

Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung

Oebbecke, Janbernd

First published in:

Druckausg. erschienen im deutschen Gemeindeverlag, Köln, 1986, 3-555-00693-2, 259 S.

Münstersches Informations- und Archivsystem multimedialer Inhalte (MIAMI)

URN: urn:nbn:de:hbz:6-38429453900

Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung

von

Janbernd Oebbecke

Deutscher Gemeindeverlag
Verlag W. Kohlhammer

Oebbecke, Janbernd:

Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung / von Janbernd Oebbecke. – Köln : Deutscher Gemeindeverlag ; Köln : Kohlhammer, 1986.

(Schriftenreihe des Freiherr-vom-Stein-Institutes ; Bd. 7)

ISBN 3-555-00693-2

NE: Freiherr-vom-Stein-Institut <Münster, Westfalen> Schriftenreihe des Freiherr-vom-Stein-Institutes



30 34958

1986

Deutscher Gemeindeverlag GmbH und Verlag W. Kohlhammer GmbH

Köln, Stuttgart, Berlin, Hannover, Kiel, Mainz, München

Verlagsort: 5000 Köln 40, Postfach 40 02 63

Gesamtherstellung Deutscher Gemeindeverlag GmbH Köln

Titelentwurf: Eugen Roth

Nachdruck, auch auszugsweise, verboten – alle Rechte vorbehalten

Recht zur fotomechanischen Wiedergabe nur mit Genehmigung des Verlages
Buch-Nr. G 0/406

g

Vorwort des Herausgebers

Mit Band 7 seiner Schriftenreihe legt das Freiherr-vom-Stein-Institut eine Untersuchung vor, die sich mit einer wichtigen und in den letzten Jahrzehnten immer bedeutsamer gewordenen Frage aus dem Recht der Organisation der öffentlichen Verwaltung befaßt: Gibt es rechtliche Grenzen für die Durchbrechung der hierarchischen Struktur der Verwaltung und wo liegen sie? Das Thema Weisungsfreiheit in der staatlichen Verwaltung ist unter dem Stichwort der Ministerialfreiheit seit langem ein Thema der verfassungsrechtlichen Diskussion. Die Untersuchung bezieht darüber hinaus die Unterrichtungsfreiheit, also die Berechtigung, den übergeordneten Stellen die bei der Aufgabenwahrnehmung gewonnenen Informationen vorzuenthalten, und die Kommunalverwaltung ein. Die Überprüfung der Ergebnisse an Beispielen aus der Wirklichkeit der Staats- und Kommunalverwaltung weist nach, daß die Praxis im großen Ganzen die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die hier entwickelt werden, beachtet.

Die Untersuchung ist in fünf Teile gegliedert. In der Einleitung erläutert der Verfasser die Problemstellung, einige zentrale Begriffe und den verwaltungswissenschaftlichen Hintergrund der untersuchten Fragen. Im zweiten Teil behandelt er die verfassungsrechtliche Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung, wobei er von der Leitungsbefugnis der Regierung, der demokratischen Legitimation, der parlamentarischen Verantwortlichkeit, dem Rechtsstaatsprinzip und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtenstums ausgeht. Mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit in der Kommunalverwaltung befaßt sich der dritte Teil. Im vierten Teil geht der Verfasser auf die Frage ein, wieweit ausgewählte weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Bundesverwaltung und in der Kommunalverwaltung nach den entwickelten Maßstäben zulässig sind. Den Schluß bilden ein kurzer Ausblick und eine Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen.

Die Arbeit ist im Sommersemester 1986 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität als Habilitationsschrift angenommen worden. Herrn Professor Dr. Norbert Achterberg ist recht herzlich dafür zu danken, daß er sich der Mühe des Zweitgutachtens unterzogen hat.

Dank gebührt auch Herrn cand. iur. Hans Kurlemann und Frau stud. iur. Tina Finke, die bei der Beschaffung des Materials und bei den Korrekturen behilflich waren, sowie Frau Hiltrud Seufert, die in gewohnter Weise mit Gründlichkeit und Umsicht das Manuskript erstellt hat.

Münster, im August 1986

Professor Dr. Werner Hoppe
(Geschäftsführender Direktor des
Freiherr-vom-Stein-Instituts)

Vorwort des Verfassers

Die Arbeit ist im Frühjahr 1986 abgeschlossen worden.

Entscheidenden Anteil an ihrem Zustandekommen hatte mein Lehrer, Herr Professor Dr. Werner Hoppe. In großzügiger Weise hat er mich seit meinem Studium gefördert. Ganz wesentlich sein Vertrauen ist es gewesen, das mir die nicht unangefochtene, aber doch durchgeholtene Überzeugung gegeben hat, zu einem guten Abschluß kommen zu können. Für alles das danke ich ihm sehr herzlich.

Dem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Norbert Achterberg danke ich für hilfreiche Anregungen, die ich in der Druckfassung der Arbeit berücksichtigen konnte.

Dem Landkreistag Nordrhein-Westfalen möchte ich dafür danken, daß ich als Leiter des Freiherr-vom-Stein-Instituts dieses Buch in großer Freiheit und unter förderlichen Bedingungen schreiben konnte. Ich wünsche mir, die hier versuchte rechtliche Klärung möge auch den Kommunen und ihren Bürgern praktisch nützen – wenigstens auf lange Sicht.

Im August 1986

Janbernd Oebbecke

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort des Herausgebers</i>	V
<i>Vorwort des Verfassers</i>	VI
<i>Literaturverzeichnis</i>	XIII
1. Teil: Einleitung	1
1. Die Praxis	1
1.1 Bundesverwaltung	1
1.2 Kommunalverwaltung	1
2. Problemstellung und Gang der Untersuchung	4
3. Begriffe und systematische Einordnung	6
3.1 Begriffe	6
3.1.1 Weisung	6
3.1.2 Unterrichtung	7
3.1.3 Weisungsfreier Raum	7
3.1.4 Unterrichtungsfreier Raum	8
3.2 Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit im System des Organisationsrechts	8
4. Zur Bedeutung von Weisung und Unterrichtung	10
4.1 Die Weisung als Steuerungsmittel	11
4.1.1 Führung und Steuerung	11
4.1.2 Die Steuerungsmittel	12
4.1.3 Die Bedeutung der Weisung	16
4.2 Die Unterrichtung als Informationsmittel	18
4.2.1 Entscheidung und Information	18
4.2.2 Die Informationsmittel	19
4.2.3 Die Bedeutung der Unterrichtung	20
4.3 Weisung und Unterrichtung im mehrstufigen System	22
2. Teil: Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Bundesverwaltung und Grundgesetz	23
1. Die Leitungsbefugnis der Regierung	24
1.1 Die Verortung des Grundsatzes der Leitungsbefugnis im Grundgesetz	25
1.1.1 Die systematische Stellung des Art. 65 GG	26
1.1.2 Die Regelungen der Länderverfassungen	26
1.1.3 Die textgeschichtliche Argumentation	27
1.1.4 Art. 65 a GG	28
1.1.5 Begründungen des Grundsatzes der Leitungsbefugnis ohne Bezug auf Art. 65 GG	29
1.2 Gegenstand und Inhalt der Leitungsbefugnis	31

1.2.1	Der Gegenstand der Leitungsbefugnis – der Geschäftsbereich	31	2.4	Inhalt und Verortung der Forderung nach demokratischer Legitimation	76
1.2.1.1	Geschäftsbereich und Weisungsfreiheit	31	2.5	Der Gegenstand der Legitimation	78
1.2.1.2	Funktionale Zuständigkeiten der Ressortminister	32	2.6	Der Legitimationsakt	83
1.2.1.3	Die Notwendigkeit lückenloser Ressortverteilung	33	2.7	Das Legitimationssubjekt	87
1.2.2	Die Leitung	34	3.	Die parlamentarische Verantwortlichkeit	95
1.2.2.1	Leitung und Aufsicht	35	3.1	Begriff und Inhalt der parlamentarischen Verantwortlichkeit	95
1.2.2.2	Aktionsfelder der Leitung	36	3.2	Parlamentarische Verantwortlichkeit und Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume	102
1.2.2.3	Instrumente der Leitung	37	3.3	Die Herleitung eines Verbots der Errichtung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume aus einzelnen Kontrollrechten	104
1.3	Verfassungsrechtliche Beschränkungen der Leitungsbefugnis	38	3.3.1	Das Mißtrauensvotum (Art. 67 I GG)	106
1.3.1	Inhaltliche Beschränkungen	39	3.3.2	Parlamentarische Informationsrechte	106
1.3.2	Funktionale Beschränkungen	39	3.3.2.1	Auskunftsanspruch des Parlaments?	107
1.3.2.1	Entscheidungsrechte anderer oberster Verfassungsorgane	40	3.3.2.2	Das Untersuchungsrecht (Art. 44 GG)	109
1.3.2.2	Entscheidungsrechte des Kanzlers und des Regierungskollegiums	40	3.3.2.3	Das Petitionsrecht (Art. 45 c, 17 GG)	114
1.3.3	Gegenständliche Beschränkungen	42	3.3.3	Die Kontrollbefugnisse des Haushaltsrechts (Art. 114 GG)	117
1.3.3.1	Verfassungsunmittelbar angeordnete Beschränkungen	43	3.4	Die Herleitung der parlamentarischen Verantwortlichkeit als Grundlage eines Verbots weisungs- und unterrichtungsfreier Räume aus Strukturprinzipien der Verfassung?	122
1.3.3.2	Verfassungsunmittelbar zugelassene Beschränkungen?	44	4.	Das Rechtsstaatsprinzip	127
1.4	Die Zulässigkeit gesetzlicher Durchbrechungen der Leitungsbefugnis	47	4.1	Das Gewaltenteilungsprinzip	128
1.4.1	Vorbemerkungen	47	4.2	Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	133
1.4.2	Die Heranziehung des „vorrechtlichen Gesamtbildes“	49	5.	Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums	136
1.4.2.1	Das vorrechtliche Gesamtbild	50	6.	Ergebnisse des zweiten Teils	139
1.4.2.2	Die Rechtslage unter der Weimarer Reichsverfassung	51			
1.4.3	Die Argumentation aus der „Natur der Sache“	53			
1.4.3.1	Die Deutsche Bundesbank	54			
1.4.3.2	Kollegialentscheidungen	54			
1.4.3.3	Spezielles Sachwissen	56			
1.4.3.4	Prüfungsentscheidungen	57			
1.4.4	Die Differenzierung nach der politischen Tragweite	59			
1.4.4.1	Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27. April 1959	60			
1.4.4.2	Die politische Tragweite als Abgrenzungskriterium	62			
1.4.4.3	Versuche der Begründung eines gesetzgeberischen Zugriffsrechts	64			
1.4.5	Die Rechtfertigung von Einschränkungen der Leitungsbefugnis mit Rücksicht auf kollidierende Verfassungsrechtsgüter	65			
2.	Die demokratische Legitimation	67	3. Teil: Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Kommunalverwaltung und Grundgesetz	141	
2.1	Vorüberlegungen	67	1.	Demokratische Legitimation	142
2.2	Die demokratische Legitimation der Verwaltung im jüngeren Schrifttum	68	2.	Verfassungsrechtliche Informationsbefugnisse von Volksvertretungen und Rechnungshöfen	143
2.2.1	Ossenbühl	68	2.1	Informationsrechte des Deutschen Bundestages	143
2.2.2	Brohm	69	2.2	Informationsrechte des nordrhein-westfälischen Landtags	145
2.2.3	Kriele	70	2.3	Petitionsinformierungsrecht der kommunalen Vertretungsorgane	146
2.2.4	Herzog	71	2.4	Informationsbefugnisse der Rechnungshöfe	152
2.2.5	Böckenförde	73	3.	Die Ausführung von Bundesgesetzen	153
2.3	Die demokratische Legitimation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	74	3.1	Ausführung von Bundesgesetzen und Weisungsfreiheit	153
			3.2	Ausführung von Bundesgesetzen und Unterrichtungsfreiheit	155
			4.	Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung	155
			4.1	Die Kommunalaufsicht	157
			4.2	Bürgerschaftlichkeit	160

4.3	Grenzen gesetzlicher Zugriffe auf den geschützten Bereich der kommunalen Selbstverwaltung	164	2.1.5	Zur Zulässigkeit der Absetzung von Stücken	200
5.	Ergebnisse des dritten Teils	166	2.2	Der Museumsleiter	201
4. Teil: Zur Zulässigkeit ausgewählter weisungs- und unterrichtungsfreier Räume		169	2.2.1	Aufgaben und Arten von Museen	201
1.	Beispiele aus der Bundesverwaltung	170	2.2.2	Die Konzeption Hans Peter Ipsens	203
1.1	Die Deutsche Bundesbank	170	2.2.3	Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Museumsbetrieb in öffentlicher Hand	205
1.1.1	Die demokratische Legitimation der Organe der Deutschen Bundesbank	171	2.2.4	Gebotenheit und Zulässigkeit weisungsfreier Räume im Museum	207
1.1.2	Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit der Deutschen Bundesbank	172	2.3	Die Volkshochschulen	208
1.1.2.1	Die Geldwertstabilität als geschütztes Verfassungsgut	173	2.3.1	Die Entscheidungszuständigkeiten in Angelegenheiten der Volkshochschule	209
1.1.2.2	Unabhängigkeit der Bundesbank und Übermaßverbot	175	2.3.1.1	Der Träger des Rechts auf selbständige Lehrplangestaltung	209
1.2	Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften	176	2.3.1.2	Die Zuständigkeitsverteilung nach dem Weiterbildungsgesetz und Kommunalverfassungsrecht	212
1.2.1	Die demokratische Legitimation der Mitglieder der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften	176	2.3.2	Zur Verfassungsmäßigkeit des § 4 III WbG	213
1.2.2	Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle	176	2.4	Der Amtstierarzt	215
1.3	Der Bundespersonalausschuss	180	2.4.1	Tierärztliche Untersuchungen, Gutachten und Schätzungen im Sinne des Tierseuchengesetzes und des Ausführungsgesetzes	216
1.3.1	Die demokratische Legitimation der Mitglieder des Bundespersonalausschusses	182	2.4.2	Zur Verfassungsmäßigkeit des § 2 VAG TierSG	216
1.3.2	Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit des Bundespersonalausschusses	183	2.5	Der Arzt im Gesundheitsamt und im kommunalen Krankenhaus	217
1.3.2.1	Die Entscheidung über Ausnahmen von beamtenrechtlichen Bestimmungen	183	2.5.1	Die ärztliche Schweigepflicht – Überblick	219
1.3.2.2	Die allgemeine Anerkennung von Prüfungen	185	2.5.2	Zur Zulässigkeit der Unterrichtung durch den ärztlichen Amtswalter nach einfachem Recht	221
1.4	Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer und Musterungsausschüsse	186	2.5.3	Zur Zulässigkeit der Unterrichtung durch den ärztlichen Amtswalter nach Verfassungsrecht	227
1.4.1	Die Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer	186	2.5.4	Einzelfragen der Zulässigkeit der Unterrichtung durch ärztliche Amtswalter	229
1.4.1.1	Die demokratische Legitimation der Ausschüssemitglieder	187	2.5.4.1	Unterrichtung im Rahmen der Aufsicht	229
1.4.1.2	Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit der Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer	188	2.5.4.2	Organisation des Postlaufs	231
1.4.2	Die Musterungsausschüsse	189	2.5.4.3	Arztgeheimnis und Rechnungsprüfung	231
1.4.2.1	Die demokratische Legitimation der Mitglieder der Musterungsausschüsse	190	2.5.4.4	Angaben zu Abrechnungszwecken	232
1.4.2.2	Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit der Musterungsausschüsse	190	2.6	Personenbezogene Beratung	233
2.	Beispiele aus der Kommunalverwaltung	192	5. Teil: Ausblick und Zusammenfassung	235	
2.1	Der Theaterintendant	192	1.	Ausblick	235
2.1.1	Der Theaterintendant im Schrifttum	193	2.	Zusammenfassung in Thesen	239
2.1.2	Subjektive Rechte für staatliche Kunstabtätigung?	195	Sachregister	247	
2.1.3	Kunstveranstaltung als Freiraumeröffnung	196			
2.1.4	Zur Zulässigkeit der Weisungsfreiheit von Theaterintendanten	199			

Literaturverzeichnis

Hier und im folgenden Text werden die in der Rechtssprache üblichen Abkürzungen verwandt (vgl. Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Aufl., Berlin 1983 und das Abkürzungsverzeichnis der Neuen Juristischen Wochenschrift).

- Achterberg, Norbert Parlamentsreform – Themen und Thesen, DÖV 1975, 833 – 848.
- Achterberg, Norbert Parlamentarische Kontrollrechte, DÖV 1977, 548 – 554.
- Achterberg, Norbert Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1982.
- Achterberg, Norbert Vertrauensfrage und Auflösungsanordnung, DVBl. 1983, 477 – 486.
- Achterberg, Norbert Parlamentsrecht, Tübingen 1984.
- Adorno, Theodor W. Kultur und Verwaltung, Merkur 1960, 101 – 121.
- (Alternativ-Kommentar) Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2 Bände, Neuwied 1984.
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Bad Homburg v.d.Höhe 1960 (Reprogr. Nachdruck der 14. Aufl., Berlin 1933).
- Arbab-Zadeh, A./ O. Prokop/W. Reimann Rechtsmedizin, Stuttgart 1977.
- Arndt, Adolf Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen?
Korreferat, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages Hamburg 1953, Bd. 2, Tübingen 1954, S. C 41 - C 59.
- Arndt, Adolf Die Aufgaben des Staates auf den Gebieten der Kunst und der Wissenschaft,
in: Adolf Arndt, Politische Reden und Schriften, Berlin 1976, S. 338 – 382.

Arndt, Claus	Parlamentarisches Budgetrecht und Notbewilligungsrecht des Bundesministers der Finanzen – BVerfG, NJW 1977, 1387, JuS 1978, 19 – 22.	Badura, Peter	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 17.7.1984 – 2 BvE 11/83 -, DÖV 1984, 760 – 764.
Arndt, Klaus Friedrich	Parlamentarische Geschäftsordnungsautonomie und autonomes Parlamentsrecht, Berlin 1966.	Baer, Fritz	Der Landespersonalausschuß, seine Stellung und seine Aufgaben, BayVBl. 1960, 269 – 274.
von Arnim, Hans Herbert	Gemeinwohl und Gruppeninteressen, Frankfurt 1977.	Bäumlin, Richard	Die rechtsstaatliche Demokratie, Zürich 1954.
von Arnim, Hans Herbert	Grundfragen der Kontrolle von Gesetzgebung und Verwaltung, DÖV 1982, 917 – 925.	Bäumlin, Richard	Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, ZSchwR n.F. 85 (1966), 165 – 319.
von Arnim, Hans Herbert	Grundprobleme der Finanzkontrolle, DVBl. 1983, 664 – 675.	Bank, Bernhard	Ist die Unabhängigkeit der Bundesschuldenverwaltung verfassungsgerecht? DöH 1971, 83 – 92.
von Arnim, Hans Herbert	Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland München 1984.	Barfuß, Walter	Die Weisung, Wien 1967.
von Arnim, Hans Herbert	Politische Parteien, DÖV 1985, 593 – 605.	Barfuß, Walter	Ressortzuständigkeit und Vollzugsklausel, Wien 1968.
Atorf, W.	Artikel „Personalausschüsse (Bund, Länder)“, in: Handwörterbuch des öffentlichen Dienstes, Das Personalwesen, Berlin 1976, Sp. 1155 – 1158.	Battis, Ulrich	Bundesbeamtengesetz, Kommentar, München 1980.
Bachof, Otto	Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1951, Tübingen 1952, S. D 135 f.	Bauer, Fritz	Grundgesetz und „Schmutz- und Schundgesetz“, JZ 1965, 41 – 47.
Bachof, Otto	Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, Tübingen 1957.	Baur, Fritz Rolf	Ärztliche Schweigepflicht und kassenärztliche Mitteilungspflichten, ArztR 1981, 233 – 237.
Bachof, Otto	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1962, 350 – 357.	Baur, Fritz Rolf	Schweigepflicht und Offenbarungsbefugnis des Arztes im Rahmen der Mitteilungsvorschriften der RVO, SGB 1984, 150 – 154.
Bachof, Otto	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, 2. Aufl., Tübingen 1964.	Beck, Heinz	Gesetz über die Deutsche Bundesbank, Mainz-Gonsenheim 1959.
Bachof, Otto	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 16.12.1971 – I C 31.68 -, JZ 1972, 208 – 210.	Beckel, Albrecht	Zur Problematik eines Rechts der Erwachsenenbildung, in: Rechtsfragen der Gegenwart, Festschrift für Wolfgang Hefermehl, Stuttgart 1972, S. 487 – 496.
Badura, Peter	Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29, 94 – 98.	Beckel, Albrecht	Recht der Erwachsenenbildung, in: Albrecht Beckel/Klaus Senzky, Management und Recht der Erwachsenenbildung, Stuttgart 1974.
Badura, Peter	Die parlamentarische Verantwortlichkeit der Minister, ZParl 1980, 573 – 582.		

Beckel, Albrecht	Kommentar zum Weiterbildungsgesetz, in: Erwachsenenbildung – Weiterbildung in Nordrhein-Westfalen, hrsg. von der Landesarbeitsgemeinschaft für katholische Erwachsenenbildung in Nordrhein-Westfalen, Köln 1975.	Besonderes Verwaltungsrecht	Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg. von Ingo von Münch, 7. Aufl., Berlin 1985.
Beckel, Albrecht	Freiheit und Gebundenheit in der Weiterbildung – überholte Begriffe? VHSiW 1978, 106 – 109.	Bethge, Herbert	Parlamentsvorbehalt und Rechtssatzvorbehalt für die Kommunalverwaltung, NVwZ 1983, 577 – 580.
Beckel, Albrecht	Zur Entwicklung des Rechts der Erwachsenenbildung von 1953 – 1979, in: Erwachsenenbildung, Düsseldorf 1980, S. 79 – 86.	Bettermann, Karl August	Rundfunkfreiheit und Rundfunkorganisation, DVBl. 1963, 41 – 44.
Becker, Bernd	Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, in: Öffentliche Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1981, S. 279 – 295.	Bettermann, Karl August	Legislative ohne Posttarifhoheit, Frankfurt 1967.
Becker, Erich	Die vollziehende Gewalt nach der demokratischen Verfassung des Grundgesetzes, in: Demokratie und Verwaltung, 25 Jahre Hochschule für Veraltungswissenschaften Speyer, Berlin 1972, S. 497 – 516.	Bieback, Karl-Jürgen	Die Mitwirkung der Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung, Berlin 1983.
Becker, Hellmut/ Alexander Kluge	Kulturpolitik und Ausgabekontrolle, Frankfurt 1961.	Biedenkopf, Kurt H./ Franz Jürgen Säcker	Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 1971, 211 – 271.
Becker, W.	Der Amtsarzt und die ärztliche Schweigepflicht, MedKlinik 1977, 1991 – 1996 und 2035 – 2038.	Birk, Dieter	Steuerung der Verwaltung durch Haushaltrecht und Haushaltskontrolle, DVBl. 1983, 865 – 873.
Becker, Walter	Das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Kommentar, 2. Aufl., Hamm 1954.	Birk, Rolf	Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, Köln 1973.
Berg, Wilfried	Demokratie und kommunale Selbstverwaltung, StuGR 1979, 345 – 355.	Bischoff, Diether	Diskussionsbeitrag, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung. Ein Gespräch. Köln 1980, S. 60 – 63.
Berg, Wilfried	Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 107 (1982), 585 – 623.	Bleckmann, Albert	Zum materiellrechtlichen Gehalt der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes, DÖV 1983, 129 – 135.
Berg, Wilfried	Die öffentlich-rechtliche Anstalt, NJW 1985, 2294 – 2301.	Blümel, Willi	Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, VVDStRL 36, 171 – 275.
Berner, Reinhart	Die erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, Diss., Göttingen 1975.	Blümel, Willi/ Michael Ronellenfitsch	Wesensgehalt und Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrechts, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 265 – 303.
		Bochalli, Alfred	Parlamentarische Untersuchungsausschüsse und kommunale Selbstverwaltung, Speyer 1978.
			Bundesbeamtengesetz, 2. Aufl., München 1958.

Bockelmann, Paul	Zur Problematik der gerichtlichen Selbstverwaltung, DÖV 1953, 525 – 531.	Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 301 – 328.
Bockelmann, Paul	Schweigepflicht und Schweigerecht des Arztes, MünchMedWochenschrift 1967, 365 – 376.		Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AöR Bd. 95 (1970), S. 1 – 37.
Bockelmann, Paul	Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968.		
Bockemühl, Christian	Nordrhein-Westfalen – zum zweiten Mal Schrittma-cher? VHSiW 1974, 3 f.	Böckenförde, Ernst-Wolfgang/ Rolf Grawert	
Bodenheim, Dieter G.	Kollision parlamentarischer Kontrollrechte, Hamburg 1979.	Böckstiegel, Karl-Heinz	Neue Aspekte der Gewaltenteilung seit Inkrafttreten des Grundgesetzes, NJW 1970, 1712 – 1718.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964.	Böhret, Carl/ Marie Therese Junkers	Führungskonzepte für die öffentliche Verwaltung, Stuttgart 1976.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28, 33 – 81.	Bogs, Harald	Steuerakten – Vorlage für parlamentarische Untersu-chung (Art. 44 GG; 30 AO), JZ 1985, 112 – 119.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Referat, in: Aktuelle Probleme der Ministerialorganisation, Referate und Diskussionsbeiträge der internationa- len verwaltungswissenschaftlichen Arbeitstagung der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer 1971, Berlin, S. 65 – 74.	von Bonin, Konrad	Zentralbanken zwischen funktioneller Unabhängigkeit und politischer Autonomie, Baden-Baden 1979.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Organ, Organisation, Juristische Person, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 269 – 305.	(Bonner Kommentar)	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblatt, Hamburg.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Verfassungsfragen der Richterwahl, Berlin 1973.	Bouwman, Egbert	Die Bedeutung der staatsrechtlichen Entlastung un-ter besonderer Berücksichtigung des Art. 114 Abs. 1 des Grundgesetzes, Diss., Hamburg 1969.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Vorläufige Bilanz im Streit um das Schulgebet, DÖV 1974, 253 – 257.	Bracker, Reimer	Theorie und Praxis der Kommunalaufsicht, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesell-schaft, Festgabe für Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 459 – 478.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Parlamentarische Untersuchungsausschüsse und kommunale Selbstverwaltung, AöR 103 (1978), 1 – 42.	Brecht, Hans-Theo	Kriegsdienstverweigerung und Zivildienst, München 1984.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Zum Ende des Schulgebetsstreits, DÖV 1980, 323 – 327.	Breuer, Rüdiger	Selbstverwaltung und Mitverwaltung Beteiligter im Widerstreit verfassungsrechtlicher Postulate, Ver-waltung 1977, 6 – 29.
		Brinckmeier, Eduard	Glossarium diplomaticum, Neudruck der Ausgabe 1856 – 63, zweiter Band, Aalen 1961.
		Brohm, Winfried	Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart 1969.

Brohm, Winfried	Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Ge- genwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 245 – 312.	Dahlgrün, Hans Georg	Parlamentarische Kontrolle und autonome Verwaltungs- bereiche, in: Demokratie und Verwaltung, 25 Jahre Hoch- schule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1972, S. 317 – 326.
Brohm, Winfried	Sachverständige und Politik, in: Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburts- tag, München 1972, S. 37 – 75.	Damkowski, Wulf	Information und Kommunikation in sozialen Systemen, RiA 1971, 181 – 187.
Brohm, Winfried	Die Selbstverwaltung der Gemeinden im Verwal- tungssystem der Bundesrepublik, DVBl. 1984, 293 – 300.	Degenhart, Christoph	Der Verwaltungsvorbehalt, NJW 1984, 2181 – 2190.
Brühann, Wilfried	Das öffentliche Veterinärwesen, Berlin 1983.	Deichgräber, Karl	Der hippokratische Eid, 4. Aufl., Stuttgart 1983.
von Brünneck, Wiltraut	Können Rechtsverordnungen, zu deren Erlass ein Bundesminister ermächtigt ist, von der Bundesregie- rung erlassen werden? DÖV 1951, 257 – 260.	Denkschrift Museen	Denkschrift Museen – Zur Lage der Museen in der Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West), hrsg. von der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Boppard 1974.
Brunner, Gotthard	Möglichkeiten und Grenzen der öffentlichen Finanz- kontrolle, in: Verfassung, Verwaltung, Finanzkontrolle, Festschrift für Hans Schäfer zum 65. Geburtstag, Köln 1975, S. 169 – 187.	Deppisch, Friedrich	Die Beschlüsse der Bundespersonalausschüsse, DÖV 1954, 241 – 243.
Bürgel, Heinrich	Bundestag und Exekutivgewalt, DVBl. 1967, 873 – 875.	Deutsch, E.	Arztrecht und Arzneimittelrecht, Berlin 1983.
Bull, Hans Peter	Allgemeines Verwaltungsrecht, Königstein 1983.	Der deutsche Museumsführer	Der deutsche Museumsführer, 2. Aufl., hrsg. von Kle- mens Mörmann, Frankfurt 1983.
Burmeister, Joachim	Der Begriff der „vollziehenden Gewalt“ unter dem Grundgesetz und seine Auswirkungen auf die ver- waltungsrechtliche Dogmatik, in: Recht und Gesetz im Dialog, Saarbrücker Vor- träge, hrsg. von Elmar Wadle, Köln 1982, S. 105 – 136.	Distel, Josef/Bodo Selge	Bundesbeamtengesetz, Kommentar, Köln 1954.
Ciszewski, W.	Schweigepflicht – Schweigerecht, Das öffentliche Gesundheitswesen 1968, 495 – 505.	Dittmann, Armin	Die Bundesverwaltung, Tübingen 1983.
Crisolli, Julius/ Martin Schwarz	Hessisches Beamten- gesetz, Neuwied, Loseblatt.	Doehring, Karl	Staatsrecht, 3. Aufl., Frankfurt 1984.
Dagtoglou, Prodromos	Der Private in der Verwaltung als Fachmann und In- teressenvertreter, Heidelberg 1964.	Dolff, Helmuth	Die deutschen Volkshochschulen, 3. Aufl., Düssel- dorf 1979.
		Donnepp, Bert	Frei und gebunden – vor 25 Jahren, VHSiW 1978, 113.
		Dreher, Eduard/ Herbert Tröndle	Strafgesetzbuch, 42. Aufl., München 1985.
		Dreier, Rolf	Zum Begriff der „Natur der Sache“, Berlin 1965.
		Dünnewald, Rolf	Die Rechtsstellung des Theaterintendanten, Diss., Köln 1964.

Düwel, Peter

Staat und Kunst,
in: *Studien über Recht und Verwaltung* (Festschrift
für C.H. Ule zum 60. Geburtstag), Köln 1967, S. 45 –
58.

Duppré, Fritz

Zur Autonomie der Deutschen Bundesbank, Verwal-
tung 1970, 329 – 338.

Eckstein, E.

Der Bundespersonalausschuß als ein Organ verfas-
sungsmäßiger Personalverwaltung, ZBR 1955, 8 – 10.

Ehlers, Dirk

Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984.

Ehmke, Horst

Parlamentarische Untersuchungsausschüsse und
Verfassungsschutzmänner, DÖV 1956, 417 – 421.

Ehmke, Horst

Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL
20, 53 – 102.

Eichenberger, Kurt

Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches
Problem, Bern 1960.

Eichenberger, Kurt

Die politische Verantwortlichkeit der Regierung im
schweizerischen Staatsrecht,
in: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*,
Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Bern
1961, S. 109 – 132.

Eichenberger, Kurt

Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im
Verwaltungsstaat, SJZ 1965, 269 – 273 und 285 – 291.

von Einem, Joachim

Die Auskunftspflicht der Regierung gegenüber dem
Parlament, Diss., Göttingen 1977.

Eiselt, Gerhard

Schulaufsicht im Rechtsstaat, DÖV 1981, 821 – 830.

Ellwein, Thomas

Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutsch-
land, 3. Aufl., Opladen 1973.

Ellwein, Thomas

Regieren und Verwaltung, Opladen 1976.

Ellwein, Thomas

Über politische Verantwortung, Konstanz 1978.

Emig, Kurt

Das Recht der Ernährungswirtschaft, Hamburg 1942.

Empfehlungen des
Wissenschaftsrates

Empfehlungen des Wissenschaftsrates zum Ausbau
der wissenschaftlichen Einrichtungen, Teil III, Bd. 2,
o.O. 1965.

Engler, Konrad

Schweigerecht und Informationspflichten des Lehr-
ers am Beispiel von Drogenproblemen in der Schule
betrachtet, RdJ 1979, 61 – 72 und 130 – 140.

Erbel, Günter

Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen
Kunstfreiheitsgarantie, Berlin 1966.

Erbel, Günter

Wie weit darf das Theater gehen? DVBl. 1986, 113 –
121.

Erbguth, Wilfried

Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, Köln
1983.

Erichsen, Hans-Uwe

Zum Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung
nach dem Grundgesetz, VerwArch 1979, 249 – 257.

Erichsen, Hans-Uwe

Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Mün-
chen, Bd. 1 3. Aufl. 1982, Bd. 2 2. Aufl. 1979.

Erichsen, Hans-Uwe

Feststellungsklage und Innenrecht, Grundrechte und
Amtswaltung, VerwArch 1980, 429 – 438.

Erichsen, Hans-Uwe

Zur Verfassungswidrigkeit der Abwahl kommunaler
Wahlbeamter, DVBl. 1980, 723 – 729.

Erichsen, Hans-Uwe

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Möglich-
keiten und Grenzen der Einbeziehung anderer Trä-
ger öffentlicher Verwaltung in die Erfüllung von Ver-
waltungsaufgaben,
in: Probleme mehrstufiger Erfüllung von Verwal-
tungsaufgaben auf kommunaler Ebene, Siegburg
1982, S. 3 – 18.

Erichsen, Hans-Uwe

Kommunalaufsicht – Hochschulaufsicht, DVBl.
1985, 943 – 949.

Erichsen, Hans-Uwe

Der Innenrechtsstreit,
in: System des verwaltungsgerichtlichen Rechts-
schutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger,
Köln 1985, S. 211 – 233.

Erichsen, Hans-Uwe/ Ulrich Knoke	Organisation bundesunmittelbarer Körperschaften durch die Länder? DÖV 1985, 53 – 60.	Fischbach, Oskar Georg	Bundesbeamtengesetz, 1. Halbband, 3. Aufl., Köln 1964.
Erichsen, Hans-Uwe/ Wolfgang Martens (Hgb.)	Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Berlin 1986.	Fischer, Bianca	Funktionieren öffentlicher Einrichtungen – ein Ver- fassungsmaßstab? DVBl. 1981, 517 – 521.
Erlenkämper, Friedel	Entwicklungen im Kommunalrecht, NVwZ 1984, 621 – 626.	Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, Allgemei- ner Teil, 10. Aufl., München 1973.
Ermacora, Felix	Grundriß einer Allgemeinen Staatslehre, Berlin 1979.	Forsthoff, Ernst	Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., München 1976.
Erwachsenenbildung – Weiterbildung	Erwachsenenbildung – Weiterbildung, Erster Bericht der Planungskommission Erwachsenenbildung und Weiterbildung des Kultusministers des Landes Nord- rhein-Westfalen, Ratingen 1972.	Friauf, Karl Heinrich	Grenzen der politischen Entscheidungsfreiheit des Bundeskanzlers und der Bundesminister, in: Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Ge- burtstag, Marburg 1961, S. 45 – 72.
Eschenburg, Theodor	Staat und Gesellschaft in Deutschland, München 1965.	Friedrich, Gottfried/ Ingrid Robbers	Krankenhausgesetz und Gemeindekrankenhause- triebsverordnung Nordrhein-Westfalen, Kommen- tar, 2. Aufl., 1979.
Evangelisches Staatslexikon	Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl., Stuttgart 1975.	Friesenhahn, Ernst	Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDSRL 16, 9 – 73.
Evers, Hans-Ulrich	Verbände – Verwaltung – Verfassung, Staat 1964, 41 – 60.	Friesenhahn, Ernst	Zur neueren Entwicklung des Petitionsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Recht als Prozeß und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 353 – 375.
Evers, Hans-Ulrich	Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste, NJW 1978, 1144 f.	Fritz, Roland/ Peter Baumüller/ Bernd Bruns	Kommentar zum Kriegsdienstverweigerungsgesetz, 2. Aufl., Neuwied 1985.
Faber, Heiko	Wirtschaftsplanung und Bundesbankautonomie, Ba- den-Baden 1969.	Frost, Herbert	Die Parlamentsausschüsse, ihre Rechtsgestalt und ihre Funktionen, dargestellt an den Ausschüssen des Deutschen Bundestages, AöR 95 (1970), 38 – 85.
Fenk, Helmut	Müssen Beamte als Zeugen vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen aussagen? ZBR 1971, 44 – 53.	Frotscher, Werner	Regierung als Rechtsbegriff, Berlin 1975.
Fichtmüller, Carl Peter	Zulässigkeit ministerialfreien Raums in der Bundes- verwaltung, AöR Bd. 91 (1966) S. 297 – 355.	Frowein, Jochen Abr.	Parteienproporz in der Gemeindespitze und Verfas- sung, Siegburg 1976.
Fink, Josef	Die Schweigepflicht des Arztes und das Beamten- recht, DÖV 1957, 447 – 451.	Frymark, Hans-Jörg	Wirkungen institutioneller Bedingungen im Pla- nungs- und Entscheidungsprozeß kommunaler Volkshochschulen, Diss., Speyer 1982.
Fischbach, O.G.	Der Bundespersonalausschuß, seine rechtliche Stel- lung und seine Aufgaben, ZBR 1954, 233 – 236 und 257 – 260.		

Füsslein, Peter	Ministerialfreie Verwaltung – Begriff, Erscheinungsformen und Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, Diss., Bonn 1970.	Gönnenwein, Otto	Gemeinderecht, Tübingen 1963.
Fuß, Ernst-Werner	Verwaltung und Schule, VVDStRL 23, 199 – 248.	Görg, Hubert	Die öffentliche Verwaltung, DÖV 1961, 41 – 46.
Garrn, Heino	Die „Natur der Sache“ als Grundlage der juristischen Argumentation, ARSP 1982, 60 – 71.	Goerlich, Helmut	Formenmißbrauch – Einzelfallgesetz – Gewaltenteilung, DÖV 1985, 945 – 953.
Gehrig, Norbert	Parlament – Regierung – Opposition, München 1969.	Götz, Volkmar	Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., Göttingen 1985.
Geiger, Willi	Zur Diskussion über die Freiheit der Kunst, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz, zweiter Band, Tübingen 1966, S. 187 – 204.	Goll, Eberhard	Offenbarungsbefugnisse im Rahmen des § 203 Abs. 2 StGB, Diss., Tübingen 1980.
Geller/Kurt Kleinrahm/ Hans-Joachim Fleck	Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Aufl., Göttingen 1963.	Gollwitzer, Walter	Ressortprinzip und Leitungsfunktion der Staatsregierung nach der Bayerischen Verfassung, in: Festschrift für Karl Bengl, München 1984, S. 203 – 227.
Gentz, Manfred	Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1600 – 1607.	Grabendorff, W.	Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bremischen Personalvertretungsgesetz, ZBR 1959, 169 – 172.
Geppert, Klaus	Die ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug, Berlin 1983.	Grätz, Reinhard	Die Volkshochschule als öffentliches Weiterbildungszentrum, VHSiW 1978, 148 – 150.
Geschichtliche Grundbegriffe	Geschichtliche Grundbegriffe, hrsg. von Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck, Band 3, Stuttgart 1982.	Gramlich, Ludwig	Abschied vom „vorverfassungsmäßigen Gesamtbild“, DVBl. 1980, 531 – 538.
Gesetzes- und Verwaltungsvereinfachung in Nordrhein-Westfalen	Gesetzes- und Verwaltungsvereinfachung in Nordrhein-Westfalen, Bericht und Vorschläge, für die Kommission zur Gesetzes- und Verwaltungsvereinfachung hrsg. von Th. Ellwein, Köln 1983.	Graskamp, Walter	Museumsgründer und Museumsstürmer, München 1981.
Gießen, Karl-Heinz	Die Gewerkschaften im Prozeß der Volks- und Staatswillensbildung, Berlin 1976.	Grau, Hellmut	Kriegsdienstverweigerungsverfahren, SKV 1972, 141 – 145.
Glaser, Hermann	Eros in der Politik, Köln 1967.	Grauhan, Rolf-Richard	Modelle politischer Verwaltungsführung, Konstanz 1969.
Göldner, Detlef Christoph	Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969.	Greve, Wilhelm	Inwieweit läßt Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes eine Reform des Beamtenrechts zu? Referat, Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1951, Tübingen 1952, S. D 21 – D 32.
Gönnenwein, Otto	Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 511 – 533.	Grimm, Dieter	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 25.5.1977 – 2 BvE 1/74 -, JZ 1977, 682 – 684.

von der Groeben	Mitwirkung von Ausschüssen in der staatlichen Verwaltung – Möglichkeiten, Bewährung und Grenzen – A. Der norddeutsche Raum, <i>VerwArch</i> 1958, 231 – 249.	Hahn, Hugo J.	Die deutsche Bundesbank im Verfassungsrecht, <i>BayVBl.</i> 1982, 33 – 37 und 70 – 75.
Gronau, Klaus D.	Bedenkliche Sonderstellung der Bundesbank, <i>Wirtschaftsdienst</i> 1970, 297 f.	Hamann, Andreas/ Helmut Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl., Neuwied 1970.
Groß, Rolf	Zum Verfahren parlamentarischer Untersuchungsausschüsse, <i>DVBl.</i> 1971, 638 – 641.	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis 1. Aufl.	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 1. Aufl., hrsg. von Hans Peters, Erster Band Berlin 1956.
Gross, Werner	Besprechung von Otto Bachof, <i>Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz</i> , <i>JZ</i> 1958, 70 f.	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis 2. Aufl.	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl., hrsg. von Günter Püttner, Berlin, Band 1 1981, Band 2 1982, Band 3 1983, Band 4 1983, Band 5 1984, Band 6 1985.
Die Grundrechte	Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. von Karl August Bettermann u.a., Berlin, Band 1 Halbband 1 1966, Halbband 2 1967, Band 2 1954, Band 3 Halbband 1 1958, Halbband 2 1972, Band 4 Halbband 1 1960, Halbband 2 2. Aufl. 1972.	Handbuch des Deutschen Staatsrechts	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Tübingen, Erster Band 1930, Zweiter Band 1932.
Guhl, Peter	Prüfungen im Rechtsstaat, Bad Honnef 1978.	Haueisen	Anmerkung zum Urteil des Landessozialgerichts Schleswig-Holstein vom 15.7.1954 – L – Ar 24/54 –, <i>DÖV</i> 1955, 60.
Guilleaume, Emil	Das Ressortprinzip, <i>DÖV</i> 1960, 328 – 330.	Hauff, Wilhelm	25 Jahre Bundesprüfstelle, <i>ZB JugR</i> 1980, 275 – 279.
Gusy, Christian	Kriegsdienstverweigerung – Das verwaltete Grundrecht –, <i>BVerfGE</i> 48, 127, <i>JuS</i> 1979, 254 – 258.	Heckel, Martin	Staat Kirche Kunst, Tübingen 1968.
Haas, Diether	Ausschüsse in der Verwaltung, <i>VerwArch</i> 1958, 14 – 32.	Hennies, Günter	Richterwahlausschuß – Wege und Irrwege, <i>DRiZ</i> 1972, 410 – 414.
Häberle, Peter	Diskussionsbeitrag, <i>VVDStRL</i> 29, 98 f.	Hennis, Wilhelm	Amtsgedanke und Demokratiebegriff, in: <i>Staatsverfassung und Kirchenordnung</i> , Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, Tübingen 1952, S. 51 – 70.
Häberle, Peter	Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970, <i>JZ</i> 1971, 145 – 156.	Herzog, Roman	Entscheidung und Gegenzeichnung, in: <i>Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag</i> , Tübingen 1970, S. 117 – 139.
Häberle, Peter	Effizienz und Verfassung, <i>AÖR</i> 98 (1973), 625 – 635.	Herzog, Roman	Allgemeine Staatslehre, Frankfurt 1971.
Häberle, Peter	Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: <i>Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht</i> , hrsg. von Peter Häberle, Darmstadt 1982, S. 1 – 59.		

Herzog, Roman	Möglichkeiten und Grenzen des Demokratieprinzips in der öffentlichen Verwaltung, in: <i>Demokratie und Verwaltung</i> , 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1972, S. 485 – 496.	Hoffmann, Josef	Kunstfreiheit und Sacheigentum, <i>NJW</i> 1985, 237 – 246.
Hessdörfer, Ludwig	Der Rechtsstaat, Stuttgart 1961.	Hoffmann-Riem, Wolfgang	Selbstverwaltung des Rundfunks und im Rundfunk, in: <i>Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft</i> , Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 951 – 975.
Hesse, Konrad	Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, <i>VVDStRL</i> 17, 11 – 52.	Hoppe, Werner	Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten, Siegburg 1970.
Hesse, Konrad	Der Rechtsstaat im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, in: <i>Staatsverfassung und Kirchenordnung</i> , Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 71 – 95.	Hoppe, Werner	Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, in: <i>Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz</i> , Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 1, Tübingen 1976, S. 663 – 714.
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., Karlsruhe 1985.	Hoppe, Werner	Gerichtliche Kontrolldichte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen, in: <i>Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung</i> , Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 295 – 312.
Heuer, Carl-Heinz	Die Besteuerung der Kunst, Köln 1983.	Hoppe, Werner	Die Regelung der verwaltungsgerichtlichen Organstreitigkeiten – eine Aufgabe des Gesetzgebers, <i>NJW</i> 1980, 1017 – 1022.
Heuer, Carl-Heinz	Das Steuerrecht als Instrument der Kunstförderung, <i>NJW</i> 1985, 232 – 237.	Huber, Ernst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen, Erster Band 1953, Zweiter Band 1954.
Hewig, Dirk	Künstlerische Regiebetriebe der öffentlichen Hand und die verfassungsrechtliche Kunstfreiheitsgarantie, <i>BayVBl.</i> 1977, 37 – 41.	Huber, Ernst Rudolf	Die institutionelle Verfassungsgarantie der Rechnungsprüfung, in: <i>Festschrift für Arthur Nikisch</i> , Tübingen 1958, S. 331 – 361.
Höfling, Wolfram	Zur hoheitlichen Kunstförderung, <i>DÖV</i> 1985, 387 – 36.	Huber, Hans	Die Ausführung von Bundesgesetzen, Diss., München 1965.
Höpker-Aschoff	Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem von Professor Dr. Richard Thoma erstatteten Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, in: <i>Die Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts</i> , o.O., o.J. (1953 ?).	Hürten, Heinz/ Albrecht Beckel	Die Struktur der deutschen Erwachsenenbildung und ihre Rechtsgrundlagen, Osnabrück 1958.
Hoffmann, E.F.L.	Vollständiges politisches Taschenwörterbuch, Leipzig 1849 (Reprogr. Nachdruck, Opladen 1981).	Hufen, Friedhelm	Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, Baden-Baden 1982.
Hoffmann, Hilmar	Theater, Oper, Festspiel, in: <i>Kulturarbeit in der kommunalen Praxis</i> , Köln 1984, S. 63 – 73.		

Hufen, Friedhelm	Kulturauftrag als Selbstverwaltungsgarantie, NVwZ 1983, 516 – 522.	Johlen, Heribert	Wehrpflichtrecht in der Praxis, München 1975.
Ipsen, Hans Peter	Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gericht im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen? Referat, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages in Hamburg 1953, Bd. 2, Tübingen 1954, S. C 5 – C 37.	Juncker, Wolfgang	Die ärztliche Schweigepflicht aus beamtenrechtlicher Perspektive, ZBR 1968, 33 – 37.
Ipsen, Hans Peter	Der „beliehene“ Museumsverein, in: Festschrift für Theodor Maunz, München 1981, S. 145 – 167.	Die juristische Problematik in der Medizin	Die juristische Problematik in der Medizin, hrsg. von Armand Mergen, Bd. 2, München 1971.
Ipsen, Hans Peter	Mitbestimmung im Museum, DVBl. 1982, 112 – 117.	Kaiser, Eberhard	Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsprüfung, PsychRundschau 1972, 1 – 9.
Ipsen, Knut	Die Richterwahl in Bund und Ländern, DÖV 1971, 469 – 475.	Kaiser, Rolf H.	Deutsche Bundesbank, Stärkung der personellen Autonomie, ZGKW 1980, 324 – 332.
Irle, Martin	Macht und Entscheidung in Organisationen, Frankfurt am Main 1971.	Karehnke, Helmut	Amtshilfe und sonstige Auskünfte durch Rechnungshöfe, Zeugenaussagen und Sachverständigentätigkeit durch Rechnungshofbeamte, DÖV 1972, 809 – 815.
Jahrreiß, Hermann	Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag für Hans Nawiasky, S. 119 – 137.	Karehnke, Helmut	Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers, Ressortprinzip und Kabinettsgrundsatz – Entspricht Art. 65 des Grundgesetzes noch heutigen Erfordernissen? DVBl. 1974, 101 – 113.
Jakobs, Michael Ch.	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, DVBl. 1985, 97 – 102.	Karpen, Ulrich	Mitbestimmung in Körperschaftsorganen und im Personalrat, DÖV 1983, 89 – 98.
Jecht, Hans	Die öffentliche Anstalt, Berlin 1963.	Karpen, Ulrich	Besprechung von Friedhelm Hufen, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, DÖV 1983, 688 – 690.
Jekewitz, Jürgen	Herrschaft auf Zeit. Aus aktuellem Anlaß zur Geschichte des Verhältnisses von Repräsentation und Legitimation, ZParl 1976, 373 – 399.	Karstädt, Frowin	Schweigepflicht des Arztes gegenüber dem Dienstherrn des Beamten, NJW 1961, 2050 – 2052.
Jenke, Hans-Joachim	Sachfremde Einflüsse auf Statusentscheidungen von Beamten, Diss., Göttingen 1974.	Kassimatis, Georg	Der Bereich der Regierung, Berlin 1967.
Jellinek, Georg	Ausgewählte Schriften und Reden, Bd. 2, Berlin 1911.	Kewenig, W.	Theater und Staat, UFITA 1979, 91 – 113.
Jesch, Dietrich	Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., Tübingen 1968.	Kierski, Werner-S.	Zur Frage, ob der Amtsarzt dem Untersuchten sein Gutachten bekanntgeben muß, DVBl. 1961, 614 – 618.
Joachim, Heinrich/ Alfred Korn	Deutsches Ärzterecht, Berlin 1911.	Kierski, Werner-S.	Schweigepflicht und Schweigerecht, in: Berufe und Einrichtungen des Gesundheitswesens, hrsg. von H. Lehmkuhl und F. Pürckhauer, Stuttgart 1964, S. 195 – 210.

Kierski, Werner-S.	Schweigepflicht von Ärzten öffentlicher Krankenhäuser, Stellungnahme, MedKlinik 1977, 773 – 775.	Knemeyer, Franz-Ludwig	Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Landkreise, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 209 – 226.
Kipp, Heinrich	Entstehung, Aufgaben und Rechtsstellung von Hilfsinrichtungen von Regierung und Parlament, DÖV 1957, 513 – 521.		
Kirchhof, Paul	Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken, Köln 1977.	Knemeyer, Franz-Ludwig	Geheimhaltungsanspruch und Offenbarungsbefugnis im Verwaltungsverfahren, NJW 1984, 2241 – 2248.
Kirchhof, Paul	Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, Heidelberg 1978.	Knies, Wolfgang	Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967.
Kirsch, Werner	Entscheidungsprozesse, 2. Band, Wiesbaden 1971.	Knies, Wolfgang	Freiheit der Kunst und Kulturstaat, in: Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, hrsg. von Peter Häberle, Darmstadt 1982, S. 235 – 248.
Kißler, Leo	Der Deutsche Bundestag, JöR n.F. 26 (1977), 39 – 144.	Knirsch, Hanspeter	Petitionsrecht auf kommunaler Ebene, Rathaus 1978, 714 f.
Klein, Eckart	Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, Berlin 1974.	Kölbl, Josef	Parlamentarisches Untersuchungsrecht und Bundesstaatsprinzip, DVBl. 1964, 701 – 706.
Klein, Eckart	Ministerielle Weisungsbefugnis und Stellvertretung in der Befehls- und Kommandogewalt – BVerwG, NJW 1973, 865, JuS 1974, 362 – 367.	Kölbl, Josef	Die Ministerialverwaltung im parlamentarisch-demokratischen Regierungssystem des Grundgesetzes, DÖV 1969, 25 – 38.
Klein, Hans H.	Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29, 120 – 122.	Kölbl, Josef	Ist Artikel 65 GG (Ressortprinzip im Rahmen von Kanzlerrichtlinien und Kabinettsentscheidungen) überholt? DÖV 1973, 1 – 15.
Klein, Hans H.	Demokratie und Selbstverwaltung, in: Festschrift für Ernst Forsthoff, München 1972, S. 165 – 185.	Köttgen, Arnold	Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, Berlin 1939.
Kleinewefer, Herbert/ Walter Wilts	Die Schweigepflicht der Krankenhausleitung, NJW 1964, 428 – 431.	Köttgen, Arnold	Bundesregierung und Oberste Bundesbehörden, DÖV 1954, 4 – 10.
Klett, Arnulf	Intendant und Rechtsträger, StT 1948, 115 – 117.	Köttgen, Arnold	Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR n.F. Bd. 3, 67 – 147.
Knemeyer, Franz-Ludwig	Lehrfreiheit, Bad Homburg 1969.	Köttgen, Arnold	Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR n.F. 11, 173 – 311.
Knemeyer, Franz-Ludwig	Gewährleistung des notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraums der kommunalen Selbstverwaltung, NJW 1980, 1140 – 1147.		
Knemeyer, Franz-Ludwig	Kreistag und Verwaltung, Landkreis 1980, 397 – 400.		

Köttgen, Arnold	Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16, 154 – 190.	Kreuzer, Arthur	Die Schweigepflicht von Krankenhausärzten gegenüber Aufsichtsbehörden, NJW 1975, 2232 – 2236.
Köttgen, Arnold	Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Erwachsenenbildung, in: Arnold Köttgen / Helmuth Dolff / Werner Küchenhoff, Die Volkshochschulen in Recht und Verwaltung, Stuttgart 1962, S. 11 – 32.	Kreuzer, Arthur	Schweigepflicht von Ärzten öffentlicher Krankenhäuser, MedKlinik 1976, 1396 – 1400, 1467 – 1470 und 1520 – 1523.
Köttgen, Arnold	Das Bundesverfassungsgericht und die Organisation der öffentlichen Verwaltung, AöR 90 (1965), 205 – 235.	Kreuzer, Arthur	Schweigepflicht von Ärzten öffentlicher Krankenhäuser, Schlußwort, MedKlinik 1977, 776 – 778.
Kohlhaas, Max	Die Schweigepflicht des Amtsarztes, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1958, 295 – 305.	Kriele, Martin	Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29, 46 – 84.
Kohlhaas, Max	Zur Schweigepflicht des Schularztes oder anderer Fürsorgeärzte, DtMedWochenschrift 1965, 358 f.	Kriele, Rudolf	Der Bundespersonalausschuß nach dem neuen Bundesbeamtengesetz, DÖV 1953, 659 f.
Kohlhaas, Max	Ärztliche Schweigepflicht und Auskunftsbegehren der Krankenhausträger, Krankenhausarzt 1965, 373 – 375.	Kröger, Klaus	Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt 1972.
Kohlhaas, Max	Zur Schweigepflicht der Psychologen, NJW 1969, 1566 f.	Kröger, Klaus	Rezension von Eckart Kein, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raums, Staat 1977, 140 – 142.
Kopp, Ferdinand	Die pädagogische Freiheit des Lehrers, Grundlagen und Grenzen, DÖV 1979, 890 – 894.	Kröger, Klaus	Der Ressortminister als Träger der Personalhoheit, in: Festschrift für Walter Mallmann, Baden-Baden 1978, S. 151 – 167.
Korbmacher, Günter	Das Wehrpflichtrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl. 1969, 386 – 394.	Krölls, Albert	Kriegsdienstverweigerung, 2. Aufl., Frankfurt 1983.
Korndörfer, Wolfgang	Unternehmensführungslehre, 2. Aufl., Wiesbaden 1979.	Kübler, Hartmut	Organisation und Führung in Behörden, zwei Bände, 4. Aufl., Stuttgart 1980.
Krebs, Walter	Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, Berlin 1975.	Kühne, Hans-Heiner	Schweigerecht und Schweigepflicht von Erziehungsberatern, RdJ 1971, 178 – 183.
Krebs, Walter	Kompensation von Verwaltungsverfahrensfehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz? DVBl. 1984, 109 – 116.	Kühne, Hans-Heiner	Innerbehördliche Schweigepflicht von Psychologen, NJW 1977, 1478 – 1482.
Krebs, Walter	Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, Heidelberg 1984.	Kühne, Hans-Heiner	Innerbehördliche Schweigepflicht von Psychologen nach § 203 Abs. 1 Nr. 2 StGB, Forum Jugendhilfe 1977, Heft 3, 11 – 16.
Krebs, Walter	Die öffentlich-rechtliche Anstalt, NVwZ 1985, 609 – 616.	Küster, Otto	Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AöR 75 (1950), 397 – 413.

Küster, Otto	Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1951, Tübingen 1942, S. D 134 f.	Leisner, Walter	Die quantitative Gewaltenteilung, DÖV 1969, 405 – 411.
Kunig, Philip	Bühnenleiter und Kunstfreiheitsgarantie, DÖV 1982, 765 – 773.	Leisner, Walter	Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bonn-Bad Godesberg 1970.
Lässig, Curt	Beschränkungen des Beweiserhebungsrechts parlamentarischer Untersuchungsausschüsse – insbesondere aufgrund des Bundesstaatsprinzips, DÖV 1976, 727 – 734.	Leisner, Walter	Gewaltenteilung innerhalb der Gewalten, in: Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag, München 1971, S. 267 – 283.
Lampe, Ortrud	Die Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank, München 1971.	Leisner, Walter	Demokratie – Selbstzerstörung einer Staatsform, Berlin 1979.
Lange, Bernd-Peter	Verfassungsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit Rechnungsprüfung und Rechnungshof, Diss., Bonn 1967.	Lenckner, Theodor	Ärztliches Berufsgeheimnis, in: Arzt und Recht, hrsg. von Hans Göppinger, München 1966, S. 159 – 199,
Larenz, Karl	Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 275 – 305.	Lenk, Klaus	Steuerung des Handelns von Verwaltern, in: Organisation und Recht – Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzuges. Hrsg. von Erhard Blankenburg und Klaus Lenk, Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. VII S. 254 – 263.
Larenz, Karl	Methodenlehre, 5. Aufl., Berlin 1983.	Lerche, Peter	Schranken der Kunstfreiheit, BayVBl. 1974, 177 – 185.
Laufs, Adolf	Krankenpapiere und Persönlichkeitsschutz, NJW 1975, 1433 – 1437.	Linck, Joachim	Zur Informationspflicht der Regierung gegenüber dem Parlament, DÖV 1983, 957 – 964.
Laufs, Adolf	Arztrecht, 3. Aufl., München 1984.	Lippert, Hans-Dieter	Das Organisationsverschulden in Hochschulkliniken – zivilrechtliche Aspekte, NJW 1984, 2606 – 2611.
Lauxmann, Frieder	Informationen als Entscheidungsgrundlage und als Führungsmittel, in: Verwaltungsführung, hrsg. von Andreas Remer, Berlin 1982, S. 165 – 180.	Loening, Hellmuth	Die ministerialfreie Verwaltung, DVBl. 1954, 173 – 180.
Lecheler, Helmut	Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherren, Berlin 1977.	Lösekrug, Ulrich	Petitionen an Gemeinderäte? Die niedersächsische Gemeinde 1979, 7 – 9.
Lecheler, Helmut	Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamten-tums“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, AÖR 103 (1978), 349 – 382.	Löwer, Wolfgang	Der Gemeinderat als Petitionsadressat? StuGB 1979, 29 – 34.
Legitimation des modernen Staates	Legitimation des modernen Staates, hrsg. von Norbert Achterberg und Werner Krawietz, Beiheft 15 ARSP, 1981.	Löwer, Wolfgang	Untersuchungsausschuss und Steuergeheimnis, DVBl. 1984, 757 – 767.

Löwer, Wolfgang	Der Aktenvorlageanspruch des parlamentarischen Untersuchungsausschusses vor dem Bundesverfassungsgericht, <i>Jura</i> 1985, 358 – 368.	Martens, Wolfgang	Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H. 1969.
Lorenz, Dieter	Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973.	Marx, Michael	Schweigepflicht und Schweigerecht der Angehörigen des Behandlungsstabs im Straf- und Maßregelvollzug, <i>GA</i> 1983, 160 – 179.
Lorenz, Dieter	Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtschutz, <i>AöR</i> 105 (1980), 623 – 649.	Maunz, Theodor	Kommentierung zu Art. 65, in: <i>Maunz/Dürig</i> , Erstbearbeitung.
Luhmann, Niklas	Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlin 1964.	Maunz, Theodor	Die Richtlinien der Politik im Verfassungsrecht, II. Inhalt und Anwendung des Begriffs, <i>BayVBl.</i> 1956, 260 – 262.
Luhmann, Niklas	Organisation und Entscheidung, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften – Vorträge G 232 –, Opladen 1978.	Maunz, Theodor/ Günter Dürig	Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt, München.
Lustig, Walter	Gesetz und Recht im Krankenhaus, Berlin 1930.	Maunz, Theodor/ Reinhold Zippelius	Deutsches Staatsrecht, 26. Aufl., München 1985.
Mag, Wolfgang	Entscheidung und Information, München 1977.	Maurer, Hartmut	Hat der Bundespräsident ein politisches Mitspracherecht? <i>DÖV</i> 1966, 665 – 675.
Magiera, Siegfried	Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Berlin 1979.	Maurer, Hartmut	Die Verlängerung und Anpassung der Wahlperioden in Bund und Ländern, <i>JuS</i> 1983, 45 – 50.
Maiworm, Michael	Hilfsfonds für Schwangere: Erfahrungen aus der Praxis, <i>Kommunalpolitische Blätter</i> 1980, 113 – 116.	Maurer, Hartmut	Die Gegenzeichnung nach dem Grundgesetz, in: <i>Einigkeit und Recht und Freiheit</i> , Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag, Bd. 2, Köln 1984, S. 701 – 719.
Mallmann, Walter	Das Recht der Kunsthochschulen und die Freiheit der Kunst, in: <i>Festschrift Hermann Jahrreiß</i> , Köln 1964, S. 247 – 267.	Maurer, Hartmut	Der Verwaltungsvorbehalt, <i>VVDStRL</i> 43, 135 – 171.
Mammitzsch, Hagen	Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes und die Stabilität des Geldwerts, <i>Diss.</i> , München 1967.	Maurer, Hartmut	Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., München 1985.
von Mangoldt, Hermann/ Friedrich Klein	Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. 1 Berlin 1957, Bd. 2 Berlin 1966, Bd. 3 München 1974.	Mayer, Franz	Diskussionsbeitrag, <i>VVDStRL</i> 31, 288 - 290.
von Mangoldt, Hermann/ Friedrich Klein	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Bd. 1 von Christian Starck, München 1985.	Mayer, Franz	Verfassungsrechtliche Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstes, <i>Öffentliches Recht und Politik</i> , Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 249 – 279.
Marcuse, Herbert	Triebstruktur und Gesellschaft, Frankfurt 1968.		
Martens, Wolfgang	Grundgesetz und Wehrverfassung Hamburg 1961.		

Mayer, Franz	Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamten- tums, in: Standorte im Zeitstrom, Festschrift für Arnold Gehlen zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1974, S. 227 – 248.	Mueller, B.	Die ärztliche Schweigepflicht des Amtsarztes, Der öf- fentliche Gesundheitsdienst 1958, 306 – 323.
Mayntz, Renate	Thesen zur Steuerungsfunktion von Zielstrukturen, in: Planungsorganisation, hrsg. von Renate Mayntz und Fritz Scharpf, München 1973, S. 91 – 97.	Müller, Claus	Weitergabe amtsärztlicher Gutachten an den Dienst- herrn, NJW 1966, 1152 – 115.
Mayntz, Renate	Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 3. Aufl., Hei- delberg 1985.	Müller, Edda	Organisationsstruktur und Aufgabenerfüllung, DÖV 1986, 10 – 15.
Mehrens, Bernhard	Die Marktordnung des Reichsnährstandes, Berlin 1938.	Müller, Friedrich	Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdog- matik, Berlin 1969.
Meier, Heinz-Wilhelm	Zitier- und Zutrittsrecht im parlamentarischen Re- gierungssystem, Berlin 1982.	Müller, Friedrich	Strafrecht, Jugendschutz und Freiheit der Kunst, JZ 1970, 87 – 92.
Meisner, Kurt	Volkshochschulen zwischen Freiheit und Verbind- lichkeit, VHSi 1978, 101 f.	Müller, Klaus	Die Schweigepflicht im ärztlichen Standesrecht, MDR 1971, 365 – 371.
Menger, Christian-Friedrich	Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 3 – 35.	Müller, Wolfgang	Ministerialfreie Räume, JuS 1985, 497 – 508.
Mertner, Edgar/ Herbert Mainusch	Pornotopia, Frankfurt 1970.	Münch, Fritz	Die Bundesregierung, Frankfurt 1954.
Meusel, Ernst-Joachim	Grundprobleme des Rechts der außeruniversitären „staatlichen“ Forschung, Darmstadt 1982.	von Münch, Ingo (Hrsg.)	Grundgesetz-Kommentar, München, Bd. 1 3. Aufl. 1985, Bd. 2 2. Aufl. 1983, Bd. 3 2. Aufl. 1983.
Meyn, Karl-Ulrich	Gesetzesvorbehalt und Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden, Göttingen 1977.	von Mutius, Albert	Zu den Schranken der Kunstfreiheit sowie zur Prü- fungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts ge- genüber gerichtlichen Entscheidungen, VerwArch 1972, 75 – 80.
Meyn, Karl-Ulrich	Autonome Satzung und demokratische Legitimation, DVBl. 1977, 593 – 601.	von Mutius, Albert	Zum personalen Geltungsbereich des Petitions- rechts, VerwArch 1979, 164 - 175.
Meyn, Karl-Ulrich	Kontrolle als Verfassungsprinzip, Baden-Baden 1982.	von Mutius, Albert	Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu ge- währleisten? Gutachten E zum 53. Deutschen Juri- stentag in Berlin 1980, Verhandlungen des Deutschen Juristentages Bd. 1, München 1980, S. E 5 – E 230.
Middelhauve, H.-G.	Schweigepflicht von Ärzten öffentlicher Kranken- häuser, Stellungnahme, MedKlinik 1977, 775 f.	von Mutius, Albert/ Friedrich Schoch	Kommunale Selbstverwaltung und Stellenobergren- zen, DVBl. 1981, 1077 – 1089.
Morscher, Siegbert	Die parlamentarische Interpellation in der Bundesre- publik Deutschland, in Frankreich, Großbritannien, Österreich und der Schweiz, JöR n.F. 25 (1976), 53 – 101.		

von Mutius, Albert	Örtliche Aufgabenerfüllung – Traditionelles, funktionales oder neues Selbstverwaltungsverständnis, in: <i>Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft</i> , Festgabe für Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 227 – 263.	Oebbecke, Janbernd	Zweckverbandsbildung und Selbstverwaltungsgarantie, Köln 1982.
von Mutius, Albert	Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42, 147 – 215.	Oebbecke, Janbernd	Gemeindeverbandsrecht, Köln 1984.
Narr, Helmut	Ärztliches Berufsrecht, Stuttgart 1973.	Oldiges, Martin	Die Bundesregierung als Kollegium, Hamburg 1983.
Naser, S.	Todesbescheinigung und Schweigepflicht des Arztes am Gesundheitsamt, Das öffentliche Gesundheitswesen 1982, 226 – 229.	Oppermann, Thomas	Kulturverwaltungsrecht, Tübingen 1969.
Nawiasky, Hans	Die Grundgedanken der Reichsverfassung, München 1920.	Ossenbühl, Fritz	Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649 – 661.
Nawiasky, Hans	Bayrisches Verfassungsrecht, München 1923.	Ossenbühl, Fritz	Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg v.d.H. 1968.
Nawiasky, Hans	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln 1948.	Ossenbühl, Fritz	Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29, 137 – 209.
Nawiasky, Hans	Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1950.	Ossenbühl, Fritz	Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigen- gesellschaften, Stuttgart 1972.
Nawiasky, Hans/ Claus Leusser	Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, München 1948.	Ossenbühl, Fritz	Zustimmung und Verantwortung des Bundesrates beim Erlaß von Bundesgesetzen, in: <i>Festschrift für Hermann Jahrreiß zum 80. Geburtstag</i> , Köln 1974, S. 161 – 180.
Niehues, Norbert	Schul- und Prüfungsrecht, 2. Aufl., München 1983.	Ossenbühl, Fritz	Die Zustimmung des Bundesrates beim Erlaß von Bundesrecht, AÖR 99 (1974), 369, 436.
Nierhaus, Michael	Entscheidung, Präsidialakt und Gegenzeichnung, München 1973.	Ossenbühl, Fritz	Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, 801 – 812.
Obermayer, Klaus	Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart 1956.	Ossenbühl, Fritz	Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 – 553.
Obermayer, Klaus	Mitbestimmung in der Kommunalverwaltung, Neuwied 1973.	Ossenbühl, Fritz	Die pädagogische Freiheit und die Schulaufsicht, DVBl. 1982, 1157 – 1165.
Obermayer, Klaus	Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1975.	Ossenbühl, Fritz	Mitbestimmung in der Kunst, DÖV 1983, 785 – 791.
Obermayer, Klaus	Das Führungsdefizit im Staate, BayVBl. 1978, 129 – 133.	Pagenkopf, Hans	Kommunalrecht, Bd. 1, Verfassungsrecht, 2. Aufl., Köln 1975.
		Papier, Hans-Jürgen	Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, Berlin 1973.
		Papier, Hans-Jürgen	Eigentumsgarantie und Geldentwertung, AÖR 98 (1973), 528 – 567.

Papier, Hans-Jürgen	Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung, DVBl. 1975, 461 – 467.	Piette, Klaus Walter	Ist die Konkursfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts landesgesetzlich ausschließbar? BayVBl. 1980, 332 – 335.
Papier, Hans-Jürgen	Interkommunale Kompetenzkonflikte, DVBl. 1984, 453 – 457.	Pietzcker, Jost	Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Prüfungen, Berlin 1975.
Pappermann, Ernst	Das Museum in kommunaler Trägerschaft, StuGR 1982, 152 – 156.	Pietzcker, Jost	Rezension von Karl-Ulrich Meyn, Kontrolle als Verfassungsprinzip, AöR 110 (1985), 106 – 110.
Pappermann, Ernst	Das Theater in kommunaler Trägerschaft, StT 1982, 440 – 445.	Plagemann, Volker	Museen und Ausstellungen, in: Kulturarbeit in der kommunalen Praxis, Köln 1984, S. 95 – 103.
Pappermann, Ernst	Zu den kulturellen Aufgaben der Kommune, insbesondere Bibliotheken, Museen, Förderung der Wissenschaft, VR 1983, 41 – 50.	Plamper, Harald	Führung in der öffentlichen Verwaltung, Verwaltung 1979, 71 – 90.
Partsch, Karl Josef	Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27.4.1959 - 2 BvF 2/58 -, JZ 1960, 23 f.	Plinke, Heinrich Otto	Kann sich die Verwaltung gegenüber Auskunftsersuchen der Rechnungshöfe auf Verschwiegenheitspflichten berufen? DVBl. 1967, 899 – 902.
Partsch, Karl Josef	Empfiehlt es sich, Funktion, Struktur und Verfahren der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse grundlegend zu ändern? Gutachten, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages in Karlsruhe 1964, Bd. 1 Teil 3, München 1964.	Plog, Ernst/ Alexander Wiedow/ Gerhard Beck	Kommentar zum Bundesbeamten gesetz, Loseblatt, Neuwied.
Pestalozza, Christian	Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, DÖV 1974, 188 - 193.	Pooch, Wolfgang	Wehrpflicht und Wehrersatzwesen in der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1985.
Peters, Hans	Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, Berlin 1926.	Poetzsch-Heffter, Georg	Selbstverwaltung und Bundesstaatlichkeit, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 111 – 126.
Peters, Hans	Zentralisation und Dezentralisation, Berlin 1928.	Potrykus, Gerhard	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, 2. Aufl., Loseblatt, München.
Pfau, E.	Eröffnungsansprache des 1. Vorsitzenden des Bundesverbandes der Ärzte des öffentlichen Gesundheitsdienstes, Das öffentliche Gesundheitswesen 1983, 394 – 396.	Püttner, Günter	Die Einwirkungspflicht, DVBl. 1975, 353 – 357.
Piduch, Erwin Adolf	Verfassungsgarantie lückenloser Rechnungsprüfung – eine überprüfungsbedürftige These, DÖV 1965, 334 - 337.	Püttner, Günter	Verwaltungslehre, München 1982.
Piduch, Erwin Adolf	Grundfragen der Finanzkontrolle, DÖV 1973, 228 – 231.	Püttner, Günter	Zur Mitbestimmung in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen, DVBl. 1984, 165 – 169.
		Püttner, Günter	Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., Stuttgart 1984.

Püttner, Günter/ Gerald Kretschmer	Die Staatsorganisation, Bd. 1, München 1978.	Reuter, H.	Der Arzt in der Verwaltung, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1959, 1 – 10.
Püttner, Günter/ Peter Wössner	Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen unter dem Grundgesetz, Frankfurt 1972.	Ridder, Helmut K.J.	Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen? Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages in Hamburg 1953, Bd. 1, Tübingen 1953, S. 91 – 134.
Quaritsch, Helmut	Führung und Organisation der Streitkräfte im demokratisch-parlamentarischen Staat, VVDStRL 26, 207 – 259.	Ridder, Helmut K.J.	Rezension von Otto Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, DÖV 1957, 511 f.
Radbruch, Gustav	Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948, S. 157 – 176.	Ridder, Helmut K.J.	Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, Berlin 1963.
Rasch, Ernst	Die staatliche Verwaltungsorganisation, Köln 1967.	Riedel, Hermann	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Kommentar, Siegburg 1953.
Rauball, Johannes/ Reinhard Rauball/ Werner Rauball/ Ernst Pappermann/ Wolfgang Roters	Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., München 1981.	Rieger, Hans-Jürgen	Postversand und ärztliche Schweigepflicht, DtMedWochenschrift 1978, 884 f.
Reger, Hans	Bemerkungen zur Finanzkontrolle – Theorie, allgemeine Sach- und Rechtsfragen, Reform, VerwArch 1975, 195 – 254 und 337 – 369.	Rieger, Hans-Jürgen	Rechnungsprüfung im Krankenhaus und ärztliche Schweigepflicht, DtMedWochenschrift 1978, 1986 f.
Rehn, Erich/ Ulrich Cronauge	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Loseblatt, Stuttgart.	Rieger, Hans-Jürgen	Lexikon des Arztrechts, Berlin 1984.
Rehn, Erich	Repräsentative Demokratie und bürgerschaftliche Mitwirkung in der Kommunalverwaltung, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 305 – 321.	Rietdorf, Fritz	Die Einheit der Verwaltung auf der Kreisebene, DÖV 1955, 230 – 236.
Reinermann, Heinrich/ Gerhard Reichmann	Verwaltung und Führungskonzepte – Management by Objectives und seine Anwendungsvoraussetzungen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 70, Berlin 1978.	Risken, Arno	Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst, Berlin 1969.
Reischle, Hermann/ Wilhelm Saure	Der Reichsnährstand, 2. Aufl., 1937.	Rittstieg, Helmut	Die Weisungsunterworfenheit des Beamten, ZBR 1970, 72 – 81.
Remer, Andreas	Instrumente und instrumentelles Dilemma der Verwaltungsführung, in: Verwaltungsführung, hrsg. von Andreas Remer, Berlin 1982, S. 31 – 49.	Roellecke, Gerd	Wissenschaftsfreiheit als institutionelle Garantie? JZ 1969, 726 – 733.
		Roellecke, Gerd	Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31, 297.
		Roellecke, Gerd	Hochschulerziehung zwischen Ausbildung und Forschung, Staat 1982, 5 – 57.
		Roellecke, Gerd	Rechtsaufsicht und informelle Steuerung am Beispiel der Universitäten, DÖV 1985, 854 – 862.

Röper, Erich	Hochschulautonomie, Ministerverantwortung und parlamentarische Regelungsbefugnis im Lichte der jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, MDR 1974, 265 – 271.	Samm, Carl-Theodor	Verfassungsgarantierte Bundesbankautonomie, WM 1984, Sonderbeilage 5, S. 3 – 14.
Röper, Erich	Nicht-Entlastung einer Regierung, DVBl. 1980, 525 – 527.	Sauer, Herbert/ Hans Blasius	Politik und Finanzkontrolle durch Rechnungshöfe, DVBl. 1985, 548 – 556.
Rogall, Klaus	Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB), NStZ 1983, 1 – 9.	Schachtschneider, K.A.	Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes, JA 1978, 185 – 244.
Rohlf, Dietwalt	Erweiterte Befugnisse für den Petitionsausschuß des Bundestages, JZ 1976, 359 – 363.	Schäfer, Hans	Die Bundesauftragsverwaltung, DÖV 1960, 641 – 649.
Roller, Machtolf	Weisungsfreie Ausschüsse in der Verwaltung und Ministerverantwortlichkeit, Diss., Tübingen 1966.	Schäfer, Hans	Strukturgrundlagen der Bundesregierung, Bulletin 1965, 1409 f. und 1418 – 1420.
Ropertz, Hans-Rolf	Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, Berlin 1966.	Schäuble, Frieder	Rechtsprobleme der staatlichen Kunstmöderung, Diss., Freiburg 1965.
Rüfner, Wolfgang	Sozialhilfe für die nichteheliche Mutter und ihr Kind – BVerwG, NJW 1983, 2954 -, JuS 1984, 680 – 684.	Schambeck, Herbert	Die Ministerverantwortlichkeit, Karlsruhe 1971.
Rupp, Hans Heinrich	Arbeitstagung der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, DÖV 1958, 374 – 377.	Scheerbarth, Hans Walter/Heinz Höffken	Beamtenrecht, Lehr- und Handbuch, 4. Aufl., Siegburg 1982.
Rupp, Hans Heinrich	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965.	Scheuner, Ulrich	Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952, S. 253 – 301.
Rupp, Hans Heinrich	Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970 – 2BvF 1/69 -, NJW 1971, 275 – 277.	Scheuner, Ulrich	Die Selbständigkeit und Einheit der Rechtspflege, DÖV 1953, 517 – 525.
Rupp, Hans Heinrich	Vom Wandel der Grundrechte, AÖR 101 (1976), 161 – 201.	Scheuner, Ulrich	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Rechtsformen und Rechtsschutz, VVDStRL 11, 1 – 74.
Rupp, Hans Heinrich	Hochschulische Selbstverwaltung, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 919 – 930.	Scheuner, Ulrich	Der Staat und die intermediären Kräfte, ZfevE 1957, 30 – 39.
Saladin, Peter	Verantwortung als Staatsprinzip, Bern 1984.	Scheuner, Ulrich	Das parlamentarische Regierungssystem in der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 1957, 634 – 638.
Salzwedel, Jürgen	Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft, VVDStRL 22, 206 – 263.	Scheuner, Ulrich	Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16, 122 – 126.
		Scheuner, Ulrich	Gemeindeverfassung und kommunale Aufgabenstellung in der Gegenwart, AfK 1962, 149 – 178.

Scheuner, Ulrich	Pressefreiheit, VVDStRL 22, 1 – 100.	Schmidt-Jortzig, Edzard	Anmerkung zum Beschuß des Bundesverfassungsgerichts vom 15.2.1978 – 2 BvR 134/76 -, DVBl. 1978, 796 – 798.
Scheuner, Ulrich	Voraussetzungen und Form der Errichtung öffentlicher Körperschaften (außerhalb des Kommunalrechts), in: Gedächtnisschrift Hans Peters, Heidelberg 1967, S. 797 – 821.	Schmidt-Jortzig, Edzard	Kommunale Organisationshoheit, Göttingen 1979.
Scheuner, Ulrich	Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 379 – 402.	Schmidt-Jortzig, Edzard	Verfassungsmäßige und soziologische Legitimation gemeindlicher Selbstverwaltung im modernen Industriestaat, DVBl. 1980, 1 – 10.
Schleich, Albrecht	Das parlamentarische Untersuchungsrecht des Bundestages, Berlin 1985.	Schmidt-Jortzig, Edzard	Kommunalrecht, Stuttgart 1982.
Schlund, Gerhard H.	Zu Fragen der ärztlichen Schweigepflicht, JR 1977, 265 – 269.	Schmidt-Jortzig, Edzard	Kooperationshoheit der Gemeinden und Gemeindeverbände bei Erfüllung ihrer Aufgaben, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 525 – 539.
Schmidt, Eberhard	Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939.	Schmidt-Jortzig, Edzard/ Michael Wolfgang	Strukturen einer Einbeziehung kreisangehöriger Gemeinden in den Vollzug von Kreiszuständigkeiten, VerwArch 1984, 107 – 128.
Schmidt, Eberhard	Der Arzt im Strafrecht, in: Albert Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Aufl., Stuttgart 1957, S. 1 – 79.	Schmitt, Carl	Staat – Bewegung – Volk, Hamburg 1933.
Schmidt, P.G.	Die Zentralbank in der Demokratie, in: Neues Jahrbuch für politische Ökonomie, Bd. 2 (1983), S. 271 – 305.	Schmitt, Franz Josef	Der Rat der Gemeinde – Volksvertretung im Sinne des Art. 17? Städetag 1979, 137 – 139.
Schmidt, Walter	Der „Verwaltungsvorbehalt“ – ein neuer Rechtsbegriff? NVwZ 1984, 545 – 550.	Schmitt Glaeser, Walter	Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31, 179 – 265.
Schmidt-Aßmann, Eberhard	Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtschutz, VVDStRL 34, 221 – 274.	Schmitt Glaeser, Walter	Die Freiheit der Forschung, WissR 1974, 107 – 135 und 177 – 192.
Schmidt-Aßmann, Eberhard	Verwaltungsorganisation zwischen parlamentarischer Steuerung und exekutivischer Organisationsgewalt, in: Hamburg-Deutschland-Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen 1977, S. 333 – 352.	Schmitt-Vockenhausen, Monika	Verfassungsrechtliche Probleme der Behandlung von Petitionen durch den Bundestag nach Artikel 17 GG, Diss., Mainz 1979.
Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Franz Klein	Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., Neuwied 1983.	Schmitz, Bettina	Museum und Sonderausstellung; Bericht über die Arbeit im Roemer- und Pelizaeus-Museum in Hildesheim, in: Kunst und Recht, hrsg. von der Deutschen Richterakademie, Heidelberg 1985, S. 99 – 112.
		Schmitz-Herscheid, Friedhelm	Zur Problematik der Errichtung von Beschwerdeauschüssen auf kommunaler Ebene, Städetag 1979, 13 – 15.

Schnapp, Friedrich E.	Amtsrecht und Beamtenrecht, Berlin 1977.	Schünemann, Bernd	Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 1978, 11 – 63.
Schnapp, Friedrich E.	Grenzen der Grundrechte, JuS 1978, 729 – 735.	Schütz, Werner	Der Staat als Mäzen, in: Staat und Kunst, Festschrift zur 10. Verleihung des Großen Kunstspreises des Landes Nordrhein-Westfalen, Krefeld 1962, S. 13 – 20.
Schnapp, Friedrich E.	Amtshilfe, behördliche Mitteilungspflichten und Geheimhaltung, NJW 1980, 2165 – 2169.	Schuppert, Gunnar Folke	Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch unselbständige Verwaltungseinheiten, Göttingen 1981.
Schnapp, Friedrich E.	Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43, 172 – 201.	Schuppert, Gunnar Folke	Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42, 216 – 266.
Schneider, Hans	Anmerkung zur Entscheidung des StGH Bremen vom 3.5.1957 – 1/56 -, ZBR 1957, 239 – 241.	Schuppert, Gunnar Folke	Selbstverwaltung als Beteiligung Privater an der Staatsverwaltung? in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 183 – 205.
Schneider, Hans-Peter	Wirtschaftliche Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, DÖV 1972, 598 – 605.	Seebode, Manfred	Anmerkung zum Beschuß des Bundesverfassungsgerichts vom 20.6.1967 – 2 BvL 10/64 -, JZ 1968, 177 f.
Schnellenbach, Helmut	Beamtenrecht in der Praxis, München 1983.	Seibert, Gerhard	Parlamentarischer Untersuchungsausschuß und Steuergeheimnis, NJW 1984, 1001 – 1009.
Schnerr, Ernst	Staatliche Verwaltung im Bereich der Kunst, BayVBl. 1960, 304 – 309.	Seibt, Horst	Das Petitionsrecht in der Gemeinde, Städtetag 1962, 462 f.
Schoch, Friedrich K.	Zur Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung, Heidelberg 1985.	Seidel, Harald	Das Petitionsrecht, Frankfurt 1972.
Schönke, Adolf/ Horst Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., München 1982.	Sellmann, Klaus-Albrecht	Der schlichte Parlamentsbeschuß, Berlin 1966.
Scholz, Rupert	Parlamentarischer Untersuchungsausschuß und Steuergeheimnis, AöR 105 (1980), 564 – 622.	Simon, Herbert A.	Das Verwaltungshandeln, Stuttgart 1955.
Schreyer, Edith	Pluralistische Entscheidungsgremien im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben, Berlin 1982.	Sjoberg, Gideon	Geheimsphäre, Bürokratie und Sozialforschung, in: Forschung im Konflikt mit Recht und Ethik, hrsg. von Albin Eser und Karl F. Schumann, Stuttgart 1976, S. 296 – 311.
Schröder, Meinhard	Das parlamentarische Regierungssystem, Jura 1982, 449 – 455.	Söllner, Alfred	Die Personalvertretungen im Spannungsfeld zwischen sozialem Schutzauftrag und demokratischer Regierungsverantwortung, RdA 1976, 64 – 68.
Schröder, Meinhard	Aktuelle Fragen des Geheimnisschutzes bei der Heranziehung von Akten im parlamentarischen Untersuchungsverfahren, in: Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, München 1984, S. 401 – 412.	Spann, Wolfgang	Ärztliche Rechts- und Standeskunde, München 1962.
Schröder, Meinhard	Der Verwaltungsvorbehalt, DVBl. 1984, 814 – 823.		
Schuegraf, Elmar	Schweigepflicht des Arztes gegenüber dem Dienstherrn eines Beamten? NJW 1961, 961 f.		

Spanner, Hans	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 17.1.1984 – 2 BvE 11/83 -, DBVl. 1984, 1002 – 1004.	Stern, Klaus	Der Rechtsstaat, Rektoratsrede, Krefeld 1971.
von Spindler, Joachim/ Willy Becker/ O.-Ernst Starke	Die deutsche Bundesbank, 4. Aufl., 1973.	Stern, Klaus	Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, München Bd. I 2. Aufl. 1984, Bd. II 1980.
Staatslexikon	Staatslexikon – Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 6. Aufl., Bd. 2, Freiburg 1958.	Stern, Klaus	Die Kompetenz der Untersuchungsausschüsse nach Artikel 44 Grundgesetz im Verhältnis zur Exekutive unter besonderer Berücksichtigung des Steuergeheimnisses, AÖR 109 (1984), 199 – 303.
Stadler, Peter M.	Die parlamentarische Kontrolle der Bundesregierung, Opladen 1984.	Stern, U.	Die ärztliche Schweigepflicht im Sozialrecht, Med-Klinik 1978, 481 – 486.
Staff, Ilse	Schulaufsicht und pädagogische Freiheit des Lehrers, DÖV 1969, 627 – 630.	Stettner, Rupert	Der Verwaltungsvorbehalt, DÖV 1984, 611 – 622.
Starck, Christian	Autonomie und Grundrechte, AÖR 92 (1967), 449 – 478.	Stier-Somlo, Fritz	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 3. Aufl., Bonn 1925.
Starck, Christian	Regelungskompetenzen im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG und ärztliches Berufsrecht, NJW 1972, 1489 – 1493.	Stober, Rolf	Kommunale Ämterverfassung und Staatsverfassung am Beispiel der Abwahl kommunaler Wahlbeamter, Tübingen 1982.
Stein, Ekkehart	Die Grenzen des dienstlichen Weisungsrechts, Tübingen 1965.	Stober, Rolf	Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, NJW 1984, 449 – 457.
Stein, Ekkehart	Der verfassungsrechtliche Spielraum für eine Reform des Personalvertretungsrechts, AuR 1973, 225 – 233.	Strukturplan für das Bildungswesen	Strukturplan für das Bildungswesen, Empfehlungen der Bildungskommission, hrsg. vom Deutschen Bildungsrat, Nachdruck Stuttgart 1973 der 4. Aufl. Stuttgart 1972.
Stein, Ekkehart	Staatsrecht, 9. Aufl., Tübingen 1984.	Stüer, Bernhard	Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, Göttingen 1980.
Steinbach, Hartmut	Die Bedeutung hierarchischer und monokratischer Strukturen in den öffentlichen Verwaltungen für die Gehorsamspflicht und das Führungsverhalten, in: Verwaltungsführung, hrsg. von Andreas Remer, Berlin 1982, S. 181 – 196.	Terbille, Michael	Das Petitionsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Diss., Münster 1980.
Steiner, Udo	Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42, 7 – 45.	Tettinger, Peter J.	Die Selbstverwaltung im Bereich der Wirtschaft – Verkehrswirtschaft, Energiewirtschaft, Banken und Versicherungen, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 809 – 834.
Stenglein, M.	Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Berlin 1928.	Thaysen, Uwe	Parlamentarisches Regierungssystem in Deutschland, Opladen 1976.
Stern, Klaus	Interpretation – eine existentielle Aufgabe der Jurisprudenz, NJW 1958, 695 – 698.		

Thieme, Werner	Verwaltungslehre, 3. Aufl., Köln 1977.	Vesper, Emil	Zur Kritik des Verhältnisses von Volkshochschulen und ihren kommunalen Trägern, RdJ 1983, 126 – 138.
Thieme, Werner	Binnen- und Außenkontrolle der Verwaltung in ihrer gegenseitigen Beziehung, VerwArch 1983, 305 – 324.		Parlament und Planung, Baden-Baden 1978.
Thoma, Richard	Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, in: Die Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts o.O., o.J. (1953?).	Vitzthum, Wolfgang Graf	Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR 104 (1979), 580 – 634.
Tiemann, Susanne	Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, Berlin 1974.	Vitzthum, Wolfgang Graf	Petitionsrecht und Volksvertretung, Rheinbreitbach 1985.
Tietgens, Hans	Institutionelle Strukturen der Erwachsenenbildung, RdJ 1983, 98 – 107.	Völp, Fromut	Zur Neuregelung des Rechtsweges für patentrechtliche Verfahren, BB 1959, 893 – 897.
Tipke, Klaus	Steuerrecht, 8. Aufl., Köln 1981.	Vogel, Klaus	Das Bundesverfassungsgericht zum Bremer Personalvertretungsgesetz – Probleme der Gewaltenteilung, der Regierungsverantwortung und der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, MDR 1959, 894 – 897.
Tomuschat, Christian	Die parlamentarische Haushalts- und Finanzkontrolle in der Bundesrepublik Deutschland, Staat 1980, 1 – 28.	Vogel, Klaus	Zur Verantwortlichkeit leitender Organwalter, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, Hamburg 1966, S. 183 – 196.
Triepel, Heinrich	Die Reichsaufsicht, Reprogr. Nachdruck der Ausgabe Berlin 1917, Darmstadt 1964.	Vonderbeck, Hans-Josef	Parlamentarische Informations- und Redebefugnisse, Berlin 1981.
Troßmann, Hans	Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages, Kommentar zur Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, München 1977.	Vorbrugg, Georg	Unabhängige Organe der Bundesverwaltung, Diss., München 1965.
Troßmann, Hans	Das Aktenanforderungsrecht der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages, in: Parlamentarische Demokratie, Bewährung und Verteidigung, Festschrift für Helmut Schellknecht zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1984, S. 21 – 37.	Wacker, Wilhelm H.	Betriebswirtschaftliche Informationstheorie, Opladen 1971.
Uhlenbrück, Dirk	Die verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank und ihre Grenzen, München 1968.	Wagener, Frido	Gemeindeverbandsrecht in Nordrhein-Westfalen, Köln 1967.
Ule, Carl Hermann	Beamtenrecht, Köln 1970.	Wahl, Alfons	Jugendschutz in der Öffentlichkeit, 2. Aufl., Stuttgart 1954.
Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des Dienstrechts	Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. 5, Baden-Baden 1973.	Wahl, Rainer	Stellvertretung und Verfassungsrecht, Berlin 1971.
		Wahl, Rainer	Probleme der Ministerialorganisation, Staat 1974, 383 – 389.

Weber, Werner	Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl., München 1943.	Zacher, Hans F.	Freiheitliche Demokratie, München 1969.
Weber, Werner	Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl., Göttingen 1967.	Zeidler, Wolfgang	Der Standort der Verwaltung in der Auseinandersetzung um das Demokratieprinzip, DVBl. 1973, 719 – 727.
Weichbrodt, Stefan	Die Pflichten beamteter Ärzte bei Abwendung eines Hungerstreiks, NJW 1983, 311 – 315.	Zieger, Matthias	Zur Schweigepflicht des Anstaltssarztes, Strafverteidiger 1981, 559 – 563.
Weige, Thomas	Die Hochschule der Bundeswehr Hamburg, Köln 1979.	Zimmer, Gerhard	Funktion – Kompetenz – Legitimation, Berlin 1979.
Wentzel, Matthias	Autonomes Berufsausbildungsrecht und Grundgesetz, Stuttgart 1970.	Zippelius, Reinhold	Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft), 8. Aufl., München 1982.
Werner, Leopold	Weisungsfreie Verwaltungsbehörden, JBl. 1957, 29 – 32.	Zuck, Rüdiger	Verfassungsrechtliche Probleme eines Rechtspflegerministeriums, NJW 1969, 1099 – 1101.
von Wick, Georg	Die Verantwortung der Bundesminister, DÖV 1956, 113 – 115.	Zuhorn, Karl/ Werner Hoppe	Gemeinde-Verfassung, 2. Aufl., Siegburg 1962.
Wiese, Walter	Amtsgeheimnis und Personalrecht, DÄBl. 1982, Heft 39, 88 – 92, Heft 40, 72 – 77.	Zwingenberger, Kurt	Wehrpflichtrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1966.
Wilke, Dieter	Über Verwaltungsverantwortung, DÖV 1975, 509 – 515.		
Wipfelder, Hans-Jürgen	Die Theoreme „Natur der Sache“ und „Sachzusammenhang“ als verfassungsrechtliche Zuordnungsgriffe, DVBl. 1982, 477 – 486.		
Witte-Wegmann, Gertrud	Recht und Kontrollfunktion der Großen, Kleinen und Mündlichen Anfragen im Deutschen Bundestag, Berlin 1972.		
Wittig, Peter	Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, 817 – 825.		
Wittrock, Karl	Warum muß Finanzkontrolle unabhängig sein? DVBl. 1984, 823 – 826.		
Wolff, Hans J./ Otto Bachof	Verwaltungsrecht, München Bd. 19. Aufl. 1974, Bd. 2 4. Aufl. 1976.		
Würtenberger, Thomas	Verwaltungsführung im demokratischen Staat, BayVBl. 1978, 565 – 571.		

1. Teil: Einleitung

1. Die Praxis

Einige Beispiele mögen verdeutlichen, worum es in der nachfolgenden Untersuchung gehen soll:

1.1 Bundesverwaltung

- a) Die Bundesbank ist bei der Erfüllung der Aufgaben nach dem Bundesbankgesetz von Weisungen der Bundesregierung unabhängig (§ 12 S. 2 BBankG).
- b) Die Mitglieder der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, die teils vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit, teils von den Landesregierungen auf drei Jahre ernannt werden, sind nicht an Weisungen gebunden (§ 10 GJS).
- c) Nach § 95 BBG übt der Bundespersonalausschuß seine Tätigkeit innerhalb der gesetzlichen Schranken unabhängig und in eigener Verantwortung aus. Seine Mitglieder – der Präsident des Bundesrechnungshofs als Vorsitzender, der Leiter der Personalabteilung des Bundesinnenministeriums sowie fünf weitere auf Vorschlag des Bundesinnenministers vom Bundespräsidenten auf vier Jahre ernannte Mitglieder – sind unabhängig (§ 96 BBG). Dem Bundespersonalausschuß obliegen neben beratenden Aufgaben die Entscheidung über die allgemeine Anerkennung von Prüfungen sowie Entscheidungen über Ausnahmen von bestimmten beamtenrechtlichen Regelungen z.B. hinsichtlich der Dauer von Probezeiten oder von Sprungbeförderungen (§ 98 BBG).
- d) Nach § 19 II WpflG dürfen den Mitgliedern der Musterungsausschüsse – neben dem Leiter des Kreiswehrersatzamtes als Vorsitzendem zwei Beisitzer (§ 18 II WpflG) – Einzelfallweisungen nicht erteilt werden. Weisungsfrei sind auch die Mitglieder der Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer (§ 9 V 1 KDVG).

1.2 Kommunalverwaltung

- a) Der Dezernatsverteilungsplan einer Großstadtverwaltung in Nordrhein-Westfalen enthält bei den Ämtern 32 (Veterinäramt), 40 Psy (Schulpsychologische Beratungsstelle) und beim Kreisarzt – Leiter des Gesundheitsamtes – eine Anmerkung, wonach diese Stellen „in fachlicher Hinsicht nicht an Weisungen gebunden“ sind¹.

1) Dezernatsverteilungsplan der Stadtverwaltung Münster, Stand: 01.02.1983.

- b) Nach einer neuerdings im Schrifttum vertretenen Auffassung sind die Leiter von Museen aufgrund der Kunstfreiheitsgarantie bei ihrer Tätigkeit weitungsfrei².
- c) Das nordrhein-westfälische Weiterbildungsgesetz bestimmt in § 4 III: „Die Einrichtungen der Weiterbildung haben das Recht auf selbständige Lehrplangestaltung. Die Freiheit der Lehre wird gewährleistet; sie entbindet nicht von der Treue zur Verfassung“. – Eine nordrhein-westfälische Kreisvolkshochschule beabsichtigt eine Podiumsdiskussion zum Thema „Rentenreform 1984“ zu veranstalten. Auf Weisung des Oberkreisdirektors sollen nur Vertreter der drei im Kreistag vertretenen Parteien teilnehmen; Vertreter der vierten im Bundestag vertretenen Partei sollen nicht auf dem Podium sitzen³.
- d) Nach dem für die Praxis überwiegend maßgeblichen Intendantenmustervertrag des Deutschen Bühnenvereins steht den Intendanten das Recht zu, u.a. über den Spielplan, das Ensemble und die Rollenverteilung „in eigener Verantwortung“ zu entscheiden. Diese Regelung ist nach Stimmen im Schrifttum wegen Art. 5 III GG verfassungsgesetzten⁴. – Nach Errichtung der Berliner Mauer untersagt die Spalte einer Großstadtverwaltung die Aufführung eines Stücks von Bertolt Brecht⁵.
- e) In Reaktion auf die kommunale Finanzknappheit und den Zuschauerrückgang des Theaters schlägt der Kulturdezernent einer nordrhein-westfälischen Großstadt dem Intendanten bei der anstehenden Vertragsverlängerung einen Vertragsentwurf vor, wonach die Entscheidungen über den Spielplan seiner Genehmigung bedürfen⁶.
- f) Gemäß § 2 V des nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetzes zum Tierseuchengesetz ist der Amtstierarzt bei amtstierärztlichen Untersuchungen, Gutachten und Schätzungen im Sinne des Tierseuchengesetzes nicht an Weisungen gebunden.
- g) Der 1. Vorsitzende des Bundesverbandes der Ärzte des öffentlichen Gesundheitsdienstes führt in einer Ansprache u.a. aus: „Immer wieder wird versucht, die Schweigepflicht der Ärzte des öffentlichen Gesundheitsdienstes zu durchbrechen. Nichtärztliche Dienstvorgesetzte begehren Einblick in Vorgänge, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen. Der Bundesminister der Justiz hat sich in einer Stellungnahme an die Bundesärztekammer vom 5.3.1982 ganz dezidiert in unserem Sinne geäußert. Dennoch muß jeder von uns in seinem Dienstbereich ständig auf der Hut sein. So hat erst kürzlich in

2) Etwa H.P. Ipsen, DVBl. 1982, 117; Hewig, BayVBl. 1977, 39.

3) Vgl. den Artikel von Veronika Schmitz, „Volkshochschule als „geschlossene Veranstaltung“, Frankfurter Rundschau v. 13. April 1983.

4) Etwa Hewig, BayVBl. 1977, 39; Kewenig, UFITA 58 (1970), 100 ff.

5) So nach dem Bau der Berliner Mauer der Lübecker Senat, vgl. Stuttgarter Zeitung v. 22.9.1961, S. 9.

6) Siehe die Artikel von Benjamin Henrichs, „Die Köpfe sind hin“, Zeit v. 29.1.1982 und „Die Affäre Godde“, Zeit v. 5.3.1982 sowie von Ulrich Schreiber, „Soziale Akzeptanz“, Frankfurter Rundschau v. 22.1.1982.

einem kommunalen Gesundheitsamt (GA) der Hauptgemeindebeamte, dem dienstrechtlich der Amtsarzt unterstellt ist, verfügt, die an das GA gerichtete Post in der allgemeinen Poststelle zu öffnen, auch dann, wenn diese als Arztsache gekennzeichnet oder namentlich an einen Arzt gerichtet war. Die zuständige Ärztekammer hat ebenso wie wir darin einen Verstoß gegen die Bestimmungen über die ärztliche Schweigepflicht gesehen“⁷

- h) Das Rechnungsprüfungsamt will im Rahmen der jährlichen Prüfungen am kommunalen Krankenhaus auch die Honorarabrechnungen liquidationsberechtigter Ärzte einsehen. Diese lehnen unter Hinweis auf ihre Schweigepflicht die Einsichtnahme ab⁸.
- i) Die Verwaltung eines kommunalen Krankenhauses benötigt zur Abrechnung mit den Kostenträgern in Anästhesieprotokollen enthaltene Angaben. Der beamtete Chefarzt der Anästhesieabteilung verweigert die Herausgabe. Daraufhin wird der Schrank mit den Protokollen aus seinem Dienstzimmer entfernt und in den Raum des Verwaltungsleiters gebracht. Die hiergegen gerichtete Feststellungsklage hat in zweiter Instanz Erfolg⁹.
- j) In der Vertretung einer nordrhein-westfälischen Kommune werden Zweifel an den Leistungen der Erziehungsberatungsstelle laut. Der Hauptverwaltungsbeamte versucht Zahl und Art der Beratungsfälle und damit die Auslastung der Beratungsstelle festzustellen. Die dort tätigen Psychologen verweigern unter Hinweis auf § 203 StGB jeden Einblick in die Beratungsakten und sind nur zu allgemein gehaltenen Auskünften bereit¹⁰.
- k) Zahlreiche Kommunen haben nach der Änderung des § 218 StGB Hilfsfonds für Schwangere eingerichtet. Mit Mitteln aus diesen Fonds wird versucht, der Schwangeren bei materiellen Notlagen die Entscheidung für das Austragen des Kindes zu erleichtern. In aller Regel werden die Mittel der Fonds von den Beratungsstellen verwaltet. Beispielsweise ist dieses Verfahren in Einzelfällen so ausgestaltet worden, daß die Berater bei Beträgen bis 500,- DM in eigener Verantwortung entscheiden, bei höheren Summen dem Leiter des Sozialamtes den Fall beschränkt auf Sachverhalt ohne Nennung von Namen zur Entscheidung vorlegen. Weder der Sozialamtsleiter noch das Rechnungsprüfungsamt sind berechtigt, die Beratungsakten einzusehen. Die Finanzkontrolle beschränkt sich auf die Prüfung der Richtigkeit der Zahlungen anhand der Auszahlungsanordnungen¹¹.

7) Pfau, ÖffGesundheitswesen 1983, 395.

8) Vgl. den Fall, der dem Urteil des OVG Lüneburg v. 14.5.1984 – X A 23/83 –, (NJW 1984, 2652) zugrundelag, wo es allerdings um ein Krankenhaus des Landes ging.

9) So der dem Urteil des OVG Lüneburg v. 29.7.1975 – II OVG A 78/73 –, NJW 1975, 2263 zugrunde liegende Fall.

10) Ein solcher Fall ist dem Verfasser aus Gesprächen bekannt.

11) Maiworm, Kommunalpolitische Blätter 1980, 113 ff.

2. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Die rechtliche Zulässigkeit weisungsfreier Räume ist als Problem bereits im vorigen Jahrhundert, wenn auch bedingt durch den anderen konstitutionellen Zusammenhang mit anderer Zielrichtung diskutiert worden¹. Von einer Klärung ist die Frage nach wie vor deutlich entfernt. Die Auffassungen reichen von völliger Unzulässigkeit² bis zu unbeschränkter Zulässigkeit³; die Mehrzahl der Stimmen spricht sich für ein Weder-Noch aus, wobei die Grenzziehung zwischen den Fällen zulässiger und unzulässiger Weisungsfreiheit recht unterschiedlich vorgenommen wird⁴.

In den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes hat es wohl auch in Reaktion auf den Führerstaat des Nationalsozialismus eine recht starke Tendenz zu weisungsfreien Verwaltungsformen gegeben⁵. Vor allem die in den letzten Jahren zunehmend erhobene Forderung nach innerbehördlichen Schweige-rechten weist aber darauf hin, daß diese Tendenz durch „ein Stückchen Miß-trauen gegen das eigene frei gewählte Staatssystem“⁶ mitgeprägt wird.

Die praktische Bedeutung dieser Rechtsfragen läßt sich kaum überschätzen: Die Weisungsbbindung der Verwaltung⁷ vereinheitlicht deren Tätigkeit (Harmonisierungsfunktion)⁸ und stimmt die Aktivitäten der einzelnen Teile der Verwaltung aufeinander ab (Koordinierungsfunktion)⁹. Sie ist ein Mittel zur Verwirklichung des Willens der demokratisch bestimmten Leitungsorgane (Umsetzungsfunktion)¹⁰ und kann willkürliches Handeln einzelner Stellen verhindern (Rechtsschutzfunktion)¹¹. Sie hilft, die Einheit staatlichen Handelns nach außen deutlich werden zu lassen (Darstellungsfunktion)¹². Diese Wirkungen ergeben sich zu einem guten Teil, ohne daß im Einzelfall Weisungen ergehen müßten, al-sich zu schon deshalb, weil der Weisungsunterworfenen von sich aus versuchen

1) Dazu vgl. *Faber*, Bundesbankautonomie, S. 61 N. 211.

2) *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 251 f.; *Püttner*, DVBl. 1975, 355.

3) *Friesenhahn*, VVDStRL 16, 72; *AK-GG-Bull.*, Art. 86 Rn. 27.

4) Vgl. etwa die wohl jüngste Äußerung zum Thema von *W. Müller*, JuS 1985, 503 f. und 508; zur Rechtslage in Österreich, wo Art. 20 II 1 der Bundesverfassung Ausnahmen von der Weisungsgebundenheit nur kraft Verfassungsgesetz zuläßt. Vgl. *Dagtgolou*, Der Private in der Verwaltung, S. 150 N. 17; *Werner*, JBL. 1957, 229 ff.

5) *Grewe*, 39. DJT D 153; *Hauisen*, DÖV 1955, 60.

6) So *Dahlgrün*, in: Demokratie und Verwaltung, S. 326; eine große Rolle spielt der weisungsfreie Raum auch in der Diskussion um die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst. Vgl. dazu etwa *Bieback* S. 47 ff m.w. Nachw.

7) Hier wird von dem Problem, wieweit qualifizierte Führung dem Führungspersonal möglich ist (dazu *Herzog* in: Demokratie und Verwaltung, S. 488) und wieweit von der Weisungsmöglichkeit (dazu *Gebrauch* gemacht werden kann, ohne die Motivation der Mitarbeiter zu beeinträchtigen (dazu vgl. etwa *Wolff/Bachof* II, § 75 II b 1) abgesehen.

8) *Böckenförde*, Richterwahl, S. 79; *Zacher*, Demokratie, S. 33; *Zimmer* S. 275; *Hessdörfer* S. 130; vgl. dazu auch *Leisner*, Festgabe Maunz, S. 272, 277.

9) *Rittstieg*, ZBR 1970, 73.

10) *Böckenförde*, Richterwahl, S. 79; *von Arnim*, DÖV 1985, 601; vgl. dazu auch *Zeidler*, DVBl. 1973, 720; statt von „Nabelschnur“ (so *Rittstieg*, ZBR 1970, 74), sollte man allerdings wohl besser von „Zügel“ sprechen.

11) *Würtzberger*, BayVBl. 1978, 565; vgl. auch *Leisner*, DÖV 1969, 411.

12) Vgl. *Zacher*, Demokratie, S. 33.

wird, sein Handeln dem vermuteten Willen des Weisungsberechtigten anzupassen¹³. Soweit tatsächlich Weisungen ergehen, berichtigen sie Fehlentwicklungen (Korrekturfunktion) und befreien den Angewiesenen, soweit sie reichen, von der Verantwortung, wodurch er für die von ihm selbst zu treffenden Entscheidungen frei wird (Entlastungsfunktion)¹⁴. Die Weisungsbbindung birgt andererseits auch Gefahren: auch von der Spitze her können sachfremde Einflüsse in die Verwaltung getragen werden, generelle Weisungen können den Einzelfall über einen groben allgemeinen Leisten schlagen oder für „übergeordnete“ Interessen instrumentalisieren.

Das Thema der Weisungsfreiheit in der staatlichen Verwaltung, der sogenannten Ministerialfreiheit, wird in der folgenden Untersuchung nach zwei Seiten ausgeweitet: neben der staatlichen Verwaltung wird die Kommunalverwaltung einbezogen und neben der Frage nach der Zulässigkeit der Weisungsfreiheit wird auch die nach der Zulässigkeit der Einräumung verwaltungsinterner Schweigebefugnisse, der Unterrichtungsfreiheit erörtert. Beide Bereiche sind bisher soweit erkennbar kaum oder gar nicht Gegenstand rechtswissenschaftlicher Bearbeitung gewesen; die hier unter dem Stichwort Unterrichtungsfreiheit diskutierten Fragen der informatorischen Abschottung von Verwaltungsbereichen sind erst mit den Auseinandersetzungen über die Aktenherausgabe an den Flick-Untersuchungsausschuß ein wenig ins Blickfeld der wissenschaftlichen Aufmerksamkeit geraten¹⁵. Der Zielkonflikt ist bei der Unterrichtungsfreiheit fast noch deutlicher ausgeprägt als bei der Weisungsfreiheit: einerseits die mit der Weitergabe von sensiblen Informationen, vor allem aus dem intimsten Persönlichkeitsbereich verbundenen Gefahren, auf der anderen Seite die Umwandlung von Dienstwissen in Geheimwissen¹⁶, die Bildung demokratisch nicht gesteuerter Enklaven in der Verwaltung, die durch die Geheimhaltung auch vor Kontrolle und der Zuweisung von Schuld für Fehler geschützt sind¹⁷.

Als exemplarisch für die Rechtslage in der staatlichen Verwaltung setzt die Untersuchung sich mit der Bundesverwaltung und den für sie geltenden grundgesetzlichen Vorgaben auseinander. Wenn im folgenden von „staatlicher Verwaltung“ gesprochen wird, ist deshalb stets die Bundesverwaltung gemeint; die für sie entwickelten Grundsätze können wegen der Parallelität der verfassungsrechtlichen Regelungen und der Verbindlichkeit grundgesetzlicher Vorgaben für das Landesverfassungsrecht – etwa des Art. 33 GG oder des Demokratieprinzips – in weiten Teilen, wenn auch nicht generell Geltung auch für die Landesverwaltungen beanspruchen. Bei der Heranziehung landesgesetzlicher Regelungen sind die nordrhein-westfälischen Vorschriften gemeint, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt wird.

13) *Vorbrugg* S. 253, 278; vgl. auch *Rittstieg*, ZBR 1979, 73.

14) *Rittstieg*, ZBR 1970, 73; *E. Stein*, Grenzen, S. 34; *H.A. Simon*, Verwaltungshandeln, S. 87.

15) Vgl. etwa die Bemerkung von *Lower* (DVBl. 1984, 759): „Daß damit eine kompetentielle Deposidierung der parlamentarischen Kontrollkompetenz verbunden sein soll oder ist, wird nicht reflektiert oder aber von den ministeriellen Gesetzesredakteuren feinsinnig verschwiegen.“

16) Vgl. das Zitat von *Max Weber* bei BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11, 15/83 –, BVerfGE 67, 100 (131).

17) *Mayntz*, Soziologie, S. 80.

Die Untersuchung wird im ersten Teil mit der Bestimmung einiger für die weiteren Überlegungen grundlegender Begriffe (Ziff. 3) und einigen Gedanken zur Bedeutung von Weisung und Unterrichtung (Ziff. 4) fortgesetzt. Im zweiten Teil werden verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung entwickelt. Mit entsprechenden Maßstäben für die Kommunalverwaltung befaßt sich der dritte Teil. Im vierten Teil werden die im zweiten und dritten Teil entwickelten Maßstäbe exemplarisch auf einige Fälle von Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit angewandt, wobei von den Beispielen aus der Praxis (oben Ziff. 1) ausgegangen wird.

3. Begriffe und systematische Einordnung

Die erläuterte Problemstellung soll durch die Bestimmung der für die Untersuchung zentralen Begriffe „Weisung“, „Unterrichtung“, „weisungsfreier Raum“ und „unterrichtungsfreier Raum“ und durch die Einordnung von Weisung und Unterrichtung in das System des Organisationsrechts genauer gefaßt und abgegrenzt werden.

3.1 Begriffe

3.1.1 Weisung

Unter Weisung soll hier die auf Verbindlichkeit angelegte Äußerung einer Verhaltenserwartung durch eine übergeordnete Einheit gegenüber einer untergeordneten Einheit verstanden werden¹.

Die Weisung wird durch das Merkmal „auf Verbindlichkeit angelegt“ von unverbindlich gemeinten Äußerungen – Vorschlag, Rat, Warnung –² abgesetzt. Daß sie auch wirklich rechtliche Verbindlichkeit erlangt, ist jedoch nicht Begriffsmerkmal³. Als Äußerung einer Verhaltenserwartung ist die Weisung nicht Wissens-, sondern Willensäußerung⁴. Äußerungen untergeordneter Einheiten gegenüber übergeordneten und zwischen gleichgeordneten – Antrag, Kündigung, Zustimmung – sind keine Weisungen⁵.

Verzichtet wird auf eine Eingrenzung nach dem Inhalt oder der Form der Weisung. Sie kann konkret und abstrakt, speziell oder generell sein⁶; sie kann sich auf die Rechtmäßigkeit oder auf die Zweckmäßigkeit beziehen; sie kann schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder konkludent ergehen.

1) Ähnlich *Risken* S. 26; *E.Klein*, Problematik, S. 44.

2) *E.Klein*, Problematik, S. 44.

3) *Risken* S. 25 f.; vgl. dazu 56 II BBG.

4) *Barfuß*, Weisung, S. 11 f., 61.

5) So auch *Roller* S. 26; *Barfuß*, Weisung, S. 61.

6) Ebenso *Risken* S. 26.

3.1.2 Unterrichtung

Als Unterrichtung soll hier die Weitergabe von Informationen durch eine untergeordnete Einheit an eine übergeordnete Einheit bezeichnet werden.

Verzichtet wird also auf eine Unterscheidung danach, ob die Unterrichtung ohne besondere Aufforderung oder auf Weisung der übergeordneten Stelle erfolgt⁷.

Die Weitergabe von Informationen von der übergeordneten an die untergeordnete Einheit oder zwischen gleichgeordneten Einheiten wird nicht in den Begriff der Unterrichtung einbezogen.

3.1.3 Weisungsfreier Raum

Weisungsfreie Räume werden die Aufgaben der Verwaltung genannt, bei deren Erledigung die zuständige Einheit Weisungen ganz oder teilweise nicht unterliegt⁸. Ob dennoch ergehende Weisungen verbindlich sind, ist damit nicht gesagt⁹.

Weisungsfreie Räume müssen sowohl von den Regelungen, die Weisungsfreiheit statuieren¹⁰, als auch von den weisungsfreien Einheiten¹¹ unterschieden werden. Wie etwa die eingangs erwähnten Beispiele der Volkshochschule oder des Amtstierarztes zeigen, ist häufig nur ein Teil der Tätigkeit einer Einheit weisungsfrei.

Der gelegentlich im Sinne der Freiheit von Weisungen benutzte Terminus „unabhängig“¹² soll hier der richterlichen Unabhängigkeit vorbehalten bleiben¹³. Aufgaben in der unmittelbaren Staatsverwaltung werden dann, wenn sie frei von Weisungen des zuständigen Ministers erfüllt werden, als „ministerialfrei“ bezeichnet. Auf die Benutzung des Begriffs „parlamentsfrei“¹⁴ wird verzichtet.

7) Ähnlich *Wolff/Bachof* II, 77 II d 1.

8) Ähnlich wohl *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 88 Rn. 18; zum Sprachgebrauch s. von *Mangoldt/Klein*, Bd. 3 Vorbem. vor VIII Anm. III.

9) *Dagtoglu*, Der Private in der Verwaltung, sieht demgegenüber die Unverbindlichkeit dennoch ergehender Weisungen wohl als Begriffsmerkmal an (S. 150).

10) Diese bezeichnet von *Mangoldt/Klein* als ministerialfreie Räume (Bd. 3, Vorbem. vor VIII Anm. III).

11) *E.Klein* bezeichnet die weisungsfreien Verwaltungsstellen als „ministerialfreie Räume“ (Verfassungsrechtliche Problematik, S. 66); so wohl auch *Loening*, DVBl. 1954, 173.

12) *Wolff/Bachof* II, § 75 I f und III b 5; BVerwG, Urt. v. 14.7.1961 – VII C 25.61 -, BVerwGE 12, 359 ff.

13) *Füsslein* S. 69.

14) Etwa *E.Klein*, Problematik, S. 17.

Parlamentsfreiheit ist nicht identisch mit Ministerialfreiheit¹⁵, wenn sie auch häufig mit ihr einhergeht¹⁶.

3.1.4 Unterrichtungsfreier Raum

Unterrichtungsfreie Räume werden die Aufgaben der Verwaltung genannt, bei deren Wahrnehmung gewonnene Informationen die zuständige Einheit ganz oder teilweise nicht an eine übergeordnete Einheit weitergeben darf.

Auch hier muß zwischen dem unterrichtungsfreien Raum und der unterrichtungsfreien Stelle unterschieden werden: In Personalfragen der ihm nachgeordneten Ärzte etwa oder hinsichtlich der Ausbildung des Krankenpflegepersonals wird sich der leitende Krankenhausarzt auf eine Unterrichtungsfreiheit nicht berufen. Über die im Zusammenhang mit der Behandlung der Patienten gewonnenen Informationen hinaus wird er Unterrichtungsfreiheit nicht für sich in Anspruch nehmen wollen.

Der Terminus „Verschwiegenheitspflicht“ soll auf die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht beschränkt werden, die dem Vorgesetzten gegenüber gerade nicht besteht¹⁷.

3.2 Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit im System des Organisationsrechts

Wenn es im folgenden unternommen wird, Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit in das von *Hans J. Wolff* entwickelte System des Organisationsrechts¹⁸ einzuordnen, ist damit eine weitere Eingrenzung des Themas impliziert: Die Untersuchung beschränkt sich weitgehend auf Fragen des staatlichen Innenrechts. Die gängige Unterscheidung zwischen (innenrechtlichen) amtlichen und (außenrechtlichen) dienstlichen Weisungen¹⁹ zeigt jedoch schon, daß Weisungen keine auf das Innenrecht beschränkten Erscheinungen sind. Außenrechtsfragen sollen deshalb soweit in die Überlegungen einbezogen werden, als sich Folgerungen für das Innenrecht ergeben²⁰.

15) *Füsslein* S. 67 m.w.N.; *Loening*, DVBl. 1954, 173; der Wehrbeauftragte etwa ist zwar ministerialfrei, aber weder weisungsfrei noch parlamentsfrei (vgl. §§ 1 II, 15 WBeauftrG); *E.Klein*, Problematik, S. 66 hält beide Begriffe für identisch, (so auch *Rudolf*, in: *Erichsen/Martens*, AllgVerwR, S. 566 und *W. Müller*, JuS 1985, 498), schließt allerdings „Verwaltungen, die zum Funktionieren von Verfassungsorganen erforderlich sind“, aus dem Begriff der Ministerialfreiheit aus.

16) *Stern*, Staatsrecht II, 41 IV 10 b.

17) § 61 BBG.

18) Dieses System wird heute in seinen wesentlichen Zügen allgemein zugrunde gelegt. Vgl. z.B. *Achternberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 159 ff; *Bull*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 86 ff; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 396 ff; *Rudolf*, in: *Erichsen/Martens*, AllgVerwR, S. 567 ff.

19) Vgl. etwa den Titel der Schrift von *Risken*: „Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst“.

20) Zur Unterscheidung von Innenrecht und Außenrecht und ihren Problemen ausführlich *Schnapp*, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 160 ff.

Sowohl die Weisung als auch die Unterrichtung setzen im hier verstandenen Sinne ein Verhältnis der Über- und Unterordnung voraus. Überordnung bedeutet nach Wolff „die rechtliche Möglichkeit eines Organs bzw. Amtes, seinen Willen gegenüber dem untergeordneten Glied, Organ bzw. Amt unbedingt oder bedingt durchzusetzen“²¹.

Weisungsfreie Räume können demnach bei Gliedern, Organen²² und Ämtern bestehen, weil diese die untergeordneten „Einheiten“ im Sinne unserer Begriffsbestimmung sein können. In der Tat lassen sich entsprechende Beispiele nachweisen:

- Typische Glieder der staatlichen Organisation sind die Kommunen, also die Gemeinden und Gemeindeverbände²³. Die Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen sind weisungsfreie Räume im hier verstandenen Sinn²⁴.
- Als weisungsfreies Organ sei hier die eingangs erwähnte Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften erwähnt.
- Der Amtstierarzt kann als weisungsfreies Amt genannt werden, soweit er im Rahmen von 2 V AG TierSG tätig wird.

Die Beobachtung und – u.a. durch Weisungen erfolgende – Beeinflussung der Tätigkeit der untergeordneten Einheit durch die übergeordnete bezeichnet Wolff als Aufsicht²⁵. Die Weisung und die Unterrichtung sind Mittel der Aufsicht²⁶, sei es Staatsaufsicht über Glieder²⁷, Organaufsicht oder Amtsaufsicht²⁸.

Das Aufsichtsrecht ist die Zuständigkeit der übergeordneten Einheit²⁹ – also das Recht und die Pflicht –, die Aufsicht wahrzunehmen. Wie andere Zuständigkeiten kann auch das Aufsichtsrecht danach bestimmt werden, mit welchen Mitteln es wahrgenommen wird. Wolff spricht von „modaler Bestimmung“³⁰. Wenn er in diesem Zusammenhang von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten spricht und als Beispiele die Zuständigkeit zur Abgabe von privatrechtlichen Willenserklärungen und zum Erlaß von Verwaltungsakten nennt, greift er damit einen vor allem auf der Ebene von Gliedern und Organen wichtigen Sonderfall heraus. Auf der Ebene der Ämter wird häufiger als bei Gliedern und Organen nach anderen modalen Gesichtspunkten abgegrenzt.

21) *Wolff/Bachof* II, 77 I vor a.

22) *Böckenförde*, Festschrift Wolff, S. 281 weist zu Recht darauf hin, daß Glieder und Organe sich nicht qualitativ unterscheiden.

23) *Wolff/Bachof* II, 74 II a.

24) Vgl. *Steinbach*, in: Verwaltungsführung, S. 184; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 529 nennt die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben deshalb zu Recht auch „weisungsfreie Pflichtaufgaben“.

25) *Wolff/Bachof* II, 77 II a; der Begriff umfaßt also Aufsicht und Leitung im Sinne *Forsthoffs* (Lehrbuch, S. 478 f.); ähnlich auch *Vorbrugg* S. 53 f.. Die hier benutzte Terminologie Wolffs vermeidet die Schwierigkeit bei der Einordnung der Fachaufsicht (etwa *Vorbrugg* S. 53), die bei der Forsthoff'schen Unterscheidung zwischen der Leitung eigener und der Aufsicht über fremde Angelegenheiten auftritt.

26) *Wolff/Bachof* II, 77 II d 1 und 2.

27) *Wolff/Bachof* II, 77 II b 3.

28) *Wolff/Bachof* II, 77 II b 4 und 5.

29) *Wolff/Bachof* II, 77 II a.

30) *Wolff/Bachof* II, 72 II d.

Das Amt des Registrators etwa, von dem Wolff im Anschluß an Risken³¹ spricht³², ist (auch) modal bestimmt.

Die Statuierung von Weisungsfreiheit oder Unterrichtungsfreiheit beschränkt also die Zuständigkeit der übergeordneten Einheit, indem sie das Aufsichtsmittel der Weisung bzw. der Unterrichtung rechtlich ausschließt.

Die Weisungs- oder Unterrichtungsfreiheit verändert aber auch die Kompetenz der untergeordneten Einheit. Wolff spricht von „Qualität“ der Kompetenz, die er u.a. nach dem Umfang der Weisungsunterworfenheit bestimmt³³.

