



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

"Die Kontrolle der Gemeindegebarung"

unter besonderer Berücksichtigung des Einsatzes derivativer Finanzinstrumente

verfasst von / submitted by

Mag.iur. Johannes Schön

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2017 / Vienna, 2017

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

em.o.Univ.-Prof. Dr. Bernhard Raschauer

1. EINLEITUNG	1
1.1. Ausgangslage	1
1.2. Zum Gang der Untersuchung	4
1.3. Statistische Angaben	5
2. DIE STELLUNG DER GEMEINDE IN DER BUNDESVERFASSUNG	7
2.1. Die Gemeinde im Bundesstaat	7
2.2. Die Gemeinde als Selbstverwaltungskörper	10
2.2.1. Zum Begriff der (territorialen) Selbstverwaltung in der Bundesverfassung	10
2.2.2. Die territoriale Selbstverwaltung	12
2.2.3. Der eigene Wirkungsbereich	13
2.2.4. Der übertragene Wirkungsbereich	17
2.2.5. Schutz des Rechts auf Selbstverwaltung	19
2.2.6. Zum Begriff der Selbstverwaltung im Unionsrecht	20
2.3. Die Gemeinde als selbständiger Wirtschaftskörper	24
2.4. Die Gemeinde als Gebietskörperschaft	26
2.5. Gemeindestruktur(reformen) aus wirtschaftlicher Perspektive	29
2.5.1. Gemeindegröße und Kontrolle	29
2.5.2. Freiwillige Gebietsänderungen und Kooperationen	32
2.5.3. Zwangsweise Gemeindestrukturreformen	33
2.6. Die Interessenvertretung der Städte und Gemeinden	37
2.7. Die Gemeinde in Europa	40
3. BEDEUTUNG UND NOTWENDIGKEIT DER KONTROLLE IM RECHTSSTAAT	45
3.1. Der Begriff "Kontrolle"	45
3.2. Kontrolle als Demokratieerfordernis	46
3.3. Ziele der Kontrolle	48
3.4. Unterschiede zwischen Kontrolle und Aufsicht	50
3.5. Die öffentliche Kontrolle	51
3.5.1. Politische Kontrolle	51
3.5.2. Rechtliche Kontrolle	53
3.5.3. Finanzielle Kontrolle	53
3.6. Die Finanzkontrolle	55
3.6.1. Die Finanzkontrolle im gewaltenteilenden Staat	55

3.6.2. Die Gebarung als Gegenstand der Finanzkontrolle	57
3.7. Die Maßstäbe der Finanzkontrolle	59
3.7.1. Ziffermäßige Richtigkeit	60
3.7.2. Rechtmäßigkeit	60
3.7.3. Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit	61
4. DIE KONTROLLE DES ÖFFENTLICHEN SCHULDENMANAGEMENTS	65
4.1. Ausgangslage	65
4.2. Derivative Finanzinstrumente (Finanztermingeschäfte)	69
4.3. Öffentliches Schuldenmanagement des Bundes und der Länder	73
4.3.1. Rechtsgrundlagen auf Bundesebene	73
4.3.2. Zuständigkeit auf Bundesebene	76
4.3.3. Rechtsgrundlagen auf Landesebene	78
4.3.4. Zuständigkeit auf Landesebene	80
4.4. Die Grenzen privatwirtschaftlicher Betätigung durch Gebietskörperschaften	81
4.4.1. Art 17 B-VG	82
4.4.2. Art 116 Abs 2 B-VG	85
4.4.3. Das öffentliche Interesse als Grenze nichthoheitlichen Handelns?	88
4.4.4. Die Fiskalgeltung der Grundrechte als Grenze nichthoheitlichen Handelns?	96
4.4.5. Das Effizienzprinzip als Grenze nichthoheitlichen Handelns?	99
4.4.5.1. Effizienz als Maßstab	99
4.4.5.2. Effizienz als Rechtsbegriff	104
4.4.5.3. Das Effizienzprinzip in der deutschen Rechtsordnung	110
4.4.5.4. Ergebnis	114
4.4.6. Der Abschluss derivativer Finanzgeschäfte als Handeln " <i>ultra vires</i> "?	116
4.4.7. Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht als verfahrensrechtliche Schranke?	119
4.4.7.1. Der Genehmigungsvorbehalt als Instrument der Gemeindeaufsicht	119
4.4.7.2. Zur Anwendbarkeit der für Darlehens- und Kreditgeschäfte bestehenden Genehmigungsvorbehalte auf derivative Finanzgeschäfte	123
4.4.7.3. Zur Möglichkeit der analogen Anwendung der für Darlehens- und Kreditgeschäfte bestehenden Genehmigungsvorbehalte	125
4.4.7.4. Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen	128

4.4.7.5. Vergleichbare Regelungen in Bezug auf andere Selbstverwaltungskörper	130
4.5. Zur Organkompetenz zum Abschluss derivativer Finanzinstrumente	132
4.6. Aufklärungspflichten im Vertragsverhältnis zwischen Bank und Gemeinde	136
4.6.1. Wohlverhaltenspflichten	137
4.6.2. Anleger- und objektgerechte Beratung und Information	139
4.7. Spekulationsverbot	141
4.7.1. Das Vorsichtsgebot in der deutschen Literatur und Rechtsprechung	141
4.7.2. Die Konnexität als Abgrenzungsmerkmal	144
4.7.3. Gesetzgeberische Vorarbeiten auf Bundes- und Landesebene	148
4.7.3.1. Politische Absichtserklärungen	148
4.7.3.2. Staatszielbestimmung	150
4.7.3.3. Art 15a-Vereinbarung	152
4.7.4. Die bundesgesetzliche Umsetzung des Spekulationsverbotes	156
4.7.5. Landesgesetzliche Spekulationsverbote	159
4.7.5.1. Oberösterreich, Tirol, Vorarlberg	159
4.7.5.2. Salzburg	163
4.7.5.3. Burgenland	166
4.7.5.4. Niederösterreich	166
4.7.5.5. Wien	168
4.8. Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden	168
4.8.1. Kompetenzrechtliche Grundlagen	168
4.8.2. Burgenland	172
4.8.3. Niederösterreich	176
4.8.4. Oberösterreich	182
4.8.5. Steiermark	183
5. AUSGEWÄHLTE RECHTSFRAGEN DER INSTITUTIONELLEN KONTROLLE DER GEMEINDEGEBARUNG	185
5.1. Zuweisung der Angelegenheiten der Gemeindeaufsicht zu einem Mitglied der Landesregierung	185
5.2. Die Kontrolle durch den Rechnungshof	189
5.2.1. Die Stellung des Rechnungshofes im System der Staatsgewalten	189
5.2.2. Historische Entwicklung der Rechnungshofkontrolle über Gemeinden	189
5.2.3. Neue Rechtslage durch BGBl I 106/2009 und BGBl I 98/2010	190

5.2.4. Die Prüfung von Gemeinden mit mindestens 10.000 Einwohnern – Großgemeinden neu	192
5.2.5. Die 20.000-Einwohner-Grenze im System der Bundesverfassung	195
5.2.6. Die Prüfung von Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern – Kleingemeinden neu	199
5.2.7. Feststellung der konkreten Einwohnerzahl einer zu prüfenden Gemeinde	208
5.2.8. Zusammenfassende Bewertung der B-VG-Novelle BGBl I 98/2010	212
5.3. Die Kontrolle durch Landesrechnungshöfe	213
6. ZUSAMMENFASSUNG	217
LITERATURVERZEICHNIS	221
ANHANG	233
Kurzzusammenfassung	233
Abstract	234
LEBENS LAUF	235

1. EINLEITUNG

1.1. Ausgangslage

Die Bundesverfassung gewährt Österreichs Gemeinden in Art 118 Abs 2 B-VG das Recht auf eigenverantwortliche Wahrnehmung all jener Angelegenheiten, die nach Interesse und Eignung für die in der Gemeinde verkörperte örtliche Gemeinschaft charakteristisch sind. Immanenter Bestandteil dieser Selbstverwaltungsgarantie ist ein hohes Maß an finanzieller Autonomie. Gemäß Art 116 Abs 2 B-VG ist die Gemeinde als selbständiger Wirtschaftskörper eingerichtet und hat als solcher das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, wirtschaftliche Unternehmungen zu betreiben sowie im Rahmen der Finanzverfassung ihren Haushalt selbständig zu führen und Abgaben auszuschreiben.¹

Um die ihr vorbehaltenen Aufgaben selbständig erfüllen zu können, muss die Gemeinde – rechtlich wie faktisch – in der Lage sein, selbst über den Einsatz der ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Ressourcen bestimmen zu können.² Die wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit, die den Kern des Rechts auf Selbstverwaltung ausmacht, ist jedoch in vielen Gemeinden *de facto* nicht (mehr) vorhanden.³ Die Gründe dafür sind vielfältig: Neben der überaus kleinteilige Gemeindestruktur sowie dem Auseinanderfallen von Aufgaben- und Ausgabenverantwortung ist insb eine sukzessive und mit Mehrkosten verbundene Erweiterung des kommunalen Tätigkeitsspektrums zu konstatieren. Zusätzlich zu den Pflichtaufgaben im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge haben die Gemeinden in kostenintensiven Bereichen wie bspw der Pflege oder der Kinderbetreuung (zB auf Grund der Einführung des "Gratiskindergartens"), die funktional in den Aufgabenbereich des Bundes bzw der Länder fallen, den Personal- und Amtssachaufwand zu tragen.⁴ Gleichzeitig un-

¹ Für eine geraffte Darstellung des Gemeindehaushaltsrechts vgl zB *Haidvogel/Hallbauer*, Gemeinderecht für Praktiker (2017) 147 ff.

² Vgl *Wolny/Schmid*, 11. Teil, Gemeindefinanzen, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2011) Rz 1.

³ Zur Bedeutung der Freiheit der Vermögensverwaltung schon *Körner*, Beiträge zur Theorie der Selbstverwaltung, ZÖR (1930), 66 (68 f).

⁴ Vgl VfSlg 12.065/1989 zur Klage einer spitalerhaltenden Gemeinde nach Art 137 B-VG gegen das Land Vorarlberg; weiterführend *Storr*, Erweiterung kommunaler Spielräume durch Kooperation, ÖZW 1/2011, 2.

terliegen die Gemeinden in besonderer Weise einer finanziellen Abhängigkeit gegenüber den übergeordneten Gebietskörperschaften, zumal ihnen finanzverfassungsrechtlich nur beschränkt die Möglichkeit offen steht, eigene Einnahmen zu lukrieren. Ein "*Abgabenerfindungsrecht*" kommt ihnen nach der stRsp des VfGH nicht zu.⁵ Darüber hinaus hat die globale Wirtschaftskrise zu einem Einbruch konjunkturabhängiger Einnahmen (insb der Ertragsanteile sowie der der Kommunalsteuer) bei stetig steigenden Kosten der Aufgabenwahrnehmung geführt. Kommunale Infrastrukturprojekte können heute häufig nicht mehr aus dem öffentlichen Haushalt (aus den Einnahmen aus dem Steuer- und Abgabenaufkommen sowie aus Rücklagen) bestritten werden, sondern bedürfen der Fremdfinanzierung.⁶ Mit der Schuldenaufnahme wird die Notwendigkeit der Mittelaufbringung in die Zukunft verlagert. Als negativen Nebeneffekt erzeugt ein erhöhter Fremdmittelbedarf selbst neue Kosten in Form von Zinszahlungsverpflichtungen, die ihrerseits einer laufenden Bewirtschaftung bedürfen. Vertragsabschlüsse im Rahmen des öffentlichen Schuldenmanagements haben in der jüngeren Vergangenheit auf Grund der Realisierung der mit derivativen Finanzgeschäften einhergehenden Risiken zu teils massiven Verlusten geführt und die kommunalen Haushalte dadurch mehr be- denn entlastet. Mit dem "*Salzburger Finanzskandal*",⁷ dem (noch anhängigen) Rechtsstreit zwischen einer Bank und der Oberösterreichischen Landeshauptstadt Linz betreffend den Abschluss eines verlustbringenden derivativen Finanzgeschäftes⁸ sowie zahlreichen weiteren kommunalen Haushaltskrisen – bspw in den Gemeinden Strem (Bezirk Güssing, Burgenland), Fohnsdorf (Bezirk Murtal, Steiermark) und Trieben (Bezirk Liezen, Steiermark) – ist die Frage der rechtlichen Bewältigung von Haushaltsschiefagen in den Fokus der breiten Öffentlichkeit gerückt und hat die Vorstellung vom ewig liquiden Staat erodiert.⁹

Storr umschreibt diesen Umstand plakativ als eine "*Herabzonung von staatlichen Aufgaben auf die Gemeinden*".

⁵ Vgl zB VfSlg 12.325/1990 zum Oö Gemeinde Getränkesteuergesetz bzw zur Getränkesteuer-Ordnung der Stadt Linz.

⁶ Zur Finanzierung öffentlicher Investitionen vgl weiterführend *Aigner-Walder/Döring*, Instrumente und Organisationsmodelle zur Finanzierung öffentlicher Infrastrukturprojekte, in *Stainer-Hämmerle/Oppitz* (Hrsg), Handbuch Gemeindepolitik (2013) 275 (277 ff).

⁷ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe Salzburg 2013/7, Land Salzburg – Finanzielle Lage.

⁸ Vgl die Informationen zum "*Swap 4175*" unter www.linz.at/swap4175.asp.

⁹ Zur Frage der Insolvenzfähigkeit von Gemeinden in Österreich vgl *Augustin*, Insolvenzfähigkeit von Bundesländern (2016) 83.

Der öffentliche und politische Diskurs war jedoch weder von der Frage einer Neudefinition des kommunalen Aufgabenspektrums noch vom Gedanken einer Neuordnung des Gemeindefinanzierungssystems geprägt. Vielmehr wurde reflexartig der Ruf nach einer Ausweitung der Befugnisse jener Organe laut, die zur Kontrolle der Gemeindegebarung berufen sind. Das Verwaltungshandeln sollte – so der Tenor – durch die gemeindeinternen Kontrolleinrichtungen, die Gemeindeaufsicht, den Rechnungshof sowie die Landesrechnungshöfe besser überwacht und dadurch Misswirtschaft hintangehalten werden. In der Folge hat die Aufsicht und Kontrolle über die Verwendung kommunaler Finanzmittel sowohl auf institutioneller als auch auf materieller Ebene punktuelle Änderungen erfahren: Die Zuständigkeit des Rechnungshofes zur Überprüfung der Gebarung der Gemeinden (Art 127a Abs 1 B-VG), Gemeindeverbände (Abs 9) und kommunalen Unternehmungen (Abs 3) wurde ausgeweitet; die Landesrechnungshöfe haben Einzug in den Text des B-VG gehalten (Art 127c B-VG).¹⁰ Zur Sicherstellung der risikoaversen Ausrichtung der Finanzgebarung wurden auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene "*Spekulationsverbote*" vorgesehen sowie Richtlinien über den Einsatz derivativer Finanzinstrumente erlassen.¹¹ Zudem wurde versucht, aus dem Text der die Wirtschaftsfreiheit der Gemeinde konstituierenden verfassungsgesetzlichen Bestimmungen (Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG) im Auslegungsweg verfassungsunmittelbare Schranken der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde abzuleiten. Diese legitistischen und interpretativen Maßnahmen eint das Ziel, der rechtsgeschäftlichen kommunalen Verbandskompetenz Grenzen setzen.

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, die Neuordnung des Systems der kommunalen Finanzkontrolle einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen und tut dies in folgendem Spannungsverhältnis: Einerseits ist auf Grund der teils prekären finanziellen Situation nicht zu beanstanden, dass die legislative Gewalt durch eine Ausweitung der Kontrolle der administrativen Gewalt einen effizienten und effektiven Einsatz vorhandener Ressourcen sicherzustellen versucht, zumal der Staat – und damit auch die Gemeinde – über keine anderen als "*öffentliche*" Gelder verfügt.¹² Andererseits geht mit den angesprochenen Maßnahmen ein Eingriff in die der Institution Gemeinde verfassungsgesetz-

¹⁰ BGBl I 98/2010; vgl idZ auch Art 126b Abs 2 idF BGBl I 106/2009.

¹¹ Zum Spekulationsverbot auf Bundesebene vgl § 79 Abs 6 BHG 2013 idF BGBl I 53/2017.

¹² So schon VfSlg 3262/1957 zu einem negativen Kompetenzkonflikt betreffend den Getreideausgleichsfonds und dessen (nicht hoheitlich übertragene) Tätigkeit der Stützung des Brotpreises.

lich gewährleisteten Selbstverwaltungsgarantie einher. Besonderes Augenmerk soll dabei auf die rechtlichen Rahmenbedingungen des öffentlichen Schuldenmanagements gelegt werden, da es sich dabei um einen weitgehend unerforschten kommunalrechtlichen Bereich handelt. Die institutionellen – den Rechnungshof bzw die Landesrechnungshöfe betreffenden Neuerungen sollen demgegenüber lediglich überblicksartig behandelt werden.¹³

1.2. Zum Gang der Untersuchung

In einem ersten Schritt (Kapitel 2.) sollen die verfassungsgesetzlichen Grundlagen des Gemeinderechts erarbeitet werden, in deren Zentrum das Recht der Gemeinde auf Selbstverwaltung steht. Neben einer Analyse der die Gemeinde als selbständigen Wirtschaftskörper konstituierenden Bestimmungen (Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG) wird insb die wirtschaftliche Dimension von Gemeindestrukturreformen und deren Maßgeblichkeit für die Kontrolle der Gemeindegebarung in den Blick genommen.

Daran anknüpfend (Kapitel 3.) sollen Begriff und Ziele der Kontrolle im Rechtsstaat analysiert und die Finanzkontrolle der politischen und rechtlichen Kontrolle gegenübergestellt werden. Zudem soll untersucht werden, ob bzw inwieweit die in der Verfassung verankerten Effizienzkriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (Art 126b Abs 5 B-VG) maßstabgebend für die Gemeindegebarung im Allgemeinen und den Abschluss konkreter Finanzgeschäfte im Besonderen sein können.

Der Hauptteil der vorliegenden Arbeit (Kapitel 4.) widmet sich der Kontrolle des öffentlichen Schuldenmanagements. Ausgehend von den rudimentären Rechtsgrundlagen auf Bundes- und Landesebene sollen die Grenzen der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde (insb im Rahmen des Schuldendienstes) ausgelotet und der Frage nachgegangen werden, ob – wie von Teilen der Lehre vertreten – bspw die Gemeinwohlbindung staatlichen und kommunalen Handelns, das Effizienzprinzip bzw die Fiskalgeltung der Grundrechte die Verbandskompetenz der Gemeinde beschränken. Zu untersuchen ist dabei, ob der Gemeinde der Abschluss spekulativer oder risikogeneigter Rechtsgeschäfte

¹³ Für eine vollständige Darstellung der institutionellen Kontrolle vgl *Kuprian, Die Kontrolle der Gemeindegebarung* (2013).

bereits *ex constitutione* verwehrt ist und sie sich insoweit nicht rechtswirksam verpflichten kann. Da nur rechtswirksam abgeschlossene Verträge der Kontrolle bzw Aufsicht unterliegen können, kommt der Beantwortung dieser Rechtsfrage maßgebliche kontrollrechtliche Dimension zu. Daran anschließend werden jene – als "*Spekulationsverbote*" umschriebenen – Rechtsgrundlagen dargestellt, die die Gebietskörperschaften zur risikoaversen Ausrichtung ihrer Finanzgebarung verpflichten.

Im abschließenden Teil (Kapitel 5.) sollen ausgewählte Rechtsfragen iZm jenen bundesverfassungsgesetzlichen Neuerungen dargestellt werden, mit denen die institutionelle Kontrolle der Gemeindegebarung durch eine Ausweitung der Prüfungskompetenz des Rechnungshofes sowie einer Verankerung der Landesrechnungshöfe im B-VG signifikant erweitert wurde.

1.3. Statistische Angaben

Österreich zählt – die eine Sonderstellung einnehmende Bundeshauptstadt Wien miteingerechnet – 2.100 Gemeinden.¹⁴ Jede Gemeinde ist einem der neun Bundesländer sowie einem der 79 politischen Bezirke zugeordnet. Hinzu treten die 15 Städte mit eigenem Statut, die neben den Gemeindeaufgaben auch die Agenden der Bezirksverwaltung wahrnehmen.¹⁵ Die Gemeinden divergieren im Hinblick auf Größe, Einwohnerzahl und finanzielle Ausstattung stark voneinander. Ein Blick auf die Gemeindegrößenklassen zeigt, dass Österreich über eine überaus kleinteilige Kommunalstruktur verfügt: 1.396 Gemeinden haben weniger als 2.500, 426 weniger als 1.000 und nur 86 mehr als 10.000 Einwohner.¹⁶ Die Bandbreite erstreckt sich von der lediglich 47 Einwohner zählenden und damit kleinsten Gemeinde Österreichs Gramais (Bezirk Reutte, Tirol) bis hin zur Bundeshauptstadt Wien mit 1.867.582 Einwohnern.¹⁷ Die durchschnittliche österreichische Gemeinde beheimatet 3.290 Einwohner (ohne der Gemeinde Wien). Mit seiner ländlichen Struktur liegt Österreich auch im Vergleich der Mitgliedstaaten der Europäischen Union unter dem

¹⁴ Statistik Austria, Gemeindeverzeichnis 2017, 27.

¹⁵ Dazu zählen – neben der Gemeinde Wien – St Pölten, Krems, Wiener Neustadt, Waidhofen/Ybbs (Nö); Eisenstadt, Rust (Bgl); Linz, Steyr, Wels (Oö); Graz (Stmk); Klagenfurt, Villach (Ktn); Salzburg (Sbg) und Innsbruck (Tir). – *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 313.

¹⁶ Statistik Austria, Gemeindeverzeichnis 2017, 27.

¹⁷ Statistik Austria, Gemeindeverzeichnis 2017, 100 bzw 107.

Durchschnitt. Das Mittel der Gemeinden der EU 27 liegt bei 5.580 Einwohnern bei einer Fläche von 49 km².¹⁸

Die Einnahmen der Gemeinden aus der laufenden Gebarung betragen im Jahr 2015 insgesamt € 15,59 Mrd pro Jahr, die Ausgaben beliefen auf € 13,86 Mrd.¹⁹ Im Jahr 2015 haben die Gemeinden € 1.070 Mio an Finanzschulden aufgenommen.²⁰ Bund, Länder und Gemeinden haben die Staatsverschuldung im Jahr 2016 gemeinschaftlich auf € 295,7 Mrd (entspricht 84,6% des BIP) geschraubt.²¹ Die Kommunen (ohne die Gemeinde Wien) tragen hierzu mit € 7,7 Mrd (entspricht 2,2% des BIP) zwar einen vergleichsweise geringen Anteil zum Gesamtschuldenaufkommen bei, trotzdem ist die Zahl der "Abgangsgemeinden" – jener Gemeinden, deren Ausgaben aus dem ordentlichen Haushalt die Einnahmen (unter Außerachtlassung von Überschüssen oder Fehlbeträgen aus Vorjahren) im jeweiligen Beobachtungszeitraum übersteigen – konstant hoch: Vier von zehn Kommunen konnten im Jahr 2015 keinen ausgeglichenen Haushalt vorlegen.²² Vor diesem Hintergrund ist zu konstatieren, dass das Budget seine Funktion als Steuerungsinstrument der Kommunalpolitik weitestgehend eingebüßt hat.

¹⁸ Council of European Municipalities and Regions, EU subnational governments: 2009 key figures, 4.

¹⁹ Die laufenden Einnahmen enthalten ua eigene Steuern, kassenmäßige Ertragsteile, Gebühren für die Benützung von Gemeindeeinrichtungen und -anlagen sowie laufende Transferzahlungen. Die laufenden Ausgaben enthalten ua Leistungen für Personal, Pensionen und sonstige Ruhebezüge, Bezüge der Organe, Ausgaben für Gebrauchs- und Verbrauchsgüter sowie Handelswaren, Verwaltungs- und Betriebsaufwand, Zinsen für Finanzschulden sowie laufende Transferzahlung. Vgl Kommunalkredit Austria AG, Gemeindefinanzbericht 2016, 31 f bzw 94 f.

²⁰ Vgl Kommunalkredit Austria AG, Gemeindefinanzbericht 2016, 35.

²¹ Vgl Statistik Austria, Öffentlicher Schuldenstand 2016.

²² Vgl Kommunalkredit Austria AG, Gemeindefinanzbericht 2016, 15 f. Die Zahl der Abgangsgemeinden lag im Jahr 2015 bei 797 (= 38%).

2. DIE STELLUNG DER GEMEINDE IN DER BUNDESVERFASSUNG

2.1. Die Gemeinde im Bundesstaat

Der österreichischen Bundesverfassung liegt eine territoriale Gliederung des Staatsgebietes in Bund, Länder und Gemeinden zugrunde. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Gemeinderechts finden sich im Wesentlichen in den Art 115–120 B-VG. Der Bundeshauptstadt Wien wird durch die Bestimmungen der Art 108–112 B-VG eine Sonderstellung als Bundesland, politischer Bezirk und Statutarstadt eingeräumt.²³

In programmatischer Weise erklären Art 2 und 3 B-VG Österreich zu einem Bundesstaat, der aus einem Bund und neun "selbständigen" Ländern gebildet wird. Die österreichische Bundesverfassung folgt somit dem klassischen Bundesstaatskonzept der Staatsrechtslehre nach Hans *Kelsen*, das sowohl dem Bund als auch den Bundesländern radizierte Staatlichkeit zugesteht.²⁴ Die Eigenstaatlichkeit der Länder ist in deren historischem, kulturellem und sprachlichem Pluralismus begründet, der auch eine rechtliche Differenzierung rechtfertigt.²⁵ Im Rahmen dieses staatsrechtlichen Dualismus von Bund und Ländern stellen die Gemeinden ebenso selbständige, jedoch den Ländern bloß nachgeordnete Teilordnungen dar. Trotz des Mangels an originärer Staatlichkeit im Vergleich zu den anderen Gebietskörperschaften, sind sie aus realverfassungsrechtlicher Perspektive als "*dritte Ebene des Bundesstaates*" anerkannt.²⁶ *Pernthaler* erkennt in den jüngsten Verfassungsänderungen im Zusammenhang mit dem Konsultationsmechanismus bzw dem Finanzausgleich, mit denen den Gemeinden – vertreten durch den Österreichischen Gemeindebund und den Österreichischen Städtebund (vgl Art 115 Abs 3 B-VG) – mehr Mitspracherecht eingeräumt wurde, gar eine gleichberechtigte Partnerschaft von Bund, Ländern und Gemeinden, sowie eine bundesstaatliche Entwicklung hin zu einem "*Drei-Ebenen-*

²³ Der Bestand der Bundeshauptstadt ist verfassungsgesetzlich garantiert (vgl VfSlg 6679/1972).

²⁴ Vgl *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929), in *Jestaedt* (Hrsg), Verteidigung der Demokratie (2006) 149. Zum staatstheoretischen Zusammenwirken von Bund und Ländern vgl insb *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre¹⁶ (2010) 313 f.

²⁵ Vgl *Wiederin*, Bundesstaat neu, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Der Österreich-Konvent, Zwischenbilanz und Perspektiven (2004) 49 (52).

²⁶ Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 552; so auch *Gamper*, Die Stellung der Gemeinde im Vergleich europäischer Bundesstaaten in Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg), Jahrbuch des Föderalismus 2006 (2006) 66 (77 ff); *Weber*, Zentrale Frage "Aufgabenverteilung", Kommunal 2007, 16.

Föderalismus".²⁷ Diese Sichtweise der prinzipiellen Gleichordnung aller drei Gebietskörperschaften trägt der politischen Bedeutung der Gemeinden Rechnung. Den Gemeinden werden sowohl auf verfassungsrechtlicher als auch auf einfachgesetzlicher Ebene mannigfaltig Ernennungs-, Beratungs-, Mitwirkungs- und Stellungnahmerechte eingeräumt. Bspw sind sie – vertreten durch die Interessenvertretungen der Städte und Gemeinden – gleichberechtigte Partner im Rahmen des Konsultationsmechanismus²⁸ der Gebietskörperschaften und wirken an den Verhandlungen zum Stabilitätspakt zur Einhaltung der *Maastricht-Kriterien*²⁹ sowie an der Erstellung des Finanzausgleichs mit. Diese Perspektive widerspricht jedoch der Intention des historischen Verfassungsgesetzgebers, der den Gemeinden ein Eigenleben garantieren, ihnen jedoch keine dem Bund und den Ländern typische "*Eigenstaatlichkeit*" einräumen wollte.³⁰ Dies belegte insb ihr ursprünglicher Regelungsort im vierten Hauptstück der Bundesverfassung über die "*Gesetzgebung und Vollziehung der Länder*".³¹

Die Bundesverfassung regelt in einheitlicher und überaus detaillierter Weise die Grundsätze des Gemeindeorganisationsrechts. Der Umstand der umfassenden bundesverfassungsrechtlichen Determinierung der Stellung der Gemeinden in den Ländern wird in rechtsvergleichender Hinsicht als "*bundesstaatliche Anomalie*" bezeichnet, hat aber historische Wurzeln.³² Die Gemeinderechtsnovelle 1962 hatte – dem Gedanken des Verfassungsgesetzgebers von 1920 entsprechend – mehr als die Normierung einer bloßen Bestandsgarantie der Institution Gemeinde³³ vor Augen und sollte über eine formale "*Exis-*

²⁷ Vgl *Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 229 f; *ders*, Die Zukunft des österreichischen Föderalismus in der EU, in *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher* (Hrsg), Verfassung in Zeiten des Wandels (2002) 117 (132 f); *Weber*, Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat?, in *Weber/Wimmer/Gamper/Rath-Kathrein*, Vom Verfassungsstaat am Scheideweg, FS *Pernthaler* (2005) 413.

²⁸ Vgl die Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über einen Konsultationsmechanismus und einen künftigen Stabilitätspakt der Gebietskörperschaften, BGBl I 35/1999.

²⁹ Vgl die Konvergenzkriterien in den Art 139 ff AEUV.

³⁰ Vgl ErlRV 639 BlgNR IX. GP 8, 13 f.

³¹ Vgl *Weber*, Art 115 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 4.

³² *Kelsen/Froehlich/Merkel*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, 5. Teil (Die Bundesverfassung vom 9. Oktober 1920) (1922) 228: "*Daß die Bundesverfassung Bestimmungen über die Stellung der Gemeinden innerhalb der Länder aufgenommen hat, ist vom Standpunkt der Bundesstaatsidee eine Anomalie. Denn die Gemeinden sind in erster Linie als Glieder der Länder anzusehen und nur mittelbar durch das Land Organ des Bundes.*"

³³ Vgl im Gegensatz dazu die deutsche Rechtslage (Art 28 GG), die bloß die Existenz der Institution Gemeinde garantiert, neben diesem institutionellen Schutz die erforderliche organisationsrechtliche Ausgestaltung

tenzsicherungsklausel" hinausgehen. Ziel war es, auch im Bundesstaat die Homogenität der Institution sowie der grundlegenden Aufgaben der Gemeinde sicherzustellen und vor weitreichenden Eingriffen des Bundes- und der Landesgesetzgeber zu schützen. Ein bundesweit einheitliches "Grundgerüst", das weder durch die einfache Bundesgesetzgebung noch durch die Landesgesetzgebung verändert werden kann, sollte dies gewährleisten. Die nähere Ausgestaltung des Gemeinderechts obliegt dem Landes(verfassungs)gesetzgeber. Mit den Art 115–120 B-VG wird die grundlegende Organisationsstruktur, der Wirkungsbereich, die staatliche Aufsicht und die Interessenvertretung der Institution Gemeinde *ex constitutione* weitestgehend vordeterminiert. Die Landesverfassungen rezitieren überwiegend die bundesverfassungsrechtlich aufgestellten Grundsätze der Gemeindeorganisation. Diesen Wiederholungen kommt im Wesentlichen deklarative Wirkung zu. Konstitutiv wirken lediglich die Vorgaben in der Bundesverfassung, die allerdings als "Grundsätze" ausgestaltet sind.³⁴ Jene landesverfassungsgesetzlichen Bestimmungen, die über die Art 115–120 B-VG hinausgehen, erweitern insb die Formen der direkten Demokratie auf Landesebene, indem sie einer Mehrheit von Gemeinden das Recht einräumen, Volksabstimmungen, Volksbegehren und Volksbefragungen zu initiieren, den Gemeinden ein Recht zur Gesetzesinitiative gewähren oder die Möglichkeit vorsehen, Landtagsbeschlüsse zu beeinspruchen.³⁵

Wiederin hat die österreichische Bundesstaatlichkeit in pointierter Weise zusammengefasst und Österreich als einen "Einheitsstaat mit zwei gleichberechtigten Gesetzgebungszentren, in dem die Verwaltung auf den drei Ebenen Bund, Land und Gemeinde nach weitgehend einheitlichen Grundsätzen agiert" charakterisiert.³⁶

jedoch den Landesgesetzgebern überlässt; s insb *Dreier*, Art 28, in *Dreier* (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar², Band II (2006) Rz 99 ff.

³⁴ Vgl *Neuhofer*, Gemeinderecht² (1998) 24 mwN sowie bspw Art 57 ff Nö L-VG.

³⁵ Vgl *Neuhofer*, Gemeinderecht² (1998) 24 ff, 394 ff.

³⁶ Vgl *Wiederin*, Bundesstaat neu, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Der Österreich-Konvent, Zwischenbilanz und Perspektiven (2004) 49 (59).

2.2. Die Gemeinde als Selbstverwaltungskörper

2.2.1. Zum Begriff der (territorialen) Selbstverwaltung in der Bundesverfassung

Die österreichische Bundesverfassung normiert in ihrem fünften Hauptstück das Institut der Selbstverwaltung und differenziert zwischen den Gemeinden (Art 115–120 B-VG) und der sog Sonstigen Selbstverwaltung (Art 120a–120c B-VG).³⁷ Gemeinsam mit den in Art 81c B-VG geregelten und als "selbstverwaltungsähnlich"³⁸ anerkannten Universitäten bilden territoriale und nicht-territoriale Selbstverwaltung – neben der Bundes- und Landesverwaltung – eine dritte mögliche Art der Verwaltungsführung im Bundesstaat, die sich durch ihre weitgehende Unabhängigkeit von anderen, übergeordneten staatlichen Einrichtungen auszeichnet.

Art 116 Abs 1 zweiter Satz B-VG definiert die Gemeinde als "*Gebietskörperschaft mit dem Recht auf Selbstverwaltung*". Der Gemeinde wird damit *ex constitutione* eine besondere rechtliche Stellung eingeräumt, die ihrer Rolle als relativ bürgernächste Verwaltungseinheit Rechnung trägt. Der Begriff der Selbstverwaltung hat eine Form dezentraler mittelbarer Verwaltungsführung durch eigene Rechtsträger zum Inhalt (Zentralisationstheorie).³⁹ Besonderheit ist die grds Weisungsfreistellung der Selbstverwaltungskörper, die einen wesentlichen Bruch mit dem Grundsatz der hierarchisch organisierten, weisungsgebundenen Verwaltungsorganisation des Art 20 Abs 1 B-VG darstellt. Mit dem Rechtsinstitut wird der Gemeinde *ex constitutione* Eigenverantwortung und Freiheit vom Einfluss übergeordneter staatlicher Gebietskörperschaften übertragen.⁴⁰ Zentrales Anliegen der Selbstverwaltung ist nach *B Raschauer*, dem im Selbstverwaltungskörper zusammengefassten Personenkreises maßgeblichen Einfluss auch und insb auf die Vollziehung jener öffentlichen

³⁷ Darunter sind insb die gesetzlichen beruflichen Interessensvertretungen ("*Kammern*"), die Sozialversicherungsträger, die Österreichische Hochschülerschaft, die Feuerwehren sowie die öffentlich-rechtlichen Genossenschaften zu subsumieren.

³⁸ *Kucsko-Stadlmayer*, Art 81c B-VG, in *Mayer* (Hrsg), Kommentar zum Universitätsgesetz 2002² (2010) I.4.

³⁹ Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 857.

⁴⁰ *Neuhofer* vertritt entgegen der hL die Ansicht, dass die Gemeindeselbstverwaltung zu den Grundprinzipien der Österreichischen Verfassung zu zählen ist und demzufolge eine gravierende Veränderung den erschweren Erzeugungsbedingungen des Art 44 Abs 3 B-VG unterliegt. – Vgl *Neuhofer*, Zukunftsperspektiven der kommunalen Interessenvertretung, in *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund*, 15 Jahre kommunale Interessenvertretung in der Bundesverfassung (2003) 55 (58).

Angelegenheiten zu gewähren, die ihn unmittelbar berühren.⁴¹ Dies entspricht dem allgemeinen Grundgedanken der Subsidiarität. Demnach sollen die übergeordneten Gebietseinheiten – die Europäischen Union, der Bund, die Länder – nur solche Aufgaben übernehmen, zu deren Wahrnehmung die Gemeinde nicht in der Lage ist. Die Gemeinde soll "*als die primäre Stelle des öffentlichen Lebens*" fungieren, Bund und Länder sollen nur dann in Erscheinung treten, wenn die Aufgabenerfüllung die Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt oder von ihr offensichtlich nicht bewältigt werden kann.⁴² Verwaltungsaufgaben sollen von der untersten und kleinstmöglichen Körperschaft erfüllt werden und dadurch gewährleisten, dass Entscheidungen so bürgernah wie möglich getroffen werden. Anders formuliert: Jene Angelegenheiten, die die Gemeinde selbst erledigen kann, soll sie – rechtlich gesehen – auch selbst erledigen dürfen.

Das Institut der Selbstverwaltung kann nach *Antoniolli* zusammenfassend als "*dezentralisierte Verwaltung durch relativ unabhängige Verwaltungsträger, die in der Regel Eigenpersönlichkeit besitzen*" charakterisiert werden.⁴³ Diesen abstrakten und formalorganisatorischen Ansatz erweitert *Oberndorfer* um eine funktionelle Betrachtungsweise des Begriffs und bezieht auch alle Mitsprache- und Mitentscheidungskompetenzen sowie sonstige Partizipationsmöglichkeiten der Gemeinde bei überörtlichen Entscheidungen in den Selbstverwaltungsbereich mit ein. Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Selbstverwaltung könne nur dann ausreichend geschützt werden, wenn die Gemeinde in Planungsprozesse, von deren Ergebnissen sie unmittelbar betroffen ist, verfahrensmäßig miteinbezogen und diese Position durch entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten abgesichert werde.⁴⁴ Dieses funktionelle Verständnis des Selbstverwaltungsbegriffs hat bislang keinen Niederschlag in der höchstgerichtlichen Judikatur gefunden. Da die in den eigenen Wirkungsbereich fallenden Angelegenheiten der Gemeinde nur "*im Rahmen der Gesetze und Verordnungen des Bundes und des Landes*" (Art 118 Abs 4 B-VG) gewährleistet sind, hegt der VfGH bspw keinerlei verfassungsgesetzliche Bedenken gegenüber jenen landesgesetzlichen raumordnungsrechtlichen Bestimmungen, die die Gemeinde an

⁴¹ *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 317.

⁴² Vgl ErlRV 639 BlgNR IX. GP, 16.

⁴³ *Antoniolli*, Begriff und Grundlagen der Selbstverwaltung in Österreich, ZÖR X (1960) 338.

⁴⁴ *Oberndorfer*, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 33.

überörtliche parzellenscharfe Planungen bindet.⁴⁵ *Oberndorfer* ist mE aber beizupflichten, da sonst die Gefahr einer Aushöhlung des eigenen Wirkungsbereiches durch den Bundes- bzw Landesgesetzgeber unter Berufung auf das Vorliegen (auch) überörtlicher Interessen besteht.⁴⁶

Kern der Selbstverwaltungsgarantie ist insb die umfassende vermögensrechtliche Freiheit der Gemeinde.⁴⁷ Der Gedanke des "(*sich*) *selbst Verwaltens*" gebietet ein "*selbst wirtschaften können*". Erst die freie Disposition über eigenes Vermögen und die damit einhergehende finanzielle Autonomie leisten Gewähr dafür, dass die Gemeinde die ihr von der Bundesverfassung zugewiesenen Aufgaben auch tatsächlich erfüllen kann. Kontrollinstrumente und Aufsichtsmittel, die den übergeordneten Gebietskörperschaften sowie externen, Bund und Ländern zurechenbaren Institutionen Einfluss auf die Gebarung der Gemeinde in politischer, rechtlicher oder faktischer Hinsicht eröffnen, stehen in einem Spannungsverhältnis zu dieser Unabhängigkeit. In der Folge soll daher in einem ersten Schritt auf die (verfassungs-)gesetzlichen Besonderheiten des Gemeinderechts in organisatorischer wie materieller Hinsicht eingegangen werden.

2.2.2. Die territoriale Selbstverwaltung

Die Novelle zum B-VG durch BGBl I 2008/2⁴⁸ beließ die gemeinderechtlichen Regelungen inhaltlich unberührt. Verändert hat sich jedoch deren formale Stellung in der Systematik der Bundesverfassung. Ein neu geschaffenes fünftes Hauptstück regelt im Teilabschnitt A. die "*Gemeinden*" (Art 115 – 120 B-VG); im Teilabschnitt B. erfolgte unter dem Titel "*Sonstige Selbstverwaltung*" (Art 120a – 120c B-VG) die Verankerung der nicht-territorialen Selbstverwaltung sowie der Sozialpartnerschaft in der Bundesverfassung. Die Neupositionierung der Gemeinden in einem eigenen Kapitel über die Selbstverwaltung erscheint im

⁴⁵ Vgl *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ (2015) Art 118 B-VG IV. mwN.

⁴⁶ Überschießend *Mittendorfer*, Gemeindeautonomie (1990) 24 f. – Legt ein Bundes- oder Landesgesetz, das einen in die kommunale Selbstverwaltung fallenden Aufgabenbereich regelt, Kriterien oder Parameter von überörtlicher Dimension fest (zB den Einzugsbereich von Abfallbeseitigungsanlagen oder Krankenanstalten), so werden dadurch die Garantien des Art 118 Abs 2 B-VG berührt, da damit auch die Art der Aufgabenerfüllung vordeterminiert wird. Diese Entscheidung ist aber grds von der Gemeinde in eigenverantwortlicher Weise selbst zu treffen.

⁴⁷ So schon *Körner*, Beiträge zur Theorie der Selbstverwaltung, ZÖR (1930), 66.

⁴⁸ Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, BGBl I 2/2008.

Lichte eines logischen Aufbaus der Bundesverfassung durchaus systemkonform. Da den Gemeinden auch Angelegenheiten der Bundesvollziehung zur Besorgung im Rahmen des eigenen Wirkungsbereiches übertragen werden können, war der bisherige Regelungsort im vierten Hauptstück über die *"Gesetzgebung und Vollziehung der Länder"* – zumindest teilweise – inadäquat.⁴⁹ Der Ministerialentwurf 94/ME XXIII. GP erweckt den Eindruck, die Aufsicht des Bundes über die Gemeinden wäre ein Novum. Tatsächlich trat das Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz BGBl 123/1967 mit 6.4.1967 in Kraft. Der unzutreffende Regelungsort ist vor diesem Hintergrund vielmehr *"Geburtsfehler"* der 1962 in Kraft getretenen Gemeindeverfassungsnovelle, die ihrerseits durch die Stammfassung des B-VG geprägt war und in den Gemeinden bloße Untergliederungen der Länder erkannte.⁵⁰ In der Neuordnung eine Abkehr vom klassischen Bundesstaatsmodell zu erblicken, das die Gemeinden als Teilordnungen der Länder begreift, würde mE wohl zu weit führen.⁵¹ In der Kodifikation der Sonstigen Selbstverwaltung und der *"Verselbstständigung"* durch Zusammenfassung der territorialen sowie der nicht-territorialen Selbstverwaltung zu einem eigenständigen Kapitel, ist aber durchaus eine Emanzipation des Instituts der Selbstverwaltung erkennbar.

2.2.3. Der eigene Wirkungsbereich

Kern der kommunalen Selbstverwaltung ist der eigene (autonome) Wirkungsbereich der Gemeinde. Jene Aufgaben, die vom eigenen Wirkungsbereich erfasst sein sollen, werden von der Bundesverfassung in zweifacher Weise umschrieben: zum einen durch eine Generalklausel in Art 118 Abs 2 B-VG, zum anderen durch eine demonstrative Aufzählung von Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung in Art 118 Abs 3 B-VG. Der eigene Wirkungsbereich umfasst all jene Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden (Abs 2). Wesentliche Parameter der Zugehörigkeit einer öffentlichen Aufgabe zum eigenen Wirkungsbereich

⁴⁹ Vgl 94/ME BlgNR XXIII. GP, 13; im Wortlaut: *"Dies ist auch deshalb systemkonform, weil die Ansiedelung der Gemeinden im Hauptstück über Gesetzgebung und Vollziehung der Länder durch die Einführung der Besorgung von Angelegenheiten (auch) der Bundesvollziehung im eigenen Wirkungsbereich und der damit einhergehenden Schaffung einer Gemeindeaufsicht des Bundes unzutreffend geworden ist."*

⁵⁰ BGBl 205/1962.

⁵¹ Vgl Weber, Art 115 B-VG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 4.

reich sind demnach das Vorliegen eines gemeinsamen örtlichen Interesses und die prinzipielle Eignung ihrer Besorgung durch den territorial zusammengehörigen Personenkreis. Insb bleibt der Gemeinde die Besorgung der in Abs 3 demonstrativ aufgezählten behördlichen Angelegenheiten vorbehalten. Dazu zählen zum einen bestimmte organisatorische Befugnisse (Bestellung der Gemeindeorgane, Regelung der inneren Einrichtung zur Besorgung der Gemeindeaufgaben) sowie polizeiliche Aufgaben (örtliche Sicherheits-, Veranstaltungs-, Markt-, Gesundheits-, Bau-, Feuer-, Sittlichkeitspolizei). Darüber hinaus ist die Gemeinde gemäß Art 116 Abs 2 B-VG selbständiger Wirtschaftskörper und kann – dem Art 17 B-VG entsprechend – im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Verwaltungsaufgaben in den Rechtsformen des Privatrechts wahrnehmen.⁵² Auch die nichtbehördlichen Angelegenheiten im Bereich der Daseinsvorsorge werden dem eigenen Wirkungsbereich zugerechnet.⁵³

Mit den Art 118 Abs 2 und 3 B-VG kann die Zuständigkeit der Gemeinde zur Vollziehung einer öffentlichen Aufgabe nicht unmittelbar begründet werden. Vielmehr dienen diese Bestimmungen als "*reine Kompetenzverteilungsvorschriften*"⁵⁴ und sind an den Bundes- bzw Landesgesetzgeber als Materiengesetzgeber adressiert. Liegt eine Verwaltungsaufgabe im Interesse der örtlichen Gemeinschaft und ist diese in der Lage, diese Angelegenheit eigenverantwortlich wahrzunehmen, hat der Materiengesetzgeber sie der Besorgung im eigenen Wirkungsbereich zuzuweisen und ausdrücklich als solche zu bezeichnen (Art 118 Abs 2 zweiter Satz B-VG). Die Bezeichnung hat nach der stRsp des VfGH konstitutiven Charakter, erst durch sie wird im Bereich der hoheitlichen Verwaltung eine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches begründet.⁵⁵ Umfang und Reichweite sollen nicht von Organen der Exekutive (Gemeindeorganen), sondern der zuständigen Gesetzgebung bestimmt werden.⁵⁶ Der eigene Wirkungsbereich ist vom historischen Gemeindeverfassungsgesetzgeber bewusst "*dynamisch*" ausgestaltet und nicht taxativ festgelegt worden. Dem liegt der erklärte Gedanke zu Grunde, den eigenen Wirkungsbereich vor einer "*Versteinerung*" zu bewahren und ihm stattdessen das Potential für eine zukünftige Weiter-

⁵² Vgl B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 561ff.

⁵³ Vgl Neuhofer, Gemeinderecht² (1998) 226.

⁵⁴ Leitl-Staudinger, Aufgaben der Gemeindeorgane in Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung, in KWG (Hrsg), Haftung von Bürgermeistern und Gemeindeorganen (2010) 1 (7).

⁵⁵ VfSlg 5409/1966.

⁵⁶ Vgl Neuhofer, Gemeinderecht² (1998) 228 f.

entwicklung offen zu lassen. Dem Materiengesetzgeber bleibt so ein Spielraum um den eigenen Wirkungsbereich an sich verändernde wirtschaftliche, soziale, kulturelle oder gesellschaftliche Rahmenbedingungen anzupassen.⁵⁷

Die Art 118 Abs 2 und 3 B-VG stellen bei der Beurteilung des örtlichen Interesses sowie der prinzipiellen Eignung zur Besorgung einer Angelegenheit innerhalb der örtlichen Grenzen auf eine "*Normgemeinde*" ab (Grundsatz der abstrakten Einheitsgemeinde). Bei der Zuweisung von Aufgaben in den eigenen Wirkungsbereich ist es dem Materiengesetzgeber demnach verwehrt, Differenzierungen auf Grund von Größe, Finanzkraft oder geographischer Lage vorzunehmen. Als Maßstab soll ihm nach hL⁵⁸ und stRsp⁵⁹ die "*abstrakte Gemeinde im Bundesdurchschnitt*" dienen.⁶⁰ Auch aus den Materialien ergibt sich, dass eine Unterscheidung zwischen Groß- und Kleingemeinden im Hinblick auf ihren Wirkungsradius vom historischen Gesetzgeber nicht gewollt war. Das notwendige Korrektiv um auf Veränderungen reagieren und Erweiterungen und allenfalls auch Einschränkungen⁶¹ des eigenen Wirkungsbereiches vornehmen zu können, liegt in der Dynamik der verfassungsrechtlichen Bestimmung des Art 118 Abs 2 B-VG, die auch Anpassungen an die individuellen Bedürfnisse kleiner Gemeinden ermöglicht. Rechtsfolge dieser Fiktion ist, dass allen Gemeinden umfänglich ein standardisierter, dh gesetzlich einheitlich umschriebener eigener Wirkungsbereich eingeräumt wird. Trotz dieser identen verfassungsgesetzlichen Ausgangslage, kann die nähere einfachgesetzliche Ausgestaltung von Gemeinde zu Gemeinde variieren. Dabei ist jedoch folgende Schranke zu beachten: Inhaltliche Unterscheidungen sind nur insoweit zulässig, als einzelne Gemeinden von der Vollziehung einer

⁵⁷ Vgl ErlRV 639 BlgNR IX. GP, 16 f.

⁵⁸ Vgl Weber, Art 118 B-VG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 7.

⁵⁹ Seit VfSlg 9520/1982.

⁶⁰ AA Oberndorfer, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 71 f, der sich für eine völlige Abstraktion von der faktischen Leistungsfähigkeit ausspricht, die sich auch mit der Annahme einer landes- oder bundesweite bestimmbaren Durchschnittsgemeinde nicht vereinbaren lässt. Mittendorfer, Gemeindeautonomie (1990) 16 ff, vertritt die Ansicht, dass sich als Bezugsobjekt ausschließlich reale Gemeinden eignen und auch die Schaffung einer Mehrzahl von unterschiedlichen Gemeindetypen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art 118 Abs 2 und 3 B-VG zu vereinbaren ist. "Soweit dies für die Lösung der Zuordnungsfrage hinreichend ist, sind daher sinnvollerweise mehrere Gemeindekategorien als Maßstab heranzuziehen."

⁶¹ Bspw bedarf die Gemeinde, trotzdem § 85 AWG die Wahrnehmung der Aufgaben des AWG dem eigenen Wirkungsbereich zuweist, zur Durchführung der Problemstoffsammlung gemäß § 28 iVm § 25 AWG einer Erlaubnis des jeweiligen Landeshauptmanns.

Verwaltungsaufgabe nicht gänzlich ausgeschlossen werden.⁶² Eine Sonderstellung räumt die Bundesverfassung in Art 115 Abs 3 B-VG den Städten mit eigenem Statut ein, denen neben der Besorgung der Aufgaben der Gemeinde auch jene der Bezirksverwaltung zukommt.

In den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches ist die Gemeinde unabhängig, dh sie agiert bei der Besorgung ihrer Verwaltungsaufgaben frei von der Einflussnahme nicht gemeindeeigener Behörden und damit frei von staatlichen Weisungen.⁶³ Weder Organe des Bundes noch Organe des Landes sind im eigenen Wirkungsbereich Gemeindeorganen gegenüber weisungsberechtigt.⁶⁴ Die grds Weisungsfreistellung der Gemeinde als Selbstverwaltungskörper stellt einen wesentlichen Bruch mit dem in Art 20 Abs 1 B-VG normierten Grundsatz der hierarchisch organisierten, weisungsgebundenen Verwaltungsorganisation dar.⁶⁵ Darüber hinaus wird der Gemeinde "*Eigenverantwortlichkeit*" gewährt. Instanzenzüge an nicht gemeindeeigene Organe sind im eigenen Wirkungsbereich ausgeschlossen. Die Kontrolle der Aufgabenbesorgung obliegt dem Gemeinderat als oberstem Gemeindeorgan. Der weitgehenden Unabhängigkeit korrespondiert ein staatliches Aufsichtsrecht von Bund und Land, das grds auf die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Besorgung der Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches beschränkt ist und bloß zu kassatorischen Entscheidungen ermächtigt.⁶⁶ Es stellt – in begrenztem Ausmaß – die staatliche Einflussnahme auf kommunales Verwaltungshandeln sicher. Die Staatsaufsicht leistet Gewähr dafür, dass die Gemeinde die ihr bundes- bzw landesgesetzlichen bzw im Verordnungswege gesteckten Schranken einhält (vgl Art 118 Abs 4 B-VG), insb ihren Wirkungsbereich nicht überschreitet, und die ihr übertragenen Aufgaben auch tatsächlich erfüllt (Art 119a Abs 1 B-VG). Die Mittel der Staatsaufsicht umfassen ua Auskunfts- und Inspektionsrechte (Abs 4), Aufhebungsrechte (Abs 6) und Genehmigungsvorbehalte (Abs 8), die Ersatzvornahme sowie die Möglichkeit der Auflösung des Gemeinderates

⁶² Vgl *Oberndorfer*, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 72.

⁶³ Vgl VfSlg 12.169/1989 zur verfassungswidrigen Annahme einer Bindung an die Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde und des Planungsfachbeirates bei der Erlassung eines Flächenwidmungsplanes und des damit einhergehenden Verstoßes gegen die Selbstverwaltungsgarantie.

⁶⁴ Vgl *Weber*, Art 118 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 28.

⁶⁵ Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 860.

⁶⁶ Zu den Rechtsgrundlagen der Bundes- bzw Landesgemeindeaufsicht vgl *Hauer*, 17. Teil, Gemeindeaufsicht, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2014) Rz 1 f.

durch die Aufsichtsbehörde (Abs 7).⁶⁷ Ein weiteres wesentliches Element der staatlichen Aufsicht stellt das Recht des Landes, die Gebarung der Gemeinde auf ihre Effizienz (im Hinblick auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Einnahmen- und Ausgabenverwaltung) zu überprüfen, dar. Die im Verhältnis zwischen dem Land und dem Kontrollobjekt Gemeinde bestehenden Konfliktpotentiale bilden einen Kernbereich dieser Arbeit.

2.2.4. Der übertragene Wirkungsbereich

Durch Art 116 Abs 1 zweiter Satz B-VG wird eine Zweiteilung des Aufgabenkreises der Gemeinde vorgezeichnet. Neben dem eigenen Wirkungsbereich nimmt die Gemeinde in mittelbarer Weise auch all jene Aufgaben wahr, die ihr von Bund und Land übertragen wurden (übertragener Wirkungsbereich). Die Gemeinde ist damit nicht nur Selbstverwaltungskörper, sondern auch Verwaltungssprengel. Dem korrespondiert die Befugnis von Bund und Land als den eigentlichen Trägern der staatlichen Verwaltung, Selbstverwaltungskörper im Allgemeinen und die Gemeinde im Besonderen mit Vollziehungsaufgaben zu betrauen. Die Überantwortung der Erfüllung staatlicher Aufgaben erfolgt durch einfaches Bundes- bzw Landesgesetz, wodurch die Gemeinde funktional für die jeweilige übergeordnete Gebietskörperschaft tätig wird.⁶⁸

Der übertragene Wirkungsbereich umfasst gemäß Art 119 Abs 1 B-VG all jene Angelegenheiten, die die Gemeinde nach Maßgabe der Bundesgesetze (Landesgesetze) im Auftrag und nach den Weisungen des Bundes (Landes) zu besorgen hat. Welche Agenden überantwortet werden können, bestimmt das B-VG nicht. Ausgeschlossen ist lediglich die Delegation von Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung, wodurch sich eine Beschränkung auf den Bereich der Hoheitsverwaltung ergibt.⁶⁹ Auch bzgl des Umfangs der übertragenen Aufgaben bestehen keine den Art 118 Abs 2 und 3 B-VG entsprechenden Bestimmungen. Der Gestaltungsspielraum der Materiengesetzgeber ist daher relativ weit,

⁶⁷ Das Aufsichtsmittel der Vorstellung, mit der die behauptete Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten durch einen Bescheid eines Gemeindeorgans der Rechtmäßigkeitskontrolle der Aufsichtsbehörde zugeführt werden konnten, wurde mit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch BGBl I 51/2012 (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012) aufgehoben; zur Staatsaufsicht und zu den Aufsichtsmitteln des Art 119a B-VG vgl weiterführend *Neuhofner*, *Gemeinderecht*² (1998) 326 ff.

⁶⁸ Vgl *Weber*, Art 119 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht* (1999) Rz 3.

⁶⁹ Delegationsbefugt ist die nach den Art 10–15 B-VG zur Gesetzgebung kompetente Gebietskörperschaft.

aber nicht unbegrenzt. Grenzen setzen neben zwingenden Zuständigkeiten staatlicher Organe die verfassungsgesetzlich gewährleistete Selbstverwaltungsgarantie, die durch die Heranziehung zur (mittelbaren) Verwaltungsführung für Bund oder Land nicht gefährdet oder verunmöglicht werden darf, das Übermaßverbot des § 4 F-VG 1948, wonach bei der Verteilung der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf die Grenzen der Leistungsfähigkeit der beteiligten Gebietskörperschaften Bedacht zu nehmen ist, sowie das ebenfalls in § 4 F-VG 1948 verankerte finanzausgleichsrechtliche Sachlichkeitsgebot, das eine adäquate Verteilung der Lasten der öffentlichen Verwaltung unter den Gebietskörperschaften gebietet.⁷⁰ Schließlich kann die Delegation durch einen *actus contrarius* der übertragenden Gebietskörperschaft wieder rückgängig gemacht werden.⁷¹ Der Gemeinde kommt – anders als im eigenen Wirkungsbereich – kein subjektives Recht auf fortwährende Zuständigkeit für eine einmal überantwortete Aufgabe zu.

Träger der mittelbaren Verwaltungsführung im Rahmen des übertragenen Wirkungsbereiches ist – vergleichbar dem Landeshauptmann im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung – ausschließlich der Bürgermeister. Als Schaltzentrale untersteht er der "*fachlichen Leitung*" durch Bundes- bzw Landesbehörden, die durch die Weisungsbindung sowie die umfassende Verantwortlichkeit bei der Aufgabenerfüllung gekennzeichnet ist.⁷²

Maßgebliche praktische Bedeutung kommt der Frage der Kostentragung überantworteter Aufgaben zu. Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereiches sind "*Pflichtaufgaben*". Der Gemeinde ist es verwehrt, sich ihrer Erbringung zu entziehen – die Gemeinde *kann* nicht tätig werden, sie *muss* vielmehr. Gemäß § 2 F-VG 1948 hat auch die Gemeinde die Kosten der von ihr besorgten Aufgaben zu tragen (Grundsatz der eigenen Kostentragung). "*Der Bund und die übrigen Gebietskörperschaften tragen, sofern die zuständige Gesetzgebung nichts anderes bestimmt, den Aufwand, der sich aus der Besorgung ihrer Aufgaben ergibt.*"⁷³ Aus organisatorischer Sicht zählt auch der übertragene Wirkungsbereich

⁷⁰ Vgl. Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 262. Weiterführend zu § 4 F-VG 1948 vgl. Ruppe, Finanzverfassung und Rechtsstaat (2007) 53 ff; zu den finanzverfassungsrechtlichen Konsequenzen einer Aufgabenübertragung an Gemeinden vgl. insb. Oberndorfer, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in Pabel (Hrsg.), Gemeinderecht (2015) Rz 125 ff.

⁷¹ Vgl. B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 172.

⁷² Vgl. Weber, Art 119 B-VG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 10.

⁷³ Für die mittelbare Bundesverwaltung vgl. § 1 FAG 2008.

reich zu den Aufgaben der Gemeinde iSd § 2 F-VG 1948.⁷⁴ Mit VfSlg 9507/1982 hat der VfGH den Ersatz der aus der Aufgabenerfüllung erwachsenden Kosten zu Lasten der Gemeinden näher konkretisiert.⁷⁵ In einer auf Art 137 B-VG gestützten Klage begehrte die Stadtgemeinde Krems (als Stadt mit eigenem Statut) vom Bund den Ersatz für die von ihr besorgten und kompetenzrechtlich dem Bund obliegenden Aufgaben auf dem Gebiete des öffentlichen Sicherheitswesens. Nach Auffassung des VfGH ist von der übertragenden Gebietskörperschaft – Bund bzw Land – lediglich der konkrete Sachaufwand sowie der Zweckaufwand zu ersetzen, der Personalaufwand und der laufende Amtssachaufwand ist hingegen von der Gemeinde selbst zu tragen. Die Gemeinde hat ihre Organisation sowie das zur Administration notwendige Personal und Sachsubstrat ohne Ersatzanspruch zur Verfügung zu stellen. Davon umfasst sind der Einsatz der Gemeindebediensteten sowie die im Rahmen ihrer Tätigkeit unerlässlichen Hilfsmittel.⁷⁶

2.2.5. Schutz des Rechts auf Selbstverwaltung

Unbestritten ist, dass Gebietskörperschaften im Allgemeinen und Gemeinden im Besonderen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung "*Rechtsträger*" sein können. Überall dort, wo sie sich privatwirtschaftlicher Handlungsformen bedienen, werden ihnen auch die gleichen Rechte wie Privaten zuerkannt.⁷⁷ Im Bereich der Hoheitsverwaltung sind "*Rechte*" der Gemeinde demgegenüber selten. Hier nimmt sie in erster Linie ihr überantwortete Kompetenzen und somit (verfassungs-)gesetzlich statuierte Aufgaben wahr.⁷⁸ Eine Ausnahme davon besteht im Hinblick auf die Gemeindeautonomie. Die in Art 116 Abs 1 B-VG verankerte Selbstverwaltungsgarantie hat nicht bloß programmatischen, zahnlosen Charakter, sondern gewährt der Gemeinde ein subjektives und damit durchsetzbares Abwehrrecht (Art 119a Abs 9 B-VG). Ein Eingriff in das verfassungsgesetz-

⁷⁴ Weiterführend und mit Hinweisen auf die Entwicklung der Judikatur des VfGH zu § 2 F-VG 1948 *Ruppe*, Finanzverfassung und Rechtsstaat (2007) 27 f; *Neuhofner*, Gemeinderecht² (1998) 323 f.

⁷⁵ Vgl dazu weiterführend *Oberndorfer*, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 129.

⁷⁶ So VfSlg 9507/1982 zur Abweisung der Klage der Stadtgemeinde Krems gegen den Bund auf Ersatz von Aufwendungen, die ihr aus der Besorgung von Verwaltungsabgaben aus dem Bereich der Bundesvollziehung erwachsen sind.

⁷⁷ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 1051.

⁷⁸ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 1053.

lich gewährleistete Recht auf Selbstverwaltung kann insb durch gesetzwidrige Rechtsakte der Bundes- bzw Landesaufsichtsbehörde erfolgen.

Art 119a Abs 9 B-VG räumt der Gemeinde im aufsichtsbehördlichen Verfahren zum einen Parteistellung ein und gewährt ihr damit die im AVG verbürgten Parteienrechte und Verfahrensgarantien.⁷⁹ Zum anderen normiert er die Berechtigung zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und leistet damit Gewähr dafür, dass die Staatsaufsicht in rechtmäßiger Weise erfolgt. Schlagend wird das Recht auf Bescheidbeschwerde gemäß Art 144 B-VG insb im Vorstellungsverfahren, im Genehmigungsverfahren in Bezug auf jene Maßnahmen der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich, durch die in besonderem Maße auch überörtliche Interessen berührt werden (gemäß Art 119a Abs 8 B-VG) sowie im Verfahren der amtswegigen Aufhebung von Gemeindebescheiden iSd § 68 AVG.⁸⁰ Der VfGH erkennt erst bei einer besonderen Intensität der Rechtswidrigkeit einen Eingriff in das gemeindeeigene Grundrecht. Nach der stRsp des Gerichtshofes ist eine Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie dann anzunehmen, wenn *"eine staatliche Behörde eine (Aufsichts-)Maßnahme trifft, mit der das Recht der Gemeinde auf Besorgung einer bestimmten Angelegenheit im eigenen Wirkungsbereich schlechthin verneint wird"* (VfSlg 13.985/1994).⁸¹

Für den Fall der behaupteten Verletzung in einem (einfach-)gesetzlich gewährleisteten Recht, das im Instanzenzug nicht mehr bekämpft werden kann (Art 131 B-VG) sowie bei Verletzung der Entscheidungspflicht (Säumnisbeschwerde, Art 132 B-VG) steht der Gemeinde das Recht zur Beschwerde an den VwGH offen. Das Recht auf Parteistellung und Beschwerdeführung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts wird in den Gemeindeordnungen der Länder wiederholt.⁸²

2.2.6. Zum Begriff der Selbstverwaltung im Unionsrecht

Das Institut der Selbstverwaltung hat auch eine unionsrechtliche Dimension. Bereits mit 1.9.1988 trat auf völkerrechtlicher Ebene die Europäische Charta der Kommunalen

⁷⁹ Vgl die Aufstellung bei *Neuhofner*, Gemeinderecht² (1998) 386.

⁸⁰ *Hartlieb*, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde, RFG 2009/43, 186.

⁸¹ So die stRsp des VfGH seit VfSlg 7.459/1974.

⁸² Vgl zB § 109 Abs 2 und 3 K-AGO.

Selbstverwaltung, BGBl 357/1988, in Kraft, mit der sich die ratifizierenden Vertragsstaaten auf die verfassungsrechtliche Anerkennung und den Schutz kommunaler Gebietskörperschaften verständigten. Mit dem Vertrag von Lissabon hat der Begriff der Selbstverwaltung Eingang in das primäre Vertragswerk der Europäischen Union genommen. Die Normierung findet sich in Art 4 EUV im systematischen Kontext jener Bestimmungen, die die Prinzipien der Kompetenzverteilung und -ausübung der Europäischen Union im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten regeln. Dazu zählen die in Art 5 EUV genannten Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität sowie der Verhältnismäßigkeit.⁸³ Art 4 EUV regelt die Grundsätze der "föderativen Grundstruktur" der Union.⁸⁴ Sein Abs 1⁸⁵ führt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen näher aus. Die Bestimmung hat bloß iterativen Charakter und wiederholt die sich ohnehin aus Art 5 Abs 1 und 2 EUV erfließende rechtliche Konsequenz, dass die Kompetenz-Kompetenz in den Händen der Mitgliedstaaten verbleibt. Die Macht zur Einräumung neuer und Veränderung bestehender Regelungszuständigkeiten der Europäischen Union bedarf eines Konsenses aller Vertragsstaaten.⁸⁶ Damit soll ausdrücklich jenen mitgliedstaatlichen Bedenken entgegengetreten werden, die eine autonome Ausweitung der Unionskompetenzen und ein schrittweises "Ansichziehen" von Zuständigkeiten durch die Europäische Union befürchten. Art 4 und 5 EUV dienen somit bewusst als Bremse des stetig fortschreitenden Integrationsprozesses.

Art 4 Abs 2 EUV⁸⁷ ordnet zunächst die Achtung der Gleichheit aller Mitgliedstaaten vor den Verträgen an. *Lenz/Borchardt* legen der Bestimmung ein institutionelles Verständnis zugrunde und erkennen darin das Erfordernis der gleichzeitigen und damit ständigen Mitgliedschaft aller Mitgliedstaaten im Europäischen Parlament sowie im Rat der Europäischen Union⁸⁸, nicht jedoch in der Kommission.⁸⁹ *Bogdandy/Schill* gehen von einer uni-

⁸³ Weiterführend *Schima*, Art 5 EUV, in *Mayer* (Hrsg), Kommentar EUV/AEUV (2011) Rz 6 mwN.

⁸⁴ *Bogdandy/Schill*, Art 4 EUV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU (2010) Rn 1.

⁸⁵ Art 4 Abs 1 EUV: "Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben gemäß Artikel 5 bei den Mitgliedstaaten."

⁸⁶ Vgl auch Art 3 Abs 6 EUV, wonach die Union ihre Ziele mit geeigneten Mitteln entsprechend den Zuständigkeiten, die ihr in den Verträgen übertragen sind, verfolgt.

⁸⁷ Art 4 Abs 2 EUV: "Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt."

⁸⁸ Und wohl auch im Europäischen Rat (vgl Art 235 f EUV).

⁸⁹ Vgl *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge⁵ (2010) Art 4 Rz 3.

onsrechtlichen Schranke aus, die bei der Erlassung von Sekundärrechtsakten und allen sonstigen Akten von Unionsorganen unsachliche Differenzierungen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten verbietet.⁹⁰ Abs 2 fordert darüber hinaus die Achtung der "*jeweiligen nationale(n) Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt*". Die Union anerkennt damit erstmals ausdrücklich die Institution der Selbstverwaltung als Element der nationalen Identität der Mitgliedstaaten.⁹¹ Adressaten der Bestimmung sind die Union und ihre Organe. Sie haben Rücksicht auf den bestehenden und gewachsenen Staatsaufbau der Mitgliedstaaten zu nehmen.⁹² Trotz des erklärten Zieles, den Integrationsprozess schrittweise voranzutreiben, soll am politischen Fortbestand der einzelnen Staaten nichts verändert werden.⁹³

Der Gehalt der Bestimmung erschöpft sich mE in der Anerkennung der Verfassungsrealität in den Mitgliedstaaten durch die Union. Die Europäische Union akzeptiert die von den Mitgliedern in ihren Verfassungen getroffenen Weichenstellungen im Hinblick auf die rechtliche Grundordnung des einzelnen Staates. Die damit einhergehende Legitimation eines europäischen "*Verfassungsppluralismus*"⁹⁴ impliziert auch die regionale und lokale Selbstverwaltung. Die Bestimmung verwehrt der Europäischen Union in programmatischer Weise jegliche Einflussnahme auf die innerstaatliche Organisationsstruktur. Ob und wie sich die Mitgliedstaaten (bundesstaatlich) weiter untergliedern und welche Gesetzgebungs- und Vollziehungsaufgaben auf dezentrale Entitäten übertragen werden, ist nicht Gegenstand unionsrechtlicher Regelungszuständigkeit. Daran ändert auch der Grundsatz des indirekten Vollzugs des Unionsrechts nichts. Wenn auch – von wenigen Ausnahmen abgesehen – die Mitgliedstaaten und deren Organe (auch) zur Vollziehung des Unionsrechts zuständig sind, obliegen Behörden- und Verfahrensorganisation der mitgliedstaatlichen Disposition.

⁹⁰ *Bogdandy/Schill*, Art 4 EUV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU (2010) Rn 7.

⁹¹ Vgl *Grabenwarter*, Staatliches Unionsverfassungsrecht in *Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht (2009) 121 (149).

⁹² Vgl *Geiger*, Art 4 EUV, in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEU⁵ (2010) Rz 3. – Art 17 Abs 5 EUV begrenzt seit dem Vertrag von Lissabon und mit Wirksamkeit ab dem 1.11.2014 die Anzahl der Kommissare auf zwei Drittel der Zahl der Mitgliedstaaten und knüpft die Sitzvergabe an ein Rotationssystem. Damit soll im Hinblick auf zukünftige Erweiterungen der EU die Handlungsfähigkeit der Kommission sichergestellt werden.

⁹³ Schlussantrag GA *Maduro*, Rs C-213/07, *Michaniki*, Rn 31.

⁹⁴ *Bogdandy/Schill*, Art 4 EUV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU (2010) Rn 9.

Welche Auswirkungen hat die Festschreibung der Selbstverwaltung auf europäischer Ebene für (österreichische) Behörden? Der EuGH fordert im Hinblick auf die Konkretisierung der nationalen Identität eine Mitwirkungspflicht nationaler Behörden: *"Zweifellos sind die nationalen Stellen, insbesondere die Verfassungsgerichte, dafür zuständig, die nationalen Besonderheiten zu bestimmen, die eine solche unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten. Sie sind nämlich am besten in der Lage, die nationale verfassungsmäßige Identität der Mitgliedstaaten zu ermitteln, die zu achten die Europäische Union sich verpflichtet hat. Der Gerichtshof bleibt indessen verpflichtet zu prüfen, ob diese Ermittlung mit den Grundrechten und wesentlichen Zielen vereinbar ist, deren Beachtung er im Rahmen der Gemeinschaft sicherstellt."*⁹⁵

Im Hinblick auf lokale Gebietseinheiten im Allgemeinen und österreichische Gemeinden im Speziellen entfaltet die Achtung der Selbstverwaltung bloß mittelbare Rechtswirkungen. Die Wahrung der nationalen Identität – und somit auch der Selbstverwaltung – kann Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen oder Anpassungen der Unionsgesetzgebung erforderlich machen. Art 4 Abs 2 EUV schränkt die Handlungskompetenz der Union ein, indem er die innere Organisation des nationalen Hoheitsgebietes bei den Mitgliedstaaten belässt, er räumt der einzelnen Gemeinde jedoch kein dem Art 119a Abs 9 B-VG vergleichbares durchsetzbares Recht auf Selbstverwaltung ein.⁹⁶ Hinzuweisen ist darauf, dass Art 4 Abs 2 EUV auf die jeweilige mitgliedstaatliche Ausprägung des Instituts der Selbstverwaltung bedacht nimmt und – bei grundsätzlicher Vergleichbarkeit lokaler Gebietseinheiten – (nunmehr) 28 differierende Ausgestaltungen vor Augen hat und keinerlei Begriffsdefinition liefert. Für die Auslegung der konkreten nationalen Ausformung der territorialen Selbstverwaltung lässt sich aus der unionsrechtlichen Bestimmung nichts gewinnen.

⁹⁵ Schlussantrag GA Maduro, C-53/04, *Marrosu und Sardino*, Slg 2006, I-7213, Rn 40.

⁹⁶ Vgl *Bogdandy/Schill*, Art 4 EUV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU (2010) Rn 16, ziehen derartige Rechte der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften in Erwägung, ohne dies näher zu konkretisieren. Für eine diesbzgl. Annahme fehlt augenscheinlich die rechtliche Grundlage.

2.3. Die Gemeinde als selbständiger Wirtschaftskörper

Art 116 Abs 2 B-VG konstituiert die Gemeinde als "*selbständigen Wirtschaftskörper*" und räumt ihr damit Privatrechtssubjektivität ein.⁹⁷ Im Rahmen der "*allgemeinen Bundes- und Landesgesetze*"⁹⁸ wird die Gemeinde zu Besitz, Erwerb und Verfügung über Vermögen aller Art sowie zum Betrieb von wirtschaftlichen Unternehmungen ermächtigt. Schon *Adamovich/Funk*⁹⁹ haben diese Befugnis als "*Wirtschaftsfreiheit der Gemeinde*" umschrieben, durch die ihr umfassende Rechts- und Handlungsfähigkeit eingeräumt wird. In systematisch Art 17 B-VG folgender Weise wird der Gemeinde die Möglichkeit eröffnet, "*wie ein Privater*" am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Dabei ist die Gemeinde weder an die Kompetenzverteilung der Art 10–15 B-VG noch an die Grenzen des (eigenen) Gemeindegebietes gebunden. Dem Gesetzesvorbehalt des Art 116 Abs 2 B-VG entsprechend, kann lediglich der einfache Bundes- bzw Landesgesetzgeber der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde Grenzen setzen. Solche Schranken können insb die Sicherstellung der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Gemeindegebarung zum Ziel haben.¹⁰⁰ Als verfassungskonform werden Regelungen in den Gemeindeordnungen und Stadtrechten angesehen, die die Errichtung von wirtschaftlichen Unternehmungen an die Einhaltung "*kaufmännischer Grundsätze*"¹⁰¹ binden, die die Sicherstellung der dauernden Leistungsfähigkeit bzw das Vorliegen eines voraussichtlichen Bedarfs in der Bevölkerung an der Leistungserbringung verlangen¹⁰² oder den Bestand eines öffentlichen¹⁰³ oder überörtlichen Interesses¹⁰⁴ beanspruchen. Die genannten Bestimmungen sich durchwegs dem "*Innenrecht*" zuzuordnen, weshalb sie grds auch bloß verwaltungsinterne Bindungen

⁹⁷ Vgl insb *Funk*, Gestaltungsformen kommunaler Wirtschaftsverwaltung, in *Aicher/Funk/Korinek/Krejci/Ruppe* (Hrsg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 1 (4); *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde (1981) 17 ff.

⁹⁸ Den Gesetzesmaterialien (vgl ErlRV 639 BlgNR IX. GP, 14) zur Folge ist es demnach "*der Bundes- und auch der Landesgesetzgebung verwehrt, diskriminierende Vorschriften gegenüber den Gemeinden auf diesem Gebiet aufzustellen*". Eine Beschränkung der kommunalen Wirtschaftsfreiheit ist nach *Funk* nur insoweit zulässig, als sie "*systemimmanent aus anderen Verfassungsschranken hergeleitet werden kann*". Zu denken ist dabei insb an die in den Gemeindeordnungen und Statuten der Statutarstädte enthaltenen Regelungen bzgl wirtschaftlicher Unternehmungen der Gemeinden. Vgl insb *Neudorfer*, Zur Zulässigkeit kommunaler Pflichtaufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge, JBl 2010, 352.

⁹⁹ *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 110, 348.

¹⁰⁰ Vgl *Funk*, Gestaltungsformen kommunaler Wirtschaftsverwaltung, in *Aicher/Funk/Korinek/Krejci/Ruppe* (Hrsg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 1 (8).

¹⁰¹ § 63 Abs 3 Bgld GemO, § 91 Abs 2 K-AGO, § 75 Abs 1 TGO.

¹⁰² § 65 Abs 1 Sbg GemO, § 69 Abs 2 Oö GemO.

¹⁰³ § 69 Abs 2 Oö GemO.

¹⁰⁴ § 71 Abs 3 Z 3 Stmk GemO.

entfalten (können). Ihre besondere rechtliche Qualität zeigt sich im Falle der Rechtsverletzung: Verstößt das von der Gemeinde mit einem Privaten abgeschlossene Rechtsgeschäft gegen eine derartige innenrechtliche Anordnung, handelt sie zwar "*rechtswidrig*", die Gültigkeit des Vertrages wird dadurch jedoch nicht berührt.¹⁰⁵

Betrachtet man die Entwicklung kommunaler Aufgaben in den letzten Jahrzehnten, sind ein Rückgang behördlicher Betätigungen und eine Zunahme der Leistungserbringung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zu konstatieren. Unter dem Schlagwort "*Daseinsvorsorge*"¹⁰⁶ werden dabei eine Vielzahl der von den Gemeinden erbrachten Dienstleistungen subsumiert, die – nicht ausschließlich aber überwiegend – in nichthoheitlicher Weise wahrgenommen werden. Exemplarisch seien die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser und Energie (Elektrizität, Fernwärme), die Entsorgung von Abwässern und Abfällen, der Bau und die Instandhaltung von Verkehrsflächen, der öffentliche Personennahverkehr, das Hilfs- und Rettungswesen sowie der Bau und Betrieb von Krankenhäusern, Kindergärten, Schulen, Schwimmbädern, Kultur- oder Sportstätten genannt.¹⁰⁷ Es steht grds in der Dispositionsfreiheit der Gemeinde, ob sie die genannten Leistungen selbst erbringt, oder ob sie die Aufgabe in funktioneller Hinsicht privatisiert. Dabei obliegt ihr auch weiterhin die Gewährleistungsverantwortung, die tatsächliche Leistungserbringung wird jedoch dem Markt überlassen und erfolgt durch einen privaten Vertragspartner (zB ein privates Unternehmen wird mit der Abfallentsorgung beauftragt).¹⁰⁸ Nimmt die Gemeinde eine Aufgabe der Daseinsvorsorge dauerhaft selbst wahr, steht ihr die "*Institutionenwahl*" und damit die Organisation der öffentlichen Leistungserbringung, frei.¹⁰⁹ Sie kann weiterhin im Rahmen der Kernverwaltung erfolgen (Regiebetrieb, Eigenbetrieb), durch verselbständigte öffentliche Einrichtungen ("*Agencification*", "*Corporatization*"), im Rahmen von interkommunalen Zusammenschlüssen in Kooperation mit anderen Ge-

¹⁰⁵ B Raschauer, Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 508 ff.

¹⁰⁶ Vgl schon B Raschauer, "*Daseinsvorsorge*" als Rechtsbegriff, ÖZW 1980/3, 72; Segalla, Kommunale Daseinsvorsorge (2006); Binder, Die Daseinsvorsorge der Gemeinde, in Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 105; Neudorfer, Zur Zulässigkeit kommunaler Pflichtaufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge, JBl 2010, 352; Neuhofer, Gemeinderecht² (1998) 415 f.

¹⁰⁷ Vgl B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 330.

¹⁰⁸ Vgl B Raschauer, Verwaltungsaufgaben, in Holzinger/Oberndorfer/B Raschauer (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 157 (206 ff).

¹⁰⁹ Vgl Segalla, Kommunale Daseinsvorsorge (2006) 168 f.

meinden (Gemeindeverbände, Genossenschaften, "Public-Public-Partnership") sowie in Kontraktgemeinschaft mit privaten Akteuren ("Public-Private-Partnership").¹¹⁰

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Hinblick auf die Organisation kommunaler Versorgungsleistungen ein Wandel weg von der selbst "produzierenden" hin zur bloß "gewährleistenden" Kommune zu beobachten ist. Die Gemeinde stellt die Erfüllung öffentlicher Aufgaben sicher, wird aber nicht notwendigerweise "selbst" – dh durch eigene Organisationseinheiten und eigenes Personal – aktiv, sondern schafft die entsprechenden Rahmenbedingungen ("Gewährleistungsverantwortung"). Im Hinblick auf die Organisationsstruktur der Erbringung von Gemeindeaufgaben kommen sowohl öffentlich-rechtliche, privatrechtliche als auch hybride Rechtsformen in Betracht. Unabhängig davon, wie die Leistungserbringung von der Gemeinde institutionell vollzogen wird, geht mit ihr der Einsatz von Finanzmitteln einher, welcher mit einer voraus- oder nachgeschalteten Kontrolle verbunden ist. Die Wahl der Organisationsform hat unmittelbaren Einfluss darauf, welche Kontrollinstitution zur Überprüfung des Mitteleinsatzes kompetent ist und welche Kontrollmittel dabei zur Verfügung stehen.

2.4. Die Gemeinde als Gebietskörperschaft

Art 116 Abs 1 B-VG sowie die daran anknüpfenden einfachgesetzlichen Rechtsquellen auf Landesebene (Gemeindeordnungen, Stadtstatute) definieren die Gemeinde als "Gebietskörperschaft". Die Bundesverfassung erklärt den Begriff nicht näher, sondern setzt ihn als gegeben voraus. Als Körperschaft ist die Gemeinde juristische Person des öffentlichen Rechts und als solche Trägerin von Rechten und Pflichten. Sie ist mit *imperium* ausgestattet und nimmt (verfassungs-)gesetzlich zugewiesene Verwaltungsaufgaben wahr.¹¹¹

In der Lehre¹¹² wurden vier konstitutive Wesenselemente einer Gebietskörperschaft herausgearbeitet:

¹¹⁰ Vgl. Holzinger/Frank, Die Organisation der Verwaltung, in Holzinger/Oberndorfer/B. Raschauer (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 81 (150 ff).

¹¹¹ Vgl. B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 78 ff, 319.

¹¹² Vgl. Neuhofer, Gemeinderecht² (1998) 69 f mwN; Weber, Art 116 B-VG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 3 ff; Oberndorfer, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinde-

1. Körperschaften sind zu juristischen Personen erhobene Personenmehrheiten.¹¹³ Die *Gemeindebevölkerung* stellt dementsprechend das personelle Substrat kommunalen Zusammenlebens dar. Für die Wahlen zum Gemeinderat erklärt das B-VG in Art 117 Abs 2 alle Staatsbürger mit Wohnsitz in der Gemeinde sowie gemäß Art 22 AEUV die ansässigen Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union als aktiv und passiv wahlberechtigt und stellt damit auf die Wohnbevölkerung ab.¹¹⁴ Daran knüpft auch Art 118 Abs 2 B-VG an, der zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde all jene Angelegenheiten zählt, die im Interesse "*der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen*" sind. Art 118 Abs 6 B-VG räumt der Gemeinde ein ortspolizeiliches Ordnungsrecht zur Abwehr und Beseitigung von "*das örtliche Gemeinschaftsleben störender Missstände*" ein und nimmt damit ebenfalls Bezug auf das Gemeindevolk.¹¹⁵ Auch einfachgesetzliche Regelungen knüpfen an den auf dem Gemeindegebiet zusammengefassten Personenkreis an: der Bürgermeister hat die "*Bevölkerung der Gemeinde*" turnusmäßig über die Tätigkeiten der Gemeinde zu unterrichten,¹¹⁶ der Gemeinderat kann eine "*Befragung der wahlberechtigten Gemeindeglieder (Volksbefragung)*" anordnen,¹¹⁷ bei der Errichtung wirtschaftlicher Unternehmungen durch die Gemeinde ist auf den "*Bedarf der Bevölkerung*" Bedacht zu nehmen.¹¹⁸

2. Der Gemeinde kommt auf ihrem Gemeindegebiet *Gebietshoheit* zu, dh, – über die Wohnbevölkerung hinaus – sind alle auf ihrem Gebiet aufhältigen Personen ihrer Herrschaft unterworfen.¹¹⁹ Entscheidend ist, dass die Gebietshoheit "*zwangsweise grundsätzlich alle Menschen umfasst, die auf einem bestimmten Gebiet weilen*".¹²⁰ Im

rechts, in *Pabel* (Hrsg), *Gemeinderecht* (2015) Rz 1 ff; *Eberhard*, *Nichtterritoriale Selbstverwaltung* (2014) 76 f.

¹¹³ *B Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁵ (2017) Rz 79.

¹¹⁴ Vgl *Weber*, Art 116 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht* (2016) Rz 3 mwN.

¹¹⁵ Vgl *Oberndorfer*, 1. Teil, *Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts*, in *Pabel* (Hrsg), *Gemeinderecht* (2015) Rz 20; *Weber*, Art 116 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht* (2016) Rz 3.

¹¹⁶ § 38 Abs 5 Nö GemO.

¹¹⁷ § 63 Abs 1 Nö GemO.

¹¹⁸ § 68 Abs 1 Nö GemO.

¹¹⁹ Vgl *Antoniolli/Koja*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*³ (1996) 321.

¹²⁰ VwSlg 590 F/1952.

