

THOMAS HOLZNER

Konsens im Allgemeinen
Verwaltungsrecht und
in der Demokratietheorie

Jus Publicum

254

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 254



Thomas Holzner

Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie

Untersuchungen zur Phänomenologie
gruppenpluraler Konsensverwaltung
unter besonderer Berücksichtigung
des Sozialrechts als Referenzgebiet

Mohr Siebeck

Thomas Holzner, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaften und der Politikwissenschaften; Tätigkeit als Rechtsanwalt; 2009 Promotion; Wissenschaftlicher Mitarbeiter/Akademischer Rat an der Universität Bayreuth; 2015 Habilitation, *venia legendi* für Öffentliches Recht, Sozialrecht, Rechts- und Verfassungsgeschichte; SoSe 2015 Vertretung der Professur für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Hannover.

e-ISBN PDF 978-3-16-154338-8

ISBN 978-3-16-154330-2

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Meinen Eltern
und
Franziska*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/15 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Habilitationsschrift angenommen.

Der erste Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Markus Möstl, Direktor der Forschungsstellen für Lebensmittelrecht sowie für Wirtschafts- und Medienrecht an der Universität Bayreuth, an dessen Lehrstuhl ich als Assistent nicht nur eine wissenschaftlich fruchtbare Zeit verbringen durfte, sondern der das Entstehen der Arbeit betreut und mit seinem wertvollen Rat begleitet hat und der sich stets die Zeit für eine anregende und weiterführende Diskussion über sie nahm.

Herzlichen Dank möchte ich auch den Mitgliedern des Fachmentorats der Bayreuther Fakultät, Herrn Prof. Dr. Stephan Rixen, der überdies die Erstellung des Zweitgutachtens übernommen hat, und Herrn Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff, sagen. Für die Übernahme der nach bayerischem Hochschulrecht vorgesehenen externen Gutachten bedanke ich mich ganz herzlich bei Herrn Prof. Dr. Jens Kersten, Ludwig-Maximilians Universität München, sowie Herrn Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

Herrn Christian Lutz aus München möchte ich dafür danken, dass er sich die Bürde des Korrekturlesens übertragen ließ und diese mit einer Ausdauer und Gründlichkeit bewerkstelligte, die ihresgleichen sucht.

Die Untersuchung befindet sich auf dem Rechts- und Tatsachenstand von Ende 2014. Herrn Dr. Franz-Peter Gillig vom Verlag Mohr-Siebeck danke ich für die Aufnahme in die Reihe *Jus Publicum*. Der DFG danke ich für die großzügige Übernahme der Druckkosten.

Bayreuth, im Juli 2015

Thomas Holzner

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einleitung	1
<i>Kapitel 1: Überlegungen zu System und Systembildung</i>	<i>9</i>
A. Ausgangspunkt: Grundsätzliche Unterscheidung zwischen Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht	10
B. Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht	16
C. System und Systembildung im Verwaltungs- und Sozialrecht	21
D. Alte und neue Herausforderungen der Verwaltungsrechtssystematik	67
E. Zusammenfassung und Bewertung	81
F. Das Sozialrecht als Referenzgebiet	82
<i>Kapitel 2: Demokratietheoretische Überlegungen</i>	<i>87</i>
A. Das Klassische Legitimationsmodell und seine Grenzen	88
B. Konsens als Legitimationsspende	110
C. Zusammenfassung	152
<i>Kapitel 3: Konsensuale Organisationsformen</i>	<i>155</i>
A. Selbstverwaltung im Allgemeinen Verwaltungsrecht	155
B. Die gruppenplurale Konsensverwaltung	180
C. Die „Soziale Selbstverwaltung“	187
D. Die „Gemeinsame Selbstverwaltung“	240
E. Die konsensualen Organisationsformen des Sozialrechts im Gefüge unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung sowie zwischen Selbstverwaltung und gruppenpluraler Konsensverwaltung	341
F. Zusammenfassung und Bewertung	380

<i>Kapitel 4: Konsensuale Handlungsformen</i>	383
A. Der öffentlich-rechtliche Vertrag	383
B. Die Empfehlungen	453
C. Die konsensualen Handlungsformen des Sozialrechts im Gefüge konsensualer Handlungsformen anderer Rechtsgebiete	467
D. Zusammenfassung und Bewertung	481
 <i>Kapitel 5: Konsensuale Einbindung Privater in die Verwaltungstätigkeit</i>	 485
A. Konsensuale Einbindung Privater durch Organisationsformen	485
B. Konsensuale Einbindung Privater durch Handlungsformen	527
C. Die Einbindung Privater im Sozialrecht und in anderen Rechtsgebieten	530
D. Zusammenfassung	536
Ergebnisse in Thesen	539
Kapitel 1	539
Kapitel 2	544
Kapitel 3	551
Kapitel 4	561
Kapitel 5	565
 Literaturverzeichnis	 571
Stichwortverzeichnis	635

