

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

Korruptionsstrafrecht

- > Verschärfungen
- > Vorteilsbegriff
- > Vergaberecht

Cyberprodukthaftung

Einlagenrückgewähr und
Notgeschäftsführer

Formvorschriften im
Arbeitsrecht

COFAG

Beschuldigtenvernehmung

Data Act

NEU:
Recht hören.
Der ecolex-
Podcast!



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418

Der VfGH und die COFAG

Eine Bestandsaufnahme und Analyse der rechtlichen Auswirkungen bei Aufhebung rechtswidriger Förderungsvoraussetzungen

BEITRAG. Die COVID-19-Pandemie scheint überwunden.¹⁾ Im Gegensatz dazu steht die rechtliche Aufarbeitung der während der Pandemie getroffenen Maßnahmen erst am Anfang. Ende 2023 setzte der VfGH dabei einen wegweisenden Schritt: In mehreren Erkenntnissen qualifizierte er sowohl die organisationsrechtlichen Grundlagen der zentralen Förderstelle COFAG²⁾ als auch einzelne Bestimmungen der Förderrichtlinien als rechtswidrig. Dieser Beitrag setzt sich mit den Auswirkungen dieser Erkenntnisse für Anträge auf Unterstützung auseinander.^{3), 4)} **ecolex 2024/204**



ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. **Christian Piska** lehrt und forscht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien.

Mag. **Benedikt Winkler** ist Univ.-Ass. am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien.

Dr. **Alexander Hiersche**, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner bei Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH.

Mag. **Julian A. Motamedi** ist selbständiger Rechtsanwalt in Wien.

A. Rechtsgrundlagen der COFAG – staatsorganisatorische Aspekte

Der VfGH beschäftigte sich erstmals im Jahr 2021 anlässlich eines „Drittelantrags“ der Oppositionsparteien⁵⁾ mit den organisationsrechtlichen Grundlagen der COFAG.⁶⁾ Beanstandet wurden die behauptetermaßen unzureichende Determinierung des Handlungsspielraums des BM für Finanzen bei der Wahl und Ausgestaltung der finanziellen Unterstützungen sowie eine angebliche Durchbrechung des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystems, weil die privatrechtliche Fördervergabe durch Verwaltungsbeh (FA) zu überprüfen war. Der VfGH hielt diese Bedenken nicht für stichhaltig und wies den Antrag ab bzw in Teilen auch zurück.⁷⁾

Einige Monate später leitete er aus Anlass eines Parteiantrags auf Normenkontrolle von Amts wegen⁸⁾ ein Normenprüfungsverfahren ein, welches wiederum die organisationsrechtlichen Grundlagen der COFAG betraf.⁹⁾ An dessen Ende stellte der

¹⁾ So hob die WHO die internationale Gesundheitsnotlage mit 5. 3. 2023 auf (vgl. [www.who.int/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic)) (abgerufen am 26. 2. 2024).

²⁾ COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH.

³⁾ *Hiersche* und *Motamedi* führten Verf gegen die COFAG vor dem VfGH. *Piska* gutachtete in einem dieser Verf.

⁴⁾ C.3. des vorliegenden Beitrages wird von *Motamedi*, C.4. von *Hiersche* verfasst. Für die übrigen Ausführungen zeigen sich *Piska* und *Winkler* hauptverantwortlich.

⁵⁾ Vgl Art 140 Abs 1 Z 2 B-VG.

⁶⁾ VfGH 15. 12. 2021, G 233/2021-17 ua.

⁷⁾ Vgl dazu umfassend *Fiala*, Die VfGH-Entscheidung zur COFAG, AVR 2022, 14.

⁸⁾ Prüfungsbeschluss VfGH 29. 9. 2022, V 139/2022, G 108/2022.

⁹⁾ Vgl *Fiala*, VfGH prüft COFAG erneut, AVR 2022, 222.

VfGH die Verfassungswidrigkeit der Ausgliederung der COFAG wegen Verletzung des Sachlichkeitsgebotes fest.¹⁰⁾ Weiters hob er – im Einklang mit seiner Rsp¹¹⁾ – jene Bestimmung des ABBAG-G¹²⁾ auf, welche einen Rechtsanspruch auf die Gewährung finanzieller Maßnahmen generell ausschließt. In Anknüpfung an die Feststellung, dass die COFAG staatliche Verwaltung besorgt, schlussfolgerte der VfGH in einem weiteren Verf, dass die normierte Weisungsfreistellung der COFAG gesetzeswidrig ist.¹³⁾ Die Aufhebung der diesbezüglichen Bestimmungen tritt mit Ablauf des 31. 10. 2024 in Kraft. Im Ergebnis handelt es sich bei all diesen Punkten um grundlegende organisatorische Aspekte der Grenzen und Rahmenbedingungen der Ausgliederung und die daran geknüpften Anforderungen.¹⁴⁾