Rahmen der Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches (Art 118 Abs 2 und 3 B-VG) hat sie Anteil an der staatlichen Hoheitsgewalt und tritt mit *imperium* auf.¹²¹

3. Entgegen der Rsp des VwGH¹²² ist in der Lehre umstritten, ob auch die (*relative*) *sachliche Allzuständigkeit* ein Wesensmerkmal einer Gebietskörperschaft im Allgemeinen und der Gemeinde im Besonderen darstellt.¹²³ *Oberndorfer* hat nachgewiesen, dass – entgegen der generalklauselartigen Bestimmung des Art 118 Abs 2 B-VG – die Gemeinde nicht alleinzuständige Verwaltungseinheit in allen Angelegenheiten von örtlichem Interesse ist, sondern dass ihr vielmehr bloß punktuelle, durch Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich übertragene Kompetenzen zugewiesen sind, die nur in beschränktem Ausmaß über die demonstrative Aufzählung des Art 118 Abs 3 B-VG hinausgehen. Hinzu treten vereinzelte behördliche Befugnisse, in denen der Bürgermeister funktionell für Bund und Land tätig wird. Die Ansicht, das Bündel gemeindeeigener Zuständigkeiten umfasse sämtliche Angelegenheiten von kommunaler Dimension, ist daher nicht tragfähig. Dies lässt mE den Schluss zu, dass das von der Gemeindeverfassungsnovelle 1962¹²⁴ intendierte Subsidiaritätsprinzip und der prinzipielle Vorrang der Gemeinde bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben im kommunalen Umfeld nur unzureichend verwirklicht wurde und die Gemeinde bloß bedingt als "*primäre Stelle des öffentlichen Lebens*" fungiert.¹²⁵
4. Das *Gemeindegebiet* ist jener Ausschnitt des Staatsgebietes, auf den sich die behördlichen Befugnisse der einzelnen Kommune erstrecken. Die Bundesverfassung bestimmt in Art 116 Abs 1 B-VG – in systematischer Fortsetzung der Art 2 und 3 B-VG –, dass sich jedes Bundesland weiter in Gemeinden untergliedert. Landesgesetzliche Regelungen normieren, dass jedes Grundstück einer Gemeinde zugehören muss. Historisch betrachtet war dem nicht immer so. Das Reichsgemeindengesetz 1862, RGBl 18/1862, kannte eine Ausnahme von diesem Grundsatz im Hinblick auf die zur Wohnung oder

¹²¹ Vgl. *Oberndorfer*, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 9 ff.

¹²² In VwSlg 590 F/1952, 3577 F/1967 nimmt der VwGH die "*relative Allgemeinheit des Zweckes*" als konstituierendes Merkmal einer Gebietskörperschaft an.

¹²³ Ablehnend *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986) 298; *Oberndorfer*, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 5 f; *ders*, Gemeinderecht und Gemeindewirklichkeit (1971) 184 f, 290; zustimmend *Neuhofer*, Gemeinderecht² (1998) 70.

¹²⁴ BGBl 205/1962.

¹²⁵ ErlRV 639 BlgNR IX. GP, 16.

zum vorübergehenden Aufenthalt des Kaisers und des allerhöchsten Hofes bestimmten Residenzen, Schlösser und Gebäude. Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935 sah vor, dass Grundstücke aus besonderen Gründen außerhalb einer Gemeinde verbleiben können.¹²⁶ Teilweise kennen die Gemeindeordnungen der Länder der Bundesrepublik Deutschland auch heute noch "*gemeindefreie Grundstücke*" und somit Teile des Staatsgebietes, die keiner Gemeinde zugewiesen sind.¹²⁷ Durch ausdrückliche Bestimmungen in den Gemeindeordnungen sind "*gemeindelose*" Gebiete in Österreich nunmehr ausgeschlossen und eine lückenlose Zuweisung jedes Grundstücks zu einer Gemeinde möglich.¹²⁸ Jeder Punkt des österreichischen Staatsgebietes kann genau einem Bundesland und auch genau einer Gemeinde zugeordnet werden.

2.5. Gemeindestruktur(reformen) aus wirtschaftlicher Perspektive

2.5.1. Gemeindegröße und Kontrolle

Art und Umfang der Kontrolle der Gemeindegebarung hängen nicht unwesentlich von der Gemeindegröße bzw der durchschnittlichen Einwohnerzahl ab, zumal die Finanzausstattung der Gemeinden im Wesentlichen auf den Ertragsanteilen an den gemeinschaftlichen Bundesabgaben und damit auf pro Kopf-Transferleistungen aus dem Bundeshaushalt basiert.¹²⁹ Österreich verfügt über eine überaus kleinteilige Kommunalstruktur: Über die Hälfte der 2.100 Gemeinden (1.396) zählen weniger als 2.500 Einwohner, nur 26 Gemeinden haben mehr als 20.000 Einwohner.¹³⁰ Die bestehende Gemeindestruktur – viele Klein- und Kleinstgemeinde, wenige Großgemeinden – bedingt eine differenzierte kom-

¹²⁶ Vgl § 12 Abs 2 der Deutschen Gemeindeordnung vom 20.1.1935, RGBl I, 50; Nö Studiengesellschaft für Verfassungs- und Verwaltungsfragen, Nö GemO 1973, 8.

¹²⁷ Vgl stellvertretend § 10a GemO für den Freistaat Bayern, § 7 GemO für Baden-Württemberg.

¹²⁸ Vgl zB § 1 Abs 3 Nö GemO, § 1 Abs 1 Oö GemO.

¹²⁹ Zur aktuellen Verteilung vgl Bundesministerium für Finanzen, Zahlungsströme zwischen Gebietskörperschaften (2017); abrufbar unter: www.service.bmf.gv.at/Budget/Budgets/2017/beilagen/Zahlungsstroeme_Gebietskoerperschaften_2017.pdf.

¹³⁰ Vgl Kommunalkredit Austria AG, Gemeindefinanzbericht 2016, 105; abrufbar unter: www.gemeindebund.at/website2016/wp-content/uploads/2017/05/Gemeindefinanzbericht_2016.pdf.

munale Gebarungskontrolle, da eine einzelne Institution wie der Rechnungshof keine umfassende, laufende Kontrolle sämtlicher Gemeinden leisten kann.¹³¹

Im Zuge der wiederholt geführten Diskussionen um eine Staats- und Verwaltungsreform wird auf interdisziplinärer Ebene regelmäßig die Notwendigkeit einer umfassenden Gemeindestrukturreform erwogen, mit der die Gesamtanzahl der Kommunen verringert und größere Gebietseinheiten geschaffen werden sollen.¹³² Einheitlicher Tenor der Befürworter von Strukturänderungen ist, dass mit der Schaffung größerer Entitäten Einsparungspotentiale bei der Erbringung öffentlicher Leistungen realisiert sowie Effizienz und Effektivität des kommunalen Verwaltungshandelns insgesamt gesteigert werden können.¹³³ Dabei wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur insb auf die Möglichkeit zur vermehrten Ausnutzung von Skalenerträgen ("*returns to scale*") und dem damit einhergehenden Kostenvorteil der großen Zahl verwiesen. Darunter versteht man die Annahme, dass die Produktionskosten der Erstellung einer öffentlichen Dienstleistung bei steigender Einwohnerzahl – und damit einem größeren Kreis an "*Konsumenten*" – abnehmen. Dagegen werden die niedrigeren Bürokratiekosten, die relative Bürgernähe sowie die identitätsbildende Eigenschaft kleinerer Gemeinden ins Treffen geführt, um den "*bigger is cheaper*"-Ansatz relativieren.¹³⁴ Die – selten sachlich geführte – Diskussion um die Vor- und Nachteile von Gebietsreformen eint die Feststellung, dass sich eine "*optimale Gemeindegröße*" weder aus ökonomischem noch aus rechtlichem Blickwinkel argumentieren lässt.¹³⁵ Empirische Studien liefern abhängig von ihrer Dimensionalität und der Gewichtung der einbezogenen Parameter – zB Einwohner, Fläche, Personal, Aufgaben, Verwaltungsaufwand – unterschiedliche Ergebnisse, weshalb eine "*objektiv richtige Gemeindegröße*" wissenschaftlich nicht belegt werden kann.¹³⁶

¹³¹ Dies zeigt schon ein Blick in den Tätigkeitsbericht (vgl den Bericht des Rechnungshofes, Tätigkeitsbericht 2016, 18 ff), nach dem der Rechnungshof im Jahr 2016 insgesamt 90 Prüfberichte veröffentlicht hat; 23 entfielen auf den Bund, 66 auf die Länder und Gemeinden, einer auf die Kammern.

¹³² Vgl *Huber*, Zusammenlegungen: Nicht über die Bevölkerung hinweg, Kommunal 2/2011, 20.

¹³³ Vgl *Wallner/Baaske*, Verwaltungsreform mit größeren Gemeinden, ÖGZ 10/2013, 28.

¹³⁴ Zu den Vor- und Nachteilen von Gemeindestrukturreformen aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht vgl *Pitlik/Wirth/Lehner* (WIFO/KDZ), Gemeindestruktur und Gemeindekooperation (2010) 18 ff.

¹³⁵ *Wirth*, Fusion oder Kooperation?, KDZ Forum Public Management 2/2010, 16.

¹³⁶ *Biwald*, KDZ, Österreichische Gemeindefinanzen bis 2014, Pressegespräch am 3.11.2010.

Auf den ersten Blick weisen die (verfassungs-)gesetzlichen Grundlagen der Gemeindegröße¹³⁷ keinerlei Bedeutung zu. Der Landesgesetzgebung, der die Kompetenz zur Organisation der Gemeindeorganisation zukommt, ist lediglich die Errichtung von "Gebietsgemeinden" in der Größe von politischen Bezirken iSv Art 120 B-VG verwehrt.¹³⁸ So wie die Bundesverfassung bei der Zuweisung von Aufgaben in den eigenen Wirkungsbereich dem Modell der Einheitsgemeinde (Art 118 Abs 2 B-VG) folgt, basiert auch die Zuweisung von Finanzmitteln im System des Finanzausgleichs grds auf einer "österreichweite(n) Durchschnittsbetrachtung"¹³⁹ der Institution Gemeinde. Faktische Besonderheiten der einzelnen Kommune in Bezug auf Bevölkerungsstand, Finanzkraft oder Leistungsfähigkeit bleiben weitestgehend unberücksichtigt. Einzelne Bestimmungen im B-VG, im F-VG 1948 sowie auf einfachgesetzlicher Ebene durchbrechen diesen Grundsatz und nehmen rechtliche Differenzierungen nach Größenklassen vor: So orientiert sich der Finanzausgleichsgesetzgeber bei der Aufteilung der Ertragsanteile der Gemeinden an den gemeinschaftlichen Bundesabgaben insb an der Volkszahl sowie dem abgestuften Bevölkerungsschlüssel.¹⁴⁰ Der Bundesverfassungsgesetzgeber unterscheidet zwischen Großgemeinden mit mindestens 10.000 Einwohnern und Kleingemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern und unterstellt Großgemeinden der obligatorischen Zuständigkeit des Rechnungshofes zur Überprüfung der Gemeindegebarung.¹⁴¹ Soweit die Landesverfassungen dem Landesrechnungshof die Kontrolle (auch) der Gemeinden zuweisen ist,¹⁴² ist diese Kompetenz spiegelbildlich zu jener des (Bundes-)Rechnungshofes ausgestaltet.¹⁴³ Daneben knüpfen bspw landesgesetzliche Bestimmungen über die Zusammensetzung des Gemeinderates,¹⁴⁴ über die Höhe der Bezüge des Bürgermeisters,¹⁴⁵ über die Notwendigkeit der Bestellung eines Gemeindebediensteten mit akademischer Ausbildung zum Leiter des Ge-

¹³⁷ Der Begriff der *Größe* steht idZ synonym für die Anzahl der Einwohner der Gemeinde.

¹³⁸ *Neuhofer*, *Gemeinderecht*² (1998) 577 f. – Zu den historischen Grundlagen der geplanten Errichtung von Gebietsgemeinden vgl vertiefend *Kahl*, Art 120 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2006).

¹³⁹ *Hüttner/Griebler/Huemer*, *Das Finanzausgleichsgesetz 2008 – Gesetzestext mit Kommentar*, in *Bauer* (Hrsg), *Finanzausgleich 2008: Ein Handbuch* (2008) 147.

¹⁴⁰ Vgl §§ 9 ff FAG 2017 zu den zwischen Bund und Ländern (Gemeinden) geteilten Abgaben.

¹⁴¹ Vgl Art 127a B-VG.

¹⁴² Vgl die diesbzgl Ermächtigung des Landesverfassungsgesetzgebers in Art 127c B-VG.

¹⁴³ Vgl § 6 Abs 1 lit g Salzburger Landesrechnungshofgesetz 1993; Art 69 Abs 4 VlbG L-VG; Art 67 Abs 4 lit c TLO; Art 70 Abs 2 K-LVG; Art 50 Abs 2 Stmk L-VG.

¹⁴⁴ Vgl zB § 22 TGO.

¹⁴⁵ Vgl zB § 2 Oö Gemeinde-Bezügegesetz 1998.

meindeamtes¹⁴⁶ oder über Mindestabstände der Standorte von Automatensalons¹⁴⁷ an die Einwohnerzahl an.

2.5.2. Freiwillige Gebietsänderungen und Kooperationen

Die rechtliche Regelung der Gemeindeorganisation sowie der weiteren Untergliederung des Bundeslandes in Gemeinden fällt gemäß Art 115 Abs 2 iVm Art 116 Abs 1 B-VG in die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers. Die Gemeindeordnungen kennen Bestimmungen für alle denkbaren Gemeindegebietsänderungen: die bloße Grenzänderung (bzw Grenzverschiebung), die Vereinigung (Fusion), die Trennung sowie die Neubildung von Gemeinden.¹⁴⁸ Ergänzend treten vielfältige Formen der (privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisierten) Verwaltungskooperation bzw interkommunaler Zusammenarbeit hinzu.¹⁴⁹ Bspw fördert das Land Steiermark nach § 38a Stmk GemO den Zusammenschluss von Gemeinden, die untereinander räumlich-funktionell verbunden sind, zur Abstimmung ihrer Entwicklung und zur Planung einer effizienten gemeinsamen Besorgung kommunaler Aufgaben der Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung zu "*Kleinregionen*".

Zwei oder mehrere aneinandergrenzende Gemeinden können auf Grundlage übereinstimmender Gemeinderatsbeschlüsse und unter Genehmigung des Landes¹⁵⁰ zu einer neuen Gemeinde verschmelzen.¹⁵¹ Durch die Vereinigung hören die bisherigen Gemeinden auf, als Rechtssubjekte zu bestehen. Ihr personelles und vermögensrechtliches Substrat geht auf die neu zu gründende Gemeinde über.¹⁵² Von dieser Möglichkeit wurde in der jüngeren Vergangenheit nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Um Gemeindefusionen auf freiwilliger Basis zu forcieren, hat der Bundesgesetzgeber im FAG 2008 versucht, finanzielle Anreize für eine verstärkte Zusammenarbeit von Gemeinden zu setzen.

¹⁴⁶ Vgl zB § 37 Oö GemO.

¹⁴⁷ Vgl zB § 7 Abs 4 Z 2 Nö Spielautomatengesetz 2011.

¹⁴⁸ Vgl beispielhaft die Bestimmungen der §§ 6 ff Nö GemO.

¹⁴⁹ Vgl stellvertretend §§ 14 ff Nö GemO; zu den möglichen Organisationsformen vgl weiterführend *Matschek*, Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ), Schriftenreihe Recht & Finanzen für Gemeinden 2/2011, 29 ff.

¹⁵⁰ Die "*Genehmigung*" erfolgt entweder als Maßnahme der Gemeindeaufsicht, in Form einer Verordnung der Landesregierung oder der Landtag hat ein entsprechendes Landesgesetz zu verabschieden.

¹⁵¹ Vgl zB § 8 Nö GemO, § 8 Bgld GemO, § 8 K-AGO, § 8 Oö GemO, § 7 Sbg GemO, § 8 Stmk GemO, § 4 TGO, § 7 VlbG GemG.

¹⁵² Vgl Nö Studiengesellschaft für Verfassungs- und Verwaltungsfragen, Kommentar zur Nö GemO 1973³ (2002) 26.

Die bundesgesetzliche Vorgabe des § 21 Abs 9 FAG 2008 enthielt Mindestbeträge für fakultative, aber nachhaltige Gemeindegemeinschaften. Die nähere Ausgestaltung blieb den Ländern vorbehalten, die in Richtlinien zeitlich befristete, degressive Vorweganteile festzusetzen hatten, die den Gemeinden im Fusionsfall gehörten.¹⁵³ Von diesen Zuweisungen hat der Gesetzgeber – wohl auch mangels einschlägigen Erfolges der Förderung freiwilliger Kooperationen¹⁵⁴ – im FAG 2017 wieder abgesehen und stattdessen in § 25 FAG 2017 eine Regelung zur Verteilung von Finanzzuweisung zur Finanzkraftstärkung vorgesehen.¹⁵⁵

2.5.3. Zwangsweise Gemeindestrukturereformen

Um größere und leistungsfähigere Kommunen zu schaffen, steht dem Land als Gemeindeorganisationsgesetzgeber die Möglichkeit offen, zwei oder mehrere Gemeinden auch gegen ihren erklärten Willen zu vereinigen.¹⁵⁶ Nach der stRsp des VfGH ist der Bestand der Institution Gemeinde an sich geschützt ("*institutionelle Garantie*"), ein Recht auf "*ungestörte Existenz*" kommt der einzelnen Gemeinde hingegen nicht zu.¹⁵⁷ Maßnahmen, die eine umfängliche Bestandsänderung oder eine Auflösung einer Gemeinde gegen ihren Willen anordnen, sind daher – trotz des damit einhergehenden Eingriffs in die Selbstverwaltungsgarantie – nicht *per se* als verfassungswidrig zu qualifizieren.¹⁵⁸

Um die Gesamtanzahl ihrer Gemeinden zu reduzieren und größere Einheiten zu schaffen haben die Bundesländer Niederösterreich, Burgenland, Kärnten und Steiermark bereits am Beginn der 1970er-Jahre Gemeindestrukturverbesserungsgesetze erlassen.¹⁵⁹ Der VfGH hat in der Folge aus Anlass der von aufgelösten bzw fusionierten Gemeinden dage-

¹⁵³ Die Länder rezipierten durchwegs die in § 21 Abs 9 FAG 2008 vorgeschriebenen Mindestbeträge und wiesen zT "*je Gemeindefusion*" (Nö, Stmk), zT "*je Gemeinde*" (Sbg, Tir) einen Vorweganteil von € 80.000 (Jahr 1), € 60.000 (Jahr 2), € 40.000 (Jahr 3) bzw € 20.000 (Jahr 4) zu.

¹⁵⁴ Vgl den Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 38/2017 ua, Finanzausgleich: Finanzzuweisungen laut § 21 FAG, 54, wonach die Länder Steiermark, Salzburg und Tirol im Jahr 2014 weniger als 5% ihrer Finanzzuweisungen für die Förderung von Gemeindefusionen bzw -kooperationen aufwendeten.

¹⁵⁵ Vgl ErlRV 1332 BlgNR XXV. GP, 9.

¹⁵⁶ Vgl *Neuhofer*, Gemeinderecht² (1998) 91.

¹⁵⁷ Vgl VfSlg 6697/1972, 8108/1977, 7830/1976, 9373/1982, 13.235/1992, 19.894/2014. – Eine Ausnahme besteht lediglich für die ausdrücklich im B-VG genannte und eine bundesverfassungsrechtliche Sonderstellung einnehmende Bundeshauptstadt Wien (vgl Art 108 ff B-VG) sowie die bestehenden Städte mit eigenem Statut.

¹⁵⁸ Vgl zB VfSlg 6697/1972, 7830/1975, 9373/1982.

¹⁵⁹ Vgl Nö Kommunalstrukturverbesserungsgesetz 1971, LGBl 264; Bgld Gemeindestrukturverbesserungsgesetz, LGBl 44/1970; Ktn Gemeindestruktur-Verbesserungsgesetz, LGBl 63/1972.

gen erhobenen Beschwerden bzw (Individual-)Anträgen auf Gesetzesprüfung die landesgesetzlichen Maßnahmen am Gleichheitssatz gemessen und im Wesentlichen festgestellt, dass es dem Landesgesetzgeber verwehrt sei, das kommunale Landschaftsbild "auf dem Reißbrett" neu zu entwerfen. Gemeindezusammenlegungen, die gegen den Willen der einzelnen Kommune erfolgten, bedürften vielmehr einer sachlichen Rechtfertigung. Die Vereinigung von Kleingemeinden mit weniger als 1.000 Einwohnern sei jedenfalls "in der Regel" als sachlich zu bewerten.¹⁶⁰ Der VfGH prüft idZ ausschließlich, ob die vom Gesetzgeber im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung und die Folgen einer Gemeindevereinigung getroffene Prognoseentscheidung – *ex ante* betrachtet – nachvollziehbar ist und geht nur dann von der Unsachlichkeit aus, wenn die Maßnahme "völlig untauglich" erscheint, das Ziel der Gemeindestrukturverbesserung zu erreichen.¹⁶¹ Ob der Gesetzgeber im Rahmen seines weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes die optimale Lösung gefunden hat, ist sohin nicht Gegenstand der Überlegungen des VfGH, sondern nur, ob die Entscheidung im Großen und Ganzen vertretbar erscheint. Die Prognoseentscheidung ist daher auch nicht – *ex post* betrachtet – widerlegbar, da es nach Ansicht des VfGH ausreicht, dass der Gesetzgeber von einer positiven Entwicklung im Gefolge der Zusammenlegung ausgehen durfte.¹⁶² Auf Grund dieser bloß "abgeschwächten Verhältnismäßigkeitsprüfung",¹⁶³ die nur auf die prinzipielle Tauglichkeit der Zielerreichung im Zeitpunkt der Erlassung des Gesetzes abstellt, hat der VfGH nur in exzeptionell gelagerten Ausnahmefällen die Gleichheitswidrigkeit einer Vereinigung angenommen, etwa weil zwischen zwei Orten keine – verkehrstechnischen oder wirtschaftlichen – Beziehungen bestanden,¹⁶⁴ eine Vereinigung aus geographischen und topographischen Gründen unzweckmäßig erschien¹⁶⁵ oder der Widerstand in der Bevölkerung gegen die Strukturmaßnahme besonders qualifiziert ("allgemein" und "anhaltend") war.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Vgl zB VfSlg 9655/1983.

¹⁶¹ Vgl zB VfSlg 11.372/1987, 11.629/1988 mwN; weiterführend s *Bertel*, Gemeindezusammenlegung und Sachlichkeitsgebot, RFG 2015/6, 22 (23 f).

¹⁶² Vgl VfSlg 11.858/1988.

¹⁶³ *Bertel*, Gemeindezusammenlegung und Sachlichkeitsgebot, RFG 2015/6, 22 (24).

¹⁶⁴ Vgl VfSlg 9793/1983.

¹⁶⁵ Vgl VfSlg 9819/1983 zum Höhenunterschied von bis zu 800m zwischen den zu vereinigenden Orten.

¹⁶⁶ Vgl VfSlg 11.372/1987. – Der Bevölkerungswille ist jedoch nicht mehr als ein Indiz für die Unsachlichkeit, zumal der VfGH in anderen, ähnlich gelagerten Erkenntnissen es als nicht ausschlaggebend erachtet hat, dass die Bevölkerung der Vereinigung mehrheitlich ablehnend gegenüber stand (vgl zB VfSlg 13.543/1993).

Unter Berücksichtigung dieser höchstgerichtlichen Judikaturlinie hat jüngst die Steiermark mit dem am 1.1.2015 in Kraft getretenen Stmk Gemeindestrukturreformgesetz (StGsrG) eine umfassende Neugliederung der Gemeinden des Landes auf den Weg gebracht, mit der die Zahl der Gemeinden von 542 (um 255) auf 287 Gemeinden (inklusive der Landeshauptstadt Graz) reduziert wurde.¹⁶⁷ Die Steiermark verfügte im Bundesländervergleich über die kleinteiligste Gemeindestruktur sowie eine hohe Zahl an Abgangsgemeinden, also von Gemeinden, deren Ausgaben aus dem ordentlichen Haushalt die Einnahmen (unter Außerachtlassung von Überschüssen oder Fehlbeträgen aus Vorjahren) im jeweiligen Beobachtungszeitraum überstiegen.¹⁶⁸ Vor diesem gemeindepolitischen Hintergrund standen insb wirtschaftliche Überlegungen im Zentrum der Gebietsreform:¹⁶⁹ Als vorrangiges Ziel wurde die – landesweit betrachtet – wirtschaftliche Konsolidierung finanzschwacher Gemeinden verfolgt.

§ 6 Abs 2 Stmk GemO normiert, dass Gebietsänderungen nur aus Gründen der durch die Steiermärkische Gemeindeordnung 1967 geregelten öffentlichen Interessen erfolgen dürfen, zu denen insb wirtschaftliche, infrastrukturelle, raumordnungs- und verkehrspolitische, demografische oder finanzielle Gründe zu zählen sind. Auf diese gesetzlichen Vorgaben aufbauend hat das Land Steiermark im Leitbild "*Stärkere Gemeinden – Größere Chancen*" Ziele und Kriterien der Gemeindestrukturreform definiert.¹⁷⁰ Die Strukturreform sollte insb "*wirtschaftliche, leistungsfähige und professionelle Gemeinden ermöglichen, die in der Lage sind, ihre gesetzlichen Aufgaben ohne Haushaltsabgang zu erfüllen und über eine ausreichende freie Finanzspitze für Investitionen verfügen*".¹⁷¹ Durch die effizientere Nutzung der vorhandenen kommunalen Infrastruktur, die Sicherstellung der Grundversorgung der Bevölkerung mit privaten und öffentlichen Dienstleistungen im jeweiligen Gemeindegebiet, die Professionalisierung der Gemeindeverwaltung und das Ausnutzen von Synergieeffekten sollten die Gemeinden "*dauerhaft in der Lage sein, auch*

¹⁶⁷ Vgl LGBl 31/2014 idF LGBl 34/2014; Lukan/Manolas, Entwicklungen im Landesrecht 2014, in Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 337 (343 ff).

¹⁶⁸ Vgl Kommunalkredit Austria AG, Gemeindefinanzbericht 2014, 13.

¹⁶⁹ Zu den gemeindepolitischen Hintergründen vgl weiterführend Stolzlechner/Müller, Überlegungen zur Rechtsprechung des VfGH zur Stmk Gemeindestrukturreform 2014, Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 147 (148).

¹⁷⁰ Abrufbar unter: www.gemeindestrukturreform.steiermark.at

¹⁷¹ Vgl § 1 Abs 1 StGsrG sowie Land Steiermark, Leitbild Gemeindestrukturreform, Stärkere Gemeinden – Größere Chancen (2012) 22.

in Zukunft ihre Aufgaben sachgerecht, effizient und in entsprechender Qualität zu erfüllen".¹⁷² Durch Effizienzsteigerungen in der Auslastung der Infrastruktur sowie durch die Realisierung von Einsparungspotentialen sollte es den neu entstandenen Gemeinden nicht nur möglich sein, aus eigener Kraft einen ausgeglichenen ordentlichen Haushalt zu erzielen. Sie sollten darüber hinaus in die Lage versetzt werden, freie Finanzspitzen zu lukrieren, die wahlweise zur Qualitätssteigerung oder zur Haushaltskonsolidierung eingesetzt werden können.¹⁷³ Um den Ist-Zustand abzubilden, wurde zunächst das Vorhandensein bestimmter Infrastruktureinrichtungen analysiert, um "maßgebliche zentrale Orte" auszumachen. In der Folge wurde untersucht, ob diese Orte bereits eine Versorgungsfunktion für umliegende Gemeinden wahrnehmen und (schon vor der Strukturreform) die Grundversorgung der Bevölkerung mit öffentlichen Gütern und Dienstleistungen im Einzugsgebiet sicherstellten. Mit der Vereinigung der Umlandgemeinden mit "ihrem" regionalen Gemeindezentrum sollte durch die Gemeindestrukturreform letztlich bloß bestehenden "Lebensrealitäten" entsprochen werden.¹⁷⁴

In ihrem Bestand bedrohte Gemeinden haben das Steiermärkische Gemeindestrukturreformgesetz mit Individualanträgen gemäß Art 140 Abs 1 lit c B-VG beim VfGH angefochten. Der VfGH hat sämtliche dieser Anträge ab- bzw zurückgewiesen und die Gebietsänderungen aus wirtschaftlicher Perspektive – nicht zuletzt auf Grund der im Vorfeld des Gesetzesbeschlusses durchgeführten umfassenden Grundlagenforschung – pauschal einer Sachlichkeitsvermutung unterstellt.¹⁷⁵ Selbst die Vereinigungen jener Gemeinden, die durchaus in der Lage gewesen wären, weiterhin ihren Haushalt ausgeglichen zu gestalten und gleichzeitig ihren Aufgaben im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge vollumfänglich nachzukommen, wurden vom VfGH als sachlich beurteilt. Der Umstand, dass eine antragstellende Gemeinde gegenwärtig – im Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses – in der Lage war, in finanzieller Hinsicht ihre Pflichtaufgaben selbstständig zu erfüllen, stand einer Vereinigung nach Ansicht des VfGH dann nicht entgegen, wenn sich durch die Verei-

¹⁷² Vgl abermals Land Steiermark, Leitbild Gemeindestrukturreform, Stärkere Gemeinden – Größere Chancen (2012) 22.

¹⁷³ ErIRV 2347/1 BlgLT (Stmk) XVI. GP, 8.

¹⁷⁴ Zu den maßgeblichen Infrastruktureinrichtungen zählten: Kindergarten, Volksschule, Nahversorger, Gasthaus, Arzt, Pfarramt, Bank, Apotheke, Rettung, Postamt oder Postpartner – vgl weiterführend *Wlattinig/Kindermann/Hörmann*, Steiermärkische Gemeindestrukturreform 2015 (2016) 51 ff.

¹⁷⁵ Vgl *Stolzlechner/Müller*, Überlegungen zur Rechtsprechung des VfGH zur Stmk Gemeindestrukturreform 2014, Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 147 (152).

nigung ein (noch) leistungsfähigeres Kommunalwesen als bisher ergab.¹⁷⁶ Der VfGH ist der Prognoseentscheidung des Steiermärkischen Landesgesetzgebers dann nicht entgegengetreten, wenn dieser davon ausgehen konnte, dass durch die Gemeindevereinigung "zusätzlicher budgetärer Spielraum" geschaffen wird, der zur aktiven Steuerung und Gestaltung des prognostizierten Bevölkerungswachstums zur Verfügung steht und damit zu einem leistungsfähigeren Gemeinwesen als dem bisherigen führen wird. Zudem erkannte er im Ausgleich zwischen finanziell schwächeren und finanziell stärkeren Gemeinden ein sachliches Kriterium und ließ einen Fremdvergleich nicht zu.¹⁷⁷ Aus dem Umstand, dass andere, wirtschaftlich wesentlich schwächere Gemeinden nicht vereinigt worden seien, könnten keine Rückschlüsse auf die Unsachlichkeit einer Vereinigung gezogen werden.¹⁷⁸

Nun ist die Notwendigkeit und Richtigkeit der Verwaltungsreform in der Steiermark nicht in Frage zu stellen. An der Rsp des VfGH ist jedoch mE insoweit Kritik angebracht, als er es verabsäumt hat, wirtschaftliche Motive einer Gebietsveränderung zu einer rechtlichen Kategorie im Rahmen seiner Sachlichkeitsprüfung zu erheben und damit der Vereinigung von Kommunen judikative Grenzen zu setzen. Wenn selbst die (bestehende und zukünftig gesicherte) wirtschaftliche Selbsterhaltungsfähigkeit einer Vereinigung nicht entgegensteht, sind kaum Gründe auszumachen, die einen eigenständigen Fortbestand einer sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig agierenden Gemeinde garantieren könnten. Mit dem pauschalen Verweis auf den weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Hinblick auf die prognostizierten finanziellen Auswirkungen von Strukturmaßnahmen hat der VfGH Effizienzkriterien jede rechtliche Maßstabsfunktion genommen, die Tauglichkeit von Vereinigungen in die Beliebigkeit des Gesetzgebers übertragen und damit im Ergebnis die verfassungsgesetzlich geschützte Selbstverwaltungsgarantie ausgehöhlt.

2.6. Die Interessenvertretung der Städte und Gemeinden

Gemäß Art 115 Abs 3 B-VG sind der Österreichische Gemeindebund und der Österreichische Städtebund dazu "*berufen, die Interessen der Gemeinden zu vertreten*". Bei beiden

¹⁷⁶ VfGH 23.9.2014, G 43/2014, V 45/2014; 23.9.2014, G 47/2014 ua.

¹⁷⁷ VfGH 23.9.2014, G 42/2014 ua.

¹⁷⁸ VfGH 9.12.2014, G 127/2014.

Bünden handelt es sich um privatrechtliche Vereine nach dem Vereinsgesetz 2002¹⁷⁹ mit freiwilliger Mitgliedschaft. Beide Organisationen blicken auf eine lange Tradition zurück¹⁸⁰ und haben mit der Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988¹⁸¹ Eingang in den Text der Bundesverfassung gefunden. Der juristische Mehrwert ihrer verfassungsgesetzlichen Verankerung ist seither unklar. Insb *Neuhofer* und *Gallent* haben versucht, der Bestimmung normative Bedeutung zuzumessen, durch die den Bünden ein Interessenvertretungsmonopol¹⁸² bzw eine privilegierte Stellung¹⁸³ gegenüber anderen (potentiellen) Vertretern von Gemeindeinteressen eingeräumt wird. *Öhlinger*¹⁸⁴ sieht darin einen weiteren Schritt zur Verwirklichung eines "dreigliedrigen Föderalismuskonzeptes", der die Gemeinden als dritte Bundesstaatsebene etabliert. Demgegenüber hat *Funk*¹⁸⁵ den Art 115 Abs 3 B-VG in pointierter Weise als "nutzloses Verfassungsrecht" gedeutet und ihm jegliche Normativität abgesprochen. Den Gesetzesmaterialien zur Folge darf der rechtliche Gehalt der Bestimmung nicht überspannt werden, da der historische Verfassungsgesetzgeber mit der verfassungsrechtlichen Determinierung augenscheinlich bloß programmatische Motive verfolgte.¹⁸⁶ Hervorzuheben ist allerdings mit *Zimper*¹⁸⁷ die enorme realpolitische Bedeutung, die den Bünden zukommt: als "legitimierte Verhandlungspartner" agieren Städte- und Gemeindebund im Verhältnis zu Bund und Ländern als gemeinschaftliches Sprachrohr der über 2.000 Gemeinden und vertreten kommunale Interessen im Bundesstaat.¹⁸⁸

¹⁷⁹ Vgl Zentraler Vereinsregister des BMI: Österreichischer Gemeindebund ZVR 943646844; Österreichischer Städtebund ZVR 776697963.

¹⁸⁰ Der Österreichische Städtebund wurde im Jahr 1915, der Österreichische Gemeindebund im Jahr 1947 gegründet.

¹⁸¹ BGBl 685/1988.

¹⁸² *Neuhofer*, Landesgesetzgebung und Gemeinden, in *Schambeck* (Hrsg) Föderalismus und Parlamentarismus in Österreich (1992) 133 ff; *ders*, Verfassungsgesetzliche Verankerung des Gemeindebundes und Städtebundes, ÖGZ 1989/1, 3 ff.

¹⁸³ *Gallent*, Städtebund und Gemeindebund als neue "Verfassungsorgane", ÖGZ 1989/9, 2 ff.

¹⁸⁴ *Öhlinger*, Die Verankerung des Österreichischen Gemeindebundes in der Bundesverfassung, RFG 2009/20, 88 (91).

¹⁸⁵ *Funk*, Nutzloses Verfassungsrecht, FS Walter (1991) 145 (148 f).

¹⁸⁶ Vgl ErIRV 607 BlgNR XVII. GP, 9. – Mit der verfassungsrechtlichen Verankerung sollte bloß dem von den Bünden ausdrücklich geäußerten "Wunsch" entsprochen werden. Die Materialien heben die weiterhin bestehende Freiwilligkeit der Mitgliedschaft sowie die Möglichkeit alternativer Kooperationen von Städten und Gemeinden hervor. Die Einbeziehung in den Gesetzgebungsprozess ist "gepflogene Praxis" und soll damit nicht normativiert werden.

¹⁸⁷ *Zimper*, Einflussmöglichkeiten der Gemeinden in Europa (2005) 51.

¹⁸⁸ Vgl die detaillierte Darstellung der Mitwirkungsrechte der beiden Bünde bei *Schambeck*, Kommunale Interessenvertretung in Bund und Ländern, in Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund (Hrsg), 15 Jahre kommunale Interessenvertretung in der Bundesverfassung (2003) 85 (94 ff).

Sämtliche Gemeinden Österreichs – 2.091 im Gemeindebund bzw 247 Städte und Großgemeinden im Städtebund – sind Mitglied in (zumindest) einer der beiden Organisationen, und obwohl nicht als Körperschaften öffentlichen Rechts mit Pflichtmitgliedschaft konzipiert, nehmen die Bünde *de facto* die Aufgabe einer "Städte- und Gemeindekammer" wahr.¹⁸⁹ Das Tätigkeitsfeld umfasst nach ihren Satzungen im Innenverhältnis Beratungs-, Schulungs-, und Informationsleistungen für ihre Mitglieder und deren Personal; im Außenverhältnis treten sie als Interessenvertretungen der Städte und Gemeinden auf. Bestimmungen in der Bundesverfassung sowie auf einfacher bundes- und landesgesetzlicher Ebene ermächtigen Städte- und Gemeindebund zur Mitwirkung an Gesetzgebung und Vollziehung von Bund und Ländern: sie schließen im Namen der Gemeinden Vereinbarungen über einen Konsultationsmechanismus und einen Stabilitätspakt¹⁹⁰, sie nehmen an den Verhandlungen über einen Finanzausgleich teil (§ 6 FAG 2008), sie haben ein Stellungnahmerecht im Begutachtungsverfahren zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen, sie sind über alle Vorhaben im Rahmen der Europäischen Union zu unterrichten, soweit der eigene Wirkungsbereich oder sonstige wichtige Interessen berührt werden (Art 23d B-VG) und es kommt ihnen ein Vorschlags- oder Entsendungsrecht für Mitglieder diverser Beiräte, Ausschüsse und Gremien zu.¹⁹¹ Hervorzuheben ist die besondere Rolle, die Gemeindebund und Städtebund bei den gesetzgeberischen Überlegungen iZm mit der Erlassung eines – für sämtliche Gebietskörperschaften einheitlich geltenden – Spekulationsverbotes eingenommen haben.

Obwohl es an einem konkreten gesetzlichen Auftrag mangelt, nehmen Städte- und Gemeindebund im Rahmen ihres umfangreichen Tätigkeitsspektrums (auch) Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr. In Bezug auf die Gebarung der Gemeindefinanzen und deren Kontrolle sind insb die von den Bünden erbrachten Beratungsleistungen im Innenverhältnis für Mitglieder von Bedeutung. Mit der in der Organisation verkörperten Expertise

¹⁸⁹ Vgl *Weber*, Art 115 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 20; so auch schon *Funk*, Nutzloses Verfassungsrecht, FS Walter (1991) 145 (148).

¹⁹⁰ BVG über Ermächtigungen des Österreichischen Gemeindebundes und des Österreichischen Städtebundes, BGBl I 1998/61.

¹⁹¹ Vgl exemplarisch § 42 Abs 1 Z 4 DSG (Datenschutzrat), § 442 ASVG (Sozial- und Gesundheitsforum Österreich), § 8 AWG (Abfallwirtschaftsplan), Art 19 Art 15a-Vereinbarung über eine bundesweite bedarfsorientierte Mindestsicherung (Arbeitskreis für bedarfsorientierte Mindestsicherung), § 59g KAKuG (Bundesgesundheitskommission), § 18 Abs 1 Z 5 LMBWG (Bundeslenkungsausschuss), § 190 Abs 3 MinroG (Bergbau-beirat), § 18 Abs 2 Z 4 NAG (Beirat für Asyl- und Migrationsfragen), § 43 Abs 2 PMG (Post-Geschäftsstellen-Beirat).

nehmen sie Einfluss auf die Art und Weise der Verwendung finanzieller Mittel der konsultierenden Gemeinden und greifen damit – wenn auch nur mittelbar – steuernd in die Verwaltungspraxis ein. Beispielhaft sind die als Handlungsempfehlungen entwickelten "*Richtlinien des Österreichischen Gemeindebundes betreffend das Finanzierungs- und Veranlagungsmanagement (Finanzgeschäfte) durch Gemeinden*" zu nennen.¹⁹²

2.7. Die Gemeinde in Europa

So wie Österreich als Bundesstaat auf der Trias Bund – Länder – Gemeinden basiert (vgl. Art 2, 3, 116 B-VG), kennt auch die Europäische Union einen dreigliedrigen Organisationsaufbau. Neben der Union und den Mitgliedstaaten bilden die sog. "*regionalen und lokalen Gebietskörperschaften*"¹⁹³ die dritte und unterste Handlungsebene. Ziel dieser Dreistufigkeit ist es, regionalen und kommunalen Gebietseinheiten Mitbestimmungsrechte einzuräumen und ihnen dadurch (mehr) Anteil an der Unionspolitik zu gewähren. Dezentrale Strukturen gewährleisten sachnahe und transparente Entscheidungen, die von einem höheren Maß an Zustimmung seitens der betroffenen Bevölkerung getragen werden.¹⁹⁴ Diesem Gedanken soll mit dem sowohl in der Präambel als auch in Art 1 Abs 2 EUV zum Ausdruck kommenden Prinzip der "*Bürgernähe*" unionsrechtlicher Entscheidungen Rechnung getragen werden. Der Begriff ist in den Verträgen fest verankert, sein tatsächlicher Gehalt lässt sich jedoch aus EUV und AEUV kaum erschließen. Es mangelt sowohl an einer ausdrücklichen Definition als auch an schlagkräftigen Einrichtungen auf institutioneller Ebene. Zudem gibt weder das Unionsrecht Auskunft darüber, welche nationale Gebietskörperschaft in welcher Angelegenheit als "*bürger nächste*" Instanz anzusehen und dementsprechend zur Vollziehung (auch) des Unionsrechts kompetent sein soll, noch werden die Mitgliedstaaten damit beauftragt, selbst eine solche durch innerstaatliche Regelungen namhaft zu machen.

Das Bekenntnis zu mehr Bürgernähe mutet auf den ersten Blick ein wenig grotesk an, empfinden Europas Bürger doch nichts ferner als Entscheidungen, die "*in Brüssel*" getrof-

¹⁹² Vgl. Riedl, Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden (2009).

¹⁹³ Vgl. Art 123 Abs 1, Art 124, Art 125 Abs 1, Art 170 Abs 1, Art 300 Abs 3 AEUV.

¹⁹⁴ Adamovich/Funk/Holzinger/Frank (Hrsg), Österreichisches Staatsrecht, Band 4, Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts² (2017) Rz 46.020.

fen werden. Die Union hat dieses Problem erkannt und sowohl in der früheren Vergangenheit¹⁹⁵ als auch mit dem Vertrag von Lissabon Maßnahmen gesetzt, um das Vertrauen der Bürger (zurück) zu gewinnen. Exemplarisch seien das Kommunalwahlrecht der Unionsbürger (Art 19 AEUV), die Verankerung der regionalen und lokalen Selbstverwaltung (Art 4 Abs 2 EUV), die Schaffung neuer Formen der direkten Demokratie wie das Europäische Bürgerbegehren (Art 11 Abs 4 EUV), die Einführung der Ombudsstelle eines Europäischen Bürgerbeauftragten (Art 228 AEUV), die Ausweitung der Einbindung der nationalen Parlamente in den Rechtssetzungsprozess oder die Verbindlichkeit der EU-Grundrechte-Charta genannt. Ziel ist die Verwirklichung des politischen Leitbildes eines "Europas der Regionen".¹⁹⁶

Insgesamt müssen Gewicht und Einfluss der Gemeinden auf europäischer Ebene als beschränkt bezeichnet werden, ist der EU denn nicht nur "Bundesstaatsblindheit"¹⁹⁷ sondern ebenso "Kommunalblindheit"¹⁹⁸ zu attestieren. Adressaten des Primärrechts sind und bleiben – nach dem Vertrag von Lissabon – auch zukünftig ausschließlich die Mitgliedstaaten, auf föderale binnenstaatliche Besonderheiten nimmt das Unionsrecht kaum Rücksicht. Dies liegt in erster Linie an der Diversität regionaler Strukturen. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union folgen innerstaatlich sehr unterschiedlichen Organisationsprinzipien. Eine vage Gemeinsamkeit im Hinblick auf den Staatsaufbau lässt sich dahingehend erblicken, dass nahezu alle Mitgliedstaaten einen gewissen Grad der Dezentralisation aufweisen. Sowohl Einheitsstaaten als auch Bundesstaaten innerhalb der Union werden auf mehreren Ebenen verwaltet. Die organisationsrechtlichen Entwicklungen der letzten Jahre zeigen, dass sowohl die Europäische Union als auch die Mitgliedstaaten dezentrale, regionale Strukturen zu stärken versuchen und bürgernahe Gebietskörperschaften zunehmend an Bedeutung gewinnen.¹⁹⁹ Ziel ist dabei die Schaffung "überschaubarer

¹⁹⁵ Vgl Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch Europäisches Regieren (2001) 428.

¹⁹⁶ Rosner, Art 300 AEUV, in Mayer (Hrsg), Kommentar EUV/AEUV (2011) Rz 9.

¹⁹⁷ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 148.

¹⁹⁸ Dreier, Art 28 GG, in Dreier, Grundgesetz Kommentar², Band II (2006) Rz 32; siehe auch Öhlinger, Die österreichischen Gemeinden und die Europäische Union, in Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 1 (7).

¹⁹⁹ Vgl Schwarze, EU-Kommentar² (2009) Art 263 Rz 15 f; allgemeine Ausführungen zur zunehmenden Verbreitung des Regionalismus auch bei Gamper, Staat und Verfassung (2007) 104 ff.

Lebens- und Funktionsbereiche", die zur autonomen Besorgung eigener Angelegenheiten in der Lage sind.²⁰⁰

Die mitgliedstaatlichen Gebietseinheiten auf mittlerer Ebene lassen sich auf Grund ihrer Verschiedenartigkeit kaum systematisieren. Während den Gliedeinheiten ("Länder") in den Bundesstaaten Österreich, Deutschland und Belgien ua Eigenstaatlichkeit sowie die Möglichkeit zur Selbstorganisation zuerkannt wird und eigene Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenzen eingeräumt werden, wird den Gliedeinheiten in (de)zentralen Einheitsstaaten wie Frankreich ("*departements*") oder England ("*regions*") weit weniger Eigenständigkeit zugestanden. Sie agieren als "*verlängerter Arm*" der (Staats-)Verwaltung. Alle Mitgliedstaaten kennen demgegenüber Gebietskörperschaften auf unterster Verwaltungsebene, die in Unabhängigkeit von übergeordneten Gebietseinheiten Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft besorgen. Beispielhaft seien "*communes*" (Frankreich), "*districts*" bzw. "*unitary authorities*" (England) oder "*municipios*" (Spanien) genannt. Trotz der im Detail unterschiedlichen Konzeption in den einzelnen Mitgliedstaaten, lässt sich eine europaweit relativ einheitliche und vergleichbare Struktur auf bürgernächster Verwaltungsebene erkennen. Die Gemeinden bilden sohin ein homogenes Substrat, das als kleinster gemeinsamer Nenner der Staatsorganisation der Mitgliedstaaten begriffen werden kann.²⁰¹

Als solcher haben die Gemeinden sowohl Anteil am Rechtssetzungsprozess als auch an der Vollziehung des Unionsrechts: Durch das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission beratende Organ des "*Ausschusses der Regionen*" (AdR) finden die regionalen und lokalen Gebietskörperschaften Gehör bei der Erlassung von Unionsrechtsakten.²⁰² Durch die bloß beratende Funktion und ohne Möglichkeit außenwirksame Rechtsakte zu setzen, nehmen die Gemeinden einen nur mittelbaren und damit beschränkten Einfluss auf das Rechtssetzungsverfahren der Union. Durch den Vertrag von Lissabon wurde die Stellung des AdR dahingehend aufgewertet, als er gemäß Art 8 des Protokolls über die

²⁰⁰ Vgl. Zippelius, Allgemeine Staatslehre¹⁶ (2010) 308 ff.

²⁰¹ So auch Öhlinger, Die österreichischen Gemeinden und die Europäische Union, in *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 1 (2 f).

²⁰² Vgl. Zimper, Einflussmöglichkeiten der Gemeinden in Europa (2005), 89 ff. Österreich ist im Ausschuss der Regionen mit zwölf Mitgliedern vertreten, die gemäß Art 23c Abs 4 B-VG von der Bundesregierung auf Vorschlag der Bundesländer (je ein Mitglied) bzw. von Gemeinde- und Städtebund gemeinsam (insgesamt drei Mitglieder) ernannt werden.

Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Protokoll Nr 2) Klage beim EuGH wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsaktes gegen das Subsidiaritätsprinzip erheben kann. Diese Entwicklung ist durchaus bemerkenswert, weil sie Beleg für eine Erweiterung der Zielrichtung der Subsidiaritätsregelung ist: Galt das Prinzip bisher nur im Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, wird durch den Verweis auf die "*regionale oder lokale Ebene*" in Art 5 Abs 3 EUV bzw im Protokoll Nr 2 sowie der Möglichkeit zur Erhebung der Subsidiaritätsklage durch Interessenvertreter der Gemeinden (und Regionen) der Adressatenkreis des Subsidiaritätsprinzips ausgedehnt.²⁰³

Auf nationaler Ebene kommt den Gemeinden – vertreten durch den Städte- und den Gemeindebund – gemäß Art 23d Abs 1 B-VG ein Anhörungs- und Stellungnahmerecht über alle Vorhaben im Rahmen der Europäischen Union zu, soweit der eigene Wirkungsbereich oder sonstige wichtige Interessen der Gemeinden berührt werden. Darüber hinausgehende Befugnisse bestehen weder für die Gemeinden noch deren Interessensvertretungen. Subsidiaritätsrüge (Art 23g B-VG) bzw Subsidiaritätsklage (Art 23h B-VG) sind Nationalrat und Bundesrat vorbehalten. Dies ergibt sich aus Art 6 des Protokolls Nr 2, der nur nationalen Parlamenten und deren Kammern ein begründetes Stellungnahmerecht einräumt, weshalb ein Entwurf eines Gesetzgebungsaktes der Europäischen Union mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht vereinbar scheint. Gegebenenfalls können regionale Parlamente mit Gesetzgebungsbefugnissen konsultiert werden. Da die Bestimmung – der Systematik des Protokolls Nr 2 entsprechend – nur ein Gesetzgebungsrecht im formellen Sinn vor Augen hat, zielt die Bestimmung auf eine Miteinbindung der Landtage ab. Zuständig zu deren Unterrichtung bzw Anhörung und damit zur Wahrnehmung des "*föderalen Elementes*" ist der Bundesrat.²⁰⁴

Die verwaltungsmäßige Vollziehung des Unionsrechts auf nationaler Ebene obliegt bis auf einige wenige Materien (zB Kartell- oder Beihilfenrecht) den Mitgliedstaaten. Sie agieren autonom bei der Bestimmung der konkret zuständigen Behörde sowie bei der Regelung

²⁰³ Vgl Lenz/Borchardt, EU-Verträge⁵ (2010) Art 5 EUV Rz 28 f.

²⁰⁴ AB 827 BlgNR XXIV. GP.

des Verfahrens. Im Rahmen dieses "*indirekten Vollzugs*" kommen auch den Gemeinden unmittelbare Exekutivaufgaben zu, dh Gemeindeorgane vollziehen Unionsrecht.²⁰⁵

²⁰⁵ "*Grundsatz der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten*"; vgl *Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union*⁶ (2005) § 8 Rz 11.

3. BEDEUTUNG UND NOTWENDIGKEIT DER KONTROLLE IM RECHTSSTAAT

Mit der Überantwortung der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge vom staatlichen in den kommunalen Bereich geht die Verpflichtung einher, die für die Erfüllung dieser Aufgaben notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen. Damit geht die Verpflichtung der Gemeinde einher, der auftraggebenden Gebietskörperschaften gegenüber Rechenschaft bezüglich der konkreten Mittelverwendung abzulegen.²⁰⁶ Wenngleich eine Einstands- oder Beistandspflicht gegenüber anderen Gebietskörperschaften von der hL weitgehend abgelehnt wird,²⁰⁷ rechtfertigt dieser Umstand eine inhaltliche Kontrolle der Aufgabenerfüllung durch die finanzierende Gebietskörperschaft. Der näheren Auseinandersetzung mit den einzelnen Institutionen, Formen und Grenzen kommunaler Gebarungskontrolle hat die generelle Darstellung der Notwendigkeit der Einrichtung von Kontrollinstitution und -instrumenten im Rechtsstaat voranzugehen. Im folgenden Kapitel sollen Sinn und Zweck sowie Organisation und Vielfalt der Kontrolle im repräsentativ-demokratischen Verfassungsstaat skizziert sowie eine Abgrenzung zu den der Kontrolle verwandten Begriffen vorgenommen werden.

3.1. Der Begriff "Kontrolle"

Bei einer Analyse der formalen Gliederung des B-VG fällt auf, dass sich mit dem zweiten Hauptstück über die "*Gesetzgebung des Bundes*" (vgl. Art 52–55 B-VG), dem sechsten Hauptstück über die "*Rechnungs- und Gebarungskontrolle*" (Art 121–Art 128 B-VG), dem siebenten Hauptstück über die "*Garantien der Verfassung und Verwaltung*" (Art 129–148 B-VG) sowie dem achten Hauptstück über die "*Volksanwaltschaft*" (Art 148a–148j B-VG) vier von neun Hauptstücken mit Kontrollangelegenheiten auseinandersetzen, drei davon

²⁰⁶ Vgl. zur Notwendigkeit einer institutionalisierten finanziellen Kontrolle der Kommunen *Glöckner/Mühlenkamp*, Die kommunale Finanzkontrolle, Zeitschrift für Planung & Unternehmenssteuerung 19/2009, 397 (398).

²⁰⁷ Zur Frage der Einstandspflicht des Bundes für Schulden eines Landes vgl. *Wutscher*, Einstandspflicht bei finanziellen Krisen von Ländern und Gemeinden, in *Aigner/Durovic/Forster/Kunesch/Rattinger* (Hrsg.), Recht und Krise (2017) 159; *Rebhahn*, Zur finanziellen Krise eines Bundeslandes, in FS Stolzlechner (2013) 593 ff; *ders.*, Zur Haftung des Staates für Aufsicht und Intervention bei Banken, ÖZW 1/2017, 2 (11). AA *Augustin*, Insolvenzfähigkeit von Bundesländern (2016) 207 ff; *Trentinaglia*, Gebietskörperschaften im Haftungsverband im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2016, 253.

schwerpunktmäßig. Neben diesen in der Bundesverfassung verankerten Kontrollmechanismen wurde seitens der einfachen Bundes- wie Landesgesetzgebung – teils im Verfassungsrang, teils auf einfachgesetzlicher Ebene – eine Vielzahl weiterer Kontrollinstitutionen geschaffen.²⁰⁸

Die begriffliche Herkunft des Substantivs "Kontrolle" ist im französischen Wort *contrôle* gelegen, das selbst auf ein Zusammenziehen der Wörter *contre* (= gegen) und *rôle* (= Rolle, Liste) zurückgeht. Der ursprüngliche Wortsinn des französischen *contre-rôle* lässt sich mit den Begriffen "Gegenrolle", "Gegenregister" oder "Zweitregister" ins Deutsche übersetzen (lat *contra rotulus*). Der Sinngehalt erschöpfte sich historisch betrachtet in der Gegenüberstellung zweier Zahlenwerte, dem Vergleich eines (geplanten) Soll-Wertes mit einem (bestehenden) Ist-Zustand.²⁰⁹ Umgangssprachlich werden synonym die Begriffe "Aufsicht", "Prüfung", "Revision", "Begutachtung" oder "Inaugenscheinnahme" verwendet. Der Bundesverfassungsgesetzgeber gebraucht im sechsten Hauptstück des B-VG über die Rechnungs- und Gebarungskontrolle den Begriff der "Kontrolle" – neben der Überschrift – bloß an vereinzelter Stelle (vgl Art 121 Abs 4, Art 126, Art 127a B-VG) und spricht vorwiegend von "Überprüfung" (vgl Art 121 Abs 1 B-VG).

3.2. Kontrolle als Demokratieerfordernis

Schon *Kelsen* hat in pointierter Weise auf die Bedeutung von Kontrollinstitutionen für die Verwirklichung der Demokratie hingewiesen: "*Demokratie ohne Kontrolle ist auf die Dauer unmöglich.*"²¹⁰ Wie lässt sich jedoch der hohe Stellenwert der Kontrolle für das Funktionieren einer demokratischen Ordnung begründen? Warum bedarf auch der auf der Sou-

²⁰⁸ Vgl stellvertretend die beispielhafte Aufzählung bei *Kostelka*, Von der Vielfalt der Verwaltungskontrolleinrichtungen in der österreichischen Rechtsordnung, in FS Wimmer (2008) 305 f (FN 3).

²⁰⁹ Vgl *Kahl*, Die Staatsaufsicht (2000) 403.

²¹⁰ *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929), in *Jestaedt* (Hrsg), Verteidigung der Demokratie (2006) 149 (204 ff). – Weil die Institution der Gemeinde im Zentrum dieser Arbeit steht, soll – der Vollständigkeit halber – nicht unerwähnt bleiben, dass *Kelsen* eine überaus "selbstverwaltungsfeindliche" Einstellung zuzuschreiben ist. Er präferierte klar die zentralstaatliche Lösung. *Kelsen* erkannte in der durchgehenden Demokratisierung und Dezentralisierung der Kommunalverwaltung (Stichwort: Ortsgemeinde – Gebietsgemeinde) gar "*eine Gefahr einer Aufhebung der Demokratie der Gesetzgebung*". Er befürchtete, dass die Selbstverwaltungskörper eigene Vollzugsakte im bewussten Gegensatz zu den legislativen Vorgaben der gesetzgebenden Körperschaft des Oberstaates erlassen werden, was eine Schwächung der durchgehenden Legalität des Verwaltungshandelns und letztlich der Demokratie insgesamt zur Folge hätte.

veränität des Volkes basierende Rechtsstaat der Einrichtung von Kontrollinstitutionen und -instrumenten?

Ausgangspunkt und Grundproblem der Betrachtung ist die Erkenntnis, dass das *Rousseau'sche* Demokratieideal der "*Identität von Herrschern und Beherrschten*" in einem auf Arbeitsteilung basierenden Gemeinwesen kaum verwirklichter scheint. Trotzdem das Recht ausschließlich vom Volk ausgeht (Art 1 S 2 B-VG), nehmen die Bürger im repräsentativ-demokratischen Verfassungsstaat idR nur in mittelbarer Weise – in erster Linie durch ihre Stimmabgabe bei der Wahl von allgemeinen Vertretungskörpern – an der politischen Willensbildung im Staate teil. Die Bildung des Gemeinschaftswillens sowie die wesentliche Entscheidungsbefugnis werden in die Hände von Repräsentanten gelegt.²¹¹ Diese Übertragung von staatlicher Macht bedarf einer "*Rückkoppelung*" zum Vertretungskörper und damit – in letzter Konsequenz – zum Volk. Somit wird sichergestellt, dass die "*demokratisch legitimierte Herrschaftsausübung*" gleichzeitig auch immer eine "*demokratisch kontrollierte Herrschaftsausübung*" darstellt.²¹² Der Terminus "*Kontrolle*" steht sohin in engem und untrennbarem Zusammenhang mit den Begriffen "*Zuständigkeit*" und "*Verantwortung*".²¹³ Im repräsentativ-demokratischen Verfassungsstaat wird Organen *ex constitutione* bzw *ex lege* die Zuständigkeit zur Besorgung (staatlicher) Aufgaben übertragen und ihr Handeln der jeweiligen, funktionell tätig werdenden juristischen Person (Bund, Land, Gemeinde) "*zugerechnet*".²¹⁴ Der Kompetenz zur Aufgabenerfüllung korrespondiert die Verantwortlichkeit der Organwalter, soweit sie "*in Ausübung ihrer Organfunktion*" agieren.²¹⁵ Die handelnden Akteure unterliegen im Rahmen ihres Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses einer rechtlichen Gebundenheit, die auch eingefordert werden kann und soll. Daraus erschließt sich die Notwendigkeit der Sicherstellung dieser Bindung. Genau diese Aufgabe übernehmen die zahlreichen Kontrollinstitution und -instrumenten. Demokratie lebt von der Nachprüfbarkeit staatlicher Handlungen und der verfahrensg-

²¹¹ Eichenberger, Die Kontrolle der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in Khol (Hrsg), Macht & Kontrolle (1979) 19 (20).

²¹² Korinek, Kontrolle, in Klose (Hrsg), Katholisches Soziallexikon² (1980) 1504 (1505).

²¹³ Weiterführend Schambeck, Die Finanzkontrolle in föderalistischer Sicht, in Schambeck, Der Staat und seine Ordnung (2002) 701.

²¹⁴ Zum Begriff des Organs siehe Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 96 ff.

²¹⁵ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 110.

bundenen Möglichkeit, Verantwortlichkeit realisierbar zu machen.²¹⁶ Dieses "Aufzeigen von Verantwortung" und die damit einher gehende Verpflichtung der handelnden Akteure, der gesetzgebenden Körperschaft und letztlich der Öffentlichkeit gegenüber Rechenschaft für das eigene Verhalten ablegen zu müssen, wird in der Literatur des *New Public Managements* mit dem Begriff der "Accountability" umschrieben.²¹⁷

3.3. Ziele der Kontrolle

Unabhängig von ihrem Adressaten bzw ihrem Prüfungsobjekt, verfolgt die Kontrolle die folgenden Zielsetzungen:

Der Kontrolle wird in erster Linie eine machtbegrenzende Wirkung zugeschrieben. Überall dort, wo Macht überantwortet und ausgeübt wird, besteht die Gefahr ihrer missbräuchlichen Verwendung. Als "Gegenpol" zur Machtkonzentration versucht die Kontrolle zu vermeiden, dass das demokratische System korrumpiert.²¹⁸ Im gewaltenteilenden Staat wird dies durch die Zuweisung der Staatsfunktionen auf verschiedene Machthaber und der Verpflichtung zur gegenseitigen Kontrolle nach dem Prinzip "checks and balances" wirkungsvoll erreicht.²¹⁹

Neben der Missbrauchsprävention verfolgt Kontrolle generell das Ziel, Irrtümer, Fehler und Missstände aufzuzeigen, unabhängig von ihrer "Quelle". In der Administration eines Staatsapparates sind Unzulänglichkeiten bei aller Sorgfalt unvermeidbar. Mit der Kontrolle wird die Qualität, insb die Legalität, staatlicher Akte und damit die Rechts- und Sachrichtigkeit von Entscheidungen sichergestellt.²²⁰ Dahinter steckt – frei nach dem "Vier-Augen-Prinzip" – die Überlegung, dass für eine kollegial getroffene Entscheidung viel eher die Vermutung ihrer Richtigkeit gelten kann als für eine monokratisch erfolgte Willensbil-

²¹⁶ Eichenberger, Die Kontrolle der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in Khol (Hrsg), Macht & Kontrolle (1979) 19 (24); Wenger, Grundfragen der öffentlichen Kontrolle im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat von heute, ÖHW 1976, 41 (47 f).

²¹⁷ Vgl Meyer/Leixnering, Controlling – Kontrolle: Begriffsklärung aus Sicht der Betriebswirtschaftslehre, in KWG (Hrsg), Controlling & Kontrolle (2011) 1 (10).

²¹⁸ Pernthaler, Demokratie und Kontrolle, Wirtschaftspolitische Blätter 6/1982, 37. – Grundlegend schon Herzog, Allgemeine Staatslehre (1971) 350 ff.

²¹⁹ Vgl Loewenstein, Verfassungslehre⁴ (2000) 46.

²²⁰ Eichenberger, Die Kontrolle der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in Khol (Hrsg), Macht & Kontrolle (1979) 19 (25).

dung.²²¹ In diese Richtung geht auch der – als zu allgemein kritisierte²²² – Ansatz von der "Kontrolle durch Zusammenwirken",²²³ nach dessen Vorstellung Kontrolle überall dort gelebt wird, wo zwei oder mehrere Organe kooperativ gemeinschaftlich an der Erlassung eines staatlichen Aktes beteiligt sind. Kontrolle ist daher gleichzeitig vergangenheits- wie zukunftsorientiert, da sie sowohl prüfend als auch steuernd wirken soll.²²⁴ Zum einen liefert sie die Grundlage für die Korrektur und Sanktionierung organschaftlichen Fehlverhaltens; zum anderen will sie präventiv Einfluss auf die Entscheidungen staatlicher Organe in Gegenwart und Zukunft nehmen.²²⁵ Kontrolle dokumentiert zudem Umfang und Ausmaß erbrachter Leistungen und bietet die Möglichkeit, diese an feststehenden Zielvorgaben zu messen.²²⁶

An den Zweck der Kontrolle als Leistungsnachweis knüpft die Notwendigkeit, Kontrollergebnisse möglichst transparent und einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Man denke bspw an die Veröffentlichung der Berichte des Rechnungshofes auf dessen Website²²⁷ und an die daran anknüpfende mediale Auseinandersetzung mit den Prüfergebnissen des Organs der öffentlichen Finanzkontrolle. Darin kommen die *Feedbackfunktion* der Kontrolle sowie die damit einhergehende Rückkoppelung zum Bürger zum Ausdruck.²²⁸ Die Information der Bevölkerung trägt wiederum maßgeblich dazu bei, das Vertrauen in das Funktionieren einer Organisationseinheit zu sichern, zu stärken oder wiederzuerlangen.²²⁹ Dadurch lässt sich der Kontrolle auch eine gewisse Integrationsfunktion

²²¹ So schon *Herzog*, Allgemeine Staatslehre (1971) 350 f.

²²² *Eichenberger*, Die Kontrolle der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in *Khol* (Hrsg), Macht & Kontrolle (1979) 19 (20).

²²³ *Bäumlin*, Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, ZSR 85 (1966) II, 168 (244, 247). – Vgl dazu auch *Wenger*, Grundfragen der öffentlichen Kontrolle im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat von heute, ÖHW 1976, 41 (48).

²²⁴ *B Raschauer*, Kontrolldefizite bei ausgegliederten Rechtsträgern, ÖVG Herbsttagung 2011, Unabhängigkeit und Steuerbarkeit von Verwaltungseinheiten (www.oevg.info/download/).

²²⁵ *Klug*, Die öffentliche Verwaltung im Konfliktfeld zwischen Politik und Verwaltung, ÖHW 1995, 97; *ders*, Das kommunale Kontrollwesen, ÖHW 1982, 44 (48); *Pernthaler*, Demokratie und Kontrolle, Wirtschaftspolitische Blätter 6/1982, 34. – *Klug* umschreibt dies als "*Detektivwirkung*" bzw "*Präventivwirkung*".

²²⁶ *Pollak*, Kontrolle, in *Holzinger/Oberndorfer/B Raschauer* (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 425.

²²⁷ Siehe www.rechnungshof.gv.at/berichte/aktuelle-berichte.html; www.kontrolle.gv.at/.

²²⁸ Zum Öffentlichkeitsprinzip vgl *Wenger*, Grundfragen der öffentlichen Kontrolle im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat von heute, ÖHW 1976, 41 (49).

²²⁹ Dazu *Meyer/Leixnering*, Controlling – Kontrolle: Begriffsklärung aus Sicht der Betriebswirtschaftslehre, in *KWG* (Hrsg), Controlling & Kontrolle (2011) 1 (16).

zuschreiben, da sie maßgeblich dazu beitragen kann, das Einvernehmen zwischen Behörde und Bürokratieunterworfenen zu stärken.

3.4. Unterschiede zwischen Kontrolle und Aufsicht

Den Begriffen "*Kontrolle*" und "*Aufsicht*" wird in der Literatur zT ein identer Bedeutungsinhalt beigemessen, zT wird die Notwendigkeit einer systematischen Differenzierung unterstrichen.²³⁰ Der Bundesverfassung liegt offenkundig ein unterschiedliches Begriffsbild zugrunde: (Finanz-)Kontrolle erfolgt im Lichte des B-VG "*extern*" durch unabhängige Rechnungshöfe für bzw im Auftrag der gesetzgebenden Körperschaften, als deren Hilfsorgane die Rechnungshöfe agieren. Aufsicht ist dagegen ein "*interner*" Vorgang der exekutiven Gewalt, der von der jeweiligen Verwaltungsbehörde selbst oder durch hierarchisch übergeordnete (Aufsichts-)Behörden wahrgenommen wird.²³¹

Die Aufsicht ist im Vergleich zur Kontrolle zudem das wesentlich invasivere Instrument: Während der Kontrolle keine oder bloß mittelbare Sanktionsmöglichkeiten an die Hand gegeben sind,²³² stehen der staatlichen Aufsicht gegenüber der Gemeinde nach Art 119a B-VG umfassende Aufsichtsrechte zu (zB Auskunfts- und Einschaurecht, Pflicht zur Vorlage von Verordnungen, Genehmigungsvorbehalt, Ersatzvornahme, Auflösung des Gemeinderates).²³³

Letztlich ist auch in zeitlicher Hinsicht zwischen Kontrolle und Aufsicht zu differenzieren: Während die Aufsicht (zumindest auch) begleitender Natur sein kann, setzt die Kontrolle nachgelagert, dh nach Abschluss des Verwaltungshandelns, ein. Eine begleitende Beratungstätigkeit durch Rechnungshöfe ist der Bundesverfassung schlicht wesensfremd. Während der deutsche Bundesrechnungshof auf Grund von Prüfungserfahrungen den Bundestag, den Bundesrat, die Bundesregierung und einzelne Bundesministerien *beraten* kann,²³⁴ agieren österreichische Bundes- und Landesrechnungshöfe zwingend *ex-post*, wengleich der Rechnungshof sich selbst als "*Berater*" des Nationalrates, der Landtage

²³⁰ Zum Meinungsstand der Lehre im Hinblick auf das Verhältnis der Begriffe "*Kontrolle*" und "*Aufsicht*" vgl *Kahl*, Die Staatsaufsicht (2000) 402 ff.

²³¹ *Isensee*, Finanzkontrolle im Bundesstaat, ZÖR 63 (2008) 29 (30, FN 3).

²³² Vgl *Kuprian*, Die Kontrolle der Gemeindegebarung (2013) 85.

²³³ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 395 ff.

²³⁴ Vgl § 88 Abs 2 erster Satz dtBHO.

und Gemeinderäte positioniert.²³⁵ Das Wort beraten findet sich im Rechnungshofgesetz 1948 nur an zwei Stellen: Zum einen kann die Präsidentin des Rechnungshofes nach § 11 Abs 4 RHG zu den Verhandlungen des Aufsichtsorganes wirtschaftlicher Unternehmungen, die der Rechnungshofkontrolle unterliegen, (fallweise oder ständig) Vertreter mit beratender Stimme entsenden; zum anderen ist nach § 24 RHG die Präsidentin den Beratungen der Bundesregierung mit beratender Stimme zuzuziehen, wenn Gegenstände erörtert werden, die die Sicherstellung, Ausübung und die Ergebnisse der Gebarungskontrolle, grundsätzliche Fragen der Verrechnung und der Rechnungslegung oder die Mitwirkung des Rechnungshofes beim staatlichen Schuldendienst betreffen oder auf Anregung des Rechnungshofes zur Verhandlung gelangen (Z 1) bzw wenn Personalangelegenheiten der Bediensteten des Rechnungshofes zur Verhandlung gelangen (Z 2).

3.5. Die öffentliche Kontrolle

Die Bundesverfassung gewährt dem Nationalrat Anteil an der Kontrolle der Vollziehung. Dabei handelt es sich nicht um originäre Kompetenzen im Bereich der Gesetzgebung, vielmehr werden dem Nationalrat dadurch Zuständigkeiten zur Mitwirkung an der Vollziehung eingeräumt. Die im B-VG verankerten, mit dem Begriff der "*öffentlichen Kontrolle*"²³⁶ zusammengefassten Kontrollinstitutionen und -verfahren lassen sich wie folgt gliedern:²³⁷

3.5.1. Politische Kontrolle

Die politische Kontrolle wird von den allgemeinen Vertretungskörpern, dem Nationalrat und dem Bundesrat auf Bundesebene sowie den Landtagen auf Landesebene, wahrgenommen. Kontrollobjekt ist die Bundesregierung und deren Mitglieder (Bundesminister) bzw die jeweilige Landesregierung und deren Mitglieder (Landesräte). Inhaltlich ist darunter nach *Schambeck* "*die Überwachung der Staatstätigkeit der Organe der Vollziehung mit dem Ziel, Tatsachen aufzuklären, Informationen zu erlangen, Meinungen und Vorstellungen*

²³⁵ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Tätigkeitsbericht 2016, 38 ff.

²³⁶ *Wenger*, Grundfragen der öffentlichen Kontrolle im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat von heute, ÖHW 1976, 41 (51).

²³⁷ So auch *Hengstschläger*, Grundlegende staatsrechtliche Prinzipien für eine öffentliche Finanzkontrolle, JBl 132, 545 (2010).

gen über die Vollziehung zu äußern, die Vollziehung auf die Beachtung ihrer eigenen politisch vorgegebenen Grundsätze aufmerksam zu machen und die Einhaltung von Rechts- und Verfassungsgrundsätzen einzumahnen" zu verstehen.²³⁸ Gegenstand der politischen Kontrolle ist sohin die Tätigkeit der Regierungsmitglieder.²³⁹ Die Bundesverfassung sieht als Kontrollinstrumente das (klassische) Interpellationsrecht (Art 52 Abs 1 B-VG) sowie die sog Fragestunde (Abs 3) vor, mit denen dem Parlament ein Fragerecht im Hinblick auf die gesamte Geschäftsführung der Bundesregierung eingeräumt wird. Mit dem Resolutionsrecht (Art 52 Abs 1 B-VG) können Nationalrat und Bundesrat – in rechtlich nicht verbindlicher Weise – ihre Wünsche über die Ausübung der Vollziehung in Entschließungen zum Ausdruck bringen. Das Enqueterrecht (Art 53 Abs 1 B-VG) ermächtigt zur Einsetzung von Untersuchungsausschüssen. Als "Waffe" und Sanktionsmittel wird den gesetzgebenden Körperschaften das Misstrauensvotum (Art 74 B-VG) an die Hand gegeben, mit dem die Bundesregierung bzw einzelne Bundesminister ihres Amtes enthoben werden können.²⁴⁰ Hinzuweisen ist idZ auf das Problem der sukzessiven Verwässerung der parlamentarischen Kontrolle durch die fortschreitende Übertragung öffentlicher Aufgaben auf organisationsrechtlich ausgegliederte Rechtsträger²⁴¹ und der damit einhergehenden Zurückdrängung der Ingerenzmöglichkeiten der obersten Verwaltungsorgane.²⁴² Als Prüfungsmaßstab der politischen Kontrolle durch die gesetzgebenden Körperschaften fungieren weniger normative Vorgaben, sondern vielmehr (partei-)politische Überlegungen und Perspektiven.

²³⁸ Schambeck, Regierung und Kontrolle in Österreich (1997) 81.

²³⁹ Pollak, Kontrolle, in Holzinger/Oberndorfer/B Raschauer (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 425 (426).

²⁴⁰ Schambeck, Österreichs Wirtschaftsstaat und seine Kontrolle, ÖJZ 1971, 589 (595), bezeichnet darüber hinaus die Arbeit der Interessenvertretungen als "quasi-politische Kontrolle", da diese durch ihr Stimmrecht zu Regierungsvorlagen – wenn auch sanktionslos – maßgeblich zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen.

²⁴¹ Vgl Pollak, Kontrolle, in Holzinger/Oberndorfer/B Raschauer (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 425 (428 ff).

²⁴² Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayr/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 497 ff. – Weiterführend Nödl, Parlamentarische Kontrolle (1995) 22 ff.

3.5.2. Rechtliche Kontrolle

Unter dem Schlagwort der "*rechtlichen Kontrolle*" werden in der (vorwiegend älteren) Literatur²⁴³ zwei verschiedene Kontrollaspekte zusammengefasst: Zum einen ist darunter die zivil-, straf- und disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit der (obersten) Verwaltungsorgane zu verstehen. Als wesentliches Kontrollinstrument ist diesbzgl die "*Ministeranklage*" gemäß Art 142 B-VG anzuführen.²⁴⁴ Dabei wird das Handeln der Regierung an normativ-rechtlichen Vorgaben gemessen. Die sog Staatsgerichtsbarkeit fällt in die Kompetenz des VfGH, der über die verfassungsmäßige Verantwortlichkeit der obersten Bundes- und Landesorgane für die durch ihre Amtstätigkeit erfolgten schuldhaften Rechtsverletzungen zu erkennen hat.²⁴⁵ Der Konnex zur parlamentarischen Kontrolle wird dadurch gewahrt, dass das Anklagerecht gemäß Art 142 Abs 2 B-VG vorzugsweise den gesetzgebenden Körperschaften vorbehalten ist. Zum anderen wird unter einem weiten Begriffsverständnis der rechtlichen Kontrolle jede Überprüfung behördlicher Entscheidungen durch "*unabhängige Gerichte*" – insb durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts verstanden. Dabei ist zwischen der Kontrolle der Verwaltung durch den VwGH und der Kontrolle der Gesetzgebung und Verwaltung durch den VfGH zu differenzieren.

Der anzuwendende Prüfungsmaßstab ist hier jeweils ein rechtlicher. Im Sinne einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle ist das gesamte (Verwaltungs-)Handeln im Hinblick auf seine Übereinstimmung mit den geltenden Rechtsnormen, sohin auf seine Legalität iSd Art 18 Abs 1 B-VG, zu überprüfen.²⁴⁶

3.5.3. Finanzielle Kontrolle

Neben der *politischen* und *rechtlichen* Kontrolle hat sich die – als "*Schlüsselfunktion im demokratischen Rechtsstaat*" charakterisierte – öffentliche *Finanzkontrolle* etabliert.²⁴⁷ Diese Entwicklung ist gleichermaßen dem stetigen Ausbau des staatlichen Leistungsspekt-

²⁴³ Vgl Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971) 415 ff.

²⁴⁴ Vgl VfSlg 10.510/1985 zur Verantwortlichkeit eines Landeshauptmannes wegen Nichtbefolgung einer im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung vom zuständigen Bundesminister erteilten Weisung.

²⁴⁵ Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1190 ff.

²⁴⁶ Schambeck, Regierung und Kontrolle in Österreich (1997) 72.

²⁴⁷ Hengstschläger, Grundlegende staatsrechtliche Prinzipien für eine öffentliche Finanzkontrolle, JBl 132, 545 (546) (2010).

rumms wie den gleichzeitig immer knapper werdenden Haushaltsvolumina geschuldet. Bedingt durch ein enger werdendes Korsett finanzieller Ressourcen auf allen staatlichen Ebenen – insb auch auf der kommunalen Ebene – haben Finanzpolitik und -kontrolle im demokratischen Rechtsstaat erheblich an Bedeutung gewonnen.

Zu guter Letzt sei an dieser Stelle noch eine in der rechtswissenschaftlichen Literatur kaum thematisierte, aus der Volkswirtschaftslehre stammende Funktion der öffentlichen (Finanz-)Kontrolle rezipiert. Auch die Ökonomie erkennt vor dem Hintergrund stetig knapper werdender budgetärer Mitteln die Notwendigkeit, die Erbringung staatlicher Leistungen so effizient wie möglich zu gestalten. Auszugehen ist davon, dass der Staat eine Vielzahl von – sowohl öffentlichen wie auch privaten – Gütern erbringt, die in erster Linie der Förderung des Gemeinwohles dienen (sollen). Die dahinter stehenden politischen Zielsetzungen, dh die Wirkungen ("outcome"), die mit deren Erbringung einer staatlichen Leistung in der Gesellschaft erzielt werden sollen, sind idR sehr allgemein und abstrakt formuliert: bspw soll die Gratisschulbuchaktion ein anhaltend hohes Bildungsniveau sicherstellen,²⁴⁸ die Bereitstellung von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes das subjektive Sicherheitsgefühl in der Bevölkerung steigern und die Förderung der Anschaffung von E-Bikes die Luftschadstoffemissionen senken und damit einen Beitrag zum umfassenden Umweltschutz leisten.²⁴⁹ Dabei hat die Kontrolle sicherzustellen, dass sich die konkrete Ausgestaltung der staatlichen Leistungserbringung auch tatsächlich am Gemeinwohl orientiert und sich nicht von partikulären Einzelinteressen leiten lässt. Die Kontrolle fungiert somit als Widerpart der Politik. Sie objektiviert und macht transparent, ob die Produkte der Verwaltung die abstrakten politischen Ziele umzusetzen vermögen.²⁵⁰

Die oben genannten Beispiele zeigen jedoch, dass die Kontrolle öffentlicher Haushalte und die damit einhergehende Beurteilung des Erreichens bzw Verfehlens (politischer) Zielvorgaben schwierig sind. Staatliches Handeln wird nämlich nicht in erster Linie im Hin-

²⁴⁸ Bartel, Öffentliche Finanzen, Finanzkontrolle und gesellschaftliche Wohlfahrt: Volkswirtschaftliche Thesen, Antithesen und mögliche Synthesen, in Klug (Hrsg), Wesen und staatspolitische Funktion der öffentlichen Kontrolle (1998) 77 (82).

²⁴⁹ Vgl Gemeinsame Wege für Wien, Regierungsübereinkommen (2010) 63; abrufbar unter: www.wien.gv.at/politik/strategien-konzepte.

²⁵⁰ Bartel, Öffentliche Finanzen, Finanzkontrolle und gesellschaftliche Wohlfahrt: Volkswirtschaftliche Thesen, Antithesen und mögliche Synthesen, in Klug (Hrsg), Wesen und staatspolitische Funktion der öffentlichen Kontrolle (1998) 77 (82).

blick auf seinen gesellschaftlichen Nutzen ("outcome"), sondern vordergründig unter Berücksichtigung seiner finanziellen Auswirkungen untersucht und beurteilt. Neben den eingangs dargestellten generellen Zielsetzungen der Kontrolle im Rechtsstaat wie der Machtbegrenzung, der Richtigkeitsgewähr, des Leistungsnachweises sowie der Transparenz dient die finanzielle Kontrolle insoweit als – gutes bzw schlechtes – "Gewissen" der politischen Entscheidungsträger gegenüber den Steuerzahlern und fungiert als Wettbewerbersatz in Bereichen, in denen kein Markt oder keine Marktpreise bestehen.²⁵¹

3.6. Die Finanzkontrolle

3.6.1. Die Finanzkontrolle im gewaltenteilenden Staat

Im älteren Schrifttum wurde die Einordnung des Rechnungshofes in die Trias der Staatsgewalten kontrovers diskutiert. In der Literatur werden nahezu alle denkbaren Zuordnungen vertreten:²⁵² Der Meinungsstand umfasst die Zuweisung zur Legislative²⁵³ sowie zur Exekutive,²⁵⁴ die Bezeichnung als "Hilfsorgan" der gesetzgebenden Körperschaften,²⁵⁵ die Begründung einer eigenständigen "vierten Gewalt",²⁵⁶ die Qualifikation als Organ *sui generis*,²⁵⁷ die Charakterisierung als "verselbständigte", "gerichtsähnliche" Einrichtung, die in "Äquidistanz" zu den klassischen Staatsgewalten in einer der Judikative vergleichbaren Unabhängigkeit agiere,²⁵⁸ wie auch die Feststellung, dass eine eindeutige Zuordnung zu einer der drei Staatsgewalten nicht bzw nicht eindeutig möglich sei.²⁵⁹

²⁵¹ Vgl Kontrollamt Linz, Tätigkeitsbericht 2014 (2015) 20.

²⁵² Zu Fragen der Zuordnung vgl weiterführend Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 192.

²⁵³ Fiedler, Staatspolitische Funktion des Rechnungshofes (1993) 6.

²⁵⁴ B Raschauer, Die obersten Organe der Bundesverwaltung, FS Antonioli (1979) 363 (364); ders, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) 186.

²⁵⁵ So die wohl hL; vgl Kuprian, Die Kontrolle der Gemeindegebarung (2013) 58 mwN.

²⁵⁶ Vgl die Nachweise bei Degenhart, Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, VVDStRL 55 (2006) 190 (192 f, FN 7).

²⁵⁷ Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1225, bezeichnen den Rechnungshof als "Staatsorgan besonderer Art"; Eichenberger, Die Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie, in Khol, Macht & Kontrolle (1979) 19 (21), charakterisiert die Kontrolle insgesamt als "Staatsfunktion sui generis".

²⁵⁸ Schäffer, Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, VVDStRL 55 (2006) 278 (281, FN 11) mwN.

²⁵⁹ Zur Schwierigkeit der Zuordnung zu einer der drei klassischen Gewalten und internationalen Beispielen vgl Heun, Art 114 GG, in Dreier (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar, Band III (2000) Rz 7 f.

Woraus resultiert die Schwierigkeit der Einordnung des Rechnungshofes in das System des gewaltenteilenden Staates? Diese Frage erscheint vor dem Hintergrund, dass das B-VG grds sowohl die Organisation als auch weitgehend die Kontrollrechte des Rechnungshofes in einem eigenen (sechsten) Hauptstück ausdrücklich verfassungsgesetzlich regelt, durchaus bemerkenswert.²⁶⁰ Probleme bereitet jedoch die Anwendung jener verfassungsrechtlichen Bestimmungen auf Kontrollakte des Rechnungshofes, die ausdrücklich an ein behördliches Tätigwerden anknüpfen und deshalb nur auf Einrichtungen zur Anwendung gelangen können, deren Akte der Exekutive zuzurechnen sind und die organisatorisch als "Verwaltungsbehörden" bzw "Gerichte" zu qualifizieren sind. Beispielhaft seien die Ermächtigung zur Erlassung von Durchführungsverordnungen gemäß Art 18 Abs 2 B-VG, die Amtsverschwiegenheit (Art 20 Abs 3 B-VG), die Auskunftspflicht (Art 20 Abs 4 B-VG) oder das Amtshaftungsregime (Art 23 B-VG) genannt.²⁶¹ Darüber hinaus unterliegen bspw all jene Datenanwendungen, die den gesetzgebenden Körperschaften zuzurechnen sind, gemäß § 1 Abs 5 DSG 2000 nicht der Zuständigkeit der Datenschutzkommission.²⁶²

Ausgangspunkt der Diskussion war und ist die einschlägige verfassungsgesetzliche Bestimmung des Art 122 Abs 1 B-VG²⁶³. Diese normiert, dass der Rechnungshof unmittelbar dem Nationalrat "untersteht". Obwohl die Wortinterpretation – insb iVm dem zweiten Satz der Regelung – eine Nähe zu den gesetzgebenden Körperschaften gebietet, war die Zuordnung lange umstritten. Die hL weist die Kontrolltätigkeit des Rechnungshofes der Gesetzgebung zu und qualifiziert ihn als ein "Hilfsorgan der Legislative".²⁶⁴ Der Lehre folgend geht auch der VfGH in VfSlg 15.130/1998 davon aus, dass der Rechnungshof im Rahmen der Gebarungsprüfung "als ein (Hilfs)Organ des Nationalrates oder des betreffenden Landtages (vgl. Art 122 B-VG) im Rahmen der diesen Organen der Gesetzgebung von Verfassungs wegen zukommenden Kontrolle der Vollziehung tätig wird". Diese An-

²⁶⁰ Hengstschläger, Der Rechnungshof (1982) 53.

²⁶¹ Hengstschläger, JBl 1999, 237 (243).

²⁶² Vgl VfSlg 15.130/1998; 17.065/2003. Weiterführend Ennöckl, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung (Habil Universität Wien, 2014).

²⁶³ Art 122 Abs 1 B-VG normiert: "Der Rechnungshof untersteht unmittelbar dem Nationalrat. Er ist in Angelegenheiten der Bundesgebarung und der Gebarung der gesetzlichen beruflichen Vertretungen, soweit sie in die Vollziehung des Bundes fallen, als Organ des Nationalrates, in Angelegenheiten der Länder-, Gemeindeverbände- und Gemeindegebarung sowie der Gebarung der gesetzlichen beruflichen Vertretungen, soweit sie in die Vollziehung der Länder fallen, als Organ des betreffenden Landtages tätig."

²⁶⁴ Kroneder-Patrisch, Art 122 B-VG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 19.

sicht lässt sich zum einen historisch belegen.²⁶⁵ Zum anderen wird dies im Wege einer systematisch-teleologischen Interpretation unter dem Hinweis auf den engen Konnex zu Art 51 B-VG²⁶⁶ begründet, der dem Nationalrat das Recht zum Beschluss eines Bundesfinanzrahmen- sowie eines Bundesfinanzgesetzes einräumt, jeweils nach Vorlage eines Entwurfes der Bundesregierung. Dieser Budgethoheit korrespondiert auch eine Kontrollhoheit der legislativen Gewalt. Wenn auch der Budgetvollzug den Organen der Exekutive vorbehalten ist, soll das Recht auf Bewilligung sowie auf Überprüfung der Mittelverwendung unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben in einer Hand vereint bleiben. Im demokratisch-repräsentativen Rechtsstaat kann eine derart zentrale Staatsfunktion nur bei den demokratisch legitimierten Parlamenten angesiedelt werden.²⁶⁷ Da die Mehrheit des Parlaments die Zusammensetzung der Bundesregierung widerspiegelt und es selbst weder personell noch organisatorisch²⁶⁸ in der Lage ist, diese Kontrollaufgabe selbst zu erledigen, bedienen sich die gesetzgebenden Körperschaften unabhängiger Rechnungshöfe.

In organisatorischer Hinsicht ist der Rechnungshof Bundesorgan, in funktioneller Hinsicht wird er – je nachdem, ob die zu überprüfende Einrichtung dem Bundes- oder Landesvollzugsbereich zuzurechnen ist – als Hilfsorgan des Nationalrats bzw als Hilfsorgan des betreffenden Landtages tätig. Nach seinem Selbstverständnis ist der Rechnungshof je nachdem, ob er die Bundes-, Landes- oder Gemeindegebarung prüft, ein Organ des Nationalrates oder der Landtage bzw des Wiener Gemeinderates und somit ein "*föderatives Bundes-Länder-Gemeinde-Organ*".²⁶⁹

3.6.2. Die Gebarung als Gegenstand der Finanzkontrolle

Zur Auslotung der Reichweite des Prüfungsgegenstandes von Organen der Finanzkontrolle – insb des (Bundes-)Rechnungshofes, der Landesrechnungshöfe bzw der Landes-Gemeindeaufsicht – ist der Begriff der "*Gebarung*" von zentraler Bedeutung. Gebarung ist

²⁶⁵ *Kroneder-Patrisch*, Art 122 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 4.

²⁶⁶ Vgl Art 51 B-VG idF BGBl 2008/1.

²⁶⁷ *Fiedler*, Staatspolitische Funktion des Rechnungshofes (1993) 1; *Schäffer*, Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, VVDStRL 55 (2006) 278 (281).

²⁶⁸ *Hengstschläger*, Der Rechnungshof (1982).

²⁶⁹ Vgl www.rechnungshof.gv.at/ueber-den-rh/der-rechnungshof/der-rechnungshof-als-foederatives-bund-laender-gemeinde-organ.html.

ein Rechtsbegriff, der sich nicht nur im sechsten Hauptstück der Bundesverfassung sowie im Rechnungshofgesetz, sondern auch in einer Vielzahl gesetzlicher Bestimmungen findet.²⁷⁰ Eine ausdrückliche Aussage darüber, welche Handlungen darunter zu subsumieren sind, liefert der Gesetzgeber nicht. Der VfGH hat bereits in seinem Erkenntnis VfSlg 7944/1976 darauf hingewiesen, dass es an einer abschließenden Begriffsdefinition mangelt und der Gesetzgeber dessen Inhalt "*offenbar voraussetzt*" und versteht "*die Gebarung als ein über das bloße Hantieren mit finanziellen Mitteln (Tätigen von Ausgaben und Einnahmen, Verwalten von Vermögensbeständen) hinausgehendes Verhalten [...], nämlich als jedes Verhalten, das finanzielle Auswirkungen (Auswirkungen auf Ausgaben, Einnahmen und Vermögensbestände) hat*".²⁷¹ Die Gebarungskontrolle erstreckt sich somit "*auch auf solches Verhalten [...], das für die Beurteilung der Gebarung unter den Gesichtspunkten der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit maßgeblich ist*".²⁷² Dieses weite Begriffsverständnis macht es schwierig, gebarungsrelevante von nicht gebarungsrelevanten Handlungen abzugrenzen und Maßnahmen einer Gemeinde auszumachen, die ohne jede Auswirkung auf die kommunalen Finanzen bleiben. Akte der Privatwirtschaftsverwaltung gelten jedenfalls, Akte der Hoheitsverwaltung überwiegend als gebarungswirksam.²⁷³ Synonym lässt sich am ehesten der Begriff der "*Wirtschaftsführung*" verwenden. Vor dem Hintergrund dieser Rsp zählen jedenfalls alle Maßnahmen, die wie die Aufnahme von Darlehen, Krediten oder Anleihen der längerfristigen Fremdfinanzierung dienen, zur Gebarung; daneben aber auch alle Rechtsgeschäfte, die die Bewirtschaftung und Regulierung solcher Fremdfinanzierungsverpflichtungen oder die Veranlagung von Geldmitteln zum Inhalt haben.²⁷⁴ Im Ergebnis sind sämtliche, dem kommunalen Finanzmanagement zugehörige Vertragsabschlüsse als gebarungswirksam zu beurteilen.

²⁷⁰ Vgl exemplarisch Art 119a Abs 2 B-VG, § 15 UG 2002, § 342 Abs 2a ASVG, § 9 Abs 2 Z 11 AMSG, § 213 BAO, § 7 Abs 4 BMG, § 2 Abs 1 Bundesmuseen-G, § 40 FLAG, § 31a Abs 1 ORF-G, § 20 VerG, § 2 VRV 1997, § 85 Abs 1 WRG 1959.

²⁷¹ VfSlg 7944/1976 enthält darüber hinaus einen historischen Abriss über die Entwicklung des Begriffes der "*Gebarung*".

²⁷² Vgl zuletzt VfSlg 19.836/2013; weiterführend *Hengstschläger*, Rechnungshofkontrolle (2000) zu Art 126b Abs 1 und 5, Art 127 Abs 1, Art 127a Abs 1 Rz 2; *Kroneder-Patrisch*, Art 126b B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 7; *Baumgartner*, Art 126b B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2001) Rz 6 mwN.

²⁷³ *Kroneder-Patrisch*, Art 126b B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 7.

²⁷⁴ In diesem Sinne auch die Materialien zum Gesetz über die risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol, LGBl 157/2013.

3.7. Die Maßstäbe der Finanzkontrolle

Art 126b Abs 5 B-VG normiert fünf Prüfungsmaßstäbe, an die der Rechnungshof im Rahmen seiner Kontrolltätigkeit gebunden ist und die damit auch das Verwaltungshandeln der Gemeinde vordeterminieren: Der Rechnungshof hat demnach jede Überprüfung auf 1. die *ziffernmäßige Richtigkeit*, 2. die *Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften*, sowie auf 3. die *Sparsamkeit*, 4. die *Wirtschaftlichkeit* und 5. die *Zweckmäßigkeit* zu erstrecken. Die Bundesverfassung gebietet somit dreierlei: eine Würdigung der Ordnungsmäßigkeit, der Rechtmäßigkeit sowie der Wirtschaftlichkeit gebarungsrelevanter Akte. Dem Grundsatz der "*Einheit der Kontrollmaßstäbe*" folgend, gelten die genannten Prinzipien in gleicher Weise im Hinblick auf sämtliche Prüfobjekte.²⁷⁵ Das B-VG wiederholt die Maßstäbe in Art 127 Abs 1 B-VG für Überprüfungen im Vollzugsbereich der Länder sowie in Art 127a Abs 1 B-VG für den Bereich der Gemeinden und Gemeindeverbände. Kontrolle durch den Rechnungshof hat somit für alle Gebietskörperschaften gleichartig zu erfolgen. Demgegenüber gelten die Prüfungskriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit für sämtliche mit der Gebarungskontrolle befassten Institutionen – seien es gemeindeinterne Kontrolleinrichtungen, Gemeindeaufsichtsbehörden oder (Bundes- wie Landes-)Rechnungshöfe – in gleicher Weise,²⁷⁶ mögen die Prüfungsschwerpunkte auch auf jeweils anderen Gesichtspunkten liegen.

Es existiert keine Hierarchie der einzelnen Prinzipien, weshalb die Kontrollorgane den vorgegebenen Prüfungsmaßstäben in gleicher Weise verpflichtet sind. Mit Blick auf die Entwicklung der öffentlichen Finanzkontrolle ist jedoch zu konstatieren, dass formale Gesichtspunkte der Überprüfung zusehends hinter ökonomische bzw betriebswirtschaftlich orientierte Zielsetzungen zurücktreten. *Fiedler*²⁷⁷ geht diesem Gedanken folgend davon aus, dass die Kontrolle der ziffernmäßigen Richtigkeit sowie der Rechtmäßigkeit bloße "*Vorziele*" der den Kern der Finanzkontrolle ausmachenden Wirtschaftlichkeitsüberprüfung (der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit) darstellen. Mag dies auch

²⁷⁵ *Funk*, Maßstäbe der Rechnungshofkontrolle, in *Korinek* (Hrsg) Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof (1986) 265 (266 f).

²⁷⁶ Vgl *Hengstschläger*, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 234.

²⁷⁷ *Fiedler*, Staatspolitische Funktion des Rechnungshofes (1993) 11 f.

der geltenden Prüfungspraxis entsprechen, lassen weder das B-VG noch das RHG *de lege lata* einen derartigen Schluss zu.

3.7.1. Ziffernmäßige Richtigkeit

Der Aspekt der ziffernmäßigen Richtigkeit zielt darauf ab, dass die Gebarung buchhalterisch fehlerfrei zu erfolgen hat und stellt als solches eine unabdingbare Voraussetzung jeder weiteren (inhaltlichen) Kontrolle dar.²⁷⁸ Der Notwendigkeit der formalen Richtigkeit des staatlichen Rechnungswesens wird insb durch verwaltungs- wie unternehmensinterne *Controlling*-Maßnahmen Rechnung getragen.²⁷⁹ Der Schwerpunkt der Kontrollarbeit des Rechnungshofes liegt deshalb nicht im bloßen "*Nachrechnen*", weshalb er sich idR "*auf stichprobenweise Kontrollen von Verrechnungsvorgängen beschränken (kann)*".²⁸⁰

3.7.2. Rechtmäßigkeit

Nach Art 127a B-VG hat der Rechnungshof zudem "*die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften*" von kommunalen Gebarungsakten zu überprüfen und rückt damit in die Nähe der staatlichen Rechtsschutzeinrichtungen. Eine tatsächliche Konkurrenzsituation zu Rechtsmittelbehörden, Verwaltungsgerichten und Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts besteht jedoch schon deshalb nicht, weil dem Rechnungshof weder reformatorische noch kassatorische Entscheidungskompetenzen zukommen. Er kann vorschriftswidrige Akte weder selbst beheben noch Anträge auf Verordnungsprüfung beim VfGH stellen,²⁸¹ sondern bloß Normwidrigkeiten aufzeigen. Nach *Hengstschläger* ist die Rechtmäßigkeitskontrolle inhaltlich auf den Bereich der Gebarungsführung eingeschränkt.²⁸² Mit Blick auf den verfassungsgesetzlich konstituierten Aufgabenkreis des Rechnungshofes ist diesem Ansatz dann nicht entgegenzutreten, wenn man im Verweis auf die "*bestehenden Vorschriften*" in Art 127a B-VG eine strenge Beschränkung auf haushaltsrechtliche Vorgaben ableitet. Vor dem Hintergrund der Prüf- und Berichtsweise des Rechnungshofes ist

²⁷⁸ Vgl *Hengstschläger*, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 245 f.

²⁷⁹ *Funk*, Maßstäbe der Rechnungshofkontrolle, in *Korinek* (Hrsg), Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof (1986) 271.

²⁸⁰ *Kroneder-Patrisch*, Art 126b B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 32.

²⁸¹ Vgl im Gegensatz dazu Art 139 Abs 1 Z 5 und 6 B-VG, wonach der VfGH über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen einer Bundes- oder Landesbehörde auf Antrag der Volksanwaltschaft erkennt.

²⁸² Vgl *Hengstschläger*, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 247.

die Beantwortung dieser Auslegungsfrage aber mE nicht entscheidend. Wenn der Rechnungshof bspw im Zusammenhang mit der kommunalen Abwasserentsorgung eine "rechtlich unzulässige Belastung oder sogar Überlastung der öffentlichen Schmutzwasserkanäle" feststellt oder "widerrechtliche Immission auf benachbarten Grundstücken" kritisiert,²⁸³ argumentiert er zwar jenseits der das Haushaltsrecht der Gemeinde determinierenden Regelungen, überschreitet damit seine Befugnisse mE aber dennoch nicht. Die Rechnungshofprüfung wäre nämlich als wertlos zu beurteilen, wenn der Rechnungshof Gebarungsakte als besonders wirtschaftlich qualifizierte, ohne berücksichtigen zu können, dass diese in Wahrheit rechtswidrig erfolgt sind. Demgegenüber wäre der Mehrwert der Rüge der Unwirtschaftlichkeit einer gebarungswirksamen Handlung als überschaubar zu bewerten, wenn der geprüfte Rechtsträger auf Grund gesetzlicher Vorgaben gar nicht anders handeln konnte.

Die Gemeindeordnungen ermächtigen zur Prüfung der Übereinstimmung der Gebarung mit den bestehenden Rechtsvorschriften nur zT;²⁸⁴ sehen jedoch durchwegs Aufsichtsmitel der Landesregierung als Aufsichtsbehörde vor, die im Ergebnis Gleiches bewirken: Bspw ist die Aufsichtsbehörde nach § 98 Stmk GemO berechtigt, sich über jedwede Angelegenheit der Gemeinde zu unterrichten; § 100a Stmk GemO ermächtigt zur Aufhebung von Beschlüssen der kollegialer Willensbildung – insb des Gemeinderates –, soweit diese Gesetze oder Verordnungen verletzen. Für die Aufsichtsbehörde stellt die Rechtmäßigkeit nach dem Wortlaut des Art 119a Abs 2 B-VG jedoch keinen Maßstab dar.

3.7.3. Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit

Im Zentrum der Finanzkontrolle steht die Prüfung der Sparsamkeit, Wirtschaftlich und Zweckmäßigkeit des gebarungswirksamen Handelns von Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die als "Effizienzprinzip" umschriebenen Grundsätze finden sich neben im B-VG,²⁸⁵ im RHG 1948,²⁸⁶ sämtlichen Gemeindeordnungen²⁸⁷ und Stadtrechten²⁸⁸ sowie in einer

²⁸³ Vgl den Bericht des Rechnungshofes, Reihe Steiermark 2017/1, Abwasserentsorgung in Graz, 27.

²⁸⁴ Vgl zB § 92 K-AGO oder § 105 Oö Gem 1990.

²⁸⁵ Vgl Art 119a, 126b, 127, 127a B-VG.

²⁸⁶ Vgl §§ 12, 13, 15, 18 RHG 1948.

²⁸⁷ Vgl zB §§ 79, 80 Bgld GemO; §§ 34, 91, 102 K-AGO; §§ 38, 68, 89 Nö GemO; §§ 69, 69b, 84, 99, 105 Oö GemO; §§ 49, 55, 65, 84 Sbg GemO; §§ 70, 71, 86, 87 Stmk GemO; §§ 75, 90, 109, 119 TGO; §§ 3, 52, 71, 73 VlbG GG; § 73b WStV.

Vielzahl von Bundes- und Landes(verfassungs)gesetzen in gleicher Weise und verpflichten zum effizienten Einsatz öffentlicher Finanzmittel. Die Gemeindeorganisationsgesetze sehen daneben im Wesentlichen inhaltsgleiche, ausschließlich die Kommunen bindende "Vorsichtsgebote" vor:²⁸⁹ Demnach ist das Gemeindevermögen ua sorgsam,²⁹⁰ pfleglich und entsprechend seiner Zweckbestimmung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten,²⁹¹ möglichst ohne Beeinträchtigung der Substanz²⁹² oder in seinem Gesamtwert tunlichst ungeschmälert zu erhalten.²⁹³ Effizienzprinzip und Vorsichtsgebot steht in einem unlösbaren Spannungsverhältnis zum parallel dazu vorgesehenen "Optimierungsgebot".²⁹⁴ Dadurch werden die Gemeinden landesgesetzlich angehalten, aus ihrem ertragsfähigen Vermögen ohne Beeinträchtigung des Stammes den größtmöglichen dauernden Ertrag zu erzielen²⁹⁵ oder das ertragsfähige Gemeindeeigentum derart zu verwalten, dass ein möglichst großer und dauernder Ertrag daraus erzielt wird.²⁹⁶ Die Gemeinden haben sohin nicht nur darauf Bedacht zu nehmen hat, dass ihr Vermögen nicht weniger wird, sondern es tunlichst auch vermehren. Den – an den Verwaltungsinnenbereich adressierten²⁹⁷ – Vorgaben ist in erster Linie programmatische Funktion beizumessen, zumal sich das gebarungswirksame Handeln schwerlich effizient, vorsichtig und ertragsorientiert gleichzeitig gestalten lässt.

Die Effizienzkriterien haben unterschiedliche Stoßrichtungen: Die *Wirtschaftlichkeit* hat das bestmögliche Verhältnis von Aufwand und Ertrag zum Ziel. Sie kann entweder dadurch erreicht werden, dass mit dem Einsatz der zur Verfügung stehenden Mittel das bestmögliche Ergebnis oder dass ein bestimmter Erfolg mit dem geringstmöglichen Res-

²⁸⁸ Vgl zB § 77 Eisenstädter Stadtrecht, § 76 Ruster Stadtrecht; §§ 35, 89, 100 Villacher Stadtrecht; §§ 52, 62, 74 Sbg Stadtrecht; §§ 85, 98 Statut der Landeshauptstadt Graz; § 39 Innsbrucker Stadtrecht.

²⁸⁹ *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 212.

²⁹⁰ § 68 Abs 1 TGO.

²⁹¹ § 62 Abs 2 Bgld GemO, § 69 Abs 1 Nö GemO.

²⁹² § 69 Abs 1 Nö GemO, § 70 VlbG GemG.

²⁹³ § 68 Abs 2 Oö GemO, § 70 Abs 1 Stmk GemO.

²⁹⁴ Zum Begriff *Lehmann*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Bundestages am 6.4.2011, Deutscher Bundestag, Wortprotokoll des Finanzausschusses Nr 17/48, 1 (2).

²⁹⁵ § 61 Abs 2 zweiter Satz Sbg GemO.

²⁹⁶ § 70 Abs 1 zweiter Satz Stmk GemO.

²⁹⁷ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 508 ff.

sourceneinsatz erzielt wird.²⁹⁸ Die *Sparsamkeit* verlangt die Aufwandsminimierung. Zuge- spitzt würde dies bedeuten, dass eine Körperschaft diesem Kriterium dann umfassend gerecht wird, wenn ihre Ausgaben gegen Null tendieren. Vor dem Hintergrund staatlicher bzw kommunaler Pflichtaufgaben will die Sparsamkeit jedoch nicht mehr als unnötige wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden und eine angemessene Gestaltung des Ausga- benverhaltens einzufordern.²⁹⁹ Die *Zweckmäßigkeit* verpflichtet, vorgegebene Verwal- tungsziele mit geeigneten Mitteln in personeller und sachlicher Hinsicht zu erreichen.³⁰⁰ Die als Effizienzkriterien umschriebenen Grundsätze werden zudem vom VfGH im Rah- men der Verhältnismäßigkeitsprüfung herangezogen.³⁰¹

Ob eine gesetzgeberische bzw eine administrative Maßnahme mit den Grundsätzen der Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit vereinbar ist oder nicht, kann nicht abstrakt, sondern letztlich nur mit Blick auf den konkreten Einzelfall beurteilt werden.³⁰² Diese Bewertung begegnet insoweit faktischen Schwierigkeiten, als staatliches Handeln in aller Regel ge- meinwohlorientiert und mit Neben- und Folgewirkungen oder Umwegrentabilitäten ver- bunden ist, deren Wert nicht oder nur schwer anhand unternehmerischer Kennzahlen beziffert werden kann. Ob die zur Zielerreichung – bspw zur Sicherung der Arbeitsplätze älterer ArbeitnehmerInnen, zur Reduktion der von der Schwerindustrie erzeugten CO₂- Emissionen, zur Senkung der Unfalltoten im Straßenverkehr oder zur Steigerung des Si- cherheitsempfindens in der Bevölkerung – eingesetzten öffentlichen Mittel auch tatsäch- lich in effizienter Weise verwendet wurden, ist nicht zuletzt vom politischen Standpunkt abhängig.

Dieser Befund gilt nicht zuletzt auch für den Bereich des öffentlichen Schuldenmanage- ments: Auch der Abschluss eines derivativen Finanzgeschäftes kann – *ex-post* betrachtet – als mehr oder weniger sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig erkannt, nicht jedoch mit Verweis auf die damit verbundenen Risiken *per se* als unwirtschaftlich qualifiziert werden.

²⁹⁸ Vgl Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 236 mwN; von Arnim, Wirtschaftlichkeit als Kontrollmaßstab des Rechnungshofes, in FS Preußische General-Rechen- kammer (1989) 259 (261).

²⁹⁹ Vgl G Jantschgi in Jantschgi/Jantschgi (Hrsg) Steiermärkische GemO (2015) § 86 Rz 6.

³⁰⁰ Vgl Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 244.

³⁰¹ Vgl zB VfSlg 14.472/1996 zur Austro Control GmbH; VfGH 24.11.2014, G 75/2014 ua zum Stmk Gemein- destrukturreformgesetz; VfSlg 19.976/2015 zur Schaumweinsteuer.

³⁰² Adamovich/Funk/Holzinger/Frank (Hrsg), Österreichisches Staatsrecht, Band 2, Staatliche Organisation³ (2014) Rz 27.102 f.

Im folgenden Kapitel sollen – ausgehend von den für Bund und Land geltenden Vorgaben – die (verfassungs-)gesetzlichen Rahmenbedingungen des kommunalen Schuldenmanagement analysiert und insb untersucht werden, inwieweit bereits das B-VG dem erwerbswirtschaftlichen Handeln der Gemeinde Grenzen setzt. Daran anknüpfend sollen jüngste legislative Maßnahmen, die (auch) die kommunale Ebene zu einer risikoaversen Ausrichtung ihrer wirtschaftlichen Betätigung zwingen, näher beleuchtet werden.

4. DIE KONTROLLE DES ÖFFENTLICHEN SCHULDENMANAGEMENTS

4.1. Ausgangslage

Die Gebietskörperschaften erzielen Einnahmen in erster Linie auf der Grundlage des als Finanzausgleichssystem bezeichneten Regelungsregimes.³⁰³ Daneben, dh außerhalb des Finanzausgleichs, ist es den Gemeinden nach der geltenden Rechtslage nur in eingeschränkter Weise berechtigt, "eigene" Einnahmen – in weitgehender Unabhängigkeit von den übergeordneten Gebietskörperschaften Bund und Land – zu lukrieren. Neben den vereinzelt ausschließlichen Gemeindeabgaben (zB Kommunal-, Grundsteuer, Lustbarkeitsabgabe) ist die Vorschreibung und Einhebung von Gebühren im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen der kommunalen Daseinsvorsorge (zB Kanal, Abfall-, Abwasserentsorgung) zu nennen.³⁰⁴ Als Trägerin der Privatwirtschaftsverwaltung erzielt die Gemeinde zudem Erträge aus ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit (zB Miet- und Pachteinahmen, Einnahmen aus der Beteiligungsverwaltung, Veräußerungserlöse, Gewinne kommunaler Unternehmungen, Entgelte für die Benützung von Infrastruktureinrichtungen wie Sportanlagen oder Musikschulen).³⁰⁵ Überlegungen zur Stärkung der Finanzautonomie der Länder und Gemeinden sowie zur Implementierung eines Steuerföderalismus im Bundesstaat zur Schaffung eines Wettbewerbes zwischen den Bundesländern mit dem Ziel, Aufgaben-, Ausgaben- und Einnahmenverantwortung zusammenzuführen, werden vielfältig angestellt, erscheinen jedoch – zumindest mittelfristig – politisch nicht mehrheitsfähig.³⁰⁶

Im Gefolge der negativen globalwirtschaftlichen Entwicklungen der letzten Dekade, stieg die Zahl jener Gemeinden, die ihre Ausgaben durch die laufenden Einnahmen nicht hinreichend bedecken konnten, sprunghaft an. Vier von zehn Kommunen konnten im Jahr 2016 keinen ausgeglichenen Haushalt vorlegen.³⁰⁷ Die Gründe für die große Zahl "Ab-

³⁰³ Zu den Gemeindefinanzen statt vieler *Wolny/Schmid*, 11. Teil, Gemeindefinanzen, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2011) Rz 11.

³⁰⁴ Zur öffentlichen Versorgung in Österreich vgl *Segalla*, Kommunale Daseinsvorsorge (2006) 158 ff.

³⁰⁵ Vgl *Wolny/Schmid*, 11. Teil, Gemeindefinanzen, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2011) Rz 128.

³⁰⁶ Vgl *Sutter*, Mehr Abgabenaufonomie für Länder und Gemeinden?, Jahrbuch Öffentliches Recht 2010, 145.

³⁰⁷ Vgl Kommunalkredit Austria AG, Gemeindefinanzbericht 2016, 15 f. Die Zahl der Abgangsgemeinden lag im Jahr 2015 bei 797 (= 38%).

gangsgemeinden" sind vielfältig; Haushaltsschieflagen sind nicht notwendigerweise ausschließlich hausgemacht, dh auf ein pauschales Versagen der handelnden Akteure im Rahmen der (Finanz-)Verwaltung der Gemeinde zu reduzieren. Da insb Ausgaben für kommunale Investitionszwecke – zu denken ist bspw an die Sanierung der Kanalisation bzw des Gemeindestraßennetzes oder an Katastrophenschutzmaßnahmen – idR unabhängig von den faktischen haushaltsrechtlichen Möglichkeiten notwendig werden, ist die Gemeinde für den Fall der unzureichenden finanziellen Deckung im Gemeindehaushalt gezwungen, die Mittelaufbringung zu substituieren. Die zur privatwirtschaftlichen Betätigung zählende Aufnahme von Fremdmitteln stellt daher eine maßgebliche (zusätzliche) Einnahmekategorie dar.

Die Finanzierungskosten stellen eine nicht unwesentliche Belastung der öffentlichen Haushalte dar, weshalb die Kommunen aktuell mit der Herausforderung konfrontiert sind, ein – über den bloßen "*Schuldendienst*"³⁰⁸ hinausgehendes – öffentliches Schuldenmanagement zu etablieren. Unter dem "*debt management*" werden "*alle Maßnahmen verstanden, welche die Zusammensetzung der öffentlichen Verschuldung verändern und letztlich dem Ziel dienen, die Finanzierungskosten nachhaltig zu minimieren*".³⁰⁹ Zu den Aufgaben des Schuldenmanagements zählen ua, die Liquidität der Gemeinde sicherzustellen, die notwendigen Fremdfinanzierungsvolumina zu marktgerechten Bedingungen zu beschaffen, die Kosten der Geldbeschaffung zu minimieren, die Struktur des Schuldenportfolios zu gestalten und eine termingerechte Rückzahlung bestehender Verbindlichkeiten sicherzustellen.³¹⁰ Als Teil einer aktiven Schuldenverwaltung und -bewirtschaftung hat sich der Einsatz abgeleiteter (derivativer) Finanzinstrumenten etabliert. Dabei handelt es sich um unterschiedlich ausgestaltete, rechtlich eigenständige Vertragskonstruktionen, die im Zusammenhang mit einem Kredit- bzw Darlehensgeschäft geschlossen werden und das Ziel verfolgen, das Risiko einer (für die Gemeinde) negativen Zinsentwicklung – in der Regel im Hinblick auf ein anlassgebendes Grundgeschäft – zu minimieren.

³⁰⁸ Darunter wird die (bloße) Tilgung von offenen (Kredit-)Verbindlichkeiten verstanden. [Quelle]

³⁰⁹ Holoubek/Prändl, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 201 f.

³¹⁰ Vgl den Bericht des Landesrechnungshofes Tirol, Marktgemeinde Jenbach, Teil 1, Gemeindeverwaltung (2015) 70.

Ogleich die faktische Notwendigkeit eines aktiven Schuldenmanagements auch im kommunalen Bereich außer Streit steht,³¹¹ bereitet die rechtliche Einordnung der in diesem Zusammenhang getätigten Geschäftsabschlüsse erhebliche Probleme. Im Gegensatz zur Bundesebene existierten für den Kommunalbereich bis zum Jahr 2008 keine den §§ 78 bis 82 BHG 2013 betreffend Finanzierungen und Bundeshaftungen vergleichbaren Regelungen. Der Einsatz innovativer Finanzgeschäfte durch Gemeinden erfolgte in der Vergangenheit in Ermangelung einschlägiger verfassungs- wie einfachgesetzlicher Rahmenbedingungen insoweit in einem rechtlichen Graubereich. Trotz dieser existierenden Rechtsunsicherheit hat eine Vielzahl von Gemeinden bereits ab dem Jahr 2003 – über die bloße Darlehensaufnahme hinausgehend – derivative Finanztermingeschäfte (insb *Swaps*, aber auch *Cross-Border-Leasinggeschäfte*, *Optionen*, *Futures*) abgeschlossen und auf Grund der Realisierung des diesen Transaktionen inhärenten Risikos teilweise immense Verluste hinnehmen müssen.

Sowohl in der maßstabgebenden deutschen³¹² als auch der österreichischen Literatur³¹³ wird die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von Finanztermingeschäften im kommunalen Bereich uneinheitlich beantwortet und zT in Abrede gestellt, zT in einschränkender Weise bejaht. In der Öffentlichkeit wurde die Zulässigkeit des Abschlusses spekulativer Finanzgeschäfte durch Gebietskörperschaften – nicht zuletzt auf Grund der massiven Verluste, die bspw dem Bundesland Salzburg oder der oberösterreichischen Landeshauptstadt Linz iZm derartigen Geschäftsabschlüssen erwachsen sind – massiv in Frage gestellt, ein weitgehendes Versagen der Kontroll- und Aufsichtsbehörden konstatiert sowie der Ruf nach klaren Regelungen für den Einsatz von Finanztermingeschäften auch im kommunalen Bereich laut.

³¹¹ Vgl bspw den Bericht des Rechnungshofes, Bund 2009/14, Jahrestätigkeitsbericht 2009, Nachfrageverfahren 2008, 28, der im Hinblick auf die Neuregelung des Finanzmanagements der Gebietskörperschaften auch die Gemeinden problematisiert.

³¹² Siehe zum deutschen Meinungsstand *Lammers*, Pflichtverletzung bei kommunalen Zins-Swaps, NVwZ 2012, 12; *Wille/Fullenkamp*, Die Haftung der Banken bei Swap-Geschäften der Kommunen – neue Impulse durch das "Zinswette"-Urteil des BGH vom 22.3.2011 – XI ZR 33/10, KommJur 2012, 1 (5); *Gehrmann/Lammers*, Kommunale Zinsswapgeschäfte und strafrechtliches Risiko, KommJur 2011, 41 (42); *Fritsche/Fritsche*, Rechtliche Beurteilung von Swap-Geschäften zur Zinsoptimierung der Kommunen, LKV 2010, 201; *Reinhardt*, Neue kommunale Finanzierungsmodelle und ihre Bewertung durch die Obersten Kommunalaufsichtsbehörden der Bundesländer, LKV 2005, 333.

³¹³ Vgl dazu stellvertretend zu den Ausführungen der klagsführenden österreichischen Kommunen die Klagsschrift der Stadt Linz vom 2.11.2011 sowie die Klagebeantwortung vom 9.12.2011, beide eingebracht beim Handelsgericht Wien; abrufbar unter: www.linz.at/swap4175.asp.

Der öffentliche Aufschrei ob des Eingehens risikoreicher Finanzierungs- und Veranlagungsformen mit öffentlichen Mitteln durch Gebietskörperschaften hatte in der jüngeren Vergangenheit eine Vielzahl legislativer Reaktionen auf Bundes- wie auf Landesebene zur Folge: Auf bundesgesetzlicher Ebene wurden ua die Kontrollrechte des Rechnungshofes in Bezug auf die Gemeinden ausgeweitet³¹⁴ und ein Spekulationsverbot für den Bereich der Finanzgebarung des Bundes erlassen.³¹⁵ Auch auf landesgesetzlicher Ebene wurden Spekulationsverbote für die Länder und zT auch für die Gemeinden implementiert sowie – teils in den Gemeindeorganisationsgesetzen, teils im Verordnungswege – die Grundlage für Richtlinien über den Einsatz von komplexen Finanzinstrumenten geschaffen,³¹⁶ zudem wurden die Kompetenzen der Landesrechnungshöfe schrittweise erweitert.³¹⁷ Dieser legislative Prozess ist bis heute nicht in allen Bundesländern abgeschlossen.³¹⁸

Auf judikativer Ebene lässt sich bisher kaum Richtungweisendes zu den Grenzen der Finanzierungs- und Veranlagungspraxis für den Bereich der territorialen Selbstverwaltung ausmachen.³¹⁹ Seit dem Jahr 2011 haben sich – in bisher jedoch noch nicht rechtskräftig entschiedener Weise – die ordentlichen Gerichte mit dem Abschluss von Finanztermingeschäften durch Gemeinden auseinander zu setzen. Aus Anlass verlustreicher Derivatgeschäfte haben einige betroffene Kommunen – allen voran die oberösterreichische Landeshauptstadt Linz³²⁰ – Klage auf Rückerstattung der von Seiten der Gemeinden auf Grundlage von Swapgeschäften geleisteten Zahlungen gegen ihre Banken als Vertragspartner erhoben und damit eine Vielzahl ungelöster Rechtsfragen aufgeworfen: Von Seiten der klageführenden Kommunen wurde insb die generelle Zulässigkeit des Abschlusses von Finanztermingeschäften durch Gemeinden in Abrede gestellt und die Nichtbeachtung gemeindeinterner Beschlusserfordernisse sowie aufsichtsbehördlicher Genehmigungsvorbehalte konstatiert. Zudem machten sie das Vorliegen von Willensmängeln beim Ver-

³¹⁴ Vgl Art 127a B-VG idF BGBl I 98/2010.

³¹⁵ Vgl § 79 Abs 6 BHG 2013 idF BGBl 53/2017.

³¹⁶ Vorreiter war dabei das Burgenland, das bereits im Jahr 2008 mit § 80 Abs 2 Bgld GemO idF LGBl 75/2008 sowie einer Verordnung der Bgld Landesregierung (LGBl 6/2009) Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten der Gemeinden erlassen hat.

³¹⁷ Vgl zB § 67a VlbG L-VG idF LGBl 86/2012.

³¹⁸ Jüngste Gesetzesänderung: Oö Gemeinderechts-Novelle 2012, LGBl 1/2012.

³¹⁹ Beachtenswert ist ein Urteil des OGH in Bezug auf den Bereich der nicht-territorialen Selbstverwaltung – vgl OGH 24.10.2011, 8 Ob 11/11t.

³²⁰ Klageschrift vom 2.11.2011, eingebracht beim Handelsgericht Wien (abrufbar unter: www.linz.at/swap4175.asp).

tragsabschluss (Irrtum, List), missbräuchlicher Vertretungshandlungen sowie die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten seitens der Bank geltend. Daraus lässt sich erschließen, dass dem Einsatz derivativer Finanzinstrumente durch Gebietskörperschaften sowohl eine öffentlich-rechtliche als auch eine privatrechtliche Dimension immanent ist.

In weitere Folge soll in einem ersten Schritt die Funktionsweise derivativer Finanzgeschäfte dargestellt und daran anschließend – ausgehend von den die Privatrechtsfähigkeit von Bund und Ländern (Art 17 B-VG) bzw Gemeinden (Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG) begründenden und beschränkenden Regelungen der Bundesverfassung – analysiert werden, ob diese Bestimmungen der Verbandskompetenz der Gebietskörperschaften Grenzen setzen und dem Einsatz derivativer Finanzgeschäfte entgegenstehen. Des Weiteren sollen die rudimentären gesetzlichen Vorgaben für das öffentliche Schuldenmanagement im kommunalen Bereich beleuchtet werden. Dabei haben all jene legislativen Akte, die erst als Reaktion auf das Bekanntwerden verlustträchtiger Finanzgeschäfte erlassen wurden – insb das Spekulationsverbot in § 17 F-VG 1948, die in die Gemeindeorganisationsgesetze der Länder implementierten Sonderregelungen³²¹ sowie einzelne von den Landesregierungen im Verordnungswege erlassenen Richtlinien über den Abschluss von Finanzgeschäften – zunächst außer Betracht zu bleiben, da der Zeitpunkt ihres Inkrafttretens einer Anwendung auf die Mehrzahl der in der jüngeren Vergangenheit zwischen Banken und Kommunen abgeschlossenen Derivatgeschäfte entgegensteht. Im Anschluss daran wird die neue Rechtslage einer eingehenden Beurteilung unterzogen.

4.2. Derivative Finanzinstrumente (Finanztermingeschäfte)

Derivative (abgeleitete) Finanzinstrumente zeichnen sich dadurch aus, dass sie selbst keinen eigenständigen Wert aufweisen, sondern ihr Wert sich von der wirtschaftlichen Entwicklung eines anderen Finanzproduktes oder einer Referenzgröße – dem sog Basiswert oder "*underlying*" – ableitet.³²² Als Basiswerte kommen insb Zinssätze, daneben aber

³²¹ Vgl § 80 Abs 2 und § 87 Abs 2 Z 7 Bgld GemO idF Bgld LGBl 75/2008.

³²² *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (2005) 41 Rz 6 f; *Schüwer/Steffen* in Zerey (Hrsg), Handbuch Zinsderivate (2010) 35 Rn 1.

auch Währungen, Wertpapiere, Waren oder Wetterparameter³²³ in Betracht. Die internationalen Finanzmärkte haben in der jüngeren Vergangenheit eine nahezu unüberschaubare Zahl neuer und unterschiedlicher derivativer Finanzinstrumente hervorgebracht. In der kommunalen Praxis haben sich insb (bedingte wie unbedingte) Finanztermingeschäfte wie Optionen, *Futures*, *Forwards* und *Swaps* etabliert.³²⁴ Diese Vertragskonstruktionen eint, dass zwischen ihrem Abschluss und ihrer Erfüllung ein längerer Zeitraum liegt und die Vertragsparteien sich zur Leistungserbringung zu bestimmten, vertraglich festgelegten Terminen verpflichten.³²⁵ Auf Grund seiner Bedeutung im kommunalen Bereich, soll der Swapvertrag im Zentrum der weiteren Betrachtung stehen.

Als *Swap* – zu Deutsch: Austausch, Wechsel, Tauschgeschäft, Tauschhandel – "*wird eine Vereinbarung über einen in Zukunft vorzunehmenden Tausch von Zahlungsströmen über einen bestimmten Zeitraum zu bestimmten Zeitpunkten*" verstanden.³²⁶ Der Rechnungshof legt seinen Berichten die folgende Definition zugrunde: "*Swapverträge sind Währungstauschverträge, bei denen über einen Swappartner die Schuld von einer Währung in eine andere Währung zu einem im Voraus bestimmten Wechselkurs bzw. bei Zinsswaps ein variabler gegen einen fixen Zinssatz getauscht (geswapt) wird. Ziel ist die Risikoabsicherung bzw. -beschränkung gegen schwankende Wechselkurse bzw. unvorhersehbare Zinsentwicklungen.*"³²⁷ Die Bundesgesetzgebung verwendet synonym den Begriff "*Währungstauschverträge*" und versteht darunter alle "*Verträge, die zum Austausch von Zinsen- und/oder Kapitalbeträgen abgeschlossen werden*" (vgl § 65 BHG).

Der wirtschaftliche Zweck des Swapvertrages liegt in der Absicherung bzw der Streuung von bestehenden (Zinsänderungs-)Risiken. IdR sind Swaps nicht standardisiert und werden daher nicht an einer Börse, sondern "*over the counter*" (sog *OTC*-Geschäfte) gehandelt, weshalb ihre individuelle Ausgestaltung grds der Parteienvereinbarung obliegt. Inhaltlich verpflichten sich die Vertragsparteien eines Zinsswaps zum Austausch von Zinszahlungen zu periodisch wiederkehrenden Terminen. Grundlage ist ein (fiktiver) Nennbe-

³²³ *Baillie*, Wetterderivate – ein innovatives Finanzprodukt. CFOaktuell 2010, 7.

³²⁴ Weiterführend vgl *Schüwer/Steffen* in Zerey (Hrsg), Handbuch Zinsderivate (2010) 59 ff.

³²⁵ *Prokop/Borde*, Kommunales Finanzmanagement (2010) 130 ff.

³²⁶ *Saria* in *Brandl/Saria* (Hrsg), WAG² (2010) § 1 Rz 14.

³²⁷ So ua im Bericht des Rechnungshofes, Reihe Oberösterreich 2010/10, Finanzierungsinstrumente der Gebietskörperschaften mit dem Schwerpunkt Land Oberösterreich, 19.

trag, der selbst nicht getauscht wird und als "bloße Rechengröße"³²⁸ fungiert. Besteht ein innerer Zusammenhang zu einem Grundgeschäft (bspw einem Darlehen), so entspricht der Nennbetrag des Derivatgeschäftes idR dem im parallel dazu abgeschlossenen Darlehensvertrag zugezählten Geldbetrag. Ausgehend davon verpflichtet sich ein Vertragspartner zur Leistung eines variablen Zinssatzes, der sich bspw an einem am Interbankenmarkt gängigen Referenzzinssatz (zB dem 3-Monats-EURIBOR³²⁹, dem EONIA³³⁰ oder dem Schweizer Franken LIBOR³³¹) orientiert, der andere Vertragspartner verspricht die Leistung eines festen Zinssatzes. Teilweise dienen auch rein synthetische Indizes als Basiswert, die sich unabhängig von Marktzinsentwicklungen konzeptionieren. Auf Grund von Kursschwankungen ergeben sich Zinswerte in unterschiedlicher Höhe ("spread"). In der Praxis wird zwischen den Vertragspartnern eine Saldierung der wechselseitigen Zinszahlungsverpflichtungen vereinbart und lediglich die Differenz der im Hinblick auf den Nennbetrag errechneten Beträge ausgeglichen (Differenzgeschäft).³³² Letztlich hofft jeder Vertragsteil, auf Grund einer für ihn vorteilhaften Kursentwicklung Gewinne erzielen zu können. Innovatives Element der derivativen Vertragskonstruktion ist, dass sachlich, zeitlich und institutionell losgelöst von der Finanzmittelbeschaffung Einfluss auf die Zinsstruktur genommen werden kann.³³³ Die periodisch wiederkehrenden Einzelleistungen bilden eine wirtschaftliche Einheit und stellen dem Willen der Vertragsparteien entsprechend ein einheitliches Vertragsverhältnis dar.³³⁴

Ein Swapgeschäft wird häufig (aber keinesfalls zwingend) im Zusammenhang mit einem Grundgeschäft – einem Kredit- oder Darlehensvertrag – abgeschlossen. Dieses Naheverhältnis wird als Erfordernis der "Konnexität" bezeichnet und kann je nach Vertragskonstruktion in unterschiedlicher Weise ausgestaltet sein. Durch sein Anknüpfen an ein Grundgeschäft macht der Swap im Ergebnis eine Reorganisation der im Darlehens- bzw

³²⁸ *Wilhelm*, Über Zins-Swapping – das Tauschen von Zinsen, *ecolex* 2012, 280.

³²⁹ EURIBOR = Euro Interbank Offered Rate.

³³⁰ EONIA = Euro Overnight Index Average.

³³¹ LIBOR = London Interbank Offered Rate.

³³² *Zib* in Jarolim (Hrsg), Grenzen des Kapitalmarktrechts (2010) 12. – Zum Differenzgeschäft weiterführend *Krejci* in Rummel, ABGB³ (2002) §§ 1267 – 1274 Rz 57, 69c ff.

³³³ *G Schwarz*, Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Beitrag zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages, Zins-Swap-Geschäfte deutscher Banken mit Gemeinden und mittelständischen Unternehmen (2011) 2.

³³⁴ *Gundermann/Nieding*, Der CMS Spread Ladder Swap als Anlagefälle für Kommunen, *Der Gemeindehaushalt* 12/2007, 265.

Kreditvertrag vereinbarten Konditionen (insb der Zinsstruktur) möglich, ohne gleichzeitig verändernd in den rechtlichen Bestand des zugrundeliegenden Darlehens- bzw Kreditvertrages einzugreifen.³³⁵ Auch bei bestehender Konnexität ist jedoch von zwei rechtlich getrennten Vertragsverhältnissen auszugehen. Da es sich um jeweils eigenständige zivilrechtliche Verträge handelt, kann ein Swap sowohl unabhängig von einem anlassgebenden Grundgeschäft als auch unabhängig vom Vertragspartner des Grundgeschäftes eingegangen werden.³³⁶ Eine Identität der Vertragsparteien ist daher nicht zwingend notwendig, weshalb die Gemeinde mit Bank A ein Darlehen und mit Bank B ein Swapgeschäft vereinbaren kann.

Da er keinem der klassischen und im bürgerlichen Recht besonders geregelten Vertragstypen entspricht, zählt der Swapvertrag zu den atypischen Verträgen. Seine konkrete Ausgestaltung obliegt der Vereinbarung der Vertragsparteien im Rahmen ihrer Privatautonomie. Da "*Geld gegen Geld*" transferiert wird, weist er zum einen eine gewisse Nähe zum Tauschgeschäft auf.³³⁷ Zum anderen ist in der Abhängigkeit der konkreten Zahlungsverpflichtung von einem Referenzwert, dessen zukünftige Entwicklung für die Vertragsparteien weder vorhersehbar noch beeinflussbar ist, ein aleatorisches Moment zu sehen.³³⁸ Da die vertragliche Leistung somit letztlich vom Zufall abhängig ist, entspricht das Swapgeschäft der in § 1270 ABGB geregelten Wette. Dabei wird für den Fall des (Nicht-)Eintritts eines ungewissen Ereignisses eine Leistung versprochen.

Gemäß § 1271 ABGB sind Wettschulden grds nicht einklagbar. Der Gesetzgeber hat für bestimmte Derivatgeschäfte die Möglichkeit des Differenzeinwandes explizit ausgeschlossen (vgl § 28 BörseG, § 1 Abs 5 BWG, § 67 Abs 8 WAG).³³⁹ Zudem sieht die Judikatur den

³³⁵ Lammers, Pflichtverletzungen bei kommunalen Zins-Swaps, NVwZ 2012, 12.

³³⁶ AA Holoubek/Prändl, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 201 (204).

³³⁷ Gundermann/Nieding, Der CMS Spread Ladder Swap als Anlagefalle für Kommunen, Der Gemeindehaushalt 12/2007, 265.

³³⁸ § 1267 ABGB spricht von der "*Hoffnung eines noch ungewissen Vorteils*". – Vgl Krejci in Rummel, ABGB³ (2002) §§ 1267 – 1274 Rz 2.

³³⁹ Vgl zB § 28 Abs 1 BörseG: "*Bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Börsengeschäften ist der Einwand, daß dem Anspruch ein als Spiel oder Wette zu beurteilendes Differenzgeschäft zugrunde liegt, unstatthaft.*"

Differenzeinwand bei Derivatgeschäften generell als unzulässig an, soweit diese als wirtschaftlich gerechtfertigt zu qualifizieren sind.³⁴⁰

4.3. Öffentliches Schuldenmanagement des Bundes und der Länder

4.3.1. Rechtsgrundlagen auf Bundesebene

Im Gegensatz zum Bereich der Länder und Gemeinden existieren für das öffentliche Schuldenmanagement auf Bundesebene umfangreiche (verfassungs-)gesetzliche Regelungen:³⁴¹ Art 51 Abs 2 B-VG sieht vor, dass im Bundesfinanzrahmengesetz (für das folgende Finanzjahr und die drei nächstfolgenden Finanzjahre) Obergrenzen für die vom Nationalrat im jeweiligen Bundesfinanzgesetz zu genehmigende Mittelverwendung vorzusehen sind; *"ausgenommen hievon sind die Mittelverwendungen für die Rückzahlung von Finanzschulden und zur vorübergehenden Kassenstärkung eingegangene Geldverbindlichkeiten sowie die Mittelverwendungen infolge eines Kapitalaustausches bei Währungstauschverträgen"*. Art 51 Abs 9 Z 10 B-VG³⁴² normiert, dass *"die Eingehung und Umwandlung von Verbindlichkeiten aus Geldmittelbeschaffungen, die nicht innerhalb desselben Finanzjahres getilgt werden, oder aus langfristigen Finanzierungen (Finanzschulden)"* durch Bundesgesetz zu regeln sind. Damit wird zum einen der Begriff *"Finanzschulden"* auf verfassungsrechtlicher Ebene verankert; zum anderen wird dadurch der einfache Bundesgesetzgeber ermächtigt, das Eingehen von Finanzschulden näheren Regelungen zu unterwerfen.³⁴³ Klargestellt ist dadurch auch, dass das *"Kreditmanagement"* Teil der Haushaltsführung des Bundes ist.³⁴⁴ Die Bundesverfassung geht von einem weiten Begriffsverständnis aus, indem sie in allen iZm der Geldmittelbeschaffung des Bundes einge-

³⁴⁰ Krejci in Rummel, ABGB³ (2002) §§ 1267 – 1274 Rz 57, 69d mwN.

³⁴¹ Der Finanzschuldenaufwand des Bundes beläuft sich nach Angaben der Österreichischen Nationalbank für das Jahr 2016 auf € 26.734 Mio; abrufbar unter: www.oenb.at/isaweb/report.do?lang=DE&report=7.22.

³⁴² Art 51 Abs 9 idF BGBl I 1/2008: *"Die näheren Bestimmungen über die Erstellung des Bundesfinanzrahmengesetzes, des Bundesfinanzgesetzes und über die sonstige Haushaltsführung des Bundes sind nach einheitlichen Grundsätzen entsprechend den Bestimmungen des Abs 8 durch Bundesgesetz zu treffen. In diesem sind insbesondere zu regeln: (...) Z 10 die Eingehung und Umwandlung von Verbindlichkeiten aus Geldmittelbeschaffungen, die nicht innerhalb desselben Finanzjahres getilgt werden, oder aus langfristigen Finanzierungen (Finanzschulden)."*

³⁴³ Vgl AB 875 BlgNR XVI. GP, 3.

³⁴⁴ Holoubek/Prändl, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 201 (204).

gangenen Verbindlichkeiten, die über das Finanzjahr hinausreichen, "*Finanzschulden*" erkennt. Aus Art 42 Abs 5 B-VG kann abgeleitet werden, dass für die Begründung von Finanzschulden eine gesonderte bundes(finanz)gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist. Gesetzesbeschlüsse des Nationalrates, die "*das Eingehen oder die Umwandlung einer Finanzschuld des Bundes (...) betreffen*", bedürfen demnach keiner Mitwirkung des Bundesrates.

Zum anderen hat auf Grund einer im Bericht des Verfassungsausschusses³⁴⁵ angeregten Änderung der Regierungsvorlage³⁴⁶ zur B-VG Novelle 2008,³⁴⁷ mit der ua die haushaltsrechtlichen Verfassungsbestimmungen neu gefasst und die Zielbestimmungen und Grundsätze der Haushaltsführung modernisiert wurden, der Begriff der "*Währungstauschverträge*" Eingang in die Bundesverfassung gefunden. Mit der Aufnahme der Wortfolge "*oder auf Grund von Währungstauschverträgen*" in Art 51b und 51c B-VG sollte auf den Entfall der Möglichkeit zur Vorsehung überplanmäßiger Ausgaben reagiert werden.³⁴⁸

Die nähere Ausgestaltung findet sich nunmehr im Bundeshaushaltsgesetz 2013 (BHG 2013) im 4. Abschnitt des 3. Hauptstücks ("*Vollziehung*") unter der Überschrift "*Finanzierungen und Bundeshaftungen*" in den §§ 78 bis 82 BHG 2013, die den in Art 51 Abs 9 Z 10 B-VG verfassungsgesetzlich vorgeprägten Begriff näher ausgestalten. Demnach sind gemäß § 78 Abs 1 erster Satz BHG 2013 unter Finanzschulden "*alle Geldverbindlichkeiten des Bundes, die zu dem Zwecke eingegangen werden, dem Bund die Verfügungsmacht über Geld zu verschaffen*" zu verstehen. Eine Finanzschuld darf insbesondere durch die Aufnahme von Darlehen gegen die Hingabe von Schatzscheinen oder sonstigen Schuldverschreibungen, durch die Aufnahme von Buchschulden oder Kontokorrentkrediten sowie durch die Übernahme von Wechselverbindlichkeiten oder Schulden iSd §§ 1405 und 1406 ABGB eingegangen werden. Der (Verfassungs-)Gesetzgeber hat als Regelfall der Fi-

³⁴⁵ AB 372 BlgNR XXIII. GP.

³⁴⁶ RV 203 BlgNR XXIII. GP.

³⁴⁷ BGBl I 1/2008.

³⁴⁸ AB 372 BlgNR XXIII. GP, 4: "*Bisher sah Artikel 51b Abs. 3 Z 4 B-VG die Befugnis vor, dass mit Zustimmung des Bundesministers für Finanzen überplanmäßige Ausgaben geleistet werden dürfen, wenn diese Mehrausgaben infolge unmittelbar damit zusammenhängender Mehrleistungen oder Mehreinnahmen erforderlich werden. Von dieser Überschreitungsermächtigung wurde regelmäßig im Zusammenhang mit dem Abschluss von Währungstauschverträgen Gebrauch gemacht. Diese Ermächtigung ist im vorliegenden Gesetzentwurf entfallen und soll nunmehr durch die Ergänzungen der Artikel 51b und 51c (jeweils durch Beifügung der Wortfolge ‚oder auf Grund von Währungstauschverträgen‘) ersetzt werden.*"

nanzschuld des Bundes offenkundig den Kreditvertrag im Sinn; auf Grund der bloß demonstrativen Aufzählung ("*insbesondere*") lassen sich unter dem Begriff jedoch auch Finanzinstrumente subsumieren, die der historische Gesetzgeber³⁴⁹ nicht vor Augen hatte.

Sämtliche nicht als "*Finanzschulden*" zu qualifizierenden Verbindlichkeiten des Bundes, die im Rahmen der laufenden Verwaltungstätigkeit eingegangen werden und deren Zahlung erst in der Zukunft erfolgen soll (Ratenkauf, Stundung), werden unter dem Begriff "*Verwaltungsschulden*" zusammengefasst. Ausdrücklich nicht zu den Finanzschulden zählen vorübergehende "*Kassenstärker*", dh Geldverbindlichkeiten, die zur vorübergehenden Kassenstärkung aufgenommen noch im Jahr ihrer Aufnahme wieder getilgt werden. Ebenfalls keine Finanzschulden des Bundes werden durch das Eingehen von Verbindlichkeiten aus Währungstauschverträgen begründet, sohin durch "*Verträge, die zum Austausch von Zinsen- und/oder Kapitalbeträgen abgeschlossen werden*". Davon sind sämtliche Vertragskonstruktionen umfasst, die für eine Optimierung des Staatsschuldenmanagements erforderlich sind und die den Austausch von Verbindlichkeiten zwischen den Vertragspartnern zur Veränderung der Zinsstruktur, der Laufzeit bzw des Währungsrisikos in Bezug auf ein Basisgeschäft zum Ziel haben, sohin auch neuere innovative (derivative) Finanzinstrumente, soweit diese der nachhaltigen Minimierung der Finanzierungskosten des Bundes dienen. Die Gesetzesmaterialien³⁵⁰ begründen die Ausnahme von Verbindlichkeiten aus Währungstauschverträgen vom Begriff der Finanzschulden damit, dass Verträge, die zum Austausch von Zinsen- und/oder Kapitalbeträgen abgeschlossen werden, gerade nicht den Zweck verfolgen, "*dem Bund die Verfügungsmacht über Geld zu verschaffen*". Anders als Kredit- oder Darlehensgeschäften kommt Währungstauschverträgen keine Finanzierungsfunktion zu. Sie dienen nicht dazu, der Gemeinde "*flüssige Mittel*" zur termingerechten Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen – also Liquidität – zur Verfügung zu stellen, sondern haben vielmehr die Erzielung komparativer Kostenvorteile durch den Austausch von Zahlungsströmen zum Vertragsinhalt.³⁵¹ Wenn auch die Bestimmungen des Bundeshaushaltsgesetzes ausschließlich auf die Finanzschuldenverwaltung *des Bundes* Anwendung finden und die Regelungen deshalb nicht eins zu eins auf die kommunale Ebene übertragbar sind, so ist der § 78 BHG 2013 zugrundeliegende Gedanke, dass Kre-

³⁴⁹ Die Bestimmung wurde durch die BHG-Novelle 1989, BGBl 619/1989, eingefügt.

³⁵⁰ AB 1111 BlgNR XVII. GP, 2 f; *Lödl*, Bundeshaushaltsrecht² (2009) § 65 Anm 4.

³⁵¹ Vgl *Lödl*, Bundeshaushaltsrecht² (2009) Art 51 B-VG Anm 36.

ditgeschäfte und Währungstauschverträge unterschiedliche wirtschaftliche Zwecke verfolgen und in Folge dessen auch in unterschiedlicher Weise rechtlich zu würdigen sind, durchaus verallgemeinerungsfähig.³⁵²

4.3.2. Zuständigkeit auf Bundesebene

Die Zuständigkeit zu nichthoheitlichem Handeln wird von der Bundesverfassung grds dem ressortzuständigen Bundesminister zugewiesen.³⁵³ Dies lässt sich aus Art 104 Abs 2 B-VG ableiten, wonach die mit der Verwaltung des Bundesvermögens betrauten Bundesminister die Besorgung der in Art 17 B-VG bezeichneten Geschäfte dem Landeshauptmann und den ihm unterstellten Behörden im Land übertragen können.³⁵⁴ Der jeweilige Bundesminister ist ermächtigt, innerhalb seines Wirkungsbereiches den Bund als Träger von Privat-rechten zu berechtigen bzw zu verpflichten. Nach dem Bundesministeriengesetz 1986 ressortieren die Angelegenheiten des Bundesvermögens, soweit sie nicht in die Zuständigkeit eines anderen Bundesministeriums fallen, beim Bundesminister für Finanzen; dazu zählen insbesondere Angelegenheiten der Staatskredite, der Bundeshaftungen und der Finanzschulden.³⁵⁵ Der Gesetzgeber hat es jedoch als unzweckmäßig angesehen, das Schuldenmanagement des Bundes innerhalb des öffentlich-rechtlichen Organisationsregimes zu vollziehen, da *"die Anwendung moderner Finanzierungstechniken im Rahmen der staatlichen Verwaltung nicht mit ausreichender Flexibilität möglich (ist)."*³⁵⁶ Er hat daher mit dem Bundesfinanzierungsgesetz (BFG)³⁵⁷ die Österreichische Bundesfinanzierungsagentur GmbH (OeBFA) errichtet und damit die Voraussetzungen dafür geschaffen, *"die Verwaltung und Koordination der Finanz- und sonstigen Bundesschulden und die Kas-senverwaltung des Bundes durch eine nach privatwirtschaftlichen Kriterien geführte Gesellschaft mit beschränkter Haftung besorgen zu lassen."*³⁵⁸ Die Bundesschuldenverwaltung erfolgt daher zwar nach wie vor unter der Ressortverantwortlichkeit des Bundesmi-

³⁵² Siehe dazu in der Folge die Überlegungen zum Begriff der "Kreditähnlichkeit".

³⁵³ Vgl Kahl, Art 17 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2013).

³⁵⁴ Zur Auslegung der Wortfolge "solcher Geschäfte" in Abs 2 vgl B Raschauer, Art 104 B-VG, in Kori-nek/Holoubek et al (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2001) Rz 12.

³⁵⁵ Vgl die Anlage zu § 2 BMG, BGBl 76/1986 idF BGBl I 49/2016.

³⁵⁶ RV 717 XVIII. GP, 4.

³⁵⁷ In der Stammfassung BGBl 763/1992.

³⁵⁸ RV 717 XVIII. GP, 5.

nisters für Finanzen, ihre operative Durchführung wurde jedoch auf eine im Eigentum des Bundes stehende GmbH übertragen. Der OeBFA obliegt ua die Aufnahme von Finanzschulden des Bundes, der Abschluss von Währungstauschverträgen und sonstigen Kreditoperationen³⁵⁹ sowie die Neustrukturierung dieser Kreditoperationen im Namen und auf Rechnung des Bundes (§ 2 Abs 1 BFinG). Neben der konventionellen Darlehens- und Kreditaufnahme wird die OeBFA dadurch auch zur Eingehung neuer Instrumente des *dept managements* ermächtigt (arg "sonstige Kreditoperationen").³⁶⁰ Mit der Ausgliederung sollte der internationalen Entwicklung zur privatwirtschaftlichen Organisation der öffentlichen Schuldenverwaltung Rechnung getragen und sichergestellt werden, dass dem Bund als (Finanz-)Marktteilnehmer keine Wettbewerbsnachteile gegenüber anderen Akteuren erwachsen. Zudem sollte damit der Handlungsspielraum des Bundes beim Einsatz von Finanzinnovationen erweitert werden. Die Reorganisation der Bundesschuldenverwaltung war jedoch in erster Linie von Effizienzüberlegungen getragen: durch die privatrechtliche Organisation der Bundesschuldenverwaltung und die damit einhergehende Flexibilisierung sollten mittel- bis langfristig Kosteneinsparungen erzielt werden. Im Vergleich zur Besorgung innerhalb des Ressortsystems (Art 77 B-VG) erwartete der Gesetzgeber eine Senkung der Kosten der Bundesschulden sowohl auf Zins- als auch auf Kapitalaufbringungsseite. Mit der Ausgliederung sollte sohin den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprochen werden.

Die Bundesverfassung sieht für das Eingehen von Finanzschulden des Bundes zudem besondere Verfahrensvorschriften vor: Art 121 Abs 3 B-VG ermächtigt den Bundesminister für Finanzen zum Eingehen von Verbindlichkeiten für den Bund, bindet sein Handeln aber – iSd Vier-Augen-Prinzips – an die Mitwirkung der Präsidentin des Rechnungshofes. Alle Urkunden über Finanzschulden sind, soweit sich aus ihnen eine Verpflichtung des Bundes ergibt, von der Präsidentin des Rechnungshofes gegenzuzeichnen. Mit der Gegenzeichnung bestätigt sie die Gesetzmäßigkeit der Schuldaufnahme und die ordnungsgemäße Eintragung in das Hauptbuch der Finanzschuld, nicht jedoch die Wirtschaftlichkeit oder Zweckmäßigkeit des Rechtsgeschäftes. Eine inhaltliche Prüfung unter Heranziehung der

³⁵⁹ Wozu insb Verträge über den Austausch von Fixzinsbeträgen mit variabel verzinsten Beträgen in der gleichen Währung und den Austausch von Zins- und/oder Kapitalbeträgen in verschiedener Währung zählen.

³⁶⁰ RV 717 XVIII. GP, 6.

Effizienzkriterien ist der Präsidentin des Rechnungshofes sohin verwehrt.³⁶¹ Für das Zustandekommen des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes im Außenverhältnis ist die Gegenzeichnung jedoch keine Wirksamkeitsvoraussetzung, weshalb ihr Fehlen keinerlei Auswirkungen auf die Gültigkeit des zivilrechtlichen Vertrages hat.³⁶²

Da im Verfassungstext ausdrücklich nur von "*Finanzschulden*" die Rede ist, ist eine vergleichbare Mitwirkungskompetenz der Präsidentin des Rechnungshofes im Hinblick auf Währungstauschverträge des Bundes nicht anzunehmen. Für Schuldaufnahmen der Länder und Gemeinden besteht ebenfalls keine Gegenzeichnungspflicht der Präsidentin des Rechnungshofes. §§ 80 und 81 BHG 2013 normieren die Voraussetzungen, die der Bundesminister für Finanzen beim Eingehen von Finanzschulden und Währungstauschverträgen im Hinblick auf Konditionen, Laufzeit der Verträge oder zulässige prozentuelle Gesamtbelastung einzuhalten hat.³⁶³

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Eingehen von Finanzschulden des Bundes einer bundes(finanz)gesetzlichen Ermächtigung bedarf (Art 42 Abs 5 B-VG), dem Bundesminister für Finanzen (unter Heranziehung der OeBFA) obliegt (§§ 78 bis 81 BHG 2013) und iSd Vier-Augen-Prinzips die Mitwirkung der Präsidentin des Rechnungshofes erfordert (Art 121 Abs 3 B-VG).

4.3.3. Rechtsgrundlagen auf Landesebene

Die (verfassungs-)rechtlichen Grundlagen des öffentlichen Schuldenmanagements der Länder sind im Vergleich zur Bundesebene als bloß rudimentär zu bewerten und betreffen im Wesentlichen nur das Kreditwesen im Allgemeinen: § 14 F-VG³⁶⁴ regelt, dass jede Art der längerfristigen Fremdfinanzierung der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände in die Regelungskompetenz der Landesgesetzgebung fällt.³⁶⁵ Der Landesgesetzgeber

³⁶¹ Vgl § 10 Abs 1 RHG 1948.

³⁶² Hengstschläger, Art 121 B-VG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 8 ff.

³⁶³ Holoubek/Prändl, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 201 (205).

³⁶⁴ § 14 F-VG 1948: "Die Landesgesetzgebung regelt die Aufnahme von Anleihen (Darlehen) der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden. § 9 ist sinngemäß anzuwenden."

³⁶⁵ Vgl Kofler, § 14 F-VG 1948, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 3 f.

ist vor diesem Hintergrund ermächtigt, die Grundsätze der Fremdfinanzierung sowie die Voraussetzungen für die Ausgabe von Anleihen bzw die Aufnahme von Darlehen zu determinieren und die hierfür zuständigen Organe zu bestimmen.³⁶⁶

§ 15 erster Satz F-VG 1948³⁶⁷ bildet die finanzverfassungsgesetzliche Grundlage für die Darlehensgewährung durch den Bund an die Länder und Gemeinden. Der normative Gehalt der Bestimmung erschöpft sich nach der hL darin, dass eine solche Darlehensgewährung schon auf Grund eines finanzgesetzlichen Ansatzes im BFG erfolgen kann und keines eigenen Bundesgesetzes im materiellen Sinn (eines "*besonderen Bundesgesetzes*") bedarf.³⁶⁸ Inhaltlich anknüpfend an die Bestimmung des § 15 F-VG 1948 ermächtigt Art 81 B-VG den Bundesminister für Finanzen Kreditoperationen für Länder durchzuführen und abzuschließen, den Ländern aus diesen Mitteln Darlehen zu gewähren (Z 1) oder Währungstauschverträge abzuschließen (Z 2) und sich zu deren operativen Vornahme der OeBFA zu bedienen. Das Bundeshaushaltsgesetz 2013 hat sohin eine bloß mittelbare Darlehensaufnahme der Länder vor Augen: Als Regelfall sieht das Gesetz vor, dass der Bund – vertreten durch die OeBFA als ausführende Stelle – auf dem Kapitalmarkt der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion (zu den nur für ihn zu lukrierenden Konditionen) liquide Mittel aufnimmt und diese an die Länder weitergibt.³⁶⁹ Kreditgeber des Landes ist dabei die Republik Österreich, die je Bundesland jährliche Höchstgrenzen der Bereitstellung von Fremdmitteln festsetzen kann (§ 81 BHG 2013). Der Bund übernimmt insoweit die Koordination der Finanzierung auch der anderen Gebietskörperschaften.³⁷⁰

³⁶⁶ Ruppe, § 14 F-VG 1948, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 5.

³⁶⁷ § 15 F-VG 1948: "*Der Bund kann den Ländern (Gemeinden) Darlehen nur auf Grund eines besonderen Bundesgesetzes oder des Bundesfinanzgesetzes gewähren. Das gleiche gilt für eine Beteiligung der Länder (Gemeinden) an Einnahmen des Bundes, die nicht aus Abgaben herrühren. § 13 gilt sinngemäß auch in diesen Fällen.*"

³⁶⁸ Kofler, § 15 F-VG 1948, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2011) Rz 1. Teile der Lehre leiten aus dem Wort "*nur*" in § 15 F-VG 1948 ab, dass die Bund und Ländern durch Art 17 B-VG eingeräumte Kompetenz zur Privatwirtschaftsverwaltung nicht zum Abschluss von Darlehensgewährungen ermächtigt und es deshalb einer bundesgesetzlichen oder zumindest einer finanzgesetzlichen Vorsehung bedarf; vgl Ruppe, § 14 F-VG 1948, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 5 mwN.

³⁶⁹ Vgl AB 67 BlgNR XXI. GP, 5 iVm ErlRV 59 BlgNR XXII. GP, 255.

³⁷⁰ Zur wirtschaftspolitischen Dimension dieser Konstruktion siehe G Haber, Haftet der Bund für die Länder? (abrufbar unter: www.haber.at/bundshaftung-laender/).

4.3.4. Zuständigkeit auf Landesebene

Als oberstes Organ der Landesverwaltung obliegt die Vollziehung des Landes gemäß Art 101 B-VG der Landesregierung als Kollegialorgan.³⁷¹ Dies gilt sowohl für den Bereich der Hoheitsverwaltung als auch für die zur nichthoheitlichen Landesverwaltung zählenden Agenden des öffentlichen Schuldenmanagements.³⁷² Die Landesverfassungen sehen ergänzend ua vor, dass die Landesregierung oberstes Organ des Landes als Träger von Privatrechten ist, als solches das Landesvermögen verwaltet, den Landeshaushalt führt und das Land in allen Privatrechtsangelegenheiten vertritt.³⁷³ ZT binden die Landesverfassungen den Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte – wie die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und sonstigen Krediten oder das Eingehen von Haftungen und Bürgschaften – an die Zustimmung des Landtages bzw an die Erteilung einer entsprechenden Vollmacht;³⁷⁴ zT ist ausdrücklich vorgesehen, dass sich die Landesregierung zur Verwaltung einzelner Teile des Landesvermögens Dritter bedienen kann.³⁷⁵

Die Landesregierung besteht aus dem Landeshauptmann, seinen Stellvertretern sowie den weiteren Mitgliedern. Die Beschlussfassung erfolgt grds kollegial, das B-VG ÄmterLReg ermächtigt iVm den Landesverfassungen jedoch zur Einführung eines Ministerialsystems. Im Wege einer – als gesetzvertretende Verordnung zu qualifizierenden – Geschäftsordnung kann die Aufgabenerfüllung unter den Mitgliedern der Landesregierung aufgeteilt und ein einzelnes Mitglied mit der Führung näher bezeichneter Vollzugsangelegenheiten des Landes – wie zB den "*Finanzangelegenheiten einschließlich der Verwaltung des Landesvermögens*" – betraut werden.³⁷⁶ Soweit weder die Landesverfassung noch die Geschäftsordnung der Landesregierung den Abschluss von spekulativen Finanzgeschäfte der kollegialen Beschlussfassung durch die Landesregierung vorbehält,³⁷⁷ ist demnach der

³⁷¹ Die hL geht davon aus, dass Art 105 Abs 1 erster Satz B-VG, wonach der Landeshauptmann das Land vertritt, auf die "*politische*" Vertretung des Landes beschränkt ist und nicht auch die Vertretung in Privatrechtsangelegenheiten umfasst. – Vgl *Wielinger*, Art 105 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2011) Rz 4 ff mwN.

³⁷² Vgl *Liehr*, Art 101 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 3, 8.

³⁷³ Vgl Art 44 Abs 2 TLO; Art 52 VlbG LV; Art 41 Ktn LV; Art 55 Abs 1 Oö L-VG; Art 29 und 34 Abs 1 Nö LV; Art 41 Stmk L-VG.

³⁷⁴ Vgl Art 48 Sbg L-VG; Art 55 Abs 5 Oö L-VG; Art 20 Stmk L-VG; Art 62 Abs 1 TLO; Art 25 Wr Stadtverfassung.

³⁷⁵ Vgl Art 41 Abs 2 Ktn LV; Art 41 Abs 1 Stmk L-VG.

³⁷⁶ Vgl zB § 2 GeO Nö LReg.

³⁷⁷ Ein solcher Vorbehalt ist – soweit ersichtlich – in keinem Bundesland ausdrücklich vorgesehen.

Finanzlandesrat ermächtigt, das Land zu vertreten und Dritten gegenüber rechtswirksam zu berechtigen bzw zu verpflichten. Die landesverfassungsgesetzlich vorgesehene Genehmigungspflicht für die Aufnahme von Anleihen und Darlehen, die Übernahme von Haftungen und die Veräußerung und Belastung von Landesvermögen³⁷⁸ erstreckt sich – mangels ausdrücklicher Nennung und rechtlicher Vergleichbarkeit – nicht auch auf den Abschluss derivativer Finanzinstrumente. Ein Beschluss des Landtages ist daher nicht erforderlich.³⁷⁹

Den Ländern steht – wie den anderen Teilsektoren des Sektors Staat nach dem Europäischen System volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen – nach § 2 Abs 2 BFinG die Möglichkeit offen, bei Kreditoperationen, dem Risikomanagement und dem Finanzcontrolling die Beratungskompetenz der OeBFA in Anspruch zu nehmen.³⁸⁰ Die OeBFA hat zudem gemäß § 2 Abs 4 BFinG – nach Aufforderung durch den Bundesminister für Finanzen im Namen und für Rechnung des Bundes – Kreditoperationen für Länder durchzuführen und abzuschließen und ihnen sodann aus diesen Mitteln Darlehen zu gewähren (Z 1) sowie Währungstauschverträge abzuschließen, um sodann Verträge mit Ländern einzugehen, um Verpflichtungen aus Kreditoperationen dieser Länder durch inhaltliche Überbindung der Forderungen und Verpflichtungen aus diesen Währungstauschverträgen nachträglich zu ändern (Z 2).

4.4. Die Grenzen privatwirtschaftlicher Betätigung durch Gebietskörperschaften

In der Folge soll in einem ersten Schritt die Verbandskompetenz der Gemeinde zum Abschluss von (auch spekulativen) Finanzgeschäften erörtert werden. Dazu soll ausgehend von jenen Bestimmungen der Bundesverfassung, die die Privatrechtsfähigkeit des Bundes und der Länder (Art 17 B-VG) sowie der Gemeinden (Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG) gleichsam begründen wie beschränken, im Besonderen untersucht werden, ob die Verfassung kommunalfremde Vertragskonstruktionen vor Augen hat bzw ob der Gemeinde das Eingehen bestimmter Rechtsgeschäfte bereits *ex constitutione* verwehrt ist.

³⁷⁸ Vgl Art 48 Sbg L-VG; Art 62 Abs 1 Tir LV.

³⁷⁹ N Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagungen durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (69 f).

³⁸⁰ Vgl RV 43 XXIII. GP, 10.

4.4.1. Art 17 B-VG

Art 17 B-VG normiert, dass durch die Bestimmungen der Art 10–15 B-VG über die allgemeine Kompetenzverteilung die Stellung des Bundes und der Länder als Träger von Privatrechten in keiner Weise berührt wird. Während die Art 10–15 B-VG die Zuständigkeiten zur Gesetzgebung und Vollziehung zwischen Bund und Ländern verteilen und diese – zumindest in erster Linie – zur Hoheitsverwaltung ermächtigen, eröffnet Art 17 B-VG ein weiteres Betätigungsfeld, nämlich das der nichthoheitlichen Verwaltung. Unbestritten ist, dass Bund und Ländern damit Privatrechtsfähigkeit eingeräumt und dadurch die Möglichkeit eröffnet wird, sich jener Handlungsformen zu bedienen, die auch Privaten offen stehen. Für die Abgrenzung zwischen Privatwirtschaftsverwaltung und Hoheitsverwaltung kommt es nach der stRsp des VfGH "*auf die Motive und den Zweck der Tätigkeit nicht an, entscheidend ist vielmehr, welche rechtstechnischen Mittel die Gesetzgebung zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgaben bereitstellt*":³⁸¹ Soweit der Gesetzgeber den Verwaltungsträger mit *Imperium* – also mit spezifisch staatlicher Befehls- und Zwangsgewalt – ausstattet, liegt Hoheitsverwaltung vor, soweit er dem jeweiligen Verwaltungsträger privatrechtliche Handlungsformen an die Hand gibt, ist Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen.

Die Bundesverfassung schweigt jedoch zum Umfang der Privatrechtsfähigkeit von Bund und Ländern und lässt die Frage unbeantwortet, ob der grundsätzlichen Ermächtigung "*wie ein Privater*" zu handeln Grenzen gesetzt sind. In der Folge sollen die in der literarischen Auseinandersetzung mit Art 17 B-VG vorgebrachten Beschränkungen einer Würdigung unterzogen werden. Anders gefragt: Darf der privatrechtlich agierenden Bundes- bzw Landesverwaltung versagt werden, was anderen Rechtssubjekten erlaubt ist³⁸² bzw wird der privatrechtliche Handlungsspielraum durch die Bundesverfassung inhaltlich beschränkt?

³⁸¹ Vgl zuletzt VfGH 6.6.2014, B 262/2014, wonach die Förderung politischer Parteien in Niederösterreich nach dem Nö Parteienfinanzierungsgesetz 2012 als ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung zu qualifizieren ist; zur höchstgerichtlichen Rsp von VwGH und OGH vgl die Nachweise bei *Neudorfer*, Zur Zulässigkeit kommunaler Pflichtaufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge, JBl 2010, 352 (FN 11).

³⁸² So schon *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform (1984) 74.

In der literarischen Auseinandersetzung mit Art 17 B-VG wurde im Rahmen der historischen Interpretation der Bestimmung insb zwei Wortfolgen ihrer Entstehungsgeschichte erhöhte Aufmerksamkeit zuteil: Zum einen war im vorläufigen Verfassungstext vorgesehen, die Privatrechtsträgerschaft des Bundes durch den Klammerausdruck "*Eigentümer, Unternehmer, Pächter usw.*" näher zu konkretisieren; zum anderen wurde – nach Streichung dieser demonstrativen Aufzählung – im Bericht des Verfassungsausschusses klargestellt, dass das Recht des Bundes und der Länder zur Förderung des wirtschaftlichen und kulturellen Lebens Unternehmungen zu schaffen und zu erhalten, sowie Veranstaltungen zu treffen "*gleich jeder Privatperson*" gelte.³⁸³

B Raschauer hat darauf hingewiesen, dass Bund und Länder durch die Bundesverfassung als "*Träger*" von Privatrechten, jedoch nicht schlechthin als "*Akteure*" in Formen des Privatrechts eingerichtet worden seien. Neben Art 17 B-VG ermächtigten auch einige der allgemeinen Kompetenzvorschriften der Art 10–15 B-VG die Gesetzgebung zur privatrechtlichen Verwaltungsführung. Nicht hoheitliches Handeln fände seine Kompetenzgrundlage demnach nicht allein in Art 17 B-VG, vielmehr könne Privatwirtschaftsverwaltung von Art 10–15 B-VG mit umschlossen sein.³⁸⁴ Ohne Privatrechtsträgerschaft erscheine ein sinnvolles staatliches Handeln, soweit es auf die "*Verwaltung des Bundesvermögens*" iSd Art 104 Abs 2 B-VG gerichtet sei, gar nicht möglich.³⁸⁵ Jedoch komme den Gebietskörperschaften ganz grundsätzlich nie jene Privatautonomie – verstanden als eine rechtsgeschäftliche Abschluss- und Inhaltsfreiheit – zu, die die Bundesverfassung "*den Einwohnern des Staates unter sich*" (§ 1 ABGB) bei ihren Vertragsbeziehungen einräume.³⁸⁶ Im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit würden die Gebietskörperschaften jedoch einer Vielzahl (verfassungs-)gesetzlicher Bindungen und Determinanten unterliegen. *Kahl* geht unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte ebenfalls davon aus,

³⁸³ Zur Entstehung des Art 17 B-VG vgl zB *Kahl*, Art 17 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) Rz 2 f; vgl auch *Korinek/Holoubek*, *Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung* (1993) 35 (FN 163); *Wiederin*, *Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer*, wbl 2015, 669 (675 mwN).

³⁸⁴ *B Raschauer*, *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen*, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, *Beihilfenrecht* (2004) 21 (24): "*Es war wohl der größte Irrtum der Verfassungsrechtslehre der zweiten Republik, dass nichthoheitliches Handeln in recht pauschaler Weise dem Art 17 B-VG zugeordnet wurde.*"

³⁸⁵ *B Raschauer*, *Verfassungsrechtliche Fragen der Wohnbauförderung*, FS Wenger (1983) 121 (125 ff mwN) umschreibt dies als einen Aspekt von "*implied powers*"; *Korinek/Holoubek*, *Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung* (Teil Ib), ÖZW 1995, 8.

³⁸⁶ *B Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁵ (2017) Rz 561.

dass Bund und Länder umfassend und einem gewöhnlichen Privatmann gleich als Träger von Privatrechten eingesetzt werden sollten. Die Bundesverfassung räume dem Staat dadurch jedoch keine umfassende Privatrechtsfähigkeit im Sinne von *Privatautonomie* ein; diese sei vielmehr anderen verfassungsrechtlichen Bindungen wie dem Weisungsprinzip, der Rechnungshofkontrolle, den Grundrechten, der parlamentarischen Kontrolle sowie der Missstandskontrolle durch die Volksanwaltschaft unterworfen. Auch die nicht-hoheitliche Verwaltung sei daher – wenn auch nicht in gleicher Intensität wie die Hoheitsverwaltung – stets als "*gebundene staatliche Tätigkeit*" anzusehen und insoweit bloß beschränkter Natur.³⁸⁷ *Wiederin* konstatiert demgegenüber, dass dem Verfassungstext "*Gewalt an(tut)*", wer ihm eine Beschränkung der Privatrechtsfähigkeit des Bundes und der Länder unterstellt.³⁸⁸ Er leitet aus der Entstehungsgeschichte des Art 17 B-VG ab, dass Bund und Länder in ihrer Privatrechtsfähigkeit weder zweckmäßig noch umfänglich limitiert werden sollten und ihnen "*Vollrechtsfähigkeit*" zukomme, was mit *Privatautonomie* gleichzusetzen sei.³⁸⁹ *T Müller* zieht – der Auffassung *Wiederins* folgend – aus dem Umstand, dass der Verfassungsgesetzgeber der Jahre 1920 und 1974³⁹⁰ von einer ausdrücklichen Beschränkung der Rechtsfähigkeit abgesehen hat, den Umkehrschluss, dass eine solche Begrenzung gerade nicht gewollt gewesen sei.³⁹¹ Nach *Grabenwarter/Holoubek* ließen die Materialien kein eindeutiges Auslegungsergebnis zu; demnach sei sowohl die Annahme einer umfassenden als auch einer beschränkten Privatrechtsfähigkeit historisch begründbar. Bei einer isolierten Betrachtung des Art 17 B-VG ließen sich aus der Verfassungsbestimmung selbst keinerlei inhaltliche Schranken der staatlichen Privatrechtsfähigkeit ableiten, weshalb Bund und Länder – soweit keine (gesetzlichen) Beschränkungen

³⁸⁷ *Kahl*, Art 17 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) Rz 3.

³⁸⁸ *Wiederin*, *Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer*, wbl 2015, 669 (675 f); ihm folgend *T Müller*, *Die Stellung der Länder als Träger von Privatrechten – Aktuelle Verfassungsfragen an den Beispielen riskanter Finanzgeschäfte und Bundesländerinsolvenz*, ÖZW 2016, 82 (84).

³⁸⁹ Dieses Verständnis messen *Grabenwarter/Holoubek*, *Zur Auslegung des Art 17 B-VG*, ZfV 2016, 14 (16), den Ausführungen *Wiederins* bei.

³⁹⁰ Die Bundesverfassungsgesetz-Novelle 1974, BGBl 444/1974, führte zum Entfall des Art 17 Abs 2 B-VG, demzufolge der Bund als Träger von Privatrechten durch die Landesgesetzgebung niemals ungünstiger gestellt werden durfte als das betreffende Land selbst. Durch die Neufassung des Art 17 B-VG und die Einfügung der Länder in den Verfassungstext sollte die Gleichstellung des Bundes und der Länder als Privatrechtsträger zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht werden (vgl RV 182 BlgNR XIII. GP, 21).

³⁹¹ *T Müller*, *Die Stellung der Länder als Träger von Privatrechten – Aktuelle Verfassungsfragen an den Beispielen riskanter Finanzgeschäfte und Bundesländerinsolvenz*, ÖZW 2016, 82 (84).

beständen – all jene privatrechtlichen Handlungsformen nützen könnten, die die Privatrechtsordnung zur Verfügung stelle.³⁹²

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine allein am historischen Willen des Verfassungsgesetzgebers ansetzende Auslegung des Art 17 B-VG weder eindeutig in die eine noch in die andere Richtung weist. Die Bestimmung will die staatliche Privatrechtssphäre weder schrankenlos ausgestalten noch beschränkend wirken. Der Schluss, wonach die Rechtsfähigkeit des Bundes und der Länder schon deshalb als umfassend anzusehen sei, weil dem Verfassungstext und den Materialien keine ausdrückliche Beschränkung zu entnehmen sei,³⁹³ ist deshalb mE ebenso voreilig gezogen wie die Annahme, dass dem nichthoheitlichen Handeln schon durch Art 17 B-VG selbst Schranken gesetzt seien.³⁹⁴ Es reicht aus, den Verfassungsgesetzgeber beim Wort zu nehmen und – in einem ersten Schritt – anzuerkennen, dass Bund und Länder grundsätzlich Träger von Rechten und Pflichten des Privatrechts sein können und sich unter Anwendung durch das bürgerliche Recht zur Verfügung gestellten Rechtssatzformen selbst berechtigen und verpflichten können. Die Frage, ob ihnen bei der Ausübung ihrer Privatrechtsfähigkeit inhaltliche bzw. umfängliche Grenzen gesetzt sind,³⁹⁵ ist durch eine systematische Auslegung der Bundesverfassung sowie einfachgesetzlicher Determinanten zu eruieren und lässt sich nicht durch eine isolierte Betrachtung des Art 17 B-VG beantworten.

4.4.2. Art 116 Abs 2 B-VG

Für die Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des Abschlusses derivativer Finanzgeschäfte im kommunalen Bereich bildet Art 116 Abs 2 B-VG, der die Gemeinde als "*selbständigen Wirtschaftskörper*" konzipiert, den Ausgangspunkt der weiteren Betrachtung. Mit der Bestimmung wird der Gemeinde Privatrechtssubjektivität eingeräumt und ihr das Recht übertragen, "*Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, wirtschaftliche Unternehmungen zu betreiben sowie im Rahmen der Finanzverfassung*

³⁹² Grabenwarter/Holoubek, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (16).

³⁹³ So T Müller, Die Stellung der Länder als Träger von Privatrechten – Aktuelle Verfassungsfragen an den Beispielen riskanter Finanzgeschäfte und Bundesländerinsolvenz, ÖZW 2016, 82 (84).

³⁹⁴ Vgl Kahl, Art 17 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 13.

³⁹⁵ Vgl Grabenwarter/Holoubek, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (21).

ihren Haushalt selbständig zu führen und Abgaben auszuscheiden".³⁹⁶ Zudem enthalten die Gemeindeorganisationsgesetze der Länder dem Art 116 Abs 2 B-VG entsprechende – teilweise sogar wortgetreue – Bestimmungen.³⁹⁷ Mit der Verleihung umfassender Rechts- und Handlungsfähigkeit geht die Berechtigung einher, sich gleich einem Privaten wirtschaftlich zu betätigen.³⁹⁸

Die Wirtschaftsfreiheit der Gemeinde besteht jedoch nicht schrankenlos: Eine Einschränkung erfährt der Grundsatz dahingehend, dass die wirtschaftliche Betätigung "*innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze*" zu erfolgen hat.³⁹⁹ Daraus folgt, dass nicht nur die Bundesverfassung selbst, sondern auch die einfache Bundes- und Landesgesetzgebung dem privatrechtlichen Aktionsradius der Gemeinde Grenzen setzen kann.⁴⁰⁰ Allgemein anerkannt ist jedoch, dass die einfache Gesetzgebung "*lediglich die systemimmanenten Schranken der Wirtschaftsfreiheit der Gemeinde konkretisieren (kann)*".⁴⁰¹ In den 1980er-Jahren war Gegenstand heftiger Kontroverse, wie der Begriff der "*allgemeinen*" Gesetze zu deuten ist.⁴⁰² Als nunmehr hL kann heute angesehen werden, dass darunter all jene Gesetze zu verstehen sind, die jedermann binden.⁴⁰³ Daran anknüpfend lässt sich für das gegenständliche Problem die Frage formulieren: Wenn grds jedermann rechtlich zulässig Swapverträge abschließen kann, darf dies der Gemeinde *ex lege* verboten werden?

Die Frage muss mE schon vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Gemeinde und dem Verbot ihrer Schlechterstellung gegenüber anderen Rechtssubjekten verneint werden. Art 116 Abs 2 B-VG steht der Erlassung eines kommunalen Sonderprivatrechts entgegen und ermöglicht der Gemeinde ein privatrechtliches Tätigwerden

³⁹⁶ Eberhard, Gemeinderecht, in Pürgy (Hrsg), Das Recht der Länder, Band I (2012) Rz 44 f.

³⁹⁷ Vgl § 1 Abs 2 Bgld GemO; § 1 Abs 2 K-AGO; § 1 Abs 2 Nö GemO; § 1 Abs 2 Oö GemO; § 1 Abs 2 Sbg GemO; § 1 Abs 3 Stmk GemO; § 2 Abs 2 TGO; § 2 Abs 2 VlbG Gesetz über die Organisation der Gemeindeverwaltung.

³⁹⁸ Kitzmantel, Die oberösterreichischen Statutarstädte (1994) 157. – Vgl auch Neuhofer, Gemeinderecht² (1998) 402 ff.

³⁹⁹ Art 116 Abs 2 zweiter Satz B-VG.

⁴⁰⁰ Funk, Gestaltungsformen kommunaler Wirtschaftsverwaltung, in Krejci/Ruppe (Hrsg) Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 1 (4 f).

⁴⁰¹ Kitzmantel, Die oberösterreichischen Statutarstädte (1994) 157.

⁴⁰² Vgl stellvertretend Hengstschläger, Zur Zulässigkeit einfachgesetzlicher Determinierungen der Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinden, in Funk (Hrsg), FS Adamovich (1992) 143 (144) mwN.

⁴⁰³ Grundlegend Schwarzer, Gemeindegewirtschaft und Gemeindeverfassung (1980) 52 ff.

unter denselben Rahmenbedingungen, die auch für alle anderen juristischen und natürlichen Personen gelten.⁴⁰⁴ Einer expliziten legislativen Ermächtigung zum Abschluss von derivativen Finanzgeschäften bedarf es daher nicht, da das Gesetz wohl Schranke, nicht aber Voraussetzung der kommunalen privatwirtschaftlichen Betätigung ist.⁴⁰⁵

In weiterer Folge sollen daher (verfassungs-)gesetzliche Beschränkungen der staatlichen Geschäftsfähigkeit⁴⁰⁶ – denn nur darum geht es im Kern – näher beleuchtet werden. Als Schranken kommen in Betracht:⁴⁰⁷

- die Bindung jeden staatlichen und kommunalen Handelns an die Wahrnehmung öffentlicher, der Allgemeinheit dienender Interessen;
- die Fiskalgeltung der Grund- und Freiheitsrechte, sohin die Bindung der Gebietskörperschaften an die Grundrechte im Rahmen ihrer privatrechtlichen Aufgabenverfolgung;
- die Bindung der öffentlichen Gebarung an das Effizienzgebot, sohin an die haushaltsrechtlichen Kriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (Art 119a Abs 2 B-VG) und letztlich
- die territoriale Beschränkung des privatwirtschaftlichen Handelns der Gemeinde auf den eigenen Wirkungsbereich, dh auf jene Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden (Art 118 Abs 2 B-VG);

⁴⁰⁴ Zum Meinungsstand sowie zur Entwicklung des Art 116 Abs 2 B-VG vgl. *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde (1981) 25 ff.

⁴⁰⁵ *Schwarzer*, Gemeindegewirtschaft und Gemeindeverfassung (1980) 54.

⁴⁰⁶ So *Wiederin*, Privatrechtliche Fähigkeiten der Länder und Vermögensdispositionen, Vortrag bei der Statuskonferenz Föderalismus in Österreich, Wien, Diplomatische Akademie, 29.9.2016.

⁴⁰⁷ *Funk*, Gestaltungsformen kommunaler Wirtschaftsverwaltung, in *Krejci/Ruppe* (Hrsg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 1 (8); *Korinek*, Das Zusammenspiel hoheitlicher und privatrechtlicher Gestaltungsakte in der kommunalen Wirtschaftsverwaltung, in *Krejci/Ruppe* (Hrsg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 27 (36 ff); *Weber*, Art 116 Abs 2 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 14.

- die in Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG verankerte Selbstverwaltungsgarantie, die grds auch die privatwirtschaftlich tätige Gemeinde vor Eingriffen seitens der gesetzgebenden Körperschaften schützt, und letztlich
- die Notwendigkeit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung im Hinblick auf all jene von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zu treffenden Maßnahmen, durch die auch überörtliche Interessen in besonderem Maß berührt werden, insbesondere solche von besonderer finanzieller Bedeutung, soweit dies von der Gesetzgebung angeordnet wurde (Art 119a Abs 8 B-VG).

4.4.3. Das öffentliche Interesse als Grenze nichthoheitlichen Handelns?

Anknüpfend an *Korinek/Holoubek*⁴⁰⁸ gehen Teile der Lehre auf Grund einer systematischen Auslegung des Art 17 B-VG sowie unter Berücksichtigung der Grundrechte, des verfassungsrechtlichen Effizienzgebotes und des demokratischen Grundprinzips davon aus, dass der Bundesverfassung Beschränkungen privatrechtlichen Staatshandelns immanent seien, mögen sich diese auch – wie gezeigt – im Wege einer historischen Interpretation nicht belegen lassen.⁴⁰⁹ Nach dieser Ansicht seien Bund und Länder durch Art 17 B-VG nur insoweit zu nichthoheitlichem Handeln ermächtigt, als sie dadurch "*öffentliche Aufgaben*" erfüllten bzw. "*öffentliche Interessen*" verfolgten.⁴¹⁰ Ihre Rechtsfähigkeit sei inhaltlich auf die Erfüllung bestimmter – im öffentlichen Interesse liegender – Zwecke beschränkt; jenseits dieser spezifischen Zielsetzungen sei ein rechtserhebliches Handeln von Bund und Ländern nicht möglich.⁴¹¹ Staatliche Privatrechtsfähigkeit sei demnach nicht gleichbedeu-

⁴⁰⁸ Vgl *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 33 ff.

⁴⁰⁹ Das deutsche Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass sich die Parlamentsmehrheit von keinen anderen als "*gemeinwohlbezogenen*" Erwägungen leiten lassen darf. – BVerfG 31.1.2012, 2 BvC 3/11: "*Die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen des Gestaltungs- und Beurteilungsspielraums unterliegt jedenfalls einer strengen verfassungsgerichtlichen Überprüfung, soweit mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt [...]. Zu diesen Regelungen gehören grundsätzlich auch die Entscheidungen des Gesetzgebers über die Einteilung des Wahlgebiets in Wahlkreise.*"

⁴¹⁰ Vgl zB *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 36; *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 201 (209 f); *Kahl*, Art 17 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) Rz 13; *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (17 ff).

⁴¹¹ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 36.

tend mit der "Einräumung von Beliebigkeit",⁴¹² sondern mit inhaltlichen Schranken versehen. Art 17 B-VG räume "keine privatautonomiegleiche Zuständigkeit" ein, sondern ermächtige lediglich zu zweckgebundenem Handeln in den Rechtssatzformen des Privatrechts.⁴¹³ Privatrechtliches Handeln des Staates sei insofern nicht gleichzusetzen mit *Privatautonomie*, also der Freiheit des Einzelnen zur selbstbestimmten rechtsgeschäftlichen Betätigung. Nach der – im Ergebnis übereinstimmenden – These von *Kahl* komme Bund und Ländern demgegenüber "keine vollständige, sondern nur eine beschränkte Privatautonomie" zu.

Der Annahme, dass Bund und Länder als Träger von Privatrechten im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit auf die Verfolgung des Allgemeininteresses beschränkt sind, werden von den Vertretern dieser Rechtsansicht ihrerseits Grenzen gesetzt: Zum einen wird die Unmöglichkeit der Festlegung eines abschließenden Kataloges von Staatsaufgaben und der weite rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Bestimmung öffentlicher Interessen ins Treffen geführt,⁴¹⁴ zum anderen wird darauf verwiesen, dass man die aufgezeigte Zweckbindung "nicht überschätzen" dürfe,⁴¹⁵ da diese nur eine "äußerste Grenze nichthoheitlichen Handelns"⁴¹⁶ bilde und deshalb "nur in Extremfällen"⁴¹⁷ die Unwirksamkeit eines konkreten Rechtsgeschäftes angenommen werden könne. Als Beleg für die Tauglichkeit eines auf den Ausnahmefall beschränkten Maßstabes wird auf die stRsp des VfGH iZm grundrechtsbeschränkenden Gesetzen verwiesen, die sich in einer bloßen Vertretbarkeitskontrolle erschöpft.⁴¹⁸

⁴¹² So verstehen *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (16), die Auffassung von *Wiederin*.

⁴¹³ So zusammenfassend *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (20).

⁴¹⁴ Vgl zB *Kahl*, Art 17 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) Rz 13; *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatengeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, *Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand* (2005) 201 (210).

⁴¹⁵ *Korinek/Holoubek*, *Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung* (1993) 37.

⁴¹⁶ *Kahl*, Art 17 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) Rz 13.

⁴¹⁷ Abermals *Korinek/Holoubek*, *Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung* (1993) 37.

⁴¹⁸ Vgl zB zur Zulässigkeit von Ladenschlusszeiten VfSlg 12.094/1989 mwN: "Dem einfachen Gesetzgeber ist bei der Entscheidung, welche (etwa wirtschafts- oder sozialpolitischen) Ziele er mit seinen Regelungen verfolgt, innerhalb der Schranken der Verfassung ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum eingeräumt. Der Verfassungsgerichtshof hat nicht zu beurteilen, ob die Verfolgung eines bestimmten Zieles etwa aus wirtschaftspolitischen oder sozialpolitischen Gründen zweckmäßig ist. Er kann dem Gesetzgeber nur entgegen treten, wenn dieser Ziele verfolgt, die keinesfalls als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen sind." Als

Grabenwarter/Holoubek versuchen dieser Argumentation durch den Wechsel der Betrachtungsweise die Vagheit zu nehmen:⁴¹⁹ Art 17 B-VG sei nicht nur zur Beurteilung des Vorliegens eines Regelverstößes heranzuziehen; die Verfassungsbestimmung nehme zudem eine Steuerungsfunktion ein, die dem staatlichen Handeln nicht bloß Grenzen setze, sondern diesem vielmehr auch eine Leitlinie vorgebe. Wenn man Art 17 B-VG steuernde Wirkung zuschreibe, mache es – losgelöst vom Extremfall – einen Unterschied, ob die Bestimmung Bund und Länder in unbeschränkter Weise oder nur zur Verwirklichung öffentlicher Interessen zur privatwirtschaftlichen Betätigung ermächtige.

Mit unterschiedlicher Begrifflichkeit gehen diese Literaturmeinungen im Ergebnis übereinstimmend davon aus, dass Art 17 B-VG keine Gleichstellung der privatwirtschaftlichen Betätigung der Gebietskörperschaften mit jener von Privaten begründe. Während "*die Einwohner des Staates unter sich*" (§ 1 ABGB) von Individualinteressen geleitet seien, habe staatliches Handeln – egal in welcher Rechtsform – stets zweckgebunden und dem "*öffentlichen Interesse*" verpflichtet zu erfolgen.⁴²⁰ Diese Rechtsansicht setzt stillschweigend voraus, dass sich unmittelbar aus Art 17 B-VG ein die Fiskalverwaltung bindendes öffentliches Interesse ableiten lässt. Rechtfertigend wird diesbzgl ins Treffen geführt, dass der Staat nur über öffentliche Mittel verfüge (mit Hinweis auf das Erkenntnis VfSlg 3262/1957: "*über andere als 'öffentliche' Gelder verfügt der Staat nicht*"), weshalb jede gebahrungswirksame Mittelverwendung letztlich im Allgemeininteresse liegen bzw dem Gemeinwohl dienen müsse. Ein ineffizienter oder gar "*verschwenderischer*" Umgang mit

verfassungswidrig, weil nicht im öffentlichen Interesse gelegen, erachtete der VfGH zB Bedarfsprüfungen, die den Gewerbeantritt allein zum Zweck des Konkurrentenschutzes beschränkten: "*Die Bedarfsprüfung bei der Verleihung von Güterbeförderungskonzessionen ist ein schwerer Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit und ein zur Durchsetzung öffentlicher Interessen zum Teil überhaupt ungeeignetes, zum Teil ein inadäquates Mittel. Die einzigen realisierbaren Effekte der Regelung liegen lediglich darin, daß die bestehenden Güterbeförderungsunternehmen vor Konkurrenz geschützt und daß – wie die Bundesregierung und die Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft bekanntgegeben haben – Güterbeförderungskonzessionen (im Wege der bedingten Konzessionsrücklegungen) verkauft werden. Derartiges liegt aber nicht im öffentlichen Interesse (vgl. VfSlg. 10932/1986, 11276/1987).*" Weiterführend vgl *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, ÖZW 1995, 1; *Kahl*, Art 17 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) FN 178.

⁴¹⁹ *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (20).

⁴²⁰ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 561 ff. – Synonym zum "*öffentlichen Interesse*" werden die Begriffe "*öffentlicher Belang*", "*öffentliches Wohl*", "*Gemeinwohl*", "*Wohl der Allgemeinheit*" oder auch "*allgemein Bestes*" verwendet. Zur Begrifflichkeit vgl weiterführend *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse (1999) 23 ff.

bloß treuhänderisch überantworteten (Steuer-)Geldern sei daher bereits *ex constitutione* unzulässig.

Aus Sicht des Steuerzahlers wird das öffentliche Interesse sohin darin erkannt, dass öffentliche Mittel zwingend auch "*der Öffentlichkeit*" zugutekommen müssen. Aus Sicht des Staatshaushaltes betrachtet stellt sich die insoweit korrespondierende Frage, ob die Förderung ausschließlich fiskalischer Zwecke ein legitimes öffentliches Interesse darstellen kann. Die Zulässigkeit dieser mit dem Begriff der "*Budgetschonung*" umschriebenen Zielsetzung wird in der Literatur unterschiedlich bewertet.⁴²¹ Der VfGH hat in der Vergangenheit im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Eingriffes in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen gesetzgeberischer Maßnahmen, die bspw das Ziel verfolgten, die finanzielle Belastung des Bundes zu reduzieren,⁴²² ein möglichst hohes Steueraufkommen zu generieren⁴²³ oder die Inanspruchnahme der Allgemeinheit zu begrenzen, nicht von vornherein als unzulässig bewertet und auch die unmittelbare Reputation des Bundes am Finanzmarkt sowie seine Bonität als schützenswert erachtet.⁴²⁴ Damit ist höchstgerichtlich klargestellt, dass auch in der bloßen Geldbeschaffung ein legitimer Zweck staatlichen Handelns erkannt werden kann.⁴²⁵

Wiederin führt gegen die Gemeinwohlbindung staatlichen Handelns ins Treffen, dass das öffentliche Interesse keine feste Größe darstelle, sondern dynamisch, wandelbar und dem demokratischen Prozess unterworfen sei. Da der Staat daraus überhaupt erst seine "*Existenzberechtigung*" beziehe, könne das Gemeinwohl nicht gleichzeitig auch beschränkend wirken.⁴²⁶ Was im öffentlichen Interesse gelegen sei, werde allein im Parlament entschieden. Der Gesetzgeber sei zwar berechtigt, die staatliche Privatwirtschaftsverwaltung auch außenwirksam – im Verhältnis zu Dritten – Grenzen zu setzen, solche Schranken ließen sich jedoch weder aus Art 17 B-VG noch unmittelbar aus der Bundesverfassung ablei-

⁴²¹ S die Hinweise bei T Müller, Verfassungsrechtliche Überlegungen zum "*Hypo-Sondergesetz*", Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 31 (41).

⁴²² Vgl VfSlg 17.071/2003 zum ÖBB-Pensionsgesetz.

⁴²³ Vgl VfSlg 19.508/2011 zur Verfassungswidrigkeit der betragsmäßigen Beschränkung der Haftung der Spielbank auf das Existenzminimum im Glücksspielgesetz.

⁴²⁴ Vgl VfSlg 20.000/2015 zur Aufhebung des Bundesgesetzes über Sanierungsmaßnahmen für die Hypo Alpe Adria Bank.

⁴²⁵ Vgl abermals T Müller, Verfassungsrechtliche Überlegungen zum "*Hypo-Sondergesetz*", Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 31 (41).

⁴²⁶ *Wiederin*, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669 (674) mit Verweis auf Krüger, Wortmeldung, VVDStRL 19 (1961) 261.

ten.⁴²⁷ Auch *Storr* weist darauf hin, dass dem Begriff des öffentlichen Interesses für sich "*kaum inhaltliche Substanz*" beizumessen sei und vorrangig die allgemeinen Vertretungskörper dazu legitimiert seien, das öffentliche Interesse zu bestimmen und konkrete Vorgaben zu deren Verfolgung zu erlassen. Der Gesetzgeber sei jedoch nicht gehindert, Interessen zu verfolgen, die nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung grundgelegt seien.⁴²⁸

In Bezug auf das öffentliche Schuldenmanagement definieren *Grabenwarter/Holoubek* mit dem "*Spekulationsgeschäft mit unbegrenztem Verlustrisiko*" jene Finanzgeschäftsart, die ihrer Ansicht nach jenseits der von Art 17 B-VG vorgegebenen Schranke liegt.⁴²⁹ Während das Risiko eines Grundgeschäftes begrenzende "*Absicherungsgeschäfte*" als (noch) mit öffentlichen Interessen vereinbar anzusehen seien, seien Spekulationsgeschäfte, mit denen "*das Risiko des Totalverlusts des eingesetzten Kapitals oder auch eines Mehrfachen davon*" einhergehe, jedenfalls unzulässig. Sie erkennen damit in der Konnexität eine maßgebliche Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit risikogeneigter Finanzgeschäfte: Steht ein Spekulationsgeschäft in einem inneren Zusammenhang bspw zu einem Kreditvertrag und bezweckt es dessen Optimierung, liegt es innerhalb des öffentlichen Interesses; dient es – von einem zu besichernden Grundgeschäft losgelöst – allein der Einnahmenerzielung, ist es in seinen Wirkungen "*dem Gang ins Casino*" gleichzuhalten und als solches außerhalb des öffentlichen Interesses gelegen. Eine solche Auslegung begegne gewissen Abgrenzungsschwierigkeiten, könne jedoch für den Einzelfall einen tauglichen Maßstab darstellen und eine Steuerungsfunktion zum Schutz öffentlicher Mittel ausüben.

Damjanovic differenziert mit Blick auf den Bereich der Gemeinde zwischen der (jedenfalls erlaubten) kommunalen Leistungsverwaltung⁴³⁰ und der (bloß eingeschränkt zulässigen) rein erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung als "*eine von öffentlichen Aufgaben zunächst losgelöste wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, die unmittelbar nur der Gewinnerzielung, dh der Geldmittelbeschaffung, dient*".⁴³¹ Sie geht davon aus, dass die

⁴²⁷ *Wiederin*, Privatrechtsfähigkeit der Länder und Vermögensdispositionen, Vortrag bei der Statuskonferenz Föderalismus in Österreich, Wien, Diplomatische Akademie, 29.9.2016.

⁴²⁸ *Storr*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Gemeindegebietsreform, JBl 2016, 137 (140).

⁴²⁹ *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (24 f).

⁴³⁰ Die Begriffe "*Daseinsvorsorge*" und "*Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben*" werden dazu synonym verwendet.

⁴³¹ *Damjanovic*, Zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden als Teil ihrer Selbstverwaltungsgarantie, ÖZW 2016, 122.

Privatrechtsfähigkeit der Gemeinde durch Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG im Vergleich zu Art 17 B-VG zwar nicht umfangreicher ausgestaltet, aber durch die Selbstverwaltungsgarantie weitreichender geschützt sei als jene von Bund und Ländern. Der verfassungsgesetzlich umfassend ausgestaltete kommunale Handlungsspielraum sei jedoch insoweit einschränkend zu interpretieren, als jede erwerbswirtschaftliche Betätigung, die eine bloße "*Gewinnerzielung als Selbstzweck*" zum Gegenstand habe, nicht mehr der Verwaltung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugerechnet werden könne und daher auch nicht mehr im öffentlichen Interesse gelegen sei. Bereits *ex constitutione* verboten seien demnach reine Spekulationsgeschäfte, zulässig hingegen dem Kreditmanagement dienende Absicherungsgeschäfte und Darlehensaufnahmen zur Verfolgung genuin öffentlicher Aufgaben.⁴³² Die Argumentation gleicht jener von *Grabenwarter/Holoubek*,⁴³³ mit der Ausnahme, dass sie bei Art 118 Abs 2 B-VG und der darin verankerten Selbstverwaltungsgarantie ansetzt. Auch *Damjanovic* geht im Ergebnis davon aus, dass sich aus der Bundesverfassung selbst die Unzulässigkeit bestimmter privatrechtlicher Vertragsabschlüsse der Gemeinden ableiten lässt.

Im Ergebnis ist mE mit *Wiederin* davon auszugehen, dass sich aus Art 17 B-VG bzw aus Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG keine Beschränkung des privatrechtlichen staatlichen Handelns auf die Verfolgung öffentlicher Belange ableiten lässt, zumal auch die hL nie grundsätzliche Vorbehalte gegen eine erwerbswirtschaftliche Ausrichtung der Wirtschaftstätigkeit der Gebietskörperschaften geäußert hat.⁴³⁴ Daraus folgt jedoch – quasi im Umkehrschluss – nicht, dass die Bundesverfassung unbeschränkt zu allem ermächtigt. Im Gegenteil: Die Privatwirtschaftsverwaltung unterliegt vielfachen materiellen und verfahrensrechtlichen Bindungen. Es wird bloß die Tauglichkeit des öffentlichen Interesses als justiziable Schranke der Verwaltungstätigkeit der Gebietskörperschaften in den Formen des Privatrechts im Allgemeinen und des öffentlichen Schuldenmanagements im Beson-

⁴³² *Damjanovic*, Zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden als Teil ihrer Selbstverwaltungsgarantie, ÖZW 2016, 122 (129).

⁴³³ *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14.

⁴³⁴ Vgl OGH 19.12.1989, 4 Ob 50/89: "*Juristische Personen des öffentlichen Rechts betätigen sich seit jeher erwerbswirtschaftlich. Ob und wie weit eine solche Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand wünschenswert ist, ist eine – der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte entzogene – wirtschaftspolitische Entscheidung.*" – Weiterführend *Segalla*, Kommunale Daseinsvorsorge (2006), 210 f; *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 210 mwN.

deren in Zweifel gezogen. Auszugehen ist mE davon, dass Art 17 B-VG – der zur Erinnerung nicht mehr tut, als die Privatrechtsträgerschaft von Bund und Ländern außer Streit zu stellen – weder ein öffentliches Interesse noch einen bestimmten Weg der Zielerreichung vorgibt. Worin das öffentliche Interesse inhaltlich auszumachen ist, ist zudem je nach Rechtsgebiet "abhängig von Zeit und Ort, von subjektiven Wertungen, Meinungen und Interessen und unterliegt dem politischen Diskurs".⁴³⁵ Das öffentliche Interesse "entsteht" zwar nicht erst durch die Gesetzgebung;⁴³⁶ durch die Positivierung von Zielen, Grundsätzen, Maßstäben und sonstigen Tatbestandselementen wird jedoch – quasi als ein in Gesetzesform gegossener Kompromiss widerstreitender Interessen – den Vollzugsorganen das Rüstzeug an die Hand gegeben, das öffentliche Interesse für die Entscheidung im konkreten Einzelfall zu ermitteln.⁴³⁷

Nun stellt sich die Frage, ob die rudimentären verfassungsgesetzlichen Vorgaben für das privatwirtschaftliche staatliche Handeln ausreichen, um bestimmte Rechtsgeschäfte – insb rein spekulative Finanzgeschäfte – über die Klinge des Art 17 B-VG springen zu lassen? Der von *Grabenwarter/Holoubek* vertretenen Auffassung liegt der – durchaus berechtigte – Gedanke zugrunde, dass das privatwirtschaftliche Handeln mit öffentlichen Mitteln unter keinen Umständen eine finanzielle Belastung der Allgemeinheit zur Folge haben dürfe. Würden Steuergelder auf dem Finanzmarkt "verspielt", stehe den damit verbundenen fiskalischen Kosten kein das Gemeinwohl fördernder Mehrwert gegenüber, das Handeln erfolge insoweit außerhalb des öffentlichen Interesses und damit jenseits des von Art 17 B-VG vorgezeichneten Rahmens.

Jedem staatlichen Handeln wird durch die Bundesverfassung – insb in Gestalt der Effizienzkriterien – ein gewisses Maß an Wirtschaftlichkeit abverlangt. Auch dem Regelungsgegenstand des Art 17 B-VG – der privatwirtschaftlichen Betätigung von Bund und Ländern – mag ein öffentliches Interesse an einer effizienten Ausübung dieser Ermächtigung vorgegeben sein; im Auslegungswege lassen mE jedoch weder der Wortlaut noch die His-

⁴³⁵ *Oberleitner*, Das "öffentliche Interesse" im Wasserrecht, RdU 2005, 4.

⁴³⁶ Vgl *Unterpertinger*, Das öffentliche Interesse an der Nutzung erneuerbarer Energieträger in der umweltrechtlichen Interessenabwägung (Diss Universität Wien, 2015) 4 ff.

⁴³⁷ Vgl *Oberleitner*, Das "öffentliche Interesse" im Wasserrecht, RdU 2005, 4; *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 600: "Die 'öffentlichen Interessen' sind durch umfassende Analyse der Regelungsgegenstände und Regelungszwecke des betreffenden Rechtsbereichs zu ermitteln; der intellektuelle Vorgang ist kein anderer als im Fall der Ermittlung der ermessensrelevanten Kriterien."

torie der Bestimmung den von *Grabenwarter/Holoubek* gezogenen Schluss zu, dass die Bundesverfassung bestimmte (konnexe) spekulative Finanzgeschäfte als im öffentlichen Interesse gelegen tolerieren, andere (rein erwerbswirtschaftliche) hingegen verbieten will. Die Bundesverfassung liegt das Verständnis eines aktiven öffentlichen Schuldenmanagement zugrunde. Sie nimmt in den haushaltsrechtlichen Bestimmungen (Art 51 und 51c B-VG) des Bundes ausdrücklich auf Währungstauschverträge Bezug, ohne die aufgezeigte Differenzierung nahezulegen.

Hinzu kommt, dass staatliches und kommunales Handeln grds nie nur einen singulären Zweck verfolgt, sondern einen Kompromiss zwischen verschiedenen – oft gegenläufigen – öffentlichen Interessen sucht. Soweit sich der Gesetzgeber als Adressat der Berichte des – als sein Hilfsorgan tätig werdenden – Rechnungshofes (mittelbar) an die Kriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (Art 126b B-VG) gebunden erachtet, ist darauf hinzuweisen, dass es in seinem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum gelegen ist, gesetzgeberische Ziele auch auf ineffiziente Weise zu verfolgen.⁴³⁸ Nun soll nicht ernsthaft behauptet werden, dass das öffentliche Schuldenmanagement anderen als fiskalischen Zwecken dient.⁴³⁹ Es soll lediglich die Schwierigkeit aufgezeigt werden, aus einer (im weitesten Sinne verstandenen) kompetenzrechtlichen Bestimmung im Auslegungswege die Bindung an ein bestimmtes öffentliches Interessen ableiten zu wollen.

Auch der Versuch, die beschränkende Wirkung des öffentlichen Interesses mit Verweis auf die materiellen Gesetzesvorbehalte der EMRK zu begründen, scheitert: Jeder staatliche Grundrechtseingriff muss der Verfolgung eines legitimen Zieles dienen, das im öffentlichen Interesse liegt. Die zulässigen Schutzgüter sind in den Abs 2 der Art 8 bis 11 EMRK abschließend aufgezählt. Insoweit ist die Befugnis des einfachen Gesetzgebers, selbst verfolgungswerte Ziele zu definieren, begrenzt.⁴⁴⁰ Grundrechtsbeschränkende Regelungen in Bezug auf Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) sind demnach

⁴³⁸ Vgl dazu *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht (2013) 44.

⁴³⁹ Zum öffentlichen Interesse der "*Budgetschonung*" vgl *T Müller*, Verfassungsrechtliche Überlegungen zum "*Hypo-Sondergesetz*", Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 31 (41). Zur besonderen Bedeutung ökonomischer Zwecke vgl *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht (2013) 48: "*Wie sich mehrere gesetzlich vorgeschriebene Zwecke zueinander verhalten, ist eine Frage der gesetzlichen Vorschrift. Auch wo das Gesetz ökonomische Zwecke nur zulässt, sind ökonomische Argumente stets erheblich. Sie entscheiden über den Inhalt der Rechtsnorm, soweit die gesetzlich vorgeschriebenen Zwecke dem ökonomischen Argument nicht entgegenstehen.*"

⁴⁴⁰ *Berka*, Verfassungsrecht⁴ (2012) Rz 1301 ff.

ua dann zulässig, wenn sie eine Maßnahme darstellen, die in einer demokratischen Rechtsordnung für "das wirtschaftliche Wohl des Landes" notwendig sind.⁴⁴¹ Im Gegensatz zu Art 17 B-VG ist das öffentliche Interesse in der EMRK ausdrücklich als Schranke verfassungsgesetzlich vorgesehen und wird nicht erst im Interpretationsweg ermittelt. Dies rechtfertigt mit *Wiederin* einen Analogieschluss für das StGG, stellt jedoch nicht die gesamte Staatstätigkeit unter den Vorbehalt jedweden öffentlichen Interesses.⁴⁴²

4.4.4. Die Fiskalgeltung der Grundrechte als Grenze nichthoheitlichen Handelns?

Begründend wird sowohl von *Wiederin*⁴⁴³ als auch von *Grabenwarter/Holoubek*⁴⁴⁴ – wengleich mit unterschiedlichen Schlussfolgerungen – die stRsp des OGH zu der für Gebietskörperschaften allgemein anerkannten Fiskalgeltung⁴⁴⁵ der Grundrechte herangezogen: Darunter versteht der OGH, "dass der Staat und die anderen Gebietskörperschaften auch dann an die Grundrechte gebunden sind, wenn sie nicht hoheitlich, sondern in der Rechtsform des Privatrechtes handeln, handeln sie doch nur im öffentlichen Interesse. Soweit Gebietskörperschaften im Rahmen des Privatrechts tätig werden, gelten für sie zwar dessen Regeln und damit grundsätzlich die Privatautonomie. Da aber über § 16 ABGB die allgemeinen Wertvorstellungen der verfassungsmäßig garantierten Grundrechte in die Privatrechtsordnung einfließen, sind der Privatautonomie neben ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen auch aus dem verfassungsgesetzlich garantierten Gleichheitsgrundsatz dort Grenzen gesetzt, wo besondere Umstände hinzukommen (...). Die von der Verfassung eingeräumte weitgehende Handlungsermächtigung für die – soweit zur Erfüllung ihrer vielfältigen Aufgaben erforderlich – privatrechtlich tätigen Gebietskörperschaften ist also insoweit begrenzt, als sie nur im öffentlichen Interesse handeln dürfen, weil die Grundrechte für die öffentliche Hand auch dann verpflichtend wirken, wenn diese in Form des Privatrechts tätig wird (...)." ⁴⁴⁶

⁴⁴¹ Hengstschläger/Leeb, Grundrechte (2012) 38 f.

⁴⁴² *Wiederin*, Privatrechtsfähigkeit der Länder und Vermögensdispositionen, Vortrag bei der Statuskonferenz Föderalismus in Österreich, Wien, Diplomatische Akademie, 29.9.2016.

⁴⁴³ *Wiederin*, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669 (672).

⁴⁴⁴ *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (16).

⁴⁴⁵ Vgl weiterführend *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 629 ff; *Bezemek*, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2016) § 4 Rz 15 f.

⁴⁴⁶ OGH 9.5.2007, 7 Ob 269/06v.

Der OGH hat diesen Gedanken in unterschiedlichen Zusammenhängen wiederholt ausgeführt: ZB bei der gesetzlich angeordneten Mitwirkung der Ärztekammer bei der Auswahl der Kandidaten für den Abschluss eines Einzelvertrages mit dem zuständigen Träger der Krankenversicherung,⁴⁴⁷ bei der Subventionsvergabe,⁴⁴⁸ bei der Vermietung von Werbeflächen auf Straßenbahngarnituren eines öffentlichen Nahverkehrsunternehmens⁴⁴⁹ oder bei der Vergabe von Schulfahrtendiensten durch die Stadt Wien.⁴⁵⁰

Grabenwarter/Holoubek nehmen den OGH beim Wort und gehen davon aus, dass auch der privatrechtlich tätige Staat nur im öffentlichen Interesse handeln dürfe. Nicht nur dort, wo der Einzelne – wie bei Vorliegen eines Kontrahierungsanspruches – auf eine Leistung des privatwirtschaftlich handelnden Staates angewiesen sei, sondern auch am freien Markt, also dort, wo der Staat bei der Leistungserbringung in einem Konkurrenzverhältnis zu Privaten stehe, sei er an die Grundrechte – insb an den Gleichheitsgrundsatz – gebunden.⁴⁵¹ *Wiederin* weist demgegenüber darauf hin, dass die vom OGH angenommene Beschränkung der Privatwirtschaftsverwaltung auf das öffentliche Interesse nicht als eine Begrenzung der Rechtsfähigkeit verstanden werden könne.⁴⁵²

Die zitierte Judikatur des OGH ist mE aus zweierlei Gründen nicht auf die Frage, ob Gebietskörperschaften risikoreiche Finanzgeschäfte abschließen dürfen, übertragbar: Zum einen ist zu bedenken, dass in den zugrunde liegenden Fällen die Körperschaften öffentlichen Rechts – obwohl in den Rechtssatzformen des Privatrechts handelnd – eine besondere, *quasi-hoheitliche* Stellung eingenommen haben: Bei der (Mitwirkung an der) Vergabe von Kassenverträgen an Ärzte, der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Vergabe von Subventionen ist die jeweilige Körperschaft öffentlichen Rechts mehr *Staat* denn *Privater*. Eine grundrechtliche Bindung des Staates erscheint auch nur dort legitim, wo staatliche Übermacht begrenzt werden soll; dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Staat mit *Imperium*, also der ihm eigenen Hoheitsgewalt, auftritt oder sich privatrechtlicher Handlungsformen bedient. Hingegen soll der Staat nach der Rsp des OGH dort, wo er wie ein

⁴⁴⁷ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

⁴⁴⁸ OGH 18.12.1992, 6 Ob 563/92; 26.1.1995, 6 Ob 514/95; 9.5.2001, 9 Ob 95/01p.

⁴⁴⁹ OGH 30.11.1993, 4 Ob 146/93.

⁴⁵⁰ OGH 9.5.2007, 7 On 269/06v.

⁴⁵¹ *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (21 f).

⁴⁵² *Wiederin*, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669 (672).

Privater am Geschäftsverkehr teilnimmt, auch wie ein solcher behandelt werden.⁴⁵³ Dies spricht mE für die Annahme einer – von *Wiederin* angedeuteten⁴⁵⁴ – (bloß) abgestuften Grundrechtsbindung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. Das Heranziehen der Fiskalgeltung der Grundrechte setzt nämlich das Vorliegen einer Grundrechtssphäre voraus, die den Kandidaten für einen Kassenvertrag, den Förderungswerber oder den Bieter in einem Vergabeverfahren vor staatlicher Diskriminierungen schützen soll. Eine solche Sphäre ist beim Abschluss von das öffentliche Schuldenmanagement betreffenden Verträgen zwischen einer Gebietskörperschaften und einer Bank nicht zu erkennen. Es fehlt ein Grundrechtsberechtigter, sohin ein Rechtssubjekt, das die Durchsetzung von Grundrechten gegenüber dem Fiskus einfordern könnte. Die Fiskalgeltung ist hier schlicht nicht das Thema, weshalb sich die Frage, ob die Bindung des Staates als Träger von Privatrechten an Grundrechte nun ganz, in abgestufter Form oder gar nicht gilt, idR gar nicht erst stellen wird.

Hinzu kommt – worauf *T Müller* zutreffend hingewiesen hat –, dass mit der Betonung des öffentlichen Interesses als Handlungsschranke der privatrechtlichen Betätigung des Staates die Schutzrichtung der Grundrechte ins Gegenteil verkehrt wird.⁴⁵⁵ Allgemein formuliert ist es dem Staat unter Verweis auf das Bestehen eines legitimen öffentlichen Interesses erlaubt, Beschränkungen grundrechtlicher Garantien vorzusehen, soweit der Eingriff verhältnismäßig – dh in einer demokratischen Gesellschaft notwendig – ist. Das Überwiegen öffentlicher Interessen gegenüber den Interessen Dritter vermag sohin (bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen) Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen.⁴⁵⁶ Nach der stRsp des VfGH können auch juristische Personen, selbst jene des öffentlichen Rechts, Grundrechtsträger sein. Stoßrichtung der Grundrechte ist jedoch primär der Schutz des Einzelnen vor hoheitlichen Eingriffen,⁴⁵⁷ weshalb es "*prinzipiell sinnwidrig (ist), den Staat [...] durch*

⁴⁵³ Vgl OGH 30.11.1993, 4 Ob 146/93: "Soweit die Erstbeklagte Werbeflächen vermietet, nimmt sie am Geschäftsverkehr wie eine andere private Aktiengesellschaft teil; sie ist daher auch nicht anders zu behandeln."

⁴⁵⁴ *Wiederin*, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669 (671 f).

⁴⁵⁵ Vgl *T Müller*, Die Stellung der Länder als Träger von Privatrechten – Aktuelle Verfassungsfragen an den Beispielen riskanter Finanzgeschäfte und Bundesländerinsolvenz, ÖZW 2016, 82 (86 mwN).

⁴⁵⁶ Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 706.

⁴⁵⁷ Vgl *Damjanovic*, Zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde als Teil ihrer Selbstverwaltungsgarantie, ÖZW 2016, 122 (127 f).

Grundrechte gegen Eingriffe staatlicher Organe zu schützen".⁴⁵⁸ Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht ging im sog *Sasbach*-Beschluss davon aus, dass sich eine Gebietskörperschaft (eine Gemeinde) bei Wahrnehmung nichthoheitlicher Tätigkeiten in keiner "*grundrechtstypischen Gefährdungslage*" befinde und deshalb durch einen staatlichen Hoheitsakt (einer anderen Gemeinde) nicht in gleicher Weise wie eine Privatperson "*gefährdet*" werde und mithin insoweit nicht "*grundrechtsschutzbedürftig*" sei.⁴⁵⁹ Das Bundesverfassungsgericht schränkte die Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen des öffentlichen Rechts damit deutlich ein. Der Gedanke, dass das öffentliche Interesse den Staat schützen soll und das auch noch vor sich selbst, indem es seine privatrechtliche Handlungsfähigkeit beschneidet, vermögen daher mE aus grundrechtlicher Perspektive nicht zu überzeugen.

4.4.5. Das Effizienzprinzip als Grenze nichthoheitlichen Handelns?

4.4.5.1. Effizienz als Maßstab

Anknüpfend an die vorstehenden Überlegungen zur Zweckgebundenheit staatlicher Privatwirtschaftstätigkeit wird von Teilen der Lehre im verfassungsrechtlichen Effizienzgebot eine weitere Schranke des öffentlichen Finanz- und Schuldenmanagements erkannt. Bund, Ländern und Gemeinden seien demnach – vereinfacht dargestellt – öffentliche Mittel treuhänderisch anvertraut, weshalb evident unwirtschaftliches Handeln – wie der Abschluss spekulativer Finanzgeschäfte – auf Grund der verfassungsrechtlich auferlegten Verpflichtung zur sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Ausrichtung staatlichen bzw kommunalen Handelns als nicht im öffentlichen Interesse gelegen zu qualifizieren sei. In der Folge soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit dieser Grundsatz die privatrechtlichen Gestaltungsspielräume der Gebietskörperschaften begrenzt.

Das Effizienzprinzip ist insb im sechsten Hauptstück der Bundesverfassung in den Art 126b Abs 5, 127 Abs 1, 127a Abs 1, 116a Abs 1 Z 2 sowie 127b Abs 3 B-VG verfas-

⁴⁵⁸ Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 705.

⁴⁵⁹ BVerfGE 61, 82 Rn 78 zum behaupteten Eingriff ins Eigentumsrecht der Gemeinde Sasbach durch den Bau eines Kernkraftwerkes in der Nachbargemeinde, in der die Gemeinde Sasbach Grundeigentum besaß.

sungsrechtlich determiniert.⁴⁶⁰ Es dient in erster Linie als Maßstab der Rechnungs- und Gebarungskontrolle und gebietet, dass sich "*jede Überprüfung auf die ziffernmäßige Richtigkeit, die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften, ferner auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu erstrecken (hat)*".⁴⁶¹ Adressaten dieses Grundsatzes sind somit die Organe der staatlichen und kommunalen Finanzkontrolle, wie der (Bundes-)Rechnungshof, die Landesrechnungshöfe, die Landesgemeindefaufsichtsbehörden⁴⁶² sowie die gemeindeinternen Kontrolleinrichtungen. Zudem ist anerkannt, dass die Effizienzkriterien auch "*eine (Vor-)Wirkung als Handlungsmaximen für das gesamte Verwaltungshandeln (entfalten)*".⁴⁶³ Darin ist ein Auftrag an die Gebietskörperschaften zu sehen, die Effizienz ihrer Verwaltungstätigkeit zu optimieren.⁴⁶⁴ Ziel muss es sein, die bestmögliche Relation zwischen den eingesetzten öffentlichen Mitteln (*input*) und den damit erzielten Leistungen (*output*) bzw Wirkungen (*outcome*) des Verwaltungshandelns in der Gesellschaft zu erreichen.⁴⁶⁵ Dabei soll entweder ein vorgegebenes Ziel unter Einsatz möglichst geringer öffentlicher Mittel erreicht (Minimalprinzip) oder mit den bereitgestellten Ressourcen ein größtmöglicher Ertrag erzielt werden (Maximalprinzip).⁴⁶⁶

Unbestritten und durch die stRsp des VfGH anerkannt ist ebenso, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot neben der staatlichen und kommunalen Verwaltung auch den Gesetz- bzw Verordnungsgeber bindet und die Effizienzkriterien vom VfGH als Maßstäbe im Normenprüfungsverfahren herangezogen werden können.⁴⁶⁷ Demnach ist zB die Gemeinde bei der Ausschreibung von Benützungsgebühren für die örtliche Kanalisation im Verord-

⁴⁶⁰ Vgl weiterführend *Hengstschläger*, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in *Pabel* (Hrsg), *Gemeinderecht* (2015) Rz 234.

⁴⁶¹ Art 126b Abs 5 B-VG.

⁴⁶² Vgl zB § 79 Bgld GemO, § 89 Nö GemO, § 102 K-AGO, § 99 Oö GemO, § 84 Sbg GemO, § 119 TGO, § 90 VlbG GemG.

⁴⁶³ *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung (Teil Ib), ÖZW 1995, 8 ff.

⁴⁶⁴ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* (Hrsg), *Österreichisches Staatsrecht*, Band 2, Staatliche Organisation³ (2014) Rz 27.102 f.

⁴⁶⁵ Vgl *Hengstschläger*, Rechnungshofkontrolle (2000) Art 126b Abs 1 und 5, Art 127 Abs 1, Art 127a Abs 1 Rz 16.

⁴⁶⁶ Vgl RV 203 BlgNR XXIII. GP, 9; *Wimmer*, *Dynamische Verwaltungslehre*³ (2013) 289 f; zur vergleichbaren Begrifflichkeit in Deutschland s *Isensee/Kirchhoff* (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts*³, Band V (2007) § 120, 1200.

⁴⁶⁷ Von einer derartigen "(Vor-)Wirkung" der Effizienzkriterien geht auch der VfGH in VfSlg 16.641/2002 aus.

nungswege⁴⁶⁸ ebenso an die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gebunden wie der Bundesgesetzgeber bei der Vorsehung einer differenzierten grunderwerbsteuerlichen Behandlung von Grundankäufen.⁴⁶⁹ Die Effizienzkriterien sind sohin nicht bloß rechnerische bzw buchhalterische Größen, ihre Einhaltung ist vielmehr einer – wenn auch eingeschränkten – *rechtlichen* Kontrolle durch den VfGH zugänglich.⁴⁷⁰ Zwar kommt ihnen keine grundrechtliche Qualität zu, zumal sie keine "*verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte*" verbürgen. Ein Verstoß gegen diese (bloße) Verfassungsprinzipien stellt insoweit keine Verletzung in subjektiven Rechten der Rechtsunterworfenen dar.⁴⁷¹ Der Effizienz kann jedoch – als eine spezielle Ausprägung des Gleichheitssatzes im Rahmen der Sachlichkeitsprüfung Bedeutung zukommen.

Schon *Korinek* hat darauf hingewiesen, dass den Effizienzkriterien eine gewisse "*Unschärfe*" inhärent ist: "*Nur wenn es gänzlich unvertretbar ist, eine Maßnahme als wirtschaftlich, sparsam und zweckmäßig zu bewerten, wird diese Maßnahme als ineffizient und*

⁴⁶⁸ VfSlg 11.294/1987: "*Wie der Beteiligte nämlich richtig ausführt, ist eine Gemeinde bei der Ausschreibung von Benützungsgebühren nach der Judikatur des VfGH an die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung gebunden. Geht aber eine Gemeinde bei der Festsetzung der Gebühren für eine Einrichtung, die für Zwecke der öffentlichen Verwaltung betrieben wird, nicht von jenen Kosten aus, die bei einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Führung der Einrichtung tatsächlich erwachsen bzw. erwachsen würden, dann belastet dies die Gebührenverordnung mit Rechtswidrigkeit [...].*"

⁴⁶⁹ VfSlg 11.190/1986: "*Es scheint nämlich, daß der primär aus fiskalischen Motiven erklärbaren Grunderwerbsteuerverpflichtung eine Vielzahl von kasuistischen Ausnahmetatbeständen gegenübersteht, die – wie gerichtsbekannt ist – sowohl auf seiten der Steuerpflichtigen (insgesamt) wie auch auf seiten der öffentlichen Hand zu einem enormen Verwaltungsaufwand führen, der – setzt man ihn in Verhältnis zum Steuerertrag – unverhältnismäßig sein dürfte [...]. Dies scheint dem aus dem Gleichheitsgebot erfließenden Sachlichkeitsgebot der Bundesverfassung insofern zu widersprechen, als damit eine effiziente, an den Kriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (Art 126b Abs 5, 127 Abs 1 und 127a Abs 1 B-VG) orientierte Verwaltungstätigkeit [...] geradezu inhibiert erscheint.*"

⁴⁷⁰ Vgl VfSlg 17.023/2003: "*Schließlich hat der Verfassungsgerichtshof in seiner jüngeren Rechtsprechung im Zusammenhang mit Ausgliederungen dem aus der Bundesverfassung ableitbaren Gebot zu sparsamer, wirtschaftlicher und zweckmäßiger Haushaltsführung die Bedeutung eines allgemeinen, auch die Gesetzgebung bindenden Effizienzprinzips beigemessen (VfSlg. 14.473/1996, 14.474/1996; [...]). Nach diesem mutatis mutandis auch für Selbstverwaltungskörper geltenden Prinzip haben diese die ihnen zugewiesenen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung grundsätzlich sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig zu besorgen. Soweit daher das Effizienzgebot als eine besondere Ausprägung des Sachlichkeitsgebotes auch an den Gesetzgeber gerichtet ist, obliegt es diesem, Selbstverwaltungskörper gemessen an den ihnen übertragenen Aufgaben zweckmäßig, dh. so zu gestalten, dass eine diesen Grundsätzen entsprechende Verwaltungsführung gewährleistet ist (VfSlg. 17.023/2003).*"

⁴⁷¹ Vgl *Lachmayer*, Effizienz als Verfassungsprinzip, in *Bungenberg et al* (Hrsg), *Recht und Ökonomik* (2004) 135 (154).

dementsprechend rechtswidrig qualifiziert werden können."⁴⁷² Diese einschränkende Auslegung entspricht der stRsp des VfGH: Bezieht der Gerichtshof die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit in seine Erwägungen mit ein, so verweist er dabei zum einen auf den weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum, der dem Adressaten des Effizienzgebotes bei der Erreichung dieses Verfassungsgrundsatzes zukommt und beschränkt die Überprüfung des Verwaltungshandelns aus ökonomischen Gesichtspunkten zum anderen stets auf eine bloße "*Vertretbarkeitskontrolle*", was dazu führt, dass er nur in besonders gelagerten Einzelfällen eine Verletzung der genannten Kriterien feststellt.⁴⁷³ Dies ist darin begründet, dass dem VfGH im Erkenntnisbeschwerdeverfahren nach Art 144 B-VG die Kontrolle der Rechtmäßigkeit gerichtlicher Entscheidungen obliegt und er dabei in erster Linie über die behauptete Verletzung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm erkennt.

Im Normprüfungsverfahren befindet er über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen (Art 139 B-VG) bzw über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen (Art 140 B-VG). Die Bewertung der Wirtschaftlichkeit gesetzgeberischer oder administrativer Handlungen, also vorderhand *politischer* Entscheidungen, ist ihm hingegen fremd. Trotzdem sowohl die Organe der Rechnungs- und Gebarungskontrolle als auch der VfGH die Effizienzkriterien heranziehen, ist die Kontroll*dichte* – dh die Tiefe, mit der sie die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit eines staatlichen Aktes bemessen – grundverschieden: Während der VfGH nach seiner stRsp lediglich jene Maßnahmen als ineffizient und damit verfassungswidrig qualifiziert, die mit den Effizienzkriterien aus seiner Sicht gänzlich unvereinbar sind, rügen die Rechnungshöfe in ihren an die Legislative adressierten Berichten Ineffizienzen in einem viel umfangreicheren Ausmaß.⁴⁷⁴ Der VfGH greift nur besonders qualifizierte Unwirtschaftlichkeiten auf, nämlich solche, in denen er (auch) eine Ver-

⁴⁷² Korinek, Das Zusammenspiel hoheitlicher und privatrechtlicher Gestaltungsakte in der kommunalen Wirtschaftsverwaltung in *Krejci/Ruppe* (Hrsg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 27 (43).

⁴⁷³ Vgl zB VfSlg 11.294/1986 zur Bindung der Gemeinde bei Ausschreibung von Benützungsgebühren an die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung sowie VfSlg 13.429/1993 zur zinsbringenden Veranlagung von Hochschultaxen durch die Universität Wien; *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung (Teil Ib), ÖZW 1995, 8.

⁴⁷⁴ *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung (Teil Ib), ÖZW 1995, 8.

letzung des Gleichheitsgrundsatzes erkennt. Deshalb darf es zB nicht verwundern, dass der VfGH im *Austro-Control*-Erkenntnis⁴⁷⁵ zur Beleihung Privater mit Aufgaben der Hoheitsverwaltung die naheliegende Frage nach dem "*komparativen Vorteil*" unbeantwortet gelassen hat.⁴⁷⁶ Der VfGH hat sich nicht dazu geäußert, ob die Vollziehung des Zivilluftfahrtrechts durch die Gründung der *Austro-Control* GmbH und der damit einhergehenden Überantwortung hoheitlicher Befugnisse insgesamt sparsamer, wirtschaftlicher und zweckmäßiger erfolgt als durch den Bund als operativen Leistungserbringer, zumal das nicht sein Thema ist. Dies ist nur ein Beleg für die zurückhaltende Verwendung der Effizienzkriterien durch den VfGH. *Funk* hat dies pointiert wie folgt zusammengefasst: "*So bleibt denn die an sich begrüßenswerte Erinnerung an das Effizienzgebot aus juristischer Sicht letzten Endes in den Wind gesprochen und damit ineffizient.*"⁴⁷⁷

Wenngleich die Gebietskörperschaften bereits auf der Grundlage der Art 51 Abs 8 (Haushaltsführung des Bundes),⁴⁷⁸ Art 126b Abs 5 (Bund), Art 127 Abs 1 (Länder) sowie Art 127a Abs 1 B-VG (Gemeinden)⁴⁷⁹ *ex constitutione* zur Effizienz bzw zur Einhaltung der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit ihrer gebarungswirksamen Handlungen verpflichtet werden, rezipieren die Landesverfassungen,⁴⁸⁰ Gemeindeordnungen⁴⁸¹ und Stadtrechte⁴⁸² die Effizienzkriterien in gleicher Weise.⁴⁸³ Ähnliche Ziele verfolgen die in den Kommunalgesetzen verorteten Regelungen, die vorsehen, dass das gesamte ertragsfähige Gemeindevermögen tunlichst ungeschmälert und ohne Beeinträchtigung der Substanz zu erhalten ist, mit der gebotenen Vorsicht und seiner Zweckbestimmung entsprechend verwaltet werden soll oder gebieten, dass durch die kommunale

⁴⁷⁵ VfSlg 14.473/1996.

⁴⁷⁶ *Funk*, ÖZW 1997/2, 55 (61).

⁴⁷⁷ *Funk*, ÖZW 1997/2, 55 (61).

⁴⁷⁸ Die bis zum 31.12.2008 in Geltung stehende Vorgängerbestimmung des Art 51a Abs 1 B-VG verpflichtete den Bundesminister für Finanzen bei der Haushaltsführung noch ausdrücklich zur Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit. Durch die Bezugnahme auf die "*Effizienz*" sollte diese Verpflichtung jedoch keine Bedeutungsänderung erfahren. Vgl RV 203 BlgNR XXIII. GP, 9: "*Der zentrale Grundsatz der Effizienz (Wirtschaftlichkeit) bezieht sich auf unterschiedliche Ebenen von Verwaltungshandeln, die Zielebene, die Maßnahmenebene und die Wirtschaftlichkeitsebene. Er ermöglicht damit auch die Einordnung der Begriffe der Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit.*"

⁴⁷⁹ Vgl auch Art 116a Abs 1 Z 2 B-VG (Gemeindeverbände) sowie Art 127b Abs 3 B-VG (gesetzliche berufliche Vertretungen).

⁴⁸⁰ Vgl zB Art 10 Sbg L-VG, Art 71 Wr Stadtverfassung.

⁴⁸¹ Vgl zB § 38 Nö GemO, § 34 K-AGO, § 49 Sbg GemO, § 90 TGO, § 3 VlbG GemG.

⁴⁸² Vgl zB § 34 Klagenfurter Stadtrecht 1998, § 35 Villacher Stadtrecht 1998.

⁴⁸³ Vgl weiterführend *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 566, 624.

Aufgabenwahrnehmung ein größtmöglicher Nutzen erzielt werden soll.⁴⁸⁴ Solche Normen belegen die Gemeinde im Verwaltungsinnenbereich mit einer besonderen Sorgfaltspflicht in Bezug auf ihre Vermögensverwaltung, indem sie eine auf den langfristigen wirtschaftlichen Erfolg ausgerichtete Wirtschaftsführung einfordern und einer auf kurzfristigen, bloß vorübergehenden finanziellen Profit abzielenden Verwaltung entgegenstehen.⁴⁸⁵ Im Hinblick auf ihre rechtliche Qualität und Justiziabilität sind diese landesgesetzlichen Bestimmungen dem bundesverfassungsgesetzlichen Effizienzgebot im Wesentlichen gleichzuhalten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es weitgehend unbestritten ist, dass die Effizienzkriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sämtliche Staatsgewalten binden und – mit Blick auf den Bereich der Vollziehung – sowohl für die hoheitliche als auch die nichthoheitliche Verwaltung als Maßstäbe fungieren.⁴⁸⁶ Auf Grund ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung kommt ihnen umfassende Justiziabilität zu. Jedoch hat nicht jedes zur Kontrolle staatlichen bzw kommunalen Handelns berufene Organ das Effizienzgebot in gleicher Weise als Maßstab heranzuziehen. In jenen Regelungsbereichen, in denen es an ausdrücklichen (einfach-)gesetzlichen Determinanten rechtsgeschäftlichen Handelns mangelt, wirkt das Effizienzgebot als Auslegungshilfe gebarungswirksamer Maßnahmen.⁴⁸⁷

4.4.5.2. Effizienz als Rechtsbegriff

Die gutachterliche und wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den spekulativen Finanzveranlagungen des Bundeslandes Salzburg hat sich auch mit der Frage beschäftigt, ob die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit justiziable Schranken für das öffentliche Schuldenmanagement darstellen können.⁴⁸⁸ *Grabenwarter/Holoubek* leiten idZ aus den Effizienzkriterien den allgemeinen Grundsatz ab, "dass

⁴⁸⁴ Vgl § 68 Abs 2 Oö GemO, § 69 Abs 2 TGO, § 69 Nö GemO, § 57 Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992.

⁴⁸⁵ Nö Studiengesellschaft für Verfassungs- und Verwaltungsfragen, Kommentar zur Nö GemO 1973³ (2002) 302.

⁴⁸⁶ *Thunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000) 83.

⁴⁸⁷ *Korinek*, Das Zusammenspiel hoheitlicher und privatrechtlicher Gestaltungsakte in der kommunalen Wirtschaftsverwaltung, in *Krejci/Ruppe* (Hrsg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 27 (42).

⁴⁸⁸ Zur Chronologie des "Salzburger Spekulationsskandals" und der medialen Berichterstattung dazu vgl de.wikipedia.org/wiki/Salzburger_Spekulationsskandal.

staatliche Organe bei ihrer Gebarung nicht erforderliche Verlustrisiken vermeiden sollen".⁴⁸⁹ Rein spekulative Finanzgeschäfte ohne jede Risikobegrenzung seien demnach nicht als sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig zu qualifizieren und daher mit der Bundesverfassung nicht vereinbar. Da Bund, Länder und Gemeinden über keine eigenen Gelder, sondern nur über treuhänderisch überantwortete öffentliche Mittel verfügten, sei es ihnen auf Grund des Effizienzgebotes bereits von Verfassungs wegen verwehrt, nicht erforderliche Risiken einzugehen. Rechtsgeschäfte, die allein der spekulativen Vermögenvermehrung dienten, seien dem "Gang ins Casino" gleichzuhalten und stünden der Verpflichtung entgegen, bereitgestellte Mittel möglichst ungeschmälert zu erhalten.⁴⁹⁰ Zur Abgrenzung zwischen den von der Bundesverfassung tolerierten und den die verfassungsrechtlichen Vorgaben übersteigenden Risiken verweisen *Grabenwarter/Holoubek* auf die haushaltsrechtlichen Bestimmungen des B-VG: In Art 51 Abs 2 B-VG⁴⁹¹ seien Mittelverwendungen infolge eines Kapitalaustausches bei Währungstauschverträgen im Rahmen des Schuldenmanagements des Bundes ausdrücklich vorgesehen. Daraus könne abgeleitet werden, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber durch die Verankerung der Währungstauschverträge im Verfassungstext nur den Abschluss bestimmter – in einem Konnex zu den Finanzschulden des Bundes stehender – Rechtsgeschäfte anerkannt habe. Nur jene Rechtsgeschäfte, die sich unter den Begriff der "Währungstauschverträge" subsumieren ließen, könnten von Bund und Ländern im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung iSd Art 17 B-VG rechtmäßiger Weise abgeschlossen werden. All jene Rechtsgeschäfte, die mit höheren Risiken verbunden seien, stünden einer den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verpflichteten Verwaltungsführung sohin entgegen. Solche Finanzgeschäfte seien nicht bloß rechtswidrig; Bund und Länder seien zu deren Abschluss vielmehr gar nicht erst kompetent. Die Währungstauschverträge bildeten die äußerste Grenze nichthoheitlichen Handelns.

Im Wege einer systematischen Interpretation des Art 17 B-VG iVm den Bestimmungen des sechsten Hauptstückes der Bundesverfassung über die Rechnungs- und Gebarungs-

⁴⁸⁹ *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (23).

⁴⁹⁰ Mit Verweis auf *Baumgartner*, Art 126b B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2010) Rz 93.

⁴⁹¹ Eingefügt im Rahmen der Reform der haushaltsrechtlichen Verfassungsbestimmungen durch BGBl I 1/2008; vgl auch Art 51c Abs 2 B-VG.

kontrolle (vgl Art 126b Abs 5, 127 Abs 1 und 127a Abs 1 B-VG) gelangen *Grabenwar-ter/Holoubek* zum Ergebnis, dass das Effizienzprinzip die Zuständigkeit des Bundes und der Länder zum Handeln in den Rechtssatzformen des Privatrechts insoweit beschränke, als Vertragsabschlüsse, die ausschließlich der Geldbeschaffung dienen und eine "reine Spekulation ohne Risikobegrenzung" darstellen, nicht im öffentlichen Interesse gelegen und als solche nicht von der ihnen durch Art 17 B-VG verliehenen Ermächtigung seien. Das öffentliche Interesse am Schutz – bzw am effizienten Einsatz – öffentlicher Mittel ge-biete demnach ein Verbot reiner Spekulationsgeschäfte und beschränke die Zuständig-keit von Bund und Ländern zu privatwirtschaftlichem Handeln im Rahmen ihres öffentli-chen Schuldenmanagements auf bestimmte, verfassungsrechtlich anerkannte Finanzge-schäfte. Nach der von *Grabenwarter/Holoubek* vertretenen Rechtsansicht stellt der Ab-schluss spekulativer Finanzgeschäfte jenen – oben abstrakt umschriebenen – "Extrem-fall" dar,⁴⁹² in dem nicht mehr von der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch staatliche Organe ausgegangen werden kann.

*Wiederin*⁴⁹³ hält dem die institutionelle Trennung und die unterschiedlichen Funktionen der Kontrolle im demokratischen Rechtsstaat entgegen: Die Bundesverfassung betraue verschiedene Institutionen mit der rechtlichen und politischen Kontrolle der staatlichen und kommunalen Verwaltung, weise der Kontrolle unterschiedliche Zwecke zu und gebe den Kontrolleuren für ihre Prüfungstätigkeit unterschiedliche Maßstäbe an die Hand. Während die Rechtmäßigkeit – im Wesentlichen die Verfassungs- oder Gesetzmäßigkeit – von den Gerichten zu beurteilen sei, stehe den Organen der Rechnungs- und Geba-rungskontrolle – und nur diesen – die Überprüfung der ziffernmäßigen Richtigkeit, der Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften und der Sparsamkeit, Wirtschaft-lichkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu. Die Verankerung der Geba-rungsgrundsätze in der Bundesverfassung führe nicht dazu, dass der Kontrollmaßstab der Rechtmäßigkeit um weitere Kontrollaspekte des B-VG "angereichert" werde und in jeder Ineffizienz gleichzeitig eine – (auch) von den Gerichten aufzugreifende – Rechtswidrigkeit bzw ein Verstoß gegen die Bundesverfassung zu erblicken sei. Die Effizienz von Entschei-dungen sei ausschließlich von den Rechnungshöfen und letztlich den Parlamenten zu be-

⁴⁹² Vgl *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 37; *Kahl*, Art 17 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) Rz 13.

⁴⁹³ *Wiederin*, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669 (677).

urteilen, sie stelle jedoch keinen (rechtlichen) Maßstab für die Gerichte dar. Diese Rechtsansicht entspreche der stRsp des VfGH, der das Effizienzprinzip zurückhaltend anwende und dieses insb nicht als eigenständigen Prüfungsmaßstab im Normenprüfungsverfahren nach Art 140 B-VG heranziehe.

Des Weiteren nimmt *Wiederin* gewissermaßen eine Rangordnung der Kontrollmaßstäbe an und verweist auf die Subsidiarität der Effizienz im Vergleich zur Rechtmäßigkeit: Entgegen der Ansicht von *Graberwarter/Holoubek* stelle der in Art 51 Abs 8 B-VG für die Haushaltsführung des Bundes verankerte Effizienzgrundsatz kein justiziables Gebot dar, gegen das die staatliche Verwaltung aus verfassungsrechtlicher Perspektive verstoßen könne. Es sei nur dort zu berücksichtigen, wo die gesetzlichen Vorgaben Spielräume offen ließen und als bloß haushaltsrechtliches Innenrecht ohne jede Außenwirkung zu qualifizieren.⁴⁹⁴ Für die Vertragsbeziehungen der öffentlichen Hand mit Privaten sei ein Verstoß gegen interne Effizienzvorgaben demnach unbeachtlich und ohne jeden Einfluss auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes mit Bund und Ländern.

Holoubek/Prändl nehmen – freilich ohne sich im Ergebnis festzulegen – hierzu eine vage, im Ergebnis vermittelnde Position ein:⁴⁹⁵ Sie erachten auch risikobehaftete Maßnahmen des Kredit- und Veranlagungsmanagements als verfassungsrechtlich zulässig und im Lichte des Effizienzgebotes "*auch zumindest nahe liegend*". Klare Grenzen ließen sich "*aus dem allgemein gehaltenen verfassungsrechtlichen Effizienzgebot naturgemäß nicht exakt ableiten*". Als unvereinbar mit dem Effizienzgebot und gegen die im öffentlichen Interesse liegende privatwirtschaftliche Mittelverwendung verstoßend sei das Eingehen unbegrenzter Risiken anzusehen. "*Die Grenze des rechtlich Zulässigen wird möglicherweise erst dann überschritten sein, wenn spekulative Geschäfte ohne risikobegrenzende Maßnahmen, also unter Inkaufnahme auch besonders hoher Verluste bei gleichzeitigem Wissen um die besondere Risikogeneigntheit des Geschäfts, vorgenommen werden.*"⁴⁹⁶ Ein

⁴⁹⁴ *Wiederin*, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669 (679 mWN).

⁴⁹⁵ Vgl. *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 211 ff (zur Landesebene) sowie 222 f (zur Gemeindeebene).

⁴⁹⁶ *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 212.

Verstoß ist demnach erst dann anzunehmen, wenn das Risiko evident ist und das Rechtsgeschäft ohne risikobegrenzende Maßnahmen trotzdem abgeschlossen wird. Als zulässig sei der Abschluss risikogeneigter Finanzgeschäfte demgegenüber insb dann zu bewerten, wenn die Gebietskörperschaft Maßnahmen zur Risikominimierung gesetzt und bspw "Ausstiegsszenarien" miteingeplant oder eine Deckelung des maximalen Verlustes vorgesehen habe. *Holoubek/Prändl* verweisen zudem darauf, dass sich aus dem in Rede stehenden Verfassungsgebot Unterschiede im Hinblick auf die Verantwortlichkeit ergeben würden und zwischen einer "harten" rechtlichen und einer – schon erheblich früher einsetzenden – politischen Verantwortlichkeit zu differenzieren sei. Nicht jedes wirtschaftlich fehlerhafte Verhalten sei auch als rechtlich unzulässig zu bewerten. Dieser Auffassung folgend, das Pferd jedoch von hinten aufzäumend, geht *N Raschauer* davon aus, dass dort, wo ein Spekulationsgeschäft "aufgabenbezogen" eingesetzt werde und der Gebietskörperschaft im Ergebnis zum Vorteil gereiche, von staatlichen Kontrollorganen nicht beanstandet werden könne.⁴⁹⁷

Sowohl an der Rechtsansicht von *Graberwarter/Holoubek* als auch an der von *Wiederin* ist Kritik anzumerken: Die von *Wiederin* vertretene strikte institutionelle Trennung von Rechtswidrigkeit und Effizienz geht mE zu weit. Der Auffassung, dass die Effizienz für die Gerichte unter keinen Umständen ein tauglicher Maßstab sein könne, weil sie jenseits der – von den Gerichten ausschließlich als Kontrollmaßstab heranzuziehenden – Rechtswidrigkeit liege,⁴⁹⁸ ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Wenn der (Verfassungs-) Gesetzgeber ökonomische, technische oder politische Entscheidungsmaßstäbe als maßgeblich erachtet, diese in die positive Rechtsordnung inkorporiert und die staatlichen Organe zu ihrer Beachtung verpflichtet, dann ist kein Grund ersichtlich, warum ein Verstoß gegen diese Determinanten nicht als Rechtswidrigkeit von den Gerichten im Rahmen ihrer Rechtskontrolle des Verwaltungshandelns aufgegriffen werden sollte. Ein ökonomischer, technischer oder politischer Maßstab wird durch seine Positivierung "verrechtlicht" und ist als solcher auch für die Gerichte beachtlich.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ *N Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (67).

⁴⁹⁸ *Wiederin*, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669 (678).

⁴⁹⁹ *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen (1984) 76 f.

Nun ist *Wiederin* aber insoweit zuzustimmen – und hier setzt die Kritik an *Grabenwar-ter/Holoubek* an –, dass der Rechtskontrolle natürliche Grenzen gesetzt sind. Begreift man die rechtliche Kontrolle als die Überprüfung eines konkreten Lebenssachverhaltes auf seine Vereinbarkeit mit materiell-rechtlichen Vorgaben, dann endet diese dort, wo die Rechtsordnung keine justiziablen Aussagen mehr bereithält.⁵⁰⁰ Für die Rechnungs- und Gebarungskontrolle durch Rechnungshöfe, die als parlamentarische Hilfsorgane den gesetzgebenden Körperschaften über die Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns Bericht erstatten, beschreiben und bewerten und den politischen Prozess dadurch zwar beeinflussen, selbst jedoch keine bindenden Entscheidungen treffen können, eignen sich die verfassungsrechtlichen Effizienzkriterien durchaus als Maßstab. Sowohl das öffentliche Schuldenmanagement einer Gebietskörperschaft insgesamt als auch ein konkret abgeschlossenes Rechtsgeschäft kann unter Heranziehung dieser Determinanten geprüft und als ineffizient, unwirtschaftlich oder unzumutbar bewertet werden. Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit stellen jedoch – isoliert betrachten – keine tauglichen Kontrollmaßstäbe für eine gerichtliche Entscheidungsfindung dar. Eine auf das Effizienzgebot begrenzte Argumentation vermag daher weder eine Beschränkung der Befugnis der öffentlichen Hand zum Abschluss (auch unwirtschaftlicher) Finanzgeschäfte zu belegen noch die Rechtswidrigkeit derartiger Vertragsabschlüsse zu begründen. Mit *Holoubek/Prändl* ist davon auszugehen, dass nicht in jeder politisch vorwerfbaren auch eine rechtlich erhebliche Fehlerhaftigkeit des Verwaltungshandelns erblickt werden kann, die von den Gerichten aufzugreifen wäre.⁵⁰¹ Aufgezeigte Ineffizienzen sind vielmehr von den allgemeinen Vertretungskörpern zu würdigen und können die Grundlage für gegensteuernde legislative Maßnahmen bilden. Um den Begriff der Effizienz rechtlich aufzuladen und ihn zu einem – über einen bloßen Verfassungsgrundsatz hinausgehenden – Maßstab der Rechtskontrolle zu machen, bedarf es konkreter gesetzlicher Determinanten, die das öffentliche Schuldenmanagement und dessen Kontrolle vorherbestimmen. Dabei ist sowohl an materiell-rechtliche Bestimmungen zu denken, die bspw näher darlegen, unter welchen Voraussetzungen eine Veranlagung von Bund, Ländern und Gemeinden als spar-

⁵⁰⁰ Zu den Grenzen der gerichtlichen Kontrolle vgl. *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen (1984) 68 ff.

⁵⁰¹ *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 212.

sam, wirtschaftlich und zweckmäßig anzusehen ist, als auch an verfahrensrechtliche Regelungen der staatlichen und kommunalen Entscheidungsprozesse, deren Einhaltung ihrerseits der gerichtlichen Kontrolle unterliegen können. So ist insb im (hoheitlichen) Planungsrecht anerkannt, dass ein Weniger an gesetzlicher Determinierung durch ein Mehr an verfahrensrechtlichen Regelungen kompensiert werden kann (Stichwort "*Legitimation durch Verfahren*").⁵⁰² Dieser Gedanke ist mE durchaus auf den Bereich des (zur Privatwirtschaftsverwaltung rechnenden) öffentlichen Schuldenmanagements übertragbar.

4.4.5.3. Das Effizienzprinzip in der deutschen Rechtsordnung

Auch die deutschen Gebietskörperschaften sind im Rahmen ihrer Wirtschaftsführung den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verpflichtet.⁵⁰³ Bei der konkreten Ausgestaltung ihrer wirtschaftlichen Betätigung gewähren die deutschen Verwaltungsgerichte staatlichen und kommunalen Einrichtungen einen weiten Beurteilungsspielraum. Ähnlich wie der VfGH gehen sie nur dann von einem Verstoß gegen die genannten Prinzipien aus, "*wenn die Gemeinde ihre Entscheidungsbefugnis in nicht mehr vertretbarer Weise ausgeübt hat*"⁵⁰⁴ bzw wenn das Vorgehen "*mit den Grundsätzen vernünftiger Wirtschaft schlechthin nicht vereinbar ist*".⁵⁰⁵ Der BGH leitet aus dem Effizienzgrundsatz sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip ab, dass Vertragsabschlüsse von Bund, Ländern und Gemeinden nicht im Widerspruch zu zentralen staatlichen Belangen stehen dürften. Einer dieser Belange sei im Grundsatz zu erblicken, dass der Staat "*nichts verschenken*" dürfe.⁵⁰⁶ Auch in Deutschland vermögen nach hL die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit den Einsatz derivativer Finanzinstrumente nicht gänzlich zu verbieten, mögen sie auch als Abwägungskriterium im Einzelfall dienlich sein.⁵⁰⁷

⁵⁰² Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 607; weiterführend *Lachmayer*, Effizienz als Verfassungsprinzip, in *Bungenberg et al* (Hrsg), Recht und Ökonomik (2004) 135 (155).

⁵⁰³ Vgl zur Rechtlage auf Bundesebene zB Art 114 Abs 2 GG, § 6 Haushaltsgrundsätzegesetz, § 7 Bundeshaushaltsordnung.

⁵⁰⁴ OVG Münster 26.10.1990, 15 A 1099/87 = NVwZ-RR 1991, 509 zur Vergabe von fünf von sechs Bauaufträgen an dieselbe Unternehmung.

⁵⁰⁵ OVG Koblenz 8.6.2007, 2 A 10286/07 = NVwZ-RR 2007, 702 zur Planstellenausweisung durch die Kommune.

⁵⁰⁶ BGH 17.9.2004, V ZR 339/03 mwN zum besonders günstigen Verkauf von Grundstücken durch eine Kommune an die dinglich Nutzungsberechtigten der jeweiligen Liegenschaft.

⁵⁰⁷ So auch *Lammers*, Pflichtverletzungen bei kommunalen Zins-Swaps, NVwZ 2012, 12.

Dem Deutschen Städtetag zufolge hat die Gemeinde den Nachweis der Wirtschaftlichkeit eines derivativen Finanzgeschäftes eigenverantwortlich zu erbringen. Dabei soll die Kommune insb die Wirkungen des Derivats auf das gesamte kommunale Schuldenportfolio beurteilen, eine Bewertung des Geschäfts sowohl aus *ex-ante* als auch aus *ex-post* Sicht vornehmen, Zinersparnisse ausweisen sowie gesetzte Ziele und erwirtschaftete Erträge gegenüberstellen. Überschreitet das gesamte Schuldenportfolio bzw das einzelne Grundgeschäft eine bestimmte Wertgrenze nicht, so ist nach der Empfehlung der Interessenvertretung der deutschen Kommunen der Einsatz von Derivaten jedenfalls als unwirtschaftlich zu qualifizieren.⁵⁰⁸ Die Auferlegung vergleichbarer Dokumentationspflichten, die Implementierung eines *Reporting*- und *Benchmark*-Systems, die Einführung von Schwellenwerten und die damit einhergehende Schaffung eines kommunalen Schuldenmanagements ist sicherlich auch mit Blick auf Österreichs Gemeinden ein gangbarer Weg den Einsatz derivativer Finanzinstrumente zu reglementieren, ohne die kommunale Wirtschaftsfreiheit zu verletzen. Ungeeignet erscheint mE jedoch der Versuch, die Wirtschaftlichkeit eines Finanzderivats am (teilweisen oder gänzlichen) Erreichen selbst gesteckter Ziele – insb der tatsächlichen Verminderung der Zinsausgaben – festzumachen. Bei der Beurteilung der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit eines singulären Geschäftsfalles darf kein falscher Blickwinkel gewählt werden: Aus dem Umstand, dass einer Kommune aus einem derivativen Finanzgeschäft "*unter dem Strich*", also *ex-post* betrachtet, Verluste erwachsen, kann nicht auf eine unweigerliche Verletzung des Effizienzgebotes geschlossen werden. Um dem Effizienzgebot zu genügen, ist die bloße Vertretbarkeit eines Geschäftsabschlusses aus *ex-ante*-Sicht, dh eine positive Prognose der Zinsentwicklung während der Vertragslaufzeit, als ausreichend anzusehen. Ein Geschäftsabschluss könnte nur insoweit das Effizienzgebot verletzen, als ihm schon aus *ex-ante* Sicht der Makel der gänzlichen Unvertretbarkeit anhaftet.

Entgegen der öffentlichen Meinung, die insb den spekulativen Charakter derartiger Vertragskonstruktionen herausstreicht, kann der Abschluss derivativer Finanzgeschäfte zudem mE nicht *per se* als unwirtschaftlich qualifiziert werden. Im Rahmen eines an den Effizienzkriterien orientierten, aktiven Schulden- und Finanzmanagements kann der Ver-

⁵⁰⁸ Deutscher Städtetag, Muster-Dienstanweisung für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement (2015) 5 f.

such, die eigenen Zinsausgaben nachhaltig zu minimieren und damit die Finanzierungskosten insgesamt zu optimieren, weder als unwirtschaftlich noch als ineffizient bewertet werden.⁵⁰⁹ Selbst der Rechnungshof erkannte noch im Jahr 2010 in (konnexen) Derivatgeschäften ein für Gebietskörperschaften "*taugliches Instrument, um ein gegebenes Schuldenportfolio hinsichtlich seiner Struktur einem veränderten Marktumfeld anzupassen*" und differenziert dabei nicht zwischen Bund, Ländern und Gemeinden.⁵¹⁰ Ein generelles Verbot des Einsatzes derivativer Finanzinstrumente im kommunalen Bereich würde dem Effizienzgebot sogar entgegenwirken, da damit den Gemeinden die Möglichkeit zur aktiven Steuerung ihrer Zins- und Schuldenverwaltung genommen werden würde.

Das Effizienzgebot steht an der Spitze einer Vielzahl gesetzlicher Bestimmungen, die die privatwirtschaftliche Betätigung der Gebietskörperschaften vorherbestimmen.⁵¹¹ Als Gemeindeorganisationsgesetzgeber ist das Land kompetent, Konkretisierungen der Begriffe Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit für den kommunalen Wirtschaftsbereich vorzunehmen. Die Landesgesetzgebung kann den Ermessensspielraum der Gemeinde sowohl in institutionell-verfahrensrechtlicher als auch in materieller Hinsicht einengen. Zu denken ist zum einen an die Determinierung eines der kommunalen Entscheidungsfindung vorgelagerten Procedere, zum anderen können auf legislativem Wege die genannten Effizienzkriterien inhaltlich näher ausgestaltet werden.⁵¹²

Fraglich erscheint, inwieweit den Gemeinden gestützt auf Art 119a Abs 2 B-VG letztlich auch Handlungsmaximen für den Einsatz derivativer Finanzinstrumente an die Hand gegeben werden können. Die Konkretisierungsbefugnis der Landesgesetzgebung ist nach *Hengstschläger* aus zweierlei Gründen überaus restriktiv auszulegen.⁵¹³ Die der Gemeinde in Art 116 Abs 2 B-VG eingeräumte Wirtschaftsfreiheit darf unter Berufung auf Art 119a Abs 2 B-VG nicht – quasi "*durch die Hintertür*" – wieder ausgehebelt werden. Trotz gebotener Einschränkungen hat die Letztentscheidungskompetenz in allen privatwirtschaftlichen Angelegenheiten allein bei der Kommune selbst zu verbleiben. Ein wei-

⁵⁰⁹ Vgl. *Prokop/Borde*, Kommunales Finanzmanagement (2010) 159 ff.

⁵¹⁰ Vgl. den Bericht des Rechnungshofes, Reihe Oberösterreich 2010/10, Finanzierungsinstrumente der Gebietskörperschaften mit dem Schwerpunkt Land Oberösterreich, 25 f.

⁵¹¹ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 566.

⁵¹² *Schwarz*, Gemeindegewirtschaft und Gemeindeverfassung (1980) 62.

⁵¹³ *Hengstschläger*, Zur Zulässigkeit einfachgesetzlicher Determinierungen der Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinden, in *Funk* (Hrsg), FS Adamovich (1992) 143 (149).

terer Grund liegt in der Rechtsqualität haushaltsrechtlicher Normen: als bloßes "*Binnenrecht*" kommt ihnen keinerlei Außenwirksamkeit zu.⁵¹⁴ Sie wirken verwaltungsintern und sind primär an die den Haushalt führenden Organwalter adressiert.⁵¹⁵ Der zivilrechtliche Bestand eines zwischen der Gemeinde und einem Dritten (der Bank) geschlossenen derivativen Vertragsverhältnisses ist daher von Effizienzüberlegungen völlig unabhängig. Eine Verletzung der Gebarungsgrundsätze entfaltet keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Gültigkeit eines bestehenden Rechtsgeschäftes. Ein Verstoß gegen die den Gemeindeorganen im Innenverhältnis auferlegte Verpflichtung, sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig zu agieren, macht auch einen objektiv ineffizienten Vertragsabschluss weder nichtig iSd § 879 ABGB noch anfechtbar. Die Annahme einer Nichtigkeit bzw Anfechtbarkeit hätte zur Konsequenz, dass das Risiko einer Anlegeentscheidung, die sich im Nachhinein als falsch erweist, vom Dritten und nicht von der Gemeinde als Anleger zu tragen wäre. Eine solche Auslegung würde einen funktionierenden rechtsgeschäftlichen Verkehr verunmöglichen.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass Gemeindeorgane auch bei Vertragsabschlüssen im Rahmen des kommunalen Schuldenmanagements an die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gebunden sind. Aus dem Effizienzgebot des Art 119a Abs 2 B-VG lässt sich auf Grund seines programmatischen Charakters und seiner verwaltungsinternen Adressierung jedoch kein generelles Verbot des Einsatzes derivativer Finanzgeschäfte im kommunalen Bereich ableiten. Der Abschluss ertragsorientierter derivativer Finanzinstrumente durch Gemeinden ist mit dem Gemeindeverfassungsrecht vereinbar. Der Gemeinde wird durch Art 116 Abs 2 B-VG die – im Vergleich zu anderen Rechtssubjekten – diskriminierungsfreie privatwirtschaftliche Betätigung garantiert. Art 119a Abs 2 B-VG bietet der Landesgesetzgebung insoweit keine geeignete Grundlage zur Erlassung restriktiver Einschränkungen der kommunalen Wirtschaftsfreiheit.

⁵¹⁴ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 508 ff.

⁵¹⁵ Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 612.

4.4.5.4. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder das verfassungsgesetzlich verankerte Effizienzprinzip noch andere die kommunale Haushaltsführung determinierende Sorgfaltspflichten – wie die landesgesetzlich vorgesehenen Vorsichtsgebote – auf Grund ihrer bloß programmatischen Funktion und binnenrechtlichen Adressierung die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gebietskörperschaften außenwirksam beschränken. Die Verpflichtung zur sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Ausrichtung der Finanzgebarung steht auch spekulativen Finanzgeschäften nicht entgegen. Effizienzprinzip und Vorsichtsgebot verpflichten die Kommune, finanzielle Wagnisse im Rahmen ihrer Wirtschaftsführung möglichst zu vermeiden, sind jedoch nur bedingt geeignet, um objektiv zwischen "guten" und "schlechten" Rechtsgeschäften zu unterscheiden und Gemeinden eine administrierbare Handlungsanleitung für deren Abschluss an die Hand zu geben. Ihr steht ein Bündel von äquivalenten und "gleich guten" und somit "gleich rechtmäßigen" Handlungsoptionen offen. In Ermangelung normativer Vorgaben kommt der Gemeinde bei der vor Vertragsabschluss im Wege einer *ex-ante*-Betrachtung durchzuführenden Risikobewertung einen weiten Handlungs- und Beurteilungsspieleraum zu. Eine derartige Prognose stellt eine *politische* Entscheidung dar, deren Rechtswidrigkeit kaum festgestellt und schlüssig begründet werden kann. Dort, wo die Effizienzkriterien vom Gesetzgeber rechtlich aufgeladen wurden, können sie einen Maßstab für die gerichtliche Rechtskontrolle bilden. Eine Prognoseentscheidung ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie *ex ante* betrachtet als vertretbar zu bewerten ist. Das öffentliche Schuldenmanagement ist – egal ob es aktiv oder passiv betrieben wird – jedenfalls mit Risiken verbunden. Sowohl der Einsatz als auch der Nichteinsatz von derivativen Finanzinstrumenten sind mit einer Erwartungshaltung und damit mit einem spekulativen Element verbunden, zumal Marktzins- sowie Wechselkursveränderungen kaum für einen längeren Zeitraum prognostizierbar sind. Wird bei Abschluss eines Kredit- oder Darlehensvertrages ein variabler Zinssatz oder eine Fremdwährungsverbindlichkeit vereinbart, besteht das Risiko, dass sich der Zinssatz bzw der Wechselkurs auf Grund von Kursschwankungen zu eigenen Ungunsten entwickelt. Bei fixer Verzinsung besteht die Gefahr, von günstigen Marktentwicklungen

nicht profitieren zu können.⁵¹⁶ Geht man nun aber davon aus, dass eine einmal getroffene Prognoseentscheidung unumstößlich ist und auch mit Hilfe von derivativen Finanzinstrumenten nicht revidiert werden kann, ist dies als unwirtschaftlich und verschwenderisch zu bezeichnen.⁵¹⁷ Der Einsatz von Derivatgeschäfte im Schuldenmanagement kann insoweit positive Effekte auf den öffentlichen Haushalt zeitigen, die sich durch den Ausweis von Zinersparnissen oder den Vergleich des Zinssatzes zum Zeitpunkt des Abschlusses, der durch Derivateinsatz erzielt wird, mit dem Zinssatz, der sich bei Unterlassen des Derivateinsatzes für die gleiche Laufzeit, Risiko oder Tilgungsstruktur ergibt, belegen lässt.⁵¹⁸

Abschließend sei noch ein Gedanke ins Treffen geführt, der in der Diskussion um den Einsatz kommunaler Derivatgeschäfte mE zu kurz kommt: Der Abschlusses derivativer Finanzgeschäfte ist, wie vorstehend erläutert, Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit der Gemeinde. Gemäß Art 116 Abs 2 B-VG als selbständiger Wirtschaftskörper eingerichtet, kommt ihr insb das Recht zu, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen sowie ihren Haushalt selbständig zu führen. Kehrseite jeder Berechtigung sind mehr oder weniger weitreichende Verpflichtungen. Auch in jenen Bereichen, in denen die Gesetzgebung säumig ist, konkrete Handlungsmaximen zu normieren, ist mit Verweis auf die Eigenverantwortung der Kommunen festzuhalten, dass für den Einsatz komplexer und riskanter Finanzinstrumente gewisse organisatorische Rahmenbedingungen notwendig sind. Entschidet sich eine Gemeinde eigenverantwortlich zum Abschluss eines Derivatgeschäftes, so hat sie entweder selbst über entsprechendes (gemeindeinternes) Fachwissen zu verfügen oder entsprechende externe Expertise beizuschaffen, um die damit verbundenen Risiken möglichst zu minimieren.⁵¹⁹ Im Bereich der Hoheitsverwaltung darf eine Behörde nach der stRsp des VwGH Fachfragen nur dann selbst beurteilen, wenn sie die Kenntnisse und Erfahrungen hat, die für eine selbständige fachliche Beurteilung von Fragen eines

⁵¹⁶ So *Grossmann/Hauth*, Kommunales Risikomanagement und Aufsichtsbehördliche Kontrolle in Österreich (2009) 9; *Jahn* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankenrechts-Handbuch⁴, Band II (2011) § 114 Rz 95, 110d.

⁵¹⁷ *Jahn* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankenrechts-Handbuch⁴, Band II (2011) § 114 Rz 95 Fn 10.

⁵¹⁸ Vgl Deutscher Städtetag, Muster-Dienstanweisung für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement (2015) 7.

⁵¹⁹ Vgl Aufstellung und Vollzug der Haushaltspläne der Kommunen, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 15.2.2012 zu derivativen Finanzinstrumenten, IB4-1512.5-9, 3.

Wissensgebietes vorausgesetzt werden müssen.⁵²⁰ Dieser Gedanken ist mE durchaus auf den Bereich der erwerbswirtschaftlichen Betätigung zu übertragen. Gleichzeitig hat die Gemeinde begleitende organisatorische Vorkehrungen zu treffen und ua ein kommunales Schuldenmanagement zu etablieren. Die Schaffung des nötigen Umfeldes ist kommunale "Bringschuld" und kann weder durch das Gemeindeaufsichtsregime oder die Rechnungshofkontrolle noch durch Beratungsleistungen des Vertragspartners (zB der Bank) substituiert werden.

4.4.6. Der Abschluss derivativer Finanzgeschäfte als Handeln "*ultra vires*"?

In der deutschen Literatur haben vereinzelte Stimmen versucht, die Unzulässigkeit des Abschlusses derivativer Finanzgeschäfte durch Kommunen unter Rückgriff auf die sog *Ultra-vires*-Doktrin zu begründen.⁵²¹ Demnach ist der Handlungsspielraum einer juristischen Person auf die ihr ausdrücklich zugewiesenen Verbandskompetenzen beschränkt. Darüber hinaus ist sie rechtlich nicht existent, weshalb sie sich außerhalb ihres vorgegebenen Aufgaben- und Wirkungsbereiches nicht rechtswirksam berechtigen oder verpflichten kann. Bemerkenswert ist, dass kompetenzlos abgeschlossene bzw kompetenzüberschreitende Rechtsgeschäfte nicht bloß ihre Aufhebbarkeit, sondern ihre Nichtigkeit (*ex tunc*) zur Folge haben sollen.⁵²²

Als Beleg diene den Vertretern der *Ultra-vires*-Lehre eine Entscheidung des deutschen BGH aus dem Jahr 1956, mit der das satzungswidrige Handeln einer Körperschaft öffentlichen Rechts als jenseits ihres Ermächtigungsbereiches gelegen beurteilt wurde.⁵²³ Übertragen auf den Bereich der kommunalen Finanzwirtschaft sei zu folgern, dass die Gemeinde, der ein Abschluss derivativer Finanzgeschäfte nicht ausdrücklich aufgegeben sei,

⁵²⁰ VwGH 21.12.2011, 2010/04/0046.

⁵²¹ Vgl zB *Weck/Schick*, Unwirksamkeit spekulativer Finanzgeschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, 18; *Morlin*, Die Befugnis kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform zu Spekulationsgeschäften am Beispiel des Zinsswaps, NVwZ 2007, 1159 (1161).

⁵²² Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) 65 ff.

⁵²³ BGH 28.2.1956, I ZR 84/54: "*Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind jedenfalls grundsätzlich nur im Rahmen des ihnen durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungsbereichs zu einem rechtswirksamen Handeln befugt. Sie können nur innerhalb des durch ihre Zwecke und Aufgaben bestimmten, sachlich und räumlich beschränkten Lebenskreises handeln. Außerhalb ihres Funktionsbereichs liegende Handlungen entbehren schlechthin der Rechtswirksamkeit.*" – Die Entscheidung betraf die "*Hauptgeschäftsstelle Fischwirtschaft*", eine Körperschaft öffentlichen Rechts, der vorgeworfen wurde, sich "*eigenwirtschaftlich*" betätigt zu haben, obwohl ihr dies satzungsmäßig ausdrücklich verboten war; vgl weiterführend *Roberts*, Die rechtliche Behandlung von Derivaten (2012) 199.

außerhalb ihres gesetzlich zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungskreises agiere und sich mangels Rechtsfähigkeit nicht wirksam verpflichten könne.⁵²⁴ Ein Heranziehen des § 134 dtBGB, der für den Fall des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz die Nichtigkeit des entsprechenden Rechtsgeschäftes anordnet, sei in diesem Fall nicht erforderlich, weil entsprechende Vertragsabschlüsse *per se* als nichtig zu qualifizieren seien.

Auch für die österreichische Rechtsordnung ist grds davon auszugehen, dass der Aufgaben- und Wirkungsbereich einer Körperschaft des öffentlichen Rechts durch Gesetz bzw Satzung konstituiert und dadurch ein Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen der juristischen Person Rechtsfähigkeit zukommt.⁵²⁵ Beschränkungen der gemeindlichen Rechtsfähigkeit lassen sich neben der Bundesverfassung insb aus den Gemeindeordnungen und Stadtstatuten ableiten. Fraglich erscheint, ob sich die Gemeinde beim Abschluss derivativer Finanzgeschäfte innerhalb oder außerhalb dieses vorgegebenen Rahmens bewegt. Die öffentliche Meinung geht davon aus, dass der Abschluss hochriskanter (derivativer) Finanzgeschäfte nicht zu den "*Kernaufgaben*" einer Gemeinde gehören könne. Die Ertragsmaximierung bzw ein Gewinnstreben als solches seien keine legitimen öffentlichen Zwecksetzungen und ein darauf abzielendes Handeln der Gemeinde nicht zu rechtfertigen.⁵²⁶

Dieser Ansicht liegt mE folgender Denkfehler zugrunde: "*Aufgegeben*" ist der Gemeinden in erster Linie die Erbringung von Dienstleistungen der kommunalen Daseinsvorsorge. Der Kreis der Kommunalaufgaben ist jedoch – egal ob man *Pflichtaufgaben* oder die *freiwillig* übernommenen Agenden betrachtet – ein dynamischer und ständigen rechtlichen wie faktischen Veränderungen unterworfen. Weder die Bundesverfassung noch die einfache (Landes-) Gesetzgebung geben hier einen abschließenden Katalog kommunaler Aufgaben vor. In abstrakter Weise werden potenzielle Gemeindezwecke durch Art 118 Abs 2 B-VG bestimmt, der der Gemeinde die Besorgung eines Bündels von Angelegenheiten aus dem Bereich der Hoheitsverwaltung reserviert: Demnach ist ihr die Erfüllung all jener Aufgaben vorbehalten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der

⁵²⁴ Weck/Schick, Unwirksamkeit spekulativer Finanzgeschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, 18 (21).

⁵²⁵ B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 65 ff.

⁵²⁶ Vgl Ehlers, Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und die *Ultra-vires*-Doktrin des öffentlichen Rechts (2000) 74 f.

in der Gemeinde verkörpert örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden. Da dadurch nur der eigene behördliche Aktionsradius der Gemeinde abgegrenzt wird (arg "*neben den im Art 116 Abs 2 angeführten Angelegenheiten*"), lässt sich dieser Gedanke nicht zwangsläufig auf den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung übertragen und somit auch kein Kreis von jedenfalls unzulässigen Privatrechtsgeschäften ausmachen.⁵²⁷ Da die Gemeinde durch Art 116 Abs 2 B-VG als selbständiger Wirtschaftskörper eingerichtet und ihr damit einhergehend umfassende Privatrechtsfähigkeit eingeräumt wird, bleibt im Zusammenhang mit Bank- und Finanzdienstleistungen mE kein Raum für ein Handeln *ultra vires*.⁵²⁸

Durch die kommunale Leistungserbringung sollen in erster Linie "*diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindebürgern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen*",⁵²⁹ befriedigt werden. Trotzdem muss nicht jedem privatwirtschaftlichen Akt unmittelbar ein konkretes öffentliches Interesse zugeordnet werden können. Die Gemeinde kann auf Grund ihrer umfassenden Wirtschaftsfreiheit bereits *ex constitutione* auch Handlungen vornehmen, die ausschließlich oder überwiegend erwerbswirtschaftlichen Zwecken dienen. Die Gemeinden betreiben gewerbliche Betriebe, führen eigene Sparkassen und stehen in vielerlei Hinsicht im Wettbewerb zu privaten Anbietern. Legitimer Antrieb kann dabei die Erzielung (sogar möglichst hoher) Erträge sein.⁵³⁰ Ein Tätigwerden der Gemeinde ist auch ohne jeden Konnex zur örtlichen Gemeinschaft bzw zu ihrem Aufgaben- und Wirkungsbereich gerechtfertigt und sind derart abgeschlossene Privatrechtsgeschäfte uneingeschränkt gültig. Jedes andere Ergebnis würde den rechtsgeschäftlichen Verkehr über Gebühr belasten und letztlich verunmöglichen. Zudem ist das Schuldenma-

⁵²⁷ Grillberger/Probst/Strasser, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde (1981) 31 f.

⁵²⁸ Zur *Ultra-Vires*-Lehre im kommunalen Bereich vgl Thunhart, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000) 23; Grillberger/Probst/Strasser, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde (1981) 31 f. Zur *Ultra-Vires*-Lehre in Österreich grundlegend Straube, Die "*Ultra-vires-Lehre*" im österreichischen Recht, ÖJZ 1978, 343. Zur deutschen Rechtslage vgl Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankenrechts-Handbuch⁴, Band II (2011) § 114 Rz 110d ff; Ehlers, Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und die *Ultra-vires*-Doktrin des öffentlichen Rechts (2000) 59 ff; Stelkens, Verwaltungsprivatrecht (2005) 70 ff, 216 ff.

⁵²⁹ So die gängige Umschreibung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft iSd Art 28 Abs 2 GG in Deutschland. – Vgl bspw BVerfG 23.11.1988, 2BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83 = NVwZ 1989, 374.

⁵³⁰ Zur kommunalen Leistungsverwaltung vgl B Raschauer, Verwaltungsaufgaben, in Holzinger/Oberndorfer/B Raschauer (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 172 f.

nagement als Teil der kommunalen Haushaltsführung geradezu dem Kernbereich des Aufgabenspektrums der Gemeinde zuzuzählen. Dass mit dem Abschluss derivativer Finanzgeschäfte ein Handeln jenseits der gemeindeeigenen Verbandskompetenz anzunehmen sei, lässt sich daher nicht schlüssig begründen. Auch rechtspolitisch betrachtet erscheint die Annahme, dass eine Gebietskörperschaft an ein von ihr im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung geschlossenes, marktübliches Rechtsgeschäft nicht gebunden sein soll, als nicht (mehr) zeitgemäß. Wird der Gemeinde die Flucht aus dem Vertragsverhältnis ermöglicht, so trägt letztlich der Vertragspartner alleine die Gefahr einer ungünstigen Zins- bzw Kursentwicklung.⁵³¹

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass dem Einsatz derivativer Finanzgeschäfte durch Gemeinden keine materiellen Zulässigkeitschranken entgegenstehen. Im Lichte des Art 116 Abs 2 B-VG kommt der Gemeinde das Recht zu, über ihr Vermögen selbständig zu verfügen. Dazu kann sie sich "*wie ein Privater*", jedoch innerhalb der allgemeinen bundes- wie landesgesetzlichen Schranken sämtlicher Vertragstypen und -inhalte bedienen und dabei auch erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgen.⁵³² Als Determinanten des kommunalen Verwaltungshandelns entfalten (verfassungs-)gesetzliche Handlungsmaximen – allen voran das Effizienzgebot – gewisse "*Vorwirkungen*",⁵³³ stehen dem Abschluss risikobehafteter Finanzgeschäfte aber nicht *per se* entgegen, mögen diese auch im Einzelfall als ineffizient zu qualifizieren sein.

4.4.7. Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht als verfahrensrechtliche Schranke?

4.4.7.1. Der Genehmigungsvorbehalt als Instrument der Gemeindeaufsicht

Im Anschluss an die inhaltlichen Schranken sind etwaige formelle Anforderungen an den Abschluss derivativer Finanzgeschäfte der Gemeinde zu beleuchten. Der weisungsfreien Verwaltungsführung im eigenen Wirkungsbereich korrespondiert gemäß Art 119a B-VG ein staatliches Aufsichtsrecht durch Bund und Land, das durch einfachgesetzliche Rege-

⁵³¹ *Lehmann*, Zinsswaps der öffentlichen Hand: Vertragswirksamkeit und Beratungspflichten, BKR 2008, 488 (489).

⁵³² *Thunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000) 22 ff.

⁵³³ Vgl VfSlg 16.641/2002 zur Neuregelung der Bankenaufsicht durch Einrichtung der Finanzmarktaufsicht und Überwälzung der Kosten auf die beaufsichtigten Institute.

lungen näher ausgestaltet wird.⁵³⁴ Zu den Aufsichtsmitteln zählt gemäß Art 119a Abs 8 B-VG die Möglichkeit, einzelne Maßnahmen der Gemeinde, die dem eigenen Wirkungsbereich zugehören und durch die auch überörtliche Interessen in besonderem Maße berührt werden, an die Genehmigung der Aufsichtsbehörde zu binden.⁵³⁵ Genehmigungsvorbehalte sind überaus eingriffsintensive Aufsichtsinstrumente, da sie dem eigenverantwortlichen Tätigwerden und der Dispositionsfreiheit der Gemeinde Schranken setzen, weshalb ihr Einsatz schon von Verfassung wegen nur begrenzt zulässig ist.⁵³⁶ Die zuständige Gesetzgebung darf bei der Normierung von Genehmigungsvorbehalten tatbestandsmäßig nur an solche Versagungsgründe anknüpfen, die eine Bevorzugung überörtlicher Interessen eindeutig rechtfertigen lassen (vgl Art 119a Abs 8 zweiter Satz B-VG). Der unbestimmte Begriff "*überörtlich*" ist nach VfSlg 12.918/1991 "*nicht in einem territorialen Sinn zu deuten*". Vielmehr ist eine Bindung an die Zustimmung der staatlichen Aufsichtsbehörde nur insoweit zulässig, als allgemeine öffentliche Interessen gegenüber den Partikularinteressen der einzelnen Gemeinde überwiegen und sich das in Art 119a Abs 1 B-VG verortete primäre Aufsichtsziel der Sicherstellung der Gesetzmäßigkeit kommunaler Handlungen bestmöglich erreichen lässt.⁵³⁷ Ein solcher Genehmigungsvorbehalt kann insb auch Vorhaben von besonderer finanzieller Bedeutung betreffen. Dabei besteht keine Beschränkung auf den Bereich der Hoheitsverwaltung, erfasst können grds auch Betätigungsfelder der Gemeinde im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung sein.⁵³⁸ Der Beschränkung auf "*einzelne Maßnahmen*" steht ein "*Totalgenehmigungsvorbehalt*", bspw im Hinblick auf die gesamte Vermögens- oder Schuldenverwaltung der Gemeinde, bereits *ex constitutione* entgegen.⁵³⁹ Denkbar erscheint jedoch, das Eingehen von derivativen Finanzgeschäften der Genehmigung durch die Landesregierung als Gemeindeaufsichtsbehörde vorzubehalten.

⁵³⁴ Vgl das Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz, BGBl 123/1967, bzw die Gemeindeorganisationsgesetze (Gemeindeordnungen und Stadtstatute) der Länder.

⁵³⁵ Weiterführend *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 105; *Neuhofer*, Gemeinderecht² (1998) 369 ff; *Hauer*, 17. Teil, Gemeindeaufsicht, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2014) Rz 223 ff.

⁵³⁶ *Potacs*, Aufsicht über Gemeinden, in *Rebhahn*, Beiträge zum Kärntner Gemeinderecht (1998) 129 (135)

⁵³⁷ *Schuszter*, Burgenländische Gemeindeordnung⁵ (2010) § 87 Rz 1312.

⁵³⁸ *Kahl*, Art 119a B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2015) Rz 3.

⁵³⁹ *Hauer*, 17. Teil, Gemeindeaufsicht, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2014) Rz 140.

Die Länder haben in überaus inkonsistenter Weise Genehmigungsvorbehalte in den Gemeindeordnungen und Stadtstatuten verankert.⁵⁴⁰ Wenn auch im Detail unterschiedlich ausgestaltet, wird in nahezu allen Gemeindeorganisationsgesetzen das Eingehen von Kreditverbindlichkeiten bzw Haftungsübernahmen einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht unterstellt. Diese Genehmigungsvorbehalte verfolgen den im öffentlichen Interesse gelegenen Zweck, den Selbstverwaltungskörper "*vor selbst-schädigenden Vermögensdispositionen zu bewahren*" und stellen ein Instrument der präventiven Kontrolle von Rechtsakten dar.⁵⁴¹ In kompetenzrechtlicher Hinsicht dient dabei § 14 F-VG 1948 als Anknüpfungspunkt, der die Landesgesetzgebung zur Regelung der Aufnahme von Anleihen (Darlehen) der Gemeinden ermächtigt.⁵⁴² Dabei ist grds zwischen Kassenkrediten und "*normalen*" Darlehens- und Kreditaufnahmen zu differenzieren. Kassenkredite⁵⁴³ oder Kontoüberziehungen dienen in erster Linie nicht Finanzierungszwecken sondern der kurzfristigen Liquiditätsverschaffung. Sie sollen Liquiditätsengpässe überbrücken und die Zahlungsfähigkeit der Gemeindekasse im Hinblick auf die rechtzeitige Leistung von Ausgaben des ordentlichen Gemeindehaushalts sicherstellen.⁵⁴⁴ Sie sind nicht genehmigungspflichtig, grds binnen Jahresfrist (ein Kalenderjahr ab Kreditaufnahme) zurückzuzahlen und ihr Volumen darf einen vorgegebenen Prozentsatz (idR zwischen 5% und 20%) der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags nicht überschreiten. Kassenkredite entsprechen nicht dem haushaltsrechtlichen Kreditbegriff und sollen nicht Gegenstand der weiteren Betrachtung sein. Demgegenüber darf die "*normale*" Darlehens- und Kreditaufnahme⁵⁴⁵ nur im Rahmen des außerordentlichen Gemeindevoranschlags, nur zur Bestreitung eines außerordentlichen Bedarfs und nur insoweit erfolgen, als die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Gemeinde sowie ihrer privatrechtlichen Verpflichtungen dadurch nicht ge-

⁵⁴⁰ Hauer, 17. Teil, Gemeindeaufsicht, in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht (2014) Rz 55.

⁵⁴¹ OGH 24.10.2011, 8 Ob 11/11t = ÖBA 4/12, 241 mit Anm Vonkilch.

⁵⁴² Vgl Ruppe, Finanzverfassung und Rechtsstaat (2007) 149; Wolny/Schmid, 11. Teil, Gemeindefinanzen, in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht (2011) Rz 132.

⁵⁴³ § 74 Bgld GemO, § 83 Oö GemO, § 79 Nö GemO, § 85 Abs 1 Z 4 Sbg GemO, § 83 Statut Graz, §§ 75 VlbG Gesetz über die Organisation der Gemeindeverwaltung, § 82 Abs 1 Stmk GemO ermächtigt zu Kontoüberziehungen in vergleichbarem Ausmaß, § 35 Abs 2 K-GHO, § 84 T-GO ermächtigt zur Aufnahme von Kontokorrentkrediten in vergleichbarem Ausmaß.

⁵⁴⁴ Vgl G Jantschgi in Jantschgi/Jantschgi, Stmk GemO (2015) § 82 Rz 1.

⁵⁴⁵ § 72 Bgld GemO, § 84 Oö GemO, § 58 Statut Wels, § 77 Nö GemO, § 61 Nö STROG, § 63 Sbg GemO, § 58 Statut Salzburg, § 80 Stmk GemO, § 81 Statut Graz, § 84 TGO, § 67 Statut Innsbruck.

fährdet wird.⁵⁴⁶ Jene Bestimmungen, die die Aufnahme von Fremdmitteln zur Finanzierung außerordentlicher Investitionsvorhaben regeln, knüpfen die Genehmigungspflicht teilweise an die Überschreitung einer bestimmten Wertgrenze.

Der in Art 119a Abs 8 zweiter Satz B-VG verkörpert Anforderung zu belegen, wann überörtliche Interessen "*in besonderem Maße*" berührt werden, wird durch die Bezugnahme auf die Darlehenshöhe, die zulässigen Zwecke der Darlehensaufnahme und den Konnex zum Gemeindevoranschlag in sachgerechter Weise entsprochen. Jenen Bestimmungen, die die Kredit- und Darlehensaufnahme durch die Gemeinde *generaliter* einer Genehmigungspflicht unterstellen, kann kaum der von der Verfassung geforderter Abwägungsvorgang zwischen kommunalen und öffentlichen Interessen vorausgegangen sein, weshalb diese Regelungen der Landesgesetzgebung zumindest als verfassungsrechtlich bedenklich bewertet werden müssen.⁵⁴⁷ In der differenzierten Ausgestaltung in den Gemeindeorganisationsgesetzen insgesamt – bspw im Hinblick auf das die Genehmigungspflicht begründende Kreditvolumen – ist keine Verletzung des Gleichheitssatzes zu erkennen, da jedes Kommunalgesetz ein "*eigenständiges Ordnungssystem*" darstellt, das bloß "*in sich stimmig*" zu sein hat.⁵⁴⁸ Der VfGH verweist – insb in Bezug auf verfahrensrechtliche Regelungen – regelmäßig darauf, dass es dem Gesetzgeber im Rahmen seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes grundsätzlich freisteht, sich in unterschiedlichen Verfahrensbereichen für eigenständige Ordnungssysteme zu entscheiden, die deren jeweiligen Erfordernissen und Besonderheiten Rechnung tragen, sofern die betreffenden Verfahrensgesetze in sich gleichheitskonform gestaltet sind.⁵⁴⁹

Genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte sind aufschiebend bedingt und erlangen erst mit der Zustimmung der Aufsichtsbehörde rechtliche Wirksamkeit. Bis dahin gilt das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft als "*schwebend unwirksam*".⁵⁵⁰ Eine Verweigerung der Genehmigung durch die Landesregierung hat zur Folge, dass ein – aus privatrechtl-

⁵⁴⁶ Vgl *Schuszter*, Burgenländische Gemeindeordnung⁵ (2010) § 72 Rz 1107; *Eberhard*, Gemeinderecht, in *Pürgy* (Hrsg), Das Recht der Länder, Band I (2012) Rz 47.

⁵⁴⁷ Vgl *Schuszter*, Burgenländische Gemeindeordnung⁵ (2010) § 87 Rz 1328 ff.

⁵⁴⁸ Vgl *Potacs*, Aufsicht über Gemeinden in *Rebhahn*, Beiträge zum Kärntner Gemeinderecht (1998) 129 (137).

⁵⁴⁹ Vgl zB VfSlg 19.202/2010; 19.762/2013; VfGH 14.3.2017, G 249/2016 ua.

⁵⁵⁰ *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 124 ff; *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde (1981) 28 f.

cher Perspektive gültiges – Rechtsgeschäft nicht zustande kommt. Der Darlehens- bzw Kreditvertrag ist *a priori* unwirksam.⁵⁵¹

4.4.7.2. Zur Anwendbarkeit der für Darlehens- und Kreditgeschäfte bestehenden Genehmigungsvorbehalte auf derivative Finanzgeschäfte

Fraglich erscheint, ob die in den Gemeindeorganisationsgesetzen verorteten Genehmigungsvorbehalte für Darlehens- und Kreditgeschäfte auch auf den Abschluss von Derivatgeschäften der Gemeinden anzuwenden sind und derivative Finanzgeschäfte damit jedenfalls der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht unterliegen.

Ein Rechtsvergleich zeigt, dass diese Frage in der deutschen Literatur unstrittig ist und – soweit überschaubar – ausnahmslos verneint wird. Begründet wird diese Ansicht damit, dass es sich bei Derivatgeschäften gerade nicht um Kredite (bzw kreditähnliche Rechtsgeschäfte) handelt.⁵⁵² Gleiches muss mE auch für die österreichische Rechtsordnung gelten. Eine Subsumtion von Derivatgeschäften unter die kredit- und darlehensrechtlichen Bestimmungen ist schon nach einer Interpretation nach dem äußerst möglichen Wortsinn nicht möglich. Die Gemeindeorganisationsgesetze sprechen von "*Darlehensaufnahmen*",⁵⁵³ der "*Aufnahme von Darlehen und Krediten*"⁵⁵⁴ oder von "*Darlehensschulden und darlehensähnlichen Schulden*",⁵⁵⁵ nehmen jedoch *expressis verbis* keinen ausdrücklichen Bezug auf derivative Finanzgeschäfte.

Teleologisch betrachtet verfolgen Darlehens- und Kreditgeschäfte wirtschaftlich gänzlich andere Zwecke als Derivatgeschäfte: Unter einem Darlehen⁵⁵⁶ ist die Hingabe vertretbarer Sachen ins Eigentum des Empfängers mit der Verpflichtung zur Rückgabe von Sachen

⁵⁵¹ Putschögl/Neuhofer, Oberösterreichische Gemeindeordnung⁴ (2009) § 106, 518.

⁵⁵² Vgl Prokop/Borde, Kommunales Finanzmanagement (2010) 159; Endler in Zerey (Hrsg), Handbuch Finanzderivate (2010) 522 Rn 99 mwN.

⁵⁵³ § 61 Nö STROG.

⁵⁵⁴ § 84 Oö GemO.

⁵⁵⁵ § 72 K-GHO. – Unter "*darlehensähnlichen Schulden*" werden Leasingverbindlichkeiten verstanden, da diese wirtschaftlich betrachtet der Darlehensaufnahme vergleichbar sind.

⁵⁵⁶ § 983 ABGB bestimmt seit seiner Neufassung durch das DaKRÄG 2010, BGBl I 28/2010: "*Im Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber, dem Darlehensnehmer vertretbare Sachen mit der Bestimmung zu übergeben, dass der Darlehensnehmer über die Sachen nach seinem Belieben verfügen kann. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, dem Darlehensgeber spätestens nach Vertragsende ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben.*" – Mit dem Darlehensvertrag wird seither ein Konsensualvertrag begründet. Die von Lehre und Rsp entwickelten dogmatischen Grundlagen gelten nach der Neukonzeption "*auch für den Darlehensvertrag im neuen Kleid*" in uneingeschränkter Weise (vgl RV 650 XXIV. GP, 8).

gleicher Art und Güte zu verstehen.⁵⁵⁷ Bei dem als Vertrag *sui generis* charakterisierten Kreditgeschäft verpflichtet sich der Kreditgeber dazu, dem Kreditnehmer auf dessen Verlangen Zahlungsmittel zur Verfügung zu stellen oder eine Haftung für ihn zu übernehmen.⁵⁵⁸ Demgegenüber ist Vertragsinhalt eines derivativen Finanzgeschäftes im Allgemeinen und der im kommunalen Umfeld am häufigsten anzutreffenden Erscheinungsform, dem *Swap*, im Speziellen der periodische Austausch von Zahlungsströmen (*cash-flows*) in einer zu Vertragsabschluss festgelegten Art und Weise.⁵⁵⁹ IdR ist die Höhe der Zahlungsverpflichtung für den einen Vertragspartner fix festgelegt, für den anderen Vertragspartner variabel und von Marktzinsentwicklungen abhängig.⁵⁶⁰ Während Darlehens- und Kreditverträge auf die Verschaffung von Liquidität abzielen, dienen Derivatgeschäfte der Optimierung des Finanzierungsaufwandes durch die Ausnutzung eines "komparativen Kostenvorteils".

Jeder Marktteilnehmer wird auf dem Kapitalmarkt als unterschiedlich kreditwürdig klassifiziert. Mit der divergenten Bonitätseinschätzung gehen Finanzierungskosten in unterschiedlicher Höhe einher. Der Abschluss derivativer Finanzgeschäfte soll diesen Unterschieden entgegenwirken und durch eine Diversifizierung der kommunalen Finanzstruktur sowohl das Risiko veränderlicher Marktzinshöhen minimieren als auch und die Kosten der Refinanzierung insgesamt senken.⁵⁶¹ Der Vergleich der Leistungsinhalte und Vertragszwecke zeigt augenfällig, dass insgesamt von unterschiedlichen Vertragstypen auszugehen ist. Auf Grund der immanenten materiellen Unterschiede ist es gerechtfertigt, dass der Organisationsgesetzgeber *de lege lata* auch in formeller Hinsicht differenziert und Kredit- und Darlehensgeschäfte als genehmigungsbedürftig qualifiziert, derivative Finanzgeschäfte dagegen keiner Zustimmung der Landesregierung bedürfen.

Zudem sind die in den Kommunalgesetzen vorgesehenen Genehmigungsvorbehalte restriktiv auszulegen. Die Bindung der Kommune an die Zustimmung eines staatlichen Exekutivorgans ist als überaus eingriffsintensives Aufsichtsmittel zu qualifizieren und führt zu

⁵⁵⁷ Vgl. Schubert in Rummel, ABGB³ (2000) zu §§ 983, 984 Rz 1.

⁵⁵⁸ Vgl. Schubert in Rummel, ABGB³ (2000) vor § 983 Rz 1.

⁵⁵⁹ Vgl. Prokop/Borde, Kommunales Finanzmanagement (2010) 142 f.

⁵⁶⁰ Schüwer/Steffen in Zerey (Hrsg), Handbuch Zinsderivate (2010) 38 Rn 7.

⁵⁶¹ Vgl. Prokop/Borde, Kommunales Finanzmanagement (2010) 143.

einer Beschränkung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gemeindeautonomie.⁵⁶² Die in den Kommunalgesetzen verordneten Bestimmungen, mit denen der Art 119a Abs 8 B-VG näher ausgestaltet wird, sind daher nicht als demonstrative Aufzählung genehmigungspflichtiger Maßnahmen zu begreifen, sondern normieren diese in abschließender Weise (arg "können durch die zuständige Gesetzgebung (Abs 3) an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden werden"). Schon der taxative Charakter der Aufzählung genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte steht einer Anwendung auf Sachverhalte, die der Kredit- und Darlehensaufnahme im weitesten Sinne ähnlich gelagert sind, entgegen. Erkennt die zuständige Landesgesetzgebung im Abschluss eines derivativen Finanzgeschäftes eine Maßnahme, durch die auch überörtliche Interessen in besonderem Maße berührt werden, so hat sie diese unter Beachtung der verfassungsgesetzlichen Prämissen *ex lege* ausdrücklich als genehmigungsbedürftig zu deklarieren.⁵⁶³

4.4.7.3. Zur Möglichkeit der analogen Anwendung der für Darlehens- und Kreditgeschäfte bestehenden Genehmigungsvorbehalte

Gegen die vorstehend dargelegte einschränkende Auslegung der die Genehmigungspflicht auslösenden Tatbestände wird vorgebracht, dass sie die materiell-rechtlichen und wirtschaftlichen Zwecke des Einsatzes derivativer Finanzinstrumente in unzulässiger Weise außer Betracht lasse. Auszugehen sei davon, dass nicht nur die Neuaufnahme von Darlehen bzw Krediten, sondern auch jede (signifikante) Änderung der Konditionen des jeweiligen Grundgeschäfts genehmigungsbedürftig sei. Knüpfen die Gemeindeorganisationsgesetze die Genehmigungspflicht an die Überschreitung einer bestimmten Wertgrenze, so sei auch jede Änderung des Grundgeschäftes in zumindest diesem Ausmaß an die Zustimmung der Aufsichtsbehörde gebunden. Jedes konnexes Derivatgeschäft – dh jeder Zinstauschvertrag, der an ein Basisgeschäft anknüpft – impliziere *de facto* eine Änderung der Kreditbedingungen des Grundgeschäftes und sei daher ebenso wie das Darlehen bzw der Kredit, zu dessen Optimierung es abgeschlossen wurde, genehmigungspflichtig. Dies

⁵⁶² *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 100 ff; *Kahl*, Art 119a B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2015) Rz 55 ff.

⁵⁶³ Genehmigungsvorbehalte dürfen gemäß Art 119a Abs 8 B-VG nur im Hinblick auf einzelne Maßnahmen, nur bei besonderer Berührung überörtlicher Interessen und nur unter gleichzeitiger Normierung entsprechender, die Bevorzugung überörtlicher Interessen eindeutig rechtfertigender Gründe erlassen werden. – Vgl *Hauer*, 17. Teil, Gemeindeaufsicht, in *Pabel* (Hrsg), *Gemeinderecht* (2014) Rz 140 ff.

habe auch dann zu gelten, wenn weder eine zeitliche noch eine personelle Identität zwischen Basis- und Derivatgeschäft bestehe. Auch der Umstand, dass das Derivatgeschäft zu einem späteren Zeitpunkt oder mit einem Dritten – dh vom Kreditgeber verschiedenen Vertragspartner – abgeschlossen wurde, könne nichts an der grundsätzlichen Genehmigungspflicht ändern.

Begründet wird dieses Ergebnis mit dem Verweis auf den Zweck der in den Gemeindeorganisationsgesetzen normierten Genehmigungsbedürftigkeit von Darlehens- bzw Kreditgeschäften: Dieser liege in der Sicherstellung der Ingerenz der Aufsichtsbehörde im Hinblick auf kommunale Finanztransaktionen entsprechender Dimensionierung. Zudem solle die Gemeinde dadurch vor selbstschädigenden Vermögensdispositionen bewahrt und damit das öffentliche Interesse an einer nachhaltigen kommunalen Gebarung sichergestellt werden.⁵⁶⁴ Die Ausnahme derivativer Finanzgeschäfte von der Genehmigungspflicht würde Umgehungsmöglichkeiten eröffnen, die dem Sinn und Zweck der angesprochenen Bestimmungen diametral entgegenliefen. Als (zivilrechtliche) Rechtsfolge der fehlenden Genehmigung sei von der Rechtsunwirksamkeit des derivativen Finanzgeschäftes auszugehen. Mangels Zustimmung durch die Landesregierung sei der Zustand der schwebenden Unwirksamkeit nicht überwunden und das betreffende genehmigungspflichtige Rechtsgeschäft Folge dessen nie rechtswirksam geworden.⁵⁶⁵

Dieses Ergebnis mag aus rechtspolitischer Perspektive durchaus wünschenswert erscheinen, schafft es doch für all jene Gemeinden, denen in Folge eines Zinstauschvertrages ein negativer Saldo erwachsen ist, die Grundlage sich von weiteren Zahlungsverpflichtungen zu befreien und rechtsgrundlos geleistete Zahlungen zurückzufordern. *De lege lata* lässt sich eine derartige Gleichstellung von Kredit- und Darlehensgeschäften bzw derivativen Finanzinstrumenten wie gezeigt nicht begründen, weshalb die direkte Anwendbarkeit der für Darlehens- und Kreditgeschäfte geltenden Genehmigungsvorbehalte auf derivative Finanzgeschäfte nicht in Betracht kommt.

⁵⁶⁴ Vgl OGH 8 Ob 77/11t = ÖBA 4/12, 241 (243) mit Anm *Vonkilch*.

⁵⁶⁵ Vgl zB *Steiner*, Finanzgeschäfte Oö Gemeinden und Städte, Rechtsgrundlagen und Rechtsfragen, Arbeitsunterlage für die Sitzung des zur Beratung der Beilagen 366/2011 und 369/2011 eingesetzten Unterausschusses des Oö Landtags, Amt der Oö Landesregierung, GZ Verf-902466/2-2011-St, 7 ff.

Der analogen Anwendung steht die stRsp des VwGH entgegen, nach der die Zulässigkeit der Analogie auch im öffentlichen Recht grundsätzlich anerkannt ist, hierfür jedoch das Bestehen einer echten (dh planwidrigen) Rechtslücke voraussetzt. Eine solche ist *"dort anzunehmen, wo das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig, ist, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht. Da das öffentliche Recht, im Besonderen das Verwaltungsrecht, schon von der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt ist, muss eine auftretende Rechtslücke in diesem Rechtsbereich im Zweifel als beabsichtigt angesehen werden. Eine durch Analogie zu schließende Lücke kommt nur dann in Betracht, wenn das Gesetz anders nicht vollziehbar ist oder wenn das Gesetz in eine Regelung einen Sachverhalt nicht einbezieht, auf welchen – unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes und gemessen an den mit der Regelung verfolgten Absichten des Gesetzgebers – ebendieselben Wertungsgesichtspunkte zutreffen wie auf die im Gesetz geregelten Fälle und auf den daher – schon zur Vermeidung einer verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung – auch dieselben Rechtsfolgen angewendet werden müssen (...)."*⁵⁶⁶

Für die Annahme, dass die – Maßnahmen der Gemeinde an die Genehmigung der Landesregierung bindenden – Gemeindeorganisationsgesetze anders nicht vollziehbar wären, besteht kein Grund. Auch unter Wertungsgesichtspunkten ist keine planwidrige Lücke anzunehmen, zumal die Gemeindeordnungen selbst Darlehensaufnahmen nicht in jedem Fall der Genehmigungspflicht unterstellen, sondern Ausnahmen vorsehen, wenn bspw der Wert der Einzelmaßnahme einen bestimmten Prozentsatz der Gesamteinnahmen des ordentlichen Voranschlags des Haushaltsjahres oder einen bestimmten Prozentsatz der Finanzkraft der Gemeinde nicht übersteigt.⁵⁶⁷ Letztlich besteht dort, wo der Gesetzgeber eine taxative Aufzählung von Genehmigungsvorbehalten vorgenommen hat, schon aus rechtsmethodischer Sicht kein Raum für die Annahme einer planwidrigen Lücke.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ VwGH 25.3.2014, 2012/04/0145.

⁵⁶⁷ Vgl zB § 90 Abs 2 Nö GemO, § 90 Abs 2 Stmk GemO, § 91 Abs 1 VlbG GemG.

⁵⁶⁸ Vgl B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 556.

4.4.7.4. Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen

Die Gemeindeorganisationsgesetze unterstellen neben Krediten und Darlehen im engeren Sinn auch sog "kreditähnliche" bzw "darlehensähnliche" Rechtsgeschäfte der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht. Darunter wird "die Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommt" verstanden.⁵⁶⁹ Nachdem eine Subsumtion unter die Bestimmungen über die Aufnahme von Krediten und Darlehen wie gezeigt ausscheidet, erscheint überlegenswert, ob derivative Finanzgeschäfte zumindest als kredit- bzw darlehensähnlich qualifiziert werden können.⁵⁷⁰ Entfaltet ein Vertragstypus wirtschaftlich dieselben Auswirkungen wie ein Kredit- bzw Darlehensvertrag, sollen für ihn auch dieselben Maßstäbe wie bei der Kredit- bzw Darlehensaufnahme gelten, so der Telos der landesgesetzlichen Bestimmungen. Als klassisches Beispiel für ein kreditähnliches Geschäft dient den Gemeindeorganisationsgesetzen der Leasingvertrag, der regelmäßig in demonstrativer Weise angeführt wird.⁵⁷¹ Neben Leasinggeschäften können darunter aber auch atypische, langfristige Mietverträge ohne Kündigungsmöglichkeiten, Nutzungsüberlassungsverträge in Bezug auf kommunale Immobilien, periodenübergreifende Stundungsvereinbarungen, Ratenkauf- und Leibrentenverträge sowie bestimmte *Public-Private-Partnership*-Modelle verstanden werden.⁵⁷² Die Bezugnahme auf Rechtsgeschäfte, die einer Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommen, hat ihren Ursprung in der deutschen Rechtsordnung. Zahlreiche deutsche Kommunalgesetze⁵⁷³ umschreiben den Rechtsbegriff der Kreditähnlichkeit in sinnverwandter Weise und dienen der österreichischen Landesgesetzgebung zum Vorbild.

Im Kreditvertrag verpflichtet sich der Kreditgeber, dem Kreditnehmer unmittelbar abrufbare Zahlungsmittel (Geld) zur Verfügung zu stellen; der Kreditnehmer verpflichtet sich

⁵⁶⁹ Vgl § 76 Abs 1 lit d Nö STROG, § 90 Abs 1 Z 4 Nö GemO, § 72 Abs 4 K-GHO spricht von der Übernahme von "darlehensähnlichen Verbindlichkeiten", § 70 Abs 6 Z 7 Stmk GemO nimmt Bezug auf "sonstige Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen".

⁵⁷⁰ Eine derartige Rechtsmeinung wird bspw von der Stadt Linz vertreten. Vgl Klageschrift vom 2.11.2011, eingebracht beim Handelsgericht Wien, 41 f.

⁵⁷¹ Vgl § 70 Abs 6 Z 7 Stmk GemO, § 76 Abs 1 lit d Nö STROG, § 90 Abs 1 Z 4 Nö GemO.

⁵⁷² So die vorwiegend deutsche Literatur; vgl zB Nordrhein-Westfalen, RdErl des Innenministeriums vom 9.10.2006, 34-48.05.01/01, 4; *Klieve*, § 86 NRW GO, in *Praxis der Kommunalverwaltung*, Landesausgabe Nordrhein-Westfalen (2015) Anm 5.

⁵⁷³ Vgl Art 72 Abs 1 GemO Bayern, § 87 Abs 5 GemO Baden-Württemberg, § 82 Abs 5 GemO Sachsen, § 103 Abs 7 GemO Hessen, § 86 Abs 4 GemO Nordrhein-Westfalen.

seinerseits zur Rückzahlung der tatsächlich transferierten Gelder. Nicht als Kreditgeschäft sind deshalb jene Abreden zu qualifizieren, mit denen sich der Kreditnehmer nicht zur Rückzahlung von Geldmitteln, sondern zur Erbringung einer Dienstleistung oder einer Warenlieferung verpflichtet.⁵⁷⁴ Demgegenüber ist das Leasinggeschäft auf die Überlassung von Gebrauch und Nutzung an Konsum- oder Investitionsgütern gerichtet, wobei der Leasinggeber die Anschaffungskosten des Leasinggutes übernimmt und der Leasingnehmer den Kapitalaufwand nicht selbst zu tragen hat.⁵⁷⁵ Darin ist eine mit dem Kreditgeschäft vergleichbare Finanzierungsfunktion des Leasinggeschäftes zu erkennen, weshalb das Leasing insgesamt als "kreditähnlich" qualifiziert werden kann.⁵⁷⁶ Gemeinsam ist beiden Vertragstypen ihr wirtschaftlicher Zweck: sowohl dem Kreditnehmer als auch dem Leasingnehmer werden – in direkter bzw indirekter Weise – liquide Mittel zur Verfügung gestellt. Darin ist der wesentliche Unterschied zu den verschiedenen Erscheinungsformen derivativer Finanzgeschäfte zu erblicken: Der Swapvertrag zielt gerade nicht auf die "Verschaffung von Liquidität" ab.⁵⁷⁷ Vielmehr verpflichten sich beide Vertragspartner zum gegenseitigen, periodischen Austausch von Zahlungsströmen (*cashflows*), die von der Entwicklung eines bestimmten Bezugsobjektes abhängig sind (zB Aktienindex, Währung, Zinssatz) und die von den Vertragspartnern nicht beeinflusst werden kann.⁵⁷⁸ Ziel des Einsatzes derivativer Finanzinstrumente ist die Optimierung des Schuldendienstes der Gemeinde durch eine Diversifizierung des kommunalen Finanzportfolios. Eine teleologische Interpretation der genannten Vertragstypen zeigt sohin, dass derivativen Finanzgeschäften wirtschaftlich betrachtet eine völlig andere Bedeutung als Kreditgeschäften zukommt, weshalb sie auch nicht als kreditähnlich qualifiziert werden können.

Die Gesetzesmaterialien der Landtage geben keinen⁵⁷⁹ bzw nur bedingten⁵⁸⁰ Aufschluss zur Auslegung des Begriffs der Kreditähnlichkeit. In Niederösterreich waren bis zur Novelle zur Nö GemO vom 24.6.1999 all jene Rechtsgeschäfte der Genehmigungspflicht unter-

⁵⁷⁴ Karas/Träxler/Waldherr, § 1 BWG, in Dellinger (Hrsg), BWG (2016) Rz 40.

⁵⁷⁵ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht¹⁴, Band II (2015) 232.

⁵⁷⁶ Karas/Träxler/Waldherr, § 1 BWG, in Dellinger (Hrsg), BWG (2016) Rz 220 ff.

⁵⁷⁷ Vgl Klinger-Schmidt in Derleder/Kops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht² (2009) § 55 Rz 13.

⁵⁷⁸ Vgl Prokop/Borde, Kommunales Finanzmanagement (2010) 130 ff.

⁵⁷⁹ Vgl IA EZ 2122/1 und AB EZ 2122/4 BlgLT (Stmk) XV. GP zu § 70 Abs 6 Z 7 Stmk GemO.

⁵⁸⁰ Vgl Motivenbericht zur Nö GemO, LtG.-279/G-12-1999.

worfen, mit denen eine *"regelmäßige Leistungspflicht"* der Gemeinde verbunden war.⁵⁸¹ Eine derartige regelmäßige Leistungspflicht konnte missverständlicher Weise auch im Abschluss von Miet- und Pachtverträgen bzw Service- und Wartungsverträgen erblickt werden.⁵⁸² Um dem entgegenzuwirken wurde die Bestimmung in der heute in Geltung stehenden Weise umformuliert und der Bezug auf *"die Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommt (zB durch einen Leasingvertrag)"* eingeführt (§ 90 Abs 1 Z 4 Nö GemO idGF). Die Novelle des Jahres 1999 hatte offenkundig eine Deregulierung durch eine Einschränkung der genehmigungsbedürftigen Tatbestände vor Augen. Eine Unterstellung derivativer Finanzgeschäfte unter den unverändert geltenden Tatbestand steht dem Willen des historischen Gesetzgebers geradezu entgegen. Auch eine historische Interpretation führt daher zu dem Ergebnis, dass derivative Finanzgeschäfte nicht als kredit- bzw darlehensähnlich qualifiziert werden können.

4.4.7.5. Vergleichbare Regelungen in Bezug auf andere Selbstverwaltungskörper

Erwähnenswert ist im Zusammenhang mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht mE auch, dass der Bundesgesetzgeber im Hinblick auf sonstige Selbstverwaltungskörper schon sehr früh die Regelungsbedürftigkeit des Einsatzes derivativer Finanzinstrumente erkannt hat. Mit der 60. Novelle zum ASVG⁵⁸³ wurden für den Bereich der Sozialversicherungsträger bereits im Jahre 2002 in § 446 ASVG Rahmenbedingungen für den Abschluss von Derivatgeschäften geschaffen. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es dabei, den Versicherungsträgern (des Hauptverbandes) die Nutzung der *"vielfältigen Techniken zur Absicherung der Veranlagungserträge, die auf den rasant wachsenden Märkten als derivative Finanzinstrumente angeboten werden"* zu eröffnen.⁵⁸⁴ § 446 Abs 1 ASVG bestimmt einleitend, dass die der Vermögensanlage gewidmeten Mittel *"zinsenbringend"* anzulegen sind und zählt in taxativer Weise zulässige Veranlagungsformen auf.⁵⁸⁵ Abs 2

⁵⁸¹ § 90 Abs 1 Z 8 Nö GemO idF LGBl 1000-9.

⁵⁸² Vgl Motivenbericht zur Nö GemO, LtG.-279/G-12-1999, 38.

⁵⁸³ BGBl I 140/2002.

⁵⁸⁴ ErIRV 1183 BlgNR XXI. GP, 28.

⁵⁸⁵ Vgl *Souhrada* in *Sonntag*, ASVG¹ (2010) § 446 Rz 1: Zulässig ist eine Vermögensveranlagung in verzinslichen Wertpapieren, die in Euro von Mitgliedstaaten des EWR begeben wurden, deren Bonität als zweifelsfrei vorhanden erachtet wird (Z 1), in verzinslichen Wertpapieren, die in Euro von Kreditinstituten begeben wurden, deren Bonität als zweifelsfrei vorhanden erachtet wird (Z 2), in auf Euro lautenden Einlagen bei Kreditinstituten, deren Bonität als zweifelsfrei vorhanden erachtet wird (Z 3), in Fonds, ausgenommen Immobilienfonds, unter den Beschränkungen nach den Z 1 bis 3 und nach Abs 2 (Z 4) oder in Immobilienfonds

eröffnet die Möglichkeit zum Einsatz derivativer Instrumente. Bemerkenswert ist das Regelungsmodell des § 446 ASVG mE in zweifacher Hinsicht: zum einen im Hinblick auf die zulässigen (derivativen) Geschäftsinhalte, zum anderen im Hinblick auf die Anforderungen an die interne Organisationsstruktur der Sozialversicherungsträger:

Die Einrichtungen der sonstigen Selbstverwaltung⁵⁸⁶ werden durch Art 120c Abs 3 B-VG – der das Pendant zu Art 116 Abs 2 B-VG bildet – *ex constitutione* als "*selbständige Wirtschaftskörper*" konzipiert und können als solche wie die Gemeinden im Rahmen der Gesetze zur Erfüllung ihrer Aufgaben Vermögen aller Art erwerben, besitzen und darüber verfügen. Die geschäftsführenden Organe der Sozialversicherungsträger können dadurch – eingeschränkt durch das Effizienzgebot sowie durch Bestimmungen auf einfachgesetzlicher Ebene⁵⁸⁷ – die Vermögensverwaltung des Versicherungsträgers in selbständiger und autonomer Weise führen.⁵⁸⁸ Auch im Hinblick auf den Abschluss von Derivatgeschäften lässt der Gesetzgeber den Sozialversicherungsträgern grds freie Hand. Durch § 446 Abs 2 ASVG wird der Einsatz derivativer Instrumente insoweit für zulässig erklärt, als dieser nachweislich der Absicherung bestehender Positionen nach Abs 1 dient. Der Gesetzgeber differenziert damit erkennbar zwischen zulässigen Absicherungsgeschäften und unzulässigen "*Spekulationsgeschäften*". Wenn auch weder der Gesetzestext noch die Materialien⁵⁸⁹ konkrete Anforderungen an das Konnexitätsverhältnis benennen, ist doch davon auszugehen, dass der Gesetzgeber einen engen inneren Zusammenhang zwischen dem Basisgeschäft (zB Kreditvertrag) und dem derivativen Absicherungsgeschäft sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht vor Augen hatte. Dh, *ein* Derivat besichert die Zinsänderungsrisiken *eines* Grundgeschäftes und kann diesem eindeutig und in nachvollziehbarer Weise zugeordnet werden (*Micro-Hedging-Ansatz*). Für derartige Absicherungsgeschäfte stehen den Sozialversicherungsträgern die in Z 1 der Anlage 2 zu § 22 BWG genannten Formen von Zinsderivaten offen: Zinsswaps (mit einer einzigen Währung); Floating / floating Zinsswaps ("*Basis Swaps*"); Zinstermingeschäfte ("*forward rate agree-*

(Z 5). Ausgeschlossen sind demnach Unternehmensanleihen, Aktien, Aktienfonds sowie "*Veranlagungen in Wertpapieren, die eine über die Verzinsung hinausgehende, von Ereignissen außerhalb der Veranlagung abhängige Prämie ('Risikoprämie') enthalten*".

⁵⁸⁶ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 347 ff.

⁵⁸⁷ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 351.

⁵⁸⁸ Korinek/Leitl-Staudinger in Tomandl, Sozialversicherungssystem, 4.2.4., 530.

⁵⁸⁹ ErIRV 1183 BlgNR XXI. GP, 28. – Die Materialien betonen lediglich, dass das "*Motiv der Absicherung*" entscheidend für die Zulässigkeit derivativer Geschäftsabschlüsse ist.

ments"), einschließlich Käufe von Termineinlagen auf Termin; Zinsterminkontrakte und zinsbezogene Index-Kontrakte; gekaufte Optionen auf zinsbezogene Instrumente sowie andere vergleichbare Verträge. Demgegenüber ist den Sozialversicherungsträgern der autonome Abschluss von Derivatgeschäften zu bloßen Ertragszwecken, dh von Geschäften mit ausschließlich spekulativem Charakter, grds verwehrt. Derartige Transaktionen sind nur dann rechtlich wirksam, wenn sie im Einzelfall von der Aufsichtsbehörde genehmigt wurden.⁵⁹⁰ Spekulationsgeschäfte iSd § 446 ASVG sind demnach gemäß Abs 3 leg cit nur insoweit zulässig, als ihnen ein Beschluss des zuständigen Bundesministers zugrunde liegt. Unabhängig von bestehenden Zinsänderungsrisiken abgeschlossene Vermögensanlagen, die nicht von einer ministeriellen Genehmigung gedeckt sind, sind demgegenüber als nichtig zu qualifizieren.⁵⁹¹ § 446 Abs 3 ASVG normiert damit einen dem Art 119a Abs 8 B-VG vergleichbaren Genehmigungsvorbehalt.

Aus rechtspolitischer Perspektive vorbildlich für den kommunalen Bereich könnte mE das in Abs 4 verankerte Erfordernis der Einrichtung eines Risikomanagements sein, wodurch der Sozialversicherungsträger gezwungen wird, für den Bereich der Vermögensverwaltung sowohl in personeller als auch in organisatorischer Hinsicht Vorkehrungen zu treffen.

4.5. Zur Organkompetenz zum Abschluss derivativer Finanzinstrumente

In den vorstehenden Kapiteln wurde gezeigt, dass an der prinzipiellen Verbandskompetenz der Gemeinde zum Abschluss derivativer Finanzgeschäfte keinerlei Zweifel bestehen. In der Folge soll beleuchtet werden, welchem Gemeindeorgan die Zuständigkeit zukommt, ein solches Rechtsgeschäft für die Gemeinde rechtswirksam abzuschließen.

Als organisatorische "*Mindestausstattung*" sind nach Art 117 Abs 1 B-VG jedenfalls der Gemeinderat als allgemeiner Vertretungskörper, der Gemeindevorstand (Stadtrat) sowie der Bürgermeister als Organe der Gemeinde einzurichten.⁵⁹² Dem Land als Gemeindeor-

⁵⁹⁰ Korinek/Leitl-Staudinger in Tomandl, Sozialversicherungssystem, 4.2.4., 530.

⁵⁹¹ OGH 24.10.2011, 8 Ob 11/11t = ÖBA 4/12, 1796 (Vonkilch) = GesRZ 2012, 191 (Kapsch) = JBl 2012, 441 (Graf).

⁵⁹² Vgl Steiner, 9. Teil, Rechtsstellung und Aufgaben der Gemeindeorgane, in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht (2014) Rz 4.

ganisationsgesetzgeber obliegt die nähere Ausgestaltung in den Gemeindeordnungen und Stadtrechten. Der Landesgesetzgeber kann insb weitere Gemeindeorgane vorsehen.⁵⁹³

Der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages durch die Gemeinde unterliegt den Regelungen des Zivilrechts.⁵⁹⁴ Wer zur organschaftlichen Vertretung der Gemeinde als Trägerin von Privatrechten im Außenverhältnis befugt ist, richtet sich demgegenüber nach den Gemeindeorganisationsgesetzen.⁵⁹⁵ In Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches – zu dem auch die vielfältigen Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung zählen – ist der Bürgermeister als Behörde erster Instanz vorgesehen; jedoch nur insoweit, als sich das Handeln auf behördliche – also bescheidmäßige – Entscheidungen bezieht. Darüber hinaus räumen die allgemeinen Bestimmungen dem Bürgermeister die grundsätzliche Vertretungsmacht im Außenverhältnis ein.⁵⁹⁶ Er fungiert als "*Sprachrohr*" der Gemeinde.⁵⁹⁷ Demnach obliegt ihm ua "*die laufende Verwaltung*" der Gemeinde als Trägerin von Privatrechten,⁵⁹⁸ hinsichtlich des Gemeindevermögens⁵⁹⁹ oder hinsichtlich des Gemeindeigentums⁶⁰⁰. Eine nähere Definition dieses unbestimmten Begriffes ist den Gemeindeordnungen nicht zu entnehmen. Nach der höchstgerichtlichen Rsp sind darunter "*jene Geschäfte zu verstehen, die regelmäßig wiederkehrende Angelegenheiten ohne weittragende finanzielle, wirtschaftliche, politische oder ähnliche Bedeutung zum Gegenstand haben, die somit den gewöhnlichen Tätigkeitsbereich der Gemeindeverwaltung ausmachen*".⁶⁰¹ Der Judikatur des OGH zufolge fallen darunter kleinere, alltägliche Geschäfte, die mit einem geringen Finanzmitteleinsatz verbunden sind.⁶⁰² Nach *G Jantschgi* steckt in dem Begriff zudem ein quantitatives Element: Je häufiger eine bestimmte Angelegenheit

⁵⁹³ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 320 f.

⁵⁹⁴ *Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 867 Rz 1.

⁵⁹⁵ Vgl *Lukas*, Die Vertretung der Bundesländer im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, in FS Kerschner (2013) 235 (236); *ders*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt. Schutz der örtlichen Gemeinschaft vor einem Alleingang unzuständiger Organe, *ecolex* 2012, 120.

⁵⁹⁶ Vgl OGH 24.3.1972, 6 Ob 33/71, wonach der Bürgermeister ohne Genehmigung durch den Gemeinderat rechtswirksam einen Vermittlungsauftrag an einen Realitätenvermittler erteilen kann. § 37 Abs 1 erster Satz Nö GemO normiert bspw: "*Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde nach außen.*"

⁵⁹⁷ *Lukas*, Die Vertretung der Bundesländer im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, in FS Kerschner (2013) 235 (237).

⁵⁹⁸ § 66 Abs 1 lit e VlbG GemG.

⁵⁹⁹ § 38 Abs 1 Z 3 Nö GemO.

⁶⁰⁰ § 45 Abs 2 lit c Stmk GemO.

⁶⁰¹ Vgl VwGH 8.9.2016, Ra 2016/06/0057 mwN; OGH 5.6.2008, 6 Ob 71/07w.

⁶⁰² Vgl zB OGH 30.1.1997, 6 Ob 2328/96p; 9.11.2011, 5 Ob 52/11z.

anfällt, desto eher ist sie der laufenden Verwaltung zuzurechnen.⁶⁰³ Laufend wiederkehrende Verwaltungsaufgaben – insb solche, die zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes erforderlich sind – sollen nach dem Gesetzeszweck nicht einem Kollegialorgan vorbehalten, sondern vom Bürgermeister erledigt werden.⁶⁰⁴ Welche Geschäfte regelmäßig zu erledigen sind, hängt maßgeblich von der Gemeindegröße ab. Während sich in Kleinstgemeinden die laufende Verwaltung in der Besorgung der berühmten Amtstinte, im Ankauf von Kanzleimaterial oder in der Auszahlung von Gehältern und Löhnen an Gemeindebedienstete erschöpft, kann in großen, finanzstarken Gemeinden selbst die Vermietung von Gemeindewohnungen oder anderer kommunaler Infrastruktureinrichtungen noch der laufenden Verwaltung unterliegen.⁶⁰⁵ Eine Differenzierung nach der Finanzkraft nehmen die in Rede stehenden Rechtsgrundlagen jedoch nicht vor.

Wenngleich das öffentliche Schuldenmanagement der laufenden Bewirtschaftung bedarf, stellt der Abschluss derivativer Finanzgeschäfte – selbst in Großgemeinden – mE jedenfalls eine außerordentliche Maßnahme dar, die nicht als eine Angelegenheit der laufenden Verwaltung qualifiziert werden kann.

Sämtliche Gemeindeorganisationsgesetze weisen einem kommunalen Kollegialorgan – zT dem Gemeinderat,⁶⁰⁶ zT dem Gemeindevorstand (Stadtssenat)⁶⁰⁷ – die subsidiäre Generalkompetenz zur Erledigung all jener Aufgaben zu, die nicht ausdrücklich in den Zuständigkeitsbereich eines Gemeindeorganes übertragen sind. Dieser Auffangtatbestand kann als Rechtsgrundlage dienen, soweit die Landesgesetzgebung die Zuständigkeit zum Abschluss von "*Finanzgeschäften*"⁶⁰⁸ – neben anderen Genehmigungsvoraussetzungen – nicht ohnedies dem Gemeinderat als oberstem Organ der Gemeindeverwaltung zur Beschlussfassung ausdrücklich vorbehalten hat. Der Begriff "*Finanzgeschäft*" ist weder in den Gemeindeorganisationsgesetzen noch im BWG oder WAG legaldefiniert. Die Gemeindeordnungen sehen lediglich für bestimmte Rechtsgeschäfte wie zB Spareinlagen, Festgeld,

⁶⁰³ G Jantschgi in Jantschgi/Jantschgi, Stmk GemO (2015) § 45 Rz 23.

⁶⁰⁴ Vgl Nö Gemeindeverwaltungsschule und Kommunalakademie, Kommentar zur Nö GemO 1973³ (2004) 58 f.

⁶⁰⁵ So auch G Jantschgi in Jantschgi/Jantschgi, Stmk GemO (2015) § 45 Rz 27; Nö Gemeindeverwaltungsschule und Kommunalakademie, Kommentar zur Nö GemO 1973³ (2004) 59.

⁶⁰⁶ Vgl § 23 Bgld GemO, § 34 K-AGO, § 43 Oö GemO, § 19 Sbg GemO, § 43 Stmk GemO, § 30 TGO.

⁶⁰⁷ Vgl § 36 Nö GemO, § 60 VlbG GemG.

⁶⁰⁸ Vgl zB § 60 Abs 6 Stmk GemO, § 69 Abs 5 Nö GemO, §§ 84 f Oö GemO, § 50 Abs 1 lit b Z 16 VlbG GemG.

Kassenobligationen, mündelsichere Veranlagungen, Kontoüberziehung, Darlehen, Schuld-scheindarlehen oder sonstige Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen, Ausnahmen von weiteren Genehmigungsvoraussetzungen (wie zB der Verpflichtung, vor Beschlussfassung des Gemeinderates eine schriftliche Risikoanalyse über das Finanzgeschäft einzuholen) vor.⁶⁰⁹ Trotz der zT unterschiedlichen Verwendung ist davon auszugehen, dass die Gemeindeorganisationsgesetze von einem weiten Begriffsverständnis des "*Finanzgeschäftes*" ausgehen und alle komplexen Veranlagungs- und Finanzierungsformen – zu denen auch derivative Finanzgeschäfte zählen – miteinbeziehen wollen.

Steht die Organkompetenz des Gemeinderates fest, stellt sich die Frage, wie der konkrete "*Abschluss*" eines Rechtsgeschäftes für die Gemeinde zu erfolgen hat. Zunächst ist darin zu erinnern, dass es sich dabei um einen zweiaktigen Vorgang handelt: In einem ersten Schritt bedarf es der Beschlussfassung im bzw der Genehmigung durch den Gemeinderat. Der Gemeinderat handelt dabei als ein *politisches* Organ, das unter Bindung an öffentlich-rechtliche Vorgaben im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis eine inhaltliche Entscheidung trifft. Die interne Willensbildung ist insoweit ein notwendiger, dem Abschluss des Rechtsgeschäftes vorgelagerter Akt.

In einem zweiten Schritt hat das zur Vertretung nach außen berufene Organ die zivilrechtliche Handlung vorzunehmen.⁶¹⁰ IdR ist wie gezeigt der Bürgermeister ohne jede Einschränkung außenvertretungsbefugt; er hat den Gemeinderatsbeschluss zu exekutieren.⁶¹¹ Er kann die Gemeinde selbst dann rechtswirksam gegenüber Dritten verpflichten, wenn sein Handeln nicht bzw nicht vollständig von einem Gemeinderatsbeschluss gedeckt ist.⁶¹² ZT sehen die Gemeindeorganisationsgesetze für die Unterfertigung von Urkunden Formerfordernisse (wie zB die Mitwirkung eines oder mehrerer Mitglieder des Gemein-

⁶⁰⁹ Vgl zB § 70 Abs 6 Stmk GemO.

⁶¹⁰ So schon *Kitzmantel*, Die oberösterreichischen Statutarstädte (1994) 50; *Steiner*, 9. Teil, Rechtsstellung und Aufgaben der Gemeindeorgane, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2014) Rz 118; *Binder*, 14. Teil, Wirtschaftsunternehmen der Gemeinde, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 43.

⁶¹¹ *Lukas*, Die Vertretung der Bundesländer im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, in FS Kerschner (2013) 235 (237).

⁶¹² Der VwGH steht nach seiner stRsp auf dem Standpunkt, dass er die interne Willensbildung nicht zu überprüfen hat, wenn das Gesetz dem Bürgermeister nach außen unbeschränkte Vertretungsbefugnis einräumt. – Vgl zB VwGH 25.10.2001, 98/15/0013 sowie weiterführend *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 178 ff.

devorstandes bzw des Magistratsdirektors oder das Anbringen des Gemeindegiegs)613 vor, mit denen für die Gemeinde Verbindlichkeiten gegenüber Dritten eingegangen werden.614 Der Bürgermeister trägt mit dem Abschluss des Vertrages dafür Sorge, dass der Gemeinderatsbeschluss vollzogen wird.615

Mit diesem zweigliedrigen Akt – der internen Willensbildung sowie dem außenwirksamen Vertretungsakt – ist vereinbar, dass Gegenstand der Beschlussfassung im Gemeinderat nicht ein ausformulierter Vertragstext, sondern bloßer ein Rahmenvertrag ist, der lediglich die wesentlichen Grundsätze des Rechtsgeschäftes absteckt und die nähere Konkretisierung der Vertragskonditionen sowie der Einzelabschluss durch Unterfertigung des Vertrages obliegen dem Bürgermeister als außenvertretungsbefugtem Organ.

4.6. Aufklärungspflichten im Vertragsverhältnis zwischen Bank und Gemeinde

Die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Abschlusses derivativer Finanzgeschäfte im kommunalen Bereich wurde in den vorstehenden Kapiteln allein mit Blick auf das Gemeindeorganisationsrecht und somit auf das öffentlich-rechtliche Regelungsregime beantwortet. Eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit derivativer Vertragsabschlüsse ist jedoch gleichsam aus privatrechtlicher Perspektive möglich. Insb das Problem der Intensität der Anlageberatung im (vor-)vertraglichen Verhältnis beschäftigte in der jüngeren Vergangenheit die Höchstgerichte in Deutschland und Österreich. Sowohl der deutsche BGH616 als auch der OGH617 haben die Reichweite der den Anbietern von Zins-Swapgeschäften auferlegten Aufklärungs-, Beratungs- und Informationspflichten ausgelotet. Anlassgebend war zum einen ein mittelständisches deutsches Unternehmen, zum anderen die Vorarlberger Gebietskrankenkasse; Vertragsgegenstand zum einen ein "CMS-Spread-Ladder-Swap", zum anderen ein "Quanto-Snowball-Swap".618 In der Folge soll der Frage nachge-

613 Vgl OGH 22.11.2016, 5 Ob 204/16k = NZ 2017, 261, zur Unterschrift des Magistratsdirektors auf privatrechtlichen Verträgen einer Stadt mit eigenem Statut.

614 Vgl § 63 Stmk GemO, § 50 Bgld GemO, § 71 K-AGO, § 55 Nö GemO, § 65 Oö GemO, § 39 Sbg GemO, § 55 TGO, § 69 VlbG GemG, § 72 Klagenfurter Stadtrecht 1998.

615 Vgl zB § 45 Abs 2 lit a Stmk GemO, § 38 Abs 1 Nö GemO. – Vgl auch *G Jantschgi* in *Jantschgi/Jantschgi*, Stmk GemO (2015) § 45 Rz 17 ff.

616 BGH 22.3.2011, XI ZR 33/10.

617 OGH 24.10.2011, 8 Ob 11/11t

618 Zur gerafften Begriffserklärung vgl *Wilhelm*, Über Zins-Swapping – das "Tauschen" von Zinsen, *ecolex* 2012, 280 (283 f).

gangen werden, inwieweit die in den zitierten Judikaten getroffenen höchstgerichtlichen Erwägungen verallgemeinerungsfähig sind und somit auch auf derivative Vertragsabschlüsse zwischen Banken und Gemeinden Anwendung finden. Ein Heranziehen der deutschen Rsp erscheint deshalb geboten, weil die Rechtslage der nationalen weitgehend ident ausgestaltet ist, die Rechtsmeinungen ähnlich gelagert sind und selbst der OGH in seiner Begründung ausdrücklich auf die genannte Grundsatzentscheidung des BGH verweist.

4.6.1. Wohlverhaltenspflichten

Das WAG⁶¹⁹ normiert in seinen §§ 38 ff "*Wohlverhaltenspflichten*", die primär dem Anlegerschutz dienen.⁶²⁰ Gleichzeitig soll damit das Vertrauen der Kunden in das Funktionieren der Finanzmärkte gestärkt werden.⁶²¹ Adressaten der Bestimmungen sind Rechtsträger iSd § 15 Abs 1 WAG, somit insb Kreditinstitute iSd § 1 Abs 1 BWG, Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen.⁶²² Ziel der Wohlverhaltenspflichten ist es, die bestehende "*Informationsasymmetrie*" zwischen dem Rechtsträger und dem Kunden auszugleichen.⁶²³ Letztlich soll sichergestellt sein, "*dass der Anleger im Hinblick auf das Risiko des Geschäfts im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die ihn beratende Bank*".⁶²⁴ Zum sachlichen Anwendungsbereich der Wohlverhaltenspflichten zählt jedwede Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen iSd § 1 Z 2 und 3 WAG. Darunter ist auch die Beratung von Gemeinden und die – damit einhergehende – Vermittlung von komplexen Finanzinstrumenten iSd § 1 Z 6 lit d WAG zu subsumieren.⁶²⁵

⁶¹⁹ BGBl I 60/2007. Ähnlich gelagert aber insgesamt weniger weitreichend waren die Vorgängerbestimmungen der §§ 11 ff WAG 1996, BGBl 753/1996 ausgestaltet. Zur Entwicklung der Wohlverhaltensregeln vgl grundlegend *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria* (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 1 ff.

⁶²⁰ Ähnlich Ziele verfolgt auch das BWG.

⁶²¹ *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria* (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 2 und 5.

⁶²² *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria* (Hrsg), WAG² (2010) § 15 Rz 1 ff.

⁶²³ Klageschrift der Stadt Linz vom 2.11.2011, eingebracht beim Handelsgericht Wien, 29 (abrufbar unter: www.linz.at/swap4175.asp).

⁶²⁴ BGH 22.3.2011, XI ZR 33/10.

⁶²⁵ § 1 Z 6 lit d: "*Optionen, Terminkontrakte (Futures), Swaps, außerbörsliche Zinstermingeschäfte (Forward Rate Agreements) und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Wertpapiere, Währungen, Zinssätze oder -erträge, oder andere Derivat-Instrumente, finanzielle Indizes oder Messgrößen, die effektiv geliefert oder bar abgerechnet werden können.*"

Die Anbieter von Finanzinstrumenten sind verpflichtet, ihre Kunden im Vorfeld des Geschäftsabschlusses ausreichend zu beraten, dh ihnen eine "mit entsprechender Information einhergehende Verhaltensempfehlung" auszusprechen.⁶²⁶ Jedoch definieren weder das WAG noch das BWG genauere Anforderungen an Umfang und Inhalt der Beratungsleistung. Aus den unionsrechtlichen⁶²⁷ und innerstaatlichen Vorgaben lassen sich lediglich allgemeine Wohlverhaltensregelungen für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ableiten, die auch für die Anlageberatung relevant sind. Ausgehend von der Generalklausel des § 38 WAG, die im Sinne einer universellen Leitlinie den Rechtsträger dazu verpflichtet, "ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln", treffen den Rechtsträger umfassende Informations-, Beratungs-, Berichts- sowie Dokumentationspflichten im Zusammenhang mit der zu erbringenden Finanzdienstleistung. Dazu zählt zum einen die Pflicht zur Informationseinholung, dh zur Beischaffung von Informationen über den präsumtiven Kunden, seiner Kenntnisse, Erfahrungen und Anlageziele, um die Eignung des Finanzproduktes beurteilen zu können sowie zum anderen die Pflicht zur Informationsübermittlung, dh zur angemessenen Aufklärung über das Finanzprodukt und den damit verbundenen Risiken (§§ 43 ff WAG).⁶²⁸ Inhalt und Umfang der Aufklärung sind daher zum einen von der Person des Anlegers abhängig, zum anderen dem Anlageobjekt, dh dem vertragsgegenständlichen Finanzprodukt, geschuldet.⁶²⁹ Erbringt die Bank eine nicht anlegergerechte oder nicht anlagegerechte und somit mangelhafte Beratungsleistung,⁶³⁰ so wird sie der Gemeinde gegenüber in erster Linie schadenersatzpflichtig aus dem Titel der Vertragsverletzung bzw der *culpa in contrahendo*.⁶³¹ Hinzu treten mögliche aufsichtsrechtliche (durch die FMA) sowie verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen.⁶³²

⁶²⁶ Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 27 mwN.

⁶²⁷ Vgl insb Art 19 MiFID, 2004/39/EG.

⁶²⁸ Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 23 ff. Vgl grundlegend – wenn auch zur älteren Rechtslage – Welser, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, ecolex 1995, 79.

⁶²⁹ Zur anleger- und anlagegerechten Beratung siehe schon BGH, 6.7.1993, XI ZR 12/93 ("Bond-Urteil") = NJW 1993, 2433; Clouth, Rechtsfragen der außerbörslichen Finanz-Derivate (2001) 152 f mwN.

⁶³⁰ Der Begriff der "anlagegerechte Beratung" kann kaum allgemeingültig definiert werden, sondern erschließt sich immer aus den Umständen des konkreten Einzelfalles. – Vgl Tutsch, Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht, ecolex 1995, 84.

⁶³¹ Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 37, gehen davon aus, dass die Verletzung von Wohlverhaltensregeln im "Zwischenbereich" zwischen Vertragshaftung und deliktischer Haftung anzusiedeln ist.

⁶³² Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 33 ff.

4.6.2. Anleger- und objektgerechte Beratung und Information

Anleger und "Kunde" iSd WAG ist grds "jede natürliche oder juristische Person, für die ein Rechtsträger Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erbringt und jede natürliche oder juristische Person gegenüber der den Rechtsträger vorvertragliche Pflichten treffen" (§ 1 Z 12 WAG). Diesem allgemeinen Begriffsverständnis folgend, gilt auch die Gemeinde als "Kunde" soweit sie Wertpapierdienstleistungen nachfragt. Dem WAG liegt jedoch ein differenzierter Kundenbegriff zugrunde. Das Gesetz unterscheidet zwischen den sog "professionellen Kunden" (§ 1 Z 13 WAG) und den "Privatkunden" (§ 1 Z 14 WAG) und qualifiziert die einzelnen Kundengruppen als unterschiedlich schutzbedürftig.⁶³³ Unter "professionellen Kunden" sind gemäß § 58 Abs 1 WAG jene (potentiellen) Vertragspartner der Banken zu verstehen, die über die erforderlichen Erfahrungen und Kenntnisse sowie den ausreichenden Sachverstand verfügen, um ihre Anlageentscheidungen selbst treffen und die damit verbundenen Risiken angemessen beurteilen zu können. Sie werden *ex lege* als weniger schutzbedürftig eingestuft, was eine bloß eingeschränkte Anwendbarkeit der gesetzlichen Wohlverhaltensregelungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen Banken und professionellen Kunden zur Folge hat.⁶³⁴ Die taxative Aufzählung des § 58 Abs 2 WAG bezieht die Gemeinde weder ausdrücklich in den Kreis der professionellen Kunden mit ein, noch lassen sich die Gemeinden unter den Begriff der "Regionalregierungen der Mitgliedstaaten und Drittländer" iSd Z 3 subsumieren, weshalb die Kommune grds als Privatkunde⁶³⁵ zu qualifizieren ist. Der Umstand, dass die einzelne Gemeinde – unabhängig von ihrer Größe, ihrer Kenntnisse im Anlagebereich oder ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit – nicht zu den geborenen professionellen Kunden zu zählen ist hat zur Folge, dass die Wohlverhaltenspflichten des WAG im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Gemeinden unumschränkt zur Anwendung gelangen.

Von einer "anlegergerechten" Beratung ist nach der ständigen höchstgerichtlichen Rsp des deutschen BGH dann auszugehen, wenn die Bank die persönlichen Verhältnisse des Anlegers berücksichtigt und sich die Anlageempfehlung am Wissensstand, den Erfahrun-

⁶³³ Saria in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 1 Rz 22.

⁶³⁴ Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 58 Rz 6, 16 und 19.

⁶³⁵ In § 1 Z 14 WAG ist der Begriff des "Privatkunden" negativ definiert und umfasst jeden Kunden, der kein professioneller Kunde ist.

gen und Anlagezielen – zu denen der Anlagezweck und die Risikobereitschaft gehören – des Kunden orientiert. Die Pflicht zur Informationseinholung ist eingeschränkt bzw kann ausnahmsweise gänzlich unterbleiben, wenn der Bank im konkreten Einzelfall die individuellen Bedürfnisse des Kunden hinreichend bekannt sind. Bspw kann eine bestehende langjährige Geschäftsbeziehung oder das Wissen um das bisherige Anlageverhalten des Kunden die Beratungspflichten der Bank minimieren.⁶³⁶ Diesen Grundsätzen kann uneingeschränkte Geltung auch für das österreichische Recht zuerkannt werden, wenngleich die österreichische Rechtsordnung anders als das deutsche Schuldrecht keine Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens im Sinne einer Beweislastumkehr kennt.⁶³⁷

Der BGH geht darüber jedoch noch hinaus: Selbst wenn der Kontrahent bzw dessen organschaftliche Vertretung über die für den Abschluss komplexer Finanzinstrumente notwendige Expertise verfügt, entbinde dies die Bank nicht von ihrer umfassenden Aufklärungspflicht. Die berufliche Qualifikation des Gegenübers alleine reiche nicht aus, um Kenntnisse und Erfahrungen im Zusammenhang mit Finanztermingeschäften zu unterstellen.⁶³⁸ Mit dem BGH und *Klausberger/Rüger* mag es einleuchtend erscheinen, dass Fachkenntnisse und Risikobereitschaft keinen unmittelbaren Konnex zueinander aufweisen. Trotzdem geht diese Argumentation vor dem Hintergrund des § 43 Abs 1 WAG mE zu weit. Demnach sollen nämlich auch Bildungs- und Berufsstand des Kunden den Umfang der Beratung determinieren.

Geht man nun für den kommunalen Bereich von der Annahme aus, dass eine Gemeinde (bzw der Magistrat einer Statutarstadt) über eine eigene Abteilung verfügt, die mit der Finanz- und Vermögensverwaltung betraut ist, dieser kommunalen Einrichtung organschaftliche Vertreter vorstehen, die ausreichende Kenntnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftswissenschaften vorweisen können, die Gemeinde schon in der Vergangenheit mehrfach derivative Finanzgeschäfte abgeschlossen hat und dies ausdrücklich wieder tun möchte und die Bank explizit auf die evidente Risikogeneignetheit des offerierten Vertrags-

⁶³⁶ BGH 22.3.2011, XI ZR 33/10 Rz 28; BGH, 6.7.1993, XI ZR 12/93 ("*Bond-Urteil*") = NJW 1993, 2433.

⁶³⁷ *Klausberger/Rüger*, Zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten einer Bank bei strukturierten Produkten, ÖBA 2012, 97 (99).

⁶³⁸ BGH 22.3.2011, XI ZR 33/10 Rz 31.

modells hinweist, so ist die notwendige Beratungsintensität seitens der Bank mE als gering einzustufen.⁶³⁹

Daher ist der für den im Geschäftsverkehr mit einem mittelständischen deutschen Unternehmen geltende Aufklärungsmaßstab als durchaus auf Vertragsabschlüsse im kommunalen Bereich übertragbar anzusehen. Insb lässt sich der Kontrahierung mit einer Gebietskörperschaft und der damit einhergehenden Veranlagung von öffentlichen Finanzmitteln jedenfalls keine erhöhte Beratungspflicht seitens der Bank ableiten.

4.7. Spekulationsverbot

4.7.1. Das Vorsichtsgebot in der deutschen Literatur und Rechtsprechung

Gegen die Zulässigkeit des Einsatzes derivativer Finanzinstrumente im kommunalen Bereich wird von Teilen der deutschen Literatur und Rsp eingewandt, dass derartige Vertragsabschlüsse gegen das allgemeine "Vorsichtsgebot" bzw das "Spekulationsverbot" verstoßen würden und deshalb – gestützt auf § 134 dtBGB⁶⁴⁰ – als nichtig zu qualifizieren seien.⁶⁴¹ Ausgehend von Art 28 Abs 2 GG, der den Kommunen die "finanzielle Eigenverantwortung" garantiert, sowie dessen Konkretisierungen in den Kommunalgesetzen⁶⁴² seien die deutschen gleich den österreichischen Gemeinden zur sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung verpflichtet. Der Abschluss von Rechtsgeschäften mit spekulativem Charakter laufe diesen Gebarungsgrundsätzen diametral entgegen und stelle sowohl eine Gefährdung der Sicherstellung der dauernden Leistungsfähigkeit als auch der sorgfältigen Vermögensverwaltung der Gemeinde dar.⁶⁴³ Zudem überschreite die Kommune ihren eigenen Aufgaben- und Wirkungskreis, weshalb Derivatgeschäfte –

⁶³⁹ AA Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 43 Rz 9.

⁶⁴⁰ § 134 dtBGB: "Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt."

⁶⁴¹ Endler in Zerey (Hrsg), Finanzderivate² (2010) § 24 Rn 88 ff.

⁶⁴² Vgl bspw Art 74 Abs 2 Bay GO: "Die Vermögensgegenstände sind pfleglich und wirtschaftlich zu verwalten und ordnungsgemäß nachzuweisen. Bei Geldanlagen ist auf eine ausreichende Sicherheit zu achten; sie sollen einen angemessenen Ertrag bringen."

⁶⁴³ Weck/Schick, Unwirksamkeit spekulativer Swap-Geschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, 18 (19).

mangels eindeutigen Bezuges zur örtlichen Gemeinschaft – nicht wirksam abgeschlossen werden könnten.⁶⁴⁴

Soweit seine eigenständige Existenz nicht gänzlich in Zweifel gezogen wird,⁶⁴⁵ geht die hL in Deutschland davon aus, dass das Spekulationsverbot von bloß relativer Natur ist und es sich dabei um kein Verbotsgesetz iSd § 134 dtBGB handelt.⁶⁴⁶ Ähnlich den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit ist es inhaltlich zu unbestimmt, um eine absolute Unwirksamkeit derivativer Finanzgeschäfte begründen zu können.⁶⁴⁷ Der Begriff der "*Spekulation*"⁶⁴⁸ ist zudem kein Rechtsbegriff. Weder wird er im dtBGB oder den Kommunalordnungen der Länder legal definiert, noch kann eine einheitliche dtRsp ausgemacht werden, die eine administrierbare Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen – weil spekulativen – Rechtsgeschäften ermöglichen würde.⁶⁴⁹ Versuche, das Spekulationsgeschäft abschließend zu spezifizieren, münden daher zu meist in leeren Wortformeln, denen kaum Justiziabilität zugemessen werden kann: Als spekulativ sollen bspw jene Finanzgeschäfte angesehen werden, die rein erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgen, "*die der Erwirtschaftung separater Gewinne dienen sollen*"⁶⁵⁰ oder bei denen "*das Risiko des Kapitalverlustes die Chance des Kapitalgewinns deutlich übersteigt*".⁶⁵¹ In Ermangelung einfachgesetzlicher Konkretisierungen ist bei der-

⁶⁴⁴ Morlin, Die Befugnis kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform zu Spekulationsgeschäften am Beispiel von Zinsswaps, NVwZ 2007, 1159; Weck, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu Zins-Swap-Geschäften Deutscher Banken mit Gemeinden und mittelständischen Unternehmen vor dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestags am 6.4.2011 in Berlin (2011) 5 f; Weck/Schick, Unwirksamkeit spekulativer Swap-Geschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, 18 (20) – Weiterführend dazu Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankenrechts-Handbuch⁴, Band II (2011) § 114 Rz 95, 110d mwN.

⁶⁴⁵ Lehmann, Zinsswaps der öffentlichen Hand: Vertragswirksamkeit und Beratungspflichten, BKR 2008, 488. – "*Es existiert mithin kein allgemeines Spekulationsverbot, sondern lediglich die Pflicht der Gemeinde und seiner Unternehmen zum sorgsamem Umgang mit dem öffentlichen Vermögen.*"

⁶⁴⁶ OLG Bamberg 11.5.2009, 4 U 92/08.

⁶⁴⁷ Lammers, Pflichtverletzung bei kommunalen Zins-Swaps, NVwZ 2012, 12 (14).

⁶⁴⁸ Vgl Hochgesand, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften (1977) 170: Der rechtlich unbestimmte Begriff der "*Spekulation*" wird in den Wirtschaftswissenschaften verwendet, "*wenn Waren, Effekten, Devisen usw. einzig und allein in der Absicht gekauft/verkauft werden, sie zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu verkaufen/zu kaufen und die Transaktionen nur in Erwartung von Preisänderungen vorgenommen werden, nicht hingegen, weil aus dem Besitz der Waren ein eigenständiger Nutzen gezogen wird (Wertpapieranlage, Bodenbesitz), die Waren auf dem Weg zur Marktreife umgestaltet (Produktion) oder in andere Märkte transferiert (Handel) werden.*"

⁶⁴⁹ Lehmann, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Bundestages am 6.4.2011, Deutscher Bundestag, Wortprotokoll des Finanzausschusses Nr 17/48, hat pointiert festgestellt, dass das, was Spekulation ist und was nicht, spekulativ sei.

⁶⁵⁰ Weck/Schick, Unwirksamkeit spekulativer Swap-Geschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, 18 (20).

⁶⁵¹ Morlin, Die Befugnis kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform zu Spekulationsgeschäften am Beispiel von Zinsswaps, NVwZ 2007, 1159.

artigen Abwägungsentscheidungen von einem weiten Handlungs- und Beurteilungsspielraum auszugehen, der den deutschen Kommunen weitgehend freie Hand beim Eingehen von (auch spekulativen) Finanzgeschäften überlässt und in Deutschland *de lege lata* den Abschluss von Rechtsgeschäften zulässt, unabhängig davon, welches Risiko mit ihnen verbunden ist.

Mag das Spekulationsverbot auch eine aus der Gesamtheit der haushaltsrechtlichen Bestimmungen ableitbare *Maxime* darstellen, so entfaltet es doch kaum mehr Schlagkraft als die programmatischen Gebarungsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit selbst. Insb ist es nach der wohl hL in Deutschland nicht geeignet, eine absolute Unzulässigkeit von Derivatgeschäften im kommunalen Bereich zu rechtfertigen.⁶⁵² Dh, auch wenn die Gemeinde mit einem Verlust saldiert und ein derivatives Finanzgeschäft letztlich eine Mehrbelastung des kommunalen Haushalts zur Folge hat, kann sie sich nicht wirksam auf den spekulativen Charakter und einer damit einhergehende Nichtigkeit des Geschäftes berufen.

Worin ist dann letztlich der Mehrwert des Spekulationsverbotes im Vergleich zu den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu erkennen? Das Spekulationsverbot sowie der damit einhergehende Gedanke, Risiken beim Abschluss von Finanzgeschäften möglichst zu begrenzen, bilden in Deutschland den Ausgangspunkt für Überlegungen zur Notwendigkeit von Konnexitätserfordernissen. Demnach sollen deutsche Gemeinden Derivatgeschäfte nur insoweit zulässigerweise eingehen dürfen, als ihr Abschluss in einem inneren Zusammenhang zu einem Basisgeschäft (bspw einem Kredit- oder Darlehensvertrag) bzw zum Schuldenportfolio der Gemeinde insgesamt steht. Soll der Gemeinde ein Eingehen von evidenten Risiken zukünftig nur in begrenztem Ausmaß möglich und das Spekulationsverbot mehr als bloßer Leitgedanke der kommunalen Haushaltswirtschaft sein, so sind mE *de lege ferenda* landesgesetzliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die den Begriff des (unzulässigen) "*Spekulationsgeschäftes*" konkretisieren und mit Leben füllen. Angedacht sei insb die Normierung von Informationspflichten des kommunalen Kontraktpartners im vorvertraglichen Stadium, Obergrenzen für eine ma-

⁶⁵² Lammers, Pflichtverletzung bei kommunalen Zins-Swaps, NVwZ 2012, 12 (14).

ximal zulässige Verschuldung aus dem Abschluss eines Finanzgeschäftes, den Grad der notwendigen Konnexität zwischen Grund- und Derivatgeschäften etc.⁶⁵³

4.7.2. Die Konnexität als Abgrenzungsmerkmal

Aus dem haushaltsrechtlichen Vorsichtsgebot wird in der deutschen Literatur und Rsp das Erfordernis der "*Konnexität*" zwischen Kredit- und Derivatgeschäft abgeleitet. Der Begriff verlangt – wörtlich ausgelegt – einen inneren Zusammenhang, eine Verbindung, ein Abhängigkeitsverhältnis oder das Bestehen einer inneren Beziehung zwischen zwei oder mehreren Sachverhalten.⁶⁵⁴ Synonym dazu hat sich in Deutschland der Begriff der "*Grundgeschäftsbezogenheit*" etabliert.⁶⁵⁵ Dieser Grundsatz besagt, dass dem Abschluss eines derivativen Finanzgeschäftes nur insoweit rechtliche Zulässigkeit zukommen soll und kann, als er in einem zeitlichen, sachlichen und betragsmäßigen Zusammenhang mit einem Grundgeschäft – bei Zinsswaps handelt es sich dabei idR um einen Kredit- oder Darlehensvertrag – steht.⁶⁵⁶ Unterschiedlich beurteilt wird der Grad der geforderten Konnexität.⁶⁵⁷ Umstritten ist insb die Frage, welche Anforderungen an den inneren Zusammenhang zwischen Kredit- und Derivatgeschäft zu stellen sind. Geht man von einem engen Begriffsverständnis aus, so hat das Derivatgeschäft konnex zu *einem* bestimmten, bereits abgeschlossenen oder einem zukünftig – jedenfalls aber in einem zeitlichen Naheverhältnis – abzuschließenden Kreditgeschäft zu sein (sog "*Micro-Hedging*").⁶⁵⁸ Diese Verbundenheit hat in dreifacher Weise zu bestehen:

Zunächst wird eine enge *zeitliche* Konnexität angenommen: Dh, die Laufzeit des Derivatgeschäftes hat sich an jener des Basisgeschäftes zu orientieren. Kredit- und Derivatgeschäft müssen deshalb nicht notwendigerweise zeitgleich, in derselben juristischen Sekunde abgeschlossen werden. Die maximale Dauer des Derivatgeschäftes wird jedoch begrenzt durch die (Rest-)Laufzeit des Kredit- bzw Darlehensvertrages.⁶⁵⁹ Eine darüber

⁶⁵³ Vgl dazu Deutscher Städtetag, Muster-Dienstanweisung für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement (2015) 4.

⁶⁵⁴ Vgl www.duden.de/suchen/dudenonline/konnexitaet.

⁶⁵⁵ OLG Stuttgart 27.10.2010, 9 U 148/08.

⁶⁵⁶ Lammers, Pflichtverletzungen bei kommunalen Zins-Swaps, NVwZ 2012, 12 (14).

⁶⁵⁷ Gehrman, Kommunale Zinsswapgeschäfte und strafrechtliches Risiko, KommJur 2011, 41.

⁶⁵⁸ Vgl Endler in Zerey (Hrsg), Handbuch Finanzderivate (2010) 503, Rn 23.

⁶⁵⁹ Vgl zB Endler in Zerey (Hrsg), Handbuch Finanzderivate (2010) 503, Rn 23 ff.

hinausgehende, längere Laufzeit des zur Absicherung dienenden Derivatkontraktes würde nach dieser Ansicht gegen das Konnexitätserfordernis verstoßen und das derivative Finanzgeschäft als rechtswidrig erscheinen lassen.

Sachliche Konnexität ist dann anzunehmen, wenn mit dem Abschluss eines Derivatgeschäftes das Ziel verfolgt wird, die der Gemeinde aus *einem* konkreten Kreditgeschäft erwachsenden (Zins-)Risiken möglichst zu minimieren. Wie bereits dargestellt birgt sowohl eine fixe als auch eine variable Verzinsung ein gewisses Risiko für die Kommune in sich. Diesem Wagnis soll aktiv entgegengesteuert werden, indem das Derivatgeschäft zur Absicherung der aus einem bestimmten Kreditgeschäft erwachsenden Zinsänderungsrisiken und in Ansehung der konkreten Rahmenbedingungen des Einzelfalles geschlossen wird.

Zuletzt wird ein enger *betragsmäßiger* Zusammenhang zwischen Derivat- und Basisgeschäft gefordert, worunter eine – mehr oder weniger weitreichende – Übereinstimmung in Bezug auf Währung, Nominalbetrag und Basiswert verstanden wird.⁶⁶⁰ Um dem engen Konnexitätserfordernis zu genügen, hat ein Derivatgeschäft in kumulativer Weise sämtliche der dargestellten Maßstäbe zu erfüllen. Mangelt es an einer der genannten Voraussetzungen, handelt die Gemeinde nach den Vertretern dieser engen Auslegung des Konnexitätsbegriffes jenseits ihrer Verbandkompetenz, weshalb von der Nichtigkeit des Derivatgeschäftes auszugehen sei.

Die hL in Deutschland lässt eine "*gelockerte Konnexität*"⁶⁶¹ genügen. Dh, losgelöst vom einzelnen Kreditvertrag wird ein innerer Zusammenhang zwischen einer Mehrzahl von Kreditgeschäften und dem Derivat als ausreichend angesehen. Die Konnexität muss lediglich im Hinblick auf das gesamte *Schuldenportfolio* der Gemeinde gegeben sein und insgesamt das Ziel einer (potentiellen) Optimierung der kommunalen Zinsrisiken verfolgen ("*Macro Hedging*" oder "*Portfolioansatz*")⁶⁶². Auch den Derivaterlässen der deut-

⁶⁶⁰ Weck/Schick, Unwirksamkeit spekulativer Swap-Geschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, 18 (20 f).

⁶⁶¹ Vgl. Morlin, Die Befugnis kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform zu Spekulationsgeschäften am Beispiel von Zinsswaps, NVwZ 2007, 1159 (1160); Weck/Schick, Unwirksamkeit spekulativer Swap-Geschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, 18 (19).

⁶⁶² Endler in Zerey (Hrsg), Handbuch Finanzderivate (2010) 503 Rn 33.

schen Bundesländer liegt mehrheitlich ein derart weites Begriffsverständnis zugrunde.⁶⁶³ Im Vergleich zu anderen Akten der administrativen Rechtsetzung sind diese Erlässe als Verwaltungsverordnungen zu qualifizieren. Sie geben die Rechtsansicht der Kommunalaufsichtsbehörde wieder, entfalten aber lediglich verwaltungsinterne Wirkungen. Trotz der mangelnden Außenwirksamkeit sind die Erlässe als Weisungen für die Gemeindeverantwortlichen als bindend anzusehen.⁶⁶⁴

Holoubek/Prändl erkennen in der Konnexität zwischen Grund- und Derivatgeschäft ein Zulässigkeitsersfordernis auch für die österreichische Rechtsordnung, indem sie die Befugnis zum Abschluss derivativer Finanzgeschäfte durch Kommunen auf Fälle beschränken, soweit es um die Konditionengestaltung konkreter Kreditgeschäfte geht.⁶⁶⁵ Sie gehen insgesamt von einem engen Begriffsverständnis aus und erachten Derivatgeschäfte der öffentlichen Hand nur als "*Absicherungsgeschäfte*" und nur bei gleichem Volumen, gleicher Laufzeit sowie gleichen Anpassungszeitpunkten in Bezug auf ein Grundgeschäft für zulässig.⁶⁶⁶ *Grabenwarter/Holoubek* beschreiten denselben Weg und schaffen mit

⁶⁶³ Vgl. Saarland, Richtlinien für den Einsatz derivativer Finanzinstrumente im Kreditmanagement des Ministeriums für Finanzen und Bundesangelegenheiten (Derivatrichtlinien) (2004), 2.2 Konnexitätsprinzip: "*Die Zinsausgabensteuerung erfolgt über den vorhandenen Bestand an Schulden und Derivaten (Port-folio). Einzelgeschäftsbezogene Derivate (Konnexität) können dabei ebenfalls abgeschlossen werden. Der Einsatz von Derivaten für zukünftig aufzunehmende Kredite ist zulässig, sofern es sich innerhalb des Finanzplanungszeitraums um eine Anschlussfinanzierung fällig werdender Kredite oder um die Sicherung von Konditionen für im laufenden Haushaltsjahr neu aufzunehmende Kredite handelt.*" – Beispielhaft für eine enge Auslegung des Konnexitätsbegriffes: Nordrhein-Westfalen, RdErl des Innenministeriums vom 9.10.2006, 34-48.05.01/01, 2.2.1 Risikobegrenzung und Konnexität: "*Die Gemeinden können Zinsderivate zur Zinssicherung und zur Optimierung ihrer Zinsbelastung nutzen. Auch bei der Optimierung ihrer Zinsderivate verpflichten die maßgeblichen Haushaltsgrundsätze die Gemeinden zur Beachtung des Vorrangs der Sicherheit und Risikominimierung bei der Gestaltung der Kreditkonditionen. Die Zinsderivate müssen deshalb bereits bestehenden Krediten zugeordnet werden können (Konnexität). Die vielfältigen Finanzinstrumente der Geld- und Kapitalmärkte sollen im Rahmen einer Risikostreuung nur in einem angemessenen und vertretbaren Umfang in Anspruch genommen werden. Bei einer Optimierung der Zinsbelastung – insbesondere bei der Zusammenstellung des Portfolios – ist bei den damit einhergehenden Risiken in der Gesamtschau darauf zu achten, dass durch die Zinsderivate bestehende Zinsrisiken nicht erhöht werden.*"

⁶⁶⁴ Zum Begriff der Verwaltungsverordnung vgl. *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 741 ff. – Mit Blick auf die deutsche Rechtslage scheint es problematisch, dass die Erlässe weniger eine Interpretation bestehender (Kommunal-) Gesetze, sondern vielmehr rechtsschöpferische Akte der Kommunalaufsichtsbehörden darstellen.

⁶⁶⁵ Vgl. *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 222.

⁶⁶⁶ Vgl. *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand (2005) 204: "*Derivatgeschäfte sind für die öffentliche Hand nur als Absicherungsgeschäfte zulässig. Von einem solchen Absicherungsgeschäft spricht man dann, wenn das Derivatgeschäft mit höchstens dem gleichen Volumen, der gleichen Laufzeit und den gleichen Anpassungszeitpunkten wie das*

dem "Spekulationsgeschäft mit unbegrenztem Verlustrisiko" eine eigene Kategorie von Finanzgeschäften, die ihres Erachtens in keinem inneren Zusammenhang mit der sonstigen staatlichen bzw kommunalen Aufgabenwahrnehmung steht und damit jenseits der Grenze – zulässigen – privatwirtschaftlichen Handelns liegen soll. Den Spekulationsgeschäften stellen sie die zur Begrenzung des Risikos eines geschlossenen Grundgeschäftes dienenden Absicherungsgeschäfte gegenüber, in denen sie taugliche Finanzinstrumente des staatlichen Schuldenmanagements erkennen.⁶⁶⁷ Als rein spekulativ betrachten sie jene Finanzgeschäfte, die allein der Geldmittelbeschaffung zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben oder zur Schuldentilgung dienen, ohne eigenständige, darüber hinausgehende Zwecke zu verfolgen. Auch *Damjanovic* differenziert für den kommunalen Bereich zwischen rein zur Deckung eines Finanzbedarfs abgeschlossenen und absichernden Geschäften und zieht die Grenze der Zulässigkeit dort, wo die Gewinnerzielung zum Selbstzweck verkommt. Begründend geht sie davon aus, dass jede erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, die keine (zumindest mittelbare) Gemeinwohlförderung zum Ziel hat, nicht mehr als im örtlichen Interesse gelegen qualifiziert werden könne und damit auch nicht mehr von der Selbstverwaltungsgarantie getragen sei.⁶⁶⁸ Mit diesem (strengeren) Maßstab fordert sie im Ergebnis mE eine doppelte Konnexität: Zum einen muss demnach jedes derivative Finanzgeschäft in einem inneren Zusammenhang mit einem Grundgeschäft stehen, zum anderen muss dieses Grundgeschäft insofern in den Bereich der Realwirtschaft rückgekoppelt sein, als die besicherte Fremdmittelaufnahme selbst jedenfalls öffentlichen Interessen im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge dienen muss.

Mag dieser Ansatz vor dem Hintergrund verlustbringender derivativer Finanztransaktionen in der jüngsten Vergangenheit wirtschaftlich sinnvoll bzw politisch wünschenswert erscheinen, so fehlten dafür – mit Blick auf die Rechtslage vor dem Jahr 2008 und damit auf jenen Zeitraum, in dem die Mehrzahl der die kommunalen Haushalte zT noch heute belastenden Derivatgeschäfte abgeschlossen wurden – jede gesetzlichen Grundlagen. Weder aus Art 116 Abs 2 B-VG noch aus den Gemeindeordnungen und Stadtstatuten

Grundgeschäft (Kreditvertrag) zur Vermeidung oder zur Reduktion von möglichen Zinsen-, Währungs- oder Kursverlusten abgeschlossen wird."

⁶⁶⁷ Vgl *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14 (24).

⁶⁶⁸ Vgl *Damjanovic*, Zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden als Teil ihrer Selbstverwaltungsgarantie, ÖZW 2016, 122 (129).

lässt sich das Erfordernis der Konnexität explizit ableiten. Dies gilt sowohl für das enge als auch das gelockerte Begriffsverständnis. In Ermangelung konkreter (verfassungs-)gesetzlicher Determinanten sowie unter Berücksichtigung der überaus weit zu verstehenden Wirtschaftsfreiheit der Gemeinde, unterliegt die Kommune beim Abschluss derivativer Finanzinstrumente mE – die in der Folge darzustellenden bundes- und landesgesetzlichen Spekulationsverbote außer Betracht lassend – überhaupt keinen Restriktionen, zumindest keinen, die nicht ebenfalls (verfassungs-)gesetzlich determiniert gewesen wären. Vielmehr ist selbst der Abschluss abstrakter Derivatgeschäfte ohne jeden Konnex zu einem spezifischen Grundgeschäft bzw zur Gesamtheit des kommunalen Kreditportfolios rechtlich möglich, zumal das abstrakte, rechtliche Können einer Gemeinde über ihr rechtliches Dürfen im Einzelfall hinausgeht, weshalb auch nicht jeder (innenrechtlich) rechtswidrige Akt gleichzeitig auch als (außenrechtlich) unwirksam zu qualifizieren ist.⁶⁶⁹

Ein Blick auf die Justiziabilität der eben dargestellten, in der Literatur neu geschaffenen Begriffskategorien iZm dem Einsatz derivativer Finanzinstrumente illustriert zudem die unterschiedliche Wirkungsweise der (Finanz-)Kontrolle durch Rechnungshöfe auf der einen und die der Rechtskontrolle durch die Gerichte auf der anderen Seite: Die Feststellung des Rechnungshofes, der Abschluss eines kommunalen Derivatgeschäftes sei in rein erwerbswirtschaftlicher, verschwenderischer, unwirtschaftlicher und unzumutbarer Weise oder ohne jeden inneren Zusammenhang mit einem (wie immer gearteten) Grundgeschäft erfolgt, ist an die zuständigen Legislativorgane adressiert, von diesen politisch zu würdigen und möglicher Ausgangspunkt korrigierender gesetzgeberischer Maßnahmen. Der Zirkelschluss, ein derartigen Befund impliziere *per se* eine (gerichtlich aufgreifbare) Rechtswidrigkeit des besagten Vertragsabschlusses, ist nicht zulässig.

4.7.3. Gesetzgeberische Vorarbeiten auf Bundes- und Landesebene

4.7.3.1. Politische Absichtserklärungen

Im Stabilitätsprogramm für die Jahre 2012 bis 2017 war erstmalig eine Vereinbarung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden zur Erlassung eines Spekulationsverbots für die öffentliche Hand angedacht, mit dem die Gebietskörperschaften zu einer möglichst risiko-

⁶⁶⁹ Siehe nur *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 65 ff, 71.

aversen Finanzgebarung verpflichtet werden sollten. Geplant war, ein solches Verbot durch einen innerstaatlichen Staatsvertrag gemäß Art 15a B-VG verbindlich festzulegen. Dadurch sollten insb – bundesweit einheitlich – vier Grundsätze festgeschrieben werden:⁶⁷⁰

Mit dem "*Grundsatz der risikoaversen Finanzgebarung*" sollte das Eingehen vermeidbarer Risiken verboten werden. Angedacht war, den Abschluss ausschließlich (mit einem Grundgeschäft) konnexer derivativer Finanzinstrumente zu erlauben, Kreditaufnahmen zum Zweck mittel- und langfristiger Veranlagungen hingegen zu verbieten. Daneben sollten mit dem "*Grundsatz einer strategischen Jahresplanung*" bzgl. Schulden- und Liquiditätsmanagement entsprechend den Vorgaben durch die hierfür zuständigen Organe, dem "*Grundsatz der Umsetzung einer Aufbau- und Ablauforganisation*" einschließlich des Vier-Augen-Prinzips sowie dem "*Grundsatz der Transparenz über getätigte Transaktionen*" (zumindest rudimentäre) verfahrensrechtliche Sicherstellungen eingeführt werden.

Für den Bund und die sonstigen Rechtsträger des Sektors Staat, die in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen, sollten diese Grundsätze durch Änderungen des Bundesfinanzierungsgesetzes sowie des Bundeshaushaltsgesetzes verbindlich erklärt werden; die Landesgesetzgebung sollte für ihren Regelungsbereich der Länder und Gemeinden entsprechende Vorsorge treffen.

Auch im Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2013 bis 2018 war "*zur Stärkung des Vertrauens in die Finanzpolitik in allen Gebietskörperschaften*" die Umsetzung eines einheitlichen Spekulationsverbots für den gesamten Sektor Staat eingeplant. Das Maßnahmenpaket sollte neben der Verankerung eines Bund, Länder und Gemeinden bindenden Spekulationsverbotes in der Bundesfinanzverfassung eine Vereinbarung der Gebietskörperschaften gemäß Art 15a B-VG zur Vorsehung genereller Richtlinien für alle staatlichen Einheiten und begleitende Änderungen des Bundeshaushaltsgesetzes 2013 umfassen.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Vgl. das Österreichische Stabilitätsprogramm für die Jahre 2012 bis 2017, III-407 BlgNR XXIV. GP, 34 f.

⁶⁷¹ Vgl. das Arbeitsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2013 – 2018 (2013) 102 f.

4.7.3.2. Staatszielbestimmung

Im Jahr 2013 erfolgte der erste legislative Umsetzungsversuch: Beabsichtigt war zunächst, das Spekulationsverbot in Form einer Staatszielbestimmung auf verfassungsrechtlicher Ebene zu verankern und im Finanz-Verfassungsgesetz 1948 zu verorten. Der Entwurf⁶⁷² zur geplanten Verfassungsbestimmung des § 17 Abs 1 F-VG 1948 lautete: "*Die Finanzgebarung von Bund, Ländern und Gemeinden ist risikoavers auszurichten. Insbesondere sind bei der Finanzierung und der Veranlagung vermeidbare Risiken auszuschließen. Kreditaufnahmen zum Zweck mittel- und langfristiger Veranlagungen sowie der Abschluss von derivativen Finanzinstrumenten ohne entsprechendes Grundgeschäft sind unzulässig.*" § 17 Abs 2 F-VG 1948 sollte die Gebietskörperschaften verpflichten, die in Abs 1 vorgezeichneten Grundsätze bundesweit einheitlich im Rahmen einer Art 15a-Vereinbarung näher zu konkretisieren. Adressaten der Zielbestimmung sollten nach dem Wortlaut des Abs 2 – dem Wesen eines Verfassungsauftrages entsprechend – nur Bund, Länder und Gemeinden sein; die Bindung an den Grundsatz der risikoaversen Vorgangsweise sollte jedoch weiter reichen und neben den Gebietskörperschaften auch alle sonstigen Rechtsträger der "*öffentlichen Hand*" erfassen, nämlich alle nach dem Europäischen System volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG) dem Sektor Staat zurechenbaren Einheiten.⁶⁷³

Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber mit der mit "*Spekulationsverbot*" überschriebenen Verfassungsbestimmung risikogeneigte Gebarungshandlungen nicht gänzlich untersagen, sondern schon auf der programmatischen Ebene des Staatszieles das Eingehen gewisser Risiken durchaus tolerieren wollte. Die Gebietskörperschaften sollten nicht zur risikolosen Finanzgebarung verpflichtet, sondern (bloß) zur Risikoaversität angehalten

⁶⁷² Vgl RV 2146 BlgNR XXIV. GP.

⁶⁷³ Der Sektor Staat umfasst nach dem ESVG 2010 "*institutionelle Einheiten, die zu den Nichtmarktproduzenten zählen, deren Produktionswert für den Individual- und den Kollektivkonsum bestimmt ist, und die sich mit Zwangsabgaben von Einheiten anderer Sektoren finanzieren, sowie institutionelle Einheiten, die hauptsächlich Einkommen und Vermögen umverteilen*". Der Teilsektor "*Gemeinden*" umfasst alle öffentlichen Körperschaften, deren Zuständigkeit auf einen örtlich begrenzten Teil des Wirtschaftsgebiets beschränkt ist, mit Ausnahme lokaler Stellen der Sozialversicherung. Dazu zählen auch die von den Gemeinden kontrollierten Organisationen ohne Erwerbszweck, deren Zuständigkeit auf das Wirtschaftsgebiet. Vgl weiterführend ESVG 2010, eurostat (2014) Rn 2.116 (abrufbar unter: ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5925749/KS-02-13-269-DE.PDF/0f8f50e6-173c-49ec-b58a-e2ca93ffd056). Zu den kommunalen Einrichtungen, die zum Teilsektor Gemeinden zugehören vgl die Liste der Einheiten des öffentlichen Sektors der Statistik Austria.

werden. Dahinter ist die gesetzgeberische Einsicht zu erkennen, dass ein völlig risikofreies Gebaren nicht möglich ist. (Unzulässiges) Spekulieren sollte demnach erst dort beginnen, wo Risiken nicht mehr unvermeidbar sind; administrierbare Grenzen sollten zwischen Bund, Ländern und Gemeinden koordiniert und in Form einer Art 15a-Vereinbarung für verbindlich erklärt werden. Um die Gemeinden als (öffentlich-rechtliche) Vertragspartner von Bund und Ländern zu etablieren, sollten neben der Staatszielbestimmung durch eine Änderung des BVG über die Ermächtigung des Österreichischen Gemeindebundes und des Österreichischen Städtebundes die kommunalen Interessenvertretungen in verfahrensrechtlicher Hinsicht ermächtigt werden – so wie iZm Konsultationsmechanismus und dem Stabilitätspakt – über eine risikoaverse Finanzgebarung Vereinbarungen mit den gesetzgebenden Körperschaften abschließen zu können.⁶⁷⁴

Die notwendigerweise einzugehenden Risiken sollten jedoch auf ein Mindestmaß begrenzt und der Risikominimierung der Vorrang gegenüber der Ertrags- und Kostenoptimierung eingeräumt werden.⁶⁷⁵ Beispielhaft führt der Entwurf zulässige und unzulässige Finanzgeschäfte an: Während das Eingehen von strategischen Beteiligungen der öffentlichen Hand an Gesellschaften – trotz ihres mitunter schwankenden Wertes bzw des möglichen totalen Wertverlustes im Fall der Insolvenz des Unternehmens – nicht als Spekulation anzusehen seien, verstießen – soweit ersichtlich – Veranlagungen am Finanzmarkt dann gegen das Spekulationsverbot, wenn die damit verbundene Risikoübernahme vermeidbar sei und das Rechtsgeschäft in keinem Zusammenhang mit den Aufgaben der Gebietskörperschaft stehe.⁶⁷⁶

N Raschauer/Schwabl weisen iZm mit dem Entwurf zur geplanten Staatszielbestimmung darauf hin, dass sich dieser einiger unbestimmter Begriffe bedient, deren näherer Bedeu-

⁶⁷⁴ Vgl BGBl I 61/1998.

⁶⁷⁵ Vgl ErlRV 2146 BlgNR XXIV. GP, 2.

⁶⁷⁶ Die genaue Grenze der Spekulation bleibt nach den Gesetzesmaterialien jedoch im Dunkeln (vgl ErlRV 2146 BlgNR XXIV. GP, 2): "Im Gegensatz dazu ist als Spekulation zu werten, wenn Veranlagungen am Finanzmarkt mit vermeidbaren Risiko getätigt werden, primär wegen höherer Gewinnerzielungsabsicht, die jedoch nicht den Aufgaben der Gebietskörperschaft dienen."

tungsgehalt unklar erscheint.⁶⁷⁷ Der Befund, dass der Etablierung eines Spekulationsverbotes (bzw eines Gebotes zur risikoaversen Ausrichtung gebarungs-relevanter Handlungen) ohne Vorsehung begleitender – insb verfahrensrechtlicher – Anordnungen im Vergleich zu den ohnedies verfassungsgesetzlich verankerten Gebarungsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit nur ein beschränkter Mehrwert zuzumessen ist, ist mE zutreffend. Der – grds berechtigten – Kritik ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber auf der Ebene des Verfassungsauftrages⁶⁷⁸ eben nur vage bleiben und es dem einfachen Gesetzgeber überantworten kann, die Mittel zur Erreichung des Staatszieles näher zu definieren.

4.7.3.3. Art 15a-Vereinbarung

In der Folge verständigten sich der Bund, die Länder und die – durch den Österreichischen Gemeindebund sowie den Österreichischen Städtebund vertretenen – Gemeinden auf die im geplanten § 17 Abs 2 F-VG 1948⁶⁷⁹ vorgesehene Art 15a-Vereinbarung. Kern des Vertrages sollte die wechselseitige Verpflichtung zur risikoaversen Ausrichtung der Finanzgebarung sämtlicher Einheiten des Sektors Staat iSd ESVG sein (Art 1). Die Bezugnahme auf den – über die Gebietskörperschaften hinausgehenden – Adressatenkreis fand im Unterschied zum Entwurf der Staatszielbestimmung Eingang in den Vertragstext und sollte Bund, Länder und Gemeinden verpflichten, die in der Art 15a-Vereinbarung festgelegten Grundsätze nicht nur für sich, sondern auch für die ihnen zugeordneten Entitäten für verbindlich zu erklären.⁶⁸⁰ Erfasst sollten auch Finanzgeschäfte sein, die ganz oder teilweise von Dritten erbracht werden (Art 1 Z 5); gebunden sollten zudem insb jene Gesellschaften sein, die von den Gebietskörperschaften eigens zur Erbringung von Finanzgeschäften errichtet werden.⁶⁸¹

Inhaltlich verpflichteten sich die Vertragspartner zur Umsetzung von vier – im Wesentlichen bereits im Stabilitätsprogramm 2012 vorgezeichneten – Grundsätze: Mit dem

⁶⁷⁷ Vgl N Raschauer/Schwabl, Spekulationsverbot und risikoaverse Finanzgebarung, in Jahrbuch Öffentliches Recht 2014, 381 (386), die beispielhaft die Begriffe "risikoavers", "vermeidbare Risiken" und "Finanzgebarung" herausstreichen.

⁶⁷⁸ Vgl zur Rechtsnatur der Staatszielbestimmung Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 89 ff.

⁶⁷⁹ ErlRV 2146 BlgNR XXIV. GP.

⁶⁸⁰ Vgl Maschek, ÖGZ 10/2013, 24 (25).

⁶⁸¹ Vgl ErlRV 2160 BlgNR XXIV. GP, 3

"Grundsatz einer risikoaversen Finanzgebarung" sollte dem Eingehen vermeidbarer Risiken entgegengewirkt werden. Eine demonstrative Aufzählung "vermeidbarer Risiken" sollte insb das Eingehen offener Fremdwährungsrisiken sowie den Abschluss derivativer Finanzinstrumente ohne entsprechendem Grundgeschäft verbieten; zudem sollten Kreditaufnahmen nicht zum Zweck mittel- und langfristiger Veranlagungen erfolgen dürfen. Leitlinie sollte auch hier sein, der Risikominimierung Priorität im Verhältnis zu Ertrags- bzw Kostenminimierungszielen einzuräumen.⁶⁸² Daneben verpflichteten der "Grundsatz einer strategischen Jahresplanung bzgl Schulden- und Liquiditätsmanagement" sowie der "Grundsatz der Umsetzung einer Aufbau- und Ablauforganisation" zur Vorsehung organisatorischer Maßnahmen zur Risikobegrenzung: Die Verpflichtung zur personellen Trennung von Treasury/Markt und Risikomanagement/Marktfolge und die damit einhergehende Etablierung des Vier-Augen-Prinzips sollte das Missbrauchspotential eindämmen. Zudem sollte durch die Vorgabe, dass die handelnden Personen über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen müssen, sichergestellt werden, dass in den Gebietskörperschaften das notwendige fachliche *Know-how* zum Abschluss komplexer Finanzgeschäfte vorhanden ist. Letztlich sollten mit dem "Grundsatz der Transparenz über getätigte Transaktionen" wechselseitige Berichtspflichten sowie – für den Fall des Verstoßes gegen die vereinbarten Grundsätze – ein Gebietskörperschaften übergreifender Sanktionsmechanismus vorgesehen werden. Die Kontrolle der Finanzgebarung sowie die Einhaltung des Spekulationsverbotes sollten dem Österreichischen Koordinationskomitee, einem Gremium, dem beratende Funktion iZm der Einhaltung des Österreichischen Stabilitätspaktes zukommt, übertragen werden. Das Koordinationskomitee sollte über Maßnahmen zur Verbesserung der Ausrichtung der Finanzgebarung der Gebietskörperschaften beratschlagen und dabei durch eine von Bund und Ländern beschickte Kontrollgruppe unterstützt werden. Sämtliche Einheiten des Sektors Staat gemäß ESVG sollten verpflichtet werden, jährlich zum 31.5. einen Bericht über die im vorangegangenen Haushaltsjahr getätigten Finanzierungstransaktionen sowie über den jeweiligen Schuldenstand zu erstellen und der Kontrollgruppe zu übermitteln.

⁶⁸² Vgl ErIRV 2160 BlgNR XXIV. GP, 2.

Nach Artikel 2 des Entwurfes für eine Art 15a-Vereinbarung sollte auch ein – der Verletzung von Fiskalregeln nach dem Österreichischen Stabilitätspakt 2012 nachgebildetes⁶⁸³ – Sanktionensystem etabliert werden. Vorgesehen war, bei vermuteten Verstößen gegen die dargelegten Grundsätze gutachterliche Stellungnahmen des Rechnungshofes (für den Verantwortungsbereich des Bund und der Länder) bzw der Landesgemeindefaufsicht (für den Verantwortungsbereich der Kommunen) einzuholen, um festzustellen, ob von einem Rechtsträger im Widerspruch zu dieser Art 15a-Vereinbarung stehende spekulative Transaktionen abgeschlossen wurden (Art 1 Z 1) oder sonstige Mängel in dessen Gebahrung vorliegen (Art 1 Z 2 und 3). Sanktionierbar sollte nach dem Willen der Vertragsparteien demnach sowohl der (einmalige) Verstoß gegen das Spekulationsverbot durch Abschluss eines verpönten Finanzgeschäftes als auch die (dauerhafte bzw über einen längeren Zeitraum bestehende) Verletzung jener Vorgaben sein, die die innere Organisation des Finanz- und Schuldenmanagements betreffen. Stellen Rechnungshof bzw Aufsichtsbehörde einen "*sanktionsrelevanten Sachverhalt*" fest, sollte – nach Anhörung der betroffenen Gebietskörperschaft – ein Schlichtungsgremium über die Verhängung von Sanktionen entscheiden (Art 2 Abs 4). Für den Fall der Feststellung einer "*Zuwiderhandlung*" (Art 2 Abs 1) gegen die Grundsätze einer risikoaversen Ausrichtung der Finanzgebahrung war als Sanktion die Leistung eines Sanktionsbeitrages vorgesehen, der sich von der dem Spekulationsgeschäft zugrunde liegenden Nominale errechnen und 15% dieser Bemessungsgrundlage nicht übersteigen sollte. Der Sanktionsbeitrag sollte nicht geleistet, sondern vom Bundesminister für Finanzen von den Ertragsanteilen der betreffenden Gebietskörperschaft einbehalten werden.

Das Sanktionierungsverfahren wies in der vereinbarten Form mehrere (verfassungs-) rechtliche sowie faktische Schwächen auf: Zum einen ist der Aufgabenkreis des – unmittelbar dem Nationalrat unterstehenden – Rechnungshofes im (nunmehr) sechsten Hauptstück der Bundesverfassung über die Rechnungs- und Gebahrungskontrolle (Art 121 bis 128 B-VG) taxativ festgelegt. Andere als die im B-VG umschriebenen Aufgaben können dem Rechnungshof nach der stRsp des VfGH nur im Wege eines Bundesverfassungs-

⁶⁸³ Vgl Art 21 ÖStP 2012, BGBl I 30/2013.

gesetzes übertragen werden.⁶⁸⁴ Der einfache Gesetzgeber wird durch Art 128 B-VG lediglich ermächtigt, "*nähere Bestimmungen*" über die Einrichtung und Tätigkeit des Rechnungshofes durch Bundesgesetz zu treffen; Voraussetzung dafür ist aber, dass die Zuständigkeit dem Grunde nach bundesverfassungsgesetzlich bereits grundgelegt ist. Vor dem Hintergrund dieser stRsp erscheint die Rechtsform der Art 15a-Vereinbarung umso weniger geeignet, um additive Aufgaben des Rechnungshofes festzulegen. Zudem steht die vorgesehene gutachterliche Tätigkeit des Rechnungshofes in einem Spannungsverhältnis zu seiner grds bloß nachprüfenden (und allein dem Nationalrat berichtenden) Kontrollbefugnis. Im Gegensatz zu den Aufgaben des Rechnungshofes sind die Mittel der Gemeindeaufsicht in der Bundesverfassung nach der stRsp des VfGH nicht abschließend, sondern in Art 119a B-VG nur in Grundzügen geregelt,⁶⁸⁵ der Aufsichtsgesetzgeber darf seinerseits die in Art 119a B-VG vorgesehenen Aufsichtsmittel näher ausgestalten.⁶⁸⁶ Eine Konkretisierung der in Art 119a Abs 2 B-VG verankerten Gebarungskontrolle der Gemeinde durch das Land dahingehend, der Gemeindeaufsichtsbehörde die Möglichkeit zur Erstellung von Gutachten für den Fall vermuteter Verstöße gegen die Grundsätze einer risikoaversen Ausrichtung der kommunalen Finanzgebarung einzuräumen, erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht möglich, bedarf jedoch einer eigenen landesgesetzlichen Regelung und kann nicht im Wege einer Art 15a-Vereinbarung umgesetzt werden. Der Art 15a-Vereinbarung können in Bezug auf die Ausweitung von Aufsichtsmitteln insoweit keine über eine Selbstverpflichtung des jeweiligen Vertragspartners hinausgehenden Rechtswirkungen zukommen. Selbst ein allfälliger Verstoß gegen die Vorschriften einer Vereinbarung nach Art 15a B-VG vermag eine Verfassungswidrigkeit einer landesgesetzlichen Bestimmung nicht zu begründen, zumal nach der stRsp des VfGH Art 15a-Vereinbarungen nur die Vertragsparteien verpflichten und– um die durch sie intendier-

⁶⁸⁴ Vgl VfSlg 6885/1972 – Mit dem Erkenntnis wurden eine (grundsatzgesetzliche) Bestimmung im Krankenanstaltengesetz sowie eine (ausführungsgesetzliche) Regelung im Oö Krankenanstaltengesetz, mit denen die Entscheidung von Streitfällen zwischen dem Rechtsträger einer öffentlichen Krankenanstalt und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger im Fall eines vertragslosen Zustandes einem Schiedsgericht zugewiesen wurden, als verfassungswidrig aufgehoben. Nach den beiden (übereinstimmenden) Bestimmungen war vorgesehen, dass der Vorsitzende des Schiedsgerichtes vom Präsidenten des Rechnungshofes aus dem Kreis der rechtskundigen Beamten des Rechnungshofes zu bestellen ist. In diesen Regelungen erkannte der VfGH eine verfassungswidrige Ausdehnung der (bundesverfassungsgesetzlich taxativ umschriebenen) Aufgaben des (Präsidenten des) Rechnungshofes.

⁶⁸⁵ Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 887.

⁶⁸⁶ Vgl VfSlg 9665/1983 sowie VfSlg 9943/1984 zur einfachgesetzlichen Ermächtigung der Aufsichtsbehörde zur Aufhebung von rechtskräftigen Gemeindebescheiden zur Wahrung des objektiven Rechts.

ten Rechtswirkungen über die Bindung der Vertragspartner untereinander hinaus zu aktualisieren – der Transformation bedürfen.⁶⁸⁷ Im Hinblick auf die Bemessung des – in der Literatur als "Bußgeld" umschriebenen⁶⁸⁸ – Sanktion ist zudem anzumerken, dass bei einem andauernden Organisationsverschulden eines Rechtsträgers – anders als im Fall des Abschlusses eines konkreten spekulativen Finanzgeschäftes – kein Nominale gegeben ist, das als Bemessungsgrundlage des Sanktionsbeitrages dienen könnte. Eine Errechnung des Sanktionsbeitrages in der von den Vertragsparteien intendierten Form (Art 2 Abs 1) ist daher schlicht nicht möglich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass trotz der – im Vergleich zu einer politisch nicht zu realisierenden Etablierung im Verfassungsrang – leichteren Umsetzung des Spekulationsverbotes in Form einer Art 15a-Vereinbarung auch eine Beschlussfassung des § 17 Abs 2 F-VG 1948 nicht zustande kam. Eine bundesverfassungsgesetzliche Ermächtigung, Vereinbarungen über die Grundsätze der Finanzgebarung zu treffen, wurde Bund, Ländern und Gemeinden nicht rechtswirksam eingeräumt. Trotzdem haben Länder – ua das Bundesland Niederösterreich – die Art 15a-Vereinbarung ihrerseits genehmigt. Demgegenüber ist als nachteilig die – trotz des in Art 2 vorgesehenen Sanktionensystems – ausgedünnte Justiziabilität ins Treffen zu führen. Während das Spekulationsverbot mit der Verankerung in der Bundesverfassung als Maßstab im Rahmen der verfassungsgerichtliche Kontrolle dienen hätte können, kann der VfGH nach Art 138a B-VG lediglich feststellen, ob eine Vereinbarung iSd Art 15a Abs 1 B-VG vorliegt und ob von einem Land oder dem Bund die aus einer solchen Vereinbarung folgenden Verpflichtungen erfüllt worden sind; weitergehende Sanktionen sind an die höchstgerichtliche Feststellung jedoch nicht geknüpft.

4.7.4. Die bundesgesetzliche Umsetzung des Spekulationsverbotes

Nachdem sowohl die Verankerung einer Staatszielbestimmung als auch die Implementierung der Grundlagen für den Abschluss einer Art 15a-Vereinbarung im Verfassungsrang scheiterten und damit das Ziel einer bundesweit einheitlichen – für alle Gebietskörper-

⁶⁸⁷ Vgl VfSlg 19.964/2015 sowie VfGH 28.6.2017, E 3297/2016, jeweils zur Bund-Länder-Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über eine bundesweite bedarfsorientierte Mindestsicherung, BGBl I 96/2010.

⁶⁸⁸ Vgl *N Raschauer/Schwabl*, Spekulationsverbot und risikoaverse Finanzgebarung, in *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2014, 381 (388).

schaften sowie deren zugeordnete Rechtsträger gleichermaßen geltenden – Regelung verfehlt wurde, beschloss der Bundesgesetzgeber mit einem Sammelgesetz⁶⁸⁹ für seinen Regelungsbereich (sowie die Sozialversicherungsträger) ein Spekulationsverbot auf einfachgesetzlicher Ebene. Mit einem neu geschaffenen § 2a BFinG wurde die OeBFA bei Ausübung ihrer in § 2 BFG grundgelegten Aufgaben – zu denen insb die Aufnahme von Finanzschulden des Bundes sowie der Abschluss von Währungstauschverträgen und sonstigen Kreditoperationen zählen – zur Einhaltung der vier oben dargestellten Grundsätze verpflichtet.⁶⁹⁰ Die Finanzgebarung des Bundes ist demnach "risikoavers" auszurichten. Dh dass das mit dem Abschluss von Finanzgeschäften einhergehende Risiko auf ein Mindestmaß zu beschränken und der Risikominimierung Vorrang gegenüber der Optimierung von Erträgen oder Kosten einzuräumen ist. Kreditaufnahmen zum Zweck mittel- oder langfristiger Veranlagungen stehen dem gesetzlichen Vorsichtsgebot ebenso entgegen wie derivative Finanzgeschäfte, die losgelöst von einem Grundgeschäft eingegangen werden. Der risikoaversen Ausrichtung stehen Fremdwährungskredite (soweit eine Absicherung des Wechselkursrisikos erfolgt), die Veranlagung flüssiger Mittel (Kassenmittel) sowie das Eingehen von Zinskostenrisiken des Schuldenportfolios, soweit es nach vordefinierten Risikoschranken erfolgt, nicht entgegen. Für alle relevanten Risikoarten (Kredit-, Markt-, Liquiditäts-, Reputations-, Rechts- und operationelles Risiko) sind Richtlinien für das Risikomanagement festzulegen, das Schulden- und Liquiditätsmanagement hat einer vorausschauenden strategischen Planung zu folgen. Die Risikomanagement-Richtlinien sind nach den Gesetzesmaterialien von der Organisation (der OeBFA) selbst zu erstellen und vom jeweils zuständigen Organ (dem Bundesminister für Finanzen) zu genehmigen, was (lediglich) zu einer Selbstbindung der OeBFA führt, aber dem gesetzgeberischen Auftrag entspricht, dass die handelnde Organisation auf Grund der Entwicklungen auf dem Finanzmarkt "die jeweiligen Risiken adressieren, limitieren und den Umgang mit diesen beschreiben" soll.⁶⁹¹ Zur Vermeidung von Fehlern und zur

⁶⁸⁹ BGBl I 53/2017.

⁶⁹⁰ Die bereits in den Vorentwürfen festgelegten Grundsätze – der Grundsatz der risikoaversen Finanzgebarung (Z 1), der Grundsatz einer strategischen Planung bzgl Schulden- und Liquiditätsmanagement (Z 2), der Grundsatz der Umsetzung einer Aufbau- und Ablauforganisation unter Vorsehung einer personellen Trennung der Funktionen (Z 3) sowie der Grundsatz der Transparenz über getätigte Transaktionen gegenüber den hierfür zuständigen Organen (Z 4) – wurden vom Bundesgesetzgeber mit im Wesentlichen identem Inhalt übernommen und an den primären Adressaten der Bestimmung – die OeBFA – angepasst.

⁶⁹¹ Vgl ErRV 1514 BlgNR XXV. GP, 4 f.

Sicherstellung sachgerechter Entscheidungen fordert § 2a BFinG in organisatorischer Hinsicht die funktionelle Trennung der unternehmerischen Aufgabenbereiche Anbahnung, Handel, Abwicklung, Risikomanagement und Controlling.

Primärer Adressat des im Bundesfinanzgesetz verankerten Spekulationsverbotes ist die OeBFA als das Treasury des Bundes (§ 2a BFinG). Nach § 2b BFinG sind die dargelegten Grundsätze zudem von allen Rechtsträgern, die nach ESVG den Sektoren Bund (1311) und Sozialversicherung (1314) zuzurechnen sind, sinngemäß anzuwenden. Für die Länder und Gemeinden gelten die Grundsätze mangels bundesgesetzlicher Regelungskompetenz naturgemäß nicht unmittelbar. Der Bundesgesetzgeber verpflichtet die beiden Gebietskörperschaften jedoch quasi durch die Hintertür zur Einhaltung des für seinen gesetzlichen Regelungsbereich vorgesehenen Spekulationsverbotes: Wollen die Länder und Gemeinden – die Mittel zwar nicht direkt, aber mediatisiert durch die Länder beantragen können – Finanzdienstleistungen der OeBFA in Anspruch zu nehmen, so haben sie nach § 2 Abs 4a BFinG nachzuweisen, dass sie die Grundsätze des § 2a BFinG tatsächlich einhalten. Für die Länder kann dies durch einen entsprechenden Beschluss des Landtages oder einen Vermerk des Landesrechnungshofes im Rechnungsabschluss des Landes erfolgen.⁶⁹² Für den Bereich der Gemeinden sehen weder das BfinG noch die Erläuterungen einen entsprechenden Nachweis vor. In analoger Anwendung der für den Landesbereich geltenden Vorgaben erscheint eine Bestätigung des kommunalen Haushaltes durch den Landesrechnungshof denkbar, zumal dieser – soweit landesverfassungsgesetzlich vorgesehen⁶⁹³ – nach Art 127c B-VG zur Prüfung von (Groß- und Klein-)Gemeinden ermächtigt ist. Schon die Gesetzesmaterialien weisen darauf hin, dass keine Rechtsgrundlage besteht, die den Bund bzw die OeBFA in die Lage versetzt, ob nicht dem Bund zurechenbare Rechtsträger ihre Auskunftspflicht hinsichtlich ihrer Mittelverwendung bei Darlehen und Währungstauschverträgen wahrheitsgemäß nachkommen.

⁶⁹² Vgl § 2 Abs 4a BFinG bzw die ErlRV 1514 BlgNR XXV. GP, 4.

⁶⁹³ Vgl zB Art 74a Abs 1b Bgld L-VG; Art 50 Abs 2 und 3 Stmk L-VG 2010.

4.7.5. Landesgesetzliche Spekulationsverbote

4.7.5.1. Oberösterreich, Tirol, Vorarlberg

Nach dem Scheitern der Umsetzung eines sämtliche Gebietskörperschaften in gleicher Weise bindenden Spekulationsverbotes wurden die Landesgesetzgeber ihrerseits aktiv und erließen in ihrer Zielrichtung vergleichbare Regulative für ihre Regelungsbereiche ohne dazu durch eine bundesverfassungsgesetzliche Staatszielbestimmung oder eine Art 15a-Vereinbarung verpflichtet zu sein. Die Spekulationsgesetze der Länder Oberösterreich⁶⁹⁴, Tirol⁶⁹⁵ und Vorarlberg⁶⁹⁶ sind im Wesentlichen gleich strukturiert, größtenteils sogar wortident und an die bundesgesetzliche Regelung angelehnt.⁶⁹⁷ Gesetzgeberisches Ziel war es, die jeweils für den kommunalen Bereich bestehenden und in den Gemeindeordnungen bzw Stadtstatuten verorteten Bestimmungen betreffend die Aufnahme von Darlehen und den Abschluss sonstiger Finanzgeschäfte (vgl zB § 69a und §§ 83 bis 85 Oö GemO 1990) zu ergänzen und die mit diesen Vertragsabschlüssen einhergehenden Risiken (weiter) zu minimieren.⁶⁹⁸ Die Landesgesetze verfolgen drei Stoßrichtungen: die Verankerung eines Spekulationsverbotes als einen allgemeinen landesrechtlichen Grundsatz,⁶⁹⁹ die Definierung zulässiger Finanzgeschäfte und damit gesetzlich ausdrücklich vorgesehener Ausnahmen von diesem Verbot⁷⁰⁰ sowie die Vorsehung organisatorischer Vorkehrungen.⁷⁰¹ § 1 legt jeweils den Adressatenkreis des Spekulationsverbotes fest und benennt mit dem Land, den (Städten und) Gemeinden sowie den sonstigen Rechtsträgern der Länder (1312), Gemeinden (1313) und Sozialversicherungen (1314) iSd ESVG jene Rechtsträger, die ihre Finanzgebarung risikoavers auszurichten haben. Nicht

⁶⁹⁴ Landesgesetz über die risikoaverse Ausrichtung der Finanzgebarung einschließlich eines Spekulationsverbotes für das Land, die Gemeinden und sonstige öffentliche Rechtsträger (Oö Finanzgebarungs- und Spekulationsverbotsgesetz – Oö FGSVG), LGBl 52/2014.

⁶⁹⁵ Gesetz vom 6.11.2013 über die risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol (Risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol), LGBl 157/2013.

⁶⁹⁶ Gesetz über ein Spekulationsverbot des Landes, der Gemeinden und sonstiger öffentlicher Rechtsträger (Vlbg Spekulationsverbotsgesetz), LGBl 33/2014.

⁶⁹⁷ Um Redundanzen zu vermeiden, werden die im Wesentlichen identen Regelungen der drei genannten Bundesländer unter einem dargestellt.

⁶⁹⁸ Vgl zB für das Land Oberösterreich RV 1136/2014 BlgLT (Oö) XXVII. GP, 1.

⁶⁹⁹ Vgl jeweils § 3 der genannten Landesgesetze.

⁷⁰⁰ Vgl §§ 4 bis 6 Oö FGSVG, §§ 4 bis 7 Risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol, §§ 4 bis 6 Vlbg Spekulationsverbotsgesetz.

⁷⁰¹ Vgl §§ 7 bis 9 Oö FGSVG.

unter § 1 zu subsumieren sind dabei jene Rechtsträger, die – wie zB in der Rechtsform der GmbH betriebene kommunale Unternehmungen – nicht der Organisationsgesetzgebungskompetenz der Länder unterliegen, auch wenn diese vom Land oder einer Gemeinde errichtet und finanziert sein sollten.⁷⁰² Die Spekulationsgesetze verpflichten die Länder und Gemeinden jedoch dazu, die Einhaltung der risikoaverse Ausrichtung im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten auch im Hinblick auf die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer ausgegliederten Rechtsträger sicherzustellen. Mangels (gesellschaftsrechtlicher) Regelungskompetenz der Länder wird die Art und Weise der – faktisch im Wesentlichen von den Beteiligungsverhältnissen abhängigen – Ingerenz auf die unternehmensinterne Willensbildung gesetzlich nicht determiniert, denkbar erscheint ua die steuernde Einflussnahme auf die wirtschaftliche Ausrichtung kommunaler Unternehmungen in Formen des Privatrechts über Gesellschafterbeschlüsse.⁷⁰³ Festgehalten wird zudem, dass es sich bei den normierten Grundsätzen und Regelungen für die Finanzgebarung der erfassten Rechtsträger lediglich um "*Mindeststandards*" (§ 1 Abs 2 Oö FGSVG) handelt und darüber hinausgehende strengere Regelungen in anderen Landesgesetzen davon unberührt bleiben. Demnach stellen die in § 84 Oö GemO 1990 oder § 123 TGO vorgesehenen aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflichten für Darlehen und sonstige Finanzgeschäfte *leges speciales* zu den Spekulationsverboten dar.

Auch die landesgesetzlichen Spekulationsverbote untersagen vorderhand keine konkreten Vertragsarten, sondern beschränken sich darauf, die erfassten Rechtsträger zur Risikoaversität zu verpflichten.⁷⁰⁴ Darunter verstehen die in Rede stehenden Regelungen die Beschränkung der mit Finanzgebarung einhergehenden Risiken, zu denen im Besonderen das Mark- und das Kreditrisiko zählen,⁷⁰⁵ auf ein Mindestmaß. Vor Abschluss eines Finanzgeschäftes ist im Rahmen einer fachkundigen Prognoseentscheidung bei der Abwägung der zu erwartenden Erträge gegen die mit dem Finanzgeschäft verbundenen Risiken

⁷⁰² Für den Gemeindebereich ist insb auf die kommunalen Immobilien- und Infrastrukturgesellschaften zu verweisen.

⁷⁰³ Vgl für das Land Oberösterreich RV 1136/2014 BlgLT (Oö) XXVII. GP, 9.

⁷⁰⁴ Vgl § 3 Oö FGSVG, § 3 Risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol, § 3 VlbG Spekulationsverbotsgesetz.

⁷⁰⁵ § 3 Oö FGSVG benennt daneben noch das Liquidations-, Reputations-, Rechts- sowie das operationelle Risiko. Zum Markrisiko zählen das Zinsänderungs- und Wechselkursrisiko; zum Kreditrisiko zählen das Bonitäts- und Kundenausfallsrisiko (vgl die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes über die risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol, 475/13).

der Risikominimierung Vorrang gegenüber der Ertragssteigerung bzw der Kostenoptimierung einzuräumen. Unzulässig, weil dem Spekulationsverbot widersprechend, sind dabei Maßnahmen, die "*in erster Linie spekulativen Zwecken dienen und potenziell hohe Verluste mit sich bringen*".⁷⁰⁶ Gesetzlich ausdrücklich ausgeschlossen sind lediglich Fremdwährungsgeschäfte sowie allein zum Zweck der (nicht bloß kurzfristigen) Veranlagung abgeschlossene Fremdfinanzierungsgeschäfte (vgl zB § 4 Abs 1 und 2 Oö FGSVG). Die Landesgesetzgeber gehen zwar davon aus, dass der "*Abschluss hochriskanter derivativer Finanzgeschäfte zweifellos nicht zu den Aufgaben des öffentlichen Sektors (gehört)*",⁷⁰⁷ untersagen deren Eingehen – auch für Gemeinden – jedoch nicht prinzipiell, sondern machen es von weiteren Voraussetzungen abhängig. Derivative Finanzgeschäfte bedürfen demnach der Konnexität und dürfen nur zur Absicherung eines bereits abgeschlossenen und wirksamen Grundgeschäftes eingegangen werden. Die Laufzeit und die Höhe des Nominalbetrages des Grundgeschäftes bilden dabei die äußerste Grenze für das derivative Finanzgeschäft, das insb in der Festlegung einer Höchstgrenze für den Zinssatz (Zinsobergrenze) oder dem Wechsel zwischen fixem und variablem Zinssatz (*Swap*) liegen kann.⁷⁰⁸ Zudem sehen die Landesgesetze der Länder Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg taxative Kataloge von zulässigen Veranlagungen vor, die von der jeweiligen Landesregierung im Verordnungswege erweitert werden können.⁷⁰⁹ Bemerkenswert ist, dass die Aufnahme von Bankanleihen nur bei solchen Kreditinstituten erfolgen darf, die höchste Bonität genießen und über ein "*Mindestrating*" von A- bzw A3 (sog *investment grade*) verfügen.⁷¹⁰ Damit ist klargestellt, dass auch die Auswahl des Vertragspartners einen Aspekt der Sicherheit bzw Risikominimierung darstellt. Da in Folge der Weltwirtschaftskrise nur ein beschränkter Kreis von Banken eine hohe Bonitätsrate vorweisen kann, schränkt diese

⁷⁰⁶ Vgl zB für das Land Oberösterreich RV 1136/2014 BlgLT (Oö) XXVII. GP, 5.

⁷⁰⁷ Vgl die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes über die risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol, 475/13, 6 f.

⁷⁰⁸ Vgl jeweils § 5 der genannten Landesgesetze; für das Land Oberösterreich vgl abermals die Beilage zur RV 1136/2014 BlgLT (Oö) XXVII. GP, 5 f.

⁷⁰⁹ Dazu zählen zB Spareinlagen, Sichteinlagen und Termineinlagen in Euro, Anleihen und Pfandbriefe, Veranlagungen in Euro-Geldmarktfonds und Euro-Rentenfonds ohne Währungsrisiko oder Darlehensgewährungen an Gebietskörperschaften (vgl jeweils § 6 der genannten Landesgesetze).

⁷¹⁰ Vgl für das Land Oberösterreich RV 1136/2014 BlgLT (Oö) XXVII. GP, 6 f; für das Land Salzburg 155 BlgLT (Sbg) XV. GP, 5. Eine ähnliche Anknüpfung an ein Mindestrating sieht § 446 Abs 1 ASVG für den Bereich der Sozialversicherung vor.

Voraussetzung den Kreis möglicher Vertragspartner für die von den landesgesetzlichen Regelungen erfassten Rechtsträger ein.⁷¹¹

Letztlich normieren die genannten Landesgesetze – und darin ist mE ihr eigentlicher Mehrwert zu erblicken – organisatorische Vorkehrungen in Bezug auf das Eingehen risikoreicher Finanzgeschäfte: Neben der entsprechenden Qualifikation der handelnden Personen – wenngleich ohne diese näher zu spezifizieren – wird die Finanzgebarung dem Vier-Augen-Prinzip unterworfen. Für den kommunalen Bereich bedeutet dies, dass den Spekulationsverbotsgesetzen unterliegende Vertragsabschlüsse, deren Vollzug ausdrücklich dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden zugewiesen ist,⁷¹² nicht vom zur Außenvertretung der Gemeinde zuständigen Bürgermeister im Alleingang abgeschlossen werden können. Für die Einhaltung des Vier-Augen-Prinzips auf Gemeindeebene ist wesentlich, dass die handelnden Personen nicht notwendigerweise getrennten Organisationseinheiten angehören müssen. Eine solche interne Kontrolle kann durch die Einholung eines schriftlichen Gutachtens einer zur Finanzberatung befugten Einrichtung substituiert werden.⁷¹³ Das Schuldenmanagement hat einer strategischen Jahresplanung zu folgen, die im Vorhinein Beginn, Laufzeit und Höhe der Annuitäten aufzeigt. Das Land Tirol hat zur Sicherstellung der Einhaltung der landesgesetzlichen Vorgaben zudem jährliche Berichtspflichten vorgesehen: Demnach hat die Gemeinde bis zum 31.5. jeden Jahres alle neu getätigten Transaktionen sowie ihren Schuldenstand an die Landesregierung als Aufsichtsbehörde zu melden.

Anders als die bundesgesetzlichen Regelungen sehen die Spekulationsverbotsgesetze der Länder Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg keine eigenen Sanktionenregime für den Fall von Verstößen gegen die landesgesetzlichen Vorgaben vor. Solche Gesetzeswidrigkeiten können zum einen im Abschluss (unzulässiger) spekulativer Finanzgeschäfte, zum anderen im Verstoß gegen die vorgesehenen Kontroll- und Berichtspflichten liegen. Die Mate-

⁷¹¹ Vgl die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes über die risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol, 475/13, 7.

⁷¹² Vgl § 11 Oö FGSVG; § 13 Risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol; § 11 VlbG Spekulationsverbotsgesetz.

⁷¹³ Vgl die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes über die risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol, 475/13, 8.

rialen des Landes Tirol verweisen bspw lediglich auf die Eingriffsrechte der Landesregierung als Aufsichtsbehörde sowie die zivil- und strafrechtlichen Folgen eines Zuwiderhandelns für die Organwalter.⁷¹⁴ Zur Effektivierung der Spekulationsverbote wäre es angesagt gewesen, neben der Normierung von bloßen Grundsätzen – wie der Verpflichtung zur Risikoaversität sowie zur Konnexität – sowohl für den Fall des Abschlusses verpönter Finanzgeschäfte als auch bei organisationsrechtlichen Mängeln des Finanzmanagements abschreckende Sanktionen vorzusehen, die über das aufsichtsbehördliche Instrumentarium hinausgehen. Darin ist mE der wesentliche Schwachpunkt der dargestellten landesgesetzlichen Regelungen zu erkennen.

4.7.5.2. Salzburg

Als Folge des "Salzburger Finanzskandales" hat das Bundesland Salzburg ein Spekulationsverbot nicht bloß auf einfachgesetzlicher Ebene, sondern im Rang der Landesverfassung verankert. Art 10a Abs 1 L-VG⁷¹⁵ normiert, dass die Finanzgebarung des Landes, der Stadt Salzburg, der sonstigen Gemeinden sowie der organisationsrechtlich der Gesetzgebungskompetenz des Landes unterliegenden Rechtsträger risikoavers auszurichten ist. Insbesondere sind bei der Finanzgebarung vermeidbare Risiken auszuschließen, strategische Begleit- sowie organisatorische Kontrollmaßnahmen zu treffen und volle Transparenz herzustellen. Auch die Salzburger Landesverfassung verpflichtet damit einerseits zur Risikoaversität und sieht andererseits die Vorsehung flankierender organisationsrechtlicher Regelungen vor, um spekulative Finanztransaktion hintanzuhalten. Derivative Finanzinstrumente ohne entsprechendes Grundgeschäft sowie die Aufnahme von Darlehen und sonstigen Krediten und von Anleihen zum Zweck mittel- und langfristiger Veranlagungen werden bereits *ex constitutione* für unzulässig erklärt. Im Übrigen wird der einfache Landesgesetzgeber angewiesen, nähere Bestimmungen über die risikoaverse Ausrichtung der Finanzgebarung zu treffen (Art 10a Abs 2 L-VG). In materieller Hinsicht unterscheidet sich das Salzburger Spekulationsverbot damit nicht von den zuvor dargestellten (einfachgesetzlichen) landesrechtlichen Regelungen.

⁷¹⁴ Vgl die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes über die risikoaverse Finanzgebarung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstiger öffentlicher Rechtsträger in Tirol, 475/13, 9.

⁷¹⁵ LGBl 37/2013.

Mit derselben Novelle zur Salzburger Landesverfassung⁷¹⁶ wurde der in Art 48 Abs 1 L-VG vorgesehene Vorbehalt des Landtages hinsichtlich der Aufnahme von Anleihen auf Darlehen und sonstige Kredite sowie auf das Eingehen von Haftungen und Bürgschaften erweitert und damit der Systematik des § 14 F-VG 1948 angeglichen. Der Abschluss (auch) dieser Rechtsgeschäfte bedarf daher nunmehr der Zustimmung oder Vollmacht des Landtages.⁷¹⁷

Die nähere einfachgesetzliche Ausgestaltung der landesverfassungsgesetzlichen Vorgaben erfolgte durch das Salzburger Finanzgebarungsgesetz (S.FG).⁷¹⁸ Neben der Wiederholung der Bindung sämtlicher erfasster Rechtsträger an den Grundsatz der Risikoaversität (§ 3 Abs 1 S.FG) sieht § 3 Abs 2 S.FG ein Verbot des Abschlusses bestimmter, als besonders risikogeneigter Rechtsgeschäfte vor. Als spekulativ und daher von vornherein unzulässig werden auch in Salzburg derivative Finanzinstrumente qualifiziert, die losgelöst von einem Grundgeschäft abgeschlossen werden, sowie Fremdfinanzierungen, die allein dem Zweck der mittel- oder langfristigen Veranlagung dienen. Darüber hinaus legt § 3 Abs 3 S.FG – das "*Kernstück*" des Salzburger Finanzgebarungsgesetzes⁷¹⁹ – additive Voraussetzungen fest und normiert, dass ein Finanzgeschäft nur abgeschlossen werden darf, wenn das zur Bestreitung eines im öffentlichen Interesse gelegenen Bedarfs erforderlich ist (Z 1), im Fall einer Aufnahme von Darlehen oder sonstigen Krediten oder von Anleihen eine anderweitige liquide Bedeckung fehlt oder die Aufnahme von Darlehen oder sonstigen Krediten oder von Anleihen die für den Rechtsträger wirtschaftlich bestmögliche Lösung darstellt (Z 2), das Finanzgeschäft einem Geschäftstyp entspricht, der in einer Verordnung der Landesregierung für zulässig erklärt worden ist (Z 3) und das Finanzgeschäft insb im Hinblick auf dessen Nebenbedingungen dem Grundsatz einer risikoaversen Finanzgebarung entspricht (Z 4). Die Tatbestandsvoraussetzung der Erforderlichkeit zur Bestreitung eines im öffentlichen Interesse gelegenen Bedarfes wird vom Landesgesetzgeber nicht näher bestimmt, suggeriert jedoch den generellen Ausnahmecharakter der Fremdfinanzierung. Eine "*anderwärtige Bedeckung*", die dem Abschluss selbst eines risikoaversen Finanzgeschäftes entgegensteht, ist etwa dann gegeben, wenn dem Rechts-

⁷¹⁶ LGBl 37/2013.

⁷¹⁷ Vgl Lukan/Pürgy, Entwicklungen im Landesrecht 2013, in Jahrbuch Öffentliches Recht 2014, 439 (452).

⁷¹⁸ LGBl 59/2013.

⁷¹⁹ Vgl ErlRV 362 BlgLT (Sbg) XIV. GP, 15.

träger ohnedies finanzielle Mittel zur Bestreitung des Bedarfes zur Verfügung stehen; die Bestimmung gebietet jedoch nicht die Veräußerung und damit das "Flüssigmachen" langfristig gebundener Vermögenswerte (zB von Liegenschaften).⁷²⁰ Damit obliegt die Abwägung zwischen der Möglichkeit einer anderweitigen Bedeckung und der Notwendigkeit der Fremdfinanzierung weiterhin dem Rechtsträger selbst. Trotz der mit dem Spekulationsverbot eingezogenen Schranke kommt dem Rechtsträger zur Erreichung der wirtschaftlich bestmöglichen Lösung ein gewisser Gestaltungsspielraum und damit Ermessen im Hinblick auf die konkrete Mittelaufnahme und -verwendung im Einzelfall zu.

Nach Z 3 hat die Landesregierung in Form einer "Positivliste" jene Geschäftstypen taxativ festzulegen, die zulässigerweise abgeschlossen werden dürfen, ist dabei jedoch auf solche Finanzgeschäfte beschränkt, die auf Grund ihrer Ausgestaltung nachweislich dem Grundsatz der risikoaversen Finanzgebarung entsprechen (§ 3 Abs 4 Z 1 lit a S.FG) oder von vornherein nur mit einem geringen finanziellen Risiko verbunden sind (§ 3 Abs 4 Z 1 lit b S.FG). Nach der Verfassungsbestimmung des § 3 Abs 5 S.FG bedürfen die Erlassung bzw die Änderung der in § 3 S.FG vorgesehenen Verordnungen der Landesregierung der Zustimmung des Landtages. Mit diesem Landtagsvorbehalt erfolgt eine Rückkoppelung der exekutiven Normerzeugung an die Legislative.⁷²¹ Mit der Salzburger Finanzgeschäfte-Verordnung⁷²² hat die Landesregierung insb Anleihen, Darlehen und sonstige Kredite, soweit diese auf Euro lauten und an einen fixen bzw einen vom EURIBOR abgeleiteten Zinssatz gebundenen sind, näher bezeichnete derivative Finanzgeschäfte zur Vorsehung von Zinsobergrenzen (*Caps*) bzw zum Tausch von fixen und variablen Zinssätzen (*Swaps*) sowie bestimmte Veranlagungsformen⁷²³ als zulässige Finanzgeschäfte umschrieben.

Das Salzburger Finanzgebarungsgesetz verpflichtet die Rechtsträger – ähnlich wie das bundesgesetzliche Spekulationsverbot – in organisatorischer Hinsicht dazu, ihrem Schulden- und Liquiditätsmanagement eine strategische Jahresplanung zugrunde zu legen (§ 4 S.FG) sowie die Aufbau- und Ablauforganisation ihrer Finanzgebarung zu trennen (§ 5 Abs 1 S.FG). § 6 Abs 1 S.FG sieht letztlich zur Sicherstellung der Transparenz eine jährliche

⁷²⁰ Vgl ErIRV 362 BlgLT (Sbg) XIV. GP, 15.

⁷²¹ Zur Genehmigungspflicht von Verordnungen vgl B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 791.

⁷²² Vgl LGBl 59/2013.

⁷²³ Ua Sicht-, Spar- und Termineinlagen.

Berichtspflicht vor: Bis zum 31.5. haben die Stadt Salzburg sowie die anderen Gemeinden – auf Grund des Nichtzustandekommens der geplanten Vereinbarung nach Art 15a B-VG – die Landesregierung⁷²⁴ über alle im Vorjahr neu getätigten Finanzgeschäfte, die zur Finanzierung des jeweiligen Haushalts dienen, sowie über den aktuellen Schuldenstand zu informieren. Da das an die Berichtspflicht anknüpfende Sanktionenregime des Art 2 der Art 15a-Vereinbarung ebenfalls nicht in Kraft getreten ist, stehen der Landesregierung allein die im Salzburger Stadtrecht 1966⁷²⁵ sowie in der Gemeindeordnung vorgesehenen Aufsichtsmittel zur Sanktionierung von Verstößen gegen den dem Salzburger Finanzgebarungsgesetz immanenten Grundsatz der risikoaversen Finanzgebarung offen.

4.7.5.3. Burgenland

Auch in der Landesverfassung des Burgenlandes wurde mit der Novelle LGBl 75/2013 ein Spekulationsverbot verankert. Im Gegensatz zum Bundesland Salzburg werden durch Art 37 Abs 6 Bgld L-VG jedoch nur das Land sowie jene sonstigen Rechtsträger, die nach ESVG 1995 dem Sektor Staat zugerechnet werden und deren Organisationsrecht in die Gesetzgebungskompetenz des Landes fällt, zur risikoaversen Ausrichtung ihrer Finanzgebarung verpflichtet; die Gemeinden bzw die Gemeindeverbände sind davon ausdrücklich ausgenommen.⁷²⁶ Für den kommunalen Bereich ermächtigt § 80 Abs 2 Bgld GemO die Landesregierung als Gemeindeaufsichtsbehörde durch Verordnung nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten festzulegen.

4.7.5.4. Niederösterreich

Der Niederösterreichische Landtag hat – soweit ersichtlich als einziger Landesgesetzgeber – die letztlich nicht rechtswirksam zustande gekommene Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über eine risikoaverse Finanzgebarung nach Art 15a B-VG in seiner Sitzung vom 23.5.2013 genehmigt⁷²⁷ und in der Folge auch für sei-

⁷²⁴ Das Land Salzburg sowie die Rechtsträger im Verantwortungsbereich des Landes haben die Berichte dem Landesrechnungshof zu übermitteln (§ 8 Abs 4 S.FG).

⁷²⁵ LGBl 47/1966 nunmehr idF LGBl 19/2016.

⁷²⁶ Vgl *Lukan/Pürgy*, Entwicklungen im Landesrecht 2013, in Jahrbuch Öffentliches Recht 2014, 439 (453 f).

⁷²⁷ Vgl den Motivenbericht zum Nö GRFG, F1-G-907/015-2014, 2 und 9.

nen Regelungsbereich ein Spekulationsgesetz erlassen.⁷²⁸ Dieses Gesetz gilt jedoch ausdrücklich nur für das Land Niederösterreich sowie die diesem gemäß ESVG 2010 zuzurechnenden Rechtsträger, nicht jedoch für die Gemeinden und Gemeindeverbände. Für den kommunalen Bereich sehen die Nö Gemeindeordnung 1973⁷²⁹ sowie das Nö Stadtrechtsorganisationsgesetz eigene Regelungen vor.⁷³⁰

Das niederösterreichische Spekulationsverbot unterscheidet sich insoweit von den Regelungen der anderen Bundesländer, als es die erfassten Rechtsträger ausdrücklich zum "Managen" (iSv "Bewirtschaften") der im Gesetz festgelegten Risikoarten⁷³¹ verpflichtet (vgl § 3 Abs 2 bis 7 Nö GRFG). Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Überlegungen ist dabei, dass im Bereich der Finanzgebarung ein risikoloses Handeln nicht möglich ist und es daher eines aktiven Tuns bedarf, um die Eintrittswahrscheinlichkeit der bestehenden Risiken zu minimieren.⁷³² Bereits *ex lege* für unzulässig erklärt wird das Eingehen offener Fremdwährungspositionen, der Abschluss nicht konnexer derivativer Finanzgeschäfte sowie Kreditaufnahmen zum Zweck nicht bloß kurzfristiger Veranlagungen (§ 3 Abs 8 Nö GRFG). Im Übrigen wird die Landesregierung ermächtigt, die gesetzlichen Mindestanforderungen an die Finanzgebarung des Landes im Verordnungswege näher auszuführen (§ 3 Abs 9 Nö GRFG). Die organisatorischen Maßnahmen entsprechen den Vorgaben der anderen Bundesländer.⁷³³ Eine Themenverfehlung stellt mE die Regelung des § 6 Abs 4 Nö GRFG dar, wonach die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht auf Förderungen an natürliche oder juristische Personen anzuwenden sind. Maßnahmen der Wirtschaftsförderung durch das Land – mögen diese auch gebarungswirksam sein – dienen weder der Haushaltsfinanzierung noch dem Finanzmanagement, also der Bewirtschaftung der Schuldenaufnahme oder der Veranlagung öffentlicher Mittel, weshalb derartige Mittelaufwendungen – worauf die Gesetzesmaterialien zutreffend hinweisen⁷³⁴ – ohnedies

⁷²⁸ Gesetz über die risikoaverse Finanzgebarung (Nö GRFG), LGBl 3001-0.

⁷²⁹ Vgl §§ 69 bis 69e Nö GemO 1973.

⁷³⁰ Vgl den Motivenbericht zum Nö GRFG, F1-G-907/015-2014, 3 f.

⁷³¹ § 3 Abs 2 bis 7 Nö GRFG benennt das Kreditrisiko, das Liquiditätsrisiko, das Marktrisiko, das operationale Risiko, das Reputationsrisiko sowie das Rechtsrisiko.

⁷³² Vgl den Motivenbericht zum Nö GRFG, F1-G-907/015-2014, 10.

⁷³³ Dazu zählen nach §§ 4 und 5 Nö GRFG die Erstellung einer strategischen Jahresplanung, Fachwissen der handelnden Personen, Berichtspflichten in Bezug auf neu getätigte Finanzgeschäfte sowie der aktuelle Schuldenstand im Rahmen des Rechnungs- bzw Jahresabschlusses.

⁷³⁴ Vgl den Motivenbericht zum Nö GRFG, F1-G-907/015-2014, 14.

nicht dem Anwendungsbereich des Gesetzes über die risikoaverse Finanzgebarung unterliegen.

4.7.5.5. Wien

Das Gesetz über die risikoaverse Ausrichtung der Finanzgebarung⁷³⁵ gilt sowohl für die Gemeinde Wien (§ 1 Abs 1) als auch für die Finanzgebarung von Wien als Land (§ 5). Es beschränkt sich auf die Festlegung von vier Grundsätzen als Mindeststandards, die insb bei der Aufnahme von Schulden, beim Schuldenportfoliomanagement, bei der Veranlagung öffentlicher Mittel und beim Risikomanagement einzuhalten sind (Risikoaversität, strategische Jahresplanung, Etablierung einer Aufbau- und Ablauforganisation unter Einhaltung des Vier-Augen-Prinzips, Transparenz), ohne nähere Regelungen auf gesetzlicher Ebene zu treffen. Mit der Wiener Verordnung über die Ausrichtung der Finanzgebarung (WVAF)⁷³⁶ wird der Anwendungsbereich des Spekulationsverbotes auf näher bezeichnete Fonds der Stadt Wien, die Museen sowie die Landwirtschaftskammer erstreckt (§ 1 WVAF)

Im "*Paktum zum Finanzausgleich 2017–2021*" – einer politischen Absichtserklärung zwischen Vertretern des Bundes, der Länder, des Gemeindebundes und des Städtebundes – wurde die Vereinbarung erzielt, dass jene Länder, die in ihrem Regelungsbereich noch kein Spekulationsverbot umgesetzt haben, sich dazu verpflichten, ein solches für sich und ihre Gemeinden bis zum Ende des Jahres 2017 zu beschließen.⁷³⁷

4.8. Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden

4.8.1. Kompetenzrechtliche Grundlagen

Der Umstand, dass durch den Einsatz derivativer Finanzinstrumente öffentliche Mittel auf vermeintlich spekulative Weise "*verloren*" gingen, hat die Landesgesetzgebung veranlasst, neben Spekulationsverboten weitere Vorgaben für den Bereich der kommunalen Finanzierungs- und Veranlagungspraxis zu schaffen. Waren Vertragsabschlüsse im Rahmen des

⁷³⁵ LGBl 36/2013.

⁷³⁶ LGBl 57/2013 idF LGBl 27/2015.

⁷³⁷ Vgl *Leiss/Gschwandtner*, Der neue Finanzausgleich – Paktum und Ergebnisse, RFG 2017, 11 (17).

Schuldenmanagements der Gemeinden bisher wie gezeigt in erster Linie an gemeindeverfassungsrechtlichen Vorgaben sowie deren einfachgesetzlichen Konkretisierungen zu messen, haben die Länder das bestehende Regelungsvakuum in Bezug auf derivative Finanzinstrumente durch Novellen ihrer Gemeindeorganisationsgesetze sowie durch die Erlassung von Richtlinien für Finanzgeschäfte im Verordnungswege ausgefüllt.

Unstrittig ist, dass die Länder als Gemeindeorganisationsgesetzgeber zuständig sind, die Voraussetzungen des Einsatzes derivativer Finanzinstrumente im kommunalen Bereich auf einfachgesetzlicher Ebene zu schaffen und auch zu limitieren. Unklar ist jedoch die konkrete Kompetenzgrundlage, auf die sich diese Ermächtigung stützen lässt. Ohne sich näher mit der kompetenzrechtlichen Problematik auseinanderzusetzen, benennen die vorliegenden Gesetzesmaterialien⁷³⁸ gesamthaft ua die Art 15 Abs 9, Art 115 Abs 2, Art 119a Abs 3 B-VG sowie § 14 F-VG 1948 als einschlägige Grundlagen. Mag diese Fragestellung auch von bloß dogmatischer Bedeutung sein, ist doch einleuchtend, dass sich die Regelungszuständigkeit der Länder nicht aus einem Bündel von kompetenzrechtlichen Bestimmungen erschließen kann.

Im Kern des Problems steht die Frage, woraus sich die Kompetenz zur einfachgesetzlichen Regelung von Genehmigungsvorbehalten iSd § 119a Abs 8 B-VG im Bereich der (kommunalen) Privatwirtschaftsverwaltung herleiten lässt. Die von der wohl hL⁷³⁹ – wenn auch mit gewissem Zweifel – vertretene Ansicht, wonach Bestimmungen, die die Gültigkeit kommunaler Verträge an die aufsichtsbehördliche Genehmigung binden, von den Ländern auf Grund der ihnen durch Art 15 Abs 9 B-VG⁷⁴⁰ zugewiesenen Gesetzgebungskompetenz erlassen werden können, ist mE verfehlt. Demnach ist die Landesgesetzgebung befugt, auch die erforderlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des Zivilrechts sowie des Strafrechts, also in Materien, die nach Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung dem Bund vorbehalten sind, zu erlassen (sog *Lex Starzynski*).⁷⁴¹ Mag die Erteilung der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde auch eine privatrechtliche Wirksamkeitsvo-

⁷³⁸ Vgl 507/2011 BlgLT (Oö) XXVII. GP.

⁷³⁹ Neuhofer, Gemeinderecht² (1998) 29 f; Stolzlechner, Art 115 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 10.

⁷⁴⁰ Art 15 Abs 9 B-VG: "Die Länder sind im Bereich ihrer Gesetzgebung befugt, die zur Regelung des Gegenstandes erforderlichen Bestimmungen auch auf dem Gebiet des Straf- und Zivilrechtes zu treffen."

⁷⁴¹ Vgl weiterführend Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 249.

oraussetzung darstellen⁷⁴² und ihr Fehlen die schwebende Unwirksamkeit des von der Gemeinde abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zur Folge haben,⁷⁴³ so ist die Normierung eines Genehmigungsvorbehaltes durch die Landesgesetzgebung (vgl bspw § 84 Abs 2 Oö GemO)⁷⁴⁴ mE trotz alledem nicht als "zivilrechtliche Bestimmung" iSd Art 15 Abs 9 B-VG zu qualifizieren. Weder wird dadurch in materieller oder verfahrensrechtlicher Hinsicht "Sonderprivatrecht" geschaffen, noch eine bestehende "Lücke im Bundesrecht" ausgefüllt.⁷⁴⁵ Die Regelung von Zustimmungs- und Genehmigungspflichten ist vielmehr Teil des Organisationsrechts.⁷⁴⁶ Daher machen die Länder schlicht von ihrer Zuständigkeit zur Gesetzgebung in Angelegenheiten des Gemeindeorganisationsrechts Gebrauch, weshalb in Art 115 Abs 2 erster Satz B-VG die richtige Kompetenzbestimmung zu erblicken ist. Schon *Schwarzer* hat darauf hingewiesen, dass "die Statuierung von Genehmigungsvorbehalten somit im Ermessen des einfachen Gesetzgebers"⁷⁴⁷ steht und differenziert dabei nicht zwischen dem hoheitlichen und privatwirtschaftlichen Bereich. Die Landesgesetzgebung nimmt nämlich keine dem Bund durch Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung vorbehaltene Befugnis wahr, da hier inhaltlich betrachtet keine Angelegenheiten des "Zivilrechtswesens" berührt werden.⁷⁴⁸ Dies lässt sich nach *Berchtold*⁷⁴⁹ zum einen durch § 867 ABGB⁷⁵⁰ belegen, der für die Beurteilung der Gültigkeit eines kommunalen Rechtsgeschäftes insb auf die Gemeindeorganisationsgesetze verweist, zum anderen durch eine historische Interpretation des im Versteinerungszeitpunkt (1.10.1925) bestehenden einfachen Gesetzesmaterials: Schon das Reichsgemeindegesetz vom 5.3.1862,

⁷⁴² So schon *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 126.

⁷⁴³ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 183; *Thunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000) 187 f; *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB³ (2005) § 867 Rz 9 mwN; *Bollenberger/P Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB³ (2010) Rz 2 mwN.

⁷⁴⁴ Unter dem Begriff "sonstige Finanzgeschäfte" in § 84 Oö GemO sind gemäß § 2 Oö FinanzgeschäfteVO, LGBl 21/2012 auch derivative Finanzgeschäfte zu subsumieren.

⁷⁴⁵ *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht (1995) 144.

⁷⁴⁶ *Binder*, 14. Teil, Wirtschaftsunternehmen der Gemeinde, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 2.

⁷⁴⁷ *Schwarzer*, Gemeindegewirtschaft und Gemeindeverfassung (1980) 78.

⁷⁴⁸ AA *Kahl*, Art 119a B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2015) Rz 66.

⁷⁴⁹ *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 126 f. – So auch *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde (1981) 29.

⁷⁵⁰ § 867 ABGB: "Was zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde, (§ 27) oder ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert werde, ist aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen (§ 290)."

RGBI Nr 18,⁷⁵¹ enthielt in Art XXIV zweiter Satz die Bestimmung: "An seine⁷⁵² Genehmigung sind wichtigere, insbesondere den Haushalt betreffende Acte gebunden." Berchtold schließt aus dem Umstand, dass Genehmigungsvorbehalte schon vor dem Versteinerungszeitpunkt bestanden haben, dass derartige Regelungen gar nicht vom kompetenzrechtlichen Begriff "Zivilrechtswesen" gemäß Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG erfasst sein können.