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einleitung	1

Kapitel 1

Überlegungen zu System und Systembildung

9

A. Ausgangspunkt: Grundsätzliche Unterscheidung zwischen Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht	10
I. Systematisierung nach dem Regelungsgegenstand	10
II. Kritik und Antikritik	12
III. Die Ausbildung einer Zwischenebene der Verallgemeinerung	14
B. Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht	16
I. Zur Funktion des Besonderen Verwaltungsrechts	17
II. Zur Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts	18
III. Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee	19
C. System und Systembildung im Verwaltungs- und Sozialrecht	21
I. Die Aufgaben des verwaltungsrechtlichen Systems	22
1. Die Speicherfunktion	22
2. Die Orientierungsfunktion	25
3. Die Ausgleichsfunktion	28
4. Die Rechtsentwicklungsfunktion	29
II. Die Akteure der Systembildung, insbesondere die Legislative	30
1. Systembildende Wirkung der Legislative im Verwaltungsrecht	35
2. Systembildende Wirkung der Legislative im Sozialrecht	37

III. Systemprägende Elemente	41
1. Höherrangiges Recht	41
a. Das Rechtsstaatsprinzip	46
b. Das Demokratieprinzip	48
c. Das Sozialstaatsprinzip	49
2. Die sachliche Eigenart des Rechtsgebiets	53
a. Im Verwaltungsrecht	53
b. Im Sozialrecht	56
IV. Die Gegenstände der Systembildung	57
1. Organisationsformen	58
2. Handlungsformen	61
3. Verfahrensformen	63
V. Methoden der Systembildung: die Heranziehung von Referenzgebieten	65
D. Alte und neue Herausforderungen der Verwaltungsrechtssystematik	67
I. Organisationsformen	68
II. Handlungsformen	70
III. Ansätze, diesen Herausforderungen zu begegnen	73
1. Das „Neue Steuerungsmodell“	73
2. Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“	76
3. Die Governance-Forschung	78
4. Stellungnahme	79
E. Zusammenfassung und Bewertung	81
F. Das Sozialrecht als Referenzgebiet	82

Kapitel 2

Demokratiethoretische Überlegungen

87

A. Das Klassische Legitimationsmodell und seine Grenzen	88
I. Das klassische Legitimationsmodell	88
II. Grenzen des klassischen Legitimationsmodells	92
1. Kurzer Überblick über den Meinungsstand in der Literatur	96
2. Die Rechtsprechung des BVerfG	98
a. Das Demokratieprinzip als entwicklungsoffenes Prinzip	98

b. Gruppenplurale Gremien	101
aa. Der Deutsche Weinfonds	101
bb. Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien	102
cc. Die Filmförderungsanstalt	103
dd. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten	104
ee. Die Erweiterung des klassischen Legitimationsmodells	105
3. Sozialrechtliche Organisations- und Handlungsformen	107
B. Konsens als Legitimationsspender	110
I. Konsens im Grundgesetz	110
1. Mehrheitsprinzip und Konsens	111
2. Grundkonsens als Grundlage für den Mehrheitsentscheid	113
3. Zusammenfassung und Bewertung	113
II. Konsensusdemokratische Elemente im politischen System der Bundesrepublik Deutschland	113
1. Der qualitative Ansatz <i>Arend Lijpharts</i>	114
2. Die Bundesrepublik Deutschland als Konsensusdemokratie	115
III. Konkordanzdemokratische Elemente im politischen System der Bundesrepublik Deutschland	120
IV. Konsens im Sozialrecht	124
V. Partizipative und assoziative Demokratie	126
1. Die Partizipative Demokratie	126
2. Die Assoziative Demokratie	131
3. Ergänzung der klassischen Legitimationstheorie durch partizipative und assoziative Elemente in Literatur und Rechtsprechung	134
VI. Konsens als Vermittler demokratischer Legitimation	136
1. Die organisatorisch-konsensuale Legitimation	140
2. Möglichkeiten und Gefahren organisatorisch-konsensualer Legitimation	142
3. Voraussetzungen der organisatorisch-konsensualen Legitimation	144
C. Zusammenfassung	152