Anders ausgedrückt: Die Anordnung von Weisungs- oder Unterrichtungsfreiheit entzieht der übergeordneten Einheit modal bestimmte Kompetenzen (Erteilung von Weisungen, Entgegennahme von Informationen). Zugleich entzieht sie der untergeordneten ebenfalls modal bestimmte Kompetenzen (Ausführung von Weisungen, Weitergabe von Informationen).

Mit dieser Qualifizierung der Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit als Zuständigkeitsregelungen ist über die Grenzen ihrer Zulässigkeit noch nichts gesagt. Dazu bedarf es der Heranziehung und ggf. Entwicklung verfassungsrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Maßstäbe³⁴.

Die Untersuchung konzentriert sich dabei weitgehend auf die Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit von Organen und Ämtern. Für die Glieder im Sinne Wolffs ist wenigstens die Weisungsfreiheit nicht oder jedenfalls nicht in gleichem Maße problematisch, weil Art. 28 II GG für seinen Anwendungsbereich Weisungsfreiheit verfassungsrechtlich vorgibt und Art. 86, 87, 130 GG sie zwar nicht ausdrücklich vorsehen, aber zulassen oder wenigstens voraussetzen³⁵. Da sich Glieder und Organe organisationsrechtlich nicht qualitativ unterscheiden³⁶, kann zu Vergleichs- und Argumentationszwecken aber auf die Regelungen für die Glieder der staatlichen Organisation zurückgegriffen werden.

4. Zur Bedeutung von Weisung und Unterrichtung

Wenn hier unter den zahlreichen Aufsichtsmitteln³⁷ die Weisung und die Unterrichtung herausgegriffen werden und die Zulässigkeit von Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit untersucht wird, bedarf die Auswahl einer Begründung. Ausgehend von Erkenntnissen der Verwaltungslehre soll deshalb aufgezeigt werden, welche Bedeutung Weisung und Unterrichtung für die Verwaltung haben.

31) Risken S. 49 ff.

32) Wolff/Bachof II, 73 I c 5.

33) Wolff/Bachof II, 73 II b.

34) Die Frage ist nicht eine „begrifflich-konstruktive, sondern sachlich-materielle“ (Böckenförde, FS Wolff, S. 301).

35) Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 88 Rn. 19; Füsslein S. 100 f.; von Mangoldt/Klein, Bd. 3 Vorbem. vor Art. 88 Anm. III 2; skeptisch E.Klein, Problematik, S. 139; näher dazu 2. Teil, Ziff. 1.3.3.2.

36) Böckenförde, FS Wolff, S. 281.

37) Vgl. den Überblick bei Wolff/Bachof II, 77 II.

4.1 Die Weisung als Steuerungsmittel

4.1.1 Führung und Steuerung

Verwaltungswissenschaftlich gehört die Weisung in den Gesamtzusammenhang des Themas Führung, das wissenschaftlich immer noch unter einem gewissen Verdikt steht³⁸. Eine ausgearbeitete und allgemein anerkannte Führungslehre liegt für die öffentliche Verwaltung nicht vor³⁹. Die vorliegenden Ansätze gestatten dennoch einige Aussagen.

Der Begriff Führung wird unterschiedlich verstanden und überschneidet sich im Gebrauch stark mit den Begriffen Management und Leitung, die auch synonym verwendet werden⁴⁰. Hier soll unter Führung die zielgerichtete Einwirkung auf eine Organisation verstanden und darauf verzichtet werden, daneben die Begriffe Leitung und Management zu benutzen. Die Definition stellt also nicht auf den Menschen, sondern auf die Organisation als Objekt der Führung ab. Damit vermeidet sie das Mißverständnis, Führung könne sich nur in (unmittelbarer) Einwirkung auf Menschen vollziehen. Führung im hier verstandenen Sinne schließt also Personalführung ein, erschöpft sich aber nicht darin. Daß etwa auch Änderungen im Bereich der sächlichen Organisationsmittel – z.B. Gebäude, Büromaschinen – in einer Organisation wie der Verwaltung Auswirkungen auf die Menschen haben, wird dabei nicht verkannt⁴¹.

In Anlehnung an Kübler sollen hier drei Funktionen der Führung unterschieden werden: Zielformulierung, Steuerung und Kontrolle⁴². Das bei der Zielformulierung gesetzte Ziel soll durch die bei der Steuerung erfolgende Einwirkung auf die Organisation erreicht werden. Ob das gelingt, wird im Rahmen der Kontrolle geprüft. Wenn nötig, können Korrekturen vorgenommen werden.

Sicher verfehlt wäre es, sich vorzustellen, diesen Führungsfunktionen entsprachen zeitlich deutlich getrennte Phasen⁴³. Führung ist ein ständiger Prozeß. Zielformulierung, Steuerung und Kontrolle lassen sich als Teile eines kybernetischen Regelkreises⁴⁴ verstehen, in dem die bei der Kontrolle gewonnenen Informationen für die Anpassung der Steuerung nutzbar gemacht werden.

Bei näherer Betrachtung der drei Funktionen zeigt sich, daß die Verwaltungsführung bei der Zielformulierung eine Reihe von Vorgaben zu beachten hat. Hier sind zuerst die allgemeinen Organisationsziele zu nennen, wie sie etwa in Art. 1 und 20 GG oder in § 1 I 2 GO formuliert sind. Als weitere Beispiele seien

38) Ellwein, Über politische Verantwortung, S. 41; Obermayer, BayVBl. 1978, 129; Württenberger, BayVBl. 1978, 565.

39) Siehe dazu Püttner, Verwaltungslehre, S. 284; insbesondere fehlt es an empirischen Untersuchungen über Steuerungsprozesse (Mayntz, Soziologie, S. 96).

40) Übersicht bei Böhret/Junkers S. 20 f.; vgl. auch Reinermann/Reichmann S. 35 ff und Plamper, Verwaltung 1979, 82 f.

41) Ein sehr schönes Beispiel (aus dem Bereich der Industrie, aber ohne weiteres übertragbar) berichtet Irle, Macht und Entscheidungen, S. 12.

42) Organisation und Führung in Behörden II, S. 139; ähnlich Reinermann/Reichmann S. 36 f.

43) Vgl. dazu etwa Lubmann, Organisation und Entscheidung, S. 20, Fn. 32.

44) Dazu Thieme, Verwaltungslehre, S. 70.

die Vorgaben genannt, die sich aus der Zuständigkeit der geführten Organisation und den zur Verfügung stehenden Mitteln ergeben: Für das städtische Schulamt scheidet das Ziel „Reinhaltung der Gewässer“ aus und die jährliche Überprüfung der gesamten vorhandenen Bebauung dürfte für jede Bauverwaltung am fehlenden Personal scheitern. Hier wirkt sich aus, daß praktisch jede Führung ihrerseits geführt wird⁴⁵.

Die Steuerung beinhaltet die Auswahl unter den rechtlich und tatsächlich zur Verfügung stehenden Steuerungsmitteln und den Einsatz des gewählten Mittels. Kriterien der Wahl sind dabei die Eignung des Mittels und die entstehenden Kosten. Der Begriff Kosten ist dabei im weitesten Sinne zu verstehen. Welche Folgen eines Mitteleinsatzes als Zielerreichung, welche als Kosten anzusehen sind, ist eine Bewertungsfrage. Der Einsatz von Geld kann als Kosten begriffen werden; für die Förderungs- oder Bauverwaltung ist der Abfluß bereitstehender Haushaltssmittel häufig aber auch Ziel. Die mit einer Weisung verbundene Folge des Übergangs der Verantwortung von dem Angewiesenen auf die anweisende Stelle – die Entlastungsfunktion der Weisung – kann erstrebtes Führungsziel sein; in anderen Fällen wird ihretwegen auf die Weisung verzichtet werden⁴⁶.

Die Kontrolle dient der Überprüfung, ob das ausgewählte Steuerungsmittel tatsächlich eingesetzt worden ist. Zugleich zielt sie auf die Feststellung ab, ob das Steuerungsmittel die Erwartungen im Hinblick auf die Zielerreichung erfüllt hat. Aber auch die Zielformulierung kann bei der Kontrolle geprüft werden: Stellt sich heraus, daß das Ziel nicht erreicht werden kann, muß die Zielformulierung geändert werden.

4.1.2 Die Steuerungsmittel

Die Steuerungsmittel lassen sich in fünf Gruppen unterteilen: Organisationsänderungen, Zuteilung von Ressourcen, Ausstattung, Selbsterledigung und – so weit Menschen in der Organisation tätig sind – Motivationsbeeinflussung.

*Organisationsänderungen*⁴⁷ können sich auf die Aufbau- und auf die Ablauforganisation⁴⁸ beziehen. So gewährleistet die Zusammenfassung von Zuständigkeiten an einer Stelle in aller Regel eine abgestimmte Aufgabenwahrnehmung. Andererseits entsteht die Gefahr, daß einzelne Aufgaben zugunsten anderer vernachlässigt werden. Probleme, die an den Zuständigkeitsgrenzen verschiedener Organisationseinheiten entstehen, haben geringere Chancen wahrgenommen und gelöst zu werden⁴⁹. Die Diskussion um das Für und Wider von Um-

45) Mayntz spricht von „Zielstrukturen“. Vgl. Thesen zur Steuerungsfunktion von Zielstrukturen, S. 91 ff.

46) Mayntz, Soziologie, S. 117 spricht von „Belastung“ der Leitungsebene.

47) Zur Beeinflussung von Entscheidungen durch Organisation s. Lubmann, Organisation und Entscheidung, S. 7, 27; Mayntz, Soziologie, S. 87; Lenk, in: Organisation und Recht, S. 260 f.; zu Problemen der Organisation Remer, Verwaltungsführung, S. 34 ff.

48) Zu dieser Unterscheidung und ihrer Fragwürdigkeit vgl. Kübler, Organisation und Führung in Behörden, Bd. 1, S. 57.

49) Vgl. bei E. Müller, DÖV 1986, 13 f. das Beispiel des Bodenschutzes.

weltministerien oder die Einführung des Allgemeinen Sozialen Dienstes in den Kommunen betreffen diese Fragen⁵⁰.

Die Gestaltung der Ablauforganisation – des Verfahrens – hat ebenfalls starke Steuerungswirkungen. Die obligatorische Einschaltung anderer Organisationseinheiten, etwa von Grundsatzreferaten oder Stabsabteilungen in die Entscheidung bestimmter Angelegenheiten stellt die Entscheidung auf eine breitere sachliche Basis und qualifiziert sie damit, führt aber zwangsläufig zu Verzögerungen. Die Festlegung von Informations- und Beteiligungsverfahren beeinflußt das weitere Verfahren und das Ergebnis. Die Erkenntnis der ergebnissteuernden Wirkung des Verfahrens ist Basis etwa der rechtlichen Überprüfung von Plänen anhand des Planverfahrens⁵¹.

Das nächstliegende Beispiel für die Steuerungswirkungen der *Ressourcenzuteilung* ist der Haushaltplan⁵². Hier setzen Parlamente und kommunale Vertretungsorgane politische Schwerpunkte, indem sie bestimmte Aufgaben höher dotieren. Zugleich fixieren sie aber auch Grenzen, die nur in Ausnahmefällen überschritten werden können. Die Verwaltung ist aber nicht nur auf die Ressource Geld angewiesen. Andere wichtige Ressourcen sind z.B. Personal, Zeit⁵³ und Macht. Die Reduzierung des Personals wird regelmäßig zu einer Verringerung der Verwaltungsleistung führen, sei es quantitativ oder qualitativ. Der Entwurf einer Entscheidung, für den der Verfasser vier Tage Zeit hatte, wird in aller Regel besser durchdacht sein und eine größere Anzahl von Gesichtspunkten berücksichtigen als ein in vier Stunden verfaßter Entwurf. Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Verhängung von Bußgeldern oder den Erlaß von Verwaltungsakten erhöht wahrscheinlich die Leistung der zuständigen Verwaltung und zwar in vielen Fällen, ohne daß sie von den ihr damit an die Hand gegebenen Machtmitteln Gebrauch machen müßte.

Ausstattung meint eine Änderung der Besetzung von Positionen in der Aufbauorganisation, ohne diese selbst zu verändern. Es kann dabei um eine Veränderung im Bereich der sächlichen Organisationsmittel gehen: Die Beförderungsleistung einer Buslinie kann etwa dadurch gesteigert werden, daß zu den Spitzenzeiten statt eines kleinen ein größerer Bus eingesetzt wird. Eine zu starke Inanspruchnahme des Telefons in einer Dienststelle kann durch die Reduzierung der Zahl der Amtsleitungen vermutlich beigelegt werden. Wichtiger als Ausstattungsmaßnahmen bei den sächlichen Organisationsmitteln sind sie in der öffentlichen Verwaltung beim Personal⁵⁴. Auf die einzelne Stelle gesehen kommt eine Einwirkung auf den Stelleninhaber in Betracht, z.B. durch Fortbildung. Entschieden wichtiger ist aber die Frage der Stellenbesetzung, der Personalaus-

50) Die Auswirkungen von aufbauorganisatorischen Entscheidungen beschreibt Mayntz, Soziologie, S. 87 plastisch am Beispiel der Zentralisierung des Straßenbaus. Sehr instruktiv auch E. Müller, DÖV 1986, 13 ff.

51) Vgl. dazu Hoppe, Festschrift BVerfG, S. 704 ff; ders., Festschrift BVerwG, S. 310 f.

52) Siehe Mayntz, Soziologie, S. 75, 92; G.F. Schuppert, VVDStRL 42, 220 ff sieht primär eine begrenzende Steuerungswirkung des Haushalts.

53) Dazu vgl. Lubmann, Organisation und Entscheidung, S. 24 ff.

54) Vgl. Mayntz, Soziologie, S. 76, 196 f.

wahl und ggf. der Entlassung⁵⁵. Die Personalauswahl (und -abwahl) ist das zentrale Steuerungsmittel der repräsentativen Demokratie. Der Bundestag steuert durch die Wahl des Bundeskanzlers die Politik der Bundesregierung. Der Mann steht für ein Programm. Das gilt nicht nur für die parteipolitische Ausrichtung: Die Berufung eines Kriegsdienstverweigerers zum Verteidigungsminister oder eines Reserveoffiziers zum Bundesbeauftragten für den Zivildienst würden sicher als programmatiche Entscheidungen begriffen. Auswirkungen auf die Tätigkeit hat selbstverständlich und in ganz erheblichem Umfang die fachliche Qualifikation. Auch Ausbildung oder Herkunft können eine Rolle spielen: Die Diskussionen um das Juristenmonopol in der Verwaltung oder die soziale Herkunft der Inhaber von Spitzenpositionen implizieren die Relevanz von Ausbildung und Herkunft für die Aufgabenerfüllung. Welche dieser und der zahlreichen anderen möglichen Kriterien (Landsmannschaft, Konfession, Alter, Familienstand usw.) wichtig sind, hängt von der Art der zu besetzenden Stelle und den Bedingungen ab, unter denen die Aufgaben dieser Stelle wahrzunehmen sind.

Den drei genannten Gruppen von Steuerungsmitteln – Organisationsänderung, Ressourcenzuteilung, Ausstattung – ist gemeinsam, daß ihre Anwendung eine Prognose darüber voraussetzt, daß sie die Zielerreichung fördern. Daß sie das tun, ist jeweils mehr oder weniger wahrscheinlich, aber nicht sicher⁵⁶: Eine Zuständigkeitsregelung erhöht die Chance der Problemwahrnehmung, die Anhörung der Träger bestimmter Interessen macht die angemessene Berücksichtigung dieser Interessen wahrscheinlich, die Bereitstellung von zusätzlichem Personal begründet die Hoffnung auf eine Leistungsausweitung, die Berufung eines Fachmannes auf einen Posten läßt fachgerechte Entscheidungen erwarten. Wenn das neu geschaffene Amt als Abstellgleis benutzt wird, die Interessenträger unfähig sind, sich zu artikulieren, das zusätzliche Personal lediglich die als erdrückend empfundene Arbeitsbelastung des vorhandenen mildert, der Fachmann sich mit Übereifer auf die mit dem Amt verbundenen Repräsentationspflichten stürzt, erweist sich die angestellte Prognose als falsch, das Steuerungsmittel verfehlt seine Wirkung. Dieses Prognoseproblem vermeidet die *Selbsterledigung*, d.h. die Erledigung eines Teils der Aufgaben der nachgeordneten Einheit durch die Führung selbst. Wenn der Chefarzt eines Krankenhauses eine Operation selbst durchführt, kann er sicher sein, daß sie seinen Zielvorstellungen entsprechend ausgeführt wird. Eine gleichgroße Sicherheit kann er bei einem noch so sorgfältig ausgesuchten Oberarzt nicht haben. Die weitere Frage, ob der Patient gesundet, hängt davon ab, ob das Ziel Operation das richtige Mittel im Hinblick auf das Oberziel Gesundung ist. Die Prognoseschwierigkeit bei der Zielformulierung bleibt auch bei der Selbsterledigung, die Unsicherheit der Zielerreichung wird aufgehoben, soweit die Selbsterledigung geht.

Ist Aufgabe der untergeordneten Einheit nicht die Krankenversorgung, sondern

55) Der Möglichkeit der Entlassung steht freilich die des freiwilligen Ausscheidens gegenüber (dazu Lubmann, Organisation und Entscheidung, S. 50).

56) „Außerdem können Organisationsformen stets nur die Chance für mehr Rationalität der Funktionserfüllung eröffnen, die je aktuell verfehlt werden kann.“ (Grauhan, Modelle politischer Verwaltungsführung, S. 10.)

die Entscheidung von Verwaltungsangelegenheiten, bedeutet Selbsterledigung Selbstentscheidung. Ein Mittel der Selbstentscheidung ist die Weisung, soweit die Weisung geht, entscheidet nicht der Angewiesene, sondern der Anwiesende⁵⁷.

Von den bisher genannten Steuerungsmitteln unterscheidet sich die *Motivationsbeeinflussung* grundsätzlich dadurch, daß ihr Einsatz nicht in der Hand der zuständigen Führungsinstanz monopolisiert ist. Die bisher betrachteten Steuerungsmittel werden zwar nicht alle von derselben, aber doch von jeweils einer Führungsinstanz eingesetzt. Die Erteilung von Baugenehmigungen wird durch den Bundesgesetzgeber, den Landesgesetzgeber, in bestimmten Fällen durch die kommunalen Vertretungsorgane, durch die Aufsichtsbehörde, soweit sie von ihrem Weisungsrecht Gebrauch macht, und durch die Vorgesetzten des Entscheiders – Hauptverwaltungsbeamter, Dezernent, Amtsleiter – gesteuert. Der Einsatz des einzelnen Steuerungsmittels liegt aber zu jedem Zeitpunkt nur in einer Hand. Eine Konkurrenz der Führungsinstanzen wird durch die Zuständigkeitsordnung in der Verwaltung ausgeschlossen oder sollte doch jedenfalls ausgeschlossen werden.

Völlig anders liegt es bei der Motivationsbeeinflussung. Hier konkurriert die Führung mit zahlreichen Kräften und Faktoren innerhalb und außerhalb der Organisation. Das Steuerungsmittel Lob setzen Vorgesetzte, Kollegen, Bürger, Ehefrau und Kegelbrüder des Beamten mit möglicherweise gegenläufiger Tendenz konkurrierend ein. Die auch im übrigen erheblichen Prognoseprobleme beim Einsatz motivationsbeeinflussender Steuerungsmittel werden dadurch entscheidend verstärkt. Dennoch wird die Führung nicht darauf verzichten wollen, motivationsbeeinflussend zu wirken⁵⁸.

Es lassen sich grob zwei Gruppen motivationsbeeinflussender Mittel unterscheiden: diejenigen, die primär auf Motivationsbeeinflussung gerichtet sind und solche, die primär anderen Zwecken dienen. In die erste Gruppe gehören neben dem Lob und dem Tadel etwa auch die Prämie und die unterschiedlichen Methoden der Pflege des Betriebsklimas. Hier sind aber auch Ausstrahlung und Charisma⁵⁹ der Führung zu nennen.

Wenn auch primär auf andere Zwecke gerichtet, hat der Einsatz der zuvor genannten anderen Steuerungsmittel ebenfalls Motivationswirkungen. Die stärkere finanzielle Dotierung einer Aufgabe kann von den zuständigen Mitarbeitern auch als Ansporn empfunden werden. Ähnliche Wirkungen können auch von Organisationsänderungen oder der Beförderung anderer Mitarbeiter ausgehen.

57) Rittstieg, ZBR 1970, 73; siehe auch BGH, Urt. v. 12.12.1974 - III ZR 76/70 -, NJW 1975, 491 (492) und Urt. v. 22.5.1984 - III ZR 18/83 -, NJW 1984, 2216 (2218).

58) Motivationsbeeinflussung spielt nicht nur im Verhältnis zu Personen, sondern auch gegenüber Institutionen eine wichtige Rolle. Vgl. Roellecke, DÖV 1985, 854 f.

59) Dazu Obermayer, BayVBl. 1978, 130.

4.1.3 Die Bedeutung der Weisung

Die Weisung wurde als selbsterledigendes Steuerungsmittel für den Fall charakterisiert, daß die untergeordnete Stelle die Aufgabe hat, Entscheidungen zu fällen. Die Weisung ist nicht das einzige Mittel der Selbstentscheidung. Auch die Korrektur – Beanstandung und Widerspruch – oder die Genehmigung sind Mittel der Selbstentscheidung. Von ihnen unterscheidet sich die Weisung dadurch, daß sie nicht nur reaktiv, sondern auch initiativ wirkt: Sie setzt keine Aktivität der untergeordneten Einheit voraus, die dann korrigiert oder genehmigt werden kann, sondern kann unabhängig vom Verhalten der untergeordneten Einheit eingesetzt werden, also initiativ und korrigierend⁶⁰. Im Vergleich zu den anderen Mitteln der Selbstentscheidung ist sie umfassend einsetzbar.

Wenn die Verwaltung als entscheidungsproduzierende Organisation⁶¹ beschrieben wird, ergibt sich damit die besondere Bedeutung aller Steuerungsmittel, die geeignet sind, auf Entscheidungen einzuwirken. Auch in den Bereichen der Verwaltung, wo das Endprodukt der Verwaltungstätigkeit nicht Entscheidungen, sondern z.B. Krankenversorgung, Abwasserbeseitigung, Erhaltung von Denkmälern ist, die Verwaltungstätigkeit also unmittelbar auf einen tatsächlichen Erfolg abzielt, wird die Tätigkeit der Verwaltung durch Entscheidungen bestimmt, so daß die steuernde Einflußnahme auf Entscheidungen auch in diesen Bereichen von großer Bedeutung ist⁶².

Vergleicht man die Tauglichkeit der einzelnen Gruppen von Steuerungsmitteln, die der Führung in der Verwaltung bei der Steuerung von Entscheidungen zur Verfügung stehen, ergeben sich deutliche Vorteile für die Selbstentscheidung, weil bei ihr im Gegensatz zu den übrigen Steuerungsmitteln die Wirksamkeitsprognose überflüssig ist. Die Selbstentscheidung ist das vergleichsweise zuverlässigste Steuerungsmittel.

Die Selbstentscheidung und die wegen der fehlenden Monopolisierung problematische Motivationsbeeinflussung sind anders als die übrigen Steuerungsmittel sofort und im Einzelfall in beliebigem Umfang einsetzbar. Sie sind verfügbar. Organisationsentscheidungen verlangen dagegen wegen der häufig großen Nebenwirkungen eine intensive Vorbereitung und sind kurzfristig in der Regel nicht zu verwirklichen. Die Ressourcenzuteilung setzt voraus, daß der Führungsinstanz ihrerseits Ressourcen zur Verfügung stehen, was regelmäßig nur sehr beschränkt der Fall ist. Personalauswahl als wichtigste Form der Ausstattung setzt voraus, daß im Sinne der Führung einsetzbares Personal zur Verfügung steht und – häufig noch die wichtigste Restriktion – die Stelle in der Organisation frei ist. Damit sind Organisationsänderungen, Ressourcenzuteilung und Personalauswahl wegen ihrer beschränkten Verfügbarkeit der Selbstentscheidung unterlegen. Diese Überlegenheit der Selbstentscheidung macht sich besonders bei der Steuerung von Einzelentscheidungen bemerkbar.

60) A.A. wohl *Haas*, VerwArch 1958, 30.

61) *Thieme*, Verwaltungslehre, Rn. 9; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 29.

62) *Krebs*, Kontrolle, S. 28.

Mit dem Hinweis auf die Nebenwirkungen der Organisationsänderungen ist der dritte Vorteil der Selbstentscheidung gegenüber den anderen monopolisier-ten Steuerungsmitteln angedeutet: Ihre Kosten im weitesten Sinne sind ver- gleichsweise gering, weil sie recht genau auf den erstrebten Erfolg eingrenzbar ist. Auch dieser Vorteil macht sich am deutlichsten bei der Steuerung von Ein-zelffallentscheidungen bemerkbar.

Der Personalwechsel wegen einer Einzelfallentscheidung wird – auch wenn er möglich ist – nur selten als gerechtfertigt angesehen werden. Aber auch für eine generelle Entscheidungsbeeinflussung hat die Selbstentscheidung Kostenvor- teile, wenn nur ein kleines Entscheidungssegment der untergeordneten Einheit gesteuert werden soll.

Die Selbstentscheidung ist also das zuverlässigste, jederzeit verfügbare und kostengünstigste Steuerungsmittel. Unter den Mitteln der Selbstentscheidung hat die Weisung den Vorteil, umfassend und initiativ zu sein. Die Vorteile der Wei- sungen zeigen sich besonders deutlich bei der Steuerung von Einzelfällen oder kleinen Segmenten der Entscheidungstätigkeit der untergeordneten Stelle.

Die Nachteile der Weisung zeigen sich bei intensivem und häufigem Einsatz: Die Führungsinstanz kann an die Grenzen ihrer Führungs-⁶³, die untergeord- nete Einheit an die Grenzen ihrer Ausführungskapazität gelangen. Es besteht die Gefahr, daß sich Widersprüche einschleichen. Vor allem generelle Weisun- gen mit zeitlich unbegrenzter Geltungsdauer (Verwaltungsvorschriften, Ge- setze usw.) laufen Gefahr, durch die tatsächliche Entwicklung überholt zu wer- den. Eine intensive und häufige Steuerung durch Weisungen kann negative Mo- tivationsfolgen haben⁶⁴, die die Vorteile der Weisung überwiegen können. Die Ausführungskapazität der untergeordneten Einheit findet ihre Grenze vor allem auch in der Motivation der dort tätigen Menschen. Folge einer Überschreitung dieser Grenze ist die Nichtbeachtung der Weisung. Der Weisungsverstoß kann geradezu Voraussetzung für das Funktionieren der Verwaltung in dem zu stark vorentschiedenen Bereich werden⁶⁵.

Aufs Ganze gesehen ist die Weisung vor allem zur gelegentlichen Steuerung von Einzelfällen das Mittel der Wahl. Auf generelle Weisungen wird man wegen der Zuverlässigkeit der Weisung dann zurückgreifen, wenn bestimmte Wirkungen sicher erzielt werden sollen. Das einzige oder das in jedem Fall beste Steuerungs- mittel ist die Weisung aber nicht.

63) Die Arbeitskapazität der Führungsinstanz dürfte eine starke Restriktion für die Anwendung von Steuerungsmitteln überhaupt sein (Mayntz, Soziologie, S. 96 f.).

64) *Remer*, Verwaltungsführung, S. 38; vgl. auch *Roellecke*, DÖV 1985, 862.

65) Vgl. dazu *Luhmann*, Funktionen und Folgen, S. 304 ff.

4.2 Die Unterrichtung als Informationsmittel

4.2.1 Entscheidung und Information

Als Führungsfunktionen waren soeben die Zielformulierung, die Steuerung und die Kontrolle unterschieden worden. Gemeinsam ist ihnen ihr Entscheidungscharakter. Sie alle lassen sich als Auswahl zwischen Alternativen verstehen⁶⁶. Bei der Zielformulierung und der Steuerung liegt der Entscheidungscharakter deutlich vor Augen: es wird eine Auswahl zwischen möglichen Zielen oder möglichen Steuerungsmitteln getroffen.

Auch die Kontrolle hat aber Entscheidungscharakter. Unter Kontrolle wird ein Soll-Ist-Vergleich verstanden⁶⁷. Die Führungskontrolle stellt insofern einen Sonderfall dar, als der Kontrollierende aus dem Ergebnis der Kontrolle Konsequenzen ziehen und diese für den Kontrollierten verbindlich machen kann. Sie unterscheidet sich damit von anderen Arten der Kontrolle (z.B. Finanzkontrolle oder Kontrolle durch Medien und Bürgerinitiativen), bei denen der Kontrollierende lediglich durch Verbreitung des Kontrollergebnisses motivationsbeeinflussend auf den Kontrollierten einwirken, aber dessen Verhalten nicht verbindlich steuern kann⁶⁸. Häufig hat bei der Kontrolle bereits die Festsetzung der Soll- und der Ist-Größen Entscheidungscharakter oder beinhaltet Entscheidungselemente: Bürgerinitiativen formulieren häufig die politischen Maßstäbe erst selbst, an denen sie Verwaltungshandeln messen; die Feststellung eines Sachverhaltes durch Gerichte oder die Presse setzt häufig eine Würdigung widersprüchlicher Indizien, Aussagen und Hinweise voraus. In jedem Fall ist die Kontrolle aber insoweit Entscheidung⁶⁹ als sie feststellt, ob und inwieweit die Ist-Größe der Soll-Größe entspricht⁷⁰. Entscheidungen ihrerseits lassen sich als informationsverarbeitende Vorgänge beschreiben⁷¹. In die Entscheidung fließen mindestens Informationen über das zu entscheidende Problem, über die zur Wahl stehenden Alternativen und über die Kriterien der Auswahl ein. Die Qualität der Entscheidung steht und fällt deshalb mit den zur Verfügung stehenden Informationen⁷².

Information ist nach einer im Schrifttum vorherrschenden Definition zweckge-

richtetes Wissen⁷³. Für die Rolle der Information im Entscheidungsprozeß macht diese Begriffsbestimmung deutlich, daß nicht beliebiges Wissen verarbeitet wird, sondern für die jeweilige Entscheidung relevantes Wissen. Welches Wissen relevant ist, ist wiederum Ergebnis einer Entscheidung⁷⁴. Information und Entscheidung sind voneinander abhängig und passen sich in einem Rückkopplungsprozeß einander an⁷⁵.

4.2.2 Die Informationsmittel

Die Zahl der für die Verwaltung in Betracht kommenden Informationsmittel oder -quellen ist theoretisch unbegrenzt. Der folgende Überblick kann deshalb nur grobe Anhaltspunkte dafür geben, welche Informationsmittel im Einzelfall in Betracht kommen⁷⁶:

Die Informationsquellen können sich innerhalb und außerhalb der staatlichen Organisation befinden. Außerhalb der staatlichen Organisation kommen die an einem Verwaltungsverfahren Beteiligten (z.B. Anträge, Widersprüche) oder Nicht-Beteiligten (z.B. Presseberichte, Petitionen, Gutachten) in Betracht. Innerhalb der staatlichen Organisation können Informationen von übergeordneten, untergeordneten oder von Einheiten kommen, die außerhalb der jeweiligen Hierarchie stehen. Informationen übergeordneter Einheiten sind z.B. Gesetze und Weisungen. Untergeordnete Einheiten erstatten z.B. Berichte oder legen Akten vor. Auch der Zugriff der übergeordneten Einheit auf von der untergeordneten Einheit elektronisch gespeicherte Daten gehört hierhin. Die Information durch die untergeordnete Einheit soll hier zusammenfassend als Unterrichtung bezeichnet werden. Außerhalb der Hierarchie und damit eines Über- und Unterordnungsverhältnisses stehen Kontrollinstanzen (z.B. bei Gerichtsurteilen, Prüfungsberichten)⁷⁷, Stellen, deren Aufgabe allgemein oder im Einzelfall die Erteilung von Informationen ist (z.B. bei Statistiken, Registerauskünften, Stellungnahmen zu Planungen) oder Einheiten, die außerhalb ihres Aufgabenbereichs im Einzelfall im Wege der Amtshilfe Informationen erteilen. Über gegenwärtige Zustände oder Verhältnisse kann sich der Entscheidende auch durch die eigene Wahrnehmung informieren.

Es lassen sich verbindliche und nicht-verbindliche Informationen unterscheiden. Verbindlich sind z.B. Gesetze, Weisungen, Urteile, aber in bestimmtem Umfang auch Anträge und Petitionen.

66) Zum Entscheidungsbegriff *Krebs*, Kontrolle, S. 32; *Mag.* Entscheidung und Information, S. 3; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 327; ähnlich *Kübler*, Organisation und Führung in Behörden, Bd. 1 S. 120; *B. Becker*, in: Öffentliche Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 280; die Entscheidungslehre verwendet den Begriff der Alternative auch beim Vorliegen von mehr als zwei Möglichkeiten (*Wacker*, Informationstheorie, S. 92).

67) *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 340; *Kübler*, Organisation und Führung in Behörden, Bd. 1, S. 46.

68) Zu der Unterscheidung vgl. *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 342.

69) Zum Entscheidungscharakter der Kontrolle *Wacker*, Informationstheorie, S. 98.

70) *Thieme* unterscheidet noch zwischen der Feststellung der Abweichung und der Bewertung der Abweichung (Verwaltungslehre, Rn. 1112).

71) *W. Kirsch*, Entscheidungsprozesse, Bd. II, S. 23 ff; *Thieme*, Verwaltungslehre, Rn. 921; *Lauxmann*, Verwaltungsführung, beschreibt die Verwaltung als informationsverarbeitendes System (S. 165).

72) *Thieme*, Verwaltungslehre, Rn. 921; *Mag.* Entscheidung und Information, S. 5; für unternehmerische Entscheidungen vgl. *Korndörfer*, Unternehmungsführungslehre, S. 63.

73) *Thieme*, Verwaltungslehre, S. 68; *Mag.* Entscheidung und Information, S. 5; *Damkowski*, RiA 1971, 182; kritisch *W. Kirsch*, Entscheidungsprozesse, Bd. II S. 82.

74) *Ellwein*, Regieren und Verwalten, S. 177: „Nur wer weiß, was er will, kann sich auch ausreichend informieren.“

75) *Wacker*, Informationstheorie, S. 74, 133.

76) Vgl. zu Teilaспектen des folgenden BT-Drucks. VI/3826 S. 169 ff; *Mayntz*, Soziologie, S. 221 f.; *Thieme*, Verwaltungslehre, Rn. 925 ff; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 328 f.

77) Der Rechnungshof, der einen Prüfungsbericht verfaßt, kann im Hinblick auf die Beschaffung der Informationen für seine Kontrolltätigkeit durchaus übergeordnet sein, weil er im Sinne der Definition *H.J. Wolffs* insoweit die rechtliche Möglichkeit besitzt, dem Kontrollierten gegenüber seinen Willen durchzusetzen. Hinsichtlich der Prüfungsberichte ist er nicht übergeordnet, da deren Inhalt für den Kontrollierten nicht verbindlich ist.

Anregungs- oder Probleminformationen beziehen sich auf das Entscheidungsproblem⁷⁸; Alternativen- oder Entschlußinformationen auf die Entscheidungsalternativen und die Kriterien der Auswahl⁷⁹. Bestimmte Informationsformen kommen ausschließlich oder überwiegend als Anregungsinformationen in Betracht: Beschwerden, Anträge, Petitionen; überwiegend als Entschlußinformationen dienen Gerichtsurteile und externe Gutachten zu einer bestimmten Angelegenheit.

4.2.3 Die Bedeutung der Unterrichtung

Wenn im folgenden versucht wird, vergleichend Aussagen zur Bedeutung der Unterrichtung als Informationsmittel zu machen, sind drei Fragen zu unterscheiden:

Die erste betrifft den Informationsbedarf für eine Entscheidung. Welche Informationen werden für die Entscheidung benötigt? Dazu fehlt es in der Entscheidungslehre bisher an Aussagen, die für eine rationale Festlegung des Informationsbedarfs eine Grundlage liefern könnten⁸⁰. Auch der Verwaltung kann daher nur die „kritische Eigenanalyse“⁸¹ empfohlen werden. Allerdings stellt sich diese Frage für sie nicht in derselben Schärfe wie z.B. für die Wirtschaft oder die Politik, weil die Regelungsbinding der Verwaltung stärker ist. Normative Programme enthalten in den meisten Fällen auch verbindliche Festlegungen für die einer Entscheidung zugrunde zu legenden Informationen: Der Tatbestand einer Norm legt mindestens teilweise fest, auf welche Informationen es für die Entscheidung ankommt. In vielen Fällen ist damit der Informationsbedarf aber nicht vollständig vorentschieden.

Die zweite Frage bezieht sich darauf, aus welchen Quellen die benötigten Informationen gewonnen werden können. Kommt nur ein einziges Informationsmittel in Betracht, muß dieses genutzt oder auf die Information und damit u.U auf die Entscheidung verzichtet werden. Die Bedeutung der Unterrichtung ergibt sich zu einem großen Teil daraus, daß sie in vielen Fällen die einzige mögliche Informationsquelle ist. Der Verzicht auf die Unterrichtung bedeutet dann den Verzicht auf die Entscheidung und damit auf Führung bzw. Kontrolle. Nur wenn die benötigten Informationen aus verschiedenen Quellen gewonnen werden können, stellt sich die Frage einer Auswahl und der Kriterien dieser Auswahl, auf die im folgenden eingegangen werden soll.

Informationen müssen möglichst verfügbar und zuverlässig sein⁸².

Verfügbarkeit bedeutet, daß sie sicher, schnell und kostengünstig erlangt werden können. Der Bürger ist z.B. nur insoweit ein sicheres Informationsmittel, als er

zur Informationsgewährung verpflichtet ist. Die Eigenschaften Schnelligkeit und Kostengünstigkeit geben an, wie stark die Informationsbeschaffung Zeit einerseits und andere Ressourcen, vor allem Geld, andererseits beansprucht. Die Durchsicht einer großen Aktenmenge oder die Beauftragung eines externen Gutachters benötigen längere Zeit. Bei der Heranziehung externen Sachverständigen, aber auch z.B. bei der Beschaffung von Büchern oder dem Abonnement laufender Publikationen wirken die verfügbaren Finanzen restriktiv. Kosten können aber z.B. auch in Form von Publizität anfallen, weshalb man Vermessungen im Frühstadium schwieriger Planungsvorhaben vielleicht lieber durch Luftaufnahmen als durch die herkömmliche Landaufnahme am Boden vornehmen wird.

Zuverlässigkeit bedeutet, daß die Informationen vollständig und richtig sein müssen. Die Mitteilung an die Feuerwehr von einem Brand ist ohne die Angabe der Brandstelle wertlos. Wird der Polizei ein Banküberfall gemeldet, der in Wirklichkeit für Filmaufnahmen gestellt ist, mag der dann erfolgende Einsatz unter dem Gesichtspunkt der Putativgefahr zwar rechtmäßig sein, unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten stellt er sich aber als Fehlentscheidung dar⁸³.

Vergleicht man die Unterrichtung anhand dieser Kriterien mit den anderen Informationsmitteln, wird man sagen können, daß sie in der Zugriffssicherheit und bei vergleichbarem Informationsumfang auch hinsichtlich der Schnelligkeit von andern Informationsmitteln nicht übertrffen wird und ihnen häufig überlegen ist. Kosten fallen bei der Unterrichtung in der Regel lediglich durch Inanspruchnahme von Arbeitszeit an, einer Ressource, die in der Verwaltung für den Einzelfall praktisch immer verfügbar ist. Bei wiederholtem Informationsbedarf oder besonders aufwendiger Informationsbeschaffung sind andere Informationsmittel insoweit aber häufig vorzuziehen.

Die Vollständigkeit der Information ist bei der Informationsbeschaffung gewissermaßen die Kehrseite der Aufbereitung von Wissen zur Information⁸⁴. Bei der Aufbereitung wird aus der Fülle des Wissens das entscheidungsbezogene ausgeschieden, was u.U. sehr zeit- und kostenaufwendig sein kann. Die Vollständigkeit betrifft demgegenüber die Frage, daß möglichst das gesamte entscheidungsbezogene Wissen zur Verfügung steht. Die Aufbereitung des Wissens zur Information und die Übermittlung vollständiger Informationen sind nur in Kenntnis der Entscheidungssituation und der dabei zu berücksichtigenden Umstände möglich. Diese Kenntnisse finden sich regelmäßig nirgendwo außerhalb der entscheidenden Einheit in dem gleichen Maße wie bei der ihr nachgeordneten Einheit. Die Kenntnis der Entscheidungssituation hat für die Vollständigkeit der Information um so mehr Bedeutung, je weniger die Entscheidung standardisiert ist. Hier liegt ein großer Vorzug der Unterrichtung vor allen anderen Informationsmitteln.

Hinsichtlich der Richtigkeit lassen sich grob zwei Arten von Informationsmit-

78) Wacker, Informationstheorie, S. 100 ff.

79) Wacker, Informationstheorie, S. 105 ff.

80) Wacker, Informationstheorie, S. 69.

81) Korndörfer, Unternehmungsführungslehre, S. 64.

82) Zum folgenden vgl. Korndörfer, Unternehmungsführungslehre, S. 66.

83) Götz, Rn. 125 ff.

84) Wacker, Informationstheorie, spricht von der Umformung potentieller Informationen in relevante Informationen (S. 192).

teln unterscheiden: technische und menschliche. Die ausschließlich technischen, wie z.B. Meßgeräte, sind im Hinblick auf die Richtigkeit den menschlichen in aller Regel deutlich überlegen. Die Richtigkeit der auf Menschen zurückgehenden Informationen hängt weitgehend vom Einzelfall, insbesondere auch von der konkreten Motivation ab. Die Unterrichtung ist hier etwa wegen der geschulten Wahrnehmung häufig, aber sicher nicht immer der Information durch verwaltungsexterne Personen überlegen.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Unterrichtung den anderen Informationsmitteln an Sicherheit, Schnelligkeit und Richtigkeit regelmäßig mindestens gleichwertig, im Hinblick auf die Kosten häufig überlegen ist; die Vollständigkeit der Unterrichtung wird in aller Regel von keinem anderen Informationsmittel erreicht werden können. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, in denen mehrere Informationsmittel zur Verfügung stehen, wird die Unterrichtung deshalb das Informationsmittel der Wahl sein, das allenfalls durch andere ergänzt oder überprüft wird. Häufig ist die Unterrichtung sogar das einzige verfügbare Informationsmittel.

4.3 Weisung und Unterrichtung im mehrstufigen System

Bisher sind zweistufige Verhältnisse von Führungseinheit und geführter Einheit bzw. Kontrolleinheit und kontrollierter Einheit betrachtet worden. Für die Verwaltung ist typisch, daß solche zweistufigen Verhältnisse Teil mehrstufiger Systeme sind, also die übergeordnete Einheit ihrerseits einer weiteren untergeordnet ist oder der Kontrolle einer Kontrollinstanz unterliegt: Der Leiter des Staatlichen Gewerbeaufsichtsamtes ist Vorgesetzter der Mitarbeiter des Amtes. Ihm ist der Regierungspräsident und diesem wieder der zuständige Minister übergeordnet. Das Verwaltungsgericht wendet sich wegen der Aktenübersendung an die Behörde und damit an den für die Außenvertretung zuständigen Behördenleiter, der die Akten seinerseits von seinen Untergebenen erhält oder sie anweist, sie dem Gericht zu übersenden.

Soweit eine übergeordnete Einheit ihr nachgeordnete Einheiten nicht anweisen kann oder von ihnen nicht unterrichtet wird, kann sie Weisungen ihr übergeordneter Einheiten selbstverständlich nicht durch die untergeordneten Einheiten ausführen lassen oder die ihr übergeordnete Einheit nicht unterrichten bzw. Kontrollinstanzen nicht informieren.

2. Teil: Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Bundesverwaltung und Grundgesetz

Die Einrichtung weisungsfreier Räume in der staatlichen Verwaltung unterfällt nach einhelliger Auffassung des Schrifttums¹ dem institutionellen Gesetzesvorbehalt², weil sie „die parlamentarische Verantwortlichkeit und Kontrollmöglichkeit durchlöchert“³. Unabhängig davon, ob diese Erwägung zutrifft, ist die Herausnahme eines Verwaltungszweiges aus dem Zugriffsbereich des zuständigen Ministers als Organisationsentscheidung so bedeutsam, daß sie jedenfalls nicht ohne den Gesetzgeber erfolgen kann. Dementsprechend ist die Weisungsfreiheit in den hier⁴ genannten Beispielsfällen aus der Bundesverwaltung durch formelles Gesetz bestimmt. Für die Unterrichtungsfreiheit muß dasselbe gelten, denn sie bewirkt eine vergleichbare „Verringerung der demokratisch-parlamentarischen Kontrolldichte“⁵. Die Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung nach dem Grundgesetz hängt deshalb davon ab, ob und welche Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit bei der Anordnung solcher Räume durch die Verfassung gesetzt sind. In einem weiteren Verständnis des Begriffs geht es demnach um einen Verwaltungsvorbehalt, nämlich einen dem gesetzgeberischen Zugriff nicht unterliegenden Vorbehaltsbereich der Verwaltung⁶. Allerdings ist die hier untersuchte Fragestellung im Zusammenhang der Diskussion um einen Verwaltungsvorbehalt⁷ eher atypisch, geht es doch nicht darum, ob gesetzgeberische Zugriffe auf den Bereich der Verwaltung überhaupt zulässig sind, sondern darum, ob eine bestimmte Regelung inhaltlich so getroffen werden darf. Wenn der Gesetzgeber einen weisungsfreien Raum anordnet, steht nicht die Zulässigkeit dieses Zugriffs der gesetzgeberischen Gewalt auf die vollziehende Gewalt als solche in Rede, sondern die Rechtmäßigkeit der damit angeordneten Teilung der vollziehenden Gewalt, einer „administrativen Gewaltenteilung innerhalb der Verwaltung.“⁸ Nicht die Zulässigkeit inhaltlicher Vorgaben durch Gesetz für die Verwaltung, sondern bestimmte Zuständigkeitsregelungen stehen hier in Rede.

Im folgenden wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit weisungs- oder unter-

1) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 96 f.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 270 f.; E. Klein, Problematik, S. 216 f.; Erichsen/Knoke, DÖV 1985, 55; Obermayer, Mitbestimmung, S. 33; in diese Richtung auch: Erichsen, in: Probleme mehrstufiger Erfüllung, S. 17; Schmidt-Äßmann, Festschrift Ipsen, S. 347 f.; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 126; Obermayer, Grundzüge, S. 24 f.; vgl. dazu bereits Haas, VerwArch 1958, 21.

2) Dazu außer den soeben Genannten Kötgen, VVDStRL 16, 161 ff; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 88 und 421 f.; Schmidt-Jortzig/Wolfgang, VerwArch 1984, 108; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 1.12.1965 – 2 A 33/65 -, DÖV 1966, 282 (283); OVG Münster, Urt. v. 13./27.9.1979 – XVI A 2693/78 -, NJW 1980, 1406 (1407).

3) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 97.

4) Siehe oben 1. Teil, Ziff. 1.

5) Vgl. Erichsen, in: Probleme mehrstufiger Erfüllung, S. 17.

6) Erichsen, VerwArch 1979, 254.

7) Vgl. etwa Stettner, DÖV 1984, 611 ff; Schröder, DVBl. 1984, 814; W. Schmidt, NVwZ 1984, 546; Degehnhart, NJW 1984, 2184; Maurer, VVDStRL 43, 135 ff; Schnapp, VVDStRL 43, 172 ff.

8) W. Schmidt, NVwZ 1984, 545 (546).

richtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung unter fünf Aspekten untersucht, die – wenn auch unterschiedlich intensiv – in der Diskussion des Schrifttums und den Äußerungen der Rechtsprechung zum ministerialfreien Raum bereits sämtlich erörtert worden sind, durch die Einbeziehung der Unterrichtungsfreiheit aber wenigstens zum Teil zusätzliche Bedeutung gewinnen:

- Leitungsbefugnis der Regierung (Ziff. 1),
- demokratische Legitimation (Ziff. 2),
- parlamentarische Verantwortlichkeit (Ziff. 3),
- Rechtsstaatsprinzip (Ziff. 4),
- hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums (Ziff. 5).

Abschließend werden die gewonnenen Ergebnisse zusammengefaßt (Ziff. 6).

1. Die Leitungsbefugnis der Regierung

Die Leitungsbefugnis der Regierung und ihre parlamentarische Verantwortlichkeit werden im folgenden als unterschiedliche verfassungsrechtliche Gesichtspunkte getrennt untersucht. Bei jener geht es um die Kompetenz der Regierung als oberstem Verfassungsorgan, bei dieser um das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen den obersten Verfassungsorganen Bundestag und Bundesregierung. Diese gesonderte Betrachtung hat gegenüber der vor allem in der Rechtsprechung anzutreffenden⁹, teilweise bewußten¹⁰ Verzahnung und Vermengung der Aspekte den Vorzug größerer Klarheit und gestattet es leichter, die einzelnen verfassungsrechtlichen Folgerungen deutlich abzuschichten. Dabei wird keineswegs verkannt, daß Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Aspekten, vor allem zwischen den Befugnissen und Aufgaben der Bundesregierung und dem Umfang ihrer Verantwortung gegenüber dem Parlament bestehen.

Über den Grundsatz der Leitung der Bundesverwaltung durch die Bundesregierung und innerhalb der Bundesregierung durch den zuständigen Ressortminister besteht Einigkeit¹¹. Bevor die umstrittene Frage, in welchem Umfang die gesetzliche Durchbrechung der Leitungsbefugnis zulässig ist (Ziff. 1.4), näher untersucht wird, soll auf die Verortung dieses Grundsatzes in der Verfassung (Ziff. 1.1), auf Gegenstand und Inhalt der Leitungsbefugnis (Ziff. 1.2) und auf die Beschränkungen dieses Grundsatzes eingegangen werden, die die Verfassung selbst vorsieht (Ziff. 1.3).

9) BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 –, BVerfGE 9, 268 (281); in Anlehnung daran VerfGH NW, Urt. v. 23.2.1963 – VGH 6/62 –, OVG 18, 316 (317); BVerwG, Beschl. v. 10.1.1973 – I WDB 1/72 –, NJW 1973, 865; aus dem Schrifttum etwa Püttner, Öffentliche Unternehmen, 2. Aufl., S. 135 f.

10) StGH Bremen, Urt. v. 23.9.1974 – St 1.2/73; NJW 1974, 2223 (2229).

11) Vgl. die Nachw. zu Ziff. 1.1.5.

1.1 Die Verortung des Grundsatzes der Leitungsbefugnis im Grundgesetz

Gemäß Art. 65 S. 2 GG leitet jeder Bundesminister innerhalb der vom Bundeskanzler bestimmten Richtlinien der Politik seinen Geschäftsbereich selbstständig und unter eigener Verantwortung. Gegen die vom Wortlaut her naheliegende Annahme¹², diese Vorschrift statuiere den Grundsatz der Leitungsbefugnis, ist eingewandt worden, Art. 65 GG regele allein die Geschäftsverteilung innerhalb der Bundesregierung und lege nicht zugleich Zuständigkeiten mit Wirkung gegenüber den anderen Verfassungsorganen fest¹³. Anders ausgedrückt: Art. 65 GG sei eine Norm des Intra-Organ-Rechts der Bundesregierung und nicht zugleich des Inter-Organ-Rechts der obersten Verfassungsorgane. Allerdings räumen die Vertreter der Intra-Organ-These ein, daß Art. 65 GG die Leitungsbefugnis der Regierung „voraussetzt“¹⁴ und gehen vom Bestehen der Leitungsbefugnis aus, die sie ohne Rückgriff auf Art 65 S. 2 GG begründen. Ohne daß die Bedeutung der Kontroverse deshalb überschätzt werden dürfte, kann nicht übersehen werden, daß eine expressis verbis in der Verfassung enthaltene Regelung nach Inhalt und Grenzen entschieden deutlicher bestimmt ist als ein lediglich durch vielleicht recht mittelbare Ableitungen¹⁵ zu gewinnendes Prinzip.

Die Vertreter der Intra-Organ-These führen folgende Argumente ins Feld:

- Die systematische Stellung des Art. 65 GG im Abschnitt über die Bundesregierung belege seine ausschließliche Funktion der Abgrenzung von Zuständigkeiten innerhalb der Bundesregierung¹⁶ (dazu Ziff. 1.1.1).
- Hierzu wird weiter darauf verwiesen, daß einige Landesverfassungen die Leitungsbefugnis der Regierung getrennt von der regierungsinternen Zuständigkeitsverteilung in besonderen Vorschriften regeln¹⁷ (dazu Ziff. 1.1.2).
- In etwas anderem Zusammenhang wird auf die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes hingewiesen: Der Herrenchièmeer Entwurf habe in der dem heutigen Art. 86 GG entsprechenden Vorschrift ausdrücklich ein Einzelweisungsrecht der Regierung enthalten. Im Hauptausschuß des parlamentarischen Rates sei das unter ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt gestellte Einzelweisungsrecht als selbstverständlich weggelassen worden¹⁸ (dazu Ziff. 1.1.3).

12) A.A. Brohm, Wirtschaftsverwaltung, S. 219: „Art. 65 sagt seinem Wortlaut nach hiervon nichts.“

13) Nawiasky, Grundgedanken des Grundgesetzes, S. 93; Sellmann S. 61 f.; Zuck, NJW 1969, 1099; Liesegang, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 65 Rn. 1; BVerwG, Urt. v. 23.5.1958 – VII C 218.57 –, BVerwGE 7, 66 (73); Urt. v. 30.5.1984 – C 58.81 –, DÖV 1985, 358 (359).

14) Fichtmüller, AöR 1966, 326; Füsslein S. 319 f.; Liesegang, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 65 Rn. 1.

15) Vgl. etwa den Schluß, den Stein, Staatsrecht, aus Art. 84 V 2 GG zieht (S. 31).

16) Fichtmüller, AöR 1966, 321; Sellmann S. 62; Zuck, NJW 1969, 1099; Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 65 Rn. 30.

17) Fichtmüller, AöR 1966, 321; Füsslein S. 319.

18) Fichtmüller, AöR 1966, 322 f.

1.1.1 Die systematische Stellung des Art 65 GG

Die systematische Stellung des Art. 65 GG gestattet nicht den Schluß, die Vorschrift beschränke sich auf die Regelung von Innenrecht der Regierung. Art. 65 GG enthält, wie auch Vertreter der Intra-Organ-These einräumen müssen, in Satz 4 und durch die Erwähnung der „Verantwortung“ in den ersten beiden Sätzen Regelungen über die Beziehungen zwischen den Verfassungsorganen Bundesregierung einerseits und Bundespräsident und Bundestag andererseits¹⁹. Die verfassungssystematische Begründung der These von der ausschließlichen Intra-Organ-Geltung widerlegt also bereits Art. 65 GG selbst.

Ob die Systematik des Grundgesetzes vor allem in den Absätzen über die obersten Bundesorgane stringent genug ist, um Schlüsse wie den hier versuchten zu tragen, erscheint im übrigen sehr zweifelhaft. Art. 65 GG ist jedenfalls gewiß nicht das einzige Beispiel für eine Vorschrift mit mehrfacher Regelungsrichtung; Art. 43 II 2 GG etwa regelt sowohl Intra-Organ-Recht des Bundestages (Geschäftsordnungsrecht) als auch Inter-Organ-Recht im Verhältnis Bundesregierung und Bundestag.

1.1.2 Die Regelungen der Länderverfassungen

Neben Vorschriften, die Art. 65 GG mehr oder weniger genau entsprechen, kennen einige Länderverfassungen in der Tat weitere Vorschriften, die die Leitungsbefugnis der Regierung gegenüber der Verwaltung aussprechen. Gem. Art. 47 II der Bayerischen Verfassung etwa bestimmt der Ministerpräsident die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung. Die Staatsminister führen gem. Art. 51 I der Bayerischen Verfassung ihren Geschäftsbereich gemäß diesen Richtlinien selbstständig und in eigener Verantwortung gegenüber dem Landtag. Art. 53 S. 2 Bay. Verf. schreibt vor, daß jede Aufgabe der Staatsverwaltung einem Geschäftsbereich zuzuteilen ist. Für die Tätigkeit der Staatsregierung und der Staatsministerien stellt Art. 55 der Bay. Verf. Grundsätze auf, zu denen die Unterstellung der gesamten Staatsverwaltung unter die Staatsregierung und die zuständigen Ministerien gehört (Art. 55 Nr. 5 Bay. Verf.).

Wieweit aus den Regelungen einzelner Landesverfassungen Schlüsse für die Auslegung des Grundgesetzes gezogen werden können, wie das hier versucht wird, soll an dieser Stelle dahinstehen. Die Regelung der Bayerischen Verfassung kann aber überhaupt nur dann etwas für die hier diskutierte Frage der Inter-Organ-Wirkung, insbesondere des Art. 65 S. 2 GG ergeben, wenn der hier herangezogene Art. 55 Nr. 5 Bay. Verf. konstitutiven und nicht lediglich deklatorischen Charakter hat, also wiederholt, was bereits anderweitig ausgesprochen ist. Gerade das wird aber für Art. 55 Nr. 5 der Bay. Verf. vertreten: Diese Vorschrift spreche „noch einmal – vgl. Art. 53 S. 3 – in anderer Form das Prinzip

Ministerialsystems in der Verwaltung“ aus²⁰. Der bereits erwähnte Art. 53 der Bay. Verf. lautet: „Die Staatsregierung gibt sich eine Geschäftsordnung. In dieser wird die Zuweisung der Geschäfte an die einzelnen Geschäftsbereiche geregelt. Jede Aufgabe der Staatsverwaltung ist einem Geschäftsbereich zuzuteilen.“ Art. 53 der Bay. Verf. geht also über Art. 65 S. 4 GG hinaus, indem Vorschriften über den Inhalt der von der Regierung zu beschließenden Geschäftsordnung getroffen werden. Diese primär wie Art. 65 GG Intra-Organ-Recht enthaltende Vorschrift soll nach der zitierten Literaturmeinung auch das dem Inter-Organ-Recht zugehörige Ministerialsystem regeln, das Art. 55 Nr. 5 Bay. Verf. nach dieser Auffassung wiederholt. Die Bestimmung des Art. 53 der Bay. Verf. hat demnach – mindestens nach der angeführten Auffassung – eben die doppelte Regelungsrichtung, die Art. 65 S. 2 GG nicht haben soll. – Es wird deutlich, daß die Regelung der Bayerischen Verfassung für die Intra-Organ-These nicht herangezogen werden kann²¹.

Will man überhaupt Orientierung bei den Länderverfassungen suchen, wird man den Blick auch auf die richten müssen, die insoweit ähnlich gefaßt sind wie das Grundgesetz. So entspricht Art. 55 NW Verf. fast wörtlich Art. 65 S. 1 – 3 GG. Für Art. 55 II NW Verf. wird angenommen, „die gewährleistete Selbständigkeit bedeutet Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit gegenüber Ministerpräsident, Landesregierung und Landtag.“²² Art. 55 II NW Verf. hätte demnach Inter-Organ-Wirkung.

1.1.3 Die textgeschichtliche Argumentation

Überzeugende Hinweise für das Verständnis des Art. 65 S. 2 GG lassen sich bei genauerer Betrachtung auch aus der Entstehungsgeschichte der grundgesetzlichen Regelung nicht ableiten.

Im Herrenchiemsee Entwurf lautete der dem heutigen Art. 86 S. 1 GG entsprechende Art. 112²³: „Soweit die Ausführung der Bundesgesetze Sache einer bundeseigenen Verwaltung oder einer bundesunmittelbaren Selbstverwaltung ist, erlassen die Bundesregierung und nach Maßgabe der Geschäftsordnung die einzelnen Bundesminister die notwendigen Durchführungsverordnungen und Einzelanweisungen.“

Der Zuständigkeitsausschuß des parlamentarischen Rates erweiterte diese Fas-

20) Nawiasky/Leusser, Art. 55 Anm. 7.5; ebenso Dahlgrün, in: Demokratie und Verwaltung, S. 317; Gollwitzer verortet in einem jüngst erschienenen Aufsatz die Leitungsbefugnis der bayerischen Staatsminister in „Art. 51 Abs. 1, Art. 55 Nrn. 2, 4 Satz 2, Nrn. 5 – 7“ (Festschrift Bengl, S. 204, vgl. auch S. 211 f., 221 f.).

21) Von einer bloßen Wiederholung des Prinzips der Leitungsbefugnis in Art. 55 Nr. 5 BayVerf, das sie bereits in Art. 43 I BayVerf („die Staatsregierung ist die oberste vollziehende und leitende Behörde des Staates“) niedergelegt seien, gehen Scheuner, Festschrift Smend, S. 287 und Hauiesen, DÖV 1955, 60 aus. Loening, DVBl. 1954, 175 sieht den Grundsatz der Leitungsbefugnis sogar in Art. 43 I, 53 S. 3 und 55 Nr. 5 der BayVerf niedergelegt.

22) Geller/Kleinrahm/Fleck, Art. 55 Rn. 4 c.

23) Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee v. 10. bis 23. August 1948, S. 78.

19) Liesegang, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 65 Rn. 1.

sung durch Hinzufügung der Worte „soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen“. Der Redaktionsausschuß ließ dann die Worte „und Einzelanweisungen“ fort. Im Hauptausschuß äußerten sich auf einen entsprechenden Hinweis des Abgeordneten Dr. *Seeböhm* zwei Abgeordnete zum Fortfall der „Einzelanweisungen“. Im stenographischen Bericht heißt es dazu:

„Dr. Hoch (SPD): Es ist selbstverständlich, daß jeder Minister für seine Verwaltung Einzelanweisungen geben kann. Deshalb ist das weggelassen.

Vorsitzender Dr. Schmid: Das war ein Superfluum, das man mit Recht gestrichen hat.“²⁴

Diese Äußerungen sind mit der Annahme, daß die Leitungsbefugnis, die über das Weisungsrecht ja erheblich hinausgeht, in Art. 65 S. 2 GG niedergelegt ist, ebenso vereinbar wie mit der einer anderweitigen Herleitung der Weisungsbe-fugnis. Vor allem spricht die Textgeschichte für die Annahme, daß der parla-mentarische Rat bei der Einführung des Gesetzesvorbehalt nicht das Einzelwei-sungsrecht, sondern den Erlaß von Verwaltungsvorschriften im Auge hatte.

1.1.4 Art. 65 a GG

In den bisherigen Bemühungen um das Verständnis des Art 65 S. 2 GG scheint Art. 65 a GG keine Rolle gespielt zu haben. Dabei gestattet diese Vorschrift im Hinblick auf die hier untersuchte Frage der Inter-Organ-Geltung des Art. 65 S. 2 GG sowohl in systematischer wie in historischer Betrachtung interessante Auf-schlüsse.

Zum einen besteht bei zahlreichen Differenzen im übrigen Einigkeit darüber, daß Art. 65 a GG Inter-Organ-Recht enthält. So soll die Vorschrift dem Gesetz-geber verbieten, die Befehls- und Kommandogewalt etwa durch Schaffung einer Anstalt „Bundeswehr“ abweichend zu regeln²⁵.

Art. 65 a GG wurde nun – und das ist nicht nur im Hinblick auf die Argumentation zu Art. 65 GG, die sich auf die Systematik des Grundgesetzes stützt, son-dern auch als Hinweis auf das Verständnis des Verfassungsgebers vom Inhalt des Art. 65 S. 2 GG interessant – bei seiner Aufnahme in das Grundgesetz im Jahre 1956 unmittelbar anschließend an Art. 65 GG plaziert und der frühere erste Ab-satz wurde als Art. 65 a GG an dieser Stelle belassen, als 1967 der frühere 2. Ab-satz als neuer Art. 115 b in den Abschnitt X a über den Verteidigungsfall einbe-zogen wurde. Der Verfassungsgeber des Jahres 1956 hielt offenbar den unmittel-baren Anschluß an Art. 65 GG für die Stelle des Grundgesetzes, an der die neue Vorschrift des Art. 65 a am besten einzufügen sei. Der Verfassungsgeber des Jah-res 1967, das zeigt die Integration des früheren Art. 65 a II GG in den Abschnitt X a, war durchaus systematisch ambitioniert. Er ließ die Stellung des heutigen Art. 65 a GG unberührt. Dieser Tatsache ist um so größeres Gewicht beizumes-

sen, als die Entscheidung des Jahres 1956 auf Kritik gestoßen war²⁶. Bezeichnen-derweise blieb diese Kritik aber nicht auf die Stellung des Art. 65 a GG be-schränkt, sondern bezieht zahlreiche weitere Vorschriften ein und mündet in Überlegungen darüber, woran „der Grundgesetzgeber besser getan“ hätte²⁷. Sie bestätigt damit die mangelnde systematische Konsequenz des Grundgeset-zes und zugleich die Schwierigkeit, systematisch begründet Schlüsse zu ziehen.

1.1.5 Begründungen des Grundsatzes der Leitungsbefugnis ohne Bezug auf Art. 65 GG

Die gegen die Verortung des Grundsatzes der Leitungsbefugnis in Art. 65 S. 2 GG vorgetragenen Argumente können vor allem wegen Art. 65 a GG nicht überzeugen. Mit der überwiegenden Auffassung ist deshalb nicht nur von der Inter-Organ-Geltung des Art. 65 GG²⁸, sondern auch von der Verortung des Grundsatzes der Leitungsbefugnis in Art. 65 S. 2 GG auszugehen²⁹.

Der Grundsatz der Leitungsbefugnis der Regierung wird von einer Reihe Auto-ren und vom Bundesverfassungsgericht nicht Art. 65 S. 2 GG entnommen, son-dern auf andere Weise aus der Verfassung hergeleitet³⁰. Diese Begründungen sollen hier noch kurz dargestellt werden:

Recht verbreitet ist die Ableitung aus dem Grundsatz der parlamentarischen Verantwortlichkeit³¹. Darauf wird ebenso wie auf die vor allem vom Bundesver-fassungsgericht versuchte Herleitung aus den Prinzipien der Demokratie und

26) von *Mangoldt/Klein*, Vorbem. II 2 zu Abschn. VI und Art. 65 Anm. II 5.

27) von *Mangoldt/Klein*, Vorbem. II 2 zu Abschn. V.

28) *Doehring*, Staatsrecht, S. 217; *Hamann/Lenz*, Art. 65 Anm. A; *E. Klein*, JuS 1974, 363; *Leisner*, Mitbe-stimmung, S. 45; von *Mangoldt/Klein*, Art. 65 II 2; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 65 Rn. 9; *BVerfG*, Urt. v. 29.7.1952 – 2 BvE 2/51 –, *BVerfGE* 1, 372 (394); Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 –, *BVerfGE* 49, 89 (125); wohl auch *Gross*, JZ 1958, 70; *A. Arndt*, 40. DJT, S. C 43; von *Brünneck*, DÖV 1951, 258; *Köttgen*, AÖR 1965, 217.

29) *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 144 ff, besonders S. 147; *Dagtoplou*, Private in der Verwaltung, S. 150 f.; *Hamann/Lenz*, Art. 65 Anm. B 5; *Hernekamp*, in: von *Münch*, GG-Kommentar, Art. 65 a Anm. 25; *Zieger*, in: von *Münch*, GG-Kommentar, Art. 130 Rn. 15; *Hesse*, Grundzüge, Rn. 644; *Lecheler* S. 192 f.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 124 f.; *Bull*, in: *AK GG*, Art. 86 Rn. 26; *E. Becker*, in: Demokratie und Verwaltung, S. 509; *H.P. Ipsen*, 40. DJT, S. C 18; *E. Klein*, Problematik, S. 209; *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 74; *ders.*, Festschrift Molitor, S. 155; *Loening*, DVBl. 1954, 176; *R. Wahl*, Stellvertretung, S. 203; von *Mangoldt/Klein*, Art. 65 Anm. IV 2 b und Vorbem. III zu Abschn. VIII; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 65 Rn. 9 und Art. 65 a Rn. 35; *H. Schneider*, ZBR 1957, 241; *Stern*, Staatsrecht II, § 31 IV 3; *Vorbrugg* S. 254; *BVerwG*, Beschl. v. 10.1.1973 - I WDB 1/72 -, NJW 1973, 865; wohl auch *Leisner*, Mitbestimmung, S. 45 und von *Münch*, in: Verfassungs-rechtliche Grenzen, S. 156.

30) Ohne nähere Begründung gehen vom Bestehen des Grundsatzes der Leitungsbefugnis aus: *Achternberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 170; *Hauseisen*, DÖV 1955, 60; *E. Becker*, in: Demokratie und Verwaltung, S. 514; *Hesse*, Grundzüge, Rn. 653; *Kassinat* S. 59; *E. Klein*, Problematik, S. 56; *Köble*, DÖV 1969, 25; *Scheunert*, Festschrift Smed, S. 287; wohl auch *Füsslein* S. 322 f.; *Köttgen* (JÖR n.F. 3 S. 102) spricht vom „Verwaltungsmonopol“ der Bundesregierung.

31) Etwa: *Grewe*, 39. DJT S. D. 24; *E. Klein*, JuS 1974, 363; *Köttgen*, DÖV 1954, 5; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 88 Rn. 19; *Thoma*, Rechtsgutachten, S. 25.

24) Sten. Ber., Parlamentarischer Rat, Hauptausschuß S. 190 f.

25) *Quaritsch*, VVDStRL 26, 233; *Hernekamp*, in: von *Münch*, GG-Kommentar, Art. 65 a, Rn. 27 jeweils m.w.Nachw.; siehe auch *W. Martens*, Wehrverfassung, S. 165.

der Rechtsstaatlichkeit³² sowie der Gewaltenteilung noch ausführlicher eingegangen³³. Eine verfassungssystematische Begründung gibt *E. Stein*. Ergänzend zu der Ableitung aus der parlamentarischen Verantwortlichkeit³⁴ weist er auf Art. 84 V 2 GG hin. Die Regelung setze voraus, daß die oberste Landesbehörde ein Weisungsrecht besitze, mit dessen Hilfe sie die Befolgung der Weisungen der Bundesregierung sicherstellen könne. Das Grundgesetz gehe also von einer Weisungs- und Aufsichtsbefugnis jeder Regierung für den zugeordneten Verwaltungsbereich aus³⁵.

Wenn das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung über das Bremer Personalvertretungsgesetz die Leitungsbefugnis (auch) auf die Notwendigkeit einer funktionsfähigen Regierung stützt, die ihre „Regierungs-“Funktion erfüllen können müsse³⁶, mischen sich zwei Argumentationen:

Die eine ist verfassungstheoretisch: Die Leitungsbefugnis der Regierung wird aus der Notwendigkeit ihres Funktionierens hergeleitet. Im Schrifttum wird dazu ein Satz von *Ulrich Scheuner* herangezogen: „Die Notwendigkeit einer handlungsfähigen Leitung des Staates durch einen kleinen Kreis regierender Personen ... ist seit jeher anerkannt.“³⁷ Die näheren Konturen der Leitungsbefugnis herzuleiten, gestattet diese Herleitung kaum³⁸. Einzelfragen wie die, ob die Befugnis zu Einzelweisungen von der Leitungsbefugnis umfaßt wird, lassen sich so wohl kaum beantworten.

Die zweite Argumentation ist begrifflich. Die Hervorhebung des Wortbestandteils „Regierungs-“ durch Anführungszeichen in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts³⁹ deutet darauf hin, daß nach Auffassung des Gerichts die oberste Leitung der Verwaltung wesensgemäß Sache der Regierung ist⁴⁰. In der Tat lässt sich nicht erkennen, daß ungeachtet aller Veränderungen und Differenzierungen des Regierungsbegriffs, wie sie *Frotscher* ausführlich nachgezeichnet hat, immer selbstverständlich war, daß Regieren die Oberleitung der Verwaltung umfasse und jedenfalls insoweit Sache der Regierung ist⁴¹. Was hier für die Fachsprache gilt, gilt vielleicht noch entschiedener für die Alltagssprache: Eine Regierung, die die Verwaltung nicht leiten kann, verdient diesen Namen nicht. So liegt die Annahme, das Grundgesetz habe mit der Bezeichnung auch die Sache aufgenommen, nahe.

32) BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 -, BVerfGE 9, 268 (281); ihm folgend VerfGH NW, Urt. v. 23.2.1963 - VGH 6/62 -, OVGE 18, 316 (317); BVerwG, Beschl. v. 10.1.1973 – I WDB 1/72 -, NJW 1973, 865 und *Vorbrugg* S. 253.

33) Siehe unten Ziff. 2. – Ziff. 4.

34) *E. Stein*, Staatsrecht, S. 19.

35) *E. Stein*, Staatsrecht, S. 31.

36) BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 -, BVerfGE 9, 268 (281); ebenso *Badura*, ZParl. 1980, 774.

37) *Scheuner*, Festschrift Smend, S. 283; auf ihn nimmt *Vorbrugg* S. 253 Bezug.

38) Zur Problematik des „Funktionierens“ als Verfassungsmaßstab s. *B. Fischer*, DVBl. 1981, 519 ff.

39) Diese Hervorhebung auch bei VerfGH NW, Urt. v. 23.2.1963 – VGH 6/62 – OVGE 18, 316 (317).

40) *Fichtmüller*, AöR 1966, 326 und 350; *Vorbrugg* S. 255; zur Herleitung der Weisungsabhängigkeit aus dem Begriff der Verwaltung siehe *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung, S. 247.

41) Vgl. etwa die bei *Frotscher* wiedergegebenen Zitate von *J.J. Moser* (S. 93 f.), *A.L. Schlözer* (S. 102); *K.H.L. Pöhlitz* (S. 120) und *Richard Schmidt* (S. 153) oder *Münch*, Bundesregierung, S. 106 f.

Der hier vertretenen Auffassung, die Leitungsbefugnis sei in Art. 65 S. 2 GG ausdrücklich ausgesprochen, widerspricht dieser Befund indessen nicht. Er macht vielmehr deutlich, daß das Grundgesetz nahtlos an die überkommenen Vorstellungen von der Regierung anschließt.

1.2 Gegenstand und Inhalt der Leitungsbefugnis

Die Feststellung, das Grundgesetz statuiere die Leitungsbefugnis der Ressortminister über ihren Geschäftsbereich, soll im folgenden durch eine genauere Bestimmung des „Geschäftsbereichs“ und der „Leitung“ nach Gegenstand und Inhalt der Leitungsbefugnis ergänzt werden.

1.2.1 Der Gegenstand der Leitungsbefugnis – der Geschäftsbereich

1.2.1.1 Geschäftsbereich und Weisungsfreiheit

Unter Geschäftsbereich – auch als Ressort bezeichnet – wird ein sachlich-gegenständlich abgegrenzter Tätigkeitsbereich verstanden⁴². Wesentlich ist, daß die unumgängliche Regelung der Zuständigkeit zwischen den Ministern nach sachlich-gegenständlichen und nicht nach räumlichen Kriterien getroffen wird, wie dies bis ins 19. Jahrhundert üblich war⁴³.

Für die Frage nach der Zulässigkeit weisungsfreier und unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung ist der „Geschäftsbereich“ vor allem unter einem Aspekt von Interesse: Die Verfassungsrechtsfrage, ob der in Art. 65 S. 2 GG niedergelegte Grundsatz der Leitungsbefugnis durchbrochen werden darf, setzt nämlich voraus, daß die Schaffung von Weisungsfreiheit notwendig eine Durchbrechung dieses Grundsatzes impliziert. Wenn es nach der Verfassung des Grundgesetzes Bundesverwaltung geben darf, die keinem Geschäftsbereich zugeordnet ist, kommt insoweit der Grundsatz der Leitungsbefugnis nicht zur Anwendung, denn er weist dem Minister lediglich die Leitung des Geschäftsbereichs zu.

In der Tat ist im Schrifttum so argumentiert worden: Art. 65 S. 2 GG setze den Geschäftsbereich voraus und enthalte keine Aussage über seinen Umfang⁴⁴. Auch außerhalb der Debatte über die Zulässigkeit weisungsfreier Verwaltung sind Zweifel an der notwendigen Lückenlosigkeit des Ressortsystems geäußert worden⁴⁵. Bevor näher darauf eingegangen wird, erscheint ein Blick auf die dem

42) *von Mangoldt/Klein*, Art. 65 Anm. IV 2 a.

43) *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 197; zur historischen Entwicklung *Guilleaume*, DÖV 1960, 328 ff; *Jellinek* S. 100 f.; zum öffentlichen Recht vgl. *Barfuß*, Ressortzuständigkeit, S. 9 f.

44) *Fichtmüller*, AöR 1966, 320 und 352; *Füsslein* S. 320; *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 75; *Faber*, Bundesbankautonomie, S. 62 f. N 218; *W. Müller*, JuS 1985, 504.

45) Vgl. *Erbguth*, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, Rn. 54; die Schwierigkeiten bei der organisationsrechtlichen Erfassung der Planung dürften eher darin zu suchen sein, daß es mehr um eine Frage der funktionellen als der sachlichen Zuständigkeit geht.

Ressortminister verfassungsrechtlich zugewiesenen funktionellen Kompetenzen zweckmäßig; die sachliche Zuständigkeitsregelung durch die Ressortverteilung ist nämlich nicht nur wegen der Leitung der Bundesverwaltung von Bedeutung, sondern auch wegen der anderen Kompetenzen der Minister⁴⁶.

1.2.1.2 Funktionale Zuständigkeiten der Ressortminister

Im allgemeinen wird von einer Doppelstellung der Ressortminister gesprochen, wonach sie einerseits Mitglieder der Bundesregierung und andererseits Leiter einer obersten Bundesbehörde seien⁴⁷. In dieser Doppelfunktion seien sie „Umschaltstelle“⁴⁸, „Scharnier“⁴⁹, „Gelenkstelle“⁵⁰, „Dreh- und Angelpunkt“⁵¹ zwischen Regierung und Verwaltung und hätten eine „Kontaktfunktion“⁵² wahrzunehmen. Allerdings erscheint die Zuordnung der den Ministern zustehenden Einzelkompetenzen zu dieser an sich berechtigten und wegen des Vertretungsproblems wohl auch notwendigen Unterscheidung nicht ganz einfach. Die Zu-rechnung der Beantwortung parlamentarischer Anfragen zum Funktionsbereich der Regierungsmitschaft⁵³ etwa ist nicht unproblematisch; hat doch Böckenförde gezeigt, daß die Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament nicht nur historisch gesehen mit der Ressortleitungsfunktion und nicht mit der Regierungsmitschaft verknüpft ist⁵⁴.

Für unsere Untersuchung genügt es jedoch, exemplarisch und weder vollständig noch systematisch einige Kompetenzen der Ressortminister zu nennen:

- Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidenten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler oder durch den zuständigen Bundesminister (Art. 58 S. 1 GG).
- Delegationen sollen vom federführenden Fachminister empfangen werden (§ 10 S. 1 GeschOBReg).
- Die gem. Art. 82 S. 2 GG notwendige Gegenzeichnung von Gesetzen vor der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten erfolgt durch den Bundeskanzler und den zuständigen Bundesminister (§ 29 I 1 GeschOBReg).
- Vor jeder Sitzung von Ausschüssen des Bundestages ist die Tagesordnung den beteiligten Bundesministerien mitzuteilen (§ 61 III GeschOBReg).

46) Karelbecke, DVBl. 1974, 103.

47) von Mangoldt/Klein, Vorbem. VII 2 vor Abschn. VI; Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 65 Rn. 58; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 173 ff; Stern, Staatsrecht II, § 31 IV 3; Forsthoff, Lehrbuch, S. 16; vgl. auch die zum folgenden Satz zitierten und das Bismarck-Zitat bei Münch, Bundesregierung, S. 102.

48) Böckenförde, in: Aktuelle Probleme, S. 65.

49) Wahl, Staat, 1974, 386.

50) Köttgen, Jörn. F. Bd. 3, 104.

51) Schneider, in: AK, Art. 65 Rn. 7.

52) Köttgen, DÖV 1954, 5.

53) Kölble, DÖV 1969, 34; vgl. dazu auch § 14 II GeschOBReg.

54) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 144 ff.

- Vor der Anhörung von Petenten usw. im Petitionsausschuß ist das zuständige Mitglied der Bundesregierung rechtzeitig zu unterrichten (§ 110 III GeschOBReg).
- Große und kleine Anfragen werden in der Regel, mündliche Anfragen immer vom federführenden Minister beantwortet (§§ 6 I 1, 7 I 1, 8 II GGO II).
- Das federführende Ministerium hat die Stellungnahmen der Bundesregierung zu Gesetzesvorlagen aus der Mitte des Bundestages herbeizuführen und vor dem Bundestag zu vertreten (§ 55 I 1 GGO II).

1.2.1.3 Die Notwendigkeit lückenloser Ressortverteilung

Die Auffassung, die Ressortaufteilung habe lückenlos zu erfolgen, wird ganz überwiegend mit dem Hinweis auf die parlamentarische Verantwortlichkeit begründet und mit dem Hinweis auf die Unzulässigkeit „ministerialfreier Räume“ verknüpft, die mit der notwendigen Lückenlosigkeit unvereinbar seien⁵⁵. Sachlich geht es dabei aber um zwei verschiedene Fragen: Die Lückenlosigkeit betrifft die Zuordnung zu einem Geschäftsbereich, die „Ministerialfreiheit“ den Umfang der Befugnisse im Geschäftsbereich.

Der Ansatzpunkt zur Beantwortung der Frage, ob die Ressortverteilung notwendig lückenlos⁵⁶ zu erfolgen habe, ist verfassungssystematisch: Weil die Ressortaufteilung für alle funktionalen Zuständigkeiten einheitlich vorgenommen wird, setzt die verfassungsrechtliche Verteilung der funktionalen Zuständigkeiten, wie sie soeben angedeutet wurde, notwendig eine lückenlose Ressortverteilung voraus. Zwei Beispiele mögen das belegen: Wer soll die Ernennung der Direktionsmitglieder der Deutschen Bundesbank durch den Bundespräsidenten (§ 7 III 1 BBankG) gegenzeichnen, wenn die Bundesbank „ressortfrei“ ist⁵⁷? Wer soll eine Abordnung aus dem Bereich der Friedensbewegung empfangen, die Beschwerden über ihrer Ansicht nach bestehende Mißstände in der Arbeit der Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer vorbringen will, wenn die Weisungsfreiheit dieser Ausschüsse mit Ressortfreiheit gleichzusetzen ist?

Ein Blick auf die Staatspraxis bestätigt die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, daß

- die Ressortverteilung lückenlos zu erfolgen hat⁵⁸ und

55) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 197 f; Dahlgrün, in: Demokratie und Verwaltung, S. 317; W.R. Schenke, in: Bonner Kommentar, Art. 64 Rn. 49; ihm folgend: Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 65 Rn. 98; anders Kölble, DÖV 1973, 6.

56) Die Notwendigkeit der lückenlosen Verteilung schließt nicht aus, daß Kompetenzkonflikte entstehen. Vgl. § 9 S. 2 GeschOBReg.

57) So aber Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 198; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 75; auch die von Kröger a.a.O. angeführten bundesunmittelbaren Körperschaften und Anstalten sind nicht ressortfrei. Zur Ressortzugehörigkeit der Deutschen Bundesbank vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 88 Rn. 18.

58) Zur „Verschleierung“ der Ressortzugehörigkeit vgl. Köttgen, DÖV 1954, 5.

- die Ressortzugehörigkeit und der Umfang der Einflußmöglichkeiten durch den Minister zwei verschiedene Fragen sind⁵⁹.

Wie eingangs⁶⁰ erwähnt, unterliegt die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften bei ihren Indizierungsentscheidungen keiner ministeriellen Weisung. Besonders wegen des Aufkommens der Videotechnik und damit einhergehenden Entwicklungen im Medienbereich ist die Tätigkeit der Bundesprüfstelle in den letzten Jahren Gegenstand besonderen öffentlichen Interesses gewesen, das seinen Ausdruck auch in schriftlichen und mündlichen Anfragen von Mitgliedern des Bundestages an die Bundesregierung gefunden hat. Dabei ging es nicht nur darum, was die Bundesregierung tun wolle, um den nach Ansicht der Fragesteller bestehenden Gefahren zu begegnen⁶¹, sondern auch um die Bewertung der Maßnahmen der Bundesprüfstelle durch die Bundesregierung⁶² und um die Indizierung einzelner nach Verlag und Titel exakt bezeichneter Videofilme. Diese Fragen wurden sämtlich vom parlamentarischen Staatssekretär beim Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit beantwortet, Fragen nach Einzelheiten der Tätigkeit der Bundesprüfstelle sind auch früher schon gestellt und beantwortet worden⁶³.

Diese Verfassungspraxis bestätigt, daß Weisungsfreiheit nicht durch Ressortfreiheit statuiert werden kann, sondern nur durch eine entsprechende Modifikation dieser Zuständigkeiten⁶⁴.

1.2.2 Die Leitung

Sieht man das rechtswissenschaftliche Schrifttum mit dem Ziel durch, näheres über den Inhalt der „Leitung“ zu erfahren, die dem Minister über seinen Geschäftsbereich zusteht, fühlt man sich an die für die Verwaltungslehre konstatierte Zurückhaltung, sich mit dem Thema Führung zu befassen⁶⁵, erinnert. Auch hier dürfte dieser Befund durch die Sperrigkeit des Gegenstandes⁶⁶ allein kaum befriedigend zu erklären sein; die Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus haben die Bereitschaft, sich intensiv mit den monokratischen Elementen in der Verfassung zu befassen, wohl auch hier stark gedämpft. Anders als die Richtlinienkompetenz des Kanzlers war das Thema Ressortleitung auch nicht durch die staatsrechtliche Literatur zur Weimarer Verfassung vorbereitet, weil für diese „die von ihr als Selbstverständlichkeit unterstellte traditionelle Ministerialorganisation noch im Schoße lebendiger Staatstradition geborgen“ war⁶⁷. So

59) Kölble, DÖV 1973, 6.

60) Siehe oben Erster Teil, Ziff. 1.1 lit. b.

61) Abg. Dr. Hartenstein (BT-Drucks. 10/310 S. 25 f.); Abg. Leinsmeier (BT-Drucks. 19/408 S. 16); Abg. Löffler (BT-Drucks. 10/806 S. 37 f.).

62) Abg. Dr. Hartenstein (BT-Drucks. 10/310 S. 26 f.); Abg. Leinsmeier (sten. Ber. 10/2622).

63) Kleine Anfragen der Fraktionen der SPD und FDP zur Aufnahme von nationalsozialistischem Propagandamaterial in die Liste der jugendgefährdenden Schriften (BT-Drucks. 8/2462).

64) Vgl. Kötgen, DÖV 1954, 5.

65) Siehe oben 1. Teil Ziff. 4.1.1.

66) Etwa Schneider, in: AK GG, Art. 65 Rn. 7.

67) Kötgen, DÖV 1954, 7; vgl. auch Scheuner, Festschrift Smend, S. 261 ff.

kann es nicht verwundern, daß bereits in der Frage Meinungsverschiedenheiten bestehen, ob die Leitungsbefugnis sich allein auf die Funktion des Ministers als Chef der obersten Bundesbehörde bezieht⁶⁸ oder auch die verfassungsrechtliche Seite der Stellung als Ressortminister⁶⁹ betrifft. Die zweite Ansicht, für die der Wortlaut des Art 65 S. 2 GG spricht, hat zur Konsequenz, daß dem Minister bestimmte Rechte, z.B. auf Information gegenüber Kanzler und Regierung aufgrund seiner Leitungsbefugnis zustehen⁷⁰. Hier braucht auf diese Meinungsverschiedenheit indessen nicht näher eingegangen zu werden, weil es allein um die Stellung des Ressortministers als Chef der obersten Bundesbehörde und dabei um die Frage geht, ob die Leitungsbefugnis das Weisungs- und Unterrichtungsrecht umfaßt.

1.2.2.1 Leitung und Aufsicht

Die Auseinandersetzung mit dem Thema Leitung wird durch terminologische Unsicherheiten erschwert, nämlich durch die Konkurrenz der Begriffe Leitung und Aufsicht. Von ihrer sprachlichen Herkunft aus betrachtet, unterscheiden sich die Begriffe deutlich: bei der Aufsicht geht es um Wahrnehmung, Beobachtung⁷¹, bei der Leitung, die gern mit der „Ausführung“ kontrastiert wird⁷², um die dirigierende Einflußnahme, die Lenkung. Für den juristischen Sprachgebrauch stellt sich die Lage schon sehr viel weniger deutlich dar: Hier hat die Aufsicht, wie schon Triepel gezeigt hat, notwendigerweise Aspekte von Berichtigung und Einflußnahme⁷³, denn auch die bloße Beobachtung bleibt nicht ohne Einfluß auf das Verhalten des Beobachteten. Andererseits impliziert die Leitung notwendig Information⁷⁴, weil Leitungentscheidungen sonst nicht getroffen werden können.

Der unterschiedliche sprachliche Hintergrund schimmert noch in der Differenzierung beider Begriffe durch, die eine starke Auffassung des Schrifttums für richtig hält: „Die Aufsicht bezieht sich auf fremde Angelegenheiten, die Leitung erfolgt in eigener Sache.“⁷⁵ Ob sich zwei organisationsrechtliche Institute erfolgreich danach unterscheiden lassen, ob das jeweilige Handlungsobjekt eigene Rechtsfähigkeit besitzt oder nicht, erscheint höchst zweifelhaft⁷⁶. Die differenzierende Auffassung hat wohl nicht zuletzt deshalb auch mit der Schwierigkeit zu kämpfen, daß in der Gesetzgebung häufig „das falsche Etikett gewählt wor-

68) So wohl Schneider, AK GG, Art. 65 Rn. 7.

69) So dezidiert von Mangoldt/Klein, Art. 65 Anm. IV 2 b.

70) Art. 65 Anm. IV 2 b; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 78; zweifelnd Liesegang, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 65 Rn. 14.

71) Triepel, Reichsaufsicht, S. 111.

72) Scheuner, Festschrift Smend, S. 277; Lecheler S. 192.

73) Triepel, Reichsaufsicht, S. 118 ff.

74) Roller S. 188.

75) Forsthoff, Lehrbuch, S. 478 f.; siehe auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 456; Fichtmüller, AÖR 1966, 335; vgl. aber Triepel, Reichsaufsicht, S. 123.

76) Hier gelten die von Böckenförde, Festschrift Wolff S. 281 vorgebrachten Bedenken gegen die Unterscheidung Organe/Glieder entsprechend.

den ist.“⁷⁷ Einer dieser Fälle dürfte Art. 65 S. 2 GG sein. Hier besteht nämlich Einigkeit, daß Objekt der Leitung nicht nur die rechtlich unselbständige Bundesverwaltung, sondern auch die rechtlich verselbständigte juristischen Personen sind, die zum Geschäftsbereich gehören⁷⁸. Art. 65 S. 2 GG benutzt „leiten“ also als einheitlichen Begriff und verzichtet auf die im Schrifttum verlangte Differenzierung. Wenn Wolff denselben umfassenden Inhalt nicht als Leitung, sondern als Aufsicht bezeichnet⁷⁹, mag man darin die Chance sehen, den verfassungsrechtlichen Begriff (Leitung) und den allgemein-organisationsrechtlichen Begriff (Aufsicht) sprachlich zu unterscheiden.

1.2.2.2 Aktionsfelder der Leitung

Das Schrifttum unterscheidet drei oder vier Aktionsfelder der ministeriellen Leitung⁸⁰, wobei diese Felder deutlich bestimmt, aber nicht überall mit letzter Schärfe abgegrenzt sind:

Die Befugnis des Ministers, über die Inhalte der Aufgabenerfüllung als höchste Sachentscheidungsstelle zu befinden, wird zumeist an den Anfang gestellt. Sie wird als Sachentscheidungszuständigkeit⁸¹, Geschäftsleitungsgewalt⁸², Fachgewalt⁸³ oder Sachgewalt⁸⁴ bezeichnet.

Die Organisationsgewalt bezieht sich demgegenüber auf die Regelung der Aufbau- und Ablauforganisation⁸⁵.

Die Personalgewalt umfaßt die Entscheidung von Personalangelegenheiten der Bediensteten des Geschäftsbereichs einschließlich der Funktion des Disziplinarvorgesetzten⁸⁶.

Die Finanzgewalt⁸⁷, die hier richtigerweise noch genannt werden muß, umfaßt die Entscheidungen im Bereich von Haushalt und Stellenplan⁸⁸.

77) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 456.

78) Vgl. etwa E. Klein, Problematik, S. 105 ff m.w.N.; Stern, Staatsrecht II, § 41 IV 10 b; von Mangoldt/Klein, Vorbem. vor Abschn. VIII Anm. III 2; Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 88 Rn. 19; Dahlgrün, in: Demokratie und Verwaltung, S. 318; nicht ganz klar Broß, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 86 Rn. 15.

79) Wolff/Bachof II, § 77 II a.

80) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 455; Lecheler, Personalgewalt, S. 109; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 77 ff; Kölble, DÖV 1973, 4; Stern, Staatsrecht II, § 31 IV 3.

81) Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 77.

82) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 455, der wegen seiner Unterscheidung Leitung/Aufsicht noch eine Aufsichtsgewalt annimmt.

83) Lecheler, Personalgewalt, S. 126.

84) Lecheler, Personalgewalt, S. 109.

85) Dazu vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 144 ff.

86) Vgl. dazu Lecheler, Personalgewalt passim; BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 -, BVerfGE 9, 269 (282 ff); Kröger, Festschrift Mallmann, S. 151 ff; E. Stein, AuR 1973, 227; vgl. auch von Münch, in: Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 156.

87) Lecheler, Personalgewalt, S. 109 spricht von Haushaltshoheit.

88) Hier sind etwa die Erstellung von Voranschlägen (§ 27 BHO) oder die Genehmigung nach § 108 BHO zu nennen. Vgl. dazu auch Bockelmann, DÖV 1953, 529.

Die Fachaufsicht⁸⁹ ist nach dieser Unterscheidung der Sachgewalt zuzurechnen, die Dienstaufsicht teils der Organisationsgewalt⁹⁰, teils der Personalgewalt⁹¹. Die Rechtsaufsicht, die nicht dem Gegenstand, sondern dem Maßstabe nach bestimmt ist, kann in allen vier Bereichen zum Zuge kommen.

Die Unterscheidung von Sachentscheidungsgewalt, Organisationsgewalt, Personalgewalt und Finanzgewalt korrespondiert mit der oben⁹² versuchten Systematik der Steuerungsmittel in Selbsterledigung, Organisationsänderung, Ausstattung und Ressourcenzuteilung. Beide dürfen aber nicht vermengt oder für identisch gehalten werden; die erste Unterscheidung setzt am Gegenstand, am Objekt an, während die zweite vom Mittel, vom Instrument ausgeht: Die Weisung an den Chef einer nachgeordneten Behörde, einen Mitarbeiter zu befördern, ist der Personalgewalt zuzurechnen, aber als Selbsterledigung, nämlich Selbstentscheidung anzusehen. Daraus ergibt sich, daß die Unterscheidung der verschiedenen „Gewalten“ im Rahmen der Leitungsbefugnis lediglich die möglichen Einsatzfelder von Weisung und Unterrichtung deutlich machen kann, aber keine Aussagen über das Verhältnis von Weisung bzw. Unterrichtung und Leitung gestattet.

1.2.2.3 Instrumente der Leitung

Soweit sich im Schrifttum Ansätze zu einer Begriffsbestimmung der Leitung finden, stimmen diese darin überein, daß es sich um eine zielgerichtete Einwirkung auf die Leitungsunterworfenen handelt⁹³. Damit hat es aber für Art. 65 S. 2 GG nicht sein Bewenden. Der Begriff der Leitung in Art. 65 S. 2 GG ist nicht, wie Lecheler meint, rein formal und ohne konkrete Bestimmtheit. Gewiß ist es nicht nur sprachlich, sondern auch sachlich korrekt, wie beim Minister auch von der leitenden Tätigkeit des Kanzleibeamten gegenüber der ihm unterstellten Schreibkraft zu sprechen. In der Tat lassen sich mit Hilfe des Begriffs „leiten“ Leitungshierarchien aufstellen⁹⁴. Dadurch, daß die Leitung des Ressortministers „selbständig“ ist und dieser zwar, wie noch zu zeigen sein wird, Einschränkungen ausgesetzt ist, aber nicht seinerseits einer Leitung unterliegt⁹⁵, wird er als höchste Leitung des Geschäftsbereichs etabliert und die Hierarchie nach oben geschlossen.

Der Minister hat also die „höchste“ oder „letzte“ Entscheidung⁹⁶ in den Angele-

89) Zu den Begriffen vgl. etwa Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 203 ff; E. Becker, in: HdbKommW (1. Aufl.), Bd. 1 S. 165 f.

90) Allgemeine Organaufsicht im Sinne Wolffs (Wolff/Bachof II b 4).

91) Dienstaufsicht im Sinne Wolffs (Wolff/Bachof II, § 77 V b 6); zum Gebrauch des Begriffs Dienstaufsicht vgl. auch E. Becker, in: HdbKommW (1. Aufl.), Bd. 1 S. 166.

92) Siehe oben

93) Etwa Loening, DVBl. 1954, 176 „maßgeblich bestimmt“; Scheuner, Festschrift Smend, S. 287 „dirigierende Beeinflussung“; für das Arbeitsrecht siehe R. Birk, Leitungsmacht, S. 17 „Erteilung von verbindlichen Anordnungen“.

94) Lecheler, Personalgewalt, S. 192.

95) Kötgen, DÖV 1954, 8; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 144.

96) Hesse, Grundzüge, Rn. 644; Kölble, DÖV 1973, 4.

genheiten des Geschäftsbereichs. Das einzige Mittel, das in jedem Fall sicherstellt, daß diese höchste Entscheidung durchgesetzt wird, ist die Weisung⁹⁷. So wenig im außenrechtlichen Bereich, gegenüber dem Bürger der Schluß von der Zuständigkeit auf die Befugnisse zulässig ist, so unumgänglich erscheint er hier im innenrechtlichen Bereich der staatlichen Organisation. Dasselbe gilt für das Unterrichtungsrecht. Für die Ausübung der ministeriellen Leitung ist die jederzeitige Möglichkeit vollständiger Information über alle Angelegenheiten des Geschäftsbereichs durch die nachgeordneten Stellen unumgänglich. Selbst die Rechtsaufsicht setzt die Befugnis zur jederzeitigen vollständigen Information voraus. Dem Minister muß „ein Hineinleuchten bis in die letzten Schlupfwinkel seines Ressorts“ möglich sein⁹⁸.

Dementsprechend ist im Schrifttum immer wieder von der Befugnis des Ministers zur Weisung⁹⁹ und von seinem „Weisungs- und Aufsichtsrecht“¹⁰⁰ die Rede und das Recht auf Information wird als selbstverständlicher Bestandteil der Leitungsbefugnis angesehen¹⁰¹.

1.3 Verfassungsrechtliche Beschränkungen der Leitungsbefugnis

Die Zuweisung der ausschließlichen Leitungsbefugnis für seinen Geschäftsbereich an den zuständigen Minister durch das Grundgesetz bedeutet selbstverständlich nicht, daß er uneingeschränkt „Herr im Hause“ wäre. Die Verfassung selbst schränkt die ministerielle Leitungsbefugnis auf vielfältige Weise ein. Dies kann inhaltlich geschehen, indem die Verfassung selbst für den Minister verbindliche Vorentscheidungen trifft (Ziff. 1.3.1). Das Grundgesetz trifft aber für Teilkreise auch abweichende Zuständigkeitsregelungen. Indem bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf zum Ressort gehörige Gegenstände ganz oder teilweise anderen Stellen als dem Minister zugewiesen werden, bestimmt die Verfassung andere funktionelle Zuständigkeiten (Ziff. 1.3.2). Für eine Reihe von gegenständlich bestimmten Bereichen enthält oder erlaubt das Grundgesetz auch die mehr oder minder starke Einschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis. Diese Zuständigkeitsregelungen können als Staturierung verfassungsrechtlich weisungsfreier Räume verstanden werden (Ziff. 1.3.3). Beschränkungen der drei genannten Arten können auch zusammen treffen.

97) E. Klein, Problematik, S. 47 f., 289.

98) Marschall von Bieberstein, in: HdbDStR I S. 526.

99) Dahlgrün, in: Demokratie und Verwaltung, S. 317; E. Klein, JuS 1974, 363; BVerwG, Beschl. v. 10.1.1973 - I WDB 1/72 -, NJW 1973, 865; Köble, DÖV 1973, 4; Hesse, Grundzüge, Rn. 644; vgl. auch Wolff/Bachof II, § 75 II b 1; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 206; von Mangoldt/Klein, Vorbem. vor Abschn. VIII Anm. III 3; Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 88 Rn. 18 f.; Schneider, in: AK GG, Art. 65 Rn. 7.

100) Scheuner, Festschrift Smend, S. 261; E. Stein, Staatsrecht, S. 19; Liesegang, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 65 Rn. 14; Stern, Staatsrecht II, § 31 IV 3; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 77; Köble, DÖV 1969, 26.

101) Roller S. 187 f.; Marschall von Bieberstein, in: HdbDStR I S. 526; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 206; dazu, wie selbstverständlich das Unterrichtungsrecht vorausgesetzt wird, vgl. etwa Erichsen, VerwArch 1980, 438 und Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 77, der das Informationsrecht lediglich im Verhältnis zwischen Kanzler und Regierung, aber nicht im Verhältnis zu den nachgeordneten Stellen erwähnt.

Der nachfolgende exemplarische und nicht auf Vollständigkeit angelegte Überblick ist bewußt knapp gehalten und geht nur soweit näher auf die verfassungsrechtlichen Bestimmungen ein, als dies im Hinblick auf die nachfolgenden Überlegungen zweckmäßig erscheint.

1.3.1 Inhaltliche Beschränkungen

Kraft der Verfassungs- und Rechtsbindung der gesamten Exekutive (Art. 1 III, 20 III GG) sind die Bundesminister einer großen Zahl von grundgesetzlichen Entscheidungsvorgaben ausgesetzt, die sie bei der Ressortleitung determinieren¹. Diese Beschränkungen können sich auf Organisationsfragen, den Zugriff auf Ressourcen, die Ausstattung der vorhandenen Organisation und die Inhalte der Verwaltungsentscheidungen beziehen, die unter ministerieller Leitung getroffen werden:

So enthalten die Art. 65 a² und 87 II GG verbindliche Vorgaben für die Aufbauorganisation; der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Grundsatz des rechtlichen Gehörs³ muß bei der Festlegung der Ablauforganisation beachtet werden. – Die personellen Ressourcen für den Dienst an der Waffe werden durch Art. 12 a I und IV 2 GG verbindlich beschränkt, indem Frauen davon ausgeschlossen werden. – Eine, wenn auch nicht starre Bindung bei der Besetzung von Stellen in der Organisation ergibt sich aus Art. 33 IV GG. – Bindungen für die Entscheidungsinhalte enthält das Grundgesetz vor allem mit den Grundrechten; es bindet den Ressortminister damit sowohl bei seinen Führungsentscheidungen als auch dort, wo er ausnahmsweise unmittelbar selbst im Außenverhältnis tätig wird.

1.3.2 Funktionale Beschränkungen

Der Art nach bestimmte Entscheidungsrechte über Gegenstände der Ressortleitung stehen von Verfassung wegen sowohl anderen obersten Verfassungsorganen als der Regierung als auch innerhalb der Regierung dem Kanzler oder dem Kollegium zu.

1) Dazu Magiera, Staatsleitung, S. 73 ff; Schneider, in: AK GG, Art. 65 Rn. 9; BVerwG, Urt. v. 30.5.1984 - 4 C 58.81 -, DÖV 1981, 358 (359).

2) Art. 65 a GG verbietet etwa die Organisation der Bundeswehr als rechtsfähige Anstalt (Quaritsch, VVDStRL 26, 233).

3) Dazu etwa Badura, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 359.

1.3.2.1 Entscheidungsrechte anderer oberster Verfassungsorgane

Entscheidungsrechte anderer oberster Verfassungsorgane als der Regierung, die die Leitungsbefugnis des Ressortministers beschränken, sieht die Verfassung für den Bundespräsidenten, den Bundesrat und den Bundestag vor:⁴ So ernennt und entläßt der Bundespräsident die Bundesrichter, Bundesbeamten, Offiziere und Unteroffiziere, wobei ihm nach überwiegender Auffassung ein eigenes Entscheidungsrecht zusteht (Art. 60 GG)⁵. – Der Bundesrat wirkt gem. Art. 50 GG an der Verwaltung des Bundes mit. Diese Mitwirkung vollzieht sich vor allem auch durch die Zustimmungsvorbehalte zum Erlaß von Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften gem. Art. 80 II, 84 II, 85 II, 87 II 2 GG. – Praktisch von größter Bedeutung sind die Beschränkungen der ministeriellen Leitungsbefugnis durch das Budgetrecht des Bundestages und den Gesetzesvorbehalt. Der Einsatz von Geldern und der Einsatz von staatlichen Mitteln gegenüber dem Bürger ist dem Ressortminister nur in dem vom (Haushalts-) Gesetzgeber gesteckten Rahmen gestattet.

1.3.2.2 Entscheidungsrechte des Kanzlers und des Regierungskollegiums

Zugleich mit der selbständigen Leitungsbefugnis ist eine Beschränkung in Art. 65 S. 2 GG selbst vorgesehen: die Leitungsbefugnis ist lediglich innerhalb der durch den Bundeskanzler bestimmten Richtlinien der Politik eingeräumt. Über wenige verfassungsrechtliche Einzelfragen ist im Schrifttum so intensiv diskutiert worden, wie über den Inhalt des Begriffs „Richtlinien der Politik“⁶, nur wenige Fragen haben aber wohl auch in der Praxis so geringe Bedeutung⁷. Wie im Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung ist das wissenschaftliche Interesse an den „Richtlinien der Politik“ in erster Linie systematisch motiviert; was der Kanzler gem. Art. 65 S. 1 GG festlegen darf, wirft ein Licht auf die Stellung der Bundesminister und des Kollegiums ebenso wie auf die Stellung der Regierung im Verhältnis zu den anderen Verfassungsorganen.

Mit Hilfe der Richtlinien der Politik trifft der Bundeskanzler für die Minister verbindliche Ziel- und Leitentscheidungen⁸. Die dem Ressortminister in Art. 65 S. 2 GG eingeräumte Leitungsbefugnis zeigt aber, daß ihm ein Bereich eigenständiger Entscheidung und Umsetzung verbleiben muß. Die Richtlinien der

4) Das Bundesverfassungsgericht wird hier nicht aufgeführt. Gerichtliche Entscheidungen sind zwar für den ressortleitenden Minister verbindlich, anders als etwa die Entscheidungen des Bundestages konkretisieren sie aber – stark vereinfacht gesagt – lediglich ohnehin bestehende Bindungen und stellen keine autonomen politischen Entscheidungen dar.

5) *Henrich*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 60 Rn. 14; *Stern*, Staatsrecht II, § 30 III 5 jeweils m.w.N.; a. A. *Kröger*, Festschrift Mallmann, S. 153.

6) *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 37.

7) *Stern*, Staatsrecht II, § 31 IV 2 a; *Lecheler*, Personalgewalt, S. 184 m.w.N.

8) Vgl. zum folgenden etwa von *Mangoldt/Klein*, Art. 65 Anm. III 2; *Maunz*, BayVBl. 1956, 260 ff; *Schäfer*, Bulletin 1965, 1410; *Karehne*, DVBl. 1974, 101 ff; *Liesegang*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 65 Rn. 5 ff; *Schneider*, in: AK GG, Art. 65 Rn. 3; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 206 f.; *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 37 ff.

Politik sind deshalb als Rahmenregelungen charakterisiert worden, die einer Ausfüllung zugänglich sein müssen⁹. Keinesfalls gestattet Art. 65 S. 1 GG ein Hineinregieren des Kanzlers in das Ressort unter Umgehung des Ministers¹⁰.

In dem Spannungsfeld Leitentscheidungsbefugnis des Kanzlers und Ressortleitungsbefugnis des Ministers muß auch entschieden werden, ob der Bundeskanzler qua Richtlinienkompetenz Einzelfälle entscheiden darf. Als Antwort darauf ist häufig die von *E. W. Böckenförde* geprägte Formel gegeben worden:¹¹ „Nur in besonderen Fällen, wenn das Prinzipielle seinen Sitz in der konkreten Sachfrage hat, sich darin kristallisiert, können Richtlinienkompetenz und einzelne Sachentscheidung zusammenfallen.“¹² Aber auch in diesen Fällen wird die Richtlinienentscheidung erst damit für das Ressort verbindlich, daß der Minister sie sich inhaltlich zu eigen macht und in eine Leitentscheidung transponiert.

Rechtlich vielleicht weniger wichtig, aber von ungleich größerer praktischer Bedeutung als die selten ausgeübte Richtlinienkompetenz sind die Einschränkungen, die sich aus Entscheidungszuständigkeiten des Regierungskollegiums für die Ressortleitung ergeben. Solche Zuständigkeiten sind teils in Art. 65 GG, teils in anderen Vorschriften des Grundgesetzes niedergelegt. Gemäß Art. 65 S. 3 GG entscheidet die Bundesregierung als Kollegium über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Ministern. Zu Recht wird diese Vorschrift allgemein so verstanden, daß die Ressorts der an der Meinungsverschiedenheit beteiligten Minister vom Gegenstand der Meinungsverschiedenheit betroffen sein müssen¹³. Art. 65 S. 3 GG auch bei Meinungsverschiedenheiten zwischen zuständigen und nicht betroffenen Ministern eingreifen zu lassen, würde das Ressortprinzip des Art. 65 S. 2 GG ins Belieben jedes Regierungsmitglieds stellen. Art. 65 S. 3 GG hebt die Ressortleitungsbefugnis nicht auf, sondern regelt die Lösung von Konflikten zwischen den Ressorts¹⁴. Art. 65 S. 4 GG¹⁵ gestattet eine gewisse Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch das Kollegium, indem die von der Regierung zu beschließende Geschäftsordnung zwar keine Entscheidungszuständigkeiten verlagern, wohl aber bestimmte Beratungspflichten über Gegenstände des Ressorts konstituieren kann¹⁶. Von den zahlreichen außerhalb des Art. 65 GG niedergelegten Entscheidungszuständigkeiten der Regierung als Kollegium¹⁷ dürfte Art. 76 I GG für die Ressortleitung die größte Be-

9) *Maunz*, BayVBl. 1956, 261; *Stern*, Staatsrecht II, § 31 IV 2 a; *Schneider*, in: AK GG, Art. 65 Rn. 3.

10) *Stern*, Staatsrecht II, § 31 IV 2 a; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 205.

11) Vgl. etwa *Liesegang*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 65 Rn. 7; *Stern*, Staatsrecht II, § 31 IV 2 a.

12) Organisationsgewalt, S. 207; im Ergebnis ebenso etwa *Karehne*, DVBl. 1974, 102; *Schneider*, in: AK GG, Art. 65 Rn. 3; *Kölbl*, DÖV 1973, 8; *Erichsen*, Staatsrecht III, S. 89; wohl auch *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 65 Rn. 2; von *Mangoldt/Klein*, Art. 65 Anm. III 2 c.

13) von *Mangoldt/Klein*, Art. 65 Anm. V 2 a; *Liesegang*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 65 Rn. 16; *Schneider*, in: AK GG, Art. 65 Rn. 10.

14) Vgl. dazu auch *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 172.

15) Auf die Geschäftsleitungsbefugnis des Bundeskanzlers gem. Art. 65 S. 4 GG wird hier nicht eingegangen; sie dürfte im Hinblick auf die Ressortleitung nur von geringer Bedeutung sein (vgl. *Kölbl*, DÖV 1973, 9; *Lecheler*, Personalgewalt, S. 187 ff).

16) *Liesegang*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 65 Rn. 17; vgl. auch *Schneider*, in: AK GG, Art. 65 Rn. 12.

17) Vgl. die Übersicht bei von *Mangoldt/Klein*, Art. 65 Anm. VI 3; *Stern*, Staatsrecht II, § 31 IV 4 b.

deutung haben. Wegen der starken Abhängigkeit des Ressortministers von gesetzlichen Regelungen bei der Tätigung von Ausgaben und bei Eingriffen in die Rechtssphäre des Bürgers ist das Initiativrecht wichtig, denn es gestattet, die für erforderlich gehaltenen Regelungen auf den Weg der Gesetzgebung zu bringen. Nach der wegen des klaren Wortlauts eindeutigen Regelung des Art. 86 S. 1 GG ist mangels abweichender gesetzlicher Regelung auch der Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften für die bundeseigene Verwaltung nicht Sache des einzelnen Ressortministers, sondern der Regierung als ganzer¹⁸.

1.3.3 Gegenständliche Beschränkungen

Bevor jetzt noch ein Blick auf die durch das Grundgesetz selbst vorgesehenen oder zugelassenen gegenständlich bestimmten Beschränkungen der ministeriellen Leitungsbefugnis geworfen wird, erscheinen zwei Bemerkungen notwendig:

Es wird darauf verzichtet, die „weisungsfreien Räume“ zu nennen, die sich bereits aus der fehlenden Verbandskompetenz des Bundes ergeben. Soweit das Grundgesetz nicht ausdrücklich entsprechende Ingerenzen vorsieht¹⁹, haben die Bundesminister selbstverständlich keine Leitungsbefugnis gegenüber der Landesverwaltung. Die Leitungszuständigkeit der Bundesminister als Teil des obersten Verfassungsorgans Bundesregierung bezieht sich nach der föderativen Ordnung des Grundgesetzes nur auf die Bundesverwaltung. Dementsprechend wird im folgenden auch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 II GG) nicht unter den Beschränkungen der Leitungsbefugnis der Bundesminister genannt; die Kommunalverwaltung gehört nach dem Grundgesetz zur Staatlichkeit der Länder, nicht des Bundes²⁰. Davon unberührt bleibt, daß die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung wie die Grundrechte und wie andere Vorschriften des Grundgesetzes zu den bereits angesprochenen inhaltlichen Beschränkungen der ministeriellen Leitungsbefugnis zählt²¹.

Zweitens soll hier noch einmal betont werden, daß die Ministerialfreiheit als Weisungsfreiheit verstanden keineswegs Ressortfreiheit bedeutet. Jeder der nachfolgend genannten Gegenstandsbereiche gehört in ein bestimmtes Ressort oder unter unterschiedlichen sachlichen Gesichtspunkten in mehrere Ressorts, die z.B. für die Beantwortung parlamentarischer Anfragen, die Vorbereitung von Gesetzgebungsvorhaben oder die Stellungnahmen zu Entwürfen des Bundesrates oder aus der Mitte des Bundestages zuständig sind²².

Daß hier nur von Weisungsfreiheit und nicht von Unterrichtungsfreiheit die

Rede ist, hat darin seinen Grund, daß sich Fälle verfassungsunmittelbar angeordneter oder zugelassener Unterrichtungsfreiheit nicht nachweisen lassen.

1.3.3.1 Verfassungsunmittelbar angeordnete Beschränkungen

Ausdrücklich ist im Grundgesetz die „Unabhängigkeit“ der Mitglieder des Bundesrechnungshofs geregelt (Art. 114 II 1 GG). Die hier vorgenommene Exemption des Rechnungskontrollorgans aus dem Weisungszusammenhang der Verwaltung hat eine Tradition, die über die französische Revolution²³ bis in die Zeit des Absolutismus zurückreicht²⁴. Art. 114 II GG garantiert nicht nur den einzelnen Mitgliedern, sondern dem Bundesrechnungshof als solchem Unabhängigkeit bei der Erfüllung seiner Kontrollaufgabe²⁵. Unmittelbar aus der Verfassung ergibt sich auch, daß Organe, die in den vom Grundgesetz nicht der Regierung, sondern anderen obersten Verfassungsorganen zugewiesenen Bereichen tätig werden, nicht der Leitungsbefugnis des Ressortministers unterliegen, die einen Teil der Regierungskompetenzen bildet. Deshalb ist nicht nur der Wehrbeauftragte (Art. 45 b GG) als Hilfsorgan des Parlaments den Weisungen der Exekutivspitze entzogen. Ministerialfrei sind auch die Verwaltungen der obersten Bundesorgane Bundespräsident, Bundestag, Bundesrat und Bundesverfassungsgericht²⁶. Diese „Stäbe“ werden vorbereitend und unterstützend in den Aufgabenbereichen tätig, die die Verfassung gerade nicht der Regierung zugewiesen hat. Ihre Unabhängigkeit von ministerieller Leitung und damit vom Regierungseinfluß wird in diesen Fällen wohl in der Tat vom Status des Verfassungsorgans „zwangsläufig erfordert“²⁷; sie ist verfassungsstrukturbedingt²⁸, weil die obersten Bundesorgane „zu ordnungsmäßiger Erfüllung ihrer Aufgaben einer büromäßigen Equipierung“ bedürfen²⁹.

Die bisher genannten verfassungsunmittelbaren Beschränkungen der ministeriellen Leitungsbefugnis sind dadurch gekennzeichnet, daß die genannten Stellen nicht zum Bereich der Exekutive oder wenigstens nicht der Regierung gehören. Bei den Rechnungshöfen ist heftig umstritten, ob und welchem der staatlichen Funktionsbereiche sie zuzuordnen sind³⁰. Keine derartigen Zweifel gibt es beim Rundfunk und bei den Hochschulen. Sie gehören in den Bereich der Exekutive. Nach der weitgehend unbestrittenen Rechtsprechung des Bundes-

23) Jellinek S. 100.

24) Wittrock, DVBl. 1984, 524 und Stern, Staatsrecht II, § 34 I jeweils m.w.N.

25) Stern, Staatsrecht II, § 41 IV 10 b; von Mangoldt/Klein, Vorbem. vor VIII Anm. III 2; Bull, in: AK GG, Art. 86 Rn. 28.

26) Vgl. etwa Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 129; Broß, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 86 Rn. 15; Loening, DVBl. 1954, 174 f.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 442; E. Klein, Problematik, S. 65 f.; Dahlgren, in: Demokratie und Verwaltung, S. 320; Obermayer, Grundzüge, S. 24.

27) Höpker-Aschoff S. 7.

28) Fichtmüller, AÖR 1966, 309.

29) Köttgen, DÖV 1954, 6.

30) Vgl. Stern, Staatsrecht II, § 34 IV 2 mit ausführlichen Nachweisen.

verfassungsgerichts³¹ ergibt sich aus der in Art. 5 I und III GG verbürgten Freiheit des Rundfunks und der Wissenschaft als zwingende organisationsrechtliche Folgerung die Weisungsfreiheit³². Primär betrifft diese Freiheit des Rundfunks und der Wissenschaft von Einflussnahmen der zuständigen Regierungsstellen nach der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes zwar die Länder, aber mit Deutschlandfunk und Deutscher Welle sowie den Bundeswehrhochschulen³³ spielt Art. 5 GG auch für die Organisation der Bundesverwaltung eine Rolle.

1.3.3.2 Verfassungsunmittelbar zugelassene Beschränkungen?

Bei den soeben angeführten verfassungsrechtlichen Beschränkungen der ministeriellen Leitungsbefugnis besteht zwar über manche Einzelheiten Dissens, über das Ergebnis – verfassungsrechtlich angeordnete Weisungsfreiheit – aber herrscht Übereinstimmung. An dieser Stelle verlässt die Untersuchung jetzt aber zunehmend den Bereich dessen, worüber im wesentlichen Konsens besteht: Für die privatrechtlich organisierte Verwaltung, die mittelbare Bundesverwaltung durch bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts und die Bundesbank sind der Inhalt und der Umfang der verfassungsrechtlichen Vorgaben alles andere als sicher.

Die Weisungsfreiheit der Bundesbank wird im Schrifttum zu Recht nicht als bloßer Anwendungsfall der Grundsätze diskutiert, die für rechtfähige Anstalten des öffentlichen Rechts gelten, sondern unabhängig von den Rechtsformen im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Aufgabenstellung als „Währungs- und Notenbank“ (Art. 88 GG). Auch für eine Bundesbank ohne eigene Rechtspersönlichkeit³⁴ müßte entschieden werden, ob und inwieweit ihr Weisungsfreiheit eingeräumt werden könnte oder müßte.

Die Meinungen zur Ministerialfreiheit der Bundesbank im Schrifttum reichen von Zweifeln an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit³⁵ bis zu der Ansicht, Art. 88 GG gebiete diese zwingend³⁶. Ein Teil des Schrifttums – und das recht-

31) Für den Rundfunk: Urt. v. 28.2.1961 – 2 BvG 1,2/60-, BVerfGE 12, 205 (262 f.); bestätigt durch Urt. v. 27.7.1971 – 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68 -, BVerfGE 31, 314 (326); für die Hochschulen: Urt. v. 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 und 325/72 -, BVerfGE 35, 79 (112 ff).

32) E. Klein, Problematik, S. 130 ff; Schuppert, Festgabe von Unruh, S. 195 f.; Breuer, Verwaltung 1977, 13 ff; für den Rundfunk: Vorbrugg S. 302; W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 121 ff; Füsslein S. 340; Fichtmüller, AöR 1966, 346 f.; Hoffmann-Riem, in: Festgabe von Unruh, S. 955 ff; für die Hochschulen: Rupp, in: Festgabe von Unruh, S. 919 ff m.w.Nachw.; kritisch wegen des großen Gewichtes der Hochschulen Röper, MDR 1974, 270.

33) Siehe dazu Weiss S. 114 ff.

34) Eine solche Organisation wäre verfassungsrechtlich zulässig: von Mangoldt/Klein, Art. 88 Anm. IV 2 b; Bauer, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 88 Rn. 25.

35) Faber, in: AK GG, Art. 88 Rn. 20 im Hinblick auf das Demokratieprinzip; E. Klein, Problematik, S. 209; Vorbrugg S. 300; Jecht S. 96 f.; Dahlgrün, in: Demokratie und Verwaltung, S. 323 ff; Kötting, Jör n.F. 11, 258 N. 17.

36) Nachweise bei Stern, Staatsrecht II, § 35 V 2 a; wohl auch Zimmer S. 286; das Bundesverfassungsgericht spricht in einem obiter dictum von der „verfassungsrechtlichen unabhängigen Stellung“ der Bundesbank (Beschl. v. 3.11.1982 – 1 BvR 210/79 -, NJW 1983, 2309).

fertigt es, die Bundesbank an dieser Stelle zu nennen – vertritt die Auffassung, Art. 88 GG schreibe die Unabhängigkeit der Bundesbank zwar nicht vor, lasse aber eine entsprechende gesetzliche Regelung zu³⁷.

Im Rahmen der Auseinandersetzung über die Zulässigkeit weisungsfreier Räume ist die Bundesbank als singuläres Problem vergleichsweise sehr viel weniger interessant als die juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts in der Trägerschaft des Bundes, die ganz überwiegend in mehr oder weniger großem Umfang weisungsfrei tätig sind. Vor allem die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind nämlich bei den Diskussionen über die Zulässigkeit weisungsfreier Verwaltung immer wieder problematisch gewesen³⁸, weil das Grundgesetz ihrer Bildung jedenfalls ausdrücklich keine Schranken setzt.

Die Überlegungen dazu müssen von zwei wohl unbestrittenen Feststellungen ihren Ausgang nehmen:

- Das Grundgesetz geht in Art. 86, 87, 135, 135 a GG vom Bestehen juristischer Personen des öffentlichen und des privaten Rechts in der Verwaltung aus. Es gestattet in Art. 87 II, III 1 GG ausdrücklich die Neubildung juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Es ist auch nichts ersichtlich, was für ein generelles Verbot der Errichtung juristischer Personen des Privatrechts durch den Bund sprechen würde³⁹.
- Zweitens bedeutet die Organisation eines Verwaltungsbereichs in Form einer juristischen Person typischerweise⁴⁰ die Schaffung eines mehr oder minder großen weisungsfreien Raumes.

Damit wird die Annahme nahegelegt, in der Zulassung von juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts für die Erledigung von Aufgaben der Bundesverwaltung durch das Grundgesetz sei insoweit zugleich eine Zulassung weisungsfreier Räume zu sehen⁴¹. Dagegen ist eingewandt worden, daß Verwaltung durch juristische Personen nicht notwendig weisungsfreie Verwaltung bedeutet⁴². In der Tat läßt sich die GmbH durch die Satzung weitgehend weisungsgesetzlich ausgestalten. Bei der Aktiengesellschaft scheitert die vollständige Weisungsabhängigkeit des Vorstandes allerdings an zwingenden gesetzlichen Vorschriften⁴³. Im Bereich der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

37) Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 88 Rn. 19; Stern, Staatsrecht II, § 41 IV 10 b.

38) Siehe etwa Loening, DVBl. 1954, 173; Dahlgrün, in: Demokratie und Verwaltung, S. 317; Fichtmüller, AöR 1966, 334 ff; von Mangoldt/Klein, Vorbem. vor VIII Anm. III 2; Haas, VerwArch 1958, 22; Schuppert, Unselbständige Verwaltungseinheiten, S. 353.

39) Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 126 m.w.N.; Ossenbühl, VVDStRL 29, 159 ff; kritisch Pestalozza, DÖV 1974, 188 ff.

40) Weitergehend Bull, in: AK GG, Art. 87 Rn. 44, der eine gewisse Weisungsfreiheit für ein Begriffsmerkmal hält, aber offenbar juristische Personen und Selbstverwaltungskörpernchaften in eins setzt.

41) Etwa Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 87 Rn. 66; von Mangoldt/Klein, Art. 86 III 2 c cc); in diese Richtung auch Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 216; Fichtmüller, AöR 1966, 336; Kröger, Festschrift Mallmann, S. 155; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 125; a.A. E. Klein, Problematik, S. 139.

42) Fichtmüller, AöR 1966, 337.

43) Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 132 ff.

wird für die Bundesverwaltung auf die Einfuhr- und Vorratsstellen für eine Reihe landwirtschaftlicher Erzeugnisse hingewiesen⁴⁴, die völlig weisungsbunden sind. Allerdings stehen diese Stellen damit unter den juristischen Personen des öffentlichen Rechts in der Bundesverwaltung einzig da. Als völlig weisungsgebundene juristische Personen des öffentlichen Rechts sind sie ein Produkt der verwaltungsorganisatorischen Entwicklung nach 1933⁴⁵. Die völlige Weisungsgebundenheit stellt also sowohl bei den juristischen Personen des Zivilrechts als auch bei denen des öffentlichen Rechts die Ausnahme dar und kann schwerlich als Argument gegen eine grundgesetzliche Billigung der Bildung weisungsfreier juristischer Personen herangezogen werden. Wo allerdings die Grenzen solcher Bildung liegen, ist ungeklärt, fest dürfte stehen, daß sie nicht unbegrenzt zulässig ist⁴⁶.

Auch soweit die Bildung juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Weisungsfreiheit zulässig ist⁴⁷, fehlt es aus zwei Gründen an der Übertragbarkeit dieser Regelung auf die Frage der Zulässigkeit weisungsfreier Räume in der unmittelbaren Bundesverwaltung, auch wenn die beiden Probleme in bestimmtem Umfang verwandt sein mögen⁴⁸. Erstens bedeutet Rechtsfähigkeit als juristische Person in aller Regel Vermögens- und Haftungsisolation im Verhältnis zum Staat. Auch wenn sich – eine weitere offene Frage – die öffentliche Hand in Gestalt einer juristischen Person dem Bürger gegenüber nicht auf Vermögenslosigkeit berufen dürfte⁴⁹, träfen den Staat die Folgen des Handelns juristischer Personen sehr viel mittelbarer als beim Handeln der unmittelbaren Staatsverwaltung, nämlich erst dann, wenn das Vermögen der juristischen Person aufgezehrt ist. Diese abweichende vermögensrechtliche Situation kann verfassungspolitisch auch eine unterschiedliche Regelung der Entscheidungszuständigkeit, um die es bei der Weisungsfreiheit ja geht, bei unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung (mit-)begründen.

Als zweiter, sehr viel bedeutsamerer Gesichtspunkt ist die Selbstverwaltung anzuführen, die bei juristischen Personen in aller Regel mit der Weisungsfreiheit einhergeht. Schon allein die Selbstverwaltung bei vielen juristischen Personen, deren Handlungsbereich ja stets durch ihre Aufgabenstellung und weitere gesetzliche Vorgaben eingegrenzt ist, könnte eine Sonderregelung durch den Verfassungsgeber rechtfertigen, auch wenn diese sich typisierend auf alle juristischen Personen bezieht.

44) E. Klein, Problematik, S. 139; die Nachweise bei Fichtmüller, AÖR 1966, 337 N 239 führen auch zu den Einfuhr- und Vorratsstellen; vgl. auch von Mangoldt/Klein, Art. 86 III 2 c) cc).

45) Vgl. W. Weber, Körperschaften, S. 45 f.; Köttgen, Verwaltungseinheit, S. 73 ff.; Emig S. 37 ff.; Reischle/Saure S. 343 ff.; Mehrens S. 38 ff.

46) Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 126 etwa nimmt an, der Einsatz von Selbstverwaltungsträgern dürfe „nicht dazu führen, die Kompetenz von Regierung und Parlament in unzumutbarer Weise zu schmälern“; vgl. auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 260; Breuer, Verwaltung 1977, 1 ff.; H.H. Klein, Festschrift Forsthoff, S. 179 f.; vgl. auch Scheuner, Gedächtnisschrift Peters, S. 797 ff.

47) Was hier für Art. 87 II, III GG ausgeführt wird, muß ebenso gelten, soweit Verwaltung in Privatrechtsform verfassungsrechtlich zugelassen ist.

48) Stern, Staatsrecht II, § 41 IV 10 b.

49) Dazu Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 316 ff m.w.N.; Stober, NJW 1984, 457 m.w.N.; Pescalozza, DÖV 1974, 193; Piette, BayVBl. 1980, 335.

Die Bildung weisungsfreier juristischer Personen des öffentlichen und des privaten Rechts ist im Bereich der Bundesverwaltung also in einem hier nicht zu erörternden Umfang zulässig. Für die Zulässigkeit der Errichtung weisungsfreier Räume in der unmittelbaren Bundesverwaltung ergibt sich daraus jedoch mindestens unmittelbar nichts.

1.4 Die Zulässigkeit gesetzlicher Durchbrechungen der Leitungsbefugnis

1.4.1 Vorbemerkungen

Bevor nun versucht wird, in Auseinandersetzung mit den Auffassungen, die in Schrifttum und Rechtsprechung zur Zulässigkeit gesetzlicher Beschränkungen der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Schaffung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume vertreten werden, einen eigenen Standpunkt zu bestimmen, scheinen einige Hinweise notwendig:

Die verfassungsrechtlichen Probleme der Errichtung weisungsfreier Räume sind im Schrifttum und in der Rechtsprechung unter einer größeren Anzahl verschiedener Aspekte erörtert worden. Dabei stand vor allem auch die Verantwortlichkeit der Regierung im Vordergrund, auf die hier noch einzugehen sein wird¹. Daß die verschiedenen Aspekte dabei zum Teil nur in einer Auswahl oder nur vermengt und verzahnt diskutiert werden, wurde bereits angesprochen². Für unsere Untersuchung ist deshalb zu entscheiden, ob Argumente, die unter anderen Aspekten für die Zulässigkeit der Bildung weisungsfreier Räume vorgebracht werden, hier im Hinblick auf die Leitungsbefugnis überprüft werden sollen. Als Kompromiß zwischen der Gefahr, wichtige Momente außer acht zu lassen, einerseits und der, die Überlegungen mit zahlreichen im Ergebnis nicht einschlägigen Punkten zu belasten, andererseits sollen hier alle Gesichtspunkte, die ernsthaft in Betracht kommen, einbezogen werden; ausgeschlossen bleiben nur diejenigen, die im Zusammenhang mit der Leitungsbefugnis offensichtlich ausscheiden; das gilt etwa für den Verzicht durch den Gesetzgeber, der bei der parlamentarischen Verantwortlichkeit als Rechtfertigung für die gesetzliche Beschränkung angeführt wird³. Der Bundestag kann offensichtlich nicht auf Verfassungsrechte der Regierung verzichten⁴.

Zwei Gesichtspunkte scheiden für die Begründung der Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in einer verfassungsrechtlichen Untersuchung von vornherein aus: Die Existenz weisungsfreier Räume ist selbstverständlich kein Argument für ihre Zulässigkeit. Wenn die mehr oder minder weitgehende verfassungsrechtliche Zulassung weisungsfreier Stellen gelobt wird, weil sie allein der Praxis gerecht werde, die zahlreiche weisungsunabhängige Stellen

1) Siehe unten Ziff. 3.

2) Siehe oben vor Ziff. 1.

3) Klein, Problematik, S. 190 ff.

4) So bereits Loening, DVBl. 1954, 176; Dahlgrün, in: Demokratie und Verwaltung, S. 320; von Mangoldt/Klein, Vorbem. III 3 vor VIII; Stern, Staatsrecht II, § 41 IV 10 b.

kenne⁵, oder eine allgemeine Verfassungswidrigkeit „aus begreiflichen verwaltungspolitischen Gründen nicht realistisch“ wäre⁶, decken die Autoren damit erfreulich offen ihr Vorverständnis auf, als verfassungsrechtliche Argumente können die Hinweise auf die Realitäten der Praxis nicht gemeint sein⁷. Ebenso wenig wie das, was ist, in dieser Weise ohne weiteres zum Maßstab des verfassungsrechtlich Zulässigen gemacht werden kann, kann das, was nach Meinung des Interpreten zweckmäßig oder verfassungspolitisch vernünftig ist, verfassungsrechtlich maßgebliches Kriterium sein. Einer verfassungspolitischen oder verwaltungswissenschaftlichen Betrachtungsweise mag sich „die verfassungsrechtlich verordnete Versteinerung eines bestimmten Organisationstyps der Verwaltung, der hierarchisch strukturierten, durchgängig weisungsgebundenen Ministerialverwaltung“⁸ als Hindernis bei der Erfüllung der „Aufgabe, die Verfassung so auszulegen, daß sie auch unter sich verändernden Bedingungen einen gemeinwohlorientierten politischen Prozeß ermöglicht,“⁹ darstellen; verfassungsrechtlich sind solche Überlegungen – und seien sie noch so anregend formuliert – nicht geeignet, die „Versteinerung“ zu sprengen.

Es wurde bereits festgestellt, daß die Weisung das einzige Mittel ist, welches in jedem Fall die Durchsetzung der ministeriellen Entscheidung gestattet¹⁰. Untauglich ist deshalb die Argumentation, der Ausschluß der Weisungsbefugnis sei rechtmäßig, wenn der damit einhergehende Verlust an Einwirkungsmöglichkeiten durch andere Einwirkungsinstrumente „kompensiert“ werde. Als solche Kompensation wird – allerdings vor allem unter dem Aspekt der Ministerverantwortlichkeit – das Klagerecht angeführt¹¹, aber auch die Beanstandung und der Selbsteintritt werden genannt¹². Beanstandung und Klagerecht bringen schon wegen ihrer Beschränkung auf eine Rechtmäßigkeitskorrektur keinen vollen Ersatz für die Weisung¹³; mit dem Selbsteintritt mag man sachlich zu gleichen Ergebnissen kommen können wie mit der Weisung; Leitung besteht jedoch gerade darin, den eigenen Willen nicht selbst, sondern durch andere ausführen zu lassen. Der Selbsteintritt kompensiert also nicht die fehlende Weisung, sondern die Leitung als solche. Auch die von Ossenbühl in anderem Zusammenhang vertretene Auffassung, durch allgemeine Verwaltungsvorschriften ließen sich Entscheidungen soweit determinieren, daß die Einzelweisung bedeutungslos werden könne¹⁴, ist wohl nicht so zu verstehen, daß er annimmt, die fehlende Einzelweisungsbefugnis könne durch die Befugnis zum Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften ersetzt werden. Die Beschränkung auf ab-

strakt-generelle und der Ausschluß konkret-individueller Regelungen bedeutet einen Eingriff in die Leistungsbefugnis¹⁵. Ähnliches gilt, wenn die Letztentscheidung von der Vorentscheidung einer weisungsfreien Stelle in der Weise abhängig gemacht wird, daß diese Vorentscheidung nur noch übernommen oder abgelehnt werden kann¹⁶. Zwar behält die Leitung Entscheidungsfreiheit, diese ist aber auf eine schlichte Ja-Nein-Entscheidung reduziert; alle anderen Entscheidungsmöglichkeiten schließt die weisungsfreie Stelle kraft ihres „negativen Entscheidungsrechts“ verbindlich aus¹⁷.

1.4.2 Die Heranziehung des „vorrechtlichen Gesamtbildes“

Bereits 1951, ganz zu Anfang der Diskussion über die Zulässigkeit weisungsfreier Bundesverwaltung unter dem Grundgesetz, hat Otto Bachof auf die Tradition weisungsfreier Verwaltung, besonders weisungsfreier Ausschüsse in Deutschland hingewiesen¹⁸. Im Jahre 1957 hat er diesen Gedanken wieder aufgegriffen: „Die Tatsache, daß weisungsfrei entscheidende Verwaltungsgremien dem deutschen Recht seit jeher bekannt, wenngleich Ausnahme und nicht Regel waren, wird freilich für eine Bejahung ihrer derzeitigen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit noch nicht ausreichen. Immerhin darf diese Tatsache für die Ermittlung der dem Grundgesetz zugrunde liegenden Vorstellung vom parlamentarischen System – für das „vorrechtliche Gesamtbild“ im Sinne Nawiaskys – Beachtung beanspruchen.“¹⁹ Weitere fünf Jahre später vertritt Bachof dann die Auffassung, man werde weisungsfreie Ausschüsse nicht schlechthin für unzulässig halten dürfen. Er fährt fort: „Schon das BVerfG hat zutreffend, freilich ohne nähere Begründung, die Annahme abgelehnt, daß mit der grundsätzlichen Regierungsverantwortlichkeit ein „ministerialfreier“ Raum schlechthin unvereinbar sei. Man wird anzuerkennen haben, daß derartige Ausschüsse, in vernünftigen Grenzen gehalten, ein überliefertes und vielfach bewährtes Instrument der deutschen Verwaltung darstellen. Sie wurden auch unter der WRV, trotz ihrer gleichfalls parlamentarischen Regierungsform, stets als zulässig erachtet. Die durch sie bewirkte Einschränkung des parlamentarischen Prinzips, die unter demokratischen und dezentralisierenden Aspekten manches für sich hat, gehört gewissermaßen zum „vorrechtlichen Gesamtbild“ (Nawiasky) des Grundgesetzes und damit auch zum „demokratischen Rechtsstaat“ im Sinne seines Art. 28.“²⁰

Der Einschätzungswechsel ist unverkennbar: Ist die Tradition weisungsfreier Verwaltung 1957 nur eine beachtenswerte Tatsache, die – jedenfalls allein – das verfassungsrechtliche Verdikt solcher Organisation nicht verhindern kann²¹, ist

5) Brohm, Wirtschaftsverwaltung, S. 220.

6) Dagtoglu, Der Private in der Verwaltung, S. 156.

7) So aber wohl Küster, 39. DJT, S. D 135.

8) Schuppert, Unselbständige Verwaltungseinheiten, S. 351.

9) Schuppert, Unselbständige Verwaltungseinheiten, S. 356.

10) Siehe oben Ziff. 1.2.2.3.

11) von der Groeben, VerwArch 1958, 238; Seebode, JZ 1968, 178; vorsichtig in dieser Richtung auch BVerwG, Urt. v. 23.5.1958 – VII C 218.57 –, BVerwGE 7, 66 (73); Bachof, JZ 1962, 355.

12) Dagtoglu, Der Private in der Verwaltung, S. 130; ausführlich E. Klein, Problematik, S. 48 ff m.w.N.

13) Haas, VerwArch 1958, 22 f., 25 ff; zum Selbsteintritt, allerdings mit dem berechtigten Hinweis auf dessen begrenzte Zulässigkeit Klein, Problematik, S. 51 m.w.N.

14) Verwaltungsvorschriften, S. 444 f.

15) Vgl. auch Klein, Problematik, S. 45 f.

16) Kipp, DÖV 1957, 519.

17) Grawe, 39. DJT, S. D 25.

18) Bachof, 39. DJT, S. D 136; ihm folgend Fischbach, ZBR 1954, 235 (unter Berufung auf diesen Kipp, DÖV 1957, 519); Friesenhahn, VVDStR 16, 40 FN 75; Fichtmüller, AÖR 1966, 352 f.; Roller S. 110 f.; ohne ausdrückliche Bezugnahme Deppisch, DÖV 1954, 242.

19) Bachof, Wehrpflichtgesetz, S. 48 N. 47.

20) JZ 1962, 355.

21) Soweit zustimmend Gross, JZ 1958, 71.

die weisungsfreie Verwaltung wegen ihrer Tradition 1962 Teil des demokratischen Rechtsstaats und damit unbedenklich, ja eigentlich wohl verfassungsgesetzten.

Ohne weiteres zuzugeben ist, daß es sowohl im Kaiserreich als in der Weimarer Republik Formen unabhängiger Verwaltung gegeben hat²². Ebensowenig wie die Praxis unter dem Grundgesetz kann allerdings der tatsächlichen Handhabung unter den anderen staatsrechtlichen Voraussetzungen des Konstitutionalismus und der ersten deutschen Republik ohne weiteres etwas für den Inhalt des geltenden Verfassungsrechts entnommen werden. *Bachof* bezieht sich denn auch nicht unmittelbar auf diese Praxis, sondern unter Bezug auf *Nawiasky* auf das durch diese Praxis geprägte „vorrechtliche Gesamtbild“.

1.4.2.1 Das vorrechtliche Gesamtbild

Als „Interpretation im Sinne des vorrechtlichen Gesamtbildes“ hat *Hans Nawiasky* das „Zurückgehen auf die Grundvorstellung des Rechtssetzers“, die ihm bei der Rechtssetzung vorschwebte, auf den ihn dabei leitenden „Ideenkomplex“, sein „Gesamtbild der zu schaffenden Ordnung“ beschrieben und eine volle Gewähr für eine richtige Auslegung erst dann als gegeben angesehen, wenn das gefundene Resultat durch dieses „Gesamtbild“ bestätigt werde²³.

Der Einsatz dieses methodischen Instruments setzt demnach zweierlei voraus: erstens eine anderweitig bereits gefundene, durch das „vorrechtliche Gesamtbild“ lediglich noch zu bestätigende Auslegung, zweitens die Kenntnis der Grundvorstellung des Rechtssetzers von der zu schaffenden Ordnung oder doch mindestens eine plausible Vermutung. Da das „vorrechtliche Gesamtbild“ der einzige von *Bachof* herangezogene Gesichtspunkt ist, fehlt es bereits an der ersten Voraussetzung. Bevor näher darauf eingegangen wird, was sich über die Vorstellungen des Grundgesetzgebers sagen lässt, muß aber auf die ganz erheblichen Bedenken hingewiesen werden, die gegen diese Argumentationsfigur als solche bestehen.

Die Grundvorstellung des Rechtssetzers kann nämlich nur auf zwei Wegen erkannt werden. Man kann empirisch-historisch auf die subjektiven Vorstellungen des historischen Gesetzgebers zurückgreifen und sich dazu an Redebeiträge, Gesetzesbegründungen und sonstige Materialien halten. Dann handelt es sich allerdings lediglich um eine durch die Formulierung ins Tiefgründige erhobene Variante der bekannten genetisch-historischen Interpretation²⁴. Die zweite Möglichkeit, das „vorrechtliche Gesamtbild“ zu gewinnen, ist die Gesamtschau

der auszulegenden Regelung. Im besten Fall bedeutet das die systematische und teleologische Auslegung, im schlimmsten eine *petitio principii*²⁵.

Allerdings ist das „vorrechtliche Gesamtbild“ als „vorverfassungsmäßiges Gesamtbild“ auch in einem anderen Sinne verstanden worden, nämlich als Summe der Elemente, „von denen sich ein Verfassungsgeber, wenn er sie aufgeben will, unzweideutig distanzieren muß.“²⁶ Es ist nicht zu erkennen, daß die das „vorverfassungsmäßige Gesamtbild“ ausmachenden Elemente anders als durch Dezision des Interpreten von den anderen Elementen der vorkonstitutionellen Rechtslage geschieden werden könnten. Höchst fragwürdig bleibt auch, auf welche Weise der Verfassungsgeber seiner ihm offenbar durch überpositives Recht aufgegebenen Obliegenheit zur Äußerung²⁷ nachkommen kann. Reicht eine Formulierung wie die des Art. 65 S. 2 GG aus? Wenn sich die Durchbrechung verfassungsrechtlicher Regelungen auf diese Weise durch die vorkonstitutionelle Praxis rechtfertigen ließe, hätte die Etablierung des Gesetzesvorberhalts für Regelungen im besonderen Gewaltverhältnis des Strafgefangenen oder des Schülers niemals vonstatten gehen dürfen, sondern beide wären am „vorverfassungsmäßigen Gesamtbild“ und der fehlenden Distanzierung des Verfassungsgebers gescheitert.

1.4.2.2 Die Rechtslage unter der Weimarer Reichsverfassung

Auch wenn man das „vorrechtliche Gesamtbild“ als Interpretationsinstrument ablehnt, ist ein Blick auf die Verhältnisse in der Weimarer Republik deshalb von Interesse, weil das Grundgesetz in einer verfassungsrechtlichen Tradition steht und sich mangels anderweitiger Anhaltspunkte in der Entstehungsgeschichte²⁸ aus der Rechtslage nach der Weimarer Reichsverfassung möglicherweise Hinweise für die Intentionen des Grundgesetzgebers, also Anhaltspunkte für die historische Interpretation gewinnen lassen.

Daß ein Rückgriff auf die davor liegende Zeit des Konstitutionalismus ausscheidet, ist demgegenüber wohl unbestritten. Es ist bereits zweifelhaft, ob die damaligen unabhängigen Verwaltungsstellen auch gegenüber dem Monarchen oder nur gegenüber den Ministern unabhängig waren²⁹. Im übrigen hat *Hans Peters* gezeigt, daß in der Polarität zwischen Monarch und Parlament beide ein Interesse am Vorhandensein anderer unabhängiger Kräfte haben mußten³⁰. Wegen völlig anderer Voraussetzungen lassen sich Schlüsse für die parlamentarisch-republikanische Ordnung des Grundgesetzes daraus nicht gewinnen³¹.

25) Mit ähnlichen Gründen ablehnend *Ossenbühl*, DÖV 1965, 656 m.w.Nachw.; *Gramlich*, DVBl. 1980, 531 ff; skeptisch auch *Stern*, Staatsrecht I, § 4 III 8 e.

26) *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 163 im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung.

27) Dagegen *Gramlich*, DVBl. 1980, 531 m.w.Nachw.

28) Siehe oben Ziff. 1.1.3.

29) *E. Klein*, Problematik, S. 157; *Vorbrugg* S. 109.

30) *H. Peters*, Zentralisation und Dezentralisation, S. 37; ihm folgend *Fichtmüller*, AÖR 1966, 304.

31) *E. Klein*, Problematik, S. 160; wohl auch *Roller* S. 117 f.

„Sie (unabhängige Ausschüsse) wurden auch unter der WRV, trotz ihrer gleichfalls parlamentarischen Regierungsform, stets als zulässig erachtet“³² Dieser Satz *Bachof* erweist sich, wenn man die Rechtslage in der Weimarer Republik näher betrachtet, als höchst zweifelhaft, wenn nicht als unzutreffend. Für die Staatsrechtslehre der zwanziger Jahre ist die Weisungsfreiheit kein Thema gewesen³³; der Diskussion auf dem 39. Deutschen Juristentag in Stuttgart oder dem Aufsatz von *Loening* im Deutschen Verwaltungsblatt 1954 Vergleichbares hat es nicht gegeben³⁴. Zwar hat sich auch der vorläufige Staatsgerichtshof mit einem bremischen Personalvertretungsgesetz zu befassen gehabt, er konnte sich aber bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der dort getroffenen Regelung auf eine spezielle Norm der bremischen Verfassung stützen, so daß er die Reichsverfassung nicht heranziehen brauchte³⁵.

Nachweisbar ist aber, daß das Ministerialsystem als kraft Verfassungsrechts notwendig geschlossen angesehen wurde. Hier ist an erster Stelle *Marschall von Bieberstein* zu nennen: „Der sachliche Umkreis der einer Ministerverantwortlichkeit unterworfenen Angelegenheit ist zunächst allgemein bestimmt durch den Grundsatz, daß ausnahmslos die gesamte Tätigkeit der Exekutive dieser Verantwortlichkeit unterfallen und nirgends ein Reservatgebiet unverantwortlicher Herrschaftsausübung im Staate geduldet sein soll. Organisatorisch bedeutet dies zugleich die Forderung, alle Angelegenheiten staatlicher Tätigkeit und alle zur Ausübung solcher Tätigkeit berufenen Behörden unter streng zentralisierte Hauptverwaltungszweige restlos aufzuteilen und jedem Fachminister ein Hineinleuchten bis in die letzten Schlupfwinkel eines Ressorts zu ermöglichen.“³⁶ In einer Fußnote weist er auf „wichtige, verfassungsrechtlich vorgegebene Ausnahmen“ hin³⁷. Ähnlich *Nawiasky*: „Von dem verfassungsrechtlich und politisch außerordentlich wichtigen Ministerialsystem in der Verwaltung ist in der Reichsverfassung überhaupt nicht die Rede. Nach diesem System ist der ganze Verwaltungsapparat so organisiert, daß er restlos in eine Reihe von ministeriellen Spitzen ausläuft“³⁸. Für ihn war allein die Frage problematisch, ob auch das Büro des Reichspräsidenten ressortabhängig war³⁹. *Stier-Somlo* sprach von einem staatsrechtlichen Grundsatz der „Über- und Unterordnung der Verwaltungsbehörden, der einheitlichen Verwaltungsorganisation.“⁴⁰ Ob die Begründung für die Lückenlosigkeit des Ministerialsystems, die *Marschall von Bieberstein* gibt, überzeugt, wird noch zu untersuchen sein; hier ist wichtig, daß die

Rechtslehre der Weimarer Republik soweit ersichtlich unbestritten von einem Verfassungsrechtssatz des Inhalts, das Ministerialsystem sei lückenlos, ausging. Angesichts dieses Befundes zu behaupten, die Durchbrechungen dieses Satzes⁴¹ seien für zulässig erachtet worden, ist schwerlich angängig. Bei der Bewertung von punktuellen Verfassungsabweichungen unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung wäre zudem zu berücksichtigen, daß diese durch Gesetz auch ohne Änderung des Verfassungstextes für zulässig gehalten wurden⁴².

Die Rechtslage unter der Weimarer Reichsverfassung kann danach jedenfalls nicht für die Zulässigkeit weisungsfreier Verwaltung angeführt werden.

1.4.3 Die Argumentation aus der „Natur der Sache“

Bereits *Loening* hat – nicht untypisch für die wissenschaftliche Auseinandersetzung um die Zulässigkeit weisungsfreier Räume – die Tätigkeit der Prüfungsausschüsse von dem Grundsatz der Weisungsgebundenheit kraft Natur der Sache ausnehmen wollen⁴³. Auch andere Durchbrechungen des Grundsatzes der ministeriellen Leitung sind mit dem Hinweis auf die Natur der Sache gerechtfertigt worden⁴⁴. Der Hinweis auf die Natur der Sache kann unterschiedliche Bedeutung haben. Manchmal appelliert er an eine beim anderen vermutete Übereinstimmung in der Einschätzung eines Sachverhaltes. In diesem Sinne ist, was der Natur der Sache entspricht, selbstverständlich, evident⁴⁵. So verwendet reicht die Argumentationswirkung der Natur der Sache nur soweit, wie der vermutete Konsens auch tatsächlich besteht. In einem zweiten Sinn, in dem er auch im Zusammenhang mit der Weisungsfreiheit gemeint ist, bedeutet er die Berufung auf eine „den Dingen innenwohnende Ordnung“;⁴⁶ aus der Natur der Sache gewonnenen Rechtsregeln sind danach solche, die aus den – rechtlichen oder tatsächlichen – Verhältnissen mit logischer Konsequenz folgen⁴⁷.

Die Argumentation mit der Natur der Sache ist nicht unproblematisch⁴⁸. *Karl Larenz* verzichtet aus gutem Grund darauf, die Frage zu beantworten, ob „es nicht zuletzt doch nur der Betrachter (ist), der das, was gerade er als den Sinn empfindet, in die betreffenden Verhältnisse hineinlegt?“⁴⁹ Das Bundesverfas-

32) JZ 1962, 355.
33) *Fichtmüller*, AöR 1966, 305.

34) Vgl. *Bachof*, Wehrpflichtgesetz, S. 48 N. 47.

35) Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich, hrsg. von *Lammers/Simons*, Bd. IV S. 288 ff.

36) HdbDStR I, S. 525 f.; in seinem Kommentar verweist *Anschütz* – offenbar zustimmend – auf diese Ausführung (Art. 50 Anm. 6); vgl. auch *Wittmayer*, in: HdbDStR II S. 335.

37) *E. Klein*, Problematik, S. 159 hält es für nicht ganz einsichtig, wieso diese Ausnahmen verfassunglich vorgesehen waren.

38) Grundgedanken der Reichsverfassung, S. 109 f.; dazu siehe auch *Nawiasky*, Bayerisches Verfassungsrecht, S. 415 f.

39) a.a.O. S. 110.

40) Verfassung des Deutschen Reichs, S. 168.

41) Sie sind wohl nicht so zahlreich gewesen, wie etwa *Fichtmüller* behauptet. In den von ihm AöR 1966, 306 N 47 f. angegebenen Vorschriften über die Organisation der Prüfstellen im Bereich des literarischen und filmischen Jugendschutzes findet sich jedenfalls keine Statuierung der Weisungsfreiheit.

42) Vgl. dazu etwa *Bryde*, in: von *Mangoldt/Klein*, Art. 79 Rn. 5 m.w.N.

43) *Loening*, DVBl. 1954, 175.

44) Siehe unten Ziff. 1.4.3.1 ff.

45) *Radbruch*, Festschrift Laun, S. 159; ausführlich dazu: *Garrn*, ARSP 1982, 60 ff.

46) Diese Formulierung von *Dernburg* zitieren *Radbruch*, Festschrift Laun, S. 159 und *Larenz*, Festschrift Nikisch, S. 281.

47) *Radbruch*, Festschrift Laun, S. 162.

48) Vgl. etwa die Kritik von *Dreier*, Begriff, S. 125 ff.

49) *Larenz*, Festschrift Nikisch, S. 290 (Hervorhebung im Original); *Göldner* S. 135 nimmt an, die Argumentation mit der Natur der Sache könne nie ganz spekulationsfrei sein; in diesem Sinne auch *Wipfeler*, DVBl. 1982, 477.

sungsgericht, das sich vor allem bei der Abgrenzung von Zuständigkeiten im Verhältnis von Bund und Ländern auf die Natur der Sache beruft⁵⁰, versucht dieser Gefahr des Subjektivismus dadurch zu begegnen, daß es postuliert, Schlußfolgerungen aus der Natur der Sache müßten begriffsnotwendig sein und eine bestimmte Lösung unter Ausschuß anderer zwingend fordern⁵¹. Die Erwagung, eine Regelung sei zweckmäßiger als eine andere, reiche nicht aus, das anzunehmen⁵².

Nachstehend wird untersucht, ob sich Durchbrechungen des Grundsatzes der Leistungsbefugnis aus der in diesem Sinne verstandenen Natur der Sache rechtfertigen lassen und zwar für vier Fälle, für die das im Schrifttum angenommen worden ist: die Bundesbank, Kollegialentscheidungen, Verwaltungsstellen mit besonderer Sachkunde und Prüfungsentscheidungen.

1.4.3.1 Die Deutsche Bundesbank

Die vereinzelten Versuche, die Unabhängigkeit der Bundesbank von den Weisungen der Bundesregierung (Art. 12 S. 2 BBankG) als wesensmäßig oder aus der Natur der Sache zu rechtfertigen⁵³, haben sich zu Recht nicht durchgesetzt. Die Entwicklungsgeschichte des Zentralbankwesens in Deutschland zeigt, daß es durchaus eine weisungsabhängige Notenbank geben kann⁵⁴. Ausländische Beispiele, besonders das der Bank von England beweisen, daß diese Organisation nicht die Zerrüttung der Währung zur notwendigen Folge hat⁵⁵. Die Bundesbank „mag als unabhängige Institution besser ihre Aufgaben erfüllen können; unerlässlich oder begriffsnotwendig ist die Unabhängigkeit indessen nicht.“⁵⁶

1.4.3.2 Kollegialentscheidungen

Häufig, wenn auch keineswegs notwendig, ist die Entscheidung im weisungsfreien Raum Kollegien anvertraut. Für Kollegial- oder Ausschußentscheidungen ist behauptet worden, sie seien wesensmäßig weisungsfrei: „Denn das Wesen eines Ausschusses liegt gerade darin, daß er als ein Kollegialorgan nicht nach Weisungen im Einzelfall, sondern nach eingehenden Beratungen und Erörterungen entscheidet. Beratungen und Erörterungen würden sich aber erübrigen, wenn

50) Vgl. dazu *Larenz*, Methodenlehre, S. 404.

51) BVerfG, Beschl. v. 10.5.1960 – 2 BvD 6/56 -, BVerfGE 11, 89 (91); BVerfG, Urt. v. 28.2.1961 – II BvG 1, 2/60 -, BVerfGE 12, 205 (251); Urt. v. 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 u.a. – BVerfGE 22, 181 (217).

52) BVerfG, Beschl. v. 25.6.1969 – 2 BvR 128/66 -, BVerfGE 26, 246 (257).

53) *Uhlenbrück* S. 28; weitere Nachweise bei *von Mangoldt/Klein*, Art. 88 Anm. IV 3 a cc) N. 148.

54) *von Mangoldt/Klein*, Art. 88 Anm. IV 3 a bb); *Stern*, Staatsrecht II, § 35 II 2 b.

55) *Dahlgrün*, in: Demokratie und Verwaltung, S. 326; *Gramlich*, DVBl. 1980, 532; nach der Darstellung von *Lampe* S. 55 ff sind die Notenbanken von England, Frankreich und Italien nicht unabhängig.

56) *Stern*, Staatsrecht II, § 35 IV 2 b; ähnlich *von Mangoldt/Klein*, Art. 88 Anm. IV 3 a cc); *Bauer*, in: *Münch*, GG-Kommentar, Art. 88 Rn. 13; BVerwG, Urt. v. 29.1.1973 – I C 38/68 -, NJW 1973, 1338; *Faber*, AK GG, Art. 88, Rn. 14.

der Ausschuß angewiesen werden könnte, wie er zu entscheiden hat.“⁵⁷ Nicht so sehr auf die Entscheidungsform als auf die Mitwirkung ehrenamtlich Tätiger stellt *Ernst Rudolf Huber* ab, wenn er Weisungsunterworfenheit in diesen Fällen für widersinnig hält, weil sie die mit deren Hinzuziehung verfolgten Absichten durchkreuzen würde⁵⁸.

Ein zwingender Zusammenhang zwischen der Kollegialstruktur oder der Beteiligung ehrenamtlicher Kräfte und der Weisungsfreiheit besteht jedoch nicht. Im Gegenteil läßt sich eine Reihe von Beispielen für weisungsunterworfene Entscheidungskollegien nachweisen. Man braucht dazu nicht auf die Verwaltungskollegien des Absolutismus zurückzugreifen, die selbstverständlich dem Willen des Monarchen unterworfen waren. Zu Recht wird auf eine Art natürlicher Affinität zwischen monarchischer Herrschaft und kollegialer Verwaltungsorganisation einerseits und demokratischer Staatsführung und monokratischer Verwaltungsorganisation andererseits hingewiesen⁵⁹. Das geltende Recht Nordrhein-Westfalens kennt die staatlichen Schulämter in den Kreisen und kreisfreien Städten, die in bestimmten Angelegenheiten kollegial entscheiden⁶⁰, aber den Weisungen der oberen und obersten Schulaufsichtsbehörden unterworfen sind. Für die zum 1. Januar 1985 aufgelösten Schulkollegien in Nordrhein-Westfalen sah § 16 II 2 SchVG a.F. Kollegialentscheidungen ausdrücklich „unbeschadet des Weisungsrechts der obersten Schulaufsichtsbehörde“ vor⁶¹. Zu den Entscheidungszuständigkeiten des Gemeinderates nach § 28 I GO gehören, soweit es sich nicht um einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt, auch die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung. Ergeht eine Weisung der zuständigen Aufsichtsbehörde, verdrängt diese, soweit sie reicht⁶², das Entscheidungsrecht des Gemeinderates und wird vom Gemeindedirektor ebenso ausgeführt wie entsprechende Beschlüsse des Gemeinderates (§ 47 I 2 GO).

Die angeführten Beispiele zeigen nicht nur, daß kollegiale Entscheidungsrechte nicht gleichbedeutend mit weisungsfreien Räumen sind, sondern auch, daß es durchaus zweckmäßig sein kann, Weisungsbefugnisse auch in diesen Bereichen anzuerkennen. Die Heranziehung von Laien oder verwaltungsexterner Sachkunde auf der unteren Ebene bleibt für den Regelfall, in dem keine Weisung ergeht, sinnvoll, auch wenn in mehr oder minder zahlreichen Einzelfällen Weis-

57) *Rasch*, Verwaltungsorganisation, S. 52; *von der Groeben*, VerwArch 1958, 237, auf den sich *Rasch* be ruft, spricht vorsichtiger davon, die Weisungsunterworfenheit „scheine“ gegen ihre Natur zu verstoßen und weist auf „Varianten“ in der Praxis hin.

58) *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 634.

59) *Wolff/Bachof* II, § 75 II b 2; *Eschenburg*, zit. bei *Rupp*, DÖV 1958, 374; siehe auch *Eschenburg*, Staat und Gesellschaft, S. 696.

60) Das Schulamt besteht gem. § 18 II SchVG NW aus dem Hauptverwaltungsbeamten und dem Schularat. Sie entscheiden in Angelegenheiten, die sowohl schulfachliche wie rechtliche Fragen betreffen, gemeinsam (§ 18 III 3 SchVG NW).

61) Gem. § 12 I und II der Ersten Verordnung zur Ausführung des Schulverwaltungsgesetzes betr. die Organisation der Schulkollegien v. 3.10.1959 (GV NW S. 147) bestand das Schulkollegium als kollegiales Beschußorgan aus dem Regierungspräsidenten, dem Vertreter des Leiters des Schulkollegiums, dem Abteilungsleiter der Verwaltungsabteilung und den Dezernenten unter Vorsitz des Leiters des Schulkollegiums.

62) Häufig werden aber trotz der Weisung noch Entscheidungsspielräume offenbleiben (Zuborn/ Hoppe S. 87).

sungen durch eine übergeordnete Stelle ergehen können⁶³. Kollegialorgane sind nicht kraft Natur der Sache weisungsfrei⁶⁴.

1.4.3.3 Spezielles Sachwissen

Arno Risken hält eine Einschränkung der Weisungsbefugnis „bei allen Tätigkeitsbereichen, die ein spezielles Sachwissen voraussetzen, welches dem Vorgesetzten nicht eignet“ für „von der Sachstruktur geboten.“ Der Vorgesetzte dürfe den Kernbereich der speziellen Aufgabe durch seine Weisungen nicht regeln, wenn ihm die entsprechende fachliche Vorbildung fehle. Diese Weisungsgrenze sei jeweils aus der Natur der Sache abzuleiten⁶⁵.

Die Überlegungen *Riskens* sind von erheblicher Brisanz, ist die moderne Verwaltung doch u.a. dadurch gekennzeichnet, daß Menschen unterschiedlicher fachlicher Vorbildung in ihrem jeweiligen Fachgebiet zur Erreichung der Verwaltungsziele beitragen. *Risken* geht bei seiner Überlegung von den Beispielen des Klinikchefarztes und des Theaterintendanten aus⁶⁶. Seine Überlegungen müssen aber auch für andere Spezialisten gelten; er selbst nennt den Leiter eines Rechenzentrums⁶⁷. Dasselbe muß für Statiker, Gärtner, Sekretärinnen – jedenfalls wenn moderne rechnergestützte Schreibtechnik zum Einsatz kommt – und für Juristen gelten, wenn der Vorgesetzte nicht Jurist ist.

Den Überlegungen *Riskens* liegt die Annahme zugrunde, das für die Weisungsentscheidung notwendige Fachwissen müsse beim Vorgesetzten in derselben Breite vorhanden und auf dieselbe Weise erworben sein, wie beim untergegebenen Spezialisten. Diese Annahme ist aber alles andere als zwingend. Für den Vorgesetzten oder das vorgesetzte Kollegium kommt es vielmehr allein darauf an, die für die einzelne Entscheidung notwendigen Beurteilungsgrundlagen soweit zu ermitteln, wie dies für die eigene, verantwortliche Entscheidung notwendig ist⁶⁸. Dazu gibt es zahlreiche Möglichkeiten, darunter auch die Heranziehung der nachgeordneten oder verwaltungsexternen Spezialisten: Erhebt ein Architekt Einwände gegen die von der Baugenehmigungsbehörde angestellte statische Berechnung, wird der nicht-fachliche Vorgesetzte die Statiker der Behörde um ihre Stellungnahme zu diesen Einwänden bitten und sie bei einem entsprechenden Ergebnis dieser Stellungnahme anweisen, den Einwänden Rechnung zu tragen. Die Anweisung an den Theaterintendanten, nach Möglichkeit dieselben Regisseure zu verpflichten wie der beim Publikum äußerst erfolgreiche Intendant am Theater der Nachbarstadt, ist nicht wegen fehlenden Sachwissens

63) Das verkennt *Roller* S. 31 f.

64) *E. Klein*, Problematik, S. 76; *Barfuß*, Weisung, S. 79 m.w.Nachw. zur österreichischen Rechtslage.

65) *Risken* S. 115; ihm folgend *Wolff/Bachof* II, § 114 III b 4 und *Rittstieg*, ZBR 1970, 76; siehe auch *P. Kirchhof*, Mittelbares Einwirken, S. 145; *Faber*, Bundesbankautonomie, S. 65 f.; *Schambeck*, Ministerverantwortlichkeit, S. 42.

66) *Risken* S. 114.

67) *Risken* S. 115.

68) Vgl. *Obermayer*, BayVBl. 1978, 130, der allerdings lediglich die Heranziehung „nachgeordneter Experten“ als Informationsmittel nennt.

problematisch. Wird seit mehreren Jahren auf den Entbindungsstationen in allen Krankenhäusern der Umgebung „Rooming-in“, d.h. die Unterbringung des Neugeborenen und der Mutter im selben Zimmer ohne Anstände praktiziert, hindert fehlendes Sachwissen eine entsprechende nicht-ärztliche Weisung an den Klinikchefarzt wohl kaum.

Die fehlende Sachkunde hindert den Vorgesetzten gewiß, alle von dem nachgeordneten Spezialisten zu treffenden Entscheidungen selbst zu treffen. Bei der Weisungsbefugnis geht es jedoch nicht darum, die hierarchische Arbeitsteilung in der Verwaltung dadurch aufzuheben, daß der Vorgesetzte alles selbst tut. Für jede einzelne Entscheidung kann der Vorgesetzte sich sachkundig machen und wird daran durch die Natur der Sache nicht gehindert. Die Diskussion über Weisungsfreiheit in der Verwaltung zeigt im übrigen sehr deutlich, daß auch hochspezialisiertes Sachwissen für sich allein nicht als ausreichender Grund für die Zuerkennung von Weisungsfreiheit anerkannt wird; wäre es anders, müßte nicht nur für Ärzte und Theaterintendanten, sondern auch für Statiker und Vermessungingenieure Weisungsfreiheit gefordert werden.

1.4.3.4 Prüfungsentscheidungen

Sind es bei der Bundesbank, den Kollegialentscheidungen und den Tätigkeitsentscheidungen und den Tätigkeiten mit speziellem Sachwissen einzelne Stimmen, die die Weisungsfreiheit aus der Natur der Sache rechtfertigen wollen, äußert sich für die Prüfungsentscheidungen eine recht stattliche Gruppe in diesem Sinne⁶⁹. Dem einschlägigen Schrifttum zur Ministerialfreiheit ist die Unabhängigkeit der Prüfungskommission in der Tat nie problematisch gewesen⁷⁰. Dementsprechend wenig findet sich zur näheren Begründung: die Prüfungsentscheidung habe wertenden, beurteilenden Charakter⁷¹; sie sei höchstpersönlich und unvertretbar⁷².

Differenzierter ist das Bild im prüfungsrechtlichen Schrifttum. Neben Stimmen, die von der notwendigen, wesensmäßigen Unabhängigkeit der Prüfungsausschüsse ausgehen⁷³, finden sich hier auch differenzierende und skeptische Stimmen⁷⁴. Häufig steht dabei allerdings weniger die Weisung als die nachträgliche Änderung der Prüfungsentscheidung durch die vorgesetzte Stelle im Vorder-

69) *Loening*, DVBl. 1954, 175; *Kipp*, DÖV 1957, 519; *Dahlgrün*, in: Demokratie und Verwaltung, S. 320; *Zimmer* S. 286 f.; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 340, 442 m.w.N.; *Fichtmüller*, AöR 1966, 310 und *Bull*, AK GG, Art. 86 Rn. 28 gehen daneben von gewohnheitsrechtlicher Geltung der Weisungsfreiheit aus. – Außer acht bleiben hier Begründungen der Weisungsfreiheit, die sich auf Art. 5 III GG stützen.

70) *Füsslein* S. 192.

71) *Ossenbühl* Verwaltungsvorschriften, S. 340, 442; *Fichtmüller*, AöR 1966, 310; *Zimmer* S. 287; *Bull*, AK GG, Art. 86 Rn. 28; ausführlich *Loening*, DVBl. 1954, 175.

72) *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 340; a.A. *Roellecke*, DÖV 1985, 860.

73) BVerwG, Urt. v. 14.7.1961 – VII C 25.61 –, BVerwGE 12, 359 (363); Beschl. v. 23.2.1962 – VII B 21.61 –, BVerwGE 14, 31 (34).

74) *Fuß*, VVDStRL 23, 225 f.; OVG Münster, Urt. v. 14.12.1962 – V A 834/62 –, OVG 18, 194 (196); *Eiselt*, DÖV 1981, 825; *Ossenbühl*, DÖV 1977, 812; *Ossenbühl*, DVBl. 1982, 1163 f.

grund der Überlegungen. Neben dem beurteilenden und wertenden Charakter der Prüfungsentscheidung⁷⁵ sowie ihrer Höchstpersönlichkeit und Unvertretbarkeit⁷⁶ werden hier als Gründe für den Ausschluß von Eingriffen der Aufsichtsbehörde die Qualifikation der Prüfer⁷⁷, die Unmöglichkeit der Entscheidung ohne Kenntnis der ja unwiederholbaren Prüfungssituation⁷⁸ und die Chancengleichheit der Prüflinge⁷⁹ genannt.

Bereits unter Ziff. 1.4.3.3 wurde gezeigt, daß der Gesichtspunkt der Sachkunde oder der fachlichen Qualifikation nicht geeignet ist, kraft Natur der Sache Weisungsfreiheit zu begründen. Der Hinweis auf die Notwendigkeit der hinreichenden Informiertheit des Anweisenden und die fehlende Reproduzierbarkeit des Prüfungsgeschehens zeigt vielleicht Grenzen der Zulässigkeit von Weisungen für bestimmte Fälle auf, versagt jedoch, wenn der Vorgesetzte die erforderlichen Kenntnisse, etwa durch Teilnahme an der Prüfung oder hinreichend genaue Aufzeichnungen hat⁸⁰. Daß die für eine Weisung zur Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung nötigen Kenntnisse nur ausnahmsweise oder stichprobenhaft vorhanden sein werden, ist schwerlich ein Gegenargument gegen die Weisungsbefugnis an sich. Unzweifelhaft ist ja auch der Innenminister gegenüber dem Polizeibeamten beim Verkehrslenkungseinsatz auf der Kreuzung weisungsbefugt.

Daß angesichts der Unmöglichkeit, alle Prüflinge durch dieselben Prüfer zu prüfen, die Chancengleichheit erforderne, daß „alle Prüfer in gleicher Weise nur ihrem eigenen Gewissen und nicht den verschiedenen Einflüssen außenstehender Dritter ausgesetzt sind“⁸¹, ist nicht einzusehen. Die Vielzahl der Prüfer macht eine egalisierende Aufsicht im Gegenteil erforderlich⁸².

Gegen den von der Rechtsprechung und im Anschluß daran von *Ossenbühl* angeführten Gesichtspunkt der Höchstpersönlichkeit des Prüfungsvorgangs als einer bewertenden, beurteilenden Entscheidung hat *Pietzcker* eingewandt, damit werde unversehens das intuitive, vielleicht auch irrationale Moment der Prüfungsentscheidung zum Postulat; nicht die Sicherung der richtigen Entscheidung, sondern der persönlichkeitsbedingten Entscheidung werde damit zum Hauptproblem⁸³. Von größerem Gewicht erscheint noch ein anderer Einwand: Es ist nicht ersichtlich, warum die höchstpersönliche Entscheidung des Prüfers besser sein soll als die des Vorgesetzten.

Der Argumentation, die Prüfungsentscheidung sei kraft Natur der Sache weisungsfrei, fehlt es jedenfalls an der nötigen Stringenz. Das Bundesverfassungsge-

75) BVerwG, Urt. v. 14.7.1961 a.a.O.; *Gubl* S. 158 f.

76) BVerwG, Urt. v. 14.7.1961 a.a.O.; BVerwG, Beschl. v. 23.2.1962 a.a.O.; *Niebues* S. 289; *Gubl* S. 158; *W. Müller*, JuS 1985, 503.

77) *Pietzcker* S. 107; *Niebues* S. 287.

78) *Pietzcker* S. 107; *Niebues* S. 289; *Zimmer* S. 287.

79) BVerwG, Beschl. v. 23.2.1962 a.a.O.; *Niebues* S. 289 f.; *Gubl* S. 159.

80) Das wird wohl auch im Schrifttum gesehen; vgl. etwa *Niebues* S. 395 („selbst wenn es gelingen sollte, diese faktischend Grenzen ... zu überwinden“)

81) *Gubl* S. 159.

82) *Eiselt* DÖV 1981, 824.

83) *Pietzcker*, Anforderungen, S. 107.

richt hat das Bestehen eines Meinungsstreits als Indiz gegen die Berechtigung eines Schlusses aus der Natur der Sache angesehen und gemeint, solche Argumente versagten, wenn sich auch andere Lösungen mit beachtlichen Gründen rechtfertigen ließen⁸⁴. In einem Urteil aus dem Jahre 1962 hat das OVG Münster die Weisungsgebundenheit von Prüfungskommissionen in einer Weise vertreten, die die Rechtfertigung der Weisungsfreiheit aus der Natur der Sache deshalb fortan ausschließen müssen: „Es wäre ein Unding, dem Schulkollegium als der zuständigen Aufsichtsbehörde hier die Befugnis abzusprechen, eine Fachaufsicht über die Einzelbewertungen und auch die abschließenden Bewertungen durch die Prüfungsausschüsse auszuüben. Nur durch die Wahrnehmung dieser Aufsichtsbefugnis kann die erforderliche Koordinierung der Maßstäbe sichergestellt werden und nur so können die vielen auf fachlicher oder auch rein menschlicher Unzulänglichkeit beruhenden Fehler in etwa ausgeglichen werden. Es spricht nichts dafür, in Abkehr von althergebrachter und bewährter Auffassung die Weisungsbefugnis der Schulaufsichtsbehörde auf Einzelmaßnahmen im Unterricht und Bewertungen durch einzelne Lehrer zu beschränken und die Kollegialentscheidungen der auf der Oberprima unterrichtenden Lehrer unter dem Vorsitz des Anstaltsleiters oder des Dezerenten des Schulkollegiums, also des Reifeprüfungsausschusses davon auszunehmen.“⁸⁵

1.4.4 Die Differenzierung nach der politischen Tragweite

Im Vergleich zu den soeben diskutierten Rechtfertigungen gesetzlicher Beschränkungen der ministeriellen Leitungsbefugnis aufgrund des „vorrechlichen Gesamtbildes“ oder mit Hilfe der Natur der Sache hat im Schrifttum eine Auffassung ungleich größere Verbreitung, die bei der Zulässigkeit weisungsfreier Räume nach der politischen Tragweite der Aufgabe differenziert, für die die Leitungsbefugnis beschränkt werden soll¹. Diese Auffassung beruft sich u.a. auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der zulässige und unzulässige weisungsfreie Räume nach diesem Kriterium unterschieden werden². Bevor die Eignung der politischen Tragweite als Abgrenzungskriterium (Ziff. 1.4.4.2) sowie die dieser Auffassung zugrundeliegende Annahme und ihre Berechtigung (1.4.4.3) diskutiert werden, soll deshalb auf diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts näher eingegangen werden.

84) BVerfG, Beschl. v. 10.5.1960 – 2 BvO 6/56 -, BVerfGE 11, 89 (98 f.).

85) Urt. v. 14.12.1962 – V A 834/62 -, OVG 18, 194 (196).

1) *Roller* S. 137; *Vorbrugg* S. 256; *Klein*, Problematik, S. 214; *Stern*, Staatsrecht II, § 41 IV 10 b; *Broß*, in: *Münch*, GG-Kommentar, Art. 86 Rn. 15; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 444; *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung, S. 220.

2) Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 -, BVerfGE 9, 268 ff; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 20.6.1967 – 2 BvL 10/64-, BVerfGE 22, 106 (113).

1.4.4.1 Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27. April 1959

Die §§ 59 – 61 des Bremischen Personalvertretungsgesetzes vom 3. Dezember 1957 sahen die verbindliche Entscheidung einer unabhängigen, vertraulich tagenden Einigungsstelle für die Fälle vor, bei denen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten eine Einigung zwischen dem Personalrat und dem Leiter der Dienststelle nicht zu erreichen war. Mitbestimmungspflichtig waren nach dem Personalvertretungsgesetz alle sozialen und personellen Angelegenheiten der öffentlichen Bediensteten. Gegen diese Regelung rief der Bremer Senat das Bundesverfassungsgericht an, dessen Zweiter Senat am 27. April 1959 feststellte, daß die §§ 59 – 61 insoweit nichtig seien, als sie personelle Angelegenheiten der Beamten betrafen³.

Diese Entscheidung hatte auch eine verfassungsgerichtliche Vorgeschichte⁴. Die bereits erwähnte⁵ Entscheidung des vorläufigen Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich vom 14. Juni 1922 hatte den Entwurf einer ähnlichen Regelung für unvereinbar mit der damaligen bremischen Verfassung erklärt⁶. Der Entwurf der dann 1959 dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorliegenden Vorschriften war Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bremer Staatsgerichtshof, der ihn mit vier gegen drei Stimmen für verfassungsgemäß hielt⁷. Die dissentierenden Richter Raschofer, Rohwer-Kahlmann und Werner Weber⁸ legten ihre Auffassung in einem ausführlichen Sondervotum dar⁹.

Das Bundesverfassungsgericht stützte seine Nichtigerklärung auf Verstöße gegen Art. 28 I GG und Art. 33 V GG. Von den Prinzipien, die nach Art 28 I 1 GG für die Länder verbindlich seien, sei nicht die Gewaltenteilung, wohl aber der Grundsatz des demokratischen Rechtsstaats verletzt. Die Entscheidung über Einstellung, Beförderung, Versetzung und sonstige personelle Angelegenheiten der Beamten habe solches politisches Gewicht, daß sie nicht generell der selbständigen politischen Entscheidungsgewalt und damit der Verantwortung der Regierung entzogen werden dürfe, die zwingendes Gebot der demokratischen rechtsstaatlichen Verfassung sei¹⁰. Die personellen Angelegenheiten der Angestellten und Arbeiter und die sozialen Angelegenheiten seien dagegen nicht von solchem Gewicht¹¹. Art. 33 V GG werde verletzt, weil die bremischen Regelungen den Beamten von anderen Stellen als den ihm vorgesetzten Dienstbehörden

abhängig machten¹². Im Ergebnis hat die Entscheidung vor allem wegen der Beschränkung auf die Beamten Kritik gefunden.^{12a}

Ob die Herleitung dieser Ergebnisse durch das Bundesverfassungsgericht überzeugend ist, soll hier noch dahinstehen¹³. Im Zusammenhang mit der in Art. 65 S. 2 GG niedergelegten ministeriellen Leitungsbefugnis und der Vereinbarkeit weisungsfreier Räume in der Bundesverwaltung mit ihr, soll hier lediglich die Frage nach dem Argumentationswert des Urteils für die Entscheidung über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit weisungsfreier Räume in der Bundesverwaltung nachgegangen werden.

Das Bundesverfassungsgericht hatte die Regelung des bremischen Personalvertretungsgesetzes ausschließlich an den auch für die Gesetzgebung der Länder maßgeblichen Vorschriften des Grundgesetzes zu messen. Die ausschließlich für den Bundesgesetzgeber verbindlichen Vorschriften des Grundgesetzes mußte es ebenso außer Acht lassen wie die bremische Verfassung. Das Urteil enthält demnach – abgesehen von den Ausführungen zu Art. 33 V – ausschließlich Ausführungen dazu, in welchen Fällen die Länder bei der Etablierung weisungsfreier Räume gegen das „Minimum an Homogenität“¹⁴ verstößen, das Art. 28 I 1 GG ihnen abverlangt. Die Beachtung dieses bundesverfassungsrechtlichen Minimums sagt nichts darüber, ob auch die Regelungen, die die Prinzipien des Art. 28 I 1 GG in der jeweiligen Landesverfassung ausformen, beachtet wurden.

Für die bundesgesetzliche Schaffung weisungsfreier Räume in der Bundesverwaltung ist das Urteil unmittelbar nur im Hinblick auf Art. 33 Abs. 5 GG einschlägig. Art. 28 I 1 GG bindet nicht den Bund bei seiner Gesetzgebung. Allerdings wird man die zu Art. 28 I 1 GG gemachten Aussagen ohne weiteres auf die in Art. 20 GG niedergelegten Prinzipien übertragen können, die mit den in Art. 28 I 1 GG genannten identisch sind. Allerdings markiert Art. 20 GG nur eine äußerste, auch der Grundgesetzmänderung gezogene Grenze (Art. 79 III GG). Was mit diesen Grundsätzen vereinbar ist, kann durchaus gegen die Ausformung dieser Grundsätze im organisatorischen Teil des Grundgesetzes verstößen. Der Hinweis auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist deshalb nicht geeignet, die Vereinbarkeit einer Regelung etwa mit Art. 65 S. 2 GG zu begründen, auch wenn man die dort entwickelten Grundsätze im Ergebnis für richtig halten wollte. Der Beschuß des Bundesverfassungsgerichts über die Steuerausschüsse¹⁵ ist also alles andere als überzeugend begründet, wenn er darlegt, die Steuerausschüsse seien nach den im Urteil zum bremischen Personalvertretungsgesetz entwickelten Maßstäben mit dem Prinzip des demokratischen Rechtsstaates i.S.d. Art. 28 I 1 GG vereinbar. Daß „die Errichtung weisungsfreier, mit Entscheidungskompetenz ausgestatteter Steuerausschüsse verfassungsrechtlich einwandfrei“ ist¹⁶, steht danach keineswegs fest.

3) Vgl. das Urteil a.a.O. S. 270 f.; Püttner (DVBl. 1984, 167) nimmt an, mit der Bezirksvertretungsentcheidung (Beschl. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134/76 -, BVerfGE 253 ff) habe das BVerfG seine Rechtersprechung zur „politischen Tragweite“ aufgegeben. Die Entscheidung betrifft indessen wohl eine andere verfassungsrechtliche Materie als das Urteil zum bremischen Personalvertretungsgesetz.

4) Vgl. Partsch, JZ 1960, 23.

5) Siehe oben Ziff. 1.4.2.2.

6) Entsch. v. 14.6.1922 – St 6/21 -, Lammers/Simons, Bd. IV, S. 288 ff.

7) – St 1/56 -, ZBR 1957, 234 ff.

8) Fichtmüller, AÖR 1966, 300 N 15.

9) ZBR 1957, 237 ff.

10) BVerfG a.a.O. S. 281 f.

11) BVerfG a.a.O. S. 284 f.

12) BVerfG a.a.O. S. 286 f.

12a) Vogel, MDR 1959, 896; Partsch, JZ 1960, 24; Grabendorff, ZBR 1959, 171 f.

13) Siehe unten Ziff. 3. – Ziff. 5.

14) Dazu Stern, Staatsrecht I, § 19 III 5 c.

15) v. 20.6.1967 – 2 BvL 10/64 -, BVerfGE 22, 106.

16) a.a.O. S. 113.

1.4.4.2 Die politische Tragweite als Abgrenzungskriterium

Die wohl auf *Gross*¹⁷ zurückgehende Abgrenzung zulässiger und unzulässiger weisungsfreier Räume nach der politischen Tragweite ist im Schrifttum kritisiert worden. Sie sei „wenig geeignet, der staatsrechtlichen Praxis einen brauchbaren Anhalt“¹⁸ zu geben, weil sie „wenig handfest“¹⁹ und sogar „äußerst unbestimmt“ sei²⁰. In der Tat weichen die auf der Grundlage dieser Auffassung erzielten Ergebnisse deutlich und kaum vorhersehbar voneinander ab²¹. Die Ursache dafür liegt wohl weniger im mangelnden Einverständnis darüber, wie der Begriff „politisch“ zu verstehen ist²². Die Schwierigkeit resultiert vielmehr daraus, daß die Einschätzung der politischen Bedeutung oder Tragweite je nach Umständen und Betrachter unterschiedlich ausfällt²³. Die Probleme werden auch kaum geringer, wenn man nicht auf die einzelne Angelegenheit abstellt, sondern danach fragt, ob die Aufgabe regelmäßig oder typischerweise von politischer Bedeutung ist²⁴. Auch die Einschätzung der regelmäßigen oder typischen Bedeutung einer Aufgabe kann sich etwa mit den Umständen schnell wandeln. Auch ist kaum einsehbar, daß eine Entscheidung von großer politischer Bedeutung dem Einfluß der Regierung entzogen werden darf, weil Entscheidungen dieser Art regelmäßig nicht so bedeutend sind.

Das Abgrenzungskriterium der politischen Tragweite ist aber nicht nur wegen seiner Unbestimmtheit problematisch. Für seine Ablehnung ist in einem Teil des Schrifttums wohl der Gesichtspunkt mitbestimmend, daß es zu unbefriedigenden Ergebnissen führt²⁵. Daß z.B. die währungspolitischen Entscheidungen der Bundesbank von großer politischer Tragweite sind, läßt sich schwerlich bestreiten. Wendet man das Kriterium der politischen Tragweite konsequent an, kommt man deshalb zur Verfassungswidrigkeit der der Bundesbank eingeräumten Weisungsfreiheit²⁶. Dieses Ergebnis vermeidet, wer nicht auf die Bedeutung der weisungsfrei gestellten Aufgabe, sondern auf das Gewicht der Gründe abstellt, die für die Weisungsfreiheit sprechen²⁷, oder darauf, ob eine zusammen-

17) JZ 1958, 71.

18) *Grabendorff*, ZBR 1959, 171; ähnlich *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 438 N 103.

19) *E. Klein*, JuS 1974, 364.

20) *Seebode*, DVBl. 1968, 178; ähnlich auch *Füsslein* S. 325 f; von *Mangoldt/Klein*, Anm. VIII 3 vor Abschn. VIII.

21) Vgl. einerseits die Entscheidung des BVerfG zum Bremer Personalvertretungsgesetz, andererseits *Partsch*, JZ 1960, 24; siehe auch die Einschätzung der Prüfungsausschüsse für Kriegsdienstverweigerer und der Musterungsausschüsse bei *Gross*, JZ 1958, 71. Treffend *Seebode*, 1968, 178.

22) Vgl. *Roller* S. 138 und *Stern*, Staatsrecht I, § 1 V 2; zum Begriff des Politischen vgl. etwa *Frotscher* S. 229 ff m.w.Nachw.

23) *Karebnke*, DVBl. 1974, 102; *Füsslein* S. 325 f.; *Stern*, Staatsrecht I, § 1 V 2 a spricht davon, das Politische sei nicht „isolierbar“.

24) So *Roller* S. 138; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 206.

25) So empfiehlt sich die im Kommentar von *von Mangoldt/Klein* vertretene Auffassung mit dem ausdrücklichen Hinweis, sie ermöglichte es, „auch politisch bedeutsame Angelegenheiten der Ministerialfreiheit zu überantworten“ (Anm. VIII 3 vor Abschn. VIII).

26) *E. Klein*, Problematik, S. 215; *Faber*, Bundesbankautonomie, S. 62; *Vorbrugg* S. 297 ff; das BVerwG hat die Abgrenzungsformel des BVerfG dementsprechend modifizieren müssen: Urt. v. 29.1.1973 – I C 38.68 -, NJW 1973, 1338 f.

27) von *Mangoldt/Klein*, Anm. VIII 3 vor Abschn. VIII; *Obermayer*, Grundzüge, S. 24.

fassende Leitung der Politik durch die Regierung noch möglich ist²⁸. Auch diese Abgrenzungen sind aber alles andere als präzise²⁹.

Der entscheidende Einwand gegen all diese Abgrenzungsversuche bezieht sich aber nicht auf ihre Exaktheit. Er richtet sich vielmehr dagegen, daß sie voraussetzen, daß die verfassungsrechtliche Zuweisung der Leitungsbefugnis an die Regierung unter einem Gesetzesvorbehalt steht. Diese Basisannahme bedürfte einer Begründung³⁰, unabhängig davon, ob man die Leitungsbefugnis unmittelbar dem Art. 65 S. 2 GG entnimmt, wie das hier vertreten wird, oder ob man annimmt, der Grundsatz der Leitungsbefugnis sei der Gesamtregelung des Grundgesetzes zu entnehmen. Die Basisannahme von der Einschränkbarkeit der Leitungsbefugnis durch Gesetz findet sich in recht unterschiedlichen Ausprägungen. Von der nicht weiter begründeten Behauptung, es „wäre wohl eine Überspitzung“ des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Leitungsbefugnis, wenn man annehmen wollte, er solle „sogar“ einer gesetzlichen Einwirkung entzogen werden³¹, reicht die Spannbreite der Meinungen bis zu der Annahme, es handele sich lediglich um einen Grundsatz, von dem die Verfassung Ausnahmen zulasse³². Derselbe Gedanke liegt dem „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ zugrunde, das nach einer jüngeren Auffassung gewahrt bleiben muß³³. Vergleichsweise ausführlich formuliert *Maunz*, wenn er feststellt, die „stillschweigende Anerkennung des hierarchischen Einzelweisungsrechts“ dürfe nicht mit seiner Garantie verwechselt werden, nach „allgemeinem Recht“ könne es durch einfaches Bundesgesetz ausgeschlossen werden³⁴.

In der Tat wäre das juristische Problem des weisungsfreien Raumes auf die Frage reduziert, wie man diese Durchbrechung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung begrenzen kann³⁵, wenn man anerkennt, daß gesetzliche Durchbrechungen überhaupt zulässig sind. Daß die vom Grundgesetz getroffene Zuständigkeitsregelung aber auch für den Gesetzgeber verbindlich ist, die zugewiesenen Kompetenzen – wenn man so will – garantiert sind³⁶, hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1952 ausgesprochen: „Nach Art. 65 GG bestimmt der Bundeskanzler die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Minister seinen Geschäftsbereich selbstständig und in eigener Verantwortung. Die Rechtsvermutung spricht für

28) *Fichtmüller*, AÖR 1966, 353.

29) das räumt von *Mangoldt/Klein*, Anm. VIII 3 vor Abschn. VIII selbst ein.

30) So zu Recht *E. Klein*, JuS 1974, 364; *Füsslein* S. 324 f.; *Seebode*, DVBl. 1968, 177.

31) *Deppisch*, DÖV 1954, 242; ähnlich *Bachof*, Wehrpflichtgesetz, S. 48.

32) *Evers*, Staat 1964, 52; *Bauer*, in: von *Münch*, GG-Kommentar, Art. 88 Rn. 25.

33) von *Mangoldt/Klein*, Anm. VIII 3 vor Abschn. VIII; *Stern*, Staatsrecht II, § 41 IV 10 b; ähnlich *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung, S. 223 und unter Berufung auf ihn *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 161; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 446 spricht davon, die Errichtung weisungsfreier Räume stehe „im Ermessen“ des Gesetzgebers.

34) in: *Maunz/Dürig*, Art. 86 Rn. 13.

35) Dazu siehe auch *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 126.

36) *Erichsen*, Staatsrecht II, S. 87; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 65 Rn. 9 geht offenbar davon aus, daß die Leitungsbefugnis gem. Art. 93 I Nr. 1 GG wehrfähig ist und will in *Maunz/Dürig*, Art. 88 Rn. 19 weisungsfreie Räume nur aufgrund verfassungsrechtlicher Zulassung als rechtmäßig anerkennen.

die Ausschließlichkeit dieser ausdrücklich statuierten Zuständigkeit der Regierung.“³⁷

1.4.4.3 Versuche der Begründung eines gesetzgeberischen Zugriffsrechts

Für die Begründung der gesetzlichen Beschränkbarkeit der Leitungsbefugnisse werden im Schrifttum zwei Vorschläge gemacht: *Fichtmüller* argumentiert, die Staatsleitung, deren Bestandteil die Leitung der Verwaltung sei, könne schon im Verhältnis zu den übrigen Verfassungsorganen nicht als Alleinberechtigung der Regierung angesehen werden. Dem Parlament sei es gestattet, der Regierung Exekutivbefugnisse zu entziehen. Die Bundesregierung habe kein Staatsleitungsmonopol³⁸.

Eckart Klein nimmt im Anschluß an *Böckenförde* ein Zugriffsrecht des Parlaments auf die grundsätzlich der Regierung zustehende Organisationsgewalt an, hält aber anders als *Böckenförde* auch die Schaffung weisungsfreier Räume für zulässig³⁹.

Die Stichworte Staatsleitung und Organisationsgewalt weisen auf zwei benachbarte Problemkomplexe hin, die beide Gegenstand staatsrechtlicher Diskussion waren und sind. In beiden Bereichen geht es vor allem darum, in Auseinandersetzung mit älteren Vorstellungen zu klären, ob und inwieweit das Parlament Entscheidungen treffen oder an Entscheidungen mitwirken darf, die von Haus aus Sache der Regierung sind oder als Sache der Regierung angesehen wurden.

Heute besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß die Staatsleitung Sache von Regierung und Parlament ist, wobei das Parlament seine Staatsleitungsfunction überwiegend durch Ausübung seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen wahrnimmt und nur vereinzelt darüber hinausgehende Entscheidungszuständigkeiten angenommen werden. Weniger klar ist, was unter Staatsleitung zu verstehen ist⁴⁰. Die Organisationsgewalt⁴¹ kommt nach heutiger Auffassung nicht als solche einer bestimmten Staatsfunktion zu, sondern unterliegt der Zuständigkeitsverteilung durch die Verfassung, so daß sich Bereiche ausschließlicher Zuständigkeit von Regierung und Parlament ebenso finden wie Bereiche, in denen dem Parlament ein Zugriffsrecht zusteht⁴².

Die von *Fichtmüller* und *E. Klein* angeführten Argumente geben keine Antwort auf die Frage, ob der Gesetzgeber in Abweichung von der Zuständigkeitsverteilung

der Verfassung weisungsfreie Räume schaffen darf. Daß die Entscheidung über die Errichtung weisungsfreier Räume, wenn sie zulässig ist, nicht Sache der Regierung, sondern des Gesetzgebers ist, ist nicht problematisch⁴³. Es geht nicht um die Frage, wer diese Entscheidung zu treffen hat, sondern darum, ob sie so überhaupt getroffen werden darf. Die Vorschriften des Grundgesetzes binden den Gesetzgeber bei seinen Entscheidungen ebenso wie die Regierung (Art. 28 III GG). Der Nachweis, daß die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Errichtung des weisungsfreien Raumes dem Parlament zusteht, besagt nichts darüber, ob die Zuständigkeit, die Gegenstand der Entscheidung ist, zur Disposition des Parlaments steht. Die Zulässigkeit gesetzlicher Durchbrechung der Leitungsbefugnis kann so nicht begründet werden⁴⁴. Seine ihm aufgrund des Vorrangs des Gesetzes zukommende „innenpolitische Schlüsselrolle“⁴⁵ kann der parlamentarische Gesetzgeber dazu benutzen, anstelle der Regierung selbst zu entscheiden, nicht aber dazu, die Entscheidungszuständigkeiten der Regierung auf dritte Stellen zu übertragen. Der Vorrang des Gesetzes gewährt dem Gesetzgeber nur das Recht, „die Probleme beliebiger politischer Materien in Gesetzesform von sich aus zu regeln“,⁴⁶ ermächtigt ihn aber nicht, die Regelungsbefugnisse auf Dritte zu delegieren⁴⁷; eine entsprechende Ermächtigung enthält allein Art. 80 I GG für den Erlass von Rechtsverordnungen und hier beschränkt das Grundgesetz den Kreis möglicher Delegatare im Bereich des Bundes auf die Bundesregierung und die Bundesminister.

1.4.5 Die Rechtfertigung von Einschränkungen der Leitungsbefugnis mit Rücksicht auf kollidierende Verfassungsrechtsgüter

Eine generelle Rechtfertigung für gesetzliche Beschränkungen der Leitungsbefugnis, also für von der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung insoweit abweichende Zuständigkeitsregelungen, ist bisher nicht überzeugend gelungen. Sie dürfte bei unverändertem Normenbestand des Grundgesetzes auch künftig nicht möglich sein. Damit ist über die einzelnen weisungs- und unterrichtungsfreien Räume aber keineswegs das verfassungsrechtliche Verdikt gesprochen. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß eine solche gesetzliche Regelung im Einzelfall zuzulassen ist⁴⁸, weil anderenfalls andere Verfassungsrechtsgüter beeinträchtigt würden.

Dieser Gedanke liegt nahe, weil zahlreiche weisungsfreie Räume in grundrechtsnahen Bereichen errichtet wurden oder die entsprechenden Aufgaben in enger Verbindung zu anderen verfassungsrechtlich geschützten Positionen stehen: So wird die Bundesbank im Bereich der Sicherung des gesamtwirtschaftlichen

37) Urt. v. 29.7.1952 - 2 BvE 2/51 -, BVerfGE 1, 372 (394) unter Berufung auf *Thoma*, in: HdbDStR II, S. 149; zu der Entscheidung vgl. *Köttgen*, AÖR 1965, 212.

38) *Fichtmüller*, AÖR 1966, 352.

39) *E. Klein*, Problematik, S. 210 ff; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 88, 106.

40) Vgl. *Stern*, Staatsrecht II, § 22 III 4; *Magiera*, Staatsleitung; *Vitzthum*, Parlament und Planung, S. 257 ff; aus dem älteren Schrifttum: *Friesenhahn*, VVDStRL 16, 37 ff; *Scheuner*, Festschrift Smend, S. 284 ff.

41) Zum Begriff vgl. etwa *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 21 ff (38); *Erichsen/Knoke*, DÖV 1985, 54 m.w.N.

42) *Schmidt-Aßmann*, Festschrift Ipsen, S. 351; *Erichsen/Knoke*, DÖV 1985, 54 m.w.N.; ähnlich *Degenhart*, NJW 1984, 2190.

43) Siehe oben Ziff. 1.

44) Im Ergebnis ebenso *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 106, 287 f.

45) *Köttgen*, AÖR 1965, 217 f.

46) *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 65 Rn. 32 (Hervorhebung im Original), siehe auch Rn. 34; insoweit auch *Brohm*, Festschrift Forsthoff, S. 68.

47) Vgl. auch *Leisner*, Mitbestimmung, S. 46 N 111.

48) In diese Richtung auch von *Mangoldt/Klein*, Vorbem. III 3 vor VIII.

chen Gleichgewichts tätig⁴⁹, die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften in dem der Pressefreiheit (Art. 5 I, III GG), der Bundespersonalausschuß im Bereich der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 V GG)⁵⁰ und die Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer im Bereich des Art. 12 a GG.

Bei der Regelung eines Lebenssachverhalts auftretende Kollisionen zwischen verschiedenen verfassungsrechtlichen Normen müssen im Interesse der Wahrung der Einheit der Verfassung nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz gelöst werden. Ziel ist die Optimierung der kollidierenden Güter durch verhältnismäßige Zuordnung⁵¹. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat solche Konflikte zwischen verschiedenen Grundrechten⁵², zwischen Grundrechten und anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtsgütern⁵³, zwischen Grundrechten und Strukturprinzipien der Verfassung⁵⁴ sowie zwischen Organisationsregelungen und Grundrechten⁵⁵ anerkannt. Die Anwendung dieser Grundsätze ist aber keineswegs auf Konflikte mit „Grundrechtsbeteiligung“ beschränkt; weil das Interpretationsziel, die Einheit der Verfassung zu wahren, für jede Verfassungsinterpretation gültig ist, ist das Prinzip der praktischen Konkordanz überall zu beachten, wo verschiedene verfassungsrechtliche Normen im praktischen Einzelfall zu kollidieren drohen⁵⁶. So wird als geradezu klassischer Fall einer solchen Kollisionslage das Verhältnis von Art. 21 und 38 GG beim sogenannten Fraktionszwang angesehen⁵⁷. Wenn die kollidierenden Güter einander verhältnismäßig zugeordnet werden sollen⁵⁸, die gegenseitigen Beschränkungen also den Grundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität genügen müssen⁵⁹, ist damit auch die Wertung des Interpreten gefordert. Zugleich ist damit aber für die Beantwortung der Fragen, die sich aus der Durchbrechung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die gesetzliche Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume ergeben, ein Argumentationsraster vorgegeben, das diese Wertung aufdeckt und nachprüfbar macht.

Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume sind aber nicht allein im Hinblick auf die Leitungsbefugnis, sondern auch wegen anderer verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte problematisch. Im folgenden geht die Untersuchung auf die Anforderungen ein, die sich aus dem demokratischen Charakter der grundgesetzlichen Ordnung ergeben.

49) *Stern*, Staatsrecht II, § 35 V 6 b rechtfertigt ihre Weisungsfreiheit mit Hinweis auf Art. 109 II GG.
50) Vgl. *Thieme*, in: Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 433.

51) *Hesse*, Grundzüge, Rn. 72; *Schnapp*, JuS 1978, 733 f.; *Erichsen*, Staatsrecht I, WissR 1974, 186.

52) z.B. BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 184/54 –, BVerfGE 7, 230 (235 ff); Urt. v. 5.6.1973 – 1 BvR 536/72 –, BVerfGE 35, 202 (219 ff).

53) z.B. BVerfG, Beschl. v. 26.5.1970 – 1 BvR 83, 244, 345/69 –, BVerfGE 28, 243 (261).

54) z.B. BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvR 988/75 –, BVerfGE 44, 353 (373); BVerfG, Beschl. v. 13.1.1982 – 1 BvR 848/77 –, BVerfGE 59, 231 (268).

55) BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11, 15/83 –, DVBl. 1984, 827 (832); zum Verhältnis von Art. 35 GG und dem grundrechtlichen Geheimnisschutz vgl. *Schnapp*, NJW 1980, 2165 f.

56) Das Bundesverfassungsgericht schränkt das Beweiserhebungsrecht des Untersuchungsausschusses auch mit Rücksicht auf den „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ ein (BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 a.a.O. S. 830).

57) *Ehmke*, VVDSRL 20, 86.

58) *Hesse*, Grundzüge, Rn. 72.

59) *Wittig*, DÖV 1968, 817 ff; *Gentz*, NJW 1968, 1600 ff; *Jakobs*, DVBl. 1985, 97 ff.

2. Die demokratische Legitimation

2.1 Vorüberlegungen

Daß Weisungsfreiheit und Unterrichtungsfreiheit in einem demokratisch verfaßten Regierungssystem nicht allein eine Frage der Beeinträchtigung von Regierungsbefugnissen sind, sondern auch eine Frage der Beeinträchtigung der „Demokratie“, liegt auf der Hand. Die Beschränkung der Regierungsbefugnisse beschränkt auch die Befugnisse dessen, der die Regierung einsetzt. Die durch die Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit bewirkte Auflösung oder Lockerung des hierarchisch-monokratischen Zusammenhangs ist in der Demokratie besonders problematisch, weil die hierarchisch-monokratische Verwaltung „die komplementäre Figur des demokratischen Willensbildungsprozesses“ ist, wie *Theodor Eschenburg* gesagt hat¹. Der von den demokratischen Organen einmal gebildete Wille, muß möglichst exakt durchgeführt werden, was durch die hierarchisch-monokratische Organisation der Verwaltung am besten gewährleistet ist. So weit demokratisch bereits entschieden ist, gibt es bei der Ausführung keinen Raum für eine weitere zusätzliche Willensbildung in diesen Organen.

Mit solchen allgemein gehaltenen Feststellungen ist der Lösung der verfassungsrechtlichen Frage, ob Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit zulässig sind, indessen wenig gedient, weil das Verfassungsrecht es nicht mit der Demokratie schlechthin, sondern mit der ganz konkreten Demokratie zu tun hat, wie sie im Grundgesetz ausgeformt ist². Es kommt deshalb darauf an, die Frage, welche Anforderungen das Grundgesetz unter dem Aspekt der Demokratie an die Organisation der Verwaltung stellt, zu beantworten. Dieses Thema wird in der Regel unter dem Stichwort der demokratischen Legitimation erörtert.

Den Ausgangspunkt soll ein Überblick über einige wichtige Beiträge zum Thema der demokratischen Legitimation im jüngeren Schrifttum (Ziff. 2.2) und in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Ziff. 2.3) bilden. Die anschließende Erörterung konzentriert sich auf vier Fragen: Was ist unter demokratischer Legitimation zu verstehen und wo im Grundgesetz ist sie geregelt (Ziff. 2.4)? Wozu muß demokratisch legitimiert werden (Ziff. 2.5)? Wie wird demokratisch legitimiert (Ziff. 2.6)? Wer kann demokratisch legitimieren (Ziff. 2.7)? Dabei wird sich zeigen, ob das Prinzip der Demokratie, wie es im Grundgesetz ausgeformt ist, wirklich so substanzschwach ist, daß sich aus ihm praktikable Entscheidungsleitlinien nicht gewinnen lassen³.

1) *Eschenburg* S. 696; zu der Affinität zwischen demokratischer Staatsform und hierarchischer Verwaltung vgl. ders. S. 694 ff; diese Vorstellung ist weit verbreitet; unter Berufung auf *Eschenburg* etwa *Wolff/Bachof* II, § 75 II b 2; *Rupp*, DÖV 1958, 374; *Rittstieg*, ZBR 1970, 73; vgl. auch *Leisner*, Demokratie, S. 124 f.

2) Vgl. dazu *Stern*, Staatsrecht I, § 18 II 2 a; *H.H. Klein*, Festschrift Forsthoff, S. 165 f.; *E.Klein*, Problematik, S. 161.

3) So *Ossenbühl*, Mitbestimmung, S. 44; dagegen *H.P.Schneider*, DÖV 1972, 604.

2.2 Die demokratische Legitimation der Verwaltung im jüngeren Schrifttum

2.2.1 Ossenbühl

In seiner Untersuchung „Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz“ hat sich *Ossenbühl* ausgiebig mit der demokratischen Legitimation der Verwaltung befaßt:

Verstehe man unter „demokratischer Legitimation“ die Rechtfertigung, Billigung und Sanktion durch das Volk, könne man nach dem Objekt der Billigung und der Nähe zum Volk Abstufungen und Intensitätsgrade unterscheiden⁴. Nach den Objekten unterscheidet *Ossenbühl* dann die demokratische Legitimation einer Institution als solcher (institutionelle Legitimation), die demokratische Legitimation des personellen Substrats einer Institution (personelle Legitimation) und die demokratische Legitimation der einer Institution zukommenden Funktionen (funktionelle Legitimation). Nach der Intensität der demokratischen Legitimation werde im Hinblick auf die personelle Seite die unmittelbare (direkte) und mittelbare (indirekte) Legitimation unterschieden. Wichtiger sei aber die Unterscheidung zweier qualitativ verschiedener Ebenen der demokratischen Qualifikation, der des *pouvoir constituant* und der der *pouvoirs constitués*. Die institutionelle und regelmäßig auch die funktionelle Legitimation der Staatsorgane, wozu auch das Volk als Aktivbürgerschaft rechne, wurzele in gleicher Weise auf der Ebene des *pouvoir constituant*. Die personelle Besetzung der Staatsorgane sei auf der Ebene der *pouvoirs constitués* in erster Linie Sache des Volkes als Aktivbürgerschaft; es bilde den Bezugs- und Ausgangspunkt personeller demokratischer Legitimation. Je vielfältiger die Stafette zwischen Volk und Staatsorganen werde, um so mehr verflüchtige sich der „natürliche“ Volkswille und damit die Intensität demokratischer Rechtfertigung⁵. Nach dem Grundgesetz sei die vollziehende Gewalt gem. Art. 20 Abs. 2 GG institutionell und funktionell ebenso primär (unmittelbar) demokratisch legitimiert wie die anderen Staatsorgane. Was das Parlament über die anderen heraushebe, sei seine unmittelbare personelle Legitimation, die allerdings durch die ebenfalls verfassungsrechtlich institutionalisierten Parteien mediatisiert werde⁶.

Diese Überlegungen *Ossenbühls* sind geprägt von der Frontstellung gegen den „einseitig auf die personelle Legitimation ausgerichteten Blickwinkel“⁷, der zu der Annahme führe, „daß allein das Parlament, weil vom Volk gewählt, mit demokratischem Öl gesalbt sei und daß ihm deswegen gegenüber der Exekutive der absolute Primat gebühre.“⁸ In der Tat kann mit dem Argument demokratische Legitimation kein parlamentarischer Totalvorbehalt begründet werden⁹,

4) *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 196 f.

5) a.a.O. S. 197 f.

6) a.a.O. S. 197.

7) a.a.O. S. 199.

8) a.a.O. S. 196.

9) a.a.O. S. 207.

denn auch die Organe der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung sind als Institutionen und in ihrer Funktion demokratisch legitimiert,^{9a}

Allerdings ist das Handeln der Verwaltung nicht schon deshalb demokratisch legitimiert, weil das Grundgesetz die vollziehende Gewalt und die sie wahrnehmenden Organe institutionell vorsieht und ihnen die Funktion „verwalten“ zuordnet. Überspitzt formuliert, ist Verwaltung nach dem Grundgesetz nicht schon demokratisch legitimiert, weil sie verwaltet¹⁰. Deshalb erkennt auch *Ossenbühl* die Notwendigkeit der personellen demokratischen Legitimation an. In der Abwehr gegen ihre Überbetonung verzichtet er allerdings darauf, ihre Voraussetzungen zu definieren und gelangt deshalb an anderer Stelle zu der Auffassung, „das Demokratiegebot des Art. 20 II GG“ setze „keine unüberwindbaren organisatorischen Barrieren“ oder „fixen Richtpunkte“¹¹.

2.2.2 Brohm

Solche Barrieren und Richtpunkte hat *Brohm* angegeben, der die „Strukturen der Wirtschaftsverwaltung“ auch darauf untersucht hat, ob sie den Erfordernissen für die Legitimation hoheitlichen Handelns genügen. Demokratische Legitimation, wie sie Art. 20 II 1 GG gebietet, besage, daß die Herrschaft den Amtsinhabern vom Volk anvertraut sei und ihre Ausübung ihnen gegenüber verantwortet werde müsse¹². Seinen Inhalt und seine Ausgestaltung erfahre der Grundsatz aus der Gesamtstruktur des Grundgesetzes, wo er für die einzelnen Sachgebiete eine unterschiedliche Ausformung erfahren haben könne¹³. Die Verwaltung bedürfe, soweit sie nicht über eine präzise gesetzliche Ermächtigung verfüge, einer eigenständigen Legitimation im Sinne einer realisierbaren Verantwortlichkeit gegenüber dem „Volk“, insbesondere in einem sich ständig erneuernden Anvertrauen der Herrschaft und einer laufenden Kontrolle durch das Volk. Für eine solche Legitimation sieht *Brohm* zwei Möglichkeiten:

Bei der ersten erfolge die Legitimation über die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem volksgewählten Parlament. Eine eigenständige demokratische Legitimation der Verwaltung könne also nur über die Regierung und nur insoweit gegeben sein, als diese mit Hilfe einer Weisungsbefugnis gegenüber den Verwaltungsstellen auch die volle Verantwortung für deren Handeln zu übernehmen vermöge¹⁴. Fehle die Legitimation über die parlamentarisch verantwortliche Verwaltungsspitze, lasse das Grundgesetz eine eigenständige Legitimation durch demokratische Mitwirkung der Betroffenen, des „Verbandsvolkes“ zu¹⁵.

9a) a.a.O. S. 205, 207; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 80 f.; *Böckenförde/Grawert*, AÖR 1970, 25 f.; BVerfG, Beschl. v. 8. 8. 1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89 (125) unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese; Nachweis zur Gegenmeinung bei *Magiera*, Staatsleitung, S. 100 N 28; BVerfG, Urt. v. 18. 12. 1984 – 2 BvE 13/83 –, NJW 1985, 603 (605).

10) In diesem Sinne auch *Magiera*, Staatsleitung, S. 99.

11) *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 159 ff.; ähnlich auch *Ossenbühl*, Mitbestimmung, S. 42 ff.

12) Wirtschaftsverwaltung, S. 243.

13) a.a.O. S. 245.

14) a.a.O. S. 247.

15) a.a.O. S. 253 ff.

Hier ist vor allem der Gedanke festzuhalten, daß eigenständige demokratische Legitimation nur dort erforderlich ist, wo ein Entscheidungsfreiraum besteht. Dieser Gedanke taucht bei *Brohm* in verschiedener Form auf; im Verzicht auf eine solche Legitimation bei präziser gesetzlicher Festlegung¹⁶ und im Verzicht auf die Legitimation durch das „Verbandsvolk“ bei unbegrenztem staatlichen – also nach seiner Auffassung bereits demokratisch legitimiertem – Weisungsrecht¹⁷. Ob die Vorstellung, eine gesetzliche Festlegung der Verwaltung könne so präzise erfolgen, daß eine eigenständige Legitimation für die Verwaltung entbehrlich ist¹⁸, überzeugen kann, ist eine andere und noch zu erörrende Frage.

Weniger klar als die Ergebnisse – ausreichende Legitimation der Verwaltung nur bei unbegrenztem Weisungsrecht der parlamentarisch verantwortlichen Regierung oder bei eigenständiger demokratischer Mitwirkung durch ein „Verbandsvolk“ – wenigstens in den Grundzügen sind, erscheint ihre Herleitung. Ist die demokratische Legitimation ein zweigliedriger Tatbestand, nämlich aus Anvertrauen und Kontrolle? Reicht das Bestehen der Kontrollmöglichkeit („realisierbare Verantwortlichkeit“) oder muß wirklich kontrolliert werden? Kann das „sich ständig erneuernde Anvertrauen der Herrschaft“ durch das Volk allein in den periodisch stattfindenden Wahlen gesehen werden oder was muß gegebenenfalls noch dazu kommen?

2.2.3 Kriele

Auf der Speyerer Staatsrechtslehrertagung 1970 hat *Kriele* sich auch mit Art. 20 Abs. 2 GG und der demokratischen Legitimation auseinandergesetzt. *Kriele* will mit der juristischen Interpretation des demokratischen Prinzips im Grundgesetz bei Art. 20 II 1 GG ansetzen; dieser Grundsatz werde in zahlreichen Einzelbestimmungen – hier nennt er die Vorschriften über Repräsentation des Volkes, über Budgetrecht, Parteien, Wahlen, Abstimmungen, Petitionen, Freiheit der Meinung, der Presse usw. – konkretisiert. Das demokratische Prinzip des Art. 20 II 1 GG lebe hauptsächlich in seinen Konkretisierungen¹⁹. Eigenständige Bedeutung mißt *Kriele* der Vorschrift insofern zu, als das Ausgehen der Staatsgewalt vom Volk im Zusammenhang des Art. 20 II GG besage, daß alle Organe dem Anspruch unterliegen, für das Volk, in seinem Interesse zu handeln²⁰. Kern der demokratischen Legitimation sei die regelmäßig wiederkehrende Wahl des Bundestages und der Landtage. Durch sie werde die demokratische Legitimation allen anderen Staatsorganen vermittelt: einmal durch ihre unmittelbare oder mittelbare Abhängigkeit organisatorischer, personeller, budgetmäßiger Art und die rechtliche und politische Kontrolle. Zum anderen, indem sie die Legitimität der Gesetze vermittele²¹.

16) a.a.O. S. 247.

17) a.a.O. S. 254.

18) So *Brohm*, a.a.O. S. 247 N. 23.

19) VVDStRL 29, 46 f.

20) VVDStRL 29, 60.

21) VVDStRL 29, 64.

Kriele verwendet den Begriff der demokratischen Legitimation in einem sehr weiten Sinne. Demokratisch legitimiert ist für ihn, was dem demokratischen Prinzip entspricht²². Demokratische Legitimation umfaßt damit Demokratie mit allen ihren Elementen unter weitgehender Einbeziehung der des Rechtsstaates²³. *Kriele* sieht das Demokratieprinzip als solches und in seiner ganzen Weite nicht (oder nicht nur?) in Art. 20 I GG verankert, sondern in Art. 20 II GG. Der Raum für eine eigenständige Regelungsfunktion der beiden Sätze des Art. 20 II GG wird damit sehr eng, so daß nur der Anspruch an die Staatsorgane bleibt, im Interesse des Volkes zu handeln. Verortet man dagegen, wie der Wortlaut dies nahelegt, das Demokratieprinzip als solches in Art. 20 I GG, haben die beiden Absätze jeder für sich eine eigene und deutlicher voneinander abgesetzte Funktion. Die des Art. 20 II GG besteht dann darin, das Volk an der Definition dessen, was seine Interessen sind, und wie – d.h. praktisch vor allem durch wen – sie wahrzunehmen sind, zu beteiligen²⁴. Für die weitere Untersuchung ist festzuhalten, daß auch *Kriele* die „personelle Abhängigkeit“ der anderen Staatsorgane vom Parlament als ein Element der grundgesetzlichen Demokratie ansieht.

2.2.4 Herzog

Anhand von Art. 20 II 1 GG hat *Herzog* in seiner 1971 erschienenen „Allgemeinen Staatslehre“ ein Modell demokratischer Legitimation vorgestellt²⁵. Es geht ihm darum, eine Antwort auf die seiner Ansicht nach vernachlässigte Frage zu geben, worin die „Trägerschaft“ des Volkes, das „Ausgehen“ der Staatsgewalt vom Volk besteht. In Auseinandersetzung mit den Volkssouveränitätslehren des Mittelalters und der frühen Neuzeit kommt *Herzog* zu dem Ergebnis, Demokratie bestehe für die moderne Auffassung der Volkssouveränität nicht in der theoretischen oder historisch-konstruktiven Herleitung von Befugnissen irgendeines Amtswalters vom Volk, sondern in der konkreten Herleitung aus einem Auftrag des Volkes selbst oder doch eines vom Volk gewählten Organs gegenüber dem einzelnen Amtswalter. Dem entspreche es, daß im demokratischen Staat die Führungsorgane, mindestens aber das Parlament, unmittelbar vom Volk gewählt werden und daß diese volksgewählten Organe dann unmittelbar oder mittelbar die untergeordneten Amtswalter in ihre Ämter berufen. Von Demokratie im modernen Sinne des Wortes könne man nur sprechen,

22) Vgl. VVDStRL 29 S. 64 und 82.

23) Vgl. dazu in der Aussprache VVDStRL 29, 130.

24) *Häberle* hat in seiner Kritik an *Kriele* auf diesen Punkt abgehoben, wenn er pointiert formuliert: „Mir scheint, er hat das Volk zu weitgehend zur Abdankung gezwungen bzw. das Volk ist verlogen gegangen oder abhanden gekommen.“ (VVDStRL 29, 99); die mehr formelle Seite des Problems hat *Badura* angesprochen: „Es bleibt aber bei Herrn *Kriele* mehr oder weniger beiseite, daß Demokratie außerdem eine Methode der Etablierung legitimer Herrschaft ist.“ (VVDStRL 29, 95).

25) Entwickelt hat *Herzog* seine Überlegungen wohl bereits in seiner unveröffentlichten Münchener Habilitationsschrift von 1964 „Die Wesensmerkmale der Staatsorganisation in rechtstheoretischer und entwicklungsgeschichtlicher Sicht“, wo die Forderung nach der „ununterbrochenen Legitimationskette“ allerdings wohl mehr als Kriterium zur Abgrenzung öffentlich-rechtlicher Organisation von privatrechtlicher eingesetzt wurde (vgl. *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung, S. 136 N. 24); zum letztgenannten Komplex vgl. *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 Rn. 54 und die Kritik von *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung, S. 137 f.

wenn das Prinzip der individuellen Berufung der Amtswalter durch das Volk oder durch volksgewählte Organe in vollem Umfang verwirklicht sei.^{25a}

In der demokratischen Republik regele das Volk, genauer die Aktivbürgerschaft, durch die Verfassung die Existenz und die Zuständigkeit der obersten Staatsorgane. Die so geschaffenen Organe bedürfen dann der Besetzung durch natürliche Personen. Diese Besetzung könnte durch Wahl oder Ernennung erfolgen; wesentlich sei, daß die erste Berufung eines Organwalters, die es bei der Staatsorganisation gibt, vom Staatsvolk ausgehen müsse. Eine Kette individueller Berufungsakte müsse bis auf das Volk zurückführen. Die demokratische Legitimität der staatlichen Organisation sei nur gewährleistet, wenn diese Kette von auf die einzelne Person bezogenen Vertrauensentscheidungen vollständig sei²⁶.

Diese Überlegungen hat Herzog in seiner Kommentierung zu Art. 20 GG modifiziert²⁷, indem er zwei Legitimationszüge nebeneinander verlangt, „um den Anforderungen der demokratischen Volkssouveränität im Sinne von Art. 20 I, II S. 1 gerecht zu werden“: die materielle Legitimation und die personelle Legitimation²⁸. Die materielle Legitimation umschreibt Herzog mit Hilfe eines Zitats aus der Zusammenfassung von Krieles Referat auf der Speyerer Staatsrechtslehrertagung²⁹: „Der Kern der demokratischen Legitimation ist die regelmäßig wiederkehrende Wahl des Bundestages und der Landtage. Sie vermittelt die demokratische Legitimation der Gesetze. Auch die demokratische Legitimität aller übrigen Staatsorgane ist durch sie vermittelt: einmal durch ihre unmittelbare oder mittelbare Abhängigkeit organisatorischer, budgetmäßiger Art und die rechtliche und politische Kontrolle, zum anderen durch Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Unterworfenheit des Richters unter das Gesetz (das demokratisch unerlässliche Korrelat der Unabhängigkeit) und das Verwerfungsmonopol des BVerfG“³⁰. Die daneben erforderliche personelle Legitimation setze in der hier schon beschriebenen Weise eine individuelle Amtseinsetzung durch das (Teil-)Volk oder aufgrund einer unmittelbaren Legitimationskette voraus³¹.

Hier handelt es sich – sieht man von den bereits im Zusammenhang mit der Konzeption Krieles geltend gemachten Bedenken gegen das In-eins-setzen von Art. 20 I und II GG ab – um ein Modell der personellen Legitimation, das Deutlichkeit und Geschlossenheit für sich in Anspruch nehmen kann. Insbesondere die Vorstellung von der ununterbrochenen Legitimationskette³² ist dann auch – wie sich bei der Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigen wird – nicht ohne Einfluß geblieben. Offen bleibt die Frage – und darauf hat etwa Brohm hingewiesen³³ –, ob die einmalige individuelle Berufung

25a) Allgemeine Staatslehre S. 208

26) a.a.O. S. 212 ff.

27) in: MDH Art. 20 Rn. 46 ff.

28) a.a.O. Rn. 47.

29) Kriele, VVDStRL 29, 82 (Nr. 7).

30) Herzog, MDH Rn. 48.

31) a.a.O. Rn. 50 ff.

32) Von einer „Legitimationskette, die vom Volk über das Parlament bis zur Regierung reicht“, spricht schon Scheuner, VVDStRL 15, 124.

33) Wirtschaftsverwaltung S. 137 N. 30 und S. 138.

für eine dauernde Amtsausübung legitimiert oder ob sie einer ständigen oder wiederkehrenden Erneuerung bedarf.

2.2.5 Böckenförde

In seiner 1974 erschienenen Untersuchung zu „Verfassungsfragen der Richterwahl“ unterscheidet Ernst-Wolfgang Böckenförde einen inhaltlichen und einen organisatorischen Weg der demokratischen Legitimation³⁴. Der inhaltliche Weg verlaufe einmal über die Verankerung des Gesetzgebungsrechts beim Parlament und die Bindung aller anderen Organe an die von ihm beschlossenen Gesetze. Zum anderen gehöre dazu die demokratische Verantwortlichkeit für die Art der Ausübung der staatlichen Befugnisse, wie sie für die Regierung der Volksvertretung gegenüber unmittelbar, für die ihr nachgeordneten Behörden mittelbar bestehe³⁵. Deshalb seien diese Behörden der Weisungsgewalt der Regierung bzw. des Ministers unterworfen. Die Weisungsunterworfenheit solle nicht allein das einheitliche Handeln der vollziehenden Gewalt, sondern auch die inhaltliche demokratische Bindung dieses Handelns sichern³⁶. Dieser inhaltliche Weg der demokratischen Legitimation ergänze den verfassungsrechtlich vorgegebenen organisatorischen Weg. Dieser verlange – hier beruft sich Böckenförde ausdrücklich auf Herzog – eine ununterbrochene Legitimationskette für die mit der Ausübung staatlicher Befugnisse betrauten Amtswalter, wobei die individuelle Berufung – sei es durch Wahl oder durch Ernennung – durch das Volk oder durch volksgewählte Organe wesentlich ist. Notwendiges Glied jeder Legitimationskette sei deshalb das Parlament; es könne Berufungsakte geben, bei denen das Parlament die Legitimation lediglich vermittele, wie dies bei der Beamtenernennung durch den demokratisch-parlamentarisch legitimierten Minister der Fall sei; es gebe aber keine Legitimation am Parlament vorbei³⁷.

Die für das Staatsrecht getroffene Unterscheidung in organisatorische und inhaltliche Legitimation hat Böckenförde in seinem Beitrag „Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie“ für die 1982 erschienene Festschrift für Kurt Eichenberger staatstheoretisch aufgegriffen, indem er formale und inhaltliche Repräsentation unterscheidet:

In einem formalen Sinn werde von Repräsentation gesprochen im Hinblick auf die erfolgte Autorisation der selbsthandelnden Leitungsorgane vom Volk her. Repräsentation bezeichne den bestehenden bzw. dadurch hergestellten Legitimations- und Zurechnungszusammenhang zwischen dem Handeln der Leitungsorgane und dem Volk. Für diesen Repräsentationsbegriff komme es auf den Inhalt des Handelns der Leitungsorgane nicht an³⁸. Demgegenüber stelle der inhaltliche Repräsentationsbegriff darauf ab, daß in dem vom Volk autorisierten

34) Richterwahl S. 73.

35) Bei Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 251 f., erscheint die Verantwortlichkeit in ihrem Verhältnis zur demokratischen Legitimation noch weniger deutlich.

36) a.a.O. S. 79.

37) a.a.O. S. 73 f.

38) Festschrift Eichenberger S. 318.

sierten und legitimierten Handeln inhaltlich der Volkswille aktualisiert werde und zur Darstellung komme. Repräsentation bestehe danach darin und komme dadurch zustande, daß das Handeln der Leitungsorgane so beschaffen sei, daß die einzelnen und das Volk sich in diesem Handeln wiederfinden können. In diesem inhaltlichen Sinne sei Repräsentation ein geistig-politischer Prozeß. Sie sei nicht ein für allemal gegeben, sondern könne zustandekommen und sich abbauen oder gar auflösen. Rechtlich gesehen, d.h. durch rechtliche Voraussetzungen könne sie zwar ermöglicht, nicht aber gewährleistet werden³⁹.

2.3 Die demokratische Legitimation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bisher in zwei Entscheidungen näher damit befaßt, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit die Verwaltung demokratisch legitimiert ist. Beide Entscheidungen betrafen gemeinderechtliche Regelungen und beide wurden vom Zweiten Senat getroffen.

Mit Urteil vom 10. Dezember 1974⁴⁰ wurde in einem Verfahren nach Art. 99 GG, §§ 13 Nr. 10, 73 ff BVerfGG darüber entschieden, ob die 1972 geänderten Vorschriften der schleswig-holsteinischen Gemeindeordnung über die Bestellung der hauptamtlichen Magistratsmitglieder mit der schleswig-holsteinischen Landessatzung vereinbar seien. Diese Vorschriften sahen – vereinfacht gesagt – vor, daß die hauptamtlichen Ratsmitglieder entsprechend dem Verhältnis der Zahl der Sitze der in der Stadtvertretung vertretenen Parteien auf deren Vorschlag bestellt wurden. Die Stadtvertretung als Ganze, hatte lediglich die Möglichkeit, einen Vorschlag mit Zwei-Drittel-Mehrheit zurückzuweisen. Das Bundesverfassungsgericht erklärte die Vorschriften wegen Unvereinbarkeit mit Art. 2 II 2 LS⁴¹ für nichtig.

Gegenstand der Entscheidung vom 15.2.1978⁴² waren die Bestimmungen der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung über die Besetzung der Bezirksvertretungen. Die Bezirksvertretungen wurden nach der damaligen Regelung gebildet, indem entsprechend dem Ergebnis der Wahl des Rates im Stadtbezirk die Sitze auf die vor der Wahl eingereichten Listenwahlvorschläge verteilt wurden. Beim Ausscheiden eines Bezirksvertreters bestimmte die für die Aufstellung der Liste zuständige Stelle der Partei, für die der ausgeschiedene aufgestellt war, wer sein Nachfolger werden sollte, wobei eine Bindung an die Liste nicht gegeben war. Diese Vorschriften wurden wegen Unvereinbarkeit mit Art. 20 I und II GG für nichtig erklärt.

39) a.a.O. S. 319.

40) 2 BvK 1/73; – 2 BvR 902/73 -, BVerfGE 38, 258 ff.

41) Art. 2 der Landessatzung Schleswig-Holstein lautet:

“(1) Alle Gewalt geht vom Volke aus.

(2) Das Volk bekundet seinen Willen durch Wahlen. Es handelt durch seine gewählten Vertretungen im Lande, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden.

(3) Die Verwaltung wird durch die gesetzlich bestellten Organe, die Rechtsprechung durch unabhängige Gerichte ausgeübt.“

42) – 2 BvR 134, 268/76 -, BVerfGE 47, 253 ff.

Die Begründung der beiden Entscheidungen läuft in ihrem Gedankengang parallel und stimmt teilweise auch in den Formulierungen überein. Ausgehend von dem Obersatz, daß alle (Staats-)Gewalt vom Volk ausgehe und von diesem durch besondere Organe ausgeübt werde⁴³, folgt das Gericht, weil und soweit die Gemeinden (Staats-)Gewalt ausüben, sei für ihre damit befaßten Organe deshalb eine Legitimation erforderlich⁴⁴, „die sich auf die Gesamtheit der Bürger als dem Volk, von dem alle Gewalt ausgeht, zurückführen“ lasse⁴⁵. Recht gründlich prüft das Bundesverfassungsgericht in beiden Entscheidungen, ob Magistrat bzw. Bezirksvertretung (Staats-) Gewalt ausüben. Dabei sind zwei Gesichtspunkte bemerkenswert:

Während es 1974 ganz stark auch auf die Aufgaben des Magistrats, die Entscheidungen der Stadtvertretung vorzubereiten und den damit vorhandenen faktischen Einfluß abstellt⁴⁶, stützt es sich 1978 allein auf die Entscheidungsbefugnisse der Bezirksvertretungen, bei deren Ausübung „jedenfalls“ Staatsgewalt ausgeübt werde. Anhörungs- und Vorschlagsrechte der Bezirksvertretungen spielten zwar in der täglichen Arbeit eine gleich wichtige Rolle, bei der Wahrnehmung dieser Rechte seien sie jedoch nur vorbereitend an der Entscheidung des seinerseits vom Volk legitimierten Rates beteiligt, dessen Entscheidungsbefugnisse dadurch nicht eingeschränkt würden⁴⁷.

Der zweite Aspekt betrifft die Bedeutung der Aufgaben, die das zu legitimierende Organ wahrt. 1974 faßt das Gericht seine Ausführungen zur Tätigkeit des Magistrats dahin zusammen, aus dem Gesagten ergebe sich, daß ein solch wichtiges Gemeindeorgan wie der Magistrat, das in so weitem Umfang an der Ausübung von Gewalt i.S.d. Art. 2 I LS beteiligt sei, einer demokratischen Legitimation bedürfe⁴⁸. Kann man diesen Satz vielleicht noch im Sinne einer bekräftigenden Zusammenfassung der vorherigen Darlegung verstehen, so machte das Bundesverfassungsgericht 1978 die Bedeutung der wahrgenommenen Aufgaben aber unmissverständlich zum Kriterium dafür, ob eine demokratische Legitimation erforderlich ist: Die Entscheidungsbefugnisse der Bezirksvertretungen hätten nur begrenzten Umfang und es sei nicht zu erwarten, daß ihnen wichtige Aufgaben zusätzlich übertragen würden. „Andererseits sind sie auch nicht so unwichtig, daß sie nicht mehr unter den Begriff ‘Ausübung der Staatsgewalt’ fallen und deshalb auf Institutionen ohne ausreichende demokratische Legitimation übertragen werden könnten“⁴⁹.

Daraus, daß Magistrat bzw. Bezirksvertretung (Staats-) Gewalt ausüben, folgt das Gericht in beiden Entscheidungen die Notwendigkeit demokratischer Legitimation, die sich auf das Volk zurückführen lasse. Dabei greift es in der Bezirksvertretungsentscheidung die Formulierung von der Notwendigkeit einer unun-

43) BVerfG a.a.O., BVerfGE 38, 269 f.; 47, 272.

44) BVerfG a.a.O., BVerfGE 38, 270; 47, 272.

45) BVerfG a.a.O., BVerfGE 38, 271; 47, 272.

46) BVerfG a.a.O., BVerfGE 38, 270 f.

47) BVerfG a.a.O., BVerfGE 47, 273.

48) BVerfG a.a.O., BVerfGE 38, 271.

49) BVerfG a.a.O., BVerfGE 47, 273 f.

terbrochenen Legitimationskette auf⁵⁰. Die Legitimation könne mittelbar oder unmittelbar sein; die mittelbare Legitimation müsse aber durch einen Akt verschafft werden, der der vom Volk gewählten Vertretung in ihrer Gesamtheit zugerechnet werden könne⁵¹.

2.4 Inhalt und Verortung der Forderung nach demokratischer Legitimation

Die Übersicht über die zur demokratischen Legitimation vertretenen Auffassungen hat deutlich gemacht, daß dieser Begriff in recht unterschiedlichem Sinne gebraucht wird. Im Sprachgebrauch *Krieles* ist demokratisch legitimiert praktisch gleichbedeutend mit demokratisch, wobei Demokratie weit ausgreifend auch eine größere Anzahl von sonst eher zur Rechtsstaatlichkeit gerechneten Elementen umfaßt⁵². So unverkennbar das demokratische und das rechtsstaatliche Prinzip im Grundgesetz ineinander verschränkt, „material verschlungen“⁵³ sind und so wichtig eine zusammenfassende Gesamtschau sein kann, so sehr ist die rechtliche Betrachtung doch auf eine Unterscheidung und Abschichtung der einzelnen Gesichtspunkte angewiesen. Auf die mit dem demokratisch legitimierten und legitimierenden Gesetz, der Bindung daran und der Kontrolle seiner Beachtung zusammenhängenden verfassungsrechtlichen Fragen der Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit soll deshalb in einem eigenen Abschnitt dieser Untersuchung eingegangen werden⁵⁴.

Sieht man von diesen rechtsstaatlichen Aspekten ab, ist der demokratischen Legitimation, der Rechtfertigung, Billigung und Sanktion der Herrschaft durch das Volk⁵⁵ sowohl die Tatsache, daß eine bestimmte Person ein Amt wahrnimmt, zugänglich als auch die Art und Weise, wie sie dieses im Rahmen des Rechts wahrnimmt. Diese Unterscheidung liegt der Differenzierung von personeller und materieller Legitimation bei *Herzog*⁵⁶ und der von organisatorischer und inhaltlicher Legitimation bei *Böckenförde* zugrunde⁵⁷. Von der legitimierenden Wirkung des Gesetzes abgesehen, vollzieht sich die inhaltliche oder materielle Legitimation vor allem über Verantwortlichkeit und die zu ihrer Geltendmachung ausgeübte Kontrolle⁵⁸. Soweit Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit unter dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit Fragen aufwerfen, wird darauf noch eingegangen⁵⁹. Hier soll unter dem Stichwort der demokratischen Legitimation nur auf die personelle oder organisatorische Legitimation eingegangen

50) BVerfG a.a.O., BVerfGE 47, 275 und 280; diese Formulierung ist inzwischen Gemeingut geworden.

51) BVerfG a.a.O., BVerfGE 38, 271; 47, 275.

52) Vgl. *Kriele*, VVDStRL 29, 63 f., 82.

53) *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 196.

54) Siehe unten Ziff. 4.

55) So die Definition von *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 196 f.; zur allgemeineren Frage der Legitimation des Staates vgl. das von *Norbert Achterberg* und *Werner Krawietz* herausgegebene Beiheft 15 der ARSP „Legitimation des modernen Staates“ (1981).

56) Nachweise siehe oben Ziff. 2.2.4.

57) Nachweise siehe oben Ziff. 2.2.5.

58) Vgl. *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 Rn. 48; *Böckenförde*, Richterwahl, S. 79.

59) Siehe unten Ziff. 3.

werden, also auf die Autorisierung durch das Volk, nicht auf die Verantwortung ihm gegenüber⁶⁰. Dieser Sprachgebrauch, der den Begriff der demokratischen Legitimation sehr eng faßt, kann sich nicht nur auf die terminologische Praxis des Bundesverfassungsgerichts berufen⁶¹, sondern auch das traditionelle juristische Begriffsverständnis für sich anführen: „legitimus“ als „gesetzlich zu etwas befugt oder geeignet“⁶².

Mit der Unterscheidung zwischen der Legitimation des Ob und des Wie der Herrschaft und der Zuordnung der Verantwortlichkeit zur Legitimation der Art und Weise, des Wie der Herrschaft ist zugleich allen Auffassungen eine Absage erteilt, die die Verantwortlichkeit für die demokratische Legitimation genügen lassen wollen⁶³. Verantwortlichkeit setzt die Wahrnehmung der Staatsgewalt bereits voraus, sie kann nicht legitimieren, daß diese wahrgenommen wird. Die (personelle oder organisatorische) demokratische Legitimation ist Voraussetzung dafür, daß materiell oder inhaltlich legitimiert, etwa verantwortet werden kann.

Die personell-organisatorische demokratische Legitimation als Autorisierung der Wahrnehmung eines Amtes durch eine Person setzt voraus, daß ein Amt vorhanden ist, das mit einer Person besetzt werden kann. Die materiell-inhaltliche Legitimation setzt voraus, daß dem Amt Funktionen zugewiesen sind. Hier ist der Ort der institutionellen und funktionellen Legitimation im Sinne *Ossenbühls*⁶⁴. Die Bindung der Staatsgewalt durch Rückführung einer Besetzungsentscheidung auf das Volk scheitert oder ist doch wenigstens erheblich in Frage gestellt, wenn etwa die Zuweisung von Aufgaben an das besetzte Organ oder Amt nicht in gleicher Weise auf das Volk zurückführbar ist. Der Einfluß dessen, der ein Amt besetzen kann, wird erheblich reduziert oder sogar zunichte gemacht, wenn dessen Inhalt von anderer Seite modifiziert werden kann. Hier liegt die auch demokratische Brisanz des Themas Organisationsgewalt. – Soweit die Schaffung und Funktionszuweisung einer Institution durch (Verfassungs-) Gesetz erfolgt, wie das hier für die Schaffung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung als notwendig angesehen wird⁶⁵, bezieht sie ihre Legitimation aus dem Gesetz. Wo sie Organen der Exekutive obliegt, ge-

60) So formuliert *H.H.Klein*, Festschrift Forsthoff, S. 167; *Böckenförde/Grawert* sprechen von „einsetzen und kontrollieren“ (AÖR 1970, 25).

61) BVerfG, Urt. v. 10.12.1974 – 2 BvK 1/73; 2 BvR 902/73 -, BVerfGE 38, 258 (271); Beschl. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134, 268/76 -, BVerfGE 47, 253 (275).

62) Vgl. *Brinckmeier*, Bd. 2 S. 39; *E.F.L. Hoffmann* S. 121; *Tb. Württemberger*, Art. Legitimität, Legitimation, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 3 S. 717.

63) Mindestens als eine für sich ausreichende Möglichkeit der demokratischen Legitimation wird die Verantwortlichkeit angesehen bei *E.Klein*, Problematik S. 162 f.; *Papier*, DVBl. 1984, 455; *Karpfen*, DÖV 1983, 98.

64) Nachweise siehe oben Ziff. 2.2.1; diese Unterscheidung ist vom BVerfG in der Kalkar-Entscheidung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Ossenbühl* übernommen worden (Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 -, BVerfGE 49, 79 (125)); in diese Richtung weist bereits der Facharztbeschuß, wo gefordert wird, „daß jede Ordnung eines Lebensbereiches durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentscheidung der vom Volk bestellten Gesetzgebungsorgane muß zurückgeführt werden können.“ (BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62, 308/64 -, BVerfGE 33, 125 (158); dazu vgl. *Meyn*, DVBl. 1977, 593).

65) Vgl. dazu 2. Teil vor Ziff. 1 m.Nachw.

hört sie zur Herrschaftsausübung durch diese Organe, die demokratisch legitimiert und verantwortet werden muß, wie die Herrschaftsausübung sonst auch.

Sedes materiae der Forderung nach demokratischer Legitimation ist Art. 20 II GG⁶⁶. Bei der folgenden Untersuchung, wozu wie von wem zu legitimieren ist, geht es also darum zu klären, was unter „Staatsgewalt“, „ausgehen“ und „ausüben“ sowie unter „Volk“ i.S.d. Art. 20 II GG zu verstehen ist, es geht also um eine Interpretation des Art. 20 II GG. Dabei ist im Auge zu behalten, daß diese Vorschrift nicht nur die demokratische Legitimation regelt, sondern erheblich weitergreifende Bedeutung hat; nach *H.H. Klein* etwa besagt der Satz „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ zugleich, daß die Herrschaft beim Staat und seinen Organen monopolisiert ist, daß die Ausübung der Staatsgewalt vom Volk legitimiert werden muß und ihm gegenüber zu verantworten ist und schließt die Verpflichtung der Staatsgewalt auf das Gemeinwohl ein⁶⁷. An dieser Stelle geht es allein um die Legitimation der Herrschaft durch das Volk.

2.5 Der Gegenstand der Legitimation

Gegenstand der demokratischen Legitimation ist nach Art. 20 II GG die „Staatsgewalt“. Sie soll vom Volk ausgehen (Art. 20 II 1 GG) und sie ist es, die das Volk ausübt (Art. 20 II 2 GG). Das Grundgesetz verwendet den Begriff der Staatsgewalt nur in Art. 20 II 1 GG. Mit der Staatsgewalt verwandt ist die „öffentliche Gewalt“, von der im Zusammenhang mit dem rechtlichen Schutz des Bürgers vor dem Handeln des Staates die Rede ist (Art. 19 IV, 93 I Nr. 4 a GG); die Verpflichtung auf die Menschenwürde trifft „alle staatliche Gewalt“ (Art. 1 I GG). Diese ähnlichen Begriffe haben in den unterschiedlichen Zusammenhängen eine jeweils andere Funktion und können deshalb durchaus unterschiedliche Bedeutung haben: Während die „öffentliche Gewalt“ in Art. 93 I Nr. 4 a GG Akte der Rechtsprechung einbezieht, die Verfassungsbeschwerde also z.B. auch gegen Urteile zulässig ist, gehört die Rechtsprechung nicht zur „öffentlichen Gewalt“ i.S.d. Art. 19 IV GG¹. Wenn das Bundesverfassungsgericht die lediglich entscheidungsvorbereitende Tätigkeit nicht zur Ausübung von Staatsgewalt i.S.d. Art. 20 II GG rechnet², würde es eine Bindung an Art. 1 I GG sicherlich auch insoweit bejahen³. Zur Beantwortung der Frage, was unter „Staatsgewalt“

66) Vgl. die oben unter Ziff. 2.2 genannten sowie z.B. von *Mangoldt/Klein*, Art. 20 Anm. V 4 e; *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 82 Rn. 32; *Püttner/Kretschmer* S. 13; *Bernd Becker*, in: Öffentliche Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 281; *Schmidt-Jortzig*, DVBl. 1978, 796; *Bethge*, NVwZ 1983, 579 f.; *Vorbrugg* S. 267; *Schnapp*, in: von *Münch*, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 30; *Schmitt/Glaeser*, VVDStRL 31, 211; *Stern*, Staatsrecht I, § 18 I 4 b; *Fichtmüller*, AÖR 1966, 318; *J.A. Frowein*, Parteienproportion S. 3; *Burmeister*, Bergriß, S. 124; *Püttner*, DVBl. 1984, 166.

67) *H.H. Klein*, Festschrift Forsthoff, S. 167 f.

1) *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 19 Rn. 25; *Hendrichs*, in: von *Münch*, GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 42 b; *BVerfG*, Beschl. v. 5.2.1963 – 2 BvR 21/60 –, *BVerfGE* 15, 275 (280); *BVerwG*, Urt. v. 28.11.1975 – VII C 47.73 –, *BVerwGE* 50, 11 (14).

2) *BVerfG*, Beschl. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134, 268/76 –, *BVerfGE* 47, 253 (273).

3) Vgl. von *Münch* in: von *Münch*, GG-Kommentar, Art. 1 Rn. 31; wohl zu eng von *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 1 Rn 22 „alle staatlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Kompetenzträger, die zu Regelungen, Maßnahmen und Eingriffen ermächtigt sind“. Die Beschränkung auf „ermächtigte“ Kompetenzträger ist vor allem auch im Hinblick auf die Schutzpflicht des Art. 1 I GG zu eng.

i.S.d. Art. 20 II GG zu verstehen ist, kann der Sprachgebrauch des Grundgesetzes also wenig beitragen.

Auch der juristische Sprachgebrauch, der etwa in der allgemeinen Staatslehre von dem Wort „Staatsgewalt“ gemacht wird, ist kaum hilfreich. Daß Staatsgewalt ein Wesensmerkmal des Staates ist, erklärt nicht, was darunter zu verstehen ist. Über den Inhalt der Staatsgewalt besteht aber alles andere als Einvernehmen⁴. *Achterberg* hat zu Recht darauf hingewiesen, daß die Staatsgewalt im Sinne der allgemeinen Staatslehre notwendig stets einheitlich und ungeteilt ist, weshalb sie den Zusatz „alle“ (Art. 20 II 1 GG) nicht vertrage. Es gehe bei Art. 20 II 1 GG vielmehr – darauf deutet Art. 20 II 2 GG hin – um die Ausübung der Staatsgewalt, die Wahrnehmung der Staatsfunktionen⁵. Auskunft darüber, was es nun ist, dessen Ausübung demokratisch legitimiert werden muß, ist damit allerdings nicht gegeben.

Antwort auf diese Frage kann vielmehr nur eine teleologische Überlegung geben. Art. 20 II GG soll die Rückbindung allen staatlichen Handelns an den Willen des Volkes sicherstellen⁶. Dieser Zweck verbietet es, die Staatsgewalt und damit den Geltungsbereich der Legitimationsforderung auf bestimmte staatliche Handlungsformen oder Handlungsfelder zu begrenzen. Der Polizeieinsatz, der Rentenbescheid, die Anlage von Ersatzbiotopen beim Straßenbau – sie alle müssen demokratisch legitimiert werden. Will man das staatliche Handeln in diesen Bereichen demokratisch rückbinden, gibt es wohl keine Alternative dazu, die staatliche Entscheidung als den Gegenstand der demokratischen Legitimation anzusehen⁷. Will man das staatliche Handeln, wie es Art. 20 II GG postuliert, umfassend auf den Volkswillen zurückführen, verbietet es sich, dabei zwischen öffentlich-rechtlichem (hoheitlichem) und privatrechtlichem Handeln zu unterscheiden. Die Entscheidung, im Einzelfall auf eine bestimmte Weise tätig zu werden, ist in jedem Fall eine legitimationsbedürftige Entschei-

4) Man vergleiche etwa die Definitionen von *Ermacora* („Gewalt zur Koordination und zur Durchsetzung des Koordinierten“ – S. 274), *Herzog* („Die Chance, den Staatsbürger zu einem bestimmten, von den Staatsorganen formulierten Verhalten zu veranlassen“ – S. 160) oder *Zippelius* („Befugnis, das Verhalten in dieser Gemeinschaft verbindlich zu regeln und Machtmittel, das vorgeschriebene Verhalten zu erzwingen“ –, Allgemeine Staatslehre, S. 50). Bezeichnend für den Stand der gegenwärtigen wissenschaftlichen Behandlung der „Staatsgewalt“ in Art. 20 II GG ist vielleicht das Evangelische Staatslexikon, das beim Stichwort „Staatsgewalt“ auf „Gewalt, öffentliche“ verweist, wo *Hans Schneider* dann im Hinblick auf das deutsche Recht lediglich auf Art. 19 IV GG, die Staatshaftung und die steuerrechtliche Behandlung der Ausübung öffentlicher Gewalt näher eingeht (Sp. 855).

5) *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 82.

6) *H. Peters*, Staatslexikon, Bd. 2 Sp. 563; *Böckenförde*, Festschrift Eichenberger, S. 514 f.; *Magiera*, Staatsleitung, S. 99 f.; *Vorbrugg* S. 267.

7) *Böckenförde*, Richterwahl, S. 75 „Ausübung organisierter hoheitlicher Entscheidungsmacht“; *Schmitt/Glaeser*, VVDStRL 31, 218 „Legitimationskette zwischen Parlament und Verwaltungsscheidung“; *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 160 stellt bei der Bestimmung, wie intensiv die demokratische Legitimation und Kontrolle sein muß auf den Entscheidungsgehalt einer Tätigkeit ab; auch bei *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung, der von der Legitimation von Handlungsbefugnissen spricht (S. 243, 246), geht es letztlich um Entscheidungen, wie sein Abstellen auf „Entschlußfreiheit“ und „Gestaltung“ zeigt (S. 253 f.); ähnlich *Obermayer*, Mitbestimmung, S. 27; vgl. auch *Knut Ipsen*, DÖV 1971, 474; *Schmidt-Jortzig*, DVBl. 1978, 797; *Roellecke*, VVDStRL 31, 297; *BVerfG*, Beschl. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134, 268/76 –, *BVerfGE* 47, 253 (273) „Entscheidungsbefugnisse“.

dung. Die Entscheidung, eine bestimmte privatrechtliche Erklärung abzugeben, ist im Hinblick auf Art. 20 II GG ebenso legitimationsbedürftig wie die, einen Verwaltungsakt zu erlassen. „Unabhängig davon, ob sich die Verwaltung bei der Ausführung dieser Beschlüsse der privatrechtlichen Leistungsverwaltung oder der schlichten Hoheitsverwaltung bedient, vollzieht sich die Beschlüffassung selbst in den Formen des öffentlichen Rechts.“⁸ Die Kommunalverwaltung, auf die sich dieser Satz des Bundesverfassungsgerichts bezieht, bietet mit ihrer wenigstens bei den wichtigen Angelegenheiten gegebenen Trennung von Entscheidung und Ausführung ein besonders deutliches Beispiel; aber auch wo diese Trennung fehlt, liegt jedem Handeln des Staates, jedem Akt der Verwaltung (mindestens) eine legitimationsbedürftige und legitimationsfähige Entscheidung⁹ zugrunde. Der Unterschied zwischen hoheitlichem Handeln durch Verwaltungsakt und privatrechtlichem Handeln durch Vertrag liegt insoweit allein darin, daß die Entscheidung beim Handeln durch Verwaltungsakt im Außenverhältnis durch ihre Bekanntgabe an den Betroffenen, also durch einseitiges Handeln der Verwaltung Verbindlichkeit erlangt, während die vertragliche Regelung eine entsprechende Erklärung auch des Bürgers zu ihrer Verbindlichkeit voraussetzt.

