

Zweiter Teil: Verfassungsrechtlicher Rahmen und Verwaltungsverfahrensgesetz

Für die Erörterung der konkreten Rechte und Pflichten des ehrenamtlich Tätigen (Dritter Teil) sind weitere Vorarbeiten zu leisten. Diese betreffen zum einen den verfassungsrechtlichen Rahmen, in dem sich der ehrenamtlich Tätige befindet (§ 5). Angeklungen ist darüber hinaus bereits, dass die funktionale Selbstverwaltung auf eine detaillierte Beschreibung der Rechte und Pflichten des ehrenamtlich Tätigen weitestgehend verzichtet. Das VwVfG enthält mit seinen §§ 81 ff. VwVfG solche Normen, die potenziell geeignet sind, diese Lücken zu schließen. Dafür ist es allerdings erforderlich, dass auf das VwVfG zurückgegriffen werden kann (§ 6). Dieser Rückgriff auf das VwVfG spielt auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive eine Rolle. Aus rechtsstaatlichen Gründen ist fraglich, ob auf Normen zurückgegriffen werden kann, die ihrem Wortlaut nach den hier zu analysierenden ehrenamtlich Tätigen zum Teil nicht erfassen (§ 5).

§ 5 Verfassungsrechtliche Stellung des ehrenamtlich Tätigen

Im Nachfolgenden geht es um die Stellung des ehrenamtlich tätigen Organmitglieds innerhalb der Verfassung. So ist der Frage nachzugehen, ob das Grundgesetz ehrenamtlich Tätige gesondert erwähnt und ggf. welcher Status ihnen zugewiesen wird (A.). Es ist ferner zu diskutieren, ob sie unter die Rechtsfigur des freiwilligen Sonderstatusverhältnisses fallen (B.). Wesentlich wird zudem die Frage werden, ob und ggf. auf welches Grundrecht sich Organmitglieder berufen können, wenn sie für eine Körperschaft des öffentlichen Rechts tätig werden (C. I.). In diesem Rahmen steht auch die Frage im Raum, ob allgemeine Rechtsgrundsätze taugliche Grundrechts-schranken sind (C. II.). Schließlich ist der Frage nachzugehen, inwieweit die Satzungen der Körperschaften die Rechtsbeziehung zwischen ihnen und den ehrenamtlich Tätigen vor dem Hintergrund des Vorbehalts des Gesetzes ausgestalten können (D.).

A. Stellung des ehrenamtlich Tätigen in der Verfassung

Ehrenamtlich Tätige sind nicht ausdrücklich im Grundgesetz erwähnt. Lediglich Art. 33 Abs. 2 GG regelt, dass jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat. Unter diese öffentlichen Ämter fallen auch Ehrenämter.⁴¹⁶ Es ist allerdings zu beachten, dass das Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht bei Wahlen gelten soll.⁴¹⁷ Die Ausführungen in § 3 A. und B. haben gezeigt, dass gerade die Wahl in der funktionalen Selbstverwaltung eine große Rolle spielt. Gänzlich fremd ist das Ehrenamt der Verfassung damit nicht, auch wenn die hier in Rede stehenden ehrenamtlich Tätigen nicht ausdrücklich erfasst werden.

Es lässt sich darüber hinaus fragen, ob für ehrenamtlich Tätige auf Art. 33 Abs. 5 GG zurückgegriffen werden kann. Danach ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsät-

416 Näher *Hense*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 33 Rn. 9.

417 Dazu allgemein *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 25; vgl. auch *Kluth*, in: JbDKr 2014, S. 73 (94).

ze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln. Der ehrenamtlich Tätige könnte so vor dem BVerfG seine verfassungsmäßige Stellung schützen.⁴¹⁸ Unmittelbar von der Vorschrift erfasst sind Beamte und Richter.⁴¹⁹ Zum Teil werden dortige Grundsätze (z.B. Verfassungstreue) auch auf ehrenamtliche Richter angewendet.⁴²⁰ Bisher lassen sich in der Literatur und Rechtsprechung keine Ausführungen zu den hier in Fokus stehenden ehrenamtlich Tätigen finden und sollen dagegen vielmehr die Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften gerade nicht erfasst sein⁴²¹. Die Vergleichbarkeit der kommunalen sowie funktionalen Selbstverwaltung (dazu § 4 B.) spricht dafür, dass auch die hier in Rede stehenden Mitglieder von Vertretungskörperschaften nicht von Art. 33 Abs. 5 GG erfasst sind. Bestätigt wird dies schließlich durch den Umstand, dass zwischen dem Berufsbeamtentum und den ehrenamtlich Tätigen gravierende Unterschiede bestehen (dazu bereits § 3 C. I. 1.). Unmittelbar aus der Verfassung heraus ergibt sich daher keine besondere Stellung der hier zu behandelnden ehrenamtlich Tätigen.

Gleichwohl lässt sich aus der Verfassung etwas in Bezug auf die Rechtsstellung der Organmitglieder ableiten. Gemeinhin bekannt ist, dass in den Handwerkskammern, wie auch den Industrie- und Handelskammern und weiteren Formen der Selbstverwaltung eine Pflichtmitgliedschaft besteht. Besonders intensiv diskutiert wurde die Pflichtmitgliedschaft im Bereich der Industrie- und Handelskammern. Das BVerfG hat in Bezug auf die grundrechtliche Rechtfertigung der Pflichtmitgliedschaft in den IHKn festgestellt, dass aufgrund *der Möglichkeit der Beteiligung und Mitwirkung an staatlichen Entscheidungsprozessen* der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG abgemildert ist.⁴²² Eine Betätigung in den Organen steht dabei jedem Pflichtmitglied frei.⁴²³ Diese zum Recht der IHK ergangene Rechtsprechung lässt sich auf das Handwerksrecht (insbesondere die Handwerkskammer) über-

418 So der Normzweck in Bezug auf die Beamten *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 65.

419 Näher *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 33 Rn. 49 f.

420 Vgl. BVerfG, NJW 2008, S. 2568 (Rn. 19); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 33 Rn. 52.

421 Dazu BVerfGE 6, 376 (385); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 33 Rn. 51.

422 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 07. Dezember 2001, 1 BvR 1806/98, juris Rn. 50.

423 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 07. Dezember 2001, 1 BvR 1806/98, juris Rn. 50; aus der Literatur zum Ganzen *Jahn*, WiVerw 2004, S. 133 (140 f.); vgl. auch *Rickert*, WiVerw 2004, S. 153 (153); *Peifer*, Handwerksrecht, Rn. 86.

tragen.⁴²⁴ Gleiches gilt – was die Möglichkeit zur Mitwirkung an staatlichen Entscheidungsprozessen angeht – für andere Bereiche der funktionalen Selbstverwaltung. Hieraus ergibt sich zweierlei: Zum einen ist so die Möglichkeit der Mitwirkung in den Organen der Kammer verfassungsrechtlich abgesichert.⁴²⁵ Da der Gesetzgeber für die funktionale Selbstverwaltung v.a. ehrenamtliche Repräsentationsgremien (Versammlung, Vorstand, Ausschüsse) vorsieht, muss gerade die Mitwirkung in diesen Organen diesem verfassungsrechtlichen Schutz unterliegen. Nur in diesen Organen ist die angesprochene Mitwirkung möglich. Ferner lassen sich zwar unmittelbar aus der Pflichtmitgliedschaft keine Rechte begründen. Der durch die Pflichtmitgliedschaft begründete Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG ist aber nur dann verhältnismäßig, wenn dieser durch die Einräumung von Mitwirkungsrechten so gering wie möglich gehalten wird.⁴²⁶ Diese Mitwirkungsrechte müssen nun aber nicht nur den Mitgliedern in ihrer Gesamtheit zustehen, sondern auch den Organmitgliedern, da gerade Letztere dazu berufen sind, die Interessen der Mitglieder der Kammer zu vertreten bzw. die Aufgaben zu erledigen. Mitwirkungsrechte müssen daher verfassungsrechtlich auch den Organmitgliedern in ausreichendem Umfang zustehen.

Die obige These, dass die Möglichkeit zur Mitwirkung in den Organen letztlich aus dem Eingriff der Pflichtmitgliedschaft in Art. 2 Abs. 1 GG resultiert, lässt sich auch mithilfe von demokratischen Erwägungen bestätigen. Das sich auch im Kammerrecht verwirklichende Demokratieprinzip verlangt die Mitwirkung aller Betroffenen und rechtfertigt damit die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft.⁴²⁷ Gleichzeitig verlangt dieses aber auch, dass die Mitwirkung der einzelnen Mitglieder durch Wahlen, aber eben auch durch die Wahrnehmung von Mandaten gefördert wird und nicht durch

424 Auch in Bezug auf das Handwerk wird von der „Chance zur Mitwirkung“ gesprochen BVerwG, NJW 1999, S. 2292 (2294); aus der Literatur *Karsten*, in: Schwannecke, HwO, § 94 Rn. 8.

425 In diese Richtung *Jesse*, GewArch 2017, S. 65 (67) unter Hinweis auf den Vortrag von *Kluth*; vgl. ferner unter Hinweis auf demokratische Aspekte *Kluth*, DV 35 (2002), S. 349 (354).

426 Vgl. *Irriger*, Genossenschaftliche Elemente, S. 191; dieser auch mit dem Hinweis auf einen Mindesteinfluss auf die Sachentscheidung *ders.*, Genossenschaftliche Elemente, S. 174; vgl. auch *Kluth*, DV 35 (2002), S. 349 (356, 357); *Rickert*, WiVerw 2004, S. 153 (153); *Hövelberndt*, Kammern als Wettbewerber, S. 261; *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 46.

427 So zu den IHKn *Kluth*, NVwZ 2002, S. 298 (300).

eine Geschäftsführerverwaltung abgelöst wird.⁴²⁸ Die Mitwirkung des Einzelnen in den Organen ist damit auch durch demokratische Gesichtspunkte abgesichert. Ausdruck des Demokratieprinzips und der Selbstverwaltung dürfte es letztlich auch sein, dass der bestimmende Einfluss der Mitglieder auf die Verwaltung erhalten bleibt: So ist es nach dem Bundesverfassungsgericht nicht möglich, dass „eine öffentlich-rechtliche Körperschaft für ihre Mitglieder auf jede zukünftige Mitwirkung an der Normsetzung verzichtet, indem sie eine Anschlusssatzung erlässt, die die eigenen Mitglieder hinsichtlich eines verpflichtend eingeführten Versorgungswerks der Satzungs Gewalt einer anderen Kammer unterwirft und von einer maßgeblichen Mitwirkung in den Organen dieser Kammer ausschließt“⁴²⁹. Werden Organe gewählt und liegt damit nach dem Gesetz eine repräsentative Form der Selbstverwaltung vor, so kommt gerade den Organmitgliedern der bestimmende Einfluss auf die Tätigkeiten der Selbstverwaltungskörperschaft zu. Auch das Demokratieprinzip streitet mithin für eine Absicherung der Betätigung in den Organen sowie gewichtigen Mitwirkungsrechten.

B. Einordnung des Ehrenamtes als freiwilliges Sonderstatusverhältnis

Soweit ersichtlich wurde bisher nicht diskutiert, ob neben den bekannten Sonderstatusverhältnissen (z.B. Beamte, Schüler, Strafgefangene) auch das Ehrenamt⁴³⁰ als Sonderstatusverhältnis einzuordnen ist. Alle Sonderstatusverhältnisse zeichnen sich durch eine besondere Nähe zum Innenbereich des Staates aus, bei der Personen in den staatlich gelenkten Lebensbereich einbezogen werden.⁴³¹ All diesen Verhältnissen ist gemein, dass an die Personen notwendigerweise bestimmte Anforderungen gestellt werden: So ist beispielsweise das Prinzip von Befehl und Gehorsam dem Soldatenverhältnis immanent.⁴³² Es wäre aus der Natur der Sache auch undenkbar,

428 So zu den IHKn Kluth, NVwZ 2002, S. 298 (300); vgl. auch Kluth, DV 35 (2002), S. 349 (357); vgl. in diesem Kontext auch Kluth, in: HdbKr, § 5 Rn. 99, 142.

429 Siehe BVerfG, NVwZ 2002, S. 851 (852).

430 Dem Umstand geschuldet, dass es in dieser Arbeit v.a. um das Ehrenamt geht, wird im Folgenden nicht immer auf die Mitgliederversammlung der Innung sowie die Fachgruppen eingegangen. Allerdings gelten auch für diese Mitglieder die Ausführungen zum freiwilligen Sonderstatusverhältnis entsprechend, dazu auch Fröhler, Recht der Handwerksinnung, S. 95 f.

431 Vgl. Peine, in: HdbGr III, § 65 Rn. 2; allgemein zum besonderen Gewaltverhältnis Loschelder, in: HdbStR IX, § 202 Rn. 2.

432 Vgl. Peine, in: HdbGr III, § 65 Rn. 4.

wenn sich beispielsweise Strafgefangene uneingeschränkt auf ihr Versammlungsrecht aus Art. 8 GG berufen könnten und ist den Sonderstatusverhältnissen damit die Notwendigkeit einer Grundrechtsbeschränkung immanent.⁴³³ Auch in Bezug auf Organmitglieder könnte gesagt werden, dass diese bestimmten grundrechtseinschränkenden Pflichten unterliegen, um die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung in der funktionalen Selbstverwaltung zu gewährleisten. Man befindet sich hier eben nicht im klassischen Staat-Bürger-Verhältnis.⁴³⁴ Gleichwohl ist spätestens seit dem Strafgefangenenbeschluss klar, dass auch in solchen Verhältnissen der Vorbehalt des Gesetzes gilt, wobei eng begrenzte Generalklauseln ausreichen.⁴³⁵ Nimmt man ein solches Sonderstatusverhältnis an, könnte man auf der Rechtfertigungsebene anführen, dass solche Pflichten, die zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Sonderstatus beitragen, die Grundrechte einschränken können.⁴³⁶ Es genügen daher für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Pflichten für ehrenamtlich Tätige solche Generalklauseln, die darauf abzielen, die Funktionsfähigkeit der Beziehung des ehrenamtlich Tätigen mit der Körperschaft zu erhalten.⁴³⁷ Auf diese Weise können letztlich per Generalklausel solche Pflichten für ehrenamtlich Tätige statuiert werden, die eine ordnungsgemäße Verwaltung bzw. Aufgabenerledigung gewährleisten.

Es erscheint allerdings schwierig, die hier zu erörternden ehrenamtlich Tätigen in ein Sonderstatusverhältnis einzuordnen. Zwar ist der ehrenamtlich Tätige insoweit mit einem Beamten vergleichbar, als beide auf der Seite des Staates auftreten und öffentliche Aufgaben wahrnehmen und zur Erfüllung dieser Aufgaben zwangsläufig in ein Organisationsgefüge eingebettet sein müssen. Betrachtet man nun noch die historische Idee der Selbstverwaltung, dass die Erledigung von öffentlichen Aufgaben von Beamten auf Bürger übertragen werden sollte (§ 2 A. I. 3. a)), so spricht dies erst recht dafür, Beamte und ehrenamtlich Tätige als austauschbar anzusehen. Dennoch vermag diese punktuelle Vergleichbarkeit nicht die Annahme eines Sonderstatusverhältnisses zu begründen. Oben wurde bereits der Unterschied zwischen Beamten und ehrenamtlich Tätigen angedeutet

433 Ähnlich *Peine*, in: HdbGr III, § 65 Rn. 6 f.

434 Vgl. *Peine*, in: HdbGr III, § 65 Rn. 8.

435 Vgl. BVerfGE 33, 1 (11) und *Peine*, in: HdbGr III, § 65 Rn. 32; vgl. auch *Loschelder*, in: HdbStR IX, § 202 Rn. 6 ff.

436 Vgl. *Peine*, in: HdbGr III, § 65 Rn. 44, 47, 62 ff.; vgl. auch *Kempen*, in: HdbGr II, § 54 Rn. 47.

437 Allgemeiner *Peine*, in: HdbGr III, § 65 Rn. 44, 54 ff. und 62 ff.

(§ 3 C. I. 1.). Hier sei nochmal darauf hingewiesen, dass der ehrenamtlich Tätige gerade in seiner bürgerlichen Kraft⁴³⁸ mit seinem Fachwissen herangezogen werden soll und hoheitliche Aufgaben erledigt, die (auch) das eigene Interesse berühren und nicht solche, die im fremden Interesse liegen (so Beamte). Der ehrenamtlich Tätige ist ferner nicht weisungsgebunden und handelt nicht für den Staat. Insoweit ist er nicht in einem vom Staat gelenkten Bereich eingebunden: Zwar schafft der „Staat“ die Grundlagen (das Organisationsgefüge) per Gesetz, doch zielt Selbstverwaltung gerade darauf ab, dass die Betroffenen sich selbst verwalten und nicht gelenkt werden. Beachtet man nun noch den in der Literatur vertretenen Umstand, dass es sich bei den Sonderstatusverhältnissen um Ausnahmen handelt, die sich direkt aus der Verfassung ergeben (numerus clausus der Sonderstatusverhältnisse),⁴³⁹ so erscheint die Einbeziehung des ehrenamtlich Tätigen in dieses Rechtsinstitut als unangebracht. Die notwendige Erwähnung des Sonderstatus in der Verfassung rechtfertigt sich dadurch, dass es gerade diese Erwähnung ist, die als Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe dient.⁴⁴⁰ Wie soeben erläutert, findet sich eine ausdrückliche Erwähnung in der Verfassung nicht. Stellt man für die Begründung des Sonderstatus nur auf das Tätigwerden aufseiten des Staates ab, würde sich angesichts der Häufigkeit der Tätigkeit von Bürgern aufseiten des Staates (z.B. Verwaltungshelfer) eine grenzenlose Ausdehnung des Rechtsinstituts des Sonderstatusverhältnisses ergeben. Im Übrigen ist auch nicht bekannt, dass für die vergleichbaren Gemeinderatsmitglieder (dazu § 4 B.) ein solches Rechtsverhältnis diskutiert werden würde.