B. Unsachliche Förderbedingungen

Zwei weitere zeitgleich veröffentlichte Erk des VfGH betrafen die (Un-)Sachlichkeit des Ausschlusses bestimmter Fördernehmer von Corona-Hilfsleitungen.¹⁵⁾ So wurden in sämtlichen Richtlinien zur finanziellen Unterstützung im Zuge der Corona-Pandemie sowie in einem spezifischen Gesetz¹⁶⁾ Unternehmen von vornherein die Förderungswürdigkeit versagt, wenn „über das Unternehmen oder seine geschäftsführenden Organe in den letzten fünf Jahren vor der Antragstellung wegen eines vorsätzlich begangenen Finanzdeliktes rechtskräftig eine € 10.000,- übersteigende Finanzstrafe oder Verbandsgeldbuße verhängt worden ist“. Zentraler Kritikpunkt war, dass die Regelungen nicht auf den Tatzeitpunkt des Finanzvergehens abstellen, sondern vielmehr auf den Moment der Verhängung einer Sanktion.¹⁷⁾ Darin sah der VfGH eine Verletzung des aus dem Gleichheitsgrundsatz entspringenden Sachlichkeitsgebotes.¹⁸⁾ Die betreffenden beanstandeten Bestimmungen der Förderrichtlinien bzw des WohlverhaltensG traten mit 15. 4. 2024 außer Kraft.¹⁹⁾

Angesichts der gewährten „Reparaturfrist“ stellt sich die Frage nach den praktischen Auswirkungen der Erkenntnisse für die bislang ausgeschlossenen Förderwerber.

C. Die Anlassfallthematik

1. Allgemeines

Grds wirken aufhebende Erk des VfGH bloß *pro futuro*. Wenn wie im hier ggst Fall eine Frist²⁰⁾ gesetzt wird, findet die aufgehobene Vorschrift auf alle bis zu deren Ablauf verwirklichten Sachverhalte Anwendung. Eine verfassungsgesetzlich festgelegte Ausnahme²¹⁾ davon gilt für die Anlassfälle.²²⁾ Darunter versteht man jene konkreten Rechtssachen, die tatsächlicher Anlass für die Einleitung des Normprüfungsverf durch den VfGH waren.²³⁾ Die fortzusetzenden Verf der Anlassfälle sind im ggst Fall so zu beurteilen, als ob die aufgehobenen Bestimmungen bereits zum Zeitpunkt der damals zu ergehenden Entscheidung nicht mehr Teil des Rechtsbestandes waren.²⁴⁾ Für alle anderen Fälle – das sind sämtliche bis zum Fristablauf verwirklichten Sachverhalte – gilt die als rechtswidrig deklarierte Rechtslage demnach weiterhin. Erst für die danach eingetretenen Sachverhalte gilt die bereinigte Rechtslage. Der Rechtskontinuität wird damit Vorrang gegenüber der Rechtsrichtigkeit eingeräumt.

2. Erlassung einer Ersatzregelung

Neu erlassene Verordnungs- bzw Gesetzesbestimmungen haben gemein, dass sie grds nur auf jene Sachverhalte Anwendung finden, die sich nach ihrem In-Kraft-Treten ereignen.²⁵⁾

Als Grundregel ist dies der Beginn des auf die Kundmachung folgenden Tages.²⁶⁾ Um die Auswirkung auch auf den Anlassfall zu erstrecken, bedürfte es daher der Normierung einer Rückwirkung der neu erlassenen Regelung. Für die dafür geltenden Voraussetzungen ist nach Verordnungen und Gesetzen zu differenzieren. Für Erstere ist eine Rückwirkung nur möglich, wenn „im Gesetz [...] eine diesbezügliche ausdrückliche Ermächtigung enthalten ist“.²⁷⁾ Da sich in der für die ggst Richtlinien relevanten gesetzlichen Grundlage des § 3b Abs 3 ABBAG-G keine derartige Ermächtigung findet, kann eine allfällige Novelle nicht rückwirkend in Kraft gesetzt werden und damit keine rechtliche Relevanz auf den Anlassfall erwirken. Gesetze hingegen – wie ggst das WohlverhaltensG – können grds auch rückwirkend in Kraft treten. So kann eine erst später normierte Rechtsfolge an in der Vergangenheit eingetretene Sachverhalte geknüpft werden. Eine angeordnete Rückwirkung steht im Spannungsverhältnis zur Rechtssicherheit.²⁸⁾ Deshalb bedürfte es dafür einer sachlichen Rechtfertigung.²⁹⁾ Vorliegend würden durch eine rückwirkende Änderung des WohlverhaltensG mittels einer ähnlich gelagerte Regelung praktisch nur die Anlassfälle erfasst werden – für alle anderen Sachverhalte kommt schließlich weiterhin die alte rechtswidrige Bestimmung zur Anwendung. Eine derart ausgestaltete Rückwirkung würde allerdings zu einer Untergrabung der im Ver-

