

**2804/AB XXI.GP****Eingelangt am: 19.11.2001****BUNDESMINISTERIUM für  
WIRTSCHAFT und ARBEIT**

In Beantwortung der schriftlichen parlamentarischen Anfrage Nr. 2835/J betreffend geplante legisistische Maßnahmen hinsichtlich AMS Beantwortung, welche die Abgeordneten Heidrun Silhavy und Genossen am 26. September 2001 an mich richteten, stelle ich fest:

**Antwort zu Punkt 1 der Anfrage:**

Ich darf auf die Beilage verweisen.

**Antwort zu Punkt 2 der Anfrage:**

Im VA-Ansatz 1/63518 (Budget 2001).

**Antwort zu Punkt 3 der Anfrage:**

Im Rahmen des ökonomischen Bewertungsverfahrens wurden die Wirtschaftsforschungsinstitute Wifo und IHS beauftragt.

Die Kosten betragen inkl. MWSt S 666.400,00, die Bedeckung erfolgt bei VA-Ansatz 1/63518.

**Antwort zu Punkt 4 der Anfrage:**

Die Umrechnung der makroökonomischen Parameter in Gebarungsprognosen wurde von Experten meines Ressorts erarbeitet. Die vorliegenden Rohprognosen für die Gebarung Arbeitsmarktpolitik werden nunmehr in einem zweiten Schritt mit Experten des Arbeitsmarktservice Österreich, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatungsexperten im Detail diskutiert und abgestimmt.

10.4.2001

Sm-Sz/Ks BMWA/06003

**Rechtsgutachten**

**betreffend die rechtlichen Rahmenbedingungen  
für eine Ausgliederung des  
Arbeitsmarktservice Österreich**

**erstellt von**

**Christian Schmelz / Walter Schwartz**

WIEN: TUCHLAUBEN 13 (EINGANG KLEEBLATTG. 4) . A - 1014 WIEN . TEL (+43 1) 534 37 - 0 • FAX (+43 1) 533 25 21  
GRAZ: MARBURGER KAI 47 • A - 8010 GRAZ • TEL (+43 316) 833 77 7 - 0 • FAX (+43 316) 833 77 7 - 33  
BRÜSSEL: AVENUE DE CORTENBERG 52 • B - 1000 BRÜSSEL • TEL (+32 2) 743 40 40 • FAX (+32 2) 743 40 49  
BUKAREST: STRADA SF SPIRIDON 12/A/III/8 « RO-70231 BUKAREST • TEL (+40 1) 310 15 33 • FAX (+40 1) 211 10 27

E-MAIL: SCHOENHERR@SCHOENHERR.AT • ONLINE: WWW.SCHOENHERR.AT • UID ATU10453203 • DVR 0157139

## INHALTSVERZEICHNIS

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. SACHVERHALT.....</b>   | <b>4</b>  |
| <b>II. FRAGESTELLUNG UND GLIEDERUNG.....</b>   | <b>4</b>  |
| <b>III. RECHTLICHE BEURTEILUNG.....</b>  | <b>6</b>  |
| <b>A. Allgemeiner Teil.....</b>  | <b>6</b>  |
| 1. Einleitung.....   | 6         |
| 2. Kompetenzverteilung.....  | 8         |
| 3. Gleichheitsgrundsatz.....   | 8         |
| 4. Effizienzgrundsatz.....   | 9         |
| 5. Ausgliederung bloß vereinzelter Aufgaben.....   | 10        |
| a. Allgemeines.....  | 10        |
| b. Genuine Staatsaufgaben.....   | 11        |
| c. Aufgabenbereich nach der einfachgesetzlichen Rechtslage.....                          | 12        |
| d. Art der zu besorgenden Angelegenheit.....   | 14        |
| 6. Leitungsbefugnis.....   | 15        |
| 7. Sonderfragen.....   | 16        |
| <u>ad Pkt 4.4.:</u> Ausgestaltung des Rechtszuges:.....                                  | 16        |
| <u>ad Pkt 5.2.:</u> Gestaltung der Art und des Umfanges des Aufsichtsrechtes des Bundes- |           |
| minister über die GmbH im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung:.....                  | 22        |
| <b>B. BESONDERER TEIL.....</b>   | <b>22</b> |
| 1. Allgemeines .....   | 22        |
| 2. Grundkonzept der Umwandlung des AMS in eine GmbH.....                                 | 23        |
| <u>ad Pkt 2.1.:</u> Vereinbarkeit des GmbH-Konzepts mit der derzeitigen föderalen Struk- |           |
| tur des AMS: .....   | 23        |
| <u>ad Pkt 2.2.:</u> Vereinbarkeit von Dirimierungsrechten und Abstimmungserforder-       |           |
| nissen mit dem GmbH-Recht:.....  | 26        |
| <u>ad Pkt 2.3.:</u> Einbindung der Sozialpartner: .....                                  | 26        |
| <u>ad Pkt 2.5.:</u> Wahrnehmung der Eigentümerrechte:.....                               | 27        |
| <u>ad Pkt 2.6.:</u> Erarbeitung von Alternativszenarien:.....                            | 28        |
| <u>ad Pkt 2.7.:</u> Vereinbarkeit des GmbH-Konzeptes mit dem ILO-Überein-                |           |
| kommen:.....   | 29        |
| 3. Gebarungsrecht.....   | 31        |
| <u>ad Pkt 3.2.:</u> Analyse der bisherigen Ausgliederungen und Umwandlungen von Auf-     |           |
| gabenbereichen in GmbHs:.....  | 31        |
| <u>ad Pkt 3.3.:</u> Vorschußweise Bestreitung der Ausgaben durch den Bund:.....          | 37        |

ad Pkt 3.4.:            Übertragung der Beitragsfestsetzung an die GmbH: .....42

4. Sonstige Fragen:.....46

ad Pkt 6.1.:            Prüfung durch Rechnungshof und Volksanwaltschaft:.....46

ad Pkt 6.2.:            Beratung und Vertretung durch die Finanzprokurator:..... ^?

ad Pkt 6.3.:            Datenverarbeitung und Datenzugriff:.....47

ad Pkt 6.4.:            Verschwiegenheitspflicht:..... 49

ad Pkt 6.5.:            Haftung des Bundes für schuldhaft zugefügte Schäden mit Rücker-  
satzanspruch gegenüber den Organen und Arbeitnehmern:..... 50

**VERZEICHNIS****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITE**

N**REF****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPER**  
**LINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEIT**  
**EN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF****H**  
**YPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF****HYPERLINKSEITEN****REF**

## I. SACHVERHALT

Das Arbeitsmarktservice Austria (in der Folge kurz: AMS) ist derzeit als "Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit" eingerichtet (vgl § I Abs I zweiter Satz des "Bundesgesetzes über das Arbeitsmarktservice", BGB1 313/1994 idF BGB1 I 15/2000; in der Folge kurz: AMSG). Es gliedert sich in eine Bundesorganisation ("Arbeitsmarktservice Österreich"), neun Landesorganisationen (zB "Arbeitsmarktservice Niederösterreich") und - innerhalb dieser Landesorganisationen - in weitere regionale Organisationen (zB "Arbeitsmarktservice Horn"; vgl § I Abs 2 AMSG). Die damit gesetzlich vorgesehene Organisation weist einen besonders hohen Grad an Dezentralisation auf.

Aufgabe des AMS ist "die Durchführung der Arbeitsmarktpolitik des Bundes" (§ I Abs 1 AMSG). Dabei obliegen der Bundesorganisation grundsätzlich alle Angelegenheiten, die über den Bereich eines Bundeslandes hinausgehen oder für die eine einheitliche gesamtösterreichische Vorgangsweise erforderlich ist (§ 4 Abs I AMSG); dem AMSG lassen sich im einzelnen detaillierte Aufgabenkataloge entnehmen (vgl zB §§ 4 Abs 2, 29 Abs I und Abs 2, 32 Abs 2, 33 etc AMSG). Die Aufgabenbesorgung findet entweder behördlich oder privatrechtsförmig statt (§§ 58 f AMSG). Zusätzliche Aufgaben finden sich zB im ArbeitskräfteüberlassungsG, im ArbeitsmarktförderungsG und im AusländerbeschäftigungsG.

## II. FRAGESTELLUNG UND GLIEDERUNG

Entsprechend den Vorgaben des Regierungsprogramms ist beabsichtigt, das AMS in der Rechtsform einer GmbH zu organisieren. Dabei steht auch eine grundsätzliche Neustrukturierung der übertragenen Aufgaben (welche Aufgaben *müssen* hoheitlich, welche *können* privatrechtsförmig vollzogen werden) bzw die Übertragung lediglich der privatrechtsförmig zu vollziehenden Aufgaben auf die neuzugründende GmbH in Diskussion. Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtungen ist jedoch zunächst das AMS mit seinen derzeit bestehenden

Aufgabenbereichen und die Annahme, diese Aufgabenbereiche unverändert durch eine GmbH besorgen zu lassen. Ausgehend von diesen Prämissen stellen sich Verfassungs-, gesellschafts- und beitragsrechtliche Fragen:

1. **Verfassungsrecht:** In welcher Form ist eine Übertragung aller derzeitigen Aufgaben des AMS auf eine GmbH verfassungsrechtlich zulässig?
2. **Gesellschaftsrecht:** Lässt sich die derzeitige Organisationsstruktur des AMS im Falle der Aufgabenübertragung auf eine GmbH beibehalten? Ist eine solche Beibehaltung gesellschaftsrechtlich sinnvoll? (Wenn nein: Wie sehen sinnvolle Alternativvarianten aus?)
3. **Beitragsrecht:** Wer trägt den Aufwand für die Besorgung der Aufgaben des AMS; lässt sich auch dieser "ausgliedern"?

Innerhalb dieser Frageblöcke stellen sich im einzelnen zahlreiche zusätzliche Fragen. Diese wurden seitens des beauftragenden Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit (in der Folge kurz: BMWA) in der Anlage 2 "Inhalt eines Gutachtens über die rechtlichen Probleme der Umwandlung des Arbeitsmarktservice (AMS) in eine GmbH" zum - diesem Rechtsgutachten zugrundeliegenden - Werkvertrag detailliert ausgearbeitet und geben den Rahmen für die nachstehenden Ausführungen vor; zusätzliche Fragestellungen sind während der Phase der Gutachtenserstellung gemeinsam mit der "Projektgruppe AMS" erarbeitet worden.

Die Teile "2. Grundkonzept der Umwandlung des AMS in eine GmbH", "3. Gebarungsrecht" und "6. Sonstige Fragen" dieser Anlage 2 zum Werkvertrag werden im Kapitel "B. Besonderer Teil" dieses Gutachtens behandelt; dabei folgt das Rechtsgutachten aus Praktikabilitätsgründen den in der Anlage gebrauchten Numerierungen und Markierungen. Die Teile "4. Die Hoheitsverwaltung im Rahmen der GmbH" und "5. Aufsicht und Weisungszusammenhang" werden hingegen gemeinsam behandelt und in einem Kapitel "A. Allgemeiner Teil" dieses Gutachtens summarisch vorangestellt. Dies zum einen deshalb, weil sich diese beiden Bereiche dogmatisch nicht genau genug voneinander trennen lassen, sondern sich gegenseitig bedingen. Zum anderen erscheint es zweckmäßig, zuerst die

verfassungsrechtlichen Grenzen einer zulässigen Ausgliederung auszuloten, bevor man die - daran anknüpfenden - Detailfragen im einzelnen behandelt.

### III. RECHTLICHE BEURTEILUNG

#### A. Allgemeiner Teil

##### 1. Einleitung

Die Ausgliederung staatlicher Aufgaben ist durchaus kein Phänomen der letzten zehn Jahre. Bereits seit den 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts werden Aufgaben zB im Bereich der Straßenbaufinanzierung, der Förderungsverwaltung oder der Daseinsvorsorge durch ausgegliederte Rechtsträger besorgt (vgl zB *Winner*, Öffentlich-rechtliche Anforderungen und gesellschaftsrechtliche Probleme bei Ausgliederungen, ZfV 1998, 104). Dabei fällt auf, daß die Begriffe der "Ausgliederung" bzw "Privatisierung" sowohl in der umgangssprachlichen als auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion meist ohne nähere Differenzierung verwendet werden. Tatsächlich lassen sich jedoch zwei verschiedene Formen der Ausgliederung unterscheiden:

- Zum einen die Ausgliederung durch Übertragung hoheitlicher Aufgaben von einer (Verwaltungs-)Behörde an einen privaten Rechtsträger (Organisationsprivatisierung). Hier wird - pointiert gesprochen - die Organisation, nicht aber die Aufgabe selbst privatisiert; private Rechtsträger werden hoheitlich tätig ("Beleihung"). Während *Walter Antonioli* in seinem 1954 erschienenen Werk "Allgemeines Verwaltungsrecht" solche Beleihungen noch als "äußerst seltene Art der Dezentralisation" qualifizieren konnte, sind in der jüngeren Vergangenheit immer mehr staatliche Aufgaben auf diese Art und Weise ausgegliedert worden (vgl zB Flugsicherung, Börsehandel, Bundestheaterverwaltung, Telekom-Regulierung, Umwelt-Bundesamt etc).
- Zum anderen die Ausgliederung durch Umwandlung bisher hoheitlich vollzogener Aufgaben in privatrechtsförmig zu vollziehende Aufgaben



(Aufgabenprivatisierung). Hier wird jedenfalls die Aufgabe, zumeist jedoch auch die mit der Aufgabenbesorgung betraute Organisation privatisiert.

Eine mögliche Problematik jeder Ausgliederung besteht darin, daß sie notwendigerweise zu einer Lockerung der verfassungsrechtliche vorgegebenen Beziehungen des ausgegliederten Rechtsträgers zu den demokratisch legitimierten obersten Staatsorganen führt. So beendet eine Ausgliederung regelmäßig die Möglichkeit, Weisungen im Sinne des Art 20 Abs 1 B-VG zu erteilen und schwächt - je nach gewählter Rechtsform der Ausgliederung - die Kontrollmöglichkeiten durch das Parlament und die anderen verfassungsrechtlichen Kontrollorgane; lediglich die Rechnungshofkontrolle bleibt bestehen (vgl *Isensee*, Diskussionsbeitrag zum Thema Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 [1995] 303; *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 47).

Der Verfassungsgerichtshof hat nun in mehreren Entscheidungen jene Grenzen aufgezeigt, innerhalb derer eine Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben noch zulässig ist. Zwar hat er in VfSlg 1455 grundsätzlich ausgesprochen, daß es "sowohl mit Art 20 als auch mit Art 77 B-VG durchaus vereinbar [erscheint], daß auch private physische oder juristische Personen durch Gesetz zur Besorgung von öffentlichen Angelegenheiten berufen und dadurch in die öffentliche Verwaltung eingegliedert werden" und hat diese Ansicht in der Folge auch mehrfach bekräftigt (so etwa im Jahre 1960, als er aussprach, es müsse "angenommen werden, daß der Bundes-Verfassungsgesetzgeber es stillschweigend als verfassungsrechtlich zulässig ansah, für vereinzelte Aufgaben Organe von Nicht-Gebietskörperschaften mit der Vollzugsgewalt des Bundes oder eines Landes auszustatten"; vgl VfSlg 3685 und insb auch VfSlg 14.473); dies sei aber stets nur hinsichtlich "vereinzelter Aufgaben" möglich.

