RFG

SCHRIFTENREIHE
RECHT & FINANZEN
FÜR GEMEINDEN

01/2009 01

Lukas Held

Haushaltsführung und Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane

- Haftung in Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung
- Beispiele für strafrechtliche Delikte
- Prüfpflichten der Aufsichtsbehörde
- Konsequenzen des Insolvenzantrags

Österreichischer Gemeindebund
kommunal KREDIT
RPW_NÖ GBG
NÖ Gemeinde Beratungs- & Steuerberatungsgesmbh
kommunal
leitner leitner
MANZ

Vortr. Hofrat Dr. Robert Hink
Generalsekretär
Gemeindebund

Bgm. Helmut Mödlhammer
Präsident
Gemeindebund

Vorwort

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser!

Die Anforderungen an Menschen, die eine Gemeinde führen und für sie verantwortlich sind, steigen mit jedem Jahr. Gerade in den letzten zehn bis 15 Jahren sind diese **Aufgaben** in einem Ausmaß **gewachsen,** die allen beteiligten Gemeindeorganen höchste Professionalität und großes Sachwissen abverlangen. Die Größe einer Gemeinde spielt dabei nur eine untergeordnete Rolle. Oft sind sogar die Anforderungen an die Organe von kleinen Gemeinden deutlich höher, weil sie nicht nur den Gesamtüberblick über den Haushalt der Gemeinde haben müssen, sondern aufgrund geringer personeller Ressourcen auch für viele Details der Haushaltsführung zuständig sind.

Im letzten Jahr sind dabei auch zahlreiche **Fehlentwicklungen** auf kommunaler Ebene an die Öffentlichkeit gelangt. Im guten Glauben Gelder der Gemeinde gewinnbringend veranlagen zu müssen, sind einige Gemeinden den Versprechungen findiger Banken und Investmentberater erlegen. Das Ergebnis ist bekannt. Die Zeit ist daher reif, eine Publikation wie diese aufzulegen, die in allen Details darüber **Auskunft** gibt, wo die **Verantwortlichkeit von Gemeindeorganen** für die Haushaltsführung beginnt und auch wo sie endet.

Die Gemeinden und ihre Mitarbeiter/innen stehen unter einem **hohen Verantwortungsdruck,** vor allem auch der eigenen Bevölkerung gegenüber. Die Aufmerksamkeit der Menschen, aber letztlich auch der Medien, für eine sorgsame und **gewissenhafte Haushaltsführung** steigt von Jahr zu Jahr. Nicht zuletzt gibt es auch starke politische Kräfte, deren Ziel es ist, eine weitere Kontrollinstanz für Gemeinden einzuziehen, obwohl das Netz der Kontrolle nirgendwo dichter ist, als bei den Gemeinden.

Mit dem vorliegenden Band wollen wir jenen, die auf Gemeindeebene Verantwortung für Budget und Haushaltsführung tragen, **Hilfestellung leisten.** Wir wollen daran erinnern, wo genau die Verantwortlichkeiten liegen und in welchen konkreten Bereichen besondere Vorsicht und Aufmerksamkeit geboten ist.

Vorwort

Mein Dank gilt dem Autor, Mag. Lukas Held, der als Rechtsanwalt in Graz tätig ist und sehr anschaulich mit vielen **konkreten Beispielen und Fällen** die Gefahren, die Stolpersteine und die Notwendigkeiten bei der Haushaltsführung einer Gemeinde darstellt. Es ist ein Privileg, dass wir für die RFG-Schriftenreihe immer höchstklassige und außerordentlich kompetente Autoren finden, die den Gemeinden konkrete und **verständliche Handlungsanleitungen** zur Verfügung stellen.

Ich hoffe, dass der vorliegende Band der RFG-Schriftenreihe für Sie von Interesse ist und in Ihrer Gemeinde zum Einsatz kommt.

Herzlichst,

Generalsekretär
vortr. Hofrat Dr. Robert Hink

Präsident
Bgm. Helmut Mödlhammer

Wien, April 2009

Inhaltsverzeichnis

Auf den Punkt gebracht 9

1. Grundlagen des Gemeinderechts 10
1.1 Bundesverfassungsgesetzliche und landesverfassungsrechtliche Rechtsgrundagen für die Gemeindeorganisation 10
1.1.1 Regelungen durch die Bundesverfassung 10
1.1.2 Regelung durch den Landesgesetzgeber 11
1.1.3 Ausführungsgesetzgebung der Länder 11
1.1.4 Der eigene Wirkungsbereich der Gemeinden 11
1.1.4.1 Gemeindeselbstverwaltung 12
1.1.4.2 Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit 13
1.1.5 Übertragener Wirkungsbereich 13
1.2 Organe der Gemeinde 13

2. Gesetzliche Vorgaben zu Art und Umfang der Haushaltsführung 15
2.1 Vermögenswirtschaft der Gemeinden 15
2.1.1 Arten des Gemeindeeigentums 16
2.1.1.1 Gemeindeeigentum 16
2.1.1.2 Öffentliches Gut 16
2.1.1.3 Gemeindegut 17
2.1.1.4 Gemeindevermögen 17
2.1.1.5 Sondervermögen gemeinderechtlicher Art 17
2.1.2 Erhaltungspflicht für Gemeindeeigentum 18
2.1.3 Öffentliches Gut und Gemeindegut als Instrument zur Haushaltskonsolidierung 18
2.1.4 Verwendung der Erlöse aus der Veräußerung von Gemeindevermögen 19
2.1.5 Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinden – Grenzen der Zulässigkeit 20
2.2 Grundsätze der Haushaltsführung 21
2.2.1 Die rechtliche Bedeutung des Voranschlages bzw Voranschlagsprovisorium, Nachtragsvoranschlag 21
2.2.1.1 Voranschlag 21
2.2.1.2 Veranschlagungsgrundsätze 23
2.2.1.3 Festsetzung des Voranschlags 23
2.2.1.4 Voranschlagsprovisorium 25
2.2.1.5 Nachtragsvoranschlag 25
2.2.1.6 Notanordnungsrecht 26

Inhaltsverzeichnis

2.2.2 Die Aufnahme, Gewährung und Beschlussfassung von Darlehen 26
2.2.3 Die Stellung der Gemeinde in der Finanzverfassung 27
2.2.3.1 Kostentragungspflicht der Gemeinden 27
2.2.3.2 Besteuerungsrechte der Gemeinde 27
2.2.3.3 Freies Beschlussrecht zur Abgabenausschreibung 28
2.2.4 Finanzzuweisung und Zuschüsse 29
2.2.4.1 Finanzzuweisung 29
2.2.4.2 Bedarfszuweisung an Gemeinden 30
2.3 Rechnungsabschluss 31
2.3.1 Pflicht zur Erstellung 31
2.3.2 Genehmigung des Rechnungsabschlusses 31
2.3.3 Rechtsfolgen bei fehlender oder mangelnder Erstellung 32
2.4 Prüfung der Gebarung und Konsequenzen für die Gemeindeorgane 33
2.4.1 Allgemeines 33
2.4.2 Prüfung der Gebarung durch gemeindeeigene Prüfungsausschüsse .. 34
2.4.3 Kontrolle auf Bundesebene 34
2.4.3.1 Überprüfung des Voranschlags und Rechnungsabschlusses 34
2.4.3.2 Aufgaben des RH 35
2.4.3.3 Überprüfungspflicht? 35
2.4.3.4 Kontrolle von Gemeinden unter 20.000 Einwohnern? 35
2.4.3.5 Kontrolle von Gemeindeverbänden mit weniger als 20.000 Einwohnern? 35
2.4.4 Kontrolle auf Landesebene 36
2.4.4.1 Landesrechnungshof 36
2.4.4.1.1 Prüfungsverlangen in den einzelnen Ländern 37
2.4.4.1.2 Durchführung der Gebarungskontrolle auch auf Antrag? . 37
2.4.4.1.3 Besteht eine Wahlmöglichkeit zwischen dem Bundesrechnungshof und dem Landesrechnungshof? 38
2.4.4.2 Aufsichtsbehörde 38

3. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane und ihrer Mitglieder 39
3.1 Haftung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung 39
3.1.1 Grundsätzliches zur Haftung nach dem ABGB 40
3.1.1.1 Vertrags- und Deliktshaftung 41
3.1.1.2 Gehilfenhaftung gemäß §§ 1313a und 1315 ABGB 42
3.3.1.3 Schädigung durch Kollegialorgane 42
3.1.1.3.1 Organwalter, die für einen Beschluss gestimmt haben 43
3.1.1.3.2 Organwalter, die nicht für den Beschluss gestimmt haben 44
3.1.1.3.3 Haftung 45
3.1.1.4 Haftung des Dienstnehmers 44
3.1.2 Vertretung 45

3.1.2.1 Vertretungsbefugnis 45
3.1.2.2 Beschlusserfordernisse als privatrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen 46
3.1.2.3 Vertrauen auf den äußeren Tatbestand 46
3.2 Grundlagen der Organ- und Amtshaftung 47
3.2.1 Organbegriff 48
3.2.2 Amtshaftung 48
3.3.2.1 Haftung der Gemeinde 49
3.2.2.1.1 Verschuldensbegriff in § 1 Abs 1 AHG 51
3.2.2.1.2 Weitere Voraussetzungen 51
3.2.2.2 Haftung des Organwalters gegenüber der Gemeinde 50
3.2.2.2.1 Verschulden des Organwalters 51
3.2.2.2.2 Weisung eines Vorgesetzten 51
3.2.2.2.3 Rückersatzanspruch bei Kollegialorganen 52
3.2.3 Organhaftpflicht 51
3.2.4 Verschulden des Organwalters 52

4. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane 53
4.1 Veruntreuung (§ 133 StGB) 53
4.2 Untreue (§ 153 StGB) 54
4.3 Betrug (§ 146 StGB) 55
4.4 Missbrauch der Amtsgewalt (§ 302 StGB) 56
4.4.1 Beamte 56
4.4.2 Befugnismissbrauch (§ 302 StGB) 56
4.4.3 Missbräuche, jedoch keine der Amtsgewalt 58
4.4.4 Innere Tatseite 58
4.4.4.1 Wissentlicher Befugnismissbrauch 58
4.4.4.2 Schädigungsvorsatz 59
4.4.5 Amtsmissbrauch auf Weisung 60
4.4.6 Bestimmungs- und Beitragstäterschaft 61
4.5 Strafbare Handlungen unter Ausnützung einer Amtsstellung 61
4.6 Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen 61
4.7 Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Erstellung und Genehmigung des Voranschlags 63

5. Gemeinderechtliche Verantwortung bei mangelnder Haushaltskonsolidierung 65
5.1 Amtsverlust des Bürgermeisters und des Gemeindevorstands 65
5.2 Auflösung des Gemeinderats und Einsetzung eines Regierungskommissärs 66
5.2.1 Grundsätzliches 66
5.2.2 Auflösung des Gemeinderats 67
5.2.3 Funktion (Tätigkeit) und Bedeutung des Regierungskommissärs 69
5.2.4 Rechte und Pflichten des Regierungskommissärs 69

5.2.5 Die Funktion der übrigen Gemeindeorgane bei bestelltem Regierungskommissär 70
5.2.6 Beendigung der Tätigkeit des Regierungskommissärs 70

6. Rechte, Pflichten und Haftungspotentiale der Aufsichtsbehörde 72
6.1 Umfang der Gemeindeaufsicht 72
6.2 Überprüfung der Gebarung der Gemeinde durch die Aufsichtsbehörde 73
6.2.1 Informationsrecht 74
6.2.2 Gebarungskontrolle 74
6.2.3 Verordnungsprüfung 76
6.2.4 Vorstellung 76
6.2.5 Weitere Aufsichtsmittel 77
6.3 Sorgfaltswidrige Genehmigung von Rechtsgeschäften durch die Aufsichtsbehörde 77

7. Insolvenzantrag als ultima ratio – ein Weg aus der Krise? 79
7.1 Die Insolvenzfähigkeit einer Gemeinde am Beispiel Donawitz 79
7.1.1 Konkursfähigkeit der Gemeinden 80
7.1.2 Auflösung der Gemeinde auf Grund eines Konkurses? 81
7.1.3 Ausgleichsfähigkeit der Gemeinden 81
7.2 Die Insolvenzantragsgründe Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit bei Gemeinden 83
7.2.1 Allgemeines zur Konkurseröffnung 83
7.2.2 Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) 83
7.2.3 Überschuldung (Insuffizienz) 84
7.3 Berechtigung und/oder Verpflichtung zum Konkursantrag 85
7.3.1 Automatischer Amtsverlust der Gemeindefunktionäre? 85
7.3.2 Haftung der Gemeindefunktionäre 86
7.4 Konsequenzen für die Gemeinde bei Einleitung eines Konkursverfahrens – Ablauf eines Konkursverfahrens in Grundzügen 89
7.4.1 Konkursunterworfenes Vermögen bei Gemeinden – die Bedeutung des § 15 EO 89
7.4.1.1 Konkursfreies und konkursunterworfenes Vermögen 89
7.4.1.2 Unterscheidung zwischen Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben 90
7.4.1.3 Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs – unterschiedliche Auslegung des § 15 EO? 91
7.4.1.4 § 15 EO im Zusammenhang mit Gemeindevermögen, öffentliches Gut und Gemeindegut 92
7.4.1.5 Teilbefreiung 93
7.4.1.6 Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen 94
7.4.1.7 Aufteilung des Vermögens in konkursfreies und -unterworfenes Vermögen 94
7.4.1.8 Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde 95

7.4.1.9 Verfügungsbeschränkung 96
7.4.1.10 Befugnisse des Masseverwalters 96
7.4.1.11 Vertragsmäßiges Pfandrecht 97
7.4.1.12 Weitere Exekutionsbeschränkungen neben § 15 EO 97
7.4.2 Die Auswirkungen eines Insolvenzverfahrens auf die verschiedenen Gläubiger der Gemeinde 98
7.4.2.1 Insolvenz als Sanierungsmaßnahme? 99
7.4.3 Die Stellung der Gemeindebediensteten in der Insolvenz 100
7.4.3.1 Arbeitsverträge im Konkurs (§ 25 KO) 100
7.4.3.2 Befugnisse des Masseverwalters einer Gemeinde im Zusammenhang mit § 25 KO 102
7.4.3.3 Beamte in steirischen Gemeinden 103
7.4.3.4 Vertragsbedienstete in steirischen Gemeinden 107
7.4.3.5 Arbeiter und Angestellte aufgrund privatrechlichen Vertrags 110
7.4.3.6 Zuweisung von Bediensteten 111
7.4.3.7 In der Praxis 112
7.4.3.7.1 Insolvenzausfallsgeld für Dienstnehmer der Gemeinde ... 115
7.4.3.7.2 Abgaben- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten in der Insolvenz 1126
7.4.4 Haftung der Aufsichtsbehörde bei Konkursverschleppung 115
7.5 Beendigung eines Konkursverfahrens und Konsequenzen für die Gemeinde 116
7.5.1 Allgemeines 116
7.5.2 Zwangsausgleich 116
7.5.3 Die Wirkung der Aufhebung 117

8. Literatur 118

AUF DEN PUNKT GEBRACHT

Welche zivilrechtlichen und strafrechtlichen **Haftungspotenziale** drohen der Gemeinde und deren Organen bei nachlässiger oder **fehlerhafter Haushaltsführung?**

Gemeinden und deren Organe sind stets bemüht, die **Attraktivität der eigenen Gemeinde** als Lebensraum und Wirtschaftsstandort im weitesten Sinne aufrecht zu erhalten und zu **steigern.** Häufig ist dies mit dem Bestreben der Gemeinde verbunden, die Infrastruktur und die öffentlichen Angebote der Gemeinde zu intensivieren und zu verbessern. Dies ist üblicherweise mit einem **erheblichen Finanzbedarf verbunden.** Die Gemeinde bzw deren Organe stehen bei ihren Entscheidungen stets im **Spannungsverhältnis** zwischen den verfassungsrechtlich vorgegebenen **Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** bzw der wirtschaftlich noch leistbaren Lösung einerseits und der „noch attraktiveren Lösung“ andererseits. Bei der Entscheidung für „das Eine oder Andere“, aber auch bei den Schwerpunktsetzungen in der Gemeindetätigkeit sind rechtliche Rahmenbedingungen und verschiedenste Gesetze zu beachten, die in dieser Darstellung beleuchtet werden.

1. GRUNDLAGEN DES GEMEINDERECHTS

1.1 Bundesverfassungsgesetzliche und landesverfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen für die Gemeindeorganisation

1.1.1 Regelungen durch die Bundesverfassung

Die bundesverfassungsgesetzlichen Rechtsgrundlagen über die Gemeinden findet man in den Art 115 – 120 B-VG. Unter dem Begriff „Gemeinde" versteht das B-VG grundsätzlich die „Ortsgemeinde" (Art 115 Abs 1 B-VG). Die Bestimmungen über die Einrichtung einer Gemeinde, über deren Organe und Wirkungsbereich und im weiteren Sinn über die staatliche Aufsicht gehören zum Gemeinderecht im Sinne des B-VG (Art 116 – 119 a B-VG). Bestimmungen über den **eigenen Wirkungsbereich** der Gemeinde findet man in Art 118 Abs 2 B-VG, Bestimmungen über den **übertragenen Wirkungsbereich** in Art 119 Abs 1 B-VG.

Die **Landesgesetzgebung** hat, soweit das Bundesverfassungsrecht keine ausdrückliche Zuständigkeit des Bundes festsetzt, das **Gemeinderecht (= Gemeindeorganisationsrecht) nach den Grundsätzen der Art 116 – 119 a B-VG zu regeln** (Art 115 Abs 2 erster Satz B-VG).

Auf dem Gebiet des **Finanzwesens regelt das Finanzverfassungsgesetz 1948 (F-VG)** den Wirkungsbereich des Bundes und der Länder. Die Verteilung der Besteuerungsrechte und Abgabenerträge zwischen dem Bund und den Ländern (Gemeinden) wird gem § 3 F-VG durch die Bundesgesetzgebung geregelt. Dies geschieht durch das Finanzausgleichgesetz (zuletzt durch das **Finanzausgleichsgesetz 2008** (FAG), BGBl 2007/103).

Das **Recht auf selbständige Haushaltsführung** (Art 116 Abs 2 B-VG) wird grundsätzlich nicht durch das EU-Recht berührt. In Einzelfällen ergeben sich jedoch gewisse Verpflichtungen aus dem EU-Recht. So sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, nach den Maßgaben des Art 104 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden und die sog Konvergenzkriterien nach Art 121 EGV einzuhalten.

Die Konvergenzkriterien regeln für die EU-Mitgliedstaaten den Zugang zur Europäischen Währungsunion. Die Mitgliedstaaten der damaligen EG einigten sich mit dem **Vertrag von Maastricht 1992** auf vier Mindestkriterien, die von den Ländern erfüllt werden müssen, um den Euro als Währung einführen zu können. Diese vier Kriterien sind:

- ► Preisstabilität,
- ► Stabilität des Zinsniveaus,
- ► Währungsstabilität
- ► und die Beschränkung der Nettoneuverschuldung mit max drei Prozent des BIP bzw der Staatsverschuldung mit max 60% des BIP.

1.1.2 Regelung durch den Landesgesetzgeber

Wie bereits erwähnt, hat gem **Art 115 Abs 2 erster Satz B-VG** die Landesgesetzgebung, soweit nicht ausdrücklich eine Zuständigkeit des Bundes festgesetzt ist (siehe Art 116 a Abs 2, Art 118 Abs 7 und Art 119 a Abs 3 B-VG), das Gemeinderecht nach den **Grundsätzen der Art 116 – 119 a** B-VG zu regeln.

Es steht dem Landesgesetzgeber grundsätzlich frei, Bestimmungen der Gemeindeorganisation als Landesverfassungsgesetz oder als einfaches Landesgesetz zu erlassen.[1] Deshalb haben die Länder die betreffenden Regelungen in den sog **„Gemeindeordnungen"** getroffen und haben viele Länder weiters grundsätzliche Regelungen über die Gemeinden auch in ihre **Landesverfassungen** aufgenommen (zB NÖ: Art 57 ff L-VG, OÖ: Art 65 ff L-VG und Sbg: Art 51 ff L-VG, nicht jedoch die Steiermark). Zum Teil in unterschiedlicher Weise, aber auch durch Wiederholung der Gemeindeverfassungsgrundsätze aus den Art 115 – 120 B-VG.

1.1.3 Ausführungsgesetzgebung der Länder

Die Landesgesetzgebung hat das Gemeinderecht gemäß Art 115 Abs 2 B-VG nach den Grundsätzen der Art 116 – 119 a B-VG zu regeln. In Angelegenheiten des Gemeinderechts steht die **Ausführungsgesetzgebung** daher nicht im Ermessen der Länder, sondern ist dies deren Pflicht.[2] Den in Art 116 – 119 a B-VG aufgestellten **Grundsätzen der Gemeindeorganisation** darf in den Ausführungsgesetzen **nicht widersprochen** werden. Eine Grundsatzwidrigkeit würde etwa dann vorliegen, wenn die Gemeinderechtsgrundsätze nicht vollständig ausgeführt oder die Grundsätze durch die Ausführungsgesetze in ihrer rechtlichen Wirkung eingeschränkt worden sind.

Dem **Landesgesetzgeber ist es weiters verwehrt,** den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden einzuschränken oder über die in Art 118 Abs 2 und 3 B-VG angeführten Angelegenheiten hinaus auszudehnen.[3] Da sich die **Zuständigkeit des Landesgesetzgebers** für die gesetzlichen Regelungen des Gemeinderechts aus der **Sonderkompetenz** des Art 115 Abs 2 erster Satz B-VG ableitet, ist eine über die Grundsätze der Art 116 – 119 a B-VG hinausgehende Regelung des Gemeinderechts dem Landesgesetzgeber versagt. **Unterschiedliche Regelungen** der Landesgesetzgeber zum Gemeinderecht in den einzelnen Bundesländern sind diesen jedoch nicht verwehrt.[4]

1.1.4 Der eigene Wirkungsbereich der Gemeinden

Der eigene Wirkungsbereich wird im B-VG mit der **Generalklausel des Art 118 Abs 2 B-VG** beschrieben. Dieser umfasst alle Angelegenheiten, die im *„ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft ge-*

---

1 *Neuhofer,* Gemeinderecht² (1998) 24.
2 *Neuhofer,* Gemeinderecht² 28.
3 IdS VfSlg 5415/1966 ua.
4 Gem VfSlg 11979/1989, 8247/1978, 8934/1980 liegen unterschiedliche landesgesetzliche Regelungen im Wesen des Bundesstaates und sind als solche kein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot.

legen" und außerdem *„geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden"*.[5]

Art 118 Abs 3 B-VG zählt in der Folge, demonstrativ, einige Angelegenheiten auf, die jedenfalls zum eigenen Wirkungsbereich gehören. Dazu zählen zB

- die Bestellung der Gemeindeorgane unbeschadet der Zuständigkeit überörtlicher Wahlbehörden;
- die Bestellung der Gemeindebediensteten und Ausübung der Diensthoheit unbeschadet der Zuständigkeit überörtlicher Disziplinar-, Qualifikations- und Prüfungskommissionen;
- die Regelung der inneren Einrichtungen zur Besorgung der Gemeindeaufgaben;
- die örtliche Sicherheitspolizei;
- die örtliche Veranstaltungspolizei;
- die Verwaltung der Verkehrsflächen der Gemeinde,
- die örtliche Straßenpolizei;
- die Sittlichkeitspolizei.[6]

Die Gesetze haben **derartige Angelegenheiten eindeutig als solche des eigenen Wirkungsbereichs** der Gemeinde zu bezeichnen.[7] Nach der Rechtssprechung des VfGH[8] dürfen die im eigenen Wirkungsbereich zu besorgenden Angelegenheiten **nicht mit „abstrakt formulierten Tatbeständen"** umschrieben werden. Die Bezeichnung muss vielmehr konkret in den die einzelnen Materien regelnden Gesetzen, zB in der Bauordnung oder in der Straßenverkehrsordnung, erfolgen.[9]

Die zuständigen Gemeindeorgane sind bei der Besorgung der Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs an **keine Weisungen von außen** gebunden.[10] Die Gemeindeautonomie bedeutet allerdings keine Freistellung vom Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG). Die Gemeinde hat trotzdem die Gesetze und Verordnungen des Bundes und der Länder zu beachten.

1.1.4.1 Gemeindeselbstverwaltung

Selbstverwaltung bedeutet, dass Gemeinden ihre **Angelegenheiten** in autonomer Weise, dh **selbstständig entscheidend und in eigener Verantwortung,** durch ihre Organe besorgen können. Sie können zB, als „selbstständiger Wirtschaftskörper", im Rahmen der allgemeinen Gesetze **Vermögen aller Art besitzen** und **wirtschaftliche Unterneh-**

---

5 Art 118 Abs 2 B-VG.
6 Art 118 Abs 3 lit 1 – 11 B-VG.
7 Art 118 Abs 2 zweiter Satz B-VG.
8 VfSlg 5409/1966, 9722/1983 ua.
9 *Oberndorfer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (2008) 1. Teil Rz 66 f; vgl *Neuhofer,* Gemeinderecht[2] 31 dieser führt jedoch auch Gegenmeinungen von *Kinzel* und *Schütz* an. Nach deren Meinung hat die Bezeichnung nach Art 118 Abs 2 zweiter Satz B-VG nur deklaratorischen Charakter.
10 Art 118 Abs 4 B-VG.

mungen betreiben.[11] In der Hoheitsverwaltung besteht eine strenge Bindung an das Gesetz, das Verwaltungshandeln muss ausreichend vorher bestimmbar sein.

1.1.4.2 Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit

Aus Art 119 a Abs 2 B-VG kann die Verpflichtung der staatlichen Verwaltung zur **Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** abgeleitet werden.[12] An diese Grundsätze muss sich die Gemeinde immer halten, auch im Bereich ihrer selbstständigen Wirtschaftsführung. Auch in den Gemeindeordnungen findet man diese Grundsätze; entweder mit der selben Formulierung (zB § 71 Abs 1 stmk GdO oder § 68 Abs 2 oö GdO) oder aber die Vermögensgebarung ist zumindest dem Gebot der Wirtschaftlichkeit unterstellt (§ 62 Abs 2 bgld GdO).

1.1.5 Übertragener Wirkungsbereich

Neben dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde besteht der **übertragene Wirkungsbereich.**[13] Hier werden die Organe der Gemeinde im Auftrag und **nach den Weisungen** des Bundes bzw des Landes tätig. Sie besorgen dabei Verwaltungsgeschäfte des Bundes oder der Länder. Grundsätzlich ist der Bürgermeister das Organ des übertragenen Wirkungsbereichs. Er kann aber gem Art 119 Abs 3 B-VG einzelne Angelegenheiten anderen Organen übertragen. Somit ist der Bürgermeister, je nach kompetenzrechtlicher Zuordnung, funktionell entweder Bundes- oder Landesbehörde. Der Bürgermeister untersteht dabei der Weisungsgewalt der übergeordneten Behörde.

1.2 Organe der Gemeinde

Wie jede andere juristische Person kann die Gemeinde **nicht selbst handeln.** Sie braucht dafür Organe, die für sie handeln. **Art 117 Abs 1 B-VG** bestimmt die Organe, die in einer Gemeinde jedenfalls vorgesehen werden müssen. Dies sind

- der Gemeinderat,
- der Gemeindevorstand (Stadtrat)
- und der Bürgermeister.

Weiters kann der Landesgesetzgeber als Gemeinderechtsgesetzgeber, weitere Organe für den **eigenen Wirkungsbereich** der Gemeinde einrichten.[14] Diese müssen nicht bundeseinheitlich sein. Dem Bundesgesetzgeber ist hingegen die Einrichtung solcher Gemeindeorgane versagt, da gem Art 115 Abs 2 erster Satz B-VG die Landesgesetzge-

---

[11] Art 116 Abs 2 B-VG.

[12] *Thunhart,* Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000) 83 führt an, dass die in Art 126 b Abs 5 B-VG festgelegten Maßstäbe der Rechnungs- und Gebarungskontrolle zweifellos als allgemeine Grundsätze für die gesamte staatliche Verwaltung zu verstehen sind. Auch in Art 119 a Abs 2 B-VG wird verlangt, dass das Land die Gebarung der Gemeinden auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit überprüfen muss.

[13] Art 119 B-VG.

[14] IdS VfSlg 13.304/1992, 13.335/1993; *Steiner* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (2008) 9. Teil Rz 3.

bung das Gemeinderecht zu regeln hat. Detaillierte Regelungen zu den zwingenden bzw fakultativen Organen der Gemeinde und deren jeweiligem Wirkungskreis finden sich in den Gemeindeordnungen (so zB § 14 ff und §§ 43 ff stmk GdO).

Im **übertragenen Wirkungsbereich** werden die Angelegenheiten, nach Art 119 Abs 2 erster Satz B-VG, vom Bürgermeister besorgt. An diese Bestimmung ist der Landesgesetzgeber als Gemeinderechtsgesetzgeber gebunden. Er darf daher kein anderes Gemeindeorgan für die Besorgung von Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereichs schaffen.

Entsprechend dem bundesverfassungsgesetzlichen Grundsatz des Art 20 Abs 1 B-VG führen die Verwaltung der Gemeinde *„auf Zeit gewählte Organe oder ernannte berufsmäßige Organe".* Soweit durch das B-VG nicht ausdrücklich bestimmt wird, welche Organwalter auf Zeit gewählt werden müssen bzw berufsmäßig zu bestellen sind, steht dies dem Gemeinderechtsgesetzgeber frei.[15] Unter den **„ernannten berufsmäßigen Organen"** sind neben den Beamten auch **vertraglich bestellte Organe (Vertragsbedienstete)** zu verstehen.[16] Die berufsmäßig ernannten Organwalter werden entweder auf Lebenszeit **(Beamte)** ernannt oder als **Vertragsbedienstete auf bestimmte oder unbestimmte Zeit.**

[15] *Neuhofer,* Gemeinderecht[2] 170.
[16] Art 20 Abs 1 B-VG.

2. GESETZLICHE VORGABEN ZU ART UND UMFANG DER HAUSHALTSFÜHRUNG

2.1 Vermögenswirtschaft der Gemeinden

Die Gemeinden haben gem **Art 116 Abs 2 B-VG** das Recht, im Rahmen der Finanzverfassung ihren **Haushalt selbstständig zu führen.** Gem Art 118 Abs 2 B-VG gehören die Angelegenheiten des Art 116 Abs 2 B-VG zum **eigenen Wirkungsbereich** der Gemeinden. Daher ist die selbständige Haushaltsführung nach den Bestimmungen des Art 118 Abs 4 B-VG von den Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich **weisungsfrei** und in **eigener Verantwortung** zu besorgen.

Da die selbständige Haushaltsführung der Gemeinde (als selbstständiger Wirtschaftskörper) gewährt ist, ist diese nicht nur auf die Besorgung der Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde, sondern auch auf die Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereichs anzuwenden.[17]

Die Gemeinde hat so, durch die selbständige Haushaltsführung, das Recht – unter Beachtung der Verpflichtungen aus Gesetzen und Verträgen – über ihre **Einnahmen frei zu verfügen.** Trotz der selbstständigen Haushaltsführung haben die Gemeinden die **Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** zu beachten. Dies ergibt sich vor allem aus den Bestimmungen über die **Gebarungskontrolle durch das Land** (Art 119 a Abs 2 B-VG) und den **Rechnungshof** (Art 127 a Abs 1 B-VG). Entsprechende Umsetzungen finden sich auch in den Gemeindeordnungen (zB § 71 stmk GdO).

Weitere Beschränkungen der selbstständigen Haushaltsführung ergeben sich aus den Bestimmungen zur **Gemeindeaufsicht.** Hier sei vor allem das Erfordernis einer **aufsichtsbehördlichen Bewilligung für bestimmte Maßnahmen** (durch die das überörtliche Interesse in besonderem Maß berührt wird) nach Art 119 a Abs 8 B-VG und das Finanz-Verfassungsgesetz 1948 erwähnt. Bestimmte eigene Aufgaben und Ertragsanteile[18] werden den Gemeinden durch das **F-VG** im Zusammenhang mit dem jeweiligen **Finanzausgleichsgesetz** zugesichert.

Da kein Auftrag des Gesetzgebers an die Gemeinden besteht, der diese verpflichten würde, die Abgabenerträge für bestimmte Zwecke zu verwenden, steht es der Gemeinde grundsätzlich frei, von der ihr durch Bundes- oder Landesgesetz gewährter Ermächtigung zur Ausschreibung von gemeindeeigenen Abgaben Gebrauch zu machen. Nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs 6 F-VG kann die Landesgesetzgebung **Gemeinden zur Einhebung bestimmter Abgaben verpflichten,** wenn dies zur Herstellung des Haushaltsausgleichs und zur Deckung bestimmter Erfordernisse notwendig ist.

---

[17] *Hengstschläger* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (2008) 12. Teil Rz 10.

[18] Dies sind zB die Lustbarkeitsabgaben, Hundeabgaben, Gebühren für die Benützung von Gemeindeeinrichtungen und -anlagen, Abgaben für das Abstellen von Fahrzeugen in der Kurzparkzone (§ 15 FAG 2008).

2.1.1 Arten des Gemeindeeigentums

Schon im ABGB wurde bzw wird heute noch

- in § 287 ABGB zwischen
  - freistehenden Sachen,
  - öffentlichem Gut
  - und Staatsvermögen
- und in § 288 ABGB zwischen
  - Gemeindegut und
  - Gemeindevermögen unterschieden.

Durch Gemeindeordnungen haben diese nach wie vor in Geltung stehenden Bestimmungen jedoch geringfügige inhaltliche Abänderungen erfahren.

2.1.1.1 Gemeindeeigentum

Alle der Gemeinde gehörenden **beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie die ihr zustehenden Rechte** bilden das **Gemeindeeigentum** (vgl § 70 Abs 1 stmk GdO). Das Gemeindeeigentum wird von den meisten – nicht zB in Vorarlberg – Gemeindeordnungen in

- **Gemeindevermögen** (einschließlich der wirtschaftlichen Unternehmungen der Gemeinde),
- **öffentliches Gut** und
- **Gemeindegut** unterteilt (vgl zB § 70 Abs 1 stmk GdO, § 61 Abs 1 bgld GdO).[19]

Das Gemeindeeigentum ist in seiner Gesamtheit **ungeschmälert zu erhalten** und, sollte es ertragsfähig sein, so zu verwalten, dass ein möglichst großer und dauernder Ertrag daraus zu erzielen ist (vgl § 70 stmk GdO und Abschnitt 2.1.2).

2.1.1.2 Öffentliches Gut

Das öffentliche Gut bilden die dem **Gemeingebrauch gewidmeten Teile** des Gemeindeeigentums. Diese Definition treffen die Gemeindeordnungen inhaltlich übereinstimmend mit dem ABGB (vgl § 72 stmk GdO). Das öffentliche Gut steht im Privateigentum des Staates oder einer anderen Gebietskörperschaft (insb auch der Gemeinden), wird jedoch **durch den Gemeingebrauch beschränkt.**[20]

Dem Inhalt nach ist der **Gemeingebrauch** eine **jedermann zustehende Freiheit,** die Sache ihrer Zweckbestimmung gemäß oder – sollte eine solche fehlen oder zweifelhaft sein – in der üblichen Weise, dh der Widmung der Sache nach, zu gebrauchen. Diese

---

[19] *Oberndorfer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 1. Teil Rz 157.
[20] *Spielbüchler* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ (2000) §§ 287 und 288 ABGB.

privatrechtliche Verfügung über das öffentliche Gut, darf die Widmung der Sache jedoch niemals gänzlich ausschließen oder auch nur behindern.[21]

***Beispiele** für öffentliches Gut sind Verkehrsflächen aller Art: Straßen, Plätze, Rad- und Gehwege, Brücken, Stege.*

Begründet wird der Gemeingebrauch entweder durch einen Widmungsakt der zuständigen Behörde (zB nach Landesstraßenverwaltungsgesetzen) oder durch eine langjährige Übung.[22] Erst durch einen entsprechenden Entwidmungsakt der zuständigen Behörde geht der Gemeingebrauch unter.

2.1.1.3 Gemeindegut

Das Gemeindegut ist jenes Gemeindeeigentum, das der gemeinschaftlichen Nutzung durch **einen bestimmten Kreis von Berechtigten gewidmet ist** (bspw Gemeindeweiden, Gemeindewald).

2.1.1.4 Gemeindevermögen

Gemeindeeigentum, welches nicht Gemeindegut, Sondervermögen oder öffentliches Gut ist, bildet das **Gemeindevermögen.** Zu dem Gemeindevermögen gehören außerdem noch die **wirtschaftlichen Unternehmungen einer Gemeinde.**

Die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit kommen auch hier zum Tragen, denn das Gemeindevermögen ist nach diesen Grundsätzen zu verwalten und außerdem noch tunlichst ungeschmälert zu erhalten. Dies ergibt sich aus den Gemeindeorganisationsgesetzen und aus dem B-VG.[23] Der Ertrag des Gemeindevermögens ist Gemeindezwecken gewidmet und fließt in die Gemeindekasse.

2.1.1.5 Sondervermögen gemeinderechtlicher Art

In der oö Gemeindeordnung (§ 110) findet sich noch eine Bestimmung über das „Sondervermögen gemeinderechtlicher Art“. Nachdem dieses Sondervermögen durch Art II § 1 der VO über die Einführung der deutschen Gemeindeordnung im Lande Österreich 1938 aufgehoben und das Eigentum der Gemeinde übergeführt worden ist, hat nur Oberösterreich dieses Sondervermögen einer besonderen gesetzlichen Regelung zugeführt.[24] Der VfGH hat dieses rechtlich als Gemeindegut qualifiziert.[25] Dieses Sondervermögen ist nach § 110 oö GdO seiner Bestimmungen gemäß zu verwalten. Dh es dient vor allem zur Bestreitung bestimmter öffentlich-rechtlicher Lasten, zB für Kanal, Wasserleitung und Straßenbeleuchtung.

---

21 VfSlg 5395/1966.
22 *Neuhofer,* Gemeinderecht² 474.
23 *Oberndorfer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 1. Teil Rz 167.
24 *Neuhofer,* Gemeinderecht² 476 f.
25 VfSlg 4229/1962.

2.1.2 Erhaltungspflicht für Gemeindeeigentum

Grundsätzlich gelten für den Erwerb, den Verlust und den Übertrag des Gemeindeeigentums, die **Bestimmungen des bürgerlichen Rechts** (§ 290 ABGB). Jedoch müssen die abweichenden Bestimmungen in den öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Verwaltung und über den Gebrauch des Gemeindeeigentums beachtet werden.[26] Diese Bestimmungen sind vor allem einschlägige Regelungen des Gemeindeorganisationsgesetzes und Gesetze hinsichtlich der Einräumung eines Gemeingebrauchs oder hinsichtlich der Einräumung von Sondernutzungsrechten.

Grundsätzlich können alle Vermögensgegenstände von der Gemeinde erworben oder veräußert werden (= **freie Verfügungsmacht der Gemeinde** gem Art 116 Abs 2 B-VG). Diese wirtschaftliche Verfügungsmacht wird jedoch durch **die Erfordernisse der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** der Gemeindegebarung nach Art 119 a Abs 2 B-VG eingeschränkt. Außerdem sehen die Gemeindeordnungen vor, dass das Gemeindeeigentum (dh also auch das Gemeindevermögen) möglichst **ungeschmälert erhalten** werden soll bzw dass es so zu verwalten ist, dass ein **möglichst großer und dauernder Ertrag** unter Berücksichtigung der Aufgaben der Gemeinde erzielt werden kann (zB § 70 Abs 1 stmk GdO).

Für den **künftigen Bedarf** sind **Erweiterungsrücklagen** bzw Sonderrücklagen, für die **Wiederbeschaffung** von abnutzbaren Wirtschaftsgütern sind **Erneuerungsrücklagen** anzulegen[27] (vgl zB § 70 Abs 2 stmk GdO). Einige Gemeindeordnungen verpflichten die Gemeinden darüber hinaus zur Anlegung von **Tilgungsrücklagen** für Darlehen, die in einem Betrag zur Rückzahlung fällig werden, und zur Anlegung von Sonderrücklagen für bestimmte Vorhaben, zB für Amtsgebäude oder Schulbauten (§ 62 sbg GdO, § 80 Abs 2 stmk GdO).

Zur Verwaltung des Gemeindeeigentums enthalten die Gemeindeordnungen eingehende Bestimmungen ua über **Vermögensverzeichnisse, Vermögensverrechnung, Inventarisierung** und **Bewertung** (vgl zB § 74 stmk GdO).

2.1.3 Öffentliches Gut und Gemeindegut als Instrument zur Haushaltskonsolidierung

Der Gemeingebrauch von öffentlichem Gut ist **grundsätzlich unentgeltlich,** schließt aber eine gesetzliche Verpflichtung zur **Entrichtung eines Entgelts** nicht aus.

So sehen auch die meisten Gemeindeordnungen ausdrückliche Bestimmungen vor, die es der Gemeinde als Eigentümerin des öffentlichen Gutes erlauben, jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benützung zu untersagen oder von der **Entrichtung einer Gebühr** abhängig zu machen (vgl § 72 stmk GdO und § 71 Abs 1 NÖ GdO). Es können entweder **öffentlich-rechtliche Gebühren** auf Grund der einschlägigen gesetz-

---

[26] *Oberndorfer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 1. Teil Rz 168; *Spielbüchler* in *Rummel* ABGB I[3] § 290.

[27] *Neuhofer,* Gemeinderecht[2] 473.

lichen Abgabenermächtigungen oder Entgelte auf Grund einer **privaten Vereinbarung für Sondernutzungen** am öffentlichen Gut der Gemeinde eingehoben werden.[28]

> ***Beispiel:*** *Eine solche Sondernutzung ist bspw die Verteilung von Flugblättern. So verlangen Gemeinden/Städte etwa für die Verteilung von Flugblättern, für das Aufstellen von Kiosken, Werbeeinrichtungen auf öffentlichem Gut ein Entgelt.*

Beim **Gemeindegut** wird der Anspruch und das Ausmaß der Nutzungsrechte, wie bei dem öffentlichen Gut, nach Urkunden, Satzungen oder der bestehenden Übung bestimmt. Die Nutzungsberechtigung **beschränkt** sich jedoch auf den **Haus- und Gutsbedarf des Berechtigten.**[29] Dieser Haus- und Gutsbedarf liegt daher nur vor, wenn der Nutzungsberechtigte die Erträgnisse des Gemeindegutes im eigenen Haushalt oder land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb verwenden oder das Gemeindegut im Rahmen des eigenen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs sonst nutzen kann. Die Ansprüche auf Nutzungerechte am Gemeindegut sind öffentlich-rechtlicher Art, es entscheiden daher darüber, die nach der Gemeindeordnung zuständigen Gemeindeorgane.[30]

Die Nutzungsberechtigten sind verpflichtet, die mit dem Bestand und der Nutzung des Gemeindeguts verbunden Auslagen aller Art (zB Betriebskosten, Steuern) zu bezahlen. Ein etwaiger **überschüssiger Ertrag aus dem Gemeindegut** fließt nach Abzug der Nutzungsrechte in die Gemeindekasse zur **Bestreitung allgemeiner Gemeindebedürfnisse** (so zB § 73 Abs 2 stmk GdO). Die Nutzungsrechte, die auf Teilen des Gemeindeguts haften, können unter bestimmten Voraussetzungen, bei überwiegendem öffentlichen Interesse, **aufgehoben bzw abgelöst** werden.

2.1.4 Verwendung der Erlöse aus der Veräußerung von Gemeindevermögen

Gemeindevermögen ist nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu verwalten. Einige **Gemeindeordnungen** schreiben **weitere Regelungen** vor, wie die Erlöse aus den Vermögensveräußerungen zu verwenden sind.

- So findet man in § 70 Abs 5 stmk GdO die Bestimmung, dass die Erlöse *„zur Schaffung neuer Vermögenswerte oder zur vorzeitigen Tilgung bestehender Darlehensschulden außerhalb des Tilgungsplans zu verwenden“* sind.
- § 61 Abs 4 sbg GdO sieht vor, dass der Erlös aus der Veräußerung *„zur ungeschmälerten Erhaltung des Gesamtwerts des Gemeindevermögens zu verwenden“* ist. Dh der Veräußerungserlös darf nur zur Schaffung gleichbeständiger neuer Vermögenswerte, zur Rücklagenbildung oder zur außerordentlichen Tilgung von Darlehen verwendet werden.

---

28 *Neuhofer*, Gemeinderecht² 474 f.
29 *Neuhofer*, Gemeinderecht² 475.
30 In diesem Sinn VfSlg 2308/1952 und 5666/1968.

Andere Gemeindeordnungen, wie zB die NÖ oder die Bgld, sehen keine expliziten Vorschriften für die Verwendung der Veräußerungserlöse von Gemeindevermögen vor. Sie schreiben jedoch vor, dass das Gemeindevermögen **möglichst ohne Beeinträchtigung der Substanz zu erhalten ist** (vgl § 69 Abs 1 nö GdO, § 61 Abs 2 iVm § 62 Abs 2 bgld GdO). Es kann daraus gefolgert werden, dass die Veräußerungserlöse, ähnlich wie in der stmk oder sbg Gemeindeordnung, nur zur Schaffung gleichbeständiger neuer Vermögenswerte uä, verwendet werden dürfen.