Wenn die staatlichen Entscheidungen als Auswahlhandlungen zwischen Alternativen legitimiert werden müssen, ist eine Legitimation soweit entbehrlich, wie die Entscheidung dem Entscheider etwa durch Gesetz verbindlich vorgegeben ist. Deshalb ist es richtig, dem Gesetz legitimierende Wirkung beizumessen¹⁰. Soweit das seinerseits demokratisch legitimierte Gesetz Alternativen bereits ausscheidet, bedarf der Entscheidungsträger bei der Gesetzesanwendung keiner eigenständigen Legitimation¹¹. Verfehlt wäre es nun allerdings, daraus zu folgern, die Verwaltung bedürfe, soweit sie nach präzisen gesetzlichen Vorgaben tätig werde, keiner zusätzlichen Legitimation¹². Verwaltung erschöpft sich nicht im Gesetzesvollzug¹³, das Gesetz kann die administrative Entscheidung nicht vollständig programmieren¹⁴. Der Blick auf die Finanzverwaltung, die als klassisches Beispiel gesetzesgebundener Verwaltung gelten kann, mit ihrer Fülle von Richtlinien, Erlassen, Schreiben, Verfügungen und der dennoch verbleibenden Entscheidungsfreiheit des einzelnen Beamten¹⁵ zeigt, welchen

8) BVerfG, Beschl. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134, 268/76 –, BVerfGE 47, 253 (273); zu eng Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 Rn. 54, der als Ausübung von Staatsgewalt „einseitig verbindliche Hoheitsakte“ ansieht, aber offenbar nur Akte mit Außenwirkung einbezieht mit der Folge, daß der gesamte Bereich der nicht-obrigkeitslichen Verwaltung nicht legitimationsbedürftig wäre.

9) Vgl. oben 1. Teil, Ziff.

10) Etwa Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 218.

11) Eine ganz andere Frage ist die, ob die inhaltliche Bindung durch das Gesetz eine etwa erforderliche inhaltliche Bindung qua Verantwortlichkeit ersetzen kann (vgl. Böckenförde, Richterwahl S. 79). Dazu unten Ziff. 3.

12) So Brohm, Wirtschaftsverwaltung, S. 247 N. 23.

13) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 189; Bäumlin, Art. Demokratie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 369.

14) Ausführlich Krebs, DVBl. 1984, 111 f.; vgl. auch Dagtaglou S. 157; Würtenberger, BayVBl. 1978, 566; E. Klein, Problematik, S. 42; rechtsfreie Räume sind allerdings auch nicht anzuerkennen (Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 197).

15) Dazu Tipke, § 7 Ziff. 7 und § 8 Ziff. 2.

Raum das Gesetz auch bei starker Durchnormierung eines administrativen Handlungsfeldes läßt¹⁶. Das Gesetz kann ebenso wie andere verbindliche Vorgaben nur soweit legitimieren, wie es Vorentscheidungen trifft. Legitimationsgegenstand ist jeweils nur die autonome Entscheidung, d.h. die nicht durch ihrerseits legitimierte verbindliche Vorgaben bestimmte Entscheidung. Die Entscheidungen der Landesfinanzverwaltung bedürfen der Legitimation nur, soweit z.B. durch das Gesetz und die Richtlinien der Bundesregierung (Art. 108 VII GG) Alternativen und damit Entscheidungsmöglichkeiten nicht bereits ausgeschlossen werden. Es bedürfen also nur autonome Entscheidungen einer demokratischen Legitimation.

Die Entscheidung als Legitimationsgegenstand bedarf aber noch in einer weiteren Hinsicht näherer Bestimmung: Nur regelnde Entscheidungen¹⁷ müssen legitimiert werden. Wo der Regelungscharakter fehlt, die Entscheidung also in keinerlei Hinsicht verbindlich ist, wird keine Staats„gewalt“ ausgeübt. Deshalb fehlt etwa den Entscheidungen, wie sie wissenschaftlichen Äußerungen zugrunde liegen, der Regelungscharakter und sie bedürfen keiner demokratischen Legitimation. Entscheidet sich der Physiker, ein bestimmtes Meßergebnis seinen Aussagen über ein physikalisches Geschehen zugrunde zu legen, oder der Kunsthistoriker, die Zuschreibung eines Gemäldes für richtig oder für falsch zu halten, haben sie unverkennbar zwischen Alternativen ausgewählt und damit entschieden, ihrer Entscheidung kommt aber keine Verbindlichkeit zu. Jeder andere ist frei darin, andere Aussagen zu machen, für richtig zu halten oder seinem Handeln zugrunde zu legen¹⁸. Das darf allerdings nicht zu dem Mißverständnis verleiten, wissenschaftliche Entscheidungen seien per se nicht als Ausübung von Staatsgewalt anzusehen. Wo sie verbindlich sind, wie bei der Entscheidung über die Verwendung von Haushaltsmitteln oder als Ausübung von Weisungsbefugnissen gegenüber Mitarbeitern, sind sie Ausübung von Staatsgewalt i.S.d. Art. 20 II GG.

Wegen fehlender Verbindlichkeit ist auch die bloße Entscheidungsvorbereitung

16) Vorbrugg S. 9 hält dagegen den Erlass eines Steuerbescheides für ein Beispiel voller Gesetzesgebundenheit und daher eine demokratische Legitimation für überflüssig (S. 288).

17) Zum Begriff der Regelung vgl. Wolff/Bachof I, § 46 V a: „eine einseitig angeordnete, verbindliche, rechtsfolgebegründende, hoheitliche Ordnung eines Lebenssachverhaltes.“ Während diese Definition zwar nicht ihrem Wortlaut nach, aber wie der Kontext zeigt, nach ihrer Intention auf Außenrechtsregelungen gerichtet ist, kommt es vorliegend gerade darauf an, auch Regelungen des Innenrechtsbereichs einzubeziehen. Der Lebenssachverhalt, der geregelt wird, kann also durchaus ein solcher des staatlichen Innenlebens sein. – Nur der Klarheit halber sei darauf hingewiesen, daß es sich hier um eine abgekürzte Redeweise handelt, denn Entscheidungen können nicht per se regelnd sein, sondern zur Entfaltung einer Regelungswirkung ist ihre Bekanntgabe notwendig; richtig müßte es also heißen: Entscheidungen, die mit ihrer Bekanntgabe regelnd wirken.

18) Das Sondervotum zu BVerfG, Urt. v. 29.5.1973 – 1 BvR 424/71, 325/72 –, BVerfGE 35, 79 (151) spricht in Bezug auf diesen Bereich ohne Regelungscharakter vom „Unabstimmaren“. Damit dürfte weniger gemeint sein, daß diese Entscheidungen nicht durch Abstimmungen getroffen werden können – dafür ließen sich Beispiele anführen –, sondern daß die Anwendung des Mehrheitsprinzips insoweit nicht sinnvoll und – wie man hinzufügen kann – wegen der fehlenden Verbindlichkeit auch nicht notwendig ist; Roellecke (DÖV 1985, 857) will hier nicht von „entscheiden“ sprechen, weil die Wahrheit nicht entscheidungsfähig sei.

demokratischer Legitimation nicht bedürftig¹⁹. Daß sie Entscheidungen impliziert, daß etwa – um einen vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall aufzugreifen – der Magistrat der schleswig-holsteinischen Städte u.U. sehr komplexe und mindestens in einem untechnischen Sinn auch sehr verantwortungsvolle Entscheidungen trifft, wenn er der Gemeindeverwaltung einen Entscheidungsvorschlag macht, ist unbestritten. Diese Entscheidungen sind aber nicht verbindlich, haben keinen Regelungscharakter. Ohne Zweifel können Beratung und Vorschläge, vor allem von fachlich spezialisierter und professioneller Seite erhebliches faktisches Gewicht besitzen und die Entscheidungsmöglichkeiten des Entscheidungsträgers stark einengen²⁰. Sicher stellt die Erhaltung und Ausweitung des faktischen Entscheidungsraums der zur verbindlichen Entscheidung berufenen Entscheidungsträger ein wichtiges Ziel organisatorischer Bemühungen dar²¹ und kann gewissermaßen als Organisationsrechtsgut bezeichnet werden. Bei rechtlicher Betrachtung unterscheidet sich die Entscheidungsvorbereitung sub specie demokratischer Legitimation jedoch nicht von anderen Faktoren, die den Entscheidungsspielraum beeinträchtigen. Hier sei nur der Druck genannt, der von der öffentlichen Meinung oder Interessengruppen ausgehen kann. Die Einbeziehung der Entscheidungsvorbereitung unter den Begriff der Ausübung der Staatsgewalt i.S.d. Art. 20 II GG mit der Folge notwendiger demokratischer Legitimation würde im übrigen angesichts der Bedingtheiten auch der Entscheidungsvorbereitung schwerlich bei der unmittelbaren Entscheidungsvorbereitung stehen bleiben dürfen und wohl auch deren Vorbereitung usw. einbeziehen müssen. Wollte man sich mit der demokratischen Legitimation der unmittelbaren Entscheidungsvorbereitung begnügen, würde deren Gewicht allein durch die Legitimation erhöht und gleichzeitig die Verantwortlichkeiten verunklart²². Es wird richtig sein, der grundgesetzlichen Wertung, daß Meinungsäußerungen und organisierte Interessenwahrnehmung (Art. 5 u. 9 GG) frei, d.h. auch losgelöst und unabhängig von demokratischer Legitimation auf die Entscheidungen der Staatsorgane einwirken sollen²³, auch für die Meinungsäußerung und Interessenwahrnehmung im staatsorganisatorischen Innenbereich Gültigkeit zuzusprechen²⁴.

Als autonome, regelnde Entscheidungen bedürfen auch solche Entscheidungen demokratischer Legitimation, die unter dem Vorbehalt der Kassation stehen, wie dies bei den Entscheidungen der nordrhein-westfälischen Bezirksvertretungen

gen wegen der Widerspruchsrechte des Oberbürgermeisters und des Bezirksvorstehers der Fall war und ist²⁵. Regelungscharakter haben sie allein schon deshalb, weil sie die Kassationsmöglichkeit schaffen, also einen verbindlichen Verfahrensschritt darstellen. Aber auch in der Sache selbst handelt es sich um verbindliche Regelungsentscheidungen, wenn auch aufhebend bedingt durch die Kassation.

Verdient die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Entscheidungsvorbereitung und die kassierbaren Entscheidungen Zustimmung, so ist der in der Bezirksvertretungs-Entscheidung angenommene Bagatell-Vorbehalt, wonach unwichtige Entscheidungen einer demokratischen Legitimation nicht bedürfen²⁶, abzulehnen. Die klare Formulierung „alle“ Staatsgewalt in Art. 20 II 1 GG lässt eine solche Differenzierung nicht zu²⁷. Im übrigen – und darauf wurde bereits hingewiesen –²⁸ hängt die Bedeutung einer Entscheidung von den Umständen, vor allem auch von der Person des Betrachters und von den angelegten Maßstäben ab. Beides kann erheblichen und auch kurzfristigen Schwankungen unterworfen sein; diese erhebliche Unsicherheit verbietet es, die Bedeutung zum Anknüpfungspunkt für eine zentrale organisationsrechtliche Unterscheidung zu machen, wie es die Legitimationsbedürftigkeit einer Entscheidung in der demokratischen Verfassungsordnung des Grundgesetzes ist.

2.6 Der Legitimationsakt

Für die nähere Bestimmung des Legitimationsaktes, des „Ausgehens“ vom Volk²⁹ liefert der Verfassungstext deutlichere Hinweise als für die Beantwortung der Frage nach der „Staatsgewalt“, weil bei der Auslegung des Art. 20 II GG auf die speziellen Regelungen zurückgegriffen werden kann, die das Grundgesetz für die demokratische Legitimation der Ausübung von Staatsgewalt durch die Staatsorgane getroffen hat.

Die grundlegende Unterscheidung gibt Art. 20 II 2 GG vor, wenn dort von „Wahlen und Abstimmungen“ die Rede ist. Die Auswahl individuell bestimm-

19) BVerfG, Beschl. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134, 268/76 –, BVerfGE 47, 253 (273); etwas anders wohl noch BVerfG, Urt. v. 10.12.1974 – 2 BvK 1/73; 2 BvR 902/73 –, BVerfGE 38, 258 (271); *Böckenförde*, Richterwahl, S. 78; *Leisner*, Mitbestimmung, S. 49 (der demokratische Legitimation und parlamentarische Verantwortlichkeit allerdings nicht trennt).

20) Vgl. etwa Breuer, Verwaltung 1977, 9; Brohm, Festschrift Forsthoff, S. 44 f.; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 95 f.

21) Dafür plädiert z.B. *Evers*, Staat 1964, 51.

22) Klein, Problematik, S. 69 weist in diesem Zusammenhang auf die Notwendigkeit strenger Formalisierung des Verantwortlichkeitsgeschehens hin.

23) Magiera, Staatsleitung, S. 103: Einflußnahme demokratisch nicht Legitimierter auf die Ausübung der Staatsgewalt durch demokratisch Legitimierte.

24) Zur Diskussion über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beratung vgl. etwa *Brohm*, *Festschrift Forsthoff*, S. 37 ff; *Böckenförde*, *Organisationsgewalt*, S. 294 f.

25) § 13 b V GO. BVerfG, Beschl. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134, 268/76 –, BVerfGE 47, 253 (274 f.); a.A. wohl *H.P. Schneider*, DÖV 1972, 605.

26) BVerfG, Beschl. v. 15.3.1978, a.a.O. S. 274; dem folgend Püttner, DVBl. 1984, 167 f.; ein solcher Vorbehalt deutet sich schon in dem Urteil zur Wahl der schleswig-holsteinischen Magistratsmitglieder an, wenn das Bundesverfassungsgericht davon spricht, „ein solch wichtiges Gemeindeorgan“ bedürfe einer demokratischen Legitimation (Urt. v. 10.12.1974 – 2 BvK 1/73 –, BVerfGE 38, 258 (271); ähnlich wohl Ossenbühl, VVDStRL 29, 160, wonach sich die „demokratische Legitimation und Kontrolle um so mehr verflüchtigen kann, als die Veraltungscompetenzen rein technische oder doch entscheidungsarme Befugnisse beinhalten.“

27) Auch deshalb verfehlt Füsslein S. 305 ff, der die unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation (ob zu Recht, sei hier dahingestellt) an den weisungsfreien Räumen geübung Kritik zurückweist, weil deren verfassungsrechtliche Problematik nicht gerade „bei der kaum faßbaren Machtminderung liege, die die Wählerschaft erfährt.“

28) Siehe oben Ziff. 1.

29) Vgl. dazu *Vorbrugg* S. 268.

ter Personen zur Ausübung von Staatsgewalt und die verbindliche Sachentscheidung sind die Handlungsformen, die nicht nur dem Volk, sondern auch den anderen Staatsorganen zur Verfügung stehen:³⁰ Der Bundestag etwa wählt den Bundeskanzler und beschließt über Gesetzentwürfe, die Bundesminister leiten ihr Ressort, in dem sie bestimmte Beamte mit bestimmten Aufgaben betrauen und Weisungen erteilen und auch die Rechtsprechung trifft verbindliche Entscheidungen. Die Sachentscheidung bezieht ihre Legitimation entweder aus verbindlichen Vorentscheidungen oder aus der personell-organisatorischen demokratischen Legitimation des Entscheiders oder aus beidem, weshalb – vom Sonderfall der Volksabstimmung abgesehen – jede Sachentscheidung letztlich auf Akten personell-organisatorischer Legitimation beruht. Die nähere Bestimmung dieser Legitimationsakte soll hier der untersuchten Fragestellung gemäß vor allem im Hinblick auf die Verwaltung vorgenommen werden, zumal die Berufung der Mitglieder des Bundestages, des Bundesrates und der Richter in speziellen Vorschriften vergleichsweise präzise geregelt ist (Art. 38, 39 I, 51, 95 II, 97 II GG), so daß insoweit ein Rückgriff auf Art. 20 II GG nicht notwendig erscheint.

Gemeinsam ist Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung die Notwendigkeit individueller Berufung der Amtswalter, die im Hinblick auf ein bestimmtes Amt erfolgen muß³¹. Nicht in der Zuweisung eines bestimmten persönlichen Status, wie etwa der Beamtenernennung, sondern in der organisatorischen Entscheidung, den Betreffenden mit der Wahrnehmung eines konkret bestimmten Amtes zu betrauen, liegt der legitimierende Akt³². Der Inhalt des Amtes kann durch das dazu legitimierte Organ geändert werden, er darf aber nicht offengelassen oder ins Belieben nicht Legitimierter gestellt werden, weil es sonst an der Zuweisung eines bestimmten Amtes fehlte.

Unterschiede zwischen den drei Gewalten werden deutlich, wenn man den Zeitbezug der Bestellung einbezieht. Bei den Abgeordneten des Bundestages erfolgt sie für die Dauer der Legislaturperiode (Art. 39 I 1 GG). Für die Bestellung der Amtswalter judikativer Ämter regelt Art. 97 II GG die zeitliche Dimension. Für die Exekutive gehen die Auffassungen auseinander, wobei sich vier Meinungen unterscheiden lassen:

30) Dazu siehe Bäumlin, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 366.

31) Böckenförde, Richterwahl, S. 81, der zu Recht darauf hinweist, daß die Ernennung zum Richter zur Wahrnehmung der Rechtsprechungsfunktion, nicht zur Mitwirkung an der Bestellung von Richtern legitimiert, die ja nicht Gegenstand des übertragenen Amtes ist. Magiera, Staatsleitung, S. 103; Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 Rn. 51 ff (in der Allgemeinen Staatslehre S. 210 ff trennt Herzog dagegen nicht zwischen den beamtenrechtlichen Akten und der hier in Rede stehenden organisatorischen Entscheidung); den Verantwortlichkeitsaspekt des Amtsgebiets betont W. Hennis, Festschrift Smend, S. 51 ff, vgl. dazu auch Böckenförde, Festschrift Eichenberger, S. 320; dieser Aspekt klingt auch bei Wolff an, wenn er das Amt im organisatorischen Sinne als „institutionell bestimmten konkreten Aufgaben- und Pflichtenbereich eines Menschen im Dienste anderer“ definiert (Wolff/Bachof II, § 73 I c).

32) Das übersieht Obermayer, Mitbestimmung, S. 29. Wenn die Entsendung in den Aufsichtsrat einer Eigengesellschaft nur gesellschaftsrechtliche Bedeutung hat, fehlt auch den so entsandten Gemeinderatsmitgliedern die demokratische Legitimation. Die Wahl in den Gemeinderat legitimiert die Wahrnehmung des Gemeinderatsmandats, nicht die des Aufsichtsratsmandats. Richtigweise wird man der Entsendung in den Aufsichtsrat, wenn sie durch Beschuß des Gemeinderats erfolgt, legitimierende Wirkung beimessen müssen.

Die restriktivste verlangt stets jederzeitige Abberufbarkeit³³, die zweite will darüber hinaus auch die Bestellung auf begrenzte Zeit zulassen³⁴. Herzog hat in seiner Allgemeinen Staatslehre ausdrücklich auch die Lebenszeitbestellung ohne irgendwelche Einschränkungen für zulässig gehalten³⁵, während die deutlich stärkste Gruppe die Lebenszeitbestellung nur bei vollständiger Weisungsunterworfenheit zulassen will³⁶. Die praktischen Konsequenzen dieser Auffassungen zeigen sich etwa bei den Wahlbeamten oder bei den Beamten mit „potenziertem bzw. funktionsgebundenem Amt“³⁷, soweit ihnen dieses auf Lebenszeit übertragen wird. Ist etwa die zuerst genannte Auffassung richtig, ist die Möglichkeit der Abwahl kommunaler Wahlbeamter nicht nur verfassungskonform³⁸, sondern verfassungsgeboten und die Bestellung von Beamten mit funktionsgebundenem Amt wäre unzulässig. Nach der vierten Meinung kommt die Lebenszeitbestellung jedenfalls für weisungsfrei wahrzunehmende Aufgaben nicht in Betracht.

Unbestritten kann die Betrauung mit einem Amt jederzeit widerruflich erfolgen. Beispiele bieten etwa der Bundeskanzler und die Bundesminister (Art. 67 I, 64 I GG). Das Grundgesetz kennt aber auch das auf Zeit ohne Abberufungsmöglichkeit übertragene Exekutivamt, nämlich das des Bundespräsidenten (Art. 54 GG)³⁹. Hier sind außerdem die ebenfalls zur Exekutive zählenden Mitglieder der kommunalen Vertretungen zu nennen (Art. 28 I 2 GG). Angesichts dieses Befundes erscheint der Schluß gerechtfertigt, auch andere Exekutivämter dürften auf Zeit ohne die Möglichkeit der Abberufung besetzt werden.

Es bleibt zu klären, ob auch die Lebenszeitbestellung – eventuell nur bei völliger Weisungsunterworfenheit – zulässig ist. Vergleichsweise einfach kann die Antwort im Hinblick auf die Lebenszeitbestellung ohne Weisungsunterworfenheit – also die Lebenszeitbetrauung mit weisungsfreier Tätigkeit – gegeben werden. Das Grundgesetz kennt die Lebenszeitzuweisung selbständiger Exekutivämter nicht. Diese müßte auch – darüber besteht breites Einvernehmen – am Demokratieprinzip scheitern, denn Demokratie ist Herrschaft auf Zeit⁴⁰ und kennt

33) So wenigstens im Grundsatz Faber, Bundesbankautonomie, S. 69 f.

34) Hierhin ist für die Weimarer Zeit wohl Thoma, HdbDStR I, S. 189 zu rechnen.

35) S. 211.

36) Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 83; Vorbrugg S. 272 ff; mehr oder weniger ausdrücklich auch Brohm, Wirtschaftsverwaltung, S. 247; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 124 f.; Zeidler, DVBl. 1973, 725; Kötgen, AÖR 1965, 126; Schambeck, Ministerverantwortlichkeit, S. 27; Stern, Staatsrecht II, S. 775; Papier, DVBl. 1984, 455.

37) Wolff/Bachof II, § 110 VI a; vgl. dazu auch Schnellenbach, Beamtenrecht, S. 47 und – sehr zurückhaltend – BVerwG, Urt. v. 7.3.1968 – II C 11.64 –, ZBR 1968, 218 sowie BVerfG, Urt. v. 8.2.1977 – 1 BvR 79/70 –, BVerfGE 43, 243 (282 f.).

38) BVerwG, Urt. v. 23.1.1985 – 7 B 217/84 –, NVwZ 1985, 275; OVG Münster, Beschl. v. 9.4.1981 – 12 B 441/81 –, DVBl. 1981, 879 f.; siehe schon BVerfG, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57 –, BVerfGE 7, 155 (165 ff); a.A. Erichsen, DVBl. 1980, 723 ff und Stober, Ämterverfassung, S. 90 f. wegen beamtenrechtlicher Bedenken.

39) Das übersieht Faber, Bundesbankautonomie, S. 69 f. offenbar ebenso wie die Zeitbestellung der kommunalen Exekutivorgane.

40) Zacher, Demokratie, S. 34; Vitzthum, Parlament und Planung, S. 223; Stern, Staatsrecht I, § 18 II 5; Stober, Ämterverfassung, S. 28; weniger deutlich Hans Peters, Artikel Demokratie, in: Staatslexikon Bd. 2 Sp. 563 und Böckenförde, Festschrift Eichenberger, S. 315; von Arnim, Staatslehre, S. 366; vgl.

keine der Wahl und dem Wechsel entzogene Entscheidungsbefugnis⁴¹. Mit dem Ablauf der Zeit nimmt nämlich die Gefahr zu, daß der Wille des alle anderen Staatsorgane legitimierenden Volks und der Wille des Legitimierte „einer geöffneten Schere vergleichbar auseinanderklaffen.“⁴² Deshalb muß die Übereinstimmung zwischen dem Legitimierenden und dem Legitimierte wenn nicht jederzeit, so doch mindestens in regelmäßigen Abständen erneuert werden können. Lebenszeitlich und unwiderruflich übertragene Exekutivbefugnisse sind damit jedenfalls unvereinbar⁴³.

Schwieriger ist zu entscheiden, ob demokratische Legitimation als Lebenszeitberufung zu einer weisungsgebundenen Tätigkeit erteilt werden kann. Hier sind zwei Argumentationsstränge zu unterscheiden: Der erste betrifft das Problem, ob die Entscheidung bei voller Weisungsabhängigkeit dem Entscheider oder dem Weisungsberechtigten zugerechnet wird. Rechnet man sie dem Weisungsberechtigten zu, kommt es nur auf seine Legitimation an. Eine solche Zu-rechnung kommt indessen überhaupt wohl nur in Betracht, wenn die Entscheidung ausdrücklich oder konkurrenzentsprechend verlautbart wird, also etwa als Entscheidung „in Vertretung“ (i.V.) oder „im Auftrag“ (i.A.) ergeht. Wo solche Verlautbarung fehlt, scheidet eine Zurechnung aus.

Die zweite Überlegung zielt darauf, ob die dauernde Übereinstimmung zwischen dem Legitimierenden – letztlich also dem Volk – und dem Legitimierte auch über die Weisungsunterworfenheit aufrechterhalten werden kann, so daß der Ausweg des Personalwechsels, den die jederzeitige Abberufbarkeit wie die Zeitbestellung offenhalten, entbehrlich ist. Die Weisung legitimiert nur, soweit sie erteilt wird; soweit der Entscheider außerhalb des durch Weisungen vorentschiedenen Bereichs tätig wird, ist er auf seine eigene demokratische Legitimation angewiesen⁴⁴. Wenn der Weisungsberechtigte alle oder auch nur sehr zahl-

hierzu auch Nds. StGH, Urt. v. 5.6.1985 - 3/84 -, NJW 1985, 2319 (2320), wo die vierjährige Wahlperiode als „Ergebnis einer Abwägung zwischen dem Demokratieprinzip, das eine Legitimation der Abgeordneten durch die Wähler gebietet, und dem Gebot der Kontinuität der Amtsführung der Organe des Staates“ bezeichnet wird.

41) Scheuer, DÖV 1957, 635; Scheuer, ZfvrE 1957, 33; Fichtmüller, AÖR 1966, 318.

42) Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 83; ähnlich Maurer, JuS 1983, 47; für die obersten Staatsorgane VerfGH BaWü, VBlBaWü 1981, 144; zur Volksvertretung BVerfG, Urt. v. 16.2.1983 - BVerfGE 62, 1 (32) sowie Jekewitz, ZParl 1976, 373 ff.

43) Bei der unabhängigen Stellung der Gerichte (Art. 97 II GG) bleibt im Interesse der Rechtsstaatlichkeit letztlich „ein unauflösbarer Rest von Antinomie“ zur Demokratie (Eichenberger, Richterliche Unabhängigkeit, S. 112), ein Dualismus von Volkssouveränität und „Souveränität des Rechts“ (Menger, VVDStRL 15, 27), die aber wegen der Rechtsbindung und der „Nichtbeteiligung“ (BVerfG, Beschl. v. 30.8.1983 - 2 BvR 1234/82 -, NJW 1983, 299) des Richters, der wie Jahrreiß gesagt hat, tätig wird „mit der Distanziertheit dessen, der gar nichts 'will', sondern sich bereit hält, daß 'es in ihm erkenne' (Festschrift Nawiasky S. 134), sowie wegen des fehlenden Initiativrechts, des Instanzenzuges und der Beteiligung zeitbestellter ehrenamtlicher Richter hinnehmbar ist. Für die Verfassungsgerichte, deren rechtliche Bindung aufgrund der „Offenheit“ der Verfassungen geringer ist, ist dementsprechend Zeitbestellung vorgesehen (Bischoff S. 61); zur demokratischen Legitimation der Gerichte vgl. auch Scheuer, DÖV 1953, 520; H.H. Klein, Festschrift Forsthoff S. 168; Bleckmann, DÖV 1983, 133; Ipsen, 40. DJT S. 61; Ridder, 40. DJT, S. 103 und – zum schweizerischen Recht – Eichenberger, Richterliche Unabhängigkeit, S. 103 ff.

44) Brohm, Wirtschaftsverwaltung, S. 254 f. geht demgegenüber offenbar davon aus, daß eine eigenständige demokratische Legitimation des Entscheiders auch dann entbehrlich ist, wenn keine Weisung

reiche vom Entscheider zu treffende Entscheidungen durch Weisungen präjudizieren muß, verliert die organisatorische Arbeitsteilung ihren Sinn, so daß dieser Ausweg allenfalls für kurze Zeit, aber nicht auf die möglicherweise sehr langen Jahre einer Lebenszeitbestellung gangbar erscheint. Letztlich dürfte die Beantwortung der Frage davon abhängen, wie stark man die durch die bloße Weisungsunterworfenheit ausgelöste Bindung des Weisungsunterworfenen an die Vorstellungen des Weisungsberechtigten einschätzt. Reicht dieser Effekt aus, um über zwanzig oder dreißig Jahre u.U. völlig konträre Vorstellungen zu egalisieren?

Für die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit weisungsfreier Räume kommt es jedoch nicht darauf an, ob weisungsgebundene Ämter auf Lebenszeit übertragen werden können. Unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation ist Weisungsfreiheit jedenfalls nur bei Zeitbestellung oder jederzeitiger Abberufbarkeit der zuständigen Amtswalter zulässig. Die notwendige individuelle Berufung der Amtswalter im weisungsfreien Raum muß also in ein konkret bestimmtes Amt und darf nicht auf Lebenszeit erfolgen.

Das Bundesverfassungsgericht stellt – jedenfalls für bestimmte Fälle – auch besondere Verfahrensanforderungen an den Legitimationsakt. Auch soweit die Verfassung die unmittelbare Wahl nicht zwingend vorschreibt, müßte die Bestellung durch Volkswahl den Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 28 I und 38 GG entsprechen⁴⁵ und die Berufung durch ein Repräsentativorgan müßte diesem in seiner Gesamtheit und nicht nur einem Teil seiner Mitglieder zugerechnet werden können⁴⁶.

2.7 Das Legitimationssubjekt

Nachdem untersucht wurde, wozu nach Art. 20 II GG demokratisch zu legitimieren ist – Legitimationsgegenstand ist jede autonome Entscheidung mit Regelungscharakter – und wie dies zu geschehen hat – durch individuelle Berufung in ein konkret bestimmtes Amt auf Zeit oder unter dem Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs und jedenfalls nicht auf Lebenszeit zur weisungsfreien Wahrnehmung – bleibt zu klären, wer legitimieren kann, also als Legitimationssubjekt in Betracht kommt. Hier sind vor allem drei Fragen zu beantworten:

Erstens danach, wer als primäres Legitimationssubjekt, als Ausgangspunkt der Legitimationskette in Betracht kommt, also als „Volk“ i.S.d. Art. 20 II GG anzusehen ist. Die Frage wird in Schrifttum und Rechtsprechung vor allem hinsichtlich der Zulässigkeit und der Grenzen der Satzungsautonomie erörtert; der Erlaß von Satzungsvorschriften ist aber im Zusammenhang der hier erörterten Fragestellung nur ein Sonderfall der Ausübung von Staatsgewalt.

sung ergeht, aber volle Weisungsunterworfenheit besteht. Welche Gründe der Rechtssicherheit (S. 255) zu dieser Auffassung nötigen sollten, ist aber nicht ersichtlich.

45) BVerfG, Beschl. v. 18.2.1978 - 2 BvR 134, 268/76 -, BVerfGE 47, 253 (271); interessant auch BGH, Urt. v. 21.9.1984 - 2 StR 327/84 -, NJW 1984, 2839 zur Unzulässigkeit der Bestellung ehrenamtlicher Richter durch Losentscheid.

46) BVerfG, Urt. v. 10.12.1974 - 2 BvK 1/73; 2 BvR 902/73 -, BVerfGE 38, 258 (271).

Zweitens ist zu untersuchen, ob die Entscheidung bestimmter Angelegenheiten nicht bestimmten Entscheidungsträgern vorbehalten ist, ob die Länge der Legitimationskette von Verfassungs wegen nicht in bestimmten Fällen begrenzt ist.

Die Möglichkeit, Kollegialorgane mit Entscheidungen zu betrauen, wirft – drittens – das Problem auf, ob alle Mitglieder dieser Organe eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende demokratische Legitimation aufweisen müssen. Weil die Delegationsentscheidung, bei der es darum geht, einen anderen zu Entscheidungen zu legitimieren, lediglich ein Unterfall der autonomen Regelungsentscheidung und damit ein Fall der Ausübung von Staatsgewalt ist, stellen sich alle drei Fragen in gleicher Weise auch für Sachentscheidungen, die deshalb in die Überlegungen einbezogen werden sollen.

Im Schrifttum wird die Frage, ob als Ausgangspunkt der demokratischen Legitimation, als primäres Legitimationssubjekt nur das Staatsvolk in Betracht kommt⁴⁷ oder ob die Teilvölker in den Kommunen⁴⁸ oder auch den sonstigen Selbstverwaltungskörperschaften demokratische Legitimation vermitteln können⁴⁹, wie dies auch das Bundesverfassungsgericht annimmt⁵⁰, kontrovers beurteilt.

Vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung, daß autonome Regelungsentscheidungen nur von dazu demokratisch legitimierten Amtswaltern getroffen werden dürfen, läßt sich auf die Einbeziehung von Teilvölkern als möglichen primären Legitimationssubjekten nicht verzichten, denn nicht nur in der Kommunalverwaltung, sondern etwa auch in der sog. ständischen Selbstverwaltung werden solche Entscheidungen getroffen und damit Staatsgewalt ausgeübt.

Die Gegenansicht beruft sich zum einen darauf, die Legitimation müsse vom gesamten Staatsvolk ausgehen und bezieht sich damit letztlich auf den Wortlaut des Art. 20 II GG⁵¹. Eine demokratische Legitimation, die ihren Ausgangspunkt von einem Teilvolk nimmt, wäre, so heißt es weiter, eine zusätzliche zu der über die Staatsaufsicht hinzutretende Legitimation, für die sich dann schwerlich ein Nachrang gegenüber der demokratischen Legitimation der Staatsaufsicht begründen lasse⁵². Diese Argumentation übersieht indessen den Unterschied zwis-

schen der personell-organisatorischen Legitimation, um die es hier geht, und der funktionellen Legitimation. Die im Rahmen der Selbstverwaltung wahrzunehmenden Aufgaben sind nur unter dem Vorbehalt der Staatsaufsicht übertragen⁵³. Soweit die Staatsaufsicht eingreift, fehlt es an einer Zuständigkeit, für deren Wahrnehmung ein Amtswalter personell-organisatorisch legitimiert sein könnte. Zu einem Legitimationswiderspruch kann es deshalb nicht kommen⁵⁴. Soweit nicht die Staatsaufsicht, sondern der Selbstverwaltungsträger entscheidet, bedarf er einer demokratischen Legitimation, soweit die demokratisch legitimierte Staatsaufsicht entscheidet, fehlt es an einer legitimationsbedürftigen Entscheidung des Selbstverwaltungsträgers.

Auch der Hinweis auf den Wortlaut des Art. 20 II GG zwingt nicht zu einer Ablehnung der Möglichkeit, Teilvölker als „Volk“ anzusehen. Das z.B. in Wahlhandelnde Volk ist ja durchaus nicht identisch mit dem Volk in seiner Gesamtheit, wie es Träger der Staatsgewalt ist, sondern durch die Verfassung selbst und aufgrund der Verfassung durch das Wahlgesetz konstituiertes Staatsorgan⁵⁵. Bei der Abgrenzung des „Volkes“ als Staatsorgan gibt es durchaus Entscheidungsraum, wie die Debatte über das Wahlrecht von Deutschen zeigt, die sich im Ausland aufhalten. Die Vorstellung, der von diesem Staatsvolk legitimierte Gesetzgeber habe entsprechende Organe für von ihm geschaffene und mit der Erledigung bestimmter Aufgaben betraute Selbstverwaltungskörperschaften gebildet oder dies sei im Fall der kommunalen Selbstverwaltung bereits durch das Grundgesetz geschehen, ist mit dem Wortlaut des Art. 20 II GG keineswegs unvereinbar. Art. 28 I 2 GG legt die hier vertretene Auslegung sogar nahe⁵⁶.

Art. 28 II GG wird sich kaum anders verstehen lassen, als daß das Grundgesetz für die Kommunalverwaltung die Legitimation durch das Teilvolk vorgesehen hat und angesichts von Art. 87 II, III GG kann es schwerlich als unzulässig angesehen werden, wenn der Gesetzgeber den nach diesen Vorschriften gebildeten juristischen Personen Selbstverwaltung mit eigener, auf ein Teilvolk zurückgehender demokratischer Legitimation zugesteht⁵⁷. Die eigenständige Legitimation des Wie der Aufgabenerfüllung, die die personell-organisatorische Legitimation bewirkt, ändert nichts daran, daß die Selbstverwaltungsträger institutionalen wie funktionell ihre Legitimation vom Staat ableiten. Daß sie bestehen und

47) H.H.Klein, Festschrift Forsthoff, S. 177 N. 64 und S. 184; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 5 und 66; anders möglicherweise ders., DVBl. 1978, 796 f.

48) Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 218; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 252 N. 34; Knemeyer, NJW 1980, 1143; Meyn, Gesetzesvorbehalt, S. 37; Papier, DVBl. 1984, 455; H.P.Schneider, DÖV 1972, 604; Stober, NJW 1984, 455; Berner S. 90 m.w.N.; Roellecke, JZ 1969, 730; vorsichtig Bethge, NVWZ 1983, 579; E.Becker, in: Grundrechte IV 2 S. 685 f. mit Nachweisen aus den Landesverfassungen; Köttgen, in: HdKommW (1. Aufl.) I, S. 199; wohl auch Scheuner, AfK 1962, 163.

49) Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 Rn. 56 ff; Brohm, Wirtschaftsverwaltung, S. 248 ff; Püttner/Wössner S. 50; Brohm, VVDStRL 30, 269; Meyn, DVBl. 1977, 596 ff; Berg, StuGR 1979, 382.

50) Für die kommunale Selbstverwaltung Beschl. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134, 268/76 –, BVerfGE 47, 253 (273); für die ständische Selbstverwaltung Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 –, BVerfGE 33, 125 (156 ff).

51) H.H.Klein, Festschrift Forsthoff, S. 177; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 215.

52) H.H.Klein, Festschrift Forsthoff, S. 177; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 217; als „zusätzliche“ sieht auch Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 66, die auf den kommunalen Wahlen beruhende Legitimation an; zur Argumentation H.H.Kleins mit der Staatsaufsicht vgl. auch Meyn, Gesetzesvorbehalt, S. 30 N. 62.

53) Zur Möglichkeit einer solchen „modalen“ oder „qualitativen“ Zuständigkeitsbestimmung vgl. oben Teil 1 Ziff. 3.

54) Ähnlich Püttner/Wössner S. 50, die in diesem Zusammenhang auf die Kompetenzregelung des Grundgesetzes hinweisen.

55) Vgl. etwa v.Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. V 4 d, 5 a; Meyn, Gesetzesvorbehalt, S. 37 m.w.N.

56) H.H.Klein, Festschrift Forsthoff, S. 177 N. 64 hält die Fassung des Art. 28 I 2 GG konsequent denn auch für „mißverständlich“.

57) Brohm, VVDStRL 30, 270 N. 69; wohl auch Stern, Staatsrecht I, § 12 I 1; die abweichende Auffassung bleibt die Antwort auf die Frage, wie sie die autonome Ausübung von Staatsgewalt durch diese Selbstverwaltungsträger nicht nur institutionell und funktionell, sondern auch personell-organisatorisch legitimieren will, schuldig. Die institutionelle Absicherung der kommunalen Selbstverwaltung im Grundgesetz kann allerdings keine Grundlage für eine Analogie zugunsten anderer Formen der Selbstverwaltung abgeben (Breuer, Verwaltung 1977, 8 f.; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 217 f.), und zwar auch dann nicht, wenn man deren Gebietsbezug nicht die gleiche überragende Bedeutung beimitzt wie Schmitt Glaeser a.a.O.

daß sie Staatsgewalt ausüben, geht auf die institutionelle und funktionelle Legitimation durch das Staatsvolk zurück; wie sie das tun, geht – soweit ihr autonomer Entscheidungsbereich sich erstreckt – auf die personell-organisatorische Legitimation durch das Teilvolk zurück, durch die legitimiert wird, daß die einzelnen Amtswalter zur Erledigung der Selbstverwaltungsaufgaben tätig werden⁵⁸.

Bei der Abgrenzung des Teilvolkes bestehen allerdings verfassungsrechtliche Restriktionen. Der Gesetzgeber hat dabei von den Aufgaben auszugehen, die der Selbstverwaltungsträger wahrnehmen soll. An der Erledigung dieser Aufgaben müssen die Mitglieder der zum Teilvolk bestellten Gruppe ein „ausgliederungsfähiges Sonderinteresse“⁵⁹ haben, was wiederum eine soziale Homogenität voraussetzt, die es ihnen gestattet, die Aufgaben und deren Wahrnehmung als eigene Angelegenheiten zu empfinden⁶⁰. Eine solche „Gruppenidentität“⁶¹ wird allein schon wegen der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit solcher Bildungen bei Zwangskörperschaften stets gegeben sein. Regelmäßig besteht bei Gruppen, die ein Teilvolk bilden, dementsprechend Zwangsmitgliedschaft. Zwingend notwendig ist sie aber wohl nicht⁶².

Die bei der Erfüllung der Selbstverwaltungsaufgaben anfallenden autonomen Regelungsentscheidungen dürfen keine wesentlich über die Angehörigen des Teilvolkes hinausreichenden Auswirkungen haben⁶³. Soweit die Aufgabenerledigung Dritte betrifft, ist die Berücksichtigung ihrer Interessen durch entsprechend umfassend demokratisch legitimierte Vorentscheidungen, die etwa als Gesetze für den Selbstverwaltungsträger verbindlich sind, oder durch Beteiligung staatlicher Stellen, z.B. durch Genehmigungsvorbehalte sicherzustellen⁶⁴. Wo wegen der starken Allgemeinbezogenheit von Aufgaben solche Möglichkeiten nicht ausreichen, wie bei der Landesverteidigung oder der Außenpolitik, scheidet eine Übertragung auf Selbstverwaltungsträger aus⁶⁵.

58) Die von H.H.Klein, VVDStRL 29, 121 gesehene Alternative stellt sich deshalb nicht mit der von ihm angenommenen Schärfe, wenn man zwischen funktioneller und personeller demokratischer Legitimation unterscheidet und die personelle Legitimation stets auf ein konkretes, durchaus durch Aufsichtsvorbehalte modifizierbares Amt bezieht.

59) Breuer, Verwaltung 1977, 10.

60) Brohm, VVDStRL 30, 270 N. 68.

61) Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 Rn. 58.

62) A.A. Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 322 ff; gegen diese Auffassung Herzogs spricht, daß es durchaus denkbar ist, freiwillige Organisationen mit dem Recht auszustatten, Staatsgewalt gegenüber ihren Mitgliedern auszuüben. Jedenfalls scheitert eine solche Bildung nicht am Gleichheitssatz (so aber Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 224), denn die freiwillige Mitgliedschaft ist als ausreichender Grund für die im Verhältnis zu den Nicht-Mitgliedern liegende Ungleichbehandlung anzusehen. Hier dürfte es vor allem erforderlich sein, den Begriff der Zwangskörperschaft näher zu erläutern. Gehört etwa die Universität dazu? Gegen Herzog auch Brohm, VVDStRL 30, 270 N. 68.

63) Zur notwendigen Korrespondenz von Legitimation und Betroffenheit vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 –, BVerfGE 44, 322 (348); BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 –, NJW 1984, 1225 f.; Vorbrugg S. 282 f.; Wentzel S. 112 ff.

64) Brohm, VVDStRL 30, 271 N. 69; Zeidler, DVBl. 1973, 719; hier wirkt der Demokratiedannte autonomiebegrenzend (Berg, StuGR 1979, 352); BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 –, BVerfGE 33, 125 (159 f.); vgl. auch die Beispiele bei Breuer, Verwaltung 1977, 13 ff und Starck, NJW 1972, 1491.

65) Vgl. Scheuner, Gedächtnisschrift Peters, S. 815.

Angesichts der starken Verflochtenheit aller Lebensbeziehungen und der zahlreichen Interdependenzen in den modernen Industriegesellschaften sind allerdings kaum Entscheidungen denkbar, die nicht letztlich Auswirkungen auf alle haben. Hier bleibt deshalb unverkennbar ein Rest, wo Betroffenheit und Mitentscheidung auseinanderfallen. Entscheidung durch die Betroffenen heißt unter diesen Bedingungen konsequent durchgeführt eben doch Entscheidung aller Angelegenheiten durch alle; wo beide Konzepte nicht konsequent durchgeführt werden, sind pragmatische Kompromisse erforderlich⁶⁶, die das Grundgesetz mit der Anerkennung von Selbstverwaltung und Autonomie als Gestaltungsmöglichkeiten der sozialen Ordnung⁶⁷ wegen der damit verbundenen Vorteile⁶⁸ toleriert.

Demokratische Legitimation braucht regelmäßig nicht unmittelbar vom Volk erteilt zu werden, sondern kann auch über Repräsentanten vermittelt werden. Sie muß sich aber letztlich auf das Volk im soeben beschriebenen Sinne zurückführen lassen, das ist der Inhalt des Postulates der ununterbrochenen Legitimationskette. Für eine größere Anzahl von Entscheidungen begrenzt das Grundgesetz allerdings die Länge dieser Kette, indem es nicht delegierbare Zuständigkeiten schafft. Solche Regelungen finden sich für Entscheidungen über Akte personell-organisatorischer Legitimation z.B. in Art. 38 I 1 GG, wo die Unmittelbarkeit der Wahl der Bundestagsabgeordneten festgelegt wird, in Art. 63 I GG für die Wahl des Bundeskanzlers, die der Bundestag nicht etwa einem Hauptausschuß übertragen darf. Für Sachentscheidungen enthalten z.B. die Art. 41 I, 80 I 2, 110 II 1 und 115 a I 1 GG solche Bestimmungen. Hierhin gehört auch der Parlaments- und der Gesetzesvorbehalt. Die „bessere“, weil weniger indirekte demokratische Legitimation⁶⁹ ist eine, die demokratische Motivation dieser Vorbehalte⁷⁰. Soweit solche Vorbehalte oder Zuständigkeitsregelungen nicht bestehen, kann aber mit dem Hinweis auf die Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Bestellung von Amtswaltern ein Vorzug bestimmter Entscheidungsträger nicht begründet werden⁷¹, sondern ist jede Legitimation als gleichwertig anzusehen, weil sonst die gerade auch demokratisch legitimierte Funktionsverteilung unterlaufen würde⁷².

Von Bedeutung ist diese Gleichwertigkeit der auf unterschiedlichem Wege er-

66) Vgl. Zeidler, DVBl. 1973, 720.

67) BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 –, BVerfGE 33, 125 (159).

68) Dazu vgl. etwa Schmidt-Jortzig, DVBl. 1980, 1 ff, vor allem 5 ff und BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 –, BVerfGE 33, 125 (156 f.).

69) Dazu etwa Bethge, NVwZ 1983, 577 ff und BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89 (126).

70) Dieser Topos ist sehr verbreitet. Vgl. nur Württenberger, BayVBl. 1978, 567; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 199 und 207; Schmidt-Jortzig, DVBl. 1978, 797.

71) Meyn, Gesetzesvorbehalt, S. 26 N. 51; vgl. auch Krebs, Vorbehalt, S. 106 ff sowie Rupp, Grundfragen, S. 113 ff.

72) So zu Recht Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 207; unter Berufung darauf BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89 (125 f.); a.A. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 205; wenig überzeugend in diesem Zusammenhang allerdings der Hinweis Ossenbühls darauf, auch das Parlament sei in seiner Kreierung durch die Parteien mediatisiert (Verwaltungsvorschriften, S. 199). Dieses Defizit beeinträchtigt – wenn es denn als solches angesehen werden kann – auch die Legitimation der vom Parlament eingesetzten Administrativen. Für nach der Intensität der Eingriffskompe-

langten demokratischen Legitimation auch bei der Beantwortung der Frage, ob alle Mitglieder von Kollegialorganen, die Staatsgewalt ausüben, demokratisch legitimiert sein müssen⁷³, oder ob es ausreicht, wenn die Mehrheit von ihnen in einer den hier dargestellten Anforderungen entsprechenden, wenn auch vielleicht unterschiedlichen Weise ins Amt gelangt ist⁷⁴.

Die Lösung hat – darauf hat Böckenförde zu Recht hingewiesen⁷⁵ – davon auszugehen, daß die demokratische Legitimation der Amtswalter das Mittel zur Legitimation der Entscheidung ist. Man wird weiter akzeptieren müssen, daß die Entscheidung, so wie sie inhaltlich als Wahlhandlung zwischen Alternativen getroffen wird, von jedem einzelnen Mitglied des Kollegialorgans abhängen kann. Die Berufung in ein Kollegialorgan ist also immer auch Berufung zum Stichentscheid, jedes Mitglied hat „virtuelle Voll-Entscheidungsgewalt“⁷⁶. Die Mehrheitsgrenze hat insofern nur Bedeutung als Marke, an der aus der Möglichkeit ausschlaggebender Entscheidungsbeeinflussung deren Wahrscheinlichkeit wird. Die im Hinblick auf die Forderung, „alle“ Staatsgewalt demokratisch zu legitimieren (Art. 20 II GG), notwendige Sicherheit vermittelt allein eine Besetzung des Kollegialorgans ausschließlich mit demokratisch legitimierten Mitgliedern.

Wer sich mit Blick auf die bloße Mehrheit solcher Mitglieder damit tröstet, die Entscheidung selbst sei jedenfalls legitimiert, kann dies plausibel nur tun, wenn er absolute Gruppendisziplin unterstellt⁷⁷. Eine solche Homogenität des Entscheidungsverhaltens in der jeweiligen Gruppe dürfte aber bei den hier in Betracht zu ziehenden Organen eher die Ausnahme sein und taugt als Argument im Hinblick auf Art. 20 II GG jedenfalls solange nicht, wie sie nur tatsächlich möglich, aber nicht rechtlich zwingend vorgeschrieben ist⁷⁸.

Die Gegenansicht führt vor allem den Beschuß des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1968⁷⁹, die Staatspraxis⁸⁰ und praktische Bedürfnisse⁸¹ als Argumente ins Feld. Mit dem erwähnten Beschuß des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1968⁸² wurde eine Richtervorlage für unzulässig erklärt, mit der das Verwaltungsgericht Hamburg Vorschriften des Hamburger Richterwahlauschusses dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt hatte, weil dadurch nach seiner Auffassung in verfassungswidriger Weise die Entscheidungen des Richterwahlauschusses jeder gerichtlichen Kontrolle entzogen

tenzen abgestufte Legitimation Faber, Bundesbankautonomie, S. 68 und Papier, Gesetzesvorberhalt, S. 32.

73) Hennies, DRiZ 1972, 411; Püttner, DVBl. 1984, 167.

74) K. Ipsen, DÖV 1971, 474; H.P. Schneider, DÖV 1972, 604; Böckenförde, Richterwahl, S. 75 ff; Bieback S. 45 ff.

75) Böckenförde, Richterwahl, S. 75.

76) Leisner, Mitbestimmung, S. 40.

77) Darauf weist Leisner, Mitbestimmung, S. 40 zu Recht hin.

78) Einen Zwang zur einheitlichen Stimmabgabe enthält das Grundgesetz – allerdings in einem völlig anders gelagerten Fall – in Art. 51 III 2 GG für die Vertreter der einzelnen Länder im Bundesrat.

79) Böckenförde, Richterwahl, S. 76 bei N. 9; Bieback S. 46.

80) Böckenförde, Richterwahl, S. 75 bei N. 7; Bieback S. 47.

81) Böckenförde, Richterwahl, S. 75; Bieback S. 46.

82) BVerfG, Beschl. v. 22.10.1968 – 2 BvL 16/67 –, BVerfGE 24, 268 ff.

würden. Das Bundesverfassungsgericht hielt die Vorlage für unzulässig, weil es nach seiner Auffassung für die Entscheidung nicht auf die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschriften ankam. In der Begründung findet sich der Satz, es sei offenkundig, daß Art. 63 der Hamburgischen Verfassung insoweit nicht gegen Bundesrecht verstöße, als dadurch Einrichtung und Aufgaben des Richterwahlauschusses geregelt werden⁸³. Die einschlägige Passage des Art. 63 I der Hamburgischen Verfassung, den der Beschuß des Bundesverfassungsgerichts im Wortlaut wiedergibt, lautet:

„Die Berufsrichter werden vom Senat auf Vorschlag eines Richterwahlauschusses ernannt. Der Richterwahlauschuß besteht aus drei Senatoren oder Senatssyndici, sechs bürgerlichen Mitgliedern, drei Richtern und zwei Rechtsanwälten. Das Nähere bestimmt das Gesetz.“⁸⁴

Vom Hamburger Richtergesetz, das das „Nähere“ regelt, gab das Bundesverfassungsgericht nur die Vorschriften über das Verfahren des Richterwahlauschusses und die Verschwiegenheitspflicht seiner Mitglieder, also die vom vorliegenden Gericht beanstandeten Regelungen, wieder. Allein mit diesen Vorschriften befaßt sich das Bundesverfassungsgericht im weiteren.

Die Regelung des Art. 63 I der hamburgischen Verfassung enthält nichts, was nicht unter Zugrundelegung der hier vertretenen restriktiven Auffassung, wonach alle Mitglieder vom Kollegialorgan demokratisch legitimiert sein müssen, verfassungsgemäß wäre. Sie legt lediglich Voraussetzungen der passiven Wählbarkeit fest und bestimmt die Gruppen, aus denen die Mitglieder des Richterwahlauschusses zu entnehmen sind. Daß etwa die richterlichen Mitglieder allein und abschließend von der Richterschaft bestimmt würden, ist danach alles andere als zwingend. Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann also für die Gegenansicht in keiner Weise herangezogen werden⁸⁵. Auf die verfassungsrechtlich bedenklichen Vorschriften des hamburgischen Rechts darüber, wie die richterlichen Mitglieder in den Richterwahlauschuß gelangen, ist das Bundesverfassungsgericht nicht eingegangen; die Vorlage gab dazu auch keinen Anlaß.

Eher ließe sich zu dieser Frage die Entscheidung über die Bestellung der hauptamtlichen Magistratsmitglieder in Schleswig-Holstein⁸⁶ ins Feld führen, und zwar für den hier vertretenen Standpunkt. Das Bundesverfassungsgericht führt dort aus, daß nur die Stadtvertretung als Repräsentation aller Gemeindebürger durch einen ihr in ihrer Gesamtheit zurechenbaren Akt die demokratische Legitimation verschaffen könne. „Da der Magistrat ein Kollegialorgan ist, gilt dies für alle Mitglieder, die ehrenamtlichen wie die hauptamtlichen in gleicher Weise.“⁸⁷ Die hauptamtlichen Magistratsmitglieder, um die es in der Entscheidung ging, sind nach den Vorschriften der schleswig-holsteinischen Gemeinde-

83) a.a.O. S. 274.

84) a.a.O. S. 268.

85) Sie tendiert auch nicht dahin, wie Püttner, DVBl. 1984, 167 meint.

86) BVerfG, Urt. v. 10.12.1974 – 2 BvK 1/73 –, BVerfGE 38, 258.

87) a.a.O. S. 271.

ordnung immer in der Minderheit gegenüber den ehrenamtlichen. Es dürfte allerdings wohl zu weit gehen, wenn man annehmen wollte, das Bundesverfassungsgericht habe damit die hier diskutierte Streitfrage entscheiden wollen. Die Tatsache, daß die Mehrheitsverhältnisse zwischen hauptamtlichen und ehrenamtlichen Mitgliedern im Magistrat in der Entscheidung mit keinem Wort erwähnt werden, spricht eher dafür, daß das Bundesverfassungsgericht dazu wie in der Entscheidung über die Hamburgische Richterwahlregelung – bewußt oder unbewußt – nicht Stellung bezogen hat⁸⁸.

Auch die von den Vertretern der Gegenansicht für ihre Auffassung herangezogenen Beispiele aus der Staatspraxis sind – von der Relevanz einer solchen Praxis für die Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen ganz abgesehen – nicht einschlägig. So sind etwa alle Mitglieder der von *Böckenförde* genannten Gremien entweder parlamentsgewählt, durch kommunale Vertretungen gewählt oder durch Regierungen oder Minister ernannt und damit ausreichend demokratisch legitimiert⁸⁹. Daß in einem Kollegialorgan Mitglieder mit unterschiedlich zu stande gekommener, aber jeweils ausreichender demokratischer Legitimation sitzen, ist, wie bereits erwähnt, zulässig⁹⁰.

Welche praktischen Bedürfnisse eine Beteiligung nicht ausreichend demokratisch legitimierter Mitglieder an den Entscheidungen von Kollegialorganen erfordern sollen, ist nicht ersichtlich. Durch entsprechend formulierte Bindungen für die Zusammensetzung der Organe oder die Begründung von Vorschlagsrechten⁹¹ läßt sich eine Beteiligung von Personen mit besonderer Sachkunde oder Vertretern bestimmter Interessengruppen auch im Einklang mit dem Erfordernis demokratischer Legitimation verwirklichen⁹².

88) Anders wohl *Püttner*, DVBl. 1984, 167.

89) *Böckenförde*, Richterwahl, S. 65 N. 7; die stimmberechtigten Mitglieder des Jugendwohlfahrtausschusses werden alle gem. § 2 II 1 AG JWG NW vom Rat gewählt. Die Mitglieder des Verwaltungsrates der Wohnungsbauförderungsanstalt sind gem. § 9 I lit. a, b und d WBFG NW als Minister oder aufgrund Ernennung durch einen Minister demokratisch legitimiert, die Mitglieder gem. § 9 I lit. c WBFG durch Wahl des Landtages. Ähnliches gilt für die Verwaltungsräte von Bahn und Post (vgl. §§ 10 II BundesbahnG, 7 PostVerwG) und für die von *Bieback* genannten Beispiele. Soweit *Bieback* in diesem Zusammenhang das Bestehe bindender Vorschlagsrechte anführt, ist dies nicht eine Frage der Legitimation nur eines Teiles der Mitglieder eines Kollegiums, sondern die Frage nach der Zulässigkeit solcher Bindungen für die berufende Stelle (dazu vgl. Fn. 91).

90) *Böckenförde* hält die unterschiedliche Legitimation auch nicht generell für bedenklich. Vgl. Organisationsgewalt, S. 252 N. 34, wo er zu den Beschußausschüssen des Preußischen Rechts Stellung nimmt.

91) Die allerdings nicht bindend sein dürfen. Vgl. *Böckenförde*, Richterwahl, S. 78 f. (wo er der hier nachweisbar entgegenstehenden Staatspraxis offenbar keine Bedeutung zumäßt) und *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 Rn. 55.

92) Deshalb geht auch die Bemerkung von *K. Ipsen* (DÖV 1971, 474) fehl, selbst für den Fall, daß eine Entscheidung des Richterwahlausschusses von den Stimmen aller richterlichen Ausschußmitglieder und einer Minderheit der parlamentarischen Mitglieder getragen werde, sei zu fragen, ob eine solche Entscheidung nicht dennoch eine größere Nähe zur parlamentarischen Legitimation aufweise als eine durch Referentenvorschläge vorprogrammierte Personalentscheidung des Justizministers. Diese Alternative stellt sich nicht. Im übrigen ist die hier mitschwingende Bewertung administrativ-bürokratischer Entscheidung entschieden abzulehnen. Erstens vermag die Zustimmung eines oder weniger Abgeordneter Entscheidungen nicht „Nähe zu parlamentarischer Legitimation“ zu verleihen. Zweitens dürfte auch ein Richterwahlausschuß schwerlich ohne Referentenvorschläge arbeiten können. Ebenso gut ließe sich fragen, ob nicht die Entscheidung des (in einigen

3. Die parlamentarische Verantwortlichkeit

Am häufigsten und wohl auch am intensivsten ist die Problematik des ministerialfreien Raumes im Schrifttum unter dem Aspekt der parlamentarischen Verantwortlichkeit diskutiert worden¹. Die typische Argumentation lautet etwa, der Wille des parlamentarisch Verantwortlichen könne nur durch Einzelweisung voll zur Geltung gebracht werden und nur soweit dies möglich sei, könne das Parlament ihn verantwortlich machen. Wo dem Verantwortlichen das Instrument der Einzelweisung fehle, laufe die parlamentarische Kontrolle leer², der Minister könne die ihm auferlegte Ressortverantwortlichkeit nicht tragen³.

Friesenhahn hat dagegen schon 1957 eingewandt, aus der Verantwortlichkeit der Minister für ihren Zuständigkeitsbereich zu folgern, sie müßten umfassend zu ständig sein, sei nicht möglich; es handele sich um eine *petitio principii*⁴. Bevor der Frage nachgegangen wird, ob und inwieweit ein verfassungsrechtliches Verbot der Weisungsfreiheit und/oder der Unterrichtungsfreiheit unter Hinweis auf die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung begründet werden kann oder ob der Einwand *Friesenhahns* gegen diese Herleitung durchgreift, soll versucht werden, Begriff und Inhalt der parlamentarischen Verantwortlichkeit – mindestens in Grundzügen – darzustellen.

3.1 Begriff und Inhalt der parlamentarischen Verantwortlichkeit

Die rechtswissenschaftliche Befassung mit der parlamentarischen Verantwortlichkeit ist wenig intensiv⁵; diese Zurückhaltung erklärt sich mindestens zum Teil aus dem Mißtrauen gegen einen „ethisch und moralisch aufgeladenen“ Begriff⁶, der zwar „das Bedürfnis nach anspruchsvoller Rechtssprache zu stillen

Bundesländern) unmittelbar vom Parlament gewählten oder bestätigten Ministers nach Vorbereitung durch die streng auf das Gesetz und das Gemeinwohl verpflichteten Beamten seines Ministeriums eine größere Nähe zur parlamentarischen Legitimation aufweist als die ausschlaggebend von einer kleinen Gruppe niemandem verantwortlicher Interessenvertreter getroffene Kooptationse scheidung? Mit Fragen dieser Art lassen sich vielleicht Wertungen plausibel machen, als verfassungsrechtliches Argument sind sie schwerlich tauglich.

1) Etwa: *Bachof*, Verfassungsrecht, S. 115; *Bettermann*, Postarifhoheit, S. 6; *Böckenförde*, Organisations gewalt, S. 251 f.; *Dagstoglu*, Der Private in der Verwaltung, S. 151; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 124 f.; *Evers*, Staat 1964, 51 f.; *Haas*, VerwArch 1958, 22; *Köttgen*, AöR n.F. 11, 258; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 88 Rn. 19; *Obermayer*, Mitbestimmung, S. 31; *E. Stein*, AuR 1973, 227; *Lorenz*, Rechtsschutz, S. 177; *Stern*, Staatsrecht II, § 35 I 4; *W.R. Schenke*, in: BK, Art. 54 Rn. 49; *Fischer-Menshausen*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 114 Rn. 1; *Loening*, DVBl. 1954, 176; *Völp*, BB 1959, 894; OVG Rh.-Pf., Urt. v. 1.12.1965 – 2 A 33/65 –, DÖV 1966, 282 (283); BGH, Urt. v. 31.3.1976 – 3 StR 6/73 –, JR 1977, 28 (30); w. Nachw. bei *Füsslein* S. 308 ff.

2) *E. Klein*, Problematik, S. 47 f.

3) v. *Mangoldt/Klein*, Vorbem. III vor Abschn. VIII.

4) VVDStRL 16, 40 N. 75.

5) *Magiera*, Staatsleitung, S. 270; *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 5; vgl. auch *M. Schröder*, Jura 1982, 449.

6) *Ossenbühl*, AöR 99 (1974), 407; zum Pathos des Begriffs vgl. *Saladin* S. 35 m.w.N.

vermag⁷, aber schwierig zu konturieren ist⁸ und keinen nur halbwegs klaren Begriffskomplex darstellt⁹. Ungeachtet solcher Skepsis wird der parlamentarischen Verantwortung allerdings hohe Bedeutung für die demokratische Verfassungsordnung zugewiesen¹⁰.

Der Begriff „Verantwortung“ oder „Verantwortlichkeit“¹¹ – und bei diesem Begriffsbestandteil, nicht bei dem Zusatz „parlamentarisch“ liegt der Grund für die Unschärfe des Begriffs parlamentarische Verantwortlichkeit – kommt im juristischen Sprachgebrauch in zwei Grundbedeutungen vor¹²; Verantwortung kann identisch mit Zuständigkeit sein und zwar regelmäßig Zuständigkeit für anspruchsvolle, häufig leitende Aufgaben¹³. In der zweiten Bedeutung meint der Begriff ein Verhältnis, in dem jemand einem anderen gegenüber für sein Handeln einzustehen hat. Während „Verantwortlichkeit der Regierung“ auch die Leitungszuständigkeit der Regierung meinen kann, geht es bei der „parlamentarischen Verantwortung“ der Regierung allein um Verantwortung im zweiten Sinne, um ein Einstehen müssen¹⁴. Notwendige Voraussetzung dieser Art von Verantwortlichkeit ist stets ein Gegenüber unterschiedlicher Instanzen¹⁵; bei der historischen Verantwortung¹⁶ ist dies das Gegenüber zwischen handelndem Politiker und der Nachwelt, bei der strafrechtlichen Verantwortung zwischen Täter und Staat, bei der zivilrechtlichen Verantwortung zwischen Haftendem und Geschädigtem¹⁷. Selbst bei der Verantwortung sich selbst gegenüber ist der einzelne seinem als unabhängige Instanz gedachten Gewissen konfrontiert¹⁸. Die parlamentarische Verantwortlichkeit ist die Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament. Das Parlament ist Verantwortungsgläubiger.

7) Wilke, DÖV 1975, 509.

8) Krebs, Kontrolle, S. 44.

9) Wilke, DÖV 1975, 511; nach Schmidt-Aßmann (VVStRL 34, 228) handelt es sich nicht um einen normativen Begriff, sondern Verantwortung „kennzeichnet ein differenziertes Ausgleichssystem, in dem sich Rechtssätze, Sachgesetzlichkeiten und Institutionen mit ihrem Selbstverständnis begegnen.“

10) Vgl. etwa Magiera, Staatsleitung, S. 270; Ossenbühl, Festschrift Jahrreiß, S. 175.

11) Das juristische Schrifttum benutzt die Begriffe „Verantwortung“ und „Verantwortlichkeit“ synonym. Anders etwa Lubmann (Funktionen und Folgen formaler Organisation): „Man kann Verantwortung daher als einen sozialen Prozeß der Informationsverarbeitung beschreiben, der zugleich der Absorption von Unsicherheit und der Bewußtseinsentlastung dient. In diesem Prozeß ersetzt die Verantwortung fehlende Information und schafft damit ein Gewißheitsäquivalent.“ (S. 174). Unter Verantwortlichkeit versteht er die Rechenschaftspflicht für Fehler (S. 179).

12) Wilke, DÖV 1975, 511.

13) Wilke, a.a.O., S. 511.

14) Bereits Loening hat diese beiden Aspekte deutlich voneinander getrennt, als er forderte, die gesamte Verwaltung müsse von der Regierung geleitet und mit Anweisungen versehen werden können und für die gesamte Verwaltung müsse ein Minister die Verantwortung gegenüber dem Parlament tragen (DVBl. 1954, 175); ähnlich Dahlgrün, in: Demokratie und Verwaltung, S. 317.

15) Eichenberger, Festschrift Huber, S. 118 unter Berufung auf Nicolai Hartmann; Magiera, Staatsleitung, S. 272 m.w.N.; Krebs, Kontrolle, S. 44; Saladin S. 31 spricht unter Berufung auf Manfred Riedel von einem „Kommunikationsbegriff“; Gebrig S. 25 bezeichnet Verantwortlichkeit als Komplementärbegriff zu „Dualismus“.

16) Zu den unterschiedlichen Arten der Verantwortung vgl. Eichenberger, Festschrift Huber, S. 111 f.

17) Als Beispiel für zivilrechtliche „Ministerverantwortlichkeit“ vgl. BGH, Urt. v. 12.12.1974 – III ZR 76/70 –, NJW 1975, 491 ff.

18) Krebs, Kontrolle, S. 44 N. 287.

Badura unterscheidet nun bei der parlamentarischen Verantwortlichkeit wieder zwei Ausprägungen: die Rechenschaftspflichtigkeit für die Amtsführung einerseits und die politische Abhängigkeit vom Parlament andererseits¹⁹. Versteht man parlamentarische Verantwortlichkeit in dem letztgenannten Sinne als die Möglichkeit des Parlaments, über den Bestand der Regierung verfügen zu können²⁰, wird die Abhängigkeit der Regierung vom Vertrauen des Parlaments, die Wesensmerkmal des parlamentarischen Regierungssystems ist²¹, zum Begriffsmerkmal der parlamentarischen Verantwortlichkeit. Richtigerweise wird man die Verfügungsmöglichkeit des Parlaments über den Bestand der Regierung jedoch nicht als notwendiges Element der parlamentarischen Verantwortlichkeit ansehen dürfen. In ihren historischen Anfängen bestand die Verantwortlichkeit der Minister vor dem Parlament gerade ohne diese Verfügungsmöglichkeit; das Parlament konnte den Minister zwar zur Rechenschaft ziehen, entlassen konnte ihn jedoch allein der Monarch²². Parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung kennt auch das geltende Schweizer Staatsrecht, ohne daß dort der Amtverlust der Regierung erzwungen werden könnte²³. Die Abwahl ist eine Möglichkeit unter anderen²⁴, parlamentarische Verantwortlichkeit zu realisieren, als notwendige Voraussetzung der parlamentarischen Verantwortlichkeit ist sie nicht anzusehen.

Zwar nicht die Möglichkeit der Amtsenthebung, aber doch wohl die Möglichkeit irgendeiner Sanktion sieht Kröger als notwendig für den Begriff der parlamentarischen Verantwortlichkeit an, wenn er diese als Pflicht versteht, vor dem Parlament über die Amtstätigkeit Rechenschaft abzulegen (Rechenschaftspflicht) und für die Amtsführung und die darüber gelegte Rechenschaft einzustehen (Einstandspflicht)²⁵. Die Rechenschaftspflicht soll den Minister verpflichten, für seine Amtsführung Rede und Antwort zu stehen²⁶. Im Rahmen der Einstandspflicht müsse der Minister sich „Versäumnisse, Fehler und Mißerfolge als eigenes politisches Versagen anrechnen lassen, was wahrscheinlich eine politische Vertrauenseinbuße bedeutet,“ und er habe „daraus die Konsequenzen zu ziehen“, in gravierenden Fällen von seinem Amt zurückzutreten²⁷. Die schärfste Form der Geltendmachung der Einstandspflicht gegenüber dem Kanzler sei das Mißtrauensvotum, gegenüber den Bundesministern komme der Tadels- und Mißbilligungsbeschuß oder die Streichung von Etatmitteln, etwa des Ministergehalts in Betracht²⁸.

19) Badura, ZParl. 1980, 580.

20) So etwa M. Schröder, Jura 1982, 449 f.; Graf Vitzthum, Parlament und Planung, S. 228; Bodenheim S. 38; von Arnim, Staatslehre, S. 342; auch wohl Schambeck S. 45 und BVerfG, Urt. v. 23.10.1952 –, BVerfGE 2, 1 (13).

21) Vgl. Badura, ZParl. 1980, 575; Stern, Staatsrecht I, § 22 II 2.

22) Badura, ZParl. 1980, 574 ff.

23) Eichenberger, Festschrift Huber S. 113; Baumlin, ZSchwR n.F. Bd. 85 (1966), 176 f.

24) Vgl. schon Jellinek S. 130.

25) Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 7.

26) Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 118.

27) Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 23.

28) Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 23 u. 153 ff; a.A. (Streichungsantrag unzulässig) Stern, Staatsrecht I, § 22 III 3 c m.w.N.

Dieser Versuch *Krögers*, der parlamentarischen Verantwortlichkeit durch Aufspaltung und Statuierung einer Rechenschafts- und einer Einstandspflicht ein klares Profil zu geben, leidet darunter, daß diese beiden Pflichten für sich geschehen und die Einstandspflicht im Hinblick auf ihre Notwendigkeit überhaupt wenig überzeugend beschrieben sind. Wenn die Rechenschaftspflicht der Ermittlung des Adressaten des Verantwortungsvorgangs und seiner Verantwortlichkeit im Einzelfall dient²⁹, kommt die parlamentarische Verantwortlichkeit des Ministers dann ohne Rechenschaftspflicht aus, wenn das Parlament sich die Informationen zur Feststellung der „Verantwortlichkeit im Einzelfall“ auf anderem Wege als unmittelbar vom Minister durch sein Rede- und Antwortstehen verschafft? *Kröger* selbst rechnet die Informationsbeschaffung durch Untersuchungsausschüsse zu den Mitteln der Geltendmachung der Rechenschaftspflicht³⁰.

Erheblich unklarer ist noch der Inhalt und die rechtliche Bedeutung der Einstandspflicht. Soll der Minister bei Vorliegen eines gravierenden Falls zum Rücktritt rechtlich verpflichtet sein?³¹ Liegt ein Fall der Realisierung parlamentarischer Verantwortlichkeit vor und worin besteht die Einstandspflicht, wenn der Bundestag durch ein Gesetz die Handlungsfreiheit eines Ministers stark rechtlich beschränkt und so auf frühere Fehler und Versäumnisse reagiert? Soll der Minister sich im Wege des Organstreits gegen die Streichung seines Ministergehalts im Etat, der Kanzler gegen das erfolgreiche konstruktive Mißtrauensvotum wehren können, wenn das Parlament ihn zu Unrecht verantwortlich macht?³² Ist die Einstandspflicht nicht letztlich nur die Pflicht des Ministers, seine Amtsführung durch den Bundestag politisch beurteilen zu lassen und worin besteht dann noch die Substanz dieser Pflicht?

Auf dem von *Kröger* eingeschlagenen Weg ist der parlamentarischen Verantwortlichkeit wohl nicht beizukommen. Nicht von ungefähr schließt er seine Ausführungen zum Verhältnis von Rechenschafts- und Einstandspflicht mit dem sibyllinischen Diktum, die beiden Pflichten ließen „sich wohl voneinander unterscheiden, nicht aber voneinander trennen.“³³

Die Möglichkeit, rechtsförmliche Sanktionen zu verhängen, ist für die parlamentarische Verantwortlichkeit nicht notwendige Voraussetzung. Auch ohne Mißbilligungsbeschuß oder Streichung von Etatmitteln, die in der Praxis ohnehin kaum eine Rolle spielen, kann sich parlamentarische Verantwortlichkeit vollziehen und vollzieht sich, etwa dadurch, daß Fehlleistungen öffentlich diskutiert werden. Eine andere und hier nicht zu erörternde Frage ist, ob parlamen-

29) *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 24.

30) S. 147 ff.

31) *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 23 „... hat er von seinem Amt zurückzutreten.“

32) Dagegen *Badura*, ZParl. 1980, 579; anders möglicherweise *Vogel*, Festschrift Schack S. 184 f.; vgl. bereits *Marschall von Bieberstein*, in: HdbDStR I S. 537 ff.

33) *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 24; ähnlich diffus *Morscher*, Jör n.F. Bd. 25 (1976), S. 59: „in enger Verknüpfung ... , aber doch begrifflich trennbar und sogar die Kehrseite ein und derselben Medaille“; der Topos „unterscheidbar, aber nicht trennbar“ findet sich in einer ganz ähnlichen Formulierung bereits bei *Carl Schmitt*, Staat – Bewegung – Volk, S. 21.

tarische Verantwortlichkeit politischer Sanktionen bedarf³⁴. Diese Sanktionen sind für den Außenstehenden u.U. nicht erkennbar, etwa wenn sie in der Einbuße von politischem good-will in der Mehrheitsfraktion bestehen³⁵. Nach außen effektiv wird diese Form der Sanktion erst, wenn ein Tropfen das Faß zum überlaufen bringt und der Minister sich zum Rücktritt gezwungen sieht³⁶.

Rechtlich wird parlamentarische Verantwortlichkeit häufig synonym mit dem Begriff parlamentarische Kontrolle verwendet, beide Begriffe bilden vielfach ein Gespann³⁷. Das ist kein Zufall. Für die Kontrolle ist anerkannt, daß sie sanktionierend sein kann, die Möglichkeit der Sanktion aber nicht begriffsnotwendig ist³⁸. Richtigweise wird man parlamentarische Verantwortlichkeit denn auch als Kontrollierbarkeit durch das Parlament zu verstehen haben³⁹. Verantwortlichkeit und Kontrolle sind „Komplementärbegriffe“⁴⁰. Parlamentarische Verantwortlichkeit der Minister bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als daß die Minister der Kontrolle des Parlaments unterliegen; die Verantwortlichkeit wird durch den konkreten Kontrollakt realisiert⁴¹. Als Soll-Ist-Vergleich ist Kontrolle notwendiges Element jeder Entscheidung, Kontrolle ist allen Entscheidungen akzessorisch⁴². Parlamentarische Kontrolle findet deshalb überall statt, wo das Parlament in irgendeiner Form über die Regierung oder Vorschläge der Regierung entscheidet, überall wo sich „Regierung und Parlament begegnen.“⁴³ Auch parlamentarische Verantwortlichkeit ist deshalb „– potentiell jedenfalls – allgegenwärtig.“⁴⁴

Versteht man parlamentarische Verantwortlichkeit als Kontrollierbarkeit durch das Parlament, sind selbstverständlich auch die Bundesminister parlamentarisch verantwortlich, denn auch sie unterliegen parlamentarischer Kontrolle⁴⁵. Unzweifelhaft kann der Bundestag die Minister allerdings nicht ihres Amtes enthe-

34) Dazu *Eichenberger*, Festschrift Huber S. 115, 130 ff; *Bäumlin*, ZSchwR n.F. Bd. 85 (1966), S. 244; *Saldan* S. 26 f.; *Scheuner*, Festschrift Müller, S. 392.

35) Zu „innerer“ Kontrolle vgl. *Ellwein*, Regierungssystem, 3. Aufl., S. 283; *von Arnim*, DÖV 1982, 920; auch die Gesetzgebung bildet ein Kontrollmittel und kann Verantwortlichkeit politisch realisieren (vgl. *Bäumlin*, ZSchwR n.F., Bd. 85 (1966), S. 247 und *Magiera*, Staatsleitung, S. 277).

36) Vgl. zum Rücktritt als Realisierung parlamentarischer Verantwortlichkeit *Badura*, ZParl. 1980, 579; *Stern*, Staatsrecht II, § 31 IV 5 c.

37) Vgl. den Titel des Beitrages von *Scheuner* „Verantwortung und Kontrolle“, in: Festschrift G. Müller, S. 379; *Krebs* (Kontrolle S. 44) spricht von einem „Begriffspaar“; *Meyn* (Kontrolle, S. 274) von „enger Verbindung“; *Erichsen*, Staatsrecht II, S. 80 von „notwendigem Korrelat“; siehe *Ossenbühl*, AÖR 99 (1974), S. 408, 410.

38) Zu den Arten der Kontrolle vgl. *Eichenberger*, SJZ 1965, 270; *Krebs*, Kontrolle, S. 4 ff m.w.N.; daß bei der Kontrolle wie bei der Verantwortlichkeit die Sanktionierbarkeit mögliche, aber nicht notwendige Begriffsvoraussetzung ist, dürfte daran liegen, daß sich die beiden Begriffe aus unterschiedlicher Perspektive auf den gleichen Gegenstand beziehen wie dies etwa bei „Klima“ und „Wetter“ der Fall ist.

39) Ähnlich *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 65 Rn. 91.

40) *Stern*, Staatsrecht II, § 31 IV 5.

41) *Stern*, Staatsrecht I, § 22 III 3; *E. Klein*, Problematik, S. 25; *Eichenberger*, SJZ 1965, 288.

42) *Krebs*, Kontrolle, S. 34, 142 ff.

43) *Bäumlin*, ZSchwR n.F., Bd. 85 (1966), 290.

44) *Leisner*, Mitbestimmung, S. 48.

45) *Friesenbahn*, VVDStRL 16, 58; *von Wick*, DÖV 1956, 113 ff; *von Mangoldt/Klein*, Art. 65 Anm. IV 4; *E. Klein*, Problematik, S. 27 ff m.w.N.; *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 6 m.w.Nachw.



ben. Wer abweichend von der hier vertretenen Auffassung die Verfügungsmöglichkeit des Parlaments über die Regierung als Begriffsmerkmal der parlamentarischen Verantwortlichkeit ansieht, kann deshalb ebenso unzweifelhaft nur von Ministerverantwortung, aber nicht von parlamentarischer Verantwortung der Minister sprechen⁴⁶. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Weisungsfreiheit kommt es auf diese Streitfrage letztlich nicht an; wenn sich ein Verbot der Weisungsfreiheit unter Berufung auf die parlamentarische Verantwortlichkeit begründen lässt, ist die Argumentation auch auf der Grundlage einer lediglich durch den Bundeskanzler vermittelten Verantwortlichkeit möglich⁴⁷.

Die Maßstäbe der parlamentarischen Kontrolle, die Verantwortlichkeitsmaßstäbe, sind politisch⁴⁸, nicht rechtlich. Gewiß kann auch die Beachtung der Gesetze und der Verfassung parlamentarisch kontrolliert werden; ob und inwiefern dies geschieht, ist aber ausschließlich Ergebnis einer politischen Opportunitätsentscheidung. „Staatsrechtliche“ Verantwortlichkeit⁴⁹ ist die parlamentarische Verantwortlichkeit nur insoweit, als das Staatsrecht Kontrollinstrumente und eventuell auch Sanktionen bereitstellt. Das Recht zieht allerdings Grenzen für die Bildung der politischen Verantwortlichkeitsmaßstäbe durch das Parlament⁵⁰.

Als Voraussetzung für die Geltendmachung der parlamentarischen Verantwortlichkeit im Einzelfall werden Zuständigkeit⁵¹ und Zurechenbarkeit⁵² genannt. Bei organisationsrechtlicher Betrachtung zeigt sich, daß Zuständigkeit hier lediglich ein Spezialfall von Zurechenbarkeit ist. Zurechenbarkeit ist Voraussetzung jeder Verantwortlichkeit⁵³; in Organisationen wird Zurechenbarkeit über Zuständigkeit hergestellt. Die parlamentarische Verantwortlichkeit setzt Zuständigkeit logisch zwingend voraus. Ohne Zuständigkeit fehlt der die Verantwortung realisierenden Kontrolle das Substrat. Weil organisationsrechtliche Zurechenbarkeit mit Zuständigkeit zusammenfällt, ist der Minister nicht nur für eigenes Handeln und für eigenes Geschehenlassen, Nichthandeln trotz Kenntnis oder Kennenkönnen der Handlungsmöglichkeit, sondern auch für Handeln seiner Untergebenen, das er nicht kennen konnte, verantwortlich⁵⁴.

46) So konsequent H.-W. Meier S. 142 (vgl. auch S. 41 N. 121); Badura (ZParl. 1980, 576) spricht von „eingeschränkter Ministerverantwortlichkeit“; Herzog (in: Maunz/Dürig, Art. 65 Rn. 66) von „abgestufter parlamentarischer Verantwortung“.

47) Dagloglu, Der Private in der Verwaltung, S. 151; Füsslein S. 309.

48) Bäumlin, ZSchwR n.F., Bd. 85 (1966), S. 244 weist darauf hin, daß es der politischen Kontrolle auch im Einzelfall um die Typizität für das Ganze des politischen Geschehens geht.

49) Gegen diesen Terminus zu Recht Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 10 f.; ein Beispiel dafür, wie wenig eindeutig dieser Begriff ist, gibt das Urteil des VerfGH Rh.-Pf. v. 24.10.1984 (VGH 9/83-), NVwZ 1985, 180 f.

50) Krebs, Kontrolle, S. 145 f.

51) Vogel, Festschrift Schack, S. 192; Eichenberger, Festschrift Huber, S. 109; Schambeck, S. 8; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 20; Badura (ZParl. 1980, 580) beschränkt sie auf das Ressort.

52) Marschall von Bieberstein, in: HdbDStR I, S. 527; E. Klein, Problematik, S. 40; ders., JuS 1974, 365; R. Wahl, Stellvertretung, S. 246.

53) Saladin S. 89: „Verantwortung ist logisch gebunden an Macht“. Umgekehrt sieht er einen ethischen Zusammenhang.

54) Badura, ZParl. 1980, 581; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 19 f.; Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 65 Rn. 95; E. Klein (Problematik S. 40) verlangt Kenntnis, was den Verzicht zur Folge haben

Organisationen sind, wie Niklas Luhmann gesagt hat, soziale Systeme, „die sich erlauben, menschliches Verhalten so zu behandeln, als ob es Entscheiden wäre.“⁵⁵

Parlamentarische Verantwortlichkeit wirkt gewaltenteilend und rechtssichernd. Sie schafft Transparenz, bewirkt Integration, ermöglicht rationale Entscheidungen und bindet die Regierung im Sinne inhaltlicher Legitimation an den politischen Willen des Parlaments⁵⁶. All diese Funktionen können durch parlamentarische Verantwortlichkeit erfüllt werden und im großen ganzen werden sie auch erfüllt. Daß die Kontrollmechanismen im Einzelfall funktionieren, dafür gibt es keine Sicherheit. Bereits das Bestehen der Kontrollmöglichkeit hat jedoch Disziplinierungseffekt⁵⁷. Die Regierung und ihre Mitglieder, aber auch die nachgeordnete Verwaltung als die Kontrollierten antizipieren gewissermaßen die Kontrolle und richten ihr Verhalten entsprechend aus⁵⁸. Das Funktionieren der parlamentarischen Verantwortlichkeit hat demgemäß etwas Zufälliges; grobes Versagen kann ohne erkennbare Reaktion, praktisch unbeachtet bleiben, kleine Fehler können über Nacht einen Minister zum Straucheln bringen⁵⁹. Diese Zufälligkeit ist geradezu Voraussetzung für die Effektivität der parlamentarischen Kontrolle⁶⁰; die vollständige oder auch nur systematische Kontrolle des gesamten Handelns der Regierung und der ihr nachgeordneten Verwaltung ist faktisch unmöglich und wäre schwerlich sinnvoll⁶¹. Die Kontrolle eines „zufällig“ ausgewählten Einzelfalles, die Aufdeckung eines punktuellen Versagens macht für die gesamte Exekutive ihre ständige Kontrollbedrohung evident⁶². Eine systematische Kontrolle würde dagegen notwendigerweise kontrollsichere Bereiche schaffen. Die Praxis der parlamentarischen Kontrolle und ihr Instrumentarium mag durchaus verbesserungsfähig sein⁶³; ernste Zweifel an ihrer Effektivität sind aber erst dann angebracht, wenn die Wahrscheinlichkeit der Kontrolle so gering wird, daß die Exekutive sie vernachlässigen kann⁶⁴.

würde, Minister wegen der besonders eklatanten Form von Unfähigkeit zur Verantwortung zu ziehen, die sich darin äußert, Probleme nicht wahrzunehmen. Stern (Staatsrecht II, § 31 IV 5) verlangt in Anlehnung an Marschall von Bieberstein (in: HdbDStR I, S. 527) mit „Geschehenlassen“ wohl wenigstens die Möglichkeit der Kenntnisnahme, will sie aber regelmäßig vermuten. Wo diese fehlt, wird man allerdings regelmäßig einen Anknüpfungspunkt für Kritik am Minister wegen eines Organisationsverschuldens haben.

55) Luhmann, Organisation und Entscheidung, S. 33.

56) Zur Funktion der parlamentarischen Kontrolle vgl. Eichenberger, SchwJZ 1965, 271; E. Klein, Problematik, S. 23 ff.; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 27 ff.

57) H.A. Simon, Verwaltungshandeln, S. 41; Thieme, VerwArch 1983, 307; E. Klein, Problematik, S. 180.

58) Füsslein S. 325.

59) Lecheler, Personalgewalt, S. 196.

60) Vgl. Stadler S. 308.

61) a.A. wohl Roller S. 122; E. Stein, AuR 1973, 226.

62) Das „Zufällige und Bruchstückhafte“ (Scheuner, Festschrift Müller, S. 398) spricht deshalb nicht gegen die Effektivität der Parlamentskontrolle; möglicherweise liegt hier der Grund dafür, daß die Exekutive die Kontrolle des Parlaments nach wie vor ernst nimmt; diese Tatsache verliert dann das „Erstaunliche“ (Eichenberger, SchwJZ 1965, 285).

63) Zu dem Problem etwa Bäumlin, ZSchwR n.F. Bd. 85 (1966), S. 174 f.

64) Ähnlich wie hier: E. Klein, Problematik, S. 180 f.

3.2 Parlamentarische Verantwortlichkeit und Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume

Der Einwand *Friesenhabns* gegen die eingangs skizzierte Herleitung des Verbots der Weisungsfreiheit aus der parlamentarischen Verantwortlichkeit erweist sich nach den hier angestellten Überlegungen zu Begriff und Inhalt der parlamentarischen Verantwortlichkeit als berechtigt⁶⁵. Die Verantwortlichkeit ist der Zuständigkeit akzessorisch⁶⁶, nicht umgekehrt, denn Kontrollierbarkeit besteht nur, wo eine Zuständigkeit besteht. Aus dem bloßen Bestehen der parlamentarischen Ministerverantwortlichkeit läßt sich ebensowenig auf die Zuständigkeit des Ministers schließen wie aus der Verantwortlichkeit des Beamten gem. § 56 I BBG auf sein Tätigkeitsgebiet⁶⁷. Die Zuständigkeit begrenzt die Verantwortlichkeit, nicht aber weitet die Verantwortlichkeit die Zuständigkeit aus oder sichert sie.

Das bedeutet nun aber nicht, daß in keinem Fall von der Verantwortlichkeit auf die Zuständigkeit geschlossen werden könnte⁶⁸. Läßt sich nachweisen, daß jemand in einem bestimmten Umfang soll verantwortlich gemacht werden können, ist soweit mit der Verantwortlichkeit auch die Zuständigkeit dargetan⁶⁹. Daß überhaupt Verantwortlichkeit besteht, reicht aber nicht zum Nachweis bestimmter Zuständigkeiten aus.

Aus der parlamentarischen Verantwortlichkeit ergibt sich ein Verbot der Schaffung weisungsfreier Räume demnach nur, wenn verfassungsrechtlich jede Exekutivtätigkeit vom Parlament in vollem Umfang über den zuständigen Minister kontrollierbar sein muß, wie dies etwa *Scheuner* angenommen hat⁷⁰. Nicht ausreichend ist der Nachweis, daß überhaupt Kontrolle stattfinden muß. Es muß sich um parlamentarische Kontrolle handeln, Gerichtskontrolle etwa reicht nicht aus. Aber auch der Nachweis, daß parlamentarische Kontrolle notwendig ist, reicht nicht aus, denn diese kann sich durchaus an der Regierung vorbei vollziehen⁷¹. Selbst die Darlegung, daß jeder Exekutivbereich über den Minister parlamentarisch kontrollierbar sein muß, genügt nicht, denn eine solche Kontrolle kann sich auf andere Ingerenzmöglichkeiten als das Weisungsrecht bezie-

65) Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß bereits *Georg Jellinek* nachgewiesen hat, daß die historische Entwicklung des „Bürosystems“ und der parlamentarischen Verantwortlichkeit unabhängig voneinander verlaufen sind (S. 107).

66) *Füsslein* S. 309; ähnlich *Lecheler*, *Personalgewalt*, S. 193.

67) *Füsslein* S. 310.

68) Vgl. etwa den Schluß vom „Verantwortlichkeitsmonopol“ des Bundeskanzlers auf den Umfang seiner Richtlinienkompetenz bei *Erichsen*, *Staatsrecht II*, S. 89 oder von der Haushaltsverantwortung der Bundesregierung auf ihre Informationsrechte gegenüber dem Bundesfinanzminister in: *BVerfG*, Urt. v. 25.5.1977 – 2 BvE 1/74 –, *DVBl.* 1977, 605 (609).

69) Ähnlich *Fichtmüller*, *AöR* 1966, 328.

70) *DÖV* 1953, 521; ähnlich *E. Klein*, *Jus* 1974, 363; *Püttner*, *DVBl.* 1975, 355; a.A. *Ossenbühl*, *Verwaltungsvorschriften*, S. 442.

71) Beispiele bei *Füsslein* S. 310 f.; vgl. auch *Achterberg*, *Parlamentsrecht*, S. 437 f.; gegen solche unmittelbaren Parlamentskontrollen *Püttner*, *Öffentliche Unternehmen*, 2. Aufl., S. 126; für die Zulässigkeit von unmittelbaren Parlamentskontrollen *Brohm*, *Wirtschaftsverwaltung*, S. 220 und *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, S. 126. Einer unmittelbaren Parlamentskontrolle unterliegt genau besehen auch die kommunale Selbstverwaltung, nämlich durch die Gesetzgebung.

hen, für deren Wahrnehmung der Minister funktionell zuständig ist. Hier ist vor allem an Personal- und Haushaltsentscheidungen zu denken, die durch die Schaffung weisungsfreier Räume nicht berührt werden. Es muß der Nachweis geführt werden, daß das Verfassungsrecht die totale Parlamentskontrolle des Verwaltungshandelns, d.h. die Kontrolle aller Teilentscheidungen qua Minister gebietet.

Verfassungsrechtliche Grenzen für die Errichtung unterrichtungsfreier Räume ergeben sich unter den gleichen Voraussetzungen, soweit die Unterrichtungsfreiheit den in der Verwaltungshierarchie übergeordneten Stellen und damit letztlich dem Minister gegenüber bestehen soll. Als übergeordnete Einheit im Sinne der hier zugrundegelegten Definition des unterrichtungsfreien Raumes kommen aber auch außerhalb der Verwaltungshierarchie stehende Stellen in Frage, etwa das Parlament oder der Rechnungshof, denn im Hinblick auf die Unterrichtung können diese Stellen ermächtigt sein, ihren Willen den Stellen der Verwaltung gegenüber durchzusetzen⁷². Ein verfassungsrechtliches Verbot der Unterrichtungsfreiheit ist deshalb auch dann anzunehmen, wenn von Verfassungs wegen einer Kontrolle der Verwaltungstätigkeit stattfinden muß, die unterrichtungsfrei gestellt werden soll.

Ausgehend von der Eigenart der Kontrolle als eines Soll-Ist-Vergleichs läßt sich das hier zu untersuchende Problem genauer formulieren: Gegenstand der parlamentarischen Kontrolle – also „Ist“ im Rahmen des Soll-Ist-Vergleichs – kann die Tätigkeit des Ministers oder der Verwaltung sein. Im Rahmen des Kontrollverfahrens wird der Kontrollgegenstand ermittelt, der Kontrollmaßstab – das „Soll“ – bestimmt und diese beiden dann im eigentlichen Kontrollvorgang einander konfrontiert und verglichen. Die Unterrichtungsfreiheit betrifft zum einen das Kontrollverfahren, weil sie – soweit sie gegenüber dem Kontrollierenden gilt – die Ist-Ermittlung verhindert. Verfassungsrechtliche Verbote der Unterrichtungsfreiheit sind dem Grundgesetz also insoweit zu entnehmen, als es Informationsrechte etwa des Parlaments statuiert. Bei der Kontrolle des Ministers beschränkt die Unterrichtungsfreiheit zum anderen den Kontrollmaßstab; soweit sie gegenüber dem Minister gilt, steht sie der Bildung eines Kontrollmaßstabes entgegen, der vom Minister Informiertheit erwartet. Weisungsfreiheit verhindert in ähnlicher Weise die Bildung von Kontrollmaßstäben, die den Einsatz des Führungsinstruments Weisung durch den Minister postulieren oder voraussetzen. Die Bildung anderer Maßstäbe, etwa im Hinblick auf die Ausübung personeller Ingerenzmöglichkeiten oder haushaltsrechtlicher Befugnisse durch den Minister werden durch die Weisungsfreiheit nicht ausgeschlossen. Deshalb hat *Achterberg* mit Recht festgestellt, daß Ministerialfreiheit nicht Kontrollfreiheit schafft, sondern lediglich die Kontrolldichte reduziert⁷³. Solche Reduktionen der Kontrolldichte sind allerdings mit jeder Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten des Ministers oder der ihm nachgeordneten Exekutive verbunden; soweit der Polizei durch Gesetz ein bestimmtes Verhalten untersagt ist, scheidet die Bildung eines entsprechenden Maßstabes für die parlamentarische

72) Siehe oben 1. Teil, Ziff. 3.1.4 und 3.2 m.w.Nachw.

73) *Achterberg*, *Parlamentsrecht*, S. 438.

Kontrolle aus. Verfassungsrechtliche Verbote der Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit sind gleichbedeutend damit, daß die entsprechenden Maßstäbe nicht ausgeschlossen werden dürfen, mit anderen Worten, daß das Grundgesetz sie als mögliche Maßstäbe parlamentarischer Kontrolle garantiert.

Die Prüfung, ob das Grundgesetz die Errichtung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume unter dem Aspekt der parlamentarischen Verantwortlichkeit verbietet, richtet sich also darauf, ob das Parlament von Verfassungs wegen gegenüber der Verwaltung Informationsrechte hat, die gesetzlichen Beschränkungen entzogen sind, und ob verfassungsrechtlich die Kontrollmaßstäbe der Informiertheit des Ministers über die gesamte Tätigkeit in seinem Ressort und der richtigen Ausübung des Weisungsrechts garantiert sind.

Allerdings ist sedes materiae der parlamentarischen Verantwortlichkeit im Grundgesetz nur schwer auszumachen⁷⁴. Der Hinweis, es gebe „Verfassungsprinzipien von unbezweifbarer Geltungskraft, die im Grundgesetz nicht ausdrücklich normiert sind und auch nicht ausdrücklich normiert zu werden brauchen“⁷⁵, läuft eher auf ein Ignorieren denn auf ein Vermeiden der von *Friesenhahn* aufgezeigten Gefahr der *petitio principii* hinaus. So sehr sich der diffuse Begriff der parlamentarischen Verantwortlichkeit auch dazu anbieten mag, daraus konkrete Regeln und aus diesen wieder neue, noch konkretere Regeln abzuleiten, so sehr ist doch daran festzuhalten, daß die parlamentarische Verantwortlichkeit „kein verfassungsrechtliches a priori dar(stellt), aus dem sich ohne weiteres alle möglichen Kontrollrechte ableiten ließen,“ sondern „der Ausformung durch konkrete Verfassungsnormen“ bedarf⁷⁶. Dies beachtend bleibt zu prüfen, ob sich im beschriebenen Sinne ein Verbot der Errichtung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume aus einzelnen parlamentarischen Kontrollrechten (Ziff. 3.3) oder aus Strukturprinzipien der Verfassung (Ziff. 3.4) herleiten lässt. Dabei bleibt das Rechtsstaatsprinzip als Basis für solche Verbote ausgespart; es wird im weiteren Verlauf der Untersuchung gesondert betrachtet⁷⁷.

3.3 Die Herleitung eines Verbots der Errichtung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume aus einzelnen Kontrollrechten

Folgende Kontrollrechte des Parlaments sollen darauf untersucht werden, ob und inwieweit sie Verbote der Errichtung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume enthalten:

- das Mißtrauensvotum (Art. 67 I GG – Ziff. 3.3.1),
- parlamentarische Informationsrechte (Ziff. 3.3.2), und zwar
- ein möglicher Auskunftsanspruch (Ziff. 3.3.2.1),

74) Vgl. dazu *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 65 Rn. 91.

75) *Grewé*, Diskussionsbeitrag 39. DJT, S. D 153.

76) *Achterberg*, *Parlamentsrecht*, S. 462.

77) Vgl. unten Ziff. 4.

- das Untersuchungsrecht (Art. 44 GG – Ziff. 3.3.2.2),
- das Petitionsrecht (Art. 17, 45 c GG – Ziff. 3.3.2.3), und
- die Kontrollbefugnisse des Haushaltungsrechts (Ziff. 3.3.3).

Auf Art 65 S. 2 GG wird an dieser Stelle unter dem Aspekt der parlamentarischen Verantwortlichkeit nicht noch einmal eingegangen. Ausschlaggebend dafür ist nicht die Kontroverse über die unmittelbare oder mittelbare parlamentarische Verantwortlichkeit der Bundesminister¹, sondern die Überlegung, daß dieser Vorschrift nichts darüber entnommen werden kann, wie diese Verantwortlichkeit zu realisieren ist, und vor allem, daß der Umfang der Verantwortlichkeit gem. Art. 65 S. 2 GG identisch ist mit dem Umfang der dort etablierten Leistungsbefugnis. Soweit nach den oben angestellten Überlegungen² die Leistungsbefugnis gem. Art. 65 S. 2 GG beschränkt werden kann, kann es mangels Zuständigkeit auch keine Verantwortlichkeit des Ministers nach dieser Vorschrift geben³. Anders ausgedrückt: Art. 65 S. 2 GG garantiert nicht in weiterem Umfang Kontrollmaßstäbe für das Parlament als Leistungsbefugnisse für den Minister.

Allerdings würde die nachstehend untersuchte Möglichkeit, verfassungsrechtliche Grenzen der Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume aus im Grundgesetz verankerten Kontrollrechten herzuleiten, von vornherein ausscheiden, wenn das Parlament auf Kontrollbefugnisse durch einfaches Gesetz verzichten könnte. *E. Klein* hat im Anschluß an Vorschläge, die in den fünfziger Jahren im Rahmen der Diskussion über die Organisation der Justizverwaltung gemacht worden sind⁴, Weisungsfreiheit als Beschränkung der parlamentarischen Verantwortlichkeit mit einem solchen Selbstverzicht des Parlaments zu rechtfertigen versucht⁵. Diese Verzichtstheorie ist jedoch zu Recht auf breite Ablehnung gestoßen⁶. Diese Ablehnung beruht sich darauf, daß das Parlament, wenn aus der parlamentarischen Verantwortlichkeit die Leistungsbefugnis der Regierung folge, damit zugleich auf ihm nicht zustehende Rechte der Regierung verzichte⁷, und daß die Mehrheit schwerlich auf Rechte verzichten könne, die (auch) der Minderheit zustehen⁸. Das wichtigste Argument weist darauf hin, daß Träger von Zuständigkeiten sich dieser Zuständigkeiten nur entledigen können, wenn sie dazu organisationsrechtlich durch einen Satz gleichen Ranges ermächtigt sind⁹. Die verfassungsrechtliche Zuweisung der Aufgaben und Funktionen an einzelne Verfassungsorgane steht nicht zur Disposition des einfachen Ge-

1) Dazu siehe oben Ziff. 3.1.

2) Ziff. 1.

3) Vgl. Ziff. 3.2.

4) Vgl. *H.P. Ipsen*, 40. DJT, S. C 19 sowie die w.Nachw. bei *E. Klein*, Problematik, S. 190 N. 2.

5) *E. Klein*, Problematik, S. 190 ff.

6) Vgl. etwa *Loening*, DVBl. 1954, 176 f.; *Dahlgrün*, in: *Demokratie und Verwaltung*, S. 320; *Fichtmüller*, AÖR 1966, 329; *Achterberg*, *Parlamentsrecht*, S. 437 f. N. 103.

7) *Loening*, DVBl. 1954, 177; *Stern*, *Staatsrecht* II, § 41 IV 10 b.

8) *W. Müller*, JuS 1985, 504.

9) *Loening*, DVBl. 1954, 176; *Fichtmüller*, AÖR 1966, 329; *Kröger*, *Staat* 1977, 141 f.; *Achterberg*, *Parlamentsrecht*, S. 438 N. 103; *W. Müller*, JuS 1985, 304; zur Unverzichtbarkeit verfassungsrechtlicher Kompetenzen siehe auch *Friauf*, *Festgabe Herrfahrdt*, S. 57 f.

setzgebers, auch nicht, soweit es ihn selbst betrifft. Organisationsrechte sind eben keine subjektiven Rechte, die man durch Verzicht aufgeben kann. Die Freiheit, von Zuständigkeiten keinen Gebrauch zu machen, darf nicht mit der Berechtigung verwechselt werden, sich einer Zuständigkeit rechtswirksam zu begeben.

3.3.1 Das Mißtrauensvotum (Art. 67 I GG)

Die stärkste und gewissermaßen klassische Form, die parlamentarische Verantwortlichkeit nicht nur des Bundeskanzlers, sondern auch der Bundesminister (Art. 69 II GG) zu realisieren, ist die Abwahl des Bundeskanzlers, die nach Art. 67 I 1 GG nur durch Wahl eines Nachfolgers vollzogen werden kann. Art. 67 GG wird deshalb im Schrifttum mit einer gewissen Berechtigung als eine der positiv-rechtlichen Ausprägungen des Prinzips der parlamentarischen Ministerverantwortlichkeit genannt¹⁰. Ein konstruktives Mißtrauensvotum ist auch möglich, weil der Bundeskanzler an einem Minister festhält, obwohl dieser wegen der Leitung seines Ressorts von der Mehrheit des Bundestages abgelehnt wird. Art. 67 I GG gewährleistet dem Parlament aber weder bestimmte Informationen noch garantiert die Vorschrift bestimmte Kontrollmaßstäbe. Sie setzt sie lediglich voraus. Art. 67 I GG gestattet es deshalb nicht, ein Verbot weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume abzuleiten¹¹.

3.3.2 Parlamentarische Informationsrechte

Nicht ein Verbot der Weisungsfreiheit, aber ein Verbot der Unterrichtungsfreiheit könnte sich aus Informationsrechten des Bundestages gegenüber der Bundesregierung, Bundesministern oder Stellen der Verwaltung ergeben. Soweit die Unterrichtungsfreiheit reicht, wäre zugleich das Informationsrecht des Bundestages eingeschränkt. Soweit verfassungsrechtliche Informationsrechte des Parlaments nachweisbar sind, kommen diese als Grundlage für ein Verbot der Errichtung unterrichtungsfreier Räume jedenfalls insoweit in Betracht, als dadurch mittelbar oder unmittelbar die Unterrichtung des Parlaments ausgeschlossen wird.

3.3.2.1 Auskunftsanspruch des Parlaments?

Ob und inwieweit neben den noch zu behandelnden besonderen Informationsrechten des Parlaments¹² ein Auskunftsanspruch anzuerkennen ist, der mit einem parlamentarischen Fragerecht korrespondiert, welches ggf. seine Rechtsgrundlagen sind, wem er zusteht und welchen Umfang er hat, ist höchst umstritten. Die Auffassungen reichen von einem unbedingten, gesetzlich nicht beschränkbaren Auskunftsrecht aufgrund des Art. 43 I GG¹³ bis zur Ablehnung jeder Antwortpflicht¹⁴. Die Kontroverse scheint im jüngeren Schrifttum eher noch zuzunehmen. Das Bundesverfassungsgericht geht von einer Antwortpflicht der Bundesregierung aus, ohne diese Auffassung näher zu begründen¹⁵. Die Praxis des Bundestages steht wohl auf dem gegenteiligen Standpunkt¹⁶.

Zwar nicht unbestritten, aber doch weithin anerkannt dürfte es sein, daß nicht nur die parlamentarische Demokratie oder die parlamentarische Ministerverantwortlichkeit¹⁷ als Grundlage eines Auskunftsanspruchs ausscheiden¹⁸, sondern daß diese auch nicht auf parlamentarisches Geschäftsordnungsrecht oder Verfassungsgewohnheitsrecht gestützt werden kann. Das Geschäftsordnungsrecht ist nicht geeignet, Inter-Organ-Rechtswirkungen zu erzeugen; seine Regelungen ordnen lediglich die innerparlamentarische Verfahrensabwicklung bei Anfragen¹⁹. Gegen die Annahme von Verfassungsgewohnheitsrecht sprechen nicht nur grundsätzliche Bedenken²⁰; für die Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Antwortpflicht fehlt es auch an den tatsächlichen Voraussetzungen²¹.

Als Grundlage für ein Recht des Bundestages auf die Beantwortung von Fragen kann allenfalls Art. 43 I GG in Betracht kommen: „Der Bundestag und seine Ausschüsse können die Anwesenheit jedes Mitgliedes der Bundesregierung verlangen.“ Zu der praktisch gleichlautenden Formulierung des Art. 33 I WRV hat Anschütz vertreten: „‘Anwesenheit’ bedeutet nicht stummes Dabeisitzen, sondern Beteiligung an den parlamentarischen Verhandlungen, insbesondere die Pflicht des Ministers, auf Anfragen des Reichstags Rede und Antwort zu stehen.“²² Unter häufig wörtlicher Berufung auf diesen Satz wird nicht nur eine for-

12) Vgl. Ziff. 3.3.2.2 – 3.3.2.3.

13) Schneider, in: AK GG, Art. 43 Rn. 3.

14) H.-W. Meier S. 145.

15) BVerfG, Beschl. v. 18.7.1961 – 2 BvE 1/61 –, BVerfGE 13, 123 (125); Beschl. v. 25.3.1981 – 2 BvE 1/79 –, DÖV 1981, 533; Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 1115/83 –, DVBl. 1984, 827 (828).

16) Vgl. die Nachweise bei Troßmann, Parlamentsrecht, § 111 Rn. 37; für große Anfragen vgl. auch §§ 101 f. GO BT; die Vorschriften der GO BT, auf die sich Witte-Wegmann bezog (S. 82), sind in der jetzt geltenden Fassung nicht mehr enthalten.

17) So z.B. Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 142.

18) Achterberg, Parlamentsrecht, S. 463; Linck, DÖV 1983, 962; von Einem S. 67; Schneider, in: Bonner Kommentar, Art. 43 Rn. 13 f.; dieselben Einwände gelten auch für die Herleitung eines Informationsrechts aus Annexkompetenz zur Entscheidungszuständigkeit, die Linck (DÖV 1983, 958 f.) neuerdings vorgeschlagen hat.

19) Achterberg, Parlamentsrecht, S. 462; Witte-Wegmann S. 82; K.F. Arndt S. 112 f.; Vonderbeck S. 12.

20) Achterberg, Parlamentsrecht, S. 463 m.w.N.

21) Schröder, in: BK, Art. 43 Rn. 11; für verfassungsgewohnheitsrechtliche Geltung Vonderbeck S. 20; Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 43 Rn. 8.

22) Anschütz, Verfassung, Art. 33 Anm. 1.

10) Etwa Scheuner, DÖV 1953, 521; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 112; von Mangoldt/Klein, Vorber. vor VI Anm. III 1.

11) Eine andere, hier nicht zu erörternde Frage ist die, ob die Verfassung – etwa durch den Begriff „Mißtrauen“ – bestimmte Motive für den Beschuß nach Art. 67 I 1 GG vorschreibt. Für Art. 68 I GG vgl. in diesem Zusammenhang BVerfG, Urt. v. 16.2.1983 – 2 BvE 1-4/83 –, DVBl. 1983, 321 ff und Achterberg, DVBl. 1983, 477 ff.

melle Antwortpflicht²³, also die Pflicht, sich überhaupt zu gestellten Fragen zu äußern, wobei die Beantwortung der pflichtgemäßen Entscheidung des Regierungsmitgliedes anheimgestellt ist, sondern auch eine materielle Antwortpflicht²⁴ postuliert.

Die Herleitung einer Antwortpflicht aus dem parlamentarischen Zitierrecht ist alles andere als überzeugend und war dies auch für die Weimarer Reichsverfassung nicht. Der Wortlaut gibt keinen Anhaltspunkt für diese Auslegung. „Anwesenheit“ ist nicht „Teilnahme“²⁵ und auch „Teilnahme“ würde es kaum gestatten, eine Pflicht zur Beantwortung von Fragen anzunehmen, denn die Teilnahme an den Beratungen kann sich durchaus in zahlreichen anderen Formen vollziehen²⁶. Vorsicht bei der Inanspruchnahme des Wortlauts war und ist vor allem auch deshalb geboten, weil die deutsche Verfassungstradition mit § 122 im Abschn. IV Art. 9 der Paulskirchenverfassung²⁷ durchaus die ausdrücklich niedergelegte Antwortpflicht kennt²⁸. Das Zitierrecht kann auch ohne eine Antwortpflicht recht gut Kontrollzwecken genügen, heute noch eher als zur Zeit von *Anschütz*. Der Minister, der auf kritische und sachlich fundierte Fragen in Anwesenheit nicht nur der Mitglieder des Bundestages und der Besucher des Parlaments, sondern auch der Vertreter der Presse und der Fernsehkameras schweigt, wird kaum ohne schweren politischen Schaden davonkommen, wenn er nicht gute Gründe für sein Schweigen durtan kann²⁹.

Ebensowenig verfängt der systematische Hinweis auf Art. 44 GG, wonach die für die Ausübung des Zitierrechts nach Art. 43 I GG erforderliche Mehrheit des Bundestages doch mindestens einen Auskunftsanspruch haben müsse, wenn die ungleich intensiveren Informationsrechte nach Art. 44 GG schon auf Verlangen einer Minderheit zum Zuge kommen³⁰. Diese Argumentation a maiore ad minus steht auf unsicheren Beinen: Erstens lässt sich einwenden, der Informationsvorsprung aufgrund der „internen“ Kontrollmechanismen³¹ sei auf Seiten der Mehrheit so stark, daß dieser nicht unter Berufung auf eine Befugnis, die lediglich auch der Minderheit zusteht, ein zusätzliches Machtmittel gegenüber der von ihr getragenen Regierung in die Hand gegeben werden dürfe³². Zweitens

23) *Brohm*, Festschrift Forsthoff, S. 63; *Linck*, DÖV 1983, 960; *Kiffler*, JöR n.F., Bd. 26 (1977), S. 66 f.; von *Einem* S. 134; *Erichsen*, Staatsrecht II, S. 80; *Witte-Wegmann* S. 83; von *Mangoldt/Klein*, Art. 43 Anm. III 2.

24) *Magiera*, Staatsleitung, S. 309; *Versteyl*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 43 Rn. 22.

25) Art. 53 S. 1 GG zeigt, daß das GG auch diesen Terminus kennt.

26) So ist denkbar, daß der Minister sich, ohne auf gestellte Fragen einzugehen, zum Beratungsgegenstand äußert. Vgl. zur grammatischen Auslegung auch *Meier* S. 135 f.

27) „Die Reichsminister haben die Verpflichtung, auf Verlangen jedes der Häuser des Reichstages in demselben zu erscheinen und Auskunft zu erteilen oder den Grund anzugeben, weshalb dieselbe nicht erteilt werden könne.“

28) Zur Entstehungsgeschichte vgl. *H.-W. Meier* S. 136 ff.

29) *Schröder*, in: BK, Art. 43 Rn. 15; vgl. auch *Witte-Wegmann* S. 82 N. 11.

30) *Magiera*, Staatsleitung, S. 326 f.; vgl. auch *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 142 f.; *Gebrig* S. 293.

31) Dazu *Ellwein*, Regierungssystem, S. 283; *Thayesen* S. 64 ff.

32) *Stern*, Staatsrecht II, § 26 II 3 b reagiert auf die „verlagerte Frontenstellung“ allerdings dadurch, daß er „wegen der verfassungsrechtlichen Bedeutung der parlamentarischen Minderheitsrechte im ge- genwärtigen Verfassungssystem“ eine Antwortpflicht auch für Minderheitsfragen annimmt. Im

scheitert diese Argumentation aber vor allem daran, daß Art. 44 GG zwar ein Mehr an Informationsmöglichkeiten gegenüber einem bloßen Antwortrecht einräumt, aber um den Preis großer Verfahrensförmlichkeit und hohen Aufwandes. Fragen an die Regierung kann ein einzelner Abgeordneter ohne große Umstände formulieren und stellen, die Informationsbeschaffung durch einen Untersuchungsausschuß ist auch aus der Sicht der Opposition arbeitsintensiv und zeitaufwendig; sie bindet knappes Personal und ist nicht ohne politische Risiken für den Antragsteller, wenn der Ausschuß kein oder gar ein für die Regierung günstiges Ergebnis hat. Diese Umstände bilden eine systemimmanente Barriere gegen einen exzessiven oder auch nur häufigen Einsatz des Informationsmittels Untersuchungsausschuß, eine Barriere, die bei der Antwortpflicht auf einfache Fragen fehlt.

Als Grundlage für ein Verbot der Errichtung unternichtungsfreier Räume käme aber auch eine Antwortpflicht, wie sie im Anschluß an *Anschütz* angenommen wird, nicht in Betracht, denn diese könnte, auch wenn sie über eine bloße Äußerungspflicht hinausgeht, ja lediglich die Preisgabe des aktuellen Wissens beinhalten³³ und ist damit schwerlich umfassend genug, um als selbständige Basis für ein Verbot der Unterrichtsfreiheit zu dienen. Für die Begründung weitergehender Auskunftspflichten müssen deren Vertreter deshalb neben Art. 43 I GG mindestens noch auf das parlamentarische System oder die Ministerverantwortlichkeit zurückgreifen³⁴. Ein auf diese, hier nicht für richtig gehaltene Weise begründeter Auskunftsanspruch ist durch diese Begründung zugleich begrenzt. Soweit Unterrichtsfreiheit im Verhältnis Verwaltung/Minister besteht, kann der Minister mangels Zuständigkeit nicht verantwortlich sein; für eine die Verantwortlichkeit realisierende Kontrolle ist damit kein Raum³⁵.

3.3.2.2 Das Untersuchungsrecht (Art. 44 GG)

Anläßlich der Auseinandersetzung über die Aktenvorlage im sogenannten Flick-Untersuchungsausschuß des Deutschen Bundestages sind Begründung und Reichweite des Informationsrechts parlamentarischer Untersuchungsausschüsse nach Art. 44 GG intensiv erörtert³⁶ und für den Flick-Untersuchungsausschuß vom Bundesverfassungsgericht – wenigstens teilweise –³⁷ entschieden

Ergebnis ähnlich *Magiera*, Staatsleitung, S. 327 f. Dafür fehlt allerdings jede Grundlage im Grundgesetz.

33) So – wenn auch mit Bedenken – *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 462 f.; wohl auch *Linck*, DÖV 1983, 960 und *Tiemann* S. 195 N. 489.

34) So aber *Versteyl*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 43 Rn. 1; *Schneider*, in: BK, Art. 43 Rn. 43 a; *Bodenheim* S. 102.

35) Mit ähnlicher Begründung gegen die Möglichkeit, unzuständige Minister zu zitieren, *Schröder*, in: BK, Art. 43 Rn. 33.

36) Vgl. etwa *Scholz*, AÖR 1980, 564 ff.; *Stern*, AÖR 1984, 199 ff.; *Löwer*, DVBl. 1984, 757 ff.; *Trossmann*, Festschrift Schellknecht, S. 21 ff.; *M. Schröder*, Aktuelle Fragen, S. 401 ff.; *Linck*, DÖV 1983, 963 f.; *Seibert*, NJW 1984, 1001 ff.

37) *Bogs* (JZ 1985, 113) spricht von „einem bloßen Bescheidungsurteil“; vgl. auch *Spanner*, DVBl. 1984, 1004; *Löwer*, Jura 1985, 363.

worden³⁸, und zwar gerade im Hinblick auf die Wahrung von Amtsgeheimnissen gegenüber dem Untersuchungsrecht des Parlaments. Nachdem im früheren Schrifttum ganz überwiegend die Grenze des Untersuchungsrechts bei Geheimhaltungsbedürftigkeit von Vorgängen aus Gründen des öffentlichen Wohls diskutiert worden war³⁹, ist mit dem auch privaten Interessen dienenden Steuergeheimnis das Problem des Schutzes individueller Geheimnisse gegenüber parlamentarischen Untersuchungsausschüssen ins Blickfeld der juristischen Auseinandersetzung geraten⁴⁰. Diese Diskussion ist auch von erheblichem Interesse für die Frage, ob Art. 44 GG ein Verbot der Errichtung weisungsfreier Räume zu entnehmen ist. Allerdings ist zu beachten, daß die Problematik zwar verwandt, aber nicht identisch ist; der wohl wichtigste Unterschied liegt darin, daß es bei der Auseinandersetzung um die Flick-Akten um Wissen der Regierung und die Frage ging, ob dieses Wissen aufgrund des Steuergeheimnisses dem Untersuchungsausschuss vorenthalten werden durfte. Die informatorische Frontlinie verlief also zwischen Exekutive und Parlament. Bei der hier untersuchten Unterrichtungsfreiheit geht sie durch die Exekutive, trennt Regierung und – im übrigen nachgeordnete – Verwaltung. Das Interesse der Regierung, Informationen aus dem unterrichtungsfreien Raum zu erlangen, wird häufig ebenso groß sein, wie das des parlamentarischen Untersuchungsausschusses. Diese Überlegung zeigt, daß es zwei verschiedene Fragen an Art. 44 GG sind, auf die im Zusammenhang dieser Untersuchung geantwortet werden muß:

Die eine betrifft den Informationsschuldner des parlamentarischen Untersuchungsausschusses. Hat dieser sich ausschließlich an die Regierung zu halten, wenn er Informationen aus dem Bereich der Bundesverwaltung benötigt oder kann er unmittelbar auf die Unterrichtung durch nachgeordnete Verwaltungsstellen zugreifen? Ein Verbot der Unterrichtungsfreiheit im Verhältnis Regierung/nachgeordnete Verwaltung kann sich aus Art. 44 GG nur im ersten Fall ergeben.

Die zweite, unabhängig von der ersten zu entscheidende Frage zielt auf die Begrenzbarkeit des Untersuchungsrechts durch einfaches Gesetz. Mit Wirkung auch gegen ein Informationsverlangen eines Untersuchungsausschusses kann Unterrichtungsfreiheit nur etabliert werden, wenn die Informationsbefugnisse der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse gesetzgeberischem Zugriff gegenüber offen sind.

Ohne speziell auf Art. 44 GG einzugehen, hat *Eckart Klein* sich für ein Verantwortlichkeitsmonopol der Regierung ausgesprochen: „Ausgangspunkt der in diesem Zusammenhang anzustellenden Überlegungen ist die dem parlamentarischen Regierungssystem zugrunde liegende Forderung, dem Parlament eine umfassende Kontrolle der Exekutive zu ermöglichen. Kontrolle muß sich durch

38) BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11, 15/83 –, DVBl. 1984, 827.

39) *Ehmke*, DÖV 1956, 417 ff; *Groß*, DVBl. 1971, 640 f.; *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 700; *Kißler*, AÖR 88 (1963), 320 ff; *Rechenberg*, in: BK, Art. 44 Rn. 27; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 44 Rn. 57; zur parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste vgl. *Evers*, NJW 1978, 1144 f. und *Achterberg*, DÖV 1977, 552 f. jeweils m.w.N.

40) Vgl. auch *Stern*, AÖR 1984, 287.

Verantwortlichkeiten realisieren. Damit stellt sich die Frage nach dem Kreis der parlamentarisch Verantwortlichen. Daß dieser Personenkreis nicht außerhalb der Mitglieder der (Bundes-) Regierung anzusiedeln ist, dürfte weithin anerkannt sein. Das Parlament kann nicht irgendeinen Beamten vor seine Schranken ziehen und ihn seiner Amtsführung wegen belobigen oder tadeln. Die kontroll- bzw. verantwortlichkeitsrelevante Ebene beschränkt sich ausschließlich auf das Verhältnis Parlament/Regierung. Art. 65 ist hierfür ein deutlicher Fingerzeig“⁴¹

Diese Argumentation zeigt die Wirkung der abstrakten, vom Verfassungstext gelösten Erörterung solcher Begriffe wie „parlamentarische Verantwortlichkeit“. Das Parlament kann einen Beamten durchaus vor seine Schranken ziehen, zwar nicht im Plenum, aber vor das Unterorgan Untersuchungsausschuß und nach einer recht verbreiteten Ansicht kann dieses Unterorgan das Verhalten des Beamten im Abschlußbericht auch bewerten⁴², also loben oder tadeln. Von einer ausschließlichen verantwortlichkeitsrelevanten Ebene zu sprechen, ist nur sinnvoll, wenn man erläutert, welche Verantwortlichkeit man meint. Dem Kontrollinstrument Mißtrauensvotum ist nach dem Grundgesetz allein der Bundeskanzler ausgesetzt; nach Art. 43 I GG zitiert und möglicherweise unangenehmen Fragen ausgesetzt zu werden, ist den Mitgliedern der Bundesregierung vorbehalten; der Kreis der „Verantwortlichen“ nach Art. 44 GG reicht weiter und ist theoretisch unbegrenzt. Ein Verantwortungs- oder Kontrollmonopol der Bundesregierung kennt Art. 44 GG also nicht. Das Untersuchungsrecht des Parlaments richtet sich keineswegs allein gegen die Regierung, sondern gegen jeden, der Informationen zum Untersuchungsthema geben kann⁴³. Art. 44 GG kann deshalb keine eigenständige verfassungsrechtliche Grenze für die Errichtung unterrichtungsfreier Räume im Verhältnis Regierung/Verwaltung entnommen werden.

