

## Österreich-Konvent; Ausschuss 7

### Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zur Diskussionsgrundlage "Reformaspekte zur Privatwirtschaftsverwaltung" aufgrund der 6. Ausschusssitzung

Im Hinblick darauf, dass einerseits der Ausschuss einen Bericht zu erstellen hat und andererseits die Arbeiten des Konvents zu einer neuen Verfassung führen sollen, sollte überlegt werden, die Diskussionsgrundlage sowohl zu straffen, wofür sich vor allem die breiten Ausführungen zu bloß einfachgesetzlichen Fragen anbieten, als auch in ihren Aussagen pointierter zu formulieren. Diskussionswürdig scheinen insbesondere die folgenden Punkte:

Entgegen der das Papier durchziehenden Auffassung (S. 2 Abs 1: Ablehnung der Bindung an einen allgemeinen öffentlichen Zweck, S. 6 Abs 1, S. 9 Abs 2) kommt dem Staat, der ja kein Privater ist, Privatautonomie nicht zu (was im Übrigen auch im Protokoll der letzten Sitzung vermerkt ist). Er kann sich zwar wie ein Privater - d.h.: mit denselben rechtlichen Mitteln wie ein Privater - bewegen, doch ist und bleibt er als menschliche Zweckschöpfung zur Erreichung gemeinsamer Ziele dabei durch öffentliche Zwecke - nach OGH 18.12.1992, 6 Ob 563/92, dürfen "Gebietskörperschaften nur im öffentlichen Interesse handeln" -, wie sie etwa durch die verfassungsrechtliche Verpflichtung auf Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit oder durch grundrechtliche Bindungen festgelegt sind, begrenzt (vgl *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 1993, 31 ff, 146 ff). Es sollte daher der gegenteilige Eindruck vermieden werden.

Zu S. 2 Abs 2: Die Legalitätsbindung der Privatwirtschaftsverwaltung war 1920 deshalb kein Problem, weil der Staat damals - sieht man vom Betrieb von Unternehmen und der Vornahme administrativer Hilfstätigkeiten (Beschaffung) ab -, anders als heute, keine nennenswerte Verwaltungstätigkeit in den Formen des Privatrechts entfaltetete.

Am Ende der S. 2 wird eine verfassungslegistische Neufassung der Regeln für die Privatwirtschaftsverwaltung als überlegenswert dargestellt. Hier sollte klarer gesagt werden, was nach Auffassung des Ausschusses legislativ verändert werden soll.

Ein echtes Kontrolldefizit besteht de constitutione lata dann, wenn eine privatwirtschaftlich besorgte Aufgabe von einer

Gebietskörperschaft auf einen Privaten übertragen wird. Dadurch wird nämlich einerseits die parlamentarische Kontrolle teilweise abgeschnitten und andererseits nach dem Erkenntnis VfSlg 13.323/1992 die Befugnis der Volksanwaltschaft beschränkt: Sie darf die privatwirtschaftliche Tätigkeit ausgegliederter Rechtsträger nicht prüfen. Das wird auf den Seiten 4 und 5 referiert, ohne dass ein Schluss daraus gezogen wird (vgl aber S. 10 Abs 4). Hier muss man klären, ob man diesen Status quo beibehalten oder ob man, wie von der Volksanwaltschaft gewünscht (vgl *Kostelka*, Rechtsschutzdefizit durch Ausgliederung, in: ÖJK, Hrsg, Entstaatlichung. Gefahr für den Rechtsstaat?, 2002, 249 ff), dieses Kontrolldefizit zumindest für die Volksanwaltschaft beseitigen möchte.

Im vorletzten Absatz auf S. 5 ist davon die Rede, dass es darum gehe, "dem Staat die im Interesse der Bürger notwendigen Bindungen gesetzlich überall dort aufzuerlegen, wo sie aus demokratischer und rechtsstaatlicher Sicht unverzichtbar sind". Man sollte diese Passage um einen Hinweis auf die wirtschaftliche Dimension ergänzen, weil das Auftreten des Staates im Wirtschaftsleben zu Wettbewerbsverzerrungen und zu Benachteiligungen von Bürgerinnen und Bürgern führen kann.

Die Formulierung des letzten Absatzes auf S. 5 läuft auf die Erstreckung der Geltung des Legalitätsprinzips auf die Privatwirtschaftsverwaltung hinaus. Ihr stehen nach *Rill* (Art 18-BVG, Rz 39 f mwN, in: *Rill/Schäffer*, Hrsg, Bundesverfassungsrecht, 2001) in der Natur der Sache liegende Hindernisse entgegen: Die Führung von Betrieben, das Treffen von Investitionsentscheidungen oder die Vornahme von Beschaffungen lassen sich durch Gesetz nicht in gleicher Weise vorherbestimmen wie etwa Bescheide; nicht hinreichend gesetzlich determinierte Verträge wären verboten und nach § 879 ABGB nichtig; zudem würde es deshalb, weil das Legalitätsprinzip fordert, Rechte und Pflichten der Rechtsunterworfenen zu statuieren, im Falle seiner Geltung für die Privatwirtschaftsverwaltung im Effekt zur Sprengung der Kompetenzverteilung kommen. (Nur dort, wo eine Materienkompetenz gegeben ist, kann ein das Privatrechtshandeln des Staates regelndes Gesetz auch subjektive Rechte vorsehen).

Auf S. 6 heißt es in Abs. 2, es bestehe Einigkeit in Wissenschaft und Rechtsprechung, dass sich der Staat durch die Flucht ins Privatrecht seinen gesellschaftlichen Verpflichtungen nicht sollte entziehen können. Das ist eine gesellschaftspolitische Aussage, die mit der Diskussion der Rechtsschutzproblematik vermengt wird. Aus Gründen des Rechtsschutzes erscheint es als problematisch, wenn der Staat durch den Wechsel der Rechtsform die Rechtsstellung des Bürgers verschlechtert (und etwa subjektive öffentliche Rechte

beseitigt, aber keine äquivalenten zivilrechtlichen Ansprüche gewährt, dem Säumnisschutz entflieht etc.).

Eine Änderung der Formulierung des Art 17, wie auf S. 7 angesprochen, erscheint nicht als geboten, denn die Zulässigkeit der Privatwirtschaftsverwaltung wird nicht ernsthaft bezweifelt. Sinnvoll könnte es aber sein, im Art 17 (unter Einbezug des Art 116 Abs 2) nicht nur die umfassende Privatrechtsfähigkeit von Bund und Ländern, sondern auch der territorialen und nichtterritorialen Selbstverwaltungskörper festzuschreiben.

Der vorletzte Abs auf Seite 7 verbindet - entgegen dem Protokoll - Privatwirtschaftsverwaltung und Ausgliederung (Zivilrechtsgesetzgebungskompetenz). Eine Kompetenz der Länder zur Schaffung von Ausgliederungszivilrecht hat nichts mit Privatwirtschaftsverwaltung zu tun. Sie hätte zudem bloß Organisationsrecht zum Gegenstand und würde gerade nicht, wie in der vorgeschlagenen Formulierung angedeutet, zu Einheitlichkeit führen. Ja, es fragt sich, ob auf dem Boden des Vorschlags überhaupt die Schaffung von Sonderzivilrecht möglich wäre (dieses würde ja zur Vergrößerung der Uneinheitlichkeit führen, die Einheitlichkeit ist aber als Voraussetzung genannt). Vielleicht besser: "Soweit dies zur Vornahme von Ausgliederungen in den Formen des Privatrechts erforderlich ist, können ...".

Im 2. Abs. auf S. 8 wird gesagt, dass in einem modernen Staat wohl gelten soll, dass die Grundrechte auch in die Privatwirtschaftsverwaltung hineinwirken. Wenn - was im Hinblick auf Lehrmeinungen (nach Mayer, B-VG<sup>3</sup>, 2002, 113, ist es umstritten, ob der privatwirtschaftlich handelnde Staat an die Grundrechte gebunden ist) notwendig erscheinen kann - es gewünscht wird, das auch ausdrücklich im B-VG zu verankern, so sollte das deutlich gesagt und - im Falle eines Konsenses im Ausschuss 7 - dem zuständigen Ausschuss 4 kommuniziert werden.