

Einleitung

I. Problemstellung

Der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Beteiligung von staatlichen Aktiengesellschaften an der Erfüllung staatlicher Aufgaben. Insbesondere gegen Ende des 20. Jahrhunderts wurde diese Form der Aufgabewahrnehmung vor dem Hintergrund des so genannten New Public Managements diskutiert.¹ Es ist ein Ziel dieser politischen Ambition, die Verwaltung weniger bürokratisch² und effizienter³ zu gestalten. Zu diesem Zweck werden privatrechtlich organisierte Rechtsträger, wie zB staatliche Aktiengesellschaften, mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben beauftragt.⁴ Dabei haben die Gebietskörperschaften lediglich dafür Sorge zu tragen, dass solche Aufgaben rechtskonform erfüllt werden.⁵

Rechnungshofberichte zeigen⁶, dass Gebietskörperschaften, wie der Bund, nach wie vor an staatlichen Aktiengesellschaften beteiligt sind. Diese nehmen Aufgaben für den Bund wahr, die einerseits einen gewissen Gemeinwohlbezug aufweisen und andererseits wirtschaftlich geprägt sind. Umgekehrt tragen oberste Verwaltungsorgane des Bundes zur Finanzierung solcher Aufgaben bei. Für den staatlichen Aufgabenvollzug durch staatliche

1 Zum Begriff des New Public Managements als Herausforderung für die Verwaltung bei *Jablonek*, Ist das Weisungsprinzip überholt? in *Olechowski/Zeleny* (Hg), Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt – Aufsatz zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 197 (197 ff); siehe dazu auch bei *N. Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre⁴ (2017) 134, 215, 249.

2 *Pesendorfer/Steiner*, Das Verwaltungshandeln in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer* (Hg), Österreichische Verwaltungsrechtslehre³ (2013) 219 (222).

3 *Lachmayer*, Effizienz als Verfassungsprinzip in *Bungenberg* ua (Hg), Recht und Ökonomie (2004) 135 (135).

4 Zu den (politischen) Motiven für Ausgliederungen vgl etwa *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, Gutachten zum 15. ÖJT (2003) 28. Für einen weiteren Überblick siehe auch *Horner*, Ausgliederung und Ingerenz (2004) 15 ff.

5 Dazu schon bei *Storr*, Der Staat als Unternehmer (2001) 138 ff.

6 <<https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/BeteiligungendesBundes.pdf>> (Zugriff am 29.2.2024).

Aktiengesellschaften werden somit Steuergelder eingesetzt.⁷ Außerdem steuern oberste Verwaltungsorgane des Bundes den Aufgabenvollzug solcher Privater durch aktiengesetzliche Mitbestimmungsrechte.⁸

Der staatliche Aufgabenvollzug durch staatliche Aktiengesellschaften anstatt der Aufgabenwahrnehmung durch eine Gebietskörperschaft hat zur Folge, dass es sich dabei um keine Form der (Privatwirtschafts-) Verwaltung iSd B-VG handelt.⁹ Etwas anderes gilt prinzipiell¹⁰ nur dann, wenn Aktiengesellschaften durch Gesetz mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet werden.¹¹ Das nicht hoheitliche Tätigwerden von zur Aufgabenwahrnehmung herangezogenen staatlichen Aktiengesellschaften wird deshalb durch das Privatrecht geregelt und nicht durch das Öffentliche Recht.¹²

Die mangelnde Zurechnung zum Begriff der Verwaltung iSd B-VG steht in einem Spannungsverhältnis zu dem aus Art 1 B-VG abzuleitenden Demokratieprinzip.¹³ Das Demokratieprinzip wird durch die Aufrechterhaltung des demokratischen Leitungs- und Kontrollzusammenhanges verwirklicht.¹⁴ Oberste Verwaltungsorgane sind deshalb nachgeordneten Rechtsträgern weisungsbefugt (Art 20 Abs 1 B-VG) und demokratisch legitimierten Vertretungskörpern gegenüber rechtlich und politisch verantwortlich (Art 52 B-VG, Art 53 B-VG, Art 142 B-VG). Obwohl oberste Verwaltungsorgane des Bundes auf das Tätigwerden von solchen Aktiengesellschaften Einfluss nehmen können, ermächtigt Art 20 Abs 1 B-VG oberste Verwaltungsorgane des Bundes nicht, dem Vorstand einer staatlichen Aktiengesellschaft Weisungen zu erteilen, weil es sich bei einer Aktiengesellschaft um kein Verwaltungsorgan im organisatorischen Sinn handelt.¹⁵ Das Tätigwerden des

7 Siehe dazu beispielsweise § 42 Abs 2 Bundesbahngesetz, § 10 Asfnag-G. Beispielsweise ist im Förderbericht des Bundesministers für Finanzen zu lesen, dass der Bund im Jahr 2021 Auszahlungen in der Höhe von ungefähr 2.783,5 Mio Euro an die ÖBB-Infrastruktur AG und die ÖBB-Personenverkehr AG geleistet hat; siehe dazu ausführlich im Förderbericht des Bundesministers für Finanzen aus dem Jahr 2021, S 47.