Die damit höchstgerichtlich vorgegebenen Grenzen sind diffus. Gerade die jüngere Literatur hat daher immer wieder versucht, die Anforderungen für verfassungsrechtlich zulässige Privatisierungen präziser herauszuarbeiten. Die solcherart von Judikatur und rechtswissenschaftlicher Literatur aufgezeigten Grenzen sollen im folgenden näher dargestellt werden.

## 2. Kompetenzverteilung

Jedes Ausgliederungsgesetz braucht (wie jedes andere Gesetz auch) eine entsprechende kompetenzrechtliche Grundlage. Ein Ausgliederungsgesetz braucht man immer dann, wenn man - wie im vorliegenden Fall - nicht bloß einer bestehenden Assoziation Aufgaben überträgt, die zuvor ohne besondere gesetzliche Regelung vom Staat selbst wahrgenommen wurden oder wenn man zu diesem Zweck eine Kapitalgesellschaft oder einen Verein neu gründet (vgl *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung [1993] 59).

Die allgemeine Kompetenzverteilung der Art 10 bis 12 und des Art 15 B-VG ermächtigt nicht nur zur gesetzlichen Regelung der *hoheitlichen* Vollziehung, sondern auch zur Regelung der entsprechenden *privatwirtschaftlichen* Aktivitäten der Verwaltung (so schon *Winkler*, Der Apotheker und sein Verkaufsrecht [1971] 11). Der Gesetzgeber, der nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zur Regelung der hoheitlichen Besorgung der Arbeitsmarktverwaltung zuständig ist, darf daher auch die privatrechtsförmige Besorgung dieser Angelegenheiten regeln.

Die Kompetenz zur Regelung des AMS richtet sich nun insb nach Art 10 Abs I Z 11 B-VG, wonach der Bund zur Gesetzgebung und Vollziehung der Bereiche "Arbeitsrecht; Sozialversicherungswesen" zuständig ist. Somit ist der Bundesgesetzgeber kompetenzrechtlich zuständig, die bisher vom AMS besorgten Angelegenheiten zu privatisieren; er kann sie durch Bundesgesetz in einen Rechtsträger des Privatrechts auslagern bzw hoheitliche Aufgaben in privatrechtsförmig zu vollziehende Aufgaben transformieren; kompetenzrechtliche Bedenken bestehen dagegen nicht.

## 3. Gleichheitsgrundsatz

Wie jeder Akt der Gesetzgebung muß auch die gesetzliche Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben an Rechtsträger des Privatrechts dem - aus dem Gleichheitsgrundsatz erfließenden - allgemeinen Sachlichkeitsgebot entsprechen

(vgl zB VfGH 2.3.2000, B 1383/98). In der Literatur wird dazu die Ansicht vertreten, daß die Ausgliederung einer bestimmten Aufgabe etwa dann verfassungswidrig wäre, wenn die Besorgung anderer vergleichbarer Aufgaben in überwiegendem Ausmaß nicht ausgegliedert erfolgt und die Sonderbehandlung auch nicht sachlich gerechtfertigt ist (vgl *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 48). *Heinz-Peter Rill* hat zB die - ausnehmend streng anmutende - Ansicht vertreten, daß der Gesetzgeber durch die Bundesverfassung dazu angehalten sei, bestimmte Sachgründe für eine Ausgliederung anzugeben; nur dies ermögliche es nämlich dem Verfassungsgerichtshof, die Verfassungskonformität einer Privatisierung zu überprüfen (*Rill*, Grenzen der Ausgliederung behördlicher Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung, ÖBA 1996, 754).

Der Verfassungsgerichtshof vertritt demgegenüber einen eher großzügigen Maßstab und zieht sich - recht betrachtet - auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle zurück. Die Tatsachenfeststellungen und Folgeeinschätzungen des jeweiligen Gesetzgebers, welche die Zielsetzungen des zu prüfenden Gesetzes decken, werden regelmäßig dann als rechtfertigend angesehen, wenn nur *irgendein* vernünftiger Grund für diese Einschätzungen ersichtlich ist. Bezeichnenderweise führt der Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofs *Karl Korinek* in diesem Zusammenhang aus, daß es "Sache des Gesetzgebers (und nicht des nachprüfenden VfGH) [ist], zu entscheiden, welche die besseren Gründe sind" (vgl *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 49). Vor diesem Hintergrund ist es nicht unvertretbar, daß der Bundesgesetzgeber die Aufgaben der Arbeitsmarktverwaltung an einen privaten Rechtsträger auslagert bzw privatrechtsförmig besorgen läßt. Die Ausgliederung des AMS ist daher von ihrem Grundsatz her nicht unsachlich.

#### 4. Effizienzgrundsatz

Die Bundesverfassung enthält an mehreren Stellen Aussagen darüber, daß die Gebarung der Gebietskörperschaften den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu entsprechen hat (vgl Art 15a Abs I, Art 126b Abs 5, Art 127 Abs I und Art 127a Abs I B-VG). Die hL sieht in diesen

Bestimmungen einen "verfassungsrechtlichen Auftrag zur Optimierung der Effizienz der Gebarung" (*Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> [1987] 135). Aus diesem Grund sei der Gesetzgeber bei Ausgliederungen dazu verpflichtet, die möglichen Alternativen zur Privatisierung (zB staatliche Eigenverwaltung) und deren komparative Kosten sowohl in betrieblicher als auch in gesamtwirtschaftlicher Relation darzustellen (*Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht II [1998] 143).

Demgegenüber qualifiziert der Verfassungsgerichtshof die genannten Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit bloß als grobe Leitlinien für den Gesetzgeber, die keineswegs den Nachweis eines komparativen Ausgliederungsnutzens verlangen, sondern nur eine *evident ineffiziente* Verwendung öffentlicher Mittel verbieten. Der Verfassungsgerichtshof wird daher ein Ausgliederungsgesetz nur dann als dem Effizienzgebot widersprechend aufheben, wenn es ihm absolut unvertretbar erscheint, die darin getroffenen Maßnahmen als wirtschaftlich, sparsam und zweckmäßig zu bewerten. Auch hier kommt daher dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Einschätzungs- und Prognosespielraum zu, wobei die Ausgliederungsvariante insb auch teurer als die Besorgung dieser Aufgaben im Rahmen der Hoheitsverwaltung sein kann; solange er sich innerhalb dieses Spielraums bewegt, ist eine Ausgliederung in Hinblick auf das verfassungsrechtliche Effizienzgebot als verfassungskonform zu beurteilen. Da im gegenständlichen Fall übereinstimmend davon ausgegangen wird, daß mit der Privatisierung der Arbeitsmarktverwaltung Einsparungspotentiale verwirklicht werden können, bestehen gegen die Privatisierung des AMS daher in Hinblick auf das verfassungsrechtliche Effizienzgebot keine Bedenken.

## 5. Ausgliederung bloß einzelner Aufgaben

### a. Allgemeines

Art 77 Abs I B-VG normiert, daß zur Besorgung der Geschäfte der Bundesverwaltung die Bundesministerien berufen sind. Art 77 Abs 3 B-VG sieht vor, daß die Bundesminister mit der Leitung der Bundesministerien betraut sind. Wie der Verfassungsgerichtshof bereits in VfSlg 4117 ausgesprochen hat, haben

sich die Bundesminister bei der Erfüllung ihrer Aufgaben eben der Bundesministerien als ihrer Dienststellen zu bedienen; nur "vereinzelte Aufgaben" dürfen ausgelagert und - zB im Wege der Beleihung - auf private Rechtsträger übertragen werden. Fraglich ist, wo die diesbezügliche Grenze zu ziehen ist. Mit anderen Worten: Wann werden bei einer Privatisierung bloß *vereinzelte* Aufgaben, wann ganze Aufgabenbereiche übertragen?

Anzumerken ist, daß die nachstehend genannten Ausgliederungserfordernisse (mit Ausnahme der genuinen Staatsaufgaben, die ein absolutes Ausgliederungshindernis darstellen) weder kumulativ noch alternativ zu verstehen sind. Die hL sieht in ihnen vielmehr eine Art bewegliches System: Ist ein Kriterium schwächer ausgebildet oder fehlt es ganz, so ist das Vorhandensein der anderen Kriterien umso strenger zu prüfen. Umgekehrt bedeutet dies aber, daß selbst bei Vorliegen von Gründen, die nach der verfassungsgerichtlichen Judikatur die Unzulässigkeit einer Ausgliederung indizieren, die diesbezüglich entstehenden Bedenken durch Vermeidung zusätzlicher Ausgliederungshemmnisse abgeschwächt werden können, um die vom Verfassungsgerichtshof vorgenommene Gesamtbetrachtung argumentativ zu beeinflussen.

#### b. Genuine Staatsaufgaben

Im "Austro Control-Erkenntnis" (VfSlg 14.473) hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, daß bestimmte Staatsaufgaben überhaupt nicht ausgliedert werden können. Als solchen "ausgliederungsfesten Kernbestand" hat der Verfassungsgerichtshof ausdrücklich "die Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen und die Ausübung der (Verwaltungs-)Strafgewalt" angesehen.

Nun könnte man behaupten, daß der Tatbestand der "Vorsorge für die Sicherheit im Inneren" auch die Aufrechterhaltung des sozialen Friedens - und mithin: die Vorsorge für eine funktionierende Arbeitsmarktverwaltung - beinhaltet. Diese Ansicht ist unseres Erachtens jedoch verfehlt: Die verwendete Formulierung deutet auf typische Agenden der allgemeinen Sicherheitspolizei ("Aufrechterhaltung der Ruhe, Ordnung und Sicherheit") hin, nicht aber auf den

Bereich des sozialen Friedens. Auch wäre - in diesem weiten Sinn verstanden - jede Aufgabe des Kompetenzkatalogs Teil der Vorsorge für die Sicherheit im Inneren (und mithin: ausgliederungsfest). Es ist klar ersichtlich, daß der Verfassungsgerichtshof in seinem "Austro Control-Erkenntnis" ein derart weites Verständnis nicht intendiert hat. Daneben ist auch gar nicht gesagt, daß mit einer Privatisierung der Arbeitsmarktverwaltung eine Verschlechterung der Situation einhergehen muß; schließlich ist - wie bei den meisten Ausgliederungsbestrebungen - genau das Gegenteil beabsichtigt. Es ist daher durchaus damit zu rechnen, daß die in Rede stehenden Privatisierungsbemühungen zu einer effizienteren Arbeitsmarktverwaltung und sohin tatsächlich zu *mehr* sozialem Frieden führen.

Gleiches gilt für die Maßnahmen, die vom AMS bei der Vollziehung des AusländerbeschäftigungsG wahrgenommen werden. Auch hier könnte man argumentieren, daß die Reglementierung und Überwachung der Ausländerbeschäftigung Teil der genuinen Staatsaufgabe "Vorsorge für die Sicherheit im Inneren" ist. Wir halten - wie bereits erwähnt - diese weite Sicht der Dinge, die jeden Kompetenztatbestand der Bundesverfassung zum Teil der allgemeinen Sicherheitspolizei macht für verfehlt. Richtigerweise betrifft daher der Vollzug des AusländerbeschäftigungsG solange keinen genuin ausgliederungsfesten Tatbestand, solange nicht Verwaltungsstrafkompetenzen betroffen sind.

#### c. Aufgabenbereich nach der einfachgesetzlichen Rechtslage

Der Verfassungsgerichtshof hat das Erfordernis der Übertragung bloß "einzelner Aufgaben" auf die Austro Control GmbH deshalb als erfüllt angesehen, weil "bloß ein Teil der Vollziehung des Luftfahrtgesetzes übertragen wurde" und überdies "[a]uch in diesem Bereich ... viele Vollzugskompetenzen ... beim zuständigen Bundesminister [verbleiben]" (VfSlg 14.473). Er hat somit scheinbar auf die im Ausgliederungszeitpunkt geltende Rechtslage abgestellt und geprüft, ob im Falle des Bestehens einer Kodifikation alle darin normierten Aufgaben ausgegliedert werden.

Vor dem Hintergrund dieser Judikatur könnte nun gegen die Ausgliederung des AMS ins Treffen geführt werden, daß nicht nur *alle* im AMSG enthaltenen Aufgaben, sondern auch *alle* dem AMS *darüber hinaus* nebengesetzlich übertragenen Aufgaben (zB A1VG, SUG, AusländerbeschäftigungsG) Gegenstand der Privatisierung sein sollen. Es werden daher nicht nur alle Aufgaben *eines* Gesetzes, sondern alle Aufgaben *mehrerer* Gesetze ausgegliedert.

Dieser Einwand ist unseres Erachtens verfehlt. Bei sachgerechter Betrachtung kann es nämlich nur auf die verfassungsrechtliche *Qualität*, nicht aber auf die einfachgesetzliche *Quantität* der auszugliedernden Aufgaben ankommen. Die Privatisierung einer Aufgabe kann nicht allein deshalb verfassungsrechtlich unzulässig sein, weil es sich dabei zB um die *einzig*e Aufgabe eines Gesetzes handelt. Richtigerweise wird man vielmehr - so müßte argumentiert werden - auf den Umfang des zugrundeliegenden Kompetenztatbestands abstellen müssen. Nur weil die Aufgaben des Kompetenztatbestands "Luftfahrt" (Art 10 Abs I Z 9 B-VG) nahezu zur Gänze im LFG geregelt waren, hat der Verfassungsgerichtshof im erwähnten Austro Control-Erkenntnis auf die Übertragung aller oder nur bestimmter Aufgaben des LFG abgestellt. Im gegenständlichen Fall ist der Kompetenztatbestand des Art 10 Abs I Z 11 B-VG "Arbeitsrecht; Sozialversicherungswesen" demgegenüber ein ungleich umfangreicherer, der in einer Vielzahl von Bundesgesetzen geregelt ist. Vor diesem Hintergrund erscheint die Ausgliederung bloß der im AMSG, A1VG und SUG normierten Aufgaben (wohingegen der gesamte Bereich zB des materiellen und prozeduralen Arbeitsrechts in der Hoheitsverwaltung verbleibt) verfassungskonform.