Art. 44 GG soll Informationen dem Parlament da zugänglich machen, wo sie vorliegen, enthält aber keine Aussage darüber, wo sie vorliegen sollen. Die Bedeutung der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse liegt vor allem darin, daß sie die Möglichkeit bieten, dem Parlament Informationen an der Regierung vorbei und unabhängig von ihr zu verschaffen⁴⁴; eine Absicherung von Regierungsbefugnissen enthält Art. 44 GG nicht. Sub specie des Untersuchungsrechts wäre also nichts dagegen einzuwenden, daß ein parlamentarischer Untersuchungsausschuß im Rahmen einer „Administrativ-“⁴⁵ oder „Exekutivenquete“⁴⁶, die vermuteten Mißständen in einem Verwaltungsbereich nachgeht, für den gesetzlich Unterrichtungsfreiheit im Verhältnis zur Regierung angeordnet wird.

41) JuS 1974, 363.

42) Vgl. die Nachweise bei *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 44 Rn. 21.

43) Im sog. Flick-Ausschuß ist das Gebaren des Flick-Konzerns nicht nur informatorisch, sondern durch die Herstellung von Öffentlichkeit auch sanktionsierend kontrolliert worden. Die Aufklärung von Mißständen im außerstaatlichen Bereich kann auch alleiniges Ziel von Untersuchungsausschüssen sein; im Schrifttum wird von „Gesellschaftsensuite“ gesprochen. Vgl. dazu auch das Zitat von *Heinrich Köppler* bei *M. Stadler* S. 200.

44) *Gehrig* S. 287; BT-Drucks. 6/3826 S. 182; *Partsch*, 45. DJT, Gutachten S. 13.

45) *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 447.

46) *Versteyl*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 44 Rn. 1.

net ist, die benötigten Informationen nicht von der Regierung, sondern unmittelbar von der unterrichtungsfreien Verwaltungsstelle erhält. Aus Art 44 GG können sich Bedenken also überhaupt nur gegen die Errichtung unterrichtungsfreier Räume ergeben, wenn die Unterrichtungsfreiheit auch im Verhältnis zum parlamentarischen Untersuchungsausschuß bestehen soll.

Damit ist die zweite hier zu untersuchende Frage angesprochen: Kann das Untersuchungsrecht gesetzlich durch die Errichtung unterrichtungsfreier Räume beschränkt werden? Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage muß die Feststellung sein, daß das Informationsrecht des Untersuchungsausschusses – Art. 44 I GG spricht von Beweiserhebung – verfassungsrechtlich verankert ist⁴⁷.

Art. 44 I GG ist nicht lediglich Aufgabenzuweisungs-, sondern auch Befugnismöglichkeit⁴⁸. Das Beweiserhebungsrecht wird durch die Vorschriften über den Strafprozeß oder die Regeln über die Rechts- und Amtshilfe nicht erst begründet. Für diese Auslegung des Art. 44 GG spricht nicht nur der Wortlaut, sondern auch die Überlegung, daß das Grundgesetz die Wirksamkeit des schärfsten Kontrollinstruments der Opposition nicht vollständig zur Disposition des mit Mehrheit entscheidenden einfachen Gesetzgebers gestellt haben dürfte⁴⁹, der sowohl über die Gestaltung des Strafprozesses wie der Amtshilfe⁵⁰ zu bestimmen hat. Ohne hier auf die vom Bundesverfassungsgericht schwerlich befriedigend beantwortete Frage einzugehen, wie das Verhältnis von Art. 44 I, II und III GG zueinander beschaffen ist und welche Rolle der Ausgestaltung der Strafprozeß- und der Amtshilferegelungen für das Unterrichtungsrecht im einzelnen zukommt⁵¹, ist dem Gericht jedenfalls insoweit zuzustimmen, als es der Information des Untersuchungsausschusses durch die Exekutive besondere, wegen seiner Kontrollfunktion herausragende Bedeutung zumißt⁵². Diese Überlegungen gelten nicht nur für die Aktenvorlage, sondern gleichermaßen auch für andere Formen der Unterrichtung; sehr zu Recht ist im Schrifttum auf die Notwendigkeit hingewiesen worden, die Reichweite des Untersuchungsrechts für die Aktenherausgabe und die Vernehmung von Amtsträgern gleich zu bestimmen⁵³. Auch wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht annimmt, daß etwa die gem. Art. 44 II 1 GG sinngemäß anzuwendenden Vorschriften über den Strafprozeß auch befugnisbegrenzende Wirkung entfalten können⁵⁴, dürfen solche Begrenzungen nicht den Umfang des Unterrichtungsanspruchs des Ausschusses gegen die Exekutive betreffen, wenn die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Beweiserhebungsrechts ihren Sinn behalten soll. Die Vorschriften über den

47) BVerfG, a.a.O., DVBl. 1984, 828 f.; insoweit zustimmend: *Bogs*, JZ 1984, 112; *Löwer*, Jura 1985, 363 f.; wohl auch *Spanner*, DVBl. 1984, 1002; in diesem Sinne auch *Scholz*, AÖR 1980, 591 f., 596; *Seibert*, NJW 1984, 1006; *Löwer*, DVBl. 1984, 764; *M. Schröder*, Aktuelle Fragen, S. 405; vgl. auch die Nachweise aus dem früheren Schrifttum bei *Löwer*, DVBl. 1984, 764.

48) *Löwer*, DVBl. 1984, 765; a.A. *Stern*, AÖR 1984, 262, 283.

49) Ähnlich *Scholz*, AÖR 1980, 592; a.A. wohl *Trossmann*, Festschrift Schellknecht, S. 35 ff.

50) *Stern*, AÖR 1984, 231 ff m.w.Nachw.

51) Vgl. etwa die Kritik bei *Löwer*, Jura 1985, 363 ff.

52) BVerfG, a.a.O., DVBl. 1984, 828 f.; vgl. dazu auch *Scholz*, AÖR 1980, 609 f.

53) *Ehmke*, DÖV 1956, 418; *Kißler*, JÜR 88 (1963), 320; *Fenck*, ZBR 1971, 45; *Scholz*, AÖR 1980, 587; anders neuerdings *Bogs*, JZ 1985, 116.

54) BVerfG, a.a.O., DVBl. 1984, 829.

Strafprozeß mögen etwa die Pflichten Dritter wie Zeugen oder Sachverständige auch mit Wirkung für das Untersuchungsrecht restriktiver gestalten können, die Informationspflichten der Exekutive gegenüber dem Untersuchungsausschuß können sie gegenständlich nicht beschränken, weil eine „sinngemäß“ Anwendung der Vorschriften über den Strafprozeß grundsätzlich uneingeschränkte Information des Untersuchungsausschusses durch die Exekutive erfordert⁵⁵.

Grundsätzlich kann der Gesetzgeber also im Verhältnis zu parlamentarischen Untersuchungsausschüssen keine unterrichtungsfreien Räume in der Verwaltung errichten. Etwas anderes kann nur da gelten, wo sich Grenzen für das parlamentarische Untersuchungsrecht aus der Verfassung selbst ergeben⁵⁶. Als solche Grenzen können vor allem die Grundrechte wirken⁵⁷. Soweit die Unterrichtung des Untersuchungsausschusses deshalb ausscheidet, kann der Gesetzgeber die Grenzen verfassungskonkretisierend⁵⁸ auch durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung markieren und sollte dies im Interesse der Rechtsklarheit soweit möglich auch tun⁵⁹. Allerdings kommt eine solche notwendig generalisierende Lösung der Aufgabe, Untersuchungsrecht und entgegenstehende Verfassungsrechtsgüter einander verhältnismäßig zuzuordnen⁶⁰, wegen der regelmäßig bestehenden Notwendigkeit, die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, wohl nur für den Schutz „unzumutbarer intimer Angaben“⁶¹, Informationen „streng persönlichen Charakters“⁶² in Betracht. Deren Weitergabe ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts stets ausgeschlossen⁶³. Bei dem zwischen dem Untersuchungsrecht und dem Geheimhaltungsinteresse vorzunehmenden Ausgleich wird man im übrigen außer der vom Bundesverfassungsgericht in den Vordergrund geschobenen Möglichkeit vertraulicher Behandlung im Untersuchungsausschuß berücksichtigen müssen, wieweit es gerade um die Kontrolle der geheimhaltenden Stelle selbst geht⁶⁴. Soweit das der Fall ist, dient die parlamentarische Kontrolle letztlich Interessen derselben Art, wie sie durch die Geheimhaltung geschützt werden sollen. Der in der Ausdehnung des Kreises der Geheiministräger liegende Eingriff wiegt damit gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse weniger schwer.

Die Errichtung unterrichtungsfreier Räume im Verhältnis zu parlamentarischen Untersuchungsausschüssen ist also nur zulässig, soweit dadurch gesetzlich die

55) *Löwer* (Jura 1985, 363) und *M. Schröder* (Aktuelle Fragen, S. 406) haben zu Recht darauf hingewiesen, daß die Konstruktion für dieses Ergebnis letztlich ohne Bedeutung ist; wenn man etwa, wie dies sehr dezidiert *Seibert* tut (NJW 1984, 1002) annimmt, Art. 44 II 1 GG betreffe lediglich das „Wie“ der Beweiserhebung, bedarf es des „Umweges“ über die „sinngemäß“ Anwendung nicht.

56) *Löwer*, DVBl. 1984, 764.

57) Zur Geltung der Grundrechte gegenüber dem Untersuchungsrecht: BVerfG, a.a.O., DVBl. 1984, 831; *Stern*, Staatsrecht II, § 26 II 3 c; *Stern*, AÖR 1984, 282; *Scholz*, AÖR 1980, 604 ff.

58) Vgl. *Linck*, DÖV 1983, 963.

59) Zu der rechtsstaatlichen Problematik vgl. *Stern*, AÖR 109 (1984), 220 ff; *Badura*, DÖV 1984, 762.

60) BVerfG, a.a.O., DVBl. 1984, 832; *Linck*, DÖV 1983, 963; ähnlich *M. Schröder*, Aktuelle Fragen, S. 406.

61) BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209 u.a./83 –, BVerfGE 65, 1 (46).

62) BVerfG, a.a.O., DVBl. 1984, 832.

63) BVerfG, a.a.O., DVBl. 1984, 832.

64) Vgl. *Ehmke*, DÖV 1956, 419; *Löwer*, DVBl. 1984, 764; BT-Drucks. 9/2306, S. 23; *Groß*, DVBl. 1971, 640.

Grenzen nachgezogen werden, die dem parlamentarischen Untersuchungsrecht bereits auf der Ebene der Verfassung gesetzt sind.

3.3.2.3 Das Petitionsrecht (Art. 45 c, 17 GG)

Das Petitionsrecht als das Recht, sich mit Bitten und Beschwerden an die Volksvertretung zu wenden, dient nicht nur der Wahrung von Interessen des einzelnen und der Information des Parlaments über die Stimmung im Volke⁶⁵, sondern auch der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive⁶⁶. Es verbindet also außenrechtliche Komponenten als Grundrecht auf Petition mit organisationsrechtlichen Elementen, indem es mit der Verpflichtung zur sachlichen Bescheidung des Petenten auch die Pflicht des Parlaments zur Kontrolle der Exekutive statuiert. Diesem Doppelcharakter des Petitionsrechts⁶⁷ ist bei der Interpretation der petitionsrechtlichen Bestimmungen, die die Verfassung in Art. 17 und 45 c GG enthält, Rechnung zu tragen.

Ansatzpunkte für die Überlegung, dem Petitionsrecht könne ein Verbot der Errichtung unterrichtungs- oder weisungsfreier Räume zu entnehmen sein, sind das Petitionsinformierungsrecht und das Petitionsüberweisungsrecht, die dem Parlament nach ganz überwiegender Auffassung zustehen.

Unter Petitionsinformierungsrecht⁶⁸ wird die Befugnis des Parlaments verstanden „von der Exekutive solche Informationen und Stellungnahmen einzufordern, die die sachgemäße Erledigung der Eingabe überhaupt erst ermöglichen.“⁶⁹ Weniger klar als das Bestehen ist die Begründung des Petitionsinformierungsrechts. Art. 45 c II GG, auf den seit der Einfügung des Art. 45 c GG in das Grundgesetz im Jahre 1975 verwiesen werden kann⁷⁰, setzt zwar voraus, daß dem Petitionsausschuß Befugnisse zustehen, sagt aber nichts darüber, welcher Art diese sind. Auf Art. 43 GG kann nur verweisen⁷¹, wer in dieser Vorschrift entgegen der hier für richtig gehaltenen Auffassung eine Informationspflicht der Regierung gegenüber dem Parlament verankert sieht⁷². Gegen eine Herleitung aus Art. 35 I GG⁷³ spricht, daß die amtschilferechtlichen Vorstellungen auf

65) *Friesenbahn*, Festschrift Huber, S. 355 f.; *Rauball*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 17 Rn. 2; Enquête-Kommission Verfassungsreform, Zwischenbericht, S. 44.

66) *Würtenberger*, in: Bonner Kommentar, Art. 45 c Rn. 5; *Friesenbahn*, Festschrift Huber, S. 370; *Vonderbeck* S. 87; *Bürgel*, DVBl. 1967, 873; *Ellwein*, Regierungssystem, S. 287; *Stern*, Staatsrecht I, § 22 III 3 d; *H.-W. Meier* S. 166; Enquête-Kommission Verfassungsreform, Zwischenbericht, S. 45.

67) Vgl. *Achterberg*, DÖV 1975, 839.

68) Vgl. außer den nachfolgend Zitierten etwa *Seidel* S. 64; *Hernekamp*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 45 c Rn. 11; *Mattern*, Grundrechte II, S. 636; wohl auch *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 455. Kein Petitionsinformierungsrecht nimmt offenbar *Frost*, AöR 1970, 79 an; unklar *Stein*, in: AK GG, Art. 45 c Rn. 8 einerseits und Rn. 10 andererseits; offen gelassen von *Würtenberger*, in: BK, Art. 45 c Rn. 30, anders Rn. 64.

69) *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 17 Rn. 75.

70) In diese Richtung: BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11, 15/83 –, DVBl. 1984, 827 (828).

71) *Vonderbeck* S. 88; *Trossmann*, Jörn F., Bd. 28, S. 255.

72) *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 17 Rn. 75 weist zu Recht darauf hin, daß Art. 43 GG die „hier gemeinschaftlichen rückfragenden Informationen und Stellungnahmen“ kaum decke.

73) So wohl *Dagloglou*, in: BK, Art. 17 Rn. 97.

das Verhältnis zwischen dem Parlament und der von ihm kontrollierten Exekutive schwerlich passen⁷⁴; auch ist die Bedeutung der Tatsache schwer einzuschätzen, daß für den Petitionsausschuß eine Art. 44 III GG entsprechende Vorschrift fehlt⁷⁵.

Mit der wohl überwiegenden Auffassung⁷⁶ ist das Petitionsinformierungsrecht unmittelbar aus Art. 17 GG zu folgern. Soll das durch Art. 17 GG grundrechtlich garantierte Kontrollanstoßrecht effektiv gewährleistet sein, müssen dem Parlament die zur sachlichen Behandlung der Petition nötigen Befugnisse, vor allem das Recht zustehen, bei einer Exekutivfragen betreffenden Petition die naturgemäß einseitige Information durch den Petenten anhand einer Darstellung des Vorgangs durch die Exekutive zu überprüfen und ergänzen zu können. Indem Art. 45 c I GG dem Petitionsausschuß die „Behandlung“ der Petition überträgt, leitet er zugleich das Petitionsinformierungsrecht auf den Petitionsausschuß über.

Diese Petitionsinformierung wird der Regierung durch die Anordnung von Unterrichtungsfreiheit im Verhältnis von Regierung und ihr im übrigen nachgeordneten Verwaltungsstellen unmöglich gemacht. Anders als dies bei einer Herleitung aus Art. 43 GG der Fall wäre, zielt das Petitionsinformierungsrecht als Mittel der Effektivierung des Grundrechts aus Art. 17 GG aber nicht notwendig auf eine Information durch die Regierung. Dem Petitionsinformierungsrecht wird auch genügt, wenn die notwendigen Informationen durch eine andere Stelle der Exekutive gegeben werden⁷⁷.

Bevor nun allerdings der naheliegende Schluß gezogen werden kann, das Petitionsrecht verbiete damit von Verfassungs wegen einer Unterrichtungsfreiheit, die auch im Verhältnis Verwaltung-Petitionsausschuß gilt, ist die Bedeutung des § 3 des Gesetzes nach Art. 45 c GG (G 45 c) zu klären. Danach darf die Information des Petitionsausschusses verweigert werden, „wenn der Vorgang nach einem Gesetz geheimgehalten werden muß oder sonstige zwingende Geheimhaltungsgründe bestehen“ (§ 3 I G 45 c). Als „Gesetz“ im Sinne dieser Bestimmung kommt auch die gesetzliche Anordnung von Unterrichtungsfreiheit in Betracht.

§ 3 G 45 c bietet aber keinen Anhaltspunkt für eine gesetzliche Beschränkung des verfassungsrechtlichen Petitionsinformierungsrechts. Wie sich aus § 3 II G 45 c ergibt, bezieht sich diese Vorschrift nicht auf informationelle Abschottungen zwischen den Stufen der Verwaltungshierarchie, denn über die Verweigerung der Information entscheidet nach der dort getroffenen Regelung die zuständige oberste Aufsichtsbehörde, die ihre Entscheidung zu begründen hat. In dem hier untersuchten Fall der Unterrichtungsfreiheit ist die Aufsichtsbehörde

74) BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11, 15/83 –, DVBl. 1984, 827 (828).

75) *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 17 Rn. 75.

76) *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 17 Rn. 75; *Stern*, Staatsrecht II, § 26 IV 2 c; *Kißler*, Jörn F., Bd. 26 (1975), S. 88; *Terbille* S. 175 N. 327; *Schmitt-Vockenhausen* S. 26; Enquête-Kommission Verfassungsreform, Zwischenbericht, S. 46; *Vitzthum*, Petitionsrecht, S. 61; aus der „Natur der Sache“ schließt ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 17 GG *Friesenbahn*, Festschrift Huber, S. 363 das Petitionsinformierungsrecht; gegen diesen Schluß *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 455 N 165.

77) Ähnlich *Vitzthum*, Petitionsrecht, S. 61 ff und 106.

dazu mangels eigener Informiertheit außerstande. Die einem Vorschlag der Enquetekommission Verfassungsreform⁷⁸ folgende Einfügung des Art. 45 c II GG in das Grundgesetz zielt für einen wichtigen Teil der Petitionen, nämlich die Beschwerden, auf eine Effektivierung des Petitionsrechts durch Stärkung der parlamentarischen Informationsmöglichkeiten⁷⁹. § 1 G 45 c weitet das Petitionsinformierungsrecht, dem ja durch einen Bericht der Regierung genügt wird, dadurch aus, daß dem Petitionsausschuß das Recht auf Aktenvorlage, Auskunft und Zutritt zu Einrichtungen eingeräumt wird. Diese zusätzlichen Rechte schränkt § 3 G 45 c im dort genannten Umfang ein; das aus Art. 17 GG folgende, in Art. 45 c II GG vorausgesetzte Petitionsinformierungsrecht bleibt davon unberührt. Ließe man seine Beschränkung durch § 3 Art. 45 c zu, ergäbe sich die paradoxe Lage, daß dem Petitionsausschuß bei der Behandlung von Beschwerden aufgrund der zur Stärkung seiner Befugnisse erlassenen Vorschriften des Art. 45 c II GG und des G 45 c schwächere Informationsrechte zuständen als bei der Behandlung von Bitten, für die G 45 c nicht gilt.

Bogs hat darauf hingewiesen, daß aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Aktenvorlage im sogenannten Flick-Ausschuß auch für die Befugnisse des Parlaments bei der Behandlung von Petitionen Konsequenzen gezogen werden müssen⁸⁰. In der Tat geht es auch beim Petitionsrecht darum, ob eine ausdrücklich zugewiesene Kontrollkompetenz des Parlaments durch einfaches Gesetz eingeschränkt werden kann⁸¹. Eine solche Beschränkung kommt auch hier nur zum Schutz anderer Verfassungsrechtsgüter aufgrund einer verhältnismäßigen Zuordnung der einander widerstreitenden Verfassungspositionen in Betracht. Bei der vorzunehmenden Abwägung wird auf Seiten des Petitionsrechts zu berücksichtigen sein, daß seine Bedeutung als Kontrollrecht wohl nicht an die des Untersuchungsrechts heranreicht. Das dürfte allerdings dadurch ausgeglichen werden, daß es bei der Behandlung von Petitionen auch um die Effektivität des Grundrechts des Petenten geht. Die Konfliktlage im Hinblick auf den Geheimnisschutz ist auch weniger ausgeprägt als beim Untersuchungsrecht. Das Untersuchungsverfahren ist von Verfassungs wegen auf Öffentlichkeit angelegt (Art. 44 I 1 GG). Bereits durch die Öffentlichkeit der Beweiserhebung übt der Untersuchungsausschuß sanktionsierende Kontrolle aus. Die Wahrung der Vertraulichkeit fällt regelmäßig mindestens einem Teil der Untersuchungsausschußmitglieder schwer, weil sie ihrem (partei-)politischen Interesse zuwiderläuft. Wegen des meist starken öffentlichen Interesses an den Untersuchungsthemen sind die Mitglieder des Untersuchungsausschusses eher Anfeindungen zum Bruch der Vertraulichkeit durch die Medien ausgesetzt⁸². Dagegen ist der Petitionsausschuß weniger in die Frontstellung Mehrheit-Op-

78) Zwischenbericht, S. 48 f.

79) Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 45 c Rn. 2; Rohlf, JZ 1976, 359.

80) JZ 1985, 117.

81) Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11, 15/83 –, DVBl. 1984, 827 (828).

82) In einer Reihe von Fällen sind sie ihnen erlegen. Vgl. die Beispiele bei M. Schröder, Aktuelle Fragen, S. 408 f.

position eingebaut⁸³. Das grundsätzlich bei allen Mitgliedern des Petitionsausschusses vorhandene Interesse an einer Erledigung der Petition in der Sache⁸⁴, verbietet öffentliche Erörterungen, die eine solche Erledigung erschweren würden. Der Petitionsausschuß tagt regelmäßig nicht öffentlich (§ 69 I GO BT). Bedenken gegen die Wahrung der Geheimhaltung greifen beim Petitionsausschuß schon aus tatsächlichen Erwägungen deshalb weniger Platz.

Die Errichtung unterrichtungsfreier Räume im Verhältnis zum Petitionsausschuß ist also nur in einem Rahmen zulässig, der eher noch enger zu ziehen ist als im Verhältnis zum Untersuchungsausschuß⁸⁵.

Neben dem Petitionsinformierungsrecht wird dem Petitionsrecht auch ein Petitionsüberweisungsrecht entnommen, also die Befugnis des Parlaments, der Regierung eine Petition zur Kenntnisnahme, als Material, zur Erwägung oder zur Berücksichtigung zu überweisen⁸⁶. Man könnte erwägen, diesem Petitionsüberweisungsrecht ein Verbot der Weisungsfreiheit zu entnehmen, denn im weisungsfreien Raum hat die Bundesregierung keine Möglichkeit, den Vorstellungen des Parlaments für die Sachbehandlung durch Weisung Geltung zu verschaffen. Jedoch ist die Bundesregierung nicht verpflichtet, nach dem Vorschlag des Bundestages zu verfahren⁸⁷. Fehlt ihr das Weisungsrecht, ist sie frei darin, die weisungsfreie Stelle über den Inhalt der Petitionsüberweisung zu informieren, der damit eine Berücksichtigung anheim gestellt ist. Man wird im übrigen den Bundestag für berechtigt halten dürfen, der weisungsfreien Stelle unmittelbar einen Vorschlag für die weitere Behandlung des Petitionsgegenstandes zu machen.

3.3.3 Die Kontrollbefugnisse des Haushaltungsrechts (Art. 114 GG)

Regelungen für die Haushaltskontrolle enthält das Grundgesetz in Art. 114 GG. Die Analyse dieser Bestimmungen unter dem Aspekt der Begründung eines Verbots weisungs- und unterrichtungsfreier Räume soll die Untersuchung spezieller Kontrollbestimmungen des Grundgesetzes abschließen.

Art. 114 I GG verpflichtet den Bundesminister der Finanzen, dem Bundestag und dem Bundesrat über alle Einnahmen und Ausgaben sowie Vermögen und Schulden des Bundes im Laufe des nächsten Rechnungsjahres zur Entlastung der

83) „Dabei ist bemerkenswert, daß wir hier in der Arbeit und in den Berichten der Petitionsausschüsse noch einen Rest echter Parlamentskontrolle vor uns haben, während sonst das Spannungsverhältnis zwischen Parlament und Regierung abgelöst ist durch den Gegensatz von Regierung plus Regierungsmehrheit kontra Opposition.“ (Friesenhabn, Festschrift Huber, S. 356).

84) Friesenhabn, Festschrift Huber, S. 356.

85) Im praktischen Ergebnis ähnlich Würtenberger, in: BK, Art. 45 c. Rn. 74, siehe aber Rn. 87 ff; vgl. auch Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 45 c Rn. 23 u. 27; anders Rohlf, JZ 1976, 361; zur bisherigen Praxis vgl. Schmitt-Vockenhausen S. 39 ff.

86) Mattern, in: Grundrechte II, S. 636; Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 17 Rn. 73 und Art. 45 c Rn. 16; Terbille S. 175; Schmitt-Vockenhausen S. 47; Achterberg, Parlamentsrecht S. 460; Vitzthum, Petitionsrecht, S. 63 ff.

87) Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 17 Rn. 74; Vitzthum, Petitionsrecht, S. 67.

Bundesregierung Rechnung zu legen. Art. 114 II GG enthält Bestimmungen über den Rechnungshof und die ihm obliegende Finanzkontrolle.

Der erste Schritt im Verfahren nach Art. 114 GG ist die Rechnungslegung durch den Bundesfinanzminister. Die Rechnungslegung über die Einnahmen und Ausgaben erfolgt in Form eines Soll-Ist-Vergleichs, in dem die Vorgaben des Bundeshaushalts und die tatsächlichen Einnahmen und Ausgaben einander gegenübergestellt werden¹. Der Bundesminister der Finanzen kann dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtung nur nachkommen, wenn er von den Stellen, die den Haushalt bewirtschaften, die notwendigen Angaben über die Ist-Größen erhält. Deshalb begründet Art. 114 I GG ein entsprechendes Auskunftsrecht des Bundesfinanzministers². Über die bloßen Zahlenangaben reicht es freilich nicht hinaus; die Pflicht des Finanzministers erschöpft sich insoweit darin, als „Chefbuchhalter des Bundes“³ die Rechnung zusammenzustellen⁴ und damit einen Überblick über die finanzielle Abwicklung des Bundeshaushalts zu ermöglichen⁵. Für die sachliche Ordnungsgemäßigkeit des Haushaltsvollzuges hat er nicht einzustehen, so daß er insoweit zur Rechnungslegung auch keine Informationen benötigt. Das Auskunftsrecht des Bundesfinanzministers zur Rechnungslegung markiert also eine verfassungsrechtliche Grenze für die Errichtung unterrichtungsfreier Räume; praktische Bedeutung kommt dieser Grenze indessen kaum zu; schwerlich ist ein gesetzgeberisches Interesse vorstellbar, welches es verbieten könnte, die Weitergabe von Zahlenangaben über die Verausgabung veranschlagter Haushaltsmittel oder die Erzielung von Einnahmen an den Bundesfinanzminister auszuschließen.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist dagegen die Frage, wieweit Unterrichtungsfreiheit gegenüber der Kontrolltätigkeit des Bundesrechnungshofes zulässig ist⁶. Art. 114 II GG sieht eine Prüfung der vom Bundesfinanzminister erstellten Jahresrechnung und die – rechnungsunabhängige – Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalt- und Wirtschaftsführung vor⁷. Diese Prüfungen sind dem Bundesrechnungshof demnach verfassungsrechtlich bindend aufgegeben. Der Zusammenhang der beiden Absätze des Art. 114 GG zeigt, daß sich dieser doppelte Prüfungsauftrag auf den gesamten Bereich der Haushaltswirtschaft des Bundes bezieht; es gilt der Grundsatz der Lückenlosigkeit der Finanzkontrolle⁸. In zwei Richtungen kommt diesem Grund-

satz Bedeutung zu: erstens sind die Prüfungen durch den Bundesrechnungshof und nicht durch andere Prüfungsorgane oder Kontrolleinrichtungen durchzuführen⁹. Hier geht es etwa um die Frage, ob § 3 a S. 1 Nr. 2 BRHG verfassungsgemäß ist, der die Prüfung von Ausgaben, „deren Verwendung geheimzuhalten ist“, allein durch den Präsidenten des Bundesrechnungshofs ermöglicht¹⁰. Zweitens – und das ist in unserem Zusammenhang von Interesse – wird damit ein Verbot prüfungsfreier Räume in der unmittelbaren Bundesverwaltung begründet¹¹. Zugleich sind dem Bundesrechnungshof die zur Durchführung der vorgeschriebenen Prüfungen notwendigen Befugnisse gewährleistet¹². Unterrichtungsfreie Räume sind daher, soweit diese Prüfungsgarantie reicht, im Verhältnis Verwaltung/Rechnungshof unzulässig. Praktisch ernstzunehmende Einschränkungen dieses Verbots ergeben sich weder aus dem Charakter der Rechnungshofskontrolle als Finanzkontrolle noch aus den verfassungsrechtlich vorgegebenen Prüfungsmaßstäben¹³. Die Tätigkeit der öffentlichen Hand ist stets finanzwirksam jedenfalls insofern, als das tätige Personal Geld kostet¹⁴ und der Maßstab der Wirtschaftlichkeit kann wohl an jede staatliche Tätigkeit angelegt werden, denn wohl keine Aktivität ist einer Bewertung des Verhältnisses von Aufwand und Erfolg unzugänglich¹⁵. Das Verbot unterrichtungsfreier Räume im Verhältnis zum Rechnungshof gilt allerdings nicht für die Tätigkeiten des Rechnungshofs, die ihm zusätzlich zu den Prüfungsarten des Art. 114 II 1 GG gem. Art. 114 II 3 GG durch Gesetz zur Aufgabe gemacht werden, wie das etwa durch § 88 II BHO geschehen ist¹⁶. Der Gesetzgeber ist insoweit frei darin, Befugnisse des Rechnungshofes für die Erledigung solcher Aufgaben zurückhaltender zu fassen.

Auch die Prüfungsaufgabe des Bundesrechnungshofes kann allerdings mit anderen Verfassungsrechtsgütern kollidieren. So wird man unabhängig von einer Zuordnung des Rechnungshofs zu einer der drei klassischen Staatsgewalten von seiner Bindung an die Grundrechte (Art. 1 III GG) ausgehen müssen¹⁷. Soweit einer Prüfung durch den Rechnungshof verfassungsrechtlich radizierte Geheimschutzinteressen entgegenstehen, kann dieser Konflikt aber wohl nicht durch einen Verzicht auf Rechnungshofskontrolle, sondern allein durch eine ent-

1) Vogel/Kirchhof, in: BK, Art. 114 Rn. 37 f.; Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 114 Rn. 12; Fischer-Menshausen, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 114 Rn. 5.

2) Vogel/Kirchhof, in: BK, Art. 114 Rn. 15; Fischer-Menshausen, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 114 Rn. 9; vgl. auch § 80 I 1 BHO

3) Oldiges S. 293.

4) Vogel/Kirchhof, in: BK, Art. 114 Rn. 54; Fischer-Menshausen, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 114 Rn. 9; von Mutius, VVDStRL 42, 184.

5) Vgl. Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 122 f.

6) Vgl. etwa Plinke, DVBl. 1967, 899 ff.; OVG Lüneburg, Urt. v. 14.5.1984 – 8 A 23/83 –, NJW 1984, 2652 ff.

7) Zur rechnungsunabhängigen Prüfung vgl. Reger, VerwArch 1975, 232.

8) Reger, VerwArch 1975, 238 und 343; Tiemann S. 77 ff.; Vogel/Kirchhof, in: BK, Art. 114 Rn. 125; Krebs, Kontrolle, S. 182; Huber, in: Festschrift Nikisch, S. 347; Fischer-Menshausen, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 114 Rn. 2.

9) Tiemann S. 77 f.

10) Bejahend: Tiemann S. 77; verneinend: B.P. Lange S. 133 f.; Bedenken äußert Reger, VerwArch 1975, 240 f.; vgl. auch Piduch, DÖV 1965, 334 f.

11) Krebs, Kontrolle, S. 182; Reger, VerwArch 1975, 240; BT-Drucks. 5/4378, 4379, S. 7; Stern, Staatsrecht II, § 34 III 2 b; Tiemann S. 78; E.R. Huber, Festschrift Nikisch, S. 334; zu den juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts vgl. E.R. Huber, Festschrift Nikisch, S. 347 f.; Tiemann S. 83 und 101 ff sowie Vogel/Kirchhof, in: BK, Art. 114 Rn. 130 ff.

12) Vogel/Kirchhof, in: BK, Art. 114 Rn. 130 ff.

13) Zur Zulässigkeit politischer Kontrolle durch den Rechnungshof vgl. Krebs, Kontrolle, S. 198 m.w.N. und jüngst Sauer/Blasius, DVBl. 1985, 548 ff.

14) Vgl. D. Birk, DVBl. 1983, 865; von Arnim, DVBl. 1983, 664; Krebs, Kontrolle, S. 182; Sauer/Blasius, DVBl. 1985, 549.

15) Ausführlich dazu Krebs, Kontrolle, S. 184 ff.

16) Vgl. Maunz, in: MDH, Art. 114 Rn. 65.

17) Tiemann S. 115 ff und 248; Reger, VerwArch 1975, 251; Vogel/Kirchhof, in: BK, Art. 114 Rn. 143.

sprechende Handhabung der Prüfungstätigkeit gelöst werden¹⁸. So hat der Rechnungshof bei der Veröffentlichung seiner Prüfungsergebnisse¹⁹ auf die grundrechtlich geschützten Interessen einzelner an der Wahrung ihrer Geheimssphäre Rücksicht zu nehmen²⁰. Auch wird man erwägen können, eine Beschränkung der Zahl der an einer Prüfung beteiligten Personen gem. § 3 a BRHG oder ähnlicher Regelungen auch im Interesse von Individualgeheimnissen zu treffen²¹.

Der Bundesrechnungshof hat jährlich der Bundesregierung sowie Bundestag und Bundesrat zu berichten (Art. 114 II 2 GG). Als „Bemerkungen des Bundesrechnungshofs“ zu der vom Bundesminister der Finanzen erstellten Jahresrechnung bildet der Bericht neben dieser die Grundlage für die parlamentarische Haushaltskontrolle²², die mit dem Beschluß über die Entlastung der Bundesregierung endet. Dieser bildet den Schlußpunkt des sogenannten Haushaltskreislaufs²³; mit der Entlastung ist die routinemäßige parlamentarische Behandlung eines Jahreshaushalts abgeschlossen. Weitergehende rechtliche Wirkungen hat der Entlastungsbeschluß nach überwiegender Auffassung nicht²⁴. Politisch zielt das Entlastungsverfahren auf eine Befreiung der Bundesregierung von ihrer „Verantwortung“ für den Haushaltsvollzug.

Hier hat das Bundesverfassungsgericht angesetzt, um aus Art. 114 I GG Einflußrechte der Bundesregierung auf die Entscheidungen des Bundesfinanzministers nach Art. 112 GG zu folgern:²⁵ „Die Bundesregierung kann die in der Bestimmung über ihre Entlastung (Art. 114 Abs. 1 GG) zum Ausdruck kommende Verantwortung gegenüber dem Bundestag sinnvollerweise nur haben, wenn sie im Ansatz im Stande ist, die Maßnahmen des Bundesministers der Finanzen zu billigen oder zu mißbilligen“. Diese Entscheidung ist mit beachtlichen Gründen kritisiert worden²⁶. Für die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts spricht, daß der Bundesfinanzminister nicht außerhalb der Bundesregierung steht, sondern als ihr Mitglied zugleich Entlastungsempfänger ist. Wenn Bundestag oder Bundesrat die Handhabung des Art. 112 GG durch den Bundesminister der Finanzen ablehnen, im übrigen aber keinen Grund sehen, der Bundesregierung die Entlastung zu verweigern, stehen sie vor dem Dilemma, entweder durch die Verweigerung der Entlastung die Bundesregierung als Ganze zu treffen, die

18) *Vogel/Kirchhof*, in: BK, Art. 114 Rn. 168; zur Durchführung der Finanzkontrolle in der Kulturverwaltung vgl. die immer noch aktuelle Darstellung bei *Becker/Kluge*, *passim* sowie *Tiemann* S. 230 ff.

19) Zur Problematik der Öffentlichkeit der Finanzkontrolle vgl. einerseits von *Arnim*, DVBl. 1983, 674, andererseits *Krebs*, Kontrolle, S. 214 f.

20) *Brunner*, Festschrift Schäfer, S. 179; vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 14.5.1984 – 8 A 23/83 –, NJW 1984, 2652 (2653).

21) Als „Amtsträger“ unterliegen die Prüfer des Bundesrechnungshofes der Strafbestimmung des § 203 II 1 Nr. 1 StGB; zu einem sog. Prüfungsgheimnis siehe *Karehnke*, DÖV 1972, 811.

22) *Piduch*, DÖV 1973, 228.

23) *Stern*, Staatsrecht II, § 49 IV 1; skeptisch zur Vorstellung vom „Kreislauf“ *Krebs*, Kontrolle, S. 195.

24) *Tiemann* S. 205; *Röper*, DVBl. 1980, 526 m.w.N.; abweichend *Bouwman* S. 132 ff; ausführlich vgl. *Stern*, Staatsrecht II, § 34 V 4 b.

25) BVerfG, Urt. v. 25.5.1977 – 2 BvE 1/74 –, DVBl. 1977, 605 (609).

26) Vgl. abweichende Meinung *Niebler*, JZ 1977, 681; *Grimm*, JZ 1977, 682 ff; *C. Arndt*, JuS 1978, 19 ff; *Oldiges* S. 286 ff; *Stern*, Staatsrecht II, § 49 IV 6 m.w.N.

nach der Rechtsauffassung der Kritiker des Bundesverfassungsgerichts auf die Entscheidungen des Finanzministers keinen Einfluß nehmen kann, oder mit der Bundesregierung auch den Finanzminister zu entlasten²⁷. Die Alternative zu der vom Bundesverfassungsgericht gewählten Lösung, der Regierung praeter constitutionem Einfluß auf die Entscheidung nach Art. 112 GG zu gewähren, bestünde darin, den Bundesfinanzminister von der Entlastung auszunehmen, so weit er nach Art. 112 GG tätig geworden ist. Dem steht der Charakter der Entlastung entgegen, die als „elementarer sozialer Vorgang“²⁸ solchen Einschränkungen nur schwer zugänglich sein dürfte²⁹.

Solche Erwägungen scheiden natürlich aus, wenn es darum geht, ob dem Art. 114 I GG ein Verbot weisungsfreier Räume entnommen werden kann. Der im Entlastungsverfahren geltend gemachten Verantwortung der Bundesregierung kann ein solches Verbot schon deshalb nicht entnommen werden, weil diese Verantwortung der Bundesregierung gem. Art. 114 I GG für Fehler in der Verwaltung ihre Grenzen an der Einflußmöglichkeit der Regierung findet³⁰. Art. 114 I GG regelt keine Kompetenzfragen³¹, sondern stellt mit der Entlastung lediglich ein Instrument zu Verfügung, die anderweit begründete Verantwortung der Regierung für den Haushaltsvollzug zu realisieren. Wie Art. 67 GG setzt Art. 114 I GG die anwendbaren Kontrollmaßstäbe insoweit voraus, gewährleistet sie aber nicht. Garantiert werden durch Art. 114 I GG der Kontrollvorgang als solcher und der Kontrollgegenstand.

Auch aus dem Umstand, daß der Bundesrechnungshof seine jährlichen Berichte nicht nur Bundesrat und Bundestag, sondern auch der Bundesregierung zu erstatten hat (Art. 114 II 2 GG), können keine Schlüsse auf eine Mindestausstattung der Bundesregierung mit Einflußmöglichkeiten und damit auf ein Verbot weisungsfreier Räume gezogen werden. In dieser Berichtspflicht manifestiert sich, daß die Finanzkontrolle nicht nur im Dienst der parlamentarischen Kontrolle, sondern auch im Dienst der exekutiven Selbstkontrolle steht³². Ob und wie die Regierung auf die Feststellungen des Bundesrechnungshofes reagiert, bleibt jedoch ihr überlassen. Eine verfassungsrechtliche Garantie bestimmter

27) *Grimm* (JZ 1977, 683) und *Oldiges* (S. 289) meinen, auch sonst sei eine Kongruenz von Entscheidungsbefugnis und Verantwortung nicht immer gewährleistet und *Grimm* a.a.O. weist auf das Prinzip der Kabinettsolidarität hin. Der Nachweis, daß das Grundgesetz eine Verantwortung ohne entsprechende Einflußmöglichkeit statuiert, wäre jedoch erst noch zu erbringen. Wenn etwa der Bundesrat im Jahre 1977 der Bundesregierung wegen der vom Bundesverfassungsgericht gerügten Verstöße gegen Art. 112 GG insoweit die Entlastung verweigerte (vgl. *Röper*, DVBl. 1980, 525), mag man dies gegenüber dem Bundeskanzler, der ja über die Person des Finanzministers verfügen kann, noch vertreten können, das Kollegium als Ganzes verantwortlich zu machen, ohne daß es reale Handlungsalternativen hätte, kommt schwerlich in Frage (so zu Recht auch *Stern*, Staatsrecht II, § 49 IV 6 d).

28) *Bouwman* S. 2.

29) Deshalb lösen die Modifikationsmöglichkeiten gem. § 114 II – V BHO das Dilemma allenfalls zum Teil.

30) *Fischer-Menshausen*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 114 Rn. 21. Auch die Prüfungsbedingungen des Bundesrechnungshofes beschränken sich insoweit. Vgl. *Tomuschat*, Staat 1980, 27.

31) Abweichende Auffassung *Niebler*, JZ 1977, 680.

32) *Stern*, Staatsrecht II, § 34 III 4 a; *Krebs*, Kontrolle, S. 179; *Reger*, VerwArch 1975, 206 f.; vgl. auch von *Arnim*, DVBl. 1983, 665.

Reaktionsmöglichkeiten enthält Art. 114 II 2 GG nicht. Die Bundesregierung hat hinreichend Möglichkeiten, auf Mängel im Haushaltsgebaren einer weisungsfreien Stelle auch anderweit zu reagieren, etwa indem sie eine Gesetzesinitiative zur Beschränkung der Weisungsfreiheit ergreift.

3.4 Die Herleitung der parlamentarischen Verantwortlichkeit als Grundlage eines Verbots weisungs- und unterrichtungsfreier Räume aus Strukturprinzipien der Verfassung?

Einzelnen Kontrollbestimmungen des Grundgesetzes kann man also zwar kein Verbot weisungs- und unterrichtungsfreier Räume im Verhältnis Minister/Verwaltung entnehmen, wohl aber Informationsrechte des Parlaments und des Rechnungshofs und damit Grenzen für die Zulässigkeit unterrichtungsfreier Räume im Verhältnis Verwaltung/Parlament und Verwaltung/Rechnungshof. Es bleibt zu untersuchen, ob Strukturprinzipien der Verfassung es gestatten, ein Verbot der Errichtung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume herzuleiten. In Betracht kommen das parlamentarische Regierungssystem und das Demokratieprinzip. Entsprechend der dazu bisher im Schrifttum geführten Diskussion werden sich die Überlegungen darauf beschränken, ob diesen Prinzipien Aussagen für das Verhältnis Verwaltung/Minister entnommen werden können und nicht darauf eingehen, ob über die bereits erwähnten Einzelvorschriften hinaus diese Strukturprinzipien Informationsrechte des Parlaments garantieren³³. Es wird also allein der Frage nachgegangen, ob die genannten Verfassungsprinzipien die vollständige Informiertheit des Ministers und die richtige Ausübung des Weisungsrechts als Maßstäbe parlamentarischer Kontrolle gewährleisten.

Diese Formulierung des Problems macht bereits deutlich, daß für eine Lösung nichts gewonnen ist, wenn es gelingen sollte, aus dem parlamentarischen Regierungssystem abzuleiten, jede Staatstätigkeit müsse dem Parlament gegenüber verantwortet werden, also durch das Parlament kontrollierbar sein³⁴. Dieser Forderung wird nicht nur durch das Untersuchungsrecht und das Petitionsrecht genügt. Sie ist vor allem auch im weisungs- oder unterrichtungsfreien Raum bereits deshalb erfüllt, weil die Verwaltung auch hier gesetzlicher Regelung und damit parlamentarischer Entscheidung und also auch der notwendig entscheidungskzessorischen Kontrolle³⁵ unterliegt. Der parlamentarische Gesetzgeber kontrolliert hier nicht allein, indem er über den Fortbestand der Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit befindet³⁶. Selbst da, wo die Ministerialfreiheit wie bei

der kommunalen Selbstverwaltung verfassungsrechtlich garantiert und damit der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen ist, ist die Verwaltung gesetzesgebunden (Art. 20 III GG), unterliegt also gesetzgeberischer Entscheidung und damit parlamentarischer Kontrolle³⁷.

Auch wenn genauer formuliert wird, jede Exekutivtätigkeit müsse durch einen Minister parlamentarisch verantwortet werden³⁸, ist damit kein Verbot weisungs- und unterrichtungsfreier Räume aufgestellt. Die Etablierung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume macht diese nicht ressortfrei³⁹. Dem zuständigen Minister bleibt eine ganze Reihe funktioneller Zuständigkeiten etwa im Haushaltsrecht oder bei der Personalwirtschaft, deren Wahrnehmung er parlamentarisch verantworten muß. Der Ausschluß des Weisungsrechts macht den Minister nicht unverantwortlich⁴⁰, lediglich die Wahrnehmung der funktionellen Zuständigkeit zur Ausübung des Weisungsrechts kann nicht kontrolliert werden, weil diese Zuständigkeit nicht besteht; die parlamentarische Kontrolle ist möglich, muß aber auf einen – unzweifelhaft wichtigen – Maßstab verzichten. Der ministerialfreie Raum erweist sich wieder als eine „Zone verminderter Kontrolldichte“⁴¹. Sie ist aber keineswegs frei von Parlamentskontrolle und auch nicht von parlamentarischer Verantwortlichkeit⁴². Die Garantie der Kontrolle beinhaltet eben nicht zugleich die Garantie bestimmter Kontrollmaßstäbe.

Für die Herleitung einer solchen Maßstabsgarantie ist das parlamentarische System schwerlich tragfähig. Hier ist erstens daran zu erinnern, daß das parlamentarische Regierungssystem „kein verfassungsrechtliches a priori dar(stellt), aus dem sich ohne weiteres alle möglichen Kontrollrechte ableiten ließen“, sondern der Ausformung durch konkrete Verfassungsnormen bedarf⁴³, die im vorliegenden Fall ja gerade fehlen. Die Gefahr der *petitio principii* ist hier also besonders groß. Weiter ist zu bedenken, daß das Grundgesetz keinen Parlamentsprimat verwirklicht, sondern ein recht komplexes System miteinander kooperierender und sich gegenseitig beeinflussender Gewalten, mit dem die Vorstellung einer Totalkontrolle des Parlaments über die Exekutive kaum vereinbar ist⁴⁴. Neben dem auf die Festlegung der Regierungskompetenzen angelegten Art. 65 S. 2 GG und der Reflexwirkung, die er zugunsten des Parlaments entfaltet, ist kein Raum für ein auf das parlamentarische Prinzip gestütztes und damit primär auf Kontrollinteressen des Parlaments ausgerichtetes Verbot weisungs- und unterrichtungsfreier Räume⁴⁵.

37) *Salzwedel*, VVDStRL 22, 256; *Krebs*, Kontrolle, S. 147; *ders.*, NVwZ 1984, 615.

38) BVerwG, Beschl. v. 10.1.1973 – I WDB 1/73 –, NJW 1973, 865; in diese Richtung auch *Obermayer*, Mitbestimmung, S. 31; *Söllner*, RdA 1976, 65.

39) Siehe oben Ziff. 1.2.1.3.

40) So bereits *Dagloglu*, Der Private in der Verwaltung, S. 152.

41) *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 438.

42) Anders wohl *Krebs*, S. 147 N. 171.

43) *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 462.

44) *Fichtmüller*, AÖR 1966, 332 f.

45) Im Ergebnis ebenso *Ule*, in: Grundrechte IV 2 S. 642; *Schuppert*, Unselbständige Verwaltungseinheiten, S. 352; wohl auch *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 545, der davon spricht, das

33) Im Ergebnis dürfte diese Frage zu verneinen sein.

34) *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 544 f.; *Leisner*, Mitbestimmung, S. 44; *Stern*, Staatsrecht I, § 22 II 5 a; *Grawe*, 39. DJT, S. 24; *E. Klein*, JuS 1974, 363; *Schuppert*, Unselbständige Verwaltungseinheiten, S. 352; *Maurer*, DÖV 1966, 671; *Nierhaus* S. 70; StGH Bremen, abw. Meinung ZBR 1957, 238; in diese Richtung auch *Kötgen*, VVDStRL 16, 184.

35) Vgl. *Krebs*, Kontrolle, S. 34.

36) *Krebs*, Kontrolle, S. 147; zum Beispiel der Bundesbank recht plastisch von *Armin*, Staatslehre, S. 343.

E. Klein (Problematik, S. 124) wendet dagegen wenig überzeugend ein, die Praktizierung dieser Form von parlamentarischer Kontrolle bedeute die Dramatisierung des Konflikts.

Als Grundlage umfassender Maßstabsgarantie kommt zweitens das Demokratieprinzip in Betracht, dessen „Begünstiger“ nicht das Parlament, sondern das „Volk“ ist (Art. 20 II 2 GG). Dabei wird es allerdings nicht genügen, darauf zu verweisen, Demokratie oder „rechtsstaatliche Demokratie“⁴⁶ bedeute „verantwortliche Regierung“⁴⁷ oder „kontrollierte Macht“⁴⁸, weil damit nur die Notwendigkeit der Kontrolle an sich dargetan würde.

Auszugehen ist vielmehr von der Forderung, demokratische Legitimation dürfe nicht nur personell-organisatorisch sein, sondern müsse auch materiell-inhaltlich das Wie der Ausübung von Staatsgewalt erfassen⁴⁹. Mittel einer solchen Bindung der Ausübung der Staatsgewalt an den Volkswillen sind u.a. die Bindung der Exekutive an die vom Parlament beschlossenen Gesetze und die Verantwortlichkeit von Regierung und Minister gegenüber dem Parlament⁵⁰. Als Element materiell-inhaltlicher Legitimation kann die parlamentarische Verantwortlichkeit deshalb angesehen werden, weil die sie realisierende Kontrolle geeignet ist, das Regierungsverhalten zu beeinflussen. Der Bundestag kann durch Wahrnehmung seiner Kontrollbefugnisse auf die Regierung einwirken⁵¹. Zwar sind die vom Parlament in anderer als Gesetzesform explizit oder implizit geäußerten Verhaltenserwartungen für die Regierung nicht verbindlich. Sie sind aber relevant, da ihre Nichterfüllung mindestens politisch sanktioniert werden kann; ohne triftigen Grund werden sie deshalb kaum mißachtet werden. Auf dem Wege über die Realisierung der Regierungsverantwortlichkeit durch Kontrolle kann der Bundestag so den Einsatz der Machtmittel beeinflussen, die der Bundesregierung zur Verfügung stehen und damit beispielsweise Einfluß auf die Verwaltung nehmen⁵². Weisungsfreiheit und die ihr faktisch gleichkommende Unterrichtungsfreiheit reduzieren also gleichzeitig mit den Einwirkungsmöglichkeiten der Regierung auf die Verwaltung die Einwirkungsmöglichkeiten des Parlaments auf die Verwaltung.

Hinter der Auffassung, die parlamentarische Verantwortlichkeit verbiete die Errichtung weisungsfreier Räume, steckt also – darauf wurde bereits von *Ficht-*

Prinzip der parlamentarischen Ministerverantwortlichkeit sei bei Bestehen eines vollen Weisungsrechts „stärker gewahrt“.

46) BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 –, BVerfGE 9, 268 (281); *Bachof*, Verfassungsrecht, S. 115; *F.Mayer*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31, 289; vgl. auch *Obermayer*, Mitbestimmung, S. 31; *Hesse*, VVDStRL 17, 42 ff.; *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 4.

47) BVerfG, aa.O.; *Bäumlin*, ZSchwR, n.F. 85 (1966), 179 und 224 f.; ähnlich *Ossenbühl*, AÖR 99 (1974), 408; *Magiera*, Staatsleitung, S. 274 f.; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 251; *H.H. Klein*, Festschrift Forsthoff, S. 168; *Biedenkopf/Säcker*, ZfA 1971, 260.

48) *Lecheler*, Personalgewalt, S. 196; ähnlich *Badura*, in: BK, Art. 38 Rn. 29.

49) *Böckenförde*, Richterwahl, S. 79; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 Rn. 48.

50) *Kriele*, VVDStRL 29, 64; *Böckenförde*, Richterwahl, S. 79; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 Rn. 48; *Böckenförde/Gravert*, AÖR 1970, 25; *Böckenförde*, Festschrift Eichenberger, S. 315; *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung, S. 243; vgl. auch *Scheuner*, Festschrift Müller, S. 380; *E. Klein*, Problematik, S. 162 f.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 124; *Kröger*, Ministerverantwortlichkeit, S. 29; *Bäumlin*, ZSchwR, n.F. Bd. 85 (1966), 237.

51) *Schambeck*, Ministerverantwortlichkeit, S. 22 f.; *R. Wahl*, Stellvertretung, S. 198; BVerfG, Urt. v. 18.12.1984 – 2 BvE 13/83 –, NJW 1985, 603 (610).

52) *Zacher* (Demokratie, S. 38) spricht von „Einmischung in die einzelnen Ressorts“.

*müller*⁵³ und *Füsslein*⁵⁴ hingewiesen – die Überzeugung, das Parlament müsse auf dem Weg über die Regierungskontrolle auf die gesamte Exekutivtätigkeit vollständig Einfluß nehmen können. Der Ausschluß eines Kontrollmaßstabes reduziert im gleichen Umfang die parlamentarische Einflußnahmemöglichkeit auf die Verwaltung. Damit erweist sich die Frage, ob dem Demokratieprinzip ein Verbot weisungsfreier Verwaltung zu entnehmen ist, als die Frage danach, ob das Grundgesetz dem Parlament, das auf die Verwaltung „hart“, nämlich rechtsverbindlich allein durch Gesetzgebung und die Wahl des Bundeskanzlers Einfluß nehmen kann, die nicht rechtsverbindliche, „weiche“, aber nicht unbedingt uneffektive Einwirkung durch parlamentarische Verantwortlichkeit flächen-deckend garantiert.

Den Ausgangspunkt, daß nämlich die grundgesetzliche Demokratie über die institutionelle, funktionelle und personelle Legitimation hinaus auch eine inhaltliche Rückkopplung zwischen den Staatsorganen und dem Volk voraussetzt, wird man ohne Bedenken akzeptieren können; die Staatsgewalt geht nicht schon deshalb vom Volk aus (Art. 20 II 2 GG), weil dieses mit der Bundestagswahlentscheidung einen Befestigungspunkt für eine ununterbrochene Legitimationskette schafft. Zu dieser formalen Repräsentation muß die inhaltliche treten, das Handeln der Staatsorgane muß sich politisch so auf das Volk zurück-beziehen, daß sich die Bürger einzeln und in ihrer Gesamtheit als Volk darin wiederfinden können⁵⁵. Allerdings kann diese inhaltliche Rückbindung durch rechtliche Vorkehrungen lediglich ermöglicht, nicht aber gewährleistet werden⁵⁶. Sub specie des Demokratieprinzips kann jedenfalls primär nur das Ergebnis, nicht aber das einzelne Mittel gewährleistet sein.

Etwas anderes würde gelten, wenn der parlamentarischen Verantwortlichkeit ausschlaggebende oder sehr hervorgehobene Bedeutung für das Zustandekommen inhaltlicher Bindung des Verwaltungshandelns an den Volkswillen zuzusprechen wäre. Zu bedenken ist hier zunächst, daß in nicht unbeträchtlichem Maß bereits auf dem Weg der personell-organisatorischen Legitimation Verant-wortlichkeit, also Kontrollierbarkeit und damit inhaltliche Anbindung entsteht⁵⁷. Die Möglichkeit der Abberufung bzw. der Nicht-Wiederberufung erzeugt Abhängigkeit des Amtswalters und damit regelmäßig die Bereitschaft, in erheblichem Umfang den Wünschen dessen zu entsprechen, der darüber zu entscheiden hat. Hier liegt der Grund dafür, daß die Richter gem. Art. 97 II GG nicht nur sachlich, sondern auch persönlich unabhängig sind⁵⁸.

53) S. 330.

54) S. 310.

55) Beide Formen der Repräsentation machen zusammen die repräsentative Demokratie aus. Verantwortlichkeit und Kontrolle sind Elemente dieser Repräsentation, und zwar nicht als Kompensation oder Surrogat, wie dies etwa von *Meyn* (Kontrolle, etwa S. 205 f.), aber auch von anderen (etwa *Obermayer*, Mitbestimmung, S. 62 N. 118; ähnlich auch *Vorbrugg* S. 275) angenommen wird. Kritisch zu *Meyn* etwa *Pietzcker*, AÖR 1985, 108 ff.

56) *Böckenförde*, Festschrift Eichenberger, S. 319; zur (zusätzlichen) Notwendigkeit ethisch-normativer Orientierung ders., aa.O., S. 326; vgl. auch *Hennig*, Festschrift Smend, S. 55 f.

57) wobei diese, wie jede „Unabhängigkeit“ an den „Rücksichten, die um der Karriere willen genommen werden“ endet (*Wolff/Bachof* II, § 75 III b 5).

58) Dazu siehe *Magiera*, Staatsleitung, S. 104.

Verantwortlich gegenüber dem Parlament ist die Verwaltung aber auch, weil diesem die Kontrollmittel der Untersuchung, der Petition und der Drohung mit dem Gesetz zur Verfügung stehen. Parlamentarische Verantwortlichkeit über die Person des Ministers besteht auch für weisungsfreie Räume im Hinblick auf den Haushalt⁵⁹ insofern, als den Entwurf des Haushaltspans die Bundesregierung beschließt⁶⁰, was den finanziellen Einfluß des Ressortministers sichert.

Ganz wesentliche Instrumente inhaltlicher Rückkopplung sind vor allem aber die Gesetzesbindung (Art. 20 III GG) und die Öffentlichkeit⁶¹. Die Kontrolle durch die Medien ist in ihrer Bedeutung durchaus der parlamentarischen Kontrolle zu vergleichen und in ihrer Steuerungswirkung ähnlich intensiv⁶².

Die Bedeutung der parlamentarischen Einflußnahme auf die Verwaltung qua Regierungskontrolle und Weisungsrecht der Regierung für das Zustandekommen materiell-inhaltlicher Legitimation darf also nicht überschätzt werden. Dies vor allem auch, weil die Tätigkeit des jeweiligen Verwaltungszweiges aus der Sicht des Parlaments ja nur einer unter zahlreichen Gesichtspunkten ist, nach denen sich das Urteil über die Regierung und den einzelnen Minister bestimmt. Wer sich im übrigen mit den Vorstellungen der ihn tragenden Parlamentsmehrheit im Einklang befindet, kann politisch durchaus in Kauf nehmen, bei der Leitung eines einzelnen Verwaltungszweiges in Widerspruch dazu zu stehen. Der Bundeskanzler dürfte schwerlich abgewählt werden, weil er einen Minister im Amt beläßt, der bei der Erledigung einer Verwaltungsaufgabe wie der Beurteilung von Medien unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes nicht im Einklang mit den Vorstellungen des Bundestages handelt⁶³.

Wenn nun also – so könnte man fragen – die parlamentarische Verantwortlichkeit als Mittel zur inhaltlichen demokratischen Rückbindung der Verwaltung schon nicht für sich garantiert ist, muß sie dann nicht wenigstens alternativ gewährleistet sein, wenn andere wichtige Legitimationsmittel nicht oder kaum greifen? Im Schrifttum ist erörtert worden, ob zwischen der Intensität gesetzlicher Programmierung und der Verantwortlichkeitsdichte eine solche umgekehrte Korrelation angenommen werden muß: je schwächer die gesetzliche Determiniertheit um so stärker die politische Kontrolle⁶⁴.

59) Vgl. auch Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 75; Füsslein S. 316.

60) Art. 110 III GG. Vgl. Stern, Staatsrecht II, § 49 IV 3 a.

61) Vgl. zur Öffentlichkeit auch Grimm, JZ 1977, 683.

62) „Im allgemeinen liebt die Verwaltung zwei Dinge nicht: in die Zeitung zu kommen und im Parlament Rede und Antwort stehen zu müssen.“ (Brunner, in: Festschrift Schäfer, S. 179.)

63) Die Regierung ist also nicht nur „Umschaltorgan“ (Lorenz, Rechtsschutz, S. 175) bei der Einwirkung des Parlaments auf das Verhalten der Verwaltung, sondern nimmt auch eine Art Filterfunktion wahr.

64) Eichenberger, Festschrift Huber, S. 110 mit N. 3; Böckenförde, Richterwahl, S. 79 f., der als Kompensation für fehlende Gesetzesdeterminierung allerdings bereits die durch Abberufungsmöglichkeit ausgelöste Verantwortlichkeit genügen lassen will, die nach hier vertretener Auffassung schon durch die personell-organisatorische Legitimation gewährleistet ist. Skepsis gegenüber solchen Kompensationsüberlegungen E. Klein, Problematik, S. 123. – Eine völlig andere Sichtweise vertritt Zimmer (S. 275 f.): ihm dient das Weisungsrecht und die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung gerade dazu, die Herrschaft des Parlaments bis zum letzten Akt des gesetzlichen Vollzu-

Dagegen läßt sich ein prominentes Gegenargument aus der Verfassung selbst anführen: Gem. Art. 58 GG bedarf der Bundespräsident für „Anordnungen und Verfügungen“ der Gegenzeichnung, die – mindestens auch – die inhaltliche Rückkopplung dieser Akte an das Parlament bewirkt⁶⁵. Für einige besonders wichtige Entscheidungen bedarf er keiner Gegenzeichnung. Das sind gerade solche, bei denen dem Bundespräsidenten anders als bei vielen gegenzeichnungspflichtigen Entscheidungen eine über die Rechtskontrolle hinausreichende echte politische Entscheidungsbefugnis zusteht, vor allem der Wahlschlag gem. Art. 63 I GG, die Entscheidung zwischen der Ernennung des Bundeskanzlers und der Auflösung des Bundestages im Falle des Art. 63 IV 2 GG und die Auflösung des Bundestages nach Art. 68 I 1 GG⁶⁶. Der Bundespräsident unterliegt hinsichtlich dieser Entscheidungen keinerlei rechtsförmiger Kontrolle nach politischen Maßstäben, wenn man von der nur für die erste Wahlzeit in Betracht kommenden Wiederwahlmöglichkeit absieht. Eine Abwahl des Bundespräsidenten kennt das Grundgesetz nicht und die Präsidentenanklage gem. Art. 61 GG greift nur bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen und ist damit kein Mittel der politischen Kontrolle. Verantwortlich ist der Bundespräsident allein dem Urteil der Öffentlichkeit und der Geschichte. Die Vorstellung, das Demokratieprinzip fordere für jede staatliche Entscheidung zwingend rechtliche Vorkehrungen, die inhaltliche Einflußnahmen ermöglichen, ist mit diesem Befund schwerlich zu vereinbaren.

Ein weisungs- und unterrichtungsfreie Räume verbietender Verantwortlichkeitsgrundsatz kann auch auf das Demokratieprinzip nicht gestützt werden.

4. Das Rechtsstaatsprinzip

Eine verfassungsrechtliche Grenzziehung für die Zulassung ministerialfreier Räume ist verschiedentlich unter Berufung auf den rechtsstaatlichen Charakter des durch das Grundgesetz verfaßten Staates oder auf einzelne rechtsstaatliche Grundsätze vorgenommen worden. Derartige Überlegungen müssen jedoch beachten, daß es „das“ rechtsstaatliche Prinzip im Grundgesetz nicht gibt, vielmehr das Zusammenwirken zahlreicher rechtsstaatlicher Institutionen den Rechtsstaat ausmacht¹. Das Rechtsstaatsprinzip als solches scheidet also als Grundlage für verfassungsrechtliche Deduktionen aus.

Hierher röhrt ein gewichtiger, und wohl auch für sich allein entscheidender Einwand gegen die Herleitung einer Weisungsbefugnis aus dem Rechtsstaatsprinzip, wie sie mit Hilfe des Zwischengliedes „Verantwortlichkeit“ vom Bundes-

ges sicherzustellen. Parlamentarische Verantwortlichkeit also nicht an Stelle des Gesetzes, sondern zu seiner Effektivierung.

65) Etwa Henrich, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 58 Rn. 2; zur Diskussion über den Zweck der Gegenzeichnung (Platztauschtheorie) vgl. Herzog, Festschrift Müller, S. 124 ff; Nierhaus S. 84 ff; Maurer, Festschrift Cartens, Bd. 2 S. 704 f.

66) Siehe dazu Stern, Staatsrecht II, § 30 III 5.

1) Rupp, NJW 1971, 277; Erichsen, Staatsrecht II, S. 24; Stern, Staatsrecht I, § 20 III 2; Maunz/Zippelius S. 91; Schnapp, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 21.

verfassungsgericht in der Entscheidung zum Bremer Personalvertretungsgesetz versucht worden ist² und im Schrifttum Resonanz gefunden hat³. Nicht erst der Schluß von einer nicht näher beschriebenen „Verantwortlichkeit“ auf die ministerielle Weisungsbefugnis ist, wie im Zusammenhang mit der parlamentarischen Verantwortlichkeit gezeigt, mehr als problematisch. Auch der erste Teil der Ableitung, nämlich die Folgerung, die „demokratische und rechtsstaatliche Herrschaftsordnung des Grundgesetzes (setze) erkennbare Verantwortlichkeit im Staat und insbesondere eine verantwortliche Regierung voraus“,⁴ ist nicht überzeugend, weil damit keine verfassungsrechtliche Begründung für die Forderung nach Verantwortlichkeit gegeben wird. Man wird nicht so weit gehen können, das Rechtsstaatsprinzip für nicht einschlägig zu halten; die Beziehungen zwischen Verantwortlichkeit und Rechtsstaat⁵ sind jedoch wohl nicht unbedingt verfassungsrechtlicher Art und das Rechtsstaatsprinzip kann die vom Bundesverfassungsgericht gezogenen Folgerungen in dieser Allgemeinheit schwerlich stützen.

Die Fragwürdigkeit einer Argumentation unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip erweist sich auch daran, daß es nicht nur zur Begrenzung der Weisungsfreiheit, sondern auch zu ihrer Rechtfertigung herangezogen werden kann⁶. Die große Abstraktheit und Allgemeinheit des Rechtsstaatsprinzips gestattet es, daraus gegenteilige Folgerungen zu ziehen.

Verfassungsrechtliche Überlegungen, ob und welche Folgerungen sich für die Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume ziehen lassen, müssen deshalb von einzelnen verfassungsrechtlichen Ausprägungen ausgehen, die das Rechtsstaatsprinzip im Grundgesetz gefunden hat. Im vorliegenden Zusammenhang sind der Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 II 2 GG – Ziff. 4.1) und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG – Ziff. 4.2) von Interesse.

4.1 Das Gewaltenteilungsprinzip

Das Gewaltenteilungsprinzip oder – wie es zutreffend heißen muß, aber schwerlich Aussicht hat, sich durchzusetzen – das Prinzip der Funktionengliederung⁷, das vor allem in Art. 20 II 2 GG niedergelegt ist, war und ist Gegenstand auch kontroverser verfassungsrechtlicher Diskussion. Sein normativer Gehalt ist keineswegs eindeutig geklärt⁸ und eine Klärung wird durch eine in diesem Umfang

2) BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 –, BVerfGE 9, 268 (281).

3) F. Mayer, Diskussionsbeitrag VVDStRL 31, 289; Bachof, Verfassungsrecht, S. 115; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 10.1.1973 – 1 WDB 1/72 –, NJW 1973, 865; dagegen Füsslein S. 305.

4) BVerfG, a.a.O., S. 281.

5) Dazu: Stern, Staatsrecht I, § 20 IV 3 b; Saladin S. 30; Eichenberger, Festschrift Huber, S. 109; Bäumlin, Rechtsstaatliche Demokratie, S. 104, auf den sich Eichenberger beruft, stellt den Zusammenhang nicht zum Rechtsstaat, sondern ausschließlich zur Demokratie her; Kröger, Ministerverantwortlichkeit, S. 4; Hesse, VVDStRL 17, 42 ff; vgl. auch Hessdörfer S. 118 unter Berufung auf Coing: „Alle Macht muß kontrolliert sein“ als Forderung der iustitia protectiva.

6) z.B. Fichtmüller, AÖR 1966, 340 ff; siehe dazu näher unter Ziff. 4.1.

7) Zur Terminologie vgl. Achterberg, Funktionenlehre, S. 109 ff; Erichsen, Staatsrecht II, S. 98.

8) Vgl. Magiera, Staatsleitung, S. 84; Ossenbühl, DÖV 1980, 545.

kaum noch sonst einmal in Rechtsprechung und Schrifttum anzutreffende Vermengung von staatsrechtlichen mit allgemeinen staatstheoretischen Erwägungen⁹ stark erschwert. Die Unklarheiten lassen sich recht plastisch an der Rolle ablesen, die dem Gewaltenteilungsgrundsatz bei der Erörterung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit weisungstreier Räume zugewiesen worden ist.

In seiner Entscheidung zum Bremer Personalvertretungsgesetz hat sich das Bundesverfassungsgericht auf den Standpunkt gestellt, die Ministerialfreiheit sei keine Frage der Gewaltenteilung¹⁰, weil die weisungsfreien Stellen nicht außerhalb der Verwaltung stehen und nicht Macht von einer Gewalt auf eine andere übertragen werde. Das Problem liege vielmehr darin, ob wesentliche Kompetenzen der Regierung entzogen und innerhalb der Exekutive auf unabhängige Stellen übertragen werden dürfen¹¹.

Diese Einschätzung ist aus unterschiedlichen Richtungen kritisiert worden. So hat Vogel darauf hingewiesen, beim Gewaltenteilungsprinzip gehe es auch darum, „daß jede der drei Gewalten nach einem anderen Konstitutionsprinzip aufgebaut ist.“ Der Exekutive falle dabei eindeutig die monokratische Organisationsform zu; mithin lasse sich die Notwendigkeit, der Regierung als dem Haupt der Exekutive den nötigen Durchgriff auf die ihr nachgeordneten Instanzen zu ermöglichen, schon „aus dem Bild der Gewaltenteilung“ ableiten¹². In der Tat entnimmt eine Reihe von Autoren dem Grundsatz der Gewaltenteilung das „Verbot der Wahrnehmung oder Zuweisung von Funktionen, die der Struktur des Organs nicht entsprechen“ oder sogar ein Gebot „funktionsgerechter“ Organisation¹³.

Gewiß ist die grundgesetzliche Funktionsgliederung rational und zweckdienlich, weil sie die Funktionen Organen zuweist, die ihrer Struktur nach in der Lage sind, diese Funktionen wahrzunehmen¹⁴. Ob das ausreicht, dem in Art. 20 II 2 GG niedergelegten Gewaltenteilungsgrundsatz entsprechende verfassungsrechtliche Vorgaben zu entnehmen, erscheint angesichts der grundgesetzlichen Zuordnung von Organen und Funktionen eher zweifelhaft¹⁵; die Setzung von Normen etwa obliegt dem parlamentarisch organisierten Bundestag, dessen Mitglieder weisungsunabhängig tätig werden (Art. 38 I GG), dem Bundesrat mit seinen an die Willensbildung ihrer Landesregierung gebundenen¹⁶ Mitgliedern

9) Zu diesem Problem vgl. etwa Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 69; Goerlich, DÖV 1985, 950 f.

10) Zustimmend Böckenförde, Richterwahl, S. 78.

11) BVerfG, a.a.O., S. 280.

12) MDR 1959, 895; ähnlich Partsch, JZ 1960, 23; sehr dezidiert Obermayer, Verwaltungsakt, S. 68 f. N. 204; vgl. auch Thoma, Gutachten, S. 25: Ministerialprinzip als Konsequenz des „gewaltenteilenden Verfassungsstaates“; Bachof, Wehrpflichtgesetz, S. 48 spricht dagegen von „Überspitzung“ des Gewaltenteilungsprinzips. Vgl. auch: Bachof, JZ 1962, 355.

13) Hesse, Grundzüge, Rn. 489, vgl. auch Rn. 498; Stern, Staatsrecht I, § 20 IV 3 b, vgl. auch Staatsrecht II, § 36 IV 4 b; sowie die in der vorigen Fußnote genannten Autoren.

14) Vgl. Stern, Staatsrecht II, § 36 IV 4.

15) Ablehnend Fichtmüller, AÖR 1966, 319 und Füsslein S. 298 f.; Küster, AÖR 1950, 403, auf den die Auffassung von der Strukturgarantie aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz zurückgehen dürfte, hat damit wohl alles andere als eine staatsrechtliche Aussage machen wollen. Vom Grundgesetz ist in seiner ganzen Abhandlung nicht die Rede.

16) Dazu vgl. etwa Hendrichs, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 51 Rn. 19 m.w.N.

oder bei der Verordnungsgebung dem Kollegialorgan Bundesregierung oder dem monokratischen Organ Minister. Personalentscheidungen treffen der parlamentarisch organisierte Bundestag (Art. 63 I GG), ebenso wie der Bundeskanzler und der Bundespräsident (z.B. Art. 64 I, 69 I GG). Ob dem grundgesetzlichen Gewaltenteilungsprinzip ein Verbot der Wahrnehmung strukturinadäquater Funktionen oder ein Gebot funktionsgerechter Organisation zu entnehmen ist, kann hier jedoch dahinstehen, weil der Gesetzgeber Ministerialfreiheit ja gerade deshalb anordnet, weil er sie für funktionsgerecht hält¹⁷.

Verfassungsrechtliche Grenzen für die Errichtung weisungsfreier Räume lassen sich dem Gewaltenteilungsprinzip mittels solcher Strukturüberlegungen deshalb nur entnehmen, wenn man den „Gewalten“ verbindlich Organisationsprinzipien zuordnet, wie etwa Vogel dies tut¹⁸ und damit bereits durch das Grundgesetz als definiert ansieht, wie die funktionsgerechte Organisation auszusehen hat. Es wird dabei nicht ausreichen, von der Exekutive zu verlangen, sie müsse monokratisch organisiert sein, man wird vielmehr einengend und präzisierend verlangen müssen, die gesamte Exekutive, nicht nur die einzelne Behörde, müsse monokratisch aufgebaut sein. In sich können weisungsfreie Stellen ja durchaus hierarchisch-monokratisch strukturiert sein. In der Konsequenz dieser Auffassung wäre die nach dem hier vertretenen Verständnis in Art. 65 S. 2 GG verankerte Ressortleitungsbefugnis der Minister damit über Art. 79 III GG und Art. 20 II 2 GG als Organisationsform verfassungsänderungsfest¹⁹ garantiert. Solche strikten Strukturvorgaben im Gewaltenteilungsprinzip zu beheimaten, gestattet der Verfassungstext aber nicht. Daß eine ganz bestimmte Verwaltungsorganisation durch Art. 20 II 2 GG vorgegeben ist, kann nicht angenommen werden. In andere Richtung zielt der Einwand Eckart Klein, sub specie Gewaltenteilung sei Weisungsfreiheit deshalb bedenklich, weil diese im Interesse eines Systems von „checks and balances“ die Kontrolle der Gewalten untereinander gewährleiste und die parlamentarische Kontrolle der Exekutive durch die Weisungsfreiheit ausgeschlossen werde; Regierung und Parlament verlören durch die „Auszgliederung“ beide an Einfluß²⁰. Diesen Gedanken hat Leisner allgemeiner formuliert: „Kontrolle reduziert Macht, aber sie verlangt auch Macht, damit sie an ihr zur Gegenmacht werde.“ „Gewalt“ müsse einen gewissen Wirkungsgrad, eine bestimmte Intensität erreichen, damit sich ihre Kontrolle überhaupt lohne, damit sie möglich sei²¹. Das heißt letztlich – und bei Leisner wird diese Konsequenz recht deutlich – daß der Gewaltenteilungsgrundsatz nicht nur ein Mindestmaß an Funktionenteilung, sondern damit zugleich ein Höchstmaß markiert, nicht nur ein Kräfteverhältnis, sondern zugleich das absolute Gewicht der ins Verhältnis gebrachten Kräfte gewährleistet. Damit erhält die Gewaltenteilung jedoch eine Wendung, die ihr weder nach ihrer historischen Entwicklung, noch nach ihrer normativen Verankerung in Art. 20 II 2 GG zukommt.

17) Vgl. etwa Zimmer S. 286 f.

18) MDR 1959, 895.

19) Siehe BVerfG, Urt. v. 15.12.1970 - 2 BvF 1/69 –, BVerfGE 30, 1 (27).

20) E. Klein, Problematik, S. 212.

21) Leisner, Festgabe Maunz, S. 281; vgl. schon ders., DÖV 1969, 406: Gewaltenteilung setze ein Mindestmaß an institutioneller Geschlossenheit der zu trennenden Organe voraus.

Dort ist zwar festgelegt, daß die genannten Funktionen von „besonderen Organen“ wahrzunehmen sind, womit die Trennung an sich und die dabei zu beachtenden Zäsuren (zwischen Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung) vorgegeben sind. Wie vielen besonderen Organen die Ausübung der Staatsgewalt aufgegeben wird, ist damit nicht festgelegt²². Der Gewaltenteilungsgrundsatz garantiert keine Homogenität innerhalb der einzelnen Gewalt.

Dem Gewaltenteilungsprinzip wird auch der Grundsatz entnommen, daß die „Gewalten“ sich gegenseitig hemmen, begrenzen, austarieren und kontrollieren²³. Der Sinn der Gewaltenteilung – so das Bundesverfassungsgericht – liege darin, „daß die Organe der Legislative, Exekutive und Justiz sich gegenseitig kontrollieren und begrenzen, damit die Staatsmacht gemäßigt und die Freiheit des einzelnen geschützt wird.“²⁴ Daß eine solche Gewaltenverschränkung im Grundgesetz sehr weitgehend verwirklicht ist, dürfte außer Frage stehen. Ob sie über den in Art. 20 II 2 GG niedergelegten Gewaltenteilungsgrundsatz verbindlich als Organisationsprinzip vorgegeben ist, wird mit guten Gründen bezweifelt²⁵. Wenn Art. 20 II 2 GG die Gewaltenteilung als Mittel zur Machteindämmung vorsieht, bedeutet dies nicht, daß man dort auch andere, zur Erreichung dieses Ziels vielleicht ebenso wichtige Organisationsprinzipien verankert sehen könnte. Stellt man diese Zweifel mit dem Bundesverfassungsgericht zurück, muß die Garantiewirkung des Grundsatzes unter Beachtung des Umstandes bestimmt werden, daß die Grundsätze des Art. 20 II 2 GG über Art. 79 III GG änderungsfest sind²⁶. Man wird nur den zum Funktionieren eines Systems der Machthemmung unerlässlichen Bestand an Verschränkungen und Kontrollen als gewährleistet ansehen können. Die Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume, das hat die Erörterung der mit der parlamentarischen Verantwortlichkeit im Zusammenhang stehenden Probleme gezeigt, führt keinesfalls zu kontrollfreien Räumen. Die Parlamentskontrolle und damit die Verschränkung zwischen Parlament und Exekutive bleibt also gewahrt.

Die Einbeziehung der Gewaltenverschränkung in das Gewaltenteilungsprinzip fordert allerdings nicht Verschränkung und Kontrolle an sich, sondern auch, daß diese wirksam werden können; die Gewaltenhemmung durch gegenseitige Einflußnahme steht und fällt mit dem Gewicht dessen, der Einfluß nimmt. „Die in der Verfassung vorgenommene Verteilung der Gewichte zwischen den drei Gewalten muß aufrechterhalten bleiben, keine Gewalt darf ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über die anderen Gewalten erhalten und keine Gewalt darf der für die Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben er-

22) Stern, Staatsrecht II, § 36 IV 3.

23) von Mangoldt/Klein, Art. 20 Anm. V 5 b; Böckstiegel, NJW 1970, 1712; Stern, Staatsrecht I, § 20 IV 3 a; Erichsen, Staatsrecht II, S. 98; Maunz/Zippelius S. 91; von Arnim, Staatslehre, S. 45 ff.

24) BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 –, BVerfGE 9, 268 (279); Beschl. v. 20.6.1967 – 2 BvL 10/64 –, BVerfGE 22, 106 (111).

25) Schnapp, in: Münch, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 34; vgl. Achterberg, Funktionenlehre, S. 111; vgl. auch Erichsen, Staatsrecht II, S. 99; gewichtige Bedenken gegen diese Handhabung der Gewaltenteilung auch bei Goerlich, DÖV 1985, 750 f.

26) BVerfG, Urt. v. 15.12.1970 - 2 BvF 1/69 –, BVerfGE 30, 1 (27); Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 V Rn. 37.

forderlichen Zuständigkeiten beraubt werden,²⁷ wobei allerdings nicht jede Gewichtsverlagerung, sondern erst der „Einbruch in den Kernbereich der Exekutive“²⁸ zugunsten des Parlaments das Gewaltenteilungsprinzip verletzen soll²⁹.

Wenn man dem Bundesverfassungsgericht bis hierhin folgt, muß es Bedenken auslösen, daß das Gewaltenteilungsprinzip auf dieser Basis nicht zur Beurteilung der Ministerialfreiheit für einschlägig gehalten wird. Das Gericht fixiert sich einseitig auf die Möglichkeit, die Gewichtsverteilung zwischen den Gewalten durch Machttransfer zu beeinträchtigen. Außer acht bleibt, daß eine Verschiebung des Kräfteverhältnisses auch durch einseitige Machtreduzierung erfolgen kann³⁰. Klassisch ist die Möglichkeit in dem Satz „divide et impera“³¹ formuliert. Weisungsfreiheit – gleiches gilt für Unterrichtungsfreiheit – schwächt stets die Exekutive, indem sie sie „subdividiert.“³² Diesen Zusammenhang hätte das Bundesverfassungsgericht von seinem Standpunkt aus diskutieren müssen. Auch hier könnte aber Verfassungswidrigkeit erst da angenommen werden, wo die Funktionsfähigkeit des Systems der Machthemmung aufgehoben wird³³. Für die Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume dürfte diese Grenze damit kaum praktisch werden.

Das Gewaltenteilungsprinzip ist aber nicht nur als Grenze, sondern auch als Rechtfertigung für die Zulässigkeit der Errichtung weisungsfreier Räume diskutiert worden³⁴. Gewaltenhemmung, wie sie ja Ziel der Gewaltenteilung sei, werde auch durch Weisungsfreiheit als „Gewaltenteilung innerhalb der Gewalten“³⁵ erreicht. Gewiß führt die Etablierung weisungsfreier Räume zur Beschränkung der Regierungsmacht. Wer will, mag hier ebenso von Gewaltenteilung sprechen³⁶ wie bei der als „vertikale Gewaltenteilung“ bezeichneten bundesstaatlichen Kompetenzordnung³⁷. Dabei muß man sich aber bewußt bleiben, daß dies ein staatstheoretischer oder politikwissenschaftlicher Sprachgebrauch ist und es verfassungsrechtlich bei der Gewaltenteilung gem. Art. 20 II 2 GG um die Abgrenzung der dort genannten Staatsfunktionen geht. Auch wenn man im Gewaltenteilungsgrundsatz zugleich einen Grundsatz der Gewaltenverschränkung sieht, bleibt er doch eine Regelung über das Verhältnis zwischen den drei

27) BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 –, BVerfGE 9, 268 (279); BVerfG, Beschl. v. 10.10.1972 – 2 BvL 51/69 –, BVerfGE 34, 52 (59); Beschl. v. 20.6.1967 – 2 BvL 10/64 –, BVerfGE 22, 106 (111).

28) Kritisch zu dieser Vorstellung vom Kernbereich *Leisner*, DÖV 1969, 407; *Achterberg*, Funktionenlehre, S. 191 ff, insbesondere S. 201; vgl. auch *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 V Rn. 115.

29) BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 –, BVerfGE 9, 268 (279 f.); zustimmend *Maunz/Zippelius* S. 91.

30) Darauf hat bereits *Vorbrugg* S. 240 f. aufmerksam gemacht.

31) Zur Herkunft dieses Satzes vgl. *Stern*, Staatsrecht II, § 36 III 1.

32) Vgl. *Leisner*, Festschrift *Maunz*, S. 277; *M. Schröder*, Aktuelle Fragen, S. 411.

33) So wohl im Ergebnis *Partsch*, JZ 1960, 23; *Fichtmüller*, AÖR 1966, 320; *Vorbrugg* S. 241 f.; *Füsslein* räumt zwar S. 300 f. ein, daß der Gewaltenteilungsgrundsatz eine gewisse Machtzusammenballung bei der Regierung voraussetzt, lehnt eine Begrenzung der Ministerialfreiheit aber ab, weil der Gewaltenteilungsgrundsatz keine präzise Grenzziehung gestatte (S. 302).

34) *Fichtmüller*, AÖR 1966, 320; *E. Stein*, AuR 1973, 232.

35) Dazu siehe *Leisner*, Festschrift *Maunz*, S. 267 ff; vgl. auch *Berg*, NJW 1985, 2299.

36) Etwa *Stern*, Staatsrecht II, § 36 IV 4 c.

37) Kritisch zu dieser Terminologie *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 106.

Staatsfunktionen der Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung und kann nicht für die Rechtfertigung des Zugriffs auf in der Verfassung vorgegebene Strukturen (Art. 65 S. 2 GG) einer der Funktionen herangezogen werden³⁸.

4.2 Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Unter Hinweis auf den Rechtsstaat ist für ministerialfreie Räume gefordert worden, „der Exekutivspitze (müsste) eine Rechtsaufsicht oder zumindest das Recht zustehen, gegen Entscheidungen weisungsfreier Stellen Klage zu erheben.“³⁹ – Es geht also darum, ob und inwieweit Art. 20 III GG verbindliche Durchsetzungsverfahren oder organisatorische Vorkehrungen zur Realisierung der dort angeordneten Rechtsbindung vorschreibt.

Die verwaltungsinternen Kontrollen sind ein wesentliches Moment der Bindung der Exekutive an das Gesetz⁴⁰. Wird nicht nur die – um die aus dem Recht der selbständigen Körperschaften stammenden Kategorien zu verwenden – fachaufsichtliche Weisung, sondern auch die rechtsaufsichtliche durch die Weisungsfreiheit ausgeschlossen, scheidet damit die Durchsetzung der Gesetzesbindung durch die übergeordnete Stelle im Einzelfall aus. Sie kann lediglich versuchen, durch die Anwendung des ihr zur Verfügung stehenden finanziellen und personellen Instrumentariums Wiederholungen zu verhindern. Im unterrichtungsfreien Raum erfährt sie regelmäßig nicht oder, soweit sie extern z.B. durch Beschwerden informiert wird, häufig nicht mit genügender Präzision vom rechtswidrigen Verhalten der nachgeordneten Stelle und kann schon deshalb nicht reagieren.

Die Rechnungshofkontrolle und die parlamentarische Kontrolle vermögen die entstehende Lücke nicht auszufüllen. Die Rechnungskontrolle des Bundesrechnungshofes erfaßt zwar mit der „Ordnungsmäßigkeit“ auch die Übereinstimmung des Verwaltungshandelns mit dem geltenden Recht, ihr unterliegt das Verwaltungshandeln aber nicht unter jedem Aspekt, sondern nur die „Haushalts- und Wirtschaftsführung“.⁴¹ „Kostenneutrale“ Rechtsfehler wird die Rechnungshofkontrolle regelmäßig kaum erfassen.

Für die parlamentarische Kontrolle ist die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns ein möglicher Maßstab⁴², er wird indessen nur soweit zum Einsatz kommen, wie dies mit den politischen Zielen des Kontrollierenden im Einklang steht und er nicht mit den politischen Maßstäben kollidiert. Parlamentarische Kontrolle ist anders als Rechnungshofkontrolle auch eher auf die Gesamtrichtung des Exekutivhandelns als auf den Verwaltungsvollzug in der täglichen Praxis, im

38) Im Ergebnis ebenso *Leisner*, Festschrift *Maunz*, S. 278 f.; *E. Klein*, Problematik, S. 177; *E. Klein*, JuS 1974, 364.

39) *E. Klein*, Problematik, S. 214; im Ergebnis ähnlich *Haas*, VerwArch 1958, 22.

40) *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 77.

41) Vgl. *Tiemann* S. 80 ff, 128 ff.

42) *Krebs*, Kontrolle, S. 140 ff.

Einzelfall ausgerichtet⁴³. Vor allem können die Rechnungshofkontrolle und die parlamentarische Kontrolle den Wegfall der administrativen Selbstkontrolle deshalb nicht kompensieren, weil ihnen die Mittel zur Korrektur des rechtswidrigen Handelns fehlen. Die mit der Weisung gegebene Möglichkeit, auf den Einzelfall einzuwirken, besitzen weder der Rechnungshof, noch das Parlament.

Die dem einzelnen gemäß Art. 19 IV GG selbstverständlich auch im weisungs- oder unterrichtungsfreien Raum zustehende Rechtsschutzmöglichkeit durch die Anrufung der Gerichte zielt über die Wahrung der Einzelinteressen hinaus ganz maßgeblich allerdings auch auf die Gewährleistung der Rechtsordnung, die Beachtung gesetzlicher Bindungen durch die Exekutive⁴⁴. Strukturbedingt ist ihre Wirksamkeit jedoch begrenzt: rechtlich werden nur solche Gesetzesverstöße erfaßt, die zu Lasten der subjektiven Rechte des einzelnen gehen. Rechtsverstöße, die den einzelnen zwar negativ tangieren, aber keine Verletzung subjektiver Rechte darstellen, „neutrale“ Rechtsverstöße und solche zugunsten des einzelnen bleiben außerhalb des Zugriffs gerichtlicher Kontrolle. Tatsächlich setzt Rechtswahrung qua Individualrechtsschutz voraus, daß der einzelne die Verletzung seines subjektiven Rechts bemerkt und die Beweissituation eine gerichtliche Geltendmachung aussichtsreich erscheinen läßt. Diese tatsächlichen Restriktionen sind vor allem in den Bereichen der medizinischen und psychologisch-sozialen Versorgung, für die Unterrichtungsfreiheit diskutiert wird, durchaus nicht rein theoretischer Natur.

Der Gedanke, daß Art. 20 III GG auch Vorgaben für die Art und Weise seiner Gewährleistung enthält, ist bisher vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion über die Aufnahme des Art. 10 II GG in das Grundgesetz erörtert worden. Dabei ging es um die Frage, ob „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und ihre Bindung an das Recht ohne wirksame Gewährleistung durch individualrechtlichen Rechtsschutz – jedenfalls bei Eingriffen in die Bürgerfreiheit – auf dem Papier stünden.“⁴⁵ Im vorliegenden Zusammenhang geht es um die allgemeinere Frage, ob die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Bindung der Exekutive an das Recht nicht wenigstens überhaupt einer wirksamen Gewährleistung bedürfen. Art. 19 IV GG wäre bejahendenfalls für seinen Anwendungsbereich eine solche Gewährleistung. Vereinzelt sind organisationsrechtliche Folgerungen aus Art. 20 III GG auch im Sinne der Notwendigkeit einer Rechtsaufsicht über Körperschaften des öffentlichen Rechts gezogen worden⁴⁶.

Daß die verfahrensmäßige und organisatorische Sicherung der Rechtsbindung nach Art. 20 III GG als ein mit Verfassungsrang ausgestattetes Interesse anzusehen ist, und als solches auch gegenüber anderen verfassungsrechtlich geschütz-

43) Vgl. dazu etwa Lorenz, Rechtsschutz, S. 170.

44) Hesse, Festgabe Smend, S. 77; Hendrichs, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 40.

45) Häberle, JZ 1971, 152; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69 –, BVerfGE 30, 1 (Sondervotum S. 40 f.).

46) H.H. Klein, Festschrift Forsthoff, S. 180; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 77; Schachtschneider, JA 1978, 193; überwiegend wurde die Notwendigkeit der Rechtsaufsicht allerdings aus dem „Wesen“ der Körperschaft des öffentlichen Rechts gefolgt; z.B. Kötgen, Jör n.F. 11, 283 und die Nachweise bei Fichtmüller, AÖR 1966, 336; dagegen Salzwedel, VVDStRL 22, 254; kritisch auch Brohm, Wirtschaftsverwaltung, S. 223 und Erichsen, DVBl. 1985, 944.

ten Gütern im Rahmen einer Abwägung Berücksichtigung verlangen kann, dürfte außer Frage stehen. Offen erscheint jedoch, ob das Grundgesetz den Gesetzgeber verpflichtet, Rechtsaufsicht oder ein wirksames Äquivalent vorzusehen.

Für eine solche Erwägung läßt sich ins Feld führen, daß die Gesetzesbindung nach Art. 20 III GG sonst teilweise, nämlich soweit der Individualrechtsschutz nicht reichen kann, ineffektiv würde. Die Rechtsbindung wäre prozedural-organisatorisch durch Art. 19 IV GG nur einseitig abgesichert und würde damit gewissermaßen asymmetrisch. Demgegenüber ist jedoch nicht zu erkennen, daß das Effektivitätsargument stets eine *petitio principii* impliziert⁴⁷; wer aus Art. 20 III GG die Notwendigkeit organisatorischer Vorkehrungen zur wirksamen Sicherung der Rechtsbeachtung durch die Verwaltung folgert, setzt voraus, daß „Bindung“ i.S.d. Art. 20 III GG über unbedingte Geltung des Rechts hinaus hier auch die Sicherung seiner umfassenden Beachtung meint. Wer die Norm des Art. 20 III GG effektiv verwirklichen will, muß wissen, welchen Inhalt sie hat⁴⁸. Auch der Hinweis auf die sonst drohende Asymmetrie der Rechtsbindung ist nicht bedenkenfrei. Das Grundgesetz mit seiner sehr starken Betonung der Rechte des einzelnen kann sehr wohl eine institutionelle Sicherung dieser Rechte in Art. 19 IV GG zwingend vorgegeben⁴⁹ und die Sorge für die Schaffung der nötigen Vorkehrungen für die Wahrung der Rechtsordnung im übrigen der Sorge des einfachen Gesetzgebers anheimgestellt haben⁵⁰. Für zwingende organisatorische Vorgaben erscheint Art. 20 III GG als normative Basis doch sehr schwach⁵¹.

Unverkennbar erfüllt die Leitungsbefugnis mit ihren Informations- und Einflußmöglichkeiten aber sowohl im Hinblick auf den Schutz der Rechte des einzelnen⁵² wie auf die Wahrung der objektiven Rechtsordnung eine wichtige rechtsstaatliche Funktion. Die Leitungsbefugnis ist eine der „organisationsrechtlichen Vorkehrungen“⁵³, der „Schutzeinrichtungen für das materielle Recht“⁵⁴, durch die das Grundgesetz seine rechtsstaatliche Ordnung errichtet, sie ist Element des Rechtsstaats. Daß die Errichtung weisungs- und vor allem unterrichtungsfreier Räume diese Schutzeinrichtung lahmlegt, muß bei der verfassungsrechtlichen Prüfung ihrer Zulässigkeit berücksichtigt werden. Daß organisatorische Alternativen zu den rechtsaufsichtlichen Instrumenten wie etwa ein Klagerecht vorgesehen werden, ist deshalb bei der Beurteilung, ob die ge-

47) Lorenz, AÖR 1980, 636 f. spricht von „Leerformel“.

48) Für die verwandte Problematik der „Effizienz“ vgl. Häberle, AÖR 1973, 634 „sie steht im Dienst der Normenverwirklichung.“

49) Vgl. etwa die Argumentation von H.H. Rupp, NJW 1971, 277.

50) Nach Hesse, Grundzüge, Rn. 202 hängt die Sicherung der Bindung der staatlichen Gewalten an Verfassung und Gesetz weitgehend von der Aktualisierung des subjektiven Rechts auf Rechtsschutz ab, worin sich „der für die verfassungsmäßige Ordnung des Grundgesetzes charakteristische Zusammenhang von individuellem Status und objektiver Ordnung“ zeige.

51) Im Ergebnis ebenso von Mangoldt/Klein, Vorbem. III vor Absch. VIII (S. 2091), wo keine Bedenken gegen den Ausschluß der Rechtsaufsicht geäußert werden.

52) Zur Schutzfunktion der Exekutive vgl. Lorenz, Rechtsschutz, S. 174 ff.

53) Stern, Rechtsstaat, S. 20.

54) Lorenz, Rechtsschutz, S. 167.

troffene Regelung mit der Verfassung vereinbar ist, durchaus von Belang; allein entscheidend kann es nicht sein, weil Art. 65 S. 2 GG auch andere als rechtsstaatliche Ziele verfolgt, denen durch ein Klagerecht nicht genügt wird.

5. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums

Die Überlegungen zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der gesetzlichen Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung unter dem Grundgesetz schließen mit einem Blick auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, die das Grundgesetz in Art. 33 V GG für die Regelung des Rechts des öffentlichen Dienstes verbindlich gemacht hat.

Im vorliegenden Zusammenhang wird allerdings die Heranziehung dieser Grundsätze in der Weise, wie sie das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Bremischen Personalvertretungsgesetz vorgenommen hat, nicht in Betracht kommen. Das Gericht hat das Letztentscheidungsrecht einer Einstigungsstelle in personellen Angelegenheiten der Beamten, die der Mitbestimmung des Personalrats unterliegen, für unvereinbar mit einem Grundsatz des Inhalts angesehen, über Personalangelegenheiten des Beamten hätten allein die ihm vorgesetzten Dienstbehörden, die in einem hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnis stehen, zu entscheiden¹. Mit dieser Begründung sprechen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums allein gegen die Durchbrechung der ministeriellen Leitungsbefugnis in Personalangelegenheiten der Beamten und sind für andere weisungs- oder unterrichtungsfreie Räume nicht einschlägig; ob ein solcher Grundsatz, wie ihn das Bundesverfassungsgericht angenommen hat, anzuerkennen ist, kann deshalb hier offenbleiben².

Ansatzpunkt für die hier vorgenommene Prüfung ist vielmehr eine Beziehung, auf die *Herzog* aufmerksam gemacht hat. Er bemerkt in seiner Kommentierung des Art. 65 GG zur Leitungsbefugnis des Ministers: „Art. 65 S. 2 berührt sich insofern sehr nahe mit einem hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V, denn die Weisungsgebundenheit und – wie es etwas altertümlich noch oft heißt – die Gehorsamspflicht des Beamten gehören zweifellos zu diesen vom GG im Verfassungsrang rezipierten allgemeinen Grundsätzen, und Art. 65 S. 2 stellt im Anschluß daran klar, daß der Bundesminister der oberste Vorgesetzte ist, dem dieser Gehorsam beamtenrechtlich geschuldet wird.“³

In der Tat wird die Gehorsamspflicht des Beamten – soweit erkennbar ohne Widerspruch – zum Kreis der hergebrachten Grundsätze gezählt⁴. Wo wie im wei-

1) BVerfG, Urt.v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 –, BVerfGE 9, 268 (287); kritisch *Ule*, in: *Grundrechte* IV 2 S. 645; *Vogel*, MDR 1959, 896 und – wenig überzeugend – *E. Stein*, AuR 1973, 232; zustimmend *Partsch*, JZ 1960, 24 und *von Münch*, in: *Verfassungsrechtliche Grenzen*.

2) Zustimmend BVerwG, Beschl. v. 18.10.1963 – VII P 2.63 –, BVerwGE 17, 43 (51).

3) in: *Maunz/Dürig*, Art. 65 Rn. 59.

4) von *Mangoldt/Klein*, Art. 33 Anm. VII 3 d; *F. Mayer*, *Festschrift Scupin*, S. 255; *Ule*, in: *Verfassungsrechtliche Grenzen*, S. 490; *Schachtschneider*, JA 1978, 192 spricht statt von „Gehorsamspflicht“ von „Weisungsgebundenheit“.

sungsfreien Raum von Rechts wegen keine Weisungen erteilt werden dürfen, läuft – auch das liegt auf der Hand – eine Pflicht zur Befolgung von Weisungen insoweit leer. Einer Anwendung des Art. 33 V GG stehen jedoch Hindernisse im Weg; die Vorschrift schreibt die Berücksichtigung der hergebrachten „Grundsätze des Berufsbeamtentums“ bei der Regelung des „Rechts des öffentlichen Dienstes“ vor. Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit ist aber Folge einer organisationsrechtlichen, keiner beamtenrechtlichen Regelung. Der weisungs- bzw. unterrichtungsfreie Raum ist eine Erscheinung des Innenrechts, das davon zu unterscheidende⁵ außenrechtliche Verhältnis zwischen dem Beamten und dem Dienstherrn wird dadurch nicht unmittelbar berührt. Es fragt sich, ob Art. 33 V GG über den Bereich des Beamtenrechts hinaus auch Vorgaben für organisationsrechtliche Regelungen zu entnehmen sind⁶. Anders formuliert: Schreibt Art. 33 V GG nicht die Anwendung außenrechtlicher Maßstäbe auf außenrechtliche Gegenstände vor, so daß der Vorschrift für die Beurteilung eines innenrechtlichen Gegenstandes weder von ihrem gegenständlichen Anwendungsbereich noch von ihren Maßstäben her Aussagen entnommen werden können?

Auf Zusammenhänge zwischen dem Organisationsrecht und dem Dienstrecht hat *Arnold Köttgen* bereits 1958 hingewiesen⁷. In der organisationsrechtlichen Diskussion über die Zulässigkeit der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst sind – allerdings ohne nennenswerten Ertrag – auch die hergebrachten Grundsätze diskutiert worden⁸. Art. 33 V GG wird im Schriftum als „Strukturprinzip hoheitsrechtlicher Verwaltung“⁹ und als „Strukturnorm innerhalb eines staatsrechtlichen Organisationsstatuts“¹⁰ bezeichnet. Bei der Durchsicht der als Grundsätze i.S.d. Art. 33 V GG anerkannten Prinzipien¹¹ zeigt sich, daß nicht nur manche davon Auswirkungen auf das Organisationsrecht entfalten, indem sie wie das Lebenszeitprinzip bei Organisationsänderungen restriktiv auf den Entscheidungsraum wirken, einige haben selbst – mindestens auch – organisationsrechtlichen Charakter. Unverkennbar ist das bei dem Grundsatz der einseitigen Regelung des Dienstverhältnisses durch den Gesetzgeber der Fall¹², der im Verhältnis der obersten Staatsorgane eine Zuständigkeitsregelung vorgibt. Ablauforganisatorische Vorgaben enthält der Grundsatz der Transparenz der Personalentscheidungen für die Betroffenen. Dieses Nebeneinander und Ineinander von dienstrechtlichen und organisationsrechtlichen Regelungsgehalten ist nicht nur verständlich, sondern erscheint geradezu zwingend, wenn man den Zweck des Art. 33 V GG bedenkt, die Institution des Berufsbeamtentums zu er-

5) *Erichsen*, VerwArch 1980, 430.

6) Dagegen *Bieback* S. 69 f.

7) VVDStRL 16, 182 f.

8) Vgl. dazu *H.P. Schneider*, DÖV 1972, 603 und *Leisner*, Mitbestimmung, S. 37 jeweils m.w.N.

9) *Evers*, Staat 1964, 52.

10) Abw. Meinung *Geiger* zu BVerfG, Beschl. v. 19.2.1974 – 2 BvL 11/72 –, BVerfGE 36, 341 (370); zustimmend dazu *Lecheler*, AÖR 1978, 357.

11) Vgl. die Kataloge bei *F. Mayer*, *Festschrift Gehlen*, S. 237 f.; *ders.*, *Festschrift Scupin*, S. 255 f.; ihm folgend *Stern*, Staatsrecht I, § 11 III 4 g; *Lecheler*, AÖR 1978, 354 ff.; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 33 Rn. 62 ff.; *von Münch*, in: *Verfassungsrechtliche Grenzen*, S. 110 f.

12) *Lecheler*, AÖR 1978 spricht S. 355 vom „Vorbehalt eines formellen Gesetzes für Gehalt und Versorgung der Beamten“.

halten¹³. Das Berufsbeamtentum wird nicht allein durch dienstrechtliche Vorschriften, sondern auch durch organisationsrechtliche Bestimmungen rechtlich konstituiert; die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ sind nicht nur außenrechtlichen Inhalts. Es erscheint demnach nicht ausgeschlossen, organisationsrechtliche Prinzipien als „hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums“ anzusehen.

Die hergebrachten Grundsätze sind nach dem Wortlaut des Art. 33 V GG nur bei der Regelung des „Rechts des öffentlichen Dienstes“ zu berücksichtigen. Das „Recht des öffentlichen Dienstes“ reicht über das eigentliche Beamtenrecht als die Summe der Regelungen im Verhältnis Dienstherr-Beamter sicher hinaus. Es erfasst etwa auch Entscheidungszuständigkeiten und -verfahren für beamtenrechtliche Fragen. Die organisationsrechtlichen Bestimmungen wie § 121 BRRG über die Dienstherrenfähigkeit oder §§ 95ff BBG über den Bundespersonalrauschuß oder die Personalvertretungsgesetze gehören zum „Recht des öffentlichen Dienstes“. Man wird Art. 33 V GG überall dort für anwendbar halten müssen, wo die Institution des Berufsbeamtentums prägende oder mitprägende Regelungen getroffen werden. Beispielsweise wäre eine ersatzlose Streichung des § 194 III 1 StGB, der dem Dienstvorgesetzten bei Beleidigungen eines Amtsträgers während des Dienstes oder mit Bezug darauf ein Antragsrecht einräumt, an Art. 33 V GG zu messen und im Hinblick auf den Grundsatz der Fürsorgepflicht nicht unproblematisch.

Demnach erscheint es nicht ausgeschlossen, den Art. 33 V GG auch als Grenze für organisationsrechtliche Gestaltungen anzusehen, ihn also auch auf innenrechtliche Gegenstände anzuwenden. Die gesetzliche Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Verwaltung tangiert Art. 33 V GG indessen nicht. Die Gehorsamspflicht bleibt erhalten und ist auch für den Beamten, der mit seiner ganzen Arbeitszeit als Amtsträger zur Erledigung weisungsfreier oder unterrichtungsfreier Aufgaben tätig wird, nicht suspendiert. Der einzelne Beamte ist in einer großen Anzahl von Beziehungen an Weisungen gebunden; außer die Erledigung der Sachaufgaben betreffen diese etwa das Verfahren bei der Inanspruchnahme von Haushaltssmitteln für diese Sachaufgaben, die Benutzung des Diensttelefons¹⁴, die Arbeitszeit, die Geltendmachung von Ansprüchen auf die Erstattung von Reisekosten oder auf Beihilfe. Die Weisungs- oder Unterrichtungsfreiheit betrifft regelmäßig nur einen Teilaspekt der Amtsträgertätigkeit; andere Teilaspekte der Amtsträgertätigkeit, vor allem aber das Über- und Unterordnungsverhältnis in der beamtenrechtlichen Beziehung bleiben dadurch unberührt. Ein Verstoß gegen Art. 33 V GG durch die Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume kommt deshalb – unabhängig davon wie man die Pflicht zur „Berücksichtigung“ versteht¹⁵ – nicht in Betracht.

13) F. Mayer, Festschrift Gehlen, S. 229; Stern, Staatsrecht I, § 11 III 4 g; BVerfG, Urt. v. 17.12.1953 – 1 BvR 187 –, BVerfGE 3, 58 (136 f.).

14) In diesem Zusammenhang vgl. Erichsen, VerwArch 1980, 438 zum Verhältnis der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 III GG zu den Dienstbetrieb betreffenden Regelungen.

15) Vgl. dazu etwa Lecheler, AÖR 1978, 363 und Erichsen, DVBl. 1980, 724 f. m.w.N.

6. Ergebnisse des zweiten Teils

Nach dem Ergebnis der hier angestellten Überlegungen, wie es im vierten Teil beispielhaft auf Einzelfälle angewandt werden soll, enthält das Grundgesetz – sehr knapp zusammengefaßt – folgende Restriktionen für die gesetzliche Schaffung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung:

Art. 65 S. 2 GG gewährleistet die alleinige und ausschließliche Leitungsbefugnis der Ressortminister. Ressortfreie Verwaltungsangelegenheiten kennt das Grundgesetz nicht; die Ressortverteilung hat lückenlos zu erfolgen. Die Schaffung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung beeinträchtigt die durch Art. 65 S. 2 GG garantierte ministerielle Leitungsbefugnis. Solche Beeinträchtigungen sind nur zulässig, soweit sie das Grundgesetz selbst vorsieht oder zuläßt, wie dies etwa durch Art. 114 II GG für den Bundesrechnungshof und durch Art. 5 GG für die Rundfunkanstalten und die Hochschulen sowie durch Art. 86 f. GG für die juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts der Fall ist. Durch Gesetz dürfen darüber hinaus weisungs- und unterrichtungsfreie Räume nur zur Wahrung anderer Verfassungsrechtsgüter im Rahmen einer verhältnismäßigen Zuordnung der kollidierenden Gesichtspunkte geschaffen werden¹.

Soweit dort autonome Regelungsentscheidungen getroffen werden, dürfen im weisungsfreien Raum nur auf Zeit oder widerruflich bestellte Amtsträger tätig werden (Art. 20 II GG)².

Für die Schaffung unterrichtungsfreier Räume ergeben sich verfassungsrechtlich weitere Einschränkungen gegenüber Informationsbegehren des Parlaments bei der Tätigkeit parlamentarischer Untersuchungsausschüsse und der Petitionsbearbeitung und gegenüber der Prüfungstätigkeit des Bundesrechnungshofs. Unterrichtungsfreiheit ist hier nur zulässig, wenn sie zur Wahrung anderer Verfassungsrechtsgüter bei Ausschöpfung der Möglichkeiten einer schonenden Verfahrensausgestaltung geboten und gerechtfertigt erscheint³.

Soweit man mit dem Bundesverfassungsgericht dem Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 III GG) auch eine Gewährleistung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Kräfteverteilung entnimmt, ergibt sich eine äußerste Grenze für die Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung; wegen der eintretenden Schwächung der Exekutive darf die Funktionsfähigkeit des verfassungsrechtlichen Systems der Machthemmung dadurch nicht aufgehoben werden⁴.

1) Vgl. oben Ziff. 1.

2) Vgl. oben Ziff. 2.

3) Vgl. oben Ziff. 3.

4) Vgl. oben Ziff. 4.1.

3. Teil: Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Kommunalverwaltung und Grundgesetz

Die einfach-gesetzliche Rechtslage, wie sie durch die Kommunalverfassungsge setze bestimmt wird, ist im Hinblick auf Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit in der Kommunalverwaltung unzweideutig:

Der Hauptverwaltungsbeamte – Gemeindedirektor oder Oberkreisdirektor – leitet die Verwaltung (§§ 53 I GO, 37 lit. g KrO). Damit ist er für die Erteilung von Weisungen und zur Unterrichtung durch die ihm nachgeordneten Bediensteten umfassend zuständig¹. Unterrichtungsbefugnisse stehen als Auskunfts- oder Akteneinsichtsrechte auch dem Bürgermeister bzw. Landrat, den Ausschußvorsitzenden und in den kreisfreien Städten den Bezirksvorstehern zu (§§ 40 I, II GO, 20 II KrO), unter den Voraussetzungen der §§ 40 III GO, 20 II 4 KrO auch einzelnen Vertretungs- oder Ausschußmitgliedern. Die Auskunfts- und Informationsrechte bestehen ausdrücklich gegenüber dem Hauptverwaltungsbeamten (§§ 40 I, II GO, 20 II KrO). Dieser ist auch verpflichtet, den Vorsitzenden der Vertretungskörperschaft (Bürgermeister oder Landrat) von sich aus über alle wichtigen Angelegenheiten zu informieren (§§ 47 II GO, 20 III KrO); dabei setzt die Vorschrift offenbar voraus, daß der Hauptverwaltungsbeamte seinerseits durch die ihm nachgeordneten Bediensteten unterrichtet wird. Dasselbe gilt für die Pflicht des Gemeinde- bzw. Oberkreisdirektors zur Beibringung der erforderlichen Aufklärung im Rahmen der Rechnungsprüfung gemäß § 99 II GO. Keine der genannten Vorschriften sieht Ausnahmen vor oder ermächtigt zu abweichenden Regelungen.

In diesem Teil der Untersuchung soll es nun darum gehen, festzustellen, wie weit diese einfach-gesetzliche Regelung für den Gesetzgeber disponibel ist und wie weit er durch höherrangiges Recht Beschränkungen bei der Ausgestaltung des Kommunalverfassungsrechts unterworfen ist. Im Vordergrund stehen dabei die grundgesetzlichen Vorgaben; auf das Landesverfassungsrecht wird, soweit erforderlich, ergänzend eingegangen.

Im vorangegangenen zweiten Teil der Untersuchung wurde der Frage nachgegangen, welche Aussagen dem Grundgesetz über die Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Bundesverwaltung entnommen werden können. Daß die auf Artikel 65 GG gestützten Aussagen² für die Kommunalverwaltung keine Geltung beanspruchen können, ergibt sich allein schon daraus, daß Art. 65 GG eine Regelung der Binnenorganisation des Bundes trifft.

Anders liegt es bei der Forderung nach demokratischer Legitimation³; ihr sind auch die Kommunen ausgesetzt (Ziff. 1).

Von den im zweiten Teil unter dem Stichwort „parlamentarische Verantwort-

1) Vgl. Zuborn/Hoppe S. 257, wo der Gemeindedirektor als „Chef der Verwaltung“ bezeichnet wird.

2) Zweiter Teil, Ziff. 1.

3) Zweiter Teil, Ziff. 2.

lichkeit” untersuchten Gesichtspunkten⁴ spielen das Untersuchungsrecht und das Petitionsrecht auch für die Beurteilung der Rechtslage in den Kommunen eine Rolle. Zum einen fragt sich, wieweit verfassungsrechtliche Informationspflichten im Verhältnis zwischen Bundes- oder Landesparlament und Kommunen bestehen und damit Unterrichtungsfreiheit ausschließen. Zum anderen wird vom Oberverwaltungsgericht Münster angenommen, die Vertretungen der Gemeinden und Kreise seien „Volksvertretungen“ im Sinne des Art. 17 GG⁵, so daß auch von daher ein verfassungsrechtlicher Ausschluß der Unterrichtungsfreiheit in Betracht zu ziehen ist (Ziff. 2).

Daß die Funktionsfähigkeit des verfassungsrechtlichen Systems der Machthemmung durch die Etablierung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung gestört werden könnte, erscheint angesichts der Tatsache, daß die Kommunalverwaltung durch die ihr garantierte Selbstverwaltung ohnehin von der Einheit der Staatsverwaltung abgespalten ist, ausgeschlossen. Auch wenn man dem Gewaltenteilungsgrundsatz für die staatliche Verwaltung eine Grenze für die Errichtung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume entnehmen will⁶, entfaltet er für den Bereich der Kommunalverwaltung deshalb insofern keine restriktive Wirkung⁷.

Aus dem Recht der Kommunalaufsicht ist bekannt, daß sich aus der Betrauung der Gemeinden und Kreise mit der Durchführung von Bundesrecht Vorgaben für die landesgesetzliche Ausgestaltung des Kommunalverfassungsrechts ergeben⁸, die auch im vorliegenden Zusammenhang von Interesse sein können (Ziff. 3). Vor allem aber ist die Frage zu beantworten, ob und wieweit die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung einer Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung entgegensteht (Ziff. 4).

1. Demokratische Legitimation

Gemäß Art. 20 II 2, 28 I 1 GG muß auch die Ausübung von Staatsgewalt durch die Kommunen demokratisch legitimiert sein⁹. Nach den hier entwickelten Anforderungen dürfen also autonome Regelungsentscheidungen auch in der Kommunalverwaltung nur durch dazu auf Zeit oder jederzeit abberufbar bestellte

4) Zweiter Teil, Ziff. 3.

5) Urt. v. 25.7.1978 – XV A 1368/76 –, DVBl. 1978, 895 f.

6) Zweiter Teil, Ziff. 4.1.

7) Eine ganz andere – aber wohl zu verneinende – Frage ist die nach der Geltung des Gewaltenteilungsgrundsatzes im Verhältnis zwischen den Kommunalorganen. Vgl. einerseits BVerfG, Beschl. v. 21.12.1966 – 1 BvR 33/64 –, BVerfGE 21, 54 (62 f.); Beschl. v. 23.2.1972 – 2 BvL 36/31 –, BVerfGE 32, 346 (361); dagegen etwa Püttner, Öffentliche Unternehmungen, S. 126; Bethge, NVwZ 1983, 579; skeptisch auch Schmidt-Jortzig, Organisationshöhe, S. 153 f.

8) Vgl. § 16 LOG, Art. 78 IV LVerf. und Rehn/Cronauge, § 116 GO Anm. VI.

9) BVerfG, Beschl. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134, 268/76 –, BVerfGE 47, 253 (272); BayVerfGH, Urt. Entsch. v. 23.7.1984 – Vf. 15 – VII/83 –, NVwZ 1985, 823; Stober, Ämterverfassung, S. 27; Bethge, NVwZ 1983, 579; J.A. Frowein, Parteienproportz, S. 4; Roellecke, JZ 1969, 730; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 252; Ossenbühl, Mitbestimmung, S. 42; für die Kreise Papier, DVBl. 1984, 455.

Amtswalter getroffen werden¹⁰. Im weisungsfreien Raum dürfen deshalb – soweit er im übrigen zulässig sein sollte – keine auf Lebenszeit mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe betrauten Amtswalter tätig werden.

2. Verfassungsrechtliche Informationsbefugnisse von Volksvertretungen und Rechnungshöfen

Weniger übersichtlich als die Frage der demokratischen Legitimation stellt sich das Problem dar, ob die Errichtung von unterrichtungsfreien Räumen in der Kommunalverwaltung durch Informationsrechte von Volksvertretungen oder Rechnungshöfen mit Verbindlichkeit für den Gesetzgeber ausgeschlossen wird. Zum einen fragt sich hier, ob und wieweit die oben dargestellten Informationsrechte des Bundestages¹ auch im Verhältnis zur Kommunalverwaltung gelten (Ziff. 2.1). In einem zweiten Schritt ist diese Frage auch für die Informationsbefugnisse des Landtags nach nordrhein-westfälischem Recht zu beantworten (Ziff. 2.2). Möglicherweise stehen auch den kommunalen Vertretungskörperschaften von Verfassungen wegen Informationsansprüche zur Behandlung von Petitionen zu (Ziff. 2.3). Abschließend wird auf die Rechnungshöfe von Bund und Land gegenüber der Kommunalverwaltung eingegangen (Ziff. 2.4).

2.1 Informationsrechte des Deutschen Bundestages

Im Zusammenhang dieser Untersuchung kann es nicht darum gehen, die schwierigen bundesstaatlichen Fragen zu klären, die Unterrichtungsbegehren des Bundestages gegenüber Ländern und Kommunen aufwerfen². Auszugehen ist wieder von der Überlegung, daß Unterrichtungsfreiheit durch einfaches Gesetz nicht geschaffen werden kann, soweit der Bundestag von Verfassungen wegen Informationen von der Exekutive verlangen kann; insoweit kann der Gesetzgeber lediglich die Informationsbefugnisse und die damit konfigierenden, eine Unterrichtungsfreiheit fordernden Verfassungsgüter einander verhältnismäßig zuordnen.

Damit die Informationsbefugnisse des Deutschen Bundestages diese restriktive Wirkung gegenüber gesetzlich etablierter Unterrichtungsfreiheit entfalten können, müssen zwei Voraussetzungen gegeben sein: erstens muß die Kommunalverwaltung zum Kreis der Informationspflichtigen gehören und zweitens muß

10) Siehe oben 2. Teil, Ziff. 2.

11) 2. Teil Ziff. 3.3.2.

12) Vgl. dazu Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 17 Rn. 76; Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 44 Rn. 16; Württemberger, in: BK, Art. 45 c Rn. 86; von Mangoldt/Klein, Art. 44 Anm. III a; Achterberg, Parlamentsrecht, S. 451 f., 458; Kölble, DVBl. 1964, 701 ff; Lässig, DÖV 1976, 727 ff; Schleich S. 75 ff; Blümel/Ronellenfitsch S. 36 ff m.w.Nachw.

das Informationsrecht sich gegenständlich auf die Kommunalverwaltung erstrecken³⁾.

Nach der oben gegebenen Begründung des Petitionsinformierungsrechts als Mittel zur Effektivierung des Grundrechts aus Art. 17 GG ist die Kommunalverwaltung nicht ohne weiteres aus dem Kreis der auskunftspflichtigen Exekutivstellen auszuschließen. Dennoch dürfte es jedoch nicht möglich sein, dem Grundgesetz auf diesem Wege ungeschriebene Rechtspflichten der Länderexekutive, also auch der Kommunen, gegenüber dem Parlament des Bundes zu entnehmen. Selbst die von *Dürig* postulierte Pflicht der Länderexekutive, an der Klärung mitzuwirken, ob Bundeszuständigkeiten betroffen sind⁴⁾, wird man schwerlich als Rechtspflicht unmittelbar aus Art. 17 GG ableiten dürfen, sondern als Unterfall des allgemein zwischen Hoheitsträgern geltenden Willkürverbotes⁵ ansehen müssen, das hier schwerlich über die allgemeine Pflicht zur Amtshilfe hinausgehende Wirkungen entfalten kann. Eine Pflicht zur Amtshilfe besteht aber nicht, soweit die Behörden durch gesetzliche Bestimmungen zur Geheimhaltung verpflichtet sind⁶⁾. Damit dürften verfassungsrechtliche Informationspflichten der Kommunalverwaltung gegenüber dem Bundestag, die die Errichtung unterrichtungsfreier Räume verbieten würden, ausscheiden.

Anders ist die Rechtslage für die parlamentarischen Untersuchungsausschüsse des Bundestages. Ihre Informationsrechte nach Art. 44 I, II GG richten sich gegen jedermann und damit auch gegen die Kommunalverwaltung. Wie die Behandlung von Petitionen setzt aber auch die Wahrnehmung der parlamentarischen Informationsrechte durch einen Untersuchungsausschuss des Bundestages voraus, daß der Informationsgegenstand sachlich einer parlamentarischen Behandlung durch den Bundestag zugänglich ist⁷⁾. Dabei ergeben sich die in unserem Zusammenhang wichtigsten Beschränkungen aus der Verbandskompetenz des Bundes. Die Forderung nach Beachtung der daraus resultierenden Grenzen schließt die Tätigkeit der Kommunalverwaltung als Gegenstand einer Information durch einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss aber nicht generell aus. Wo es um die Beschaffung von Informationen für die Gesetzgebung im Rahmen einer entsprechenden Enquête oder um die Ausübung der parlamentarischen Kontrolle der Bundesregierung geht, erstrecken sich die Informationsrechte des Bundestages auch auf die relevanten Informationen aus der Kommunalverwaltung⁸⁾. So wird man einen Untersuchungsausschuss für berechtigt halten dürfen, zur Aufklärung darüber, wieweit Änderungen des Bundessozialhilfegesetzes zweckmäßig sind, auch Informationen aus der Kommunalverwaltung heranzuziehen, die dieses Gesetz ausführt. Das gleiche gilt für einen

Untersuchungsausschuß, der der Frage nachgehen soll, ob die Bundesregierung die Bundesaufsicht nach Art. 85 IV GG ordnungsgemäß wahrgenommen hat⁹⁾.

Ohne daß die Grenzen der Bundestagszuständigkeiten gegenüber den Verwaltungen in den Ländern hier abschließend bestimmt werden müßten, läßt sich feststellen, daß den Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages in Einzelfällen Unterrichtungsrechte auch gegenüber der Kommunalverwaltung zustehen können¹⁰⁾ und insoweit die Errichtung unterrichtungsfreier Räume verfassungsrechtliche Grenzen findet. Die Fälle, in denen diese Informationsrechte in den unterrichtungsfreien Raum reichen, dürften jedoch – das zeigt ein Blick auf die eingangs dieser Untersuchung skizzierten Beispiele – in der Praxis höchst selten sein. Ein parlamentarischer Untersuchungsausschuß wird für seine Arbeit in aller Regel detaillierte Informationen zu Einzelfällen aus der Kommunalverwaltung nicht benötigen.

2.2 Informationsrechte des nordrhein-westfälischen Landtags

Die Informationsbefugnisse der Untersuchungsausschüsse des nordrhein-westfälischen Landtags sind in Art. 41 LV geregelt; nähere Bestimmungen trifft das aufgrund von Art. 41 I 5 LVerf ergangene Gesetz. Anders als das Grundgesetz enthält die Landesverfassung eine ausdrückliche Regelung des Petitionsinformierungsrechts (Art. 41 a LVerf). Nach Art. 41 II LVerf i.V.m. §§ 13 ff des Gesetzes über Untersuchungsausschüsse und nach Art. 41 a II LVerf sind auch die Kommunen zur Unterrichtung der Untersuchungsausschüsse bzw. des Petitionsausschusses des Landtages verpflichtet. Als „Behörden“ bzw. „öffentliche Körperschaften“ (Art. 41 II 1 u. 3 LVerf) sowie als „Körperschaften ... unter der Aufsicht des Landes“ (Art. 41 a I LVerf) gehören sie zum Kreis der Informationspflichtigen.

