

Wiss. Assistent Dr. Ulrich Stelkens, Saarbrücken

Organisationsgewalt und Organisationsfehler

Voraussetzungen der Errichtung von Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Rechtsfolgen ihrer Missachtung*

Unter dem Schlagwort „Modernisierung der Staatsverwaltung“ wird vielfach auch ein Umbau der Verwaltungsorganisation angestrebt. Bestehende Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts (im Folgenden: Verwaltungsträger) werden aufgelöst, umgewandelt oder zusammengelegt sowie Zuständigkeiten neu abgegrenzt. In den neuen Ländern schließt sich dieser Umbau an den wiedervereinigungsbedingten Neuaufbau der Verwaltungsorganisation an. Daher ist die Frage, was geschieht, wenn beim Verwaltungsumbau bestehende rechtliche Vorgaben übersehen werden, für die neuen Länder von besonderer Bedeutung. Welche Rechtsfolgen Verwaltungsorganisationsfehler nach sich ziehen, war jedoch vor Ende der 1990er Jahre – mangels Praxisrelevanz – kaum diskutiert worden. Selten zusammenhängend behandelt worden ist deshalb auch die dem vorgelagerte Frage, welche allgemeinen Vorgaben für die Errichtung von Behörden und Verwaltungsträgern bestehen.

I. Einführung in die Problematik

Nachdem die Gerichte Ende der 1990er Jahre aus verschiedenen Gründen Mängel bei der Bildung von Zweckverbänden in den neuen Ländern festgestellt und deshalb zahlreiche Zweckverbände, die bereits jahrelang tätig waren, als nicht wirksam gegründet angesehen hatten¹, sahen sich diese Länder mit verwaltungsorganisationsrechtlichen Fragestellungen konfrontiert, für die die Verwaltungsrechtswissenschaft keine Lösung bereithielt². Die Frage „Was ist ein Zweckverband, der keiner ist?“³ brachte diese Probleme auf

den Punkt. Mittlerweile können diese „Zweckverbandsfälle“ allerdings auf Grund der von den betroffenen Ländern erlassenen Heilungsgesetze und ihrer verfassungsgerichtlichen Billigung als erledigt gelten⁴. Entsprechend dem Gesetz der Serie ist das Problem der fehlerhaften Verwaltungsorganisation jedoch alsbald im anderen Zusammenhang aufgetaucht: Im Januar 2001 hat das LSG Nordrhein-Westfalen⁵ angenommen, dass die landesrechtliche Übertragung der Aufgaben des

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht der Universität des Saarlandes (Univ.-Prof. Dr. Klaus Grupp).

1) *SachsAnbVerfG*, LKV 1997, 411; *OLG Brandenburg*, LKV 1997, 426 (427); LKV 1999, 243 (244); *LG Potsdam*, LKV 1997, 430 (431); *OVG Bautzen*, LKV 1997, 418 (419) und 420 (421); LKV 1999, 61; *SächsVBl* 2000, 213 (215); *OVG Frankfurt (Oder)*, LKV 1997, 460 (461); LKV 1998, 197 (198); *OVG Magdeburg*, LKV 1997, 416; *OVG Weimar*, LKV 2000, 360 (361); LKV 2003, 237 (238 ff.); *ThürVBl* 2003, 104 (105 ff.); zu den tatsächlichen Ursachen dieser Fehlerhäufung *Aschke*, NVwZ 2003, 917 (918 ff.).

2) Kurz angesprochen wurde dies nur von *Rasch*, Die staatliche Verwaltungsorganisation, 1967, S. 162.

3) So der Aufsatztitel von *Wellmann*, LKV 1997, 402 ff.

4) S. hierzu *BVerfG (K)*, LKV 2002, 569 (570 ff.); *BbgVerfG*, LKV 2000, 199; *MVVerfG*, LKV 1999, 319; *SachsAnbVerfG*, LKV 1999, 324 (325); *OVG Frankfurt (Oder)*, LKV 2001, 132 (135 ff.); *OVG Magdeburg*, LKV 2001, 563 f.; *Anders*, LKV 1999, 50 (51); *Cromme*, LKV 1999, 122 ff.; *Darsow*, LKV 1999, 308; *Degenhart*, *SächsVBl* 2001, 85 ff.; *ders.*, Festschr. f. Maurer, 2001, S. 595 ff.; *Hüttemann*, LKV 2002, 122 ff.; *Just*, LKV 1999, 113 ff.; *Klügel*, LKV 1998, 168 ff.; *Maslaton*, LKV 2001, 163 f.; *Saugier*, Der fehlerhafte Zweckverband, 2001, S. 128 ff.

5) *LSG Nordrhein-Westfalen*, NWVBl 2001, 401 ff.; ebenso *Zeibe*, SGB 2001, 116 ff.

Landesversorgungsamtes auf die Bezirksregierung Münster gegen das bundesrechtliche Gebot der Errichtung besonderer Landesversorgungsämter verstoße. Der hiergegen gerichteten Revision hat das BSG zwar stattgegeben⁶, aber es wurde deutlich, dass auch die Bildung staatlicher Behörden bestimmten rechtlichen Voraussetzungen unterliegt, bei deren Missachtung sich die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen stellen muss. Bewiesen wurde dies im Mai 2001, als das OVG *Bautzen* eine Verordnung zur Zusammenlegung bestimmter sächsischer Staatsbehörden wegen Verstoßes gegen Art. 83 I 1 SächsVerf. für rechtswidrig hielt und hieraus schloss, dass auch die von der neu gebildeten Behörde getroffenen Entscheidungen rechtswidrig seien⁷. Dass schließlich auch die Ministerienbildung fehlerhaft sein (oder für fehlerhaft erachtet werden) kann, zeigt das – umstrittene – Urteil des *NWVerfGH* zur Fusion von Justiz- und Innenministerium von 1999⁸. Hier soll zunächst dargelegt werden, welche allgemeinen Grundsätze für die Errichtung von Behörden und Verwaltungsträgern gelten (II). Anschließend ist auf die Konsequenzen fehlerhafter Verwaltungsorganisation einzugehen (III).

II. Allgemeine rechtliche Vorgaben für die Errichtung von Verwaltungsträgern und Behörden

Die rechtlichen Vorgaben für die Errichtung von Verwaltungsträgern und Behörden zu ermitteln, ist nicht ganz unproblematisch, weil ausdrückliche Regelungen insoweit Seltenheitswert haben. Schon die juristische Persönlichkeit des Staates ist dem Verwaltungsorganisationsrecht letztlich nur implizit vorgegeben, weil auch Bund und Länder vermögensfähig sein müssen, das Vermögensrecht jedoch die Vermögensfähigkeit implizit an die juristische Persönlichkeit knüpft (vgl. Art. 34 S. 1 GG, § 89 I BGB)⁹. Zudem ist die Zuständigkeit zur Verwaltungsorganisation (die so genannte Organisationsgewalt) zweifach aufgeteilt: Es überschneiden sich nicht nur die Zuständigkeiten von Bund und Ländern (1), sondern auch von Legislative und Exekutive (2).

1. Föderale Aufteilung der Organisationsgewalt

a) Für die Errichtung und Auflösung von Behörden und Verwaltungsträgern findet sich im Grundgesetz keine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Für die Errichtung und Auflösung von Bundesbehörden und bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts ergibt sich eine Bundesgesetzgebungskompetenz jedoch aus Art. 86 f. GG, für die Errichtung von Landesbehörden und landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts demgegenüber (nur) aus Art. 84 I und Art. 85 I GG („Einrichtung der Behörden“)¹⁰. Im Übrigen liegt die Organisationsgewalt auf Landesebene bei den Ländern¹¹. Eine weiter reichende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Verwaltungsorganisationsrecht besteht auch nicht für den Bereich des privatrechtlichen Verwaltungshandelns. Aus Art. 74 I Nr. 1 GG („bürgerliches Recht“) lässt sich insoweit nichts herleiten. Während der Vorarbeiten zum BGB war nämlich für selbstverständlich gehalten worden, dass das Verwaltungsorganisationsrecht als dem öffentlichen Recht zugehörig schlechthin nicht vom Reich als „Privatrechtsgesetzgeber“ geregelt werden könne¹². Dem kommt bis heute Bedeutung zu¹³; denn bei der Auslegung solcher Gesetzgebungskompetenztitel, die – wie die Gesetzgebungskompetenz „bürgerliches Recht“ – wortgleich von den Vorgängerverfassungen übernommen worden sind, ist auch die vorkonstitutionelle Staatspraxis zu berücksichtigen¹⁴.

b) Das in Art. 84 I, Art. 85 I und Art. 108 GG geregelte ausdrückliche Erfordernis eines Bundesgesetzes macht

schließlich auch deutlich, dass Eingriffe des Bundes in die Landesorganisationsgewalt nur durch Gesetz erfolgen dürfen. Dies betrifft sowohl die Errichtung von Behörden und Verwaltungsträgern auf Landesebene wie die Regelung ihrer Zuständigkeiten. Daher können solche Organisationsmaßnahmen nicht durch „Verwaltungsvorschrift“ des Bundes nach Art. 84 II, Art. 85 II, Art. 108 VII GG getroffen werden¹⁵.

2. Aufteilung der Organisationsgewalt zwischen Legislative und Exekutive

a) Was die Aufteilung der Regelungskompetenz für das Verwaltungsorganisationsrecht im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive angeht, ist mittlerweile unstrittig, dass die Legislative grundsätzlich auch den Bereich der Verwaltungsorganisation regeln darf und dass solche Regelungen für die Verwaltung nach dem Grundsatz des Gesetzesvorrangs bindend sind¹⁶. Dies gilt nur dann nicht, wenn das Grundgesetz oder die Landesverfassungen etwas anderes bestimmen¹⁷. Eine solche andere Bestimmung wird in Art. 64 GG und den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen¹⁸ gesehen. Diese sollen das Recht zur Bildung von Ministerien und der Zuweisung ihrer jeweiligen Geschäftsbereiche dem Regierungschef zuweisen. Nach § 9 der Geschäftsordnung der Bundesregierung (GeschOReg.) werden dementsprechend die Geschäftsbereiche der einzelnen Bundesminister in den Grundzügen durch den Bundeskanzler festgelegt. Die Bildung von Ministerien (und damit die Bildung staatlicher Behörden) und die Zuweisung von Zuständigkeiten auf diese Ministerien setzt damit im Bund und in den meisten Bundesländern kein förmliches Gesetz voraus. Zugriffe des Gesetzgebers auf die Regierungsorganisation

6) BSGE 88, 153 (154 ff.).

7) OVG *Bautzen*, SächsVBl 2001, 295 (296 f.); ähnlich bereits zuvor OVG *Bautzen*, SächsVBl 1999, 17 ff.; krit. zu dieser sehr strengen Handhabung des Art. 83 I 1 SächsVerf. *Schneckenburger*, SächsVBl 2002, 121 ff.; ferner *Sponer*, LKV 2003, 314 (315).

8) *NWVerfGH*, NJW 1999, 1243 ff.; hierzu v. *Arnald*, AöR 124 (1999), 658 ff.; *Baer*, Der Staat 2001, 525 ff.; *Böckenförde*, NJW 1999, 1235 f.; *Brinktrine*, Jura 2000, 123 ff.; *Isensee*, JZ 1999, 1113 ff.; *Menzel*, NWVBl 1999, 201 ff.; *Sendler*, NJW 1999, 1232 f.; *Wieland*, DVBl 1999, 719 ff.

9) *Böckenförde*, in: Festschr. f. H. J. Wolff, 1973, S. 269 (304 f.). Diese rechtstechnische Seite wird übersehen, wenn an der juristischen Persönlichkeit des Staates gezweifelt wird. Wie hier z. B. *Kirste*, AöR 127 (2002), 696 ff., in seiner Bespr. von *Uhlenbrock*, Der Staat als juristische Person, 2000.

10) Der Begriff der „Behörde“ in Art. 84 I, Art. 85 I GG wird weit verstanden und soll insbesondere auch die Errichtung landesunmittelbarer juristischer Personen des öffentlichen Rechts gestatten, s. *Heitsch*, Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 189 ff.; *Lerche*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Loseblatt, Art. 84 Rdnr. 28 (Bearb. 1985); *U. Stelkens*, VerwaltungshaftungsR, 1998, S. 55; *Trute*, in: v. *Mangoldt/Friedrich/Klein/Starck*, Das Bonner GG III, 4. Aufl. (2001), Art. 84 Rdnrn. 9 f.

11) *Stober*, NJW 2002, 2357 (2363).

12) S. hierzu Protokolle, S. 1210 ff. (*Mugdan*, Materialien z. BGB I [1899], 670 f.); *Denkschrift*, S. 20 (*Mugdan*, Materialien z. BGB I [1899], 832); ferner *Bornhak*, VerwArch 8 (1900), 1 (15); *Friedrichs*, VerwArch 23 (1915), 1 (2).

13) S. hierzu insb. *U. Stelkens*, VerwArch 94 (2003), 48 (49 ff.).

14) S. nur *Degenhart* in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl. (2003), Art. 70 Rdnrn. 44 ff.; v. *Mangoldt/Klein/Pestalozza*, Das Bonner GG VIII, 3. Aufl. (1996), Art. 70 Rdnrn. 59 ff.; *Rozeck*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner GG II, 4. Aufl. (2000), Art. 70 Rdnr. 49.

15) *BVerfGE* 106, 1 (22) = NVwZ 2003, 595 (597); offen *Köttgen*, VVDStRL 16 (1958), 154 (186).

16) So bereits *RGZ* 35, 13 (15); 42, 66 (67); 43, 12 (13); allg. *Osenbübl*, Verwaltungsvorschriften und GG, 1968, S. 261 f.; *Remmert*, Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, S. 294.

17) *Schmidt-Aßmann*, in: Festschr. f. H. P. Ipsen, 1977, S. 333 (347).

18) S. z. B. *Brandenburg*: Art. 84; *Mecklenburg-Vorpommern*: Art. 43; *Sachsen*: Art. 60 IV; *Sachsen-Anhalt*: Art. 65 III; *Thüringen*: Art. 70 IV. Besonderheiten gelten nur in *Berlin* (vgl. Art. 58 IV) und *Bremen* (vgl. Art. 107 ff.).

sind nach h.M. sogar grundsätzlich ausgeschlossen. Allenfalls punktuelle Eingriffe in die Organisationsgewalt des Regierungschefs sind möglich¹⁹. Soweit ein Gesetz ein bestimmtes Ministerium für zuständig zur Erledigung bestimmter Verwaltungsaufgaben erklärt, bedeutet dies, dass es – wie es auch der Staatspraxis entspricht – letztlich verfassungskonform dahin gehend auszulegen ist, dass es nicht statisch die Existenz eines bestimmten Ministeriums mit einer bestimmten Bezeichnung garantiert, sondern dynamisch die Aufgabe dem Ministerium zuweist, in dessen Zuständigkeit die Angelegenheit fällt, die zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes nach der damaligen Geschäftsverteilung in die Zuständigkeit des ausdrücklich im Gesetz benannten Ministeriums gefallen ist²⁰. Davon geht auch der Gesetzgeber in § 1 ZustAnpG²¹ und den vergleichbaren Bestimmungen der Landesorganisationsgesetze²² aus.

b) Allgemeiner Auffassung nach bedarf demgegenüber die Betrauung von Privaten mit Verwaltungsaufgaben in Form der Beleihung einer formell-gesetzlichen Grundlage²³. Die Verwaltungsorganisationsform der Beleihung wirft jedoch spezifische Probleme auf, die an dieser Stelle nicht behandelt werden können²⁴. Ebenfalls besteht jedoch ein *institutioneller Gesetzesvorbehalt* für die Errichtung (und Auflösung) *bundes- und landesunmittelbarer juristischer Personen des öffentlichen Rechts*²⁵. Dieser Grundsatz ist, soweit er nicht ausdrücklich normiert ist²⁶, aus dem Demokratieprinzip herzuleiten, da mit der Verselbstständigung von Verwaltungseinheiten unmittelbar auch eine Einschränkung der parlamentarischen Kontrolle verbunden ist²⁷. Hieraus folgt auch, dass ebenfalls nur durch oder auf Grund eines formellen Gesetzes geregelt werden kann, über welche *Organe eine bundes- oder landesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts* verfügt. Solchen Verwaltungsträgern kommt dementsprechend kein „Organerfindungsrecht“ zu, sie können sich damit – etwa durch Satzung – keine eigenen Organe schaffen und keine eigenen Zuständigkeiten begründen, soweit dies nicht ausdrücklich gesetzlich zugelassen ist²⁸. Deshalb kann etwa die Gemeinde durch organisatorische Aufteilung ihrer Gemeindeverwaltung in verschiedene Ämter und unselbstständige Anstalten nicht selbstständige Gemeindebehörden schaffen, sofern dies nicht – wie etwa durchgängig im Recht der kommunalen Eigenbetriebe (Werksleitung als Behörde)²⁹ – ausdrücklich gesetzlich gestattet ist.

c) Obwohl diese Grundsätze an sich unstreitig sind, gibt es jedoch tatsächlich auch Verwaltungsträger, die ohne formell-gesetzliche Grundlage errichtet worden sind und dennoch als wirksam errichtet angesehen werden. Ein Beispiel hierfür ist die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL), die ihre Rechtsfähigkeit anscheinend auf eine nicht vollständig veröffentlichte Verleihungsurkunde des Landes Preußen und mehrere Staatsverträge zwischen dem Reich bzw. dem Bund und den Ländern zurückführt³⁰. Dass es sich bei der VBL um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, lässt sich ausdrücklich nur § 1 der (allein im BAnz. veröffentlichten) Satzung der VBL entnehmen³¹, die auch allein Vorschriften über die Zweckbestimmung (§ 2), die Aufsicht (§ 3), die Organe (§§ 4 ff.), das Verfahren für Satzungsänderungen (§ 14) und die Auflösung der Anstalt (§ 18) enthält. Gerade im Hinblick auf die enorme Bedeutung der VBL sowohl für die Versicherten wie für Bund und Länder selbst ist das Fehlen eines wirklichen Gründungsgesetzes kaum zu rechtfertigen – es liegt nahe, sie als nicht rechtmäßig errichtet anzusehen. Tatsächlich wird die Existenz der VBL jedoch von verschiedenen formellen Bundesgesetzen vorausgesetzt³², so dass angenommen werden könnte, mit dieser impliziten Anerkennung sei dem Gesetzesvorbehalt Genüge getan. Dies kann hier nicht abschließend geklärt werden. Das *BVerfG*

hat allerdings die Wirksamkeit der Errichtung der VBL bisher nicht bezweifelt³³.

d) Solche Probleme stellen sich jedenfalls bei der *staatlichen Verwaltungsorganisation* nicht. Zumindest die Praxis geht davon aus, dass der institutionelle Gesetzesvorbehalt insoweit nicht gilt, sondern sowohl die Bildung (und Auflösung) von Behörden wie auch die Zuweisung von Zuständigkeiten auf diese Behörden ohne gesetzliche Grundlage möglich ist, soweit durch die Verfassung oder durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist³⁴. Art. 86 S. 2 GG setzt dies voraus. Nichts anderes soll jedoch selbst unter Geltung solcher Landesverfassungsrechtlicher Bestimmungen³⁵ gelten, die –

19) Herzog, in: *Maunz/Dürig* (o. Fußn. 10), Art. 64 Rdnr. 3 Fußn. 1 a (Bearb. 1980); *Oldiges*, in: *Sachs* (o. Fußn. 14), Art. 64 Rdnr. 24 a f., 29; *Menzel*, NWVBl 1999, 201 (204); *Schenke*, in: *Dolzer/Vogel* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum GG* (Bonner Kommentar), Loseblatt, Art. 64 Rdnr. 42 f. und 59 ff. (Bearb. 1980); a. A. insoweit die gerade deshalb kritisierte Entscheidung des *NWVerfGH* (o. Fußn. 8) sowie – mit abweichender Argumentation – *Baer*, *Der Staat* 2001, 525 (534).

20) *OVG Münster*, DÖV 1958, 156 f.; *Arnault*, AöR 124 (1999), 658 (660 f.); *Böckenförde*, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 2. Aufl. (1998), S. 295 ff.; *Isensee*, JZ 1999, 1113 (1116); *Menzel*, NWVBl 1999, 201 (204); a. A. *Brandner/Uiwer*, DÖV 1993, 107 (112).

21) Gesetz zur Anpassung von Rechtsvorschriften an veränderte Zuständigkeiten oder Behördenbezeichnungen innerhalb der Bundesregierung (Zuständigkeitsanpassungsgesetz – *ZustAnpG*) v. 16. 8. 2002 (BGBl I, 3165).

22) *Baden-Württemberg*: § 5 a *BadWürttlVVG*; *Brandenburg*: § 4 *BbgLOG*; *Nordrhein-Westfalen*: § 4 III *NWLOG*; *Saarland*: § 4 II *SaarLOG*; *Sachsen*: § 4 *SächsVwAufbErgG*; *Schleswig-Holstein*: § 27 *SchlHLVwG*.

23) *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (82); *BVerwGE* 61, 222 (229 f.); 97, 17 (119) = *NZA* 1995, 374; *BVerwG*, NVwZ 1985, 48; *Burgi*, *Festschr. f. Maurer*, 2001, S. 581 (588); *Maurer*, *Allg. VerwR*, 14. Aufl. (2002), § 23 Rdnr. 58; *Remmert* (o. Fußn. 16), S. 259, 352; *T. I. Schmidt*, ZG 2002, 353 (355); *Wolff/Bachof/Stober*, *VerwR* II, 5. Aufl. (1987), § 104 Rdnr. 6. Ausdrücklich normiert ist dieser Grundsatz für *Schleswig-Holstein* in § 24 I *LVwG*.

24) Hierzu *U. Stelkens*, *Die Stellung des Beliehenen innerhalb der Verwaltungsorganisation*, erscheint demnächst in der NVwZ 2003.

25) *Böckenförde* (o. Fußn. 20), S. 96 f.; *Köttgen*, *VVDStRL* 16 (1958), 154 (173); *Krebs*, in: *Isensee/P. Kirchhof*, *HdbStR* III, 1988, § 69 Rdnr. 88; *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, S. 108 f.; *Maurer* (o. Fußn. 23), § 21 Rdnr. 66; *Ossenbühl* (o. Fußn. 16), S. 266 ff.; *Remmert* (o. Fußn. 16), S. 294 f.; *Schmidt-De Caluwe*, *JA* 1993, 143 (144); *Schneckenburger*, *SächsVBl* 2002, 121 (123); *Wolff/Bachof*, *VerwR* II, 4. Aufl. (1976), § 78 II b I, S. 130 f.; einschränkend jedoch *Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 17), S. 333 (348).

26) *Bund*: Art. 87 III 1 GG; *Brandenburg*: §§ 17, 20 *BbgLOG*; *Nordrhein-Westfalen*: §§ 18, 21 *NWLOG*; *Saarland*: §§ 18, *SaarLOG*; *Schleswig-Holstein*: §§ 38, 42, 47 *SchlHLVwG*.

27) *Ausf. Burmeister*, *Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts*, 1991, S. 262 ff.

28) So für Gemeinden: *Köttgen*, *VVDStRL* 16 (1958), 154 (162); *Ossenbühl* (o. Fußn. 16), S. 260; a. A. (für Handwerkskammern) wohl *Kluth/Goltz*, *GewArch* 2003, 265 (266 ff.).

29) Vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, NVwZ 2002, 895 f.; *Gern*, *Dt. KommunalR*, 2. Aufl. (1997), Rdnr. 741; *Wolff/Bachof/Stober* (o. Fußn. 23), § 98 Rdnr. 26.

30) S. hierzu *BGHZ* 48, 35 (38); *BVerwGE* 6, 200 (201); *Gilbert/Hesse*, *Die Versorgung der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes* Loseblatt, § 1 B, S. 1 ff. (mit den unter C 1 ff. veröffentlichten Dokumenten); *Hautmann*, *Die Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst*, 1984, S. 17 ff.

31) S. die Zusammenstellung der Fundstellen bei *Gilbert/Hesse* (o. Fußn. 30), Einl. A S. 19 ff.; ferner ist die Satzung veröffentlicht bei <http://www.vbl.de>.

32) So z. B. § I II Nr. 2 *BErzGG* und § 2 I Nr. 1 des Gesetzes zur Sicherstellung der Leistungen der Zusatzversorgungsanstalten des öffentlichen Dienstes v. 21. 12. 1971 (BGBl I, 2077).

33) Vgl. *BVerfG (K)*, NVwZ-RR 1995, 332; *FamRZ* 1999, 1575; *NZA* 2000, 835; *NJW* 2000, 3341.

34) A. A. jedoch *Remmert* (o. Fußn. 16), S. 295 m. Fußn. 201.

35) Vgl. z. B. *Berlin*: Art. 58 IV, 67 III *BerlVerf.*; *Brandenburg*: Art. 96 *BbgVerf.*; *Mecklenburg-Vorpommern*: Art. 70 II *MVVerf.*; *Sachsen*: Art. 83 I *SächsVerf.*; *Sachsen-Anhalt*: Art. 86 II *SachsAnhVerf.*; *Thüringen*: Art. 90 *ThürVerf.* Keine ausdrückliche Regelung über die Organisationsgewalt enthalten nur die Verfassungen von *Bremen*, *Hessen* und *Rheinland-Pfalz*.

mit unterschiedlichen Formulierungen – die Kompetenz zur Regelung der Verwaltungsorganisation ausdrücklich dem Parlament zuweisen, sofern Organisationsaufgaben „von allgemeiner und grundlegender Bedeutung“ betroffen sind³⁶. So geht z. B. der *VGH München* davon aus, dass die Zuständigkeit für die Gewährung von Subventionen durch „Verwaltungsvorschrift“ geregelt werden könne, obwohl Art. 77 I 1 BayVerf. ausdrücklich bestimmt, dass die Organisation der allgemeinen Staatsverwaltung, die Regelung der Zuständigkeiten und die Art der Bestellung staatlicher Organe durch Gesetz zu erfolgen hat. Grundlage der Argumentation ist letztlich ein „Erst-Recht-Schluss“: Wenn die Gewährung von Subventionen nach h. M. keiner formell-gesetzlichen Grundlage bedürfe, sondern bereits auf Grund entsprechender Mittelansätze im Haushaltsplan zulässig sei³⁷, könne auch für die Regelung der Zuständigkeit für die Subventionsverwaltung keine gesetzliche Grundlage verlangt werden³⁸. Dem dürfte zuzustimmen sein³⁹.

e) Folgt man dem, ist im Grundsatz auch die Kehrseite dieser Aussage anerkannt: Soweit es um die Durchsetzung von Maßnahmen geht, die als Grundrechtseingriff dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes unterliegen, verlangt bereits dieser, dass auch die Bestimmung der zu diesem Eingriff zuständigen Behörde durch oder auf Grund eines formellen Gesetzes erfolgt⁴⁰. Obwohl dies weitgehend unstrittig ist, sieht die Staatspraxis auch hier teilweise anders aus. So bestimmt etwa § 82 II des Saarländischen Polizeigesetzes (SaarlPolG), dass das Ministerium des Innern die Aufgabenverteilung und die Gliederung der Polizeivollzugsbehörden regelt. Auf Grundlage dieser Bestimmung ist eine „Verwaltungsvorschrift über Organisation und Aufgabenverteilung der Behörden und Einrichtungen der Vollzugspolizei des Saarlandes“⁴¹ erlassen worden, auf Grund derer als Polizeivollzugsbehörden die Landespolizeidirektion und das Landeskriminalamt errichtet und deren Zuständigkeiten untereinander abgegrenzt wurden. Insoweit ist jedenfalls nicht völlig zweifelsfrei, dass eine solche Regelung nur durch „Verwaltungsvorschrift“ dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gesetzesvorbehalts für Grundrechtseingriffe und dem speziellen institutionellen Gesetzesvorbehalt des Art. 112 SaarlVerf. entspricht⁴².

f) Im Einzelnen kann die Reichweite des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Verwaltungsorganisation hier nicht behandelt werden. Vielfach bestehen landesrechtliche Besonderheiten, und aus dem Grundgesetz lässt sich wenig Konkretes herleiten. Hervorzuheben ist jedoch, dass Staatspraxis und Verwaltungsrechtslehre im Grundsatz annehmen, dass die Errichtung von Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung sowie die Zuweisung von Zuständigkeiten auf diese Behörden nicht zwingend durch formelles Gesetz oder gestützt auf ein formelles Gesetz durch Rechtsverordnung erfolgen müssen. Vielmehr ist durchaus die Möglichkeit anerkannt, dass solche Regelungen auch auf andere Weise durch den Regierungschef, die Regierung oder die einzelnen Minister⁴³ erlassen werden können. Dies gilt auch dann, wenn sie gegenüber dem Bürger unmittelbare Außenwirkung entfalten. Sie sind damit auch für die Frage maßgeblich, an welche Behörde sich der Bürger in einer bestimmten Angelegenheit wenden soll oder welche Behörde den Staat vertritt. Indem der Exekutive auf diese Weise eine originäre Rechtsetzungskompetenz zur Regelung unmittelbar außenwirksamer abstrakt-genereller Fragen zugesprochen wird, wird folglich neben Rechtsverordnungen und Satzungen als weitere administrative Rechtssetzungsform zur Regelung abstrakt-genereller Fragen mit unmittelbarer Außenwirkung der *zuständigkeitsregelnde Organisationserlass* als – von den Verfassungen zugelassene (und von „normalen“ Verwaltungsvorschriften zu unterscheidende) – *Rechts-*

norm sui generis anerkannt⁴⁴. Wurde von dieser Rechtssetzungform Gebrauch gemacht, ist die so getroffene Regelung sowohl für den betroffenen Verwaltungsträger als auch den betroffenen Bürger in gleicher Weise verbindlich wie eine Regelung durch förmliches Gesetz⁴⁵. Dementsprechend hat z. B. das *OLG Düsseldorf* jüngst zu Recht die nur im Bundesverkehrsblatt veröffentlichte Vertretungsordnung der Bundesverkehrsverwaltung⁴⁶ herangezogen, um zu klären, welche Bundesbehörde für die Vergabe eines bestimmten Bauauftrages zuständig ist⁴⁷.

g) Mit der Anerkennung der zuständigkeitsregelnden Organisationserlasse als (nach außen wirkende) Rechtssätze ist untrennbar das Problem verbunden, dass ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelungen über ihre Publikation fehlen. Art. 82 GG und die entsprechenden Bestimmungen des Landesverfassungsrechts beziehen sich nur auf förmliche Gesetze und Rechtsverordnungen, nicht jedoch auf Rechtssätze aller Art. Das *Reichsgericht* hatte wohl deshalb eine Publikation der zuständigkeitsregelnden Organisationserlasse nicht als Voraussetzung für ihre Wirksamkeit angesehen⁴⁸. Dem entsprach lange Zeit⁴⁹ wohl auch die Rechtspraxis zur Regelung der Geschäftsbereiche der Bundesminister⁵⁰. In der Literatur wird demgegenüber mittlerweile von einem Gebot förmlicher Publikation ausgegangen, ohne dass jedoch geklärt wäre, ob es sich hierbei um eine Wirksamkeitsvoraussetzung handelt⁵¹.

III. Rechtsfolgen fehlerhafter Ausübung der Organisationsgewalt

Wie eingangs bereits erwähnt, haben insbesondere die fehlerhaften Zweckverbandsgründungen in den neuen Ländern die Frage aufgeworfen, welche rechtliche Bedeutung solchen Maßnahmen zukommt, die eine Behörde eines nicht recht-

36) Zur einheitlichen Auslegung dieser Bestimmungen trotz unterschiedlicher Formulierungen *Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 17), S. 333 (342); *Schmidt-De Caluwe*, JA 1993, 143.

37) S. hierzu nur *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 44 Rdnr. 67 m. w. Nachw.

38) *VGH München*, BayVBl 2000, 245 (246), und BayVBl 2000, 247, jeweils m. w. Nachw.; ebenso *OVG Weimar*, ThürVBl 2003, 56 (58); a. A. jedoch nunmehr die eingangs erwähnten Entscheidungen des *OVG Bautzen* (o. Fußn. 7).

39) Wie hier auch *Köttgen*, VVDStRL 16 (1958), 154 (170 f.).

40) *Wolff/Bachof* (o. Fußn. 24), § 78 II b 1, S. 130. Die Geltung des Gesetzesvorbehalts für organisatorische Regelungen wird allerdings auch im Bereich der Eingriffsverwaltung dahin gehend eingeschränkt, dass er nur für die Begründung, nicht jedoch für die Verlagerung bestehender Eingriffszuständigkeiten gelten soll (*Böckenförde* [o. Fußn. 20], S. 92 f.; *Ossenbühl* [o. Fußn. 16], S. 263 ff.). *Schenke* (VerwArch 68 [1977], 118 [124 ff.]; *ders.* [o. Fußn. 19], Art. 64 Rdnrn. 60 ff.) erweitert diesen Gesetzesvorbehalt auf alle diejenigen Organisationsregelungen, auf deren Einhaltung der Bürger ein subjektiv-öffentliches Recht besitzt.

41) Vom 15. 3. 2001 (ABl S. 1738), zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift v. 12. 6. 2003 (ABl S. 1852).

42) Vgl. *Haus/Woblfarth*, Allg. Polizei- und OrdnungsR, 1997, Rdnr. 44.

43) Zur Aufteilung der Organisationsgewalt zwischen Bundeskanzler, Bundesminister und Bundesregierung *Böckenförde* (o. Fußn. 20), S. 139 ff.

44) *Ossenbühl* (o. Fußn. 16), S. 502 ff.; *P. Stelkens/U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 37), § 35 Rdnrn. 121 a ff. und 219.

45) *Ossenbühl* (o. Fußn. 16), S. 503; *Schnekenburger*, SächsVBl 2002, 121 (123).

46) VklBl 1997, 403.

47) *OLG Düsseldorf*, VergabeR 2001, 226 (228 f.); s. hierzu auch *RGZ* 35, 13 (15 f.); *RGZ* 68, 147 (148); *RGZ* 162, 129 (137); *BGHZ* 5, 205 (212 f.) = *NJW* 1952, 704.

48) *RGZ* 35, 13 (15 f.); *RGZ* 162, 129 (137).

49) Nämlich bis zum In-Kraft-Treten des Art. 56 des Zuständigkeitsanpassungs-Gesetzes vom 18. 3. 1975 (BGBl I, 205), der durch Art. 5 ZustAnpG von 2002 (o. Fußn. 21) aufgehoben worden ist.

50) S. hierzu *Böckenförde* (o. Fußn. 20), S. 281 f.

51) *Böckenförde* (o. Fußn. 20), S. 281 f.; *Ossenbühl* (o. Fußn. 16), S. 266; *Schenke* (o. Fußn. 16), Art. 64 Rdnr. 58.

mäßig errichteten Verwaltungsträgers vornimmt. Ihre Beantwortung hängt davon ab, ob fehlerhaft errichtete Verwaltungsträger und Behörden als wirksam errichtet gelten oder als inexistent zu behandeln sind.

1. Abgrenzung vom Problem der Rechtsnatur der „juristischen Person des öffentlichen Rechts in Gründung“

a) Zunächst sollte jedoch das Problem des fehlerhaft errichteten Verwaltungsträgers deutlich von der oftmals ebenfalls in Zusammenhang mit den „Zweckverbandsfällen“ behandelten und hiermit teilweise vermengten Konstellation unterschieden werden, dass eine öffentlich-rechtliche Organisation als „juristische Person des öffentlichen Rechts in Gründung“ vor Erlangung ihrer Rechtsfähigkeit bereits ihre Geschäfte aufnimmt. Hierfür besteht in der Praxis in einzelnen Fällen ein Bedürfnis⁵². Der BGH⁵³ lässt dies – entsprechend der ständigen Rechtsprechung im Kapitalgesellschaftsrecht⁵⁴ – im Grundsatz auch zu, wobei er jedoch die Rechtsnatur des „Vor-Verwaltungsträgers“ offen lässt. Er neigt aber wohl eher dazu, einen solchen Vorverband als nichtrechtsfähigen Verein des Privatrechts i. S. des § 54 S. 2 BGB bzw. als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren denn als öffentlich-rechtliches Gebilde mit bloßer Teilrechtsfähigkeit⁵⁵. Unabhängig davon geht der BGH jedoch davon aus, dass nach Erlangung seiner Rechtsfähigkeit der neu gegründete Verwaltungsträger für die Verbindlichkeiten des „Vor-Verwaltungsträgers“ einstehen müsse⁵⁶. Kommt es zur Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht, sollen demgegenüber die „Gründer“ des „Vor-Verwaltungsträgers“ für dessen Verbindlichkeiten nach den Haftungsgrundsätzen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts haften⁵⁷.

b) Ob diesen Grundsätzen zur Haftungsverfassung der „juristischen Person des öffentlichen Rechts in Gründung“ zuzustimmen ist, muss hier nicht erörtert werden. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang nur die Abgrenzung des „Vor-Verwaltungsträgers“ vom fehlerhaft errichteten Verwaltungsträger. Im privatrechtlichen Gesellschaftsrecht wird jedenfalls deutlich zwischen der „Vor-Gesellschaft“ und der „fehlerhaften Gesellschaft“ differenziert⁵⁸, wobei entscheidend für die Abgrenzung die (erkennbar gewordenen) Vorstellungen der Gesellschaftsgründer sind: Eine „Vor-Gesellschaft“ soll (noch) vorliegen, wenn aus deren Sicht weitere Verfahrensschritte zur Erlangung der Rechtsfähigkeit notwendig sind. Demgegenüber liegt eine „fehlerhafte Gesellschaft“ vor, wenn aus der Sicht der Gründer alles Notwendige zur Erlangung der Rechtsfähigkeit getan wurde. Diese Unterscheidung sollte auch für die Parallelprobleme des Verwaltungsorganisationsrechts herangezogen werden: So macht es für die Haftung der Gemeinden als Gründer eines Zweckverbandes einen Unterschied, ob sie selbst davon ausgehen, dass ein Zweckverband noch nicht vollständig „ins Leben getreten“ ist und sie dennoch eine „Geschäftsaufnahme“ billigen oder ob sie gegebenenfalls mehrere Jahre nach vermeintlich abgeschlossener Gründung eines Zweckverbandes zur Kenntnis nehmen müssen, dass dieser „an sich“ gar nicht existiert.

2. Rechtsfolgen der fehlerhaften Errichtung eines Verwaltungsträgers

a) Was die Rechtsfolgen der fehlerhaften Errichtung eines Verwaltungsträgers angeht, besteht in der Rechtsprechung keine Einigkeit: Das OLG Brandenburg hat in den „Zweckverbandsfällen“ angenommen, dass ein fehlerhaft errichteter Verwaltungsträger rechtlich nicht existiert und folglich die mit ihm abgeschlossenen privatrechtlichen Verträge mangels Vertragspartners „ins Leere“ fallen. Es komme allein eine Schadensersatzhaftung der für die fehlerhafte Errichtung Verantwortlichen in Betracht⁵⁹. Der BGH hat dies weder bestätigt noch verworfen, weil er die „Zweckverbandsfälle“ bisher – nicht unbedingt überzeugend – als Problem der Rechtsnatur einer „juristischen Person des öffentlichen Rechts in Gründung“ behandelt hat⁶⁰. Die Verwaltungsgerichte haben sich im Ergebnis dem OLG Brandenburg jedoch nicht angeschlossen: Obwohl sie die rechtswidrig gegründeten Zweckverbände

teilweise als „nicht existent“ bezeichneten, haben sie sie dennoch (ohne nähere Begründung) als im Prozess beteiligten-fähig angesehen, was ihre rechtliche Existenz zwingend voraussetzt. Folglich wurden die von diesen Zweckverbänden erlassenen Satzungen und Verwaltungsakte auch nicht als Nicht-Akte, sondern als – wegen Unzuständigkeit – rechtswidrige Satzungen und Verwaltungsakte angesehen⁶¹. Das BVerwG hat dies mittlerweile ausdrücklich gebilligt⁶². Dies bedeutet im Ergebnis eine Übertragung der zum privaten Gesellschaftsrecht entwickelten Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf das Recht der juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Diese Lehre besagt, dass eine ins Leben getretene Gesellschaft auch dann als rechtswirksam entstanden zu behandeln ist, wenn der Entstehungsakt an Mängeln leidet, die an sich zu seiner Nichtigkeit (und damit zur rechtlichen Inexistenz der Gesellschaft) führen müssten. Dies hat zur Folge, dass weder nach außen hin geltend gemacht werden kann, die Gesellschaft sei nicht entstanden, noch die Gesellschaft im Innenverhältnis nach Maßgabe der §§ 812 ff. BGB abgewickelt werden muss⁶³. Vielmehr ist die Gesellschaft als wirksam entstanden anzusehen, so dass sie nur durch Auflösung der Gesellschaft nach den hierfür geltenden Liquidationsgrundsätzen wieder rückgängig gemacht werden kann⁶⁴.

b) Übertragen auf das Verwaltungsorganisationsrecht würde dies bedeuten, dass auch ein fehlerhaft errichteter Verwaltungsträger als wirksam entstanden zu behandeln ist, sobald er „als solcher“ seine Geschäfte aufnimmt – und zwar unabhängig von der Ursache des Gründungsfehlers (Nichtigkeit des Gründungsakts als solchen, Nichtigkeit der gesetzlichen Grundlage der Gründung, Fehlen jeglicher Rechtsgrundlage etc.)⁶⁵. Bedenken gegen eine Übertragung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf die fehlerhafte Errichtung eines Verwaltungsträgers lassen sich jedenfalls nicht aus dem Umstand herleiten, dass diese Lehre zum Zivilrecht entwickelt worden ist. Dies bedeutet keine „Umdeutung“ einer juristischen Person des öffentlichen Rechts in eine juristische Person des Privatrechts⁶⁶. Vielmehr wird entsprechend der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft eine – grundsätzlich dem öffentlichen Recht zugehörige – Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsträger entwickelt⁶⁷. Dies ist

52) *Stuble-Treder*, DÖV 1987, 58 (60).

53) BGHZ 146, 190 (196 f.) = NJW 2001, 748 = NVwZ 2001, 468 L; BGH, LKV 2001, 333 (334).

54) S. hierzu nur *K. Schmidt*, GesellschaftsR, 4. Aufl. (2002), § 11 IV 2, S. 298 ff.

55) Für Letzteres wohl zutr. *Saugier* (o. Fußn. 4), S. 102 ff.; *Stuble-Treder*, DÖV 1987, 58 (61 f.).

56) BGH, NJW-RR 1996, 853; ebenso *VGH München*, BayVBl 1956, 279; *LG Potsdam*, LKV 1997, 430 (431); *Kollbosser*, NJW 1997, 3265 (3270); *Saugier* (o. Fußn. 4), S. 108.

57) Ähnlich *Kollbosser*, NJW 1997, 3265 (3270).

58) S. z. B. *K. Schmidt* (o. Fußn. 54), § 6, S. 136 ff. (fehlerhafte Gesellschaft) und § 11 IV 2, S. 298 ff. (Vor-Gesellschaft).

59) OLG Brandenburg, LKV 1997, 426 (427); LKV 1999, 243 (244); ebenso *LG Neuruppin*, I (b) O 656/94 v. 24. 5. 1995 (nicht veröff., inhaltlich wiedergegeben bei *Pencereci/Bluhm*, LKV 1998, 172 [173]); *Hüttemann*, LKV 2002, 122 (123).

60) S. o. Fußn. 53.

61) Für Anfechtungsklage: *OVG Bautzen*, SächsVBl 2002, 298 f.; *OVG Weimar*, ThürVBl 2003, 38 f.; *VG Dessau*, LKV 1997, 466; *VG Dresden*, SächsVBl 2000, 274; für Antrag nach § 80 VwGO: *OVG Weimar*, LKV 2000, 360 (361); *VG Gera*, LKV 1998, 203 (204); LKV 2000, 363 (364); für Normenkontrollantrag: *OVG Bautzen*, LKV 1997, 418; LKV 1999, 61; *OVG Frankfurt (Oder)*, LKV 1997, 460 (461); LKV 1998, 197 (198); *OVG Weimar*, LKV 2003, 237 (238); ThürVBl 2003, 104 (105 ff.); ebenso wohl auch *BVerfG (K)*, LKV 2002, 569 (573).

62) *BVerwG*, NVwZ 2003, 995 (996).

63) S. insoweit nur *K. Schmidt* (o. Fußn. 54), § 6 I 1 a, S. 137.

64) S. insoweit nur *K. Schmidt* (o. Fußn. 54), § 6 III 2, S. 148 f.

65) S. hierzu *Saugier* (o. Fußn. 4), S. 109 ff.

66) So aber OLG Brandenburg, LKV 1997, 426 (428).

67) Zweifeln an der Argumentation des OLG Brandenburg wohl auch *Tomerius*, LKV 1997, 404 (405).

auch geboten, denn die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft knüpft ihre „Geltungskraft“ nicht gerade an den zivilrechtlichen Charakter der betroffenen Verbände, sondern an die Erkenntnis, dass es unmöglich ist, alle von einer – wenn auch fehlerhaft errichteten – Organisation getätigten Rechtsgeschäfte mit Wirkung ex tunc so rückabzuwickeln, als habe die Organisation niemals bestanden⁶⁸. Insofern spielen vor allem auch Gedanken des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit eine maßgebliche Rolle. Einen Schritt in diese Richtung macht § 19 I des Thüringer Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (ThürKGG)⁶⁹. Nach dieser Bestimmung können Gründungsmängel⁷⁰ bei Zweckverbänden nur mit Wirkung ex nunc geltend gemacht werden⁷¹.

c) Was bedeutet die Übertragung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf das Verwaltungsorganisationsrecht nun konkret? Im Verhältnis zum Bürger bedeutet dies vor allem, dass die zwischen ihm und dem fehlerhaft errichteten Verwaltungsträger abgeschlossenen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträge sowie die von dem fehlerhaft errichteten Verwaltungsträger erlassenen Satzungen und Verwaltungsakte nicht „ins Leere“ fallen, sondern einem Rechtssubjekt – dem fehlerhaft errichteten Verwaltungsträger nämlich – zuzurechnen sind. Der fehlerhaft errichtete Verwaltungsträger bleibt damit Zurechnungssubjekt der Handlungen, die in seinem Namen erlassen wurden. So ist ein von einem fehlerhaft errichteten Verwaltungsträger erlassener Verwaltungsakt nicht als Schein-Verwaltungsakt, sondern als „echter“ Verwaltungsakt anzusehen, weil er trotz fehlerhafter Errichtung des Behördenträgers dennoch von einer „Behörde“ i. S. des § 1 IV VwVfG bzw. der entsprechenden verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen der Länder erlassen worden ist⁷². Ebenso kann der fehlerhaft errichtete Verwaltungsträger Vertragspartei eines Vertrages sein⁷³. Für Klagen bzw. Normenkontrollanträge, die gegen Verwaltungsakte oder Satzungen eines solchen Verwaltungsträgers gerichtet sind, ist er selbst Klagegegner nach § 78 I VwGO bzw. § 47 II 2 VwGO. Und schließlich ist der fehlerhaft errichtete Verwaltungsträger selbst passivlegitimierte „Körperschaft“ nach Art. 34 S. 1 GG (und § 89 I BGB) und muss daher für die Handlungen derjenigen einstehen, denen er bestimmte Funktionen „anvertraut“ hat. Da nach den Grundsätzen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft der fehlerhafte Verwaltungsträger nur mit Wirkung ex nunc liquidiert werden kann, ist zudem sichergestellt, dass die sich aus Verträgen, Satzungen und Verwaltungsakten des fehlerhaften Verwaltungsträgers ergebenden Rechte und Pflichten bei der Liquidation zu berücksichtigen sind und gegebenenfalls im Wege der Rechtsnachfolge auf einen anderen Verwaltungsträger übergehen können⁷⁴. Im Ergebnis ist somit ein fehlerhaft errichteter Verwaltungsträger als rechtsfähig zu behandeln, wenn er als rechtsfähige juristische Person des öffentlichen Rechts im Rechtsverkehr aufgetreten, also in Vollzug gesetzt worden ist⁷⁵.

d) Diese Sichtweise ist auch rechtsstaatlich unbedenklich: Das Rechtsstaatsprinzip verlangt nicht ausnahmslos, dass die Fehlerhaftigkeit eines Rechtsaktes zu dessen Nichtigkeit (und zur Nichtigkeit hierauf aufbauender weiterer Rechtsakte) führen muss, sondern gestattet anerkanntermaßen von diesem Grundsatz im Interesse der Rechtssicherheit Ausnahmen und zwar nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des Einzelnen. Für Organisationsakte kann nichts anderes gelten⁷⁶. Dies gilt umso mehr, als die Rechtswidrigkeit der von dem fehlerhaft errichteten Verwaltungsträger erlassenen Rechtsakte wegen Verstoßes gegen die Zuständigkeitsordnung auch bei Übertragung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf das Verwaltungsorganisationsrecht unberührt bleibt: Dementsprechend sind etwa die von einem feh-

lerhaft errichteten Verwaltungsträger erlassenen Verwaltungsakte rechtswidrig und können deshalb bei fristgemäßer Anfechtung aufgehoben werden⁷⁷. Fehler im Errichtungsvorgang eines Verwaltungsträgers wirken sich dementsprechend nur dahin gehend aus, dass die ihm (dennoch) zurechenbaren Rechtsakte wegen Zuständigkeitsmängeln rechtswidrig und gegebenenfalls nichtig sind.

3. Rechtsfolgen der fehlerhaften Errichtung einer Behörde

a) Etwas anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn nicht – wie in den „Zweckverbandsfällen“ – der Verwaltungsträger selbst fehlerhaft errichtet wurde, sondern „nur“ eine Behörde eines Verwaltungsträgers. Dies kann daran liegen, dass die Behördenerrichtung auf einem nichtigen Gesetz oder – entgegen den Anforderungen des institutionellen Gesetzesvorbehalts – nur auf einem zuständigkeitsregelnden Organisationserlass beruht⁷⁸. Auch eine schlicht fehlerhafte Rechtsanwendung kann ursächlich sein, z. B. wenn eine Gemeinde einen Eigenbetrieb errichtet, obwohl das „Unternehmen“, das durch einen Eigenbetrieb verwaltet werden soll, kein eigenbetriebstaugliches Unternehmen ist. In allen diesen Fällen stellt sich die Frage, ob dennoch das Handeln einer solchen Behörde ihrem Behördenträger zugerechnet werden kann.

b) Hiergegen spricht nicht bereits, dass die Zivilrechtsdogmatik keine besondere Lehre vom fehlerhaft errichteten Gesellschaftsorgan entwickelt hat⁷⁹. Dies liegt wohl vor allem daran, dass sich im Kapitalgesellschaftsrecht entsprechende Fallgestaltungen kaum stellen können, da die fehlerhafte Errichtung von Organen regelmäßig auf rechtswidrigen Gesellschafterbeschlüssen beruhen wird, die jedoch nach den Grundsätzen der §§ 241 ff. AktG nur zeitlich begrenzt anfechtbar sind und dementsprechend „bestandskräftig“ werden können⁸⁰. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum das Vertrauen in die Ordnungsgemäßheit einer Behördenerrichtung weniger schützenswert sein sollte als das Vertrauen in die Ordnungsgemäßheit der Errichtung eines

68) OVG Weimar, LKV 2001, 415 (417); LKV 2002, 336 (338); Kollbosser, NJW 1997, 3265 (3268).

69) Aschke, NVwZ 2003, 917 (924 ff.); Saugier (o. Fußn. 4), S. 128 f.

70) Bekanntgabemängel sollen demgegenüber nicht unschädlich sein: OVG Weimar, LKV 2002, 138 (142); LKV 2003, 237 (238); ThürVBl 2003, 104 (105 ff.).

71) Hierzu ausf. OVG Weimar, LKV 2001, 415 (416 ff.); LKV 2002, 138 (143 ff.); LKV 2002, 336 (337 ff.); Aschke, NVwZ 2003, 917 (919 ff.).

72) OVG Bautzen, SächsVBl 2002, 298 f.; OVG Weimar, ThürVBl 2003, 38 f.; VG Gera, ThürVBl 2002, 157 (158); Pencereci/Bluhm, LKV 1998, 172 (175); Saugier (o. Fußn. 4), S. 116, 121 f.; P. Stelkens/U. Stelkens (o. Fußn. 42), § 35 Rdnr. 37 g.

73) Pencereci/Bluhm, LKV 1998, 172 (174).

74) Pencereci/Bluhm, LKV 1998, 172 (177).

75) Ähnlich wohl BVerfG (K), LKV 2002, 569 (570).

76) So auch BVerwGE 58, 299 (302 f.); BVerwG, NVwZ 2003, 995 (996); Aschke, NVwZ 2003, 917 (922 ff.); Degenhart, SächsVBl 2001, 85 (89).

77) Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG und den entsprechenden Bestimmungen dürfte demgegenüber ausscheiden, weil die Fehler bei Errichtung eines Verwaltungsträgers regelmäßig nicht „offensichtlich“ bzw. „offenkundig“ im Sinne dieser Bestimmungen sein werden (OVG Bautzen, SächsVBl 2002, 298 [299 f.]; OVG Weimar, ThürVBl 2003, 38 [39]; VG Gera, ThürVBl 2002, 157 [158]; Degenhart, SächsVBl 2001, 85 [93]; Maslaton, LKV 2001, 163; Pencereci/Bluhm, LKV 1998, 172 [175]; Saugier [o. Fußn. 4], S. 121 f.; P. Stelkens/U. Stelkens [o. Fußn. 44], § 35 Rdnr. 37 g; im Ergebnis wohl auch BVerwG, NVwZ 2003, 995 [996]; a. A. demgegenüber VG Gera, LKV 1998, 203; LKV 2000, 363 [364]).

78) Rasch (o. Fußn. 2), S. 162.

79) Die gesellschaftsrechtliche Lehre vom „faktischen Organ“ (s. hierzu K. Schmidt [o. Fußn. 54], § 14 III 4, S. 419 f.) betrifft die hier interessierenden Fälle nicht.

80) Vgl. K. Schmidt (o. Fußn. 54), § 15 II, S. 440 ff.

Verwaltungsträgers. Es ist vielmehr ein Gebot der Rechtssicherheit, die Handlungen einer fehlerhaft errichteten Behörde ihrem Träger als eigenes Handeln zuzurechnen. Damit gelten die von einer fehlerhaft errichteten Behörde für „ihren“ Verwaltungsträger abgeschlossenen Verträge und die von ihr erlassenen Verwaltungsakte und Rechtsverordnungen als Maßnahmen des Trägers der fehlerhaft errichteten Behörde. Sie sind „nur“ wegen eines Zuständigkeitsmangels rechtswidrig und gegebenenfalls nichtig⁸¹. Darüber hinaus hat der Verwaltungsträger, für den die fehlerhaft errichtete Behörde gehandelt hat, haftungsrechtlich für deren Verhalten einzustehen.

c) Geht man von der Zurechenbarkeit der von einer fehlerhaft errichteten Behörde getroffenen Rechtsakte aus, ist hiermit auch entschieden, dass die fehlerhaft errichtete Behörde – nicht anders als ein fehlerhaft errichteter Verwaltungsträger – nicht mit Wirkung *ex tunc*, sondern nur mit Wirkung *ex nunc* rückabgewickelt werden kann. Daher ist die fehlerhaft errichtete Behörde innerhalb ihres (fehlerhaft bestimmten) Zuständigkeitsbereichs auch berechtigt und verpflichtet, für ihren Verwaltungsträger aufzutreten⁸². Sie kann damit für ihn z. B. auch wirksame Prozesshandlungen vornehmen⁸³. Daher ist auch für die örtliche Gerichtszuständigkeit (z. B. nach § 18 ZPO oder § 52 Nr. 1 VwGO) und für Zustellungsfragen die Rechtmäßigkeit der Behördenerrichtung ohne Bedeutung⁸⁴. Andernfalls würde der Rechtsverkehr mit der kaum klärbaren Frage belastet, welche (rechtmäßig errichtete) Behörde an die Stelle der fehlerhaft errichteten Behörde tritt. Geht man z. B. davon aus, dass die saarländischen Polizeivollzugsbehörden tatsächlich unter Verstoß gegen den institutionellen Gesetzesvorbehalt und damit fehlerhaft errichtet wurden (s. o. II 2e), ließe sich kaum klären, welche Behörde für Polizeivollzugsmaßnahmen zuständig ist, wenn gar keine wirksam errichtete Vollzugspolizei besteht⁸⁵. Eine solche Rechtsunsicherheit wäre unerträglich.

IV. Fazit

Als Gesamtergebnis lässt sich festhalten, dass das Verwaltungsorganisationsrecht einerseits mit dem „zuständigkeitsregelnden Organisationserlass“ eine spezifische Handlungsform kennt, andererseits aber auch spezifische Fehlerfolgen, die in Anlehnung an das private Gesellschaftsrecht – und dennoch als öffentlich-rechtliche Grundsätze – entwickelt werden können. Gerade der Abgrund, der sich für die neuen Länder nach Feststellung der „Inexistenz“ der meisten ihrer Zweckverbände auftat, zeigt aber auch, dass das Verwaltungsorganisationsrecht nach wie vor wissenschaftlich vernachlässigt wird. Dies steht in keinem Verhältnis zur Bedeutung des Gesellschaftsrechts in der Zivilrechtsdogmatik einerseits und der Erkenntnis andererseits, dass das Verwaltungsorganisationsrecht zahlreiche unausgeschöpfte Steuerungsressourcen für die Verwaltung bereithält⁸⁶. Um diese Ressourcen nutzen zu können, ist aber zunächst eine gewisse „Wiederbelebung“ des „klassischen“ Verwaltungsorganisationsrechts notwendig, das in seinen rechtsformübergreifenden Grundstrukturen seit der 4. Auflage des „Verwaltungsrechts II“ von *Wolff/Bachof* aus dem Jahre 1976 keine systematische Darstellung mehr erfahren hat – und damit zunehmend in Vergessenheit gerät. Daher sollte darüber nach-

gedacht werden, ob nicht eine Kodifizierung dieser Grundlagen im Rahmen noch zu schaffender oder bereits bestehender Landesorganisationsgesetze angebracht ist. In diesem Rahmen ließe sich dann auch das Problem fehlerhaft errichteter Verwaltungsträger und Behörden ausdrücklich regeln. Der Grundgedanke des § 19 I ThürKGG könnte hier Vorbildwirkung entfalten.

85) Dass dies das Innenministerium ist, ist schon deshalb nicht selbstverständlich, weil § 83 SaarlPolG diesem Ministerium nur die Aufgabe der Dienst- und Fachaufsicht über die Polizeivollzugsbehörden zuweist.

86) S. hierzu *Schmidt-Aßmann*, Das allg. VerwR als Ordnungsidee, 1998, Rdnrn. 5/1 ff.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 579 ff.

81) Bei Verwaltungsakten dürfte auch hier regelmäßig keine Nichtigkeit, sondern „nur“ Rechtswidrigkeit anzunehmen sein (*Rasch* [o. Fußn. 2], S. 162; *P. Stelkens/U. Stelkens* [o. Fußn. 44], § 35 Rdnr. 37 g).

82) Vgl. hierzu auch *BVerfGE* 1, 14 (39 f.) = *NJW* 1952, 877; *Sponner*, LKV 2003, 314 (315).

83) So im Ergebnis auch *LSG Nordrhein-Westfalen*, NWVBl 2001, 401 (407).

84) A. A. *Zehe*, SGB 2001, 116 (118).