

Aktuelle Rechtsfragen zur Ausgliederung im Kontext der COFAG- Rechtsprechung des VfGH

Von Maximilian Ponader, LL.M. (WU)*

* Univ.-Prof. Dr. Harald Eberhard sei für die wertvollen Hinweise und die anregenden Diskussionen gedankt.
Für Informationen zum Autor siehe das Autorenverzeichnis auf Seite 261.

A Einleitung

Wenngleich die grundsätzliche Idee der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Rechtsträger außerhalb der „klassischen“ Staatsverwaltung bereits seit dem Mittelalter existiert,¹ konnte gerade in den vergangenen Jahrzehnten eine immer stärkere Tendenz des Gesetzgebers erkannt werden, verschiedenste Aufgaben nicht mehr selbst zu besorgen, sondern auf andere Rechtsträger zu übertragen.² Abhängig von der Frage „was“ übertragen wird, kann dabei eine grobe Differenzierung zwischen Ausgliederung und Beleihung vorgenommen werden.³ Im Fall der Übertragung von Hoheitsgewalt wird von Beleihung gesprochen; ändert sich lediglich die Organisationsform, im Rahmen derer eine Aufgabe besorgt wird, hingegen von Ausgliederung. Die beiden Phänomene, Ausgliederung und Beleihung (Letztere auch Ausgliederung von hoheitlichen Aufgaben genannt), kommen zwar gelegentlich gemeinsam vor, existieren aber völlig unabhängig voneinander. Eine Ausgliederung setzt immer voraus, dass eine bisher staatlich besorgte Aufgabe auf einen privaten Rechtsträger übertragen wird. Bei der Beleihung hingegen liegt der Fokus auf der Übertragung der Hoheitsgewalt. Ob diese auf einen zuvor geschaffenen ausgegliederten Rechtsträger, eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder einen „echten“ Privaten übertragen wird, ist für die daran anknüpfenden Folgen nicht von Bedeutung.⁴

Die Motive für die Einbeziehung Privater in die staatliche Aufgabenbesorgung können vielfältig sein. Beispielhaft können hier etwa die Budgetentlastung,⁵ eine Entpolitisierung der Aufgabenbesorgung,⁶ die Flexibi-

¹ Jellinek, *Verwaltungsrecht* (1966) 526.

² Lachmayer, *Ausgliederung und Beleihung im Spannungsfeld der Verfassung*, JBl 2007, 750 (750 ff). Öhlinger/Eberhard, *Verfassungsrecht*¹³ (2022) Rz 565.

³ Darüber hinaus bestehen noch weitere Formen im Rahmen derer Private Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, siehe dazu umfassend *Fuchs ea* (Hrsg.), *Staatliche Aufgaben, private Akteure II* (2017).

⁴ *Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁶ (2021) Rz 89 ff sowie Rz 114 f (siehe auch den Literaturhinweis auf Seite 264 dieses Bandes).

⁵ Je nach Art der Ausgliederung kann etwa das Erzielen von Staatseinnahmen (Defizitabbau) oder eine Ausgliederung von Schulden aus dem Maastricht-relevanten Staatsbudget angestrebt

lisierung von Entscheidungsabläufen⁷ oder ein betriebswirtschaftlicher Effizienzgewinn⁸ angeführt werden.⁹ Eine effiziente Abwicklung der durch die COVID-19-Pandemie notwendig gewordenen finanziellen Maßnahmen war zumindest ein Motiv, das den Gesetzgeber im März 2020 dazu veranlasste, die nun vom VfGH als teilweise verfassungswidrig erklärte COFAG¹⁰ zu gründen.¹¹ Zur Erfüllung ihrer Aufgaben¹² wurden der COFAG, einer 100% Tochter der ABBAG,¹³ die ihrerseits zu 100% im Eigentum des Bundes steht, vom Bund finanzielle Mittel iHv bis zu 19 Mrd EUR zugesichert (§ 6a Abs. 2 ABBAG-G). Nähere Rahmenbedingungen für die Auszahlung der jeweiligen Förderungen wurden durch als Verordnungen erlassene Richtlinien (vgl. § 3b Abs. 3 ABBAG G) geschaffen. Während der VfGH der COFAG Ende 2021 hinsichtlich der dort vorgebrachten Bedenken noch Verfassungskonformität attestierte,¹⁴ waren es in dem hier näher zu behandelnden

werden (wie es vor dem Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen 2010 leichter möglich war). In der Regel werden bei der Planung aber jene Beeinträchtigungen nicht miteinbezogen, die durch den erhöhten Kosten- und Effizienzdruck für das Budget sowie das Gemeinwohl entstehen können.

⁶ Das Motiv der „Entpolitisierung“ wird in den wenigsten Fällen so verwirklicht, dass der ausgliederte Rechtsträger tatsächlich unabhängig, also losgelöst von politischen Zielsetzungen, agieren kann. Grund hierfür ist nicht das regelmäßig vorgesehene Bestellungs- und Abberufungsrecht der Unternehmensleitung durch den/die zuständige/n Bundesminister:in, sondern in vielen Fällen die Ernennung von Personen in Geschäftsführung oder Aufsichtsrat, die in einem besonderen Naheverhältnis zu den regierenden Parteien stehen.

⁷ Dies kann im Bereich der Personalführung etwa durch Abgehen vom (relativ starren) öffentlichen Dienstrecht erreicht werden. Außerdem werden die strikten verwaltungsrechtlichen Organisations- und Entscheidungsregeln durch flexiblere Bestimmungen des Gesellschaftsrechts zurückgedrängt.

⁸ Etwa durch eine Straffung der Organisationsstruktur oder den Wettbewerb mit echten, privaten Unternehmen und der daraus resultierenden bedarfsorientierten Leistungserbringung.

⁹ *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ Rz 863/2; umfassend *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 15. ÖJT I/1 (2003) 27 ff.

