

Kammern ohne Pflichtmitgliedschaft – eine tragfähige Alternative?

Eine verfassungsrechtliche Beurteilung aktueller Diskussionsmodelle

von Prof. Dr. Winfried Kluth

I. Modelle einer Kammer ohne gesetzliche Pflichtmitgliedschaft

In der politischen und wissenschaftlichen Diskussion des deutschen Kammerwesens sind **alternative Organisationsmodelle** immer wieder Gegenstand intensiver Auseinandersetzungen gewesen. Insbesondere nach 1945 wurde von Seiten der Alliierten, insbesondere den USA und Großbritannien, die (erneute) Bildung von Wirtschaftskammern in der Form öffentlich-rechtlicher Körperschaften mit gesetzlicher Pflichtmitgliedschaft mit großer **Skepsis** betrachtet.¹ Erst mit einiger Verzögerung wurden deshalb die Industrie- und Handelskammern und die Handwerkskammern in ihrer aktuellen Rechtsgestalt durch entsprechende Bundesgesetze ermöglicht und durch die Länder errichtet. Die Skepsis der Alliierten hatte ihre Grundlage vor allem darin, dass weder in den Vereinigten Staaten noch in Großbritannien entsprechende Organisationsformen tradiert sind. Auch der Selbstverwaltungsgedanke ist in diesen Rechtsordnungen nicht in der gleichen Form bekannt und verwirklicht, wie dies in Deutschland der Fall ist. Die deutsche Rechtsordnung bildet entgegen dieses ersten Eindrucks jedoch keine Ausnahme, sondern befindet sich in der **Tradition der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen**. So ist die Pflichtmitgliedschaft in Selbstverwaltungskörperschaften in den maßgeblichen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, wie Frankreich, Österreich, Spanien und Italien bekannt.² Darüber hinaus finden sich in den jungen Verfassungen der mittel- und osteuropäischen Staaten, wie in Art. 17

der polnischen Verfassung,³ verfassungsrechtliche Grundlagen der funktionalen Selbstverwaltung.

In den folgenden Jahrzehnten wurde in Deutschland dann vor allem in der wissenschaftlichen Literatur über das Für und Wider der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft gestritten.⁴ Angesichts einer Mehrzahl von grundsätzlichen **Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts**, die die Vereinbarkeit dieser Organisationsform mit dem Grundgesetz attestierten⁵, konnten die in der wissenschaftlichen Literatur vorgetragene grundsätzlichen Einwände sich jedoch in der Praxis nicht durchsetzen. Im Gegenteil führten neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts dazu, die Vereinbarkeit der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft mit der grundgesetzlichen Ordnung sogar noch stärker zu bekräftigen, als dies nach den frühen Entscheidungen der Fall war. So wurde der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft in einem Kammerbeschluss eine „**legitimatorische und freiheitssichernde Funktion**“ zugeschrieben⁶ und in einer Senatsentscheidung die funktionale Selbstverwaltung insgesamt als besondere Form der Entfaltung des demokratischen Prinzips des Grundgesetzes qualifiziert.⁷

In jüngerer Zeit wurde in der politischen Diskussion die Abschaffung der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft (vor allem) in den Industrie- und Handelskammern durch einen Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen aus dem Jahr 1996 aufgegriffen.⁸ Die in diesem Gesetzentwurf verfolgte Zielsetzung, die Industrie- und Handelskammern als Kör-

perschaften des öffentlichen Rechts abzuschaffen und die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben – auch soweit es sich um hoheitliche Aufgaben handelt – privatrechtlichen Berufsorganisationen zuzuweisen, die zu diesem Zweck beliehen werden, wurde jüngst durch eine Gruppe von SPD-Bundestagsabgeordneten um den Hamburger Abgeordneten Kahrs aufgegriffen und mit einigen Modifikationen erneut zur Diskussion gestellt.⁹ Außerhalb der intensiven Diskussion bei den Industrie- und Handelskammern werden bspw. bei den Pflegeberufen Forderungen nach einer Verkammerung laut,¹⁰ nachdem jüngst erst die Psychotherapeutenkammern gegründet wurden. Dies zeigt, dass die Diskussion um die Pflichtmitgliedschaft unterschiedlich geführt wird.

