

Mag. Dietmar Huemer, LL.M. (Chicago)

legis.

Kooperation selbständiger
Rechtsanwälte

Oberösterreichischer Landesrechnungshof

Dr. Daniela Altendorfer-Eberl
Dr. Manuela M. Pacher
LL.M. University of Virginia
Mag. Michael Schubhart
Mag. Dietmar Huemer
LL.M. University of Chicago

Brucknerstraße 6
A-1040 Wien
t +43 1 513 65 88
f +43 1 513 65 88 33
dietmar.huemer@legis.at
www.legis.at

Wien, 02. Juli 2018
LRHOÖ01/18 / DH/MK

UID: ATU 60198529

Gutachterliche Stellungnahme - Kontrolle ausgliederter Unternehmen von Gemeinden

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich beziehe mich auf den mir mit 16.03.2018 erteilten Auftrag sowie die Vorkorrespondenz und darf zu Ihrer Anfrage Stellung nehmen:

1. Ausgangssachverhalt und Fragestellung:

In wirtschaftlichen Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit von Gemeinden übt regelmäßig der Bürgermeister die Gesellschafterbefugnisse der Gemeinde aus.

Bei der Prüfung der Gebarung dieser ausgegliederten Unternehmungen, insbesondere von GmbHs, stellen sich dem Landesrechnungshof Oberösterreich regelmäßig folgende Fragen:

- 1.1. Besteht die Möglichkeit dem Prüfungsausschuss der Gemeinde gesetzlich direkte Kontrollrechte über die Gebarung von ausgegliederten Unternehmungen der Gemeinde mit eigener Rechtspersönlichkeit einzuräumen?
- 1.2. Können dem Prüfungsausschuss der Gemeinde gesetzlich auch direkte Kontrollrechte über die Gebarung von Unternehmen eingeräumt werden, an denen die Gemeinde nur mittelbar (über ein ausgegliedertes Unternehmen) beteiligt ist?

- 1.3. Kann die verpflichtende Verankerung der Kontrollrechte des Prüfungsausschusses der Gemeinde im Gesellschaftsvertrag einer ausgegliederten Unternehmung (Unterwerfungserklärung) als Voraussetzung für die Erteilung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung vorgesehen werden?
- 1.4. Kann die in § 69 Abs 3 und 4 Oö GemO vorgesehene Unterwerfungserklärung zugunsten der Aufsichtsbehörde des Landes auch für die Errichtung und Erweiterung von, sowie die Beteiligung an Unternehmen vorgesehen werden, an denen die Gemeinde nur mittelbar (über ein ausgegliedertes Unternehmen) beteiligt ist?

2. **Rechtliche Beurteilung:**

2.1. Direkte Kontrollrechte des Prüfungsausschusses der Gemeinde in ausgegliederten Unternehmen:

2.1.1. *Kompetenzgrundlage:*

In diesem Zusammenhang stellt sich als Erstes die Frage nach einer möglichen Kompetenzgrundlage für die Verankerung der Kontrollrechte des Prüfungsausschusses.

Eine solche Regelung fällt nicht unter das Gemeindeorganisationsrecht (Art 115 Abs 2 B-VG), da auf dieser Grundlage der Landesgesetzgeber lediglich „innerrechtlich“ (dh nur für die Gemeinde verbindlich) nähere Vorgaben für die privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde in den Gemeindeordnungen vorsehen kann.¹ Er kann jedoch Privatrechtsträgern keine Pflichten auferlegen.²

Mit Ausgliederung unterwirft sich die Gemeinde (als Gesellschafter) allen Regeln des Gesellschaftsrechts (z.B. GmbHG), welches ein System des Einflusses der Gesellschafter auf die Gesellschaft und der Kontrolle der Gesellschaftsorgane normiert.³ Nach dem älteren Schrifttum könnte die Gemeinde mangels Kompetenz zur Schaffung von „Sondergesellschaftsrecht“ daher ausschließlich über die Möglichkeiten des geltenden Gesellschaftsrechts Einfluss auf die ausgegliederten Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit nehmen (mittels Ausübung der Gesellschafterrechte, Vorkehrungen im Gesellschaftsvertrag, zivilrechtliche Sonderverträge)⁴.

Nach Ansicht *Hengstschlägers* umfasst der Bundeskompetenztatbestand „Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens“ jedoch nur zivilrechtliche Formen der Kontrolle (z.B. Prüfung durch den Abschlussprüfer). Die Tätigkeit des Prüfungsausschusses der Gemeinde ist jedoch hoheitliche Gebarungsprüfung und kann daher nicht Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG unterfallen.⁵

¹*Binder* in *Pabel*, Das österreichische Gemeinderecht, 14. Teil (Austauschheft November 2016), Rz 3 und 37; *Hengstschläger* in *Pabel*, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 74.

²*Hengstschläger* in *Pabel*, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 74.

³*Binder* in *Pabel*, Das österreichische Gemeinderecht, 14. Teil (Austauschheft November 2016), Rz 70, 72.

⁴*Hengstschläger* in *Pabel*, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 75; *Neuhofer*, Gemeinderecht, 2. Auflage (1998), Seite 508.

⁵*Hengstschläger* in *Pabel*, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 75.

Nach dem Prinzip der Vollständigkeit der Kompetenzordnung ist eine Materie entweder vom Bundes- oder vom Landesgesetzgeber zu regeln; dass weder der Bund noch das Land zur Regelung einer Materie zuständig ist, ist ausgeschlossen. Da keine der im B-VG taxativ aufgezählten Kompetenzen des Bundes, insbesondere Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG, die Zuständigkeit zur gesetzlichen Regelung der Gebarungskontrolle von ausgegliederten Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit durch gemeindeinterne Prüfungsorgane miteinschließt, fällt sie unter die Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG und somit in die Zuständigkeit der Länder.⁶

Auf dieser Grundlage hat daher der Landesgesetzgeber die Kompetenz, gesetzlich direkte Kontrollrechte des Prüfungsausschusses der Gemeinde bei ausgegliederten Unternehmen zu verankern.

2.1.2. Grundrechte:

Der Landesgesetzgeber hat bei der Gestaltung einer gesetzlichen Regelung, die ausgegliederte Unternehmen der Kontrollbefugnis des Prüfungsausschusses der Gemeinde unterwerfen soll, auch die Grundrechte zu wahren.

Nicht nur, dass eine solche Regelung in die Grundrechte auf Unverletzlichkeit des Eigentums, auf Datenschutz und Achtung des Privat- und Familienlebens eingreift, so bedarf sie im Hinblick auf das dem Gleichheitssatz innewohnende Sachlichkeitsgebot einer Rechtfertigung.⁷ Ein derartiger Grundrechtseingriff ist jedoch nicht schlechthin verboten, sondern kann unter bestimmten - im Folgenden näher beschriebenen - Voraussetzungen zulässig sein.

Die Unterwerfung einer juristischen Person des Privatrechts unter die hoheitliche Gebarungsprüfung durch gemeindliche Kontrollorgane ist im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn ein Konnex zur Gebarung der Gemeinde (öffentliche Mittel) besteht. Dieser Konnex ist gegeben, wenn der Gemeinde maßgeblicher Einfluss (Ingerenz) auf die Unternehmung zusteht, dh wenn die Gemeinde mit mindestens 50% an der Unternehmung beteiligt ist oder diese durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen beherrscht. Sachlich nicht gerechtfertigt und somit verfassungswidrig wäre demnach eine Regelung, die eine Unternehmung pauschal der Kontrolle durch gemeindliche Prüfungsorgane unterwirft.⁸ Somit ist genaues Augenmerk auf die Ausgestaltung einer derartigen Bestimmung zu legen.

Nach der Rechtsprechung schützt die verfassungsgesetzliche Eigentumsgarantie nicht nur vor dem Entzug vermögenswerter Privatrechte, sondern auch vor deren Beschränkung. Im Zuge der gemeindlichen Gebarungskontrolle sind die Unternehmen verpflichtet alle Geschäftsunterlagen herauszugeben und die Einsicht zu dulden. Eine derartige Eigentumsbeschränkung ist nur zulässig, wenn sie im Allgemeininteresse liegt und dem Verhältnismäßigkeitsgebot entspricht. Auch in diesem Fall werden diese Kriterien nur erfüllt sein, wenn zwischen Unternehmen und Gemeinde auf Grund

⁶Hengstschläger in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 78.

⁷Hengstschläger in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 79.

⁸Hengstschläger in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 80f; Kuprian, Die Kontrolle der Gemeindegebarung, SPRW 2013 POP A, 37, S 101.

einer Beteiligung im Ausmaß von mindestens 50% bzw. Beherrschung ein enger Konnex zur Gemeindegebarung besteht.⁹

Zu den vom Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und dem Grundrecht auf Datenschutz geschützten Daten zählen auch Daten über das Erwerbsleben oder über den Betrieb und das Unternehmen¹⁰, sogenannte „Wirtschaftsdaten“ (dh Angaben über die Gebarung von rechtlich selbstständigen Unternehmen, über Gewinn und Verlust, Geschäftsbeziehungen, Betriebsgeheimnisse, Einkommen der Mitarbeiter, etc.). Nach der neuen Rechtslage (seit 25.05.2018) können sich juristische Personen jedoch „nur“ direkt auf das in § 1 DSGVO verankerte Grundrecht stützen. (Die sonstigen Regeln des DSGVO bzw. der Datenschutzgrundverordnung sind nur auf natürliche Personen anwendbar.)¹¹

Aus dem Grundrecht auf Datenschutz ergibt sich ein Auskunftsverweigerungsanspruch und ein Ermittlungsschutz.¹² Ein Eingriff ist nur aufgrund von Gesetzen zulässig, die aus bestimmten Gründen (Gesetzesvorbehalt) wie beispielsweise dem „wirtschaftlichen Wohl des Landes“ erforderlich sind. Sofern der Gesetzgeber die Gebarungskontrolle auf solche Unternehmungen beschränkt, an denen die Gemeinde in maßgeblicher Form finanziell beteiligt ist (z.B. Beteiligung zu mehr als 50%),¹³ ist dieser Grundrechtseingriff vom Gesetzesvorbehalt gedeckt und damit zulässig.¹³

Einige Bundesländer sehen in ihren Gemeindeordnungen bereits die Kontrollbefugnis des Prüfungsausschusses der Gemeinde - in unterschiedlicher Ausgestaltung - vor. In der Steiermärkischen Gemeindeordnung („Stmk GemO“) beispielsweise wurden direkte Kontrollrechte des Prüfungsausschusses der Gemeinde verankert. § 86 Stmk GemO bezieht Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die unter beherrschendem Einfluss der Gemeinde stehen, in die Gebarungsprüfung der Gemeinde durch den Prüfungsausschuss ein. Die Prüfung dieser Unternehmungen entfällt jedoch, wenn zumindest jährlich eine Prüfung durch beruflich Befugte gesetzlich, vertraglich oder satzungsgemäß vorgesehen ist und diese auch durchgeführt wird.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die gesetzliche Verankerung der Prüfungskompetenz des Prüfungsausschusses für von der Gemeinde ausgegliederte, rechtlich selbstständige Unternehmen zulässig ist, sofern seitens der Gemeinde maßgeblicher Einfluss auf die Unternehmung besteht (mittels 50%-Beteiligung oder Beherrschung) und somit der Konnex zur Gebarung der Gemeinde gegeben ist.

Eine Regelung könnte daher so ausgestaltet sein, dass der Prüfungsausschuss der Gemeinde ein Kontrollrecht über die Gebarung von *Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit* hat, *an denen die Gemeinde mit mindestens 50% des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die sie durch finanzielle oder sonstige*

⁹Hengstschläger in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 83, Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹, 2012, Die Grundrechte, Rz 868, 876.

¹⁰Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹, 2012, Die Grundrechte, Rz 827.

¹¹Anderl, Hörlsberger, Müller, Kein einfachgesetzlicher Schutz der Daten juristischer Personen, ÖJZ 2018/3.

¹²Hengstschläger in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 84.

¹³Hengstschläger in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 85f.

wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht. Eine Prüfung solcher Unternehmungen durch den Prüfungsausschuss kann entfallen, wenn eine zumindest jährliche Prüfung durch dazu beruflich Befugte gesetzlich, vertraglich oder satzungsgemäß vorgesehen ist. Der Prüfbericht des beruflich Befugten ist in diesem Fall dem Prüfungsausschuss (oder dem Gemeinderat) rechtzeitig vor Behandlung des Rechnungsabschlusses der Gemeinde vorzulegen.

2.2. Direkte Kontrollrechte des Prüfungsausschusses der Gemeinde in Unternehmen an denen die Gemeinde nur mittelbar (über ein ausgegliedertes Unternehmen) beteiligt ist:

Die direkte Prüfkompetenz des Prüfungsausschusses der Gemeinde auf Grundlage des Art 15 Abs 1 B-VG kann nach Ansicht *Hengstschlägers* (in Nachbildung der Rechnungshofkontrolle gemäß Art 126b Abs 2, Art 127 Abs 3 und Art 127a Abs 3 B-VG) auch für Unternehmungen jeder weiteren Stufe, bei denen diese Beteiligungs-/Beherrschungsverhältnisse (Subbeteiligungen/ Subbeherrschungen) vorliegen, vorgesehen werden. Zu beachten ist jedoch das Durchrechnungsverbot.¹⁴ Demnach muss die Voraussetzung der 50%-Beteiligung bzw. gleichzuhaltenden Beherrschung von Stufe zu Stufe gegeben sein. Beteiligt sich ein Unternehmen, an dem die Gemeinde eine 50%-Beteiligung inne hat, an einem anderen Unternehmen zu mindestens 50%, so unterliegt auch dieses Subunternehmen der Kontrolle des Prüfungsausschusses.¹⁵

2.3. Verpflichtung zur Verankerung der Kontrollrechte des Prüfungsausschusses der Gemeinde im Gesellschaftsvertrag - aufsichtsbehördliche Genehmigung:

Gemäß § 69 Abs 3 und 4 Oö GemO bedürfen die Errichtung und die Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmungen der Gemeinde sowie die Beteiligung an einer wirtschaftlichen Unternehmung, an der die öffentliche Hand zu mehr als 50% beteiligt ist und die nicht dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz unterliegt, der aufsichtsbehördlichen Genehmigung.

Nach der derzeitigen Regelung darf diese Genehmigung versagt werden, wenn in der Satzung oder im Statut der wirtschaftlichen Unternehmung nicht vorgesehen ist, dass die Gebarung der wirtschaftlichen Unternehmung - gleich der Gemeindegebarung - durch die Landesaufsichtsbehörde (gemäß § 105 Oö GemO) geprüft werden kann (Unterwerfungserklärung).

Es stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, die Genehmigung der in § 69 Abs 3 und 4 Oö GemO genannten Rechtsgeschäfte zu versagen, wenn die wirtschaftliche Unternehmung in ihrer Satzung oder in ihrem Statut nicht vorsieht, dass die Gebarung der wirtschaftlichen Unternehmung (auch) durch den Prüfungsausschuss der Gemeinde (gemäß § 91 Oö GemO) geprüft werden kann.

2.3.1. *Kompetenzgrundlage für die aufsichtsbehördliche Genehmigung:*

Gemäß Art 119a Abs 8 erster Satz B-VG können durch die zuständige Gesetzgebung

¹⁴*Hengstschläger* in *Pabel*, Das österreichische Gemeinderecht, 16. Teil (Austauschheft Mai 2015), Rz 95.

¹⁵*Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 4. Lfg (2001), B-VG, Art 126b, Rz 24.

einzelne von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zu treffende Maßnahmen, durch die überörtliche Interessen in besonderem Maß berührt werden, insbesondere solche von besonderer finanzieller Bedeutung, an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden werden.

Gegenstand der Genehmigung können auch privatwirtschaftliche Maßnahmen der Gemeinde sein. Die Aufsicht darüber fällt in die Kompetenz der Länder.¹⁶

Verfassungsrechtliche Grundlage für den Genehmigungstatbestand des § 69 Abs 3 und 4 Oö GemO (Errichtung und Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmungen der Gemeinde sowie die qualifizierte Beteiligung an einer wirtschaftlichen Unternehmung der öffentlichen Hand) ist sohin Art 119a Abs 8 B-VG, zumal durch diese Privatrechtsgeschäfte von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite überörtliche Interessen in einem besonderen Maß berührt werden¹⁷. Solche überörtlichen Interessen sind insbesondere die finanzielle Stabilität der Gemeinde und die Sicherstellung der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde.

2.3.2. *Versagungstatbestand:*

Gemäß Art 119a Abs 8 letzter Satz B-VG darf als Grund für die Versagung der Genehmigung nur ein Tatbestand vorgesehen werden, der die Bevorzugung überörtlicher Interessen eindeutig rechtfertigt.

Art 119a Abs 8 letzter Satz B-VG sieht also die Normierung von Versagungstatbeständen durch den Landesgesetzgeber vor, knüpft daran aber restriktive Voraussetzungen¹⁸. Der Versagungstatbestand muss nicht nur sachlich gerechtfertigt sein, sondern muss das überörtliche Interesse gegenüber dem Interesse der Gemeinde (z.B. am zu genehmigenden Rechtsgeschäft) eindeutig überwiegen („Bevorzugung“).

So ist beispielsweise die Genehmigung zu versagen bei: Gesetzeswidrigkeit der Maßnahme, Gefährdung der ordnungsgemäßen Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Gemeinde, Gefahr für das Haushaltsgleichgewicht, Gefahr einer unverhältnismäßig hohen Belastung oder einem unverhältnismäßig hohen finanziellen Wagnis der Gemeinde.¹⁹ Anzumerken ist, dass die Gefährdung der Aufgabenerfüllung auch eine Folgewirkung der finanziellen Überlastung der Gemeinde durch die Beteiligung an Unternehmen sein kann.

Der bestehende Versagungstatbestand gemäß § 69 Abs 3 und 4 Oö GemO sieht eine in die Satzung des Unternehmens aufzunehmende Bestimmung vor, aufgrund derer sichergestellt ist, dass die Landesregierung als Aufsichtsbehörde analog zu Art 119a Abs 2 B-VG nicht nur die Gebarung der Gemeinde, sondern auch jene der ausgegliederten Rechtsträger nach den Grundsätzen der Sparsamkeit,

¹⁶Hauer in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 17. Teil (Austauschheft September 2014), Rz 5, 141; RIS-Justiz VwGH 19.12.2012, 2012/12/0158.

¹⁷Hauer in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 17. Teil (Austauschheft September 2014), Rz 144, Fasching/Weikovits, Burgenländische Gemeindeordnung 2003, 2. Auflage 2018, § 87, Rz 2.

¹⁸Hauer in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 17. Teil (Austauschheft September 2014), Rz 146.

¹⁹Binder in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 14. Teil (Austauschheft November 2016), Rz 50; Hauer in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 17. Teil (Austauschheft September 2014), Rz 147, 151.

Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sowie auf Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften prüfen kann; hier rechtfertigt das überwiegende überörtliche Interesse an der finanziellen Stabilität der Gemeinde und der Sicherstellung der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde den Eingriff in die Gemeindeautonomie.

Dieselben überörtlichen Interessen sprechen auch für die Normierung eines Versagungstatbestandes, der als Genehmigungsvoraussetzung der in § 69 Abs 3 und 4 Oö GemO genannten Rechtsgeschäfte die Unterwerfung des ausgegliederten Rechtsträgers unter die Gebarungskontrolle des Prüfungsausschusses der Gemeinde vorsieht.

Dadurch kann für den Gemeinderat ein vollständigerer Überblick über die Gemeindefinanzen (inklusive der Finanzen der ausgegliederten Rechtsträger) erreicht werden. Zudem erfolgt die Gebarungsprüfung durch den Prüfungsausschuss der Gemeinde regelmäßig (dh vierteljährlich); die der Landesaufsichtsbehörde hingegen in längeren Abständen. In Folge erhöht sich dadurch die Wahrscheinlichkeit, dass finanzielle Gefahren für ausgegliederte Unternehmen rascher erkannt werden und seitens des Gemeinderates entsprechend reagiert werden kann. Dies wiederum erhöht die finanzielle Stabilität der Gemeinde und stellt sicher, dass die Gemeinde die ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben erfüllen kann.

Daher lässt sich die Zulässigkeit einer Unterwerfungserklärung unter das Kontrollrecht des Prüfungsausschusses der Gemeinde als Versagungstatbestand rechtfertigen.

Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Prüfmaßstab für einen Versagungstatbestand hoch ist. Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn das überörtliche Interesse gegenüber dem Interesse der Gemeinde eindeutig bevorzugt werden muss, dh überwiegt. Es verbleibt somit ein Restrisiko, dass die Interessensabwägung in Richtung des Interesses der Gemeinde ausschlägt.

Gegen eine Verankerung der Kontrollrechte des Prüfungsausschusses der Gemeinde könnte sprechen, dass die Gebarung aufgrund der bestehenden Regelung ohnehin schon der Prüfung durch die Aufsichtsbehörde unterliegt und eine zusätzliche Kontrolle durch den Prüfungsausschuss der Gemeinde aufgrund des Verhältnismäßigkeits- und Schonungsprinzips²⁰ nicht mehr geboten erscheint.

Wir vertreten aber die Ansicht, dass die zusätzliche Kontrolle durch den Prüfungsausschuss der Gemeinde aufgrund der oben ausgeführten Gründe trotzdem gerechtfertigt ist, da sich dadurch eine erhöhte Sicherheit für die Gemeinde, aber auch für das ausgegliederte Unternehmen ergibt.

- 2.3.3. Vergleicht man Art 119a Abs 8 B-VG und Art 15 Abs 1 B-VG, so bietet die direkte gesetzliche Verankerung von Kontrollrechten des Prüfungsausschusses (vergleiche oben unter Punkt 2.1) die solidere verfassungsgesetzliche Grundlage, da hier für den Eingriff in ein Grundrecht (z.B. Eigentum, Datenschutz) im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung „nur“ eine Interessensabwägung zwischen einem öffentlichen Interesse und dem zu beschränkenden Grundrecht erfolgt.

²⁰ Hauer in Pabel, Das österreichische Gemeinderecht, 17. Teil (Austauschheft September 2014), Rz 32.

- 2.3.4. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Gebarungskontrolle - sowohl durch die Aufsichtsbehörde (§ 105 Oö GemO) als auch durch den Prüfungsausschuss der Gemeinde (§ 91 Oö GemO) nur die Gesetzmäßigkeit der Gebarung kontrolliert werden kann. Es handelt sich nicht um eine umfassende Rechtmäßigkeitsprüfung der Tätigkeit des ausgegliederten Rechtsträgers.
- 2.4. Verpflichtung zur Verankerung von Kontrollrechten der Aufsichtsbehörde des Landes im Gesellschaftsvertrag von Unternehmen bei mittelbarer Beteiligung der Gemeinde (über einen ausgegliederten Rechtsträger) - aufsichtsbehördliche Genehmigung:

Gemäß Art 119a Abs 8 B-VG können nur einzelne Maßnahmen der Gemeinde unter Genehmigungsvorbehalt gestellt werden. Nur die Gemeinde ist demnach verpflichtet Maßnahmen der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorzulegen.

Sofern daher ein ausgegliedertes Unternehmen der Gemeinde ein Unternehmen errichtet, erweitert oder sich qualifiziert daran beteiligt, so handelt es sich um eine Maßnahme des ausgegliederten Rechtsträgers, nicht der vorlagepflichtigen Gemeinde.

Auf Grundlage des Art 119a Abs 8 B-VG können diese Rechtsgeschäfte des ausgegliederten Unternehmens daher nicht (direkt) unter Genehmigungsvorbehalt gestellt werden.

Möglich wäre es aber, den in § 69 Abs 3 und 4 Oö GemO vorgesehen Versagungstatbestand - die Unterwerfungserklärung des ausgegliederten Rechtsträgers - dahingehend zu erweitern, dass das ausgegliederte Unternehmen auch dazu verpflichtet ist, Sorge dafür zu tragen, dass sich auch nachgeordnete Unternehmen (dh Unternehmen jeder weiteren Stufe bei denen qualifizierte Beteiligungs- bzw. Beherrschungsverhältnisse vorliegen) der Kontrolle der Aufsichtsbehörde unterwerfen. Die gleichen überörtlichen Interessen (finanzielle Stabilität der Gemeinde und Sicherstellung der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde), die für die Unterwerfungserklärung des ausgegliederten Rechtsträgers sprechen, treffen auch auf nachgeordnete Unternehmen zu und rechtfertigen daher eine Erweiterung des Versagungstatbestandes. Auf diese Weise würde man zu einem weitgehend gleichen Ergebnis gelangen.

3. Zusammenfassung:

- 3.1. Der Landesgesetzgeber kann gestützt auf Art 15 Abs 1 B-VG eine gesetzliche Regelung erlassen, die ausgegliederte Unternehmen direkt der Kontrolle durch gemeindeinterne Prüfungsorgane unterwirft, sofern dabei die grundrechtlichen Schranken eingehalten werden. Dazu muss die Gemeinde maßgeblichen Einfluss auf das ausgegliederte Unternehmen (bzw. Subunternehmen) nehmen können (dh mindestens 50%-Beteiligung oder Beherrschung durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen) und somit ein Konnex zur Gebarung der Gemeinde bestehen.
- 3.2. Die verpflichtende gesellschaftsvertragliche Verankerung von Kontrollrechten des Prüfungsausschusses (Unterwerfungserklärung) als Voraussetzung für die Erteilung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung dient dem zu bevorzugenden überörtlichen

Interesse an der finanziellen Stabilität der Gemeinde und der Sicherstellung der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde und ist daher gerechtfertigt.

Zu beachten ist jedoch, dass der Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit eines aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehaltes gemäß Art 119a Abs 8 B-VG im Vergleich zur Grundrechtsprüfung bei Verankerung direkter Kontrollrechte mittels Art 15 Abs 1 B-VG strenger ist. Dies deshalb, weil ein überörtliches Interesse nur bei Rechtsgeschäften von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite in besonderem Maß berührt ist. Zudem darf die Genehmigung nur versagt werden, wenn das überörtliche Interesse (z.B. an der finanziellen Stabilität der Gemeinde und Sicherstellung der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde) das Interesse der Gemeinde eindeutig überwiegt.

Die solidere verfassungsgesetzliche Grundlage für die direkte gesetzliche Verankerung von Kontrollrechten des Prüfungsausschusses der Gemeinde in ausgegliederten Rechtsträgern bietet Art 15 Abs 1 B-VG, da hier für den Eingriff in ein Grundrecht (z.B. Eigentum, Datenschutz) im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung „nur“ eine Interessensabwägung zwischen einem öffentlichen Interesse und dem zu beschränkenden Grundrecht erfolgt.

- 3.3. Errichtet, erweitert oder beteiligt sich ein ausgegliedertes Unternehmen der Gemeinde qualifiziert an einem anderen Unternehmen, so können diese Rechtsgeschäfte des ausgegliederten Unternehmens nicht (direkt) unter Genehmigungsvorbehalt gestellt werden, da Adressat des Art 119a Abs 8 B-VG nur die Gemeinde ist.

Ein weitreichend gleiches Ergebnis kann durch Erweiterung der bestehenden in § 69 Abs 3 und 4 Oö GemO vorgesehenen verpflichtenden Abgabe einer Unterwerfungserklärung durch den ausgegliederten Rechtsträger erzielt werden, indem dieser dazu verpflichtet wird, dafür zu sorgen, dass sich auch Unternehmen jeder weiteren Stufe bei denen qualifizierte Beteiligungs- bzw. Beherrschungsverhältnisse vorliegen, der Kontrolle der Aufsichtsbehörde unterwerfen.

Für weitere Rückfragen stehe ich natürlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dietmar Huemer