

Ulrich Kraßnig

Stellenbesetzungsmöglichkeiten im öffentlichen Bereich – gesetzlicher Anspruch versus gelebte politische Wirklichkeit

Nebenabsprachen im Rahmen von Koalitionsvereinbarungen zur Vergabe von Spitzenpositionen im öffentlichen Bereich an parteinahe, wenig kompetente Günstlinge sind offenbar gang und gäbe und machen deutlich, wie sich Koalitionsparteien regelmäßig die Republik aufteilen. Das ist nicht hinzunehmen, zumal damit auf höchster Ebene gegen geltendes Recht verstoßen wird. Die vorliegende rechtliche Analyse, die sich im Wesentlichen auf Postenbesetzungen bei Unternehmen mit Staatsbeteiligung konzentriert, zeigt auf, dass es sich dabei konkret um institutionalisierte personalpolitische Korruption (konkret um Untreue und Amtsmissbrauch) handelt, indem verschiedene zu erörternde Materiegesetze vorsätzlich mit Füßen getreten werden.



1. AUSGANGSSITUATION

Geheime Nebenabsprachen im Rahmen von Koalitionsvereinbarungen vermutet man eher bei autoritären Staatsformen und weniger in entwickelten Demokratien. Zuletzt wurde aber in aller Deutlichkeit öffentlich dargelegt, dass auch in Österreich künftig zu besetzende Stellen im staatsnahen Bereich weitreichend und kleinteilig bereits im Vorfeld willkürlich Personen mit entsprechendem politischem Stallgeruch, aber ohne erforderlicher Qualifikation zugeschanzt wurden. Dabei handelte es sich etwa um Positionen beim VfGH und VwGH, beim Bundesverwaltungsgericht, beim Bundesfinanzgericht und bei öffentlichen Unternehmen (zB Nationalbank, ORF, ÖBAG, ASFINAG, ÖBB).

Man muss nicht dazu neigen, voreilig den moralischen Zeigefinger zu heben, um ein solches Vorgehen, das eine unverfrorene Postenschacherei in Reinkultur darstellt, aufs Schärfste zu verurteilen. Die Koalitionspartner nehmen dabei den Verstoß gegen gesetzliche Ausschreibungsregeln und (gesellschaftsrechtliche Vorgaben wissentlich in Kauf. Formale Ausschreibungs- und Bewertungsverfahren verkommen zur Farce und stellen eine bloße Geldvernichtung dar, zumal das Ausschreibungsergebnis schon feststeht, weil sich die Koalitionsparteien die zu vergebenden Stellen im Rahmen eines korrupten Tauschhandels vorher feinsäuberlich aufgeteilt haben. Die Bewerbungen ehrlicher (ungleich qualifizierterer) Kandidaten, die nicht über den richtigen politischen Anstrich verfügen, sind sinnlos. Die Kosten dieser beschämenden und

respektlosen Missstände gehen zulasten der Allgemeinheit, wenn auch die Übertragung langfristig und diffus ist.

In weiterer Folge wird am Beispiel der *Österreichische Beteiligungs AG (ÖBAG)* aufgezeigt, wie Regierungsparteien unter dem Deckmantel der Staatsräson im staatsnahen und öffentlichen Bereich Posten systemisch vergeben und somit zahlreiche Rechtsbrüche begehen.⁽¹⁾ Konkret heißt es dazu im Sideletter: „Der Vorstand der Beteiligungsgesellschaft wird durch die ÖVP nominiert.“⁽²⁾ Bei dieser sowie bei anderen Stellenbesetzungen standen Inkompetenz und Günstlingswirtschaft im Vordergrund, nicht zuletzt, um³ Staatsmacht zum Selbstzweck zu sichern.

