

I. Einleitung

Der Staat ist eine juristische Person. Um handlungsfähig zu sein, benötigt er Organe, die für ihn tätig werden, und natürliche Personen, die diese Funktion als Organwalter ausüben.¹ Der Begriff „Organ“ in seiner ursprünglichen Bedeutung meint so viel wie ein „Werkzeug“.² Der Staat bedient sich dieser Werkzeuge, um seine Funktionen zu erfüllen, seine Rechtsordnung anzuwenden und sich selbst durch die Erlassung von Rechtsakten zu gestalten.

Zur Erfassung der Fähigkeit des Staates, sich selbst eine Organisationsstruktur zu geben und diese zu gestalten, hat die Rechtswissenschaft den Begriff der „Organisationsgewalt“ entwickelt. Sie stellt die Befugnis dar, Rechtsakte zu setzen, die staatliche Organe schaffen, verändern, ihnen Aufgaben zuweisen und ihre innere Organisation regeln.³ Es stellt sich die Frage, wem diese Organisationsgewalt zukommt. Unter der Einheit von Staat und Herrscher vor der Konstitutionalisierung des Staatswesens konnte diese Frage noch relativ einfach beantwortet werden. Später stellte und stellt sie sich insb bezüglich der Aufteilung der Organisationsgewalt zwischen Verwaltung und Gesetzgebung.⁴

Ein Blick auf die Bundesverfassung zeigt, dass die Organisationsgewalt im österreichischen Bundesstaat in zweifacher Hinsicht geteilt ist: Einerseits zwischen Verwaltung und Gesetzgebung. Andererseits kommt sowohl dem Bund als auch den Ländern jeweils die Organisationsgewalt über ihre „eigenen“ Organe zu.⁵ Konzept und Tragweite des Begriffs der Organisationsgewalt werden in Abschnitt II. behandelt.

1 *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 96; *Kelsen*, Reine Rechtslehre 293; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 331.

2 *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II Rz 129.

3 Siehe Abschnitt II.

4 *Böckenförde*, Organisationsgewalt im Bereich der Regierung 24 f; *F. Mayer*, Organisationsgewalt 1694.

5 Siehe Abschnitte V. und VI.

Vor dem Hintergrund all dieser Voraussetzungen soll im Folgenden der Vorgang der Kreation von Verwaltungsorganen von Bund und Ländern im Rahmen der österreichischen Bundesverfassungsrechtsordnung untersucht werden. Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei der bereits angesprochenen Frage, wie die Organisationsgewalt im österreichischen Bundesstaat aufgeteilt ist. Darüber hinaus sollen die sonstigen Voraussetzungen besprochen werden, denen die Bundesverfassung die Kreation von Verwaltungsorganen unterwirft.

Im Einzelfall können sich für bestimmte Materien besondere Anforderungen an die Ausgestaltung von Organen ergeben. Diese Erfordernisse sind im Rahmen des Vorgangs der Organkreation, wie er in dieser Untersuchung herausgearbeitet wird, zu beachten und umzusetzen. Der Weg der Organkreation gestaltet sich in diesen Fällen aber nicht grundlegend anders. Die besonderen Anforderungen an Organe, die in solchen Materien tätig sein sollen, werden aus diesem Grund im Einzelfall behandelt, soweit eine beispielhafte Erwähnung zweckmäßig ist.

Gegenstand der Untersuchung sind Verwaltungsorgane (siehe zur Definition Abschnitt III.), die organisatorisch in die Verwaltungsorganisation von Bund und Ländern eingegliedert sind. Sie sind dazu berufen, in Unterstellung unter die obersten Verwaltungsorgane von Bund und Ländern die Verwaltungsgeschäfte zu führen. Ausgeklammert bleiben dabei die Organe von Selbstverwaltungskörpern und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie sämtliche Formen, in denen Private (juristische und natürliche Personen) als Organe nur im funktionellen Sinn für die Verwaltung tätig werden.

Die zuvor angesprochene, bundesverfassungsrechtlich festgelegte Aufteilung der Organisationsgewalt zwischen den Staatsfunktionen Verwaltung und Gesetzgebung sowie zwischen Bund und Ländern bedingt, dass die Organkreation nicht als einheitlicher, „monolithischer“ Vorgang untersucht werden kann. Der Vorgang ist kompetenzrechtlich zersplittert. Der Vorgang der Organkreation ist unter verschiedenen Gesichtspunkten zu regeln, die insb unter die Materien-, die Organisations-, die Verfahrens- und die Dienstrechtskompetenz fallen.

