die Freiheit zur inneren Organisation²⁵⁸. Bei den Gemeinden hat das Bundesverfassungsgericht überdies ausdrücklich die Finanzhoheit zum Schutzbereich gezählt²⁵⁹. Bei Art. 9 I GG kann nichts anderes gelten. Schließlich passt auch der für Art. 28 II 1 GG entwickelte Schutz der Existenz des Autonomieträgers²⁶⁰ auf Art. 9 I GG.

253 Der Gedanke ist angedeutet, wenn das BVerfG aus Art. 9 I GG den „Vorrang der freien Verbandsbildung“ ableitet, *BVerfGE* 38, 281, 297 – Arbeitnehmerkammern; s. auch *Kirchhof* (Bibl.), S. 512 f., der aus Art. 9 I GG die Befugnis zur privaten Rechtsetzung ableitet. Ein ähnlicher Gedanke findet sich auch bei *Peter Marburger*, *Die Regeln der Technik im Recht*, Köln 1979, 588.

254 S. oben II.3.

255 Allenfalls geht es um die gerade nicht institutionalisierte Einflussnahme auf den organisierten politischen Prozess. Das ist bekanntlich der wesentliche Zweck der meisten Verbände.

256 S. oben II.5 c.

257 „Auch die spezifisch vereinsmäßige Tätigkeit ist geschützt“, heißt es etwas unscharf bei *BVerfG (Kammer)* 1.4.2003, R 9 – Schießsportverband m.w.N. Bei den Gemeinden spricht das BVerfG in diesem Zusammenhang vor allem von der Planungshoheit, s. etwa *BVerfGE* 76, 107, 118 – Landesraumordnungsprogramm Niedersachsen.

258 „Geschützt ist neben dem Recht auf Entstehen und Bestehen die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren der Willensbildung und die Führung der Geschäfte“, *BVerfG (Kammer)* 1.4.2003, R 9 – Schießsportverband m.w.N. Die parallele Aussage zur Gemeindeautonomie findet sich etwa in *BVerfGE* 91, 228, 236.

259 *BVerfG* 7.1.1999, NVwZ 1999, 520, 521 – Wegerecht.

260 *BVerfGE* 86, 90, 107 – Papenburg.

Das Bundesverfassungsgericht hat Art. 9 I GG unter Ausgestaltungsvorbehalt gestellt²⁶¹. Dahinter stecken zwei richtige Gedanken. Wenn Selbststeuerung in rechtlichen Formen geschehen soll, muss die Rechtsordnung dafür Formen zur Verfügung stellen. Das gilt insbesondere für die innere Organisation, also das Gesellschaftsrecht. Auch steht die Ausübung von Selbststeuerungsautonomie in einem Spannungsverhältnis zur individuellen Freiheit der Mitglieder, der freiwilligen Adressaten und von Außenseitern. Es ist eine legitime staatliche Aufgabe, zum Schutz all dieser Freiheitsträger tätig zu werden. Aus beiden Gründen lassen sich die meisten gesellschaftsrechtlichen Regeln vor Art. 9 I GG gut rechtfertigen. Wie bei der Garantie der Selbstverwaltung gibt es aber keinen Anlass, solche Regeln in dogmatisch anderer Weise an Art. 9 I GG zu messen als klassische Eingriffe. Es gibt also keinen Grund, einen eigenständigen Ausgestaltungsvorbehalt zu schaffen²⁶².

7. Schranken

Scheinbar scheidet die Übertragung der zur Selbstverwaltung entwickelten Grundsätze allerdings an einem dogmatischen Hindernis. Art. 9 I GG enthält in Art. 9 II GG eine geschriebene Schranke. Vereinigungen „sind verboten“, wenn sie den Strafgesetzen zuwiderlaufen, oder wenn sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten. Diese Schranke ist gelegentlich für abschließend gehalten worden²⁶³. Andere haben hiermit begründet, dass ein Ausgestaltungsvorbehalt erforderlich ist. Für ihn soll Art. 9 II GG keine beschränkende Wirkung haben²⁶⁴. Zu Recht sieht das Bundesverfassungsgericht das jedoch anders. In seiner Lesart hat Art. 9 I GG auch immanente Schranken²⁶⁵ zum Schutz anderer, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter²⁶⁶.

Auch die Dogmatik der Schranken von Art. 9 I GG kann sich somit eng an die Dogmatik der Garantien von Selbstverwaltung anlehnen²⁶⁷. Das ist auch dann der Fall, wenn man grundsätzlich der Lehre vom Ausgestaltungsvorbehalt folgen möchte. Denn das Bundesverfassungsgericht hat stets betont, dass die Regeln zur Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit ihrerseits die verfassungsrechtliche Entscheidung für den Schutz dieser Freiheit ernst nehmen müssen²⁶⁸.

Autonomie steht in dem mehrfach beschriebenen Spannungsverhältnis zu individueller Freiheit. Das erste und wichtigste staatliche Ziel bei Eingriffen in Art. 9 I GG ist deshalb der Schutz von Freiheitsrechten. Dabei geht es zunächst um die Rechte der Mitglieder. Das Bundesverfassungs-

261 *BVerfGE* 50, 290, 353 – Mitbestimmung; *BVerfG (Kammer)* 19.1.2001, R 24 f. – Prüfverband.

262 Kritisch auch *Dreier/Bauer* Art. 9 GG, R 47: steht „in einer undeutlichen Beziehung zu institutionellen, objektiv-rechtlichen, verfahrens- und organisationsbezogenen Grundrechtsaspekten“; „räumt dem Gesetzgeber eine grundrechtsdogmatisch nur noch schwer zu domestizierende Gestaltungsfreiheit ein“.

263 *AK/Rinken* Art. 9 I GG, R 69.

264 *Von Münch-Kunig/Löwer* Art. 9 GG, R 24.

265 *BVerfGE* 39, 334, 367 - Radikalenerlaß

266 *BVerfG (Kammer)* 1.4.2003, R 9 – Schießsportverband; ebenso *Dreier/Bauer* Art. 9 GG, R 54; s. auch *Merten* (Bibl.), R 71.