¹⁰ COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH – COFAG.

¹¹ Siehe dazu die Ausführungen der Bundesregierung in VfGH 5. 10. 2023, G 265/2022 u.a. Rz 5.

¹² Siehe § 2 Abs. 2 Z 7 iVm § 6a Abs. 2 ABBAG-Gesetz.

¹³ Abbaumanagementgesellschaft des Bundes – ABBAG.

¹⁴ VfSlg. 20.518/2021.

Erkenntnis¹⁵ spezielle Maßstäbe des Staatsorganisationsrechts, die zu einer Verfassungswidrigkeit der COFAG führten.

B Das Organisationskonzept der Bundesverfassung

Die Bundesverfassung normiert einen hierarchischen (autokratischen) Aufbau der Verwaltung. Gem Art. 77 B-VG erfolgt die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch die vom Bundesminister/der Bundesministerin geleiteten Bundesministerien, die sich wiederum zur Erfüllung der Aufgaben ihnen nachgeordneten Dienststellen zu bedienen haben. Funktionsbedingung für den hierarchischen Verwaltungsaufbau ist dabei das in Art. 20 Abs. 1 B-VG normierte Weisungsrecht. Durch dieses wird ein Aufsichts- und Leitungszusammenhang zwischen den obersten und den ihnen nachgeordneten Organen hergestellt, was letztlich die Verantwortlichkeit des obersten Organs gegenüber dem Parlament rechtfertigt.¹⁶ Durch die Einbindung jedes Organwalters in die staatliche Legitimationskette sowie durch die Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 18 Abs. 1 B-VG) wird eine Rückkoppelung der Verwaltung an das Parlament erreicht und – organisatorisch-personelle (Art. 20 Abs. 1 B-VG) sowie sachlich-funktionelle (Art. 18 Abs. 1 B-VG) – demokratische Legitimation geschaffen.¹⁷

¹⁵ Insgesamt sind es fünf am 5. Oktober 2023 veröffentlichte Entscheidungen, in denen sich der VfGH mit verschiedenen Aspekten im Kontext der COFAG beschäftigte. Im vorliegenden Beitrag sollen die beiden Erkenntnisse (G 265/2022 u.a. sowie V 236/2022 u.a.) näher behandelt werden, in denen der VfGH zentrale Fragen des Staatsorganisationsrechts behandelte. Im Übrigen beschäftigte sich der Gerichtshof einerseits mit der Zulässigkeit des Ausschlusses von öffentlichen Unternehmen von den COVID-19-Hilfen (VfGH 5. 10. 2023, V 139/2022 u.a. und G 108/2022 u.a.) sowie andererseits mit der Frage, ob es zulässig ist, die Förderungswürdigkeit mit spezifischen Verhaltenspflichten (im konkreten Fall dem steuerlichen Wohlverhalten) zu verknüpfen (VfGH 5. Oktober 2023, V 145/2022, V 172/2022 und G 172/2022). Den Ausschluss öffentlicher Unternehmen erachtete der VfGH vor dem Hintergrund des in § 2 F VG normierten Konnexitätsgrundsatzes als unproblematisch. Der Verknüpfung der Förderungswürdigkeit mit dem steuerlichen Wohlverhalten bescheinigte der Gerichtshof zwar dem Grunde nach Verfassungskonformität, im vorliegenden Fall fehlte allerdings die Festlegung einer Frist, in der die die Förderungswürdigkeit ausschließende Tat begangen wurde.

¹⁶ Ehlers in Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁶ (2022) § 6 Rz 8 mwN; Lachmayer, JBl 2007, 753.

¹⁷ Siehe nur Wimmer, Demokratische Legitimation und Kontrolle weisungsfreier Verwaltungsorgane, in FS Korinek (2010) 3 (6 ff) mwN.

Mit diesem Organisationskonzept ist der Umstand verbunden, dass ein Herauslösen einer Aufgabe aus dem staatlichen Verwaltungsapparat zwangsläufig zu einer Lockerung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Legitimationszusammenhangs führt.¹⁸ Vor diesem Hintergrund hat der VfGH dem grundsätzlichen Vorgang der Übertragung von Hoheitsgewalt zwar bereits früh Verfassungskonformität attestiert,¹⁹ allerdings auch spezifische Voraussetzungen hierfür aufgestellt.²⁰ Eine Beleihung ist nur dann zulässig, wenn sich „nicht aus dem durch den Wesensgehalt der Bundesverfassung allgemein bestimmten Aufbau der staatlichen Verwaltung oder aus einzelnen besonderen Bestimmungen der Bundesverfassung eine Einschränkung ergibt.“²¹ So dürfen etwa nur vereinzelte Aufgaben und keine Kernaufgaben des Staates²² ausgegliedert werden. Weiter muss das Gesetz, mit dem hoheitliche Aufgaben übertragen werden, dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot sowie dem verfassungsrechtlichen Effizienzprinzip entsprechen und ausreichend determiniert iSd Art. 18 B-VG sein. Abschließend – dies ist wohl das wichtigste Kriterium – muss dem zuständigen obersten Organ eine ausreichende Steuerungsmöglichkeit (Leitungs- und Aufsichtsbefugnis) zukommen, um der zuvor beschriebenen Lockerung des vorgegebenen Legitimationszusammenhangs entgegenzuwirken.²³ Diese Grenzen gelten vorrangig für die Übertragung von Hoheitsgewalt, wenngleich auch eine Ausgliederung nicht grenzenlos möglich ist.²⁴ Zumindest teilweise haben diese unterschiedlichen „Zulässigkeitsvoraussetzungen“ ihren Ursprung im Verwaltungsbegriff des Art. 20 Abs. 1 B-VG.

¹⁸ So auch *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 46 (46 ff).

¹⁹ VfSlg. 1455/1932, 3685/1960, 4413/1963.

²⁰ VfSlg. 3685/1960, 10.213/1984, 14.473/1996, 16.400/2001, 19.728/2012.

²¹ VfSlg. 3685/1960, 61.

²² Als sog. „beleihungsfeste“ Kernaufgaben erachtete der VfGH bisher etwa das Strafrechtswesen (VfSlg. 16.300/2001), die Gestaltung von außenpolitischen Beziehungen (VfSlg. 16.955/2003) oder den Kern der Zivildienstverwaltung (VfSlg. 17.341/2004).

²³ Siehe zitierte Rechtsprechung in FN 20 sowie *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Rz 861.

²⁴ Grenzen für die Übertragung von nicht-hoheitlichen Aufgaben wurden vom VfGH bisweilen zwar angedeutet, aber nicht näher konkretisiert. Siehe etwa VfSlg. 18.808/2009.

C Der Verwaltungsbegriff des Art. 20 Abs. 1 B-VG

Gemäß Art. 20 Abs. 1 B-VG wird „die Verwaltung“ unter Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder durch ihnen nachgeordnete, grundsätzlich (vgl. aber auch Art. 20 Abs. 2 B-VG) weisungsgebundene Organe besorgt. Was alles unter den in Art. 20 Abs. 1 B-VG normierten Verwaltungsbegriff fällt, ist auslegungsbedürftig.²⁵ Bei der Betrachtung der Staatsgewalten wird zunächst klar, dass Verwaltung jene Staatsgewalt ist, bei der es sich nicht um Gesetzgebung oder Gerichtsbarkeit handelt. Damit ist aber weder die Frage geklärt, ob der Verwaltungsbegriff sich sowohl auf die Hoheits- als auch die Privatwirtschaftsverwaltung bezieht, noch ob Verwaltung nur von Verwaltungsorganen im organisatorischen oder auch im funktionellen Sinn besorgt werden kann. Schließlich erfolgt erst durch die Einordnung einer Tätigkeit als „Verwaltung“ iSd Art. 20 Abs. 1 B-VG eine Einbindung des fraglichen Rechtsträgers in den staatlichen Leitungs- und Weisungszusammenhang, wodurch (organisatorisch-personelle) demokratische Legitimation geschaffen wird.²⁶

Die hL geht davon aus, dass „Verwaltung“ zunächst all das ist, was von Organen im organisatorischen Sinn – also im Rahmen der unmittelbaren Staatsverwaltung – besorgt wird, und zwar unabhängig von der eingesetzten Handlungsform (z.B. Bescheid oder [zivilrechtlicher] Vertrag) und inhaltlichen Anforderungen. Ein ausgegliederter Rechtsträger ist nach der herrschenden Lehre und Judikatur nur dann ein Organ im funktionellen Sinn, wenn ihm Aufgaben der Hoheitsverwaltung übertragen wurden. So liegt etwa auch im Fall eines Beliehenen Verwaltung im funktionellen Sinn vor.²⁷ Weil Art. 20 Abs. 1 B-VG für Rechtsträger außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung nicht unmittelbar anwendbar ist,²⁸ hat der VfGH für solche Konstellationen die

²⁵ *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 10 ff; *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, in FS Antonioli (1979) 35.

²⁶ *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 356; *Wimmer*, Demokratische Legitimation 8.

²⁷ *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Rz 834 und Rz 1015. *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 10 ff. VfSlg. 20.522/2021 Rz 57 mwN.

²⁸ VfSlg. 16.400/2001.

zuvor genannten Voraussetzungen aufgestellt.²⁹ Die Rechtsprechung, wonach der Gesetzgeber im Fall eines Beliehenen eine ausreichende Steuerungs- und Leitungsbefugnis normieren muss, kann – vereinfacht gesagt – so verstanden werden, dass die bei einem Organ im funktionalen Sinn fehlenden „organisatorischen Komponenten“ und die damit einhergehende fehlende demokratische Legitimation durch spezielle gesetzliche Regelungen ausgeglichen werden müssen. Dem Gesetzgeber soll gerade im Bereich der Hoheitsverwaltung nicht die Möglichkeit gegeben werden, sich in eine „verdünnte“ Staatlichkeit zu flüchten.

1 ... daran anknüpfende Voraussetzungen für die Übertragung von nicht-hoheitlichen Aufgaben

Dieser Gedanke wird vom VfGH im Zusammenhang mit der COFAG auf eine spezifische Art der nicht-hoheitlichen Aufgabenbesorgung übertragen.³⁰ Grundsätzlich handelt es sich nämlich bei der Tätigkeit eines ausgegliederten Rechtsträgers nicht um Verwaltung iSd Art. 20 Abs. 1 B-VG, weil die als maßgebliches Zurechnungsmerkmal angesehene Kompetenz zur Setzung von Hoheitsakten fehlt. Es ist also keine Einbindung des ausgegliederten Rechtsträgers in den von Art. 20 Abs. 1 B-VG geforderten Legitimationszusammenhang notwendig. Zusätzlich nimmt die herrschende Ansicht an, dass das Legalitätsprinzip bei der Besorgung von Aufgaben der Privatwirtschaftsverwaltung – auch wenn diese durch Organe der staatlichen Verwaltung iSd erfolgt – nicht gilt.³¹ Es gilt der Grundsatz „Staat darf nur, was ihm das Gesetz erlaubt, Privat darf alles, was nicht gegen das Gesetz verstößt.“³² Im Fall eines ausgegliederten Rechtsträgers fehlt also nicht nur die bereits genannte „organisatorische Komponente“ und

²⁹ Siehe bereits B.

³⁰ Siehe ausführlich VfGH 5. 10. 2023, G 265/2022 u.a. Rz 21 ff sowie unter C.2.

³¹ Siehe nur *Muzak*, B-VG⁶ (2020) Art 18 B-VG mwN. Dies bedeutet freilich nicht, dass der Gesetzgeber nichthoheitliches Verwaltungshandeln nicht regeln dürfte. Auch in diesem Bereich kann er etwa durch außenwirksames Verwaltungsprivatrecht oder Selbstbindungsgesetz die privatwirtschaftliche Tätigkeit näher determinieren (*Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht IV² [2017] Rz 49.007).

³² *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht IV Rz 49.004.

die daraus abgeleitete personell-organisatorische demokratische Legitimation, sondern auch die funktionell sachliche demokratische Legitimation durch Gesetz.³³ Das privatwirtschaftliche Handeln von ausgliederten Rechtsträgern kann weder über die Verantwortlichkeit des obersten Organs (Art. 20 B-VG) noch über Gesetz (Art. 18 B-VG) auf das Parlament zurückgeführt werden. Isoliert betrachtet ist dies nicht problematisch, weil der Staat den Bürger:innen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung grundsätzlich „auf gleicher Ebene“³⁴ gegenübertritt, weshalb eine Einbindung in den Legitimationszusammenhang nicht notwendig ist.³⁵ Es entspricht dem Normprogramm von Art. 17 bzw. Art. 116 Abs. 2 B-VG, ein erwerbswirtschaftliches Tätigwerden des Staates unabhängig von der verfassungsrechtlichen Zuständigkeits- und Organisationsordnung zu ermöglichen.³⁶

Problematisch wird die fehlende Legitimation dann, wenn man die Judikatur zur Abgrenzung von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung miteinbezieht: Nach dieser steht es dem Staat prinzipiell frei, ob er Aufgaben hoheitlich oder im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung besorgt. Es kommt nicht auf die inhaltliche Qualifikation, das Motiv oder den Zweck des fraglichen Handelns, sondern nur auf die verwendete Rechtsatzform an.³⁷ Diese Rechtsprechung führt dazu, dass die Privatwirtschaftsverwaltung in manchen Konstellationen „eine der Hoheitsverwaltung gleichwertige, funktional äquivalente Form“³⁸ der staatlichen Aufgabenbesorgung darstellt. Im Ergebnis unterliegt die staatliche Aufgabenbesorgung, abhängig davon, ob sie im Rahmen der Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung erfolgt, unterschiedlichen Rahmenwerken. Dies kann im Fall einer „klassischen“ erwerbswirt-

³³ So sichert das Legalitätsprinzip die (mittelbare) Rückführbarkeit des Verwaltungshandelns auf das Parlament (*Wimmer*, Demokratische Legitimation 4 mwN).

³⁴ *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Rz 1015.

³⁵ *Holoubek*, Die „Verwaltung“ des Art 20 Abs 1 B-VG, in FS Merli (2023) 359. Siehe auch *Kahl*, Art 17 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar (11. Lfg, 2013) Rz 6.

³⁶ VfGH 5. 10. 2023, G 265/2022 u.a. Rz 41.

³⁷ Ständige Rechtsprechung beginnend mit VfSlg. 3262/1957. Dazu *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Rz 737; *Muzak*, Art 17 B-VG Rz 3.

³⁸ VfGH 5. 10. 2023, G 265/2022 Rz 47. *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht IV Rz 49.004.

schaftlichen Tätigkeit durchaus gerechtfertigt sein.³⁹ In anderen Fällen lässt sich wiederum nicht erklären, warum dem Gesetzgeber die Möglichkeit gegeben werden soll, sich in eine „verdünnte“ Staatlichkeit zu flüchten. In diesem Sinn sprach der VfGH in anders gelagerten Fällen bereits aus, dass in Zweifelsfällen bei der Abgrenzung von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung berücksichtigt werden muss, in welchem Kontext das Verwaltungshandeln gesetzt wird.⁴⁰

2 ... am Beispiel der COFAG

Um festzustellen, wann von einer der Hoheitsverwaltung gleichwertigen, funktionalen Äquivalenz der Privatwirtschaftsverwaltung gesprochen werden kann, muss nach Ansicht des VfGH eine – in der Judikatur soweit ersichtlich nicht näher konkretisierte – „spezifische organisatorische und funktionelle Nahebeziehung“ zum Staat vorliegen.⁴¹ Eine organisatorische Nahebeziehung liege dann vor, wenn eine Gebietskörperschaft zumindest mehrheitlich an dem ausgegliederten Rechtsträger beteiligt ist bzw. einen vergleichbaren beherrschenden Einfluss hat. An der COFAG ist der Bund mittels der ABBAG mittelbar Alleingesellschafter, was eine ausreichende organisatorische Nahebeziehung darstellt. Hinsichtlich der funktionellen Nahebeziehung stellt der VfGH auf einen Aufgabenübertragungszusammenhang ab. Dieser ergibt sich im Fall der COFAG sowohl aus der zu erbringenden Tätigkeit als auch aus der spezifischen Art und Weise der Aufgabenbesorgung. Besonders zu erwähnen ist hier auch die funktionelle Äquivalenz der zu gewährenden Ausgleichsleistungen zu den – behördlich zu entscheidenden – Entschädigungsansprüchen nach dem Epidemiegesetz (EpiG).⁴²

³⁹ So liegt Verwaltung iSd Art. 20 Abs. 1 B-VG jedenfalls dann nicht vor, „wenn der ausgegliederte Rechtsträger als ein Wirtschaftssubjekt im Wirtschaftsverkehr der Privaten untereinander, also am Markt unter bestehenden oder staatlich organisierten Wettbewerbsbedingungen, auftritt“ (VfGH 5. 10. 2023, G 265/2022 u.a. Rz 47).

⁴⁰ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht Rz 1015; VfSlg. 20.235/2018. Die ältere Rechtsprechung ging dagegen davon aus, dass es sich in Zweifelsfällen – aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage – jedenfalls um eine Aufgabenbesorgung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handelt (Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 239).

⁴¹ VfGH 5. 10. 2023, G 265/2022 u.a. Rz 45 ff.

Zusammengefasst spricht für die Annahme einer spezifischen funktionellen Nahebeziehung nach dieser jüngsten Rechtsprechung des VfGH, dass der COFAG kein unternehmerischer Spielraum zukommt und es keinen erkennbaren Unterschied in der Aufgabenbesorgung danach gibt, ob der Bund die Tätigkeit selbst oder diese privatwirtschaftlich durch die COFAG besorgen lässt. Schließlich handle es sich um keine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, was sich nicht nur am weiten Kreis der begünstigten Unternehmen, sondern auch an den hohen finanziellen Mitteln zeige. Das Vorliegen eines spezifischen funktionellen und organisatorischen Naheverhältnisses zum Staat führt nach dem VfGH zum Ergebnis, dass es sich bei den der COFAG durch das ABBAG-G übertragenen Tätigkeiten um Verwaltung iSd Art. 20 Abs. 1 B-VG handelt. Das maßgebliche Zurechnungsmerkmal für die Annahme von funktioneller Verwaltung ist nunmehr nicht ausschließlich die Übertragung von Hoheitsgewalt, sondern auch die Übertragung von einer – man könnte von einer im Gewand der Privatwirtschaftsverwaltung auftretenden Form der Hoheitsverwaltung sprechen – spezifischen Form der Privatwirtschaftsverwaltung.⁴³

3 ... und daraus resultierende Folgen.

a. Einräumung von entsprechenden Aufsichts- und Leitungsbefugnissen

Weil Art. 20 Abs. 1 B-VG für ausgegliederte/beliehene Rechtsträger nicht unmittelbar gilt,⁴⁴ ist die erste Folge der Einordnung der COFAG als (funktionelle) Verwaltung der Auftrag an den Gesetzgeber, eine dem Art. 20 Abs. 1 B-VG entsprechende Aufsichts- und Leitungsbefugnis des obersten Organs zu normieren.⁴⁵ Insbesondere muss verhindert werden, dass das Herauslösen einer Aufgabe aus der

⁴² Mit der funktionellen Äquivalenz der zu gewährenden Ausgleichsleistungen begründete der VfGH auch die Unsachlichkeit des Ausschlusses eines Rechtsanspruches auf die von der COFAG auszubehaltenden Leistungen (vgl. § 3b Abs. 2 ABBAG-G).

⁴³ IdS bereits *Kucsko-Stadlmayer*, Ausgliederung 69 f, und *Korinek*, ÖZW 2000, 51 ff jeweils mwN.

⁴⁴ VfSlg. 16.400/2001.

⁴⁵ VfSlg. 14.473/1996, 15.946/2000.

unmittelbaren Staatsverwaltung zu einer Schlechterstellung gegenüber jenen Konstellationen führt, in denen die Geschäftsführung unter der direkten Leitung der BReg oder deren Mitgliedern besorgt wird (vgl. Art. 52 B-VG). Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH ist eine explizite Normierung der Aufsichts- und Leitungsbefugnisse allerdings dann nicht notwendig, wenn sich ausreichende Ingerenzbefugnisse aus dem Gesellschaftsrecht ergeben.⁴⁶

Die einzige Möglichkeit, um auf die Geschäftsführung der COFAG durchzugreifen, liegt darin, der Geschäftsführung der ABBAG eine Weisung zu erteilen. Diese ist wiederum verpflichtet, die Weisung an die Geschäftsführung der COFAG weiterzuleiten. Auch diese indirekte Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse reicht nach Ansicht des VfGH aus, um den durch Art. 20 Abs. 1 B-VG geforderten Ingerenzbefugnissen zu entsprechen.⁴⁷ Dabei muss berücksichtigt werden, dass das gerade Gesagte wohl nur in jenen Konstellationen gilt, in denen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) im Alleineigentum des Staates stehen. Sowohl im Fall einer zwischengeschalteten Aktiengesellschaft als auch dann, wenn der Staat bloß eine Mehrheitsbeteiligung an der GmbH hält, müssen wohl sondergesellschaftsrechtliche Regelungen für die Herstellung ausreichender Ingerenzbefugnisse geschaffen werden.⁴⁸

⁴⁶ Ob von einer Äquivalenz der gesellschaftsrechtlichen Steuerungsmöglichkeiten gesprochen werden kann, ist jedenfalls maßgeblich von der Rechtsform und der Gesellschafterstruktur des jeweiligen Rechtsträgers abhängig. Siehe dazu etwa *Horner, Ausgliederung und Ingerenz* (2004) 107 ff.

⁴⁷ VfGH 5. 10. 2023, G 265/2022 u.a. Rz 96 ff.

⁴⁸ Dies wird im Fall der Aktiengesellschaft mit der Weisungsfreiheit des Vorstandes (§ 70 AktG), bei einer nicht im Alleineigentum der Gebietskörperschaft stehenden GmbH mit dem Risiko, dass durch Gesellschafterbeschluss zu übermittelnde Weisungen mittels Nichtigkeitsklage (§ 41 GmbHG) bekämpft werden können, begründet (*Horner, Ausgliederung* 107 ff mwN).

b. Besondere Voraussetzungen für die Weisungsfreistellung

Ausreichende Ingerenzbefugnisse iSd Art. 20 Abs. 1 B-VG liegen im Fall einer Weisungsfreistellung gem Art. 20 Abs. 2 B-VG nicht vor. Eine Weisungsfreistellung ist deshalb – vereinfacht gesagt – nur dann verfassungskonform, wenn ein Tatbestand des Art. 20 Abs. 2 B-VG einschlägig ist und ein angemessenes Aufsichtsrecht vorgesehen ist. Die Möglichkeit der Weisungsfreistellung besteht – wie der VfGH erst kürzlich in der Entscheidung zur AQ Austria klarstellte – auch für beliebige Rechtsträger, wobei insbesondere darauf zu achten sei, dass das zwischen Art. 20 Abs. 1 und 2 B-VG bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht umgekehrt wird.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund verwundert es etwas, dass der VfGH bei der Prüfung der Weisungsfreistellung der COFAG⁵⁰ Art. 20 Abs. 2 B-VG nicht einmal erwähnt.⁵¹ Vielmehr kommt der Gerichtshof direkt zum Schluss, dass es sich um eine verfassungsrechtlich unzulässige Weisungsfreistellung handelt, weil der von Art. 20 Abs. 1 B-VG geforderte Leitungs- und Aufsichtszusammenhang nicht ausreichend sichergestellt ist. Bereits weil kein Tatbestand des Art. 20 Abs. 2 B-VG einschlägig ist, wäre eine Weisungsfreistellung der COFAG zwar ohnehin nicht verfassungskonform, dennoch wäre ein Eingehen auf die einschlägigen Erfordernisse für diese neue, besondere Form eines ausgegliederten Rechtsträgers wünschenswert gewesen. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Aussagen des VfGH zum Verwaltungsbegriff des Art. 20 Abs. 1 B-VG nicht nur iZm der COFAG, sondern auf einer allgemeinen Ebene erfolgen.

c. Verdichtete parlamentarische Kontrolle

Die Einordnung der Tätigkeit der COFAG als funktionelle Verwaltung hat noch weitere, außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs

⁴⁹ VfSlg. 20.522/2021. Dazu Pavlidis, Funktionsgerechte Verwaltungsstruktur(en) als Verfassungspostulat, ÖZW 2022, 197 (200 ff).

⁵⁰ Mehrere Verordnungen sahen vor, dass die COFAG bei der Vergabe der jeweiligen Zuschüsse zwar an die erlassenen Richtlinien gebunden, im Übrigen aber weisungsfrei ist.

⁵¹ Siehe VfGH 5. 10. 2023, V 236/2022 u.a. Rz 50 ff.

des Art. 20 Abs. 1 B-VG liegende Auswirkungen, etwa auf das in Art. 52 B-VG normierte Interpellationsrecht des National- und Bundesrats.⁵² Auch bei der Festlegung des Untersuchungsgegenstandes (Art. 53 Abs. 2 B-VG) oder der Beurteilung einer (Akten-) Vorlagepflicht (Art. 53 Abs. 3 B-VG) kommt der Einordnung als funktionelle Verwaltung erhebliche Bedeutung zu.⁵³

D Sachlichkeits- und Effizienzgebot

Obwohl der VfGH einen erheblichen Begründungsaufwand in die Einordnung der COFAG als Verwaltung iSd Art. 20 Abs. 1 B-VG investiert, liegt der entscheidende Aspekt, der das Verdikt der Verfassungswidrigkeit bewirkt hat, – zumindest auf einen ersten Blick – nicht im Bereich des Staatsorganisationsrechts, sondern des allgemeinen Sachlichkeitsgrundsatzes. Bereits im Prüfungsbeschluss ging der VfGH vorläufig davon aus, dass die Aufgabenübertragung an die COFAG nur dann zulässig sei, wenn sie dem aus dem Gleichheitsgrundsatz ableitbaren Sachlichkeitsgebot und dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot entspricht.⁵⁴ Der tatsächliche Inhalt dieses in der Entscheidung zur *Austro-Control-GmbH*⁵⁵ geschaffenen „Stehsatzes“ ist nach wie vor weitgehend unklar.

1 Sachlichkeits- und Effizienzgebot als Maßstab für ausgegliederte Rechtsträger

Grundsätzlich gilt, dass auch eine Ausgliederung/Beleihung, wie andere Akte der Gesetzgebung, dem Gleichheitsgrundsatz, dem daraus abgeleiteten allgemeinen Sachlichkeitsgebot und dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot – iS der Prüfungskriterien des Rechnungshofes

⁵² Vgl. dazu *Pabel*, Art 52 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar (14. Lfg, 2014) Rz 70 ff.

⁵³ Vgl. dazu *Kahl*, Art 53 B-VG, in Korinek/Holoubek ea (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (18. Lfg, 2023) Rz 22 und Rz 33.

⁵⁴ VfGH 29. 9. 2022, V 139/2022 und G 108/2022 Rz 20 f, 5. 10. 2023, G 265/2023 u.a. Rz 51 mit Verweis auf VfSlg. 14.473/1996, 16.400/2001 und 17.341/2004. *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Rz 861; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 565.

⁵⁵ VfSlg. 14.473/1996.

– entsprechen muss.⁵⁶ Rechtsprechung und Literatur gestehen dem Gesetzgeber allerdings einen weiten rechtspolitischen Einschätzungs- und Prognosespielraum zu, was auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle hinausläuft.⁵⁷ Insbesondere nimmt der VfGH keine vergleichende Beurteilung einzelner Ausgliederungsgesetze untereinander vor.⁵⁸ Der Gesetzgeber ist nicht dazu verpflichtet, bestimmte Sachgründe für eine Ausgliederung anzugeben.⁵⁹ Vielmehr reicht es aus, wenn nur „irgendwelche vernünftigen Gründe“ für die vom Gesetzgeber angeführten Zwecke gefunden werden können.⁶⁰ Wenn gute Gründe sowohl für die eine als auch die andere Lösung sprechen, ist es nicht Aufgabe des VfGH zu überprüfen, welches die „besseren“ Gründe sind.⁶¹ Die Grenze des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums ist erst dann erreicht, wenn „zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel“ vorgesehen werden.⁶² Ein ähnlicher Maßstab gilt für das mit dem Sachlichkeitsgebot in engem Zusammenhang stehende Effizienzprinzip.⁶³ Eine Regelung kann auch dann unsachlich sein, wenn durch sie „eine effiziente, an den Kriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit orientierte Verwaltungstätigkeit geradezu inhibiert“ erscheint.⁶⁴ Ein Verstoß gegen das Effizienzgebot ist deshalb wohl auch erst dann anzunehmen, „wenn es gänzlich unvertretbar ist, eine Maßnahme als wirtschaftlich, sparsam und zweckmäßig zu bewerten.“⁶⁵

Fälle, in denen der VfGH eine Beleihung aufgrund eines Verstoßes gegen das Sachlichkeits- oder Effizienzgebot als verfassungswidrig erklärte, gibt es – soweit ersichtlich – nicht. Im Zusammenhang mit der

⁵⁶ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht Rz 861; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 565.

⁵⁷ VfSlg. 14.473/1996. Lukan, Organkreation (2018) 308.

⁵⁸ Kucsko-Stadlmayer, Ausgliederung 58.

⁵⁹ Krit Rill, Grenzen der Ausgliederung behördlicher Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung, ÖBA 1996, 748 (754).

⁶⁰ Korinek, ÖZW 2000, 48 f.

⁶¹ Korinek, ÖZW 2000, 49.

⁶² Vgl. etwa VfSlg. 8457/1978; 12.227/1998.

⁶³ Siehe eingehend Arnold, Rechtsstaat, demokratische Legitimation und Effizienz, in FS Wimmer (2008) 1 (10 ff).

⁶⁴ VfSlg. 11.190/1986, 19.412/2011.

⁶⁵ Siehe etwa VfSlg. 14.473/1996 mit Verweis auf Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 177 f.

Beurteilung von ausgegliederten Rechtsträgern zog der VfGH den Gleichheitsgrundsatz bislang vor allem dort heran, wo ausgegliederten Rechtsträgern Sonderrechte eingeräumt wurden. In diesen Fällen ging es aber stets um die „äußere Organisation“ des ausgegliederten Rechtsträgers also etwa Fragen, inwieweit eine Begünstigung des im Wettbewerb zu Privaten tätig werdenden ausgegliederten Rechtsträgers sachlich gerechtfertigt ist.⁶⁶ Der in allen anderen Fällen erfolgende Rückzug auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle von Sachlichkeit und Effizienz kann (unter anderem) dadurch erklärt werden, dass es sich bei den der Ausgliederung zugrunde liegenden Prognosen und Einschätzungen idR um politische Fragen handelt, die bereits aus einer gewaltenteilenden Perspektive nur äußerst eingeschränkt einer verfassungsgerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle zugänglich sein sollten.⁶⁷

2 Die COFAG gemessen am Sachlichkeits- und Effizienzgebot

Bei der Beurteilung der COFAG geht es nicht um einen solchen Fall, in dem einer Gesellschaft Sonderrechte eingeräumt wurden. Nach Ansicht des VfGH widerspricht im Fall der COFAG nicht nur die Ausgliederung an sich, sondern auch die konkrete Organisation der COFAG und die spezifische Art und Weise der Aufgabenerfüllung dem Sachlichkeitsgebot. Der COFAG komme – so der VfGH – (nahezu) keine wesentlich selbständig zu entscheidende Aufgabe zu. Vielmehr wurden alle wesentlichen Überprüfungsaufgaben im Zusammenhang mit der Setzung der finanziellen Maßnahmen durch die Finanzverwaltung besorgt.⁶⁸ Zusammengefasst ist die Einrichtung der COFAG also deshalb unsachlich, weil die übertragenen Aufgaben in einer gleichen bzw. vergleichbaren (oder auch besseren?) Weise ebenso im Rahmen der unmittelbaren Staatsverwaltung besorgt werden hätten können.

⁶⁶ VfSlg. 5854/1968, 14.805/1997; *Kucsko-Stadlmayer*, Ausgliederung 57 ff mwN.

⁶⁷ Dazu *Wiederin*, Öffentliche und private Umweltverantwortung – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in *ÖWAV* (Hrsg.), Staat und Privat im Umweltrecht (2000) 75 (84).

⁶⁸ Vgl. näher VfGH 5. 10. 2023, G 265/2022 u.a. Rz 74 ff.

3 Besonderer Sachlichkeitsmaßstab?

Wenn man die Argumentation des VfGH betrachtet, stellt sich im Zusammenhang mit dem aus dem Gleichheitssatz des Art. 7 B-VG ableitbaren Sachlichkeitsgebot die Frage, ob es sich um einen Fall handelt, in dem Personen in gleicher Lage ungleich bzw. trotz wesentlich unterschiedlicher Lage gleich behandelt werden.⁶⁹ Bereits in der Vergangenheit wurde der VfGH für das Heranziehen von Art. 7 B-VG im Bereich des Organisationsrechts kritisiert.⁷⁰ So brachte Raschauer iZm dem Austro-Control-Erkenntnis⁷¹ etwa vor: „Wer die Art 20 und 77 B-VG nicht wahrhaben will, flüchtet [...] in den Gleichheitssatz und entnimmt diesem, daß Ausgliederungen dann verfassungsmäßig sind, wenn sie (unter anderem) sachlich sind – obwohl niemand angeben kann, wann eine Organisationsnorm sachlich ist.“⁷² Prüft der VfGH Organisationsnormen am Sachlichkeitsgebot, entsteht der Eindruck, dass er nicht die „ungleichmäßig vorgenommene, sondern die Ausgliederung bzw. Beileihung an sich für rechtfertigungsbedürftig“ ansieht.⁷³

Der dogmatische Anknüpfungspunkt für ein solches „organisationsrechtliches Sachlichkeitsgebot“ kann dann aber nicht mehr im in Art. 7 B-VG normierten Gleichheitsgrundsatz liegen, sondern muss sich aus dem Organisationskonzept der Bundesverfassung ergeben.⁷⁴ Dieser besondere Sachlichkeitsmaßstab hätte dabei – aus verfassungsgerichtlicher Perspektive – für sich, dass sich die auch nicht direkt und allein aus Art. 20 Abs. 1 B-VG ergebenden Verpflichtungen auf einen allgemeinen, sich aus den organisationsrechtlichen Bestimmungen der Verfassung ergebenden Grundsatz zurückführen ließen.⁷⁵

⁶⁹ Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 277.

⁷⁰ Pöschl, Gleichheit 275 ff; Wiederin, Umweltverantwortung, 83; iZm der Interpretation von Kompetenzbestimmungen Mayer, Neue Wege der Kompetenzinterpretation, ÖJZ 1986, 513.

⁷¹ VfSlg. 14.473/1996.

⁷² Raschauer, Anlagenrecht und Nachbarschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfV 1999, 506 (512).

⁷³ Pöschl, Gleichheit 278.

⁷⁴ IdS Korinek/Holoubek, Privatwirtschaftsverwaltung – der gebändigte Leviathan, in FS Aicher (2012) 307 (323 f).

⁷⁵ Korinek/Holoubek, Privatwirtschaftsverwaltung 323.

Vor diesem Hintergrund könnte man die Argumentationsweise des VfGH im vorliegenden Fall so verstehen, dass das staatliche Organisationskonzept einen sachlichen Zusammenhang zwischen Organisationsform und übertragener Aufgabe fordert.⁷⁶ Teilt man diese Ansicht, stellen sich Folgefragen dahingehend, welche Kriterien bzw. welcher Maßstab für die Beurteilung dieser besonderen Sachlichkeit heranzuziehen sind und ob diese dem Gerichtshof die Möglichkeit geben, auch die Sachlichkeit der Einrichtung von Organen im organisatorischen Sinn – also etwa einer Bezirksverwaltungsbehörde oder Gemeinde – zu überprüfen. Der VfGH beantwortet weder diese Frage noch, ob er überhaupt von einem besonderen, „organisationsrechtlichen“ Sachlichkeitsgebot ausgeht oder auch hier das aus dem Gleichheitssatz ableitbare Sachlichkeitsgebot heranzieht.

E Einordnung

Unabhängig davon, ob man die Meinung teilt, dass sich aus den staatsorganisatorischen Verfassungsbestimmungen ein Grundsatz ergibt, wonach etwa eine Ausgliederung nur dann sachlich ist, wenn sie „Vor-teile“ gegenüber der unmittelbaren Staatsverwaltung mit sich bringt, müssen die vorliegende Entscheidung und ihre Auswirkungen auch etwas relativiert werden. Die COFAG ist nämlich nicht nur „irgend-ein“ ausgegliederter Rechtsträger, der Förderungen vergibt, sondern in mehrerlei Hinsicht „besonders“. Zunächst sind die von der COFAG zu gewährenden Ausgleichsleistungen (zumindest teilweise) ein funktionelles Äquivalent zu den im EpiG vorgesehen – hoheitlich zu gewährenden – Entschädigungsansprüchen, wie es vom VfGH auch entsprechend mehrfach betont wird. Bereits die von der COFAG zu vergebenden Förderungen weisen eine – in sonstigen Fällen typischerweise nicht vorliegende – Sachnähe zu hoheitlichem Handeln auf. Hinzu kommt, dass es sich bei den von der COFAG anzuwendenden „Förderungsrichtlinien“ – also dem ABBAG-G und den darauf beruhenden

⁷⁶ Korinek/Holoubek, Privatwirtschaftsverwaltung 324. IdS wohl auch Merli, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Public Private Partnership (2003) 59 (66) und Pavlidis, ÖZW 2022, 207.

Richtlinien – nicht um Selbstbindungsgesetze handelt.⁷⁷ Abschließend dürfen auch die besondere Entstehungsgeschichte sowie das extrem hohe Förderungsvolumen nicht außer Acht gelassen werden.⁷⁸

Was bleibt ist also weder eine Judikaturwende noch sind es verallgemeinerungsfähige, neue Grundsätze für ausgegliederte Rechtsträger. Gerade die, an manchen Stellen zwar kritikwürdige, im allgemeinen aber nachvollziehbare Begründung sowie die gewählte, „vorsichtige“ Vorgehensweise zeigen, dass dies auch nicht die Intention des Gerichtshofs war. Vielmehr spricht das letztendliche Heranziehen von Sachlichkeits- und Effizienzgebot dafür, dass der VfGH die Folgen dieser Entscheidung zunächst auf den, wie erwähnt besonderen, Einzelfall der COFAG beschränkt wissen will. Die wohl wichtigsten Aussagen, gemessen am Grad ihrer Verallgemeinerungsfähigkeit, betreffen (zumindest mittelbar) die Wahlfreiheit des Gesetzgebers zwischen hoheitlichen und privatrechtlichen Vollzugsformen. Die bestehende Wahlfreiheit wird insofern „eingeschränkt“, dass – wenn der Gesetzgeber die privatwirtschaftliche Aufgabenbesorgung so ausgestaltet, dass sie eine der Hoheitsverwaltung gleichwertige, funktional äquivalente Form darstellt⁷⁹ – diese auch denselben, sich insbesondere aus Art. 20 B-VG ergebenden, organisationsrechtlichen Anforderungen unterliegen soll.⁸⁰

Abschließend bleibt mit Spannung zu erwarten, wie der VfGH die hier auf den Einzelfall zugeschnitten Leitlinien weiter konkretisiert. Vor dem Hintergrund des anhängigen Verfahrens zur BBU⁸¹ könnten weitere Klarstellungen schon sehr bald erfolgen.⁸²

⁷⁷ Dazu bereits VfSlg. 20.397/2020.

⁷⁸ Siehe dazu ausführlich *Österreichischer Rechnungshof, COFAG und Zuschüsse an Unternehmen* (2022) 29 ff.

⁷⁹ C.1 und C.2.

⁸⁰ Dazu C.3.

⁸¹ Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen GmbH.

⁸² Siehe zum Prüfbeschluss VfGH 13. 12. 2022, E 3608/2021 ua.