Aus diesem Grund ist zunächst eine Einteilung der Organkreation in mehrere Schritte notwendig (siehe Abschnitt IV.). Es können die Errichtung, die Kompetenzfestlegung und die Einrichtung eines Organs unterschieden werden.⁶

6 Vgl *Matzka*, JBl 1980, 511 ff. Siehe Abschnitt IV.

Innerhalb dieser Schritte ist eine weitere Einteilung erforderlich. Die Einrichtung eines Organs umfasst zB die Ausstattung mit Personal, Sachmitteln und sonstigen Ressourcen sowie die Bereitstellung all dieser Mittel.

Die Unterscheidung der Kreationsschritte dient dazu, diese in Bezug auf das Legalitätsprinzip gem Art 18 Abs 1 B-VG und das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gem Art 83 Abs 2 B-VG der Regelungszuständigkeit von Gesetzgebung und Verwaltung zuzuordnen (siehe Abschnitt V.). HL und Rsp unterscheiden dabei die innere und die äußere Organisation.⁷ Während die äußere Organisation aufgrund des Legalitätsprinzips einer gesetzlichen Grundlage bedarf, kann die innere Organisation ohne Bindung an das Legalitätsprinzip durch rein interne Verwaltungsakte geregelt werden. Diesbezüglich ist zunächst zu untersuchen, ob und inwieweit es Regelungsbereiche gibt, die nicht in den Anwendungsbereich des Legalitätsprinzips fallen. Im Folgenden kann die Zuteilung der einzelnen Schritte zur inneren oder äußeren Organisation vorgenommen werden. Einer weiteren Unterscheidung bedarf es innerhalb der äußeren Organisation: Zu klären ist dabei, in welchem Ausmaß der Gesetzgeber vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips verhalten ist, die Organkreation selbst festzulegen, welcher Grad der Determinierung dabei gefordert ist und welche Schritte der Regelung durch außenwirksamen Verwaltungsakt (insb Verordnung) überlassen werden können.

Die einzelnen Kreationsschritte sind darüber hinaus der Verbandskompetenz von Bund und Ländern zuzuordnen (siehe Abschnitt VI.). Als Ausdruck ihrer Staatlichkeit⁸ kommt diesen grundsätzlich eine Zuständigkeit zu, „ihre“ Verwaltungsorgane selbst zu „organisieren“. Die Kompetenzverteilung des B-VG kennt keinen einheitlichen Kompetenztatbestand, der den Prozess der Organkreation vollständig umfasst. Die einzelnen Schritte und Regelungsaspekte des Gesamtvorgangs sind der Organisations-, der Materien-, der Dienstrechts- sowie der Verfahrensrechtskompetenz zuzuordnen. Das betrifft sowohl die Gesetzgebungskompetenz als auch die Zuständigkeit zur Vollziehung, insb zur Regelung der Organkreation durch Verordnung iSv Art 18 Abs 2 B-VG. Besonders relevant wird die Unterscheidung der Kompetenzen in Bereichen, in denen Organe eines Rechtsträgers Materienbestimmungen eines anderen Rechtsträgers vollziehen, zB im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung.

⁷ Vgl zB *Rill*, Gliedstaatsverträge 288; *Bußjäger*, Organisationshoheit 46; *Pernthaler*, Raumordnung 182 f; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 329; *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 234 ff.

⁸ Siehe insb *Jellinek*, Staatslehre 490 f.

