

Erster Teil

Aspekte der sonstigen Selbstverwaltung

I. Nichtterritoriale „sonstige Selbstverwaltung“

A. B-VG-Novelle 2008

Die einfachen Gesetze würden – wie *Winkler* im Jahr 1991 herausgestellt hat – seit mehr als 100 Jahren verschiedene Arten von seinerzeit neukonzipierten SVK regeln. Neben den Gemeinden als territorialen SVK¹⁾, seien vor allem die Kammern personale SVK. So sei der Wissenschaft zur Aufgabe gestellt, das weitgehende Schweigen des Verfassungsgesetzgebers zu einem „beredten“ zu machen. Nämlich zu sagen, was der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 gemeint habe, sozusagen das Implizierte zu explizieren. Nämlich, indem er die personalen SVK überwiegend stillschweigend vorausgesetzt habe. Es sei aber auch Aufgabe der Wissenschaft, „das in den zahlreichen einfachen Gesetzen für die verschiedenen personalen SVK weitgehend explizit Geregelte durch institutionelle Analysen, Vergleiche und Synthesen – im Sinne *Kants*, in wissenschaftlicher Art und Weise – auf die wesentlichen Gemeinsamkeiten hin zu untersuchen und so zu charakteristischen Vorstellungen von den verschiedenen Arten von Institutionen der Selbstverwaltung zu gelangen.“ Die Darstellungen von *Herrnritt*, *Merkl*, *Körner*, *Ringhofer*, *Pernthaler*, *Korinek* und *Welan-Gutknecht* würden sich „noch heute“ (nämlich 1991, AnmdVerf) durch ihren Tiefgang und durch ihre betont methodologischen Orientierungen aus der reichlichen Literatur hervorheben. „Diesen Lehren können weitgehend übereinstimmende essentielle *Merkmale der Selbstverwaltung* abgelesen werden. Dazu gehören in erster Linie die Rechtspersönlichkeit, die Autonomie, die in ihrem Kern auch das Satzungsrecht umfasse, sowie die Staatsaufsicht mit der ihr korrespondierenden Weisungsfreiheit.“²⁾ Dem fügt *Schambeck* eine wichtige Facette hinzu, wenn er darauf verweist, dass durch die Selbstverwaltung „dem Volkswillen im Rahmen der Verwaltung selbst ein unmittelbarer Herrschaftsbereich eröffnet wird. Neben der territorialen Selbstverwaltung der Gemeinden wurden mit zunehmender Demokratisierung des öffentlichen Lebens zur Wahrnehmung beruflicher, sozialer und wirtschaftlicher Anliegen eigene Interessenverbände eingerichtet und an der Ausübung der Staatsgewalt in Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung in verschiedener Weise beteiligt.“³⁾

In einer von *Stillfried*⁴⁾ zitierten Untersuchung von *Werner* aus dem Jahr 1950 heiße es – so *Stillfried* –, dem Verfassungsgeber habe ein klares Bild bestehender Einrichtungen der Selbstverwaltung vorgelegen, weshalb dessen Vorgehen die Annahme

¹⁾ Als „territoriale Selbstverwaltung“ wird in Rsp, Lehre und Schrifttum die im B-VG in dessen Fünftem Hptst, Abschn A. „Gemeinden“ geregelte Gemeindegeldverwaltung bezeichnet.

²⁾ *Winkler* (1991-1) 74 f.

³⁾ *Schambeck* 687.

⁴⁾ *Stillfried* 4.

rechtfertige, „dass er, da er die Verwaltungsform der Selbstverwaltung kannte, diese stillschweigend übernahm“. Dieses Stillschweigen könne daher „nicht als Beweis für die Unzulässigkeit dieser Verwaltungsform gedeutet werden“. Unter Beachtung der Kompetenzartikel des B-VG, die die Einrichtung von beruflichen Vertretungen und Kammern vorsehen, „wird man mit der Annahme nicht fehlgehen, dass der Gesetzgeber, anknüpfend an die im Rechtsleben vorgefundenen Erscheinungen unter Berufsvertretungen und Kammern Gebilde verstanden wissen wollte, die *Selbstverwaltungskörper* sind“⁵⁾.

3 Die der territorialen Selbstverwaltung der Gemeinden gegenüberstehende *nichtterritoriale Selbstverwaltung* wurde erstmals explizit mit der B-VG-Nov 2008 durch Einfügung eines Abschnitts „B. Sonstige Selbstverwaltung“ in das V. Hptst des B-VG (Art 120a–c) explizit geregelt. Doch schwebte diese personale Form der Selbstverwaltung vor dieser B-VG-Novelle keineswegs im verfassungsfreien Raum einer – gelegentlich anderen Institutionen zugeschriebenen – politisch orientierten „Realverfassung“⁶⁾. Nach der von Rsp und Lehre entwickelten *Versteinerungstheorie* wollte der Verfassungsgesetzgeber bei Schaffung der Kompetenztatbestände der Art 10–17 B-VG mit B-VG-Nov 1925 die am 1. 10. 1925 („Versteinerungszeitpunkt“) in einfachen Gesetzen zur systematischen Regelung bestimmter Rechtsgebiete bereits bestehenden Begriffe mit dem entsprechenden Kompetenztatbestand erfassen.⁷⁾

