



An das
Bundesministerium für Finanzen
BMF – I/20
zH Herrn MMag. Helgar Thomic-Sutterlüti
Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

per e-mail: e-Recht@bmf.gv.at

ZI. 13/1 08/39

**GZ 321100/0005-I/20/2007
BG, mit dem das Finanzprokuraturgesetz neu erlassen wird**

Referent: Dr. Armenak Utudjian MBL-H.S.G., Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrter Herr MMag. Thomic-Sutterlüti!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag wurde mit Schreiben vom 05.03.2008 unter Übermittlung eines Entwurfes eines Gesetzes, mit dem das Finanzprokuraturgesetz neu erlassen wird, zur Stellungnahme bis längstens 04.04.2008 eingeladen. Trotz dieser – in Anbetracht der Bedeutung dieses Gesetzesvorhabens und des Zeitpunktes des geplanten Inkrafttretens – bedauerlicherweise viel zu kurzen Äußerungsfrist erstattet der Österreichische Rechtsanwaltskammertag fristgerecht nachstehende

S t e l l u n g n a h m e :

A) Vorbemerkung:

1.) Zur grundsätzlichen Reformierung der Finanzprokuratur:

Im Grundsatz ist begrüßenswert, dass der Versuch der umfassenden Neuregelung der Finanzprokuratur unternommen wird, zumal das derzeit gültige Prokuraturgesetz bereits auf Grund des Staatsgesetzblattes Nr. 172/1945 (mit anschließenden Novellierungen) seit 1945 in Kraft steht und in einigen Teilbereichen dem heutigen Rechtsstandard nicht mehr entspricht.

So ist insbesondere die gemäß § 2 Prokuraturgesetz vorgesehene Verordnungsermächtigung des „Staatsamtes für Finanzen“ zur Übertragung der Vertretung und Rechtsberatung sonstiger juristischer Personen an die Finanzprokuratur schon wegen massiver verfassungsrechtlicher Bedenken nicht mehr zeitgemäß. Sie führt darüber hinaus schon wegen der insgesamt 20 dazu erlassenen Prokuratursverordnungen zu einer Zersplitterung und Unübersichtlichkeit der gegebenen Rechtsmaterie.

Aus der Sicht der Rechtsanwaltschaft ist weiters erfreulich, dass die bisher angedachte Organisationsprivatisierung der Finanzprokuratur nunmehr – zumindest aus der Sicht des vorliegenden Gesetzesentwurfes - unterbleiben soll.

2.) Zur rechtlichen Qualifizierung der Finanzprokuratur:

Die Rechtsanwaltschaft spricht sich nicht dagegen aus, dass im Rahmen einer gänzlichen Neuerlassung des Finanzprokuraturgesetzes eine Neuorganisation und Effizienzsteigerung erfolgt, sie wendet sich aber – und das ist der gravierende Vorbehalt gegen diesen Gesetzesentwurf – **strikt gegen die Ausweitung des Tätigkeitsbereiches** der Finanzprokuratur, die aus sachlichen und rechtlichen Gründen nach Auffassung der Rechtsanwaltschaft nicht nur stark bedenklich, sondern rechtlich unzulässig ist.

In den Erläuternden Bemerkungen zum Begutachtungsentwurf (Allgemeiner Teil – Grundlagen Ziffern 2 und 3) wird die rechtliche Charakteristik der Finanzprokuratur richtig dargestellt: es handelt sich bei dieser um eine **Einrichtung des Bundes**, die organisatorisch als Amt ausgebildet und in den Verwaltungskomplex des Bundesministeriums für Finanzen eingegliedert ist. Verfassungsrechtlich liegt die Grundlage ihrer Einrichtung in der Kompetenzbestimmung des Artikels 10 Abs. 1 Z 6 B-VG „Zivilrechtswesen“, die eine ausschließliche Bundeskompetenz darstellt.

