

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat nr 3. 2005

thema 

Öffentliche Dienstleistungen

recht & gesellschaft 

Lex Schiavo

Operation Spring

Zivildienst revisited

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · Euro 11,- · ISSN 1019-5394

 VERLAG
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

.....
Iris Eisenberger · Ronald Faber · Oliver Scheiber

Fink/Heid/Holoubek (Hg.)

VergE

Entscheidungssammlung zum österreichischen
und europäischen Vergaberecht

2.400 Seiten, Loseblattsammlung, 3-7046-4672-5, € 190,-



**Alle Entscheidungen
im Volltext!**

- Erste umfassende Sammlung der vergaberechtlichen Entscheidungen aller österreichischen Vergabekontrollinstanzen
- Erstmals im Volltext: lückenloser Abdruck der rechtlichen Begründungen
- Zusammenfassung der Kernaussagen in Leitsätzen von ausgewiesenen Vergabeexperten
- Prägnante Darlegung des Sachverhaltes
- Ausführliche Verschlagwortung der Entscheidungen
- "Auftraggeberliste": Aufstellung der Entscheidungen nach Auftraggeber und vergebender Stelle
- "Verfahrens-Lebenslauf": vollständige Darstellung des Ablaufs aller Vergabekontrollverfahren

Dr. Christian Fink, Bundesvergabeamt

Dr. Stephan Heid, Rechtsanwalt bei Heid Schiefer Rechtsanwälte GmbH

Univ. Prof. Dr. Michael Holoubek,

Wirtschaftsuniversität Wien

Gesetzbücher

Die Sammlung des österreichischen und europäischen Rechts im Verlag Österreich

BUCHTITEL	ABO- U. HÖRERSCHEINPREIS	PREIS
H. Fuchs (Hg.), Steuerrecht mit CD-Rom, 3. Auflage	€ 14,-	€ 17,50
H. Fuchs (Hg.), Gruppenbesteuerung		€ 29,-
J. Fuchs (Hg.), Landesabgabenordnungen	€ 19,80	€ 24,75
Hilber (Hg.), Einkommenssteuerrichtlinien, Lohnsteuerrichtlinien, Umsatzsteuerrichtlinien	€ 29,80	€ 37,20
Graf/Ofner (Hg.), Bürgerliches Recht, 7. Auflage	€ 18,-	€ 22,50
Radner/Reissner (Hg.), Arbeitsrecht, 4. Auflage	€ 18,-	€ 22,50
Cuber (Hg.), Handelsrecht, 7. Auflage	€ 18,-	€ 22,50
Mayr/Broll (Hg.), Zivilverfahrensrecht, 5. Auflage	€ 18,-	€ 22,50
Wiederin (Hg.), Verwaltungsverfahrensrecht, 7. Auflage	€ 11,-	€ 13,75
Holoubek (Hg.), Verfassungsrecht, 7. Auflage	€ 18,-	€ 22,50
Schramm/Öhler (Hg.), Vergaberecht, 2. Auflage	€ 30,40	€ 38,-
Gugerbauer (Hg.), Kartellrecht mit CD-Rom, 3. Auflage		€ 78,-
Hauser/Kostal/Novak (Hg.), Hochschulrecht, 2. Auflage	€ 60,-	€ 75,-
Stärker (Hg.), Medizinrecht mit CD-Rom, 3. Auflage		€ 96,-
Borić (Hg.), Internationales Privatrecht, 3. Auflage	€ 16,-	€ 20,-

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

 **VERLAG
ÖSTERREICH**

Ihr Vorsprung bei Privatstiftung & Vermögensverwaltung:

Zeitschrift für Stiftungswesen - das neue Magazin für Steuerberater, Rechtsanwälte, Notare, Banker, Vermögensverwalter, Aufsichtsräte & Vorstände von Privatstiftungen

Nützen Sie regelmäßig das Fachwissen der Top-Experten von ZfS:

- aktuelle Fachbeiträge & Checklisten!
- neueste Judikatur mit Praxis-Tipps!
- Ihr Experten-Team:

- Herausgeber:

- Dr. Elisabeth KÖNIG (Finanzverwaltung)
- Prof. DDr. Eduard LECHNER (Univ. Wien)
- Prof. DDr. Hellwig TORGLER (Rechtsanwalt)

- Schriftleiter

- Dr. Peter CSOKLICH (Rechtsanwalt)
- Dr. Christian LUDWIG (WP & StB)



Nützliche Checklisten



Judikatur mit Praxis-Tipps



Unser Topangebot bis 31. 3. 2006:

Bestellen Sie jetzt Ihr Jahresabo, und Sie erhalten

- oder ● Ihr ZfS-Schnupperabo (2 Hefte) um nur € 4,90 (zzgl. Versand)
- Ihr ZfS-Jahresabo (4 Hefte) + Judikatur-CD-Rom* um nur € 88,- (zzgl. Versand)

* („Leitsatz Compact“; OGH, VwGH und VfGH seit 1984)

KEIN RISIKO – ABO-GARANTIE. Schnupper-Abos können bis 2 Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich oder telefonisch abbestellt werden. Bei Zufriedenheit geht Ihr Schnupperabo in ein Jahres-Abonnement über. Jahresabonnements verlängern sich automatisch um ein weiteres Jahr, wenn nicht bis zum 30. 11. des laufenden Jahres eine schriftliche Kündigung erfolgt. Irrtum und Preisänderungen vorbehalten.

Jetzt bestellen ☎ (01) 610 77 - 136
oder bestellen@voe.at



Ungleiche Chancen

Eine Studie belegt eine härtere Strafpraxis bei afrikanischen Straftätern

Oliver Scheiber

Der Dokumentarfilm „Operation Spring“ hat Wellen geschlagen; die Medien berichten ausführlich über den Film und den letzten offenen Strafprozess in dieser Sache, zu einer Podiumsdiskussion kamen im Herbst 2005 rund 300 Personen in die Universität Wien.

Der Film beschäftigt sich mit der größten kriminalpolizeilichen Aktion seit 1945 und den darauf folgenden Strafverfahren. Am 27. Mai 1999 stürmten 850 Polizisten Wohnungen und Flüchtlingsheime in ganz Österreich; insgesamt wurden an die 100 Afrikaner verhaftet und in anschließenden Strafverfahren zu teilweise langjährigen Freiheitsstrafen verurteilt.

Eine etwa zeitgleich mit dem Film fertig gestellte wissenschaftliche Arbeit von *Simon Kravagna* (Schwarze Dealer – Weiße Behörden. Eine Untersuchung der Strafverfolgung afrikanischer Drogendealer in Wien, Diss Universität Wien 2005) liefert erstmals empirische Daten zur strafrechtlichen Behandlung afrikanischer Angeklagter in Österreich. Die Analyse von 83 Gerichtsurteilen des Wiener Straflandesgerichts aus dem Suchtmittelbereich kommt zu bedenklichen Ergebnissen: Schwarze werden demnach zu signifikant höheren Haftstrafen verurteilt als Weiße; dies auch unter Berücksichtigung von Faktoren, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten (wie Vorstrafenbelastung, sichergestellte Suchtmittelmengen usw.). Dieser wissenschaftliche Befund stimmt mit der Wahrnehmung der Praxis überein – selbst bei Vermögensdelikten fällt die zum Teil unverhältnismäßig schwere Bestrafung afrikanischer Täter, die häufig mit einem Rückgriff auf die so genannte Gewerbsmäßigkeit juristisch begründet wird, auf.

Film und Studie mögen dazu beigetragen haben, dass sich in den letzten Monaten auch innerhalb der Justiz Unbehagen über den Umgang mit schwarzafrikanischen Verfahrensbeteiligten breit gemacht hat. Die mahnenden Stimmen renommierter Rechtsanwälte oder von Persönlichkeiten wie Amnesty-Generalsekretär Heinz Patzelt und nun auch von Arno Pilgram (vgl den Beitrag in diesem

Heft) bieten genügend Anlass dafür. Film und Studie legen nahe, dass sich die allgemein schwierige Situation von Afrikanern in Österreich auch in der Rolle als Beteiligte an einem Gerichtsverfahren niederschlägt. So wie es für Afrikaner schwerer ist als für andere, eine Wohnung (oder besser: einen Vermieter) zu finden, so haben sie auch vor Gericht eine schwierigere Ausgangsposition als andere Bevölkerungsgruppen. Anders gesagt: die Justiz ist offenbar keine Insel der Vorurteilsfreiheit.

Kurzfristig stehen die Gerichte in mancher Hinsicht vor unlöslichen Aufgaben: das Problem, dass die meisten afrikanischen Mitbürgerinnen und Mitbürger in Österreich unter härtesten Verhältnissen leben, dass viele von ihnen straffällig werden, weil ihnen als Asylwerber Unterkünfte und legale Arbeitsmöglichkeiten verweigert werden, kann kein Richter lösen. Ähnliches gilt für die Sprachschwierigkeit: in kaum einem Strafverfahren, an dem Afrikaner beteiligt sind, kommt eine sinnvolle Verständigung zwischen Angeklagtem und Richter zustande. Es stehen keine ausgebildeten Dolmetscher für afrikanische Sprachen zur Verfügung; Englisch, Französisch oder Deutsch beherrschen die meisten afrikanischen Beschuldigten nicht ausreichend, um eine faire Verteidigungs- und Äußerungsmöglichkeit vor Gericht zu haben. Es wäre höchste Zeit, dass sich Justiz- und Innenministerium bemühen, hier Abhilfe zu schaffen. Zum Teil gut gebildete, in Flüchtlingsquartieren zum Nichtstun gezwungene Menschen könnten in Lehrgängen zu Dolmetschern ausgebildet werden.

Mittelfristig wäre wichtig, dass sich die Bevölkerungsstruktur auch im Personal von Polizei und Justiz widerspiegelt; Personen schwarzer Hautfarbe müssten für den öffentlichen Dienst angeworben werden. Dadurch stiege das Behördenwissen über die Lebensverhältnisse schwarzer Menschen in Österreich; Berührungängste würden so am schnellsten abgebaut.

Manche Phänomene freilich sind nicht naturgegeben. Polizei und Justiz werden

sich den nun auftauchenden Fragen stellen müssen: woran es etwa liegt, dass spezielle – und ausgerechnet grundrechtlich besonders heikle – polizeiliche Methoden wie anonyme Zeugen und großer Lauschangriff gerade bei afrikanischen Verdächtigen eingesetzt werden? Ob es sich nicht genauso oder noch mehr anbieten würde, Verdachtsfälle von schwerer Wirtschaftskriminalität mit diesen Mitteln zu verfolgen? Die Schlagzeilen zur Klagenfurter Stadionaffäre oder zu den Malversationen im Refco-Skandal, die einer heimischen Bank dreistellige Millionenverluste bescherten, sind noch in guter Erinnerung (die Liste ließe sich beliebig fortsetzen). Offen ist auch die Frage, warum es bei einem Schwarzafrikaner, der mit drei CDs im Kaufhaus erwischt wird, ohne weiteres als erwiesen gilt, dass er stehlen wollte und dass er dies auch in Zukunft tun wird, um sich eine – für die Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit notwendige – „fortlaufende Einnahme“ zu verschaffen, während es angeblich oft nicht zu beweisen sei, dass bei Insidergeschäften an der Börse schweres Verschulden – das diversionelle Erledigungen hindert – oder gar organisiertes Verbrechen vorliegt? (Das *juridikum* hat sich dieses Themas schon in Heft 4/2004 angenommen).

Der Film „Operation Spring“ zeigt Grundprobleme des heimischen Strafverfahrens auf: die starke Rolle der Polizei im Vorverfahren und das inquisitionsähnliche Bild vieler Strafprozesse. Die Polizei wählt aus, welchen Sektor der Kriminalität und welche Tätergruppe sie vorrangig bekämpfen will; sie berichtet der Staatsanwaltschaft in der Regel erst nach Abschluss ihrer Ermittlungen. Im Hauptverhandlungsstadium spielt der Richter eine starke Rolle; das Verfahren ist amtswegig, wodurch der Richter leicht in die Rolle des Anklägers rutscht, anstatt Äquidistanz zu den beiden Parteien des Strafverfahrens, Angeklagtem (Verteidigung) und Staatsanwaltschaft, zu demonstrieren. Durch die 2008 in Kraft tretende Änderung des strafrechtlichen Vorverfahrens werden die Staatsanwaltschaften vom Gesetz gestärkt; es ist zu hoffen, dass damit eine Emanzipation der Staatsanwaltschaften – gerade auch gegenüber der Polizei – einher gehen wird. Faire Strafverfahren entstehen bekanntlich aus kritischer Distanz. Für die Justiz geht es dabei um nicht weniger, als den Vorwurf sozialer und rassistischer Diskriminierung von sich fernzuhalten.

Inhalt

recht & gesellschaft

Arno Pilgram	Operation Spring – Lehren aus einem Film	115
Matthias C. Kettemann	„Die Passion Terris“	117
N. Raschauer/P. Sander	Von Amtshaftpflichtversicherungen und Aufsichtskosten	120

thema: öffentliche dienstleistungen

Lukas Oberndorfer	Vorwort	126
Stephen Gill	Conceptualizing the Global Restructuring of Public Services: Privatization, TRIPS & GATS	127
Harald Eberhard	Öffentliche Dienstleistungen als nationale und europäische Sozialstaatssäule	133
D. Damjanovic/C. Fuchs	Gemischtwirtschaftliche Kooperationen	138
Lukas Oberndorfer	Altmark Trans, Monti und andere Nebenwirkungen des europä- ischen Beihilfenrechts auf Dienste von allgemeinem Interesse	143
Alice Wagner	EU-Dienstleistungsrichtlinie: Gefahr für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	148
Gerda Marx	Vertikale Liberalisierungsbemühungen anhand des Beispiels Öffentlicher Personennahverkehr	154
Ulrike Huemer	Die Daseinsvorsorge der Gemeinden unter Liberalisierungsdruck	160

rubriken

vor.satz	Oliver Scheiber Ungleiche Chancen	109
merk.würdig	Matthias C. Kettemann Des Wachhunds neue Kette.....	111
	Iris Eisenberger Zivildienst, die X-te	112
impressum	113

Des Wachhunds neue Kette

Journalisten und Richter zwischen zivilem Ungehorsam und Pressefreiheit

2005 war ein interessantes Jahr für amerikanische Medien. Nur kurze Zeit nachdem sich „Watergate“-Quelle *Deep Throat* selbst enttarnt hatte, echauffierte sich die Zunft der Journalisten – und jene der Juristen – über eine nur vordergründig simple Frage: Stehen Medien über dem Recht?

Ein Blick auf die Rahmenhandlung erhellt die Problematik: „New York Times“-Reporterin *Judith Miller* wurde von einem Bundesrichter zu Beugehaft verurteilt, weil sie sich weigerte, im Rahmen der politisch heiklen Suche nach den Schuldigen an der Enttarnung der CIA-Agentin *Valerie Plame* ihre Quellen und die Ergebnisse ihrer Nachforschungen offen zu legen. Ein konservativer Kolumnist hatte *Plame* zuvor als Agentin identifiziert, nachdem ihr Ehemann, ein ehemaliger Botschafter, die Glaubwürdigkeit bestimmter auf den Irak bezogener Aussagen des Weißen Hauses öffentlich in Zweifel gezogen hatte. Um den Ursprung der Indiskretion – laut dem Kolumnisten „hochrangige Regierungsvertreter“ – zu identifizieren, wurde ein Sonderermittler eingesetzt. Dieser lud nun die im Fall *Plame* recherchierende *Judith Miller* und den ebenfalls mit der Affäre befassten „Time“-Journalisten *Matt Cooper* zur Aussage vor und verlangte die Übergabe sämtlicher Aufzeichnungen. Der entsprechende Beschluss des zuständigen Bezirksrichters ging durch die Instanzen und wurde schließlich vom U.S. Supreme Court bestätigt.

Während *Miller*, wie erwähnt, eine Kooperation mit dem Gericht verweigerte, erklärte *Cooper*, sich äußern zu können, da ihm seine Quelle dies gestattet habe. Leistete die „New York Times“ ihrer Journalistin demonstrativ Sukkurs – sie sprach von der „Rolle des Journalisten als Märtyrer“ –, hatte indes „Time“ bereits Tage zuvor beschlossen, gegen den Willen des Reporters seine Notizen an das Gericht zu übergeben. Durch die beiden unterschiedlichen Reaktionen von „New York Times“ und „Time“ erfuhr der Spannungsbereich Strafverfolgung und Medienfreiheit eine komplizierende

Anreicherung. Denn vorderhand unvertretbar ist keiner der beiden Ansätze.

„Wenn man Journalisten nicht mehr vertrauen kann ...“, begann *Miller* ein Statement kurz vor ihrer Verurteilung, stellte ein Ende des kritischen Aufdeckungsjournalismus in Aussicht und appellierte an den Richter, die besondere Bedeutung des Quellenschutzes nicht unbedacht zu lassen. Die „New York Times“ gaben nach ihrer Verurteilung dem Wir-Gefühl vieler liberaler Medien im Nein zum Urteil Stimme und Sprache. In der Diskussion wurde besonders die Opferrolle *Millers* hervorgehoben, die „ihre Freiheit zugunsten einer größeren Freiheit aufgabe, die der freien Presse von den Gründervätern gegeben worden war“ („New York Times“, 6.7.2005). Diese fast religiös anmutende Ethik wurde ergänzt durch die Berufung auf die „große Tradition des zivilen Ungehorsams“: *Miller* ging davon aus, dass „manchmal dem Gemeinwohl am besten durch Bürger gedient wird, die sich einem legalen, aber ungerechten oder unklugen Befehl widersetzen.“ Hier könnte problematisiert werden, wem die konstitutive Qualifizierung von Befehlen als ‚ungerecht‘ oder ‚unklug‘ zukommt; zumal sich nur selten *alle* Rechtsunterworfenen (im Falle eines Urteils: *beide* Parteien) „gerecht“ behandelt fühlen. Dazu kommt, dass in einem modernen Rechtsstaat auch das Radbruch'sche Diktum vom „ungerechten Recht“ kaum als Maßstab Anwendung finden kann.

Kontrastiert man die Auffassung der „New York Times“ mit den Überlegungen von „Time“, die in einem Statement die Übergabe der Notizen ihres Journalisten rechtfertigte, ergeben sich interessante Erkenntnisse. „Time“ ruft Fälle erinnerlich, in denen sich Präsidenten den Forderungen von Richtern und Sonderermittlern gebeugt hatten; in Erinnerung ist etwa die Herausgabe der „Watergate“-Bänder durch Präsident *Nixon*. Wie sollen, räsoniert „Time“, Medienunternehmen über dem Recht stehen, wenn dies nicht einmal für Präsidenten gilt? Das ist zutreffend, wenn auch nicht erkenntnis-

fördernd: In der Tat stehen Medien, wie alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft, unter der Herrschaft des Rechts. Beschlüsse und Urteile sind grundsätzlich zu respektieren; der moderne Staat könnte anders nicht Bestand haben. Diese Feststellung enthebt freilich nicht der Pflicht, Konfliktfälle differenziert zu behandeln. Dass der Beschluss eines Gerichtes nach Erschöpfung des Rechtsweges in Rechtskraft erwachsen ist, sagt – sofern nicht streng positivistisch argumentiert wird – nichts über dessen inhaltliche Rechtfertigbarkeit aus.

In einem sind sich „New York Times“ und „Time“ immerhin einig: Die Pressefreiheit, obschon eine bedeutende Errungenschaft, gilt nicht unbegrenzt. Fraglich – und strittig – ist nun, wo und von wem die Grenzpfiler zu setzen sind. Diese Frage kann schwerlich abschließend beantwortet werden; bestimmte eingrenzende Überlegungen können dennoch angestellt werden: Grundsätzlich ist es bestimmt zutreffend, dass sich (potenzielle) Quellen auf die Geheimhaltung ihrer Identität verlassen können. Schweigen sie aus Angst vor einer allzu leichten Identifizierung, bleiben Skandale ungedeckt und können die Medien nicht länger in der Tradition des investigativen Journalismus „Wachhund“ der öffentlichen Rechtmäßigkeit bleiben. Aus dieser Perspektive kann selbst das legitimste Interesse des Staates an der Wahrheitsfindung in Verfahren gegen mutmaßliche Rechtsbrecher in ein Schreckbild umschlagen. Es hat – wie so oft in einem Rechtsstaat – eine Abwägung der, zumal gewichtigen, gegenbeteiligten Interessen stattzufinden: hier jenes der Allgemeinheit an der erfolgreichen Beendigung eines Prozesses, dort jenes derselben Allgemeinheit an einer kritischen Presse.

Vorderhand ist nicht ersichtlich, ob und inwieweit sich die Waagschale der *Justitia* im Lichte der Fälle *Miller* und *Cooper* eher zu Gunsten der Richter (des Rechts?) oder der Medien senkt. Ein abschließendes Wort der Warnung ist jedenfalls am Platze gegen die Tendenz, reflexhaft die Medienfreiheit oder die Rechtspflege über alles zu stellen. Der Rechtsstaat hat viele Facetten, die mitgedacht werden wollen. Zum Nachdenken anregen mag, dass Ende September 2005 schließlich auch *Miller* einlenkte, ihre Quelle offen legte und enthaftet wurde.

Matthias C. Kettmann

Zivildienst, die X-te

Mit seinem jüngsten Erkenntnis zum ZivildienstG (VfGH 15. Oktober 2005, B 360/05-9, B 425/05-8) hat der VfGH abermals zur erforderlichen Höhe des Verpflegsentgelts von Zivildienern Stellung genommen. Darin trifft der VfGH zwei wesentliche Aussagen: Einerseits ist die vom Innenminister festgestellte Höhe von rund 6 Euro pro Tag deutlich zu niedrig; und andererseits ist ein Verpflegsentgelt von 13,6 Euro, das Wehrdienern zusteht, die sich außerhalb der Kaserne verpflegen müssen, angemessen. Ob der VfGH damit die jahrelangen politischen und rechtlichen Streitigkeiten, bei denen die Zivildienner zwischen dem Gesetzgeber, dem BMI, der ausgegliederten Zivildienstverwaltung, den Trägereinrichtungen und den Gerichten hin- und hergeschickt wurden, beenden konnte, bleibt allerdings

noch abzuwarten. Der Gerichtshof hat die (verfassungs)rechtlichen Vorgaben jedenfalls mit aller Deutlichkeit dargelegt; nun liegt es an der Innenministerin und den Zivildiensteinrichtungen, diese endlich umzusetzen.

Die Vorgeschichte: „fehlinterpretiert“

Der Reigen der Zivildienstverfahren vor dem VfGH begann 2000. Der VfGH lehnte in VfSlg 15.728/2000 zwar die Behandlung einer Beschwerde ab, mit der die unterschiedliche Entlohnung im Wehr- und Zivildienst als gleichheitswidrig bekämpft wurde, sprach dabei aber aus, dass die in Art 9a B-VG enthaltene Möglichkeit der Zivildienstleistung „faktisch weder vereitelt noch erschwert“ werden dürfe. Daran knüpfte der Gerichtshof an, als in den Folgejahren die von der schwarz-blauen Bundes-

regierung initiierten Änderungen des Zivildienstes zur Prüfung gelangten.

Die Zivildienst-Novelle 2000 hatte ausschließlich die Budgetentlastung vor Augen und brachte im Ergebnis eine radikale Kürzung des Verpflegsentgelts von zuvor 155 auf 43 Schilling pro Tag. Dass dieser Einschnitt nicht verfassungskonform war, musste allen Beteiligten klar gewesen sein; wenig überraschend sprach der VfGH in VfSlg 16.389/2001 aus, dass diese Novelle verfassungswidrig war – war deshalb, weil mit der Zivildienst-Novelle 2001 der Zivildienst auf gänzlich neue Beine gestellt wurde.

Das neue System umfasste ua die – mittlerweile als verfassungswidrig aufgehobene (VfGH 15.10.2004, G 36/04, V 20/04) – Ausgliederung der Zivildienstverwaltung sowie ein neues Verpflegungsmodell. Zuständig für die Verpflegung der Zivildienner ist seither nicht mehr der Bund, der bis dahin die Höhe des Verpflegsentgelts in einer Verordnung festgelegt hatte, sondern die einzelnen Zivildiensteinrichtungen, die „dafür Sorge zu tragen [haben], dass die Zivildienstleistenden angemessen ver-

Jurbooks

1010 Wien, Wollzeile 16

Die erste Adresse für alle juristischen Bücher

- **Recht & Steuern**
mehr als 10.000 Titel auf über 300 m²
- **Bestell- und Versandservice**
 - Express-Zustellung (Wien 3 Stunden, andere Bundesländer 1–2 Tage)
 - Ansichtsexemplare
 - Stammkonditionen
 - portofreier Versand
- **www.jurbooks.at**
Die Online-Buchhandlung für juristische Bücher

Montag bis Freitag 9–19 Uhr

Bestellservice:
Tel.: 01-512 48 85 • Fax: 01-512 06 63
Web: www.jurbooks.at • Mail: order@jurbooks.at



www.jurbooks.at

pflegt werden“. Da sich der Anspruch auf Verpflegung nunmehr unmittelbar gegen die Zivildienstrichtung richtet, wandten sich mehrere Zivildienstler an die ordentlichen Gerichte und klagten die Differenz zwischen ausbezahlem Verpflegungsgeld und dem für angemessen erachteten Betrag von 155 Schilling zivilrechtlich ein. Die diesbezüglichen Klagen wurden jedoch zurückgewiesen, weil – so das Landesgericht Wien – der Anspruch auf angemessene Verpflegung ein öffentlich-rechtlicher und kein zivilrechtlicher sei.

Auch die Novelle 2001 landete vor dem VfGH. Die Zivildienstleistenden hielten, nicht zuletzt aufgrund ihrer Erfahrungen – in der Praxis wurden die unterschiedlichsten Sätze, von 40 bis 155 Schilling pro Tag bezahlt – die Bestimmung für nicht ausreichend determiniert. Der VfGH stellte in VfSlg 16.588/2002 hingegen fest, dass die Wortfolge „angemessene Verpflegung“ interpretierbar und damit ausreichend bestimmt im Sinne des Art 18 B-VG sei. Mit unmissverständlicher Deutlichkeit erklärte der VfGH, welche Referenzgrößen für die Feststellung der „angemessenen“ Verpflegung herangezogen werden können: das Tageskostgeld von 13,6 Euro nach dem HeeresgebührenG und die in der seinerzeitigen VerpflegungsV des Innenministers festgelegten 155 Schilling, bei denen es sich – so der VfGH – „um Mindestbeträge handelte“.

Der Innenminister zeigte sich von den VfGH-Sprüchen unbeeindruckt, hielt bis zuletzt an 6 Euro pro Tag als angemessener Verpflegung fest und teilte dem Beschwerdeführer im gegenständlichen Verfahren allen Ernstes mit, die Aussagen des VfGH zur Höhe des Verpflegsentgelts würden „fehlinterpretiert“ (VfGH B 360/05, B 425/05 S 15). Tatsächlich liegt bei einer solchen, geradezu denkunmöglichen „Fehlinterpretation“ gleich mehrerer VfGH-Erkenntnisse der Gedanke an Art 142 B-VG nicht mehr fern...

13, 6 Euro sind 13, 6 Euro sind 13, 6 Euro

Die „Fehlinterpretation“ der VfGH-Erkenntnisse führte jedenfalls dazu, dass Zivildienstler seit mehreren Jahren den Rechtsweg beschreiten müssen, um – zumindest im Nachhinein – jene Verpflegung zu erhalten, die ihnen von Verfassungs wegen während der Leistung ihres Pflichtdienstes zusteht. Einer der beiden Beschwerdeführer des aktuellen VfGH-Erkenntnisses leistete seinen Zivildienst von Oktober 2000 bis November 2001. Bis es soweit war, dass er die Höhe seines Verpflegsentgelts dem VfGH zur Kontrolle vorlegen konnte, musste dieser den BMI erst einmal dazu bewegen, einen Feststellungsbescheid über die Angemessenheit zu erlassen (VfSlg 16.985/2003). Der Minister hatte offenbar – obwohl der Rechtsanspruch auf einen solchen Feststellungsbescheid bereits in VfSlg 16.588/2002 außer Streit gestellt worden war – sogar die Verhängung einer Mutwillensstrafe gegen den antragstellenden Zivildienstler erwogen (VfSlg 16.985/2003 S 290!).

Mit dem aktuellen Erkenntnis (B 360/05, B 425/05) hob der VfGH zwei Bescheide des BMI wegen Verstoßes gegen Art 9a B-VG iVm § 2 Abs 1 ZDG auf, in denen festgestellt wurde, dass rund 6 Euro täglich eine angemessene Verpflegung wären.

Der VfGH machte zum wiederholten Male (siehe die Vorjudikatur oben) deutlich, dass die – einzigen – „tauglichen Anknüpfungspunkte“ für eine verfassungskonforme Interpretation der „angemessenen Verpflegung“ das im HeeresgebührenG vorgesehene Tageskostgeld von 13,6 Euro und die 155 Schilling der alten VerpflegungsV sind. Alle anderen, vom BMI ins Spiel gebrachten Bezugsgrößen erklärte der Gerichtshof als „in einem anderen rechtlichen Zusammenhang stehend“ für irrelevant. Die vom BMI festgestellten ungefähr 6 Euro würden diese Beträge „deutlich unterschreiten“. Der

Impressum

juridikum

Zeitschrift im Rechtsstaat
A-1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

HerausgeberInnen

Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Iris Eisenberger, MSc. (LSE),
Dr. Ronald Faber, LL. M. (Yale),
Dr. Oliver Scheiber

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77,
Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589,
e-Mail: order@verlagooesterreich.at,
http://www.jusline.at
Redaktionsassistent: Mag. Peter Hosek

Preis: Jahresabonnement Euro 37,- ,
StudentInnenabonnement Euro 26,-,
Förderabonnement Euro 55,-,
exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Univ.-Ass. Dr.
Daniel Ennöckl, ao. Univ.-Prof. Dr. Christian
Hiebaum, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Elisabeth Hödl, Matthi-
as C. Kettemann, Dr. Roland Kier, Univ.-Ass. Dr.
Konrad Lachmayer, Drⁱⁿ. Nora Melzer-Azodanloo,
MMag^a. Doris Obereder, Mag. Lukas Oberndorfer,
Mag. Michael Reiter, Drⁱⁿ. Judith Schachenreiter,
Mag^a. Marianne Schulze, ao. Univ.-Prof. Dr. Ale-
xander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer,
Mag. Thomas Sperlich, Mag^a. Alexia Stuefer,
Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiedering, RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria
Windhager

AutorInnen dieser Ausgabe:

Dragana Damjanovic, Harald Eberhard,
Iris Eisenberger, Claudia Fuchs, Stephen Gill,
Ulrike Huemer, Matthias C. Kettemann,
Gerda Marx, Lukas Oberndorfer, Arno Pilgram,
Nicolas Raschauer, Peter Sander,
Oliver Scheiber, Alice Wagner

Offenlegung

Der Medieninhaber und Verleger ist zu 100 %
Eigentümer des **juridikum**.

Grundlegende Richtung des **juridikum**:
ergibt sich aus den Context-Statuten und aus dem
Inhalt der veröffentlichten Texte.
Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alterna-
tiver Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Iris Eisenberger, MSc. (LSE): Insti-
tut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Wien, Schottenbastei 10-16,
1010 Wien, Tel.: 01/4277-35474,
Fax: 01/4277-35479;
iris.eisenberger@univie.ac.at
Dr. Ronald Faber, LL. M. (Yale):
ronald.faber@vfgh.gv.at

Dr. Oliver Scheiber; o.scheiber@chello.at
Das **juridikum** ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe Gutachter ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung entschieden wird.

Thema Heft 4/2005

Rechtsanthropologie

VfGH lässt aber auch nicht unerwähnt, dass von dieser Bezugsgröße Abschläge zulässig sind, wenn Zivildienere beispielsweise an einem gleich bleibenden Ort ihren Dienst verrichten. Der den Zivildienern zustehende Betrag muss es jedenfalls ermöglichen, dass sich die Zivildienere im Supermarkt oder in Gasthäusern verpflegen können.