Auffällig ist bei den Vorschlägen zur Abschaffung der Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern, dass die von den Kammern **wahrgenommenen Aufgaben** in ihrer Bedeutung für Staat und Wirtschaft **grundsätzlich anerkannt** werden. Der Reformansatz zielt also nicht in erster Linie auf das Ob der Aufgabenwahrnehmung durch nicht-staatliche Organisationen, sondern auf das Wie.

Wie eine solche Umwandlung konkret aussehen könnte, soll am Beispiel des Gesetzesentwurfs der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen aus dem Jahr 1996 verdeutlicht werden,¹¹ der folgende Regelungsstruktur vorsieht:

Der **Gesetzesvorschlag** ordnete in § 1 die Auflösung der bestehenden IHKn an und ermöglicht in § 2 die Übertragung der bislang den IHKn zugewiesenen Aufgaben auf Vereine des Privatrechts, die nach einer staatlichen Anerkennung, für die das Gesetz keine klaren Kriterien vorgibt, die Bezeichnung „Industrie- und Handelskammer e.V.“ führen können. Mit der staatlichen Anerkennung unterliegen diese Organisationen einem Aufnahmезwang (§ 4). Ihnen können im Zusammenhang mit einer Beleihung (§ 5) öffentliche Aufgaben übertragen (§ 3) sowie das Recht zur Erhebung von

Gebühren (§ 7) zugewiesen werden. Unter bestimmten Voraussetzungen kann den neuen Organisationen das derzeitige Kammerpersonal, das vom Land übernommen werden soll, zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben überlassen werden (§ 11). Das Vermögen der IHKn soll nach § 9 auf die Länder übergehen.

Im Folgenden werden die mit einer solchen Organisationsreform verbundenen Veränderungen aus der Sicht des Verfassungsrechts dargestellt. Zu diesem Zweck wird zunächst die verfassungsrechtliche Bedeutung (Funktionalität) der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft herausgearbeitet, da nur so die mit ihrer Aufhebung verbundenen Veränderungen zutreffend gewürdigt und eingeordnet werden können.

II. Verfassungsrechtliche Bedeutung der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft aus heutiger Perspektive

Die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern wird „traditionell“ vorwiegend aus der **grundrechtlichen Perspektive** thematisiert. Neben der vorwiegend akademischen Frage, ob das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG oder die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG den „richtigen“ Prüfungsmaßstab darstellt¹², geht es vor allem um die sachliche Reichweite der zulässigen Aufgabenzuweisung. Daraus wird nicht selten die allgemeine Schlussfolgerung abgeleitet, dass eine Beseitigung der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft in den Kammern mit Freiheitsgewinnen für die Mitglieder verbunden ist.

Dass diese Schlussfolgerung in dieser allgemeinen Form nicht zutrifft und die Wirkungen und Motive der Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Körperschaften nicht ausreichend erfasst, wird bereits am Beispiel der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts deutlich, das in seinem jüngsten Beschluss zur gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern von einer „legitimatorischen und freiheitssichernden Funktion“ spricht.¹³ Damit wird die **staatsorganisati-**

onsrechtliche Perspektive betont, die mit der Errichtung von Kammern verbunden ist: Hoheitliche und sonstige, im öffentlichen Interesse stehende Aufgaben werden den von ihnen Betroffenen zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung zugewiesen. Dies ist im Geltungsbereich des **Demokratieprinzips** nur zulässig, wenn alle Betroffenen auch beteiligt werden, d.h. an der demokratischen Legitimation der Leitungsorgane sowie den grundlegenden Sachentscheidungen direkt oder durch Repräsentanten mitwirken können. Die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft erweist sich aus dieser Perspektive als Folge des im Demokratieprinzip wurzelnden Anspruchs auf Inklusion bzw. Partizipation. Sie wirkt in dieser Sicht nicht freiheitsbeschränkend, sondern freiheitssichernd und legitimatorisch, da sie die Grundlage für demokratische Legitimation und Kontrolle der Kammertätigkeit bildet.¹⁴ Diese Perspektive hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zu den nordrhein-westfälischen Wasserverbänden, die ebenfalls zu den Trägern funktionaler Selbstverwaltung gehören, in der gebotenen Deutlichkeit im zweiten Leitsatz zum Ausdruck gebracht:

„Die funktionale Selbstverwaltung ergänzt und verstärkt das demokratische Prinzip. Der Gesetzgeber darf ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen schaffen und verwaltungsexternen Sachverstand aktivieren, einen sachgerechten Interessenausgleich erleichtern und so dazu beitragen, dass die von ihm beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht werden.“¹⁵

Damit ist mit der auch in den Kammern verwirklichten Organisationsform der funktionalen Selbstverwaltung ein dreifacher „**Mehrwert**“ verbunden:

- Die **ergänzende Ausgestaltung des Demokratieprinzips** und damit verbunden eine bessere Legitimation staatlicher Herrschaft sowie eine größere Bürgernähe der Verwaltungstätigkeit.
- Die Nutzung von verwaltungsexternem, privatem **Sachverstand**.

- Die **Erhöhung der Wirksamkeit** der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben.

Diese Vorteile sind zwingend mit der Organisationsform der Kammern, insbesondere der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft verbunden, denn auf ihr basieren die erwähnten Effekte, wenn auch aus ganz unterschiedlichen Gründen.

Für die Beurteilung der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft wird durch diese Betrachtungsweise ein **erweiterter Kontext** erschlossen, den die grundrechtszentrierte Betrachtungsweise nicht abbilden kann. Dabei handelt es sich nicht um eine neue Erkenntnis. Vielmehr werden hier die Beweggründe angesprochen, die sowohl historisch-praktisch als theoretisch die Entwicklung der funktionalen Selbstverwaltung als Ausdruck einer bürgernahen Verwaltungsform getragen haben.¹⁶ Man kann im Hinblick auf die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deshalb auch mit Recht von einer Rückbesinnung sprechen.

Auf diesen Grundprinzipien basiert auch der besondere verfassungsrechtliche Schutz der Kammern in einigen Landesverfassungen, wie in Art. 57 Nds.-Verf oder Art. 71 Abs. 1 BW.-Verf.¹⁷

III. Umwandlung der Kammern in eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit freiwilliger Mitgliedschaft

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

- a) Keine absolute (Fort-) Bestandsgarantie
- Dem Grundgesetz lässt sich eine **absolute Bestandsgarantie** für Kammern nicht entnehmen. Es kann, es muss sie aber nicht geben. Dadurch unterscheidet sich die funktionale Selbstverwaltung kategorial von der kommunalen Selbstverwaltung, die auf Grund der Einrichtungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG in abstracto einen solchen absoluten Bestandschutz genießt.¹⁸ Das bedeutet zugleich, dass auch Modifikationen der bestehenden Kammern, wie sie durch eine Abschaffung der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft bewirkt würden, nicht aus dem Blickwinkel eines verfassungs-

rechtlichen Bestandsschutzes von vornherein unzulässig sind.

b) Keine grundsätzliche Unzulässigkeit

Andererseits scheidet eine solche Änderung auch nicht daran, dass das angestrebte Ergebnis (verfassungs-) rechtlich unzulässig ist. Körperschaften des öffentlichen Rechts mit freiwilliger Mitgliedschaft sind der deutschen Rechtsordnung vielmehr sowohl im Bereich der kommunalen Gemeinschaftsarbeit (freiwillige Zweckverbände) als auch im Kammerwesen, nämlich in Gestalt der Innungen, durchaus geläufig.¹⁹ Rechtsvergleichend kann darauf hingewiesen werden, dass der polnische Gesetzgeber sich für die Errichtung von Industrie- und Handelskammern mit freiwilliger Mitgliedschaft entschieden hat.²⁰

c) Grundlagen und Reichweite eines relativen Bestandsschutzes

Fehlt es demnach an definitiven verfassungsrechtlichen Schranken für die Abschaffung der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft, so bedeutet dies aber gleichwohl nicht, dass der Gesetzgeber völlig ohne Bindung entscheiden und gestalten kann. Einige, wenngleich sehr allgemeine verfassungsrechtliche Maßgaben lassen sich indes aus verfassungsrechtlichen Prinzipien ableiten:

Aus dem **Demokratieprinzip** lässt sich auf der Grundlage seiner Interpretation als Optimierungsgebot eine Rechtfertigungslast im Zusammenhang mit dem Abbau demokratischer Partizipationsrechte ableiten.²¹

Aus dem **Rechtsstaatsprinzip** können anknüpfend an seine Geltung als Willkürverbot ebenfalls allgemeine Rechtfertigungsanforderungen abgeleitet werden, die aber nicht weiter gehen als der Nachweis von nicht willkürlichen Sachgründen für den Organisationsrechts-wandel.²² Im Kern steht dabei der Nachweis, dass mit der bisherigen Organisationsform Fehlfunktionen verbunden sind, die durch die geplante Veränderung beseitigt werden (können).

Insgesamt wird damit vom Gesetzgeber eine Darlegung der Erforderlichkeit des organisationsrechtlichen Wandels in einem weit verstandenen Sinne verlangt. Die dazu erforderliche Rechtfertigung muss die im Folgenden darzulegenden verfassungsrechtlichen Folgen einer Umwandlung berücksichtigen.

2. *Verfassungsrechtlich relevante Folgen einer Umwandlung*

a) Minderung der demokratischen Legitimation

Die Aufhebung der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft und ihre Ersetzung durch eine freiwillige Mitgliedschaft in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts wirkt sich auf die Qualität der demokratischen Legitimation der durch die Organisation wahrgenommenen Aufgaben, insbesondere die getroffenen Entscheidungen²³ aus. Obwohl die wahrzunehmenden Aufgaben in Bezug auf ihren Inhalt und Adressatenkreis unverändert beibehalten werden sollen, bedeutet dies nicht, dass sich ihr Charakter nicht ändert. Vielmehr ist festzustellen, dass die bislang durchweg gegenüber Mitgliedern wahrgenommenen Aufgaben nunmehr nur noch zum Teil gegenüber Mitgliedern, im übrigen aber **gegenüber Externen** wahrgenommen werden, die an der Legitimation der die Entscheidung treffenden Organe nicht beteiligt gewesen sind. Es kommt aber nicht nur zu einer graduellen Minderung der demokratischen Legitimation. Vielmehr kann bei einer freiwilligen Mitgliedschaft **überhaupt nicht** mehr von einer demokratischen Legitimation durch die Mitglieder ausgegangen werden, da demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung wie auch in der Staatsverwaltung die gleiche Mitwirkungsmöglichkeit aller Betroffenen voraussetzt. Die demokratische Legitimation des Handelns der umgeformten Körperschaft ist demnach auf die durch den Errichtungsakt, die Staatsaufsicht und die gesetzlichen Vorgaben für die Aufgabenwahrnehmung vermittelte Legitimation beschränkt, nimmt demnach einen rein externen Charakter an. Für eine organisationsinter-

ne demokratische Legitimation fehlt es an den erforderlichen strukturellen verfassungsrechtlichen Grundlagen.

- b) Höhere Anforderungen an die gesetzliche Steuerung bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben

Die somit zu konstatierende **beträchtliche Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus** verlangt ihrerseits eine Kompensation durch eine Erhöhung der Genauigkeit der gesetzlichen Steuerung der wahrzunehmenden Aufgaben oder – alternativ – die Einführung von Fachweisungsrechten an Stelle der bisherigen Rechtsaufsicht. Beides wäre jedoch mit einer wesentlichen Minderung der Selbstverwaltung der Körperschaft verbunden und würde den Grundgedanken der Betroffenen-Selbstverwaltung unter Nutzung des besonderen Sachverständes der erfassten Personengruppe weitgehend aushöhlen. Es ist insoweit auffällig, dass dieser Zusammenhang von den Kritikern der Pflichtmitgliedschaft in keiner Weise thematisiert und die damit verbundene doppelte Problematik übersehen wird. Denn neben der In-Frage-Stellung der Selbstverwaltung führen die verfassungsrechtlich geforderten Veränderungen auch zu einer Zunahme des staatlichen Einflusses sowie grundsätzlich zu einem erhöhten Personal- und Arbeitsaufwand, da eine wirksame Fachaufsicht nur durch entsprechend geschultes Personal sowie auf der Basis einer erhöhten Informationsbasis wirksam wahrgenommen werden kann.

- c) Minderung des Rechtsschutzes

Schließlich ist zu beachten, dass mit dem Übergang zu einer freiwilligen Mitgliedschaft auch die dogmatische Grundlage für das von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung²⁴ entwickelte allgemeine mitgliedschaftliche Klagerecht auf Einhaltung der Verbandskompetenz²⁵ entfällt, so dass auch die **rechtsstaatlichen Standards** in der Organisation **abgesenkt** werden.²⁶

3. Schlussfolgerungen

Eine verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Umwandlung der bestehenden Kammern in Organisationen mit freiwilliger Mitgliedschaft würde zu einer Wesensveränderung führen, die einerseits einen erheblichen Rechtsverlust der Mitglieder bzw. Betroffenen zur Folge hat und andererseits den staatlichen Einfluss auf die Aufgabenwahrnehmung erhöhen würde. Von Selbstverwaltung im eigentlichen Sinne kann nach einer solchen Veränderung nicht mehr die Rede sein.

IV. Beleihung einer privatrechtlichen Berufsorganisation

1. Konkretisierung und Einordnung des alternativen organisationsrechtlichen Rahmens

Bei dem alternativen organisationsrechtlichen Modell, wie es sowohl dem Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen, als auch dem Gesetzentwurf des Abgeordneten Kahrs zugrunde liegt, wird an Stelle einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ein privatrechtlicher eingetragener Verein mit der Wahrnehmung der Aufgaben einer Industrie- und Handelskammer betraut. Dabei wird vorausgesetzt, dass zunächst auf Grund privater Initiative eine privatrechtliche Organisation gegründet wird, die satzungsmäßig das Ziel verfolgt, die Interessen der Gewerbetreibenden ihres Bezirks²⁷ zu vertreten und ggf. in ihrem Interesse Dienstleistungen zu erbringen.²⁸

Die privatrechtlichen Organisationen erlangen den Status und das Namensrecht einer Industrie- und Handelskammer durch eine behördliche Betrauung. Diese schließt auch die Beleihung zum Zwecke der Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben ein, die durch die betreffende Kammer nach den entsprechenden gesetzlichen Regelungen²⁹ zu erfüllen sind. Da es sich bei den Mitgliedern der privatrechtlichen Organisation um Unternehmen handeln dürfte, so dass die Organisation selbst als Unternehmensvereinigung zu qualifizieren ist und mit der Betrauung ausschließliche Rechte verliehen werden, fällt dieser Vorgang in den

Anwendungsbereich des Art. 86 EGV und muss entsprechend auf seine Vereinbarkeit mit dieser Norm untersucht werden.³⁰

Nach der Betrauung und Beleihung entsteht eine privatrechtliche Organisation mit „gemischten“ Aufgaben: Die von der Organisation wahrgenommene Interessenvertretung sowie die Erbringung von Dienstleistungen sind als privatrechtliche Betätigungen zu qualifizieren, die grundrechtlichen Schutz genießen.

Demgegenüber sind die im Rahmen der Beleihung wahrgenommenen Aufgaben hoheitlicher Natur und unterliegen der Grundrechtsbindung gem. Art. 1 Abs. 3 GG.³¹

Die durch die „neuen“ Kammern wahrgenommenen Aufgaben haben damit zwar im Vergleich zur aktuellen Rechtslage den gleichen „Namen“, unterscheiden sich in vielen Einzelheiten aber erheblich. Folgende Aspekte sind hervorzuheben:

- Es gibt **keine Gemeinwohlbindung** bei der Interessenvertretung und auch keine Verpflichtung zur Wahrung des Gesamtinteresses, soweit dies nicht in der Satzung der Organisation vorgesehen ist.
- Unklar bleibt die **Qualität** der Betätigung im Falle der Beratung staatlicher Stellen.
- Es gibt **keine interne demokratische Legitimation** der Organisation, so dass im hoheitlichen Aufgabenbereich nur auf die externe demokratische Legitimation durch Gesetz und Aufsicht abgestellt werden kann.
- Es fehlen klare und verbindliche Vorgaben für die **internen Strukturen der Organisationen**, die betraut und beliehen werden dürfen. Hier müssten Kriterien entwickelt werden, wie sie z.B. die EU-Kommission für die Mitwirkung von repräsentativen Verbänden entwickelt hat und verwendet.³²

Damit ergeben sich zugleich die wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum ersten Modell. Gemeinsam ist beiden Umwandlungsmodellen, dass mit dem Verzicht auf die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft auch der Verlust einer demokratischen Binnenlegitimation

verbunden ist. Dieser zieht wiederum höhere Anforderungen an die gesetzliche Steuerung und die Aufsicht nach sich. In beiden Fällen wird demnach – im hoheitlichen Bereich – die Freistellung von der Pflichtmitgliedschaft durch eine Ausweitung des staatlichen Einflusses erkaufte.

Wichtige Unterschiede bestehen neben dem formalen Aspekt der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsrechtsform vor allem darin, dass beim zweiten Modell die nicht hoheitlichen Aufgaben privatrechtlich und grundrechtsgeschützt ausgeübt werden und erhebliche Unklarheiten in Bezug auf die Auswahl der zu betrauenden Organisation sowie die Anforderungen an ihre interne Verfassung bestehen.

2. *Verfassungsrechtliche Zulässigkeitsanforderungen an Umwandlung und Zuweisung hoheitlicher Aufgaben*

Das **zweite Modell** beruht nicht im strengen Sinne auf einer Umwandlung einer bestehenden Organisation, sondern setzt sich aus einem Aufhebungs- bzw. Auflösungsakt, einer privatautonomen Organisationsneugründung und einer Betrauung / Beleihung zusammen. Die Verfassungsrechtlichen Maßgaben für einen solchen Prozess können dementsprechend nur schrittweise ermittelt werden.

a) Auflösung der bestehenden Kammerorganisationen

Die Auflösung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Existenz, wie im Falle der Kammern, durch das Verfassungsrecht nicht zwingend vorgeschrieben wird, ist grundsätzlich möglich und zulässig. Wie die exemplarischen Regelungen des Rechts der kommunalen Gemeinschaftsarbeit verdeutlichen, ist eine Auflösung aber nur zulässig, soweit die ordnungsgemäße Erfüllung der der Organisation zugewiesenen Aufgaben sichergestellt ist.³³ Entsprechende Anforderungen werden auch im Falle einer Privatisierung von bislang staatlich wahrgenommenen Aufgaben gestellt.³⁴

Konkret bedeutet dies, dass eine Auflösung von Kammern unter der Bedingung steht, dass

die Wahrnehmung der diesen zugewiesenen hoheitlichen und sonstigen verpflichtenden Aufgaben wirksam durch eine andere Organisation oder eine Stelle der Staatsverwaltung wahrgenommen werden (können). Die Neuzuweisung der Aufgaben und die Auflösung der Kammern müssen entsprechend zeitlich koordiniert werden.

b) Auswahl der zu betrauenden und zu beleihenden Organisation

Bei der Auswahl derjenigen Organisation, die mit den Aufgaben einer Kammer betraut und zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben beliehen werden soll, stellen sich mehrere Fragen, die auf der Grundlage der Gesetzentwürfe nicht oder nur unzureichend zu beantworten sind.

Zunächst ist zu klären, ob es sich bei der Organisation um eine **Neugründung** handeln muss, die ausschließlich zu dem Zweck errichtet wird, mit der Wahrnehmung der Aufgabe als IHK betraut und den entsprechenden Aufgaben beliehen zu werden, oder ob auch bereits existierende Berufsverbände bei entsprechender **Anpassung** ihrer Satzung in Frage kommen. Fraglich ist weiter, inwieweit die (freiwillig beitretenden) Mitglieder eine repräsentative Auswahl der verschiedenen Gewerbezweige darstellen müssen. Schließlich ist fraglich, ob auch mehrere parallele Neugründungen möglich sind, die sich um die Betrauung/Beleihung bewerben. Ist davon auszugehen, dass sich mehrere Organisationen um die Betrauung/Beleihung „bewerben“ können, so stellt sich die Frage, in welchem Verfahren und nach welchen Kriterien die Auswahl zu erfolgen hat und für welchen Zeitraum eine Betrauung/Beleihung vorgenommen werden darf.

Bereits diese knappen Überlegungen machen deutlich, dass mit den zweiten Modell eine Vielzahl von z.T. sehr grundsätzlichen, auch verfassungsrechtlich relevanten Fragen verbunden sind, die durch die vorgelegten Gesetzentwürfe nicht einmal ansatzweise thematisiert, geschweige denn überzeugend beantwortet werden.

3. *Verfassungsrechtlich relevante Folgen einer Umwandlung*

Die verfassungsrechtlich relevanten Folgen des zweiten Modells sind in vielen Aspekten mit denen des ersten Modells vergleichbar. Dies betrifft insbesondere den Verlust demokratischer Binnenlegitimation, die Schwächung der Rechtsstellung der Mitglieder sowie die Zunahme staatlicher Einflussnahmemöglichkeiten.

Hinzu kommen die angesprochenen Unsicherheiten bei der Auswahl derjenigen von mehreren Organisationen, die mit der Aufgabewahrnehmung betraut werden soll.

V. Institutionenökonomik

Aus der Sicht der Institutionenökonomik stellt sich die Frage des für und wider der Pflichtmitgliedschaft aus einer anderen Perspektive. Die Untersuchungen *Mancur Olsens* über die Logik kollektiven Handelns haben gezeigt, dass insbesondere eine so große und inhomogene Gruppe, wie die Mitgliedschaft der Industrie- und Handelskammern, aufgrund des **Trittbrettfahrerproblems** ohne Pflichtmitgliedschaft nicht in der Lage ist Güter zu produzieren, die zwar für alle Gruppenmitglieder vorteilhaft, aber von denen aufgrund der Eigenschaft des Gutes niemand ausgeschlossen werden kann (Problem der öffentlichen Güter).³⁵

VI. Zusammenfassende Bewertung beider Umwandlungsmodelle

Eine zusammenfassende Bewertung beider Modelle macht deutlich, dass die Abkehr von den organisationsrechtlichen Grundsätzen der funktionalen Selbstverwaltung vor allem zu einer Absenkung der demokratischen Legitimation und zu einer deutlichen Minderung der Rechte der Mitglieder bzw. der von den Aufgaben Betroffenen führt. Zur Kompensation des Legitimationsausfalls in der Organisation müssen die staatlichen Vorgaben für die Aufgabenerfüllung erhöht werden. Der Abbau von Selbstverwaltung führt damit – plakativ ausgedrückt – zu mehr Staat.

- ¹ Siehe dazu *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 129 f.; *Bremer*, Kammerrecht der Wirtschaft, 1960, S. 21 ff.
- ² *Rodriguez Artacho/Barnes Vazquez*, Das Kammerwesen in Spanien, in *Kluth* (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2002, S. 315 ff.; *Corrado*, Die Rolle der Handelskammern in Italien, in *Kluth* (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, S. 149 ff.; *Rieger*, Das Kammerwesen in Österreich, in *Kluth* (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2003, S. 279 ff.; *Willer*, Das Kammerwesen in Frankreich, in *Kluth* (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2002, S. 271 ff.
- ³ „Art. 17 (1) Auf dem Gesetzesweg können auch berufliche Selbstverwaltungen gebildet werden, welche die Personen vertreten, die Berufe des öffentlichen Vertrauens ausüben und denen in den Grenzen des öffentlichen Interesses und zu dessen Schutz die Sorge für die gebührende Berufsausübung obliegt. (2) Auf dem Gesetzesweg können auch andere Selbstverwaltungen gebildet werden. Diese Selbstverwaltungen dürfen weder die Freiheit der Berufsausübung verletzen noch die Freiheit, eine wirtschaftliche Tätigkeit aufzunehmen.“ Allgemein zu der Rechtslage in den jungen Mitgliedstaaten *Möllering*, Industrie- und Handelskammern in den neuen Marktwirtschaften, in *Kluth* (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2002, S. 335 ff.
- ⁴ Übersicht und Nachweise bei *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 293 ff.
- ⁵ BVerfGE 10, 89 – Großer Erftverband; 15, 235 – Industrie- und Handelskammern.
- ⁶ BVerfG, NVwZ 2002, 335; dazu *Kluth*, NVwZ 2002, 298 ff.
- ⁷ BVerfGE 107, 59 ff.; dazu *Jestaedt*, in: *Kluth* (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts, 2003, 2004, 1 ff.
- ⁸ BT-Drucks. 13/6063. Vgl. dazu *Kluth*, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, 1997.
- ⁹ Vgl. nur FAZ v. 26.4.2005, Clement brems Debatte über Kammern-Zwangsmitgliedschaft, S. 11.
- ¹⁰ Vgl. nur Ärzte Zeitung v. 1.2.2006, Pflegekräfte streben eigene Kammern an.
- ¹¹ Der jüngste Vorschlag enthält im Gegensatz zu diesem Vorschlag keinerlei Übergangsregelungen für Personal und Vermögen der Kammern im ersten Teil des zweigeteilten Entwurfs (eine solche Regelung befindet sich systemwidrig nur im zweiten Teil des Gesetzentwurfs) und zur Überleitung laufender Verwaltungsverfahren. Dies soll hier nicht kritisiert und dem Stand als Diskussionspapier zugeschrieben werden. Eine ernst zu nehmende Entwurfsfassung müsste entsprechende umfangreiche Regelungen enthalten.
- ¹² Dazu eingehend *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 275 ff. m.w.N. Da das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung Art. 2 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab zugrunde legt (siehe zuletzt BVerfG, NVwZ 2002, 335), erübrigt sich an dieser Stelle eine Vertiefung dieses Meinungsstreites.
- ¹³ BVerfG, NVwZ 2002, 335 (337).
- ¹⁴ Zu Einzelheiten *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 369 ff.
- ¹⁵ BVerfGE 107, 59 LS 2.
- ¹⁶ Siehe dazu näher *Hendler*, in: *Kluth* (Hrsg.), Handbuch des Kammerrecht, Abschnitt A, Rdnr. 18 ff.
- ¹⁷ Dazu *Kluth*, Das Selbstverwaltungsrecht der Kammern und sein verfassungsrechtlicher Schutz, exemplarisch untersucht am Beispiel des Art. 57 Nds. Verf., in *ders.* (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, 2005, S. 13 ff.
- ¹⁸ *Kluth*, Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen des Kammerrechts, in: *ders.* (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 2005, Abschnitt C, Rdnr. 33.
- ¹⁹ Siehe *Kluth*, in: *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl. 2004, § 87, Rdnr. 47 ff.
- ²⁰ *Möllering*, Industrie- und Handelskammern in den neuen Marktwirtschaften, in: *Kluth* (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2002, 2003, S. 335 (338).
- ²¹ Zu Einzelheiten *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 534 ff.
- ²² Zu Einzelheiten *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 521 ff.
- ²³ Zur Beschränkung des Erfordernisses demokratischer Legitimation auf Maßnahmen mit Entscheidungscharakter vgl. BVerfGE 107, 59 (87, 94); 93, 37 (68); *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 355 f.
- ²⁴ BVerfGE 34, 69; 64, 298; 74, 254; 112, 69.
- ²⁵ Dazu eingehend *Schöbener*, in: *Kluth* (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 2005, Abschnitt L, Rdnr. 39 ff.; *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 285 ff.
- ²⁶ Siehe dazu auch *Kluth*, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, 1997, S. 49 f.
- ²⁷ Sowohl im Hinblick auf die Gründung als auch die Wahl der räumlichen Erstreckung der „Zuständigkeit“ der Organisation entfaltet die gesetzliche Regelung gewisse „Zwänge“ im Hinblick auf den Gründungsakt. Will eine Organisation mit den Aufgaben einer IHK betraut werden, so muss sie von vornherein die Bedingungen für eine solche Betrauung erfüllen. Daran zeigt sich, dass auch bei diesem Modell die wahre Freiheit nur vorgetäuscht wird. Auch hier gibt das Gesetz letztlich die Bedingungen vor.
- ²⁸ Dazu gehören vor allem Beratungsdienstleistungen. Zum denkbaren Spektrum der Dienstleistungen siehe *Stober/Eisenmenger*, in: *Kluth* (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 2005, Abschnitt F.
- ²⁹ Es müsste sich um gesetzliche Regelungen in Fachgesetzen handeln, bei denen durch Gesetz oder Rechtsverordnung die entsprechenden Kammern als ausführende Stellen bezeichnet sind.

-
- ³⁰ Siehe dazu allgemein auch *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2004, § 90, Rdnr. 37 f.
- ³¹ Zur Grundrechtsbindung der Beliehenen vgl. *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2004, § 90, Rdnr. 46.
- ³² Vgl. dazu Mitteilung der Kommission „Hin zu einer verstärkten Kultur der Konsultation und des Dialogs – Allgemeine Grundsätze und Mindeststandards für die Konsultation betroffener Parteien durch die Kommission“, KOM(2002) 704 endgültig, S. 11 mit Fn. 15.
- ³³ Vgl. exemplarisch § 14 Abs. 3 und 4 GKG LSA.
- ³⁴ Dazu im Einzelnen *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 175 ff.
- ³⁵ Eingehend zur theoretischen Grundlage *Olson*, Die Logik kollektiven Handelns, 3. Aufl., 1992. Zur Anwendung der Theorie auf die Pflichtmitgliedschaft in den Kammern *Goltz*, Pflichtmitgliedschaftliche Kammerverfassung und die Logik kollektiven Handelns, 2005; *Schmidt-Trenz*, Die Logik kollektiven Handelns bei Delegation, 1996.
-