2. EINSCHLÄGIGE GESETZE ZUR BESTELLUNG VON ORGANEN BEI ÖFFENTLICHEN UNTERNEHMEN

Bei Unternehmen, die der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegen, ist bei Bestellungen von Mitgliedern des Vorstands bzw Geschäftsführern ein Bewerbungsverfahren nach dem Stellenbesetzungsgesetz (Stellbg) durchzuführen (§ 1 Stellbg). Dieses sieht eine Ausschreibung vor, bei der ausschließlich die fachliche Qualifikation eines Bewerbers für die Stellenbesetzung maßgeblich sein darf (§ 2 iVm § 4 Abs 1 Stellbg). Zweck des Stellbg ist somit die Bestellung der geeignetsten Person für die Leitungsfunktion.⁽³⁾

Für die Durchführung der Ausschreibung bei einer Aktiengesellschaft ist wiederum der Aufsichtsrat zuständig (§ 2 Abs 2 Stellbg iVm

§ 75 Abs 1 AktG),⁽⁴⁾ bei der GmbH die Generalversammlung (§ 2 Abs 2 Stellbg iVm § 15 GmbHG),⁽⁵⁾ beim ORF der Stiftungsrat (§ 2 Abs 2 Stellbg iVm § 21 Abs 1 Z 2 ORF-G). Die weiteren Ausführungen beziehen sich auf die Aktiengesellschaft, wobei diese für die GmbH und den ORF sinngemäß gelten.

Qua Analogie zu § 70 AktG bzw nach § 99 iVm § 84 AktG muss der Aufsichtsrat auch aufgrund seiner aktienrechtlich normierten Treue- und Sorgfaltspflichten die am besten geeignete Person zum Mitglied des Vorstands bestellen.⁽⁶⁾ Konkret ergibt sich die Bestellungskompetenz des Aufsichtsrats in Bezug auf den Vorstand aus § 75 Abs 1 UGB. Den Aufsichtsrat trifft demnach die Verpflichtung, die an der Ausschreibung teilnehmenden Bewerber im Hinblick auf ihre fachliche und auch menschliche Eignung zu prüfen.⁽⁷⁾

Insgesamt handelt es sich bei der Auswahl des Vorstands wohl um die wichtigste Aufgabe des Aufsichtsrats, weil dieser hiermit die Weichen für die Leitung des Unternehmens stellt. Ein Aufsichtsratsversagen in der Praxis manifestiert sich in der Praxis nicht selten gerade auch im Versagen bei dieser Kardinalaufgabe, das darin liegt, dass ein schwacher oder unfähiger Vorstand installiert wird.

3. RECHTSBRÜCHE UND -FOLGEN AUFGRUND VON NEBENABSPRACHEN

Am Beispiel der Regelung der Bestellung des Vorstands der ÖBAG im Sideletter zur Koalitionsvereinbarung („Der Vorstand der Beteiligungsgesellschaft wird durch die ÖVP nominiert“) ist die (straf)rechtliche Brisanz besonders evident. Hierbei wird ganz konkret und explizit gegen das Aktienrecht und das Stellbg verstoßen, welche die Auswahl der am besten geeigneten Person aus dem Bewerberkreis durch den Aufsichtsrat vorsehen.

Wenngleich das Stellbg selbst in Ermangelung an darin vorgesehenen Rechtsfolgen als *lex imperfecta* betrachtet wird,⁽⁸⁾ kann der Sachverhalt sowohl strafrechtliche als auch zivilrechtli-

che Konsequenzen haben: Wie beschrieben hat der Aufsichtsrat Sorgfaltspflichten gegenüber der Gesellschaft. Bei der Bestimmung des Vorstands muss der Aufsichtsrat demnach höchste Sorgfalt walten lassen und die am besten geeigneten Personen aus dem Bewerberkreis auswählen; sonst hat er bei einer Schädigung der Gesellschaft selbst mit haftungsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen.⁽⁹⁾ Lässt der Aufsichtsrat bei der Auswahl des Vorstands die erforderliche Sorgfalt vermissen, kann daraus eine Haftung für sorgfaltswidriges Verhalten resultieren, das einer Ex-ante-Beurteilung zu unterziehen ist.⁽¹⁰⁾