Das Ende der Fastenzeit?

Ob mit diesem Erkenntnis die volle Versorgung der Zivildienere während der Leistung ihres Dienstes endlich gewährleistet ist, bleibt abzuwarten. Dass 6 Euro zu wenig sind und 13,6 Euro ein angemessener Betrag wären, wusste – offenbar mit Ausnahme derjenigen, die zur Zahlung verpflichtet sind – jeder, der die bisherige Judikatur des VfGH ernst genommen hat. Es bleibt somit mehr als fraglich, ob sich der BMI und die Trägerorganisationen in der entscheidenden Frage der Verpflegungshöhe an die Entscheidung des VfGH halten werden. Die bisherigen Erfahrungen lassen leider das Gegenteil befürchten. Sowohl die Innenministerin als auch die Trägerorganisationen haben die Verantwortlichkeit

für die Übernahme der Mehrkosten von sich gewiesen (*de lege lata* ist die Sache klar: zahlen müssen vorerst die Einrichtungen; *de lege ferenda* wird das VfGH-Erkenntnis wohl eine Neuverhandlung der Kostenverteilung zwischen BMI und Einrichtungen nach sich ziehen). Die Zivildienere drohen somit abermals auf der Strecke zu bleiben.

Dennoch: Für die tatsächliche Verpflegungssituation der Zivildienere sollte der VfGH-Entscheid eine Verbesserung bringen, geht er doch über das in den bisherigen Urteilen Gesagte hinaus. Niemand sollte mehr in Abrede stellen können, dass Bezugspunkt für eine angemessene Verpflegung einzig und allein die 13,6 Euro nach dem HeeresgebührenG sind. Auch wenn im Einzelfall von dieser Bezugsgröße Abstriche gemacht werden können, so liegt die Beweislast für die Notwendigkeit der Senkung genau dieses Betrages auf Seiten der einzelnen Einrichtung bzw beim BMI, und eine solche Senkung bedarf jedenfalls einer sachlichen Begründung, die im Einzelfall wieder der Überprüfung durch den VfGH unterliegt.

Die zuvor im Zeitraffer geschilderten Rechtsstreitigkeiten zeigen eines jedenfalls deutlich: Das geltende System der Verpflegung der Zivildienere kann trotz wiederholten Eingreifens des VfGH eine angemessene Verpflegung für die Dauer ihres Dienstes nicht gewährleisten. Dass das 2001 eingeführte neue Verpflegungssystem die Möglichkeit, anstelle der Wehrpflicht aus Gewissensgründen Zivildienst zu leisten, „faktisch weder vereitelt noch (erheblich) erschwert“, kann wohl nur als Fiktion betrachtet werden. Von einem faktisch effektiven Rechtsschutz kann, wenn Zivildienere über fünf Jahre um die Mittel zur Deckung der notwendigen Lebensbedürfnisse prozessieren müssen, kaum noch die Rede sein. Der nächstliegende Weg, diese chaotischen Zustände zu beseitigen, wäre – wie es der VfGH im gegenständlichen Erkenntnis auch anregt (Pkt 4.4.) – eine einheitliche und verfassungskonforme Regelung der Form und Höhe des Verpflegungsanspruches durch den BMI, wie sie bis zum Jahr 2000 in Gestalt der VerpflegungsV bestanden hat.

Iris Eisenberger

Diwok/Göth

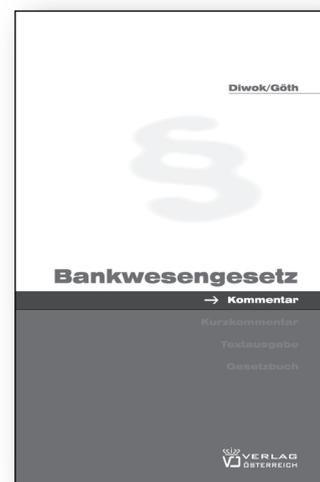
Bankwesengesetz

2005, 804 Seiten, geb., 3-7046-0388-0, € 220,-

Der erste Band des auf drei Bände ausgelegten Werkes zum BWG befasst sich mit den Regelungen über die Berechtigung zum Betreiben von Bankgeschäften in Österreich, mit den Eigentümerbestimmungen sowie ausführlich und vollständig mit den Ordnungsnormen. Dabei werden insbesondere auch die komplexen Regelungen über die Unterlegung von Kreditrisiken, Fremdwährungs- und Zinsänderungsrisiken im Bank- und Handelsbuch sowie Großveranlagungen und Beteiligungsrissen kommentiert. Das Buch wendet sich an den Bankrechtspraktiker und zeigt auch die Nahtstellen zu handels- und steuer- sowie bilanzrechtlichen Fragen auf.

Dr. Georg Diwok ist Partner und Rechtsanwalt bei Baker & McKenzie • Kerres & Diwok Rechtsanwälte GmbH in Wien.

Univ.-Doz. MMag. Dr. Philip Göth ist Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Partner bei Deloitte Österreich und Deloitte Schweiz.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Operation Spring – Lehren aus einem Film

Arno Pilgram

1. Einleitung

Der Dokumentarfilm „Operation Spring“ trägt den Namen einer Polizeiaktion aus dem Jahr 1999 „gegen eine vorwiegend schwarzafrikanische Tätergruppe wegen des Verdachts der kriminellen Organisation und des bandenmäßigen Suchtgifthandels“ (Sicherheitsbericht 1999). Behandelt wird jedoch nicht diese Aktion selbst, sondern vor allem deren gerichtliche Aufarbeitung. Das hat auch damit zu tun, dass die Polizei zum Film von sich aus keinerlei Erklärungen oder Rechtfertigungen beisteuert. Man fühlt sich dazu als Organisation nicht verpflichtet. Immerhin haben ja die Gerichte das polizeiliche Vorgehen durch viele strenge Strafurteile bestätigt, und so die Verantwortung für die Ermittlungsbehörden tatsächlich mit übernommen. Die Polizei bleibt hinter der Autorität der Gerichte in Deckung und der Film legt dar, wohinter das ist – hinter einem anscheinend unerschütterlichen Vertrauen der Gerichte in die Polizei.

2. Inszenierte Wirklichkeit

Vertreter der Exekutive treten im Film nur indirekt auf, über eingespielte ORF-Sendungen vom Abend der Operation Spring und ein paar Tage danach. Am Abend der Operation wird vom Innenminister persönlich nach einem Einsatz von insgesamt 850 Beamten in mehreren Bundesländern der Erfolg der Verhaftung von etwa 100 Afrikanern gemeldet, der „führenden Köpfe einer Drogenbande“. Vier Tage später zeigt man im ORF Videoaufzeichnungen der Polizei, aufgenommen anlässlich einer von Afrikanern organisierten Demonstration gegen die Behandlung des in Polizeiobhut umgekommenen Schubhäftlings Markus Omofuma. Diese Aufzeichnungen sind die schärfsten aus Polizeikameras, die man im Film zu sehen bekommt, um vieles schärfer als die im Zuge der

Operation Spring gewonnenen heimlichen Aufnahmen. Auch die Aussagen dazu fallen eindeutig aus. Der die Bilder kommentierende Polizeibeamte des Wiener Sicherheitsbüros erkennt unter Demonstranten mehrere Personen, die sich unter den bei der Operation Spring Festgenommenen befinden. Unter den Haupttätern habe der Drogenring einen eigens „für die Stimmungsmache gegen die Polizei“ Verantwortlichen gehabt – Beleg für eine vielschichtige und stabsmäßige Organisation. Mehr und Direktes an Auftritt, Kommentar oder gar Manöverkritik von Seiten der Polizei gibt es im Film nicht. Die Einladung und Gelegenheit involvierter Beamter der Sondereinheit Observation zu Erklärungen hätte bestanden, versichern die Filmemacher Angelika Schuster und Tristan Sindelgruber, den Vortritt dabei wollte allerdings niemand. „Police accountability“, Bereitschaft auch der Polizei zu Rede und Antwort, darf man sich in Österreich wünschen, Usus ist sie hier nicht.

Aber auch das Gerichtsverfahren kommt nicht eigentlich ins Bild, schließlich sind Aufnahmen vor Gericht verboten. Alles, was gezeigt wird, spielt sich außerhalb der Gerichtssäle ab, am Gang, in Anwaltkanzleien, im Gefängnis, in Unterkünften für Asylanten, in einem leeren Chinarestaurant, dem Treffpunkt der beschuldigten nigerianischen Drogentäter etc. Das erweist sich nicht als Nachteil. Was außerhalb symbolbeladener Säle, was mit abgelegter Robe und nicht in den Formen und Formeln des Verfahrens befangengesagt, an Gefühlen gezeigt und hier filmisch dokumentiert wird, zeigt die juristische Wahrheitsfindung ohne den Schutz der gerichtlichen Inszenierung, und legt sie prompt bloß. Ohne das rituelle Zubehör, mit dessen Hilfe Realität bei Gericht rekonstruiert wird, geht Wirklichkeitsgewissheit erstaunlich rasch verloren. Wenn man die Evidenznachprüfung durch den Film

verfolgt, die Interviews mit involvierten Berufs- und Laienrichtern, mit Zeugen und Beschuldigten, mit Anwälten und Bezugspersonen, beginnt man sich zu wundern, was Pressestellen, Medien, Politik vorweg, was die Sicherheits- und Justizverwaltung im Sicherheitsbericht für das Jahr 1999 und was Gerichtsurteile bald hinterher alles an Tatsachen über die Operation Spring, ihren durchschlagenden Erfolg und ihre Zielobjekte verlauten lassen konnten.

3. Probelauf für erweiterte Polizeibefugnisse

Die Operation Spring war der erste Anwendungsfall für das Kernstück im neuen Paket an Polizeibefugnissen, das die Strafprozessreform 1997 geschnürt hatte, für den „Großen Lausch- und Spähangriff“. Dieses Paket enthielt zudem die „Rasterfahndung“, eine „Kronzeugenregelung“ und weitere Möglichkeiten für „Under-Cover-Policing“ durch „Legendierung von Polizeibeamten“. Die Skrupel nicht zuletzt in Bezug auf die „Überwachung nichtöffentlicher Verhaltens und nichtöffentlicher Äußerungen von Personen unter Verwendung technischer Mittel zur Bild- und Tonübertragung und zur Bild- und Tonaufnahme ohne Kenntnis der Betroffenen“ (§ 149 Abs 1 Z 3 StPO) schlugen sich in einer auf vorläufig drei Jahre befristeten Geltung des Gesetzes nieder. Die neuen Instrumente versprachen ein technologisches Gleichziehen der Polizei im Wettlauf mit der professionellen organisierten Kriminalität, hieb- und stichfeste Sachbeweise in Bereichen, wo Machtgefälle oder auch der Bund zwischen Tätern und Opfern das Auftreten von glaubwürdigen Belastungszeugen verhindert. Man wollte sich angesichts „offener Flanken“ bzw. „Außengrenzen gegen Kriminalität“ zumindest der Möglichkeit nicht begeben, Erfahrungen mit diesen modernen heimlichpolizeilichen Mitteln und ihrer rechtsstaatlichen Kontrolle zu gewinnen. An der unkritisch positiven „Evaluation“ all der neuen Polizeimethoden und an ihrem definitiven parlamentarischen Beschluss bald nach Antritt der neuen Bundesregierung im Jahr 2000 lanciert der Film „Operation Spring“ nun verspätete Zweifel.

Diese nähren zuerst einmal einige kleine „Filme im Film“, Ausschnitte des Erspähten und Erlauschten aus dem originalen polizeilichen Videomaterial,

an welche die Filmemacher – dank wem immer – gekommen sind. Diese Videosequenzen enttäuschen im Zeitalter der Fernaufklärung durch Spionagesatelliten und ernüchtern in Hinblick auf die polizeiliche Professionalität. Mag sein, dass es sich um inzwischen behobene technische Kinderkrankheiten handelt. Die Qualität des Videomaterials erklärt vielleicht auch die Zurückhaltung der Polizei, dieses Material im Original vor Gericht zu präsentieren. Anfänglich musste man sich bei Gericht mit schriftlichen Beschreibungen des filmisch Beobachteten begnügen und tat dies auch. Später bekam immerhin das Gericht das Material vorgespielt, wenn auch nicht das Publikum im Gerichtssaal. Zu erkennen ist darauf für jemanden ohne Beherrschung der Igbo-Sprache und ohne persönliche Kenntnis der Sprecher nichts, wie selbst ein ehemaliger Prozessrichter geradeheraus einräumt. Ihren Wert erhält dieses „Belastungsmaterial“ erst wieder nur durch Zeugenaussagen von Mittätern oder von Dolmetschern bzw Sachverständigen. Es spricht nicht für sich, sondern braucht wiederum Interpreten, deren Motive oder Kompetenz fragwürdig bleiben wie eh und je. Der Mühe, sie zu hinterfragen, unterziehen sich ein paar engagierte Anwälte und die Filmemacher, offenbar jedoch nicht die Justiz. Das ist die beunruhigende Erkenntnis des Films. Nicht nur, dass vor Gericht verummte identitätslose Zeugen akzeptiert werden, werden deren belastende Aussagen am Fließband auch nicht auf Widersprüche überprüft und bleibt deren Verhältnis zur Polizei und Interessenlage unhinterfragt. Nicht nur, dass Bild und Ton der Videos nicht synchronisiert sind und ein überbeschäftigter Dolmetsch auswählt, was er zu übersetzen wert befindet, hält seine Zuordnung von Text zu Sprechern und seine Übersetzung anderen Sachverständigenurteilen in wichtigen Punkten nicht stand. Das stellt sich dank hartnäckiger Verteidigung in den letzten nach über fünf Jahren noch offenen Verfahren heraus, nachdem die meisten Beschuldigten schon rechtskräftig verurteilt sind und ihre Strafe absitzen.

4. Justiz als Erfüllungsgehilfin der Polizei?

Mehr noch als technische Perfektion der Polizei hätte man sich mehr Sensibilität der Gerichte für die Fehleran-

fälligkeit von Polizeinstrumenten im Erprobungsstadium gewünscht, mehr Unzufriedenheit mit den Schwachstellen der Ermittlungen. Es befremdet, wie sehr das gute Wort der Polizei für einen Dolmetsch, für den exklusiven Auswerter der Audio- und Videobänder ausreicht. Diese Person bleibt zunächst überhaupt anonym, seine Vereidigung und Verpflichtung auf Loyalität gegenüber dem Gericht wird auf die leichte Schulter genommen. Es befremdet, wie rasch die Vertrauenspersonen der Polizei unter den Mittätern als anonyme Zeugen auch dem Gericht glaubwürdig erscheinen, wenn sie für fehlende Sachbeweismittel in die Presche springen. All das zeigt den besten Willen der Justiz, dem polizeilichen Erfolg gegen ein notorisches Kriminalitätsproblem so wenig wie möglich in den Weg zu legen. Das offensichtliche Auftreten von Schwarzafrikanern auf dem Wiener Drogenstraßenmarkt und wohl auch die Evidenz für die Beteiligung des einen oder anderen Verdächtigen aus der Operation Spring an diesem Markt lässt es die Gerichte im Einzelfall nicht mehr so genau nehmen. Man beteiligt sich am Abschreckungskampf gegen eine Kategorie von Kriminellen, gegen den schwarzafrikanischen Drogenhändler, indem man auf der dünnsten möglichen Beweisgrundlage Beschuldigten möglichst bedeutende Rollen in einer kriminellen Hierarchie zuschreibt und gegen sie möglichst drakonische Strafen verhängt. Abschreckung kann grundsätzlich als Kriminalpolitik mit Menschenopfern betrachtet werden. Das billigt unsere Rechtsordnung durchaus. Was sie aber nicht approbiert, sind Vorverurteilungen und nachlässige Verfahren gegen Individuen aufgrund der bloßen Zugehörigkeit zu einer Verdachtsgruppe.

Der Film lässt sich nicht ein auf die Fragen, welche Kosten die Drogenprohibition wert ist, oder welche Rolle Schwarzafrikaner im Drogenhandel in Österreich wirklich spielen. Er lässt jedoch erahnen, welche Frustrationen der Polizei und in weiterer Folge den Gerichten besonders in einem Kriminalitätsbereich drohen, wo es den Beteiligten an Verständnis für die Verfolgung fehlt, wo es an der Kooperation von „Opfern“ (die sich nicht als solche fühlen) oder von „Zeugen“ (Mittätern) mangelt und ihnen diese abgehandelt oder abgepresst werden muss. Wie gering die Frustrationstoleranz geworden ist, gegen die

Drogenkriminalität nichts ausrichten zu können, selbst mit dem Mittel des „Großen Lausch- und Spähangriffs“, zeigt sich an verzweifelten Verurteilungen auf denkbar vager Grundlage, für den – so wörtlich – „Verkauf unbestimmter Mengen Drogen an unbestimmten Orten und zu unbestimmter Zeit an unbekannt Personen“.

5. Wiederaufnahme der Verfahren?

Dass es auch in anderen, schon rechtskräftig beendeten Verfahren und bei der Verhängung von mehreren hundert Jahren Freiheitsstrafe nicht mit rechten Dingen zugegangen sei, darf aus einigen filmischen Beobachtungen zu den letzten offenen Verfahren natürlich nicht geschlossen werden. Darf es das wirklich nicht? Schließlich überschneiden sich die Fälle und sind die handelnden Personen zum Großteil identisch. Deshalb sähe man nach dem Film unwillkürlich auch die abgeschlossenen Verfahren gerne nochmals aufgerollt. Oder begeht man damit selbst jenen Fehler, den man kritisiert, wenn man für die Verantwortlichen für diese Verfahren nicht auch die Unschuldsvermutung gelten lässt? Schwerlich, denn das Prinzip „Im Zweifel für die Anklage“ gilt so nicht.

Univ.-Doz. Dr. Arno Pilgram ist stellvertretender Leiter am Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie, Mitbegründer (1980) und Geschäftsführer (1984–1991) des Verlags für Gesellschaftskritik, Wien; seit 1980 im Vorstand des Vereins für Bewährungshilfe und soziale Arbeit (nunmehr: Neustart), seit 1990 stellvertretender Vorsitzender; seit 1993 Mitherausgeber des „Jahrbuchs für Rechts- und Kriminalsoziologie“; arno.pilgram@irks.at.

„Die Passion Terris“

Die Lex *Schiavo* und der Gesetzgeber als Lebensretter

Matthias C. Kettemann

1. Einleitung

Es sind Momente der Krise, in denen sich zeigt, wes Geistes Kind der Gesetzgeber ist. Dies hat der Fall Terri *Schiavo* in den USA bewiesen: ein Konflikt, der Grenzfälle der Gewaltenteilung ebenso aufwirft, wie er die Legitimität moralischer Entscheidungen durch Parlamentsmehrheiten problematisiert. Der folgende Beitrag unternimmt eine geraffte und kritische Analyse des Falles.

2. Ein besonderer Tag

Es war ein besonderer Tag, jener 21. März 2005. Nachdem der Senat, das Oberhaus des amerikanischen Kongresses, bereits am Tag zuvor, einem *Sonntag*, der „Bill for the relief of the parents of Theresa Marie Schiavo“¹ zugestimmt hatte, passierte der Gesetzesentwurf in den frühen Morgenstunden das House of Representatives. Mit der noch am Vormittag vorgenommenen Unterschrift des Präsidenten fand eine intensive massenmedial geführte Kampagne ihren vorläufigen Höhepunkt – nicht aber ihren Abschluss. Die *Bill* stellte eine in Gesetzesform gegossene politisch-moralische Richtungsentscheidung dar, eng mit dem Schicksal der 41-jährigen Terri *Schiavo* verbunden. Darüber hinaus war das Gesetz die Konsequenz einer Kontroverse, die wie wenige zuvor die sozioreligiösen und juristischen Bruchlinien in den Vereinigten Staaten offenbarte.

Als Lehrbuchbeispiel für das Konzept „Anlassgesetzgebung“ erweist sich das Vorgehen der Legislative als sehr instruktiv, werden doch gerade in Extremfällen die Entscheidungsmechanismen der staatlichen Gewalten deutlich. Es ist die Motivation hinter diesem personalisierten Gesetz, die in erhöhtem Maße einer näheren Untersuchung bedarf, scheint sich dieses doch prima facie als Substantiierung dessen zu erweisen, was der englische Autor G. K. Chesterton schon 1922 meinte, als er Amerika als „nation with the soul of a church“² bezeichnete: die metareligiöse Durchdringung der amerikanischen politischen Landschaft.

Zur Erhellung der bestehenden Problemlage wird zuerst ein kurzer Abriss der Vorgeschichte unternommen, bevor in Folge die legislativen Interventionsversuche kritisch beleuchtet und die von ihnen gezeitigten Folgen umrissen werden. Mit einigen grundsätzlichen Überlegungen zu Lebensschutz und Anlassgesetzgebung findet dieser Beitrag schließlich sein Ende.

3. Ernährung als Behandlung

Im Zentrum der Debatte stand die Wachkomapatientin Terri *Schiavo*, die vor 15 Jahren aufgrund eines Herzstillstandes extensive Gehirnschäden erlitt. Seit damals befand sie sich in einem „persistent vegetative state“ und wurde durch eine Magensonde ernährt.

Nach Ansicht der *American Neurological Association* und der *American*

Academy of Neurology stellt diese Ernährung, wie Johann *Donis*, der Vorsitzende der Österreichischen Wachkoma Gesellschaft, in der *Presse* vom 25. März 2005 ausführte, eine therapeutische Maßnahme, mithin: eine „Behandlung“, dar, welche bei Patienten im Wachkoma „nach einem Jahr“ nicht mehr sinnvoll erscheine. Diese Auffassung kontrastierte *Donis* mit den Untersuchungen des österreichischen Neurologen Franz *Gerstenbrand*, der das Krankheitsbild des Wachkomas in den 1960er Jahren beschrieben hatte und zum Schluss gekommen war, dass „positive Entwicklungen“ durchaus möglich seien, dies in „jeder Phase“.

Nach mehreren Jahren ohne Veränderung der Situation Terri *Schiavos* beantragte ihr Ehemann, Michael *Schiavo*, Ende der 1990er Jahre, die „Behandlung“ einzustellen, will heißen: die Sonde zu entfernen und seine Frau sterben zu lassen. Er argumentierte, dass diese – obschon sie keine schriftliche Erklärung³ über gewollte Sterbehilfe hinterlassen hatte – ihm gegenüber vor ihrer Krankheit ausgedrückt habe, lebensverlängernde Maßnahmen nicht zu wünschen.

Gegen seinen Antrag, der in erster Instanz bei einem Bezirksgericht in Florida gestellt wurde, wandten sich Terri *Schiavos* Eltern und ihr Bruder, die aus religiösen Gründen – sie gehören dem römisch-katholischen Glauben an – Michael *Schiavos* Vorgehen nicht billigten. Ein Rechtsstreit begann, der sich über mehrere Jahre hinzog und in verschiedenen Instanzen mit unterschiedlichen Vorbringen geführt wurde.

4. Der Staat als Lebensretter

Ins Blickfeld der amerikanischen Öffentlichkeit trat der Fall *Schiavo* nach einem Beschluss des floridianischen Bezirksrichters *Greer* vom 17. September 2003, der die Entfernung der Ma-

1) Einsicht in sämtliche in diesem Artikel erwähnten juristischen Dokumente, die *Bill* inbegriffen, kann auf der juristischen Webplattform FindLaw genommen werden, die eine hervorragende Materialsammlung zusammengestellt hat: <http://news.findlaw.com/legal-news/lit/schiavo/index.html> (25. März 2005). Im Folgenden wird aus Gründen der Übersichtlichkeit auf eine Angabe der – aus Gründen der Webseitenstruktur überlangen

– Internet-Adressen der einzelnen Dokumente verzichtet.

2) Zitiert nach *Voigt*, „Wertegemeinschaft oder „Clash of Civilizations“? – Herausforderungen für Europas transatlantische Beziehungen“, Europäische Rundschau 2004/2, 24.

3) Erhellend zur Problematik dieser Erklärungen und ihrer rechtlichen Bindungswirkung in Österreich: *Kneihls*, „Die Patientenverfügung als Instrument der Selbst-

bestimmung“, *juridikum* 2005/01, 5. Den Respekt von der „Willenssphäre“ relevierend, „der eben auch Entscheidungen für die Zukunft umfasst“, unterstreicht der Verfasser, dass die Rechtslage unzweideutig sei: „Weiß ... der Patient ..., dass er an dieser oder jener Krankheit leidet, die diesen oder jenen Verlauf erwarten lässt, und kann er die verschiedenen Stadien hinreichend konkret antizipieren, dann kann er

auch im Voraus – für den Fall des späteren Verlustes der Selbstbestimmungsfähigkeit – festlegen, welche Behandlungs- und Erhaltungsmaßnahmen fort- oder abgesetzt werden sollen.“ Die Beachtung einer Patientenverfügung sei „keine aktive Sterbehilfe, keine Mitleidstötung und keine Mitwirkung an der Selbsttötung“.

gensonde anordnete. Am 21. Oktober dieses Jahres verabschiedete das Parlament von Florida das Gesetz „SB35e“, besser bekannt als (erstes) „*Terri's Law*“ (oder *Lex Schiavo*), das die Beendigung der künstlichen Ernährung der Kranken für rechtswidrig erklärte. Dem Gesetz folgte eine entsprechende *Executive Order* des Gouverneurs von Florida, Jeb *Bush*.

Am 23. September 2004 entschied der Supreme Court von Florida, dass „*Terri's Law*“ und folglich auch die darauf basierende *Executive Order* wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verfassungswidrig seien. Das Gesetz „violate[d] the fundamental constitutional tenet of separation of powers“ zwischen Exekutive, Judikative und Legislative.

Am 25. Februar 2005 setzte das zuständige Bezirksgericht auf Antrag von Michael *Schiavo* den 18. März 2005 als jenen Tag fest, an dem *Terri Schiavo*s Sonde entfernt zu werden hatte. Ende Februar begannen die ersten Verhandlungen im Congress. Am 16. März 2005 verneinte der örtlich zuständige Federal Circuit Court of Appeal seine Kompetenz, gegen die Entfernung der Sonde einzuschreiten. Noch am selben Tag wandten sich die Eltern der Kranken mit einer *Emergency Motion* an den U.S. Supreme Court; diese wurde vom Höchstgericht jedoch am 17. März 2005 abgelehnt.

Vier Tage später, am 21. März 2005, kulminierten die legislativen Anstrengungen in der Verabschiedung eines „Act [f]or the relief of the parents of Theresa Marie Schiavo“ durch den Kongress, der Bundesgerichte für Anträge der Eltern *Terri Schiavo*s im Hinblick auf die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung für kompetent erklärte.

5. Personalisierte Gesetzgebung

Aus Section 1 des im Eilverfahren verabschiedeten Gesetzes, einem Absatz, der zweifellos (Rechts)Geschichte schreiben wird, ergibt sich klar der Einzelfallcharakter der *Bill*:

„The United States District Court for the Middle District of Florida shall have jurisdiction to hear, determine, and render judgment on a suit or claim by or

on behalf of Theresa Marie Schiavo for the alleged violation of any right of Theresa Marie Schiavo under the Constitution or laws of the United States relating to the withholding or withdrawal of food, fluids, or medical treatment necessary to sustain her life.“

Während sich die Verfechter einer legislativen Intervention den „Lebensschutz“ auf die Fahnen hefteten, kritisierten die Gegner des Aktes die Aushebelung der Gewaltentrennung, die Verletzung föderaler Grundsätze, einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Privat- und Familienleben und generell die emotionalisiert-religiöse Grundierung der gesetzgeberischen Aktivität. Selbst republikanische Abgeordnete sprachen sich gegen den Versuch des Bundesgesetzgebers aus, in einem gliedstaatlichen Justizverfahren einzuschreiten, zumal dieser mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz der Nichtintervention des Bundes in Angelegenheiten der Gliedstaaten zwei Tragepfeiler konservativer Staatslehre in Frage stellte. Im Fall *Schiavo* lag der Schwerpunkt jedoch beim anvisierten Ziel, das Vorrang nahm: So verlieh US-Präsident George W. *Bush* anlässlich einer Pressekonferenz kurz nach Geltungsbeginn des Gesetzes seiner Überzeugung Ausdruck, dass es die Pflicht der Gesellschaft und der Gerichte sei, in Zweifelsfällen „a presumption in favor of life“ zu haben; diese Vermutung sei „especially critical for those like *Terri Schiavo*, who live at the mercy of others.“⁴

Die Signale der demokratischen Opposition in House und Senat waren widersprüchlich. Obschon die Mehrheit der demokratischen Abgeordneten und Senatoren für das Gesetz stimmte, nahm Nancy *Pelosi*, die Sprecherin der Demokraten, mit kritischen Worten zur „constitutionally dubious legislation“ Stellung. In der „*New York Times*“ vom 21. März 2005 bezeichnete sie die Aktion als „highly irregular and an improper use of legislative authority.“ Andere demokratische Kritiker brachten an gleicher Stelle vor, das Gesetz sei eine „violation of the separation of powers“ sowie „unseemly and infused with politics.“

6. Exkurs: Ein Grenzfall als Auftrag?

Der letztgenannte Vorwurf der Politisierung der Gesetzgebung bedarf einer näheren Erörterung. Bei objektiver Betrachtung ist er wohl schwerlich aufrecht zu erhalten. Fest steht, dass es – von rein technischen Regelungen, wie etwa im Chemierecht, abgesehen – kaum Gesetze gibt, die nicht „infused with politics“ sind. Es ist nachgerade die Kernaufgabe der Politik, Regelungen zu treffen, die das Verhalten der Normunterworfenen regeln. Gesetze sind in Recht gegossene Politik; in Paragraphen finden mehr oder minder funktionale politische Lösungsansätze für sozioökonomische Problemstellungen ihren Niederschlag.

Die Frage nach der Legitimität der Anlassgesetzgebung – und diese wird in der Regel gemeint sein, wenn von der „Politisierung“ eines Gesetzes die Rede ist – hat einen Schritt früher – besser: eine Stufe höher – anzusetzen: bei der Frage nach der Qualität des Anlasses, der Motivation des Gesetzgebers. Naturgemäß hat jedes Gesetz einen Anlass. Aus Gründen der definitorischen Klarheit sollte von Anlassgesetzgebung daher erst gesprochen werden, wenn ein bestimmtes Ereignis reflexhaft zu einer Regelung führt – und zwar ohne dass sich mehrere Anlässe zu einer veritablen sozialen Problemlage verdichten und ohne dass qua intensiver rechtsphilosophischer und rechtspolitischer Reflexion ein ganzheitlicher, von den Medien und der Öffentlichkeit mitgetragener Meinungsbildungsprozess durchgeführt wird.

Prüft man das Vorliegen der im Vorigen angeführten Merkmale anhand des Falles *Schiavo*, lässt sich – zumal unter Berücksichtigung des medial fokussierten Zeitdrucks – unschwer erkennen, dass die *Lex Schiavo* durchaus als prototypisches Anlassgesetz gesehen werden kann. Zu klären bleibt, ob das Einschreiten des Kongresses legitim war.

Eine sozialadäquate Hintanhaltung unerwünschter gesellschaftlicher Entwicklungen ist durchaus vom legislativen Kompetenzbereich gedeckt; doch binnen kürzester Zeit aus offensichtlich primär moralischen Gründen ein Gesetz

4) www.nytimes.com
(22.3.2005).

zu verabschieden, das auf eine namentlich genannte Einzelperson zugeschnitten ist und dabei das wertvolle, qualitätssichernde, dem Gesetzwerdungsprozess in der Regel immanente retardierende Moment der kritischen politischen Diskussion außer Acht zu lassen; die medial hochgespielten Emotionen als Politikauftrag zu missinterpretieren; weiters, die föderalen Grenzen zwischen Gesamtstaat und Bundesstaat zu überschreiten; endlich, ein Gesetz zu verabschieden, dessen Qualität und Verfassungskonformität ex ante hochgradig zweifelhaft ist; all dies lässt sich kaum mit dem Auftrag des Gesetzgebers vereinbaren.

Folglich hat all jenen eine Absage erteilt zu werden, die den Gesetzgeber als Katalysator für religiös fundierte Wertvorstellungen betrachten und als Motor zu deren Verbreitung instrumentalisieren wollen; ihnen redete Senator *Frist* anlässlich der Verabschiedung der Lex *Schiavo* das Wort, indem er von außergewöhnlichen Fällen sprach, die gesetzgeberische Transgressionen rechtfertigen; dies seien Fälle, in denen das Fundament „of human values and virtues“ in Frage gestellt werde: „the sanctity of human life.“⁵

7. Kontinuität des Rechtsstreites

Zurück zur Nachzeichnung des Falles *Schiavo*: Wie von der Legislative intendiert, bewirkte die Verabschiedung des Anlassgesetzes eine Fortschreibung des Rechtsstreites um die Komapatientin.

Noch am Tag des Inkrafttretens des Gesetzes, dem 21. März 2005, wandten sich Terri *Schiavos* Eltern mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung der Wiedereinsetzung der Magensonde an den Federal District Court von Tampa. Dessen Richter James D. *Whittemore* lehnte den Antrag am Folgetag ab. Am selben Tag beriefen *Schiavos* Eltern an das Appeals Panel des United States Court of Appeals for the 11th Circuit in Atlanta. In ihrer Berufung führten sie aus, dass die Magensonde sofort wieder eingesetzt werden müsse, andernfalls bleibe das Gesetz „a vain and useless act.“ Am 23. März lehnte der Richter Senat eine Aufhebung des Urteils mit der Begründung ab, dass keinem der bundesstaatlichen Gerichte ein Fehler in der

Sache unterlaufen sei. Fest haltend, dass „we all have our own family, our own loved ones, and our own children“, gehe es hier um eine „collective, objective decision concerning a question of law.“ Am Nachmittag desselben Tages bestätigte das volle Gericht des United States Circuit Court of Appeals das Urteil des Drei-Richter-Senates in einer überraschend klaren 10–2 Entscheidung.

Gegen dieses Urteil legten die Eltern erneut Berufung ein und wandten sich an den United States Supreme Court. Justice Anthony M. *Kennedy*, der Richter, der Fälle des 11th Circuit of Appeals betreut, verwies den Fall an das Plenum. Am 24. März wies der Supreme Court den Antrag auf Überprüfung des Urteils zurück; auf Bundesebene waren somit sämtliche Rechtsmittel ausgeschöpft.

Während der Supreme Court noch beriet, wies der Pinellas-Pasco Circuit Court in Florida einen Antrag der Sozialbehörden ab, die auf Weisung von Gouverneur Jeb *Bush* versucht hatten, das Sorgerecht für Terri *Schiavo* zu übernehmen. Am 25. März wies ein Federal District Court ein weiteres Ansuchen der Eltern zurück, erneute Untersuchungen durchzuführen. In einer ausführlichen Entscheidung führte Judge *Whittemore* aus, dass, auch wenn das Gericht „its appreciation for the difficulties and heartbreak the parties have endured throughout this lengthy process“ ausdrücken möchte, eines feststehe: „All claims had been addressed and been rejected by this court.“ Am 30. März 2005 wurde schließlich ein weiterer Antrag auf *Rehearing* abgewiesen.

8. Politische Passion

Im Nachgang zu den Urteilen stellte sich die Frage der politischen Sinnhaftigkeit der Vorgehensweise der Präsidentenpartei. Sie handelte, folgt man einer von der *Neuen Zürcher Zeitung* vom 23. März 2005 zitierten ABC-Umfrage, ohne die Volksmeinung im Rücken zu haben: Nur 28 Prozent der Befragten äußerten sich ablehnend gegenüber dem Abbruch der künstlichen Ernährung. Entgegen dem Zerrbild des religiös-fundamentalistischen Amerikaners habe die Mehrheit nach dieser Umfrage eine „recht liberale Einstellung zur passiven Sterbehilfe.“

Anders gefasst: „Leben und Tod ... ist eine Privatsache und geht die Regierung nichts an.“⁶ Nicht geteilt wurde diese Auffassung von jenen Figuren der evangelikalen Rechten, welche die Formel von der „Passion Terris“ aufgriffen und versuchten, den ethischen Konflikt um die Patientin zu einer religiösen Entscheidung zu stilisieren. Von vielen als religiös überfrachtet empfunden, ist die intertextuelle Anlehnung an die Leidensgeschichte Jesu – zumal Ostern kurz bevorstand – und der linguistische Verweis auf *Gibsons* erfolgreichen Film „The Passion of the Christ“ aus medialer Perspektive durchaus erklärbar, aus religiös-moralischer Sicht indes nicht zu rechtfertigen.

9. Lebensschutz und Anlassgesetzgebung

Argumente gegen Anlassgesetzgebung im Allgemeinen und die legislativen Interventionen im Fall *Schiavo* im Besonderen können entlang der oben (unter 6.) vorgezeichneten Linien entwickelt werden. Sie aufzuzeigen ist wichtig, denn nur wenn der Gesetzgeber wahrnimmt, dass seine Aktivitäten – auch in der Domäne des „Lebensschutzes“ – kritisch analysiert werden, wird er geneigt sein, gerade jene Gesetzesvorlagen, bei deren Verabschiedung ein intensiver zeitlicher und medialer Druck besteht, zu hinterfragen.

Zwischen in emotionalisierten Abstimmungen produzierter Anlassgesetzgebung und verfassungswidrigen Legislativakten besteht oft ein Kausalzusammenhang. Der Gesetzgeber sollte darauf verzichten, aus rechtspolitisch fragwürdigen Gründen als Einschreiter in hochemotionalen politisch-medialen Konflikten seine Wirkung zu entfalten. Dies ist das Substrat, das aus dem Fall *Schiavo* destilliert werden sollte.

Ein Nachsatz, unabhängig der rechtspolitischen Dimension: Terri *Schiavo* ist am 31. März 2005 gestorben.

Matthias C. Kettemann studiert Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz; matthias.kettemann@edu.uni-graz.at.

5) www.nytimes.com (22.3.2005).

6) *Kleine-Brockhoff*, „Stoppt Rumpelstilzchen“, www.zeit.de/2005/18/Bolton (28.4.2005).

Von Amtshaftpflichtversicherungen und Aufsichtskosten

oder: Warum es ein Begutachtungsverfahren gibt

Nicolas Raschauer/Peter Sander

1. Ausgangslage

Mit Urteil vom 25.3.2003, 1 Ob 188/02g, qualifizierte der OGH die Tätigkeit des Bankprüfers (§§ 60 ff BWG) als solche eines Hilfsorgans des Bundes, die dessen hoheitlicher Vollziehung zuzurechnen sei. Daher löse das im konkreten Fall schuldhaft rechtswidrige Verhalten des Bankprüfers jedenfalls Amtshaftungsansprüche geschädigter Dritter an den Bund aus. Dieses in der Lehre nicht unumstrittene Urteil des Gerichtshofes¹ hat – sicherlich auch auf eine nicht gerade als klare Rechtslage zu bezeichnende Gesetzessystematik zurückzuführen – mehrere Zweifelsfragen aufgeworfen: Zum einen, wie die Tätigkeit des Bankprüfers aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht zu qualifizieren ist² und zum anderen, welchem Rechts-träger diese Tätigkeit, sofern sie überhaupt als hoheitlich qualifiziert werden kann, vor dem Hintergrund des Art 23 Abs 1 B-VG und des § 1 Abs 1 AHG funktionell zuzurechnen ist.

Der Bundesgesetzgeber hat diese Fragestellungen aufgegriffen und einen Lösungsversuch vorgelegt: Mit 12.2.2004 ging ein Ministerialentwurf (ME) zur Änderung ua des BWG und

des FMABG in Begutachtung³. Kerninhalt dieses ME war – neben der (hier nur am Rande interessierenden) legislativen Umgestaltung der aufsichtsrechtlichen Funktion des Bankprüfers⁴ – die Klarstellung der strittigen Rechtsfrage, wer hinsichtlich der der FMA funktionell zuzurechnenden Organakte als nach Art 23 Abs 1 B-VG haftender Rechtsträger in Betracht kommt⁵. Oder anders ausgedrückt: Welche juristische Person einen vermögenswerten Schaden, den ein der FMA zuzurechnendes Hilfsorgan im Zuge hoheitlicher Tätigkeit Dritten zugefügt hat, zu begleichen hat⁶.

Ausgehend von Art II Z 1 des interessierenden ME sollte bei Schäden, die durch der FMA funktionell zurechenbaren (hoheitlich handelnden) Hilfsorganen verursacht wurden, grundsätzlich der *Bund* alleiniger passiv legitimer *Rechtsträger der Amtshaftung* sein⁷ (dem somit das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten der für die FMA handelnden Hilfsorgane zuzurechnen ist); die FMA sollte jedoch eine begrenzte *Regresspflicht* im Innenverhältnis zwischen Bund und FMA treffen⁸.

Aus Sicht der aufsichtsunterworfenen Unternehmungen überraschte jedoch weniger die in Rede stehende – durch

den ME beabsichtigte – Klarstellung der Rechtslage, als vielmehr jene neue Regelung, wonach die FMA für die oben geschilderten Amtshaftungsfälle eine *Haftpflichtversicherung* abschließen hätte sollen. Diese Versicherung sollte ein Gesamtrisiko von bis zu € 50 Millionen pro Jahr abdecken. Die hierfür zu entrichtende Versicherungsprämie sollte jedoch nicht durch den Bund oder die FMA, sondern rechnungskreisbezogen (vgl § 19 FMABG) durch die beaufichtigten Institute beglichen werden. Diese in der österreichischen Rechtsordnung fragwürdige Systematik bildet den Gegenstand dieses Beitrags.

2. Umlegung der Versicherungsprämie auf die aufsichtsunterworfenen Unternehmungen

Gemäß § 3 Abs 1 FMABG-ME sollte der Bund allen natürlichen und juristischen Personen nach den Bestimmungen des AHG haften, denen durch Organe und Bedienstete der FMA in Vollziehung der in § 2 FMABG genannten Bundesgesetze (rechtswidrig und schuldhaft) Schäden zugefügt wurden. Wie mit dem geplanten Entwurf beabsichtigt, sollte die FMA eine diesbezüglich beschränkte Regresspflicht treffen: Die FMA sollte dem Bund jene Leistungen, die er in Erfüllung seiner Verpflichtungen erbracht hat, bis zu einem Gesamtausmaß von € 50 Millionen pro Jahr ersetzen.

Die in § 3 Abs 2 geplante *Ersatzpflicht* hätte das Globalbudget der FMA im Einzelfall um ein Vielfaches überschreiten können. Um die Rückzahlung an den Bund im Zweifelsfall sicherzustellen, hätte der Entwurf vorgesehen, die FMA zum Abschluss einer entsprechenden *Haftpflichtversicherung* zu

1) Vgl hiezu grundlegend *B. Raschauer*, Amtshaftung und Finanzmarktaufsicht, ÖBA 2004, 338; *ders*, EntschAnm in Der Standard, 27. 5. 2003; vgl weiters *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 15. ÖJT I/1 2003, 71 ff.
2) Also stellt sich im Zusammenhang die Frage, ob die Tätigkeit des Bankprüfers allenfalls als „schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“ qualifiziert und einem Rechtsträger iSd Art 23 Abs 1 B-VG zugerechnet werden kann. Vgl näher *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) Rz 735 ff.

3) 135/ME 22. GP.

4) Der ME strebte ebenso wie der nunmehr neu vorgelegte ME 187/22. GP. NR (hinsichtlich des Bankprüfers) eine Klarstellung dahingehend an, dass Tätigkeiten des Bankprüfers, die im Zusammenhang mit der Prüfung des Jahresabschlusses eines Kreditinstitutes und anderen beaufsichtigten Unternehmen des Finanzsektors stehen, nicht für die FMA als zuständige Aufsichtsbehörde, sondern für das jeweilige Institut durchgeführt werden, das den Prüfer bestellt und den Prüfungsauftrag erteilt hat (für diese

besteht eine ausdrückliche gesetzliche Eigenhaftung des Abschlussprüfers; vgl die §§ 62a, 63 Abs 8 BWG. Siehe hiezu näher *Holoubek/Karollus/Rummel*, Die Haftung des Abschlussprüfers im Lichte des Gleichheitssatzes, ÖBA 2002/12, 953). Im Gegensatz hiezu sollen jene Fälle ausdrücklich bezeichnet werden, in denen Bankprüfer ausnahmsweise doch für die FMA und unter der finanziellen Verantwortung des Bundes tätig werden. Dies sind zusammengefasst jene Prüfungen aufsichtsunterworfenen Unternehmen für die ein ausdrücklicher Auftrag

der FMA besteht.

5) Vgl nunmehr auch § 3 Abs 1 FMABG idF BGBl I 2005/33.

6) Vgl auch die diesbezgl. Divergenz in der gängigen Literatur: Siehe nur *B. Raschauer* (FN 2) Rz 89, 1362b und *Schragel*, AHG³ (2002) Rz 20 im Vergleich zu *Zechner*, Referat im Zuge der österreichischen Richterwoche 2003, 4.

7) Vgl § 3 Abs 7 FMABG idF des hier untersuchten Entwurfs 135/ME 22. GP (in der weiteren Folge zitiert als FMABG-ME).

8) Vgl § 3 Abs 2 FMABG-ME.

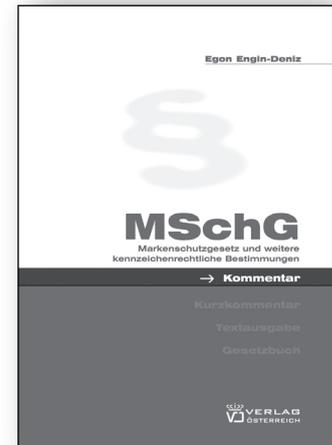
Egon Engin-Deniz

Markenschutzgesetz*Kommentar zum Markenschutzgesetz und weiteren kennzeichenrechtlichen Bestimmungen*

2005, 1068 Seiten, geb., 3-7046-3570-7, € 118,-

Der Kommentar MSchG stellt Meinungsstand, Lehre und Rechtsprechung unter Berücksichtigung der jüngsten Judikatur dar. Breiter Raum wird auch den neuesten Entwicklungen im **Gemeinschaftsmarkenrecht** und dem **internationalen Markenrecht** gewidmet. Hier haben sich durch die Aufnahme der Vereinigten Staaten von Amerika sowie auch der Europäischen Union zum Madrider Protokoll für die Praxis äußerst wichtige Änderungen ergeben. Besondere Bedeutung für Markeninhaber hat auch die Registrierung von **Top Level-Domains**. Ausführlich werden die Vorschriften zur Registrierung der **Top Level- Domain.eu** dargestellt.

Dr. Egon Engin-Deniz ist Partner der Kanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz und leitet die Abteilung gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Dr. Engin-Deniz ist unter anderem Chairman des MARQUES Cyberspace Team, Mitglied der International Trademark Association (INTA) und Staatskommissär von zwei österreichischen Verwertungsgesellschaften.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

VERLAG
 ÖSTERREICH

verpflichten. Für diese wäre natürlich eine Versicherungsprämie zu leisten gewesen⁹. Diese Prämie sollte in weiterer Folge auf die aufsichtsunterworfenen Unternehmen¹⁰ umgewälzt werden.

3. Intention des untersuchten Entwurfs

Nach den EB zu § 3 FMABG-ME¹¹ hätte der grundsätzliche und materiell überwiegende Teil des Amtshaftungsrisikos durch den Bund getragen und hierdurch die vollständige finanzielle Befriedigung aller Geschädigten sichergestellt werden sollen. Dem sollte – in Entsprechung des Verursacherprinzips – durch einen entsprechenden begrenzten jährlichen Regressbeitrag für die FMA Rechnung getragen werden. Im Ergebnis sollten ziffernmäßige Großschäden zu Lasten des Bundes gehen, Amtshaftungsfälle kleineren Ausmaßes jedoch

in der Haftpflichtversicherung der FMA Deckung finden¹². Im Wege der Versicherungspflicht der FMA sollte eine für die einzelnen Kostenpflichtigen äußerst geringe Beteiligung vorgesehen werden, die zu keiner nennenswerten *zusätzlichen* Belastung der kostenpflichtigen Institute führen sollte¹³.

Wer kostenpflichtig iSd § 19 FMABG ist, ergibt sich nicht aus besagter Bestimmung, sondern aus den kapitalmarktrechtlichen Materiengesetzen¹⁴. Das sind zusammengefasst alle der Aufsicht der FMA unterworfenen Unternehmen, für die nach § 19 Abs 1 FMABG jeweils eigene Rechnungskreise gebildet worden sind. Bisher hatten die nach den Materiengesetzen kostenpflichtigen Unternehmungen die jeweiligen – dem entsprechenden Rechnungskreis zuzuordnenden – Kosten der Aufsicht anteilig zu tragen¹⁵.

Wann nun begrifflich *Aufsichtskosten* vorliegen, ergibt sich weder aus § 19 FMABG noch aus den Materialien zum FMABG¹⁶. Nach § 19 Abs 1 FMABG steht nur fest, dass der jeweilige Personal- und Sachaufwand der Aufsichtstätigkeit der FMA, Abschreibungen und sonstige Aufwendungen, die mit der Aufsichtstätigkeit ursächlich und begrifflich zusammenhängen, als Aufsichtskosten zu qualifizieren sind. Doch setzt der Begriff „Kosten der Aufsicht“ schon nach der *ratio legis* eine *behördliche Aufsichtstätigkeit* voraus, die beispielsweise dann gegeben ist, wenn die Behörde eine Satzungsänderung einer Versicherungsgesellschaft geprüft oder ein Verwaltungsstrafverfahren gegen ein Kreditinstitut geführt hat. UE können Aufsichtskosten erst dann entstehen, wenn ein der Aufsicht der FMA unterworfenen Unternehmen

9) Vgl auch § 1 Abs 2 VersVG.

10) Das sind sämtliche Kreditinstitute nach Maßgabe der §§ 69 Z 1 iVm 1 Z 1 BWG, Versicherungsunternehmen gemäß den §§ 99 Abs 1 und 4 Abs 1 VAG, Pensionskas-

sen (§ 33 Abs 1 PKG), Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 24 Abs 1 Z 1 WAG) sowie Wertpapierbörsen und Emittenten (§ 45 Abs 1 BörseG).

11) Vgl EB zu 135/ME 22. GP 9.

12) Allgemeiner Teil der EB (FN 11) 2.

13) EB zu § 3 (FN 11) 9 bzw Vorblatt zu den EB.

14) Vgl oben FN 10.

15) Wobei freilich der dem jeweiligen Unternehmen zuordenbare Aufsichtsaufwand in Rechnung zu stellen ist.

16) Vgl näherhin die EBRV zum FMABG, 641 BlgNR 21. GP 73.

eine aufsichtsrelevante Tätigkeit auszuüben beginnt. Somit fällt die Versicherungsprämie begrifflich nicht in den Bereich der Aufsichtskosten und darf auch nicht zu diesem hinzugezählt werden.

Wie sich aus den Mat zum gegenständlichen Entwurf ergibt, wäre die Belassung des gesamten Haftungsrisikos für Bankprüfer beim Bund budgetär nachteilig und nicht verursachergerecht gewesen. In Zeiten der Sparpolitik ist es durchaus als vertretbar zu bezeichnen, dass der Versuch unternommen wird, durch legislative Maßnahmen das Bundesbudget nicht zusätzlich zu belasten. Dass die FMA mit einem beschränkten operativen Budget einem Amtshaftungsprozess mit Forderungen in Höhe mehrerer Millionen Euro im Falle einer Verurteilung nicht gewachsen wäre, ist selbsterklärend. Der Entwurf sah aus eben diesen Gründen eine Regresspflicht der FMA vor.

Dass nun die Kostenpflichtigen nach § 19 Abs 1 FMABG die Prämie der Haftpflichtversicherung zu tragen gehabt hätten, kann auf dem Boden des Gesetzesentwurfes nur damit begründet werden, dass es nicht der Wille des Gesetzgebers ist, das Bundesbudget (den Steuerzahler) oder die Aufsichtsbehörde mit der Zahlung der Versicherungsprämie zu belasten. Dass dieser finanzielle Rückgriff auf die aufsichtsunterworfenen Unternehmungen, die bereits die Aufsichtsbehörde mitfinanzieren, dann nahe liegt, kann nicht übersehen werden. Der Hintergrund dieser Systematik dürfte wohl auch der Gedanke gewesen sein, dass der Beaufsichtigung der Kreditinstitute, der Versicherungsunternehmen oder Wertpapierdienstleister ein besonderes *operatives Risiko* immanent ist, was auch für die übliche Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaften gilt¹⁷. Der ME

ist offensichtlich davon ausgegangen, dass es erst im Zuge der besonderen Aufsicht über die derart risikoreiche Unternehmenstätigkeit uU zu solch schwerwiegenden Fehlern und daraus resultierenden vermögenswerten Schäden kommen kann, die schlussendlich zu Amtshaftungsprozessen führen. Ein Bestandteil dieses Systems sollte für Regelfälle eine Amtshaftpflichtversicherung sein, deren Prämie aufgrund der angestellten Erwägungen (nur) von den Kostenpflichtigen als Beteiligung getragen hätte werden sollen¹⁸.

Diese Absichten des Entwurfs hätten zum Abgehen von einer gängigen Systematik im Bereich des Amtshaftungsrechtes geführt: Aus Art 23 Abs 1 B-VG, wie auch aus dem AHG und der OrgHG, kann jedenfalls der Grundsatz abgeleitet werden, dass grundsätzlich jener Rechtsträger – und somit die hinter dem Budget des jeweiligen Rechtsträgers stehende steuerzahlende Allgemeinheit – den Schaden zu ersetzen hat, dem der schadensauslösende Organakt funktionell zuzurechnen ist. Dass daher die aufsichtsunterworfenen Unternehmungen über die Tragung der Versicherungsprämie an der Schadensvorfinanzierung mitwirken hätten sollen, erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch¹⁹.

4. Umwälzung der Versicherungsprämien als Grundrechtseingriff

Wie der VfGH aufgezeigt hat, stellt die gesetzliche Statuierung von Aufsichtskosten wie zB nach § 19 FMABG, die durch die beaufsichtigten Institute zu leisten sind, regelmäßig einen *Eingriff* in deren *Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums* dar, der anhand der allgemeinen Kriterien der Sachlichkeit und der Verhältnismäßigkeit zu prüfen ist²⁰, im konkreten Fall im Hinblick auf

einen möglichen Grundrechtseingriff durch die Auferlegung der Zahlungslast. Dies muss auch für die Umwälzung von Versicherungsprämien, wie sie im gegenständlichen Entwurf vorgesehen gewesen wären, gelten.

Für diese Untersuchung ist maßgeblich, ob die Kostenüberwälzung im öffentlichen Interesse geboten ist, ein an sich geeignetes Mittel darstellt, die Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen hintanzuhalten und darüber hinaus verhältnismäßig ist²¹.

Der Tätigkeitsbereich der FMA bezieht sich auf einen *sensiblen Wirtschaftsbereich*, nämlich die Bankenaufsicht, die Versicherungsaufsicht, die Wertpapieraufsicht und die Pensionskassenaufsicht²². Es liegt offenkundig im öffentlichen Interesse, dass besonders sensible Wirtschaftsbereiche einer öffentlichen Aufsicht unterliegen. Dies wird mit den Worten des VfGH im Interesse der Funktionssicherung und des Gläubigerschutzes sogar als geboten erachtet²³. Die Sonderbelastungen, die eine solche besondere öffentliche Aufsicht für den Staat mit sich bringt, würden – bei alleiniger Finanzierung der FMA durch den Staat – indirekt von der Allgemeinheit getragen werden. Stattdessen sieht § 19 FMABG vor, dass die Kosten zu einem gewissen Teil von jenen getragen werden, die durch ihre – zu beaufsichtigende – Tätigkeit Erträge erwirtschaften²⁴. Auch der Bund ist zu Beiträgen verpflichtet, wobei dieser Beitrag lediglich 10 % der Aufsichtskosten ausmacht²⁵.

Dass die Tragung der Aufsichtskosten durch die Beaufsichtigten im öffentlichen Interesse liegt, hat der VfGH jüngst bestätigt²⁶. Ob dies aber auch für die Umwälzung der Versicherungsprämien für eine von der FMA abzuschließende Haftpflichtversicherung nach dem geplanten § 3 FMABG hätte gelten können, ist bis-

17) Nicht umsonst qualifiziert der VfGH den Bankensektor als „volkswirtschaftliche Schlüsselbranche“ (VfSlg 12.098/1989). Vgl auch VfSlg 16.641/2002.

18) In diesem Zusammenhang drängt sich geradezu die Schlussfolgerung auf, dass nicht nur alle durch die FMA beaufsichtigten Unternehmungen anteilig die Versicherungsprämie zu leisten gehabt hätten, sondern auch die durch die mangelnde Aufsicht der FMA geschädigten Institute, die die ihren

Prämienanteil an die Kunden im Wege erhöhter Kontoführungsgebühren und somit wiederum an die Allgemeinheit weitergegeben hätten.

19) Ganz im Gegenteil zur Einlagensicherung nach dem BWG, die zwar auch eine Schadensvorfinanzierung darstellt, jedoch im Unterschied zum hier untersuchten Modell der Amtshaftpflichtversicherung mit Kostenüberwälzung, das nicht zwingend ein (vorwerfbares) Fehlverhalten der FMA als

Leistungsvoraussetzung vorsieht. Tritt ein Leistungsfall im Rahmen des Einlagensicherungsmodells ein, mag zwar vielleicht die FMA ein „Aufsichtsfehler“ treffen, ein Fehler im weitesten Sinn trifft jedoch auch immer das jeweilige Institut. Dies wäre im hier diskutierten Modell umgekehrt.

20) Vgl VfSlg 16.641/2002.

21) Vgl auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 715.

22) § 1 Abs 1 FMABG.

23) VfSlg 16.641/2002.

24) Vgl die EBRV (FN 11) 9, die davon sprechen, dass die Tragung der Aufsichtskosten durch die Marktteilnehmer im Hinblick auf die Vorteile einer effektiven und an internationalen Standards orientierten Aufsicht für den Finanzmarkt sowie aus Erwägungen der Verursachergerechtigkeit sachlich gerechtfertigt ist.

25) EBRV (FN 11) 9.

26) VfSlg 16.641/2002.

Zeder Mediengesetz

Stand: Novelle 2005, 180 Seiten, br., 3-7046-4737-3, € 35,-

Mit 1. Juli 2005 ist die bisher umfangreichste Novelle des seit 1982 geltenden Mediengesetzes in Kraft getreten. Das MedienG ist nun ausdrücklich auf elektronische Medien anwendbar.

Die Textausgabe soll die Anwendung und das Verständnis der neu gefassten Bestimmungen erleichtern. Die Änderungen des Gesetzestextes sind durch Unterstreichung gekennzeichnet. Im Anschluss an die geänderten Bestimmungen sind die relevanten Materialien – unter Angabe der Seite und daher zitierfähig – abgedruckt. Einleitend wird ein kurzer Überblick über die Neuerungen gegeben.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

lang offen. Unter Heranziehung des oben schon angeführten Arguments, eine Aufsicht in besonders sensiblen Wirtschaftsbereichen zur Verfügung zu stellen, ist es uE durchwegs im öffentlichen Interesse, dass die Aufsichtsbehörde für allfällige Schäden in Zusammenhang mit der hoheitlichen Tätigkeit eine Haftpflichtversicherung abschließt, deren Kosten wiederum von den beaufsichtigten Unternehmen getragen werden.

Auch kann man davon ausgehen, dass eine solche Haftpflichtversicherung die Eignung besitzt, eine Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen hintanzuhalten. Genauso wie eine Finanzmarktaufsicht generell im öffentlichen Interesse liegt, liegt es auf der Hand, dass Vorkehrungen wie beispielsweise Haftpflichtversicherungen für Amtshaftungsfälle durchaus geeignet sein können, das System und die Funktion der Wirtschaftsaufsicht abzusichern. Zum einen werden aus den unbestimmten Kosten, die im zukünftigen möglichen

Schadensfall entstehen, durch die regelmäßige Leistung einer vorab vereinbarten Versicherungsprämie kalkulierbare Kosten, zum anderen wird durch eine Versicherung die Leistung an den Geschädigten im Schadensfall sichergestellt. Diese Eignung, das System und die Funktion der Wirtschaftsaufsicht abzusichern, besteht uE unabhängig davon, wer schlussendlich die Kosten für eine solche Versicherung zu tragen hat.

Der springende Punkt bei der Prüfung, ob durch diese Systematik in unzulässiger Weise in das Eigentumsrecht der Beaufsichtigten eingegriffen worden wäre, ist die Frage, ob die Umwälzung der Versicherungsprämien nicht einen zwar im öffentlichen Interesse gelegenen und geeigneten, jedoch sachlich nicht rechtfertigbaren und damit unverhältnismäßigen Eingriff darstellt.

In ständiger Judikatur betont der VfGH, dass es dem Sachlichkeitsgebot widerspricht, wenn jemand verhalten wird, für etwas einzustehen, womit ihn

nichts verbindet²⁷. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um Umstände handelt, die *außerhalb der Interessen- und Einfluss-sphäre der betreffenden Person* liegen²⁸. Hält man sich Art 23 B-VG vor Augen, so stellt man fest, dass sich das österreichische Amtshaftungsregime unzweideutig an den Staat und seine für ihn handelnden Organe richtet²⁹.

Die beaufsichtigten Unternehmen, die die Versicherungsprämien zu tragen gehabt hätten, zählen nicht zum Adressatenkreis des Art 23 B-VG, können vielmehr weder direkt noch indirekt auf die im Rahmen der Finanzmarktaufsicht beschäftigten Personen Einfluss hinsichtlich eines möglichen rechtswidrigen Verhaltens in Vollziehung der Gesetze ausüben (*Ingerenzmöglichkeiten*³⁰). Sieht man einmal von der Tatsache ab, dass die FMA aufgrund der risikoreichen Tätigkeit bestimmter Unternehmen gegebenenfalls aufsichtsbehördlich einzuschreiten hat, weil es der Gesetzgeber als im öffentlichen

27) Diese Judikatur beginnt mit oder VfSlg 15.784/2000.

VfSlg 2896/1955; jüngere Bei-

spiele sind VfSlg 13.583/1993

28) VfSlg 5318/1966.

29) Vgl auch den Wortlaut der Be-

stimmung.

30) Vgl schon B. Raschauer (FN

1) ÖBA 2004, 345.

Interesse für geboten erachtet (*äußerer Zusammenhang*), mangelt es doch – iSd ständigen Judikatur des VfGH – an dem im *Innenverhältnis* zwischen FMA und beaufsichtigten Unternehmen erforderlichen *Zusammenhang* zwischen schädigender Handlung und deliktischer Haftung (das schadensauslösende Verhalten geht in aller Regel nicht von beaufsichtigten Unternehmen aus, sondern von einem Dritten, einem Organ der Aufsichtsbehörde³¹).

Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH wäre die geplante Regelung daher als unsachlich zu qualifizieren gewesen, womit das *Verhältnismäßigkeitsanfordernis* des geprüften Grundrechtseingriffs *nicht erfüllt* gewesen wäre. Die Vorschrift über die Umwälzung der Versicherungsprämien auf die Beaufsichtigten hätte ohne jeden Zweifel deren grundrechtlich geschütztes Eigentum verletzt³².

5. Möglicher Verstoß gegen die Systematik des Art 23 Abs 1 B-VG

Das schädigende Verhalten einer natürlichen Person begründet dann eine Haftung eines Rechtsträgers, wenn es diesem aufgrund einer Norm (Gesetz, VO, Bescheid) zugerechnet werden kann³³, wobei es ausreichend ist, wenn das Organhandeln dem Rechtsträger kraft funktioneller Zuständigkeit zuzuordnen ist³⁴. Dabei ist es unerheblich, wie die Person ihre Organstellung erlangt hat³⁵, das entscheidende Kriterium für die Bejahung der Rechtsträgerhaftung ist folglich alleine die Zurechenbarkeit.