¹⁰⁾ VfGH 5. 10. 2023, G 265/2022–45.

¹¹⁾ Vgl VfSlg 20397/2020, wo festgehalten wird, dass „aus der Fiskalgeltung der Grundrechte folgt, dass Betroffene einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch darauf haben, dass ihnen solche Förderungen in gleichheitskonformer Weise und nach sachlichen Kriterien ebenso wie anderen Förderungswerbenden gewährt werden“; vgl weiters OGH 24. 2. 2003, 1 Ob 272/02k.

¹²⁾ § 3b Abs 2 ABBAG-G.

¹³⁾ VfGH 5. 10. 2023, V 236/2022.

¹⁴⁾ Vgl dazu umfassend Ponader, Aktuelle Rechtsfragen zur Ausgliederung im Kontext der COFAG-Rechtsprechung des VfGH, ÖHW 2023, 239.

¹⁵⁾ VfGH 5. 10. 2023, V 145/2022; G 172/2022.

¹⁶⁾ BG, mit dem Förderungen des Bundes aufgrund der COVID-19-Pandemie an das steuerliche Wohlverhalten geknüpft werden, BGBl I 2021/11.

¹⁷⁾ Insb zog er für diese Überlegung auch § 31 Abs 4 und 5 FinStrG heran, woraus sich ergibt, dass die Verjährung von Finanzdelikten gehemmt ist, wenn ein entsprechendes Strafverf anhängig ist. Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass selbst lange Zeit zurückliegende Finanzvergehen zu einem Ausschluss der Förderungen führen.

¹⁸⁾ Da bereits dieser Punkt zur Aufhebung führte, setzte sich der VfGH nicht näher mit den weiteren von den Ast angeführten Bedenken betreffend das Doppelbestrafungsverbot, das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums, die Erwerbsfreiheit und den durch den Gleichheitsgrundsatz gewährleisteten Vertrauensschutz auseinander.

¹⁹⁾ Vgl VfGH 5. 10. 2023, V 236/2022, Rz 65ff; 5. 10. 2023, V 145/2022; 5. 10. 2023, G 172/2022, Rz 58ff.

²⁰⁾ Praktisch normiert der VfGH keine Frist, sondern legt – wie im ggst Fall – das Datum des Außerkrafttretens der jeweiligen Bestimmung fest.

²¹⁾ Vgl Art 139 Abs 6 S 2 bzw Art 140 Abs 7 S 2 B-VG.

²²⁾ In der Lit wird dies auch als „Ergreiferprämie“ bezeichnet; vgl zur Begründung der Anlassfallwirkung Lachmayer, Rechtsschutz vs Rechtsbereinigung, ÖJZ 2006, 673 und Sperlich, Der „Anlassfall“ vor dem VfGH und dem EuGH, in FS Hans Georg Ruppe (2007) 551 (554).

²³⁾ VwGH 19. 2. 1997, 95/13/0046; 4. 12. 2003, 2003/16/0148.

²⁴⁾ Schäffer/Kneis in Kneis/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht 18. Lfg (2017) Art 140 B-VG Rz 92.

²⁵⁾ Vgl Muzak, B-VG⁶ (2020) Art 49 Rz 6.

²⁶⁾ Vgl Art 49 Abs 1 B-VG bzw § 11 BGBIG.

²⁷⁾ Vgl ua VfSlg 312/1924; 2966/1956; 7139/1973; 7787/1976; 8875/1980; 12.843/1991; 13.370/1993; 15.675/1999; 16.897/2003; 20.127/2016; VfGH 24. 9. 2019, V 23/2019. Vgl weiters Muzak, B-VG⁶ Art 18 Rz 28.

²⁸⁾ VwGH 15. 11. 2007, 2004/12/0164.