Ähnlich hat auch *Karl Korinek* für die Frage, was einen gesamten Verwaltungsbereich im Gegensatz zu bloß vereinzelt Aufgaben ausmacht, auf die bundesstaatliche Kompetenzverteilung - genauer: der vom Verfassungsgesetzgeber gewählten Umschreibung des jeweiligen Kompetenztatbestands - abgestellt. Demnach sei das Kriterium der "vereinzelt Aufgaben" zunächst unter Rückgriff auf die kompetenzrechtliche Umschreibung des Aufgabenbereichs näher zu bestimmen: Ordnet der Verfassungsgesetzgeber eine bestimmte Verwaltungsmaterie kompetenzrechtlich in bestimmter Weise zu,

so spricht dies dafür, sie als eigenständigen Aufgabenbereich anzusehen, der nur hinsichtlich einzelner Aufgaben, nicht aber zur Gänze ausgegliedert werden darf (vgl. *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 51). Im gegenständlichen Fall müßte man daher argumentieren, daß die neu zu gründende GmbH nicht mit dem *gesamten* Kompetenztatbestand "Arbeitsrecht" bzw. "Sozialversicherungswesen" betraut ist, was für die Zulässigkeit der in Rede stehenden Ausgliederung spricht.

#### d. Art der zu besorgenden Angelegenheit

Weiters ist danach zu differenzieren, welcher Art die zu besorgende öffentliche Angelegenheit ist. Die engsten Grenzen sind dem Ausgliederungsgesetzgeber dort gesteckt, wo es um Fälle der *Beleihung* geht, wo also die Übertragung von Hoheitsgewalt an einen ausgegliederten Rechtsträger beabsichtigt ist (zB *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht II [1998] 96; *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 51). Vor diesem Hintergrund könnte gegen die in Rede stehende Ausgliederungsabsicht nun eingewendet werden, daß hier in weiten Teilen hoheitliches Handeln ohne Aufgabenprivatisierung ausgegliedert werden soll.

Freilich: In Lehre und Rechtsprechung ist unumstritten, daß Beleihungen vom Bauplan der Bundesverfassung vorgesehen und daher grundsätzlich zulässig sind; die diesbezüglichen Grenzen sind vom Verfassungsgerichtshof bislang nicht explizit aufgezeigt worden. Im gegenständlichen Fall wäre zu bedenken, daß die Arbeitsmarktverwaltung selbst zu einem Zeitpunkt, als sie in Form der Arbeitsämter noch streng in die ministerielle Verwaltungshierarchie eingebunden war, bereits verschiedene Aufgaben in den Formen des Privatrechts vollzogen hat. Mit der "ersten Ausgliederung" aus dieser traditionellen Bundesverwaltung in das AMS als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist es zu einer zusätzlichen "Verdünnung" des hoheitlichen Zusammenhangs gekommen. Vor diesem Hintergrund ist die jetzt in Rede stehende Ausgliederung eine bloße Fortführung dieses Wegs. Mehr noch: Nur dort, wo es - so müßte argumentiert werden - im Dienste der Sache aus Gründen des Rechtsschutzes *unvermeidlich* ist, kommt es zu punktuellen Beleihungen eines Privatrechtsträgers mit hoheitlichen



Befugnissen. So gewendet erscheint die vorliegend geplante Herstellung punktueller Beleihungsverhältnisse in Hinblick auf das Rechtsschutzprinzip sogar verfassungsrechtlich geboten.

### 6. Leitungsbefugnis

Die Beeinträchtigung der Leitungsbefugnis der obersten Organe darf aus verfassungsstrukturellen Gründen nicht so weit hingenommen werden, daß der Legitimationszusammenhang zum Parlament und dessen Kontrollbefugnisse in einem Maß eingeschränkt werden, welches das Prinzip der demokratisch-parlamentarischen Legitimation der gesamten öffentlichen Verwaltung verletzt. Dabei spielt es nach hL und Judikatur eine Rolle, ob die Aufgabenbesorgung unter Einsatz von Hoheitsgewalt oder bloß privatrechtsförmig erfolgt: Für die Setzung von Hoheitsakten ist eine direkte Weisungsbindung im verfassungsrechtlichen Sinne notwendig; sofern der geplante Privatrechtsträger "AMS Österreich GmbH" daher mit imperium tätig werden soll, muß eine dem Art 20 Abs I B-VG genügende Leitungsbefugnis der obersten Organen vorgesehen werden (VfSlg 14.473; so schon *Merkl*, Die Finanzdiktatur der Nationalbank, JB1 1932, 187). Sofern jedoch lediglich eine privatrechtsförmige "Verwaltung" der Agenden des AMS beabsichtigt ist, läßt VfSlg 14.473 eine Leitungsbefugnis auch mit den Instrumenten des Gesellschaftsrechts zu. Diese wäre dann gegeben, wenn für die Ausgliederung die Rechtsform einer GmbH gewählt und überdies vorgesehen wird, daß die Mehrheit der Gesellschaftsanteile beim Bund (vertreten durch den zuständigen Bundesminister) zu verbleiben hat. Angesichts des § 20 GmbHG ist so nämlich sichergestellt, daß auch die Gesellschafterrechte durch ein dem Nationalrat verantwortliches oberstes Organ wahrgenommen werden.

Für die Zulässigkeit der geplanten Ausgliederung in Hinblick auf die verfassungsrechtlich vorgegebene Leitungsbefugnis der obersten Organe ist daher von Bedeutung, welche Aufgaben der GmbH übertragen werden. Sofern auch hoheitlich zu vollziehende Aufgaben ausgegliedert werden, muß in diesen Bereichen eine Weisungsbindung an oberste Verwaltungsorgane vorgesehen werden.

## 7. Sonderfragen

### **ad Pkt 4.4.: Ausgestaltung des Rechtszuges:**

Derzeit entscheiden in erster Instanz die regionalen Geschäftsstellen des AMS (zum Teil nach Anhörung des Regionalbeirats). Die örtliche Zuständigkeit der regionalen Geschäftsstellen ist in der Sprengelverordnung geregelt; in zweiter Instanz entscheiden die Landesgeschäftsstellen entgeltig.

- Zuständigkeitsfestlegung: Bei der örtlichen Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde handelt es sich um die normative Beziehung einer bestimmten Rechtssache zu einem bestimmten Gebiet (vgl *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>7</sup> [1999] Rz90). Sie richtet sich nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, subsidiär nach § 3 AVG. Im gegenständlichen Fall betrifft die Frage der örtlichen Zuständigkeit zuvorderst all jene Aufgaben, die weiterhin behördlich zu vollziehen sind und bezüglich derer die AMS Österreich GmbH daher als Beliehener (Verwaltungsbehörde im funktionellen Sinn) tätig wird. Sie hat daher durch Gesetz zu erfolgen. Nur im Falle einer ausdrücklichen gesetzlichen Delegation darf die örtliche Zuständigkeit - zB im Wege einer Sprengelverordnung - von Verwaltungsbehörden im Verordnungsweg erfolgen. Sofern die Beibehaltung der derzeitigen Verwaltungspraxis gewünscht wird, muß daher das Ausgliederungsgesetz eine solche gesetzliche Grundlage vorsehen.
- Instanzenzug: Für den Bereich der Beleihung kann (bzw muß; vgl dazu weiter unten) auch im Falle der Schaffung einer AMS Österreich GmbH ein zweigliedriger Instanzenzug vorgesehen werden. Die konkrete Ausgestaltung hängt von der gewählten gesellschaftsrechtlichen Konstruktion ab:

**AMS Österreich GmbH / extramural:** Wird lediglich *eine* AMS Österreich GmbH vorgesehen und ist diese als juristische Person in ihrer Gesamtheit beliehen, so ist ein Instanzenzug nur extramural, dh von der GmbH an eine übergeordnete Stelle (BMWA, UVS, Senat) möglich. Instanzenzug - verstanden als Rechtsmittelzug - bedeutet nämlich eine

Entscheidungsbefugnis über ein eingebrachtes Rechtsmittel. Mit einer solchen Entscheidungsbefugnis ist aber notwendigerweise die Befugnis zu hoheitlichem Handeln verbunden; die Rechtsmittelentscheidung muß daher von einer *Behörde* getroffen werden. Ist die GmbH in ihrer Gesamtheit beliehen, so kann die Rechtsmittelentscheidung nur durch eine andere Behörde - zB durch den übergeordneten Bundesminister oder einen neu einzurichtenden Bundessenat - getroffen werden.

**AMS Österreich GmbH / intramural:** Ein mehrgliedriger Instanzenzug innerhalb einer AMS Österreich GmbH wäre dann möglich, wenn er sondergesetzlich vorgesehen wird. In diesem Fall wird nicht die GmbH als solches, sondern einzelne ihrer Organe mit Hoheitsgewalt beliehen - und sind staatsrechtlich daher als eigene Behörden zu qualifizieren. Unseres Erachtens wären solche Konstruktionen vom Blickwinkel des eingerichteten innergesellschaftlichen Instanzenzuges zulässig. Zwar war ein solcher Rechtszug von einer beliehenen Behörde an eine andere beliehene Behörde der österreichischen Rechtsordnung bislang fremd; mangels entgegenstehender Lehre und Judikatur ist eine solche Lösung aber - sofern sowohl Zuständigkeit als auch Rechtszug gesetzlich hinreichend genau determiniert sind - verfassungsrechtlich zulässig.

**AMS-Holding:** Schließlich könnte auch eine Holding-Konstruktion gewählt und ein Instanzenzug zwischen den einzelnen beliehenen GmbHs eingerichtet werden. In diesem Fall müßte gegen einen Bescheid der zB AMS Niederösterreich GmbH Berufung an die im Instanzenzug übergeordnete AMS Österreich GmbH erhoben werden.

•Civil right: Freilich könnten insofern andere verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden, als Art 6 MRK vorschreibt, daß über "zivilrechtliche Ansprüche" ein "Tribunal" zu entscheiden hat. Damit stellt sich die Frage, ob die dem AMS obliegenden Agenden der Arbeitsmarktverwaltung als Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche zu qualifizieren wären. Innerstaatlich kann dies ausgeschlossen werden: Der Verfassungsgerichtshof legt den Begriff der "civil rights" eng aus und verneint den zivilrechtlichen Charakter eines Anspruchs insb dann, wenn dieser "nach Österreichischer Rechtstradition im öffentlichen Recht wurzelt" (VfSlg 12.384, 13.081, 13.130, 13.984); dies ist bei der Arbeitsmarktverwaltung der Fall. Auf der Ebene der Straßburger Instanzen ist

der EGMR hingegen in vergleichbaren Fällen vom Vorliegen eines "civil rights" ausgegangen und hat dies damit begründet, daß sozialversicherungsrechtliche Ansprüche "sowohl Eigenheiten des öffentlichen als auch des zivilen Rechts aufweisen und daß letztere überwiegen" (vgl *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> [1996] Anm 23 zu Art 6 MRK). Als zivilrechtliche Ansprüche wurden qualifiziert: Anspruch auf Sozialhilfe (EGMR 24.6.1993 Schuler-Zraggen, ÖJZ 1994, 138), Recht auf Ruhegenuß (EGMR 26.11.1992 Francesco Lombardo, ÖJZ 1993, 317), Streitigkeiten über Sozialversicherungsbeiträge (EGMR 9.12.1994 Scheuten und Meldrum, ÖJZ 1995, 395), Anspruch auf Krankengeld (EGMR 29.5.1986 Deumeland, EuGRZ 1988, 20), Anspruch auf Hinterbliebenenrente (EGMR 29.5.1986 Feldbrugge, EuGRZ 1988, 14).

Angesichts dieser Judikatur besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß der EGMR zB des Anspruch auf Arbeitslosengeld als "civil right" im Sinne des Art 6 MRK qualifizieren würde. Daraus folgt aber, daß über einen solchen Anspruch spätestens in zweiter Instanz ein "Tribunal" entscheiden muß. Somit bestehen verfassungsrechtliche Bedenken, gegen Bescheide der AMS Österreich GmbH lediglich einen Rechtszug an den BMWA bzw die Höchstgerichte des öffentlichen Rechts zuzulassen.

Freilich Es muß ganz klar gesagt werden, daß die hier angesprochene Problematik keine ist, die sich aus der aktuell diskutierten Ausgliederung des AMS ergibt, sondern bereits derzeit besteht. Auch heute schon erfolgt der Vollzug der AMS-Kompetenzen insofern in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise, als keine Tribunale tätig werden. Es sollte daher überlegt werden, diese - insb im Lichte der jüngsten EGMR-Judikatur immer schärfer zu Tage tretende - Problematik dadurch zu entschärfen, daß man anläßlich der Ausgliederung eine Behörde zur Entscheidung über Berufungen vorsieht, welche die Tribunalqualitäten erfüllt.

•Tribunal: Dazu wäre erforderlich, daß die Behörde auf Gesetz beruht, worunter generell-abstrakte Normen zu verstehen sind, die allgemein zugänglich und ausreichend bestimmt sind (vgl *Matscher*, Der Gesetzesbegriff der EMRK, in: FS Loebenstein [1991] 105); diesem Erfordernis genügt eine

Kompetenzzuweisung im Ausgliederungsgesetz. Weiters ist gefordert, daß die betreffende Behörde unabhängig und unparteilich ist. Ersteres meint Unabhängigkeit von der Exekutive und den Verfahrensparteien, letzteres objektive und subjektive Unvoreingenommenheit, Die diesbezügliche Prüfung durch den EGMR erfolgt sehr kasuistisch; die Tribunalqualität von Art 133 Z 4-Behörden wird zumeist bejaht. Schließlich ist gefordert, daß die Unabhängigkeit der Mitglieder des Tribunals durch eine gesetzlich geregelte längere Bestelldauer gesichert ist; der Verfassungsgerichtshof hat eine Bestelldauer von 3 Jahren als ausreichend angesehen. Ist eine vorzeitige Absetzung vorgesehen, so muß diese so geregelt werden, daß keine Abhängigkeit zu gerichtsfremden Organen besteht.

Den genannten Erfordernissen könnte nun mit folgenden Konstruktionen Rechnung getragen werden:

**Unabhängiger Verwaltungssenat:** Die legistisch wohl einfachste Möglichkeit wäre, einen Rechtszug an den örtlich zuständigen UVS vorzusehen; diese sondergesetzliche Aufgabenübertragung an UVS ist gemäß Art 129a Abs I Z 3 B-VG verfassungsgesetzlich vorgesehen und durch einfaches Gesetz möglich. Gegen eine solche Betrauung spricht die mangelnde Fachkompetenz, die notorische personelle Unterbesetzung und die dadurch bedingten langen Entscheidungszeiträume der UVS. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen hingegen keine.

**Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag:** Weiters könnte einfachgesetzlich eine Art 133 Z4-Behörde als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag vorgesehen werden, die über Berufungen gegen Bescheide der AMS Österreich GmbH entscheidet. Der Vorteil dieser Variante läge darin, eine Behörde einrichten zu könne, die Tribunalqualität und Fachkompetenz vereint. Zu beachten ist aber, daß der Verfassungsgerichtshof das Überhandnehmen solcher Behörden seit VfSlg 11.500 mit wachsendem Mißtrauen betrachtet und mit Erkenntnis vom 29.6.2000, G 175/99ua, erstmals eine solche Einrichtung (Privatrundfunkbehörde gemäß § 13 RRG) für verfassungswidrig (Ausschaltung der parlamentarischen Kontrolle) erklärt hat. Folgt man den Erwägungsgründen dieses Erkenntnisses, so ist die Einrichtung einer

Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag nur dort zulässig, wo es sich um einen weitgehend neuen Verwaltungsbereich handelt, neben juristischen auch andere (technische, medizinische etc) Kenntnisse erforderlich sind und insb in Hinblick auf Art 6 MRK eine gewisse Unabhängigkeit der entscheidenden Behörde sichergestellt werden muß. Alle drei Kriterien lassen sich argumentieren (wobei im ersten Fall darauf hinzuweisen wäre, daß die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit der bisherigen Art der Vollziehung erst in jüngerer Zeit durch die sich fortentwickelnde Judikatur des EGMR aufgezeigt wurde). Im Ergebnis müßte der Verfassungsgerichtshof dann die Frage entscheiden, ob der einfache Gesetzgeber zulässigerweise eine Art 133 Z4-Behörde geschaffen hat anstelle die Kompetenz zur Entscheidung über Berufungen auf den örtlich zuständigen UVS zu übertragen. Wie er diese Frage entscheiden wird, ist dogmatisch nicht vorher zu sagen: In beiden Fällen fehlt die Kontrolle durch das Parlament, beide Fälle sind verfassungsrechtlich vorgegeben. Daß es sich bei der Arbeitsmarktverwaltung um keinen neuen Verwaltungsbereich handelt und auch lediglich juristische Kenntnisse zur Behandlung dieser Angelegenheiten erforderlich sind, spricht gegen die Zulässigkeit einer Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag.

**AMS-Senat:** Es könnte auch der Weg beschritten werden, den der Gesetzgeber bei Einrichtung des Unabhängigen Bundesasylsenates vorgegeben hat: Durch eigenes Bundesverfassungsgesetz hat er mit BGBl I 87/1997 in Art 129c B-VG einen Bundessenat für einen genau abgegrenzten Aufgabenbereich vorgesehen. Der Vorteil dieser Konstruktion liegt darin, daß man - wie bei einer Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag - Tribunalqualität und Fachkompetenz in einer eigenen Behörde konzentrieren kann, die genannten Bedenken des Verfassungsgerichtshofs gegen eine weitere Art 133 Z 4-B-VG-Behörde aber vermeidet. Der Nachteil dieser Variante ist, daß man zu ihrer Verwirklichung ein Verfassungsgesetz braucht; eine einfachgesetzliche Regelung ist nicht ausreichend.

**AMS Österreich GmbH:** Schließlich wäre zu überlegen, ob man nicht die AMS Österreich GmbH selbst bzw eines ihrer Organe als Tribunal konstituiert. Konventionsrechtlich ist dies wohl zulässig: Der EGMR befleißigt sich bei der Qualifizierung einer zur Entscheidung berufenen Behörde stets einer materiellen Sicht: Tribunal ist daher nicht unbedingt im

klassischen Sinn als ein der übrigen Justizorganisation angehöriger Spruchkörper zu verstehen, sondern meint vielmehr alle Organe, welche die wesentlichen Eigenschaften besitzen, die ein Tribunal auszeichnen und ein justizförmiges Verfahren gewährleisten (vgl. EGMR 18.6.1971, De Wilde, Ooms & Versyp / Belgien; vgl. weiters *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> [1996] Anm 141 zu Art 5 MRK und Anm 122 zu Art 6 MRK). Es ist daher unseres Erachtens - auch wenn ein solcher Fall in der bisherigen Judikatur des EGMR noch nicht entschieden wurde - durchaus zulässig, auch eine GmbH gesetzlich mit Tribunalqualität auszustatten.

Vor der Hintergrund des B-VG ergibt sich nun aber das Problem, daß gerade diese konventionsrechtlich geforderte Unabhängigkeit eines Tribunals in Widerspruch zur verfassungsrechtlich geforderten Leitungsbefugnis oberster Organe steht. Mit anderen Worten: Nach Art 6 MRK muß man die behördliche Entscheidung über AMS-Angelegenheiten einem unabhängigen Tribunal vorbehalten; in Hinblick auf Art 20 Abs I B-VG darf dieses Organ aber gar nicht unabhängig sein, sondern muß einem obersten Organ der Bundesverwaltung im Weisungsweg nachgeordnet sein.

Das solcherart umschriebene Dilemma ist logisch unauflösbar. Es könnte lediglich argumentiert werden, innerhalb der AMS Österreich GmbH ein eigenes Berufungsorgan zu schaffen, dessen Mitglieder auf zumindest 3 Jahre unabsetzbar und weder dem BMWA nach Art 20 Abs I B-VG noch dem Gesellschafter nach § 20 GmbHG weisungsunterworfen sind. Ein solches Organ wäre als Tribunal anzusehen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Ausgliederung ohne weisungsrechtlichen Zusammenhang zu den obersten Organen der Bundesverwaltung könnten dadurch verdünnt werden, daß man auf die ungeschmälerte Weisungsbindung der ersten Instanz und den Umstand, daß lediglich ein Bruchteil der von dieser ersten Instanz bescheidmäßig erledigten Fälle im Wege der Berufung zum weisungsfrei gestellten Gesellschaftsorgan kommt. Freilich: Für diese Fälle ist der vom Verfassungsgerichtshof geforderte Weisungszusammenhang unterbrochen.

- Als Alternativszenario wäre vorstellbar, das hoheitliche Verfahren erst dort ansetzen zu lassen, wo Anspruchsverhältnisse strittig sind. Die aufgezeigten Probleme (insb Art 6 MRK) sind damit freilich nicht beseitigt, sondern lediglich auf einen späteren Zeitpunkt bzw in eine höhere Instanz verlagert.
- Sofern ein mehrgliedriger Instanzenzug innerhalb der AMS Österreich GmbH bzw innerhalb einer Holding-Konstruktion sondergesetzlich vorgesehen wird, können die Sozialpartner über den Weg zB von Anhörungsrechten in den hoheitlichen Vollzug eingebunden werden.

**ad Pkt 5.2.: Gestaltung der Art und des Umfanges des Aufsichtsrechtes des Bundesminister über die GmbH im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung:**

Zur Ausübung der Privatwirtschaftsverwaltung sind grundsätzlich die obersten Organe der betreffenden Gebietskörperschaft berufen. Für den Bund ist dies der ressortmäßig zuständige Bundesminister (vgl zB VfSlg 5157, 10.477). Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bestehen auch keine Bedenken gegen die Doppelfunktion eines Bundesminister als Behörde und als Organ der Privatwirtschaftsverwaltung in den selben Angelegenheiten (vgl zB *Mayer*, Das Österreichische Bundes-Verfassungsrecht<sup>2</sup> [1997] Anm 1.2. zu Art 17 B-VG).

Bei der Gründung der in Rede stehenden AMS Österreich GmbH kommt dem BMWA in mehrfacher Hinsicht ein "Aufsichtsrecht" im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zu: Er ist zum einen in der Generalversammlung weisungsbefugter Eigentümer; als Eigentümer bestellt er zum anderen den zur Kontrolle berufenen Aufsichtsrat. Seine Aufsichtsrechte sind daher gesellschaftsrechtlich (§ 20 GmbHG) abgesichert.

## **B. BESONDERER TEIL**

### I. Allgemeines



Wie bereits erwähnt, folgen die nachstehenden Ausführungen den Teilen "2. Grundkonzept der Umwandlung des AMS in eine GmbH", "3. Gebarungsrecht" und "6. Sonstige Fragen" der Anlage 2 zum Werkvertrag. Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit und als Orientierungshilfe sind sie nach den in der genannten Anlage verwendeten Numerierungen und Markierungen geordnet.

## 2. Grundkonzept der Umwandlung des AMS in eine GmbH

### **ad Pkt 2.1.: Vereinbarkeit des GmbH-Konzepts mit der derzeitigen föderalen Struktur des AMS:**

Die derzeit maßgeblichen Organe des AMS sind - wie bereits erwähnt - auf drei Entscheidungsebenen (Bund, Länder und Regionen) eingerichtet. Die Organe der Bundesorganisation bestehen aus dem Vorstand (zwei Mitglieder; § 8 Abs I AMSG) und dem Verwaltungsrat (neun Mitglieder; § 5 Abs I AMSG). Der Verwaltungsrat wird vom BMWA auf Vorschlag des Bundesminister für Finanzen (ein Mitglied), der Wirtschaftskammer Österreich (zwei Mitglieder), der Industriellenvereinigung Österreich (ein Mitglied), der Arbeiterkammer und des Österreichischen Gewerkschaftsbunds (drei Mitglieder) und nach eigenem Ermessen (zwei Mitglieder) bestellt (§ 5 Abs I AMSG). Der Verwaltungsrat bestellt den Vorstand (§ 8 Abs 3 AMSG); weiters die neun Landesgeschäftsführer und deren Stellvertreter (§ 15 Abs 2 AMSG). Die vier weiteren Mitglieder der Landesdirektorien werden vom BMWA auf Vorschlag der Wirtschaftskammer des jeweiligen Bundeslands, der Industriellenvereinigung, der Arbeiterkammer und des Österreichischen Gewerkschaftsbunds bestellt (§ 13 Abs I ASMG).

Die Landesdirektorien bestellen den Leiter der regionalen Geschäftsstelle (§ 22 Abs I AMSG) und - auf Vorschlag der Wirtschaftskammer des jeweiligen Bundeslands, der Industriellenvereinigung, der Arbeiterkammer und des Österreichischen Gewerkschaftsbunds - vier weitere Mitglieder (§ 20 Abs 2 AMSG); diese bestellten Personen bilden zusammen den Regionalbeirat (vgl im Anhang: Tafel A).

Die Bundesorganisation hat alle Angelegenheiten des Arbeitsmarktservice zu besorgen, die über den Bereich eines Bundeslandes hinausgehen oder für die eine einheitliche gesamtösterreichische Vorgangsweise erforderlich ist (§ 4 Abs I AMSG). Die Sicherstellung der Erfüllung der dem AMS übertragenen Aufgaben obliegt den Landesorganisationen. Die Landesgeschäftsführer leiten die Geschäfte des AMS unter eigener Verantwortung in Zusammenwirken mit den Landesdirektorien, deren Vorsitzende sie sind. Die regionalen Organisationen haben die Leistungen des AMS zu erbringen. Unter Beachtung der Vorgaben der Bundes- und der jeweiligen Landesorganisation sowie der Grundsätze des Regionalbeirats entscheiden die Leiter der regionalen Geschäftsstellen über alle Leistungen des AMS in ihrem Zuständigkeitsbereich.

- GmbH nach AMS-Struktur

Die Organisation einer AMS Österreich GmbH nach dem Muster der derzeitigen Organisation des AMS könnte etwa folgendermaßen aussehen: An die Stelle des Verwaltungsrats tritt die Generalversammlung der GmbH. In dieser sind die bisher Vorschlags- bzw ernennungsbefugten Bundesorgane (Bundesminister für Finanzen und BMWA) als Vertreter des Mehrheitsgesellschafters Bund und die Vertreter der Wirtschaftskammer Österreichs, der Industriellenvereinigung, der Arbeiterkammer und des Österreichischen Gewerkschaftsbunds als Vertreter dieser - ebenfalls Gesellschaftsanteile haltenden - Organisationen versammelt.

Diese Generalversammlung bestellt elf Geschäftsführer (plus Stellvertreter): Zwei Geschäftsführer für den Bereich Gesamtösterreich und jeweils einen Geschäftsführer für den Aufgabenbereich eines Bundeslands. Diese Regelung bildet die bisherige Kompetenz des Verwaltungsrats zur Bestellung und zur Dirimierung des Vorstands bzw der Landesgeschäftsführer (Weisungsrecht!) ab. Daneben kann von der Generalversammlung ein Aufsichtsrat zur Kontrolle der Geschäftsführung eingerichtet werden, der in zehn Ausschüsse gegliedert wird. Im Rahmen der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats käme jedem einzelnen Aufsichtsratsausschuß die Beratung und Kontrolle entweder der gesamtösterreichischen Geschäftsführer bzw eines Landesgeschäftsführers zu.

Auf regionaler Ebene werden Filialbetriebe eingerichtet, die von einem Prokuristen mit Filialprokura geleitet werden. Ihre Ernennung erfolgt - gesellschaftsvertraglich oder sondergesetzlich vorgesehen - durch den jeweils zuständigen Landesgeschäftsführer zusammen mit dem jeweils zuständigen Aufsichtsratsausschuß (§ 30j Abs 5 GmbHG), Dies bildet die bisherige Ernennungsbefugnis des Landesdirektoriums nach. Dem Prokuristen kann ein (bloß beratender) Beirat zur Seite gestellt werden (vgl im Anhang: Tafel B).

**Fragen:** Aufgrund dieser Konstruktion müßten die bisher bloß vorschlagsberechtigten Organe (wie zB Wirtschaftskammer Österreich, Industriellenvereinigung., Arbeiterkammer, Österreichischer Gewerkschaftsbund) tatsächlich Miteigentümer der AMS Österreich GmbH werden. Die einzelnen Gesellschaftsanteile könnten aber auf zB ATS I .000,- beschränkt und die erwünschte Einflußnahme auf die Geschäftsführerbestellung im Gesellschaftsvertrag als Sonderrechte eingeräumt werden. Will man dies nicht, so kann man die derzeit vorschlagsberechtigten Organisationen auch in einem Beirat zusammenfassen, welcher der Generalversammlung (= dem Bund) einen Vorschlag für die Bestellung der Geschäftsführer erstattet. Die Generalversammlung könnte sich im Gesellschaftsvertrag dazu verpflichten, die Geschäftsführer vorschlagsgemäß zu bestellen; eine solche Pflicht kann auch sondergesetzlich vorgesehen (und damit: nach außen abgesichert) werden.

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, daß die Kardinalpflichten der Geschäftsführung (Aufstellung des Jahresabschlusses, Fragen der Unternehmenspolitik und die Behandlung und Vorbereitung aller Geschäftsführungsfragen, die anderen Organen [Aufsichtsrat, Generalversammlung] vorbehalten bleiben) *unteilbar* sind und daher *allen elf* bestellten Geschäftsführern gemeinsam zukommen ("Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung"). Alle elf Geschäftsführer hätten daher gemeinsam zB die Rechnungslegung der AMS Österreich GmbH vorzunehmen. Abweichend von diesen Kardinalpflichten können die einzelnen Aufgabenbereiche aber durch eine interne Geschäftordnung aufgeteilt werden.

**ad Pkt 2.2.: Vereinbarkeit von Dirimierungsrechten und Abstimmungserfordernissen mit dem GmbH-Recht:**

Das derzeitige AMMSG sieht für den Fall der Stimmgleichheit ein Dirimierungsrecht des Vorstandsvorsitzenden gegenüber dem zweiten Vorstandsmitglied vor (§ 9 Abs 5 AMMSG). Im Gegensatz dazu bestimmt § 18 Abs 2 GmbHG, daß es zur Abgabe von Willenserklärungen *für* die Gesellschaft der Mitwirkung *sämtlicher* Geschäftsführer bedarf; dies freilich nur dann, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Im Gesellschaftsvertrag kann mithin das Dirimierungsrecht des Vorstandsvorsitzenden einem der beiden zu bestellenden Geschäftsführer eingeräumt werden.