4 Der höchstgerichtlichen Judikatur zur nichtterritorialen Selbstverwaltung in der Zeit vor Inkrafttreten der B-VG-Nov 2008 kommt deshalb besondere Bedeutung zu. So judizierte der VfGH im „leading case“ Salzburger Jägerschaft⁸⁾, dass die Selbstverwaltung „im Rahmen des Organisationsplanes der Bundesverfassung gelegen“ sei. *Rill/Stolzlechner* erinnern daran, dass der VfGH festgestellt habe, die B-VG-Nov 2008 habe die *sonstige Selbstverwaltung* nicht verfassungsrechtlich konstituiert, sondern die der Bundesverfassung schon bisher immanente Regelungsbefugnis des Gesetzgebers zur Errichtung von SVK der sonstigen Selbstverwaltung positivrechtlich klargestellt.⁹⁾ Die „Bundesverfassungsbereinigungsnovelle“ habe – so *Raschauer* – die Art 120a–c als organisationsneutrale Fassung in das B-VG aufgenommen. Sie diene, wie allenthalben konstatiert werde, der verfassungsrechtlichen „Absicherung“. Traditionelle Grundsätze der Selbstverwaltung seien übernommen worden, jedoch habe der Verfassungsgesetzgeber das Erfordernis einer Anpassung der bestehenden Gesetze gesehen, va betr die ausdrückliche Bezeichnung der Agenden des übertragene Wirkungsbereichs und für diesen Wirkungsbereich die ausdrückliche gesetzliche Anordnung einer Weisungsbindung gegenüber dem zuständigen obersten Verwaltungsorgan.¹⁰⁾

5 Art 10 Abs 1 Z 6 und 8 B-VG weist die Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten der Notare, der Rechtsanwälte und verwandter Berufe dem Bund zu, ebenso die Einrichtung *beruflicher Vertretungen*, soweit sie sich auf das ganze Bun-

⁵⁾ *Werner*, ÖJZ 1950, 437 ff.

⁶⁾ Vgl *Funk*, FS 60 Jahre Wirtschaftskammer Österreich 41 ff (41 f).

⁷⁾ Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger* Rz 295 ff.

⁸⁾ VfSlg 8215/1977.

⁹⁾ *Rill/Stolzlechner* Art 120a B-VG Rz 1; vgl auch *Stillfried* 5 ff zur Notariatskammer 14 ff (jeweils nach dem Stand 1994).

¹⁰⁾ *Raschauer* (2010) 483.

desgebiet erstrecken (mit Ausnahme für land- und forstwirtschaftliche Berufe).¹¹⁾ Tatsächlich wurden erstmals mit der NO 1850 „Notariatskammern zur unmittelbaren Leitung des Notariatswesens“ geschaffen. Bei diesen ersten Notariatskammern konnte allerdings noch nicht von Selbstverwaltung im heute verstandenen Sinn gesprochen werden, weil sich das Prinzip demokratischer Wahlen der Kammerorgane und der Autonomiegedanke erst mit der NO 1871 durchgesetzt haben. Schließlich entwickelte sich bis zur Erlassung der NO-Nov 1921, also noch vor dem Versteinerungszeitpunkt 1. 10. 1925, eine Organisation der Berufsvertretung des Notariats, die bereits alle Kernmerkmale einer beruflichen Selbstverwaltung aufwies.

Die *Kompetenztatbestände* der Art 10–17 B-VG sind gemäß der Rsp des VfGH in dem Sinn zu verstehen, in dem sie nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens, das ist im Wesentlichen der 1. 10. 1925, verstanden worden sind. Für neue Regelungen gelte – so *Hauer* –, dass sich diese nur insoweit auf einen Kompetenztatbestand stützen könnten, als sie ihrem Inhalt nach dem betreffenden Rechtsgebiet, wie es durch die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzartikel bestehenden Regelungen bestimmt sei, systematisch zugehören würden (sog. „intrasystematische Weiterentwicklung“). Überhaupt seien nach der ständigen Rsp des VfGH Verfassungsbegriffe, die in der Verfassung nicht näher umschrieben seien, in dem Sinn zu verstehen, der ihnen nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der diesen Begriff enthaltenden Verfassungsregeln zugekommen sei¹²⁾.

Der *Österreich-Konvent*¹³⁾ gab den letzten Anstoß zur Verankerung der nichtterritorialen Selbstverwaltung in der Bundesverfassung. Als wesentliche Strukturmerkmale wurden genannt Pflichtmitgliedschaft, institutionelle Garantie, wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung, eigener und übertragener Wirkungsbereich, staatliche Aufsicht, demokratische Binnenstruktur, finanzielle Selbständigkeit und Privatrechtsfähigkeit. In legistisch-systematischer Hinsicht wurde eine Regelung in Anlehnung an die verfassungsrechtlichen Regelungen zu den Gemeinden empfohlen. ISd Transparenz und Systematik solle die Verfassung ein separates HptSt der Selbstverwaltung widmen. Im Übrigen solle der einfache Gesetzgeber zur Schaffung von Einrichtungen der nichtterritorialen Selbstverwaltung ermächtigt werden. Diese Einrichtung solle in Anlehnung an die Judikatur des VfGH determiniert sein, sohin auf ein gemeinsames (öffentliches) Interesse und auf das Leistungspotential¹⁴⁾ der Gemeinschaft abstellen. Ein wie immer gearteter Rechtsanspruch einer Personengruppe auf Einrichtung als SVK solle nicht bestehen¹⁵⁾, dies solle auch im Bereich der Organisation der freien Berufe gelten.¹⁶⁾

¹¹⁾ Die Bundeskompetenz zur Einrichtung der beruflichen Vertretung des Notariats ist im Mehr-Ebenen-System der notariellen Selbstverwaltung begründet.