Zu widersprechen ist der Auffassung, wonach funktionell keine nachgeordnete Dienststelle des Bundesministeriums für Finanzen vorliegen soll, weil die Finanzprokuratur *bei der Erfüllung ihrer Vertretungs- oder Beratungstätigkeit keinen Weisungen des Bundesministeriums für Finanzen unterworfen sei*. Dies trifft aber nur für die Ausführung der Tätigkeit der Finanzprokuratur in der Rechtsvertretung zu, nicht aber für die Organisation der Finanzprokuratur als Dienststelle.

Die Finanzprokuratur stellt keinen ausgegliederten Rechtsträger des Bundes dar, weil sie als eigene Dienststelle des Bundesministeriums für Finanzen geführt wird und auch der Bundesgebarung unterliegt. Als gesetzlich eingerichtete reine Bundesbehörde tritt sie als Vertreterin der Republik Österreich (Bund) auf; aus (ausschließlich) diesem Grund sind zB. Amtshaftungsaufforderungen direkt an die Finanzprokuratur zu richten. Sie ist hier **obligatorischer Vertreter der Bundesbehörden**, ohne dass es eines gesonderten Auftrages bedürfte.

Sollte ein Auftrag einer Bundesbehörde an die Finanzprokuratur ergehen, wird diese als Weisung mit verpflichtendem Tätigwerden der Finanzprokuratur zu werten sein (siehe auch § 4 Abs. 3 des Gesetzesentwurfes). Selbstredend ist die Finanzprokuratur daher eine (reine) Bundesdienststelle, die organisatorisch in das Bundesministerium für Finanzen eingegliedert ist und generell als nachgeordnete Bundesdienststelle Weisungen von Bundesbehörden entgegenzunehmen und verpflichtend – falls von Art. 20 B-VG gedeckt - zu erfüllen hat.

Auf diese Rechts- und insbesondere Kompetenzlage sollte bei der Ausgestaltung des Tätigkeitsbereiches der Finanzprokuratur Bedacht genommen werden. Diese Bedachtnahme ist jedoch nach Auffassung der Rechtsanwaltschaft bei Erarbeitung des gegenständlichen Gesetzesentwurfes unterblieben.

3.) Zu den Gründen der geplanten Ausweitung des Tätigkeitsbereiches:

In den Erläuternden Bemerkungen wird darauf verwiesen, dass externe Berater sowie der Rechnungshof eine Ausweitung des Tätigkeitsbereiches der Finanzprokuratur empfohlen hätte und diese Empfehlungen nunmehr umgesetzt werden sollen. Diese Empfehlungen dürften (soweit ersichtlich) vor allem mit der Zielrichtung ausgesprochen worden sein, dass die Finanzprokuratur von dritter Seite tatsächliche Einnahmen erzielen kann und die „**so genannte anwaltliche Wertschöpfung gesteigert werden kann**“ (Seite 15). Damit soll (so eine weitere ausdrückliche Zielsetzung) „**mittelfristig eine Entlastung des Budgets des Bundes**“ erreicht werden. Ausdrücklich wird aber auch darauf hingewiesen, dass „**die Finanzprokuratur nicht gewinnorientiert arbeitet**“ (Seite 13).

Die Finanzprokuratur soll somit stärker als bisher in den rechtlichen Beratungs- und Vertretungsmarkt eintreten. Damit sollen von dritter Seite Einnahmen für das Bundes-Budget erzielt und die Bundeseinrichtung Finanzprokuratur von dritter Seite „**mitfinanziert**“ werden. **Die Einrichtung der Finanzprokuratur soll dem Bundes-Budget geringer als bisher zur Last fallen.**

Nun ist sicherlich gegen Budget-Entlastungen grundsätzlich kaum etwas einzuwenden. Durch diese geplante Ausweitung des Tätigkeitsbereiches **greift aber in Wahrheit die Republik Österreich (Bund) verfassungsrechtlich und aus sonstigen Gründen unzulässigerweise in den freien Wettbewerb von den rechtsberatenden Berufen (insbesondere der Rechtsanwaltschaft) vorbehaltenen Materien ein**. Daher spricht sich die Rechtsanwaltschaft sowohl aus verfassungsrechtlichen, als auch aus Gründen der damit verbundenen Wettbewerbseingriffe und –verzerrung gegen die geplante Tätigkeitsausweitung aus.