Die gegenständlichen Grenzen für die Tätigkeit parlamentarischer Untersuchungsausschüsse der Landtage im Verhältnis zur Kommunalverwaltung sind vor einigen Jahren für die bremische Verfassung Gegenstand literarischer Auseinandersetzungen¹¹⁾ und einer Entscheidung des Bremischen Staatsgerichtshofs¹²⁾ gewesen. Ohne auf diese Frage hier näher einzugehen, läßt sich feststellen, daß potentiell jeder Bereich der Kommunalverwaltung Gegenstand eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses sein kann. Auch nach der restriktiveren Auffassung kann der Landtag nämlich darüber kontrollierende Untersuchungen anstellen, ob die zuständigen Stellen der Landesverwaltung die Aufsicht über die Kommunalverwaltung ordnungsgemäß ausgeübt haben¹³⁾. Weil die gesamte Kommunalverwaltung mindestens der Rechtsaufsicht des Landes unterliegt (Art. 78 IV 1 LVerf), kann also auch von diesem restriktiveren Stand-

3) Vgl. *Blümel/Ronellenfisch* S. 94, die vom „Objekt der Untersuchung“ und vom „Adressat der Beweiserhebung“ sprechen.

4) in: *Maunz/Dürig*, Art. 17 Rn. 76.

5) BVerfG, Beschl. v. 7.10.1980 – 2 BvR 584/76 –, NJW 1981, 1659 (1660).

6) Vgl. z.B. *Gubelt*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 35 Rn. 9.

7) Vgl. *Blümel/Ronellenfisch* S. 92.

8) *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 451 f.

9) Vgl. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 44 Rn. 16.

10) Vgl. *Schleich* S. 78.

11) Vgl. *Böckenförde*, AÖR 1978, 1 ff; *Blümel/Ronellenfisch*, passim.

12) Vollständig wiedergegeben bei *Blümel/Ronellenfisch*.

13) *Blümel/Ronellenfisch* S. 93 f.

punkt aus jeder Bereich der Kommunalverwaltung Gegenstand einer Untersuchung durch einen Untersuchungsausschuß des Landtags sein. Nach der von *Böckenförde* vertretenen weiteren Auffassung unterliegt die kommunale Selbstverwaltung, soweit sie staatlicher Aufsicht unterworfen ist, nicht nur mittelbaren Untersuchungen zur Kontrolle der staatlichen Aufsichtsbehörden, sondern soweit das staatliche Aufsichtsrecht reicht, auch der unmittelbaren Untersuchung¹⁴. Neben kontrollierenden Untersuchungen sind wohl unbestritten Gesetzgebungsuntersuchungen und nach *Böckenförde* auch Mißstandsuntersuchungen im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung¹⁵ zulässig.

Soweit die Tätigkeit der Kommunalverwaltung zulässigerweise zum Gegenstand einer parlamentarischen Untersuchung des Landtags gemacht werden darf, beschränken die landesverfassungsrechtlichen Informationsbefugnisse des Landtags die Zulässigkeit der Errichtung unterrichtungsfreier Räume. Die praktische Bedeutung dieser Grenze dürfte erheblich größer sein als die Beschränkungen durch die Informationsbefugnisse des Bundestages; kontrolliert der Landtag doch mindestens die Rechtsaufsicht der Kommunalverwaltung durch die Landesregierung auf allen Gebieten der Kommunalverwaltung, während der Bundestag insoweit allein die Bundesaufsichtstätigkeit der Bundesregierung gegenüber der Aufsichtstätigkeit der Landesregierungen über die Tätigkeit der Kommunalverwaltung in Bundesaufsichtsangelegenheiten kontrollieren kann.

Man wird die Grenzen für die kontrollierende Tätigkeit des Petitionsausschusses des Landtags gegenständlich nicht anders ziehen können¹⁶. Auch insoweit ergeben sich also Restriktionen für die Errichtung weisungsfreier Räume.

2.3 Petitionsinformierungsrecht der kommunalen Vertretungsorgane

Wenn die Vertretungsorgane der Kommunen „Volksvertretung“ i.S.d. Art. 17 GG sind, begrenzt ein verfassungsrechtlich verankertes Petitionsinformierungsrecht auch insoweit die Möglichkeit zur Errichtung unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung. Ihnen muß in diesem Fall nämlich aus denselben Gründen und in demselben Umfang wie dem Deutschen Bundestag¹⁷ ein Petitionsinformierungsrecht zustehen.

Entgegen einer bis dahin recht unangefochtenen herrschenden Auffassung¹⁸ hat das Oberverwaltungsgericht Münster in seinem Urteil vom 25. Juli 1978 den Ge-

meinderat als „Volksvertretung“ i.S.d. Art. 17 GG angesehen¹⁹. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem in derselben Sache ergangenen Revisionsurteil diese Frage zu Recht dahinstehen lassen können, weil zwischenzeitlich mit § 6 c GO eine Vorschrift in die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung aufgenommen worden war, die das Ergebnis des Oberverwaltungsgerichts auch unabhängig von Art. 17 GG trug²⁰. Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts hat Zustimmung gefunden²¹, ist aber auch auf starke Ablehnung gestoßen²². Die Gegenansicht sieht die kommunalen Vertretungsorgane ganz überwiegend als „zuständige Stelle“ an²³. Häufig wird darauf hingewiesen, dem Streit um ihren Charakter als „Volksvertretung“ i.S.d. Art. 17 GG komme deshalb keine praktische Bedeutung zu²⁴. Diese Annahme ist erstaunlich, weil die Intensität der Diskussion und vor allem das offenkundige Interesse der kommunalen Spitzenverbände eher auf das Gegenteil hinweisen und immerhin zwei Obergerichte die Subsumtion unter den einen oder anderen Begriff für entscheidungsrelevant gehalten haben²⁵. Genauer besehen hat man es bei Art. 17 GG mit zwei Zuständigkeitsbegriffen in einem Wort zu tun²⁶. Zuständig zur Entgegennahme einer Petition ist die vom Petenten angerufene Stelle, zuständig zur Entscheidung über die abschließende Behandlung der Petition ist allein die nach den organisationsrechtlichen Bestimmungen für das Petitum auch sonst zuständige Stelle²⁷. Wird die Petition an eine Stelle gerichtet, die nicht zur Sachentscheidung zuständig ist, ist diese verpflichtet, die Petition an die dafür zuständige Stelle weiterzuleiten. Die kommunalen Vertretungsorgane sind sicherlich in dem Sinne zuständige Stelle, als sie eingegangene Petitionen entgegennehmen müssen. Sie können auch zuständig für die Sachentscheidung sein, etwa wenn es sich um eine Angelegenheit aus dem Katalog des § 28 I 2 GO handelt. Soweit sie nach der Zuständigkeitsverteilung nicht zuständig für die Sachentscheidung über das Petitum sind, müssen sie, wenn man sie lediglich als „zuständige Stelle“ ansieht, als

zesvorbehalt, S. 38 FN 84; vgl. auch die Nachw. zum früheren Meinungsstand bei *Löwer*, StuGB 1979, 30 FN 14 und 16.

19) – 15 A 1368/76 –, DVBl. 1978, 895.

20) BVerwG, Urt. v. 22.5.1980 – 7 C 73/78 –, NJW 1981, 700.

21) *Knirsch*, Rathaus 1978, 714 f.; *Schmitz-Herscheid*, StädteT 1979, 13 f.; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht Rn. 137; *Rauball*, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 17 Rn. 12, der diesen Standpunkt schon früher vertreten hat.

22) *F.J. Schmitt*, StädteT 1979, 137 ff.; *Lösekrug*, Die niedersächsische Gemeinde 1979, 379; *Löwer*, StuGB 1979, 29 ff.; von *Mutius*, VerwArch 1979, 169 ff.; *Friesenbahn*, Festschrift Huber, S. 358; *Erlenkämper*, NVwZ 1984, 625; unentschieden *Terbille* S. 158.

23) *Mattern*, Grundrechte II, S. 632; *Seibt*, StädteT 1962, 462; von *Mangoldt/Klein*, Art. 17 Rn. IV 2; von *Mutius*, VerwArch 1979, 175; *Terbille* S. 158 f.

24) *Dagtoplou*, in: Bonner Kommentar, Art. 17 Rn. 104; *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 17 Rn. 58; *Terbille* S. 158 f.; ähnlich: von *Mutius*, VerwArch 1979, 175; dagegen: *F.J. Schmitt*, StädteT 1979, 139, der allerdings zu Unrecht annimmt, der Bürger könne durch eine Petition präjudizieren, ob der Rat die Entscheidung in dem jeweiligen Einzelfall an sich zieht.

25) Vgl. die beiden bereits erwähnten Entscheidungen des OVG Münster (Urt. v. 25.7.1978 – XV A 1368/76 –, DVBl. 1978, 895) und OVG Lüneburg (Urt. v. 30.5.1967 – II A 52/65 –, OVG 23, 403).

26) Zu dieser Problematik und zu der insoweit wenig glücklichen Fassung des Art. 17 GG vgl. *Dagtoplou*, in: Bonner Kommentar, Art. 17 Rn. 106 ff.

27) Vgl. etwa *Mattern*, Grundrechte II, S. 632; von *Mutius*, VerwArch 1979, 169; a.A. *Löwer*, StuGB 1979, 34 der „die Gemeinde“ für die „zuständige Stelle“ hält.

14) *Böckenförde*, AöR 1978, 27 ff.

15) *Böckenförde*, AöR 1978, 31 ff.; vgl. auch *Löwer*, StuGB 1979, 31; noch weitergehender wohl von *Mutius*, VerwArch 1979, 174.

16) *Böckenförde*, AöR 1978, 31; die Praxis des Petitionsausschusses des nordrhein-westfälischen Landtags scheint eher der von *Böckenförde* vertretenen Auffassung zuzuneigen, wonach die Tätigkeit der Kommunalverwaltung Gegenstand parlamentarischer Kontrolltätigkeit sein darf, soweit es nicht um eigenverantwortliche Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte bei Ermessensentscheidung geht.

17) Siehe oben 2. Teil Ziff. 3.3.2.3.

18) Etwa: *Mattern*, Grundrechte II S. 632; von *Mangoldt/Klein*, Art. 17 Anm. IV 2; *Seibt*, StädteT 1962, 462; OVG Lüneburg, Urt. v. 30.5.1967 – II A 52/65 –, OVG 23, 403 (407 f.); skeptisch: *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 17 Rn. 53 „mehr Tradition als juristisch exakte Erkenntnis“; a.A. *Meyn*, Geset-

bloß für die Entgegennahme von Petitionen zuständige Stelle die Petition – etwa an den Hauptverwaltungsbeamten – weiterleiten. Eine Befassung mit der Petition in der Sache ist ihnen in diesem Fall verwehrt. Eine „Volksvertretung“ i.S.d. Art. 17 GG darf dagegen die an sie gerichteten Petitionen nicht nur in der Sache behandeln, sie muß dies sogar tun und das Ergebnis dem Petenten mitteilen²⁸, auch dann, wenn für die Sachentscheidung über das Petitum andere Stellen zuständig sind. Es geht also im Kern darum, ob die kommunalen Vertretungen sich mit an sie gerichteten Petitionen in Angelegenheiten, für die andere Kommunalorgane Entscheidungszuständigkeit besitzen, sachlich befassen dürfen und müssen. Aus der Sicht der Vertretungsorgane geht es damit um die Frage, ob sie das mit der Petitionsbehandlung eröffnete Reservoir von Informationen und Anregungen für ihre Arbeit nutzen und die Bearbeitung von Petitionen als Integrationsmittel einsetzen können. Für die Petenten geht es darum, ob sie einen grundrechtlich verbürgten Anspruch auf eine Entscheidung der Vertretung darüber haben, ob sie ihnen gegen das zuständige Organ zur Hilfe kommen will, indem sie dieses zuständige Organ zwar nicht rechtlich zu einer für den Petenten günstigen Sachentscheidung zwingen kann, aber doch ihren Einfluß in seinem Sinne geltend macht.

Wenn es um die Auslegung des Begriffs „Volksvertretung“ in Art. 17 GG geht, ist von den Besonderheiten des nordrhein-westfälischen Rechts, das der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster zugrunde lag, abzusehen, denn die Auslegung des Art. 17 GG wird für alle Bundesländer zum gleichen Ergebnis führen müssen. Eventuelle Besonderheiten, die sich z.B. daraus ergeben, daß sich der Rat der nordrhein-westfälischen Gemeinden über sein Rückholrecht (§ 28 III GO) für sehr viele, wenn auch bei weitem nicht für alle Angelegenheiten entscheidungszuständig machen kann, und zwar unabhängig davon, ob eine Petition vorliegt, müssen außer Betracht bleiben. Der Hinweis auf das Rückholrecht muß im übrigen bei den nordrhein-westfälischen Kreistagen, für die die Argumentation des Oberverwaltungsgerichts in derselben Weise gilt, versagen, weil ihnen ein solches Recht nicht zusteht.

Ausgangspunkt jeder Überlegung muß der Wortlaut des Art. 17 GG sein. Der Begriff „Volksvertretung“ wird dort nicht näher erläutert. Der Singular hindert nach einhelliger Auffassung nicht daran, über den Bundestag hinaus weitere „Volksvertretungen“ als mitumfaßt anzusehen. Wenn Art. 17 GG nicht nur die eine Volksvertretung Bundestag des Bundes, sondern auch die Landtage der Länder meint, ist nicht ersichtlich, warum der Singular dann eine Einbeziehung der kommunalen Vertretungen verbietet²⁹. Den Begriff „Volksvertretung“ verwendet das Grundgesetz nicht nur in Art. 17 GG, sondern auch in Art. 54 III GG und Art. 144 I GG. Diese beiden Vorschriften bestätigen, daß Volksvertretung nicht nur der Bundestag ist. Sie lassen in keiner Weise den Schluß zu, daß kommunale Vertretungen nicht Volksvertretung sind³⁰.

28) BVerfG, Urt. v. 22.4.1953 – 1 BvR 162/51 –, BVerfGE 2, 225.

29) So aber Friesenbahn, Festschrift Huber, S. 358.

30) Anders offenbar Löwer, StuGB 1979, 31.

Art. 28 I 2 GG spricht davon, es müsse „das Volk eine Vertretung“ haben und zwar in den Ländern, Kreisen und Gemeinden. Diese Formulierung ist das Hauptargument des Oberverwaltungsgerichts Münster³¹ und der anderen Befürworter einer Einbeziehung kommunaler Vertretungsorgane in den Begriff der „Volksvertretung“ i.S.d. Art. 17 GG: Wenn die Vertretung des Volkes in den Ländern eine „Volksvertretung“ i.S.d. Art. 17 GG sei, gelte dasselbe für die Vertretung des Volkes in den Kreisen und Gemeinden³².

Das Argument aus Art. 28 I 2 GG ist gewiß nicht zwingend. Denkbar ist, daß „Vertretung des Volkes“ in Art. 28 I 2 GG hinsichtlich der Landtage dasselbe und hinsichtlich der Kreistage und Gemeinderäte etwas anderes meint als „Volksvertretung“ i.S.d. Art. 17 GG³³. Die Argumentationslast liegt aber sicher bei demjenigen, der den unterschiedlichen Sprachgebrauch behauptet³⁴.

Der Sprachgebrauch, auch der fachwissenschaftliche Sprachgebrauch hilft hier nicht weiter: neben einer Verwendung des Terminus „Volksvertretung“ im Sinne von „Parlament“³⁵ findet sich im öffentlich-rechtlichen Schrifttum „Volksvertretung“ auch in einem weiteren, die kommunalen Vertretungen umfassenden Sinn³⁶. Fraglich ist gerade, in welchem Sinn der Begriff in Art. 17 GG zu verstehen ist.

Auch die historische Betrachtung ist wenig ergiebig. Aus der Entstehungs geschichte des Art. 17 GG läßt sich für das Verständnis der „Volksvertretung“ nichts folgern³⁷. Wenn „traditionell ... niemand aber nur auf die Idee gekommen (ist), daß die Gemeindevertretungen Adressaten von Petitionen sein könnten“³⁸ und Löwer dementsprechend erst nach „einiger Sucharbeit“ eine abwehrende Stimme in der Literatur zum Weimarer Staatsrecht finden konnte³⁹, reicht dieser Befund nicht aus, ein Argument gegen den Hinweis auf Art. 28 I 2 GG zu liefern. Auch der Text der Weimarer Reichsverfassung schließt eine Subsumtion der kommunalen Vertretungen schwerlich aus⁴⁰; daß die Frage kaum und schon gar nicht kontrovers diskutiert worden ist, mag an dem anderen Grundrechtsverständnis, aber auch an der kurzen Zeit liegen, die der Staatsrechtslehre für die Arbeit an der Weimarer Reichsverfassung zur Verfügung stand. Davon abgese-

31) OVG Münster, Urt. v. 25.7.1978 – XV A 1368/76 –, DVBl. 1978, 895 f.

32) Rauball, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 17 Rn. 12; Meyn, Gesetzesvorbehalt, S. 38 FN 84; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 137; vgl. auch Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 17 Rn. 58 und Terbile S. 158.

33) Insoweit hat Löwer, StuGB 1979, 33 sicher Recht.

34) Dabei geht es nicht um „Begriffsjurisprudenz“ (F.J. Schmitt, StädteT 1979, 138), sondern um die Maßgeblichkeit des Verfassungstextes und die Ordnung der wissenschaftlichen Diskussion.

35) Löwer, StuGB 1979, 31 f. m.Nachw.

36) Löwer, StuGB 1979, 32 mit FN 47 und 48 sowie Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 137 mit FN 19; interessant auch von Mangoldt/Klein, Art. 17 Anm. IV 2, wo sich der Satz findet: „Andere Volksvertretungen, wie etwa die Gemeindevertretungen, sind nicht „Volksvertretungen“ i.S.d. Art. 17.“

37) Vgl. die Übersicht bei Mattern, Grundrechte II, S. 625 f.

38) Löwer, StuGB 1979, 30.

39) Löwer, StuGB 1979, 30.

40) Art. 126 S. 1 WRV: „Jeder Deutsche hat das Recht, sich schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständige Behörde oder an die Volksvertretung zu wenden.“

hen ist nicht so ohne weiteres zu entscheiden, ob mit dem damaligen Verständnis des Begriffs „Volksvertretung“ in Art. 126 WRV lediglich Vorstellungen der konstitutionellen Ära ungeprüft übernommen wurden, die unter dem Grundgesetz jedenfalls keine Gültigkeit mehr beanspruchen können.

Entscheidend dürfte sein, welches der Bedeutungshintergrund der Petitionsmöglichkeit an die Volksvertretung ist, ihre *ratio legis*. Spielen dabei Vorstellungen eine Rolle, die mit dem Begriff des Parlaments verbunden werden, also Souveränität, Gewaltenteilung, Gesetzgebung⁴¹ oder liegt der Ansatzpunkt eher im demokratischen Wahlakt, bei Repräsentation und Integration⁴²? Im zweiten Fall sind die unmittelbar gewählten kommunalen Vertretungsorgane in den Begriff der Volksvertretung einzubeziehen, denn auch sie sind demokratisch gewählt, auf Repräsentation und Integration angelegt und angewiesen⁴³.

Die Verbindung der Petitionsmöglichkeit mit der Souveränität des Volkes und ihrer Verkörperung im Parlament⁴⁴ ist schwerlich mit dem historischen Befund vereinbar, der Petitionen an Landstände und an die Parlamente der konstitutionellen Monarchie kennt⁴⁵. Dagegen, daß die Gesetzgebungsfunktion eine ausschlaggebende Rolle spielt⁴⁶, spricht die Tatsache, daß praktisch wie theoretisch die Petition im Mittelpunkt steht, die Exekutivangelegenheiten betrifft; dementsprechend traf die Reichsverfassung von 1871 eine ausdrückliche Regelung des Petitionsüberweisungsrechts⁴⁷. Andererseits ist auch die Vorstellung falsch, die Petition an die zuständige Stelle und die an die Volksvertretung unterscheiden sich dadurch, daß jene in der Sache entscheiden kann, diese nicht, daß die Volksvertretung durch die Petition lediglich informiert wird und ihren Einfluß ausüben kann, ohne rechtlich entscheiden zu können⁴⁸. Petitionen können durchaus auch eigene Kompetenzen der Volksvertretung zum Gegenstand haben.

Durch die Wahl übertragen die Bürger der Volksvertretung auf Zeit unwiderruflich Entscheidungsmacht. Die Petition an die Volksvertretung zielt darauf ab, daß diese prüft, ob sie die ihr übertragene Macht für das Anliegen der Petition einsetzen kann. Der Petent beruft sich dabei implizit auf die letzte Wahl und hat für die Volksvertretung erkennbar zugleich die nächste vor Augen; er appelliert an die von ihm Gewählten, die übertragene und übernommene Verantwortung in seinem Sinne auszufüllen⁴⁹. Wenn die Petition Handeln der Exekutive zum Gegenstand hat, stellt sie die Anrufung des umfassend Verantwortlichen gegen die nur partiell zuständige Verwaltung dar. Sie zielt auf den Einsatz des generali-

41) Löwer, StuGB 1979, 30 f.

42) Vgl. Friesenbahn, Festschrift Huber, S. 355; Vitzthum, Petitionsrecht, S. 38.

43) Zum repräsentativen Charakter der Gemeinderäte vgl. BayVerfGH, Entsch. v. 23.7.1984 – Vf. 15 – VII 83 –, NVwZ 1985, 823.

44) Löwer, StuGB 1979, 30 f.

45) Vgl. die Beispiele bei Mattern, Grundrechte II, S. 623 ff.

46) So wohl Seibt, StädteT 1962, 462.

47) Mattern, Grundrechte II, S. 625.

48) Löwer, StuGB 1979, 34.

49) K. Hesse spricht davon, das Petitionsrecht verbinde den Bürger und die Volksvertretung (Grundzüge, Rn. 463); vgl. auch Vitzthum, Petitionsrecht, S. 39.

stischen Überblicks gegen die spezialistische Sichtweise, auf die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln statt auf Rechtmäßigkeit nach dem Buchstaben des einen von der Verwaltung auszuführenden Gesetzes⁵⁰. All diese Überlegungen gelten ebenso für die Gemeinderäte oder Kreistage wie für Landtag oder Bundestag und stützen die Interpretation, die die kommunalen Vertretungen in den Volksvertretungsbegriff des Art. 17 GG einbezieht.

Der Einwand, die demokratische Legitimationswirkung der Wahl zu der kommunalen Vertretung sei nicht verfassungsrechtlich originär, sondern derivativ, verfassungsermächtigt⁵¹, vermag demgegenüber nicht durchzugehen. Warum die Petitionsmöglichkeit auf die „originär“ legitimierend bestellten Vertretungen beschränkt sein soll, ist nicht ersichtlich. Auch eine „Kumulation“ von Petitionsmöglichkeiten im übertragenen Wirkungskreis⁵² taugt als Gegenargument nicht. Sie ist bei den Bundesauftragsangelegenheiten in gleicher Weise gegeben, weil Bundestag und Landtag angerufen werden können. Zudem wäre darzulegen, was eine Kumulation bei der auf Formlosigkeit angelegten und nicht mit Ansprüchen in der Sache ausgestatteten Petition verschlagen könnte⁵³.

Sind aber die Gemeinderäte und Kreistage „Volksvertretung“ i.S.d. Art. 17 GG, dann muß diesen kommunalen Vertretungsorganen auch ein Petitionsinformierungsrecht gegen die für die Sachbehandlung zuständige Stelle zustehen. Eine gesetzliche Beschränkung dieses Rechts durch die Anordnung von Unterrichtungsfreiheit kommt nicht in Betracht. Nötig ist jedoch auch hier eine verhältnismäßige Zuordnung des Petitionsinformierungsrechts und anderer verfassungsrechtlicher Positionen, etwa der Grundrechte⁵⁴. Wegen des im Vergleich zu den Petitionsausschüssen der Parlamente erheblich breiteren Aufgabenbereichs der kommunalen Vertretungen, der Interessenkollisionen bei der Verwendung von vertraulichen Informationen wahrscheinlicher macht, und wegen der größeren räumlichen Nähe des Betroffenen zu den Mitgliedern der Vertretungen⁵⁵, wird der vorzunehmende Ausgleich die Geheimhaltungsinteressen des einzelnen tendenziell stärker zu berücksichtigen haben als bei Landtag und Bundestag.

50) Friesenbahn, Festschrift Huber, S. 356 spricht von „individuellem Quasi-Rechtsschutz des Bürgers“.

51) Löwer, StuGB 1979, 31; ähnlich von Mutius, VerwArch 1979, 174.

52) von Mutius, VerwArch 1979, 174.

53) Auch organisatorisch ergeben sich keine besonderen Probleme. Daß ein Petitionsausschuß – wenn auch nicht sehr oft – über Maßnahmen des Gremiums zu befinden hat, das ihn eingesetzt hat, findet sich als „Ungereimtheit“ (von Mutius, VerwArch 1979, 175) auch bei den parlamentarischen Petitionsausschüssen, wenn die Petitionen eigene Entscheidungszuständigkeiten des Parlaments betreffen.

54) Vgl. schon oben 2. Teil Ziff. 3.3.2.3.

55) Zu beiden Gesichtspunkten vgl. BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 –, BVerfGE 65, 1 (60).

2.4 Informationsbefugnisse der Rechnungshöfe

Soweit die Rechnungshöfe von Bund und Land aufgrund der Verfassung Prüfungsbefugnisse gegenüber der Kommunalverwaltung besitzen, stehen die zur Wirksamkeit dieser Prüfungen notwendigen Informationsrechte der Etablierung unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung entgegen¹. Die landesgesetzliche Schaffung unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung ist auch insoweit ausgeschlossen, als die Prüfungsbefugnisse nicht durch die Verfassung, sondern zulässigerweise durch Bundesgesetz begründet sind (Art. 31 GG). Exakt zu bestimmen, wo im Spannungsfeld zwischen Art. 114 GG, den bundesgesetzlichen Regelungen für die Rechnungsprüfung² und den Grundsätzen für das Haushaltrecht, wie sie aufgrund von Art. 109 III GG im Haushaltsgundsätzgesetz niedergelegt sind, sowie den landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Rechnungsprüfung³ einerseits und der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 II GG, 78 LVerf) andererseits die Grenzen zulässiger Rechnungsprüfung bei den Kommunen durch die staatlichen Rechnungshöfe zu ziehen sind, würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen⁴. Hier genügt es festzustellen, daß Beschränkungen der Prüfungstätigkeit durch die Schaffung unterrichtungsfreier Räume, soweit die Prüfung verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist, ebenso wie bei der Bundesverwaltung⁵ nur insoweit zulässig sind, als es dabei um den Ausgleich widerstreitender Verfassungspositionen geht, also etwa darum, grundrechtlich begründete Geheimhaltungsinteressen der verfassungsrechtlichen Prüfungspflicht der Rechnungshöfe zuzuordnen. Soweit die Rechnungshöfe nicht aufgrund verfassungsrechtlicher Regelung, sondern aufgrund einfachgesetzlicher Bestimmung tätig werden, kann ihre Tätigkeit auch durch einfaches Gesetz beschränkt werden. Wo dem Informationsbegehr in diesen Fällen verfassungsrechtliche Hindernisse, etwa aus den Grundrechten entgegenstehen, ist die Rechnungsprüfung unzulässig.

Für die Feststellung, wieweit den Rechnungshöfen bei der Prüfung der Kommunalverwaltung gesetzlich begründete Unterrichtungsfreiheit entgegengehalten werden kann, kommt es also einerseits auf die Rechtsgrundlagen für die Rechnungsprüfung, andererseits darauf an, ob die Unterrichtungsfreiheit dem Schutz von Rechtsgütern dient, die Verfassungsrang besitzen.

1) Vgl. oben 2. Teil Ziff. 3.3.3.

2) z.B. §§ 88 ff BHO.

3) z.B. Art. 86 II LVerf.

4) vgl. dazu *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 114 Rn. 38 ff; *Reger*, VerwArch 1975, 252; *Tiemann* S. 113 ff und 263; *Rehm/Cronauge*, § 103 GO Anm. II 4; siehe auch § 102 I Nr. 5 GO.

5) Siehe oben 2. Teil Ziff. 3.3.3.

3. Die Ausführung von Bundesgesetzen

Art. 78 IV LVerf schließt die Begründung neuer landesrechtlicher Auftragsangelegenheiten mit unbegrenzter Befugnis des Landes zu Zweckmäßigkeitweisungen aus und gestattet nur die Einführung neuer Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung mit u. U. zwar weiten, aber stets gesetzlich begrenzten Weisungsrechten⁶. Soweit die Gemeinden und Gemeindeverbände jedoch bei der Durchführung von Bundesgesetzen tätig werden, die das Land als Bundesauftragsangelegenheit auszuführen hat⁷, greift Art. 78 IV 2 LVerf nicht ein. Die Kommunen unterliegen hier auch ohne nähere gesetzliche Bestimmung der Weisungstatbestände Weisungen in Rechts- und Zweckmäßigkeitssachen (§ 16 I 1 LOG), damit auch bei der Betrauung kommunaler Verwaltungen mit dem Vollzug der Bundesauftragsangelegenheiten sichergestellt ist, daß die Weisungen des Bundes an das Land befolgt werden⁸. Anerkannt ist also, daß die grundgesetzliche Regelung über die Ausführung der Bundesgesetze verbindliche Vorgaben für die rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Land und den Kommunen macht⁹. In diesem Abschnitt wird der bisher weniger beachteten Frage¹⁰ nachgegangen, ob diese bundesverfassungsrechtlichen Bestimmungen auch Schranken für die gesetzliche Schaffung weisungsfreier (Ziff. 3.1) und unterrichtungsfreier Räume (Ziff. 3.2) in der Kommunalverwaltung errichten, also auch die Freistellung nicht der gesamten Kommune, sondern nur einzelner Stellen der Kommunalverwaltung von Weisungen oder der Pflicht zur Unterrichtung hindern.

3.1 Ausführung von Bundesgesetzen und Weisungsfreiheit

Grenzen für die Errichtung weisungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung ergeben sich sowohl aus Art. 84 GG wie aus Art. 85 GG.

Das Grundgesetz räumt der Bundesverwaltung in Art. 84 II, 85 II 1 GG unmittelbar und ohne abweichende gesetzliche Regelungen zuzulassen, das Recht ein, allgemeine Verwaltungsvorschriften, also generell-abstrakte Weisungen zu erlassen. Von der Befolgeung dieser allgemeinen Verwaltungsvorschriften können die zuständigen Stellen in der Kommunalverwaltung also weder durch Bundesgesetz noch durch Landesgesetz freigestellt werden¹¹.

Dasselbe gilt für das Einzelweisungsrecht des Bundes gem. Art. 85 III GG.

Nur in Abwägung zu anderen Verfassungsrechtspositionen können diese Wei-

6) Vgl. *Zuborn/Hoppe* S. 81 ff, 86; *Rauball*, in: *Rauball/Rauball/Pappermann/Roters*, § 116 GO Rn. 6 m.w.Nachw.

7) Beispiele bei *Rauball*, in: *Rauball/Rauball/Pappermann/Roters*, § 116 GO Rn. 8 f.

8) Vgl. *Haas*, VerwArch 1958, 23; *Schäfer*, DÖV 1960, 647; *Görg*, DÖV 1961, 45; *H. Huber* S. 24 m.w.Nachw.; *Broß*, in: *von Münch*, GG-Kommentar, Art. 85 Rn. 5; *Oebbecke*, Gemeindeverbandsrecht, Rn. 124; *Erichsen*, DVBl. 1985, 947.

9) *Stern*, Staatsrecht II, § 41 V 4 und II 5; *Poetzsch-Heffter*, Festgabe von Unruh, S. 121.

10) Soweit ersichtlich hat zu diesem Problem nur *Haas*, VerwArch 1958, 23 f. Stellung genommen.

11) Offen gelassen bei *Haas*, VerwArch 1958, 23.

sungsbefugnisse nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips beschränkt werden; bevor diese Weisungsrechte eingeschränkt werden können, müssen aber andere bestehende Möglichkeiten, den Schutz der betroffenen Verfassungsrechtsposition zu gewährleisten, ausgeschöpft werden. Zu denken ist dabei vor allem an materiell-rechtliche Vorgaben und verfahrensrechtliche Sicherungen.

Abweichend von den Weisungsrechten nach Art. 84 II, 85 II 1, III GG wird das Einzelweisungsrecht gem. Art. 84 V 1 GG durch Gesetz und nicht unmittelbar durch das Grundgesetz konstituiert. Hier kann und muß verfassungsrechtlichen Bedenken gegen ein Einzelweisungsrecht bereits bei der Gesetzgebung durch eine entsprechende Tatbestandsfassung der „besonderen Fälle“ oder ggf. durch Verzicht auf die Einräumung des Einzelweisungsrechts Rechnung getragen werden.

Adressat der Weisungen des Bundes sind im Regelfall der Art. 84, 85 GG die obersten Landesbehörden. Deshalb sind auch Weisungsrechte dieser Behörden an die ihnen nachgeordneten Stellen der Kommunalverwaltung durch die grundgesetzliche Regelung in dem zur Durchsetzung der Bundesweisungen notwendigen Umfang gewährleistet¹².

Darüber hinaus müssen die obersten Landesbehörden auch die Möglichkeit haben, ohne entsprechende Bundesweisungen selbständig die rechtmäßige Ausführung der Bundesgesetze sicherzustellen und Rechtsverstößen entgegenzutreten. Die Bundesaufsicht nach Art. 84 III, IV, 85 GG, die dem als Einheit verstandenen Land¹³ gegenüber ausgeübt wird, setzt voraus, daß die obersten Landesbehörden entsprechende Einflußmöglichkeiten besitzen¹⁴. Besonders deutlich wird das bei Art. 84 IV GG. Die Mängelrüge und die damit verbundene Prüfungsmöglichkeit für das Land ist nicht sinnvoll, wenn das Land nicht die Möglichkeit hat, eine bei dieser Gelegenheit gewonnene Rechtsauffassung¹⁵ in den Gesetzesvollzug umzusetzen. Mit den Mitteln der allgemeinen Kommunalaufsicht steht diese Möglichkeit auch zur Verfügung. Einem ersatzlosen Verzicht auf die Instrumente der Kommunalaufsicht stehen im Bereich der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Kommunen also Art. 84 f. GG entgegen¹⁶.

Art. 84 f. GG lassen sich keine Aussagen entnehmen, wer Adressat der Weisungen in der Kommunalverwaltung ist. Diesen Vorschriften würde eine Regelung, wonach die obersten Landesbehörden oder in dringenden Fällen der Bund sich nicht an das Leitungsorgan der Kommunalverwaltung, sondern unmittelbar an die für die Ausführung des Bundesgesetzes zuständigen Stellen in der Kommunalverwaltung wenden müssen, nicht entgegenstehen.

12) Vgl. *Haas*, VerwArch 1958, 23.

13) *von Mangoldt/Klein*, Art. 84 Anm. V 3 a und Art. 85 Anm. VI 3; *Lerche*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 84 Rn. 161.

14) Vgl. *Haas*, VerwArch 1958, 23.

15) Die Mängelrüge soll das Land ja gerade zu dieser eigenen rechtlichen Prüfung veranlassen (*von Mangoldt/Klein*, Art. 84 VIII 3 b dd); vgl. auch *Broß*, in: *von Münch*, GG-Kommentar, Art. 84 Rn. 26.

16) Ähnlich bereits *Werner Weber*, Staats- und Selbstverwaltung, S. 123 f.

3.2 Ausführung von Bundesgesetzen und Unterrichtungsfreiheit

Die Errichtung unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung ist so weit ausgeschlossen, wie dem Bund und den obersten Landesbehörden nach Art. 84 f. GG Informationsrechte zustehen.

Nach Art. 84 III, 85 IV GG hat die Bundesregierung Informationsrechte teilweise auch unmittelbar gegen die mit der Ausführung von Bundesgesetzen befaßten Kommunen¹⁷.

Aus den soeben bereits im Zusammenhang mit der Weisungsfreiheit erwähnten Gründen müssen auch den obersten Landesbehörden die Informationsrechte zustehen, die sie benötigen, um die Rechtmäßigkeit, bei der Bundesauftragsverwaltung und im Falle des Art. 84 V GG auch die Befolgung von Weisungen des Bundes sicherzustellen. Das Grundgesetz setzt solche regelmäßig mit dem Instrument der Kommunalaufsicht ja auch gegebenen Informationsrechte der obersten Landesbehörden voraus, wenn es die andernfalls schwerlich verständliche Entsendung von Beauftragten zu den obersten Landesbehörden vorsieht (Art. 84 III 2 GG) und die obersten Landesbehörden verpflichtet, den Vollzug der Weisungen des Bundes sicherzustellen (Art. 85 III 3 GG).

Soweit die Informationsrechte der Bundesregierung und der obersten Landesbehörden nach Art. 84 f. GG reichen, können unterrichtungsfreie Räume durch Gesetz nicht errichtet werden; in Betracht kommen kann allein eine verhältnismäßige Zuordnung anderer Verfassungsrechtspositionen.

Wie bei der Weisungsfreiheit gilt auch hier, daß sub specie Art. 84 f. GG gegen den unmittelbaren Informationszugriff der Landes- und Bundesstellen auf die zuständige Stelle in der Kommunalverwaltung unter Ausschaltung der Verwaltungsspitze nichts einzuwenden ist.

Ob die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 II GG, 78 LVerf) in diesem Punkt zu einer anderen Beurteilung nötigt, ist eine der Fragen, die im folgenden Abschnitt beantwortet werden sollen.

4. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung

Werner Weber hat schon 1953 konstatiert, daß die Selbstverwaltungsgarantie „immer noch nur an den Obrigkeitstaat“ denke¹⁸. An diese Feststellung fühlt man sich erinnert, wenn man es unternimmt, der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, wie sie in Art. 28 II GG und 78 LVerf niedergelegt ist, Kriterien für die Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung zu entnehmen. Die Feststellung *Werner Webers* hat nach mehr

17) Art. 84 III 2 Halbs. 2, 85 IV 2 GG; der Umfang der Informationsrechte ist umstritten. Vgl. *von Mangoldt/Klein*, Art. 84 Anm. V 6, VI 1 und 2 b bb, c, Art. 85 VI a aa; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 85 Rn. 42; *Lerche*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 84 Rn. 164; *Broß*, in: *von Münch*, GG-Kommentar, Art. 85 Rn. 16.

18) Staats- und Selbstverwaltung S. 59.

als dreißig Jahren unverändert Gültigkeit. Das liegt nicht nur an dem unveränderten Normenbestand. Auch die wissenschaftlichen Bemühungen zum Verständnis dieser Verfassungsvorschriften konzentrieren sich nach wie vor sehr stark auf die gegen staatlichen Machtzuwachs gerichteten Gewährleistungsgesetze. Die Ursachen dieser Ausrichtung sind vielfältig; neben anderen Faktoren spielt hier wohl vor allem die Tradition eine Rolle, die auch mittelbar über die ihrerseits durch Überlieferung und Erfahrung geprägten Formulierungen der verfassungsrechtlichen Garantienormen wirksam wird.

Werner Weber hat an derselben Stelle auch darauf aufmerksam gemacht, daß „Art. 28 GG die kommunale Selbstverwaltung als Ganze institutionell sichert. Der Bundes- und Landesgesetzgeber darf also auch außerhalb der von Art. 28 erwähnten Einzelzüge des Selbstverwaltungsrechts nichts tun, was die Selbstverwaltung zerstören, aushöhlen oder sie auch nur ernsthaft in Frage stellen könnte“¹⁹.

Die Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume muß in diesem Sinne „außerhalb der in Art. 28 erwähnten Einzelzüge“ gesucht werden, denn Eigenverantwortlichkeit („in eigener Verantwortung“ – Art. 28 II 1 GG) und gemeindliche Allzuständigkeit („alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ – Art. 28 II 1 GG) sind hier nicht einschlägig; die Eigenverantwortlichkeit als die Freiheit, die zur kommunalen Zuständigkeit gehörenden Aufgaben unabhängig und ohne Weisung und Vormundschaft des Staates zu erfüllen²⁰, sichert den Kommunen einen staatsfreien Entscheidungsraum, macht aber keine Aussagen dazu, wer diesen Raum im Innenverhältnis ausfüllt. Die gemeindliche Allzuständigkeit wird durch binnенorganisatorische Gestaltungen ebenfalls nicht berührt, die gesetzliche Schaffung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume entzieht der Gemeinde keine Aufgaben.

Wenn die Lösung nun außerhalb dieser beiden üblicherweise in den Vordergrund gerückten Aspekte gesucht werden muß, empfiehlt es sich allerdings nicht, global auf die Selbstverwaltungsgarantie zurückzugreifen. Es wird vielmehr darauf ankommen, möglichst präzise zu beschreiben und zu begründen, worin und inwieweit die institutionell gesicherte kommunale Selbstverwaltung betroffen ist und daß der betroffene Aspekt dem Schutz der verfassungsrechtlichen Garantien unterfällt. Deshalb wird nachfolgend für die Aspekte Kommunalaufsicht (Ziff. 4.1) und Bürgerschaftlichkeit (Ziff. 4.2) gezeigt, daß und mit welchem Inhalt sie zum Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie gehören, und geprüft, ob Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit die verfassungsrechtlich garantierte kommunale Selbstverwaltung unter diesen beiden Aspekten beeinträchtigen.

Die Vorgaben, die sich so für die Schaffung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung aus der Selbstverwaltungsgarantie gewinnen lassen, unterscheiden sich dadurch von den in dieser Untersuchung bisher

19) Staats- und Selbstverwaltung S. 42.

20) Pagenkopf S. 46; von Mutius, DJT, S. E 20; Stern, Staatsrecht I, § 12 II 4 d; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 480.

erörterten verfassungsrechtlichen Schranken, daß der geschützte Bereich der Selbstverwaltung durch die verfassungsrechtliche Regelung ausdrücklich gesetzgeberischem Zugriff geöffnet ist („im Rahmen der Gesetze“ – Art. 28 II 1 GG). Diese Zugriffsmöglichkeit kann selbstverständlich ihrerseits nicht unbegrenzt sein, wenn die verfassungsrechtliche Garantie wirksam sein soll. Bei der Anwendung des Art. 28 II GG kommt es deshalb maßgeblich darauf an, wie der gesetzgeberische Zugriff auf den geschützten Bereich der Selbstverwaltung begrenzt wird (Ziff. 4.3).

4.1 Die Kommunalaufsicht

„Das Land überwacht die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände.“ Eine vergleichbar deutliche Aussage über die Kommunalaufsicht wie sie die Landesverfassung in Art. 78 IV 1 mit diesem Satz enthält, macht das Grundgesetz nicht. Wegen des Vorrangs der bundesverfassungsrechtlichen Garantie¹ ist aber auch für Geltung und Verständnis der landesverfassungsrechtlichen Regelung wichtig, welche Vorgaben das Grundgesetz in Art. 28 GG enthält.

Literatur und Rechtsprechung zum Verhältnis von Kommunalaufsicht und Selbstverwaltungsgarantie ergeben, ohne daß explizite Kontroversen auszumachen wären, ein eher unscharfes Bild:

Das Bundesverfassungsgericht hat mit einem wohl auf *Hans Peters*² zurückgehenden Diktum in einer frühen Entscheidung davon gesprochen, die Kommunalaufsicht sei „nicht ein Element der Selbstverwaltung, sondern ihr Korrelat“³, eine Formulierung die von mehreren Autoren aufgegriffen worden ist⁴; auch die Deutung von Kommunalaufsicht und Selbstverwaltung als „korrespondierenden Begriffen“⁵ geht auf die Zeit der Weimarer Reichsverfassung zurück. Stärker auf den Text des Art. 28 II GG wird abgehoben, wenn es heißt, bei den Wörtern „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 II 1 GG) sei die Kommunalaufsicht „mitgedacht“⁶ oder „begrifflich umschlossen“⁷. Bei *Gönnenwein*, der sich nach Inkrafttreten des Grundgesetzes als erster gründlicher mit dem Problem befaßt

1) Zum Verhältnis der bundes- und der landesverfassungsrechtlichen Garantie vgl. Oebbecke, Gemeindeverbandsrecht, Rn. 19 m.w.Nachw.

2) Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung, S. 216.

3) BVerfG, Urt. v. 23.1.1957 – 2 BvF 3/56 –, BVerfGE 6, 104 (118).

4) Wolff/Bachof II, § 86 IX; E. Klein, Problematik, S. 105; Stern, in: Bonner Kommentar, Art. 28 Rn. 130; Stern, in: HdbKommW (2. Aufl.) Bd. 1 S. 214 f.; Stern, Staatsrecht I, § 12 I 6; Schmidt-Jortzig, Organisationshoheit, S. 150; von „Korrelat“ spricht auch Kötgen, HdbKommW (1. Aufl.) Bd. 1 S. 217.

5) Gönnenwein, Gedächtnisschrift Jellinek, S. 511 unter Berufung auf Stier/Somlo; ähnlich E. Becker, HdbKommW (1. Aufl.) Bd. 1 S. 165.

6) Gönnenwein, Gedächtnisschrift Jellinek, S. 524; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 176; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 373; Schmidt-Jortzig, Organisationshoheit, S. 150.

7) BVerwG, Urt. v. 18.11.1955 – II C 180.54 –, BVerwGE 2, 329 (332); ähnlich Bracker, in: Festgabe von Unruh, S. 461: „verfassungsrechtlich erfaßt“.

hat, heißt es weitergehend, die Staatsaufsicht sei ein „Merkmal“ der Selbstverwaltung, sie gehören in das „verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung“⁸.

Auch diese Formulierungen lassen die Frage, auf die es im Rahmen dieser Untersuchung ankommt, jedoch noch offen: Wird die als Rechtsaufsicht verstandene Staatsaufsicht in Art. 28 II 1 GG lediglich zugelassen, so daß ihre Existenz und ihre Instrumente als solche keine Beeinträchtigungen der gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltung darstellen oder wird die Kommunalaufsicht von der Gewährleistung mitumfaßt, so daß eine Beschränkung oder gar Aufhebung der Kommunalaufsicht nur in den Grenzen durch Gesetz zulässig ist, die auch anderen Zugriffen auf die garantierte kommunale Selbstverwaltung gezogen sind? In diesem Fall wären der gesetzlichen Begründung von Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit Grenzen gesetzt, wo die so gewährleistete Kommunalaufsicht tangiert würde.

Auf den Standpunkt, daß die Kommunalaufsicht nicht nur mit Art. 28 II GG vereinbar ist, sondern daß sie garantiert sei, hat sich sehr dezidiert Werner Weber gestellt⁹; auf ausdrückliche Ablehnung ist diese Auffassung soweit ersichtlich bis heute nicht gestoßen¹⁰. Stärker als Weber auf die Selbstverwaltungsgarantie abstellend hat sich ihr Edzard Schmidt-Jortzig ausdrücklich angeschlossen¹¹.

Der Text des Art. 28 II GG gibt unmittelbar keine Argumente für oder gegen die Richtigkeit dieser Auffassung ab. Den Worten „im Rahmen der Gesetze“ mag man, wenn man will, neben der Eröffnung legislatorischer Zugriffsmöglichkeiten auf die Selbstverwaltung auch einen nochmaligen Hinweis auf die Rechtsbindung der Selbstverwaltung entnehmen, an der allerdings wegen Art. 20 III und 28 I 1 GG ohnehin kein Zweifel bestehen kann. Aus der Rechtsbindung aber eine Garantie ihrer Durchsetzung und zwar mit bestimmten organisationsrechtlichen Mitteln abzuleiten, stößt hier wie schon bei Art. 20 III GG auf Bedenken¹².

Ebensowenig vermag eine bei dem Wort „Selbstverwaltung“ ansetzende begriffliche Herleitung zu überzeugen. Gegen sie ist einzuwenden, daß es einen feststehenden Begriff der Selbstverwaltung, der eine derartige Ableitung gestatten würde, nicht gibt¹³; eine begriffliche Argumentation also nur die selbstvergraben Schätze zu Tage fördern könnte. Wenn man Folgerungen aus dem Begriff „Selbstverwaltung“ in Art. 28 II 2 GG ziehen will, gelangt man über den Gehalt des Art. 28 II 1 GG kaum hinaus, denn nach der sprachlichen Fassung des Art. 28 II GG enthält Art. 28 II 1 GG eine Legaldefinition der „Selbstverwal-

tung“ i.S.d. Art. 28 II 2 GG¹⁴. Drittens ist – obwohl die beiden zuvor genannten Gründe jeder für sich bereits ausreichend sind, die Frage nach einem weiteren Argument also überflüssig machen – in den im Schrifttum gegebenen Begriffsbestimmungen für die Selbstverwaltung die Staatsaufsicht bei der Mehrzahl der Autoren kein Begriffsmerkmal der Selbstverwaltung¹⁵.

Fruchtbare erscheint der erwähnte Hinweis Otto Gönnenweins, die Kommunalaufsicht gehöre in das „verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung“ hinein. Mit der Formulierung „verfassungsrechtliches Bild der Selbstverwaltung“ beschreibt das Bundesverfassungsgericht das Schutzobjekt der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, die Art. 28 II GG enthält¹⁶. Der Eigenart der institutionellen Garantie entsprechend, die eine vom Verfassungsgeber vorgefundene Rechtseinrichtung sichern soll, kann die Bestimmung des Schutzobjektes, der Normen und Grundsätze, die die Institution der kommunalen Selbstverwaltung ausmachen, nur unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung erfolgen¹⁷. Bis heute ist kommunale Selbstverwaltung in Deutschland stets Selbstverwaltung unter der Aufsicht des Staates gewesen, die immer mindestens auf die Sicherung der Beachtung des geltenden Rechts abzielte. Eine Aufhebung dieser Staatsaufsicht würde eine grundlegende Änderung der Institution bedeuten; die kommunale Selbstverwaltung wäre nicht mehr sie selbst, sondern etwas qualitativ anderes. Deshalb wird die Staatsaufsicht als Rechtsaufsicht durch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung mitumfaßt¹⁸; Beschränkungen der Aufsicht unterliegen also den gleichen Restriktionen wie andere Zugriffe auf den geschützten Bestand der Selbstverwaltung.

Die Grenzziehung für die Zulässigkeit der gesetzlichen Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung setzt über die Feststellung hinaus, daß die Kommunalaufsicht dem Schutz der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG unterfällt, eine Bestimmung der damit gewährleisteten staatlichen Aufsichtsbefugnisse voraus. Die in den einzelnen Bundesländern zwar ähnliche, aber keineswegs identische Ausgestaltung¹⁹ legt dabei ein eher behutsames Vorgehen nahe. Dem historisch gewachsenen gemeinsamen Bestand wird man aber auch bei vorsichtiger Betrachtung drei Komponenten zurechnen dürfen: erstens können die Aufsichtsbehörden gleichermaßen

14) Arg. „auch“, vgl. etwa Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 32; Knemeyer, in: Festgabe von Unruh, S. 222; für „gemeindliche Selbstverwaltung“ vgl. Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 462.

15) H. Peters, Grenzen der Selbstverwaltung, S. 36; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 5 ff; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 42 ff; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 474 f.; Wolff/Bachof II, § 77 I b und 84 IV b; anders: Zuhorn/Hoppe S. 43, wo die juristische Selbstverwaltung definiert wird als „die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten durch rechtsfähige unterstaatliche Träger öffentlicher Verwaltung, die ihre Aufgaben in eigenem Namen und eigener Verantwortung durch eigene Organe unter der Aufsicht des Staates erfüllen.“

16) BVerfG, Urt. v. 20.3.1952 – 1 BvR 267/51 –, BVerfGE 1, 167 (181).

17) Demgegenüber wird die historische Betrachtungsweise zur Bestimmung der Grenzen zulässiger gesetzlicher Beschränkungen zunehmend abgelehnt: vgl. etwa Blümel, Festgabe von Unruh, S. 272 ff und von Mutius, Festgabe von Unruh, S. 243.

18) Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 125.

19) Vgl. etwa die Darstellung bei Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 83 ff.

8) Gedächtnisschrift Jellinek, S. 524 f.

9) Staats- und Selbstverwaltung, S. 123 ff; vgl. auch S. 44 f.

10) Stern, in Bonner Kommentar, Art. 28 Rn. 131 läßt die Frage offen; Stern, in: HdbKommW (2. Aufl.) Bd. 1 S. 214 f. spricht ohne auf die Auffassung Webers einzugehen davon, die Staatsaufsicht sei mit der Verfassungsgarantie „als Korrelat zur Autonomie vereinbar.“

11) Schmidt-Jortzig, Organisationshoheit, S. 148 ff, 150.

12) Vgl. oben 2. Teil Ziff. 4.2.

13) Vgl. Stern, Staatsrecht I, § 12 I 1.

gegen rechtswidriges Handeln wie gegen rechtswidriges Unterlassen vorgenommen²⁰; zweitens verfügen sie über die für eine wirksame Rechtsaufsicht nötigen Informationsbefugnisse über alle kommunalen Angelegenheiten²¹; drittens können sie einseitig anordnend effektiv einschreiten und bedürfen nicht gerichtlicher Hilfe²², um ihren Maßnahmen rechtliche Wirksamkeit zu verleihen.

Regelungen, die die Unterrichtung der Aufsichtsbehörde ausschließen oder beschränken oder die Wirksamkeit der von ihr zur Verhinderung rechtswidriger Maßnahmen oder zur Erfüllung von Rechtspflichten getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen, greifen also in den durch Art. 28 II GG geschützten Bereich ein. Ob allerdings die Kommunikation zwischen der Aufsichtsbehörde und der Kommune sub specie institutioneller (Mit-)Gewährleistung der Kommunalaufsicht stets über das Vertretungs- und Leitungsorgan der Gemeinde laufen muß, erscheint dagegen zweifelhaft. § 108 II 1 GO zeigt, daß das Recht der Kommunalaufsicht, wie es sich historisch entwickelt hat und heute gilt, auch Kontakte der Aufsichtsbehörde zu einzelnen Gemeindeorganen kennt. Unter dem Aspekt der Kommunalaufsicht wird sich deshalb gegen die Anordnung von Weisungs- oder Unterrichtungsfreiheit zwischen einzelnen Stellen der Kommunalverwaltung und dem Leitungsorgan wohl nichts einwenden lassen²³; der Gesichtspunkt der Kommunalaufsicht betrifft das Verhältnis zwischen Staat und Kommune. Die Fragen der inneren Ordnung der Kommunalverfassung werden im folgenden Abschnitt zu behandeln sein.

Art. 78 IV LVerf steht mit dem Inhalt der bundesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, wie er hier beschrieben worden ist, überein²⁴, geht aber auch nicht darüber hinaus, so daß sich keine weitergehenden Restriktionen für die Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume ergeben.

4.2 Bürgerschaftlichkeit

Bereits in den fünfziger Jahren ist in verschiedenen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen darauf hingewiesen worden, daß der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung auch für die Organstruktur der Kommunen und die Ausgestaltung ihrer Willensbildung Aussagen zu entnehmen sind. In dem sog. Freudenberg-Urteil hat der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof aus der Formulierung des Art. 78 I LVerf, die Gemeinden und Gemeindeverbände seien Gebietskörperschaften mit dem Recht der Selbstverwaltung „durch ihre gewählten Organe“, gefolgt, der Gemeindedirektor als Organ der Gemeinde

20) Vgl. §§ 121 f. GO BaWü, Art. 83 IV 2 BayVerf, Art. 112 f. GO Bay., §§ 138 f. GO Hess., 130 f. GO Nds., 108 f. GO NW, 121 – 123 GO Rh.-Pf., 126 – 128 KSVG Saarl., 123 f. GO SH.

21) § 120 GO BaWü, Art. 111 GO Bay., §§ 137 GO Hess., 129 GO Nds., 127 GO NW, 120 GO Rh.-Pf., 125 KSVG Saarl., 112 GO SH.

22) Vgl. die Nachweise in der vorigen FN; dieses Moment steht wohl im Vordergrund, wenn Roellecke, DÖV 1985, 859 davon spricht, die Mittel der Rechtsaufsicht seien strukturell Zwangsvollstreckung.

23) Etwas anders wohl Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 128.

24) Im Ergebnis ebenso BVerwG, Urt. v. 18.11.1955 –II 180.54 –, BVerwGE 2, 329 (332).

müsste von dieser gewählt werden²⁵. Die abweichende Auffassung zu der Entscheidung des Staatsgerichtshofs Bremen über das bremische Personalvertretungsgesetz hat sich für die Rechtslage in der Stadt Bremerhaven auf den Standpunkt gestellt, die Selbstverwaltungsgarantie der bremischen Verfassung verbiete eine Regelung, die die letzte Entscheidung in Personalangelegenheiten der Gemeindeverwaltung auf eine andere Stelle als die Organe der Stadt überträgt²⁶. In dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit der 5 %-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht vom 23. Januar 1957 findet sich der Satz: „Zum anderen soll die von den Gemeinden ausgeübte Verwaltung ausdrücklich *Selbstverwaltung* sein, d.h. sich im eigenen Namen, in eigener Verantwortung und durch eigene gewählte Organe vollziehen.“²⁷ Weniger juristisch präzise, aber mit großer Resonanz hat das Gericht 1960 dann davon gesprochen, kommunale Selbstverwaltung bedeute „ihrem Wesen und ihrer Intention nach Aktivierung der Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten, die die in der örtlichen Gemeinschaft lebendigen Kräfte des Volkes zur eigenverantwortlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben der engeren Heimat zusammenschließen ...“. Etwas weiter ist in derselben Entscheidung die Rede davon, es gehöre „zum Wesen der in den überschaubaren Verhältnissen des 19. Jahrhunderts gewachsenen Selbstverwaltung, daß sie von der Mitwirkung angesehener, mit den heimischen Verhältnissen besonders vertrauter Mitbürger getragen“ werde²⁸.

Eine nicht unwichtige Rolle haben die „aktive Beteiligung des Bürgers an der Kommunalpolitik“²⁹, der „Sinn der bürgernahen ehrenamtlichen Selbstverwaltung“³⁰ und die „genossenschaftlichen Elemente der gemeindlichen Selbstverwaltung“³¹ in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte zur kommunalen Gebietsreform gespielt. Der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof hat den Gesetzgeber für verpflichtet gehalten, für den Fall, daß „die Bezirksausschüsse die ihnen zugesetzte Funktion, die aktive Beteiligung des Bürgers an der Kommunalpolitik zu erhalten,“ in den neugegliederten Gebieten nicht erfüllen könnten, etwa durch Änderung der Gemeindeordnung für Abhilfe zu sorgen³².

Der Verfasser hat an anderer Stelle³³ vorgeschlagen, diesen neben der Allzuständigkeit (der Gemeinden) und der Eigenverantwortlichkeit stehenden Aspekt der kommunalen Selbstverwaltung als „Bürgerschaftlichkeit“ zu bezeichnen³⁴.

25) VerfGH NW, Urt. v. 21.8.1954 – VGH 3/53 –, OVGE 9, 74 (76 ff).

26) Abweichende Ansicht zu Staatsgerichtshof Bremen, Entsch. v. 3.5.1957 – St 1/56 –, ZBR 1957, 234 (239).

27) – 2 BvF 3/56 –, BVerfGE 6, 104 (117), Hervorhebung im Original.

28) BVerfG, Beschl. v. 12.7.1960 – 2 BvR 373, 442/60 –, BVerfGE 11, 266 (275 f.).

29) VerfGH NW, Urt. v. 2.11.1973 – 17/72 –, OVGE 28, 307 (311) – Sennestadt.

30) VerfGH Rh.-Pf., Urt. v. 17.4.1969 – VGH 2/69 –, AS 11.73 (95).

31) VerfGH Bay., Entsch. v. 7.4.1978 – Vf.6–VII 78 –, DVBl. 1978, 806 (814).

32) VerfGH NW, Urt. v. 2.11.1973 – 17/72 –, OVGE 28, 307 (311).

33) Oebbecke, Zweckverbandsbildung, S. 57 ff; siehe auch Oebbecke, Gemeindeverbandsrecht, Rn. 51 ff.

34) Zustimmend dazu Schmidt-Jortzig, Festgabe von Unruh, S. 530; Rehn, Festgabe von Unruh, S. 307 benutzt den Begriff der „bürgerschaftlichen Mitwirkung“ dagegen nur für die Mitwirkung von Nicht-Ratsmitgliedern.

Ohne die Einbeziehung eines solchen Aspektes läßt sich die kommunale Selbstverwaltung, wie sie durch Art. 28 II GG institutionell geschützt werden soll, nicht vollständig erfassen. Man stelle sich etwa vor, das Kommunalverfassungsrecht würde in der Weise geändert, daß an der Spitze der Gemeinde allein ein volksgewählter hauptamtlicher Gemeindepräsident steht, der ohne Beteiligung weiterer Organe alle anfallenden Entscheidungen trifft³⁵. Eine solche organisatorische Ausgestaltung wäre demokratisch und stünde mit der Selbstverwaltungsgarantie unter dem Blickwinkel von Allzuständigkeit und Eigenverantwortlichkeit durchaus im Einklang. Sie wäre aber, ganz abgesehen von ihrer Vereinbarkeit mit Art. 28 I 2 GG, mit Art. 28 II GG nicht in Einklang zu bringen. Örtliche Selbstverwaltung mit dieser Binnenorganisation wäre nicht die in Art. 28 II GG geschützte kommunale Selbstverwaltung.

Damit die Feststellung, die kommunale Selbstverwaltung sei auch in ihrer Bürgerschaftlichkeit durch die Selbstverwaltungsgarantie geschützt, rechtliche Folgen bewirken kann, ist es notwendig zu bestimmen, was genau unter dem Aspekt der Bürgerschaftlichkeit durch die Verfassungsgarantie geschützt ist.

Einen möglichen Anknüpfungspunkt bietet die Formulierung des Art. 78 I LVerf, wonach den Kommunen die Selbstverwaltung „durch ihre gewählten Organe“ gewährleistet ist. Man wird annehmen können, daß Art. 28 II GG insoweit denselben Garantieumfang besitzt. Dazu braucht man nicht der sehr weitgehenden These Werner Webers zu folgen, der die landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgewährleistungen zur Auslegung des Art. 28 II GG heranziehen will, weil die darin enthaltenen Einzelregelungen nur eingehendere Umschreibungen und Spezialisierungen der im Grundgesetz ausgeformten institutionellen Garantie seien, die von dieser mitumschlossen würden³⁶. Die Forderung nach „Selbstverwaltung durch ihre gewählten Organe“ entspricht vielmehr dem überkommenen und immer noch lebendigen Bild der kommunalen Selbstverwaltung, die – in der Verteilung je nach landesrechtlicher Ausgestaltung unterschiedlich – Entscheidungsrechte nur als eigene Zuständigkeit in den Händen solcher Organe kennt, die entweder unmittelbar vom Volk³⁷ oder von der Vertretung³⁸ gewählt sind. Mit dem Bundesverfassungsgericht³⁹ mag man dieses Postulat im Text des Grundgesetzes in dem Wort „Selbst“verwaltung angelegt sehen. Seine praktische Bedeutung ist indessen wegen der aus Art. 20 II GG ohnehin folgenden Notwendigkeit personeller demokratischer Legitimation nicht sehr groß. Sie schließt einmal die Bestellung von Kommunalorganen ohne die Mitwirkung der jeweiligen Kommunen aus⁴⁰; zum anderen wird man die Selbstverwaltungsgarantie unter dem Aspekt der Bürgerschaftlichkeit als

35) Oebbecke, Zweckverbandsbildung, S. 59.

36) Staats- und Selbstverwaltung S. 55, vgl. auch S. 37.

37) z.B. die Gemeinderäte und Kreistage sowie der baden-württembergische Bürgermeister.

38) z.B. Gemeindedirektor und Oberkreisdirektor in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, der hessische Bürgermeister oder der schleswig-holsteinische Magistrat; selbst beim rheinland-pfälzischen Landrat liegt der kommunale Mitwirkungsakt in der Zuständigkeit des Kreistages.

39) BVerfG, Urt. v. 23.1.1957 – 2 BvF 3/56 –, BVerfGE 6, 104 (117).

40) So der vom VerfGH NW mit dem Urt. v. 21.8.1954 – VGH 3/53 –, OG 9, 74 (76 ff) entschiedene Fall.

Regelung ansehen müssen, die die Länge der Legitimationskette für die kommunalen Organe begrenzt:⁴¹ soweit die Bestellung von Organen mit eigenen Entscheidungsrechten nicht durch Volkswahl erfolgt, muß die Vertretungskörperschaft sie selbst vornehmen.

Bürgerschaftlichkeit meint aber daneben vor allem die aktive Beteiligung von Bürgervertretern an der Verwaltung. Das bedeutet, daß alle wichtigen Angelegenheiten durch eine Mehrzahl gewählter Bürgervertreter entschieden werden müssen⁴². Weiter bedeutet es, daß in den Angelegenheiten, die von anderen Organen erledigt werden, diese der mindestens informierenden Kontrolle durch das Vertretungsorgan unterliegen⁴³. Ein Blick auf das geltende Kommunalverfassungsrecht in der Bundesrepublik⁴⁴ und auf die geschichtliche Entwicklung des Kommunalverfassungsrechts⁴⁵ zeigt, daß die Kontrollbefugnis des Vertretungsorgans gegenüber der Verwaltung der Kommune ebenso ein wichtiges Charakteristikum der deutschen kommunalen Selbstverwaltung darstellt wie das Entscheidungsrecht der Vertretung bzw. ihrer Ausschüsse in allen wichtigen kommunalen Angelegenheiten.

Dabei sind der Vertretung die Kontrollmaßstäbe nicht verbindlich vorgegeben. Auch die nicht seltene Ausgestaltung der Informationsbefugnisse als Minderheitenrechte spricht vielmehr dafür, daß nicht nur rechtliche, sondern auch politische Maßstäbe angelegt werden sollen⁴⁶. Insoweit sind strukturelle Parallelen zum Parlamentsrecht unübersehbar, so verfehlt eine unbesehene Gleichsetzung der Vertretungsorgane der Kommunen mit den Parlamenten sonst auch ist. Die Kontrollbefugnisse der Vertretungsorgane sind demnach, anders als die Informationsrechte der Kommunalaufsichtsbehörden auch dort einsetzbar, wo für einen Rechtsverstoß kein Anhaltspunkt auszumachen ist⁴⁷.

41) Dazu vgl. oben 2. Teil Ziff. 2.7.

42) Vgl. Oebbecke, Zweckverbandsbildung, S. 68 f. m. Nachw. aus dem Schrifttum und aus der historischen Entwicklung des Kommunalverfassungsrechts; H. P. Schneider, DÖV 1972, 604 folgt „ein unverzichtbares Direktions- und Ingerenzrecht der Gemeindevertretung“ aus Art. 28 I GG. Richtigerweise garantiert Art. 28 I 2 GG hier doch wohl nur die einer Volksvertretung angemessene Mindestausstattung mit Zuständigkeiten (Stern, Der Kreis I, S. 158); Knemeyer, Landkr. 1980, 398 hält es sogar für „ein Grundprinzip unserer Verfassungsordnung“, daß „die Formulierung von Zielvorstellungen allein dem unmittelbar vom Volk gewählten Kollegialorgan zusteht.“

43) Im Ergebnis ähnlich, aber auf Art. 28 I 2 und die „eigene Verantwortung“ des Art. 28 II 1 GG gestützt Vitzthum, AÖR 1979, 626.

44) § 24 II GO BaWü; Art. 30 III GO Bay.; §§ 50 II GO Hess., 40 III GO Nds., 40 GO NW; § 33 GO Rh.-Pf., 37 KSVG Saarl., 30 GO SH.

45) z.B. § 183 Pr. Städteordnung von 1808; § 126 Pr. Städteordnung von 1831; § 48 Sächs. Landgemeindeordnung von 1838; § 117 Hann. Städteordnung von 1851; § 68 Sächs. Städteordnung von 1873; § 103 Pr. Landgemeindeordnung von 1891; § 33 rev. DGO von 1946 (zit. nach Engeli/Haus, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland, Stuttgart 1975).

46) a.A. Stober, Ämterverfassung, S. 45, der die Auffassung vertritt, bei § 47 II GO sei lediglich eine rechtliche Verantwortlichkeit gemeint. Bei dem wenig bestimmten Bedeutungsinhalt des Begriffs „Verantwortung“ folgt aus § 47 II GO für sich gesehen – das ist Stober zuzugeben – nicht die Abwählbarkeit des Gemeindedirektors.

47) Zur Begrenzung des Informationsrechts der Aufsichtsbehörden durch den Charakter der Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht siehe etwa Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 184; Erichsen, DVBl. 1985, 945.

Demnach ergeben sich unter dem so verstandenen Aspekt der Bürgerschaftlichkeit aus der Selbstverwaltungsgarantie Beschränkungen für die gesetzliche Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung: Unterrichtungsfreiheit beeinträchtigt die soeben dargestellten Kontrollbefugnisse der Vertretung gegenüber der Verwaltung. Sie tangiert in jedem Fall die verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstverwaltung. Durch Weisungsfreiheit wird sie dagegen nur eingeschränkt, wenn es sich um wichtige Angelegenheiten handelt, denn nur soweit ist die Zuständigkeit einer Mehrzahl gewählter Bürgervertreter verfassungsrechtlich vorgegeben. Unabhängig von der Bedeutung der Angelegenheit darf nur ein unmittelbar oder durch die Vertretung gewähltes Organ weisungsfrei tätig werden.

Ob die gesetzliche Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung gegen Art. 28 II GG verstößt, hängt von der im folgenden zu erörternden Frage ab, wieweit gesetzliche Zugriffe auf die geschützte Selbstverwaltung zulässig sind, wie sie mit der Errichtung unterrichtungsfreier und im skizzierten Umfang auch mit der weisungsfreier Räume verbunden wären.

4.3 Grenzen gesetzlicher Zugriffe auf den geschützten Bereich der kommunalen Selbstverwaltung

Gesetzliche Beschränkungen der durch Art. 28 II GG, 78 LVerf gewährleisteten Selbstverwaltung, wie sie also mit der Errichtung weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung verbunden sind oder sein können, sind ihrerseits nicht unbeschränkt zulässig, weil sonst die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung leerlaufen würde. Fraglich und durchaus Gegenstand rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung ist deshalb, wie die Grenze zwischen zulässigen, durch die Verfassung gedeckten und unzulässigen, verfassungswidrig in die kommunale Selbstverwaltung eingreifenden Ingerenzen zu bestimmen ist⁴⁸.

In der praktischen Handhabung dieser Grenzziehung scheint sich in den letzten Jahren in Rechtsprechung und Schrifttum eine weitgehend gemeinsame Linie herausgebildet zu haben; gesetzliche Beschränkungen der geschützten kommunalen Selbstverwaltung sind danach nur zulässig, wenn sie in Übereinstimmung mit dem Übermaßverbot, also geeignet, erforderlich und verhältnismäßig aus Gemeinwohlgründen erfolgen. Gesetzliche Zugriffe, die diese Prüfung nicht be-

48) Auf die immer noch umstrittene Frage, worauf sich der Vorbehalt gesetzlicher Regelung in Art. 28 II GG bezieht, soll hier nicht eingegangen werden. Vgl. dazu etwa *Knemeyer* (Festgabe von Unruh, S. 224; nur auf Autonomie, nicht auf Aufgabenbestand) und *von Mutius* (Festgabe von Unruh, S. 250; auf Aufgabenbestand und Eigenverantwortlichkeit; anders aber *von Mutius*, Gutachten E S. 37 f.; nur Beschränkung des Aufgabenbestandes, nicht aber der Eigenverantwortlichkeit). Hier wird mit der gesetzgeberischen und gerichtlichen Praxis davon ausgegangen, daß gesetzgeberische Zugriffe auf das Selbstverwaltungsrecht unter allen Aspekten zulässig sind. So etwa auch *Schmidt-Aßmann*, in: von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 109 m.w.Nachw., der allerdings meint, daß mit einer „inzwischen einhellige Auffassung“ zu vertreten.

stehen, verstößen gegen die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung. Soweit besteht – soweit ersichtlich – Einigkeit⁴⁹.

Divergenzen scheinen nur noch in der Frage zu bestehen, ob ein „Kernbereich“ oder „Wesensgehalt“ als zweite, innere und unüberwindliche Verteidigungslinie der kommunalen Selbstverwaltung anzuerkennen ist⁵⁰. Gegen eine solche absolute Tabuzone ist zu Recht kritisch auf die Schwierigkeiten hingewiesen worden, sie verlässlich und intersubjektiv überzeugend vermittelbar zu bestimmen⁵¹. Die Vertreter der „Wesensgehaltsthese“ vermögen diese Kritik zwar nicht zu widerlegen, wollen aber dennoch offenbar wohl wegen des nach ihrer Auffassung besseren Schutzes am „Kernbereich“ festhalten⁵². Bei der praktischen Handhabung der Selbstverwaltungsgarantie stützen sie sich dann allein auf das Übermaßverbot, eine handhabbare Bestimmung des „Wesensgehalts“ steht nach wie vor aus.

Es fragt sich, ob eine solche Bestimmung gerade im Hinblick auf den Schutz der kommunalen Selbstverwaltung überhaupt wünschenswert ist. Die konkrete und bezüglich der künftigen Entwicklung zwangsläufig mit Prognoseschwierigkeiten belastete Abgrenzung eines gesetzgeberischen Zugriffen auf immer unzugänglichen Bereichs würde für die verfassungsrechtliche Absicherung der kommunalen Selbstverwaltung selbst eine große Gefahr darstellen. Die Verfassungsrechtsdogmatik würde mit einer solchen Kernbereichsbestimmung eine Ursache setzen, die irgendwann verfassungspolitische Folgen haben müßte. Will man den Schutz der kommunalen Selbstverwaltung im Sinne der Effektivierung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung als Argument bei ihrer Interpretation berücksichtigen, wird man einerseits den Schutzbereich der Garantie genügend weit erstrecken, andererseits aber auch flexibel bei der Zulassung gesetzlicher Ingerenzen verfahren müssen, wie dies ja praktisch auch geschieht. Die Effektivität der verfassungsrechtlichen Gewährleistung muß sich vor allem an der Kontrolldichte beweisen, mit welcher die Einhaltung der Maßstäbe für die Zulassung gesetzlicher Beschränkungen angewandt werden⁵³. Die Vorstellung, es gebe irgendwo einen Selbstverwaltungsbereich, der gesetzlich überhaupt nicht tangiert werden dürfe, birgt die Gefahr, daß bei der Festlegung der Kontrollin-

49) jeweils m.w.Nachw. vgl. *von Mutius*, Festgabe von Unruh, S. 252; *Blämel*, Festgabe von Unruh, S. 284; *Knemeyer*, Festgabe von Unruh, S. 225; *Schmidt-Aßmann*, in: von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 111; *Stüer* S. 294 ff.; *Brohm*, DVBl. 1984, 296; *Oebbecke*, Gemeindeverbandsrecht, Rn. 28 f.; BVerwG, Urt. v. 4.8.1983 – 7 C 2/81 –, NVwZ 1984, 176; BayVerfGH, Entsch. v. 3.5.1984 – Vf.19-VII-83-, NVwZ 1984, 711 (714) sowie die zahlreichen von *Blämel* (Festgabe von Unruh, S. 285 ff.) nachgewiesenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sowie der Gerichte der Länder.

50) Explizit dafür *Blämel*, Festgabe von Unruh, S. 269 und 284 und ihm folgend *Schmidt-Aßmann*, in: von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 110 f.; BVerwG, Urt. v. 4.8.1983 – 7 C 2/81 –, NVwZ 1984, 176; explizit dagegen: *Knemeyer*, Festgabe von Unruh, S. 224; *von Mutius*, Gutachten E, S. 44.

51) Etwa *von Mutius/Schoch*, DVBl. 1981, 1079, wo am Beispiel der Personalhoheit und der sog. Organisationshoheit aufgezeigt wird, welche argumentativen Schwierigkeiten mit der Annahme eines Kernbereichs verbunden sind. Vgl. auch *Stüer* S. 279.

52) Vgl. etwa *Blämel*, VVDStRL 36, 246.

53) Auf die Bedeutung der Kontrolldichte für den Schutz der Selbstverwaltungsgarantie hat *Papier* (DVBl. 1984, 454 f.) zu Recht hingewiesen.

tensität in den bisher und wohl auch künftig ausschließlich vorkommenden Fällen von Zugriffen außerhalb des „Kernbereichs“ eher sorglos verfahren wird, weil dieser „Kernbereich“ ja jedenfalls unangetastet bleibt. Auch deshalb sollte nicht mehr an der Kernbereichsthese festgehalten werden.

Wo im folgenden die Zulässigkeit der gesetzlichen Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung verfassungsrechtlich überprüft wird, soll darum im Rahmen einer Abwägung gefragt werden, ob die mit der Errichtung verfolgten Gemeinwohlgründe unter Beachtung des Übermaßverbotes den mit der Weisungs- oder Unterrichtungsfreiheit verbundenen Eingriff in die durch die Selbstverwaltungsgarantie geschützte kommunale Selbstverwaltung rechtfertigen können. Neben der Selbstverwaltungsgarantie müssen dabei auch andere verfassungsrechtliche Schranken beachtet werden⁵⁴.

5. Ergebnisse des dritten Teils

Die verfassungsrechtlichen Grenzen für die gesetzliche Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Gemäß Art. 20 II 2, 28 I 1 GG dürfen auch in der Kommunalverwaltung autonome Regelungsentscheidungen nur durch dazu auf Zeit oder jederzeit abberufbar bestellte Amtswalter getroffen werden. Im weisungsfreien Raum dürfen deshalb keine auf Lebenszeit mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben betrauten Amtswalter tätig werden⁵⁵.

Die Errichtung unterrichtungsfreier Räume findet Grenzen an den Informationsrechten der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse des Bundesstages⁵⁶ und des Landtags sowie des Petitionsausschusses des Landtags⁵⁷ ebenso wie am Petitionsinformierungsrecht der Gemeinderäte und Kreistage⁵⁸ und an den Prüfungsrechten der Rechnungshöfe von Land und Bund⁵⁹. Art. 84, 85 GG schließen die Errichtung weisungsfreier Räume aus, wo die Ausführung von Weisungen nach diesen Bestimmungen und die Durchsetzung eines rechtmäßigen Vollzuges durch die Landesregierung dadurch ausgeschlossen würden⁶⁰. Unterrichtungsfreiheit ist bei der Ausführung von Bundesgesetzen nach Art. 84 f. GG insoweit ausgeschlossen, als dadurch Informationsrechte der Bundesregierung und der Landesregierung ausgeschlossen werden⁶¹. Die gesetzliche Zulassung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume ist in allen diesen Fällen nur

54) Siehe dazu *von Mutius*, Festgabe von Unruh, S. 252 f.; so hat das VerfGH NW in seinen Urteilen zum kommunalen Finanzausgleich den allgemeinen Gleichheitssatz ergänzend herangezogen (Urt. v. 19.7.1985 – 22/83 –, NJW 1985, 2321 ff).

55) Siehe oben Ziff. 1.

56) Siehe oben Ziff. 2.1.

57) Siehe oben Ziff. 2.2.

58) Siehe oben Ziff. 2.3.

59) Siehe oben Ziff. 2.4.

60) Siehe oben Ziff. 3.1.

61) Siehe oben Ziff. 3.2.

als Verfassungskonkretisierung durch verhältnismäßige Zuordnung sonst kollidierender Verfassungsrechtspositionen zulässig.

Demgegenüber sind gesetzliche Eingriffe in den verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutzbereich der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 II GG, 78 LVerf) ausdrücklich zulässig. Allerdings ist in jedem Einzelfall abzuwägen, ob die verfolgten Gemeinwohlziele – also nicht notwendig Verfassungsgüter – die Beschränkung der garantierten Selbstverwaltung nach Maßgabe des Übermaßverbotes rechtfertigen⁶².

Die Schaffung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume kann unter den Aspekten Kommunalaufsicht und Bürgerschaftlichkeit in den Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie eingreifen. Unter dem Aspekt der Kommunalaufsicht greift die Unterrichtungsfreiheit in den Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie ein, wenn sie die Unterrichtung der Aufsichtsbehörden über die Tätigkeit der Kommunalverwaltung ausschließt oder beschränkt; Weisungsfreiheit berührt insofern die geschützte Selbstverwaltung, wenn sie das unmittelbar effektive Einschreiten der Aufsichtsbehörden gegen rechtswidriges Tun oder Unterlassen der Kommunalverwaltung beeinträchtigt⁶³.

Die Selbstverwaltungsgarantie greift unter dem Aspekt der Bürgerschaftlichkeit ein, wenn weisungsfrei tätige Amtswalter nicht unmittelbar vom kommunalen Vertretungsorgan bestellt werden. Der Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie wird durch Weisungsfreiheit insofern weiter berührt, wenn wichtige Angelegenheiten nicht durch eine Mehrzahl gewählter Bürgervertreter entschieden werden. Die Errichtung unterrichtungsfreier Räume tangiert die Selbstverwaltung, weil und wenn sie die informative Kontrolle der Vertretung in allen kommunalen Angelegenheiten beeinträchtigt⁶⁴.

62) Siehe oben Ziff. 4.3.

63) Siehe oben Ziff. 4.1.

64) Siehe oben Ziff. 4.2.

4. Teil: Zur Zulässigkeit ausgewählter weisungs- und unterrichtungsfreier Räume

Im nachfolgenden vierten Teil der Untersuchung sollen die bisher entwickelten Maßstäbe zur verfassungsrechtlichen Beurteilung ausgewählter weisungs- und unterrichtungsfreier Räume angewandt werden. Soweit zweckmäßig nach Sachkomplexen zusammengefaßt werden deshalb die im ersten Teil dieser Untersuchung unter Ziff. 1 geschilderten Beispiele aus der Bundesverwaltung (Ziff. 1) und Kommunalverwaltung (Ziff. 2) erörtert. Dabei geht es primär um eine Erprobung der im zweiten und dritten Teil der Untersuchung erarbeiteten Zulässigkeitskriterien. Die Beurteilung der Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit ist in den untersuchten Beispielen nicht als problematisch oder abschließend gedacht. Ein derartiger Versuch vollständiger Problemerfassung ist schon deshalb zum Scheitern verurteilt, weil sämtliche Fallgestaltungen einer ungleich intensiveren Bearbeitung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht und teilweise – etwa die verfassungsrechtlichen Bindungen für kunstveranstaltende und -präsentierende Staatsaktivitäten oder die organisationsrechtliche Erfassung medizinischer Tätigkeit in der Verwaltung – monographischer Vertiefung bedürften. Für einzelne Bereiche, wie etwa die Deutsche Bundesbank, liegt Schrifttum im übrigen in einer Fülle vor¹, die den Versuch, in dem hier gegebenen Rahmen eine komplette Erfassung des Diskussionsstandes zu erreichen, von vornherein illusorisch macht. Nicht vollständige Problemdurchdringung ist deshalb der Anspruch der nachfolgenden Überlegungen, sondern lediglich der Hinweis auf Gesichtspunkte, die für die Problemlösung relevant erscheinen.

Bei der Betrachtung der einzelnen Sachkomplexe wird jeweils zuerst die einschlägige Gesetzeslage unter möglichst weitgehendem Verzicht auf die Erörterung ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dargestellt. Wo durch Gesetz Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit angeordnet ist (Ziff. 1, 2.3 und 2.4), wird diese Regelung danach anhand der entwickelten Maßstäbe auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung untersucht. Wo eine solche Regelung fehlt (Ziff. 2.1, 2.2, 2.5 und 2.6), wie dies vor allem bei den weisungs- und unterrichtungsfreien Räumen in der Kommunalverwaltung der Fall ist, wird der verfassungsrechtlich notwendige Umfang der Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit ermittelt und gegebenenfalls bestimmt, ob und wieweit der Verfassungsrechtslage auf der Basis der geltenden Vorschriften Rechnung getragen werden kann.

1. Beispiele aus der Bundesverwaltung

Aus dem Bereich der Bundesverwaltung soll auf die Deutsche Bundesbank (Ziff. 1.1), die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften (Ziff. 1.2), den Bundespersonalausschuß (Ziff. 1.3) sowie auf die Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer und die Musterungsausschüsse (Ziff. 1.4) eingegangen werden.

1) Vgl. etwa die Nachw. bei *Stern*, Staatsrecht II, § 35 und *Samm*, WM 1984, Sonderbeilage 5, S. 3 ff.

1.1 Die Deutsche Bundesbank

Nach § 12 S. 2 BBankG ist die Deutsche Bundesbank bei der Ausübung der Befugnisse, die ihr nach dem Bundesbankgesetz zustehen, von Weisungen der Bundesregierung unabhängig. Im Verhältnis zwischen der Bundesbank und der Bundesregierung, genauer dem zuständigen Minister, statuiert diese Vorschrift also Weisungsfreiheit. Der weisungsfreie Raum umfaßt „die Ausübung der Befugnisse nach diesem Gesetz“ (§ 12 S. 2 BBankG). Von der weisungsfreien Wahrnehmung ausgeschlossen sind damit Aufgaben, die die Bundesbank aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen wahrnimmt². Vor allem die Ausübung der währungspolitischen Befugnisse nach §§ 14 – 18 BBankG, aber auch z.B. die Geschäfte nach §§ 19 – 25 BBankG gehören deshalb zum weisungsfreien Raum.

Wenn man, wie dies überwiegend zu Recht geschieht, eine verfassungsrechtliche Garantie oder Zulassung der Weisungsfreiheit für die Deutsche Bundesbank durch Art. 88 GG ablehnt³, hängt die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung nach den im zweiten Teil dieser Untersuchung entwickelten Grundsätzen davon ab, ob die zur Entscheidung im weisungsfreien Raum berufenen Stellen der Deutschen Bundesbank demokratisch legitimiert sind (Ziff. 1.1.1) und ob die mit der Weisungsfreiheit verbundene Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist (Ziff. 1.1.2).

1.1.1 Die demokratische Legitimation der Organe der Deutschen Bundesbank

Für die Wahrnehmung der Entscheidungszuständigkeiten der Deutschen Bundesbank sind der Zentralbankrat, das Direktorium und die Vorstände der Landeszentralbanken zuständig (§§ 6 – 8 BBankG). Sie sind nach der hier vertretenen Auffassung demokratisch legitimiert, wenn ihre Mitglieder durch eine dazu ihrerseits demokratisch legitimierte Stelle auf Zeit oder jederzeit abberufbar in ihr Amt berufen sind.

Gemäß § 6 II BBankG gehören dem Zentralbankrat der Präsident, der Vizepräsident, die weiteren Mitglieder des Direktoriums und die Präsidenten der Landeszentralbanken an. Der Präsident, der Vizepräsident und die weiteren Mitglieder des Direktoriums werden vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung auf Zeit bestellt und zwar für mindestens zwei und höchstens acht Jahre (§ 7 III BBankG). Unabhängig davon, ob und wieweit die Vorschläge der Bundesregierung bindend für den Bundespräsidenten sind⁴, genügt die Bestellung dieser Mitglieder des Zentralbankrats, die zugleich das Direktorium

bilden, den Anforderungen der demokratischen Legitimation: sowohl die Bundesregierung als auch der Bundespräsident sind ihrerseits demokratisch legitimiert.

Die Präsidenten der Landeszentralbanken werden auf Vorschlag des Bundesrats vom Bundespräsidenten bestellt, wobei der Bundesrat seine Vorschläge aufgrund eines Vorschlaiges der nach Landesrecht zuständigen Stelle und nach Anhörung des Zentralbankrats macht (§ 8 IV 1 BBankG). Auch ihre Bestellung erfolgt auf Zeit für mindestens zwei und höchstens acht Jahre (§ 8 IV 3 BBankG). Gegen diese Regelung bestehen unter dem Aspekt der demokratischen Legitimation jedenfalls solange keine Bedenken, wie die nach Landesrecht zuständige Stelle – regelmäßig handelt es sich um die Landesregierung –⁵ demokratisch legitimiert ist. Die weiteren Mitglieder der Vorstände der Landeszentralbanken werden ebenfalls für eine bestimmte Zeit von mindestens zwei und höchstens acht Jahren auf Vorschlag des Zentralbankrats vom Präsidenten der Deutschen Bundesbank bestellt (§ 8 IV 2 BBankG); auch sie sind damit ausreichend legitimiert.

Im Hinblick auf die Anforderungen des Art. 20 II GG bestehen also gegen § 12 S. 2 BBankG keine Bedenken; die zur Entscheidung im weisungsfreien Raum zuständigen Stellen sind demokratisch legitimiert⁶.

1.1.2 Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit der Deutschen Bundesbank

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis gem. Art. 65 S. 2 GG, die mit der Errichtung weisungsfreier Räume in der Bundesverwaltung einhergeht, nur zulässig, wenn sie aufgrund der verhältnismäßigen Zuordnung eines anderen Verfassungsgutes mit dem Ziel einer Optimierung erfolgt. Zwei Fragen sind deshalb zu beantworten: Welches Verfassungsgut veranlaßt die sogenannte Unabhängigkeit der Bundesbank in Abweichung von der in der übrigen Bundesverwaltung bestehenden Weisungsgebundenheit (Ziff. 1.1.2.1)? Entspricht die in § 12 S. 2 BBankG getroffene Regelung in Abwägung zwischen diesem Verfassungsgut und der verfassungsrechtlich verankerten Leitungsbefugnis dem Übermaßverbot, ist sie also geeignet, erforderlich und verhältnismäßig (Ziff. 1.1.2.2)?

2) Dazu siehe etwa *Spindler/Becker/Starke*, § 12 Anm. 3; *Beck*, § 12 Rn. 299 f.; *Hahn*, BayVBl. 1982, 34.

3) Nachw. bei *Stern*, Staatsrecht II, § 35 V 2 a und *Samm*, WM 1984, Sonderbeilage 5, S. 10 ff; der Entwurf eines Bundesbankgesetzes vom 22.1.1953 (BT-Drucks. 1/4020) sah keine Weisungsfreiheit vor. Die Bundesregierung stand damals – durchaus ja in zeitlicher Nähe zum Verfassungsgut – wohl auf dem Standpunkt, die „Unabhängigkeit“ sei nicht zwingend verfassungsrechtlich geboten.

4) Dazu vgl. *Spindler/Becker/Starke*, § 7 Rn. 4.

5) *Spindler/Becker/Starke*, § 8 Anm. 5.

6) Im Ergebnis wie hier von *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 358; *Duppré*, Verwaltung 1970, 331 f.; skeptisch *Faber*, in: AK GG Art. 88 Rn. 15.

1.1.2.1 Die Geldwertstabilität als geschütztes Verfassungsgut

Zur Begründung der „Unabhängigkeit“ der Deutschen Bundesbank heißt es im Regierungsentwurf des Bundesbankgesetzes vom 18. Oktober 1956: „Gerade weil aber die Stabilerhaltung unserer manipulierten Währung nicht mehr von automatisch wirkenden Golddeckungsvorschriften, sondern wesentlich von den Entscheidungen der Währungsbank über die richtige Dosierung der Geldmenge abhängt, dürfen diese Entscheidungen nicht unter Anweisung irgendeiner Stelle stehen, die an einer der Währungspolitik gegenläufigen Entwicklung des Geldvolumens aus irgendwelchen Gründen interessiert sein könnte. Denn wichtiger als alle anderen noch so guten Gründe ist die Sicherheit der Währung, die oberste Voraussetzung für die Aufrechterhaltung einer Marktwirtschaft und damit letzten Endes einer freiheitlichen Verfassung der Gesellschaft und des Staates. Potentielle Interessenten einer der Währungspolitik gegenläufigen Entwicklung des Geldvolumens sind erfahrungsgemäß alle politischen Instanzen, alle Kreditinstitute und alle Kreditnehmer. Von ihnen also muß die Notenbank unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sein.“⁷ Maßgeblich für die Freistellung der Bundesbank von den Weisungen der Bundesregierung war also die Sorge für die Geldwertstabilität. Die Sicherung der Währung ist nach dem Bundesbankgesetz das Hauptziel der Arbeit der Bundesbank (§ 3 BBankG).

Klaus Stern hat darauf hingewiesen, daß die Erhaltung der Kaufkraft durch Art. 109 II GG mit dem „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht“ Verfassungsrang erhalten habe⁸. Neben Art. 109 II GG begründen auch Art. 104 a IV 1 und 115 I 2 GG den Verfassungsrang des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“. Daß die Stabilität des Geldwertes als Teilziel des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ anzusehen ist, steht bei allen Schwierigkeiten, die die Interpretation der Gleichgewichtsformel auch aufwirft, außer Streit⁹. Die Währungssicherung besitzt als Bestandteil des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Verfassungsrang.

In jüngerer Zeit hat vor allem *Papier* dafür plädiert, den Tauschwert des Geldes in den Schutzbereich des Art. 14 GG aufzunehmen und diese Auffassung maßgeblich mit der Funktion des Art. 14 GG, einen Freiheitsraum für eigenverantwortliche Betätigung materiell zu gewährleisten, begründet¹⁰. Auf der Basis dieser durchaus nicht unzweifelhaften Überlegungen, denen hier nicht weiter nachgegangen werden soll, würde man auch über Art. 14 GG als „Grundrecht auf stabile Währung“¹¹ zu einer verfassungsrechtlichen Radizierung des Rechtsgutes Geldwertstabilität kommen.

7) BT-Drucks. 2/2781, S. 24 f.

8) *Stern*, Staatsrecht II, § 35 V 6 b.

9) *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 109 Rn. 26; *Vogel/Wiebel*, in: *BK*, Art. 109 Rn. 83 f.; *Fischer-Menshau- sen*, in: *von Münch*, GG-Kommentar, Art. 109 Rn. 10.

10) *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 14 Rn. 176 f.; ebenso bereits *Mammitsch* S. 81 ff.; a.A. BVerfG, Beschl. v. 20.1.1969 – I BvR 346/68 –, HFR 1969, 347; Nachw. zu der insgesamt eher ablehnenden Diskussion im Schrifttum bei *Papier*, AÖR 1973, 530 f., insbesondere N. 12.

11) *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 14 Rn. 175.

1.1.2.2 Unabhängigkeit der Bundesbank und Übermaßverbot

Die Regelung des § 12 S. 2 BBankG ist als verfassungsmäßig anzusehen, wenn sie einen geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den „kollidierenden“ Verfassungsgütern Leitungsbefugnis (Art. 65 S. 2 GG) und Geldwertstabilität (Art. 106 II GG) darstellt.

Die Frage nach der Eignung der Weisungsfreiheit ist in diesem Zusammenhang identisch mit der Frage, ob ein Weisungsrecht des zuständigen Ministers mit dem Schutz der Währung kollidieren kann. Ist diese zweite Frage zu bejahen, ist der Ausschluß des Weisungsrechts ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Geldwertstabilität. Sowohl der induktive Hinweis auf historische Erfahrungen¹² als mehr deduktiv angelegte Untersuchungen der Nationalökonomie¹³ zeigen sehr deutlich, daß die unmittelbare Verfügungsgewalt der Regierung über das geldpolitische Instrumentarium für die Geldwertstabilität gefährlich ist. Zwar gibt es keinen zwingenden Zusammenhang zwischen Weisungsunterworfenheit der Zentralbank und Inflation und es lassen sich in beiden Richtungen Gegenbeispiele anführen¹⁴. Daß diese als auf besonderen Umständen beruhende Ausnahmen anzusehen sind, beweist aber nicht zuletzt die Entwicklung der Bundesrepublik; in mehr oder weniger großen zeitlichen Abständen gab es Konflikte zwischen der Regierung und der Notenbank¹⁵.

An der Erforderlichkeit der Freistellung der Bundesbank von Weisungen des zuständigen Ministers würde es fehlen, wenn ein gleich geeignetes, aber im Hinblick auf die ministerielle Leitungsbefugnis schonenderes Mittel zur Verfügung stände. In Betracht kommt hier allein eine Bindung der Bundesregierung durch Gesetz an die Währungssicherung als Maßstab ihres Handelns bei der Entscheidung über die Erteilung von Weisungen an die Bundesbank. Eine solche materiellrechtliche Bindung bleibt in ihrer Eignung zum Schutz der Kaufkraft allerdings deutlich hinter der Weisungsfreiheit der Bundesbank zurück. Der starke Einschlag von Prognose- und Einschätzungselementen¹⁶, den währungspolitische Entscheidungen aufweisen, stellt ein mit rechtlichen Mitteln nicht zu sperrendes Einfallstor für andere Interessen als das der Geldwertstabilität dar. Eine strikte Festlegung der Bundesregierung auf das eine Ziel der Währungssicherung würde zudem mit anderen für die Bundesregierung verfassungsrechtlich verbindlichen Handlungszielen kollidieren können.

Bleibt also zu prüfen, ob die Regelung des § 12 S. 2 BBankG verhältnismäßig ist, der durch sie angerichtete Schaden, der vor allem, aber nicht nur in der Be-

12) von *Mangoldt/Klein*, Art. 88 Anm. IV 3 b; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 88 Rn. 16.

13) P.G. Schmidt, NJbpolÖk Bd. 2 (1983), S. 271 ff, besonders 302 ff m.w.Nachw.

14) Einerseits das Beispiel der weisungsbabhängigen Bank von England (etwa *Lampe* S. 55 ff), die nach *Dupré* (Verwaltung 1970, 333) allerdings faktisch weisungsfrei ist; andererseits der Beitrag der weisungsunabhängigen Reichsbank zur Inflation der zwanziger Jahre (*Faber*, in: AK GG, Art. 88 Rn. 3); auf die Problematik von Vergleichen mit dem Ausland weist *von Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 357 zu Recht hin.

15) *Faber*, in: AK GG, Art. 88 Rn. 5 f.; zur Situation in den fünfziger Jahren vgl. auch Sten.Ber. des Deutschen Bundestages 2/8158 A/B, 8168 C, 8271 C/D.

16) Vgl. *Hahn*, BayVBl. 1982, 36 m.w.Nachw.; *Spindler/Becker/Starke*, § 12 Anm. 3.

schränkung der Leitungsbefugnis gem. Art. 65 S. 2 GG besteht, nicht außer Verhältnis steht zu dem Nutzen, den die Weisungsfreiheit mit sich bringt.

Wohl zu Recht wird die Weisungsfreiheit der Bundesbank im Schriftum als besonders intensiver Zugriff auf die Handlungsbefugnisse der Regierung angesehen¹⁷. Die ganz erhebliche Bedeutung der damit verbundenen Machtminderung ergibt sich nicht nur aus dem Gewicht des Politikfeldes Währungs- und Geldpolitik, sondern auch aus der innen- und außenpolitischen Wirkungsbreite des geldpolitischen Instrumentariums, das nicht sektorale beschränkt wirkt, sondern über die eigentliche Währungspolitik hinaus Auswirkungen auf anderen Politikfeldern hat¹⁸. Durchaus nicht unproblematisch ist auch die Isolierung, die das Teilziel Währungsstabilität durch die Regelung des Bundesbankgesetzes im Vergleich zu den anderen Teilzielen des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ erfährt¹⁹.

Gegenüber diesen Bedenken kann darauf hingewiesen werden, daß verglichen etwa mit dem Teilziel „stetiges Wirtschaftswachstum“ für die Kaufkraftsicherung keine oder nur schwach organisierte Interessengruppen streiten; die Charakterisierung der Geldwertstabilität als eines „durchsetzungsschwachen“ allgemeinen Interesses, wie sie *von Arnim* vorgenommen hat²⁰, erscheint deshalb plausibel. In gewissem Umfang wird die Verabsolutierung der Währungssicherheit für die Bundesbank und das Gewicht ihrer Weisungsfreiheit durch die Pflicht der Bundesbank zur Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik der Bundesregierung und deren Recht, ein aufschiebendes Veto einzulegen (§ 13 II 3 BBankG) gemildert²¹, aber auch durch die Bindung an die Grundrechte und die Staatszielbestimmungen des Art. 20 GG, denen die Bundesbank in ihrem Handeln ebenso wie alle anderen Staatsorgane unterliegt²².

Für die Weisungsfreiheit ist aber vor allem die eminente Bedeutung einer stabilen Währung anzuführen²³; Kaufpreisstabilität ist nicht nur für das Funktionieren der Volkswirtschaft, sondern auch für jeden einzelnen Bürger von großer

17) *von Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 366; *von Mangoldt/Klein*, Art. 88 Anm. IV 3 b; *Vorbrugg* S. 297; *E. Klein*, Problematik, S. 215.

18) *Scheuner* spricht von „Fernwirkungen“ (VVDStRL 11, 43).

19) Dazu siehe etwa *Gronau*, Wirtschaftsdienst 1970, 298; *von Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 356 (ähnlich *Hahn*, BayVBl. 1982, 34) sieht die Bundesbank über § 12 S. 1 BBankG, § 1 StabG „indirekt“ auf das „magische Viereck der Wirtschaftspolitik“ verpflichtet. Damit wird die einseitige Ausrichtung auf das eine Ziel der Währungsstabilität allerdings nicht gerechtfertigt, sondern lediglich versucht, sie zu mildern. Vgl. dazu *Stern*, Staatsrecht II, § 35 III 2 a. Diese einseitige Ausrichtung ist für diejenigen unproblematisch, die der Geldwertstabilität Priorität gegenüber den anderen Teilzielen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts einräumen (etwa *Duppré*, Verwaltung 1970, S. 335 oder *Hahn*, BayVBl. 1982, 36 m.w.Nachw.); vgl. zu diesem Punkt auch die Darstellung der Haltung der Gewerkschaften bei *Rolf H. Kaiser*, ZGKW 1980, 328.

20) Gemeinwohl und Gruppeninteresse S. 359; der Untertitel dieser Untersuchung lautet: „Die Durchsetzungsschwäche allgemeiner Interessen in der pluralistischen Demokratie.“; vgl. auch *von Arnim*, Staatslehre, S. 341 ff.

21) Dazu vgl. etwa *Hahn*, BayVBl. 1982, 34; *Dagtoglou* S. 323; BVerwG, Urt. v. 29.1.1973 – I C 38.68 –, BVerwGE 41, 334 (357).

22) *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 109 Rn. 28; siehe auch *Beck*, § 12 Rn. 167.

23) *Stern*, Staatsrecht II, § 35 V 6 b; etwa *Duppré*, Verwaltung 1970, 335 ff; vgl. auch *Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, S. 13.

Wichtigkeit. Auf dem Hintergrund der historischen Erfahrung, die die Deutschen mit zwei Inflationen in diesem Jahrhundert gemacht haben²⁴, wird man die Entscheidung für die Weisungsfreiheit der Bundesbank deshalb als noch mit dem Grundgesetz in Einklang stehend akzeptieren dürfen²⁵.

Die durchaus verbleibenden Zweifel verringern sich, wenn man mit der erwähnten Auffassung in der Literatur Art. 14 GG ein „Grundrecht auf stabile Währung“ entnimmt, weil die für die Weisungsfreiheit streitenden Gründe damit ein stärkeres Gewicht in die Abwägung einbringen.

1.2 Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften

Die mit den Aufgaben nach dem Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften betraute Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften besteht nach § 9 I GjS aus einem vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit zu ernennenden Vorsitzenden, je einem von den Landesregierungen zu ernennenden und weiteren vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit zu ernennenden Beisitzern. Sie entscheidet in der Besetzung von zwölf Mitgliedern (§ 9 III 1 GjS). Ihre Mitglieder sind nicht an Weisungen gebunden (§ 10 GjS).

Im Gegensatz zur „Unabhängigkeit“ der Deutschen Bundesbank ist die Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften bisher nur recht wenig verfassungsrechtlich erörtert worden; die Gründe dafür liegen wohl zu einem guten Teil darin, daß die Tätigkeit der Bundesprüfstelle sich auf einem der „großen“ Politik ferner Felder vollzieht und dementsprechend die beteiligten Interessen¹ sich weniger intensiv zu Wort melden. Wie für die Deutsche Bundesbank soll hier aber auch für die Bundesprüfstelle untersucht werden, ob ihre Weisungsfreiheit nach den hier entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäben mit dem Grundgesetz vereinbar ist; dementsprechend wird gefragt, ob

24) Auf die Bedeutung der Inflationserfahrungen in diesem Zusammenhang weist *P.G. Schmidt*, NJbpolÖk Bd. 2 (1983), S. 213 hin.

25) Im Ergebnis ebenso *von Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 365 ff; *von Arnim*, Staatslehre, S. 341 ff; *von Mangoldt/Klein*, Art. 88 Anm. IV 3 b; *Zimmer* S. 286; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 88 Rn. 16; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., S. 226; *Hahn*, BayVBl. 1982, 36; *Uhlenbrück* S. 30 f.; *Baur*, in: *von München*, GG-Kommentar, Art. 88 Rn. 25; *Stern*, Staatsrecht II, § 35 V 6 b; *Starck*, AÖR 1967, 474 f.; *BVerwG*, Urt. v. 29.1.1973 – I C 38.68 –, BVerwGE 41, 334 (354); zu Recht weist das Bundesverwaltungsgericht a.a.O. S. 356 darauf hin, daß das BVerwG die Frage in dem Urt. v. 24.7.1962 – 2 BvF 4/61 –, BVerwGE 14, 197 (201) nicht entschieden, sondern nur beiläufig behandelt hat. Das gleiche gilt von dem Beschuß v. 3.11.1982 – 1 BvR 210/79 –, NJW 1983, 2309, wo das BVerwG von der „verfassungsrechtlichen unabhängigen Stellung“ der Bundesbank spricht. Wenn *Samm* (WM 1984, S. 5) dieser Formulierung entnimmt, das BVerwG habe damit einen fait accompli im Sinne einer verfassungsgarantierten Bundesbankautonomie schaffen wollen, kann er sich dafür nicht auf den Wortlaut (verfassungsrechtlichen, nicht: verfassungsrechtlich) der Entscheidung berufen; skeptisch: *Faber*, Wirtschaftsplanung und Bundesbankautonomie, S. 69; *Dahlgrün*, in: Demokratie und Verwaltung, S. 326; *Kötting*, JÖR n.F. 11, 258 N. 17; a.A. *von Bonin* S. 236; *Vorbrugg* S. 297 ff; *E. Klein*, Problematik, S. 215; *Füsslein* S. 342.

1) *Stern* (Staatsrecht II, § 25 V 1) zitiert zustimmend eine Charakterisierung der Diskussion über die Bundesbank, wonach dafür „massive Interessen und Ideologien“ zuweilen bestimmt waren.

die Bundesprüfstelle demokratisch legitimiert ist (Ziff. 1.2.1) und ob die mit ihrer Weisungsfreiheit gegebene Durchbrechung der ministeriellen Leitungsbefugnis zulässig ist (Ziff. 1.2.2).

1.2.1 Die demokratische Legitimation der Mitglieder der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften

Die demokratische Legitimation des vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit ernannten Vorsitzenden der Bundesprüfstelle und der von den Landesregierungen ernannten Beisitzer ist nicht zweifelhaft, wenn man die hier entwickelten Kriterien zugrunde legt; sie werden von einer ihrerseits demokratisch legitimierten Stelle auf Zeit – nämlich auf drei Jahre (§ 9 IV 1 GjS) – in ihr Amt berufen.

Weniger einfach liegt der Fall bei den weiteren Beisitzern, die der Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit gem. § 9 I GjS zu berufen hat. Durch § 9 II GjS ist der Minister nämlich gehalten, diese „den Kreisen“ der Kunst, der Literatur, des Buchhandels, der Verlegerschaft, der Jugendverbände, der Jugendwohlfahrt, der Lehrerschaft und der Religionsgemeinschaften „auf Vorschlag der genannten Gruppen“ zu entnehmen. Nun sind „die Kreise“ z.B. der Kunst oder der Lehrerschaft alles andere als Gruppen, die als solche in der Lage wären, Vorschläge zu machen. Die Vorschrift wird praktisch so gehandhabt, daß der Minister aus den Vorschlägen der Verbände, die im Bereich der einzelnen „Kreise“ bestehen, die Beisitzer auswählt². Abgesehen davon, daß der Bundesminister mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung auch Vorschläge ablehnen und die Verbände auffordern kann, neue zu machen³, ist deshalb gerade durch die sibyllinische Bezugnahme auf die „genannten Gruppen“ die verfassungsrechtlich notwendige Entscheidungsfreiheit des Bundesministers bei der Auswahl der Beisitzer sichergestellt, wenn auch auf gesetzestechisch wenig elegante Weise. Es sind also sämtliche Mitglieder der Bundesprüfstelle demokratisch legitimiert⁴.

1.2.2 Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle

Durch ihre Entscheidungen konkretisiert die Bundesprüfstelle die Jugendschutzschanke (Art. 5 II GG) der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I GG), aber auch der Kunstfreiheit (Art. 5 III GG). Eine Rechtfertigung für die Be-

schränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis gem. Art. 65 S. 2 GG wird deshalb unter Berufung auf die Verfassungsrechtsgüter des Art. 5 GG, vor allem die Grundrechte der Meinungs- und Pressefreiheit sowie der Freiheit der Kunst⁵, erfolgen müssen.

Dem Schrifttum, aber auch dem Gesetzgeber selbst ist die Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle im Gegensatz zu der der Bundesbank nur wenig problematisch gewesen. Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Vertrieb jugendgefährdender Schriften vom 28. Juni 1950 sah keine ausdrückliche Regelung der Weisungsfreiheit vor. Allerdings hieß es in der Begründung zur Bundesprüfstelle: „Die Bundesprüfstelle ist eine selbständige Bundesoberbehörde i.S.d. Art. 87 Abs. 3 GG“. Sie unterliegt der Aufsicht des Bundesministers des Inneren, ist aber in ihrer Spruchpraxis von seinen Weisungen unabhängig.⁶ In seiner Stellungnahme zu dem Entwurf gem. Art. 76 II 2 GG schlug der Bundesrat vor, eine dem heutigen § 10 GjS sehr ähnliche Vorschrift in das Gesetz aufzunehmen. Die Bundesregierung stimmte dem Änderungsvorschlag zu. Der Bundesrat begründete seinen Vorschlag mit folgender Bemerkung: „Entsprechend der Rechtsprechung⁷ zum früheren Reichsgesetz zur Bewahrung der Jugend vor Schund- und Schmutzschriften vom 18. Dezember 1926 soll die Weisungsfreiheit der Mitglieder der Prüfstellen ausdrücklich festgestellt werden, da es sich um quasi richterliche⁸ Stellen handelt.“⁹ In den literarischen Äußerungen hat sich Loening gegen die Verfassungsmäßigkeit der Ministerialfreiheit im Falle der Bundesprüfstelle ausgesprochen¹⁰; soweit in den Darstellungen zum GjS auf das Problem eingegangen wird, findet sich allenfalls der nicht weiter begründete Hinweis, die Weisungsfreiheit sei verfassungsrechtlich geboten¹¹. Ausführlicher hat sich Edith Schreyer in ihrer 1982 erschienenen Untersuchung mit der Bundesprüfstelle befaßt. Sie gelangt zu dem Ergebnis, daß „pluralistische Verwaltungsgre-

6) Daß auch gegenüber Kunstwerken Jugendschutzzinteressen geltend gemacht werden dürfen, ist heute weitgehend anerkannt. Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.1971 – I C 31.68 –, BVerwGE 39, 197 (207 f.); von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 5 Rn. 214 ff m.Nachw.; Schreyer S. 58 m.Nachw.; a.A. etwa Fritz Bauer, JZ 1965, 47. Auch die Gegensicht muß aber eine Entscheidung darüber für erforderlich halten, ob der Kunstvorbehalt des § 1 II Nr. 2 GjS eingreift (vgl. Schreyer S. 56 f.).

7) Wohl ausgehend von diesem Hinweis ist die Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle im älteren Schrifttum vereinzelt mit der „Selbständigkeit“ als Bundesoberbehörde begründet worden. Heute ist anerkannt, daß „Selbständigkeit“ i.S.d. Art. 87 III GG nicht Ministerialfreiheit bedeutet. Vgl. E. Klein, Problematik, S. 140 f. m.w.Nachw.; so zu Recht auch schon Loening, DVBl. 1954, 174, 179; Dittmann, Bundesverwaltung, S. 268 f. hält die Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle gerade wegen „der durch Art. 87 Abs. 3 GG gebotenen Staatlichkeit“ mit dem Grundgesetz nur wegen der Nähe ihrer Tätigkeit zu Art. 5 GG für vereinbar.

8) BT-Drucks. 1/1101 S. 14.

9) Der Nachweis dieser Rechtsprechung, wonach die Prüfstellen weisungsfrei waren, ist dem Verfasser nicht gelungen. Anerkannt war, daß die Strafgerichte die Entscheidungen der Prüfstelle nicht nachprüfen konnten. Vgl. etwa Stenglein, Vorbem. IV zum Schund- und Schmutzgesetz.

10) Ebenso wie der Hinweis auf den beurteilenden Charakter der Entscheidungen der Bundesprüfstelle (Vorbrugg S. 306), handelt es sich bei der Charakterisierung als „quasi richterlich“ um die- wie im zweiten Teil Ziff. 1.4.3 gezeigt nicht überzeugende – Argumentation mit der Natur der Sa- che.

11) BT-Drucks. 1/1101 S. 28.

12) Loening, DVBl. 1954, 179.

13) A. Wahl, Anm. zu § 10 GjS; unter Berufung auf ihn Potrykus, § 10 Rn. 1.

2) Vgl. Schreyer S. 33.

3) Für den nicht bindenden Charakter der Vorschläge auch Potrykus, § 9 GjS Rn. 4.

4) A.A. Schreyer S. 115 ff, die allerdings demokratische Legitimation als „notwendig mit dem Gedanken der Wahl verbunden“ ansieht, eine Auffassung, die selbst die Bundesminister nicht für demokratisch legitimiert ansehen kann. Demgegenüber läßt Papier (DVBl. 1975, 463) offen, ob die Mitglieder der Bundesprüfstelle mittelbar demokratisch legitimiert sind.

5) Zur Problematik dieser Konkretisierung vgl. Fritz Bauer, JZ 1965, 42 ff.

mien im sozial-kulturellen Bereich ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung aus den Grundrechten als Elementen objektiver Ordnung beziehen, und zwar in ihrer Funktion als Schutzmechanismen gegen die Entdifferenzierung der gesellschaftlichen Teilsysteme durch das politische Subsystem.¹⁴ Im Unterschied zur hier vertretenen Auffassung sieht Schreyer allerdings nicht die Durchbrechung der ministeriellen Leitungsbefugnis, sondern die nach ihrer Ansicht fehlende demokratische Legitimation als rechtfertigungsbedürftig an.

Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis ist verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie mit Rücksicht auf die Verfassungsgüter des Art. 5 GG geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist.

Die Eignung der mit § 10 GjS gewählten Lösung, die Bundesprüfstelle weisungsfrei zu stellen, ergibt sich aus den Gefahren, die von einer unmittelbaren Regierungseinfluß unterliegenden Entscheidungstätigkeit über die Beschränkung der Grundrechte des Art. 5 GG ausgehen können. Die historische Erfahrung zeigt, daß der Jugendschutz als Vorwand zur Unterdrückung mißliebiger politischer Auffassungen benutzt werden kann¹⁵. Die im Staate machtausübenden Gruppen können über diese Verwendung des Jugendschutzarguments als Vorwand hinzu auch ein unmittelbares Interesse daran haben, z.B. die Indizierung von Schriften als kriegsverherrlichend im Sinne des § 1 I 2 GjS zurückhaltend oder großzügig zu praktizieren, um entweder die Entwicklung von „Kampfgeist“ in der Jugend nicht zu gefährden oder eine „militaristische Einstellung“ bei der Jugend gar nicht erst aufkommen zu lassen. Auch ohne daß man auf psychoanalytisch begründete Zusammenhänge zwischen sexueller Repression und politischer Unterdrückung zurückgreifen müßte¹⁶, ist nicht zu erkennen, daß der Jugendschutz ein attraktives Betätigungsfeld für vielfältige Interessen und Ideologien ist. Die Weisungsfreiheit der Stelle, die über die Gefährlichkeit von Publikationen usw. im Sinne des Jugendschutzes entscheidet, schließt sicher nicht völlig aus, daß sich die angedeuteten Gefahren realisieren, sie erschwert dies aber stark und macht vor allem die besonders gefährliche Instrumentalisierung dieser Entscheidungen im Sinne der Regierungspolitik unwahrscheinlich.

Ein zum Schutz der Freiheit der Meinungsäußerung und der Kunst vor staatlichen Ingerenzen ebenso geeignetes, aber weniger die Leitungsbefugnis des zuständigen Ministers tangierendes Mittel ist nicht ersichtlich. Vor allem kommt hier ebensowenig wie im Falle der Bundesbank ein Verzicht auf die Weisungsfreiheit bei präziser materiellrechtlicher Regelung in Betracht. Die Eingriffs-tatbestände können wohl kaum präziser gefaßt werden, als dies in § 1 I 1 und 2 GjS geschehen ist. Angesichts ihrer Weite und Unbestimmtheit¹⁷ sind aber Be-

griffe wie „unsittlich“¹⁸ oder „verrohend“ nicht geeignet, die skizzierten Gefahren bei der Handhabung des Gesetzes auszuschließen. Die Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle ist deshalb auch erforderlich.

Das Gewicht des mit der Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle verbundenen Zugriffs auf die Leitungsbefugnis des Ministers beschränkt sich weitgehend darauf, daß der Regierung damit der unmittelbare Einfluß auf die Entscheidungen der Bundesprüfstelle versagt ist. Anders als im Falle der Bundesbank spielen „Fernwirkungen“ der Entscheidungen der Bundesprüfstelle keine große Rolle. Der bei der Abwägung, wie sie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist, anzusetzende Schaden ist also nicht sehr groß.

Die in § 10 GjS getroffene Regelung bewirkt über den erwähnten Schutz für die bedeutsamen Grundrechte des Art. 5 GG hinaus noch weiteren Nutzen für die Verfassungsgüter des Art. 5 GG, indem sie die Akzeptanz der Entscheidungen der Bundesprüfstelle verbessert¹⁹. Die Tätigkeit der Bundesprüfstelle dürfte von den Gruppen²⁰, deren Vertreter dort mitarbeiten, öffentlich sehr viel weniger Kritik erfahren, als dies bei einer üblichen Behördenentscheidung der Fall wäre, weil stets zugleich die eigenen Vertreter mitkritisiert werden müßten, aber auch, weil das Vertrauen in die Richtigkeit von Entscheidungen unter eigener Mitwirkung größer ist²¹. Zweifel an der Sachqualifikation der Entscheidungen der Bundesprüfstelle werden durch die den entsendenden Gruppen bekannte Sachkunde²² der Mitglieder ausgeräumt oder kommen gar nicht auf²³. Eine von möglichst breitem Konsens getragene Entscheidungspraxis ist sicher eher als eine ständig umstrittene geeignet, die Publikation jugendgefährdender Medien von vornherein zu verhindern²⁴, aber auch dazu angetan, Befürworter des Jugendschutzes von Polemik gegen die Verbreitung von Schriften abzuhalten, die die Bundesprüfstelle als unbedenklich eingeschätzt hat. Diese Akzeptanzwirkungen könnten bei einem weisungsabhängigen Gremium gleicher Zusammensetzung, auch wenn die entsandten Gruppen zur Mitarbeit in einem solchen Gremium bereit wären, allenfalls sehr viel schwächer erreicht werden, weil für die Adressaten der Prüfstellenentscheidungen in jedem Einzelfall Unsicherheit darüber bestünde, ob die Gruppenrepräsentanten mit ihrer Sachkunde oder einer ministerielle Weisung ausschlaggebend gewesen wäre.

Für die Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften

18) Vgl. etwa *Fritz Bauer*, JZ 1965, 42 ff.

19) Auf den Zusammenhang zwischen Weisungsfreiheit und Akzeptanz hat das BVerfG bereits in seinem Beschl. v. 20.6.1967 – 2 BvL 10/64 –, BVerfGE 22, 107 (113) über die Verfassungsmäßigkeit der Steuerausschüsse hingewiesen; in diesem Sinne andeutungsweise auch *Riedel*, § 10 GjS Anm. 2 und Einl. Ziff. 5 c.

20) Zur unterschiedlichen Art der Interessen und der Betroffenheit dieser Gruppen vgl. *Dagtaglou*, Der Private in der Verwaltung, S. 30.

21) In diese Richtung *Schreyer* S. 146 f.

22) Vgl. dazu auch BVerwG, Urt. v. 14.12.1971 – I C 31.68 –, BVerwGE 39, 197 (204) und *Bachof*, JZ 1972, 209.

23) Mit dem Hinweis auf die Mitentscheidung der Gruppenvertreter, die mit Zwei-Drittel-Mehrheit entscheiden, weist etwa *W. Becker*, GjS, S. 22 Kritik an Entscheidungen der Bundesprüfstelle zurück.

24) Dazu vgl. *Hauff*, ZblJugR 1980, 277 f.

14) S. 173 unter Hinweis auf *Luhmann*.

15) *Mertner/Mainusch* S. 56; daß diese Gefahr auch in der freiheitlich-liberalen Gesellschaft der Bundesrepublik besteht, zeigen die offenbar ernst gemeinten Ausführungen von *Hauff* (ZblJugR 1980, 276), wo es u.a. heißt: „Schriften, die die Mütter von der Kindererziehung weglocken, können sich als gefährlicher erweisen als manche unsittlichen Bilder.“

16) Vgl. etwa *Glaser* S. 156; *Marcuse*, passim.

17) Vgl. dazu *Schreyer* S. 52 ff.

läßt sich somit konstatieren, daß ihr Nutzen für die Verfassungsgüter des Art. 5 GG sehr viel stärker wiegt als die damit verbundene Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis gem. Art. 65 S. 2 GG. Die Regelung ist also nicht nur geeignet und erforderlich, sondern auch verhältnismäßig und entspricht damit dem Übermaßverbot²⁵.

1.3 Der Bundespersonalausschuß

Gem. § 95 BBG wird „zur einheitlichen Durchführung der beamtenrechtlichen Vorschriften“ ein Bundespersonalausschuß errichtet, „der seine Tätigkeit innerhalb der gesetzlichen Schranken unabhängig und in eigener Verantwortung ausübt.“ Nicht nur der Ausschuß als ganzer, sondern auch seine Mitglieder sind „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“ (§ 97 I 1 BBG). Sie dürfen wegen ihrer Tätigkeit im Bundespersonalausschuß dienstlich nicht gemäßregelt oder benachteiligt werden (§ 97 II BBG). Mitglieder des Bundespersonalausschusses sind gem. § 96 II BBG: als Vorsitzender der Präsident des Bundesrechnungshofs; ständiges Mitglied ist weiter der Leiter der Beamtenrechtsabteilung des Bundesinnenministeriums; die weiteren fünf Mitglieder, die sämtlich Bundesbeamte sein müssen, ernennt der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundesministers des Innern für vier Jahre. Eines von ihnen muß Leiter der Personalabteilung einer anderen obersten Bundesbehörde sein. Drei von ihnen schlägt der Bundesminister des Innern „aufgrund einer Benennung durch die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften“ vor (§ 96 III BBG).

Diese Regelung geht auf die Verordnung über den Bundespersonalausschuß vom 15. Juni 1950 zurück, die aufgrund eines alliierten Einspruchs gegen die Regelungen des Vorläufigen Beamtengesetzes entstand. Pate für die Schaffung einer unabhängigen Stelle in der Personalverwaltung haben wohl vor allem angelsächsische Vorbilder gestanden². Die Zweckmäßigkeit einer solchen Einrichtung und die Grenzen ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit war einer der Schwerpunkte in den Beratungen der öffentlich-rechtlichen Abteilung des 39. Deutschen Juristentages in Stuttgart³. *Wilhelm Grewe* äußerte in seinem Referat nicht nur schwere Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines unabhängigen Personalamtes⁴, sondern bezog diese auch auf die im Entwurf bereits vorliegenden Vorschriften des Bundesbeamtengesetzes über den Bundes-

25) Im Ergebnis wie hier: *Dagtoglou*, Der Private in der Verwaltung, S. 156 N. 48; *Füsslein* S. 332; *Vorbrugg* S. 306; *E. Klein*, Problematik, S. 186 f.; *Dittmann*, Bundesverwaltung, S. 268 f.; ohne Bedenken auch *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, S. 286; *W. Müller*, JuS 1985, 501; BVerwG, Urt. v. 16.12.1971 – I C 31.68 –, BVerwGE 39, 197 (204); BVerfG, Beschl. v. 23.3.1971 – 1 BvL 25/61 –, BVerfGE 30, 336 ff.

1) BGBl. S. 216.

2) Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Distel/Selge*, BBG, Vorbem. vor Abschn. IV; *Fischbach*, BBG, FN 1 zu Abschn. IV; *Bochall*, Vorbem. vor § 95.

3) Knapper Überblick über die Diskussion bei *Fischbach*, ZBR 1954, 235.

4) *Grewe*, 39. DJT, S. D 24

personalausschuß⁵. Die Mehrzahl der Stimmen auf dem Stuttgarter Juristentag war anderer Meinung⁶. Dasselbe gilt vom späteren Schrifttum⁷; vor allem die Rechtsprechung ist *Gewe* nicht gefolgt⁸. Allerdings ist die Kritik immer wieder aufgeflackert⁹ und das Land Hessen hat die §§ 61 f. BRRG, die eine unabhängige Stelle nach dem Vorbild des Bundespersonalausschusses für jedes Land vorschreiben, bis heute wegen verfassungsrechtlicher Bedenken unbeachtet gelassen, ohne daß dies bundesaufsichtlich oder durch die Rechtsprechung gerügt worden wäre¹⁰.

Die verfassungsrechtlichen Zweifel beziehen sich nicht auf die Wahrnehmung von Mitwirkungs-, Äußerungs- und Vorschlagszuständigkeiten durch den Bundespersonalausschuss (§ 98 I Nr. 1, 2, 4, 5 BBG), sondern auf seine Entscheidungsbefugnisse, bei denen sich zwei Gruppen unterscheiden lassen: Die Inanspruchnahme von nicht oder nur in geringem Umfang an weitere materielle Voraussetzungen geknüpften Ausnahmeregelungen von einer Reihe beamtenrechtlicher Vorschriften ist an eine zustimmende Entscheidung des Bundespersonalausschusses gebunden (§ 98 I Halbs. 1 BBG). Im einzelnen handelt es sich um den Verzicht auf die Stellenausschreibung (§ 8 II 2 BBG), die Feststellung der Befähigung für andere als Laufbahnbewerber (§ 21 S. 2 BBG), die Verkürzung der Probezeit solcher Bewerber (§ 22 II 2 BBG), die Sprungbeförderung (§ 24 S. 3 BBG) und die Verschiebung des Eintritts in den Ruhestand (§ 41 II BBG). Die zweite Gruppe von Entscheidungen des Bundespersonalausschusses betrifft „die allgemeine Anerkennung von Prüfungen“ (§ 98 I Nr. 3 BBG). Wenn im Anschluß an die demokratische Legitimation der Mitglieder des Bundespersonalausschusses (Ziff. 1.3.1) auf die Zulässigkeit der Durchbrechung der ministeriellen Leitungsbefugnis eingegangen wird (Ziff. 1.3.2), sollen die beiden Arten von Entscheidungsrechten des Bundespersonalausschusses gesondert betrachtet werden.

5) Grewe, 39. DJT, S. D 25: „Diese Überlegungen werden auch bei der Prüfung des Regierungsentwurfs des Bundesbeamten gesetzes noch eine Rolle spielen müssen.“

6) Vgl. die Diskussionbeiträge von *Fels* D 132, *Merten* D 132, *Oppermann* D 133, *Küster* D 134 f., *Bachof* D 135 f.

8) BVerwG, Urt. v. 19.1.1967 – VI C 73.64 –, BVerwGE 26, 31 (39 f., 44 f.); Urt. v. 19.3.1969 – VI C 54.64 –, BVerwGE 31, 345 (357); Urt. v. 12.2.1981 – 2 C 2.79 –, ZBR 1982, 156 f.

9) Loening, DVBL 1954, 177 f.; von der Groeben, VerwArch 1958, 238; Dagdiglou, Der Private in der Verwaltung, S. 155; ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Bundespersönalausschuss von Münch, in: Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 156.

10) Atorf, HöD Sp. 1157; Crisolli/Schwarz, Vorbem. vor § 111 des Hessischen Beamten gesetzes.

1.3.1 Die demokratische Legitimation der Mitglieder des Bundespersonalausschusses

Soweit die Mitglieder des Bundespersonalausschusses vom Bundespräsidenten auf Vorschlag des Bundesministers des Innern für vier Jahre ernannt werden, bestehen gegen ihre demokratische Legitimation keine Bedenken. Das gilt auch, soweit der Minister den Vorschlag aufgrund „einer Benennung durch die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften“ zu machen hat. Nach einhelliger Auffassung handelt es sich bei der „Benennung“ nicht um einen bindenden Vorschlag. Soweit mehrere Beamte benannt worden sind, kann der Minister auswählen und er kann Vorschläge zurückweisen¹¹. Die Möglichkeiten der Personenauswahl sind damit theoretisch unbegrenzt und auch praktisch wohl eher größer als bei der Auswahl des Personalabteilungsleiters einer obersten Bundesbehörde¹².

Der Leiter der Personalrechtsabteilung des Bundesinnenministeriums ist zwar qua Amt und damit nicht auf Zeit Mitglied des Bundespersonalausschusses¹³. Den Anforderungen aus Art. 20 II GG hinsichtlich der zeitlichen Komponente der Berufung in das Amt ist aber deshalb genügt, weil er in seinem Hauptamt und damit auch als Mitglied des Bundespersonalausschusses (§ 97 I BBG) jederzeit abberufbar ist¹⁴, denn er ist nicht nur jederzeit in ein anderes Amt umsetzbar, sondern gehört auch zu den sogenannten politischen Beamten, die jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können¹⁵.

Anders der Präsident des Bundesrechnungshofs als Vorsitzender des Bundespersonalausschusses. Er ist auf Lebenszeit bestellt und nicht jederzeit abberufbar. Mit dem Hinweis auf Art. 114 II 1 GG lässt sich dieser Verstoß gegen den Grundsatz der demokratischen Legitimation nicht rechtfertigen; diese Vorschrift bezieht sich nämlich nur auf das Hauptamt als Mitglied des Bundesrechnungshofs. Die Gesetzesbegründung hat für die angeordnete Personalunion die Überlegung angeführt, sie biete „die volle Gewähr für eine wirklich objektive Personalkontrolle“ und beuge „zugleich den Gefahren vor, die sich aus der Schaffung einer selbständigen Kontrollbehörde ergeben können“; hinzu komme, „daß der Rechnungshof ohnehin in personalwirtschaftlicher Hinsicht Prüfungen vorzunehmen“ habe, seine Tätigkeit sich also insoweit mit der des Bundespersonalausschusses eng berühre¹⁶. Mit diesen Hinweisen lässt sich möglicherweise begründen, daß ein Mitglied des Bundesrechnungshofs den Vorsitz im Bundespersonalausschuß haben muß, nicht aber, daß dies notwendig der Präsident des Bundesrechnungshofs ist. Insoweit hätte eine Eingrenzung des

11) Vgl. *Bochalli*, § 96 Nr. 2; *Plog/Wiedow/Beck*, § 96 Rn. 3; *Battis*, § 96 BBG Nr. 2; *Ule*, Beamtenrecht, Anm. zu § 96 BBG.

12) A.A. *Gießen* S. 147 (ihm folgend *Kröger*, *Festschrift Mallmann*, S. 162), der allerdings irrtümlich von einer Ernennung durch die Gewerkschaften ausgeht.

13) Rechtspolitische Kritik an dieser Regelung bei *Deppisch*, DÖV 1954, 243.

14) So auch *Jenke* S. 112, 117.

15) Vgl. § 36 I Nr. 1 BBG und die Anlage I zum BBesG.

16) BT-Drucks. 1/2846 S. 34; ähnlich *Eckstein*, ZBR 1955, 9; *Bochalli*, § 96 BBG Nr. 2; *Battis*, § 97 BBG Nr. 2.

Vorschlagsrechts des Bundesinnenministers auf die Mitglieder des Bundesrechnungshofs also genügt. Wollte man auch die Gefahren für die persönliche Unabhängigkeit bannen, die sich aus dem Wunsch, wiederberufen zu werden, ergeben können, hätte man für den Vorsitzenden des Bundespersonalausschusses die Wiederberufung ausschließen können¹⁷, wobei er durchaus auf eine längere Zeit als vier Jahre berufen werden könnte¹⁸. Die Ziele der gewählten Regelung wären demnach durchaus auf anderem Wege ohne Verstoß gegen den Grundsatz der demokratischen Legitimation erreichbar gewesen. Vom Vorsitzenden abgesehen sind die Mitglieder des Bundespersonalausschusses also demokratisch legitimiert.

1.3.2 Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit des Bundespersonalausschusses

Bevor näher darauf eingegangen wird, ob die weisungsfreie Entscheidung über Ausnahmen von beamtenrechtlichen Bestimmungen (Ziff. 1.3.2.1) und die Entscheidung über die allgemeine Anerkennung von Prüfungen (Ziff. 1.3.2.2) durch den Bundespersonalausschuß mit Rücksicht auf ein anderes Verfassungsgut mit Art. 65 S. 2 GG vereinbar sind, sei klarstellend darauf hingewiesen, daß das Ziel der „einheitlichen Durchführung der beamtenrechtlichen Vorschriften“ (§ 95 BBG) nicht bestimmend für die Weisungsfreiheit des Bundespersonalausschusses sein kann; diesem Ziel wäre durch eine Stelle, die die Zuständigkeiten des Bundespersonalausschusses in Weisungsabhängigkeit von einem Minister wahrgenommen hätte, in gleicher Weise gedient. Die Formulierung „zur einheitlichen Durchführung der beamtenrechtlichen Vorschriften“ in § 95 BBG bezieht sich vielmehr auf die Bildung eines einzigen Bundespersonalausschusses anstelle der Errichtung mehrerer, etwa bei jeder obersten Bundesbehörde. Der Einheitlichkeit der Gesetzesanwendung wird durch die Entscheidungszuständigkeit einer einzigen Stelle gedient; dies könnte auch ein durch seine Weisungen letztentscheidender Minister sein¹⁹.

1.3.2.1 Die Entscheidung über Ausnahmen von beamtenrechtlichen Bestimmungen

Bei der Schaffung der Ausnahmebestimmungen, die eine Entscheidung des Bundespersonalausschusses vorsehen, bewegte sich der Gesetzgeber in einem wegen Art. 33 V GG²⁰ verfassungsrechtlich sensiblen Bereich. Bei § 24 BBG bei-

17) So § 4 II BVerfGG für die Bundesverfassungsrichter.

18) Womit auch dem Wunsch nach Kontinuität Rechnung getragen würde (dazu *Plog/Wiedow/Beck*, § 96 BBG Rn. 2).

19) Anders wohl *Plog/Wiedow/Beck*, Vorbem. vor § 95 BBG Rn. 2; *Scheerbarth/Höffken* S. 179.

20) Art. 33 V GG enthält allerdings unmittelbar keine Regelung über die Weisungsfreiheit des Bundespersonalausschusses. So richtig *E. Klein*, Problematik, S. 126; a.A. wohl *Oppler*, 39. DJT D 133; ähnlich wohl auch *Ule*, Grundrechte IV, S. 642 f.. Gegen die Annahme eines entsprechenden hergebrachten Grundsatzes zu Recht *Atorf*, HöD Sp. 1155.

spielsweise war das Laufbahnprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtenstums²¹ zu berücksichtigen; die Zulassung der Sprungbeförderung durchbricht das Laufbahnprinzip. Wird die Sprungbeförderung nicht allein in die Entscheidung des Dienstherrn gestellt, sondern zusätzlich an die Zustimmung des durch diesen Dienstherrn nicht beeinflußbaren Bundespersonalausschusses gebunden, ist damit eine zusätzliche Sicherung für die Wahrung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenstums geschaffen²². Die Einschaltung des Bundespersonalausschusses, der weisungsfrei mitentscheidet, ist also zum Schutz dieser hergebrachten Grundsätze geeignet.

Als Alternative zur Mitentscheidung²³ des weisungsfreien Bundespersonalausschusses kann man an eine gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung denken, die allerdings mangels Interesses des Dienstherrn oder des jeweils Begünstigten an der Einschaltung der Gerichte als Konkurrenten- oder Verbandsklage ausgestaltet sein müßte. Gegen eine solche Regelung sprechen die Nachteile einer nachträglichen Kontrolle personalwirtschaftlicher Entscheidungen; die mit einer langdauernden gerichtlichen Auseinandersetzung verbundene Unsicherheit müßte eine große Belastung nicht allein für die Betroffenen darstellen. Hinzu kommt die Schwierigkeit einer gerichtlichen Kontrolle aufgrund der sehr reduzierten Maßstäbe: §§ 8 II 2, 22 II, 24 BBG enthalten außer der Festlegung, daß es sich um „Ausnahmen“ handeln muß, keine sachlichen Voraussetzungen, bei § 41 II BBG („dringende dienstliche Rücksichten“, „im Einzelfall“) und auch bei § 21 S. 2 i.V.m. § 7 I Nr. 3 b BBG sind die Tatbestandsmerkmale von großer Weite und dementsprechend schwer nachprüfbar. An der Aufgabe festzustellen, ob es sich bei einer Entscheidung um eine „Ausnahme“ oder einen „Einzelfall“ handelt, muß jede Kontrollinstanz scheitern, die nur einzelne und nicht wie der Bundespersonalausschuß alle Fälle kennt. Der Verzicht auf die Einschaltung des Bundespersonalausschusses zugunsten einer gerichtlichen Kontrolle wäre also keine geeignete Alternativlösung²⁴.

Denkbar wäre auch eine stärkere materielle Bindung durch genauere Tatbestandsfassung der Ausnahmeregelungen. Im Hinblick auf den Schutz der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenstums wäre diese Lösung vielleicht ebenso geeignet wie die vom Gesetzgeber gewählte. Diese Lösung hätte im Hinblick auf die personalpolitischen Handlungsmöglichkeiten im Rahmen der ministeriellen Ressortleitung jedoch andere Nachteile: die genauere gesetzliche Festlegung der Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Ausnahmeregelungen würde dem Minister, soweit die Ausnahmen zulässig wären, zwar einen ohne

Beteiligung des Bundespersonalausschusses ausfüllbaren Freiraum eröffnen, den außerhalb des tatbestandlich beschriebenen Ausnahmebereichs liegenden Raum aber völlig versperren²⁵.

Man wird der Regelung des Bundesbeamtengesetzes insoweit zugestehen müssen, daß der Ausgleich im Sinne einer Optimierung widerstreitender Verfassungspositionen recht gut gelungen ist²⁶. Die Regelung gestattet im Sinne der Leistungsbefugnis gem. Art. 65 S. 2 GG Ausnahmen, die die Flexibilität des Handelns der ministeriellen Ressortleitung erhöhen und räumt damit „Sonderkompetenzen“ ein, die zu Recht als sehr bedeutsame Mittel der politischen Gestaltung bezeichnet worden sind²⁷. Sie schafft aber durch die Einschaltung des weisungsfreien Bundespersonalausschusses zugleich die Bedingungen dafür, daß Ausnahmen Ausnahmen bleiben²⁸, der damit erreichte Schutz für die Grundsätze des Berufsbeamtenstums wiegt verfassungsrechtlich ebenfalls schwer und könnte durch eine weisungsabhängige Stelle wohl nicht erreicht werden²⁹.

1.3.2.2 Die allgemeine Anerkennung von Prüfungen

Wenig Beachtung hat im Schrifttum bisher die Entscheidungszuständigkeit des Bundespersonalausschusses über die allgemeine Anerkennung von Prüfungen gefunden. Unter „Prüfungen“ i.S.d. § 98 I Nr. 3 BBG wird man Laufbahnprüfungen verstehen müssen³⁰. Bei isolierter Betrachtung würde man auch hier vielleicht anerkennen können, daß die Entscheidung über die allgemeine Anerkennung solcher Prüfungen durch den weisungsfrei entscheidenden Bundespersonalausschuß geeignet ist, das Leistungsprinzip als einen der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenstums³¹ zu schützen³², und daß eine Regelung im Gesetz oder eine präzisere Beschreibung der Voraussetzungen für eine solche allgemeine Anerkennung von Prüfungen nicht möglich war.

Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 65 GG löst aber ein Blick auf die Zuständigkeiten aus, die im übrigen für die Festlegung der Laufbahnanforderungen bestimmt sind: § 15 BBG ermächtigte die Bundesregierung zum Erlaß von Vorschriften über die Laufbahnen der Beamten durch Rechtsverord-

25) Kritik am Fehlen von rechtlichen Maßstäben für die Arbeit des Bundespersonalausschusses (Vorbrugg S. 131) geht deshalb fehl. Gäbe es diese präziseren Maßstäbe, wäre der Bundespersonalausschuß überflüssig.

26) Verfehlt ist jedoch die Unterscheidung (Fischbach, ZBR 1954, 236) des Ministerialsystems als formale Gestaltung und der hergebrachten Grundsätze als eines „verfassungsrechtlichen Ziels“. Auch Art. 65 S. 2 GG gewährleistet eine Form, die wie die hergebrachten Grundsätze nach Art. 33 V GG materiellen Zielen dient.

27) Vorbrugg S. 151; vgl. auch Mertens, 39. DJT, S. D 131.

28) Vgl. Eckstein, ZBR 1955, 8.

29) Ähnlich Vorbrugg S. 300 ff.; vgl. auch R. Kriele, DÖV 1953, 659 sowie Leisner, Mitbestimmung, S. 51.

30) Plog/Wiedow/Beck, § 98 BBG Rn. 9; BVerwG, Urt. v. 11.6.1969 – OTC 61.65 –, BVerwGE 32, 148 (153 f.).

31) Vgl. Stern, Staatsrecht I, § 11 III 4 g.

32) Jenke (S. 107) glaubt allerdings, daß hier kaum ein „Eingriffsfeld für mögliche sachfremde Einflüsse“ liegt.

21) Vgl. etwa Stern, Staatsrecht I, § 11 III 4 g.

22) Zu den Gefahren vgl. etwa Fischbach, ZBR 1954, 233 („Protektionswirtschaft“), Jenke S. 106 („wohl gegen politisch geförderte Personen“) oder Plog/Wiedow/Beck (Vorbem. zu § 95 Rn. 2) „unsachliche Einflüsse“; das BVerwG spricht von „Ressortdenken“ (Urt. v. 19.1.1967 – VI C 73.64 –, BVerwGE 26, 29 (38); siehe dazu auch Bochall, Vorbem. vor § 95 BBG).

23) Zur bloß mitentscheidenden Funktion des Bundespersonalausschusses vgl. BVerwG, Urt. v. 19.1.1967 – VI C 73.64 –, BVerwGE 26, 31 (44 f.); Urt. v. 19.3.1969 – VI C 54.64 –, BVerwGE 31, 345 (357) spricht von „praktisch auf ein Vetorecht beschränkter Mitwirkung“; siehe auch Kipp, DÖV 1957, 516.

24) Siehe dazu Füsslein S. 340.

nung. Diese Vorschriften bestimmen gem. § 15 a II Nr. 1 BBG, welche Bildungs-gänge und Prüfungen die Voraussetzungen für die Laufbahn erfüllen. Gem. § 2 IV 1, 2 Nr. 1 b BLV treffen die obersten Dienstbehörden im Einvernehmen mit dem Bundesinnenminister und unter Mitwirkung des Bundespersonalausschusses u.a. die Regelungen über die Ziele, die Gliederung und die allgemeinen Inhalte der Ausbildung und Prüfung. Warum die allgemeine Anerkennung der Gleichwertigkeit von Prüfungen unabhängig von der politischen Ressortspitze weisungsfrei erfolgen soll, während die Festlegung der Prüfungsanforderungen selbst, die ja den Maßstab für die Gleichwertigkeitsprüfung abgeben, eben dieser politischen Ressortspitze, wenn auch unter Beteiligung des Bundespersonalausschusses überlassen bleibt, ist nicht erkennbar. Die Anerkennung von Prüfungen im Einzelfall bleibt in der Verantwortung des jeweiligen Ministers³³, während die allgemeine Anerkennung von Prüfungen, die doch sehr viel weniger in der Gefahr stehen dürfte, als Gefälligkeitsentscheidung oder mit Blick auf kurzfristige Opportunitäten vorgenommen zu werden, dem Bundespersonalausschuss übertragen wird. Die hinter § 98 I Nr. 3 BBG stehenden Wertungen des Gesetzgebers erscheinen deshalb als widersprüchlich; die damit verbundene Beschränkung der Ressortleitungsbefugnis gem. Art. 65 S. 3 GG kann nicht mit den Vorteilen dieser Regelung für ein anderes Verfassungsgut gerechtfertigt werden und steht deshalb im Widerspruch zum Grundgesetz.

1.4 Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer und Musterungsausschüsse

Bis zur Neuregelung des Anerkennungsverfahrens durch das Kriegsdienstverweigerungsgesetz (KDVG) vom 28. Februar 1983¹, die für den Regelfall dem Bundesamt für den Zivildienst die Zuständigkeit für die Entscheidung über das Vorliegen der Gewissensgründe gem. Art. 4 III GG übertrug, regelte das Wehrpflichtgesetz die damaligen Prüfungsausschüsse für Kriegsdienstverweigerer in seinem § 26, wobei es teilweise auf die Vorschriften über die Musterungsausschüsse (§ 18 f WPflG) verwies. In den Erörterungen des Schrifttums über die Weisungsfreiheit dieser Ausschüsse wurden die Prüfungsausschüsse für Kriegsdienstverweigerer und die Musterungsausschüsse deshalb meist in einem Atemzug genannt. So hat etwa das Bundesverwaltungsgericht in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf eine Klage gegen eine Musterungskammer nicht allein zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen über die Musterungsausschüsse und -kammern, sondern auch zur Vereinbarkeit der Bestimmungen über die Prüfungsausschüsse und -kammern mit dem Grundgesetz Stellung genommen². Seitdem sind Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Regelungen soweit ersichtlich nicht mehr laut geworden.

33) Vgl. *Plog/Wiedow/Beck*, § 98 Rn. 9.

1) BGBl. I, S. 203.

2) BVerwG, Urt. v. 23.5.1958 – VII C 218.57 –, BVerwGE 7, 66 (72 ff); das Schwergewicht der Ausführungen liegt allerdings bei den Erörterungen zur Zulässigkeit der Beschränkungen des Rechtswesens; vgl. auch *Bachof*, Wehrpflichtgesetz, S. 47 f.; *Vorbrugg* S. 306; differenzieren will *Gross* (JZ 1958, 71), der die Weisungsfreiheit der Prüfungsausschüsse für Kriegsdienstverweigerer wegen des „politischen Gewichtes“ der Entscheidung nicht für mit der Verfassung vereinbar hält.

Hier soll gesondert für die Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer nach dem KDVG (Ziff. 1.4.1) und für die Musterungsausschüsse (Ziff. 1.4.2) erörtert werden, ob sie nach den in dieser Untersuchung entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäben mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

1.4.1 Die Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer

Die Bildung und die Zuständigkeit der Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer regelt § 9 KDVG. Die Ausschüsse bestehen aus einem vom Bundesverteidigungsminister bestellten Vorsitzenden und zwei Beisitzern. Die Beisitzer werden von den durch Rechtsverordnung der Landesregierung bestimmten Vertretungen der Kreise und kreisfreien Städte gewählt. In Nordrhein-Westfalen sind dies die Vertretungen der Kreise und kreisfreien Städte, für deren Gebiet die Ausschüsse zuständig sind³. Die Amtsdauer bestimmt der Bundesminister der Verteidigung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates (§ 16 I KDVG). Sie beträgt vier Jahre⁴. Die Mitglieder der Ausschüsse sind an Weisungen nicht gebunden (§ 9 V 1 KDVG)⁵.

Die Ausschüsse entscheiden, vereinfacht gesagt, über die Anerkennung von Kriegsdienstverweigerern in allen Fällen, in denen nicht das Bundesamt für den Zivildienst gem. §§ 4 I, 5, 6 KDVG entscheidet. Die Ausschüsse sind zuständig für die Entscheidung über

- Anträge von Soldaten (§ 9 I 1 KDVG),
- Anträge von ungedienten Wehrpflichtigen, die zum Wehrdienst einberufen sind (§ 9 I 1 KDVG),
- Anträge von ungedienten Wehrpflichtigen, die benachrichtigt sind, daß sie als Ersatz für Ausfälle kurzfristig einberufen werden können (§ 9 I 1 KDVG),
- Anträge von gedienten Wehrpflichtigen (§ 9 I 1 KDVG),
- erneute Anträge nach rechtskräftiger oder unanfechtbarer Entscheidung über einen Antrag oder nach Rücknahme eines Antrages (§ 9 I 2 i.V.m. § 4 II KDVG),
- Anträge von ungedienten Wehrpflichtigen, die nicht einberufen oder schriftlich benachrichtigt sind, daß sie als Ersatz für Ausfälle kurzfristig einberufen werden können, wenn äußere Tatsachen Zweifel an der Wahrheit der Angaben des Antragstellers begründen (§ 9 I 2 i.V.m. § 7 KDVG),
- Anträge im Spannungs- oder Verteidigungsfall (§ 9 I 2 i.V.m. § 8 KDVG).

Gegen die Entscheidungen der Ausschüsse stehen nicht nur dem Antragsteller,

3) § 2 AV WPflG/KDVG.

4) § 3 KDVG.

5) Die Weisungsfreiheit soll sich allein auf die zu treffende Entscheidung, nicht jedoch auf den Dienstbetrieb beziehen (*Grau*, SKV 1972, 142); vgl. dazu auch *Brech*, § 9 KDVG Rn. 5; *Fritz/Baumüller/Brunn*, § 9 KDVG Rn. 52.

sondern auch dem Kreiswehrersatzamt und der Wehrbereichsverwaltung Rechtsbehelfe zu.

1.4.1.1 Die demokratische Legitimation der Ausschußmitglieder

Die Vorsitzenden der Ausschüsse werden gem. § 9 II 1 KDVG vom Bundesminister der Verteidigung bestimmt. Mangels anderweitiger Festlegungen im Gesetz ist davon auszugehen, daß der Bundesverteidigungsminister jederzeit einen neuen Vorsitzenden berufen und den bisherigen abberufen kann⁶. Die Beisitzer werden durch die kommunalen Vertretungen auf Zeit gewählt (§ 9 III KDVG i.V.m. § 16 I KDVG). Da sowohl der Bundesverteidigungsminister als auch die kommunalen Vertretungen ihrerseits demokratisch ausreichend legitimiert sind, bestehen gegen die demokratische Legitimation aller Ausschußmitglieder keine Bedenken.

1.4.1.2 Die Beschränkung der ministeriellen Leistungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit der Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer

Das Grundrecht des Art. 4 III GG steht und fällt mit der Ausgestaltung der Entscheidung über das Vorliegen der Gewissensgründe gegen den Kriegsdienst mit der Waffe. Ist ein Anerkennungsverfahren vorgesehen, ist die Realisierung des Grundrechts in hohem Maße von der Ausgestaltung dieses Verfahrens abhängig⁷. Der Ersatzdienst, den der Kriegsdienstverweigerer zu leisten hat, ist nach der Regelung des Art. 12 a GG „Surrogat, nicht Alternative.“⁸ Nur weil der Staat eigentlich den Wehrdienst für notwendig hält, stellt sich die Frage der Kriegsdienstverweigerung und ist sekundär⁹ ein Ersatzdienst vorgesehen. Bei dieser Verfassungsrechtslage ist der Staat bei der Entscheidung über das Vorliegen der Gewissensentscheidung notwendig Partei: er will die Leistung des Wehrdienstes, nicht die Kriegsdienstverweigerung.

Jede Einflußmöglichkeit des zuständigen Ministers auf die Entscheidung über den Anerkennungsantrag birgt deshalb die Gefahr, daß sie genutzt wird, die Notwendigkeiten der Verteidigung, um derentwillen der Wehrdienst ja angeordnet ist, in die Entscheidung über das Vorliegen der Gewissensentscheidung,

auf die es nach Art. 4 III GG allein ankommt, einfließen zu lassen oder ihnen durch die Gestaltung des Verfahrens Geltung zu verschaffen¹⁰. Die Weisungsfreiheit der Ausschüsse erscheint deshalb als zum Schutz des Grundrechts aus Art. 4 III GG geeignet. Andere, die Leistungsbefugnis des Ministers weniger tangierende Lösungen als die Weisungsfreiheit des Entscheidungsträgers sind nicht ersichtlich. Die Einbuße für die ministerielle Leistungsbefugnis erscheint auch nicht unverhältnismäßig. Der personelle Zugriff auf den Vorsitzenden und die Möglichkeit, gegen die Entscheidungen der Ausschüsse Rechtsbehelfe einzulegen, mildern die Beschränkung der Einflußmöglichkeiten der politischen Ressortspitze. Für die Weisungsfreiheit der Stelle, die über die Anerkennung zu entscheiden hat, spricht neben dem erwähnten Schutz vor Einflußnahmen auf die Sachentscheidung auch der Umstand, daß vom Anerkennungsverfahren psychologische Wirkungen ausgehen können. Die Überlegung, daß die Notwendigkeit, zum inneren Persönlichkeitsbereich gehörende Erwägungen, Gedanken und Einstellungen vor einem Gremium ausführlich darlegen zu müssen, dem es möglicherweise auf diese Darlegungen wegen erteilter Weisungen nicht ankommen kann, oder daß wenigstens in der Beurteilung dieser Darlegungen nicht frei ist, Abschreckungswirkung haben kann, ist nicht völlig von der Hand zu weisen¹¹. Der eine oder andere mag vielleicht trotz entgegenstehender Gewissensentscheidung lieber den Wehrdienst leisten, als ein solches Verfahren durchzustehen. Vor allem ist es aber der hohe Stellenwert des Grundrechts aus Art. 4 III GG, der die in der Weisungsfreiheit der Ausschüsse liegende Beschränkung der ministeriellen Leistungsbefugnis rechtfertigt¹².

1.4.2 Die Musterungsausschüsse

Die Entscheidung, ob ein ungedienter Wehrpflichtiger für den Wehrdienst zur Verfügung steht, treffen gem. §§ 18 I 1, 16 II WPflG bei den Kreiswehrersatzämtern gebildete Musterungsausschüsse. Die Verfügbarkeitsentscheidung bezieht sich zum einen auf die Tauglichkeit (§ 17 IV WPflG), zum anderen auf das Vorliegen eventueller Wehrdienstausnahmen (§ 9 ff WPflG)¹³. Die Musterungsausschüsse sind mit dem Leiter des Kreiswehrersatzamtes oder seinem Vertreter als Vorsitzendem sowie zwei Beisitzern besetzt (§ 18 II WPflG). Einer der beiden Beisitzer wird von der Landesregierung oder einer von ihr bestimmten Stelle benannt (§ 18 II WPflG), in Nordrhein-Westfalen nehmen die Hauptverwaltungsbeamten der Kreise und kreisfreien Städte oder deren Beauftragte diese Aufgabe

6) A.A. Brecht, der annimmt, der Vorsitzende müsse „für diese Tätigkeit auf Dauer abgestellt werden. Ansonsten wäre die Unabhängigkeit des Vorsitzenden nicht gewährleistet.“ (Kommentar § 9 Anm. 3). Fritz/Baumüller/Brunn (§ 9 Rn. 27 f.) gehen demgegenüber davon aus, daß der Einfluß der Bundeswehrverwaltung auf die Ausschüsse über die Position des Vorsitzenden verstärkt werden sollte. Dazu vgl. auch Krölls S. 131.

7) Vgl. Berg, AÖR 1982, 592 f.; Gussy, JuS 1979, 255; BVerfG, Urt. v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77 –, BVerfGE 48, 127 (166).

8) Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 12 a Rn. 97; Ipsen/Ipsen, in: BK Art. 12 a Rn. 97 ff; der Sache nach bereits ebenso Martens, Wehrverfassung, S. 129.

9) Ipsen/Ipsen, in: BK Art. 12 a Rn. 99 sprechen davon, die Dienstleistungspflicht des Art. 12 a I GG sei „primär“; Böckenförde, VVDStRL 28, 78 spricht von Art. 4 III GG als „Ausnahmeverordnung“; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77 –, BVerfGE 48, 127 (164).

10) Schoch, Neuregelung, S. 13 f., der gegen die Regelung des § 5 KDVG wegen der Weisungsabhängigkeit der entscheidenden Beamten verfassungsrechtliche Zweifel geltend macht; vgl. auch Grau, SKV 1972, 143, der von der „Gefahr einer einseitigen Einflußnahme durch die Bundeswehr“ spricht.

11) Vgl. auch Krölls S. 189 ff; Belastungen, die mit dem Anerkennungsverfahren verbunden sind, sieht auch BT-Drucks. 7/3730 S. 1.

12) Im Ergebnis ebenso BVerfG, Urt. v. 23.5.1968 – VII C 218.57 –, BVerwGE 7, 66 (73); Bachof, Wehrpflichtgesetz, S. 48; ders., JZ 1962, 355; Ridder, DÖV 1957, 511; wohl auch W. Müller, JuS 1985, 502; Schoch, Neuregelung, S. 13 f. scheint die Weisungsfreiheit sogar für verfassungsgebunden zu halten.

13) Pöschl Rn. 300; Johlen Rn. 218; Zwingenberger, § 16 WPflG Rn. 3; Korbmacher, DVBl. 1969, 387.

wahr¹⁴; der andere Besitzer wird durch die Landesregierung durch Rechtsverordnung bestimmte Beschußorgane der Kreise und kreisfreien Städte gewählt (§ 18 III WPfG)¹⁵. In Nordrhein-Westfalen sind dies die Vertretungen der Kreise und kreisfreien Städte, für die der Musterungsausschuß zuständig ist¹⁶. Sie werden auf vier Jahre gewählt¹⁷. Den Mitgliedern der Musterungsausschüsse dürfen Weisungen für den Einzelfall nicht erteilt werden (§ 19 II 2 WPfG).

1.4.2.1 Die demokratische Legitimation der Mitglieder der Musterungsausschüsse

Der Vorsitzende des Musterungsausschusses ist in seinem Hauptamt und damit auch als Vorsitzender des Musterungsausschusses durch den seinerseits zuständigen Minister ernannt und jederzeit abberufbar. Die Hauptverwaltungsbeamten der Kreise und kreisfreien Städte sind auf Zeit gewählt, soweit sie Beauftragte bestimmen, können sie diese Bestimmung jederzeit ändern¹⁸. Die von den Vertretungen gewählten Beisitzer werden auf vier Jahre gewählt. Alle Mitglieder der Musterungsausschüsse besitzen damit eine ausreichende demokratische Legitimation.

1.4.2.2 Die Beschränkung der ministeriellen Leitungsbefugnis durch die Weisungsfreiheit der Musterungsausschüsse

Der zuständige Bundesverteidigungsminister kann den Musterungsausschüssen nach den Bestimmungen des Wehrpflichtgesetzes nur allgemeine, nicht aber spezielle, auf den Einzelfall bezogene Weisungen erteilen. Die Zulässigkeit dieser Beschränkungen der ministeriellen Leitungsbefugnis gem. Art. 65 S. 2 GG setzt nach den hier entwickelten Grundsätzen voraus, daß sie mit Rücksicht auf ein anderes Verfassungsgut erfolgt. So nah der Schutz der Gewissensfreiheit (Art. 4 III GG) bei den Ausschüssen für Kriegsdienstverweigerer lag, so schwer ist auszumachen, welchem Verfassungsgut die Weisungsfreiheit der Musterungsausschüsse dienen könnte.

Die Begründung zum Regierungsentwurf des Wehrpflichtgesetzes sagt dazu: „Die vorgesehene Mitwirkung von Beisitzern hat nicht den Sinn, den Verwaltungsaktscharakter der Entscheidung zu verdecken, sondern nur, sie auf eine breitere Grundlage zu stellen und damit einseitigen Entscheidungen vorzubeugen. Dem gleichen Ziel dient auch Abs. 2 S. 2, wonach den Ausschußmitgliedern Weisungen für den Einzelfall nicht erteilt werden dürfen. Dem Ausschuß wird

damit bewußt eine entscheidende und nicht nur beratende Stellung eingeräumt. Ein Anlaß, auch allgemeine Weisungen des Verteidigungsministers oder der Wehrersatzbehörden zu untersagen, besteht nicht. Es ist im Gegenteil nötig, daß in den Fällen, in denen dem Musterungsausschuß ein Ermessensspielraum bleibt, also vor allem bei der Beurteilung, ob jemand aus persönlichen Gründen zurückgestellt werden soll, durch allgemeine Weisungen für eine einheitliche Handhabung gesorgt wird.“¹⁹ Es folgt noch ein Hinweis auf den Bundespersонаlausschuß, die Bundesprüfstelle und weisungsfreie staatliche Prüfungskommissionen.

Daß Prüfungsentscheidungen keineswegs kraft Natur der Sache weisungsschlossen sind, ist unter Ziff. 1.4.3.4 im zweiten Teil dieser Untersuchung gezeigt worden. Mit diesem Gesichtspunkt kann die Weisungsfreiheit nicht begründet werden. Die Hinweise auf die „breitere Grundlage“, auf die die Entscheidung gestellt werden soll, und auf die „einseitigen Entscheidungen“, denen vorgebeugt werden soll, sind wenig klar und schwerlich überzeugend: Soll durch die Beteiligung der Beisitzer die Entscheidungsqualität verbessert werden, könnte dies auch geschehen, ohne daß Weisungsfreiheit angeordnet werden müßte. Daß im Regelfall mehrere im Kollegium entscheiden, hindert – wie gezeigt²⁰ – nicht, dem Kollegium in Einzelfällen Weisungen zu erteilen.

Die Furcht vor einseitigen Entscheidungen kann sich nicht darauf beziehen, daß der Verteidigungsminister versucht sein kann, je nach Kräftebedarf auf die Handhabung bei der Tauglichkeitsprüfung oder der Gewährung von Ausnahmen durch Weisung Einfluß zu nehmen²¹. Eine solche Einflußnahme würde durch generelle Weisung erfolgen, die gerade zulässig ist. Mit der Einseitigkeit der Entscheidung kann auch kaum die Gefahr von unsachlichen Einflußnahmen im Einzelfall gemeint sein, etwa die, daß jemand seine „Beziehungen“ spielen läßt, um einen Wehrpflichtigen dem Wehrdienst zu entziehen. Diese Gefahr wird durch den Ausschluß der Einzelweisung eher vergrößert als verkleinert; die räumliche Nähe der Beisitzer zum Entscheidungsgegenstand erzeugt insoweit ein Gefährdungspotential, das sicher höher ist als das Risiko von Einflußnahmen über die vorgesetzte Behörde oder deren politische Spitze. Allenfalls ließen sich Akzeptanzgesichtspunkte anführen. Für sich allein können sie die Abweichung von den organisationsrechtlichen Vorgaben des Art. 65 S. 2 GG jedoch nicht rechtfertigen. Anders als bei der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften oder den Ausschüssen für Kriegsdienstverweigerer – dort spielt der Akzeptanzgesichtspunkt²² wegen der möglichen Abschreckungsgefahr eine Rolle – fehlen hier die verfassungsrechtlichen Ansatzpunkte, ein Verfassungsgut, dem die Weisungsfreiheit nützt. Der Gesichtspunkt, daß die Betroffenen eine Entscheidung, die von der entscheidenden Stelle in „Unabhängigkeit“ von

14) § 1 II AV WPfG/KDVG.

15) *Dittmann* (Bundesverwaltung, S. 224), macht gegen diese Regelung mit guten Gründen Bedenken wegen des Ländereinflusses auf die Bundesverwaltung geltend.

16) § 2 AV WPfG/KDVG.

17) §§ 22 Nr. 2 WPfG, 4 I MusterungsVO.

18) Nach *Zwingenberger*, § 19 WPfG Rn. 6 soll die Anwesenheit fach- oder dienstaufsichtsführender Beamter bei der Verhandlung zulässig sein.

19) BT-Drucks. 2/2303 S. 27.

20) Siehe oben Zweiter Teil, Ziff. 1.4.3.2.

21) Was schwerlich zulässig, aber schwer nachweisbar wäre. Vgl. BVerfG, Urt. v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77 –, BVerfGE 48, 127 (163).

22) Das BVerfG hat in seinem Urt. v. 13.4.1978 (– 2 BvF 1/77 –, BVerfGE 48, 127 (162)) für die Eignung der Regelung für relevant gehalten, daß „die individuelle Bereitschaft im Sinne der Einsicht, persönliche Opfer für das Gemeinwesen erbringen zu müssen, erhalten werden kann.“

der ministeriellen Ressortspitze getroffen worden ist, leichter akzeptieren, ließe sich, wenn er in dieser Allgemeinheit überhaupt richtig ist, für jede Verwaltungsentscheidung anführen. Hier hat Art. 65 S. 2 GG deutlich anders entschieden. Es ist nicht ersichtlich, wie die Durchbrechung dieser Regelung durch § 19 II 2 WPfLG gerechtfertigt werden kann. § 19 II 2 WPfLG ist verfassungswidrig²³.

2. Beispiele aus der Kommunalverwaltung

Aus dem Bereich der Kommunalverwaltung werden die Komplexe Theater (Ziff. 2.1), Museen (Ziff. 2.2), Volkshochschulen (Ziff. 2.3) und Amtstierarzt (Ziff. 2.4) als Beispiele für weisungsfreie Räume und die Medizin (Ziff. 2.5) und die personenbezogene Beratung (Ziff. 2.6) als Beispiele für die unterrichtungsfreien Räume in Anwendung der im Dritten Teil dieser Arbeit entwickelten Maßstäbe¹ untersucht: die Amtswalter im weisungs- wie im unterrichtungsfreien Raum müssen ausreichend demokratisch legitimiert sein. Für die Weisungsfreiheit ergeben sich verfassungsrechtliche Grenzen aus Art. 84 f. GG, soweit es sich um die Ausführung von Bundesgesetzen handelt. Die Selbstverwaltungsgarantie kann der Errichtung weisungsfreier Räume entgegenstehen, wenn sie das unmittelbar effektive Eingreifen der Aufsichtsbehörden beeinträchtigt, die weisungsfrei tätigen Organwalter nicht unmittelbar vom kommunalen Vertretungsorgan bestellt werden oder wichtige Angelegenheiten nicht durch eine Mehrzahl gewählter Bürgervertreter entschieden werden.

Bei der Schaffung unterrichtungsfreier Räume sind die verfassungsrechtlichen Informationsbefugnisse der Parlamente in Bund und Land, das Petitionsinformatiengesetz der kommunalen Vertretung und die Prüfungsbefugnisse der Rechnungshöfe zu beachten. Wo Bundesgesetze ausgeführt werden, stehen ihr auch Art. 84 f. GG entgegen. Gegen Art. 28 II GG können unterrichtungsfreie Räume verstoßen, wenn das Unterrichtungsrecht der Aufsichtsbehörden tangiert wird, die betreffenden Amtswalter nicht durch die Vertretung selbst berufen werden oder die informative Kontrolle der Verwaltung durch die Vertretung beeinträchtigt wird.

2.1 Der Theaterintendant

Über die Spielplangestaltung, die Verpflichtung und den Einsatz des künstlerischen Personals und – soweit er selbst Regie führt – die Inszenierung entscheidet nach dem jedenfalls insoweit für die kommunale Praxis maßgeblichen Mustervertrag des Deutschen Bühnenvereins der Intendant². Die Intendanten werden aufgrund entsprechender privatrechtlicher Verträge auf Zeit angestellt. Faktisch

23) Im Ergebnis a.A.: BVerwG, Urt. v. 23.5.1958 –VII C 218.57 –, BVerwGE 7, 66 (73); *Bachof*, Wehrpflichtgesetz, S. 48; *ders.*, JZ 1962, 355; wohl auch *W. Müller*, JuS 1985, 502.

1) Vgl. die Zusammenfassung der Ergebnisse des Dritten Teils Ziff. 5.

2) Vgl. *Hewig*, BayVBl. 1977, 39; *Kunig*, DÖV 1982, 766; siehe auch LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 10. 1955 – 2a BvTa 6/55 –, DB 1955, 1192.

ist die „Intendantenfreiheit“ nach dem Urteil eines Sachkenners der „in der Gegenwart am stärksten abgesicherte Bereich künstlerischer Freiheit.“³

Die Rechtslage, wie sie im Einzelfall aufgrund des abgeschlossenen Intendantenvertrages besteht, soll nicht Gegenstand der folgenden Überlegungen sein. Hier interessiert vielmehr die Frage, ob die theatertragenden Städte solche Verträge überhaupt abschließen dürfen. Für den häufigen Fall der Organisation des Theaters als kommunaler Regiebetrieb⁴ widersprechen die zwingenden gemeinderechtlichen Vorschriften über die Verteilung der Zuständigkeiten auf die Gemeindeorgane solchen Verträgen, es sei denn, ihre Zulässigkeit ergibt sich unmittelbar aus der Verfassung. Einschlägig ist insofern allein Art. 5 III 1 GG. Ausgehend von den Aussagen des Schrifttums zur rechtlichen Stellung des Intendanten (Ziff. 2.1.1), werden im folgenden deshalb einige Überlegungen dazu angestellt, ob Art. 5 III GG entsprechende Vorgaben entnommen werden können (Ziff. 2.1.2 und 2.1.3), bevor zur Zulässigkeit der Einräumung von Weisungsfreiheit an die Theaterintendanten und zur Zulässigkeit der Absetzung von Stücken durch den Träger des Theaters – den praktisch wohl wichtigsten Konfliktfall – Stellung genommen wird (Ziff. 2.1.4 und 2.1.5).

2.1.1 Der Theaterintendant im Schrifttum

Lange Zeit hat sich die verfassungsrechtliche Erörterung des Art. 5 III 1 GG im Hinblick auf die Kunstfreiheit vor allem um zwei Fragen bemüht: Was ist Kunst⁵ und was darf Kunst, gibt es für die schrankenlos gewährleistete Kunstfreiheit Grenzen⁶? Die erste Frage ist für die Diskussion um die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Theaterorganisation unproblematisch; daß die Produktionen des Theaters, die Aufführungen im Schauspiel, in der Oper oder im Ballett Kunst sind, wird niemand bezweifeln wollen. Die zweite Frage ist für die organisationsrechtliche Betrachtung nicht von Belang; es geht nicht darum, ob und wie weit der Staat die Freiheit anderweit stattfindender Kunst beschränken darf oder muß, sondern darum, ob und welchen Bindungen er unterliegt, wenn er Kunst selbst stattfinden lassen, veranstalten will und veranstaltet.

3) *Hoffmann/Kramer*, HdbKommW (2. Aufl.), Bd. 4 S. 247; ähnlich: *Schnerr*, BayVBl. 1960, 306; *Hilmar Hoffmann* S. 69; dazu, daß die Versuche, auf die künstlerische Seite des Theaterbetriebes Einfluß zu nehmen, sehr selten sind, vgl. auch *Bettermann*, DVBl. 1963, 44; *Kewenig*, UFITA 1970, 101; *Ropertz* S. 91. Zu den Gründen dieser Zurückhaltung der Theaterträger vgl. auch *Schütz*, Staat als Mäzen, S. 16: „Schon Kulturausschüsse und Entscheidungsgremien auf harmlos lokaler Ebene sind von der Versuchung proportionaler Denkart und der Bequemlichkeit einer Politik des geringsten Widerstandes gelegentlich nicht frei.“

4) Nach *Hufen* (Freiheit der Kunst, S. 551) soll bereits der Begriff „Regiebetrieb“ den verfassungsrechtlichen Anforderungen widersprechen. *Hufen* verkennt – neben anderem – allerdings wohl den hohen technisch-administrativen Beitrag, der zum Theaterbetrieb geleistet werden muß und der durchaus nach bürokratisch-hierarchischer Form verlangt.

5) Etwa *Geiger*, Festschrift Leibholz, S. 187 ff; *Knies*, Schrannen passim; *Erbel*, DVBl. 1986, 115 f.

6) Etwa *Geiger*, Festschrift Leibholz, S. 199 ff; *Lerche*, BayVBl. 1974, 179 ff; *Friedrich Müller*, JZ 1970, 87 ff; *ders.*, Freiheit der Kunst, S. 11 ff; *von Mutius*, VerwArch 1972, 77 f.; hierzu und zum Kunstbegriff vgl. auch den informativen Überblick bei *Düwel*, Staat und Kunst, S. 45 ff; zur neueren Diskussion siehe *J. Hoffmann*, NJW 1985, 237 ff oder *Erbel*, DVBl. 1986, 116 ff jeweils m.w.Nachw.

Diese Fragestellung impliziert allerdings, daß die Freiheit der Kunst nicht staatliche Abstinenz von Kunst bedeutet. Wenn Kunstfreiheit entgegen der wohl einheitlichen Meinung⁷ Staatsfreiheit hieße, brauchte man sich mit dem hier behandelten Gegenstand nicht zu befassen, weil dieser Gegenstand durch seine bloße Existenz gegen die Verfassung verstieße.

Daß das Thema eine heikle Zone berührt, belegt die Tatsache, daß der zuständige Dezernent des Deutschen Städtetages, sonst eher meinungsfreudig, es unter der Überschrift „Das Theater in kommunaler Trägerschaft“ bei einem Rat zur harmonischen Zusammenarbeit bewenden läßt und auf juristische Aussagen verzichtet⁸. Auch soweit das Theater im Schrifttum sonst behandelt wird, sind die Aussagen überwiegend vorsichtig⁹.

Recht breite Übereinstimmung besteht darüber, daß Art. 5 III GG für die Organisation des Theaters relevant sei. Die Bindung des Theaters an einen Auftrag¹⁰ und an einen Haushalt¹¹ wird allgemein als zulässig erachtet. Für alles weitere gehen die Begründungen und teilweise auch die Ergebnisse auseinander: *Hewig* hält es nach Art. 5 III 1 GG für unzulässig, dem Intendanten in künstlerischen Angelegenheiten über die allgemein geltenden Rechts-, Verwaltungs- und Haushaltsvorschriften hinausgehende Bindungen aufzuerlegen und sieht die eingangs skizzierte Regelung des Mustervertrages als verfassungsgeboten an¹². In demselben Umfang kommt dem Bühnenleiter nach *Kunig* „voller Grundrechtsschutz“ aus Art. 5 III GG zu. Allerdings sei dieser Grundrechtsschutz verzichtbar¹³. Gegen einen Grundrechtsschutz spricht sich dagegen *Ossenbühl* aus. Es liege im Organisationsermessen der öffentlichen Hand, die innere Struktur und das Entscheidungssystem innerhalb des Theaters auszustalten, wobei sie allerdings an Verfassungsdirektiven gebunden sei, die aus der Kunstfreiheitsgarantie als objektiver Grundsatznorm resultieren. Die Organisation müsse der Realisierung der Kunstfreiheit optimal dienen, künstlerische Entscheidungen seien den Künstlern zu überantworten¹⁴. Was als künstlerische Entscheidung anzusehen ist oder angesehen werden muß, läßt *Ossenbühl* offen. Daß es nicht ohne Organisation geht, wenn der Staat Kunst veranstaltet, ist auch der Ausgangspunkt für *Starck*. Die den einzelnen Personen durch Organisationsmaßnahmen zugewiesene Funktion bestimmt nach seiner Kommentierung des Art. 5 III 1 GG den Umfang der Kunstfreiheit des einzelnen Künstlers¹⁵. Theater oder Museen können danach gegenüber ihrem öffentlichen Träger Grundrechtsschutz in Anspruch nehmen, wenn sie ausreichend verselbständigt sind, und seien dann „auch vor Weisungen, ein bestimmtes Theaterstück aufzuführen

7) Vgl. nur *Knies*, Kulturstaat, S. 235 ff; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 5 Rn. 40 f.; *Höfling*, DÖV 1985, 389.

8) *Papermann*, StT 1982, 445; ein „echtes Vertrauensverhältnis“ fordert bereits *Klett*, StT 1948, 116.

9) Etwa *Knies*, Schranken, S. 201 ff; *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, S. 456.

10) *Schäuble* S. 231 f.; *Ropertz* S. 90.

11) *Kewenig*, UFITA 1970, 107 f.; *Hewig*, BayVBl. 1977, 39; *Schäuble* S. 232; *Ropertz* S. 91.

12) BayVBl. 1977, 39.

13) DÖV 1982, 767.

14) DÖV 1983, 790.

15) von *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 5 Rn. 196.

oder die Aufführung in bestimmter Weise vorzunehmen“ geschützt¹⁶. Eine Organisation, bei der solche Selbständigkeit und damit Grundrechtsschutz nicht aufkommen kann, hält *Starck* allerdings wohl nicht für unzulässig.

Im älteren Schrifttum ist das Bild keineswegs einheitlicher. *Friedrich Klein* hielt es 1957 „u.U.“ für zulässig, dem Intendanten einer städtischen Bühne vorzuschreiben, ein Schauspiel nicht in einem bestimmten Stil zu inszenieren¹⁷. *Dünnewald* folgerte 1964 aus Art. 5 III GG die Freiheit von Weisungen bei der Spielplangestaltung, hielt aber abweichende vertragliche Regelungen wohl für zulässig¹⁸. Demgegenüber glaubte *Schäuble* 1965 den Staat auch bei der Ausformung des Anstellungsvolkes gebunden¹⁹. *Erbel* sah demgegenüber eine Gestaltung des Spielplans durch den Träger als zulässig an²⁰. *Kewenig* spricht 1969 dem Intendanten einen grundrechtlich gesicherten Anspruch auf freie Spielplangestaltung zu, hält Eingriffe in „seltenen Ausnahmesituationen“ jedoch für zulässig²¹.

2.1.2 Subjektive Rechte für staatliche Kunstbetätigung?

Bereits diese Auswahl von Stimmen aus dem Schrifttum zeigt deutliche Divergenzen in der Anerkennung von subjektiven Grundrechtspositionen im Verhältnis zwischen dem Kunstveranstaltenden Staat und dem dabei für den Staat tätigen Künstler. Während das Bundesverwaltungsgericht den Leiter eines Stadttheaters als Grundrechtsträger gleich „in doppelter Hinsicht“ – als Künstler und als Mediengrundrechtsträger – ansieht, ohne auch nur eine Spur von Irritation erkennen zu geben²², wird das Problem in der Literatur seit längerer Zeit auch für Art. 5 III GG erörtert²³. Läßt man die Autoren beiseite, die die Frage ignorieren, lassen sich zwei Gruppen unterscheiden: eine Gruppe lehnt subjektive Rechte im staatlichen Innenrechtsbereich ab und verweist statt dessen auf den objektiven Gehalt der Grundrechte, ihre Bedeutung z.B. als „Organisationsmaximen“²⁴. Andere wollen mit unterschiedlicher Begründung ausnahmsweise Amtswaltergrundrechte anerkennen. So hat *Roellecke* vertreten, Art. 5 III GG bezwecke gerade den Schutz des künstlerisch oder wissenschaftlich tätigen Amtswalters, indem er ihn für bestimmte Funktionen allen Bürgern gleichstelle²⁵. Von einer Gleichstellung kann jedoch gerade keine Rede sein: alle Bürger genießen Kunstfreiheit, aber nur der amtswaltende Intendant hat einen Ap-

16) von *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 5 Rn. 202.

17) von *Mangoldt-Klein* (2. Aufl.), Art. 5 Anm. X 6 e; dagegen *Hewig*, BayVBl. 1977, 40 N 34; skeptisch auch *Knies*, Schranken, S. 203 N 117.

18) S. 49 ff.

19) S. 233.

20) S. 191. Die Arbeit erschien 1966.

21) UFITA 1970, 106.

22) BVerwG, Beschl. v. 18.3.1981 – 6 P 27.79 –, BVerwGE 62, 55 (59); ähnlich *Kunig*, DÖV 1982, 766.

23) Vgl. etwa *Ropertz* S. 89 und *Knies*, Schranken, S. 201 ff; für Art. 5 II GG schon *Bettermann*, DVBl. 1963, 42.

24) *Hewig*, BayVBl. 1977, 40; *Knies*, Schranken, S. 201 ff; *Ossenbühl*, DÖV 1983, 790; *Ladeur*, AK GG Art. 5 II Rn. 26; zu Grundrechten als „Organisationsmaxime“ vgl. *Rupp*, AÖR 1976, 187 ff.

25) JZ 1969, 729 und 733; in ähnlicher Richtung wohl *Kewenig* (UFITA 1970, 106): Der Intendant sei ja gerade eingestellt worden, um als Künstler tätig zu werden.

parat zur Verfügung, der es ihm gestattet, Theaterstücke zur Aufführung zu bringen. Ebensowenig befriedigend ist der Vorschlag, die Kunstausübung in diesen Fällen nicht als „amtlich zu berechnen“, den *Steiner* auf der Kölner Staatsrechtslehrertagung unter Berufung auf Vorschläge *Böckenfördes* zum Schulgebetsstreit gemacht hat²⁶. Die Vorstellungen *Böckenfördes* gehen dahin, daß z.B. die Schule „als ein soziales Gebilde, in dem der Staat einen gesellschaftlichen Lebensbereich in seine Obhut nimmt und seiner organisatorischen Gestaltung unterstellt, nicht in staatsorganischem Handeln aufgeht.“²⁷ Der Gedanke, daß ein Handeln zwar amtliches sei, aber individuelles Handeln bleibe²⁸, stößt auf erhebliche Schwierigkeiten, wenn es darum geht, das Handeln selbst an Grundrechte zu binden. *Knies* hat bereits darauf aufmerksam gemacht, daß die nicht-private Natur der amtlichen Kunstabtätigung deutlich wird, wenn ein Theaterintendant die Programmgestaltung einseitig zur Ausschaltung einer bestimmten Kunstrichtung vornimmt²⁹. Soll der Theaterleiter sich als Individuum unter Berufung auf seine subjektive Grundrechtsposition die Freiheit zu einem Handeln gegenüber dem theatertragenden Staat erstreiten können, bei dem er selbst wieder als Staat grundrechtsgebunden ist? Sachgerecht lassen sich die schwierigen Fragen, die sich vor allem bei der Abgrenzung der Freiheitsräume der zahlreichen am künstlerischen Produktionsprozeß beteiligten Künstler etwa im Theater ergeben, wohl nur auf der Basis eines objektiven Verständnisses der Kunstrechtsgarantie lösen. Im staatlichen Innenrechtsbereich, der ja auch das Theater umfaßt, bestehen keine subjektiven Rechte³⁰.

Damit ist die Freiheit der Kunst im staatsveranstalteten Theater allerdings keineswegs schutzlos. Art. 5 III 1 GG entfaltet hier seine – nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts primäre –³¹ Funktion als Satz des objektiven Rechts. Mangelnde Effektivität wegen fehlenden gerichtlichen Rechtschutzes wird man dieser stärker am herkömmlichen staatsgerichteten Grundrechtsverständnis orientierten Konzeption solange nicht entgegenhalten können, wie das Organstreitverfahren³² sich in diesem Zusammenhang nicht als untauglich erwiesen hat.

2.1.3 Kunstveranstaltung als Freiraumeröffnung

Die Aufführung, die der Theaterbesucher zu sehen und hören bekommt, das Kunstwerk, ist, darauf hat *Ossenbühl* zu Recht hingewiesen, nicht Ergebnis eines individuellen schöpferischen Aktes, sondern entsteht in einem „polygonalen

26) VVDStRL 42, 30.

27) *Böckenförde*, DÖV 1980, 324; ähnlich schon *ders.*, DÖV 1974, 255.

28) *Böckenförde*, DÖV 1974, 255.

29) *Knies*, Schranken, S. 203.

30) a.a. außer den bereits Genannten *Erbel* S. 188 f.; *Dünnwald* S. 53; *Ropertz* S. 92.

31) BVerwG, Beschl. v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68 –, BVerwGE 30, 173 (188): „nach Wortlaut und Sinn zunächst eine objektive Grundsatznorm.“

32) Vgl. dazu etwa *Hoppe*, Organstreitigkeiten, *passim*; *ders.*, NJW 1980, 1017 ff; *Bethge*, in: *HdbKommW*, 2. Aufl., S. 176 ff; *Erichsen*, Festschrift *Menger*, S. 211 ff.

Verhältnis“.³³ Die Kommune hat ihr Theater als Schauspielhaus errichtet, der Intendant das Stück ausgewählt, das von einem Autor verfaßt und von einem Verleger herausgebracht vom Regisseur in dem von einem Architekten geschaffenen Bau mit den Schauspielern in die vom Bühnenbildner gestaltete Szene gesetzt wird. Sicherlich vollzieht sich jedoch auch Kunst, wenn ein zu diesem Zweck engagierter Regisseur dem Auftrag einer Kommune nachkommt, in der Schloßruine mit den zu diesem Zweck im Rahmen eines Kooperationsvertrages von der theatertragenden Nachbargemeinde abgestellten Schauspielern den Sommernachtstraum zur Aufführung zu bringen. Es erweist sich, daß an den Ecken des Polygons keineswegs nur künstlerische Entscheidungen stehen können.

Die Entscheidung, ein Theater als Schauspielhaus zu führen, engt unbestritten zulässig den Rahmen für die Spielplangestaltung ein, die Zweckbestimmung als Theater des 20. Jahrhunderts oder als Shakespeare-Bühne engen weiter ein. Ähnliche Restriktionswirkungen auf den Spielplan ergeben sich aufgrund der räumlichen und finanziellen Verhältnisse. Die kunstveranstaltende öffentliche Hand ist z.B. frei darin, ob sie einen Theaterbau aufgrund eines künstlerischen Entwurfs errichtet oder eine vorhandene Fabrikhalle technisch zur Spielstätte umrüstet. Ebensowenig wie Art. 5 III GG Vorgaben für das Ob der Kunstveranstaltung entnommen werden können, enthält die Vorschrift Aussagen darüber, wie weit der eröffnete Freiraum für die Kunst sein muß. Eine institutionelle Garantie des Intendantentheaters traditioneller Prägung enthält das Grundgesetz nicht³⁴. Im Tatsächlichen findet diese Veranstaltungsfreiheit ihre Grenze dort, wo niemand mehr bereit ist, innerhalb der Vorgaben tätig zu werden. Wo ein Künstler diese Vorgaben aber akzeptiert, die gestellten Aufgaben vielleicht gerade als Herausforderung empfindet, mag man das Vorgehen der öffentlichen Hand vielleicht für wenig zweckmäßig oder erfolgversprechend halten können, solange man keine Pflicht des Staates annehmen will, im konkreten Einzelfall kunstveranstaltend tätig zu werden, gibt es verfassungsrechtlich gegen Kunst in engem Freiraum ebensowenig etwas zu erinnern wie gegen Kunst in weitem³⁵.

Art. 5 III 1 GG greift jedoch ein, wenn der einmal gezogene Rahmen nachträglich verändert werden soll, wenn eine Weisung nicht den Freiraum für künstlerische Tätigkeit absteckt, sondern künstlerische Entscheidungen korrigiert³⁶. Die Weisung an einen nach dem Mustervertrag angestellten weisungsfreien Intendanten, ein bestimmtes Stück auf den Spielplan zu setzen oder ein Stück nicht zu spielen³⁷ oder abzusetzen³⁸, eine Inszenierung zu ändern, eine Textpassage weg-

33) *Ossenbühl*, DÖV 1983, 789.

34) BVerwG, Beschl. v. 18.3.1981 – 6 P 27.79 –, BVerwGE 62, 55 (64).

35) Zustimmend *Ossenbühl*, DÖV 1983, 790; die Auffassungen etwa von *Schäuble* S. 232 f. oder *Hufen*, NVwZ 1983, 522 laufen im Ergebnis auf eine solche Garantie hinaus.

36) Ähnlich wohl *Scheuner*, VVDStRL 22, 10 f.; *Häberle*, Kulturstaat, S. 41 N 120; a.A. z.B. *Hewig*, BayVBl. 1977, 39; unklar das BVerwG, Beschl. v. 18.3.1981 – P 27.79 –, BVerwGE 62, 55 (60 f.); *Ridder* (Freiheit der Kunst, S. 21 f.) spricht sich einerseits gegen Eingriffe in Spielplanentscheidungen aus, hält andererseits aber künstlerische Selbstverpflichtung für zulässig.

37) Das folgt aus dem auch im Rahmen des Art. 5 III 1 GG geltenden Zensurverbot. Vgl. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 5 III Rn. 12 m.w.Nachw.

38) Vgl. *Adolf Arndt*, Die Aufgabe des Staates, S. 355.

zulassen³⁹ usw. ist wegen Verstoßes gegen Verfassungsrecht rechtswidrig, wenn nicht ausnahmsweise zum Schutz des Lebens Beteiligter oder anderer mindestens gleichrangiger Verfassungsgüter gehandelt wird⁴⁰. Ebenso unzulässig ist aber eine entsprechende Weisung an einen weisungsabhängigen Bühnenleiter, wenn sie auf Änderung des aufgestellten Spielplans oder einer Inszenierung abzielt. Was als Vorgabe an den Künstler Ausdruck legitimer kulturpolitischer Gestaltung sein kann, hat als Korrektur zensierende Wirkung und ist kunstfreiheitswidrig.

Keinesfalls gebietet Art. 5 III GG zwingend, kunstbezogene Entscheidungen in die Hand von Künstlern oder pluralen Entscheidungsgremien zu legen⁴¹. Die Gefahren, die aus dem notwendig einseitigen Engagement von Künstlern für andere Auffassungen und aus der Kennerschaft von Experten für Unbekanntes resultieren, werden durch die Sachkenntnis und das Verständnis für die Eigenschaftlichkeiten der künstlerischen Produktion allenfalls aufgewogen⁴². Die im Schrifttum angeführten Beispiele⁴³ für die Realisierung dieser Gefahren lassen sich leicht um weitere ergänzen⁴⁴.

Die hier vertretene Auffassung sichert die künstlerische Freiheit vor allem also dadurch, daß sie die Möglichkeit zur Eröffnung von Freiräumen nicht beschneidet und den einmal eröffneten Freiraum vor Ingerenzen schützt⁴⁵. Organisatorische Vorgaben dürften sich aus Art. 5 III GG wohl mehr in Richtung auf eine möglichst breite Verteilung der Theaterträgerschaft und die Verhinderung von Entscheidungsmonopolen richten⁴⁶. Die staatliche Ordnung der Bundesrepu-

39) „Spielplan und Konzertprogramm dürfen kein Interventionsobjekt sein“ (Ridder, Freiheit der Kunst, S. 21).

40) Vgl. Erbel S. 190.

41) Zu den verfassungsunmittelbaren Schranken der Kunstrechte vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.2.1971 –1 BvR 435/68 –, BVerfGE 30, 173 (193 ff); Beschl. v. 17.7.1984 – 1 BvR 816/82 –, NJW 1985, 261 (262 ff).

42) So aber wohl Hufen, NVwZ 1983, 522; Höfling, DÖV 1985, 394 f.; Steiner, VVDStRL 42, 31; Karpen, DÖV 1983, 690.

43) Kries (Schranken, S. 214 N. 180) hat vor mehr als zwanzig Jahren bereits darauf hingewiesen, daß der Staat geradezu verpflichtet sein kann, dem „Richtungsmonopol“ unabhängiger Gremien entgegenzuwirken. Theodor Adorno hat das Dilemma der Beteiligung von Experten an der Entscheidung über Kultur sehr plastisch beschrieben: „Freilich wären Experten zu finden, deren Autorität wirklich die der Sache ist und nicht bloß personelle Prestige- oder Suggestivkraft. Der müßte selber ein Experte sein, der entscheidet, wer Experten sind, ein fataler Zirkel.“ (Merkur 1960, 120).

44) Heuer, NJW 1985, 233; ders., Besteuerung, S. 72 ff; Kries, Schranken, S. 164 ff.

45) So gingen die Angriffe auf den „Schützengraben“ von Otto Dix maßgeblich von einem Experten für moderne Kunst aus (vgl. Dietrich Schubert, Otto Dix, Reinbeck 1980, S. 66 ff); daß Theater- oder Konzertleiter einseitig urteilen, wird offenbar allgemein nicht nur als gegeben hingenommen, sondern wohl gerade als Ausdruck ihrer Künstlerschaft verstanden; man stelle sich vor, die großen Schauspieler der Jahrhundertwende müßten heute an deutschen Stadttheatern einer Anstellung wegen vorschreiben; mit Sicherheit würde diese „Kunstrichtung“ diskriminiert werden. Es scheint, als müsse auch das Neutralitätsgebot, das Art. 5 III 1 GG enthalten soll, noch weiter überdacht werden.

46) Hufen (NVwZ 1983, 522, ähnlich schon ders., Freiheit der Kunst, S. 550 f.) unterscheidet demgegenüber zwei Stufen: auf der ersten (z.B. Entscheidung über die Grundelemente eines Spielplans) sollen die allgemeinen Zuständigkeitsregelungen des Gemeindeverfassungsrechts gelten, auf der zweiten Stufe (z.B. Entscheidungen über die konkrete Auswahl eines Stücks) sei dem künstlerischen Sachverstand bestimmender Einfluß einzuräumen. Wie auf der Grundlage dieser Auffas-

blik ist deshalb, wenn man so will, dadurch „kulturstaatlich“⁴⁷, daß der Föderalismus und die kommunale Selbstverwaltung, die beide im Bereich Kunst und Kultur eine besondere Domäne haben, Vielfalt und Pluralität der Entscheidung sichern⁴⁸. Die eigentlich effektiven Mittel einer Kulturpolitik, die einseitige Ziele verfolgt, Richtungen der Kunst diskriminieren will, sind ohnehin die Herrschaft über die (finanzielle) Ausstattung und die Personalauswahl⁴⁹, und nicht die Bindung des Künstlers an Weisungen. Art. 5 III GG fordert deshalb einen Pluralismus von Entscheidungszentren, Dezentralisierung. Die Entscheidung eines Bundeslandes, die kommunalen Theater in eigene Hand zu nehmen, wäre deshalb nicht nur mit Rücksicht auf Art. 28 II GG höchst bedenklich, sondern verstieße auch gegen Art. 5 III 1 GG.

Das Verständnis des Art. 5 III 1 GG, wonach die Kunstrechte den kunstveranstaltenden Staat nicht bei der Freiraumeröffnung, sondern nur bei Ingerenzen in den eröffneten Freiraum bindet, dürfte im übrigen auch geeignet sein, das Verhältnis innerhalb der künstlerischen „Hierarchie“ z.B. am Theater selbst zu klären: Hat der Intendant eine Regieaufgabe vergeben, verbietet Art. 5 III 1 GG ihm Einflußnahmen auf die Art der Regietätigkeit. Er ist allerdings nicht gehindert, den Regieauftrag im Rahmen seines eigenen künstlerischen Konzeptes von vornherein zu spezifizieren. Will er dem Publikum in einer Spielzeit einen Einblick in unterschiedliche Inszenierungsstile geben, kann er z.B. vorab ohne Verstoß gegen die Kunstrechte entsprechende Vorgaben machen, wie er ja auch nicht gehindert ist, den finanziellen Aufwand für die einzelne Inszenierung vorab und bindend festzulegen.

2.1.4 Zur Zulässigkeit der Weisungsfreiheit von Theaterintendanten

Gebietet Art. 5 III 1 GG die Weisungsfreiheit der Theaterintendanten nicht zwingend, verstößt die Einräumung von Weisungsfreiheit an Theaterintendanten durch Vertrag gegen die abweichenden und nicht dispositiven Vorschriften der Kommunalverfassungsgesetze über die Entscheidungszuständigkeiten in der Kommunalverwaltung. So gesehen ist der Vorschlag des eingangs dieser Untersuchung erwähnten⁵⁰ Kulturdezernenten an den Intendanten, einen Vertrag abzuschließen, nach dem die Spielplanentscheidung des Intendanten seiner Genehmigung bedarf, nicht zu kritisieren, weil er dem künstlerischen Theaterleiter zu wenig, sondern zu viel Entscheidungsrechte einräumt, indem er die

sung, die für die von ihr gemachte Unterscheidung wohl weder das Grundgesetz noch die Kommunalverfassungsgesetze in Anspruch nehmen kann, die in der Praxis geläufigen und bisher von niemandem als illegitim angesehenen unterschiedlich intensiven Vorgaben (vgl. das oben erwähnte Beispiel des „Sommernachtstraums“) verstanden werden können, ist nicht ersichtlich.

47) Ob für die Kunstmöglichkeiten etwas anderes gelten muß, kann hier dahinstehen. Vgl. dazu etwa Hufen, NVwZ 1983, 521 f.; Steiner, VVDStRL 42, 27 ff.

48) BVerfG, Ur. v. 5.3.1974 – 1 BvR 712/68 –, BVerfGE 36, 321 (331); Häberle, Kulturstaat, S. 25 f.; Höfling, DÖV 1985, 389; skeptisch Steiner, VVDStRL 42, 13.

49) Ebenso Hufen, NVwZ 1983, 519 f.; Häberle, Kulturstaat, S. 46 ff; vgl. in diesem Sinne auch schon Adolf Arndt, Die Aufgabe des Staates, S. 356 f.

50) Erster Teil Ziff. 1.2 lit. e.

Spielplanentscheidung auch in dessen Hand legt. Nach der Regelung der Gemeindeordnung könnte der Rat die Spielplanentscheidung nach § 28 II 1 GO auf den Gemeindedirektor übertragen, eine Delegation auf andere Bedienstete ist jedoch nicht möglich.

Allerdings wäre die Aufnahme einer Vorschrift in die Kommunalverfassungsge setze, die die vertragliche Übertragung bestimmter Entscheidungszuständigkeiten auf die künstlerischen Theaterleiter gestatten, verfassungsrechtlich unbedenklich zulässig. Unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation ergeben sich keine Einwände, weil die Intendanten auf Ratsbeschuß mit Zeitverträgen angestellt werden. Der im übrigen allein problematische Eingriff in den Schutzbereich des Art. 28 II GG, der darin liegt, daß z.B. mit der Spielplan gestaltung eine wichtige Entscheidung der gewählten Vertretung entzogen wird, ist durch Art. 5 III 1 GG gerechtfertigt. Die Kunstrechtegarantie erzwingt zwar nicht die Weisungsfreiheit des Intendanten; Gesetzgeber und kommunale Vertretung können sich aber auf das Grundgesetz berufen, wenn sie Kunst betreffende Entscheidungen in die Hand von Künstlern legen⁵¹. Die kommunale Vertretung bedarf hierzu jedoch einer gesetzlichen Ermächtigung.

2.1.5 Zur Zulässigkeit der Absetzung von Stücken

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist die Absetzung von Stücken unabhängig davon, ob dem Intendanten Weisungsfreiheit eingeräumt wurde, nur zulässig, wenn sie zur Abwehr von Gefahren für Verfassungsgüter, die im Einzelfall als höherrangig als die Freiheit der Kunst nach Art. 5 III GG anzusehen sind, notwendig ist⁵². Dieses Ergebnis ergibt sich aus dem Charakter des Aufführungsverbots als Eingriff in den gewährten Freiraum aus Art. 5 III 1 GG. Ist Weisungsfreiheit eingeräumt, stößt diese nur auf die im Mustervertrag ausdrücklich gezogenen Grenzen des geltenden Rechts. Entscheidet der Theaterträger über den Spielplan, liegt in dem Aufführungsverbot in gleicher Weise ein Zugriff auf den damit eröffneten Freiraum, die einmal in den Spielplan aufgenommenen Stücke aufführen zu können. Auf dieser Grundlage sind alle im Schrifttum diskutierten Fälle von Aufführungsverboten als rechtswidrig anzusehen. Ein auch nur gleichrangiges Verfassungsgut lässt sich weder in dem eingangs erwähnten Beispiel der Absetzung eines Brecht-Stückes nach dem Bau der Berliner Mauer⁵³, noch bei der Absetzung der „Gerechten“ von Camus nach der Ermordung des amerikanischen Präsidenten Kennedy ausmachen⁵⁴. Die Furcht

vor einem Theaterskandal, eine politische Krise oder außenpolitische Rücksichten können den Zugriff auf die Kunstrechtegarantie nicht legitimieren; des verfassungsrechtlichen Schutzes bedarf die Kunst erst und gerade, wenn sie unbedeckt ist⁵⁵.

2.2 Der Museumsleiter

Das Recht der Museen, auch der Museen in Trägerschaft der öffentlichen Hand ist noch recht weitgehend terra incognita. Bis vor wenigen Jahren machten einige kurze Bemerkungen im Rahmen ihrerseits meistens eher knapper Ausführungen zu den Kultureinrichtungen der öffentlichen Hand in Untersuchungen zu Problemen des Art. 5 III GG das Museumsrecht aus. Museumsrechtliche Fragestellungen hat dann erstmals *Hans Peter Ipsen* 1981 und 1982 mit zwei Abhandlungen gründlicher aufgegriffen. Die hier interessierenden Fragen nach der Rechtsstellung des Museumsleiters¹ spielten dabei eine wichtige Rolle, ebenso wie in einem 1983 veröffentlichten Aufsatz von *Fritz Ossenbühl*², der sich mit der Zulässigkeit der Mitbestimmung in Theatern und Museen befaßt. Die parallele Betrachtung zum Theater ist für die bisherige rechtliche Befassung mit den Museen ohnehin kennzeichnend³.

Das Museum verkörpert jedoch sehr viel weniger als das Theater einen einheitlichen Typ; ein knapper Überblick über Aufgaben und Arten der Museen soll deshalb am Beginn der folgenden Überlegungen den tatsächlichen Hintergrund aufhellen (Ziff. 2.2.1). In Auseinandersetzung mit der von *Ipsen* entwickelten Konzeption (Ziff. 2.2.2) werden dann einige Ansätze für die verfassungsrechtliche Einordnung der Museumstätigkeit gesucht (Ziff. 2.2.3) und abschließend zur Gebotenheit und Zulässigkeit der Weisungsfreiheit von Leitern kommunaler Museen Stellung genommen (Ziff. 2.2.4).

2.2.1 Aufgaben und Arten von Museen

Dem Museum werden drei Hauptfunktionen zugewiesen: sammeln, erforschen und präsentieren⁴. Die Bewahrung der gesammelten Bestände wird teilweise als selbständige Aufgabe genannt, von anderen dem Sammeln zugeordnet. Als be

51) Zum Verständnis des Art. 5 III 1 GG als „Legitimation“ statt als „Postulat“ vgl. *Steiner*, VVDStRL 42, 37; *Heuer*, NJW 1985, 234.

52) a.A. *Dünwald* S. 51, der sie für rechtlich nicht problematisch hält, „wenn der Intendant hinsichtlich tendenziöser Werke an die Zustimmung des Rechtsträgers vertraglich gebunden ist.“

53) Siehe oben Erster Teil, Ziff. 1.2 lit. d.

54) Der Frankfurter Oberbürgermeister *Wallmann* hat sich deshalb im Herbst 1985 wohl zu Recht geweigert, das Faßbinder-Stück „Der Müll, die Stadt und der Tod“ abzusetzen. Die Frankfurter Ereignisse zeigen jedoch auch sehr plastisch die faktischen Grenzen rechtlichen Kunstrechtegaranties; den Forderungen großer Teile der Öffentlichkeit einschließlich eines „nachdrücklichen Appells“ des Oberbürgermeisters hat sich Intendant *Rühle* nicht erfolgreich widersetzen können und

von sich aus auf die öffentliche Aufführung verzichtet. Vgl. die Darstellung der Vorgänge bei *Erbel*, DVBl. 1986, 113 ff.

55) A.A. *Erbel* S. 190 f.; für Einzelfälle *Kewenig*, UFITA, S. 106; ähnlich wie hier: *Hewig*, BayVBl. 1977, 40 f.; *Knig*, DÖV 1982, 768 mit dem weiteren Beispiel der „Bambule“ von *Ulrike Meinhof*; ein Beispiel einer Nicht-Absetzung bei *Adolf Arndt*, Aufgabe des Staates, S. 355.

1) Eine eher politische Einschätzung der Problematik *Pappermann*, StuGR 1982, 152 und 156.
2) DÖV 1983, 785.

3) Etwa *Ipsen*, Festschrift Maunz, S. 162; ders., DVBl. 1982, 112; *Hewig*, BayVBl. 1977, 38; *Knies*, Schranken, S. 202 ff.; *Hufen*, NVwZ 1983, 521 f.

4) Hierzu und zum folgenden vgl. Empfehlungen des Wissenschaftsrates zum Ausbau der wissenschaftlichen Einrichtungen, Teil III, S. 21 ff.; Denkschrift Museen, passim; *Pappermann*, VR 1983, 47 f.; ders., HdbKommW (2. Aufl.), Bd. 4, S. 293 ff.; ders., StuGR 1982, 152 ff.; *Plagemann* S. 95 ff.; als Schilderung eines einzelnen Museums und seiner Arbeit vgl. *Bettina Schmitz* S. 99 ff.; zur Geschichte der Museen *Grasskamp*, vor allem S. 19 ff.

griffsnotwendig werden praktisch aber nur ein fester Bestand von Schauobjekten und der öffentliche Zugang zu diesen Objekten angesehen⁵. Deshalb werden historische Gebäude, die mit ihrer Originalausstattung der Öffentlichkeit zugänglich sind, den Museen zugerechnet⁶, nicht aber der Öffentlichkeit unzugängliche Sammlungen und Ausstellungsinstitutionen ohne jeden festen eigenen Sammlungsbestand. Für den Begriff des Museums ist also weder konstitutiv, daß gesammelt wird, noch daß Forschung stattfindet.

Die Zahl der Museen hat seit dem Beginn der siebziger Jahre stark zugenommen. Heute gibt es in der Bundesrepublik nach der Statistik des Deutschen Museumsbundes 2.025 Museen. Die Spanne reicht von kleinsten privaten Sammlungen bis zu weltberühmten Institutionen wie dem Deutschen Museum in München. Rein ehrenamtlich geführte Museen stehen neben Häusern mit einer großen Zahl hauptamtlicher Mitarbeiter. Museumsträger sind Privateleute ebenso wie Wirtschaftsunternehmen, Vereine genauso wie der Staat in allen seinen Erscheinungsformen. In der Gesamtzahl des Museen sind u.a. 1.057 Heimat-, 251 Kunst-, 124 Schloß-, 130 Wissenschafts- und 138 Technik- bzw. Verkehrsmuseen enthalten. 888 Museen werden in gemeindlicher, 84 Museen in kreislicher oder bezirklicher Trägerschaft geführt⁷.

Das Spektrum der Museumsobjekte reicht von lebenden Tieren und Pflanzen über Fossilien, Gesteinsproben und Insektenpräparate, über antike Keramik und mittelalterliche Glasmalereien, moderne Plastiken und afrikanische Volkskunst, bäuerliches Arbeitsgerät und bürgerliche Wohnmöbel, Bücher und Waffen bis hin zu ganzen Hofanlagen oder Flugzeugen und Schiffen. Neben Originale werden aus Originalmaterial für Ausstellungszwecke aufbereitete Objekte wie z.B. Dermoplastiken, aber auch eigens für die Ausstellung geschaffene Gegenstände wie Schautafeln oder Modelle von Stadtkernen oder Molekülen gezeigt. Gelegentlich wird auf Originale sehr weitgehend verzichtet und die Vermittlung von Informationen mit Hilfe solcher eigens angefertigter Museumsmedien steht im Vordergrund.

Das hauptamtliche Personal der Museen gehört den verschiedensten Berufsgruppen an. Neben dem Fachwissenschaftler sind dort z.B. Museumspädagogen, Verwaltungsfachleute, Restauratoren, Handwerker unterschiedlicher Provenienz sowie Aufsichts- und Reinigungspersonal tätig. Die Fachwissenschaftler kommen aus den verschiedensten Disziplinen, wie etwa der Volkskunde, der Völkerkunde, der klassischen Archäologie, der Geschichte mit ihren verschiedenen Fächern, aber auch aus den naturwissenschaftlichen und technischen Disziplinen.

Viele Museen zeigen nicht nur eine ständige Ausstellung, sondern veranstalten daneben mehr oder weniger umfangreiche Sonderausstellungen. Im Rahmen ihrer Forschungs- und Vermittlungstätigkeit geben sie Kataloge und andere Schriften heraus. Zahlreiche Museen nehmen neben ihrer eigentlichen Funk-

5) *Klausewitz*, in: Der deutsche Museumsführer, S. 12.

6) Etwa der Friedenssaal des Rathauses in Münster oder das Cuvilliés-Theater in München.

7) Alle Zahlen nach dem Ergebnis der Besuchszahlenerhebung 1984 des Deutschen Museumsbundes.

tion weitere kulturelle Aufgaben wahr, veranstalten etwa Malkurse und Filmvorführungen, Vortragsabende und Autorenlesungen.

2.2.2 Die Konzeption Hans Peter Ipsens

Wenn auf diesem tatsächlichen Hintergrund jetzt untersucht wird, ob und inwieweit den von *Hans Peter Ipson* entwickelten Überlegungen gefolgt werden kann, geht es nicht darum, die Richtigkeit der Lösungen zu überprüfen, die *Ipson* für die von ihm behandelten Fälle des Streits um die Besetzung der Museumsleiterstelle in Lüneburg und die Mitbestimmung an den Hamburger Museen vorgeschlagen hat. Im Rahmen dieser Untersuchung sollen lediglich seine Vorstellungen von der Rechtsstellung des Museumsleiters dargestellt und kritisch überprüft werden.

Ausgangspunkt ist seine Überzeugung, „daß das Gesicht von Museen erfahrungsgemäß entscheidend von der Persönlichkeit ihres Leiters bestimmt wird, nicht anders, als dies für Theater, Opern und Orchester gilt.“⁸ Das Recht des Museumsleiters, in seinen Wirkungsbereich fallende künstlerische Fragen unbeeinflußt von staatlicher Lenkung selbst zu entscheiden, entnimmt *Ipson* einer institutionellen Garantie, die sich „in Analogie zum Gedanken eines Grundrechts der deutschen Universität“ auch im Kunstbereich aus dem Art. 5 III GG zugunsten der Kunstinstitute ergebe⁹. Die Direktoren der Hamburger Museen etwa handeln nach *Ipsons* Auffassung einheitlich in Wahrnehmung ihrer Wissenschaftsfreiheit, teilweise auch in Wahrnehmung grundrechtlicher Kunstdfreiheit, indem z.B. der Direktor der Kunsthalle Ausstellungsprogramme aufstellt oder über die Anschaffung eines Bildes entscheidet.

Die Mitbestimmungsregelung für die Hamburger Museen könne – so *Ipson* –, wenn die für den Bereich „Kunst“ beachtlichen Besonderheiten außer Betracht blieben, an den vom Bundesverfassungsgericht für die Universität entwickelten Maßstäben gemessen werden; der Lehre im Universitätsbereich, also der Vermittlung von Forschungsergebnissen und Wissenschaftskenntnissen, könne nämlich die durch das Medium Museum vermittelte Darbietung des Museums- gutes für die Öffentlichkeit verglichen werden. Eine Letztentscheidungskompetenz der staatlichen Aufsichtsinstanz verdränge „in der Substanz der Museumsaufgabe seine (des Museumsleiters; der Verfasser) aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistete Grundrechtsfreiheit und Verantwortung für das Museum.“¹⁰

Diese Ausführungen beziehen sich, daran ist noch einmal zu erinnern, auf die Verhältnisse in Lüneburg¹¹, wo das Museum in einer eigenartigen Kooperation von der Stadt und einem privaten Verein getragen wird und auf die Hansestadt Hamburg¹², während sich die vorliegende Untersuchung mit Museen in aus-

8) Festschrift Maunz S. 162; in diese Richtung auch DVBl. 1982, 113, besonders N 11 und S. 117.

9) Festschrift Maunz S. 164.

10) DVBl. 1982, 116 f.

11) *Ipson*, Festschrift Maunz.

12) *Ipson*, DVBl. 1982.

schließlich kommunaler Trägerschaft befaßt, und zwar mit der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen.

Auffällig ist an *Ipsens* Darlegung zunächst einmal die wenig deutliche Zuordnung der Museumstätigkeit zu den Sachbereichen Kunst und Wissenschaft¹³. Zum Sachbereich Kunst und damit in den Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie kann Museumstätigkeit überhaupt nur und allenfalls soweit gehören, als sie Kunst betrifft¹⁴. Kunstfreiheit kann damit jedenfalls nicht für naturkundliche, heimatkundliche, volkskundliche, historische usw. Museumsaktivitäten in Anspruch genommen werden¹⁵. Äußerst zweifelhaft erscheint auch die Qualifizierung des Museumsdirektors als „Mediengrundrechtsträger“, die *Ipsen* vornimmt, auch wenn man die keineswegs unbestrittene¹⁶ Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde legt. Anders als der Verleger für den Schriftsteller übt das Museum ja keineswegs eine „unentbehrliche Mittlerfunktion zwischen Künstler und Publikum“ aus, sondern stellt für Kunstwerke vielmehr regelmäßig eher so etwas wie eine letzte Station dar.

Unbeantwortete Fragen wirft für die verfassungsrechtliche Betrachtung vor allem auch die in den Museen dominierende ältere Kunst auf. Bei der Etablierung der Kunstfreiheit hat der Verfassungsgeber schwerlich an Rubens oder Riemschneider, Praxiteles oder Poussin gedacht. Wenn man deshalb die alte Kunst auch wohl kaum aus dem Schutzbereich des Art. 5 III GG wird ausschließen wollen, ist doch zu fragen, ob der Inhalt der Kunstfreiheit für Brueghel und Botticelli derselbe sein kann wie für Beuys und Breker¹⁷. Vor allem wäre aber wohl darüber nachzudenken, ob die Art der Befassung mit der anerkannten Kunst nicht als Wissenschaft zu qualifizieren ist und mit der musealen Vermittlung von Gegenwartskunst weniger gemeinsam hat als mit der nicht-künstlerischer Objekte der Kulturgeschichte.

Die museale Darbietung des Museumsgutes kann auch nicht – jedenfalls nicht rechtsfolgeträchtig – mit der Universitätslehre verglichen werden. Nicht nur in ihren Mitteln und Motiven – Ausstellungstätigkeit hat durchaus auch mit Tourismus und Stadtwerbung zu tun¹⁸ –, sondern auch in ihren Zielen unterscheidet sie sich nämlich von der Lehre der Hochschule, weil sie es nicht nur auf den rationalen Zugang zu ihrem Publikum anlegt, sondern dieses auch erlebnishaft, emotional und ästhetisch ansprechen will.

13) *Hewig* (BayVBl. 1977, 387 ff) hält im Museumbereich nur die Kunstfreiheitsgarantie für einschlägig.

14) Das übersieht etwa auch *Ropertz* S. 92.

15) Der deutsche Museumsführer nennt beim „Museum für das Fürstentum Lüneburg“, das Gegenstand der in der Festschrift Maunz veröffentlichten ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Kunstfreiheit argumentierenden Untersuchung *Ipsens* war, als „besondere Schwerpunkte des Museums, die Abteilungen bilden“: Landesgeschichte, Patriziat der Stadt, kirchliche Kunst, wissenschaftliche Altertümer, Bodenfunde aus der Stadt Lüneburg, Freimaurer, Bürgertum und Innungswesen, Raritätenkabinett, Vorgeschichte und Bauernstuben, Salineabteilung.

16) Siehe etwa *Geiger*, Festschrift Leibholz, S. 194.

17) *Heckel* hat entschieden dafür plädiert, Art. 5 III GG ein Gebot des Schutzes der geschaffenen Kunst zu entnehmen: „Die ‘Kunst’ ist nicht mehr frei, wenn ihren besten Werken die freie künstlerische Wirkung vorenthalten wird oder wenn sie selbst der Zerstörung oder Verfälschung anheimfallen.“ (S. 79, vgl. auch S. 89).

18) *Hoffmann/Kramer*, in: *HdbKommW* (2. Aufl.), Bd. 4 S. 258.

Die Überlegungen *Ipsens* können aber vor allem nicht überzeugen, weil sie auf der Annahme subjektiver Grundrechtspositionen im Verhältnis Amtswalter-Staat beruhen¹⁹. Zu dieser Frage kann auf die oben unter Ziff. 2.1.2 gemachten Ausführungen verwiesen werden. Die Schwierigkeiten, die sich auf dieser Basis aus dem Aufeinandertreffen mehrerer Grundrechte ergeben müssen, läßt *Ipsen* bewußt außer Betracht²⁰.

2.2.3 Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Museumsbetrieb in öffentlicher Hand

Soweit der Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie betroffen ist, kann auf die Erwägungen zu den verfassungsrechtlichen Bindungen des kunstveranstaltenden Staates verwiesen werden, die im Zusammenhang mit dem Theater ange stellt wurden²¹. Den Eigengesetzlichkeiten der Kunst Rechnung tragend kann der Museumsträger von Verfassungs wegen etwa den Leiter seines Museums für die Entscheidungen über die Auswahl der Künstler bei Ankäufen und Ausstellungen von Gegenwartskunst weisungsfrei stellen; ebensogut kann der Träger sich die letzte Entscheidung vorbehalten.

Soweit nicht „Kunst“, sondern „Wissenschaft“ betroffen ist, muß jede verfassungsrechtliche Bewertung ihren Ausgangspunkt davon nehmen, daß das Betreiben von Wissenschaft weder mit der Einrichtung eines Museums als solchem noch ohne weiteres mit der Beschäftigung wissenschaftlich vorgebildeter Mitarbeiter notwendig verbunden ist. Das zeigt zum einen die erwähnte Vielfalt der Museen und der durchaus fakultative Charakter der Forschung als Museumsaufgabe, zum anderen ein Blick auf die zahlreichen wissenschaftlich vorgebildeten oder mit wissenschaftlichen Methoden arbeitenden Amtswalter in der Verwaltung. Weder die Weisungsgebundenheit des Naturwissenschaftlers in der Lebensmittel- oder Gewerbeüberwachung noch die des Rechtswissenschaftlers in einem städtischen Rechtsamt ist zweifelhaft.

Die Verfassung enthält keine institutionelle Garantie des forschenden Museums und kein Gebot an eine museumstragende Kommune, in ihrem Museum durch eigene Amtswalter wissenschaftliche Forschung zu betreiben. Sie kann auf eine Erforschung der Museumsbestände und damit im Zusammenhang stehender Fragen völlig verzichten oder externe Wissenschaftler dazu mit gezielten Einzelaufträgen heranziehen²². Praktisch geschieht dies in ganz erheblichem Maße, indem etwa Beiträge fremder Wissenschaftler in die Ausstellungskataloge aufgenommen werden.

Entscheidet sich der Museumsträger für Forschung durch eigene Amtswalter, ist

19) Gegen diese Annahme *Ossenbühl*, DÖV 1983, 790.

20) DVBl. 1982, 115 f.

21) Siehe oben Ziff. 2.1.3 und 2.1.4.

22) Der Gedanke der „Systemgerechtigkeit“ (*Ossenbühl*, DÖV 1983, 790) kann deshalb solange nicht zu anderen Ergebnissen führen, wie man Schaffung und Änderung des Systems in die freie Entscheidung des Museumsträgers stellt.

er jedenfalls frei darin, solche Vorgaben zum Gegenstand der Forschung zu machen, wie sie auch im Universitätsbereich durch die Bestimmung des Faches, das der einzelne Wissenschaftler vertreten soll, für zulässig gehalten werden²³. Weitergehend wird man auch die Vorgabe einzelner Forschungsthemen für zulässig halten dürfen; die Wissenschaftsfreiheit im Museum bedeutet nicht notwendig Freiheit der Auswahl des Forschungsgegenstandes durch die wissenschaftlichen Amtswalter. Ebenso wie der Museumsträger extern gezielte und spezifizierte Forschungsaufträge vergeben kann, darf er dies auch intern²⁴. Anders als das Bundesverfassungsgericht dies für die Hochschule angenommen hat, kann nämlich nicht davon gesprochen werden, daß die Einrichtung von Museen in Erfüllung einer aus Art. 5 III 1 GG resultierenden Verpflichtung des Staates zur Bereitstellung funktionsträchtiger Institutionen für den freien Wissenschaftsbetrieb erfolgt²⁵. Im übrigen wird der Staat auch bei den Hochschulen für berechtigt gehalten, den „anderen schutzwürdigen Interessen und Bedürfnissen“ Geltung zu verschaffen, „zu deren Befriedigung die Hochschule ebenfalls berufen ist.“²⁶ Der Museumsträger wäre also selbst bei Anwendung dieser für die Hochschule entwickelten Grundsätze berechtigt, etwa dem Interesse an einer wissenschaftlichen Erschließung der Bestände des Museums, oder an der Abstimmung der Aktivitäten des Museums intern und mit anderen Einrichtungen des gleichen Trägers, z.B. dem Archiv oder der Volkshochschule, oder an der Erhellung etwa anlässlich eines Jubiläums oder einer kommunalpolitischen Entscheidung relevanter Fragen Geltung zu verschaffen, was anders als durch Vorgaben eines bestimmten Forschungsauftrages nicht möglich sein dürfte.

Art. 5 III GG steht demnach Vorgaben für die Forschungstätigkeit von Amtswaltern im Museum nicht entgegen, die sich z.B. auf den Gegenstand oder auf die Methode²⁷ einer wissenschaftlichen Untersuchung oder auf den Zeitpunkt ihrer Fertigstellung beziehen. Das gilt sowohl im Verhältnis zwischen dem Träger und den Wissenschaftlern des Museums als auch in deren Verhältnis untereinander, wenn dieses hierarchisch geordnet ist.

Ein Verstoß gegen Art. 5 III GG liegt jedoch vor, wenn Vorgaben für die Ergeb-

nisse der Forschung gemacht werden²⁸ oder entsprechend den zur Kunstrechte im Theater angestellten Überlegungen²⁹, wenn der einmal gewährte Freiraum nachträglich beschränkt wird; den Abdruck einer historischen Untersuchung, die für eine bestimmte Publikation in Auftrag gegeben worden ist, kann die Kommune nur in Aktualisierung der verfassungsimmanenten Schranken der Wissenschaftsfreiheit ablehnen, z.B. weil der Inhalt gegen Strafgesetze verstößt³⁰. Verfassungsrechtlich untersagt Art. 5 III GG also nicht Weisungen an sich, sondern Ingerenzen in einmal eröffnete Forschungsfreiräume und jede Einflußnahme auf die Ergebnisse der Forschung³¹.

2.2.4 Gebotenheit und Zulässigkeit weisungsfreier Räume im Museum

Art. 5 III GG enthält danach keine zwingenden Vorgaben für die Organisation von Museen, sondern verbietet lediglich Weisungen bestimmten Inhalts. Wie für die Theater gelten also auch für die Museen in kommunaler Trägerschaft die Regeln der Kommunalverfassungsgesetze über die Verteilung der Entscheidungszuständigkeiten. Auch hier wäre aber eine Ermächtigung an die kommunalen Museumsträger, den Museumsleitern für einzelne bestimmte Entscheidungen Weisungsfreiheit zu gewähren, mit der Verfassung wohl vereinbar. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß die demokratische Legitimation gewährleistet sein muß. Anders als die Theaterintendanten sind Museumsleiter überwiegend Lebenszeitbeamte³². Soweit nach dem Beamtenrecht eine jederzeitige Abberufung vom Amt des Museumsleiters ausscheidet³³, darf Weisungsfreiheit nach den hier entwickelten Grundsätzen nicht gewährt werden.

Bedenken bestehen, ob der Wunsch, den Eigengesetzlichkeiten der wissenschaftlichen Museumsarbeit Rechnung zu tragen, auch die weisungsfreie Entscheidung über Ankäufe rechtfertigen kann. Wenn nach Art. 28 II 1 GG unter dem Aspekt der Bürgerschaftlichkeit wichtigere Entscheidungen einer Mehrheit gewählter Bürgervertreter vorbehalten sein müssen, ist die Zulässigkeit einer Regelung, die größere Ankäufe für das Museum auf den Museumsleiter überträgt, zweifelhaft³⁴. Die Zweifel röhren von der Dauerhaftigkeit der Auswirkungen her, die diese Entscheidung für das Museum und damit auch seine Träger hat. Die Folgen gelungener und verfehlter Ankäufe reichen weit über die Amtszeit einzelner Museumsbediensteter hinaus und prägen das Erscheinungs-

23) Welche Vorgaben sich aus Art. 5 III GG soweit ergeben, ist bisher kaum erforscht. Die Grundsätze über außeruniversitäre Forschungsinstitute (vgl. etwa von *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 5 Rn. 251 ff; *Meusel* S. 41 ff) lassen sich auf Einrichtungen, die auch oder primär anderen Zwecken als der Forschung dienen, wie dies bei den Museen der Fall ist, nicht ohne weiteres übertragen. Gegen die „teilweise zu großzügig“ im Verhältnis zum Träger zugestandene Heranziehung des Art. 5 III GG *Steiner*, VVDStRL 42, 24 N 32. Vgl. auch *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 127 N 52.

24) *Köttgen*, Grundrechte II, S. 306 spricht von „Zweckforschung“, die auch dem Staat nicht verwehrt sei. Nach *Meusel* (S. 51) richtet sich das Recht des einzelnen Wissenschaftlers, den Inhalt seiner Aufgabe und deren Durchführung selbst zu bestimmen, nach seinem persönlichen Status und dem Zweck, dem seine Einrichtung gewidmet ist. *Knemeyer* (Lehrfreiheit, S. 43) spricht von „Freiheit im Rahmen des erteilten Auftrags“.

25) BVerfG, Urt. v. 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 –, BVerfGE 35, 79 (115); gegen eine solche Verpflichtung auch *Meusel* S. 47.

26) BVerfG, Urt. v. 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 –, BVerfGE 35, 79 (121).

27) Etwa wenn es um die Forschungsmethode der archäologischen Grabung oder der Auswertung von Urkunden oder die Befragung von Zeitzeugen im Rahmen der historischen Forschung geht.

28) *Köttgen*, Grundrechte II, S. 314 will dagegen Art. 5 III GG auf „ressortgebundene Forschungsanstalten“ nicht anwenden.

29) Zur Strukturverwandtschaft zwischen Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, aber auch zu den beachtlichen inhaltlichen Verschiedenheiten vgl. schon *Köttgen*, Grundrechte II, S. 301; siehe auch *Mallmann*, Festschrift Jahrreiß, S. 262 f.

30) Zur Zulässigkeit von Veröffentlichungsverboten siehe *Meusel* S. 53 m.w.Nachw.

31) Solche Einflußnahmen wären nicht mit der strikten Wahrheitsorientierung der von Art. 5 III GG geschützten Wissenschaftsfreiheit (vgl. *Schmitt Glaeser*, WissR 1974, 115) vereinbar.

32) Vgl. etwa *Hewig*, BayVBl. 1977, 38.

33) Dazu vgl. etwa *Schnellenbach* Rn. 106.

34) Sehr dezidiert *Karpen*, DÖV 1983, 690; ähnlich *Erbel* S. 177 f.; vgl. auch *Hans Peters*, in: *HdbKommW* (1. Aufl.), Bd. 1 S. 6.

bild des Museums auf unabsehbare Zeit³⁵. Ankaufsentscheidungen unterscheiden sich deshalb sehr deutlich z.B. von der Entscheidung über das jährliche Ausstellungsprogramm oder über die Art und Weise, wie die vorhandenen Bestände präsentiert werden³⁶. Bis zur Aufnahme einer entsprechenden Ermächtigung läßt das geltende Kommunalrecht in § 28 II GO die Übertragung von Entscheidungszuständigkeiten lediglich auf den Gemeindedirektor und nur unter dem Vorbehalt zu, daß der Rat im Einzelfall die Entscheidung gem. § 28 III GO wieder an sich zieht.

2.3 Die Volkshochschulen

Als Volkshochschulen bezeichnet das nordrhein-westfälische Weiterbildungsgesetz (WbG) Einrichtungen der Weiterbildung in der Trägerschaft von Gemeinden und Gemeindeverbänden (§ 11 IV WbG). Unter Weiterbildung wird der Erwerb von Kenntnissen und Qualifikationen nach Beendigung einer ersten Bildungsphase in Schule, Hochschule und Berufsausbildung verstanden (§ 1 II WbG); mit dieser Definition greift das Gesetz im fachlichen Schrifttum entwickelte Vorstellungen auf.

Diese fachlichen Vorstellungen haben sich auch an anderer Stelle im Gesetz sehr weitgehend durchgesetzt¹; die kommunalen Volkshochschulen gelten nicht von ungefähr als starke „Fachbruderschaft“.² In keinem anderen Bundesland ist ein vergleichbar hoher Standard der Versorgung mit Weiterbildungsleistungen gesetzlich vorgeschrieben und durch staatliche Finanzmittel gesichert wie in Nordrhein-Westfalen.³ Die z.B. unter den Stichworten „relative Autonomie“⁴ oder „Freiheit und Gebundenheit in der Weiterbildung“⁵ erhobenen Forderungen haben sich in § 4 III und IV WbG niedergeschlagen. Wie die Zuständigkeiten für die Entscheidung über Angelegenheiten der Volkshochschulen⁶ nach diesen Vorschriften verteilt sind (Ziff. 2.3.1) und ob die Regelung des § 4 WbG verfassungsgemäß ist (Ziff. 2.3.2), soll nachfolgend untersucht werden.

2.3.1 Die Entscheidungszuständigkeiten in Angelegenheiten der Volkshochschule

§ 4 III und IV WbG lautet:

„(3) Die Einrichtungen der Weiterbildung haben das Recht auf selbständige Lehrplangestaltung. Die Freiheit der Lehre wird gewährleistet; sie entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

(4) Zur Sicherung einer bedarfsgerechten Planung und Durchführung von Lehrveranstaltungen räumt der jeweilige Träger einer Einrichtung der Weiterbildung den Mitarbeitern und Teilnehmern ein Mitwirkungsrecht ein. Art und Umfang dieses Mitwirkungsrechts sind in einer Satzung festzulegen. Hierzu kann der Kultusminister eine Mustersatzung erlassen.“

Nach der Mustersatzung⁷ legt der Träger nach Anhörung seiner Weiterbildungseinrichtung die Grundsätze für die Arbeit der Weiterbildungseinrichtung fest. Im Rahmen dieser Grundsätze hat die Weiterbildungseinrichtung das Recht auf selbständige Lehrplangestaltung. Die Mitwirkung der Mitarbeiter und Teilnehmer erfolgt in der Konferenz. Die Konferenz kann Empfehlungen an den Leiter oder über diesen an den Träger richten. Trifft der Leiter eine Entscheidung, die mit einer Empfehlung der Konferenz nicht übereinstimmt, so ist er nach der Mustersatzung verpflichtet, ihr seine Entscheidung zu erläutern. Nach der in dem Runderlaß über die Mustersatzung mitgeteilten Rechtsansicht des Kultusministers muß eine Satzung nach §§ 4 IV, 17 WbG mindestens Anhörungsrechte für Mitarbeiter und Teilnehmer vorsehen.

Läßt man die im vorliegenden Zusammenhang weniger interessierenden Mitwirkungsfragen außer acht, ist vor allem zu klären, wem das Recht auf selbständige Lehrplangestaltung bei der kommunalen Volkshochschule zusteht (Ziff. 2.3.1.1) und wie die Regelung des § 4 III 1 und 2 WbG sich unter Berücksichtigung der in der Mustersatzung erwähnten „Grundsätze“ auf die nach den Kommunalverfassungsgesetzen sonst bestehende Zuständigkeitsordnung auswirkt (Ziff. 2.3.1.2).

2.3.1.1 Der Träger des Rechts auf selbständige Lehrplangestaltung

Die Lehrplangestaltung betrifft die Frage, welche Bildungsangebote die Weiterbildungseinrichtung macht, was gelehrt werden soll. Weniger deutlich ist, wer über die Lehrplangestaltung „selbständig“, d.h. ohne bindende Einflußrechte anderer Stellen soll entscheiden können. Meint die Formulierung „Einrichtungen der Weiterbildung“ in § 4 III WbG in Bezug auf die Volkshochschulen die von der übrigen Kommunalverwaltung getrennt gedachte Einrichtung oder die zur Kommunalverwaltung gehörige Einrichtung mit den in der Kommunalverwaltung üblichen Entscheidungskompetenzen? Mit anderen Worten: errichtet § 4 III 1 WbG für die Entscheidung über die Lehrplangestaltung einen wei-

35) Es dürfte deshalb auch schwerlich richtig sein, „die eigentlich ästhetisch-künstlerische Bewertung“ als den Abschluß des Entscheidungsprozesses anzusehen (Hufen, NVwZ 1983, 522); die Dauerwirkung der Entscheidung spricht dagegen, sie von notwendig subjektiv-persönlichen Bewertungen abhängig zu machen.

36) Gegen die Letzentscheidung durch den Museumsleiter auch Hewig, BayVBl. 1977, 40.

1) „Die Volkshochschulen sind in allen wesentlichen Punkten mit dem Koalitionsentwurf einverstanden und begrüßen seine Grundprinzipien nachdrücklich.“ (Bockemühl, VHSiW 1974, 3).

2) Vgl. Pappermann, StuGR 1982, 152 und 156; Oebbecke, Zweckverbandsbildung, S. 52.

3) Vgl. Oebbecke, Zweckverbandsbildung, S. 11 f.

4) Dolff S. 33; ähnlich („relative Selbständigkeit“) Erwachsenenbildung-Weiterbildung, S. 131; vgl. auch Strukturplan für das Bildungswesen, S. 262.

5) Etwa Beckel, VHSiW 1978, 106 ff; Donnepp, VHSiW 1978, 113; ähnlich Meissner, VHSiW 1978, 101.

6) Zur Bedeutung der Organisation für die Arbeit der Volkshochschulen vgl. Frymark S. 165 ff.

7) RdErl. des Kultusministers v. 30.6.1976, MinBl. S. 1628.

sungsfreien Raum in der Kommunalverwaltung oder will die Vorschrift, die auch für Weiterbildungseinrichtungen anderer als kommunaler Träger gilt, die Abstinenz des Landes von inhaltlichen Einflußnahmen auf die Lehrplangestaltung der kommunalen Volkshochschulen sicherstellen?

Daß das Recht auf selbständige Lehrplangestaltung die Staatsabhängigkeit der Weiterbildung sicherstellen solle, hat *Bockemühl*⁸ vertreten und darauf hingewiesen, einem staatlichen Eingriff stehe die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG entgegen. Eine ähnliche Auffassung scheint der Kultusminister des Landes zu vertreten, wenn er es in der Mustersatzung für zulässig hält, daß der Träger durch „Grundsätze“⁹ einen Rahmen für die Lehrplangestaltung setzt; mit der Annahme eines weisungsfreien Raumes in der Kommunalverwaltung ist die verbindliche Vorgabe von „Grundsätzen“ nicht vereinbar¹⁰. In der Antwort auf eine im Landtag gestellte Anfrage, ob der Hauptverwaltungsbeamte neben der Dienstaufsicht auch eine Fachaufsicht über die Volkshochschule besitze, hat die Landesregierung auf die kommunalverfassungsrechtlichen Bestimmungen hingewiesen und die Auffassung vertreten, der Hauptverwaltungsbeamte sei berechtigt, den Einrichtungen der Kommune Weisungen zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben zu erteilen. Auch das Weiterbildungsgesetz schließe Eingriffe des Trägers in die Arbeit der Volkshochschulen nicht „grundsätzlich“ aus¹¹.

Demgegenüber meint *Beckel* in seiner Kommentierung, das Recht auf selbständige Lehrplangestaltung werde „in Einrichtungen der Weiterbildung gegenüber den Trägern ausdrücklich gesichert.“ Der Träger müsse den Einrichtungen dieses Recht garantieren. Über den Lehrplan entscheide demnach der Leiter bzw. das Leitungsgremium. Träger, die auf die programmatischen Schwerpunkte des Lehrplans Einfluß nehmen wollten, dürften nach seiner Meinung gehalten sein, bei der Einrichtung ein Trägergremium zu errichten, das rechtlich im Sinne der Satzung zur Einrichtung gehöre¹².

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bringt wenig Klärung. Das Gesetz geht auf einen Entwurf der damaligen Koalitionsfraktionen des SPD und F.D.P. aus dem Jahre 1973 zurück¹³. Die dem heutigen § 4 III WbG entsprechende Vorschrift des § 4 V des Entwurfs lautete: „Die Einrichtungen der Weiterbildung erfüllen ihre Aufgabe im Sinne der in Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Lehrfreiheit.“ Nähere Erläuterungen zu dieser alles andere als klaren Formulierung enthält der Entwurf nicht¹⁴. Der Bericht des Kulturausschusses zur 2. Lesung¹⁵ enthält dann

8) RdJ 1976, 302.

9) *Tietgens*, RdJ 1983, 103 weist zu Recht darauf hin, daß offen bleibe, was als „grundsätzlich“ gelte. 10) In der fachlichen Diskussion findet sich der Gedanke der Bindung an vom Träger beschlossene Grundsätze der Arbeit. Vgl. etwa *Dolff* S. 33.

11) LT-Drucks. 9/3442.

12) *Beckel*, Kommentar, Rn. 3 zu § 4 WbG; vgl. aber auch *Beckel*, VHSiW 1978, 108.

13) LT-Drucks. 7/3438.

14) Der Entwurf der CDU garantierte in § 3 „den Einrichtungen der Weiterbildung“ die Freiheit der Lehre, der Lehrplangestaltung, der selbständigen Auswahl der Mitarbeiter und „das Recht der Selbstverwaltung jeder Einrichtung“ (LT-Drucks. 7/452 S. 5).

15) LT-Drucks. 7/3896.

bereits die später Gesetz gewordene Fassung mit dem Bemerkung¹⁶, das „Recht auf selbständige Lehrplangestaltung der Einrichtungen der Weiterbildung“ werde „ausdrücklich klargestellt“, und dem Hinweis auf § 3 des Gesetzes über die Zuschußgewährung an Volkshochschulen und entsprechende Volksbildungseinrichtungen vom 10. März 1953¹⁷. Diese Vorschrift lautete:

- „(1) Volkshochschulen und entsprechende Volksbildungseinrichtungen gestalten ihre Aufgaben nach den Grundsätzen demokratischer Selbstverantwortung und Selbstverwaltung im Rahmen der durch das Grundgesetz und die Landesverfassung gewährleisteten staatlichen Ordnung.
- (2) Sie erfüllen in planmäßiger Arbeit ein allgemeines Bildungsbedürfnis und haben das Recht auf selbständige Lehrplangestaltung.
- (3) Die Freiheit der Lehre sowie die Freiheit der Wahl der Leiter und Mitarbeiter werden gewährleistet.“

Diese Bestimmung wurde als Verzicht des Landes auf Eingriffe gegenüber den Trägern verstanden¹⁸; in der Tat ist nicht ersichtlich, wem die Freiheit der Wahl des Leiters anders zukommen sollte als dem Träger der Einrichtung, so daß der Schluß naheliegt, die anderen gewährleisteten Freiheiten sollten in demselben Verhältnis gelten.

Gegen die Annahme, nicht nur die Formulierung, sondern auch dieser Inhalt des Gesetzes von 1953 sei übernommen worden, könnte aber ein anderes Detail der Gesetzgebungsgeschichte sprechen. *Beckel*, der als Sprecher der CDU-Fraktion an den Landtagsberatungen zum Weiterbildungsgesetz beteiligt war, berichtet, die Landesrektorenkonferenz habe Bedenken dagegen erhoben, daß die Freiheit der Lehre nach dem Grundgesetz auf Lehre bezogen werde, die nicht gleichzeitig mit Forschung verbunden sei. Diese Bedenken, von denen bei *Beckel* nicht deutlich wird, ob sie sich gegen § 4 III 2 der später Gesetz gewordenen Fassung oder gegen § 4 V des Entwurfs richteten, habe der Landtag übergangen¹⁹. Wenn die Volkshochschulen entgegen dem Votum der Landesrektorenkonferenz eine der Lehrfreiheit der Hochschulen entsprechende Freiheit genießen sollten, wäre diese auch trägergerichtet zu verstehen.

Für eine Auslegung des § 4 III 1 WbG als gesetzliche Festlegung eines weisungsfreien Raumes in der Kommunalverwaltung spricht auch der Sprachgebrauch des Gesetzes im übrigen. Durchgängig unterscheidet das Weiterbildungsgesetz zwischen „Einrichtung“ und „Träger“. Diese Unterscheidung findet sich auch in den die Weiterbildungseinrichtungen in kommunaler Trägerschaft, die Volkshochschulen, betreffenden §§ 11 – 21 WbG. Die dort getroffenen Festlegungen richten sich explizit entweder an den Träger (z.B. §§ 12 I, 14 II, 15 I, 16, 17 I, 21 WbG) oder an die Einrichtung (z.B. § 13 I WbG). Mangels gegenseitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß auch § 4 III WbG nur die „Einrich-

16) LT-Drucks. 7/3896 S. 6.

17) GVBl. S. 219.

18) Erwachsenenbildung-Weiterbildung, S. 131, 134.

19) *Beckel*, in: Management und Recht, S. 194.

tung“ als vom Träger unterschiedenes Subjekt meint und damit also auch dem Träger gegenüber „Selbständigkeit“ einräumt²⁰.

2.3.1.2 Die Zuständigkeitsverteilung nach dem Weiterbildungsgesetz und Kommunalverfassungsrecht

Das vom einzelnen Benutzer der Volkshochschule wahrgenommene konkrete Bildungsangebot beruht auf einer Vielzahl von Entscheidungen, die sich vier Konkretisierungsstufen zuordnen lassen:

Auf der ersten Stufe entscheidet die Kommune nach den Regeln der einschlägigen Kommunalverfassungsgesetze über den Haushalt und den Stellenplan für die Volkshochschule, über das hauptamtliche Personal einschließlich des Leiters und über „Grundsätze“ für die Arbeit der Volkshochschule (§§ 28 I 2 lit. a GO, 20 I 2 lit. a KrO), die das Recht auf freie Lehrplangestaltung aber nicht beeinträchtigen dürfen, denn § 4 III 1 WbG in der unter Ziff. 2.3.1.1 entwickelten Auslegung ist *lex specialis* im Verhältnis zu den Vorschriften des Kommunalrechts. In diesem Rahmen legt die Volkshochschule – zweite Stufe – den Lehrplan fest (§ 4 III 1 WbG). Mangels abweichender Regelungen gilt für die Verteilung der sich aus dem Lehrplan ergebenden Aufgaben auf das vorhandene hauptamtliche und die Berufung von nebenamtlichem Personal – dritte Stufe – dann wieder die allgemeine Zuständigkeitsordnung: Die Entscheidung über den Einsatz vorhandenen Personals ist nach §§ 53 I 1 GO, 37 lit. g KrO als Geschäftsverteilung Sache des Hauptverwaltungsbeamten. Die Heranziehung nebenamtlicher Kräfte obliegt wohl in der Regel dem Hauptverwaltungsbeamten als (einfaches) Geschäft der laufenden Verwaltung (§§ 28 III GO, 37 lit. a KrO). Für die Ausgestaltung des einzelnen Bildungsangebots – vierte Stufe – ist im Rahmen der ihm übertragenen Aufgabe dann gem. § 4 III 2 WbG allein der jeweilige Lehrende zuständig.

Vor einer verfassungsrechtlichen Beurteilung dieser Zuständigkeitsordnung muß noch der Hinweis nachgegangen werden, der Träger könne sich durch ein rechtlich zur Einrichtung gehörendes „Trägergremium“ Einfluß auf die Lehrplangestaltung sichern²¹.

Für die Organisation von Weiterbildungseinrichtungen in „anderer“ Trägerschaft (§§ 22 – 24) enthält das Weiterbildungsgesetz praktisch keine Vorgaben; demgegenüber treffen die §§ 11 – 21 WbG für die kommunalen Volkshochschulen teilweise recht konkrete Bestimmungen. Zu klären ist, ob die Trägerkommune in der Satzung nach § 17 I 2 WbG z.B. bestimmen könnte, daß Organ der Volkshochschule neben dem Leiter und der in der Mustersatzung des Kultusministers vorgeschlagenen Konferenz auch der Gemeinderat oder Kreistag bzw. der Kulturausschuß ist und daß nicht der Leiter, sondern dieses kommunale Or-

gan über die Lehrplangestaltung beschließt. Eine andere, wegen der eintretenden Aufgabenisolierung und Spezialisierung²² nicht notwendig gleich zu beurteilende Lösung wäre die entsprechende Einschaltung eines eigens zu diesem Zweck gebildeten Volkshochschulausschusses.

Einschlägig dürfte hier neben § 14 II WbG – nach dieser Vorschrift werden die Volkshochschulen von einem hauptamtlichen oder hauptberuflichen pädagogischen Mitarbeiter geleitet – auch § 17 II WbG sein, wonach die Satzung insbesondere „Stellung und Aufgabenbereich des Leiters und der Mitarbeiter“ der Volkshochschule regelt. Anders als nach § 53 I 1 GO der Gemeindedirektor leitet der Volkshochschulleiter nach § 14 III WbG nicht lediglich die „Geschäfte“, sondern die „Einrichtung der Weiterbildung“. § 17 II WbG stellt diese Stellung des Leiters nicht als solche zur Disposition, sondern gestattet lediglich ihre Ausgestaltung und Abgrenzung. Eine Ermächtigung, dem Leiter die sachlich wohl wichtigste Leitungssentscheidung über die Lehrplangestaltung, deren Bedeutung das Gesetz selbst in § 4 III 1 WbG hervorhebt, zu entziehen oder ihn auch nur an die Zustimmung eines anderen Organs zu binden, gibt § 17 II WbG nicht. Daß die Unabhängigkeit vom Träger bei der Lehrplangestaltung, die § 4 III 1 WbG nach der hier vertretenen Auffassung einräumen soll, sonst auf organisatorischem Wege wieder zurückgenommen würde, spricht ebenfalls gegen eine (Mit-)Entscheidung von Trägergremien. § 17 III WbG bestätigt dieses Verständnis; anders als für Teilnehmer und Mitarbeiter wird für den Leiter die Notwendigkeit von Mitwirkungsrechten nicht gesehen. Dem Gesetz ist die Vorstellung, der Leiter der Volkshochschule könne aus wesentlichen Entscheidungen verdrängt werden, fremd.

2.3.2 Zur Verfassungsmäßigkeit des § 4 III WbG

Die Vereinbarkeit des § 4 III WbG mit dem Grundgesetz ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Weisungsfreiheit sich zwingend aus der Verfassung ergibt. In diesem Zusammenhang wird Art. 5 III GG angeführt, seine Anwendung auf die Weiterbildung allerdings soweit ersichtlich von niemandem befürwortet, sondern entweder abgelehnt²³ oder offengelassen²⁴.

Richtig ist, daß es in der Weiterbildung nicht immer oder auch nur überwiegend um die Weitergabe wissenschaftlicher Erkenntnisse geht, die Situation insoweit also ähnlich zu beurteilen ist wie die der Lehre in der Schule²⁵ oder die Vermittlung

22) Dazu Oebbecke, Zweckverbandsbildung, S. 40 ff.

23) Vesper, RdJ 1983, 127; Steiner, VVDStRL 42, 14; auch Beckel (in: Hürten/Beckel S. 65 f.; Entwicklung S. 82; Festschrift Hefermehl S. 488) geht offenbar von der Nichtanwendbarkeit des Art. 5 III GG aus, wenn er etwa davon spricht, die Freiheit der Erwachsenenbildung werde „in Parallelität zu der Freiheit der Forschung und der Lehre im Grundgesetz (Art. 5 III)“ respektiert.

24) Kötting, Volkshochschule, S. 23; Steiner (VVDStRL 42, 14 N 31) geht unzutreffend davon aus, daß Kötting für die Anwendung des Art. 5 III GG auf die Volkshochschulen eintritt.

25) Vgl. jeweils m.w.Nachw. von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 228; Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 5 III Rn. 107; gegen die h.M. für eine Erstreckung des Art. 5 III GG auf die Schullehrer Staff, DÖV 1969, 630; Kopp, DÖV 1979, 892.

20) So wohl auch Grätz, VHSiW 1978, 149 (Grätz war Sprecher der SPD in den Beratungen des Landtages über das Weiterbildungsgesetz).

21) Beckel, Kommentar, § 4 Anm. 3.

lung von Kenntnissen und Fertigkeiten z.B. der Fremdsprachen oder im Sport an den Hochschulen²⁶. Die Erstreckung der Freiheit wissenschaftlicher Lehre auf Fremdsprachenkurse oder Unterweisungen im Töpfern, in Vollwerternährung, der Bewältigung von Partnerschaftsproblemen oder dem Surfen kann in der Tat nicht in Betracht kommen. Wo die Aktivitäten der Volkshochschule im Einzelfall den Anforderungen des Art. 5 III GG genügen, bestehen dagegen keine Bedenken, auf solche Veranstaltungen die verfassungsrechtliche Wissenschaftsfreiheit anzuwenden²⁷. Die Errichtung der in § 4 III WbG bezeichneten Weisungsfreien Räume war durch Art. 5 III GG also nicht geboten.

Dennoch wird man gegen die Vereinbarkeit des Art. 4 III 2 WbG, der Weisungsfreiheit als „Freiheit der Lehre“ gesetzlich einräumt, keine Einwände verfassungsrechtlicher Art geltend machen können. Eine demokratische Legitimation ist nach den hier entwickelten Grundsätzen für „Lehre“ nicht erforderlich, weil dabei keine autonomen Regelungsentscheidungen²⁸ getroffen werden; im übrigen wäre sie durch die regelmäßig nur für das einzelne Bildungsangebot erfolgende Berufung der Lehrkräfte auch gewährleistet. Die Effektivität rechtsaufsichtlichen Einschreitens dürfte nicht nennenswert betroffen sein. Da es sich bei der „Lehre“ nicht um „Entscheidungen“ handelt, ist auch das aus Art. 28 II GG unter dem Aspekt der Bürgerschaftlichkeit folgende Gebot, wichtige Entscheidungen durch eine Mehrzahl gewählter Bürgervertreter zu treffen, nicht berührt.

Demgegenüber stößt § 4 III 1 WbG auf erhebliche Bedenken. Bereits die demokratische Legitimation der Lehrplanentscheidung ist nicht gewährleistet. Durch die Tätigkeit von Lebenszeitbeamten, die nach Beamtenrecht nicht ohne weiteres umsetzbar sein dürften, werden hier ähnliche Probleme wie bei den Museen aufgeworfen²⁹. Der Strukturplan für das Bildungswesen hat schon vor geheimer Zeit zur Diskussion gestellt, die Besetzung von Leitungsstellen der einzelnen Bildungsinstitute zeitlich zu begrenzen³⁰.