2.1.5 Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinden – Grenzen der Zulässigkeit

Unter den **Voraussetzungen des Art 116 Abs 2 B-VG,** dh innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze, sowie der Gemeindeorganisationsgesetze ist die Gemeinde berechtigt, **wirtschaftliche Unternehmungen** zu betreiben.

Das B-VG enthält zwar **keine Definition des Begriffs „wirtschaftliche Unternehmungen“** der VfGH hat sich jedoch mit dem Unternehmensbegriff beschäftigt und ihn wie folgt umschrieben: *„Unter einer Unternehmung ist eine in einer bestimmten Organisationsform in Erscheinung tretende wirtschaftliche Tätigkeit zu verstehen, die sich auf Vermögenswerte stützt und mit Einnahmen und Ausgaben verbunden ist, wobei es unmaßgeblich ist, in welcher Organisationsform die Unternehmung auftritt, ob sie Rechtspersönlichkeit besitzt oder nicht, ob zur Entfaltung der wirtschaftlichen Tätigkeit eine besondere Berechtigung notwendig ist, ob die Tätigkeit auf Gewinn gerichtet ist und dergleichen.“*[31]

Dieser **weite Unternehmensbegriff** bedarf im Einzelfall einer **näheren Prüfung** auf Grund der Gemeindeverordnungen und Stadtrechte. **Die stmk GdO** gestattet den Gemeinden beispielsweise nur dann eine wirtschaftliche Unternehmung zu errichten oder zu übernehmen, bzw den Umfang dieser wesentlich zu vergrößern oder auf neue Leistungs-, Waren- oder Produktionszweige auszudehnen, wenn

- dies vom Gesichtspunkt des **öffentlichen Interesses** erforderlich ist,
- die **Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** nicht verletzt werden,
- der Zweck der Unternehmung nicht in gleicher Weise durch eine andere erfüllt wird und
- die Art und der Umfang der Unternehmung in einem **angemessenen Verhältnis** zur voraussichtlichen **Leistungsfähigkeit** der Gemeinde steht und der Befriedigung des Bedarfs der Bevölkerung oder einem überörtlichen Interesse dient.

Die **Errichtung und Erweiterung** einer wirtschaftlichen Unternehmung bedarf gem § 85 Abs 4 der Statuten der Stadt Graz eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Solche und ähnliche Regelungen sehen die Mehrzahl der Gemeindeordnungen und Stadtrechte vor (vgl etwa § 86 Statut der Stadt Graz, § 68 NÖ GdO, § 69 OÖ GdO, § 65 Slb GdO).

---

[31] VfSlg 3296/1957, 10.609/1985.

Es ist jedoch fraglich, ob die Einrichtung und der Betrieb einer wirtschaftlichen Unternehmung der Gemeinde **schlechthin einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterworfen werden** kann. Es wird nur dann zu bejahen sein, wenn nach Art 119a Abs 8 B-VG hierdurch *„auch überörtliche Interessen im besonderen Maß berührt werden, insb solche von besonderer finanzieller Bedeutung."*

Um eine **wirtschaftliche Unternehmung zu führen**, bedarf die Gemeinde aber auf jeden Fall der erforderlichen Genehmigungen nach der GewO und anderen Gesetzen. Generell ist zu sagen, dass die wirtschaftlichen Unternehmungen der Gemeinde nach **unternehmerischen Grundsätzen** sowie nach jenen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit, zu führen sind (siehe zB § 71 Abs 7 stmk GdO). Das bedeutet, dass auch die Gemeinden mit der **Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers iS** der zivil- und handelsrechtlichen Vorschriften vorzugehen haben und zumindest, wenn sie schon keine Gewinne erzielen, kostendeckend wirtschaften müssen.[32]

2.2 Grundsätze der Haushaltsführung

2.2.1 Die rechtliche Bedeutung des Voranschlages bzw Voranschlagsprovisorium, Nachtragsvoranschlag

2.2.1.1 Voranschlag

Die Gemeinden werden durch die Gemeindeordnungen und Stadtrechte dazu verpflichtet, **jährlich einen Voranschlag zu erstellen** und diesen zur verbindlichen **Grundlage** für die **Führung des Gemeindehaushaltes** zu erklären (vgl zB § 75 stmk GdO, § 86 WStV, § 67 bgld GdO und § 72 nö GdO).

Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH[33] verpflichtet der Voranschlag die Verwaltungsorgane, die Voranschlagsansätze einzuhalten, weshalb dem Voranschlag die **rechtliche Eigenschaft einer Verordnung** und zwar einer **Verwaltungsverordnung**[34] zukommt. Jedoch werden die **erforderlichen Willensbildungen** der zuständigen Gemeindeorgane, zB für den Ankauf eines Grundstücks, **nicht** durch die in den Voranschlagsansätzen erteilten Ausgabenermächtigungen **ersetzt.**

In einem Voranschlag sind alle **Einnahmen und Ausgaben,** die im Laufe des kommenden Haushaltsjahrs voraussichtlich **fällig werden,** sofern sie endgültig solche der Gemeinde sind (planmäßige Einnahmen und Ausgaben), zu veranschlagen (§ 2 Abs 1 stmk GHO[35]). Auf jeden Fall sind deshalb ua

- ► Einnahmen aus Schuldaufnahmen sowie deren Rückersätze,
- ► Vorschüsse gegen Ersatz,
- ► Teilzahlungen von Einnahmen und Ausgaben,
- ► Zuführung an und Entnahmen aus Rücklagen sowie deren Erträge,

---

32 *Schille/Paie/Hafner*, Steirisches Gemeinderecht[4] (2000) § 71.
33 VfSlg 3030/1956 und 5637/1967.
34 Vgl *Hengstschläger* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 12. Teil Rz 140 f.
35 Gemeindehaushaltsordnung für die Steiermark (BGBl 1977/22).

- ► Erlöse aus der Veräußerung von Vermögen und
- ► Sachbezüge der Bediensteten zu veranschlagen.

Nicht zu veranschlagen sind hingegen Einnahmen und Ausgaben,

- ► die endgültig nicht solche der Gemeinde sind, sondern an Dritte weiterzuleiten sind,
- ► Ausgaben, die nicht in Erfüllung von Aufgaben der Stadt, sondern für Rechnung eines Dritten vollzogen werden **(voranschlagsunwirksame Gebarung)** und
- ► Beträge, die zur vorübergehenden Stärkung der Kassenmittel aufgenommen werden und binnen Jahresfrist zurückzuzahlen sind (Kassenkredite).

Des weiteren wird der **Voranschlag** in einen **ordentlichen** und einen **außerordentlichen** unterteilt. In den **ordentlichen Voranschlag** sind die im kommenden Haushaltsjahr voraussichtlich fällig werdenden ordentlichen Einnahmen und die aus ihnen zu bestreitenden voraussichtlich fällig werdenden ordentlichen Ausgaben aufzunehmen. Der **außerordentliche Voranschlag** enthält hingegen die im Laufe des kommenden Haushaltsjahrs voraussichtlich fällig werdenden außerordentlichen Ausgaben und Einnahmen. Dies sind jene, die der Art nach im Haushalt nur vereinzelt vorkommen, oder der Höhe nach den **normalen Wirtschaftsrahmen** der Gemeinde erheblich **überschreiten.**

Die Veranschlagung als außerordentliche Ausgabe ist jedoch nur insoweit zulässig, als das Vorhaben ganz oder teilweise durch außerordentliche Einnahmen bedeckt werden soll. Außerordentliche Einnahmen sind insb

- ► Einnahmen aus Schuldaufnahmen (Anleihen, Darlehen);
- ► Erlöse aus der Veräußerung von unbeweglichem Gemeindevermögen und von beweglichem Gemeindevermögen, sofern dieses für die Bedeckung von außerordentlichen Ausgaben bestimmt ist;
- ► Entnahmen aus dem Kapitalvermögen, die für außerordentliche Ausgaben verwendet werden sollen;
- ► Entnahmen aus den Rücklagen, die für den außerordentlichen Bedarf gesammelt wurden; sonstige Einnahmen, die nicht ordentliche Einnahmen darstellen.

Der **Bürgermeister** ist **verpflichtet,** den Voranschlagsentwurf zeitgerecht zu erstellen und dem Gemeinderat zur Beratung und Beschlussfassung vorzulegen. Die Voranschlagsansätze müssen nach der Rechtsprechung des VfGH[36] so **eindeutig umschrieben** werden, dass die Vollziehungshandlungen der zuständigen Organe in einem ausreichendem Maße vorherbestimmt sind. Daher kann der **Gemeinderat** bei der Festsetzung des Voranschlags, die in der Voranschlagsansätzen erteilten Ermächtigungen, an den **Eintritt bestimmter Voraussetzungen** knüpfen und auch anordnen, dass von der Ermächtigung nicht oder nicht zur Gänze Gebrauch gemacht wird.[37]

---

[36] VfSlg 5636/1967, 5637/1967.
[37] VfSlg 5637/1967.

Gegenüber den **Gemeindebewohnern** schafft der Voranschlag **weder Rechte noch Pflichten**, da sich dieser nur an die Verwaltungsorgane der Gemeinde richtet und so keine Rechtswirkung nach außen schafft.[38]

2.2.1.2 Veranschlagungsgrundsätze

Aus der Voranschlag- und Rechnungsabschlussverordnung (VRV), BGBl 1996/787, sowie aus den Haushaltsbestimmungen der Gemeindeordnungen, Stadtrechte und aus den hiezu ergangenen Haushaltsordnungen ergeben sich die Veranschlagungsgrundsätze. Diese sind:

- **Jährlichkeit** (§ 1 VRV): für jedes Jahr ist ein Voranschlag zu erstellen;
- **Vollständigkeit** (§ 2 VRV): alle Einnahmen und Ausgaben, die im Laufe des kommenden Finanzjahrs voraussichtlich fällig werden, sind zu veranschlagen;
- **Bruttoveranschlagung** (§ 3 VRV): Einnahmen und Ausgaben sind ungekürzt mit dem Gesamt-(Brutto-)Betrag zu veranschlagen;
- **Veranschlagungsklarheit** (§ 7 Abs 6 VRV): gleichartige Einnahmen und Ausgaben für den selben Verwendungszweck sind in einer Voranschlagsstelle zusammenzufassen;
- **Veranschlagungswahrheit:** die zu veranschlagenden Einnahmen und Ausgaben sind **nach Möglichkeit zu errechnen** oder auf Grund der bisherigen Erfahrungen und voraussichtlichen Entwicklungen **zu schätzen;**
- **Ordentliche und außerordentliche Einnahmen und Ausgaben** (§ 4 VRV);
- **Haushaltsausgleich:** die Gemeinden haben die Einnahmen und Ausgaben auszugleichen, unvermeidliche Abgänge werden durch Kreditoperationen und Bedarfszuweisung gedeckt;
- **Gesamtdeckung:** alle Einnahmen und Ausgaben sind – mit kleinen Ausnahmen – zu bedecken.

2.2.1.3 Festsetzung des Voranschlags

Die Gemeindeordnungen, Stadtrechte und Gemeindehaushaltsordnungen regeln **sehr detailliert,** jedoch teilweise unterschiedlich, die Zusatzvorschriften zur **Festsetzung des Voranschlags** (zB in §§ 72 f nö GdO, §§ 75 f stmk GdO, §§ 67 f bgld GdO, § 89 f Statut der Landeshauptstadt Graz 1967, § 86 WStV).[39]

Generell kann gesagt werden, dass der **Bürgermeister** den Entwurf des Voranschlages so **zeitgerecht zu erstellen,** öffentlich (im Gemeindeamt) aufzulegen und dem **Gemeinderat** zur Beratung **vorzulegen** hat, dass der Voranschlag mit Beginn des Haushaltsjahrs (= Kalenderjahres) wirksam werden kann.

---

[38] *Hengstschläger* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 12. Teil Rz 129.
[39] Vgl ausführlich *Hengstschläger* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 12. Teil Rz 124 ff.

Schriftliche Einwendungen (Erinnerungen bzw Anregungen) können während der **öffentlichen Auflage des Voranschlagsentwurfs** von jedem Gemeindebürger eingebracht werden. Zwar hat der Gemeinderat bei der Beratung des Voranschlagsentwurfs auf diese Einwendungen Rücksicht zu nehmen, jedoch hat **niemand einen Rechtsanspruch** auf eine inhaltliche Berücksichtigung seiner Einwendungen. Manche Gemeindeordnungen sehen auch die Ausfolgung des Voranschlagsentwurfs an die Fraktionen (Wahlparteien) des Gemeinderats vor (zB § 73 Abs 1 nö GdO, § 76 Abs 2 oö GdO, § 76 Abs 1 stmk GdO).

Die **Beschlussfassung über den Voranschlag** muss immer in einer **öffentlichen Sitzung** erfolgen (Art 117 Abs 4 B-VG). Die Höhe der Abgaben (soweit dies jährlich erforderlich ist), die **Höhe des Kassenkredits,** der Gesamtbetrag der aufzunehmenden Darlehen und der Dienstpostenplan sind gleichzeitig mit der Beschlussfassung über den Voranschlagsentwurf vom Gemeinderat zu beschließen (vgl § 76 Abs 2 stmk GdO, § 73 Abs 3 nö GdO, § 90 Abs 5 SStG).

Der vom Gemeinderat beschlossene Voranschlag und gefassten Beschlüsse sind zwei Wochen hindurch im Gemeindeamt zur **öffentlichen Einsicht** aufzulegen. Eine Ausfertigung des rechtswirksamen Voranschlags ist weiters der **Aufsichtsbehörde** (Landesregierung bzw Bezirkshauptmannschaft) **vorzulegen** (zB § 76 Abs 4 stmk GdO, § 68 Abs 5 bgld GdO).

Für die **Führung des Gemeindehaushalts** bildet der Gemeindevoranschlag die **bindende Grundlage.** Dies gilt vor allen für die in den Voranschlagsansätzen gegebenen Ausgabenermächtigungen, die als Kredite bezeichnet werden. Ohne Rücksicht auf die Veranschlagung im Voranschlag sind die der Gemeinde auf Grund von Gesetzen oder Verträgen zustehenden Einnahmen vom zuständigen Gemeindeorgan (Bürgermeister) einzubringen.

Nach dem **Grundsatz der Gesamtdeckung** (gem VRV siehe Kap 2.2.1.2) sind die **Einnahmen des ordentlichen Voranschlags** einer Gemeinde nicht nur einem **bestimmten Zweck** zu widmen, sondern allen im Voranschlag vorgesehenen Zwecken, soweit nicht ausnahmsweise bestimmte Einnahmen für bestimmte Zwecke zu verwenden sind (§ 22 Abs 2 stmk GHO).

Die **Mittel,** die im Voranschlag vorgesehen sind, sind nur insoweit und nicht früher in Anspruch zu nehmen, als es bei einer **sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwendung** erforderlich ist. Dies ist zB ausdrücklich in § 71 Abs 2 bgld GdO, § 80 Abs 2 oö GdO und § 77 Abs 2 nö GdO vorgesehen. Es darf weiters nur bis zum Ablauf des Haushaltsjahrs über die veranschlagten Ausgaben (Kredite) verfügt werden, jedoch sieht § 11 Abs 1 VRV vor, dass die im abgelaufenem Haushaltsjahr bereits entstandenen Ausgaben im sog „Auslaufmonat“ noch bis zum 31. 1. des nachfolgenden Jahres auf Rechnung des abgelaufenen Haushaltsjahrs angewiesen werden können.

2.2.1.4 Voranschlagsprovisorium

Sollte der Voranschlag vom Gemeinderat **nicht rechtzeitig** zu Beginn des Haushaltsjahrs festgesetzt werden können, sehen alle Gemeindeordnungen und Stadtrechte ein **Voranschlagsprovisorium** vor (zB § 77 stmk GdO, § 89 krnt AllgGdO, § 75 vlbg GdO, § 69 bgld GdO, § 78 oö GdO, § 92 SStG, § 86 a WStV). In der Mehrzahl dieser Gemeindeordnungen oder Stadtrechte wird der Gemeinderat verpflichtet, ein Voranschlagsprovisorium zu beschließen, wenn *„bei Jahresbeginn der Voranschlag noch nicht festgestellt"* ist (zB § 89 krnt AllgGdO) oder *„ausnahmsweise nicht rechtzeitig beschlossen werden"* kann (zB § 77 stmk GdO). Die gesetzlichen Ermächtigungen sind jedoch **zeitlich** (zwischen 3 und 6 Monate) und **inhaltlich** (auf das Erfordernis der ordentlichen Fortführung der Gemeindeverwaltung) **beschränkt.**

Auf Grund mancher Gemeindeordnungen oder Stadtrechte (zB § 77 stmk GdO, § 69 bgld GdO, § 93 SStG) wird der **Bürgermeister ermächtigt,** solange noch kein Gemeinderatsbeschluss über das Voranschlagsprovisorium vorliegt,

- ► alle Ausgaben zu leisten, die zur **Fortführung** der **Gemeindeverwaltung** und zur Bestreitung der gesetzlichen und vertraglichen **Verpflichtungen** der Gemeinde **notwendig** sind und weiters
- ► die Abgaben wie im **Vorjahr einzuheben.**

Die oö GdO (§ 78), das vlbg GdG (§ 75) und die WStV (§ 86 a) sehen kein Vorschlagsprovisorium durch Beschluss des Gemeinderats vor, sondern ermächtigen den Bürgermeister (in Oberösterreich) bzw die Gemeindeorgane (in Vorarlberg), sollte der Voranschlag nicht rechtzeitig beschlossen werden, die für die **Fortführung der Gemeindeverwaltung** notwendigen Ausgaben zu leisten, die Abgaben nach dem Vorjahr einzuheben und Kassenkredite (im beschränkten Umfang) aufzunehmen. In Wien hingegen, gilt bis zur Feststellung des Voranschlags, längstens jedoch die ersten sechs Monate des Verwaltungsjahrs, der Voranschlag des vorherigen Jahres (§ 86 a WStV).

Wie der Gemeindevoranschlag ist auch der Beschluss des Gemeinderats über ein **Voranschlagsprovisorium** eine **Verordnung** und muss daher **kundgemacht** werden und alle Voraussetzungen für die Gesetzmäßigkeit einer Verordnung erfüllen. Zusätzliche für den Voranschlag geforderte Voraussetzungen, wie zB die öffentliche Auflegung und das Einwendungsrecht der Gemeindebürger, gelten für das Voranschlagsprovisorium nicht.[40] Die Rechtswirksamkeit des Voranschlagsprovisoriums endet durch das **Inkrafttreten** des betreffenden **Voranschlags,** mit dem Ablauf der gesetzlichen Frist oder durch Aufhebung des Voranschlagsprovisoriums durch die Aufsichtsbehörde oder den Verfassungsgerichtshof.

2.2.1.5 Nachtragsvoranschlag

Da der Voranschlag nur die **voraussichtlichen** Einnahmen und Ausgaben des Haushaltsjahrs enthält, sind **Abweichungen** nicht auszuschließen. Auf der Einnahmenseite

---

[40] *Hengstschläger* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 12. Teil Rz 154.

können sich diese Abweichungen durch Minder- oder Mehreinnahmen, auf der Ausgabenseite durch unvorhergesehene oder nicht ausreichend vorgesehene Ausgaben ergeben. Aus diesem Grund sehen die Gemeindeordnungen den sog Nachtragsvoranschlag vor. Zu beachten ist jedoch, dass **nicht jede Abweichung** vom Voranschlag zu einem **Nachtragsvoranschlag** führen muss. Vielmehr müssen (in den Gemeindeordnungen geregelte) **erhebliche** Abweichungen vom Voranschlag eintreten, um die Pflicht zur Festsetzung eines Nachtragsvoranschlags auszulösen (zB § 78 stmk GdO, § 79 oö GdO, § 76 vlbg GdO, § 70 bgld GdO).

Für den Nachtragsvoranschlag gelten die Bestimmungen für den Voranschlag sinngemäß. Weiters ist der Nachtragsvoranschlag wie auch der Voranschlag eine Verordnung und bedarf der **Kundmachung.**

2.2.1.6 Notanordnungsrecht

Die Gemeindeordnungen und Stadtrechte sehen außerdem in Voranschlagsangelegenheiten **ein Notanordnungsrecht** vor (§ 73 Abs 1 und 2 krnt AllgGdO, § 71 Abs 4 bgld GdO, § 80 Abs 3 iVm § 60 oö GdO, § 98 tir GdO).

Auf Grund dieses Notanordnungsrechts kann der **Bürgermeister** in Fällen **äußerster Dringlichkeit,** bei Gefahr im Verzug, oder wenn die Einholung des Gemeinderatsbeschlusses nicht rechtzeitig möglich ist, dringend **notwendige Ausgaben** auch ohne Vorsorge im Gemeindevoranschlag anordnen. Manche Gemeindeordnungen beschränken dieses Recht der Höhe nach (zB § 73 Abs 2 krnt AllgGdO). Die Gemeindeordnungen sehen jedoch vor, das der Bürgermeister verpflichtet ist, die **Genehmigung** für seine Notverordnung in der **nächsten Sitzung** des Gemeinderats einzuholen.

2.2.2 Die Aufnahme, Gewährung und Beschlussfassung von Darlehen

Die Gemeinde darf Darlehen (und Kredite in laufender Rechnung) grundsätzlich nur im **Rahmen des außerordentlichen Voranschlags** zur Bestreitung eines außerordentlichen Bedarfs, zB für Bauvorhaben, aufnehmen.[41]

Weitere Voraussetzungen:

- ► keine andere Bedeckung möglich;
- ► Verzinsung und Tilgung des aufzunehmenden Darlehens gefährdet;
- ► die Erfüllung der der Gemeinde obliegenden gesetzlichen und vertraglichen Pflichten nicht;
- ► Bildung einer Tilgungsrücklage für endfällige Darlehen (§ 80 stmk GdO, § 84 oö GdO, § 72 bgld GdO, § 81 SStG ua).

Die **Beschlussfassung** über Geschäfte, die den Vermögensbestand der Gemeinde besonders gefährden, obliegt dem **Gemeinderat.** Zu diesen zählen neben

---

[41] *Steiner* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 9. Teil Rz 133 ff.

- ► dem Erwerb,
- ► der Veräußerung,
- ► der Verpfändung oder sonstiger Belastungen von unbeweglichem Gemeindegut,
- ► der Übernahme von Bürgschaften und sonstigen Haftungen eben auch
- ► die Aufnahme und Gewährung von Darlehen und Kassakrediten.

Dies schreiben einige Gemeindeordnungen explizit so vor, wie zB § 35 Z 22 lit e nö GdO oder § 30 Abs 1 lit o tir GdO. Diese besagen, dass die Aufnahme oder Gewährung eines Darlehens dem Gemeinderat zur selbstständigen Erledigung vorbehalten ist. Da die Gewährung eines Darlehens jedoch nicht einem anderen Organ vorbehalten ist, fällt diese in den **Wirkungsbereich des Gemeinderats.**

In den alleinigen **Zuständigkeitsbereich des Bürgermeisters** fallen hingegen Rechtsgeschäfte von geringerer wirtschaftlicher Bedeutung, die aus Zweckmäßigkeitsgründen weder der Beschlussfassung im Gemeinderat noch im Gemeindevorstand bedürfen.[42] Damit fällt die Aufnahme oder die Gewährung von Darlehen nicht in das Beschlussfassungsrecht des Bürgermeisters.

Für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts über Kredite bzw Darlehen bedarf es in der Regel einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung.

2.2.3 Die Stellung der Gemeinde in der Finanzverfassung

Die Grundsätze der Finanzausstattung der Gemeinden sind im **Finanz-Verfassungsgesetz** (F-VG) und im **Finanzausgleichsgesetz** (FAG; zurzeit FAG 2008, BGBl I 2007/103) geregelt.

2.2.3.1 Kostentragungspflicht der Gemeinden

Sofern die zuständige Gesetzgebung nichts anderes bestimmt, tragen der Bund, die Länder und die Gemeinden den Aufwand, der sich aus der Besorgung ihrer Aufgaben ergibt (§ 2 F-VG) jeweils selbst. Dies gilt bei den Gemeinden **sowohl** im **eigenen als auch** im **übertragenen Wirkungsbereich.**[43]

2.2.3.2 Besteuerungsrechte der Gemeinde

Durch Art 116 Abs 2 B-VG werden die Gemeinden ua ermächtigt, *„[…] im Rahmen der Finanzverfassung […] Abgaben auszuschreiben".* Dieses Recht der Gemeinde ist ein von Bund und Land abgeleitetes **Besteuerungsrecht.** Die Gemeindeorganisationsgesetze dürfen jedoch keine Einschränkung der finanzverfassungsgesetzlichen Besteuerungsrechte vorsehen.

Die Bundesgesetzgebung regelt in § 3 F-VG die **Verteilung** der Besteuerungsrechte und **Abgabenerträge** zwischen Bund, Ländern und Gemeinden. Der **Bundesgesetzgebung**

---

[42] *Thunhart,* Vertretungsregeln 113.
[43] VfSlg 9507/1982 und 14168/1995.

ist es vorbehalten, *„Abgaben zu ausschließlichen Bundesabgaben oder zwischen Bund und Ländern (Gemeinden) geteilten Abgaben zu erklären und Abgaben oder deren Ertrag ausschließlich den Ländern (Gemeinden) zu überlassen."* (§ 7 Abs 2 F-VG). Auch die Art und das Ausmaß der Beteiligung des Bundes und der Länder (Gemeinden) an den geteilten Bundesabgaben werden durch Bundesgesetzgebung geregelt.

Der **Landesgesetzgebung wird die Regelung der Landes- und Gemeindeabgaben vorbehalten,** soweit nicht die Bundesgesetzgebung von den ihr eingeräumten Ermächtigungen zur gesetzlichen Regelung dieser Abgaben nach § 7 Abs 3 bis 5 F-VG Gebrauch gemacht hat (§ 8 Abs 1 F-VG). Gem **§ 8 Abs 6 F-VG** kann die Landesgesetzgebung die *„Gemeinden zur Erhebung bestimmter Abgaben verpflichten oder die Landesregierung ermächtigen, für die Gemeinden bestimmte Abgaben, zu deren Erhebung die Gemeinde berechtigt wäre, zu erheben […]"*.

Diese Aufzählung der Rechte des Bundes und der Länder auf Grund des F-VG (insb §§ 7 und 8), welche jedoch keinesfalls vollständig ist, zeigt deutlich, dass die **Gemeinden finanziell** vom Bund und den Ländern **abhängig** sind. Eingeschränkt wird diese Freizügigkeit des Bundes- und Landesgesetzgebers durch die Bestimmung der §§ 4 und 8 Abs 2 letzter Satz F-VG. Diese verpflichtet die Bundes- und Landesgesetzgeber, bei der Verteilung der Besteuerungsrechte und Abgabenbeträge darauf zu achten, dass die ***„finanzielle Lebensfähigkeit der Gemeinden"* gewährleistet bleibt.**

2.2.3.3 Freies Beschlussrecht zur Abgabenausschreibung

Grundsätzlich können öffentliche Abgaben, vorbehaltlich des **freien Beschlussrechts** der Gemeinden nach §§ 7 Abs 5 und 8 Abs 5 F-VG nur auf Grund von Gesetzen erhoben werden. Auf Grundlage des § 7 Abs 5 F-VG werden die Gemeinden durch **bundesgesetzliche Ermächtigung** ermächtigt, *„bestimmte **Abgaben** auf Grund eines Beschlusses der Gemeindevertretung **auszuschreiben**".* Auf Grund dieser Regelung kann die Gemeindevertretung (= Gemeinderat) den **Abgabenschuldner,** die **Abgabenhöhe** und die **Fälligkeit** der Abgabe im Wege eines **selbständigen Verordnungsrechts** bestimmen, dies auch ohne entsprechende bundes- oder landesgesetzliche Regelungen. Außerdem ist die Gemeindevertretung berechtigt, auf Grund der bundesgesetzlichen Ermächtigung im § 15 Abs 3 FAG durch selbständige Verordnungen (ohne zusätzliche bundes- oder landesgesetzliche Regelungen)

- ► die Lustbarkeitsabgabe,
- ► die Hundeabgaben,
- ► die Benützungsgebühren für Gemeindeeinrichtungen und –anlagen,
- ► die Gebühren für Kurzparkzone

auszuschreiben, sowie die Höhe, die Fälligkeit und den Steuerschuldner dieser Abgaben zu bestimmen.

Auf Grund einer **landesgesetzlichen Ermächtigung** nach § 8 Abs 5 F-VG kann die Gemeinde die landesgesetzlich weitgehend vorherbestimmten Abgaben erheben. Dabei

muss die Landesgesetzgebung die **wesentlichen Merkmale,** insb ihr **zulässiges Höchstmaß** bestimmen. Zu den wesentlichen Merkmalen einer Abgabe gehören nach der Rechtsprechung

- ► der **Gegenstand** der Abgabe,
- ► die **Entstehung** der Steuerschuld,
- ► die Bestimmung des **Abgabenschuldners** und der **Bemessungsgrundlage,**
- ► sowie die **Fälligkeit** der Abgabe.[44]

2.2.4 Finanzzuweisung und Zuschüsse

Der Bund kann den Ländern und Gemeinden (§ 3 Abs 1 F-VG) und die Länder können den Gemeinden (§ 12 Abs 1 und 2 F-VG) Finanzzuweisungen und Zuschüsse gewähren.

2.2.4.1 Finanzzuweisung

Finanzzuweisungen des Bundes an die Länder (Gemeinden) und der Länder an die Gemeinden können entweder als **Schlüsselzuweisungen** oder als **Bedarfszuweisungen** gewährt werden (§ 12 Abs 1 F-VG). *„Bei der Erstellung der Schlüssel ist die durchschnittliche Belastung der Gebietskörperschaften durch die ihnen obliegenden Pflichtaufgaben und ihre eigenen Steuerkraft zu berücksichtigen."* Die erforderlichen bundesgesetzlichen Regelungen der Finanzzuweisung erfolgen vorwiegend im jeweiligen **Finanzausgleichsgesetz** (FAG, zurzeit FAG 2008, BGBl I 2007/103) die (§ 3 Abs 1 F-VG). Sie können jedoch auch in einem anderen Bundesgesetz erfolgen.

Das FAG 2008 regelt die Finanzzuweisungen und Zuschüsse in den §§ 20 ff. § 20 FAG sieht Finanzzuweisungen aus Bundesmitteln zB bei Förderung des öffentlichen Personennahverkehrs oder für Personennahverkehrs-Investionen vor. § 21 FAG sieht weiters **Finanzzuweisungen auf Grund der Gemeindekopfquoten**[45] vor. Anspruch auf diese haben die Gemeinden, deren Finanzkraft, in ihrer Gemeindegrößenklasse, mehr als 10% unter der Bundesdurchschnittskopfquote liegt (§ 21 Abs 2 Z 2 FAG). Wien (als Gemeinde) erhält ihren Anteil nach der Volkszahl der Länder (und einer möglichen Kürzung) ohne Rücksicht auf ihre Gemeindekopfquote und ohne Ausschöpfung der Abgaben im höchstmöglichen Ausmaß. Auf die genauen Details der Gemeindekopfquotenausgleichsregelungen wird hier nicht weiter eingegangen, da diese sehr umfangreich und kompliziert sind.

Sollten die gesetzlichen Voraussetzungen zutreffen, haben die betreffenden Gemeinden gem § 21 Abs 2 FAG einen **Rechtsanspruch** auf die ihnen zustehenden Finanzzuweisungen des Bundes. Diese können auch beim VfGH nach Art 137 B-VG eingeklagt werden. Es müssen nur die Voraussetzungen gem § 21 Abs 2 Z 1 und 2 FAG erfüllt sein.

---

[44] VfSlg 4174/1962.
[45] Gemeindekopfquote = auf den Kopf der Bevölkerung der Gemeinde berechnet.

2.2.4.2 Bedarfszuweisung an Gemeinden

Bedarfszuweisungen sind **nicht rückzahlbare Zuschüsse,** die vom Bund an die Länder und die Gemeinden und von den Ländern an die Gemeinden gewährt werden. Es besteht **kein Rechtsanspruch** der einzelnen Gemeinden **auf Bedarfszuweisungen.** Die Gewährung von Bedarfszuweisung durch den Bund an Gemeinden ist im **Bedarfszuweisungsgesetz,** BGBl 1982/346, nach Maßgabe des Ansatzes im Bundesfinanzgesetz, vorgesehen. Fehlt ein solcher, gibt es keine Bedarfszuweisung aus Bundesmittel an die Gemeinden.[46] Festzuhalten ist jedoch, dass Bedarfszuweisungen seitens des Bundes an Gemeinden regelmäßig nur von **untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung** sind.

Die **Gemeindefinanzierung** durch die **Bedarfszuweisungen der Länder** hat für die Gemeinden eine viel größere Bedeutung. Das Geld erhält das Land aus „zweckgebundenen Landesmitteln" vom Bund (vgl § 11 Abs 1 FAG). Genauere Regelungen über die Bedarfszuweisungsmittel von den Ländern an die Gemeinden enthalten die **Richtlinien der Landesregierungen.** Diese Bedarfszuweisungsrichtlinien haben jedoch keine rechtliche Bindung für die Gemeinden und können ua das freie Beschlussrecht der Gemeinden in Abgabensachen nicht beeinträchtigen.[47]

So sieht die Richtlinie über die Gewährung von Bedarfszuweisungsmittel an Gemeinden der Steiermärkischen Landesregierung[48] vor, unter welchen Voraussetzungen Bedarfszuweisungen gewährt werden können. Diese werden nur

- ► zum Ausgleich von Härten,
- ► zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Gleichgewichts im Haushalt (Haushaltsabgänge) oder
- ► zur Deckung außergewöhnlicher Erfordernisse (Projektförderung) gewährt.

So fällt unter „Ausgleich von Härten", wenn bei der Zuteilung von Abgaben-Ertragsanteilen auf Grund der Änderung von Gesetzen oder Bemessungsgrundlagen (zB Volkszählung) Einnahmeausfälle entstehen oder die Hilfestellung in besonderen Notlagen bei Gemeinden mit finanziellen Schwierigkeiten.

Für die Organe der bedarfszuweisungsgewährenden Gebietskörperschaften besteht dessen ungeachtet, bei Zutreffen der gesetzlichen Voraussetzungen unter Bedachtnahme auf den **Gleichheitsgrundsatz** eine Rechtspflicht, die **Bedarfszuweisung im Rahmen der vorhandenen Mittel** zu gewähren oder mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht zu gewähren.[49] Gemäß § 13 F-VG ist es zulässig, die **Gewährung** von **Bedarfzuweisungen an Bedingungen zu knüpfen.** Diese Bedingungen müssen der Erhaltung oder Herstellung des Gleichgewichts im Haushalt der Gebietskörperschaft dienen oder mit dem mit der Zuschussleistung verfolgten Zweck zusammenhängen. Denkbar sind ua

---

46 *Neuhofer,* Gemeinderecht² 467.
47 VfSlg 5515/1967; vgl Kritik bei *Wolny/Rader* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 11. Teil Rz 96.
48 Zu finden unter www.verwaltung.steiermark.at/cms/ziel/2380849/DE/.
49 *Neuhofer,* Gemeinderecht² 467.

- ► die Ausschöpfung aller gesetzlichen Abgaben;
- ► ein kostendeckender Gebührenhaushalt;
- ► die vorangehende Erstellung eines Gesamtfinanzierungsplans für das zu finanzierende Projekt;
- ► die Einhaltung des Vergaberechts bei der zu finanzierenden Beschaffung;
- ► die gewährende Gebietskörperschaft kann sich gemäß § 13 F-VG das Recht vorbehalten, die Einhaltung der angeführten Bedingungen durch ihre Organe wahrnehmen zu lassen.

Gerade hier besteht offensichtlich die Möglichkeit für die Länder, auf die Qualität der Gebarung der Gemeinden Einfluss zu nehmen.

2.3 Rechnungsabschluss

2.3.1 Pflicht zur Erstellung

Der Bürgermeister (in den Städten mit eigenem Statut der **Magistrat**) hat **nach Ablauf des Kalenderjahrs** (als Finanzjahr) den **Rechnungsabschluss** nach den näheren Bestimmungen der Gemeindeordnungen (§ 88 stmk GdO, § 75 bgld GdO, § 78 vlbg GdO, §§ 92 und 93 oö GdO, § 90 krnt AllgGdo, §§ 83 und 84 nö GdO, § 106 tir GdO), Stadtrechten (§ 96 SStG) und der VRV innerhalb einer bestimmten Frist (von **drei bis sechs Monaten**) zu erstellen.

Gem § 10 VRV[50] **umfasst** der **Rechnungsabschluss**

- ► *„den Kassenabschluss,*
- ► *die Haushaltsrechung (Jahresrechnung) und*
- ► *die Vermögens- und Schuldenrechnung“.*

Nähere Regelungen über den Rechnungsabschluss, wie Inhalt, Form und Gliederung findet man in den §§ 11-17 VRV. Ergänzt werden diese Vorschriften durch die Gemeindeordnungen und die Stadtrechte.

Der Rechnungsabschluss muss der **vorgegebenen Gliederung der VRV** entsprechen und es sind diesem außerdem zahlreiche in § 17 VRV aufgezählte **Beilagen anzuschließen,** ua Nachweise über Personal- und Pensionsausgaben, Anzahl der Beschäftigten, Rücklagen und Schulden.

2.3.2 Genehmigung des Rechnungsabschlusses

Der **Entwurf** des Rechnungsabschlusses ist, **samt den Beilagen,** von den **Rechnungslegern** (Bürgermeister und Gemeindekassier) erstellt. Den **Prüfungsausschüssen** (§ 86 stmk GdO, § 78 bgld GdO, § 109 tir GdO, ua) oder **Kontrollämtern** (zB § 87 WStV) werden die Rechnungsabschlüsse zur **Vorprüfung** vorgelegt. Einzelne Gemeindeord-

[50] Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung – VRV, BGBl 1996/787.

nungen (§ 78 Abs 1 vlbg GdO, § 90 Abs 2 iVm § 86 Abs 8 krnt AllgGdO, § 88 Abs 5 stmk GdO) sehen vor, dass der Rechnungsabschluss den Fraktionen des Gemeinderats oder jedem Mitglied des Gemeinderats zuzustellen ist. Nach vielen Gemeindeordnungen (§ 75 Abs 3 bgld GdO, § 88 Abs 6 stmk GdO, § 83 Abs 2 nö GdO, § 108 Abs 5 iVm § 93 Abs 1 tir GdO, § 53 Abs 2 sbg GdO) und Stadtrechten (§ 87 Abs 3 WStV, § 96 Abs 3 SStG) ist der Rechnungsabschluss **öffentlich** mit dem Hinweis **aufzulegen,** dass beim Gemeindeamt während der Auflagefrist **schriftliche Einwendungen** gegen den Rechnungsabschluss eingebracht werden können.

Nach **Ablauf** dieser **Auflagefrist** hat der **Bürgermeister** den Rechnungsabschluss mit dem Bericht des Prüfungsausschusses und etwaigen Einwendungen dem **Gemeinderat** zur **Beratung und Beschlussfassung** vorzulegen. Gem § 117 Abs 4 zweiter Satz B-VG ist der Ausschluss der Öffentlichkeit in dieser Gemeinderatssitzung verfassungsgesetzlich unzulässig.

Der **Gemeinderat** hat nun festzustellen, ob der Rechnungsabschluss **gesetzmäßig und richtig** ist. Falls sich Anstände ergeben sollten, hat er zu ihrer Behebung notwendige Beschlüsse zu fassen. Sollten sich keine Anstände ergeben oder diese behoben werden, hat der **Gemeinderat** den **Rechnungsabschluss** zu **beschließen** (§ 75 Abs 4 bgld GdO, § 89 stmk GdO).

Kraft ausdrücklicher Anordnung (zB § 89 Abs 5, § 89 stmk GdO) oder als Beschluss ist der vom Gemeinderat beschlossene Rechnungsabschluss, der die Öffentlichkeit berührt, **öffentlich kundzumachen.**

Die Beschlüsse zum Rechnungsabschluss sind **Feststellungen,** enthalten jedoch idR keine allgemein verbindlichen Anordnungen, demgemäß ist der Beschluss des Gemeinderats über die Zustimmung und Kenntnisnahme zum Rechnungsabschluss keine Verordnung.[51] Sollte gegen den Rechnungsabschluss kein Anstand bestehen, sehen einige Gemeindeordnungen (§ 89 Abs 4 stmk GdO, § 108 Abs 3 tri GdO) vor, dass dem Bürgermeister vom Gemeinderat die Entlastung erteilt ist.

Der Rechnungsabschluss ist **fristgerecht** (die Gemeindeordnungen enthalten unterschiedliche Bestimmungen über die Fristen, vgl zB § 89 Abs 6 stmk GdO, § 75 Abs 6 bgld GdO) der **Aufsichtsbehörde vorzulegen.** Spätestens sechs Monate nach Abschluss des Rechnungsjahrs haben Gemeinden mit mindestens 20.000 Einwohnern den **Rechnungsabschluss** dem **Rechnungshof** und der **Landesregierung vorzulegen** (Art 127 a B-VG und §§ 17 und 18 RHG). Weiters berechtigt § 16 Abs 1 letzter Satz F-VG das BM für Finanzen, sich die Voranschläge und Rechnungsabschlüsse der Gebietskörperschaften vorlegen zu lassen.

2.3.3 Rechtsfolgen bei fehlender oder mangelnder Erstellung

Der Bürgermeister (in Wien der Magistrat und in der Steiermark der Bürgermeister und der Gemeindekassier) ist verpflichtet den Entwurf des Rechnungsabschlusses (samt Bei-

[51] *Hengstschläger* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 12. Teil Rz 175 f.

lagen) spätestens drei Monate nach dem Ende des Haushaltsjahrs dem Gemeinderat zur Beratung und Beschlussfassung vorzulegen.

Sollten im Prüfungsbericht oder im Zuge der Beratung des Gemeinderats **Mängel** desselben **sichtbar** werden, so muss der **Gemeinderat** die zur Behebung der Mängel **notwendigen Maßnahmen** beschließen. Sollten dem Gemeinderat im Zuge der Überprüfung **gröbere Missstände** auffallen, kann er daraus die Konsequenz ziehen und ein **Misstrauensvotum** gegen den Bürgermeister erheben. Danach ist der verbesserte Prüfungsbericht noch einmal dem Gemeinderat zur Beschlussfassung vorzulegen und erst danach sind die Rechnungsleger entlastet

Wenn der **Rechnungsabschluss** jedoch **überhaupt nicht erstellt** wird, kann es schwerwiegende Folgen haben. Hierbei wird man mE jedoch zu unterscheiden haben, ob der Rechnungsabschluss nach Setzung einer etwaigen Nachfrist doch noch beschlossen wird, oder ob überhaupt kein Rechnungsabschluss zustande kommt. Sollte nämlich überhaupt keiner beschlossen werden, fehlt es an der ordnungsgemäßen Besorgung der Aufgaben der Gemeinde und es kann zur **Auflösung des Gemeinderats** mit allen rechtlichen Folgen kommen. Wenn die **Aufsichtsbehörde** trotz Vorliegen von Fakten, die eine aufsichtsbehördliche Maßnahme erforderlich machen würden, nichts tut, dann stellt dies einen **Missstand in der Landesverwaltung** dar.[52]

2.4 Prüfung der Gebarung und Konsequenzen für die Gemeindeorgane

2.4.1 Allgemeines

Die Rechnungs- und Gebarungskontrolle dient der **Sicherung der wirtschaftlichen und rechtmäßigen Verwendung von öffentlichen Mitteln**. Weil diese Mittel auf Grund von rechtlichen Verpflichtungen durch die Allgemeinheit aufgebracht werden (zB Steuern) und weil auf Grund des politischen Einflusses auf die Gebarung die Gefahr eine Fehlverwendung groß ist (die Verantwortlichen tragen idR für die Folgen ihrer Entscheidungen kein unmittelbares wirtschaftliches Risiko), besteht ein **besonderes Schutzbedürfnis.**

Die Gemeindegebarung wird in unterschiedlichster Weise geprüft. Diese **Prüfung erfolgt** entweder durch den

- **gemeindeeigenen Prüfungssausschuss** (Kontrollausschuss und Kontrollämter),
- durch die **Aufsichtsbehörde** des Landes,
- oder in Gemeinden mit mindestens 20.000 Einwohnern durch den **Rechnungshof.**

Diese mehrfachen Prüfungseinrichtungen schließen sich nach *Neuhofer*[53] nicht aus. Die Überprüfung der Gemeindegebarung durch die Prüfungsorgane der Gemeinde, des

---

52 *Schragel,* Kommentar zum AHG³ (2003) 124.
53 *Neuhofer,* Gemeinderecht² 507.

Landes und des Rechnungshofs sind einander in der Zielsetzung, sowie in der Art und Weise sehr ähnlich.