Im Verwaltungsrat gilt ein Präsenzquorum von 2/3 der stimmberechtigten Mitglieder (§ 7 Abs 2 AMMSG) und die einfache Stimmenmehrheit als Konsensquorum (§ 7 Abs 3 AMMSG). Spezifische Angelegenheiten (wie zB die Bestellung der Landesgeschäftsführer) bedürfen im Verwaltungsrat einer Mehrheit von 2/3 und einer Stimme (§ 7 Abs 4 AMMSG). Demgegenüber sieht § 38 Abs 3 GmbHG für die Beschlußfassung in der Generalversammlung vor, "daß wenigstens der zehnte Teil des Stammkapitals vertreten ist". Auch diese Bestimmung ist aber dispositiv; man kann daher im Gesellschaftsvertrag die derzeit für den Verwaltungsrat normierten Präsenzquoten auch für die Generalversammlung vorsehen. Als Konsensquorum sieht § 39 Abs I GmbHG grundsätzlich die einfache Mehrheit vor, wobei sich das Stimmrecht in der Generalversammlung jedoch nach der Höhe der Gesellschaftsanteile bestimmt. Auch hier kann der Gesellschaftsvertrag Abweichendes regeln; es muß lediglich gesichert sein, daß jedem Gesellschafter zumindest *eine* Stimme zukommt (vgl § 39 Abs 2 GmbHG).

**ad Pkt 2.3.: Einbindung der Sozialpartner:**

Wie schon die Tafel B zeigt, können - will man die derzeitige Struktur des AMS beibehalten - die Sozialpartner durch Übernahme von Gesellschaftsanteilen in die Generalversammlung und mithin in die Entscheidungsabläufe der GmbH eingebunden werden. Weil die Generalversammlung auch den Aufsichtsrat einer GmbH bestimmt, wäre überdies sichergestellt, daß - wie derzeit - Vertreter der

Sozialpartner auf Landes- bzw regionaler Ebene beratend bzw kontrollierend tätig werden.

Eine Abschwächung iS einer eingeschränkten Mitwirkung der Sozialpartner würde dieses System dann erfahren, wenn man auf Landesebene keine Aufsichtsratausschüsse (mit einem Kernbestand an Kontrollrechten), sondern Beiräte mit bloß beratenden Kompetenzen einrichtet. Diese könnte vom Aufsichtsrat - und mithin: unmittelbar auch von Vertretern der sozialpartnerschaftlichen Organisationen - beschickt werden.

Eine Grenze findet die Mitgliedschaft bei einem Aufsichtsrat zB in der Bestimmung des § 30a Abs I GmbHG. Demnach kann eine juristische Person oder eine Personengesellschaft (Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft) nicht Aufsichtsratsmitglied sein. Die diesbezügliche Beschränkung kann freilich sondergesetzlich umgangen werden.

#### **ad Pkt 2.5.: Wahrnehmung der Eigentümerrechte:**

Die bisher erfolgten Ausgliederungen haben sich zumeist der Formen der Kapitalgesellschaften - und hier zuvorderst der Rechtsform der GmbH - bedient. Dies weniger aus Haftungserwägungen als deshalb, weil § 20 Abs I GmbHG eine strikte Weisungsbindung der Geschäftsführer gegenüber der Generalversammlung normiert. Dem Bund als Eigentümer einer ausgegliederten GmbH steht daher über diese gesellschaftsrechtliche Weisungsbindung die Möglichkeit offen, auf die konkrete Geschäftsführung einer GmbH Einfluß zu nehmen. (Anders ist dies bei der AG, wo der Vorstand allein der juristischen Person - und nicht etwa dem Aufsichtsrat oder den Eigentümern - verpflichtet ist). Der Bund kann seine Eigentümerrechte daher durch Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführer wahrnehmen.

Eine Beteiligung von Gebietskörperschaften bzw Sozialpartner ist dann möglich, wenn diese durch Übernahme von Gesellschaftsanteilen ebenfalls in der Generalversammlung vertreten sind. Die diesbezüglichen Stimmrechte können nach dem tatsächlich übernommenen Gesellschaftsanteil gewichtet werden (Grundmodell

nach § 39 Abs 2 GmbHG); daneben sind aber auch abweichende Sonderrechte vorstellbar. So können zB der AK bzw der Wirtschaftskammer Österreich auch bei Übernahme von lediglich ATS 1.000-Anteilen am Stammkapital darüber hinausgehende Stimmrechte eingeräumt werden.

**Fragen:** Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen eine solche Konstruktion unseres Erachtens nicht. Nach dem bisher Gesagten wäre die AMS Österreich GmbH weitgehend nach dem geltenden GmbH-Recht organisiert. Bedenklich wäre nur, wenn das Ausgliederungsgesetz in großem Maße Sondergesellschaftsrecht normierte, also für die AMS Österreich GmbH weite Teile des geltenden GmbHG abändern würde. Diesfalls wäre zu fragen, ob ein derart gravierender Eingriff in das GmbHG in Hinblick auf den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatz ("Sachlichkeitsgebot") tatsächlich sachlich zu rechtfertigen ist. Wir halten solche Bedenken im Ergebnis für unbegründet; unseres Erachtens wären solche sondergesellschaftsrechtlichen Bestimmungen - unvorgreiflich ihrer tatsächlichen Ausformulierung - vor dem Hintergrund der erwünschten und im öffentlichen Interesse liegenden Beteiligung der Sozialpartner sachlich zu rechtfertigen.

#### **ad Pkt 2.6.: Erarbeitung von Alternativszenarien:**

Vorstellbar ist zum einen, die bestehende Bundes- und die bestehenden Landesorganisationen des AMS durch mehrere GmbHs - die zueinander in einem Konzernverhältnis stehen - abzubilden. Aus der Bundesorganisation würde diesfalls die AMS Österreich GmbH (konkrete Organisation: wie unter Pkt 2. I. beschrieben); darunter könnte für jedes Bundesland eine eigene GmbH (zB AMS Niederösterreich GmbH) eingerichtet werden. Der Bund als Mehrheits- bzw Alleineigentümer der AMS Österreich GmbH würde deren Geschäftsführer bestellen und könnte ihnen durch die Generalversammlung Weisungen erteilen. Die Geschäftsführer der AMS Österreich GmbH würden als Eigentümerversorger die Geschäftsführer bzw Aufsichtsräte der einzelnen Landesgesellschaften bestimmen (vgl im Anhang: Tafel C).

Die Weisungsbefugnis des BMWA wäre in diesem Fall durch eine Weisungskette gesichert: Der BMWA als Eigentümerversorger gibt den Geschäftsführern der AMS

Österreich GmbH eine Weisung; diese geben als Eigentümerversorger diese Weisung an die Geschäftsführer der Landesgesellschaften weiter. Die derzeit bestehenden regionalen Administrationen können - wie ebenfalls unter Pkt 2.1. gezeigt - mit Filialprokuristen nachgebildet werden. Aus der Weisungskette allein ergeben sich unseres Erachtens nach *keine* Nachteile für einen raschen und effektiven Geschäftsvollzug; diesbezüglich besteht kein Unterschied zu einem intern vorgesehenen ähnlich mehrgliedrigen Aufbau. Zu bedenken ist aber, daß man durch eine solche Konzernstruktur den organisatorischen Aufwand (zB bei Änderungen im Firmenbuch, Geschäftsführerbestellungen oder -entlassungen, Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen, Durchführung von Generalversammlungen etc) jeweils *verzehnfacht*.

Die AMS Österreich GmbH läßt sich aber auch - unseres Erachtens: am sinnvollsten - in einer typischen GmbH-Struktur organisieren: In der Generalversammlung würde demnach ein Vertreter des BMWA als Eigentümerversorger sitzen; der Aufsichtsrat wird von den Sozialpartnern besetzt, die solcherart ihren Kontrollaufgaben nachkommen. Darunter errichtet man neun Filialen mit jeweils einem Prokuristen und einem (bloß beratenden) Beirat, der wieder von den Sozialpartnern besetzt wird (vgl im Anhang: Tafel D). Unserer Erfahrung nach sind GmbHs im Wirtschaftsleben um so schlagkräftiger, je einfacher sie strukturiert sind; viele große Unternehmen werden erfolgreich in einfachen GmbH-Strukturen geführt. Die vorgeschlagene Struktur würde dieses "Gebot der Simplität" erfüllen.

Im Einzelfall besteht dabei eine Vielzahl weiterer Variationsmöglichkeiten: So können die Filialprokuristen sondergesetzlich an die Vorschläge des Beirats gebunden oder für Streitfälle eine Devolution der Entscheidungskompetenz zB an den Aufsichtsrat oder die Geschäftsführung vorgesehen werden.

**ad Pkt 2.7.: Vereinbarkeit des GmbH-Konzeptes mit dem ILO-Übereinkommen:**

Art I Z 1 des "Übereinkommens (Nr. 88) über die Organisation der Arbeitsmarktverwaltung" (BGB1 596/1973; in der Folge kurz: ILO-

Übereinkommen) verpflichtet die Mitgliedsstaaten dazu, "eine öffentliche, unentgeltliche Arbeitsmarktverwaltung zu unterhalten oder für das Bestehen einer solchen Verwaltung zu sorgen". Aus dieser Formulierung ist zu schließen, daß die Mitgliedsstaaten ihre Arbeitsmarktverwaltungen entweder selbst besorgen (arg "zu unterhalten") oder durch Private besorgen lassen können (arg "für das Bestehen einer solchen Verwaltung zu sorgen"). Die Ausgliederung des AMS widerspricht daher in dieser Hinsicht keinen zwischenstaatlichen Verpflichtungen.

Dem steht unseres Erachtens auch nicht die Bestimmung des Art 2 ILO-Übereinkommen entgegen, wonach die Arbeitsmarktverwaltung "aus einem das ganze Land umfassenden System von Arbeitsämtern unter Leitung einer Zentralbehörde zu bestehen" hat. Damit ist nämlich lediglich gesagt, daß die oberste Leitung der Arbeitsmarktverwaltung einer "Zentralbehörde" - vor dem Hintergrund der österreichischen Verfassungsstrukturen wohl einem Bundesminister oder der Bundesregierung - zukommen muß; dies entspricht exakt den - bereits erwähnten - Vorgaben des Verfassungsgerichtshofs, der bei der Ausgliederung eines nach wie vor hoheitlich zu vollziehenden Bereichs die Unterstellung unter die Leitungsbefugnis oberster Organe verlangt. Der Bestimmung läßt sich hingegen nicht entnehmen, daß die nachgeordneten Organe nicht privatrechtlich organisiert sein dürften.

Dem Übereinkommen läßt sich auch keine Verpflichtung zur Beibehaltung der derzeitigen regionalen Strukturen des AMS entnehmen. Zwar spricht Art 3 Z I ILO-Übereinkommen ausdrücklich "ein Netz von örtlichen und ... regionalen Ämtern" an; letztere sind aber lediglich "nötigenfalls" vorzusehen. Es ist daher dem nationalen Gesetzgeber überlassen, ob er seine Arbeitsmarktverwaltung tatsächlich bis auf die unterste Ebene drei- oder sogar noch weiter mehrgliedrig organisieren will.

Art 4 Z I ILO-Übereinkommen normiert, daß "[d]urch Einsetzung beratender Ausschüsse ... dafür zu sorgen [ist], daß Vertreter der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer zur Mitarbeit bei der Organisation und Tätigkeit der Arbeitsmarktverwaltung und beim Ausbau der Arbeitsmarktpolitik herangezogen werden". Die Sozialpartner müssen daher in Form beratender Ausschüsse (zB gesellschaftsrechtliche Beiräte) in die Arbeitsmarktverwaltung eingebunden sein;



die Einräumung hoheitlicher Mitwirkungsrechte ist durch das ILO-Übereinkommen nicht zwingend vorgeschrieben.

### 3. Gebarungsrecht

#### **ad Pkt 3.2.: Analyse der bisherigen Ausgliederungen und Umwandlungen von Aufgabenbereichen in GmbHs:**

Der Bund hat bisher verschiedene Modelle gewählt, um für die finanzielle Bedeckung der von ihm ausgegliederten Aufgaben zu sorgen:

Im "Bundesgesetz über die Austro Control Gesellschaft mit beschränkter Haftung" (BGB1 898/1993 idF BGB1 I 45/1997; in der Folge kurz: ACG-G) hat er der neu gegründeten Austro Control GmbH den Großteil der vormals vom Bundesamt für Zivilluftfahrt gemäß LFG zu vollziehenden hoheitlichen Aufgaben zugewiesen (§ 2 Abs I ACG-G). Die von der Austro Control GmbH für den Bund im öffentlichen Interesse erbrachten Leistungen deckt der Bund nach dem Kostendeckungsprinzip ab (§ 11 Abs I ACG-G); soweit eine Verrechnung von Entgelten aufgrund internationaler Rechtsvorschriften unzulässig ist, ersetzt der Bund die der Austro Control GmbH dadurch entgehenden Einnahmen (vgl § 11 Abs 2 ACG-G). Werden der Austro Control GmbH zusätzliche behördliche Aufgaben übertragen, so hat der beauftragende Bundesminister eine entsprechende finanzielle Abdeckung vorzusehen (§ 2 Abs 3 ACG-G). Daneben kann die Austro Control GmbH für Private Dienstleistungen erbringen. Für die der Austro Control GmbH zugewiesenen öffentlich-rechtlichen Bediensteten hat diese dem Bund monatlich den Aufwand der Aktivbezüge samt Nebenkosten zu ersetzen sowie einen Beitrag zur Deckung des Pensionsaufwands zu leisten (§ 8 Abs 3 ACG-G).

Einen anderen Weg hat der Bundesgesetzgeber im "Bundesgesetz betreffend die Telekommunikation" (BGB1 I 100/1997 idF BGB1 I 26/2000; in der Folge kurz: TKG) beschritten: Zwar werden die wesentlichen Regulierungsaufgaben auch hier auf die neu zu gründende Telekom Control GmbH (samt der bei ihr angesiedelten Telekom-Control Kommission) übertragen; den Bund treffen aber nach Gründung der Telekom Control GmbH keine weiteren finanziellen Verpflichtungen. Weil die

Tätigkeit der Regulierungsbehörde den Konzessionsinhabern zugute kommt, sollen diese ihren Regulator selbst finanzieren; aus diesem Grund sieht § 17 Abs 3 TKG vor, daß Konzessionsgebühren und Finanzierungsbeiträge der Regulierungsbehörde zufließen. Die Festsetzung und Vorschreibung dieser Beiträge erfolgt durch die Telekom Control GmbH (§ 17 Abs 2 iVm § 109 TKG). Die Telekom Control GmbH finanziert sich mithin selbst.