B) Zum Entwurf im Einzelnen

Zu § 1:

Schon in dieser umfassenden Eingangsbestimmung sollte klargestellt werden, dass die Finanzprokuratur zur umfassenden rechtlichen Beratung und Rechtsvertretung im Interesse der Republik Österreich (Bund) berufen ist. In diesem Zusammenhang ist die Bezugnahme auf den „Staat“ inhaltlich unbestimmt; die geplante Norm weist in ihrem Wortlaut ohnedies schon richtig darauf hin, dass es sich um eine Bundeseinrichtung handelt.

Zu § 2:

Es handelt sich um eine allgemeine Regelung des Tätigkeitsbereiches der Finanzprokuratur, in der offensichtlich überschießende Befugnisse der Finanzprokuratur geregelt werden, dies obwohl weder ihre organisatorische noch inhaltliche Einrichtung die Erbringung dieser Leistungen derzeit oder in Zukunft möglich macht:

Die Finanzprokuratur ist weder darauf eingerichtet noch sinnvoller Weise in den Bereichen der **Mediation**, der **Erstattung von Schiedsgutachten** bzw. der **Anbietung genereller Rechtsinformationen (Seminare)** eingerichtet. Es wird

daher angeregt, die Ziffern 2, 3 sowie 7 aus diesem Katalog jedenfalls zu streichen. In all diesen Bereichen ist nicht ersichtlich, wie die Finanzprokuratur als besonderer Rechtsvertreter der Republik Österreich (Bund) tatsächlich sinnvoller Weise auch tätig werden kann, zumal es für diese Dienste eigene kommerzielle Anbieter gibt und es nicht Zielsetzung der Finanzprokuratur sein kann, in den Wettbewerb mit diesen einzutreten.

Zu § 3:

In Abs 1 bleibt die Regelung unklar, zumal zunächst von einer Vertretung vor ordentlichen Gerichten die Rede ist, dann aber von vermögensrechtlichen Ansprüchen, die nicht im ordentlichen Rechtsweg auszutragen sind.

Ein obligatorisches Beratungsrecht der Finanzprokuratur für die Republik Österreich und den Bund ist nicht sachgerecht, zumal es sehr wohl Beratungsbereiche in rechtlicher Hinsicht geben kann, die seitens der Finanzprokuratur auf Grund ihrer Ressourcen nicht abgedeckt werden können. Gerade in diesem Zusammenhang sollte vielmehr die Finanzprokuratur im Interesse der Effizienz-Steigerung der Bundesverwaltung **verstärkt ihre Koordinierungs-Kompetenz** in Anspruch nehmen und externe Rechtsberater direkt einschalten.

Die Regelung des Abs 2, die den **fakultativen Tätigkeitsbereich der Finanzprokuratur** regelt, führt in Wahrheit zu einer **sachlich nicht gerechtfertigten Ausweitung des bisherigen Tätigkeitsbereiches der Finanzprokuratur, die aus verschiedenen Gründen entschieden abzulehnen ist:**

- a) **Zielsetzung der Ausgliederung von Rechtsträgern** war und ist es doch, diese aus der rein staatlichen Verwaltung zu entlassen und wie Privatrechtsträger am Wirtschaftsverkehr teilnehmen zu lassen. Aus diesem Grund wurden im staatlichen Bereich zahlreiche ausgegliederte Rechtsträger (meist in Form von GmbHs) gegründet. Diese stehen zumeist im Eigentum des Staates oder hat der Staat in welcher Form auch immer für den Geburungsabgang aufzukommen. Gleichwohl sollen diese Gesellschaften gerade deswegen ausgegliedert werden, um den direkten staatlichen Einfluss entzogen zu werden und sich am Wirtschaftsverkehr wie sonstige Privatrechtssubjekte zu beteiligen. Daher ist es **geradezu kontraproduktiv**, diese – wenn auch nur fakultativ – dem Tätigkeitsbereich der Finanzprokuratur zu unterwerfen. Hier kommt der Finanzprokuratur auch kein besonderer Vorteil (aus der Kenntnis der Verwaltung des Bundes) zu, weil gerade diese ausgegliederten Rechtsträger nicht wie Bundesdienststellen tätig werden sollen, sondern nach privatwirtschaftlichen Erwägungen eingerichtet und geführt werden sollen.