267 S. oben II.6 a.

268 *BVerfGE* 50, 290, 354 – Mitbestimmung; *BVerfG (Kammer)* 19.1.2001, NZG 2001, 461, 463 – genossenschaftlicher Prüfverband.

gericht gesteht ihnen eine ebenfalls in Art. 9 I GG verortete negative Vereinigungsfreiheit zu²⁶⁹. Dieser Schutz ist aber nicht absolut. Daraus folgt also kein prinzipielles Argument gegen den verfassungsrechtlichen Schutz von Autonomie. Rechtfertigend wirkt vor allem der Umstand, dass private Regulatoren ohne staatliche Mithilfe ja keinen rechtlichen Beitrittszwang ausüben können. Wer Mitglied ist, hat sich also zumindest rechtlich freiwillig der Regelungsgewalt des Verbands unterworfen.

Wirtschaftlich oder sozial ist diese rechtliche Freiheit oft allerdings nicht viel wert. Wenn der Verband seine nichtrechtliche Macht ausgenutzt hat, um Außenstehende in die Mitgliedschaft zu zwingen, kann der Staat zum Schutz dieser Personen tätig werden. Auch wenn gegen die Beitrittsentscheidung nichts einzuwenden ist, sind staatliche Interventionen zum Schutz der Mitglieder aber nicht von vorneherein ausgeschlossen. Eine klassische organisationstheoretische Unterscheidung hilft dann, das Maß des Schutzbedarfs zu bestimmen. Albert Hirschman unterscheidet zwei Wege, auf denen Mitglieder die Spitze einer Organisation kontrollieren können. Durch organisierten Einfluss auf die Auswahl der Spitze und ihr Handeln, oder durch Austritt aus dem Verband²⁷⁰. Beide Wirkungsmöglichkeiten stehen in einem inneren Zusammenhang. Wer glaubhaft mit Austritt drohen kann, wird im Inneren viel intensiver wahrgenommen. Diese Zusammenhänge muss der Staat bei seiner Entscheidung über die Intervention respektieren. Interventionen sind gleichwohl möglich, wenn der Schutz der Mitglieder auch dann defizitär erscheint.

Erst recht kann der Staat intervenieren, wenn Selbststeuerung auf Außenseiter ausgreift. Ein legitimes Ziel kann prinzipiell auch in der Durchsetzung rechtsstaatlicher Anliegen bestehen. So kann der Staat etwa darauf drängen, dass eine Selbststeuerungsorganisation gravierende Eingriffe in das Mitgliedschaftsrecht an ein ordnungsgemäßes Verfahren bindet.

Gegenüber Selbstverwaltung ist das Demokratieprinzip wichtiger als gegenüber der Selbststeuerung. Denn die Macht von Selbststeuerungseinrichtungen beruht ja auf der freiwilligen Eingliederung ihrer Mitglieder, also auf Unterwerfung. Gleichwohl kann der Staat prinzipiell auch gegenüber Selbststeuerung ein demokratisches Anliegen verfolgen. Das prominenteste Beispiel steht ja sogar im Text des Grundgesetzes. Nach Art. 21 I 3 GG muss die innere Ordnung der politischen Parteien demokratischen Grundgesetzen entsprechen.

Schließlich kann auch ein Eingriff in Selbststeuerung prinzipiell damit begründet werden, dass ihre Problemlösungskapazität zu gering ist. Wie bei der Selbstverwaltung muss der Gesetzgeber dabei aber Rücksicht auf die grundsätzliche Wertentscheidung von Art. 9 I GG für die Selbststeuerung nehmen. Es genügt deshalb nicht, dass der Staat selbst oder ein dritter Regulator es in irgendeiner Hinsicht besser kann. Das Leistungsgefälle muss schon gravierend sein²⁷¹.

Das letzte war genau genommen allerdings schon keine Aussage zum legitimen Ziel mehr, sondern zum Schutzniveau. Die grundsätzlichen Überlegungen bei der Garantie der Selbstverwal-

269 Zuletzt *BVerfG (Kammer)* 19.1.2001, NZG 2001, 461, 463 – genossenschaftlicher Prüfverband.

270 *Albert O. Hirschman*, Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States, Cambridge, Mass., 1970.

271 S. dazu oben II.6 a.

tung zu dieser dogmatischen Kategorie lassen sich übertragen²⁷². Daraus folgt insbesondere, dass das abstrakte Schutzniveau von Art. 9 I GG regelmäßig weniger wichtig ist als die konkrete Schutzrichtung der Norm und ihr Verhältnis zu dem konkreten Interventionsziel des Staats. Abstrakt schutzverstärkend wirkt aber die Tatsache, dass Selbststeuerung nicht auf souveräne staatliche Befugnisse zugreift. Sie steht deshalb in einem weniger intensiven Zusammenhang zu staatlicher Gewalt.

8. Dogmatische Folgefragen

Wie schon bei der Selbstverwaltung hilft die Unterscheidung zwischen Freiheits- und Autonomierechten auch bei der Entscheidung althergebrachter dogmatischer Streitfragen. Sie betreffen zunächst die Trägerschaft des Rechts. Zu Recht sieht das Bundesverfassungsgericht die Vereinigung selbst als Träger von Art. 9 I GG an²⁷³. Ebenso selbstverständlich müssen natürlich auch die Gründer Träger des Rechts sein. Denn so lange besteht die Selbststeuerungseinrichtung ja noch gar nicht. Wenn man den Gedanken des Autonomierechts ernst nimmt, ist die Trägerschaft der Mitglieder allerdings erklärungsbedürftig. Wenn man es bei der bisherigen Praxis belassen und auch sie als Rechtsträger ansehen will, muss man den gesellschaftsrechtlichen Gedanken der *actio pro socio* fruchtbar machen. Die Mitglieder machen dann mit der Verfassungsbeschwerde ein Recht geltend, das zumindest vornehmlich, wenn nicht ausschließlich der Selbststeuerungseinrichtung zusteht.