2.4.2 Prüfung der Gebarung durch gemeindeeigene Prüfungsausschüsse

Alle Gemeindeordnungen und einige Stadtrechte verpflichten den **Gemeinderat,** zur Überprüfung der Gemeindegebarung einen **Prüfungsausschuss** (Überprüfungsausschuss, Kotrollausschuss) einzurichten (§ 82 nö GdO, § 86 stmk GdO, § 87 bgld GdO, § 91 oö GdO, § 90 vlbg GdO, § 54 sbg GdO, § 109 tir GdO, § 92 krn AllgGdO, § 98 SStG). Die einzelnen Gemeindeordnungen regeln in **unterschiedlichster Weise,** manche genauer, manche etwas ungenauer, wie der Prüfungsausschuss zu wählen ist, bzw wie er sich zusammensetzt.

Der Gemeinderat kann den Prüfungsausschuss auch eine ihm nicht angehörende Person als Sachverständigen beigeben, die Gebarung ist auf **Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Gesetzeskonformität** zu überprüfen.[54]

In Österreich gibt es zurzeit in zwei Statutarstädten einen Stadtrechnungshof. Dies sind **Graz** und **Linz.**

2.4.3 Kontrolle auf Bundesebene

Geregelt ist die Rechnungs- und Gebarungskontrolle des Bundes in Art 121 – 128 B-VG (V. Hauptstück der Bundesverfassung) und im **Rechnungshofgesetz** (RHG; BGBl 1948/144). Der RH ist **organisatorisch** ein Organ des Nationalrats, dh er zählt somit zur Legislative. **Funktional** ist der RH als Organ des Nationalrats oder der Landtage tätig, je nachdem in welchem Bereich er prüft.

Die **Hauptaufgabe** des RH besteht in der Ausübung der **Rechnungs- und Gebarungskontrolle in den Bereichen**

- ► des Bundes,
- ► der Länder,
- ► von Gemeinden
- ► und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts,
- ► sowie in wirtschaftlichen Unternehmungen, die solchen Rechtsträgern nahe stehen (Art 127 Abs 1 und Abs 3 B-VG).

Der RH wird bei der Gemeindegebarungsprüfung als **Organ des jeweiligen Landtags** und nicht etwa als Organ des Gemeinderats tätig (Art 122 Abs 1 B-VG).

2.4.3.1 Überprüfung des Voranschlags und Rechnungsabschlusses

Bürgermeister von Gemeinden mit **mehr als 20.000 Einwohnern** haben die jährlichen **Voranschläge und Rechnungsabschlüsse** (diese noch vor ihrer Vorlage an den Ge-

[54] Vgl ausführlich *Hengstschläger* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 16. Teil Rz 1 ff.

meinderat und spätestens sechs Monate nach Abschluss des Rechnungsjahres) dem **Rechnungshof** (und gleichzeitig auch der Landesregierung) vorzulegen (§ 18 Abs 5 RHG).

Nach der **Überprüfung** der Voranschläge und Rechnungsabschlüsse gibt der Rechnungshof dem Bürgermeister das Ergebnis bekannt. Der **Bürgermeister** hat, unter Bekanntgabe der allenfalls getroffenen Maßnahmen, zu diesen Prüfungsergebnissen innerhalb von drei Monaten Stellung zu nehmen. Danach legt der Rechnungshof das **Ergebnis der Gebarungskontrolle** inklusive einer allfälligen Stellungnahme des Bürgermeisters (und einer darauf folgenden Stellungnahme des Rechnungshofs) der Landesregierung und der Bundesregierung vor (§ 18 Abs 7 RHG).

2.4.3.2 Aufgaben des RH

Die ziffernmäßige Richtigkeit, Rechtmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sind die **Maßstäbe der Überprüfung der Gebarung** durch den RH. Der RH hat jedoch **nicht** die **Kompetenz,** selbst **Konsequenzen zu ziehen,** sondern nur die Aufgabe etwaige Missstände aufzuzeigen.

2.4.3.3 Überprüfungspflicht?

Der RH hat im Fall der Überprüfung der Gebarung von Gemeinden (Art 127 a Abs 4 B-VG) zwar eine **Überprüfungskompetenz, jedoch keine Überprüfungspflicht.** Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art 127 a Abs 4 B-VG der davon spricht, dass der Rechnungshof „befugt" ist, die Gebarung zu überprüfen. Das bedeutet, dass der Präsident des RH bestimmt, ob, wann und für welche Zeiträume eine Überprüfung vorgenommen wird.[55]

2.4.3.4 Kontrolle von Gemeinden unter 20.000 Einwohnern?

Dem RH kommt gem Art 127 a Abs 1 B-VG und § 18 Abs 1 RHG nur eine **Prüfungszuständigkeit** gegenüber **Gemeinden mit mindestens 20.000 Einwohnern** zu**.** Wenn Missstände in Gemeinden mit **weniger als 20.000 Einwohnern** vermutet werden, dann kann vom RH **auf Ersuchen** der jeweiligen Landesregierung auch die Gebarung von Kleingemeinden überprüft werden (Art 127 a Abs 7 B-VG, § 19 Abs 1 RHG).

Das **Prüfungsersuchen** der Landesregierung ist jedoch gem Art 127 a Abs 7 B-VG an zwei **Bedingungen** gebunden. Erstens dürfen diese Prüfungsersuchen nur „fallweise" gestellt werden und zweitens müssen sie noch entsprechend „begründet" sein.[56]

2.4.3.4 Kontrolle von Gemeindeverbänden mit weniger als 20.000 Einwohnern?

Der RH ist außerdem für die **Überprüfung der Gemeindeverbände** gem Art 127 a Abs 8 B-VG verantwortlich. Art 127 a Abs 8 B-VG hat bis zur Entscheidung VfGH vom

---

55 *Walter/Mayer,* Bundesverfassungsrecht[7] (1992) 435.
56 *Hengstschläger,* Rechnungshofkontrolle (2000) 180.

5. 3. 1994 (VfSlg 13.705) jedoch missverstanden werden können. Denn nicht nur Gemeindeverbände mit mehr als 20.000 Einwohnern können vom RH überprüft werden, vielmehr wurde vom VfGH festgestellt, dass sich aus Art 121 Abs 1 B-VG ergibt, dass **alle Gemeindeverbände unabhängig von der Einwohnerzahl** der verbandsangehörigen Gemeinden der Rechnungshofkontrolle unterliegen. Bei der Prüfung der Gebarung von Gemeindeverbänden ist der RH daher unabhängig von der Größe der ihnen angehörenden Gemeinden zuständig.

2.4.4 Kontrolle auf Landesebene

2.4.4.1 Landesrechnungshof

Auch auf Landesebene ergeben sich verschiedentlich, auch ähnliche Kontrolleinrichtungen in Form von **Landeskontrollämtern, Kontrollbeamten, Landesrechungshof** uä Die **Rechtsgrundlagen** für die Landesrechnungshöfe findet man mit unterschiedlichen Regelungen in den Landesverfassungsgesetzen (zB § 33 stmk LV-G) und den Landesrechnungshofgesetzen der einzelnen Länder. Ein eigenes Landesrechnungshofgesetz gibt es jedoch nicht in Niederösterreich. Dort finden sich die Regelungen über den Landesrechnungshof in den Art 51 ff NÖ Landesverfassung 1979[57] unter dem Titel „Finanzkontrolle".

Eine **Vorreiterrolle** im Bereich der Landesrechnungshöfe kommt zweifelsohne der Steiermark zu. Hier wurde im Jahr 1982 erstmals für ein österr Bundesland ein Landesrechnungshof eingerichtet.[58] Kurz darauf wurde im Jahr 1984 auch einer in Salzburg eingerichtet. Die anderen Bundesländer folgten erst 10 Jahre (und noch mehr) später. So trat beispielsweise erst mit 1. 3. 2003[59] das Gesetz über den Tiroler Landesrechnungshof in Kraft.[60]

Gemäß § 9 steirischen Landesrechnungshof-Verfassungsgesetz hat sich die Überprüfung des Landesrechnungshofs insb auf die ziffernmäßige Richtigkeit, die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften, ferner auch auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu erstrecken.

2.4.4.1.1 Prüfungsverlangen in den einzelnen Ländern

Grundsätzlich sehen alle Landesrechnungshofgesetze das Recht der **Initiativprüfung** des Landesrechnungshofs vor. In jedem Land kann weiters der Landtag und auch der mit der **Finanzkontrolle betraute Ausschuss** Sonderaufträge erteilen.[61] Dazu kommen noch unterschiedlich ausgestattete **Minderheitenrechte.** So zB in Kärnten, wo jedes Mitglied des Kontrollausschusses das Recht hat, zweimal jährlich ein Prüfungsverlangen zu stellen (§ 13 Abs 2 iVm Abs 5 K-LRHG).

---

57 NÖ LGBl 0001-0.
58 Steiermärkisches Landesrechnungshof-Verfassungsgesetz, LGBl 1982/59.
59 Tiroler Landesrechnungshofgesetz, LGBl 2003/18.
60 *Buchner* in *Klug* (Hrsg), Öffentliche Kontrolle (2004) 65 ff.
61 *Buchner* in *Klug* (Hrsg), Öffentliche Kontrolle 70.

Im Vergleich zu anderen Landesrechnungshofvorschriften, sind die Minderheitenrechte für Landtagsparteien in Niederösterreich weniger ausgeprägt. In der Steiermark und Tirol ist das Recht der Landesregierung hingegen im Vergleich zu den anderen Ländern eingeschränkt.[62] So bedarf in diesen beiden Ländern das Verlangen der Landesregierung auf Durchführung einer Sonderprüfung der Zustimmung durch den Kontrollausschuss (§ 26 stmk LRH-VG, § 3 tir LRHG).

Eine Besonderheit – vor allem unter dem demokratischen Aspekt – gilt in der Steiermark und in Vorarlberg. Dort kann auf Grund einer **Volksinitiative ein Prüfungsantrag** erwirkt werden (§ 67 Abs 4 vlb LV, § 26 Abs 3 stmk LRH-VG). In der Steiermark sind dafür mindestens 2 vH Unterschriften der Wahlberechtigten, in Vorarlberg mindestens 5.000 Unterschriften von wahlberechtigten Landesbürgern erforderlich.

2.4.4.1.2 Durchführung der Gebarungskontrolle auch auf Antrag?

Wie bereits erwähnt, kann die **Gebarungskontrolle** durch den Landesrechnungshof entweder **von Amts wegen, oder auf Antrag** durchgeführt werden. Der Antrag auf Gebarungskontrolle kann

- ► vom Landtag,
- ► von mindestens einem Viertel der Mitglieder des Landtags
- ► oder vom Kontroll-Ausschuss auf Anregung der Landesregierung oder eines Mitglieds der Landesregierung für seinen jeweiligen Geschäftsbereich (§ 26 Abs 2 stmk LRH-VG),

gestellt werden. Andere LRHG wie zB das bgld (§ 5 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 2 bgld LRGH) sehen noch andere Organe, wie zB den Landtagsklub vor, die einen Antrag auf Prüfung stellen können.

Wie bereits erwähnt, sieht das stmk LRH-VG und die vbg LV weiters vor, dass dieser Antrag auf Gebarungskontrolle auf Grund einer **Volksinitiative** gestellt werden kann. Daraus folgt, dass ein Antrag sehr wohl möglich ist. Eine **freiwillige Unterwerfung** der Gemeinden unter die Kontrolle des Landesrechnungshofs ist jedoch in keinem LRHG vorgesehen.

2.4.4.1.3 Besteht eine Wahlmöglichkeit zwischen dem Bundesrechnungshof und dem Landesrechnungshof?

In den einschlägigen Gesetzestexten (LRHG und RHG) finden sich **keine Hinweise** auf eine **Wahlmöglichkeit** zwischen dem Bundes- und dem Landesrechnungshof. Da der Rechnungshof die Gebarung einer Gemeinde mit weniger als 20.000 Einwohnern nur fallweise und auf begründetes Ersuchen der Landesregierung prüft, ergibt sich hinsichtlich der Finanzkontrolle durch dieses „externe“ Organ ein Kontrolldefizit.

In Salzburg und Burgenland wurde ein Stück in die Richtung Beseitigung des Kontrolldefizits gegangen. Hier wurde dem Landesrechnungshof die Aufgabe zugedacht, ein Gut-

---

[62] *Buchner* in *Klug* (Hrsg), Öffentliche Kontrolle 70.

achten für die behördliche Gemeindeaufsicht zu erstellen (§ 8 Abs 3 sbg LRHG, § 2 abs 1 Z 4 bgl LRHG). Diese Vorgehensweise kann man jedoch nicht als Wahlmöglichkeit zwischen Bundes- und Landesrechnungshof durch die Landesregierung verstehen. Der RH bleibt gem Art 127 a Abs 1 B-VG weiterhin zuständig für die Überprüfung der Gemeindegebarung, es liegt aber im **Ermessen** der Landesregierung, Landesrechnungshöfe (wie es schon in Salzburg und Burgenland geschehen ist), als **Gutachter** über die **Gebarung der Gemeinde** einzusetzen.

2.4.4.2 Aufsichtsbehörde

Die **Aufsichtsrechte des Landes** über die Gemeindegebarung dahin, dass diese wirtschaftlich, sparsam und zweckmäßig ist, sind in Art 119 a Abs 2 B-VG geregelt. Die Gemeindeordnungen und Stadtrechte übernehmen diese bundesverfassungsgesetzliche Bestimmung voll inhaltlich. Gemäß § 87 stmk Gemeindeordnung sind den Amtsorganen von der Gemeinde alle **Auskünfte zu erteilten** und die **erforderlichen Unterlagen** zur Gebarungsüberprüfung bzw Wirtschaftlichkeitsprüfung **zur Verfügung zu stellen.**

Die **Überprüfung** erstreckt sich

- ► auf die Buch- und Kassenführung;
- ► die Führung der Vermögensgebarung;
- ► die Erstellung des Voranschlags bzw des Wirtschaftsplans sowie des Rechnungsabschlusses bzw der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung.

Das **Ergebnis der Überprüfung** ist dem Bürgermeister zur unverzüglichen Vorlage an den Gemeinderat zu übermitteln und von diesem zu beraten. Der Bürgermeister hat über die aufgrund des Überprüfungsergebnisses getroffenen Maßnahmen innerhalb von 3 Monaten der Aufsichtsbehörde und dem Gemeinderat zu berichten.

3. DIE ZIVILRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DER GEMEINDEORGANE UND IHRER MITGLIEDER

Die Gemeinde als juristische Person öffentlichen Rechts handelt durch ihre Organe. Diese geben rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber Dritten im Namen der Gemeinde ab. Im Rahmen dieser Tätigkeiten der Gemeindeorgane für die Gemeinde kann es vorkommen, dass entweder die Gemeinde selbst oder dritte Personen durch diese Tätigkeiten geschädigt werden. Regelmäßig wird sodann die Frage nach der **Haftung des Gemeindeorgans** für den eingetretenen Schaden gestellt. Ob und in welchem Umfange das Gemeindeorgan bzw das Mitglied des Gemeindeorgans für einzelne Schäden haftbar ist bzw auf Basis welcher haftungsrechtlichen Bestimmungen eine derartige Haftung vorliegt, wird im Kap 3.3.1.3 sowie 3.2 dargelegt.

Zu unterscheiden ist einerseits, ob die Gemeinde selbst oder „ein Dritter" geschädigt wurde und andererseits, ob die Schädigung bei **„hoheitlicher Verwaltung"** oder **„Privatwirtschaftsverwaltung"** erfolgte.

3.1 Haftung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung

Zu den Tätigkeiten der Gemeinde, die der **Privatwirtschaftsverwaltung zugerechnet** werden, zählen ua

- ► der Erwerb, die Veräußerung, die Verpfändung oder sonstige Belastungen von Grundstücken, sowie beweglicher Sachen,
- ► die Aufnahme und Gewährung von Darlehen,
- ► die Übernahme von Bürgschaften und sonstigen Haftungen,
- ► der Abschluss und die Auflösung von Bestandsverträgen,
- ► die Vergabe von Leistungen;
- ► die Erhaltung und Verwaltung des öffentlichen Gutes;
- ► die Errichtung und der Betrieb von Schulen, Kindergärten und Krankenhäusern.

Da die Gemeinde eine juristische Person ist, und als solche nicht selbst handeln kann, gelten die **gemeinderechtlichen Gebote und Verbote**[63] für die Gemeindeorgane sowie für jene Gemeindebediensteten, die mit der Erfüllung von Aufgaben der Privatwirtschaftsverwaltung betraut sind.

Ein Verstoß gegen diese gemeinderechtlichen Bestimmungen stellt für die Vertragsbediensteten eine **Verletzung des Dienstvertrags** und für die Beamten eine **Verletzung**

[63] ZB § 118 Abs 4 B-VG, der vorschreibt, dass die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs von der Gemeinde *„im Rahmen der Gesetze und Verordnungen des Bundes und der Länder"* zu besorgen sind, oder die Vorschriften in den Gemeindeordnungen oder Stadtrechten.

der öffentlich-rechtlichen **Dienstpflichten** dar. Denn sowohl Vertragsbedienstete als auch Beamte sind bei der Erfüllung ihrer dienstlichen Aufgaben zur Beachtung der geltenden Rechtsordnung verpflichtet. Diese Verpflichtung umfasst aber nicht nur die Beachtung der vom Vertragsbediensteten bzw Beamten zu vollziehenden Verwaltungsvorschriften, sondern auch **zivilrechtliche Bestimmungen,** zu denen die (schadenersatzrechtlichen) Bestimmungen des ABGB zählen.

3.1.1 Grundsätzliches zur Haftung nach dem ABGB

Im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung richtet sich die Verpflichtung der Organe zum Ersatz des dem Rechtsträger (Gemeinde, Gemeindeverband) oder einem Dritten schuldhaft und rechtswidrig zugefügten Schadens nach den **Bestimmungen des bürgerlichen Rechts** insb den Schadenersatzvorschriften gem §§ 1295 ff ABGB.

Voraussetzung für eine Haftung der Organwalter und Gemeindebediensteten ist, dass:

- ► das Verhalten des Organwalters bzw Gemeindebediensteten kausal für den eingetretenen Schaden sein muss **(Kausalität);**
- ► die **Rechtswidrigkeit** des Verhaltens des Organwalters bzw Gemeindebediensteten muss aus einem **Verstoß gegen Verbote oder Gebote der Rechtsordnung** resultieren; denkbar sind weiters **Vertragsverletzungen** sowie Verstöße gegen Schutz-, Sorgfalts-, und Aufklärungspflichten (culpa in contrahendo);
- ► das schädigende Ereignis darf nicht durch eine Verkettung außergewöhnlicher Umstände eingetreten sein **(Adäquanz);**
- ► ein **Rechtfertigungsgrund** darf nicht vorliegen;
- ► und dem Organwalter bzw Gemeindebediensteten muss die Nichteinhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt vorwerfbar sein **(Verschulden).**

Nur wenn diese **Voraussetzungen erfüllt** sind, besteht ein **Schadenersatzanspruch** der geschädigten Gemeinde oder des geschädigten Dritten gegenüber dem schädigenden Organwalter bzw Gemeindebediensteten.

Die **Rechtswidrigkeit** von Handlungen oder Unterlassungen eines Gemeindeorgans ist insb auf Basis seiner organschaftlichen vertraglichen oder gesetzlichen Dienstpflichten zu beurteilen. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die diversen Gemeindeordnungen und Stadtrechte in Ausgestaltung des B-VG, des F-VG, der Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung (VRV) sowie der Gemeindehaushaltsordnungen eine Vielzahl von Regelungen enthalten, welche den Organen die Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde durchzuführen gestatten.

Zu verweisen ist auf die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, auf die Vergabevorschriften, auf die Regelungen zu wirtschaftlichen Unternehmungen, auf die Grundsätze der Haushaltsführung im Allgemeinen.

3.1.1.1 Vertrags- und Deliktshaftung

Ist durch die Tätigkeit des Organs nicht die Gemeinde selbst, sondern eine **dritte Person geschädigt,** sind zur Klärung der Haftungsfrage weitere Unterscheidungen zu treffen. Es muss zwischen der Haftung aus **Vertrag (ex contractu)** und der Haftung aus **Delikt (ex delicto)** unterschieden werden.

Deliktshaftung ist die Haftung, die sich aus der Verletzung einer Verhaltenspflicht ergibt, besteht für jedermann gegenüber jedermann. Derartige Verhaltenspflichten ergeben sich aus den **Schutzgesetzen,** die absolute Rechte sichern sollen. Bei derartigen deliktischen Schädigungen **haften die Gemeinde und das Organ** den Dritten gegenüber **solidarisch** für den Gesamtschaden.

Vertragshaftung bedeutet hingegen, dass ein vertragsbrüchiger Teil seinem Partner Ersatz leisten muss. Zu der Ersatzpflicht gegenüber dem anderen Teil führt die Rechtswidrigkeit, die sich aus der Vertragsverletzung ergibt.

Des Weiteren ist von der Rechtsprechung und der Lehre anerkannt, dass mögliche Geschäftspartner **schon** mit der **Aufnahme eines Kontakts** zu rechtsgeschäftlichen Zwecken in ein **beiderseitiges Schuldverhältnis** treten, das sie zu gegenseitiger Rücksichtnahme bei der Vorbereitung und beim Abschluss des Rechtsgeschäfts verpflichtet. Dieses **vorvertragliche Schuldverhältnis** beruht nicht auf dem Willen der Partei, außerdem entsteht es unabhängig davon, ob später ein Vertrag abgeschlossen wird oder nicht. Es handelt sich dabei um ein Schuldverhältnis ohne Hauptleistungspflicht, das Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten beinhaltet **(culpa in contrahendo).**[64] Auch öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften kann eine Haftung für die Verletzung dieser vorvertraglichen Pflichten treffen.[65]

Bei der Vertragsverletzung trifft jeden Partner die besondere **Gehilfenhaftung** (§ 1313a ABGB anstelle von § 1315 ABGB) und des weiteren ist der vertragsbrüchige Teil auch verpflichtet, den Schaden am **bloßen Vermögen** zu ersetzen. Entsteht eine Vertragshaftung der Gemeinde durch die Verletzung einer Vertragspflicht durch ein Gemeindeorgan, so haftet für den entstandenen Schaden gegenüber dem Geschädigten ausschließlich die Gemeinde, nicht jedoch das Gemeindeorgan (Gehilfenhaftung gemäß § 1313 a ABGB).

Schließlich ist die Unterscheidung wichtig in der **Beweislastverteilung.** Während der deliktisch Geschädigte das Verschulden des Schädigers beweisen muss (§ 1296 ABGB), hat der vertragsbrüchige Schuldner zu beweisen, dass ihn an der Vertragsverletzung kein Verschulden trifft (§ 1298 ABGB).[66] Daher ist die vertragliche Haftung für den Geschädigten wesentlicher günstiger als die deliktische.

---

64 Vgl zB OGH 3 Ob 509/95, 1 Ob 539/88 und *Rummel* in *Rummel,* ABGB I³ (2000) § 861.
65 OGH 3 Ob 509/95.
66 *Welser* in *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht¹³ (2006) 316 f.

3.1.1.2 Gehilfenhaftung gemäß §§ 1313 a und 1315 ABGB

Grundsätzlich hat jeder nur für sein eigenes Verhalten, und nicht für fremdes einzustehen (vgl § 1313 ABGB). Davon gibt es jedoch Ausnahmen. So wird in den §§ 1313 a und 1315 ABGB die Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen geregelt. Die Haftung der Geschäftsherren geht verschieden weit, je nachdem, ob die schädigende Hilfsperson **Erfüllungsgehilfe** (§ 1313 a ABGB) oder **Besorgungsgehilfe** (§ 1315 ABGB) ist.

Erfüllungsgehilfe ist jene Person, die vom Geschäftsherrn **zur Erfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses** eingesetzt wird. Bei der Erfüllungsgehilfenhaftung haftet der Geschäftsherr nur für schädigende Handlungen, die mit der Erfüllung in einem **inneren Zusammenhang** stehen. Darunter sind Schäden durch die Erfüllung (Verletzung der Hauptleistungspflicht, Nebenpflicht oder Schutzpflicht) zu verstehen. Für Nachteile, die der Gehilfe dem Gläubiger sonst („anlässlich" der Erfüllung) zugefügt hat, haftet der Geschäftsherr nicht.[67]

Jene Person, derer sich der Geschäftsherr zur Besorgung irgendwelcher Angelegenheiten bedient, ist **Besorgungsgehilfe.** Der Geschäftsherr steht in diesem Fall in keinem bestehenden Schuldverhältnis zum Geschädigten. Bei der Besorgungsgehilfehaftung haftet der Geschäftsherr nur, wenn er sich einer **untüchtigen oder wissentlich gefährlichen Person bedient.** Es muss sich gerade jene Gefährlichkeit realisieren, von welcher der Geschäftsherr Kenntnis hatte, damit eine Haftung nach § 1315 ABGB greift.

3.1.1.3 Schädigung durch Kollegialorgane

Es stellt sich natürlich auch die Frage, ob sämtliche Mitglieder des Kollegialorgans der Gemeinde oder einem Dritten schadenersatzpflichtig sind, wenn dieses einen Beschluss fasst, durch den die **Gemeinde oder ein Dritter geschädigt wird.** Im Gegensatz zum AHG oder OrgHG enthält das ABGB keine ausdrücklichen Regelungen. Es ist zu klären, ob innerhalb der Gruppe der Organwalter eine haftungsrechtliche Differenzierung vorgenommen werden muss.

3.1.1.3.1 Organwalter, die für einen Beschluss gestimmt haben

Hier ist zwischen zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- ► Die erforderliche Mehrheit für die Beschlussfassung ist gerade erreicht worden. Da somit jeder Organwalter mit seiner abgegebenen Stimme **zum gesamten Schaden beigetragen** hat, kommt es zu einer **Solidarhaftung der Organwalter,** die für den Antrag gestimmt haben, gegenüber der geschädigten Gemeinde bzw gegenüber dem geschädigten Dritten (§ 1302 ABGB).[68]
- ► Ist der Antrag jedoch mit **mehr als einer Stimme** abgesichert, könnte sich jeder Organwalter, welcher für den Beschluss gestimmt hat, darauf berufen, dass der Be-

---

67 *Welser* in *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht 333 f.
68 *Eypeltauer/Strasser,* Haftung der Organe (1987) 30 f.

schluss auch ohne seine Stimme die erforderliche Mehrheit gefunden hätte, und seine Stimme somit für eingetretene Schäden **nicht kausal** war.[69]

Da dies jedoch zu **keiner sachgerechten Lösung** führen würde, sind in der Rechtsordnung Ausnahmen von diesem Verursacherprinzip vorgesehen. Die Haftung mehrerer Täter, die in §§ 1301 und 1302 ABGB angeordnet ist, zählt zu diesen Ausnahmen.

So **haften** mehrere **Täter auch dann solidarisch,** wenn sie nicht gemeinschaftlich vorgegangen sind und sich die von jedem einzelnen verursachten Schadensanteile nicht bestimmen lassen. Deshalb leitet die Lehre in analoger Anwendung des § 1302 ABGB eine Solidarhaftung der möglichen Täter ab, wenn mehrere Personen als Schädiger in Betracht kommen, aber nicht festgestellt werden kann, welcher der Täter tatsächlich den Schaden verursacht hat.[70]

Zwar hat nicht jeder Organwalter, der für den Antrag gestimmt hat, nachweislich kausal gehandelt, jedoch liegt ein **Kausalitätsverdacht** vor, der durch ein konkret gefährliches Verhalten ausgelöst wurde. Da sich kein Organwalter auf des Stimmverhalten der übrigen Mitglieder des Kollegialorgans verlassen darf, ist das Stimmverhalten jedes einzelnen Organwalters für den eingetretenen Schaden konkret gefährlich.[71]

Der geschädigten Gemeinde bzw dem geschädigten Dritten haften somit jene Organwalter, die für den schädigenden Beschluss gestimmt haben, es sei denn, sie können den Kausalitätsverdacht entkräften[72] oder es kann ihnen kein Verschulden zur Last gelegt werden.

Eypeltauer/Strasser[73] führen jedoch aus, dass eine Haftung der Organwalter dann nicht bestimmt werden kann, wenn eine **Abstimmung** im Kollegialorgan **geheim** durchgeführt worden ist. Eine Haftung der Organwalter scheitert somit an der Unmöglichkeit des Nachweises ihres Stimmverhaltens. Lediglich wenn der Beschluss einstimmig gefasst wurde, kommt es zu einer Haftung der Organwalter.

3.1.1.3.2 Organwalter, die nicht für den Beschluss gestimmt haben

Das Verhalten von Mitgliedern des Kollegialorgans, die sich ihrer Stimme enthalten haben oder gegen den Antrag gestimmt haben, bzw überhaupt nicht zur Sitzung erschienen sind, war nicht kausal für den schädigenden Erfolg.

Wenn sie die Verpflichtung gehabt hätten, den Beschluss oder dessen Durchführung zu verhindern, besteht bei Vorwerfbarkeit der Nichteinhaltung dieser Verpflichtung auch eine Haftung derjenigen Organwalter, die nicht für den schädigenden Beschluss gestimmt

---

69 *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 31.
70 *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 31.
71 *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 32.
72 Dies ist nach einer in der Lehre vertretenen Meinung dann möglich, wenn eine Mehrheitsgruppe von vornherein mit der festen Vereinbarung in die Sitzung des Kollegialorgans gegangen ist, den Beschluss in ihrem Sinn herbeizuführen, und daher ein Auftreten dagegen sowie ein gegenteiliges Stimmverhalten nichts bewirkt hätte. Es fehlt somit an potentieller Kausalität (*Eypeltauer/Strasser,* Haftung 32 f).
73 *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 33.

haben. Denn nicht nur aktives Tun, sondern auch ein **Unterlassen** kann **für die Herbeiführung eines Schadens kausal** sein.[74]

Vorwerfbar wäre ihre Verhalten, wenn sie es etwa unterlassen hätten, die übrigen Mitglieder des Kollegialorgans über die schädigenden Folgen des Beschlusses aufzuklären, oder wenn sie den Versuch unterlassen hätten, auf das Stimmverhalten der übrigen Organwalter einzuwirken, oder es unterlassen hätten, die Aufsichtsbehörde zu informieren. Diese **Verpflichtung ergibt** sich aus dem **Gelöbnis,** dass die Mitglieder des Gemeinderats- bzw des Gemeindevorstands bei ihrer Angelobung abgeben müssen. Da die im Gelöbnis zum Ausdruck kommende **Verpflichtung**, alle Gesetze zu beachten und das **Wohl der Gemeinde nach bestem Wissen und Gewissen zu fördern,** lediglich gegenüber der Gemeinde gilt, begründet eine Verletzung dieser Verpflichtung jedoch keine Rechtswidrigkeit der Unterlassung gegenüber einem Dritten.[75]

Sollte das Kollegialorgan jedoch von der Sitzung fernbleiben, müssen gewisse Einschränkungen der Haftung getroffen werden. Es kann nur als haftungsbegründend angesehen werden, wenn ein sorgfältiger Gemeindefunktionär erkennen hätte können, dass es in der betreffenden Sitzung zu dem konkreten Beschluss kommen wird. Sein Fernbleiben kann dem Kollegialorgan deshalb nicht vorgeworfen werden, wenn sich die Angelegenheit nicht auf der Tagesordnung für die Sitzung befunden hat und erst in der Sitzung ein unvorhergesehener Dringlichkeitsantrag gestellt wird, der auch zur Behandlung gelangt.[76]

Der Berichterstatter eines Kollegialorgans kann überdies auch aus einer **unrichtigen oder unvollständigen Sachverhaltsdarstellung** (Entscheidungsgrundlage) an das Kollegialorgan haftbar werden. Sinngemäß müssen auch hier Kausalität, Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Berichtserstatters nachgewiesen werden.

3.1.1.3.3 Haftung

Gegenüber der geschädigten Gemeinde oder dem Dritten kommt es zu einer **Solidarhaftung** der **ersatzpflichtigen Organe,** da jeder in zurechenbarer Weise den gesamten Schaden verursacht hat. Ersetzt ein einziger Organwalter den gesamten Schaden, besitzt er einen **Regressanspruch gegen die Mitschuldner** nach § 1302 ABGB. Gem § 896 ABGB richtet sich der interne Ausgleich unter den Gesamtschuldnern nach dem zwischen ihnen bestehenden besonderen Verhältnis. Dh jener Organwalter, dem grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, haftet für mehr, als jener Organwalter, dem bloß leichte Fahrlässigkeit vorwerfbar ist.

3.1.1.4 Haftung des Dienstnehmers

Die Haftung des Dienstnehmers ist nach den Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DHG) beschränkt. Das DHG gilt für Dienstnehmer *„in einem privatrechtli-*

---

[74] *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 33.
[75] *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 33.
[76] *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 35 f.

chen oder in einem öffentlich-rechtlichen Dienst(Lehr)verhältnis" (§ 1 Abs 1 DHG). Auf Grund des schon Erwähnten ergibt sich, dass dieses **Gesetz nicht gilt,** wenn der Dienstnehmer (als Organ) „in Vollziehung der Gesetze" **(Hoheitsverwaltung)** dem Rechtsträger oder einem Dritten den Schaden zufügt (§ 1 Abs 2 DHG). Auf Organe einer Gemeinde ist das DHG generell nicht anwendbar,[77] die Abgrenzung ist jedoch fließend und einzelfallbezogen.

3.1.2 Vertretung

Juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Bund, Länder, Gemeinden) kommt zwar Rechtsfähigkeit zu, jedoch können sie **nicht selbst handeln.** Vielmehr bedarf es natürlichen Personen (Organen), die für sie tätig werden. Diese Organe handeln als **Vertreter** der **juristischen Person** (eben auch der Gemeinde) und das Rechtsgeschäft kommt auch zustande, wenn sie im Rahmen ihres satzungsmäßigen Wirkungsbereichs Geschäfte namens der juristischen Person abschließen. **Vertragspartner** (und damit Träger der aus dem Vertrag entspringenden Rechte und Pflichten) wird die **juristische Person.**

Bei Geschäften juristischer Personen des öffentlichen Rechts wird zwischen dem für den Geschäftspartner wesentlichen **Außenverhältnis** (Vertretungsmacht) und dem **Innenverhältnis** (Geschäftsführungsbefugnis, Willensbildung) unterschieden. Wie auch bei anderen juristischen Personen kann diese Vertretungsmacht **organschaftlich** (zB durch die Gemeindeordnung) oder **rechtsgeschäftlich** begründet sein, aber auch auf dem **Anvertrauen einer Verwaltung** (§ 1029 ABGB) beruhen. Die dem Organ eingeräumte Vertretungsmacht kann jedoch dadurch eingeschränkt werden, indem das Mitwirken eines anderen Organs vorgesehen wird.

3.1.2.1 Vertretungsbefugnis

Bei der Vertretung der Gemeinden durch den Bürgermeister, dem die Gemeindeordnungen und Satzungen regelmäßig eine pauschale, umfänglich nicht näher bestimmte Vertretungsmacht einräumen, judiziert der OGH, dass dieser nur entsprechend seiner Geschäftsführungsbefugnis vertretungsbefugt sei.[78] Ist für bestimmte Geschäfte eine schriftliche Unterfertigung durch ein oder mehrere Mitglieder des Gemeinderats oder Gemeindevorstands nötig bzw sind bestimmte Geschäfte dem Gemeinderat oder Gemeindevorstand vorbehalten, stellt dies nicht nur eine bloße Organisationsvorschrift über die interne Willensbildung öffentlich rechtlicher Körperschaften dar. Die **Vertretungsmacht des Bürgermeisters** ist dadurch **beschränkt.** Die ohne Mitwirkung des Gemeinderats oder Gemeindevorstands getätigten Geschäfte sind (schwebend) unwirksam.[79]

---

77 *Eppeltauer/Strasser,* Haftung 38 ff mwN
78 OGH 3 Ob 554/88 und *Apathy/Riedler* in *Schwimann,* ABGB IV³ (2006) § 867.
79 OGH 1 Ob 625/81, 3 Ob 509/95 ua und *Apathy/Riedler* in *Schwimann,* ABGB IV³ § 867 ABGB.

3.1.2.2 Beschlusserfordernisse als privatrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen

Der OGH judizierte zunächst hinsichtlich der Gültigkeit von Geschäften ohne Mitwirkung des Gemeinderats bzw Gemeindevorstands in ständiger Rechtssprechung, dass gemeinderechtliche Beschlusserfordernisse als privatrechtliche **Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts** zu behandeln sind.[80]

Hierbei wies der OGH regelmäßig darauf hin, dass es für die Frage der Gültigkeit eines von einer Gemeinde abgeschlossenen Vertrags entscheidend auf die **Bestimmungen der Gemeindeordnung** ankommt. Wer mit einer Gemeinde einen Vertrag schließt, muss demgemäß die für ihre Willensbildung geltenden öffentlich-rechtlichen Beschränkungen beachten und auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie nicht gekannt haben sollte.[81] Ist sohin eine Genehmigung durch den Gemeinderat erforderlich, dann sind nach dieser Judikatur die ohne eine solche Genehmigung vom Bürgermeister abgeschlossenen Rechtsgeschäfte grundsätzlich für die Gemeinde nicht verbindlich.[82]

Dieser Standpunkt der Judikatur, welcher die Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters als eine durch die Kompetenz von Kollegialorganen eingeschränkte versteht, wurde von der Lehre zum Teil nicht gebilligt. Diese forderte vielmehr, dass eine differenzierte Lösung im Einzelfall gesucht werde und die Nichtigkeit von Verträgen nicht selbstverständliche Folge der Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften sei.[83]

3.1.2.3 Vertrauen auf den äußeren Tatbestand

In einzelnen Entscheidungen ist der OGH zwischenzeitig dieser Forderung der Lehre nachgekommen und nimmt eine differenzierte Prüfung und Beurteilung des zugrunde liegenden Sachverhalts durch Heranziehung der Rechtsfiguren der **Anscheins- bzw Duldungsvollmacht** vor.

Nach der Lehre der Anscheinsvollmacht kann Vertretungsmacht nicht nur durch interne oder externe Willenserklärung des Vollmachtgebers entstehen, sondern auch durch die sogenannte **Vollmachtskundgabe.** Demgemäß setzte der Vertretene ein Verhalten das bei einem gutgläubigen Dritten die begründete Annahme rechtfertigt, er habe – bereits früher – Vollmacht erteilt.[84]

Auch bei der **Duldungsvollmacht** tritt der Vertreter ohne ausdrückliche Vollmacht im Rechtsverkehr auf. Der Vertretene muss sich hierbei dass Verhalten des Vertreters dann zurechen lassen, wenn er es gekannt und geduldet hat.

Die gemeinderechtlichen Formalerfordernisse als zwingende privatrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts werden nunmehr in Entscheidungen durch

---

[80] OGH 15. 7. 1981 SZ 54/11 = JBl 1982, 197 *(Wilhelm)* = EvBl 1981, 209 = NZ 1982, 184 = HS 12793; OGH 27. 9. 1989 JBl 1990, 534; 1 Ob 669/90; 2 Ob 182/01 f; 8 Ob 111/07 t; 1 Ob 18/08 s.

[81] OGH 1 Ob 229/97 a; 7 Ob 147/05 a.

[82] OGH 1 Ob 625/81; SZ 54/11 = EvBl 1981/209 (86); JBl 1982, 197.

[83] Vgl *Bydlinski*, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Hinsicht, JBl 1968, 9 ff; *Eccher/ Purtscheller,* Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen rechts, JBl 1977, 561 ff.

[84] *Apathy* in *Schwimann* ABGB IV³ § 1029 Rz 7.

die Anwendung der Figur der Duldungs- und Anscheinsvollmacht gemildert. Demnach wird ein Dritter in seinem Vertrauen auf den äußeren Tatbestand dann geschützt, wenn das kompetente Organ den Anschein erweckt, die Handlung sei durch seine Beschlussfassung gedeckt.[85] Dies hat zur Folge, dass unter gewissen Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft auch ohne eine an sich erforderliche Beschlussfassung gültig zustande kommt. Der Schutz des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand hat folgende **Voraussetzungen:**[86]

- Der äußere Tatbestand muss vom zuständigen Organ der Gemeinde, also vom Kollegialorgan, dem die Beschlussfassung vorbehalten ist, gesetzt worden sein.[87]
- Weiters muss der äußere Tatbestand darin bestehen, dass das **Organ** durch sein Verhalten den **Anschein** erweckt hat, der Abschluss des **Rechtsgeschäfts sei durch seine Beschlussfassung gedeckt.**[88]
  Dies bedeutet, dass Umstände vorhanden sein müssen, die geeignet waren, im Dritten den begründeten Glauben zu erwecken, dass der Vertreter zum Abschluss des Geschäfts befugt sei.[89] Dies bedeutet jedoch nicht, dass bereits aus einer allfällig nachträglichen Genehmigung vom Bürgermeister allein abgeschlossener Verträge durch den Gemeinderat bereits der Schluss gezogen werden kann, dass der Gemeinderat auch für den Abschluss künftiger Rechtsgeschäfte auf seine Mitwirkung verzichten werde.[90]
- Schließlich ist **Gutgläubigkeit des Vertragspartners** eine weitere Voraussetzung für die Berufung auf eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht.[91]

Aufgrund der unterschiedlichen Judikatur sollte daher eine Gebietskörperschaft immer von dem für sie ungünstigeren Fall ausgehen, nämlich, dass der Vertrauensschutz gegenüber Dritten, dh Bürgern überwiegt und die Gemeinde die Anscheins- bzw Duldungsvollmacht gegen sich gelten lassen muss; die Vertretungsregelungen der Gemeindeordnung, dh die inneren Organisationsregeln, beschränken die Haftung der Gemeinde nicht.

3.2 Grundlagen der Organ- und Amtshaftung

Je nachdem, bei wem der Schaden eingetreten ist, unterscheidet man zwei Arten der Haftung. Die **Amtshaftung** und die **Organhaftung.** Die verfassungsrechtliche Grundlage sowohl für das Organhaftpflichtgesetz, als auch für das Amtshaftungsgesetz befindet sich im Art 23 B-VG. Demnach haften Körperschaften 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.

---

85 OGH 27. 9. 1989 JBl 1990, 534; OGH 8. 11. 1989 WBl 1990, 180; OGH 30. 1. 1997 ecolex 1997, 494 *(Wilhelm);* OGH 10. 7. 1991 ecolex 1991, 678 *(Wilhelm).*
86 *Thunhart,* Vertretungsregeln 140 ff.
87 OGH 1 Ob 625/81; 2 Ob 182/01 f ua.
88 OGH 8 Ob 111/07 t.
89 OGH 1 Ob 625/81; 2 Ob 182/01 f ua.
90 OGH 30. 1. 1997 ecolex 1997, 494 *(Wilhelm).*
91 OGH 15. 7. 1981 SZ 54/11 = JBl 1982, 197 *(Wilhelm)* = EvBl 1981, 209 = NZ 1982, 184 = HS 12793; OGH 27. 9. 1989 JBl 1990, 534; 1 Ob 669/90; 2 Ob 182/01 f; 8 Ob 111/07 t; 1 Ob 18/08 s.

Eine weitere Rechtsgrundlage befindet sich in Art 118 Abs 5 B-VG. Der Bürgermeister, die Mitglieder des Gemeindevorstands und allenfalls bestellte andere Organe der Gemeinde sind demgemäß für die Erfüllung ihrer, dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zugehörigen Aufgaben, dem Gemeinderat verantwortlich.

3.2.1 Organbegriff

Zu beachten ist, dass es für die Anwendbarkeit des AHG bzw des OrgHG keine Rolle spielt, ob das Dienstverhältnis des Organs, welches die Gemeinde oder einen Dritten schädigt, ein privatrechtliches oder ein öffentlich-rechtliches ist. Sowohl **Gemeindebeamte,** als auch **Vertragsbedienstete** können als Organe der Gemeinde im Sinne des § 1 Abs 1 AHG bzw § 1 Abs 1 OrgHG handeln.

Des weiteren zählen zu den Organen iSd AHG und des OrgHG die **Gemeindeorgane im engeren Sinn,** das sind die von der Verfassung sowie von den gemeinderechtlichen Bestimmungen vorgesehenen Organe der Gemeinde. § 1 Abs 2 AHG bzw § 1 Abs 2 OrgHG bestimmen ausdrücklich, dass sowohl **gewählte, ernannte, als auch sonst wie bestellte Organe** zu Organen iSd AHG bzw des OrgHG zählen.

3.2.2 Amtshaftung

Das AHG regelt die **Haftung** der Gemeinde und ihrer Organwalter für den Ersatz jenes Schadens, den ein **Organwalter einem Dritten** in **Vollziehung der Gesetze,** durch rechtswidriges Verhalten, zugefügt hat. Nicht das Organ, welches in Vollziehung der Gesetze tätig wird, haftet dem Geschädigten, sondern der Rechtsträger, für den das Organ tätig ist/war (§ 1 Abs 1 letzter Satz AHG). § 9 Abs 5 AHG normiert als verfahrensrechtliche Folge dieses Haftungsausschlusses, dass der Geschädigte den Ersatz des Schadens gegen den Organwalter **im ordentlichen Rechtsweg nicht** direkt **geltend machen** kann.

Der Rechtsträger kann jedoch, wenn es dem Geschädigten nach dem AHG den Schaden ersetzt hat, vom Organ einen **Regress** fordern, wenn dieser die Rechtsverletzung **vorsätzlich oder grob fahrlässig** verübt oder verursacht hat. Bei grober Fahrlässigkeit kann das Gericht den Rückersatz auch mäßigen (§ 3 Abs 2 AHG).

Nimmt das Organ jedoch **Handlungen** vor, die mit den Aufgaben seines Amtes **in keinem Zusammenhang** stehen, dann kommt die Zurechnung dieser Handlung an den Rechtsträger selbst dann nicht in Betracht, wenn die betreffende Person als Organ auftreten wollte, tatsächlich aufgetreten ist und auch als solches angesehen werden konnte[92] (wenn zB ein Bürgermeister Bewilligungen nicht erteilt, für die er gar nicht zuständig ist). Es ist dabei jedoch zu beachten, dass eine **Überschreitung der Zuständigkeit** allein nicht immer die Qualifikation als Organhandlung ausschließen kann.[93] Der OGH sieht die **Zurechnung zum Rechtsträger** erst dann als **entfallen an,** wenn das Organ

[92] OGH 1 Ob 171/75.
[93] OGH 1 Ob 41/81.

seine Zuständigkeit eindeutig überschreitet oder erkennbar gar nicht wahrnehmen will, also klar außerhalb seines Aufgabenkreiss handelt.[94]

3.2.2.1 Haftung der Gemeinde

Die Gemeinde haftet **gem § 1 Abs 1 AHG, nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts** für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den ein Organ der Gemeinde einem Dritten in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten schuldhaft zugefügt hat.

Gem § 2 Abs 1 AHG muss der Geschädigte bei der Geltendmachung seiner Ersatzansprüche **kein bestimmtes Organ nennen,** sondern er genügt der Beweis, dass der Schaden nur durch die Rechtsverletzung eines Organs der Gemeinde entstanden ist.

3.2.2.1.1 Verschuldensbegriff in § 1 Abs 1 AHG

Das Verschulden setzt, nach dem allgemeinen Bürgerlichen Recht, zum einen voraus, dass die **objektiv gebotene Sorgfalt** nicht eingehalten worden ist und zum anderen ein **subjektives Element,** nämlich dass die Nichteinhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt auch subjektiv vorgehalten werden kann.[95]

Jedoch geht man bei der Amtshaftung davon aus, dass es ausschließlich auf die **objektive Vorwerfbarkeit** eines Fehlverhaltens des Organs ankommt. Dafür spricht schon § 2 Abs 1 AHG: Der Geschädigte habe schon dann Anspruch auf Ersatz, wenn der Schaden nur durch die Rechtsverletzung eines Organs entstanden sein könnte. Weiters werde das Verschulden nicht mehr als Voraussetzung erwähnt und könne daher auch keine Rolle spielen, da kein bestimmtes Organ genannt werden müsse und daher auch nicht das Verschulden des Schädigers geprüft werden könne.[96]

Der Bürger kann erwarten, dass die Organwalter des Staates jene **Fähigkeiten und Kenntnisse** besitzen, **die für die jeweilige Stelle und Aufgabe erforderlich** sind, der Staat müsse die Kenntnisse und Fähigkeiten, die Aufmerksamkeit und den Fleiß eines für die konkrete Aufgabe geeigneten Organwalters sicherstellen.[97]

Für den Fall, dass der Staat bzw die Gemeinde Personen als Organwalter einsetzt, die dafür an sich nicht geeignet sind, muss sich die Gemeinde diese **falsche Auswahl** grundsätzlich vorwerfen lassen. Die Gemeinde haftet daher grundsätzlich selbst dann, wenn dem konkreten Organ mangels Eignung (etwa wegen Überforderung oder Überlastung) kein Verschulden an der von ihm gesetzten objektiv rechtswidrigen Handlungsweise vorzuwerfen ist.

---

94 OGH 1 Ob 46/91.
95 *Harrer* in *Schwimann,* ABGB³ Rz 11 § 1294.
96 *Schragel,* Amtshaftung³ 218.
97 *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 90 f; *Schragel,* Amtshaftung³ 218.

3.2.2.1.2 Weitere Voraussetzungen

Der Geschädigte muss ein bestimmtes in § 8 Abs 1 AHG geregeltes **Aufforderungsverfahren** einhalten. Der Geschädigte muss gemäß § 2 Abs 2 AHG vor Geltendmachung des Amtshaftungsanspruchs versuchen, den Schaden durch Rechtsmittel oder Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof abzuwenden.

3.2.2.2 Haftung des Organwalters gegenüber der Gemeinde

Der Organwalter haftet der Gemeinde, wenn er ***„die Rechtsverletzung vorsätzlich oder grobfahrlässig verübt oder verursacht“*** hat. Dh die Gemeinde kann von dem Organ in diesen Fällen Rückersatz begehren.

Nach der Rechtssprechung des OGH[98] werden **Handlungen** eines Organwalters der Gemeinde nur dann zugerechnet, wenn der Organwalter der Gemeinde im **eigenen Wirkungsbereich tätig** wurde. Dagegen haftet der Bund und das Land, wenn ein Organwalter der Gemeinde im **übertragenen Wirkungsbereich** des Bundes oder des Landes tätig wurde. Daher wird der Organwalter, je nachdem, ob er im übertragenen oder im eigenen Wirkungsbereich tätig geworden ist, jenem Rechtsträger regresspflichtig, in dessen Wirkungsbereich die Angelegenheit fällt.

Der **Rückersatzanspruch** des Rechtsträgers hängt gem § 3 Abs 1 AHG jedoch davon ab, ob dieser dem Geschädigten den **Schaden tatsächlich ersetzt** hat. Dabei ist zB der Rückgriffsanspruch der Gemeinde unabhängig davon, ob die Gemeinde zum Ersatz des Schadens rechtskräftig verurteilt worden ist, oder ohne Urteil auf Grund eines Anerkenntnisses oder Vergleichs gezahlt hat.[99]

3.2.2.2.1 Verschulden des Organwalters

Der **Grad des Verschuldens** ist nur **ausschlaggebend**, wenn es um das **Rückersatzrecht** der Gemeinde geht. So kann die Gemeinde den Organwalter zum Regress heranziehen, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat (§ 3 Abs 1 AHG). **Für leichte Fahrlässigkeit** besteht somit **keine Regresspflicht** des Organwalters. Weiters normiert § 3 Abs 2 AHG, dass das Gericht aus Gründen der Billigkeit den **Rückersatz mäßigen** kann, wenn der Organwalter die Rechtsverletzung „nur“ grob fahrlässig verübt oder verursacht hat.

3.2.2.2.2 Weisung eines Vorgesetzten

§ 4 AHG sieht vor, dass von einem Organ **kein Regress** gefordert werden kann, wenn die von diesem gesetzte Handlung auf Grund einer Weisung eines vorgesetzten Organs erfolgt ist. Ist die Weisung jedoch von einem **offenbar unzuständigen Vorgesetzen** erfolgt oder verstoßt das Organ in **Befolgung der Weisung gegen strafgesetzliche Vorschriften**, gilt die Regelung des § 4 AHG nicht.

---

98 OGH 27. 2. 1953, 1 Ob 565/52.
99 *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 93; *Schragel,* Amtshaftung³ 70 ff.

3.2.2.2.3 Rückersatzanspruch bei Kollegialorganen

Wird ein **Dritter** durch eine von einem **Kollegialorgan** (Gemeinderat, Gemeindevorstand bzw Stadtsenat, Stadtrat) beschlossenen Entscheidung und Verfügung **geschädigt,** stellt sich die Frage, wer für diese Entscheidung/Verfügung zu haften hat. § 3 Abs 3 AHG ordnet eine **Regresshaftung** nur für **jene Stimmführer** an, die **für** die beschlossene Entscheidung oder Verfügung **gestimmt** haben.

Weiters ordnet **§ 3 Abs 3 AHG** an, dass auch jene Mitglieder es Kollegialorgans von einer Haftung befreit sind, die auf Grund einer ***„unvollständigen oder unrichtigen Darstellung des Sachverhalts durch den Berichterstatter“*** für die Entscheidung oder Verfügung gestimmt haben. Sollten die Stimmführer ihre **pflichtgemäße Sorgfalt** jedoch zumindest **grob fahrlässig** außer Acht gelassen haben, gilt diese **Haftbefreiung nicht.** Dies entspricht dem Grundsatz des § 3 Abs 1 AHG, wonach nur ein zumindest grob fahrlässig handelndes Organ rückersatzpflichtig ist.

Das **Fehlverhalten** eines Organwalters ist jenem **Rechtsträger zuzurechnen,** in dessen **Wirkungskreis** (Vollzugsbereich) das Organ tätig geworden ist. So haftet etwa für ein Fehlverhalten von Landesorganen oder Gemeindeorganen im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung der Bund und für ein Fehlverhalten von Organen eines Selbstverwaltungsträgers (zB Gemeinde) im übertragenen Wirkungsbereich je nach kompetenzrechtlicher Zuordnung der Bund oder das Land (vgl OGH 1 Ob 565/52).

3.2.3 Organhaftpflicht

Wird bei der Amtshaftung die Haftung der Organwalter der Gemeinde bei Schädigungen eines Dritten in Vollziehung der Gesetze behandelt, so geht es bei der Organhaftung um die **Haftung der Organwalter** bei unmittelbarer Schädigung der Gemeinde in Vollziehung der Gesetze. Die Organhaftung findet ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art 23 Abs 3 und 4 B-VG. Auf Grund des Art 23 Abs 4 B-VG wurden nähere Regelungen in einem eigenen Bundesgesetz, dem **Organhaftpflichtgesetz (OrgHG),** beschlossen.

§ 1 Abs 1 OrgHG statuiert die Haftung jener Personen, die als Organe eines Rechtsträgers handeln, nach den **Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen,** den sie dem Rechtsträger, als dessen Organ sie gehandelt haben, in **Vollziehung der Gesetze** durch ein **schuldhaftes** und **rechtswidriges** Verhalten **unmittelbar** zugefügt haben.

Wie im Amtshaftungsrecht besteht eine **unmittelbare Ersatzpflicht nur gegenüber jenem Rechtsträger,** dem der Organwalter bei Ausübung der schädigenden Tätigkeit **funktionell** zugeordnet ist. Dh also, dass ein Organwalter, der im übertragenen Wirkungsbereich des Bundes bzw Landes in Vollziehung der Gesetze tätig wird, dem geschädigten Bund bzw Land nach dem OrgHG haftet. Schädigt hingegen ein Organwalter in Ausübung einer solchen Tätigkeit die Gemeinde, hat sich diese als Geschädigte im Wege der Amtshaftung an den Bund bzw das Land zu wenden, die sich ihrerseits mittels

eines Rückersatzanspruches nach § 3 Abs 1 AHG am Organwalter schadlos halten kann.[100]

Mit geringfügigen Modifikationen (die sich aus der unterschiedlichen Person des Geschädigten ergaben) sind die meisten Bestimmungen des OrgHG aus dem AHG übernommen worden.[101]

3.2.4 Verschulden des Organwalters

Die Ersatzpflicht des Organwalters richtet sich nach dem **Verschuldensgrad,** der ihm zu Last gelegt wird. Handelt der Organwalter **vorsätzlich,** ist von ihm der gesamte Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen.[102] Auf Grund des § 3 Abs 1 OrgHG kann das Gericht – wie beim AHG –, wenn die Schädigung auf einem Versehen beruht **(grobe Fahrlässigkeit),** aus Gründen der Billigkeit den **Ersatz mäßigen.** Sofern der Schaden durch **leichte Fahrlässigkeit** *(„minderer Grad des Versehens")* herbeigeführt worden ist, auch ganz erlassen.[103]

Wenn die Handlung auf einer **entschuldbaren Fehlleistung beruht oder auf Weisung**[104] **eines Vorgesetzen erfolgt** ist, kann vom Organ von vornherein kein Ersatz begehrt werden (§ 2 Abs 2 OrgHG)[105]; es sei denn, das Organ hätte die Weisung eines offenbar unzuständigen Vorgesetzen befolgt oder in Befolgung der Weisung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen. Ein, wenn auch geringes Verschulden, muss immer gegeben sein, weil § 1 Abs 1 OrgHG die Haftung des Organwalters für ein schuldhaftes Verhalten vorsieht.

---

100 *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 111.
101 *Eypeltauer/Strasser,* Haftung 110.
102 Dies ergibt sich aus § 1324 ABGB.
103 Ebenfalls § 3 Abs 1 OrgHG.
104 Hier gelten, wie beim AHG, die Ausnahmen, wenn die Weisung vom unzuständigen Organ erfolgt ist, oder die Befolgung der Weisung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.
105 Sog Haftungsausschließunggründe.

4. DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DER GEMEINDEORGANE

Im Gegensatz zu den Abgeordneten des Nationalrats, des Landtags und des Bundesrats, die eine **strafrechtliche Immunität** genießen, sind der Bürgermeister, die Mitglieder des Gemeinderats, die Gemeindebediensteten und sonstige Organwalter der Gemeinde **strafrechtlich voll verantwortlich.**

4.1 Veruntreuung (§ 133 StGB)

Veruntreuung ist die Ausnützung faktischer Verfügungsmacht durch Zueignung eines anvertrauten und deshalb in Alleingewahrsam des Täters befindlichen Wirtschaftsguts mit Bereicherungsvorsatz. Hingegen sind Sachen, die dem Täter nicht einmal mittelbar übertragen wurden, ihm nicht anvertraut. Weiters sind Sachen, an jemanden dem Täter nur Mitgewahrsam überlassen wurde und die dieser daher nur unter Aufsicht verwenden kann, ihm auch nicht anvertraut.[106]

Es ist zu beachten, dass dem Täter gerade deshalb die Sache übergeben wird, damit er sie zurückgibt, weitergibt oder für jemanden verwendet (sog **Rückgabe-, Weitergabe- und Verwendungspflicht**). Diese Pflicht kann sich sowohl aus dem öffentlichen Recht, als auch aus dem Privatrecht ergeben. So sind Sachen, an denen ein Beamter in Ausübung seines Dienstes Allleingewahrsam erlangt, vom Staat anvertraut worden.

Beispiel: *Ein Kassier der Bezirkshauptmannschaft, der sich Gelder aus der Amtskasse zueignet, in welche ua Organstrafmandate einbezahlt wurden, begeht Veruntreuung.*[107]

Von Zueignung spricht man, wenn der Täter Geld, welches er in einer bestimmten Kasse – zB Amtskasse – aufbewahrt oder das er auf ein bestimmtes Konto einzuzahlen hat, mit dem Vorsatz, es zu behalten, anderswohin bringt oder auf ein anderes Konto einzahlt.[108]

Bei der Veruntreuung hat der Täter den Vorsatz (subjektive Tatseite), sich oder einen Dritten durch Zueignung des anvertrauten Gutes **unrechtmäßig zu bereichern.** Der Täter will also den Wert des anvertrauten Gutes in sein Vermögen überführen **(Bereicherungsvorsatz).** Diesen Vorsatz hat der Täter, wenn er das anvertraute Gut verkaufen, gegen andere Sachen eintauschen, verpfänden, verbrauchen oder für immer behalten will, ohne den Berechtigten zu entschädigen.

---

106 *Bertel* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch².
107 OGH 13 Os 184/95.
108 *Bertel* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar² § 133.

Hat der Täter hingegen den Vorsatz, das anvertraute Gut in noch brauchbarem Zustand zurückzugeben, wird der Bereichungsvorsatz ausgeschlossen. So mag jemand, der einen zur Reparatur übernommenen PKW einem anderen zur Fahrt von Stockholm nach Ungarn überlässt (OGH 14 Os 63/93) zwar eine Zueignungshandlung setzen, jedoch fehlt es ihm an dem Bereicherungsvorsatz, wenn er darauf vertraut, dass der Berechtigte das Fahrzeug zurückerhalten wird. **Fehlt** es dem Täter an dem **Bereicherungsvorsatz,** da er zB den Vorsatz hat, dem Berechtigten den Wert des anvertrauten Gutes zukommen zu lassen, kann auch der Tatbestand der Veruntreuung nicht in Frage kommen.

4.2 Untreue (§ 153 StGB)

Bei Handlugen, die nicht in Vollziehung der Gesetze durch Beamte vorgenommen wurden, ist die Begehung eines Amtsmissbrauchs begrifflich nicht möglich. Dennoch können derartige Handlungen im Namen des Organs des Rechtsträgers vorgenommen werden. Bei derartiger pflichtwidriger Vornahme kann das Delikt der Untreue verwirklicht sein. Untreue ist der **wissentliche Befugnismissbrauch** eines Machthabers, der dabei den (zumindest bedingten) Vorsatz hat, dem Machtgeber einen Vermögensnachteil zuzufügen.

Der Täter schädigt seinen Machtgeber dadurch, dass er eine rechtsgeschäftliche Handlung vornimmt, die zwar im Rahmen seines rechtlichen Könnens liegt aber in Widerspruch mit seinem internen Dürfen. Zu beachten ist, dass sich aus einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht (siehe Kap 3.1.2.3) keine Befugnis iSd § 153 ergibt.[109]

***Beipiele** zu Befugnissen und Berechtigungen, die Gemeinde zu verpflichten bzw über deren Vermögen zu verfügen:*

- *Bürgermeister vertritt die Gemeinde nach außen und leitet und beaufsichtigt die gesamte Verwaltung der Gemeinde (zB § 45 stmk GdO), wobei er bei dieser Tätigkeit das Wohl der Gemeinde nach bestem Wissen und Gewissen zu fördern hat (zB § 21 stmk GdO). Der Bürgermeister hat daher die Geschäfte der Gemeinde im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung wie ein redlicher Unternehmer zu führen. Demgemäß hat der Bürgermeister die gesamte Geschäftstätigkeit zum größtmöglich Nutzen für die Gemeinde auszuüben.*
- *Gemeindesekretär tätig (befugterweise) eine Geldbehebung vom Konto der Gemeinde und verwendet dieses (unbefugterweise) für eigene Zwecke.*
- *Bürgermeister gibt Rechnungen über Lieferungen an die Gemeinde zur Zahlung frei, ohne vorweg Vollständigkeit bzw Mängelfreiheit der Lieferung zu prüfen (OGH 14 Os 107/99)*
- *Bürgermeister nennt in einem Vergabeverfahren vor Ende der Angebotsfrist, den Bietinteressenten die jeweils anderen Bietinteressenten. Dadurch wissen die Bietinteressenten jeweils voneinander und können sich zum*

[109] *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 153.

Nachteil der Gemeinde über die Abgabe von Angeboten bzw über die Angebotspreise vorweg absprechen.

Hinsichtlich des Missbrauchs muss auf subjektiver Seite des Täters **Wissentlichkeit** (§ 5 Abs 3 StGB) und hinsichtlich der Zufügung eines Vermögensnachteils zumindest bedingter Vorsatz vorliegen.

Wenn mehrere Personen iS des § 12 StGB an der Tat beteiligt sind, ist für die Deliktsvollendung notwendig, dass der mitwirkende Träger der Befugnis (zumindest bedingt) vorsätzlich handelt. Diese subjektive Haltung des Befugnisträgers – nicht aber dessen allfälliges Wissen vom Missbrauch – muss jeder sonstige Beteiligte erfassen und darüber hinaus in eigener Person die **Gewissheit** des **stattfindenden Befugnismissbrauchs** und den (allenfalls bedingten) Schädigungswillen haben.[110]

4.3 Betrug (§ 146 StGB)

Beim Betrug **täuscht** der Täter einen anderen **über Tatsachen,** sodass das Opfer **täuschungsbedingt eine Vermögensdisposition** setzt, die es selbst (oder den wirtschaftlich Berechtigten) unmittelbar am **Vermögen schädigt.** Der Betrug ist somit ein sog **Selbstschädigungsdelikt.** Dabei ist es gleichgültig, ob der Schaden beim Getäuschten oder einem Dritten entsteht.[111] Im Einzelnen erfordert der Betrug daher

- ein Täuschungsverhalten,
- das den Getäuschten in Irrtum führt,
- wodurch dieser eine Vermögensverfügung vornimmt,
- die bei ihm oder einem anderen einen Vermögensschaden bewirkt.

Dies sind auch die vier Elemente der objektiven Tatseite.

Die innere Tatseite des Betrugs besteht aus

- einem Täuschungs- und Schädigungsvorsatz (Tatbestandsvorsatz)
- und einem zusätzlichen Vorsatz in Richtung einer unrechtmäßigen Bereicherung.

Eine **Beteiligung** am Betrug des unmittelbaren Täters – ein Tatbeitrag nach § 12 dritter Fall StGB – kann angenommen werden, wenn eine wirksame physische oder psychische Unterstützung erfolgt[112] (zB gemeinsame Einkaufsfahrten mit fremder Kreditkarte, OGH 15 Os 17/98).

---

110 *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 153.
111 OGH 11 Os 176/86.
112 *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 153.

4.4 Missbrauch der Amtsgewalt (§ 302 StGB)

Hierbei missbraucht ein Beamter wissentlich in Vollziehung der Gesetze seine Amtsgewalt um einen anderen an seinen Rechten zu schädigen.

4.4.1 Beamte

Eine Legaldefinition zum Beamtenbegriff findet sich in § 74 Z 4 StGB. Als **Beamter** gilt jede Person, die allein oder gemeinsam mit einem anderen **Rechtshandlungen vornimmt,** oder sonst **mit Aufgaben des Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut** ist. Unter diesen Beamtenbegriff fallen daher zB der **Bürgermeister** und die **Bediensteten der Gemeindeämter** (OGH 15 Os 163/95). Weiters sind auch **Mitglieder des Gemeindevorstands** Beamte. **Mitglieder des Gemeinderats** sind nur dann Beamte, wenn sie über Berufungen gegen Bescheide des Bürgermeisters entscheiden, sonst dagegen nicht.[113]

Es ist des Weiteren **unerhebliche**, ob die Bediensteten der Behörden und Ämter in einem **privaten oder in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis** stehen. Ein Beamter ist auch, wer als **Vertragsbediensteter** arbeitet.[114] Keine Beamten sind aber die Bediensteten, die bei Ämtern und Behörden lediglich Hilfsdienste verrichten, die Personen öffentlichen Glaubens[115] und die Bediensteten selbstständiger Wirtschaftskörper.[116] [117]

Der **Tatbestand** des § 302 StGB kann **nur verwirklich**t werden, wenn der Beamte das jeweilige Amtsgeschäft **in Vollziehung der Gesetze** vorgenommen hat. Es muss also dem Bereich der **Hoheitsverwaltung** (oder der Gerichtsbarkeit) zugeordnet werden können. Nicht darunter fallen Handlungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. So sind etwa die Wirkungsbereiche von jemandem auseinanderzuhalten, der im Gemeindeamt und in der Verwaltung eines Gemeindeunternehmens tätig ist. Ein Beamter ist er in jedem Fall, in seiner Tätigkeit etwa als Gemeindesekretär und –buchhalter. Wenn er jedoch als Leiter des gemeindeeigenen Sägewerks Hilfsarbeiter „schwarz" bezahlt, um der Gemeinde Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben zu ersparen, wird er nicht als Beamter tätig, sondern begeht vielleicht ein Abgabendelikt.[118]

4.4.2 Befugnismissbrauch (§ 302 StGB)

Zum Tatbestand des § 302 StGB gehört, dass der Beamte die **Befugnis** haben muss, die Amtsgeschäfte, im Namen der Gebietskörperschaft oder einer anderen Person öffentlichen Rechts als deren Organ vornehmen zu können, und dass er diese Befugnisse

---

113 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar², § 302.
114 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
115 Dies sind beliehene Unternehmer, die zwar auch Hoheitsakte vornehmen, dabei aber mehr oder weniger Angestellte heranziehen. Ein Beispiel für Personen öffentlichen Glaubens sind die Notare (*Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302).
116 Selbständige Wirtschaftskörper sind unternehmensähnliche Einrichtungen, die der Bund, ein Land oder eine Gemeinde zur Deckung des Eigenbedarfs, des Gewinnes wegen oder zur Versorgung der Bevölkerung betreiben.
117 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
118 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.

pflichtwidrig gebraucht (sog **Befugnismissbrauch**). Der Befugnismissbrauch kann in einer **pflichtwidrigen Ausübung** oder in einer **pflichtwidrigen Nichtausübung** der eingeräumten Kompetenz bestehen. Die Befugnis stellt die Erlaubnis zur Vornahme der Amtsgeschäfte, also das rechtliche Dürfen bzw die Kompetenz des Beamten dar. Der Umfang der Befugnis richtet sich nach dem abstrakten Aufgabenbereich des Beamten. Wenn der Beamte seine ihm abstrakt **zustehende Befugnis** zur Vornahme von Amtsgeschäften durch ein **konkret pflichtwidriges Verhalten missbraucht,** dann ist ein Missbrauch gegeben.[119] Kommt dem Beamten hingegen die Befugnis als solche nicht zu, kann er diese auch nicht missbrauchen. Dh er muss zur Vornahme der betreffenden Amtsgeschäfte sachlich zuständig sein.

Beispiel: *Ein Beamter missbraucht beispielsweise seine Befugnis, wenn er einen Hoheitsakt mit unvertretbarem Inhalt vornimmt. So etwa, wenn ein Bürgermeister ein Grundstück entgegen dem RaumordnungsG als Bauland widmet und dort ein Bauvorhaben bewilligt*[120] *oder wenn der Bürgermeister ein Bauvorhaben mit einem Grenzabstand von 3 m bewilligt, obwohl die Bauordnung 4 m vorsieht und der Sachverständige 5 m für notwendig hält.*[121] *Weiters missbraucht ein Beamter seine Befugnis, wenn er bei Erlassung von Hoheitsakten in unvertretbarer Weise Dienst- und Verfahrensvorschriften missachtet. So zB wenn ein Bürgermeister eine Baubewilligung ohne Bauverhandlung erlässt.*[122]

Bei den eben erwähnten Fällen handelt es sich um **rechtlich wirksame, aber pflichtwidrig erlassene Hoheitsakte.**

Ist eine Verhaltensweise jedoch von einer rechtmäßigen Amtsausübung so weit entfernt, dass sie nach den einschlägigen Vorschriften unbeachtlich ist, stellt diese keinen – nicht einmal einen missbräuchlichen – Hoheitsakt und daher auch keinen Amtsmissbrauch dar.[123] Wenn etwa ein Bürgermeister einem Bauwerber, unter vier Augen, mündlich, ohne einen Akt anzulegen, einen bewilligungspflichtigen Bau „erlaubt“, dann ist dies keine missbräuchliche Baubewilligung, sondern ein rechtliche unwirksames Versprechen.[124]

Der sog **Ermessensmissbrauch,** dh der Befugnismissbrauch innerhalb eines dem Beamten grundsätzlich zustehenden Ermessenspielraums, liegt dann vor, wenn der Beamte innerhalb des ihm eingeräumten Ermessens nach unsachlichen Kriterien entscheidet. Zu beachten ist jedoch auch die Rechtsprechung des OGH[125] in der ausgesprochen wird, dass ein Amtshaftungsanspruch mangels Verschulden nicht besteht, *„wenn die Entscheidungsorgane ihrer Entscheidung eine zwar unrichtige, aber nach den jeweiligen*

---

119 *Hinterhofer,* Strafrecht besonderer Teil II³ (2002) 252.
120 OGH 11 Ob 44/96.
121 OGH 12 Os 24/82.
122 OGH 13 Os 5/90.
123 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
124 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302; OGH 11 Os 102/88.
125 OGH 30. 4. 2002, 1 Ob 62/02 b.

Umständen vertretbare Rechtsansicht zu Grunde gelegt haben." Dies gilt insb dort, wo dem Entscheidungsorgan ein größerer Beurteilungsspielraum zur Verfügung steht.

4.4.3 Missbräuche, jedoch keine der Amtsgewalt

Missbräuche, die weder Hoheitsakte noch Mitwirkung an Hoheitsakten sind, sind **kein Befugnismissbrauch** nach § 302 StGB. Strafbar sind diese Missbräuche dann allenfalls nach einem allgemeinen Tatbild, zB einem Vermögensdelikt (Diebstahl, Veruntreuung, Unterschlagung, Untreue).

Gemäß § 313 StGB können derartige Handlungen, wenn sie von einem **Beamten** unter Ausnützung der ihm durch seine Amtstätigkeit gebotenen Gelegenheit **begangen** werden, mit **höheren Freiheitsstrafen** oder Geldstrafen bestraft werden. Das Höchstmass der angedrohten Freiheitsstrafe bzw Geldstrafe kann in solchen Fällen um die Hälfte überschritten werden.

Kein Amtsmissbrauch sind daher Rechthandlungen, die **nur privatrechtlich wirksam** sind und daher keine Hoheitsakte darstellen. Beamten nehmen diese Handlungen zwar im Namen und als Organ ihres Rechtsträgers wahr, **jedoch nicht in Vollziehung der Gesetze.** Bei pflichtwidriger Vornahme solcher Handlungen kann Untreue vorliegen.

Wenn der Beamte sich dafür bezahlen lässt, kommt auch ein Vergehen nach § 304 StGB (Geschenkannahme durch Beamte) in Frage.[126] So liegt zB **Untreue** vor, wenn ein Gemeindesekretär im Namen der Gemeinde einer Firma den Auftrag gibt, das Feuerwehrhaus zu verputzen und er gleichzeitig mit dieser verabredet, dass sie die Kosten für den Innenverputz seines Eigenheims in die Kosten für den Verputz des Feuerwehrhauses einkalkulieren soll.[127]

4.4.4 Innere Tatseite

4.4.4.1 Wissentlicher Befugnismissbrauch

Wissentlich missbraucht ein **Beamte** seine Befugnisse, wenn er **weiß,** dass sein Verhalten gegen das einschlägige materielle oder formelle **Recht verstößt.** Wenn er hingegen glaubt, dass sein Verhalten noch mit den einschlägigen Vorschriften vereinbar sei, dann missbraucht er seine Befugnis nicht wissentlich, auch wenn er sich seiner Zweifel bewusst ist, oder wenn seine mangelnden Rechtskenntnisse unverzeihlich sind.[128]

Beispiel: *So missbrauchen der Bürgermeister, der eine Baubewilligung erteilt, obwohl eine Bauverhandlung nicht stattgefunden hat und ein Beamter, der einen Bescheid erlässt, obwohl er weiß, dass er noch diese oder jene Beweisauf-*

[126] *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
[127] *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
[128] *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.

aufnahme durchzuführen hätte, ihre Befugnisse wissentlich.[129] *Zweifelhaft kann in diesem Fall nur der Schädigungsvorsatz sein (dazu Kap 4.4.4.2).*

Verantwortliche Beamte berufen sich, sollte der Missbrauch entdeckt werden, gerne darauf, dass sie ihr Verhalten für rechtlich vielleicht doch noch vertretbar gehalten haben und deshalb **ihre Befugnis nicht wissentlich missbraucht** haben. Ob dem wirklich so ist, ist eine Frage der **Beweiswürdigung.** Erteilt etwa ein Bürgermeister eine Baubewilligung für ein Bauvorhaben mit einer nach der Bauordnung unzulässigen Bebauungsdichte obwohl ihn ein Fachbeamter und ein Amtssachverständiger davor warnen, liegt objektiv Amtsmissbrauch vor. Sollte sich der Bürgermeister jedoch darauf berufen, dass er die Bauordnung anders verstanden hat, würde es ihm am wissentlichen Befugnismissbrauch fehlen. Ob dem Bürgermeister wirklich geglaubt wird, dass er die Bauordnung anders verstanden und deshalb anders ausgelegt hat, obwohl ihm der Fachbeamte und ein Sachverständiger etwas Gegenteiliges gesagt haben, ist eine Frage der Beweiswürdigung.

4.4.4.2 Schädigungsvorsatz

Dass der Beamte in Vollziehung der Gesetze seine Befugnisse wissentlich missbraucht, genügt noch nicht, um das Delikt des Amtsmissbrauchs zu verwirklichen. Darüber hinaus muss der Beamte den **Vorsatz** haben, *„jemanden an seinen **Rechten zu schädigen**“.* Es muss dabei keinesfalls ein Vermögensrecht geschädigt werden. Es genügt auch, wenn der Beamte den Staat an den Hoheitsrechten schädigt (zB in dem Recht auf eine geordnete Verwaltungsführung).

Beispiel: *So fehlt einem Bürgermeister, nach der Entscheidung OGH 13 Os 5/90 vom 13. 6. 1990, der Schädigungsvorsatz, wenn er veranlasst, dass mit den Bauarbeiten schon begonnen werden kann, obwohl der geduldete Bau noch nicht bewilligungsfähig ist, er jedoch damit rechnet, dass sich dies bald ändern wird. Sollte er jedoch ernsthaft für möglich gehalten haben, dass der ausgeführte Bau so nicht bewilligt werden dürfte und er sich auch damit abfindet, liegt ein Schädigungsvorsatz vor.*

Der Täter missbraucht seine Befugnis wissentlich und mit Schädigungsvorsatz, (OGH 99. 9. 1999, 15 Os 71/99), wenn der Schaden, den er in seinen Vorsatz aufgenommen hat, gar nicht eintreten kann.

Beispiel: *So missbraucht ein Bürgermeister, der den Beginn der Bauarbeiten duldet, obwohl eine Baubewilligung noch nicht vorliegt, seine Befugnisse und handelt mit Schädigungsvorsatz, wenn er es ernsthaft für möglich hält und sich damit abfindet, dass Umstände vorliegen, die den Erlass der Baubewilli-*

[129] *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.

gung ausschließen würden. Damit ist der Amtsmissbrauch vollendet. Sollte sich der Bau später doch als bewilligungsfähig erweisen, kommt dies dem Täter nicht zugute. Wenn der Schädigungsvorsatz vorliegt, braucht die spätere Bewilligungsfähigkeit im Strafverfahren nicht geprüft zu werden.[130]

4.4.5 Amtsmissbrauch auf Weisung

Weisungen, durch deren Befolgung der Untergebene eine gerichtliche Straftat beginge, sind nach Art 20 Abs 1 B-VG unverbindlich. Das hat zwei Konsequenzen.

- **Weisungen,** eine **Straftat** zu begehen, sind **nicht als Amtsmissbrauch strafbar,** da solche rechtlich nicht existent und unbeachtlich sind und damit nicht als Hoheitsakte anzusehen sind.[131]
- Deshalb ist der **Vorgesetze,** der einen Mitarbeiter zu einer gerichtlichen Straftat anweist, als **Bestimmungstäter** zu dem Delikt, das der Mitarbeiter nach seinen Vorstellungen begehen soll, strafbar.

Beispiel: *Wenn daher ein Bürgermeister einen Gemeindekassier anweist, die über den früheren Bürgermeister verhängte Geldstrafe aus Gemeindemitteln zu bezahlen, dann begeht der Gemeindekassier, wenn er der Weisung nachkommt, eine Untreue oder vielleicht eine Veruntreuung. Der Bürgermeister ist in diesem Fall als Bestimmungstäter zu diesem Delikt und nicht etwa wegen Amtsmissbrauch zu bestrafen.*[132]

Weiters kann daher die Weisung eines Vorgesetzen das tatbestandsmäßige Verhalten des Untergebenen nicht rechtfertigen. So kommt die **Weisung im Bereich des gerichtlichen Strafverfahrens nicht als Rechtfertigungsgrund** in Betracht.[133] Weist daher ein Bürgermeister den Gemeindesekretär an, einen bewilligenden Bescheid vorzubereiten, hält der Gemeindesekretär die positive Erledigung jedoch für rechtlich unvertretbar, **begeht der Gemeindesekretär,** wenn die positive Erledigung wirklich unvertretbar ist, **durch die Befolgung der Weisung Amtsmissbrauch.** Der Befugnismissbrauch ergibt sich aus der Vorbereitung eines rechtlich nicht vertretbaren Bescheides. Weiters missbraucht der Gemeindesekretär seine Befugnisse **wissentlich,** da er überzeugt ist, dass die Voraussetzungen für die Bewilligung nicht vorliegen. Und mit **Schädigungsvorsatz** handelt er deshalb, da er weiß, dass der Bürgermeister den Entwurf unterschreiben und damit einen Bescheid erlassen wird, der den Fall in rechtlich nicht vertretbarer Weise erledigt. Dabei ist unerheblich, ob der Bürgermeister die Weisung gut- oder schlechtgläubig erteilt hat und ob der Gemeindesekretär den Bürgermeister für gut- oder schlecht-

---

130 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
131 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
132 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
133 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.

gläubig gehalten hat. Entscheidend ist allein, dass der Gemeindesekretär weiß, dass der Bescheid rechtlich nicht vertretbar ist.[134]

4.4.6 Bestimmungs- und Beitragstäterschaft

Für die Bestimmungstäterschaft ist nur erforderlich, dass der Bestimmungstäter **weiß,** dass die Amtshandlung rechtswidrig ist und dass er es **ernsthaft für möglich hält** und **sich damit abfindet,** dass auch der Beamte die Missbräuchlichkeit dieses Verhalten erkennt.[135] Das Delikt ist gelungen, wenn der Beamte die rechtswidrige Amtshandlung wider besseres Wissen vornimmt.

4.5 Strafbare Handlungen unter Ausnützung einer Amtsstellung

Auf Grund des § 313 StGB können Beamte strenger bestraft werden, wenn sie bei **Begehung eines allgemeinen Delikts** eine ihnen durch **ihre Amtstätigkeit** gebotene **Gelegenheit ausnützen.** Jedoch ist dieser Paragraph nur auf allgemeine Delikte und Vorsatzdelikte anwendbar. Daher scheiden die **Amtsdelikte** (§§ 302, 303, 304, 310, 311, 312 StGB) als Sonderdelikte, der **Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses** (§ 212 Abs 2 Z 2 StGB) und **Fahrlässigkeitsdelikte** aus. § 313 StGB ist eine **Strafzumessungsregel.**[136] Wenn die Voraussetzungen des § 313 StGB vorliegen (vorsätzliche Handlung, Beamte, Ausnützung der Amtstätigkeit) und das Gericht den normalen Strafsatz nicht für ausreichend erachtet, kann es die Obergrenze des normalen Strafsatzes um die Hälfte überschreiten. Auf **Nichtbeamte,** die an der Tat beteiligt waren, ist § 313 StGB **nicht anwendbar.**

Nutzt der Beamte eine Gelegenheit zur Begehung des allgemeinen Delikts aus, dann muss, damit der Tatbestand des § 313 StGB erfüllt wird, eine **„spezifische Beziehung" der Tathandlung zu seiner Amtstätigkeit gegeben sein.** Das bedeutet, dass seine Amtstätigkeit ihm die Begehung des Delikts ermöglicht oder wenigstens erleichtert.

Beispiel: *So begeht ein Gemeindesekretär zB Veruntreuung unter Ausnutzung seiner Amtsstellung, wenn er sich Geld aus der Amtskasse zueignet.*[137] *Hebt ein Gemeindesekretär hingegen Geld von einem Gemeindekonto ab und verwendet es für sich*[138]*, begeht er Untreue unter Ausnützung seiner Amtsstellung.*

4.6 Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen

Der Tatbestand der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB) enthält **drei** unterschiedliche **Straftatbestände.** Zwei beziehen sich auf den Ein-

---

134 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
135 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
136 *Bertel* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 302.
137 OGH 12 Os 153/91.
138 OGH 15 Os 163/95.

tritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, einer auf ihr Ausbleiben durch Hilfe einer Gebietskörperschaft. **Strafbar** ist nur das ***„kridaträchtige Handeln",*** das in der Legaldefinition des Abs 5 leg cit umschrieben wird.

- **In § 159 Abs 1 StGB** ist das grob fahrlässige Herbeiführen der Zahlungsunfähigkeit durch kridaträchtiges Handeln erfasst.
- **§ 159 Abs 2 StGB** umfasst die grob fahrlässige Gläubigerschädigung durch kridaträchtiges Handeln nach erkennbarem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit,
- **§ 159 Abs 3 StGB** das grob fahrlässige Herbeiführen der konkreten Gefahr der Zahlungsunfähigkeit, durch kridaträchtiges Handeln, wobei die Insolvenz durch Eingreifen einer Gebietskörperschaft abgewendet wird.

Geschütztes Rechtsgut des § 159 StGB ist durchwegs **fremdes Vermögen.** Dem Vermögensschutz der Gläubiger dienen die Abs 1 und 2 leg cit und der Abs 3 leg cit soll darüber hinaus **auch öffentliche Mittel schützen.**[139]

Alle Vergehen nach § 159 StGB sind **Erfolgsdelikte,** wobei der tatbestandsmäßige Erfolg bei Abs 1 und 2 die **Verletzung,** bei Abs 3 die **konkrete Gefährdung** des geschützten Rechtsguts ist. Zum Tatbestand des § 159 StGB gehört neben dem **objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten,** zusätzlich ein **objektiv zurechenbarer Erfolg,** da er ja ein Erfolgsdelikt ist. Objektiv zurechenbar ist der tatbestandsmäßige Erfolg dann, wenn er durch das tatbestandsmäßige Verhalten verursacht wurde und mit dem Verhalten spezifisch normativ verknüpft ist.[140]

Gemäß § 159 Abs 1 StGB kommt grundsätzlich als Täter der Schuldner selbst in Frage. *„Gemäß § 161 Abs 1 StGB ist nach § 159 StGB gleich einem Schuldner auch zu bestrafen, wer eine der dort genannten Handlungen als leitender Angestellter (§ 309 StGB) einer juristischen Person oder einer Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit begeht".*

Gemäß § 309 Abs 2 sind „leitende Angestellte" Angestellte eines Unternehmens, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein maßgeblicher Einfluss zusteht. Ihnen stehen Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats und Prokuristen ohne Angestelltenverhältnis gleich. Bei einem weiten Verständnis dieser Normen kann durchaus davon ausgegangen werden, dass **Gemeindefunktionäre/Gemeindeorgane** in den **Anwendungsbereich** des § 159 StGB fallen können. Es bestehen jedoch dazu auch anders lautende Meinungen[141]

---

139 OGH 11 Os 23/89.
140 *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz,* Wiener Kommentar² § 159.
141 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung (1989) 87.

4.7 Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Erstellung und Genehmigung des Voranschlags

Hält der Bürgermeister bei Erstellung des Voranschlags nicht den von ihm verlangten Pflichtenmaßstab ein, insb die **Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit,** ist zu prüfen, ob dies zu einer **unmittelbaren strafrechtlichen Verantwortung** des Bürgermeisters oder anderer Gemeindeorgane bzw Mitglieder dieser Organe – insb des Gemeinderats, der den Voranschlag zu genehmigen hat – führen kann.

Zu denken ist in diesem Zusammenhang zunächst an die Verwirklichung der – vorstehend dargestellten – Tatbestände des **Amtsmissbrauchs** gemäß § 302 StGB (sieh Kap 4.4) sowie der **Untreue gemäß** § 153 StGB (sieh Kap 4.2). Beide Delikte zeigen ein gewisses Naheverhältnis zueinander. Den Tatbestand der **Untreue** verwirklicht, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, wissentlich missbraucht und dadurch einem anderen einen Vermögensnachteil zufügt.

Während den Tatbestand des **Amtsmissbrauchs** ein Beamter im Gemeindebereich verwirklicht, der mit dem Vorsatz, einen anderen in seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen der Gemeinde Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht (dazu im Einzelnen bereits oben Kap 4.4).

Untreue und Amtsmissbrauch haben demnach einen ähnlichen Regelungszweck; Personen, denen Vermögen zur Verwaltung anvertraut wurde, sollen dieses entgegengebrachte Vertrauen nicht zu Lasten des Machtgebers missbrauchen. Im Wesentlichen unterscheiden sich Untreue und Amtsmissbrauch dadurch, dass Untreue wissentlicher Befugnismissbrauch mit Schädigungsvorsatz im **privatrechtlichen Bereich** ist, Amtsmissbrauch ist wissentlicher Befugnismissbrauch mit Schädigungsvorsatz im **hoheitlichen Bereich.** Grundsätzlich können Organmitglieder – abhängig davon, welches Organ gerade betroffen ist – demnach bei Ausübung ihrer Tätigkeit entweder den Tatbestand der Untreue oder des Amtsmissbrauchs verwirklichen.

Eine Verwirklichung der vorgenannten strafrechtlichen Normen wird daher insb dann zum Tragen kommen, wenn wissentlich rechtliche **Vorgaben** durch den Bürgermeister bzw den Gemeinderat **verletzt werden, um die Gemeinde als Machtgeber zu schädigen.** Zu denken ist hier etwa an eine wissentliche Verletzung des § 4 Abs 1 GHO. So ergibt sich aus § 4 Abs 1 GHO[142] die Verpflichtung des Bürgermeisters, die Beträge im Voranschlag nach besten Wissen und Gewissen zu veranschlagen. Abs 1 leg cit schreibt vor, dass die zu veranschlagenden Beträge, soweit Unterlagen hierüber vorhanden sind, **zu errechnen,** ansonsten jedoch **gewissenhaft und sorgfältig zu schätzen** sind. Dh sollte der Bürgermeister seine Befugnis, den Voranschlag zu erstellen, dadurch wissentlich missbrauchen, indem er Beträge wissentlich falsch veranschlagt, könnte dieser Ver-

[142] Gemeindehaushaltsordnung (BGBl 1977/22 idgF).

stoß gegen die GHO von strafrechtlicher Relevanz aufgrund vorstehend beschriebener strafrechtlicher Tatbestände sein.

Der Verdacht der Verwirklichung eines strafrechtlich relevanten Tatbestands kann grundsätzlich durch jeden Staatsbürger bei der Behörden der Strafrechtspflege zur Anzeige gebracht werden. Nachdem der Voranschlagsentwurf zwei Wochen hindurch im Gemeindeamt zur **öffentlichen Einsicht** aufzulegen ist, besteht daher bei einer offensichtlichen Untreue auch ein erhöhtes Risiko, dass ein solcher Sachverhalt zur Anzeige gelangt.

Hervorzuheben ist, dass nicht nur der Ersteller des Voranschlags einem strafrechtlichen Risiko ausgesetzt ist, sondern auch die **Mitglieder des Gemeinderats.** Insb die Gemeinderatsmitglieder, die ebenfalls wissentlich einem Voranschlag ihre Zustimmung geben, der rechtliche Vorgaben verletzt und zum Schaden der Gemeinde führt.

5. GEMEINDERECHTLICHE VERANTWORTUNG BEI MANGELNDER HAUSHALTSKONSOLIDIERUNG

5.1 Amtsverlust des Bürgermeisters und des Gemeindevorstands

Die **Gemeindeordnungen** (vgl etwa § 41 Nö GdO, § 63 Oö GdO) gewähren regelmäßig nach dem **Grundsatz des Art 118 Abs 5 B-VG** den Mitgliedern des Gemeinderats oder dem Gemeinderat als Kollegium

das Recht, den Bürgermeister und die Mitglieder des Gemeindevorstands in **Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs** der Gemeinde über alle Gegenstände zu **befragen** und alle einschlägigen **Auskünfte zu verlangen.** Weiters kann der Gemeinderat Entschließungen fassen, die Gemeindegebarung überprüfen und durch ein **Misstrauensvotum** den Bürgermeister und die Mitglieder des Gemeindevorstands von ihrem Amt abberufen.[143]

Im **eigenen Wirkungsbereich** sehen nicht alle Gemeindeordnungen Regelungen vor, nach denen der Bürgermeister und die weiteren Mitglieder des Gemeindevorstands, wegen **vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung** von Gesetzen und Verordnungen **von der Aufsichtsbehörde ihres Amtes verlustig** erklärt werden können. Eine Gemeindeordnung, die diese Regelung vorsieht ist die Steiermärkische (§ 102 stmk GdO), wobei der **Amtsverlust von der Aufsichtsbehörde** zu erklären ist. Die allfällige Mitgliedschaft im Gemeinderat (in der Gemeindevertretung) ist durch den Amtsverlust nicht berührt.

Wegen Gesetzesverletzung sowie wegen **Nichtbefolgung einer Verordnung oder Weisung** können der Bürgermeister und die von ihm beauftragten Organe **im übertragenen Wirkungsbereich nach Art 119 Abs 4 B-VG,** soweit ihnen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, vom **Landeshauptmann** in den Angelegenheiten der Bundesvollziehung bzw von der **Landesregierung** in Angelegenheiten der Landesvollziehung ihres **Amtes enthoben** werden.[144] Dies ergibt sich unmittelbar aus Art 119 B-VG.[145] Sollte der Bürgermeister daher die gesetzlichen Vorgaben der Haushaltsführung vorsätzlich oder groß fahrlässig verletzen, kann er seines Amtes enthoben werden.

Gem § 13 BGdAG[146] ist gegen die Entscheidung des **Landeshauptmanns** die **Berufung** an das Bundesministerium für Inneres zulässig. **Die Landesregierung** entscheidet hingegen endgültig, ein ordentliches Rechtsmittel ist nicht mehr zulässig.

---

143 Es ist jedoch zu beachten, dass für die Abberufung des direkt gewählten Bürgermeister durch die Wahlberechtigten Sonderregelungen gelten. So bedarf die Abberufung eines direkt gewählten Bürgermeisters bspw in Oberösterreich gem §§ 31 und 31 a Oö GdO zusätzlich noch einer Bestätigung durch eine Volksabstimmung.

144 Den Amtsverlust des Bürgermeister und der übrigen Mitglieder des Gemeindevorstands wegen Gesetzesverletzung oder Nichtbefolgung einer Verordnung regelt für die steirischen Gemeinden § 102 stmk GdO.

145 *Oberndorfer/Fischerlehner* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 6. Teil Rz 107.

146 Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz BGBl 1967/123.

Nach Erschöpfung des Instanzenzugs ist jedoch in beiden Fällen ein **außerordentliches Rechtsmittel an den Verwaltungsgerichtshof** zulässig. Grundsätzlich bestünde zwar auch die Möglichkeit einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, eine solche wird jedoch regelmäßig erfolglos sein. Dies vor dem Hintergrund, dass nach der Rechtsprechung des VfGH[147] die Wahl zum Bürgermeister oder zum Mitglied des Gemeindevorstands kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht ist, weshalb auch die Zuständigkeit des VfGH zur Entscheidung über die Amtsenthebung nach Art 144 B-VG regelmäßig ausscheidet.[148]

Der Enthebung des Bürgermeisters bzw der übrigen Mitglieder des Gemeindevorstands von ihrem Amt muss ein **Ermittlungsverfahren** vorangehen. Weiters sind die Betroffenen zum Ergebnis dieses Ermittlungsverfahrens zu hören, bevor eine Entscheidung gefällt wird.[149] Die Führung der Amtsgeschäfte geht, sollte der Bürgermeister von seinem Amt enthoben werden, bis zur Angelobung des neuen Bürgermeisters auf die Vizebürgermeister in ihrer Reihenfolge über. **Der Bürgermeister bleibt aber, trotz seiner Amtsenthebung, Mitglied des Gemeinderats** (vgl stellvertretend etwa § 41 Abs 2 Nö GdO).

5.2 Auflösung des Gemeinderats und Einsetzung eines Regierungskommissärs

5.2.1 Grundsätzliches

Die **Auflösung des Gemeinderats** ist das **äußerste Aufsichtsmittel** und zugleich der **schwerste Eingriff** in die Gemeindeselbstverwaltung. Art 119 a Abs 7 B-VG ermächtigt Bundes- und Landesgesetzgebung, als Aufsichtsmittel die Auflösung des Gemeinderats vorzusehen.

Der **Bundes- und Landesgesetzgeber** sind grundsätzlich **befugt,** die **Funktionsperiode** des Gemeinderats durch aufsichtsbehördliche Auflösung des Gemeinderats **vorzeitig** zu **beenden.** Jedoch dürfen **nur schwerwiegende Gründe** für die Auflösung des Gemeinderats vorgesehen werden. Dies ergibt sich aus dem **Prinzip der Gemeindeselbstverwaltung (Art 118 Abs 4 B-VG)** und aus der **Beschränkung der Aufsichtsziele (Art 119 a Abs 1 B-VG).**[150] Sowohl das BGdAG (§ 10), die Gemeindeordnungen (zB § 103 stmk GdO) als auch die Stadtrechte (zB § 108 SStG) haben davon Gebrauch gemacht.

Wie § 10 BgdAG, regeln auch § 103 Abs 1 stmk GdO und § 108 Abs 1 SStG die **Voraussetzungen** für die **Auflösung** des **Gemeinderats.** Gem dieser Bestimmungen ist der Gemeinderat aufzulösen, *„wenn Umstände die Annahme rechtfertigen, dass die Gemeinde aus Gründen, die sie selbst zu vertreten hat, zur ordnungsgemäßen Besorgung ihrer Aufgaben außerstande ist, insb, wenn durch andere gegen sie ergriffene Auf-*

147 VfSlg 12.708/1991.
148 *Oberndorfer/Fischerlehner* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 6. Teil Rz 107 f.
149 *Schille/Paier/Hafner*, Steirisches Gemeinderecht[4] (2000) § 102.
150 *Neuhofer,* Gemeinderecht[2] 336.

sichtsmaßnahmen ein nachhaltiger Erfolg nicht erzielt werden konnte". Andere Gemeindeordnungen, wie zB die burgenländische, regeln die Voraussetzungen für die Auflösung des Gemeinderats in ähnlicher Weise. So schreibt § 93 Abs 1 Bgld GdO vor, dass der Gemeinderat aufzulösen ist, wenn er *„andauernd arbeits- oder beschlussunfähig ist oder wenn aus sonstigen Gründen eine geordnete Führung der Geschäfte der Gemeinde nicht mehr gewährleistet ist oder die gesetzlich obliegenden Aufgaben in angemessener Frist nicht erfüllt werden"* können. Im Ergebnis wird daher im besonderen in der **mangelnden oder (grob) fehlerhaften Haushaltsführung** ein Grund für die Auflösung des Gemeinderats liegen.

Die Auflösung des Gemeinderats muss **ultima ratio** sein (die gesetzliche Aufgabenbesorgung durch den Gemeinderat kann nicht mehr gewährleistet werden), weil die Auflösung des Gemeinderats die Gemeindeselbstverwaltung (bis zur Neuwahl und Konstituierung des neuen Gemeinderats) beseitigt. Deshalb ist die **Auflösung** des Gemeinderats auch nur dann **verfassungsrechtlich geboten,** wenn die anderen, gelinderen Aufsichtsmittel nicht zum Erfolg im Sinne der Aufsichtsziele nach Art 119 a Abs 1 B-VG führen.[151] Es ist jedoch zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des VwGH (17. 5. 1995, 93/01/0670) unter Hinweis auf § 103 Abs 1 stmk GdO, bereits die Annahme, dass die Gemeinde zu einer ordnungsgemäßen Besorgung ihrer Aufgaben außerstande ist, die Auflösung des Gemeinderats durch die Aufsichtsbehörde rechtfertigt. Umstände, die eine **Auflösung rechtfertigen,** müssen nach dieser zitierten Entscheidung des VwGH auch nicht nachgewiesen werden.

5.2.2 Auflösung des Gemeinderats

Für die Auflösung des Gemeinderats sind gem Art 119 a Abs 7 B-VG die **Landesregierung** in Ausübung des **Aufsichtsrechts des Landes** oder der **Landeshauptmann** in Ausübung des **Aufsichtsrechts des Bundes** zuständig. Die Delegierung an die Bezirkshauptmannschaft ist durch diese verfassungsgesetzliche Zuständigkeitsregel ausgeschlossen. Die **Landesregierung** entscheidet als oberste Landesinstanz **endgültig**. Gegen den Auflösungsbescheid des Landeshauptmanns ist hingegen gem § 12 Abs 4 BGdAG die **Berufung** an den Bundesminister für Inneres zulässig.[152]

Die Auflösung des Gemeinderats erfordert, da sie ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und zugleich ein Eingriff in das Recht der einzelnen Gemeinderatsmitglieder auf Ausübung des Mandats während der gesamten Funktionsperiode ist, die **Erlassung** eines **Bescheids** nach den Bestimmungen des AVG. Sowohl die Gemeinde als auch die Mitglieder des Gemeinderats haben in einem diesbezüglichen Verwaltungsverfahren **Parteistellung** und letztlich ein **Beschwerderecht** an den Verwaltungs- und den Verfassungsgerichtshof.[153]

---

[151] *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 251.
[152] *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 254.
[153] *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 253 ff; *Schille/Paier/Hafner,* Steirisches Gemeinderecht[4] § 103.

5. Verantwortung bei mangelnder Haushaltskonsolidierung

Mit **Eintritt der Rechtskraft** des Bescheids, dh mit Wirkung der Auflösung des Gemeinderats, **verliert** der Gemeinderat seine **Organstellung.** Das Erlöschen der Mandate der Gemeinderatsmitglieder, der Funktionen des Bürgermeisters und der Mitglieder des Gemeindevorstands ist ebenfalls damit verbunden.

Beschwerde gegen den Auflösungsbescheid vor dem **VwGH** (sog Bescheidbeschwerde gemäß Art 131 B-VG) kann nur der Bürgermeister erheben.[154] Der **VfGH** hingegen spricht sich in seiner ständigen Rechtsprechung dafür aus, dass selbst dann, wenn die Gemeindevertretung nicht in der Lage ist, andere Beschlüsse gültig zu fassen (auf Grund der Auflösung des Gemeinderats), ihr auf **keinen Fall die Fähigkeit genommen** werden darf, zu beschließen, den **Auflösungsbescheid** (sog Bescheidbeschwerde Art 144 B-VG) beim VfGH **anzufechten.**[155] Der VfGH begründet diese Entscheidung damit, dass die Auflösung des Gemeinderats auch dem Wirken des einzelnen Gemeinderatsmitglieds ein Ende setzt und daher in die Rechtssphäre der ehemaligen Gemeinderatsmitglieder eingreift.[156]

Mit der Auflösung des Gemeinderats und des damit verbundenen Amtsverlusts seiner Mitglieder und der Mitglieder der anderen Gemeindeorgane wird die Gemeinde **handlungsunfähig.** Für diesen Fall ist regelmäßig vorgesehen, dass ein **Regierungskommissär** die Amtsgeschäfte vorübergehend übernimmt. Die landesgesetzlichen Regelungen über die Fortführung der Gemeindeverwaltung, ua durch die Einsetzung eines Regierungskommissärs, gelten auch dann, wenn die Auflösung des Gemeinderats durch den Landeshauptmann auf Grund des § 10 Abs 2 BGdAG erfolgt ist. Tätig wird der **Regierungskommissär** im **Namen der Gemeinde** und ist daher ein **Gemeindeorgan** und kein Landesorgan.[157]

Nach den näheren Bestimmungen der Gemeindeordnungen und Stadtrechten hat die Aufsichtsbehörde einen **Beirat zur Beratung des Regierungskommissärs** zu bestellen, welcher in allen wichtigen Angelegenheiten vom Regierungskommissär zu hören ist (zB § 103 Abs 2 stmk GdO). Ein Regierungskommissär wird von der Aufsichtsbehörde auch dann eingesetzt, wenn über eine Gemeinde ein Konkurs eröffnet wird, da in diesem Fall ebenfalls die Voraussetzungen für die Auflösung des Gemeinderats vorliegen.

Festgehalten sei an dieser Stelle jedoch, dass in diesem Fall die Kompetenz eines bestellten Regierungskommissärs eingeschränkt ist, da im Falle einer Eröffnung eines Konkursverfahrens die Gemeinde von einem vom sachlich und örtlich zuständigen Konkursgericht bestellten Masseverwalter vertreten wird (siehe dazu Kap 8.3.1).

Nach der Auflösung des Gemeinderats ist eine **Neuwahl** auszuschreiben, wobei die Fristigkeiten diesbezüglich unterschiedlich geregelt sind. Das Grazer Stadtstatut sieht etwa vor, dass diese Neuwahl **unverzüglich** auszuschreiben ist (§ 108 Abs 2 SStG). Hingegen sieht die stmk GdO beispielsweise vor, dass **innerhalb von sechs Monaten**

---

154 VwGH 93/01/0670 vom 17. 5. 1995.
155 VfSlg 7568/1975, 3169/1957 und 6742/1972.
156 VfSlg 7568/1675.
157 VfSlg 7830/1976.

nach der Auflösung des Gemeinderats dessen Neuwahl auszuschreiben ist (§ 103 Abs 4 stmk GdO).

Ob ein Gemeinderat aufzulösen ist, ist für die Aufsichtsbehörde regelmäßig keine leichte Entscheidung und wird sicherlich oftmals auch politische Auswirkungen zeitigen. Sicherlich soll die Aufsichtsbehörde nicht leichtfertig von ihrer Kompetenz zur Auflösung des Gemeinderats Gebrauch machen. Es darf jedoch auf der anderen Seite nicht unerwähnt bleiben, dass die Aufsichtsbehörde durchaus auch mit Haftungsansprüchen konfrontiert werden könnte, wenn auf Grund einer **unterlassenen Auflösung** des Gemeinderats durch die **Aufsichtsbehörde der** Gemeinde ein Schaden entsteht, der bei rechtzeitiger Reaktion der Aufsichtsbehörde hintangehalten werden hätte können. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn die in der Vergangenheit verwirklichten Auflösungsgründe der Aufsichtsbehörde bekannt waren bzw bekannt sein mussten und aufgrund der Nichterlassung eines Auflösungsbescheids ein weiterer Schaden bei der Gemeinde eingetreten ist (siehe dazu Kap 7).

5.2.3 Funktion (Tätigkeit) und Bedeutung des Regierungskommissärs

Da die **Gemeinde** mit der **Auflösung des Gemeinderats** und des damit verbunden Amtsverlusts seiner Mitglieder und der Mitglieder der anderen Gemeindeorgane **handlungsunfähig** wird, ist es daher notwendig und auch verfassungsgesetzlich zulässig (VfSlg 8219/1977), dass der Landesgesetzgeber die Bestellung eines Regierungskommissärs vorsieht. Dieser wird sodann eingesetzt, um die Fortführung der Verwaltung der Gemeinde zu gewährleisten, bis ein neuer Gemeinderat gewählt wurde, sich neu konstituiert hat und der neu gewählte Bürgermeister angelobt wird.

Der Regierungskommissär hat sich bei seiner Tätigkeit auf die laufenden und unaufschiebbaren Geschäfte zu beschränken (zB § 103 Abs 3 stmk GdO, § 108 Abs 5 SStG). Unter **„laufender Verwaltung“** versteht man die Besorgung der **regelmäßig vorkommenden Verwaltungsaufgaben** der Gemeinde.[158] **Unaufschiebbar** sind solche Angelegenheiten, die bei einem **Nichthandeln Gesetze verletzen** würden oder der Gemeinde einen **Schaden** zufügen würden.[159] Die **Zuständigkeit** des Regierungskommissärs erstreckt sich **sowohl auf die Hoheitsverwaltung als auch auf die Privatwirtschaftsverwaltung;** weiters auf den eigenen und den übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinde.[160]

5.2.4 Rechte und Pflichten des Regierungskommissärs

Der Regierungskommissär hat sich zwar auf die notwendigen Geschäfte zu beschränken, sachlich sind jedoch keine Beschränkungen in der Tätigkeit vorgesehen. So ist vom Regierungskommissär etwa auch der **Voranschlag** für die Gemeinde zu erstellen, wenn dies aufgrund gemeinderechtlicher Vorgaben während der Zeit der Tätigkeit des Regie-

---

158 VwSlg 9989/A/1979.
159 *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 257 f.
160 *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 258.

rungskommissärs erforderlich ist, wenngleich der neu gewählte Gemeinderat die Möglichkeit hat, diesen mittels Beschluss abzuändern. Auch spricht nichts gegen die Zulässigkeit der **Aufnahme von Darlehen zur Finanzierung des laufenden Betriebs,** wobei auch der Regierungskommissär die gemeinderechtlichen Restriktionen zu beachten hat. Hingewiesen sei an dieser Stelle etwa auf die **Genehmigungspflicht von Rechtsgeschäften durch die Aufsichtsbehörde** – wie dies etwa nach § 90 stmk GO für die Aufnahme von Darlehen der Fall ist.

Der Regierungskommissär hat für seine Tätigkeiten einen **Anspruch** auf eine **Aufwandsentschädigung.** Diese ist von der Landesregierung festzusetzen (vlg § 103 Abs 5 stmk GdO). Die Kosten, die durch den Regierungskommissär entstehen, belasten die Gemeinde (vgl § 103 Abs 6 stmk GdO).

5.2.5 Die Funktion der übrigen Gemeindeorgane bei bestelltem Regierungskommissär

Mit der Auflösung des Gemeinderats **verlieren** seine Mitglieder (und Ersatzmitglieder) sowie Mitglieder anderer Gemeindeorgane, wenn für dieses Amt (im Gemeindevorstand, in Ausschüssen oder in Organen außerhalb der Gemeinde) das Mandat im Gemeinderat Voraussetzung ist, **ihr Amt mit dem Verlust des Gemeinderatsmandats.**[161] Dies ist in den jeweiligen Gemeindeordnungen (vgl § 103 Abs 1 stmk GdO, § 93 Abs 5 Bgld GdO, ua) und Stadtrechten (vgl § 108 Abs 6 SStG) regelmäßig auch ausdrücklich festgeschrieben.

Soweit ein Regierungskommissär bestellt wird, verliert auch der Bürgermeister regelmäßig seine Kompetenz zur Geschäftsführung und Vertretung der Gemeinde und **übernimmt** der bestellte **Regierungskommissär die Agenden des Bürgermeisters.** Anderes ist jedoch in der Gemeindeordnung von Niederösterreich vorgesehen. § 94 Abs 3 Nö GO sieht vor, dass der Bürgermeister *„zur Besorgung aller unaufschiebbaren Geschäfte"* weiterhin im Amt bleibt, bis der neu gewählte Bürgermeister angelobt wird. In Niederösterreich übernimmt somit bei Auflösung des Gemeinderats der Bürgermeister die Aufgaben des Regierungskommissärs.

5.2.6 Beendigung der Tätigkeit des Regierungskommissärs

Die Tätigkeit des Regierungskommissärs ist bereits aufgrund der gesetzlichen Konzeption eine auf beschränkte Zeit. Ziel ist es, den Gemeinderat so rasch wie möglich neu zu wählen, um dem **Prinzip der Selbstverwaltung** entsprechend Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund hat der Landesgesetzgeber in den Gemeindeordnungen auch regelmäßig vorgesehen, dass die **Neuwahl** des Gemeinderats **innerhalb** einer bestimmten Frist – meist sehr **kurzen Frist** – auszuschreiben hat. Diese Frist beträgt in der Steiermark nach§ 103 Abs 4 stmk GdO sechs Monate nach Auflösung des Gemeinderats; in der oö Gemeindeordnung ist hingegen gar eine Frist von nur sechs Wochen vorgesehen

[161] *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 256.

(§ 108 Abs 4 Oö GdO). Der neue Gemeinderat wird nach der einschlägigen Gemeindewahlordnung gewählt und erfolgt idR auf den **Rest der Amtsperiode.** Die Tätigkeit des Regierungskommissärs endet regelmäßig mit der Angelobung des neu gewählten Bürgermeisters.

6. RECHTE, PFLICHTEN UND HAFTUNGSPOTENTIALE DER AUFSICHTSBEHÖRDE

Das Gemeinderecht wird vom Prinzip der **Selbstverwaltung** beherrscht. Die Selbstverwaltung steht jedoch unter der **Kontrolle des Bundes und des Landes.** Sowohl das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden als auch das Aufsichtsrecht des Bundes und des Landes ist bundesverfassungsgesetzlich geregelt (Art 119 a B-VG).

Die bundesverfassungsgesetzlichen Grundsätze betreffend das Aufsichtsrecht über die Gemeinden dürfen einfachgesetzlich weder erweitert noch eingeschränkt werden. Jedoch sind die **Aufsichtsmittel** in Art 119 a B-VG nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (VfSlg 5850/1968, 7978/1977, 9943/194) **nicht taxativ** aufgezählt und können die Aufsichtsmittel demgemäß durch den Bundesgesetzgeber bzw Landesgesetzgeber im Rahmen der vorgegebenen Grundsätze des Art 119 a B-VG erweitert werden. Das bedeutet insb, dass die Aufsichtsmittel nicht unangemessen ausgedehnt werden dürfen und dadurch die Selbstverwaltung ungebührlich beschränkt wird (Vgl insb VwSlg 12.626/A/1988). Bei jeder Vorsehung von Aufsichtsmitteln, die über die Vorgaben des Art 119 a B-VG hinausgehen, ist stets zu prüfen, ob dieses (zusätzliche) Aufsichtsmittel zum damit verfolgten Aufsichtsziel auch in einem angemessenen Verhältnis steht (Vgl etwa VfSlg 3632/1959).

6.1 Umfang der Gemeindeaufsicht

Das Aufsichtsrecht und dessen gesetzliche Regelung steht nach Art 119 a Abs 3 B-VG *„insoweit als der eigene Wirkungsbereich der Gemeinde Angelegenheiten aus dem Bereich der Bundesvollziehung umfasst, dem Bund, im übrigen den Ländern zu“.* Die **Bundeskompetenz** zur Regelung der Bundes-Gemeindeaufsicht wird auf Grund dieser verfassungsgesetzlichen Sonderkompetenzregelung auf die **Angelegenheiten der „Bundesvollziehung“** und damit nach der allgemeinen Kompetenzverteilung (Art 10 – 15 B-VG) auf die Bundesvollziehung nach Art 10 B-VG beschränkt.[162]

In den **Angelegenheiten der Landesvollziehung** obliegt die gesetzliche Regelung der **Landes-Gemeindeaufsicht den Ländern.** Die Bundesaufsichtsrechte werden im **Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz** (BgdAG, BGBl 1967/123) geregelt; die Landesaufsichtsrechte in den jeweiligen **Gemeindeordnungen und Stadtrechten.**

In Angelegenheiten der **Bundesvollziehung** ist die Aufsichtsbehörde der **Landeshauptmann.** Dieser kann unter den Voraussetzungen des § 3 Abs 1 BGdAG die **Bezirkshauptmannschaft** allgemein oder im Einzelfall zur Ausübung des Aufsichtsrechts in seinem Namen ermächtigen.

---

[162] *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 17 ff.

Aufsichtsbehörde in Angelegenheiten der **Landesvollziehung** ist nach den meisten Gemeindeordnungen und Stadtrechten die **Landesregierung.** Auch diese kann im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis – ähnlich wie nach dem BgdAG – die **Bezirkshauptmannschaft** zur **Ausübung des Aufsichtsrechts** im Namen der Landesregierung ermächtigen.[163] Gegen eine solche Ermächtigung der Bezirkshauptmannschaft bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken.[164] Ist die Bezirkshauptmannschaft zur Ausübung des Aufsichtsrechts ermächtigt worden, entscheidet diese im Namen des Landeshauptmanns oder der Landesregierung.

Im **eigenen Wirkungsbereich** der Gemeinden erstreckt sich die staatliche Aufsicht auf die **gesamte Gemeindeverwaltung.** Dies gilt sowohl für individuelle als auch für generelle Verwaltungsakte der Gemeinde.[165] Dabei differenziert das Aufsichtsrecht auch nicht zwischen **Hoheitsverwaltung** und **Privatwirtschaftsverwaltung.** Auch Akte die der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen sind, unterliegen demnach der Gemeindeaufsicht. Die Gemeinde kann sich daher nicht durch eine „Flucht“ in die Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeindeaufsicht entziehen.

Beispiel: *So ist etwa auch ein Beschluss des Gemeinderats über die Genehmigung einer Vereinbarung über Aufschließungkosten, Grundabtretung und Bauverpflichtung aus Anlass einer Baulandwidmung vom Aufsichtsrecht des Landes erfasst (Vgl etwa VwSlg 13.625/A/1992).*

Ziel der Gemeindeaufsicht ist die **Wahrung** der **Gesetzmäßigkeit der Gemeindeselbstverwaltung**. Ein weiteres Ziel der Gemeindeaufsicht ist gem Art 119 a Abs 2 B-VG die **„Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“** der Gemeindegebarung zu überprüfen. Die staatliche Aufsicht der Gemeinden gliedert sich daher

- in die **Rechtsaufsicht** (Art 119 a Abs 1 B-VG)
- und in die **Gebarungskontrolle** (Art 119 a Abs 2 B-VG).[166]

Die Gemeindeaufsicht ist dabei laufend auszuüben und nicht erst bei ersten Anzeichen etwaiger Rechtsverletzungen. Vielmehr verlangen erste Anzeichen von Rechtsverletzungen eine **Intensivierung der Überwachungspflicht** der Gemeindeaufsicht über das übliche Maß hinaus.

6.2 Überprüfung der Gebarung der Gemeinde durch die Aufsichtsbehörde

Art 119 a B-VG gibt den Rahmen der der Aufsichtsbehörde zur Verfügung stehenden **Aufsichtsmittel** vor. Im Konkreten sind in Art 119a B-VG folgende Aufsichtsmittel vorgesehen:

---

163 *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 24 ff.
164 VfSlg 11563/1987.
165 *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 5.
166 *Schille/Paier/Hafner,* Steirisches Gemeinderecht[4].

- ► das Informationsrecht,
- ► die Gebarungskontrolle,
- ► die Verordnungsprüfung,
- ► die Vorstellung und
- ► der Genehmigungsvorbehalt.

6.2.1 Informationsrecht

Art 119a Abs 4 B-VG normiert, dass die Aufsichtsbehörde berechtigt ist „sich über jedwede Angelegenheit der Gemeinde zu unterrichten". Die Gemeinde hingegen ist verpflichtet „die von der Aufsichtsbehörde im Einzelfall verlangten Auskünfte zu erteilen und Prüfungen an Ort und Stelle vornehmen zu lassen". Das **Informationsrecht der Aufsichtsbehörde** korreliert somit mit einer **Auskunftspflicht der Gemeinden,** damit das Aufsichtsrecht auch ein effektives Kontrollinstrument ist und nicht bloß ein zahnloser Papiertiger. Die bundesverfassungsgesetzliche Bestimmung wird vom BGdAG sowie von den Gemeindeordnungen und Stadtrechten vollinhaltlich übernommen. Trotz des umfassenden Informationsrechts der Aufsichtsbehörde, ist vom Aufsichtsrecht nur im **angemessenen Umfang** Gebrauch zu machen, andernfalls möglicherweise eine **schikanöse Rechtsausübung** zu konstatieren wäre.

Beispiel: *Folglich wäre eine Anordnung der Aufsichtsbehörde, alle Beschlüsse des Gemeinderats der Aufsichtsbehörde vorzulegen oder laufend zu berichten oder die Aufsichtsbehörde von der Abhaltung von Gemeinderatssitzungen zu informieren, aus verfassungsrechtlicher Sicht wohl unzulässig.*[167]

Eine so weitgehende Überwachung, die den Eindruck vermittelt, als wolle die Aufsichtsbehörde selbst die Geschäfte der Gemeinde führen, ist nicht Sinn und Zweck einer Überwachung und wäre unausweichlich in Konflikt mit dem Prinzip der Selbstverwaltung.[168] Es spricht allerdings nichts dagegen bei sachlicher Begründung vorübergehend eine umfassende Berichtspflicht von der Gemeinde zu verlangen. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn Missstände evident werden und diese zu beseitigen sind.

6.2.2 Gebarungskontrolle

Unter Gebarung versteht man nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs[169] jedes **Verhalten, das finanzielle Auswirkung** unter anderem **auf Einnahmen, Ausgaben und den Vermögensstand** hat. Der **Prüfungsgegenstand** ist die gesamte Gebarung der Gemeinde, einschließlich ihrer **wirtschaftlichen Unternehmungen,** sowie die in der Verwaltung der Gemeinde stehenden selbstständigen **Fonds und Stiftungen,** sofern

---

167 *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 70 f.
168 VfSlg 14394/1995.
169 VfSlg 7944/1976.

diese keine eigene Rechtspersönlichkeit haben. Demnach sind insb Kapitalgesellschaften, an denen die Gemeinde als Gesellschafter beteiligt ist, nicht vom Prüfungsgegenstand umfasst.

Nur das Land hat das Recht, *„die Gebarung der Gemeinde auf ihre Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen"* (Art 119 a Abs 2 B-VG). Da das **Recht des Landes, die Gebarung** der Gemeinde **zu überprüfen** in Art 119 a Abs 2 B-VG hinreichend bestimmt verankert ist, ist diese Verfassungsbestimmung auch ohne nähere Ausführung durch den einfachen Gesetzgeber nach Art 115 Abs 2 B-VG unmittelbar anwendbar.[170] Trotz der konkreten Vorgaben durch den Bundesverfassungsgesetzgeber finden sich in den Gemeindeordnungen und Stadtrechten zum Teil nähere Ausführungen und **Durchführungsverordnungen,** wobei diese näheren Ausführungen regelmäßig keine Erweiterung oder Einschränkung der verfassungsrechtlich festgelegten Gebarungskontrolle mit sich bringen.[171]

Der Aufsichtsbehörde bzw den Amtsorganen, die diese entsendet, um die Gebarung in den Gemeinden zu prüfen, sind von den Organen und Bediensteten der Gemeinde **alle Auskünfte** zu erteilen und alle **erforderlichen Unterlagen** zur Gebarungsprüfung bzw Wirtschaftlichkeitsprüfung zur **Verfügung** zu stellen, die zur auftragsgemäßen Durchführung der Prüfung **notwendig** sind (vgl § 87 Abs 1 stmk GdO).

Jedoch hat die Aufsichtsbehörde das Aufsichtsrecht unter Bedachtnahme auf die **Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde** und unter möglichster **Schonung erworbener Rechte Dritter** auszuüben (vgl § 103 Abs 2 SStG, § 3 Abs 2 BGdAG, Art 119 a Abs 7 B-VG).

Über jede Prüfung ist ein **schriftlicher Prüfungsbericht** zu erstellen. Das **Ergebnis** der Überprüfung ist dem **Bürgermeister** der geprüften Gemeinde zur Vorlage an den Gemeinderat zu **übermitteln.** Der Prüfungsbericht (samt Anhang und allfälliger Beilagen) ist vom Bürgermeister dem **Gemeinderat vorzulegen.** Danach hat der Bürgermeister eine Gemeinderatssitzung einzuberufen, in der der Prüfungsbericht behandelt wird. Der Bürgermeister hat darauf hin innerhalb von drei Monaten der Aufsichtsbehörde (vgl § 87 Abs 3 stmk GdO), die auf Grund des Überprüfungsergebnisses **getroffenen Maßnahmen,** mitzuteilen.[172]

Nach § 2 F-VG sind die **Kosten der Gebarungsprüfung** vom **Land** zu **tragen.** Bis vor kurzem sahen ein paar Gemeindeordnungen (zB § 105 Abs 4 Oö GdO, § 111 Abs 3 Tir GdO) jedoch noch vor, dass die Kosten der Gebarungskontrolle von der Gemeinde zu tragen sind. Diese Regelungen wurden zwischenzeitig aufgehoben.

---

170 *Neuhofer,* Gemeinderecht² 336.
171 *Neuhofer,* Gemeinderecht² 336.
172 Vgl ausführlich auch *Hengstschläger* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 16. Teil Rz 133 ff.

6.2.3 Verordnungsprüfung

Die Bestimmung des Art 119 a Abs 6 B-VG, welche vorsieht, dass die Gemeinde *„im eigenen Wirkungsbereich erlassene* **Verordnungen der Aufsichtsbehörde unverzüglich mitzuteilen**" hat und dass die Aufsichtsbehörde *„gesetzwidrige Verordnungen nach Anhörung der Gemeinde durch Verordnung aufzuheben und die Gründe hiefür der Gemeinde gleichzeitig mitzuteilen"* hat, werden vom BGdAG (§ 6) und den Gemeindeordnungen und Stadtrechten teilweise wörtlich wiederholt. Dem Verordnungsprüfungsverfahren unterliegen

- nicht nur die ortspolizeilichen Verordnungen der Gemeinde auf der Grundlage des Art 118 Abs 6,
- sondern auch die von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich erlassenen Durchführungsverordnungen auf der Grundlage des Art 18 Abs 2 B-VG[173],
- wie auch die selbstständigen **Verordnungen** der Gemeindevertretung über die **Abgabenausschreibung** nach dem F-VG.

Ein aufsichtsbehördliches Verordnungsprüfungsverfahren scheidet hingegen bei Verordnungen der Gemeindebehörden im übertragenen Wirkungsbereich des Bundes oder des Landes und bei sog Verwaltungsverordnungen[174] aus.[175]

6.2.4 Vorstellung

„Wer durch den Bescheid eines Gemeindeorgans in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, kann nach Erschöpfung des Instanzenzugs (Art 118 Abs 4 B-VG) innerhalb von zwei Wochen nach Erlassung des Bescheids dagegen Vorstellung bei der Aufsichtsbehörde erheben. Diese hat den Bescheid, wenn Rechte des Einschreiters durch ihn verletzt werden, aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die Gemeinde zu verweisen. Für Städte mit eigenem Statut kann die zuständige Gesetzgebung (Abs 3) anordnen, dass die Vorstellung an die Aufsichtsbehörde stattfindet."

Die Vorstellung ist in Art 119 a Abs 5 B-VG geregelt. Diese bundesverfassungsgesetzliche Grundsatzbestimmung lässt die zweifache Funktion der Vorstellung erkennen. Erstens soll die Vorstellung der Aufsichtsbehörde als **Aufsichtsmittel zur Wahrung der Gesetzmäßigkeit der individuellen hoheitlichen Verwaltungsakte der Gemeindebehörden** dienen. Zweitens soll die Vorstellung als Rechtsmittel besonderer Art der Partei des gemeindebehördlichen Verwaltungsverfahrens einen **Rechtsanspruch auf die Durchsetzung des vermeintlichen Rechts geben.**[176]

---

[173] *„Jede Verwaltungsbehörde kann auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen erlassen."*

[174] Diese sind generelle interne Weisungen und generelle Rechtsakte.

[175] *Neuhofer,* Gemeinderecht² 337 f; *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 82 ff.

[176] *Neuhofer,* Gemeinderecht² 341 f; *Hauer* in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg), Gemeinderecht 17. Teil Rz 102 ff.

Nach übereinstimmender Rechtsprechung des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofs ist die Vorstellung als ein **Rechtsmittel außerhalb der Gemeinde** anzusehen und ein Teil des Instanzenzugs gegen gemeindebehördliche Bescheide, der vor einer Einbringung der Verfassungs- oder der Verwaltungsgerichtshofbeschwerde ausgeschöpft sein muss.[177]

6.2.5 Weitere Aufsichtsmittel

Die Gemeindeordnungen sehen zum Teil darüber hinaus noch **weitere Aufsichtsmittel** vor. Hinzuweisen ist im Besonderen auf folgende Aufsichtsmittel:

- ► die Beratung der Gemeinde in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs,
- ► das Recht auf **Teilnahme an Sitzungen** des Gemeinderats,
- ► das Recht, die **Einberufung von Sitzungen** des Gemeinderats zu verlangen,
- ► die **Verhängung von Geldbußen** über Mitglieder des Gemeindevorstands sowie deren Amtsenthebung
- ► die **Aufhebung von gesetzwidrigen Beschlüssen** und Bescheiden außerhalb des Vorstellungs- und Verordnungsprüfungsverfahrens.

Zu beachten ist jedoch, dass die Aufsichtmittel nur **insoweit zulässig** sind, als sie nicht über das zur Verwirklichung der gesetzlichen Aufsichtsziele **erforderliche Maß hinausgehen.**

6.3 Sorgfaltswidrige Genehmigung von Rechtsgeschäften durch die Aufsichtsbehörde

Gem Art 119 a Abs 8 B-VG können einzelne von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zu treffende Maßnahmen, vor allem solche von besonderer finanzieller Bedeutung, von der zuständigen Gesetzgebung (die sich aus Art 119 a Abs 3 B-VG ergibt) an die Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden werden. Die Gemeindeordnungen sehen diesbezüglich regelmäßig einen entsprechenden Katalog von genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften vor. Exemplarisch sei etwa auf **§ 90 der stmk GO** verwiesen, nach welchem unter anderem die **Veräußerung und Belastung von Liegenschaften,** die **Aufnahme von Darlehen** oder die Übernahme einer Bürgschaft oder sonstigen Haftung einer Genehmigung bedürfen.[178]

---

[177] VfSlg 5293/1966, 5351/1966 ua; VwSlg 6966/A/1966, 7176/A/1967.
[178] *Thunhart*, Vertretungsregeln 183 ff.

6. Rechte, Pflichten und Haftungspotentiale der Aufsichtsbehörde

Entweder die **Bezirksverwaltungsbehörde** oder die **Landesregierung,** bei Städten mit eigenem Statut immer die **Landesregierung,** sind zur Genehmigung in den jeweiligen Gemeindeordnungen berufen.[179] Die **Genehmigung** erfolgt dabei im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens und wird **mittels Bescheid** erteilt oder versagt.[180] Dem Genehmigungsvorbehalt sind nicht nur hoheitliche, sondern auch privatwirtschaftliche Maßnahmen einer Gemeinde unterworfen.

Vor diesem Hintergrund sind auch **Amtshaftungsansprüche gegenüber dem Land als Aufsichtsbehörde** denkmöglich; nämlich dann, wenn das Land von seinem Recht, die Genehmigung des privatwirtschaftlichen Vorgangs zu versagen, rechtswidrig Gebrauch oder nicht Gebrauch macht.[181]

Ein Amtshaftungsthema könnte insb dann zu Tage treten, wenn einem Dritten durch eine unzulässige Genehmigung eines genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts durch die Aufsichtsbehörde ein Schaden entsteht, der darauf zurückzuführen ist, dass die Aufsichtsbehörde ein objektiv nicht genehmigungsfähiges Rechtsgeschäft genehmigt hat. Vor diesem Hintergrund ist die Aufsichtsbehörde stets dazu angehalten, dass konkrete zu genehmigende Rechtsgeschäft sorgfältig zu prüfen, insb sich einen ausreichenden Informationsstand zu verschaffen, um das konkrete zur Genehmigung vorgelegte Rechtsgeschäft entsprechend prüfen zu können. Es ist daher im **Interesse der Aufsichtsbehörde** gelegen, stets und regelmäßig Rechtshandlungen, bei denen ein Genehmigungsvorbehalt besteht, **objektiv und sorgfältig zu prüfen.**

---

179 *Thunhart,* Vertretungsregeln 184.
180 *Schragel,* Amtshaftung³ 124.
181 *Schragel,* Amtshaftung³ 124.

7. INSOLVENZANTRAG ALS ULTIMA RATIO – EIN WEG AUS DER KRISE?

7.1 Die Insolvenzfähigkeit einer Gemeinde am Beispiel Donawitz

Die österr Rechtsprechung hatte sich – soweit ersichtlich – bislang nur in einem einzigen Fall mit der Eröffnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen einer Gemeinde zu befassen, im Konkreten bei der **Gemeinde Donawitz.** Gerade die industriedominierte Gemeinde Donawitz hatte im besonderen Maße mit den Nachwirkungen der großen Wirtschaftskrise in den 20er und 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts zu kämpfen. Dazu kamen noch verschärfend die politischen Verhältnisse in den 30er Jahren, die eine gemeinsame Ausschöpfung aller öffentlich-rechtlichen Sanierungsmöglichkeiten nicht zugelassen haben. Dieses spezielle Umfeld war Grundlage für die Einleitung eines Insolvenzverfahrens.[182]

Im Anlassfall hat sich der Verfahrensverlauf wie folgt dargestellt: Auf Antrag eines Gläubigers wurde beim Kreisgericht Leoben das Verfahren zur Eröffnung des Konkurses über die Stadtgemeinde Donawitz eingeleitet und wurde am 16. 5. 1933 das Konkursverfahren eröffnet. Die Gemeinschuldnerin (Gemeinde Donawitz) ergriff gegen diesen Beschluss das Rechtsmittel des Rekurses an das Oberlandesgericht (OLG) Graz, im Wesentlichen mit der Begründung, dass eine Gemeinde gar nicht konkursfähig sei.[183]

Das OLG Graz bejahte grundsätzlich die **Konkursfähigkeit der Gemeinde,** hielt jedoch zugleich fest, dass die Eröffnung eines Konkurses nur dann zulässig ist, wenn **hinreichendes Massevermögen** vorhanden ist. Gerade diese Frage ist bei Gemeinden nicht einfach zu beantworten, hat doch das OLG Graz zutreffend erkannt, dass das Erstgericht zuerst gem § 15 EO feststellen müsse, ob und welches **Gemeindevermögen** überhaupt der **Exekution zugänglich** sei. Denn zur Masse gehört eben nur das der Exekution unterworfene Vermögen. Diese Rechtsauffassung zur grundsätzlichen Konkursfähigkeit wurde durch den OGH 21. 11. 1933, 4 Ob 435/33 im Wesentlichen bestätigt.[184]

§ 15 EO sieht vor, dass gegen eine Gemeinde oder gegen eine durch Ausspruch einer Verwaltungsbehörde als öffentlich und gemeinnützig erklärte Anstalt die Exekution zum Zweck der **Hereinbringung von Geldforderungen,** falls es sich nicht um die Verwirklichung eines **vertragsmäßigen Pfandrechts** handelt, nur in Ansehung solcher Vermögensbestandteile bewilligt werden kann, die ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinde oder jene durch die Anstalt zu wahrenden **öffentlichen Interessen** zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden können. Zur Abgabe der Erklärung, inwieweit letzteres hinsichtlich bestimmter Vermögensbestandteile zutrifft, sind die staatlichen Verwaltungsbehörden berufen.

---

182 *Fasching,* Konkurs (1983) 27.
183 OLG Graz, 2 R 317/33 zu finden in *Fasching,* Konkurs 27.
184 Details in *Fasching,* Konkurs 27 ff.

Daraufhin wurde an die Bezirkshauptmannschaft Leoben – als zuständige staatliche Verwaltungsbehörde im Sinne des § 15 EO – ein entsprechender Antrag gestellt. Die Bezirkshauptmannschaft solle feststellen, welches Vermögen überhaupt insolvenzverfangen ist, im Konkreten, wie weit das der Stadtgemeinde Donawitz gehörende Vermögen ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinde zu wahrenden öffentlichen Interessen zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden dürfe. Allein auf dieses Vermögen hat sich sodann das Insolvenzverfahren erstreckt.

Im Frühjahr 1934 wurde in weiterer Folge von der Gemeinschuldnerin ein Zwangsausgleich beantragt, der am 31. 8. 1934 vom Kreisgericht Leoben bestätigt wurde. Das Konkursverfahren wurde nach der Erfüllung des Zwangsausgleichs rechtskräftig aufgehoben.[185]

7.1.1 Konkursfähigkeit der Gemeinden

Im Folgenden sollen nun die Grundsätze des Insolvenzverfahrens bei Gemeinden, die am Beispiel Donawitz illustrativ gezeigt wurden, genauer untersucht und dargestellt werden.

Die österr Rechtsordnung enthält **keine** ausdrückliche **Aussage** über die **Konkursfähigkeit der Gemeinden.** Fraglich ist jedoch, ob dies überhaupt notwendig ist. Denn im Grunde ergibt sich die Konkursfähigkeit von Gemeinden bereits aus den Bestimmungen der Konkursordnung, die die Konkursfähigkeit von Gemeinden gerade nicht ausschließen und daher auch die Gemeinde als juristische Person des öffentlichen Rechts den Bestimmungen der Konkursordnung zu unterwerfen ist. Ferner sprechen auch der verfassungsrechtliche Schutz der Gläubigerpositionen (Grundrecht auf Eigentum)[186] und Art 116 Abs 2 B-VG für die Bejahung der Konkursfähigkeit von Gemeinden.

Durch Art 116 Abs 2 B-VG werden die **Gemeinden ermächtigt,** „**Vermögen** *aller Art* **zu besitzen,** *zu erwerben und darüber zu verfügen*". In dem selben Umfang wie juristische Personen des Privatrechts, werden somit auch **Gemeinden mit Privatrechtsfähigkeit ausgestattet;** dh die Gemeinden können im selben Umfang Träger von privatrechtlichen Rechten und Pflichten sein. Diese Privatrechtsfähigkeit hat jedoch auch bedeutende Auswirkungen auf die **Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden.** So ist diese in einem Zivilprozess grundsätzlich **parteifähig,** dh sie kann wegen einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit vor einem ordentlichen Gericht geklagt werden. In weiterer Folge kann eine Gemeinde auf Grund ihrer Privatrechtsfähigkeit **„Verpflichteter"** im Sinne der Exekutionsordnung sein, gegen die daher auch eine Exekution geführt werden kann. Auch die Konkursfähigkeit der Gemeinde wird durch die Privatrechtfähigkeit indiziert. Denn grundsätzlich ist jede rechtsfähige Person nach der KO konkursfähig.[187]

---

185 *Fasching,* Konkurs 30 f.
186 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung (1989) 191.
187 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 13 f.

7.1.2 Auflösung der Gemeinde auf Grund eines Konkurses?

Der Konkurs führt bei juristischen Personen des Privatrechts regelmäßig zur Auflösung der juristischen Person.[188] Anders verhält es sich jedoch bei Gemeinden, wenngleich diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Dies deshalb, da die **Auflösung als Folge der Konkurseröffnung nicht** in der **Konkursordnung** selbst, sondern in den **einschlägigen Sondergesetzen** – wie etwa für Gesellschaften mit beschränkter Haftung in § 84 Abs 1 Z 4 GmbH-Gesetz – geregelt ist. Eine vergleichbare **Regelung** besteht für **Gemeinden nicht.**

Auch scheidet eine analoge Anwendung der die Auflösung anordnenden Bestimmungen auf Gemeinden aus, da die **Interessenslage** bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts nicht gleich gelagert ist. Bei juristischen Personen des Privatrechts ist eine **Auflösung, anschließende Liquidation und Löschung** regelmäßig auch unproblematisch.

Zu schützen sind in einem Insolvenzverfahren einer juristischen Person des Privatrechts die Gläubigerinteressen und ist Ziel eines Insolvenzverfahrens, das Vermögen der Gesellschaft bestmöglich zu Gunsten der Gläubiger zu verwerten.

Anders stellt sich die Sach- und Rechtslage jedoch bei der Gemeinde dar. Eine Auflösung und Liquidation und anschließende Löschung einer Gemeinde ist nach unserer Auffassung bereits aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben, im Grunde bereits aufgrund der **Baugesetze der Länder (föderalistischen Prinzip),** nicht möglich und einfachgesetzlich nicht umsetzbar.

Ein Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gemeinde führt daher nicht zu einer Löschung einer Gemeinde, sondern kann nur das Ziel haben, die Gläubigeransprüche bestmöglich zu befriedigen und daneben die Gemeinde bestmöglich zu entschulden. Dies zeigt auch eine Zusammenschau der Bestimmungen § 1 KO iVm § 15 EO (unterstützt durch § 16 Abs 2 F-VG), aus denen deutlich eine **Fortbestandsgarantie der Gemeinde als juristische Person** ableitbar ist (zu § 15 EO siehe Kap 7.4.1).[189]

7.1.3 Ausgleichsfähigkeit der Gemeinden

Zur Frage, ob Gemeinden auch ausgleichsfähig sind, gibt es in der **Lehre unterschiedliche Ansichten.** *Neuhofer* vertritt die Meinung, dass auch die Gemeinden ausgleichsfähig sind, und zwar mit der Begründung, dass, wenn die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung vorliegen, jeder Schuldner anstelle des Konkurses auch die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens beantragen kann. Da es keine ausdrückliche Sonderregelung gibt, die den Gemeinden die Ausgleichsfähigkeit verweigert, sind diese auch ausgleichsfähig.[190]

---

188 Vgl § 131 Z 3 HGB, § 203 Abs 1 Z 3 AktG, § 84 Abs 1 Z 4 GmbHG.
189 *Burgstaller/Sittenthaler,* Überschuldung als Konkursgrund bei Gemeinden, ZIK 1999, 181 (184).
190 *Neuhofer,* Gemeinderecht² 486.

Anderer Meinung sind hingegen *Rebhahn/Strasser*. Ihrer Meinung nach ergibt sich die Ausgleichsfähigkeit der Gemeinden nicht aus ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen, sondern allenfalls mittelbar aus einer die Konkursfähigkeit bejahenden Interpretation des § 1 KO.[191] Weiters stützen sie ihre Meinung darauf, dass die Bindung der überstimmten Gläubiger an den angenommenen Ausgleichsvorschlag einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition (Grundrecht auf Eigentum) dieser Gläubiger darstellen würde. Da der Gemeindeausgleich nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, kann dieser Eingriff anders als sonst, nicht sachlich gerechtfertigt werden.[192]

Nach unserer Auffassung wird man jedoch – im Besonderen im Lichte der Rechtsprechung zum Fall Donawitz – auch die **Ausgleichsfähigkeit der Gemeinde** bejahen müssen. Denn bejaht man die Konkursfähigkeit, spricht nichts gegen die Annahme, dass die Gemeinde auch ausgleichsfähig ist.

Im Folgenden seien die wesentlichen Ausprägungen und Inhalte eines Ausgleichsverfahrens im Überblick dargestellt. Dabei ist zu differenzieren zwischen dem gerichtlichen und dem außergerichtlichen Ausgleich.

Der **außergerichtliche Ausgleich** bezeichnet eine Einigung zwischen dem Schuldner (Gemeinde) und den Gläubigern ohne Einschaltung der Gerichte. Der außergerichtliche Ausgleich erfolgt im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrags und kann jederzeit, auch schon vor Verwirklichung eines Insolvenzantragsgrundes stattfinden. Es muss eine Einigung mit allen Gläubigern zustande kommen, widersprechende Gläubiger können nicht überstimmt werden, wenngleich denkbar ist, dass auch bloß nur einzelne Gläubiger auf ihre Forderung (teilweise) verzichten. Regelmäßig werden die Gläubiger jedoch ihren Verzicht auf einen Teil ihrer Forderung davon abhängig machen, dass auch die übrigen Gläubiger in entsprechendem Verhältnis auf ihre Forderung verzichten. Im Falle eines solchen Vergleichs fallen keine Gerichtskosten an und die Krise wird nicht öffentlich gemacht.

Der Antrag auf ein gerichtliches **Ausgleichsverfahren** wird ausschließlich vom Schuldner (Gemeinde) gestellt; Gläubiger haben kein Recht, einen Ausgleichsantrag zu stellen. Das Ausgleichsverfahren ist noch stärker als das Konkursverfahren auf eine Sanierung des Schuldners bedacht. Im gerichtlichen Ausgleichsverfahren schließt der zahlungsunfähige Schuldner mit seinen Gläubigern eine Vereinbarung ab, die eine Restschuldbefreiung nach sich zieht. **Voraussetzung für** einen **Ausgleichsantrag** ist

- ► das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit,
- ► drohender Zahlungsunfähigkeit
- ► oder Überschuldung.

Mindestens 40% der Schulden müssen innerhalb von zwei Jahren bezahlt werden können. Ferner müssen für einen Ausgleich die Mehrheit der anwesenden Gläubiger nach Köpfen, die insgesamt 75% der Forderungen innehaben, zustimmen. Das **Gericht be-**

---

191 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 186.
192 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 197.

stellt einen **Ausgleichsverwalter** unter dessen Aufsicht sodann die Gemeinde gestellt wird. Die Gemeinde kann zwar auch über das nach § 15 EO ausgleichsverfangene Vermögen verfügen, der Ausgleichsverwalter muss aber wichtigen Geschäften zustimmen und die Ausgaben der Gemeinde überwachen. Wird der Ausgleichsvorschlag von der Mehrheit der Gläubiger angenommen und vom Gericht bestätigt, kommt es zu dem Schuldennachlass. Kommt der Ausgleich zustande und wird er von der Gemeinde erfüllt, so ist damit die Sanierung gelungen. Der die Quote übersteigende Teil der Verbindlichkeiten wird zur Naturalobligation. Scheitert der Ausgleich, dann wird das Verfahren eingestellt und es kann zur Eröffnung eines **Anschlusskonkurses** kommen. Durch die Aufhebung des Ausgleichs erhält die Gemeinde wieder ihre volle Verfügungsgewalt zurück. Werden Quotenzahlungen allerdings auch nach Mahnung nicht fristgerecht geleistet, so leben die ursprünglichen Forderungen – unter Berücksichtigung des bereits geleisteten Betrags – wieder auf.

7.2 Die Insolvenzantragsgründe Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit bei Gemeinden

7.2.1 Allgemeines zur Konkurseröffnung

Das Konkursverfahren ist entweder **auf Antrag des Schuldners oder auf Antrag eines Gläubigers** zu eröffnen (§§ 69, 70 KO). Gem § 69 Abs 1 KO ist der Konkurs auf Antrag des Schuldners sofort zu eröffnen. Der Schuldner ist zur Konkursantragsstellung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, wenn Konkursantragsgründe vorliegen; gem § 69 Abs 2 KO hat er **ohne schuldhaftes Zögern** den **Konkursantrag** zu stellen. Schuldhaft verzögert ist der Konkursantrag dann nicht, wenn die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens sorgfältig betrieben worden ist (§ 69 Abs 2 Satz 2 KO). Ebenso kann die sorgfältige **Vorbereitung eines außergerichtlichen Ausgleichsversuchs** ein Zuwarten mit der Konkursantragsstellung rechtfertigen.[193] Es besteht jedoch für all diese letzten Sanierungsversuche eine **Höchstfrist von 60 Tagen.** Spätestens nach Ablauf dieser Frist ist ein Insolvenzantrag zu stellen.

Wird ein Konkursverfahren nicht beantragt, obwohl die Konkursantragsgründe objektiv gegeben sind, **haften** diejenigen, die zur Antragstellung verpflichtet sind, für den **Schaden,** der den Gläubigern **durch die Konkursverschleppung entstanden** ist. Das österr Konkursrecht kennt zwei Tatbestände, bei deren Verwirklichung die Stellung eines Konkursantrags verlangt wird:

- **Zahlungsunfähigkeit** (§ 66 Abs 1 KO)
- **Überschuldung** (§ 67 Abs 1 KO).

7.2.2 Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz)

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit wird von der Konkursordnung selbst nicht definiert, sondern vielmehr vorausgesetzt. Nach herrschender Auffassung liegt Zahlungsunfähig-

[193] *Dellinger/Oberhammer,* Insolvenzrecht (2002) 77 f.

keit dann vor, wenn der Schuldner **mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage** ist, (alle) seine **fälligen Schulden zu bezahlen** und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann (vgl zB OGH 5 Ob 586/82, 6 Ob 701/86, 8 Ob 624/88).

Auch für die Gemeinde ist daher stets zu beurteilen, ob die Zahlungsfähigkeit noch gegeben ist, wobei auch hier die Besonderheit des § 15 EO zu berücksichtigen ist. Da gem § 15 EO nur bestimmte Vermögensteile in den Konkurs einbezogen werden dürfen, ist ein Gemeindekonkurs stets nur ein **Teilkonkurs** und ist deshalb die Zahlungsfähigkeit einer Gemeinde primär an Hand jener bestehenden Forderungen Dritter zu beurteilen, die auch von einem Konkurs betroffen wären.[194] Daher kann ein Konkursantrag wegen Zahlungsunfähigkeit bereits dann vermieden werden, wenn eine Beurteilung durch die Gemeinde zeigt, dass die Gemeinde im Hinblick auf die konkursverfangenen Forderungen Dritter (noch) zahlungsfähig ist. Gelangt die Gemeinde jedoch zum Ergebnis, dass sie nicht mehr in der Lage ist, ihren laufenden Zahlungen nachzukommen, ist auch die Gemeinde verpflichtet, einen Konkursantrag beim sachlich und örtlich zuständigen Konkursgericht zu stellen; dies wird insb dann der Fall sein, wenn die **Gemeinde nicht mehr in Lage ist, die finanziellen Mittel** von Dritter Seite – etwa über Darlehen – **zu lukrieren.**[195] Dabei genügt es nicht, dass der Gemeinde in Aussicht gestellt wurde, von einem Dritten die notwendigen finanziellen Mittel zu erhalten, um eine Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen; vielmehr muss die Verfügung der notwendigen finanziellen Mittel gesichert sein, so dass kein vernünftiger Grund mehr besteht, daran zu Zweifeln, dass die benötigten finanziellen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung gestellt werden.[196]

7.2.3 Überschuldung (Insuffizienz)

Von der Zahlungsunfähigkeit ist die Überschuldung (§ 67 KO) zu unterscheiden. Auch der Begriff der Überschuldung wird im Gesetz nicht definiert.

Nach der Rechtsprechung liegt Überschuldung dann vor, „*wenn das nach Liquidationswerten zu bewertende* **Vermögen** *des Betroffenen* **zur Befriedigung der Gläubiger im Liquidationsfall unzureichend** *ist und darüber hinaus eine* **positive Fortbestehensprognose** *für das Unternehmen* **nicht erstellbar** *ist*".[197] Die vom Unternehmen zu erstellende Fortbestehensprognose hat dabei im Wesentlichen darauf einzugehen, ob die Überschuldung mittelfristig – regelmäßig innerhalb eines **Zeitraums von drei Jahren** – beseitigt werden kann.

Fraglich ist jedoch, ob aufgrund der Besonderheit des § 15 EO der Insolvenzantragsgrund der Überschuldung auch bei Gemeinden Relevanz hat. Nach unserer Auffassung wird der Ansicht von *Burgstaller/Sittenthaler* zu folgen sein, dass aufgrund der Restriktionen des § 15 EO auch die Bestimmung des § 67 KO teleologisch zu reduzieren ist und **die Überschuldung bei Gemeinden** genauso wie bei natürlichen Personen **keinen**

---

194 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 45.
195 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 45.
196 Vgl etwa *Dellinger* in *Konecny/Schubert,* Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 66 Rz 53 mwN.
197 OGH 8 Ob 608/87.

Grund für die Beantragung eines **Konkursverfahrens** bildet.[198] Dies unter anderem auch deshalb, da die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht zur Auflösung der Gemeinde führt und daher eine Fortbestehensprognose – als Prognose über die Lebensfähigkeit – bei Gemeinden stets positiv ist, was unter anderem wiederum auf die existenzsichernde Pfändungsvorschrift des § 15 EO zurückführen ist.[199]

Als Ergebnis kann demnach festgehalten werden, dass bei **Gemeinden,** wie bei natürlichen Personen, **nur die Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund anzuerkennen** ist.[200] Aus Vorsichtsgründen – mangels gesicherter Rechtsprechung – ist die Gemeinde jedoch gut beraten, wenn sie auch den Insolvenzantrag bei Verwirklichung einer rechnerischen Überschuldung stellt, sofern zugleich eine **Fortbestehensprognose** unter Hinzuziehung externer Experten zeigt, dass eine festgestellte Überschuldung nicht binnen zumindest einer Frist von drei Jahren beseitigt werden kann.

7.3 Berechtigung und/oder Verpflichtung zum Konkursantrag

Gem § 69 KO ist das Konkursverfahren auf Antrag des Schuldner oder des Gläubigers zu eröffnen. Bei Vorliegen von Konkursantragsgründen besteht nicht nur ein Recht auf Antragstellung zur Einleitung eines Konkursverfahrens, sondern eine Pflicht, von der auch die Gemeinde nicht ausgenommen ist. Auch die **Gemeinde** als juristische Person ist **verpflichtet,** jedenfalls **bei** Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit, einen **Konkursantrag ohne schuldhaftes Zögern,** spätestens aber 60 Tage nach Eintritt des Konkursgrundes, **zu stellen.**

Gem § 69 Abs 3 KO trifft diese Pflicht den gesetzlichen Vertreter der juristischen Person. Nach den Gemeindegesetzen ist dies regelmäßig der Bürgermeister, der zur Vertretung der Gemeinde nach außen berufen ist. Jedoch wird er den Konkursantrag nicht stellen dürfen, ohne vorher die anderen Gemeindeorgane damit befasst zu haben. Vor allem die Generalkompetenz des Gemeinderats wird hier zu beachten sein (vgl stellvertretend § 43 Abs 1 stmk GdO). Der Bürgermeister ist verpflichtet, bei konkreter Gefahr – insb bei objektiver Erkennbarkeit – von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Finanzplan unter Beiziehung von internen oder externen Experten erstellen zu lassen und damit den Gemeinderat zu befassen. In weiterer Folge muss der Gemeinderat sich damit befassen und eine der möglichen Haftungsalternativen – Konkursantragstellung oder nicht – wählen, wobei bei der Entscheidung die Haftungsaspekte – insb Konkursverschleppung – zu berücksichtigen sind.[201]

7.3.1 Automatischer Amtsverlust der Gemeindefunktionäre?

Die Eröffnung eines Konkursverfahrens impliziert nicht automatisch den Amtsverlust der politischen Gemeindefunktionäre. Die Aufsichtsbehörde kann die Eröffnung jedoch zum

198 *Burgstaller/Sittenthaler,* ZIK 1999, 181 (184).
199 *Burgstaller/Sittenthaler,* ZIK 1999, 181 (185).
200 *Burgstaller/Sittenthaler,* ZIK 1999, 181 (185).
201 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 52.

Anlass nehmen, den Gemeinderat aufzulösen. Es ist fraglich, ob die Konkurseröffnung allein Grund genug für eine Auflösung des Gemeinderats ist (vgl zB § 103 Abs 1 stmk GdO). Gelangt man bei der Prüfung nach Konkursantragstellung zum Ergebnis, dass die Gemeinde ihre **gesetzlichen Aufgaben nicht mehr erfüllen** kann oder Umstände vorliegen, die die **ordnungsgemäße Besorgung** der **Geschäfte nicht mehr gewährleistet,** ist ein Auflösungstatbestand nach den Gemeindeordnungen regelmäßig gegeben.

Nach unserem Dafürhalten ist eine Auflösung des Gemeinderats durch die Gemeindeaufsicht im Falle der Einleitung eines Konkursverfahrens durchaus sinnvoll, da es ökonomischer scheint, dass neben dem vom Gericht bestellten **Masseverwalter** auf Seiten von der Gemeinde, das **Insolvenzverfahren von einem Regierungskommissär begleitet wird,** welcher auch nach Aufhebung eines Insolvenzverfahrens einen Neubeginn der Gemeinde in der Anfangsphase organisiert. Es wäre auch nicht anzuraten, dass derselbe Bürgermeister und der derselbe Gemeinderat nach Aufhebung eines etwaigen Insolvenzverfahrens die Gemeinde – wie bisher – weiterführen.

Sicherlich ist bei Auflösung des Gemeinderats durch die Gemeindeaufsicht und Bestellung eines Regierungskommissärs zu bedenken, dass ein **Regierungskommissär** nach den einschlägigen Gemeindeordnungen **nur** für eine **gewisse Zeit** die Geschäfte der Gemeinde erledigen darf (vgl zB § 103 Abs 4 stmk GdO). Sollte daher das Konkursverfahren von längerer Dauer sein, kann es daher passieren, dass während des Insolvenzverfahrens ein neuer Gemeinderat zu wählen ist.[202]

7.3.2 Haftung der Gemeindefunktionäre

Wie bereits zuvor darauf hingewiesen, besteht auch für Gemeindefunktionäre ein Haftungspotential, wenn bei Vorliegen von Konkursantragsgründen nicht unverzüglich ein Insolvenzverfahren beantragt wird. Im Folgenden werden die wesentlichsten Haftungsrisiken dargestellt:

Nach **§ 159 StGB** ist im Allgemeinen strafbar, wer **grob fahrlässig Gläubigerinteressen beeinträchtigt.** Im Konkreten ist nach § 159 StGB strafbar,

- wer grob fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit dadurch herbeiführt, dass er kridaträchtig handelt.
- Ferner ist nach § 159 StGB zu bestrafen, wer in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit grob fahrlässig die **Befriedigung** wenigstens eines seiner **Gläubiger** dadurch **vereitelt oder schmälert,** dass er **kridaträchtig handelt.**
- Ebenso ist nach § 159 StGB zu bestrafen, wer grob fahrlässig seine wirtschaftliche Lage durch kridaträchtiges Handeln derart beeinträchtigt, dass **Zahlungsunfähigkeit eingetreten wäre, wenn nicht** von einer oder mehreren Gebietskörperschaften ohne Verpflichtung hiezu unmittelbar oder mittelbar **Zuwendungen erbracht,** vergleichbare Maßnahmen getroffen oder Zuwendungen oder vergleichbare Maßnahmen anderer veranlasst **worden wären.**

---

[202] Dieser Meinung sind auch *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 53.

Zentrale Voraussetzung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist demnach stets **kridaträchtiges Verhalten.** Dabei handelt kridaträchtig, wer entgegen den Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens

- einen bedeutenden Bestandteil seines **Vermögens zerstört,** beschädigt, unbrauchbar macht, verschleudert oder verschenkt;
- durch ein **außergewöhnlich gewagtes Geschäft,** das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt;
- **übermäßigen,** mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden **Aufwand** treibt;
- Geschäftsbücher oder **geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterlässt** oder so führt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt oder
- **Jahresabschlüsse,** zu deren Erstellung er verpflichtet ist, **zu erstellen unterlässt** oder auf eine solche Weise oder so spät erstellt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird.

Auf den ersten Blick scheint die Strafnorm jedoch nicht auf Gemeinden, sondern auf **Unternehmen des Privatrechts** zugeschnitten. So ist nach § 159 StGB auch nur strafbar, wer bei der Tatbegehung **Schuldner oder leitender Angestellter** des Schuldners ist. Die Definition des „leitenden Angestellten" findet sich in § 309 StGB. Deshalb ist auch das Verständnis des § 309 StGB des *„leitenden Angestellten einer juristischen Person"* entscheidend und nicht etwa das allgemeine Verständnis eines „leitenden Angestellten". Unter „leitenden Angestellten" versteht § 161 StGB „**Angestellte** *eines Unternehmens, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein* **maßgebender Einfluss zusteht**". Auch die Norm des § 161 StGB scheint daher dafür zu sprechen, dass Gemeinden bzw deren Organe nicht von § 159 StGB erfasst werden; daher bestenfalls Unternehmungen von Gemeinden in den Anwendungsbereich des § 159 StGB fallen könnten.[203]

Rebhahn/Strasser sind darüber hinausgehend der Auffassung, dass Gemeinden überhaupt nicht als Unternehmen im Sinn der vorzitierten Strafrechtsnormen zu qualifizieren sind, weil das den natürlichen Wortsinn überschreiten würde. Die Gebietskörperschaft sei primär nicht zur Erbringung wirtschaftlich werthafter Leistungen, sondern zur Mitgestaltung ihres Territoriums bestimmt. Daraus folgern sie, dass Gemeindefunktionäre nicht nach § 159 iVm § 161 StGB bestraft werden können, selbst wenn sie alle Tatbestandsmerkmale erfüllen würden.[204]

Unserer Auffassung hingegen ist die Strafrechtsnorm des **§ 159 StGB** uneingeschränkt auch **auf Gemeinden anwendbar,** wenngleich der Wortlaut auch für ein engerer Verständnis dieser Norm spricht. Bei teleologischer Interpretation ist jedoch nicht begründ-

---

[203] *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 87.
[204] *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 87.

bar, warum Gemeindefunktionäre nicht nach § 159 StGB zu bestrafen wären. Ist die Gemeinde bspw zahlungsunfähig und ist ihr kridaträchtiges Verhalten im Sinne des § 159 StGB vorwerfbar, welches zu einer Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen geführt hat, wäre nicht verständlich, warum ein Gemeindeorgan nicht nach § 159 StGB zu bestrafen wäre. Eine **Bevorzugung der Gemeinde** gegenüber Unternehmungen des Privatrechts ist sachlich **nicht begründbar.**

Bejaht man die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane nach §159 StGB, hat dies auch **schadenersatzrechtliche Konsequenzen.** Denn die Vorschrift des § 159 StGB, nach der der Beklagte rechtskräftig und für das Zivilgericht bindend verurteilt wurde, ist ein **Schutzgesetz** im Sinne des § 1311 ABGB **zugunsten der Gläubiger** (vgl OGH SZ 63/124; SZ 62/160; ecolex 1998, 772). Dies hätte zur Folge, dass geschädigte Gläubiger der Gemeinde „unmittelbar" das zuständige Gemeindeorgan aus einem aus § 159 StGB abgeleiteten **deliktischen Schadenersatzanspruch in Anspruch** nehmen können. Allein vor diesem Risiko ist die Gemeinde stets gut beraten, darauf zu achten, dass die Grundsätze des § 159 StGB bei der Haushaltsführung stets eingehalten werden. Im Besonderen sei nochmals darauf hingewiesen, dass **kridaträchtiges Handeln** bereits dann vorliegt, wenn die Gemeinde einen **Aufwand** treibt, die mit ihren **Vermögensverhältnissen** oder ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit **in auffallendem Widerspruch steht.** Entsteht einem Gläubiger daraus ein Schaden, ist das Risiko der persönlichen schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme der Gemeindefunktionäre evident.

Darüber hinaus darf das **Haftungsrisiko wegen Konkursverschleppung** (vgl in Grundzügen bereits oben) nicht unerwähnt bleiben; eine Haftung, die aus **§ 69 KO** abgeleitet wird. Auch § 69 KO wird nach der Judikatur als ein **Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger** eines insolventen Schuldners anerkannt. Konsequenz ist, dass die organschaftlichen Vertreter einer Gemeinde gem § 1311 ABGB iVm § 69 KO bei unterlassenem Konkursantrag, trotz Vorliegens von Konkursantragsgründen, für den eingetretenen Schaden zivilrechtlich verantwortlich sind. Dabei ist den **Altgläubigern** der juristischen Person bei schuldhafter Verzögerung der Antragsstellung für den **Quotenschaden** zu haften.[205] **Neugläubiger,** das sind Gläubiger, deren Forderung erst nach dem Zeitpunkt, ab dem die Antragsstellung auf Konkurseröffnung schuldhaft unterlassen wurde, entstanden sind, sind bei schuldhafter Konkursverschleppung überhaupt so zu stellen, als hätten sie mit der Gesellschaft nicht kontrahiert. Ihnen gebührt der somit der Ersatz des **Vertrauensschadens.**[206]

Es zeigt sich daher zusammengefasst, dass die in der Konkursordnung vorgesehenen Konkursantragspflichten auch von der Gemeinde ernst zu nehmen sind. Aufgrund der strengen Judikatur besteht auch für die Gemeindeorgane die Gefahr persönlich zivil-

---

[205] Das ist die Differenz dessen, was der Gläubiger bei rechtzeitiger Konkurseröffnung erhalten hätte (fiktive Quote bei rechtzeitiger Konkurseröffnung) und was er tatsächlich erhält (tatsächliche Quote aufgrund verspäteter Konkursantragstellung).

[206] *Mohr,* Konkursordnung[9] (2000) § 69.

rechtlich für den bei den Gläubigern entstandenen Schaden in Anspruch genommen zu werden.

7.4 Konsequenzen für die Gemeinde bei Einleitung eines Konkursverfahrens – Ablauf eines Konkursverfahrens in Grundzügen

§ 15 EO ist die zentrale Norm im Zusammenhang mit dem konkursunterworfenen Vermögen; im Folgenden wird dargestellt, **welches Vermögen konkursunterworfen** ist. Generell ist von § 1 KO auszugehen, wonach „*das gesamte, der* **Exekution unterworfene Vermögen,** *das dem Gemeinschuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Konkurses erlangt*" zur **Konkursmasse** gehört. Was jedoch der Exekution entzogen ist, fällt auch nicht in die Konkursmasse. Über diesen Teil des Vermögens kann der Gemeinschuldner uneingeschränkt verfügen.

Bei einem Gemeindekonkurs sind nun nicht nur die allgemeinen Vorschriften (siehe Kap 7.2), welche eine Exekutionsbefreiung verfügen, zu beachten, sondern auch drei weitere Sondervorschriften, die zu einer Schmälerung der Konkursmasse führen. Zentrale Norm ist **§ 15 EO,** der ergänzt wird durch **§ 28 EO** und **§ 16 Abs 2 F-VG.**

7.4.1 Konkursunterworfenes Vermögen bei Gemeinden – die Bedeutung des § 15 EO

7.4.1.1 Konkursfreies und konkursunterworfenes Vermögen

Das Gemeindevermögen unterliegt grundsätzlich auch der **Exekution,** allerdings ist diese nach § 15 EO **beschränkt.** Im Konkreten ordnet § 15 EO an, dass „*gegen eine Gemeinde oder gegen eine durch Ausspruch einer Verwaltungsbehörde als öffentlich und gemeinnützig erklärte Anstalt die Exekution zum Zwecke der Hereinbringung von Geldforderungen, falls es sich nicht um die Verwirklichung eines vertragsmäßigen Pfandrechts handelt, nur in Ansehung solcher Vermögensbestandteile bewilligt werden, welche ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinde oder jene Anstalt* **zu wahrenden öffentlichen Interessen** *zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden können. Zur Abgabe der Erklärung, inwieweit letzteres hinsichtlich bestimmter Vermögensbestandteile zutrifft, sind die staatlichen Verwaltungsbehörden berufen.*"

Sind nun bestimmte Vermögensbestandteile der Gemeinde für gewisse Aufgaben unentbehrlich (*Rebhahn/Strasser* nennen diese **„geschützte Aufgaben"**[207]), werden diese durch § 15 EO **von der Exekution ausgenommen,** mit der Folgewirkung, dass diese auch im Konkursverfahren nicht zur Verwertung zu Gunsten der Gläubiger zur Verfügung stehen (sog **konkursfreies Vermögen**). Sinn des § 15 EO ist zu verhindern, dass der Gemeinde Vermögen entzogen wird, das zur Erfüllung ihrer zwingenden hoheitlichen Aufgaben erforderlich ist. Aus dieser Bestimmung ist auch deutlich der Fortführungsgedanke zu erschließen.

---

[207] *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 43 f.

Vor dem Hintergrund, dass das konkursunterworfene Vermögen durch § 15 EO eingeschränkt wird, ergibt sich auch eine entsprechende **Einschränkung der Kompetenzen der Konkursorgane** (Konkursgericht, Masseverwalter). Die Tätigkeit der Konkursorgane beschränkt sich grundsätzlich auf das konkursunterworfene Vermögen, sodass gewährleistet ist, dass diese Organe **keinen Einfluss auf die Hoheitsverwaltung der Gemeinde** haben.[208] Eine andere Sichtweise wäre auch nicht mit der **Gewaltentrennung von Justiz und Verwaltung** in Einklang zu bringen; denn andernfalls würde man zulassen, dass die Justiz auf Verwaltungsbescheide Einfluss nehmen könnte. Gerade vor diesem Hintergrund haben auch die **Gemeindeorgane während eines Konkursverfahrens** uneingeschränkt die ihnen zugewiesenen **hoheitlichen Aufgaben wahrzunehmen.** Wie in Kap 5.2 aufgezeigt, empfiehlt sich im Zuge der Eröffnung eines Konkursverfahrens die Auflösung des Gemeinderats und die **Einsetzung eines Regierungskommissärs,** welcher die Amtsgeschäfte bis zur Wahl eines neuen Gemeinderats übernimmt.

7.4.1.2 Unterscheidung zwischen Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben

Welches Vermögen ist nun im Konkreten konkursunterworfen? *Rebhahn/Strasser* führen diesbezüglich aus, dass die Wortfolge des § 15 EO „durch die Gemeinde zu wahrende öffentliche Interessen" nahe legt, bei der Interpretation des § 15 EO die in der Gemeinderechtsdogmatik verankerte **Unterscheidung von Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben** heranzuziehen.

Leicht lässt sich diese Grenze zwischen Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben im Bereich der hoheitlichen Verwaltung der Gemeinde ziehen. Da sowohl der eigene als auch der übertragene Wirkungsbereich in diesen Fällen genau gesetzlich determiniert sind, lässt sich daher meist einfach sagen, ob der Gesetzgeber die Gemeinde zu einer bestimmten hoheitlichen Tätigkeit verpflichtet oder bloß ermächtigt hat. Sollten die Gemeinden zu hoheitlichen Tätigkeiten verpflichtet worden sein, handelt es sich dabei um Pflichtaufgaben.[209]

Nicht so leicht ist die Grenzziehung hingegen im Bereich der nicht-hoheitlichen Verwaltung. Von einer Pflichtaufgabe kann man nur dann sprechen, wenn das entsprechende Bundes- oder Landesgesetz die Gemeinde verpflichtet, eine Aufgabe mit nicht-hoheitlichen Mitteln zu erfüllen. Als Beispiel kann hier die landesgesetzlich normierte Pflicht zur Erhaltung von Straßen genannt werden (§ 39 LStVG[210]).[211]

Liegt daher eine konkrete Pflichtaufgabe vor, so handelt es sich um eine geschützte Aufgabe im Sinne des § 15 EO. Dabei zählt jedoch nicht nur der, für die Besorgung der konkreten Aufgabe erforderliche Sachaufwand zu den geschützten Aufgaben, sondern auch die Bereitstellung der allgemeinen personellen und sachlichen Voraussetzungen, also

---

208 *Fasching,* Konkurs 66 ff.
209 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 140.
210 Landesstraßenverwaltungsgesetz 1964 (BGBl 1964/154).
211 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 140.

Amtsgebäude und dessen Einrichtung, sonstiger Amtsaufwand, sowie der Personalaufwand.[212]

Der Kreis der Pflichtaufgaben ist, nach dem bisher Dargelegten, nur auf jene Fälle beschränkt in denen der Gemeinde die Pflicht durch ein Gesetz konkret auferlegt wird. Fraglich ist daher, ob es darüber hinaus nicht noch „Pflichtaufgaben in einem weiteren Sinne" gibt. Dabei ist vor allem an Aufgaben zu denken, die sich aus der allgemeinen Zwecksetzung einer Gemeinde im heutigen Staat ergeben. Denn die Gemeinde müsste auch dort, wo keine „gesetzlich obliegenden Aufgaben" im Sinne des Art 119 a B-VG vorliegen, im Interesse ihrer Bürger verpflichtet sein, bestimmte Aufgaben, vor allem der leistenden Verwaltung, zu übernehmen, um den Gemeindebürgern eine dem heutigen Kultur- und Zivilisationsstand entsprechende Grundlage und Umgebung ihrer Lebensführung zu geben.[213] Folgt man dieser Auffassung, muss man zwangsläufig zum Ergebnis gelangen, dass sich der Kreis der Pflichtaufgaben im weiteren Sinn nicht für jede Gemeinde abschließend festlegen lässt, da die Rahmenbedingungen in den einzelnen Gemeinden verschieden sind und die Gemeinden diesbezüglich außerdem ein Auswahlermessen haben (ob sie beispielsweise mehr kulturelle oder sportliche Einrichtungen schaffen wollen).[214]

Ob jedoch dieses weite Verständnis von Pflichtaufgaben auch in § 15 EO Deckung findet, ist fraglich und ist in der Literatur nicht hinreichend geklärt. Unseres Erachtens wird jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen sein, ob etwa die Errichtung und Führung von Kindergärten, Sportplätzen, Grünflächen oder Gemeindewohnungen von öffentlichem Interesse sind, welches von der Gemeinde zu wahren ist.

7.4.1.3 Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs – unterschiedliche Auslegung des § 15 EO?

Rebhahn/Strasser unterscheiden bei ihrer Auslegung des § 15 EO darüber hinaus auch, ob es sich um ein Konkursverfahren handelt oder bloß um eine Einzelzwangsvollstreckung. Nachdem die Einzelzwangsvollstreckung nur eine Gläubigerposition betrifft, wird man dort einen strengeren Maßstab des § 15 EO anzulegen haben, da hier entsprechende **Ausweichmöglichkeiten** bestehen.[215] Anders ist dies jedoch bei einem Konkursverfahren, entsprechende Ausweichmöglichkeiten bestehen hier nicht. Vielmehr ist die Masse so weit zu vergrößern, dass die Gläubiger bestmöglich befriedigt werden.

Beispiel: *Soweit zu sehen, werden die Gemeinden durch kein Gesetz speziell zum* **Bereitstellen von Erholungsflächen/Grünflächen** *berufen. Jedoch können, insb in stark besiedelten Gebieten oder Fremdenverkehrsgemeinden, solche Grünflächen wichtige Aufgaben der Gemeinde darstellen. Wenig Bedenken werden daher bei einer* **Einzelzwangsvollstreckung** *bestehen, diese*

---

212 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 140 f.
213 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 141 f.
214 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 141 f.
215 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 145 f.

Aufgabe zu den von § 15 EO geschützten zu zählen. Würde man hingegen auch bei einem Gemeindekonkurs sagen, dass die Bereitstellung von Grünflächen eine wichtige Gemeindeaufgabe darstellt, würde dies zu einem Ergebnis führen, dass weder sachlich angemessen ist, noch dem verfassungsrechtlichen **Schutz der Gläubigerposition** *gerecht werden könne.*[216]

7.4.1.4 § 15 EO im Zusammenhang mit Gemeindevermögen, öffentliches Gut und Gemeindegut

Wie schon in Kap 2.1.1 ff dargelegt, wird das Gemeindeeigentum in

- **Gemeindevermögen** (§ 288 zweiter Halbsatz ABGB),
- **Gemeindegut** (§ 288 erster Halbsatz)
- und **öffentliches Gut** (§ 287 Satz 2 ABGB)

eingeteilt. § 15 EO nimmt auf diese Einteilung jedoch keinen Bedacht.[217]

- Konkret sind all Sachen **Gemeindegut,** die nach der Landesverfassung zum **Gebrauche eines jeden Mitglieds einer Gemeinde** dienen;
- diejenigen Sachen, deren Einkünfte zur Bestreitung der Gemeindeauslagen bestimmt sind, sind das **Gemeindevermögen.**
- Sachen, die allen Mitgliedern des Staates zum Gebrauche zur Verfügung gestellt werden (etwa Landstraßen, Ströme, Flüsse, Seehäfen und Meeresufer) heißen **allgemeines oder öffentliches Gut.**

Nun stellt sich die Frage, inwieweit diese Differenzierung eine Auswirkung auf das konkursunterworfene Vermögen nach § 15 EO hat. Hinsichtlich des öffentlichen Gutes ist zunächst zu bemerken, dass die **Gemeinde über das öffentliche Gut privatrechtlich verfügen kann,** der Gemeingebrauch für sich also kein Verfügungshindernis ist und daher einer Exekution oder exekutiven oder konkursmäßigen Veräußerung grundsätzlich nichts entgegen steht. Der Erwerber, der im Rahmen einer Exekution bzw im Rahmen eines Konkursverfahrens erwirbt, müsste jedoch wohl den **Gemeingebrauch weiterhin dulden** (außer er war dem Erwerber weder aus dem Grundbuch noch aus den Versteigerungsbedingungen noch kraft eigenen Wissens bekannt oder hätte ihm bekannt sein müssen). Vor diesem Hintergrund wird dieses Vermögen wohl faktisch – wenngleich nicht rechtlich – einem Konkursverfahren entzogen sein, da **die Belastung des Gemeingebrauchs eine erhebliche Wertminderung bedeutet** und sich kaum ein Erwerber für dieses Vermögen finden wird.

Ähnlich wie bei öffentlichem Gut verhält es sich auch mit dem **Gemeindegut.** Auch das Gemeindegut ist nicht von vornherein den Beschränkungen des § 15 EO unterworfen. Das Gemeindegut könnte vom exekutiven Erwerber (oder vom Erwerber aus der Masse)

---

216 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 146 f.
217 *Fasching,* Konkurs 51 f.

jedoch ebenfalls **nur mit der Belastung der Nutzung durch die Berechtigten** erworben werden (außer er konnte dies weder aus dem Grundbuchsstand noch aus den Versteigerungsbedingungen ersehen und ist ohne Verschulden in Unkenntnis des Nutzungsrechts geblieben).

Zusammenfassend betrachtet hat daher die Differenzierung in öffentliches Gut oder Gemeindegut für die Beurteilung nach § 15 EO keine primäre Bedeutung, kann jedoch dazu führen, dass dieses Vermögen faktisch nicht verwertbar ist, da ein Erwerber die öffentlich-rechtlichen Belastungen gegen sich gelten lassen muss.[218]

7.4.1.5 Teilbefreiung

Wenn die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben ohne Beeinträchtigung durch andere Vermögensgegenstände sichergestellt werden kann, dann ist der Zugriff auch auf gleichartige oder entsprechende Gegenstände zuzulassen, die an und für sich für die Erfüllung dieser öffentlichen Aufgaben nicht notwendig sind.[219] Sinn und Zweck des § 15 EO ist eben, dass **nur jenes Vermögen nicht der Exekution** bzw einem Konkursverfahren **unterworfen** sein soll, welches **für die Ausübung der öffentlichen Aufgabe unentbehrlich** ist. Es spricht daher etwa nichts gegen die Vornahme von Maßnahmen im Zusammenhang mit Vermögen, welches grundsätzlich öffentlichen Aufgaben dient, wenn die Verwertung dieses Vermögens nicht zu einer Beeinträchtigung der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben führt.

Zu denken ist hier insb an die Anwendbarkeit der Grundsätze der **Austauschpfändung** nach § 251a EO. Danach kann eine unpfändbare Sache vorläufig gepfändet werden, wenn der Austausch durch ein Ersatzstück nach Lage der Verhältnisse angemessen ist, insb der **Verwertungserlös den Wert eines Ersatzstücks,** das dem geschützten Verwendungszweck genügt, **erheblich übersteigen** wird. Verfügt demnach die Gemeinde etwa über ein Schulgebäude, welches einen erheblichen Verkehrswert aufweist, dann wäre die Anwendung der Grundsätze des § 251 a EO denkbar, wenn ein geringerwertiges Ersatzgebäude vorhanden ist, welches als Schulgebäude dienen kann und somit **gewährleistet ist, dass die öffentliche Aufgabe** dadurch **nicht beeinträchtigt** wird.

Ist hingegen, für bestimmte öffentliche Aufgaben nur ein einziges unentbehrliches Objekt vorhanden, dann darf grundsätzlich die Exekution auf dieses auch dann nicht zugelassen werden, wenn nur ein Teil dieses Objekts benötigt wird, um die öffentliche Aufgabe zu erfüllen.[220]

Es wäre jedoch auch hier denkbar, eine Lösung zu finden, die **mit Sinn und Zweck des § 15 EO im Einklang** steht. So könnte die für die Beurteilung des konkursunterworfenen Vermögens nach § 15 EO zuständige Verwaltungsbehörde den in Betracht kommenden Vermögensgegenstand nur mit der Einschränkung für konkursunterworfen erklären, dass ein **Erwerber der** Gemeinde für die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe verpflich-

---

218 *Fasching,* Konkurs 53.
219 *Fasching,* Konkurs 57.
220 *Fasching,* Konkurs 57.

tend ein **unentziehbares Nutzungsrecht** einräumt. Der Masseverwalter darf dann den Vermögensgegenstand nur veräußern, wenn der Kaufinteressent der Gemeinde das Nutzungsrecht gleichzeitig mit dem Kauf vertraglich einräumt.[221]

7.4.1.6 Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen

Die öffentlichen Interessen werden nicht nur beeinträchtigt, wenn die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Gemeinde überhaupt ausgeschlossen wird, sondern **auch** dann, wenn sie **nur erschwert wird.** Diese Erschwerung kann etwa in einer **zeitlichen Verzögerung** der Aufgabenerfüllung oder in einem **erhöhten finanziellen oder personellen Aufwand** liegen. Hingegen reichen eine bloße Bequemlichkeit oder die Beeinträchtigung des traditionellen Handelns nicht aus.[222] Dabei muss aber immer eine **Abwägung** zwischen den **Gläubigerinteressen,** die einen Nachteil durch die Verweigerung des Zugriffs auf das Vermögen erfahren, und den für die **Gemeindeangehörigen eintretenden Beeinträchtigungen** vorgenommen werden. Denn auch diesen muss eine gewisse Beeinträchtigung zugemutet werden, um den Gläubigern zumindest etwas von ihren Forderungen einzubringen.

Hier muss auch festgehalten werden, dass der Vermögensgegenstand, für den § 15 EO in Anspruch genommen wird, zur Wahrung der **aktuellen öffentlichen Interessen** verwendet werden muss. Dh, dass ein bereits bestehendes öffentliches Interesse **gegenwärtig vorliegen** muss. Eine möglicherweise in Zukunft auftretende Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses – sofern dieses nicht bereits evident und hinreichend konkret ist – reicht nicht aus.

> ***Beispiel:*** *Fasching vertritt vor diesem Hintergrund auch die zutreffende Auffassung, dass demnach alle Liegenschaften, die zum Zweck künftiger, nicht über das bloße Planungsstadium hinausgehende Siedlungen oder Industrieansiedlungen, erworben wurden, in die Konkursmasse fallen.*[223]

7.4.1.7 Aufteilung des Vermögens in konkursfreies und -unterworfenes Vermögen

Beim Gemeindekonkurs reicht es **nicht aus,** nur das vorhandene Aktivvermögen zu beurteilen und in **konkursfreies und konkursunterworfenes Vermögen** aufzuteilen. Vielmehr müssen alle vermögensrechtliche Positionen der Gemeinde beurteilt und aufgeteilt werden. Daher sind **sowohl die privatrechtlichen als auch die öffentlichrechtlichen Schulden der Gemeinde aufzuteilen.** Denn wie sich schon an dem Beispiel der Steuerschuld zeigt, zählt die Erfüllung öffentlichrechtlicher Schulden keineswegs stets zu den sog „geschützten“ Aufgaben. Vielmehr sind diese regelmäßig ganz normale Konkursforderungen.[224]

---

221 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 175.
222 *Fasching,* Konkurs 58.
223 *Fasching,* Konkurs 58 f.
224 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 44.

Auch das erst nach Konkurseröffnung erworbene Gemeindevermögen unterliegt der Aufteilung.[225] Vor allem ist dies von Bedeutung, wenn die Gemeinde von anderen Gebietskörperschaften Geld erhält (zB **Ertragsanteile von Steuern**). Dieses Vermögen ist jedoch wiederum insoweit konkursfrei, als es zur Erfüllung geschützter Aufgaben erforderlich ist.

7.4.1.8 Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde

Zur **Entscheidung** darüber, welches Vermögen entsprechend § 15 EO konkursfreies und welches konkursunterworfenes ist, ist nicht das Konkursgericht, sondern die **Verwaltungsbehörde** – dies ist in aller Regel[226] die **Bezirksverwaltungsbehörde in mittelbarer Bundesverwaltung** (§ 5 der V RGBl 153/1897)[227] – berufen (§ 15 letzter Satz EO). Der Landeshauptmann ist in Städten mit eigenem Statut zuständig.[228]

Die **Vorschriften des AVG** sind auf das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde anzuwenden. Unabhängig davon, wer die Anfrage erhoben hat, sind die betroffene Gemeinde bzw Anstalt und der (betreibende) Gläubiger **Parteien des Verfahrens**. Das Rechtsmittel der Berufung steht demnach sämtlichen am Verfahren beteiligten Parteien offen.[229] In dem von der zuständigen Verwaltungsbehörde zu erlassenden **Bescheid** hat die Behörde die **Vermögensgegenstände,** die der **Exekution unterworfen** sind und damit zur Konkursmasse gehören, im **Einzelnen** genau zu **bezeichnen.**

Die Erklärung der Verwaltungsbehörde erfolgt auf Anfrage des Gerichts, der Gemeinde oder eines Gläubigers, der im Besitz eines gegen die Gemeinde gerichteten Exekutionstitels ist.[230] Diese können, schon vor der Anbringung des Exekutionsantrags, wenn für diese Geldforderung ein Exekutionstitel vorliegt, eine **Erklärung über den Umfang der einer Exekution unterliegenden Vermögensbestandteile** der Gemeinde begehren. Da die Bewilligung der Exekution gemäß § 15 EO nur auf solche Vermögensobjekte von für zulässig erklärt wird, welche ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinde zu wahrenden öffentlichen Interessen in Exekution gezogen werden können, muss die Erklärung der Verwaltungsbehörde über die Zulässigkeit der Exekution **bereits im Zeitpunkt der Exekutionsbewilligung dem Gericht vorliegen.**[231]

---

225 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 44.

226 Bei Exekutionen gegen eine Stadt mit eigenem Statut und bei Anstalten, die sich im Gebiet einer solchen Stadt befinden, ist in erster Instanz der Landeshauptmann zuständig. Nächste Instanz ist der Bundesminister für Inneres. Der Magistrat als Bezirksverwaltungsbehörde ist in Wien in erster Instanz zuständig. Zweite Instanz ist der Landeshauptmann. (*Angst,* Kommentar zur Exekutionsordnung [2002] § 15 Rz 15.)

227 Hierbei handelt es sich um eine Verordnung des Justizministers betreffend die Exekution gegen Gemeinden und gegen als öffentlich und gemeinnützige erklärte Anstalten vom 6. 5. 1897, deren Geltung heute noch allgemein bejaht wird, vgl dazu *Neuhofer,* Gemeinderecht[2] 484.

228 *Jakusch* in *Angst,* EO § 15 Rz 15.

229 *Jakusch* in *Angst,* EO § 15 Rz 15

230 § 6 der VO vom 6. 5. 1897 betreffend die Exekution gegen Gemeinden und gegen als öffentlich und gemeinnützig erklärte Anstalten (RGBl 1897/153).

231 *Jakusch* in *Angst,* EO § 15 Rz 11; OGH 3 Ob 77/92.

7.4.1.9 Verfügungsbeschränkung

Die Gemeinde wird von der Verfügungsbeschränkung des § 1 KO **nur** in **Ansehung** des zur **Masse gehörenden Vermögens** betroffen. Über dieses kann von den Gemeindeorganen daher **keine wirksame Verfügung** mehr getroffen werden. Hingegen wird die **öffentlich-rechtliche Funktion der Gemeinde und ihrer Organe** nicht beeinträchtigt. Denn alle dem öffentlichen Recht zuzurechnenden Tätigkeiten sind von der Gemeinde weiterhin durchzuführen. Außerdem kann die Gemeinde trotz Konkurses alle diejenigen privatrechtlichen Handlungen rechtswirksam vornehmen, die im Zug der Verwaltung, Erhaltung oder Beschaffung desjenigen **Vermögens** notwendig sind, welches zur **Wahrung des öffentlichen Interesses** (§ 15 EO) **benötigt** wird. Darunter fallen eben alle diejenigen Tätigkeiten, die nicht ausdrücklich durch den Bescheid der Verwaltungsbehörde dem Massevermögen zugeordnet sind.

> ***Beispiele:*** *Notwendige Anschaffungen für die Schulerhaltung sind, trotz laufenden Konkurses, weiterhin von den Gemeindeorganen vorzunehmen und auch rechtswirksam. Das gilt ebenso für Werkverträge zur Reparatur von Gemeindestraßen und -brücken, oder für den Abschluss oder die Auflösung von Dienstverträgen mit Personen, die als „Gemeindediener" Vertragsangestellte der Gemeinde zur Besorgung öffentlich-rechtlicher Aufgaben sind.*[232]

Daraus folgt, dass die **Verwaltungsbehörde** ihre Tätigkeit nicht mit der Feststellung des Massevermögens mit der Konkurseröffnung beendet, sondern **auch im Laufe des Konkursverfahrens weiterhin in Anspruch genommen werden muss,** wenn eine Rechtshandlung zu setzen ist, die nicht bereits auf Grund es ersten oder eines späteren Zuordnungsbescheids der Verwaltungsbehörde eindeutig nur das Massevermögen allein betrifft. Der Verwaltungsbehörde kommt daher während des ganzen Konkursverfahrens eine große Bedeutung zu, da sie während dessen den Umfang der Konkursmasse zu bestimmen und dabei den jeweiligen Erfordernissen anzupassen hat.

7.4.1.10 Befugnisse des Masseverwalters

Bezüglich des Vermögens, welches durch Bescheid der Konkursmasse zugeordnet wird, kommen dem Masseverwalter die gleichen Befugnisse zu, wie in einem gewöhnlichen Konkursverfahren. **Begrenzt** durch den **Konkurszweck** gehen alle **Eigentums- und Verfügungsbefugnisse** der Gemeinde bzw ihrer Organe **auf ihn über.** Über diese Masse steht den Organen nach der Konkurseröffnung daher keinerlei Dispositionsbefugnis mehr zu und der **Aufgabenbereich des Masseverwalters** besteht damit – über diesen Teil der Masse – aus der **Beschlusskompetenz des Gemeinderats** und aus der **Vertretungskompetenz des Bürgermeisters.**

---

[232] *Fasching,* Konkurs 68.

Beispiel: *Wenn zum Massevermögen beispielsweise ein gemeindeeigenes Bauunternehmen (ohne eigenen Rechtspersönlichkeit) gehört, dann obliegt der Abschluss von Kauf-, Lieferungs-, Bau- und Werkverträgen ebenso dem Masseverwalter wie der Abschluss und die Auflösung von Dienstverträgen der dort beschäftigen Dienstnehmer.*[233] *Das eben Gesagte gilt auch für Kreditaufnahmen, Veräußerungen oder Auflösungen des Unternehmens. Die Gemeinde und ihre Organe können auf keine dieser Rechtshandlungen rechtlichen Einfluss mehr nehmen.*

7.4.1.11 Vertragsmäßiges Pfandrecht

Diese Bestimmung des § 15 EO gilt nicht, wenn die Exekution zur **„Verwirklichung eines vertragsmäßigen Pfandrechts“** dient. Das bedeutet, dass diese vertraglich verpfändeten Gegenstände im Konkurs über Gemeindevermögen zur **Absonderungsmasse** gehören.[234] Absonderungsgläubiger sind gem § 48 Abs 1 KO Gläubiger, die einen Anspruch auf bevorzugte Befriedigung aus bestimmten Sachen des Gemeinschuldners haben. Diese Sachen gehören zwar zur Konkursmasse, bilden jedoch eine **Sondermasse,** aus der zunächst die Absonderungsgläubiger befriedigt werden. Sollte danach ein Rest verbleiben, fließt dieser in die Konkursmasse. Dabei wird **keine Rücksicht** darauf genommen, ob der **veräußerte Gegenstand** (wenn das Pfandrecht nicht bestanden hätte) den **Schutz des § 15 EO** genossen hätte oder nicht, da ja mit der erfolgten Veräußerung die Einsatzmöglichkeit für öffentliche Interessen weggefallen ist.[235] Sollte er mit seiner Forderung nicht voll Deckung finden, ist er mit dem Ausfall wie jeder andere Konkursgläubiger mit einer Quote (von seinem Ausfall) zu befriedigen.

Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass es bei der Verwirklichung eines vertragsmäßigen Pfandrechts, der Exekutionsschutz einen weitgehend dispositiven Charakter hat. In aller Regel **bedarf die Verpfändung von Kommunalvermögen** nämlich der **Genehmigung der Aufsichtsbehörde.**[236]

Bemerkt und hervorgehoben sei an dieser Stelle, dass die Exekutionsbeschränkung des § 15 EO nur hinsichtlich der Exekution auf Grund von Geldforderungen gilt. Wenn demnach gegen eine Gemeinde Exekution zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen, zB zur Herausgabe oder Leistung von beweglichen Sachen, zur Räumung von Liegenschaften udgl geführt wird, gilt diese Exekutionsbeschränkung nicht.[237]

7.4.1.12 Weitere Exekutionsbeschränkungen neben § 15 EO

Wenngleich § 15 EO sicherlich die zentrale Norm hinsichtlich der Exekutionsbeschränkungen von Gemeindevermögen ist, dürfen auch andere **Exekutionsbeschränkungen**

---

233 *Fasching,* Konkurs 70 f.
234 *Fasching,* Konkurs 59.
235 *Fasching,* Konkurs 60.
236 *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung 122.
237 *Neumann/Lichtblau,* Kommentar zur Exekutionsordnung[4] neubearb von *Heller/Berger/Stix* (1969) § 15 EO.

nicht unerwähnt bleiben; so etwa § 28 EO. In § 28 EO wird eine weitere Exekutionsbeschränkung für das Eigentum einer unter staatlicher Aufsicht stehenden, dem öffentlichen Verkehr dienenden Anstalt verfügt. Nach dieser Bestimmung dürfen **Exekutionsakte nur im Einvernehmen mit der Aufsichtsbehörde** gesetzt werden, wenn diese geeignet wären, die Aufrechterhaltung des öffentlichen Verkehrs zu stören. Daher hat aufgrund des § 28 EO auch die Aufsichtsbehörde – wenngleich in eingeschränktem Maße – die Möglichkeit Exekutionsmaßnahmen gegenüber einer Gemeinde abzuwehren.

Auch im F-VG befindet sich eine Exekutionsbeschränkung. Nach § 16 Abs 2 F-VG ist eine **Abtretung oder Verpfändung von Abgabenrechten, Abgabenertragsanteilen** und **vermögensrechtlichen Ansprüchen,** die den Gebietskörperschaften mit Ausnahme der Länder, der Landeshauptstädte und der Städte mit eigenem Statut **auf Grund des Finanzausgleichs** gegen den Bund oder andere Gebietskörperschaften zustehen, **unzulässig.** Das bedeutet, dass eine Zwangsvollstreckung auf solche Rechte und Ansprüche nicht stattfindet. Auf Antrag der Landesregierung kann das BMF jedoch Ausnahmen von diesem Verbot bewilligen.

7.4.2 Die Auswirkungen eines Insolvenzverfahrens auf die verschiedenen Gläubiger der Gemeinde

Beginnend soll die besondere Problematik der bestehenden zweiseitigen Rechtsgeschäfte zwischen Gemeinden und Dritten erörtert werden, wie zB **Dienstverträge oder Werkverträge.** Hier stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Eröffnung eines Konkursverfahrens auf diese Verträge hat.

Auch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, insb bei Dauerschuldverhältnissen, erfolgt die Aufteilung danach, **ob die Leistung, die der Gemeinde geschuldet wird, zur Erfüllung geschützter Aufgaben erforderlich ist oder nicht.** Sollten diese Rechtsgeschäfte zur Erfüllung geschützter Aufgaben erforderlich sein, so werden sie von einem Konkursverfahren der Gemeinde nicht erfasst. Fallen zweiseitige Verträge in den Schutzbereich des § 15 EO, dann hat der Masseverwalter etwa **nicht die Kompetenz,** in Anwendung konkursrechtlicher Bestimmungen diese **Verträge vorzeitig zu lösen.**

Schuldet hingegen die Gemeinde bloß noch das Entgelt für einen zweiseitigen Vertrag, der vom Vertragspartner schon vor der Konkurseröffnung erfüllt worden ist, hat dieser Gläubiger **nur eine bloße Konkursforderung** und kann sich **nicht darauf berufen,** dass dieser Vertrag für die Gemeinde ein Vertrag ist, der den **öffentlichen Aufgaben dient.** Denn der Gläubiger ist nicht Schutzobjekt des § 15 EO und kann sich daher nicht auf diese Bestimmung berufen.[238]

Fällt ein zweiseitiger Vertrag nicht in den Schutzbereich des § 15 EO, stellen sich regelmäßig Fragen der Kompetenzen des Masseverwalters im Zusammenhang mit solchen Verträgen. Überblicksartig sollen in diesem Zusammenhang die wesentlichen Kompetenzen des Masseverwalters nach allgemeinem Konkursrecht dargestellt werden; zum

[238] *Rebhahn/Strasser,* Zwangsvollstreckung, 44.

Teil werden die einzelnen Tatbestände – bezogen auf die Gemeinde – noch im Detail erörtert. Die zentralen Normen finden sich diesbezüglich in den §§ 21 ff KO.

So regelt § 21 KO den Fall, dass der Gemeinschuldner Partei eines **zweiseitigen Vertrags** ist, welcher zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung von ihm und dem anderen **Teil noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt** ist. Muss der Vertragspartner des Gemeinschuldners seine **Leistung noch erbringen,** so stellt seine Gegenforderung eine **Masseforderung** dar, welche demnach voll und nicht bloß im Umfang der Quote zu erfüllen ist. Der Masseverwalter hat jedoch bei zweiseitig noch nicht oder noch nicht zur Gänze erfüllter Verträge ein **Wahlrecht,** ob er an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag **voll erfüllen** und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag **zurücktreten** will. Tritt der Masseverwalter vom Vertrag zurück, so entfällt die Pflicht beider Teile zur (weiteren) Erfüllung des Vertrags. Der andere Teil kann in diesem Fall den durch den Rücktritt **entstandenen Schaden als Konkursforderung** geltend machen.

Handelt es sich bei den zweiseitigen Verträgen um **Bestandsverträge,** sind die §§ 23 und 24 KO – als gegenüber § 21 KO speziellere Normen – zu beachten. Ein konkursspezifisches **Beendigungsrecht** besteht hier lediglich bei **Insolvenz des Bestandnehmers.** Hier besteht eine besondere Kündigungsmöglichkeit, die beiden Parteien eingeräumt ist. Einzuhalten ist im Konkreten die gesetzliche Kündigungsfrist, sofern die vertragliche Kündigungsfrist kürzer ist, diese.

Handelt es sich bei den zweiseitigen Verträgen um **Arbeitsverträge,** ist die speziellere Bestimmung des § 25 KO anzuwenden. Nach dieser Bestimmung besteht sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer ein **begünstigtes Kündigungsrecht** (siehe im Detail Kap 7.4.3.1). Die Erleichterung für den Masseverwalter besteht darin, dass er Dienstverhältnisse unter Einhaltung der bloß gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder zulässiger Weise kürzer vereinbarten Kündigungsfrist beenden kann. Die Arbeitnehmer haben gemäß § 25 KO ein fristloses Austrittsrecht; diese haben überhaupt keine Kündigungsfrist einzuhalten.

7.4.2.1 Insolvenz als Sanierungsmaßnahme?

Auch für Gemeinden besteht grundsätzlich die Möglichkeit, ein Konkursverfahren durch einen **Zwangsausgleich** zu beenden und kann daher das Insolvenzverfahren dazu dienen, die Gemeinde zu entschulden, ohne befürchten zu müssen, dass der Gemeinde – wegen § 15 EO – Vermögen entzogen wird, das für die Durchführung öffentlicher Aufgaben unentbehrlich ist. Denn die Wirkungen des § 15 EO erstrecken sich auch auf das Zwangsausgleichsverfahren, weshalb für die **Erfüllung der Zwangsausgleichsquote** auch nur das **konkursunterworfene Vermögen herangezogen** wird. Hat die Gemeinde das Insolvenzverfahren mit einem Zwangsausgleich beendet und hat sie darauf hin die Zwangsausgleichsquote erfüllt, treten die Wirkungen des Zwangsausgleichs endgültig ein und wird die Gemeinde von ihren restlichen Verbindlichkeiten befreit **(Restschuldbefreiung).** Der Zwangsausgleich scheint demnach ein attraktives Mittel, um die Sanierung der Gemeinde herbeizuführen.

7.4.3 Die Stellung der Gemeindebediensteten in der Insolvenz

7.4.3.1 Arbeitsverträge im Konkurs (§ 25 KO)

Zunächst ist auf die grundsätzlich Bestimmung des § 25 KO idgF einzugehen:

(1) Ist der Gemeinschuldner Arbeitgeber und ist das Arbeitsverhältnis bereits angetreten worden, so kann es

1. im Schuldenregulierungsverfahren innerhalb eines Monats nach Konkurseröffnung,

2. sonst innerhalb eines Monats nach

*a) öffentlicher Bekanntmachung des Beschlusses, mit dem die **Schließung des Unternehmens oder eines Unternehmensbereichs** angeordnet, bewilligt oder festgestellt wird, oder*

*b) der Berichtstagsatzung, es sei denn, das Gericht hat dort die **Fortführung des Unternehmens auf einstweilen unbestimmte Zeit** beschlossen, vom Arbeitnehmer durch vorzeitigen Austritt, wobei die Konkurseröffnung als wichtiger Grund gilt, und **vom Masseverwalter unter Einhaltung der gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder der zulässigerweise vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist** unter Bedachtnahme auf die gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen gelöst werden.*

*(1 a) Bei Arbeitnehmern mit **besonderem gesetzlichem Kündigungsschutz** ist die Frist des Abs 1 gewahrt, wenn die Klage bzw der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung durch den Masseverwalter fristgerecht eingebracht worden ist. Gleiches gilt auch für die Anzeigeverpflichtung nach § 45a AMFG.*

*(1 b) Wurde nicht die **Schließung** des gesamten Unternehmens, sondern nur **eines Unternehmensbereichs** angeordnet, bewilligt oder festgestellt, so stehen das Austrittsrecht und das Kündigungsrecht nach Abs 1 nur den Arbeitnehmern bzw nur in Bezug auf die Arbeitnehmer zu, die in dem betroffenen Unternehmensbereich beschäftigt sind. Hat das Gericht in der Berichtstagsatzung die **Fortführung des Unternehmens auf einstweilen unbestimmte Zeit** beschlossen, so kann der Masseverwalter nur Arbeitnehmer, die in **einzuschränkenden Bereichen** beschäftigt sind, innerhalb eines Monats nach der Berichtstagsatzung nach Abs 1 kündigen.*

(2) Wird das Arbeitsverhältnis nach Abs 1 gelöst, so kann der Arbeitnehmer den Ersatz des verursachten Schadens als Konkursforderung verlangen.

(3) Bestimmungen besonderer Gesetze über den Einfluss der Konkurseröffnung auf das Arbeitsverhältnis bleiben unberührt.

Nach Abs 1 dieser Bestimmung kann, wenn der Gemeinschuldner Arbeitgeber ist, ein Arbeitsvertrag gem Z 1 im Schuldenregulierungsverfahren innerhalb eines Monats nach Konkurseröffnung, gem Z 2 sonst innerhalb eines Monats nach lit a) öffentlicher Bekanntmachung des Beschlusses, mit dem die Schließung des Unternehmens oder eines Unternehmensbereichs angeordnet, bewilligt oder festgestellt wird, oder nach lit b) der Berichtstagsatzung, es sei denn, das Gericht hat dort die Fortführung des Unternehmens auf einstweilen unbestimmte Zeit beschlossen, **vom Arbeitnehmer durch vorzeitigen**

Austritt, wobei die Konkurseröffnung als wichtiger Grund gilt, und **vom Masseverwalter** unter Einhaltung der gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder der zulässigerweise vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist unter Bedachtnahme auf die gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen **gelöst werden.**

Die „normalen" Beendigungsmöglichkeiten nach dem Arbeitsrecht bleiben neben diesen besonderen konkursrechtlichen Beendigungstatbeständen freilich bestehen. Der Arbeitnehmer kann daher zB den vorzeitigen **Austritt wegen Vorenthalten des Entgelts geltend machen,** wenn der Masseverwalter das laufende Entgelt nach Konkurseröffnung nicht bezahlt.[239]

Die besondere konkursrechtliche Begünstigung im Hinblick auf die Beendigung liegt vor allem in dem Bestehen einer **zeitlichen Erleichterung** (die Beendigung kann schneller erfolgen) und in der **Qualifikation der Beendigungsansprüche (zB von Abfertigungen) als Konkursforderungen.** Dies führt dazu, dass die Auflösung gem § 25 KO die Konkursmasse weniger belastet (und diesbezüglich auch die **Restschuldbefreiung durch den Zwangsausgleich** möglich ist).

Gem § 25 KO hat der Arbeitsnehmer ein fristloses Austrittsrecht. Dh sobald der Austritt erklärt wird, ist das Arbeitsverhältnis beendet und es bedarf daher auch keiner Kündigungsfrist. Folge dieses berechtigten Austritts ist die Wahrung sämtlicher Beendigungsansprüche. Folgende **Ansprüche** resultieren aus der Beendigung des Arbeitnehmers:

- ► Sämtliche Beendigungsansprüche aus einer Auflösung nach § 25 KO sind gem § 51 Abs 2 Z 2 lit a KO **Konkursforderungen.**
- ► Der Arbeitnehmer kann den **Ersatz des durch die Beendigung verursachten Schadens gem § 25 Abs 2 KO als Konkursforderung** verlangen. Dies gilt sowohl bei Kündigung durch den Masseverwalter als auch beim Austritt des Arbeitnehmers. Es soll damit verhindert werden, dass dem Arbeitnehmer aus der konkursbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Schaden erwächst. Der Arbeitnehmer ist so zu stellen, als ob er außerhalb des Konkursverfahrens vom Arbeitgeber ordnungsgemäß unter Einhaltung der Kündigungsfrist und des Kündigungstermins gekündigt worden wäre.

Kein Austrittsrecht besteht für Arbeitnehmer allerdings, wenn in der Berichtstagsatzung die **Fortführung des Unternehmens auf einstweilen unbestimmte Zeit** beschlossen wird, weil ein Zwangsausgleich voraussichtlich erfüllbar ist und dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger entspricht.[240]

Festzuhalten ist allerdings, dass der **Konkurs über das Vermögen einer Gemeinde** niemals zur Auflösung der Gemeinde selbst führen kann, es sich sohin immer um **Teilkonkurse handelt.** Zu berücksichtigen ist dabei, dass gem § 25 Abs 1b KO, wenn nicht

---

[239] Zu beachten ist allerdings, dass sich der Arbeitnehmer nicht auf diesen Austrittsgrund (§ 26 Z 2 AngG) berufen kann, wenn das Arbeitsentgelt vor Konkurseröffnung nicht bezahlt wurde.

[240] ErläutRV IRÄG 1997, 734 BlgNr 20. GP 36.

die **Schließung** des gesamten Unternehmens, sondern **nur eines Unternehmensbereichs** angeordnet, bewilligt oder festgestellt wurde, das Austrittsrecht und das Kündigungsrecht nach Abs 1 **nur den Arbeitnehmern** bzw nur in Bezug auf die Arbeitnehmer zusteht, die **in dem betroffenen Unternehmensbereich beschäftigt** sind.

Daraus ergibt sich auch, dass **im Fall des Beschlusses auf unbefristete Fortführung keine begünstigten Lösungsrechte** zustehen. Hat das Gericht in der Berichtstagsatzung die Fortführung des Unternehmens auf einstweilen unbestimmte Zeit beschlossen, so kann der Masseverwalter ausnahmsweise nur Arbeitnehmer, **die in einzuschränkenden Bereichen** beschäftigt sind, innerhalb eines Monats nach der Berichtstagsatzung nach Abs 1 kündigen. Dazu muss allerdings festgehalten werden, dass der Masseverwalter dabei Überkapazitäten abbauen kann, jedoch darf er nicht alle Arbeitnehmer eines Teilbereichs kündigen; dies setzt einen **Teilschließungsbeschluss** voraus.[241]

Aus der gesetzlichen Bestimmung ist klar ersichtlich, dass das **Austrittsrecht bzw Kündigungsrecht flexibel auf das Unternehmensschicksal abgestimmt** ist. Solange das Unternehmen fortführbar ist, können Arbeitsverhältnisse gar nicht oder nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beendet werden. Wenn allerdings die Unternehmensschließung erfolgen muss, so soll die **masseschonende Beendigung nach § 25 KO** und damit die Einordnung der Ansprüche der Arbeitnehmer als Konkursforderung erfolgen. Damit soll auch das Risiko des Weiterbetriebs nicht einseitig auf die Konkursgläubiger überwälzt werden.[242]

Wesentlich ist, dass **Unternehmensbereiche der Gemeinde, welche hoheitliche Aufgaben wahrnehmen,** in Hinsicht auf § 15 EO **nicht geschlossen werden** können. In diesen Bereichen werden überwiegend die Beamten der Gemeinde eingesetzt sein, jedoch bestimmt nicht alle, sodass im weiteren die Frage zu prüfen ist, ob § 25 KO auch gegenüber Beamten zur Anwendung kommen kann, welche in Unternehmensbereichen eingesetzt sind, die konkursunterworfen sind. Im vorliegendem Zusammenhang interessiert daher vorwiegend die Kündigungsmöglichkeit des Masseverwalters im möglichen Konkurs einer Gemeinde.

7.4.3.2 Befugnisse des Masseverwalters einer Gemeinde im Zusammenhang mit § 25 KO

Wie unter Kap 7.4.1.10 bereits erläutert, sind die Verwaltungsbefugnisse des Masseverwalters mit dem zur Masse gehörenden Vermögen, darunter fallen Rechte, Verpflichtungen und auch Personalangelegenheiten, begrenzt. **Die öffentlich-rechtlichen Funktionen der Gemeinde** und deren Organe **darf der Masseverwalter nicht wahrnehmen** und bleiben diesen weiterhin zugeordnet; der Masseverwalter erhält diesbezüglich keine Amtsbefugnis. Die öffentlich-rechtlichen Funktionen und Tätigkeiten der Gemeinde müssen weiterhin von dieser vorgenommen werden.[243]

---

241 ErläutRV IRÄG 1997, 734 BlgNr 20. GP 37.
242 8 ObA 126/02 s.
243 *Fasching,* Konkurs 67 f.

Nunmehr muss jedoch beachtet werden, dass die Bediensteten einer Gemeinde aufgrund **unterschiedlicher Rechtsgrundlagen** bzw Dienstverträge (Beamte, Vertragsbedienstete nach öffentlichem Dienstrecht oder Angestellte und Arbeiter nach privatem Arbeitsrecht) ihre Dienste verrichten und ihre Tätigkeit einerseits aus hoheitlichem und andererseits aus privatwirtschaftlichem Handeln besteht; dies oft zu unterschiedlichen Anteilen. Daraus folgt, dass sich die Befugnisse des Masseverwalters gem § 25 KO erst aus den Rechtsgrundlagen der Dienstverhältnisse bzw im weiteren auch dem Organisationsgefüge der Gemeinde und deren öffentlich-rechtlicher Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben. Dazu ist vorerst auf die Rechtsgrundlagen der Dienstverhältnisse bei einer Gemeinde – am Beispiel der Steiermark – einzugehen:

7.4.3.3 Beamte in steirischen Gemeinden

Die Dienstverhältnisse von Beamten, dh öffentlich-rechtliche Bedienstete, in steirischen Gemeinden bestimmen sich nach dem **Gemeindebedienstetengesetz 1957 (GBG)**[244], ausgenommen die Städte mit eigenem Statut.[245]

Das **Dienstverhältnis von Beamten** allgemein wird nicht durch privatrechtlichen Vertrag, sondern durch den **Hoheitsakt der Ernennung** begründet. Die Ernennung erfolgt wiederum durch **Bescheid.** Problematisch im konkreten Zusammenhang ist, dass das Dienstverhältnis von Beamten eines „auf Lebenszeit" ist und nicht durch Pensionsantritt endet, sondern nach Übertritt bzw Versetzung in den Ruhestand fortbesteht. Das Dienstverhältnis eines Beamten kann darüber hinaus auf Antrag **definitiv** gestellt werden, was dazu führt, dass ein solches **Dienstverhältnis unkündbar** wird.

Das **Beamtendienstverhältnis** kann generell **nur aufgelöst** werden, wenn **gewisse Voraussetzungen** vorliegen:

- ► durch den Tod des Beamten;
- ► durch seinen Austritt (Dienstentsagung);
- ► Verlust der österr Staatsbürgerschaft (wenn er nicht die Staatsangehörigkeit eines EU-Staates hat);
- ► durch Entlassung (auf Grund eines rechtskräftigen Disziplinarerkenntnisses) und
- ► durch Kündigung des provisorischen Dienstverhältnisses.

Es ergibt sich jedoch aus keinem Gesetz, dass eine Auflösung des Dienstverhältnisses auch stattfindet, wenn über eine Gemeinde das Konkursverfahren eröffnet wird. Beamte haben daher im Vergleich zu Vertragsbediensteten bzw Angestellten des Privatrechts einen erhöhten Bestandsschutz und es ist fraglich, ob das Beamtendienstverhältnis auch in Hinsicht auf den **verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz bzw auch Eigentumsschutz** im Zusammenhang mit einem Konkurs überhaupt gekündigt werden kann.

---

[244] LGBl 1957/34.
[245] Dienst- und Gehaltsordnung der Beamten der Landeshauptstadt Graz 1956, LGBl 1957/30.

7. Insolvenzantrag als ultima ratio

Im Zusammenhang mit Ausgliederungen hat sich der VfGH bereits öfters mit dieser Problematik auseinandergesetzt und ist zu dem Schluss gekommen, dass die Auflösung eines Beamtendienstverhältnisses wie auch die Umwandlung in ein privatrechtliches Dienstverhältnis nicht in Betracht kommt, sondern ein **Wechsel in ein privatrechtliches Dienstverhältnis** nur **durch Karenzierung** des Beamtendienstverhältnisses mit jederzeitigem und unbedingten Rückkehrrecht des Beamten in sein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zulässig ist. Anders ist dies allerdings bei noch provisorischen Beamtendienstverhältnissen, bei welchen eine Kündigung möglich ist.[246]

Festzuhalten ist, dass sich kein Gerichtshof bisher mit der Frage befasst hat, ob auf Beamtendienstverhältnisse § 25 KO Anwendung finden kann. Die Literatur hat sich – soweit ersichtlich – mit dieser Frage ebenso wenig auseinandergesetzt. Dennoch kann mE auch unter Heranziehung der obigen Ausführungen zur Ausgliederung ein Masseverwalter keinesfalls dazu befugt sein, Beamtendienstverhältnisse gem § 25 KO zu beenden. Eine analoge Anwendung von § 25 Abs 1 a KO bezüglich Arbeitnehmern mit besonderem Kündigungsschutz kann nicht stattfinden, da eine „Zustimmung zur Kündigung" oder ein auch nur annähernd vergleichbarer Tatbestand in öffentlichen Dienstgesetzen de lege lata nicht vorgesehen ist.

Lediglich denkbar ist eine diesbezügliche **analoge Anwendung** bzw Interpretation der **Bestimmungen über die Versetzung in den zeitlichen Ruhestand** zB nach § 63 Abs 1 a GBG, wonach ein öffentlich-rechtlicher Bediensteter in den zeitlichen Ruhestand zu versetzen ist, wenn seine Dienstleistung durch Veränderung in der Organisation des Dienstes oder durch bleibende Verringerung der Geschäfte entbehrlich wird und er nicht anderweitig verwendet werden kann.

Nach § 64 Abs 2 GBG kann ein öffentlich-rechtlicher Bediensteter, der nach § 63 Abs 1 lit a GBG in den zeitlichen Ruhestand versetzt wurde, nur unter der **Voraussetzung wieder in den Dienst gestellt** werden, dass seine **Wiederverwendung für mindestens ein Jahr gewährleistet** erscheint. Wird der öffentlich Bedienstete **binnen 3 Jahren nicht wieder verwendet,** so ist er in den **dauernden Ruhestand** zu versetzen (§ 64 Abs 3 GBG). Der Vorteil für die Konkursmasse ist fraglich, da § 63 Abs 4 GBG bestimmt, dass während des zeitlichen Ruhestands der öffentlich-rechtliche Bedienstete von der Anstellungsgemeinde Bezüge in der Höhe des Ruhegenusses erhält.

Gem § 68 Abs 1 finden für die Pensionsansprüche der öffentlich-rechtlichen Bediensteten, ihrer Hinterbliebenen und Angehörigen die Bestimmungen des **Pensionsgesetzes 1965**[247] sinngemäß Anwendung. Nach Abs 2 finden für den Pensionsanspruch der öffentlich-rechtlichen Bediensteten, deren Beschäftigungsausmaß gemäß dem **Dienst- und Besoldungsgesetz der Bediensteten des Landes Steiermark**[248] herabgesetzt wurde, in Bezug auf die Ruhegenussbemessungsgrundlage die für die Landesbeamten

---

246 *Kühteubl,* Ausgliederung – Arbeitsrechtliche Fragen bei der Übertragung von Aufgaben durch Bund, Länder und Gemeinden (2006) 21 ff.
247 BGBl 1965/340 idF BGBl 1999/10.
248 LGBl 2003/29.

jeweils geltenden Bestimmungen sinngemäß Anwendung.[249] Gem Abs 3 haben öffentlich-rechtliche Bedienstete des Ruhestandes sowie deren Hinterbliebene und Angehörige von den monatlich wiederkehrenden Geldleistungen, die ihnen nach diesem Gesetz gebühren oder ihnen gewährt werden, einen Beitrag in der jeweils für Landesbeamte festgesetzten Höhe zu entrichten. Der § 13 a des gemäß § 2 Abs 1 des stmk Landesbeamtengesetzes, LGBl 1974/124, als Landesgesetz geltenden Pensionsgesetzes, in der jeweils geltenden Fassung, ist sinngemäß anzuwenden.

Grob dargestellt bemisst sich der Ruhegenuss nach dem Pensionsgesetz folgendermaßen: Die Ruhegenussberechnungsgrundlage ist der Durchschnittswert der jeweils zu berücksichtigenden (maximal 480 Monate) Beitragsgrundlagen. Liegen weniger Beitragsmonate vor, so ist die Ruhegenussberechnungsgrundlage die Summe aller vorhandenen Beitragsgrundlagen, geteilt durch deren Anzahl. 80% der Ruhegenussberechnungsgrundlage bilden die volle Ruhegenussbemessungsgrundlage (wobei Reduktion und Erhöhung möglich sind). Die Ruhegenussbemessungsgrundlage darf grundsätzlich 62% der Ruhegenussberechnungsgrundlage (des ruhegenussfähigen Monatsbezuges) nicht unterschreiten und 90,08% der Ruhegenussberechnungsgrundlage (des ruhegenussfähigen Monatsbezugs) nicht überschreiten. Gem § 7 Pensionsgesetz beträgt der Ruhegenuss für jedes ruhegenussfähige Dienstjahr 2,2222% und für jeden restlichen ruhegenussfähigen Dienstmonat 0,1852% der Ruhegenussbemessungsgrundlage. Das sich daraus ergebende Prozentausmaß ist auf zwei Kommastellen zu runden. Der Ruhegenuss darf 40% der Ruhegenussberechnungsgrundlage nicht unterschreiten. Die **Bezahlung des Ruhegenusses ist daher für den Dienstgeber günstiger,** als das Gehalt bei aktivem Dienst.

In Anbetracht des Wortlauts des § 25 Abs 1 a KO, wonach aber eben eine Zustimmung zur Kündigung eingeholt werden kann, **scheitert die analoge Anwendung** obiger Bestimmung schon darin, dass eine Versetzung in den zeitlichen Ruhestand einer Kündigung inhaltlich nicht gleichgehalten werden kann.

Festzuhalten ist, dass die Anstellung eines Gemeindebediensteten durch **Ernennung auf** einen hinsichtlich des Dienstzweigs und der Verwendungsgruppe **bestimmten Dienstposten** erfolgt (§ 6 GBG). § 14 Abs 1 GBG sieht die Möglichkeit vor, dass jeder öffentlich-rechtliche Bedienstete im allgemeinen zur Durchführung jener Geschäfte verpflichtet ist, zu deren Verrichtung er auf Grund des **allgemeinen Geschäftskreises seines Dienstzweigs** bestimmt ist. **Wenn es der Dienst erfordert,** kann der Bedienstete nach Maßgabe seiner Eignung vorübergehend auch zu den Verrichtungen eines **anderen Geschäftskreises** herangezogen werden.

Versetzungen auf **andere Dienstposten** sind aus Dienstesrücksichten zulässig, doch darf dadurch eine Minderung des Dienstrangs sowie des Monatsbezugs nicht eintreten (§ 14 Abs 2 GBG). Im Interesse des Dienstes kann ein öffentlich-rechtlicher Bediensteter auch in einen **anderen Dienstzweig** überstellt werden, doch darf hiebei die im Zeitpunkt

[249] Das ist das Pensionsgesetz 1965 in der für das Land Steiermark anzuwendenden Fassung idgF LGBl 2007/44.

der Überstellung erreichte Ruhegenussbemessungsgrundlage keine Schmälerung erfahren (§ 14 Abs 3 GBG).

Eine dauernde, dh mehr als drei Monate jährlich übersteigende, **Verwendung des öffentlich-rechtlichen Bediensteten außerhalb des Gemeindegebiets** ist nur zulässig (wenn dieser dagegen Einspruch erhoben hat), wenn der Gemeinderat dies bestätigt hat. Daraus kann geschlossen werden, dass, sollte es zu keiner Minderung des Dienstrangs sowie des Monatsbezugs kommen und die Ruhegenussbemessungsgrundlage keine Schmälerung (§ 14 Abs 3 GBG) erfährt, der öffentlich-rechtliche Bedienstete, auch wenn er dagegen Einspruch erhebt, versetzt werden kann.

Es ist denkbar, diese Bestimmungen im Gemeindekonkurs anzuwenden. Dabei wäre es möglich, **einzelne Beamte in andere Geschäftszweige bzw Dienstzweige zu versetzen.** Diese Bestimmung ist allerdings so zu interpretieren, dass der Beamte nur innerhalb der Gemeindeverwaltung bzw der der Gemeinde gehörigen Betriebe, versetzt werden kann. Über **Versetzungen zu anderen Rechtsträgern** oder gar Gemeinden gibt diese Bestimmung keine Auskunft und ist auch, wenn man den Regelungsinhalt dieses Gesetzes beachtet, für eine diesbezügliche ausgedehnte Interpretation kein Raum.

Für **„Versetzungen" zB in andere Gemeinden** oder Rechtsträger ist das stmk Gemeindebediensteten-Zuweisungsgesetz anzuwenden.[250] Gem § 3 dieses Gesetzes können Bedienstete der Gemeinde unter den in Abs 2 genannten Voraussetzungen *(„Zuweisung ist die Zurverfügungstellung von Bediensteten der Gemeinde zur Dienstleistung an einen von der Gemeinde verschiedenen Rechtsträger.")* unter Wahrung ihrer Rechte und Pflichten als Bedienstete der Gemeinde an juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts sowie an Personengesellschaften des Handelsrechts zugewiesen werden (Rechtsträger).

Eine Zuweisung ist zulässig, wenn sie im Interesse der Gemeinde liegt und wenn

- ► Tätigkeiten, die bisher in einer bei der Gemeinde eingerichteten Organisationseinheit besorgt worden sind, in einer anderen Organisationsform besorgt werden sollen,
- ► auf Grund der besonderen Qualifikation von Bediensteten der Gemeinde die Tätigkeit von einem von der Gemeinde verschiedenen Rechtsträger im Sinne des Abs 1 erbeten wird oder
- ► diese zum Zweck der Aus- und Weiterbildung für Bedienstete erforderlich ist.

Aufgrund dieser drei Zulässigkeitsvoraussetzungen ist festzuhalten, dass eine Versetzung zB in eine andere Gemeinde aufgrund eines Konkurses auszuschließen ist. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass **Beamtendienstverhältnisse** im Konkurs über das Vermögen einer Gemeinde **nicht gelöst werden können.**

Des weiteren müssen aber noch die Bestimmungen des Art 21 Abs 1 und Art 21 Abs 4 B-VG beachtet werden: **Art 21 Abs 1 B-VG** bestimmt, dass es den Ländern obliegt, die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten des Dienstrechts einschließlich

[250] LGBl 2003/54.

des Dienstvertragrechts und des Personalvertretungsrechts der Bediensteten der Länder, der Gemeinde und der Gemeindeverbände vorzunehmen. **Art 21 Abs 4 B-VG** schreibt vor, dass die Möglichkeit eines **Wechsels zwischen** dem **Dienst** beim **Bund,** bei den **Ländern,** bei den **Gemeinden** und bei den Gemeindeverbänden den öffentlich Bediensteten jederzeit gewahrt bleiben muss.

Auch aus dieser Bestimmung kann geschlossen werden, dass der **Konkurs** einer Gemeinde, wie bereits erwähnt, **kein Grund** für die **Auflösung** des **Dienstverhältnisses** eines Gemeindebeamten darstellt und der Beamte, wenn keiner dieser Gründe vorliegt, unkündbar ist. Sollte der Beamte in der Gemeinde nicht mehr einsetzbar sein, muss ihm eine neue Stelle zugeteilt werden. Dabei muss ihm, aufgrund des Art 21 Abs 4 B-VG, die Wahlmöglichkeit zwischen dem Bundes-, Landes- und Gemeindedienst offen bleiben (soweit eine Dienststelle frei ist).

7.4.3.4 Vertragsbedienstete in steirischen Gemeinden

Vertragsbedienstete stehen im Gegensatz zu den Beamten in keinem öffentlich-rechtlichen, sondern in einem **privatrechtlichen Dienstverhältnis zur jeweiligen Gebietskörperschaft.** Grundlage dieses Dienstverhältnisses ist daher ein privatrechtlicher Arbeitsvertrag und keine Ernennung durch Bescheid, wie bei Beamten. Die Rechte und Pflichten aus diesen Dienstverhältnissen ergeben sich allerdings nicht aus den Regeln des allgemeinen Arbeitsrechts, sondern aus den **Sondernormen der Vertragsbedienstetengesetze** auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene.

Im Gegensatz zu den Beamten sind die Dienstverhältnisse der Vertragsbediensteten, wenn auch unter erschwerten Voraussetzungen, **kündbar.** Dabei handelt es sich sozusagen um einen **„besonderen Kündigungsschutz“** der einen weiteren Kündigungsschutz zB nach § 105 ArbVG überflüssig macht.[251] Bei den Kündigungsgründen in den jeweiligen Vertragsbedienstetengesetzen handelt es sich um **demonstrative Kündigungsgründe.**[252]

Bezüglich Vertragsbediensteter ist festzuhalten, dass die als Ausfluss des Grundrechts auf Schutz des Eigentums anzusehende Privatautonomie schon eine **Übertragung eines Dienstverhältnisses** auf einen ausgegliederten Rechtsträger **nicht schrankenlos möglich** macht. Diese muss vielmehr **im öffentlichen Interesse** liegen und **verhältnismäßig** sein, wobei an diese Vorgaben keine allzugroße Anforderungen gestellt werden. Eine Überleitung der Vertragsbediensteten bei der Normierung der Weiterhaftung des Bundes (Land, Gemeinde) für deren dienst- und besoldungsrechtlichen Ansprüche gilt als verfassungskonform.[253] Daraus folgt, dass der Vertragsbedienstete einen wesentlich geringeren verfassungsrechtlichen Bestandsschutz genießt, als der Beamte.

Im Zusammenhang mit dem Konkurs scheint bei den Vertragsbediensteten im Gegensatz zu den Beamten ein **Vorgehen nach § 25 KO vielmehr möglich** zu sein. Dies hat

---

[251] 8 ObA 204/99 d.
[252] Vgl zu § 32 Abs 2 VBG OGH 4 Ob 125/79.
[253] *Kühteubl,* Ausgliederung 42 ff.

seinen Grund darin, dass Vertragsbedienstete nicht wie Beamte durch Hoheitsakt ernannt werden und ihr Dienstverhältnis nicht definitiv ist. Zum Beispiel könnten Dienstverhältnisse von Vertragsbediensteten nach dem **Grazer Gemeindevertragsbedienstetengesetzes (G-GVBG)**[254] (dieses Gesetz findet auf alle Personen Anwendung, die in einem **privatrechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Graz** stehen) aufgelöst werden.

Gem **§ 33 G-GVBG** können Vertragsbedienstete nach Ablauf einer Probezeit nur schriftlich gekündigt werden, wobei nach Dauer des Dienstverhältnisses von einem Jahr der Kündigungsgrund angegeben werden muss. Bei Teilzeitarbeit verlängert sich die einjährige Frist auf zwei Jahre. Demonstrative Kündigungsgründe werden in Abs 2 angeführt.

Gem **§ 34 Abs 1 G-GVBG** beträgt die Kündigungsfrist für beide Teile nach einer Dauer des Dienstverhältnisses von weniger als 6 Monaten 1 Woche, 6 Monaten 2 Wochen, 1 Jahr 1 Monat, 2 Jahren 2 Monate, 5 Jahren 3 Monate, 10 Jahren 4 Monate, 15 Jahren 5 Monate. Ebenso kann das Dienstverhältnis durch vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund gelöst werden (§ 35 G-GVBG).

Ähnlich verhält es sich im stmk **Gemeindevertragsbedienstetengesetz 1962 (stmk GVBG)**[255], welches für alle Vertragsbediensteten in allen Gemeinden des Landes Steiermark mit Ausnahme der Städte mit eigenem Statut Anwendung findet.

Gem § 33 stmk GVBG endet ein Dienstverhältnis eines Vertragsbediensteten durch Tod, Zeitablauf, Kündigung, einverständlicher Lösung, Übernahme des Vertragsbediensteten in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zur Anstellungsgemeinde, Entlassung oder Enden durch Zeitablauf gem § 24 Abs 9 stmk GVBG. Gem § 35 stmk GVBG kann der Dienstgeber ein Dienstverhältnis, das ununterbrochen ein Jahr gedauert hat (bei Teilzeit zwei Jahre), nur schriftlich und mit Angabe eines Grundes kündigen. Demonstrative Kündigungsgründe werden in Abs 2 angeführt. Die Kündigungsfristen gem § 36 stmk GVBG entsprechen denen des G-GVBG.

Ein Kündigungsgrund ist im Rahmen eines Konkurses jedenfalls interessant: Gem § 35 Abs 2 lit f stmk GVBG **liegt ein Kündigungsgrund** insb vor, **wenn eine Änderung** des Arbeitsumfangs, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen **die Kündigung notwendig macht,** es sei denn, dass das Dienstverhältnis des Vertragsbediensteten bereits 10 Jahre ununterbrochen gedauert hat. § 35 Abs 2 lit f G-GVBG erster Halbsatz lautet die Einschränkung, *„es sei denn, dass das Dienstverhältnis des Vertragsbediensteten durch die Kündigung in einem Zeitpunkt enden würde, in dem er das 50. Lebensjahr vollendet und bereits 10 Jahre in diesem Dienstverhältnis zugebracht hat“.* Nach dem G-GVBG gilt daher diesbezüglich ein höherer Bestandsschutz.

Eine **Reorganisation der Gemeinde** im Wege des Konkurses fällt jedenfalls unter eine Änderung des Arbeitsumfangs, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen. Für das Vorliegen dieses Kündigungsgrundes muss jedoch noch kein Konkurs vorliegen. Nach Entscheidungen zu § 32 Abs 2 lit g stmk Landesvertragsbedienstetengesetz (stmk LVBG), welche den gleichen Wortlaut wie § 35 Abs 2 lit f G-GVBG hat, ist

[254] LGBl 1974/30.
[255] LGBl 1966/74.

dieser Kündigungsgrund auch dann gegeben, wenn infolge der Auflassung von Abteilungen, deren Zusammenlegung, des Übergangs von einer dezentralisierten zu einer zentralisierten Geschäftsbehandlung und dergleichen, die vom betreffenden Dienstnehmer bisher ausgeübte Tätigkeit nicht mehr erforderlich ist.[256]

Einem **Arbeitgeber,** der die ihm zur Verfügung stehenden Mittel wirtschaftlich und sparsam einsetzen muss, ist die **Weiterbeschäftigung überflüssigen Personals nicht zumutbar.** Dasselbe gilt auch für den öffentlichen Arbeitgeber. Auch diesem bleibt es unbenommen, einen Vertragsbediensteten zu kündigen und für die Verrichtung der weiterhin erforderlichen, aber umfangmäßig eingeschränkten Arbeit auf andere Weise als durch Aufrechterhaltung des bisherigen – dem geänderten Arbeitsumfang nicht angepassten – Arbeitsverhältnisses zu sorgen.[257]

Beispiele:

- *Dieser Tatbestand ist bei einem Dienstposten als **Amtsarzt** als erfüllt angesehen worden, der nicht mehr aufgrund von Sonderverträgen mit einem pensionierten Beamten, sondern im Rahmen eines normalen Dienstvertrags mit einem geeigneten Nachfolger besetzt werden soll.*[258]
- *Ebenso war dies der Fall, als die bisher von einer Vertragsbediensteten vorgenommen Reinigungsarbeiten an eine **Reinigungsfirma** übertragen wurden und durch diese Änderung der Organisation des Dienstes keine Verwendung für die Vertragsbedienstete gegeben war. Wesentlich ist, dass die Änderung der Organisation des Dienstes die Kündigung des Arbeitnehmers „notwendig" macht.*[259]

Ist keine **Ersatztätigkeit** möglich bzw besteht keine Bereitschaft, anderweitige Tätigkeiten auszuführen (zB Tag- statt Nachtdienst), ist die Kündigung bei Änderung der Organisation des Dienstes jedenfalls notwendig. **Die „Organisationshoheit" liegt beim Arbeitgeber.** Nur dieser entscheidet, ob die der Kündigung zugrunde liegende Umgliederung, Rationalisierung oder sonstige Neuorganisation notwendig oder auch nur zweckmäßig ist.[260]

Wenn man jedoch wieder auf § 25 KO zurückkommt, so ist festzuhalten, dass der **Masseverwalter die Gemeinde** im Zusammenhang mit dem konkursunterworfenen Vermögen **„ersetzt"** und als Verwalter eine Kündigung nach den jeweiligen anzuwendenden Vertragsbedienstetengesetzen vornehmen kann. Da sohin grundsätzlich eine Kündigungsmöglichkeit besteht, kein erhöhter Bestandsschutz gegeben bzw auch nicht verfassungsgemäß gewährleistet ist, auch sonstige verfassungsgemäße Rechte und Prinzi-

---

256 Arb 9715; OGH 17. 6.1987, infas 1988, A 42.
257 ARD 4117/14/89.
258 OGH 17. 6. 1987 infas 1988, A 42.
259 Vgl 4 Ob 77/78 ARD 3133/5/79.
260 ARD 5108/36/2000 = DRdA 2000, 39 *(Reissner)* = RdW 2000/604.

pien nicht beeinträchtigt werden, scheint eine **analoge Anwendung des § 25 KO zulässig** bzw sogar geboten zu sein.

In Bezug auf das konkursunterworfene Vermögen muss jedoch festgehalten werden, dass dies nicht Vertragsbedienstete betreffen kann, die mit der **Verrichtung hoheitlicher Tätigkeiten** beauftragt sind. Hier endet wiederum die Handlungsmacht des Masseverwalters.

Als wesentliche Voraussetzung ist jedoch folgendes zu beachten: In den VBG werden – wie oben – allgemein die **Kündigungsgründe gesetzlich festgeschrieben** und müssen diese daher bei der begünstigten außerordentlichen Kündigung gem § 25 Abs 1 KO vorliegen, denn insoweit handelt es sich bei der Bindung an Gründe um eine gesetzliche Kündigungsbeschränkung. Die **gesetzlichen Kündigungsgründe** zB des § 35 Abs 2 lit f stmk GVBG, **müssen daher vom Masseverwalter eingehalten werden,** ansonsten die Kündigung unwirksam wäre und der Vertragsbedienstete seine beendigungsabhängigen Ansprüche als Masseforderung geltend machen könnte.[261]

7.4.3.5 Arbeiter und Angestellte aufgrund privatrechlichen Vertrags

Neben den Beamten und Vertragsbediensteten können auch in Randbereichen Dienstverhältnisse zu Gebietskörperschaften geschlossen werden, welche den allgemeinen **arbeitsrechtlichen Regelungen des AngG oder der GewO** unterliegen. Dabei gilt allerdings der Grundsatz, dass privatrechtliche Dienstnehmer als Vertragsbedienstete gelten. Solche Dienstverträge gab es zB an der Universitäten im Rahmen derer Teilrechtsfähigkeit.

Für Bundesvertragsbedienstete schreibt § 1 Abs 3 VBG umfangreiche Ausnahmen vom Anwendungsbereich vor:

- ► Land- und Forstarbeiter mit Ausnahme der bei der Verwaltung der Bundesgärten ständig verwendeten Arbeiter;
- ► Bauarbeiter iSd BUAG;
- ► die in Berufsausbildung stehenden Ärzte;
- ► das Küchenpersonal an den Bundeserziehungsanstalten, Bundeskonvikten und Bundesschullandheimen, wenn für dieses Personal der Kollektivvertrag für das Hotel- und Gastgewerbe in Betracht kommt:
- ► Lehrlinge.

Nach § 1 des stmk GVBG gilt dieses Gesetz für alle Personen, die als Vertragsbedienstete in Gemeinden des Landes Steiermark beschäftigt sind (mit Ausnahme der Statutarstädte). Weiters gilt es auch für Personen, die in einem Dienstverhältnis zu Fonds, Gemeindeverbänden, Stiftungen oder Anstalten stehen, die von Organen der Gemeinde oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von Organen der Gemeinde bestellt sind, soweit nichts anderes bestimmt ist. Für nähere Ausführun-

[261] *Holzer/Reissner/Schwarz,* Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz (1999) 449 f.

gen und Anwendung dieses Gesetzes kann der Gemeinderat Verordnungen erlassen. Naturgemäß findet dieses Gesetz keine Anwendung auf Personen, für die eigene bundes- oder landesgesetzliche Regelungen gelten.

Der Kreis der nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen beschäftigten Dienstnehmer wird sich daher auf eine kleine Anzahl beschränken. Denkbar ist dies zB in einem Unternehmen, an welchem die Gemeinde beteiligt ist, jedoch die Verwaltung ohne (von dieser bestellter) Organe durchgeführt wird. Bezüglich dieser Dienstverhältnisse kann sich der Masseverwalter auch im Konkurs einer Gemeinde grundsätzlich an die allgemeine Bestimmung des § 25 KO halten, ohne besondere Umstände beachten zu müssen.

Die einzige Besonderheit liegt darin, dass es **beim Konkurs einer Gemeinde nicht zur Gesamtschließung** kommen kann und daher die Auflösungsmöglichkeiten auf Unternehmensbereiche beschränkt ist, dies unter den bereits oben in Kap 7.4.1.5 genannten Folgen.

Im übrigen ist festzuhalten, dass auch ein zB Angestellter, der in einem Unternehmensbereich der Gemeinde arbeitet, in dem hoheitliche Tätigkeiten ausgeführt werden, welcher sohin nicht dem konkursunterworfenen Vermögen zugehörig ist, allein aus letzterem Grund nicht gem § 25 KO gekündigt werden kann. Die Grenze aller Auflösungsmöglichkeiten, welche immer beachtet werden muss, besteht in der **Trennung zwischen konkursunterworfenem und nicht-konkursunterworfenem Vermögen.**

7.4.3.6 Zuweisung von Bediensteten

Zu erwähnen ist im weiteren das in der Steiermark geltende stmk **Gemeindebediensteten-Zuweisungsgesetz.**[262] Dieses Gesetz regelt die Voraussetzungen, unter denen Bedienstete der Gemeinde einem von der Gemeinde verschiedenen Rechtsträger zugewiesen werden können, die bei einer Zuweisung einzuhaltende Vorgangsweise, die Rechtsbeziehungen zwischen der Gemeinde und den zugewiesenen Bediensteten der Gemeinde sowie die Rechtsbeziehungen zwischen der Gemeinde und dem Rechtsträger, dem Bedienstete der Gemeinde zugewiesen werden. Zugewiesen werden können öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Bedienstete.

Eine Zuweisung ist gem § 3 Abs 2 Zuweisungsgesetz zulässig, wenn sie im Interesse der Gemeinde liegt und wenn

- 1. Tätigkeiten, die **bisher** in einer **bei der Gemeinde** eingerichteten Organisationseinheit besorgt worden sind, **in einer anderen Organisationsform besorgt** werden sollen,
- 2. auf Grund der besonderen Qualifikation von Bediensteten der Gemeinde die Tätigkeit von einem von der Gemeinde verschiedenen Rechtsträger im Sinne des Abs 1 erbeten wird oder
- 3. diese zum Zweck der Aus- und Weiterbildung für Bedienstete erforderlich ist.

---

[262] LGBl 2003/54.

7. Insolvenzantrag als ultima ratio

Gem § 4 Zuweisungsgesetz **verbleiben die zugewiesenen Bediensteten der Gemeinde für die Dauer der Zuweisung im Dienststand.** Durch die Zuweisung erfolgt keine Änderung der dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung. Zugewiesene Bedienstete der Gemeinde haben Anspruch auf Fortzahlung ihrer Bezüge. Die Bediensteten haben Anspruch auf Vorrückung und Beförderung nach den besoldungsrechtlichen Bestimmungen. Die Ausübung der Diensthoheit gegenüber den dem Rechtsträger im Sinne des § 3 Abs 1 zugewiesenen Beamten (öffentlich-rechtlich Bediensteten) der Gemeinde erfolgt durch das für Personalangelegenheiten zuständige Mitglied des Vorstands oder der Geschäftsführung des Rechtsträgers (§ 5 Zuweisungsgesetz).

In dieser Funktion ist das zuständige Mitglied des Vorstands oder der Geschäftsführung des Rechtsträgers für alle **Personalangelegenheiten der zugewiesenen Beamten** (öffentlich-rechtlich Bediensteten) zuständig, mit Ausnahme der generellen Richtlinienkompetenz für dienst- und besoldungsrechtliche Maßnahmen, einer allfällige Überstellung, Rücküberstellung oder Beförderung, der Gewährung besonderer Entgelte bzw Urlaube, den Übertritt oder die Versetzung in den Ruhestand, der Einleitung und Durchführung eines Disziplinarverfahrens nach der Dienst- und Gehaltsordnung der Beamten der Landeshauptstadt Graz 1956 oder nach dem Gemeindebedienstetengesetz 1957. Der **Gemeinderat ist Dienstbehörde zweiter Instanz.** Für die Vertragsbediensteten gilt beinahe dasselbe; zusätzlich ist die Beendigung des privatrechtlichen Dienstverhältnisses des zugewiesenen Vertragsbediensteten nach wie vor der zuweisenden Gemeinde vorbehalten.

Über die Zuweisung ist gem § 6 Zuweisungsgesetz zwischen dem Dienstgeber und dem Rechtsträger eine vertragliche Vereinbarung zu treffen. Diese Vereinbarung hat insb zu enthalten: den Zweck der Zuweisung, die Dauer der Zuweisung und, ob und in welchem **Ausmaß** der Rechtsträger dem Dienstgeber die während der Zuweisung **entstandenen Kosten** aus den Aktivbezügen zu **refundieren** und einen **Beitrag zur Deckung der Pensionskosten zu leisten** hat. Für die Dauer der Zuweisungen ist jedoch auf § 14 stmk GBG und gem § 1 Abs 7 sinngemäß anzuwendenden § 6 L-VBG Bedacht zu nehmen (Bestimmungen über die Versetzung).

Die Zuweisung stellt daher auch ein **praktikables Instrument** dar, überflüssiges Personal an andere Rechtsträger zuzuweisen und für diese die weiterzutragenden Kosten vom Rechtsträger refundiert zu bekommen. Zwar bleibt die Gemeinde immer noch Dienstgeber der Beamten und Vertragsbediensteten, kann jedoch bei guter Vertragsverhandlung seine **Personalkosten senken.**

7.4.3.7 In der Praxis

Wesentlich für eine Gemeinde ist daher, darauf zu achten, dass sie ihr vorhandenes Personal richtig einsetzt und zwar im Sinne der grundlegenden Gedanken des Gesetzgebers, dass zB nur hoheitliche Aufgaben mit größerer Verantwortung durch **Beamte** verrichtet werden sollten, um weiterhin im Interesse des Bürgers Element der funktionellen Gewaltentrennung zu sein. Diese Aufgaben werden naturgemäß **in nicht konkursunterworfenen Bereichen der Gemeinde** liegen. In einem weiteren Schritt ist es einer

verwaltungstechnischen und gesetzeskonformen Ordnung dienlich, wenn die **angestellten Vertragsbediensteten nichthoheitliche Tätigkeiten verrichten,** bzw in solchen Bereichen der Gemeinde, dh konkursunterworfenen Bereichen, tätig sind.

Wenn es nötig ist, sollte die Gemeinde wohl vor Konkurseröffnung **Versetzungen** zB gem § 14 GBG vornehmen, damit der Masseverwalter in den konkursunterworfenen Bereichen so **wenige Beamte** und so **viel Personal mit privatem Arbeitsvertrag** (auch Vertragsbedienstete) wie möglich vorfindet. Versetzungen gem § 14 GBG kann der Masseverwalter nicht mehr vornehmen, da diese dafür nötigen Handlungen den konkursunterworfenen Bereich überschreiten und dem Masseverwalter die nötige hoheitliche Befugnis fehlt (eine Versetzung hat durch Bescheid zu erfolgen). Wie oben Kap 7.4.3.3 festgehalten, **kann der Masseverwalter Beamte nicht** gem § 25 KO **kündigen** und bleiben diese daher der Gemeinde jedenfalls erhalten.

Im weiteren wäre es wünschenswert, wenn – sofern ein größerer Personalabbau zur Sanierung erforderlich ist – **Vertragsbedienstete ausschließlich in konkursunterworfenen Unternehmensbereichen** tätig sind. Dann besteht offensichtlich die Möglichkeit, sich im Wege der Sanierung und Änderung der Organisation sich gem § 25 KO von einigen Vertragsbediensteten, bei Teilunternehmensschließungen von allen dort betroffenen Vertragsbediensten, zu trennen.

In diesem Zusammenhang ist auf die Möglichkeit der Versetzung gem § 6 L-VBG (aF LGBl 2002/22), welche Bestimmung gem § 1 Abs 8 stmk GVBG auch für Gemeindevertragsbedienstete sinngemäß anzuwenden ist, hinzuweisen. In § 6 L-VBG[263] ist allerdings nur die **örtliche Versetzung** geregelt: *„Der Vertragsbedienstete kann von Amts wegen an einen anderen Dienstort versetzt werden."*. Die funktionelle Versetzung ist nur innerhalb der vertraglichen Grenzen möglich, wobei darauf zu achten ist, dass gem § 8 Abs 1 Z 6, 7 und 10 stmk GVBG der Dienstvertrag Bestimmungen enthält, für welche **Beschäftigungsart** der Vertragsbedienstete aufgenommen wird, in welches Entlohnungsschema, welcher Entlohnungsgruppe und welcher Entlohnungsstufe er eingeordnet wird, und ob der Vertragsbedienstete für einen bestimmten Dienstort oder für einen örtlichen Verwaltungsbereich aufgenommen wird. Es ist daher unbedingt darauf zu achten, dass dem Vertragsbediensteten eine **gewisse Funktion mittels Dienstvertrag eingeräumt** wurde bzw in Zukunft diese so weit wie möglich zu umschreiben.

Wichtig wäre – für eine langfristige Sicherung der Möglichkeiten zur Sanierung – das Personalrecht für Beamte und Vertragsbedienstete zu ändern. Diesbezüglich ist der Landesgesetzgeber zuständig. Festzuhalten ist jedoch, dass **in bestehende Verträge nicht**

---

[263] Nunmehr § 18 des Gesetzes über das Dienst und Besoldungsrecht der Bediensteten des Landes Steiermark (stmk. L-DBR) LGBl 2003/29, nach dem nunmehr in sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen für die Beamten eine Versetzung in eine andere **Dienststelle** zulässig ist, wenn ein wichtiges dienstliches Interesse vorliegt. Ein wichtiges dienstliches Interesse liegt insb vor
1. bei Änderungen der Verwaltungsorganisation einschließlich der Auflassung von Stellen oder
2. bei Besetzung einer freien Stelle einer anderen Dienststelle, für die keine geeigneten Bewerber/ Bewerberinnen vorhanden sind, wenn der Beamte/die Beamtin die für diese Stelle erforderliche Ausbildung und Eignung aufweist,
3. wenn über den Beamten/die Beamtin eine Disziplinarstrafe rechtskräftig verhängt wurde und wegen der Art und Schwere der von ihm/ihr begangenen Dienstpflichtverletzung die Belassung des Beamten/der Beamtin in der Dienststelle nicht vertretbar erscheint.

eingegriffen werden kann (verfassungsrechtlicher Vertrauens- und Eigentumsschutz). Jedoch sollten Überlegungen angestellt werden, inwieweit zB Beamte – unter jederzeitigem unbedingtem und unbefristetem Rückkehrrecht – motiviert werden könnten, sich karenzieren zu lassen. Denkbar wären **Kooperationen mit Unternehmen, die geschultes Verwaltungspersonal benötigen** und mit den Beamten ein privatrechtliches Dienstverhältnis eingehen (zB im Baugewerbe). Den Beamten muss jedoch ein Anreiz gegeben werden, wie zB finanzielle Vorteile. Wesentlich wäre jedoch auch, gesetzlich mehr Möglichkeiten zu implementieren, Personal flexibler einsetzen zu können, um im Bedarfsfall schnell reagieren zu können.

7.4.3.7.1 Insolvenzausfallsgeld für Dienstnehmer der Gemeinde

Zählen die Forderung eine Arbeitnehmers nicht zu den Masseforderungen (dies ist nur in den § 46 Abs 1 Z 3 und 3 a KO genannten Fällen der Fall), so steht diesem nur eine Konkursforderung zu. Dh er erhält aus dem Verwertungsrealisat im Konkurs nur eine **Quote**. Zu diesen Fällen gehören etwa Forderungen des Arbeitnehmers auf Zahlung von aus der Zeit vor Konkurseröffnung rückständigen Entgelten oder der Abfertigungsanspruch bei einer Beendigung nach § 25 KO. Vor diesem Hintergrund soll das **Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz** (IESG) Arbeitnehmer eines insolventen Arbeitgebers Schutz gewähren, indem bestimmte Leistungen von einem Fonds erbracht werden. Die Finanzierung dieses Fonds erfolgt in erster Linie aus Arbeitgeberbeiträgen.

Auf Grund des § 1 Abs 6 Z 1 IESG haben Arbeitnehmer, die in einem **Dienstverhältnis zum Bund, zu einem Bundesland, zu einer Gemeinde, zu einem Gemeindeverband** stehen, aus diesem Dienstverhältnis **keinen Anspruch auf Insolvenz-Ausfallsgeld.** *Holzer/Reissner/Schwarz*[264] sehen den ursprünglichen Grund dieser expliziten Regelung darin, dass Gebietskörperschaften als juristische Personen öffentlichen Rechts vermögensfähig und damit auch konkursfähig sind.

Dabei wird im weiteren betont, dass diese **Regelung gegen europarechtliche Vorgaben,** nämlich die Insolvenzrichtlinie[265] **verstößt.** Diese gilt für Ansprüche von Arbeitnehmern aus Arbeitsverträgen bzw –verhältnissen gegen Arbeitgeber, die zahlungsunfähig sind, sofern die jeweilige Arbeitnehmergruppe nicht in der Ausnahmenliste des Anhangs zur RL angeführt ist. Die Begriffe Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind dabei nach innerstaatlichem Recht zu bestimmen (Art 2 Abs 3). Österreich hat es jedoch nicht geschafft, die Arbeitnehmer der Gebietskörperschaften (und Gemeindeverbände) in den Anhang der RL aufzunehmen, sodass das Nichtbestehen einer Sicherungseinrichtung für diesen Bereich europarechtswidrig ist. Betroffen sind jedenfalls die Vertragsbediensteten, deren Arbeitsverhältnisse auf privatrechtlichen Arbeitsverträgen beruhen. Beamte sind nach innerstaatlichem Recht nicht als Arbeitnehmer anzusehen, jedoch schlagen *Holzer/Reissner/Schwarz* vor, diese materiell als solche anzusehen und daher dem europarechtlichen Schutzstandard zu unterwerfen. Dies würde auch die richtlinienkonforme

---

[264] *Holzer/Reissner/Schwarz,* Rechte des Arbeitnehmers 74 f.

[265] 80/987/EWG vom 20. 10. 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, geändert durch die Richtlinie des Rates und des Europäischen Parlamentes 2002/74/EG vom 8. 10. 2002 ABl L 270/10.

Auslegung gebieten. Dies ist vor allem in Hinsicht auf den 6. Erwägungsgrund dieser Richtlinie geboten.[266]

Festzuhalten ist, dass Arbeitgeber gem § 1 Abs 6 IESG gem der Bestimmung des § 12 Abs 1 Z 4 IESG keinen Zuschlag zum Arbeitgeberanteil zur Arbeitslosenversicherung (= IESG-Beitrag) zu entrichten haben. Insofern wäre im weiteren eine Hineinnahme von Arbeitnehmern, die in einem Dienstverhältnis zum Bund, zu einem Bundesland, zu einer Gemeinde, zu einem Gemeindeverband finanziell problematisch. Eine Gleichheitswidrigkeit würde dies allerdings nicht darstellen, da selbst nach § 12 Abs 1 Z 4 IESG für Lehrlinge oder Personen, die das 60. Lebensjahr vollendet haben, kein Zuschlag zu entrichten ist. Dasselbe gilt für geringfügig Beschäftigte, für die ebenfalls keinen Zuschlag zu leisten ist, deren Ansprüche aber dennoch nach dem IESG gesichert sind.

7.4.3.7.2 Abgaben- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten in der Insolvenz

Beiträge zur Sozialversicherung und andere öffentliche Abgaben sind, wenn und soweit der die Abgabepflicht auslösende Sachverhalt während des Konkursverfahrens verwirklicht wurde, Masseforderungen (§ 46 Abs 1 Z 2 KO). **Masseforderungen** sind bevorrechtete Forderungen. Sie brauchen im **Konkurs nicht angemeldet** werden und nehmen auch nicht am Prüfungsverfahren teil. Eine Bestreitung durch einen Konkursgläubiger ist unbeachtlich und der Masseverwalter entscheidet selbst, ob er diese Forderungen zahlt oder nicht.

In diesem Zusammenhang weiters zu beachten ist § 67 Abs 10 ASVG. Gem dieser Vorschrift **haften die zur Vertretung juristische Personen berufenen Personen** und die gesetzlichen Vertreter natürlicher Personen im Rahmen ihrer Vertretungsmacht neben den durch sie vertretenen Beitragsschuldnern für die von diesen zu entrichtenden Beiträgen insoweit, als die **Beiträge aus Verschulden des Vertreters nicht bei Fälligkeit entrichtet werden.**

7.4.4 Haftung der Aufsichtsbehörde bei Konkursverschleppung

Wie bereits dargestellt, hat die Gemeindeaufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Tätigkeit ebenfalls zu prüfen, ob ein Konkursantragsgrund verwirklicht wird, was sie etwa aus den **Rechnungsabschlüssen** ersehen könnte. War die Konkursantragspflicht evident und hat die Aufsichtsbehörde entsprechende Maßnahmen unterlassen, wie insb Auflösung des Gemeinderats und Einsetzung eines Regierungskommissärs, ist auch die Verantwortung der Aufsichtsbehörde zu prüfen. Insb dann, wenn **die Aufsichtsbehörde schuldhaft** oder **grob fahrlässig** die Konkursreife der Gemeinde nicht erkannt hat und

---

[266] *„Es sollte vorgesehen werden, dass Arbeitnehmer, die unter die Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (5), die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge(6) und die Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis (7) fallen, nicht vom Geltungsbereich der vorliegenden Richtlinie ausgeschlossen werden."* In diesen RL werden auch Dienstnehmer Körperschaften öffentlichen Rechts und Beamte als Arbeitnehmer angesehen und es erfolgte eine entsprechenden Umsetzung dieser RL in Österreich.

aufgrund der verzögerten Konkursantrags den Gläubigern der Gemeinde ein Schaden entstanden ist, sind **Amtshaftungsansprüche gegen** den Rechtsträger der **Gemeindeaufsicht denkmöglich** und wahrscheinlich.[267] Die Gemeindeaufsicht ist daher stets gut beraten, wenn sie ihre Aufsichtsrechte bei erkennbarer Verwirklichung von Insolvenzantragsgründen ausschöpft, um nicht das **Risiko einer Amtshaftungsklage eines Gläubigers** der Gemeinde in Kauf nehmen zu müssen.

7.5 Beendigung eines Konkursverfahrens und Konsequenzen für die Gemeinde

7.5.1 Allgemeines

Das Konkursverfahren bedarf – anders als das Exekutionsverfahren, das im Falle der vollständigen Befriedigung der Gläubiger oder der Erschöpfung des jeweiligen Exekutionsmittels einfach beendigt wird – einer **Aufhebung durch gerichtlichen Beschluss.** Die Aufhebung des Konkurses hat in folgenden Fällen zu erfolgen:

- Wenn das **Vermögen** zur **Deckung** des **Kosten** des Konkursverfahrens **nicht ausreicht.** Dieser Fall ist vor allem bei einem Gemeindekonkurs interessant. Es wird hier zwar nicht von Anfang an genügend Masse fehlen, jedoch wird es möglich sein, dass bisheriges Massevermögen durch einen nachträglichen Bescheid der Verwaltungsbehörde gem § 15 EO, noch vor der Verteilung dem Massevermögen in einem solchen Umfang entzogen wird, dass ein die Verfahrenskosten deckendes Massevermögen nicht mehr vorhanden ist.[268]
- Wenn die **Masse vollständig verteilt** ist, dh, wenn die Gläubiger zumindest quotenmäßig befriedigt sind.
- Wenn ein **Zwangsausgleich rechtskräftig bestätigt** worden ist und die Ansprüche von Aussonderungs-, Absonderungs- und Massegläubigern befriedigt oder sichergestellt sind.
- Wenn alle Masse- und Konkursgläubiger, die Forderungen angemeldet haben, einer Aufhebung zustimmten **(Konkursverzicht).** Die Gemeinde als Gemeinschuldner hat daraufhin den Aufhebungsantrag zu stellen. Einem solchen Konkursverzicht wird meistens ein außergerichtlicher Ausgleich zugrunde liegen.

7.5.2 Zwangsausgleich

Sowohl für die Interessen der Gläubiger, als auch für die der gemeinschuldnerischen Gemeinde bietet ein Zwangsausgleich regelmäßig die **günstigere Beendigung des Konkursverfahrens.** Der Gemeinschuldner zahlt die **Zwangsausgleichsquote** – die regelmäßig eine bessere ist als die Quote in der Erlösverteilung im Konkurs – und es kommt zu einer **Restschuldbefreiung,** dh er ist von den Konkursforderungen befreit. Nachdem die Gemeinde durch ein Konkursverfahren nicht aufgelöst wird, wird auch re-

[267] *Fasching,* Konkurs 73.
[268] Dieselbe Meinung auch bei *Fasching,* 78.

gelmäßig der Zwangsausgleich Ziel eines Insolvenzverfahrens zur Entschuldung der Gemeinde sein müssen.

Die **Überwachung durch Sachwalter der Gläubiger** (§§ 157 a ff KO) bietet sich im Zwangsausgleich **für die Überwachung der Ausgleichserfüllung** an. In diesem Fall bedarf die Gemeinde – bis zur Erfüllung der Ausgleichsquote – zum Veräußern oder Belasten von Liegenschaften, zum Bestellen von Absonderungsrechten, zum Eingehen von Bürgschaften, zu unentgeltlichen Verfügungen und zu Rechtshandlungen, die nicht zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb gehören, der **Zustimmung dieses bestellten Sachwalters.** Die Gemeinde muss in diesem Fall aber auch eine zum gewöhnlichen Gemeindebetrieb gehörende sonstige Rechtshandlung unterlassen, wenn der Sachwalter dagegen Einspruch erhebt. Darüber hinaus könnte der Sachwalter verlangen, dass alle einlaufenden Gelder nur von ihm übernommen werden und vorkommende Zahlungen und andere Verpflichtungen nur von ihm zu leisten sind. Angemerkt sei jedoch, dass sich die Befugnisse dieses bestellten Sachwalters nur auf das dem Insolvenzverfahren nach § 15 EO unterworfene Vermögen bezieht.

Die Situation, dass sich die für die **Erfüllung der Ausgleichsforderungen und -quoten** vorgesehenen Mittel nunmehr nicht ohne Beeinträchtigung der von der Gemeinde **zu wahrenden öffentlichen Interessen** verwendet werden können, kann sich auch im Zwangsausgleichsverfahren ergeben.[269] Sollte sich der Fall ergeben, dass ein Bescheid der Verwaltungsbehörde gem § 15 EO die vorgesehenen Mittel oder Vermögensgegenstände nach Bestätigung des Zwangsausgleichs der Masse, die für die Erfüllung der Quoten vorgesehen war, entzieht, dann muss entweder der **Sachwalter der Gläubiger oder der Ausgleichsverwalter (= Masseverwalter im Ausgleichsverfahren)** prüfen, ob eine Erfüllung des Zwangsausgleichs noch möglich ist oder nicht. Sollte diese nicht mehr möglich sein, dann muss dies dem Gericht angezeigt werden, welches die Überwachung durch den Sachwalter gem § 157 g Abs 2 Z 3 KO einzustellen und von Amts wegen zu entscheiden hat, **ob der Konkurs neuerlich zu eröffnen ist.**[270]

7.5.3 Die Wirkung der Aufhebung

Wirksam wird die Konkursaufhebung mit Rechtskraft des **Aufhebungsbeschlusses**. Mit diesem Zeitpunkt erlangt die Gemeinde wieder die **volle Verfügungsbefugnis** über den bisher als Konkursmasse angesehenen Vermögensteil. Weiters sind alle **Beschränkungen** und **Sicherungsmaßnahmen aufzuheben** bzw **erlöschen.** Die Gemeinde tritt auch ex lege wieder als Partei in laufende Prozesse, in denen der Masseverwalter in Ansehung vermögensrechtlicher Ansprüche der oder gegen die Konkursmasse Kläger oder Beklagter ist, ein. Auch ist die Gemeinde grundsätzlich an die **Rechtshandlungen** des **Masseverwalters gebunden,** zB bei Kündigungen von Bestand- und Arbeitsverhältnissen.[271]

---

269 *Fasching,* Konkurs 80 f.
270 *Fasching,* Konkurs 80.
271 *Dellinger/Oberhammer,* Insolvenzrecht 137.

8. LITERATUR

Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2002);

Burgstaller/Sittenthaler, Überschuldung, ZIK 1996, 184;

Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht (2002);

Eypeltauer/Strasser, Haftung der Organe (1987);

Fasching, Konkurs (1983);

Hengstschläger, Rechnungshofkontrolle (2000);

Hinterhofer, Strafrecht besonderer Teil II[3] (2002);

Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz (1999);

Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch[2];

Klug (Hrsg), Öffentliche Kontrolle (2004);

Klug/Oberndorfer/Wolny (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (2008);

Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen;

Kühteubl, Ausgliederung – Arbeitsrechtliche Fragen bei der Übertragung von Aufgaben durch Bund, Länder und Gemeinden (2006);

Mohr, Konkursordnung[9] (2000);

Neuhofer, Gemeinderecht[2] (1998);

Thunhart, Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000);

Rebhahn/Strasser, Zwangsvollstreckung (1989);

Rummel (Hrsg), ABGB[3] (2000);

Schille/Paie/Hafner, Steirisches Gemeinderecht[4] (2000);

Schragel, Kommentar zum AHG[3] (2003);

Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht[7] (1992).

Schriftenreihe RFG
Recht & Finanzen für Gemeinden

Band 3/2003
Flotzinger/Leiss
Gemeindeabgaben im Insolvenzverfahren IV
32 Seiten. EUR 9,80
ISBN 978-3-214-14475-3

Band 4/2003
Becker/Jäger/Kirowitz/Suárez/Trenker
Lenkungseffekte von Abgaben auf Handymasten
54 Seiten. EUR 15,20
ISBN 978-3-214-14476-0

Band 5/2003
Hink/Mödlhammer/Platzer (Hrsg)
Auswirkungen des Regierungsprogramms auf die Gemeinden
126 Seiten. EUR 28,–
ISBN 978-3-214-14477-8

Band 1/2004
Achatz/Oberleitner
Besteuerung und Rechnungslegung der Vereine
76 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-14473-9

Band 2/2004
Huber/Noor/Trieb/Reifberger
Die Gemeinden und ihre straßenpolizeilichen Aufgaben
88 Seiten. EUR 21,–
ISBN 978-3-214-14474-6

Band 3/2004
Colcuc-Simek/Mader/Skala/Viehauser/Zimmerl
Herausforderung Siedlungswasserwirtschaft
80 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-14478-4

Band 4/2004
Kerschner/Wagner/Weiß
Umweltrecht für Gemeinden
172 Seiten. EUR 36,–
ISBN 978-3-214-14479-0

Band 5/2004
Schmied
Facility Management
64 Seiten. EUR 14,80
ISBN 978-3-214-14482-1

Band 6/2004
Österr. Gemeindebund
Katastrophenschutz – Katastrophenbewältigung
94 Seiten. EUR 22,80
ISBN 978-3-214-14481-4

Band 1/2005
Hink/Leininger-Westerburg/Rupp
E-Government – Leitfaden für Bürgermeister und Gemeindebedienstete
64 Seiten. EUR 14,80
ISBN 978-3-214-14483-8

Band 2/2005
Heiss/Dietmar Pilz
Kosten- und Leistungsrechnnung der Siedlungswasserwirtschaft
Arbeitsbehelf zur Ermittlung und Zuordnung der Kosten in der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung für Gemeinden und Verbände
78 Seiten. EUR 19,80
ISBN 978-3-214-14484-5

Band 3 – 4/2005
Mitterbacher/Schrittwieser
Kommunales Abgabenstrafrecht
196 Seiten. EUR 38,–
ISBN 978-3-214-14487-6

Band 5/2005
Achatz/Hacker-Ostermann/Heiss/Pilz
Betriebsprüfung in der Gemeinde
95 Seiten. EUR 24,–
ISBN 978-3-214-14486-9

Band 1 – 2/2006
Sachs/Hahnl
Das neue Bundesvergaberecht 2006 – Leitfaden für Länder und Gemeinden
162 Seiten. EUR 36,–
ISBN 978-3-214-14485-2

Band 3/2006
Kommunalnet E-Government Solutions GmbH
Handbuch Kommunalnet
84 Seiten. EUR 19,80
ISBN 978-3-214-14488-3

Reihenübersicht

Band 4 a/2006
Mugler/Fink/Loidl
Gestaltung günstiger Rahmenbedingungen für Klein- und Mittelbetriebe im ländlichen Raum
52 Seiten. EUR 13,80
ISBN 978-3-214-14489-0

Band 4 b/2006
Österreichischer Gemeindebund (Hrsg)
Zukunft ländliche Gemeinde Diskussionsbeiträge zum Österreichischen Gemeindetag 2006
108 Seiten. EUR 26,–
ISBN 978-3-214-14490-6

Band 5/2006
Mazal (Hrsg)
Zur sozialen Stellung von Gemeindemandataren
126 Seiten. EUR 28,80
ISBN 978-3-214-14491-3

Band 1/2007
Aicher-Hadler
Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bürgermeisters
52 Seiten. EUR 14,–
ISBN 978-3-214-14480-7

Band 2/2007
Bacher/Grieb/Hartel/Heiss/Stabentheiner
Die Gemeinde als Vermieterin
116 Seiten. EUR 24,80
ISBN 978-3-214-14494-4

Band 3/2007
Hofinger/Hinteregger
Genossenschaften – eine Perspektive für Kommunen
38 Seiten. EUR 9,90
ISBN 978-3-214-14495-1

Band 4/2007
Handler/Mazal/Weber
Kommunale Sommergespräche 2007
76 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-14497-5

Band 5/2007
Reinhard Haider
Umsetzung von E-Government
72 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-18821-4

Band 1 – 2/2008
Sachs/Hahnl
Das neue Bundesvergaberecht 2006 – Leitfaden für Länder und Gemeinden. 2. Auflage
164 Seiten. EUR 38,–
ISBN 978-3-214-14498-2

Band 3/2008
Achatz/Brassloff/Brenner/Schauer
Kommunale KG-Modelle und Rechnungsabschlüsse auf dem Prüfstand
52 Seiten. EUR 14,80
ISBN 978-3-214-14499-9

Band 4/2008
Mugler/Loidl/Fink/Lang/Teodorowicz
Gemeindeentwicklung in Zentraleuropa
48 Seiten. EUR 12,50
ISBN 978-3-214-00542-9

Band 1/2009
Lukas Held
Haushaltsführung und Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane
124 Seiten. EUR 28,–
ISBN 978-3-214-14500-2

Impressum

Impressum: Schriftenreihe des Österreichischen Gemeindebundes

Medieninhaber (Verleger): MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH; A-1014 Wien, Kohlmarkt 16. FN 124 181w, HG Wien. **Gesellschafter, deren Anteil 25% übersteigt: in der Manz GmbH:** MANZ Gesellschaft m.b.H., Wien, Beteiligung an Unternehmen und Gesellschaften aller Art und Wolters Kluwer International Holding B.V., Amsterdam, Beteiligung an Unternehmen.
Verlagsadresse: A-1015 Wien, Johannesgasse 23.
Geschäftsführung: Mag. Susanne Stein-Dichtl (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Dr. Wolfgang Pichler (Verlagsleitung).
Herausgeber: vortr. HR Dr. Robert Hink, Mag. Alois Steinbichler.
Schriftleitung und Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Markus Achatz, Mag. Dr. Raimund Heiss, LAbg. Bgm. Mag. Alfred Riedl, Mag. Dr. Peter Pilz.
Verlagsredaktion: Mag. Elisabeth Maier
E-Mail: oesterreichischer@gemeindebund.gv.at; kommunal@kommunalkredit.at; verlag@manz.at
Internet: www.gemeindebund.at; www.kommunalkredit.at; www.manz.at
Hersteller: Novographic Druck G.m.b.H., 1230 Wien.
ISBN 978-3-214-14500-2

Wien, April 2009