Diese restriktive Vorgehensweise entspricht der aktuellen Diskussion um das besondere Gewaltverhältnis bzw. das Sonderstatusverhältnis. Dagegen sprach die ältere Literatur davon, dass die Mitglieder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zu dieser in einem besonderen Gewaltverhältnis stehen.⁴⁴¹ Für statutarische Regelungen, welche lediglich die Mitglieder verpflichten und nicht nach außen wirken, bedarf es nach dieser Auffassung keiner gesetzlichen Grundlage.⁴⁴² Zum Teil wurde allerdings schon damals gegen diese Einordnung vorgebracht, dass es den Kammern typischerwei-

438 Dazu Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 83 Rn. 15.

439 Vgl. Peine, in: HdbGr III, § 65 Rn. 46, 1.

440 Dazu Peine, in: HdbGr III, § 65 Rn. 44.

441 Vgl. dazu Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 142.

442 Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 142; so speziell zu den Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer BayVerfGHE 7, 21 (22 f.); vgl. hierzu aber auch VGH München, DVBl. 1960, S. 438 ff.

se daran fehlt, ständig auf die Mitglieder einwirken zu können, was für besondere Gewaltverhältnisse konstitutiv sei.⁴⁴³ Dass die Einordnung der Mitglieder in ein besonderes Gewaltverhältnis und die fehlende Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen heute nicht mehr voll tragbar ist, zeigen die neueren Diskussionen um das Sonderstatusverhältnis, die eine gesetzliche Grundlage verlangen. Im Übrigen zeigt auch der Facharztbeschluss, dass auch im internen Bereich das Handeln des Gesetzgebers gefordert wird.⁴⁴⁴ Schließlich sei darauf hingewiesen, dass es im hiesigen Abschnitt um die Einordnung des ehrenamtlich Tätigen ging und nicht um die Mitglieder der Körperschaft insgesamt. Stellt man insoweit auf den *numerus clausus* der Sonderstatusverhältnisse sowie den Vergleich mit den Beamten ab, so fehlt es jedenfalls an einem Sonderstatusverhältnis.

C. Grundrechtliche Stellung des ehrenamtlich Tätigen

Aus dem bisher Gesagten geht bereits hervor, dass sich in Bezug auf die Pflichten des ehrenamtlich Tätigen insbesondere Fragen nach Amtsübernahme-, Amtsausübungs-, Teilnahme-, Treue-, Abstimmungs- und Verschwiegenheitspflichten stellen. Derartige Pflichten greifen potenziell jedenfalls in Art. 2 Abs. 1 GG ein und bedürfen daher jeweils einer Rechtsgrundlage. Es ist ebenso bereits angeklungen, dass die funktionale Selbstverwaltung nur in begrenztem Umfang Rechte und Pflichten statuiert. Daher stellt sich die Frage, ob vor diesem Hintergrund ein Rückgriff auf andere Normen, die nicht ausdrücklich Bezug auf die in der funktionalen Selbstverwaltung ehrenamtlich Tätigen nehmen, aus grundrechtlicher Perspektive überhaupt möglich ist. Voraussetzung für eine grundrechtliche Prüfung ist aber die vorgelagerte Frage, ob die ehrenamtlich Tätigen als Teil einer Körperschaft des öffentlichen Rechts überhaupt grundrechtsberechtigt sind. Denn andernfalls könnten sich die ehrenamtlich Tätigen gar nicht auf Grundrechte berufen⁴⁴⁵. Diese Fragestellungen werden im Nachfolgenden untersucht.

443 Näher *Thieme*, DÖV 1956, S. 521 (522); vgl. auch *Evers*, Das besondere Gewaltverhältnis, S. 5 mit Fn. 21.

444 Vgl. BVerfGE 33, 125 (160); vgl. auch *Lerche*, in: HdbGr III, § 62 Rn. 54.

445 Klarstellend sei angemerkt, dass es um die Innenbeziehung von *Körperschaft zu Tätigem* geht. Insoweit kann nicht auf die Grundsätze des Facharztbeschlusses Rückgriff genommen werden, dazu BVerfGE 33, 125 ff.

I. Grundrechtsberechtigung

Im Rahmen der Frage, ob die hier zu diskutierenden ehrenamtlich Tätigen⁴⁴⁶ grundrechtsberechtigt sind, ist in mehrfacher Hinsicht zu differenzieren. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die hier zu behandelnden ehrenamtlich Tätigen Mandatsträger sind. Zumindest nach der Literatur kommt es daher maßgeblich darauf an, in welcher Sphäre (Mandats- oder Privatbereich) die Tätigen durch Maßnahmen der Körperschaft betroffen sind (2. a)). Besonders einzugehen ist auf die Mitglieder des Prüfungsausschusses, da diese als Verfahrensbeteiligte einer Prüfung an einer hoheitlichen Maßnahme (die Prüfungsentscheidung ist ein Verwaltungsakt⁴⁴⁷) beteiligt sind (2. a)). Schließlich ist zu unterscheiden zwischen der Möglichkeit einer Grundrechtsbeeinträchtigung im Rahmen von eingeräumten Rechten einerseits und statuierten Pflichten andererseits (1.).

Grundrechte gelten in erster Linie zwischen dem Staat und den Bürgern.⁴⁴⁸ Sie schützen nach ihrer traditionellen Funktion vor Eingriffen des Staates in die individuellen Freiheiten der Bürger.⁴⁴⁹ Alle hier angesprochenen Personen befinden sich nicht in dieser klassischen Position. Vielmehr treten sie durch ihre Organmitgliedschaft über die Schwelle der klassischen Bürgerposition hin zum Staat, ohne ihren bürgerlichen Status jedoch gänzlich aufzugeben. Sie stehen daher in einer Art Zwischensphäre. Die im Raum stehende Frage ist, wann ein Übertritt dergestalt vorliegt, dass eine Berufung auf Grundrechte nicht möglich ist.⁴⁵⁰

1. Unterscheidung von Rechten und Pflichten

Werden einem ehrenamtlich Tätigen Rechte eingeräumt, so erweitert sich dessen Rechtskreis. Die Frage nach einer Grundrechtsbeeinträchtigung kann sich nur dann stellen, wenn die eingeräumten Rechte durch Satzungen

446 Dem Umstand geschuldet, dass es in dieser Arbeit v.a. um das Ehrenamt geht, wird im Folgenden nicht immer auf die Mitgliederversammlung der Innung und die Fachgruppen eingegangen. Allerdings gelten auch für diese Mitglieder die Zweifel an der Grundrechtsberechtigung entsprechend.

447 Vgl. *Tillmanns*, in: Honig ua, HwO, § 31 Rn. 5; ferner *Koßmann/Vogt*, Rechtsgrundlagen der Gesellenprüfung, S. 204; aus dem BBiG *Herkert/Töhl*, BBiG, § 39 Rn. 10.

448 Näher *Vitzthum*, in: HdbGr II, § 48 Rn. 4 f.; vgl. dazu, wann dieses Außenverhältnis im Kammerrecht betroffen ist, *Kluth/Pautsch*, in: Kluth, 100 Begriffe, S. 156 ff.

449 Vgl. *Vitzthum*, in: HdbGr II, § 48 Rn. 6.

450 Ähnlich *Vitzthum*, in: HdbGr II, § 48 Rn. 15.

gen, Geschäftsordnungen oder andere Maßnahmen wieder eingeschränkt werden. Dies wird insbesondere in Bezug auf das Rederecht in Sitzungen diskutiert.⁴⁵¹ Hierbei ist allerdings schon umstritten, ob eine Berufung auf Grundrechte überhaupt möglich ist.⁴⁵² Soweit ersichtlich, scheinen derartige Beschränkungen jedenfalls durch Verfahrensbestimmungen, Geschäftsordnungen⁴⁵³ oder durch die Funktionsfähigkeit anderer Organe als zulässig erachtet zu werden. Abgesehen von diesem Beispiel, welches im Übrigen keinen Bezug zum Ehrenamt aufweist, erweitern die für das Ehrenamt darzustellenden Rechte den Rechtskreis von Personen, sodass grundrechtliche Fragen für die hier in Rede stehende Diskussion außen vor bleiben können⁴⁵⁴. Anders verhält es sich dagegen mit den zu diskutierenden Pflichten; diese beschneiden von vornherein den Rechtskreis. Es ist sich daher auf diesen Themenkreis zu beschränken.

Am Rande sei angemerkt, dass die Rechte des ehrenamtlich Tätigen diesem als Amtsträger zustehen und auch in dieser Sphäre treffen. Ein Grundrechtsschutz besteht daher nicht. Zugewiesene Rechte, wie Rede-, Antrags- oder Abstimmungsrechte sowie das Recht auf ausreichende Information, sind Ausdruck von dessen Teilhabe- und Kontrollfunktion⁴⁵⁵ und damit dem internen Bereich zugeordnet. Eine Grundrechtsberechtigung ist daher zu verneinen.

2. Pflichten des ehrenamtlich Tätigen

Ein Grundrechtseingriff bedarf nach allgemeiner Lehre stets einer Rechtsvorschrift (Art. 20 Abs. 3 GG). Mit den §§ 83 ff. VwVfG liegen zwar von vornherein Rechtsvorschriften vor, doch weisen diese ihrem Anwendungsbereich nach häufig keinen Bezug zu den hier zu diskutierenden ehrenamtlich Tätigen auf. Wenn auf diese Normen aus diesem Grund daher nicht abgestellt werden kann, stellt sich die in § 6 näher zu erörternde Frage nach deren Anwendbarkeit als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken

451 Vgl. z.B. *Vitzthum*, in: HdbGr II, § 48 Rn. 71 ff.

452 Dagegen *Roth*, Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten, S. 660 f.; unter Hinweis auf die Gegenauffassung *Franz*, JURA 2005, S. 156 (159).

453 Dazu *Roth*, Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten, S. 661.

454 Vgl. in diesem Zusammenhang *Gern/Brüning*, Kommunalrecht, Rn. 453; es geht um eine Zuweisung von Partizipationsrechten, dazu im Kontext der Pflichtmitgliedschaft *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 44, 46; klarstellend sei angemerkt, dass die fehlende Grundrechtsberechtigung nur gilt, wenn das Mitglied als Amtswalter tätig wird.

455 Vgl. *Schöbener*, in: JbdKr 2007, S. 73 (77).

nicht. Kann sich nun der ehrenamtlich Tätige aufgrund seiner Mandatsstellung nicht auf Grundrechte berufen, bestehen zumindest wegen des Grundrechtsvorbehalts keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit.

a) Fehlende Grundrechtsberechtigung

Für Amts- und Mandatsträger hat sich zumindest in der Literatur die Unterscheidung zweier „Sphären“⁴⁵⁶ durchgesetzt: Außerhalb des Dienstes oder Amtes liegt eine Grundrechtsberechtigung vor, bei Wahrnehmung staatlicher Aufgaben dagegen nicht.⁴⁵⁷ Für die Abgrenzung der Sphären wird darauf abgestellt, ob der Amtsträger „in Ausübung“ des Amtes (dann kein Grundrechtsschutz) oder nur „bei Gelegenheit“ (dann Grundrechtsberechtigung) handelt.⁴⁵⁸ Das Merkmal „in Ausübung“ liegt dabei immer dann vor, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen dem Amt und dem Handeln vorliegt.⁴⁵⁹ Ist das Handeln der Trägerbehörde haftungsrechtlich zuzurechnen, fehlt es an einer Grundrechtsberechtigung.⁴⁶⁰ Der Amtsträger befindet sich dann nicht in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage, da er für den Staat handelt.⁴⁶¹ Maßgeblich für die Bewertung ist der Gesamtzusammenhang.⁴⁶²

Ist allerdings die persönliche Stellung des Amtsträgers als Bürger betroffen, ist stets eine Grundrechtsberechtigung anzunehmen.⁴⁶³ Eine Maßnahme muss aber, um eine grundrechtstypische Gefährdungslage zu entfalten,

456 Vgl. im Kontext fehlender Grundrechtsberechtigung sowie der zwei Sphären aus der Rechtsprechung BVerfG, NVwZ 1994, S. 56 (57); zu diesen Sphären allgemein Wolff, Organschaft und Juristische Person II, § 11 S. 230 f.; zu den beiden Sphären auch Schöbener, in: JbDKr 2007, S. 73 (85); vgl. auch Lange, Kommunalrecht, Kapitel 10 Rn. 3.

457 Ausführlicher Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 37 ff.; in Zusammenhang mit dem Verwaltungshelfer Ossenbühl, in: VVDStRL 29 (1971), S. 137 (192 f.); ferner Heusch, GewArch 2022, S. 218 (219); vgl. auch zum Beliehenen Stober, NVwZ 2013, S. 538 (540 ff.).

458 Vgl. Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 40 ff.; vgl. auch Geis, BayVBl. 1992, S. 41 (44 f.).

459 Vgl. Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 41.

460 Vgl. Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 41.

461 Vgl. Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 41; vgl. auch Geis, BayVBl. 1992, S. 41 (42 f.).

462 Näher Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 43.

463 Vgl. Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 45, insoweit kann sich etwa im Rahmen eines Rauchverbots auf Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 2 GG berufen werden, vgl. ders. in: HdbGr II, § 48 Rn. 78 f.; vgl. aber Rn. 80.

dem Staat zugerechnet werden können.⁴⁶⁴ Speziell für Mandatsträger soll unterschieden werden, ob das Mitglied im Binnenbereich der Vertretung oder außerhalb betroffen ist.⁴⁶⁵ Zum Teil kann es sein, dass notwendigerweise beide Bereiche betroffen sind⁴⁶⁶ bzw. eine Abgrenzung aus tatsächlichen Gründen schwerfällt.

Angesichts dieser Parameter erscheint es zweifelhaft, ob sich das freiwillige oder unfreiwillige Organmitglied auf Grundrechte berufen kann. *Amtsausübungspflichten* weisen unmittelbar einen Bezug zum Amt auf. Das Organmitglied wird gerade nicht als Privatperson – als jedermann –, sondern als Mandatsträger in Anspruch genommen. Insofern nimmt er als (gewählter) Vertreter an der Willensbildung oder dem Erlass von Normen (z.B. Satzung, Prüfungsordnung) teil. Tätigkeiten in diesem Bereich werden der Körperschaft (dem Staat iW.S.) zugerechnet. Gleiches gilt für die Prüfenden. Die Prüfungsabnahme ist Teil eines hoheitlichen Akts, nämlich der Feststellung der Berufsfähigkeit des Prüflings. Der Prüfende handelt hier für den Staat iW.S. Auch statuierte *Treuepflichten* treffen den Tätigen in seiner Eigenschaft als Mandatsträger. Treuepflichten sollen die ordnungsgemäße Zusammenarbeit sichern und wirken daher v.a. im internen Bereich und dienen nicht dazu, den Tätigen in seinem Privatbereich zu tangieren. Es besteht hier keine grundrechtstypische Gefährdungslage. Auch bei den Befangenheitsvorschriften und dem damit verbundenen *Mitwirkungsverbot* ist eine Betroffenheit der Privatsphäre fraglich. Hier sollen nur Modalitäten der Mandatsausübung⁴⁶⁷ bzw. des Verfahrens der Willensbildung im internen Bereich geregelt werden. Sie zielen auf ein „sauberes“ Willensbildungs- bzw. Prüfungsverfahren ab. Auch wenn *Teilnahmepflichten* oder *Vorbereitungspflichten* das Organmitglied zeitlich gesehen vor seiner Mandats Tätigkeit betreffen, besteht ein unmittelbarer Mandatsbezug. Nur in den jeweiligen Sitzungen ist eine Erledigung der öffentlichen Aufgaben möglich und sollen Vorbereitungs- und Teilnahmepflichten gerade zu dieser Aufgabenerledigung beitragen. Gleiches gilt im Rahmen der Prüfungsabnahme: Beides dient hier dem Staatshandeln in Form der Feststellung des Könnens des Prüflings. Etwaige Vorbereitungshandlungen (Zulassung zur Prüfung) wer-

464 Vgl. Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 45.

465 Vgl. Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 49.

466 In diese Richtung Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 37; vgl. auch Wolff ua, Verwaltungsrecht II, § 79 Rn. 94; vgl. in Zusammenhang mit dem besonderen Gewaltverhältnis Evers, Das besondere Gewaltverhältnis, S. 12 f.

467 Allgemein zu diesem Merkmal Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 77.

den dem Staat iwS zugerechnet. Die statuierten *Verschwiegenheitspflichten* betreffen nur solche Informationen, die dem Organmitglied bei Ausübung seines Amtes bekannt wurden und taugen derartige Informationen daher von vornherein nicht für die Bildung einer Meinung im privaten Bereich, sodass auch das Verbot, diese Information im privaten Bereich zu äußern, nicht Art. 5 Abs. 1 GG tangiert.⁴⁶⁸ Im Übrigen geht es auch hier nur um eine Modalität der Mandatsausübung bzw. des Verfahrens, nämlich der Sicherung einer von äußeren Einflüssen unbeeinflussten Willensbildung. Auch bei den in der Literatur diskutierten *Abstimmungspflichten* kann nicht davon ausgegangen werden, dass der private Bereich betroffen ist⁴⁶⁹. Es geht auch hier um eine Modalität der Amtsausübung.⁴⁷⁰

Insgesamt zeigt sich im Prüfungswesen das Problem der Grundrechtsberechtigung am deutlichsten. Prüfende werden sowohl im Rahmen der Prüfungsvorbereitung (z.B. Zulassung zur Prüfung) als auch bei der Abnahme und Nachbereitung (Notenfestlegung) hoheitlich gegenüber Prüflingen tätig. Sie stehen auf der Seite des Staates (iwS) und handeln für diesen. Ausübungspflichten (d.h. Prüfpflichten), Vorbereitungs-, Teilnahme- und Verschwiegenheitspflichten sowie Mitwirkungsverbote entfalten zwar Wirkung gegenüber dem Prüfenden, betreffen diesen aber als Teil der öffentlichen Hand, die gegenüber den Prüflingen, die sich ihrerseits auf Grundrechte berufen können⁴⁷¹, hoheitlich handelt. Für die Organmitglieder im Übrigen zeigt sich insbesondere bei der Rechtsetzung gegenüber ihren Mitgliedern (Beitragssatzungen, Prüfungsordnungen), dass sie für den Staat iwS handeln.

Gegen die Grundrechtsberechtigung spricht ferner Folgendes: In den aufgeführten Pflichten geht es um das „Miteinander“ des Organmitglieds und der juristischen Person, womit es sich um den rein staatsinternen Bereich handelt und keine grundrechtstypischen Sachverhalte vorliegen; es kann daher auch nicht von einer grundrechtstypischen Gefährdungslage gesprochen werden.⁴⁷² Diese liegt nämlich nur bei einem „Gegeneinander“;

468 Vgl. dazu auch *Vitzthum*, in: HdbGr II, § 48 Rn. 76; allgemeiner zum Fehlen der Möglichkeit zur Berufung auf die Meinungsfreiheit *Schöbener*, in: HdbKr, § 14 Rn. 137.

469 So aber wohl BayVerfGH, BayVBl. 1984, S. 621 (623), der die Vereinbarkeit mit Grundrechten prüft.

470 Vgl. *Vitzthum*, in: HdbGr II, § 48 Rn. 77.

471 Vgl. zu den Grundrechten der Prüflinge *Koßmann/Vogt*, Rechtsgrundlagen der Ge-sellenprüfung, S. 204.

472 Dazu *Vitzthum*, in: HdbGr II, § 48 Rn. 85.

weil etwas beschränkt wird, vor. Es geht hier um den außerhalb der Grundrechte liegenden Bereich der Kompetenz-, Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften⁴⁷³ iSv „wer darf/macht was“. Zu denken ist hier auch daran, dass sich das Organmitglied bei freiwilligen Ämtern bewusst für die Tätigkeit in der Körperschaft entschieden hat und sich nun widersprüchlich verhalten würde, wenn es sich in Bezug auf die ihm auferlegten Pflichten auf Grundrechte beruft, obwohl diese nur eine effektive Willensbildung, also das, was er mit der Mitgliedschaft anstrebt, sichern sollen.⁴⁷⁴

Im Übrigen sei auf folgenden Umstand hingewiesen: Es könnte in Parallele zu den freiwilligen Beleihungsrechtsverhältnissen bei freiwilligen Organmitgliedschaften angenommen werden, dass ein Grundrechtseingriff nicht vorliegt, da freiwillig auf die Geltendmachung der Grundrechte verzichtet wurde⁴⁷⁵: Die Zustimmung zum Ehrenamt bzw. das Hinwirken auf die Möglichkeit zur Mitwirkung an den Aufgaben der Körperschaft kann als Verhalten in Richtung eines Grundrechtsverzichts gedeutet werden. An der Freiwilligkeit des Einverständnisses und der Disponibilität der hier in Rede stehenden Grundrechte besteht kein Zweifel. Solange sich aus dem Ehrenamt nur solche Pflichten ergeben, die dem verfolgten Ziel des ehrenamtlich Tätigen (Mitwirkung) entsprechen, lässt sich auch ein Verzicht auf die Grundrechte annehmen. Zur Klarstellung sei nochmals angemerkt, dass die fehlende Möglichkeit zur Geltendmachung der Grundrechte nur insoweit besteht, als das Amtsverhältnis betroffen ist. Eine Grundrechtsberechtigung liegt dagegen bei Maßnahmen der überschießenden Tendenz vor: Dies ist etwa dann der Fall, wenn Maßnahmen unmittelbar und ausschließlich auf private Tätigkeiten gerichtet sind, privates Verhalten also reglementiert wird oder wenn persönlich wirkende Sanktionen im Raum stehen.⁴⁷⁶ In diesen Fällen ist schon nicht mehr nur das Amtsverhältnis betroffen, sodass eine Grundrechtsberechtigung vorliegt und im Übrigen greift hier auch der Gedanke nicht mehr, dass auf Grundrechte zur Mandatsausübung verzichtet wurde. Daneben können Grundrechte auch dann

473 Vgl. Vitzthum, in: HdbGr II, § 48 Rn. 85.

474 Zum Gedanken des venire contra factum proprium in Zusammenhang mit dem besonderen Gewaltverhältnis *Peine*, in: HdbGr III, § 65 Rn. 45; mit dem Hinweis, dass keine Grundrechtsberechtigung vorliegt, wenn Rechte eingeräumt werden, um die Staatsaufgaben zu erfüllen, BVerfGE 60, 374 (380); Geis, BayVBl. 1992, S. 41 (43).

475 Vgl. zum Nachfolgenden Freitag, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 164 ff.; kritischer Stober, NVwZ 2013, S. 538 (540).

476 Dazu auch aus dem Recht der Beleihung Freitag, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 172 ff.

betroffen sein, wenn eine Inanspruchnahme des ehrenamtlich Tätigen so weit erfolgt, dass die Grenzen zwischen der beruflichen Ausübung und dem Ehrenamt verwischt werden, der Beruf also zunehmend nicht mehr ausgeübt werden kann⁴⁷⁷. Letzteres ist von der Zustimmung zum Grundrechtsverzicht ebenso nicht mehr gedeckt. Es ist bei alledem zu bedenken, dass der Betroffene nicht schutzlos ist, da er über den Innenrechtsstreit Rechtsschutz erlangen kann.⁴⁷⁸ Sollte im Einzelfall daher eine unzumutbare Belastung entstehen, kann Schutz nach einfachem Recht gesucht werden.

Lediglich dann, wenn das Organmitglied abberufen wird, ist dessen persönliche Rechtsstellung betroffen und bedürfte es daher einer gesetzlichen Grundlage. Bei einer Abberufung⁴⁷⁹ entfällt der Amtszusammenhang. Gleiches gilt etwa im Falle einer persönlichen Haftung; auch hier ist die persönliche Rechtsstellung betroffen.⁴⁸⁰ Es gibt insoweit keine Haftung mit dem „Amtsvermögen“. Grundrechte sind auch dann betroffen, wenn eine Pflicht zur Übernahme eines Ehrenamtes statuiert wird. Hier lassen sich allerdings im Fachrecht Rechtsgrundlagen finden, die insbesondere auch Ausnahmen von der Pflicht festlegen,⁴⁸¹ sodass sich ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG abstrakt – unabhängig von Einzelfall – grundsätzlich als verhältnismäßig erweist. Daher soll dies nicht weiter vertieft werden. Entgegen den oben getätigten Äußerungen ist allerdings zuzugeben, dass Teilnahme-, Vorbereitungs- und Amtsausübungspflichten auch einen Bezug zum Einzelnen (d.h. dessen Privatsphäre) aufweisen können. Hier geht es auch nicht nur um Modalitäten der Mandatsausübung bzw. des Verfahrens der Willensbildung. Eine Trennung in zwei Sphären ist hier nicht immer möglich: Diese Pflichten wirken sich auch immer auf die Privatperson

477 Ähnlich aus dem Recht der Beleihung Freitag, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 178.

478 Dazu unter § 7 G.; Geis, BayVBl. 1992, S. 41 (43).

479 Zum Teil wird hier angenommen, dass nur das Innenverhältnis betroffen ist, dazu Schöbener, in: HdbKr, § 14 Rn. 44.

480 Dazu BVerwGE 101, 51 (54); zu der Frage, ob die Inanspruchnahme eines ehrenamtlich Tätigen immer einer Rechtsgrundlage bedarf, Schulz, in: Mann ua, VwVfG, § 81 Rn. 24; vgl. zu den Grundrechten von Amtswaltern (Wissenschaftlern) im universitären Bereich Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 419 ff.

481 Vgl. § 4 Abs. 3 Hs. 1 Satzung der Wirtschaftsprüferkammer, abrufbar unter: https://www.wpk.de/fileadmin/documents/WPK/Rechtsvorschriften/Satzung_WPK.pdf (zuletzt aufgerufen am 10. Februar 2023) und § 18 Abs. 2 Satzung Steuerberaterkammer München, abrufbar unter: https://www.steuerberaterkammer-muenchen.de/static/content/e125155/e232644/e232675/downloads/download/ger/2022.06.01_SatzungSteuerberaterkammerM%C3%BCnchen.pdf?checksum=91c352de9a3bf1e03689df9b8a126123278fba4e (zuletzt aufgerufen am 10. Februar 2023).

aus, da der Betroffene in dieser Zeit keiner anderweitigen Beschäftigung nachgehen kann. So gesehen lassen sich auch Argumente für eine Grundrechtsberechtigung anführen. In den übrigen Fällen ist dagegen nach hier vertretener Auffassung eine Grundrechtsberechtigung zu verneinen. Sollten allerdings taugliche Rechtsgrundlagen vorhanden sein, kann die Frage nach der Grundrechtsberechtigung im Ergebnis offen bleiben.

Jedenfalls dürfte die Annahme, dass Körperschaften unter Umständen auch grundrechtsberechtigt sind⁴⁸², nicht zu einem gegenteiligen Ergebnis führen. Zwar kann es sein, dass sich auch Organmitglieder auf Grundrechte berufen können, wenn sie sich äußern (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG),⁴⁸³ doch betreffen diese Sachverhalte nicht den rein internen Bereich, wie er hier dargestellt ist. Dort geht es vielmehr um einen außerhalb der Körperschaft liegenden Sachverhalt mit Bezug zu außenstehenden Dritten.⁴⁸⁴ Möchte man ferner die Interessenvertretung nicht zu den öffentlichen Aufgaben zählen⁴⁸⁵ und materialisiert sich diese in den Sitzungen, so führt die Inanspruchnahme der Tätigen in den Sitzungen trotzdem nicht dazu, dass eine Grundrechtsberechtigung vorliegt. Es bleibt dabei, dass die Inanspruchnahme – wenn man den soeben erörterten Bedenken nicht folgt – nur die Mandatssphäre betrifft. Etwaige Handlungen werden der Körperschaft zugerechnet. Es ist im Übrigen anzunehmen, dass in den Sitzungen nicht nur Aspekte der Interessenvertretung behandelt werden. Es müsste in diesen Fällen dann andernfalls einmal eine Grundrechtsberechtigung bejaht und einmal verneint werden. Dies erschließt sich schon aus Praktikabilitätsgründen nicht.

482 Aus dem Bereich des Handwerks *Kormann*, Möglichkeiten und Grenzen, S. 16 f.; vgl. auch *Günther*, in: Honig ua, HwO, § 53 Rn. 12; *Schmitz*, in: Schwannecke, HwO, § 53 Rn. 4; *Baier-Treu*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 53 Rn. 12; *Günther*, in: Honig ua, HwO, § 86 Rn. 7.

483 So im Rahmen der Innungen *Schmitz*, in: Schwannecke, HwO, § 53 Rn. 4.

484 Vgl. dazu BGH, GRUR 2018, S. 622 ff.

485 Kritisch *Emde*, Die demokratische Legitimation, S. 286 ff.; vgl. ferner *Irriger*, Genossenschaftliche Elemente, S. 108 ff.; zur Doppelnatur der Interessenvertretung *E. R. Huber*, Selbstverwaltung der Wirtschaft, S. 15; so wohl auch: *Mann*, in: JbdKR 2014, S. 13 (32).

b) Ergangene Rechtsprechung

Entsprechend den oben dargestellten Zweifeln an der reinen Betroffenheit der Amtssphäre scheint auch die Rechtsprechung und auch zum Teil die Literatur⁴⁸⁶ eine Anwendbarkeit der Grundrechte zu bejahen. In einer Reihe von Urteilen prüft die Rechtsprechung die Vereinbarkeit bestimmter Pflichten, wie etwa die der Abstimmungspflicht kommunaler Gemeinderatsmitglieder, mit den Grundrechten, ohne dabei auf die Frage nach der Grundrechtsberechtigung einzugehen.⁴⁸⁷ Vielmehr berufen sich die Gerichte darauf, dass mit der Norm, die zur Überprüfung steht, eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist.⁴⁸⁸ Durch die vorhandene Rechtsgrundlage, die dem Wortlaut nach die betroffenen Mitglieder erfasst, müssen Fragen nach einer Grundrechtsberechtigung nicht zwangsläufig erörtert werden, da jedenfalls die vorhandene Rechtsgrundlage als Schranke taugen würde.

II. Gegebenenfalls zu betrachtende Grundrechte

Folgt man der obigen Einordnung nicht bzw. bejaht man auch die Betroffenheit der Privatsphäre oder geht davon aus, dass auch dann, wenn die Mandatsträgereigenschaft betroffen ist, eine Grundrechtsberechtigung besteht, stellt sich die Frage, in welche Grundrechte die statuierten Pflichten eingreifen. Da die Abberufung stets das Grundverhältnis betrifft, bedarf es hier – dies ist jedenfalls zuzugeben – stets einer Rechtsgrundlage. Amtsausübungs-⁴⁸⁹, Teilnahme- und Treuepflichten, Mitwirkungsverbote und Verschwiegenheitspflichten berühren unterschiedliche Grundrechte. Insofern ist zunächst zwischen den betroffenen Grundrechten zu unterscheiden. Es kommen Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 (Berufsfreiheit) bzw. Abs. 2 GG (Arbeits-

486 Vgl. *Mühl-Jäckel*, DVBl. 2018, S. 1042 (1049 f.); *Gern/Brüning*, Kommunalrecht, Rn. 628; vgl. auch *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 20.

487 So z.B. BayVerfGH, BayVBl. 1984, S. 621 (623); anders noch OVG Münster, NVwZ 1983, S. 485 (486 f.); OVG Koblenz, NVwZ 1987, S. 1105 (1105); vgl. auch VG Düsseldorf, Urteil vom 06. November 2015, 1 K 7540/14, juris Rn. 35; vgl. aber auch BVerfG, NVwZ 1988, S. 837 (837 f.); kritisch dazu *Geis*, BayVBl. 1992, S. 41 (41 f.).

488 Vgl. BayVerfGH, BayVBl. 1984, S. 621 (623); vgl. auch BayVGH, BayVBl. 1979, S. 685 (686 f.); VGH BW, Urteil vom 11. Oktober 2000, 1 S 2624/99, juris Rn. 27.

489 Lehrkräfte im Prüfungsausschuss können von ihrer Dienstbehörde verpflichtet werden, im Ausschuss tätig zu sein, näher § 8 A. III. 1. Insofern existiert eine Übernahmepflicht. Mit den Vorschriften des jeweiligen Landesbeamtenrechts existieren hierfür Rechtsgrundlagen, sodass sich die hier in Rede stehende Frage im Ergebnis nicht stellt.

zwang) oder subsidiär Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) und Art. 5 Abs. 1 GG (Meinungsfreiheit) in Betracht.

1. Eingriff in den Schutzbereich der Art. 12 Abs. 1 und 2 GG

Im Rahmen des Art. 12 GG ist nicht nur zwischen einer Berufswahl- und Ausübungsregelung iSd Abs. 1 zu differenzieren, sondern auch danach, ob der Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 2 GG eröffnet ist. Letzterer bestimmt, dass niemand zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden darf, sofern es sich nicht um eine herkömmliche allgemeine, für alle gleiche öffentliche Dienstleistungspflicht handelt. Ehrenamtliche Tätigkeiten fallen nicht in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 2 GG.⁴⁹⁰ Da der ehrenamtlich Tätige lediglich Aufgaben für das Gemeinwesen erfüllt und von ihm keine Arbeitsleistung verlangt wird, ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 2 GG nicht eröffnet.⁴⁹¹

Für die Eröffnung des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG müsste zunächst ein Beruf vorliegen. Hierunter versteht man jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage.⁴⁹² Mit dem Ehrenamt wird, wie oben schon angedeutet, weder auf die Schaffung noch auf die Erhaltung einer Lebensgrundlage abgezielt. Vielmehr werden altruistische Motive verfolgt und das Ehrenamt wird unentgeltlich wahrgenommen. Daher mangelt es schon an dem Erfordernis eines Berufes.

Doch schließt dies die Eröffnung des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG noch nicht direkt aus. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass durch die Statuierung von Ausübungs-, Teilnahme- und evtl. Treuepflichten der „richtige“ Beruf (d.h. das Hauptamt) beschränkt werden kann. Beim Hauptamt handelt es sich unzweifelhaft um einen Beruf. Da es zahlreiche Regelungen gibt, die die Berufsfreiheit nur am Rande berühren, ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG allerdings erst dann als eröffnet anzusehen, wenn eine berufsregelnde Tendenz vorliegt: Die Regelung muss

490 Vgl. *Burgi/Wolff*, in: Kahl ua, Bonner Kommentar, Art. 12 Abs. 2 und 3 Rn. 48; *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 181; *Scholz*, in: Dürig ua, GG, Art. 12 Rn. 492; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 12 Rn. 143; vgl. dazu auch *Merten*, in: FS Stingl, S. 285 (290 f.).

491 Vgl. *Schulz*, in: Mann ua, VwVfG, § 82 Rn. 7; ferner auch *Burgi/Wolff*, in: Kahl ua, Bonner Kommentar, Art. 12 Abs. 2 und 3 Rn. 48; *Ziekow*, VwVfG, § 82 Rn. 2; vgl. zu Art. 12 Abs. 2 GG auch *Günther*, DVBl. 1988, S. 429 ff.

492 Vgl. *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 12 Rn. 40.

also nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betreffen, die typischerweise beruflich ausgeübt werden.⁴⁹³ Die Einschränkung der Berufsfreiheit muss zwar nicht beabsichtigt sein, aber doch als vorhersehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit bewirken.⁴⁹⁴ All dies kann von den aufgezählten Pflichten nicht behauptet werden. Primäres Ziel und Intention der Regelungen ist es, das Verwaltungsverfahren⁴⁹⁵ bzw. die interne Beschlussfassung in den Gremien zu ermöglichen, zu koordinieren und mittels dieser Pflichten zu einer gemeinsamen Willensbildung zu kommen. Die Pflichten sind daher solche, die darauf abzielen, dass die Organe und deren Mitglieder, die ihnen obliegenden Aufgaben koordiniert wahrnehmen können. Die Regelungen treffen daher schon keine Tätigkeiten, die berufsmäßig ausgeübt werden. Es handelt sich hier nur um die Organtätigkeit. Dass es dadurch zu zeitlichen Überschneidungen mit dem ausgeübten Beruf kommt, mag im Einzelfall eine Nebenfolge sein. Sie kann aber angesichts der Ausnahmen zu den Pflichten (näher § 7 C.) jedenfalls nicht als *schwerwiegend* bezeichnet werden. Dies gilt umso mehr, als die genannten Normen nach der Intention des Gesetzgebers auch nur ein Mindestmaß an Pflichten statuieren.⁴⁹⁶ Im Übrigen muss der ausgeübte Beruf nicht betroffen sein. Dies lässt sich schon daran erkennen, dass Sitzungen von Versammlungen, Vorständen und Ausschüssen und auch dem Prüfungswesen nicht zwingend während der Kernarbeitszeiten stattfinden und es gerade Wesen des Ehrenamtes ist, dass es nebenbei ausgeübt wird. Durch die Normierung von Behinderungsverboten, Freistellungs-, Lohnfortzahlungs- und Entschädigungsansprüchen hat der Gesetzgeber zwar gesehen, dass es bei der Ausübung des Ehrenamtes zu Auswirkungen auf den Beruf kommt, doch erweitern diese Rechte den Rechtskreis des ehrenamtlich Tätigen. Es fehlt daher auch insoweit jedenfalls an einer *schwerwiegenden* Beeinträchtigung.