Ein dogmatisches Problem entsteht aus der Tatsache, dass Art. 9 I GG dem Wortlaut nach als Deutschenrecht, nicht als Menschenrecht konzipiert ist²⁷⁴. Durch Rückgriff auf Art. 2 I GG²⁷⁵ lässt sich das Problem nicht lösen. Denn wenn man die Trennung zwischen Freiheits- und Autonomierechten ernst nimmt, steht Art. 2 I GG nicht zur Verfügung. Er kann nur die Generalklausel für die Freiheitsrechte sein, nicht für die Autonomierechte. Am ehesten kann man damit helfen, dass das Bundesverfassungsgericht Art. 9 I GG einen „menschenrechtlichen Gehalt“ attestiert²⁷⁶. Angemessener ist es vermutlich aber, offen zu reparieren. Augenscheinlich fehlte bislang die klare dogmatische Trennung zwischen Freiheits- und Autonomierechten. Daraus folgt aber nicht etwa, dass Ausländervereine oder gemischte Vereine dem Zugriff des Gesetzgebers beliebig ausgesetzt sein sollten. Da der Wortlaut von Art. 9 I GG strikt ist, muss man für Auslandsfälle deshalb eine Gesetzesanalogie zu allen Autonomiegarantien des Grundgesetzes ziehen.

Schließlich hatte das Bundesverfassungsgericht in der Mitbestimmungsentscheidung Mühe mit der Autonomie großer Kapitalgesellschaften, weil sich bei ihnen der „personale Gehalt“ verflüchtigt²⁷⁷. Aus der Perspektive einer Unterscheidung zwischen Freiheits- und Autonomierech-

272 S. oben II.6.b.

273 *BVerfGE* 50, 290, 353 – Mitbestimmung; *BVerfG (Kammer)* 1.4.2003, R 9 – Schießsportverband.

274 Darauf weist *Merten* (Bibl.), R 24 zu Recht hin.

275 So der Vorschlag ebd.

276 *BVerfGE* 50, 290, 352 – Mitbestimmung; skeptisch gegenüber dieser Lösung ebd.

277 *BVerfGE* 50, 290, 354 – Mitbestimmung.

ten ist das jedoch kein erhebliches Bedenken. Gewiss ist der menschenrechtliche Gehalt bei großen Kapitalgesellschaften kleiner. Das kann Auswirkungen auf das Schutzniveau haben. Auch große Kapitalgesellschaften oder andere große Verbände üben aber Autonomie aus. Diese private Regulierungstätigkeit ist nicht weniger schutzwürdig als das gleiche Handeln kleinerer Einrichtungen. Auch solche Selbststeuerungseinrichtungen sind deshalb in den Schutzbereich von Art. 9 I GG einbezogen²⁷⁸.

Eine der wichtigsten dogmatischen Folgerungen aus der Unterscheidung zwischen Freiheits- und Autonomierechten ist bereits angeklungen. Autonomie ist etwas kategorial anderes als Freiheit. Art. 2 I GG steht deshalb als Generalklausel nicht zur Verfügung. Von dem bereits erörterten Problem der Auslandsvereine abgesehen bereitet das aber keine Schwierigkeiten. Art. 9 I GG erfüllt für Autonomierechte dieselbe Funktion der Generalklausel, die für Freiheitsrechte von Art. 2 I GG erfüllt wird.

Konsequent können sich die Träger von Autonomie nicht auf Freiheitsrechte berufen. Will eine Selbststeuerungseinrichtung also einen staatlichen Eingriff in ihr Eigentum abwehren, ist *sedes materiae* nicht Art. 14 GG, sondern Art. 9 I GG oder die jeweilige Spezialvorschrift. Wie bei den Gemeinden ist das Eigentum also nicht als solches geschützt, sondern als Voraussetzung zur Ausübung der Regelungsautonomie²⁷⁹. Das gleiche gilt für alle anderen Freiheitsrechte.

IV. Nichtstaatliche Regulierung

Selbststeuerung ist ein Fall von nichtstaatlicher Regulierung. Sie ist aber keineswegs der einzige Fall (1). Ob und wenn ja wie nichtstaatliche Regulierung jenseits der Selbststeuerung verfassungsrechtlich geschützt ist, ist weitgehend ungeklärt (2). Zentral für die Wahl zwischen denkbaren verfassungsrechtlichen Lösungen ist das *Telos* (3). Im Ergebnis erweist sich auch hier Art. 9 I GG als *sedes materiae*. Die Dogmatik kann sich deshalb weitgehend an den Überlegungen zur Selbststeuerung orientieren. Sie muss aber natürlich darauf reagieren, dass die Betroffenen nicht den organisierten Einfluss auf das Regulierungsgeschehen haben, der für die Selbststeuerung charakteristisch ist (4).

1. Anwendungsfälle

Nichtstaatliche Regulierung ist häufig²⁸⁰. Definitionsgemäß kann die Regulierungsmacht nicht auf souveränen Befugnissen beruhen. Dann ginge es um delegierte staatliche Rechtssetzung. Damit bleiben die gleichen Möglichkeiten wie bei der Selbststeuerung. Rechtlich vermittelte Macht kann ein privater Regulator nur gewinnen, wenn er die Handlungsmöglichkeiten des

278 So auch *Dreier/Bauer* Art. 9 GG, R 33.

279 Für die Gemeinden hat das BVerfG das ausgesprochen in *BVerfGE* 70, 1, 20 – Orthopädietechniker-Innungen; *BVerfG (Kammer)* 7.1.1999, NVwZ 1999, 520, 521 – Wegerecht.

280 S. unter etwas anderen Blickwinkeln die Typologien bei *Kirchhof* (Bibl.) und *AK/Rinken* Art. 9 I GG, R 12-17.

Zivilrechts nutzt. Er kann sich aber auch von vornherein auf nichtrechtliche Steuerungsmittel verlassen. Selbstverständlich kann er beide Optionen auch kombinieren.