Es sind daher **die drei Anknüpfungspunkte der Ziffern 1, 2 und 3** (Beteiligung, Geburungsabgang, Beherrschung) nicht geeignet, eine Anknüpfung zur fakultativen Vertretung der Finanzprokuratur herzustellen.

- b) Die geplante Ausdehnung des fakultativen Tätigkeitsbereiches auf „**Länder, Gemeinden und alle anderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes**“ entbehrt jeder Grundlage:

Die Finanzprokuratur ist eine **reine Einrichtung des Bundes** (wie in § 1 festgehalten wird). **Schon aus verfassungsrechtlichen Kompetenzgründen** kann sie **keinesfalls für Länder oder Gemeinden** tätig werden. Es stellt einen eindeutigen Kompetenzverstoß dar, die Finanzprokuratur fakultativ für solche nicht dem Bund zugehörigen Rechtsträger zu öffnen. Damit wird auch in die Rechte der Länder und Gemeinden eingegriffen, über ihre eigene rechtliche Beratung und Vertretung zu disponieren. Der Bundesgesetzgeber ist schon aus dieser rechtlichen Sicht nicht berechtigt, der Finanzprokuratur als Bundeseinrichtung eine solche Tätigkeitskompetenz auch nur fakultativ einzuräumen.

Die Ausdehnung des fakultativen Tätigkeitsbereiches auf **andere Körperschaften des öffentlichen Rechtes** ist gleichfalls abzulehnen. Hier handelt es sich meist um Selbstverwaltungskörper, die durch Bundesgesetz (nunmehr zumeist unter verfassungsrechtlichem Schutz) eingerichtet worden sind. Der Bundesgesetzgeber ist weder berechtigt, noch gut beraten, sonstige Einrichtungen von Selbstverwaltungskörpern dem fakultativen Einschreitungsbereich der Finanzprokuratur zu unterwerfen. Es werden unter eigener Verantwortung des Selbstverwaltungskörpers sowie unter entsprechender gerichtlicher Kontrolle Verwaltungsagenden wahrgenommen, die nicht der Bundesvollziehung unterliegen. Daher kann es schon begrifflich kein Einschreiten von Bundesbehörden als Vertreter und Berater solcher Körperschaften öffentlichen Rechtes, die nicht dem Einfluss-Bereich der Republik Österreich (Bund) zugeordnet sind, geben.

In all diesen Fällen ist mehr als deutlich erkennbar, dass die Ausdehnung des fakultativen Tätigkeitsbereiches nur aus Budget-Gründen erfolgen soll und rechtliche Erwägungen nicht im Vordergrund stehen. Die Budget-Entlastung soll offenbar dadurch ermöglicht werden, dass bisher nicht vom Tätigkeitsbereich der Finanzprokuratur umfasste Rechtsträger fakultativ die Einrichtungen der Finanzprokuratur in Anspruch nehmen dürfen. **Über die Konditionen dieser Inanspruchnahme und die Honorierung der zu erbringenden Rechtsberatungsleistungen wird durch den Gesetzesentwurf aber nichts gesagt.**

Bei Umsetzung dieses Ziels kommt es in Wahrheit **zu einem direkten Eingriff in den Wettbewerb auf dem Markt der Rechtsberatungsleistungen und – als Folge daraus - einer extremen Wettbewerbsverzerrung**, weil die Finanzprokuratur eine vom Bund finanzierte Dienststelle darstellt, die somit nach außen (im fakultativen Tätigkeitsbereich) unter ganz anderen - günstigeren - Bedingungen auftreten kann als andere Rechtsberater.

Wenn die Zielsetzung der Budgetentlastung tatsächlich im Bundeshaushalt eintreten soll, **kommt es in Wahrheit zu einer Finanzierung des Bundeshaushaltes durch ausgegliederte Rechtsträger, Länder und Gemeinden**, all jene die fakultativ die Finanzprokuratur in Anspruch nehmen.

