

Elemente der Schadenersatz-Verjährung

Vor der Wahl
Grunderwerbsteuer/Bankgeheimnis/IBAN

Energieeffizienz und Energielieferung
Wer trägt die Kosten?

„Alter Fritz“
Invalidität und Berufsunfähigkeit

Verdeckte Gewinnausschüttung
Haftung für die KEST

Stellenbesetzungsgesetz
Subventionierte Vereine

Elektronische Werbung
Marketing und Datenschutz

Öffentlich geförderte Vereine und das Stellenbesetzungsgesetz

Zahlreiche von der Stadt Wien geförderte, im Kulturbereich tätige Vereine haben jüngst ein Schreiben des Kulturstadtrats erhalten, in dem diese unter Hinweis auf das Stellenbesetzungsgesetz¹⁾ aufgefordert werden, künstlerisch-wissenschaftliche und kaufmännische Leitungspositionen öffentlich auszuschreiben. Ein interessanter Ansatz – allerdings rechtlich unbegründet.

ALEXANDER KOUKAL / THOMAS HÖHNE

Gem § 1 Stellenbesetzungsgesetz hat die Bestellung von Mitgliedern des Leitungsorgans (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer) von Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die der Kontrolle des Rechnungshofs (RH) unterliegen, nach den Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu erfolgen. § 2 verlangt, dass der Besetzung von in § 1 genannten Stellen eine öffentliche Ausschreibung voranzugehen hat.

Voraussetzung für die Anwendung dieses Gesetzes ist daher, dass es sich bei den angesprochenen Vereinen um Unternehmungen handelt, die der Kontrolle des RH unterliegen. Den Kreis dieser Unternehmungen bestimmt Art 126b Abs 2 B-VG: Neben den Gebietskörperschaften sind dies Unternehmungen, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des RH unterliegenden Rechtsträgern jedenfalls mit mindestens 50% des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die der Bund allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt. Zusätzlich unterliegen der Prüfpflicht jene Unternehmungen, die der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des RH unterliegenden Rechtsträgern durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht.

Es wäre daher bei jedem einzelnen der angesprochenen Vereine zu prüfen, ob dieser die erste oder die zweite Voraussetzung für die Prüfpflicht durch den RH erfüllt. Ohne gleich im Vorhinein unzulässig pauschalisieren zu wollen, ist es doch schwer vorstellbar, dass dies bei der Mehrheit der im Kulturbereich tätigen Vereine der Fall ist.

A. Beteiligung oder Beherrschung?

Es beginnt damit, dass Bund, Länder, Gemeinden oder sonstige Gebietskörperschaften nicht an einem Verein beteiligt sein können, weil es an einem Verein definitionsgemäß keine Anteile und damit auch keine Beteiligung gibt – anders als bei Kapital- oder Personengesellschaften. Stammkapital, Grundkapital oder Miteigentumsanteile am Vereinsvermögen existieren nicht. Einen Sonderfall könnten Vereine bilden, bei denen eine Gebietskörperschaft Mitglied ist oder Mitgliederrechte über Treuhänder in der Ge-

Mag. Alexander Koukal, LL.M., ist Kooperationspartner, Dr. Thomas Höhne Partner von Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte in Wien.

- 1) Bundesgesetz über Transparenz bei der Stellenbesetzung im staatsnahen Unternehmensbereich (Stellenbesetzungsgesetz) BGBl I 1998/26.

neralversammlung ausübt. Dies würde nicht den Tatbestand der Beteiligung erfüllen, möglicherweise aber den der Beherrschung, nämlich dann, wenn (was wohl nur bei einer sehr geringen Zahl der in der Mitgliederversammlung stimmberechtigten Mitglieder möglich ist) der bzw den Gebietskörperschaft/en die Mehrheit der Stimmen oder – je nach Ausgestaltung der Statuten – eine qualifizierte Mehrheit zukäme.

Denn die in Art 126 b B-VG genannte Beherrschung „durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen“ muss nach der Rsp einen Einfluss auf die Geschicke des Vereins erzeugen, der einer Mehrheitsbeteiligung gleichkommt. Das heißt aber auch, dass eine bloße Mehrheit in der Mitgliederversammlung wahrscheinlich noch nicht genügen wird, um ein Beherrschungsverhältnis herzustellen. Von Fall zu Fall müsste untersucht werden, in welchem Verhältnis das Leitungsorgan zur Mitgliederversammlung steht: Ist es dieser weisungsunterworfen (was bei Vereinen, anders als etwa bei einer GmbH, nicht so selbstverständlich ist)? Wird es überhaupt von dieser gewählt (was bei Vereinen zwar der Normalfall, aber nicht gesetzlich zwingend ist)? Natürlich kann der beherrschende Einfluss auch anders hergestellt werden, wobei es sich durchaus um eine Kombination verschiedener Elemente handeln kann: verpflichtende Plätze für Entsandte der Gebietskörperschaften im Leitungsorgan, maßgeblicher Einfluss auf das das Leitungsorgan bestellende Organ (das nicht unbedingt die Mitgliederversammlung sein muss), Vetorechte etc.

Bei vielen Vereinen erfolgt die Finanzierung der Tätigkeiten in erheblichen Teilen durch Subventionen der Stadt Wien und des Bundes. Eine Beherrschung iSv Art 126 b Abs 2 B-VG folgt daraus aber nicht. In den meisten Förderungsbedingungen werden dem jeweiligen Subventionsgeber auf den Gegenstand der Subvention beschränkte Kontroll- und Einsichtsrechte eingeräumt. Der Subventionsnehmer verpflichtet sich, die geförderten Tätigkeiten entsprechend der Einreichung abzuwickeln, Änderungen und Verzögerungen zu melden und gegebenenfalls sogar Fördergelder zurückzuzahlen. Aus den Förderbedingungen erfließen aber nicht einmal Weisungsrechte gegenüber der Vereinsleitung im Hinblick auf die geförderten Projekte. Und schon gar nicht kommt den Fördergebern ein Mitspracherecht bei der allgemeinen Geschäftsführung des Fördernehmers zu. Vielmehr können die Vereine von sich aus Jahr für Jahr festlegen, welche Projekte sie realisieren möchten, und diese dann aus eigenem Entschluss für eine allfällige Förderung einreichen. Weder die Stadt Wien noch der Bund geben den Vereinen vor, welche Projekte sie zu realisieren haben und wie diese Projekte ausgestaltet sein müssen. Die Geschäftsführungen agieren unabhängig. Wenn der Bund oder die Stadt Wien die Förderung eines eingereichten Projekts ablehnt oder nur im Fall einer Modifikation gewährt, liegt die Entscheidung, ob das Projekt verändert oder unverändert durchgeführt oder überhaupt abgesagt wird, allein beim Verein. Natürlich müssen die Vereine eine förderungswürdige Tätigkeit vorweisen, und natürlich wird in vie-

len Fällen ausgehandelt, wie sich die Arbeit des Vereins weiterentwickeln könnte und sollte. Für ein Beherrschungsverhältnis reicht das jedoch nicht aus.

B. „Wirtschaftliches Naheverhältnis“?

Das zitierte Schreiben des Kulturamts der Stadt Wien knüpft die Anwendung des Stellenbesetzungsg an ein „wirtschaftliches Naheverhältnis“ an. Dieses Kriterium findet sich in Art 126 b Abs 2 B-VG allerdings nicht. Es kommt ausschließlich darauf an, dass eine Beherrschung vorliegt, die einer Mehrheitsbeteiligung gleichkommt.

Für diese Rechtsansicht spricht auch ein Blick auf die Auslegung des Begriffs „staatliche Kontrolle“ im Bereich der Gebarungstatistik. Das einschlägige Europäische System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnung 2010 (ESVG 2010) definiert den „Sektor Staat“ als Menge aller staatlichen Einheiten und aller nicht-marktbestimmten Organisationen ohne Erwerbszweck, die von staatlichen Einheiten „kontrolliert“ werden. Aus Anhang A Kapitel 20 Z 20.15 ESGV 2010 ergibt sich, dass keine „Kontrolle“ vorliegt, wenn eine Organisation zwar hauptsächlich durch den Staat finanziert wird, ihre Politik oder ihr Programm jedoch in einem signifikanten Umfang selbst bestimmen kann. Immer, wenn das Wort „Kontrolle“ auftaucht, ist Vorsicht geboten, jedenfalls aber dann, wenn es sich um einen nicht ursprünglich deutschsprachigen Text handelt. „To control“ im Englischen bedeutet weit mehr als bloßes Kontrollieren iSv Beaufsichtigen, es meint die Ausübung von Macht und Einfluss, die Steuerung und Regelung. Die „controls“ einer Maschine oder eines Fahrzeugs sind die Bedienungselemente – und nicht bloß die Anzeigen von Geschwindigkeit und Ölstand.

Der Begriff der Kontrolle laut ESGV 2010 ist zwar mit der „Beherrschung“ in Art 126 b B-VG nicht deckungsgleich; dennoch spricht diese Zusammenschau dafür, dass die bloße Finanzierung der Vereinstätigkeit nicht ausreicht, um eine „Kontrolle“ oder Beherrschung durch den Subventionsgeber ohne Hinzutreten weiterer Umstände anzunehmen. In diesem Sinn hat der OGH in seiner die Besetzung der Präsidentschaft des Salzburger Festspielfonds betreffenden E²⁾ auch betont, dass nicht nur der Abgang dieses Fonds überwiegend von den Gebietskörperschaften getragen wird, sondern auch dessen entscheidende Organe im Ergebnis von Gebietskörperschaften bestellt werden. In der E „*Bank Austria I*“³⁾ war für den VfGH wesentlich, dass eine „enge personell-organisatorische Verflechtung iZm jener Rechtsbeziehung zu sehen ist, die mit der – wenn gleich an sich nicht als ‚Beteiligung‘ einzustufenden

2) OGH 26. 4. 2011, 8 Oba 1/11 x ecolex 2011, 847.

3) VfGH 15. 3. 1993, KR 1/92 VfSlg 13.346. Vgl auch *Berka*, Verfassungsrecht⁵ (2014) Rz 872, der unter Zitierung von VfSlg 14.096 davon spricht, dass von einer Beherrschung jedenfalls auszugehen sei, wenn die Gebietskörperschaft die Möglichkeit hat, eine Majorisierung durch andere Gesellschafter abzublocken und die wesentlichen Unternehmensentscheidungen zu bestimmen oder wenn die Gebietskörperschaft das Unternehmen auf andere Weise tatsächlich beherrscht.

– gesetzlichen Haftung der Gemeinde Wien für alle Verbindlichkeiten der Anteilsverwaltung-Z als Ausfallsbürgin nach dem SparkassenG einhergeht und ein eminentes wirtschaftliches Interesse der Haftungsgemeinde an ihrer Sparkasse zur Folge haben muss⁴. Im Fall der Telekom Austria⁴) lag ein Beherrschungsverhältnis vor, weil es ein Syndikatsvertrag der ÖIAG ermöglichte, in allen Fällen, außer jenen, in denen eine qualifizierte Beschlussmehrheit vorgesehen war, ihren Willen im Aufsichtsrat über die von ihr nominierten Aufsichtsratsmitglieder, ferner im Vorstand über die von diesem nominierten Vorstandsmitglieder durchzusetzen. Aus diesen – nur exemplarisch zitierten – E ergibt sich aber eine klare Linie: Zum Tatbestand der Beherrschung gehört wesentlich mehr als bloße Förderung.

C. Verein als „Unternehmung“

Kann ein Verein überhaupt als „Unternehmung“ iSd Art 126 b Abs 2 B-VG bezeichnet werden? Die Judikatur sagt ja. Der Begriff der „Unternehmung“ in Art 126 b Abs 2 B-VG wird regelmäßig dahingehend verstanden, dass unabhängig von einer bestimmten Organisationsform wirtschaftliche Tätigkeiten, die sich auf Vermögenswerte stützen und mit Einnahmen und Ausgaben verbunden sind, erfasst werden, also etwa neben den Kapitalgesellschaften auch Vereine, Stiftungen, Fonds oder Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts.⁵) Es spricht, so der OGH weiter, manches dafür, dass das Stellenbesetzungsg diese weiten Begriff der „Unternehmungen“ übernommen und nur hinsichtlich der eigenen Rechtspersönlichkeit noch klargestellt hat.

Was hätte ein Verstoß gegen Bestimmungen des Stellenbesetzungsg zur Folge? Die zitierte OGH-

E⁶) dehnt eine Rechtsansicht *Schrammels*⁷) zum Universitätsrecht auf Verstöße gegen die Ausschreibungsverpflichtung nach dem Stellenbesetzungsg aus: Verträge, die entgegen zwingenden Mitwirkungsregeln zustande gekommen sind, sind nichtig, nicht aber bei einem bloßen Verstoß gegen das Gebot der Ausschreibung dieser Stellen.⁸)

4) VfGH 5. 3. 2005, KR 2/03 VfSlg 17.489.

5) OGH (FN 2) unter Zitierung von *Kroneder/Partisch in Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2013) Art 126 B-VG Rz 16 f; Rill-Schäffer-Kommentar, Bundesverfassungsrecht (2014) Art 126 Rz 7 f; *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) 407 jeweils mwN. So auch das Gutachten der Bundes-Vergabekontrollkommission v 23. 4. 1999, G-2/99–6: „Auch ein Verein iSd VereinsG kann eine Unternehmung iSd Art 126 b Abs 2 B-VG sein.“

6) Siehe FN 2.

7) In *Mayer*, Universitätsgesetz² (2010) 422 f.

8) Unter Zitierung von *Eiselsberg/Prochaska-Marchried*, Von transparenten Besetzungen und Vertragsschablonen – Das Stellenbesetzungsgesetz, *ecolex* 1998, 319.

SCHLUSSSTRICH

Das Stellenbesetzungsg bezieht sich auf Unternehmungen, die der Kontrolle des RH unterliegen. Für diese ist entweder eine bestimmte Beteiligung der öffentlichen Hand oder eine Beherrschung erforderlich. Zwar können auch Vereine unter den Begriff der Unternehmung fallen. Eine bloße Förderung durch Gebietskörperschaften, ohne dass damit echte Elemente der Beherrschung verbunden sind, genügt jedoch nicht, um eine Zuständigkeit des RH zu begründen und macht damit das Stellenbesetzungsg noch nicht anwendbar.