¹²⁾ *Hauer* Rz 478 ff.

¹³⁾ Der Österreich-Konvent hat von 30. 6. 2003 bis 31. 1. 2005 über Vorschläge für eine grundlegende Staats- und Verfassungsreform beraten.

¹⁴⁾ Im Kriterium des Leistungspotenzials der Gemeinschaft kann durchaus ein Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip vermutet werden.

¹⁵⁾ Siehe aber unten Rz 28 ff.

¹⁶⁾ Österreich-Konvent, Bericht des Ausschusses 7, Allgemeiner Teil, E. Nicht-territoriale Selbstverwaltung.

6

7

- 8** Aus den Art 120a–c B-VG können als wesentliche Merkmale der sonstigen Selbstverwaltung die folgenden abgeleitet werden: Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, ausschließliches oder überwiegendes gemeinsames Interesse von Pflichtmitgliedern, deren Eignung zur gemeinsamen Aufgabenbesorgung, Weisungsfreiheit in einem eigenen Wirkungsbereich, Satzungsrecht unter rechtsstaatlicher Bindung, Weisungsgebundenheit in einem übertragenen Wirkungsbereich zur Besorgung übertragener staatlicher Aufgaben, Bildung der Organe nach demokratischen Grundsätzen aus dem Kreis der Verbandsmitglieder, Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung, Selbstfinanzierung, öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Rechtsfähigkeit, Aufsichtsrecht des Staates. *Korinek* weist darauf hin, dass mit Art 120a Abs 1 B-VG nichts Neues festgelegt worden wäre, denn das entspreche dem Stand der verfassungsgerichtlichen Judikatur und auch der herrschenden – wenn auch nicht völlig unbestrittenen – Lehre. „Die Aufregung, die diese verfassungsrechtliche Bestimmung (gemeint Art 120a Abs 1 B-VG, AnmdVerf) hervorgerufen hat, ist für mich (*Korinek*, AnmdVerf) nicht nachvollziehbar. Denn der Text kodifiziert im Prinzip nur den Stand des Verfassungsrechts, wie er in der Rsp konkretisiert wurde: Die Zulässigkeit der Schaffung von personalen Selbstverwaltungskörpern mit einer obligatorischen Mitgliedschaft und die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Schaffung solcher Einrichtungen.“¹⁷⁾
- 9** Einen besonderen Akzent der B-VG-Nov 2008 betont *Korinek* mit seinem Hinweis darauf, das Volk sei nach der Bundesverfassung nicht bloß im Sinne *Rousseaus* die Summe der einzelnen Bürger, die mit ihrem einheitlichen Willen die Herrschaft legitimierten, sondern es sei ein in verschiedener Weise gegliedertes, pluralistisch strukturiertes Volk¹⁸⁾. Strukturiert insb auch nach ihren wirtschaftlichen und sozialen Interessen. Es gebe nicht ein Volksinteresse, sondern unterschiedliche Interessen in der Gesellschaft – auch wenn das von bestimmten politischen Ideologien her nur schwer verständlich sein mag. Aufgabe einer Verfassung sei es, diese Gliederungen der Gesellschaft und die Repräsentation der Allgemeininteressen in Balance zu halten. Und zu dieser Aufgabe zähle auch eine Regelung der Möglichkeiten und Grenzen der „sonstigen“, also insb der beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen oder sonst der *Interessenvertretung* dienenden Selbstverwaltung durch Kammern, kammerähnliche Einrichtungen und Sozialversicherungsträger. Das geleistet zu haben sei das Verdienst der Schaffung der Regelungen über die sonstige Selbstverwaltung im B-VG. Und das verdiene als solches Anerkennung.¹⁹⁾
- 10** Die sonstige Selbstverwaltung umfasst sehr unterschiedliche Institutionen, denkt man etwa an die sozialpartnerschaftlichen „großen“ Kammern der gewerblich/industriellen Wirtschaft, der Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder an die Anstalten der Sozialversicherung, die als wirtschaftliche und sozialstaatliche Selbstverwaltungen verstanden werden. Diesen stehen die „kleinen“ Einrichtungen der beruflichen Selbstverwaltung gegenüber. Zwischen wirtschaftlicher und beruflicher Selbstverwaltung besteht ein auffallender Unterschied bezüglich der in den Kammern zusammengefassten Interessen. Die Kammern der freien Berufe zeigen große Homogenität und gleichgerichtete Interessen. Dies kommt vor allem in der Zusammenfassung von

¹⁷⁾ *Korinek* (2009) 10.