Diese kann zu anderen Konditionen und unter anderen Begleitumständen tätig werden, **weil sie nicht auf Gewinn orientiert ist**. Für eine Entlastung des Bundeshaushaltes reicht schon jeder Beitrag einer dritten Partei aus, weil die

Ressourcen und Infrastruktur auf Bundesstaatskosten ja bereits vorhanden sind, daher durch die im fakultativen Tätigkeitsbereich erzielten Honorare nicht finanziert werden müssen.

Wird dieses Ziel tatsächlich umgesetzt, tritt der Bund durch Einrichtung der Finanzprokuratur in einen direkten Wettbewerb der rechtsberatenden Berufe, Mediatoren, Seminaranbieter usw, dies obwohl gerade für letztere genannten Bereiche – zumindest derzeit – keine Qualifikation gegeben ist und so auch allfällige Zugangs-Voraussetzungen zu diesen Berufen de facto umgangen werden können.

Es ist nicht Aufgabe des Staates, in den Wettbewerb rechtsberatender Berufe einzutreten. Die Umsetzung dieses Gesetzesvorhabens im beabsichtigten Umfang würde einen massiven Eingriff des Staates in den Wettbewerb darstellen, dies offenbar ausschließlich aus eigenen fiskalistischen Überlegungen.

Daher ist die Einrichtung einer Finanzprokuratur mit diesem geplanten Tätigkeitsbereich darüber hinaus auch beihilfenrechtlich mehr als problematisch. Die Finanzprokuratur ist nicht den Marktbedingungen unterworfen, wie diese für andere Rechtsberater auf dem freien Markt gegeben sind, und darf daher auch aus dieser Sicht nicht im geplanten Funktionsbereich tätig werden, zumal es sich um eine vom Staat finanzierte Einrichtung handelt.

Auch die geplanten Folgeregelungen des gegenständlichen Gesetzesentwurfes zeigen mehr als deutlich, wie fremd dieses Institut der „**Auftragsannahme**“ (außerhalb des obligatorischen Tätigkeitsbereiches) mit allen rechtlichen Konsequenzen für die Einrichtung der Finanzprokuratur de facto ist.

Zu § 4:

Es soll normiert werden, die Finanzprokuratur hätte nur im Fall eines Auftrages einzuschreiten. Im Fall eines Auftrages im obligatorischen Tätigkeitsbereich handelt es sich dabei um eine Weisung, in den anderen Fällen soll es sich um einen „gesetzlichen Auftrag“ handeln (siehe Erläuternde Bemerkungen Seite 11 unten). Einen solchen gesetzlichen Auftrag gibt es schon begrifflich nicht. Es gibt nur privatrechtliche Aufträge. Es muss klarstellend gesagt werden:

Im fakultativen Tätigkeitsbereich kann die Finanzprokuratur nur aufgrund eines privatrechtlichen Auftrages tätig werden. Alle Grundsätze für die Einbindung in die staatliche Verwaltung, der besondere Kenntnis, Weisungszusammenhang und ähnliches kommen hier nicht zur Anwendung. Es müssen die gleichen privatrechtlichen Vorschriften wie auch für sonstige Auftragserteilungen gelten.

Zu § 7:

Es soll in Abs 1 – offenbar auch für den fakultativen Tätigkeitsbereich - eine gesonderte **Haftungsregelung** getroffen werden, die im Falle des Eingehens eines üblichen zivilrechtlichen Auftragsvertrages entbehrlich wäre.