493 Vgl. Ruffert, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 12 Rn. 55.

494 Vgl. Mann, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 95; zur Abgrenzung Art. 12 GG und Art. 2 GG auch Ossenbühl, in: VVDStRL 29 (1971), S. 137 (176 ff.).

495 Vgl. aus dem Recht der Ehrenbeamten und dem Vertretungsverbot Stober, Ehrenbeamte in Verfassung und Verwaltung, S. 146 ff.

496 Vgl. Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 30; vgl. auch aber in anderem Kontext Drüen, Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, S. 24 f.

2. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG und des Art. 5 Abs. 1 GG

Liegt damit weder ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 noch Abs. 2 GG vor, bleibt nur noch das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG. Dessen Funktion der Gewährleistung eines lückenlosen Grundrechtsschutzes sorgt dafür, dass die allgemeine Verhaltensfreiheit in dem Sinne geschützt ist, dass jedes menschliche Verhalten, ohne Rücksicht darauf, ob es unter sozialetischen Gesichtspunkten wertvoll oder Ausdruck persönlicher Willkür ist, in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit fällt.⁴⁹⁷ In Bezug auf die hier in Rede stehende Pflichten wäre es daher beispielsweise geschützt, das Amt nicht auszuüben, nicht an Sitzungen teilzunehmen und keiner Treuepflicht etc. zu unterliegen. Es bedürfte daher einer Rechtsgrundlage für die Einschränkung dieser Freiheiten.

Folgt man diesem Weg und geht von der Eröffnung des Schutzbereiches aus, so ist jedenfalls bei den freiwilligen Ehrenämtern⁴⁹⁸ noch zu diskutieren, ob ein *Eingriff* in das Grundrecht vorliegt⁴⁹⁹. Da der ehrenamtlich Tätige das Amt freiwillig übernimmt und die statuierten Pflichten nicht auf eine Grundrechtsbeeinträchtigung zielen, sondern einen ordnungsgemäßen Ablauf der Willensbildung garantieren möchten, besteht hieran zumindest Zweifel. Derjenige, der freiwillig⁵⁰⁰ in ein Organisationsgefüge eintritt und seiner Intention nach an der Erledigung von öffentlichen Aufgaben mitwirken möchte, befindet sich nicht in der klassischen Grundrechtskonstellation. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff würde es an einem Befehl oder Zwang fehlen, da sich der ehrenamtlich Tätige durch den Austritt diesem Zwang (nahezu immer) wieder entziehen könnte bzw. er sich diesem Zwang durch die freiwillige Übernahme des Amtes gewollt aussetzt. Dies gilt umso mehr, als durch die auferlegten Pflichten nur solche Pflichten statuiert sind, die für eine geordnete Willensbildung mindestens notwendig

497 Vgl. Lang, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 8 f.

498 Dem Umstand geschuldet, dass es in dieser Arbeit v.a. um das Ehrenamt geht, wird im Folgenden nicht immer auf die Mitglieder der Mitgliederversammlung der Innung sowie die Fachgruppen (dazu § 3 B. II. 4.) eingegangen. Allerdings gelten auch für diese Mitglieder die Zweifel bzgl. des Vorliegens eines Eingriffs entsprechend.

499 Vgl. zur Freiwilligkeit und des fehlenden Grundrechtseingriffs Schulz, in: Mann ua, VwVfG, § 81 Rn. 24; bei den verpflichteten Lehrkräften fehlt dagegen der freiwillige Eintrittsakt, wobei hier mit dem jeweiligen Landesrecht eine Rechtsgrundlage existiert.

500 Mit diesem Gesichtspunkt im Rahmen des Vorbehalts des Gesetzes bei der Indienstnahme Privater Heintzen, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220 (255).

sind und daher in ihrer Reichweite stark beschränkt sind. Die Pflichten zielen schon gar nicht auf einen Grundrechtseingriff ab. Auch bei pflichtigen Ehrenämtern kann festgehalten werden, dass nicht auf einen Grundrechtseingriff abgezielt wird. Es fehlt also auch an der Finalität des Eingriffs. Selbst nach dem modernen Eingriffsbegriff erscheint ein Eingriff fraglich, da die Eröffnung des Schutzbereiches nur dadurch zustande kommt, dass sich der ehrenamtlich Tätige freiwillig (bei nicht pflichtigen Ehrenämtern) in das Organisationsgefüge der Körperschaft hineinbegibt. Nach dem modernen Eingriffsbegriff liegt ein Eingriff bei jedem staatlichen Verhalten vor, welches dem Einzelnen ein Verhalten, dass in den Schutzbereich der Grundrechte fällt, unmöglich macht und zwar unabhängig davon, ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich mit oder ohne Befehl oder Zwang erfolgt.⁵⁰¹ Ohne den freiwilligen Akt der Amtsübernahme könnte sich der ehrenamtlich Tätige gar nicht auf den Standpunkt stellen, er wolle nicht an Sitzungen teilnehmen, weil er dann gar nicht teilnehmen dürfte. Beruft er sich nun auf einen Grundrechtseingriff, so erscheint sein Verhalten widersprüchlich. Es ist ferner zu berücksichtigen, dass – unabhängig ob freiwilliges oder pflichtiges Ehrenamt – durch die hier in Rede stehenden Pflichten kein „Verhalten unmöglich gemacht werden soll“, sondern ein Verhalten (gemeinsame Willensbildung/Prüfung) erst effektiv ermöglicht werden soll. Geht man von einem mittelbar/faktischen Grundrechtseingriff aus, so ist zu erwägen – wie im Rahmen des wirtschaftlichen Wettbewerbs – eine Beeinträchtigung von erheblichem Gewicht zu fordern,⁵⁰² welche hier nach dem oben Gesagten fehlen würde, da nur „Mindestpflichten“ statuiert werden. Möchte man sich aber (in Anlehnung an die Rechtsprechung, die auch auf die Diskussion des Eingriffes verzichtet) auch über dieses Erfordernis hinwegsetzen, so stellt sich schließlich die Frage, welche Normen für eine Rechtfertigung des Eingriffes taugen. Die gleiche Frage stellt sich auch dann, wenn man annimmt, dass Verschwiegenheitspflichten dazu führen, dass ein Eingriff in die Meinungsfreiheit vorliegt. Eröffnet ist dann der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.

501 Vgl. *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht 2, Rn. 135.

502 Dazu *Lang*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 50.

3. Rechtfertigung des Eingriffes

Es wird sich zeigen, dass nicht immer eine Rechtsgrundlage in Form eines Gesetzes oder einer Satzung vorhanden ist, die die Einschränkung von Grundrechten rechtfertigen könnte. Vielmehr werden einige Pflichten für ehrenamtlich Tätige aus den §§ 83 ff. VwVfG hergeleitet bzw. dienen diese Vorschriften der Konkretisierung. Dass ein Rückgriff auf diese Normen zulässig ist, wird stets unter dem Aspekt der darin enthaltenen allgemeinen Rechtsgrundsätze gerechtfertigt; insoweit sollen sie zur Lückenschließung im Fachrecht herangezogen werden.⁵⁰³ Dies soll gelten, obwohl all diese Normen ihrem Wortlaut (§ 81 VwVfG) und ihrer systematischen Stellung nach nur gelten, wenn eine Tätigkeit „im Verwaltungsverfahren“ vorliegt. Dies erfordert einen Zusammenhang mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes oder dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages.⁵⁰⁴ Die Tätigkeiten (Interessenvertretung, Wahlen, Beschlussfassungen etc.) in den Organen der funktionalen Selbstverwaltung weisen jedoch häufig keinen solchen Bezug auf⁵⁰⁵. Es ist insoweit also fraglich, ob im Hinblick auf die Eigenschaft als Grundrechtsschranke wirklich auf diese Normen abgestellt werden kann.

Art. 2 Abs. 1 GG kann nur durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung oder ein Sittengesetz eingeschränkt werden. Wichtigste Schranke ist die verfassungsmäßige Ordnung, die alle Rechtsnormen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen, erfasst.⁵⁰⁶ Ohne jeglichen Zweifel lässt sich sagen, dass die §§ 83 ff. VwVfG formell und materiell im Einklang mit der Verfassung stehen. Genauso wird sich im Hinblick auf den Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG sagen lassen können, dass § 84 VwVfG (Verschwiegenheitspflicht) ein allgemeines Gesetz darstellt. § 84 VwVfG richtet sich nicht gegen die Meinungsfreiheit als solche, sondern dient vielmehr dem Schutz eines schlechthin und ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts⁵⁰⁷ – nämlich einem koordinierten Verfahrensablauf zur Willensbildung.

Dies ist allerdings nicht die hier im Raum stehende Frage. Vielmehr geht es um die mit dem Analogieverbot verwandte Fragestellung, ob

503 Vgl. Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 30.

504 Vgl. Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 81 Rn. 2.

505 Dazu, wie es sich mit § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG im Prüfungswesen verhält, § 6 A. I. 2.

506 Vgl. Lang, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 52 mwN.

507 Dazu Schemmer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 5 Rn. 99.

Normen, die ihrem Wortlaut nach eine bestimmte Personengruppe zwar nicht erfassen, aber Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens sind, als Rechtsgrundlage für Eingriffe in die Freiheiten ebendieser Personengruppe taugen. Da es die Intention des Gesetzgebers war, dass die §§ 81 ff. VwVfG für alle ehrenamtlich Tätigen gelten,⁵⁰⁸ kann zwar nicht von einer Analogie ausgegangen werden, da es insoweit an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt, doch ist die hier im Raum stehende Frage mit dem Themenkomplex der Analogie im öffentlichen Recht zumindest vergleichbar.

Klarstellend sei angemerkt, dass diese Frage immer nur dann relevant wird, wenn ein Rückgriff auf die Normen aus dem VwVfG bzw. sonstige allgemeine Rechtsgedanken notwendig wird. Im Übrigen genügen nämlich auch die Satzungen als Schranken der aufgeführten Grundrechte. Denn zur verfassungsmäßigen Ordnung des Art. 2 Abs. 1 GG können auch Satzungen gezählt werden⁵⁰⁹ und kann auch Art. 5 Abs. 1 GG durch Satzungen eingeschränkt werden, wenn diese auf einer formellen Ermächtigungsgrundlage beruhen⁵¹⁰. Fraglich ist aber, ob auch allgemeine Rechtsgrundsätze, die nicht explizit auf die speziellen Bereiche der funktionalen Selbstverwaltung Bezug nehmen, als Schranken ausreichen.

Die Vorschriften über die Pflichtmitgliedschaft selbst taugen nach hier vertretenem Ansatz nicht zur Rechtfertigung der Pflichten ehrenamtlich Tätiger. Durch die Pflichtmitgliedschaft entsteht zwar ein Rechtsverhältnis zur jeweiligen Körperschaft. Dieses Rechtsverhältnis verpflichtet aber nicht zum Tätigwerden in einem Organ bzw. zu einem Ehrenamt. Die Pflichtmitgliedschaft verschafft nach obigen Ausführungen nur die Möglichkeit hierzu. Die Pflichtmitgliedschaft zielt auf die Begründung anderer Pflichten ab als die hier in Rede stehenden. Die hier in Rede stehende Organmitgliedschaft begründet ein solches Rechtsverhältnis, das unabhängig von der Pflichtmitgliedschaft ist. Zwar können grundsätzlich nur Pflichtmitglieder Organmitglieder werden, doch taugen die Vorschriften der Pflichtmitgliedschaft aufgrund der zu trennenden Rechtsverhältnisse nicht dazu, Ehrenamtspflichten zu rechtfertigen. Möchte man die Pflichtmitgliedschaft weiter verstehen, sodass sich daraus auch die Pflicht zur Mitwirkung sowie Duldung von Organmitgliederpflichten ergibt, ergeben sich daraus jedenfalls im Ergebnis keine zu nachfolgenden Ausführungen abweichenden Ergeb-

508 So aus der Literatur *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 30.

509 Vgl. *Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 90.

510 Vgl. *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 5 Rn. 98; aus dem Körperschaftsstatus leitet sich eine Befugnis ab, eigene Angelegenheiten zu regeln, dazu § 5 D.

nisse. Es bleibt daher bei der Frage, ob allgemeine Rechtsgrundsätze als Schranken taugen.

a) Anforderungen an den jeweiligen Schrankenvorbehalt: Die Übertragbarkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze und die Bestimmtheit

Dies wird zum Teil in der Literatur ganz generell als zulässig angesehen.⁵¹¹ Diese Feststellung lässt sich durch die nachfolgenden Erwägungen stützen: Zwar schließt der Wortlaut der Normen eine unmittelbare Anwendung auf die funktionale Selbstverwaltung wie gesehen häufig aus, doch sprechen die gesetzgeberischen Beweggründe klar dafür, dass die genannten Normen auch für weitere Bereiche gelten sollen. So erkannte der parlamentarische Gesetzgeber, dass ehrenamtlich Tätige eine immer wichtigere Rolle in der Verwaltung spielen, wobei deren Rechte und Pflichten nicht allgemein geregelt sind und es zur Beseitigung mancher Unklarheiten daher notwendig ist, eine einheitliche Normierung der persönlichen Rechtsstellung vorzunehmen.⁵¹² Hierin kommt auch das hinter den Normen stehende Telos zum Ausdruck, das zeigt, dass es gerade Sinn und Zweck dieser Normen (§§ 81 ff. VwVfG) ist, einen einheitlichen Rechtsrahmen für das Ehrenamt zu schaffen⁵¹³. Insofern erscheint es schon fraglich, ob die Normen überhaupt auf andere Rechtsbereiche „übertragen“ werden müssen oder nicht schon vielmehr kraft Historie (Wille des Gesetzgebers) und Telos gelten.

Im Übrigen sprechen Erwägungen zu *Analogien* für die Möglichkeit der Heranziehung der Normen. Sowohl im Rahmen von Analogien als auch bei der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze geht es um Lückenfüllung. Allgemeine Rechtsgrundsätze, wie sie hier zu diskutieren sind, müssen a maiore ad minus und sogar eher zur Lückenschließung im grundrechtlichen Kontext zulässig sein als Analogien, da sich Letztere auf Einzelfälle beschränken. Insofern ist ein Vergleich mit den Analogien angebracht.

Im Strafrecht ist eine belastende analoge Anwendung von Rechtsnormen schon wegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht möglich. In entsprechenden Strafbe-

511 So zu einer allgemeinen Regel *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 167; vgl. auch *Gern*, DÖV 1985, S. 558 (560); vgl. speziell zu Haftungsfällen BVerwGE 101, 51 (54).

512 Vgl. BT-Drs. 7/910, S. 93.

513 Vgl. dazu auch *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 30.

reichen des öffentlichen Rechts gilt dies auch.⁵¹⁴ Das sonstige öffentliche Recht kennt dagegen Analogien (etwa § 42 Abs. 2 VwGO analog im Rahmen der Leistungsklage), ist aber vorsichtig in Bezug auf die Anwendung von belastenden Analogien. So hat sich das BVerfG ablehnend gegenüber einer Analogie zulasten eines Bürgers geäußert.⁵¹⁵ Zugunsten eines Bürgers sollen sie dagegen zulässig sein.⁵¹⁶ Allgemein werden Analogien dahingehend diskutiert, ob Verstöße gegen das Gewaltenteilungsprinzip, das Demokratieprinzip oder die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vorliegen.⁵¹⁷

In der Anwendung allgemeiner Rechtsgedanken liegt jedenfalls kein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip, da die Lückenfüllung dem vielmehr entsprechen würde, indem die vom Gesetzgeber beabsichtigten Verhältnisse konsequent angewendet werden würden. Ferner wird dem Demokratieprinzip entsprochen, da es gerade der Gesetzgeber war, der die Lückenfüllung beabsichtigte. Insoweit kann auch nicht von einem Verstoß gegen das Gesetzmäßigkeitsprinzip ausgegangen werden. Die Bedenken, die gegen eine Analogie hervorgebracht werden, greifen bei der Anwendung der hier in Rede stehenden allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Lückenfüllung nicht.

Erachtet man die analoge Anwendung einer Norm im grundrechtlichen Bereich unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig, so muss erst recht die Heranziehung eines allgemeinen Rechtsgedankens zur Lückenfüllung zulässig sein (s.o.). In der Literatur wird zur belastenden Analogie vertreten, dass diese immer dann zulässig ist, wenn diese für den Bürger nicht überraschend kommt, die hervorgerufene Belastung in der Grundrechtsausübung nicht zu stark ist und eine Verfassungsnorm für die Heranziehung spricht.⁵¹⁸ Die §§ 81 ff. VwVfG kommen für den Betroffenen nicht überraschend, da seit jeher der Gesetzgeber deren gebietsübergreifende Geltung beabsichtigte. Ferner kann dort, wo das Ehrenamt freiwillig übernommen wird, nicht von einer *überraschenden* oder *intensiven* Beeinträch-

514 Vgl. *Beaucamp*, in: AöR 134 (2009), S. 83 (87).

515 Vgl. BVerfG, NJW 1996, S. 3146 (3146); vgl. dazu auch *Konzak*, NVwZ 1997, S. 872 (872 f.).

516 Vgl. *Beaucamp*, in: AöR 134 (2009), S. 83 (86).

517 Näher *Gern*, DÖV 1985, S. 558 (561 ff.); weiter *Beaucamp*, in: AöR 134 (2009), S. 83 (89 ff.); zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung allgemein *Drüen*, GmbHR 2005, S. 69 (73 f.).

518 Näher dazu und zu einem weiteren Aspekt *Beaucamp*, in: AöR 134 (2009), S. 83 (103 f.).

tigung der Grundrechte⁵¹⁹ gesprochen werden: Schließlich werden hier nur solche Pflichten statuiert, die für einen ordnungsgemäßen Willensbildungsprozess unbedingt notwendig sind. Doch auch dort, wo eine Pflicht zur Amtsübernahme besteht, kann nicht von einem *intensiven* Eingriff gesprochen werden, da die funktionale Selbstverwaltung auch darauf abzielt, dass der jeweilige Berufsstand seine Interessen kundgeben kann bzw. der Berufsstand gefördert wird. Die Funktionsfähigkeit des Verfahrens ist auch allgemeiner Ausdruck der Verfassung, wie sich beispielsweise anhand des Parlamentsrechts erkennen⁵²⁰ lässt. Von daher spricht auch die Verfassung dafür, dass staatliche Aufgaben in einem ordnungsgemäßen Prozess der Willensbildung stattfinden sollen. So wie das Parlament für das gesamte Volk einen Willen bildet und Recht setzt, so macht dies die funktionale Selbstverwaltung für einen Ausschnitt des Volkes. Insoweit streitet auch ein Verfassungsprinzip für die Anwendung.

Schließlich sprechen im Kontext der hier konkret zu betrachtenden Grundrechte die dort aufgeführten Schrankenvorbehalte für das Ausreichen allgemeiner Rechtsgrundsätze als Eingriffsgrundlage. So reichen für die verfassungsmäßige Ordnung im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG auch die im Wege zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung getroffenen Entscheidungen⁵²¹ und genügt für Art. 5 Abs. 2 GG ebenso von der Rechtsprechung entwickeltes Recht⁵²². Aus diesem Grund bestehen für den hier zu diskutierenden Bereich keine Bedenken in Bezug auf die Anwendung der §§ 81 ff. VwVfG. Wenn schon der Gesetzgeber und die Literatur davon ausgehen, dass es sich um allgemeine Rechtsgrundsätze handelt, so dürfte auch der Richter zu diesem Ergebnis gelangen. Wie aus den obigen Ausführungen bereits hervorgeht, bedarf es nach hier vertretener Auffassung für die Abberufung in jedem Fall einer Rechtsgrundlage. Mit § 86 VwVfG liegt hierfür eine taugliche Grundlage vor.⁵²³ Nach dem oben Gesagten entspricht es dem Telos und Willen des Gesetzgebers, dass diese Norm über ihren un-

519 Auch wenn Lehrkräfte im Prüfungswesen zum Teil das Amt zu übernehmen haben, liegt auch bei ihnen keine intensive Beeinträchtigung vor, da sie durch das Amt nicht überlastet werden dürfen, dazu VG Frankfurt, DÖD 2002, S. 231 (233).

520 Vgl. *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht I, Rn. 347.

521 Vgl. BVerfG, NVwZ 2017, S. 617 (Rn. 17 ff.); BVerfG, NVwZ 2019, S. 1432 (Rn. 25); *Lang*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 53.

522 So zu Grundgedanken aus der Verfassung BVerfGE 34, 269 (292); vgl. auch *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 5 Rn. 98; im Übrigen würde auch für Art. 12 Abs. 1 GG eine Rechtsgrundlage, die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung gewonnen wurde, genügen, so *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 37.

523 Dazu, dass es sich um einen allgemeinen Gedanken handelt, BT-Drs. 7/910, S. 94.

mittelbaren Wirkungsbereich hinaus gilt und stehen der Normanwendung keine verfassungsrechtlichen Bedenken (s.o.) entgegen.

Durch den Rückgriff auf diese Normen (§ 83 ff. VwVfG) ist im Übrigen auch dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) Rechnung getragen. So entschied auch das BVerwG, dass Art. 20 Abs. 3 GG nicht den Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze verwehrt, solange die allgemeinen Rechtsgrundsätze die Besonderheiten des fraglichen Regelungszusammenhangs erfassen; in diesen Fällen kann auch in Grundrechte eingegriffen werden.⁵²⁴ Schon der im obigen zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, einen Mindestkanon⁵²⁵ an einheitlichen Regelungen zu schaffen, zeigt, dass auch weitere Rechtsbereiche erfasst werden. Dies gilt umso mehr, als die aufgezählten Normen nur allgemeine Pflichten enthalten und keinesfalls Einzelfälle⁵²⁶ im Auge haben und so den Rechtsbereich „Ehrenamt“ insgesamt erfassen.

Die genannten Rechtsgrundlagen entsprechen auch dem Bestimmtheitsgebot. Danach müssen Normen so bestimmt formuliert sein, dass der Normadressat die Folgen der Regelung vorhersehen und berechnen und sein Verhalten danach ausrichten kann; der Verwaltung müssen klare Handlungsvorgaben gegeben sein und für das Gericht muss eine hinreichende Kontrolle möglich sein.⁵²⁷ Durch das Bestimmtheitsgebot wird die Verwendung von Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen nicht ausgeschlossen.⁵²⁸ In den vorliegenden Fällen (§§ 83, 84, 86 VwVfG) mögen zwar auslegungsbedürftige Begriffe gebraucht werden (z.B. „gewissenhaft“, „wichtiger Grund“), doch ist für den Adressaten (den ehrenamtlich Tätigen) stets erkennbar, was von ihm verlangt wird. Dies liegt insbesondere daran, dass die genannten Bestimmungen nur solche Pflichten statuieren, die für eine ordnungsgemäße (§ 83 VwVfG „gewissenhaft“ und „unparteiisch“), sichere, interne und von au-

524 Vgl. BVerwGE 101, 51 (54).

525 Vgl. nochmals aus der Literatur *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 30.

526 Vgl. in diesem Kontext auch die Einschränkungen bei BVerwG 101, 51 (54 f.).

527 Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig ua, GG, Art. 20 VII. Rechtsstaat Rn. 58; allgemein zur Bestimmtheit von Normen *Jachmann/Drüen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 41. Dem Umstand geschuldet, dass es in dieser Arbeit v.a. um das Ehrenamt geht, wird im Folgenden nicht immer auf die Mitgliederversammlung der Innung sowie die Fachgruppen eingegangen. Allerdings bestehen auch hinsichtlich der für diese Personen geltenden Fachvorschriften keine Zweifel an der Bestimmtheit.

528 Vgl. *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 182.

ßen unbeeinflusste (Verschwiegenheitspflicht nach § 84 VwVfG) Willensbildung notwendig sind. Schließlich normiert § 86 VwVfG mit der Abberufung nur eine solche Sanktionsmöglichkeit, die ebenso einem kooperativen und geordneten Verfahrensverlauf dient⁵²⁹. Man denke nur daran, dass Willensbildungen bei Verstößen gegen die innere Ordnung nicht möglich sind. Vor diesem Hintergrund ist für den Normadressaten, die Kammer und die Gerichte erkennbar, was die einzelnen Normen verlangen. Daher liegt jeweils eine taugliche Schranke vor, die nur noch verhältnismäßig sein muss.

b) Materielle Rechtfertigung

Die Normen erweisen sich auch als verhältnismäßig. Die genannten Normen verfolgen mit der Sicherung der Willensbildung einen legitimen Zweck. Die aufgezählten Normen sind auch als geeignet anzusehen, da sie diesen Zweck fördern. Mildere, aber gleichzeitig gleich effektive Mittel sind nicht zu erkennen. Vielmehr stellen die aufgezählten Pflichten schon ein Minimalpflichtenprogramm für eine ordnungsgemäße Willensbildung dar. Im Übrigen bestehen – wie sich noch zeigen wird – auch Ausnahmen zu diesen Verpflichtungen. Besteht keine Pflicht zur Übernahme des Amtes und ist die Organmitgliedschaft also freiwillig, kann der Eingriff auch nur als angemessen bewertet⁵³⁰ werden. Insgesamt – bei pflichtigen und freiwilligen Ehrenämtern – ist nicht ersichtlich, wieso die genannten Pflichten die Grundrechte unangemessen beschränken sollen. Stets wird nur ein Mindestmaß an Pflichten statuiert und können auch die (eigenen) Interessen des Berufsstands durch die Mitgliedschaft gefördert werden. Es ist auch zu berücksichtigen, dass gegen die Auferlegung von Pflichten im Übermaß Rechtsschutz über den Innenrechtsstreit gesucht werden kann und die Statuierung von übermäßigen Pflichten aus verfassungsrechtlichen Gründen (Verhältnismäßigkeit) nicht möglich ist. Damit zeigt sich im Übrigen auch, dass – unabhängig von der Frage nach der Grundrechtsberechtigung – Rechtsgrundlagen jedenfalls vorhanden sind und Eingriffe gerechtfertigt wären. Daraus ergibt sich für die Arbeit eine weitere wichtige Erkenntnis:

529 Vgl. zum Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 2 GG *Rottenwallner*, VR 2015, S. 73 (77).

530 Auch wenn Lehrkräfte im Prüfungswesen zum Teil das Amt zu übernehmen haben, liegt auch bei ihnen die Angemessenheit vor, da sie durch das Amt nicht überlastet werden dürfen, dazu VG Frankfurt, DÖD 2002, S. 231 (233).

Sofern es im Fachrecht spezielle Normen gibt, die an das VwVfG anknüpfen und es fortsetzen, bestehen auch gegen diese Normen in Bezug auf ihre Verfassungsmäßigkeit und die Möglichkeit der Einschränkung von Grundrechten keine Bedenken. Insofern laufen VwVfG und Fachrecht⁵³¹ materiell parallel.

D. Satzungen der Körperschaften als Möglichkeit zur Ausgestaltung der Rechtsbeziehung

Jedenfalls dann, wenn den einzelnen Körperschaften die Hoheit zukommt, die Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder zu regeln, können die jeweiligen Einheiten präventiv Rechtsstreitigkeiten vorbeugen und entsprechende Rechte und Pflichten normieren. Derartige Satzungsbestimmungen hätten immer Vorrang vor anderen Rechtsnormen, sofern sie mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Es ist insoweit zu prüfen, inwieweit der Vorbehalt des Gesetzes es verwehrt, die Pflichten der Organmitglieder zu normieren. Das Recht zur Rechtsetzung einer Körperschaft wird herkömmlich aus ihrem Selbstverwaltungsrecht hergeleitet.⁵³² Die wesentlichen organisatorischen Grundlagen der Körperschaft müssen allerdings durch den Gesetzgeber vorgegeben werden.⁵³³ Dazu zählen insbesondere die Bildung der Organe, die Art der personellen Besetzung und die Kompetenzen.⁵³⁴

Dagegen genügt für die Rechtsetzung im internen *Verfahrensrecht* die den Körperschaften zukommende Rechtsetzungshoheit; einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung bedarf es dafür nicht.⁵³⁵ Als besonders anschaulich in Bezug auf die Rechtsetzung durch Satzungsrecht erweist sich das Handwerksrecht mit seinen verschiedenen Ausprägungen in Innungen, Kreishandwerkerschaften und Handwerkskammern. In Bezug auf Verfahrensvorschriften enthält die Handwerksordnung zum Teil (aufgrund des

531 Dem Umstand geschuldet, dass es in dieser Arbeit v.a. um das Ehrenamt geht, wird im Folgenden nicht immer auf die Mitgliederversammlung der Innung sowie die Mitglieder der Fachgruppen eingegangen. Allerdings bestehen auch gegen die für diese Personen geltenden Fachvorschriften keine Zweifel in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit.

532 Vgl. *Groß/Pautsch*, in: HdbKr, § 7 Rn. 5; vgl. auch *Irriger*, Genossenschaftliche Elemente, S. 177.

533 Vgl. *Groß/Pautsch*, in: HdbKr, § 7 Rn. 7; dies betrifft insbesondere auch grundrechtsrelevante Rechtssetzungsakte *Wolff ua*, Verwaltungsrecht II, § 85 Rn. 14.

534 Vgl. *Groß/Pautsch*, in: HdbKr, § 7 Rn. 7.

535 Vgl. *Groß/Pautsch*, in: HdbKr, § 7 Rn. 84 f.

aufgezeigten Zusammenhangs nicht unbedingt notwendige) ausdrückliche Ermächtigungen zur Regelung des Geschäftsgangs in der Satzung, vgl. § 55 Abs. 2 Nr. 5 (ggf. iVm § 89 Abs. 1 Nr. 1) und § 105 Abs. 2 Nr. 6 und 7 HwO.⁵³⁶ Zu diesen Verfahrensregeln zählen auch solche über die Beratung und Entscheidungsfindung.⁵³⁷ Aber auch außerhalb dieser Verfahrensrechte genügt für die Statuierung von Rechten und Pflichten der Mitglieder im Innenbereich und bei der Entscheidungsfindung die den Körperschaften zukommende Rechtsetzungshoheit.⁵³⁸ So jedenfalls dann, so lange ausschließlich Betroffene über nur sie selbst betreffende Pflichten entscheiden.

Dem steht nicht der Vorbehalt des Gesetzes entgegen. Dieser dient zum einen demokratischen und zum anderen rechtsstaatlich-grundrechtlichen Zwecken im Sinne der Wesentlichkeitstheorie.⁵³⁹ In Bezug auf das Demokratieprinzip muss beachtet werden, dass diejenigen, die Satzungen ändern oder fassen, die Versammlungen der jeweiligen Einheiten selbst sind und diese Versammlungen entweder selbst gewählt sind oder aus allen Betroffenen bestehen, sodass insoweit eine Teildemokratie vorliegt.⁵⁴⁰ Daher entscheiden Betroffene selbst über ihre eigenen Pflichten (z.B. § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 IHKG für die IHK; § 60 Abs. 1 S. 1 WPO für die Wirtschaftsprüferkammer; § 78 S. 3 StBerG für die Steuerberaterkammer; § 62 Abs. 2 S. 2 HwO (ggf. iVm § 89 Abs. 1 Nr. 4 HwO) für die Innung bzw. die Kreishandwerkerschaft und § 105 Abs. 1 S. 2 Hs. 1, § 106 Abs. 1 Nr. 14 HwO für die Handwerkskammer). Aus demokratischen Legitimationsgesichtspunkten reicht die Rechtsetzungshoheit kraft Körperschaftsstatus daher aus.⁵⁴¹ Rechtsstaatlich-grundrechtliche Erwägungen fordern immer dann eine gesetzliche Grundlage, wenn Eingriffe in Freiheit und Eigentum vorliegen.⁵⁴²

536 Vgl. *Groß*, in: Jbdkr 2003, S. 26 (32); *Groß/Pautsch*, in: HdbKr, § 7 Rn. 85.

537 Vgl. *Groß/Pautsch*, in: HdbKr, § 7 Rn. 81.

538 Dazu im Kontext von Ehrenamt und Aufwandsentschädigung im Recht der IHK Röger, Aufwandsentschädigung, S. 34 ff., 40, 66 f.; vgl. auch *Rickert*, GewArch 2004, S. 369 (369 f.); ferner *Kluth*, in: HdbVerwR, § 65 Rn. 68; zum Umstand, dass Freiwilligkeit zur Entbehrlichkeit gesetzlicher Grundlagen führt, *Ossenbühl*, in: VVDStRL 29 (1971), S. 137 (174).

539 Vgl. Röger, Aufwandsentschädigung, S. 43; vgl. auch S. 42 zum Vorrang des Gesetzes.

540 Näher Röger, Aufwandsentschädigung, S. 44; vgl. auch *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 38 Rn. 159.

541 Vgl. Röger, Aufwandsentschädigung, S. 45.

542 Vgl. Röger, Aufwandsentschädigung, S. 45 f. vgl. zum Ganzen auch, allerdings wohl mit Mitglieder- und nicht Organmitgliederbezug, *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 499 ff.

Ein solch wesentlicher Eingriff kann aber immer dann nicht angenommen werden, wenn freiwillig (so im Handwerk und bei den Handelskammern) Ämter übernommen werden; insofern erfordern auch diese Komponenten keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage.⁵⁴³ Im freiwilligen Ehrenamt unterwirft sich ein Organmitglied freiwillig der Satzung, sodass auch auf deren Grundlage Eingriffe möglich erscheinen. Solange im Übrigen (also auch im Falle einer Pflicht zur Übernahme eines Amtes) nur betroffene Mitglieder über Regeln entscheiden, die die Mandatsausübung und nicht den privaten Bereich betreffen, entsteht ebenso kein rechtsstaatliches Problem.⁵⁴⁴ Selbstredend muss die getroffene Entscheidung auch im Einklang mit Übrigem höherrangigem Recht (z.B. Gleichheitssatz) stehen. V.a. die jeweiligen Versammlungen können daher schon kraft ihrer Rechtsetzungshoheit Pflichten für ihre eigenen Organmitglieder statuieren.⁵⁴⁵ Statt der Normierung der Pflichten schiene es im Übrigen auch möglich, auf das VwVfG zu verweisen.⁵⁴⁶

Die den jeweiligen Körperschaften zukommende Satzungsautonomie verleiht ihnen das Recht, die Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder festzulegen. Angesprochen sind damit insbesondere die jeweiligen Versammlungen. Insbesondere solange es nur um die Statuierung von solchen Rechten und Pflichten geht, die nur die eigenen Sachverhalte betreffen und die Betroffenen darüber abstimmen, erscheint das Satzungsrecht als geeignet, um Rechte und Pflichten der Organmitglieder festzulegen.

E. Ergebnis zu § 5

Zusammenfassend lässt sich danach festhalten, dass die Ehrenamtlichkeit explizit ein Thema der Verfassung ist. Der ehrenamtlich Tätige steht in

543 Vgl. Röger, Aufwandsentschädigung, S. 46 ff.

544 Näher zu diesem Zusammenhang in Bezug auf eine Beitragssatzung Rieger, in: Kluth, 100 Begriffe, S. 191 f.

545 Dazu gewissermaßen im Umkehrschluss BVerfGE 36, 212 (216 f.) mit dem Hinweis, dass eigene Verbandsangelegenheiten geregelt werden können, nicht aber in die Grundrechte der Mitglieder eingegriffen werden darf. Im hiesigen Kontext geht es um die Organmitglieder und damit nicht um die außerhalb des Organs Betroffenen.

546 So Kluth in seinem Vorschlag für ein Gesetz zu Errichtung einer Berufsbetreuerkammer auf S. 53 in § 11 Abs. 3 S. 5 Hs. 2 und § 12, abrufbar unter: https://www.berufsbetreuer.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/Kluth_EckpunkteBetreuerkammer.pdf (zuletzt aufgerufen am 10. Februar 2023); vgl. ferner § 9 Abs. 6 S. 3 Satzung IHK München, abrufbar unter: <https://www.ihk-muenchen.de/ihk/documents/Rechtsgrundlagen/Satzung-2022.pdf> (zuletzt aufgerufen am 10. Februar 2023).

keinem Sonderstatusverhältnis. Er ist in seiner ehrenamtlichen Eigenschaft grundsätzlich nicht grundrechtsfähig. Häufig erscheint nur seine Amtssphäre als betroffen. Ungeachtet dessen bestehen mit den §§ 83 ff. VwVfG solche Normen, die, auch wenn sie den ehrenamtlich Tätigen der funktionalen Selbstverwaltung nicht unmittelbar erfassen, für diesen gelten. Insofern ergeben sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Es kann daher der Frage nachgegangen werden, wie das Verhältnis des VwVfG zum jeweiligen Fachrecht nach einfachem Recht ist (§ 6).

§ 6 Ehrenamt und Verfahren in Kollegialorganen im Verwaltungsverfahrensgesetz und der Bezug zur funktionalen Selbstverwaltung

Der erste Abschnitt des siebten Teils des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§§ 81 bis 87) normiert Regeln hinsichtlich der Rechte und Pflichten ehrenamtlich Tätiger. Der zweite Abschnitt dieses Teils (§§ 88 bis 93) stellt Grundsätze über das Verfahren pluralistisch zusammengesetzter Gremien auf. Im Nachfolgenden soll es um die Frage gehen, ob diese Regeln auf die funktionale Selbstverwaltung übertragen werden können. Entsprechend § 5 bestehen insoweit zumindest keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

A. Rechte und Pflichten des ehrenamtlich Tätigen nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (§§ 81 ff. VwVfG)

I. Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf die funktionale Selbstverwaltung

Bei der Frage nach einer Übertragbarkeit der Grundsätze des Ehrenamtes aus dem VwVfG auf die funktionale Selbstverwaltung ist das Prüfungswesen gesondert zu behandeln. Der Grund hierfür ist, dass § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG für Prüfungen die §§ 81 bis 87 VwVfG explizit ausschließt.

Auch wenn das VwVfG des Bundes nur für bundesunmittelbare Körperschaften gilt und nicht für die hier insbesondere zu beleuchtenden Körperschaften des Landes,⁵⁴⁷ soll aus Gründen der Anschaulichkeit trotzdem auf das VwVfG des Bundes abgestellt werden. In der Sache ergeben sich bei der Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder keine für diese Arbeit relevanten Unterschiede⁵⁴⁸. Diese sind in den relevanten Vorschriften

547 Vgl. Röger, Aufwandsentschädigung, S. 92; diese Annahme gilt jedenfalls für die IHKn und das Handwerk.

548 Vgl. aber zu fehlenden Subsidiaritätsklauseln Fn. 558; ferner zu § 84 Abs. 5 VwVfG Hamburg Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 84 Rn. 8; zur für diese Arbeit nicht relevanten Besonderheit des § 85 VwVfG Baden-Württemberg Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 85 Rn. 5; ferner zu § 97 LVwG Schleswig-Holstein und der dort besonders normierten Subsidiaritätsklausel Rademacher, in:

ten inhaltsgleich oder verweisen auf das Bundes-VwVfG. Zudem wird sich zeigen, dass die jeweiligen Normen aus dem VwVfG nicht unmittelbar angewendet werden, sondern lediglich die darin enthaltenen Rechtsgedanken zu übertragen sind. Auch aus diesem Grund kann auf das Bundes-VwVfG abgestellt werden.⁵⁴⁹ Dieses eignet sich auch zur Konkretisierung weiteren Bundesrechts, wie der HwO, dem IHKG, der WPO oder dem StBerG.

1. Übertragbarkeit im Allgemeinen

a) Ausgangslage

Unter § 2 B. II. 1. a) bb) wurde bereits dargestellt, dass die §§ 81 ff. VwVfG unmittelbar nur bei Erlass eines Verwaltungsaktes oder im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages Anwendung finden (arg. Wortlaut: „im Verwaltungsverfahren“). Zwar kann es sein, dass auch die Organtätigkeiten der funktionalen Selbstverwaltung als Verwaltungsakte zu qualifizieren sind,⁵⁵⁰ doch weisen häufig die Tätigkeiten in den Vollversammlungen, den Vorständen und den Ausschüssen der funktionalen Selbstverwaltung keinen Bezug zu einem Verwaltungsakt oder dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages auf. Den Organen obliegt vielmehr die Wahl weiterer Gremien, der Erlass von Rechtsvorschriften (Vollversammlung), die Sitzungsvorbereitung (Vorstand), die (Vor-)Beratung bestimmter Themen (Ausschüsse) oder die Interessenvertretung. Häufig kann daher nicht direkt

Schoch/Schneider, VwVfG, § 85 Rn. 5; zu § 98 LVwG Schleswig-Holstein und der dort besonders normierten Subsidiaritätsklausel *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 86 Rn. 5; vgl. zu § 87 VwVfG und den für diese Arbeit ebenso nicht relevanten Besonderheiten in Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 87 Rn. 6; in Bayern und Nordrhein-Westfalen wurde § 87 VwVfG gänzlich gestrichen. An der jeweiligen Stelle wird auf die Bedeutung dieses Umstandes eingegangen.

549 Daher schadet es auch nicht, dass nach § 1 Abs. 3 VwVfG das Landes-VwVfG das Bundes-VwVfG verdrängt; schon aufgrund der Aufsicht wäre grundsätzlich das Landes-VwVfG anzuwenden, vgl. dazu zum Recht in den IHKn *Röger*, Aufwandsentschädigung, S. 87. Da nur die Rechtsgedanken angewendet werden sollen, schadet es auch nicht, dass die Innungen und Kreishandwerkerschaften nicht der Landesaufsicht unterstehen; eine mit § 12 IHKG vergleichbare Norm fehlt im Handwerk, sodass das dadurch entstehende Problem der Anwendbarkeit der § 81 ff. VwVfG entfällt, dazu aus dem Recht der IHK *Röger*, Aufwandsentschädigung, S. 89 ff. Handelt es sich dagegen um eine bundesunmittelbare Körperschaft gilt das Bundes-VwVfG, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG.

550 Vgl. etwa *Precht*, in: Hense/Ulrich, WPO, § 59 Rn. 20.

auf die in den §§ 81 ff. VwVfG statuierten Grundsätze zurückgegriffen werden.⁵⁵¹ Eine Anwendung der §§ 81 ff. VwVfG scheitert darüber hinaus immer dort, wo der Anwendungsbereich des VwVfG (§§ 1 und 2) nicht eröffnet ist.⁵⁵²

b) Die §§ 81 ff. VwVfG als allgemeine Rechtsgrundsätze

Zutreffenderweise handelt es sich bei den §§ 81 ff. VwVfG allerdings um allgemeine Rechtsgrundsätze, die auch außerhalb ihres unmittelbaren Anwendungsbereiches zur Lückenfüllung herangezogen werden können.⁵⁵³ Auch dann, wenn es nicht um den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages geht, kann daher auf die §§ 81 ff. VwVfG zurückgegriffen werden. Hierfür spricht zum einen der Wille des Gesetzgebers, der die persönliche Rechtsstellung ehrenamtlich Tätiger normübergreifend und einheitlich normieren wollte.⁵⁵⁴ Insoweit definiert der Entwurf zum Verwaltungsverfahrensgesetz die ehrenamtliche Tätigkeit auch nur als „Mitwirkung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben“⁵⁵⁵ und damit sehr weit und ohne Bezug zum Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag. Neben diesem gesetzgeberischen Willen spricht auch das darin zum Ausdruck kommende Telos der Normen, nämlich einen einheitlichen Kanon an Mindestregeln für ehrenamtlich Tätige⁵⁵⁶ zu schaffen, für diese Vorgehensweise. Schließlich lässt sich hierfür auch anführen, dass das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht die Grundlage für das besondere Verwaltungsverfahrenrecht (im hiesigen Sinne etwa das

551 Mit dem Hinweis, dass in den Fällen der Interessenvertretung und der Wirtschaftsförderung die §§ 81 ff. VwVfG nicht gelten, Röger, Aufwandsentschädigung, S. 88 f.

552 Vgl. Schulz, in: Mann ua, VwVfG, § 81 Rn. 35.

553 Ganz hM, vgl. nur Rottenwallner, VR 2015, S. 73 (73); Schulz, in: Mann ua, VwVfG, § 81 Rn. 36; Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Vorb. § 81 Rn. 12, § 81 Rn. 30; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 81 Rn. 6 f.; Troidl, in: Bader/Ronnellenfisch, BeckOK VwVfG, § 81 Rn. 10 f.; vgl. auch Henneke, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 81 Rn. 9; zum Ganzen auch Kluth, in: ders., 100 Begriffe, S. 130; speziell zu § 85 VwVfG Kluth, NZS 2022, S. 441 (441); für die Mitglieder der Innungsverammlung und die Mitglieder der Fachgruppen wurde festgestellt, dass es an einem Ehrenamt fehlt. Wie dort mit Lücken umgegangen wird, zeigt sich in § 7 und 8 dieser Arbeit.

554 Vgl. BT Drs. VI/1173, S. 76; BT-Drs. 7/910, S. 93.

555 Siehe BT Drs. VI/1173, S. 76 f.; BT-Drs. 7/910, S. 93; daher auch die Vorgehensweise unter § 2 B. II. 1. a) bb).

556 Dazu auch Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 30.

StBerG, die WPO, das IHKG oder die HwO) bildet und daher – ähnlich wie die Regelungen zum Allgemeinen Teil des BGB – Ausstrahlungswirkung auf die anderen Rechtsbereiche hat. Im Übrigen gelten die §§ 81 ff. VwVfG unabhängig von ihrer Ausstrahlungswirkung sowohl für pflichtige als auch für freiwillige Ehrenämter.⁵⁵⁷ Während es in § 5 um die Frage ging, ob allgemeine Rechtsgrundsätze als Schranken von Grundrechten taugen, geht es hier um die Fragestellung der Übertragbarkeit auf die funktionale Selbstverwaltung. Es stehen damit zwei verschiedene Aspekte im Raum, auch wenn sich die Argumentation wiederholt.

c) Systematische Folgerungen

Die umfassende Subsidiaritätsklausel⁵⁵⁸ des § 81 Hs. 2 VwVfG („soweit Rechtsvorschriften nichts Abweichendes bestimmen“) sorgt jedoch dafür, dass spezielles Bundes- oder Landesrecht einschließlich etwaiger Verordnungen und Satzungen vorgeht.⁵⁵⁹ Verwaltungsvorschriften, Erlassen oder Geschäftsordnungen kommt dagegen kein Vorrang zu.⁵⁶⁰ Es können daher nur Lücken des Fachrechts der funktionalen Selbstverwaltung mithilfe der §§ 81 ff. VwVfG geschlossen werden und auch nur dann, wenn diese Regeln (insbes. § 83 und § 84 VwVfG) ihrem Sinn nach passen und das Fachrecht

⁵⁵⁷ Vgl. *Kallerhoff/Keller*, in: Stelkens ua, VwVfG, § 81 Rn. 5.

⁵⁵⁸ Zu dieser und der enttäuschten Erwartung des Gesetzgebers, dass die §§ 81 bis 93 VwVfG die Basisnormen für Ehrenämter und Ausschüsse sind, *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Vorb. § 81 Rn. 2. Auch, wenn § 81 VwVfG Baden-Württemberg eine solche Klausel nicht ausdrücklich vorsieht, gilt hier die Subsidiarität. Dies ergibt sich daraus, dass schon der umfangreichere § 1 Abs. 1 Hs. 2 VwVfG Baden-Württemberg diese Subsidiarität anordnet, dazu *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 7; aA hierzu *Schulz*, in: Mann ua, VwVfG, § 81 Rn. 44; aber auch in den anderen Bundesländern gilt die Subsidiaritätsklausel entweder aufgrund einer inhaltsgleichen Norm oder einer Verweisung, dazu und zu den Sonderfällen in Berlin, Bremen, Saarland und Schleswig-Holstein mit gleichem Ergebnis, *Rademacher* in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 25.

⁵⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 7/910, S. 93; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 81 Rn. 6 und *Troidl*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 81 Rn. 11; näher zur Subsidiarität *Schulz*, in: Mann ua, VwVfG, § 81 Rn. 40 ff. und *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 24 ff.

⁵⁶⁰ Vgl. *Schulz*, in: Mann ua, VwVfG, § 81 Rn. 42; *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 27; *Troidl*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 81 Rn. 11 mwN.

nicht selbst abschließend ist.⁵⁶¹ In diesen Fällen können die §§ 81 ff. VwVfG auch auf den Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen angewendet werden.⁵⁶² Zu berücksichtigen bleibt allerdings, dass auch das VwVfG selbst nicht alle Fragen zum Ehrenamt regelt (so z.B. nicht die Haftung des ehrenamtlich Tätigen⁵⁶³). Soweit das Fachrecht der funktionalen Selbstverwaltung hierzu ebenfalls keine Normierungen enthält, ist auf anderweitige Vorschriften zurückzugreifen.⁵⁶⁴ Dies macht einen Vergleich verschiedener (Rechts-)Bereiche notwendig.⁵⁶⁵ Auf diese Weise ist das VwVfG immer dann heranzuziehen, wenn Bereiche der funktionalen Selbstverwaltung, wie etwa das IHKG, aber auch das StBerG oder die WPO unvollständig sind.

Speziell für das in den §§ 7 und 8 dieser Arbeit näher zu analysierende Handwerksrecht führen diese Ausführungen zu folgendem Ansatz: Auf das VwVfG ist immer dann zurückzugreifen, wenn das Handwerksrecht unvollständig ist. Da das Handwerksrecht aber nicht nur aus der HwO, sondern auch aus Satzungen besteht, sind zuerst diese Normtexte zu betrachten und auszulegen. Enthält das Handwerksrecht eine Regelung oder sind Normen aus dem Handwerk auslegbar, so haben diese stets Vorrang vor dem VwVfG. Gleiches gilt, wenn das Handwerksrecht als abschließend zu bewerten ist. Ein Rückgriff scheidet dann aus. Sollten dortige Normen inhaltsgleich zum VwVfG sein, entspricht die Auslegung dieser Normen der des VwVfG. Dies ist insbesondere für die Generalklauseln des Handwerks relevant (§ 7 C. II.). Dem VwVfG kommt mithin eine Ergänzungsfunktion zu.⁵⁶⁶ In Verbindung mit den unter § 3 C. und § 4 A. erörterten Aspekten führen diese Ausführungen dazu, dass für die Rechte und Pflichten zunächst das gesamte Handwerksrecht (HwO) mit den Satzungen heranzuziehen und auszulegen ist. Sollten sich dort keine Ergebnisse zu Fragen nach Rechten und Pflichten finden, ist ein Rückgriff auf das VwVfG angezeigt; führt auch dies nicht weiter, sind andere Rechtsgebiete (z.B. das

561 Allgemeiner Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 30 f.; Troidl, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 81 Rn. 9.

562 Vgl. Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 30.

563 Dazu Kallerhoff/Keller, in: Stelkens ua, VwVfG, § 81 Rn. 6.

564 Allgemeiner Kallerhoff/Keller, in: Stelkens ua, VwVfG, § 81 Rn. 4.

565 So zum Parlamentsrecht, Kommunalrecht und Hochschulrecht Schröder, Grundlagen Parlamentsrecht, S. 505 ff., 31 ff., speziell zum Kammerrecht, S. 52 ff.

566 Dazu Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 81 Rn. 7; Troidl, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 81 Rn. 10.

Kommunalrecht) heranzuziehen.⁵⁶⁷ Es ist dabei allerdings zu prüfen, ob es sich bei den dort zu findenden Normierungen um allgemeine Rechtsgedanken handelt. Der letzte Schritt (Vergleich mit anderen Rechtsbereichen) wird freilich häufig nicht notwendig sein. Dieser Ansatz ist entsprechend auf die weiteren Bereiche der funktionalen Selbstverwaltung zu übertragen.

2. Anwendbarkeit auf das Prüfungswesen

a) Ausgangslage

Auch im Prüfungswesen stellt sich das Problem, dass das speziellere Fachrecht, wie das BBiG oder das Handwerksrecht, nicht alle Fragen in Bezug auf die Rechte und Pflichten der ehrenamtlich Tätigen regelt. Insofern stellt sich auch hier die Frage nach dem Rückgriff auf das VwVfG. Zunächst scheint die Anwendbarkeit des VwVfG auf den Prüfungsausschuss eindeutig zu sein: Die Abnahme der Prüfung ist zwingende Voraussetzung für die Prüfungsentscheidung, welche einen Verwaltungsakt darstellt⁵⁶⁸, sodass die Mitglieder des Ausschusses beim Erlass eines Verwaltungsaktes mitwirken und daher „im Verwaltungsverfahren“ tätig werden und insoweit das VwVfG direkt anwendbar scheint. Zu beachten ist dabei allerdings § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG, der die §§ 81 ff. VwVfG sowie einige weitere Vorschriften in Bezug auf Prüfungen explizit für unanwendbar erklärt.⁵⁶⁹ Auch die in

567 Mit der Einbeziehung der sonstigen Kammerorganisation und des Kommunalrechts *Tettinger*, Kammerrecht, S. 121; zum Ganzen in Bezug auf das Verfahrensrecht auch *Groß*, Kollegialprinzip, S. 280 ff.; zum öffentlichen Dienstrecht *Schulz*, in: Mann ua, VwVfG, § 81 Rn. 12.

568 So für das Prüfungswesen im Handwerk *Tillmanns*, in: Honig ua, HwO, § 31 Rn. 5; auch die Entscheidung über die Zulassung zur Prüfung und die Entscheidung über den Ausschluss von der Prüfung wegen einer Ordnungswidrigkeit ist ein Verwaltungsakt *Koßmann/Vogt*, Rechtsgrundlagen der Gesellenprüfung, S. 204; aus dem BBiG *Herkert/Törtl*, BBiG, § 39 Rn. 10; vgl. ferner aus der WPO *Tüffers/Bauch*, in: Hense/Ulrich, WPO, § 5 Rn. 18.

569 Die entsprechenden Vorschriften der einzelnen Länder gleichen dem Bundesrecht mit zwei Ausnahmen: Art. 2 Abs. 3 Nr. 2 BayVwVfG ist weniger streng und sagt: „Das Gesetz gilt für die Tätigkeit der Behörden bei Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen von Personen nur, soweit nicht die Besonderheiten des Prüfungsverfahrens entgegenstehen“. Das VwVfG von Schleswig-Holstein erklärt dagegen die Vorschriften über das Ehrenamt für anwendbar, nicht aber die Vorschriften über die Ausschüsse, vgl. § 336. In diesen beiden Fällen stellen sich daher die Fragen zur Anwendbarkeit nicht.

§ 8 dieser Arbeit zu behandelnden Gesellen- und Meisterprüfungen fallen in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG.⁵⁷⁰

b) Teleologische Reduktion des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG

Trotz des Ausschlusses wird zum Teil ein Rückgriff auf die §§ 81 ff. VwVfG für möglich gehalten.⁵⁷¹ Dieses zutreffende Ergebnis kann mittels einer teleologischen Reduktion des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG begründet werden: Der Ausschluss des § 2 VwVfG dürfte sich nur auf den *Prüfling*, nicht aber auf die *Prüfenden* beziehen, mit der Folge, dass die §§ 81 ff. VwVfG für die *Prüfenden* Anwendung finden. Dafür spricht, dass der für den Ausschluss der Normen nach § 2 VwVfG angeführte Grund der *Höchstpersönlichkeit der Prüfung*⁵⁷² nur für den *Prüfling* gilt. So statuiert der ebenfalls ausgeschlossene § 14 VwVfG⁵⁷³ die Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, was bei Prüfungen aus der Natur der Sache heraus nicht möglich ist. Aufgrund der Höchstpersönlichkeit macht auch die Bestellung eines Empfangsbevollmächtigten nach § 15 VwVfG und die Bestellung eines Vertreters von Amts wegen, § 16 VwVfG, keinen Sinn; ferner spielen Sachverhalte, die unter die §§ 17, 18, 19 VwVfG (Massenverfahren) fallen, aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Prüfung keine Rolle. Auch der ausgeschlossene § 28 VwVfG, der dem Beteiligten ein Anhörungsrecht gewährt, passt nicht im Prüfungsrecht.⁵⁷⁴ Dem Prüfling soll nach der Prüfung nicht noch einmal die Chance gegeben werden, Sachverhalte/Aussagen richtigzustellen. Die ausgeschlossenen Vorschriften beziehen sich daher ihres Sinns und Zwecks nach auf den Prüfling und nicht auf den Prüfenden.

570 Vgl. *Schliesky*, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 2 Rn. 49; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 90; zum engen und weiten Prüfungsbegriff *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 86.

571 Vgl. *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Vorb. § 81 Rn. 13; vgl. auch *Ziekow*, VwVfG, § 81 Rn. 4.

572 Vgl. statt vieler *Kugele*, VwVfG, § 2 Rn. 15; *Kastner*, in: Fehling ua, HK-VerwR VwVfG, § 2 Rn. 19.

573 Zu den nachfolgenden Ausführungen über die Frage, wieso diese Vorschriften ausgeklammert sind, auch *Schliesky*, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 2 Rn. 46; vgl. ferner *Funke-Kaiser*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 2 Rn. 75; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 103 ff.

574 Vgl. *Schmitz*, in: Stelkens ua, VwVfG, § 2 Rn. 134.

Zwar werden auch solche Normen ausgeschlossen, die die Prüfenden betreffen, doch werden diese über andere Wege wieder aktiviert⁵⁷⁵. So ist die Begründungspflicht nach § 39 VwVfG nicht anzuwenden, doch wird diese Pflicht anderweitig hergeleitet, und zwar über Art. 12 Abs. 1 iVm Art. 19 Abs. 4 GG.⁵⁷⁶ Weitere ausgeschlossene Vorschriften, die sich auf die Feststellung oder Durchsetzung eines Anspruches beziehen (§ 53 VwVfG) oder solche, die den Erlass eines öffentlich-rechtlichen Vertrages regeln, passen auf das Prüfungsverfahren ohnehin nicht. Einleuchtend ist auch, dass die Vorschriften über die besonderen Verfahrensarten nicht anzuwenden sind, da sie von vornherein thematisch nicht einschlägig sind.⁵⁷⁷ Dies gilt etwa für das förmliche Verwaltungsverfahren (§§ 63 ff. VwVfG), das Verfahren vor der einheitlichen Stelle (§§ 71a ff. VwVfG) und das Planfeststellungsverfahren (§§ 72 ff. VwVfG). Unpassend sind überdies auch die Schlussvorschriften.

Der Ausschluss der §§ 81 ff. VwVfG für den *Prüfling* ist ebenso nachvollziehbar. Es kann schwerlich davon gesprochen werden, dass dieser bei der (eigenen) Prüfung ehrenamtlich tätig wird oder gar eine Aufwandsentschädigung verlangen kann (§ 85 VwVfG). Gleichzeitig verdeutlicht dieses Beispiel, dass der Ausschluss der Normen für den *Prüfenden* nicht passt. Dieser kann bei einer fremden Prüfung sehr wohl als Abnehmer der Prüfung ehrenamtlich tätig sein und dafür eine Entschädigung verlangen. In diesem Sinne werden die Prüfer im Handwerk oder die der Prüfungsausschüsse nach dem BBiG ausdrücklich ehrenamtlich tätig, vgl. § 34 Abs. 9 S. 1 HwO bzw. § 40 Abs. 6 S. 1 BBiG. Gleiches gilt für die Prüfungskommission der Wirtschaftsprüferkammer, vgl. § 59b S. 1 WPO. Für die Prüfenden gilt aufgrund all dieser Ausführungen in teleologischer Reduktion⁵⁷⁸ des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG, dass die §§ 81 ff. VwVfG anwendbar sind. Entscheidendes Merkmal für den Ausschluss der Normen ist die Höchstpersönlichkeit.⁵⁷⁹

575 Zum Komplex der Anhörung *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 106 f.; zur Begründungspflicht *ders.*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 108 f. (allgemeiner zur verfassungsrechtlichen Überlagerung *ders.*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 103 ff.); vgl. auch *Muckel*, RdJB 1999, S. 235 (240 f.).

576 Dazu etwa *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 108 f.; vgl. auch *Muckel*, RdJB 1999, S. 235 (240 f.).

577 Allgemeiner *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 103, mit Fn. 265.

578 Gleiche methodische Vorgehensweise, aber allgemeiner und ohne Bezug zu den §§ 81 ff. VwVfG, *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 88.

579 Vgl. *Müller*, in: Huck/Müller, VwVfG, § 2 Rn. 21; *Kastner*, in: Fehling ua, HK-VerwR VwVfG, § 2 Rn. 19; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 88; *Schmitz*, in: Stelkens ua, VwVfG, § 2 Rn. 123.

Damit steht von vornherein der Prüfling und nicht der Prüfende im Blick des Gesetzgebers.⁵⁸⁰ In diesem Sinne plädieren auch Teile der Literatur für die subsidiäre Anwendung des VwVfG zur Lückenschließung bzw. rufen zur Korrektur der Norm auf, freilich ohne ausdrücklich Bezug auf die hier vorliegende Konstellation zu nehmen.⁵⁸¹

Ein weiteres Argument dafür, die §§ 81 ff. VwVfG für den Prüfenden anzuwenden, ist, dass der Begriff der Prüfung (iSd § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG) in *zeitlicher* Hinsicht nur die eigentliche mündliche oder schriftliche Prüfung erfasst, nicht aber das Verfahren davor und danach; also werden nur die Teile der Prüfung erfasst, in denen die spezifische Prüfungssituation aufleben kann, nicht aber z.B. die Zuständigkeit und ordnungsgemäße Besetzung des Prüfungsausschusses oder die Qualifikation bzw. ordnungsgemäße Bestellung der Prüfer.⁵⁸² Ohne Gesetzeskorrektur würde es dazu kommen, dass sich der Prüfende aufgrund der Generalklausel des § 83 VwVfG zwar vor der Prüfung (etwa bei der Prüfungsvorbereitung) gewissenhaft zu verhalten hätte, während der Prüfung allerdings nicht mehr. Dieses widersprüchliche Ergebnis spricht auch für die Korrektur des Gesetzes.

c) Aus der Verfassung ableitbare Grundsätze

Nach ganz herrschender Meinung führt der Ausschluss nach § 2 VwVfG zwar nicht nur zu einer partiellen Unanwendbarkeit des VwVfG, sondern auch zu einer Analogiesperre,⁵⁸³ doch zieht sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur das VwVfG trotzdem heran, sofern es sich bei den Nor-

580 Dies lässt sich daran erkennen, dass die Gesetzesbegründung nur den Prüfling erwähnt, BT-Drs. 7/910, S. 36.

581 Vgl. *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 133; ferner spricht sich *Schliesky*, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 2 Rn. 2 für eine restriktive Auslegung der Norm aus.

582 Vgl. statt vieler *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 2 Rn. 42, 47; vgl. auch *Kugele*, VwVfG, § 2 Rn. 16; *Ziekow*, VwVfG, § 2 Rn. 26; *Heinemann*, in: Pautsch/Hoffmann, VwVfG, § 2 Rn. 41; zur speziellen Frage des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrages in diesem Kontext VG Berlin, Beschluss vom 11. Mai 2010, 3 K 1219/09, juris Rn. 5; ferner OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2014, S. 686 (686 f.).

583 Vgl. *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 124 f.; in diese Richtung auch BT-Drs. 7/910, S. 33; vgl. ferner *Ziekow*, VwVfG, § 2 Rn. 2; *Schliesky*, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 2 Rn. 6; *Funke-Kaiser*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 2 Rn. 1.

men um allgemeine Rechtsgedanken handelt.⁵⁸⁴ Dies steht auch im Einklang mit der Gesetzesbegründung.⁵⁸⁵ In diesem Sinne und entsprechend der aufgezeigten Linie nehmen auch die Autoren, die die §§ 81 ff. VwVfG und ihren Zusammenhang mit § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG direkt diskutieren, an, dass das VwVfG bei Lücken im Fachrecht dennoch anwendbar bleibt.⁵⁸⁶

Aber auch die Autoren, die zur Vermeidung der Umgehung des Analogieverbots strenger sind und verlangen, dass sich Norminhalte – um anwendbar zu sein – aus der Verfassung ableiten lassen müssen,⁵⁸⁷ werden zu dem Ergebnis kommen müssen, dass das VwVfG anwendbar ist. Die einschlägigen Normen spiegeln Verfassungsgrundsätze wider: So wird in der Literatur darauf abgestellt, dass sich die allgemeine Pflicht zur gewissenhaften und unparteiischen Ausübung des Amtes (§ 83 VwVfG) aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet.⁵⁸⁸ Auch § 82 VwVfG, der eine Pflicht zur Übernahme des Ehrenamtes nur für den Fall vorsieht, dass eine Rechtsgrundlage besteht, ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips.⁵⁸⁹ Ferner lässt sich die Verschwiegenheitspflicht (§ 84 VwVfG) aus Art. 33 Abs. 5 GG herleiten.⁵⁹⁰ Die Funktionsfähigkeit der Organe lässt sich ebenso aus der Verfassung ableiten (§ 5 C. II. 3. a)) und müssen daher Personen abberufen werden können (§ 86 VwVfG). Schließlich wird dafür plädiert, dass die Entschädigung nach § 85 VwVfG Ausdruck des verfassungsrechtlich geforderten gleichen Zugangs zu Ehrenämtern ist.⁵⁹¹ Danach kann bei Lücken im Recht

584 Vgl. Ziekow, VwVfG, § 2 Rn. 2; Schliesky, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 2 Rn. 7; Funke-Kaiser, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 2 Rn. 1; unter Bezug auf den Gesetzgeber Schoch, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 129; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 2 Rn. 48; vgl. auch zu § 44 VwVfG BVerwG, Beschluss vom 13. Oktober 1986, 6 P 14/84, juris Rn. 20; ferner OVG Münster, BeckRS 2017, 107191 Rn. 9 f.

585 Vgl. BT-Drs. 7/910, S. 33.

586 Vgl. Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Vorb. § 81 Rn. 13; vgl. auch Ziekow, VwVfG, § 81 Rn. 4.

587 Vgl. Schoch, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 130; vgl. auch Heinemann, in: Pautsch/Hoffmann, VwVfG, § 2 Rn. 3; vgl. auch in Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Bekanntgabe eines Verwaltungsakts VGH BW, Urteil vom 18. Oktober 2017, 2 S 114/17, juris Rn. 24; vgl. zur Begründungspflicht Schnapp/Henkenötter, NWVBl. 1998, S. 41 (42 f.).

588 Vgl. Seegmüller, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 83 Rn. 3; ferner Schulz, in: Mann ua, VwVfG, § 83 Rn. 1; Kallerhoff/Keller, in: Stelkens ua, VwVfG, § 83 Rn. 1.

589 Vgl. auch Schulz, in: Mann ua, VwVfG, § 82 Rn. 6.

590 Vgl. Schulz, in: Mann ua, VwVfG, § 84 Rn. 1; Henneke, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 84 Rn. 4; Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 84 Rn. 5; Kallerhoff/Keller, in: Stelkens ua, VwVfG, § 84 Rn. 2.

591 Vgl. Kluth, NZS 2018, S. 553 (558); ders., in: JbdKr 2018, S. 23 (26).

zumindest auf die §§ 82, 83, 84, 85, 86 VwVfG zurückgegriffen werden. In Bezug auf § 87 VwVfG wird sich zeigen, dass für dessen Sanktionsgedanken kein Anwendungsbedarf besteht.

d) Zwischenergebnis

Zusammengefasst ist ein Rückgriff auf die §§ 81 ff. VwVfG daher aus drei Gründen möglich: Zum einen muss die Vorschrift des § 2 VwVfG teleologisch reduziert werden, zum anderen spricht das Argument rund um die zeitliche Abgrenzung des Prüfungsbegriffes für diese Vorgehensweise und drittens kann das VwVfG als Ausdruck (aus der Verfassung ableitbarer) allgemeiner Rechtsgrundsätze angewendet werden.

Auch für das Prüfungswesen gilt daher, dass vorrangig das Fachrecht mit all seinen Satzungen heranzuziehen ist und nur ggf. auf andere Rechtsbereiche, wie z.B. das VwVfG zurückzugreifen ist. Speziell für das Prüfungswesen ist darüber hinaus die Verfassung und dort insbesondere Art. 12 GG und Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten (dazu § 8 A. III. 7.). Hieraus ergeben sich weitere Pflichten für die ehrenamtlich Tätigen. Daneben können auch die allgemeinen Grundsätze für Prüfungsverfahren angewendet werden.⁵⁹²

II. Rechte des ehrenamtlich Tätigen

Da das VwVfG daher im Grundsatz anwendbar ist, ist allgemein darzustellen, welche Rechte und Pflichten es für die ehrenamtlich Tätigen enthält. Das VwVfG ist in Bezug auf die Statuierung von Rechten für den ehrenamtlich Tätigen nahezu unergiebig. Ausdrücklich normiert wird ausschließlich ein Entschädigungsanspruch in § 85 VwVfG. Danach hat der ehrenamtlich Tätige einen Anspruch auf Ersatz seiner notwendigen Auslagen und seines Verdienstaufalles. Neben dem Entschädigungsrecht hat dieser das Recht, sein Amt niederzulegen. Dies ergibt sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG.⁵⁹³

592 Vgl. dazu nur *Schmitz*, in: Stelkens ua, VwVfG, § 2 Rn. 131; vgl. auch *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 2 Rn. 103.

593 Dazu *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 86 Rn. 22; zu § 87 VwVfG ist allgemein anzumerken, dass diese Norm nur hinsichtlich ihres Strafcharakters wegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht übertragbar ist, vgl. *Schulz*, in: Mann ua, VwVfG, § 87 Rn. 6; *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 87 Rn. 7. Es ist kein Grund ersichtlich, die hierin für den Betroffenen enthaltenen günstigen Regelungen nicht

Handelt es sich um ein pflichtiges Ehrenamt, so statuiert § 87 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG eine Ordnungswidrigkeit, falls eine Niederlegung ohne aner kennenswerten Grund erfolgt. Außerhalb des pflichtigen Ehrenamtes wird eine Niederlegung des Ehrenamtes grundsätzlich für möglich gehalten.⁵⁹⁴ Weitere Rechte kennt das VwVfG selbst nicht.

III. Pflichten des ehrenamtlich Tätigen

Dem ehrenamtlich Tätigen obliegen nach dem VwVfG dagegen diverse Pflichten: Eine Pflicht zur Übernahme eines Ehrenamtes besteht allerdings nach § 82 VwVfG nur dann, wenn dies durch Rechtsvorschrift vorgesehen ist. § 83 VwVfG regelt durch eine Generalklausel die allgemeinen Pflichten des ehrenamtlich Tätigen. Es handelt sich dabei um die Pflicht, das Amt *gewissenhaft* und *unparteiisch* auszuüben (Abs. 1) sowie um die Verschwiegenheitspflicht (Abs. 2). Die Verschwiegenheitspflicht wird in § 84 VwVfG weiter präzisiert. Die Pflichten aus § 83 VwVfG betreffen nur das Innenverhältnis, also das Verhältnis zwischen dem ehrenamtlich Tätigen und der Anstellungsbehörde.⁵⁹⁵

Wichtig für die effektive Statuierung von Pflichten ist auch deren Durchsetzbarkeit bzw. eine Sanktionsmöglichkeit im Falle eines Pflichtverstoßes. Insbesondere für das freiwillige Ehrenamt weist das VwVfG keine wirklichen Sanktionsmechanismen auf. Zumindest partiell lückenfüllend wirkt § 83 Abs. 2 S. 1 VwVfG. Danach ist der ehrenamtlich Tätige bei der Übernahme seiner Aufgaben zur gewissenhaften und unparteiischen Tätigkeit sowie zur Verschwiegenheit besonders zu verpflichten. Anzuwenden ist die Vorschrift grundsätzlich auch auf freiwillige Ehrenämter.⁵⁹⁶ Zweck dieser Vorschrift ist es, dem ehrenamtlich Tätigen diejenigen Pflichten bewusst zu machen, die er gegenüber anderen übernimmt und beinhaltet diese Vorschrift damit eine *Warnfunktion*.⁵⁹⁷ Daneben dient die Norm v.a. dazu,

anzuwenden. Da es v.a. der Strafcharakter war, der in Bundesländern dazu geführt hat, die Norm zu streichen (BayLT-Drs. 9/9658, S. 11), können die sonst aus § 87 VwVfG ableitbaren Grundsätze trotzdem dort herangezogen werden.

594 Dazu näher unter § 7 B. VI.; vgl. hier schon *Schulz*, in: Mann ua, VwVfG, § 86 Rn. 33; *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 86 Rn. 22.

595 Vgl. *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 83 Rn. 2.

596 Vgl. *Schulz*, in: Mann ua, VwVfG, § 83 Rn. 12.

597 Vgl. *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 83 Rn. 25; *Troidl*, in: Bader/Ronnenfitsch, BeckOK VwVfG, § 83 Rn. 6.

bestimmte Straftatbestände wie §§ 203 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 204, 331, 332, 353b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 oder § 355 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu aktivieren.⁵⁹⁸ Denn durch die Verpflichtung wird der ehrenamtlich Tätige zu einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten iSd § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB.⁵⁹⁹

Die wohl wichtigste Sanktionsmöglichkeit eines Pflichtverstoßes ist die Möglichkeit der Abberufung nach § 86 VwVfG. Eine Abberufung kann immer bei einem *groben Pflichtverstoß*, der *Unwürdigkeit* oder dann erfolgen, wenn der ehrenamtlich Tätige seine Tätigkeit *nicht mehr ordnungsgemäß ausüben kann*. Auch in der Drohung zur Abberufung liegt ein effektives Druckmittel für die Anstellungsbehörde, sofern Personen ihre Pflichten nicht erfüllen. Es ist nämlich davon auszugehen, dass sich niemand nachsagen lassen will, er sei wegen „schlechter Führung“ oder „Untätigkeit“ aus dem Amt entlassen worden.

Dem Umstand, dass es im Übrigen an effektiven Pflichtdurchsetzungsinstrumenten mangelt, kann auch nicht durch den Einwand der Anwendung allgemeiner Grundsätze des öffentlichen Dienstrechts begegnet werden.⁶⁰⁰ Zwar gibt es dort das Weisungsrecht (§§ 62 Abs. 1 S. 2 BBG, 35 S. 2 BeamStG), doch ist dieses gerade typisch für die Hierarchie im Beamtenverhältnis,⁶⁰¹ welche in den hier zu diskutierenden Kollegialorganen nicht gegeben ist⁶⁰². Nur für das pflichtige Ehrenamt enthält schließlich § 87 VwVfG eine allgemeine finanzielle Sanktionsvorschrift für die Nichtübernahme eines Amtes trotz Pflicht sowie für die unberechtigte Niederlegung des Amtes. Für das übrige Ehrenamt ist fraglich, wie sinnvoll (starke) finanzielle Sanktionen sind. Finanzielle Sanktionen tragen nicht zur Förderung der Motivation von ehrenamtlich Tätigen bei und erscheinen daher für das freiwillige Ehrenamt kontraproduktiv. § 87 VwVfG spielt allerdings hinsichtlich des erwähnten Sanktionsgedankens für das Ehrenamt in anderen Bereichen als dem VwVfG schon deshalb eine kleine Rolle, weil es als

598 Vgl. Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 83 Rn. 25 und Troidl, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 83 Rn. 7.

599 Vgl. Schulz, in: Mann ua, VwVfG, § 83 Rn. 22.

600 Allgemein Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 83 Rn. 24.

601 Vgl. Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 83 Rn. 24; Grigoleit, in: Battis, BBG, § 62 Rn. 3.

602 Vgl. speziell zum Handwerksrecht § 7 B. II. 1. und hier schon allgemeiner Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 83 Rn. 24.

Sanktionsvorschrift nicht übertragbar ist und insoweit keinen allgemeinen Rechtsgedanken enthält.⁶⁰³

B. Grundsätze des Verfahrens in Ausschüssen (§§ 88 ff. VwVfG)

Wie sich aus den obigen Ausführungen zu § 3 A. und B. ergibt, findet die Willensbildung in der funktionalen Selbstverwaltung v.a. in Organen statt. Den in diesen Organen tätigen Personen kommen bestimmte Verfahrensrechte und -pflichten zu. Soweit das jeweilige Fachrecht nicht selbst Bezug auf solche Rechte und Pflichten nimmt, stellt sich hier ebenfalls die Frage nach einer Lückenfüllung. Zu diskutieren ist, ob auch die §§ 88 ff. VwVfG lückenfüllend in der funktionalen Selbstverwaltung herangezogen werden können.

I. Anwendbarkeit der §§ 88 ff. VwVfG auf die funktionale Selbstverwaltung

Nach § 88 VwVfG gelten für *Ausschüsse, Beiräte und andere kollegiale Einrichtungen* (Ausschüsse), wenn sie *in einem Verwaltungsverfahren* tätig werden, die §§ 89 bis 93, *soweit Rechtsvorschriften nichts Abweichendes bestimmen*. Für die Frage, ob auch die §§ 88 ff. VwVfG auf die funktionale Selbstverwaltung anzuwenden sind, ist daher erstens zu klären, ob es sich bei den in der funktionalen Selbstverwaltung typischerweise vorhandenen Gremien auch um Ausschüsse, Beiräte oder andere kollegiale Einrichtungen handelt (1.), zweitens wie mit dem Umstand umzugehen ist, dass die Vorschriften nur im Verwaltungsverfahren gelten (2.) und schließlich, welche Auswirkungen die in § 88 VwVfG enthaltene Subsidiarität hat (3.).

1. Kollegiale Einrichtungen

Die in § 88 VwVfG vorgenommene Aufzählung der „Ausschüsse“ und „Beiräte“ erfolgt nur beispielhaft; zentral für die Anwendung der Norm ist der alle Formen umfassende Oberbegriff der „kollegialen Einrichtung“, wobei es auf die konkrete Bezeichnung des Ausschusses im Fachrecht nicht

603 Allgemeiner Schulz, in: Mann ua, VwVfG, § 87 Rn. 6; Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 81 Rn. 31, § 87 Rn. 7.

ankommt.⁶⁰⁴ Entscheidend ist, dass zum einen eine Mindestmitgliederzahl von drei Personen vorhanden ist, wobei auf Zwei-Personen-Organen die Vorschriften (§§ 89 bis 93 VwVfG) analog gelten sollen.⁶⁰⁵ Ferner muss eine Willensbildung durch Mehrheitsbeschluss erfolgen und eine Gleichberechtigung der Mitglieder, insbesondere im Hinblick auf die weisungsfreie Stimmabgabe, vorliegen.⁶⁰⁶ Schließlich muss eine Beschlussfassungskompetenz gegeben sein, d.h. Beschlüsse müssen eine rechtliche Relevanz aufweisen; dies ist der Fall, wenn eine Entscheidung mit Außenwirkung vorliegt oder eine zumindest verwaltungsintern verbindliche Entscheidung aus dem Beschluss hervorgeht.⁶⁰⁷ Für die hier in Rede stehenden Gremien ist verallgemeinert festzuhalten, dass es sich um kollegiale Einrichtungen handelt: Grundsätzlich bestehen sie aus mindestens drei Personen, sind auf gleichberechtigte Willensbildung durch Mehrheitsbeschluss ausgerichtet und entstehen hierdurch zumindest intern wirkende Entscheidungen.

2. Anwendbarkeit außerhalb des Verwaltungsverfahrens

Wie die §§ 81 ff. VwVfG gelten auch die §§ 88 ff. VwVfG grundsätzlich nur im Verwaltungsverfahren.⁶⁰⁸ Für die hier erfolgende Betrachtung ist festzuhalten, dass genau wie bei den §§ 81 ff. VwVfG für den hier in Rede stehenden Aufgabenbereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht immer eine Tätigkeit im Verwaltungsverfahren vorliegt.⁶⁰⁹ Es stellen sich insoweit die gleichen Anwendungsherausforderungen wie bei den §§ 81 ff. VwVfG. Auch für das Prüfungswesen stellt sich schon aufgrund des § 2 Abs. 3

604 Vgl. Thiele, in: Mann ua, VwVfG, § 88 Rn. 6.

605 Vgl. Thiele, in: Mann ua, VwVfG, § 88 Rn. 7; Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 88 Rn. 13.

606 Vgl. Thiele, in: Mann ua, VwVfG, § 88 Rn. 7.

607 Vgl. Thiele, in: Mann ua, VwVfG, § 88 Rn. 7 mwN; vgl. aber auch die Hinweise in der nachfolgenden Fußnote.

608 Näher nochmal Delbanco, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 88 Rn. 1; die ältere Rechtsprechung ist zum Teil noch restriktiver und nimmt unter der Prämisse, dass das VwVfG das Verfahren nach außen regeln will, an, dass nur solche Tätigkeiten erfasst sind, die nach außen wirksame Entscheidungen herbeiführen, dazu Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 88 Rn. 19. Da im hiesigen Kontext allerdings meist keine Tätigkeit „im Verwaltungsverfahren“ vorliegt, kann dies dahinstehen, solange auch hinter den §§ 88 ff. VwVfG allgemeine Rechtsgedanken stehen.

609 Vgl. Groß/Pautsch, in: HdbKr, § 7 Rn. 88.

Nr. 2 VwVfG die Anwendungsschwierigkeit.⁶¹⁰ Da die §§ 88 ff. VwVfG allerdings – genau wie die §§ 81 ff. VwVfG – Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken sind, sind sie dennoch in Fällen des lückenhaften Fachrechts anzuwenden.⁶¹¹ Dies deckt sich auch mit dem Motiv des Gesetzgebers, die Grundsätze kollegialer Willensbildung einheitlich zu regeln.⁶¹²

3. Subsidiarität

Ferner ist zu beachten, dass die §§ 88 ff. VwVfG nur subsidiär gelten.⁶¹³ Abweichende Vorschriften gehen daher vor und gilt dies auch, wenn andere Rechtsbereiche (das jeweilige Fachrecht) zwar unvollständig, aber als abschließend zu betrachten sind.⁶¹⁴ Ausführungen in den Geschäftsordnungen können die §§ 89 ff. VwVfG konkretisieren, aber nicht von diesen Regeln abweichen.⁶¹⁵ Es ist also auch hier zunächst das jeweilige Fachrecht (StBerG, WPO, IHKG) heranzuziehen und auszulegen. Ist das

610 Zur bayerischen Vorschrift und der Vorschrift in Schleswig-Holstein Fn. 569; ferner zur Unanwendbarkeit auf Prüfungsausschüsse unter Bezug darauf, dass Prüfungsausschüsse keine Entscheidung nach außen treffen, *Thiele*, in: Mann ua, VwVfG, § 88 Rn. 10 mwN; ferner *Delbanco*, in: Bader/Ronellenfitch, BeckOK VwVfG, § 88 Rn. 4.

611 Vgl. insgesamt VG Berlin, MMR 2009, S. 496 (501); ferner *Groß*, Kollegialprinzip, S. 281; *Groß*, in: JbdKr 2003, S. 26 (32); *Thiele*, in: Mann ua, VwVfG, § 88 Rn. 4, *Wolff ua*, Verwaltungsrecht I, § 61 Rn. 40; *Groß/Pautsch*, in: HdbKr, § 7 Rn. 89; *Huck*, in: Huck/Müller, VwVfG, § 88 Rn. 1; *Ziekow*, VwVfG, § 88 Rn. 3; *Heinemann*, in: Pautsch/Hoffmann, VwVfG, § 88 Rn. 3; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 88 Rn. 4; *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 88 Rn. 24 f.; *Kluth*, in: HdbVerwR, § 65 Rn. 83; *Kallerhoff/Keller*, in: Stelkens ua, VwVfG, § 88 Rn. 15; aA bzgl. des Erlasses von Rechtsvorschriften *Heinemann*, in: Pautsch/Hoffmann, VwVfG, § 88 Rn. 3; ferner zur Unanwendbarkeit bei legislativen Maßnahmen *Wolff ua*, Verwaltungsrecht I, § 61 Rn. 41.

612 Zum Motiv BT-Drs. 7/910, S. 95; vgl. ferner *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 88 Rn. 24; zur Vereinheitlichungsfunktion ferner *Kallerhoff/Keller*, in: Stelkens ua, VwVfG, § 88 Rn. 2.

613 Dazu *Delbanco*, in: Bader/Ronellenfitch, BeckOK VwVfG, § 88 Rn. 5.

614 Näher *Kallerhoff/Keller*, in: Stelkens ua, VwVfG, § 88 Rn. 18; Vorrang haben Bundes- und Landesrecht sowie entsprechende Rechtsverordnungen und Satzungen, dazu *Thiele*, in: Mann ua, VwVfG, § 88 Rn. 15; vgl. ferner *Delbanco*, in: Bader/Ronellenfitch, BeckOK VwVfG, § 88 Rn. 5.

615 Vgl. VG Berlin, MMR 2009, S. 496 (501); näher *Thiele*, in: Mann ua, VwVfG, § 88 Rn. 9, 15; *Rademacher*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 88 Rn. 23; vgl. auch *Wolff ua*, Verwaltungsrecht I, § 61 Rn. 43 und *Kallerhoff/Keller*, in: Stelkens ua, VwVfG, § 88 Rn. 2, 18.

Fachrecht unvollständig und nicht abschließend, ist auf die §§ 89 ff. VwVfG zurückzugreifen. Heruntergebrochen auf das hier im Fokus stehende Handwerksrecht bedeutet dies, dass in Fällen, in denen nach Heranziehung des Handwerksrechts Lücken bestehen, das VwVfG heranzuziehen ist. Liegen auch dann noch Lücken vor, ist sich an anderen Rechtsbereichen der Selbstverwaltung zu orientieren, sofern diese vergleichbar sind.⁶¹⁶ Auch im Verfahrensrecht kann aus den gleichen Gründen wie bei §§ 81 ff. VwVfG der Einfachheit halber auf das Bundesrecht abgestellt werden. Inhaltlich ergeben sich jedenfalls für diese Arbeit keine relevanten Unterschiede.⁶¹⁷

II. Regeln über das Verfahren

Da nach diesen Ausführungen auch die §§ 88 ff. VwVfG anwendbar sind, ist überblicksartig auf die für diese Arbeit relevanten Normen einzugehen. So eröffnet, leitet und schließt der Vorsitzende nach § 89 VwVfG die Sitzung und ist für die Ordnung verantwortlich. Ihm obliegt die Entscheidung über die Einleitung des schriftlichen Verfahrens,⁶¹⁸ welches insbesondere für Stellungnahmen zu aktuellen Themen von Relevanz ist (näher § 7 D.). In diesem Kontext spielen auch die Grundsätze des schriftlichen Verfahrens nach § 90 Abs. 1 S. 2 VwVfG eine Rolle. Der Vorsitzende hat etwaige Beschlüsse über Befangenheiten zu initiieren.⁶¹⁹ In Zusammenhang mit § 91 VwVfG werden in der Literatur wichtige Grundsätze über die Befangenheit, die einen Zusammenhang mit der Generalklausel (§ 83 Abs. 1 VwVfG)

616 So beispielsweise BayVGh, Urteil vom 13. April 1989, 21 B 87.03192, juris Rn. 20; vgl. auch Tettinger, Kammerrecht, S. 121; Groß/Pautsch, in: HdbKr, § 7 Rn. 89.

617 In Schleswig-Holstein wird in einigen Normen zusätzlich noch die weibliche Form verwendet, dazu Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 89 Rn. 7, § 91 Rn. 5, § 92 Rn. 8, § 93 Rn. 5; zur für diese Arbeit nicht relevanten Vorschrift des § 102 LVwG Schleswig-Holstein Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 90 Rn. 5; zu dem hier ebenfalls nicht relevant werdenden § 91 S. 2 VwVfG Baden-Württemberg Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 91 Rn. 5, 16, nach der Vorschrift besteht nur bei offenen Abstimmungen das Dirimierungsrecht des Vorsitzenden; so auch in § 91 S. 2 VwVfG Mecklenburg-Vorpommern. Auch, wenn § 88 VwVfG Baden-Württemberg keine Subsidiaritätsklausel enthält, gilt diese wegen der umfassenden Subsidiaritätsklausel in § 1 Abs. 1 VwVfG Baden-Württemberg, vgl. dazu Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 88 Rn. 8; aA hierzu Thiele, in: Mann ua, VwVfG, § 88 Rn. 17; für Schleswig-Holstein gilt die Subsidiarität über § 100 Abs. 3.

618 Vgl. Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 89 Rn. 15.

619 Vgl. Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 89 Rn. 17.

aufweisen, besprochen. Genauso wird in diesem Rahmen diskutiert, ob eine Abstimmungspflicht in den Sitzungen der Gremien besteht. Unabhängig vom Ehrenamt sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass § 93 VwVfG bestimmte Dokumentationspflichten im Rahmen der anzufertigenden Niederschrift über die Sitzung normiert, die der Beweissicherung dienen.⁶²⁰ § 92 VwVfG normiert Grundsätze über die Durchführung von Wahlen.

C. Ergebnis zu § 6

Sowohl die §§ 81 ff. VwVfG als auch die §§ 88 ff. VwVfG taugen für die Lückenfüllung in der funktionalen Selbstverwaltung. Das VwVfG enthält zum Teil detaillierte Regeln über bestimmte Pflichten ehrenamtlich Tätiger (z.B. Verschwiegenheitspflicht). Die konkreten Auswirkungen des Rückgriffs auf das VwVfG zeigen sich immer erst nach entsprechender Analyse des jeweiligen Fachrechts. Die unterschiedliche Regelungsdichte der funktionalen Selbstverwaltung macht einen Rückgriff mal mehr, mal weniger erforderlich.

620 Vgl. Thiele, in: Mann ua, VwVfG, § 93 Rn. 1; Rademacher, in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 93 Rn. 3.