¹⁸⁾ Vgl *Brünner*, Verbände in der Parteidemokratie (1974) 40f; *Korinek* (1991) 105 ff.

¹⁹⁾ *Korinek* (2009) 22 f.

Dienstgebern (zB Notaren, Rechtsanwälten) und Dienstnehmern (zB Notariatskandidaten, Rechtsanwaltsanwärtern) in einer Kammer zum Ausdruck. In der sog wirtschaftlichen Selbstverwaltung bestehen dagegen Kammern getrennt für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. *Stillfried*²⁰⁾ spricht davon, dass bei den beruflichen SVK die Mitgestaltung des Wirtschafts- und Soziallebens des Staates nicht im Vordergrund stehe. Allerdings muss diese Einschätzung vor dem Hintergrund der sich nicht erst seit der letzten Jahrhundertwende vollziehenden Entwicklungen und der daraus resultierenden Einflüsse auf das Umfeld der beruflichen Selbstverwaltung revidiert werden. So bemerkt etwa *Kluth*, die „funktionale Selbstverwaltung“, welcher Begriff in Deutschland jenem der sonstigen Selbstverwaltung entspricht, wirke ordnend in Wirtschaft und Gesellschaft hinein und setze so für das moderne Staatsverständnis wichtige Kooperationsgedanken um; die Aufgaben der Selbstverwaltungsträger müssten andernfalls durch die unmittelbare Staatsverwaltung wahrgenommen werden.²¹⁾

B. Selbstverwaltung – Teil staatlicher Verwaltung

Berufliche Selbstverwaltung ist – wie überhaupt die sonstige Selbstverwaltung – nach herrschender Rsp, Lehre und Schrifttum Teil *staatlicher Verwaltung*. Deshalb ist Selbstverwaltung, so *Raschauer*, grundsätzlich dem Grundsatz der Gesetzesbindung unterworfen. Art 18 Abs 1 B-VG und dessen Stellung im allgemeinen Teil der Verfassung enthalte auch für SVK maßgebliche Regeln. Daher sei davon auszugehen, dass in Art 18 Abs 1 B-VG der Begriff „staatlich“ in einem weiteren Sinn, der auch die Selbstverwaltung umschließe, gemeint sei. Als Form mittelbarer Staatsverwaltung sei die Verwaltung der SVK an Art 18 Abs 1 B-VG gebunden, da der in dieser Bestimmung verwendete Begriff der „staatlichen Verwaltung“ den sachlichen Anwendungsbereich des Grundsatzes der Gesetzesbindung bestimme.²²⁾ Sieht man vom verfassungsrechtlich eingerichteten eigenen Wirkungsbereich (Art 120b Abs 1 B-VG) ab, besteht für SVK bei Aufgabenerfüllung im übertragenen Wirkungsbereich (Art 120b Abs 2 B-VG) und bei deren Betrauung mit Formen der Mitwirkung an der staatlichen Vollziehung (Art 120b Abs 3 B-VG) Weisungsbindung gegenüber dem zuständigen obersten Bundesorgan.

Gegen die Zuordnung der Selbstverwaltung zur staatlichen Verwaltung bestanden gelegentlich Einwände. *Stillfried*²³⁾ verweist auf die Meinung von *Witek*, wonach der „Kernbereich der beruflichen Selbstverwaltung nicht in der Wahrnehmung der übertragenen Staatsfunktionen, sondern in der Wahrung und Vertretung der Interessen ihrer Angehörigen“ liege, daher sei die Tätigkeit der gesetzlichen beruflichen Vertretungen nicht als staatliche Verwaltungstätigkeit zu qualifizieren. Vielmehr seien die Kammern – nach *Witek* – der „für Vereine gedachten Kategorie der gesellschaftlichen Selbstverwaltung“ zuzuordnen. Dies insb deswegen, weil sie „keine hoheitlichen Verwaltungsaufgaben zu erfüllen haben“.

*Grabenwarter*²⁴⁾ bezeichnet die Selbstverwaltung als eine der zentralen Fragen des öffentlichen Rechts nach dem Zweiten Weltkrieg. Es nehme nicht Wunder, dass

²⁰⁾ *Stillfried* 2.

²¹⁾ *Kluth* 350, 352 f.

²²⁾ *Raschauer* (2013-1) Rz 37.

²³⁾ *Stillfried* 125 mit Zitaten aus *Witek*.