8 Grundsätzlich kommt dem Aktionär mit dem Recht an einer (Stück-)Aktie ein Stimmrecht zu (§ 12 Abs 1 AktG), mit welchem er über die im Rahmen der Hauptversammlung diskutierten Tagesordnungspunkte entscheiden darf.

9 Dazu vgl insbesondere *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff in FS Antonioli (1979) 35 (49 ff).

10 Vgl demgegenüber VfGH 5.10.2023, G 265/2022.

11 VfSlg 14.473/1996.

12 *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 208.

13 Zum öffentlichen Unternehmen „als Medium der Staatsgewalt“ und dem damit im Zusammenhang stehenden Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip bei *Storr*, Unternehmer 85 ff.

14 *Bußjäger* in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hg), Bundesverfassungsrecht (2021) Art 1 B-VG Rz 9.

15 Auch der VfGH geht im „Austro-Control“-Erkenntnis (VfSlg 14.473/1996) davon aus, dass der Gesetzgeber bei einer Beleihung den Weisungszusammenhang iSd Art 20 Abs 1 B-VG erst herzustellen hat. Zu den Grenzen des Verwaltungsbegriffs bei *Rill* in FS Antonioli (1979) 35 (49 ff).

Vorstands kann deshalb auch nicht unmittelbar durch den Einsatz parlamentarischer Kontrollrechte (Art 52, Art 53 B-VG) überprüft werden.¹⁶

II. Stand der Forschung

Es besteht schon seit Jahrzehnten Einigkeit darüber, dass sich staatliche Rechtsträger ihrer Verantwortung nicht entziehen können, wenn sie juristische Personen des Privatrechts mit dem Vollzug von staatlichen Aufgaben beauftragen.¹⁷ Sie müssen weiterhin für den staatlichen Aufgabenvollzug durch solche Private Gewähr leisten.¹⁸ Diese Gewährleistungsverantwortung soll staatliche Rechtsträger im Vergleich zu dem Aufgabenvollzug durch „eigene“ Verwaltungsorgane in einem weitaus weniger intensiven Ausmaß verpflichten.¹⁹ Vor diesem Hintergrund geht die herrschende Auffassung²⁰ davon aus, dass der Verantwortungszusammenhang für die staatliche Aufgabenerledigung gelockert wird, wenn solche Aufgaben durch nicht staatliche Akteure mit nicht hoheitlichen Mitteln erfüllt werden. Die Anknüpfungspunkte zur Begründung einer Verantwortung oberster Verwaltungsorgane des Bundes für die staatliche Aufgabenwahrnehmung durch juristische Personen des Privatrechts, die mit nicht hoheitlichen Mitteln vollzogen wird, sind aber nicht geklärt.²¹ Zudem fehlt eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen Konsequenzen, die an die Begründung einer solchen Verantwortung anknüpfen.²² Eine höchstgerichtliche Rechtsprechung gab es dazu lange Zeit nicht.²³ Der VfGH bringt aber in seiner jüngeren Judikatur zum Ausdruck, dass es verfassungsrechtliche Grenzen bei der Aufgabenübertragung auf ausgegliederte Rechtsträger gibt, welche die übertragenen Aufgaben mit nicht hoheitlichen Mitteln erledigen.²⁴

16 *Pabel* in Kneihns/Lienbacher (Hg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 52 B-VG Rz 33 (14. Lfg, 2014); *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 752; *Wenger*, Die öffentliche Unternehmung (1969) 488; *Gerlich*, Parlamentarische Kontrolle im politischen System (1973) 116.

17 *Spannowsky*, Die Verantwortung der öffentlichen Hand, DVBl 1992, 1072 (1073).

18 Siehe dazu etwa bei *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Band 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts² (2017) Rz 44.010.

19 *Holoubek*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001) 515 (579).

20 Vgl *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beileihung, ÖZW 2000, 46 (46f); *Aicher*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Probleme in Funk (Hg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 191 (233 ff); *Wenger*, Unternehmung 295.

21 *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung – der gebändigte Leviathan? in FS Aicher (2012) 307 (322).

22 *Forster* in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hg), Bundesverfassungsrecht (2021) Art 20 B-VG Rz 14; *Korinek/Holoubek* in FS Aicher (2012) 307 (322).