Selbstredend kann den Sorgfaltsanforderungen im Zusammenhang mit der Auswahl des Vorstands nur Rechnung getragen werden, wenn bei den einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats eine entsprechende Qualifikation und Unabhängigkeit gegeben ist. Sowohl der Aspekt der Qualifikation als auch jener der Unabhängigkeit muss im öffentlichen Bereich nach den Vorkommnissen der Vergangenheit jedenfalls hinterfragt werden. Ein Aufsichtsrat, der die Vorgaben eines koalitionsären Sideletters hinsichtlich der Bestellung eines Vorstands bei einem öffentlichen Unternehmen umsetzt, ist jedenfalls nicht unabhängig, handelt sorgfaltswidrig und verletzt daher seine Sorgfaltspflichten gegenüber der Gesellschaft, gegenüber der er gegebenenfalls dann auch schadenersatzpflichtig wird.

Im gesellschaftsrechtlichen Kontext der Auswahl des Vorstands kann im konkreten Fall auch der strafrechtliche Tatbestand der Untreue erfüllt sein. Die Untreue zeichnet sich ganz allgemein dadurch aus, dass gemäß § 153 Abs 1 StGB dem Täter die Befugnis eingeräumt wurde, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten und der Täter diese Befugnis missbraucht und hierdurch seinem Machtgeber einen Vermögensschaden zufügt. Seine Befugnis missbraucht, wer in unverantwortbarer Weise gegen Rechtsnormen oder andere Regeln verstößt, die dem Schutz des Vermögens des Machtgebers dienen. Als Machthaber und

(4) Vgl hierzu ausführlich Schima, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat³ (2016) 497 (507 ff).

(5) Zudem normiert § 15 Abs 3 GmbHG, dass im Gesellschaftsvertrag die Bestellung von Geschäftsführern durch den Bund, ein Land oder durch eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft vorbehalten werden kann, wobei das Stellbg aber ebenso zur Anwendung gelangt.

(6) Vgl Schima in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat², 497 (507 ff).

(7) Vgl Runggaldier/Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 62.

(8) Vgl Eiselsberg/Prohaska-Marchried, Von transparenten Besetzungen und Vertragsschablonen – das Stellenbesetzungsgesetz, ecolex 1998, 319 (320 f).

(9) Siehe hierzu ausführlich unter IV.5. und IV.6.

(10) Vgl OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86; 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t, GesRZ 2008, 378; Schauer, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats, in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat³ (2016) 1427 (1439 f); Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ (2012) § 99 Rz 6; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 33 Rz 17; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² (1996) Rz 4/440.

Täter kommt nur in Frage, wer eine Befugnis in Form einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht hat.

Auch dem Aufsichtsrat kann eine Befugnis iSd § 153 StGB zukommen, weshalb er unmittelbarer Täter der Untreue sein kann. Dies wird dann der Fall sein, wenn der Aufsichtsrat – wie beim Abschluss des Vorstandsvertrags mit dem Vorstand – die Gesellschaft selbständig im Außenverhältnis vertritt. Ein Befugnismissbrauch ist gegeben, wenn der Täter im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis ein Rechtsgeschäft abschließt, das im Widerspruch zu seinem Dürfen im Innenverhältnis steht. Im Zusammenhang mit der Bestellung eines Vorstands ergeben sich die internen Grenzen aus § 70 AktG (analog) bzw. § 99 iVm § 84 AktG iVm § 2 Stellbg, wonach der Aufsichtsrat eine geeignete Person zum Mitglied des Vorstands wählen muss und nur mit dieser einen Vorstandsvertrag abschließen darf.

