Der Staat im Schafspelz der Privatwirtschaftsverwaltung

Univ.-Prof. Dr. Karl Weber, Universität Innsbruck

I. Vorbemerkung

Den von mir etwas provokant formulierten Titel habe nicht ich erfunden, sondern der durchaus konservative kürzlich verstorbene Großmeister des Verfassungsrechts *Heinz Peter Rill*. Was steckt hinter diesem Titel? Das Privatrecht ist eine dynamische Rechtsgestaltungsmaterie, die primär auf der Willensübereinstimmung von privaten Vertragspartnern beruht. Privatrecht begründet sohin Rechtsbeziehungen zwischen Rechtssubjekten auf gleicher Augenhöhe. Nun steht das Privatrecht nicht nur den Bürgerinnen und Bürgern im rechtsgeschäftlichen Verkehr untereinander offen, sondern auch dem Staat, der kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung sich bei der Aufgabenbesorgung auch der Instrumente des Privatrechts bedient. Allerdings, darauf möchte ich in der mir zugedachten kurzen Zeit eingehen, ist der Staat eben kein Privater und von gleicher Augenhöhe kann sohin nicht unbedingt gesprochen werden.

II. Hoheitsverwaltung – Privatwirtschaftsverwaltung

Nach der Österreichischen Bundesverfassung steht es dem Staat grundsätzlich offen, Verwaltungsaufgaben hoheitlich oder privatwirtschaftlich wahrzunehmen. Diese Wahlfreiheit der Handlungsformen wurde und wird in der Wissenschaft mitunter heftig kritisiert (*Klecatsky, Rill*), sie ist jedoch positives Verfassungsrecht. Nur echte Kernaufgaben des Staates müssen im Rahmen der Hoheitsverwaltung vollzogen werden. Es darf also ebenso wenig eine Schwurgerichts-GesmbH & Co KG geben wie es zulässig wäre, die Landesverteidigung zu privatisieren. Auch die zentralen Aufgaben der Sicherheitspolizei müssen im Rahmen der Hoheitsverwaltung vollzogen werden. Bei allen anderen Staatsaufgaben ist es zumindest zweifelhaft ob sie hoheitlich oder privatrechtlich besorgt werden dürfen. Für den Bereich der **Leistungsverwaltung** ist aus rein verfassungsrechtlicher Sicht die Abwicklung von Leistungsansprüchen und Leistungserbringung durchaus in der Privatwirtschaftsverwaltung zulässig. Das betrifft also auch Rehabilitation, Mindestsicherung, Grundversorgung etc. Bevor ich auf die Vor- und Nachteile der einzelnen Ordnungssysteme eingehe, möchte ich noch kurz den Unterschied

zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung – vor allem für nicht Juristen unter Ihnen – erklären.

Hoheitsverwaltung bedeutet die Vollziehung von Gesetzen mit Imperium, also mit Hoheitsgewalt. Hoheitsverwaltung bedeutet stets Über- und Unterordnung – Überordnung des Staates, Unterordnung der Rechtssubjekte. Ob Hoheitsverwaltung vorliegt erkennt man an den zu setzenden Rechtsakten: Die Behörden werden im Rahmen der Hoheitsverwaltung mit Verordnung, Bescheid und polizeilicher Befehls- und Zwangsgewalt tätig. Die Hoheitsverwaltung darf nur mittels dieser rechtlichen Instrumente tätig werden (Typenzwang). Nun bedeutet Hoheitsverwaltung nicht unbedingt die Ausübung von Zwang schlechthin, sie bedeutet aber die Erledigung von Verwaltungssachen in einem Verwaltungsverfahren an dessen Ende ein Bescheid steht. Dieser Bescheid kann durchaus begünstigende Inhalte aufweisen, etwa die Zuweisung von Leistungen nach dem RehaGesetz. Charakteristisch für die Hoheitsverwaltung ist aber insbesondere der Rechtsschutz. In der Hoheitsverwaltung stehen einer Verfahrenspartei gegen sie belastende oder ihrer Meinung nach rechtswidrige Bescheide die Rechtsschutzmöglichkeiten des öffentlichen Rechts zu: Beschwerde an das Verwaltungsgericht, nachfolgende Kontrolle durch Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof. In der Hoheitsverwaltung bestehen zudem für die Bescheiderlassung zwingende verfahrensrechtliche Regeln, vor allem aber eine hinreichende Begründungspflicht für Bescheide und verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse.

Privatwirtschaftsverwaltung bedeutet die Erfüllung staatlicher Aufgaben mit den Instrumenten des Privatrechts. Hier stehen vor allem Verträge, aber auch die Gründung von Gesellschaften des bürgerlichen Rechts im Vordergrund. Anders als in der Hoheitsverwaltung werden keine Leistungs*bescheide* erlassen, Leistungen werden vielmehr mittels eines zivilrechtlichen Vertrages vergeben. Der Einzelne sucht um eine Leistung an, was als zivilrechtliches Anbot gilt, der privatrechtlich handelnde Staat kann dieses Anbot annehmen oder auch nicht. Allerdings – das sei vorweg genommen – gibt es auch im Bereich des Privatrechts die Bindung an die Grundrechte (Fiskalgeltung der Grundrechte), was vielfach Kontrahierungszwänge und Kontrahierungspflichten auslöst. Macht nun der Staat eine Zusage, so gilt der Vertrag als abgeschlossen und die Leistungen können im Umfang der Zusage auch zivilgerichtlich eingeklagt werden. In der Privatwirtschaftsverwaltung kann die

Vertragsgestaltung sehr flexibel erfolgen, da die Regeln des ABGB lediglich gewisse zwingend einzuhaltende Schranken festlegen, im Übrigen aber die Festlegung des Vertragsinhalts weitgehend in der Disposition der beiden Vertragsparteien gelegen ist. Die klassischen Fälle der Privatwirtschaftsverwaltung sind die sogenannte Inventarverwaltung, wo der Staat für die Erfüllung seiner Aufgaben am privaten Markt Schreibtische, Computer etc anfordert, Verträge mit Reinigungsfirmen und Leasingverträge mit Autohändlern abschließt etc. Auch Bau- und Erhaltung von Straßen, Eisenbahnen etc werden zweckmäßiger Weise in den Formen der Privatwirtschaftsverwaltung geführt. Wie sieht es aber nun in der Leistungsverwaltung aus?

III. Vor- und Nachteile von Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung

Die Vorteile der Hoheitsverwaltung:

1. **Rechtssicherheit:** Nach Art 18 Abs 1 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden. Nach herrschender Judikatur und Lehre bezieht sich dieses strenge Legalitätsgebot aber nur auf die Hoheitsverwaltung. Für die Hoheitsverwaltung bedeutet dieses Legalitätsgebot, dass das Gesetz Grundlage und Schranke der Verwaltung ist. Mit anderen Worten: Die Verwaltung darf nur dann und insoweit tätig werden, als ein ausreichend determiniertes Gesetz dies vorsieht. Rechtsakte in der Hoheitsverwaltung, die sich auf keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung stützen können, ergehen sohin gesetzlos und sind verfassungswidrig. Das bedeutet andererseits aber, dass alles Verwaltungshandeln für den Einzelnen vorhersehbar ist, er braucht nur im Gesetz und den darauf aufbauenden Verordnungen nachzusehen und er weiß, welche Leistungsansprüche ihm zukommen oder nicht. Die Hoheitsverwaltung bietet sohin ein gewisses Maximum an Rechtssicherheit.
2. **Durchsetzbare Handlungspflichten der Verwaltung:** Werden Leistungen in der Hoheitsverwaltung vergeben so entstehen in aller Regel Rechtsansprüche. Diese Rechtsansprüche erstrecken sich zunächst auf das Tätigwerden der Behörde. Nach § 73 AVG ist jede Verwaltungsbehörde verpflichtet, ohne unnötigen Aufschub, längstens aber innerhalb von sechs Monaten die entsprechende Entscheidung, also den entsprechenden Bescheid zu erlassen. Wird die Behörde

säumig, kann das Verwaltungsgericht im Wege einer Säumnisbeschwerde angerufen werden, das dann anstelle der Verwaltungsbehörde die entsprechende Entscheidung trifft. Man hat aber nur Rechtsanspruch auf das Tätigwerden der Behörde, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen hat der Einzelne auch einen Anspruch auf bescheidmäßige Zuerkennung der Leistung. Es ist also in der Regel nicht ins Belieben der Behörde gesetzt, Reha-Leistungen zu vergeben, sie ist vielmehr verpflichtet im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens den Sachverhalt zu klären und entsprechend dem Gesetz zu entscheiden.

3. **Rechtsschutz:** Der öffentlichrechtliche Rechtsschutz ist seit 2014 den Verwaltungsgerichten übertragen. Die Verwaltungsrichter sind Richter, sie sind also weisungsfrei, unabhängig, unversetzbar – unterliegen also keiner politischen Kontrolle und keiner Weisung durch die Landespolitik, sondern entscheiden ausschließlich auf Grundlage der Gesetze. Ihre berufliche Karriere ist nicht davon abhängig, dass sie einen besonderen, das Landesbudget schonenden Sparwillen zeigen oder stärker Landesinteressen statt Patienteninteressen berücksichtigen. Der Rechtsschutz ist auch kostengünstiger. Die Eingabe einer Beschwerde an das Verwaltungsgericht kostet 28,- Euro, es besteht kein Anwaltszwang. Man kann sich vor dem Verwaltungsgericht durch jede eigenberechtigte Person vertreten lassen.
4. **Parteiengehör:** Gemäß § 37 AVG dient das Ermittlungsverfahren der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts und dem Parteiengehör. Es ist also den Parteien Gelegenheit zu geben, ihre Standpunkte, sowohl was den Sachverhalt als auch die rechtliche Beurteilung betrifft, in das Verfahren einzubringen. Das Parteiengehör ist von der Behörde zwingend zu gewähren. Für die Verwaltung bedeutet Parteiengehör natürlich erhöhten Aufwand und ein permanentes Damoklesschwert, dass bei Mängeln des Parteiengehörs der später angefochtene Bescheid für rechtswidrig erklärt wird. Für die Verwaltung bedeutet Parteiengehör erhöhten zeitlichen und ressourcenmäßigen Aufwand. Für die Parteien ist dies freilich ein nicht zu unterschätzender Vorteil, da gerade das AVG Gewähr bietet, dass man über Parteien nicht einfach „darüber hinwegfegen“ darf.

Die Vorteile der Privatwirtschaftsverwaltung:

1. **Flexibilität:** Privatrecht ermöglicht es Verträge so abzufassen, dass der Wille beider Parteien im Vertrag zum Ausdruck kommt. Das bedeutet andererseits, dass in gewissen Fällen maßgeschneiderte Lösungen für Probleme vereinbart werden können, wie sie durch eine gewisse Starrheit der Hoheitsverwaltung nicht ohne weiteres möglich sind. Man kann hier also individuelle Leistungspakete und individuell abgestimmte Überprüfungs- und Kontrollmechanismen einbauen.
2. **Keine strikte Bindung ans Legalitätsprinzip:** Die strikte Gesetzesbindung des Art 18 Abs 1 B-VG gilt im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung nur dann, wenn es ein so genanntes „Selbstbindungsgesetz“ gibt, das das privatrechtliche Handeln des Staates genau vorherbestimmt. Aber in den Bereichen, in denen das Gesetz keine abschließende Regelung trifft, kann die Privatwirtschaftsverwaltung gleichwohl tätig werden. Die Privatwirtschaftsverwaltung ist auch nicht an den strengen Typenzwang der Rechtsformen der Hoheitsverwaltung gebunden. So findet etwa die Konkretisierung von Leistungen nicht immer im Gesetz selber, sondern in darauf aufbauenden Verordnungen statt. Dies erfordert ein Tätigwerden der obersten Organe (Landesregierung) in einem förmlichen Verfahren. In der Privatwirtschaftsverwaltung kann auch mit **Richtlinien** gearbeitet werden, die keine Außenwirkung entfalten, die nicht publiziert werden müssen, und die auf sehr schnellem Wege geändert werden können, um aktuellen Entwicklungen Rechnung zu tragen.
3. **Rechtsschutz:** Natürlich gibt es auch in der Privatwirtschaftsverwaltung, also im Privatrecht einen sehr ausgeklügelten Rechtsschutz nach den Bestimmungen der ZPO. Auch in der Privatwirtschaftsverwaltung entscheiden über Leistungsansprüche letztlich Richter, in diesem Falle Richter der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit. Auch diese sind weisungsfrei und gänzlich unabhängig von den Interessen und Vorstellungen von Landespolitikern. Aber, darauf werde ich gleich zurückkommen, bietet der zivilgerichtliche Rechtsschutz erhebliche Nachteile gegenüber dem öffentlichrechtlichen Rechtsschutz.

IV. Gründe für die Beibehaltung der Hoheitsverwaltung und der damit verbundenen Rechtsansprüche

Es steht außer Frage, dass auch die Vergabe von Leistungen nach dem neuen RehaGesetz in den Formen der Privatwirtschaftsverwaltung möglich und rechtlich auch zulässig ist. Die Vorteile der Privatwirtschaftsverwaltung liegen aber, das muss doch deutlich gesagt werden, im Bereich der Verwaltung. Werden Anträge im Rahmen der Hoheitsverwaltung gestellt, muss die Behörde ein Ermittlungsverfahren einräumen, muss Parteiengehör gewähren, hat sich primär Amtssachverständiger zu bedienen und hat vor allem Entscheidungen, mit denen nicht vollinhaltlich dem Antrag stattgegeben wird, ausreichend zu begründen. Dies alles fällt in der Privatwirtschaftsverwaltung weg. Sucht ein Antragsteller um eine bestimmte Leistung an, zum Beispiel die Kostenübernahme für zehn Rehabilitationsstunden pro Woche, so kann im Rahmen des Privatrechts der Rechtsträger dieses Angebot annehmen, oder auch nicht. Er kann den Betroffenen in einem kurzen formlosen Schreiben mitteilen, dass diesem Antrag nicht stattgegeben wird und dass anstelle der beantragten zehn Stunden eben nur fünf Stunden oder auch gar nichts gewährt wird. Zwar wird eine ordentliche Verwaltung auch in den Fällen der privatrechtlichen Abarbeitung von Leistungsansprüchen sorgfältig ermitteln und dieses – formlose – Schreiben entsprechend begründen. Durchsetzbare Verpflichtung stellt dies aber keine dar. Will sich der Betroffene nun zur Wehr setzen, so wird er mehr als 28,- Euro benötigen. Er wird – je nach Streitwert – eines der Zivilgerichte anrufen und das Land klagen. Hier zeigt sich der Titel meines Vortrages: Das Zivilrecht und der Zivilprozess sind für Streitigkeiten von Bürgerinnen und Bürgern unter sich konzipiert. Der Staat ist aber keine Bürgerin und kein Bürger. Der Staat, auch das Land Tirol, steht im Verhältnis zum Rechtssuchenden in einer übergeordneten Stellung. Das Prozessrisiko betrifft das Land so gut wie nicht. Wird der Prozess verloren, muss zwar das Land nicht nur die Leistung erbringen, sondern auch die Prozesskosten zahlen, die werden aber nicht von den Landesbediensteten oder den Landespolitikerinnen und Politikern aus eigener Tasche getragen, dafür sind ja schließlich Steuermittel da. Der Hilfesuchende hat im Falle des Unterliegens die gesamten Verfahrenskosten zu tragen, was ja – das wissen Landespolitiker genau – in vielen Fällen prozessvermeidend wirkt.

Für Zivilgerichte gibt es keine Sechsmo-nate-Frist. Die Verfahren dauern länger und aufgrund der Komplexität der ZPO wird man in den meisten zivilgerichtlichen Verfahren einen Anwalt beiziehen. Dieser arbeitet auch nicht um Gottes Lohn. Unterliegt das Land in einem zivilgerichtlichen Prozess kann es das Verfahren in die Oberinstanzen hinauftreiben – Prozessrisiken fallen hier keine an. Für den Betroffenen wird es dann aber oft existenzbedrohend teuer. Zudem suchen in der zivilgerichtlichen Praxis die meisten Richter kein abschließendes Urteil zu fällen, sondern die Parteien auf einen Vergleich zu drängen. Dazu gibt es oft wiederholte Verfahrensunterbrechungen und Vertagungen. Nun sind Leistungen nach einem künftigen Reha-gesetz ebenso wie nach dem bereits bestehenden meist **zeitnah** notwendig. Wenn etwa ein behindertes Kind Leistungen dringend braucht, wird es ihm wenig nützen, diese zwei oder mehr Jahre später zugesprochen zu erhalten. Der inzwischen aufgetretene Schaden kann existenziell sein.

In der Privatwirtschaftsverwaltung gibt es **keine Rechtsansprüche**. Das gibt aber dem Staat auch die Möglichkeit, Leistungen nach budgetären Erwägungen zu deckeln. Im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung gibt es auch nur einen verdünnten Grundrechtsschutz. Zwar gilt, wie bereits erwähnt, auch für die Privatwirtschaftsverwaltung eine gewisse Grundrechtsbindung, diese ist aber nicht gleich streng wie in der Hoheitsverwaltung. Vor allem die Relativierung des Legalitätsprinzips würde es dem Land ermöglichen, das Gesetz wesentlich weiter und unbestimmter zu fassen als dies für die Hoheitsverwaltung der Fall sein muss. Die Kombination von unbestimmten Gesetzesbegriffen und nicht öffentlichen Richtlinien ermöglichen es den Behörden, die Leistungsansprüche wesentlich auszudünnen und die Betroffenen in die Rolle von Bittstellern statt Verfahrensparteien zu drängen. Wie gesagt: Der Staat im Schafspelz der Privatwirtschaftsverwaltung.

Das neue Reha-gesetz soll die **Behindertenrechtskonvention** umsetzen. Diese spricht aber in den einschlägigen Artikeln über staatliche Leistungspflichten nicht von Gnadenakten, sondern von Rechtsansprüchen. Der frühere Landesvolksanwalt hat in seinem letzten Bericht an den Landtag eindeutig festgestellt, dass Behindertenhilfe, will man die Behindertenrechtskonvention umsetzen, nur in Form von Rechtsansprüchen zulässig ist. Dieser Meinung würde ich mich vollinhaltlich anschließen.

Soweit es sich aber um den Bereich von Kindern und Minderjährigen, also von Menschen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres handelt, haben wir hier überhaupt wesentlich strengere bundesverfassungsrechtliche Vorgaben. Denn gemäß Art 6 des BVG über die Rechte von Kindern hat jedes Kind mit Behinderung **Anspruch** auf den Schutz die Fürsorge, die seinen besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen. Anspruch bedeutet nach meiner juristischen Meinung Rechtsanspruch. Aus meiner Sicht lässt sich die Behindertenrechtskonvention und für Kinder und Jugendliche ein Rehagesetz ohne Rechtsansprüche nur schwer konventions- und verfassungskonform verwirklichen.

V. Schluss

Ich habe versucht einigermaßen objektiv die Vor- und Nachteile von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Gestaltungselementen für das neue Rehagesetz herauszuarbeiten. Dies darf nur ein Aspekt der Gesetzwerdung sein. In den Empfehlungen des Tiroler Monitoringausschusses werden darüber hinaus sehr fundierte Vorschläge und Empfehlungen ausgearbeitet, die die eigentliche, also die materielle Gestaltung des neuen Gesetzes betreffen. Darauf bin ich als Jurist nicht eingegangen, diese eigentliche Gestaltung des neuen Gesetzes sollen die einschlägigen Experten artikulieren.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!