²⁹⁾ Vgl Muzak, B-VG⁶ Art 49 Rz 6 mHa VwGH 13. 12. 1985, 84/17/0041; 19. 3. 2002, 99/10/0203; VfSlg 12.416/1990; 15.319/1998; 16.389/2001; 17.892/2006.

fassungsrang normierten Privilegierung der Anlassfälle führen und wäre daher verfassungswidrig. Darüber hinaus sprechen gute Gründe dafür, darin eine Verletzung des aus Art 7 B-VG abgeleiteten Vertrauensschutzes zu erblicken. Im Ergebnis werden daher die ggst Anlassfälle – selbst bei rückwirkender Novellierung der einschlägigen Rechtsgrundlagen – nach der bereinigten Rechtslage zu beurteilen sein.

3. Verfahrenshilfe und Anlassfall

Dem Anlassfall gleichgestellt werden jene Fälle, die beim VfGH zum Zeitpunkt des Beginns der mündlichen Verhandlung bzw der nicht öffentlichen Beratung anhängig sind, wenn der das ursprüngliche Verwaltungsverf einleitende Antrag nicht nach Veröffentlichung des Prüfungsbeschlusses gestellt wurde.³⁰⁾ Bei Einbringung von Beschwerden nach Gewährung von Verfahrenshilfe wird eine Anlassfallwirkung auch für den Fall angenommen, dass zum relevanten Zeitpunkt nur der Antrag auf Verfahrenshilfe gestellt ist und noch keine Beschwerde vorliegt.³¹⁾ Im Falle eines Parteiantrags gem Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG erstreckt sich die Anlassfallwirkung auf das ordentliche Gerichtsverf, von dem die Prüfung der Norm durch den VfGH ausgegangen ist. Nichts anderes kann demnach für einen Parteiantrag gelten, der anlässlich eines Rechtsmittels gegen die Versagung der Verfahrenshilfe von einem ordentlichen Gericht gestellt wurde. Insofern stellt das Verfahrenshilfeverf den konkreten Anlassfall dar, sodass über das im zivilrechtlichen Verf erhobene RM durch das ordentliche Gericht nach Aufhebung der als gesetzwidrig beanstandeten Normen auf Basis der bereinigten Rechtslage zu entscheiden sein wird. Daran anknüpfend muss die Anlassfallwirkung auch auf die Klage, welche erst nach Erledigung des ordentlichen Verf über einen Verfahrenshilfeantrag tatsächlich eingebracht werden konnte, erstreckt werden.

4. Anlassfallwirkung und ordentliche Gerichtsbarkeit

Da die hier interessierenden als „Förderungen“ betitelten Entschädigungen durch die COFAG im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung vergeben werden, steht bei Nichtgewährung (nur) die klagsweise Geltendmachung vor den Zivilgerichten offen. Wie ist daher die Anlassfallwirkung durch die Zivilgerichte zu handhaben?

Im Grundsatz gilt: Nach Art 139 Abs 6 B-VG sind alle Gerichte und Verwaltungsbeh an die Aufhebung einer Verordnung durch den VfGH gebunden. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles ist die Verordnung aber weiterhin anzuwenden, „sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht“. Eine entsprechende Bestimmung enthält Art 140 Abs 7 B-VG für die Aufhebung eines Gesetzes.³²⁾

Dennoch ist zu beachten: Nach einem viel zitierten Rechtsatz steht die öffentliche Hand auch bei privatrechtlicher Tätigkeit und gerade bei Subventionsvergaben unter den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes, weshalb die Festlegung des Förderungszwecks und die nach dieser Zielsetzung erfolgte Eingrenzung des Berechtigtenkreises in den Führungsrichtlinien dem Sachlichkeitsgebot entsprechen muss.³³⁾ Wie der VfGH nunmehr bestätigt hat, genügen die vor dem VfGH bekämpften Förderrichtlinien sowie das ebenso bekämpfte WohlverhaltensG diesen Anforderungen nicht; sie widersprechen in ihrer aktuell geltenden Fassung dem Sachlichkeitsgebot.

Nach der Rsp besteht ein klagbarer Anspruch gegen die auf Grundlage eines Selbstbindungsgesetzes leistungspflichtige

Förderstelle, soweit ein solcher Anspruch nicht mangels Erfüllung der im Selbstbindungsgesetz normierten Leistungs Voraussetzungen oder in Ermangelung solcher Vorschriften deshalb ausscheidet, weil die Leistungsverweigerung in einem bestimmten Einzelfall dem Gleichbehandlungsgebot bzw dem Diskriminierungsverbot aus besonderen Gründen nicht widerspricht.³⁴⁾ Die Rsp dehnt die klagsweise Durchsetzungsmöglichkeit aber auch auf solche Fälle aus, in denen in Rechtsvorschriften enthaltene Förderkriterien – dies offenbar auch unabhängig von der Qualifikation der Rechtsvorschriften als „Selbstbindungsregelung“ – Förderwerber in unsachlicher Weise vom Zugang ausschließen.³⁵⁾ Die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes ist von der Einhaltung derartiger gesetzlicher Vorschriften unabhängig.³⁶⁾

In den konkret zu beurteilenden Fällen fände eine allfällige Fortgeltung der unsachlichen Normen auch zeitliche Grenzen: Sie treten mit 15. 4. 2024 außer Kraft.

Nach stRsp haben Gerichte grds die geltende Rechtslage zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz anzuwenden.³⁷⁾ Außer Kraft getretenes materielles Recht bleibt bloß dann anwendbar, wenn der zu beurteilende Sachverhalt vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen endgültig abgeschlossen worden ist.³⁸⁾ Hat sich ein Sachverhalt bloß in einzelnen Elementen vor Änderung der Rechtslage verwirklicht, ist die neue Rechtslage zu beachten. Dabei ist die Judikatur durchaus großzügig. So soll etwa eine Änderung der Rechtslage zu berücksichtigen sein, wenn ein haftungsbegründendes Verhalten in der Vergangenheit abschließend gesetzt wurde, der Schaden sich jedoch erst nach Änderung der Rechtslage materialisiert hat³⁹⁾; wenn der Gesetzgeber (neu) eine Anrechnung ausl Unterhalts vorsieht, soll diese Anrechnung auch vor Inkrafttreten der Regelung bezogene Unterhalte erfassen, weil der Sachverhalt mit Blick auf die Anrechnung noch nicht verwirklicht gewesen sei.⁴⁰⁾

Wäre der VfGH in den hier interessierenden Fällen von einer vollständigen Verwirklichung des Sachverhalts mit Antragstellung ausgegangen, hätte es der angeordneten Fortgeltung nicht bedurft – im Zeitpunkt der Veröffentlichung seiner Entscheidungen waren alle Antragsfristen längst abgelaufen.

Insofern sind Zweifel angebracht, ob die COFAG Ansprüche betroffener Förderwerber unter Hinweis darauf abwehren könnte, dass der VfGH eine Fortgeltung der Bestimmungen für alle Fälle, die nicht von der Anlassfallwirkung profitieren, vorgesehen hat.

³⁰⁾ Sog „Quasi-Anlassfälle“; Schäffer/Kneihls in Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht 18. Lfg Art 140 B-VG Rz 92.

³¹⁾ Cede, Der Anlassfall, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (2010) 189.

³²⁾ Vgl auch OGH 23. 4. 2014, 4 Ob 52/14x.

³³⁾ RIS-Justiz RS0038110, vgl insb (T 3) und (T 17).

³⁴⁾ RIS-Justiz RS0117458.

³⁵⁾ Vgl etwa OGH 16. 9. 2020, 6 Ob 162/20x.

³⁶⁾ RIS-Justiz RS0053815.

³⁷⁾ RIS-Justiz RS0106868; RS0008698; zuletzt OGH 3 Ob 196/21a; vgl weiters Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 5 Rz 44 (Stand 1. 7. 2015, rdbat).

³⁸⁾ RIS-Justiz RS0008715 (T 7, T 8 und T 20).

³⁹⁾ Vgl OGH 12. 10. 2022, 1 Ob 104/22h.

⁴⁰⁾ OGH 9. 2. 2010, 10 Obs 6/10w.

Schlussstrich

Die COFAG steht auf wackeligen Beinen: Sowohl die organisatorischen Grundlagen der COFAG als auch bestimmte Förderbedingungen wurden vom VfGH als rechtswidrig aufgehoben. Nach bereinigter Rechtslage sind dabei - unabhängig von einer allfälligen Neuregelung - die Anlassfälle zu entscheiden. Dabei erstreckt sich diese Wirkung auch auf jene erst einzuleitenden Verf, in denen der

VfGH bislang bloß über den Verfahrenshilfeantrag entschied. Für jene Fälle, die nicht in den Genuss des Anlassfallprivileges kommen, kann eine Berufung auf die bisherige Rsp des OGH zum Gleichheitssatz (iVm der Monopolstellung der COFAG) Abhilfe schaffen. So kann dies zu einer Nichtanwendung der - vom VfGH als gleichheitswidrig deklarierten - Bestimmungen vor den ordentlichen Gerichten führen und damit eine Fördermöglichkeit eröffnen.