Wieder anders hat der Bundesgesetzgeber die Finanzierung im "Bundesgesetz über die Neuorganisation der Bundestheater (BGBl I 108/1998; in der Folge kurz: BThOG) geregelt. Die gemäß § 3 Abs 1 BThOG zur Bundestheaterverwaltung gegründeten Gesellschaften "Bundestheater-Holding GmbH", "Burgtheater GmbH", "Wiener Staatsoper GmbH", "Volksoper Wien GmbH" und "Theater Service GmbH" erhalten vom Bund für die Wahrnehmung der ihnen übertragenen Aufgaben eine jährliche Basisabgeltung von insgesamt ATS 1.839 Mio (§ 7 Abs 3 BThOG). Den Bund trifft weiters eine Ausfallsbürgschaft für die bezugsrechtlichen Ansprüche der zugewiesenen Bediensteten (§ 7 Abs 1 BThOG).

Daraus erweist sich:

- Solange die Arbeitsmarktpolitik gesetzlich als Aufgabe des Bundes normiert ist, ist der Bund schon aufgrund der Bestimmung des § 2 F-VG (Konnexitätsgrundsatz) dazu verpflichtet, "den Aufwand, der sich aus der Besorgung dieser Aufgaben ergibt", selbst zu tragen (vgl zB *Matzner [Hrsg], Öffentliche Aufgaben und Finanzausgleich [1977] 53*). Aus eben diesem Grund normiert etwa das BThOG, daß der Bund den einzelnen Theater-Gesellschaften einen wesentlichen Teil der Kosten aus der Erfüllung ihres kulturpolitischen Auftrags - und mithin: einer hoheitlichen Aufgabe - in Form eines Basisentgelts zu ersetzen hat. Auf dem Konnexitätsgrundsatz gründen auch jene Bestimmungen des ACG-G, nach denen der Bund der Austro Control GmbH jenen Aufwand ersetzen muß, der bei der Besorgung von Aufgaben für den Bund bzw bei der Besorgung von Aufgaben, für die aufgrund internationaler Verträge kein Entgelt verlangt werden darf, entsteht.
- Sofern die Arbeitsmarktpolitik jedoch nicht mehr dem Bund, sondern gesetzlich zB dem Privatrechtsträger AMS Österreich GmbH als private Aufgabe übertragen ist, greift der Konnexitätsgrundsatz nicht mehr; es handelt sich eben nicht mehr um "Aufgaben des Bundes". Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Aufgabenbegriff des § 2 F-VG nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in einem *weiten* Sinn zu verstehen ist und sowohl hoheitliche als auch privatwirtschaftlich zu besorgende Aufgaben umfaßt (zB VfSlg 3033, 4072, 7875, 11.939). Die Frage, *wie* staatliche Aufgaben zu besorgen sind, ist nämlich von der Frage zu unterscheiden, *ob* es sich überhaupt um staatliche Aufgaben handelt. Sofern eine Aufgabe einer juristischen Person des Privatrechts als private Aufgabe gesetzlich übertragen ist, handelt es sich unseres Erachtens - gleich, wem diese juristische Person des Privatrechts tatsächlich gehört - nicht mehr um "Aufgaben des Bundes". Jede andere Auffassung müßte zum Ergebnis gelangen, daß ein- und dieselbe Aufgabe ohne Änderung der legislativen Zuweisung allein durch Übergang des Eigentums einer juristische Person zu einer staatlichen wird; dies ist unvertretbar.

Wie dem auch sei: § 2 F-VG verpflichtet Bund und Länder nur dann zur Tragung des Aufwands, "sofern die zuständige Gesetzgebung nichts anderes bestimmt". Sondergesetzlich kann daher Abweichendes vorgesehen sein. Solche Abweichungen vom Prinzip der Kostentragung können sowohl Kostenabwälzungen als auch Kostenübernahmen sein (vgl *Ruppe*, Neuordnung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung - Teilbereich Finanzverfassung, in: *BKA-VD [Hrsg]*, Neuordnung der Kompetenzverteilung in Österreich [oJ] 336).

- Zu prüfen ist daher lediglich, ob die Aufgaben der Arbeitsmarktpolitik tatsächlich ausgliederungsfähig sind. Im "Austro Control-Erkenntnis" hat der Verfassungsgerichtshof - wie bereits erwähnt - ausgesprochen, daß bestimmte Staatsaufgaben überhaupt nicht ausgliedert werden können (VfSlg 14.473). Als solchen "ausgliederungsfesten Kernbestand" hat der Verfassungsgerichtshof jedoch nur "die Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen und die Ausübung der (Verwaltungs-)Strafgewalt" angesehen. Somit bleibt festzuhalten, daß die Verantwortung für die Arbeitsmarktpolitik unseres Erachtens kein ausgliederungsfester Tatbestand ist; sie kann rechtmäßigerweise an eine GmbH übertragen werden.
- Handelt es sich aber um private Aufgaben, so hat der private Rechtsträger die aus der Besorgung dieser Aufgaben erwachsenden Kosten grundsätzlich auch selbst zu tragen. Dies gilt sowohl für den Sach- als auch für den Personalaufwand: Sofern es bisher zu Dienstzuweisungen von Bundesbeamten zu ausgegliederten Rechtsträgern gekommen ist, wurden diese dazu verpflichtet, dem Bund monatlich den Aufwand der Aktivbezüge samt Nebenkosten zu refundieren und darüber hinaus einen Beitrag zur Deckung des Pensionsaufwands zu leisten (vgl zB § 8 ACG-G; § 10 Abs 4 Bundesmuseen-Gesetz).

Damit bleibt festzuhalten: Wird die Arbeitsmarktpolitik per Gesetz als öffentliche Aufgabe des Bundes definiert, so muß der Bund grundsätzlich den aus der Besorgung dieser Aufgabe entstehenden Aufwand selbst tragen. Schon aus den durch Art 51 Abs 3 B-VG verfassungsgesetzlich vorgegebenen Grundsätzen der Einheit, Vollständigkeit und Wahrheit des Budgets (vgl *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>9</sup> [2000] Rz 520 ff) ergibt sich, daß

ein solcher Aufwand im Bundesbudget recte ausgewiesen werden muß; die Pflicht zur Aufnahme eines Aufwands ins Budget knüpft daher an die Qualifizierung jener Aufgabe, deren Besorgung den Aufwand entstehen läßt. Definiert das Ausgliederungsgesetz die Besorgung der - materiell gesprochen "Arbeitsmarktverwaltung" hingegen als Aufgabe eines privaten Rechtsträgers, so hat dieser grundsätzlich selbst für die Bedeckung des aus der Aufgabenbesorgung entstehenden Aufwands zu sorgen.

- Problematisch kann in diesem Zusammenhang die Kapitalausstattung der AMS Österreich GmbH werden. Nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten muß das Stammkapital einer GmbH ausreichen, ihren gewöhnlichen Geschäftsbetrieb zu ermöglichen. In *welchem* Ausmaß eine unternehmerische Tätigkeit Eigenkapital erfordert, um nicht von vorneherein die Interessen der Gläubiger zu gefährden, hängt dabei von den wirtschaftlichen Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls ab. Generell kann gesagt werden, daß die Eigenkapitalausstattung insbesondere dann ungenügend ist, wenn das Unternehmen von Anfang an Kredit in Anspruch nehmen muß (OGH EvBl 1971/198; 1969/334). Ist die Eigenkapitalausstattung ungenügend, so haften die Gesellschafter wegen "qualifizierter Unterkapitalisierung" der GmbH über ihren eigentlichen Gesellschaftsanteil hinaus. Dies würde im vorliegenden Fall zu einer Haftung des Bundes für die Schulden der AMS Österreich GmbH führen.

Anderes gilt freilich dann, wenn - wie dies in Ausgliederungsgesetzen regelmäßig geschieht - sondergesetzlich ein Stammkapital in einer bestimmten Höhe vorgeschrieben wird. Diesfalls kann die Gesellschafter nämlich - recht betrachtet - kein eigenes Verschulden an der qualifizierten Unterkapitalisierung treffen; schließlich ist sie gesetzlich vorgesehen. Freilich: Eine solche gesetzliche Bestimmung des Stammkapitals wird in Hinblick auf den Gleichheitssatz dann verfassungswidrig sein, wenn das vorgesehene Stammkapital evidentermaßen nicht ausreicht, um der GmbH die Erfüllung der ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben zu ermöglichen. Verfassungswidrig sind demnach wohl gesetzliche Bestimmungen, welche auf der einen Seite eine GmbH zur Besorgung bestimmter kostenintensiver Aufgaben verpflichten, ohne ihr auf der anderen Seite das zur Geschäftsbesorgung ausreichende Stammkapital einzuräumen ("gesetzlicher Zwang zum Schuldenmachen").

Im gegenständlichen Fall ist daher abzuwägen: Entweder man gründet eine GmbH mit ausreichender Kapitalausstattung, überträgt ihr die Aufgaben der Arbeitsmarktpolitik und gewährt *keine* Bundeszuschüsse. Oder man gründet eine GmbH mit gesetzlich vorgesehener - niedrigerer - Stammkapitalausstattung, überträgt ihr als gesetzliche Aufgabe die Arbeitsmarktpolitik und erklärt sich bereit, allfällige Defizite durch Bundeszuschüsse abzudecken, Kreditlinien einzuräumen oder entsprechende Haftungen zu übernehmen. Beide Varianten sind verfassungskonform.

- Bei den in § 6 Abs 8 AMPFG vorgesehenen Überweisungen des AMS an den PV-Ausgleichsfonds besteht unseres Erachtens die Möglichkeit, daß sie der Verfassungsgerichtshof im Falle einer Befassung als Sondersteuer qualifiziert. Dies ungeachtet ihrer beitragsrechtlichen Konstruktion deshalb, weil die gesetzliche "Abschöpfung" eben jenes Überschusses, welcher dem AMS bislang verblieben ist, grundsätzliche Bedenken hinsichtlich des finanzverfassungsrechtlichen Äquivalenzprinzips nährt.

Sollte der Verfassungsgerichtshof zur Auffassung gelangen, daß es sich bei diesen "Beiträgen" um eine "Steuer" handelt, so müßte er in einem weiteren Schritt beurteilen, ob ein privater Rechtsträger verfassungskonformerweise per Gesetz zur Abführung wesentlicher Summen an einen Sozialversicherungsträger verpflichtet werden kann. Die diesbezügliche Entscheidung ist nur schwer zu prognostizieren; Zwar kommt dem Gesetzgeber bei Steuern ein großer Gestaltungsspielraum zu, in dem schon fiskalische Interessen für sich allein einen ausreichenden sachlichen Grund in Hinblick auf das allgemeine Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes dartun (vgl *Ruppe*, 8. ÖJT [1982] I/1 A, 66). Angesichts der Höhe der Steuer ist aber zu prüfen, ob hier nicht allenfalls eine Besteuerung vorliegt, die im Ergebnis zum Versiegen der Steuerquelle führt. Dies wird man dann anzunehmen haben, wenn es die Höhe der Überweisungen der AMS Österreich GmbH verunmöglichen, die für einen im privaten Geschäftsverkehr notwendigen Mittel aufzubringen bzw rückzustellen; mangels entsprechender Vorsorgen wäre in einem solchen Fall nämlich angesichts eines zyklischen Wirtschaftsgeschehens die Überschuldung der GmbH absehbar. Hinzu kommt, daß der Steuergesetzgeber nach der

verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gleichmäßigkeit der Belastung der Steuersubjekte zu achten hat. Das Steueraufkommen dient der Erfüllung der im Allgemeininteresse gelegenen Aufgaben und ist daher auch von der Allgemeinheit gleichmäßig aufzubringen (VfSlg 8943, 12.227). Diesem Grundsatz könnte eine Sonderbesteuerung der AMS Österreich GmbH zugunsten des PV-Ausgleichsfonds widersprechen. An diesem Ergebnis ändert unseres Erachtens auch die Bestimmung des § 6 Abs 9 AMPFG nichts, die eine Pflicht des Bundes normiert, einen durch die genannten Überweisungen in der Gebarung des AMS entstehenden Abgang zu decken. Sie verhindert nämlich lediglich das *Entstehen* eines Defizits; daß durch die Überweisungen an den PV-Ausgleichsfonds auch die im Wirtschaftsverkehr unumgänglichen Reserven einer AMS Österreich GmbH minimiert werden, gleicht sie nicht aus.

Bejaht der Verfassungsgerichtshof hingegen die Qualifizierung der Überweisungen an den PV-Ausgleichsfonds als "Beiträge", so würde sich seine Prüfung in weiterer Folge auf die Einhaltung des Äquivalenzprinzips beschränken. Demnach darf eine Gebühr bzw ein Beitrag nicht höher festgesetzt werden, als dies zur Deckung der gesamten Kosten notwendig ist, die der begünstigten Gebietskörperschaft bzw dem begünstigten Selbstverwaltungskörper durch die Schaffung, die Erhaltung und den Betrieb der die Leistung produzierenden Einrichtungen erwachsen (VfSlg 8847, 8943, 9608, 11.559; vgl auch *Doralt/Ruppe*, Grundriß des österreichischen Steuerrechts II<sup>3</sup> [1996] 154); dabei räumt der Verfassungsgerichtshof aber generell gewisse Toleranzen ein und prüft Beiträge regelmäßig weniger streng auf die Einhaltung des Äquivalenzprinzips als Gebühren (*Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht<sup>2</sup> [1997] AnmV.4. und V.5. zu § I F-VG). Dennoch darf der Beitrag nicht "völlig außerhalb jeden Verhältnisses zum jeweiligen wirtschaftlichen Wert des erlaubten Gebrauchs stehen" (VfSlg 10.463). Es wird daher in einem solchen Fall darauf ankommen, den Verfassungsgerichtshof durch tunlichst ziffernmäßige Nachweise von der annähernden Gleichwertigkeit von erbrachter Leistung und eingehobenem Betrag zu überzeugen.

**ad Pkt 3.3.: Vorschußweise Bestreitung der Ausgaben durch den Bund:**

- Sofern sich der Bund dazu entschließt, einen Bundeszuschuß zu den Ausgaben der AMS Österreich GmbH vorzusehen, kann dieser vorschußweise angewiesen werden. Die diesbezügliche Bestimmung wäre sondergesetzlich - wie der derzeit in Geltung stehende § 7 Abs I AMPFG - abzusichern.
- Daß sich aus einem selbständigen Finanzierungskreis ergebende Problem, am Beginn eines Jahres Rückstellungen für Ungewisse Verbindlichkeiten bilden zu müssen (§ 198 Abs 8 Z I HGB), läßt sich durch gesetzlich vorgesehene Sonderbilanzierungsregelungen vermeiden. Diese sind - betrachtet man die bisherige Ausgliederungspraxis - durchaus nichts Ungewöhnliches (vgl nur § 4 ACG-G).
- Damit stellt sich die Frage, was mit einem am Ende eines Jahres aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Leistungen gemäß A1VG und SUG allenfalls entstehenden Defizit passiert. Dabei sind mehrere Lösungsvarianten denkbar:

**Rücklagenauflösung:** Sofern Rücklagen angespart wurden, könnten diese zur Bedeckung des Abgangs verwendet werden.

**Konkurs:** Sofern keine ausreichenden Rücklagen vorhanden sind, könnte die GmbH - theoretisch - in Konkurs gehen; schließlich ist es der eigentliche Sinn und Zweck einer GmbH, für allfällige Verbindlichkeiten bloß beschränkt zu haften. Reichen die Einlagen nicht aus, wäre die juristische Person zu liquidieren.