Die Limitierung der Haftung bis zur Höhe der Mindestversicherungssumme für Rechtsanwälte ist nicht sachgerecht, zumal Rechtsanwälte - wenn sie keine andere Vereinbarung treffen – unbeschränkt haften. Der Bundesgesetzgeber ist nicht berechtigt, für ein privatwirtschaftliches Auftragsverhältnis (obwohl dies für die

Einrichtung der Finanzprokuratur wesensfremd ist) eine gesetzliche Haftungsgrenze zu reglementieren. Auch dieser Umstand führt zu einer Wettbewerbsverzerrung, **zumal der Bund als Rechtsträger der Finanzprokuratur zur Eindeckung einer Haftpflichtversicherung nicht einmal verpflichtet ist.**

Die Haftung von Dienstnehmern kann in einem solchen fakultativen Tätigkeitsbereich ebenso nur wie im Individualarbeitsrecht selbst ausgestaltet werden. Der Haftungsausschluss für Dienstnehmerhaftpflichtansprüche, die in Wahrheit Organhaftpflichtansprüche darstellen, ist in der vorliegenden Form nach Auffassung der Rechtsanwaltschaft unzulässig, weil dies neuerlich einen wettbewerbsverzerrenden Effekt mit sich bringt.

Für sämtliche Haftungsfragen – zumindest für den fakultativen Tätigkeitsbereich – sollten daher die zivilrechtlichen Vorschriften generell gelten.

Zu § 8:

Der Kosten- und Barauslagenersatz ist nicht ausreichend geregelt. Es wird nicht klargestellt, zu welchen Konditionen (nämlich jenen des freien Marktes) die Finanzprokuratur im fakultativen Tätigkeitsbereich tätig werden muss oder kann. Die Finanzierung der Einrichtung selbst durch den Bund lässt befürchten, dass die Honorarkonditionen von jenen des freien Marktes abweichen werden, was jedenfalls eine extreme Wettbewerbsverzerrung zur Folge hätte.

Zu § 9:

Die geplante Regelung von Interessenkonflikten ist nicht ausreichend: Die Finanzprokuratur dürfte bei sämtlichen Auseinandersetzungen zwischen Rechtsträgern, die auch nur potentiell dem fakultativen Tätigkeitsbereich angehören, nicht tätig werden. Nach der Zielsetzung des Gesetzesentwurfes sind ohnedies nur Einrichtungen genannt, die im weitesten Sinne im staatlichen Einfluss stehen, **daher kommt eine Aufnahme eines Mandates im Rahmen dieses fakultativen Tätigkeitsbereiches gegen einen anderen Rechtsträger, der ebenfalls diesem fakultativen Tätigkeitsbereich unterliegt, nicht in Betracht.**

Auch hier ist eine eindeutige Privilegierung (und damit Wettbewerbsverzerrung) gegenüber der Rechtsanwaltschaft gegeben: Rechtsanwälte haben sowohl materielle als auch formelle Interessenkonflikte zu beachten und sind nicht berechtigt, **beide** von einem solchen Interessenkonflikt betroffene Parteien zu vertreten oder zu beraten.

Der Vorrang obligatorischer Mandate vor jenen, die nur im Einvernehmen zu vertreten sind, zeigt auch deutlich, was der wahre Wesensinhalt der Finanzprokuratur ist. **Gerade diese Kollisions-Problematik kann nur bei einer möglichst starken Reduzierung des fakultativen Tätigkeitsbereiches der Finanzprokuratur vermieden werden.**

Die Finanzprokuratur als besonderer Vertreter und Berater des Staates (Republik Österreich – Bund) kann nur dann uneingeschränkt diese primäre Zielsetzung verwirklichen, wenn sie in keine Interessenkonflikte mit solchen ausgegliederten Rechtsträgern geraten kann.

Schließlich sollten **materielle und formelle Doppelvertretungsvorschriften** (wie sie für Rechtsanwälte bestehen) auch für die Finanzprokuratur uneingeschränkt gelten. Auch in der bisher geltenden Regelung des § 6 ProkuratursG war vorgesehen, dass im Fall eines Interessenskonfliktes **beide** davon betroffenen Parteien nicht vertreten werden dürfen. Diese Regelungen sollten ebenso auch im Bereich der Meditation oder der Erstattung von Schiedsgutachten gelten.

Aus all diesen (vor allem verfassungs-, wettbewerbs- und beihilfenrechtlichen) Gründen spricht sich der Österreichische Rechtsanwaltskammertag daher entschieden gegen die geplante Ausweitung des Tätigkeitsbereiches der Finanzprokuratur aus.

Wien, am 2. April 2008

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident