



Parlament 1017 Wien  
www.konvent.gv.at

## **Ausschuss 7**

### **Reformaspekte zur Privatwirtschaftsverwaltung**

#### **1. Einleitung**

Kaum ein Aspekt der Staatstätigkeit hat im Laufe der rechtswissenschaftlichen Diskussion eine derart schillernde Karriere gemacht, wie die Privatwirtschaftsverwaltung; die verfassungsrechtlichen Grundlagen wurden bereits auf die unterschiedlichste Weise ausgelegt. Eines ist klar: Die moderne Verwaltung agiert in zunehmenden Maß mit den Mitteln des Privatrechts, sodass die hoheitliche Verwaltung bereits rein quantitativ in den Hintergrund tritt.

Zur Zeit des In-Kraft-Tretens des B-VG stand die Zulässigkeit staatlichen Handelns in Privatrechtsformen so klar außer Streit, dass man die ursprünglich vorgesehene Ermächtigung in Art. 17 Abs. 2 B-VG einfach wegließ. Im Laufe der Entwicklung hat sich diese Betrachtungsweise verändert: Heute geht die Diskussion vereinzelt darum, ob der Staat berechtigt sein soll, jegliche Wirtschaftstätigkeit zu führen. In Österreich wurde diese Diskussion im Zusammenhang mit kommunalen Aufgaben geführt, die Positionen sind allerdings nicht so exponiert, wie etwa in der Europäischen Union. Man kann davon ausgehen, dass der Staat private Rechtsgeschäfte abschließen, Förderungen in privatrechtlichen Formen vergeben und Einrichtungen führen kann, die auf privatrechtlicher Basis bestehen. Einschränkungen grundsätzlicher Natur auf bestimmte Kernaufgaben des Staates scheinen hierfür nicht angezeigt.

In der Entstehungsphase des B-VG war offenbar auch die Legalitätsbindung der Privatwirtschaftsverwaltung kein Problem. Erst in den 60er Jahren konzentrierte sich eine intensive verfassungsrechtliche Diskussion auf die Frage, wie eng die sogenannten Selbstbindungsgesetze das Handeln der Organe determinieren sollen. Diese Diskussion hat sich als verfassungsrechtlich weitgehend fruchtlos erwiesen und es scheint nicht sinnvoll, sie durch Überlegungen zur Neuformulierung von Verfassungsnormen wieder aufzugreifen.

Ein weiterer Diskussionsstrang beschäftigte sich mit der Frage der Grundrechtsgeltung in der Privatwirtschaftsverwaltung. Die Fragen der Drittwirkung und Fiskalgeltung sind mittlerweile durch die zivilrechtliche Judikatur einer sehr praktikablen Lösung zugeführt: Eine Bindung des Staates wird angenommen und sie ist - sei es auch über den Umweg privatrechtlicher Topoi und zivilgerichtlicher Verfahren - auch durchsetzbar.

Eine dritte Ebene der Diskussion konzentriert sich auf die Frage, ob und inwieweit sich der Staat durch die Wahl der Handlungsform seiner Verpflichtungen entziehen kann; auch hier liefert die Judikatur der letzten Jahre wichtige Ansatzpunkte zur Beantwortung im Sinn einer Bindung des Staates.

Der Ausdruck „Privatwirtschaftsverwaltung“ findet in der Lehre verschiedene Abgrenzungen. Für die Zwecke der Ausschussarbeit wird das Mandat so verstanden, dass es auch die Wahrnehmung von Parteienrechten durch Staatsorgane in Verwaltungsverfahren, die sog. schlichte Hoheitsverwaltung und die Schaffung von Selbstbindungsrecht berührt.

In formaler Hinsicht muss man feststellen, dass das positive Verfassungsrecht keine geschlossene Systematik zur Regelung der Privatwirtschaftsverwaltung vorsieht. Die darauf bezug habenden Regelungen sind durchaus fragmentarisch und verstreut. Eine Bereinigung durch terminologische Angleichungen (etwa Art. 17, 116 und 126b ff) ist überlegenswert.

## 2. Verfassungsrechtliche Rechtsquellen

**Art. 17 B-VG** konstituiert Bund und Länder als Träger von Privatrechten und ermächtigt sie, auch als Rechtsunterworfenen tätig zu werden; dabei sind sie nicht durch die allgemeine Kompetenzverteilung beschränkt. Es wird angenommen, dass Bund und Länder ihre eigene Privatwirtschaftsverwaltung durch sog. „Selbstbindungsgesetze“ regeln dürfen; diese Gesetze dürfen aber nur das Verhalten der Organe des Rechtsträgers regeln und keine subjektiven Rechte Dritter begründen. Für die Qualifikation eines Aktes als Akt der Privatwirtschafts- oder Hoheitsverwaltung ist die Rechtsform entscheidend.

**Art. 116 Abs. 2 B-VG** konstituiert die Gemeinde als Träger von Privatrechten. Die Privatwirtschaftsverwaltung zählt ausdrücklich zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde. Der Ausdruck „innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze“ bedeutet, dass besondere Beschränkungen für die Gemeinde unzulässig sind.

**Art. 104 Abs. 1 und 2 B-VG** normiert den Grundsatz der unmittelbaren Privatwirtschaftsverwaltung und die Möglichkeit der „Auftragsverwaltung“.

**Art. 52 B-VG** bezieht die Privatwirtschaftsverwaltung in die parlamentarische Kontrolle ein.

**Art. 126b, 127 und 127a B-VG** regeln die Kontrolle durch den Rechnungshof und

**Art. 148a Abs. 1 und 2 B-VG** die Kontrolle durch die Volksanwaltschaft.

### **3. Probleme und Grundsatzfragen**

#### **Legalitätsprinzip**

Die Diskussion um die Reichweite der Geltung des Legalitätsprinzips für die Privatwirtschaftsverwaltung führte vielleicht deshalb zu keinem klaren Ergebnis, weil sie am falschen Ende des Problems ansetzte: In Wahrheit geht es nicht darum, dogmatisch festzustellen, ob der historische Verfassungsgeber den Art. 18 B-VG in gleicher Weise auf alle Handlungsformen angewendet haben wollte, sondern vielmehr darum, dem Staat die im Interesse der Bürger notwendigen Bindungen gesetzlich überall dort aufzuerlegen, wo sie aus demokratischer, wirtschaftlicher und rechtsstaatlicher Sicht unverzichtbar sind; dabei soll es auf die Form der gebundenen Handlungen nicht ankommen.

Aus dieser allgemeinen Überlegung folgert, dass eine Bindung an das Gesetz im Hinblick auf die damit verbundenen Kontrollmöglichkeiten und den Grundrechtsschutz für das privatrechtliche Handeln für Zwecke der öffentlichen Verwaltung aufrecht bleiben soll. Wie immer das Legalitätsprinzip formuliert ist, es sollte auf jeden Fall die Verfassungsnorm nicht zwischen hoheitlichen und privatrechtlichen Vollzugsformen differenzieren.

Dies bedeutet wohl im Ergebnis eine gesetzliche Fundamentierung für privatrechtliche Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Förderungen, sofern keine abschließende Regelung im allgemeinen Privatrecht existiert. Eine ähnlich strenge Bindung ist in Hinblick auf die Geltung des allgemeinen Privatrechts dort nicht erforderlich, wo der Staat im Rahmen der Privatautonomie im „normalen“ Wirtschaftsleben auftritt.

#### **Staatliche Verantwortlichkeit und Rechtsform**

Wissenschaft und Rechtsprechung sind sich einig: Der Staat soll sich durch die Flucht ins Privatrecht seinen gesellschaftlichen Verantwortungen nicht entziehen können. Aus Gründen des Rechtsschutzes scheint es problematisch, wenn der Staat durch den Wechsel der Rechtsform die Rechtsstellung des Bürgers verschlechtert, subjektive öffentliche Rechte beseitigt und keine äquivalenten zivilrechtlichen Ansprüche gewährt.

Auf Ebene des Verfassungsrechts braucht der Grundsatz keine Positivierung. Es könnte aber sinnvoll sein, auf einfachgesetzlicher Ebene manche formale Trennungen zwischen hoheitlichen und privatrechtlichen Handlungsformen dort zu überdenken, wo öffentliche Aufgaben in privatrechtlichen Formen wahrgenommen werden. Selbstbindungsgesetze und Selbstbindungsverordnungen, im Interesse der Betroffenen sinnvolle Konstruktionen wie Kontrahierungszwang und Verbandsklage, neue Vertragstypen insbesondere von generell-abstrakter Bedeutung können hier hilfreich sein.

Diese Konstruktionen reichen nicht in die verfassungsrechtliche Sphäre, sondern werden auf der Ebene des einfachen Gesetzes anzusiedeln sein.

### **Kontrolle**

Eine parlamentarische Kontrolle muss voll funktionsfähig sein, auch wenn der Staat in privatrechtlichen Formen handelt.

Dies erfordert es einerseits, zu vermeiden, dass eine Berufung auf die im Privatrechtsverkehr bestehenden besonderen Geheimhaltungspflichten jegliche Kontrolle verunmöglicht. Andererseits ist dann, wenn eine weitgehende Kontrolle vorgesehen wird, durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass Privatrechtspartner des Staates durch diese Kontrolle keine wirtschaftlichen Nachteile erleiden.

Ähnliche Überlegungen werden zur Subventionsverwaltung zu gelten haben: Die Parlamente haben ein Recht auf volle Information und volle Transparenz bis zum Einzelfall. Unter gewissen Voraussetzungen sind aber Förderungsnehmer auch vor einer zu weit gehenden Veröffentlichung ihrer finanziellen Situation zu schützen. Der Gesetzgeber wird hier eine grundrechtskonforme Interessensabwägung vornehmen müssen. Die im Verfassungsrang stehenden und gemeinschaftsrechtlich präformierten Bestimmungen zum Datenschutz müssen unangetastet bleiben.

Was die parlamentarische Kontrolle des privatrechtlichen Handelns staatlicher Funktionäre im Rahmen von Ausgliederungen anlangt, so wird diese jedenfalls schrankenlos alle jene Funktionen erfassen müssen, die öffentliche Funktionäre als Eigentümer wahrnehmen. Werden von den obersten Verwaltungsorganen Personen in Aufsichtsgremien entsandt, so wird die Kontrolle so weit gehen können, als den Entsendenden ein Informationsrecht gegenüber diesen Aufsichtsräten zukommt. Seine Grenze wird das Kontrollrecht dort finden, wo die Geschäftsführung dem Eigentümer und den Aufsichtsorganen keine bzw. nur eine nicht für die Öffentlichkeit bestimmte Rechenschaft schuldig ist. Die Kontrollmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts sind von den obersten Verwaltungsorganen jedenfalls in vollem Umfang zur Kontrolle privatwirtschaftlichen Handelns zu nutzen.

## **4. Kompetenzverteilung**

Als Vorfrage zur Kompetenzverteilung stellt sich die Frage, inwieweit der Staat berechtigt sein soll, privatrechtlich zu handeln und welche Grenzen ihm hier gesetzt werden sollen. Diese Frage ist im Ausschuss 7 nicht abschließend zu behandeln, es wird aber dazu eine Antwort von jenen Ausschüssen erwartet, die sich mit Staatsaufgaben und Staatszielen sowie mit den Grundrechten befassen.

Nach der derzeitigen Verfassungslage gibt es für den Bund, die Länder und die Gemeinden eine uneingeschränkte Zuständigkeit zur Vollziehung in privatrechtlichen Handlungsformen. Die Alternative dazu - die man etwa in der deutschen Verfassungsordnung findet - wäre, Kompetenzen analog zur Hoheitsverwaltung auf die Gebietskörperschaften aufzuteilen. Diese Alternative wurde bisher trotz möglicher Einsparungspotentiale nur vereinzelt angeregt und sie scheint auch kaum realisierbar. Es soll also bei dieser verfassungsrechtlichen Kompetenzlage bleiben.

Man muss aber die Frage stellen, ob die Formulierung des Art. 17 B-VG wirklich ausreichend klar zum Ausdruck bringt, was gewollt ist. Der eigentliche Norminhalt ist doch: Durch die Kompetenzverteilung wird die Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes, der Länder und der Gemeinden nicht berührt. Die Beifügung, dass Bund, Länder und die Selbstverwaltungskörper privatrechtsfähig sind, wäre zu überlegen. Weiters wäre eine textliche Angleichung des Art. 116 Abs. 2 an Art. 17 B-VG sinnvoll.

Anders als bei der Verwaltung stellt sich die Situation bei der Zuständigkeit zur Gesetzgebung für Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung dar: Hier hat der Bund eine uneingeschränkte Zuständigkeit als Zivilrechts-Gesetzgeber. Er kann diese auch dahingehend nutzen, Sonderprivatrecht für sich selbst zu schaffen. Den Ländern ist diese Möglichkeit verwehrt, was angesichts paralleler Entwicklungen im Förderungs- und Ausgliederungswesen nicht recht zu begründen ist.

Es liegt daher nahe, eine verfassungsrechtliche Kompetenzerweiterung der Länder ähnlich der Konstruktion des Art. 11 Abs. 2 oder des Art. 15 Abs. 9 B-VG anzulegen, die sinnvoller Weise in unmittelbarer Verbindung zur Grundsatznorm angelagert sein sollte. Sie könnte klarstellen: „Soweit dies zur Vornahme von Ausgliederungen in den Formen des Privatrechts erforderlich ist, können für Ausgliederungen von Landeseinrichtungen in Landesgesetzen Regelungen getroffen werden, die vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abweichen.“ Inwieweit eine ähnliche Vorgangsweise für Förderregelungen angezeigt ist, ist mit Vorsicht zu überlegen. Jedenfalls findet die Möglichkeit von Sondernormen ihre Grenze an Grundrechtsschranken, insbesondere im Sachlichkeitsgebot, im Gleichheitssatz und im Beihilfenverbot.

## **5. Grundrechtsfragen**

### **Grundrechtsgeltung, Leistungsverpflichtung und Kontrahierungszwang**

In einem modernen Staat, der sich nicht auf die traditionellen hoheitlichen Verwaltungsformen Bescheid und Verordnung beschränkt, soll gelten, dass die Grundrechte auch in die Privatwirtschaftsverwaltung hineinwirken, dass in existenziell wichtigen Bereichen Leistungspflicht besteht, dass Gewährleistung den Staat bindet, dass Gleichheitssatz und Willkürverbot gelten und dass der Rechtsschutz des Einzelnen einfach zu

handhaben ist. Hier ergeben sich auf verfassungsrechtlicher Ebene insbesondere Anforderungen an die Formulierung der Grundrechte und an die Formulierung der Zuständigkeiten der ordentlichen Gerichte sowie der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts.

Bei der Gestaltung eines neuen Konzepts ginge es darum, die Interessenslage der Normadressaten - also der Leistungs- und Förderungsempfänger sowie der Steuerzahler - im Auge zu haben. Dieser Ansatz wird im wesentlichen dazu führen, dass dem Gesetzgeber jede Unsachlichkeit und der Vollziehung jegliche Willkür in der Entscheidung über die (Abschaffung einer) Leistung verboten ist.

Weiters sind Zuständigkeiten und Instanzenzüge so zu gestalten, dass sie für den einzelnen Betroffenen den optimalen Schutz gewähren. Umwegkonstruktionen wie etwa sukzessive Zuständigkeiten sind zu beseitigen. Es spricht nichts dagegen, für die Kontrolle privatrechtlichen Handelns des Staates die Gerichte zuständig zu machen; in diesem Fall ist aber sicherzustellen, dass sie die relevanten Grundrechtsnormen ebenso anwenden, wie die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Im Prozessrecht ist an Elemente zu denken, die dem öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz nahe kommen: Verringerung des Kostenrisikos, Elemente des außerstreitigen Verfahrens, Verbandsklage ...

Der Ausschuss 7 legt zu diesem Thema keine Textentwürfe vor, regt aber an, dass der Ausschuss 4 solche im Licht dieser Ausführungen erarbeitet.

### **Gleichheitsfragen und andere Grundrechte**

Der Gleichheitssatz bzw. das Willkürverbot, wie es sich aus der ständigen Rechtsprechung herleitet, wird in der Privatwirtschaftsverwaltung im wesentlichen dazu führen, dass dem Gesetzgeber jede Unsachlichkeit bei den Parametern und dem Vollzugsorgan jegliche Willkür bei der Zuerkennung einer Leistung verboten ist. Inwieweit dies eine entsprechende legislative Umgestaltung des Gleichheitssatzes erfordert, ist im Kontext des Ausschusses 4 zu beurteilen.

Was die Wirkung anderer Grundrechte im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung anlangt, so werden in der Literatur Grenzen der Privatautonomie etwa infolge der Erwerbsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit, des Rechts auf freie Meinungsäußerung, etc. diskutiert. Die aufgeworfenen Probleme scheinen sich mit den Mitteln der Rechtsdogmatik lösen zu lassen.

## **6. Förderungen**

### **Konzentration, Doppelförderungen, Grundsatz der Koordinierung**

Aus der konkurrierenden Zuständigkeit der Gebietskörperschaften ergibt sich logischer Weise, dass privatrechtliche Förderungen für dasselbe Fördersubjekt bzw. für dieselbe

Aufgabe von jeder Gebietskörperschaft vorgenommen werden können. Damit ist es im Prinzip möglich - wenngleich in der Praxis eher selten - dass Einzelprojekte in unkoordinierter Weise doppelt gefördert werden.

Grundsätzlich wäre dieses Problem nur dann vollständig zu beseitigen, wenn man an eine klare Kompetenzaufteilung im Förderwesen denkt. Dieser Weg soll aber aus den bereits dargestellten Überlegungen heraus nicht eingeschlagen werden.

Es empfiehlt sich vielmehr eine möglichst weitgehende Koordinierung der Gebietskörperschaften im Förderwesen. Hiefür steht eine ganze Palette von Möglichkeiten zur Verfügung:

- paktierte Förderprogramme;
- gemeinsame Schwerpunktsetzung;
- gegenseitige Information vor Fördervergabe;
- gegenseitige Information nach Fördervergabe;
- gegenseitig generell-abstrakte Information.

Diese Möglichkeiten werden derzeit bereits genutzt; weder innerhalb der Gebietskörperschaften noch über Gebietskörperschaftsgrenzen hinweg existiert aber ein vollständig ausgebautes Koordinationsinstrumentarium. Im Interesse der Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit, aber auch zur Steigerung der politischen Effizienz ist anzuregen, dass

- die Vorarbeiten für eine bundesweite Förderdatenbank im Wirtschaftsressort konzentriert werden, wobei auch Arbeitsmarktförderungen und Agrarförderungen neben allen Bereichen der Wirtschaftsförderung im engeren Sinn einzubeziehen sind,
- die zuständigen Bundesminister und Landesräte koordinierend insbesondere in den Feldern der Kulturförderung und der Sportförderung tätig werden und
- entsprechende Instrumente geschaffen werden, um die Wirkung von Förderungen statistisch, wirtschaftlich und politisch zu messen.

### **Kontrolle und Rechtsschutz**

Die parlamentarische Kontrolle der Subventionsverwaltung setzt einen umfassenden und detaillierten Informationsfluss voraus. Die derzeit vorgesehenen zahllosen Berichte sollten zu diesem Zweck in der Systematik vereinheitlicht und in ihrem Inhalt in einen generellen analytischen Teil sowie eine Förderungsliste geteilt werden. Das Schwergewicht wäre auf den ersten Teil zu legen, der Rechenschaft zu geben hätte, ob die politischen Ziele mit den Förderungen erreicht wurden, ob das gewählte Instrumentarium den besten Kosten-Nutzen-Effekt hatte und welche Konsequenzen für die Zukunft aus den Erfahrungen in der Vergangenheit gezogen werden.

Zur Erleichterung der politischen und der Rechnungshofkontrolle wären alle Lücken zu schließen, in denen es noch keine Förderrichtlinien gibt. Die Richtlinien sollten möglichst einheitlich gestaltet sein und den Fördernehmern wie auch der Verwaltung die notwendige Abrechnung der sachgerechten Mittelverwendung möglichst erleichtern. Sie sollen den

Fördernehmern Klarheit darüber geben, wofür die Mittel einzusetzen sind und sie sollen der Verwaltung ein Recht auf vollständige Information über die geförderte Tätigkeit des Subventionsnehmers einräumen.

Eine Reihe von allgemeinen Überlegungen spricht dafür, die Kontrollrechte der Volksanwaltschaft auch in diesem Bereich so effektiv zu gestalten wie in der Hoheitsverwaltung. Es wird angeregt, sie in Bezug auf ausgegliederte Rechtsträger denen des Rechnungshofes gleichzustellen.

### **Ausgliederung der Förderabwicklung**

Es ist nicht notwendig, dass die staatliche Verwaltung die Abwicklung von Fördermaßnahmen, die Kontrolle der widmungsgemäßen Verwendung und die Abrechnung selbst durchführt. Eine Reihe von Beispielen und die Überlegung, dass sich der Staat im Förderwesen auf die politisch-strategische Aufgabe konzentrieren soll, nämlich auf die Entscheidung darüber, was wozu gefördert werden soll, legen durchaus andere Organisationsformen nahe: Die Auszahlung, Kontrolle und Abrechnung von Förderungen – also die gesamte Verwaltung nach der Förderentscheidung an sich – kann sehr effizient und unter Lukrierung von Synergien an Förderbanken übertragen werden.

## **7. Rechtsschutz**

Die rechtsstaatliche Kontrolle der Privatwirtschaftsverwaltung und des privatwirtschaftlichen Förderungswesens ist bei den ordentlichen Gerichten durchaus gut aufgehoben. Im Lichte der vorangegangenen Ausführungen zu den Grundrechten ist hier keine gesonderte verfassungsrechtliche Normierung erforderlich, es wird vielmehr darauf ankommen, wie der Grundrechtsschutz insgesamt ausgestaltet wird.

Handlungsbedarf besteht allenfalls in der Stärkung der Schutzbedürfnisse des einzelnen gegenüber (ausgegliederten und) privatrechtlich agierenden Einrichtungen des Staates. Hier wird es notwendig sein, auf einfachgesetzlicher Ebene in der jeweiligen Rechtsgrundlage einerseits Leistungsansprüche zu verankern, die umso intensiver sein müssen, je essentieller die Produkte für die Lebenssituation der Menschen sind; andererseits wird man bewährte Instrumente einsetzen müssen, die etwa aus dem Konsumentenschutz oder aus der kollektiven Rechtsgestaltung kommen: Es ist durchaus sinnvoll, die Tarifgestaltung eines staatlichen Museums, die Höhe universitärer Studiengebühren oder die Entgelte für kommunale Versorgungsleistungen an eine übergeordnete Kontrolle zu binden. Träger dieser Kontrolle könnten sowohl anwaltschaftliche Einrichtungen und Nutzergruppen als auch parlamentarische Einrichtungen sein.

Die derzeit in Einzelbereichen vorgesehenen sogenannten sukzessiven Instanzenzüge wären zu beseitigen. Sie sind aufwändig und kompliziert in der Konstruktion und erschweren damit

die Position des einzelnen Leistungsempfängers eher, als dass sie zu seinem Schutz beitragen. Mit der Ausbildung eines umfassenden verwaltungsgerichtlichen Systems sollte es auch leicht sein, diese Anomalie im Verfassungsgefüge zu beseitigen.

## **Textskizze**

### **Art. 17**

Durch die Bestimmungen über die Zuständigkeit in Gesetzgebung und Vollziehung wird die Stellung des Bundes, der Länder und der Selbstverwaltungskörper als Träger von Privatrechten in keiner Weise berührt. Bund, Länder und Selbstverwaltungskörper sind privatrechtsfähig.

### **Art. 116 Abs. 2**

Die Gemeinde ist privatrechtsfähig. Sie hat das Recht, innerhalb der Schranken der Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen ...

### **Art. x (11 Abs. 2, 15)**

Soweit dies zur Vornahme von Ausgliederungen in den Formen des Privatrechts erforderlich ist, können für Ausgliederungen von Landeseinrichtungen in Landesgesetzen Regelungen getroffen werden, die vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abweichen.