Bedenken ergeben sich aber vor allem daraus, daß § 4 III 1 WbG die Lehrplangestaltung der Entscheidung durch die gewählten Bürgervertreter völlig entzieht. Die Wichtigkeit dieser Entscheidung liegt auf der Hand; sie bestimmt maßgeblich die Arbeit der Volkshochschule und stellt das Instrument zur Koordination der Volkshochschularbeit mit anderen kommunalen Aktivitäten dar³¹. Die Setzung inhaltlicher Schwerpunkte ist der kommunalen Vertretung für die Volkshochschule völlig aus der Hand genommen, sie ist auf Anregungen und unverbindliche Vorschläge oder den Einsatz indirekter Steuerungsmittel beschränkt. Welche Überlegungen diesen Eingriff in den geschützten Bereich der kommu-

nalen Selbstverwaltung rechtfertigen könnten, ist nicht ersichtlich; die Begründungsversuche im Schrifttum sind geeignet, vorhandene Bedenken eher noch zu verstärken: „Ob im Rahmen der politischen Bildung eines Winterhalbjahres Fragen des Umweltschutzes oder der Europäischen Einigung im Vordergrund stehen, kann nicht grundsätzlich entschieden, sondern nur nach der subjektiven Einschätzung der Attraktivität und der Wichtigkeit des Themenkreises vom Leiter und seinen Mitarbeitern beantwortet werden.“³² Auf diese Weise ließe sich auch begründen, daß die Mitarbeiter eines Tiefbauamtes oder der Straßenverkehrsbehörde ihre Arbeitsprioritäten selbst setzen müssen.

Die im Bericht der sogenannten Ellwein-Kommission auch gegen § 4 WbG geäußerten Bedenken³³ sind im Hinblick auf § 4 III 1 WbG auch von seiten des Verfassungsrechts zu unterstreichen.

2.4 Der Amtstierarzt

Als letztes Beispiel für einen weisungsfreien Raum in der Kommunalverwaltung soll hier die Weisungsfreiheit nach § 2 V des nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetzes zum Tierseuchengesetz (AG TierSG) betrachtet werden. Die Vorschrift lautet: „Der Amtstierarzt ist bei

1. tierärztlichen Untersuchungen,

2. Gutachten,

3. Schätzungen

im Sinne des Tierseuchengesetzes und der dazu ergangenen Ausführungsvorschriften nicht an Weisungen gebunden.“

„Amtstierarzt“ ist die Bezeichnung, unter der der beamtete Tierarzt nach § 2 II 1 TierSG seine Aufgaben durchführt (§ 2 I 2 AG TierSG). Seine Dienststelle trägt die Bezeichnung „Veterinäramt“ (§ 2 I 3 AG TierSG). „Zuständige Behörde“ im Sinne des Tierseuchengesetzes ist die Kreisordnungsbehörde (§ 1 V AG TierSG).

Mit § 2 V trifft das Ausführungsgesetz zum Tierseuchengesetz eine nähere Bestimmung über „eine Zuständigkeit der Behörden und Beamten“ i.S.d. § 2 III TierSG. Bevor § 2 V AG TierSG anhand der hier entwickelten Maßstäbe auf seine Verfassungsmäßigkeit geprüft wird (Ziff. 2.4.2), soll genauer dargelegt werden, was das Tierseuchengesetz und das Ausführungsgesetz unter Untersuchungen, Gutachten und Schätzungen verstehen (Ziff. 2.4.1).

26) Dazu von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 235.

27) Vgl. etwa Knemeyer, Lehrfreiheit, S. 42.

28) Siehe oben Zweiter Teil, Ziff. 2.5.

29) Siehe oben Ziff. 2.2.4.

30) Strukturplan für das Bildungswesen, S. 264.

31) § 16 WbG gestattet wohl keine Eingriffe in den Lehrplan; bei der Koordination nach dieser Bestimmung geht es wohl eher um Kompetenzabgrenzung und die Festlegung von Abstimmungsverfahren (vgl. Beckel, Kommentar zu § 16).

32) Beckel, VHSiW 1978, 108; sehr bezeichnend auch Meissner, VHSiW 1978, 101 f.

33) Gesetzes- und Verwaltungsvereinfachung in NW, S. 207.

2.4.1 Tierärztliche Untersuchungen, Gutachten und Schätzungen im Sinne des Tierseuchengesetzes und des Ausführungsgesetzes

Das Tierseuchengesetz, bis 1980 Viehseuchengesetz und inhaltlich wie formal von einer im Verwaltungsrecht eher ungewöhnlichen Qualität, bewältigt das Problem des Fachmanns in der Verwaltung¹ durch eine strikte Trennung von fachlichen und administrativen Aufgaben. „Untersuchungen“ und „Gutachten“ bezeichnen dabei den Tätigkeitsbereich des Veterinärs als Fachmann, die verbindlichen Entscheidungen sind Sache der „zuständigen Behörde“, in Nordrhein-Westfalen der Kreisordnungsbehörde. Der Begriff der „Untersuchung“² wird ausschließlich für den Vorgang der Informationsgewinnung unmittelbar am Objekt und vom Objekt verwandt. Der Terminus „Gutachten“³ bezeichnet die fachliche Äußerung darüber, was ist und geschehen sollte⁴. Die verbindliche Anordnung trifft dann die zuständige Behörde und zwar – das macht § 15 TierSG deutlich – ohne rechtlich an das „Gutachten“ gebunden zu sein. Der Amtstierarzt hat gem. § 11 II TierSG lediglich eine Allzuständigkeit für dringliche Maßnahmen; auf diese Zuständigkeit für verbindliche Regelungen bezieht sich § 2 V AG TierSG jedoch nicht.

Der Begriff „Schätzung“ bezeichnet im Ausführungsgesetz zum Tierseuchengesetz die Ermittlung des Wertes von Tieren und Tierteilen für die Bemessung der Entschädigung (§ 17 AG TierSG). Auch hier ist die Wertermittlung verfahrensrechtlich von der verbindlichen Festsetzung der Entschädigung getrennt (§ 21 AG TierSG). Allerdings fehlt hier eine dem § 15 TierSG vergleichbare Regelung; im Gegenteil spricht § 17 I HS 1 AG TierSG dafür, daß die Schätzung für die Festsetzung der Entschädigung verbindlich sein soll.

2.4.2 Zur Verfassungsmäßigkeit des § 2 V AG TierSG

Autonome Regelungsentscheidungen dürfen gem. Art. 20 II 1, 28 I 1 GG nur durch dazu auf Zeit oder jederzeit abberufbar bestellte Amtswalter getroffen werden. Im Hinblick darauf, daß der Amtstierarzt Lebenszeitbeamter ist, könnten unter diesem Aspekt der demokratischen Legitimation Bedenken auftauchen, wenn der Amtstierarzt nicht jederzeit umsetzbar ist. Begründet erscheinen solche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 2 V AG TierSG jedoch allerdings nur hinsichtlich der Schätzungen und nur, wenn man diese als verbindliche Vorentscheidung für die Festsetzung der Entschädigung ansieht. Bei den Untersuchungen und Gutachten nach dem TierSG handelt es sich nicht um (verbindliche) Regelungsentscheidungen.

1) Zum Selbstverständnis der Veterinärverwaltung vgl. Brähann S. 412 f.

2) §§ 7 I Nr. 1 b und I Nr. 2, 17 I Nr. 1, III Nr. 1, 29 TierSG.

3) §§ 11 I 3, 12, 13, 14 I 1, 22 II, 39 I 1, 51 I, 53 II, 63 TierSG; zum Verhältnis von Untersuchung und Gutachten vgl. sehr schön § 15 AG TierSG.

4) Wägener (§ 37 LKrO Rn. 19) vertritt den Standpunkt, der Amtstierarzt unterzeichne auch bei Amtshandlungen gem. § 2 V AG ViehSG „im Auftrage“; er handele zwar nicht im Auftrage des Oberkreisdirektors, aber im Auftrage des Landkreises. Das erscheint zweifelhaft.

Wegen Art. 28 II GG können sich Bedenken mit Rücksicht auf die eingeschränkte Möglichkeit der Kommunalaufsicht ergeben, gegen rechtswidrige Handeln des Amtstierarztes bei der Erledigung der in § 2 V AG TierSG genannten Maßnahmen einzuschreiten. Es erscheint allerdings schon zweifelhaft, ob § 2 V AG TierSG den Amtstierarzt auch von Rechtmäßigkeitsweisungen freistellen will. Nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes⁵ und der mit der Weisungsfreiheit verfolgten Intention⁶, sachfremde Einflüsse auf die Tätigkeit des Amtstierarztes auszuschalten, geht es in § 2 V AG TierSG allein um fachaufsichtliche Weisungen.

Im Hinblick auf die immerhin bestehende Möglichkeit, sachfremde Einflüsse auch im Gewand der Rechtsaufsicht geltend zu machen, würde allerdings auch der Ausschluß von rechtsaufsichtlichen Einzelfallweisungen wohl unbedenklich sein, wenn man die verhältnismäßig geringe Schwere des im Ausschluß der aufsichtlichen Einwirkung auf die entscheidungsvorbereitende Tätigkeit des Amtstierarztes liegenden Eingriffs in die garantierte Selbstverwaltung und den verfassungsrechtlichen Rang der Rechtsgüter des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit (Art. 2 II 1 GG), des Eigentums (Art. 14 GG) sowie der freien Berufsausübung (Art. 12 GG), die die Veterinärverwaltung zu schützen hat, in Rechnung stellt.

Die Regelung des § 2 V AG TierSG erweckt also nur insoweit Bedenken, als Schätzungen nach § 17 AG TierSG durch einen nicht jederzeit abberufbaren Amtsträger oder unter seiner Beteiligung⁷ vorgenommen und als verbindliche Vorentscheidungen für die Festsetzung der Entschädigung angesehen werden.

2.5 Der Arzt im Gesundheitsamt und im kommunalen Krankenhaus

„Was immer ich sehe und höre, bei der Behandlung oder außerhalb der Behandlung, im Leben der Menschen, so werde ich von dem, was niemals nach draußen ausgeplaudert werden soll, schweigen, indem ich alles Derartige als solches betrachte, das nicht ausgesprochen werden darf.“⁸ Bereits diese klassische Formulierung der ärztlichen Schweigepflicht im Eid des Hippokrates weist die ärztliche Schweigepflicht – im Gegensatz etwa zum Beichtgeheimnis – als relativ

5) Vgl. vor allem den Berichterstatter in der 2. Lesung Abg. Dr. Pöppinghaus, sten.Ber. LT NW 5/502 D; auch LT-Drucks. 5/8 S. 18.

6) Dazu Brähann S. 412; vgl. auch Rietdorf, DÖV 1955, 232.

7) Vgl. § 18 I AG TierSG.

8) Zit. nach Deichgräber; die Übersetzung hält etwa die Mitte zwischen einer wörtlichen („was ich bei oder außerhalb der Behandlung über das Leben von Menschen sehe oder höre und was nicht irgendwie nach außen ausgeplappert werden darf, darüber werde ich schweigen ...“ – Geppert S. 8 N 9) und einer freien Übertragung („über alles, was ich bei der Ausübung meiner Praxis oder aber auch sonst vom Leben der Menschen sehe oder höre, werde ich schweigen und als mein Geheimnis betrachten, was nicht für die Öffentlichkeit bestimmt ist.“ – Kierski, in: Die juristische Problematik, Bd. 2 S. 126). Der griechische Text ist, auszugsweise zit. bei Geppert S. 8 N. 8, vollständig bei Deichgräber S. 12 ff.

aus:⁹ „was niemals nach draußen ausgeplaudert¹⁰ werden soll.“ Dieser wertende Einschlag der ärztlichen Schweigepflicht ist einer der Gründe für die Schwierigkeiten, die das hier behandelte Thema aufwirft. Vor allem röhren diese Schwierigkeiten aber von der Belegenheit des Problems in der Überlagerungszone von Regelungen verschiedener Rechtsgebiete her¹¹, nämlich dem Organisationsrecht, dem Beamtenrecht, dem ärztlichen Berufsrecht und dem Strafrecht.

Hier sollen einige Überlegungen zur Unterrichtungsfreiheit der Ärzte in dem in Nordrhein-Westfalen kommunal organisierten öffentlichen Gesundheitsdienst¹² und in den kommunalen Krankenhäusern angestellt werden, genauer dazu, ob ärztliche Amtsträger der Behördenleitung, Aufsichtsbehörden oder Stellen der Finanzkontrolle oder der politischen Kontrolle gegenüber berechtigt oder verpflichtet sind, eine Unterrichtung unter Berufung auf das ärztliche Berufsgeheimnis zu verweigern.

Diese Fragestellung ist also verwaltungsorganisationsrechtlicher Natur. Bei ihrer Beantwortung kann aber nicht darauf verzichtet werden, zu den strafrechtlichen oder beamtenrechtlichen Regelungen Stellung zu nehmen; Beamtenrecht und Strafrecht ziehen soweit sie einschlägig sind, Grenzen, die das Verwaltungsrecht nicht ignorieren kann¹³.

Die folgenden Überlegungen befassen sich *nicht* mit den Grenzen des Informationsaustausches zwischen verschiedenen Behörden oder unmittelbar zwischen verschiedenen Abteilungen derselben Behörde; sie behandeln auch nicht die Frage, wie weit der Arzt den Dienstherrn des von ihm untersuchten Beamten informieren darf oder muß¹⁴. Es geht allein um die Information im Über-Unterordnungsverhältnis¹⁵.

Ausdrückliche spezialgesetzliche Regelungen der Problematik fehlen. So geht etwa das Krankenhausgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen auf die Schweigepflicht-Problematik nicht ein, sondern läßt ausdrücklich die Vorschriften des Kommunalverfassungsrechts und die allgemeine Aufsicht über die Kommunen unberührt (§§ 24 S. 1, 7 III 2 KHG)¹⁶. Rechtsprechung liegt in geringem Umfang

9) Geppert S. 8.

10) Geppert weist zu Recht darauf hin (S. 8), daß auch das „Ausplaudern“ eine Relativierung beinhaltet; der bei Lenckner, Berufsgeheimnis, S. 159 wiedergegebene Text des altindischen Ayur-Veda des Charaka enthält interessanterweise mit der Formulierung „so es dem Kranken oder sonst jemandal Nachteil bringen kann“ einen ähnlichen, wenn auch präziseren Vorbehalt.

11) Goll S. 144; Schnapp, NJW 1980, 2168.

12) Zu den Aufgaben der Gesundheitsämter vgl. Arbab-Zadeh/Prokop/Reimann S. 417; Rieger, Lexikon, Rn. 720.

13) Vgl. Schnapp, NJW 1980, 2168.

14) Vgl. dazu etwa Fink, DÖV 1957, 447; Schuegraf, NJW 1961, 961; B. Mueller, Das öffentliche Gesundheitsdienst 1958, 314 f.; Karstädt, NJW 1961, 2051; Kierski, DVBl. 1961, 614 f.; C. Müller, NJW 1966, 1152; Bockelmann, MünchMedWochenschr 1967, 368; Ciszewski, Das öffentliche Gesundheitswesen 1968, 499 ff.; Juncker, ZBR 1968, 33 ff.; U. Stern, MedKlinik 1978, 485; Wiese, DÄBl. 1982, Heft 39, S. 88 ff und Heft 40 S. 72 ff; VG Berlin, Urt. v. 13.2.1959 – III A 226/58 –, NJW 1960, 1410 f.; BDH, Beschl. v. 16.8.1962 – WB 12/60 –, NJW 1963, 409.

15) Siehe oben Erster Teil Ziff. 3.1.2.

16) Das Stichwortverzeichnis im Kommentar von Friedrich/Robbers zum KHG kennt weder die „Schweigepflicht“ noch ein „Berufsgeheimnis“.

für die Krankenhäuser vor¹⁷. Die Staatsrechtslehre hat sich soweit ersichtlich mit diesem Thema bisher kaum befaßt¹⁸; neben Autoren aus der Praxis dominieren Strafrechtswissenschaftler. Ein Schwerpunkt der literarischen Behandlung des Themas im Strafrecht hat in den letzten Jahren bei der rechtlichen Situation des Arztes im Strafvollzug gelegen¹⁹.

Bevor auf die strafrechtliche Problematik einer innerdienstlichen Schweigepflicht näher eingegangen wird, soll ein Überblick über die ärztliche Schweigepflicht gegeben werden (Ziff. 2.5.1). Mit dem Schwerpunkt auf den strafrechtlichen Fragen wird anschließend versucht, die Rechtslage nach einfaches Recht aufzuhellen (Ziff. 2.5.2), bevor die verfassungsrechtlichen Fragen eines grundrechtlichen Schutzes der Schweigepflicht und der Unterrichtungsfreiheit ärztlicher Tätigkeit (Ziff. 2.5.3) erörtert werden. Abschließend wird dann auf die Ausgangsfälle zur Frage der Unterrichtungsfreiheit von Ärzten²⁰ eingegangen (Ziff. 2.5.4).

2.5.1 Die ärztliche Schweigepflicht – Überblick

Die historischen Wurzeln der ärztlichen Schweigepflicht reichen bis in die Antike zurück. Als Beleg wird nicht nur der zitierte Text des hippokratischen Eides, sondern auch eine Formulierung angeführt, mit der *Vergil* im zwölften Buch der Äneis die Medizin als „ars muta“ bezeichnet²¹. Vor allem in den letzten hundert Jahren haben sich die Bedingungen ärztlicher Tätigkeit jedoch in der Weise gewandelt, daß diese „Stummheit“ von zwei Seiten in Frage gestellt wird. Zum einen hat das Finanzierungssystem sich durch die Entstehung der öffentlichen und privaten Versicherungssysteme völlig geändert, zum anderen ist die Medizin selbst durch die starke Spezialisierung, die Voraussetzung der großen Fortschritte der Heilkunde ist, immer stärker auf Kommunikation und Kooperation angewiesen²². Das Recht steht demnach vor der Aufgabe, den sich aus diesen Entwicklungen ergebenden Anforderungen der Krankenversorgung ausreichend Rechnung zu tragen, ohne den Schutz des Arzt-Patienten-Verhältnisses durch das ärztliche Berufsgeheimnis zu vernachlässigen, oder – umgekehrt ausgedrückt – die Geltung und Beachtung der Schweigepflicht zu sichern, ohne den im Interesse des einzelnen und der Allgemeinheit liegenden Informationsaustausch unmöglich zu machen²³.

Schweigepflichten für den Arzt ergeben sich aus dem Berufsrecht, dem Straf-

17) OVG Lüneburg, Urt. v. 29.7.1975 – II A 78/73 –, NJW 1975, 2263 f.; VG Münster, Urt. v. 5.10.1983 – 4 K 1028/82 –, MedR 1984, 118 ff.; OVG Lüneburg, Urt. v. 14.5.1984 – 8 A 23/83 –, NJW 1984, 2652 ff.

18) Zu nennen sind etwa die Aufsätze von Knemeyer (NJW 1984, 2241 ff) und – allerdings zur Amtshilfe-
problematik – Schnapp, NJW 1980, 2165 ff.

19) Zieger, Strafverteidiger 1981, 559; Geppert, passim; Marx, GA 1983, 160 ff.

20) Erster Teil, Ziff. 1.2 lit. g, h und i.

21) Dazu Lenckner, Berufsgeheimnis, S. 159 f.

22) Siehe dazu Kreuzer, MedKlinik 1976, 1396 f.

23) Zu diesem Zielkonflikt am Beispiel der sozialen Krankenversicherung vgl. F.R. Baur, SGb 1984, 150.

recht²⁴ und je nach Art seines Tätigwerdens aus Vertrag oder – worauf noch zurückzukommen sein wird – aus der Verfassung²⁵. Diese verschiedenen Bestimmungen, die im praktischen Fall regelmäßig konkurrieren, verführen dazu, eine einheitliche Schweigepflicht anzunehmen, ohne zu beachten, daß diese Vorschriften nach Rang und Reichweite erhebliche Unterschiede aufweisen und im Einzelfall durchaus nicht gleiche rechtliche Ergebnisse erzeugen²⁶. Diese Gefahr aus einer irgendwo verorteten Schweigepflicht zu argumentieren statt die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden, wird noch erheblich größer, wenn man wie der Bundesgerichtshof annimmt, die Schweigepflicht sei „ein fester, im Kern ungeschriebener Bestandteil der Rechtsordnung“, der in den positiv-rechtlichen Bestimmungen lediglich „seine Ausprägung und Bestätigung findet.“²⁷

Neben der Schweigepflicht enthält eine Reihe von Gesetzen Bestimmungen, die dem Arzt ein Schweigerecht einräumen²⁸. Gesetzlich wird die Vertraulichkeit der ärztlichen Informationen durch Schweigepflichten und Schweigerechte der Personen, die aufgrund ihrer Tätigkeit typischerweise Kenntnis erlangen können, ebenso abgesichert, wie durch das Verbot der Beschlagnahme ärztlicher Aufzeichnungen²⁹.

Interesse an der Beachtung der Schweigepflicht haben der Patient, der Arzt und die Öffentlichkeit³⁰. Das Interesse der Öffentlichkeit wird damit begründet, daß ohne Vertrauen zwischen Patient und Arzt und zwischen Bürger und Ärzteschaft eine im allgemeinen Interesse liegende funktionierende Gesundheitspflege nicht möglich sei³¹. Für den rechtlichen Schutz der ärztlichen Schweigepflicht sollen aber allein die Interessen des Patienten und die der Öffentlichkeit maßgeblich sein, wobei hier vor allem unter den Strafrechtswissenschaftlern darüber gestritten wird, welchem Interesse im Konfliktsfall der Vorrang zu kommt³². Vertreter der Gemeinschaftsschutzlehre³³ stehen hier denen der Individualschutzlehre³⁴ gegenüber.

Im Hinblick auf die später anzustellenden Überlegungen sei hier auf drei der zahlreichen die Reichweite der ärztlichen Schweigepflicht betreffenden Einzelfragen kurz eingegangen. Erstens hindert die Schweigepflicht nicht die Ein-

24) Zum Verhältnis von Strafrecht und Standesrecht vgl. *K. Müller*, MDR 1971, 967.

25) *K. Müller*, in: *Die juristische Problematik*, S. 64 f.; *Rieger*, Lexikon, Rn. 1617.

26) Vgl. etwa einerseits *Narr*, *Ärztliches Berufsrecht*, S. 150 ff., andererseits *K. Müller*, in: *Die juristische Problematik*, S. 69 ff.

27) BGH, Urt. v. 31.5.1983 – VI ZR 259/81 –, NJW 1983, 2627 (2628); vgl. auch *Schuegraf*, NJW 1961, 961, der davon spricht, die Schweigepflicht sei „gesetzlich mehrfach anerkannt.“

28) z.B. § 53 I Nr. 3 StPO, § 383 I Nr. 5 ZPO.

29) Vgl. §§ 203 I Nr. 6, III StGB, 53 a, 97 I, II, IV StPO.

30) Richtig *K. Müller*, in: *Die juristische Problematik*, S. 66 ff.

31) *Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes*, S. 34.

32) *Geppert* S. 11; *U. Stern*, *MedKlinik* 1978, 481.

33) *E. Schmidt*, in: *Ponsold* S. 23 N. 1; *Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes*, S. 34; ders., *MünchMedWo-chenschr* 1967, 367; *Lenckner*, *Berufsgeheimnis*, S. 161; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 203 Rn. 3 m.w.Nachw. zu beiden Auffassungen.

34) *Kreuzer*, *MedKlinik* 1976, 1398; ders., NJW 1975, 2233; *Rogall*, 1983, 3f.; *Geppert* S. 12; *Schünemann*, ZStW 1978, 51 ff m.w.Nachw. zu beiden Auffassungen.

schaltung ärztlichen Hilfspersonals; die Information dieses Personals darf aber nicht weitergehen, als für seine Tätigkeit erforderlich oder notwendigerweise damit verbunden ist³⁵. Zweitens ist eine Offenbarung keineswegs damit zu rechtfertigen, daß der Mitteilungsempfänger ebenfalls Arzt oder sonst schweigepflichtig ist³⁶; allerdings kann diese Tatsache für die Frage von Bedeutung sein, ob eine Durchbrechung des Berufsgeheimnisses ausnahmsweise zulässig ist³⁷. Drittens besteht Einvernehmen darüber, daß der Arzt sein Schweigen insoweit brechen darf, als dies zur eigenen Verteidigung in einem Strafverfahren oder auch zur Durchsetzung von Honorarforderungen erforderlich³⁸ ist; die dafür gegebenen Begründungen gehen allerdings weit auseinander³⁹.

So sehr die ärztliche Schweigepflicht rechtspolitisch dem Grunde nach außer Streit ist, so wenig befriedigend scheint die praktische Handhabung in vielen Fällen zu sein⁴⁰. Die teilweise bestehenden Divergenzen⁴¹ zwischen dem Strafrecht und den standesrechtlichen Überzeugungen, wie sie in den ärztlichen Berufsordnungen niedergelegt sind, tragen schwerlich zu einer Stärkung des Rechtsbewußtseins bei.

2.5.2 Zur Zulässigkeit der Unterrichtung durch den ärztlichen Amtswalter nach einfachem Recht

Ohne daß hier auf die schwierigen Probleme des Aufeinanderstoßens von Regelungen für unterschiedliche Rechtsverhältnisse und die Lösung möglicher Konflikte genauer eingegangen werden soll, wird man davon ausgehen können, daß nach dem Organisationsrecht der Verwaltung ein Verhalten nicht rechtlich gefordert sein kann, das dem Amtswalter strafrechtlich verboten ist. § 59 LBG zeigt, daß das Strafrecht der Gehorsamspflicht des Beamten eine Grenze zieht. Diese Beschränkung der Gehorsamspflicht dürfte auch auf das Innenrecht

35) Etwa *Spann* S. 236; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 203 Rn. 24.

36) *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 203 Rn. 1; *Laufs*, *Arztrecht*, Rn. 271 ff; *Rieger*, *Lexikon*, Rn. 1633; *Schlund*, JR 1977, 267; plastisch *Kohlbäas*, *Krankenhausarzt* 1965, 373.

37) BVerfG, Beschl. v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71 –, BVerfGE 32, 373 (381); *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 203 Rn. 27.

38) *Deutsch* S. 138 Rn. 220; *Spann* S. 244.

39) Gewohnheitsrecht (*Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes*, S. 40); übergesetzlicher Notstand u.ä. (*Kohlbäas*, *Krankenhausarzt* 1965, 374; *Kreuzer*, NJW 1975, 2236; ders., *MedKlinik* 1976, 1521 f.); Wahrnehmung berechtigter Interessen (*Schönke-Schröder-Lenckner*, § 203 Rn. 33; *K. Müller*, in: *Die juristische Problematik*, S. 81; ders., MDR 1971, 970; *Rieger*, *Lexikon*, Rn. 1661; kritisch dazu *Schünemann*, ZStW 1978, 56). Wohl einen weit verbreiteten Gedanken wiedergebend bereits *Lustig* S. 235: „Das Recht des Arztes, eine Honorarforderung unter Preisgabe des Namens des Patienten einzuklagen oder abzutreten, geht über das Recht des Patienten auf Geheimhaltung; der letztere hat es ja in der Hand, die Klage zu vermeiden.“

40) So für den Strafvollzug *Marx*, GA 1983, 177 f. sowie *Zieger*, *Strafverteidiger* 1981, 559; für die Kommunikation unter Ärzten *Laufs*, *Arztrecht*, Rn. 271.

41) Etwa hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen die Hinzuziehung weiterer Ärzte (dazu vgl. einerseits § 2 VI Berufs- und Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Westfalen-Lippe, andererseits *Laufs*, NJW 1975, 1436) oder die Einschaltung einer privatärztlichen Verrechnungsstelle zulässig ist (vgl. hierzu die Praxis, andererseits *Schlund*, JR 1977, 268; *Rieger*, *Lexikon*, Rn. 1443; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 203 Rn. 27).

durchgreifen⁴². Nach dem geltenden Gesetzesrecht – auf die Verfassungsrechtslage wird noch einzugehen sein – ist die Frage nach der Unterrichtungsfreiheit ärztlicher Amtswalter, also vor allem auch die Frage danach, ob § 203 StGB dem Arzt im öffentlichen Gesundheitswesen die Unterrichtung verbietet.

Nach § 203 I Nr. 1 StGB wird bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm als Arzt anvertraut oder sonst bekannt geworden ist. Nach § 203 II 1 Nr. 1 StGB gilt das gleiche für Amtsträger. § 203 I Nr. 1 StGB entspricht im wesentlichen dem § 300 StGB a.F.⁴³. Die generelle Strafbarkeit der Geheimnisverletzung bei Bruch des Amtsgeheimnisses stellt dagegen eine Verschärfung gegenüber dem früheren Recht dar, das in § 353 b StGB a.F. eine Strafbarkeit nur bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen vorsah. Unstreitig hindert § 203 II StGB den Amtsträger nicht an der Unterrichtung⁴⁴. Damit hat sich die Gesetzeslage im Hinblick auf die hier interessierende Frage eigentlich nicht geändert. Interessanterweise ist unter Geltung des § 300 StGB a.F. angenommen worden, die Unterrichtung des Vorgesetzten sei zulässig⁴⁵; demgegenüber wird für § 203 StGB überwiegend, allerdings teilweise differenzierend das Gegenteil vertreten⁴⁶. Daß sich hier Wertungen verschoben haben, wird noch deutlicher wenn man bedenkt, daß die in Rede stehenden Mitteilungsempfänger, etwa nicht-ärztliche Vorgesetzte oder Mitarbeiter von Aufsichtsbehörden heute dem § 203 II StGB unterfallen, während ihre Strafbarkeit bei Geheimnisverletzungen nach dem alten Recht von der umstrittenen und richtigerweise wohl zu verneinenden Frage abhing, ob sie als Gehilfen des Arztes anzusehen waren⁴⁷.

Die Diskussion und die teilweise für richtig gehaltenen Differenzierungen⁴⁸ werden unterschiedlich verortet; nicht allein auf der Tatbestandsseite des § 203 I Nr. 1 StGB bei der persönlichen Täterqualifikation („als Arzt“)⁴⁹, dem Tatobjekt („Geheimnis“)⁵⁰ oder der Tathandlung („offenbaren“)⁵¹, sondern auch bei der

Rechtswidrigkeit („unbefugt“)⁵², wo eine Rechtfertigung durch Einwilligung oder mutmaßliche Einwilligung⁵³, durch Gesetz⁵⁴ und durch rechtfertigenden Notstand⁵⁵ diskutiert wird. Einzelne Topoi tauchen dabei durchaus an verschiedenen systematischen Positionen auf⁵⁶.

Eine gewisse Einschränkung der Zahl der Problemfälle, aber keine Problemlösung bringt die Unterscheidung nach der Funktion, in der der Amtswalter tätig wird. Gewiß leuchtet ohne weiteres ein, daß der beamtete Arzt, zu dessen Aufgaben die Kontrolle der Opiumbücher in den Apotheken gehört⁵⁷, bei dieser Aufgabe nicht „als Arzt“ tätig wird. Bei den eigentlich amtsärztlichen Tätigkeiten ist eine Unterscheidung ebensowenig wie bei den Krankenhausärzten sinnvoll oder auch nur möglich. Die amtliche Aufgabe des Arztes ist es gerade, ärztlich tätig zu werden. Die Annahme, es sei entscheidend, „ob jemand als Arzt oder als Beamter tätig wird“⁵⁸, oder die, es könne dem beamteten Arzt etwas entweder „als Arzt“ oder „in seiner Eigenschaft als Funktionsträger“⁵⁹ bekannt gegeben werden, verbietet sich deshalb. Ebensowenig wie etwa der Lehrer⁶⁰ kann der Arzt im öffentlichen Dienst sein Amt außer Dienst ausüben⁶¹. Die ärztliche Tätigkeit – unabhängig davon, ob der Patient sie wünscht oder nicht – ist gerade seine Amtstätigkeit.

Unzutreffend ist auch die Annahme irgendwelcher rechtlichen Beziehungen zwischen dem Amts- oder Krankenhausarzt in der öffentlichen Verwaltung und dem „Patienten“ oder „Bürger“⁶². Der Bürger tritt qua Gesundheitsamt in rechtliche Beziehungen zur Stadt oder zum Kreis oder als Patient eines städtischen Krankenhauses zu diesem als kommunalem Eigenbetrieb und damit zur Stadt oder zum Kreis, die das Krankenhaus betreiben. Ein „Dreiecksverhältnis Dienstherr-Amtsträger-Bürger“⁶³ besteht jedenfalls insofern nicht, als damit das Bestehen von Rechtsbeziehungen zwischen dem Amtsträger und dem Bürger gemeint sein soll. Zwar mag sich in vielen Fällen ein Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient⁶⁴ entwickeln, das ja gerade im Krankenhaus für den

42) Zur Notwendigkeit der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung vgl. P. Kirchhof, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten, S. 8 f.

43) Vgl. Laufs, NJW 1975, 1433.

44) Schöne-Schröder-Lenckner, § 203 Rn. 52 und 45; Dreher-Tröndle, § 203 Rn. 32.

45) Joachim/Korn S. 595; E. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 34; E. Schmidt, in: Ponsold, S. 31; Kohlhaas, DtMedWochenschr 1965, 359; Kierski, Schweigepflicht und Schweigerecht, S. 199; Ciszewski, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1968, 502; Spann S. 251; B. Mueller, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1958, 309.

46) Deutsch S. 137; Rieger, Lexikon, Rn. 1630; Laufs, Arztrecht Rn. 281; Marx, GA 1983, 172; a.A. soweit ersichtlich allein Middelhauwe, MedKlinik 1977, 775.

47) Dafür: Kleinewefer/Wilts, NJW 1964, 430 f.; OLG Oldenburg, Beschl. v. 10.6.1982 – 2 Ws 204/82 –, NJW 1982, 2618; dagegen: Kohlhaas, Das öffentliche Gesundheitswesen 1958, 298; Kreuzer, MedKlinik 1977, 776.

48) z.B. Kierski (MedKlinik 1977, 775), der Krankenhausärzte und Ärzte der Gesundheitsverwaltung unterschiedlich handeln will, oder Rieger (Lexikon, Rn. 51 f.), der für den Amtsarzt danach unterscheidet, ob ihm ein Geheimnis „als Amtsträger“ zur Kenntnis gelangt ist.

49) Etwa Rieger, Lexikon, Rn. 1631; W. Becker, MedKlinik 1977, 1992; Kierski, in: Die juristische Problematik, S. 129 f.

50) Etwa Marx, GA 1983, 163 m.w.Nachw.

51) Vgl. etwa Geppert S. 19 f. m.w.Nachw.

52) Ob das Merkmal „unbefugt“ nur den an sich überflüssigen Hinweis auf die Rechtswidrigkeit enthält oder auch dem Tatbestand zugerechnet werden muß, ist umstritten. Vgl. einerseits Schöne-Schröder-Lenckner, § 203 Rn. 37, andererseits Dreher-Tröndle, § 203 Rn. 27 und Rogall, NStZ 1983, 34. Für die hier untersuchte Frage ist der Streit nicht von Bedeutung.

53) Kreuzer, MedKlinik 1976, 1520 f.

54) Marx, GA 1983, 170; Rogall, NStZ 1983, 9.

55) Kreuzer, MedKlinik 1976, 1400.

56) So taucht das „Vertrauensverhältnis“ sowohl bei der Beschreibung des „Offenbarends“ (Lenckner, Berufsgeheimnis, S. 176) als auch bei der Bestimmung des „Arztes“ auf (Kierski, Schweigepflicht und Schweigerecht, S. 197).

57) B. Mueller, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1958, 311.

58) W. Becker, MedKlinik 1977, 1992; ähnlich etwa schon Joachim/Korn S. 595; siehe auch Schlund, JR 1977, 268; Naser, Das öffentliche Gesundheitswesen 1982, 217.

59) Rieger, Lexikon, Rn. 1631 und Rn. 51; vgl. auch Spann S. 251.

60) Vgl. Engler, RdJ 1979, 66.

61) Im Ergebnis ebenso Kohlhaas, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1958, 297.

62) Etwa Kreuzer, NJW 1975, 2235.

63) Schlund, JR 1977, 268; W. Becker, MedKlinik 1977, 1992; Rogall, NStZ 1983, 8; Geppert S. 23; Marx, GA 1983, 171.

64) Etwa Kreuzer, MedKlinik 1976, 1468.

Erfolg der ärztlichen Tätigkeit wichtig sein kann; man wird in vielen Fällen den Aufbau eines solchen Vertrauensverhältnisses sogar als wichtigen Bestandteil der amtlichen Tätigkeit des Arztes ansehen müssen. Das ändert aber nichts an dem amtlichen, nicht privaten Charakter der Tätigkeit des Arztes⁶⁵ und dem Fehlen rechtlicher Beziehungen zwischen Arzt und Patient.

Der ausschließlich amtliche Charakter der ärztlichen Tätigkeit bedeutet aber auch, daß er Geheimnisse nicht als Privatperson, sondern nur als Amtsträger, d.h. für seine Behörde zur Kenntnis nehmen kann, solange er amtlich handelt. Die Weitergabe solcher Informationen an einen anderen Amtsträger derselben Behörde kann deshalb keine Offenbarung sein, denn sie erweitert den Kreis der Informierten rechtlich gesehen nicht; Kenntnis hat nach wie vor die Behörde.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß der Begriff des „Offenbaren“ in § 203 I StGB in der Tat Mitteilungen innerhalb derselben Behörde *nicht* einschließt. Für dieses Verständnis sprechen zwei systematische und ein historisches Argument.

An erster Stelle ist hier § 203 II StGB anzuführen. § 203 II 2 Halbs. 2 StGB macht deutlich, daß Mitteilungen innerhalb derselben Behörde ohnehin nach Satz 1 nicht strafbar sein sollen. So wird das „Offenbaren“ in § 203 II StGB im Schriftum auch verstanden⁶⁶. Daß § 203 StGB in seinen beiden Absätzen eine unterschiedliche Terminologie verwendet, ist nicht ausgeschlossen, diese These bedürfte aber eingehender Begründung.

Als zweites ist der Begriff der „Offenbarung“ zu nennen, den das Sozialgesetzbuch benutzt (§§ 35 SGB-I, 67 ff SGB-X). Neben ausführlichen Regelungen darüber, in welchen Fällen eine Offenbarung von Geheimnissen zulässig ist, enthält SGB-X Vorschriften mit Bestimmungen über die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Offenbarung (§§ 68 II, 72 II 3 SGB-X). In diesen Bestimmungen geht das SGB-X ohne weiteres davon aus, daß der Behördenleiter Kenntnis der Informationen besitzt oder sich verschaffen darf, denn er wird mit der Entscheidung über die Offenbarung betraut. Das Sozialgesetzbuch geht also davon aus, daß die innerbehördliche Weitergabe an den Leiter der Behörde keine Offenbarung darstellt. Der möglicherweise naheliegende Einwand, der Offenbarungsbegriff des Sozialgesetzbuches unterscheide sich von dem des Strafgesetzbuches in § 203 I StGB, stimme also nur mit dem in § 203 II StGB überein, muß sich damit konfrontieren lassen, daß § 35 SGB-AT gerade in Anlehnung an den Entwurf des § 203 StGB formuliert wurde⁶⁷.

Aus den Materialien zu § 203 StGB ergibt sich zudem mit großer Deutlichkeit,

65) A.A. wohl *Kühne* (NJW 1977, 1478), der (für Beratungsstellen) annimmt, „aus der Funktion der Stelle ergibt sich vielmehr im Gegenteil die Intention der öffentlichen Hand, außerhalb des offiziellen administrativen Gefüges dem Bürger eine gleichsam private Hilfe anzubieten.“

66) *Kreuzer*, NJW 1975, 2234 und *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 203 Rn. 52 und 45; daß die „Einschränkung“ in Rn. 45 hier „generell“ gelten soll, kann nur bedeuten, daß die für Abs. 1 getroffenen Differenzierungen zwischen Amtsträgern mit und ohne besonderes Vertrauensverhältnis i.S.d. Absatzes 1 nicht gelten sollen.

67) BT-Drucks. 7/868 S. 28 zu § 35.

daß die „dienstliche Berichterstattung“, jedenfalls innerhalb derselben Behörde, straflos sein sollte. Die Abgrenzung, unter welchen Voraussetzungen Mitteilungen an andere Behörden strafbar sein sollten, wollte der Gesetzentwurf dagegen mit dem Merkmal „unbefugt“ der Rechtsprechung überlassen⁶⁸. Die Haltung des Entwurfs wird besonders deutlich in seiner Auseinandersetzung mit der Systematik des Entwurfs für ein Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1962⁶⁹, wenn es heißt: „Nach dem für die Aufteilung maßgebenden systematischen Grundgedanken, nämlich die Personen, die vom Geheimnisgeschützten als Personen seines Vertrauens typischerweise frei gewählt werden, anderen Personen gegenüber abzugrenzen, würde die Auslegung geradezu naheliegen, daß die zuerst genannten Personen (so z.B. die Ärzte oder der Sozialarbeiter) in aller Regel ohne Einwilligung des Geheimnisgeschützten das Geheimnis nicht offenbaren dürfen, also auch nicht im Rahmen einer dienstlichen oder gutachterlichen Berichterstattung, selbst wenn ihnen das Geheimnis in amtlicher Eigenschaft (z.B. als Amtsarzt oder als Bewährungshelfer) oder in der Tätigkeit für eine Behörde (z.B. als Gutachter) bekanntgeworden ist. Diese Auslegung würde jedoch zu untragbaren Ergebnissen führen.“⁷⁰

Das Urteil, § 203 StGB sei „ein Musterbeispiel der extensiven Gesetzesinterpretation durch Rechtsprechung und Lehre gegen die Vorstellungen und den historischen Willen des Gesetzgebers“⁷¹, kann mindestens in dieser Auslegungsfrage wohl eine gewisse Plausibilität für sich in Anspruch nehmen.

Für den Informationsaustausch innerhalb der Behörde, sei es die Stadt- oder Kreisverwaltung, sei es das Krankenhaus mit seinem Träger, ist damit kein Raum für eine Differenzierung zwischen ärztlichen und nicht-ärztlichen Vorgesetzten⁷² und mangels Tatbestandsmäßigkeit der Weitergabe von Geheimnissen auch kein Bedarf für eine Rechtfertigung durch eine konkludente Einwilligung des Patienten. Womit der einzelne Bürger rechnet, der mit dem Gesundheitsamt oder dem Krankenhaus in Kontakt kommt und womit er sich dementsprechend stillschweigend einverstanden erklärt, darüber sind mangels einschlägiger Untersuchungen⁷³ ohnehin nur Vermutungen möglich, deren Ergebnisse konträr sein können⁷⁴ und kaum mehr widerspiegeln als das Vorverständnis des jeweiligen Rechtsanwenders.

68) BT-Drucks. 7/550 S. 236; der dilatorische Formelkompromiß ist im Hinblick auf Art. 103 II GG (vgl. dazu etwa *Kunig*, in: von Münch, CG-Kommentar, Art. 103 Rn. 26) nicht unproblematisch.

69) Dieser Entwurf stand allerdings hinsichtlich der Strafbarkeit von Mitteilungen innerhalb derselben Behörde wohl auf einem ähnlichen Standpunkt (BT-Drucks. 4/650, S. 334 – Amtsträger –, aber auch S. 339). Dazu *Kierski*, in: Die juristische Problematik, S. 138.

70) BT-Drucks. 7/550, S. 238; *Geppert* zieht diese Passage der Begründung nicht heran (Geppert S. 30).

71) *Rogall*, NStZ 1983, 1, der in der hier diskutierten Frage die Intention des historischen Gesetzgebers allerdings selbst nicht beachtet, sondern für Strafbarkeit plädiert, obwohl er den Begriff des Offenbaren im hier vertretenen Sinne versteht (NStZ 1983, 8).

72) Diese Differenzierung hält nicht nur *Kohlhaas* (DtMedWochenschr 1965, 358), sondern auch noch *Kreuzer* (NJW 1975, 2235) offenbar für relevant.

73) Vgl. *Kühne*, NJW 1977, 1481.

74) Vgl. etwa einerseits *Kreuzer*, MedKlinik 1976, 1521 und ders., NJW 1975, 2235, andererseits *Kierski*, in: Die juristische Problematik, S. 141 und VG Münster, Urt. v. 5.10.1983 – 4 K 1028/82 –, MedR 1984, 118 (119 f.).

Mitteilungen außerhalb der eigenen Behörde, also etwa gegenüber einer Aufsichtsbehörde sind nach dem hier vertretenen Verständnis des § 203 StGB also tatbestandsmäßig und bedürfen einer besonderen Rechtfertigung. Diese Rechtfertigung ergibt sich aus dem Gesetz, das insoweit das Über-Unterordnungsverhältnis festlegt. Diese Festlegung des Über-Unterordnungsverhältnisses erfolgt in der Regel durch die ausdrückliche Regelung von Unterrichtungsbefugnissen wie in § 13 III LOG oder § 107 GO⁷⁵. Sie kann sich aber z.B. auch daraus ergeben, daß ein hierarchisches Verhältnis zwischen zwei Behörden gesetzlich angeordnet ist, das ein Unterrichtungsrecht voraussetzt⁷⁶.

Daß diese Vorschriften ausdrücklich erkennen lassen, daß sie sich auf der ärztlichen Schweigepflicht unterliegende Informationen beziehen, ist nicht erforderlich⁷⁷. Es genügt, wenn sich der gesetzlichen Bestimmung entnehmen läßt, daß eine Unterrichtung ohne Rücksicht auf den Charakter der Information erfolgen soll⁷⁸. Anders als etwa die Amtshilfebestimmungen machen die Vorschriften, die ein Über-Unterordnungsverhältnis konstituieren, die Unterrichtung nicht von der Berechtigung zur Offenbarung abhängig, sondern schaffen diese Berechtigung⁷⁹.

Das Vorliegen dieser gesetzlichen Rechtfertigungsgründe bei Unterrichtung übergeordneter Stellen lässt sich nicht mit dem Hinweis kontern, eine gehörsamsgebunde Dienstpflicht entfalle dort, wo die Befolgung ihrerseits einen Straftatbestand verwirklichen würde⁸⁰. Richtig ist, daß der Beamte eine Weisung, deren Befolgung strafbar wäre, nicht befolgen muß und darf (§§ 56 II BBG, 59 II LBG). Die Unterrichtungsrechte und -pflichten werden aber nicht durch die Weisung erzeugt, sondern bestehen qua Gesetz und werden im Einzelfall nur konkretisiert⁸¹. Für §§ 55 BBG, 58 LBG etwa, die die Befolgung des Verwaltungsorganisationsrechts durch die Begründung entsprechender Beamtenpflichten sichern, ist anerkannt, daß den Beamten im Rahmen seiner Beratungspflicht auch ohne ausdrückliche Weisungen seines Vorgesetzten qua Gesetz Informationspflichten treffen⁸².

Die Richtigkeit dieser Auffassung beweist auch eine allgemeine Überlegung zum Verhältnis zwischen dem Beamtenrecht und dem Strafrecht. Das Strafrecht ist nicht von höherem Rang als das ebenfalls gesetzlich geregelte Beamtenrecht, so daß es diesem nicht ohne weiteres vorgeht. Die Beschränkung der Gehor-

samspflicht für den einzelnen Beamten in §§ 56 II BBG, 59 II LBG, 38 II BRRG räumt dem Strafrecht Vorrang gegenüber den Weisungen der Vorgesetzten des Beamten ein, soweit diese Weisungen strafbares Verhalten anordnen. Keinesfalls wollen diese Bestimmungen aber das Organisationsrecht der öffentlichen Verwaltung und das Beamtenrecht zur Disposition des Strafrechtsgebers stellen, wie dies der Fall wäre, wenn § 203 I StGB alle dort genannten Personen und die von ihnen erlangten Informationen dem Zugriff der nach Verwaltungsrecht übergeordneten Stelle entziehen würde⁸³. Die Einheit der Rechtsordnung⁸⁴ kann hier nur dadurch gewahrt werden, daß an der in der Systematik des Strafrechts dafür vorgesehenen Stelle, der Rechtswidrigkeitsprüfung, die besondere Rechtslage im Verwaltungsrecht berücksichtigt wird⁸⁵. Daß mit der Weitergabe innerhalb der öffentlichen Verwaltung in „Rechtsbeziehungen zwischen Beamten und Dritten außerhalb der Behörde“ eingegriffen, also die „Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient“ geregelt würde⁸⁶, ist wie oben gezeigt, mangels Bestehen solcher Rechtsbeziehungen ausgeschlossen. Der Schutz der Geheimnisse, dem § 203 StGB dienen soll, ist damit auch nicht zur Disposition vorgesetzter Stellen der Verwaltung gestellt⁸⁷; der Gesetzgeber selbst hat eine von § 203 I StGB abweichende Regelung getroffen. Die Annahme, das Beamtenverhältnis des Arztes sei besonders „geprägt“⁸⁸ oder „modifiziert“⁸⁹ ist nicht mehr als eine Behauptung.

Ob diese Ergebnisse aufgrund der Verfassungsrechtslage zu modifizieren sind, soll nachstehend diskutiert werden.

2.5.3 Zur Zulässigkeit der Unterrichtung durch den ärztlichen Amtswalter nach Verfassungsrecht

Zwei Fragen sind es, die im folgenden verfassungsrechtlich zu beantworten sind: Ist das Verständnis des § 203 StGB, wonach Mitteilungen innerhalb der Behörde nicht tatbestandsmäßig und Mitteilungen an übergeordnete Stellen durch die Vorschriften, die das Überordnungsverhältnis begründen, gerechtfertigt

83) § 203 I StGB ist auch nicht einfach im Verhältnis zu § 55 BBG, 37 LBG lex specialis (so aber Kreuzer, MedKlinik 1976, 1520). Der Kreis der Adressaten dieser Vorschriften überschneidet sich vielmehr nur teilweise.

84) Kreuzer, MedKlinik 1976, 1400.

85) Unklar Rieger, Lexikon, Rn. 1630 und 1651, der eine Offenbarung nach den Vorschriften des SGB für zulässig hält, auch Informationen an Aufsichtsbehörden, insoweit „als diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben unbedingt erforderlich“ sind, „eine generelle Pflicht zur Vorlage von Krankenunterlagen an Dienstvorgesetzte“ aber ablehnt.

86) Kreuzer, MedKlinik 1976, 1520; ders., NJW 1975, 2235; unter Berufung darauf Rieger, Lexikon, Rn. 1630.

87) Schönke-Schröder-Lenckner, § 203 Rn. 53.

88) OVG Lüneburg, Urt. v. 29.7.1975 – II A 78/73 –, NJW 1975, 2263.

89) Marx, GA 1983, 170; wohl verfehlt die Bezugnahme auf Fischbach, § 61 BBG Anm. I 2 a. Fischbach geht es nach dem Zusammenhang wohl nur um den Fall einer Mitteilung an außerhalb der Verwaltung oder jedenfalls eines Über-/Unterordnungsverhältnisses stehende Stellen. Mangels gesetzlicher Erlaubnistatbestände vermag eine Weisung die Mitteilung von Patientengeheimnissen in solchen Fällen in der Tat nicht zu rechtfertigen.

75) Ciszewski, Das öffentliche Gesundheitswesen 1968, 502; wohl auch Rogall, NStZ 1983, 8; dazu siehe auch BSG, Urt. v. 22.6.1983 – 6 RKA 10/82 –, SGB 1984, 164 (166).

76) Für das Verhältnis zwischen Aufsichtsbehörden und Kommunalverwaltung ausdrücklich W. Becker, MedKlinik 1977, 2036; für die Aufsicht des Landes über Hochschulkliniken Lippert, NJW 1984, 2609.

77) Überzeugend OVG Lüneburg, Urt. v. 14.5.1984 - 8 A 23/83 –, NJW 1984, 2652 (2654).

78) Rogall, NStZ 1983, 7.

79) Zu dieser Unterscheidung vgl. etwa F.R. Baur, SGB 1984, 152; zur Amtshilfe Rogall, NStZ 1983, 7; Schnapp, NJW 1980, 2265 ff m.w.Nachw.

80) Geppert S. 24; ähnlich Marx, GA 1983, S. 171 f.; vorsichtiger Rogall, NStZ 1983, 9.

81) Das übersieht VG Münster, Urt. v. 5.10.1983 – 4 K 1028/82 –, MedR 1984, 118 f. (119).

82) Engler, RdJB 1979, 67; Scheerbarth/Höffken S. 354; im Grundsatz auch anerkannt etwa von Kühne, NJW 1977, 1479.

sind, mit dem Grundgesetz vereinbar? Welche verbindlichen Vorgaben lassen sich dem Grundgesetz in Richtung auf eine Unterrichtungsfreiheit ärztlicher Amtswalter entnehmen?

Darüber, daß Art. 2 I GG einen grundrechtlichen Schutz gegen die Verletzung des persönlichen Geheimnisbereichs gewährt, besteht in Rechtsprechung⁹⁰ und Schrifttum⁹¹ Einigkeit, wobei dieser Schutz in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielfach bei „Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG“ lokalisiert wird. Der persönliche Geheimnisbereich gehört zum Gewährleistungsbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wie es vor allem im Zivilrecht fruchtbar gemacht worden ist⁹². Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet eine „unantastbare Intimsphäre“ von einem „privaten Bereich“, in den nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zum Schutz entgegenstehender Interessen eingegriffen werden darf⁹³. Informationen aus dem Bereich des Arztgeheimnisses betreffen nicht die Intimsphäre, sondern den privaten Bereich⁹⁴. Diese Unterscheidung ist mit einiger Berechtigung kritisiert worden; in keinem bisher entschiedenen Fall hat das Bundesverfassungsgericht die „unantastbare Intimsphäre“ betroffen gesehen⁹⁵. Auch für diesen Kernbereich gelten wohl die im Zusammenhang mit Art. 28 II GG erörterten Einwände⁹⁶. Die wegen der anerkannten Bedeutung des Arztgeheimnisses für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens⁹⁷ an sich naheliegende Abstützung seines grundrechtlichen Schutzes auch in Art. 2 II 1 GG ist soweit ersichtlich bisher nicht erörtert worden.

Im Normbereich des Art. 1 I GG sind dem Verfassungsrecht bindende Verpflichtungen des Staates, auch das Strafrecht als Mittel des Schutzes der Menschenwürde einzusetzen, nicht unbekannt⁹⁸. Man wird eine solche verfassungsrechtliche Festlegung des Staates auf das Schutzinstrument Strafrecht allerdings nur in engen Ausnahmefällen annehmen dürfen. Daß der strafrechtliche Schutz des Privatgeheimnisses nicht nur zulässig, sondern geboten sei, ist bisher soweit ersichtlich, nicht vertreten worden. Diese Annahme würde sich allein schon wegen der aus den Publikationswirkungen des Strafverfahrens folgenden Dysfunktionalität⁹⁹ des Strafrechts für den Schutz der Privatgeheimnisse verbieten. Im Hinblick auf die erste hier interessierende Frage läßt sich demnach feststellen,

90) BVerfG, Beschl. v. 16.7.1969 – I BvL 19/63 –, BVerfGE 27, 1 (6) ständige Rechtsprechung. Vgl. Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 –, BVerfGE 65, 1 (41); für das Arztgeheimnis Beschl. v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71 –, BVerfGE 32, 373 (379); BSG, Urt. v. 22.6.1983 – 6 RKA 10/82 –, SGB 1984, 164 (167).

91) Etwa: *Zippelius*, in: BK, Art. 1 Rn. 18; *Podlech*, in: AK GG, Bd. 1 Rn. 39; von *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 2 Rn. 71; *Scholz*, AÖR 1980, 577; aus dem Spezialschriftum z.B. *Karstädt*, NJW 1961, 2051; *C. Müller*, NJW 1966, 1153; *Kreuzer*, NJW 1975, 2233; *F.R. Baur*, ArztR 1981, 235; BT-Drucks. 7/550, S. 235.

92) Vgl. *Laufs*, Arztrecht, Rn. 266; *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 1 Rn. 33.

93) z.B. BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvR 988/75 –, BVerfGE 44, 353 (372 f.).

94) BVerfG, Beschl. v. 8.3.1972, a.a.O., S. 379; von *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1 Rn. 42, Art. 2 Rn. 71.

95) *Schünemann*, ZStW 1978, 19 ff.

96) Siehe oben Dritter Teil, Ziff. 4.3.

97) *Lenckner*, Berufsgeheimnis, S. 161; *Geppert* S. 13 m.w.Nachw.

98) Vgl. etwa von *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1 Rn. 67 ff.

99) *Schünemann*, ZStW 1978, 45.

daß die teilweise Nichterfassung der Kommunikation in der öffentlichen Verwaltung durch das strafrechtliche Verbot nicht verfassungswidrig ist.

Die zweite Frage, ob sich nämlich aus dem Grundgesetz zwingende Vorgaben in Richtung auf eine Unterrichtungsfreiheit ärztlicher Amtswalter ergeben, kann nunmehr dahin konkretisiert werden, ob die Unterrichtungspflicht im Hinblick auf die damit verfolgten Interessen mit dem Übermaßverbot vereinbar ist. Die Frage läßt sich nicht generell, sondern nur für jedes einzelne Über-Unterordnungsverhältnis beantworten, weil die bei der Anwendung des Übermaßverbotes anzustellende Abwägung in ihrem Ergebnis von den Umständen des Einzelfalls und den dabei berührten und verfolgten Interessen abhängt¹⁰⁰. An den in den Ausgangsfällen geschilderten Konstellationen soll im folgenden unter Ziff. 2.5.4 gezeigt werden, zu welchen Ergebnissen man auf diesem Wege gelangt.

Generell läßt sich jedoch eine Art Systematik der Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Geheimnisphäre nach der Schwere des Eingriffs aufstellen. Man wird primär danach differenzieren können, wieviele Personen informiert und wieviele Informationen weitergegeben werden. Generell gilt, daß die Anzahl der Personen, die die geschützte Information zur Kenntnis erhalten, möglichst gering sein muß¹⁰¹. Hier muß im Einzelfall durch entsprechende organisatorische Maßnahmen – u.U. auch in Abweichung von der sonst üblichen Organisation der Verwaltung¹⁰² sichergestellt werden, daß der Kreis der Informierten möglichst klein bleibt. Die Unterrichtung muß personell restriktiv erfolgen.

Sie muß auch sachlich restriktiv erfolgen. Wo anonymisierte Informationen für den verfolgten Zweck genügen, muß die Unterrichtung sich darauf beschränken. Wo die Information notwendig auf die Einzelperson bezogen sein muß, sind Einzelangaben gegenüber eigens für die Unterrichtung erstellten umfassenden Berichten und diese gegenüber der Vorlage von Originalunterlagen das mildere Mittel¹⁰³. Auch dort, wo eine Unterrichtungsfreiheit von Verfassungen wegen nicht zwingend erscheint, sind die Gebote personeller und sachlicher Restriktion der Unterrichtung zu befolgen.

2.5.4 Einzelfragen der Zulässigkeit der Unterrichtung durch ärztliche Amtswalter

2.5.4.1 Unterrichtung im Rahmen der Aufsicht

Es kann bei der verfassungsrechtlichen Entscheidung, ob die Unterrichtung übergeordneter Stellen durch ärztliche Amtswalter im Rahmen der allgemeinen Behörden-, der Fach- oder der Rechtsaufsicht zulässig ist, nicht um die Frage gehen, ob die „Grundrechtswirkung“ gegenüber der staatlichen Organisationsge-

100) *Knemeyer*, NJW 1984, 2245.

101) Siehe dazu *Engler*, RdJB 1979, 68 f.

102) Dazu *Rieger*, Lexikon, Rn. 1628 f.; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 15.2.1983 – 1 BvR 209/83 –, BVerfGE 65, 1 (49 und 68).

103) Dazu *Kreuzer*, NJW 1975, 2236.

walt“ zurückweichen muß¹⁰⁴; maßgeblich für die Rechtfertigung von Grundrechteingriffen können stets nur die hinter der Organisationsentscheidung stehenden Interessen sein. Diese „Organisationsinteressen“ sind meistens recht abstrakt, aber sie sind deshalb nicht von geringer Bedeutung.

Die Aufsicht verfolgt – je unterschiedlich in ihren einzelnen Ausprägungen – die Ziele, den Erfolg der Verwaltung, ihre Effektivität nachhaltig zu sichern und die Übereinstimmung des Verwaltungshandelns mit dem geltenden Recht zu gewährleisten. Diese Interessen können auch für die in den Gesundheitsämtern und Krankenhäusern wahrgenommenen Aufgaben der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung Geltung beanspruchen. Sie erscheinen aufgrund der spezifischen Aufgabenstellung hier ihrerseits grundrechtlich verstärkt; eine effektive Arbeit der Gesundheitsämter und Krankenhäuser schützt Leben und Gesundheit der betroffenen Bürger (Art. 2 II 1 GG), Fehler bei der Aufgabenwahrnehmung sind zugleich Grundrechtsverletzungen. Ein völliger Verzicht auf Aufsicht könnte also nur dann in Betracht kommen, wenn Aufsicht über ärztliche Tätigkeit entweder nicht notwendig oder nicht möglich wäre. Nicht notwendig wäre Aufsicht nur, wenn Ärzte gegen Fehler in ihrer Arbeit oder persönliche Schwächen gefeit wären, was ernsthaft von niemandem behauptet wird¹⁰⁵. Möglich ist die Aufsicht schon deshalb, weil einerseits medizinischer Sachverstand an ihrer Ausübung beteiligt werden kann¹⁰⁶, andererseits aber auch die nicht-medizinische, etwa juristische Kontrolle ärztlicher Tätigkeit sinnvoll ist¹⁰⁷. Verfassungsrechtlich kann demnach nicht das Ob, sondern allein das Wie der Aufsicht über ärztliche Tätigkeit in Rede stehen.

Das Gebot personeller Restriktion wird dabei in der Weise beachtet werden müssen, daß die Kenntnisnahme von Informationen mit Geheimnischarakter auf wenige, möglichst einzelne Personen beschränkt wird. In diesem Zusammenhang wird zu erwägen sein, ob die Aufsichtstätigkeit vor allem auf dem Gebiet der Dienst- und Rechtsaufsicht, die die Kenntnisnahme nicht anonymisierter Angaben erforderlich macht, wie sie z.B. bei der Bearbeitung von Beschwerden unerlässlich ist, nicht unter Ausschaltung einer Instanz bei einer höheren Stelle konzentriert werden kann¹⁰⁸. Hier wäre daran zu denken, daß der Hauptverwaltungsbeamte sich dieser Art der Aufsicht über die Tätigkeit der Ärzte des Gesundheitsamtes unter Ausschaltung des Dezernenten selbst vorbehält.

Dem Gebot sachlicher Restriktion entsprechend kommt eine generelle Verpflichtung der Ärzte zur Vorlage bestimmter Unterlagen im Rahmen der Aufsicht nicht in Betracht¹⁰⁹. Die Unzulässigkeit genereller Unterrichtungsverlangen ohne konkreten Anlaß oder Grund ist etwa auch aus dem Kommunalverfas-

sungsrecht bekannt¹¹⁰. Diese Beschränkung der Unterrichtung auf den notwendigen Umfang¹¹¹ schließt stichprobenartige Kontrollen etwa darauf, ob die ärztliche Aufklärungspflicht vor Eingriffen im Krankenhaus beachtet wird, nicht aus, bietet aber Handhaben Mißbräuchen¹¹² von Rechts wegen entgegenzutreten. Das Unterrichtungsrecht der aufsichtsführenden Stelle ist also, soweit es um der ärztlichen Schweigepflicht unterliegende Informationen geht, nicht generell ausgeschlossen; bei seiner Ausübung ist aber der grundrechtliche Schutz dieser Informationen zu beachten¹¹³.

2.5.4.2 Organisation des Postlaufs

Die Gebote personeller und sachlicher Restriktion sind auch bestimmd für die Organisation des Postlaufs im Gesundheitsamt. Eine Öffnung der als Arztpost erkennbaren Eingänge bei der für die gesamte Verwaltung zuständigen Poststelle scheidet deshalb ebenso aus wie die Regelung, die ausgehende Arztpost unverschlossen an die Poststelle gehen zu lassen und erst dort zu kuvertieren¹¹⁴. Dem Gebot personeller Restriktion entsprechend sollte die Post, die der ärztlichen Schweigepflicht unterfallen kann – das ist regelmäßig die gesamte Post des Gesundheitsamtes –, von einem Bediensteten des Gesundheitsamtes geöffnet werden, der gleichzeitig die Verteilung auf die einzelnen ärztlichen Mitarbeiter vornimmt. Soweit es sich um Schriftstücke mit geheimhaltungsbedürftigen Informationen handelt, dürfte auch die generelle Vorlage an den ärztlichen Leiter des Gesundheitsamtes nicht gerechtfertigt sein.

2.5.4.3 Arztgeheimnis und Rechnungsprüfung

Nicht nur die staatliche Finanzkontrolle durch die Rechnungshöfe von Bund (Art. 114 II GG) und Land (Art. 86 II LVerf), sondern auch die kommunale Rechnungsprüfung durch das Rechnungsprüfungsamt kann als Instrument der informativen Kontrolle durch die Vertretung qua Art. 28 II GG Verfassungsrang in Anspruch nehmen¹¹⁵. Die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel ist ein Interesse mit Verfassungsrang (Art. 114 II 1 GG). Man wird die für eine ef-

110) Vgl. etwa *Rehn/Cronauge*, § 107 GO Anm. II 1.

111) Vgl. auch *Weichbrodt*, NJW 1983, 314; zu Recht weist *Kierski* (in: Die juristische Problematik, S. 131) aber darauf hin, daß eine abschließende Entscheidung über die Frage, welche Informationen notwendig sind, der Arzt schon mangels Kenntnis der Entscheidungssituation der übergeordneten Stelle nicht treffen kann.

112) Siehe die Befürchtungen bei *Kreuzer*, MedKlinik 1976, 1521.

113) *Knemeyer*, NJW 1984, 2246.

114) B. *Mueller*, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1958, 308; *Rieger*, Lexikon, Rn. 1628; ders., DtMed-Wochenschr 1978, 884 f.; siehe auch: BVerwG, Beschl. v. 13.2.1968 – I WB 13.67 –, BVerwGE 33, 120 ff.

115) Siehe oben Dritter Teil, Ziff. 4.2.

104) So *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 261.

105) Die anerkannte Pflicht des Dienstherrn zur Haftung für Fehlleistungen der Ärzte (etwa *Rieger*, Lexikon, Rn. 53; BGH, Urt. v. 22.4.1980 – VI ZR 121/78 –, BGHZ 77, 74) wäre sonst gegenstandslos.

106) Vgl. dazu auch oben Zweiter Teil, Ziff. 1.4.3.3.

107) Dazu BVerfG, Beschl. v. 7.10.1981 – 2 BvR 1194/80 –, NJW 1982, 691 (692).

108) *Engler*, RdJB 1979, 68 ff.

109) Richtig *Laufs*, Arztrecht, Rn. 281.

fektive Finanzkontrolle notwendigen Eingriffe in die geschützte Geheimsphäre des einzelnen deshalb nicht für unzulässig halten können¹¹⁶.

Auch hier gelten die Gebote personeller und sachlicher Restriktion. Auch die Organe der Finanzkontrolle müssen den Kreis der Informationsempfänger möglichst klein halten. Wo dies nach dem Ziel der Kontrolle möglich ist, muß sich auch die Finanzkontrolle auf anonymisierte Angaben stützen¹¹⁷. Wo es darum geht, gerade die Richtigkeit ärztlicher Angaben zu überprüfen, wird eine Anonymisierung vielfach allerdings die Prüfung unmöglich machen und scheitert deshalb in diesen Fällen aus.

2.5.4.4 Angaben zu Abrechnungszwecken

Nicht zur Fallgruppe Unterrichtung im Rahmen der Aufsicht gehört die Frage, ob und in welchem Umfang die im Krankenhausbetrieb für Abrechnungszwecke benötigten Angaben von den Ärzten an die Krankenhausverwaltung gegeben werden müssen. Die Normen, die ein Über-Unterordnungsverhältnis konstituieren, rechtfertigen damit nur die Unterrichtung, die für die Beaufsichtigung und Leitung erforderlich ist. Von hierher lässt sich die Überprüfung von Angaben anhand der Originalkrankenakten in Einzelfällen oder stichprobenweise rechtfertigen, jedoch nicht die routinemäßige Weitergabe nicht anonymisierter Informationen zu anderen Zwecken, sei es die Abrechnung mit den Kostenträgern¹¹⁸, sei es die Abrechnung mit den Ärzten selbst¹¹⁹.

Es geht in diesen Fällen nicht um eine Unterrichtung der Aufsichts- und Leitungsstellen, sondern um die Information der mit der Abrechnung betrauten Stellen im Krankenhaus auf Weisung der Leitung. Es handelt sich damit um einen Ausschnitt aus der Problematik des horizontalen Informationsaustausches.

Man wird diesen Informationsaustausch für Zwecke der Abrechnung des Krankenhauses selbst als innerbehördlich ansehen können¹²⁰, so daß hier weder § 203 StGB noch die Regelung des Sozialgesetzbuches einer Informationsweitergabe entgegenstehen. Nach den hier entwickelten verfassungsrechtlichen Kriterien

116) OVG Lüneburg, Urt. v. 14.5.1984 – 8 A 23/83 –, NJW 1484, 2652 ff.; *B. Mueller*, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1958, 308; anders wohl: *Rieger*, Lexikon, Rn. 1663; *ders.*, DtMedWochenschr 1978, 1986.

117) *B. Mueller*, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1958, 308.

118) So der Fall von OVG Lüneburg, Urt. v. 29.7.1975 -II A 78/73 -, NJW 1975, 2263.

119) So der Fall von VG Münster, Urt. v. 5.10.1983 -4 K 1028/82 -, MedR 1984, 118 ff.

120) Anders möglicherweise in dem von *Wiese*, DtÄrzteBl 1982 H. 40 S. 73 erörterten Fall der personalärztlichen Tätigkeit. Vgl. auch *Kühne*, NJW 1977, 1482; wohl überzogen *Kohlhaas*, DtMedWochenschr 1965, 358 f., der einen Informationsaustausch zwischen dem „Tuberkulosearzt“ und dem „Geschlechtskrankenreferenten“ des gleichen Gesundheitsamtes nicht zulassen will. – Die in diesem Zusammenhang für die Kommunalverwaltung zu beantwortende Frage, wie weit die verfassungsrechtlich gesicherte Allzuständigkeit (Art. 28 II 1 GG), die vor allem ja auch Einheit der Verwaltung bedeutet, informativ Binnengrenzen entgegensteht, kann hier nicht vertieft werden. Das Volkszählungsurteil des BVerfG (Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 -, BVerfGE 65, 1 (66 ff) geht auf diese Frage nicht ein.

wird man dennoch die routinemäßige Weitergabe vollständiger nicht-anonymisierter Krankenunterlagen zur Abrechnung für unzulässig und eine entsprechende Weisung für rechtswidrig halten müssen. Im Ergebnis erweist sich die Entscheidung des OVG Lüneburg im „Schrank-Fall“¹²¹ als richtig, weil nicht nur die für die Abrechnung benötigten Angaben, sondern die vollständigen Anästhesieprotokolle herausgegeben werden sollten¹²², was gegen das Gebot sachlicher Restriktion verstößt. Die gelegentliche Kontrolle der für die Abrechnung gemachten Angaben durch die Krankenhausleitung oder eine Stelle der Finanzkontrolle wäre unzweifelhaft zulässig¹²³, die routinemäßige Heranziehung nicht-anonymisierter vollständiger Krankenunterlagen verstößt gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit¹²⁴.

Im Ergebnis zutreffend ist auch das Urteil des VG Münster, wonach für die Überstundenabrechnung im Krankenhaus von den Ärzten die Führung eines durch Schlüsselnummern auflösbar anonymisierten Nachweisbuches gefordert werden kann¹²⁵. Diese Regelung vermeidet die unnötige Weitergabe von Informationen mit Namen der Patienten, ohne eine Kontrolle der Richtigkeit dieser Angaben unmöglich zu machen.

2.6 Personenbezogene Beratung

Ebenso wie die Ärzte unterliegen Psychologen, Ehe-, Erziehungs-, Jugend- und Drogenberater, Mitarbeiter einer Beratungsstelle nach § 218 b Abs. 2 Nr. 1 StGB sowie Sozialarbeiter und damit praktisch das ganze Spektrum der in der Personenbezogenen Beratung Tätigen der Schweigepflicht nach § 203 I StGB. Es ist anerkannt, daß die in Beratungssituationen dieser Art gewonnenen Informationen ebenso wie die des Arztes den grundrechtlichen Schutz des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 IGG genießen¹. Für die Beachtung des Beratungsgeheimnisses gelten deshalb dieselben Regeln wie für die Beachtung des Arztgeheimnisses².

Für den eingangs geschilderten Fall der Zweifel an den Leistungen der Erziehungsberatungsstelle³ gelten deshalb die für die Unterrichtung im Rahmen der

121) Siehe oben Erster Teil, Ziff. 1.2 lit. i.

122) OVG Lüneburg, Urt. v. 29.7.1975 - II A 78/73 -, NJW 1975, 2263.

123) Anders liegt der von *Kohlhaas*, DtMedWochenschr 1965, 358 diskutierte Fall.

124) Dazu BVerfG (Beschl. v. 24.5.1977 - 2 BvR 988/75 -, BVerfGE 44, 353 (380)) hat zu Recht einen bloßen „Betriebsverdacht“ gegen eine Drogenberatungsstelle nicht als ausreichend für den Eingriff durch die Strafverfolgungsbehörden in den geschützten Geheimnisbereich angesehen.

125) VG Münster, Urt. v. 5.10.1983 - 4 K 1078/82 -, MedR 1984, 118 ff.

1) BVerfG, Beschl. v. 19.7.1972 - 2 BvL 7/71 -, BVerfGE 33, 367 (377); BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 - 2 BvR 988/75 -, BVerfGE 44, 353 (372); *Kühne*, RdJ 1971, 178 f.; *Kühne*, NJW 1977, 148 f.; *Kühne*, Forum Jugendhilfe 1977, Heft 33, S. 13 f.; *Marx*, GA 1983, 170 f.; von *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 2 Rn. 72; zum Schutz des Privatgeheimnisses siehe auch *Kohlhaas*, NJW 1969, 1566; *Kaiser*, Psych. Rundschau 1972, 1 ff.

2) Die Unterschiede, auf die das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschl. v. 19.7.1972 - 2 BvL 7/71 -, BVerfGE 33, 367 (381) hingewiesen hat, sind für die Gesetzgebung wohl nach wie vor bedeutsam, können aber eine unterschiedliche Behandlung der Geheimnisse in der Verwaltung nicht rechtfertigen.

3) Erster Teil, Ziff. 1.2 lit. j.

Aufsicht unter Ziff. 2.5.4.1 entwickelten Grundsätze. Zur Beilegung dieser Zweifel ist der Hauptverwaltungsbeamte unter Beachtung der Gebote sachlicher und personeller Restriktion in Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe berechtigt, sich einen Überblick über die Tätigkeit der Beratungsstelle auch anhand der Originalunterlagen zu verschaffen. Im vorliegenden Fall dürfte die Beauftragung eines geeigneten Verwaltungsmitarbeiters mit dieser Aufgabe nahe liegen, der die notwendigen Angaben unmittelbar aus den Beratungsakten übernimmt und für die weitere Auswertung anonymisiert.

Schwierigere Fragen werfen die mitgeteilten Organisationsregelungen über die Hilfsfonds für Schwangere auf⁴. Daß die Ausschaltung jeder Aufsicht und die Beschränkung der Rechnungsprüfung dem geltenden Kommunalverfassungsrecht widerspricht und sich auch nicht zwingend aus der Verfassung rechtfertigen lässt, dürfte nach den hier gewonnenen Ergebnissen feststehen. Eine gesetzliche Regelung, die für solche Fälle eine Abweichung von den sonst geltenden kommunalverfassungsrechtlichen Bestimmungen erlaubt, erscheint hier ebenso wie für die Regelung der Rechtsstellung der Theaterintendanten⁵ unverzichtbar⁶. Ob eine solche gesetzliche Regelung die hier gewollte Freistellung von praktisch jeder sachlichen Kontrolle legitimieren könnte, muß nach den hier aus Art. 28 II GG, aber auch aus Art. 17 GG entwickelten Anforderungen⁷ bezweifelt werden; der völlige Verzicht auf Kontrolle entspricht schwerlich dem im Hinblick auf Art. 28 II GG zu beachtenden Übermaßverbot, auch wenn man den hier mit Rücksicht auf die Fürsorge für das werdende Leben besonders wichtigen Schutz des persönlichen Geheimnisbereichs der Schwangeren sehr hoch veranschlagt. Es fragt sich, ob die Verfügung über diese Fonds nicht durch die Gewährung entsprechender Zuschüsse in die Hände von nicht-kommunalen, kirchlichen oder anderen Trägern gelegt werden sollte. Wo die öffentliche Hand nur unter völliger Außerachtlassung der für sie aus gutem Grund gelgenden Regeln tätig werden kann, liegt es nahe, die Aufgabenerledigung anderen zu überlassen.

5. Teil: Ausblick und Zusammenfassung

Bevor die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung thesenartig – damit allerdings auch stark vereinfachend – zusammengefaßt werden (Ziff. 2.), soll auf einige Probleme weisungs- und unterrichtungsfreier Räume hingewiesen werden, die im Rahmen dieser Untersuchung nicht vertieft behandelt worden sind (Ziff. 1.).

1. Ausblick

Über die hier betrachteten Beispiele hinaus gibt es noch eine größere Zahl weiterer weisungsfreier Räume, die genauer zu untersuchen wären. Hier seien etwa die Bundes Schuldenverwaltung⁸ genannt, die Tarifkommissionen nach dem Güterkraftverkehrsgesetz⁹, die Beauftragten für den Datenschutz¹⁰, der Untersuchungsführer im Disziplinarverfahren¹¹, die Prüfer in der juristischen Staatsprüfung¹², die denkmalfachlichen Stellen¹³ oder die hier ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Unterrichtungsfreiheit betrachteten Ärzte des öffentlichen Dienstes¹⁴.

Noch weitgehend ungeklärt erscheint, wie zulässig errichtete weisungs- und unterrichtungsfreie Räume rechtlich geschützt werden können. Wie oben¹⁵ bereits angedeutet, wäre hier vor allem die Leistungsfähigkeit des verwaltungsgerichtlichen Organstreitverfahrens zu untersuchen.

Eine nähere verwaltungswissenschaftliche Betrachtung¹⁶ verdienen Funktion und Wirkungsweise von Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit. Die Weisungsfreiheit etwa verhindert die verbindliche Einbringung von Informationen in die im weisungsfreien Raum getroffenen Entscheidungen. Die Koordinierungs-, Harmonisierungs- und Umsetzungswirkungen¹⁷ der Weisungsbindung werden damit ausgeschlossen. Dabei kann es um eine Verbesserung der Aufgabenwahrnehmung in dem weisungsfrei gestellten Raum entweder durch die mit dem Ausschluß jeder verbindlichen Einwirkung erreichte Verhinderung der Gel-

4) Siehe oben Erster Teil, Ziff. 1.2 lit. k.

5) Siehe oben Ziff. 2.1.

6) Mit guten Gründen wird sie auch für den Bereich der ärztlichen Tätigkeit gefordert (Kreuzer, Med-Klinik 1976, 1523).

7) Siehe oben Dritter Teil, Ziff. 4.1.4.2 und 2.3.

8) Bantz, DÖH 1971, 83 ff; W. Müller, JuS 1985, 501.

9) § 21 II 4 GüKG; ähnliche Regelungen gelten im Binnenschiffahrtsrecht, vgl. Tettinger, Festgabe von Unruh, S. 816 ff und BVerfG, Beschl. v. 22.10.1980 –2 BvR 1172/79 –, BVerfGE 55, 144 ff.

10) Etwa §§ 17 IV 2 BDSG, 24 II 2 DSG NW.

11) Etwa §§ 56 III 1 BDO, 55 III 1 DO NW.

12) §§ 6, 28 JAG; siehe dazu auch W. Müller, JuS 1985, 500.

13) z.B. §§ 22 IV DSchG NW.

14) Vgl. Lippert, NJW 1984, 2609.

15) 4. Teil, Ziff. 2.1.2.

16) Eine Typisierung verselbständigerter Verwaltungseinheiten nach dem Zweck der Verselbständigung versucht Schuppert, Selbständige Verwaltungseinheiten, S. 6 ff.

17) Dazu oben 1. Teil, Ziff. 2.

tendmachung sachfremder, einseitiger oder parteilicher Interessen gehen¹⁸. Als Beispiel dafür können die Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer genannt werden. Oder die Verbesserung der Aufgabenwahrnehmung wird dadurch erreicht, daß dem fachlichen Optimierungsdrang der in der Verwaltung tätigen Experten¹⁹ der sonst durch die generalistische Einflußnahme versperzte oder wenigstens beengte Weg freigemacht wird²⁰; als Beispiel sei der Theaterintendant angeführt. Häufig treffen wie bei der Deutschen Bundesbank oder dem Amtstierarzt beide Intentionen, Verhinderung sachfremder Einflüsse und fachliche Optimierung, zusammen.

Genauer nachzugehen wäre auch den Ursachen für die Akzeptanzwirkungen der Weisungsfreiheit²¹. Hängen diese Wirkungen davon ab, daß Personen an der Entscheidung mitwirken, die als Interessenvertreter oder kraft Sachverständ besonderes Vertrauen genießen²², wie dies bei der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften der Fall ist, oder gibt es auch Bereiche, in denen Personen einen Vertrauensvorschuß vor der Hierarchie genießen, der Mensch vor der Organisation?²³ In diesem Fall trüte die Akzeptanzwirkung der Weisungsfreiheit möglicherweise gerade deshalb ein, weil die mit Weisungen und schon mit Weisungsunterworfenheit verbundene Entlastung des Entscheiders von Verantwortung ausgeschlossen ist.

Weiter wäre zu beachten, daß die übergeordnete Stelle, deren Einflußmöglichkeiten durch Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit reduziert werden, in manchen Fällen mit dieser Machteinbuße durchaus nicht unzufrieden zu sein scheint²⁴. Wo keine Einflußmöglichkeit besteht, können ja auch keine Fehler gemacht und sanktioniert werden.

Mit Blick auf die untergeordnete Stelle wäre zu fragen, ob für die Forderung nach Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit nicht in manchen Fällen Gruppen- oder Standesinteressen maßgeblich sind. Nichtwissen ist ja, in Umkehrung einer informationssoziologischen Grundeinsicht²⁵, Ohnmacht, Ohnmacht vor allem gegenüber dem, der das Wissen für sich reservieren kann²⁶. Als Indiz in

diese Richtung mag man werten, daß Geheimhaltung und Unterrichtungsfreiheit stärker im Spezialschrifttum postuliert und propagiert werden²⁷.

Ziel dieser Arbeit war es, für die Entscheidung über die Errichtung von weisungs- und unterrichtungsfreien Räumen als Abwägung zwischen dem Nutzen und den Gefahren einer Auflösung der Einheit zugunsten der Vielfalt den verfassungsrechtlichen Rahmen deutlich zu machen.

18) Dies gilt als der maßgebliche Gesichtspunkt für die Unabhängigkeit der Gerichte und der Richter. Vgl. etwa *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 97 Rn. 27; *H.H. Klein*, Festschrift Forsthoff, S. 175; für Prüfungen vgl. *Pietzcker*, Anforderungen, S. 107 f.

19) Dazu vgl. vor allem *Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, S. 229; siehe auch *E. Müller*, DÖV 1986, 12.

20) *Kirchhof*, Mittelbares Einwirken, S. 138; der Konflikt wird auch von den Fachleuten in der Verwaltung mehr (*Reuter*, ÖffGesundheitsdienst 1959, 6) oder weniger (etwa *Waetzoldt*, in: *Denkschrift Museen*, S. 162 ff) deutlich gesehen.

21) Dazu vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.6.1967 – 2 BvL 10/64 – BVerfGE 22, 106 (113) und *Wittrock*, der als Argument für die Unabhängigkeit der Finanzkontrolle das Vertrauen der Bevölkerung anführt (DVBl. 1984, 824).

22) *Kirchhof*, Mittelbares Einwirken, S. 137.

23) In diese Richtung *Steinbach*, Verwaltungsführung, S. 187.

24) *Luhmann*, Funktionen und Folgen, S. 185.

25) *Schünemann*, ZStW 1978, 15; siehe auch *Sjöberg* S. 298.

26) *Sjöberg* S. 299: „Sie (die Spezialisten, der Verfasser) sind in der Lage, die Macht der Leiter zum Handeln (sogar zum Handeln gegen sich selbst) einzuschränken ...“

27) Vgl. auch *Löwer*, DVBl. 1984, 758 N 12.

2. Zusammenfassung in Thesen:

Erster Teil

1. Die Untersuchung befaßt sich mit der Zulässigkeit weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Staats- und Kommunalverwaltung. Als exemplarisch für die Staatsverwaltung wird die Bundesverwaltung untersucht (Ziff. 2).
2. Unter Weisung wird in der Untersuchung die auf Verbindlichkeit angelegte Äußerung einer Verhaltenserwartung durch eine übergeordnete Einheit gegenüber einer untergeordneten Einheit verstanden (Ziff. 3.1.1).
3. Als Unterrichtung wird die Weitergabe von Informationen durch eine untergeordnete Einheit an eine übergeordnete Einheit verstanden (Ziff. 3.1.2).
4. Weisungsfreie Räume werden die Aufgaben der Verwaltung genannt, bei deren Erledigung die zuständige Einheit Weisungen ganz oder teilweise nicht unterliegt (Ziff. 3.1.3).
5. Unterrichtungsfreie Räume werden die Aufgaben der Verwaltung genannt, bei deren Wahrnehmung gewonnene Informationen die zuständige Einheit ganz oder teilweise nicht an eine übergeordnete Einheit weitergeben darf (Ziff. 3.1.4).
6. Die Anordnung von Weisungs- oder Unterrichtungsfreiheit modifiziert die Kompetenz der übergeordneten und der untergeordneten Einheit; sie stellt eine Zuständigkeitsregelung dar (Ziff. 3.2).
7. Die Weisung läßt sich als selbsterledigendes Steuerungsmittel charakterisieren; soweit sie reicht, entscheidet nicht der Angewiesene, sondern der Anweisende (Ziff. 4.1.2).
8. Die Selbstentscheidung ist das zuverlässigste, jederzeit verfügbare und kostengünstigste Steuerungsmittel. Im Vergleich zu den anderen Mitteln der Selbstentscheidung – Korrektur und Genehmigung – hat die Weisung den Vorteil, umfassend und initiativ, nicht nur reaktiv zu sein. Das einzige oder nur in jedem Fall beste Steuerungsmittel ist die Weisung nicht (Ziff. 4.1.3).
9. Die Bedeutung der Unterrichtung ergibt sich daraus, daß sie vielfach das einzige verfügbare Informationsmittel ist. Im Vergleich zu anderen Informationsmitteln ist sie an Sicherheit, Schnelligkeit und Richtigkeit regelmäßig mindestens gleichwertig, häufig kostengünstiger und in aller Regel vollständiger (Ziff. 4.2.3.).
10. Im mehrstufigen System schließt Weisungs- oder Unterrichtungsfreiheit im Verhältnis zwischen einer übergeordneten und einer untergeordneten Einheit auch die Befolgung von Weisungen oder die Unterrichtung im Verhältnis zu den hierarchisch weiter übergeordneten Einheiten aus (Ziff. 4.3).

Zweiter Teil

11. Die Anordnung von Weisungs- und Unterrichtungsfreiheit unterfällt dem institutionellen Gesetzesvorbehalt.
12. Gegen die Annahme, Art. 65 S. 2 GG statuiere eine auch vom Gesetzgeber zu beachtende Leitungsbefugnis für den Ressortminister, wird eingewandt, Art. 65 GG enthalte nur Inter-Organ-Rechte der Bundesregierung (Ziff. 1.1).
13. Auf die systematische Stellung des Art. 65 GG kann dieser Einwand sich nicht berufen (Ziff. 1.1.1).
14. Die teilweise abweichende Systematik einiger Länderverfassungen ist kein Argument für oder gegen die Inter-Organ-Wirkung des Art. 65 GG (Ziff. 1.1.2).
15. Aus der Textgeschichte lassen sich insoweit keine überzeugenden Hinweise für das Verständnis des Art. 65 GG entnehmen (Ziff. 1.1.3).
16. Die unmittelbare Nachbarschaft des Art. 65 a GG, der unbestritten Inter-Organ-Recht enthält, zu Art. 65 GG spricht für die Inter-Organ-Geltung auch des Art. 65 GG (Ziff. 1.1.4).
17. Im Schrifttum besteht Einigkeit darüber, daß das Grundgesetz die Leitungsbefugnis der Bundesminister statuiert. Neben der hier für richtig gehaltenen Herleitung aus Art. 65 S. 2 GG werden dafür noch andere Begründungen angeführt (Ziff. 1.1.5).
18. Die Zulässigkeit weisungsfreier Räume kann nicht als Ressortfreiheit begründet werden. Das Grundgesetz sieht zwingend eine „flächendeckende“ Ressortverteilung vor. Die Staatspraxis ordnet dementsprechend auch weisungsfreie Räume bestimmten Ressorts zu (Ziff. 1.2.1).
19. Die Leitungsbefugnis des Ministers umfaßt das Recht, der nachgeordneten Stelle Weisungen zu erteilen und sich jederzeit vollständig von ihr unterrichten zu lassen (Ziff. 1.2.2).
20. Der Minister ist inhaltlichen (Ziff. 1.3.1) und funktionalen Bindungen seiner Leitungsbefugnis durch Entscheidungsrechte anderer oberster Verfassungsorgane (Ziff. 1.3.2.1) und des Kanzlers und der Bundesregierung (Ziff. 1.3.2.2) ausgesetzt.
21. Das Grundgesetz sieht auch gegenständliche Beschränkungen vor. Als Beispiele sind der Bundesrechnungshof, die Verwaltungen der anderen obersten Verfassungsorgane, die Rundfunkfreiheit (Art. 5 I GG) sowie die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III GG) zu nennen (Ziff. 1.3.3.1).
22. Das Grundgesetz läßt in einem hier nicht näher zu bestimmenden Umfang die Wahrnehmung von Aufgaben der Bundesverwaltung durch juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts auch weisungsfrei zu. Argumente für die Zulässigkeit der Weisungsfreiheit in der unmittelbaren Bundesverwaltung können daraus nicht hergeleitet werden (Ziff. 1.3.3.2).
23. Die Zulässigkeit weisungsfreier Räume in der Bundesverwaltung kann nicht mit Berufung auf ein „vorrechtliches Gesamtbild“ begründet werden (Ziff. 1.4.2).
24. Gegen die Herleitung von Rechtsfolgen aus der Natur der Sache bestehen grundsätzliche Bedenken. Auch wenn man diese zurückstellt, kommen Schlüsse aus der Natur der Sache nur in Betracht, wenn sie begriffsnotwendig sind und eine bestimmte Lösung zwingend erforderlich ist (Ziff. 1.4.3).
25. In diesem Sinne ist Weisungsfreiheit weder für die Deutsche Bundesbank, noch für Kollegialentscheidungen, für Tätigkeiten, die spezielles Sachwissen voraussetzen, oder für Prüfungsentscheidungen kraft Natur der Sache geboten (Ziff. 1.4.3.1 – 1.4.3.4).
26. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bremer Personalvertretungsgesetz (BVerfGE 9, 268) betrifft nicht die Zulässigkeit weisungsfreier Räume in der Bundesverwaltung, sondern allein die bundesverfassungsrechtlichen Grenzen für die Errichtung weisungsfreier Räume in der Landesverwaltung (Ziff. 1.4.4.1).
27. Das in der Entscheidung gewählte Abgrenzungskriterium der politischen Tragweite ist wenig praktikabel und führt etwa bei der Deutschen Bundesbank zu fragwürdigen Ergebnissen. Entscheidend ist jedoch, daß damit nicht begründet, sondern vorausgesetzt wird, daß überhaupt gesetzliche Abweichungen von der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsregelung getroffen werden dürfen (Ziff. 1.4.4.2).
28. Die Errichtung weisungsfreier Räume durch Gesetz kann nicht mit dem Hinweis auf das fehlende Staatsleitungsmonopol der Regierung oder ein Zugriffsrecht des Parlaments auf die Organisationsgewalt der Regierung begründet werden. Es geht bei der Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume nicht um die Ausübung von Regierungsbefugnissen durch das Parlament, sondern um die Delegation von nach dem Grundgesetz der Regierung zustehenden Kompetenzen auf dritte Stellen (Ziff. 1.4.4.3).
29. Durchbrechungen der ministeriellen Leitungsbefugnis durch gesetzliche Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume sind nur im Rahmen einer verhältnismäßigen Zuordnung kollidierender Verfassungsrechtsgüter nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz zulässig (Ziff. 1.4.5).
30. Unter dem Stichwort „demokratische Legitimation“ geht die Untersuchung auf die personell-organisatorische Legitimation als die Autorisierung der Wahrnehmung eines Amtes durch eine Person ein. Die institutionelle und funktionelle Legitimation werden dabei vorausgesetzt. Sedes materiae ist Art. 20 II GG (Ziff. 2.4).
31. Als „Staatsgewalt“ Legitimationsgegenstand sind alle autonomen Regelungsentscheidungen; eine Beschränkung der Legitimationsnotwendigkeit auf wichtige Entscheidungen ist abzulehnen (Ziff. 2.5).
32. Demokratische Legitimation kann nur durch Berufung in ein bestimmtes

- Amt auf Zeit oder jederzeit widerruflich und jedenfalls nicht auf Lebenszeit zur weisungsfreien Ausübung erteilt werden (Ziff. 2.6).
33. Primäres Legitimationssubjekt muß stets das Volk sein, wobei auch Teilkörper in Betracht kommen. Mangels anderweitiger verfassungsrechtlicher Regelung kann demokratische Legitimation nicht nur vom Volk unmittelbar, sondern auch durch ihrerseits demokratisch legitimierte Organe verliehen werden. Bei Kollegialorganen bedürfen alle Mitglieder einer, wenn auch nicht notwendig auf dieselbe Weise erworbenen demokratischen Legitimation (Ziff. 2.7).
34. Parlamentarische Verantwortlichkeit bedeutet Kontrollierbarkeit durch das Parlament. Auf die Art der Kontrolle – lediglich informierend oder auch sanktionierend – kommt es nicht an (Ziff. 3.1).
35. Das Bestehen einer parlamentarischen Verantwortlichkeit ist nur dann ein Argument gegen die Zulässigkeit weisungs- oder unterrichtungsfreier Räume, wenn verfassungsrechtlich jede Exekutivtätigkeit vom Parlament in vollem Umfang über den zuständigen Minister kontrollierbar sein muß (Ziff. 3.2).
36. Weder aus Art. 65 S. 2 GG noch aus Art. 67 GG lassen sich entsprechende Schlüsse ziehen (Ziff. 3.3 und 3.4.1).
37. Ein allgemeiner parlamentarischer Auskunftsanspruch kommt nicht als Grenze für die Zulässigkeit unterrichtungsfreier Räume in Betracht (Ziff. 3.3.2.1).
38. Im Verhältnis zu parlamentarischen Untersuchungsausschüssen können unterrichtungsfreie Räume nur geschaffen werden, wo die Verfassung selbst dem Untersuchungsrecht Grenzen setzt. Für die Errichtung unterrichtungsfreier Räume im Verhältnis Regierung/Verwaltung ergeben sich damit keine Restriktionen (Ziff. 3.3.2.2).
39. Auch das Petitionsinformierungsrecht steht der Errichtung unterrichtungsfreier Räume im Verhältnis Parlament/Verwaltung entgegen, nicht aber im Verhältnis Regierung/Verwaltung (Ziff. 3.3.2.3).
40. Die Prüfungstätigkeit des Bundesrechnungshofs ist verfassungsrechtlich auf Lückenlosigkeit angelegt und markiert damit eine Grenze für die Errichtung unterrichtungsfreier Räume; sie sind nur zulässig, soweit andere Verfassungsrechtsgüter eine Beschränkung der Prüfungsbefugnis des Rechnungshofs rechtfertigen (Ziff. 3.3.3).
41. Ein weisungs- oder unterrichtungsfreie Räume verbietender Verantwortlichkeitsgrundsatz kann auch auf Strukturprinzipien der Verfassung nicht gestützt werden (Ziff. 3.4).
42. Aus dem Gewaltenteilungsprinzip ergeben sich nur, wenn man darin zugleich einen Grundsatz der Gewaltenverschränkung sieht, und auch dann nur sehr weite, schwerlich praktisch werdende Grenzen für die Zulässigkeit der Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume (Ziff. 4.1).
43. Die Leitungsbefugnis des Ressortministers erfüllt zwar eine rechtsstaatliche Funktion; selbständige Grenzen für die Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume ergeben sich aus dem Rechtsstaatprinzip jedoch nicht (Ziff. 4.2).
44. Ein Verstoß gegen Art. 33 V GG durch die Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume kommt nicht in Betracht (Ziff. 5).

Dritter Teil

45. Die im zweiten Teil dargelegten Anforderungen an die demokratische Legitimation gelten auch für die Kommunalverwaltung (Ziff. 1).
46. Im Verhältnis zu den parlamentarischen Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages sind unterrichtungsfreie Räume in der Kommunalverwaltung nur zulässig, soweit sie dem Schutz anderer Verfassungsgüter dienen (Ziff. 2.1).
47. Im Verhältnis zum Petitionsausschuß und zu parlamentarischen Untersuchungsausschüssen des Landtages stößt die Errichtung unterrichtungsfreier Räume ebenfalls auf verfassungsrechtliche Grenzen (Ziff. 2.2).
48. Weil „Volksvertretung“ im Sinne des Art. 17 GG auch die Vertretungsgänge der Gemeinden und Kreise sind, kommt die Errichtung unterrichtungsfreier Räume im Verhältnis zu diesen Vertretungsorganen insoweit ebenfalls nur in Betracht, wenn sie zum Schutz anderer Verfassungsgüter erforderlich ist (Ziff. 2.3).
49. Ähnliches gilt im Verhältnis zu den Rechnungshöfen von Land und Bund, soweit deren verfassungsrechtlicher Prüfungsauftrag reicht (Ziff. 2.4).
50. Grenzen für die Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume in der Kommunalverwaltung ergeben sich aus Art. 84 und 85 GG (Ziff. 3).
51. Art. 28 II GG garantiert auch das Bestehen der Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht. Regelungen, die die Unterrichtung der Aufsichtsbehörde ausschließen oder beschränken oder die Wirksamkeit der von ihr zur Wahrung des Rechts getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen, greifen in den durch Art. 28 II GG geschützten Bereich ein (Ziff. 4.1).
52. Unter dem Aspekt der Bürgerschaftlichkeit setzt Art. 28 II GG solchen Regelungen Grenzen, nach denen weisungsfrei tätige Amtswalter nicht unmittelbar vom kommunalen Vertretungsorgan bestellt werden, wichtige Angelegenheiten nicht nur durch eine Mehrzahl gewählter Bürgervertreter entschieden werden oder die informative Kontrolle der Vertretung in allen kommunalen Angelegenheiten ausgeschlossen oder beschränkt werden sollen (Ziff. 4.2).
53. Soweit die Selbstverwaltungsgarantie der Errichtung weisungs- und unterrichtungsfreier Räume Grenzen zieht, ist diese nur zulässig, wenn die mit

der Errichtung verfolgten Gemeinwohlziele unter Beachtung des Übermaßverbotes den mit der Weisungs- oder Unterrichtungsfreiheit verbundenen Eingriff in den durch die Selbstverwaltungsgarantie geschützten Bereich rechtfertigen (Ziff. 4.3).

Vierter Teil

54. Die Organe der Deutschen Bundesbank, die nach § 12 S. 2 BBankG bei der Ausübung der Befugnisse nach dem Bundesbankgesetz von Weisungen der Bundesregierung unabhängig ist, sind demokratisch legitimiert (Ziff. 1.1.1).
55. Die Weisungsfreiheit der Bundesbank ist als Mittel zum Schutz der Währungsstabilität verfassungsrechtlich zulässig (Ziff. 1.1.2).
56. Die Mitglieder der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften sind demokratisch legitimiert (Ziff. 1.2.1).
57. Mit Rücksicht auf den damit intendierten Schutz der Verfassungsgüter des Art. 5 I und III GG ist die Weisungsfreiheit der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften mit dem Grundgesetz vereinbar (Ziff. 1.2.2).
58. Mit Ausnahme des als Vorsitzenden fungierenden Präsidenten des Bundesrechnungshofs besitzen die Mitglieder des Bundespersonalausschusses ausreichende demokratische Legitimation (Ziff. 1.3.1).
59. Soweit der Bundespersonalausschuss über Ausnahmen von beamtenrechtlichen Bestimmungen entscheidet, ist seine Weisungsfreiheit mit dem Grundgesetz vereinbar (Ziff. 1.3.2.1).
60. Nicht gerechtfertigt ist die Weisungsfreiheit bei der Entscheidung über die allgemeine Anerkennung von Prüfungen (Ziff. 1.3.2.2).
61. Die Mitglieder der Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer und der Musterungsausschüsse sind demokratisch legitimiert (Ziff. 1.4.1.1 und Ziff. 1.4.2.1).
62. Gegen die Weisungsfreiheit der Ausschüsse für Kriegsdienstverweigerer bestehen keine Bedenken (Ziff. 1.4.1.2).
63. Gesichtspunkte, die die Weisungsfreiheit der Musterungsausschüsse rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich (Ziff. 1.4.2.2).
64. Wenn die Weisungsfreiheit der Intendanten kommunaler Theater nicht zwingend durch das Grundgesetz geboten ist, sind entsprechende Regelungen wegen Verstoßes gegen die Kommunalverfassungsgesetze rechtswidrig (Ziff. 2.1).
65. Amtswaltern, die im Bereich der staatsveranstalteten Kunst tätig werden, gewährt Art. 5 III GG kein Grundrecht auf Kunstfreiheit gegen den Staat (Ziff. 2.1.2).
66. Art. 5 III GG gebietet nicht zwingend, kunstbezogene Entscheidungen

Künstlern zu übertragen, verbietet aber Ingerenzen in den einmal eröffneten Freiraum (Ziff. 2.1.3).

67. Eine gesetzliche Regelung, die theatertragenden Kommunen gestatten würde, den Theaterintendanten Weisungsfreiheit einzuräumen, wäre mit dem Grundgesetz vereinbar (Ziff. 2.1.4).
68. Die Absetzung von Stücken ist nur zur Abwehr von Gefahren für im Einzelfall gegenüber der Kunstfreiheit höher zu veranschlagende Verfassungsrechtsgüter zulässig (Ziff. 2.1.5).
69. Soweit Museen sich mit Kunst befassen, gelten dieselben Grundsätze; der Träger ist berechtigt, kunstbezogene Entscheidungen selbst zu treffen. Soweit er – die Vereinbarkeit mit einfachem Recht unterstellt – Freiräume eröffnet hat, sind ihm nachträgliche Ingerenzen in diese Freiräume untersagt. Soweit der Museumsträger seinen Museen Forschungsaufgaben stellt, kann er auch Vorgaben zum Gegenstand der Forschung machen. Einflußnahmen auf die Ausfüllung des einmal eröffneten Freiraums etwa im Hinblick auf den Inhalt oder die Publikation von Forschungsergebnissen sind ihm jedoch durch Art. 5 III GG verboten (Ziff. 2.2.3).
70. Eine gesetzliche Ermächtigung an die Kommunen, den Museumsleitern weisungsfreie Räume zu eröffnen, muß eine ausreichende demokratische Legitimation sicherstellen. Gegen die Weisungsfreiheit von Ankaufentscheidungen bestehen wegen Art. 28 II GG erhebliche Bedenken (Ziff. 2.2.4).
71. § 4 III 1 des nordrhein-westfälischen Weiterbildungsgesetzes räumt der Volkshochschule für die Entscheidung über den Lehrplan einen weisungsfreien Raum in der Kommunalverwaltung ein. Die „Freiheit der Lehre“ nach § 4 III 2 WbG steht dem einzelnen Lehrenden zu (Ziff. 2.3.1).
72. Gegen die Weisungsfreiheit bei der Entscheidung über die Lehrplangestaltung bestehen aufgrund Art. 28 II GG verfassungsrechtliche Bedenken (Ziff. 2.3.2).
73. Durchgreifende Bedenken gegen die Weisungsfreiheit des Amtstierarztes nach § 2 V des nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetzes zum Tierseuchengesetz bestehen nicht (Ziff. 2.4).
74. § 203 I Nr. 1 StGB verbietet ärztlichen Amtswaltern nicht den innerbehördlichen Informationsaustausch. Die an sich tatbestandsmäßige Unterrichtung von Aufsichtsbehörden ist durch die das Über-Unterordnungsverhältnis im Hinblick auf die Unterrichtung begründende Rechtsvorschrift gerechtfertigt (Ziff. 2.5.2).
75. Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des persönlichen Geheimnisbereichs verbietet nicht generell die Unterrichtung durch ärztliche Amtswalter. Bei der Weitergabe von Informationen aus dem persönlichen Geheimnisbereich sind jedoch die Gebote personeller und sachlicher Restriktion zu beachten (Ziff. 2.5.3).

76. Auch die Unterrichtung aufsichtsführender Stellen ist deshalb auf den notwendigen Umfang zu beschränken. Durch geeignete organisatorische Maßnahmen ist dem Gebot personeller Restriktion Rechnung zu tragen (Ziff. 2.5.4.1).
77. Verfassungsrechtliche Vorgaben bestehen auch für die Organisation des Postlaufs etwa im kommunalen Gesundheitsamt (Ziff. 2.5.4.2).
78. Die Rechnungsprüfung muß so organisiert sein und so tätig werden, daß sie den Geboten der sachlichen und personellen Restriktion genügt (Ziff. 2.5.4.3).
79. Die Weitergabe von ärztlichen Informationen zu Abrechnungszwecken ist kein Fall der Unterrichtung. Die routinemäßige Weitergabe über den Abrechnungszweck hinausgehender Informationen ist rechtswidrig (Ziff. 2.5.4.4).
80. Die für ärztliche Informationen entwickelten Grundsätze gelten auch für Informationen, die bei personenbezogener Beratung gewonnen wurden. Gegen die Ausschaltung jeder Aufsicht und die Beschränkung der Rechnungsprüfung auf die Richtigkeit der Zahlungen bei der Verwaltung von Hilfsfonds für Schwangere bestehen jedoch verfassungsrechtliche Bedenken (Ziff. 2.6).

Sachregister

- Absetzung von Theaterstücken 200 f.
- Absolutismus 55
- Abstimmungen 83 f.
- Akteneinsichtsrecht 112, 116, 141, 229
- Aktiengesellschaft 45
- Akzeptanz 179, 189, 191, 236
- Allzuständigkeit 156, 161 f.
- Amt 9 f.
 - sgeheimnis 110
 - shilfe 19, 112, 114, 144
 - stierarzt 7, 9, 215 ff., 236
- Anerkennung von Prüfungen 185 f.
 - s.a. Beamtenrecht
- Anfragen, parlamentarische 32 ff., 42
- Ankäufe von Museumsgut 207
- Antrag 6, 19 f.
 - recht des Dienstvorgesetzten 138
- Arzt 8, 14, 56 f., 217 ff.
 - geheimnis s. Schweigepflicht
 - , Weisungsfreiheit 235
 - s.a. Aufsicht
- Aufsicht 9, 35 f., 145 f.
 - sbehörde 55, 59, 115, 222, 226
 - smittel 10
 - über Ärzte 229 ff.
- Auftragsangelegenheiten, landesrechtliche 153
- Auskunftsrecht
 - des Bürgermeisters und des Landrats 141
 - des Bundesfinanzministers 118
 - des Parlaments 107 ff.
- Ausnahmen von beamtenrechtlichen Bestimmungen 183 ff.
- Ausschuß 49, 54, 109
- Außenrecht 8, 137
- Außen- und Verteidigungspolitik 90
- Ausstattung 12 ff., 37, 39
- Bagatell-Vorbehalt 83

Bauverwaltung 12, 56
Beamte 40, 111, 218
- mit funktionsgebundenem Amt 85
-nernennung 84
Dienstrecht der -n 137 f.
politische - 182
Wahl- 85
s.a. Antragsrecht, Bundespersonalausschuß, Gehorsamspflicht, Grundsätze
Beanstandung 16, 48
Beratung 82
-sgeheimnis 233 f.
-sstelle 233 f.
s.a. Schweigepflicht
Berufsgeheimnis s. Schweigepflicht
Beschwerde 20, 133
Beweiserhebung 112, 116
Bezirksvertretungen, nordrhein-westfälische 74 f., 82 f.
Bezirksvorsteher 83, 141
Bremen s. Personalvertretungsgesetz, Staatsgerichtshof, Landesverfassung
Budgetrecht 40
s.a. Haushalt, Kontrolle
Bürgerschaftlichkeit 160 ff., 207,
-, Begründung 162
-, Inhalt 162 f.
Bundesamt für den Zivildienst 186 f.
Bundesaufsicht 146, 154 ff.
-, Informationsrechte der Bundesregierung 155
Bundesauftragsverwaltung 151, 153 ff.
Bundesbank 33, 44 f., 54, 62, 65, 170 ff., 236
Bundesfinanzminister 117 ff.
Bundeskanzler 32, 35, 39 ff., 84 f., 97, 99, 125
Bundespersonalausschuß 66, 138, 180 ff., 191
Bundespräsident 26, 32, 40, 43, 85, 127, 130, 171, 182
Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften 9, 34, 66, 175 ff., 191, 236
Bundesrat 40, 42 f., 84, 117, 120, 129, 171, 177, 187
Bundesrechnungshof 43, 103, 118 ff., 133
-, Befugnisse 118 ff., 152
-, Präsident 180, 182 f.
Bundesregierung 25 f., 30, 32 ff., 39 ff., 54, 65, 110, 117, 120, 124, 130, 173, 177
s.a. Bundesaufsicht

Bundestag 40, 91, 107, 117, 120
-, Budgetrecht 40
-, Informationsrechte 143 ff.
s.a. Parlament, Petition, Untersuchungsausschuß, Zitierrecht
Bundesverfassungsgericht 43 f.
-, Urteil v. 27.4.1959 (Bremer PersVertrG) 60 f., 127 ff., 136
-, Beschl. v. 20.6.1967 (Steuerausschüsse) 61
-, Beschl. v. 22.10.1968 (Hamburger Richterwahl) 92 f.
-, Urt. v. 10.12.1974 (schl.-holst. Magistrat) 74, 82 f., 93 f.
-, Urt. v. 25.5.1977 (Finanzkontrolle) 120 f.
-, Beschl. v. 15.2.1978 (nordrh.-westf. Bezirksvertretung) 74, 82 f.
-, Urt. v. 17.7.1984 (Flick-Akten) 109, 112, 116
Bundeswehr 28
-hochschule 44
checks and balances 130
Datenschutz 235
Demokratieprinzip 29, 71, 76, 85 f., 124 ff.
denkmalfachliche Stellen 235
Deutsche Bundesbank s. Bundesbank
Deutsche Welle 44
Deutschlandfunk 44
Dienstaufsicht 37, 210
Doppelstellung der Ressortminister 32
ehrenamtlich Tätige 55
Eid des Hippokrates 217
Eigentumsgarantie 172, 175
Eigenverantwortlichkeit 156, 161 f.
Einfuhr- und Vorratsstellen 46
Einheit der Rechtsordnung 227
Einstandspflicht 97 f.
s.a. Verantwortlichkeit
Einzelweisungsrecht 25, 27 f., 30, 63, 153 f.
Ellwein-Kommission 215
Enquête 126, 144
-, Arten 111
-kommission Verfassungsreform 116
s.a. Untersuchung

Entlastung 120 f.

Entscheidung 18 f., 79 ff.

-, Informationsbedarf 20

-svorbereitung 75, 78, 81 f.

Erziehungsberatungsstelle 233 f.

Fachaufsicht 37, 210, 217

Fachgewalt des Ministers 36

Finanzgewalt des Ministers 36 f.

Finanzverwaltung 80

Flick-Untersuchungsausschuß 5, 109 f., 116

Förderungsverwaltung 12

Führung 11 ff., 20

Funktionengliederung 128

s.a. Gewaltenteilung

Funktionsfähigkeit 30

Gebot

funktionsgerechter Organisation 128 f.

personeller und sachlicher Restriktion 229

Gegenzeichnung 32

Geheimnisbereich, persönlicher 228 f.

Geheimnisschutz 110, 113, 120, 151 f., 217 ff., 234, 237

Gehorsamspflicht 136 ff., 221 ff.

Geldwertstabilität 172 ff.

Gemeindedirektor 55, 141, 148, 160, 208, 213

Gemeinderat 55, 208

s.a. Petition, Vertretung

Genehmigung 16

Geschäftsbereich 25, 31 ff., 37 f., 41, 52, 63, 84

s.a. Ressort

Geschäftsordnung 41

-srecht 26, 107

Geschäftsleitungsgewalt des Ministers 36

Geschäftsverteilung in der Bundesregierung 31

Gesetz 19, 70, 72, 80, 124

-esvorbehalt 23, 25, 40, 51, 63, 68, 91

-mäßigkeit der Verwaltung 133 ff.

- nach Art. 45 c GG 115 f.

Programmierung durch - 126

Gesundheitsamt 218 ff.

-, Postlauf 231

Gewalt

-enteilung 23, 30, 60, 101, 128 ff., 142, 150

-enverschränkung 131 f.

-, öffentliche 78

-, vollziehende 68 f., 84

Gewohnheitsrecht 107

Gleichgewicht, gesamtwirtschaftliches 65, 172 ff.

GmbH 45

Grundrechte 39, 42, 113, 119 f., 151, 172, 174, 178, 188 f., 228 ff.

Amtswalter- 195 f., 205

Medien- 195, 204

Grundsätze, hergebrachte des Berufsbeamtenstums 60, 66, 136 ff., 184 f.

Gutachten, tierärztliche 216 f.

Haushalt

-sjahr 117

-skreislauf 120

-splan 13, 36

-srecht 152

-, des Theaters 194

Bundes- 118

s.a. Kontrolle

Herrenchimseer Entwurf zum GG 25, 27

Hilfsfonds für Schwangere 234

Hochschule s. Bundeswehr, Universität

Hoheitsverwaltung 80

Homogenität 131

-sgebot 61

Information

-, Begriff 18 ff.

-smittel 18 ff.

-spflicht 113 ff.

-srechte 103 f., 163

--, parlamentarische 106 ff.

Innenrecht 8, 26, 137, 221

Grundrechte im -sbereich 195 f.

Integration 150

Interessengruppen 94, 176, 179, 182

Jahresrechnung 118, 120

Jugendschutz 176 ff.

juristische Personen 45 ff., 89

Kaiserreich 50 f

Kassation 82 f.

Kernbereich

(allgemeines Persönlichkeitsrecht) 228

(Gewaltenteilung) 132

(kommunale Selbstverwaltung) 165 f.

Klagerecht 48

Kollegialentscheidungen 54 ff., 179, 191

Kollegialorgan 92 ff., 121, 198

Kommunalaufsicht 154, 157 ff.

-, Befugnisse 159 f., 163

Kommunalverwaltung 80, 88 f., 141 ff., 192 ff.

Kontrolldichte 23, 103, 123, 165 f.

Kontrolle 11 f., 18, 20, 70, 76, 95, 103, 108, 110, 127, 163, 182 ff., 230

Finanz- 18, 42, 117 ff., 120, 133, 152, 231 f.

Lückenlosigkeit der -- 118 f.

gerichtliche - 102, 134, 184

parlamentarische - 99 ff., 123, 133, 144 ff.

Selbst-, exekutive 121, 133 f.

Kontrollgegenstand 103, 121

Kontrollinstrument 112

Kontrollmaßstab 103 f., 121 f., 125

Kontrollverfahren 103

Kontrollvorgang 103, 121

Kosten 12, 17, 21

Krankenhaus 218 ff.

Abrechnung im - 232 f.

Kreistag 148, 151

s.a. Petition, Vertretung

Kriegsdienstverweigerer 33, 188

Ausschuß für - 66, 186 ff.

Kunstfreiheit 176, 178

- des Theaters 193 ff.

- im Museum 204 f.

Kündigung 6

Landesrechnungshof 152

s.a. Kontrolle

Landesverfassung 61, 162

-, Bayern 26 f.

-, Bremen 145

-, Hamburg 93

-, Nordrhein-Westfalen 27

Landesverwaltung 42, 154

Landtag 145 f., 148, 151

Lebenszeitbestellung von Amtswaltern 85 ff.

Legitimation

-, Begriff 76

-sakt 83 ff.

-sgegenstand 78 ff.

-skette, ununterbrochene 72 f., 75, 91, 125, 163

-ssubjekt 87 ff.

demokratische - 67 ff.

– – der Kommunalverwaltung 142 f.

funktionelle - - 68, 77, 89 f., 125

inhaltliche - - 73, 76

institutionelle - - 68, 77, 90, 125

materielle - - 72, 76

materiell-inhaltliche - - 77, 123

mittelbare - - 68, 91

organisatorische - - 73, 76

personelle - - 68 f., 72, 76, 125, 162

personell-organisatorische - - 77, 84, 89 ff., 123, 125

unmittelbare - - 68, 91

Leistungsverwaltung 80

Leitung 34 ff.

-, Begriff 37

-sbefugnis 24 ff., 105

--, Gegenstand 31 ff.

--, Inhalt 34 ff.

--, rechtsstaatliche Funktion 135

--, verfassungsunmittelbare Beschränkungen 43 ff.

--, Verortung im GG 28 ff.

Mängelrüge 154

Magistrat, schleswig-holsteinischer 74 f., 82

Meinungs- und Pressefreiheit 66, 82, 176, 178

Menschenwürde 78

Minister
-ialfreiheit 33, 42, 44, 122
-, Begriff 7
-alsystem 52 f.
-verantwortung 100
s.a. Doppelstellung, Fachgewalt, Finanzgewalt, Geschäftsbereich, Personalgewalt, Sachgewalt, Verantwortlichkeit
Mißtrauensvotum 97 f., 106, 111
Mitbestimmung 136 f.
Motivationsbeeinflussung 12, 15 f.
Museum 194, 201 ff.
-, Aufgaben und Arten 201 f
-, Ankäufe 207
-, Lüneburg 203 f.
-, Hamburg 203
-sleiter 201 ff.
s.a. Kunstfreiheit, Wissenschaftsfreiheit
Musterungsausschuß 186, 189 ff.

Nationalsozialismus 4, 34
Natur der Sache 53 ff.

Oberbürgermeister 83
Oberkreisdirektor 141, 148
Organisationsänderung 12 ff., 37, 39, 137
Organisationsgewalt 36 f., 64, 77
Organstreitverfahren 98, 196, 225

Parlament 64, 150
-, demokratische Legitimation 68, 71, 73
-, Informationsrechte 106
-, Selbstverzicht auf Kontrollbefugnisse 105 f.
-sfreiheit 7 f.
-vorbehalt 91
s.a. Bundestag, Verantwortlichkeit, Zitierrecht
parlamentarischer Rat 27 f
parlamentarisches Prinzip 49, 123
Partei 68
Paulskirchenverfassung 107
Personalauswahl 13 f., 16
Personalgewalt des Ministers 36 f.
Personalvertretungsgesetz Bremen 60 f.

petitio principii 51, 95, 104, 123, 135
Petition 19 f., 126, 147
-sausschuß 33, 114 ff.
-sinformierungsrecht 114 ff., 144 ff.
-, Herleitung 114 f.
-- der kommunalen Vertretungsorgane 146 ff.
-srecht 114 ff., 122, 147 f.
--, Funktion 114
-überweisungsrecht 117, 150
Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung 55, 153
Pluralismus, organisatorischer 198 f.
politische Tragweite 59 ff.
- als Abgrenzungskriterium 62 ff.
Postlauf im Gesundheitsamt 231
Präsidentenanklage 127
praktische Konkordanz 66, 113
Presse 108
Prüfungsausschuß 53, 57 ff., 191, 235
Prüfungsentscheidungen 57 ff.

Rat 6
Rechenschaftspflicht 97 f.
Rechnungsprüfung 141
- und Arztgeheimnis 231 f.
- und Hilfsfonds für Schwangere 234
s.a. Kontrolle
Rechtsaufsicht 37 f., 134 f., 145, 159, 217
Rechtsfähigkeit 35
Rechtsprechung 84
Rechtsschutz 134 f., 184, 188, 196
Rechtsstaat 49 f., 60 f., 127 ff., 133 ff.
-lichkeit 30, 76
Regiebetrieb 193
Regierung, Begriff 30
Reichspräsident 52
Reichstag 107
Repräsentation 73 f., 125, 150
Republik 72

Ressort
-freiheit 33 f., 42, 123
-prinzip 41
-system, Lückenlosigkeit 31 f., 33 ff.
s.a. Geschäftsbereich
Ressourcenzuteilung 12 ff., 37, 39
Richterbestellung 84, 92, 125
Richtlinien 81
Richtlinienkompetenz 34, 40 f.
Rückholrecht 148
Rücktritt 97 ff.
Rundfunk 43 f.

Sachentscheidungszuständigkeit 36 f.
Sachgewalt des Ministers 36
Sachwissen, spezielles 56 f., 94, 179
Satzungsautonomie 87
Schätzungen, tierärztliche 216 f.
Schulamt 12, 55
Schulaufsichtsbehörde 55, 59
Schulkollegien 55, 59
Schweigepflicht
-ärztliche 217 ff.
--, Überblick 219 ff.
-- und Aufsicht 229 ff.
-- und Rechnungsprüfung 231 f.
Schweigerecht 4 f.
- des Arztes 220
Schweiz 97
Selbsteintritt 48
Selbstentscheidung 15 ff., 37
Selbsterledigung 12, 14 ff., 37
Selbstverwaltung 91
- juristische Personen 46, 89
- kommunale 89, 159 ff., 199
- ständische 88
-saufgaben 9
-garantie 42, 155 ff.
Souveränität 150

Spezialist 56, 82
s.a. Sachwissen
Spitzenverbände, kommunale 147
Staatsaufsicht 88, 157 ff.
Staatsgerichtshof
-, Bremen 60, 145, 161
-, vorläufiger für das Deutsche Reich 52, 60
Staatsgewalt 70 f., 74 f., 77, 78 ff.
Staatsleitung 64
Staatssekretär 34
Stab 43
Steuergeheimnis 110
Steuerung 11 f., 18
-smittel 12 ff.
Strafprozeß 112 f.
Strafrecht 221 ff., 228
-, Verhältnis zum Beamtenrecht 226
Strafvollzug 219
Tarifkommissionen nach dem Güterkraftverkehrsgesetz 235
Theater 192 ff.
-intendant 56, 192 ff., 234, 236
-organisation 194 ff.
-spielplan 192, 195 ff., 199 f.
Tierarzt s. Amtstierarzt, Gutachten, Schätzungen, Untersuchungen
Übermaßverbot s. Verhältnismäßigkeitsprinzip
Unabhängigkeit 7, 43
Universität 43 f., 203 f., 206, 211, 214
Unterrichtung 9, 22, 37
-, Begriff 7
-, Bedeutung 18 ff.
-sfreiheit 10
--, Gefahren 5
unterrichtungsfreier Raum, Begriff 8
Untersuchungsausschuß 98, 109 ff., 116 f., 144 ff.
- des nordrhein-westfälischen Landtags 145 f.
-, Informationsrecht 110 ff., 144 ff.
Untersuchungen, tierärztliche 216 f.

Untersuchungsführer im Disziplinarverfahren 235

Untersuchungsrecht, parlamentarisches 109 ff., 122

Verantwortlichkeit 73 f., 96, 98, 128

parlamentarische – 24, 29 f., 32, 47, 95 ff., 123 ff.

-- der Bundesminister 99 f., 102, 105, 124

--, Funktion 101

--, Voraussetzungen der Geltendmachung 100f.

— und Zuständigkeit 100, 102

staatsrechtliche – 100

-sdichte 126

-smonopol der Regierung 110 f.

-sschuldner 110 f.

Verantwortung 26, 60, 76 ff., 96

Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen 160 f.

Verfassungspolitik 48

Verfügbarkeit 20 f.

Verhältnismäßigkeitsprinzip 66, 154, 164 ff., 173, 180, 228 f.

Verschwiegenheitspflicht 8, 93

s.a. Schweigepflicht

Vertretung, kommunale 85, 141, 148 ff., 160, 162 f., 187, 190

s.a. Petition, Volksvertretung

Verwaltungslehre 10, 34

Verwaltungsvorbehalt 23

Verzicht 47, 105 f.

Verwaltungsvorschriften, allgemeine 48 f., 153

Volk i. S. d. Art. 20 II GG 87 ff., 123, 125, 162

Teil- 88 ff.

Verbands- 69 f.

Volkshochschule 7, 206, 208 ff.

–, Lehrplangestaltung 209 ff.

Volksvertretung i. S. d. Art. 17 GG 146 ff.

– i. S. d. Art. 28 I GG 149

Vorrang des Gesetzes 65

vorrechtliches Gesamtbild 49 ff.,

–, Begriff 50 f.

Vorschlag 6, 82

-srecht 94

Wahl 70 ff., 83 ff., 89, 150 f.

Warnung 6

Wehrbeauftragter 43

Wehrpflicht 187 f., 191

Weimarer Republik 50

Weimarer Reichsverfassung 34, 49, 51 ff., 149 f.

Weisung, Begriff 6

–, Bedeutung 16 f., 37 f.

–, Ersatz 48

–, fachaufsichtliche 133

–, rechtsaufsichtliche 133

–, Vorteile und Nachteile 17

-sbindung 86 f.

–, Funktionen 4f.

–, Gefahren 5

-sfreier Raum, Begriff 7

-sfreiheit 5, 10

Weiterbildung 208 ff.

Einrichtungen der – 211 f.

Wesensgehalt s. Kernbereich

Widerspruch 16, 19, 83

Willkürverbot 144

Wirkungskreis, übertragener 151

Wissenschaftsfreiheit

im Museum 205 ff.

in der Weiterbildung 213 f.

Zielformulierung 11 f., 14, 18

Zielvorgaben 40

Zitierrecht 107, 111

Zurechenbarkeit 100

Zustimmung 6

Zuverlässigkeit von Informationen 21

Zwangskörperschaft 90