Kapitel 3

Konsensuale Organisationsformen

155

A. Selbstverwaltung im Allgemeinen Verwaltungsrecht	155
I. Begriff der Selbstverwaltung	156
1. Betroffenenpartizipation	160
a. Betroffene	160
b. Interessenhomogenität bei den Betroffenen	162
c. Maßgaben für die Berücksichtigung von Betroffenen	164
d. Arten der Betroffenenpartizipation	164
2. Eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung	166
3. Öffentlich-rechtliche Rechtsform	167
II. Arten der Selbstverwaltung	168
III. Selbstverwaltung und mittelbare Staatsverwaltung	169
IV. Selbstverwaltung und Demokratieprinzip	176
B. Die gruppenplurale Konsensverwaltung	180
I. Begriff der gruppenpluralen Konsensverwaltung	181
II. Charakteristika der gruppenpluralen Konsensverwaltung	183
III. Gruppenplurale Konsensverwaltung und Selbstverwaltung	185
IV. Demokratische Legitimation der gruppenpluralen Konsensverwaltung	186
V. Zusammenfassung	186
C. Die „Soziale Selbstverwaltung“	187
I. Die Träger der „Sozialen Selbstverwaltung“	187
II. Rechtsnatur der Sozialversicherungsträger	189
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	189
2. Die Sozialversicherungsträger des SGB IV	191
3. Die Bundesagentur für Arbeit	192
III. Organisatorische Ausgestaltung	195
1. Die Sozialversicherungsträger des SGB IV	195
2. Die Bundesagentur für Arbeit	198
IV. Aufsicht	200
1. Über die Sozialversicherungsträger des SGB IV	200
2. Über die Bundesagentur für Arbeit	202
V. Zuordnung zur Selbst- oder gruppenpluralen Konsensverwaltung	202
1. Die Sozialversicherungsträger des SGB IV am Beispiel der Krankenkassen	203

a.	Betroffenenpartizipation	204
aa.	Betroffene und deren Partizipation an der Aufgabenerfüllung der Krankenkassen	204
bb.	Interesseninhomogenität im Verwaltungsrat bzw. in der Vertreterversammlung	206
b.	Eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung	208
c.	Zusammenfassung und Bewertung	213
2.	Die Bundesagentur für Arbeit	214
a.	Betroffenenpartizipation	215
aa.	Betroffene und deren Partizipation an der Aufgabenerfüllung der Bundesagentur für Arbeit	215
bb.	Beteiligung Nichtbetroffener	215
cc.	Interesseninhomogenität der Mitglieder des Verwaltungsrats	216
b.	Eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung	216
c.	Zusammenfassung und Bewertung	218
VI.	Demokratische Legitimation	219
1.	Die Sozialversicherungsträger des SGB IV	219
a.	Autonome Legitimation durch Teil- bzw. Verbandsvölker	220
b.	„Friedenswahlen“	222
aa.	Die Rechtsprechung des BSG zu den „Friedenswahlen“	223
bb.	„Friedenswahlen“ und die Literatur	224
(1)	Art. 87 Abs. 2 GG als Rechtfertigung der „Friedenswahlen“	225
(2)	Ausreichende Einwirkungsmöglichkeiten auf den Kreationsvorgang	226
(3)	Kompensation durch sachlich-inhaltliche Legitimation	226
(4)	Möglichkeit alternativer Besetzungsverfahren	227
cc.	Zusammenfassung und Bewertung	228
2.	Die Bundesagentur für Arbeit	228
3.	Konsens als Legitimationsspende	230
a.	Die Sozialversicherungsträger nach dem SGB IV	231
aa.	Die von der Sozialversicherung Betroffenen	231
bb.	Interessenrepräsentanz der Betroffenengruppen	231
cc.	Einbezug Nichtbetroffener	232
dd.	Inhomogene Interessenstruktur im Entscheidungsgremium	233
ee.	Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	234

ff. Staatsaufsicht zumindest in Form der Rechtsaufsicht	234
gg. Die „Friedenswahlen“ als Besetzungsmodus	234
hh. Die Träger der landwirtschaftlichen Unfallversicherung	235
ii. Zusammenfassung und Bewertung	236
b. Die Bundesagentur für Arbeit	236
aa. Die von den Handlungen der Bundesagentur für Arbeit Betroffenen	236
bb. Interessenrepräsentanz der Betroffenenengruppen	237
cc. Einbezug Nichtbetroffener	238
dd. Inhomogene Interessenstruktur im Entscheidungsgremium	238
ee. Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	238
ff. Staatsaufsicht zumindest in Form der Rechtsaufsicht	238
gg. Zusammenfassung und Bewertung	238
4. Zusammenfassung und Bewertung	239
VII. Zusammenfassung und Bewertung	239
D. Die „Gemeinsame Selbstverwaltung“	240
I. Begriffsbestimmung	240
II. Die „Gemeinsame Selbstverwaltung“ am Beispiel des G-BA	244
1. Zusammensetzung	246
2. Rechtsnatur	247
3. Aufgaben und Handlungsformen	250
4. Beschlussfassung und Partizipationsrechte	253
a. Beschlussfassung	253
b. Partizipationsrechte	255
aa. Mitberatungsrechte	255
bb. Stellungnahme- und Anhörungsrechte	256
cc. Weitere Beteiligungsrechte	259
dd. Berücksichtigungspflicht	260
5. Aufsicht	260
III. Zuordnung zur Selbst- oder gruppenpluralen Konsensverwaltung	261
1. Betroffenenpartizipation	262
a. Betroffene und deren Partizipation an der Aufgabenerfüllung des G-BA	262
aa. Betroffeneneigenschaft aufgrund des allgemeinen Sicherstellungsauftrags des G-BA	263

bb. Betroffeneneigenschaft aufgrund der gesetzlich angeordneten Bindungswirkung	264
cc. Betroffeneneigenschaft aufgrund des konkreten Beschlussgegenstands	266
(1) Richtlinie zur Fortbildung im Krankenhaus	266
(2) Richtlinie zu Untersuchungs- und Behandlungsmethoden der vertragsärztlichen Versorgung	267
(3) Richtlinie über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung	268
(4) Richtlinie über die Verordnung von häuslicher Krankenpflege	270
dd. Betroffeneneigenschaft durch die Inkorporation in die Bundesmantel- und Gesamtverträge	272
b. Beteiligung Nichtbetroffener	272
aa. Die Beteiligung der unparteiischen Mitglieder	273
bb. Die Beteiligung sonstiger staatlicher Stellen	274
c. Interesseninhomogenität der Trägerorganisationen	274
2. Eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung	276
3. Zusammenfassung und Bewertung	277
IV. Demokratische Legitimation	279
1. Bisheriger Stand in Literatur und Rechtsprechung	280
a. Fehlende Legitimation durch unmittelbare Wahlen	280
b. Fehlende Legitimation nach dem klassischen Legitimationsmodell	280
aa. Sachlich-inhaltliche Legitimation	281
bb. Organisatorisch-personelle Legitimation	284
c. Autonome Legitimation durch Teil- bzw. Verbandsvölker	285
aa. Vorliegen eines Teil- bzw. Verbandsvolkes	286
bb. Partizipation von Betroffenen	287
(1) Die im Beschlussgremium vorhandenen Mitglieder	287
(a) Die unparteiischen Mitglieder des Beschlussgremiums	288
(b) Die Vertreter des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen	289
(c) Die Vertreter der Kassen(zahn)ärztlichen Bundesvereinigungen	290
(d) Die Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft	292
(2) Die im Beschlussgremium nicht vertretenen Betroffenengruppen	294

(a) Die Versicherten	294
(aa) Die Vertretung der Versicherten durch die Krankenkassen	295
(α) Abgeschwächte personelle Legitimation	295
(i) Abschwächung durch lange Legitimationsketten	295
(ii) Eingeschränkte Wahlberechtigung zu den Sozialwahlen	297
(iii) Die „Friedenswahlen“	297
(β) Interessenkollisionen	298
(i) Paritätische Besetzung der Gremien	298
(ii) Eigeninteressen der Krankenkassen	299
(bb) Die Vertretung der Versicherten durch andere an der Beschlussfassung Beteiligte	301
(α) Vertretung der Versicherten durch die unparteiischen Mitglieder	301
(β) Vertretung der Versicherten durch die Ärztevertreter	302
(γ) Vertretung der Versicherten durch die Patientenvertreter	303
(cc) Kompensation durch die Staatsaufsicht	304
(dd) Forderungen nach verstärkter Versichertenbeteiligung	305
(b) Die Patienten	305
(c) Weitere betroffene Leistungserbringer	308
(3) Das Abstimmungsverfahren im G-BA und die Majorisierung Nichtbetroffener	311
cc. Zusammenfassung und Bewertung	312
d. Verfassungsunmittelbare Legitimation	313
aa. Art. 87 Abs. 2 oder Abs. 3 Satz 1 GG	313
bb. Art. 9 Abs. 3 GG	316
e. Kompensation des Mangels an demokratischer Legitimation durch die Staatsaufsicht	317
f. Formelle Autonomie des G-BA	320
g. Zusammenfassung und Bewertung	320
2. Konsens als Legitimationsspende für den G-BA	321
a. Richtlinie zur Fortbildung im Krankenhaus	322
aa. Die von der Richtlinie Betroffenen	322
bb. Interessenrepräsentanz der Betroffenenengruppen	322
cc. Inhomogene Interessenstruktur im Entscheidungsgremium	323
dd. Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	324

ee. Einbezug Nichtbetroffener	324
ff. Staatsaufsicht zumindest in Form der Rechtsaufsicht	324
gg. Zusammenfassung und Bewertung	325
b. Richtlinie zu Untersuchungs- und Behandlungsmethoden der vertragsärztlichen Versorgung	325
aa. Die von der Richtlinie Betroffenen	325
bb. Interessenrepräsentanz der Betroffenenengruppen	326
cc. Inhomogene Interessenstruktur	328
dd. Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	329
ee. Einbezug Nichtbetroffener und Staatsaufsicht	329
ff. Zusammenfassung und Bewertung	329
c. Richtlinie über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung	330
aa. Die von der Richtlinie Betroffenen	330
bb. Interessenrepräsentanz der Betroffenenengruppen	331
cc. Inhomogene Interessenstruktur	333
dd. Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	334
ee. Einbezug Nichtbetroffener und Staatsaufsicht	334
ff. Zusammenfassung und Bewertung	335
d. Richtlinie über die Verordnung von häuslicher Krankenpflege	335
aa. Die von der Richtlinie Betroffenen	335
bb. Interessenrepräsentanz der Betroffenenengruppen	336
cc. Inhomogene Interessenstruktur	337
dd. Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	338
ee. Einbezug Nichtbetroffener und Staatsaufsicht	338
ff. Zusammenfassung und Bewertung	339
V. Zusammenfassung und Bewertung	339
E. Die konsensualen Organisationsformen des Sozialrechts im Gefüge unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung sowie zwischen Selbstverwaltung und gruppenpluraler Konsensverwaltung	341
I. Organisationsformen der Selbst- und gruppenpluralen Konsensverwaltung	342
1. Selbstverwaltungsträger	342
2. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten	343
3. Die Filmförderungsanstalt und die Vergabekommission	348
4. Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien	350
5. Der Deutsche Weinfonds	352

6. Die Lebensmittelbuch-Kommission	354
7. Die Gendiagnostik-Kommission (GEKO)	356
8. Zusammenfassung und Bewertung	357
II. Kategorien demokratischer Legitimation	358
1. Legitimation durch Wahlen	358
a. Legislative Determination durch Modifikation des Legitimationssubjekts	359
b. Legislative Determination durch Modifikation des Betroffenenkollektivs	360
aa. Die Universitäten	360
bb. Die Industrie- und Handelskammern	361
cc. Die Handwerkskammern	362
c. Legislative Determination durch Modifikation der Besetzung der Repräsentationsgremien	363
aa. Die Universitäten	363
bb. Die Handwerkskammern	364
d. Legislative Determination durch Ersetzung des Wahlaktes – die „Friedenswahlen“ in den Handwerkskammern	364
2. Legitimation durch Berufsungsakt	365
a. Ernennung ohne Mitwirkung gesellschaftlicher Kräfte	365
b. Ernennung nach vorheriger Anhörung gesellschaftlicher Kräfte	366
c. Ernennung auf Vorschlag gesellschaftlicher Kräfte	367
3. Legitimation durch organisatorisch-konsensuale Legitimation	368
a. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten	369
b. Die Vergabekommission	371
c. Die Filmförderungsanstalt	372
d. Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien	373
e. Der Deutsche Weinfonds	374
f. Die Lebensmittelbuchkommission	375
g. Die Gendiagnostik-Kommission	376
h. Zusammenfassung	376
4. Zusammenfassung und Bewertung: Wandel der Legitimationsform und des Legitimationssubjekts	376
III. Zusammenfassung und Bewertung	380
F. Zusammenfassung und Bewertung	380

Kapitel 4

Konsensuale Handlungsformen

383

A. Der öffentlich-rechtliche Vertrag	383
I. Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Allgemeinen	
Verwaltungsrecht	384
1. Definition des Verwaltungsvertrags	385
2. Das Verhältnis zum Verwaltungsakt	385
3. Restriktionen eines Verwaltungsvertrags	386
4. Arten von Verwaltungsverträgen	386
5. Der Einbezug von Dritten in den Verwaltungsvertrag	387
6. Normen- und Normsetzungsverträge im Allgemeinen	
Verwaltungsrecht	388
II. Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Sozialrecht	389
1. Die Bundesmantelverträge	392
2. Die Gesamtverträge	396
3. Die Strukturverträge	398
4. Die Rahmenverträge	399
a. Rahmenverträge in der gesetzlichen	
Krankenversicherung	399
b. Rahmenverträge in der sozialen Pflegeversicherung	401
c. Rahmenverträge im Bereich der Sozialhilfe	402
5. Weitere Kollektivverträge	404
a. Kollektivverträge in der gesetzlichen	
Krankenversicherung	404
aa. Kollektivverträge nach § 112 Abs. 1 SGB V	404
bb. Kollektivverträge nach § 115 Abs. 1 SGB V	406
cc. Kollektivverträge nach § 115a Abs. 3,	
115b Abs. 1 SGB V	407
b. Kollektivverträge in der sozialen Pflegeversicherung	409
6. Die Individualverträge	411
a. Der Versorgungsvertrag in der gesetzlichen	
Krankenversicherung	411
b. Der Versorgungsvertrag in der sozialen	
Pflegeversicherung	412
7. Zusammenfassung und Bewertung	413
a. Begrifflichkeiten	413
b. Dogmatische Einordnung der Verträge	415
c. Konsequenzen im Hinblick auf die Anwendbarkeit	
der §§ 53 ff. SGB X	418
III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Normenvertrags	421
1. <i>Numerus clausus</i> der Normsetzungsformen im Grundgesetz	421

a. Der Befund des Grundgesetzes	422
aa. Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Art. 80 Abs. 1 GG	422
bb. Die Satzungsbefugnis	423
(1) Die Satzungsautonomie nach Art. 28 Abs. 2 GG	423
(2) Satzungsbefugnis sonstiger Selbstverwaltungsträger	423
b. Bisheriger Stand in Rechtsprechung und Literatur	423
c. Art. 87 Abs. 2 GG als verfassungsrechtliches Mandat für die Normsetzungsbefugnis	426
2. Keine originäre Außenrechtssetzungskompetenz der Exekutive	427
3. Anforderungen an weitere Normsetzungsformen	429
4. Die demokratische Legitimation von Normenverträgen	432
a. Bisheriger Stand in Literatur und Rechtsprechung	433
aa. Keine Legitimation durch unmittelbare Wahlen	433
bb. Keine Legitimation nach dem klassischen Legitimationsmodell	433
(1) Sachlich-inhaltliche Legitimation	433
(2) Organisatorisch-personelle Legitimation	435
cc. Autonome Legitimation durch Teil- bzw. Verbandsvölker	435
dd. Substitution der organisatorisch-personellen durch die sachlich-inhaltliche Legitimation	436
ee. Legitimation durch analoge Anwendung von Art. 9 Abs. 3 GG	436
ff. Legitimation über den Regelungsvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG	438
gg. Das Sachleistungsprinzip und das historische Herkommen	439
hh. Die Theorie des Grundrechtsverzichts	439
ii. Weitere Ansätze	440
jj. Zusammenfassung und Bewertung	440
b. Konsens als Legitimationsspende	441
aa. Die Bundesmantelverträge	442
(1) Die von den Bundesmantelverträgen Betroffenen	442
(2) Interessenrepräsentanz der Betroffenenengruppen	443
(3) Inhomogene Interessenstruktur	443
(4) Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	444
(5) Staatsaufsicht zumindest in Form der Rechtsaufsicht	444
(6) Zusammenfassung und Bewertung	444

bb. Die Gesamtverträge	444
(1) Die von den Gesamtverträgen Betroffenen	444
(2) Interessenrepräsentanz der Betroffenenengruppen	445
(3) Inhomogene Interessenstruktur	445
(4) Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	445
(5) Staatsaufsicht zumindest in Form der Rechtsaufsicht	445
(6) Zusammenfassung und Bewertung	445
cc. Die Rahmenverträge in der sozialen Pflegeversicherung	446
(1) Die von den Rahmenverträgen in der sozialen Pflegeversicherung Betroffenen	446
(2) Interessenrepräsentanz der Betroffenenengruppen	446
(3) Inhomogene Interessenstruktur	446
(4) Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	447
(5) Staatsaufsicht zumindest in Form der Rechtsaufsicht	447
(6) Zusammenfassung und Bewertung	447
dd. Die Kollektivverträge in der gesetzlichen Krankenversicherung	447
(1) Die Kollektivverträge nach § 112 Abs. 1 SGB V	447
(2) Die Kollektivverträge nach § 115 Abs. 1 SGB V	448
(3) Die Kollektivverträge nach §§ 115a Abs. 3, 115b Abs. 1 SGB V	449
(4) Staatsaufsicht zumindest in Form der Rechtsaufsicht	451
(5) Zusammenfassung und Bewertung	451
c. Zusammenfassung und Bewertung	452
IV. Zusammenfassung und Bewertung	453
B. Die Empfehlungen	453
I. Die Empfehlung im Allgemeinen Verwaltungsrecht	453
II. Die Empfehlung im Sozialrecht	454
1. Rahmenempfehlungen in der gesetzlichen Krankenversicherung und Empfehlungen in der sozialen Pflegeversicherung	455
a. Inhalt und Beteiligte	455
aa. Rahmenempfehlungen nach § 112 Abs. 5 SGB V	455
bb. Rahmenempfehlungen nach § 115 Abs. 5 SGB V	456
cc. Rahmenempfehlungen nach § 125 Abs. 1 SGB V	456
dd. Rahmenempfehlungen nach § 132a Abs. 1 Satz 1 1. Hs. SGB V	457

ee. Empfehlungen nach § 75 Abs. 6 Satz 1 SGB XI	457
b. Bindungswirkung	457
c. Pflicht zur Abgabe	460
2. Empfehlungen nach § 115a Abs. 3 Satz 3 SGB V	461
3. Zusammenfassung und Bewertung	463
III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, insbesondere demokratische Legitimation – Konsens als Legitimationsspender	464
1. Die von der Empfehlungsnorm Betroffenen	465
2. Interessenrepräsentanz der Betroffenenengruppen	465
3. Inhomogene Interessenstruktur	466
4. Angemessene Entscheidungsbeteiligung der Interessenvertreter	466
5. Staatsaufsicht zumindest in Form der Rechtsaufsicht	467
6. Zusammenfassung und Bewertung	467
IV. Zusammenfassung und Bewertung	467
C. Die konsensualen Handlungsformen des Sozialrechts im Gefüge konsensualer Handlungsformen anderer Rechtsgebiete	467
I. Konsensuale Normsetzung	468
1. Konsensuale Normsetzung durch Vertrag	468
a. Konsensuale Normsetzung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag: Die Gründung kommunaler Zweckverbände nach dem BayKommZG	469
b. Konsensuale Normsetzung durch privatrechtlichen Vertrag: der Tarifvertrag	472
aa. Normative Wirkung durch gesetzliche Anordnung	472
bb. Normative Wirkung durch Bezugnahme	473
cc. Normative Wirkung durch Allgemeinverbindlicherklärung	473
2. Konsensuale Normsetzung gruppenpluraler Gremien	475
3. Konsensuale Handlungsformen mit normähnlicher, direkter Wirkung	476
a. Im öffentlichen Recht: Die Leitsätze der Lebensmittelbuchkommission	476
b. Im Privatrecht	477
aa. DIN-Normen	477
bb. Deutsche Rechnungslegungs Standards	478
4. Zusammenfassung und Bewertung	479
II. Konsensuale Setzung konkret-genereller Regelungen durch Vertrag	480
D. Zusammenfassung und Bewertung	481

Kapitel 5

Konsensuale Einbindung Privater in die Verwaltungstätigkeit

485

A. Konsensuale Einbindung Privater durch Organisationsformen	485
I. Einbindung Privater im Allgemeinen Verwaltungsrecht, insbesondere die Beleihung	486
1. Allgemeines zur Einbindung Privater	486
2. Die Beleihung	487
a. Definition der Beleihung	489
b. Der Gegenstand einer Beleihung	490
c. Die Abgrenzung zum Verwaltungshelfer – Handeln „in eigenem Namen“	490
d. Der Adressat einer Beleihung	491
e. Restriktionen einer Beleihung	491
f. Rechtliche Stellung des Beliehenen – das öffentlich- rechtliche Auftrags- und Treuhandverhältnis	492
g. Die Aufsicht über den Beliehenen	493
h. Ende der Beleihung	493
II. Einbindung Privater im Sozialrecht	493
1. Die Übertragung von Normsetzungsbefugnissen auf Private	494
a. Normsetzung mit Außenwirkung	496
aa. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Übertragung von Außennormsetzungskompetenzen auf Private	498
(1) Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	499
(2) Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Art. 80 Abs. 1 GG	501
(3) Die Verselbständigung funktionaler Selbstverwaltungsträger in der Sozialversicherung, Art. 87 Abs. 2 GG	503
(4) Die Satzungsbefugnis	504
(a) Die Satzungsautonomie nach Art. 28 Abs. 2 GG	504
(b) Satzungsbefugnis sonstiger Selbstverwaltungsträger	505
(5) Das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 2 GG	505
(a) Normsetzung durch die Legislative als höchste Staatsgewalt	505
(b) Normsetzung durch die Exekutive als Ausnahme sowie die Anforderungen an diese	506
(c) Normsetzung durch Private	508
(6) Zusammenfassung und Bewertung	509

bb. Demokratische Voraussetzungen einer Übertragung von Außennormsetzungskompetenzen auf Private	509
(1) Sachlich-inhaltliche Legitimation	510
(2) Konsens als Legitimationsspender	510
(3) Übertragung von Außennormsetzungskompetenzen auf Private im Sozialrecht	511
cc. Möglichkeit der Übertragung von Außennorm- setzungskompetenzen in Form der Beleihung	512
(1) Der Tatbestand der Beleihung	512
(2) Die „konsensuale Normsetzung“ als neue Kategorie	514
dd. Zusammenfassung und Bewertung	516
b. Normsetzung ohne Außenwirkung – Die Richtlinien der DGUV	517
aa. Bindungswirkung der Richtlinien der DGUV	517
bb. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Übertragung auf Private	518
(1) Das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 2 GG	519
(2) Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Art. 80 Abs. 1 GG	519
(3) Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	519
(4) Privatrechtssubjekte, die das Substrat der Verwaltungseinheit ersetzen	520
cc. Möglichkeit der Übertragung in Form der Beleihung	521
dd. Zusammenfassung und Bewertung	523
2. Die Übertragung von Empfehlungsbefugnissen	523
3. Die Übertragung von Vertragsergänzungsbefugnissen: der „Vertragshelfer“	525
B. Konsensuale Einbindung Privater durch Handlungsformen	527
I. Konsensuale Einbindung Privater durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	527
II. Konsensuale Einbindung Privater durch Empfehlungen	529
C. Die Einbindung Privater im Sozialrecht und in anderen Rechtsgebieten	530
I. Konsensuale Einbindung Privater bei der Normsetzung	530
1. Die konsensuale Einbindung Privater bei den kommunalen Zweckverbänden	530
2. Die konsensuale Einbindung Privater beim Vorhaben- und Erschließungsplan im Baurecht	532
3. Die konsensuale Einbindung Privater im Tarifvertragsrecht	534

II. Einbindung Privater bei der Bestimmung von Vertragsinhalten	535
III. Zusammenfassung und Bewertung	535
D. Zusammenfassung	536
Ergebnisse in Thesen	539
Kapitel 1	539
Kapitel 2	544
Kapitel 3	551
Kapitel 4	561
Kapitel 5	565
Literaturverzeichnis	571
Stichwortverzeichnis	635

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
AfD	Alternative für Deutschland
AGSG	Gesetz zur Ausführung der Sozialgesetze
AM-RL	Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung (Arzneimittel-Richtlinie)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
APSR	American Political Science Review (Zeitschrift)
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift)
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
B.J.Pol.S.	British Journal of Political Science (Zeitschrift)
BA	Bundesagentur/anstalt für Arbeit
BA	Bundesausschuss
BABl.	Bundesarbeitsblatt (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGP	BundesArbeitsGemeinschaft der PatientInnenstellen
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BaWü	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
Bay	Bayern, bayerisch
BayHSchG	Bayerisches Hochschulgesetz
BayHSchPG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen sowie des weiteren wissenschaftlichen und künstlerischen Personals an den Hochschulen (Bayerisches Hochschulpersonalgesetz)
BayHwWahlO	Bayerische Wahlordnung für die Wahlen der Mitglieder der Vollversammlung der Handwerkskammern (Anlage C zu dem Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung))
BayKommZG	Bayerisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit
BayRG	Bayerisches Rundfunkgesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BG	Die Berufsgenossenschaft (Zeitschrift)
BHE	Bund der Heimatvertriebenen
BKK	Zeitschrift der betrieblichen Krankenversicherung
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BMV-Ä	Bundesmantelvertrag-Ärzte
BMV-Z	Bundesmantelvertrag-Zahnärzte
BP	Bayernpartei
Brdbg	Brandenburg, brandenburgisch
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BWV	Bundeswehrverwaltung (Zeitschrift)