Folglich erfüllt der Aufsichtsrat bei Eintritt eines Schadens den Tatbestand der Untreue, wenn er wissentlich einen Vorstandsvertrag mit einer ungeeigneten Person abgeschlossen hat, weil diese etwa nicht über beste Qualifikation aller zur Auswahl stehenden Kandidaten verfügte. Wenn der Gesellschaft dadurch insgesamt ein Schaden entsteht, droht gemäß § 153 Abs 1 StGB eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten oder eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen. Bei einem 5.000 € bzw. 300.000 € übersteigenden Schaden erhöht sich die Freiheitsstrafe auf bis zu drei bzw. bis zu zehn Jahre (§ 153 Abs 3 StGB). Gemäß §§ 12 und 14 StGB kommt insbesondere bei einer fehlerhaften Bestellung des Vorstands auch eine Beteiligungsstrafbarkeit jener Personen in Betracht, die den Sideletter unterschrieben haben.

Zudem liegt im Zusammenhang mit dem in Rede stehenden Sachverhalt die Erfüllung des Tatbestands des Amtsmissbrauchs nach § 302 Abs 1 StGB (Korruption) nahe, wobei sich der Rahmen für eine Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und fünf Jahren bewegt. So zimmerte sich der protegierte, letztlich als Vorstand der ÖBAG zum Zug gekommene Kandidat in seiner früheren Funktion als Generalsekretär im Finanzministerium die Ausschreibung selbst

zurecht. Das Vorgehen gipfelte darin, dass für eine Alibiausschreibung öffentliche Gelder vernichtet wurden. Vor diesem Hintergrund könnte der Tatbestand des Amtsmissbrauchs nicht nur beim früheren Generalsekretär im Finanzministerium und späteren Vorstand der ÖBAG erfüllt sein, sondern auch beim Finanzminister und Eigentümervertreter der ÖBAG, der in die Vorgänge vermutlich eingebunden war. Auch im Zusammenhang mit diesem Tatbestand kommt gemäß §§ 12 und 14 StGB eine Beteiligungsstrafbarkeit jener Personen in Betracht, die den Sideletter unterschrieben haben (Anstiftung zum Amtsmissbrauch).

Schließlich hat der OGH in der Vergangenheit die Möglichkeit des Schadenersatzes übergangener Bewerber bejaht.⁽¹¹⁾ Die Entscheidung ist insofern schlüssig, als das Stellbg wohl die Interessen der Bewerber zu schützen und vor unsachlichen Besetzungsentscheidungen zu bewahren hat.

4. FAZIT

Bei den jüngst zutage getretenen Nebenabsprachen zu Stellenbesetzungen im öffentlichen Bereich im Rahmen von Koalitionsvereinbarungen blickt man nicht nur in moralische Abgründe. Diese sind vielmehr auch von (straf) rechtlicher Relevanz. Der vorliegende Beitrag hat am Beispiel der Besetzung eines Vorstandspostens die in Österreich institutionalisierte und als völlig normal empfundene Postenschacherei auf höchster politischer Ebene aufgezeigt. In diesem Kontext wurden die dabei durch koalitionsäre Vereinbarung zahlreich begangenen Rechtsbrüche erörtert, die von Untreue über Amtsmissbrauch bis hin zur Anstiftung zum Amtsmissbrauch reichen und in Summe unter dem Überbegriff (personalpolitischer) Korruption zusammengefasst werden können. Ebenso wurde dargelegt, dass neben den strafrechtlichen Konsequenzen für die Protagonisten auch ein zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch übergangener Bewerber gegenüber dem Bund bzw. der Gesellschaft gegeben sein kann.

Zusammengefasst bleibt nur zu hoffen, dass das laufende Antikorruptionsbegehren alsbald umgesetzt wird.⁽¹²⁾

(11) OGH 23. 12. 2014, 1 Ob 218/14m.

(12) Siehe hierzu <https://antikorruptionsbegehren.at> (Zugriff am 11. 4. 2022).