**Kredite:** Realistischer ist aber wohl, daß die AMS Österreich GmbH das Defizit durch Kredite deckt; sofern keine ausreichenden Sicherheiten vorhanden sind, müßte der Bund diesfalls - um eine Insolvenz der AMS Österreich GmbH zu vermeiden - eine bestimmte Kreditlinie einräumen oder eine Ausfallhaftung übernehmen.

**Bundeszuschuß:** Schließlich kann auch vorgesehen werden, daß sich die Höhe eines etwaigen Bundeszuschusses an dem zu erwartenden Defizit zu orientieren hat. In der bisherigen Ausgliederungspraxis kommen va die beiden letzteren Varianten öfter vor (vgl die zitierten Gesetzesstellen in Pkt3.4.).



- Die Vorteile einer umlagefinanzierten Lösung gegenüber versicherungsmathematisch festgelegten Rücklagen zeigen sich, wenn man sich die Unvorhersehbarkeit der wirtschaftlichen Entwicklung vor Augen hält. So kann zB ein plötzlicher Konjunkturzusammenbruch zu einem plötzlichen Finanzierungsbedarf in den gegenständlichen Bereichen Arbeitslosenversicherungen bzw Arbeitsmarktförderung führen, der weit über die Gesamtbeträge der versicherungsmathematisch ermittelten und lege artis vorgesorgten Rücklagen hinausgeht; dies kann im schlimmsten Fall zur Insolvenz der GmbH führen. Im Umlagensystem wird dagegen der jeweilige Finanzbedarf auf die Versicherten umgelegt; dies macht die Gebarung der GmbH sicherer und nahezu insolvenzfest. Vgl weiters die Bestimmungen der § 64 Abs 4 Bewertungsg (bei Versicherungsunternehmen sind versicherungstechnische Rücklagen vom Rohvermögen abzuziehen), § 68 Bewertungsg (Rücklagen mindern des Gesamtwert eines gewerblichen Betriebs), § 116 EStG (Bewertung von Rücklagen) etc.
- Sollte man sich für ein Versicherungssystem entscheiden, stellt sich die weitere Frage, ob die Betrauung einer GmbH mit der Administration dieses Versicherungssystems zulässig ist. Gemäß § 3 Abs I VAG dürfen nämlich "[i]nländische Versicherungsunternehmen ... nur in Form einer Aktiengesellschaft oder eines Versicherungsvereines auf Gegenseitigkeit betrieben werden". § I Abs 2 GmbHG schließt - damit korrespondierend - GmbHs ausdrücklich vom "Betrieb von Versicherungsgeschäften" aus.

Bei beiden genannten Bestimmungen handelt es sich um Rechtsvorschriften im einfachgesetzlichen Rang; ihnen kann daher grundsätzlich durch einfache Bundesgesetze derogiert werden. Fraglich ist aber, inwiefern eine solche abweichende sondergesetzliche Betrauung der AMS Österreich GmbH mit der Besorgung von Versicherungsgeschäften *verfassungsrechtlich* zulässig ist. Die Grenze dieser Zulässigkeit wird dort zu ziehen sein, wo die sondergesetzliche Regelung in den Kernbereich des Gesellschafts- bzw Versicherungsaufsichtsrechts eingreift. Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies mit anderen Worten: Gehört der Rechtsformenzwang zum Kernbereich des VAG, das Versicherungsgeschäftsverbot zum Kernbereich des GmbHG? In diesem Fall bedürfte eine abweichende Regelung eines Verfassungsgesetzes.

Den Gesetzesmaterialien zum geltenden VAG läßt sich nun keine besondere Begründung für den in § 3 Abs I VAG normierten Rechtsformenzwang entnehmen. Es wird lediglich festgehalten, daß "[d]ie Beschränkung der zulässigen Betriebsformen auf Aktiengesellschaft und Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ... der herrschenden Verwaltungspraxis" entspricht (BlgNR XIV GP RV 764; zitiert nach *Krejci/Weilinger*, Österreichisches Versicherungsrecht I [1992] 197). Ein Blick in die Geschichte des Österr Versicherungsaufsichtsrechts zeigt aber, daß bereits die ersten Regulative zuvorderst auf Aktiengesellschaften als Versicherungsträger abgestellt haben: So war die Errichtung von Versicherungsgesellschaften seit dem Vereinspatent 1852 (RGI 253/1852) an eine Konzession gebunden; diese konnte jedoch nur Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, Versicherungsaktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien erteilt werden (vgl *Braumüller*, Versicherungsaufsichtsrecht [1999] 2 f. Das Versicherungsregulativ 1896 (RGI 31/1896) legte den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit und die Aktiengesellschaft als ausschließlich zulässige Rechtsform fest. Abgesichert wurde dieses - in den höheren Grundkapitalerfordernissen und dem damit verbundenen Versichertenschutz begründete - Rechtsformengebot durch das ausdrückliche Verbot des §1 Abs 2 GmbHG (RGI 58/1906), Versicherungsgeschäfte durch Gesellschaften mit beschränkter Haftung vornehmen zu lassen.

Angesichts dieser kontinuierlichen Rechtsentwicklung spricht auf den ersten Blick vieles dafür, den Rechtsformenzwang zum Kernbereich des VAG und des GmbHG zu zählen: So dürfen Versicherungen seit 1896 nur von Aktiengesellschaften (und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit) betrieben werden; korrespondierend dazu war es bereits in der Stammfassung des GmbHG im Jahre 1906 den Gesellschaften mit beschränkter Haftung *ausdrücklich verboten*, Versicherungsgeschäfte zu betreiben. Beide Gesetze regeln diese Gebote bzw Verbote an überaus prominenter Stelle, was auf die besondere Wertschätzung des Gesetzgebers hindeutet. Im Gegensatz dazu sind keine besonderen Gründe ersichtlich, warum man - abweichend von den genannten Bestimmungen - in einem Einzelfall ausgerechnet eine GmbH mit der Besorgung von Versicherungsgeschäften betrauen sollte.

Freilich: Eine nähere Betrachtung zeigt, daß die vorgenannten Bedenken auf den Bereich der Arbeitslosenversicherung gerade nicht zutreffen: Sowohl VAG als auch GmbHG stellen erkennbar auf *typisch* privatrechtliche Versicherungsverhältnisse (wie zB Haushalts-, Krankenzusatz-, Brandschutz-, Hagelversicherung etc) ab. Diesen ist gemein, daß es zu einer Tragung des versicherten Risikos durch die Gemeinschaft der Versicherten kommt; damit dieses System funktioniert, ist zum einen eine ausreichend große Anzahl von Versicherten ("Gesetz der großen Zahl"), zum anderen eine genaue Risikobewertung und -gewichtung durch das Versicherungsunternehmen notwendig. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so gefährdet *jeder* Schadensfall einer bestimmten Größe den Bestand des Versicherungsunternehmens selbst.

Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der gegenständlich besprochenen "Arbeitslosenversicherung" *eben nicht* um eine freiwillige private Versicherung, sondern um eine gesetzlich vorgesehene staatliche Vorsorgeleistung. Daran ändert sich auch durch die Ausgliederung nichts, weil lediglich die vollziehende Einheit, nicht aber die Aufgabe selbst privatisiert werden soll. Und diese staatliche Vorsorgeleistung wird umlagenfinanziert, sodaß es zu keiner Gefährdung der Versicherungsansprüche kommen kann. Aus diesen Gründen (staatliche Vorsorgeleistung, Umlagenfinanzierung) können sich eben jene Bedenken nicht verwirklichen, die den Gesetzgeber zum Rechtsformenzwang des VAG bzw dem ausdrücklichen Versicherungsgebot des GmbHG gebracht haben. Vor diesem Hintergrund scheint uns eine sondergesetzliche Abweichung verfassungsrechtlich zulässig zu sein.

- Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob sich an der vorgenannten Beurteilung dadurch etwas ändern würde, wenn man auch Personen aus atypischen Beschäftigungsverhältnissen die Möglichkeit gäbe, sich freiwillig bei einer solcherart administrierten Arbeitslosenversicherung mitzuversichern. Unvorgreiflich einer detaillierteren Analyse kann bereits jetzt gesagt werden, daß eine solche Lösung verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet: Die vorhin genannten Abweichungen zum Kernbestand des VAG bzw GmbHG lassen sich nämlich nur dadurch sachlich rechtfertigen, daß man - wie bereits erwähnt - auf

die Pflichtversicherung einer ganzen Gruppe und die damit in Zusammenhang stehende Umlagenfinanzierung verweist. Eben diese sachliche Rechtfertigung fällt aber dann weg, wenn man es einer anderen Personengruppe *freistellt*, sich an einer solchen Versicherung nach Belieben zu beteiligen. Damit minimiert sich der wesentliche Unterschied zu "normalen" Versicherungsverhältnissen in der Privatwirtschaft und es stellt sich um einiges schärfer die Frage, warum man eine GmbH (und nicht eine AG oder einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit) mit solchen Geschäften betraut. Eine Berücksichtigung atypischer Dienstverhältnisse auf Grundlage der freiwilligen Mitversicherung ist daher verfassungsrechtlich bedenklich und gefährdet die fragile Verfassungskonformität der in Rede stehenden Konstruktion.

#### **ad Pkt 3.4.: Übertragung der Beitragsfestsetzung an die GmbH:**

- Eine Übertragung der Festsetzung des Arbeitslosenversicherungsbeitrags gehört nicht zu den "ausgliederungsfesten Kerntatbeständen" der Hoheitsverwaltung. Dies deshalb, weil der Verfassungsgerichtshof diese in seinem Judikat VfSlg 14.473 - wie bereits mehrfach erwähnt - auf die Aufrechterhaltung der Sicherheit im Inneren und nach außen und auf die (Verwaltungs-)Strafbefugnis eingeschränkt hat; die Abgabefestsetzung wird hingegen nicht ausdrücklich als genuine Staatsaufgabe genannt.

In Ansehung dieser Judikatur ist somit davon auszugehen, daß die derzeit durch Verordnung des BMSG im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen im Verordnungsweg vorgenommene Erhöhung oder Herabsetzung des Arbeitslosenversicherungsbeitrages an die AMS Österreich GmbH als Beliehener grundsätzlich ausgliederungsfähig ist. Zu den diesbezüglichen Grenzen vgl die Ausführungen in Teil A.

Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob Leistungsordnung und Deckungsordnung auch *auseinanderfallen* können. Mit anderen Worten: Kann man der GmbH bloß die hoheitliche Besorgung der Aufgaben der Arbeitsmarktverwaltung übertragen, beim Bund hingegen die hoheitliche Festsetzung der diesbezüglichen Beiträge belassen? Nach der bisher ergangenen

Judikatur bestehen dagegen keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken: Demnach muß ein Rechtsverhältnis nicht zur Gänze entweder dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugeordnet werden; insbesondere besteht zB die Möglichkeit, die Leistungsbeziehung öffentlich-rechtlich, die Gegenleistungsbeziehung hingegen privatrechtlich zu regeln (zB VwGH 21.9.1984, 82/17/0018; *Krejci/Ruppe [HrsgJ, Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung [1992] 82; Walzel v. Wiesentreu, Rechtsfragen der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben, insbesondere im kommunalen Bereich, ÖGZ 1997, 16*). Die verfassungsrechtliche Grenze der Zulässigkeit eines solchen Auseinanderfallens wird freilich dort erreicht sein, wo der Aufwand der Aufgabenbesorgung ungleich höher als der Ertrag der hoheitlich festgesetzten Beiträge ist. Eine solche gesetzliche "Pflicht zum Schuldenmachen" erscheint in Hinblick auf das verfassungsgesetzliche Sachlichkeitsgebot (Art 7 B-VG; Art 2 StGG) gleichheitswidrig. Begegnet werden könnte den diesbezüglichen Bedenken dadurch, daß man den Bund gesetzlich dazu verpflichtet, die Beiträge korrespondierend mit dem entstehenden Aufwand festzusetzen.

Ebensogut könnte die Beitragsordnung der AMS Österreich GmbH übertragen und sondergesetzlich vorgesehen werden, daß sie Beitragssenkungen allein, Beitragserhöhungen hingegen nur mit Zustimmung des BMWA vornehmen darf. Eine solche Regelung erscheint grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig. Bedenklich wird sie erst dann, wenn dieses Einvernehmen zur Beitragserhöhung *regelmäßig nicht* hergestellt werden kann; diesfalls kippt eine Konstruktion "gesetzlich übertragene Aufgaben" + "keine ausreichende Ingerenz auf die Beitragsfestsetzung" ins Verfassungswidrige ("Zwang zum Schuldenmachen").

Will man die Diskussion über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Ausgliederung einer Beitragsfestsetzung im Hoheitsweg vermeiden, so könnte der Bundesgesetzgeber auch lediglich eine gesetzliche Pflicht zur Arbeitslosenversicherung vorsehen. Die AMS Österreich GmbH könnte demnach nach allgemeinen versicherungsmathematischen Überlegungen verschiedene Arten der Arbeitslosenversicherung anbieten.

- An dieser Stelle ist auch die derzeit relevierte Möglichkeit zu erörtern, Teile der generellen Arbeitsmarktpolitik nicht der AMS Österreich GmbH, sondern den

Bundesländern zu übertragen. Verfassungsrechtlich bedenklich wird dies dort, wo es zu einem ruinösen Auseinanderklaffen von Aufgabenübertragung durch die Länder und Aufgabenbesorgung durch die AMS Österreich GmbH kommt; mit anderen Worten: Ein Landesgesetzgeber, der ohne Bedachtnahme auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der AMS Österreich GmbH arbeitsmarktpolitische Rahmenbedingungen schafft, welche für die AMS Österreich GmbH mit kostenintensiven Aufgabenbesorgungen verbunden sind, belastet seine diesbezüglichen Regelungen mit Verfassungswidrigkeiten.

- Grundsätzlich kann das Ausgliederungsgesetz auch eine Haftung des Bundes für ein etwaig ungedecktes Defizit vorsehen. Wie gezeigt werden konnte, sind solche Haftungserklärungen des Bundes in Ausgliederungsgesetzen durchaus üblich (vgl zB § 3 Abs 2 ASFINAG-Gesetz; § 7 BThOG; § 4 Abs I AUA-Finanzierungsgesetz; § 21 Abs I Bundesbahngesetz; § 10 Abs 8 Bundesmuseen-Gesetz; § 5 Abs I Bundesssporteinrichtungsorganisationsgesetz etc).
- Sofern eine solche Haftungserklärung nicht vorgesehen ist und auch keine Umlagenfinanzierung ermöglicht wird, kann ein fortdauerndes Defizit zur Überschuldung der GmbH führen. Nach § 69 KO haben die Geschäftsführer der GmbH im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft "ohne schuldhaftes Zögern" die Konkurseröffnung bei Gericht zu beantragen; anstelle der Konkurseröffnung kann auch ein gerichtlicher Ausgleich beantragt werden (OGH SZ 51/88). Eine Überschuldung liegt dann vor, wenn das Vermögen der GmbH unter Ansatz von Liquidationswerten und unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt ("rechnerische Überschuldung") *und* die Finanzkraft der GmbH nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht ("negative Überlebens- oder Fortbestehensprognose"; vgl zB OGH WB1 1990, 345 = ecolex 1990, 476; *Leitner*, Der Insolvenztatbestand der Überschuldung im Konzernunternehmen, RdW 1994, 273). Die Anspruchsberechtigten zB aus der Arbeitslosenversicherung werden im Konkursfall zu Konkursgläubigern und wären bestenfalls quotenmäßig zu befriedigen. Sofern sich im Konkursverfahren herausstellt, daß die AMS Österreich GmbH qualifiziert unterkapitalisiert war, kann ein Rückgriff auf das Vermögen des Eigentümers - mithin hier: das Vermögen des Bundes - erfolgen.

Freilich: Vor dem aufgezeigten Hintergrund ist die Konkurs-Variante zwar theoretisch möglich, praktisch aber wenig wahrscheinlich.

#### 4. Sonstige Fragen:

##### **ad Pkt 6.1.: Prüfung durch Rechnungshof und Volksanwaltschaft:**

Die Zuständigkeit der Volksanwaltschaft erstreckt sich gemäß Art 148a Abs I B-VG auf die "Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten". Damit ist die *gesamte* Verwaltungstätigkeit des Bundes erfaßt, gleichgültig, ob sie sich als unmittelbare oder mittelbare, hoheitliche oder nicht-hoheitliche Besorgung von Aufgaben darstellt (vgl *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>9</sup> [2000] Rz 1267).

Zur Tätigkeit des Bundes als "Träger von Privatrechten" gehören aber nur jene Akte, die dem Bund zuzurechnen sind, nicht jedoch solche, die durch andere - vom Bund verschiedene - Rechtsträger gesetzt werden (421 BlgNR, XIV. GP, 2; VfSlg 13.323). In die Zuständigkeit der Volksanwaltschaft fallen mithin jene Aufgaben, welche die AMS Österreich GmbH als Beliehener hoheitlich besorgt; hier wird die GmbH funktionell als Bundesorgan tätig - ihre Handlungen sind dem Bund zurechenbar. Jene Aufgaben aber, die von der AMS Österreich GmbH privatwirtschaftlich vollzogen werden, unterliegen nicht der Kontrolle der Volksanwaltschaft; dies deshalb, weil hier ein vom Bund verschiedener Rechtsträger tätig wird.

Hingegen bleibt die AMS Österreich GmbH unzweifelhaft der Kontrolle des Rechnungshofs unterworfen: Dieser hat nämlich gemäß Art 126b Abs I B-VG "die gesamte Staatswirtschaft des Bundes" zu prüfen. Art 126b Abs 2 B-VG erstreckt die diesbezügliche Prüfungsbefugnis explizit auf jene Unternehmungen, "an denen der Bund alleine ... mit mindestens 50 v.H. des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist". Und weiter: "Einer solchen finanziellen Beteiligung ist die Beherrschung von Unternehmungen durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen gleichzuhalten". Diese Voraussetzungen sind gegeben; die Prüfungsbefugnis des Rechnungshofes bleibt auch im Falle der Ausgliederung des AMS bestehen.



**ad Pkt 6.2.: Beratung und Vertretung durch die Finanzprokurator:**

Es ist zulässig, eine Beratung und Vertretung der AMS Österreich GmbH durch die Finanzprokurator gesetzlich vorzusehen. Solche sondergesetzlichen Bestimmungen finden sich in vielen Ausgliederungsgesetzen (vgl zB § 13 ACG-G; § 15 ASFINAG-Gesetz); verfassungsrechtliche Bedenken bestehen unseres Erachtens nicht. Im Falle eines Rechtsstreits zwischen Bund und AMS Österreich GmbH müßte die Finanzprokurator gemäß § 6 FinanzprokuratorG den Bund vertreten.

**ad Pkt 6.3.: Datenverarbeitung und Datenzugriff:**

Personenbezogene Daten dürfen nach dem DSG 2000 nur unter bestimmten Voraussetzungen verwendet werden:

- Unter personenbezogenen Daten sind Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist, zu verstehen. Dabei ist es unerheblich, ob private, berufliche, wirtschaftliche Informationen, Eigenschaften, Kenntnisse oder physiologische Merkmale betroffen sind (§ 4 Z I DSG 2000).
- Solche personenbezogenen Daten dürfen nur verarbeitet werden, soweit Zweck und Inhalt der Datenanwendung von den gesetzlichen Zuständigkeiten oder rechtlichen Befugnissen des jeweiligen Auftraggebers gedeckt sind und die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden. Es ist daher sinnvoll, ins Ausgliederungsgesetz eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Datenverarbeitung für die AMS Österreich GmbH aufzunehmen., Das "Verarbeiten von Daten" umfaßt entsprechend der Definition des § 4 Z 9 DSG 2000 unter anderem das Ermitteln, Erfassen, Speichern, Vergleichen, Verändern, Verknüpfen, Abfragen, Benützen oder jede andere Art der Handhabung von Daten einer Datenanwendung.
- Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen sind bei der Verwendung von nicht-sensiblen personenbezogenen Daten gemäß § 8 Abs I DSG 2000 dann nicht verletzt, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung, Verpflichtung zur Verwendung der Daten besteht, oder der Betroffene der Verwendung seiner

Daten zugestimmt hat (wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt), lebenswichtige Interessen des Betroffenen die Verwendung erfordern, oder überwiegende berechnigte Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern; solche überwiegende berechnigte Interessen liegen etwa dann vor, wenn die Verwendung der Daten zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen Auftraggeber und Betroffenen erforderlich ist.

- An einen Dritten, das heißt an einen anderen Empfänger als den Betroffenen, den Auftraggeber der Datenanwendung oder den sogenannten Dienstleister des Auftraggebers, dürfen personenbezogene Daten nur weitergegeben werden, wenn sie aus einer im vorher genannten Sinn zulässigen Datenanwendung stammen und der Empfänger dem Übermittelnden seine ausreichende gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis - soweit diese nicht außer Zweifel steht - im Hinblick auf den Übermittlungszweck glaubhaft gemacht hat und durch Zweck und Inhalt der Übermittlung die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden.
- Der Weitergabe von Daten an einen Dritten ist gemäß § 4 Z 12 DSG 2000 die Verwendung von Daten für ein anderes Aufgabengebiet des Auftraggebers gleichzuhalten. Nach den Gesetzesmaterialien ist unter dem Begriff "Aufgabengebiet" eines von mehreren Tätigkeitsfeldern eines Auftraggebers zu verstehen, das seinem Umfang nach der Verkehrsauffassung geeignet ist, für sich allein den gesamten Geschäftsbereich eines Auftraggebers zu bilden; das "Aufgabengebiet" sei demnach im privaten Bereich zB in etwa mit dem Umfang einer Gewerbeberechnigung gleichzusetzen. Nach der Judikatur des OGH (4 Ob 114/91) ist bei einer Bank der Geschäftsbereich der Vermittlung von Bausparverträgen ein von anderen Bankgeschäften unterschiedliches Aufgabengebiet. Kein eigenes Aufgabengebiet ist hingegen grundsätzlich die Marketingabteilung eines Unternehmens.

Das Überlassen von Daten an einen Dienstleister ist an die Voraussetzungen für das Übermitteln gebunden. Dienstleister ist gemäß § 4 Z 5 DSG 2000, wer Daten, die ihm zur Herstellung eines Werkes übertragen wurden, verwendet. Obgleich es sich dabei in der Regel um die Heranziehung eines

Rechenzentrums zur Erbringung von Datenverarbeitungsleistungen handeln wird, wird der Auftraggeber auch befugt sein, sich für alle Arten des Verwendens von Daten eines Dienstleisters zu bedienen (vgl *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 [2000] 30). Zum Verwenden von Daten zählen im Sinne der Legaldefinition des § 4 Z 8 iVm Z 9 DSG 2000 auch das Benützen oder Ermitteln von Daten.

- Schließlich: Personenbezogene Daten dürfen darüber hinaus nur unter bestimmten, in § 6 Abs I DSG 2000 genannten, Grundsätzen verwendet werden. Danach dürfen Daten nur nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verwendet werden; für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke ermittelt und nicht in einer mit diesen Zwecken unvereinbaren Weise weiterverwendet werden; soweit sie für den Zweck der Datenanwendung wesentlich sind, verwendet werden und nicht über diesen Zweck hinausgehen; so verwendet werden, daß sie im Hinblick auf den Verwendungszweck im Ergebnis sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sind; solange in personenbezogener Form aufbewahrt werden, als dies für die Erreichung der Zwecke, für die sie ermittelt wurden, erforderlich ist.

#### **ad Pkt 6.4.: Verschwiegenheitspflicht:**

Gemäß Art 20 Abs 3 B-VG sind "[a]lle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe sowie die Organe anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts ..., soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, deren Geheimhaltung im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist (Amtsverschwiegenheit)".

Diese verfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht erfaßt alle Verwaltungsorgane, insb auch jene der Privatwirtschaftsverwaltung und der Selbstverwaltung (*Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>9</sup> [2000] Rz 583). Treffend spricht *Heinz Mayer* von einem

"funktionalen Organbegriff" (Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht<sup>2</sup> [1997] Anm B.I.1. zu Art 20 B-VG); erfaßt sich daher alle Entitäten, die Verwaltungsaufgaben besorgen. Auch eine AMS Österreich GmbH ist daher - solange eine bloße Organisations- und keine Aufgabenprivatisierung stattfindet - an die Amtsverschwiegenheit gebunden.

Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit ist freilich in mehrfacher Hinsicht begrenzt: Ihr unterliegen nur *geheime* Tatsachen, die dem Organ *ausschließlich* aus seiner *amtlichen Tätigkeit* bekannt geworden sind. Für die Verschwiegenheitspflicht ist stets das Vorliegen eines der in Art 20 Abs 3 B-VG aufgezählten Geheimhaltungsinteresses erforderlich. Schließlich kann der einfache Gesetzgeber - zB im Ausgliederungsgesetz - die Verschwiegenheitspflicht auch einfachgesetzlich eingrenzen (VfSlg 6288, 9657).

**ad Pkt 6.5.: Haftung des Bundes für schuldhaft zugefügte Schäden mit Rückersatzanspruch gegenüber den Organen und Arbeitnehmern:**

- Gemäß Art 23 Abs I B-VG haften "[d]er Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden und die sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts ... für den Schaden, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben". In Ausführung der Bestimmungen des Art 23 B-VG sind das AHG und das OrgHG ergangen.

Im gegenständlichen Fall stellen sich zwei Fragen: Zum einen, ob sich der Bund als juristische Person des öffentlichen Rechts auch die Handlungen von beliebigen Privatpersonen zurechnen lassen muß; mit anderen Worten: Ist die AMS Österreich GmbH ein "Organ" des Bundes im Sinne des Art 23 Abs I B-VG iVm § I Abs I AHG? Zum anderen ist zu fragen, ob der in Art 23 Abs I B-VG und § I Abs I AHG gleichermaßen verwendete Begriff "in Vollziehung der Gesetze" bloß hoheitlich oder auch privatwirtschaftlich besorgte Aufgaben meint.

Zur ersten Frage hat der Verfassungsgerichtshof die sog "Funktionstheorie" vertreten (vgl *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht<sup>2</sup> [1997] Anml.3. zu Art 23 B-VG): Es haftet demnach jener Rechtsträger, dem das Verhalten "kraft funktioneller Zuständigkeit ... zuzuordnen ist" (VfSlg 13.476). Es ist daher für eine Zurechnung nicht erforderlich, daß das handelnde Organ *hoheitlich* organisiert ist; entscheidend ist lediglich, daß es für den Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden bzw die sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts funktionell tätig wird. Dies ist aber bei Beleihungsverhältnissen geradezu typischerweise der Fall. In diesem Sinn hat auch der Oberste Gerichtshof etwa die Zurechnung eines gemäß § 4 VVG beauftragten privaten Unternehmens (OGH 13.9.1978, I Ob 8/78 - JB1 1979, 487), eines Vereins als Begutachter gemäß § 57a KFG (SZ 54/19) und eines Fischereiaufsichtsorgans (OGH 25.3.1987, I Ob 10/87 - JB1 1987, 583) bejaht.

Auch für die Beantwortung der zweiten Frage ist auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofes zu verweisen, der den Begriff der "Vollziehung" grundsätzlich weit faßt und ihm auch solche Verhaltensweisen unterwirft, die ihrer Form nach zur Privatwirtschaftsverwaltung zu zählen sind, mit einer hoheitlichen Tätigkeit aber in unmittelbarem Zusammenhang stehen (sog "schlichte Hoheitsverwaltung").

Damit bleibt festzuhalten, daß die AMS Österreich GmbH den Bund jedenfalls im Beleihungsbereich weiter nach AHG verpflichten kann; in diesem Fall besteht ein Regreßanspruch des Rechtsträgers, der mit Klage nach dem ASGG durchgesetzt werden kann (vgl § 9 Abs 3 AHG).

- Gemäß Art 23 Abs 3 B-VG sind "Personen, die als Organe eines im Absatz 1 bezeichneten Rechtsträgers handeln, ... ihm, soweit ihnen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, für den Schaden haftbar, für den der Rechtsträger dem Geschädigten Ersatz geleistet hat".

Für diese Organhaftung stellen sich im wesentlichen die gleichen Fragen, wie bei der Amtshaftung; so sind auch die Antworten ähnlich: Der Organbegriff ist auch nach dem OrgHG - wie beim AHG - als funktionell-organisatorischer anzusehen. Für die Haftung ist allein relevant, ob die betreffende Person

funktionell für einen Hoheitsträger tätig geworden ist (OGH 10.12.1997, 9 Ob A 387/07). Gehaftet wird hingegen nur dann, wenn die den Schaden verursacht habende Tätigkeit im Rahmen der Gerichtsbarkeit oder der Hoheitsverwaltung (nicht auch der Privatwirtschaftsverwaltung) gesetzt worden ist; die Judikatur des Obersten Gerichtshofs ist hier aber - im Unterschied zum AHG - geneigt, den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung enger zu begrenzen und somit im Ergebnis die Organhaftungen gegenüber den öffentlichen Hoheitsträgern zu beschränken.