Außerhalb des Bundes-Verfassungsgesetzes findet sich in § 14 F-VG 1948 eine weitere Kompetenzgrundlage mit Konnex zum kommunalen Kreditwesen. Demnach obliegt es der Landesgesetzgebung, die Aufnahme von Anleihen (Darlehen) der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden zu regeln.⁷⁵³ Unter dem Begriff der Darlehensaufnahme iSd Finanz-Verfassungsgesetzes 1948 ist "jegliche Art von längerfristiger Fremdfinanzierung" zu verstehen.⁷⁵⁴ Die Landesgesetzgebung wird dadurch ermächtigt, die Grundsätze bzw die allgemeinen Rahmenbedingungen für die Aufnahme von Fremdfinanzierungen zu schaffen.⁷⁵⁵ Fraglich erscheint, ob das in § 14 F-VG 1948 enthaltene Erfordernis eines Landesgesetzes auch für spekulative Finanzgeschäfte greift. *Rebhahn* bejaht dies unter Verweis auf den Normzweck der Bestimmung.⁷⁵⁶ Ausgehend von der Prämisse, dass derivativen Finanzgeschäften aber gerade keine Finanzierungsfunktion zukommt, sondern diese der Risikostreuung bzw der Absicherung gegen Zinsveränderungen dienen, ist § 14 F-VG 1948 mE als Kompetenzgrundlage für entsprechende – die Erlassung von Risikogeschäften limitierende Landesgesetze – grundsätzlich ungeeignet. Da derivative Finanzinstrumente weder als Kredit- bzw Darlehensgeschäfte noch als kredit- bzw darlehensähnlich qualifiziert werden können und mit ihrem Abschluss auch wirtschaftlich völlig andere Zwecke verfolgt werden, ist trotz ihres unbestreitbaren Zusammenhanges mit dem kommunalen Kreditwesen eine Subsumtion unter § 14 F-VG 1948 ausgeschlossen. Weder Wortlaut noch Teleologie der Bestimmung lassen daher mE eine (analoge) Anwendung auf Derivat-

⁷⁵¹ Das Reichsgemeindegesezt 1862 stand in seinen Grundzügen auch im Jahre 1925 noch in Geltung und bildete die Grundlage für die durch die Länder zu erlassenden Gemeindeorganisationsgesetze. – Zur Historie vgl *Petz*, Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (1965) 13 ff.

⁷⁵² Gemeint: der Landtag.

⁷⁵³ Zum unklaren Verhältnis zwischen Art 119a Abs 8 B-VG und § 14 F-VG 1948 vgl *Kahl*, Art 119a B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2015) Rz 68; *Ruppe*, *Finanzverfassung und Rechtsstaat* (2007) 149.

⁷⁵⁴ *Ruppe*, § 14 F-VG 1948, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht* (2016) Rz 5.

⁷⁵⁵ Vgl zB *Kofler*, § 14 F-VG 1948, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) Rz 3 f.

⁷⁵⁶ Vgl *Rebhahn*, Zur finanziellen Krise eines Bundeslandes – Eine Skizze, in *FS Stolzlechner* (2013) 585 (588).

und andere Risikogeschäfte zu, zumal es sich bei § 14 F-VG 1948 um eine (bloße) Zuständigkeitsregelung handelt.⁷⁵⁷

Vergleicht man die Regelungen jener Länder, die bereits Beschränkungen des kommunalen Finanzierungs- und Veranlagungsrechts implementiert haben, fällt auf, dass dabei sowohl in formeller als auch materieller Hinsicht unterschiedliche Wege beschritten wurden: In Oberösterreich wurden die Regelungen zur Regulierung der kommunalen Finanztätigkeit in überaus detaillierter Weise in die Gemeindeordnung bzw die Statute der Statutarstädte Linz, Wels und Steyr aufgenommen, im Burgenland sowie in Niederösterreich findet sich in den jeweiligen Gemeindeordnungen die bloße Ermächtigung der Landesregierung zur Erlassung von Verordnungen über den Einsatz von Finanzinstrumenten.⁷⁵⁸ Auch inhaltlich weichen die landesrechtlichen Regelungen im Detail voneinander ab. Darin ist nach der hL und stRsp keine Verletzung des Gleichheitssatzes zu erblicken, da es im Wesen des Bundesstaates gelegen ist, dass die Bundesländer unterschiedliche Wege zur Lösung desselben Problems bestreiten. Das bundesstaatliche Prinzip schließt die Anwendung des Gleichheitssatzes im Vergleich der Regelungen verschiedener Landesgesetzgeber aus.⁷⁵⁹ In der Folge sollen die Besonderheiten und Unterschiede der einzelnen landes(verfassungs)gesetzlichen Regelungen näher beleuchtet werden.

4.8.2. Burgenland

Vorreiter hinsichtlich der Erlassung von Richtlinien für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten war das Burgenland. Bereits Mitte des Jahres 2008 wurde die Bgld Landesregierung mit einer Novelle zur Bgld GemO⁷⁶⁰ gemäß § 80 Abs 2 leg cit landesverfassungsgesetzlich beauftragt, unter Berücksichtigung des Effizienzgebotes, dh den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit folgend, Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten festzulegen. Im Gegensatz zum Abschluss von Immobilien-Leasingverträgen und leasing-ähnlichen Finanzierungsformen (vgl § 87 Abs 2 Z 7

⁷⁵⁷ Vgl Kofler, § 14 F-VG 1948, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) Rz 1.

⁷⁵⁸ Vgl § 80 Abs 2 Bgld GemO.

⁷⁵⁹ Vgl zum Abgabenerfindungsrecht der Länder zB VfSlg 9804/1983, 13.235/1992, 19.638/2012 mwN; *Stolzlechner*, Art 115 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013) Rz 9 mwN.

⁷⁶⁰ Vgl das Landesverfassungsgesetz vom 3.7.2008, mit dem die Bgld GemO geändert wird, LGBl 75/2008.

Bgld GemO) unterstellte die Bgld Landesgesetzgebung damit das Eingehen derivativer Finanzinstrumente nicht der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht iSd § 119a Abs 8 B-VG, sondern ordnete eine beschränkende Regelung im Verordnungswege an. Damit sollte nach den Gesetzesmaterialien⁷⁶¹ den dynamischen Entwicklungen auf den internationalen Finanzmärkten Rechnung getragen werden. Innovative Finanzinstrumente sind vielfältig, wandelbar und ständigen Veränderungen unterworfen. Diesen Zweckmäßigkeitsüberlegungen zur Folge sah die zuständige Gesetzgebung von einer Normierung auf landesverfassungsgesetzlicher Ebene im Rahmen der Bgld GemO⁷⁶² ab und wählte stattdessen die Rechtsaktform der Verordnung, mit der die leichtere Adaptierbarkeit des Richtlinienregimes sichergestellt werden sollte. Zweck der Verordnungsermächtigung in § 80 Abs 2 Bgld GemO ist, neben den "*klassischen Finanzierungsinstrumenten*" auch den Einsatz von "*innovativen*" bzw. "*derivativen*" Finanzinstrumenten einer Regelung zu unterwerfen.⁷⁶³ Als Ziele der von der Landesregierung zu erlassenden Verordnung zählen die Gesetzesmaterialien in demonstrativer Weise die Festlegung der Zielsetzungen beim Einsatz derivativer Finanzinstrumente, die zulässigen Instrumente und Märkte, das Ausmaß von Derivatgeschäften sowie die Parameter für die Risikobewertung auf.

In Umsetzung der zitierten Verordnungsermächtigung hat die Bgld Landesregierung Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten der Gemeinden erlassen.⁷⁶⁴ Darin werden Grundsätze für den Abschluss von Veranlagungen (§§ 1 – 3), derivativen Finanzinstrumenten (§§ 4 – 5) und Finanzierungen (§ 6) normiert. Die Richtlinie zählt zulässige – weil vom Gesetzgeber als weniger risikoreich qualifizierte – Veranlagungskategorien auf.⁷⁶⁵ Im Gegensatz zur Passivseite, auf der auch Verbindlichkeiten in fremden Währungen in eingeschränktem Ausmaß (der Anteil an Fremdwährungsfinanzierungen darf 10% der gesamten Finanzierungen der Gemeinde nicht übersteigen) grds zulässig sind, dürfen aktivseitig

⁷⁶¹ ErlRV 851 BlgLT (Bgld) XIX. GP, 3.

⁷⁶² Die anderen Gemeindeorganisationsgesetze des Burgenlandes, das Eisenstädter Stadtrecht, LGBl 56/2003 idGF sowie das Ruster Stadtrecht, LGBl 57/2003 idGF enthalten keine vergleichbare Verordnungsermächtigung. Die Statutarstädte können daher mE weiterhin Derivatgeschäfte im Rahmen der (weitergehenden) bundesverfassungsgesetzlichen Vorgaben abschließen.

⁷⁶³ ErlRV 851 BlgLT (Bgld) XIX. GP, 3. – Die Begriffe "*innovativ*" und "*derivativ*" werden synonym verwendet.

⁷⁶⁴ Bgld LGBl 6/2009, Verordnung der Burgenländischen Landesregierung vom 22.12.2008, mit der Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten der Gemeinden erlassen werden.

⁷⁶⁵ Nach § 1 gelten als zulässige Veranlagungskategorien Guthaben bei Kreditinstituten, Geldmarktfonds, gewährte Darlehen und Kredite, Forderungswertpapiere sowie Beteiligungswertpapiere wie Immobilienfonds, Immobilienaktien, Aktien, aktienähnliche Wertpapiere und Unternehmensanleihen.

Veranlagungen ausschließlich in Euro eingegangen werden (vgl § 2 Abs 1 sowie § 3). Die zur Kassenhaltung veranlagten Bestände dienen dazu, Zahlungsverpflichtungen, die in naher Zukunft eintreten werden, termin- und betragsgenau bedienen zu können. Damit diese Veranlagungen auch kurzfristig disponibel bleiben, bestimmt die Verordnung zwei Schranken, eine in zeitlicher und eine in sachlicher Hinsicht: die Laufzeit der Veranlagungsform darf ein Jahr nicht übersteigen (§ 2 Abs 2 Z 1), zudem werden Beteiligungswertpapiere (vgl § 1 Z 5) – weil für die Anforderungen der Kassenhaltung ungeeignet – *ex lege* ausgeschlossen. Mit der Beschränkung auf jene Kreditinstitute und öffentliche Körperschaften als Vertragspartner, die ihren Sitz in einem EWR-Staat⁷⁶⁶ haben, werden Banken mit Sitz bspw in den USA oder der Schweiz als Schuldner der Gemeinden verunmöglicht.⁷⁶⁷ Um das Ausfallsrisiko möglichst zu minimieren, sollen nicht mehr als 20% der gesamten Veranlagungen der Gemeinde bei einem Kreditinstitut konzentriert werden.

Die Verordnung benennt in abschließender Weise all jene derivativen Finanzinstrumente, die von den bgl'd Gemeinden zulässigerweise eingegangen werden können (§ 4 Abs 1).⁷⁶⁸ Auffallend ist, dass das Burgenland einen überaus restriktiven *Micro-Hedging*-Ansatz gewählt hat, indem es das strengst mögliche Konnexitätsverhältnis zwischen Grund- und Derivatgeschäft einfordert. Derivative Finanzgeschäfte dürfen demnach nur als Absicherungsgeschäfte und nur zum Zweck der Gestaltung und Kontrolle von Zinsänderungs-, Währungs- und anderen Marktrisiken eines aufgenommenen Darlehens abgeschlossen werden (§ 5 Abs 1). Grund- und Derivatgeschäft müssen zumindest eine idente Währung sowie grds idente Nominalbeträge aufweisen. Auch ein Derivatgeschäft mit einem niedrigeren Nominalbetrag als das Grundgeschäft ist zulässig; als jedenfalls unzulässig gelten solche mit einer höheren Nominale (sachliche Konnexität). In temporärer Hinsicht ist die Laufzeit des Derivats mit der Laufzeit des Grundgeschäfts begrenzt (zeitliche Konnexität).⁷⁶⁹ Mit dem Erfordernis eines derart engen inneren Zusammenhanges zwischen Grund- und Derivatgeschäft verfolgt die Bgl'd Landesregierung erkennbar das Ziel, den

⁷⁶⁶ Dazu zählen die 27 Mitgliedstaaten plus Island, Liechtenstein und Norwegen.

⁷⁶⁷ Lanzarth, Veranlagungsrichtlinien für Gemeinden, RFG 2009/12, 58 f.

⁷⁶⁸ Cap und Floor (Z 1), Forward Rate Agreement (Z 2), Zins-Swap (Z 3), Cross Currency-Swap (Z 4), Kauf einer Swaption (Z 5) und Kauf von Devisenoptionen (Z 6).

⁷⁶⁹ Vgl die Erläuterungen zur Verordnung der Bgl'd Landesregierung vom 22.12.2008, mit der Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten der Gemeinden erlassen werden, LGBl 6/2009, 3.

Gemeinden den Abschluss von derivativen Finanzinstrumenten, die (auch) der Ertragszielung dienen, zu verwehren.⁷⁷⁰

Der letzte Abschnitt der Verordnung belegt die Kommunen mit einer Beratungspflicht (§ 7). Im Vorfeld des Abschlusses bestimmter Veranlagungen bzw derivativer Finanzinstrumente hat die Gemeinde eine vom Anbieter der Finanzdienstleistung unabhängige Beratung und Betreuung durch einen dazu "*fachlich befugten Dritten*" in Anspruch zu nehmen und damit eine zweite Meinung einzuholen.⁷⁷¹ Adressat der Beratungsleistung ist der zum Abschluss derartiger Rechtsgeschäfte zuständige Gemeinderat.⁷⁷² Anders als das Land Niederösterreich verweist die Bgld Landesregierung die Gemeinde zur Einholung eines derartigen Gutachtens auf den gesamten (europäischen) Finanzmarkt. Als Gutachter kommen sämtliche in der Europäischen Union zur Erbringung von Wertpapierdienstleistungen zugelassenen Wertpapierfirmen, Wertpapier-Dienstleistungsunternehmen und Kreditinstitute in Betracht. Die Gemeinde soll sich so "*am Markt*" versichern, dass die Konnexität zwischen dem angebotenen derivativen Finanzgeschäft und dem Basisgeschäft (idR ein Kreditvertrag) gegeben ist und der Abschluss des Finanzinstrumentes insgesamt dem Effizienzgebot – dh dem Grundsatz der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit – entspricht (§ 7 Abs 1). Den Materialien zur Folge sollen die Produkte für die Gemeinde "*geeignet*" und "*adäquat bepreist*" sein.⁷⁷³ Zudem verpflichtet § 7 Abs 2 die Gemeinde zur laufenden Risikoanalyse während der gesamten Vertragslaufzeit. "*Durch periodische Risikokontrollen soll unter anderem ein rasches Reagieren auf Auswirkungen der Änderungen von Finanzmarktlagen gewährleistet werden.*"⁷⁷⁴ In organisatorischer Hinsicht wird die Kommune dadurch zur Implementierung eines gemeindeinternen Schuldenmanagements angehalten, soweit sie sich risikogeneigter Finanzinstrumente bedient. Materiell betrachtet darf die Reichweite der Bestimmung wohl nicht überspannt werden, da zivilrechtliche Restriktionen einer Kündigung, Modifikation oder Anpassung des Vertrages idR entgegenstehen oder diese zumindest unwirtschaftlich erscheinen las-

⁷⁷⁰ Lanzarth, Veranlagungsrichtlinien für Gemeinden, RFG 2009/12, 59.

⁷⁷¹ Vgl die Erläuterungen zur Verordnung der Bgld Landesregierung vom 22.12.2008, mit der Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten der Gemeinden erlassen werden, LGBI 6/2009, 3.

⁷⁷² § 23 iVm § 72 Bgld GemO.

⁷⁷³ Vgl die Erläuterungen zur Verordnung der Bgld Landesregierung vom 22.12.2008, mit der Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten der Gemeinden erlassen werden, LGBI 6/2009, 3.

⁷⁷⁴ Vgl die Erläuterungen zur Verordnung der Bgld Landesregierung vom 22.12.2008, mit der Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten der Gemeinden erlassen werden, LGBI 6/2009, 4.

sen. Ein vorzeitiges Aussteigen aus dem Vertragsverhältnis macht die Gemeinde – abhängig von der vertraglichen Vereinbarung – schadenersatzpflichtig, verpflichtet zum Vorteilsausgleich bzw zur Leistung einer Pönalstrafe. Unklar ist idZ, inwieweit die vertragsbrüchige Gemeinde auch die Kosten einer Glattstellung – darunter sind die der Bank aus dem Abschluss eines im Hinblick auf Betrag und Laufzeit kongruentes Gegengeschäft entstehenden Kosten – zu tragen hat.

4.8.3. Niederösterreich

Die in § 69 Abs 4 bis 7 Nö GemO unter der Überschrift "*Erhaltung und Verwaltung des Gemeindevermögens*" enthaltenen Bestimmungen sind jenen des Burgenlandes ähnlich ausgestaltet. Auch die niederösterreichische Landesgesetzgebung hat eine am verfassungsrechtlichen Effizienzgebot orientierte Verordnungsermächtigung gesetzlich verankert, die die Nö Landesregierung zur Erlassung von Richtlinien über den Abschluss von Finanzgeschäften verpflichtet (Abs 6).⁷⁷⁵ Um die offerierten Finanzprodukte sowie deren Risikogeneignetheit objektiv beurteilen zu können, verpflichtet die jüngste Gesetzesnovelle zur Nö Gemeindeordnung die Gemeinden zudem in zweifacher Weise zur Einholung von Beratungsleistungen: Zum einen haben die Kommunen vor Abschluss eines Finanzgeschäftes iSd WAG⁷⁷⁶ bzw des BWG⁷⁷⁷ eine den Vorgaben dieser Bundesgesetze entsprechende Beratung in Anspruch zu nehmen (Abs 4). Der *Telos* dieser Bestimmung bleibt auf den ersten Blick im Dunkeln, da als Normadressaten der Wohlverhaltensregeln des WAG bzw des BWG Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen (vgl §§ 3 f WAG) bzw Kredit- und Finanzinstitute (vgl § 1 BWG), nicht aber Gemeinden in Frage kommen. Der Sinn der Regelung erschließt sich mE erst aus einer Betrachtung der Veranlagungs- und Finanzierungspraxis auf der einen und dem dabei gelebten Geschäftsverhältnis zwischen Banken und Gemeinden auf der anderen Seite.

Sowohl das WAG als auch das BWG verfolgen als leitenden Gedanken den Schutz der Anleger. Die Anbieter von Finanzinstrumenten sind demnach verpflichtet, ihre Kunden im

⁷⁷⁵ § 69 Abs 6 Nö GemO: "*Die Landesregierung hat durch Verordnung nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit Richtlinien über den Abschluss von Finanzgeschäften festzulegen.*"

⁷⁷⁶ BGBl 532/1993 idF BGBl I 108/2007.

⁷⁷⁷ BGBl I 60/2007.

Vorfeld des Geschäftsabschlusses ausreichend zu beraten, dh ihnen eine "*mit entsprechender Information einhergehende Verhaltensempfehlung*" auszusprechen. Jedoch definieren weder das WAG noch das BWG genaue Anforderungen an Umfang und Inhalt der Beratungsleistung.⁷⁷⁸ Aus den europarechtlichen Vorgaben⁷⁷⁹ sowie deren innerstaatlichen Umsetzung lassen sich lediglich allgemeine Wohlverhaltensregelungen für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ableiten, die auch für die *Anlageberatung* relevant sind. Das WAG (vgl insb § 38 ff WAG) beinhaltet bspw die Verpflichtung zum Handeln im besten Interesse des Kunden, die Pflicht zur *Informationsübermittlung*, dh zur angemessenen Aufklärung über das Finanzprodukt und den damit verbundenen Risiken, sowie die Pflicht zur *Informationseinholung*, dh zur Beschaffung von Informationen über den präsumtiven Kunden, seiner Kenntnisse, Erfahrungen und Anlageziele, um die Eignung des Finanzproduktes beurteilen zu können (§§ 43 ff WAG).⁷⁸⁰ Erteilt die Bank eine mangelhafte weil nicht anlagegerechte Beratung,⁷⁸¹ so wird sie der Gemeinde gegenüber in erster Linie schadenersatzpflichtig aus dem Titel der Vertragsverletzung bzw der *culpa in contrahendo*.⁷⁸² Hinzu treten mögliche aufsichtsrechtliche Sanktionen (durch die Finanzaufsicht) sowie Verwaltungsstrafen.⁷⁸³

"Kunde" iSd WAG ist grds "*jede natürliche oder juristische Person, für die ein Rechtsträger Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erbringt und jede natürliche oder juristische Person gegenüber der den Rechtsträger vorvertragliche Pflichten treffen*" (§ 1 Z 12 WAG). Diesem allgemeinen Begriffsverständnis folgend, gilt auch die Gemeinde als "Kunde" soweit sie Wertpapierdienstleistungen nachfragt. Dem WAG liegt jedoch ein differenzierter Kundenbegriff zugrunde. Das Gesetz unterscheidet zwischen den "*professionellen Kunden*" (§ 1 Z 13 WAG) und den "*Privatkunden*" (§ 1 Z 14 WAG) und qualifiziert die

⁷⁷⁸ Vgl Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 27 mwN.

⁷⁷⁹ Vgl insb Art 19 MiFID, 2004/39/EG.

⁷⁸⁰ Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 23 ff. Vgl – wenn auch zur älteren Rechtslage – grundlegend Welser, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, ecolex 1995, 79.

⁷⁸¹ Der Begriff der "*anlagegerechte Beratung*" kann kaum allgemeingültig definiert werden, sondern erschließt sich immer aus den Umständen des konkreten Einzelfalles. – Vgl Tutsch, Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht, ecolex 1995, 84.

⁷⁸² Brandl/Klausberger gehen davon aus, dass die Verletzung von Wohlverhaltensregeln im "*Zwischenbereich*" zwischen Vertragshaftung und deliktischer Haftung anzusiedeln ist; vgl Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 37.

⁷⁸³ Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 38 Rz 33 ff.

einzelnen Kundengruppen als unterschiedlich schutzbedürftig.⁷⁸⁴ Unter "*professionellen Kunden*" sind gemäß § 58 Abs 1 WAG jene (potentiellen) Vertragspartner der Banken zu verstehen, die über die erforderlichen Erfahrungen und Kenntnisse sowie den ausreichenden Sachverstand verfügen, um ihre Anlageentscheidungen selbst treffen und die damit verbundenen Risiken angemessen beurteilen zu können. Sie werden *ex lege* als weniger schutzbedürftig eingestuft, was eine bloß eingeschränkte Anwendbarkeit der gesetzlichen Wohlverhaltensregelungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen Banken und professionellen Kunden zur Folge hat.⁷⁸⁵ Die taxative Aufzählung des § 58 Abs 2 WAG bezieht die Gemeinde weder ausdrücklich in den Kreis der professionellen Kunden mit ein noch lassen sich die Gemeinden unter den Begriff der "*Regionalregierungen der Mitgliedstaaten und Drittländer*" iSd Z 3 subsumieren, weshalb die Kommunen als Privatkunden⁷⁸⁶ zu qualifizieren sind. Der Umstand, dass die einzelne Gemeinde – unabhängig von ihrer Größe, ihrer Kenntnisse im Anlagebereich oder ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit – nicht zu den geborenen professionellen Kunden zu zählen ist, hat zu Folge, dass die Wohlverhaltenspflichten des WAG im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Gemeinden unumschränkt zur Anwendung gelangen.

Da die Wohlverhaltensregeln – mit Ausnahme einzelner Berichtspflichten⁷⁸⁷ – zwingender Natur sind, können sie vertraglich auch nicht wirksam abbedungen werden. Wenn aber jene Rechtsträger, die Finanzinstrumente offerieren, durch WAG bzw BWG ohnehin in nicht dispositiver Weise verpflichtet werden, umfassende Beratungsleistungen zu erbringen und ihnen im Falle der Verletzung dieser Wohlverhaltensregelungen eine Schadenersatzpflicht auferlegt wird, bleibt der normative Gehalt der Bestimmung des § 69 Abs 4 Nö GemO im Dunkeln. Anders gefragt: Welchen Mehrwert hat es, dass die Gemeinden durch § 69 Abs 4 Nö GemO verpflichtet werden "*eine Beratung in Anspruch zu nehmen, die den Vorgaben dieser Bestimmungen entspricht*"?

Die Gesetzesmaterialien helfen bei der Beantwortung nur bedingt weiter. In tautologischer Weise ist dort zu lesen: "*Darüber hinaus soll ausdrücklich festgehalten werden, dass*

⁷⁸⁴ Saria in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 1 Rz 22.

⁷⁸⁵ Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 58 Rz 6, 16 und 19.

⁷⁸⁶ In § 1 Z 14 WAG ist der Begriff des "*Privatkunden*" negativ definiert und umfasst jeden Kunden, der kein professioneller Kunde ist.

⁷⁸⁷ Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG² (2010) § 48 Rz 5.

die Gemeinden vor dem Abschluss von Finanzgeschäften eine Beratung in Anspruch zu nehmen haben, die den Vorgaben des Bankwesengesetzes und des Wertpapieraufsichtsgesetzes entspricht. Es soll demnach nicht nur für die Normunterworfenen des Bankwesengesetzes oder des Wertpapieraufsichtsgesetzes diese Beratungspflicht bestehen, sondern auch für die Gemeindeorgane die Verpflichtung ausdrücklich normiert werden, diese Beratung in Anspruch zu nehmen.⁷⁸⁸

Ein Anwendungsbereich des § 69 Abs 4 Nö GemO kann mE in den Bestimmungen der §§ 43 ff WAG erblickt werden. Um die Eignung und Angemessenheit von Wertpapierdienstleistungen für einen bestimmten Kunden beurteilen zu können, wird der Rechtsträger demnach verpflichtet, Informationen über die Kenntnisse und Erfahrungen seines Gegenübers im Anlagebereich einzuholen (§ 43 Abs 1 WAG). Der Umfang dieser Pflicht wurde vom Gesetzgeber differenziert ausgestaltet und ist abhängig vom Typ der angebotenen oder vom Kunden gewünschten Produkte oder Dienstleistungen. Demnach ist der Rechtsträger bei den "execution-only"-Geschäften nach § 45 WAG von seiner Pflicht zu Beratung, Informationsbeschaffung und Eignungsprüfung gänzlich entbunden. Bei diesen – nach deutschem Vorbild als "reine Ausführungsgeschäfte" (vgl § 31 dtWpHG) – bezeichneten Transaktionen handelt es sich um "Geschäfte, die nur in der Ausführung oder Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen bestehen".⁷⁸⁹ Geht die Gemeinde – im übertragenen Sinne – bsp zum Schalter ihrer Hausbank, um dort Aktien der Social-Media-Plattform Facebook zu erwerben, schuldet die Bank keine bzw bloß verminderte Beratungsleistungen. Unerwartete Verluste können in diesem Fall auch keine Schadenersatzpflicht der Bank begründen. Die Bestimmung des § 69 Abs 4 Nö GemO kann mE so verstanden werden, dass die Gemeinde selbst bei nicht komplexen und deshalb grds beratungsfreien Geschäften eine umfassende, den Vorgaben von WAG bzw BWG entsprechende Beratung aktiv einzufordern hat. Das Geschäft kann erst nach erfolgter und dokumentierter Beratungsleistung durch den Rechtsträger wirksam geschlossen werden. Bei dieser – die Voraussetzungen für den Vertragsabschluss determinierenden – Regelung ist von einer bloß den Verwaltungsinnenbereich treffenden Bindung auszugehen. Es handelt

⁷⁸⁸ Vgl den Antrag zur Änderung der Nö GemO zZ Nö LtG-134-1/A-1/9-2008 und LtG-129-1/A-2/4-2008.

⁷⁸⁹ Vgl Überschrift zu § 46 WAG.

sich um eine an die Gemeinde adressierte Bestimmung, der keine Außenwirksamkeit zukommt.⁷⁹⁰

Mit der Erlassung des § 69 Abs 4 Nö GemO wollte die Nö Landesgesetzgebung mE in erster Linie der gelebten Geschäftspraxis im kommunalen Bereich entgegentreten. Zwischen Banken und Gemeinden wurden in der Vergangenheit vielfach standardisierte Rahmenverträge im Hinblick auf den wiederkehrenden Abschluss von Finanztermingeschäften abgeschlossen. Mit diesen Vertragsschablonen sollten die Rahmenbedingungen für zukünftige Einzelabschlüsse zur Gestaltung der Zinsänderungs-, Währungskurs und sonstigen Kursrisiken geschaffen werden. Diese Rahmenverträge enthielten regelmäßig einen Beratungsverzicht seitens der Gemeinde nach folgendem Muster:

"Der Vertragspartner versichert, dass er über ausreichende Kenntnisse in den in § 1 des Rahmenvertrages beschriebenen Geschäften verfügt und mit den konkreten Risiken aus Einzelabschlüssen vertraut ist. Er schließt Einzelabschlüsse aufgrund seiner eigenen Entscheidung und nicht aufgrund einer Beratung der Bank ab. Der Vertragspartner wird der Bank vor Abschluss eines Geschäftes schriftlich mitteilen, wenn er im Einzelfall eine Beratung wünscht."

Eine derartige *"Freizeichnungsklausel"*, mit der zum einen die Sorgfaltspflichten der Bank herabgesetzt und sie von weiteren Beratungsleistungen entbunden wird und mit der zum anderen die Gemeinde zusichert, über alle notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten bzgl der vom Rahmenvertrag umfassten Geschäftsabschlüsse zu verfügen, kann mE bloß deklarative Wirkungen entfalten und ist demnach nicht geeignet, die Bank von der ihr nach dem WAG auferlegten Pflichten rechtswirksam zu entbinden. Dies gilt nach der stRsp des OGH selbst im Verhältnis zu professionellen Kunden:⁷⁹¹ *"Auch eine hohe Professionalität des Kunden kann aber nicht ausschließen, dass er im Einzelfall bezüglich eines bestimmten Geschäfts doch einer Fehlvorstellung unterliegt. Kann der Anlageberater dies erkennen, dann hat er den Kunden speziell darüber aufzuklären, will er nicht das Geschäft der Anfechtbarkeit wegen Willensmangels aussetzen (...). Auch ein versierter Geschäftspartner darf nicht in die Irre geführt werden."* Wenn selbst der *ex lege* als weniger schutzbedürftig

⁷⁹⁰ Vgl B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 508 ff, 562.

⁷⁹¹ Vgl OGH 24.10.2011, 8 Ob 11/11t = ÖBA 4/12, 241 (244) mit Anm Vonkilch.

erachtete professionelle Kunde von der Bank im Einzelfall doch umfassend zu beraten ist, dann muss dies umso mehr für die einem privaten Kunden äquivalente Gemeinde gelten, die bloß *ex contractu* auf die ihr nach WAG gesetzlich zustehenden Beratungsleistungen vorab verzichtet hat. Trotz ihrer vertraglichen Verzichtserklärung ist die Gemeinde in umfassender Weise anzuleiten und über etwaige Risiken aufzuklären, sofern sie erkennbar einer Fehlvorstellung unterliegt.

Zudem wird die Gemeinde durch § 69 Abs 5 Nö GemO vor Abschluss jedes Finanzgeschäftes, das mit einem höheren Risiko verbunden ist, vorab zur Einholung einer schriftlichen Risikoanalyse verpflichtet. Ausgenommen davon sind *ex lege* lediglich bestimmte alltägliche Geschäftsabschlüsse wie Spareinlagen, Kassenkredite oder Darlehen.⁷⁹² Die Risikoanalyse ist von einer auf derartige Beratungen spezialisierten Einrichtung zu erstellen, die selbst unabhängig ist, dh derartige Finanzprodukte weder selbst anbietet noch vermittelt. Die beiden kommunalen Interessenvertretungsverbände in Niederösterreich⁷⁹³ haben zu diesem Zweck eine "Nö Gemeindefinanzierungs-Beratungsgesellschaft GmbH" gegründet, die den Gemeinden kostenlose Beratungsleistungen anbietet. Gefördert durch das Land Niederösterreich wurde damit eine mit einem Beratungsmonopol ausgestattete Einrichtung im Hinblick auf den Abschluss risikogeneigter kommunaler Finanzgeschäfte geschaffen, da kein anderes am freien Markt agierendes Dienstleistungsunternehmen unentgeltlich Risikoanalysen anbietet.⁷⁹⁴

Zuständig zur Beschlussfassung – dh zur Erteilung der Zustimmung zum Abschluss eines Finanzgeschäftes – bleibt weiterhin allein der Gemeinderat.⁷⁹⁵ Die in § 69 Abs 5 Nö GemO vorgesehene Risikoanalyse soll dem Gemeinderat lediglich eine zusätzliche Entscheidungshilfe bieten. Sie entfaltet keinerlei rechtliche Bindungswirkung und entbindet den Gemeinderat auch nicht von seiner politischen und rechtlichen Verantwortlichkeit. Zweck der Bestimmung ist vielmehr, die Gemeinde vorab zur Einholung einer Zweitmeinung zu

⁷⁹² Ausgenommen sind Spareinlagen, Festgelder, Kassenobligationen, Veranlagungen mit hundertprozentiger Kapitalgarantie, Kassenkredite, Darlehen, Schuldscheindarlehen sowie sonstige Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen (zB Leasing), jeweils ohne Fremdwährungsrisiko.

⁷⁹³ Der Gemeindevertreterverband der VP Nö sowie der Verband sozialdemokratischer GemeindevertreterInnen in Nö.

⁷⁹⁴ Vgl Nö Gemeinde, Mai 2009, 4.

⁷⁹⁵ § 35 Z 22 Nö GemO.

verpflichten. Die Entschließung des Gemeinderates soll nicht ausschließlich auf der Beratung des mit Ertragserzielungsabsicht agierenden Finanzinstitutes basieren, sondern auf Grundlage und im Wissen der Risikoanalyse einer unabhängigen Einrichtung erfolgen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Gemeinde Angemessenheit und Eignung eines geplanten Vertragsabschlusses möglichst objektiv beurteilen kann und auch ein Bild von möglichen *Worst-Case-Szenarien* vor Augen hat. Trotz dieser durch Nö LGBl 27/2012 eingefügten Sicherung sind die zur Regulierung spekulativer Finanzgeschäfte verabschiedeten Regelungen – im Vergleich zum Oö Regelungsregime – insgesamt als wenig eingriffsintensiv zu bewerten. Die Nö Landesgesetzgebung gewährt den Kommunen nach wie vor einen überaus weiten Spielraum zum autonomen Abschluss spekulativer Finanzgeschäfte.

4.8.4. Oberösterreich

Mit der Oö Gemeinderechts-Novelle 2012⁷⁹⁶ sollte *"ein in sich abgeschlossenes und transparentes Gesamtsystem aller Regelungen über Finanztransaktionen der Städte und Gemeinden in die Gemeindeorganisationsgesetze aufgenommen werden"*.⁷⁹⁷ Bemerkenswert an dieser Novelle ist der hohe Grad der gesetzlichen Determinierung im Vergleich zu den äquivalenten Bestimmungen in Niederösterreich und dem Burgenland: Das Land Oberösterreich normiert bereits auf einfachgesetzlicher Ebene in überaus detaillierter Weise die Rahmenbedingungen für den Abschluss von kommunalen Finanzgeschäften.⁷⁹⁸

Im Zentrum der Neuregelung stehen die §§ 84 und 85 Oö GemO, mit denen Darlehen und sonstige Finanzgeschäfte, Veranlagungen (§ 84) sowie die Übernahme von Haftungen (§ 85) weitgehend pauschal der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht unterstellt werden. Die Gesetzesmaterialien⁷⁹⁹ gehen in rechtsirriger Weise davon aus, dass der Abschluss von *Swap*-Verträgen (Zinstauschgeschäfte) schon nach der (alten) Rechtslage vor Oö LGBl 1/2012 zu ihrer Rechtsgültigkeit der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedurfte. Mit der Gemeinderechtsnovelle 2012 wurde die Notwendigkeit der Zustimmung

⁷⁹⁶ LGBl 1/2012.

⁷⁹⁷ Vgl AB 507/2011 BlgLT (Oö) XXVII. GP, 2.

⁷⁹⁸ Zu den Oö Gemeindeorganisationsgesetzen zählen die Oö GemO 1990, Oö LGBl 91/1990; das Statut für die Landeshauptstadt Linz, Oö LGBl 7/1992; das Statut für die Stadt Wels 1992, Oö LGBl 8/1992 sowie das Statut für die Stadt Steyr, Oö LGBl 9/1992, jeweils idF Oö LGBl 1/2012.

⁷⁹⁹ Vgl AB 507/2011 BlgLT (Oö) XXVII. GP, 1.

mung der Oö Landesregierung⁸⁰⁰ für das Zustandekommen für die Mehrzahl der kommunalen Finanzgeschäfte nun ausdrücklich landesgesetzlich verankert.

4.8.5. Steiermark

Das Land Steiermark hat durch Stmk LGBl 29/2010 in § 70 Abs 6 bis 8 Stmk GemO die Vorgaben für den Abschluss von Finanzgeschäften durch Gemeinden konkretisiert. So muss dem Gemeinderat bei allen Finanzgeschäften, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen (mit Ausnahme der in Abs 6 taxativ aufgezählten), vor der Beschlussfassung eine schriftliche Risikoanalyse über das abzuschließende Finanzgeschäft vorliegen.⁸⁰¹ Diese Risikoanalyse ist von einer auf derartige Beratungen spezialisierten Einrichtung zu erstellen, die Finanzprodukte weder anbietet noch vermittelt. Erkennbares Ziel der Regelung ist es, die Gemeinden zu verpflichten, neben der die kontrahierende Bank nach dem BWG treffenden Beratungspflicht selbst zusätzliches externes Fachwissen beizuschaffen, um die Veranlagungsentscheidung auf informierter Basis und in Kenntnis der damit verbundenen Risiken zu treffen. Der Landesgesetzgeber verweist die Gemeinden zur Einholung der Risikoanalyse – anders als das Land Niederösterreich – auf den freien Markt der Beratungsdienstleistungen. Zu bedenken ist dabei, dass mit der Übernahme eines Haftungsrisikos durch die beauftragte Einrichtung im Beratervertrag eine Gegenleistungsverpflichtung einhergeht und damit die Risikominimierung selbst Kosten verursacht.

Wurde dem Gemeinderat eine Risikoanalyse vorgelegt, so entfällt gemäß § 70 Abs 8 Stmk GemO die nach § 87 Abs 4 Stmk GemO bestehende Verpflichtung zur Anzeige des Finanzgeschäftes bei der Landesregierung als Aufsichtsbehörde (§ 97 Abs 1 Stmk GemO) und damit auch die Möglichkeit zur aufsichtsbehördlichen Untersagung des Finanzgeschäftes.⁸⁰² Die extern eingeholte Beratung substituiert insoweit die Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde.

⁸⁰⁰ Vgl §§ 97 ff Oö GemO.

⁸⁰¹ Von dieser Verpflichtung ausdrücklich ausgenommen sind Spareinlagen, Festgeld, Kassenobligationen, mündelsichere Veranlagungen, Kontoüberziehungen, Darlehen, Schuldscheindarlehen und sonstige Zahlungsverpflichtungen.

⁸⁰² Vgl *Bauer-Dorner* in *Jantschgi/Jantschgi*, Stmk GemO (2015) § 70 Rz 18.

§ 70 Abs 7 Stmk GemO ermächtigt die Stmk Landesregierung nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit Richtlinien über den Abschluss von Finanzgeschäften im Verordnungswege festzulegen. Eine solche Verordnung wurde bis dato jedoch nicht erlassen.

5. AUSGEWÄHLTE RECHTSFRAGEN DER INSTITUTIONELLEN KONTROLLE DER GEMEINDEGEBARUNG

5.1. Zuweisung der Angelegenheiten der Gemeindeaufsicht zu einem Mitglied der Landesregierung

Die Landesregierung ist oberstes Organ der Landesverwaltung. Ihr obliegt die Vollziehung des Landes. Sie ist ein vom Landtag zu wählendes Kollegialorgan und setzt sich aus dem Landeshauptmann, seinen Stellvertretern sowie den weiteren Mitgliedern zusammen (Art 101 B-VG). Die Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben erfolgt nach kollegialer Beratung und Beschlussfassung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.⁸⁰³ Die Landesregierung hat sich gemäß Art 103 Abs 2 B-VG iVm den entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Regelungen selbst eine Geschäftsordnung zu geben, die von der Lehre als gesetzesvertretende Verordnung qualifiziert wird.⁸⁰⁴ An die Stelle des Gesetzes tritt die von der Landesregierung in Form der Verordnung erlassene Geschäftsordnung.⁸⁰⁵ Die Geschäftsordnungen sehen Bestimmungen über die Erlassung einer Geschäftsverteilung vor, mit der die Zuständigkeitsbereiche der Regierungsmitglieder festgelegt werden. Im Rahmen der Geschäftsordnung ist die Landesregierung befugt, einzelne ihrer Mitglieder damit zu betrauen, gewisse Landesvollzugsangelegenheiten im Namen der Landesregierung zu führen.⁸⁰⁶ Die Angelegenheiten der Landesverwaltung sowie der mittelbaren Bundesverwaltung werden konkreten, namentlich genannten Mitgliedern der Landesregierung zugewiesen.⁸⁰⁷ Aus diesem Grund kann die Geschäftsverteilung auch jeweils nur für eine konkrete Regierungsmannschaft Wirksamkeit beanspruchen und ist bei jeder personellen Umstrukturierung neu zu erlassen. Alle Landesregierungen haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und nur die wesentlichen Angelegenheiten der Landesvollziehung der kollegialen Beratung und Beschlussfassung durch die Landesregierung vorbehalten.⁸⁰⁸

⁸⁰³ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 301.

⁸⁰⁴ Vgl zB § 52 Abs 1 Oö L-VG.

⁸⁰⁵ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 774; s auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 599.

⁸⁰⁶ VfSlg 4.572/1963.

⁸⁰⁷ Vgl § 2 Nö GOLReg.

⁸⁰⁸ Vgl § 4 Nö GOLReg.

Bemerkenswert ist, dass die Länder Niederösterreich, Steiermark und Oberösterreich eine Aufteilung der Kompetenz zur Gemeindeaufsicht auf zwei verschiedene Mitglieder der Landesregierung vorsehen und dahingehend differenzieren, welcher politischen Partei der Bürgermeister der beaufsichtigten Gemeinde angehört. Die Geschäftsordnungen der Landesregierungen binden die Zuständigkeit eines Mitgliedes der Landesregierung zur Durchführung der Agenden der Gemeindeaufsicht an die Zugehörigkeit des Bürgermeisters der zu beaufsichtigenden Gemeinde zu einer bestimmten politischen Partei. Fraglich erscheint, inwieweit sich die Parteizugehörigkeit eines Gemeindeorgans als zuständigkeitsbegründendes und zuständigkeitsabgrenzendes Kriterium eignet.

Da der Gleichheitssatz für jede Art staatlichen Handelns von Bedeutung ist, hat er auch für die Landesregierung bei der Erlassung ihrer Geschäftsverteilung zu gelten.⁸⁰⁹ Nach der stRsp des VfGH darf die Landesregierung als Verordnungsgeberin nur solche Differenzierungen vornehmen, die sachlich gerechtfertigt sind und sich auf objektiven Unterscheidungsmerkmalen gründen.⁸¹⁰ Nach Häußl⁸¹¹ ist das in der Geschäftsordnung des Landes Niederösterreich gewählte Kriterium ("*sozialdemokratischer Bürgermeister*") zur Zweiteilung der Aufsichtskompetenz ungeeignet, weil eine präzise Feststellung der Parteizugehörigkeit des Bürgermeisters nicht immer zweifelsfrei möglich erscheine und damit der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz verletzt werde. Zu untersuchen ist, ob die von Häußl für das Land Niederösterreich getroffenen Schlussfolgerungen verallgemeinerungsfähig sind.

Auszugehen ist bei den Überlegungen vom abstrakten Begriff der "*Partei*", der ein mehrdeutiger ist. Die für Wahlen zu allgemeinen Vertretungskörpern maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen auf Bundes- (B-VG, NRWO, GOG-NR) bzw Landesebene (zB Nö LTWO, Nö GRWO) unterscheiden ua zwischen "*wahlwerbenden Parteien*" (Wahlpartei) und "*politischen Parteien*" nach dem Parteiengesetz 2012⁸¹² und knüpfen dabei jeweils an

⁸⁰⁹ Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1373 mwN.

⁸¹⁰ Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1357.

⁸¹¹ Häußl, Gemeindeaufsicht ein Spielball der (Partei-)Politik?, JRP 2010, 57. – Der Autor nimmt in diesem Artikel ausschließlich Bezug auf die rechtliche Situation der Gemeindeaufsicht im Bundesland Niederösterreich.

⁸¹² BGBl I 56/2012.

unterschiedliche rechtliche Gebilde an.⁸¹³ Der VfGH hat mehrfach ausgesprochen, dass die genannten Begriffe nicht gleichgesetzt werden dürfen.⁸¹⁴

Im Zusammenhang mit den Oö Gemeinderatswahlen 1997 hatte der VfGH einen dem Ausgangsproblem ähnlich gelagerten Fall zu entscheiden.⁸¹⁵ Der Anfechtungswerber kandidierte auf der Parteiliste einer Partei, wurde in den Gemeinderat gewählt, als Mitglied des Gemeindevorstandes angelobt und beendete in der Folge seine Mitgliedschaft in der Partei. Gestützt auf § 30 Abs 3 lit b Oö GO, wonach ein Mitglied des Gemeindevorstandes seines Mandates verlustig erklärt wird, wenn bei ihm ein Umstand eintritt, der seine Wählbarkeit in den Gemeindevorstand gehindert hätte, wurde dem Anfechtungswerber mit Bescheid der Oö Landesregierung das Mandat entzogen. Gegen diesen Mandatsverlust – begründet durch seinen Austritt aus der politischen Partei – erhob der Anfechtungswerber Beschwerde beim VfGH. Der VfGH hob den Bescheid der Oö Landesregierung auf, weil die Behörde bei der Auslegung des § 30 Abs 3 lit b Oö GO der Norm einen dem Art 117 Abs 5 B-VG widersprechenden und damit einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellte. In der Entscheidung rezipiert der VfGH seine bisherige Judikatur: *"Art 117 Abs 5 B-VG spricht von '(i)m Gemeinderat vertretene(n) Wahlparteien'. Wenn auch die 'wahlwerbenden Parteien' im strengen Sinn im Zeitpunkt der Bestellung des Gemeindevorstandes nicht mehr existieren (müssen), so deutet der Ausdruck ‚Wahlpartei‘ doch unmissverständlich darauf hin, dass es sich hier nicht um beliebig zusammengestellte Fraktionen handelt, sondern um Personengruppen, die im engen Zusammenhang mit einer wahlwerbenden Partei stehen, und zwar einer Partei, die auf Grund des Wahlergebnisses in den Gemeinderat einzog. Demgemäß stellt die Vorschrift des Art 117 Abs 5 B-VG auf die letzte Gemeinderatswahl ab (...); sie hat den Zweck, dem Wähler bei der Gemeinderatswahl mit-*

⁸¹³ Darüber hinaus wird unterschieden zwischen "Parteien, die sich an der Wahlwerbung beteiligen wollen" und "im Nationalrat vertretenen Parteien", "im Landtag vertretenen Parteien" bzw "im Gemeinderat vertretenen Parteien". Zur Abgrenzung der genannten Begriffe vgl insb *B Raschauer*, Nationalratspartei und Zurechnung, JRP 2006, 255; welche rechtlichen Schwierigkeiten die uneinheitliche gesetzliche Diktion zur Folge haben kann, hat in aller Deutlichkeit erst die Aufspaltung von FPÖ und BZÖ während der XXII. GP und der daran anknüpfenden Fragestellung, welche "Partei" zur Nominierung der Beisitzer und Ersatzbeisitzer in der Bundeswahlbehörde bei der Nationalratswahl 2006 befugt ist, aufgezeigt; vgl weiterführend *Stein/Vogl/Wenda*, NRWO³ (2010) § 14 Anm 2 und 6; *Hengstschläger/Janko*, Rechtsfragen der Zusammensetzung der Bundeswahlbehörde, JRP 2006, 233; *Mayer*, Parteienförderung und Parteiaustritt, JRP 2006, 111; *Merli*, Zur Reihenfolge der Parteien auf dem Stimmzettel der Nationalratswahl, JRP 2006, 243; *Warta*, Was heißt Partei?, JRP 2006, 268.

⁸¹⁴ VfSlg 13.643/1993, 16.480/2002.

⁸¹⁵ VfSlg 16.480/2002.

telbar auch einen Einfluss auf die Zusammensetzung des Gemeindevorstandes einzuräumen. Die Gemeindevorstandssitze dürfen danach nur auf jene im Gemeinderat vertretenen Parteien aufgeteilt werden, die als solche aus der Gemeinderatswahl hervorgegangen sind, und nur nach Maßgabe ihrer bei der Gemeinderatswahl erreichten Stärke. Daraus folgt nicht nur, dass zwei oder mehrere Fraktionen sich insoweit nicht zu einer neuen, gelegentlichen Wahlpartei zusammenschließen dürfen, sondern zugleich auch, dass sie nicht gespalten oder verkleinert werden können, weil die Zugehörigkeit zu einer derartigen Wahlpartei nicht von (späteren) Willenserklärungen abhängt, sondern sich von der Kandidatur auf derselben Liste ableitet".⁸¹⁶

Daraus zieht der VfGH für den gegenständlichen Fall der Beendigung der Zugehörigkeit zu einer politischen Partei folgende Schlüsse: "Angesichts dessen ist es von Verfassungs wegen ausgeschlossen, den Begriff der 'Wahlpartei' iSd § 28 Abs 1 lit a [Oö] GemO mit dem Begriff der 'politischen Partei' gleichzusetzen, wovon die belangte Behörde aber ausgeht. Sie legte daher dem im vorliegenden Fall herangezogenen Verlusttatbestand des § 30 Abs 3 lit b [Oö] GemO einen verfassungswidrigen Inhalt bei. Wenn – nach dem oben zitierten Erkenntnis – die Zugehörigkeit zu einer derartigen Wahlpartei nicht von (späteren) Willenserklärungen abhängt, sondern sich von der Kandidatur auf der(selben) Liste ableitet, dann widerspricht dem jedenfalls eine Auslegung der in Rede stehenden Bestimmung, wonach der Austritt aus einer 'politischen Partei' für den Betroffenen den Verlust seines Mandates im Gemeindevorstand zur Folge hat".⁸¹⁷

Die Conclusio dieses Erkenntnisses muss mE in gleicher Weise für eine allfällige Änderung der Parteizugehörigkeit des Bürgermeisters gelten, da auch er Mitglied des Gemeindevorstandes ist.⁸¹⁸ Im Ergebnis ist *Häußl* daher zuzustimmen. Die politische Zugehörigkeit des amtierenden Bürgermeisters zu einer bestimmten Partei kann demnach kein sachlich gerechtfertigtes Kriterium für die Zuweisung an ein Mitglied der Landesregierung zur Vornahme der Gemeindeaufsicht sein. Es bleibt abzuwarten, ob eine solche Fallkonstellation an den VfGH zur Entscheidung herangetragen wird.

⁸¹⁶ VfSlg 13.643/1993.

⁸¹⁷ VfSlg 16.480/2002.

⁸¹⁸ § 24 Abs 1 Oö GO, § 37 Abs 2 Nö GO.

5.2. Die Kontrolle durch den Rechnungshof

5.2.1. Die Stellung des Rechnungshofes im System der Staatsgewalten

Die Bundesverfassung regelt in ihrem sechsten Hauptstück die Rechnungs- und Gebärungskontrolle im Bundesstaat und installiert den Rechnungshof als zentrale Institution der öffentlichen Finanzkontrolle. Art 121 Abs 1 B-VG beruft den Rechnungshof zur Überprüfung der Gebarung des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände, der Gemeinden und anderer durch Gesetz bestimmter Rechtsträger. Eine isolierte Betrachtung des Art 121 Abs 1 B-VG lässt auf eine Monopolstellung des Rechnungshofes in Bezug auf die gesamte Staatswirtschaft schließen.

5.2.2. Historische Entwicklung der Rechnungshofkontrolle über Gemeinden

Seit dem Bestehen der Bundesverfassung wurden Zuständigkeit und Tätigkeitsspektrum des Rechnungshofes sukzessive ergänzt und schrittweise erweitert. Diese Entwicklung der letzten 90 Jahre ist nicht frei von Irregularitäten geblieben.⁸¹⁹ Im B-VG 1920 war der Rechnungshof noch faktisch als originäres Bundesorgan konzipiert. Fakultativ bestand für die Landesverfassungsgesetzgeber die Option, dem Rechnungshof die ihm bzgl der Gebarung des Bundes zustehenden Funktionen auch bzgl der Gebarung des jeweiligen Landes zu übertragen.⁸²⁰ Von dieser Ermächtigung machten die Länder jedoch keinerlei Gebrauch. Mit der B-VG-Novelle 1925 wurden auch die Länder einer obligatorischen Rechnungshofkontrolle unterstellt, davon ausgenommen blieb jedoch die Bundeshauptstadt Wien.⁸²¹ Begründet wurde diese Ausnahmeregelung mit der Doppelstellung Wiens als Bundesland und Gemeinde. Die Führung eines gemeinsamen Landes- und Gemeindehaushaltes machte eine partikuläre Überprüfung allein der Landesgebarung unmöglich

⁸¹⁹ Dies konstatierte schon *Schäffer*, Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe in VVDStRL 55 (1996) 279 (282).

⁸²⁰ Art 127 B-VG idF BGBl 1/1920: "Durch die Landesverfassungsgesetze können dem Rechnungshof die ihm nach diesem Gesetz bezüglich der Gebarung des Bundes zustehenden Funktionen auch bezüglich der Gebarung des Landes übertragen werden." Vgl *Fiedler*, Der Rechnungshof und die Finanzkontrolle in den Ländern, ÖHW 1987, 149 (150), der darauf hinweist, dass die in Geltung stehende Bestimmung des Art 148i Abs 1 B-VG, durch die die Landesverfassungsgesetzgeber ermächtigt werden, die Volksanwaltschaft auch für den Bereich der Landesverwaltung zuständig zu erklären, einer ähnlichen Logik folgt.

⁸²¹ Art 127 Abs 7 B-VG idF BGBl 268/1925: "Die Bestimmungen dieses Artikels finden auf das Bundesland Wien keine Anwendung."

und eine Prüfung (auch) der Wiener Gemeindegebarung wurde als unsachliche Schlechterstellung der Bundeshauptstadt gegenüber anderen (Groß-)Städten angesehen.⁸²² Erst mit der B-VG-Novelle 1929 wurden mit den Gemeinden auch erstmals Selbstverwaltungskörper der Rechnungshofkontrolle unterstellt und vom Verfassungsgesetzgeber eine – dem Grunde nach auch heute noch bestehende – rechtliche Differenzierung zwischen Groß- und Kleingemeinden vorgenommen. Damit wurde eine obligatorische Zuständigkeit des Rechnungshofes für alle Gebietskörperschaften mit mehr als 20.000 Einwohnern begründet.⁸²³

Eine Analyse der parlamentarischen Behandlung der Verfassungsreform im Nationalrat gibt Grund zur Annahme, dass es vorrangiges Ziel der Zweiten Bundesverfassungsnovelle des Jahres 1929 war, die rechtliche Sonderstellung Wiens im Vergleich zu den anderen acht Bundesländern zu beseitigen.⁸²⁴ Die Neueinführung der Kontrolle der Großgemeinden durch den Rechnungshof war historisch betrachtet bloß ein "*Nebenprodukt*" der Einbeziehung Wiens in die Länderkontrolle und stand keinesfalls im Fokus der Aufmerksamkeit. Vielmehr sollte die Ausnahme der Bundeshauptstadt von der Zuständigkeit des Rechnungshofes als Kontrollorgan der Länder revidiert werden.⁸²⁵ Dies zeigt sich insb daran, dass die "*sonstigen*" Gemeinden in den parlamentarischen Beratungen kaum problematisiert wurden. Die Unterstellung auch der Großgemeinden unter die Rechnungshofkontrolle sollte lediglich als ein weiterer Rechtfertigungsgrund für den Wegfall der Privilegierung der Bundeshauptstadt Wien dienen.⁸²⁶

5.2.3. Neue Rechtslage durch BGBl I 106/2009 und BGBl I 98/2010

Mit zwei zeitnah ergangenen Novellen zum B-VG wurde jüngst die Zuständigkeit des Rechnungshofes reformiert und insgesamt ausgeweitet. Mit BGBl I 106/2009 vom

⁸²² Vgl 422 BlgNR II. GP, 2: "*Der Grund dieser Änderung liegt darin, daß die gemeinsame Führung des Haushaltes des Landes und der Gemeinde Wien eine gesonderte Prüfung der Landesgebarung unmöglich macht und sich daher auch auf die Gebarung der Gemeinde Wien erstrecken müßte, welche dann als einzige Gemeinde vom Rechnungshof kontrolliert würde.*"

⁸²³ Art 127a Abs 1 B-VG idF BGBl 392/1929: "*Die Gebarung der Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern (Städte, Ortsgemeinden) unterliegt der Überprüfung durch den Rechnungshof. (...)*".

⁸²⁴ Vgl *Berchtold*, Die Verfassungsreform von 1929 (1979), Band 3/I, 14 f.

⁸²⁵ So der einheitliche Tenor der Redner im Nationalrat im Vorfeld der Verfassungsreform vom 1929. Vgl *Berchtold*, Die Verfassungsreform von 1929 (1979), Band 3/I, 167; *ders*, Die Verfassungsreform von 1929 (1979), Band 3/II, 61, 366.

⁸²⁶ So wohl auch *Hengstschläger*, Der Rechnungshof (1982) 38.

20.10.2009 wurden Unternehmungen, die einer "tatsächlichen Beherrschung" durch eine Gebietskörperschaft allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern unterliegen, der Rechnungshofkontrolle unterstellt (vgl Art 126b Abs 2, Art 127 Abs 3, Art 127a Abs 3 B-VG); BGBl I 98/2010 vom 14.12.2010 hat die Kontrolle des Rechnungshofes über die Gebarung der Gemeinden insgesamt neu geregelt (vgl Art 127a B-VG). Gemein ist beiden Verfassungsänderungen, dass sie zum einen auf Initiativanträge zurückgehen,⁸²⁷ zum anderen, dass sie gleichsam einen Akt der Anlassgesetzgebung darstellen. Die Ausweitung der Rechnungshofkontrolle auf von Gebietskörperschaften "tatsächlich beherrschte" Unternehmungen war Folge der Kostenexplosion im Zuge der Terminalerweiterung am Flughafen Wien-Schwechat und wurde medial als "Lex Skylink" apostrophiert. Die ohnedies augenscheinliche Intention des Initiativantrages, dem Rechnungshof auch bei einer bloßen Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand⁸²⁸ an der Flughafen Wien AG Einschau in die Bücher des Bauherrn zu gewähren, wurde von den Antragstellern in ihrer Begründung auch ausdrücklich so artikuliert.⁸²⁹ Fehlgeschlagene spekulative Finanzgeschäfte sowie verlustreiche Infrastrukturprojekte in einigen Gemeinden waren Hintergrund für die Ausweitung der Zuständigkeiten des Rechnungshofes im Hinblick auf die Gebarung der Kommunen.⁸³⁰

Aus rechtspolitischer Sicht stellt sich die Frage, ob singuläre tagespolitische Ereignisse Eingriffe in das verfassungsgesetzliche Organisationsgefüge rechtfertigen können. Wenn auch der Staatsorganisation eine gewisse Dynamik inhärent ist und der Bundesverfassungsgesetzgeber über das rechtliche *Pouvoir* verfügt, auf geänderten Rahmenbedingungen mit einer Modifikation der Kontrollorganisation begegnen zu können, sollte doch gerade der Bundesverfassung als Grundordnung des Verfassungsstaates grds erhöhter Be-

⁸²⁷ IA 746/A XXIV. GP bzw IA 1187/A XXIV. GP.

⁸²⁸ Das Land Niederösterreich und die Stadt Wien sind zu je 20 %, sohin insgesamt zu 40 %, an der Flughafen Wien AG beteiligt.

⁸²⁹ Vgl IA 746/A XXIV. GP: "Durch die neue Formulierung soll insbesondere auch sichergestellt werden, dass trotz einer Beteiligung der Gebietskörperschaften von unter 50 % jedenfalls dann eine Prüfungszuständigkeit des Rechnungshofes besteht, wenn im Hinblick auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten bei der betreffenden Unternehmung ein tatsächlicher Einfluss dieser Gebietskörperschaften möglich ist und auch ausgeübt werden kann (wie z.B. bei der Flughafen Wien AG)."

⁸³⁰ Anlassgebend waren insb die überschuldeten Gemeinden Fohnsdorf (Bezirk Judenburg, Steiermark, Bau- und Betrieb der "Aqualux Therme Fohnsdorf"), Trieben (Bezirk Liezen, Steiermark, Überschuldung), Hartberg (Bezirk Hartberg, Steiermark, Spekulationsverluste) und Strem (Bezirk Güssing, Burgenland, Bau- und Betrieb des "Pflegekompetenzzentrums Strem").

standschutz und Schutz vor anlassbezogenen Abänderungen zukommen.⁸³¹ Die gegenständlichen Novellen modifizieren das B-VG in reaktionärer Weise, ein staatsrechtliches Gesamtkonzept im Hinblick auf die Notwendigkeit der Neuordnung ist jedoch weder erkennbar noch wurde eine solche vom Verfassungsgesetzgeber ausreichend artikuliert.⁸³² Dem partiellen Versagen der öffentlichen Verwaltung mit einer Veränderung der "*Spielregeln*" des politischen Prozesses zu begegnen, ist mE eine überaus fragwürdige Vorgehensweise. Darüber hinaus erscheint zweifelhaft, ob der Verfassungsgesetzgeber mit einer Ausweitung der *ex-post*-Kontrolle durch den Rechnungshof die von ihm intendierte Wirkung des effizienteren Umgangs mit öffentlichen Geldern sowie der Steigerung der Effektivität organschaftlichen Handelns erzielen kann.

5.2.4. Die Prüfung von Gemeinden mit mindestens 10.000 Einwohnern – Großgemeinden neu

Die augenscheinlichste Veränderung, die durch BGBl I 98/2010 bewirkt wurde, stellt die Herabsetzung der Mindesteinwohnerzahl dar, die den Rechnungshof zu einer amtswegigen Gebarungsprüfung ermächtigt: Unterlagen bisher ausschließlich Gemeinden mit mindestens 20.000 Einwohnern seiner obligatorischen Überprüfung, sind seit Inkrafttreten am 1.1.2011 alle Gemeinden mit mindestens 10.000 Einwohnern erfasst. Art 127a Abs 1 erster Satz B-VG lautet nunmehr: "*Der Kontrolle durch den Rechnungshof unterliegt die Gebarung der Gemeinden mit mindestens 10.000 Einwohnern sowie die Gebarung von Stiftungen, Fonds und Anstalten, die von Organen einer Gemeinde oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von Organen einer Gemeinde bestellt sind.*"

Bas B-VG unterscheidet so wie bisher nun auch weiterhin zwischen "*Großgemeinden*" und "*Kleingemeinden*", es erfolgte lediglich eine Herabsetzung des maßgeblichen Schwellenwertes. Nunmehr werden alle Kommunen mit mindestens 10.000 Einwohnern als Großgemeinden, jene mit weniger als 10.000 Einwohnern als Kleingemeinden bezeichnet.

⁸³¹ Vgl zur Bedeutung und Funktion des Verfassungsrechts sowie zur gelebten Verfassungspraxis *Berka*, Verfassungsrecht³ (2010) Rz 80 ff.

⁸³² So auch *Mayer*, Der Rechnungshof im Verfassungsgefüge, in KWG (Hrsg) Controlling & Kontrolle (2011) 17, der eine "*Novellierungswut*" des Bundesverfassungsgesetzgebers konstatiert, die eine Gefährdung der Stabilität und Rechtssicherheit des B-VG zur Folge habe.

Rechtlich betroffen von dieser Veränderung sind alle Gemeinden, deren Einwohnerzahl zwischen 10.000 und 19.999 liegt, die künftig nicht mehr länger als Klein-, sondern als Großgemeinden zu qualifizieren sind. Mit der B-VG-Novelle ging somit eine signifikante Ausweitung der Zahl definitiver Kontrollsubjekte einher. Unterlagen bislang lediglich (der Bundeshauptstadt Wien inklusive) 25 Gemeinden einer obligatorischen Rechnungshofkontrolle, so sind es nach der Novellierung insgesamt 71.⁸³³

Schon im Vorfeld der B-VG-Novelle stand die Frage des zuständigkeitsbegründenden Kriteriums der Einwohnerzahl im Mittelpunkt der Reformdiskussionen. Insb Vertreter des Rechnungshofes⁸³⁴ sowie der Lehre⁸³⁵ plädierten für die generelle Einbeziehung aller Gemeinden in die Zuständigkeit des Rechnungshofes und den Entfall der Notwendigkeit eines förmlichen Ersuchens durch die jeweilige Landesregierung, *in eventu* für eine deutliche Senkung der maßgeblichen Einwohnerzahl. Auch im Rahmen der Beratungen des Österreich-Konvents wurde diese Frage diskutiert.⁸³⁶ Für eine Ausweitung der Prüfkompetenz auf Gemeinden unter 20.000 Einwohnern konnte im Jahr 2005 jedoch (noch) kein Konsens erzielt werden. Die mangelnde Einbeziehung aller Gemeinden in die Kompetenz der externen Finanzkontrolle wurde von Seiten der Praxis stets als "*Kontrolllücke*"⁸³⁷ bezeichnet und die damals bestehende Rechtslage als "*höchst unbefriedigend und nachteilig*" angesehen⁸³⁸. Auch die Lehre erachtete die Ausnahme dieser Gemeinden von der

⁸³³ *Niederösterreich*: St. Pölten, Wr. Neustadt, Baden, Krems an der Donau, Klosterneuburg, Mödling, Amstetten sowie neu Bad Vöslau, Brunn am Gebirge, Hollabrunn, Korneuburg, Mistelbach, Neunkirchen, Perchtoldsdorf, Schwechat, Stockerau, Ternitz, Traiskirchen, Tulln, Waidhofen/Ybbs, Zwettl; *Oberösterreich* Linz, Wels, Steyr, Leonding, Traun sowie neu Ansfelden, Bad Ischl, Braunau, Enns, Gmunden, Marchtrenk, Ried im Innkreis, Vöcklabruck; *Steiermark*: Leoben, Kapfenberg, Graz sowie neu Bruck/Mur, Knittelfeld; *Salzburg*: Salzburg sowie neu Bischofshofen, Hallein, Saalfelden, St. Johann/Pongau, Wals-Siezenheim; *Kärnten*: Klagenfurt, Villach, Wolfsberg sowie neu: Feldkirchen, St. Andrä, St. Veit/Glan, Spittal/Drau, Völkermarkt; *Tirol*: Innsbruck sowie neu Hall in Tirol, Kufstein, Lienz, Schwaz, Telfs, Wörgl; *Vorarlberg*: Dornbirn, Feldkirch, Bregenz, Lustenau sowie neu Bludenz, Götzis, Hard, Hohenems, Rankweil; Burgenland: neu Eisenstadt; *Wien*.

⁸³⁴ Vgl Fiedler, Überlegungen zur Reform der öffentlichen Finanzkontrolle (2009) 18 ff; Moser, Der Österreichische Rechnungshof als föderativer Bund-Länder-Organ, in Der Rechnungshof (Hrsg), Positionen 2007/2, Öffentliche Finanzkontrolle in Österreich (2007) 7.

⁸³⁵ Hengstschläger, Prüfungskompetenz des Rechnungshofes, in Der Rechnungshof (Hrsg), Positionen 2007/2, Öffentliche Finanzkontrolle in Österreich (2007) 52.

⁸³⁶ Bericht des Österreich-Konvents, Band 1, Teil 3, 187f.

⁸³⁷ Vgl Bericht des Rechnungshofes, Reihe 2007/2, Positionen: Öffentliche Finanzkontrolle in Österreich, 73 ff. – Eine "Lücke" erkannte in der alten Rechtslage auch Edtstadler, Was erwartet die Politik von der Kontrolle?, in Bußjäger (Hrsg), Beiträge zum Länderparlamentarismus (2007) 94 f.

⁸³⁸ Fiedler, Überlegungen zur Reform der öffentlichen Finanzkontrolle (2009) 18.

amtswegigen Rechnungshofkontrolle als "*verfassungspolitisch fragwürdig*".⁸³⁹ Der Gemeindebund als Interessensvertretung insb der kleinen, einwohnerschwachen Kommunen trat vehement gegen die geplante Ausweitung der Rechnungshofzuständigkeiten auf. Bekräftigt wurde dabei stets die Position, dass eine Kontrolle durch die Landesregierung als Gemeindeaufsichtsbehörde gemäß Art 119a Abs 5 B-VG als "*sehr effektiv, zweckdienlich und ausreichend*" anzusehen sei.⁸⁴⁰ In der Stärkung des Rechnungshofes wurde überdies ein Eingriff in die verfassungsgesetzlich gewährleistete kommunale Selbstverwaltungsgarantie gesehen.

Die zitierte Debatte wurde in erster Linie auf politischer Ebene geführt. Rechtliche Belege zur Fundierung der einen wie der anderen Ansicht wurden von den handelnden Akteuren nur äußerst zurückhaltend in die Diskussion eingebracht. Demgegenüber wurde die Notwendigkeit der Ausweitung der Zuständigkeiten im Hinblick auf Kleingemeinden insb mit der zunehmenden Verflechtung der Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Gemeinden im System des Finanzausgleichs und dem damit einhergehenden Bedürfnis der Koordination der haushaltsführenden Organe zur Erreichung dieser Ziele vorgebracht, sowie der bestehenden "*gesamtstaatlichen Budgetverantwortung*" begründet.⁸⁴¹ Verwiesen wurde dabei insb auf Art 13 Abs 2 B-VG, der als Ziel der Haushaltsführung die Sicherstellung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts normiert. Als Staatszielbestimmung stellt die Bestimmung jedoch bloß einen an die Gebietskörperschaften adressierte Bemühensauftrag dar (arg "*Bund, Länder, Gemeinden haben ... anzustreben*").⁸⁴² Daraus lassen sich weder subjektive Rechte des Einzelnen auf Zielerreichung gegenüber der Gemeinde ableiten noch ergibt sich mE daraus zwingend die organisationsrechtliche Notwendigkeit einer flächendeckenden Prüfungskompetenz des Rechnungshofes über sämtliche Gebietskörperschaften.

Den Anstoß für die durch BGBl I 98/2010 verwirklichte Verfassungsänderung lieferte der Entschließungsantrag 745/A(E) XXIV. GP vom 1.9.2009, mit dem eine Neuordnung und Effizienzsteigerung der Gebarungsprüfung der Gemeinden intendiert wurde.⁸⁴³ Mit der

⁸³⁹ Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1241.

⁸⁴⁰ Vgl 51/SN-94/ME XXIII. GP.

⁸⁴¹ Bericht des Rechnungshofes, Reihe 2007/2, Positionen: Öffentliche Finanzkontrolle in Österreich, 11.

⁸⁴² Lödl, Bundeshaushaltsrecht² (2009) Art 13 B-VG Anm 6.

⁸⁴³ Eingebracht von den Abgeordneten Bucher (BZÖ), Lapp (SPÖ), Gahr (ÖVP) und Kogler (Die Grünen).

EntschlieÙung 45/E XXIV. GP vom 23.9.2009 machte der Nationalrat einstimmig von seinem in Art 52 Abs 1 B-VG iVm § 55 Abs 1 GOG-NR verbürgten Recht Gebrauch, Wünsche über die Ausübung der Vollziehung zum Ausdruck zu bringen.⁸⁴⁴ In dieser Resolution wurde die Bundesregierung aufgefordert, ein Gesamtprüfkonzept zu erarbeiten, um die zersplitterten Gebarungsprüfkompetenzen aufeinander abzustimmen, die Kompetenzen des Rechnungshofes unter Berücksichtigung der Einwohnerzahl oder ökonomischer Kennzahlen der Gemeinden auszuweiten sowie ein Mehr an Transparenz hinsichtlich der Prüfergebnisse und -berichte sicherzustellen. Der breite, alle Fraktionen übergreifende Konsens über die Notwendigkeit einer Reform der Gebarungskontrolle mündete im Initiativantrag 1187/A XXIV. GP zur Änderung des B-VG.

5.2.5. Die 20.000-Einwohner-Grenze im System der Bundesverfassung

Bei der Diskussion um die Herabsetzung der maßgeblichen Einwohnerschwelle wurde in der Literatur – soweit überschaubar – nie der Frage nachgegangen, aus welchen Motiven der historische Verfassungsgesetzgeber überhaupt eine Unterscheidung zwischen Groß- und Kleingemeinden getroffen und warum er den maßgeblichen Grenzwert mit einer Einwohnerzahl von 20.000 festgesetzt hat. Obgleich es an ausdrücklichen Belegen dafür mangelt, aus welchen Gründen der Verfassungsgesetzgeber gerade bei einer Gemeindegröße von – zunächst "über",⁸⁴⁵ später "mindestens"⁸⁴⁶ – 20.000 Einwohnern von der Notwendigkeit einer obligatorischen Gebarungskontrolle durch den Rechnungshof ausgegangen ist und kleinere Gemeinden weitgehend davon ausgenommen hat, war dieser Grenzwert bis zur B-VG-Novelle BGBl I 98/2010 über nahezu 80 Jahre fester Bestandteil der Bundesverfassung.⁸⁴⁷ Die Materialien geben keinen Aufschluss zu den Hintergründen der nun erfolgten Herabsetzung. Im Initiativantrag wird dazu ausgeführt:⁸⁴⁸ *"Durch die vorgeschlagene Änderung soll die Grenze zwischen Großgemeinden und Kleingemeinden*

⁸⁴⁴ Zum Resolutionsrecht vgl. Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 507. – Zur Debatte im Nationalrat vgl. Parlamentskorrespondenz Nr 782 vom 23.9.2011.

⁸⁴⁵ Vgl. Art 127a Abs 1 B-VG idF BGBl 392/1929.

⁸⁴⁶ Vgl. Art 127a Abs 1 B-VG idF BGBl 143/1948.

⁸⁴⁷ Die Materialien (382 BlgNR III. GP, 20) führen zur Begründung lediglich aus: *"Die Kontrolle des Rechnungshofes wird sich im selben Umfang auch auf die Gebarung der Großgemeinden, das sind Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern, erstrecken. Auch die Bundeshauptstadt Wien wird hievon in Hinkunft nicht ausgenommen sein."*

⁸⁴⁸ IA 1187/A XXIV. GP, 4.

auf 10.000 Einwohner gesenkt werden." Die Beratungen im Vorfeld der Novelle erwecken den Eindruck, der etablierte Grenzwert sei grds variabel und vom Verfassungsgesetzgeber beliebig veränderbar. Im Lichte einer systematischen Interpretation der Bundesverfassung im Allgemeinen sowie des fünften und sechsten Hauptstücks im Besonderen greift diese Sichtweise mE zu kurz.

Die Bundesverfassung knüpft schon in ihrer Stammfassung BGBl 1/1920 in einer weiteren Bestimmung an die "20.000-Einwohner-Grenze" an. Neben der Rechnungshofkontrolle ist der Grenzwert auch für die Errichtung von Städten mit eigenem Statut (früher von Gebietsgemeinden) maßgebliche Mindestvoraussetzung. Im B-VG 1920 konnten Gemeinden mit mehr als 20.000 Einwohnern auf ihren Antrag zu Gebietsgemeinden erklärt werden,⁸⁴⁹ gemäß Art 116 Abs 3 B-VG idGF ist einer Gemeinde mit mindestens 20.000 Einwohnern – soweit dadurch sowohl Bundes- als auch Landesinteressen gewahrt bleiben – auf ihren Antrag ein eigenes Statut (Stadtrecht) zu verleihen.⁸⁵⁰ Beide Regelungen – sowohl die historische als auch die in Geltung stehende – zielen darauf ab, dass Großgemeinden auf ihre eigene Initiative hin neben den Aufgaben der Gemeindeverwaltung auch die Agenden der Bezirksverwaltung überantwortet werden können.⁸⁵¹ Durch diese "Doppelrolle" wird das Tätigkeitsspektrum im übertragenen Wirkungsbereich erweitert (Art 119 Abs 1 B-VG): als Statutarstadt nimmt die Gemeinde zusätzlich zu den von Bund und Land in den übertragenen Wirkungsbereich zugewiesenen Aufgaben jene Agenden wahr, die den Bezirksverwaltungsbehörden vorbehalten sind. Dazu zählen gemäß § 8 Abs 5 lit b ÜG 1920 "sowohl die Geschäfte der mittelbaren Bundesverwaltung als auch die der Landesverwaltung".⁸⁵² Art 116 Abs 3 B-VG bietet somit dem einfachen Landesgesetzgeber die Möglichkeit, vom verfassungsrechtlichen Grundsatz der abstrakten Einheitsgemeinde abzuweichen, der grds keinerlei Differenzierungen zwischen Gemeinden auf

⁸⁴⁹ Art 117 Abs 1 B-VG idF BGBl 1/1920: "Ortsgemeinden mit mehr als 20.000 Einwohnern sind auf ihren Antrag zu Gebietsgemeinden zu erklären. Bei ihnen fällt die Bezirksverwaltung mit der Gemeindeverwaltung zusammen."

⁸⁵⁰ Art 116 Abs 3 B-VG idF BGBl I 100/2003: "Einer Gemeinde mit mindestens 20 000 Einwohnern ist, wenn Landesinteressen hiedurch nicht gefährdet werden, auf ihren Antrag durch Landesgesetz ein eigenes Statut (Stadtrecht) zu verleihen. Ein solcher Gesetzesbeschluss darf nur mit Zustimmung der Bundesregierung kundgemacht werden. Die Zustimmung gilt als gegeben, wenn die Bundesregierung nicht binnen acht Wochen von dem Tag, an dem der Gesetzesbeschluss bei dem zuständigen Bundesministerium eingelangt ist, dem Landeshauptmann mitgeteilt hat, dass diese verweigert wird. Eine Stadt mit eigenem Statut hat neben den Aufgaben der Gemeindeverwaltung auch die der Bezirksverwaltung zu besorgen."

⁸⁵¹ Vgl Mayer/Muzak, B-VG⁵ (2015) Art 116 B-VG IV.1.

⁸⁵² BGBl 368/1925 idF BGBl I 2/2008.

Grund ihrer Größe, Einwohnerzahl oder Finanzkraft erlaubt. Mit der Bestimmung kann faktischen Besonderheiten von Gemeinden mit hoher Bevölkerungszahl auch rechtlich Rechnung getragen werden. Schon *Oberndorfer* hat festgehalten, dass Großstädte Verwaltungsaufgaben zu besorgen haben, die sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht über jene von "normalen" (Klein-)Gemeinden weit hinausgehen.⁸⁵³ Zu denken ist dabei insb an Leistungen im Sozial- und Infrastrukturbereich. Wird die von der Verfassung festgelegte Mindesteinwohnerzahl überschritten und stellt die Gemeinde einen entsprechenden Antrag, so können "Aufgabenbereich und Organisationstruktur" vom Landesgesetzgeber abweichend von der jeweiligen Gemeindeordnung in einem eigenen Statut bzw Stadtrecht alternativ geregelt werden.⁸⁵⁴ Dem Wortlaut des Art 116 Abs 3 B-VG zur Folge, steht der antragstellenden Gemeinde ein Rechtsanspruch auf Verleihung des Stadtrechtes zu.⁸⁵⁵ Differenzierungen im Vergleich zur Gemeindeordnung des jeweiligen Bundeslandes stehen im Ermessen des Landes(verfassungs)gesetzgebers, haben jedoch sachlich gerechtfertigt zu sein und müssen sich an den von den Art 116 bis 119a B-VG gesteckten Rahmen halten.⁸⁵⁶ Hinzu kommt, dass Art 116 Abs 3 B-VG zur Konsequenz hat, dass solche Stadtgemeinden auch die Geschäfte der Bezirksvertretung führen und damit nicht nur in Sonderfällen, sondern regelmäßig und dauerhaft mit Bundes- und Landesmitteln und damit nicht nur mit "eigenen" Mitteln arbeiten.

Kommunen mit einer Einwohnerzahl von mindestens 20.000 erfüllen sohin – wenn auch bloß *potentiell* – die verfassungsgesetzlichen Anforderungen zur Verleihung eines eigenen Statuts, durch die der jeweiligen Gemeinde ein ungleich größerer Anteil an der Bundesverwaltung übertragen werden kann und mit der idR eine – im Vergleich zu den den Gemeindeordnungen unterliegenden Gemeinden – betragsmäßig höhere Zuweisung von Finanzmitteln einhergeht. Zur Abgeltung der Aufwendungen, die den Statutarstädten im

⁸⁵³ Vgl *Oberndorfer*, *Gemeinderecht und Gemeindewirklichkeit* (1971) 109 f.

⁸⁵⁴ Vgl abermals *Oberndorfer*, *Gemeinderecht und Gemeindewirklichkeit* (1971) 109.

⁸⁵⁵ So *Neuhofer*, *Gemeinderecht*² (1998) 120 mwN; *Petz*, *Gemeindeverfassung 1962* (1965) 170; *Stolzlechner*, Art 116 Abs 1, 3 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2004) Rz 5 f. AA *Weber*, Art 116 Abs 3 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht* (2016) Rz 25; *Petz*, *Gemeindeverfassung 1962* (1965) 169. – Das Stadtrecht wird durch einfaches Landesgesetz bzw Landesverfassungsgesetz verliehen. Daraus resultiert das Problem der Durchsetzbarkeit des bestehenden rechtlichen Anspruchs, da gegen die Untätigkeit des Gesetzgebers keinerlei Rechtsschutzbehelfe offen stehen.

⁸⁵⁶ Vgl *Neuhofer*, *Gemeinderecht*² (1998) 122 f; *Stolzlechner*, Art 116 Abs 1, 3 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2004) Rz 2.

Zuge ihrer umfassenden Leistungserbringung im Rahmen der Sicherheitsverwaltung oder der mittelbaren Bundesverwaltung erwachsen, sieht das FAG 2008 eine Reihe von Sonderregelungen vor, die den Städten bspw höhere Ertragsanteile pro Kopf an den gemeinschaftlichen Bundesabgaben (vgl § 11 Abs 5 FAG 2008) oder spezielle Finanzausweisungen gewähren (vgl § 20 Abs 3 und § 21 Abs 11 FAG 2008).

Hengstschläger erkennt keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen den "20.000-Einwohner-Grenzen" in Art 116 Abs 3 und Art 127a Abs 1 B-VG und erachtet die Verleihung eines Stadtrechtes als "*belanglos*" für die Kontrollzuständigkeit des Rechnungshofes.⁸⁵⁷ *De lege lata* ist ihm – insb mit Blick auf die Freistadt Rust, die weniger als 2.000 Einwohner zählt und deren Statutareigenschaft historisch begründet ist⁸⁵⁸ – zuzustimmen. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass nach der bis zum 31.12.2010 bestehenden Rechtslage ausschließlich die Bestimmungen der Art 116 und 127a B-VG *ex constitutione* an eine explizite Einwohnerzahl anknüpfen und diese auch in einem Konnex zueinander stehen. Zudem bedingen die Einbindung eines Selbstverwaltungskörpers in die mittelbare Bundesverwaltung sowie die damit einhergehende erhöhte Finanzmittelausstattung einer demokratischen Rückkoppelung. Die besondere faktische wie rechtliche Stellung der Großgemeinden, die eine Ausklammerung von den organisationsrechtlichen Bestimmungen der Gemeindeordnungen ermöglicht, rechtfertigt ein höheres Maß an Kontrolle. Zudem ist mE zu bedenken, dass der Bundesverfassung somit eine einheitliche Vorstellung vom Begriff der "*Großgemeinde*" zu Grunde lag. Systemkonform sah Art 127a B-VG bis zur Verfassungsänderung durch BGBl I 98/2010 eine obligatorische Zuständigkeit des Rechnungshofes zur Gebarungsprüfung von Großstädten mit mindestens 20.000 Einwohnern vor. Davon erfasst waren somit – mit Ausnahme von Eisenstadt, Rust (beide Bgld) und Waidhofen/Ybbs (Nö) – sämtliche Statutarstädte Österreichs.⁸⁵⁹ Auf Grund der enormen Wichtigkeit der Finanzkontrolle in Großstädten sehen alle Stadtrechte – neben

⁸⁵⁷ Vgl *Hengstschläger*, Der Rechnungshof (1982) 187; *ders*, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 184.

⁸⁵⁸ Rust war bereits vor dem Anschluss des Burgenlandes an Österreich im Jahr 1921 (ungarische) Freistadt.

⁸⁵⁹ So auch *Weber*, Die mittelbare Bundesverwaltung (1987) 204.

den Prüfungsausschüssen – die Errichtung eines städtischen Kontrollamtes als gemeindeinternes Kontrollorgan vor.⁸⁶⁰

Vor diesem historischen Kontext lässt sich mE darauf schließen, dass die Art 116 Abs 3 und Art 127a Abs 1 B-VG seit jeher in einem systematischen Konnex zueinander standen. Die einheitliche Bezugnahme auf die 20.000-Einwohner-Grenze war vom Bundesverfassungsgesetzgeber daher keinesfalls zufällig gewählt. Art 127a B-VG war vielmehr notwendige Reaktion auf die in Art 116 Abs 3 B-VG normierte Sonderstellung von Großgemeinden. Durch die singuläre Herabsetzung des Grenzwertes in Art 127a Abs 1 B-VG durch BGBl I 98/2010 auf nunmehr 10.000 Einwohner folgte eine Entkoppelung von der ursprünglichen Intention der Bestimmung, die sich sachlich nicht begründen lässt. Dass von der durch Art 116 Abs 3 B-VG eingeräumten Ermächtigung in der Vergangenheit nur äußerst zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde und wird, ändert nichts an diesem Befund. Der Grund dafür, dass Großgemeinden keine Ambitionen auf Verleihung eines Stadtrechtes haben, liegt wohl eher in der unzureichenden finanziellen Abgeltung der Leistungen im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung durch das FAG 2008.

5.2.6. Die Prüfung von Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern – Kleingemeinden neu

Nach der bis zum 31.12.2010 geltenden Rechtslage unterlagen gemäß Art 127a Abs 7 B-VG⁸⁶¹ alle Gemeinden mit weniger als 20.000 Einwohnern einer "fallweisen" Überprüfung durch den Rechnungshof. Ein Tätigwerden des Rechnungshofes war nicht von Amts wegen möglich, sondern an ein "begründetes Ersuchen" der zuständigen Landesregierung gebunden. Kleingemeinden sollten bloß ausnahmsweise und nur auf Grund eines substantiierten Antrages der jeweiligen Landesregierung einer Rechnungshofkontrolle ausgesetzt werden. Die genannten Tatbestandselemente – das Abstellen auf ein begründetes

⁸⁶⁰ Vgl Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 28 ff. – Wenn sich die einzelnen Kontrollämter hinsichtlich ihrer Art, Bezeichnung, Organisationsstruktur und Prüfungsbefugnisse teils wesentlich voneinander unterscheiden, sind sich doch alle zur magistratsinternen Gebarungskontrolle berufen.

⁸⁶¹ Art 127a Abs 7 B-VG idF BGBl I 100/2003: "Der Rechnungshof hat auf begründetes Ersuchen der zuständigen Landesregierung auch die Gebarung von Gemeinden mit weniger als 20 000 Einwohnern fallweise zu überprüfen und das Ergebnis dieser Überprüfung der Landesregierung mitzuteilen. Die Abs. 1 und 3 dieses Artikels finden Anwendung."

Ersuchen sowie der Grundsatz der Überprüfung als Ausnahmefall – wurden vom Verfassungsgesetzgeber auch in die neue Rechtslage gemäß BGBl I 98/2010 übernommen und teilweise präzisiert, teilweise erweitert. Der Bundesverfassungsgesetzgeber verfolgt damit die erklärte Intention, Doppelprüfungen durch klare Abgrenzungen der Zuständigkeit von Rechnungshof und Landesrechnungshöfen zu vermeiden, den Grenzwert von 20.000 auf 10.000 Einwohner zu senken sowie eine punktuelle Flexibilisierung der Gebarungsprüfung an sich zu erreichen.⁸⁶² In der Folge soll aufgezeigt werden, dass die intendierte Klärstellung der Prüfungszuständigkeit im Hinblick auf Kleingemeinden nur in ungenügender Weise umgesetzt wurde und die neue Verfassungsrechtslage eine Vielzahl an Fragen der Interpretation und Anwendung der verfassungsgesetzlichen Bestimmungen offen lassen.

Gemäß Art 127a Abs 7 B-VG ist es dem Rechnungshof verwehrt, Kleingemeinden auf eigene Initiative hin zu überprüfen. Es bedarf weiterhin eines begründeten Prüfungsersuchens der örtlich zuständigen Landesregierung oder des jeweiligen Landtages, das sich auf eine bestimmte Gemeinde beziehen muss.⁸⁶³ Die hL⁸⁶⁴ folgt der Ansicht, dass der Rechnungshof daher grds unzuständig sei, die Gebarung von Kleingemeinden zu kontrollieren. Die Zuständigkeit werde erst mit dem von der zuständigen Landesregierung eingebrachten und mit Gründen versehenen Prüfungsersuchen begründet. *Stelzer*⁸⁶⁵ hat dem entgegen, dass dem Rechnungshof *ex constitutione* sehr wohl auch eine potentielle Prüfungskompetenz gegenüber Kleingemeinden zukomme. Er geht davon aus, dass "*ein Organ, das von der Verfassung für gewisse Tätigkeiten vorgesehen ist, (...) auch zur Erfüllung dieser Tätigkeiten verfassungsrechtlich zuständig ist*", egal ob das Organ diese Zuständigkeit von Amts wegen oder antragsgebunden wahrzunehmen habe. Das Erfordernis eines begründeten Ersuchens stelle bloß *eine* notwendige Voraussetzung in einem Bündel mehrerer Tatbestandselemente dar.

Schon der Wortlaut der Art 127a Abs 7 und 8 B-VG widerspricht der hL. Der Verfassungstext: "*Der Rechnungshof hat (...) zu überprüfen*" ist eindeutig und lässt mE den

⁸⁶² IA 1187/A XXIV. GP, 4.

⁸⁶³ Vgl *Pabel*, Die Rechnungshofkontrolle der Gemeinden, RFG 2011/18, 76 (77).

⁸⁶⁴ Vgl *Kroneder-Patrisch*, Art 127a B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 15; *Hengstschläger*, Der Rechnungshof (1982) 254 f; *ders*, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 185; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ (2015) Art 127a B-VG.

⁸⁶⁵ *Stelzer*, Ist die Gemeindegebarungsprüfung durch "*Landesrechnungshöfe*" verfassungsrechtlich zulässig?, JBl 1983, 360 (367).

Schluss auf eine grds Unzuständigkeit des Kontrollorgans nicht zu. *Stelzer* hat idZ auf Art 51 B-VG hingewiesen, der ebenfalls die Mitwirkung eines Legislativorgans – des Nationalrates – an Vollziehungsaufgaben des Bundes normiert.⁸⁶⁶ Demnach hat der Nationalrat ein Bundesfinanz(rahmen)gesetz auf Vorlage eines Entwurfs der Bundesregierung zu beschließen. Wenngleich der angestellte Verweis auf Art 51 B-VG nicht ganz stichhaltig erscheint, zumal sich die Bestimmung im Abschnitt über Mitwirkung des Nationalrates und des Bundesrates an der Vollziehung des Bundes und es sich dabei um keine originäre Kompetenz des Nationalrates handelt, hat *Stelzer* aufgezeigt, dass ein Fortspinnen der hL unsachliche Konsequenzen mit sich bringt. Die hL wird auch mit Blick auf die im achten Hauptstück der Bundesverfassung geregelte und dem Rechnungshof artverwandte Institution der Volksanwaltschaft entkräftet. Gemäß Art 148a B-VG⁸⁶⁷ ist die Volksanwaltschaft zur Überprüfung behaupteter (Abs 1) oder vermuteter (Abs 2) Missstände in der Verwaltung des Bundes berufen.⁸⁶⁸ Notwendige Prüfungsvoraussetzung ist gemäß Abs 1 die Beschwerde einer betroffenen Person. Damit die Volksanwaltschaft in Bezug auf einen konkreten Lebenssachverhalt Prüfungs- und Kontrollakte setzen kann, bedarf es der Initiative eines faktisch Betroffenen (arg "*jedermann*"). Daraus lässt sich jedoch nicht schlüssig ableiten, die Volksanwaltschaft sei deshalb zur Missstandskontrolle grds nicht befugt. Vielmehr weist die Verfassung der Volksanwaltschaft in abstrakter Weise die Wahrung der "*good administration*"⁸⁶⁹ zu und setzt für ihr Handeln im Hinblick auf den konkreten Einzelfall das Vorliegen einer Beschwerde voraus. Der Rechnungshof wird auch in anderen Bestimmungen zu sog Ersuchensprüfungen ermächtigt. *Hengstschläger* differenziert dahingehend, dass Prüfungsersuchen gemäß Art 126b Abs 4 und § 18 Abs 4 RHG die bestehende Zuständigkeit des Rechnungshofes bloß "*aktualisieren*" während ein Ersuchen gemäß Art 127a Abs 7 B-VG seine Zuständigkeit erst "*begründet*".⁸⁷⁰ Richtigerweise ist mit *Hoening* anzunehmen, dass es sich bei Ersuchensprüfungen generell um "*bedingt*

⁸⁶⁶ Vgl. abermals *Stelzer*, Ist die Gemeindegebarungsprüfung durch "*Landesrechnungshöfe*" verfassungsrechtlich zulässig?, JBl 1983, 360 (367).

⁸⁶⁷ Art 141a Abs 1 B-VG: "*Jedermann kann sich bei der Volksanwaltschaft wegen behaupteter Missstände in der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten beschweren, sofern er von diesen Missständen betroffen ist und soweit ihm ein Rechtsmittel nicht oder nicht mehr zur Verfügung steht. Jede solche Beschwerde ist von der Volksanwaltschaft zu prüfen. Dem Beschwerdeführer sind das Ergebnis der Prüfung sowie die allenfalls getroffenen Veranlassungen mitzuteilen.*"

⁸⁶⁸ Vgl. *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1270.

⁸⁶⁹ *Kucsko-Stadlmayer*, Art 148a B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 19.

⁸⁷⁰ *Hengstschläger*, Rechnungshofkontrolle (2000) Art 127a Abs 2 und 5 bis 8, 181 (FN 21).

obligatorische Prüfungszuständigkeiten" handelt, die den Rechnungshof abstrakt und potentiell für zuständig erklären, Prüfungshandlungen im Einzelfall jedoch an das Vorliegen eines vorab ergehenden begründeten Ersuchens durch das dafür (verfassungs-)gesetzlich zuständige Organ binden.⁸⁷¹

Mit der B-VG-Novelle BGBl I 98/2010 wurde der Rechnungshof gemäß der neugefassten Art 127a Abs 7 und 8 B-VG ermächtigt, "*die Gebarung bestimmter Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern zu überprüfen*". Auf Grund der kleinteiligen Kommunalstruktur Österreichs sind auch nach der Verfassungsänderung insgesamt 2.014 (= 95,9%) der 2.100 Gemeinden unter den Begriff der "*Kleingemeinde*" zu subsumieren. Somit unterliegt die überwiegende Mehrzahl der Kommunen nach wie vor nicht einer amtswegigen Überprüfung durch den Rechnungshof. Der schon in der Vergangenheit geltende Grundsatz, Kleingemeinden nur in begründeten Ausnahmefällen einer Rechnungshofkontrolle zu unterwerfen, wurde in die geltende Rechtslage übernommen.

Mit der Neufassung der Art 127a Abs 7 und 8 B-VG verfolgt der Verfassungsgesetzgeber das erklärte Ziel, die "*fallweise*" Gebarungsüberprüfung von Kleingemeinden auf begründetes Ersuchen der Landesregierung durch die Gebarungsüberprüfung auf begründetes Ersuchen der Landesregierung (Art 7 erster Satz) und die Gebarungsüberprüfung auf Antrag des Landtages (Abs 8 erster Satz) zu ersetzen.⁸⁷² Kam bisher ausschließlich der Landesregierung das Recht zu, den Rechnungshof mit der Kontrolle der Gebarung von Kleingemeinden zu betrauen, wurde nunmehr auch der Landtag mit einem entsprechenden Initiativrecht ausgestattet.⁸⁷³ Dadurch wurde das bisher bestehende, dreigliedrige System der kommunalen Gebarungskontrolle in beachtlicher Weise reformiert. Kleingemeinden unterlagen neben der gemeindeinternen Nachprüfung durch Kontroll- und Prüfungsausschüsse einer externen Kontrolle durch die Landesregierung als Gemeindeaufsichtsbehörde gemäß Art 119a Abs 2 B-VG sowie einer (ausnahmsweisen) Rechnungshofkontrolle auf begründetes Ersuchen ebenfalls der Landesregierung. Die Aufsicht über die kommunale Gebarungstätigkeit lag sohin primär in der Hand der zuständigen Landesregierung.

⁸⁷¹ Hoenig, Der Österreichische Rechnungshof (1951) 40.

⁸⁷² IA 1187/A XXIV. GP, 4.

⁸⁷³ Vgl N Raschauer/Wessely, Probleme und Zukunft der Gemeindeautonomie, in Kahl (Hrsg), FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2012) 3 (13 ff).

Seit 1.1.2011 kann daneben auch der jeweilige Landtag mit Beschluss eine Rechnungshofkontrolle im Hinblick auf eine konkrete Kleingemeinde begründen. *Huber*⁸⁷⁴ erkennt darin eine "vierte Ebene" der kommunalen Gebarungsprüfung, die im Widerspruch zu den Grundsätzen der Gemeindeautonomie sowie der staatlichen Aufsicht über Selbstverwaltungskörper steht. Er verweist auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, die den Gemeinden eine weisungsfreie und eigenverantwortliche Verwaltungsführung in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches gewährleistet. Der Ausnahme vom Grundsatz der hierarchischen Verwaltungsorganisation nach Art 20 Abs 1 B-VG korrespondiert ein Aufsichtsrecht, das – je nach Verbandskompetenz – in die Zuständigkeit der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung fällt.⁸⁷⁵ Die Landesregierung als Organ der Landesverwaltung nimmt die *Landesgemeindefaufsicht* wahr. Der Landeshauptmann als Organ der Bundesverwaltung im funktionellen Sinn wird gemäß § 3 Abs 1 BGdAG mit der *Bundesgemeindefaufsicht* betraut. Durch diese Konstruktion wird zum einen sichergestellt, dass das Aufsichtsrecht in einheitlicher Weise "im Bereich der Länder" verbleibt.⁸⁷⁶ Zum anderen werden zu ihrer Ausführung ausschließlich Organe berufen, die der exekutiven Staatsgewalt organisatorisch zuzurechnen sind.

Nunmehr wird auch den Landtagen das Recht eingeräumt, Gebarungskontrollen durch den Rechnungshof hinsichtlich von Kleingemeinden zu beantragen. Damit wird einem der legislativen Staatsgewalt zugeordneten Organ die Möglichkeit eingeräumt, Gebarungskontrollen anzuordnen. Dadurch wird nach *Huber* die Trennung zwischen der der Exekutive zugewiesenen staatlichen Aufsicht über Selbstverwaltungskörper und der parlamentarischen Kontrolle durch die Legislative durchbrochen. In letzter Konsequenz wird den Landtagen dadurch ein Recht auf Kontrolle der *Gemeindefaufsicht* und damit der Arbeit der Landesregierung eröffnet, wodurch eine *politische* Kontrollinstanz geschaffen und das Wesen der kommunalen Selbstverwaltung unterlaufen wird. Der Kritik *Hubers* kann mE nicht gefolgt werden. Zu bedenken ist, dass der Rechnungshof als Hilfsorgan der jeweiligen Legislative, des Nationalrats bzw der Landtage, tätig wird, sodass ein Initiativrecht der

⁸⁷⁴ *Huber*, Wie viel Aufsicht (v)ertragen Österreichs Kommunen, in KWG (Hrsg), Controlling & Kontrolle (2011) 25 (27 f).

⁸⁷⁵ Art II Abs 2 A Z 1 EGVG. – Vgl *Neuhofer*, Gemeinderecht² (1998) 330.

⁸⁷⁶ Zu den historischen Wurzeln der Aufsichtsbehörden siehe *Schütz*, Das Aufsichtsrecht des Bundes über die Gemeinde, ÖGZ 1967, 202 (204).

parlamentarischen Körperschaften nicht als systemwidrig angesehen werden kann, wohl aber jenes der Landesregierung.

Gemäß Art 127a Abs 7 und 8 B-VG hat der Rechnungshof die Gebarung "*bestimmter*" Gemeinden zu überprüfen. Diese sprachliche Neufassung⁸⁷⁷ hat mE keine inhaltliche Änderung bewirkt. Das Ersuchen der Landesregierung (Abs 7) sowie der Beschluss des Landtages (Abs 8) haben sich wie schon bisher auf *eine konkrete Gemeinde* zu beziehen. Landesregierung und Landtag haben namentlich jene Kommune zu benennen, deren Gebarung vom Rechnungshof überprüft werden soll. Die Auswahl der Kontrollsubjekte und damit das Ob der Überprüfung liegt ausschließlich im politischen Ermessen der antragstellenden Institution.⁸⁷⁸ Weder kann der Rechnungshof die Kontrolle einer Kleingemeinde "*anregen*" oder "*an sich ziehen*" noch kann eine betroffene Kleingemeinde die Einschau mit der Begründung abwenden, eine andere Gemeinde im selben Bundesland hätte bspw eine höhere pro Kopf-Verschuldung aufzuweisen, sodass ein Fehler bei der "*Ermessensausübung*" nicht geltend gemacht werden kann. Das Ersuchen der Landesregierung bzw der Beschluss des Landtages haben zur Folge, dass der Rechnungshof seine potentiell bestehende Zuständigkeit zur Überprüfung von Kleingemeinden wahrnehmen und Prüfungsakte im Hinblick auf eine gegenständliche Gemeinde setzen kann. Die ihm zustehende Kontrollbefugnis ist eine umfassende, den Großgemeinden entsprechende. Die Überprüfung der Gebarung der betreffenden Kleingemeinden soll sich von der Überprüfung der Gebarung von Großgemeinden grundsätzlich nicht unterscheiden.⁸⁷⁹ Umfänglich bezieht sie sich die Kontrollbefugnis grds auf die gesamte Gemeindegebarung. Nach der hL kann sich das Ersuchen der Landesregierung aber auch auf bestimmte, klar abgrenzbare Gebarungsbereiche beschränken. Der Kontrollauftrag der Landesregierung kann sich bspw ausschließlich auf *eine* kommunale Unternehmung beziehen.⁸⁸⁰ Die Prüfung des Rechnungshofes hat in diesem Fall nur den beantragten Teilabschnitt zu beleuchten. Wie schon nach der alten Rechtslage darf sich das Ersuchen der Landesregierung bzw der Beschluss des Landtages nur auf jene Gemeinden beziehen, die zum jeweiligen Bundesland

⁸⁷⁷ Nach der alten Rechtslage gemäß BGBl I 100/2003 bestimmte Art 127a Abs 7 S 1 B-VG: "*Der Rechnungshof hat [...] die Gebarung von Gemeinden mit weniger als 20.000 Einwohnern fallweise zu überprüfen [...]*".

⁸⁷⁸ IA 1187/A XXIV. GP, 4.

⁸⁷⁹ IA 1187/A XXIV. GP, 4.

⁸⁸⁰ *Hengstschläger*, Der Rechnungshof (1982) 255; *ders*, Rechtsfragen der Kontrolle kommunaler Unternehmungen (1980) 37 f, 46; *ders*, Rechnungshofkontrolle (2000) zu Art 127a Abs 2 und 5 bis 8 Rz 4 f.

zählen. Bzgl jener Gemeinden, die in anderen Bundesländern gelegen sind, kann eine Landesregierung eine Zuständigkeit des Rechnungshofes naturgemäß nicht begründen. Gleiches muss bei einem Beschluss des Landtages gelten.

Das Recht der Landesregierung bzw des Landtages entsprechende Anträge zu stellen, wurde vom Verfassungsgesetzgeber einer zahlenmäßigen Beschränkung unterworfen. Nahezu wortgleich bestimmen Art 127a Abs 7 und 8 B-VG jeweils in Satz 3: "*In jedem Jahr dürfen nur zwei derartige Ersuchen (Abs 8: Anträge) gestellt werden.*" Die Gesetzesmaterialien führen begründend aus: "*Im Interesse der Vermeidung einer Überlastung des Rechnungshofes sollen in jedem Jahr nicht mehr als je zwei derartige Gebarungsüberprüfungen gleichzeitig anhängig gemacht werden können.*"⁸⁸¹ Die Auslegung dieser die Antragstellung limitierenden Bestimmungen bereitet Schwierigkeiten. Wie vielen Ersuchen bzw Anträgen hat der Rechnungshof jährlich Folge zu leisten? Mayer geht unter Verweis auf die in den Materialien zum Ausdruck kommende Absicht des Verfassungsgesetzgebers davon aus, dass bundesweit *insgesamt* bloß zwei Prüfungen von Kleingemeinden pro Jahr denkbar sind und dabei weder nach dem antragstellenden Organ noch nach dem Bundesland zu differenzieren ist.⁸⁸² Diese Interpretation ist mE nicht von der Intention des Verfassungsgesetzgebers gedeckt, da sie den Anwendungsbereich der Bestimmungen massiv einschränkt und sich überdies nicht mit dem Wortlaut des Verfassungstextes vereinbaren lässt. Die Absätze 7 und 8 sind trotz ihrer Parallelität getrennt voneinander zu lesen und anzuwenden. Zeitlich früher gestellte Ersuchen einer Landesregierung beschränken den jeweiligen Landtag jedenfalls nicht in seinem Recht, Prüfungsanträge zu stellen und umgekehrt. Eine absolute Grenze von nur zwei Rechnungshofüberprüfungen von Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern pro Jahr lässt sich daher nicht schlüssig argumentieren. Da die Bestimmung des Art 127a B-VG auf ein begründetes Ersuchen "*der Landesregierung*" (Abs 7) bzw auf einen Beschluss "*des Landtages*" (Abs 8) abstellt, ist davon auszugehen, dass maximal zwei Gemeinden pro Jahr und Bundesland auf Antrag der jeweili-

⁸⁸¹ IA 1187/A XXIV. GP, 4. – Durch die Hervorhebung dieses Satzes im Fettdruck wird vom Verfassungsgesetzgeber im Initiativantrag die Wichtigkeit dieser zahlenmäßigen Beschränkung der jährlichen Anträge zum Ausdruck gebracht.

⁸⁸² Mayer, Der Rechnungshof im Verfassungsgefüge, in KWG (Hrsg), Controlling & Kontrolle (2011) 17 (21). – Unklar erscheint aus meiner Sicht idZ, warum Mayer von 36 möglichen Überprüfungen pro Jahr ausgeht. Auf die Gemeinde Wien können die Abs 7 und 8 des Art 127a B-VG auf Grund ihrer Doppelfunktion als Land und Gemeinde schließlich nicht in gleicher Weise zur Anwendung gelangen.

gen Landesregierung sowie maximal zwei Gemeinden pro Jahr und Bundesland auf Antrag des jeweiligen Landtages überprüft werden können. Insgesamt können somit – unter Außerachtlassung der Gemeinde Wien – 32 Anträge pro Jahr an den Rechnungshof herangetragen werden (16 von Seiten der acht Landesregierung, 16 von Seiten der acht Landtage). Diese Interpretation lässt sich mit dem erklärten Willen des Verfassungsgesetzgebers vereinbaren, der "*nicht mehr als je zwei derartige Gebarungsüberprüfungen gleichzeitig*" zulassen möchte.⁸⁸³

Aus rechtspolitischer Perspektive vermag das Motiv für die Normierung einer zahlenmäßigen Beschränkung der Ersuchen bzw Anträge nicht zu überzeugen. Das intendierte Ziel der B-VG-Novelle insgesamt eine punktuelle Flexibilisierung der Gebarungsprüfungen zu erreichen wird durch die Einfügung einer starren Grenze geradezu konterkariert. Die Antragstellung sollte mE von der dringenden Notwendigkeit einer unabhängigen Kontrolle durch den Rechnungshof abhängig gemacht werden. Ein Abstellen auf den Arbeitsanfall und ein *ex constitutione* vorgesehener Schutz vor Überlastung des Kontrollorgans stehen der eigentlichen Intention der Bestimmung diametral entgegen. Die Befürchtung, der Rechnungshof könnte von den Ländern mit Anträgen überflutet werden, ist mE schon deshalb unberechtigt, weil die Prüfungsersuchen und –beschlüsse mit Gründen versehen sein müssen. Gegenüber unbegründeten und grundlosen Anträgen steht dem Rechnungshof ein Ablehnungsrecht zu.⁸⁸⁴

Fraglich erscheint ebenso, wie die Zulässigkeit der gestellten Anträge zu beurteilen ist. Welchen von mehreren Prüfungsaufträgen hat der Rechnungshof vorrangig nachzukommen? Wie sind eingehende Prüfungsaufträge zu "*reihen*"? Ausschlaggebend kann mE lediglich die zeitliche Priorität der gestellten Anträge sein. Dadurch werden gleichermaßen die Rechte der Antragsteller sowie die Unabhängigkeit des Rechnungshofes gewahrt. Mit dem Antrag wird der Rechnungshof nicht bloß ermächtigt, sondern vielmehr *verpflichtet*, die von Landesregierung bzw Landtag konkret bestimmte Gemeinde zu kontrollieren. Die Bindung an den Zeitpunkt der Antragstellung und der Vorrang des zeitlich früheren Ersuchens / Beschlusses stellen sicher, dass die Kontrolle von Kleingemeinden im Ermessen der Antragsteller verbleibt und nicht dem Belieben des Rechnungshofes überlassen wird.

⁸⁸³ Vgl IA 1187/A BlgNR XXIV. GP, 4.

⁸⁸⁴ *Hengstschläger*, Rechnungshofkontrolle (2000) Art 127a Abs 2 und 5 bis 8 Rz 4 (FN 21).

Auch Mayer geht davon aus, dass – in Ermangelung einer ausdrücklichen verfassungsgesetzlichen Regelung – das zeitliche Zuvorkommen ausschlaggebendes Kriterium für die Zulässigkeit von Anträgen zu sein hat.⁸⁸⁵ Ein Abstellen auf andere Parameter – wie bspw die Dringlichkeit der Einschau – steht zum einen im Widerspruch zum Grundsatz der antragsgebundenen Zuständigkeit. Zum anderen besteht ja gerade das Prüfungsziel des Rechnungshofes darin, die finanzielle Lage des Kontrollsubjektes im Allgemeinen bzw im Hinblick auf eine bestimmte Finanztransaktion oder eine Projektabwicklung aufzuzeigen. Er würde daher das Ergebnis seiner Arbeit vorwegnehmen, wenn er die Notwendigkeit von Überprüfungen im Vorfeld gewichten könnte.

Neben der formalen Schranke von jährlich nicht mehr als zwei Anträgen pro Landesregierung und Landtag sehen Art 127a Abs 7 und 8 letzter Satz B-VG zusätzlich eine materielle Schranke vor.⁸⁸⁶ Abs 7 normiert, dass solche *Ersuchen* (Abs 8: *Anträge*) nur hinsichtlich jener Gemeinden zulässig sind, die im Vergleich mit anderen Gemeinden über eine auffällige Entwicklung bei Schulden oder Haftungen verfügen.⁸⁸⁷ Diese Regelung steht in engem Zusammenhang mit dem der Landesregierung bzw dem Landtag eingeräumten Ermessen, Gebarungsüberprüfungen zu beantragen. Der Verfassungsgesetzgeber bindet Landesregierung und Landtag insoweit, als sie von ihrem Antragsrecht nur dann Gebrauch machen sollen, "*wenn Grund zur Annahme besteht, dass die Gebarung der betreffenden Kleingemeinde nicht den Gebarungsgrundsätzen entspricht*".⁸⁸⁸ Von einer Missachtung der Gebarungsgrundsätze ist insb dann auszugehen, wenn von Seiten der Gemeinde außergewöhnlich hohe Schulden eingegangen oder Haftungen übernommen wurden.

Dieser letzte Satz der Abs 7 und 8 schafft einen weiten Interpretationsspielraum und illustriert in augenscheinlicher Weise das Dilemma, dem der Verfassungsgesetzgeber bei Erlassung des Art 127a B-VG unterlegen ist: Zum einen sollte der Rechnungshof in verstärktem Ausmaß Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern prüfen können. Gleichzeitig sollte aber eine Überlastung des Kontrollorgans tunlichst vermieden werden, da dem

⁸⁸⁵ Vgl Mayer, Der Rechnungshof im Verfassungsgefüge, in KWG (Hrsg), Controlling & Kontrolle (2011) 17 (21 f).

⁸⁸⁶ So auch Pabel, Die Rechnungshofkontrolle der Gemeinden, RFG 2011/18, 76 (77).

⁸⁸⁷ Schulden verpflichtet zu einem Leistensollen, Haftung bedeutet Einstehen müssen für die Schuld und bietet dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung die Möglichkeit zum Rückgriff auf das Vermögen des Schuldners; vgl Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht¹⁴, Band II (2015) 9.

⁸⁸⁸ IA 1187/A XXIV. GP, 4.

Mehr an möglichen Prüfungsaufträgen konstante Personal- und Sachressourcen gegenüber stehen. Der Spagat, einerseits die Kontrollücke in Bezug auf Kleingemeinden schließen zu wollen und andererseits Vorkehrungen für eine Überlastung des Rechnungshofes treffen zu müssen, mündete in einer legislativ missglückten Regelung, deren Anwendung Schwierigkeiten bereitet. Die Landesregierung und der Landtag sind bei ihrer Ermessensausübung einer Bindung unterworfen und die Antragstellung ist an eine Begründungspflicht geknüpft. Die Landesregierung hat in ihrem (begründeten) Ersuchen Argumente für die Notwendigkeit einer Rechnungshofkontrolle darzulegen; Gleiches gilt für den Beschluss des Landtages. Gegenstand der Rechnungshofkontrolle ist die "Gebarung" des jeweiligen Rechtsträgers, worunter der VfGH jedes Verhalten versteht, das finanzielle Auswirkungen hat.⁸⁸⁹ Fraglich erscheint mE, warum der Verfassungsgesetzgeber bei der Antragstellung durch Landesregierung und Landtag eine auffällige Entwicklung bei Schulden und Haftungen voraussetzt und nicht gleichermaßen auf Unregelmäßigkeiten bei der "Gebarung" schlechthin abstellt. Auch die Gebarung von Kleingemeinden umfasst schließlich – wie bereits aufgezeigt – mehr als bloß Schulden und Haftungen. Die Regelung schränkt den Gegenstand der Antragstellung somit in unsystematischer Weise ein.

Zudem stellt sich die Frage, welche Gemeinden der Landesregierung bzw dem Landtag als Vergleichssubjekte zu dienen haben. Hat sich der Vergleich mit anderen Gemeinden auf das jeweilige Bundesland zu beschränken oder sind sämtliche Kommunen bundesweit mit zu berücksichtigen? Aus faktischen wie rechtlichen Gründen können mE nur Gemeinden, die dem "eigenen" Bundesland zugehören als Maßstab dienen, zumal nur diese demselben Gemeindeorganisationsgesetz unterliegen; bzgl der Gebarungstätigkeit anderer (externer) Gemeinden fehlen Landesregierung und Landtag valide Daten und Informationen.

5.2.7. Feststellung der konkreten Einwohnerzahl einer zu prüfenden Gemeinde

Neben der Höhe der vom Verfassungsgesetzgeber als Abgrenzungskriterium zwischen Groß- und Kleingemeinden festgesetzten Einwohnerzahl stellt sich die Frage ihrer praktischen Feststellung. Wie der Rechnungshof die genaue Gemeindegröße zu eruieren und auf welchen Zeitpunkt er dabei abzustellen hat, dazu schweigen sowohl das B-VG als auch

⁸⁸⁹ VfSlg 7944/1976.

das RHG. Im älteren Schrifttum wurde das Problem der Bemessung der – damals noch – 20.000-Einwohner-Grenze kontroversiell diskutiert. Nach der Auffassung von *Hengstschläger*⁸⁹⁰ ist der jeweils aktuelle Einwohnerstand maßgeblich, *Ringhofer*⁸⁹¹ stellt – unter Berufung auf die Art 26 Abs 2 und Art 34 Abs 3 B-VG – auf das Ergebnis der letzten Volkszählung ab. Entgegen der von *Ringhofer* ins Treffen geführten Bestimmungen, rechtfertigen weder der Wortlaut des Art 127a B-VG noch die Materialien⁸⁹² ein Abstellen auf die letzte Volkszählung. Zudem widerlegt auch der Umstand, dass Art 127a B-VG das letzte Volkszählungsergebnis gerade nicht ausdrücklich heranzieht, die von *Ringhofer* vertretene Auffassung.⁸⁹³ Daher ist mE der Ansicht *Hengstschlägers* zu folgen und ein Heranziehen der aktuellen Einwohnerzahl geboten, obgleich der Rechnungshof in der Vergangenheit seine Zuständigkeit regelmäßig unter Berufung auf das jüngste Volkszählungsergebnis begründet hat.⁸⁹⁴ Eine Orientierung an einem nachweislich überholten Zahlenmaterial kann jedoch nicht Wille des Verfassungsgesetzgebers sein.⁸⁹⁵ Es stellt sich die Frage nach einer geeigneten Alternative zu den Daten der jüngsten Volkszählung. Anders formuliert: Wie gelangt der Rechnungshof an ein möglichst aktuelles und verifizierbares Zahlenmaterial, um seine Zuständigkeit bzw Unzuständigkeit autonom beurteilen zu können?

Durch die Herabsetzung des maßgeblichen Schwellenwertes auf nunmehr 10.000 Einwohner hat sich die Abgrenzungsfrage durch die Erweiterung des Kreises potentieller Kontrollsubjekte scheinbar noch verschärft. Tatsächlich haben technische wie rechtliche Neuerungen im Melde- und Volkszählungswesen dem Problem jede praktische Grundlage entzogen, weshalb der eingangs dargestellten Kontroverse heute mE nur noch semantische Bedeutung zukommt. In rechtlicher Hinsicht wurde die klassische, papierbasierende, dekadisch durchgeführte Volkszählung zur Erhebung der Einwohnerzahl Österreichs von einer elektronischen Registerzählung abgelöst.⁸⁹⁶ Dh, dass die Erhebung der für die Bun-

⁸⁹⁰ Vgl *Hengstschläger*, Rechtsfragen der Kontrolle kommunaler Unternehmungen (1980) 19 ff.

⁸⁹¹ Vgl *Ringhofer*, Bundesverfassung (1977) 404.

⁸⁹² RV 382 III. GP und RV 584 V. GP.

⁸⁹³ So auch *Bußjäger*, Was ist ein Landesrechnungshof?, ZfV 5/2011, 737 (738).

⁸⁹⁴ *Kroneder-Patrisch*, Art 127a B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 7. – Tatsächlich handelte es sich bei der Abgrenzung wohl seit jeher um ein rein akademisches Problem mit bedingter praktischer Relevanz.

⁸⁹⁵ *Hengstschläger*, Der Rechnungshof (1982) 187. – Darüber hinaus hat der Rechnungshof selbst in der Vergangenheit auch "andere amtliche Daten zur Feststellung seiner Zuständigkeit" herangezogen. – Vgl dazu *Hoening*, Der Österreichische Rechnungshof (1951) Art 127a B-VG, Anm 3, 97.

⁸⁹⁶ Registerzählungsgesetz BGBl I 33/2006, zuletzt geändert durch BGBl I 125/2009.

des- bzw Landesvollziehung erforderlichen statistischen Daten nicht länger durch eine direkte Befragung der Bevölkerung erfolgt, sondern durch einen Abgleich bzw ein Zusammenführen der in verschiedenen Verwaltungsregistern enthaltenen Informationen durch die Bundesanstalt Statistik Austria⁸⁹⁷ ohne jede Bürgerbeteiligung.⁸⁹⁸ Zu den Gegenständen der Erhebung gehören neben der Volkszählung die Gebäude- und Wohnungszählung sowie die Arbeitsstättenzählung (§ 3 RegisterzählungsG). Die relevanten Verwaltungsdaten werden von unterschiedlichen öffentlichen Stellen erfasst, sind größtenteils elektronisch verfügbar und von den Inhabern der Verwaltungsdaten⁸⁹⁹ auf Verlangen der Statistik Austria an diese zu übermitteln (§ 6 RegisterzählungsG). Diese hat weiterhin im Zehnjahresrhythmus (§ 1 Abs 1 RegisterzählungsG), auf Anordnung der Bundesregierung im Fünfjahresrhythmus (§ 1 Abs 2 RegisterzählungsG), die Zahl der österreichischen Staatsbürger und der Wohnbevölkerung festzustellen (§ 7 RegisterzählungsG).⁹⁰⁰ Daraus erschließt sich *prima vacie* keine wesentliche Verbesserung im Hinblick auf die Validität der Volkszahl der einzelnen Gemeinde. Dieser Befund greift aus nachstehenden Überlegungen mE zu kurz.

In technischer Hinsicht wurde die Evidenzhaltung durch Einführung des beim Bundesministerium für Inneres gemäß § 16 MeldeG automationsunterstützt geführten Zentralen Melderegisters (ZMR) reformiert. Das ZMR ist ein Informationsverbundsystem iSd § 4 Z 13 DSG, das die Feststellung des Hauptwohnsitzes einer Person ermöglicht. Die Bürgermeister haben als Meldebehörden gemäß §§ 13 und 14 MeldeG ein lokales Melderegister zu führen und darin die Meldedaten aller bei ihnen angemeldeten Menschen einschließlich der zugehörigen Abmeldungen evident zu halten. Dieses lokale Register kann auch im Rahmen des ZMR als dessen Teilmenge geführt werden. Jedenfalls haben die Bürgermeister als Meldebehörden die laufende Harmonisierung von lokalem Register und ZMR si-

⁸⁹⁷ Die Bundesanstalt *Statistik Austria* ist gemäß § 22 BStG eine Anstalt öffentlichen Rechts, die nicht auf Gewinn gerichtet ist und der die Erbringung von Dienstleistungen wissenschaftlichen Charakters im öffentlichen Interesse obliegt.

⁸⁹⁸ Vgl 1193 BlgNR XXII. GP, 5.

⁸⁹⁹ Zu den Inhabern von Verwaltungsdaten zählen gemäß § 4 Abs 1 RegisterzählungsG neben den Sozialversicherungsträgern, den Krankenfürsorgeanstalten der Länder und Gemeinden, den Kammern der freien Berufe, den Abgabenbehörden des Bundes, dem Arbeitsmarktservice und der Statistik Austria auch die Gemeinden als Meldebehörden.

⁹⁰⁰ Weiterführend *Waitz*, Volkszählungswesen im Umbruch: Die Einführung der Registerzählung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, ZfV 2007/2080, 925.

cherzustellen.⁹⁰¹ Das ZMR bildet die Basis für die Volkszählung und ermöglicht es den Gemeinden weitgehend tagesaktuell ihren augenblicklichen Registerstand und damit nahezu – soweit technisch möglich – ihren genauen Einwohnerstand ermitteln kann.

Auch der Anteil einer Gemeinden an den gemeinschaftlichen Bundesabgaben (vgl § 8 Abs 1 FAG 2008) ist in erster Linie abhängig von der Volkszahl und auch in diesem Zusammenhang hat sich die Orientierung an der letzten Volkszählung und einer damit einhergehenden Valorisierung im Zehnjahresrhythmus in der Vergangenheit als überaus impraktikabel erwiesen. Insb auf Grund der rascher fortschreitenden demographischen Entwicklung sollten die durch den Finanzausgleich zugewiesenen Finanzmittel näher an den Ist-Zustand herangeführt werden. Aus diesem Grund haben Bund, Länder und Gemeinden im Rahmen der Verhandlungen zum FAG 2008 vereinbart, dass sich die Volkszahl (Wohnbevölkerung) ab dem Jahr 2008 nach dem von der Bundesanstalt Statistik Österreich in der Statistik des Bevölkerungsstandes festgestellten Ergebnis zum Stichtag 31.10. bestimmt (§ 9 Abs 9 FAG 2008). Diese Feststellung der Registerzahl wird auch als "Mini"-Registerzählung bezeichnet. Ausgehend vom ZMR-Bestand zum 31.10. und bereinigt durch ein von der Statistik Austria in Zusammenarbeit mit dem Städtebund, dem Gemeindebund sowie den Bundesländern entwickeltes statistisches Verfahren wird so für das jeweils übernächste Finanzjahr die endgültige Bevölkerungszahl pro Gemeinde errechnet und auf der Homepage der Statistik Austria kundgemacht.⁹⁰² Die in § 9 Abs 9 FAG 2008 Bestimmung der Volkszahl der Gemeinden ist grds nur für die Verteilung der Erträge der gemeinschaftlichen Bundesabgaben heranzuziehen.⁹⁰³ Bemerkenswert ist, dass die einfache Bundesgesetzgebung neuerdings auch in anderen gesetzlichen Regelungen, die an den Bevölkerungsstand anknüpfen, auf das zuletzt von der Bundesanstalt Statistik Austria kundgemachte Ergebnis verweist, so bspw in § 5 Abs 1 GSpG.⁹⁰⁴

⁹⁰¹ Grosinger/Szirba, Das österreichische Melderecht (2001) § 14, 163.

⁹⁰² Für die Finanzjahre 2011 und 2012 vgl www.statistik.gv.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/volkszaehlungen_registerzaehlungen/index.html.

⁹⁰³ So *Bußjäger*, Was ist ein Landesrechnungshof?, ZfV 2011/1171, 737 (738).

⁹⁰⁴ § 5 Abs 1 letzter Satz GSpG idF BGBl 2010/73 normiert: "Die Einwohnerzahl eines Bundeslandes bestimmt sich nach dem für den jeweiligen Finanzausgleich von der Bundesanstalt Statistik Österreich zuletzt festgestellten und kundgemachten Ergebnis der Statistik des Bevölkerungsstandes oder der Volkszählung zum Stichtag 31. Oktober, wobei das zuletzt kundgemachte Ergebnis im Zeitpunkt der Erteilung von Bewilligungen maßgeblich ist."

Schon die Materialien zum Registerzählungsgesetz weisen auf die teilweise mangelnde Validität und Aktualität der erfassten Daten hin.⁹⁰⁵ Trotz einer gesetzlich vorgesehenen "Qualitätskontrolle" (§ 5 RegisterzählungsG) lässt sich auch nach neuer Rechtslage die Richtigkeit der Daten nicht abschließend sicherstellen, da der Registerstand der Wirklichkeit stets hinterherhinkt. Dennoch lässt sich das die Zuständigkeit des Rechnungshofes begründende Kriterium der Einwohnerzahl dadurch in ausreichend genauer Weise feststellen. Fasst der Rechnungshof einen Prüfbeschluss, kann über das ZMR die Gesamtanzahl der auf dem Gemeindegebiet gemeldeten Personen eruiert werden.

5.2.8. Zusammenfassende Bewertung der B-VG-Novelle BGBl I 98/2010

Die historische Entwicklung der Kompetenzen des Rechnungshofes, seine Stellung im bundesstaatlichen Gefüge sowie sein Verhältnis zu anderen Kontrollorganen wie den Landesrechnungshöfen oder der Gemeindeaufsicht durch die zuständige Landesregierung steht in einem kontinuierlichen Spannungsverhältnis zwischen Föderalismus und Zentralismus. Mit der durch BGBl I 98/2010 umgesetzten Verfassungsänderung wurde im Hinblick auf die Gemeindegebarung ein weiteres Mal der Weg der Zentralisierung der öffentlichen Finanzkontrolle beschritten.

Die B-VG-Novelle ist insb in ihrem verfassungspolitischen Kontext zu sehen. Nach seinem Selbstverständnis begreift sich der Rechnungshof als "*Wegbereiter für Innovationen und Reformen*". Über die ihm verfassungsrechtlich zugewiesenen Prüf- und Beratungsleistungen hinaus, publiziert der Rechnungshof auf seiner Homepage⁹⁰⁶ öffentlich zugänglich seine "*Position*" und "*generellen Empfehlungen*" zu allgemeinen organisationsrechtlichen Fragestellungen, deren gemeinsame Klammer in der effizienten und effektiven Verwendung öffentlicher Mittel gelegen ist. Eine dabei wiederholt vorgebrachte Forderung stellte die Ausweitung der Kontrollzuständigkeiten im Hinblick auf die Gemeindegebarung dar.⁹⁰⁷

⁹⁰⁵ RV 1193 BlgNR XXII. GP, 11 f: "*Da die Erhebung nach dem Registerzählungsgesetz nicht durch Befragung der Betroffenen, sondern in erster Linie durch Heranziehung von nicht immer ganz aktuellen und mitunter auch nicht ausreichend validierten Verwaltungsdaten erfolgt, ist auf Grund der bisherigen Erfahrungen damit zu rechnen, dass die gemäß § 4 erhobenen Daten in der Praxis nicht selten unvollständig, unrichtig oder nicht mehr aktuell sind.*"

⁹⁰⁶ Siehe www.rechnungshof.gv.at.

⁹⁰⁷ Vgl stellvertretend Der Rechnungshof, Positionen: Öffentliche Finanzkontrolle in Österreich (2007) 7, 61 f, 73.

5.3. Die Kontrolle durch Landesrechnungshöfe

Mit der B-VG-Novelle BGBl I 98/2010 wurde den Ländern in Art 127a B-VG die Möglichkeit eingeräumt, im Rahmen ihrer Verfassungsautonomie nach Art 99 B-VG für ihren Hoheitsbereich Landesrechnungshöfe einzurichten. Die bis dahin geltende Rechtslage ermächtigte zur Schaffung von "*dem Rechnungshof gleichartige(n) Einrichtungen*"⁹⁰⁸ der öffentlichen Finanzkontrolle. Das Erfordernis der Gleichartigkeit ist durch die Novelle zwar entfallen,⁹⁰⁹ mit *Hengstschläger* ist jedoch aus versteinerungstheoretischen und systematischen Gründen davon auszugehen, dass die Landesrechnungshöfe dem (Bundes-)Rechnungshof nach wie vor in organisatorischer, struktureller und funktioneller Hinsicht zumindest "*vergleichbar*" sein müssen.⁹¹⁰ Von einer Vergleichbarkeit ist jedenfalls dann auszugehen, wenn es sich um eine Einrichtung der öffentlichen Finanzkontrolle des Landes handelt, die als Hilfsorgan der legislativen Gewalt fungiert.⁹¹¹ Darüber hinaus ist dem Land als Organisationsgesetzgeber aber nunmehr ein weiterer Gestaltungsspielraum bei der institutionellen Ausgestaltung zuzubilligen.

Die Landesverfassungsgesetzgebung wird bundesverfassungsgesetzlich ermächtigt, gegenüber Art 127a B-VG "*spiegelverkehrte*" Zuständigkeiten eines Landesrechnungshofes vorzusehen.⁹¹² Gemäß Z 1 kann eine Zuständigkeit des VfGH zur Entscheidung über Meinungsverschiedenheiten zwischen einem Rechnungshof und einem kontrollunterworfenen Rechtsträger vorgesehen werden. Eine Meinungsverschiedenheit liegt nach § 36a VfGG dann vor, wenn ein Rechtsträger die Zuständigkeit des Rechnungshofes zur Gebarungüberprüfung ausdrücklich bestreitet oder die Gebarungüberprüfung tatsächlich nicht zulässt, oder aber der Rechnungshof sich weigert, besondere Akte der Gebarungüberprüfung durchzuführen. Einen entsprechenden Antrag können die Landesregierung und der Landesrechnungshof stellen (Art 126a B-VG). Alle kontrollunterworfenen Rechtsträger sind an die in einem solchen Kompetenzfeststellungsverfahren zum Ausdruck

⁹⁰⁸ Vgl Art 127c B-VG idF BGBl I 100/2003.

⁹⁰⁹ Zum Begriff der Gleichartigkeit vgl *Bauer*, Art 46 Stmk L-VG, in *Grabenwarter* (Hrsg), Steiermärkische Landesverfassung (2013) Rz 5.

⁹¹⁰ *Hengstschläger*, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 248.

⁹¹¹ *Bauer*, Art 46 Stmk L-VG, in *Grabenwarter* (Hrsg), Steiermärkische Landesverfassung (2013) Rz 5.

⁹¹² IA 1187/A XXIV. GP, 5.

kommende Rechtsanschauung des Verfassungsgerichtshofes gebunden und haben gegebenenfalls eine Überprüfung durch den Landesrechnungshof zu ermöglichen.

In Bezug auf die Kontrolle der Gemeindegebarung durch den Landesrechnungshof differenzieren die Ziffern 2 und 3 des Art 127c B-VG zwischen Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern und solchen mit mindestens 10.000 Einwohnern und ermächtigen die Landesverfassungsgesetzgebung dazu, dem Art 127a B-VG "entsprechende" Bestimmungen zu erlassen.⁹¹³ Der Landesrechnungshof ist mit einer im Vergleich zum Rechnungshof des Bundes komplementären Kontrollkompetenz ausgestattet.⁹¹⁴ Die große Zahl von Kleingemeinden unterliegt demnach einer amtswegigen Prüfungszuständigkeit des Landesrechnungshofes, während Großgemeinden nur auf begründetes Ersuchen der Landesregierung bzw auf Antrag des Landtages kontrolliert werden können. Durch die gegleiche Prüfkompetenz sollte nach dem Willen des Bundesverfassungsgesetzgebers eine klare Abgrenzung der (obligatorischen) Zuständigkeiten von Rechnungshof und Landesrechnungshöfen vorgenommen werden, um Doppelprüfungen tunlichst zu vermeiden. Gleichzeitig sollte durch die Vorsehung der (ausnahmsweisen) antrags- bzw ersuchensgebundenen Prüfung jenseits der maßgeblichen Grenzwerte eine punktuelle Flexibilisierung der Gebarungsprüfung möglich werden.⁹¹⁵

Während sich die Zuständigkeit des Landesrechnungshofes zur Prüfung von Kleingemeinden unmittelbar aus der Landesverfassung herleitet, bedarf die Prüfung der Gebarung von Großgemeinden eines begründeten Ersuchens der Landesregierung bzw eines Beschlusses des Landtages. Nur in Bezug auf die von Amts wegen zu kontrollierenden Kleingemeinden liegt daher die Auswahl der Prüfobjekte im Ermessen des Landesrechnungshofes selbst.⁹¹⁶ Die Prüfkompetenz des Landesrechnungshofes in Bezug auf Großgemeinden ist demgegenüber gebunden und damit (bloß) potentiell.

Hinsichtlich der Prüfung von Großgemeinden bestehen materielle und zahlenmäßige Einschränkungen: Zum einen dürfen nur zwei ausnahmsweise Prüfungsersuchen pro Jahr

⁹¹³ Vgl N Raschauer/Wessely, Probleme und Zukunft der Gemeindeautonomie, in Kahl (Hrsg), FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2012) 3 (18 f).

⁹¹⁴ Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 249.

⁹¹⁵ IA 1187/A XXIV. GP, 1.

⁹¹⁶ Vgl Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht (2015) Rz 253 und 260.

gestellt werden; zum anderen darf ein weiterer derartiger Antrag nicht gestellt werden, solange der Rechnungshof auf Grund des (ersten) Antrages dem Landtag noch keinen Bericht erstattet hat (Art 127 Abs. 7 B-VG). Für die Prüfung von Gemeinden mit mindestens 10.000 Einwohnern ist – wie bei der Prüfung von Kleingemeinden durch den Rechnungshof des Bundes – eine auffällige Entwicklung bei Schulden und Haftungen erforderlich. Die Zahl der Landtagsabgeordneten, die ein Verlangen auf Gebarungsprüfung einer Großgemeinde stellen können, differenziert: Während einige Landesverfassungen die bundesverfassungsgesetzlich vorgesehene Obergrenze von einem Drittel der Mitglieder (vgl Art 127 Abs 7 B-VG) rezipieren,⁹¹⁷ verlangen andere Verfassungen der Länder ein Viertel⁹¹⁸ bzw ein Fünftel⁹¹⁹ der Mitglieder des Landtages.

⁹¹⁷ Vgl Art 78 Bgld L-VG, Art 70a Tir LO, Art 45a Stmk L-VG. Die Wiener Stadtverfassung verlangt die Unterstützung von 33 von 100 Gemeinderäten (Art 73a Wr StV).

⁹¹⁸ Vgl Art 29 Abs 1 Sbg L-VG, Art 67 Abs 2 VlbG LV.

⁹¹⁹ Vgl Art 72 K-LVG.

6. ZUSAMMENFASSUNG

- Die staatliche Privatrechtssphäre ist durch Art 17 B-VG weder schrankenlos noch sich selbstbeschränkend ausgestaltet. Bund und Länder werden dadurch als Träger von Rechten und Pflichten des Privatrechts konstituiert, die sich durch die Rechtssatzformen des bürgerlichen Rechts selbst berechtigen und verpflichten können. Die Frage, ob ihrer Privatrechtsfähigkeit inhaltliche bzw. umfängliche Grenzen gesetzt sind, lässt sich nicht durch eine isolierte Auslegung des Art 17 B-VG beantworten, sondern bedarf einer systematischen Interpretation des B-VG sowie der einschlägigen einfachgesetzlichen Determinanten.
- Die Bundesverfassung hindert die Bundes- und Landesgesetzgebung nicht, der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde (auch im Außenverhältnis wirksame) Grenzen zu setzen. Solche Beschränkungen lassen sich jedoch nicht im Interpretationswege aus den die Gemeinde konstituierenden Bestimmungen des B-VG ableiten.
- Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde wird mittelbar – *ex-ante* über die binnenrechtlich adressierten Haushaltsgrundsätze, *ex-post* über die Maßstäbe der Gebärungskontrolle durch den Rechnungshof – zur Einhaltung des Effizienzgebotes verpflichtet. Neben Budget und Kontrolle sind die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit auch für das – sowohl hoheitliche als auch erwerbswirtschaftliche – Verwaltungshandeln maßgeblich. Die Effizienz stellt insoweit auch eine Determinante für den Abschluss von Rechtsgeschäften im Rahmen des öffentlichen Schuldenmanagements dar.
- Das Effizienzgebot ist sowohl von den Organen der Gebärungskontrolle als auch vom VfGH als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, wenngleich die Kontrolldichte, mit der sie die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit eines gebärungswirksamen Verhaltens bewerten, grundverschieden ist: Während der VfGH im Rahmen einer (bloßen) Vertretbarkeitskontrolle nur besonders qualifizierte Ineffizienzen aufgreift und zur Grundlage seiner kassatorischen Entscheidungskompetenz macht, rügen die Rechnungshöfe entsprechende Verstöße in ihren Berichten in umfassenderer Art und Weise. In Ermangelung eigener Entscheidungsbefugnisse obliegt es den allgemeinen

Vertretungskörpern, Ineffizienzen durch legistische Maßnahmen zu begegnen. Die maßstabgebende Funktion der Effizienzkriterien differenziert insoweit zwischen (gerichtlicher) Rechtskontrolle und öffentlicher Finanzkontrolle.

- Aus den Effizienzkriterien des Art 127a B-VG lässt sich kein allgemeines, die Gemeinde bindendes Spekulationsverbot ableiten, das dem Abschluss bestimmter risikogeneigter Rechtsgeschäfte von Verfassung wegen entgegensteht.
- Um den Begriff der "Effizienz" zu einem – über einen bloßen Verfassungsgrundsatz hinausgehenden – Maßstab der Rechtskontrolle zu erheben, der nicht auf die Vertretbarkeit ökonomischer Entscheidungen begrenzt ist, muss dieser durch materielle oder verfahrensrechtliche Bestimmungen rechtlich aufgeladen werden.
- Die Vereinigung von Gemeinden ist nach der – zum Steiermärkischen Gemeindestrukturreformgesetz ergangenen – Rsp des VfGH aus verfassungsrechtlicher Perspektive selbst dann nicht als unsachlich zu bewerten, wenn die wirtschaftliche Selbsterhaltungsfähigkeit für den Fall des eigenständigen Fortbestandes der einzelnen Gemeinde auch für die Zukunft sichergestellt ist. Eine zu vereinigende Gemeinde kann sich durch den Nachweis der Effizienz der bestehenden Struktur insoweit nicht "freibeweisen". Unter Verweis auf den weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers erachtet es der VfGH als ausreichend, dass eine Prognoseentscheidung ein potentiell (noch) leistungsfähigeres Kommunalwesen erwarten lässt. Damit haben die Effizienzkriterien in Bezug auf Strukturmaßnahmen jede rechtliche Maßstabfunktion verloren, zumal die Tauglichkeit von Vereinigungen in das Belieben des Gemeindeorganisationsgesetzgebers übertragen und damit das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Selbstverwaltung ausgehöhlt wurde.
- Vor dem Hintergrund der restriktiven stRsp des VfGH ist den Effizienzkriterien – für sich allein stehend und ohne jede nähere einfachgesetzliche Ausgestaltung – nur bedingt Justiziabilität zuzumessen. Mangelt es an hinreichenden, das Verwaltungshandeln determinierenden gesetzlichen Vorgaben, kommt dem Rechtsträger ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Der Gemeinde steht nie nur ein einziger sparsamer, wirtschaftlicher und zweckmäßiger Weg zur Zielerreichung offen, der allein als rechtmäßig

qualifiziert und von allen ineffizienten und gleichsam rechtswidrigen Wegen unterschieden werden kann.

- Der Abschluss eines derivativen Finanzgeschäftes durch eine Gemeinde bedarf eines zweigliedrigen Aktes: Die politische Willensbildung (das "Ob" des Vertragsabschlusses) erfolgt durch Gemeinderat auf Basis eines Rahmenvertrages. Die Vereinbarung der Vertragsdetails sowie der Einzelabschluss (das "Wie") obliegt dem Bürgermeister als außenvertretungsbefugtem Organ.
- Der Bundesverfassung ist keine Beschränkung der privatwirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde auf die Verfolgung öffentlicher Interessen zu entnehmen. Öffentliche Interessen sind dynamisch, unterliegen dem politischen Diskurs und werden von den allgemeinen Vertretungskörpern positiviert. Aus dem B-VG selbst lassen sich weder – verfassungsgesetzlich vorgegebene – öffentliche Interessen noch diesen schon von Verfassung wegen entgegenstehende Rechtsgeschäfte ableiten.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971).
- Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987).
- Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Band 2, Staatliche Organisation³ (2014).
- Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Band 4, Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts² (2017).
- Aigner-Walder/Döring*, Instrumente und Organisationsmodelle zur Finanzierung öffentlicher Infrastrukturprojekte, in *Stainer-Hämmerle/Oppitz* (Hrsg), Handbuch Gemeindepolitik (2013) 275.
- Antoniolli*, Begriff und Grundlagen der Selbstverwaltung in Österreich, ZÖR X (1960).
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986)
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996).
- Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³ (2005) § 867.
- Arbeitsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2013–2018 (2013).
- von Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Kontrollmaßstab des Rechnungshofes, in FS Preußische General-Rechen-Kammer (1989) 259.
- Augustin*, Insolvenzfähigkeit von Bundesländern (2016).
- Bericht des Rechnungshofes, Reihe 2007/2, Positionen: Öffentliche Finanzkontrolle in Österreich.
- Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2009/14, Jahrestätigkeitsbericht 2009, Nachfrageverfahren 2008.
- Bericht des Rechnungshofes, Reihe Oberösterreich 2010/10, Finanzierungsinstrumente der Gebietskörperschaften mit dem Schwerpunkt Land Oberösterreich.
- Bericht des Rechnungshofes, Reihe Salzburg 2013/7, Land Salzburg – Finanzielle Lage.
- Bericht des Rechnungshofes, Tätigkeitsbericht 2016.
- Bericht des Rechnungshofes, Reihe Steiermark 2017/1, Abwasserentsorgung in Graz.
- Bericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 38/2017 ua, Finanzausgleich: Finanzausgleich laut § 21 FAG.
- Bericht des Landesrechnungshofes Tirol, Marktgemeinde Jenbach, Teil 1, Gemeindeverwaltung (2015).
- Baillie*, Wetterderivate – ein innovatives Finanzprodukt, CFOaktuell 2010, 7.
- Bartel*, Öffentliche Finanzen, Finanzkontrolle und gesellschaftliche Wohlfahrt: Volkswirtschaftliche Thesen, Antithesen und mögliche Synthesen, in *Klug* (Hrsg), Wesen und staatspolitische Funktion der öffentlichen Kontrolle (1998) 77.
- Bauer*, Art 46 Stmk L-VG, in *Grabenwarter* (Hrsg), Steiermärkische Landesverfassung (2013).

Baumgartner, Art 126b B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2010).

Bäumlin, Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, ZSR 85 (1966) II, 168.

Berchtold, Die Verfassungsreform von 1929 (1979), Band 3/I und Band 3/II.

Berchtold, Gemeindeaufsicht (1972).

Berka, Verfassungsrecht⁴ (2012).

Bertel, Gemeindefusionen und Sachlichkeitsgebot, RFG 2015/6, 22

Bezemek, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2016).

Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union⁶ (2005).

Binder, 14. Teil, Wirtschaftsunternehmen der Gemeinde, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015).

Binder, Die Daseinsvorsorge der Gemeinde, in Österreichischer Gemeindebund/ Österreichischer Städtebund (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 105.

Bogdandy/Schill, Art 4 EUV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU (2010).

Bollenberger/P Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB³ (2010).

Brandl/Klausberger in *Brandl/Saria* (Hrsg), WAG² (2010) § 43, § 38, § 58 WAG.

Bundesministerium für Finanzen, Zahlungsströme zwischen Gebietskörperschaften (2017).

Bußjäger, Was ist ein Landesrechnungshof?, ZfV 5/2011, 737.

Damjanovic, Zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde als Teil ihrer Selbstverwaltungsgarantie, ÖZW 2016, 122.

Degenhart, Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, VVDStRL 55 (2006) 190.

Deutscher Städtetag, Muster-Dienstanweisung für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement (2015).

Dreier, Art 28 GG, in *Dreier* (Hrsg), Grundgesetz Kommentar², Band II (2006).

Eberhard, Gemeinderecht, in *Pürgy* (Hrsg), Das Recht der Länder, Band I (2012).

Eberhard, Nichtterritoriale Selbstverwaltung (2010).

Eberhard, Nichtterritoriale Selbstverwaltung, JRP 2008, 91.

Edtstadler, Was erwartet die Politik von der Kontrolle?, in *Bußjäger* (Hrsg), Beiträge zum Länderparlamentarismus (2007) 94.

Ehlers, Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und die Ultra-vires-Doktrin des öffentlichen Rechts (2000).

Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform (1984).

Eichenberger, Die Kontrolle der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in *Khol* (Hrsg), Macht & Kontrolle (1979) 19.

Endler in *Zerey* (Hrsg), Finanzderivate² (2010) § 24.

Ennöckl, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung (Habil Universität Wien, 2014).

Fiedler, Staatspolitische Funktion des Rechnungshofes (1993).

Fiedler, Überlegungen zur Reform der öffentlichen Finanzkontrolle (2009).

Fritsche/Fritsche, Rechtliche Beurteilung von Swap-Geschäften zur Zinsoptimierung der Kommunen, LKV 2010, 201.

Funk, Maßstäbe der Rechnungshofkontrolle, in *Korinek* (Hrsg), Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof (1986) 265.

Funk, Gestaltungsformen kommunaler Wirtschaftsverwaltung, in *Aicher/Funk/Korinek/Krejci/Ruppe* (Hrsg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 1.

Funk, Nutzloses Verfassungsrecht, FS Walter (1991) 145.

Funk, ÖZW 1997/2, 55 (Glosse zu VfGH 14.3.1996, B 2113/94 ua).

G Haber, Haftet der Bund für die Länder?, abrufbar unter: www.haber.at/bundeshaftung-laender/.

Gallent, Städtebund und Gemeindebund als neue "Verfassungsorgane", ÖGZ 1989/9, 2.

Gamper, Die Stellung der Gemeinde im Vergleich europäischer Bundesstaaten, in *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen* (Hrsg), Jahrbuch des Föderalismus 2006 (2006) 66.

Gamper, Staat und Verfassung (2007).

Gehrmann, Kommunale Zinsswapgeschäfte und strafrechtliches Risiko, KommJur 2011, 41.

Gehrmann/Lammers, Kommunale Zinsswapgeschäfte und strafrechtliches Risiko, KommJur 2011, 41.

Geiger, Art 4 EUV, in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ (2010) Rz 3.

Glöckner/Mühlenkamp, Die kommunale Finanzkontrolle, Zeitschrift für Planung & Unternehmenssteuerung 19/2009, 397.

Grabenwarter, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in *Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht (2009) 121.

Grabenwarter/Holoubek, Zur Auslegung des Art 17 B-VG, ZfV 2016, 14.

Grillberger/Probst/Strasser, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde (1981).

Grosinger/Szirba, Das österreichische Melderecht (2001) § 14.

Grossmann/Hauth, Kommunales Risikomanagement und Aufsichtsbehördliche Kontrolle in Österreich (2009).

Gundermann/Nieding, Der CMS Spread Ladder Swap als Anlagefalle für Kommunen, Der Gemeindehaushalt 12/2007, 265.

Haidvogel/Hallbauer, Gemeinderecht für Praktiker (2017).

Hartlieb, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde, RFG 2009/43, 186.

- Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht (2013).
- Hauer*, 17. Teil, Gemeindeaufsicht, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2014).
- Häußl*, Sind den Gemeinden Spekulationsgeschäfte verwehrt?, *AnwBl* 2009, 281.
- Häußl*, Gemeindeaufsicht ein Spielball der (Partei-)Politik?, *JRP* 2010, 57.
- Hengstschläger*, Rechtsfragen der Kontrolle kommunaler Unternehmungen (1980).
- Hengstschläger*, Der Rechnungshof (1982).
- Hengstschläger*, Zur Zulässigkeit einfachgesetzlicher Determinierungen der Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinden, in *Funk* (Hrsg), *FS Adamovich* (1992) 143.
- Hengstschläger*, Art 121 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht* (1999).
- Hengstschläger*, *JBl* 1999, 237 (Glosse zu VfGH 12.3.1998, B 2687/95).
- Hengstschläger*, Rechnungshofkontrolle (2000).
- Hengstschläger/Janko*, Rechtsfragen der Zusammensetzung der Bundeswahlbehörde, *JRP* 2006, 233.
- Hengstschläger*, Prüfungskompetenz des Rechnungshofes, in *Der Rechnungshof* (Hrsg), *Positionen 2007/2*, *Öffentliche Finanzkontrolle in Österreich* (2007) 52.
- Hengstschläger*, Grundlegende staatsrechtliche Prinzipien für eine öffentliche Finanzkontrolle, *JBl* 2010, 545.
- Hengstschläger/Leeb*, *Grundrechte* (2012).
- Hengstschläger*, 16. Teil, Gebarungskontrolle, in *Pabel* (Hrsg), *Gemeinderecht* (2015).
- Herzog*, *Allgemeine Staatslehre* (1971).
- Heun*, Art 114 GG, in *Dreier* (Hrsg), *Grundgesetz Kommentar*, Band III (2000).
- Hochgesand*, *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften* (1977).
- Hoening*, *Der Österreichische Rechnungshof* (1951).
- Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatengeschäfte, in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch*, *Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand* (2005).
- Holzinger/Frank*, Die Organisation der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/B Raschauer* (Hrsg), *Österreichische Verwaltungslehre*³ (2013) 81.
- Huber*, Wie viel Aufsicht (v)ertragen Österreichs Kommunen, in *KWG* (Hrsg), *Controlling & Kontrolle* (2011) 25.
- Huber*, Zusammenlegungen: Nicht über die Bevölkerung hinweg, *Kommunal* 2/2011, 20.
- Hüttner/Griebler/Huemer*, Das Finanzausgleichsgesetz 2008 – Gesetzestext mit Kommentar, in *Bauer* (Hrsg), *Finanzausgleich 2008: Ein Handbuch* (2008).
- Isensee*, *Finanzkontrolle im Bundesstaat*, *ZÖR* 63 (2008).
- Jahn* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, *Bankenrechts-Handbuch*⁴, Band II (2011).
- Jantschgi/Jantschgi* (Hrsg) *Steiermärkische GemO* (2015).

- Kahl*, Die Staatsaufsicht (2000).
- Kahl*, Art 120 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2006).
- Kahl*, Art 17 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013).
- Kahl*, Art 119a B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2015).
- Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (2005) 41.
- Karas/Traxler/Waldherr*, § 1 BWG, in *Dellinger* (Hrsg), BWG (2016).
- Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929), in *Jestaedt* (Hrsg), *Verteidigung der Demokratie* (2006) 149.
- Kelsen/Froehlich/Merkel*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, 5. Teil (Die Bundesverfassung vom 9. Oktober 1920) (1922) 228.
- Kitzmantel*, Die oberösterreichischen Statutarstädte (1994).
- Klausberger/Rüger*, Zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten einer Bank bei strukturierten Produkten, ÖBA 2012, 97.
- Klieve*, § 86 NRW GO, in *Praxis der Kommunalverwaltung*, Landesausgabe Nordrhein-Westfalen (2015).
- Klinger-Schmidt*, § 55, in *Derleder/Kops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankenrecht² (2009).
- Klug*, Das kommunale Kontrollwesen, ÖHW 1982.
- Klug*, Die öffentliche Verwaltung im Konfliktfeld zwischen Politik und Verwaltung, ÖHW 1995, 97.
- Kofler*, § 15 F-VG 1948, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2011).
- Kofler*, § 14 F-VG 1948, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch Europäisches Regieren (2001).
- Kommunalkredit Austria AG, Gemeindefinanzbericht 2014
- Kommunalkredit Austria AG, Gemeindefinanzbericht 2016.
- Korinek*, Das Zusammenspiel hoheitlicher und privatrechtlicher Gestaltungsakte in der kommunalen Wirtschaftsverwaltung, in *Krejci/Ruppe* (Hrsg), *Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung* (1992).
- Korinek*, die verfassungsrechtliche Dimension der Selbstverwaltung, in *Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft* (Hrsg), *Selbstverwaltung in Österreich* (2008).
- Korinek*, Kontrolle, in *Klose* (Hrsg), *Katholisches Soziallexikon*² (1980) 1504.
- Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung (Teil Ia bzw Ib), ÖZW 1995, 1 bzw 8.

- Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993).
- Körner*, Beiträge zur Theorie der Selbstverwaltung, ZÖR (1930).
- Kostelka*, Von der Vielfalt der Verwaltungs-Kontrolleinrichtungen in der österreichischen Rechtsordnung, FS Wimmer (2008) 305.
- Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht¹⁴, Band I (2014).
- Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen (1984).
- Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) §§ 1267–1274.
- Kroneder-Patrisch*, Art 122 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999).
- Kroneder-Patrisch*, Art 126b B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999).
- Kroneder-Partisch*, Art 127a B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999).
- Kucsko-Stadlmayer*, Art 148a B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999).
- Kucsko-Stadlmayer*, Art 81c B-VG, in *Mayer* (Hrsg), Kommentar zum Universitätsgesetz 2002² (2010).
- Kuprian*, Die Kontrolle der Gemeindegebarung (2013).
- Lachmayer*, Effizienz als Verfassungsprinzip, in *Bungenberg et al* (Hrsg), Recht und Ökonomie (2004) 135.
- Lammers*, Pflichtverletzung bei kommunalen Zins-Swaps, NVwZ 2012, 12.
- Land Steiermark, Leitbild Gemeindestrukturereform, Stärkere Gemeinden – Größere Chancen (2012).
- Lanzarth*, Veranlagungsrichtlinien für Gemeinden, RFG 2009/12, 58.
- Lehmann*, Zinsswaps der öffentlichen Hand: Vertragswirksamkeit und Beratungspflichten, BKR 2008, 488.
- Lehmann*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Bundestages am 6.4.2011, Deutscher Bundestag, Wortprotokoll des Finanzausschusses Nr 17/48, 1.
- Leiss/Gschwandtner*, Der neue Finanzausgleich – Paktum und Ergebnisse, RFG 2017, 11.
- Leitl-Staudinger*, Aufgaben der Gemeindeorgane in Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung, in *KWG* (Hrsg), Haftung von Bürgermeistern und Gemeindeorganen (2010) 1.
- Lenz/Borchardt*, EU-Verträge⁵ (2010).
- Liehr*, Art 101 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999).
- Lödl*, Bundeshaushaltsrecht² (2009).
- Loewenstein*, Verfassungslehre⁴ (2000).
- Lukan/Pürgy*, Entwicklungen im Landesrecht 2013, in *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2014, 439.

Lukan/Manolas, Entwicklungen im Landesrecht 2014, in Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 337.

Lukas, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt. Schutz der örtlichen Gemeinschaft vor einem Alleingang unzuständiger Organe, *ecolex* 2012, 120.

Lukas, Die Vertretung der Bundesländer im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, in FS Kerschner (2013) 235.

Maschek, Das "Spekulationsverbot", ÖGZ 10/2013, 24.

Matschek, Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) Schriftenreihe Recht & Finanzen für Gemeinden 2/2011.

Mayer, Parteienförderung und Parteiaustritt, JRP 2006, 111.

Mayer, Der Rechnungshof im Verfassungsgefüge, in KWG (Hrsg), Controlling & Kontrolle (2011) 17.

Mayer/Muzak, B-VG⁵ (2015).

Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015).

Merli, Zur Reihenfolge der Parteien auf dem Stimmzettel der Nationalratswahl, JRP 2006, 243.

Meyer/Leixnering, Controlling – Kontrolle: Begriffsklärung aus Sicht der Betriebswirtschaftslehre, in KWG (Hrsg), Controlling & Kontrolle (2011) 1.

Mittendorfer, Gemeindeautonomie (1990).

Morlin, Die Befugnis kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform zu Spekulationsgeschäften am Beispiel von Zinsswaps, NVwZ 2007, 1159.

Moser, Der Österreichische Rechnungshof als föderatives Bund-Länder-Organ, in Der Rechnungshof (Hrsg), Positionen 2007/2, Öffentliche Finanzkontrolle in Österreich (2007).

Moser, Der Rechnungshof, Strategie Gemeinde.

T Müller, Die Stellung der Länder als Träger von Privatrechten – Aktuelle Verfassungsfragen an den Beispielen riskanter Finanzgeschäfte und Bundesländerinsolvenz, ÖZW 2016, 82.

T Müller, Verfassungsrechtliche Überlegungen zum "Hypo-Sondergesetz", Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 31.

Neudorfer, Zur Zulässigkeit kommunaler Pflichtaufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge, JBI 2010, 352.

Neuhofer Verfassungsgesetzliche Verankerung des Gemeindebundes und Städtebundes, ÖGZ 1989/1, 3.

Neuhofer, Gemeinderecht² (1998).

Neuhofer, Landesgesetzgebung und Gemeinden, in *Schambeck* (Hrsg), Föderalismus und Parlamentarismus in Österreich (1992) 133.

Neuhofer, Zukunftsperspektiven der kommunalen Interessenvertretung, in Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund, 15 Jahre kommunale Interessenvertretung in der Bundesverfassung (2003) 55.

Nö Studiengesellschaft für Verfassungs- und Verwaltungsfragen, Kommentar zur Nö GemO 1973³ (2002).

Nö Gemeindeverwaltungsschule und Kommunalakademie, Kommentar zur Nö GemO 1973³ (2004).

Nödl, Parlamentarische Kontrolle (1995).

Oberleitner, Das "öffentliche Interesse" im Wasserrecht, RdU 2005, 4.

Oberndorfer, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2015).

Oberndorfer, Gemeinderecht und Gemeindewirklichkeit (1971).

Öhlinger, Die österreichischen Gemeinden und die Europäische Union in *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 1.

Öhlinger, Die österreichischen Gemeinden und die Europäische Union in *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 1.

Öhlinger, Die Verankerung von Selbstverwaltung und Sozialpartnerschaft in der Bundesverfassung, JRP 2008, 186.

Öhlinger, Die Verankerung des Österreichischen Gemeindebundes in der Bundesverfassung, RFG 2009/20, 88.

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016).

Pabel, Die Rechnungshofkontrolle der Gemeinden, RFG 2011/18, 76.

Perner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 867.

Pernthaler, Die verfassungsrechtlichen Schranken der Selbstverwaltung in Österreich, 3. ÖJT (1967) Band I/3.

Pernthaler, Demokratie und Kontrolle, Wirtschaftspolitische Blätter 6/1982, 37.

Pernthaler, Die Zukunft des österreichischen Föderalismus in der EU, in *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher* (Hrsg), Verfassung in Zeiten des Wandels (2002) 117.

Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004).

Petz, Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (1965).

Pircher/Lenger/Schury, Risikomanagement in Gemeinden, RFG 2017/22, 101.

Pitlik/Wirth/Lehner (WIFO/KDZ), Gemeindestruktur und Gemeindekooperation (2010).

Pollak, Kontrolle, in *Holzinger/Oberndorfer/B Raschauer* (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 425.

Potacs, Aufsicht über Gemeinden, in *Rebhahn*, Beiträge zum Kärntner Gemeinderecht (1998) 129.

Prokop/Borde, Kommunales Finanzmanagement (2010).

Putschögl/Neuhofer, Oberösterreichische Gemeindeordnung⁴ (2009).

- B Raschauer*, Die obersten Organe der Bundesverwaltung, FS Antonioli (1979) 363.
- B Raschauer*, "Daseinsvorsorge" als Rechtsbegriff, ÖZW 1980/3, 72.
- B Raschauer*, Verfassungsrechtliche Fragen der Wohnbauförderung, FS Wenger (1983) 121.
- B Raschauer*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Beihilfenrecht (2004) 21.
- B Raschauer*, Nationalratspartei und Zurechnung, JRP 2006, 255.
- B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003).
- B Raschauer*, Kontrolldefizite bei ausgegliederten Rechtsträgern, ÖVG, Herbsttagung 2011, Unabhängigkeit und Steuerbarkeit von Verwaltungseinheiten.
- B Raschauer*, Verwaltungsaufgaben, in *Holzinger/Oberndorfer/B Raschauer* (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013).
- B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017).
- B Raschauer*, Art 104 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2001).
- N Raschauer/Wessely*, Probleme und Zukunft der Gemeindeautonomie, in *Kahl* (Hrsg), FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2012) 3.
- N Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66.
- N Raschauer/Schwabl*, Spekulationsverbot und risikoaverse Finanzgebarung, in *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2014, 381.
- Rebhahn*, Zur finanziellen Krise eines Bundeslandes, FS Stolzlechner (2013) 585.
- Rebhahn*, Zur Haftung des Staates für Aufsicht und Intervention bei Banken, ÖZW 1/2017, 2.
- Reinhardt*, Neue kommunale Finanzierungsmodelle und ihre Bewertung durch die Obersten Kommunalaufsichtsbehörden der Bundesländer, LKV 2005, 333.
- Riedl*, Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden (2009).
- Rill*, Wie können wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung in der Bundesverfassung verankert werden?, JRP 2005, 107.
- Ringhofer*, Bundesverfassung (1977).
- Roberts*, Die rechtliche Behandlung von Derivaten (2012) 199.
- Rosner*, Art 300 AEUV, in *Mayer* (Hrsg), Kommentar EUV/AEUV (2011).
- Ruppe*, § 14 F-VG 1948, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016).
- Ruppe*, Finanzverfassung und Rechtsstaat (2007).
- Saria* in *Brandl/Saria* (Hrsg), WAG² (2010) § 1.
- Schäffer*, Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, VVDStRL 55 (1996) 278.

Schambeck, Die Finanzkontrolle in föderalistischer Sicht, in *Schambeck*, Der Staat und seine Ordnung (2002) 701.

Schambeck, Kommunale Interessenvertretung in Bund und Ländern, in *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), 15 Jahre kommunale Interessenvertretung in der Bundesverfassung (2003) 85.

Schambeck, Österreichs Wirtschaftsstaat und seine Kontrolle, *ÖJZ* 1971, 589.

Schambeck, Regierung und Kontrolle in Österreich (1997).

Schima, Art 5 EUV, in *Mayer* (Hrsg), Kommentar EUV/AEUV (2011).

Schubert in *Rummel*, ABGB³ (2000) §§ 983, 984.

Schuszter, Burgenländische Gemeindeordnung⁵ (2010).

Schütz, Das Aufsichtsrecht des Bundes über die Gemeinde, *ÖGZ* 1967, 202.

Schüwer/Steffen in *Zerey* (Hrsg), Handbuch Zinsderivate (2010).

Schwarze, EU-Kommentar² (2009) Art 263.

Schwarzer, Gemeindegewirtschaft und Gemeindeverfassung (1980).

Segalla, Kommunale Daseinsvorsorge (2006).

Souhrada in *Sonntag*, ASVG¹ (2010) § 446.

Statistik Austria, Gemeindeverzeichnis 2017 (Stand 1.1.2017).

Statistik Austria, Öffentlicher Schuldenstand 2010.

Stein/Vogl/Wenda, NRW³ (2010).

Steiner, Finanzgeschäfte Oö Gemeinden und Städte, Rechtsgrundlagen und Rechtsfragen, Arbeitsunterlage für die Sitzung des zur Beratung der Beilagen 366/2011 und 369/2011 eingesetzten Unterausschusses des Oö Landtags, Amt der Oö LReg, GZ Verf-902466/2-2011-St.

Steiner, 9. Teil, Rechtsstellung und Aufgaben der Gemeindeorgane, in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht (2014).

Stelkens, Verwaltungsprivatrecht (2005).

Stelzer, Ist die Gemeindegebarungsprüfung durch "Landesrechnungshöfe" verfassungsrechtlich zulässig?, *JB* 1983, 360.

Stolzlechner, Art 116 Abs 1, 3 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2004).

Stolzlechner, Art 115 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2013).

Stolzlechner/Müller, Überlegungen zur Rechtsprechung des VfGH zur Stmk Gemeindestrukturreform 2014, *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2015, 147.

Storr, Erweiterung kommunaler Spielräume durch Kooperation, *ÖZW* 1/2011, 2.

Storr, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Gemeindegebietsreform, *JB* 2016, 137.

- Straube*, Die "Ultra-vires-Lehre" im österreichischen Recht, ÖJZ 1978, 343.
- Sumper/Nebenführ*, Risikomanagement der Bundesfinanzierung, in *Steger* (Hrsg), Öffentliche Haushalte in Österreich³ (2010) 193.
- Sutter*, Mehr Abgabenaufonomie für Länder und Gemeinden?, Jahrbuch Öffentliches Recht 2010, 145.
- Thunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000).
- Trentinaglia*, Gebietskörperschaften im Haftungsverbund im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2016, 253.
- Tutsch*, Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht, *ecolex* 1995, 84.
- Uerpmann*, Das öffentliche Interesse (1999).
- Unterpertinger*, Das öffentliche Interesse an der Nutzung erneuerbarer Energieträger in der umweltrechtlichen Interessenabwägung (Diss Universität Wien, 2015).
- Wallner/Baaske*, Verwaltungsreform mit größeren Gemeinden, ÖGZ 10/2013, 28.
- Waitz*, Volkszählungswesen im Umbruch: Die Einführung der Registerzählung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, *ZfV* 2007/2080, 925.
- Warta*, Was heißt Partei?, *JRP* 2006, 268.
- Weber*, Die mittelbare Bundesverwaltung (1987).
- Weber*, Art 118 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999).
- Weber*, Art 119 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999).
- Weber*, Zentrale Frage "Aufgabenverteilung", *Kommunal* 2007, 16.
- Weber*, Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat?, in *Weber/Wimmer/Gamper/Rath-Kathrein*, Vom Verfassungsstaat am Scheideweg, FS Pernthaler (2005) 413.
- Weber*, Art 115 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016).
- Weber*, Art 116 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2016).
- Weck*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu Zins-Swap-Geschäften Deutscher Banken mit Gemeinden und mittelständischen Unternehmen vor dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestags am 6.4.2011 in Berlin (2011).
- Weck/Schick*, Unwirksamkeit spekulativer Swap-Geschäfte im kommunalen Bereich, *NVwZ* 2012, 18.
- Welser*, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, *ecolex* 1995, 79.
- Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴, Band II (2015).
- Wenger*, Grundfragen der öffentlichen Kontrolle im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat von heute, ÖHW 1976, 41.
- Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht (1995).
- Wiederin*, Bundesstaat neu, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Der Österreich-Konvent, Zwischenbilanz und Perspektiven (2004) 49.

Wiederin, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669.

Wiederin, Privatrechtsfähigkeit der Länder und Vermögensdispositionen, Vortrag bei der Statuskonferenz Föderalismus in Österreich, Wien, Diplomatische Akademie, 29.9.2016.

Wielinger, Art 105 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2011).

Wilhelm, Über Zins-Swapping – das "Tauschen" von Zinsen, *ecolex* 2012, 280.

Wille/Fullenkamp, Die Haftung der Banken bei Swap-Geschäften der Kommunen – neue Impulse durch das "Zinswette"-Urteil des BGH vom 22.3.2011 – XI ZR 33/10, *KommJur* 2012, 1.

Wimmer, Dynamische Verwaltungslehre³ (2013).

Wirth, Fusion oder Kooperation?, *KDZ Forum Public Management* 2/2010, 16.

Wlattnig/Kindermann/Hörmann, Steiermärkische Gemeindestrukturreform 2015 (2016).

Wolny/Schmid, 11. Teil, Gemeindefinanzen, in *Pabel* (Hrsg), *Gemeinderecht* (2011).

Wutscher, Einstandspflicht bei finanziellen Krisen von Ländern und Gemeinden, in *Aigner/Durovic/Forster/Kunesch/Rattinger* (Hrsg), *Recht und Krise* (2017) 159.

Zib in *Jarolim* (Hrsg), *Grenzen des Kapitalmarktrechts* (2010) 12

Zimper, Einflussmöglichkeiten der Gemeinden in Europa (2005).

Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*¹⁶ (2010).

ANHANG

Kurzzusammenfassung

Die Gemeinde wird durch die Bundesverfassung als "*selbständiger Wirtschaftskörper*" eingerichtet. Als solcher kommt ihr im Rahmen der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze umfassende Privatrechtsfähigkeit zu. Immanenter Bestandteil ihrer verfassungsgesetzlich verbürgten Selbstverwaltungsgarantie ist ein hohes Maß an finanzieller Autonomie und damit das Recht, auch im nichthoheitlichen Bereich über die Verwendung der ihr zur Verfügung gestellten Finanzmittel zu bestimmen. Dieser umfassenden Wirtschaftsfreiheit korrespondiert auf der einen Seite ein staatliches Aufsichtsrecht des Bundes bzw. des jeweiligen Landes zur Wahrung der Gesetzmäßigkeit des – grundsätzlich eigenverantwortlichen – kommunalen Handelns. Auf der anderen Seite unterliegt die Finanzgebarung der Gemeinde der nachprüfenden Kontrolle durch den Rechnungshof bzw. des jeweiligen Landesrechnungshofes, die als Hilfsorgane der legislativen Gewalt – des Nationalrates bzw. des jeweiligen Landtages – prüfen, ob die kommunale Mittelverwendung sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig erfolgt.

Vor diesem Hintergrund thematisiert die vorliegende Arbeit einen Ausschnitt dieses Aufsichts- und Kontrollsystems. Nach einer einleitenden Darstellung der verfassungsgesetzlichen Grundlagen des Kommunalrechts (Kapitel 2.) sowie der Grundsätze der öffentlichen Finanzkontrolle (Kapitel 3.) setzt sich der Hauptteil der Arbeit mit dem öffentlichen Schuldenmanagement auseinander (Kapitel 4.). Dabei wird analysiert, ob die Bundesverfassung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde Grenzen setzt. Beleuchtet wird, ob nichthoheitliches Handeln auf die Verfolgung öffentlicher Interessen beschränkt ist bzw. ob die Fiskalgeltung der Grundrechte oder das Effizienzprinzip dem Abschluss derivativer Finanzgeschäfte im Rahmen der Zins- und Schuldenverwaltung entgegenstehen. Zudem werden jene legislativen Maßnahmen einer rechtlichen Würdigung unterzogen, die die Gebietskörperschaften zu einer risikoaversen Finanzgebarung verpflichten und spekulative Rechtsgeschäfte verbieten. Abschließend werden die Neuerungen der Bundesverfassung analysiert, die die institutionelle Kontrolle der Gemeinde durch den Rechnungshof bzw. die Landesrechnungshöfe betreffen (Kapitel 5.).

Abstract

The Austrian municipality is established by the Federal Constitution as an "*autonom economic corporation*". As such, it is vested with extraordinary legal capacity within the legal framework of the general federal and state law. A high level of financial autonomy is an integral part of its constitutionally guaranteed municipal self-administration. Thus, it has the right to determine the use of the provided public funds, even in the field of non-sovereign services. This comprehensive economic freedom corresponds, on the one hand, to a supervisory law of the Federal Republic or the respective state to ensure the lawfulness of municipal legal actions. On the other hand, the financial organization of the municipality is under the review of the Austrian Court of Audit and the Land Courts of Audit. These subsidiary bodies ensure an efficient, effective and economic use of public funds.

In this context, the thesis addresses a subfield of this monitoring system. After an introduction to the constitutional principles of municipal law (chapter 2.) and public financial control (chapter 3.), the main part of the thesis deals with the public dept management and analyzes limits to the economic activities of the municipality set by the Federal Constitution (chapter 4.). The question is asked whether or not derivative financial transactions are prohibited due to the pursuit of public interests, the fiscalization of fundamental rights or the principle of economic efficiency. In addition, those legislative measures are examined, which oblige local authorities to adopt risk-averse financial bans and prohibit speculative legal transactions. Finally, the latest amendments to the Federal Constitution related to the institutional control of the municipality by the Austrian Court of Audit or the Land Courts of Audit are analyzed (chapter 5.).

LEBENS LAUF

Persönliche Daten

Name Johannes Schön
Geburtsdatum 7. Februar 1983

Ausbildung

10|2002 – 11|2007 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
09|1993 – 05|2001 Bundesrealgymnasium Bruck an der Leitha

Berufserfahrung

seit 10|2012 Verfassungsrechtlicher Mitarbeiter am Verfassungsgerichtshof bei
Vizepräsidentin Dr. Brigitte Bierlein und
Univ.-Prof. Dr. Markus Achatz
01|2009 – 10|2012 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Staats- und Ver-
waltungsrecht (Abteilung Wirtschaftsrecht) der Universität Wien
bei em.o.Univ.-Prof Dr. Bernhard Raschauer
10|2008 – 01|2009 Gerichtspraxis im Sprengel des Oberlandesgerichtes Wien

Präsenzdienst

01|2002 – 09|2002 BENEDEK-Kaserne Bruckneudorf

Publikationen

- Electronic Monitoring of Sexual Offenders, ICL Journal 2/2014, 212.
- Kurzfälle in *Lachmayer/Vašek* (Hrsg), Casebook Verfassungsrecht³ (2012).
- "Parken in Pannonien" (UVP-Recht) in *Eberhard/Vašek* (Hrsg), Casebook Verwaltungsrecht³ (2011) 202.
- Musterlösung Diplomprüfung Verwaltungsrecht und FÜM III, JAP 2011/2012, 148.
- Anmerkung zu VwGH 24.6.2009, 2007/05/0101 (Stmk) und 2007/05/0096 (Bgld), RdU 2009, 176.