23 In VfSlg 18.808/2009 ließ der VfGH diese Frage offen.

24 VfGH 5.10.2023, G 265/2022.

III. These

Gezeigt werden soll, dass oberste Verwaltungsorgane des Bundes dafür verantwortlich sind, den staatlichen Aufgabenvollzug durch staatliche Aktiengesellschaften zu finanzieren und zu steuern. Ein Schwerpunkt wird auf die Verantwortung für die staatliche Aufgabenerledigung durch solche Private mit nicht hoheitlichen Mitteln gesetzt. Deshalb wird ein System der differenzierten Steuerungsverantwortung erarbeitet, welches von obersten Verwaltungsorganen des Bundes bzw vom Gesetzgeber als Schablone zur Errichtung geeigneter Steuerungsmittel herangezogen werden soll. Es soll gezeigt werden, dass sich oberste Verwaltungsorgane solcher Steuerungsmechanismen bedienen müssen, die dem Grad ihrer Steuerungsverantwortung für die staatliche Aufgabenwahrnehmung durch staatliche Aktiengesellschaften entsprechen. Die Steuerung solcher Aktiengesellschaften durch oberste Verwaltungsorgane des Bundes wird damit einerseits als Ursache für die Begründung einer Steuerungsverantwortung begriffen. Andererseits ist die Verpflichtung des Vorbehalts entsprechender Steuerungsmechanismen eine verfassungsrechtliche Konsequenz, die an die Begründung einer solchen Verantwortung anknüpft.

Der Nachweis dieser These dient einer wirksamen Überprüfung der staatlichen Aufgabenwahrnehmung durch solche Private und einer wirksamen Überprüfung der dafür eingesetzten öffentlichen Mittelverwendung. Der Nachweis dieser These ist relevant, weil die Öffentlichkeit ein Interesse an einer wirksamen Kontrolle bei der Verwendung von Steuergeldern hat.

IV. Argumentationsstrategie

Die These wird in vier Kapiteln mit Hilfe der vorliegenden Argumentationsstrategie belegt.

A. Erstes Kapitel

Das erste Kapitel dient dazu, dem Leser einen Überblick über die Rahmenbedingungen der staatlichen Aufgabenbesorgung durch staatliche Aktiengesellschaften zu verschaffen. Dort sollen staatliche Aktiengesellschaften von nicht staatlichen Aktiengesellschaften abgegrenzt werden.

Weil staatliche Aktiengesellschaften als ausgegliederte Rechtsträger begriffen werden, erfolgt eine Auseinandersetzung mit den begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmalen (Aufgabe, Betrauungsakt, Naheverhältnis zwischen der Gebietskörperschaft und dem ausgegliedertem Rechtsträger). In diesem Kapitel wird deshalb auch dem Begriff der staatlichen Aufgabe Gehalt gegeben. Gezeigt wird, dass staatliche Aktiengesellschaften staatliche Auf-

gaben im funktionellen Sinn für den Bund wahrnehmen. Auch werden die unterschiedlichen Formen dargelegt, durch welche staatliche Aktiengesellschaften mit staatlichen Aufgaben beauftragt werden können. Ein Schwerpunkt des ersten Kapitels wird auf die Anforderungen gesetzt, die für eine Betrauung mit staatlichen Aufgaben eingehalten werden müssen. Außerdem wird auf das Naheverhältnis zwischen dem Bund und staatlichen Aktiengesellschaften hingewiesen, welches insbesondere durch das Recht oberster Verwaltungsorgane des Bundes zu Tage tritt, das Tätigwerden der staatlichen Aktiengesellschaft durch aktiengesetzliche Mitbestimmungsrechte zu steuern. Das Ziel der folgenden Kapitel ist es, das Naheverhältnis zwischen der ausgliedernden Gebietskörperschaft und der staatlichen Aktiengesellschaft in Folge der Ableitung von verfassungsrechtlichen Zurechnungsgründen für eine Finanzierungs- und Steuerungsverantwortung zu konturieren.

B. Zweites Kapitel

Im zweiten Kapitel wird deshalb ein System einer differenzierten Steuerungsverantwortung zur Verhinderung einer „Flucht ins Privatrecht“ und zur Verhinderung des deshalb bestehenden Defizits an demokratischer Legitimation bei dieser Form der staatlichen Aufgabenwahrnehmung erarbeitet. Als dogmatischer Anknüpfungspunkt wird das aus Art 1 B-VG abzuleitende Demokratieprinzip herangezogen. Weil das Demokratieprinzip durch den (Verfassungs-)Gesetzgeber näher ausgestaltet wird, müssen weitere Verfassungsbestimmungen damit in Verbindung gesetzt werden. Dazu werden mehrere verfassungsrechtliche Zurechnungsgründe zur Begründung einer Verantwortung identifiziert. Als bedeutsam wird sich einerseits der Konnexitätsgrundsatz iSd § 2 F-VG zur Ableitung einer finanziellen Verantwortung erweisen. Weil der Bund öffentliche Mittel zur Aufgabenwahrnehmung durch solche Gesellschaften aufwendet, wird andererseits aus dem haushaltsverfassungsrechtlichen Grundsatz der Wirkungsorientierung iSd Art 51 Abs 8, 9 Z 1 B-VG, aus dem verfassungsrechtlichen Effizienzprinzip iSd Art 126b Abs 5 B-VG und dem organisatorischen Sachlichkeitsgebot – dogmatischer Anknüpfungspunkt ist insbesondere Art 20 B-VG – eine Steuerungsverantwortung oberster Verwaltungsorgane des Bundes abgeleitet.

C. Drittes Kapitel

Im dritten Kapitel geht es darum, die Reichweite der aktiengesetzlichen Mitbestimmungsrechte aufzuzeigen und sie dem im Einzelfall festzustellenden Grad der Steuerungsverantwortung gegenüber zu stellen. Im Zuge der hier vertretenen These wird dargelegt, dass eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Erlassung von sondergesellschaftsrechtlichen Steuerungsmitteln besteht, so-

fern die aktiengesetzlichen Mitbestimmungsrechte bezogen auf den im Einzelfall festzustellenden Grad der Steuerungsverantwortung nicht ausreichend sind. Zur wirksamen einzelfallgerechten Bewertung des Grads der Steuerungsverantwortung werden Fallgruppen gebildet. Zu diesem Zweck wird zwischen staatlichen Aktiengesellschaften unterschieden, die Marktteilnehmer sind und jenen, die keine Marktteilnehmer sind. Gezeigt wird auch, mit welchen (sondergesellschaftsrechtlichen) Steuerungsmitteln dem im Einzelfall festzustellenden Grad der Steuerungsverantwortung entsprochen werden kann.

D. Viertes Kapitel

Mit Hilfe der Rechnungshofkontrolle, der parlamentarischen Kontrolle und der rechtlichen Kontrolle werden die Einhaltung und die Aufrechterhaltung einer verfassungskonformen finanziellen Verantwortung und einer effizienten, wirkungsorientierten und sachlichen Steuerungsverantwortung der obersten Verwaltungsorgane des Bundes gewährleistet. Die Reichweite der unterschiedlichen Kontrollbefugnisse wird im vierten Kapitel vor dem Hintergrund der staatlichen Aufgabenwahrnehmung durch staatliche Aktiengesellschaften anhand konkreter Beispiele skizziert.

V. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Vom vorliegenden Untersuchungsgegenstand werden ausschließlich Aktiengesellschaften erfasst. Die Beteiligung staatlicher Rechtsträger an solchen juristischen Personen des Privatrechts, die keine Aktiengesellschaften sind, wird nicht behandelt. Zu rechtfertigen ist die Wahl des Zuschnitts deshalb, weil wegen § 70 Abs 1 AktG gerade bei dieser Rechtsform Steuerungs- und Kontrollschwierigkeiten bestehen. Demnach gilt es verfassungsrechtliche bzw staatsorganisationsrechtliche Vorgaben aufzubereiten, die speziell bei dieser Rechtsform eingehalten werden müssen. Steuerungs- und Kontrollschwierigkeiten, die bei einer Ausgliederung staatlicher Aufgaben auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) entstehen, werden nicht behandelt, wenngleich die hier erarbeitete These dem Grunde nach übertragbar ist.

Vom Untersuchungsgegenstand werden außerdem nur solche Aktiengesellschaften erfasst, deren Tätigwerden von obersten Verwaltungsorganen des Bundes gelenkt wird. Diese Schwerpunktsetzung erfolgt deshalb, weil ausschließlich dem Bund die Kompetenz zugewiesen wird²⁵, sondergesellschaftsrechtliche Steuerungsmittel zu bestimmen.

25 *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen 66; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 99 ff.

Arbeitsrechtliche Fragen, die mit der Übertragung von Aufgaben durch den Bund auf staatliche Aktiengesellschaften im Zusammenhang stehen, werden ebenfalls nicht behandelt.

Außerdem liegt der Schwerpunkt der Untersuchung auf der Erarbeitung von verfassungsrechtlichen Vorgaben für ein privatrechtsförmiges, dh nicht hoheitliches, Tätigwerden durch staatliche Aktiengesellschaften.