²⁴⁾ *Grabenwarter* (2009) 1 ff.

wenigstens an zwei Juristentagen die Diskussion maßgeblich um dieses Thema kreiste. Am 1. ÖJT 1961 sei man zB zum Ergebnis gelangt, dass die Einrichtung der Sozialversicherungsträger als SVK wegen Verstoßes gegen Art 20 und Art 69 Abs 1 B-VG verfassungswidrig sei.²⁵⁾ Diesem strengen Befund sei auf dem 3. ÖJT 1967 – insb auch im Referat von *Ringhofer* – entgegengetreten worden. *Pernthaler* habe in seiner *Begriffsbildung* zwischen öffentlicher und gesellschaftlicher Selbstverwaltung unterschieden und unter gesellschaftlicher Selbstverwaltung die grundrechtliche Betätigung der Bürger und hier insb die Privatautonomie verstanden.²⁶⁾ Der Gutachter habe Fragen wie der demokratischen Legitimation der Selbstverwaltung und des Legalitätsprinzips berührt.²⁷⁾ *Pernthalers* Gutachten wäre in den folgenden Jahrzehnten in den Lehrbüchern des allgemeinen Verwaltungsrechts²⁸⁾ sowie in einschlägigen Arbeiten zu Themen der Selbstverwaltung²⁹⁾ rezipiert worden. *Ringhofer* habe die Selbstverwaltung als eine Form der Rechtskonkretisierung qualifiziert und dabei die Parallele zur Rechtskonkretisierung durch Private im Rahmen der Privatautonomie gezogen. Die Selbstverwaltung sei in der Mitte zwischen staatlicher Rechtskonkretisierung durch Hoheitsverwaltung und rechtsgeschäftlicher Rechtskonkretisierung als extrem staatsferne Rechtskonkretisierung angesiedelt. Art 20 B-VG beziehe sich nur auf den Bereich der Bundes- und Landesverwaltung, besage aber nicht, dass die obersten Organe des Bundes und der Länder die gesamte nichtjustizförmige untergesetzliche Rechtskonkretisierung zu leiten hätten. In der Verfassung sei – so *Ringhofer* – auch von „öffentlich-rechtlichen Körperschaften“ die Rede, weshalb davon auszugehen sei, dass „nicht bloß unbedeutende, akzidentielle fiskalische und organisatorische Agenden, sondern durchaus auch eine breitere Öffentlichkeit berührende Aufgaben an Teilrechtsordnungen delegiert werden könnten.“

- 14** Nach *Winkler* erfüllen SVK „partikuläre hoheitliche Staatsaufgaben. Diese Aufgaben stehen unter spezifischen Zielsetzungen. Sie sind an Eigeninteressen gebundene Verwaltungsaufgaben, zu besorgen kraft ‚eigenen Rechts‘ (*Bernatzik, Herrnritt, Merkl*) auf Grund und im Rahmen staatlicher Gesetze. In diesem Sinn haben diese Selbstverwaltungskörper ihre eigenen Aufgaben und nehmen diese als selbständigen Wirkungsbereich wahr. Obwohl ihnen diese Aufgaben durch staatliche Gesetze vorgegeben sind, begreift gerade ihre Besonderheit auch die Allgemeinheit ihres staatlichen Wesens in sich. In diesem Sinn sind sie derivativ, dh von der staatlichen Ordnung abgeleitet. (...) Gegen den Staat haben sie sogar ein institutionell fundiertes subjektives öffentliches Recht auf Existenz und Wahrung ihrer verfassungsrechtlich vorgezeichneten und einfachgesetzlich ausgeführten Organisation und Aufgaben als dezentralisierte Institutionen im staatlichen Organisationsgefüge. (...) Man versteht also die Selbstverwaltung in erster Linie als eine Institution, die Träger von staatlichen Funktionen ist.“³⁰⁾

- 15** *Grabenwarter* stellt fest, VfGH und – mit einiger Verzögerung – Verfassungsgesetzgeber hätten den Ball aufgenommen. Der VfGH hätte zunächst in seinem Er-

²⁵⁾ *Walter* (1961) 39 (52).

²⁶⁾ *Pernthaler* 40 ff.

²⁷⁾ *Pernthaler* 82 ff.

²⁸⁾ Statt aller *Antonilli/Koja* 389 FN 296.

²⁹⁾ Statt aller *Winkler* (1988); *ders* (1991) 281.

³⁰⁾ *Winkler* (1991-1) 76.

kenntnis zum „leading case“ Salzburger Jägerschaft³¹⁾ unter Berufung auf *Ringhofers* Referat festgestellt, dass der Gesetzgeber zur Schaffung von SVK und zur Übertragung von Aufgaben an diese zwar ermächtigt sei, diese Ermächtigung jedoch Schranken enthalte. Solche Schranken seien ein Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Vorgaben, fehlende Einrichtung ausreichender Aufsichtsrechte des Staates oder Verletzung des Sachlichkeitsgebots der Verfassung, das insb bei der Zusammenfassung von Personen zu SVK und bei der Übertragung von im eigenen Wirkungsbereich zu besorgenden öffentlichen Aufgaben an diese von Bedeutung sei. *Grabenwarter* verweist darauf, dass diese Rsp in der Folge dahingehend präzisiert worden sei, dass der von einem SVK erfasste Personenkreis durch „objektive und sachlich gerechtfertigte Momente“ abgegrenzt sein müsse. Mit der Einfügung der Art 120a–c B-VG seien Schranken auch für die nicht-territoriale Selbstverwaltung verfassungsrechtlich positiviert worden. Der Verfassungsgesetzgeber habe zur alten Streitfrage, ob die Selbstverwaltung „aufgrund“ oder „im Rahmen der Gesetze“ auszuüben sei, eine neue Facette beigetragen. Er habe im Art 120b Abs 1 B-VG SVK ermächtigt, ihre Aufgaben „in eigener Verantwortung“ frei von Weisungen zu besorgen und „im Rahmen der Gesetze Satzungen zu erlassen“. ³²⁾

Welan/Gutknecht charakterisieren die Aufgaben der beruflichen Selbstverwaltung treffend damit, wenn dabei *imperium* eingesetzt werde, lägen staatliche Aufgaben vor. Nicht-hoheitliche Aufgaben könnten „einerseits typisch staatlich sein oder aber typisch gesellschaftlich, wie dies vor allem bei der Interessenvertretung der Fall ist“³³⁾. *Korinek* unterscheidet ebenfalls zwischen zwei Aufgabekategorien, jener der dezentralisierten Staatsverwaltung durch SVK und jener der „gesellschaftlichen Selbstverwaltung“, diese stünde bei den Kammern im Vordergrund. Dazu gehöre eben auch Interessenvertretung.³⁴⁾ Es erscheint dennoch geboten, die Aufmerksamkeit darauf zu richten, dass bei Kammern der beruflichen Selbstverwaltung, wie jenen des Notariats, im Hintergrund ihrer gesetzlichen Kompetenzen Interessen der dezentralen Staatsverwaltung liegen. *Britz* stellt unmissverständlich klar, dass die Tätigkeit aller öffentlich-rechtlich organisierten Rechtsträger für die Ausübung von Staatsgewalt gehalten werde unabhängig davon, ob in diesem Rechtsträger vorwiegend staatliche Repräsentanten oder Private organisiert seien.³⁵⁾

Selbstverwaltung sei eine besondere Form der öffentlichen Verwaltung, zB in den Formen der beruflichen oder wirtschaftlichen Selbstverwaltung, so *Stolzlechner*. Der Autor definiert Verwaltung im formell-organisatorischen Sinn als die gesamte Tätigkeit weisungsgebundener Staatsorgane, einschließlich oberster Verwaltungsorgane, die (als Spitze der Weisungshierarchie) nur mehr weisungsberechtigt, nicht aber weisungsunterworfen seien. Von der Weisungsgebundenheit gebe es jedoch (verfassungsrechtliche) Ausnahmen, nämlich weisungsfrei gestellte Verwaltungsorgane. *Stolzlechner* erinnert daran, dass SVK überdies Verwaltungsaufgaben wahrnehmen würden, die staatlicher Aufsicht, nicht aber dem Weisungsrecht staatlicher Behörden

³¹⁾ VfSlg 8215/1977.

³²⁾ *Grabenwarter* (2009); der Autor führt als Belege an VfSlg 8485/1979, 8539/1979, 12.021/1989, 12.417/1990; VfGH 14. 6. 1999, B 1200/97, G 461/97.

³³⁾ *Welan/Gutknecht* 389 ff, zitiert nach *Stillfried* 125 f.

³⁴⁾ *Stillfried* 125 f; *Korinek* (1970) 23, 195 f.

³⁵⁾ *Britz* 428.

16

17

unterstünden und gibt als Beispiel ua Kammern an. Dem Autor folgend ist Selbstverwaltung ein Bereich der öffentlichen Verwaltung, der von als SVK zu qualifizierenden Verwaltungsträgern selbständig und eigenverantwortlich zu erledigen sei.³⁶⁾

- 18 *Holzinger/Frank* unterscheiden zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verwaltung. *Unmittelbare Verwaltung* sei dadurch gekennzeichnet, dass sich Rechtsträger zur Besorgung ihrer Verbandsaufgaben eigener Organe bedienen würden, die organisatorische und funktionelle Organqualifikation stimme in diesem Fall überein (zB Aufgabenbesorgung durch Bundesbehörden bei kompetenzrechtlicher Bundeszuständigkeit (unmittelbare Bundesverwaltung). Zur *mittelbaren Verwaltung* zählen Fälle, bei denen die organisatorische und funktionelle Organqualifikation nicht übereinstimmen würden, also bei der Besorgung von Verbandsaufgaben eines Rechtsträgers durch Organe eines anderen Rechtsträgers (zB Aufgabenbesorgung durch Organe der Länder trotz kompetenzrechtlicher Bundeszuständigkeit (mittelbare Bundesverwaltung); mittelbare Verwaltung sei auch die Besorgung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durch SVK.³⁷⁾

- 19 Zweifel an der Qualifikation der (personalen) Selbstverwaltung als spezifischer Form staatlicher Verwaltung rührten wohl daher, dass Aufgaben der Selbstverwaltung häufig ohne Einsatz von *imperium* erledigt werden. Dem hat ua *Stillfried* unter Berufung auf *Welan/Gutknecht* entgegen gehalten, dass auch Bund und Länder häufig ihre Aufgaben in den Formen des Privatrechts erfüllten, ohne dass deswegen ihre Tätigkeit als „gesellschaftlich“ bzw als nichtstaatliche Verwaltung eingestuft würde. Dem fügt *Stillfried* hinzu, es sei damit freilich nicht gesagt, es wäre irrelevant, ob *hoheitliche* oder *nichthoheitliche* Verwaltung vorliege. Viele Rechtsfolgen würden gerade an diese Unterscheidung anknüpfen. Die Unterscheidung sei nur irrelevant dafür, ob staatliche Tätigkeit vorliege oder nicht. Auch die „Privatwirtschaftsverwaltung“ sei als staatliche Verwaltungstätigkeit zu qualifizieren. Im Licht der herrschenden Auffassung, dass der Verfassungsgesetzgeber mit der B-VG-Nov 2008 den der Bundesverfassung schon bisher immanenten Rechtsbestand der nichtterritorialen Selbstverwaltung positivrechtlich klargestellt habe³⁸⁾, sind die Ausführungen *Stillfrieds* zur Qualifizierung der Selbstverwaltung als mittelbare dezentrale Staatsverwaltung dritter Ebene auch heute zutreffend.³⁹⁾

- 20 Zur Einordnung der sonstigen Selbstverwaltung als Teil der staatlichen Verwaltung mag ein Blick über die Grenzen hilfreich sein. *Kluth* bemerkt zur Rechtslage der „*funktionalen Selbstverwaltung*“, welcher Begriff in Deutschland jenem der „sonstigen Selbstverwaltung“ entspricht, diese „unterscheidet sich vor allem deshalb von den übrigen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgern, weil sie in der Lage ist, ordnend in Wirtschaft und Gesellschaft hineinzuwirken und so für das moderne Staatsverständnis so wichtige Kooperationsgedanken umzusetzen. (...) Die staatsrechtlichen Mindestanforderungen an den Begriff der Selbstverwaltung können durch das Vorliegen eigener Entscheidungsbefugnisse bezüglich eigener Angelegenheiten eines rechtsfähigen Verwaltungsträgers umschrieben werden. Daran anknüpfend kann die funktionale Selbstverwaltung als demokratische Betroffenen-Selbstverwaltung spezi-

³⁶⁾ *Stolzlechner* (2011) Rz 607 f, 675 ff.

³⁷⁾ *Holzinger/Frank* 90 f.

³⁸⁾ Vgl zB *Rill/Stolzlechner* Art 120a B-VG Rz 1.

³⁹⁾ *Stillfried* 127 ff.

fiziert werden, die durch folgende Merkmale bestimmt ist: 1. Die Zuweisung von demokratischen Partizipationsrechten an 2. ein kollektiv legitimiertes Verbandsvolk, das 3. zur eigenverantwortlichen Erledigung der sachlich und personell eigenen Angelegenheiten berufen ist und 4. deshalb über letztverantwortliche Entscheidungsfreiräume verfügt, die 5. durch eine Beschränkung der staatlichen Aufsicht auf eine Rechtsaufsicht gesichert sind.⁴⁰⁾

Kluth verdeutlicht dies mit diesem Hinweis: „Die Aufgaben existieren demnach in der Regel vor und unabhängig von der Gründung des Selbstverwaltungsträgers. Sie müssten andernfalls durch die unmittelbare Staatsverwaltung wahrgenommen werden. Etwas anders gelagert ist die *Interessenvertretung*, da sie nur von den Betroffenen und nur in organisierter Form wahrgenommen werden kann. Insoweit besteht eine Wechselwirkung zwischen Aufgabe und Organisationsakt.“ *Kluth* merkt allerdings zur Stellung der funktionalen Selbstverwaltung in der Staats- und Verwaltungsorganisation an, im (deutschen) Schrifttum sei nach wie vor (im Jahr 2002, AnmdVerf) die These anzutreffen, das deutsche Verfassungsrecht gehe von der Ministerialverwaltung als Regeltyp der Verwaltungsorganisation aus, an dessen Verfassung und Legitimation alle anderen Verwaltungstypen zu messen seien. Die auf (partieller) Autonomie und Eigenverantwortlichkeit basierenden Verwaltungstypen würden als Ausnahmeformen mit milderer demokratischer Legitimation erscheinen. Auf Bundesebene stehe die Verankerung der kommunalen Selbstverwaltung in Art 28 Abs 1 und 2 GG sowie der sozialen Selbstverwaltung in Art 87 Abs 2 GG der Annahme entgegen, es handle sich hier nicht um reguläre Typen der Verwaltungsorganisation. Es erscheine deshalb zutreffender, mit *Schmidt-Aßmann*⁴¹⁾ von einer Pluralität der Verwaltungstypen auszugehen, die jeweils gesonderten, typusspezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliegen würden, ohne dabei auf das Schema von Regel und Ausnahme zurückzugreifen. Wolle man durch den Begriff des Regeltypus die grundsätzliche Verfassungskonformität einer Organisationsform zum Ausdruck bringen, was durchaus einen Sinn ergebe, so bedürfe es eines weiter gefassten Rahmens; bei dem neben der Ministerialverwaltung auch die kommunale und die funktionale Selbstverwaltung der Bezeichnung als Regeltypus im Sinne einer verfassungsrechtlichen Anforderungen grundsätzlich entsprechenden Organisationsform zugeordnet werden.⁴²⁾ Für die österreichische Verfassungsordnung ist festzuhalten, dass von einem einzigen Regeltyp der staatlichen Verwaltungsorganisation spätestens seit Erlassung des republikanischen B-VG 1920 keine Rede sein kann. Die Gefahr „minderer demokratischer Legitimation“ des Verwaltungstypus der österreichischen sonstigen Selbstverwaltung ist durch zwei demokratische Wahlentscheidungen abgewehrt. Einmal durch die Wahl der Abgeordneten zu den staatlichen Gesetzgebungsorganen des Bundes bzw der Länder, die für die Einrichtung von Trägern sonstiger Selbstverwaltung unter Beachtung der verfassungsgesetzlichen Regeln der Art 120a–c B-VG zuständig sind. Zum anderen durch die in Art 120c Abs 1 B-VG angeordnete Bildung der Organe der SVK aus dem Kreis ihrer Mitglieder nach demokratischen Grundsätzen.