Abschnitt VII. behandelt die sonstigen zentralen bundesverfassungsrechtlichen Determinanten, die Bund und Länder bei der Organkreation binden. Diese Bedingungen werden in Lehre und Rsp insgesamt als Festlegung eines bundesverfassungsrechtlichen Organisationskonzepts qualifiziert.⁹ Das betrifft zunächst die Trennung der Staatsgewalten und der Vollziehungsbereiche von Bund und Ländern. Von zentraler Bedeutung für die Verwaltungsorganisation sind darüber hinaus das Weisungsprinzip gem Art 20 Abs 1 B-VG sowie die Leitungsbefugnis und die Aufsicht der parlamentarisch kontrollierten obersten Organe. Auch die Stellung der obersten Organe selbst beschränkt Bund und Länder bei der Organkreation: Zum einen darf bei der Festlegung von Organzuständigkeiten die Entscheidungsfreiheit der obersten Organe nicht eingeschränkt werden. Zum anderen räumt die Bundesverfassung den Bundesministerien und den Ämtern der LReg jeweils eine Monopolstellung als Hilfsorgan des jeweiligen Bundesministers bzw der LReg bzw des jeweiligen Mitglieds der LReg ein. Beschränkungen bei der Organkreation ergeben sich auch aus der verfassungsrechtlich festgelegten Rolle der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern. Jenseits rein organisationsrechtlicher Voraussetzungen ergeben sich bundesverfassungsrechtliche Determinanten für die Organkreation insb auch aus dem Gleichheitssatz, dem daraus erfließenden Sachlichkeitsgebot und dem Effizienzprinzip.

⁹ *Holoubek*, Dynamische Verwaltungsorganisation 228 ff; *Korinek*, ÖZW 2000, 49 ff; *Raschauer*, *ecollex* 1994, 434 f; VfSlg 15.733/2000, 17.023/2003, 17.869/2006, 19.728/2012, 20.038/2016.

II. Organisationsgewalt

A. Organisationsgewalt von (Verfassungs)Gesetzgebung und Verwaltung

Um die Fähigkeit des modernen Staates begrifflich fassen zu können, sich selbst eine Organisationsstruktur zu geben und diese zu verändern, entwickelte die deutsche Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts den Begriff der Organisationsgewalt.¹⁰ Als an der Schnittstelle von Legislative, Gesetzesgebundenheit, Delegation und Pouvoir der Vollziehung (insb der Verwaltung) angesiedelter Terminus hat er für rege Diskussionen in der Literatur gesorgt. Dabei lässt sich kein einheitlicher, abschließender Begriff der Organisationsgewalt ausmachen. Vielmehr wird er zur Zusammenfassung einer Reihe von organisationsrechtlichen staatlichen Handlungen verwendet.¹¹

Die Frage, wem im Staat die Organisationsgewalt zukommt, betrifft im Bundesstaat zwei Aspekte: Zum einen ist zu klären, inwieweit die Organisation durch den Gesetzgeber oder die Verwaltung festzulegen ist und zum anderen, inwieweit dem Gesamtstaat oder den Gliedstaaten jeweils Organisationsgewalt zukommt.¹² Der Begriff der Organisationsgewalt tritt in Lehre und Rsp va bei der Diskussion der ersten Frage auf.

Unter Organisationsgewalt ist im weitesten Sinne die rechtliche Befugnis zu verstehen, staatliche Handlungseinheiten zu schaffen, zu verändern, ihnen Aufgaben zuzuweisen und ihre innere Gliederung, den Geschäftsgang und die Ausstattung zu regeln.¹³ Mit guten Gründen sieht *Böckenförde* dieses weite Begriffsverständnis deshalb als notwendig an, weil die sich

¹⁰ *Böckenförde*, Organisationsgewalt im Bereich der Regierung 24.

¹¹ *F. Mayer*, Organisationsgewalt 1693; *Richter*, Die Organisationsgewalt 6. Siehe zB VfGH 30.11.2005, B 1158/03; VwGH 13.11.2013, 2013/12/0004; 13.11.2013, 2013/12/0026; 24.03.2004, 2001/09/0005.

¹² Vgl zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 232; Abschnitte V. und VI.

¹³ *Böckenförde*, Organisationsgewalt im Bereich der Regierung 29; *F. Mayer*, Organisationsgewalt 1693; *Wenger*, Grundfragen 347; *Richter*, Die Organisationsgewalt 6; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 328.

selbst organisierende Tätigkeit des Staates nicht nur die Kreation von Behörden und Organen iES betrifft, sondern auch Phänomene wie die Beleihung oder die Schaffung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts darunter verstanden werden können.¹⁴ All diese organisierenden Vorgänge sind auf die Schaffung der Handlungsfähigkeit des Staates gerichtet. Nur durch die aufgrund der Organisationsgewalt zu schaffenden Organe kann der Staat nach außen hin auftreten.¹⁵ Rein privatrechtliche Maßnahmen, auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung (wie zB die Gründung einer Aktiengesellschaft durch den Staat, ohne dass dabei zB ein Akt der Beleihung hinzutritt), fallen indes nicht unter den Terminus der Organisationsgewalt.¹⁶