Wenn der private Regulator gesellschaftsrechtlich vorgeht, ist man typischerweise bei Selbststeuerung. Auch wenn ein Mitgesellschafter nicht Teil an der Geschäftsführung hat, hat er typischerweise doch organisierten Einfluss auf deren Auswahl und Tätigkeit. Im Recht der Kapitalgesellschaften ist das allerdings gelegentlich anders. Ein offensichtliches Beispiel sind Vorzugsaktien ohne Stimmrecht²⁸¹. Trotzdem kann man noch von Selbststeuerung sprechen. Denn die Aktien können ja veräußert werden. Ist die Aktie an der Börse notiert, gibt es dafür sogar einen organisierten Markt. Dann verschafft die Austrittsdrohung auch solchen Aktionären Einfluss auf Entscheidungen des Vorstands²⁸². Immerhin mag man in Grenzsituationen aber zweifeln, ob die Voraussetzungen für die verfassungsrechtliche Qualifikation als Selbststeuerung noch erfüllt sind. Ein ja auch gesellschaftsrechtlich kritisch beleuchtetes Beispiel ist eine GmbH & Co. KG mit einer sehr großen Zahl von Kommanditisten²⁸³.

Es geht dagegen eindeutig nicht mehr um Selbststeuerung, wenn eine Person durch vertragsrechtliche oder sachenrechtliche Regeln der Entscheidungsmacht einer anderen Person unterworfen ist²⁸⁴. Insbesondere langfristige Vertragsverhältnisse eröffnen einer Partei häufig solche Befugnisse. Ein anschauliches Beispiel ist Franchising. Diese Vertragsform ist gerade dadurch definiert, dass der Franchisegeber die rechtlich gesicherte Möglichkeit hat, die Qualität der von den Franchisenehmern hergestellten Produkte zu bestimmen²⁸⁵. Auch das Arbeitsverhältnis gehört hierher. Denn es ist ja durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers definiert. Zu welchen Leistungen der Arbeitnehmer im Laufe des Arbeitsverhältnisses verpflichtet ist, ergibt sich gerade nicht aus dem Arbeitsvertrag. Vielmehr unterwirft sich der Arbeitnehmer der Gestaltungsbefugnis des Arbeitgebers²⁸⁶.

Auf der Grenze zwischen rechtlichem und tatsächlichem Einfluss liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Bedingungen selbst sind natürlich privatrechtlicher Natur. Dass ein Vertragspartner das Regelwerk ohne Verhandlungen akzeptiert, liegt aber nicht an vertraglicher Regelungsmacht des Verwenders. Vielmehr nutzt er seine tatsächliche Macht aus. Sie kann sich aus einem Monopol ergeben. Dann steht der Abnehmer vor der Wahl, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu akzeptieren oder auf die nachgefragte Ware ganz zu verzichten. Im Verhältnis zu Verbrauchern genügt regelmäßig aber bereits ein Transaktionskostengefälle. Für den Verkäufer geht es um ein standardisiertes Geschäft. Für ihn lohnt die Investition in die Ausarbeitung der

281 §§ 139-141 AktG.

282 Zum Verhältnis von exit und voice s. erneut *Hirschman* (FN 270).

283 Überblick bei *Ulrich Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht, München, 2002, § 23.

284 *Kirchhof* (Bibl.) schildert im einzelnen, welche Regelungsbefugnisse sich aus Sachenrecht (378-385), Immateriellgüterrecht (386-409) oder Vertrag ergeben können (476-480).

285 Näher *Michael Martinek*, Moderne Vertragstypen II: Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge, München, 1992; s. auch *Michael Martinek*, Moderne Vertragstypen I: Leasing und Factoring, München, 1991; *Michael Martinek*, Moderne Vertragstypen III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München, 1993 zu anderen langfristigen Verträgen und den darin enthaltenen governance structures.

286 Klassisch *Alfred Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Mainz, 1966.

Bedingungen also. Gemessen am Preis oder am erwarteten Nutzen des Produkts wäre ein vergleichbarer Aufwand für den Abnehmer dagegen irrational²⁸⁷.

Bei der *lex mercatoria* ist der Boden des (staatlichen) Rechts dann ganz verlassen. Solche Regeln stehen bewusst nicht auf dem Boden irgendeiner staatlichen Rechtsordnung. Regelmäßig wollen sie von den staatlichen Gerichten auch gar nicht vollzogen werden. Sie setzen vielmehr auf die allgemeine Übung einer Branche und auf die Durchsetzung durch Schiedsgerichte²⁸⁸.

Noch einen Schritt weiter geht technische Standardisierung. Gelegentlich haben solche Standards auf einem indirekten Wege zwar auch rechtliche Bedeutung. So liegt es insbesondere im Recht der Produkthaftung. Ein Fehler wird regelmäßig verneint, wenn ein Produkt den Anforderungen eines allgemein anerkannten Standards genügt²⁸⁹. Vor allem wirken Standards aber faktisch. Ein Qualitätsstandard organisiert den Markt²⁹⁰. Die Nachfrager achten nur noch darauf, ob der Standard eingehalten ist. Produkte, die von dem Standard abweichen, sind nur noch für ungewöhnliche und zahlungskräftige Nachfrager verfügbar. Noch deutlicher ist die regulierende Wirkung bei Kompatibilitätsstandards. Sie sorgen dafür, dass Elemente zueinander passen. Dieses Bedürfnis ist bei technischen Netzen besonders groß. Andernfalls würde die Software nicht zur Hardware des Computers passen²⁹¹, und mit dem Telefon könnte man nicht telefonieren²⁹². Technik ersetzt hier also Recht. Technik ist dabei sogar besonders wirkungsvoll. Denn wer sich der Technik widersetzt, schließt sich selbst aus²⁹³.

Noch drastischer wird es, wenn Technik dazu benutzt wird, ein nichtrechtliches Äquivalent von Eigentum zu schaffen. Genau das geschieht beim Digital-Rights-Management²⁹⁴. Der Schöpfer eines Werks umhüllt die elektronische Form. Mit dieser Hülle hat er die vollständige Kontrolle darüber, wer den Inhalt nutzt. Es kann etwa nur die einmalige Lektüre gestatten und dafür sorgen, dass sich die Datei danach sofort vernichtet.

287 Zum ökonomischen Hintergrund *Michael Adams*, Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes - Verträge bei asymmetrischer Information, in: Betriebsberater (1989) S. 781-788.

288 Für einen Überblick s. *Ursula Stein*, *Lex Mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt, 1995; zum konzeptionellen und historischen Hintergrund *Paul R. Milgrom, Douglass Cecil North und Barry Weingast*, *The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs*, in: *Economics and Politics* 2 (1990) S. 1-21; *Avner Greif, Paul R. Milgrom und Barry Weingast*, *Coordination, Commitment, and Enforcement. The Case of the Merchant Guild*, in: *Journal of Political Economy* 102 (1994) S. 745-776.

289 Näher *Ulrich Foerste*, *Deliktische Haftung*, in: Friedrich Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, 1997, S. 1-977, § 24, R 14-46.

290 Näher zur Organisation von Märkten *Christoph Engel und Urs (Eds.) Schweizer*, *Organising and Designing Markets*, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 158 (2002) S. 1-5.

291 Dieser Wirkung bin ich näher nachgegangen in *Christoph Engel*, *Windows as an Institution Organizing the Markets for Applications Software*, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 158 (2002) S. 155-162.

292 Zur Rolle von Standards in der Telekommunikation umfassend *Philipp Genschel*, *Standards in der Informationstechnik. Institutioneller Wandel in der internationalen Standardisierung*, Frankfurt, 1995.

293 Diese Wirkung steht im Zentrum der verfassungspolitischen Überlegungen von *Lawrence Lessig*, *Code and other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

294 Näher *Stefan Bechtold*, *Vom Urheber- zum Informationsrecht. Implikationen des Digital Rights Management*, München, 2002.

Schließlich gibt es private Regulierungsintermediäre. Die Herstellung oder Sicherung von sozialer Ordnung liegt nicht im eigenen Interesse dieser Unternehmen. Sie verdienen vielmehr ihr Geld damit, im Interesse Dritter Ordnung zu schaffen. Drei Beispiele sollen den Reichtum illustrieren. Rating-Agenturen generieren Informationen über die Kreditwürdigkeit von Anlagen und verdichten sie zu ganz einfachen Signalen²⁹⁵. Elektronisches Geld schafft ein privates Zahlungsmittel, das in partielle Konkurrenz zu staatlichem Geld tritt²⁹⁶. eBay macht Handel zwischen anonymen Privatpersonen möglich, indem es die individuellen Berichte einzelner Kunden aus der Vergangenheit zu einer durchsichtigen Reputation aggregiert²⁹⁷.

2. Normenbestand

Private Regulierung ist nicht weniger verletzlich, wenn sie keine Selbststeuerung darstellt. Auch hier sind Verzerrungen im politischen Prozess zu besorgen. Auch hier ist denkbar, dass der Staat die Rolle des Schiedsrichters mit der des Mitspielers auf dem Feld der Regulierung vermischt. Deshalb muss der verfassungsrechtliche Ort solcher Steuerung bestimmt werden.

In den Freiheitsrechten kann er ebenso wenig liegen wie bei Selbstverwaltung oder Selbststeuerung. Denn die privaten Regulatoren wollen ja ganz offen soziale Ordnung stiften. Aus der Unterscheidung zwischen Freiheits- und Autonomierechten folgt, dass solches Handeln nicht unter die Freiheitsrechte fällt. Das gilt auch dann, wenn die Regulierungsmacht eines privaten Regulators privatrechtlich gestützt ist. Dass er aus seinem Eigentum sachenrechtliche Befugnisse ableitet, bedeutet noch nicht, dass die Regulierungstätigkeit in den Schutzbereich von Art. 14 GG fällt. Dass ein privater Regulator seine Vertragsfreiheit ausnutzt, bedeutet noch nicht, dass die Tätigkeit unter Art. 2 I GG fällt²⁹⁸. Dass er als Regulierungsintermediär Geld verdienen will, bedeutet noch nicht, dass ihn Art. 12 I GG vor staatlicher Intervention schützt.

Diese Einsicht schafft aber zwei Folgeprobleme. Zunächst muss die Grenze zu anderen privaten Tätigkeiten gezogen werden, die sehr wohl unter diese Freiheiten fallen. Das ist deshalb anspruchsvoll, weil bloße Macht die Freiheitsrechte noch nicht unanwendbar machen kann. Dann bliebe von den Freiheitsrechten nämlich praktisch nichts übrig. Für die Kommunikationsfreiheit aus Art. 5 I GG ist das Problem am besten verstanden. In der Diskurstheorie von Jürgen Habermas ist „herrschaftsfreier Diskurs“ keine Beschreibung der Realität, sondern bloß ein normativer Maßstab²⁹⁹. Ein zweiter Beleg ist der wirtschaftliche Wettbewerb. Die Wettbewerbstheorie ist seit Jahrzehnten von der Norm des vollständigen Wettbewerbs abgerückt. Ihr Leitbild ist funkti-

295 Näher *Dieter Kerwer*, Standardizing as Governance. The Case of Credit Rating Agencies, in: Adrienne Héritier, *Common Goods. Reinventing European and International Governance*, 2002, S. 293-316.

296 Näher *Lorenz Müller*, *Elektronisches Geld*, Baden-Baden, 2002.

297 Näher *Axel Ockenfels*, Reputationsmechanismen auf Internet-Marktplattformen. Theorie und Empirie, in: *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* 73 (2003) S. 295-315.

298 Zum grundsätzlichen Schutz der Vertragsfreiheit durch Art. 2 I GG s. *Wolfram Höfling*, *Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie*, Heidelberg, 1991.

299 *Jürgen Habermas*, *Wahrheitstheorien*, in: Helmut Fahrenbach, *Wirklichkeit und Reflexion*. Walter Schulz zum 60. Geburtstag, 1973, S. 211-266.

onsfähiger Wettbewerb³⁰⁰. Wer die Abwesenheit von Macht fordert, hätte die unternehmerischen Freiheitsrechte deshalb nahezu gegenstandslos gemacht. Macht allein genügt also nicht. Die Grenze zur Autonomie ist erst überschritten, wenn ein Privatmann die Ordnung sozialer Verhältnisse zu seiner Aufgabe macht.

Ein gewisser verfassungsrechtlicher Schutz privater Regulierung könnte dem Willkürverbot³⁰¹ und dem verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz entnommen werden³⁰². Dieser Schutz wäre aber nicht nur unangemessen niedrig. Vielmehr hinge er dogmatisch in der Luft. Wenn man die Unterscheidung zwischen Freiheits- und Autonomierechten ernst nimmt, steht Art. 2 I GG als Generalklausel nämlich nicht zur Verfügung. Im Verhältnis zu privaten Regulatoren, die nicht der Selbststeuerung zugerechnet werden können, bliebe es deshalb bei einem bloß objektivrechtlichen Schutz. Denn die Subjektivierung und damit die Befugnis zur Beschwerde an das Verfassungsgericht könnte ja wieder erst über Art. 9 I GG geleistet werden.

Zumindest für die Frage des subjektiven Rechts geht es also um eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung. Das mag es zusätzlich erleichtern, alle private Regulierung unter Art. 9 I GG zu rechnen. Die Systematik spricht eine noch deutlichere Sprache. Am Beispiel von Selbstverwaltung und Selbststeuerung hat sich gezeigt, dass die Unterscheidung zwischen Freiheits- und Autonomierechten sehr viel mehr dogmatische Klarheit schafft als die bisherigen Zuordnungen. An den verfassungsrechtlichen Schutz privater Regulierung, die nicht zugleich Selbststeuerung ist, hat der Verfassungstext offensichtlich nicht gedacht. Es gibt also eine echte Lücke. Diese Lücke kann und sollte in Analogie zu Art. 9 I GG geschlossen werden. Auf diese Weise setzt man im übrigen nur konsequent die Einsicht fort, dass Art. 9 I GG im Kern kein Gruppenrecht schützt, sondern ein Verbandsrecht³⁰³. Denn dadurch wird auch bei der Selbststeuerung zentral die Ordnungsleistung geschützt, nicht das Gruppenhafte.

3. Telos

Bei Selbstverwaltung und Selbststeuerung konnte der Bericht über den Normenbestand von den Überlegungen zum Telos dieser Normen klar geschieden werden. Bei privater Regulierung, die nicht zugleich Selbststeuerung ist, ist das anders. Hier wird das Telos nicht nur als Grundlage für die dogmatische Feinarbeit gebraucht. Vielmehr ergibt sich aus dem Telos das stärkste Argument dafür, auch diese Form der privaten Regulierung unter Art. 9 I GG zu bringen. Aus dem Telos ergibt sich nämlich, dass private Regulierung der von Art. 9 I GG geschützten Selbststeuerung in ihrem Kern ähnlich ist. Fast alle oben aufgezählten Gründe passen auch hier. Wie Selbststeuerung hat andere private Regulierung allerdings nichts mit Partizipation zu tun. Und anders als Selbststeuerung leistet sie auch keinen Beitrag zu einem weit verstandenen Konzept von Demo-

300 Zu den konkurrierenden Wettbewerbsleitbildern s. zusammenfassend *Hartwig Bartling*, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München, 1980.

301 Vgl. *Kluth* (Bibl.), S. 521-535.

302 Einen aktuellen Überblick über dieses Institut des Verfassungsrechts gibt *Johanna Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, Köln, 2002.

303 S. erneut *Maunz-Dürig/Scholz* Art. 9 GG, R 24.

kratie. Dieser Umstand muss Folgen für das Schutzniveau von Art. 9 I GG haben. Private Regulierung ohne Selbststeuerungselement ist aus diesem Grunde normativ etwas weniger wertvoll.

Das eigentliche normative Problem mit privater Regulierung ohne Selbststeuerung ist allerdings das Außenseiterproblem. Es kann zwar auch für Selbstverwaltung und Selbststeuerung bestehen³⁰⁴. Bei den hier untersuchten Formen der privaten Regulierung sind aber alle Adressaten Außenseiter. In einem strengen Sinne ist das sogar dann der Fall, wenn sie sich dem Regulator freiwillig unterworfen haben. Wenn diese Unterwerfung revisibel ist, bleibt ihnen allerdings die Abwanderung. Die Abwanderungsdrohung kann ihnen zumindest faktischen Einfluss auf die Leitungsentscheidungen des Regulators geben³⁰⁵. Manche literarische Äußerungen lesen sich, als ob solche Formen der Regulierung von der Verfassung kategorisch verboten wären³⁰⁶. Dann schüttet man jedoch das Kind mit dem Bade aus. Es gibt kein staatliches Rechtsetzungsmonopol³⁰⁷, und erst Recht kein Monopol für die nichtrechtliche Regulierung. Dass private Regulierung auf Nichtmitglieder ausgreift, ist normativ natürlich relevant. Die angemessene Reaktion besteht aber nicht in einem Verbot privater Regulierung, sondern in staatlichen Interventionen, wenn die Interessen der Außenseiter vernachlässigt werden.

4. Dogmatik

Die Verortung des verfassungsrechtlichen Schutzes bei Art. 9 I GG enthält zugleich auch die Lösung der meisten dogmatischen Fragen. Sie sind nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln, die schon für Selbststeuerung entwickelt worden sind. Auch hier gibt es kein Enumerationsprinzip. Jede private Regulierung fällt in den Schutzbereich von Art. 9 I GG. Die Schutzrichtungen sind dieselben wie bei der Selbststeuerung. Eine hier praktisch besonders wichtige Form der Ingerenz ist die Inpflichtnahme durch den Staat³⁰⁸. Ein Beispiel ist im Medienrecht intensiv diskutiert worden. Dort gibt es eine eigene publizistische Konzentrationskontrolle. Anders als die parallele Fusionskontrolle des Kartellrechts setzt sie an Zuschauerzahlen an, nicht an Marktanteilen. Das Instrument ist deshalb auf verlässliche Zahlen angewiesen. Ursprünglich wollte der Gesetzgeber dafür die Zahlen verwenden, die die Gesellschaft für Kommunikationsforschung (GfK) aus einem ganz anderen Grunde ohnehin erhebt. Werbung wird nach Zuschauerkontakten

304 S. oben II 6 a und III 7.

305 Zum Zusammenhang von exit und voice s. erneut *Hirschman* (FN 270).

306 *Breuer* (Bibl.), S. 10 verlangt ein „ausgliederungsfähiges Sonderinteresse“. *Ossenbühl* (Bibl.), R 33 verlangt eine gesetzliche Ermächtigung, die er nur in Randbereichen für verfassungsrechtlich erträglich hält. Beide Stellen betreffen aber die Selbstverwaltung, nicht private Regulierung. Scheinbar rechnet auch *BVerfGE* 33, 125, 159 – Facharzt hierher: „daß Regelungen, die die Freiheit der Berufswahl und dadurch sogar schutzwürdige Interessen von Nichtmitgliedern (Berufsanwärtern) berühren, insofern also den Kreis "eigener" Angelegenheiten überschreiten, vom Gesetzgeber selbst getroffen werden müssen; allenfalls Einzelfragen fachlich-technischen Charakters könnten in dem vom Gesetzgeber gezogenen Rahmen auch durch Satzungsrecht eines Berufsverbandes geregelt werden.“ Das Ergebnis ist jedoch aus dem hohen Schutzniveau von Art. 12 I GG im konkreten Fall abgeleitet.

307 *Kirchhof* (Bibl.), S. 107-137. Die grundrechtliche Legitimation der privaten Regulatoren gestattet dem Staat, private Rechtsetzung zuzulassen (511 f.). Diese Begründung ist durch die verfassungsrechtliche Öffnung für private Regulierung in Art. 9 I GG zu ersetzen.

308 Weiteres Material dazu bei *Gerald Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten - zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regulierungskonzepte, Köln, 2001.

abgerechnet. Deshalb ermittelt die GfK im Auftrag der Rundfunkveranstalter ständig Einschaltquoten. Der GfK war die Absicht des Gesetzgebers gar nicht lieb. Sie befürchtete, die Flexibilität bei der Fortentwicklung der Datenerhebung zu verlieren. Dadurch hätte es zu Unsicherheit bei den Werbetreibenden kommen können. Sie hätte sich in einem Risikoabschlag auf die Werbeausgaben niedergeschlagen³⁰⁹.

Auch zu den Schranken können die Überlegungen zur Selbststeuerung übertragen werden. Das praktisch wichtigste Ziel ist der Schutz der Adressaten. Er darf nicht auf die Kontrolle der eigentlichen Regulierungstätigkeit beschränkt sein. Legitim ist vielmehr auch und vor allem eine staatliche Kontrolle der Einbeziehung von Adressaten in den Wirkungskreis eines Regulators. Beruht dessen Regelungsmacht auf einer Unterwerfung des Adressaten, geht es um die Freiwilligkeit der Unterwerfungserklärung. Je stärker der Druck, desto eher ist ein staatlicher Eingriff gerechtfertigt.

V. Selbstverwaltung ohne explizite Garantie

Damit bleibt noch eine letzte Klasse von Fällen: Selbstverwaltung ohne explizite verfassungsrechtliche Garantie. Sie ist praktisch verhältnismäßig häufig (1). Sie steht aber unter keinem direkten verfassungsrechtlichen Schutz (2). Subjektivrechtlich ausgestaltet ist nur der Schutz vor der Aufdrängung souveräner Befugnisse (3).

1. Anwendungsfälle

Die Liste der Selbstverwaltungsträger ist lang. Der Großteil von ihnen fällt nicht unter eine der oben aufgezählten expliziten verfassungsrechtlichen Garantien. Eine erste Gruppe wird von der Selbstverwaltung der freien Berufe gebildet. Hierher gehören Ärztekammern, Rechtsanwaltskammern, Wirtschaftsprüferkammern, Steuerberaterkammern, Architektenkammern und Ingenieurkammern-Bau, Lotsenbrüderschaften und Kursmaklerkammern³¹⁰. Eine weitere Gruppe kann man als gruppenplurale wirtschaftliche Selbstverwaltung bezeichnen. Hierher rechnen die Industrie- und Handelskammern, die Handwerkskammern und die Landwirtschaftskammern³¹¹. Eine dritte Gruppe bilden die Realkörperschaften. Dazu gehören die Wasserverbände, die Waldwirtschaftsgenossenschaften, die Forstbetriebsverbände und die Jagdgenossenschaften³¹². Umfangreich ist auch die soziale Selbstverwaltung. Zu ihr gehören die Sozialversicherungsträger, die

309 Näher zu dem Fall *Christoph Engel*, Die Messung der Fernsehnutzung als Voraussetzung eines Marktanteilsmodells zur Kontrolle der Medienkonzentration, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (1995) S. 653-666.

310 Ausführlicher Bericht bei *Kluth* (Bibl.), S. 82-122.

311 Bericht ebd., 123-163.

312 Bericht ebd., 164-183.

kassenärztlichen Vereinigungen, die Bundesanstalt für Arbeit, die Versorgungswerke der freien Berufe und die Studentenwerke³¹³. Die Liste lässt sich noch eine ganze Weile fortsetzen³¹⁴.

2. Normenbestand

Bei der Untersuchung der Selbstverwaltungseinrichtungen mit expliziter Garantie war bereits festgehalten worden, dass ein Enumerationsprinzip gilt³¹⁵. Ein gerichtlich durchsetzbares Recht auf Schutz vor staatlicher Ingerenz haben Selbstverwaltungsträger also nur dann, wenn das Grundgesetz das ausdrücklich anordnet. Der Schutz des objektiven Verfassungsrechts geht zum Teil weiter. Insbesondere ergibt sich aus Art. 87 II GG, dass der Bund die überregionalen Sozialversicherungsträger als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfassen muss³¹⁶. Zum objektivem Recht gehören auch Willkürverbot und Vertrauensschutz³¹⁷. Der Staat darf Selbstverwaltungsträger also nicht ohne nachvollziehbaren Grund diskriminieren. Wenn er sich zum Eingriff in bestehende Strukturen entschließt, muss er normalerweise einen gleitenden Übergang vorsehen. Wo Selbstverwaltung einen günstigen Effekt für gelebte Demokratie hat, kann auch das Demokratieprinzip Grenzen ziehen³¹⁸. Subjektiviert ist all das aber allenfalls mittelbar wegen der Rückwirkungen auf Freiheitsrechte der Mitglieder oder Adressaten.

3. Schutz vor der Aufdrängung souveräner Befugnisse

Zwischen Selbstverwaltung und Selbststeuerung gibt es also ein schroffes Schutzgefälle. Jede Form der Selbststeuerung fällt unter Art. 9 I GG. Nimmt ihr Träger dagegen souveräne staatliche Befugnisse in Anspruch, entfällt regelmäßig jeder subjektivrechtliche Schutz. Das staatliche Angebot einzelner souveräner Befugnisse kann sich also mittelfristig als Danaer-Geschenk erweisen. Daraus folgt eine weitere Schutzrichtung von Art. 9 I GG. Wenn der Staat einem Träger von Selbstregulierung souveräne Befugnisse aufdrängt, greift er intensiv in das Recht aus Art. 9 I GG ein. Der Staat braucht also sehr gute Gründe, um den Selbstverwaltungsträger damit im Ergebnis des verfassungsrechtlichen Schutzes zu berauben³¹⁹.

313 Bericht ebd., 189-216.

314 *Groß* (Bibl.), S. 1183 verweist etwa auf die Filmförderanstalt.

315 S. oben II.4.

316 Weitere objektivrechtliche Normen sind ebd. zusammengestellt.

317 Näher gerade IV.2.

318 Näher *Kluth* (Bibl.), S. 535-540.

319 Vgl. *Di Fabio* (Bibl.), S. 258-261.

VI. Schlussbemerkung

Dogmatik ist kein Selbstzweck. Sie soll dem Rechtsanwender helfen, die richtige Entscheidung zu finden. Zugleich soll sie die Wirkungen der Norm auf das Verhalten der Rechtsunterworfenen steuern. Auch wenn man sich des dienenden Zwecks von Dogmatik bewusst ist, ist dogmatische Klarheit aber wertvoll. Schönheit, gar Eleganz mögen notfalls verzichtbar sein. Deshalb braucht der juristische Wissenschaftler aber nicht darauf zu verzichten, danach zu streben. Die Einsicht in die fundamentale Differenz zwischen Freiheitsrechten und Autonomierechten muss sich deshalb vor allem in der Anwendungspraxis bewähren. Sie macht zugleich aber auch einen zentralen Teil des Verfassungsrechts klarer, vielleicht sogar eleganter.

Bibliographie

- BREUER, RÜDIGER (1977). „Selbstverwaltung und Mitverwaltung Beteiligter im Widerstreit verfassungsrechtlicher Postulate.“ Die Verwaltung: 1-29.
- DI FABIO, UDO (1997). „Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung.“ VVDStRL **56**: 235-282.
- EMDE, ERNST THOMAS (1991). Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit. Berlin, Duncker & Humblot.
- ENGEL, CHRISTOPH (1998). „Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung.“ Staatswissenschaften und Staatspraxis **9**: 535-591.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001). A Constitutional Framework for Private Governance. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/4. http://www.mpp-rdg.mpg.de/pdf_dat/001_4.pdf
- GROB, THOMAS (2002). „Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung.“ Deutsches Verwaltungsblatt: 1182-1194.
- HENDLER, REINHARD (1984). Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der Industriegesellschaft. Köln, Heymanns.
- HENDLER, REINHARD (1999). Das Prinzip Selbstverwaltung. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IV: Finanzverfassung, Bundesstaatliche Ordnung. Josef Isensee und Paul Kirchhof. Heidelberg, Müller: § 106.
- KIRCHHOF, FERDINAND (1987). Private Rechtsetzung. Berlin, Duncker & Humblot.
- KIRSTE, STEPHAN (2002). Die Realisierung von Gemeinwohl durch verselbständigte Verwaltungseinheiten. Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt. Winfried Brugger, Stephan Kirste und Michael Anderheiden. Baden-Baden, Nomos: 327-390.
- KLUTH, WINFRIED (1997). Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status - verfassungsrechtlicher Schutz. Tübingen, Mohr (Siebeck).
- KLUTH, WINFRIED (2002). „Funktionale Selbstverwaltung.“ Die Verwaltung **35**: 349-376.
- MERTEN, DETLEF (2001). Vereinsrecht. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Josef Isensee und Paul Kirchhof. Heidelberg, Müller: § 144.

- OEBBECKE, JANBERND (2003). „Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung.“ Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer **62**: 366-400.
- OSSENBÜHL, FRITZ (1996). Satzung. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland III. Josef Isensee und Paul Kirchhof. Heidelberg, Müller: § 66.
- OSTROM, ELINOR (1990). Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action. Cambridge ; New York, Cambridge University Press.
- SCHMIDT-AßMANN, EBERHARD (1987). Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung. Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens. Ingo von Münch und Peter Selmer. Berlin, de Gruyter: 249-264.
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE (1989). „Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens.“ Archiv des öffentlichen Rechts **114**: 127-148.
- STARCK, CHRISTIAN (1967). „Autonomie und Grundrechte. Zur Regelungsbefugnis öffentlich-rechtlicher Autonomieträger im Grundrechtsbereich.“ Archiv des öffentlichen Rechts **92**: 449-478.