21

⁴⁰⁾ *Kluth* 350, 352 f.

⁴¹⁾ AöR 116 (1991) 329 ff (342 ff).

⁴²⁾ *Kluth* 354, 364 f.

C. Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

22 Die Besorgung *öffentlicher Aufgaben* bestimmt den Begriff der Selbstverwaltung mit. Es handelt sich um Angelegenheiten, die „im Interesse der Öffentlichkeit, also im Interesse der Allgemeinheit oder im (ausschließlichen/überwiegenden) Interesse eines Teils der Allgemeinheit bzw einer Mehrheit bestimmter Personen als einer Gemeinschaft gelegen sind“⁴³). *Rill/Stolzlechner* heben hervor, dass der Begriff „öffentliche Aufgaben“ ein über den Bereich „staatlicher Aufgaben“ hinausreichendes Aufgabenspektrum erfasse. Zu den öffentlichen Aufgaben würden zunächst staatliche Aufgaben gehören, ferner die auf SVK übertragenen Aufgaben, die „von diesen mit den für den Staat typischen Mitteln einseitiger hoheitlicher Anordnungsbefugnis (*imperium*:)“ zu erledigen seien und zur staatlichen Verwaltung gehören würden. Schließlich sind öffentlichen Aufgaben auch solche, „die nicht mit den staats typischen Mitteln hoheitlichen Verwaltungshandelns vollzogen, sondern mit anderen rechtlichen Mitteln besorgt“ würden.⁴⁴) Zu den letztgenannten Aufgaben zählen Privatwirtschaftsverwaltung und Interessenvertretung, die nicht staatliche Verwaltung darstellen, sondern als Handeln im privatautonomen Bereich für Berufskammern heute von besonderer Bedeutung sind. Allerdings ist privatwirtschaftliche Tätigkeit, also in privatrechtlichen Formen erfolgende Aufgabenbesorgung dann staatliche Tätigkeit, wenn sie die organisatorischen und technischen Voraussetzungen schafft dafür, die dem SVK zugewiesenen staatlichen Aufgaben zu erfüllen.

23 *Raschauer* versteht unter dem Begriff der öffentlichen Aufgaben solche der öffentlichen Verwaltung und hebt unter den Angelegenheiten von allgemeinem Interesse („öffentlichen Aufgaben“) jene heraus, die sich als „Staatsaufgaben“ im Allgemeinen oder als „Verwaltungsaufgaben“ im Besonderen darstellen würden. Die Bundesverfassung sei mit der normativen Festlegung von Verwaltungsaufgaben besonders zurückhaltend, in anderer Hinsicht sei die Verfassung allerdings von ungleich größerer rechtlicher Bedeutung, da der Staat in allen seinen Erscheinungsformen an die Grundrechte gebunden sei. Vor diesem Hintergrund seien staatliche Beschränkungen, Belastungen und sonstige „Eingriffe“ rechtfertigungsbedürftig, wobei im Allgemeinen nur ein entsprechendes öffentliches Interesse eine Legitimation des Eingriffs zu geben vermöge. In dieser Hinsicht würden sich zum einen zahlreiche Kompetenzbestimmungen der Bundesverfassung, zum anderen die den Grundrechten beigelegten „Gesetzesvorbehalte“ als Ausdruck legitimer und legitimierender öffentlicher Interessen erweisen. Verwaltungsaufgaben bedürften im Allgemeinen der näheren Bestimmung durch die Gesetzgebung. Dieser Befund sei um zwei Aspekte zu ergänzen, den supranationalen Faktor⁴⁵) und die „im Rahmen

⁴³) *Rill/Stolzlechner* Art 120a B-VG Rz 12.

⁴⁴) *Rill/Stolzlechner* Art 120a B-VG Rz 13 ff.

⁴⁵) Ein Beispiel für den von *Raschauer* angesprochenen supranationalen Faktor, uzw in diesem Fall für gerechtfertigte Eingriffe in die EU-Grundfreiheiten bietet der EuGH in seiner Entscheidung vom 24. 5. 2011, C-53/08, *Kommission/Österreich* Rz 96, zum Erfordernis der Niederlassungsfreiheit für Bewerber um Notarstellen. Darin stellt der Gerichtshof fest, dass mit notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt würden und dies einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstelle, der etwaige Beschränkungen von Art 43 EG (nunmehr Art 49 AEUV) rechtfertigen könne. Der Gerichtshof verweist ua auf das Verfahren zur Bestellung der Notare, die Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit.