

ISBN 978-3-85391-281-2

17

BILDUNGSPROTOKOLLE · 6. KLAGENFURTER LEGISTIK@GESPRÄCHE 2008

# BILDUNGSPROTOKOLLE

BAND 17

6. KLAGENFURTER  
LEGISTIK@GESPRÄCHE 2008



KÄRNTNER VERWALTUNGS-AKADEMIE

In der Reihe „Bildungsprotokolle“  
sind bisher erschienen:

- Band 1: Ausgliederungen im Landesbereich  
112 Seiten, 1997
- Band 2: Information zur Verwaltungsreform  
144 Seiten, 1997
- Band 3: Öffentliche Wirtschaftsführung  
157 Seiten, 1998
- Band 4: Die Gemeinde zur Jahrtausendwende  
232 Seiten, 1999
- Band 5: Kommunalfinanzierung  
76 Seiten, 2000
- Band 6: Die Kärntner Landes- und  
Gemeindeverwaltung im Überblick  
76 Seiten, 2001
- Band 7: Wirkungsorientierte Landesverwaltung  
(WOLV)  
126 Seiten, 2001
- Band 8: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2003  
144 Seiten, 2004
- Band 9: New Public Management  
im Land und in den Gemeinden  
182 Seiten, 2004
- Band 10: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2004  
160 Seiten, 2005
- Band 11: Ausbildungs- und Organisationsreform  
191 Seiten, 2005
- Band 12: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2005  
216 Seiten, 2006
- Band 13: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2006  
188 Seiten, 2007
- Band 14: E-Government und Führungskräfte-  
Entwicklung  
149 Seiten, 2007
- Band 15: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2007  
160 Seiten, 2008
- Band 16: Effektivität und Effizienz der Ausbildung  
im NPM  
134 Seiten, 2008

# Bildungsprotokolle

Herausgegeben von der  
Kärntner Verwaltungsakademie

Band 17

6. Klagenfurter Logistik © Gespräche 2008

Klagenfurt 2009

 **VERLAG**

Die Rechte liegen bei den Autoren.  
Gesamtherstellung: Kärntner Druckerei, Klagenfurt

ISBN 978-3-85391-281-2

## Vorwort

Am 6. und 7. November 2008 fanden auf Einladung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst (RIS) und der Kärntner Verwaltungsakademie die 6. Klagenfurter Legistik@Gespräche statt.

Die von Univ.-Prof. Dr. Friedrich Lachmayer geleitete Veranstaltung beschäftigte sich einerseits mit dem Themenbereich Konsolidierung und andererseits mit aktuellen rechtspolitischen Fragestellungen.

Der vorliegende Band 17 der „Bildungsprotokolle“ enthält eine Auswahl der eingebrachten Referate und Diskussionsbeiträge, die von den Autoren ausformuliert und für die Publikation dankenswerterweise zur Verfügung gestellt wurden.

Abschließend gilt es noch dem Pfarrer der Stadtgemeinde St. Egyd, Monsignore Dr. Markus Mairitsch, für die Führung durch seine Kirche zu danken.

Klagenfurt, im März 2009

Simon Korenjak



## INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort . . . . .	3
<b>Friedrich LACHMAYER/Harald HOFFMANN</b> Die Konvergenz von Legistik und Rechtsinformatik . . . . .	7
<b>Karl IRRESBERGER</b> Konsolidierung des Bundesrechts: Die rechtliche Sicht . . . . .	15
<b>Meinrad HANDSTANGER</b> Konsolidierung von Rechtsbegriffen. Juristische Terminologie in Legistik und Judikatur . . . . .	33
<b>Erich SCHWEIGHOFER/Anton GEIST</b> Typen der Konsolidierung im internationalen Vergleich . . . . .	53
<b>Christoph KLEISER</b> Konsolidierung. Ein Diskussionsbeitrag . . . . .	63
<b>Edmund PRIMOSCH</b> Konsolidierung des Kanzleigebruchs – Ein Glossar . . . . .	69
<b>Wolfgang KAHLIG</b> ABGB 2011 – Arbeitsgruppe des BMJ überarbeitet das 200 Jahre alte ABGB . . .	83
<b>Brigitte WINDISCH</b> Gesetzesfolgenabschätzung: Einführung einer Klimaverträglichkeitsprüfung . . .	91
<b>Paul SIEBERER</b> Normen-Screening durch die Länder auf Grund der EU-Dienstleistungsrichtlinie	101
<b>Peter BUSSJÄGER</b> „Change“ auf Österreichisch: Föderalistische Bemerkungen zum Regierungsprogramm der SPÖ-ÖVP-Koalition vom November 2008 . . . . .	135
<b>Anhang</b> . . . . .	147
<b>Autorenverzeichnis</b> . . . . .	149
<b>Teilnehmerliste</b> . . . . .	151
<b>Programm</b> . . . . .	155



# Die Konvergenz von Legistik und Rechtsinformation

Von

Friedrich LACHMAYER/Harald HOFFMANN



Grundsätzlich haben sich Legistik und Rechtsinformatik gesondert entwickelt, die Legistik schon seit Jahrhunderten, doch zeichnet sich etwa in den letzten drei Jahrzehnten eine Konvergenz zwischen diesen beiden Bereichen ab. Im folgenden wird unternommen, anhand von Fachtagungen des Jahres 2008 einige Trends aufzuzeigen, welche in diese Richtung wirken.

Bei der Internationalen Fachtagung **„Informationsrecht – Geschichte und Zukunft einer neuen Disziplin“** von 3. bis 6. März 2008 in Greifswald wurde versucht, einerseits die Geschichte der Rechtsinformatik zu dokumentieren (solange die Protagonisten noch leben) und andererseits daraus zu lernen. Auf Österreich bezogen sind diesbezüglich die Siebzigerjahre des vorigen Jahrhunderts interessant, wobei folgende Komponenten der Rechtsinformatik-Entwicklung hervorgehoben werden können: Es zeigte sich, dass Anfang der Siebzigerjahre im öffentlichen Bereich ein Bedarf nach Wissen dieser Art bestand. Es war damals und ist auch heute in Österreich noch eine Art von Reformbürokratie vorhanden, welche von sich aus Erneuerungen in die Wege leiten will und gar nicht abzuwarten bereit ist, bis diese Neuerungen von Außen aufgezwungen werden. Dazu kam als eine weitere Komponente das Hereindrängen großer Computerfirmen in den Markt. Diese waren damals bereit, durchaus großzügig in die Zukunft zu investieren. Das Geschäft schien darin zu bestehen, dass das Fachwissen der Bürokratie und die technologische Kompetenz dieser Unternehmen verbunden wurden zu einer Art Zukunftsperspektive. Die entscheidende Voraussetzung für das Entstehen der Rechtsinformatik in Österreich war, dass Methodenwissen auf einem international relevanten Level vorhanden war: Ota Weinberger, Ilmar Tammelo, Leo Reisinger. Es bestanden damals zwei institutionelle Player, nämlich einerseits die Universitäten und andererseits die öffentliche Verwaltung. Die öffentliche Verwaltung hatte das Geld und auch die realen Anwendungsmöglichkeiten für die neu zu entwickelnden Instrumente. So war etwa an Rechtsdokumentation gedacht oder auch an Entscheidungsvorbereitungen, an die Unterstützung der Gerichte und dergleichen mehr. Die Verwaltung hatte die entsprechenden Zielsetzungen, aber auch entsprechende Ressourcen. Andererseits war die Wissenschaft interessiert, Grundlagenforschung betreiben zu können. Die Rolle der Reformbürokratie für die Entwicklung der Rechtsinformatik kann gar nicht hoch genug veranschlagt werden. CELEX etwa ist aus dieser Schicht heraus entstanden, als ein Informationssystem für die Europäische Gemeinschaft. Es hat sich insbesondere in Österreich gezeigt, dass Sozialphasen sehr wichtig sind. Einige Rechtsinformatiker waren auf ihre Projekte bedacht. Trotz dieser Isolation oder gerade wegen dieser Isolation waren sie aber auch wieder darauf angewiesen, miteinander in Kontakt zu treten, zwar nicht dauernd, aber wenigstens saisonal oder zumindest in der Festlichkeit eines Kongresses. Die Bedeutung dieser Tagungen lag auch darin, dass es aus irgendwelchen Gründen immer wieder gelungen ist, die Materialien zu publizieren. Engagierte Praktiker wurden in der engen Projektzusammenarbeit mit den Informatikern stimuliert, ihr oft impliziertes Expertenwissen auch explizit zu formulieren. Eine Besonderheit dieser Entwicklung war die enge Verbindung mit der Gesetzgebungslehre, welche in Österreich als Legistik bezeichnet wird. Die Änderungskompetenz der Legisten, verbunden mit der Aufbruchsstimmung der Techniker ergab die Situation, eine Brücke über diese Trennung der beiden Bereiche,

nämlich Recht und Technik, zu bauen, und zwar an einer Stelle, wo dies von beiden Seiten gewünscht wurde, wo dies auch den beiden Mentalitäten bzw. dem jeweiligen methodischen Verständnis entsprochen hat. Daher sind die Siebzigerjahre nicht nur von einer Blüte der Rechtsinformatik, sondern auch von einem Aufblühen der Gesetzgebungslehre charakterisiert. Wahrscheinlich ist diese Synthese widersprechender Interessen und widersprechender Methoden das eigentliche Geheimnis dafür, dass es in den Siebzigerjahren in Österreich zu einer Blüte der Rechtsinformatik kam, nämlich einer Entwicklung, die sowohl theoretische Ergebnisse mit sich brachte, aber auch eine praktische Projektentwicklung, eine Entwicklung, die also sowohl durch Theorie wie auch durch Praxis abgestützt war. Es gelang damals an mehreren Stellen Brücken über die Kluft zwischen Theorie und Praxis zu bauen.

Aus der Vielzahl der Vorträge des von Erich Schweighofer und Friedrich Lachmayer organisierten **Internationalen Rechtsinformatik-Symposium „IRIS 2008“** in der Zeit vom 21. bis zum 23. Februar 2008 in Salzburg ist zunächst im Workshop zur elektronischen Rechtssetzung der Vortrag von Harald Hoffmann mit dem Titel „XML-Strukturen für Rechtssetzungs- und Rechtsdokumente“ zu erwähnen. Dabei wurde anhand konkreter XML-Diagramme der Unterschied zwischen textbasiertem und inhaltsbasiertem XML sowie der Unterschied zwischen einem „monolithischen“ XML-Ansatz und einem modularen erläutert. Diese Unterschiede werden sich, wenn dieses Thema einmal aktuell sein wird, in einer künftigen Version von juristischen Datenbanken nutzen lassen. Der Vortrag „Elektronische Unterstützung für legislative Begutachtungsverfahren“ von Gerald Fischer – Thomas Grechenig – Martin Zach bezog sich auf den XML-Editor und den Workflow, den die TU vor einiger Zeit für das Begutachtungsverfahren von BMSK implementierte. Diese Komponenten wurden testweise eingesetzt. Im Sommer 2008 flossen die Erfahrungen in den Projektantrag POLIS zum Schaffen eines umfassenden Systems für Begutachtung und Petition ein. Der Projektantrag erfolgte im Rahmen des e-Participation-Programms der EU unter fachlicher Patronanz der Parlamentsdirektion. Der Vortrag „Elektronische Rechtsetzung zwischen Österreich und Tasmanien“ von Sebastian Reimer brachte zutage, dass es in Tasmanien ein elektronisches Rechtsinformationssystem gibt, das auf SGML aufbaut und auf Textfragmenten, die im Falle einer Novellierung als kleinste Einheit ausgetauscht werden. Dieses Rechtsinformationssystem schafft die „permanente Wiederverlautbarung“ und wurde mittlerweile ein interessantes Modell für theoretische Überlegungen.

Die internationale **„e-Justice and e-Law Conference“** sowie der angeschlossene **CEN-ISS Workshop „Metalex“** fanden vom 1. bis 4. Juni 2008 in Portorož (Slowenien) statt. Die e-Justice-/e-Law-Konferenz ist eine Fortsetzung der Konferenzserie, die schon Österreich 2006 („IT-Congress“ in der Hofburg) gestaltete. Die nachfolgenden Präsidenschaften veranstalteten ähnliche Konferenzen; jetzt war die slowenische Präsidenschaft an der Reihe. Wie schon in Österreich, war diese Konferenz nicht nur hochgradig repräsentativ, sondern gab auch mit kompetenten Sprechern einen kompetenten Überblick über das Thema „e-Justice“. Dieses deckte bisher nur „Recht in der Justiz“ (z. B. mit all den Justizportalen) ab; in Portorož kam erstmals offiziell der Schwerpunkt „e-Law“ dazu, der sich aus österreichischer Sicht als Kombination von e-Recht und RIS

verstehen lässt. Mag sich e-Justiz aus der Sicht der Legistik auch gleichsam nur in der nachgelagerten Vollzugsphase der Gesetzwerdung befinden, so wird damit dennoch die für die Praxis wichtige Schaffung des individuellen Entscheidungsrechtes neu gestaltet. Im zeitlichen Umfeld von e-Justice wurde auch der CEN-ISS Workshop „Metalex“ abgehalten, dessen Ziel es war, ein sogenanntes „Workshop Agreement“ zu schaffen, eine Vorstufe zu einem Standard, im konkreten Fall für ein „offenes XML-Format zum Austausch von Rechtsdokumenten“. Dieses Anliegen wird große praktische Bedeutung sowohl für die Legistik wie auch für die Rechtsinformation haben, da diese kommenden Standards sinnvollerweise schon ex ante zu beachten sein werden.

Der „**Second International Workshop on Juris-Informatics (JURISIN 2008)**“ fand am 10. Juni 2008 in Hokkaido (Japan) im Umfeld der Japanischen Gesellschaft für AI statt und zeichnete sich durch ein offenes Deklarieren der Probleme aus. Außerdem werden in Japan erhebliche Ressourcen in Themen der Rechtsinformatik investiert. So beschäftigte sich ein Team von Technikern und Juristen längere Zeit mit einem einzigen Typus einer Verweisung, sodass als Ergebnis ein intensives Wissen vorhanden ist, welches über andere, mehr theoretische Ansätze der RI bei weitem hinausgehen. Im folgenden seien einzelne Beiträge hervorgehoben:

Henry Prakken, Utrecht University and University of Groningen: „Sense-making Systems for Legal Reasoning about Evidence“.

Hier geht es um das Story-Telling von juristischen Fällen, und die aufgezeigte Methode könnte durchaus für Darstellungsformen bzw. auch für die semantische Aufbereitung von Lebenssituationen im Help.gv. interessant sein.

Hiroyuki Kido and Masahito Kurihara, Hokkaido University: „Computational Dialectics Based on Specialization and Generalization – A New Reasoning Method for Conflict Resolution“.

Es ist sehr interessant, dass juristische Widersprüche im Kontext der (zwar politisch-ideologisch nicht mehr relevanten) Dialektik zum Thema werden, wobei dabei auch methodische Ansätze der Mediation zum Einsatz kommen. An sich ein weiterführender Ansatz, der über die derzeitige Situation einer formal gesehenen Rechtsinformatik bei weitem hinausgeht.

Yoshiharu Matsuura, Nagoya University: „Law as Engineering“.

Der frühere Dekan der Universität Nagoya beschäftigt sich mit dem Präjudizsystem und in der Folge auch mit der Bildung genereller Regeln. Dieses Thema ist für das RIS interessant, das sowohl die Judikaturdokumentation als auch die Dokumentation genereller Rechtsnormen enthält.

Yoshitaka Suzuki, Japan Advanced Institute of Science and Technology: „Extraction of Dictionary Terms from Unsegmented Legal Text“.

Diese Untersuchungen liegen im weltweiten Trend, aus den Rechtstexten Metadaten zu extrahieren.

Diverse Projekte der Nagoya University beziehen sich auf das Thema der „Automatic Translation“. Die automatische Übersetzung wird in Japan mit besonderen Energien

angegangen, um die Isolation der Schrift zu überwinden. Interessant dabei ist der Versuch des tertium comparationis durch Einbeziehen diverser Brückensprachen.

Yusuku Kimura, Makoto Nakamura, Akira Shimazu: „Treatment of Legal Sentences Including Itemized and Referential Expressions – Towards Translation into Logical Forms“.

Diese Arbeit beschäftigt sich mit den Verweisungen. Vom Typus der Verweisungen her liegt die Arbeit im bekannten Rahmen, geht jedoch in der Detailanalyse bei weitem über die bisherigen Ergebnisse hinaus. Interessant auch deshalb, um eine Ontologie der Verweisungen aufbauen zu können, was auch ein legistisches Tool sein könnte.

Im Zusammenhang mit der internationalen Konferenz „**Law via the Internet**“ am 30. und 31. Oktober 2008 in Florenz fanden Gespräche mit Carlo Biagioli, einem maßgeblichen Experten des Florentiner Rechtsinformatikzentrums ITTIG, zum Thema „Legislative Taxonomy and Metadata“ statt. Dieses Thema ist deshalb so interessant, weil Entwicklungslinien herausgearbeitet werden können. Im ITTIG werden legislative Editoren entwickelt, und die dort angestrebte Kooperation zwischen Dokumentalisten und Legisten ist grundsätzlich für die Situation in Österreich durchaus beachtenswert. Das florentiner Projekt zeichnet sich dadurch aus, dass die in einem legislativen Entwurfstext vorhandenen Texte mit Hilfe einer vom ITTIG erstellten Liste mit einer Taxonomie in Beziehung gesetzt werden. Es handelt sich also um eine juristisch-legislative Begriffsarbeit, um einen expliziten Semantikbezug. Diese Textqualifizierung erfolgt über Markups und Metadaten. Es wäre auch möglich, diese Taxonomien in Richtung von Ontologien zu entwickeln, ein Ansatz, der dann von den Niederländern verfolgt wird. Biagioli und sein Team arbeiten auch daran, einen Bezug zu Rechtsfällen herzustellen. Freilich werden derzeit die Rechtsfälle meist ex post gesehen, während für den Anwendungsbereich der Bürgerinformationen, wie etwa Help.gv, ex ante antizipierte Lebenssituationen interessant sind. Ein Forschungs- und Entwicklungsschwerpunkt des ITTIG-Teams liegt bei den legislativen Formularen, ein Konzept, welches im Übergangsfeld von Legistik und e-Recht von Bedeutung ist.

Den Klagenfurter **Legistik-Gesprächen**, zum sechsten Mal am 6. und 7. November 2008 abgehalten, kommt eine zentrale Funktion in dieser Thematik von Konvergenz von Legistik und Rechtsinformation deshalb zu, weil dabei unternommen wird, eine Kommunikationsbrücke zwischen Legisten und Dokumentalisten zu schaffen. Die Themenbereiche sind, ausgehend von eRecht und RIS, vergleichbare Systeme bei den Ländern ebenso wie auf der Ebene der EU. Die Integrationswirkung dieser Veranstaltung ist nicht zu unterschätzen: Es fanden sich Vertreter aller drei Staatsgewalten (Parlament, Verwaltung und Höchstgerichte) ebenso zu den Gesprächen zusammen wie die Ebenen der EU, des Bundes und der Länder. Durch die Publikation der Beiträge zu den Klagenfurter Legistik-Gesprächen werden wertvolle Gedanken und Projektansätze festgehalten und können – etwa bei einer Reform der Legistischen Richtlinien – in die Erwägungen miteinbezogen werden.

Abschließend sei die Rechtsinformatik-Konferenz „**JURIX 2008**“ erwähnt, welche in der Zeit vom 10. bis zum 13. Dezember 2008 in Florenz stattfand, also bereits nach

den 6. Klagenfurter Legistik-Gesprächen, doch noch vor Redaktionsschluss dieses Sammelbandes. Aus den zahlreichen Beiträgen und Diskussionen seien einige Aspekte und Trends hervorgehoben:

XML als Instrument der Textstrukturierung kann hinsichtlich formeller Strukturen des Textes (z. B. Gliederung) als auch hinsichtlich inhaltlicher Strukturen (Rechtsbegriffe in ihrem Kontext) eingesetzt werden. Das e-Recht wendet XML erfolgreich im formellen Bereich an, das Einbeziehen inhaltlicher Strukturen erfolgt hingegen nur sehr zögerlich. Der Avantgarde-Trend geht jedoch dahin, nicht nur das formelle XML mit einem inhaltlichen XML zu verbinden (was vor allem die ITTIG-Leute in Florenz unternehmen), sondern zusätzlich die Texte mit Hintergrundstrukturen zu verbinden, die unabhängig von der Vordergrundstrukturierung des Textes sind bzw. dazu hinzutreten. Solche Hintergrundstrukturen sind etwa rechtslogische Formeln, aber auch das Story-Telling, also eine prozedurale Sichtweise. Das Aufbauen von den Text unterliegenden Hintergrundstrukturierungen kann für die Legistik interessant sein, denn der Entwurfstext ist ja nur ein Ergebnis, die rechtspolitische Arbeit selbst erfolgt in einem inhaltlichen Vorfeld, das aber dann in den Hintergrundstrukturen des Textes zumindest teilweise zum Ausdruck gebracht werden kann.

Die Ontologien sind zunächst für eine verbesserte Suche (gezielte Ausweitung der Suchkriterien) interessant, aber auch für die Produktion, weil damit Strukturen vorgegeben werden. Die Ontologien haben sich u. a. aus den Kategorien entwickelt, sei es den Aristotelischen Kategorien, sei es aus denen der Dokumentation. Nach wie vor wird der Aristotelische Ansatz in der modernen Ontologie vertreten (z. B. Barry Smith, Professor für Ontologienwissenschaft in Buffalo, USA, Einleitungsvortrag bei JURIX 2009 in Florenz). Ein wichtiger Beitrag zu den Ontologien mit dem Titel „Automated Legal Assessment in OWL 2“ kam von Saskin van de Ven, Joost Breuker, Rinke Hoekstra, Lars Wortel vom Leibniz Center der Universität Amsterdam. Vorgeschlagen werden getrennte zwei Ontologien, nämlich faktische Ontologien und solche, die auf die Normen bezogen sind. Die fact-ontology ist relevant für die im Verfahren entstehenden, auf den Sachverhalt bezogenen Informationsschichten, die norm-ontology für die (Re-)Konstruktion der Norm und der daraus abgeleiteten Interpretationsschichten. Daneben scheint sich im eGov eine weite Anwendungsmöglichkeit für Ontologien aufzutun, indem die einzelnen Elemente und Subelemente des eGov-Workflows über Ontologien vorstrukturiert werden können.

Ein interessanter Aspekt könnte darin liegen, dass bereits bei der Legistik jene inhaltlichen Elemente der Rechtsbegriffe explizit als Ontologien formuliert werden können, welche dann im Anwendungsbereich ebenfalls als Ontologien zum Einsatz kommen. Dies würde doch dafür sprechen, bei der Legistik bereits eine zusätzliche XML-Strukturierung zu leisten, und zwar nicht in Richtung eines verbesserten Produktes der Rechtsinformation, sondern vielmehr in Richtung einer Vorstrukturierung der eGov-Anwendungen.

In einem eher peripheren Artikel über „Legal Knowledge Representation: A Twofold Experience in the Domain of Intellectual Property Law“ (Giuseppe Contissa und Migle

Laukyte, Bologna, Italy) wurde eine sehr interessante Methode vertreten: Es gelingt nämlich durch eine Reihe von Zwischenschritten von einem juristischen Basistext über reduzierte, aber strukturierte Textfragmente und sodann über weitere intermediäre Zwischenschritte zu einer technisch verwertbaren formalen Repräsentation des Textes zu gelangen. Diese Methode hat zwar keine direkte Bedeutung für das e-Recht und für das RIS, kann aber bereits in der Phase der legislativen Entwurfsarbeit eingesetzt werden, wenn es darum geht, den Regelungskern über den Text hinaus in Richtung einer formalen Repräsentation zu modellieren. Wie auch die Arbeiten von Mathias Grabmair zeigen, liegt genau diese Methode der intermediären Schritte im Trend.

Ein weiterer Trend geht in die Richtung, neben den Normen auch die Situationen zu erfassen. Dies hat vor allem Bedeutung für Help.gv., nämlich als eine zusätzliche situative Navigationshilfe. So wird die Visualisierung des Inhaltes und insbesondere des juristischen Verfahrens mittelfristig auf das Help.gv. zukommen. Es geht u. a. darum, die Erzähltechniken auf den Bereich des Rechtes anzuwenden. Dabei kann aber auch im Bereich des eGov an einen Einsatz in den Formularverfahren gedacht werden, insbesondere dort, wo strukturierte Sachverhalte vorliegen (vgl. *Representing Narrative and Testimonial Knowledge in Sense-Making Software for Crime Analysis*, Susan Van den Braak, Henry Prakken et al., Utrecht, Netherlands).

Schließlich ist der Beitrag „Automatic classification of Sentences in Dutch Law“ von Emile de Maat und Radboud Winkels von der Universität Amsterdam bemerkenswert. Entgegen den Bemühungen der italienischen Rechtstheoretiker (aus Bologna und Florenz) wird hier von den niederländischen Informatikern der relativ erfolgreiche Versuch unternommen, mit einer praxisorientierten prima-facie-Klassifikation inhaltliche Metadaten zu gewinnen. Dies liegt wiederum auf der Linie von e-Recht und RIS, die mit einer überschaubaren Anzahl von Formatvorlagen bzw. Kategorien eine durchaus effektive Ordnung in die formelle Strukturierung der Rechtstexte brachten. Der niederländische Ansatz geht darüber hinaus in das Inhaltliche, doch bleibt das Prinzip der Überschaubarkeit erhalten.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass dem ex-ante-Bereich der Legistik erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen ist, da dort im Vorfeld der Gesetzgebung unschwer eine Reihe von Weichenstellungen getroffen werden kann, welche die folgende prozedurale wie dokumentalistische Arbeit wesentlich erleichtern. Ebenso könnte der Einsatz von Ontologien bereits im Stadium der Legistik dazu beitragen, dass dann sowohl bei der Recherche in den Datenbanken als auch in der Anwendungsphase des Rechts, also etwa bei eGov in den dortigen Formularverfahren, diese zusätzlichen Formen einer strukturierten Semantik die Funktionalität der Rechtsinformation erhöhen.

# Konsolidierung des Bundesrechts: Die rechtliche Sicht

Von  
Karl IRRESBERGER



## 1. Vorüberlegungen

Konsolidierung kann, wie z. B. im Tagungsprogramm, als das Zusammenfassen verschiedener (zeitlicher) Textversionen zu einem aktuellen Gesamttext umschrieben werden.

Näher oder anders betrachtet bezieht sich der Begriff der Konsolidierung, wie wir ihn hier verstehen, auf den Text einer bestimmten Rechtsvorschrift, aus dem gewisse Teile entfernt und dem andere, neue Teile hinzugefügt werden; dies geschieht nicht nach dem Gutdünken dessen, der die Konsolidierung durchführt, sondern – wie zu hoffen ist: genau – nach den Anweisungen des befugten Rechtsetzungsorgans, einfacher gesagt: des Gesetzgebers, spezifischer: des Novellengesetzgebers. Die konsolidierte Fassung wird, wie wir sagen, durch die Einarbeitung von Novellen, besonders auch: aller bisher erlassenen Novellen, hergestellt.

Damit steht die Konsolidierung der Idee der Kodifikation nahe. Indem der Normsetzer sich für die Novellierung einer bestehenden und gegen die Schaffung einer neuen Stammvorschrift entschieden hat, hat er sich für die Erhaltung der formalen Geschlossenheit eines Regelungskomplexes entschieden – oft zu Lasten der leichten Erfassbarkeit des Inhaltes der Neuerung. Immer wieder werden auch Novellen dazu benützt, den Inhalt fugitiver Rechtsvorschriften (soweit diese nicht überhaupt entfallen können) in jene Rechtsvorschrift einzubauen (zu inkorporieren), in die sie nach ihrem Inhalt gehören, und damit frühere Verstöße gegen die Idee der Bildung in sich geschlossener Regelungskomplexe zu heilen.<sup>1</sup>

Wenn nun Konsolidierung vordergründig die Einarbeitung von Texten, immer aber die Durchführung von Anordnungen eines Normsetzers ist, so hängt die Qualität dieses Produkts einesteils von der durchzuführenden Anweisungen, anderenteils von der Sorgfalt und Bedachtsamkeit der Durchführung dieser Anweisungen ab; also einerseits von der Novellierungstechnik, andererseits von der Dokumentalistik.

Nun verhält es sich freilich so, dass die in Novellierungsanordnungen gekleideten Befehle des Gesetzgebers an niemanden Bestimmten gerichtet sind. So wie es Sache jedes Normunterworfenen ist, sich vom Inhalt der geltenden Rechtsvorschriften – seien diese alt oder neu – Kenntnis zu verschaffen, ebenso obliegt es ihm auch, den in Worte gefassten Gedankengängen des Gesetzgebers betreffend die Zusammenfügung der geltenden Gesetzesfassung aus älteren und neueren Teilen zu folgen.

Soweit die Theorie; in der Praxis verlassen sich die allermeisten Normadressaten – Vollziehungsorgane, Normunterworfenen, Angehörige der Rechtsberufe – (und dazu noch viele Legisten, wenn sie Novellen ausarbeiten) auf die Dienste einiger weniger Personen, die sich der Aufgabe unterziehen, konsolidierte Fassungen zu erstellen und diese in gedruckter oder elektronischer Fassung, entgeltlich oder unentgeltlich, zur Verfügung stellen.

Daraus folgt: Konsolidierung ist Vertrauenssache.

## 2. Ausgewählte Probleme der Konsolidierung

Betrachten wir das Ergebnis des Konsolidierungsvorgangs, also die konsolidierte Fassung, nochmals näher, so kommen wir um eine Erkenntnis nicht umhin: Ein Grundproblem des Phänomens „konsolidierte Fassung“ ist, dass diese als einheitliches, geschlossenes, meist auch zeitloses Ganzes von ihren Konstrukteuren – dem Schöpfer oder den Schöpfern der beitragenden Novellen – gemeint ist, dies aber in Wahrheit nicht ist.

*Weshalb nicht?*

- ❑ Ihre Teile sind verschiedenen einzelnen Rechtsakten entnommen. So gesehen besteht die konsolidierte Fassung aus Fragmenten, die unterschiedlichen historischen Rechtsakten zuzuordnen sind. Das bedeutet, dass die einzelnen Teile einen unterschiedlichen entstehungsgeschichtlichen Hintergrund haben, der jedoch typischerweise aus der konsolidierten Fassung selbst nicht erkennbar ist. Das verwundert nicht – die Verfasser der späteren Teile haben sich zumeist bemüht, solche entstehungsgeschichtlichen Unterschiede zu vermeiden, zumindest aber, sie nicht sichtbar werden zu lassen.
- ❑ Die konsolidierte Fassung will die gesamte textliche Grundlage der Regelung eines bestimmten Regelungsgegenstandes sein. Gleichwohl muss ihr Leser diesem Anspruch misstrauen, auch wenn er dem Ersteller der konsolidierten Fassung vertraut oder gar selbst ein solcher ist. Warum dies?
  - Die aus verschiedenen einzelnen Rechtsakten stammenden Teile der konsolidierten Fassung sind ihrerseits nur Teile jener einzelnen Rechtsakte, denen sie ihr Dasein verdanken. Wir sind aber oft gut beraten, jene Teile einer Novelle nicht ganz außer Acht zu lassen, die nicht in die konsolidierte Fassung eingehen wollen und sollen, sozusagen von vorne herein nur „dienende Funktion“ haben: Titel, Promulgationsklausel, Einleitungssatz, Novellierungsanordnungen, selbstständige Novellenartikel. Es sind dies Konstruktionselemente einer Novelle, die nicht permanentes Recht werden sollen, aber doch bisweilen für dessen Erkenntnis bedeutsam sind. Sie sind in dieser Hinsicht den Gesetzesmaterialien ähnlich, mit dem Unterschied, dass sie denselben rechtlichen Rang haben wie der Text, der in die konsolidierte Fassung Eingang findet. Wir betrachten diese Konstruktionselemente unten noch im Einzelnen.
  - Regelungen über den zeitlichen Geltungsbereich (In- und Außerkrafttretens- sowie Übergangsregelungen) werden herkömmlicherweise nicht in die Stammfassung integriert; auch der entgegengesetzte Ansatz der Legistischen Richtlinien 1990 führt vielfach nicht dazu, dass die konsolidierte Fassung diesbezüglich „vollständig“ ist. Auch darauf gehe ich unten noch etwas näher ein.
  - Die Novellierungsanordnungen, gemäß denen der konsolidierte Text erstellt werden soll, sind nicht selten mangelhaft. Dementsprechend kann zweifelhaft sein, welcher konsolidierte Text vom Gesetzgeber intendiert und normiert ist, oder die Erstellung eines solchen Textes sogar überhaupt unmöglich sein. Dafür werden unten Beispiele gegeben.

## 2.1. „Verlustliste“ der Konsolidierung

Oben wurde jener Teile einer Novelle gedacht, die nicht in die konsolidierte Fassung eingehen wollen und sollen, sozusagen von vorne herein nur „dienende Funktion“ haben. Ihnen kann aber, sozusagen unverhofft, rechtliche Bedeutung zukommen. Betrachten wir diese Konstruktionselemente im Einzelnen:

Der **Titel** einer Novelle enthält meist keine neben der konsolidierten Fassung beachtenswerten Inhalte, ausgeschlossen ist dies aber nicht. Gelegentlich geben Novellen ja ihre Zwecke an<sup>2</sup>, die wiederum im Rahmen einer teleologischen oder auch systematischen Interpretation bedeutsam sein können.<sup>3</sup>

Die **Promulgationsklausel** eines Bundesgesetzes lautet (mit seltenen Ausnahmen) „Der Nationalrat hat beschlossen“; bei Verordnungen wird hingegen darin angegeben, auf welche Gesetzesbestimmungen die Verordnung gestützt ist („Auf Grund der §§ ... des Bundesgesetzes über ... wird verordnet:“).<sup>4</sup> Auf welche Gesetzesbestimmungen eine Verordnung zufolge ihrer Promulgationsklausel gestützt ist, ist vielfach für die präzise Bestimmung ihres Anwendungsbereiches erheblich und kann weitere wertvolle Hinweise für die Auslegung des Verordnungstextes geben; sie erleichtert überdies die Beurteilung ihrer Gesetzmäßigkeit<sup>5</sup> wie auch ihrer Geltung (die z. B. bei Wegfall der gesetzlichen Grundlage nicht mehr anzunehmen ist<sup>6</sup>).

Novellierungen von Promulgationsklauseln – und die Novellierung ist ja eine Voraussetzung der Konsolidierung – erfolgen verhältnismäßig selten; von 1975 (ältere Fälle sind nicht ersichtlich) bis 2008 zählen wir im Bundesgesetzblatt 56 (2004 bis dato: 14) Änderungsverordnungen, die auch die Promulgationsklausel der Stammverordnung ändern<sup>7</sup>, das ist etwa ein Prozent aller Änderungsverordnungen. Wegen der praktischen Seltenheit der Novellierung von Promulgationsklauseln im Vergleich insbesondere mit der Häufigkeit von Gesetzesnovellen wird in den meisten konsolidierten Verordnungen, die im Bundesgesetzblatt kundgemacht sind, eine nicht mehr aktuelle Fassung des durchzuführenden Gesetzes zitiert.<sup>8</sup> Dementsprechend ist mit einer großen Zahl von Verordnungen zu rechnen, die durch eine Verordnung novelliert werden, die eine jüngere gesetzliche Grundlage in ihrer Promulgationsklausel angibt als die Stammfassung, deren Promulgationsklausel aber unverändert in der konsolidierten Fassung aufscheinen muss, weil die Legistik auf eine Aktualisierung und damit Kodifizierung der Promulgationsklausel verzichtet hat. Im Fall unterbliebener Aktualisierung der Fassungsangabe wiegt das nicht schwer; die Novellierung der Promulgationsklausel ist aber jedenfalls zu begrüßen, wenn die Änderungsverordnung selbst auf andere Gesetzesbestimmungen gestützt ist als die Stammfassung.

Wird die Konsolidierung als Durchführung von Novellierungsanordnungen definiert, so entziehen sich ihr all jene Teile einer Novelle, die nicht als Novellierungsanordnungen formuliert sind, mit anderen Worten die **selbstständigen Novellenartikel**. Diese enthalten herkömmlicherweise (im Bundesrecht bis zum Wirksamwerden der Legistischen Richtlinien 1990) Regelungen über den zeitlichen Geltungsbereich (In- und Außerkrafttretens- sowie Übergangsregelungen) sowie (bei Bundesgesetzen und bei Reichsgesetzen aus der Zeit der konstitutionellen Monarchie) die Vollziehungsklausel.

Ob und inwieweit sich der **zeitliche Geltungsbereich** einer Rechtsvorschrift aus der konsolidierten Fassung selbst ergibt (oder auf Anmerkungen des Bearbeiters der Gesetzesausgabe angewiesen ist), liegt in der Hand des Rechtsetzers, mit anderen Worten der Legistik. Die oft schwierigen Fragen des zeitlichen Geltungsbereiches (Bedingungs-, Sanktionsbereiches) bleiben bei der Konsolidierung außer Betracht.

Richtlinie 41 der Legistischen Richtlinien 1990 sieht Folgendes vor:

„Wenn durch eine Novelle der Rechtsfolgenbereich oder der Bedingungsbereich der Vorschrift geändert wird – was der Regelfall ist –, so sollte im Sinne einer weitestgehenden Kodifikation die Bestimmung der Stammvorschrift über den Geltungsbereich entsprechend novelliert werden. Wenn die Stammvorschrift aber keine Regelung über den Geltungsbereich enthält, so sollte durch die Novelle eine solche in die Stammvorschrift eingefügt werden. Die Novelle selbst sollte keine Inkrafttretensbestimmung enthalten.“

Ein ausführliches Rundschreiben<sup>9</sup> des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst regelt Näheres.

Entsprechend diesen Vorgaben enthalten die geltenden Rechtsvorschriften (mittlerweile) regelmäßig Schlussparagrafen mit einer Anzahl von Absätzen, deren jeder eine Reihe durch eine bestimmte Novelle eingefügter oder neu gefasster Bestimmungen in Kraft und bestimmte bisherige außer Kraft treten lässt. Für unsere Betrachtung ist hervorzuheben, dass der Leser aus den der Richtlinie 41 entsprechenden Inkrafttretensbestimmungen im Idealfall entnehmen kann, welche der geltenden, d. h. in die konsolidierte Fassung eingegangenen Bestimmungen (die so detailliert zitiert sein sollten wie in den Novellierungsanordnungen, durch die sie eingefügt oder neu gefasst wurden) seit welchem Zeitpunkt und aufgrund welcher Novelle gelten. Für unsere Verlustliste ist bedeutsam, dass in der Aufzählung der in Kraft tretenden Bestimmungen Lücken vorhanden sein können, sei es aus einem legistischen Versehen oder weil ein Inkrafttreten entsprechend Art. 49 BVG mit dem der Kundmachung folgenden Tag gewollt ist; in letzterem Fall entspricht das Bestehen der Lücke dem zitierten Rundschreiben, widerspricht aber dem Gedanken der Vollständigkeit der Inkrafttretensbestimmung. Manche Rechtsvorschriften halten sich daher auch nicht an das Rundschreiben, sondern ordnen das Inkrafttreten mit dem der Kundmachung folgenden Tag an. Interessant ist in diesem Zusammenhang die steiermärkische Rechtssetzungspraxis, die für die Angabe des Kundmachungsdatums die Wendung „ das ist der...“ vorsieht (das Datum ist vom Landeshauptmann anlässlich der Kundmachung einzusetzen).

## 2.2. Gesichtspunkte der Novellierungstechnik

Die konsolidierte Fassung bedarf des soliden Fundaments eindeutiger Novellierungsanordnungen. Diese gehen geradezu definitionsgemäß nicht in die konsolidierte Fassung ein. Eben deshalb ist es besonders wichtig, dass über ihre Auslegung keine Zweifel entstehen können. Damit müssen wir tiefer in den Bereich der legistischen Kunstfehler eindringen.

Ihren Grundtypen nach können Novellierungsanordnungen (besonders im Lichte ihrer digitalen Durchführung) in Einfügungen (einschließlich Anfügungen) und Streichungen (Aufhebung, Entfall) sowie deren Kombination, nämlich Ersetzungen (einschließlich der Neufassung einer Gliederungseinheit, typische Formulierung: „§ ... lautet:“) gegliedert werden.

Zweifel können bei uneindeutigen Novellierungsanordnungen hinsichtlich der Stelle, an der die Änderung vorzunehmen ist, der Erfassung des zu streichenden Textes, des Wortlautes des einzufügenden Textes sowie bisweilen sogar hinsichtlich des Typs (ob eine Einfügung oder eine Ersetzung vorliegt<sup>10</sup>) entstehen.

Hinsichtlich der Erfassung des zu streichenden Textes unterlaufen den Legisten gelegentlich Fehler, indem sie von einem anderen als dem tatsächlichen Rechtszustand ausgehen, z. B. aufgehobene Bestimmungen ändern, einen nicht genau dem geltenden Text entsprechenden Wortlaut voraussetzen, nicht existierende Gliederungseinheiten anführen, sich bei der Zählung zu streichender oder zu ersetzender Sätze oder bei der Benennung als Sätze, Satzteile und Halbsätze vergreifen.

Unter dem Gesichtspunkt der Eindeutigkeit können wir folgende Stufenfolge der rechtstechnischen Gestaltung von Änderungsanordnungen erkennen:

- ❑ *Zeichengenaue* Novellierung, insbesondere eindeutige Angabe der zu streichenden oder zu ersetzenden Gliederungseinheit oder Anführung der zu streichenden oder zu ersetzenden Zeichen zwischen Anführungszeichen, Anführung des neuen Textes zwischen Anführungszeichen.
- ❑ Novellierung mit *Referenz auf textbezogene Regelsysteme* (Grammatik, Rechtschreibung, Zitierkonventionen) oder rechtliche Kategorien, z. B.
  - „wird ... das Wort „Bundesverfassungsgesetz“ *in allen seinen grammatikalischen Formen durch das Wort „Bundesgesetz“ in der jeweiligen grammatikalischen Form ersetzt*“ (Art. 2 § 8 Abs. 2 Z 1 1. BVRBG, BGBl. I Nr. 2/2008)<sup>11</sup>  
 „Soweit in Bundesgesetzen auf die Begriffe Bundesgendarmerie, ..., Kriminalbeamte oder Kriminalbeamtenkorps in der jeweiligen grammatikalischen Form Bezug genommen wird, tritt mit Wirkung vom 1. Juli 2005 an deren Stelle das Wort „Bundespolizei“ in der jeweiligen grammatikalisch richtigen Form.“ (Art. 5 Abs. 1 der SPG-Novelle 2005)
  - „werden an die neue Rechtschreibung angepasst“ (Art. 1 Z 49 BGBl. I Nr. 100/2003)
  - „Beistriche ... – soweit sie nur durch die Zitierweise bedingt sind –, entfallen“ (Art. 1 Z 44 BGBl. I Nr. 100/2003)
  - „Folgende in einfachen Bundesgesetzen enthaltenen Verfassungsbestimmungen werden zu einfachen bundesgesetzlichen Bestimmungen:“ (Art. 2 § 5 1. BVRBG, BGBl. I Nr. 2/2008)

❑ Novellierung mit Referenz auf den Sinn:

Die Worte „Kreditunternehmung“ und „Kreditapparat“ werden in allen bundesgesetzlichen Regelungen durch die Worte „Bank“ und „Bankwesen“ ersetzt. Dasselbe gilt sinngemäß für Wortverbindungen, in denen diese Worte verwendet werden. (BGBl. I Nr. 325/1986)

❑ „Entgegenstehende Regelungen werden aufgehoben“:

Die dokumentalistische Durchführung dieser Anordnung setzt die juristische Beurteilung voraus, ob geltende Regelungen einer neuen „entgegenstehen“.

❑ „Fiktionale“ Anpassung

– Verweisungsverjüngung („... *treten an die Stelle*“)

„Soweit in anderen Bundesgesetzen auf das Marktordnungsgesetz 1985 verwiesen wird, gelten diese Bezugnahmen als Bezugnahmen auf die entsprechenden Bestimmungen des MOG 2007.“ (§ 33 MOG 2007)

„Die in ... enthaltenen Verweise gelten als Verweise auf die entsprechenden Bestimmungen in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. ...“ (§ 103e Z 7 BWG)

– Rechtsüberleitung (z. B. „... gelten als Landesgesetze mit der Maßgabe, dass an die Stelle ... die Landesregierung tritt.“)

– „... gelten als sinngemäß geändert“ (insb. § 16a BMG)

Somit kann eine Gruppe von Änderungsanordnungen identifiziert werden, die, im Gegensatz zu Novellierungsanordnungen, nicht im konsolidierten Text Niederschlag finden, sondern neben diesem bestehen bleiben und zusammen mit diesem die Rechtslage vollständig abbilden. Zum Teil kann dies aus der Formulierung der Änderungsanordnung abgeleitet werden (vgl. „gelten als sinngemäß geändert“); die Formulierung „... *treten an die Stelle*“ kann wiederum Teil einer zeichengenauen Novellierungsanordnung oder aber einer Verweisungsverjüngung sein, bei der die „entsprechenden“ Bestimmungen erst im Wege eines Vergleichs der Inhalte der früheren und der neuen Regelung ermittelt werden müssen.

Im Wesentlichen keine Frage der Eindeutigkeit ist es, ob die Bestimmungen, an denen die Änderungen stattfinden sollen, genau aufgezählt werden oder ob der Anwendungsbereich der Änderung die Gesamtheit der Bundesgesetze ist. Die elektronische Datenverarbeitung ermöglicht es auch, alle Elemente eines Datenbestandes zu finden, an denen die Änderung vorzunehmen ist, auch wenn deren Orte nicht konkret bezeichnet sind; generelle Umschreibungen haben überdies immerhin den Vorteil, dass fehlerhafte Angaben von Gesetzesstellen nicht in Betracht kommen.<sup>12</sup>

Manchen Novellierungsanordnungen liegt eine falsche, oder zumindest: nicht die herrschende, Vorstellung über die Abgrenzung von Gliederungseinheiten zugrunde. So ist nach richtiger oder herrschender Auffassung z. B. eine Paragraphenüberschrift normalerweise nicht Teil des Paragraphen (da sie der Paragraphenbezeichnung nachfolgt), ist jedoch eine Abschnittsüberschrift Teil des Abschnitts (da sie der Abschnittsbezeichnung vorangeht), ist ferner die Paragraphenbezeichnung Teil keines Absatzes und die Absatzbezeichnung Teil keines Satzes. Wird die Anordnung »§ 1 Abs. 1 erster Satz lautet: „§ 1.

(1) Ziel dieses Bundesgesetzes ist es, ...“ in die geltende Fassung eingearbeitet, so entsteht somit die kuriose Zeichenfolge „§ 1. (1) § 1. (1) Ziel dieses Bundesgesetzes ist es, ...“. Solche Fehler kann der Dokumentalist in der konsolidierten Fassung ohne Weiteres einebnen. Schwieriger verhält es sich z. B. mit der Bezeichnung als Halbsatz in Sätzen, die keine (nämlich: durch Strichpunkte voneinander getrennte) Halbsätze aufweisen, oder als „letzter Satzteil“ (da „Satzteil“ keine eindeutige sprachliche Kategorie ist). Immer dann, wenn die Novellierungsanordnung nicht eindeutig durchgeführt werden kann, wird der Dokumentalist, also der Ersteller der konsolidierten Fassung, diesen Umstand offenlegen, gleich welche Variante er der konsolidierten Fassung zugrundelegt. Gleichwohl muss gesagt werden: Der Legist, der die Novellierungsanordnungen nicht so verfasst, dass aus ihnen ohne Interpretationskunst der konsolidierte Text erstellt werden kann, ist einer zentralen legistischen Aufgabe nicht gerecht geworden. Die Liste von Beispielen novellierungstechnischer Fehlleistungen ist freilich schier endlos, selbst wenn man nur die jüngere rechtliche Zeitgeschichte betrachtet. Dem Rechtsinformationssystem des Bundes sind folgende einschlägige Anmerkungen zu entnehmen:

Mangelhafte Angabe der zu novellierenden Gesetzesstelle:

- ❑ »In der Novellierungsanordnung – Ersetzen des Ausdruckes „26 Wochen“ durch „13 Wochen“ (Art. I Z 26, BGBl. Nr. 550/1994) – sollte es statt „§ 83 Abs. 4“ richtig „§ 83 Abs. 3“ lauten.«
- ❑ »Zu Abs. 3 und 4: In der Novellierungsanordnung Z 49, BGBl. I Nr. 102/1997, sollte es statt: „§ 141 Abs. 1 und Abs. 3“ richtig lauten: „§ 141 Abs. 1 und Abs. 4“.«
- ❑ »Novellierungsanordnung Art. II, BGBl. Nr. 360/1989: § 24 Abs. 2 erster Satz lautet: \_\_\_\_\_. Tatsächlich ist der erste und zweite Satz betroffen.«
- ❑ »Die Novellierungsanordnung Art. 14 Z 3 sollte statt: „§ 3 Abs. 2 zweiter Satz lautet“ richtig lauten: „§ 3 Abs. 2 letzter Satz lautet“. Mit Druckfehlerberichtigung, BGBl. I Nr. 35/1998, wurde dieser Fehler bereinigt.«
- ❑ »Zu Abs. 7: Die Novellierungsanordnung Artikel 39 Z 2a, BGBl. Nr. 201/1996, „In § 4 Abs. 7 tritt an die Stelle des zweiten und dritten Satzes folgender Satz:“ ist so zu verstehen, daß der erste Satz dieses Absatzes nicht mit dem Doppelpunkt endet. Vgl. aber die Novellierungsanordnungen Artikel 39 Z 30 und 37, BGBl. Nr. 201/1996, die § 28 Abs. 2 und § 34 Abs. 6 ändern.«
- ❑ »Art. 1 (k) Novellierungsanordnung BGBl. Nr. 578/1991 Z 1: Die Wendung „Art. 50, 53 und 54“ wird in jenen zwei Orten, in denen sie vorkommt, durch die Wendung „Art. 50, 53, 54 und 55“ ersetzt.«
- ❑ »Die Novellierungsanordnung im Art. I Z 96, BGBl. Nr. 375/1988, ist fehlerhaft, da das Zitat bezüglich des § 116 nicht im zweiten Halbsatz des ersten Satzes steht, sondern im zweiten Satz.«
- ❑ »Die Novellierungsanordnung in Art. 44 Z 1, BGBl. Nr. 201/1996: „§ 2 Abs. 2 Z 3 und 4 entfallen“ müßte richtig lauten „§ 2 Abs. 4 Z 2 und 3 entfallen“; vgl. auch § 28 Abs. 11 idF BGBl. Nr. 201/1996. In der Novelle BGBl. Nr. 756/1996 wurde nun die richtige Novellierungsanordnung (Art. I Z 2) wiederholt.«

Ausgehend von einem nicht aktuellen oder sonst unrichtigen Normtext:

- ❑ »Zu Abs. 5: Die Novellierungsanordnung der Änderung des Verweises auf „Abs. 4“ wurde bereits in der Druckfehlerberichtigung BGBl. Nr. 558/1990 Z 2 berücksichtigt.«
- ❑ »In der Novellierungsanordnung Z 3, BGBl. Nr. 659/1996, sollte es statt: „In Art. 49a Abs. 3 werden die Worte ‚des Bundesgesetzblattes‘ gestrichen“ richtig lauten: „In Art. 49a Abs. 3 werden die Worte ‚des Bundesgesetzes‘ gestrichen“.«
- ❑ »Zu Abs. 7: siehe jetzt die Erlässe JABl. Nr. 20/1980 und 11/1982. In der Novellierungsanordnung BGBl. II Nr. 69/1999 Z 4 wurde das zu ersetzende Zitat falsch angegeben, nämlich „§ 173 Abs. 1 Z 1, 6, 8, 9 und 10“ statt richtig „§ 173 Abs. 1 Z 1, 8, 9 oder 10“.«
- ❑ „Die Novellierungsanordnung Z 87a, BGBl. Nr. 29/1993 wurde bereits in BGBl. Nr. 10/1991 berücksichtigt (Art. XXII Abs. 3).“
- ❑ „Die Novellierungsanordnung Z 6 der Novelle BGBl. I Nr. 103/2001 konnte nicht durchgeführt werden, da die gleiche Anordnung bereits mit BGBl. I Nr. 100/2001 erfolgte.“
- ❑ »Die Novellierungsanordnung in Art. II Z 12, BGBl. I Nr. 88/1997, (12. Im § 55 Abs. 1 hat das Zitat statt „§ 42 Abs. 5“ „§ 42 Abs. 4“ zu lauten.) kann nicht eingearbeitet werden, da bereits in Z 7 der Novelle BGBl. Nr. 470/1995 eine nahezu wortidentische Novellierungsanordnung (7. In § 55 Abs. 1 lautet das Zitat statt „§ 42 Abs. 5“ „§ 42 Abs. 4“..) normiert wurde.«

Verschiedenes:

- ❑ „Die Novellierungsanordnung Art. II Z 32, BGBl. Nr. 687/1991, konnte in diesem Dokument nicht berücksichtigt werden.“
- ❑ „Die Novellierungsanordnung Art. 1 Z 7, BGBl. I Nr. 6/1998, konnte nicht eingearbeitet werden.“
- ❑ „(Anm.: die Novellierungsanordnung ist bereits in der Stammfassung BGBl. Nr. 753/1993 berücksichtigt)“
- ❑ „Die Novellierungsanordnung Art. II Z 32, BGBl. Nr. 687/1991, konnte in diesem Dokument nicht berücksichtigt werden.“
- ❑ „(Anm.: Redaktionsversehen der Novellierungsanordnung Art. II Z 2, BGBl. Nr. 682/1992. Die Novellierung wurde sinngemäß richtig durchgeführt.)“
- ❑ „Mit BGBl. Nr. 25/1990 wurde der Artikel 39 bis ... eingefügt. Aus der Novellierungsanordnung Z 1 BGBl. Nr. 578/1991 ist ersichtlich, daß eine Umbenennung der Artikel ohne Kundmachung im BGBl. erfolgt ist.“
- ❑ „Die Novellierungsanordnung Art. III Z 9, BGBl. Nr. 687/1991, konnte in diesem Dokument nicht berücksichtigt werden.“
- ❑ „Die Einarbeitung der Novellierungsanordnung Art. V Z 31, BGBl. I Nr. 61/1997, ist in dieser Fassung nicht möglich.“

- ❑ „Die Einarbeitung der Novellierungsanordnung Art. V Z 32, BGBl. I Nr. 61/1997, ist hinsichtlich Abs. 4 Z 2 mit Wirksamkeitsbeginn 1. 8. 1996 (vgl. § 76 Abs. 15 Z 3 idF BGBl. I Nr. 61/1997) nicht möglich.“
- ❑ „In dieser Fassung wurde die Novellierungsanordnung Art. III, BGBl. Nr. 793/1996, berücksichtigt.“
- ❑ „1) zu Abs. 1: § 4 Abs. 3 Z 2 und § 8a Abs. 1: es fehlt die Novellierungsanordnung;  
2) zu Abs. 1 und Abs. 2: § 12a Abs. 1 und 2: zwei verschiedene Inkrafttretensbestimmungen; dokumentalistisch wurde der 1. 1. 1992 vergeben;  
3) zu Abs. 3: § 65 wurde nicht in Abs. 1, sondern Abs. 2 zitiert, daher kein Außerkrafttreten.“

Zuletzt ist jener Fälle zu gedenken, in denen der Normsetzer sich gar nicht mit dem Verhältnis zwischen altem und neuem Recht befasst, also Fragen materieller Derogation hervorgerufen hat. Eine Anpassung des Textes wie bei einer Novellierungsanordnung ist selten möglich, etwa wenn einer einzelnen Bestimmung gänzlich derogiert wird. Das Rechtsinformationssystem des Bundes berücksichtigt materielle Derogationen im Text einer Rechtsvorschrift nicht, sondern allenfalls in Anmerkungen.

### 2.3. „Editoriale“ Gesichtspunkte

Ist die konsolidierte Fassung erstellt, sind also die Novellierungsanordnungen durchgeführt, so wird das Erscheinungsbild des Textes, je nachdem, aus welchen Zeitschichten es stammt, häufig ein uneinheitliches sein.

Hier stellt sich zum einen die Frage einer Vereinheitlichung der Orthographie, also der Anpassung älterer Texte an die jüngere Rechtschreibung. Eine solche wird z. B. vielfach in privaten Textausgaben des ABGB vorgenommen, nicht jedoch im Rechtsinformationssystem des Bundes.

Zum anderen ist zu typographischen Unterscheidungen in den kundgemachten Rechtstexten Stellung zu beziehen, die sich im Zeitverlauf unterschiedlich entwickelt haben. Z. B. werden Überschriften im Bundesgesetzblatt seit längerem fett gedruckt, seit ca. 2003 werden Grobgliederungsüberschriften (z. B. Abschnittsüberschriften) auch in etwas größerer Schriftgröße wiedergegeben, im Gegensatz zu den nur durch Fettdruck hervorgehobenen Paragraphenüberschriften<sup>13</sup>. In früheren Jahrzehnten wurden jedoch differenziertere graphische Abstufungen von Überschriften zur Sichtbarmachung der Systematik der Rechtsvorschrift verwendet, z. B. mit Fett- und Magerschreibung, Sperrung, unterschiedlichen Schriftgrößen, und waren oft ein wichtiges Gliederungselement, da textliche Gliederungselemente, wie die ausdrückliche Benennung und Nummerierung als „1. Abschnitt“ o. ä., viel weniger verwendet wurden als heute. Von 1996 bis ca. 2003 wiederum bestand keine Differenzierung zwischen Überschriften verschiedenen Ranges. Novellen richten sich jedoch typischerweise nach den jeweils geltenden Konventionen und nicht nach der zu novellierenden Fassung.

Ein ähnliches Problem besteht im Bundesrecht hinsichtlich der Layoutierung von Untergliederungen wie Ziffern, literae, sublitterae. Hier gilt seit den 1980er-Jahren im Bundesgesetzblatt ein System, wonach die Gliederungsbezeichnung links einer Fluchtlinie, der übrige Text der Gliederungseinheit rechts der Fluchtlinie steht und Gliederungseinheiten niedrigeren Ranges weiter eingerückt sind als höherrangige. Gelegentlich werden mittels dieses differenzierten Systems auch Sinnzusammenhänge zwischen Textteilen ausgedrückt, die aus dem Text (v. a. wenn dieser ein „Schlussteil“, also ein auf eine nummerierte Gliederungseinheit folgender unnummerierter Text) selbst nicht (eindeutig) hervorgehen. In privaten Gesetzesausgaben wird bisweilen platzsparend auf diese Einrückungen verzichtet; im Rechtsinformationssystem des Bundes werden Texte anlässlich der Einarbeitung einer Novelle meist entsprechend dem jüngeren System vereinheitlicht. Auch hier kommt es vor, dass der kundgemachte Novellentext zwar die z. B. für eine litera standardmäßige, aber nicht die der geltenden Fassung entsprechende Einrückung aufweist; hier muss bei der Konsolidierung die Systematik der Rechtsvorschrift den Ausschlag geben.

Zusammenfassend erfordert die typographisch richtige, nämlich der zu ändernden Fassung entsprechende Gestaltung der konsolidierten Fassung bisweilen eine Analyse (der Systematik) des Inhaltes der Rechtsvorschrift. Vereinfachungen gegenüber dem Layout des kundgemachten Textes, bisweilen aber auch dessen Beibehaltung sowie Einpassungen eines unter einfacheren Layout-Konventionen entstandenen Textes in ein komplexeres System sind mit der Gefahr fehlerhafter Ergebnisse verbunden.

### 3. Wiederverlautbarung

In der Zwischenkriegszeit erfolgten auf Bundesebene, jeweils aufgrund konkreter gesetzlicher Ermächtigungen, an die 50 Wiederverlautbarungen von Gesetzen; darunter auch die des BVG (BGBl. Nr. 1/1930), das bis 1994 als „Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929“ zu zitieren war. Die historisch erste Wiederverlautbarung war (in Österreich) die des Personalsteuergesetzes (Kundmachung BGBl. Nr. 275/1921). Sie beruhte auf Art. III des Bundesgesetzes vom 12. April 1921 über Abänderungen der Personalsteuernovelle vom Jahre 1921 (Personalsteuernovelle vom Jahre 1921), BGBl. Nr. 232/1921. Dieser ermächtigte den Bundesminister für Finanzen, „den Text des Personalsteuergesetzes vom 25. Oktober 1896, R. G. Bl. Nr. 275, unter Bedachtnahme auf die eingetretenen Änderungs- und verwaltungsrechtlicher Einrichtungen sowie auf die seither erlassenen oder außer Kraft getretenen Vorschriften neu zu verlautbaren“.

Das Rechts-Überleitungsgesetz (R-ÜG) setzte deutsche Gesetze und Verordnungen, die nach dem 13. März 1938 für die Republik Österreich oder ihre Teilgebiete erlassen worden waren, „bis zu einer Neugestaltung der einzelnen Rechtsgebiete als österreichische vorläufig in Geltung“ (§ 2). Alle Gesetze und Verordnungen sowie einzelne Bestimmungen in solchen, die „mit dem Bestand eines freien und unabhängigen Staates Österreich oder mit den Grundsätzen einer echten Demokratie unvereinbar sind, die dem Rechtsempfinden des österreichischen Volkes widersprechen oder typisches Gedanken-

gut des Nationalsozialismus enthalten“ (§ 1 Abs. 1), sollten jedoch nicht Gegenstand dieser Überleitung sein, sondern aufgehoben werden. „Die Provisorische Staatsregierung stellt mittels Kundmachung fest, welche Rechtsvorschriften im Sinne des Abs. 1 als aufgehoben zu gelten haben. Alle Gerichte und Verwaltungsbehörden sind an die Feststellungen dieser Kundmachungen gebunden.“ (§ 1 Abs. 2)

Zur Vorbereitung dieser Kundmachungen wurde durch § 3 R-ÜG eine „Kommission zur Vereinheitlichung und Vereinfachung der österreichischen Rechtsordnung“ aus „herorragenden Vertretern der Rechtsberufe“ eingerichtet, der auch die Aufgabe zukam, „Vorschläge für eine möglichste Vereinheitlichung und Vereinfachung der gesamten österreichischen Rechtsordnung zu erstatten“. Nach den Plänen dieser Kommission sollte dies in drei Etappen erfolgen: Das unter nationalsozialistischer Herrschaft verdrängte Recht sollte wieder zur Geltung gebracht werden, durch Verlautbarung authentischer Texte der in Geltung stehenden Rechtsvorschriften sollte eine einwandfreie Sammlung der wichtigsten Gesetze und Verordnungen geschaffen werden, bis schließlich in dritter Etappe die Erstellung einer geschlossenen, nach sachlichen Gesichtspunkten geordneten Kodifikation des gesamten österreichischen Rechts angestanden wäre.\*

Geplant war auch die Verlautbarung authentischer Texte der in Geltung stehenden Regelungen unter Erstellung einer einwandfreien Sammlung der wichtigsten Gesetze und Verordnungen.

Nachdem ein erstes Wiederverlautbarungsgesetz auf Begehren des Alliierten Rates 1946 wieder aufgehoben worden war, schuf das „Bundesverfassungsgesetz über die Wiederverlautbarung von Rechtsvorschriften“, BGBl. Nr. 114/1947, eine allgemeine verfassungsrechtliche Grundlage für Wiederverlautbarungen.

An Wiederverlautbarungen ergingen in der Folge 146 Kundmachungen, und zwar

- von 1945 bis 1955: 40 Kundmachungen,
- von 1956 bis 1969: 30 Kundmachungen,
- von 1970 bis 1981: 18 Kundmachungen,
- von 1982 bis 1992: 46 Kundmachungen,
- von 1993 bis 2003: 11 Kundmachungen,
- von 2004 bis 2007: keine Kundmachung,
- 2008: eine Kundmachung.

Die Kundmachungen waren in den ersten Jahren nicht nur zahl-, sondern auch umfangreich. Z. B. wurden die Verwaltungsverfahrensgesetze 1950 mit einer einzigen Kundmachung wiederverlautbart.

Durch die B-VG-Novelle BGBl. Nr. 350/1981 wurde die Wiederverlautbarung von Bundesrecht neu geregelt (Art. 49a und 139a B-VG).

\* Adamovich, Die Erneuerung der österreichischen Rechtsordnung, ÖJZ 1946, S. 3 f.

## Die vorher und die derzeit geltenden maßgeblichen Bestimmungen lauten in Gegenüberstellung:

Bundesverfassungsgesetz vom 12. Juni 1947 über die Wiederverlautbarung von Rechtsvorschriften (Wiederverlautbarungsgesetz — WVG.), BGBl. Nr. 114

§ 1. Die Bundesregierung wird ermächtigt, österreichische Rechtsvorschriften, die Angelegenheiten betreffen, für die nach den Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 dem Bund die Gesetzgebung oder die Gesetzgebung über die Grundsätze zusteht, in ihrer durch spätere Vorschriften ergänzten oder abgeänderten Fassung durch Kundmachung mit rechtsverbindlicher Wirkung neu zu verlautbaren. Die Bundesregierung hat vorher das Einvernehmen mit der Kommission zur Vereinheitlichung und Vereinfachung der österreichischen Rechtsordnung (§ 3 R.-ÜG.) zu pflegen. Die Kommission hat für die Ausbildung und Durchsetzung einer einheitlichen österreichischen Gesetzessprache und Gesetzestechnik zu sorgen.

§ 2. Die Bundesregierung kann anlässlich der Wiederverlautbarung:

1. überholte terminologische Wendungen, insbesondere nicht mehr zutreffende Bezeichnungen der mit der Vollziehung betrauten Behörden durch die dem jeweiligen Stande der Gesetzgebung entsprechenden neuen Bezeichnungen ersetzen;
2. der österreichischen Rechtsübung fremde terminologische Wendungen durch solche österreichischer Rechtsprache ersetzen;
3. Bestimmungen, die zufolge einer nach § 2 R.-ÜG. in Geltung belassenen Vorschrift anzuwenden sind, dem österreichischen Recht anpassen und in den Text der wiederverlautbarten Rechtsvorschrift einfügen;
4. Bestimmungen, die durch spätere Rechtsvorschriften aufgehoben oder sonst gegenstandslos geworden sind, als nicht mehr geltend feststellen;
5. Bezugnahmen auf andere Rechtsvorschriften, die dem Stande der Gesetzgebung nicht mehr entsprechen, sowie sonstige Unstimmigkeiten richtigstellen;
6. Änderungen oder Ergänzungen, die nicht durch Novelleten, sondern durch besondere Gesetze abseits des Stammgesetzes verfügt wurden, in die betreffende Rechtsvorschrift selbst einbauen;
7. die Bezeichnung der Paragraphen, Artikel, Absätze u. dgl. bei Ausfall oder Einbau einzelner Bestimmungen entsprechend ändern und hiebei auch die Bezugnahme auf Paragraphen, Artikel, Absätze u. dgl. innerhalb des Textes der Rechtsvorschrift entsprechend richtigstellen;
8. dem Gesetz einen kurzen Titel geben.

B-VG

**Artikel 49a.** (1) Der Bundeskanzler ist gemeinsam mit den zuständigen Bundesministern ermächtigt, Bundesgesetze, mit Ausnahme dieses Gesetzes, und im Bundesgesetzblatt kundgemachte Staatsverträge in ihrer geltenden Fassung durch Kundmachung im Bundesgesetzblatt wiederzuverlautbaren.

(2) In der Kundmachung über die Wiederverlautbarung können

1. überholte terminologische Wendungen richtiggestellt und veraltete Schreibweisen der neuen Schreibweise angepasst werden;
2. Bezugnahmen auf andere Rechtsvorschriften, die dem Stand der Gesetzgebung nicht mehr entsprechen, sowie sonstige Unstimmigkeiten richtiggestellt werden;
3. Bestimmungen, die durch spätere Rechtsvorschriften aufgehoben oder sonst gegenstandslos geworden sind, als nicht mehr geltend festgestellt werden;
4. Kurztitel und Buchstabenabkürzungen der Titel festgesetzt werden;
5. die Bezeichnungen der Artikel, Paragraphen, Absätze und dergleichen bei Ausfall oder Einbau einzelner Bestimmungen entsprechend geändert und hiebei auch Bezugnahmen darauf innerhalb des Textes der Rechtsvorschrift entsprechend richtiggestellt werden;
6. Übergangsbestimmungen sowie noch anzuwendende frühere Fassungen des Bundesgesetzes (Staatsvertrages) unter Angabe ihres Geltungsbereiches zusammengefasst werden.

Aus diesem Anlaß ergingen im Jahr 1983 Richtlinien für die Wiederverlautbarung von Bundesgesetzen.

1991 wurden von der Bundesregierung neue Wiederverlautbarungsrichtlinien beschlossen. Sie wurden als Teil 2<sup>14</sup> des Handbuches der Rechtssetzungstechnik vom Bundeskanzleramt herausgegeben.

Die neuen Richtlinien sind gegenüber den früheren (des Jahres 1983) überarbeitet und im Sinne der leichteren Lesbarkeit wesentlich kürzer formuliert. Eine inhaltliche Neuerung ist die Zusammenfassung der Fassungsangaben in einem Artikel der Kundmachung (statt, wie früher, kursiv geschriebene Angabe der jeweiligen Novellenfundstelle bei der betroffenen Gesetzesstelle). Das neue Prinzip wurde erstmals bei der Wiederverlautbarung von EGVG, AVG, VStG und VVG, BGBl. Nr. 50/1991 bis Nr. 53/1991, angewendet.

Die obigen Zahlen zeigen, dass die Wiederverlautbarungstätigkeit trotz der neuen Richtlinien nahezu versiegt ist. Dies mag auf die immer noch aufwendige Vorbereitung einer Wiederverlautbarung und das angesichts des Rechtsinformationssystems des Bundes geringer gewordene Bedürfnis nach einer solchen zurückzuführen sein.

Allerdings haben die konsolidierten Fassungen des Rechtsinformationssystems durchaus vielfach nicht die dokumentalistische Qualität, die von einer Wiederverlautbarung erwartet werden darf, etwa was unterschiedliche Zeichenformate (die im Rechtsinformationssystem bislang weitgehend verloren gegangen sind) sowie die unvollkommene oder fehlende Wiedergabe chemischer, physikalischer und mathematischer Formeln und von Graphiken und anderes mehr betrifft. Selbstverständlich fehlen ihnen auch die rechtliche Qualität einer Wiederverlautbarung als verbindlicher, verordnungsrangiger, der Kontrolle des Verfassungsgerichtshofes unterliegender und potentiell (im Fall der Unrichtigkeit, näherhin der Überschreitung der verfassungsgesetzlichen Wiederverlautbarungsermächtigung) Amtshaftung auslösender Verwaltungsakt. Diese Mängel des Rechtsinformationssystems scheinen aber für die Allgemeinheit wenig ins Gewicht zu fallen. Derzeit forciert das Bundeskanzleramt mehr die – technisch zunehmend besser mögliche – Wiedergabetreue des Rechtsinformationssystems als das Instrument der Wiederverlautbarung.

## Anmerkungen

1 Vgl. z. B. die B-VG-Novelle BGBl. Nr. 350/1981, mit der einige fugitive Verfassungsbestimmungen – so die über die Wiederverlautbarung (vorher im Wiederverlautbarungsgesetz, BGBl. Nr. 115/1947, nunmehr in Art. 49a BVG geregelt) und über die Volksanwaltschaft (nunmehr Art. 149a ff BVG) in das BVG inkorporiert wurden, oder das 1. Bundesverfassungs-Bereinigungsgesetz, BGBl. I Nr. 8/2008.

2 Vgl. z. B.:

Bundesgesetz, mit dem zur Linderung der *Inflationsfolgen bei den Wohnkosten* das Richtwertgesetz geändert wird (Mietrechtliches Inflationslinderungsgesetz – MILG), BGBl. I Nr. 50/2008

Bundesverfassungsgesetz, mit dem Übergangsbestimmungen zur *Förderung der Legalisierung der Pflege und Betreuung in Privathaushalten* erlassen werden (Pflege-Verfassungsgesetz), BGBl. I Nr. 43/2008

Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, die Exekutionsordnung und das Sicherheitspolizeigesetz zur Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt sowie gegen beharrliche Verfolgung und des zivilrechtlichen Schutzes vor Eingriffen in die Privatsphäre geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2006), BGBl. I Nr. 56/2008

Bundesgesetz, mit dem das Handelsgesetzbuch zur Umsetzung der Fair Value-Richtlinie geändert wird (Fair Value-Bewertungsgesetz – FVBG), BGBl. I Nr. 118/2003

Bundesgesetz, mit dem zur Beseitigung behindernd-diskriminierender Bestimmungen das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, das Arbeiterkammergesetz, die Allgemeine Bergpolizeiverordnung, die Bundesabgabenordnung, das Finanzstrafgesetz, die Abgabenerkutionsordnung, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das Gerichtsorganisationsgesetz und die Strafprozessordnung 1975 geändert werden, BGBl. I Nr. 164/1999

Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (51. Novelle zum ASVG), das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (22. Novelle zum B-KUVG), das Sonderunterstützungsgesetz, das Opferfürsorgegesetz, das Betriebspensionsgesetz geändert sowie arbeitsrechtliche Begleitmaßnahmen zur Gleitpension durch Änderung des Arbeitszeitgesetzes, des Angestelltengesetzes, des Gutsangestelltengesetzes, des Arbeiter-Abfertigungsgesetzes, des Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetzes 1962 und des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes getroffen werden (Sozialrechts-Änderungsgesetz 1993 – SRÄG 1993), BGBl. Nr. 335/1993

Bundesgesetz zur Bereinigung von Überschneidungen im Wirkungsbereich der Bundesministerien (Kompetenzbereinigungsgesetz 1992), BGBl. Nr. 256/1993

Bundesgesetz, mit dem das Konsumentenschutzgesetz zur Anpassung an das EWR-Abkommen geändert wird, BGBl. Nr. 247/1993 (gleiche Zweckausweisung in Novellen zu anderen Bundesgesetzen)

Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit, mit der die Einzelhandels-Ausbildungsordnung zwecks Einrichtung eines Schwerpunkts Uhren- und Juwelenberatung sowie eines Schwerpunkts Telekommunikation geändert wird, BGBl. II Nr. 188/2007

- 3 Ein Spezialfall „verkürzender Konsolidierung“ sind die Titel wiederverlautbarter Rechtsvorschriften – im Zuge einer Wiederverlautbarung wurde in der Vergangenheit der Titel des wiederverlautbarten Gesetzes durch einen bloßen Kurztitel ersetzt. So lautete der Titel des Bundes-Verfassungsgesetzes ursprünglich „Bundes-Verfassungsgesetz“, mit dem die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird“ – ein Titel, der den Inhalt des B-VG (in dessen Stamfassung), das ja mehrere ältere Rechtsvorschriften – darunter fast den ganzen Grundrechtskatalog – als bundesverfassungsgesetzliche übernahm (Art. 149 B-VG) und insoweit auf eine Kodifizierung verzichtete – recht treffend charakterisiert. Bei der Wiederverlautbarung BGBl. Nr. 1/1930 wurde der neue Kurztitel „Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929“ vergeben, der durch die Novelle BGBl. Nr. 1014/1994 weiter zu „Bundes-Verfassungsgesetz“ verkürzt wurde.

- 4 Die funktionsentsprechende Stelle eines Gemeinschaftsrechtsaktes ist der sogenannte *Bezugsvermerk* („GESTÜTZT AUF den Vertrag über die Europäische Union, insbesondere auf Artikel ...“). Ein vergleichbares Konsolidierungsdefizit besteht bei Gemeinschaftsrechtsakten auch im Hinblick auf die Erwägungsgründe.

- 5 Nach der Rechtsprechung des VfGH ist zwar nicht die Angabe der gesetzlichen Grundlage, jedoch die Offenlegung der Erfüllung gewisser Erzeugungsbedingungen erforderlich. Nach dem Gesetz erforderliches und hergestelltes Einvernehmen (z. B. mit anderen Bundesministern, dem Hauptausschuß des Nationalrates) ist zu erwähnen (vgl. VfSlg. 2378/1952, 2573/1953, 3467/1958, 14938/1997; ebenso für Genehmigungserfordernis VfSlg. 3467/1958, 3896/1961 u. a., für Zustimmungserfordernis VfSlg. 4995/1965, 6843/1972, 10719/1985 und 13584/1993, für Antragserfordernis hinsichtlich einer Verordnung gemäß Art. 118 Abs. 7 B-VG VfSlg. 7463/1974), nicht jedoch (VfSlg. 4088/1961, 8086/1977) bloße Anhörungsrechte oder Antragserfordernisse im allgemeinen (VfSlg. 14938/1997):

„Das rechtsstaatliche Prinzip gebietet also, daß der von einer Verordnung Betroffene bereits auf Grund des Kundmachungstextes in die Lage versetzt wird, den Autor einer Verordnung und alle zur Mitentscheidung (Einvernehmen, Genehmigung oder Zustimmung) berufenen Behörden sowie die bundesverfassungsgesetzliche Voraussetzung zur Anordnung einer Zuständigkeitsübertragung zu erkennen.

Hingegen gebietet es das rechtsstaatliche Prinzip nicht, den Rechtsunterworfenen in die Lage zu versetzen, schon auf Grund der Kundmachung einer Verordnung nachprüfen zu können, ob bei Erlassung der Verordnung alle übrigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.“

- 6 Sog. Herzog-Mantel-Theorie (vgl. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1998) Rz 843 ff mwN).

- 7 Vgl. z. B.:

Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der die Betreuungseinrichtungen-Betretungsverordnung 2005 geändert wird, BGBl. II Nr. 146/2008 (Grund: Umbenennung des durchgeführten Bundesgesetzes).

Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, mit der die Depo-  
niverordnung geändert wird, BGBl. II Nr. 49/2004 (Grund: Neuerlassung des durchgeführten Bundesgesetzes).

Verordnung des Bundesministers für Landesverteidigung, mit der die Verordnung über das Führen militärischer  
Dienstgrade geändert wird, BGBl. II Nr. 272/20s04 (Grund: Aktualisierung der Fassungsangabe des durchgeführ-  
ten Bundesgesetzes).

Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur Änderung der FinanzOnline-Erklärungsverordnung BGBl. II  
Nr. 245/2008 (Grund: Aufnahme einer weiteren durchgeführten Gesetzesbestimmung).

Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der die Fremdenpolizeigesetz-Durchführungsverordnung geändert  
wird, BGBl. II Nr. 188/2008 (Grund: Änderung der Angabe der Gesetzesbestimmungen, die eine Unternehmens-  
herstellung erforderten).

- 8 Nach Richtlinie 109 der Legistischen Richtlinien 1990 soll das durchgeführte Gesetz in der Fassung seiner letzten  
Novelle zitiert werden, einerlei, ob diese eine durchgeführte Bestimmung betroffen hat oder nicht; selbstverständlich  
wird in der Praxis nicht aus Anlass jeder Gesetzesänderung die Promulgationsklausel jeder Durchführungsverordnung  
aktualisiert; diese Aktualisierung unterbleibt zumeist aber auch, wenn die Verordnung aus anderem Anlass novelliert  
wird. Wäre das durchgeführte Gesetz immer in der Fassung jener Novellen zu zitieren, die eine durchgeführte Bestim-  
mung betroffen haben, so träte ein solcher Anpassungsbedarf seltener ein.
- 9 GZ 602.271/11-V/2/91 vom 12. Dezember 1991, betreffend LEGISTISCHE RICHTLINIEN 1990 – Gestaltung  
der Regelung des zeitlichen Geltungsbereiches.
- 10 So kann die Novellierungsanordnung „... wird als ... bezeichnet“ eine Gliederungseinheit betreffen, die bereits eine  
Gliederungsbezeichnung aufweist. Wird ein geltender § Abs. 2 als Abs. 3 bezeichnet, so meint dies die *Ersetzung*  
der bestehenden durch eine neue Bezeichnung. Wird hingegen der Text eines bisher nicht in Absätze gegliederten  
Paragraphen als Abs. 1 bezeichnet, wird also zugleich eine in diesem Paragraphen nicht bisher nicht vorhandene Glie-  
derungsebene geschaffen, so wird durch dieselbe Formulierung eine Absatzbezeichnung *eingefügt*.
- 11 Was eine (grammatikalische) Form eines flektierbaren Wortes ist, wird in den meisten Fällen nicht zweifelhaft sein:  
Kasus (Fälle) sowie Numerus (Ein- und Mehrzahl) der deklinierbaren Wörter (um die es sich typischerweise handelt).  
Unbedacht mag gelegentlich bleiben, dass durch Wortbildung (nicht andere Formen ein und desselben Wortes, son-  
dern) neue Wörter entstehen, z. B. durch Movierung des Wortes „Bundesminister“ das Wort „Bundesministerin“.
- 12 Natürlich ist bei generellen Anordnungen die Gefahr groß, dass für nicht bedachte Fälle unbeabsichtigte, ja groteske  
Ergebnisse entstehen.

So enthält das Bundesgesetz, mit dem das Sicherheitspolizeigesetz, das Grenzkontrollgesetz, das Bundesgesetz über  
die Führung der Bundesgendarmerie im Bereich der Länder und die Verfügung über die Wachkörper der Bundespoli-  
zei und der Bundesgendarmerie und das Beamten-Dienstrechtsgesetz geändert werden (SPG-Novelle 2005),  
BGBl. I Nr. 151/2004, in Art. 5 folgende als „Anpassungsbestimmung“ überschriebene generelle Novellierungsan-  
ordnungen:

- (1) Soweit in Bundesgesetzen auf die Begriffe Bundesgendarmerie, Gendarmerie, Bundessicherheitswache, Sicher-  
heitswache, Sicherheitswachekorps, Kriminalbeamte oder Kriminalbeamtenkorps in der jeweiligen grammatikali-  
schen Form Bezug genommen wird, tritt mit Wirkung vom 1. Juli 2005 an deren Stelle das Wort „Bundespolizei“  
in der jeweiligen grammatikalisch richtigen Form.
- (2) Soweit in Bundesgesetzen auf die Begriffe Landesgendarmeriekommando, Bezirksgendarmeriekommando, Gen-  
darmeriepostenkommando oder Gendarmerieposten in der jeweiligen grammatikalischen Form Bezug genommen  
wird, treten mit Wirkung vom 1. Juli 2005 an deren Stelle jeweils die Begriffe Landespolizeikommando, Bezirks-  
oder Stadtpolizeikommando bzw. Polizeiinspektion in der jeweiligen grammatikalisch richtigen Form.
- (3) Dies gilt nicht für die Verwendung dieser Begriffe in Schluss- und Übergangsbestimmungen sowie In-Kraft-Tre-  
tens- und Außer-Kraft-Tretensbestimmungen.
- (4) Sollte durch eine Anpassung nach Abs. 1 oder 2 eine grammatikalisch nicht korrekte Verdoppelung von Begrif-  
fen entstehen, so entfällt der erste der beiden gleichlautenden Begriffe sowie eine damit untrennbar in Verbindung  
stehende Interpunktion oder ein damit untrennbar in Verbindung stehendes Bindewort.

Dabei wurden offensichtlich viele vorkommende Konstellationen bedacht, nicht aber z. B. die folgende: Die Erset-  
zung des Begriffs „Kriminalbeamte“ durch das Wort „Bundespolizei“ ergibt in der Wendung „Grundausbildung für  
dienstführende Wachebeamte oder für Kriminalbeamte“ (Anl. 1/56 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979) keinen  
Sinn.

- 13 Von einer Paragraphenüberschrift ist strenggenommen nur zu sprechen, wenn eine Überschrift eindeutig einem Para-  
graphen zuzuordnen ist. Das ist dann der Fall, wenn die Paragraphenbezeichnung (zentriert) über der Überschrift  
gesetzt ist (so die Satzkonvention des Reichs-, des Staats- und des Bundesgesetzblattes in der Zeit von ca. 1870 bis

1923, ebenso der Landesgesetzblätter von Kärnten, Oberösterreich, Niederösterreich, Steiermark, Tirol und Vorarlberg) oder an deren Beginn steht (wie in etlichen Rechtsvorschriften des Bundes aus der Zeit von 1923 bis 1970, z. B. der Straßenverkehrsordnung 1960, BGBl. Nr. 159). Steht die Paragraphenbezeichnung am Beginn des Paragraphentextes und die Überschrift darüber, so kann die Überschrift mehrere der nachfolgenden Paragraphen unter sich begreifen und tut dies in der traditionellen Legistik auch, z. B. in den Stammfassungen der Verwaltungsverfahrensgesetze. Erst in den zwei bis drei letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts ist es im Bundesrecht zum Standard geworden, dass jeder Paragraph mit einer Überschrift versehen wird. Dass diese dennoch nicht Teil des Paragraphen ist, wird in Novellierungsanordnungen durch den Wortlaut „§ . . . samt Überschrift lautet.“ berücksichtigt. Bei älteren Rechtsvorschriften können Überschriften höheren und niedrigeren Ranges vorhanden und bloß typographisch voneinander unterschieden sein.

14 Teil 1 sind die von der Bundesregierung am 9. Jänner 1990 beschlossenen Legistischen Richtlinien 1990.

Konsolidierung von Rechtsbegriffen  
Juristische Terminologie in  
Legistik und Judikatur<sup>1</sup>

Von  
Meinrad HANDSTANGER



## A) Kontexte des Rechts

1. Rechtsnormen werden nicht zum Selbstzweck erlassen und angewendet. Auch Gewohnheitsrecht entsteht nicht absichtslos und bloß zufällig. Die Rechtsordnung ist mehrfach eingebunden in ein **Gefüge von Zwecken und Mitteln**. Recht schafft **Ordnung**<sup>2</sup>. Seine Funktionslogik, insbesondere die Normierung von Verhaltensweisen und deren Durchsetzung durch spezialisierte Organe, einen eigenen „Rechtsstab“<sup>3</sup>, lässt es als effektives Mittel erkennen, um die in einer größeren Gemeinschaft von Menschen sich nicht mehr von selbst einstellende Integration im Wege sozialer Kontrolle zu bewerkstelligen<sup>4</sup>.

Drei Charakteristika sind maßgeblich für die besondere Eignung des Rechts zu diesem Zweck: Rechtsnormen heben sich erstens **formal** ab gegenüber dem Rest der Welt; Rechtsakte sind formal als solche gekennzeichnet, sie werden in formellen reglementierten Verfahren erzeugt<sup>5</sup>. Zweitens handelt es sich bei den Rechtsnormen im Anwendungsfall um etwas grundsätzlich **Vorgegebenes**. In einem konkreten Fall wird die rechtliche Regel nicht erst erzeugt, vielmehr besteht sie schon als der Maßstab, an dem der Fall zu lösen ist<sup>6</sup>. Und drittens besteht für Rechtsnormen ein ausdifferenziertes Anwendungs- und Durchsetzungssystem, das Verfahren, Sanktionen und einen institutionell organisierten Apparat<sup>7</sup> (eben den **Rechtsstab**) umfasst.

Von den anderen der Integration dienenden Medien, insbesondere Macht und Geld, hebt sich das Recht durch seinen formalen Charakter, seine Verfahrengebundenheit und die Vorhersehbarkeit des Gesollten sowie die Sanktionierung von Rechtsbrüchen ab. Recht gründet auf Regelung. Es ist im voraus bekannt, wie sich der einzelne verhalten soll und was andernfalls droht. Recht verkörpert damit eine hohe Orientierungssicherheit und steht gegen chaotische Beliebigkeit<sup>8</sup>.

Der Beitrag des Rechts zur Integration fächert sich wie folgt auf: Eine Dimension betrifft die für die Integration wesentliche **Verhaltenssteuerung**<sup>9</sup>. Die formale Ausdifferenzierung und damit Verselbständigung des Rechts erleichtert seinen gezielten Einsatz<sup>10</sup>. Diesbezüglich entfaltet sich das Recht in drei Richtungen: Einerseits in Richtung Konfliktvermeidung, andererseits in Richtung Konfliktkanalisierung und Konfliktbereinigung, und drittens in die Richtung, dass das Verhalten des einzelnen zum Zusammenspiel mit den Handlungen anderer gebracht wird. Durch die vorgängige Normierung wird für den einzelnen das Verhalten sowie die Folgen des eigenen Verhaltens kalkulierbar, Recht wirkt vertrauensbildend und wird damit eine maßgebliche Basis für die Koordination des Verhaltens der Menschen.

Ein zweiter Beitrag des Rechts zur Integration liegt in der **Legitimierung** und **Organisation** von Herrschaft. Unter Herrschaft soll hier (mit Max Weber) die Chance heißen, für einen Befehl bestimmten Inhalts Gehorsam zu finden<sup>11</sup>; der Herrschende kann somit das Handeln anderer beeinflussen, und zwar derart, dass die Beherrschten den Inhalt des Befehls, der Norm, zur Maxime ihres Handelns machen. Das Rechtssystem verteilt autoritative Entscheidungsgewalten auf bestimmte Organe und sieht (wie erwähnt) Verfahren vor, innerhalb derer sich die Zuständigkeiten umsetzen lassen. Die solcherart kanalisierte Herrschaftsausübung bildet regelmäßig die Basis für deren Akzeptanz, zumal die

zuständigkeits- und verfahrensmäßige Bindung gewaltenteilige Hemmung und rechtsförmige Kontrolle der Herrschaftsgestaltung erlaubt.

Ein dritter Beitrag liegt in der Möglichkeit, durch den Einsatz des Mediums Recht **Lebensbedingungen zu gestalten**. Eine maßgebliche Rolle kommt dabei positiven Sanktionen – etwa Gratifikationen in der Form von Steuererleichterungen oder Förderungen – zu. In dieser Dimension kann ein Gesellschaftssystem in eine bestimmte Richtung hin aktiviert und gelenkt werden.

Der **Konfliktfall** ist der Test dafür, ob sich eine Rechtsnorm im Alltag tatsächlich durchsetzt<sup>12</sup>. Das Zusammenleben von Menschen führt zur permanenten Notwendigkeit des Interessensausgleichs. Die dadurch entstehenden Konflikte zeigen, ob sich die Rechtsordnung bewährt. Bewährt sie sich nicht, führt dies zu einer Vertrauenseinbuße, die desintegrativ wirken kann. Der Bewährung dient die **Rechtspflege**, die Techniken und handwerkliche Kunstfertigkeiten für die Handhabung des Rechts entwickelt. Im Wege der Rechtspflege wird ein Einzelfall an Hand von (vorgegebenen) Rechtsnormen gelöst. Das Interesse der Allgemeinheit liegt einerseits darin, dass diese Lösung überhaupt erfolgt, andererseits darin, dass die Lösung des Einzelfalls nicht isoliert von denen anderer Fälle betrachtet werden kann<sup>13</sup>.

Die zentrale Position des Rechts für die Integration zeigt insbesondere das Postulat von der „**Herrschaft des Rechts**“. Es führt zu einer weitgehenden Bindung politischen Handelns an rechtliche Vorgaben in einem gewaltenteiligen, auf demokratischer Volkssouveränität beruhenden und durch Menschenrechte fundierten System. Ein zentraler Punkt besteht darin, dass niemand außerhalb und niemand über dem Recht steht<sup>14</sup>. Keine Person geht des Rechtsschutzes verlustig, es gibt aber auch niemanden, der es in der Hand hätte, nach seinem Belieben nach den rechtlichen Vorgaben zu verfahren oder davon abzusehen und als „Ausnahmезustand“ rechtlich nicht fundiert Gewalt anzuwenden<sup>15</sup>. Nicht vereinbar mit der Herrschaft des Rechts sind „rechtsfreie Räume“ in dem Sinn, dass bestimmte Verhaltensbereiche (etwa bei bewaffneten Konflikten) der rechtlichen Regelung (überhaupt oder in fundamentalen Bereichen) entzogen werden<sup>16</sup>. Ferner erlaubt die Ausdifferenzierung des selbständigen Rechtssystems (jedenfalls in seiner europäischen Ausformung) – als „Gleichheit vor dem Gesetz“ – inhaltlich einheitliche Rechtsvorschriften (bar von ständischen und anderen unsachlichen Differenzierungen) sowie eine symmetrische Positionierung der an einem rechtlichen Verfahren beteiligten Parteien (unabhängig von deren sozialer Stellung)<sup>17</sup>. Der Umstand, dass das Recht als Handlungssystem gegenüber anderen ausdifferenziert, verselbständigt und stabilisiert ist, lässt sich daraus erschließen, dass das Recht seine Aufgaben unter den „**Zwecken des Rechts**“ als Teil seines Systems definiert und sein Aktionsfeld insgesamt aus der Warte der Rechtsetzung erfasst<sup>18</sup>.

2. Das Recht ist aber auch seinerseits an bestimmte Mittel gebunden. Rechtsnormen schweben nicht schwerelos in der Luft, sie manifestieren sich nicht aus sich selbst heraus, sondern bedürfen eines Mitteilungsinstruments. Diese Mitteilung ist weitaus überwiegend auf die **natürliche Sprache** angewiesen<sup>19</sup>.

Ob eine Rechtsnorm überhaupt existiert bzw. welchen Inhalt sie aufweist, ist nur auf Grund der sprachlichen Mitteilung erfassbar. Die natürliche Sprache erweist sich dabei für das Recht als Vorgabe. Ihre Eigenschaften und Eigenheiten sind zentrale Charakteristika der Rechtsnormen selbst. Rechtsnormen lassen sich von Sprache nicht ablösen. Hermeneutische Probleme der natürlichen Sprache sind insofern auch Probleme des Rechts.

Die Schwierigkeiten für das Normverständnis ergeben sich etwa aus der mangelnden Präzision der natürlichen Sprache, ihrer semantischen Offenheit, syntaktischen Ungenauigkeit und der insbesondere bezüglich der Dimension der Handlungsanleitung gegebenen Vorverständnisabhängigkeit der Interpretation. Jede sprachgefasste Norm ist schon wegen ihrer sprachlichen Bindung auslegungsbedürftig, wobei keine Norm ihre Auslegung selbst erschöpfend zu regeln vermag<sup>20</sup>; Normen, die das Vorgehen bei der Auslegung nominieren, sind zudem ihrerseits auszulegen.

Vom Oxforder Rechtsphilosophen H. L. A. Hart stammt die Beschreibung des Rechtssystems als „offene Struktur“, als offene Textstruktur<sup>21</sup>. Diese Deutungsoffenheit besteht nicht nur bei „weitmaschigem“ Verfassungsrecht (im Grundrechtsbereich oder bei Staatszielbestimmungen), vielmehr sind Rechtsvorschriften (mit wenigen Ausnahmen) „von Haus aus unbestimmt“<sup>22</sup>. Das bedeutet aber – worauf weiter unten zurückzukommen ist – nicht, dass im Einzelfall die nähere Konkretisierung des Inhalts einer gesetzlichen Regelung zwangsläufig dem eigenen Ermessen des Normanwenders anheimstünde.

Die natürliche Sprache besteht bekanntlich aus Worten, das sind Silben oder Silbenverbindungen. Das von ihnen Bezeichnete lässt sich begrifflich erfassen. Der Begriff meint dabei den einfachsten Denkkakt<sup>23</sup>. Das Recht geht von den Worten und Begriffen der Alltagssprache und des Alltagswissens aus. Zu darüber hinausgehenden Spezialisierungen, zur Entwicklung eigener Rechtswörter und eigener Rechtsbegriffe, kommt es schon deshalb, weil die Verhältnisse des Alltags nicht immer unkompliziert und unkomplex sind. Zudem wird das Recht gerade zur Regulierung von außerhalb des Durchschnittsalltags Liegendem, etwa Wasserkraftwerken, gewerblichen Betriebsanlagen, Bergwerken und ähnlichem verwendet. Beide Aspekte führen zu einer spezifischen Rechtssprache.

**3.** Andererseits bedient sich Recht nicht nur der Sprache, sondern auch einiger **Denkkonzepte**, um das Recht zu strukturieren und damit seine Wirkweise zu optimieren. Ins Auge stechen hier insbesondere die Strategien der Modellbildung, der Hierarchisierung (der Herausbildung von Hierarchien) sowie der Abbildung der Lebenswelt durch spezifische rechtliche Relationen.

Für bestimmte Konfliktmuster, die immer wieder auftreten, haben sich – das zeigen Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung – **Regelungsmodelle** entwickelt. Im juristischen Sprachgebrauch werden diese oft mit dem Begriff „Rechtsinstitut“ erfasst<sup>24</sup>. Rechtsinstitute können auf unterschiedlichem Abstraktionsniveau liegen. Sie offerieren die Lösung für ein rechtliches Problem, indem sie (präskriptiv) ein Lösungskonzept angeben. In der Regel kommt es zur Verschachtelung von Rechtsinstituten, Institute wie etwa das Eigentum werden von anderen Rechtsinstituten für deren Zwecke aufgegriffen (man-

che Rechtsinstitute haben damit für die juristische Modellbindung fundamentalen Charakter bzw. eine Funktion als Eckpfeiler).

Juristische Lösungsmuster knüpfen auch insofern aneinander an, als bewährte Modelle für Interessenausgleich und Konfliktlösung von einem Lebensbereich bzw. Rechtsbereich in einen anderen übertragen werden. **Modellübertragung** ist ein wesentlicher Grundzug juristischen Denkens. Sie wird nicht nur vom Gesetzgeber bei der Erlassung genereller Regelungen, sondern auch von der Rechtsanwendung bei der konkreten Falllösung praktiziert<sup>25</sup>.

Eine zweite Strategie macht sich die Funktionsweise **hierarchischer Systeme** zunutze. Dies betrifft den sogenannten Stufenbau der Rechtsordnung<sup>26</sup>. Die Rechtsordnung ist danach in mehrere Stufen gegliedert, die zueinander in einem Über- bzw. Unterordnungsverhältnis stehen und die Konkretisierung des Rechts bis zum einzelnen Fall hin strukturieren. Die Methode der Hierarchisierung kommt beim juristischen Entscheiden zum Tragen. Auf jeder Stufe der Rechtserzeugung – sowohl vom Gesetzgeber als vom Richter – muss nämlich entschieden werden, welcher Norm aus dem Kreis mehrerer naheliegender Normen tatsächlich der Vorzug bei der Rechtsanwendung zu geben ist; die Entscheidung über die vorrangige Norm aktualisiert die Hierarchisierung<sup>27</sup>.

Die Abbildung der Lebenswelt durch spezifische rechtliche Relationen bedeutet schließlich, dass konfliktanfällige, weil durch Interessensgegensätze gekennzeichnete Lebensverhältnisse in sogenannte **Rechtsverhältnisse** transformiert werden, in denen das Verhalten der Beteiligten durch die Normierung ihrer Rechte und Pflichten sowie die Prozedur zur gegenseitigen Abstimmung kanalisiert wird<sup>28</sup>.

Diese juristischen Konzepte bzw. Strategien führen naturgemäß zur Herausbildung einer eigenen Begriffswelt. Man braucht spezifische Begriffe, um diese Denkstrategien in den einzelnen Sachbereichen zu entfalten und handhaben zu können.

## B) Dimensionen der Konsolidierung

4. Konsolidierung lässt sich als **Festigung** verstehen, die zu einer Kräftigung, zur Erhöhung der Widerstandsfähigkeit und der Durchsetzungskraft beiträgt. Konsolidierung hat damit etwas mit Belastbarkeit bzw. damit zu tun, dass etwas auf eine feste, sichere Grundlage gestellt und in seinem Bestand gefestigt wird. Der Begriff Konsolidierung geht auf das lateinische „consolidare“, was „festmachen“, „sichern“ heißt, zurück und wurde in die deutsche Sprache aus dem gleichbedeutenden französischen Wort „consolider“ entlehnt<sup>29</sup>.

Konsolidierung im Bereich des Rechts stellt die Antwort auf die Probleme dar, die sich insbesondere aus der Quantität der Normen, ihrer Strukturen sowie ihrer Applikation ergeben. Konsolidierung leistet so einen maßgeblichen Beitrag zur Sublimierung der Qualität des Rechts. Die Skizze des Ziel- und Mittel-Kontextes, in dem das Recht verortet ist<sup>30</sup>, lässt die Dimensionen erkennen, in denen sich für das Recht das Bedürfnis zur Konsolidierung eröffnet. Im Recht bestehen unterschiedliche **Bruchlinien**, die Konsolidierung verlangen.

5. Eine Konsolidierungsachse entsteht dadurch, dass das Recht evidentermaßen nie alle Konfliktfälle, die sich ergeben können, im voraus regeln kann. Schon Platon hat erkannt, dass dieses Problem die **Gesetzesherrschaft** zu einer bloß „zweitbesten Lösung“<sup>31</sup> stempelt. Dieses Regulierungsdefizit muss durch **Anwendungstechniken** überwunden werden, um eine Schwächung des Rechts hintanzuhalten.

Eine Dimension liegt dabei im Bereich der **Einpassung des konkreten Falls** in die Rechtsordnung<sup>32</sup>. Hier geht es einerseits darum, ein klares Bild von dem zu gewinnen, was tatsächlich geschah. Andererseits muss im Zusammenspiel damit Klarheit darüber gewonnen werden, welcher Sinn den relevanten Rechtsvorschriften zukommt. Diesbezüglich kommt es vor allem auf den Umgang mit Sprache und Begriffen an, in denen Rechtsnormen abgefasst sind. Juristisches Denken kennt damit zwei Realitätsebenen – die des Sachverhalts und die der Rechtsordnung –, die miteinander abgeglichen werden müssen<sup>33</sup>. So wie ein gelungenes Abgleichen eine Konsolidierung der Rechtsanwendung und eine Bewährung des Rechts darstellt, so bedeutet ihr Misslingen eine Schwächung, die dem Verlust des Vertrauens in das Recht Vorschub leistet.

Eine spezifische Aufmerksamkeit wird der zweiten Realitätsebene der Falllösung, der **Rechtsordnung**, geschenkt. Das Gewinnen der für den Fall maßgeblichen Norm, um ihn juristisch entscheiden zu können, lässt sich als gesonderte Konsolidierungserfordernis begreifen. Angesichts des rechtlichen **Stufenbaus** greifen Normen unterschiedlicher Ebene mit zum Teil von einander abgehobener Begrifflichkeit ineinander. Dazu kommen Einwirkungen anderer (ebenfalls geschichteter) Rechtsordnungen, insbesondere des Gemeinschaftsrechts, aber auch des Völkerrechts. Das Herausschälen der im konkreten Fall anzuwendenden „Fallnorm“ ist so mitunter komplex und kompliziert<sup>34</sup>.

Eine weitere Quelle für Konsolidierungserfordernisse liegt in der näheren systematischen Ausgestaltung von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung. Dies betrifft die Art und Weise, wie rechtliche Regelungen für zukünftige Fälle gebildet werden, und wie dadurch die Rechtsanwendung determiniert wird. Idealtypisch bestehen für die Normierung im Voraus bekanntlich zwei Systeme: Das „**Kodifikationssystem**“, in dem für einzelne Sachgebiete rechtlich in sich geschlossene (möglichst lückenlose) Regelungskomplexe auf Gesetzesebene geschaffen werden<sup>35</sup>, und das **System des Case-Law**, in dem sich die normativen Vorgaben für zukünftige Fälle aus Einzelfalllösungen destillieren lassen<sup>36</sup>. Das Case-Law-System gründet nicht auf generalisierenden Rechtstexten, sondern auf einzelnen am „stare decisis“ der Fallentscheidungen ausgerichteten Lösungsmodellen. Beiden Systemen ist gemeinsam, dass sich rechtliche Vorgaben nur bewähren können, wenn sie sowohl aus dem Blickwinkel des Normengefüges als auch aus dem Blickwinkel der Sachverhaltsebene gelingen und adäquat für die Lösung eines neuen Falles zum Tragen gebracht werden.

6. Zu erwähnen sind noch **zwei Bruchlinien**, die zu einem Konsolidierungsbedarf führen. Das enorme Anwachsen der Normenmenge hat die mit der Kundmachung von Rechtsvorschriften vermutete Kenntnis bei den Rechtsunterworfenen weithin zur bloßen Fiktion gemacht. Das Unbehagen daran erkennt man an der pejorativen Bezeich-

nung „**Normenflut**“, in der man (metaphorisch) zu ertrinken droht<sup>37</sup>. Das Bemühen um Konsolidierung drängt insofern auf Reduktion der Normenmenge sowie auf eine Verbesserung von Klarheit, Systematik und Übersichtlichkeit der Gesetze. Hier setzt die Gesetzestechnik, die Legistik an<sup>38</sup>. Anzumerken ist, dass eine Verringerung der Staatstätigkeit bzw. die Reduktion von Staatsaufgaben (Deregulierung im Wege der Aufassung von Aufgaben oder ihrer Auslagerung an andere) in der Regel etwa die Schaffung neuer rechtlicher Kontrollregime bzw. von Regimen zur Gewährleistung der Aufgabenerbringung zur Folge haben und insofern einen Zuwachs an Rechtsvorschriften bringen.

Ein weiterer Faktor, der das rechtliche Geschehen verunsichern kann, liegt darin, dass Recht **langsam** funktioniert. Der Greifswalder Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker Joachim Lege sieht darin einen Hauptvorteil des Rechts, weil damit Orientierungssicherheit und adäquates Umgehen mit Sach- und Rechtslagen einhergeht<sup>39</sup>. So kann die in Recht gesetzte Erwartung, Orientierungssicherheit durch wohlbedachte und praktikable Rechtsanwendung zu geben, erfüllt werden. Ordnungsstiftende Rechtsanwendung ist tendenziell der bloßen Beschleunigung von Lebensprozessen gegenläufig. Recht braucht Zeit. Andererseits gibt doppelt, wer schnell gibt. Dieses Sprichwort lässt sich auch auf juristische Entscheidungsprozesse münzen. Unter dem Aspekt der Konsolidierung geht es hier darum, den Ausgleich zwischen gebotener Raschheit<sup>40</sup> und erforderlicher Langsamkeit zu finden, um die Akzeptanz juristischer Entscheidungen und das Vertrauen in die Konfliktlösungsfähigkeit des Rechts nicht zu erschüttern. Auf der Hand liegt, dass sowohl zu rasches als auch zu langsames Entscheiden dysfunktional erscheint.

## C) Konsolidierung und juristische Terminologie

### a) Der Rahmen

7. Zunächst gilt es, den Rahmen für den Umgang mit juristischen Begriffen auszuloten. Alle Versuche zur Konsolidierung im Juristischen müssen letztlich sprachlich und damit begrifflich fundiert werden. Juristische Begriffsbildung und Begriffsverwendung bekleiden daher für diese Versuche die Schlüsselposition<sup>41</sup>.

8. Von einem abstrakt-generalisierenden Standpunkt aus betrachtet orientiert sich juristische Terminologie an **drei Eckpunkten**. Begriffsbildung und Begriffsanwendung berücksichtigt den **Kontext des schon bestehenden Rechts**. Soll ein Begriff in einem neuen Gesetz eine andere semantische Bedeutung aufweisen als bislang in anderen Rechtsquellen, wird das in der Regel – etwa durch eine Legaldefinition – klargestellt. Meist lässt man sich davon leiten, dass andernfalls in Rechtsquellen verwendete Begriffe bedeutungskonstant sind. Erwähnenswert sind diesbezüglich zwei weitere Aspekte. In niederrangigem Recht orientiert sich das Begriffsverständnis auch am höherrangigen Recht<sup>42</sup>. Ferner wird der Dimension der Rechtsdurchsetzung, dem Verfahrensrecht, besondere Beachtung geschenkt. Juristische Begriffe und deren Verbindung in Rechtsinstituten werden konzeptiv auf die Rechtsdurchsetzungsprozedur ausgerichtet, um den Aufgaben der Rechtsordnung effektiv entsprechen zu können<sup>43</sup>.

Den zweiten Eckpunkt stellen die sachlichen Gegebenheiten dar, für die die Norm greifen soll. Dies betrifft die „**Sachlogik**“, das sind die Kausalzusammenhänge zwischen den maßgeblichen Faktoren im Regelungsbereich und die dort gegebenen faktischen Grenzen des Machbaren. Berührt wird diese Sachlogik von den Steuerungszielen, denen eine Norm offensichtlich dienen soll; es geht dabei um die Veränderung, die im Sachbereich mit Hilfe der Norm intendiert wird.

Der dritte Eckpfeiler betrifft den Standard der bisherigen Rechtsanwendung. Im juristischen Bereich wird dies üblicherweise mit dem Begriff **Rechtsdogmatik** erfasst<sup>44</sup>. Rechtsdogmatik gründet auf der Rechtsanwendungsperspektive<sup>45</sup>. Rechtsdogmatik präsentiert sich als Thesaurus von Falllösungen, der methodisch am Fallvergleich – was als Vergleich von Lösungsmodellen gesehen werden kann – orientiert ist. Systematisch betrieben strebt Rechtsdogmatik in aller Regel die systematische Aufarbeitung von Rechtsanwendungswissen – gewonnen auch über hypothetische Fallbildungen – für bestimmte Rechtsquellen an. Rechtsdogmatik wird immer dann betrieben, wenn die Perspektive der Rechtsanwendung eingenommen wird. Dies trifft gleichermaßen auf die Legistik, auf die Rechtsanwendung (Parteien, deren Rechtsvertreter und Behörden) sowie auf den überwiegenden Teil der wissenschaftlich betriebenen Jurisprudenz zu. Gerade aus rechtsdogmatischen Betrachtungen ergibt sich, nach welchen Kriterien der Sinn juristischer Terminologie festgemacht wird. Dies betrifft insbesondere den Umgang mit Wortbedeutungsregeln zur Begriffsabgrenzung oder mit den Möglichkeiten der systematischen Verquickung mehrerer einschlägiger Rechtsquellen bzw. Rechtsschichten, um die konkret anzuwendende Regel zu rekonstruieren. Rechtsdogmatik gibt Anleitung sowohl bezüglich der Standards zur Rechtsgewinnung als auch durch die Identifikation von Lösungsmodellen, die nutzbar gemacht werden können.

Dieses rechtliche Wissen erleichtert den Brückenschlag zwischen den beiden erstgenannten Eckpunkten, die Ebene der rechtlichen Normen sowie die Ebene der jeweiligen Sachzusammenhänge. Rechtsdogmatik ist ähnlich einem Kompass, mit dessen Hilfe eine Marschroute zur juristischen Entscheidung des konkreten Falles als Ziel gefunden werden kann<sup>46</sup>.

**9.** Zu diesen drei Eckpunkten treten als Rahmenbedingungen **zwei Konzepte**: Zentrale Voraussetzung für die Rechtsanwendungsperspektive ist die Prämisse, dass erlassene Rechtsnormen nicht sinnlos sind. Die Deutung von Normen geht damit nicht in die Richtung, dass sich ein Normsinn gar nicht ausmachen lässt oder lediglich ein solcher, der mit dem Inhalt anderer Normen in einem unauflöselichen Spannungsverhältnis steht. Die Anwendungsperspektive bezieht sich auf etwas Vorgefundenes, das verstanden werden will<sup>47</sup>, sie ist auf die „Anwendung erwartungsstabilisierender Rechtsnormen zugeschnitten“<sup>48</sup>.

Zu diesem Sinn-Postulat tritt das Postulat, dass erlassenes Recht – bereichsweise oder insgesamt – ein konsistentes Ganzes darstellt<sup>49</sup>. Diese Annahme führt zur Maxime, normativen Widersprüchen möglichst keinen Raum zu geben und normative Spannungsverhältnisse zu vermeiden. Darin wurzelt die rechtspraktische Tendenz, Rechtsquellen und Rechtsschichten miteinander zu harmonisieren. Bekanntlich richtet diese die Begriffs-

deutungen auf die in höheren Rechtsschichten enthaltenen Anordnungen aus, es kommt zu völkerrechtskonformen, verfassungskonformen oder gemeinschaftsrechtskonformen Auslegungen. Das Konsistenz-Postulat weist insofern eine hierarchische Dimension auf.

## b) Die Methoden

**10.** Im Folgenden geht es um die Methoden, die den Gebrauch juristischer Terminologie in Richtung Konsolidierung führen. Der Umgang mit rechtlichen Begriffen ist in hohem Grade pfadabhängig und tendiert zur **Pfadkonstanz**. Die Pfade sind die bisher gefällten Entscheidungen. Einmal eingeschlagene Deutungen werden nur dann aufgegeben, wenn bessere Argumente dafür sprechen. Pfadabhängigkeit und Pfadkonstanz schaffen Berechenbarkeit und damit Rechtssicherheit, was (wie schon angesprochen) sowohl die Wirksamkeit als auch die Akzeptanz des Rechts als Konfliktlösungsmedium trägt<sup>50</sup>.

Zu Grunde liegt den Pfaden ein „Spiel“ mit Argumenten<sup>51</sup>. Ob ein Normverständnis als richtig gewertet wird, hängt von der Überzeugungskraft der dafür ins Treffen geführten Argumente ab. Der Entscheidungsinhalt ist begründungsrelativ, der Rechtsdiskurs folgt der „**Logik des besseren Arguments**“. Falllösung orientiert sich an bewährten Argumentationen und folgt damit dem Rationalitätskriterium, dass das einmal erzielte Lösungsmodell – generell – für alle in ihren wesentlichen Punkten übereinstimmenden Fälle gelten soll. Gefundene Lösungen sollen (wie gesagt) nur bei besseren Gründen verlassen werden können, sie werden damit nicht bloß zum Ausgangspunkt, sondern zur Grundlage der Entscheidungsfindung. Rechtsnormtexte, die konkrete Sachverhaltsfiguration sowie das auf Generalisierung angelegte Fallrecht bilden das „Fadenkreuz“, mit dem die anstehende Lösung in aller Regel angegangen wird. Freilich ist durch regelgebundene faire Verfahren sicherzustellen, dass im Entscheidungsprozess dem besseren Argument gefolgt werden kann. Pfadkonstanz bedeutet so gesehen ein freies Spiel der Argumente vor dem Hintergrund des bereits Erreichten, um größtmögliche Kontinuität bei gleichzeitiger Wandelbarkeit – auch im Sinne der Falsifikation eines bislang erzielten Normverständnisses – zu gewährleisten<sup>52</sup>.

**11.** Ein zweiter Gesichtspunkt besteht in der angesprochenen **Harmonisierungstendenz**. Die Rechtsbegriffe werden so gedeutet, dass sie mit den Rechtsbegriffen auf gleicher rechtlicher Stufe konsistent und mit höherrangigem Recht harmonisiert erscheinen. Diese Harmonisierungsperspektive dient bisweilen auch dazu, Konsistenz auf gleicher rechtlicher Stufe zu erzielen. Etwa dadurch, dass die verfassungskonforme Auslegung eines Rechtsbegriffs auch in einer Verbesserung seiner Einpassung resultiert. Der Konsistenz dient weiters auch die Verknüpfung der Normen einer Rechtsquelle durch deren Tiefenstruktur. Bei komplexeren Rechtsquellen lassen sich aus den einzelnen Normen zumeist Prinzipien herausdestillieren, die die Deutung der Rechtsbegriffe und ihre Anwendung steuern. Diese Prinzipienebene ist nicht Teil einer höheren rechtlichen Stufe, sie wird daher besser nicht als Metaebene, sondern als Tiefenstruktur gesehen<sup>53</sup>. Besondere Probleme im Umgang mit Rechtsbegriffen und Normen ergeben sich immer dann, wenn ausdifferenzierte und in der Praxis schon lange herrschende Tiefenstruktu-

ren auf Gesetzesstufe durch eine Änderung auf Verfassungsstufe (etwa durch neue Normen oder neue Deutungen) in ein Spannungsverhältnis geraten.

Das Recht zeigt sich (wie angesprochen) als mehrschichtiges Gebilde von Normen, die je nach ihrer Ausformung die Struktur von Regeln<sup>54</sup> („konkrete, bereits anwendungsspezifisch bestimmte Normen“) oder Prinzipien („allgemeine und stets interpretationsbedürftige Rechtsgrundsätze (wie Menschenwürde, Gleichbehandlung usw.)“) aufweisen<sup>55</sup>. Diese Schichten verfügen nicht unbedingt über lediglich einen gemeinsamen Geltungsgrund, sie liegen aber nicht isoliert nebeneinander und sind bezüglich ihrer Deutung (mehr oder weniger) aufeinander bezogen<sup>56</sup>. Metaebenen und Tiefenstrukturen von Rechtsvorschriften samt der darauf fußenden Rechtsdogmatik dienen als Auslegungshorizont für deren Verständnis, aus diesen Ebenen und Strukturen lassen sich in aller Regel Argumente gewinnen, die dazu beitragen, ausgehend vom Text der Norm ihre Deutung zu präzisieren. Zu beachten sind dabei freilich die für Widersprüche und Spannungsverhältnisse zwischen den Ebenen existierenden Kollisionsregelungen<sup>57</sup>. Der Rekurs auf außerhalb der Rechtsordnung stehende Prinzipien erübrigt sich schon deshalb, weil das Mehrebenensystem der Rechtsordnung Prinzipien mit diesem Inhalt schon umfassen wird<sup>58</sup> und den positivierten Grund- und Menschenrechten ohnehin eine „Gerechtigkeitsbedeutung“ zukommt<sup>59</sup>.

Die Harmonisierungsperspektive führt dazu, dass Juristinnen und Juristen für die Handhabung von Wortbedeutungen besondere Kunstfertigkeit entwickeln. Stößt die Handhabung der Terminologie trotz dieser Kunstfertigkeit an sprachliche Grenzen, bleibt in vielen juristischen Kontexten noch die Möglichkeit einer **Bereinigung** durch Kassation bzw. (fallbezogene) Verdrängung der nicht harmonisierbaren Regelung. Ersteres ist zumeist einem speziellen Verfahren – etwa bei einem Verfassungsgerichtshof – vorbehalten, zweiteres erfolgt – wie im Gemeinschaftsrecht – dezentralisiert durch jede rechtsanwendende Behörde.

Von der praktischen Tragweite nicht zu unterschätzen ist die Möglichkeit, die Harmonisierung auch dadurch zu bewirken, dass die **Sachverhalte** der Fälle in die an Hand der Normen entwickelten **Deutungsschemata** eingepasst werden<sup>60</sup>. Die Deutung des Sachverhalts erfolgt tatbestandsgeleitet (normorientiert). Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Art und Weise, wie der Sachverhalt von den Beteiligten erlebt und wahrgenommen wird, von der juristischen Perzeption unterscheidet, weil danach Elemente maßgeblich erscheinen, die für die Betroffenen nicht im Vordergrund standen.

**12.** Bei der Erlassung einer Rechtsnorm ist (wie erwähnt) regelmäßig nicht jeder Anwendungsfall vorhersehbar, Normen sind auf Durchschnittsfälle ausgelegt. Um bislang unerwartete Fälle einzufangen zu können, werden Normen flexibel textiert. Normtexte werden kalkuliert offen gehalten<sup>61</sup>. Im Bereich des Begrifflich-Terminologischen geschieht dies vor allem durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und von Ermessensumschreibungen<sup>62</sup>. Sie sind wesentliche Elemente für die Offenheit eines Rechtstextes. Allerdings erlaubt diese Offenheit nicht nur die Behandlung von sogenannten Grenzfällen. Sie ermöglicht vielmehr die Anwendung der Rechtsnorm auch auf Phänomene, die zum Zeitpunkt der Normerlassung unbekannt waren. Offenheit macht Rechtsnor-

men diesbezüglich **anschlussfähig**. Fehlt diese Fähigkeit, wird die Funktionsfähigkeit des Rechts relativiert. Über die Offenheit kann das Recht zudem auf Änderungen der gesellschaftlichen Haltungen und Einstellungen, auf neue Wertorientierungen reagieren und auch diesbezüglich Adaptionen vornehmen. Da die Parallelführung von rechtlichen und moralischen Wertungen die Befolgung des Rechts verstärken und damit seine Effektivität vergrößern wird, ist dieser Aspekt bedeutsam<sup>63</sup>.

**13.** Rechtsanwendung ist ein **soziales Geschehen** mit einer Reihe von Beteiligten, den tatsächlich Betroffenen, ihren Rechtsvertretern, den Verfahrensbeteiligten wie Sachverständigen und Zeugen, und den befassen Behördenorganen. Dies schlägt sich auf den Umgang mit den Rechtsbegriffen nieder. Parteien mit gegenläufigen Interessen werden versuchen, die einschlägigen Rechtsnormen so zu deuten, dass sie eine konsolidierte Grundlage für ihre Position ergeben. Die Argumente des Gegenübers werden zu entkräften versucht, die eigenen Argumentationen werden aufbereitet und abgesichert. Der Behörde werden zwei oder mehrere stimmige, in sich gefestigte Versionen geboten. Mit seiner Einbettung in die festen Spielregeln des Verfahrens erinnert dieses Geschehen an einen **Wettkampf**<sup>64</sup>. Für die Behörde gilt dabei die Regel, dass jedenfalls entschieden werden muss und eine Entscheidung nicht verweigert werden darf<sup>65</sup>. Der Antagonismus zwischen den Parteien und der der Behörde auferlegte **Entscheidungszwang** regen in aller Regel zu einem „kreativen“ Umgang mit juristischer Terminologie an<sup>66</sup>. Die Entscheidung der Behörde für die Version, die sachverhältnismäßig und rechtlich die besseren Gründe für sich hat, stellt einen Beitrag zur Konsolidierung des Umgangs mit den Rechtsbegriffen dar.

### c) Einige Techniken

**14.** Das Streben nach **Klarheit, Verständlichkeit** und **Übersichtlichkeit** ist in aller Regel das Rückgrat der Begriffskonsolidierung in Gesetzgebung und Judikatur, es stellt ein zentrales Anliegen der **Legistik**<sup>67</sup> sowie der **Rechtssprechung**<sup>68</sup> dar. Die Verwischung von Begriffsgrenzen und die Etablierung von begrifflichen Grauzonen schafft meist nur eine Schein-Konsolidierung für einen konkreten Rechtsanwendungsfall. Für danach folgende Fälle erweisen sich Unklarheiten eher als Belastung für Konsolidierungs-Bestrebungen. In den Bereich der Klarheit fällt auch die schon erwähnte Technik der Verwendung konstanter Begriffe. Nicht unerhebliche Probleme für die Rechtsanwendung produziert der Gesetzgeber, der für offenbar ein und dasselbe Phänomen unterschiedliche Begriffe oder sonst unvollständige Umschreibungen verwendet. Eine mangelhafte Gesetzestextechnik belastet den Rechtsanwendungsprozess und stellt die Erreichung der gesetzgeberischen Ziele in Frage<sup>69</sup>.

**15.** Zur Verbesserung der begrifflichen Schemata in generellen Rechtstexten stehen insbesondere drei Instrumente zur Verfügung: Der Gesetzgeber kann Stammfassungen und Novellen durch Neuerlassung eines Gesetzes **kompilieren** und dabei auch erforderliche normative Änderungen vornehmen; die Verwaltung kann zur **Wiederverlautbarung** von Gesetzestexten zur systematischen Verbesserung und terminologischen Konsistenz

ermächtigt werden; schließlich kann der Gesetzgeber obsolet gewordene Rechtsnormen ausscheiden und die Rechtsordnung insofern **bereinigen**<sup>70</sup>.

**16.** Im Bereich der Judikatur gilt ebenfalls das Transparenzpostulat. Hier bedeutet es insbesondere die möglichst klare Einpassung der Entscheidung in den bestehenden Entscheidungsthesaurus, indem die das Judikat tragende **Judikaturlinie** möglichst präzise indiziert wird. Ferner trägt es zur Judikaturtransparenz bei, wenn die bisherige Rechtsprechung und ihre Verzweigungen immer wieder **übersichtsweise** in einzelnen Entscheidungen präsentiert werden. Dabei lassen sich auch scheinbare Unebenheiten klarstellen. Echte Widersprüche verlangen eine gerichtliche Entscheidung, die bei einem Gerichtshof wie dem Verwaltungsgerichtshof in einem verstärkten Senat unter Aufarbeitung der bestehenden Rechtsprechung erfolgt<sup>71</sup>. Hinzuweisen ist ferner auf die Aufbereitung der Judikatur durch so genannte **Rechtssätze**, die fallbezogen die wesentlichen Aussagen zur Anwendung einer Norm (zum Teil die Konturen des entscheidungswesentlichen Sachverhalt knapp wiedergebend) enthalten und damit die Operationalisierung einer Norm auf einzelne Fälle erkennen lassen<sup>72</sup>. Solche Rechtssätze werden etwa von den Evidenzbüros der Höchstgerichte erstellt und sind im Rechtsinformationssystem des Bundes (wie die Entscheidungstexte selbst) abrufbar.

#### d) Zu den Grenzen

**17.** „Rechtsbegriffe sind keine Rechtsquellen.“<sup>73</sup> Normen ergeben sich nicht aus der „Eigendynamik“ von Begriffen, sondern aus Rechtsnormen, die Gebote, Verbote oder Ermächtigungen sowie Rechtsfolgen statuieren. Normen können durch eine logisch aufgebaute Pyramide juristischer Begriffe (die nach dem Prinzip der Deduktion von der Rechtsidee an der Spitze bis zu den einzelnen Verästelungen der juristischen Figuren führt) im Sinne der „**Begriffsjurisprudenz**“<sup>74</sup> nicht ersetzt werden. Normen lassen sich durch logische Schlüsse aus Begriffen alleine (als „wissenschaftliches Recht“) nicht gewinnen. Zudem führt ein solches System weg von den tatsächlich bestehenden Sachzusammenhängen und wird damit realitätsfern. Begriffsjurisprudenz führt zu einer „Entwirklichung“ des Rechts.

**18.** Unter „**kühnen**“ **Entscheidungen** versteht man solche, die man nach den juristischen Argumentationsstandards als „gerade noch vertretbar“ ansehen kann. Kühne Entscheidungen bewegen sich damit an der Grenze der Leistungsfähigkeit der juristischen Begriffe, sie strapazieren den normativen Text und das juristische Publikum. Letzteres auch deshalb, weil das Vertrauen darauf, dass bei juristischen Entscheidungen stets an die Grenze des Möglichen gegangen wird, nach den juristischen Arbeitsstandards grundsätzlich weder geschützt noch schützwürdig erscheint. „Kühnen“ Entscheidungen wohnt somit eine konsolidierungsirritative Komponente inne<sup>75</sup>.

**19.** Die **dialogische Relation** zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung ist gleichzeitig Quelle und Grenze für begriffliche Konsolidierungen. Die Gesetzgebung reagiert auf Rechtsanwendung und deren Standards. Sie nimmt eine gesetzgeberische Zielsetzung aus der Umsetzungsperspektive in den Blick, um erforderlichenfalls durch eine neue

Normierung eine effektive Zielerreichung zu gewährleisten. So gesehen ist Judikatur für die Gesetzgebung präjudiziell.

Die „Präjudizialitätssituation“ gilt freilich ungleich stärker für die Rechtsanwendung im Verhältnis zur Gesetzgebung. Rechtsanwendung ist an generelles Recht streng gebunden<sup>76</sup>. Dazu beachtet sie auch die aus den Rechtsvorschriften, gegebenenfalls auch aus den Gesetzesmaterialien ableitbaren Hinweise auf die mit der Regelung intendierten Ziele, um daraus Anleitungen für die Rechtsanwendung zu gewinnen.

Durch Gesetze kann der bisherige Umgang der Rechtsanwendung mit juristischen Begriffen – meist mit Hilfe von legislatischen Bereinigungen und Vereinfachungen – konsolidiert werden, im Wege der Judikatur lassen sich die Begriffsgerüste der Gesetze klären und im Interesse der größten Wirksamkeit auch harmonisieren und bereinigen. Rechtsprechung kann in Reaktion auf die unstimmige Begriffswelt eines Gesetzes vereinheitlichende und vereinfachende Linien bei der Anwendung dieses Gesetzes ziehen. Dann hat es wiederum die Gesetzgebung in der Hand, aus ihrer Sicht unzutreffende Konsolidierungen in der Judikatur durch Novellierungen abzustellen.

Rechtsanwendung und Gesetzgebung stehen derart in einem **kreislaufförmigen Austauschverhältnis**, in dem eigentlich keinem von beiden „das letzte Wort“ zukommt<sup>77</sup>. Zu einer „de-facto-Position des letzten Worts“ führt es allerdings, wenn generelle Rechtsvorschriften nur schwer oder unter besonderen Anstrengungen geändert werden können. Dies kann etwa daran liegen, dass – wie bei manchen Verfassungen – Änderungen angesichts eines komplexen und komplizierten Verfahrens nicht oder nur äußerst selten in Angriff genommen werden. Der Grund kann aber auch darin bestehen, dass es ohne kasuistisch-wortreichen Formulierungsaufwand nicht möglich wäre, das generelle Recht dahin zu ändern, dass einer Judikaturlinie der Boden entzogen wird, und man daher von einer Änderung des generellen Rechts Abstand nimmt<sup>78</sup>.

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass die Gesetzgebung nicht durch Änderung der Rechtsquellen, sondern durch Änderung der Organisationsstatute für Rechtsanwendungsorgane auf Konsolidierungspraxis bzw. Rechtsanwendungspraxis reagieren kann. Eine solche auf eine Änderung der Spielregeln hinauslaufende Organisationsänderung, um eine der Gesetzgebung oder von der Gesetzgebung erwünschte Anwendungspraxis zu erzielen, kann sich freilich als rechtsstaatlich bedenklich erweisen, wenn damit etwa die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit unterlaufen oder gerichtliche Rechtskontrolle beseitigt wird<sup>79</sup>.

**20.** Im Bereich der Gesetzgebung wird in den letzten Jahrzehnten zunehmend das Phänomen beobachtet, Gesetze partiell so weitmaschig zu gestalten, dass die Fixierung der Norm eigentlich der Rechtsanwendung überlassen wird. Die Ursache für eine solche **Delegation** kann darin liegen, dass sich im Regelungsbereich die faktischen Verhältnisse relativ rasch ändern und man vermeiden möchte, jede Änderung nachhinkend durch eine Änderung des Gesetzes nachzuzeichnen. Für solche Fälle bedarf es **adaptiver flexibler Regelungen**, meist durch unbestimmte Rechtsbegriffe, wie sie etwa in den Verweisen auf den jeweiligen „Stand der Technik“ getroffen werden. Diese Flexibilisierung lässt eine Konsolidierung mit der jeweils relevanten Sachlage zu<sup>80</sup>.

Die Ursache liegt mitunter aber auch darin, dass im Bereich der Gesetzgebung ein Konsens über die Regelung nicht zur Gänze, sondern nur für einen bestimmten Rahmen oder Teil erzielbar war und den Rest die Rechtsanwendung besorgen muss. „Dilatorische Formelkompromisse“ dieser Art werden zu Recht kritisiert<sup>81</sup>. Diese Vorgangsweise weicht die strenge Gesetzgebundenheit der Rechtsanwendung auf. In der Praxis verschwimmen dann die Bereiche. Auch dort, wo der Normtext an sich für eine strenge Bindung ausreichen würde, können Anwendungspraktiken Einzug finden, die nur für den Bereich „delegierter Gesetzgebung“ adäquat erscheinen.

Für die Rechtsanwendung zentral ist deren Verpflichtung, über an sie herangetragene Fälle zu entscheiden. In diesem **Entscheidungszwang**<sup>82</sup> lässt sich das Streben nach terminologischer Konsolidierung verankern, zumal diese Konsolidierung die Entscheidungsfindung in der Mehrzahl der Fälle vereinfachen wird. Mit einem stimmigen Normengerüst lässt sich jedenfalls leichter umgehen als mit aufeinander nicht abgestimmten und widersprüchlichen Normen.

Rechtswissenschaftliche Lehre leistet ihren Beitrag durch die Auswertung gerichtlicher Entscheidung und systematischer Aufarbeitung, Auseinandersetzung und Darstellung des rechtsdogmatischen Wissens. Ihre Anregungen werden von behördlichen Entscheidungen aufgegriffen, mit denen sich die Lehre wiederum beschäftigt<sup>83</sup>. Dabei können sich Meinungen und Deutungsmuster verfestigen.

## D) Law in action

**21.** Recht ist gekennzeichnet durch Regelmäßigkeit. Was einen nach den Normtexten erwartet, lässt sich nicht nur aus den Texten, sondern aus der Praxis ihrer Anwendung ablesen<sup>84</sup>. Zwar repräsentieren die Rechtsvorschriften den wichtigsten Faktor bei der Bildung von Rechtspraxis. Die Praxis geht von den Normen aus, sie wird an Hand des Norminhalts entwickelt und durch ihn in jedem Einzelfall subsumtionsschlussmäßig legitimiert.

Dennoch ist nicht zu übersehen, dass die Normtexte nur einen Teil der Realität des Rechts darstellen. Der andere Teil besteht in den Anwendungspraktiken, die das Recht der Bücher lebendig werden lassen. Sieht man das Recht in Texten konzentriert, sind es mehrere Textkörper, die bei der konkreten Rechtsanwendung zusammenwirken. Einerseits die generellen Normtexte, andererseits der Fundus an behördlichen Entscheidungen samt den Texten der Rechtsdogmatik. Rechtsanwendung fußt auf dem Zusammenlesen und der Zusammenfügung dieser Texte.

Der Prozess des Textabgleichs liegt freilich nicht bei den Texten. Er erfolgt im konkreten Fall im Zusammenwirken zwischen den Verfahrensbeteiligten und den Behörden. Die führende Rolle kommt dabei zumeist professionellen Juristinnen und Juristen (und ihren Hilfsorganen), dem Rechtsstab, zu. Bei den professionellen Orientierungen dieser Menschen spielt juristische Terminologie sicherlich eine zentrale Rolle. Begriffe sind für sich genommen aber zu singulär, um die Orientierung zu strukturieren.

**22.** Es sind vielmehr **Orientierungsmuster**, die den Rechtsstab bei der Arbeit anleiten. Bewährte Verhaltensmuster verknüpfen die juristische Begriffswelt mit Anwendungs-

praktiken und Lösungsmodellen. Diese Konglomerate sind richtungweisend für die Rechtspraxis. Sie sind ein Phänomen der konkreten Rechtskultur<sup>85</sup> und gehen über die Welt der Begriffe hinaus. Rechtskultur verknüpft drei Grundelemente: Normen, Fakten und Personen. Wenn auch die Operationalisierung von Recht begrifflich strukturiert wird, lässt sich die Rechtsanwendung nicht bloß auf Begriffe der Normtexte reduzieren.

## Anmerkungen

- 1 Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten. Der Text wurde um einige Fußnoten ergänzt, er gibt ausschließlich die Auffassung des Verfassers wieder.
- 2 Rütters, Rechtstheorie<sup>3</sup>, 2007, Rz 72 ff.
- 3 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1980<sup>3</sup>, insb. 17 sowie 390 ff; Rehinder, Rechtssoziologie<sup>3</sup>, 2007, Rz 3.
- 4 Rehinder (FN 3) Rz 42.
- 5 Luhmann, Rechtssoziologie<sup>4</sup>, 2008, insb. 217 ff.
- 6 Vgl. Habermas, Faktizität und Geltung<sup>2</sup>, 1992, 208 ff, insb. 230 ff. – Aufgabe der Rechtsanwendung ist es, die für einen Fall einschlägigen Rechtsnormen zu identifizieren, durch auf Stringenz angelegte Zusammenschau den für die Falllösung maßgeblichen Regelungskomplex als „Rechtsgrundlage“ herauszuarbeiten und mit dem fallrelevanten Sachverhalt in Einklang zu bringen (vgl. Kaufmann, Rechtsphilosophie<sup>2</sup>, 1997, 89; Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, IV, 1977, 129 ff).
- 7 Im demokratischen Verfassungsstaat liegt die Bereitstellung solcher Strukturen und die Sicherstellung ihrer Funktionsweise bei diesem, vgl. dazu etwa Kriele, Einführung in die Staatslehre<sup>4</sup>, 1990, 104 ff. Sie dienen insb. auch der Sicherstellung des Rechts, Rechte zu haben (vgl. Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 1955, 475 f; dazu jüngst Benhabib, Die Rechte der anderen, 2008, 56), sowie dazu, bei im Wesentlichen gleichbleibenden Rahmenbedingungen, alternative Wege zu beschreiten (Karl Popper erblickt im Regierungswechsel „ohne Blutvergießen“ einen Grundzug der Demokratie, vgl. ders., Alles Leben ist Problemlösen, 1994, 207 ff, 215 ff).
- 8 Rütters (FN 2) Rz 76 ff.
- 9 Vgl. zum Folgenden insb. Rehinder (FN 3) 91 ff.
- 10 Vgl. dazu etwa Habermas (FN 6) 208 ff.
- 11 Weber (FN 3) insb. 28, 541 ff.
- 12 Vgl. Luhmann, Konflikt und Recht, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, 92.
- 13 In der rechtlichen Gleichbehandlung von im Wesentlichen gleichgelagerten Fälle liegt die Umsetzung eines bedeutsamen Gerechtigkeitsprinzips, vgl. Hart, Der Begriff des Rechts, 217 ff, insb. 219, 227 f.
- 14 Exemplarisch VwGH 24. 5. 1963, VwSlg 6035 A.
- 15 Vgl. dazu die Analyse von E. Fraenkel (The Dual State [1941], Der Doppelstaat [1974]) zum deutschen Herrschaftssystem ab 1933, wo „Normenstaat“ (Anwendung geltenden Rechts) und „Maßnahmenstaat“ (Vorgehen nach bloß politischer Opportunität) kontrastiert werden.
- 16 Zur Exemption des „Ernstfalls“ bzw. zur Limitierung des Rechts auf den „Normalfall“ vgl. rezent Handstanger, Staatstheorie und Terrorismus. „Be wary then; best safety lies in fear.“, in: Sperl/Steiner, Watching you (Bd. 11 in der Reihe „Was für Zeiten“), 2008, 21, insb. 25 ff.
- 17 Besonderen Ausdruck findet diese Symmetrie im Grundsatz der Waffengleichheit, wie er vom EGMR insb. für das im Strafverfahren (aber auch für andere Verfahren) herausgearbeitet wurde, vgl. Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 2007, insb. Rz 962 ff.
- 18 Auch die Titulierung von Gerichtsgebäuden als „Justizpalast“ (meist mehrere Gerichte beherbergend) reflektiert die Unterwerfung aller unter die Herrschaft des Rechts und ist zudem architektonisches Symbol für die Gerichtsbarkeit als eigene Staatsfunktion.
- 19 Vgl. zum Folgenden Rütters (FN 2) Rz 101 ff; Handstanger, Die Perspektive der Rechtsanwendung, in: Schweighofer u. a. (Hrsg.), Komplexitätsgrenzen der Rechtsinformatik (Tagungsband des Symposiums IRIS 2008), 2008, 493, 494.
- 20 Vgl. zur Problematik etwa Habermas (FN 6) 242 ff.

- 21 Hart (FN 13) 173 ff.
- 22 Ausnahmen davon ergeben sich nur bei Normen, die ihre Anwendungsbedingungen (die „Wenn-Komponente“ ihrer Konditionalprogramme) „so weit spezifizieren, dass sie nur auf wenige hochspezialisierte und wohlumschriebene Standardsituationen Anwendung finden dürfen (und ohne hermeneutische Schwierigkeiten finden können)“, siehe Habermas (FN 6) 262. – Wohlumschrieben idS erscheint eine „Wenn-Komponente“ jedenfalls insofern, als die Tatbestandsvoraussetzungen aus „quantifizierbaren“ Begriffen gesetzt werden, die einen engen semantischen Spielraum aufweisen (zum Umgang mit diesen Spielräumen vgl. etwa Kramer, Juristische Methodenlehre, 1998, 43 ff).
- 23 Vgl. Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch<sup>23</sup>, 1991, 66 f.
- 24 Vgl. Rüthers (FN 2) Rz 62 f; Kaufmann (FN 6) 104;
- 25 Vgl. dazu Perelmann, Juristische Logik als Argumentationslehre, 1979, 216; Neumann, Theorie der juristischen Argumentation, in: Kaufmann/Hassemmer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart<sup>7</sup>, 2004, 333, 341; Lege, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 207, 224 ff.
- 26 Kelsen, Reine Rechtslehre<sup>2</sup>, 1960, insb. 228 ff; Kaufmann (FN 6), 84 f, 146 ff.
- 27 Vgl. FN 6.
- 28 Jüngst dazu Gröschner, Dialogik der Rechtsverhältnisse, in: Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.) (FN 25), 90.
- 29 Vgl. Der Duden, Bd. 7, Etymologie<sup>2</sup>, 1997, 374; Der Duden, Bd. 8, Sinn- und sachverwandte Wörter<sup>2</sup>, 1997, 418; Duden, Das große Fremdwörterbuch<sup>2</sup>, 2000, 742; Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 4, 1978, 1539; Brockhaus-Wahring, Deutsches Wörterbuch, 4. Bd., 1982, 244. Siehe weiters insb. den Beitrag von Günther Schefbeck in diesem Band.
- 30 Vgl. oben Pkt A.
- 31 Platon, Nomoi, Hamburg 1959 (Sämtliche Werke Bd. 6), 739 e. Siehe dazu etwa Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter, 2002, 91 ff; Schweidler, Der gute Staat, 2004, 39 ff.
- 32 Vgl. zum Folgenden das Kapitel „Rechtsanwendung“ bei Rüthers (FN 2) Rz 640 ff; Handstanger (FN 19) insb. 497 ff.
- 33 Vgl. FN 6.
- 34 Rüthers (FN 2) Rz 274 ff.
- 35 Vgl. etwa Max Weber (FN 3) 488 ff; Luhmann (FN 5) 190, insb. 201; Rüthers (FN 2) Rz 224, 450 ff, 840; Hassemmer, Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Kaufmann/Hassemmer/Neumann (Hrsg.) (FN 25) 251; Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte<sup>10</sup>, 2005, 109 ff; weiterführend auch Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann/Hassemmer/Neumann (Hrsg.) (FN 20) 106 ff.
- 36 Vgl. etwa Kaufmann (FN 6) 139; Max Weber (FN 3) insb. 503, 510 f; Rüthers (FN 2) Rz 243 ff.
- 37 Die unausweichliche „Konjunktur des Rechts“ impliziert – so Reh binder (FN 3) Rz 89, 117 – die „Tendenz zum Anwachsen des Rechtsstoffes“ (weshalb sich die von Thomas Morus in seinem Werk Utopia vertretene Auffassung, mit „zu zahlreichen“ und „dunklen“ Gesetzen dürften keine Verpflichtungen geschaffen werden, ihrerseits als utopisch erweise); Handstanger, Die Vermehrung der Normen, in: Sperl/Steiner, Vermehrung (Bd. 2 in der Reihe „Was für Zeiten“), 2004, 100.
- 38 Vgl. beispielsweise die auf der Homepage des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes angegebenen Texte zur Legistik ([www.bka.gv.at/site3513/default.aspx](http://www.bka.gv.at/site3513/default.aspx), eingesehen am 23. 1. 2009). Vgl. Handstanger, Zum Gesetzgebungsstil, in: Bildungsprotokolle, Band 12, hg. von der Kärntner Verwaltungsakademie, 2006, 167, sowie ders, Legistik und Rechtskontrolle, in: Bildungsprotokolle, Band 10, hg. von der Kärntner Verwaltungsakademie, 2005, 125, jeweils mwH.
- 39 Lege (FN 25) 231 f.
- 40 Siehe Art. 6 Abs. 1 EMRK. Vgl. dazu insb. Grabenwarter, Art. 6 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Rz 111 ff; Mayer, B-VG<sup>4</sup>, 2007, Art 6 EMRK D.II.3.
- 41 Vgl. oben Abschnitt A.
- 42 Siehe dazu etwa Rüthers (FN 2) Rz 763 ff.
- 43 Dazu für den Bereich des Gemeinschaftsrechts etwa Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, 2007, Rz 731, 2930.
- 44 Eingehend Rüthers (FN 2) Rz 309 ff.
- 45 Lege (FN 25) 224: „In Wahrheit beginnt Dogmatik mit dem zweiten Fall, dem Vergleichsfall.“
- 46 Siehe in diese Richtung Hassemmer, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, 213.
- 47 Vgl. Handstanger (FN 19) 495 f.

- 48 Habermas (FN 6) 254.
- 49 Das betrifft den Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“ sowie die systematische Interpretation von Rechtsnormen, vgl. dazu Rüthers (FN 2) Rz 744 ff.
- 50 Vgl. zum Folgenden auch FN 6 sowie die Ausführungen in Abschnitt B (Pkt. 5).
- 51 Vgl. Habermas (FN 6) insb. 248; 272 ff. Vgl. dazu auch Hart (FN 13) 331 f; 55; informativ hierzu das Kapitel „Spiel und Recht“ bei Huizinga, *Homo Ludens*, Hamburg 1956 (1981), 89.
- 52 Vgl. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, etwa 239 ff (insb. 269 ff), 297 ff, 496 ff (insb. 534 ff), 550 ff; *Leges* (FN 25) 216 ff.
- 53 Handstanger, Zur konstitutionellen Dimension des Jagdrechts, in: Bammer/Holzinger/Vogl/Wenda (Hrsg.), *Rechtsschutz gestern – heute – morgen*. FS Rudolf Machacek und Franz Matscher, 2008, 169, 178 ff.
- 54 Zitate nach Habermas (FN 6) 254 f.
- 55 Zu dieser Unterscheidung vgl. v. a. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, insb. 71 ff.; vgl. auch die Darstellung bei Rüthers (FN 2) insb. Rz 756 ff, und 491 a ff.
- 56 Vgl. (mit Blick auf das Gemeinschaftsrecht) Handstanger, *EU-Rechtsetzung versus innerstaatliche Gesetzgebung*, in: *Bildungsprotokolle*, Band 13, hg. von der Kärntner Verwaltungsakademie, 2007, 119, 121 f.
- 57 Handstanger (FN 19) 501 f.
- 58 In diese Richtung argumentiert Habermas (FN 6) 253, mit Bezug auf Ronald Dworkin.
- 59 Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, 1987, 154.
- 60 Vgl. Kelsen (FN 26) 3.
- 61 Rüthers (FN 2) Rz 185.
- 62 Rüthers (FN 2) Rz 835 ff.
- 63 Rüthers (FN 2) Rz 99 a, 405 f.
- 64 Vgl. FN 51.
- 65 Eine Nichtentscheidung wäre Rechtsverweigerung; vgl. Luhmann (FN 52) 305 ff; Rüthers (FN 2) 314, 823; *Leges* (FN 25) 209.
- 66 Kritisch Rüthers, *Gesetzesbindung und freie Methodenwahl? – Hypothesen zu einer Diskussion*, ZRP 2008, 48.
- 67 Vgl. Handstanger (FN 38).
- 68 Vgl. in diesem Kontext beispielsweise VwGH 16. 5. 2001, VwSlg 15608 A. Vgl. Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 2006, insb. 215 ff.
- 69 Vgl. Handstanger, *Gesetzgebungsstil* (FN 38) insb. 173 f; Voigt, *Rechtspolitologie*, 1985, 236 ff.
- 70 Näheres dazu bei Günther Schefbeck in diesem Band.
- 71 § 13 VwGG; vgl. Walter/Mayer/Kucsco-Stadlmayer, *Bundesverfassungsrecht*<sup>10</sup>, 2007, Rz 939 ff, mwH. Eine analoge Vorgangsweise findet sich etwa im Urteil des EMGR (Große Kammer) vom 10. 2. 2009 im Fall *Sergey Zolotukhlin* gegen Russland, Zl. 14939/03.
- 72 Der Gebrauch einer Norm gibt Auskunft über ihren Inhalt, vgl. Hiebaum, *Die Politik des Rechts*, 2004, 93.
- 73 Rüthers (FN 2) Rz 205.
- 74 Zum Folgenden vgl. Rüthers (FN 2) Rz 458 ff; Kaufmann (FN 35) 116 ff.
- 75 Hier stößt der kreative Umgang mit juristischer Terminologie (vgl. oben unter Abschnitt C. b.) an seine Grenzen.
- 76 Vgl. Handstanger, *Qualifikation und Bestellung*, in: Holoubek/Lang (Hrsg.), *Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz*, 2008, 328, 337 ff.
- 77 *Leges* (FN 25, 229) spricht von einem „ewigen Kampf zwischen dem Gesetzgeber – also dem Staat bzw. Herrscher – und dem Recht, also den Juristen“.
- 78 Diese Erwägungen sind insb. für sehr allgemein gehaltenes, weitmaschiges Verfassungsrecht einschlägig.
- 79 Sie läuft auf eine Änderung der Spielregeln hinaus, die sich in der Rechtsanwendung zwischen Gesetzgebung, Behörden und Rechtswissenschaft herausgebildet haben, und trägt insofern in aller Regel den Charakter einer „kleinen Revolution“.
- 80 Vgl. FN 63.
- 81 Vgl. beispielsweise Mayer-Maly, *Gesetzeseffizienz und Rechtskultur*, in: Mantl (Hrsg.), *Effizienz der Gesetzesproduktion*, 1995, 227, 229. Zu kurz greift es allerdings, diese Kompromisse lediglich in parlamentarischen bzw. demokratischen Systemen zu suchen, zumal sich eine Tendenz in diese Richtung in jedem über eine Rechtserzeugung nach Art der Gesetzgebung verfügenden politischen System etablieren kann (vgl. die Ausführungen bei Luhmann (FN 52) 301 [FN 8] und 413 [FN 15] zum *référé législatif* vor 1789).

- 82 Zum Entscheidungszwang insb. Luhmann (FN 52) 310 ff.
- 83 Manchmal erinnert dieses Hin und Her zwischen Lehre und Rechtsprechung an ein „Doppelpass-Spiel“, vgl. dazu etwa B. Raschauer, Anlagenrecht und Nachbarschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfV 1999, 506, insb. 517 ff. Zur wechselseitigen Befruchtung von Judikatur, vgl. Holoubek, Wechselwirkungen zwischen österreichischer und deutscher Verfassungsrechtsprechung, in: D. Merten (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Österreich, 2008, 85.
- 84 Rehbinder (FN 2) Rz 3 f (zentral für die Anwendungspraxis sind die autoritativen behördlichen Deutungsmuster).
- 85 Vgl. etwa Mantl, Neuralgische Zonen von Politik, Staat und Recht, in: ders. (Hrsg.) (FN 81) 167, 178 f; Mayer-Maly (FN 81); Schäffer (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtskultur, 1986; Handstanger, Gesetzgebungsstil (FN 38) 176 f.



# Typen der Konsolidierung im internationalen Vergleich

Von

Erich SCHWEIGHOFER / Anton GEIST



## Einleitung

In der heutigen Informationsgesellschaft haben Juristen als sogenannte „Wissensarbeiter“ ein enormes Informationsbedürfnis. Es gilt, die Aussagen verschiedenster Autoritäten laufend zu verfolgen: Nationale, europäische und internationale Gesetzgeber sowie Gerichtshöfe (als auch Tribunale), Verwaltungsbehörden und Wissenschaftler können allesamt für den Juristen unentbehrliche und wesentliche Informationen veröffentlichen. Die bloße Kenntnis dieser Informationen reicht allerdings nicht länger aus, um diese Wissensflut zu verarbeiten. Es ist vielmehr erforderlich, diese in eine sinnvolle Systematik zu bringen, um die eigentliche „Wissensarbeit“, die Anwendung der Normen auf den konkreten Einzelfall, vornehmen zu können.

Das zeigt sich auch anhand der verschiedenen Arbeitsbehelfe, die der Jurist für die tägliche Recherche verwendet. Schon vor Jahrzehnten erwies sich das bloße Überwachen der verschiedenen Publikationskanäle aufgrund der immensen Datenmenge als vollkommen ungeeignet, um für die juristische Praxis gerüstet zu sein.<sup>1</sup>

Heute sind daher nicht mehr Gesetzblätter, neueste Entscheidungen oder jüngste Literatur vorrangig gesucht, sondern viel öfter werden systematische Information über die geltenden Normen sowie die Entwicklungen der Judikatur und Literatur (mit neuesten Nachrichten als Veränderungsindikator) nachgefragt. Neben den Gesetzblättern erfreuen sich daher in Österreich nach wie vor zwei andere Informationstypen größter Beliebtheit: Erstens Kommentare und Handbücher und zweitens Gesetzessammlungen.

Systematisierung, Zusammenfassung, Konsolidierung, Abstrahierung: In all diesen Fällen ist der gedankliche Hintergrund die Notwendigkeit, den Juristen geeignete Arbeitsbehelfe für die tägliche Praxis zur Verfügung zu stellen. Hinsichtlich der Rechtsnormen ergibt sich die Notwendigkeit der Konsolidierung von Gesetzen, da der Regelungsinhalt eines Gesetzes nur aus seinem Volltext in seinem Zusammenhang zum jeweiligen Geltungszeitpunkt wirklich erschlossen werden kann. Kommentare und Handbücher bearbeiten Rechtsmaterien, indem sie sowohl hinsichtlich der Systematik als auch der Begrifflichkeiten eine Aufbereitung und Harmonisierung des behandelten Rechtsstoffs vornehmen. Dies erfordert viel Aufwand und kann nur bei größter Anstrengung „tagfertig“ sein, was aber bei der Konsolidierung – mit geringer Verzögerung – erzielt werden muss und auch wird. Entsprechend dem vorgegebenen Thema beschränken wir uns in diesem Beitrag auf die Konsolidierung von Normtexten.<sup>2</sup>

Informationswissenschaftlich ist die authentische Publikation einer Norm oder Entscheidung eine Kommunikation über einen rechtlich determinierenden Informationskanal und wird objektive Information genannt (so typischerweise die Festlegung der Art. 49 und 89 B-VG für die Gesetze und Verordnungen).<sup>3</sup> Komplexität und Dynamik unserer Gesellschaft als auch ihr „Normenhunger“ resultieren in vielen Änderungen und Anpassungen der Stammfassungen. Obwohl nicht zwingend, ist es mit wenigen Ausnahmen doch Praxis, dass nur die Änderungen der Norm und nicht die neue Norm als solche kundgemacht werden. Auf einer Zeitachse entstehen somit mehrere Schichten der Geltung eines Normentextes.

Im Kern bildet die Konsolidierung diese Zeitschichten in gut lesbarer Form ab. Zu jedem Änderungszeitpunkt wird in einem Gesamtdokument eine Zusammenstellung der Stamfassung und ihrer Novellierungen vorgenommen.<sup>4</sup>

Es gibt keine anerkannte Systematik für die Konsolidierung: Es kann nach Autor (Gesetzgeber, Verwaltung, Wirtschaft, Zivilgesellschaft etc.), Authentizität (rechtlich verbindlich, Anscheinsbeweis, unverbindlich), Haftung (keine Haftung kraft konstitutiver Kraft, Amtshaftung, Schadenersatz etc.) und inhaltlicher Systematisierung (konsolidierter Text, Inhaltsverzeichnis, Index, Anmerkungen etc.) unterschieden werden.

## Arten der Konsolidierung

Nach unserer Systematik gibt es folgende Arten der Konsolidierung: authentische (auch konstitutive) Konsolidierung (dazu gehört auch die kodifizierende Konsolidierung), wiederverlautbarende Konsolidierung, technische Konsolidierung mit Anscheinsbeweis, technische Konsolidierung (ohne Anscheinsbeweis) sowie private Textsammlungen (Konsolidierung durch Verlage). Es ist für Konsolidierungen offensichtlich, dass Textsammlungen dem Nutzerbedürfnis wesentlich besser entsprechen, weil sie handlicher und übersichtlicher sind.

Die Frage nach ihren Rechtswirkungen führt zu einer ersten Unterteilung der Konsolidierung in eine authentische sowie eine nicht authentische: Eine authentische Konsolidierung kann nur vom Gesetzgebungsorgan vorgenommen werden und hat für den Rechtsunterworfenen den Vorteil, dass der konsolidierte Text rechtlich verbindlich ist. Wir können von einer „konstitutiven Konsolidierung“ sprechen, wenn der Gesetzgeber einen neuen Rechtsakt erlässt, der ein Bündel früherer Akte beziehungsweise deren Novellen ersetzt. Die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften zur Auftragsvergabe können hier als Beispiel genannt werden. Einer solchen Konsolidierung sind inhaltlich keinerlei Grenzen gesetzt: Es können daher nicht nur Systematik und Terminologie angepasst, sondern auch zweckmäßigere Formulierungen und Systematiken eingebaut werden.

Noch darüber hinaus geht die „kodifizierende Konsolidierung“. Diese ist ein sehr arbeitsaufwändiger Gesetzesvorschlag der Regierung, um viele Gesetze und deren Novellen in einem bestimmten Rechtsgebiet als Gesetzbuch neu zu erlassen. Historisch herausragende Beispiele sind diesbezüglich das ABGB sowie das deutsche BGB. Heute ist diese Form der Konsolidierung wenig verbreitet, laufende Konsolidierungsbestrebungen gibt es insbesondere noch in Frankreich.

Eine nicht authentische Konsolidierung kann von staatlicher, aber auch privater Stelle erstellt werden und stellt lediglich einen nicht rechtsverbindlichen Arbeitsbehelf dar (z. B. die Kodex-Reihe).<sup>5</sup>

Ein Beispiel für eine authentische Konsolidierung finden wir im Land Niederösterreich. Bereits seit 1979 ist landesrechtlich festgelegt, dass die Rechtsvorschriften authentisch in einer gedruckten Loseblattausgabe als Landesgesetzblatt für das Land Niederösterreich publiziert werden müssen. Diese Loseblattausgabe umfasst derzeit 28 blaue (aktuelle Rechtsvorschriften) und 74 gelbe Mappen (historisches Recht) im A5-Format. Die aktu-

ellen Rechtsvorschriften umfassen derzeit ca. 1200 Rechtsvorschriften, davon ca. 200 Gesetze.<sup>6</sup> Die Schwächen der chronologischen Information sind offensichtlich, weil diese rechtlichen Änderungsanweisungen nur durch Vergleich der Fassungen der Austauschblätter eruiert werden können. In der Systematik und Abbildung der Zeitschichten war dieses Modell im Gutenberg-Zeitalter unschlagbar, heute bleiben die Möglichkeiten weit hinter jenen des elektronischen Mediums zurück. Auf nicht unwesentliche Folgekosten der Einordnung bzw. Evidenzhaltung kann nur hingewiesen werden. Das Beispiel Niederösterreichs zeigt klar, dass beide Publikationsformen – die chronologische als auch die systematische – in der Praxis unumgänglich sind.

Inhaltlich wesentlich eingeschränkter, aber doch auch mit editorischen Möglichkeiten versehen präsentiert sich die wiederverlautbarende Konsolidierung (kurz: Wiederverlautbarung).<sup>7</sup> Sie ist in Österreich in Art. 49a B-VG als Ermächtigungsnorm an den Bundeskanzler und die zuständigen Bundesminister geregelt. Terminologische Richtigstellungen, orthographische Anpassungen, Richtigstellungen von Verweisungen, die Feststellung nicht mehr geltender Rechtsvorschriften, Änderungen der Kurztitel und Buchstabenabkürzungen und Ähnliches können so vorgenommen werden. Bei einer Wiederverlautbarung muss die „Normidentität“ gewahrt bleiben; ansonsten liegt eine fehlerhafte und damit verfassungswidrige Wiederverlautbarung vor.<sup>8</sup> Die Praxis der Wiederverlautbarung bleibt bis dato hinter den verfassungsgesetzlichen Möglichkeiten weit zurück. Entsprechendes lässt sich auch in den parlamentarischen Materialien zum Kundmachungreformgesetz<sup>9</sup> nachlesen.

Die technische Konsolidierung mit Anscheinsbeweis existiert formal nicht in Österreich; faktisch genießen sowohl das RIS Rechtsinformationssystem des Bundes<sup>10</sup> als auch die privaten Textsammlungen der Verlage LexisNexis, Orac, Linde bzw. Verlag Österreich diese Qualität. Der Begriff „technische Konsolidierung“ weist auf die mechanische Zusammenfügung der jeweils aktuellen Artikel oder Paragraphen zu einer geltenden Fassung hin. Während dies früher eine Arbeit mit Schere und Klebstoff war, sind heute „Ausschneiden/Kopieren“ (*copy/paste*) sowie die innovative „RIS-Methode (Strukturierung von Normakten in Gliederungseinheiten unter Anfügung von Geltungsangaben)“<sup>11</sup> die übliche Vorgangsweise. Private Textsammlungen schaffen durch bessere Gliederung, Inhaltsverzeichnisse und Indices weiteren Mehrwert.

Diese Form der nicht authentischen Konsolidierung ist in Österreich in der Form von Textsammlungen weit verbreitet. Der Staat bleibt bei dieser Form der Konsolidierung passiv, Wissenschaftler und/oder Praktiker übernehmen die Konsolidierung und Systematisierung der Normenmaterialien. Der jeweilige Herausgeber haftet – in beschränktem Rahmen – für die Richtigkeit der Inhalte. Wirtschaftlich sind diese Textsammlungen sehr erfolgreich, was für die hohe Qualität als auch den praktischen Bedarf für diese Art der Konsolidierung spricht.

Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass staatliche Stellen in Österreich sehr aktiv in der technischen Konsolidierung ohne Anscheinsbeweis mitmischen. Das Rechtsinformationssystem des Bundes RIS ist gemäß § 6 Bundesgesetzblattgesetz (BGBlG) eine vom Bundeskanzler betriebene elektronische Datenbank, die sowohl der Kundmachung

der im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften (§ 7 BGBIG) als auch der Information über das Recht der Republik Österreich (§ 13 BGBl.) dient. Die Verlautbarung der Rechtsvorschriften – die chronologische Publikation der Änderung des Rechtssystems – ist authentisch und konstitutiv. Mit der elektronischen Verlautbarung wurde das bisherige Bundesgesetzblatt in Papier ersetzt, wobei Form und Struktur der Publikation gleich geblieben sind.

Die Informationen über das Recht der Republik Österreich sind unverbindlich. Von enormer praktischer Wichtigkeit ist insbesondere die in der RIS-Datenbank „Bundesrecht“ enthaltene konsolidierte Fassung des geltenden Bundesrechts. Diese geltenden Fassungen des Bundesrechts haben lediglich informellen Charakter. Sie werden folglich auch nicht im Rahmen der Hoheitsverwaltung, sondern im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erstellt.

Wie wir auch noch bei den Beispielen aus dem Ausland sehen werden, ist die Art der nicht authentischen Konsolidierung, wie sie das RIS betreibt, weit verbreitet. Lachmayer bezeichnet diesen Zustand als „informelle Rechtsqualität“<sup>12</sup>; wir bezeichnen den Prozess als „deklaratorische Konsolidierung“. Neben der – bei allen, natürlich auch privaten Konsolidierungen – üblichen und notwendigen akribischen Qualitätskontrolle ist es eine staatliche Institution, die die Zusammenfassungsarbeit leistet. Diese Institution ist sehr häufig auch jene, welche für die Kundmachung der Rechtsvorschriften verantwortlich ist. In Österreich ist dies das Bundeskanzleramt (BKA), in der EU das Amt für Veröffentlichungen.<sup>13</sup> Dies schafft einen „gewissen Mehrwert“ an Vertrauen in die Konsolidierungsarbeit.

In der juristischen Praxis ist die RIS-Datenbank „Bundesrecht“ sehr bedeutend. Diese wird unverändert in die kostenpflichtigen Datenbanken RDB Rechtsdatenbank<sup>14</sup> und LexisNexis aufgenommen; weiters dürfte sie für die Erstellung von gedruckten Textsammlungen nicht unwesentlich als Quelle bzw. Kontrollversion dienen.

Es ist bedauerlich, dass die Republik Österreich nicht den Mut aufgebracht hat, der bisherigen Praxis des expliziten Hinweises auf die Unverbindlichkeit dieser Fassungen zu entsagen und zumindest einen Anscheinsbeweis zu gewähren. § 13 BGBIG sagt ausdrücklich: „Für die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser nicht authentischen Daten wird nicht gehaftet.“ Im Hinblick auf die nunmehrige Vollständigkeit und Qualität ist dies zu bedauern, weil dem Bürger – aber auch dem jeweiligen Verwaltungsorgan – ohne wesentliche Mehrkosten für den Staat ein wichtiger Anscheinsbeweis in die Hand gegeben würde. Eine Diskussion über eine Vorschrift wird sich eher darum kreisen, wie die im RIS als geltende Rechtsnorm angeführte Bestimmung auszulegen ist, als um deren Verbindlichkeit (z. B. bei einer Verkehrskontrolle). Das Instrument der Amtshaftung wäre durchaus geeignet, Haftungsfälle bei rechtswidriger und schuldhafter Verletzung einer solchen Norm abzuhandeln. Es versteht sich von selbst, dass der Nutzer bestimmte – technische – Informationen jeweils überprüfen müsste (insbesondere Aktualisierungsstand des RIS bzw. Erfassungsstichtag) und dies in der Hand des BKA als Betreiber des RIS liegt, wie weit der Anscheinsbeweis im Rahmen der rechtlichen Regelung geht.

Eine Alternative wäre auch, dass eigene Dokumente mit Anscheinsbeweis angeboten werden, bei welchen insbesondere die nur für Experten leicht überprüfbareren Fragen der Einarbeitung neuester Novellen bzw. (Rück)Erfassung bis zum gewünschten (zurückliegenden) Geltungszeitpunkt automatisiert geprüft werden.<sup>15</sup>

## Rechtsetzung und Konsolidierung

Wie der Gesetzgeber (und die Regierung als wichtigster Initiator) Normen erlässt, ist für die Konsolidierung von entscheidender Bedeutung. Die Legistischen Richtlinien der Republik Österreich sehen hier Änderungsanweisungen im Indikativ vor (. . . die Wortfolge „xyz“ wird durch die Wortfolge „abc“ ersetzt . . . usw.); der Neuerlass der nur geringfügig geänderten Norm ist nicht erwünscht.<sup>16</sup> Diese Funktion übernimmt in der Praxis eben die durch das RIS und die Textsammlungen gut funktionierende Konsolidierung. Diese Form der Rechtsetzung ist eindeutig die vorherrschende; auch die EU folgt diesem Modell. Niederösterreich bildet im hier interessierenden Rahmen die Ausnahme mit den bereits besprochenen Vor- und Nachteilen.

Die technischen Möglichkeiten lassen es ratsam erscheinen, wenn Änderungen ähnlich wie im Änderungsmodus des Textverarbeitungsprogramms MS Word produziert und auch publiziert werden würden: Originalversion, Originalversion mit Markups, Endgültig, Endgültig mit Markups. Die Lesbarkeit der Änderungsanweisung wäre verbessert und die Konsolidierung der Versionen erleichtert.

Das unten noch im Detail besprochene tasmanische Beispiel zeigt, dass technisch die Produktion der üblichen Änderungsanweisung kein Problem darstellt. Aus unserer Sicht ist jedoch eine Änderungsanweisung „Endgültig mit Markups“ vorzuziehen, weil sofort die Originalversion und die Änderungen ersichtlich sind. Die Novelle ist dadurch natürlich nicht mehr so ansprechend im Schriftbild, aber dies ist eher eine Frage der Gewöhnung.

## Praktische Beispiele aus dem Ausland

### Europäische Union

Die EU-Praxis unterscheidet sich nur in der technischen Konsolidierung wesentlich von der österreichischen Praxis. Standardmäßig muss sich der Nutzer durch Stammfassung, Änderungen sowie Textberichtigungen „durchwühlen“, um zur aktuellen Fassung zu kommen. Mit der nunmehr schon sehr umfangreichen, aber bei weiten nicht kompletten Konsolidierung werden für die wichtigsten Rechtsakte Konsolidierungen zu wichtigen Geltungszeitpunkten angeboten. Eine Haftung für diese Texte wird abgelehnt. Für weitere Details wird auf den Beitrag von Pascale Berteloot hingewiesen.<sup>17</sup>

### Tasmanien

Tasmanien ist mit knapp weniger als einer halben Million Einwohner eine kleine Rechtsordnung (*jurisdiction*) des Australischen Bundes. Schon sehr früh, nämlich Mitte der 1990er Jahre, wurden Rechtsetzung und Konsolidierung in einer informatorischen

Anwendung zusammengefasst, um die Arbeit der Legisten, des Parlaments sowie der Rechtsanwender zu erleichtern.

Konsolidierte Fassungen werden dort automatisch erzeugt, sie sind ein – erfreuliches – Nebenprodukt des Gesetzgebungsprozesses.<sup>18</sup>

Zwar werden, wie in Österreich, auch in Tasmanien im Parlament bei einer Gesetzesänderung lediglich die Novellierungsanordnungen beschlossen. Tasmanien unterscheidet sich von Österreich dahingehend, dass der Legist keine Liste von Novellierungsanordnungen erarbeiten muss. Er bearbeitet in einem Textverarbeitungsprogramm vielmehr den aktuellen Rechtstext.<sup>19</sup> Aufgrund der von den Legisten vorgenommenen Änderungen erstellt das Programm, genannt *Thermis*, ein so genanntes „Change Description Document“ (CDD), das den ursprünglichen Gesetzestext sowie die vorgenommenen Änderungen samt dazugehörigen Informationen zum Inkrafttreten beinhaltet. Ein weiteres Modul zur Generierung von Novellierungsanordnungen erstellt auf Basis des „Change Description Document“ den Novellentext.<sup>20</sup> An der Erstellung der zugrunde liegenden Software, dem *Thermis System*, war das Royal Melbourne Institute of Technology (RMIT) federführend beteiligt. Die Texte werden – entsprechend dem Entstehungszeitpunkt – in SGML (Structured Generalized Markup Language) verwaltet.

### **Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland**

Was die Gesetzgebung von Großbritannien betrifft, so werden so genannte „*Public General Acts*“ auf der Website<sup>21</sup> des *Office for Public Sector Information (OPSI)* veröffentlicht. Diese Website umfasst alle seit 1998 vom Parlament beschlossenen Gesetze (*Acts of Parliament*) sowie Verordnungen (*Statutory Instruments*). Es handelt sich dabei allerdings nicht um konsolidierte Fassungen.<sup>22</sup>

Will man die konsolidierte Fassung eines Gesetzes abrufen, so gibt es seit Dezember 2006 ein – noch im Aufbau befindliches – kostenloses Rechtsinformationssystem, die *UK Statute Law Database*.<sup>23</sup> Die Datenbank wird vom britischen Justizministerium betrieben. Das *Statutory Publications Office* ist noch damit beschäftigt, konsolidierte Fassungen der in Geltung befindlichen Gesetze zu erstellen. Derzeit liegen alle auf der Website abrufbaren Gesetze jedenfalls in einer konsolidierten Fassung zum Termin 2002 vor, viele Texte sind bereits vollständig aktualisiert.<sup>24</sup> Von enormer praktischer Relevanz sind in Großbritannien kostenpflichtige Dienste, die konsolidierte Gesetzesfassungen anbieten: Die Rechtsdatenbanken *LexisNexis* und *Westlaw* tun dies, *Halsbury's Statutes of England* stellen eine Print-Alternative dar.

### **Vereinigte Staaten von Amerika (USA)**

Ganz ähnlich stellt sich die Situation in den USA dar. Sucht man nach Bundesgesetzen der Vereinigten Staaten, so ist der Ausgangspunkt meist der so genannte *U.S. Code* (bzw. der *Code* der jeweiligen Staaten). Eine unkommentierte Fassung des *U.S. Code* ist im Internet abrufbar, und zwar – unter anderem – auf der Seite des *Office of the Law Revision Council*.<sup>25</sup>

In der praktischen juristischen Recherche werden kommentierte Gesetzesfassungen allerdings viel öfter verwendet. Es handelt sich in den meisten Fällen um elektronische oder traditionelle Fassungen der Anbieter Thomson West oder LexisNexis. Die rechtliche Verbindlichkeit dieser kommentierten Gesetzesausgaben ist von Bundesstaat zu Bundesstaat unterschiedlich, normalerweise gelten diese aber als Anscheinsbeweis für das geltende Recht.<sup>26</sup>

## Zusammenfassung

Sowohl in Österreich als auch im Ausland benötigen Juristen als „Wissensarbeiter“ für ihre tägliche Arbeit konsolidierte Gesetzesfassungen. Gedeckt wird dieser Bedarf traditionell durch Print- sowie Onlineprodukte kommerzieller Anbieter. Vermehrt gibt es aber nunmehr auch staatliche (bzw. staatlich finanzierte) Initiativen zum Erstellen und Anbieten solcher aktuellen Gesamttexte von Gesetzen, insbesondere vor dem Hintergrund des World Wide Web als kostengünstigem Publikationskanal. Es handelt sich dabei allerdings durchgehend um nicht authentische Konsolidierungen, das heißt, der Staat lehnt eine Haftung für die Richtigkeit der Konsolidierungen ab und bietet diese lediglich zu Informationszwecken an.

Es ist zu hoffen, dass die öffentlichen Stellen in Zukunft über ihren Schatten springen und zumindest eingeschränkte Haftung in der Form eines Anscheinbeweises anbieten. Die Qualitätsprobleme der Tagfertigkeit (*real time information*) sind mit Hinweisen – wie schon bisher – gut kontrollierbar. Die Praxis hätte den großen Vorteil, dass „RIS Bundesrecht“ die Grundlage der Rechtsanwendung sein könnte und nur bei Zweifeln eine Überprüfung erfolgen müsste. Die ständige Nutzung und Anwendung schafft – auch bei gelegentlich notwendigen Korrekturen – eine 100prozentige Qualität der Darstellung der geltenden Rechtsordnung, die – und dies ist für Bürger, Unternehmen wie auch für die Verwaltung enorm bedeutend – auch noch einigermaßen gut lesbar ist.

## Anmerkungen

- 1 Simitis, Informationskrise des Rechts, Karlsruhe 1970.
- 2 Es gibt leider wenig Literatur zu dieser Thematik; vgl. zum niederösterreichischen Konsolidierungsmodell Heißenberger, Das NÖ Landesgesetzblatt – ein Modell für eine Konsolidierung von Rechtsvorschriften, Wien 2005; Heißenberger, Die Kundmachung in Niederösterreich – ein Ausblick, in: Schweighofer/Liebwald/Kreuzbauer/Menzel, Informationstechnik in der juristischen Realität, Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik 2004, Wien 2004, 287–294. In Deutschland sind in der Rechtsinformatik-Zeitschrift JurPC zwei Veröffentlichungen erschienen: Kuntz, Verkündung, Veröffentlichung und Konsolidierung von Gesetzen – ein Beitrag zur Diskussion, JurPC Web-Dok 151/2006, Abs. 1–39 (<http://www.jurpc.de/aufsatz/20060151.htm>), und Moysan, Die Konsolidierung von Gesetzbüchern, Einzelgesetzen und Rechtsverordnungen: wissenschaftliche Aufgabe von Verlagen oder staatliche Pflicht (Zugänglichkeit und Verstehbarkeit des Rechts als Ziel mit Verfassungsrang)?, JurPC Web-Dok 25/2005 (<http://www.jurpc.de/aufsatz/20050025.htm>). Die jeweiligen Rechtsretrievalsysteme (unscharf als Rechtsinformationssysteme bezeichnet) veröffentlichen in ihren Informationsseiten ebenfalls Arbeitsdefinitionen der Konsolidierung, so z. B. das RIS (<http://ris.bka.gv.at/UI/Bund/Bundesnormen/HandbuchBundesnormen.pdf>) oder EUR-Lex ([http://eur-lex.europa.eu/de/legis/avis\\_consolidation.htm](http://eur-lex.europa.eu/de/legis/avis_consolidation.htm)).

- 3 Schweighofer, Wissensrepräsentation und Rechtsinformatik, Wien 1999, 18.
- 4 So ähnlich Moysan (2005) und Kuntz (2006).
- 5 Siehe beispielsweise die Verkaufsliste der Verlags LexisNexis:  
<http://orac.at/marketing/produkte/kodex/Kodexliste.pdf> (3. 2. 2009).
- 6 Siehe die Systembeschreibung auf der Website: <http://www.noel.gv.at/Politik-Verwaltung/Rechtsinformation/Landesgesetzblatt-Beschreibung-/PublikationLandesrecht.html> (3. 2. 2009); Heißenberger (FN 2).
- 7 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht 10. Aufl., Wien 2007, 119–121.
- 8 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer 120 (Rz 121).
- 9 93 Beilagen zur XXII. GP, Materialien zur Regierungsvorlage, Anmerkungen zu § 13.
- 10 <http://www.ris.bka.gv.at>.
- 11 Vgl. die Kurzbeschreibung der Website: <http://www.ris.bka.gv.at/Bund/>: „Bundesrecht: Diese Datenbank enthält das österreichische Bundesrecht. Die Novellen werden nach ihrer Kundmachung eingearbeitet, so dass die geltende Fassung eines Dokuments (ein Dokument: ein Paragraph oder ein Artikel oder eine Anlage) in der Datenbank enthalten ist. Neben der aktuellen Fassung besteht aber auch bei vielen Normen die Möglichkeit, in historische Fassungen Einsicht zu nehmen. Dadurch ist die kontinuierliche Weiterentwicklung des Rechtsbestandes nachvollziehbar.“
- 12 Friedrich Lachmayer, Elektronische Kodifikation, in: 2. Klagenfurter Legistik@Gespräche 2004 (Bildungsprotokolle, Bd. 10), 7–16 (14).
- 13 <http://publications.europa.eu>.
- 14 <http://rdb.at>.
- 15 So hat beispielsweise die Einarbeitung der umfangreichen Änderungen des BGBl. I 2/2009 – Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes und Erlassung eines Ersten Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetzes – etwas länger gedauert. Für diese Zeit hätte das RIS keine Versionen mit Anscheinsbeweis angeboten.
- 16 Vgl. beispielsweise Bundeskanzleramt (Hrsg.), Handbuch der Rechtssetzungstechnik, Teil 1: Legistische Richtlinien 1990, 20 ff. Website Legistik des BKA-VD: <http://www.bka.gv.at/site/3513/default.aspx> (3. 2. 2009).
- 17 Vgl. den Hinweis: [http://eur-lex.europa.eu/de/legis/avis\\_consolidation.htm](http://eur-lex.europa.eu/de/legis/avis_consolidation.htm) (3. 2. 2009).
- 18 Stöger/Weichsel, E-Recht und das rechtlich verbindliche BGBl. im RIS, in: Schweighofer/Liebwald/Kreuzbauer/Menzel, Informationstechnik in der juristischen Realität, Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik 2004, Wien 2004, 281–286.
- 19 Reimer, Rechtsetzung zwischen Österreich und Tasmanien in: Schweighofer/Geist/Heindl/Szücs, Komplexitätsgrenzen der Rechtsinformatik – Tagungsband des 11. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2008, 277–286 (281).
- 20 Arnold-Moore, Automatic generation of amendment legislation, Proceedings of the 6th International Conference on Artificial Intelligence and Law, 1997, ACM, New York, 56–62 (59).
- 21 <http://www.opsi.gov.uk> (3. 2. 2009).
- 22 Thomas/Knowles, Effective legal research, London: Thomas/Sweet & Maxwell (Legal skills), 2006, 61–62.
- 23 <http://www.statutelaw.gov.uk> (3. 2. 2009).
- 24 Statutory Publications Office (SPO), How up to date is the legislation on SLD?, [http://www.statutelaw.gov.uk/help/Frequently\\_Asked\\_Questions.htm#How\\_up\\_to\\_date\\_is\\_the\\_legislation\\_on\\_SLD](http://www.statutelaw.gov.uk/help/Frequently_Asked_Questions.htm#How_up_to_date_is_the_legislation_on_SLD) (3. 2. 2009).
- 25 <http://uscode.house.gov> (3. 2. 2009).
- 26 Cohen/Olson, Legal research in a nutshell, Thomson/West, 2007, 178.

# Konsolidierung Ein Diskussionsbeitrag

Von  
Christoph KLEISER



Mit dem folgenden Beitrag sollen einige Überlegungen, die sich im Zuge der Diskussion zu einzelnen Vorträgen der 6. Klagenfurter Legistikgespräche 2008 zum Thema Konsolidierung<sup>1</sup> ergaben, auch zu Papier gebracht werden.

## **Konsolidierung. Verschiedene Rechtsordnungen. Eine Herausforderung**

*Schefbeck* hat in seinem Vortrag<sup>2</sup> das Ideal einer Konsolidierung, nämlich die Herstellung der Einheit des Rechts, angesprochen. Dieses Ideal kann einerseits vom Blickwinkel des Gesetzgebers bzw. des Normerzeugers oder andererseits vom Blickwinkel des betroffenen Rechtsanwenders bzw. Normadressaten gesehen werden.

Vom ersten Blickwinkel geht das traditionell legistische Modell der Konsolidierung aus. *Schefbeck* hat in diesem Zusammenhang von nationalen Lösungsansätzen gesprochen. Dieser Ansatz versteht die Einheit des Rechts als Einheit der Rechtsordnung, und zwar der jeweiligen Rechtsordnung. Somit wird auch versucht, die Einheit des Rechts in der jeweiligen Rechtsordnung zu erreichen. Als gelungenes Beispiel einer derartigen Konsolidierung einer gesamten Rechtsordnung kann das Beispiel des NÖ Landesgesetzblattes genannt werden<sup>3</sup>. Im Vordergrund einer solchen Konsolidierung steht der Zugang des Einzelnen zum Recht<sup>4</sup>.

Dieser Gesichtspunkt (der Zugang des Einzelnen zum Recht) führt aber zum Blickwinkel des betroffenen Rechtsanwenders. Von diesem Blickwinkel<sup>5</sup> stellt sich die Einheit des Rechts anders dar. Nicht mehr das zeitliche Element der Konsolidierung (die Zusammenfassung verschiedener zeitlicher Textversionen zu einem Gesamttext), sondern das inhaltliche Element (die inhaltliche Zusammenführung von Rechtstexten zu einem fallbezogen relevanten Zeitpunkt) steht im Vordergrund. Bei der rechtlichen Beurteilung von Sachverhalten stellen sich die anzuwendenden Rechtsnormen zunehmend (in einem globalisierten Umfeld) als ein Geflecht von zueinander in Beziehung stehenden Rechtsnormen verschiedener Rechtsordnungen dar. Als Beispiel habe ich in der Diskussion einen klassischen „Asyl-Fall“ genannt, bei dem Normen des Völkerrechts (die Genfer Flüchtlingskonvention), des Gemeinschaftsrechts (etwa die Statusrichtlinie 2004/83/EG) und des Bundesrechts (AsylG 2005) zusammentreffen.

Diese Rechtsschichten können zueinander in einer Wechselbeziehung stehen. So kann eine Norm ausdrücklich auf eine andere Norm verweisen und diese damit zum Inhalt der eigenen Regelung machen<sup>6</sup>. Weiters können sich Konstellationen ergeben, in denen eine Norm konform mit einer anderen Norm ausgelegt und insoweit mit dieser Norm harmonisiert (eben konsolidiert) werden muss. Dies ist bei einer gemeinschaftsrechts-<sup>7</sup> oder verfassungskonformen<sup>8</sup> Auslegung der Fall. Beide Auslegungsmethoden gehen von der Notwendigkeit einer Harmonisierung (Konsolidierung) einer Norm mit einer anderen, höherrangigen Norm aus.

Die konkrete Falllösung bzw. die Unterstellung von Sachverhalten unter „das Recht“ kann also eine Harmonisierung und Konsolidierung verschiedener Rechtsschichten notwendig machen. Dieser Vorgang ist ein Akt der fallbezogenen Rechtsanwendung und kann in diesem Sinne nicht durch generelle Konsolidierungsmaßnahmen ersetzt werden.

Dennoch wären von diesem Blickwinkel aus vernetzte Vorgangsweisen bei der Konsolidierung von Rechtsvorschriften durchaus hilfreich. Sie würden ebenso vernetzte Lebenssachverhalte oder davon abstrahierte Fallkonstellationen widerspiegeln und damit dem Betroffenen die konkrete Rechtsanwendung erleichtern. Zumindest könnte eine solche vernetzte Vorgangsweise in einem internationalen kooperativen Ansatz – etwa im Zusammenspiel von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht – ange-dacht werden<sup>9</sup>.

### **Authentische und nicht authentische Konsolidierung. Eine Grenze**

*Heißenberger* unterscheidet begrifflich zwischen authentischer und nicht authentischer Konsolidierung und führt als Kriterium dieser Unterscheidung die Verbindlichkeit des kundgemachten Rechtstextes an<sup>10</sup>. Im Bereich des europäischen Gemeinschaftsrechts werden die Begriffe der „Konsolidierung“ für nicht authentische (unverbindliche) Konsolidierung und „Kodifikation“ für authentische (verbindliche) Konsolidierung verwendet<sup>11</sup>. Diesen Unterscheidungen ist gemeinsam, dass die Grenzziehung durch die Qualität des konsolidierten Rechtstextes bestimmt wird.

Diese Grenzziehung ist – wiederum ausgehend vom Blickwinkel des Rechtsanwenders – hervorzuheben: Diese entscheidet nämlich letztendlich über die Verbindlichkeit der zur Verfügung gestellten Information. Im Bereich des Bundesrechtes wird diese Grenze durch das Bundesgesetzblattgesetz 2004 (BGBIG) im Hinblick auf eine Haftung des Bundes deutlich gezogen<sup>12</sup>. Aus der Einbettung der (authentischen) elektronischen Kundmachung des Bundesrechtes in das (im Übrigen noch nicht authentische) Rechtsinformationssystem (RIS)<sup>13</sup> folgt aber auch, dass für den Rechtsanwender die Grenze zwischen authentischem Recht und nicht authentischem „Kunst-Recht“ wohl verschwimmen wird<sup>14</sup>.

Im Zusammenhang mit der Konsolidierung zeigten nun einige Vorträge bei den Legistikgesprächen 2008 deutliche Vorteile einer authentischen Konsolidierung gegenüber einer nichtauthentischen auf:

So führte *Lachmayer* in seinem Vortrag<sup>15</sup> aus, legistisch biete eine authentische Konsolidierung den Vorteil, dass Strukturen im Rechtstext bereits ex ante durch das Normsetzungsorgan eingeführt werden könnten und nicht mühsam ex post im Wege einer nicht authentischen Konsolidierung. Hierzu kommt meiner Ansicht nach, dass sich bei einer solchen nachträglichen und nicht authentischen Konsolidierung immer die Frage stellt, ob die nachträglich eingefügte Struktur überhaupt dem Willen des Normsetzungsorgans entspricht<sup>16</sup>.

Auch der Vortrag von *Irresberger*<sup>17</sup> und die von ihm angeführte „Verlustliste“ bei einer nichtauthentischen Konsolidierung (verloren gehen etwa Informationen über den Titel, das Ausgabedatum, den Einleitungssatz der Novelle sowie die Änderungsanordnungen) zeigte die Wichtigkeit einer authentischen Konsolidierung.

Aus legistischer Sicht wäre es daher vorteilhaft, wenn bereits im Zuge der Beschlussfassung über eine Novellierung einer Rechtsvorschrift eine Konsolidierung authentisch durch das Normsetzungsorgan selbst erfolgen würde. Zu denken wäre etwa an den

Beschluss des geänderten Gesamttextes, in welchem die beabsichtigten Änderungen erkennbar gemacht werden. Dies würde auch dem Normsetzungsorgan, insbesondere dem Gesetzgeber, die Tragweite der vorgenommenen Änderungen in der Gesamtstruktur des Rechtstextes bewusst machen, legistische Fehlleistungen vermeiden helfen und letztlich dem Anwender sofort ein konsolidiertes und authentisches „Produkt“, eben die aktuelle, bereits bereinigte Rechtsvorschrift, zur Verfügung stellen. Zumindest wären derartige Überlegungen der Mühe wert<sup>16</sup>.

## Anmerkungen

- 1 Konsolidierung als Zusammenfassen verschiedener (zeitlicher) Textversionen zu einem aktuellen Gesamttext (F. Lachmayer, Einführungsreferat, lt. Tagungsprogramm).
- 2 G. Schefbeck, Konsolidierung: Konzepte und Werkzeuge (lt. Tagungsprogramm).
- 3 Vgl. K. Heißenberger, Das NÖ Landesgesetzblatt. Ein Modell für eine Konsolidierung von Rechtsvorschriften, Institut für Föderalismus. Schriftenreihe Verwaltungsrecht 8 (2005), insbesondere 168 ff.
- 4 K. Heißenberger (FN 3), 10 ff [Informationsfunktion], Kleiser, Über die NÖ Legistischen Richtlinien 1987 (1999), 11 ff [Grundsätzliches].
- 5 Auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit kann (zumindest zum Teil) als eine solche Rechtsanwendung verstanden werden, und zwar im Rahmen der dem Verwaltungsgerichtshof zukommenden Rechtmäßigkeitsprüfung (vgl. zu dieser etwa H. Mayer, Bundes-Verfassungsrecht<sup>4</sup> [2007], 432).
- 6 Vgl. so etwa § 3 Abs. 1 AsylG 2005 („Verfolgung im Sinne des Art. 1 Abschnitt A Z 2 Genfer Flüchtlingskonvention“) oder § 2 Abs. 1 Z 12 AsylG 2005 („ein Verfolgungsgrund: ein in Art. 10 Statusrichtlinie genannter Grund;“).
- 7 Vgl. etwa das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 10. Februar 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-270/97 und C-271/97, Deutsche Post AG gegen Elisabeth Sievers und Brunhild Schrage, Slg. 2000, I-00929, Randnr. 62: „Nach ständiger Rechtsprechung muß das nationale Gericht die Auslegung des nationalen Rechts soweit wie möglich am Wortlaut und am Zweck der einschlägigen Gemeinschaftsbestimmungen . . . ausrichten, um das mit diesen verfolgte Ziel zu erreichen“ (die richtlinienkonforme Auslegung ist nur ein Unterfall dieser gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung).
- 8 Vgl. etwa Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. März 2007, G 81/06 u. a., in dem dieser Gerichtshof eine ein „Redaktionsversehen aus Sinn und Zweck der Regelung berichtigende (verfassungskonforme) Auslegung“ geprüft hat, jedoch im Hinblick auf eine näher bezeichnete Novelle nicht als möglich erachtete.
- 9 Zu denken ist besonders an das Zusammenspiel von EG-Richtlinien und in Umsetzung dieser ergangenen nationalen Rechtsvorschriften.
- 10 K. Heißenberger (FN 3), 5; vgl. zur sog. Sekundärinformation auch grundsätzlich 62 ff.
- 11 Vgl. so die von P. Berteloot, Konsolidierung des EU-Rechts und Konsolidierung in den Mitgliedstaaten: heutige Praxis und Möglichkeiten für die Zukunft (lt. Tagungsprogramm), erwähnte Mitteilung der Kommission „Aktualisierung und Vereinfachung des Acquis communautaire“ vom 11. 2. 2003, KOM(2003) 71 endgültig (SEK (2003) 165), 13 bzw 12: „Bei der Kodifizierung versucht man, dadurch für eine Klarstellung zu sorgen, dass man alle Bestimmungen eines Rechtsakts zusammen mit sämtlichen anschließenden Änderungen in einem neuen Rechtsakt zusammenfasst. . . . Die wesentlichen Vorteile der Kodifizierung bestehen darin, dass rechtlich abgesicherte Texte entstehen, die für die Benutzer sehr viel verständlicher sind.“ und „Bei einer Konsolidierung werden die Bestimmungen des ursprünglichen Rechtsinstruments sowie sämtliche anschließenden Änderungen (in einem einzigen, rechtlich nicht verbindlichen Text) zusammengefasst.“
- 12 § 13 BGBIG (Information über das Recht der Republik Österreich): „Daten, die nur der Information über das Recht der Republik Österreich (Bund, Länder und Gemeinden) dienen, können im Internet ebenfalls unter der Adresse [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) zur Abfrage bereit gehalten werden. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser nicht authentischen Daten wird nicht gehaftet.“
- 13 Vgl. § 1 BGBIG: „Der Bundeskanzler gibt im Rahmen des Rechtsinformationssystems des Bundes (RIS) ein ‚Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich‘ in deutscher Sprache heraus.“

- 14 C. Kleiser, Die elektronische Kundmachung des Bundesgesetzblattes, *Bildungsprotokolle* (2005), 29 ff; vgl. zum RIS als Sekundärinformation auch K. Heißenberger (FN 3), 65 ff.
- 15 F. Lachmayer (FN 1).
- 16 Hier sei der Umsetzungshinweis erwähnt. Dieser Umsetzungshinweis ist als Teil des beschlossenen Rechtstextes die authentische Entscheidung des Normsetzungsorgans. Damit wird vermieden, dass die Vollziehung bei der Mitteilung der Umsetzung an die Europäische Kommission das Handeln des Normsetzungsorgans ex post deuten und beurteilen muss (vgl. C. Kleiser, Die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht aus legistischer Sicht. Der Umsetzungshinweis, *JRP* 2001, 33).
- 17 K. Irresberger, Konsolidierung des Bundesrechts: die rechtliche Sicht (lt. Tagungsprogramm).
- 18 Natürlich auch einschließlich der entsprechenden technischen Unterstützung einer solchen Vorgangsweise.

# Konsolidierung des Kanzleigebrauchs – Ein Glossar

Von  
Edmund PRIMOSCH



*Unter dem Ausdruck „Kanzleigebrauch“ werden nach dem Deutschen Rechtswörterbuch „(herkömmliche) Gepflogenheiten und Rechtsbrauch bei der Abwicklung der Kanzleigeschäfte, vor allem bezüglich Form und Stil der amtlichen Schriftstücke und bei Anwendung der Titulaturen“ verstanden.<sup>1</sup> Diese rechtshistorisch abgeleitete Definition dürfte in ihrem Kern auch in der Gegenwart Geltung beanspruchen. Den heute vorherrschenden Kanzleigebrauch wird man vor dem Hintergrund (verfahrens-)rechtlicher Vorgaben, verwaltungsspezifischer Geschäftsprozesse, (EDV-)technischer Rahmenbedingungen und von Konzepten des „E-Government“<sup>2</sup> zu verstehen haben; freilich nimmt auch die jeweils tradierte Verwaltungskultur Einfluss. Nach der hier vertretenen Auffassung bildet der Kanzleigebrauch eine konsolidierte Praxis bei der Abwicklung der Kanzleigeschäfte. Vorstellungen über die Ablauforganisation des Kanzleibetriebs finden regelmäßig in Kanzlei- bzw. Bürovorschriften ihren normativen Niederschlag.<sup>3</sup>*

*Der vorliegende Beitrag unternimmt den Versuch, in Form eines Glossars wesentliche Begriffe des Kanzleigebrauchs zu definieren und auf diesem Weg Vorstellungen über die Abwicklung der Kanzleigeschäfte im Bereich der Verwaltung, im Besonderen der Kärntner Landesverwaltung, „einzufangen“.<sup>4</sup> Eine fixierte Begrifflichkeit vermag das Kanzleigeschehen auf das Wesentliche zu reduzieren und den Geschäftsgang zu vereinheitlichen. Zudem wird es unter Heranziehung allgemeiner Definitionen möglich, die vorhandenen – bisweilen unreflektierten – Verwaltungspraktiken zu konsolidieren sowie zu deren Fortentwicklung beizutragen.*

## **Abzeichnung**

Mit der Abzeichnung wird – ausgenommen im Fall einer gesetzlich zulässigen vollautomatisierten Erledigungserstellung<sup>5</sup> – die Erstellung eines Erledigungsentwurfs durch den (nicht selbst genehmigungsbefugten) Sachbearbeiter oder die Einsichtnahme in ein vorgeschriebenes Einsichtsstück durch die Einsicht nehmende Stelle bzw. Person bestätigt. Bei inhaltlichen Bedenken – außer bei solchen des Vorgesetzten des Sachbearbeiters – ist von der Möglichkeit der Einsichtsbemerkung Gebrauch zu machen; die Abzeichnung darf nicht verweigert werden. Im Fall der physischen Aktenführung erfolgt die Abzeichnung grundsätzlich mittels Beisetzen der eigenhändigen Unterschrift<sup>6</sup> bzw. Paraphe und des Datums, im Fall der elektronischen Aktenführung mittels eines technischen Verfahrens zum Nachweis der Identität des Abzeichnenden und der Authentizität seines Vorgehens.

## **Akt**

Als Akt wird eine Sammlung von Unterlagen zur Geschäftsfallbehandlung bezeichnet, die bei einer Dienststelle in derselben Angelegenheit (und in der Regel unter derselben Stammzahl) protokolliert worden sind und sich gemeinsam in Bearbeitung oder im Aktenlauf befinden oder zusammen aufbewahrt werden.

## **Aktenevidenz**

In der Aktenevidenz werden Eingangsstücke und Amtsanlässe eingetragen („protokolliert“); weiters wird die gesamte Abfolge der Geschäftsfallbehandlung bis zur Skartierung

dokumentiert. Als Evidenzsysteme kommen die elektronische Aktenevidenz und die handschriftliche Aktenevidenz in Betracht.

### **Amtsanlass**

Amtsanlässe sind amtswegig eingeleitete Geschäftsfälle oder Veranlassungen zu anhängigen Geschäftsfällen; Amtsanlässen liegt kein Eingangsstück zu Grunde. Nach der Protokollierung in der Aktenevidenz ist ein Amtsanlass wie ein Geschäftsstück zu behandeln.

### **Amtssignatur**

Die Amtssignatur ist die elektronische Unterschrift einer natürlichen Person, die namens eines Auftraggebers des öffentlichen Bereichs handelt.<sup>7</sup> Sie ist eine fortgeschrittene Signatur im Sinne des Signaturgesetzes, deren Besonderheit durch ein entsprechendes Attribut (Object Identifier) im Signaturzertifikat ausgewiesen wird. Im Dokument wird die Amtssignatur durch eine Bildmarke des Auftraggebers des öffentlichen Bereichs visualisiert; ferner ist auf die Signierung mittels Amtssignatur hinzuweisen und sind Informationen zur Prüfbarkeit der Amtssignatur bereitzustellen. Nach Maßgabe des § 20 E-GovG haben auf Papier ausgedruckte elektronische Dokumente, die mit einer Amtssignatur versehen wurden, den Beweiswert einer öffentlichen Urkunde.

### **Amtstafel**

Eine Amtstafel ist – im Unterschied zu sonst vorhandenen Anschlagtafeln – jene Tafel, die ausdrücklich die Aufschrift „Amtstafel“ trägt. Auf der Amtstafel dürfen nur amtliche Verlautbarungen angeschlagen werden. Für die Betreuung der Amtstafel ist der vom Dienststellenleiter (im Amt der Landesregierung der vom Landesamtsdirektor) beauftragte Bedienstete zuständig.

### **Amtsvorlage**

Um bei der Ausfertigung von Reinschriften ein einheitliches Erscheinungsbild der Behörde bzw. des Amtes (Layout) zu wahren, sind grundsätzlich die jeweils angeordneten Amtsvorlagen, d. h. Ausfertigungsformate, zu verwenden (z. B. Amtsvorlagen für Referatsblatt, Briefkopf, Faxdeckblatt und Kurznachricht). Das Layout der Amtsvorlagen wird erlassmäßig festgelegt. Amtsvorlagen werden den EDV-Systemverantwortlichen zur elektronischen Installation in ihrem Zuständigkeitsbereich zur Verfügung gestellt. Dienststellenbezogene Änderungen und Ergänzungen der Amtsvorlagen dürfen nur im jeweils gestatteten Ausmaß vorgenommen werden.

## **Amtsvortrag (Votum)**

Wenn

- wegen der Besonderheit des Geschäftsfalles eine Sachverhaltsdarstellung und Beurteilung notwendig erscheint oder
- die entscheidungsmaßgeblichen Gesichtspunkte zusammengefasst werden müssen, um Zweifel über die Richtigkeit der Erledigung hintan zu halten oder das Verständnis für den Erledigungsinhalt zu fördern,

kann hierüber in möglichst kurzer und prägnanter Form ein Amtsvortrag (Votum<sup>8</sup>) aufgenommen werden; dieser ist im Falle der physischen Aktenführung dem Erledigungsentwurf voranzustellen, im Fall der elektronischen Aktenführung in der technisch vorgesehenen Form ersichtlich zu machen.

## **Ausfertigung einer Erledigung**

Schriftliche Erledigungen werden ausgefertigt. Die Ausfertigung einer schriftlichen Erledigung bildet eine „Reinschrift“ (z. B. der Ausdruck eines elektronisch erstellten Dokuments, Vervielfältigung).

Jede Ausfertigung einer schriftlichen Erledigung hat die nach der Kanzleiordnung vorgesehenen inhaltlichen Bestandteile und das jeweils angeordnete Layout aufzuweisen.

## **Authentizität**

„Authentizität“ ist die Echtheit einer Willenserklärung oder Handlung in dem Sinn, dass der vorgebliche Urheber auch ihr tatsächlicher Urheber ist.<sup>9</sup>

## **Beglaubigung**

Mit der Beglaubigung<sup>10</sup> wird auf einer physischen Reinschrift bestätigt, dass diese mit dem genehmigten Erledigungsentwurf (Konzept) wörtlich übereinstimmt und das Konzept vom Genehmigungsbefugten ordnungsgemäß genehmigt worden ist. Die Beglaubigung wird durch einen ermächtigten Bediensteten eigenhändig unter der Beglaubigungsklausel unterschrieben.

## **Bericht (Information)**

Berichte sind als solche bezeichnete schriftliche Erledigungen, die an Vorgesetzte oder an Mitglieder der Landesregierung gerichtet werden, um sie zu informieren oder eine Weisung einzuholen.

## **Betreff**

Der Betreff (Gegenstandsbezeichnung) hat den Gegenstand der schriftlichen Erledigung in möglichst kurzer und klarer Ausdrucksweise zu erfassen.

Im Zusammenhang mit der Aktenevidenz bedeutet der Betreff, dass für jede Angelegenheit beim erstmaligen Eintragen ein „Hauptbetreff“ gebildet wird, der den Gegenstand des Geschäftsfalles in möglichst kurzer und klarer Ausdrucksweise wiedergibt. Vom Hauptbetreff zu unterscheiden ist der konkrete Inhalt eines Geschäftsstückes, der in Schlagworten bei der Subzahl angeführt wird.

### **Dienststelle**

Dienststellen sind Behörden und Verwaltungsstellen, die nach ihrem organisatorischen Aufbau eine verwaltungsmäßige oder betriebstechnische Einheit darstellen.

### **Dringlichkeitsvermerk**

Erfordert ein Geschäftsfall wegen seiner besonderen Dringlichkeit unbedingt eine bevorzugte kanzleimäßige Behandlung, ist ein Dringlichkeitsvermerk anzubringen. Dies erfolgt bei physischer Aktenführung auf dem Referatsblatt/-bogen in der Rubrik „Dringlichkeits- und Fristvermerk“, bei sonstigen Konzepten an deutlich sichtbarer Stelle und bei elektronischer Aktenführung in der hierfür technisch vorgesehenen Form. Als Dringlichkeitsvermerke sind vorgesehen:

- „Sofort“ (d. h. unverzüglich);
- „Heute“ mit Angabe des Datums (d. h. die Abfertigung oder sonstige Behandlung ist am bezeichneten Tag sicherzustellen);
- „Dringend“ (d. h. die Behandlung hat vor den Akten ohne Dringlichkeitsvermerk zu erfolgen).

### **E-Government-Dienste**

E-Government-Dienste ermöglichen den orts- und zeitunabhängigen elektronischen Zugang zu Dienstleistungen der Verwaltung (insbesondere durch online-Antragstellung).

### **Eingangsstück**

Eingangsstücke sind alle Schriftstücke vom Zeitpunkt des Einlangens bis zur Protokollierung in der Aktenevidenz der zuständigen Dienststelle. Mit der Protokollierung wird aus dem Eingangsstück ein Geschäftsstück.

### **Einlegen**

Ein physisches Geschäftsstück, das keiner weiteren Veranlassung bedarf, ist durch den Vermerk „Einlegen!“ und durch Beisetzen von Datum und Unterschrift<sup>11</sup> bzw. Paraphe zu erledigen. Im Falle der elektronischen Aktenführung ist der Einlegeauftrag elektronisch zu vermerken und das betreffende Dokument der vorgesehenen elektronischen Ablage zuzuordnen. Bedarf der Einlegeauftrag einer Erklärung, ist ihm eine kurze Begründung voranzustellen. Erledigungen, die abgefertigt wurden und deren Aktenlauf

abgeschlossen ist, sind ohne besonderen Einlegeauftrag mit den zugehörigen Geschäftsstücken der Ablage zuzuführen.

### **Einsichtsbemerkung**

Auf Grund einer Einsichtsvorschreibung kann die Einsicht nehmende Stelle bzw. Person anlässlich der Einsichtnahme in den Akteninhalt eine Stellungnahme abgeben. Dies hat im Zusammenhang mit der Abzeichnung bei der Einsichtsvorschreibung zu erfolgen. Wird erforderlichenfalls eine gesonderte Stellungnahme dem Einsichtsstück angeschlossen, ist darauf im Zusammenhang mit der Abzeichnung hinzuweisen.

### **Einsichtsvorschreibung**

Geschäftsstücke und Erledigungsentwürfe sind Organisationseinheiten oder bestimmten Personen vorzuschreiben, wenn diese

- den betreffenden Akteninhalt zur Kenntnis nehmen,
- den Erledigungsentwurf genehmigen, abfertigen bzw. ablegen,
- zur Behandlung des Geschäftsfalls beitragen, diese prüfen oder dieser zustimmen oder
- auf Grund des betreffenden Akteninhalts tätig werden sollen.

Einsichtsvorschreibungen können ergeben:

- „vor Genehmigung“, d. h. vor Genehmigung des Erledigungsentwurfs,
- „zur Genehmigung“, d. h. zur Genehmigung des Erledigungsentwurfs,
- „vor Abfertigung“, d. h. nach Genehmigung des Erledigungsentwurfs und vor Abfertigung der Erledigung,
- „zur Abfertigung“, falls eine andere als die sonst im Dienstbetrieb vorgesehene Stelle (Person) die Abfertigung vorzunehmen hat,
- „nach Abfertigung“, d. h. nach Abfertigung der Erledigung und vor der Ablage in der Registratur bzw. der elektronischen Ablage.

Wenn von der Einsicht nehmenden Stelle besondere Maßnahmen erwartet werden, ist dies in der Einsichtsvorschreibung durch einen entsprechenden Zusatz (z. B. „mit dem Ersuchen um Fertigung der Erledigung“) zum Ausdruck zu bringen.

Sofern erforderlich, kann der Sachbearbeiter sich selbst vorschreiben (insbesondere „vor Abfertigung“ zur Kontrolle der Einsichtnahmen oder „nach Abfertigung“ zur Kontrolle der Versendung).

### **Elektronisches Aktenverwaltungs- und -bearbeitungssystem**

Über die Funktionen einer elektronischen Aktenevidenz hinaus kann ein elektronisches Aktenverwaltungs- und -bearbeitungssystem<sup>12</sup> (z. B. „Domea“) auch zur Speicherung von Eingangsstücken<sup>13</sup>, zur Bearbeitung von Geschäftsstücken, zum Schreiben, Ausfertigen und Abfertigen von Erledigungen, zur Besorgung des Aktenlaufs und zur Ablage von Dokumenten im Rahmen der elektronischen Aktenführung herangezogen werden.

Die Fälle der elektronischen Aktenführung sind in einem Materienverzeichnis (Aktensplan) festzulegen.

### **Erledigung**

Erledigungen sind Ergebnisse der Geschäftsfallbehandlung. Man unterscheidet mündliche, telefonische und schriftliche Erledigungen. Für schriftliche Erledigungen gelten eigene Genehmigungs- und Formvorgaben. Grundlage einer schriftlichen Erledigung ist der Erledigungsentwurf (Konzept). Mit der Genehmigung des Erledigungsentwurfs durch den Genehmigungsbefugten wird die schriftliche Erledigung (samt allfälligem Amtsvortrag und erforderlichen kanzleimäßigen Anordnungen) inhaltlich festgelegt. Schriftliche Erledigungen werden ausgefertigt (Ausfertigung einer Erledigung, Reinschrift).

### **Erledigungsentwurf**

Der vom Sachbearbeiter für den Genehmigungsbefugten erstellte Erledigungsentwurf bildet das „Konzept“ einer schriftlichen Erledigung.

### **Faszikel**

Faszikel sind verschnürte Aktenbündel. Zum Schutz können sie in Aktenkartons aufbewahrt werden.

### **Fertigung**

Sofern nicht anders bestimmt, hat der Genehmigungsbefugte die physische Ausfertigung einer Erledigung unter der Fertigungsklausel und der allfälligen Funktionsbezeichnung vor seinem in Klammern angeführten Namen eigenhändig zu unterschreiben, wenn er die Erledigung nicht schon amtssigniert hat oder von der Möglichkeit der Beglaubigung durch die Kanzlei Gebrauch gemacht wird.<sup>14</sup> Die Fertigung der physischen Ausfertigung der Erledigung ist von der Genehmigung der Erledigung zu unterscheiden.<sup>15</sup>

### **Genehmigung**

Mit der Genehmigung des Erledigungsentwurfs durch den Genehmigungsbefugten werden die vorgesehene schriftliche Erledigung samt einem allfälligen Amtsvortrag sowie die erforderlichen kanzleimäßigen Anordnungen inhaltlich festgelegt. Im Fall der physischen Aktenführung erfolgt die Genehmigung mittels Beisetzen der eigenhändigen Unterschrift<sup>16</sup> und des Datums (falls dieses noch nicht im Briefkopf aufscheint), im Fall der elektronischen Aktenführung mittels Amtssignatur oder eines anderen technischen Verfahrens zum Nachweis der Identität des Genehmigenden und der Authentizität der Erledigung.<sup>17</sup> Die Genehmigung der Erledigung ist von der Fertigung der physischen Ausfertigung der Erledigung zu unterscheiden.<sup>18</sup>

Im Fall der vollautomatisierten Erledigungserstellung kann eine elektronische Genehmigung der einzelnen Erledigungsentwürfe entfallen, sofern dies gesetzlich zulässig ist (z. B. im Abgabenverfahrensrecht<sup>19</sup>) und die vollautomatisierte Erledigungserstellung durch den Genehmigungsbefugten angeordnet wurde.<sup>20</sup>

### **Genehmigungsbefugnis**

Die Genehmigungsbefugnis richtet sich nach den Organisationsvorschriften<sup>21</sup> und bestehenden Genehmigungsvorbehalten und -ermächtigungen.

Mit der Genehmigung des Erledigungsentwurfs durch den Genehmigungsbefugten werden die vorgesehene schriftliche Erledigung samt einem allfälligen Amtsvortrag sowie die erforderlichen kanzleimäßigen Anordnungen (insbesondere Dringlichkeitsvermerk, Einsichtsvorschreibungen und Kanzleiaufträge) inhaltlich festgelegt. Der Genehmigungsbefugte kann den Inhalt des Erledigungsentwurfs und die getroffenen Anordnungen anlässlich der Genehmigung ändern oder ergänzen. Der Genehmigungsbefugte kann die Genehmigung ablehnen und den Erledigungsentwurf mit den erforderlichen Anweisungen an den Sachbearbeiter zur Bearbeitung zurückstellen.

### **Geschäftsfall**

Alle in derselben Angelegenheit und in der Regel unter derselben Stammzahl protokollierten Geschäftsstücke bzw. Amtsanlässe und deren Erledigungen bilden einen Geschäftsfall. In der handschriftlichen Aktenevidenz kann dieselbe Angelegenheit, wenn sie über mehr als ein Kalenderjahr anhängig ist, in jedem Jahr mit einer anderen Stammzahl versehen werden.

### **Geschäftsstück**

Eingangsstücke werden nach ihrer Protokollierung als Geschäftsstücke bezeichnet. Amtsanlässe sind nach ihrer Protokollierung wie Geschäftsstücke zu behandeln.

### **Geschäftszahl**

Die Geschäftszahl ist das einem Eingangsstück oder Amtsanlass beim Eintragen in die Aktenevidenz zugeteilte Unterscheidungskriterium. Sie besteht aus Geschäftszeichen, Stammzahl, Subzahl und Jahreszahl.

### **Identität**

„Identität“ ist die Bezeichnung der Nämlichkeit von Betroffenen durch Merkmale, die in besonderer Weise geeignet sind, ihre Unterscheidbarkeit von anderen zu ermöglichen; solche Merkmale sind insbesondere der Name, das Geburtsdatum und der Geburtsort, aber auch etwa die Firma oder (alpha)numerische Bezeichnungen.<sup>22</sup>

**Information**

Siehe den Begriff „Bericht“.

**Kanzleiauftrag**

Kanzleiaufträge treffen Anordnungen über die Abfertigung oder sonstige kanzleimäßige Behandlung eines Geschäftsstückes oder einer schriftlichen Erledigung. Sie können insbesondere Reinschriftenweisungen, Anschluss- und Versandaufträge und Zustellverfügungen umfassen.

**Kanzleigeschäfte**

Zu den Kanzleigeschäften gehören Tätigkeiten zur kanzleimäßigen Behandlung der Geschäftsstücke vom Zeitpunkt ihres Einlangens bis zum Schluss des Aktenlaufs, ferner die Aufbewahrung von Akten und ihre Skartierung. Die Kanzleigeschäfte gliedern sich in

1. die Behandlung des Posteinganges,
2. die Führung der Aktenevidenz,
3. die Bearbeitung der Geschäftsstücke,
4. das Schreiben und Ausfertigen von Erledigungen,
5. die Besorgung des Aktenlaufs,
6. die Abfertigung von Erledigungen,
7. die Behandlung des Postausganges,
8. die Aufbewahrung von Akten und
9. die Skartierung von Akten.

**Materienverzeichnis**

Materienverzeichnisse können für verschiedene Zwecke erstellt werden. Das Materienverzeichnis kann die bei einer Dienststelle verwendeten Geschäftszeichen definieren. In Form eines „Skartierungsplans“ kann – nach Sachgebieten bzw. Geschäftsbereichen oder Stammzahlen geordnet – die Dauer der Aufbewahrungsfrist der abgelegten Akten festgelegt werden. Ferner eignet sich ein Materienverzeichnis (Aktenplan) dafür – einheitlich nach Sachgebieten bzw. Geschäftsbereichen oder Stammzahlen –, ersichtlich zu machen, welche Arten von Geschäftsfällen grundsätzlich elektronisch abzuwickeln sind.

**Miterledigung**

Eine Miterledigung ist gegeben, wenn ein Geschäftsstück oder mehrere Geschäftsstücke unter der Zahl eines anderen Geschäftsstückes erledigt wird bzw. werden.

**Protokollierung**

Siehe die Begriffe „Aktenevidenz“, „Geschäftsstück“ und „Geschäftszahl“.

## Referatsblatt/-bogen

Im Fall der physischen Aktenführung sind Referatsblätter (A4-Format) oder Referatsbögen (A3-Format) zu verwenden, wenn dies angeordnet oder sonst zur Geschäftsfallbehandlung zweckmäßig ist, insbesondere wenn Erledigungsentwürfe zur Einsicht vorzuschreiben oder Reinschriften zur Genehmigung vorzulegen sind.

## Registratur

Erledigte physische Akten werden durch die Kanzleistelle (beauftragte Bedienstete) in der bei ihr jeweils eingerichteten Registratur geordnet und übersichtlich abgelegt. Ist für mehrere Dienststellen eine Zentralregistratur („Stehende Registratur“) eingerichtet, so hat diese die aus den Laufenden Registraturen abgegebenen physischen Aktenbestände zu übernehmen und für Amtszwecke bereitzuhalten.

## Reinschrift

Eine Reinschrift ist die Ausfertigung einer schriftlichen Erledigung (z. B. der Ausdruck eines elektronisch erstellten Dokuments). Jede Ausfertigung ist so zu erstellen, dass sie in Sauberkeit und Form einwandfrei nach außen in Erscheinung treten kann.

## Scannen

Beim Scannen wird physisches Schriftgut lesbar elektronisch abgebildet. Einzuscannen sind physische Eingangsstücke, wenn die elektronische Aktenführung vorgesehen ist; ferner kann im Fall der elektronischen Aktenführung physisches Schriftgut nach einem Medienbruch eingescannt werden. Sofern auf Grund der Dauer der Aufbewahrung und der Effizienz des Verwaltungshandelns sinnvoll, können auch physisch geführte Akten nach abgeschlossener Geschäftsfallbehandlung eingescannt werden.

## Skartierung

Nach Ablauf der im Skartierungsplan vorgesehenen Aufbewahrungsdauer sind Akten durch die Dienststellen zu skartieren, d. h. aus ihrem Bestand auszuscheiden.<sup>23</sup> Die Skartierung erfolgt grundsätzlich entweder durch Übernahme der dem zuständigen Archiv angebotenen Akten oder durch Vernichtung der physischen Akten bzw. Löschung der elektronischen Akten.

## Skartierungsplan

Im Skartierungsplan (Materienverzeichnis) ist – nach Sachgebieten, Geschäftsbereichen (Geschäftszeichen) oder Stammzahlen geordnet – die Dauer der Aufbewahrungsfrist der für die Dienststelle abgelegten Akten festzulegen. Skartierungspläne sind regelmäßig zu warten bzw. erforderlichenfalls zu aktualisieren.

### Urschriftliche Abtretung

Mit der urschriftlichen Abtretung eines physischen Geschäftsstückes wird dieses im Original – ohne Anfertigung einer Kopie – an eine andere Stelle zur Erledigung übermittelt. Die urschriftliche Abtretung ist auf dem Geschäftsstück oder, wenn dies nicht möglich ist, auf einem Anschlussblatt, in handschriftlicher Form durch den Vermerk „Urschriftlich“ oder „Ur“ unter Angabe der Anschrift der zuständigen Stelle und erforderlichenfalls einer erklärenden Mitteilung zu verfügen.

Elektronische Geschäftsstücke, für deren Erledigung eine andere Stelle zuständig ist, sind an diese weiterzuleiten.

### Versandauftrag

Sofern der Sachbearbeiter nicht selbst die Erledigung abfertigt oder unmittelbar ausfolgt<sup>24</sup>, ist ein Versandauftrag anzuordnen. Dadurch wird festgelegt, in welcher Art und Form die Erledigungen zu versenden sind. Sollen behördliche Dokumente zur Zustellung übergeben werden, ist im Versandauftrag eine Zustellverfügung<sup>25</sup> zu treffen.

Als Versendungsarten kommen grundsätzlich

- der postalische Versand, aus besonders wichtigen Gründen in Form eines Einschreibens,
- die physische Zustellung behördlicher Dokumente nach zustellrechtlichen Vorschriften,
- die Übermittlung durch Telefax oder E-Mail oder
- die elektronische Zustellung behördlicher Dokumente nach zustellrechtlichen Vorschriften

in Betracht.

### Votum

Siehe den Begriff „Amtsvortrag“.

### Weisermappe

Weisermappen sind temporär verwendete Aktenumschläge, die der amtsinternen Weiterleitung des physischen Schriftgutes während des Aktenlaufes dienen.

### Zustellverfügung

Sollen behördliche Dokumente zur Zustellung im Sinne zustellrechtlicher Vorschriften übergeben werden, ist im Versandauftrag eine Zustellverfügung zu treffen. Die Zustellverfügung hat den Empfänger möglichst eindeutig zu bezeichnen und die für die Zustellung erforderlichen sonstigen Angaben zu enthalten<sup>26</sup>; insbesondere sind das Verfahren der Zustellung<sup>27</sup>, die Zustelladresse<sup>28</sup> und die Form der Zustellung (mit oder ohne Zustellnachweis<sup>29</sup>; im Fall der physischen Zustellung Erfordernis der Zustellung zu eigenen Händen<sup>30</sup> oder Ausschluss der Ersatzzustellung<sup>31</sup>) zu bestimmen.

## Zu-Zahl

Eingangsstücke, die ein bereits eingetragenes Geschäftsstück bloß formal ergänzen oder ihm inhaltlich entsprechen, bedürfen im Zuge der Protokollierung keiner neuen Subzahl, sondern erhalten die Geschäftszahl des zugehörigen Geschäftsstückes. Auf physischen Geschäftsstücken wird der Geschäftszahl das Wort „zu“ vorangestellt; elektronische Geschäftsstücke sind geschäftszahlbezogen zu speichern.

## Anmerkungen

- 1 Siehe die Homepage der Forschungsstelle „Deutsches Rechtswörterbuch“ der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Stichwort „Kanzleigebrauch“, unter der Adresse <http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw/>.
- 2 Vgl. Parycek, E-Government & E-Democracy – Rechtspolitische Perspektiven, in: *Anderwald/Filzmaier/Hren* (Hrsg.), *Kärntner Jahrbuch für Politik* 2008, 213–223.
- 3 Siehe für den Bereich der Kärntner Landesverwaltung das durch den Landesamtsdirektor mit Wirkung vom 1. Jänner 2009 erlassene Handbuch für die Büroarbeit im Kärntner Landesdienst (Kanzleiordnung) 2009, Zahl: 1-LAD-ALLG-24/7-2008.
- 4 Die folgende Darstellung lehnt sich an das im Handbuch für die Büroarbeit im Kärntner Landesdienst (Kanzleiordnung) 2009 enthaltene Glossar an. Der Autor dankt Herrn *Andreas Buchacher*, Leiter des Schreib- und Kanzleidiens des Amtes der Kärntner Landesregierung, für die ausgezeichnete Zusammenarbeit und die fruchtbaren Diskussionen bei der Erstellung der neuen Kanzleiordnung.
- 5 Siehe dazu beim Begriff „Genehmigung“.
- 6 Nach VwGH 4. 9. 2000, Zl. 98/10/0013, ist die Unterschrift ein Gebilde aus Buchstaben einer üblichen Schrift, aus der ein Dritter, der den Namen des Unterzeichneten kennt, diesen Namen aus dem Schriftbild noch herauslesen kann; eine Unterschrift muss nicht lesbar, aber ein individueller Schriftzug sein, der entsprechend charakteristische Merkmale aufweist. Die Anzahl der Schriftzeichen muss der Anzahl der Buchstaben des Namens nicht entsprechen. Eine Paraphe ist keine leserliche Unterschrift (siehe auch VwGH 13. 10. 1994, 93/09/0302).
- 7 Siehe die §§ 19 und 20 E-GovG. Beachte – auch zum Folgenden – den am 22. 2. 2005 dem E-Cooperation Board vorgelegten öffentlichen Entwurf „FAQ zur Amtssignatur“, faq-as 1.0.2, im Internet abrufbar unter <http://reference.e-government.gv.at>.
- 8 Zur Verwendung des in der Verwaltungspraxis des Bundes üblichen Ausdrucks „Votum“ in der Judikatur siehe beispielsweise VwGH 20. 5. 2008, Zl. 2005/12/0196; VfGH 6. 10. 2008, V 52/07; VfSlg. 17951/2006; VfSlg. 12574/1990.
- 9 Siehe die Begriffsbestimmung des § 2 Z 5 E-GovG.
- 10 Siehe die Verordnung der Bundesregierung über die Beglaubigung der schriftlichen Ausfertigungen der Verwaltungsbehörden durch die Kanzlei (Beglaubigungsverordnung – BeglV), BGBl. II Nr. 494/1999, in der Fassung BGBl. II Nr. 151/2008. In der Kanzlei praxis wird die Beglaubigung freilich über den Anwendungsbereich des § 18 Abs. 4 AVG hinaus vorgenommen (z. B. auch in der Privatwirtschaftsverwaltung).
- 11 Siehe Anmerkung 6.
- 12 Die Begriffsbestimmung des § 2 Z 7 ZustG in der Fassung BGBl. I Nr. 10/2004 hat – vor der Novelle BGBl. I Nr. 5/2008 – noch den Begriff „elektronisches Aktensystem“ als „ein durchgehend elektronisch geführtes Aktenbearbeitungs- und -verwaltungssystem einer Behörde“ definiert. Die Begriffe „elektronisches Aktensystem“ bzw. „elektronisches Aktenbearbeitungs- und -verwaltungssystem“ haben im § 13a der Geschäftsordnung des Amtes der Kärntner Landesregierung, LGBl. Nr. 7/1999, in der Fassung LGBl. Nr. 71/2007, Eingang gefunden. Da die elektronische Aktenevidenz gleichsam die Basisfunktion, die elektronische Aktenbearbeitung hingegen eine Zusatzfunktion des EDV-Instrumentariums darstellt, wird hier das (umgekehrte) Begriffspaar „elektronisches Aktenverwaltungs- und -bearbeitungssystem“ verwendet.
- 13 Siehe auch den Begriff „Scannen“.
- 14 Im Anwendungsbereich des AVG siehe § 18 Abs. 4 AVG betreffend die Vorgaben für Ausfertigungen von Erledigungen. Nach § 82a Z 1 AVG in der Fassung BGBl. I Nr. 5/2008 bedürfen schriftliche Ausfertigungen von elek-

tronisch erstellten Erledigungen (d. h. Ausdrücke von mit EDV erstellten Dokumenten bzw. deren Kopien) bis zum Ablauf des 31. Dezember 2010 weder einer Beglaubigung noch einer Unterschrift oder Amtssignatur. Sofern gesetzlich keine Vorgaben für die Form von Erledigungen bestehen, ist deren Festlegung Ausfluss der internen Organisationsgewalt (Leitung des inneren Dienstes).

- 15 Vgl. *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, 8.A. 2003, Rz. 425.
- 16 Siehe Anmerkung 6.
- 17 Vgl. für den Anwendungsbereich des AVG die Vorgaben des § 18 Abs. 3 AVG.
- 18 Siehe *Walter/Mayer*, a. a. O.
- 19 Siehe die Musterregelung des § 96 letzter Satz BAO: Ausfertigungen, die mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung erstellt werden, bedürfen weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung und gelten, wenn sie weder eine Unterschrift noch eine Beglaubigung aufweisen, als durch den Leiter der auf der Ausfertigung bezeichneten Abgabenbehörde genehmigt.
- 20 Beachte VfSlg. 8844/1980 und VwGH 14. 12. 2006, Zl. 2005/14/0014: Die Behörde, welcher der Bescheid rechtlich zuzurechnen ist und die ihn daher zu verantworten hat, muss auch tatsächlich in der Lage sein, auf den automationsunterstützt ablaufenden Vorgang der Bescheidausfertigung Einfluss zu nehmen.
- 21 Siehe *Hengstschläger/Leeb*, AVG, 2004, § 18 Rz. 4 ff.
- 22 Siehe die Begriffsbestimmung des § 2 Z 1 E-GovG.
- 23 Zur Skartierung beachte auch die im Rahmen des E-Cooperation Board am 11. 1. 2007 mehrheitlich angenommene Empfehlung „Digitale Langzeitarchivierung von Verwaltungsinformationen“, digLA 1.0.0, im Internet abrufbar unter <http://reference.e-government.gv.at>.
- 24 Zur unmittelbaren Ausfolgung beachte § 24 ZustG.
- 25 Siehe den Begriff „Zustellverfügung“.
- 26 § 5 letzter Satz ZustG.
- 27 Physische Zustellung nach dem 2. Abschnitt bzw. elektronische Zustellung nach dem 3. Abschnitt des ZustG.
- 28 Siehe die Legaldefinition in § 2 Z 3 ZustG.
- 29 § 22 erster Satz AVG.
- 30 § 22 letzter Satz AVG in Verbindung mit § 21 ZustG.
- 31 § 16 Abs. 4 ZustG.

ABGB 2011 – Arbeitsgruppe des  
BMJ überarbeitet das 200 Jahre alte  
ABGB

Von  
Wolfgang KAHLIG



## 1. Aufgabenstellung und Zielsetzungen

Viele Rechtssysteme basieren auf den Grundideen des Römischen Rechts. Dieses diente ja, als universell anwendbare Basis, über Jahrhunderte hinweg als gültige Ebene für ein zivilisiertes, menschliches Zusammenleben.

Am 1. Juni 1811<sup>1</sup> hat Kaiser Franz I. das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch kundgemacht und es mit 1. Jänner 1812 in Kraft gesetzt. Eine der ältesten Privatkodifikationen der Welt nähert sich damit ihrem 200. Geburtstag. Dieses **ABGB** in Österreich, aber auch das **BGB** in Deutschland waren als erprobte Vorschriften lange unverändert und wurden von Zeit zu Zeit ergänzt, zum Beispiel durch ein eigenes Familienrecht oder Wohnrecht. Die Art, wie diese Regeln dargestellt wurden und werden, erfolgt aber in einer Form, die nicht mehr dem heutigen Bedarf entspricht. Im Rahmen des **E-Governments** wurden schon viele staatliche Funktionen zum Wohle des Bürgers vereinfacht. Im Bereich der **Legislative** bedürfen diese Arbeiten nun einer dringenden Ergänzung. Regeln müssen derart eindeutig und unmissverständlich beschrieben werden, dass praktisch jeder Bürger, aber auch Computer den „**Content**“ (den eigentlichen Inhalt) „versteht“. Als Mittel zur Vereinfachung sind Methoden vorhanden, wie etwa die Bildung von **Ontologien**, die Einbeziehung von **Visualisierungen, Strukturdiagrammen, Ablaufschemata in grafischer Form, Entscheidungstabellen** u. ä. Auch sind Überlegungen im Gange, besondere Methoden der Rechtsinformatik, wie z. B. die **UML** (Unified Modeling Language) als neue Ebene für das Rechtsgebäude zu etablieren.

Eine der Initiativen für eine Überarbeitung wurde vom Institut für Zivilrecht der Universität Wien und dem Bundesministerium für Justiz gegen Ende 2007 gestartet. Nicht nur die Bedeutung dieses altherwürdigen Gesetzbuchs soll damit in Vergangenheit und Gegenwart gewürdigt werden, vor allem sollen auch mit Blick nach vorne Bedürfnisse nach einer Weiterentwicklung und Erneuerung des bürgerlichen Rechts erkundet und aufgezeigt sowie Wege hiezu gewiesen werden. Nach den Vorstellungen der Initiatoren soll die gesamte österreichische Zivilrechtswissenschaft eingebunden und so dem Vorhaben ein österreichweiter Rahmen gegeben werden. Eine gewisse Fokussierung soll auf die Bereiche Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht, Schuldrecht und den allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts erfolgen. Ein schrittweises Vorgehen scheint notwendig zu sein. Innerhalb von einzurichtenden Arbeitsgruppen sollen die Reformvorschläge auf möglichst breiter Basis erarbeitet werden. Ziel muss es sein (lt. Bundesministerin Berger), *„das österreichische Zivilrecht insgesamt an die geänderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedingungen unserer Zeit anzupassen, es unter Berücksichtigung der europäischen Privatrechtsentwicklung zu modernisieren und im Vergleich mit den Privatrechtsordnungen anderer europäischer Staaten konkurrenzfähig zu machen.“*

Die hier beschriebenen Ansätze beziehen sich auf den aktuellen Wissensstand der Methoden der Rechtsinformatik<sup>2</sup> und auf Beiträge der Initiativgruppe<sup>3</sup>. Es werden Wege aufgezeigt, wie bestehende Regeln und Gesetze „verständlicher“ gemacht werden können und wie diese künftig dargestellt werden könnten. Schließlich darf ja die Forderung lt. § 2 ABGB

**„Sobald ein Gesetz gehörig kundgemacht worden ist, kann sich niemand damit entschuldigen, dass ihm dasselbe nicht bekannt geworden sei.“**

nicht eine leere Worthülse bleiben. Praktisch jeder Staatsbürger, der ein Gesetz liest, sollte dieses auch verstehen können.<sup>4</sup>

## 2. Problemanalyse

### 2.1 Grundsätzliches

Sowohl in Österreich, aber auch international wird danach geforscht, ob es sinnvoll wäre, bestimmte Rechtsgebiete komplett neu zu formulieren, da heutzutage ein uneinheitliches und in sich teilweise inhomogenes Gesamtwerk vorliegt. Es existiert eine unüberschaubare Vielzahl von Gesetzen, Erlässen, Oberstgerichtlichen Entscheidungen, die zu wenig strukturiert ist und eine Darstellungsart verwendet, die moderne Systeme nicht oder nur sehr eingeschränkt anwendet. Die Ursache der Unübersichtlichkeit liegt sicherlich nicht nur in der großen Menge von teils sich widersprechenden Regeln, sondern auch in der Tiefenstruktur des Rechts, das es zu modellieren gilt bzw. das von einem neu zu entwickelnden Strukturierungsgedanken her betrachtet werden könnte. Dabei bietet sich an, inwieweit „moderne“ Methoden und Erkenntnisse, etwa Computer, behilflich sein können und ob „Artificial Intelligence“ einen Schlüssel zur Lösung der Fragestellungen bringt. In Österreich beschäftigen sich neben anderen insbesondere Roland Traummüller und Erich Schweighofer intensiv mit dieser Themenstellung, während der bedeutende österreichische Rechtstheoretiker Friedrich Lachmayer als Universalist in den letzten Jahrzehnten höchst beachtenswerte Arbeiten bezüglich der Einführung von neuen Dimensionalitäten, aber auch über den Themenkomplex der Visualisierung vorgelegt hat.

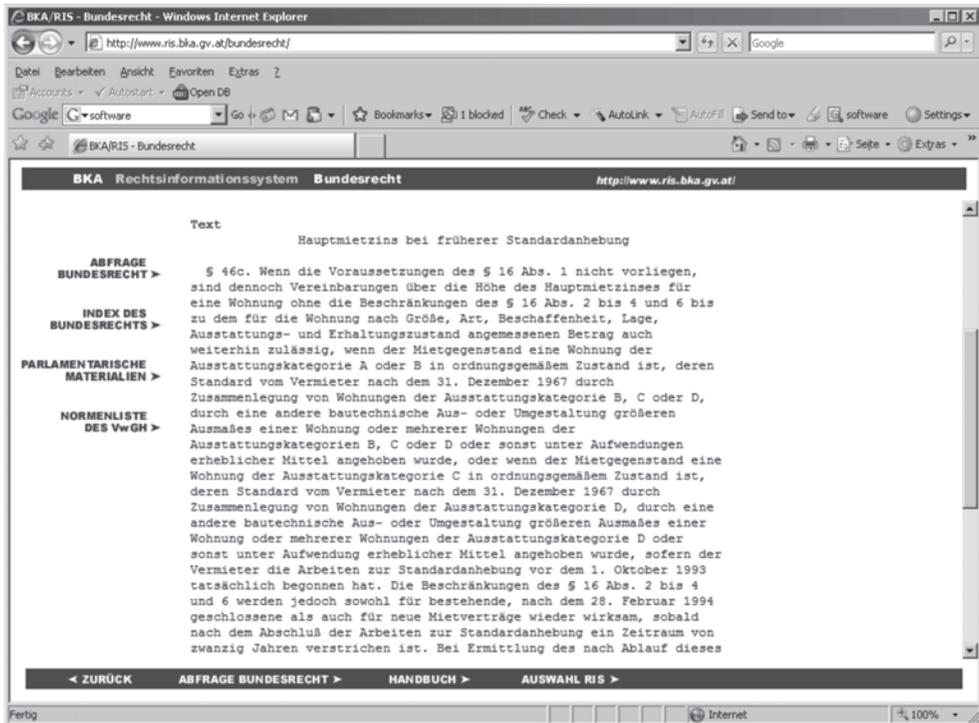
Bezüglich Komplexität des Rechtsgebäudes zitiert Meinrad Handstanger<sup>5</sup> in diesem Sinn den VfGH (gekürzt):

*„Der Verfassungsgerichtshof beobachtet seit geraumer Zeit, dass allein die Feststellung der für die Lösung eines Falles maßgeblichen Rechtslage oftmals sehr zeitaufwändig und es darüber hinaus in vielen Fällen ausgesprochen schwierig ist, das vom Gesetzgeber Angeordnete zu verstehen. Ursache dafür sind verschiedene legisistische Unzulänglichkeiten, wie mangelnde sprachliche Präzision, überlange Sätze, die verschiedene Gedanken ineinander verstricken, eine unzureichende Systematik, häufig kaum durchschaubare Verweisungsketten und teilweise sogar Widersprüchlichkeiten im Angeordneten.“*

Ein Grund für diese Situation besteht darin, dass sehr viele und stark unterschiedliche Gruppierungen mitreden wollen und dass alle Vertretungen um den Verlust jener Vorteile fürchten, die für den „eigenen“ Bereich herausgeholt worden sind.

Das folgende, beliebig herausgegriffene Beispiel unterstreicht noch die angegebenen Probleme. Der untenstehende Satz (erster Satz des § 46c MRG<sup>6</sup>) zählt 182 Wörter und 1134 Zeichen (ohne Leerstellen), besteht aus 20 Zeilen und beinhaltet mehrfach Einschübe

bzw. Nebensätze. Bei einer derartigen Darstellungsart ist es fast unmöglich, die Struktur und die eigentliche Bedeutung des Satzes zu erkennen.



## 2.2 Positionierungstendenzen der Arbeitsgruppe „ABGB 2011“

Die Grundtendenz der Beiträge zielt darauf hin, einzelne Bereiche zu überarbeiten und irrelevante Bestimmungen zu ändern bzw. zu streichen. Eine Rückführung einzelner Rechtsbereiche in das ABGB (wie in Deutschland die Rückführung des Familienrechts ins das BGB) sind weitere, sehr vorsichtige Bestrebungen.

Eine sehr übersichtliche Welt-Rechtsgeschichte bringt J. Michael Meyer<sup>7</sup> und bringt in einem Zitat (Savigny) die europäischen Bemühungen auf den Punkt: „*Es gibt weder eine europäische Rechtswissenschaft noch einen europäischen Juristen, es gibt auch keine europäische Rechtssprache, vielmehr sehen wir uns alle mit einer allgemeinen Sprachlosigkeit, einem Unverständnis anderer Rechtsordnungen gegenüber konfrontiert.*“ Meyer stellt aber auch die klassische „Gretchenfrage“ für die österreichischen Intentionen: „*. . . ob ein neues, reformiertes ABGB für die Allgemeinheit der Bürger einfacher und verständlicher werden soll . . ., oder soll sich das Gesetz als technische Schöpfung der Juristen ausschließlich an Juristen wenden, . . .?*“ Allein diese Frage zu stellen ist eigentlich – im Hinblick auf die Tendenzen im e-Government – einer Diskussion wert.

Peter Bydlinski bezieht sich auf „*Legistik, Systematik und Sprache des ABGB*“. Bydlinski will pragmatisch vorgehen, möglichst praxisnah und konkret, steht zwar einer weitge-

henden Reform des ABGB positiv gegenüber, gibt aber zu bedenken, dass eine größere Änderung im Ergebnis mehr Schaden als Nutzen stiften könnte. Um mit der Politik nicht anzuecken, sollten in erster Linie formelle Aspekte („*Formales*“) in Betracht gezogen werden. Trotz einer noch so sorgfältigen Bearbeitung würden „*Analogie und Umkehrschluss*“ letztlich das „*tägliche Brot des Juristen*“ bleiben. „*Systematik, Begriffsbildung und die verwendete Sprache*“ sollten das Hauptaugenmerk dieser Überlegungen sein. Das modernere Pandektensystem (Allg. Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht) sollte das im ABGB abgebildete Institutionensystem (Personenrecht, Sachenrecht, gemeinsame Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte) ablösen.

Bezüglich der neuen ABGB-Sprache möchte Bydlinski (im Gleichklang mit Riedler) weniger an den „Bürger“ denken (der sich möglicherweise auch nach der Reform nicht intensiv mit dem ABGB beschäftigen wird), sondern mehr an die Studierenden der Rechtswissenschaften, aber auch an Juristen, die nicht ständig mit dem ABGB zu tun haben, sowie an ausländische Fachinteressierte. In mehreren Beispielen wird anschaulich vorgeführt, wie es in vielen Fällen fast unmöglich ist, aus dem alten Text den eigentlichen Sinn zu erkennen:

#### Beispiel § 46 ABGB:

Alt: „*Nur bleibt dem Teile, von dessen Seite keine gegründete Ursache zu dem Rücktritte entstanden ist, der Anspruch auf den Ersatz des wirklichen Schadens vorbehalten, welchen er aus diesem Rücktritte zu leiden beweisen kann.*“

Neu (Vorschlag): „*Der Verlobte, der keinen Anlass zum Rücktritt gegeben hat oder selbst begründet zurücktritt, kann vom anderen den Ersatz des ihm durch den Rücktritt entstandenen Vermögensschadens verlangen.*“

Keiner der Beiträge löst sich jedoch von der klassischen „juristischen Betrachtungsweise“, keiner versucht außergewöhnliche, den Methoden der Jetztzeit angepasste Mechanismen zu diskutieren.

### 3. Lösungsansätze

Bei den Ansätzen, die hier zur Diskussion gestellt sind, werden gänzlich andere Verfahren entwickelt und vorgeführt, um – vor einer Erneuerung – zunächst eine Restrukturierung zu erreichen. Bevor geändert wird, muss sehr genau analysiert werden, was vorhanden ist und wie die einzelnen Teile zusammenwirken. Das Bestehende muss zunächst in eine Form gebracht werden, die es ermöglicht, dass der „normale“ Bürger einen maximalen und schnellen Überblick erhalten kann und Fragen, die man an das Gesetz (an den „Gesetzgeber“) stellt, praktisch augenblicklich beantwortbar werden. Es muss möglich werden, auf Fragen durch geeignete Mittel in kurzer Zeit eine Antwort zu finden, wobei die Entwicklung des E-Government-Gedankens einen wesentlichen Beitrag leisten kann.

Nach den Erkenntnissen der Betriebswirtschaft, Ergonomie, Logik, der Qualitätssicherung und des Projektmanagements und nicht zuletzt der Visualisierung und Semiotik gibt es eine Fülle von Werkzeugen, mit deren Hilfe bestimmte Aufgaben einfacher und leichter erledigt werden können. Das „Machen“ von Gesetzen ist ja durchaus mit einer komplexen Projektabwicklung vergleichbar, das Verstehen (und Befolgen) von Gesetzen ist eigentlich dann auch „nur“ eine bestimmte Aufgabe. Es bieten sich daher bestimmte Mittel an, um diesen Aufgaben leichter gerecht werden zu können.

Electronic Government hingegen, als ganzheitlicher Ansatz in unser Blickfeld gerückt, vereinigt in sich mehrere „Werkzeuge“, die hilfreich sein können. Vergleichbar mit seinem „Vorbild“, dem e-Commerce, wird die Kommunikation aus den bisherigen räumlichen und zeitlichen Bindungen gelöst und in höchstem Ausmaß abstrahiert. Traunmüller/Lenk sprechen sogar von einer Verlagerung in den „Cyberspace“. Die dabei sich bildende neue Realität würde zu drastischen Veränderungen führen, nämlich zu einer Vereinfachung von Verwaltungsabläufen und Strukturen und natürlich auch zu einem verringerten Personalbedarf für die Aufrechterhaltung und Sicherstellung des Prozedere, sowie wesentlichen Kosteneinsparungen.<sup>8</sup> Das, was nun für die bisherigen Komponenten des E-Governments gilt, wird sich auch auf den zu automatisierenden Bereich der Legistik und Legislative projizieren. Auch in diesen zu diskutierenden Bereichen wird eine Verbesserung der Kommunikation zum Bürger erfolgen und die Dienstleistungsorientierung wird mehr und mehr zum zentralen Thema werden. In vielen Bereichen wird und muss es zum Paradigmenwechsel kommen.

## Anmerkungen

- 1 Vgl. dazu Berger, Maria: ABGB 2011, Geleitwort der Bundesministerin für Justiz, Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg.), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2008.
- 2 Vgl. Arbeiten dazu von Lachmayer Friedrich, Traunmüller Roland, Schweighofer Erich, Wimmer Maria, Kahlig Wolfgang.
- 3 Vgl. dazu ABGB 2011, Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform, Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg.), Maria Berger, Klaus Tschütscher, J. Michael Rainer, Peter Bydlinski, Ernst A. Kramer, Irmgard Griss, Martin Schauer, Andreas Riedler, Johannes Stabentheiner, Georg Kathrein, Bernhard Eccher, Monika Hinteregger, Georg E. Kodek, Heinz Krejci, Constanze Fischer-Czermak, Ferdinand Kerschner, Brigitta Jud, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2008.
- 4 Vgl. Mayr-Maly, Rechtsirrtum und Rechtsunkennntnis als Probleme des Privatrechts, AcP 170 (1970) 133.
- 5 Vgl. Referat Meinrad Handstanger, Klagenfurter Legistikgespräche, 2005.
- 6 RIS – Abfrage Bundesrecht.
- 7 Vgl. dazu ABGB 2011, Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform, Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg.), J. Michael Rainer, „Vom Beruf unserer Zeit zur Kodifikation“.
- 8 Adamovich, Ludwig, „Probleme einer modernen Gesetzestechnik“, in: Winkler, G./Schilcher, B. (Hrsg.), Gesetzgebung, Wien (1981).  
Heindl/Kahlig, „Mietrecht anschaulich“, Manz, 2001, Wien.  
Kahlig, „Dissertation Rechtsmodellierung im E-Government“, Kepler-Universität, Linz, 2005.  
Kahlig, „Stingl, Immobilien-Steuerrecht“, Manz, 2007, Wien.  
Lachmayer/Reisinger, „Legistische Analyse der Struktur von Gesetzen“, Manz, 1976, Wien.  
Lachmayer/Garnitschnig, „Computergraphik und Rechtsdidaktik“, Manz, 1978, Wien.

- Lachmayer, „Grafische Darstellungen als Hilfsmittel des Gesetzgebers“, Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht, Springer-Verlag Berlin–Heidelberg–New York, 1978.
- Lachmayer, „Visualisierung des Rechts“, Akten des 2. Semiotischen Kolloquiums Regensburg, 1978.
- Kahlig, „Rechtsmodellierung im e-Government“, vdm Müller-Verlag, 2008, Frankfurt.
- Wimmer Maria/Traunmüller Roland/Lenk R., „Electronic Business invading the Public Sector“, Proceedings of the 34th Hawaii International Conference on System Sciences, Hawaii 2001.
- Schweighofer/Geist/Heindl/Szücs (Hrsg.), „Komplexitätsgrenzen der Rechtsinformatik“, Kahlig Wolfgang, „UML für juristische Anwendungen“, BOORBERG-Verlag 2008.
- Kärntner Verwaltungsakademie, Simon Korenjak, Klagenfurter Legistikgespräche, Kahlig Wolfgang, „Objekt-orientierte Denkansätze in der Legistik“, 2008.

Gesetzesfolgenabschätzung:  
Einführung einer  
Klimaverträglichkeitsprüfung

Von  
Brigitte WINDISCH



## Einleitung

Die Klimaerwärmung gilt allgemein als das schwerwiegendste weltweite Umweltproblem, das in seinen langfristigen Auswirkungen nur durch gemeinsames Handeln der Staatengemeinschaft gemildert werden kann. Die Anstrengungen dazu zählen zu den bedeutendsten umweltpolitischen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts. Die Erderwärmung wird im Wesentlichen auf den Anstieg von Treibhausgasemissionen zurückgeführt. Da aber die Verringerung von Treibhausgasemissionen als Gegenmittel gegen die Erderwärmung nicht ausreichend und nicht schnell genug wirkt, sind auch Maßnahmen zur Anpassung an den Klimawandel erforderlich.<sup>1</sup>

Auf dem Weltklimagipfel 1997 wurde in Kyoto ein Klimaschutzprotokoll verabschiedet. Die wichtigsten Industrieländer der Welt (ausgenommen die USA) verpflichteten sich darin, die Freisetzung bestimmter Treibhausgase<sup>2</sup> im Zeitraum von 2008 bis 2012 um durchschnittlich 5,2 Prozent unter das Niveau von 1990 zu senken. Die einzelnen Länder unterliegen dabei unterschiedlichen Vorgaben, die vor allem von ihrer wirtschaftlichen Entwicklung abhängen. Für die EU ist eine Senkung der Emissionen um insgesamt 8 Prozent vorgesehen. Dieses durchschnittliche Reduktionsziel wurde unter den einzelnen EU-Mitgliedstaaten nach dem Lastenteilungsprinzip aufgeteilt. Für Österreich wurde das Reduktionsziel mit 13 Prozent festgelegt. Im Frühjahr 2002 wurde in Österreich die Regierungsvorlage zur Ratifizierung des Kyoto-Protokolls vom Nationalrat und vom Bundesrat einstimmig angenommen.<sup>3</sup>

Die Österreichische Klimastrategie wurde 2002 von der Bundesregierung und der Landeshauptleutekonferenz angenommen. Eine Evaluierung im Jahr 2005 zeigte deutlich, dass das österreichische Kyoto-Ziel – mit den bestehenden Maßnahmen allein – nicht erreicht werden kann. 2007 beschloss daher die Bundesregierung eine Klimastrategie-Anpassung. Kernpunkte der Österreichischen Klimastrategie sind die Steigerung der Energieeffizienz in Gebäuden sowie des Anteils der erneuerbaren Energieträger für die Stromerzeugung, Förderungen für Biomasse-Nahwärme, Lenkungsmaßnahmen und Bewusstseinsbildung im Verkehr, die Umsetzung der Deponie-Verordnung sowie die Nutzung der flexiblen Mechanismen des Kyoto-Protokolls.<sup>4</sup>

## Ministerratsbeschluss 61/34 vom 10. Juli 2008

Vor dem Hintergrund des Kyoto-Protokolls und der Klimastrategie der Bundesregierung hat die österreichische Bundesregierung am 10. Juli 2008 die verpflichtende Einführung einer Klimaverträglichkeitsprüfung (KVP) für Regelungsvorhaben des Bundes ab Oktober 2008 beschlossen.<sup>5</sup> Bezüglich der Regelungsvorhaben der Länder wird ausgeführt, dass eine Übernahme der Klimaverträglichkeitsprüfung anzustreben sein wird. Aus dem Ministerratsvortrag sollen nun einige Kernaussagen zur KVP hervorgehoben werden:

„Es ist zu betonen, dass umfassender Klimaschutz nicht allein durch Maßnahmen gewährleistet werden kann, welche unmittelbar auf bestimmte treibhausgasrelevante Aktivitäten fokussieren. Vielmehr sollen auch die möglichen Klimaauswirkungen von

Vorhaben, deren unmittelbare Zielsetzungen außerhalb der Klima- und Umweltpolitik liegen, untersucht werden.“

„Ziel der Klimaverträglichkeitsprüfung ist es, Regelungsvorhaben so auszugestalten, dass wesentliche Aspekte der Klimastrategie der Bundesregierung geprüft und dokumentiert werden; zum einen die Auswirkungen auf die Emission von Treibhausgasen; zum anderen sollen auch die Auswirkungen auf die Fähigkeit zur Anpassung an den Klimawandel geprüft werden.“

„Um das Ziel der Klimaverträglichkeitsprüfung erreichen zu können, soll jeder Bundesminister bei Regelungsvorhaben in seinem legislativen Wirkungsbereich folgende Prüfschritte zur Sicherstellung der Einheitlichkeit im Ablauf der Klimaverträglichkeitsprüfung veranlassen:

- ❑ Überprüfung jedes Regelungsvorhabens auf seine Auswirkungen auf klimarelevante Ziele und Maßnahmen; bei voraussichtlich maßgeblichen Auswirkungen sind auch mögliche Alternativen zur konkret vorgeschlagenen Regelungsmaßnahme zu beschreiben.
- ❑ Wird dem Regelungsentwurf nicht die ‚klimafreundlichste‘ Alternative zu Grunde gelegt, ist dafür eine Begründung in den Gesetzesmaterialien anzugeben.“

Im Anhang zum Ministerratsvortrag wird der Ablauf der KVP in fünf Prüfschritten samt Inhalt/Fragestellungen dargestellt.

In Zusammenhang mit dem Ministerratsbeschluss bereitete das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst ein Rundschreiben vor, durch das die praktische Durchführung der Klimaverträglichkeitsprüfung erleichtert werden soll. Diesem Rundschreiben<sup>6</sup> wurden als Anlagen die Arbeitsbehelfe<sup>7</sup> „KVP-Leitfaden“ und „KVP-Tabellen“ angeschlossen.

## **Klimaverträglichkeitsprüfung als Teil der Gesetzesfolgenabschätzung**

Mit der Einführung der Klimaverträglichkeitsprüfung wurde ab Oktober 2008 auch eine Änderung des Vorblattes zu Regelungsvorhaben vorgenommen, nämlich unter dem Punkt „Auswirkungen des Regelungsvorhabens“:<sup>8</sup>

Die Darstellung der Auswirkungen des Regelungsvorhabens stehen mit der sog. „Wirkungskontrolle“ in der Rechtsetzung in Zusammenhang, die man auch als Kernbereich der Gesetzesfolgenabschätzung bezeichnen könnte. Die „Wirkungskontrolle“ zielt darauf ab, Kosten und andere Wirkungen von Gesetzen und Verordnungen im staatlichen und im nicht-staatlichen Bereich möglichst genau vorausschauend zu bestimmen bzw. ex-post die tatsächlich eingetretenen Folgen zu analysieren und zu evaluieren.<sup>9</sup> Die Folgenabschätzung dient dazu, expertengestützt (ev. auch durch interdisziplinäre Zusammenarbeit) Regelungsalternativen zu entwickeln und deren Folgen zu vergleichen, Entwürfe nach bestimmten Kriterien wie Kosten, Wirksamkeit und Verständlichkeit zu überprüfen sowie laufend oder Zeitpunkt bezogen die tatsächlich eingetretenen Wirkungen in Kraft gesetzter Rechtsvorschriften zu evaluieren und dadurch einer „Bewährungsprüfung“ zu unterziehen.<sup>10</sup>

Durch die Einführung der Klimaverträglichkeitsprüfung wurde – mit ihren nachfolgend noch darzustellenden (methodischen) Vorgaben – ein Vertiefungsbereich in der Gesetzesfolgenabschätzung<sup>11</sup> geschaffen, nämlich ein Schwerpunkt innerhalb der Abschätzung umweltbezogener Folgen.

Damit geht auch die Änderung des Vorblattes zu Regelungsvorhaben einher: Im dazu ergangenen Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst wird ausgeführt, dass die „Auswirkungen in umweltpolitischer, konsumentenschutzpolitischer sowie sozialer Hinsicht“ nicht mehr zusammengefasst, sondern einerseits in „Auswirkungen in umweltpolitischer Hinsicht, insbesondere Klimaverträglichkeit“ und andererseits in „Auswirkungen in konsumentenschutzpolitischer sowie sozialer Hinsicht“ zu teilen sind.<sup>12</sup>

## Der KVP-Leitfaden und die KVP-Tabellen

Im Folgenden werden die Vorgaben und die Methodik der KVP skizziert, die sich aus dem KVP-Leitfaden (sowie den KVP-Tabellen) für die Legistik des Bundes ergeben.<sup>13</sup>

Methodisch vorgegeben sind zwei Prüfaspekte, zehn Prüfbereiche und ein Prüfschema, für das fünf aufeinander aufbauende Prüfschritte vorgesehen sind:

### Prüfaspekte

Die beiden Prüfaspekte beziehen sich auf wesentliche Ziele der österreichischen Klimapolitik, die für die Zwecke der KVP als Prüfaspekte bezeichnet werden, nämlich

- ❑ den Anstieg von Treibhausgasemissionen zu vermeiden bzw. deren bestmögliche Verringerung zu erreichen („*Prüfasppekt A: Abschwächung des Klimawandels/Reduktion von Treibhausgasemissionen*“) und
- ❑ die Verwundbarkeit gegenüber der Klimaänderung möglichst gering zu halten bzw. die Anpassungsfähigkeit an den Klimawandel zu stärken („*Prüfasppekt B: Anpassung an den Klimawandel*“).

### Prüfbereiche

Als Prüfbereiche werden (zehn) Sektoren, Systeme und Bereiche bezeichnet, die entweder besonders energieintensiv und damit „emissionsverdächtig“ oder gegenüber den Folgen der Klimaänderung besonders „verwundbar“ sind.

Die sechs „emissionsverdächtigen“ Prüfbereiche sind:

Wirtschaftliche Aktivitäten; Energienutzung und -effizienz; Konsumverhalten; Mobilität und Verkehr; Landwirtschaftliche Praktiken; Abfallaufkommen und Abfallbehandlung.

Die vier „verwundbaren“ Prüfbereiche sind:

Menschliche Gesundheit; Infrastrukturen und Standorte; Landnutzung/Landschaft/Ökosysteme/biologische Vielfalt; Wasserressourcen.

Die KVP sieht nun die *systematische Abfrage dieser zehn Prüfbereiche vor*, wobei sich die sechs „emissionsverdächtigen“ auf den Prüfасpekt A und die vier „verwundbaren“ Prüfbereiche auf den Prüfасpekt B beziehen.

### **Das Prüfschema**

Das *Prüfschema* umfasst fünf Prüfschritte, die – bei Klimarelevanz eines Regelungsvorhabens (Prüfschritt 1) – in eine vertiefende KVP führen. Nach diesen fünf Prüfschritten wurden sowohl der KVP-Leitfaden als auch die KVP-Tabellen aufgebaut, sodass die KVP auch direkt in diese Tabellen „eingearbeitet“ werden kann:

Prüfschritt 1: Feststellung der Klimarelevanz des Regelungsvorhabens

Prüfschritt 2: Konkretisierung der klimarelevanten Auswirkungen

Prüfschritt 3: Abklärung der Maßgeblichkeit der Klimarelevanz

Prüfschritt 4: Alternativenprüfung

Prüfschritt 5: Alternativenauswahl

### **Zu Prüfschritt 1: Feststellung der Klimarelevanz des Regelungsvorhabens**

Durch diese Prüfung der „Betroffenheit“ („Klimarelevanz“)<sup>14</sup> soll festgestellt werden, ob bei der Umsetzung des Regelungsvorhabens überhaupt einer der zehn Prüfbereiche beeinflusst wird, also „betroffen“ ist.

Hat ein Regelungsvorhaben voraussichtlich Auswirkungen auf die klimapolitischen Zielsetzungen (Emissionen-Abschwächung bzw. Klimawandel-Anpassung) in zumindest einem der „emissionsverdächtigen“ oder „verwundbaren“ Prüfbereiche,<sup>15</sup> so ist die grundsätzliche Klimarelevanz zu bejahen: Ein Prüfbereich ist (vom Regelungsvorhaben) betroffen. Diese Prüfung der Betroffenheit in Prüfschritt 1 soll den LegistInnen eine rasche Orientierung ermöglichen, ob für ein Regelungsvorhaben überhaupt Klimarelevanz angenommen oder – mangels Betroffenheit – die KVP beendet werden kann (KVP-Tabelle 1).

Ist durch die Umsetzung des Regelungsvorhabens voraussichtlich zumindest einer dieser zehn Prüfbereiche betroffen, so ist zu Prüfschritt 2 überzugehen.

### **Zu Prüfschritt 2: Konkretisierung der klimarelevanten Auswirkungen**

Wird in Prüfschritt 1 die Klimarelevanz bejaht, so beginnt mit Prüfschritt 2<sup>16</sup> ein vertiefter Einstieg in die KVP. Die klimapolitischen Zielsetzungen „Emissionen-Abschwächung“ bzw. „Klimawandel-Anpassung“ wurden im KVP-Leitfaden je Prüfbereich mit konkreten Beispielen versehen. Es soll nun näher geprüft werden, welcher (*Teil-*)Aspekt der beiden Prüfаспекте *konkret* beeinflusst wird und *wie* diese Beeinflussung erfolgt (*positiv* oder *negativ*). In diesem Prüfschritt ist auch eine verbale Kurzbeschreibung zu den Auswirkungen („*welche konkreten Auswirkungen?*“) vorgesehen (KVP-Tabelle 2).

Der KVP-Leitfaden enthält eine *Auflistung* für den Prüfaspekt A (Emissionen-Abschwächung). Sie beinhaltet die systematische Abfrage klimapolitischer Zielsetzungen und dient zur Klärung, ob und wie sich ein Regelungsvorhaben auf die Emission von Treibhausgasen auswirken kann.

Der KVP-Leitfaden enthält auch eine *Auflistung* für den Prüfaspekt B (Klimawandel-Anpassung). Sie beinhaltet die systematische Abfrage klimapolitischer Zielsetzungen und dient der Klärung, ob und wie durch ein Regelungsvorhaben die Verwundbarkeit von Systemen und Sektoren gegenüber möglichen Erscheinungsformen/Ausprägungen der Klimaänderung bzw. die Anpassungsfähigkeit an den Klimawandel beeinflusst wird.

Kann beispielsweise zumindest eine Auswirkung in einem „emissionsverdächtigen“ oder „verwundbaren“ Prüfbereich erwartet werden, ist mit Prüfschritt 3 fortzufahren.

### **Zu Prüfschritt 3: Abklärung der Maßgeblichkeit der Klimarelevanz**

Die Maßgeblichkeitsprüfung in Prüfschritt 3<sup>17</sup> ist das Kernstück der Folgenabschätzung im Rahmen der KVP („*Werden die Auswirkungen als maßgeblich oder nicht maßgeblich eingeschätzt? Auf welchen Überlegungen beruht diese Abschätzung der Maßgeblichkeit?*“).

Eine *quantitative Abschätzung* ist für den Prüfaspekt A (Emissionen-Abschwächung) vorgesehen: Die voraussichtlichen Folgen des Regelungsvorhabens sind grundsätzlich in Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalenten pro Jahr zu ermitteln. Die Auswirkungen eines Regelungsvorhabens sind dann *maßgeblich*, wenn sie den Schwellenwert von ca. 20.000 Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalenten pro Jahr erreichen.<sup>18</sup> Nur soweit keine Berechnung möglich ist (z. B. mangels verfügbarer Daten), sind die Folgen ausnahmsweise verbal-argumentativ zu beschreiben, also qualitativ abzuschätzen.

Eine *qualitative Abschätzung* ist für den Prüfaspekt B (Klimawandel-Anpassung) vorgesehen: Die voraussichtlichen Folgen des Regelungsvorhabens sind in den verwundbaren Prüfbereichen derzeit „bloß“ verbal-argumentativ zu beschreiben, weil (noch) keine ausgereifte quantitative Methodik verfügbar ist. Die Auswirkungen eines Regelungsvorhabens sind dann *maßgeblich*, wenn sie deutlich spürbar positiv oder negativ verändernd auf die einzelnen Sektoren/Systeme in den „verwundbaren“ Bereichen einwirken und deren Funktionsfähigkeit wesentlich beeinflussen. Für die qualitative Abschätzung sind die voraussichtlichen Folgen nach Schlüsselkriterien zu prüfen. Als solche wurden festgelegt: Ausmaß der Auswirkungen, deren Eintrittswahrscheinlichkeit und Zeitpunkt des Eintritts der Auswirkungen, Fortdauer, Umkehrbarkeit, Anpassungspotenzial zur Verminderung der Eintrittswahrscheinlichkeit, Verteilung und Zusammenwirken von klimatischen Auswirkungen, Bedeutung des betroffenen (verwundbaren) Systems.

### **Zu Prüfschritt 4: Alternativenprüfung**

Die Alternativenprüfung<sup>19</sup> in Prüfschritt 4 soll dann durchgeführt werden, wenn die vom Regelungsvorhaben ausgehenden Auswirkungen als maßgeblich eingeschätzt wurden. Dann sollte zumindest eine (Regelungs-)Alternative erwogen werden.

Alternativen<sup>20</sup> können sich hinsichtlich der betroffenen Prüfbereiche und der klimapolitischen Zielsetzungen geringfügig bis gar nicht unterscheiden, wohl aber hinsichtlich ihrer *maßgeblichen Auswirkungen* (Prüfschritt 3). Insbesondere dafür wurde eine eigene Tabelle erstellt (KVP-Tabelle 3).

Bei voraussichtlichen Unterschieden auf der Ebene der vorherigen Prüfschritte 1, 2 oder 3 ist vorgesehen, dass die entsprechenden Tabellen auch zur systematischen Abfrage der Alternativen herangezogen werden: Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn sich Alternativen hinsichtlich der betroffenen Prüfbereiche (KVP-Tabelle 1) und/oder der klimapolitischen Zielsetzungen (KVP-Tabelle 2) und/oder der Abschätzung der Maßgeblichkeit (KVP-Tabelle 2) deutlich vom ursprünglichen Regelungsvorhaben unterscheiden.

### **Zu Prüfschritt 5: Alternativauswahl**

Die Alternativauswahl<sup>21</sup> in Prüfschritt 5 (KVP-Tabelle 4) sieht – im Interesse einer nachvollziehbaren Entscheidung – eine Gegenüberstellung und integrative Gesamtbetrachtung aller Alternativen auf der Basis der bisherigen Prüfschritte vor. In Prüfschritt 5 sollen die einzelnen Ergebnisse aus Prüfschritt 4 (KVP-Tabelle 3) hinsichtlich der betroffenen Prüfbereiche, der beeinflussten klimapolitischen Zielsetzungen und der Maßgeblichkeit der Klimarelevanz einander gegenübergestellt werden. Voraussichtlich unvermeidbare negative Auswirkungen in einem der Prüfbereiche können durch etwaige *zusätzliche (Kompensations-)Maßnahmen (auch in einem anderen Bereich)* insgesamt Klimaneutralität bewirken.

Durch die integrative Gesamtbetrachtung soll die „klimafreundlichste“ Regelung erkannt bzw. erarbeitet und einem Regelungsentwurf zu Grunde gelegt werden:

Die „*klimafreundlichste*“ *Alternative* ist diejenige, von der die geringsten nachteiligen oder größten positiven Auswirkungen auf die Prüfaspekte Emissionen-Abschwächung sowie Klimawandel-Anpassung ausgehen. – Wenn als Gesamtergebnis nicht die „klimafreundlichste“ *Alternative* ausgewählt wird, sollen die Gesetzesmaterialien dafür eine Begründung aufweisen.

### **Abschließende Bemerkung**

Die verpflichtende Durchführung der Klimaverträglichkeitsprüfung ab Oktober 2008 stellt für die LegistInnen des Bundes zweifellos eine große Herausforderung dar. Umso wichtiger erscheint es daher, dass – wie im Ministerratsvortrag 61/34 ausgeführt ist – für die Einführungsphase von 12 Monaten die Unterstützung durch das Umweltbundesamt in Anspruch genommen werden kann, ohne dass den einzelnen Bundesministerien dafür ein zusätzlicher finanzieller Aufwand entsteht. Nach dieser Einführungsphase wäre meines Erachtens eine Evaluierung sinnvoll, ob sich die KVP „bewährt“ hat, welche Verbesserungsmöglichkeiten bei der KVP selbst vorgenommen bzw. welche Unterstützungsmöglichkeiten für die davon betroffenen LegistInnen ergänzt werden sollten.

## Anmerkungen

- 1 Näher zur Anpassung an den Klimawandel <http://www.umweltnet.at/article/archive/7098>. Vgl. dazu auch den Endbericht zu einer Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft: *Haas/Weisz/Balas/McCallum/Lexer/Pazdernik/Prutsch/Radunsky/Formayer/Kromp-Kolb/Schwarzl*, Identifikation von Handlungsempfehlungen zur Anpassung an den Klimawandel in Österreich, 1. Phase, 2008 (November 2008), <http://www.umweltnet.at/article/articleview/71921/1/7073/>.
- 2 Die im Rahmen des Kyoto-Protokolls beobachteten Treibhausgase sind: Kohlendioxid (dient als Referenzwert), Methan, Distickstoffoxid, teilhalogenierte und perfluorierte Fluorkohlenwasserstoffe und Schwefelhexafluorid.
- 3 Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen, BGBl. III Nr. 89/2005: Die vom Bundespräsidenten unterzeichnete und vom Bundeskanzler gegengezeichnete Ratifikationsurkunde wurde am 31. Mai 2002 beim Generalsekretär der Vereinten Nationen hinterlegt; das Protokoll ist gemäß seinem Art. 25 Abs. 1 mit 16. Februar 2005 in Kraft getreten.
- 4 Für nähere Informationen dazu siehe u. a. die Homepage des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft: <http://www.umweltnet.at/article/articleview/60339/1/1457>.
- 5 TOP 34 des 61. Ministerrates vom 10. 7. 2008, u. a. auf der BKA-Homepage öffentlich zugänglich unter dem Link: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=31808>.
- 6 Siehe das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 30. September 2008, GZ. BKA-600.824/0004-V/2/2008, <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=32097>.
- 7 Diese Arbeitsbehelfe wurden vom Bundeskanzleramt in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft und unter Berücksichtigung von methodischen Vorschlägen des Umweltbundesamtes erstellt. Der KVP-Leitfaden und die KVP-Tabellen sind u. a. auf der BKA-Homepage allgemein zugänglich: <http://www.bka.gv.at/site/5826/default.aspx>.
- 8 Siehe og. Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 30. September 2008.
- 9 (Gesetzes-)Evaluierungen können im Wesentlichen folgende Typen umfassen:
  - Wirksamkeitsanalysen: Empirisch abgestützte Aussagen, ob und inwieweit Maßnahmen die beabsichtigten Wirkungen in Gesellschaft, Wirtschaft, Umwelt usw. erzielen.
  - Vollzugsanalysen: Empirisch abgestützte Aussagen über den Vollzug (Outputs und/oder Impacts) staatlicher Maßnahmen
    - Inwieweit werden durch das Behördenhandeln die Output-Ziele erreicht? (z. B. *Bereitstellung* von Kinderkrippenplätzen)
    - Inwieweit werden durch das Verhalten der Normadressaten die Impactziele erreicht? (z. B. *Inanspruchnahme* von Kinderkrippenplätzen)
  - Wirtschaftlichkeitsprüfungen: Bewertung des Nutzens und der Kosten einer Maßnahme bzw. alternativer Maßnahmen
- 10 Vgl. *Böhret/Konzendorf*, Moderner Staat – Moderne Verwaltung, Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung 9.
- 11 Siehe zur Gesetzesfolgenabschätzung und zu verwandten Begriffen *Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst* (Hrsg.), Österreichisches Handbuch „Bessere Rechtsetzung“ (2008) 5 ff mit weiteren Nachweisen zur Literatur: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=31617>.
- 12 Siehe og. Rundschreiben, GZ. BKA-600.824/0004-V/2/2008, Pkt. 3. – Insgesamt ergibt sich damit für die Auswirkungen des Regelungsvorhabens folgende Gliederung:
  - Finanzielle Auswirkungen
  - Wirtschaftspolitische Auswirkungen
    - Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich
    - Auswirkungen auf die Verwaltungslasten für Unternehmen
    - gegebenenfalls: sonstige wirtschaftspolitische Auswirkungen
  - Auswirkungen in umweltpolitischer Hinsicht, insbesondere Klimaverträglichkeit
  - Auswirkungen in konsumentenschutzpolitischer sowie sozialer Hinsicht
  - Geschlechtsspezifische Auswirkungen
- 13 Zum KVP-Leitfaden und zu den KVP-Tabellen siehe FN 7 bzw. <http://www.bka.gv.at/site/5826/default.aspx>.
- 14 Näher KVP-Leitfaden, S. 8 f.
- 15 Die „Klimarelevanz“-Prüfung im Rahmen des *Prüfaspekts A. Abschwächung des Klimawandels/Reduktion von Treibhausgasemissionen* bezieht sich dabei auf die voraussichtlichen Auswirkungen auf die *sechs (energieintensiven und damit) „emissionsverdächtigen“ Bereiche*.

Die „Klimarelevanz“-Prüfung im Rahmen des Prüfaspekts *B. Anpassung an den Klimawandel* bezieht sich dabei auf die voraussichtlichen Folgen für die – gegenüber den Auswirkungen des Klimawandels – besonders „verwundbaren“ Prüfbereiche (z. B. Anstieg der Durchschnittstemperaturen, Veränderung der Niederschlagsverhältnisse, häufigere Extremereignisse etc.).

16 Näher KVP-Leitfaden, S. 10–14.

17 Näher KVP-Leitfaden, S. 15–19.

18 Ergibt die Folgenabschätzung, dass die Auswirkungen unter diesem Schwellenwert liegen, sind sie als „nicht maßgeblich“ einzustufen. Die KVP ist zu beenden.

19 Näher KVP-Leitfaden, S. 20 f.

20 Gemäß KVP-Leitfaden, S. 20, werden unter „Alternativen“ *Optionen oder Maßnahmen(bündel)* im Rahmen des angestrebten Regelungsziels verstanden, die eine *Reduktion der negativen bzw. einen Anstieg der positiven Auswirkungen* bewirken.

21 Näher KVP-Leitfaden, S. 22.

# Normen-Screening durch die Länder auf Grund der EU-Dienstleistungsrichtlinie

Von  
Paul SIEBERER



## I. Einleitung

Die bis spätestens 28. Dezember 2009 ins nationale Recht umzusetzende Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (im Folgenden: DL-RL) bringt für die Mitgliedstaaten mannigfaltige Verpflichtungen, die sich im Wesentlichen in vier große Schwerpunkte gliedern lassen<sup>1</sup>: Erstens haben sie sogenannte Einheitliche Ansprechpartner (EAP)<sup>2</sup> einzurichten, über die Dienstleistungserbringer alle Verfahren und Formalitäten abwickeln können müssen, die für die Aufnahme und Ausübung ihrer Dienstleistungstätigkeit erforderlich sind. Zweitens ist zu diesem Zweck die Möglichkeit einer vollständigen elektronischen Verfahrensführung zu gewährleisten.<sup>3</sup> Drittens muss die gesamte Rechtsordnung durchgesehen werden, um – grob gesprochen – Verwaltungschwierigkeiten für Dienstleistungserbringer ausfindig zu machen, sie zu prüfen und – nach Niederlassung einerseits und grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung andererseits getrennt – der Europäischen Kommission (EK) mit einer entsprechenden Rechtfertigung zu berichten oder sie aufzuheben bzw. den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben anzupassen (und darüber zu berichten). Viertens sind schließlich der Richtlinie entsprechende Rahmenbedingungen für die Verwaltungszusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten im Bereich der Dienstleistungserbringung zu schaffen.<sup>4</sup>

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der dritten Aufgabe der Mitgliedstaaten, dem so genannten Normen-Screening.

## II. Welche Vorschriften sind vom Normen-Screening der Länder umfasst?

### 1. Auch Gemeinderecht und Verordnungen des Landeshauptmannes in mittelbarer Bundesverwaltung?

Die Verpflichtung zur Umsetzung einer Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.<sup>5</sup> Wird sie nicht erfüllt, ist ausschließlich der Gesamtstaat bei einem Vertragsverletzungsverfahren passiv legitimiert.<sup>6</sup> Diese „Bundesstaatsblindheit“<sup>7</sup> der EU bedeutet aber nicht, dass der Bund allein zur Umsetzung sämtlichen EU-Rechts zuständig wäre; vielmehr kommt ihm nur dann eine Zuständigkeit zu, wenn ihm eine solche nach dem Inhalt des umzusetzenden Rechtsaktes durch die österreichische Verfassungsordnung eingeräumt ist. Gemäß Art. 23d Abs. 5 B-VG sind die Länder verpflichtet, Maßnahmen zu treffen, die in ihrem selbständigen Wirkungsbereich zur Durchführung von Rechtsakten im Rahmen der europäischen Integration erforderlich werden. Mit „selbständigem Wirkungsbereich“ sind nach hM Angelegenheiten angesprochen, die in der Gesetzgebung und/oder Vollziehung Landessache sind.<sup>8</sup> Da den Gemeinden bundesverfassungsrechtlich nicht ausdrücklich eine Verpflichtung zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher (Anpassungs- oder Berichts-)Pflichten auferlegt wird, könnte nun die These vertreten werden, dass von der Gemeinde erlassene Verordnungen je nach kompetenzrechtlichem Vollzugsbereich von den Ländern oder vom Bund im Sinn der DL-RL zu „screenen“

sind. Würde diese Sichtweise zutreffen, wäre die Hauptarbeit des Gemeinde-Screenings von den Ländern zu leisten.

Dagegen spricht aber zunächst ein aus Art. 23d Abs. 1 B-VG zu gewinnendes systematisches Argument: Danach hat der Bund die Länder über EU-Vorhaben, die ihren selbständigen Wirkungsbereich berühren oder sonst für sie von Interesse sein könnten, zu informieren und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Gleiches gilt – so diese Bestimmung weiter – für Gemeinden, soweit der eigene Wirkungsbereich oder sonstige wichtige Gemeindeinteressen berührt werden. Dass in Abs. 1 des Art. 23d B-VG der eigene Wirkungsbereich der Gemeinden neben dem selbständigen Wirkungsbereich der Länder erwähnt ist, weist in die Richtung – wenn auch logisch nicht zwingend –, dass der selbständige Wirkungsbereich der Länder im Sinn dieses Artikels den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden auch dann nicht umfasst, wenn es um eine nach der Kompetenzverteilung der Landesvollziehung zugeordnete Angelegenheit geht. Unter der Prämisse eines gleichen Begriffsverständnisses innerhalb desselben Artikels – in Abs. 5 des Art. 23d B-VG ist betreffend Umsetzungsverpflichtung lediglich vom selbständigen Wirkungsbereich der Länder, nicht aber von den Gemeinden die Rede – ist daher anzunehmen, dass im eigenen Wirkungsbereich erlassene Gemeindeverordnungen nicht von den Ländern zu screenen bzw. anzupassen sind.

Diese Annahme wird auch dadurch bestätigt, dass ansonsten ein massiver Eingriff in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden erfolgen würde, der ohne ausdrückliche verfassungsrechtliche Grundlage als unzulässig gelten muss. Denn es finden sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass etwa Art. 118 Abs. 4 B-VG durch Art. 23d Abs. 5 B-VG partiell verdrängt worden wäre. Dazu kommt noch folgende Überlegung: Der Zweck des Art. 23d Abs. 5 B-VG besteht darin, die vollständige Umsetzung von EU-Recht nicht am Unwillen bzw. der Säumigkeit eines Landes scheitern zu lassen, indem bei durch den EuGH oder durch das EuG festgestellter Säumigkeit eine vorläufige Kompetenzdevolution auf den Bund angeordnet wird.<sup>9</sup> Wenn man den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde nicht von Art. 23d Abs. 5 B-VG erfasst ansieht, führt dies nun nicht dazu, dass bei fehlendem Umsetzungshandeln einzelner Gemeinden keinerlei Handhabe bestünde, für eine gehörige Umsetzung zu sorgen und eine Verurteilung in einem Vertragsverletzungsverfahren abzuwenden. Denn in diesem Fall kann die bundesverfassungsrechtlich in Art. 119a Abs. 7 B-VG grundlegende Ersatzvornahme durch die Aufsichtsbehörde zum Tragen kommen, wenn entsprechende gesetzliche Grundlagen bestehen, die das Aufsichtsmittel der Ersatzvornahme auch für den Fall der nicht rechtzeitig erfolgenden Setzung eines gemeinschaftsrechtlich gebotenen Aktes durch die Gemeinde vorsehen.<sup>10</sup>

Vor einer Säumigkeit der Gemeinde ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 119a Abs. 6 B-VG keine Handlungspflicht des Landes (bzw. der Landesregierung), als Aufsichtsbehörde der DL-RL nicht entsprechende Gemeindeverordnungen des eigenen Wirkungsbereichs aufzuheben bzw. anzupassen. Eine solche Pflicht besteht nur bezüglich gesetzwidriger Verordnungen. Bei einer EU-Richtlinie handelt es sich aber um kein Gesetz<sup>11</sup> und judiziert auch der VfGH, dass Gemeinschaftsrecht kein Prüfungsmaßstab im Verfahren zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer Verordnung ist.<sup>12</sup> Jedenfalls im eige-

nen Wirkungsbereich von den Gemeinden erlassene Verordnungen sind daher auch von ihnen selbst zu screenen.

Was ist nun aber mit Verordnungen aus dem übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinden, was mit in mittelbarer Bundesverwaltung erlassenen Verordnungen des Landeshauptmannes? Trifft in diesen Fällen die Pflicht zum Screening angesichts des Wortlauts in Art. 23d Abs. 5 B-VG (selbständiger Wirkungsbereich) die nach der Kompetenzverteilung zur Vollziehung zuständige Gebietskörperschaft oder hat diejenige Gebietskörperschaft bzw. die ihr zugeordnete Stelle, die die betreffende Norm erlassen hat, auch für ihr Screening zu sorgen?

Um diese Fragen zu beantworten, ist abermals der Zweck des Art. 23d Abs. 5 B-VG in Erinnerung zu rufen: Dieser besteht darin, dem Bund mit der vorläufigen Devolution ein Mittel an die Hand zu geben, um als Gesamtstaat bei mangelnder Umsetzung von Gemeinschaftsrecht durch ein Bundesland Haftungsfolgen für die Republik abzuwenden. Diese vorläufige Devolution erst nach Feststellung einer Säumigkeit durch EuGH bzw. EuG und ohne Überwachungsrecht des Bundes (wie in Art. 16 Abs. 5 B-VG bezüglich anderer völkerrechtlicher Verträge) ist der konstitutiv-normative Gehalt des Art. 23d Abs. 5 B-VG.<sup>13</sup> Dass Art. 23d Abs. 5 B-VG auch die Aussage enthält, dass die Länder zu Umsetzungsmaßnahmen in ihrem selbständigen Wirkungsbereich verpflichtet sind, knüpft lediglich an eine bereits kraft Gemeinschaftsrecht bestehende Verpflichtung an. Der EuGH judiziert nämlich, dass schon auf Grund von Art. 10 EGV alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten zur Anwendung und Umsetzung des Gemeinschaftsrechts verpflichtet sind;<sup>14</sup> dies wurde etwa ausdrücklich auch in Bezug auf die Gemeinden so festgehalten.<sup>15</sup>

Wer zur Umsetzung – und in Bezug auf die DL-RL zur Durchführung des Screenings – zuständig ist, kann daher nicht aus Art. 23d Abs. 5 B-VG und seiner an der Kompetenzverteilung orientierten Formulierung („im selbständigen Wirkungsbereich“) abgeleitet werden. Vielmehr hat jeder Normsetzer selbst die von ihm gesetzte Norm – so er zu ihrer Erlassung nach wie vor zuständig ist – auf die Übereinstimmung mit der DL-RL zu prüfen, sie gegebenenfalls abzuändern und die Berichtspflichten zu erfüllen. Im übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinde erlassene Verordnungen sind daher vom Bürgermeister zu screenen (Art. 119 Abs. 2 B-VG), LH-Verordnungen in mittelbarer Bundesverwaltung vom LH, ministerielle Verordnungen gemäß Art. 11 Abs. 3 B-VG trotz Landesvollzugskompetenz vom zuständigen BM.

## **2. Zu den Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie im Rahmen des Landesrechts**

### *a) Keine Dienstleistung gemäß Art. 50 EGV oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Art. 2 Abs. 2 lit a DL-RL)*

Eine nähere Auseinandersetzung mit der Formulierung des Ausnahmetatbestandes in Art. 2 Abs. 2 lit. a DL-RL zeigt, dass damit lediglich ein Gleichklang mit dem Primärrecht insoweit bewirkt wird, als nicht vom Dienstleistungsbegriff im Sinn des Art. 50 EGV umfasste Tätigkeiten auch von der DL-RL ausgenommen bleiben sollen.<sup>16</sup> Nach

Art. 50 EGV sind Dienstleistungen im Sinn des EGV Leistungen mit einem transnationalen Element<sup>17</sup>, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und nicht den Vorschriften über andere Grundfreiheiten unterliegen, wobei demonstrativ gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten genannt werden. Um von der Dienstleistungsfreiheit profitieren zu können, ist demnach wesentlich, dass es sich um eine am Marktgeschehen als Teil des Wirtschaftslebens partizipierende selbständige Tätigkeit handelt<sup>18</sup>, wofür die Entgeltlichkeit, und zwar eine über die bloße Kostendeckung hinausgehende wirtschaftliche Gegenleistung<sup>19</sup>, ein entscheidendes Charakteristikum ist. Fehlt eine derartige Gegenleistung, ist die Dienstleistung als „nicht wirtschaftlich“ zu werten, sodass sie weder unter Art. 49 ff. EGV noch unter die DL-RL fällt. Wenn Art. 2 Abs. 2 lit. a DL-RL als weiteres Element des Ausnahmetatbestandes normiert, dass die (nicht wirtschaftliche) Dienstleistung von allgemeinem Interesse sein muss, d. h. dem Gemeinwohl dienen muss, so erscheint dies redundant, da schon bei fehlender Wirtschaftlichkeit der am Primärrecht orientierte Dienstleistungsbegriff nach der Definition im Art. 4 Z 1 DL-RL nicht erfüllt ist.

Welche landesrechtlich geregelten Tätigkeiten fallen nun anhand dieser Überlegungen aus dem Anwendungsbereich der DL-RL heraus und brauchen somit keinem Screening unterzogen zu werden?

Die Übernahme von Pfleglingen, die nach jugendwohlfahrtsrechtlichen Regelungen einer behördlichen Bewilligung bedarf, muss beispielsweise nicht nach den Vorgaben der DL-RL geprüft werden. Denn die Pflegschaft von Kindern ist keine marktorientierte Tätigkeit, zumal für sie auch lediglich ein sich aus Unterhaltskosten und Erziehungsaufwand zusammensetzender Aufwandsersatz<sup>20</sup> gebührt, sodass es am Erwerbzweck und somit am Dienstleistungscharakter der Tätigkeit fehlt.

Weiters ist zu überlegen, ob landwirtschaftliche Tätigkeiten von der DL-RL erfasste Dienstleistungen darstellen können. Dem ist grundsätzlich nicht so, da die landwirtschaftliche Produktion für sich genommen keine Dienstleistung darstellt, was schon die klare systematische Trennung im EGV zwischen Titel II („Die Landwirtschaft“) und Titel III („Die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitelverkehr) nahe legt.<sup>21</sup> Es wird daher davon ausgegangen, dass Regelungen, wie sie etwa im Salzburger Bienenwirtschaftsgesetz<sup>22</sup> enthalten sind, im Rahmen des Screenings unbeachtet bleiben können. Natürlich wäre es denkbar, dass einzelne in diesem Gesetz erwähnte Tätigkeiten, wie das Einfangen von Bienenschwärmen oder die Beförderung von Bienen, von (dienstleistenden) Dritten entgeltlich für den eigentlichen Bienenzüchter bzw. Imker wahrgenommen werden. Das Gesetz stellt aber auf derlei Konstruktionen nicht spezifisch ab. Ich vertrete die Auffassung, dass jedoch genau dies der Fall sein müsste, wenn man zu einer Anwendung der DL-RL gelangen wollte. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen zu bejahen ist die Anwendbarkeit der DL-RL demgegenüber im Bereich des Tierzuchtgesetzes, soweit damit die Tätigkeit von Besamungs- und Embryotransfertechnikern geregelt wird, zumal diese nicht selbst Produktions- bzw. Landwirtschaftsbetriebe führen, sondern für Landwirte (mit eigenem Erwerbzweck) tätig werden. Gleiches gilt für Züchtervereinigungen und Zuchtorganisationen, wobei jedoch in Rechnung zu stellen ist, dass die DL-RL gemäß ihrer eigenen Subsidiärerklärung in Art. 3 hinter ihr wider-

sprechendes spezielleres EU-Recht, welches insbesondere in diesem Bereich besteht, zurücktritt.<sup>23</sup> Anders wiederum verhält es sich beim Salzburger Gentechnik-Vorsorgegesetz, das eine Bewilligungspflicht für das Ausbringen von gentechnisch veränderten Organismen vorsieht.<sup>24</sup> Es geht nämlich aus den einschlägigen Bestimmungen klar hervor, dass die Bewilligung vom Grundstückseigentümer einzuholen ist.<sup>25</sup> Da gesetzlich somit nicht auf eine für diesen erbrachte Dienstleistung abgestellt wird – auch wenn es faktisch möglich ist, dass die Ausbringung nicht vom Eigentümer, sondern von einem Dritten für ihn durchgeführt wird – scheidet dieses Gesetz aus dem Screening-Prozess aus.<sup>26</sup> Nicht geteilt werden können jedoch Meinungen, die schon jeden losen Konnex zu landwirtschaftlichen Erzeugnissen ausreichen lassen, um für bestimmte Tätigkeiten, etwa betreffend Buschenschank, die mangelnde Anwendbarkeit der DL-RL zu behaupten. Bei diesem Beispiel geht es (hauptsächlich) um den Ausschank von Wein, Most und Saft durch Besitzer von Wein- und Obstgärten, soweit es sich um deren eigene Erzeugnisse handelt. Dies stellt zweifelsfrei eine richtlinienrelevante Dienstleistung dar.<sup>27</sup> Selbiges trifft nach der Rechtsprechung des EuGH auch auf eine Tätigkeit zu, die darin besteht, Dritten gegen Entgelt und unter bestimmten Voraussetzungen ein Gewässer zum Fischen zur Verfügung zu stellen.<sup>28</sup> Für die Einräumung einer Jagdmöglichkeit, sprich insbesondere für die Verpachtung, wird Analoges gelten müssen.

#### *b) Gesundheitsdienstleistungen (Art. 2 Abs. 2 lit. f DL-RL)*

Um als von der Anwendbarkeit der DL-RL ausgenommene Gesundheitsdienstleistung qualifiziert werden zu können, muss es sich um eine Dienstleistung handeln, die von Angehörigen eines Berufs im Gesundheitswesen gegenüber Patienten erbracht wird, um deren Gesundheitszustand zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen, wenn diese Tätigkeit in dem Mitgliedstaat, in dem sie erbracht wird, einem reglementierten Gesundheitsberuf vorbehalten ist.<sup>29</sup>

Fraglich könnte in Bezug auf diesen Ausnahmetatbestand sein, ob die dem Sprengelarzt vorbehaltene Durchführung der Totenbeschau von ihm erfasst ist. In jenen Bundesländern, nach deren einschlägigen Vorschriften der Sprengelarzt ein mit Dienstvertrag angestellter Gemeindebediensteter ist,<sup>30</sup> wird überhaupt keine Dienstleistung vorliegen, da es am Merkmal der Selbständigkeit der Tätigkeit mangelt. Ein Problem wäre in diesem Fall nur darin zu sehen, dass implizit eine selbständige Erbringung der betreffenden Tätigkeit überhaupt ausgeschlossen ist, was eine grundsätzlich unzulässige Anforderung im Sinn des Art. 16 Abs. 2 lit. d DL-RL darstellen könnte. Wird der Sprengel- bzw. Gemeindegärtler nach dem jeweiligen Gemeindegärtnerdienstgesetz jedoch im Rahmen eines Werkvertrages tätig,<sup>31</sup> fallen die betreffenden Vorschriften des Leichen- und Bestattungsgesetzes nur dann nicht unter die DL-RL, wenn die Ausnahme für Gesundheitsdienstleistungen greift. Ist ein (möglicherweise) Toter im Sinn der obigen Umschreibung ein Patient, dessen Gesundheitszustand es zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen gilt? Da es bei der Totenbeschau vor allem darum geht festzustellen, ob der Tod tatsächlich eingetreten ist, um – falls dies verneint wird – Rettungsmaßnahmen in Gang zu setzen, und bei bereits eingetretenem Tod auch die Entscheidung über Maßnahmen

der Hygienepolizei bzw. Seuchenprävention einen wesentlichen Zweck der Totenbeschau darstellt, wird sich die Subsumtion unter den Ausnahmetatbestand Gesundheitsdienstleistung begründen lassen. Eine Auseinandersetzung mit der ansonsten auftretenden Problematik der Pflicht des Sprengelarztes, eine Niederlassung im Sprengel zu haben,<sup>32</sup> und der rechtlich vorgegebenen Tarifstruktur<sup>33</sup> kann somit unterbleiben.

Ferner ist nach der Anwendbarkeit der DL-RL im Bereich des landesrechtlich zu regelnden Rettungswesens zu fragen. Nach dem Salzburger Rettungsgesetz<sup>34</sup> hat die Gemeinde den Hilfs- und Rettungsdienst auf dem Gemeindegebiet durch vertragliche Verpflichtung einer anerkannten Rettungsorganisation sicherzustellen, wobei als Voraussetzungen für eine solche Anerkennung u. a. ein Bedarf und der Sitz im Land Salzburg normiert werden; dies wäre – so die Anwendbarkeit der DL-RL zu bejahen ist – überaus problematisch.<sup>35</sup> Zwar könnte schon erwogen werden, die Wirtschaftlichkeit der von einer anerkannten Rettungsorganisation erbrachten Dienstleistung zu bestreiten, da neben einem Rettungsbeitrag der öffentlichen Hand lediglich ein Kostenbeitrag durch Gerettete vorgesehen ist, doch wird ohnedies die Ausnahme „Gesundheitsdienstleistung“ greifen: Die Tätigkeit als Rettungssanitäter setzt nämlich auf Grund der Salzburger Rettungsverordnung<sup>36</sup> eine Berechtigung nach dem Sanitätergesetz<sup>37</sup> voraus, sodass sie einem reglementierten<sup>38</sup> Gesundheitsberuf im Sinn der Definition der Gesundheitsdienstleistung vorbehalten ist.

Was das Krankenanstaltenrecht betrifft, ist festzuhalten, dass der bewilligungspflichtige Betrieb und die Errichtung von Krankenanstalten nicht einem reglementiertem Gesundheitsberuf vorbehalten sind. Auch mag es Anforderungen in den einschlägigen Gesetzen geben, die nicht an Ärzte, sondern an den Rechtsträger der Krankenanstalt gerichtet sind. Dennoch haben Vertreter der EK verlauten lassen, auch in diesem Zusammenhang „Gesundheitsdienstleistungen“ und somit eine Ausnahme von der DL-RL anzunehmen.<sup>39</sup> Dies wird dann auch für das Kuranstaltenrecht gelten müssen, da es in solchen Einrichtungen ebenso um die Wiederherstellung und insbesondere die Erhaltung der Gesundheit geht. Soweit sich pflegerechtliche Vorschriften auf Einrichtungen beziehen, in denen Angehörige eines reglementierten Gesundheitsberufs tätig sein müssen, wie etwa nach dem Salzburger Pflegegesetz betreffend Einrichtungen der Hauskrankenhilfe<sup>40</sup> oder Seniorenheime<sup>41</sup>, brauchen sie diesem Gedanken folgend ebenso wenig gescreent werden.

### *c) Verkehrsdienstleistungen (Art. 2 Abs. 2 lit. d DL-RL)*

Diese Ausnahme deckt nach ihrer ausdrücklichen Formulierung nur solche Verkehrsdienstleistungen ab, die unter Titel V des EG-Vertrages fallen. Nach Art. 80 Abs. 1 EGV gilt der Titel V für die Beförderung im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr und können durch Sekundärrecht auf Basis des Art. 80 Abs. 2 EGV Vorschriften für die Seeschifffahrt und die Luftfahrt erlassen werden. Dass nur grenzüberschreitende Verkehrsdienstleistungen erfasst wären, weil sich lediglich darauf die Kompetenz der Gemeinschaft nach Art. 71 EGV erstreckt,<sup>42</sup> kann nicht nachvollzogen werden und wird so auch von der EK nicht vertreten.

Nun ist in der Literatur umstritten, ob „Verkehr“ iSd EGV auch dann vorliegt, wenn andere als Beförderungszwecke verfolgt werden, etwa im Fall rein touristischer Vergnügungsfahrten.<sup>43</sup> In Bezug auf das Salzburger Fiakergesetz<sup>44</sup> dürfte diese Kontroverse aber irrelevant sein, weil sich das Gesetz auf die Beförderung von Personen durch Fuhrwerke gegen Entgelt bezieht, es also auf den – rein faktisch – ausschließlichen Tourismuszweck nicht abstellt. Das Fiakergesetz ist daher genauso wenig zu screenen wie die als Durchführungsverordnung zum Gelegenheitsverkehrs-Gesetz<sup>45</sup> ergangene Taxi-, Miet- und Gästewagen-Betriebsordnung<sup>46</sup>. Sehr wohl dem Screening zu unterziehen ist hingegen das Salzburger Motorschlittengesetz<sup>47</sup>, da es nur auf den Betrieb von Motorschlitten außerhalb von Straßen mit öffentlichem Verkehr Anwendung findet. Es geht daher nicht um eine Tätigkeit im Rahmen des vom Titel V des EGV erfassten Straßenverkehrs, sodass die Ausnahme in der DL-RL nicht greift.

Fraglich könnte sein, ob landesrechtliche Vorschriften betreffend die Überführung von Leichen und die Ausstattung von Leichenfahrzeugen von der Ausnahme „Verkehrsdienstleistung“ erfasst sind. Die EK sowie die Kommentarliteratur verneinen dies.<sup>48</sup> Einschlägige leichen- und bestattungsrechtliche Regelungen sind daher anhand der DL-RL zu untersuchen. Hingegen wird davon auszugehen sein, dass Flugrettungsgesetze<sup>49</sup> nicht zu screenen sind, da Krankentransporte nach dem Erwägungsgrund (EG) 21 unter den Ausnahmetatbestand fallen und auch luftfahrtrechtliche Regelungen vom Rat nach dem den Anwendungsbereich des Titel V absteckenden Art. 80 (Abs. 2) EGV erlassen wurden<sup>50</sup>, auf welchen Art. 2 Abs. 2 lit. d DL-RL Bezug nimmt.

#### *d) Audiovisuelle Dienste (Art. 2 Abs. 2 lit. g DL-RL)*

Diese Ausnahme erfasst die Bereitstellung von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, so etwa auch die Vorführung von Filmen in Kinos.<sup>51</sup> Veranstaltungsrechtliche Vorschriften über die Bewilligungspflicht von Filmvorführungen<sup>52</sup> oder über für solche zu verwendende Laufbildsicherheitsfilme<sup>53</sup> brauchen daher nicht gescreent zu werden. Gleiches gilt für im Jugendschutzrecht anzutreffende Bestimmungen über Verbote oder Beschränkungen von Film- und Videoaufführungen.<sup>54</sup> Das Kinos betreffende Veranstaltungsstättenrecht fällt aber nicht unter die Ausnahme.

#### *e) Glücksspiele/Wetten (Art. 2 Abs. 2 lit. h DL-RL)*

Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielcasinos und Wetten sind vom Anwendungsbereich der DL-RL ausgenommen. Glücksspiele sind solche, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Im Gegensatz dazu sind Geschicklichkeitsspiele, bei denen der Gewinn ganz oder zum Teil vom persönlichen Geschick des Spielers abhängt, keine Glücksspiele; ebenso wenig Spiele, bei denen kein materieller Gewinn oder lediglich ein Gewinn in Form einer weiteren Spielchance erzielt wird.<sup>55</sup>

Im Bereich der Spiele kommt dem Landesgesetzgeber im Rahmen des so genannten „Kleinen Glücksspiels“, das vom Glücksspielmonopol ausgenommen ist, sowie im Rahmen der vom Gewerberecht ausgenommenen „öffentlichen Belustigung“ eine Kompe-

tenz zu. Im Salzburger Landesrecht findet sich bloß im Veranstaltungsgesetz eine Bestimmung<sup>57</sup>, nach der das Aufstellen bzw. Betreiben von Geldspielautomaten, die verrohende Wirkung ausüben oder sittliches Empfinden erheblich verletzen, verboten ist. Da sie sowohl auf rein vom Zufall als auch auf von der Geschicklichkeit abhängige Spiele anwendbar ist, muss sie in das Screening Aufnahme finden. Was Wetten betrifft, kann der Landesgesetzgeber die Tätigkeiten der Buchmacher und Totalisateure regeln.<sup>58</sup> Beide Dienstleistungen, sprich sowohl der Abschluss von Wetten durch Buchmacher als auch deren Vermittlung durch Totalisateure, müssen vom Anwendungsbereich ausgenommen sein, da beide Tätigkeiten vom EuGH gleichermaßen als Wettdienstleistungen angesehen werden.<sup>59</sup>

*f) Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 2 Abs. 2 lit. i DL-RL)*

Hinsichtlich Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet die DL-RL keine Anwendung. Damit wird der Gleichklang mit dem Primärrecht hergestellt, denn nach Art. 55 EGV bzw. Art. 45 EGV gelten Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für derartige Tätigkeiten nicht. Bei der Auslegung des Tatbestandes „Ausübung öffentlicher Gewalt“ bestehen manche Unklarheiten, etwa ob es sich um einen autonomen gemeinschaftsrechtlichen Begriff oder aber um einen solchen handelt, der einen Rückgriff auf die nationale Rechtsordnung fordert, wofür die Beifügung der Wendung „in einem Mitgliedstaat“ im Art. 45 EGV sprechen könnte.<sup>60</sup> Klar scheint allerdings zu sein, dass öffentliche Gewalt dann gegeben ist, wenn ein Privater klassische hoheitliche Akte setzen darf. „Sonderrechte“, „Herrschaftsprivilege“ oder „Zwangsbefugnisse“, von denen der EuGH spricht,<sup>61</sup> sind jedenfalls die Erlassung von Bescheiden, Anhaltungs- und Abnahmerechte bzw. die Vornahme von enteignungsgleichen Beschlagnahmungen. Ob und inwieweit schlichthoheitliches Handeln unter Art. 45 EGV fällt, ist umstritten, wird von der hM aber verneint.<sup>62</sup> Entscheidend dürfte sein, ob hoheitliches Handeln den Erlass eines Verwaltungsaktes vorbereitet oder ob der Dienstleistende einen Vorgang mit einem behördlichen Akt bindenden Charakters abschließen kann;<sup>63</sup> ist Letzteres der Fall, greift Art. 45 und kommt die Dienstleistungsfreiheit nicht zum Tragen.

Nach dem Salzburger Landes-Wacheorganengesetz können nur österreichische Staatsbürger zu solchen Organen der öffentlichen Aufsicht bestellt werden, was für sich genommen eine gemeinschaftsrechtlich verpönte Diskriminierung wäre. Zwar wird ihnen in diesem Gesetz keine Kompetenz zur Vornahme von Hoheitsakten eingeräumt, doch geschieht dies in der Regel in den einschlägigen Materiengesetzen,<sup>64</sup> sodass kein Screening durchzuführen ist bzw. auch kein Widerspruch zum Primärrecht vorliegt.

Mangels gesetzlicher Befugnis zur Vornahme von Hoheitsakten üben hingegen Aufzugsprüfer nach dem Salzburger Baupolizeigesetz keine öffentliche Gewalt aus. Stellen sie Mängel fest und werden sie trotzdem nicht behoben, haben sie dies der Baubehörde bloß mitzuteilen, der die weiteren Schritte obliegen.<sup>65</sup> Ähnliches gilt für Rauchfangehalter nach der Salzburger Feuerpolizeiordnung<sup>66</sup> bzw. nach dem Salzburger Luftreinhalte-

gesetz für Heizungsanlagen.<sup>67</sup> Insoweit kommt die Ausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. i DL-RL daher nicht zum Tragen.

*g) Soziale Dienstleistungen (Art. 2 Abs. 2 lit. j DL-RL)*

Schließlich ist als Ausnahme vom Anwendungsbereich der DL-RL, die im Hinblick auf die Zuständigkeiten der Länder von Bedeutung ist, jene betreffend soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen zu nennen, die vom Staat, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden.

Das hat etwa zur Konsequenz, dass Regelungen betreffend Gemeindekindergärten nicht dem Screening zu unterziehen sind, da unstrittigerweise auch die Gemeinde als Gebietskörperschaft vom Begriff „Staat“ erfasst ist.<sup>68</sup> Klar muss aber auch sein, dass Vorschriften über Privatkinderergärten oder private, nicht vom Staat oder gemeinnützigen<sup>69</sup> Einrichtungen angebotene Tagesbetreuung von Kindern voll der DL-RL unterliegen. Wenn für derartige Dienstleistungen eine Bewilligung erforderlich ist und diese erteilt wird, bedeutet dies nicht, dass damit eine staatliche Beauftragung<sup>70</sup> vorliegt, die den Ausnahmetatbestand des Art. 2 Abs. 2 lit. j DL-RL erfüllt. Um eine „Beauftragung“ wird es nur dann gehen, wenn sie durch einen in ihrem Ermessen stehenden Willensakt der Behörde erfolgt, und nicht etwa bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung zur Erbringung der entsprechenden sozialen Dienstleistung besteht.

Demgegenüber kennt z. B. das Salzburger Behindertengesetz in Bezug auf Einrichtungen zur Eingliederungshilfe eine Beauftragung, wenn bestimmt wird, dass für diese Tätigkeit nur solche Rechtsträger in Anspruch genommen werden dürfen, mit denen das Land einen Vertrag über die Aufgabenstellungen, die dabei zu erbringenden Leistungen u. a. geschlossen hat.<sup>71</sup> Diese Regelung unterliegt daher nicht der DL-RL. Anders verhält es sich, wenn – wie nach der steirischen Rechtslage vorgesehen – nur für die Verrechnung mit dem Land ein Vertrag vonnöten ist, die für die Behindertenhilfeeinrichtung erforderliche Bewilligung aber dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht entgegenstehen, zu erteilen ist.<sup>72</sup> Die Letzteres vorsehende Genehmigungsregelung wird man dem Screening unterziehen müssen.

*h) Steuern (Art. 2 Abs. 3 DL-RL)*

Gemäß ihrem Art. 2 Abs. 3 gilt die DL-RL nicht für den Bereich der Steuern. Falls dieser Steuerbegriff auch Gebühren umfasst, spricht nach der österreichischen Finanzverfassung in Abgabenform gekleidete Entgelte für Dienstleistungen der öffentlichen Hand unter diese Ausnahme fallen<sup>73</sup>, könnte dem insoweit für den Landeskompetenzbereich Bedeutung zukommen, als etwa die in abfallwirtschafts-<sup>74</sup> und bestattungsrechtlichen<sup>75</sup> Bestimmungen (jeweils iVm mit dem FAG<sup>76</sup>) festgelegte Maximalhöhe von Müllabfuhr- bzw. Friedhofsgebühren nicht näher auf ihre Übereinstimmung mit der DL-RL hinterfragt werden müsste.<sup>77</sup>

Der Begriff der Steuern wird im Gemeinschaftsrecht nicht in einheitlicher Bedeutung verwendet.<sup>78</sup> Jedoch ist im hier maßgeblichen Zusammenhang von Bedeutung, dass der Ausnahmetatbestand der Richtlinie durch die einschlägige Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft motiviert ist, die sich ausschließlich in Art. 93 EGV findet.<sup>79</sup> Diese Bestimmung bezieht sich zwar nach hM auch auf Gebühren<sup>80</sup>, jedoch lediglich soweit es um indirekte Steuern geht, da Art. 93 EGV ausdrücklich nur auf deren Harmonisierung abstellt. Indirekte Steuern sind solche, bei denen Steuerschuldner und Steuerträger wegen der Überwälzung im Wege der Preisgestaltung nicht identisch sind.<sup>81</sup> Müllabfuhr- und Friedhofsgebühren werden vom Liegenschaftseigentümer bzw. vom Inhaber des Benützungsrechts an einer Grabstelle, also von den effektiv wirtschaftlich durch die Abgabe belasteten Personen, an die Gemeinde abgeführt, sodass es sich um direkte Steuern handelt. Die Ausnahme des Art. 2 Abs. 3 DL-RL kommt daher nicht zum Tragen. Werden Müllabfuhr- und Friedhofsgebühren von den Gemeinden nicht bloß kostendeckend festgelegt und handelt es sich daher um richtlinienrelevante Dienstleistungen<sup>82</sup>, wird ein diesbezügliches Screening – so es mehrere Anbieter und damit einen Wettbewerb gibt<sup>83</sup> – nicht unterbleiben können.<sup>84</sup>

Im Übrigen enthält die DL-RL selbst einzelne Vorgaben, die Auswirkungen auf Abgabenregelungen des nationalen Rechts haben können. So heißt es etwa in Art. 13 Abs. 2 DL-RL, dass Genehmigungsverfahren und -formalitäten weder abschreckend sein noch die Erbringung der Dienstleistung in unangemessener Weise erschweren dürfen und eventuelle dem Antragsteller mit dem Antrag entstehende Kosten vertretbar und zu den Kosten der Genehmigungsverfahren verhältnismäßig sein müssen sowie die Kosten der Verfahren nicht übersteigen dürfen. Eine ähnliche Aussage trifft auch EG 49 hinsichtlich der für die Tätigkeit des EAP einhebbaren Gebühr. Für Abgaben, die Kosten für von Dienstleistungserbringern zu durchlaufende Verwaltungsverfahren bedeuten<sup>85</sup>, ist die Ausnahme des Art. 2 Abs. 3 DL-RL daher unbeschadet ihrer Beschränkung auf indirekte Steuern iSd Art. 93 EGV ohnedies relativiert.

### III. Berichts- und Anpassungspflichten (Screening im engeren Sinn)

#### 1. Allgemeines

##### a) Überblick

Art. 39 DL-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten, in ihrer Rechtsordnung vorhandene Anforderungen an Dienstleistungserbringer in einem abgestuften System der EK zu berichten. Dabei sind zwei Arten von bis zum Ende der Umsetzungsfrist zu erfüllenden Berichtspflichten zu unterscheiden: Zum einen grundsätzlich<sup>86</sup> auf die Niederlassungsfreiheit bezogene, wobei es drei verschiedene Varianten gibt (Art. 39 Abs. 1 DL-RL): Erstens ist über die Existenz von Genehmigungsregelungen iSd Art. 9 DL-RL zu berichten, zweitens über zu prüfende Anforderungen iSd Art. 15 Abs. 2 DL-RL und drittens über multidisziplinäre Tätigkeiten iSd Art. 25 DL-RL. Zum anderen besteht eine Berichtspflicht, die sich auf die Dienstleistungsfreiheit bezieht (Art. 39 Abs. 4 iVm Art.

16 DL-RL): Demnach sind alle Anforderungen an grenzüberschreitende Dienstleistungserbringer der EK mitzuteilen.

Der Unterschied zwischen der niederlassungs- und der dienstleistungsbezogenen Berichtspflicht besteht nun nicht im Inhalt der gegenüber der EK zu erbringenden Information. Absolut unzulässige, sprich keiner Rechtfertigung zugängliche Anforderungen (Art. 14, 16 Abs. 1 DL-RL) brauchen weder im einen noch im anderen Bereich berichtet werden.<sup>87</sup> Auf Grund des Screening-Ergebnisses im Übrigen aufgehobene Regelungen, die vor dem Hintergrund der Vorgaben der DL-RL nicht haltbar erscheinen, müssen jedoch auch nur dann in einen Bericht Eingang finden, wenn es sich um zu prüfende Anforderungen iSd Art. 15 DL-RL handelt. Das Prüfschema für die Rechtfertigung stellt sich in beiden Systemen grundsätzlich gleich dar; es basiert auf der Gebhard-Formel des EuGH<sup>88</sup>, wonach nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EGV garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen zu erfüllen haben: Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.<sup>89</sup> Von diesem Schema besteht bei der Berichtspflicht betreffend Dienstleistungsfreiheit eine wesentliche Ausnahme darin, dass die zur Rechtfertigung herangezogenen zwingenden Gründe des Allgemeininteresses auf vier eingeschränkt sind: nämlich öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit, öffentliche Gesundheit und Schutz der Umwelt. Ein etwas speziellerer Rechtfertigungsraaster wird auch im Hinblick auf die – jedoch im Landesrecht sehr selten anzutreffenden – multidisziplinären Tätigkeiten anzunehmen sein. Bei so viel Gemeinsamkeiten zwischen niederlassungs- und dienstleistungsbezogenen Notifizierungspflichten ist nun doch auf den zentralen, nicht im Inhaltlichen gelegenen Unterschied hinzuweisen: Bei der Dienstleistungsfreiheit sind die Berichte in ein kontinuierliches, auf permanente Überwachung der einschlägigen mitgliedstaatlichen Beschränkungen angelegtes Evaluationsverfahren der EK eingebunden, während es sich im Rahmen der Niederlassungsfreiheit um „Einmalberichte“ handelt, deren Bewertungsprozess unter Einbindung der EK und sämtlicher Mitgliedstaaten spätestens mit dem Endbericht der EK am 28. 12. 2010 abgeschlossen sein wird.<sup>90</sup>

### *b) Anforderungen*

Der zentrale Begriff im Rahmen des Screenings ist die „Anforderung“, und zwar deshalb, weil Anforderungen an Dienstleistungserbringer – ganz allgemein gesprochen – den Gegenstand des Screenings bilden. So ist etwa auch eine Genehmigungsregelung bloß ein Unterfall der Anforderung, wie sich aus Art. 7 Abs. 1 lit. a DL-RL ergibt: In dieser Bestimmung ist von Anforderungen die Rede, die für im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates niedergelassene Dienstleistungserbringer gelten, insbesondere bezüglich der Verfahren und Formalitäten für die Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten. Aus dieser Formulierung geht klar hervor, dass „Anforderung“ ein Oberbegriff von „Verfahren und Formalitäten“ ist, zu denen angesichts der demonstrativen Umschrei-

bung dieses Begriffspaares in Art. 6 Abs. 1 lit. a DL-RL auch die Genehmigungsregelungen gehören. Die Auslegung des Anforderungsbegriffs ist daher von zentraler Bedeutung, weil damit der Umfang des Screenings und der mit den Prüf- und Berichtspflichten verbundene Arbeitsaufwand ganz wesentlich mitbestimmt werden.

Nach Art. 4 Z 7 DL-RL sind Anforderungen alle Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen, die in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten festgelegt sind oder sich aus der Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis, den Regeln von Berufsverbänden oder den kollektiven Regeln, die von Berufsvereinigungen oder sonstigen Berufsorganisationen in Ausübung ihrer Rechtsautonomie erlassen wurden, ergeben. Zur Reichweite des Anforderungsbegriffs gibt EG 9 Aufschluss: Demnach findet die DL-RL nur auf die Anforderungen für die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit Anwendung. Sie findet keine Anwendung auf Anforderungen wie Straßenverkehrsvorschriften, Vorschriften bezüglich der Stadtentwicklung oder der Bodennutzung, der Stadtplanung und der Raumordnung, Baunormen oder verwaltungsrechtliche Sanktionen, die wegen der Nichteinhaltung solcher Vorschriften verhängt werden, die nicht die Dienstleistungstätigkeit als solche regeln oder betreffen, sondern von Dienstleistungserbringern im Zuge der Ausübung ihrer Wirtschaftstätigkeit genauso beachtet werden müssen wie von Privatpersonen.

Die Frage nach der damit angesprochenen Sonderbetroffenheit von Dienstleistungserbringern als Abgrenzungskriterium für die Einbeziehung einer Norm in das Screening lässt sich in der Praxis indes oft gar nicht so einfach beantworten, zumal es Auffassungsunterschiede zwischen den Ländern und der EK gibt. Klar ist lediglich, dass nicht jede Regelung oder jeder Behördenakt, der im weitesten Sinn *conditio sine qua non* für eine Dienstleistungserbringung ist, wie etwa (um die Identität als Antragsteller nachzuweisen) die Ausstellung eines Reisepasses, als Anforderung dem Screening unterliegt. Klar ist auf der anderen Seite ebenso, dass Vorschriften nicht schon deshalb, weil sie etwa von der Bezeichnung des entsprechenden Gesetzes zu den Baunormen gehören und diese als Beispiel für mangelnde Sonderbetroffenheit in EG 9 erwähnt sind, ohne weitere Überlegungen aus dem Screening herausfallen.<sup>91</sup>

Nicht mehr ganz eindeutig ist hingegen die Frage, ob vom Screening nur tätigkeits- oder etwa auch anlagenbezogene Regelungen erfasst sind. Doch braucht es für die Ausübung einer Vielzahl von Dienstleistungstätigkeiten zwingend eine entsprechende, mitunter als Anlage zu qualifizierende Sachausstattung. Wenn man nun davon ausginge, dass in solchen Fällen Anlagenbestimmungen nicht erfasst wären, wäre es ein leichtes, die Liberalisierungsabsicht, die hinter der DL-RL steht, über das Anlagenrecht zu konterkarieren. Auch dieses muss daher, so es sich auf die Dienstleistungserbringung bezieht, dem Screening unterzogen werden.<sup>92</sup>

Die Kontroverse in Rahmen der Umsetzung der DL-RL entzündet sich nun hauptsächlich an der Frage, wie ausgeprägt dieser angesprochene Bezug einer Norm zur Dienstleistungserbringung sein muss, um dem Screening zu unterliegen. Muss sich schon die Textierung der Norm auf Dienstleister beziehen oder reicht es, wenn diese faktisch betroffen sind? Wenn letzteres zuträfe, müssen sie wenigstens überwiegend, d. h. mehr als

Nicht-Dienstleister, betroffen sein? Die bisher eingehendste Studie<sup>93</sup> zu diesem Problemkreis deckt sich vollinhaltlich mit der unter den Ländern konsentierten Vorgehensweise: Demnach ist eine Norm nur dann zu screenen, wenn sie nach ihrer Textierung Modalitäten der Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit einschließlich Errichtung und Betrieb entsprechender Anlagen betrifft und der Adressatenkreis ausschließlich oder überwiegend aus Dienstleistungserbringern besteht.

Das bedeutet nun: Wenn eine Vorschrift beispielsweise dahingehend lautet, dass für Bauten einer bestimmten Größe eine Baubewilligung erforderlich ist, dann fehlt die Sonderbetroffenheit im dargestellten Sinn. Die Vorschrift braucht nicht gescreent zu werden. Lautet die Norm aber nun so, dass für Gewerbebauten bestimmter Art eine Baubewilligung erforderlich ist, dann ist der im Text der Norm grundlegende Adressatenkreis klar, die Sonderbetroffenheit gegeben und die Norm daher zu screenen. Oder – um ein konkretes Beispiel aus dem Salzburger Landesrecht zu nennen: Die naturschutzrechtliche Bewilligungspflicht für die Gewinnung von Bodenschätzen unterliegt keiner Prüfpflicht der DL-RL, weil in dieser Tätigkeit als Urproduktion keine Dienstleistung gesehen wird und daher auch keine Sonderbetroffenheit vorliegen kann. Anders verhält es sich mit der ebenfalls nach Naturschutzrecht erforderlichen Genehmigung für die Errichtung von Golf- oder Campingplätzen, da deren Betrieb für die Nutzer sehr wohl eine Dienstleistung darstellt.

Es wird davon ausgegangen, dass nur diese Sichtweise – und keine, die einen noch weiteren Anwendungsbereich der DL-RL bedeutete – gemeinschaftsrechtlich korrekt ist, da ansonsten auch Normen von der Umsetzung bzw. vom einen Teil der Umsetzung darstellenden Screening erfasst wären, die ganz allgemein formuliert sind und genauso auf Nicht-Dienstleister Anwendung finden können. Letztere insoweit zu erfassen, erscheint aber die EU nicht kompetent.<sup>94</sup> Ein weiter interpretierter Anforderungsbegriff würde daher der DL-RL Primärrechtswidrigkeit unterstellen, wovon nach allgemeiner Auslegungsmethodik Abstand zu nehmen ist.<sup>95</sup> Natürlich wird nicht verkannt, dass mit der vorgeschlagenen Lösung auch Verwerfungen insoweit bewirkt werden, als etwa ein nach allgemeinem Baurecht durchzuführendes Bauverfahren nicht unter die DL-RL fällt und auch nicht über den EAP abwickelbar gestaltet werden muss, was den EAP stark entwerten könnte. Dieser Problematik ist aber leicht dadurch beizukommen, dass trotz fehlender EU-rechtlicher Verpflichtung für sämtliche Verfahren, die im Bezug auf Dienstleistungserbringer durchzuführen sind, durch die nationale Gesetzgebung der Weg über den EAP eröffnet wird.

### *c) Abgrenzung Niederlassungsfreiheit – Dienstleistungsfreiheit*

Die Unterscheidung zwischen den beiden Grundfreiheiten ist im Rahmen der DL-RL insbesondere deshalb von besonderer Bedeutung, weil im Bereich der Dienstleistungsfreiheit sämtliche Anforderungen zu prüfen und zu berichten sind (Art. 16 DL-RL), im Bereich der Niederlassungsfreiheit hingegen nur bestimmte (Art. 14, 15 DL-RL). Anforderungen an grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung können nur aus vier taxativ<sup>96</sup> aufgezählten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden,

während für die Rechtfertigung von Anforderungen an niederlassungswillige Dienstleistungserbringer der umfassende Katalog öffentlicher Interessen in Art. 4 Z 8 DL-RL zur Verfügung steht.

Eine allgemein gültige Abgrenzungsformel wurde vom EuGH bislang nicht entwickelt. Wesentlich erscheint aber, dass es eine Integration in das Wirtschaftsleben eines Staates braucht und dort auch Kundenwerbung auf Grund eines professionellen Sitzes betrieben werden muss, um im betreffenden Mitgliedstaat von einer Niederlassung sprechen zu können.<sup>97</sup> Auch wenn das Vorhandensein einer Infrastruktur vor Ort nicht reicht, um auf eine Niederlassung zu schließen (sie ist auch einem grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringer zuzugestehen)<sup>98</sup>, wird bis auf wenige Ausnahmen – etwa im Veranstaltungsrecht – davon auszugehen sein, dass alle auf ortsfeste Einrichtungen, sprich Anlagen, bezogenen landesrechtlichen Regelungen nach den Vorschriften der DL-RL über die Niederlassungsfreiheit zu behandeln bzw. zu screenen sind, was das Berichten jeder einzelnen Anforderung erspart. Viele Tätigkeitstatbestände sind nun aber so formuliert, dass sie sowohl von Niedergelassenen als auch von bloß grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringern erfüllt werden können (etwa betreffend Tagesbetreuung von Kindern; bei Kindergärten liegt nach dem Gesagten eindeutig eine Niederlassung vor).<sup>99</sup> Wenn sich die Situation so darstellt, dass eine Anforderung nach den Regeln der DL-RL bezüglich Niederlassungsfreiheit aufrecht erhalten werden könnte, nach jenen über die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung aber nicht, so muss nicht die gesamte Norm ersatzlos aufgehoben werden, sondern lässt sich das Problem dadurch lösen, dass der Tatbestand gesplittet wird bzw. neu – nur auf Niederlassung bezogen – umformuliert wird.

## 2. Genehmigungsregelungen im Bereich Niederlassungsfreiheit

Gemäß Art. 39 Abs. 1 lit. a iVm Art. 9 Abs. 2 DL-RL ist im Rahmen der Niederlassungsfreiheit lediglich die Existenz von Genehmigungsregelungen zu berichten, nicht jedoch über deren Voraussetzungen.<sup>100</sup> Genehmigungsregelungen sind alle Vorschriften, die einen Dienstleistungserbringer oder -empfänger verpflichten, bei der zuständigen Behörde eine förmliche oder stillschweigende (in einer Nicht-Untersagung bestehende) Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit zu erwirken (vgl. Art. 4 Z 6 DL-RL). Dazu gehören auch Anzeigepflichten, falls die Ausübung der Tätigkeit ohne oder vor der Anzeige rechtswidrig ist.<sup>101</sup> Auszugehen ist aber davon, dass bei einem positiven Tun der Behörde nur Verwaltungsverfahren, sprich auf eine behördliche (Individual-)Entscheidung gerichtete Ansuchen, die in einen Bescheid münden, erfasst sind;<sup>102</sup> nicht hingegen Verfahren, die mit der Erlassung einer Verordnung enden, wie etwa die Festlegung, dass die Verwendung einer bestimmten Fläche für Handelsgroßbetriebe vom Standpunkt der überörtlichen Raumordnung zulässig ist.<sup>103</sup>

Einschlägige berichtspflichtige Genehmigungsregelungen finden sich im Landesrecht naturgemäß viele, von Bordellbewilligungen über die Anzeige privater land- und forstwirtschaftlicher Schulen bis hin zur Genehmigung von Leichenhallen.<sup>104</sup> Ob diese auch alle gerechtfertigt werden können, ist bis dato unklar. Weniger schwierig dürfte es sein,

einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses zu finden, auf den man die betreffende Regelung stützt<sup>105</sup>, als die Erforderlich bzw. Verhältnismäßigkeit entsprechend zu begründen, spricht hinreichend darzutun, warum eine schlichte Anzeigepflicht (d. h. ohne dass die Tätigkeit vorher unzulässig wäre) mit begleitenden Kontrollmaßnahmen nicht genauso gut den angestrebten Zweck erfüllt. Hier könnte dahingehend argumentiert werden, dass bei einer schlichten Anzeigepflicht die Tätigkeit zwar einerseits sofort, also unabhängig von der Anzeige begonnen werden darf, was zweifelsfrei eine Erleichterung darstellt, dass aber andererseits mit einer förmlichen oder zumindest stillschweigenden Genehmigung eine Legalisierungswirkung und Bestandskraft der Entscheidung bewirkt wird, die für den Dienstleistungserbringer wiederum ein Vorteil sein kann, vor allem wenn man ins Kalkül zieht, dass laufende Kontrollmaßnahmen nach einer schlichten Anzeige eine größere Behinderung der Tätigkeit bedeuten können als eine einmalige Vorabkontrolle.<sup>106</sup>

Hinzuweisen ist noch darauf, dass Art. 9 Abs. 3 DL-RL eine von Art. 3 DL-RL abweichende Derogationsregel enthält. Während nach Art. 3 DL-RL spezielles Gemeinschaftsrecht nur dann die DL-RL verdrängt, wenn bzw. soweit zwischen beiden Rechtsakten ein Widerspruch besteht, reicht es für das Zurücktreten einer entsprechenden Bestimmung des Abschnittes der DL-RL über Genehmigungen, wenn der durch sie geregelte Aspekt im speziellen Rechtsakt eine Regelung findet. Ob das aber bedeutet, dass eine Genehmigungsregelung der Rechtfertigungspflicht des Art. 9 DL-RL zur Gänze entzogen ist, wenn vor der Niederlassung in einem Bewilligungsverfahren auch die Anerkennung von im Herkunftsstaat erlangten Ausbildungsnachweisen geprüft wird und die Berufsqualifikationsrichtlinie eine solche Vorabprüfung zulässt<sup>107</sup>, erscheint fraglich. Es könnte die These vertreten werden, dass somit in einem speziellen Rechtsakt der Genehmigungsaspekt an sich enthalten ist und die Existenz der Genehmigungsregelung als solche nicht mehr nach der DL-RL hinterfragt werden muss, auch wenn neben der Berufsqualifikation noch eine Reihe anderer Genehmigungsvoraussetzungen – für die dann jeweils zumindest die Art. 10–13 DL-RL zur Anwendung kämen<sup>108</sup> – bestehen. Es darf aber nicht verkannt werden, dass zusätzlich zur Berufsqualifikation bestehende Genehmigungsvoraussetzungen das Verfahren verkomplizieren, und dadurch die Wartezeit des Antragstellers bis zur Erlassung der Entscheidung und der Zulässigkeit der Tätigkeitsaufnahme verlängert werden kann. Dem Willen des Richtliniengebers scheint es daher eher zu entsprechen, Genehmigungsregelungen nur dann aus der Berichtspflicht nach Art. 9 DL-RL herauszunehmen, wenn es bei der Genehmigung ausschließlich um die Berufsqualifikation im Sinn der Richtlinie 2005/36/EG geht.

### **3. Unzulässige Anforderungen im Bereich Niederlassungsfreiheit**

Art. 14 DL-RL zählt eine Reihe von absolut unzulässigen Anforderungen auf, die keiner Rechtfertigung zugänglich sind. Enthält das Landesrecht derartige Anforderungen, sind sie aufzuheben, wobei darüber aber nicht berichtet zu werden braucht.

Nach Art. 14 Z 1 DL-RL unzulässig sind diskriminierende Anforderungen, die direkt oder indirekt auf der Staatsangehörigkeit oder – für Unternehmen – dem satzungs-

mäßigen Sitz beruhen. Auf Grund dieser Bestimmung werden voraussichtlich folgende Vorschriften des Salzburger Landesrechts aufzuheben sein: § 40 Abs. 2 Landeselektrizitätsgesetz (LEG)<sup>109</sup>, weil ein Hauptwohnsitz bzw. Sitz im Inland für Bilanzgruppenverantwortliche gefordert wird, § 40c Abs. 3 Z 5 und Z 7 LEG, wonach mindestens ein Vorstand des Bilanzgruppenkoordinator-Unternehmens den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in Österreich haben muss sowie dessen Sitz und Hauptverwaltung im Inland sein müssen; ferner § 5 Abs. 1 lit. b Bergführergesetz<sup>110</sup>, demzufolge die Bergführerbewilligung nur einer Person mit Hauptwohnsitz im Land Salzburg erteilt werden kann (aus gleichem Grund wird § 18b Abs. 1 lit. b leg. cit. betreffend Wanderbegleiter entfallen müssen); § 36 Abs. 2 lit. d Bauproduktengesetz<sup>111</sup>: zur Ausstellung von Übereinstimmungszeugnissen ermächtigte Stellen müssen ihren Sitz im Land Salzburg haben; sowie letztlich § 13 Abs. 1 Höhlengesetz<sup>112</sup>, der die Dienstleistungstätigkeit als Höhlenführer österreichischen Staatsbürgern vorbehält.

In jenen Bundesländern, die eigene Buschenschankgesetze erlassen haben<sup>113</sup>, ergibt sich eine besondere Problematik im Hinblick auf einen allfälligen Verstoß gegen den Diskriminierungstatbestand des Art. 14 Z 1 DL-RL. Nach diesen Gesetzen sind nämlich grundsätzlich<sup>114</sup> nur Besitzer von im jeweiligen Bundesland gelegenen Wein- und Obstgärten berechtigt, Getränke aus eigener Produktion im Rahmen eines so genannten Buschenschankes anzubieten. Wenn nun etwa ein Weinbauer aus Slowenien in Kärnten einen entsprechenden Ausschankbetrieb eröffnen möchte, in dem er Produkte aus seinem in Slowenien gelegenen Weingarten anbietet, dann scheidet dies am entsprechenden Landesgesetz. Das besondere Problem besteht nun darin, dass der Landesgesetzgeber nicht kompetent ist, die Buschenschankregelungen für derartige Anbieter zu öffnen. Merkmal des einschlägigen Kompetenzinhalts ist es nämlich, dass es nur um das Anbieten von Produkten aus im betreffenden Bundesland gelegenen Anbauflächen geht.<sup>115</sup> Die damit bewirkte Diskriminierung von EU-Ausländern<sup>116</sup> könnte prima vista nur dadurch beseitigt werden, dass die Buschenschankgesetze zur Gänze aufgehoben werden.<sup>117</sup> Dies ist aber deshalb nicht erforderlich, da es im geschilderten Fall, bei dem ein Weingartenbesitzer aus einem anderen Mitgliedstaat in einem österreichischen Bundesland einen Buschenschank betreiben möchte, nicht um Buschenschank im Sinn der Kompetenzverteilung geht, sondern vielmehr auf solche Sachverhalte die Gewerbeordnung anstelle der einschlägigen Landesgesetze anwendbar ist.<sup>118</sup>

Für die weiteren Tatbestände des Art. 14 DL-RL sollen sich die Beispiele auf das Salzburger Landesrecht beschränken. Während sich für Anforderungen iSd Art. 14 Z 2 (Verbot der Errichtung von Niederlassungen in mehr als einem Mitgliedstaat), iSd Art. 14 Z 3 (Beschränkung der Wahlfreiheit zwischen Haupt- und Zweigniederlassung), Art. 14 Z 4 (Gegenseitigkeitserfordernis) und Art. 14 Z 5 (wirtschaftliche Überprüfung im Einzelfall) keine Beispiele finden, wird Art. 14 Z 6 dazu führen, dass das Anhörungsrecht von Berufsverbänden bei der Erteilung von Einzelgenehmigungen aufgehoben werden muss<sup>119</sup>, und zwar betreffend die Anhörung des Berufs-Schi- und Snowboardlehrerverbandes vor der Erteilung der Schischulbewilligung<sup>120</sup>, des Bergführerverbandes vor Erteilung der Bergführerbewilligung<sup>121</sup>, der gesetzlichen beruflichen Vertretung der Tanzleh-

rer vor Erteilung der Tanzschulbewilligung<sup>122</sup> sowie der Wirtschaftskammer und der Arbeiterkammer vor Erteilung von veranstaltungsrechtlichen Bewilligungen<sup>123</sup>.

Auch wegen Widerspruchs zu Art. 14 Z 7 wird eine Bestimmung des Salzburger Landesrechts nicht aufrecht erhalten werden können, nämlich § 8 Abs. 2 Veranstaltungsgesetz, wo angeordnet wird, dass eine – grundsätzlich zulässige – Sicherstellung bei einer – und dies ist unzulässig – inländischen Bank erfolgen muss. Für Art. 14 Z 8 (Pflicht zur vorherigen Tätigkeit oder Registereintragung im Staat der beabsichtigten Niederlassung) finden sich keine Beispiele.

#### 4. Zu prüfende Anforderungen im Bereich Niederlassungsfreiheit

Art. 15 Abs. 2 DL-RL enthält eine Liste von Anforderungstypen, die auf ihre nichtdiskriminierende Wirkung, die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu prüfen sind und der EK jedenfalls zu berichten sind, gleich ob sie aufgehoben werden oder – dann mit entsprechender Rechtfertigung – bestehen bleiben sollen.<sup>124</sup>

Zunächst werden mengenmäßige oder territoriale Beschränkungen als zu prüfende Anforderungen genannt. Deren Wesensmerkmal besteht nach dem Handbuch der EK darin, die Zahl der Anbieter einzugrenzen, sei es dadurch, dass überhaupt nur eine bestimmte Anzahl von Erbringern einer bestimmten Dienstleistung zulässig ist, oder sei es, dass durch einen geographischen Mindestabstand zwischen zwei Dienstleistungserbringern dieser Zweck verfolgt wird.<sup>125</sup> Nicht erfasst sind damit etwa Regelungen über das Höchstausmaß von Gruppenteilnehmern am Schiunterricht oder an der Kinderbetreuung, ebenso wenig Vorgaben durch Flächenwidmungspläne (etwa dass nur im Gewerbegebiet Gewerbebetriebe errichtet werden dürfen). Dies muss auch für die Festlegung der höchstzulässigen Gesamtverkaufsfläche bei der Ausweisung von Gebieten mit Handelsgroßbetrieben gelten. Zwar handelt es sich dabei zweifelsfrei um eine Regelung, die Dienstleistungserbringer besonders bzw. ausschließlich betrifft,<sup>126</sup> doch kommt sie denkmöglich nur bei Niederlassungen zum Tragen und stellt sie eben in diesem Bereich keine zu prüfende Anforderung dar. Auch § 3 Abs. 6 Sbg. Tierzuchtgesetz 2009<sup>127</sup> fällt nicht unter Art. 15 Abs. 2 lit. a DL-RL: Durch die in dieser Bestimmung erfolgende verpflichtende Festlegung eines Mindestumfangs für den räumlichen Tätigkeitsbereich einer Züchtervereinigung soll verhindert werden, dass eine Züchtervereinigung ihre Tätigkeit auf „Gunstlagen“, die besonders einfach zu betreuen sind und/oder besonders attraktive Züchter aufweisen, beschränkt und weniger begünstigte Gebiete Gefahr laufen, züchterisch nicht (mehr) ausreichend betreut zu werden. Die mögliche Zahl von Züchtervereinigungen wird dadurch aber nicht beschränkt.

Eine zu prüfende Anforderung stellt es weiters dar, wenn Dienstleistungserbringer verpflichtet werden, eine bestimmte Rechtsform zu wählen. Eine derartige Anforderung sieht etwa § 7 Abs. 1 Sbg. Schi- und Snowboardschulgesetz<sup>128</sup> vor, wenn bestimmt wird, dass Schischulbewilligungen nur natürlichen Personen erteilt werden dürfen, da somit die Form der juristischen Person nicht gewählt werden kann; weiters § 24 Abs. 2 Sbg. Leichen- und Bestattungsgesetz<sup>129</sup>, wo der Betrieb von Bestattungsanlagen Gemeinden, gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften sowie statutenmäßig dazu

berufenen Vereinen vorbehalten wird. Ob diese Bestimmungen einer Rechtfertigung zugänglich sind, erscheint fraglich.

Zu prüfende Anforderungen im Hinblick auf die Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen (Art. 15 Abs. 2 lit. c DL-RL; etwa betreffend Mindestkapitalausstattung<sup>130</sup>) wurden im Salzburger Landesrecht nicht aufgefunden.

Wenn die Aufnahme einer Dienstleistungstätigkeit auf Grund ihrer Besonderheit auf bestimmte Dienstleistungserbringer beschränkt ist und dies nicht wegen einer erforderlichen Berufsqualifikation geschieht – so wird die etwas verunglückte Textierung des Art. 15 Abs. 2 lit. d DL-RL wohl auszulegen sein –, dann ist die entsprechende Anforderung ebenfalls zu prüfen. Nach § 17 Abs. 1 Sbg. Tierzuchtgesetz 2009 ist z. B. die Übertragung von Embryonen zur Berufsausübung berechtigten Tierärzten und Embryotransfertechnikern vorbehalten. Da es sich dabei aber um unter die Richtlinie 2005/36/EG fallende reglementierte Berufe handelt, braucht kein Screening nach Art. 15 DL-RL zu erfolgen. Berufsgruppenvorbehalte stehen wie beim gezeigten Beispiel zumeist im Zusammenhang mit der von diesen Gruppen mitgebrachten Berufsqualifikation, die für eine Tätigkeit erforderlich ist, sodass dem gegenständlichen Anforderungstatbestand kaum Bedeutung zukommen wird.

Zu prüfen ist weiters das Verbot, in ein und demselben Mitgliedstaat mehrere Niederlassungen zu haben. Ein solches Verbot kennt z. B. § 7 Abs. 1 lit. e Sbg. Schi- und Snowboardschulgesetz, wenn normiert wird, dass die Erteilung mehrerer Schischulbewilligungen an eine Person unzulässig ist. Angesichts entsprechender Judikatur des EuGH<sup>131</sup> zu Fahrschulen wird hier eine Rechtfertigung kaum möglich sein.

Anforderungen, die eine Mindestbeschäftigtenanzahl verlangen, müssen ebenfalls untersucht werden. Als Beispiel für eine derartige Anforderung wurde § 16 Sbg. Tagesbetreuungs-Verordnung<sup>132</sup> aufgefunden, der die Mindestzahl von Betreuungspersonen von Kindergruppen regelt. Diese Regelung erscheint zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Kinderbetreuung zwingend erforderlich.

Die Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer ist als nächstes in der Liste der zu prüfenden Anforderungen in Art. 15 Abs. 2 DL-RL aufgeführt. Davon sind auch punktgenaue Preisfestsetzungen erfasst.<sup>133</sup>

Als einschlägig erweisen sich hier insbesondere in Verordnungen des Landeshauptmannes festgelegte Preise, so betreffend Hausbesorgerentgelt, Kehrtarif und Tierkörperbeseitigung. Wie die Rechtfertigung für diesen Bereich aufgebaut wird, wurde bis dato nicht geklärt.

Letztlich liegt eine zu prüfende Anforderung darin, wenn Dienstleistungserbringer verpflichtet werden, zusammen mit ihrer Dienstleistung bestimmte andere Dienstleistungen zu erbringen. So müssen nach § 17 Abs. 2 Sbg. Bauproduktgesetz<sup>134</sup> Überwachungsstellen, die Stichproben ziehen, auch als Prüfstelle akkreditiert sein.

## 5. Anforderungen im Bereich Dienstleistungsfreiheit

Jede Anforderung, d. h. jede Dienstleistungserbringer besonders betreffende Beschränkung, die geeignet ist, die Dienstleistungserbringung weniger attraktiv zu machen oder

zu erschweren<sup>135</sup>, ist nach Art. 16 DL-RL zu prüfen und der EK zu berichten. Wenn die Rechtfertigung nicht gelingt, zwingt die DL-RL nicht dazu, die die Anforderung enthaltende Norm aufzuheben, sondern würde es reichen, sie auf Sachverhalte der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung nicht anzuwenden.<sup>136</sup> Fälle der Dienstleistungserbringung ohne jeden Auslandsbezug wären dann aber benachteiligt, sodass eine Aufhebung zwecks Hintanhaltung einer wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz verfassungsrechtlich verpönten Inländerdiskriminierung dennoch vorzunehmen sein wird.<sup>137</sup>

Art. 16, der die zentrale materielle Bestimmung der DL-RL schlechthin darstellt, ist legislativ missglückt, zumal wesentliche Fragen unklar bleiben: Einhelligkeit besteht noch insoweit, als Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit oder des Satzungssitzes absolut unzulässig und somit keiner Rechtfertigung zugänglich sind.<sup>138</sup> Als landesrechtliches Beispiel für eine solche diskriminierende, sich ausdrücklich auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung und nicht auch auf Niederlassungsfälle beziehende Anforderung ist etwa § 3 Abs. 2 lit. f vierter Spiegelstrich Salzburger Schi- und Snowboardschulgesetz zu erwähnen, wonach Schiunterricht in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit nur außerhalb von Salzburg aufgenommenen Schülern erteilt werden darf.<sup>139</sup>

Strittig ist, ob die in Abs. 2 aufgezählten Typen ebenfalls in diese Kategorie der jedenfalls unzulässigen Anforderungen fallen oder aber nach Maßgabe des Abs. 3 gerechtfertigt werden können.<sup>140</sup> Die EK vertritt die These, dass bei diesen Anforderungen eine „erhebliche Vermutung“ für ihre Unzulässigkeit besteht und eine Rechtfertigung zwar nicht von vornherein ausgeschlossen ist, aber nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen wird.<sup>141</sup> Um welche Anforderungen geht es dabei konkret? Etwa um die Pflicht, im Hoheitsgebiet des Erbringungsstaates eine Niederlassung zu unterhalten (lit. a). Als Beispiel dafür kann § 1a Abs. 1 Z 1 Sbg. Landessicherheitsgesetz<sup>142</sup> angeführt werden, wonach die Ausübung der Prostitution außerhalb behördlich bewilligter Bordelle unzulässig ist. Aus dem Anforderungskatalog des Art. 16 Abs. 2 DL-RL ist weiters die Pflicht zur Einholung einer Genehmigung zu nennen (lit. b)<sup>143</sup>. Dies kommt im Landesrecht sehr häufig vor, als Beispiel sei etwa die Bewilligung für die Tätigkeit von Bergführern angeführt. Unter Art. 16 Abs. 2 DL-RL fällt ferner das Verbot der Errichtung einer Infrastruktur im Erbringerstaat, wofür keine Beispiele im Salzburger Landesrecht gefunden wurden (lit. c). Art. 16 Abs. 2 lit. d DL-RL bezieht sich, was erst durch die Erläuterungen der EK klar wird<sup>144</sup>, auf Normen, die eine selbständige Tätigkeit verhindern, indem sie anordnen, dass die betreffende Tätigkeit nur in unselbständiger Form erbracht werden kann. Derartiges kennt etwa § 13 Abs. 1 Salzburger Bergführergesetz, wonach die Bergführertätigkeit nur im Rahmen einer bewilligten Bergsteigerschule zulässig ist. Lit. e leg. cit. betrifft die Pflicht von Dienstleistungserbringern, sich einen besonderen Ausweis ausstellen zu lassen; dergleichen ist etwa in § 13 Abs. 4 Sbg. Höhlengesetz für Höhlenführer vorgesehen. Anforderungen betreffend Ausrüstungsgegenstände (lit. f)<sup>145</sup> und Beschränkungen für Dienstleistungsempfänger iSd Art. 19 DL-RL gibt es (lit. g)<sup>146</sup> – soweit ersichtlich – im Salzburger Landesrecht nicht.

Für die Rechtfertigung sämtlicher Anforderungen – auch für die eben aufgelisteten im Sinn des Art. 16 Abs. 2 DL-RL, für die ihre Unzulässigkeit aber zu vermuten ist – stehen lediglich vier zwingende Gründe des Allgemeininteresses zur Verfügung, in deren Verfolgung man die entsprechenden Regelungen als geeignet, erforderlich und verhältnismäßig verfechten kann: Öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit, öffentliche Gesundheit und Schutz der Umwelt. Dies bedeutet eine sekundärrechtliche Beschränkung der primärrechtlich für nichtdiskriminierende Eingriffe denkbaren Rechtfertigungsmöglichkeiten.<sup>147</sup> Im Umsetzungsprozess ist in diesem Zusammenhang die Frage aufgetaucht, ob insoweit die DL-RL wegen Verstoßes gegen den durch die Judikatur des EuGH konkretisierten EGV rechtswidrig ist. Dies ist aber nicht der Fall, da dem Art. 16 DL-RL eine die Grundfreiheiten erweiternde Wirkung zukommt, die von der Richtlinienermächtigung in Art. 47 Abs. 2 (iVm Art. 55) EGV gedeckt ist.<sup>148</sup> Insbesondere lässt es Art. 16 DL-RL nicht zu, dass der Verbraucherschutz als öffentliches Interesse ins Treffen geführt wird, um eine Norm zu rechtfertigen. Soweit es aber Anforderungen nicht nur bezwecken, für Dienstleistungsempfänger eine qualitativ hochwertige Dienstleistung zu gewährleisten, sondern auch die Gesundheit oder die Sicherheit der Dienstleistungsempfänger geschützt werden sollen, etwa bei der Bergführertätigkeit, erscheint eine Stützung auf die Tatbestände „öffentliche Gesundheit“ oder „öffentliche Sicherheit“ nicht ausgeschlossen. Dagegen könnte wiederum eingewendet werden, dass im EGV terminologisch zwischen öffentlicher Gesundheit bzw. Sicherheit einerseits (vgl. etwa Art. 46 Abs. 1, 39 Abs. 3 EGV) und „Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen“ andererseits (Art. 30 EGV) differenziert wird, und dann, wenn es auch um den Schutz von Einzelpersonen bzw. Leistungsempfängern und nicht um die Öffentlichkeit oder die Gesamtbevölkerung gehen sollte, letztere Formulierung zu wählen wäre, was aber in Art. 16 DL-RL nicht passiert ist. Von der EK wurde auch schon informell vertreten, dass eine Bezugnahme auf öffentliche Sicherheit oder Gesundheit nur dann in Betracht kommt, wenn außer dem Leistungsempfänger auch Dritte geschützt werden sollen; etwa durch eine Regelung, die die Größe von Gruppen beschränkt, mit der Schilehrer auf einer Schipiste unterwegs sein dürfen.<sup>149</sup> Damit wird nämlich auch ein Schutz der übrigen Pistenbenutzer und somit der Öffentlichkeit bezweckt. Eine ähnliche Regelung betreffend von Bergführern geführten Gruppen wäre demnach aber nicht oder nur schwerer rechtfertigbar. Die Unschärfe der einschlägigen Begrifflichkeiten im Gemeinschaftsrecht wird zunächst dazu führen, dass die Rechtfertigungstatbestände von den Ländern weit ausgelegt werden. Endgültige Klarheit kann und wird wohl nur der EuGH schaffen.

Art. 17 DL-RL zählt eine Reihe von Ausnahmen von der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 16 DL-RL und somit auch von der Berichtspflicht auf.<sup>150</sup> Für das Landesrecht von besonderer Relevanz erscheint hier lediglich die Ausnahme betreffend Angelegenheiten, die unter den auf die Dienstleistungsfreiheit bezogenen Teil der Berufsqualifikationsrichtlinie fallen. So sieht etwa § 7 Abs. 4 dieser Richtlinie vor, dass bei die öffentliche Gesundheit und Sicherheit berührenden reglementierten Berufen die Behörde im Aufnahmemitgliedstaat die Berufsqualifikation des Dienstleisters vor der ersten Erbringung nachprüfen kann. Somit ist eine Genehmigungsregelung, soweit sie sich auf die Berufs-

qualifikation bezieht, gedeckt und braucht nicht nach Art. 16 DL-RL gerechtfertigt und berichtet zu werden.<sup>151</sup>

## 6. Multidisziplinäre Tätigkeiten

Die letzte Prüf- und Berichtspflicht, die im Übrigen sowohl Niederlassungsfälle als auch die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung betrifft, bezieht sich auf Anforderungen, die Dienstleister zur Ausübung ausschließlich einer bestimmten Tätigkeit verpflichten, oder die die gemeinschaftliche bzw. partnerschaftliche Ausübung unterschiedlicher Tätigkeiten beschränken (Art. 25 Abs. 1 DL-RL). Derartige Anforderungen sind grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen ermöglicht die Richtlinie zum einen bezüglich Angehöriger reglementierter Berufe, soweit dies zur Einhaltung der jeweiligen Landesregeln gerechtfertigt ist und zusätzlich nötig ist, um die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit zu gewährleisten; zum anderen betreffend Dienstleistungserbringer auf dem Gebiet der Zertifizierung, Akkreditierung, der technischen Überwachung oder des Versuchs- oder Prüfwesens, wenn dies ebenfalls für ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit erforderlich ist.

Im Landesrecht sind einschlägige multidisziplinäre Tätigkeiten kaum anzutreffen. Anzuführen ist aber etwa § 19 Abs. 9 Z 2 Sbg. Baupolizeigesetz<sup>152</sup>, wonach Aufzugsprüfer von Unternehmen wirtschaftlich unabhängig sein müssen, die sich mit dem Bau oder der Instandhaltung von Aufzügen befassen. Bei Aufzugsprüfern handelt es sich um Dienstleistungserbringer, die im Bereich der technischen Überwachung bzw. des Prüfwesens tätig sind.<sup>153</sup> Da es völlig zweckwidrig wäre, wenn ein Aufzugsprüfer seine eigenen Aufzüge prüfen könnte, erscheint das multidisziplinäre Verbot gerechtfertigt und vor dem Hintergrund von Art. 25 DL-RL zulässig.

## IV. Screening im weiteren Sinn

### 1. Allgemeines

Neben den mit Berichtspflichten verbundenen Prüfaufgaben verhält die DL-RL die Mitgliedstaaten auch noch in mancherlei anderer Hinsicht, ihre Rechtsordnung zu untersuchen und gegebenenfalls Änderungen vorzunehmen. Etwa sieht die allgemeine Regelung in Art. 5 DL-RL vor, dass sämtliche Verfahren und Formalitäten für die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit dahingehend geprüft werden müssen, ob sie auch einfach genug sind. Bei dieser Prüfung werden insbesondere die Notwendigkeit und die Zahl der Verfahren und Formerfordernisse, mögliche Überschneidungen, die Kosten, die Klarheit, Zugänglichkeit und die praktischen Schwierigkeiten, die sich daraus für Dienstleistungserbringer ergeben können, zu berücksichtigen sein.<sup>154</sup> Etwa wird demgemäß zu hinterfragen sein, ob wirklich zwei getrennte Verfahren zur Errichtungs- und Betriebsbewilligung bestimmter Anlagen erforderlich sind.

Darüber hinaus kennt die DL-RL in den Art. 10–13 eine Reihe von Bestimmungen über die Art der Verfahrensführung und Entscheidungsfindung. Obwohl in diesem Zusammenhang vieles innovativ und interessant erscheint, insbesondere die Rechtsfigur der

Genehmigungsfiktion<sup>155</sup>, soll nur noch eine die Länder besonders treffende Besonderheit näher erörtert werden.

## 2. Bundesweite Geltung von Genehmigungen

Nach Art. 10 Abs. 4 DL-RL muss die Genehmigung dem Dienstleistungserbringer die Aufnahme oder die Ausübung seiner Tätigkeit im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates ermöglichen, sofern nicht zwingende Gründe des Allgemeininteresses eine Genehmigung für jede einzelne Betriebsstätte oder eine Beschränkung der Genehmigung auf einen bestimmten Teil des Hoheitsgebietes rechtfertigen.

Ein derartiges gemeinschaftsrechtliches Postulat verträgt sich nicht mit föderal organisierten Mitgliedstaaten wie Österreich, zu deren Wesen es gehört, dass Gliedstaaten eigene Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenzen haben, die sich naturgemäß nur auf den jeweiligen Gliedstaat, sprich das Bundesland, beschränken können.<sup>156</sup> Es ist vor diesem Hintergrund der bundesstaatlichen Organisation nicht denkbar, dass etwa eine in Vorarlberg erteilte Schischulbewilligung *eo ipso* auch als solche in Salzburg gilt. Man könnte sich daher zunächst fragen, ob Österreich seine Rechtsordnung im Zuge des Beitritts zur EU überhaupt für derartige – so scheint es – Eingriffe in die Grundprinzipien der Verfassung, zu denen auch das bundesstaatliche gehört, geöffnet hat, oder aber Art. 10 Abs. 4 DL-RL wegen Überschreitens allfälliger Integrationssschranken unwirksam ist. Während in Bezug auf primärrechtliche Änderungen insoweit Einhelligkeit besteht, als sie an den Grundprinzipien zu messen sind, und im Falle der Aufhebung oder wesentlichen Änderung eines Baugesetzes durch einen EU-Reformvertrag innerstaatlich darüber neuerlich – wie beim Beitritt – eine Volksabstimmung nach Art. 44 Abs. 3 B-VG stattfinden müsste<sup>157</sup>, ist im höchsten Maß umstritten, welche Folgen sekundäres Gemeinschaftsrecht, das baugesetzwidrig ist, in Österreich mit sich bringt.<sup>158</sup> Meines Erachtens lässt sich die Frage jedoch recht leicht beantworten, weil gegen Grundprinzipien verstoßendes sekundäres EU-Recht, das nicht auch gleichzeitig primärrechtswidrig ist, kaum denkbar erscheint.<sup>159</sup> Liegt aber ein Widerspruch zum Primärrecht vor, dann ist dieser ausschließlich vom EuGH wahrzunehmen und hat Österreich mit seinem EU-Beitritt dessen diesbezügliches Verwerfungs- und Prüfmonopol akzeptiert und übernommen.<sup>160</sup> Lediglich im Fall extremer, das Fehlerkalkül überschreitender EU-Rechtswidrigkeiten, die selbst nach der Judikatur des EuGH die Annahme absoluter Nichtigkeit rechtfertigen, wäre ein Sekundärrechtsakt unwirksam.<sup>161</sup>

Indes ist ein das bundesstaatliche Grundprinzip verletzender Eingriff durch Art. 10 Abs. 4 DL-RL gar nicht anzunehmen: Der aus Anlass der EU-Beitritts geschaffene Art. 23e Abs. 6 B-VG sieht vor, dass eine Stellungnahme des Bundesrates zu einem Vorhaben im Rahmen der EU dann bindend ist, wenn es durch ein der Zustimmungspflicht des Bundesrates nach Art. 44 Abs. 2 B-VG unterliegendes BVG umzusetzen ist. Da eine derartige Zustimmungspflicht nur bei einer Kompetenzänderung zu Lasten der Länder in Betracht kommt<sup>162</sup>, die EU aber grundsätzlich – wie schon erwähnt – bundesstaatsblind ist<sup>163</sup>, also in die verfassungsmäßige Kompetenzverteilung der Mitgliedstaaten nicht eingreift, müssen es wohl Fälle wie der vorliegende von Art. 10 Abs. 4 DL-RL sein, bei

dem Art. 23e Abs. 6 B-VG Anwendung findet. Die Erläuterungen gehen denn auch davon aus, dass als möglicher Anwendungsfall ein EU-Rechtsakt gelten kann, der für eine in die Vollzugszuständigkeit der Länder fallende Angelegenheit das Bestehen einer einzigen Behörde in jedem Mitgliedstaat verlangt.<sup>164</sup> Genau das tut zwar Art. 10 Abs. 4 DL-RL nicht, zumal nach Art. 10 Abs. 7 DL-RL die lokalen und regionalen Zuständigkeiten der mitgliedstaatlichen Behörden unberührt bleiben; doch müssen diese außerhalb des Vollzugsbereichs des Landes erteilte Bewilligungen ebenfalls akzeptieren, was eine vergleichbare Wirkung erzeugt. Hat aber eine Verfassungsbestimmung, die zeitnah zum im Wege der Gesamtänderung erzeugten BeitrittsBVG erlassen worden ist,<sup>165</sup> gerade eine sekundärrechtliche Vorschrift vor Augen, die von ihrer Auswirkung auf die bundesstaatliche Struktur mit den Folgen von Art. 10 Abs. 4 DL-RL vergleichbar ist, kann die gemeinschaftsrechtliche Forderung nach einer bundesweiten Geltung von Genehmigungen nicht mehr gegen das bundesstaatliche Baugesetz verstoßen.

Fraglich bleibt aber, ob Art. 10 Abs. 4 DL-RL primärrechtswidrig ist, wenn man nicht als zwingenden Grund des Allgemeininteresses, der eine Abweichung vom Postulat der bundesweiten Geltung einer Genehmigung zulässt, auch die föderale Struktur eines Mitgliedstaates anerkennt. Um als solcher Grund zu gelten, muss er nach der Definition in Art. 4 Z 8 DL-RL in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt sein. Dies ist zwar nicht explizit der Fall, jedoch ist auf Art. 6 Abs. 3 EUV zu verweisen, wonach die Union die nationale Identität der Mitgliedstaaten, sohin die Grundstrukturen der Verfassungsordnungen in inhaltlicher und organisatorischer Sicht<sup>166</sup>, achtet.<sup>167</sup> Dass der Gerichtshof bislang nicht unter Berufung auf diese Bestimmung einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt hat, lässt sich dadurch erklären, dass Art. 6 Abs. 3 EUV gemäß Art. 46 EUV nicht vor dem EuGH justizierbar ist; verbindlich bleibt er aber selbstverständlich trotzdem, sodass sich sämtliche Gemeinschaftsorgane auch nach seinen Vorgaben zu orientieren haben und – wenn sie dies unterlassen – eine Primärrechtswidrigkeit behauptet werden kann. Denn es kann auch nicht ins Treffen geführt werden, dass der EuGH wiederholt ausgesprochen hat, dass sich – angelehnt an einen Grundsatz des völkerrechtlichen Vertragsrechts<sup>168</sup> – kein Mitgliedstaat auf innere Kompetenzprobleme berufen kann, um die mangelnde Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten zu legitimieren.<sup>169</sup> Art. 10 Abs. 4 DL-RL richtet sich nämlich durch seinen Charakter als verfahrensrechtliche Bestimmung viel direkter gegen den Bundesstaat als eine inhaltliche, auf Nichtdiskriminierung gerichtete und damit eindeutig durch die Ermächtigung der Art. 55 iVm Art. 47 Abs. 2 EGV gedeckte Vorgabe<sup>170</sup>, deren materienmäßige Kompetenzzuordnung innerstaatlich fraglich sein mag. Auch ist es etwas Anderes, ob ein Bundesland EU-Recht als inhaltliche Vorgabe für die von ihm zu regelnden Aufgaben hinnehmen muss, oder aber – wie hier – Recht aus einem gleichrangigen Teilstaat, nämlich eine Genehmigung aus einem anderen Bundesland, auf Grund einer EU-Vorgabe als auf seinem Territorium geltend akzeptieren muss. Das insoweit einschlägigste Urteil des EuGH<sup>171</sup> könnte zwar prima vista die Vermutung nahe legen, dass die bundesweite Geltung von Genehmigungen primärrechtlich geradezu geboten ist; doch wurde der Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit – wie eine genauere Betrachtung zeigt – nicht aus der begrenzten territorialen Geltung einer Bewilligung (in Italien) begründet, sondern

aus der zusätzlichen Pflicht, in den jeweiligen Territorien Räumlichkeiten zu unterhalten.

Auch wenn keine restlose Klarheit besteht, so scheint durchaus die Argumentation vertretbar, dass es die bundesstaatliche Organisation Österreichs als zwingender Grund des Allgemeininteresses im Sinn von Art. 10 Abs. 4 DL-RL rechtfertigt, im Vollzugsbereich eines Bundeslands erteilten Genehmigungen in anderen Bundesländern die Geltung zu verweigern.<sup>172</sup>

Denkbar erscheint auch eine „EU-freundlichere“ Umsetzung dergestalt, dass landesgesetzlich die Anerkennung von in anderen Bundesländern erteilten Bewilligungen erfolgt, wobei dies dahingehend bedingt werden könnte, dass es sich um vergleichbare Bewilligungsvoraussetzungen handelt.<sup>173</sup> Bei einer derartigen „minimal-invasiven“ Vorgangsweise bräuchte es keine eigene bundesverfassungsrechtliche Grundlage, während dem Geist der Richtlinie sehr wohl Genüge getan wäre. Die praktische Bedeutsamkeit dürfte allerdings ohnehin keine allzu große sein, da sich Art. 10 DL-RL auf die Niederlassungs-, nicht aber auf die Dienstleistungsfreiheit bezieht, Niederlassungen aber in aller Regel ortsfeste Einrichtungen bedingen, bei denen die Umstände je nach Ort verschieden sind, sodass schon aus diesem Grund eine Mehrzahl von Genehmigungen gerechtfertigt werden kann.<sup>174</sup>

## V. Schluss

Die DL-RL stellt eine große Herausforderung für die Länder dar, und zwar nicht nur auf rechtlichem Gebiet – wie die Ausführungen zum Screening gezeigt haben –, sondern auch in organisatorischer und technischer Hinsicht betreffend EAP und elektronische Verfahren. Was die rechtliche Seite betrifft, werden sich die Anpassungen in den Materiengesetzen zwar in einem überschaubaren Rahmen halten, der mit den Berichtspflichten verbundene Aufwand ist jedoch zweifelsfrei enorm und steht meines Erachtens in keinem Verhältnis zum Mehrwert für die europäischen Dienstleistungserbringer. Die Richtlinie schießt meines Erachtens insoweit über ihr Ziel hinaus und trägt zumindest bei den Umsetzungsbeauftragten nicht gerade dazu bei, in Begeisterungstürme gegenüber der EU zu verfallen.

## Anmerkungen

- 1 Für einen Überblick siehe etwa *Buchinger/Müller/Michner*, Dienstleistungsrichtlinie (2007); grundlegend *Streinzi/Leible*, Einführung, in: *Schlachter/Ohler* (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie (2008) 23 ff; *Schliesky*, Das Ende der deutschen Verwaltung? Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie – Anstoß zur Verwaltungsmodernisierung und Zwang zur Verwaltungsreform, in: *Schliesky* (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung I (2008) 2; *Griller*, The New Services Directive of the European Union – Hopes and Expectations from the Angle of a (Further) Completion of the Internal Market, in: *Köck/Karollus* (Hrsg.), The New Services Directive of the European Union (2008) 379.
- 2 Siehe dazu z. B. *Russbacher*, Dienstleistungsrichtlinie am Beispiel des Einheitlichen Ansprechpartners (Diplomarbeit Salzburg) (2008); *Neidert*, Einheitlicher Ansprechpartner: Umsetzungsmodell zum Ablauf des Verwaltungsverfah-

- rens, in: *Schliesky* (FN 1) 117; *Luch*, Die Schaffung des einheitlichen Ansprechpartners unter Berücksichtigung der Verteilung der Verbandskompetenzen in der Bundesrepublik, in: *Schliesky* (FN 1) 149; *Ziekow/Windoffer* (Hrsg.), Ein Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister (2007); *Leitner*, EU-Dienstleistungsrichtlinie und Einheitlicher Ansprechpartner, ASoK 2007, 172.
- 3 Siehe dazu z. B. *Liebwald*, Verwaltungsvereinfachung unter der Dienstleistungsrichtlinie, ZfV 2008, 751 (762 f); *Ziekow/Windoffer* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art 8.
- 4 Vgl. dazu *Schliesky*, Die Verwaltungszusammenarbeit nach der Dienstleistungsrichtlinie und das Verhältnis zu den nationalen Amtshilfavorschriften in: *Schliesky* (FN 1) 203.
- 5 Vgl. z. B. *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>3</sup> (2006) 110 ff; *Vcelouch* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag (2004) Art. 249 EGV Rz 38.
- 6 Vgl. z. B. *Eberhard/Riedl* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag (2005) Art. 226 EGV Rz 60.
- 7 So *Ipsen*, Als Bundesstaat der Gemeinschaft, in FS *Hallstein* (1966) 248 (256); siehe auch *Pernthaler*, Die neue Doppelverfassung Österreichs, in FS *Winkler* (1997) 784.
- 8 Vgl. z. B. *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999) Art 23d B-VG Rz 23. Der Begriff „selbständiger Wirkungsbereich der Länder“ ist der kompetenzrechtlichen Generalklausel des Art. 15 Abs. 1 B-VG entlehnt.
- 9 Vgl. *Budischowsky*, Die Umsetzung von EU-Normen in den Ländern, ÖJZ 1998, 881 (887).
- 10 Damit eine Ersatzvornahme möglich ist, muss die Gemeinde mit einer ihr „gesetzlich“ obliegenden Pflicht säumig sein; so *Kahl* in *Rill/Schäffer* (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht (2007) Art. 119a B-VG Rz 54. Damit wird aber nur auf die einfachgesetzliche Rechtslage Bezug genommen; siehe etwa auch § 87 Salzburger Gemeindeordnung 1994. Verfassungsrechtlich ist es nicht ausgeschlossen, dass der Aufsichtsgesetzgeber nicht nur bei Säumigkeit der Gemeinde bei der Erfüllung einer gesetzlichen, sondern auch einer durch EU-Recht auferlegten Pflicht die Ersatzvornahme vorsieht, soweit dies – wie in Art. 119a Abs. 7 B-VG für die Zulässigkeit gefordert – unbedingt notwendig ist.
- 11 Vgl. *Kahl* (FN 10) Rz 41.
- 12 Vgl. z. B. VfSlg 15.189/1998; *Aichreiter* in *Rill/Schäffer* (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht (2001) Art. 139 B-VG Rz 8.
- 13 Überzeugend nachgewiesen hat dies *Budischowsky* (FN 9); zu diesem Gehalt siehe auch *Egger*, Die Durchführung von EU-Recht durch die Bundesländer in Österreich, ZÖR 53 (1998) 443 (467 ff).
- 14 Vgl. z. B. EuGH 15. 5. 1986, Rs 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651. Für Richtlinien bedarf es keines Rückgriffes auf Art. 10 EGV, die Umsetzungspflicht ergibt sich schon aus Art. 249 Abs. 3 EGV und trifft alle staatlichen Stellen, die Träger öffentlicher Gewalt sind; vgl. auch EuGH 10. 4. 1984, Rs 14/83, *Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891; 8. 10. 1987, Rs 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg. 1987, 3969; 13. 11. 1990, Rs C-106/89, *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135.
- 15 EuGH 22. 6. 1989, Rs 103/88, *Fratelli Costanzo*, Slg. 1989, 1861.
- 16 *Krames* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 2 Rz 13.
- 17 Das transnationale Element kann darin bestehen, dass sich der Dienstleistungserbringer oder -empfänger (oder beide) in einen anderen Mitgliedstaat begibt (begeben) oder aber nur die Leistung die Grenze überschreitet.
- 18 *Streinz/Leible* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 4 Rz 2.
- 19 Ausschlaggebend ist der Erwerbszweck; vgl. z. B. *Kluth* in *Callies/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV (2002) Art. 49 EGV Rz 12. Dieser kann aber nur dann vorliegen, wenn mehr als Kostendeckung erreicht werden soll; vgl. z. B. *Budischowsky* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag (2003) Art. 49, 50 EGV Rz 8. AA *Müller-Graff* in *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV (2003) Art. 49 EGV Rz 21.
- 20 Vgl. z. B. § 33 Abs. 4–6 Salzburger Kinder- und Jugendwohlfahrtsordnung 1992, LGBL Nr. 83 idF 42/2007.
- 21 Auch nach volkswirtschaftlicher Betrachtung sind Dienstleistungen Wirtschaftsleistungen, die nicht in der Urproduktion bzw. der Herstellung von Waren bestehen; vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union (2001) Art. 49 EGV Rz 6.
- 22 LGBL Nr. 11/1968 in der Fassung LGBL Nr. 46/2001.
- 23 Siehe den umfassenden Umsetzungshinweis in § 35 Salzburger Tierzuchtgesetz 2009 (noch nicht kundgemacht).
- 24 § 4 dieses Gesetzes, LGBL Nr. 75/2004.
- 25 § 4 Abs. 3 Z 3: Mit dem Antrag ist ein Beleg über die Zustimmung des Grundeigentümers beizubringen, wenn der Betreiber nicht Alleineigentümer ist.

- 26 Ähnliche Argumentationsmuster lassen sich auf verschiedene Landesgesetze, auch außerhalb des Landwirtschaftsbereichs, anwenden; etwa auf das Salzburger Landesstraßengesetz 1972, LGBl. Nr. 119 idF 58/2005, das für den Bau von Straßen eine behördliche Bewilligung vorsieht. Das Gesetz geht erkennbar vom Straßeneigentümer oder -betreiber als Antragsteller aus, nicht von einem allfälligen Dienstleister, der die Straße errichtet, sodass auch insoweit der Anwendungsbereich der DL-RL nicht gegeben ist. Einen Grenzfall bildet das Salzburger Sammlungsgesetz, LGBl. Nr. 107/1969 idF 46/2001 (zur kompetenzrechtlichen Einordnung des Sammlungswesens siehe VfSlg 5573/1967, 9337/1982), das öffentliche Sammlungen nur zu wohltätigen, gemeinnützigen oder kulturellen Zwecken unter der Bedingung zulässt, dass die Erfüllung dieser Zwecke auf öffentliche Sammlungen angewiesen ist. Damit ist zwar nicht ausgeschlossen, dass jemand für einen anderen (in dessen Auftrag) gegen Entgelt sammelt. Das Gesetz nimmt aber darauf keinen besonderen Bezug, sodass es m. E. nicht gescreent zu werden braucht.
- 27 Vgl. VfSlg 17.000/2003 sowie *Pauger/Rack*, Rechtsfragen des Buschenschanks, ZfV 1981, 433. Zu den speziellen sich in diesem Bereich der Landesrechtsordnung stellenden Screening-Problemen siehe unten III. 3.
- 28 EuGH 21. 10. 1999, Rs C-97/98, *Jägerskiöld*, Slg. 1999, I-7319.
- 29 Vgl. Erwägungsgrund (EG) 22.
- 30 Wie z. B. in Salzburg; vgl. § 3 Salzburger Gemeindegesetz 1967, LGBl. Nr. 11 idF 46/2005.
- 31 Vgl. z. B. das Vorarlberger Gesetz über den Gemeindegesetzdienst, LGBl. Nr. 38/1971, oder das OÖ Gemeindegesetzdienstgesetz 2006, LGBl. Nr. 72. Zur Landesgesetzgebungskompetenz Gemeindegesetzdienst siehe auch *Mayer*, Die Sicherstellung jederzeit erreichbarer ärztlicher Hilfe, RdM 1994, 14.
- 32 Art. 16 Abs. 2 lit. a DL-RL: Die Pflicht zur Niederlassung ist eine grundsätzlich unzulässige Anforderung bei grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung.
- 33 Art. 15 Abs. 2 lit. g DL-RL: Die Pflicht zur Beachtung von festgesetzten Preisen ist im Rahmen der Niederlassungsfreiheit eine zu prüfende Anforderung.
- 34 LGBl. Nr. 78/1981 idF 101/2007.
- 35 Art. 14 Abs. 1 DL-RL: Sitz ist bei Niederlassung unzulässige Anforderung; im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 16 Abs. 2 lit. a grundsätzlich unzulässige Anforderung (evtl. rechtfertigbar); Bedarfsprüfung könnte nach Art. 14 Z 5 DL-RL unzulässig sein.
- 36 LGBl. Nr. 72/1001 idF 114/2003.
- 37 BGBl. I Nr. 30/2002 idF 57/2008.
- 38 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 9. 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl L 255/22: Die Ausübung des Berufs des Sanitäters wird an bestimmte Berufsqualifikationen mit Ausbildungsnachweisen gebunden; vgl. § 16 Abs. 1 Z 4 SanG.
- 39 Äußerung von *Frohn* im Rahmen einer Sitzung mit Vertretern der EK im BMWA am 1. 2. 2008.
- 40 Gemäß § 10 Abs. 1 Sbg. Pflegegesetz (PG), LGBl. Nr. 52/2000 idF 26/2007, haben Träger von Pflegeeinrichtungen der Hauskrankenpflege sicherzustellen, dass die Pflegeleistungen durch entsprechend qualifiziertes Personal im Sinn des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes erbracht werden. Zur kompetenzrechtlichen Abgrenzung in diesem Zusammenhang siehe auch *Thienel*, „Personenbetreuung“ und Gewerbekompetenz, JRP 2007, 150; *Wegscheider*, Die „neuen“ Sozialbetreuungsberufe, ÖJZ 2007/82.
- 41 Nach § 19 Abs. 1 Sbg. PG haben die Träger von Senioren- und Seniorenpflegeheimen die ärztliche Betreuung und Behandlung in ihrer Einrichtung durch freie Arztwahl sicherzustellen.
- 42 So aber *Krames* (FN 16) Rz 45.
- 43 Ablehnend *Muzak* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag (2005) Art. 70 EGV Rz 4; für die Irrelevanz des Zwecks der Verbringung von Personen oder Gütern hingegen *Zeleny* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag (2003) Art. 154 EGV Rz 12.
- 44 LGBl. Nr. 68/1995 idF 46/2001.
- 45 BGBl. Nr. 112/1996 idF I 112/2006.
- 46 LGBl. Nr. 56/1994 idF 99/2006. Dass Taxis ausgenommen sind, wird ausdrücklich im EG 21 festgehalten. Auch das Mietwagen- und das Gästewagen-Gewerbe iSd zitierten Rechtsgrundlage bzw. des § 3 Abs. 1 Z 2 und 4 GelverkG fallen unter die Ausnahme, da es dabei um eine Beförderung von Personen durch Dritte geht, nicht jedoch um die Vermietung von Fahrzeugen, die der Dienstleistungsempfänger selbst lenkt; letztere Dienstleistung ist sehr wohl vom Anwendungsbereich der DL-RL erfasst; vgl. EU-Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie (2007) 12.
- 47 LGBl. Nr. 90/1972 idF 58/2005.
- 48 EU-Kommission, Handbuch (FN 46) 12; *Krames* (FN 16) Rz 44.

- 49 Vgl. z. B. Tiroler Flugrettungsgesetz, LGBl. Nr. 10/2003 idF 6/2005.
- 50 Vgl. *Muzak* (FN 43) Art. 80 EGV Rz 14.
- 51 Vgl. EU-Kommission, Handbuch (FN 46) 13.
- 52 Vgl. z. B. § 4 Abs. 1 und 2 Salzburger Veranstaltungsgesetz 1997 (VAG), LGBl. Nr. 100 idF 58/2005.
- 53 Vgl. § 30 Sbg. VAG.
- 54 Vgl. z. B. §§ 29–32 Salzburger Jugendgesetz, LGBl. Nr. 24/1999 idF 98/2006, soweit sich diese Vorschriften auf Filme beziehen.
- 55 Siehe *Krames* (FN 16) Rz 71.
- 56 Näheres siehe *Bresich/Klingenbrunner*, Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen bei Spielen, AnwBl. 2008, 59.
- 57 § 21 Abs. 1 lit. b VAG.
- 58 Vgl. VfSlg. 1477/1932; siehe auch *Lehner*, Wette, Sportwette und Glücksspiel, taxlex 2007, 337 (340).
- 59 Vgl. EuGH 6. 11. 2003, Rs C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031.
- 60 Vgl. z. B. *Scheuer* in *Lenz* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag<sup>3</sup> (2003) Art. 45 EGV Rz 2.
- 61 Vgl. z. B. EuGH 21. 6. 1974, Rs 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631; 29.10.1998, C-114/97, *Kommission/Spanien*, Slg. 1998, I-6717.
- 62 Vgl. *Krames* (FN 16) Rz 76 mwN.
- 63 So auch *Hempel* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag (2003) Art. 45 EGV Rz 10.
- 64 Vgl. z. B. § 56 Abs. 3 lit. b Salzburger Naturschutzgesetz 1999, LGBl. Nr. 73 idF 100/2007; § 115 Abs. 1 Z 2 Salzburger Jagdgesetz 1993, LGBl. Nr. 100 idF 7/2008; § 30 Z 2 Salzburger Fischereigesetz 2002, LGBl. Nr. 81 idF 92/2005.
- 65 Vgl. § 19 Abs. 8 Salzburger Baupolizeigesetz 1997, LGBl. Nr. 40 idF 90/2008.
- 66 Vgl. § 9 Abs. 1 Salzburger Feuerpolizeiordnung 1973, LGBl. 118 idF 58/2005.
- 67 Vgl. §§ 3, 4 Sbg. Luftreinhaltegesetz für Heizungsanlagen, LGBl. 71/1994 idF 64/2001.
- 68 Vgl. *Krames* (FN 16) Rz 87.
- 69 Unter „gemeinnützig“ fallen nach dem Umsetzungshandbuch der EK (FN 46) 14 jedenfalls Kirchen und kirchliche Organisationen. Ansonsten kommt das jeweilige mitgliedstaatliche Begriffsverständnis zum Tragen; vgl. z. B. § 35 BAO.
- 70 Dieser Begriff dürfte der in Art. 86 Abs. 2 EGV enthaltenen „Betrachtung“ (von Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse) nachgebildet sein.
- 71 Vgl. § 12 Abs. 1 Salzburger Behindertengesetz 1981, LGBl. Nr. 93 idF 28/2001.
- 72 Vgl. § 43 Abs. 2 Steiermärkisches Behindertengesetz, LGBl. Nr. 26/2004 idF 74/2007.
- 73 Für das nationale, innerösterreichische Verständnis gilt Folgendes: Für die Anwendbarkeit des Regimes des F-VG 1948 ist lediglich die Einstufung als Abgabe von Relevanz. Eine Abgabe ist eine primäre Geldleistung, die durch Hoheitsakt vorgeschrieben wird und einer Gebietskörperschaft zur Verfügung in ihrem Haushalt zufließt; vgl. z. B. VfSlg 1465/1932, 3919/1961. Nach finanzwissenschaftlicher Terminologie können Abgaben differenziert werden in Steuern, Beiträge und Gebühren. Steuern sind demnach Geldleistungen, denen eine unmittelbare Gegenleistung nicht gegenübersteht, Beiträge sind Geldleistungen, die demjenigen auferlegt werden, der an der Errichtung oder Aufrechterhaltung einer öffentlichen Einrichtung ein besonderes Interesse hat, während Gebühren als öffentlich-rechtliche Entgelte für eine besondere, vom Bürger unmittelbar in Anspruch genommene Leistung einer Gebietskörperschaft bezeichnet werden; vgl. *Ruppe* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2000) § 5 F-VG Rz 8. Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von Steuern, Beiträgen und Gebühren besteht darin, dass sich der VfGH bei der Beurteilung der Sachlichkeit von Abgabengesetzen an ihr orientiert; siehe *Mayer*, B-VG<sup>4</sup> (2007) 536.
- 74 Vgl. z. B. § 19 Abs. 3 Sbg. Abfallwirtschaftsgesetz 1998, LGBl. Nr. 35/1999 idF 19/2006.
- 75 Vgl. z. B. § 36 Abs. 2 Sbg. Leichen- und Bestattungsgesetz 1986, LGBl. Nr. 84 idF 64/2006.
- 76 Nach § 15 Abs. 3 Z 4 FAG 2008 kann die Höhe der von den Gemeinden im Wege des freien Beschlussrechts nach § 7 Abs. 5 F-VG 1948 festzusetzenden Benützungsgebühren bis zur doppelten Kostendeckung gehen; siehe dazu auch *Frank*, Gemeindeabgaben auf Grund freien Beschlussrechtes (2002) 364 ff.
- 77 Greift die Ausnahme für Steuern nach Art. 2 Abs. 3 DL-RL nicht, kann die Gebührenhöhe für Müllabfuhr und Friedhofsbenutzung eine zu prüfende Anforderung iSd Art. 15 Abs. 2 lit. g DL-RL sein.
- 78 Siehe *Kreibohm*, Der Begriff der Steuer im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2004) 69 ff.
- 79 So *Krames* (FN 16) Rz 101; siehe auch EG 29.

- 80 So z. B. *Krames* (FN 16) Rz 101; *Kamann* in *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV (2003) Art. 93 EGV Rz 3; *Beiser/Zorn* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag (2003) Art. 93 EGV Rz 28; vgl. z. B. auch EuGH 2. 12. 1997, Rs C-188/95, *Fantask*, Slg. 1997, I-6783, betreffend die auf den nunmehrigen Art. 93 EGV gestützte Richtlinie 69/335 bzw. deren Art. 12 („Abgaben mit Gebührencharakter“). AA – sprich Gebühren nicht von Art. 93 EGV erfasst ansehend – *Vof* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union (2000) Art. 93 EGV Rz 8.
- 81 Vgl. z. B. *Wöllgang* in *Lenz* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag<sup>3</sup> (2003) Vorbemerkung Art. 90-93 EGV Rz 12; siehe auch *Achatz*, Fachwörterbuch zum Steuerrecht (2007) 260; *Doral/Ruppe*, Steuerrecht I<sup>9</sup> (2007) Rz 16.
- 82 Eine Dienstleistung im Sinn der DL-RL kann auch vom Staat bzw. von einer Gebietskörperschaft erbracht werden; vgl. EG 34.
- 83 Vgl. EG 8. Die DL-RL verlangt nicht das Aufbrechen von Monopolen (Art. 1 Abs. 3).
- 84 Bei der Müllabfuhr handelt es sich um einen Dienst der Abfallbewirtschaftung und somit nach der DL-RL (vgl. Art. 17 Z 1 lit. e) um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Gemäß Art. 1 Abs. 2 DL-RL betrifft die Richtlinie zwar nicht die „Liberalisierung“ derartiger Dienstleistungen, doch sind sie nicht völlig aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen. Zum einen fehlt ihre Aufzählung in Art. 2 DL-RL, zum anderen zeigt die spezielle Rechtfertigungs- bzw. Ausnahmevariante in Art. 15 Abs. 4 DL-RL, dass grundsätzlich auch bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ein Screening von zu prüfenden Anforderungen iSd Art. 15 Abs. 2 DL-RL durchzuführen ist und nur bei speziellen, in Art. 15 Abs. 4 DL-RL geregelten Voraussetzungen unterbleiben kann; nämlich wenn die Normenprüfung die „anvertraute Aufgabe“ – hier die Müllabfuhr durch die Gemeinde – rechtlich oder tatsächlich verhindert. Dass dies der Fall wäre, kann nicht gesehen werden. Nur dann, wenn jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen ist, weil die Erbringung der Dienstleistung Müllabfuhr gesetzlich exklusiv der Gemeinde vorbehalten ist, wird vor dem Hintergrund von EG 8 keine Prüfung der Gebührenhöhe erfolgen müssen.
- 85 Also Gebühren nach dem Gebührengesetz und Verwaltungsabgaben nach § 78 AVG bzw. den einschlägigen landesrechtlichen Rechtsgrundlagen. Zwar bezieht sich Art. 13 Abs. 2 DL-RL nur auf die Niederlassungsfreiheit, doch ist davon auszugehen, dass die in dieser Bestimmung enthaltenen Vorgaben bezüglich Verfahrenskosten und somit Abgaben auch für Fälle der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung über die allgemeine Bestimmung des Art. 5 DL-RL maßgeblich sind (siehe dazu unten IV.1.).
- 86 Die dritte Variante betreffend multidisziplinäre Tätigkeiten ist auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit relevant.
- 87 Vgl. *Cornils* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 39 Rz 14.
- 88 EuGH 30. 11. 1995, Rs C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165.
- 89 Siehe dazu auch z. B. *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004) 345 ff; *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten (2001) 178 ff; *Schwab*, Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (2002) 216 ff.
- 90 Dies unbeschadet Art. 15 Abs. 7 DL-RL, wonach auch im Rahmen der Niederlassungsfreiheit neue, d. h. erst in Zukunft geschaffene, nicht im „Einmal-Bericht“ bis zum Ende der Umsetzungsfrist enthaltene zu prüfende Anforderungen im Sinn des Art. 15 Abs. 2 DL-RL samt Begründung der EK mitzuteilen sind. Insoweit besteht Gleichklang mit der Regelung betreffend Berichte über Anforderungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit. Doch sieht Art. 15 Abs. 7 DL-RL kein zeitlich unbegrenztes Evaluierungsverfahren unter Einbindung sämtlicher Mitgliedstaaten und auch keine jährlichen Analysen und Orientierungshinweise der EK vor, wie dies Art. 39 Abs. 5 DL-RL bezüglich Anforderungen für grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung tut. Zu Art. 15 Abs. 7 DL-RL siehe auch *Klamert*, Die Notifizierungspflichten der Dienstleistungsrichtlinie: ein Fall für den EuGH? DVBl. 2008, 829 (830).
- 91 Insoweit ist der EK zuzustimmen; vgl. Umsetzungshandbuch (FN 46) 16.
- 92 Dies ergibt sich auch klar aus EG 59, wo von Einzelgenehmigungen für jede „Anlage“ die Rede ist.
- 93 *Luch/Schulz*, Der sachliche Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungsrichtlinie, in: *Schliesky* (FN 1) 61 (87 ff).
- 94 Bedenken äußern diesbezüglich auch *Luch/Scholz* (FN 93) 88.
- 95 Vgl. z. B. *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (1997) 185 ff.
- 96 Vgl. *Schmidt-Kessel* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 16 Rz 33.
- 97 Vgl. z. B. EuGH 11.12.2003, Rs C-215/01, *Schnitzer*.
- 98 Vgl. z. B. EuGH 30. 11. 1995, Rs C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165.
- 99 Dass sich eine landesrechtliche Regelung ausdrücklich nur auf grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung bezieht, ist überaus selten. Derartiges kennt z. B. § 3 Abs. 2 lit. f Salzburger Schi- und Snowboardschulgesetz, LGBl. Nr. 83/1989 idF 42/2008.
- 100 Vgl. EG 58.

- 101 Vgl. *Cornils* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 9 Rz 20.
- 102 Von „Verwaltungsverfahren“ und „Entscheidung“ ist auch in EG 39 die Rede. Die Erlassung genereller Normen ist von diesen Begriffen nicht umfasst.
- 103 Vgl. § 11a Salzburger Raumordnungsgesetz 1998, LGBl. Nr. 44 idF 108/2007 bzw. § 14 Sbg. ROG 2009 (noch nicht kundgemacht).
- 104 Vgl. § 1c Abs. 1 Sbg. Landespolizeistrafgesetz, LGBl. Nr. 58/1975 idF xx/2008; § 41 Sbg. Landwirtschaftliches Schulgesetz, LGBl. Nr. 57/1976 idF 111/2006; § 17 Abs. 4 Sbg. Leichen- und Bestattungsgesetz 1986, LGBl. Nr. 84 idF 108/2007.
- 105 Das wären bei den angeführten Beispielen öffentliche Ordnung; Qualität von Bildungseinrichtungen (zwar in Art. 4 Z 8 nicht genannt, die dort angeführte Liste zwingender Gründe des Allgemeininteresses ist aber nicht taxativ); öffentliche Gesundheit.
- 106 *Cornils* (FN 101) Rz 38.
- 107 Vgl. Art. 4 und 10 ff der Berufsqualifikationenrichtlinie 2005/36/EG. Nach Art. 4 ermöglicht die Anerkennung die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit und ist betreffend Niederlassungsfreiheit in Art. 10 von Antragstellern die Rede. Daraus geht hervor, dass die Richtlinie 2005/36/EG die Anerkennung der Berufsqualifikation als behördliche Entscheidung vor der Zulässigkeit der Tätigkeitsaufnahme vorsieht und damit eine Genehmigungsregelung iSd Art. 9 DI-RL enthält.
- 108 So auch *Cornils* (FN 101) Rz 53.
- 109 LGBl. Nr. 75/1999 idF 18/2006.
- 110 LGBl. Nr. 76/1981 idF 58/2005.
- 111 LGBl. Nr. 11/1995 idF 73/2001.
- 112 LGBl. Nr. 63/1985 idF 58/2005.
- 113 Burgenland: LGBl. Nr. 47/1979 idF 2/2007; Kärnten: LGBl. Nr. 46/1984 idF 33/2003; Niederösterreich: LGBl. 7045; Steiermark: LGBl. Nr. 42/1979 idF 11/2003; Wien: LGBl. Nr. 4/1976 idF 46/2006.
- 114 Nach § 1 Abs. 5 des Stmk. Gesetzes erstreckt sich das Buschenschankrecht auch auf die Ernte, die aus im slowenischen Grenzgebiet zur Steiermark gelegenen Wein- und Obstgärten stammt, allerdings muss sich die landwirtschaftliche Hauptbetriebsstätte des Bewirtschafter in der Steiermark befinden. Am genannten Grundsatz ändert dies somit nichts.
- 115 Vgl. die auch vom VfGH in VfSlg 17.000/2003 zitierten Ausführungen von *Heller/Laszky/Nathansky*, Kommentar zur Gewerbeordnung<sup>2</sup> I (1937) 50 ff zu den historischen landesrechtlichen Buschenschankvorschriften, die jeweils eine entsprechende ortsbezogene Komponente aufwiesen; insoweit wurde der Gehalt des Art. V lit. a des Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung 1859, wonach die Gewerbeordnung auf den „in einigen Landesteilen durch ältere Einrichtungen den Besitzern von Wein- und Obstgärten gestattet[e]n Ausschank des eigenen Erzeugnisses“ keine Anwendung fand, und somit der Gehalt der Buschenschankkompetenz der Länder wesentlich mitgeprägt; zur Rechtslage bei Inkrafttreten der Kompetenzverteilung am 1. 10. 1925 siehe auch *Zabukovec*, Buschenschank und Gewerbe: Wo liegt die Kompetenzgrenze? ZfV 2008, 624 (625 ff).
- 116 Der VfGH verkennt die Problematik, wenn er in VfSlg. 17.000/2003 zum NÖ Buschenschankgesetz ausspricht, dass die Niederlassungsfreiheit deshalb nicht verletzt ist, weil das Buschenschankrecht auch ausländischen Besitzern von Wein- und Obstgärten zugänglich ist. Dies stimmt zwar insoweit, als auch ein slowakischer Staatsbürger Eigentümer eines Weingartens in NÖ sein kann; der Weingarten bzw. – so § 4 Abs. 1 NÖ Buschenschankgesetz – die Erzeugungsstätte des Rohprodukts muss aber in NÖ gelegen sein, was für jemanden, der in der Slowakei einen Weingarten besitzt und sich mit einem buschenschankartigen Betrieb in NÖ niederlassen möchte, sehr wohl ein Problem ist.
- 117 Dies würde etwa das Urteil des EuGH vom 28. 6. 2007, Rs C-212/06, *Gouvernement wallon*, nahe legen, nach dem auch die mangelnde Rechtsetzungskompetenz eines Teilstaates keine Entbindung von der Verpflichtung zur Herstellung einer gemeinschaftsrechtskonformen Rechtslage bedeutet.
- 118 Buschenschank- und Gastgewerbe decken nämlich den gesamten Bereich der Verabreichungs- und Ausschankbefugnisse ab. Jene Erscheinungsformen der Verabreichung von Speisen und Getränken, die nicht Buschenschank sind, sind daher zwingend Gastgewerbe und umgekehrt; so zutreffend *Pauger/Rack* (FN 27) 435. Es besteht also eine Kompetenz des Gesetzgebers des Gesamtstaates, das teilstaatliche Recht ist gar nicht anwendbar; dies ist der zentrale Unterschied zum in FN 117 zitierten Urteil des EuGH.
- 119 Die DL-RL lässt lediglich bei der Erlassung von Verordnungen die Anhörung von Interessensvertretungen zu; ebenso steht es mit der DL-RL nicht im Widerspruch, wenn etwa einer Kammer selbst als Entscheidungsträger Behördenfunktion zukommt.

- 120 Vgl. § 9 Abs. 2 und § 23 Abs. 2 Sbg. Ski- und Snowboardschulgesetz, LGBl. Nr. 83/1989 idF 42/2008.
- 121 Vgl. § 4 Abs. 1 letzter Satz Sbg. Bergführergesetz, LGBl. Nr. 76/1981 idF 58/2005.
- 122 Vgl. § 2 Abs. 2 Sbg. Tanzschulgesetz, LGBl. Nr. 12/1952 idF 46/2001.
- 123 Vgl. § 10 Abs. 1 VAG, LGBl. Nr. 100/1997 idF 58/2005.
- 124 Das Screening nach Art. 15 Abs. 2 und 3 DL-RL kann nur dann unterbleiben, wenn es um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (vgl. Art. 86 Abs. 2 EGV) geht, soweit eine Aufhebung einer ansonsten zu prüfenden Anforderung die Erfüllung der anvertrauten besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern würde (vgl. Art. 15 Abs. 4 DL-RL). Der bislang auf Landesebene durchgeführte Screening-Prozess hat kaum Praxisrelevanz dieser Bestimmung gezeigt; vgl. aber FN 84.
- 125 Vgl. EU-Kommission, Handbuch (FN 46) 38 f.
- 126 Vgl. EU-Kommission, Handbuch (FN 46) 16, wo Regelungen über maximale Flächen gewerblicher Betriebe als Anforderungen iSd DL-RL angeführt werden.
- 127 LGBl. xx/2009.
- 128 LGBl. Nr. 83/1989 idF 42/2008.
- 129 LGBl. Nr. 84/1986 idF 108/2007.
- 130 Vgl. EU-Kommission, Handbuch (FN 46) 40.
- 131 EuGH 2. 12. 2005, Rs C-117/05, *Seidl*.
- 132 LGBl. Nr. 66/2002 idF 73/2007.
- 133 So *Cornils* (FN 1) Art. 15 Rz 21.
- 134 LGBl. Nr. 11/1995 idF 99/2001.
- 135 Dieser Beschränkungsbegriff entspricht der Judikatur zu Art. 49 EGV; vgl. *Schmidt-Kessel* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 16 Rz 18; Siehe EuGH 25. 7. 1991, Rs C-76/90, *Säger*, Slg. 1991, I-4221; 3. 10. 2000, Rs C-58/98, *Corsten*, Slg. 2000, I-7919.
- 136 Vgl. *Schmidt-Kessel* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 16 Rz 8; EU-Kommission, Handbuch (FN 46) 43.
- 137 Zur Unsachlichkeit von Normen wegen Inländerdiskriminierung vgl. z. B. VfGH 1. 10. 2007, G 237/06; VfSlg. 18.027/2006, 17.555/2005, 17.422/2004, 17.150/2004, 14.963/1997; siehe etwa auch *Zellenberg*, Gleichheitssatz und Inlandsmarktdiskriminierung, ÖJZ 2000, 441.
- 138 Vgl. *Schmidt-Kessel* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 16 Rz 45; *Korte*, Mitgliedstaatliche Verwaltungskooperation und private Eigenverantwortung beim Vollzug des europäischen Dienstleistungsrechts, NVwZ 2007, 501 (505).
- 139 Siehe dazu auch *Streinz/Herrmann/Kraus*, Ärger um die weiße Pracht – Skischulgesetze der Alpenländer auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, EWS 2003, 537 (543).
- 140 Für absolute Unzulässigkeit *Schmidt/Kessel* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 16 Rz 52; *Callies*, Europäischer Binnenmarkt und europäische Demokratie: von der Dienstleistungsfreiheit zur Dienstleistungsrichtlinie – und wieder retour? DVBl 2007, 336 (343).
- 141 EU-Kommission, Handbuch (FN 46) 46.
- 142 LGBl. Nr. 58/1975 idF xx/2009.
- 143 Mangels anderer Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass Genehmigungen iSd Art. 16 Abs. 2 lit. b DL-RL gleichbedeutend mit Genehmigungsregelungen iSd Art. 4 Z 6 DL-RL sind.
- 144 EU-Kommission, Handbuch (FN 46) 46 f.
- 145 Fraglich könnte allenfalls sein, ob die in § 10 Sbg. Leichen- und Bestattungsverordnung, LGBl. Nr. 1/2005, geforderte Ausstattung von Bestattungswagen eine Anforderung betreffend Ausrüstungsgegenstände iSd Art. 16 Abs. 2 lit. f DL-RL ist. Nach dem Umsetzungshandbuch der EK (FN 46) geht es dabei aber um die Verwendung bestimmter Typen oder Marken von technischen Geräten. Derartige sieht die zitierte Verordnungsvorschrift nicht vor.
- 146 Zu überlegen könnte sein, ob nicht das an den Pächter des Fischereirechts gerichtete Erfordernis einer Jahresfischerkarte (vgl. § 4 Abs. 2 lit. a Sbg. Fischereigesetz 2002, LGBl. Nr. 81 idF 92/2005) eine verpönte Genehmigung iSd Art. 19 lit. a DL-RL ist, zumal ja die Verpachtung des Fischereirechts an sich eine Dienstleistung darstellt (siehe FN 28). Verpönt wäre eine solche Jahresfischerkarte aber nur dann, wenn sie lediglich im Fall eines EU-ausländischen Verpächters beigebracht werden müsste (vgl. EG 92); dies ist indes nicht der Fall, sodass kein Problem besteht.
- 147 Primärrechtlich ist lediglich bei diskriminierenden Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit eine Beschränkung der Rechtfertigungsgründe auf öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit vorgesehen (Art. 55 iVm Art. 46 Abs. 1 EGV); umstritten ist, ob dies nur für direkt- oder auch für indirekt-diskriminierende Eingriffe gilt; ansonsten jedenfalls sind viele Gründe des zwingenden Allgemeininteresses denkbar; vgl. *Budischowsky* (FN 19) Rz 28 f.

- 148 So auch *Streinz/Leible* (FN 1) Rz 93.
- 149 Jedenfalls unzutreffend ist die bisweilen vertretene Meinung (vgl. z. B. *Hempel* in *Mayer* [Hrsg.], EU- und EG-Vertrag [2003] Art. 46 EGV Rz 4), dass eine Berufung auf öffentliche Gesundheit nur zur Abwehr von Krankheiten möglich ist, die Art. 29 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG anspricht. In dieser Richtlinie geht es um die Freizügigkeit, sodass klar ist, dass die Seuchenprävention im Vordergrund steht. Im Bereich der Dienstleistungsfreiheit mögen andere Aspekte im Vordergrund stehen und ist nicht ersichtlich, weshalb der Inhalt eines primärrechtlichen Begriffs in einem speziellen Sekundärrechtsakt für das ganze Primärrecht verbindlich definiert werden sollte.
- 150 Insbesondere sind Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausgenommen, wobei demonstrativ Bereiche aufgezählt werden. Was die Kompetenzen der österreichischen Länder betrifft, könnten hier lediglich die von der Elektrizitätsbinnenmarktlinie erfassten Tätigkeiten (Art. 17 Z 1 lit. b) sowie Dienste der Abfallbewirtschaftung (Art. 17 Abs. 1 lit. e) von Bedeutung sein.
- 151 Bei weiteren Genehmigungsvoraussetzungen als der der Berufsqualifikation ist sehr wohl eine Berichts- und Rechtfertigungspflicht anzunehmen; zu einer ähnlichen Problemlage siehe oben 2.
- 152 LGBl. Nr. 40/1997 idF 90/2008.
- 153 Gleichzeitig handelt es sich bei Aufzugsprüfern um Angehörige eines reglementierten Berufs (vgl. die erforderliche Qualifikation gemäß Art. 19 Abs. 9 Z 1 Sbg. BauPolG). Der darauf abstellende Rechtfertigungstatbestand sollte nicht herangezogen werden, da die Regelung dann nur Bestand haben könnte, wenn es spezielle Ständesregeln für Aufzugsprüfer gäbe, was – soweit bekannt – nicht der Fall ist.
- 154 So EG 45. „Kosten“ iSd EG 45 sind auch Verwaltungsabgaben, deren Einhebung und Höhe vor dem Hintergrund des Art. 5 DL-RL zu prüfen, nicht jedoch nach dem auf materielle Anforderungen bezogenen Art. 16 DL-RL zu berichten sein werden. Bei Niederlassungsfällen kommt die kostenbezogene Spezialvorschrift des Art. 13 Abs. 2 DL-RL zum Tragen (siehe dazu oben II.2.h).
- 155 Siehe dazu z. B. *Ziekow*, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Genehmigungsverfahrenrecht, *GewArch* 2007, 179, 217.
- 156 Vgl. z. B. *Rein*, Der räumliche Geltungsbereich einer Landesrechtsordnung, *JBl* 1988, 157.
- 157 Vgl. zuletzt *Bußjäger/Heißl*, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung, *ÖJZ* 2008/34, 313; siehe auch *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999) EU-BeitrittsBVG Rz 19 mwN. Bis zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch den VfGH im Verfahren nach Art. 140a B-VG bleibt grundprinzipienwidriges Primärrecht aber innerstaatlich anwendbar bzw. umzusetzen.
- 158 Vgl. z. B. *Janko*, Die Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004) 415 ff mwN.
- 159 Theoretisch denkbar wäre lediglich, dass nach dem Beitritt Österreichs geschaffenes, eine neuerliche Gesamtänderung bewirkendes Primärrecht rechtswidrigerweise in Österreich keiner Volksabstimmung nach Art. 44 Abs. 3 B-VG unterzogen wird und sich ein Sekundärrechtsakt auf dieses Primärrecht stützt.
- 160 Vgl. z. B. *Hengstschläger*, Grundrechtsschutz kraft EU-Rechts, *JBl* 2000, 409, 494 (496), der auf die unzutreffenden bzw. missverständlichen Ausführungen in den Erläuterungen, die einen von Sekundärrecht nicht zu durchbrechen den Verfassungskern annehmen (RV 1546 BlgNR. 18. GP 7 und AB 1600 BlgNR. 18. GP 14), hinweist.
- 161 Siehe dazu *Annacker*, Die Inexistenz als Angriffs- und Verteidigungsmittel vor dem EuGH und dem EuG, *EuZW* 1995, 755 (760); EuGH 15. 6. 1994, Rs C-137/92, *BASE*, *Slg.* 1994, I-2555.
- 162 Eine bloße Kompetenzausübungsschranke für die Länder auf Grund von EU-Recht begründet nicht die Anwendbarkeit von Art. 23e Abs. 6 B-VG; vgl. *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999) Art. 23e B-VG Rz 8; so auch *Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 360. AA *Schäffer*, Österreichs Beteiligung an der Willensbildung in der Europäischen Union, insbesondere an der europäischen Rechtsetzung, *ZÖR* 50 (1996) 3 (47); *Bußjäger*, Die Zustimmungsrechte des Bundesrates (2001) 5.
- 163 Siehe FN 7.
- 164 AB 58 BlgNR. 19. GP 4.
- 165 Art. 23e wurde durch die B-VG-Novelle BGBl. Nr. 1013/1994 eingeführt.
- 166 So wird die mitgliedstaatliche Identität etwa definiert von *Pechstein* in *Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV* (2003) Art. 6 *EUV* Rz 27.
- 167 Siehe zu dieser Bestimmung des Unionsvertrags auch *Bleckmann*, Die Wahrung der „nationalen Identität“ im Unionsvertrag, *JZ* 1997, 265; *Doehring*, Die nationale „Identität“ der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in *FS Everling* (1995) I 263, *Hilf*, Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten, in *GS Grabitz* (1995) 157.

- 168 Vgl. Art. 27 Wiener Übereinkommen vom 23. 5. 1969 über das Recht der Verträge, BGBl. Nr. 40/1980: „Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen.“
- 169 Z. B. EuGH 2. 2. 1982, Rs 69/81, *Kommission/Belgien*, Slg. 1982, 163; 17. 9. 1998, Rs C-323/96, *Kommission/Belgien*, Slg. 1998, I-5063; 6. 7. 2000, Rs C-236/99, *Kommission/Belgien*, Slg. 2000, I-5657; 11. 10. 2001, Rs C-111/00, *Kommission/Österreich*, Slg. 2001, I-7555; 10. 6. 2004, Rs C-87/02, *Kommission/Italien*, Slg. 2004, I-5975; 1. 4. 2008, Rs C-212/06, *gouvernement wallon/gouvernement flamand*.
- 170 An der Primärrechtskonformität des Art. 10 Abs. 4 DL-RL zweifelnd, weil er nicht auf Diskriminierungs-, sondern rein auf Beschränkungsfälle im Rahmen der Niederlassungsfreiheit abstellt (wohl wissend, dass der EuGH auch reine Beschränkungsverbote unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit prüft) *Cornils* in *Schlachter/Ohler* (FN 1) Art. 10 Rz 36. Hingewiesen sei auch darauf, dass manche Autoren überhaupt die These vertreten, dass sich Art. 47 Abs. 2 EGV, auf den die DL-RL gestützt wird, nicht allgemein auf die Koordinierung von mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten beziehe, sondern dies in Anknüpfung an Abs. 1 des Art. 47 EGV nur die Koordination der Anerkennung von Zeugnissen und Nachweisen betreffe; so *Schlag* in *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar* (2000) Art. 43 EGV Rz 2; *Troberg* in *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* (Hrsg.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*<sup>5</sup> (1997) Art. 57 EGV Rz 5; zu Recht aA jedoch *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union* (2002) Art. 47 EGV Rz 3; *Müller-Graff* in *Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV* (2003) Art. 47 EGV Rz 14.
- 171 EuGH 18. 7. 2007, Rs C-134/05, *Kommission/Italien*.
- 172 AA *Schulz*, Die bundesweite Geltung von Genehmigungen nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie, in: *Schliesky* (FN 1) 176 (190); *Ziekow* (FN 155) 217 (218).
- 173 Wenn die Bewilligungsvoraussetzungen nicht vergleichbar sind, müsste wohl wiederum – um der Richtlinie voll Rechnung zu tragen – ein zwingender Grund des Allgemeininteresses gefunden werden, damit zu Recht dem Dienstleistungserbringer ein eigenes Genehmigungsverfahren in Bezug auf den Nachweis der zusätzlichen Voraussetzungen abverlangt werden kann.
- 174 Siehe EG 59; vgl. eingehend zu derartigen Lösungsoptionen *Schulz* (FN 172) 189 ff.

„Change“ auf Österreichisch:  
Föderalistische Bemerkungen zum  
Regierungsprogramm  
der SPÖ-ÖVP-Koalition  
vom November 2008

Von  
Peter BUSSJÄGER



## 1. Vorbemerkung: Zur Semantik von Regierungsübereinkommen

Regierungsübereinkommen weisen eine spezifische Semantik auf. Sie sind als Kompromisse zweier Parteien zu verstehen, die mehr oder weniger tief greifende ideologische Differenzen aufweisen. Je weitreichender die Parteien inhaltlich divergieren, umso vager sind die Kompromisse, die mitunter nicht viel mehr als Überschriften beinhalten.

Das Regierungsprogramm der im Dezember 2008 angelobten SPÖ-ÖVP-Koalition weist ein weiteres Spezifikum auf: Es versucht in einem hohen Maße Konsensorientierung auszudrücken. Dieser Konsens soll nicht nur auf Bundesebene politisch möglichst breit abgesichert sein, sondern versucht auch, Länder und Gemeinden in dieses Programm einzubinden, worauf an späterer Stelle noch näher eingegangen wird. Man könnte in gewisser Hinsicht von einem integrierten Politikverständnis sprechen, das nun allerdings in einem deutlichen Spannungsverhältnis zur Theorie des Bundesstaates steht, die, selbst in einem so verflochtenen Ausmaß wie in Österreich, doch auf einer Trennung der Staatsfunktionen von Bund und Ländern aufbaut.

In diesem Regierungsprogramm wird diese Trennung weggewischt, wenngleich zu konzedieren ist, dass sich die den Geist der Kooperation und Koordination bemühende Semantik wohltuend von früheren Regierungsprogrammen unterscheidet, in welchen bundesstaatliche Belange deutlich stärker als ausschließliche Aufgaben des Bundes betrachtet wurden.

## 2. Nekrolog auf die Staats- und Verwaltungsreform der SPÖ-ÖVP-Koalition 2007–2008

Im Regierungsübereinkommen zwischen SPÖ und ÖVP vom Jänner 2007 nahm die Staats- und Verwaltungsreform breiten Raum ein. Bundeskanzler Alfred Gusenbauer bezeichnete anlässlich seines Amtsantrittes die Staats- und Verwaltungsreform damals als „das Herz des Regierungsübereinkommens“.<sup>1</sup> Unter den Themen der Staats- und Verwaltungsreform sollen hier folgende Punkte in Erinnerung gerufen werden:

- Grundrechtsreform durch Schaffung eines einheitlichen, übersichtlichen Grundrechtskatalogs;
- neue Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern entsprechend einem Drei-Säulen-Modell;
- Ausweitung der Prüfungszuständigkeit von Rechnungshof und Volksanwaltschaft hinsichtlich ausgegliederter Rechtsträger, die öffentliche Aufgaben erfüllen;
- Einführung einer mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit: Es sollten Verwaltungsgerichte erster Instanz eingerichtet werden, die jedenfalls aus einem Landesverwaltungsgericht pro Land und zusätzlich einem Verwaltungsgericht erster Instanz auf Bundesebene für die unmittelbare Bundesverwaltung bestehen sollen;
- Stärkung der Verfassungsautonomie der Länder;
- Stärkung der Gemeinden durch Bestandsgarantie;
- Verbesserung der interkommunalen Zusammenarbeit;

- ❑ Beseitigung der Doppelgleisigkeiten in der Schulverwaltung durch Schaffung einer einzigen Organisationseinheit für die Angelegenheiten der Schulverwaltung des Bundes und des Landes auf Landesebene unter der Leitung des Landeshauptmannes.
- ❑ Verbesserung der Mitwirkung von National- und Bundesrat sowie der Länder an der Willensbildung der EU durch regelmäßige, aktuelle und aktive Information durch die zuständigen Bundesminister;

Zur Umsetzung des Vorhabens und Ausarbeitung konkreter Vorschläge für Verfassungsänderungen wurde eine Expertengruppe eingesetzt. Diese setzte sich aus den von der SPÖ nominierten Universitätsprofessor Theo Öhlinger und Volksanwalt Peter Kostelka, dem von der ÖVP nominierten früheren Nationalratspräsidenten Andreas Khol, dem früheren Rechnungshofpräsidenten Franz Fiedler sowie zwei Vertretern der Landeshauptleutekonferenz, nämlich der Salzburger Landeshauptfrau Gabi Burgstaller (in den Beratungen vertreten durch Universitätsprofessor Ewald Wiederin) sowie dem Vorarlberger Landeshauptmann Herbert Sausgruber (in den Beratungen vertreten durch den Vizepräsidenten des Bundesrates Jürgen Weiss) zusammen. Die Expertengruppe konnte ihre Arbeit zwar nicht innerhalb der gesetzten Frist abschließen, jedoch wurden letztlich verschiedene Pakete an Vorschlägen der Bundesregierung vorgelegt.<sup>2</sup> Konkret umgesetzt werden konnte allerdings nur ein geringer Teil der Vorhaben: so erfolgte zwar eine erste Verfassungsbereinigung,<sup>3</sup> dagegen blieb das Projekt der Einführung einer erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit bei Bund und Ländern unerledigt. Noch schwieriger erwiesen sich die Fragen der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern und der Zukunft des Bundesrates. Die maßgeblichen politischen Akteure Österreichs konnten einmal mehr keinen Konsens erzielen, in welche Richtung eine tief greifende Reform des Bundesstaates zielen sollte. Sie wurden vom Zwang, ihr Scheitern eingestehen zu müssen, nur durch den vorzeitigen Bruch der Bundesregierung und nicht durch den drohenden föderalen Konflikt bewahrt.

### **3. „Deja-vu“-Erlebnisse nicht ausgeschlossen: Das Kapitel „Leistungsfähiger Staat“ im Regierungsübereinkommen**

#### **3.1 Überblick**

Im Kapitel des Regierungsprogramms „Leistungsfähiger Staat“<sup>4</sup> werden einige Projekte angeführt, deren Neuigkeitswert insgesamt bescheiden ist, was wiederum verdeutlicht, dass diese Themen schon länger auf der Agenda stehen und zu den „left overs“ vergangener Regierungen gehören. Zu diesen Reformprojekten zählen:

1. Verwaltungsgerichtsbarkeit
2. Gemeinden und interkommunale Zusammenarbeit
3. Verfassungsautonomie der Länder
4. Rechnungshof und Volksanwaltschaft

Darüber hinaus strebt die Bundesregierung die Klärung folgender Punkte an:

Zuständigkeitsverteilung:

1. Zeitgemäße Beschreibung und Abgrenzung der einzelnen Kompetenztatbestände als Grundlage für zweckmäßige Veränderungen;
2. Beseitigung noch vorhandener Doppelgleisigkeiten bei Bundes- und Länderbehörden, wie z. B. im Bereich der Schulbehörden;
3. Abschaffung der Bezirks- und Landesschulräte und deren Kollegien; Einrichtung von Beiräten als beratende Organe auf Landesebene mit Vertretern von Schülern, Eltern und Lehrern;
4. Einrichtung von Bildungsdirektionen;
5. das Qualitätsmanagement soll durch eine neu strukturierte Schulaufsicht im Sinne eines Qualitäts-Controllings erfolgen;
6. Prüfung einer gemeinsamen Koordinierung zwischen Bund, Ländern, Städten und Gemeinden bei großen raumrelevanten Vorhaben, Planungen und Förderungen. Weitere Vorschläge sind unter anderem die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 15a B-VG-Vereinbarungen;

Im Bereich der Finanzverfassung soll es zu einer Reform der Finanzverfassung auf Basis des Entwurfs der Finanzausgleichspartner<sup>5</sup> einschließlich einer einheitlichen Abgabensordnung und einer Verankerung des Verhandlungsgebotes<sup>6</sup> kommen. Die Vereinbarungen über den Konsultationsmechanismus und über den österreichischen Stabilitätspakt sollen im Rahmen der zuständigen Arbeitsgruppe der Finanzausgleichspartner evaluiert werden.

In weiterer Folge soll eine verfassungsrechtliche Regelung für den Fall geprüft werden, dass ein auslaufendes Finanzausgleichsgesetz nicht rechtzeitig durch ein neues ersetzt werden kann.

Ein weiterer verbesserungswürdiger Punkt ist die Ländermitwirkung in der EU. Aus dem Regierungsprogramm seien folgende Passagen wörtlich zitiert:

- „1. Evaluierung der bisherigen Informations- und Mitwirkungsrechte der Länder und Gemeinden unter den Rahmenbedingungen des angestrebten Vertrages von Lissabon.
2. Prüfung einer besseren Einbindung der Länder und Gemeinden in die innerstaatliche Entscheidungsvorbereitung.
3. Schaffung notwendiger Voraussetzungen, damit der Nationalrat und der Bundesrat (dieser auch für die Länder) ihre Möglichkeiten im Rahmen des neuen Subsidiaritätsprüfungsverfahrens der EU wirksam nutzen können.“

Unter dem föderalistischen Blickwinkel erscheinen diese Vorhaben zunächst nicht übertrieben ambitioniert, sondern sind vielmehr pragmatisch orientiert. Die Projekte gewinnen jedoch an Bedeutung, wenn man sich das bisherige Scheitern von Reformbemühungen auf diesen Gebieten vergegenwärtigt. Im Folgenden soll daher auf einzelne Themen dieses Programms näher eingegangen werden.

### 3.2 Verwaltungsgerichtsbarkeit

Hinsichtlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit sieht das Regierungsübereinkommen ein vergleichsweise detailliertes Projekt vor, das sich weitgehend am Entwurf der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform vom 23. 7. 2007<sup>7</sup> orientiert. Im Kern bleibt damit weiterhin die reformatorische Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz bestehen.

Allerdings erfolgen auch einige – vom damaligen Entwurf abweichende – Festlegungen bzw. werden Klärungen getroffen. So soll das Verwaltungsgericht des Landes im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde praktisch an die Stelle der Aufsichtsbehörde treten. Weiters soll der Verwaltungsgerichtshof gegenüber den Entscheidungen der Landesverwaltungsgerichte oder eines Bundesverwaltungsgerichtes erster Instanz ein Ablehnungsrecht haben. Das sogenannte Revisionsmodell, das im Entwurf der Expertengruppe noch als Variante vorgeschlagen worden war,<sup>8</sup> ist damit aus dem Rennen.

Eine Gefahr für die integrierende Wirkung der Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz ist in der Entscheidung zu sehen, dass es nicht nur ein, sondern auch mehrere Bundesverwaltungsgerichte erster Instanz geben soll. Dies kann im Extremfall zu Dutzenden Bundesverwaltungsgerichten mit äußerst spezifischen Zuständigkeiten führen, was weder der Übersichtlichkeit des Rechtsschutzes dient, noch im Hinblick auf die Verwaltungsreform von Vorteil ist. Es besteht die Gefahr, dass durch die Herausbildung einer Vielzahl spezialisierter Behörden die integrative Sichtweise verloren geht und Verwaltungskosten insgesamt vervielfacht werden.<sup>9</sup>

### 3.3 Schulverwaltung

Die Schulverwaltung ist ein weiteres „left-over“ der vorangegangenen Bundesregierung. Deren Regierungsprogramm hatte bereits die Einrichtung von Bildungsdirektionen an Stelle der Landes- und Bezirksschulräte vorgesehen, jedoch mit der Festlegung, dass diese im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung als organisatorische Landesbehörde einzurichten seien. Auch der Entwurf der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform hatte diesbezüglich einen eindeutigen Vorschlag gemacht.<sup>10</sup>

Das Regierungsübereinkommen trägt offenbar dem hinhaltenden Widerstand der Zentralstellen Rechnung, welche sich gegen eine Entlassung der Landesschulräte aus der unmittelbaren Bundesvollziehung richtet.<sup>11</sup> Die Frage, ob es sich bei den neuen Bildungsdirektionen um organisatorische Bundes- oder Landesbehörden handelt, bleibt dabei offen, auch wenn einzuräumen ist, dass in der überwiegenden Zahl der Länder die derzeitige Landesverwaltung im Schulwesen bereits jetzt im Wege der Übertragung nach Art. 97 Abs. 2 B-VG von den Landesschulräten und damit von einer Bundesbehörde vollzogen wird. Es ist an dieser Stelle anzumerken, dass eine vollständige Marginalisierung der Länder in der Vollziehung des Schulwesens föderalistisch höchst problematisch wäre. Das Schulwesen ist eine unbestrittene Zukunftsaufgabe, in welcher ein föderalistischer Wettbewerb durchaus fruchtbar sein kann, ohne dass dadurch die sinnvolle Einheitlichkeit der Bildungsstandards aufgegeben werden muss. Eine weitere Zentralisierung wäre daher keinesfalls zu befürworten, ganz abgesehen davon, dass die bis-

herigen Leistungen des stark zentralisierten Bildungswesens Österreichs im internationalen Vergleich keineswegs so überzeugend sind, dass sie Ambitionen des Bundes nach weiteren Kompetenzen legitimieren könnten.<sup>12</sup>

### 3.4 Kontrolle

Die hier genannten Vorhaben der Bundesregierung (Ausweitung der Prüfbefugnis der Rechnungshöfe auf die Gemeinden, Koordinationspflichten von Rechnungshof und Landes-Rechnungshöfen, Ausweitung der Prüfbefugnis der Volksanwaltschaften auf die ausgegliederten Rechtsträger) waren ebenfalls nicht nur bereits Vorhaben der vorangegangenen Bundesregierung, sondern Teile des ersten Pakets der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform.<sup>13</sup>

Nunmehr ist allerdings vorgesehen, dass dem Rechnungshof die autonome Prüfungsbeugnis für alle Gemeinden, also nicht mehr nur für jene über 20.000 Einwohnern, zustehen soll und den Ländern die ausdrückliche Möglichkeit eingeräumt wird, im Rahmen ihrer Verfassungsautonomie auch den Landes-Rechnungshöfen die Prüfkompetenz für Gemeinden zu übertragen. Der Expertenentwurf hatte demgegenüber, was eine föderalistische Akzentuierung darstellte, lediglich die letztere Variante vorgesehen.<sup>14</sup> Nunmehr werden also die Kontrollmöglichkeiten dupliziert, was freilich auch für die Kosten der Kontrolle gilt.

### 3.5 Kompetenzverteilung

Die Vorhaben der Bundesregierung auf dem Gebiet der Kompetenzverteilung wurden bereits unter 3.1 kurz angeführt. Sie stellen sich demonstrativ zurückhaltend dar. Es wurde überhaupt nur eine Neuformulierung der Kompetenztatbestände als Grundlage für zweckmäßige Veränderungen in Aussicht genommen, und auch diese Neuformulierung sollte lediglich „geprüft“ werden.

Damit stellt sich das Regierungübereinkommen in deutlichen Kontrast zu anderen Vorhaben vorangegangener Bundesregierungen. Eine umfassende Bundesstaatsreform ist offenbar nicht beabsichtigt. Betrachtet man die Ergebnisse der von früheren Bundesregierungen eingesetzten Arbeitsgruppen oder des Österreich-Konventes, was die Kompetenzverteilung betrifft, so muss es einem um diese Entscheidung aus föderalistischer Sicht nicht unbedingt leid tun. Grundsätzlich ist aber anzumerken, dass eine grundlegende Bundesstaatsreform offenbar auf unbestimmte Zeit vertagt ist.

### 3.6 Die Arbeitsgruppe Verwaltungsreform

Das Regierungübereinkommen der vorangegangenen Bundesregierung war, wie bereits dargestellt, nicht ohne die Einsetzung einer Expertengruppe ausgekommen, die sich der Staats- und Verwaltungsreform annehmen sollte.

Auch das Regierungsprogramm der neuen Bundesregierung sieht die Einsetzung einer Arbeitsgruppe zur Erarbeitung von Konsolidierungsmaßnahmen vor. Diese Arbeitsgruppe setzt sich aus dem Rechnungshofpräsidenten, dem Leiter des IHS (Felderer), dem

Leiter des Wifo (Aiginger), dem Bundeskanzler, dem Bundesminister für Finanzen und zwei Landeshauptleuten zusammen und soll erste Vorschläge bereits im 1. Quartal 2009 vorlegen.

Die Themenstellungen der Arbeitsgruppe sind von enormer föderalistischer Relevanz. Die wichtigsten seien wie folgt aufgezählt:

- ❑ Deregulierung, Aufgabenreform und Aufgabenverteilung:
  - Strukturbereinigung innerhalb sowie zwischen den Gebietskörperschaften; Identifikation und Beseitigung von Doppelgleisigkeiten;
  - Initiative zur Straffung und Harmonisierung des Rechtsbestandes;
- ❑ Behördenorganisation:
  - Zusammenführung der Ausgaben-, Aufgaben- und Finanzierungsverantwortung;
  - Verwaltungssteuerung: Harmonisierung der Datengrundlagen zwischen den Gebietskörperschaften (z. B. interne Leistungen, Sozial-, Bildungs- und Pflegebereich);
- ❑ Finanzausgleich:
  - Entflechtung und transparentere Gestaltung der horizontalen und vertikalen Transferströme zwischen den Gebietskörperschaften;
- ❑ Budget, Haushaltswesen und Haushaltsrecht:
  - Harmonisierung des Rechnungswesens und der Finanzberichterstattung der öffentlichen Hand zur möglichst getreuen Darstellung der finanziellen Lage des Gesamtstaates im Sinne des Art. 13 Abs. 2 B-VG (Vereinheitlichung der Bewertungsmethoden, Harmonisierung der buchmäßigen Zuordnungen, Entwicklung tragfähiger Indikatoren zur Beurteilung der Haushaltsstabilität);
- ❑ E-Government:
  - Realisierung des ursprünglich angestrebten Einsparungspotenzials durch E-Government;
- ❑ Verwaltungsverfahren:
  - Prüfung in Richtung eines vollkonzentrierten Verfahrens, das auch die wasserrechtliche und die naturschutzrechtliche Bewilligung umfasst;
- ❑ Gesundheits- und Schulwesen:
  - Gemeinsame Strategieplanung und Steuerung aller Beteiligten zur Steigerung der Effizienz des Gesundheitswesens (z. B. durch überregionale Strukturierung, Prüfung der Kapazitäten, optimale Betriebsgröße, Ausweitung der tagesklinischen Versorgung, Anpassung des Bezugsniveaus, Reduktion des Verwaltungsaufwands, ärztliche Hilfe, Heilmittel);
  - Verstärkung der Kooperationen zwischen und innerhalb der Krankenanstalten, des Schulwesens und der Wissenschaft;
  - Zusammenführung der Ausgaben-, Aufgaben- und Finanzierungsverantwortung (z. B. Landeslehrer);
  - Optimierung der Schulstandorte, Maßnahmen in Richtung einheitlicher Vollziehung, effektives Controlling und Steuerungsmöglichkeiten;

- ❑ Effizientes Förderwesen:
  - Errichtung einer gesamtösterreichischen zentral geführten Förderungsdatenbank;
  - Evaluierung des gesamten österreichischen Förderungssystems mit seiner Vielzahl an Einrichtungen und Institutionen, Verringerung der Anzahl an Förderungsstellen;
  - Abstimmung der Ziele von Förderungen zwischen EU, Bund, Ländern und Gemeinden, Koordination und Abstimmung der Förderungen zur Erhöhung der Effizienz und Vermeidung von Mehrfachförderungen;
- ❑ Pensionen:
  - Harmonisierung der Pensionssysteme von Bund, Ländern und Gemeinden;
- ❑ Personalpolitik des Bundes:
  - Prüfung der Harmonisierung der Dienst- und Besoldungssysteme von Bund, Ländern und Gemeinden: Die Durchlässigkeit und Kompatibilität des öffentlichen Dienstes mit externen Bereichen und eine Laufbahn- und Aufstiegsentwicklung über verschiedene Gebietskörperschaften und Bereiche hinweg sollen stark gefördert und diesbezügliche Barrieren möglichst rasch entfernt werden;
  - Im Bereich der Lehrer des Bundes und der Landeslehrer soll unter Berücksichtigung moderner Bildungsstandards im Hinblick auf die sinkenden Schülerzahlen und die in den kommenden Jahren erfolgenden Pensionierungswellen ein gemeinsamer Personalstandspfad erarbeitet werden.

Wenn die Arbeitsgruppe ihren Auftrag ernst nimmt, steht sie vor einer Herausforderung, die jene der „Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform“ des letzten Regierungsübereinkommens bei weitem übersteigt. Man denke in diesem Zusammenhang nur an die enorme Offenheit des Themas „Strukturbereinigung zwischen den Gebietskörperschaften“ oder „Entflechtung der Transferströme zwischen den Gebietskörperschaften“. Man wird daher die Aufgabenstellung der Arbeitsgruppe wohl in der Erarbeitung von Vorschlägen zu den verschiedenen Themen verstehen müssen. Hingegen stellen die ausdrücklich so bezeichneten „Handlungsfelder“ gewiss keine zwischen den Koalitionsparteien bereits vereinbarten „Maßnahmen“ dar.

Eine aktive Mitwirkung der Länder in der Arbeitsgruppe wird aber auf Grund der unabweislichen Relevanz der Themenstellungen für die Länder von höchster Bedeutung sein. Auffallend ist, dass die Städte und Gemeinden, obwohl sie von den avisierten Maßnahmen in durchaus beachtlichem Ausmaß betroffen sind, in der Arbeitsgruppe nicht vertreten sind.

#### **4. Sonstige Vorhaben**

Eine besondere Herausforderung wird die Gesundheitsreform darstellen. Das Regierungsübereinkommen schweigt sich darüber aus, wie die Finanzierungskrise der Krankenkasse letztlich bewältigt werden soll. Das Projekt der vorangegangenen Bundesregierung, eine zentrale Sozialversicherungsholding zu schaffen und die regionalen Strukturen bei den Kassen weitgehend zu zerschlagen, dürfte vorläufig nicht aufgegriffen wer-

den. Damit ist zwar ein Zentralisierungsvorstoß abgewehrt, das Gesundheitswesen harrt aber weiter einer tief greifenden Reform.

Meines Erachtens wäre es erforderlich, die Gesundheitsplattformen als Drehscheibe der regionalen Gesundheitsversorgung auszubauen. Dazu wären den Plattformen echte Entscheidungskompetenzen einzuräumen und Entscheidungsstrukturen zu schaffen, die keine Blockade durch einen der Akteure (Sozialversicherungsträger, Spitalerhalter, Ärzte, Bund) provozieren. Über diese Gesundheitsplattformen wäre auch eine gemeinsame Finanzierung des niedergelassenen und des stationären Bereiches anzustreben.

Eine derartige, föderalistisch orientierte Gesundheitsreform, die gleichzeitig auch dem Gedanken der möglichst effizienten Mittelverwendung verpflichtet ist, dürfte eine der größten Herausforderungen für das Bund/Länder-Verhältnis in der laufenden Legislaturperiode des Nationalrats darstellen.

Auf dem Gebiet des Jugendschutzes wird es gelten, Zentralisierungsbestrebungen abzuwenden, die unter dem Titel der notwendigen Vereinheitlichung der unterschiedlichen jugendschutzrechtlichen Bestimmungen der Länder laufen. In dieser Frage geht es nicht um Effizienz oder Kostenersparnis, sondern um den Irrglauben, dass Zentralisierung hilft, Probleme zu lösen, für die vielfältige Ursachen verantwortlich sind.

Zu einer föderalistischen Herausforderung wird auch die Mindestsicherung werden. Diese soll mittels Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG bewältigt werden, was einerseits wiederum den kooperativen Bundesstaat akzentuiert, jedoch auch immer die Gefahr in sich birgt, die Existenz der Länderkompetenz zu delegitimieren, und zum anderen auf Grund ihrer Aufwändigkeit Zentralisierungsbestrebungen bevorzugt.

## **5. Bewertung des Regierungsübereinkommens und die Rolle der Verfassungsdienste der Länder in der Verwaltungsreform**

Das Regierungsprogramm ist zumindest nach außen hin deutlich vom Geist der Kooperation und des Einvernehmens zwischen den Gebietskörperschaften geprägt. Pointiert ließe sich sagen: Das Regierungsübereinkommen verwirklicht den bekannten Obama-Slogan „Change“ auf Österreichisch, nämlich eine pragmatische Weiterentwicklung des Bestehenden, was freilich auch die Gefahr in sich birgt, das Bestehende zu zementieren.

Die avisierten Verfassungsreformen wirken im Vergleich zu den Projekten der Vorgängerregierungen (Österreich-Konvent, Staats- und Verwaltungsreform der Regierung Gusenbauer) auf den ersten Blick wenig ambitioniert, sind aber für österreichische Verhältnisse ganz beachtliche Reformvorhaben, an denen die bisherigen Regierungen, sofern sie diese überhaupt angegangen sind, allesamt gescheitert sind. Von besonderem Interesse werden hier aus föderalistischer Sicht vor allem die Projekte Schulverwaltung und Landesverwaltungsgerichtsbarkeit sein.

Der Appell an den Geist der Kooperation und Koordination ist nicht nur eine föderalistische Herausforderung, sondern auch eine Chance für den kooperativen Bundesstaat.

Den Ländern wäre zu empfehlen, aktiv Vorschläge zu den Punkten, die ihre Interessensphäre berühren, einzubringen, um nicht vorschnell in die Defensive zu geraten. Eine

wichtige Rolle der Politikberatung und Formulierung föderalistisch angelegter Positionen wird dabei den Verfassungsdiensten der Länder zukommen. Wer, wenn nicht sie, sollte in der Lage sein, durch eine integrative Sichtweise den mitunter bestehenden Tunnelblick der Expertinnen und Experten zu überwinden. Die Rolle der Verfassungsdienste könnte dabei auch darin bestehen, föderalistische Herausforderungen zu antizipieren, bevor sie bereits vom Bund thematisiert werden, also Positionen zu Fragen zu formulieren, die allenfalls auf der Agenda des Regierungsprogramms stehen, aber noch nicht in der Umsetzung begriffen sind. Für die Länder muss die Devise gelten, endlich der Defensivposition zu entkommen und in der Öffentlichkeit nicht immer wieder die – gar nicht gerechtfertigte – Rolle der Reformverweigerer einnehmen zu müssen. Dazu könnte es zweckmäßig sein, zu einzelnen Themen projektteamartig zusammengesetzte Ländergruppen aufzubauen, die frühzeitig mit der Erarbeitung und Formulierung föderalistischer Lösungsansätze und Positionierungen beginnen. Den Verfassungsdiensten käme dabei zweifellos die Führungsrolle zu.

Dies schiene auch deshalb angebracht, weil trotz des auf Koordination und Kooperation bauenden Tenors des Regierungsübereinkommens auf die Länder so manche Fallstricke lauern, vor allem, wenn es nicht gelingt, im Verhandlungswege zu einem Einvernehmen zu gelangen. Die Länder befinden sich nämlich insoweit in einer schlechten Verhandlungsposition, als es dem Bund relativ leicht fallen dürfte, zumindest im Nationalrat eine Verfassungsmehrheit zustande zu bringen, mittels derer in Länderrechte eingegriffen werden kann.

Die Verfassungsdienste der Länder werden sich in diesen Situationen, ob sie wollen oder nicht, als die Hüter des Föderalismus verstehen müssen. Wenn sie diese Situation aktiv gestalten, können sie unter Umständen aber nicht nur die Hüter, sondern auch die Weiterentwickler des Föderalismus sein – eine ungleich wichtigere und dankbarere Aufgabe.

## Anmerkungen

- 1 Dazu *Bußjäger* in: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Hrsg.), Jahrbuch des Föderalismus 2008, „Die Staats- und Verwaltungsreform ist das Herzstück des Regierungsübereinkommens“ – Österreich vor einem wiederholten Anlauf zur Verfassungsreform, S. 350 ff.
- 2 Siehe die Entwürfe „Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird“, 94/ME (XXIII. GP) vom 23. 7. 2007, und „Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Zweites Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird“, 168/ME (XXIII. GP) vom 11. 3. 2008.
- 3 Novelle zum B-VG BGBl. I Nr. 2/2008.
- 4 Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode, S. 253 ff, abrufbar unter: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=32965> (10. 1. 2009).
- 5 Im Rahmen der Expertengruppe wurde eine Arbeitsgruppe eingerichtet, welche mit der Aufgabe betraut wurde, redaktionelle Vorschläge in Bezugnahme auf die Reform der Finanzverfassung auszuarbeiten.
- 6 Im Rahmen des § 6 FAG 2008 wurde das Verhandlungsgebot (nur) einfachgesetzlich verankert. Demnach hat der Bund mit den am Finanzausgleich beteiligten Gebietskörperschaften vor der Inangriffnahme steuerpolitischer Maßnahmen, die für die Gebietskörperschaften mit einem Ausfall an Steuern, an deren Ertrag sie beteiligt sind, verknüpft sein können, Verhandlungen zu führen.

- 7 Entwurf vom 23. 7. 2007, 94/ME (XXIII. GP).
- 8 Siehe Art. 133 in der Fassung des Entwurfes vom 23. 7. 2007, 94/ME (XXIII. GP).
- 9 Vgl. Bußjäger, Die „allgemeine staatliche Verwaltung in den Ländern“ – Auslaufmodell oder Zukunftskonzept der Verwaltungsmodernisierung?, ZÖR 62 (2007), 184 ff.
- 10 Siehe Art. 106 Abs. 4 in der Fassung des Entwurfes vom 12. 2. 2008, 168/ME (XXIII.GP).
- 11 Regierungsprogramm, S. 212.
- 12 Vgl. dazu schon *Bußjäger*, Eine neue Rolle der Länder in der regionalen Bildungsverantwortung?, S & R Sonderausgabe Österreich-Konvent – Schulverfassung neu. Tagungsband 29. Jänner 2004 (2004), 46 ff.
- 13 Siehe hiezu insbesondere das Fünfte und Achte Hauptstück des Entwurfes vom 23. 7. 2007, 94/ME (XXIII. GP).
- 14 Vgl. Art. 127c Abs. 2 in der Fassung des Entwurfes vom 23. 7. 2007, 94/ME (XXIII. GP).

Anhang  
Autorenverzeichnis  
Teilnehmerliste  
Programm



## Die Autoren

Univ.-Prof. Dr. Friedrich **Lachmayer**  
Tigergasse 12, 1080 Wien  
lachmayer@chello.at

DI Harald **Hoffmann**  
Metadat GmbH., Simmeringer Hauptstraße 23, 1110 Wien  
harald.hoffman@metadat.com

MR Dr. Karl **Irresberger**  
Bundeskanzleramt, Ballhausplatz 2, 1014 Wien  
karl.irresberger@bka.gv.at

HR Dr. Meinrad **Handstanger**  
Verwaltungsgerichtshof, Judenplatz 11, 1010 Wien  
meinrad.handstanger@vwgh.gv.at

Univ.-Prof. Erich **Schweighofer**  
Universität Wien, Institut für Europarecht,  
Internationales Recht und Rechtsvergleichung  
Schottenbastei 10–16/2/5, 1010 Wien  
erich.schweighofer@univie.ac.at

Mag. Anton **Geist**  
Universität Wien, Institut für Europarecht,  
Internationales Recht und Rechtsvergleichung  
Schottenbastei 10–16/2/5, 1010 Wien  
home@antongeist.com

HR Dr. Christoph **Kleiser**  
Verwaltungsgerichtshof, Judenplatz 11, 1014 Wien  
christoph.kleiser@vwgh.gv.at

Mag. Dr. Edmund **Primosch**  
Amt der Kärntner Landesregierung, Arnulfplatz 1, 9020 Klagenfurt  
edmund.primosch@ktn.gv.at

Prof. DI Dr. Wolfgang **Kahlig**  
CONTACT-EDV AG, Rosenackerstraße 61, 1170 Wien  
wolf.kahlig@CONTACT.at

Dr. Brigitte **Windisch**

Bundeskanzleramt, Ballhausplatz 2, 1014 Wien

brigitte.windisch@bka.gv.at

Dr. Paul **Sieberer**

Amt der Salzburger Landesregierung

Postfach 527, A-5010 Salzburg

paul.sieberer@salzburg.gv.at

Prof. Peter **Bußjäger**

Amt der Vorarlberger Landesregierung, Römerstraße 15, 6900 Bregenz

peter.bussjaeger@vorarlberg.at

## Teilnehmer 6. Klagenfurter Legistik-Gespräche 2008

6. und 7. November 2008

Mag. Waltraud **Bauer**  
waltraud.bauer@stmk.gv.at

Dr. Pascale **Berteloot**  
pascale.berteloot@publications.europa.eu

Mag. Doris **Burgstaller**  
doris.burgstaller@ktn.gv.at

Univ.-Doz. Dr. Peter **Bußjäger**  
peter.bussjaeger@vorarlberg.at

Mag. Kerstin **Eder**  
kerstin.eder@bmsk.gv.at

Dr. Wolfgang **Engeljehring**  
wolfgang.engeljehring@parlament.gv.at

HR Dr. Ferdinand **Faber**  
post@lpb.land-sbg.gv.at

Mag. Barbara **Gartner**  
barbara.gartner@ktn.gv.at

Dr. Gerold **Glantschnig**  
gerold.glantschnig@ktn.gv.at

Mag. Beate **Glück**  
beate.glueck@hvb.sozvers.at

HR Dr. Meinrad **Handstanger**  
meinrad.handstanger@vwgh.gv.at

Mag. Carmen **Hedenig**  
carmen.hedenig@ktn.gv.at

Dr. Klaus **Heissenberger**  
klaus.heissenberger@noel.gv.at

DI Harald **Hoffmann**  
harald.hoffman@metadat.com

MR Dr. Karl **Irresberger**  
karl.irresberger@bka.gv.at

Dr. Claudia Sabrina **Jäger**  
claudia-sabrina.jaeger@bmukk.gv.at

Mag. Margit **Keiml**  
margit.keiml@bka.gv.at

HR Dr. Christoph **Kleiser**  
christoph.kleiser@vwgh.gv.at

Mag. Georg **Konetzky**  
georg.konetzky@bmwa.gv.at

Dr. Simon **Korenjak**  
simon.korenjak@ktn.gv.at

Mag. Thomas **Krammer**  
thomas.krammer@bmgfj.gv.at

Dr. Renate **Krenn-Mayer**  
renate.krenn-mayer@stmk.gv.at

Univ.-Prof. Dr. Friedrich **Lachmayer**  
lachmayer@chello.at

Mag. Helga **Leustik**  
helga.leustik@ktn.gv.at

Mag. Dr. Michaela **Ley-Schabus**  
michaela.ley-schabus@ktn.gv.at

Mag. Andrea **Moser**  
andrea.moser@oegbverlag.at

Dr. Silvia **Moser**  
silvia.moser@ktn.gv.at

Mag. Michaela **Möstl**  
moestl.michaela@gmx.at

Dr. Gerhard **Münster**  
gerhard.muenster@bmukk.gv.at

Mag. Johann **Muskovich**  
johann.muskovich@bgld.gv.at

Mag. Dr. Peter **Novak**  
peter.novak@ktn.gv.at

Dr. Brigitte **Ohms**  
brigitte.ohms@bka.gv.at

Mag. Dr. Edmund **Primosch**  
edmund.primosch@ktn.gv.at

Mag. Heidemarie **Pührer**  
heidemarie.puehrer@bmgfj.gv.at

SR Mag. Michael **Raffler**  
raf@mdv.magwien.gv.at

Mag. Wolfgang-Gernot **Riecker**  
wolfgang.riecker@lebensministerium.at

Dr. Christoph **Ritz**  
christoph.ritz@bmf.gv.at

Mag. Michaela **Röhle**  
michaela.roehle@bmgfj.gv.at

Dr. Günther **Schefbeck**  
guenther.schefbeck@parlinkom.gv.at

Mag. Walter **Schreier**  
walter.schreier@bmsk.gv.at

Dr. Margit **Seckelmann**  
margit.seckelmann@bka.gv.at

Mag. Dr. Paul **Sieberer**  
paul.sieberer@sbg.gv.at

Mag. Robert Alexander **Steinwender**  
robert.steinwender@ktn.gv.at

MR Dr. Helga **Stöger**  
helga.stoeger@bka.gv.at

Mag. Valentin **Thaler**  
valentin.thaler@ktn.gv.at

Mag. Heidemarie **Thalhammer**  
heidemarie.thalhammer@vorarlberg.at

Mag. Dr. Thomas **Uebe**  
thomas.uebe@ooe.gv.at

Mag. Christian **Wachter**  
christian.wachter@oegbverlag.at

Mag. Michaela **Wegscheider**  
michaela.wegscheider@ktn.gv.at

Mag. Helmut **Weichsel**  
helmut.weichsel@bka.gv.at

Dr. Brigitte **Windisch**  
brigitte.windisch@bka.gv.at

Mag. Martin **Zach**  
martin.zach@bmsk.gv.at

## E I N L A D U N G

# 6. Klagenfurter Legistik Gespräche 2008

Eine Veranstaltung der Kärntner Verwaltungsakademie in Kooperation mit dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst (RIS)

### Zielgruppe

Die Veranstaltung richtet sich sowohl an MitarbeiterInnen der legistischen Dienste des Bundes und der Länder als auch an ExpertInnen auf dem Gebiet der Rechtsinformatik.

### Vorläufige Agenda



**Donnerstag, 6.11.2008**

**13.30 Uhr** Plenum

Eröffnung: Dr. Simon KORENJAK  
Einführungsreferat: Univ. Prof. Dr. Friedrich LACHMAYER

#### **Konsolidierung**

Unter Konsolidierung wird das Zusammenfassen verschiedener (zeitlicher) Textversionen zu einem aktuellen Gesamttext verstanden. Dabei treten mehrere Probleme auf: Angesichts mehr oder weniger präziser legistischer Techniken ist es oft gar nicht so leicht festzustellen, wie der aktuelle Text wirklich lautet.

Der konsolidierte Text als Produkt kann unterschiedliche Rechtsaktqualität besitzen. Das Spektrum reicht von einer formellen Neufassung des Rechtsinhaltes (Kodifikation, zB. ABGB) bis hin zu rechtlich unverbindlichen gleichsam technischen Konsolidierungen (zB RIS). Je nach dem wird auch die Methode verschieden sein.

Eine relativ neue Aufgabenstellung sind automatische Novelleneinarbeitungen. Zum Teil handelt es sich um legistische Aufgabenstellungen (eindeutige Novellierungsanordnungen, Substitution von dokumentalistischen Einheiten), zum Teil auch um technische Probleme (XML).

Es können auch organisatorische Interessen mit der Konsolidierung verbunden sein: Wer macht die Arbeit? (Fragen der Gewaltenteilung)

Die Konsolidierung von Rechtsvorschriften ist eines der aktuellen Themen im Übergangsfeld von Legistik und Rechtsinformatik, das von verschiedenen Organisationen im Sinne einer Konvergenz mit vergleichbaren Perspektiven angegangen wird.

**Moderation:** Dr. Klaus HEISSENBERGER

**14.00 - 19.00 Uhr**

Plenum zum Thema "Konsolidierung"

Konsolidierung: Konzepte und Werkzeuge  
Dr. Günther SCHEFBECK

Konsolidierung in Konsultationsprozessen – Projektbericht  
Dr. Renate KRENN-MAYER

Konsolidierung des EU-Rechts und Konsolidierung  
in den Mitgliedstaaten: heutige Praxis und Möglichkeiten  
für die Zukunft  
Dr. Pascale BERTELOOT

**16.00-16.30 Uhr** Kaffee-Pause

Konsolidierung des Bundesrechts: die rechtliche Sicht  
Dr. Karl IRRESBERGER

Konsolidierung von Rechtstexten im RIS: die technische Sicht  
Mag. Helmut WEICHSEL

Konsolidierung von Rechtsbegriffen - Juristische Terminologie in  
Legistik und Judikatur  
HR Dr. Meinrad HANDSTANGER

Typen der Konsolidierung im internationalen Vergleich  
Univ.Prof. DDr. Erich SCHWEIGHOFER / Mag. Anton GEIST

**ab 19.00 Uhr** Abendprogramm



**Freitag, 7.11.2008**

**Rechtspolitik**

**Moderation:** Dr. Edmund PRIMOSCH



**09.00 Uhr - 12.15 Uhr** Plenum

Vereinheitlichung der Abgabenordnungen und landesgesetzlicher Regelungsspielraum  
Prof. Dr. Christoph RITZ

**10.00 – 10.20 Uhr** Kaffee-Pause

Gesetzesfolgenabschätzung: Einführung einer Klimaverträglichkeitsprüfung  
Dr. Brigitte WINDISCH

Screening landesrechtlicher Vorschriften im Zusammenhang mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie  
Dr. Paul SIEBERER

Perspektiven der Staats- und Verwaltungsreform in den nächsten Jahren aus Sicht der Länder:  
Welchen Beitrag können Verfassungsdienste leisten?  
Univ.-Doz. Dr. Peter BUSSJÄGER

Schlusswort und Ausblick: Univ.-Prof. Dr. Friedrich LACHMAYER

 **Tagungsort**

Landhaus, Grüner Saal



Das Landhaus

Für Ihre Zimmerreservierung in Klagenfurt dürfen wir Sie bitten, selbst Vorsorge treffen zu wollen.

Bis zum 25. Oktober 2008 ist für die Kärntner Verwaltungsakademie ein Kontingent von Zimmern im Hotel Goldener Brunnen optional reserviert.

Die Teilnahme an der Veranstaltung ist gratis: Die Zahlung eines Honorars sowie die Refundierung von Reise- und Aufenthaltskosten kann nicht erfolgen, es wird aber auch kein Tagungsbeitrag eingehoben.

Wir würden uns sehr freuen, Sie bei den **6. Klagenfurter Legistik@Gesprächen 2008** begrüßen zu dürfen.

Mit besten Grüßen

Simon Korenjak, Friedrich Lachmayer, Edmund Primosch, Helga Stöger

 **Hotels**

Wir empfehlen:

★★★★ **Hotels**

Hotel Sandwirth  
 Pernhartgasse 9  
 Tel.: 0463-56 209

[www.sandwirth.at](http://www.sandwirth.at)



Arcotel Moser Verdino  
 Domgasse 2  
 Tel.: 0463-57878

[www.arcotel.at/moserverdino](http://www.arcotel.at/moserverdino)



Dachhotel TRIGON  
 Kinoplatz 6  
 Tel.: 35 1 95 0

[www.hotel-trigon.at](http://www.hotel-trigon.at)



Hotel Goldener Brunnen  
 Karfreitstraße 14  
 Tel.: 0463-57380

[www.goldener-brunnen.at](http://www.goldener-brunnen.at)



★★★ **Hotels**

Hotel Geyer  
 Priesterhausgasse 5  
 Tel.: 0463-57886



Hotel Blumenstöckl Garni  
 10.-Oktober-Str. 11  
 Tel.: 0463-57793



Hotel Zlami-Holzer  
 Getreidegasse 16  
 Tel.: 0463-55416

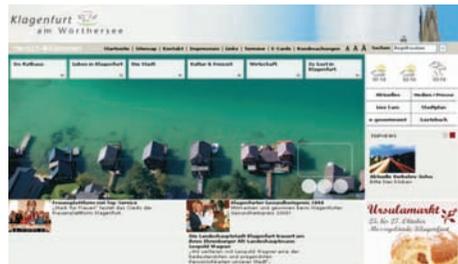


Weitere Hinweise finden Sie im Internet:

[www.info.klagenfurt.at](http://www.info.klagenfurt.at)



[www.klagenfurt.at](http://www.klagenfurt.at)



# 6. Klagenfurter Legistik Gespräche 2008

Eine Veranstaltung der Kärntner Verwaltungsakademie in Kooperation mit dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst (RIS)

Donnerstag 6. November 2008, 13.30 - 19.00 Uhr  
Freitag 7. November 2008, 09.00 - 12.15 Uhr

*Titel, Vor- und Familienname*

*Anschrift*

*Telefon*

*FAX*

*@*

\_\_\_\_\_  
*Datum & Unterschrift*

**Bundeskanzleramt**  
Republik Österreich



KÄRNTNER Verwaltungs AKADEMIE  
Burggasse 14/4, 9021 Klagenfurt am Wörthersee  
Tel.: 05 0536 - 22 871 bis 22 879  
Fax: 05 0536 - 22 870  
kvak@ktn.gv.at  
www.verwaltungsakademie.ktn.gv.at



## NOTIZEN

---

## NOTIZEN

---