Der Begriff der Organisationsgewalt ist neben der Frage, welche organisatorischen Tätigkeiten er im Einzelnen umfasst, noch in anderer Hinsicht nicht ganz klar umrissen. Von der Befugnis, staatliche Handlungseinrichtungen zu organisieren, wäre zB auch die Erlassung der Geschäftsordnung eines legislativen Organs umfasst. Ein überwiegender Teil der Literatur¹⁷ beschränkt den Begriff jedoch auf die Organisation der Verwaltung. Das ist aus historischer Sicht durchaus verständlich, weil im Zentrum der Diskussion die fortschreitende Einschränkung des monarchischen Selbstorganisationsrechts stand (siehe sogleich Abschnitt II.C.). Versteht man unter der Ausübung von Organisationsgewalt aber jede staatliche Maßnahme, welche die Handlungsfähigkeit des Staates herstellen und gestalten soll, gibt es keinen Grund, diesen Begriff auf die Gestaltung lediglich einer Staatsfunktion zu beschränken. In einem weiten Sinn umfasst die Organisationsgewalt also die Organisation aller drei Staatsfunktionen.

In einem engsten Sinne werden der Organisationsgewalt von einigen (va historischen) Stimmen darüber hinaus nur jene Befugnisse zugeordnet, die der Verwaltung unabhängig von einer gesetzlichen Grundlage von sich aus zukommen.¹⁸ Der Gesetzgeber übe keine Organisationsgewalt aus, wenn er die Organisation der Verwaltung regelt, weil diese nur der Verwaltung zukommen könne. Dieser Blickwinkel ist jedoch zu eng und schließt weite Teile der organisatorischen Maßnahmen aus, die in der Rechtsordnung auftreten und nicht von der Verwaltung gesetzt werden. Die Organisationsge-

14 Böckenförde, Organisationsgewalt im Bereich der Regierung 29 ff.

15 Siehe Abschnitt III.A.

16 F. Mayer, Organisationsgewalt 1693. AM Forsthoff, Verwaltungsrecht 384.

17 Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.012; Wenger, Grundfragen 348; F. Mayer, Organisationsgewalt 1693; Raschauer, Verwaltungsrecht⁵ Rz 232.

18 Siehe zB Köttgen, Die Organisationsgewalt 154; Forsthoff, Verwaltungsrecht 384; Anschütz, Begriff der gesetzgebenden Gewalt 159; Antoniulli, Probleme 14.

walt wurde zwar früher¹⁹ weitestgehend von der Verwaltung ausgeübt. Die teilweise Verschiebung der entsprechenden Zuständigkeiten von der Verwaltung zur Gesetzgebung lässt es jedoch nicht angezeigt erscheinen, letztere vom Begriff der Organisationsgewalt auszunehmen. Inhaltlich liegen nach wie vor den Staat organisierende Maßnahmen vor.²⁰

Böckenförde schließt darüber hinaus die Regelung der Organisation des Staates durch Verfassungsbestimmungen von der Definition der Organisationsgewalt aus. Die Organisationsgewalt könne nur innerhalb der von der Verfassung selbst getroffenen Grundorganisation wirksam werden.²¹ Sofern damit grundlegende verfassungsrechtliche Determinanten angesprochen sind, die Gesetzgebung und Vollziehung im Allgemeinen ohne Kreation eines bestimmten Organs durch die jeweilige Verfassungsbestimmung binden, ist dem beizupflichten. ZB ist die Verwaltung im Rahmen der Organ-creation an das Legalitätsprinzip gem Art 18 Abs 1 B-VG gebunden. Die Erlassung dieser Bestimmung wird aber keinesfalls als Ausübung von Organisationsgewalt zu qualifizieren sein.

Nicht ersichtlich ist jedoch, warum die Kreation von verfassungsunmittelbaren Organen, wie den Bundesministerien, keine Ausübung von Organisationsgewalt im zuvor beschriebenen Sinne darstellen soll. Die verfassungsgesetzliche Kreation von Organen findet lediglich durch im Stufenbau der Rechtsordnung vergleichsweise ranghöhere Bestimmungen statt. Wie bei der Ausübung von Organisationsgewalt durch die einfache Gesetzgebung oder die Verwaltung wird dabei die staatliche Organisation durch Rechtsakte zuständiger Organe geändert. Freilich ist der Verfassungsgesetzgeber dabei im Gegensatz zum einfachen Gesetzgeber nur durch die Grundprinzipien der Bundesverfassung beschränkt. Ähnliches gilt aber auch für den einfachen Gesetzgeber im Vergleich zur Verwaltung, dem bei der Ausübung der ihm zukommenden Organisationsgewalt ein weiterer Regelungsspielraum zukommt als letzterer. Geht man davon aus, dass der Begriff der Organisationsgewalt die Schaffung von Organisationseinheiten durch den einfachen Gesetzgeber umfasst, ist es nicht zweckmäßig, die Organkreation durch noch höherrangigere Bestimmungen von diesem Begriff auszuschließen. Will man sämtliche Vorgänge in einem Staat untersuchen und begrifflich zusammenfassen, die die Organkreation betreffen, kann es keinen Unterschied machen, auf welcher Ebene diese Vorgänge stattfinden. Dass die verschiedenen Ebenen in unterschiedlichem Maß durch höherrangige Nor-

19 Siehe hierzu sogleich den historischen Abriss.

20 *Ermacora*, Organisationsgewalt 231; *Böckenförde*, Organisationsgewalt im Bereich der Regierung 37.

21 *Böckenförde*, Organisationsgewalt im Bereich der Regierung 35.

men determiniert sind, liegt in der Natur der Sache. Ein substantieller Unterschied zwischen einfachem Gesetz und Verfassung ist für den Begriff der Organisationsgewalt darin jedoch nicht zu erblicken.

B. Organisation als Summe von Rechtsnormen

Im als Rechtsordnung verstandenen Staat²² ist die Organisationsgewalt die Befugnis, Rechtsakte zu setzen, die die staatliche Organisation zu schaffen oder zu ändern vermögen. Die Organisation wird durch Normen bestimmt.²³ *Burckhardt* (und mit ihm *Ermacora*) will den Wortteil „Organisation“ weiter verstanden wissen. Nicht alleine das Recht soll die staatliche Organisation sein, sondern darüber hinaus auch die von Menschen gehandhabte Rechtsordnung. Um zu gelten, bedürfe die Rechtsordnung nicht nur organisatorischer Normen, sondern auch der Anwendung dieser Normen durch Menschen.²⁴ Andernfalls könne, so *Ermacora*, das die Normen Bewegende nicht erfasst werden und nur so könne in das praktische staatsrechtliche Problem eingedrungen werden.²⁵ Für *Burckhardt* ist die Anwendung der Rechtsordnung durch Menschen Voraussetzung für die Qualifikation dieser Rechtsordnung als positives Recht. Geltendes bzw positives Recht könne demnach nur sein, was von der durch Menschen verkörperten Organisation angewandt wird.²⁶ Diese Position verläuft (freilich abgesehen vom Begriff des „positiven Rechts“) parallel zu jener *Kelsens*, wonach eine Rechtsordnung bzw eine Norm nur gelten kann, wenn sie auch wirksam ist, also befolgt und angewandt wird.²⁷ Diese Unterscheidung bewegt sich aber, wie *Kelsen* anmerkt, auf der Ebene des Seins, nicht des Sollens²⁸ und betrifft die Frage, ob eine Rechtsordnung überhaupt als geltend angesehen werden kann. Für die dogmatische Untersuchung einer Rechtsordnung, deren Geltung und Wirksamkeit grundsätzlich vorausgesetzt werden kann, ist die von *Burckhardt* vorgenommene Einbeziehung der Anwendung durch Menschen nicht angezeigt. Will man die Organisationsgewalt als Phänomen innerhalb einer Rechtsordnung untersuchen, so ist die Existenz dieser Rechtsordnung als Untersuchungsgegenstand unabdingbare Voraussetzung dafür.

22 Siehe hierzu *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* 289 ff.

23 *Spanner*, *DÖV* 1957, 641; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* 154 f.

24 *Burckhardt*, *Organisation der Rechtsgemeinschaft* 130 f; in diesem Sinne auch *Ermacora*, *Organisationsgewalt* 200.

25 *Ermacora*, *Organisationsgewalt* 200.

26 *Burckhardt*, *Organisation der Rechtsgemeinschaft* 132.

27 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* 10, 219. Wobei Wirksamkeit und Geltung einer Rechtsordnung bzw Rechtsnorm nicht gleichzusetzen sind.

28 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* 215.