Für die Handlungen der Organe und Dienstnehmer der FMA wäre dieser Grundsatz durch den vorgeschlagenen Entwurf positiviert worden. Subjekt der Amtshaftung wäre dann nach dem AHG der Rechtsträger gewesen, aus dessen Vollzugsbereich die besorgte Aufgabe entsprechend der Kompetenzverteilung

des B-VG ursprünglich stammt³⁶, im ge-
ständlichen Fall also der Bund.

In einigen Bestimmungen hat der Gesetzgeber allerdings ausgegliederte Unternehmen, die als juristische Personen des Privatrechts organisiert sind, zu Organen iSd § 1 Abs 2 AHG erklärt³⁷, wodurch diese zum Schadenersatz an den Bund verpflichtet werden, sofern dieser für einen durch ein Organ des Ausgegliederten verursachten Schaden Ersatz geleistet hat. Die Unternehmen haben nach einer eventuellen Leistung an den Bund einen Regressanspruch gegenüber dem schädigenden Arbeitnehmer. Durch eine solche Konstruktion wird der ausgegliederte Rechtsträger nicht zum Subjekt der Amtshaftung, sondern in einem Regressverfahren des Bundes als Leistender nach dem AHG lediglich dem eigentlich regresspflichtigen Schadensverursacher vorgeschaltet³⁸, worin *Kucsko-Stadlmayer* zutreffend keine verfassungsrechtlichen Bedenken sieht³⁹. Nun mag das Argument nahe liegen, dass eine solche Regelung nicht ohne sachliche Rechtfertigung nur auf einige ausgegliederte Rechtsträger beschränkt werden kann. Dennoch ist eine solche Beschränkung zwar verfassungsrechtlich problematisch, jedoch nicht grundsätzlich verfassungswidrig⁴⁰, da ja dadurch keine echte Haftung des ausgegliederten Rechtsträgers begründet, sondern dieser in der „Haftungskette“ lediglich vorgeschaltet wird.

Bei ausgegliederten Rechtsträgern, die dem Rechtsträgerbegriff des § 1 Abs 1 AHG entsprechen, also die als juristische Personen öffentlichen Rechts organisiert sind, ist Subjekt der Amtshaftung der jeweilige Rechtsträger selbst, der sich im Falle einer zu Recht geleisteten Schadenersatzzahlung an dem schuldhaft handelnden Organ regressieren kann.

Zusammenfassend folgt daraus: Ist der Schaden in Vollziehung der Gesetze durch ein Organ eines als juristische

Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts ausgegliederten Rechtsträgers schuldhaft entstanden, so haftet grundsätzlich die ausgliedernde Gebietskörperschaft dafür. Diese kann sich in manchen Fällen bei dem ausgegliederten Rechtsträger (*vorgeschalteter Regress*), der sich mit seinen Regressansprüchen an den Schädiger zu wenden hat, oder aber direkt bei dem Schädiger regressieren. Der vorliegende Entwurf hätte vorgesehen, dass die Zuordnung der Versicherungsprämien rechnungskreisbezogen erfolgt, dass also den beaufsichtigten Finanzdienstleistungsunternehmen nicht nur die Aufsichtskosten, sondern auch die Versicherungsprämien bescheidmäßig vorgeschrieben werden⁴¹. Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass – im Falle eines Amtshaftungsschadens – die beaufsichtigten Unternehmen die Verpflichtungen des Bundes anteilmäßig und mit (bis zu) € 50 Millionen pro Jahr gedeckelt indirekt übernehmen hätten müssen. Es wäre folglich zu einer Auswechslung des Subjekts der Amtshaftung gekommen, ganz unabhängig davon, dass die Leistung nicht direkt erfolgt wäre, sondern über die Konstruktion der Haftpflichtversicherung.

Wie oben dargelegt, wird durch die Regelungen des Art 23 B-VG wie auch des AHG und des OrgHG das Ziel verfolgt, dass Bund, Länder, Bezirke, Gemeinden und sonstige Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts⁴² im Amtshaftungsfall die Leistungspflicht trifft, nicht jedoch nach dem FMABG zu beaufsichtigenden Unternehmen. Eine – wenn auch nur indirekte – Auswechslung des Amtshaftungssubjekts würde daher dem österreichischen Amtshaftungsregime widersprechen und damit gegen Art 23 B-VG verstoßen, womit die vorgeschlagene Regelung auch aus diesem Grund als verfassungswidrig zu qualifizieren gewesen wäre⁴³.

31) Vgl zur Abgrenzung gegenüber dem Schadensfall im Rahmen der Einlagensicherung FN 19.

32) IdS schon *B. Raschauer* (FN 1) ÖBA 2004, 345.

33) VfSlg 13.476/1993; *Kucsko-Stadlmayer* in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundes-Verfassungsrecht, Art 23 Rz 12, 16; *dies* (FN 1) 73; *Öhlinger* (FN 21) Rz 673 ff; *Mayer*, B-VG³ (2002) Art 23 I.2; *B. Raschauer* (FN 2) Rz 736 ff.

34) Sog „Funktionstheorie“; vgl

Mayer (FN 33) Art 23 I.2; *B. Raschauer* (FN 2) Rz 735a.

35) Vgl zB *Schragel* (FN 6) Rz 28.

36) *Kucsko-Stadlmayer* (FN 33) Art 23 Rz 16.

37) Vgl § 13 BG über das Österreichische Forschungs- und Prüfzentrum Arsenal GmbH; § 14 BG über die Bundesrechenzentrum GmbH; § 10 BG über die Austro Control GmbH; § 35 Bundesstatistik 2000; § 9 BG über die Österreichische Bibliothekenverbund

und Service GmbH.

38) *Kucsko-Stadlmayer* (FN 1) 75.

39) *Kucsko-Stadlmayer* (FN 1) 75, mit Verweis auf die Solidarhaftung von funktionell zuständigem Rechtsträger und Bestellskörperschaft nach § 1 Abs 3 AHG, welche der VfGH in VfSlg 13.476/1993 für unbedenklich erachtet.

40) *AM Kucsko-Stadlmayer* (FN 1) 75.

41) § 3 Abs 3 erster Satz FMABG-ME.

42) Nach hA umfasst diese Umschreibung alle Personen des öffentlichen Rechts, wengleich *Kucsko-Stadlmayer* darauf hinweist, dass öffentlich-rechtliche Fonds nicht erwähnt werden; vgl *Kucsko-Stadlmayer* (FN 33) Art 23 Rz 12.

43) IdS *B. Raschauer* (FN 1) ÖBA 2004, 344.

Mayerhofer/Salzmann

Verordnungen und Erlässe

Vierter Teil, 3., überarbeitete Auflage, 1. Nachtrag,
2006, ca. 1.700 Seiten, 2 Mappen, Loseblattsammlung, 3-7046-4098-0,
Gesamtwerk mit 1. Nachtrag € 248,-

Die Loseblattsammlung enthält alle für den in Strafsachen tätigen Praktiker relevanten Erlässe, Verordnungen und Kundmachungen. Der Wert des Bandes liegt in der Veröffentlichung sonst nicht oder nur schwer zugänglicher Rechtsquellen, die einerseits die historische Rechtsentwicklung aufzeigen und andererseits für die tägliche Praxis von Wert sind.

Generalanwalt Prof. Dr. Christoph Mayerhofer

ist Sektionsleiter im BMJ i. R.

Dr. Harald Salzmann

ist Staatsanwalt im BMJ, Sektion für Einzelstrafsachen.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

6. Die Vorteile eines Begutachtungsverfahrens

Die ersten Gedanken zu diesem Beitrag haben die Autoren mit Einbringung des ersten Entwurfs des untersuchten Gesetzesvorschlages im Frühjahr 2004 angestellt. Nach einigen für diese Arbeit ausformulierten, jedoch aufgrund eines neuerlich in Begutachtung geschickten Ministerialentwurfes⁴⁴ (in der nunmehrigen Fassung der Arbeit) nicht mehr enthaltenen Überlegungen steht Folgendes fest:

Hin und wieder passiert es auch in der österreichischen Verwaltung, dass schlichtweg verfassungswidrige Gesetzestexte entworfen und in Begutachtung geschickt werden. Im Zuge des Begutachtungsverfahrens (zu I 35/ME 22. GP.)

sind diesbezüglich vermehrt Bedenken geäußert worden⁴⁵, die sich – wie in diesem Beitrag aufgezeigt – im Großen und Ganzen als berechtigt erwiesen haben und darüber hinaus auch noch mit einem überwiegenden Teil der Lehre⁴⁶ in Einklang befinden. Nicht weiter verwunderlich hat das BMF mit 5.8.2004 den behandelten (Erst-) Entwurf „zurückgezogen“ und in überarbeiteter Fassung neuerlich zur Begutachtung versandt. Bemerkenswert an dieser Vorgangsweise ist jedoch, dass das BMF als für die Legistikbetreuung im Finanzmarktbereich zuständiges Ressort, wenn auch bloß indirekt, zugestanden hat, dass der ursprüngliche Entwurf unzweideutig als verfassungsrechtlich problematisch zu bezeichnen ist⁴⁷.

Die aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken sind im nunmehr vorgelegten Entwurf wie auch in der schlussendlichen beschlossenen RV augenscheinlich nicht mehr enthalten⁴⁸. Wie man anhand der dargestellten Vorgangsweise des Gesetzgebungsprozesses ganz gut erkennen kann, ist es gar nicht so schlecht, dass es so etwas wie ein – nicht einmal verfassungsrechtlich vorgesehenes⁴⁹ – Begutachtungsverfahren gibt ...

Dr. Nicolas Raschauer ist Univ.-Ass. am IOER, Wirtschaftsuniversität Wien; nicolas.raschauer@wu-wien.ac.at; Dr. Peter Sander ist RAA bei FPLP Wien.

44) 187/ME 22. GP, 10.8.2004 (idS erging dann im Sommer 2005 die RV 819 BlgNR 22. GP, die mit BGBl I 2005/33 kundgemacht wurde).

45) Vgl die entsprechenden Stellungnahmen auf http://www.parlament.gv.at/portal/page?_pageid=908,645521&_dad=portal&_schema=PORTAL (13.12.2005).

46) Vgl statt vieler die Zusammenfassung bei B. Raschauer (FN 1) ÖBA 2004, 345.

47) Vgl die entsprechenden Formulierungen im Vorblatt zum geänderten ME (187/ME): „Da sich auf Grund des seinerzeitigen Begutachtungsverfahrens nicht bloß

geringfügige Änderungen ergeben haben, wird den betroffenen begutachtenden Stellen neuerlich die Möglichkeit zur Stellungnahme bis 10.9.2004 eingeräumt“ bzw [unter Alternativen:] „[die] Übertragung des Amtshaftungsrisikos auf die FMA als Rechtsträger wäre für Unternehmen und

Konsumenten *nachteilig* und mit *verfassungsrechtlichen Unsicherheiten* behaftet“.

48) Siehe http://www.parlament.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00187/FNAME_ORIG_025948.HTML (13.12.2005) bzw BGBl I 2005/33.

49) Öhlinger (FN 21) Rz 436.

Vorwort

Lukas Oberndorfer

Lange Reihen frisch gedruckter Monographien zum Vergabe- und Beihilfenrecht, Aufsätze zum Begriff der Dienste von allgemeinem Interesse und der Daseinsvorsorge, Regale gefüllt mit neuen Rechtsgebieten, wie Telekommunikations- und Elektrizitätsrecht – die Interaktion zwischen Liberalisierung, Ausgliederung und Privatisierung auf nationaler und europäischer Ebene und dem rechtswissenschaftlichen Diskurs wird in jeder juristischen Bibliothek sichtbar. Das Thema dieses Heftes: „Öffentliche Dienstleistungen? – Die Transformation der Dienste von allgemeinem Interesse“ unternimmt den Versuch, diese Kommunikation kritisch anzureichern.

Einleitend blickt *Gill* aus politikwissenschaftlicher Perspektive auf den Prozess der „Globalen Restrukturierung öffentlicher Dienstleistungen“. In diesem spielt der „Neue Konstitutionalismus“ eine zentrale Rolle: Rechtliche Arrangements – auf regionaler und internationaler Ebene – sollen ökonomische Politik und soziale Regulierung von einer breiten politischen Verantwortlichkeit separieren, um die Regierungen gegenüber der Disziplin des Marktes empfänglicher und gegenüber populär-demokratischen Kräften und Prozessen unabhängiger zu machen.

Mit der Frage, ob öffentliche Dienstleistungen verfassungsrechtlich als nationale und europäische Sozialstaats-säule fungieren, steckt *Eberhard* den rechtswissenschaftlichen Rahmen des Themenschwerpunktes ab. Über die Begriffsklärungen von Daseinsvorsorge und Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse und einer Analyse der wechselseitigen Dynamik von Privatisierung und Gemeinschaftsrecht gelangt er zu der Feststellung, dass sich die Aufnahme sozialer Rechte in die EU-Grundrechte-Charta nur mit einer Europäisierung der Sozialkompetenzen voll entfalten wird können.

Mit der Analyse des Urteils in der Rs Halle, das die Zulässigkeit von Inhouse-Vergaben überraschend weit eingrenzt, eröffnen *Damjanovic/Fuchs* die Auswahl aktueller Entwicklungen im Spannungsverhältnis von Wettbewerb und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Während bis zum Urteil des EuGH eine vergabefreie Beauftragung eines von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmens als zulässig erachtet wurde, soll diese in Hinkunft nur mehr an Unternehmen ohne private Beteiligung erfolgen dürfen.

Der beihilfenrechtlichen Bewertung von Ausgleichszahlungen für Gemeinwohlverpflichtungen widmet sich der Beitrag von *Oberndorfer*. Er kommt darin zum Schluss, dass weder das Urteil in der Rs Altmark Trans noch das kürzlich von der Kommission verabschiedete Monti-Paket einen Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen um Zuschüsse für „öffentliche“ Dienste ausschließen.

Daran anschließend durchbricht *Wagner* die mediale Zuspitzung auf das Herkunftslandprinzip der sog Bolkstein-Richtlinie, indem sie herausarbeitet, dass eine weitere „Gefahr“ des Kommissionsvorschlages für eine Dienstleistungsrichtlinie darin liegt, dass diese nicht nur die traditionell kommerziellen, sondern auch die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse miteinbezieht.

Während sich die voran stehenden Beiträge mit Aspekten der Transformation der öffentlichen Dienstleistungen beschäftigen, die unterschiedslos auf alle Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wirken, führt uns *Marx* durch das Labyrinth der sektoralen Liberalisierungsbestrebungen im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV).

Abschließend thematisiert *Huemer* eine zentrale Ebene, auf der sich die globale Restrukturierung der Dienste von allgemeinem Interesse vollzieht: Der auf die öffentlichen Dienstleistungen der Gemeinden wirkende Liberalisierungsdruck und die durch die Maastrichtkriterien mit verursachte „Flucht ins Privatrecht“ könnte bald – medial längst heraufbeschworen – sogar die Trinkwasserversorgung (be)treffen.

Gemeinsam ist den Beiträgen dieses Schwerpunkts, dass die öffentliche Hand durch eine rückläufige eigenständige Erbringung der Dienste von allgemeinem Interesse riskiert, das europäische Wettbewerbsrecht zunehmend auf den Plan zu rufen. Diese Entwicklung, die die Gefahr einer sozial nachteiligen Restrukturierung der öffentlichen Dienstleistungen in sich trägt, könnte aber auch den Ausgangspunkt für eine Debatte über jenen rechtlichen Rahmen darstellen, der hochwertige, allgemein zugängliche und demokratisch verantwortete öffentliche Leistungen auch und gerade unter der Herrschaft des Gemeinschaftsrechts gewährleistet.

Global restructuring today involves a political project of constituting a „disciplinary neo-liberal“ social order – one where market power and market forces take on an ever more dominant role. Indeed neo-liberalism has become the central political orthodoxy of our times – e.g. four of the five major parties in the apparently deadlocked September 2005 German election subscribed to a greater or lesser extent to a program of neo-liberal restructuring – the sole dissenter was the German Left party.

Neo-liberal frameworks of reform and accumulation, as the World Bank (World Bank 1997) puts it, are „locked in“ by complexes of national and transnational systems of law, rules, institutions and procedures for economic policy and social regulation – including rules that govern public services in a general framework we call new constitutionalism (Gill 1995; Gill 1998). Reflected in treaties such as NAFTA, in institutional and statutory changes in macroeconomic policy (e.g. balanced budget amendments; independent central banks with low inflation targets), and in global trade organizations such as the WTO, new constitutionalism is ubiquitous as a dominant mode of governance for the world market.

I argue here that new constitutional arrangements principally serve to „lock in“ the rights and freedoms of capital (or large property owners) and to extend and to secure/protect those rights, e.g. from political threats such as those posed by nationalization or efforts to socialize control over property on behalf of the wider population. The new constitutionalism renders such threats much more difficult to carry out (constitutions tend to be relatively permanent) or in some cases illegal, that is as expropriations of private property *that are* prohibited by law. It also serves to marginalize or indeed eliminate other possible political frameworks (e.g. socialism, nationalism or communism all of which would rest upon some principles of national, socialized or collective property). Nevertheless, since new constitutionalism reflects and in key senses promotes the interests of dominant social forces pressing for privatization of public services, it is hardly surprising that it is politically contested, e.g. by those that seek to preserve or extend social protection.

Moreover, new constitutional agreements such as the WTO's Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) that governs technology transfer and patents, not only for drug therapies (e.g. for HIV/AIDS) but also for basic inputs for food security and livelihood (e.g. seeds) are also deeply controversial, since they concern how issues of bare survival are determined by market forces, in particular by private corporations. TRIPS is viewed by small farmers in developing countries as a mechanism to expropriate communities, serving the interests of the state and large, transnational companies (McMichael 2003; Paringaux 2001; Patel and Delwiche 2002; Schaeffer 1995; Shiva 2000). Indeed, TRIPS and the privatization of public services can each be seen as two sides of the same coin: as forms of what Marx called „primitive accumulation“, since in each case what is privatized/patented are collective or communal assets, knowledge and potentials (Gill 2002).

So in what follows I discuss this conceptualization and associated mechanisms and their implications for public services, particularly in health care.

Disciplinary neo-liberalism

For neo-liberal reformers, laws and policy rules are viewed as the political counterpart to the „discipline“ of market forces (IMF 1997). Particularly stressed by the IMF is how the market, especially the capital market, can discipline economic agents through the ability of investors and holders of assets to relocate (or ‘exit’) to other jurisdictions or simply move ‘offshore’. International capital mobility is now substantial, with the liberalization and integration of capital and money markets and the pressures of inter-state economic competition for capital forcing most states to provide price/exchange rate stability (low inflation and fiscal rectitude) in order to be seen as credible

Conceptualizing the Global Restructuring of Public Services: Privatization, TRIPS & GATS

Stephen Gill



in the eyes of investors, or, it is argued, they may risk losing investment, thus lowering economic growth potential.

In addition, countries enter into international economic treaties with constitutional force such as those in the WTO as direct political means to enforce what are called legal and administrative „disciplines“ – to reinforce the indirect, structural disciplines of capital, investment flows and market forces on accumulation (WTO 2001).

This approach to reform – *which we therefore call* „disciplinary neo-liberalism“ – is premised on the structural power of capital, which involves the fact that capital in general (holders of large property) and investors in particular constitute a privileged stratum in capitalist societies, since the process of economic growth is assumed to depend on both investor and consumer confidence and thus on the willingness of capitalists to invest. Thus, all governments (even the very poorest) in a capitalist society must seek to sustain their credibility in the eyes of business by attempting to provide an appropriate and predictable investment climate to sustain „confidence“ and flows of investment funds (the investment climate includes the institutional and legal structure of the state) (Gill and Law 1989; World Bank 2005).

Not only a well regulated business sector with appropriate juridical oversight, but also discipline in the workplace, are viewed by investors as crucial for confidence. Thus the indirect power of market forces is not enough to ensure the reproduction of the capitalist system. Direct power is also needed not only in terms of treaties such as General Agreement on Trade in Services (GATS) and other agreements of the WTO but also in the form of state action to ensure regulation and social order, and specifically, under capitalism, provision of laws and coercive potential to ensure that the owners of capital are both protected from expropriation and that they

determine how production takes place. As we shall see, one of the mechanisms for this is judicial review and the subordination of the state to the forces of civil society under a liberal constitutional framework.

New constitutionalism

New constitutional mechanisms are designed to provide some of the legal foundations for an extended market order, to regulate economic policy and to fully protect private property rights (e.g. over proprietary knowledge relating to health care systems, medicines, plants and other life-forms which become commodities when they are transformed into intellectual property rights). As noted, new constitutionalism 'locks in' liberal reforms which include the right of capital mobility (that is the options of entry and exit for capital relative to particular jurisdictions) by means of what lawyers call pre-commitment mechanisms, e.g. typically bilateral (government-to-government) or multilateral (such as the GATS) trade and investment agreements that guarantee legal rights and freedoms of investors/business as well as prohibiting expropriation of private investments (e.g. nationalization) (Schneiderman 1996; Schneiderman 2000).

The macro or global significance of new constitutionalism can be clarified if one considers the relationship between mobile capital (e.g. multinational corporations) and the nature of production and reproduction of territorially-based communities. The power of capital (or of business firms) is connected to the power of the state and its legal order to ensure its conditions of existence and potential for accumulation. However, capital's power is extended when it is fully mobile between jurisdictions. As such, capital may retain the capacity to exercise social power relatively independently of particular communities. Whilst dependent upon state power, a firm can potentially emancipate itself from control by a particular state by deploying/locating its assets elsewhere. By contrast, production and the social reproduction of communities are by their very nature social and occur in real time, and in particular places, involving local practices. However, corporations (and to an extent highly mobile, professional, elite labour) have become relatively freed of the need to contribute to public goods and thus to the collective costs of social reproduction: corporate taxes have been lowered world-wide – or else firms incorporate offshore and thereby can escape regulation and taxation.

However, fiscal crisis and cutbacks in government expenditures to service debts affects communities unequally. The poorest tend to be the hardest hit – often women, children and the aged – when provisions for social reproduction are removed or reduced. Cutbacks tend to undermine broad socialization of risk for the vulnerable (e.g. provisions for pensions, health, unemployment insurance, social security, transfers for small farmers and other producers). Nevertheless, such social relations are „locked in“ by new constitutionalism in ways that also „lock out“ or limit popular or democratic influence in the political economy (e.g. forces that might press for enhanced and more generously funded public provisions are unable to influence macroeconomic policy).

With this political context in mind, we can see that new constitutionalism involves three sets of interrelated measures:

1. *Measures to reconfigure governments and constitutional forms* – in order to make them operate in the context of greater market discipline, and to allow entry and exit options for mobile capital. Here the clearest cases are the new and more liberal constitutions produced in the Former East Bloc after the collapse of communist rule.

However, constitutional change needs to be understood not simply as something that occurs within a particular national jurisdiction but in a transnational context. International treaties have constitutional weight. A good example of this in the sphere of trade and investment today is the 1994 NAFTA agreement, which was signed by the United States, Canada and Mexico. In anticipation of entry into NAFTA the Mexican government made many amendments to its revolutionary nationalist constitution of 1917, removing basic social rights which existed within Mexico, for example the right of peasants to collective lands as a means of livelihood: corporatist frameworks that protected both state and capital within Mexico from challenges and competition from overseas corporations. The advent of free trade therefore meant not only the creation of new rights, and equality of rights between foreign and domestic capital, but also the removal of other rights, and making it illegal for the Mexican state to expropriate foreign and in particular US and Canadian investors.

Of particular importance with respect to such constitutional changes are the redefinition and strengthening of private property rights allowing for freedom of operation for private individuals and forces within civil society. Indeed the US, the EU and their key allies justify reforms with reference to how the liberal 'rule of law' is underdeveloped in many regions. They promote new 'juridical infrastructures' for extension of markets. By 2002 there were over 330 World Bank financed projects on legal and judicial reform (World Bank 2002). Liberal constitutions give particular weight to an independent judiciary and its ability to prevent encroachment on private property rights, as well as rights to freedom of conscience, freedom of association and freedom of speech.

Whilst formal individual freedoms and rights are reinforced by these developments, in a situation in which social power is unequally distributed (reflected in increasingly unequal distributions of wealth within *most* countries over the last 30 years) the effect of such liberalization has tended to be reinforcement of the rights of the strong relative to the weak. In particular power flows to private investors /large property holders and to capital in general.

What has been often overlooked in this process is the changing nature of the institutions that regulate and administer economic policy. Thus in countries as diverse as Russia, China, Mexico, South Africa and Iraq there have been constitutional and legal changes designed to create more liberal markets and frameworks of accumulation, and to protect the value of capital through policies to prevent inflation. This is why neo-liberals such as Hayek and Buchanan argue for 'fiscal and monetary constitutions' to prevent deficit financing by governments which might lead to rising inflation (Buchanan 1997; Hayek 1972). Balanced budget laws and precise stipulations as to the size of budget deficits and debt to GDP ratios as in the Maastricht Agreements of the EU are typical of what we have in mind here: excessive budget deficits and government debts are seen as linked to prospective inflation

and the erosion of the value of capital and assets (Alesina and Perotti 1996).

Thus during the 1990s many nations have moved to fully independent central banks or currency boards that cannot be made to fund government deficits, and that are bound, by statute to pursue policies of very low inflation. Many central banks are also committed to publicly specified inflation targeting as the centrepiece of monetary policy (as opposed to the promotion of full employment which was the goal of central banks during the post-1945 welfare era). This also explains why one of the most important purposes of these institutional changes is to insulate the making of economic policy from democratic accountability and control (e.g. legislative or popular accountability). Independence is seen as a means to help enforce budgetary discipline and restraint on expenditures, particularly social expenditures, which might otherwise grow if economic policy were made more accountable to popular demands.

Changes of this type – to cordon off monetary and fiscal policy from democratic accountability – can also occur indirectly through international agreements such as the (often secretly) agreed programs of macroeconomic stabilization between governments and the IMF to deal with financial and balance of payments crises; or as a result of conditions imposed by governments in World Bank structural adjustment programs.

2. A second set of new constitutional measures is intimately related with the first. Since capitalist systems rest on a combination of public and private power, efforts are required both by state and capital to *construct and extend liberal capitalist markets* and thus to extend the potential scale and scope of the commodification of land, labour and money (World Bank 2002).

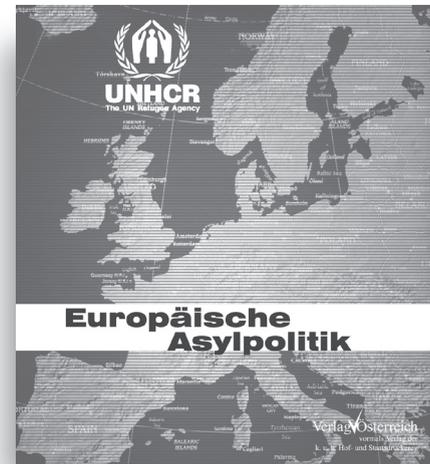
There are two broad dimensions involved here: (a) what can be called „original“ or „primitive accumulation“, that is when capitalist forms of accumulation and law replace other systems of livelihood and property relations, and (b) creation of new markets through extending the frontiers of private property rights and commodification.

Primitive accumulation entails the dispossession of collective rights and replacing them with systems of control based on the primacy of the rights of private property. Such dispossession is often facilitated by constitutional and legal changes initiated by the state, e.g. the alienation of common lands of the feudal period was sanctioned as legitimate and justified as based on „improvement“ of lands. Thus the enclosure movements that transformed the feudal system of rights and obligations into capitalized agriculture are repeated anew in the early 21st century – as state and capital combine to dispossess peasants and indigenous communities of their rights to land and livelihood throughout the world and not just in Mexico (e.g. Chiapas) or Amazonia (Araghi 2000). Once state assets (such as water supply systems) are privatized in this way, new constitutional pre-commitment mechanisms lock in the rights of the newly privatized owners of the resources, who gain rights to control basic resources such as water necessary for livelihood and public health as well as, through systems of irrigation, the capacity to farm dry areas (Sinclair 2005).

In addition, capitalist markets are being consistently enlarged through mechanisms such as intellectual property rights

UNHCR (Hg.) Europäische Asylpolitik

Gesamtwerk, 1.554 Seiten,
Loseblattsammlung, 2 Mappen
3-7046-3962-1, € 184,-



- Grundlagen, Asyl, Migration und Terrorismus
- Systematisierung der für den Flüchtlingsschutz einschlägigen EU-Dokumente, (derzeit in Verhandlung stehende Kommissionsvorschläge, bereits vom Rat der EU verabschiedete Rechtsakte, politische Diskussionspapiere)
- Dokumente durch Stellungnahmen von UNHCR ergänzt
- handliches Werk für den Praktiker

Anja Klug und **Dr. Christoph Pinter**
sind Mitarbeiter der Rechtsabteilung
UNHCR in Berlin und Wien.

VERLAG
ÖSTERREICH

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

which have been redefined since the mid-1990s as commodities so as to encompass private rights over body parts, life forms and as the output of life science corporations, including ownership of patents over seeds or even parts of the human genetic structure (this has also been reinforced by contract law) (Correa 1999; Drahos and Mayne 2002; Kimbrell 1995; Richards 2005; Sahai 1999). All of the above require as a condition of their existence a particular liberal structure of the Rule of Law and the strong institutionalization of private property rights – elements central to new constitutionalism.

3. A third set of measures connects to the growing contestation over disciplinary neo-liberalism as reflected in the emergence of the World Social Forum and other organizations concerned to constrain and challenge globalization from above.

Privatized forms of development generate global contradictions. Perhaps the most central is the way that the discipline of capital intensifies a general crisis of social reproduction and the depletion and destruction of nature – this is why activists throughout the world are calling for greater political, social and ecological democracy.

Thus a third set of measures include those that have been devised to *attempt to deal with dislocations and contradictions* associated with for example the growing frequency and depth of financial and economic crises, widespread impoverishment of populations, unsustainable ecological damage and the generalized social crisis. Neo-liberal accumulation requires dismantling certain types of protection for industry, agriculture, and for workers; as such it is resisted, as people seek to protect the basic means of their livelihood and the conditions of their existence. Dominant forces seek to constrain and co-opt such resistance by means of compensatory measures and crisis management to deal with the wide range of dislocations noted above. The World Bank supports the idea of „social safety nets“ and „poverty alleviation“.

A wide range of measures are designed to try to make neo-liberalism politically sustainable whilst it engages in the restructuring of state forms and the enlargement of the world market for capital. Whether this can succeed is an open question, one that will be crucial for global politics in the foreseeable future.

New constitutionalism and caring institutions

The shift towards more market oriented, privatized governance arrangements prioritized by neo-liberals has enormous impact on caring institutions that have been traditionally mainly associated with socialized public provision – e.g. in health and education. For example, the WTO is now one of the principal organizations of economic governance at the global level, and it is an institution that is premised upon the primacy of private property rights, e.g. the rights of those who hold capital to freely move it across jurisdictions in order to maximize profit and promote economic growth, enshrined in the principles of non-discrimination between foreign and domestic rights-holders that the WTO institutionalizes in trade in goods, investment and services.

Caring institutions once governed by enabling professions with some degree of public accountability, geared to universal care, are now determined increasingly by market values and private forces, driven directly by the profit motive. A good

example of this is the General Agreement on Trade in Services (GATS) in the WTO which seeks to „progressively liberalize“ provision of services, including public services in health and education (and in agriculture, including water supplies, finance, tourism and in other fields) (OECD 2001; Scherrer 2005).

In so far as GATS influences the regulation of public services, it will widen the operation of the profit motive, for example in healthcare, worsening what can be called an increasingly antagonistic and globalizing contradiction between (a) the structures of accumulation focused on the development of knowledge about health, which is enshrined as proprietary knowledge and increasingly provided through private competitive provision systems; and (b) the ability of society as a whole to meet the need for accessible, appropriate and affordable health care (Sinclair 2000) (Woodward 2005).

After World War II in many countries socialized provision was made widely available to care for the sick, infirm and the elderly, and although not fully observed in practice, the regulative principle was equal rights of all to equal treatment for all when and if it was needed. Disciplinary neo-liberalism has ushered in pay-as-you-go systems, involving user fees and other forms of self-provisioning, a part of a shift towards a self help society as opposed to one based on collective provisioning.

These changes narrow the framework of access and entitlements according to income or ability to pay – so that a new hybrid between public and private health care institutions has emerged, increasingly regulated by market practices and principles. The much more unequal structure of access to healthcare that results in turn may contribute to a decline in social solidarity and other social ills, although the effects of restructuring of caring institutions are matters of deep controversy and continuing debate.

The move towards the re-privatization of medical research, health education and the provision of care and the intensification of exploitation is operative at various levels. At the macro-level, although US\$2.2 trillion is spent globally on health care each year, about 87% of this is spent on 16% of the world's population. This disparity is echoed in the allocation of global research expenditures, with 90% of \$70 billion spent annually on research being devoted to diseases responsible for only 10% of the global burden of disease. Further, of 1,393 new drugs to reach the market between 1975 and 1999 only 16 were developed for treatment of tropical diseases or tuberculosis. The US alone accounts for around 50% of global health care spending and 45% of global drug expenditures.

This trend is associated with the re-orientation of key social institutions as we have recounted above. It involves (a) a shift of resources away from the provision of broad-based health care towards specialization and the emergence of „boutique medicine“ available to those with private insurance or resources; and (b) a new categorical imperative as key institutions are forced to rely on private funding for research and health education. Knowledge about disease, sickness and health is accumulated in the form of privately controlled medical capital, produced and distributed according to the dictates of competitive markets and profitability.

The governance of public health care systems is being transformed, and there is evidence that they are gravitating

rapidly towards *de facto* two-tier systems: an upper-level system for those best able to pay and a lower-level system of much lower quality that caters to the less affluent (Benatar 1998; Benatar, Daar, and Singer 2003).

Moreover, in a more privatized framework governed by the forces of the world market, costs of care tend to be downloaded into households where women generally take on much of the additional burden of caring work. Thus liberal economic reforms not only have clear class-based impacts, but also these impacts are gendered and tend to hit poor women the hardest. This approach thus ultimately implies, as a program of reform for society, the minimum of or no socialization of risk. Neo-liberalism thus tends to promote private provisioning and individualism, where the role of government is equated with policing and defence, protection of civil society and facilitation of market forces.

Constitutionalism for whom?

In its concept of limited, constitutional government, the juridical separation between state and civil society is emphasized by neo-liberal reformers, allowing the private interests of civil society to be given primacy.

What are these private interests? On the economic plane in the OECD and more dramatically in the Former East Bloc and the developing world there has been a recent shift to more self-regulating market structures. Levels of unionization throughout the world have fallen, labour markets have become more „flexible“ and capital has gained power relative to labour. One consequence of this has been the growth of more primitive or deregulated labour markets for *both* men and women. Feminists refer to this as involving the feminization of labour (Beneria 1999; Elson 1999; Gregory, Sales, and Hegewisch 1999).

Both men and women have seen their working conditions become increasingly insecure and precarious – in ways similar to the conditions of employment for unskilled and semi-skilled female labour that have tended to characterize production in many parts of the world. Whilst new constitutional initiatives give greater security to capital and lock in the extension of the world market, the disciplines of neo-liberalism create much greater insecurity for a majority of workers (Bakker and Gill 2003).

Some of the transformations that we have discussed above involve tight monetary policies and fiscal austerity as well as the removal of many of the welfare and other forms of income support that constituted what economists call the „automatic stabilizers“ of the post-war period. After the second world war if people lost their jobs the government provided them with income support (also called „the social wage“) which in turn allowed them to buy goods and services and thus to support

the overall level of aggregate demand and boost economic activity. The gradual removal of this form of socialization of risk in the neo-liberal era has thus produced not only greater economic insecurity but also greater economic instability.

Last but not least, the repercussions of new constitutionalism for caring public services in general and for health care and medicine in particular are profound and relatively clear-cut. New constitutionalism affects the very conditions of existence of the institutions that provision healthcare, whether they are public or private, local or transnational. The redefinition of property rights under new constitutionalism partly determines the very nature of public health systems, and the conditions under which they operate. Public functions are subjected to competition by or are supplanted by private firms seeking profit, both national and foreign. And neo-liberal policies impact unequally and inequitably on the caring institutions that underpin the reproduction of the species and of the labour force.

This partly explains why neo-liberal globalization is so intensely contested throughout the world and why a new public debate is needed. For this debate to be real it requires inputs from a variety of different interests and positions – the current debates are much too monolithic and they have been frequently pre-empted by the way in which the dominant interests have stubbornly clung to the neo-liberal orthodoxy, with its narrow epistemology based in possessive individualism and principles of egotism and self-interest.

Stephen Gill is Professor of Political Science at York University, Toronto, Canada; sgill@yorku.ca.

Bibliography

- Alesina, Alberto, and Roberto Perotti. 1996. Budget Deficits and Budget Institutions. *National Bureau of Economic Research Working Papers* (5556):1-40.
- Araghi, F. 2000. The Great Global Enclosure of Our Times. In *Hungry for Profit: The Agribusiness Threat to Farmers, Food and the Environment*, edited by H. Magdoff, F. H. Buttell and J. B. Foster. New York: Monthly Review Press.
- Bakker, Isabella, and Stephen Gill, eds. 2003. *Power, Production and Social Reproduction: Human in/Security in the Global Political Economy*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Benatar, S.R. 1998. Global Disparities in Health and Human Rights: A Critical Commentary. *American Journal of Public Health* (88):295-300.
- Benatar, Solomon R, A Daar, and P.A. Singer. 2003. Global Health Ethics: The Rationale for Mutual Caring. *International Affairs* 79:107-38.

Jurbooks
1010 Wien, Wollzeile 16

www.jurbooks.at

Österreichs größte Internet-Buchhandlung für Recht & Steuern
(mit der beliebten Express-Zustellung)

- Beneria, Lourdes. 1999. Globalization, Gender and the Davos Man. *Feminist Economics* 5 (3):61-83.
- Buchanan, James M. 1997. *Post-Socialist Political Economy: Selected Essays*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Correa, Carlos María. 1999. *Intellectual Property Rights, the WTO, and Developing Countries: The Trips Agreement and Policy Options*. New York: Zed.
- Drahos, Peter, and Ruth Mayne, eds. 2002. *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Elson, Diane. 1999. Labor Markets as Gendered Institutions: Equality, Efficiency and Empowerment Issues. *World Development* 23 (3):611-27.
- Gill, Stephen. 1995. Globalisation, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism. *Millennium* 23 (3):399-423.
- Gill, Stephen. 1998. European Governance & New Constitutionalism: Emu & Alternatives to Disciplinary Neo-Liberalism in Europe. *New Political Economy* 3 (1):5-26.
- Gill, Stephen. 2002. Privatization of the State and Social Reproduction? GATS and New Constitutionalism. Paper read at GATS: Trading Development? 20-21 September 2002, at Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation, University of Warwick.
- Gill, Stephen, and David Law. 1989. Global Hegemony and the Structural Power of Capital. *International Studies Quarterly* 33 (4):475-99.
- Gregory, Jeanne, Rosemary Sales, and Ariane Hegewisch, eds. 1999. *Women, Work and Inequality: The Challenge of Equal Pay in a Deregulated Labour Market*. London: Macmillan.
- Hayek, Friedrich A. von. 1972. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- IMF. 1997. *World Economic Outlook*. Washington DC: IMF.
- Kimbrell, Andrew. 1995. The Body Enclosed - the Commodification of Human „Parts“. *The Ecologist* 25 (4):134-41.
- McMichael, Philip. 2003. Food Security and Social Reproduction: Issues and Contradictions. In *Power, Production and Social Reproduction: Human in/Security in the Global Political Economy*, edited by I. Bakker and S. Gill. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- OECD. 2001. *Open Services Markets Matter*. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development.
- Paringaux, R. P. 2001. The Deliberate Destruction of Agriculture. India: Free Markets, Empty Bellies. *Le Monde Diplomatique* (September):1-9.
- Patel, R., and A. Delwiche. 2002. The Profits of Famine: Southern Africa's Long Decade of Hunger. *Food First* 8(4):1-8.
- Richards, Donald G. 2005. Trade-Related Intellectual Property Rights. *Review of International Political Economy* 12 (3):535-51.
- Sahai, Suman. 1999. *Bioresources and Biotechnology: Policy Concerns for the Asian Region*. New Delhi: Gene Campaign.
- Schaeffer, R. 1995. Free Trade Agreements: Their Impact on Agriculture and the Environment. In *Food and Agrarian Orders in the World-Economy*, edited by P. McMichael. Westport: Praeger.
- Scherrer, Christoph. 2005. GATS: Long-Term Strategy for the Commodification of Education. *Review of International Political Economy* 12 (3):484-510.
- Schneiderman, David. 1996. NAFTA's Takings Rule: American Constitutionalism Comes to Canada. *University of Toronto Law Journal* 46 (3):499-537.
- Schneiderman, David. 2000. Investment Rules and the New Constitutionalism. *Law and Social Inquiry* 25 (3):757-87.
- Shiva, Vandana. 2000. *Stolen Harvest. The Hijacking of the Global Food Supply*. Boston: South End Press.
- Sinclair, Scott. 2000. *GATS: How the WTO's New „Services“ Negotiations Threaten Democracy*. Ottawa: Canadian Centre for Policy Alternatives.
- Sinclair, Scott. 2005. *GATS, South African Local Governments and Water Services*. Ottawa: Canadian Centre for Policy Alternatives.
- Woodward, David. 2005. GATS and Trade in Health Services: Implications for Health Care in Developing Countries. *Review of International Political Economy* 12 (3):511-34.
- World Bank. 1997. *The State in a Changing World: World Development Report 1997*. Washington DC: Oxford University Press.
- World Bank. 2002. *Building Institutions for Markets: World Development Report 2002*. Washington DC: Oxford University Press.
- World Bank. 2002. *Initiatives in Legal and Judicial Reform*. Washington, DC: The International Bank for Reconstruction and Development.
- World Bank. 2005. *A Better Investment Climate for Everyone: World Development Report 2005*. Washington DC: Oxford University Press.
- WTO. 2001. *GATS: Objectives, Coverage and Disciplines*. Geneva: World Trade Organization.



www.amtskalender.com

e-Government startet jetzt:

Alle Ämter und Behörden (und deren wichtigste Sachbearbeiter) im Internet!

1. Die „Daseinsvorsorge“ und ihre „Erben“

Ein alter Begriff – neue Bezugspunkte. Der Begriff der *Daseinsvorsorge* – entwickelt vom deutschen Verwaltungsrechtslehrer *Ernst Forsthoff*¹ in einem signifikanten politischen Zusammenhang² und tradiert in einem deutschen Standardlehrbuch des Verwaltungsrechts,³ ohne dass er sich in der deutschen⁴ oder auch der österreichischen⁵ Dogmatik vollends durchgesetzt hätte – stellt auf Leistungen ab, die unmittelbar oder mittelbar von der öffentlichen Verwaltung getragen oder zumindest kontrolliert werden. Interpretiert wurde dieser Begriff stets „in sächlicher Form“,⁶ also in der Weise, dass darauf abgestellt wird, dass Straßen, Plätze, Verkehrsmittel und Betriebseinrichtungen bereitgestellt werden. Der Begriff der „öffentlichen Dienstleistung“ steht weitgehend synonym für den gemeinschaftsrechtlichen Begriff der „Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ und meint in diesem Kontext – wie dies schon im noch weiteren Begriff des *service public* der französischen Dogmatik der Fall ist⁷ – ebenfalls das Bereithalten, Bereitstellen und die Verteilung von solchen Sachleistungen.⁸ Prima facie sticht beim Begriff der „öffentlichen Dienstleistung“ die Konnexität zur Bereitstellung der entsprechenden Leistungen durch die „öffentliche Hand“ ins Auge. Beide Begriffe scheinen im Hinblick auf die Herkunft dieser Dienstleistungen daher weitgehend kongruent.

Die Aktivitäten der staatlichen oder (unecht) privatisierten, aber großteils öffentlich finanzierten privaten Einrichtungen im Hinblick auf die Bereitstellung dieser Dienstleistungen stehen mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in einem gewissen Spannungsverhältnis, weil öffentliches Engagement – in welcher Form auch immer – im Verdacht steht, die Wirkung der Grundfreiheiten zu beeinträchtigen. Es erfolgt somit eine Transformation⁹ der genannten Begriffe durch die Bezug-

lichkeit zu diesen Grundfreiheiten, insb der Dienstleistungsfreiheit (Art 49 EGV), und zum gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrecht.¹⁰

Es finden sich daher im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Primärrechts (Art 86 Abs 2 EGV), die unter bestimmten Voraussetzungen eine Entbindung von wettbewerbsrechtlichen Vorgaben zulassen, aber auch – seit dem Vertrag von Amsterdam – in den Zielbestimmungen (Art 16 EGV) Bezugnahmen auf „Dienste“ bzw „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“.¹¹ Diese Bestimmungen werden in der Lehre¹² auch als „dogmatische Absicherung“ einer funktionierenden Daseinsvorsorge bewertet. Zu beachten ist dabei freilich, dass es eine exakte Definition der „Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ auf europarechtlicher Ebene nicht gibt und die konkrete Festlegung daher den nationalen Regierungen zukommt, denen

Öffentliche Dienstleistungen als nationale und europäische Sozialstaats Säule

Harald Eberhard



dabei – ungeachtet der „autonomen Begriffsbildung“¹³ – ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht.¹⁴ Dieser Gestaltungsspielraum schließt es nicht aus, dass mit diesen Diensten auch *soziale* Intentionen verbunden sind und damit eine Säule des nationalen Sozialstaates vorliegt.

1) *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938) 12.

2) Siehe *Storr*, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, DÖV 2002, 357 (357 f); *Kahl*, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb (2005) 199 f.

3) *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd I Allgemeiner Teil (1973) 368 ff, 567.

4) *Storr*, DÖV 2002, 357 f. Vgl zur Kritik an der Begriffsbildung va *Badura*, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, 624 (627 f). Siehe zur Problematik des Begriffs auch *Scheidemann*, Der Begriff Daseinsvorsorge (1991).

5) Vgl dazu etwa im Sachzusammenhang mehrerer verwaltungsrechtlicher Bezugspunkte *Raschauer*, „Daseinsvorsorge“ als Rechtsbegriff?, ÖZW 1980, 72 (74 ff); zu gegenwärtigen Bezugspunkten des Begriffs als Konterpart zur obrigkeitlichen Verwaltung siehe *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) Rz 322. Im Rahmen des Österreich-Konvents hat der Begriff Daseinsvorsorge va in die Diskussion um die Ziele der Verfassung

im Allgemeinen (vgl dazu den Bericht des Ausschusses 1 [4/AUB-K] 16 f: Gewährleistungsverpflichtung von Bund, Ländern und Gemeinden im Hinblick auf einen Mindeststandard an Teilhabe in jenen Lebensbereichen, die gesellschaftlich regelmäßig vorkommen) und der Finanzverfassung im Besonderen (vgl dazu den Bericht des Ausschusses 10 [12/AUB-K] 25) Eingang gefunden. Er findet sich auch im Entwurf des Vorsitzenden, *Franz Fiedler* (vgl Art 249 Abs 1 Z 12: „Daseinsvorsorge der Gemeindebürger“ als Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinden; Teil 4B des Endberichts, 109; alle Dokumente abrufbar unter www.konvent.gv.at). Der Begriff „Daseinsvorsorge“ wurde im Rahmen der Konventsdiskussion weitgehend mit der „Erbringung von Leistungen im allgemeinen Interesse“ gleichgesetzt.

6) *Pauger*, Die österreichische Daseinsvorsorge in der Liberalisierungsfalle, FS Mantl (2004) 357 (358).

7) Siehe dazu: *Krajewski*, Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht, DÖV 2005, 665 (667)

8) Vgl dazu etwa *Hochbaum/Klotz*, Art 86 EGV, in: Von der Groeben/Schwarze (Hrsg),

Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Rz 58.

9) Zur Integration in die europarechtliche Terminologie *Storr*, DÖV 2002, 358.

10) Vgl etwa *Kahl*, Personennahverkehr, 204.

11) Diese Änderung brachte freilich schon nach ihrem Wortlaut in der Relation zu den Bestimmungen des Wettbewerbsrechts nur eine „optische“ Stärkung dieser Dienste mit sich, da es zu keiner zusätzlichen Einschränkung dieser Bestimmungen („unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87“) kommt. Vgl dazu *Thun-Hohenstein*, Der Vertrag von Amsterdam (1997) 91 f.

12) IdS *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003) 266 (289 f).

13) Siehe dazu: *Potacs*, Europäischer Leistungsstaat im Wandel, FS Öhlinger (2004) 486 (493 f).

14) Vgl *Jung*, Art 86 EGV, in: Calliess/Ruffert (Hrsg), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag² (2002) Rz 37 mwN; *Krajewski*, DÖV 2005, 666.

Es nimmt daher vor diesem Hintergrund nicht wunder, dass der Aspekt der Daseinsvorsorge¹⁵ generell und der Dienstleistungen im allgemeinen Interesse im Speziellen mehr und mehr auch von den „Aktivitäten“ der Kommission betroffen ist.¹⁶ Hinter dieser immer weiter reichenden Determinierung staatlicher Akte durch das Gemeinschaftsrecht, die sich in der Tendenz zu einer immer weiter reichenden *Liberalisierung* von Dienstleistungen manifestiert (begleitet von der Gefahr des „Sozialdumpings“¹⁷), steht freilich ein Gedanke, der auf die *Kompetenzabgrenzung* zwischen der Union und den Mitgliedstaaten abzielt. Die zwei großen Parameter in dieser Frage heißen: *Wirtschaftlichkeit* und *Sozialstaatlichkeit*.

2. Ein aktuelles Handlungsfeld: das europäische Wettbewerbsrecht

Die soeben angesprochene Kompetenzfrage materialisiert sich derzeit in einem pulsierenden Rechtsgebiet des Gemeinschaftsrechts, dem *europäischen Wettbewerbsrecht*.¹⁸ Im Mittelpunkt steht dabei die Prüfung finanzieller staatlicher Leistungen an Private, welche die Dienstleistungsfreiheit iS einer Gleichbehandlung privater Anbieter beeinträchtigen könnten, am europäischen *Beihilfenrecht*. Die Rsp des EuGH¹⁹ hat in dieser Frage in letzter Zeit eine tendenziell mitgliedstaatsfreundliche Haltung eingenommen, indem sie eine Verlustabdeckung von ausgegliederten Betrieben vor allem auf kommunaler Ebene als weitgehend zulässig ansieht. Konkret wird dabei durch die Wahl des sog „Ausgleichsansatzes“ das Vorliegen einer Beihilfe in den Fällen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen verneint, wenn durch die Verlustabdeckung netto gar kein Vorteil gewährt wird.²⁰

Die Relevanz gerade des Beihilfenrechts hängt freilich auch mit der Tendenz zusammen, dass bisher vor allem von staatlichen Stellen angebotene Leistungen zunehmend an Private „outgesourct“ werden, womit sich das staatliche Auftreten von der aktiven Rolle zur gewährleistenden und regulierenden Funktion wandelt.²¹ Die „Erfüllungsverantwortung“ wandelt sich in diesen Fällen zu einer „Gewährleistungsverantwortung“.²² Gerade im Hinblick auf die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse geht es um diese Formen der Gewährleistungsverantwortung,²³ der eben – mangels direkter Bereitstellung – mittels finanzieller Mittel für Private nachgekommen wird. Zu diesem Punkt muss freilich festgehalten werden, dass das Gemeinschaftsrecht diese Entwicklung gewissermaßen provoziert, da es öffentliche Unternehmen, dh Unternehmen, die einer solchen Erfüllungsverantwortung nachkommen, – pointiert formuliert – als „unerwünschte Fremdkörper“ betrachtet und somit einen „Zwang“ zu deren Privatisierung ausübt.²⁴ Das Beihilfenrecht setzt insoweit auf einer sekundären Ebene an: Sobald privatisiert wurde, stellen öffentliche „Elemente“ erst recht einen Fremdkörper dar.

Gerade auf der untersten Ebene staatlicher Tätigkeit, der kommunalen Ebene, also dort, wo „Basisbedürfnisse“ der Menschen in einem weitesten Sinn gedeckt werden, scheint das europäische Beihilfenrecht ein besonderes Anwendungsfeld gefunden zu haben.²⁵ Eben auf dieser Ebene wird die Daseinsvorsorge auch mit einem Kernbestand kommunaler Selbstverwaltung in Verbindung gebracht, der mehr und mehr europarechtlichen Einflüssen ausgesetzt gesehen wird.²⁶ Die Varietät an Dienstleistungen lässt es prinzipiell möglich erscheinen, dass dabei auch Dienstleistungen mit spezifisch

15) Vgl dazu die Mitteilungen der Kommission zur „Leistung der Daseinsvorsorge in Europa“, ABI 1996, C 281; ABI 2001, C 17; Bericht „Leistungen der Daseinsvorsorge“ für den Europäischen Rat in Laeken, KOM(2001) 598 endg.
 16) Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270 endg. Vgl dazu *Knauff*, Das Grünbuch der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, EuZW 2003, 453. Diesem Grünbuch folgte 2004 das Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endg. Zum Vorschlag der Kommission für eine neue Dienstleistungs-Richtlinie vgl KOM(2004) 2 endg. Zu Letzterem vgl *Kugelmann*, Die Dienstleistungs-Richtlinie der EG zwischen der Liberalisierung von Wachstumsmärkten und europäischem Sozialmodell, EuZW 2005, 327 (327 f); *Lambsdorff*, Die Dienstleistungsrichtlinie in den Beratungen des Europaparlaments, EuZW 2005, 577.
 17) Vgl die Themen am Gipfel der EU-Staats- und Regierungschefs in Brüssel im März 2005 (NZZ vom 23. 3. 2005, 1).
 18) Einen Bezugspunkt stellt dabei auch das *Vergaberecht* dar: siehe dazu *Scharpf*, Der Einfluss des Europarechts auf die Daseinsvorsorge, EuZW 2005, 295 (297). Paradigmatisch hierfür stehen die Entwicklungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV): vgl dazu *Kahl*, Personennahverkehr, 361 ff; *Holoubek/Segalla*, Instrumente kommunaler Daseinsvorsorge – Evaluierung und

Fortentwicklung, in: *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 63 (74 ff, 85 ff); *Koller*, Vergaberechtliche Fragen des öffentlichen Personennahverkehrs, ÖZW 2004, 104; *Fehling*, Zur Reform der Daseinsvorsorge am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, Die Verwaltung 2001, 25.
 19) EuGH, *Ferring*, Slg 2001, I-9067; EuGH, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747; EuGH, *Enirisorse*, Slg 2003, I-14243.
 20) Siehe etwa *Gärtner*, Grenzen der kommunalen Daseinsvorsorge in der europäischen Wettbewerbsordnung, ZEuS 2005, 239; *Lehr*, Europäisches Wettbewerbsrecht und kommunale Daseinsvorsorge, DÖV 2005, 542; *Scharpf*, EuZW 2005, 297 f. Zu den näheren Voraussetzungen der „Beihilfenunschädlichkeit“ in diesen Fällen näher *Sutter*, Art 87 EGV, in: Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (20. Lfg 2004) Rz 35.
 21) Vgl dazu *Masing*, Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung, VerwArch 2004, 151; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003) 283 ff mwN; relativierend für den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs *Fehling*, Die Verwaltung 2001, 27; speziell für die Ebene der kommunalen Daseinsvorsorge *Holoubek/Segalla*, Instrumente, 65 ff.
 22) Vgl zu diesem Begriff grundlegend *Schmidt-Abmann*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformansatz und Reformbedarf, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-

Abmann/Schuppert (Hrsg), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen (1993) 11 (43 ff); *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge (2004) 59 ff, 66 ff.
 23) Siehe etwa *Schäffer*, Wirtschaftsaufsichtsrecht, in: Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts² (2003) Rz 501. Vgl auch die Textvorschläge im Österreich-Konvent (FN 5), die vor allem diesen Gedanken vor Augen haben.
 24) IdS *Schroeder*, Privatisierungen und Ausgliederungen im Lichte des EG-Beihilfenrechts, in: Hummer (Hrsg), Europarecht im Wandel (2003) 141 (162); *Soltész/Bielez*, Privatisierungen im Licht des Europäischen Beihilfenrechts, EuZW 2004, 391 (391 f), die va auf die Problematik von Privatisierungen mit Beihilfelementen eingehen (aaO, 394 f). Siehe zum Bedeutungsverlust der öffentlichen Unternehmen auch *Weiß*, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, 165 (183 ff).
 25) Vgl zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips unten 3.2.
 26) Vgl dazu etwa *Papier*, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, DVBl 2003, 686 (687 ff), der darin auch eine Konsequenz der „Europäisierung des Verwaltungsrechts“ generell sieht; *Schink*, Kommunale Daseinsvorsorge in Europa, DVBl 2005, 861 (861 f).

sozialem Charakter²⁷ ebenfalls den Restriktionen des europäischen Gemeinschaftsrechts unterworfen werden, wenn sie (auch nur teilweise) wirtschaftlichen Charakter besitzen. Dies findet aber nur bedingt eine Deckung in der derzeitigen Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten (siehe 3. 1.), was auch von der Kommission konzidiert wird, wengleich sie dabei lediglich die „Berücksichtigung des Gemeinwohlaufrages“ der Mitgliedstaaten anspricht.²⁸

Dadurch gewinnt diese Frage durchaus eine allgemeine und umfassende Bedeutung: es geht darum, inwieweit die Regelung der Daseinsvorsorge durch öffentliche Dienstleistungen auf staatlicher Ebene erfolgt oder mehr und mehr in den Bereich von gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeiten fallen soll. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann in Anbetracht der Zuständigkeitsverteilung durchaus ein gewisser Antagonismus festgestellt werden: Dienstleistungen in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für den Binnenmarkt haben einen deutlichen europäischen Bezug. Die soziale Komponente, die oftmals in einem Widerstreit mit ökonomischen Parametern stehen kann, verbleibt dagegen vornehmlich auf der mitgliedstaatlichen Ebene. All dies kann im Bild eines beweglichen Systems veranschaulicht werden.²⁹ Die soziale Komponente von Dienstleistungen markiert eine – wenn auch unscharfe – Trennlinie zwischen nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Sphäre.

3. „Sozialstaatlichkeit“ versus europäisches Sozialmodell

3.1. Sozialstaatlichkeit und Verfassungstext

Ein europäisches Sozialmodell ist derzeit nicht entwickelt, das Primärrecht setzt vielmehr nach wie vor auf die *Eigenverantwortlichkeit* der Mitgliedstaaten in sozialen Belangen.³⁰ Zu sehr ist die Europäische Union noch von den wirtschaftlichen Komponenten ihrer Geschichte – realisiert im Binnenmarkt-

konzept mit den vier Grundfreiheiten – geprägt, als dass soziale Komponenten eine größere Rolle spielen würden. Dahinter steckt zum einen das Kalkül einer *differenzierenden Ausgestaltung der sozialen Rolle des Staates*: Die Frage eines *Sozialstaatsprinzips* wird schon in einer mitgliedstaatlich-verfassungsrechtlichen Perspektive völlig unterschiedlich behandelt. So kennt etwa Art 20 Abs 1 Bonner GG³¹ ein Bekenntnis zur Sozialstaatlichkeit, während die österreichische Verfassung mangels Fehlens einer korrespondierenden Bestimmung in einer langen und auch im Österreich-Konvent nicht vollends abgeschlossenen Diskussion³² über die sozialen Gehalte der Verfassung verharret,³³ die sicher nicht mit reinen Zielbestimmungen über die „Daseinsvorsorge“, wie sie im Konvent diskutiert wurden,³⁴ erschöpfend realisiert sind. Schließlich gibt es auch Länder ohne geschriebenes Verfassungsrecht, ohne dass dies über den sozialen Gehalt der Rechtsordnung etwas aussagen würde.³⁵ Insoweit muss – von der Varietät sozialer Gewährleistungen abstrahiert – konzidiert werden, dass der Verfassungstext im Hinblick auf die Ausgestaltung eines nationalen³⁶ Sozialstaatsmodells, die vornehmlich auf einfachgesetzlicher Ebene vorgenommen wird, nur einen *begrenzten* – allenfalls ein Korrektiv für diese einfachen Gesetze implizierenden – *Gehalt* besitzt.³⁷ Mit anderen Worten: Einfachgesetzlich vorgesehene öffentliche Dienstleistungen illustrieren den sozialen Gehalt einer Rechtsordnung deutlicher und nachhaltiger als verfassungsgesetzliche Vorschriften mit vornehmlichem Alibicharakter.

Entscheidender als dieser rechtstechnische Aspekt ist, ob der soziale Gehalt von Verbürgungen nicht auch strukturell eher auf einer unteren Ebene eines Mehrebenensystems determiniert werden soll. Soziale Inhalte scheinen in einem staatlichen Umfeld einfacher und praktikabler – nicht nur, aber va auch aufgrund der Nähe zu den Bedürfnissen der betroffenen Personen (fast möchte man den europäisch aufgeladenen Begriff der „Bürgernähe“ verwenden) – realisiert werden zu kön-

27) Zu denken ist va an Gesundheits-, Sozial- und Pflegedienste: vgl *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge (2005) 13 f. Vgl dazu auch jüngst die Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005 (ABl 2005, L 312), nach der für Krankenhäuser und im sozialen Wohnbau tätige Unternehmen eine Ausnahme von der Notifizierungspflicht von Beihilfen und damit von den Regelungen der Art 87 f EGV vorliegt (siehe insb aaO, Erwägungsgrund 16: „So ist ... dem Umstand Rechnung zu tragen, dass im jetzigen Entwicklungsstadium des Binnenmarkts die Wettbewerbsverfälschung in diesen Sektoren nicht zwangsläufig in einem direkten Verhältnis zum Umsatz und zur Höhe der Ausgleichszahlungen steht.“).

28) Siehe dazu die Ausführungen im Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endg., 19 ff, und *Pauger*, FS Mantl, 363.

29) Treffend *Becker*, Daseinsvorsorge, 35: „Je deutlicher eine Dienstleistung einen umverteilenden Charakter im Sinne einer wohlfahrtsstaatlichen Leistung hat, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, daß hier Gewinne erzielt werden können und sich demzufolge ein Markt entwickeln könnte, und desto augenfälliger wird der nicht-wirtschaftliche Charakter der Dienstleistung und damit ihre Nicht-Betro-

fenheit vom europäischen Wettbewerbsrecht sein. Umgekehrt formuliert: Je deutlicher sich das wohlfahrtsstaatliche Dienstleistungsangebot an Effizienzkriterien orientiert, um so stärker gerät das Segment in den Fokus des Marktes und privater Anbieter und schließlich des europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsrechts.“

30) Zum Stand des Primärrechts vgl *Egger*, Maastricht – Amsterdam – Nizza: Entwicklung der sozialpolitischen Kompetenzen der EG, in: Hummer (Hrsg), *Europarecht im Wandel* (2003) 73 ff.

31) „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“. Zum Gehalt und den Funktionen dieser Bestimmung is eines Gestaltungsauftrags an den Gesetzgeber (mit weitem Gestaltungsspielraum) und einer Interpretationshilfe für Verwaltung und Rechtsprechung siehe etwa *Gröschner*, Art. 20 (Sozialstaat), in: Dreier (Hrsg), *Grundgesetz Kommentar*, Bd II (1998) Rz 30 ff.

32) Die hM sieht in dieser Frage keine explizite Verbürgung der Verfassung, anerkennt aber, dass die Verfassung von einem in sozialer Hinsicht sehr aktiven Staat ausgeht: vgl etwa *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*⁶ (2005) Rz 78; *Kahl*, *Personennahverkehr*, 217 f. Die

Verankerung eines „Sozialstaatsprinzips“ war auch im Österreich-Konvent nicht konsensfähig: vgl dazu den Endbericht, Teil 4A, 21.

33) Ein bemerkenswertes Zwischenergebnis ist dabei freilich die zumindest grundsätzliche Konsensbildung über die Aufnahme sozialer Grundrechte in den Katalog verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte: vgl dazu *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*, Rz 689; *Kahl*, *Österreich-Konvent und Verfassungsreform*. Eine Zwischenbilanz, JRP 2005, 95 (100 f).

34) Vgl oben FN 5.

35) Vgl dazu *Prakke*, *The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, in: *Prakke/Kortmann* (Hrsg), *Constitutional Law of 15 EU Member States* (2004) 861 (923 f).

36) Im Hinblick auf die „europäische Verfassung“, also das Primärrecht, mag dies anders zu beurteilen sein, da die Union nur auf Basis entsprechender Kompetenzbestimmungen in den entsprechenden Bereichen überhaupt erst „handlungsfähig“ wird.

37) Pointiert *Wiederin*, *Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge*, VVDStRL 64 (2005) 53 (80): „Sozialstaatlichkeit ist auf Verfassungsrecht nicht angewiesen.“

nen. Die Gemeinschaftszuständigkeiten im sozialen Bereich sind dementsprechend derzeit eher rudimentär ausgestaltet und stellen sich als Koordinationskompetenzen auf Basis eines kleinsten gemeinsamen Nenners dar.³⁸ Änderungen dieses status quo würden eine Änderung des Primärrechts voraussetzen, die dem Verfahren nach Art 48 EUV – und damit der Zustimmung aller Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften – vorbehalten ist. Daneben ist freilich auch zu beachten, dass ein europäisches Sozialmodell auch an strukturelle und technische Grenzen stößt, vor allem dann, wenn man es ausschließlich auf einer „verfassungsrechtlichen“ Ebene realisieren zu können glaubt.³⁹

Fraglich ist zumal vor diesem Hintergrund, inwieweit der vorerst gescheiterte und daher weiterhin einen „Entwurf“ darstellende *Verfassungsvertrag (VVE)*⁴⁰ an diesem Befund etwas ändern würde. Auffallend ist dabei zunächst, dass der Verfassungsvertrag in der Frage der Aufteilung der Kompetenzen mit sozialem Gehalt keine gravierenden Unterschiede zum gegenwärtigen Primärrecht erkennen lässt.⁴¹ Dies zeigt sich nicht zuletzt in den bloß unterstützenden Zuständigkeiten der Union in der Frage der Beschäftigungspolitik, mit denen ebenfalls soziale Intentionen verbunden sein können.⁴² Eine *Stärkung* von Unionskompetenzen im Hinblick auf die Daseinsvorsorge könnte man am ehesten in der Formulierung des neuen Art III-122 VVE erblicken, der sich von der schon jetzt existierenden Bestimmung des Art 16 EGV⁴³ insoweit unterscheidet, als er eine Gesetzgebungskompetenz der Union hinsichtlich der Grundsätze und Bedingungen des Funktionierens der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ vorsieht.⁴⁴ Freilich wird auch diese Formulierung an gleicher Stelle wieder insoweit eingeschränkt, als die „Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten ...“, diese Dienste im Einklang mit der Verfassung zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“ unberührt bleiben. Diese Kompromissformel⁴⁵ illustriert aber die Bedeutung der „Schnittstellenfunktion“ dieser Dienste im Hinblick auf die Kompetenzfrage.

3.2. Die Rolle des Subsidiaritätsprinzips

Gewisse Direktiven ergeben sich in der Frage der gegenwärtigen und auch mittelfristigen Kompetenzabgrenzung im

Hinblick auf öffentliche Dienstleistungen sozialer Art auch aus dem primärrechtlich verankerten *Subsidiaritätsprinzip* (Art 5 Abs 2 EGV, Art 2 Abs 2 EUV). Dieses gilt für die Bereiche einer nicht ausschließlichen Gemeinschaftszuständigkeit. In struktureller Hinsicht handelt es sich beim Bereich „Soziales“ um einen solchen Bereich, in dem der Union lediglich Rahmzuständigkeiten zukommen und das Gros an möglichen Kompetenzen auf Ebene der Mitgliedstaaten angesiedelt ist.⁴⁶

Gerade das Subsidiaritätsprinzip impliziert ein Ebenendenken, bei dem darauf abzustellen ist, ob eine bestimmte Aufgabe wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen „besser“ auf europäischer oder auf mitgliedstaatlicher Ebene erfüllt werden kann.⁴⁷ Fraglich ist, ob gerade bei den Sozialkompetenzen Effizienzüberlegungen eher für die europäische oder die nationale Zuständigkeit sprechen. Ein Problembewusstsein kann auch durch die Sachnähe der Problemlösung eher auf der nationalen Ebene geleistet werden, womit das Subsidiaritätsprinzip soziale Kompetenzen eher auf der staatlichen Ebene stärken und die europäische Regelung tendenziell auf eine bloß koordinierende Funktion beschränken müsste. Diese Bezugnahme zur Sachnähe ist auch in der Änderung der einschlägigen Bestimmung durch den Verfassungsvertrag (Art I-11 Abs 2) grundgelegt, wenn in dieser nunmehr im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip ausdrücklich auch auf die *kommunale* Ebene,⁴⁸ also gerade auf jene Ebene, auf der die Daseinsvorsorge primär sichergestellt wird, verwiesen wird.

3.3. Die Grundrechte-Charta als Korrektiv?

Angesichts dieser „Vertragslage“ kehrt man freilich zur unbefriedigenden Ausgangsposition zurück, dass Unionskompetenzen mit wirtschaftlichem Charakter potenziell mit staatlichen Sozialbestimmungen konfliktieren und ein Spannungsfeld aufgebaut wird, dem schwerlich zu entfliehen ist. Dabei ist zu bedenken, dass auch der Verfassungsvertrag mit der Aufnahme der Grundrechte-Charta – obwohl diese zu keinen Kompetenzzuwächsen der Union führen soll⁴⁹ – eine *soziale Bindung der Union* mit sich bringen würde, die – prinzipiell auch judiziell überprüfbar – ein *Korrektiv für etwaige Sozialkompetenzen der Union* darstellen könnte.

38) Vgl Art 136 ff EGV.

39) IdS grundsätzlich kritisch etwa *Rack/Fraiß*, Die Verfassung für Europa – Königsweg zu einem europäischen Sozialmodell?, Juridikum 2003, 10 (13): „Die Verlagerung von sozialpolitischen Agenden auf Unionsebene würde jeglicher Denklogik widersprechen und letztendlich nur dazu dienen, nicht erfüllbare Erwartungen zu wecken.“

40) ABl 2004, C 310. Zu den möglichen Optionen nach dem Scheitern der Verfassungsreferenden in Frankreich und den Niederlanden vom Mai und Juni 2005: *Jopp/Kuhle*, Wege aus der Verfassungskrise – die EU nach den gescheiterten Referenden in Frankreich und den Niederlanden, Integration 3/2005, 257.

41) Art III-209 ff VVE. Siehe *Kugelman*, EuZW 2005, 330. Als Ausnahme kann die Formulierung von Art III-125 Abs 2 VVE angesehen werden, die der Union eine Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich von Maßnahmen der sozialen Sicherheit oder den sozialen Schutz

zur Ausübung der Rechte der Unionsbürger einräumt: dazu *Kanitz/Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem, EuR 2003, 1013 (1034 f). Hingewiesen sei auch auf die Formulierung, dass die Union auf „eine in hohem Maße wettbewerbsfähige *soziale Marktwirtschaft*, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“, hinwirkt (Art I-3 Abs 3 VVE). Zum beschränkten Gehalt dieser Formulierung vgl etwa *Rödl*, Europäisches Verfassungsziel „soziale Marktwirtschaft“ – kritische Anmerkungen zu einem populären Modell, Integration 2/2005, 150 (154 ff).

42) Art I-12 Abs 5 VVE.

43) Die Bestimmung des Art 86 Abs 2 EGV findet sich inhaltlich unverändert in Art III-166 Abs 2 VVE.

44) Darin wird „erstmalig eine allgemeine Regelungskompetenz der Union auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge“ gesehen: vgl idS

Gärtner, ZEuS 2005, 251 mwN. Etwas abgeschwächter *Krajewski*, DÖV 2005, 670 ff, der keine Vergrößerung des Umfangs von Unionskompetenzen sieht, wohl aber ein neues Verfassungsziel im Hinblick auf die Garantie der Funktionsfähigkeit öffentlicher Dienstleistungen.

45) Vgl zur Entstehungsgeschichte dieser Formulierung, insb zu deren Änderung im Rahmen der Regierungskonferenz 2003/04, *Gärtner*, ZEuS 2005, 250 f.

46) Vgl auch Art I-14 Abs 2 lit c VVE.

47) Siehe dazu im Einzelnen etwa *Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, Europarecht⁵ (2005) 150f.

48) Vgl dazu *Streinz/Ohler/Herrmann*, Die neue Verfassung für Europa (2005) 71; *Schwarze*, Ein pragmatischer Verfassungsentwurf – Analyse und Bewertung des vom Europäischen Verfassungskonvent vorgelegten Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa, EuR 2003, 535 (542).

49) Art I-111 Abs 2 VVE.

Öhler/Schramm (Hg.) Vergaberecht

Gesetzbuch, 3. Auflage, Stand: 1. 1. 2006

2006, ca. 500 Seiten, br., 3-7046-4847-7, € 38,-, Abo- und Hörerscheinpreis: € 30,40

Mit dem neuen
BVergG

Tel.: 01-610 77-315, Fax: - 589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Diese Bindung ergibt sich insb aus den Bestimmungen, nach denen die Union das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit (Art II-94 VVE) und zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art II-96 VVE), die den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union fördern sollen, anerkennt. Mit dieser Bindung der Union sind gewissermaßen „Vorleistungen“ gegeben, die auch auf stärkere Sozialkompetenzen der Union im Bereich des Teiles III bezogen sein und für diese ein Korrektiv darstellen könnten. Dies setzt freilich Änderungen im Kompetenzbereich voraus, eine – noch so innovative – Judikatur auf Basis der Grundrechte-Charta wird diese Erweiterung nicht leisten (können).⁵⁰

Die Stärkung bestehender einschlägiger Sozialkompetenzen würde den Widerstreit wirtschaftlicher Komponenten, die sich aus der Konnexität mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes ergeben, und sozialer Gesichtspunkte auf die *europäische Ebene* heben und es bereits dort erforderlich machen, einen Ausgleich vorzunehmen, der dann auch klare Rahmenbedingungen für die mitgliedstaatlichen Kompetenzen im Sozialbereich schafft.⁵¹ Grundrechte wären damit – über ihren Status als „allgemeine Rechtsgrundsätze“ hinaus⁵² – den Grundfreiheiten gleichwertig und deren „immanente Schranken“.⁵³

4. Resümee

Öffentliche Dienstleistungen sind eine – zumal im Lichte des Europarechts – wichtige und aktuelle Konkretisierung des weitläufigen Begriffs der Daseinsvorsorge. Die Konnexität mit der Dienstleistungsfreiheit bringt allerdings Restriktionen in jenen Bereichen mit sich, in denen es nicht um den sozialen Charakter solcher Dienstleistungen geht. Dabei steht ein Kompetenzaspekt im Vordergrund: Sozialkompetenzen sind derzeit und wohl auch künftig eher auf der mitgliedstaatlichen Ebene angesiedelt. Eine „Europäisierung“ der Sozialkompetenzen würde aber einen umfassenden Ausgleich zwischen wirtschaftlichen und sozialen Aspekten bereits auf der europäischen Ebene ermöglichen und – im Verein mit den Selbstbindungen durch eine (dann primärrechtlich verankerte) Grundrechte-Charta – diese Abwägung auch durch den EuGH überprüfbar machen. Ein „Sozialstaatsmodell“ auf europäischer Ebene impliziert nicht nur verbal betrachtet eine *Staatsähnlichkeit* der Union, die jedenfalls zum gegenwärtigen Stand nicht vorhanden ist und die auch durch den Verfassungsvertrag nicht intendiert ist.⁵⁴

Univ.-Ass. Dr. Harald Eberhard, Institut für
Staats- und Verwaltungsrecht der Universität
Wien; harald.eberhard@univie.ac.at.

50) Rödl, integration 2/2005, 157 f.

51) Dies wäre nicht der einzige Bereich, in dem eine rechtsverbindliche Charta ein Korrektiv für Verbürgungen durch die Grundfreiheiten darstellen könnte. Auch im Bereich der Warenverkehrsfreiheit werden in der Lehre Einschränkungen einer allzu grundrechtsungebundenen Betrachtungsweise konstatiert, so etwa in der Abwägung Warenverkehrsfreiheit – Versammlungsrecht; aus der Rsp illustrativ EuGH, Schmidberger, Slg 2003, I-5659, zur „Brennerblockade“. Siehe dazu Öhlinger, Perspektiven des Grundrechtsschutzes in Europa: Das Zusammenspiel von EGMR, EuGH und VfGH im Lichte des Verfassungs-

entwurfs der Europäischen Union, in: Karl (Hrsg), Internationale Gerichtshöfe und nationale Rechtsordnung (2005) 123 (135 f); Öhlinger, Rechtsschutz und Europäische Union, in: BMI (Hrsg), Der Rechtsschutzbeauftragte (2004) 41 (50 f: „Insgesamt ist ... die Politik der EG doch noch immer deutlich von einem Vorrang ihrer ‚Grundfreiheiten‘ [...] gegenüber Grundrechten geprägt. Das sollte mit einer geschriebenen Grundrechtecharta doch noch etwas stärker zurechtgerückt werden, als es die Rechtsprechung des EuGH bereits getan hat.“); Schärf, Grundrechte in der EU, ecolx 2004, 668 (669). Zur derzeitigen Einschränkung des Spielraums der Mitgliedstaaten bei

der rechtlichen Ausgestaltung sozialer Inhalte durch die Judikatur des EuGH vgl etwa Kanitz/Steinberg, EuR 2003, 1020 ff.

52) Siehe dazu mwN Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht² (2001) 6f.

53) Vgl dazu Kadelbach/Petersen, Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten, EuGRZ 2003, 693 (695 ff).

54) Auch nach diesem Vertrag sind der Union nur Kompetenzen seitens der Mitgliedstaaten in einem völkerrechtlichen Vertrag übertragen – vgl Art I-1 Abs 1 VVE: die Verfassung begründet die „Europäische Union, der die Mitgliedstaaten Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele übertragen“.

1. Inhouse-Vergabe an gemischt-wirtschaftliche Kooperationen?

Die zunehmende Einbeziehung Privater in die Erbringung öffentlicher Aufgaben, maßgeblich veranlasst durch volkswirtschaftliche und budgetäre Restriktionen, zeichnet für einen in den letzten Jahren vollzogenen Wandel in Strukturen und Modalitäten staatlicher Leistungserbringung mitverantwortlich. Im Trend liegen dabei insbesondere Modelle gemischt-wirtschaftlicher Kooperationsgesellschaften, deren Grundkonzeption zufolge die öffentliche Hand aus Effizienzüberlegungen mit einem privaten Unternehmen eine – in der Regel privatrechtlich organisierte – Gesellschaft zum Zweck der gemeinsamen Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe gründet. Mit der steigenden wirtschaftlichen Bedeutung solcher Modelle ist auch die Frage nach ihrem rechtlichen Regulierungsrahmen und dabei insbesondere nach der Relevanz des Vergaberechts bei der Gründung gemischt-wirtschaftlicher Kooperationen in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.

Primäres Anliegen des Vergaberechts ist es bekanntermaßen, die Nachfrage des Staates nach Leistungen auf dem Markt als Ergebnis eines Wettbewerbs der anbietenden Unternehmen zu organisieren. Leistungen, die der Staat selbst, also ohne Befassen eines Dritten und mit eigenen Ressourcen erbringt, sind, so die daraus im Allgemeinen gezogene Schlussfolgerung, vom Normzweck des Vergaberechts hingegen nicht umfasst. Insofern zählt auch staatliche Leistungserbringung durch Regiebetriebe oder sonstige in die staatliche Verwaltung eingegliederte Institutionen nicht zum Anwendungsbereich des Vergaberechts.

Beruhend auf dem von der Rechtsprechung des EuGH maßgeblich entwickelten Grundprinzip, wonach die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht anhand formeller, sondern nach funktionellen Kriterien der Zurechnung einer Einrichtung zum Staat zu bemessen ist,¹ kann auch bei aus der staatlichen Verwaltung ausgegliederten, rechtlich verselbständigten Rechtsträgern argumentiert werden, dass – mangels Aufgabenübertragung auf einen *Dritten* – der Sache nach eine staatliche Eigenleistung vorliegt. Insoweit, als der ausgegliederte Rechtsträger (aufgrund der gewählten Organisationsform oder staatlicher Beherrschung) nach wie vor dem Staat zuzurechnen und damit vor allem wirtschaftlich nicht eigenständig ist, kann nämlich bei der zwischen Trägergebietskörperschaft und ausgegliedertem Rechtsträger begründeten Rechtsbeziehung funktionell betrachtet nicht von einem entgeltlichen Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer im Sinne des Vergaberechts gesprochen werden. Vielmehr kommt auch hier der Staat im weiteren Sinn selbst der Aufgabenerbringung nach, was eine – im Allgemeinen als sogenannte „Inhouse-Vergabe“ bezeichnete – Ausnahme vom Vergaberecht begründet.

Das Argument der mangelnden Eigenständigkeit von ausgegliederten Rechtsträgern trifft jedenfalls auf solche Einrichtungen zu, die vom Staat vollständig beherrscht und auch allein für diesen tätig werden. Das hat der EuGH mit seinem viel beachteten Urteil in der Rechtssache *Teckal*² ausdrücklich ausgesprochen. Mit der von ihm zur Umschreibung solcher vom Vergaberecht ausgenommenen „Inhouse-Geschäfte“ gewählten, sehr abstrakten und begriff-

Gemischt-wirtschaftliche Kooperationen

Der steinige Weg auf der Suche nach dem privaten Partner

Dragana Damjanovic/Claudia Fuchs



lich unscharfen Formel – „wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben“³ – hat der Gerichtshof aber auch viel Raum für weitere Diskussionen gelassen, insbesondere im Hinblick auf die Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe bei gemischt-wirtschaftlichen, also unter Beteiligung rein Privater gegründeten Kooperationsgesellschaften.

Dieser Raum ist in der Folge auch über die Maße in Anspruch genommen worden, was die Vielzahl an Veröffentlichungen und wissenschaftlichen Gutachten zu diesem Thema beweist. Nicht selten hat die Praxis in dem vom EuGH aufgestellten Kriterium der „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ eine Möglichkeit zur vergabefreien Inhouse-Beauftragung auch bei nur mehrheitlich durch die öffentliche Hand gehaltenen Beteiligungen gesehen. Damit hat das Modell der gemischt-wirtschaftlichen Kooperationsgesellschaft einen bedeutenden Höhenflug erlebt. Oft nur vordergründig zur Effizienzsteigerung der staatlichen Leistungserbringung durch die Kooperation mit dem Privaten,⁴ de facto in erster Linie als Schlupfloch aus dem Vergaberecht, wurde die Gründung gemischt-wirtschaftlicher Kooperationsgesellschaften mit öffentlicher Mehrheitsbeteiligung gleichermaßen propagiert wie strapaziert: „Vergabeoptimierer“ hatten Hochkonjunktur.

1) Zum funktionellen Auftraggeberverständnis etwa EuGH Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, I-4635, Rz 11.

2) EuGH Rs C-107/98, Slg 1999, I-8121.

3) In der Folge hat der Gesetzgeber diese Teckal-Kriterien in die Bestimmung, die den Geltungsbereich des Vergaberechts festlegt, auch ausdrücklich aufgenommen. Vgl § 6 Abs 1 Z 6 BVergG 2002.

4) Die unumschränkte Geltung dieses Credos kann im Übrigen auch mit guten Gründen bestritten werden; so etwa „Wettbewerb ist wichtiger als PPP“, *Die Presse* vom 19.3.2005.

Hilf VbVG

Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
2006, 140 Seiten, br., 3-7046-4801-9, € 25,-

Mit 1. Jänner 2006 werden auch juristische Personen, Personenhandelsgesellschaften und andere Verbände strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Diese strafrechtliche Verbandsverantwortlichkeit tritt neben die Strafbarkeit der einzelnen Mitarbeiter und Führungspersonen. Das seit Jahren diskutierte "Unternehmensstrafrecht" wird nunmehr im neu geschaffenen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz geregelt. Im Übrigen kommen die allgemeinen Strafgesetze, allen voran StGB und StPO, zur Anwendung.

Die Textausgabe soll die Anwendung der bislang in der österreichischen Rechtsordnung unbekanntenen Regelungen erleichtern. Zu diesem Zweck sind den einzelnen Bestimmungen sowohl Anmerkungen als auch zitierfähige Auszüge aus den Gesetzesmaterialien angefügt. An den Beginn ist eine kurze Einführung in diese komplexe und neue Materie gestellt.

Mag. Dr. Marianne Hilf ist ao.Universitätsprofessorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Karl-Franzens Universität Graz und hat Ihre Habilitationsschrift zur "strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und anderen Verbänden mit Rechtspersönlichkeit in Österreich" verfasst.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

2. Von Teckal zu Stadt Halle: Rote Karte für Inhouse-Geschäfte mit gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen

Diesen Entwicklungen hat der EuGH mit dem Urteil in der Rechtssache *Stadt Halle*,⁵ eine klare Absage erteilt. Dem Urteil lag ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Naumburg zur rechtlichen Zulässigkeit der vergabefreien Beauftragung durch die Stadt Halle an die RPL Recyclingpark Lochau GmbH (ein von der Stadt Halle zu 75 % beherrschtes gemischt-wirtschaftliches Unternehmen) mit der Errichtung einer Abfallbehandlungs- und Verwertungsanlage und der anschließenden Abfallentsorgung zugrunde. Die Antwort des EuGH fiel mehr als deutlich aus: „... (D)ie – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, (schließt) es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.“⁶ Zur Begründung dieser doch überraschend strikten Linie führte der Gerichtshof zwei Argumente an: Zum einen sei die Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, und ihren Dienststellen durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der

Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen verknüpft sind. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruhe demgegenüber auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen und verfolge daher andersartige Ziele. Zum Zweiten würde eine vergabefreie Beauftragung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens den freien und unverfälschten Wettbewerb sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer, und damit wesentliche Zielsetzungen des Vergaberechts beeinträchtigen, weil eine derartige Beauftragung dem an einer Kooperationsgesellschaft beteiligten privaten Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschaffe.

3. Zur Argumentation des EuGH

Die eine zentrale Position im Urteil *Stadt Halle* einnehmende Gegenüberstellung von öffentlichen und privaten Interessen, derzufolge eine Inhouse-Vergabe an gemischt öffentlich-private Kooperationen mangels Kontrolle „wie über eigene Dienststellen“ schon deshalb ausgeschlossen sei, weil öffentlicher und privater Partner zwangsläufig (auch) unterschiedliche Interessen verfolgten, mutet auf den ersten Blick zu vordergründig an. Mit guten Gründen kann dem nämlich, wie das Teile der Literatur tun,⁷ entgegengehalten werden, dass es gerade dem Wesen einer öffentlich-privaten Partnerschaft

5) EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, 6) EuGH Rs *Stadt Halle*, noch nicht in Slg. noch nicht in Slg.

7) ZB *Krohn*, „Aus“ für In-house-Vergaben an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, NZBau 2005, 92 (94); *Stempkowski*, Das Ende der „Quasi-In-House-Vergabe“, RPA 2005, 16.

entspricht, ein *gemeinsames* Interesse, das in der möglichst effizienten und wirtschaftlichen Aufgabenerledigung liegt, zu verfolgen, sodass allein die Tatsache einer privaten Beteiligung nicht per se widerstreitende Interessen der Kooperationspartner zur Folge haben muss. Vielmehr wäre, so die Argumentation, anhand der jeweiligen (gesellschaftsrechtlichen) Ausgestaltung der Partnerschaft zu beurteilen, ob und inwieweit die Interessen des privaten Mitgesellschafters Einfluss auf die Gestion der Kooperationsgesellschaft nehmen können.

Auf diese Aspekte (Was ist das Wesen der öffentlich-privaten Partnerschaft? Welches Aufgabenfeld kommt ihr zu? Verfolgen Staat und Privater ein gemeinsames Interesse im Rahmen dieser Partnerschaft und kann der Private Einfluss auf die Gestion der Kooperationsgesellschaft nehmen?) scheint es dem EuGH bei der Beurteilung, ob bei der Auswahl des privaten Partners das Vergaberecht eine Rolle spielt, aber gerade *nicht* anzukommen. Mit der Gegenüberstellung „öffentliche“ versus „private“ Interessen bringt der Gerichtshof lediglich zum Ausdruck, dass die Beteiligung eines Privaten an einer öffentlich-privaten Partnerschaft im Normalfall mit eigennützigen, wirtschaftlichen Zielen (in seiner Diktion: „privaten Interessen“) verbunden ist. Die Charakterisierung von „privaten“ als „wirtschaftliche“ Interessen stellt in den weiteren Ausführungen des EuGH dann auch die wesentliche Trennlinie zu den von ihm als im öffentlichen Interesse liegend qualifizierten Zielen des Staates im weiteren Sinn dar.

Die diesen Überlegungen zu Grunde liegende Prämisse ist einleuchtend: Die Motivation des privaten Mitgesellschafters, eine Kooperation mit der öffentlichen Hand einzugehen, ist eben in der Regel wirtschaftlicher Natur, üblicherweise liegt sie darin, Gewinn zu erzielen. Verfolgt der private Partner aber eigennützige wirtschaftliche Interessen, sind diese, selbst wenn ihnen im Rahmen einer Kooperationsgesellschaft nachgegangen wird, funktionell gesehen mit spezifischen Anbieterinteressen gleichzusetzen. Das wird überdeutlich, wenn man das erste *Stadt Halle*-Argument der unterschiedlichen Interessenlage der Beteiligten mit dem zweiten Argument des EuGH liest, das die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung aufgreift. Der private Partner trachtet danach, für die Leistungen, die er im Rahmen der Kooperationsgesellschaft erbringt, in irgendeiner Form eine Gegenleistung, in der Regel ein Entgelt, zu erhalten. Materiell gesehen steht er damit aber seinem öffentlichen Partner als Auftragnehmer im Sinne des Vergaberechts gegenüber, womit auch das für den EuGH allein maßgebliche Kriterium, ob die Auswahl des privaten Partners im Vergabewettbewerb zu erfolgen hat, vorliegt. Auf den Punkt gebracht: Mit der Beauftragung einer gemischt-wirtschaftlichen Kooperationsgesellschaft ist der Sache nach im Regelfall eine Nachfrage nach einem öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag und damit im Ergebnis eine Auftragsvergabe an einen privaten Unternehmer verbunden.

Insoweit zeitigt die Beauftragung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens auch externe Folgewirkungen auf den Anbietermarkt, was der EuGH mit seinem zweiten Argument zum Ausdruck bringt: Verfolgt der private Mitge-

sellschafter mit seiner Beteiligung an der Kooperationsgesellschaft spezifische Anbieterinteressen („private Interessen“), so ist vom Vorliegen eines Anbietermarktes auszugehen. Wird nun dem privaten Mitgesellschaftler in Gestalt der vergabefreien Beauftragung „seiner“ gemischt-wirtschaftlichen Kooperationsgesellschaft ein Vorteil gegenüber den Konkurrenten am Markt verschafft, wird damit auch der Wettbewerb auf dem Anbietermarkt in vergaberechtswidriger Weise verzerrt. Dem Urteil des EuGH ist somit auch unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsverzerrung zuzustimmen und festzuhalten, dass *jede* – auch nur eine minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens einer Inhouse-Vergabe an eine gemischt-wirtschaftliche Kooperationsgesellschaft entgegensteht. Daraus umgekehrt zu schließen, die Beauftragung einer 100%-Tochter des öffentlichen Auftraggebers könne per se als Inhouse-Vergabe qualifiziert werden, wäre allerdings vorschnell. Vielmehr spielt es – in Fortführung des bisher Gesagten – auch in diesem Fall eine Rolle, ob der Auftragnehmer im Wettbewerb mit anderen tätig wird. Diese Überlegung hat der EuGH jüngst im Urteil *Parking Brixen GmbH*⁸ verfolgt und ist zum Ergebnis gekommen, dass sich das Kontrollkriterium auch nach dem Grad an Marktausrichtung bemisst, der sich im sachlichen und geografischen Tätigkeitspektrum der beauftragten Einrichtung widerspiegelt.

Zieht man den konsequenten Gegenschluss aus *Stadt Halle*, scheint eine Inhouse-Vergabe trotz privater Beteiligung an einer Kooperationsgesellschaft aber dann *nicht* ausgeschlossen, wenn der Private von anderen als „privaten“ im Sinne von wirtschaftlichen Interessen geleitet ist. Ist der private Kooperationspartner nicht darauf ausgerichtet, seine Leistungen in einem marktorientierten Umfeld anzubieten und damit nicht von einem Tätigwerden am Markt bestimmt, liegt auch kein wirtschaftliches Tätigwerden und damit auch kein, die Anwendbarkeit des Vergaberechts bedingender öffentlicher Auftrag vor. In diesem Sinne spricht der EuGH in *Stadt Halle* auch nicht schlichtweg von „Privaten“, sondern von „privaten Unternehmen“, was den Schluss nahe legt, dass es nicht um private Rechtssubjekte schlechthin geht, sondern dass von diesen im Rahmen der Kooperationsgesellschaft konkret eine wirtschaftliche Tätigkeit verfolgt wird. Das wäre aber etwa bei Kooperationen mit Non-Profit-Organisationen nicht der Fall. Derartige Konstellationen, denen eine Partnerschaft der öffentlichen Hand mit NPOs zu Grunde liegt (was in der Praxis zugegebenermaßen eine eher vernachlässigbare Größe darstellen wird), könnten, denkt man *Stadt Halle* zu Ende, daher zu Recht das Inhouse-Privileg für sich in Anspruch nehmen. Allein die Berufung darauf, im Daseinsvorsorgebereich tätig zu sein und damit eine nicht wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, die eine Inhouse-Vergabe rechtfertigen würde, reicht hingegen nicht aus. Vielmehr wird auch im Bereich der Daseinsvorsorge, die bekanntermaßen volkswirtschaftlich bedeutsame Sektoren wie Kommunikation, Energie, Verkehr, Abfall- und Wasserwirtschaft oder Sozialversicherung umfasst, der private Partner im Rahmen der Kooperationsgesellschaft in der Regel wirtschaftlich tätig, was nach dem oben Gesagten

8) EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, noch nicht in Slg.

M. Gumpoldsberger/Baumann (Hg.)
Duursma/Duursma-Kepplinger

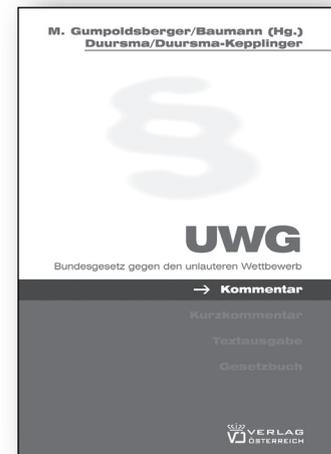
UWG

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

2006, ca. 1.100 Seiten, geb., 3-7046-3941-9, € 138,-

- praxisorientierte, übersichtliche Kommentierung des UWG
- Herausarbeitung der wesentlichen Judikaturlinien
- Hinweise auf das wettbewerbsrechtliche Schrifttum erleichtern die Vertiefung von Streitfragen
- RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments über unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern bereits berücksichtigt

Die Autoren sind Experten im Bereich Wettbewerbsrecht der Kanzlei SAXINGER CHALUPSKY WEBER & PARTNER.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

schon ausreicht, um die Anwendbarkeit des Vergaberechts nach sich zu ziehen.

4. Vergaberecht und gemischt-wirtschaftliche Kooperationen – incompatible match?

Wesentliche praktische Konsequenz der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Stadt Halle* ist, dass jeder zukünftigen Projektabwicklung durch eine gemischt-wirtschaftliche Kooperationsgesellschaft im öffentlichen Bereich ein Vergabeverfahren voranzugehen hat. Auf den Punkt gebracht läuft das auf eine Ausschreibungspflicht der Auswahl des privaten Projektpartners hinaus.

Sofern der Auftrag an die Kooperationsgesellschaft im Rahmen eines Konzessionsmodells übertragen wird, zieht sich das Vergaberecht ohnedies weitestgehend zurück oder beschränkt sich zumindest auf eine vergleichsweise weitmaschige, jedenfalls aber flexiblere Regelung. Liegt aber kein Konzessionsmodell vor, stellt der derzeitige Vergaberechtsrahmen dem öffentlichen Auftraggeber für die Ausschreibungspflicht bei der Gründung einer gemischt-wirtschaftlichen Kooperationsgesellschaft nur sehr unzureichende Instrumente zur Verfügung: die Regelungen des Verfahrens für Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträge. Für einen dieser Regelungskomplexe müsste sich der Auftraggeber, anknüpfend an den Gedanken, dass mit der Errichtung bzw. Beauftragung einer gemischt-wirtschaftlichen Kooperationsgesellschaft der private Mitgesellschafter funktionell betrachtet zur Erfüllung eines öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrags herangezogen wird, bei der Auswahl seines privaten Partners

– nach gesetzlich vorgegebenen Kriterien – entscheiden. Mit der Gründung einer Kooperationsgesellschaft ist jedoch in der Regel der Abschluss eines komplexen Vertragswerkes bestehend aus Gesellschafts-, Kooperations- und einzelnen Leistungsverträgen verbunden, die auf die Gesellschaft meist ein Paket unterschiedlicher Leistungen übertragen. Nicht selten handelt es sich bei einem solchen Aufgabenpaket um eine Mischung aus Liefer-, Bau und Dienstleistungen. Da für die vergaberechtliche Zuordnung eine Kategorisierung der zur Vergabe gelangenden Leistungen in Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag unabdingbar ist, sind auch Mischformen anhand bestimmter Vorgaben zwingend einer dieser Kategorien zuzuordnen, was bei komplexen Vertragsgestaltungen im Zusammenhang mit der Gründung von Kooperationsgesellschaften juristische Auslegungsdratseilakte zur Folge haben kann. Die vergaberechtlichen Auftragskategorien wurden eben für bestimmte Prototypen entwickelt und können daher für gemischte, komplexe Vertragsgestaltungen keinen adäquaten rechtlichen Rahmen bieten. Darüber hinaus machen es der abschließende Katalog an Eignungskriterien sowie die in einer kasuistischen Judikatur entwickelte rigide Unterscheidung zwischen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien oft zu einem Glücksspiel, die Suche nach dem privaten Partner wirtschaftlich und technisch sinnvoll auszugestalten *und* dabei vergaberechtskonform vorzugehen.

Bedarf schließlich auch jede zusätzliche Leistung, die im Rahmen dieser Gründungsverträge von der gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft erbracht wird, einer neuerlichen, gesonderten Ausschreibung – was bei strenger Auslegung

des Vergaberechts durchaus argumentierbar ist – läuft der Zweck der Gesellschaftsgründung ins Leere, stellt doch die partnerschaftliche Umsetzung eines bestimmten Projekts und der damit verbundenen Leistungen geradezu naturgemäß einen Entwicklungsprozess dar und bedarf einer permanenten Abstimmung des Auftraggebers mit der Kooperationsgesellschaft und damit auch mit dem privaten Partner. Eine unumschränkt gültige Forderung nach einer vorab, also bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Auswahl des privaten Projektpartners endgültigen und konkreten Festlegung der einzelnen von der Kooperationsgesellschaft zu erbringenden Leistungsgegenstände negiert über weite Strecken die tatsächlichen Besonderheiten des zur Vergabe gelangenden Kooperationsmodells. Würde dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsprinzip nicht auch schon dadurch Genüge getan, sich in diesem Verfahrensstadium bei komplexen Kooperationsformen auf ein genauest mögliches Abstecken der Eckpunkte der Projektabwicklung und einen Grobplan der zu erbringenden Leistungen zu beschränken, ohne jede einzelne Leistung des Aufgabenpakets der Kooperationsgesellschaft im letzten Detail definieren zu müssen?

Vor diesem Hintergrund wären ausdrückliche normative Regelungen, die die Beauftragung von gemischt-wirtschaftlichen Kooperationsgesellschaften auch bei Anwendung des Vergaberechts in einem vernünftigen Rahmen zulassen, zu befürworten. Das in der neuen VergaberechtsRL 2004/18/EG – im Entwurf zum BVergG 2006⁹ in den §§ 159–162 umgesetzt – vorgesehene Verfahren eines „wettbewerblichen Dialoges“ sowie die im Rahmen des Grünbuchs PPP¹⁰ dazu geführte Diskussion auf europäischer Ebene sind Schritte in die richtige Richtung.

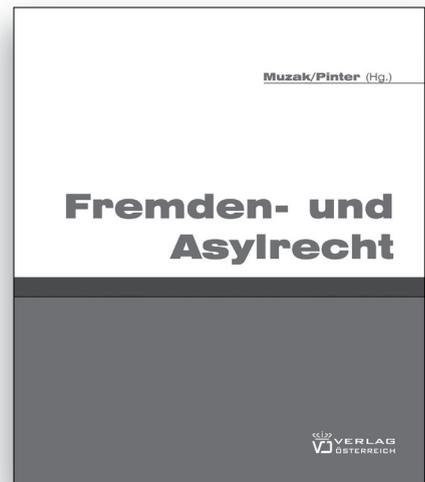
*Univ.-Ass. Dr. Dragana Damjanovic, LL.M. und
Wiss.-Mit. Mag. Claudia Fuchs, LL.M., Institut für
Österreichisches und Europäisches Öffentliches
Recht der Wirtschaftsuniversität Wien; dragana.
damjanovic@wu-wien.ac.at, claudia.fuchs@wu-
wien.ac.at.*

9) Der Text des Begutachtungsentwurfes für ein BVergG 2006 ist unter www.bundeskanzleramt.at (6.12.2005) abrufbar.

10) Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften, KOM(2004) 327 endg.

Muzak/Pinter (Hg.)
**Fremden-
und Asylrecht**

Stand: 1. 1. 2006,
Gesamtausgabe (8. Nachtrag, 9. Lieferung)
ca. 1.000 Seiten, Loseblattsammlung,
3-7046-0545-X, ca. € 110,-



**ALTBEWÄHRT
IN NEUEM LAYOUT UND
NOCH AKTUELLER**

- Mit dem Fremdenrechtspaket 2005 inklusive aller Durchführungsverordnungen
- Alle wesentlichen Verordnungen des Bundes
- Alle wesentlichen EU-Normen

VERLAG
ÖSTERREICH

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

Einleitung

Dienste von allgemeinem Interesse benötigen zur Erfüllung ihrer sozial ausgleichenden und integrativen Funktion regelmäßig öffentliche Zuschüsse, da sie überwiegend nicht profitabel erbracht werden können. In den letzten Jahren ist die beihilfenrechtliche Bewertung dieser Ausgleichszahlungen in den Fokus der Rsp des EuGH und der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung geraten. Eine kritische Analyse der einschlägigen Rs Altmark Trans und des Monti-Pakets muss davon abraten, das Urteil des EuGH und die drei Rechtsakte der Kommission als Airbag – in der nationalstaatlichen und europäischen Liberalisierungs- und Privatisierungsrallye – zu verstehen.

Rechtssprechungsüberblick

Die beihilfenrechtliche Bewertung der Ausgleichszahlungen für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oszillierte in der Rsp des EuGH und des EuG sowie im juristischen Diskurs zwischen zwei konträren Positionen: dem Ausgleichsansatz und dem Beihilfenansatz. Mit seinem Urteil in der Rs Altmark Trans¹ hat der EuGH diese Dichotomie überwunden, indem er einen neuen Ansatz entwickelte. Die für diese Konzeption üblich gewordene Bezeichnung als „weiterentwickelter Ausgleichsansatz“, erscheint nur im Hinblick auf die verfahrensrechtlichen Konsequenzen – die jenen des Ausgleichsansatzes ähneln – gerechtfertigt. Denn die Untersuchung des materiellen Gehalts des weiterentwickelten Ausgleichsansatzes enthüllt, dass er nicht nur einen diskursiven Nebenschauplatz² absorbiert, sondern auch Elemente des Beihilfenansatzes integriert.

Um eine babylonische Sprach- bzw. Begriffsverwirrung zu vermeiden, empfiehlt sich ein kurzer Überblick. Der Ausgleichsansatz war bis zu seiner sog. Weiterentwicklung ständige Rechtssprechung des EuGH.³ Da er im Verfahren zur beihilfenrechtlichen Bewertung von Ausgleichszahlungen der Kompetenz der marktorientierten Kommission einen – im Vergleich zum Beihilfenansatz – geringeren Spielraum einräumt, unterstützten ihn jene Länder, deren Sektor für Dienste von allgemeinem Interesse relativ stark ausgeprägt ist und überwiegend von öffentlichen Unternehmen betrieben wird.⁴

Vertraglicher Kristallisationspunkt der beiden Ansätze sind die Art 86 Abs 2 und Art 87 Abs 1 EG.

Art 87 Abs 1 EG definiert die staatlichen Beihilfen:

„Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar; soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Art 86 Abs 2 EG lautet:

„Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

Der Ausgleichsansatz

Der Ausgleichsansatz unterstellt dem gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenbegriff eine Nettokonzeption: Die Auferlegung bestimmter Gemeinwohlpflichten und ihr Ausgleich

Altmark Trans, Monti und andere Nebenwirkungen des europäischen Beihilfenrechts auf Dienste von allgemeinem Interesse

Lukas Oberndorfer

durch den Staat dürfen nicht getrennt voneinander betrachtet werden. Sind dem begünstigten Unternehmen gemeinschaftliche Verpflichtungen auferlegt und übersteigt die Ausgleichszahlung die Kosten der Gemeinwohlpflichtung nicht, liegt dem Ausgleichsansatz zufolge gar keine Beihilfe im Sinne des Art 87 Abs 1 EG vor.⁵

Wird diesem Ansatz gefolgt, verliert Art 86 Abs 2 EG – der das Spannungsfeld zwischen den Postulaten einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art 4 Abs 1 EG) und einer umfassenden Gewährleistung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu regulieren versucht⁶ – größtenteils seine Bedeutung.

Da dem Ausgleichsansatz zufolge – unter oben genannten Bedingungen – gar keine Beihilfe vorliegt, muss nämlich auch nicht geprüft werden, ob diese allenfalls aufgrund des Art 86 Abs 2 EG vom Beihilfenverbot des Vertrages ausgenommen werden, da andernfalls die Erfüllung der Gemeinwohlpflichtung verhindert werden würde. Dies hat zur Folge, dass die strengeren Tatbestandsvoraussetzungen des Art 86 Abs 2, insbesondere die Schrankenschränke der „wesentlichen Beeinträchtigung des Handelsverkehrs“, entfallen.

1) EuGH, 24.6.2003, Rs C-280/00, Altmark Trans, Slg 2003, I-7788.

2) Angesprochen ist der von GA Jacobs entwickelte Gegenleistungsansatz; GA Jacobs Schlussanträge vom 30. April 2002, EuGH, 20.11.2003, Rs C-126/01.

3) EuGH, 7.2.1985, Rs 240/83, ADBHU, Slg 1985, 531; 22.11.2001, Rs C-53/00, Ferring, Slg 2001, I-9098.

4) Schlussanträge des GA Léger, 14.1.2003, Rs C-280/00; EuGH Altmark Trans, Slg 2003, I-7788, Rn 7.

5) EuGH, 22.11.2001, Rs C-53/00, Ferring, Slg 2001, I-9098, Rn 27.

6) Kahl, Das öffentliche Unternehmen im Gewinn des europäischen Beihilferegimes, NVwZ 1996, 1082.

Der Beihilfenansatz

Genau hier setzt die Kritik des Beihilfenansatzes an, der durch das EuG⁷ entwickelt und durch die Schlussanträge des GA Léger⁸ in der Rs Altmark Trans argumentativ aufbereitet wurde. Die VertreterInnen des Beihilfenansatzes gehen – konträr zum Ausgleichsansatz – davon aus, dass dem Beihilfenrecht der Gemeinschaft eine Bruttokonzeption – die Begünstigung und die auferlegte Gegenleistung sind getrennt zu prüfen – zu Grunde liegt. Erst in einer zweiten Bewertungsphase, bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art 86 Abs 2 (oder des Art 73 – der *lex specialis* für den Bereich des Verkehrs) können die Beihilfen gerechtfertigt werden. Dieser objektive Charakter des Beihilfenbegriffs erscheint schlüssig, wenn der Art 87 Abs 1 mit den Bruttokonzeptionen der Art 87 Abs 2 und 3, sowie Art 86 Abs 2 und Art 73 EG kontextualisiert wird. Dies lässt sich anhand eines Beispiels veranschaulichen: Unter anderem gewährt die lit e des Art 87 Abs 2 EG eine Ausnahme vom allgemeinem Beihilfenverbot: „*Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind*“, gelten als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar. Dem Ausgleichsansatz zufolge müssen die Leistung der öffentlichen Hand und ihre wirtschaftliche Wirkung zusammen und nicht getrennt von einander bewertet werden. Im Falle einer Zahlung an ein Unternehmen, dessen Betriebsvermögen durch ein Hochwasser zerstört worden ist, läge dem Ausgleichsansatz zu Folge schon dann keine Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EG vor, wenn die Zuwendung nur die Schäden des Unternehmens ausgleicht. Den wesentlichen Beihilfenbestimmungen des Gemeinschaftsrechts – hier dem Art 87 Abs 2 lit e EG – käme daher bei einer Nettokonzeption des Art 87 Abs 1 nur eine redundante Bedeutung zu.

Verfahrensrechtliche Konsequenzen der verschiedenen Ansätze

Um Empathie und Intensität der Auseinandersetzung um den Ausgleichs- und Beihilfenansatz nachvollziehen zu können, lohnt sich ein Blick auf die stark divergierenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen der Ansätze. Hätte sich der EuGH für den Beihilfenansatz entschieden, wäre jede Ausgleichszahlung an ein Unternehmen, das Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt, als Beihilfe im Sinne des Art 87 Abs 1 EG zu werten. Jede beabsichtigte Einführung oder Umgestaltung einer Beihilfe ist jedoch gem Art 88 Abs 3 EG der Kommission anzuzeigen. In der Folge prüft die Kommission, ob eine Beihilfe nach Art 86 Abs 2 EG oder gem Art 87 Abs 2 und 3 EG gerechtfertigt ist. Ein Unterlassen der Notifizierung hat die Rechtswidrigkeit der Beihilfe zur Folge.⁹ In diesem Fall sind insbesondere bereits gewährte Begünstigungen zurückzuzahlen und zwar auch dann, wenn sie nach Art 86 Abs 2 gerechtfertigt werden.¹⁰ Konkurrenten des mit der Erbringung einer Dienstleistung

von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens können – völlig unabhängig von einem Verfahren vor der Kommission – bei einem nationalen Gericht die Feststellung der Rechtswidrigkeit des die Beihilfe einführenden Aktes sowie jene der Durchführungsmaßnahme beantragen. Als Anspruchsgrundlage kommen hierfür § 1 UWG oder eine unmittelbar auf Art 88 Abs 3 EG gestützte Klage in Frage.¹¹

Mit der Etablierung des Beihilfenansatzes wäre die Kommission in die Lage versetzt worden – über die Bewertung des Verhinderungsmaßstabes der Art 86 Abs 2 EG – tief in die nationalstaatliche Gestaltung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einzugreifen. Gleichzeitig wäre es wohl zu einer Überforderung der Wettbewerbshüterin gekommen, wenn jede Ausgleichszahlung für Gemeinwohlverpflichtungen vor ihrer Einführung notifiziert hätte werden müssen.¹²

Das Urteil in der Rs Altmark Trans

Nach dem Urteil in der Rs Altmark Trans zeigten sich Medien und politische Verantwortliche (insb jene der Kommunen) erleichtert, dass der EuGH Ausgleichszahlungen für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse weiter als zulässig erachte und „diese kein Fall für Brüssel“ seien.¹³ Eine nähere Untersuchung des Urteils lässt diesen kolportierten Sieg jedoch jenem des Pyrrhus gleichen. Der sog weiterentwickelte Ausgleichsansatz subsumiert nämlich nur bei der Erfüllung strenger Bedingungen¹⁴ die Ausgleichszahlungen nicht unter den Art 87 Abs 1 EG:

- „Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.“
- „Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen.“
- „Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken.“
- „Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl des Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen [...] bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.“

7) EuG, Rs T-106/95, FFSA, Slg 1997, II-233; Rs T-46/97, SIC, Slg 2000, II-2125.

8) GALéger, Schlussanträge vom 19.03.2002, EuGH, 24.7.2003, Rs C-280/00, Altmark Trans, Slg 2003, I-7751, Rn 77 und vom 14.1.2003, Rs C-280/00, Altmark Trans, Slg 2003, I-7788.

9) EuGH, 21.11.1991, Rs C-354/90, Seefischereiabgabe, Slg 1991, I-5505, Rn 12,16.

10) EuGH, 22.6.2000, Rs C-332/98, Frankreich/Kommission, Slg 2000, I-4833.

11) Tiefenthaler, Innerstaatliche Gerichte als Hüter des europäischen Beihilferechts, wbl 1998, 509.

12) Hoffer/Epler, Beihilfen und gemeinwirtschaftliche Leistungen, *ecolex* 2003, 566.

13) Kahl, Der weiterentwickelte Ausgleichsansatz in der Daseinsvorsorge, wbl 2003, 401.

14) EuGH, 24.6.2003, Rs C-280/00, Altmark Trans, Slg 2003, I-7788, Rn 89 – 93.

Im Bereich der öffentlichen Unternehmen war der pauschale Ausgleich der entstandenen Kosten bisher gängige Praxis.¹⁵ Diese ist nach der neuen Rsp als rechtswidrig zu beurteilen, da die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden müssen. Des Weiteren spricht das bis zur Entscheidung in der Rs Altmark Trans einschlägige Ferring-Urteil nur davon, dass die Kosten des Gemeinwohlauflages nicht überkompensiert werden dürfen. Dies ist wohl so zu verstehen, dass nur die real angefallenen Kosten ausgeglichen werden dürfen. Die nach der Rs Altmark Trans einschlägigen Bedingungen formen nun aber das Kriterium, dass nur jene Kosten ersetzt werden dürfen, die marktüblich sind. Nicht die wirklich entstandenen Kosten sollen ersetzt werden, sondern nur jene, die einem durchschnittlichen, gut geführten, privaten Unternehmen bei der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung entstehen würden. Das hat zur Konsequenz, dass öffentliche Unternehmen all jene Komponenten ihrer Leistungserbringung und ihrer inneren Struktur, die eine kostenrelevante Seite haben, jenen der privaten Unternehmen angleichen müssen. Höhere Qualitätsstandards, flächenintensivere Versorgung, umweltschonende Erbringung und zusätzliche Leistungen müssen eingestellt werden, wenn sie nicht in den klar definierten Verpflichtungen erfasst worden sind. Charakteristika der öffentlichen Unternehmen, die nicht unter Gemeinwohlverpflichtung subsumierbar sind, wie höhere Löhne oder qualitativ hochwertige Arbeitsbedingungen, dürften generell nicht aufrecht zu erhalten sein, da sie keine Gemeinwohlverpflichtungen darstellen.

Diese strengen, materiell-rechtlichen Anforderungen an die Erbringung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse schlagen auch auf die verfahrensrechtlichen Konsequenzen des Urteils durch. So ist eine Ausgleichszahlung als Beihilfe zu bewerten, wenn nur ein einziges Kriterium des Urteils nicht erfüllt wird. Die öffentlichen Auftraggeber, insbesondere Länder und Kommunen, müssten daher, um einer späteren Feststellung der Rechtswidrigkeit vorzubeugen, annähernd jede Ausgleichszahlung gem Art 88 Abs 3 EG notifizieren. Der Schluss, der EuGH habe dem „Beihilfenansatz eine klare Absage“¹⁶ erteilt, spiegelt daher nur die Oberfläche des Urteils. Langfristig könnten die Altmark-Trans-Kriterien – dynamisiert durch weiter spezifizierende EuGH-Urteile, Konkurrenten-Klagen vor nationalen Gerichten und einer kommunikativen Entfaltung des materiellen Gehalts des Urteils – zu einer prekären Restrukturierung der Erbringung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch öffentliche Unternehmen führen.

Das Monti Paket

Die drohende Überlastung durch eine Flut von Notifizierungsverfahren und die Sorge, der durch Konkurrentenklagen ent-

stehende Privatisierungsdruck auf öffentliche Unternehmer könnte das Bedürfnis nach einer generell schützenden, legislatischen Maßnahme evozieren, dürfte den Hintergrund für die schnelle Reaktion der Kommission auf das Urteil in der Rs Altmark Trans gebildet haben. Schon zu Beginn des Jahres 2004 legte der mittlerweile aus der Kommission ausgeschiedene Wettbewerbskommissar Mario Monti ein Maßnahmenbündel vor, das im europäischen Diskurs als „Monti-Paket“ bekannt wurde. Nach einem intensiven Konsultationsprozess, der eineinhalb Jahre andauerte, gab die Kommission im Juli 2005¹⁷ die Verabschiedung der drei Rechtsakte des Paketes bekannt. Die Nebel der medialen Vermittlung – wie bspw. „das neue Regelwerk sorgt ... dafür, dass die staatlichen Stellen weiterhin selbst bestimmen können, welche öffentlichen Dienstleistungen sie in welchem Ausmaß unterstützen...“¹⁸, oder „EU lockert Regeln für die Daseinsvorsorge“¹⁹ – erzeugen den Eindruck, dass die strengen Altmark-Trans-Kriterien durch das Paket der Kommission zurückgenommen worden seien. Die rechtlichen Konturen des Monti-Paketes zeichnen jedoch ein anderes Bild.

Entscheidung über die Anwendung des Art 86 Abs 2 EG

Der zentrale Rechtsakt des Paketes, die Entscheidung über die Anwendung des Art 86 Abs 2 EG auf staatliche Beihilfen,²⁰ beruht auf Art 86 Abs 3 EG, der die Kommission zu Entscheidungen zur Konkretisierung der Ausnahmeregelung nach Art 86 Abs 2 EG ermächtigt.²¹ In den Erwägungsgründen stellt der Rechtsakt klar, dass sein Geltungsbereich nur jene Ausgleichszahlungen erfassen soll, welche die Altmark-Trans-Kriterien nicht erfüllen und daher als staatliche Beihilfen zu qualifizieren sind.²² Der Geltungsbereich der Entscheidung wird in weiterer Folge durch Art 2 konkretisiert, der iVm Art 1 im Wesentlichen²³ zwei Formen staatlicher Beihilfen von der Notifizierungsverpflichtung (Art 88 Abs 3 EG) freistellt.

Art 2 Abs 1 lit a der Entscheidung ordnet dies für Ausgleichszahlungen an Unternehmen an, „deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern ... insgesamt weniger als 100 Mio. EUR betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. EUR für die erbrachte Dienstleistung erhalten.“

Lit b umfasst zwei sektorale Ausnahmen. Freigestellt werden „Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft wurden.“

Bei den angeführten Freistellungen fingiert die Kommission, dass durch die betroffenen Beihilfen „die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“ und diese

15) Lackner, Staatliche Ausgleichsmaßnahmen für Leistungen im öffentlichen Interesse, ecolo 2004, 148.
 16) Thyri, Anmerkung zu EuGH 24.7.2003, C-280/00, ÖZW 2003, 126.
 17) Pressemitteilung der Kommission, IP/05/973, 15. Juli 2005.
 18) Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes in der Pressemitteilung der Kommission, IP/05/973, 15. Juli 2005.

19) FAZ, 2005/7/14, 10.
 20) Entscheidung (EG) 2005/842/EG der Kommission v 28.11.2005 über die Anwendung von Art 86 Abs 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, 2005 L 312 S 67-73.

21) Hochbaum/Klotz in von der Groeben/Schwarze, Art 86 EG, Rn 88.
 22) Ent 2005/842/EG, ABI 2005 L 312, Rn 5.
 23) In Art 2 lit c und d findet sich noch eine Freistellung für Flug- und Schiffsverbindungen zu Inseln, für Flug- und Seeverkehrshäfen, die jeweils einen gew Schwellenwert nicht überschreiten.

daher durch den Art 86 Abs 2 EG gerechtfertigt werden.²⁴ Die Freistellungen sind allerdings nur dann mit dem gemeinsamen Markt vereinbar, wenn sie die weiteren Voraussetzungen der Art 4 und 5 der Entscheidung erfüllen. So müssen die Dienste durch einen Verwaltungs- oder Rechtsakt übertragen werden, der ua Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen, sowie die Folgen einer etwaigen Überkompensierung definieren muss.²⁵ Art 5 Abs 1 hält fest, dass die Ausgleichszahlungen „nicht über das hinausgehen (dürfen), was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten“²⁶ unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite“ abzudecken.

Im Gegensatz zum Entwurf²⁷ enthält die beschlossene Entscheidung eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, in regelmäßigen Abständen Kontrollen durchzuführen oder zu veranlassen, die „sicherstellen, dass die Unternehmen keine Ausgleichszahlungen erhalten, die über die in Art 5 bestimmte Höhe hinausgehen.“ Die Kontrolle der Kontrolle soll durch die Pflicht zur zehnjährigen Aufbewahrung aller Unterlagen und einen alle drei Jahre zu erstattenden Bericht über die Anwendungsweise der Entscheidung sichergestellt werden.²⁸

Neben der referierten Entscheidung enthält das Monti-Paket auch einen Gemeinschaftsrahmen,²⁹ der für alle staatlichen Beihilfen zugunsten von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gelten soll, die durch die Entscheidung über die Anwendung des Art 86 Abs 2 EG nicht erfasst werden. Das Ziel des Gemeinschaftsrahmens ist es, darzulegen unter welchen Kriterien die Kommission eine solche Zuwendung genehmigen würde.

Vervollständigt wird das Monti-Paket durch eine Novellierung der Transparenzrichtlinie,³⁰ mit der Unternehmen, die neben der Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse noch andere Erwerbstätigkeiten ausüben, zur getrennten Buchführung verpflichtet werden. Damit soll Quersubventionierungen entgegengewirkt werden.

Einschätzung des Monti-Paketes

Neben ihrem engeren Regelungsziel versucht die Entscheidung über die Anwendung des Art 86 Abs 2 EG, den Art 86 Abs 2 mit jener Bedeutung aufzuladen, die er durch die Etablierung des Ausgleichsansatzes bzw seiner Weiterentwicklung und der damit verbundenen, teilweisen Integration seiner Tatbestandsvoraussetzungen auf Ebene des Art 87 Abs 1, verloren hatte. Dies wird ua deutlich, wenn man die Altmark-Trans-Kriterien mit den Tatbestandsvoraussetzungen der Entscheidung über die Anwendung des Art 86 Abs 2 EG vergleicht: Da die Entscheidung fast alle Kriterien der

Rs Altmark Trans enthält, ist der Geltungsbereich der Freistellungen viel enger, als er auf den ersten Blick erscheinen mag. Eine tatsächliche „Lockerung“ lässt sich nur im Bereich des Berechnungsmaßstabes für die Kosten der Gemeinwohlverpflichtung aufspüren. Während der Rs Altmark Trans zufolge nur die marktüblichen Kosten ersetzt werden dürfen, gesteht die Entscheidung die „durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten“³¹ zu. Diese Textierung erinnert an den in der Rs Ferring etablierten Maßstab. Unklar bleibt jedoch, nach welchem Kriterium „überhöhte Ausgleichszahlungen“ festzustellen sind, deren etwaige Rückzahlung durch die Kontrollpflicht der Mitgliedstaaten sichergestellt werden soll.³²

Diese Bewertungsproblematik stellt ein anschauliches Segment jenes Bündels an Kontrollkompetenzen dar, welche die Kommission – um ihrer eigenen Überlastung vorzubeugen – den Mitgliedstaaten mittels des Art 6 der Entscheidung, unter der Überschrift: „Vermeidung von Überkompensierung durch Kontrolle“, aufgeladen hat. Brisanz entwickelt diese Kompetenzüberwälzung vor dem Hintergrund, dass eine mangelhafte Kontrolle bzw eine fehlerhafte Bewertung einen Verstoß darstellen könnte, der hinreichend qualifiziert ist, eine Haftung des Mitgliedstaates zu begründen.³³ In diesem Kontext ist zu erwähnen, dass aus der Rechtfertigung einer staatlichen Beihilfe auf Ebene des Art 86 Abs 2 EG nicht der Entfall der Notifizierungspflicht gem Art 88 Abs 3 EG folgt, wie dies die Entscheidung in ihrem Art 1 zu unterstellen versucht.

Die Schwellenwerte der quantitativ-bemessenen Freistellung erscheinen als relativ großzügig. Für eine umfassende Bewertung wird aber zu klären sein, ob diese sich auf jeden einzelnen oder auf alle Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beziehen, die von einem Unternehmen erbracht werden. Die zweite Bedeutung liegt insofern nahe, als andernfalls durch eine entsprechende Unterteilung der Dienstleistungen das Überschreiten des Schwellenwertes vermieden werden könnte.

Die wahre Sprengkraft des Monti-Paketes liegt in der impliziten Äußerung der Kommission über ihr Verständnis der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Mit der Begründung, Beihilfen für Krankenhäuser und den sozialen Wohnbau seien durch den Art 86 Abs 2 EG gerechtfertigt, erklärt die Kommission gleichzeitig, dass diese als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verstehen sind und daher grundsätzlich dem europäischen Wettbewerbsrecht unterliegen. Denn nur Dienste von allgemeinem nicht-wirtschaftlichem Interesse sind von diesem generell ausgenommen.

24) Ent 2005/842/EG, ABI 2005 L 312, Rn 14 – 17.

25) Art 4 der Ent 2005/842/EG, ABI 2005 L 312.

26) Die nähere Definition der Kosten in Art 5 Abs 2 lit c dürfte durch die Kriterien des Urteils des EuGH in der Rs Chronopost inspiriert worden sein, EuGH, 3.7.2003, Rs C-83/01, C-93/01 u C-94/01, Chronopost, Slg 2003, I-6993, Rn 40, siehe dazu *Eilmansberger*, Neues zur beihilfenrechtlichen Beurteilung von Quersubventionen: Das Chronopost-Urteil des EuGH, wbl 2004, 101.

27) idF vom 16.1.2004.

28) Art 7 und 8 der Ent 2005/842/EG, ABI 2005 L 312.

29) Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005 C 297 S 4-7.

30) RL 2005/81/EG der Kommission v 28.11.2005 zur Änderung der RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter

Unternehmen von Bedeutung für den EWR, ABI 2005 L 312 S 47-48.

31) Art 5 Abs 1 der Ent 2005/842/EG, ABI 2005 L 312.

32) Art 6 Satz 2 der Ent 2005/842/EG, ABI 2005 L 312.

33) EuGH, 5.3.1996, Rs C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pecheur und Factortame, Slg 1996, I-1029, Rn 51.

Maurer/Schrott/Schütz

AußStrG – Außerstreitgesetz

Kommentar, 2006, 676 Seiten, geb., 3-7046-3946-X, € 95,-

Der reichhaltige **Kommentar** enthält bereits den **Einführungserlass** zum Außerstreitgesetz und alle relevanten **Nebengesetze** sowie das **Außerstreit-Begleitgesetz** und das **Wohnungsrechtliche Außerstreit-Begleitgesetz**. Auch auf die neue **Verordnung-Brüssel II** wird Bedacht genommen. Textbausteine und Formulierungshinweise geben Hilfestellung in der Praxis.

Dr. Ewald Maurer, Gerichtsvorsteher i. R., war Richter und Mitbegründer sowie Obmannstellvertreter der Fachgruppe Außerstreit- und Familienrecht.

Dr. Robert Schrott, Gerichtsvorsteher, Familienrichter, ehemaliger Vorsitzender der Fachgruppe Außerstreit- und Familienrecht.

MR Dr. Werner Schütz, ist seit über 20 Jahren Leiter der Abteilung internationales Familienrecht BM für Justiz.

**Praxisorientiert**

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

VERLAG
 ÖSTERREICH

Nebenwirkungen ausgeschlossen?

Die Kommission dürfte zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem und nicht wirtschaftlichem Interesse zuvorderst am Bestehen eines Marktes³⁴ für die entsprechende Dienstleistung anknüpfen. Vor diesem Hintergrund erscheint es – aus der Perspektive einer öffentlichen und qualitativ-hochwertigen Erbringung der Dienste von allgemeinem Interesse – als problematisch, dass die Kommission trotz dies einfordernder Stellungnahmen,³⁵ Bildung, Dienste der sozialen Sicherheit, soziale und medizinische Dienstleistungen, Wasserversorgung, Abfall- und Abwasserversorgung und den

„öffentlichen“ Verkehr *nicht* in das Monti-Paket aufgenommen hat. Der Wettbewerb um staatliche Ausgleichszahlungen – bspw zwischen öffentlichen und privaten Universitäten³⁶ – erscheint daher als mögliche, zukünftige Nebenwirkung des europäischen Beihilfenrechts.

Assistent i.A. Mag. Lukas Oberndorfer, Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Abteilung für Rechtsvergleichung, Einheitsrecht und Internationales Privatrecht der Universität Wien; lukas.oberndorfer@univie.ac.at.

34) Siehe auch EuGH Rs C-475/99, Ambulanz Klöckner, Slg 2001, I-8089, Rn 19.

35) Stellungnahme des Ausschusses der Regionen, ABl 2005 C 43/05 S 13, Pkt 2.4; Österreichische Stellungnahme durch das BMWA-57.002/5001-C1/8/2004.

36) *Huber*, Universitäten im Wettbewerb?, zfhr 2003, 61.

1. Einleitung

Am 13. Jänner 2006 jähren sich die Verhandlungen über die vom damaligen EU-Binnenmarktkommissar Frits Bolkestein vorgelegte Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt¹ zum zweiten Mal. Vor allem die Verankerung des Herkunftslandprinzips als Grundprinzip für den freien Dienstleistungsverkehr hat in der Öffentlichkeit zu großer Polarisierung und Polemisierung geführt. So meinte etwa Bolkestein selbst die Notwendigkeit der Dienstleistungsrichtlinie damit zu argumentieren, dass es schwierig sei, für seinen Zweitwohnsitz in Nordfrankreich „geeignetes Personal“ zu finden – mit der Andeutung, französische Klempner und Elektriker seien nicht billig und willig genug².

In der öffentlichen Diskussion wird als Argument gegen die Dienstleistungsrichtlinie neben einer Bedrohung des in Jahrzehnten gewachsenen österreichischen Arbeitsrechts und eines Wettlaufs um die niedrigsten Sozialstandards, Umwelt- und Konsumentenschutzbestimmungen insbesondere eine Gefährdung der öffentlichen Dienste sowie eine weitergehende Liberalisierung der Leistungen der Daseinsvorsorge angeführt. So unrichtig oder verkürzt manche in diesem Zusammenhang geäußerten Beispiele sind, so falsch ist auch die von Befürwortern der Richtlinie aufgestellte Behauptung, dass Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ohnehin nicht von der Dienstleistungsrichtlinie betroffen seien.

In dem nunmehr beinahe zwei Jahre andauernden Verhandlungsprozess um die geplante Richtlinie wurden sowohl auf Ratsebene, als auch in den einzelnen Ausschüssen des Europäischen Parlaments unterschiedliche Positionen zur Frage der Einbeziehung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in die Dienstleistungsrichtlinie diskutiert und festgelegt. So hat der Europäische Frühlingerrat im März 2005 die Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse herausgestrichen und mit der Forderung, dass der Binnenmarkt für Dienstleistungen auch den Anforderungen des Europäischen Sozialmodells zu entsprechen habe, einen richtigen – wenn auch bis dato wenig folgenreichen – Impuls gesetzt.³

2. Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Die Richtlinie im Überblick

Unter Verweis auf ihren Bericht über den „Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen“⁴, welcher zu dem Schluss kam, dass nach wie vor eine Vielzahl von Hindernissen für die grenzüberschreitenden Dienstleistungstätigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, legte die Europäische Kommission im Jänner 2004 ihren Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie vor. Der Binnenmarkt-Bericht und die Erwägungsgründe der Dienstleistungsrichtlinie gehen davon aus, dass

„(z)ehn Jahre nachdem der Binnenmarkt hätte vollendet sein sollen ..., noch immer eine breite Kluft besteht zwischen der Vision eines wirtschaftlich integrierten Europas und der Wirklichkeit, die die europäischen Bürger und Dienstleister erleben“⁵. Die Europäische Kommission sieht ihren Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie als wichtigen Schritt des vom Europäischen Rat in Lissabon im Jahr 2000 beschlossenen Wirtschaftsreformprozesses, welche die Europäische Union

EU-Dienstleistungsrichtlinie: Gefahr für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Alice Wagner



bis 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt machen soll(te).

Ein kurzer Überblick über die Richtlinie zeigt, dass jenes schon ursprünglich 82 Seiten umfassende Kompendium sich keinesfalls auf die Einführung des Herkunftslandprinzips als Grundprinzip für den freien Dienstleistungsverkehr verkürzen lässt. Für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, welche zwar von der Richtlinie erfasst, jedoch vom Herkunftslandprinzip in großen Bereichen ausgenommen sind, relevanter und bedrohlicher sind die Bestimmungen in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit.

Anwendungsbereich der Richtlinie – Sämtliche wirtschaftliche Dienstleistungen

Anders als die bisherigen sektoralen Liberalisierungsrichtlinien etwa im Energie- oder Verkehrsbereich wählt die Dienstleistungsrichtlinie einen horizontalen Ansatz. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie spricht von einem „weiten Bereich wirtschaftlicher Tätigkeiten, der einer ständigen Weiterentwicklung unterworfen ist“ und nennt exemplarisch: Personallagenturen, Handelsvertreter, Rechtsberatung, Baugewerbe, Architekten, Sicherheitsdienste, Fremdenverkehr sowie – aus dem Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Gesundheitsdienstleistungen und damit zusammenhängende Dienste sowie häusliche Dienste wie die Pflege älterer Menschen.

Der Begriff Dienstleistung wird unter Verweis auf Artikel 50 EGV in Art 4 Z 1 als „selbstständige wirtschaftliche Tätigkeiten, bei der einer Leistung eine wirtschaftliche Gegenleistung gegenübersteht“ definiert. Als zentrales Kriterium gilt also das Merkmal der Entgeltlichkeit, was auch der

1) KOM (2004) 2 endgültig/2, „Dienstleistungsrichtlinie“.

2) Vgl Bericht der Gewerkschaft Handel, Transport, Verkehr:

http://www.htv.or.at/content/index2.php?page=archive&content=noe_bgld/aktionismus_bolkestein.htm.

3) Schlussfolgerungen des Vorsitzes 22./23.

März 2005, 7619/05, Z 22.

4) KOM (2002) 441 endgültig, „Binnenmarkt-Bericht“.

5) Ebd 9 f.

ständigen Rechtsprechung des EuGH⁶ entspricht. Weiters ergänzt Erwägungsgrund 15, dass die „Dienstleistung [nicht] von demjenigen bezahlt werden muss, dem sie zugute kommt, und unabhängig davon [ist], wie die wirtschaftliche Gegenleistung, die das Entgelt darstellt, finanziert wird. Dienstleistung [ist sohin] jegliche Leistung, mit der der Erbringer am Wirtschaftsleben teilnimmt, ungeachtet seines rechtlichen Status, des Tätigkeitszwecks und des betreffenden Tätigkeitsbereichs.“ Jedoch ist die Einschränkung in Erwägungsgrund 16 zu beachten, wonach „(d)as Merkmal der Entgeltlichkeit [...] nicht gegeben [ist] bei Tätigkeiten, die der Staat ohne wirtschaftliche Gegenleistung in Erfüllung seiner sozialen, kulturellen, bildungspolitischen und rechtlichen Verpflichtungen ausübt. Diese Tätigkeiten fallen nicht unter die Definition des Artikels 50 EG-Vertrag und werden somit nicht vom Anwendungsbereich der vorliegenden Richtlinie erfasst.“

Mit diesem Ansatz knüpft die Dienstleistungsrichtlinie an die Judikatur des EuGH zu Art 86 Abs 2 EGV an und an die durch die Arbeiten zum Grünbuch⁷ geschaffene Differenzierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in solche, die wirtschaftlich erbracht werden und solche, die nicht wirtschaftlich erbracht werden. Lediglich die zweitgenannte Gruppe, die überhaupt nicht den Bestimmungen des EGV unterliegt, bleibt auch von den Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen. Die erste Gruppe, nämlich jene der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, umfasst wirtschaftliche Tätigkeiten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen, die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden⁸.

Hierunter fallen nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere die großen netzgebundenen Wirtschaftszweige (Verkehrswesen⁹, Postdienst, Energiesektor, Telekommunikation). Beispiele aus der Rechtsprechung des EuGH sind etwa die öffentliche Postverteilung¹⁰, die allgemeine Arbeitsvermittlung¹¹, die öffentliche Versorgung mit Strom und Gas¹² oder die Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Fernsehanstalten¹³.

Als erstes Fazit kann also festgehalten werden, dass die Dienstleistungsrichtlinie auch auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse Anwendung findet.

Kritik an der Einbeziehung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Bereits an diesem Punkt sind am Kommissionsvorschlag vier wesentliche Kritikpunkte anzuführen: Erstens versucht die Kommission durch Hereinnahme zahlreicher Sektoren wie der Wasser- und Abwasserwirtschaft, dem Energiebereich, der Abfallentsorgung sowie den Gesundheits- und sozialen Dienste eine pauschale Einordnung sämtlicher dieser Bereiche unter den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und somit unter die

Regelungen des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit. Lediglich die öffentliche Verwaltung und das öffentliche Bildungswesen führt die Kommission beispielhaft als dem „Kernbereich“ der nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zugeordnet an¹⁴. Dem gegenüber ordnet das Grünbuch auch die „Bereiche Gesundheit, Bildung und Sozialleistungen“¹⁵ diesem Bereich zu.

Zweitens bestehen nach wie vor Zuordnungsschwierigkeiten zwischen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die nicht-wirtschaftlich erbracht werden und jenen, die wirtschaftlich erbracht werden, etwa im Bereich der Bildung. Eine Zuordnung wird letztendlich erst durch die Rechtsprechung des EuGH möglich sein. Die Konsequenzen der Subsumierung unter den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch den EuGH sind durch die Einbeziehung in die Dienstleistungsrichtlinie jedoch von noch größerer Bedeutung.

Drittens torpediert die Kommission mit diesem Ansatz den im Grünbuch sowie in Art 16 und 86 Abs 2 EGV bereits verankerten Weg einer „Sonderstellung“ der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Einschränkungen zugunsten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wurden vom EuGH stets auf Grundlage des Artikel 86 Abs 2 EGV geprüft, nicht jedoch nach Maßgabe der Grundfreiheiten und ihres immanenten Beschränkungsverbot. Artikel 86 Abs 2 EGV ist daher gegenüber dem Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten die speziellere Vorschrift¹⁶.

Aus rechtstechnischer Sicht ist sohin anzuführen, dass das Gemeinschaftsrecht die Besonderheiten von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gar nicht im Rahmen der Bestimmungen zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit würdigt. Die relevante Messlatte für erforderliche Sonderstellungen am Binnenmarkt ist somit nach Maßgabe des strukturell im Wettbewerbsrecht verankerten sog „Service-Public-Vorbehaltes“ (Art 86 Abs 2 EGV) zu prüfen. Will die Kommission daher Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unbeschadet dessen vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfassen, so müsste die Sonderbestimmung des Artikel 86 Abs 2 EGV darin in geeigneter Weise integriert werden.

Viertens wird durch die Dienstleistungsrichtlinie dem Verfassungsvertrag vorgegriffen, der in seinem Art III-122 die Grundsätze und Bedingungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse der gemeinschaftlichen Kompetenz von EU und Mitgliedstaaten zuordnet, wobei es auch nach dem Verfassungsvertrag in der alleinigen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bleibt, diese Leistungen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren. Auch das an derselben Stelle für die Zeit nach der Ratifizierung der Verfassung angekündigte Europäische

6) ZB EuGH Rs C-20/92, Hubbard; Rs C-159/90, Grogan; Rs C-286/82 und 26/83, Luisi & Carbone.

7) Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, „Grünbuch“.

8) Ebd 8.

9) Der öffentliche Personennahverkehr unterliegt nur insofern der Richtlinie, als Verkehrsdienstleistungen nicht von anderen Gemein-

schaftsrechtsakten erfasst sind; Art 2 Z 2 lit c Dienstleistungsrichtlinie.

10) EuGH Rs C-320/91, Corbeau.

11) EuGHRs C-55/96, Job Centre.

12) EuGH Rs C-159/04, Frankreich; Rs C-157/94, Niederlande; Rs C-158/94, Italien.

13) EuGH Rs C-155/73, Scacchi.

14) Übersicht der Kommission über den Anwendungsbereich der Richtlinie über Dienst-

leistungen im Binnenmarkt: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/services/docs/services-dir/guides/scope_de.pdf.

15) Grünbuch 6.

16) Vgl etwa Holoubek in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar (2000) Artikel 49 EGV, Rn 87, unter Verweis auf EuGH Rs C-55/96, Job Centre.

Gesetz über Bedingungen und Grundsätze von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse würde präkludiert.

Veränderungen im Bereich der Niederlassungsfreiheit

Anders als im Bereich der Dienstleistungsfreiheit, wo weitreichende Ausnahmebestimmung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse geschaffen wurden, unterliegen diese – einschließlich der sozialen Dienste und Gesundheitsdienste – sämtlichen Bestimmungen des 2. Kapitels der Dienstleistungsrichtlinie betreffend die Niederlassungsfreiheit. In Sektoren wie etwa dem Energiebereich, in welchem bereits sektorale Gemeinschaftsregelungen bestehen, stellt sich bei widersprechenden Bestimmungen die Frage des Vorrangs. Der Kommissionsvorschlag gibt hierzu keine eindeutige Auskunft, sondern legt das Verhältnis zum geltenden Gemeinschaftsrecht in Art 3 wie folgt fest: „Diese Richtlinie schließt die Anwendung der Bestimmungen anderer Gemeinschaftsrechtsakte auf die von ihnen erfassten Dienstleistungen nicht aus.“

Die angesprochene Problematik könnte durch den unter britischen Präsidentschaft im Rat diskutierten Vorschlag, wonach bei Widersprüchlichkeiten zwischen der Dienstleistungsrichtlinie und Vorschriften in bestehenden Gemeinschaftsrechtsakten eine *lex specialis*-Regelung zu Gunsten letzterer vorgesehen ist, entschärft werden. Nicht gelöst würde dadurch jedoch das Problem in jenen Bereichen – wie Wasserwirtschaft oder Gesundheitsdienstleistungen –, in denen keinen sektoralen Regelungen bestehen, oder in all jenen Bereichen, in denen bestehende sektoralen Vorschriften keine Regelungen vorsehen.

Für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse würden somit die im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie geltenden Vorschriften zu Verwaltungsvereinfachung gelten, etwa die Einführung des One-Stop-Shop-Prinzips, der elektronischen Verfahrensabwicklung oder die Bestimmungen über die Erteilung von Genehmigungen. Ersteres sieht vor, dass Dienstleistungserbringern „*einheitliche Ansprechpartner*“ bekannt zu geben sind, bei denen sie alle Verfahren und Formalitäten, die für die Aufnahme und Ausübung ihrer Dienstleistungstätigkeiten erforderlich sind, abwickeln können (Art 6 lit b). Im Rahmen der elektronischen Verfahrensabwicklung (Art 8) ist zusätzlich vorgesehen, dass all diese Schritte „*problemlos im Fernweg und elektronisch*“ abgewickelt werden können.

Schwarze und Graue Listen

In die Substanz der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse greifen die Bestimmungen der Art 14f ein, die bestimmte staatliche Maßnahmen für unzulässig erklären bzw einer Überprüfung unterwerfen. In die erste Gruppe der generell unzulässigen „Anforderungen“ („Schwarze Liste“) fallen etwa das Verbot der Errichtung von Niederlassungen in mehreren Mitgliedstaaten, die Beschränkung der Wahlfreiheit zwischen einer Haupt- und Zweigniederlassung, wirtschaftliche Bedarfsprüfungen oder verpflichtende finanzielle Sicherheitsleistungen.

In der „grauen Liste“, die nationale Vorschriften zwar nicht verbietet, jedoch einer gegenseitigen Evaluierung durch die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten und einer „Stand Still“-Klausel unterwirft, werden etwa genannt: mengenmäßige oder territoriale Beschränkungen, insbesondere im Hinblick auf die Bevölkerungszahl oder bestimmte Mindestentfernung zwischen Dienstleistungserbringern; Anforderungen an eine bestimmte Rechtsform etwa einer Gesellschaft ohne Erwerbszweck; Anforderung an eine Mindestbeschäftigtenzahl; Beachtung von Mindest- und Höchstpreisen; Verbot von Verkäufen unter dem Einstandspreis bzw Sonderverkäufen; Pflichten zusammen mit der Dienstleistung bestimmte andere Dienstleistungen zu erbringen etc.

Die in Art 14f enthaltenen Listen stellen wesentliche Bereiche des für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse relevanten nationalen Rechtsbestandes in Frage. So ergibt sich etwa eine absolute Unvereinbarkeit der im österreichischen § 3 Abs 2 lit a KAKuG vorgesehenen – das öffentliche Interesse an einer flächendeckenden medizinischen Versorgung der Bevölkerung sichernden¹⁷ – Bedarfsprüfung für die Errichtung von privaten, erwerbswirtschaftlich geführten Krankenanstalten und Ambulatorien mit der Dienstleistungsrichtlinie, die vorsieht, dass eine „*wirtschaftliche Überprüfung im Einzelfall, bei der die Genehmigung vom Nachweis eines wirtschaftlichen Bedarfs oder der Nachfrage am Markt abhängig gemacht wird*“ unzulässig ist.

Hinsichtlich der Anforderungen an eine bestimmte Rechtsform und des Mindestpersonals wäre etwa das österr ApothekenG mit Art 15 Abs 2 lit b,c,f der Richtlinie unvereinbar: § 12 ApothekenG erlaubt den Apothekenbetrieb lediglich in der Rechtsform eines Einzelunternehmens oder einer Personengesellschaft, wobei der Apotheker als persönlich haftender Gesellschafter 51% halten muss; § 3 (1) Apothekenbetriebsordnung legt die Anzahl an pharmazeutischen Fachkräften fest, die für ordnungsgemäßen Betrieb erforderlich sind. Weitere Probleme mit den Anforderungen an die Ausstattung mit Mindestpersonal ergeben sich überall dort, wo wie im Sozialbereich ein bestimmter Betreuungsschlüssel gesetzlich festgeschrieben ist, etwa bei den baulichen und personellen Standards in Altenwohn- und Pflegeheimen¹⁸.

Unvereinbarkeiten ergeben sich nicht nur hinsichtlich des österreichischen Rechtsbestandes, sondern auch zum bereits bestehenden Gemeinschaftsrecht, etwa zwischen dem Verbot einer Bedarfsprüfung gemäß Art 14 (5) einerseits und der gegenteiligen Bestimmung in Art 3 Abs 2 Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie. Nach letzterer Regelung ist in Bezug auf die Versorgungssicherheit, Energieeffizienz/ Nachfragesteuerung sowie zur Erreichung der Umweltziele eine langfristige Planung des Elektrizitätssektors möglich.

Herkunftslandprinzip – Veränderungen im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs

Ausgenommen vom Herkunftslandprinzip sind zwar nicht die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in ihrer Gesamtheit, jedoch einzelne Bereiche wie etwa die Postdienste oder die Gasversorgung (vgl Art 17 Z 1, 2, 3, 4 und

17) Vgl VfSlg 15.456/1999.

18) Vgl etwa Kärntner Heimverordnung, LGBl 2005/40.

Mayerhofer

Nebenstrafrecht

Dritter Teil, (2 Bände), 5., überarbeitete Auflage,
2005, 1.472 Seiten, geb., 3-7046-4722-5, € 250,-

Das Buch ist für die Auffindung der gesuchten verfahrensrechtlichen Nebengesetze ein unverzichtbarer und nützlicher Behelf. Durch seine Vollständigkeit steht es außer Konkurrenz zu ähnlichen Werken.

Der Schwerpunkt dieser Gesetzesausgabe liegt bei der Entscheidungssammlung. Vorrangiges Anliegen ist es, die in der Rechtsprechung erarbeiteten Lösungen, insbesondere anhand der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes und der Oberlandesgerichte, umfassend darzustellen.

Generalanwalt Prof. Dr. Christoph Mayerhofer

ist Sektionsleiter im BMJ i. R.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

12). Genau aus diesen taxativen Einzelausnahmen ergeben sich jedoch wiederum Problemfelder. Etwa wurde im Bereich der Wasserwirtschaft lediglich die Wasserversorgung von der ursprünglichen Ausnahmebestimmung in Art 17 (4) des Kommissionsvorschlag erfasst. Erst durch die Verhandlungen in den Ratsarbeitsgruppen wurde die Ausnahmebestimmung um die Bereiche der Wasserverteilung und Abwasserbewirtschaftung erweitert. Erst die Rechtsprechung des EuGH wird klären müssen, wie weit die taxativen Einzelausnahmen reichen, etwa ob im Bereich der Wasserwirtschaft auch die Wartung und Instandhaltung der Rohre oder das Zählerwesen als Teil dieser Dienstleistung anzusehen sind oder ob jene Dienste dem Herkunftslandprinzip unterliegen werden.

Mangels entsprechender Ausnahmetatbestände jedenfalls dem Herkunftslandprinzip unterliegen werden Gesundheitsdienstleistungen, soziale Dienste sowie Abfalldienstleistungen¹⁹. Dienstleistungserbringer, die in diesen Bereichen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlich Interesse grenzüberschreitend erbringen, unterliegen betreffend die Aufnahme und die Ausübung der Dienstleistung also lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates, insbesondere hinsichtlich Verhalten des Dienstleistungserbringers,

Qualität und Inhalt der Dienstleistung, Werbung, Vertragsrecht (!) und Haftung (Art 16 Abs 1). Der Herkunftsmitgliedstaat ist auch dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren (Art 16 Abs 2).

Im Abfallbereich unterliegen etwa die Regelungen über Deponien und Müllverbrennungsanlagen sowie über das Sammeln, den Transport, das Sortieren und die Trennung von Abfällen dem Herkunftslandprinzip. Die im Bereich der Abfallbehandlung (Deponien, Müllverbrennungsanlagen) existierenden EU-Richtlinien²⁰ schaffen lediglich Mindestanforderungen, denen in Österreich wesentlich strengere Bestimmungen gegenüberstehen, die zumeist im Wege von Betriebsanlagengenehmigungen für die örtlichen Anlagen vor Ort gelten. Ob diese Vorschriften so weiterhin gültig bleiben würden, darf aber bezweifelt werden. Bei der Sammlung, beim Transport und bei der Trennung von Abfällen ist insbesondere in grenznahen Kommunen und Regionen zu befürchten, dass sich Entsorgungsunternehmen nach dem Abfallrecht (sowie nach dem Umweltrecht, vgl Art 17 Z 17) ihrer Herkunftsländer an Ausschreibungen beteiligen.

19) Es sei denn, es handelt sich um die unter die EWG-Verordnung 259/93 fallenden Genehmigungsregelungen, welche von der Ausnahmebestimmung des Art 17 Z 12 erfasst wird.

20) Zur Frage des Vorrangs bei bestehenden sektoralen Richtlinien, siehe zuvor.

21) Art 1 Abs 2 Dokument des Ratsvorsitzes, 5161/05, 10. Jänner 2005.

22) Änderungsantrag 41, Artikel 2 Absatz 2

Buchstabe ca (neu) des Entwurf einer Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft und Währung, vorläufig 2004/0001 (COD).

3. Die weitere politische Entwicklung

Positionen auf Ratsebene

Über die Dienstleistungsrichtlinie entscheiden Rat und Europäisches Parlament im Mitentscheidungsverfahren nach Art 251 EGV. Ob hinsichtlich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse noch wesentliche Veränderungen zum Kommissionsvorschlag zu erwarten sind, ist derzeit noch nicht endgültig absehbar; bis dato sind die Erfolge solcher Änderungsbestrebungen allerdings bescheiden. So wurde etwa unter der niederländischen Präsidentschaft im ersten Halbjahr 2005 in Art 1 Abs 2 die Passage aufgenommen, dass die „Richtlinie ... weder die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die Einrichtungen des öffentlichen oder privaten Rechts vorbehalten sind, noch die Privatisierung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen“²¹, betrifft. Mangels entsprechender Adaptierungen der einzelnen substantiellen Bestimmungen der Richtlinie resultiert daraus im Ergebnis jedoch keine nennenswerte Verbesserung gegenüber dem Kommissionsvorschlag.

Lediglich vier Staaten (Österreich, Frankreich, Belgien und Zypern) haben sich auf Ratsebene ausdrücklich für eine Ausnahme der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausgesprochen. Ganz im Gegenteil scheint die Akzeptanz einer Einbeziehung dieser in die Dienstleistungsrichtlinie unter den europäischen Regierungen durchaus hoch: Bereits 17 Mitgliedstaaten haben sich ausdrücklich für die von der Kommission vorgeschlagene Regelung ausgesprochen.

Österreich – durch eine einheitliche Länderstellungnahme gemäß Art 23d Abs 2 B-VG daran gebunden, eine Generalausnahme für alle Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu erwirken sowie „proaktiv auf eine breitere Unterstützung der österreichischen Position durch andere Mitgliedstaaten hinarbeiten und sich in den Verhandlungen gegenüber den Vertretern der Europäischen Kommission nicht mit abschlägigen mündlichen Erklärungen zu begnügen“ – hat in den Ratsarbeitsgruppen einen entsprechenden Vorschlag eingebracht.

In der Ratsarbeitsgruppe am 6./7. Oktober 2005 beurteilte die Kommission den österreichischen Vorschlag als „totally unworkable“. Die Kommission hielt fest, dass auch die Aufnahme von bereits in sektoriellen Richtlinien geregelten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie einen Mehrwert darstelle. Beispielhaft verwies die Kommission auf den Energiebereich, in welchem es trotz Liberalisierung nach wie vor Probleme mit der Transparenz gebe.

Positionen im Europäischen Parlament

Auch aus dem Europäischen Parlament kommen kaum positivere Signale: Schon der ECON-Ausschuss (Wirtschaft und

Währung), dem nach der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wesentliche Entscheidungskompetenzen zukommen, hat im September 2005 dem Vorschlag seiner Berichterstatterin Sahra Wagenknecht eine deutliche Abfuhr erteilt. Die Abgeordnete hatte vorgeschlagen, eine Ausnahme der „Dienstleistungen von allgemeinem und von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die der verantwortliche Mitgliedstaat oder die Gemeinschaft spezifischen öffentlichen Dienstleistungsverpflichtungen unterwirft“²² vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie vorzusehen. In der Abstimmung schlossen sich allerdings lediglich 17 Abgeordnete (bei 29 Gegenstimmen und 2 Enthaltungen) diesem Vorschlag an.

Ebenso wenig fand eine Ausnahme der Gesundheitsdienstleistungen noch eine der sozialen Dienste die notwendige Mehrheit. Auch ein vorgeschlagener Erwägungsgrund²³, wonach die Definition der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, deren Erbringung (öffentlich, privat, PPP-Modelle) und Finanzierung in mitgliedstaatlicher Kompetenz verbleiben – über einen solchen Erwägungsgrund bestand im Rat bereits politischer Konsens –, konnte keine Mehrheit finden. Hingegen wurde folgender vom spanischen konservativen Abgeordneten Cristóbal Montoro Romero eingebrachter Abänderungsantrag als neuer Erwägungsgrund in die Richtlinie aufgenommen: „Die Liberalisierung des Dienstleistungsmarktes kann ein wirksamer Faktor zur Gründung neuer Unternehmen sein und den Zugang derjenigen von ihnen fördern, die sich innovativ und effizient zeigen, um rasch auf die Nachfrage der Verbraucher zu reagieren, was einen wesentlichen Fortschritt bei der Ersetzung anderer Arten von Tätigkeiten mit Anpassungsproblemen im Rahmen der Globalisierung der Wirtschaft darstellt“.

Immerhin wurde am 23. November 2005 im federführenden IMCO-Ausschuss (Binnenmarkt und Verbraucherschutz) als Kompromiss zwischen konservativen und liberalen Abgeordneten auf der einen und der sozialdemokratischen, grünen und linken Fraktionen auf der anderen Seite eine Ausnahme der Gesundheitsdienstleistungen beschlossen. Für den Bereich der sozialen Dienste und der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bleibt es jedoch im Wesentlichen beim Kommissionsvorschlag.

4. Ausblick

Ob der von den Staats- und Regierungschefs im Europäischen Rat vom März 2005 ausgegebenen Leitlinie, wonach der Binnenmarkt für Dienstleistungen auch den Anforderungen des Europäischen Sozialmodells zu entsprechen habe, letztendlich entsprochen wird, dürfte in Ansätzen bereits die Zeit der österreichischen EU-Präsidentschaft zeigen. Am 14. Februar 2006 soll das Plenum des Europäischen Parlaments in 1. Lesung über die Richtlinie abstimmen. Auch die Vorlage des

23) Ebd, Änderungsantrag 11, Erwägungsgrund 16: „... Die Richtlinie berührt darüber hinaus nicht die Freiheit der Mitgliedstaaten, festzulegen, was sie für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse halten und wie diese organisiert und finanziert werden sollen. ...“.

gemeinsamen Standpunktes durch den Rat wäre noch unter österreichischer Präsidentschaft denkbar. Welche endgültige Lösung Parlament und Rat für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse finden wird, wird sich erst zu diesen Terminen zeigen.

Um dem Ziel von hochqualitativen und allgemein zugänglichen Diensten von allgemeinem Interesse gerecht zu werden, wäre eine Ausklammerung auch der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse aus der Dienstleistungsrichtlinie notwendig. Falls überhaupt eine weitere

Reglementierung dieses Bereichs auf Gemeinschaftsebene erforderlich ist, ist der geeignete Ort hierfür – dem Verfassungsvertrag entsprechend – ein eigenes Europäisches Gesetz über Bedingungen und Grundsätze von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.

*Mag^a. Alice Wagner, Abteilung EU und Internationales der Arbeiterkammer Wien;
alice.wagner@akwien.at.*

Bodner

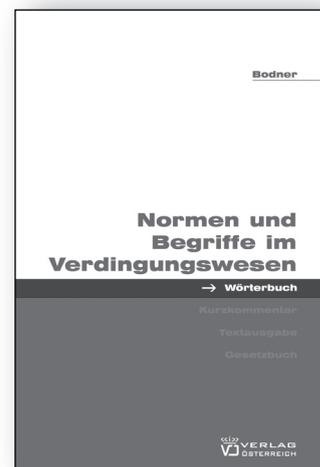
Normen und Begriffe im Verdingungswesen

2006, 112 Seiten, br., 3-7046-4787-X, € 25,-

Im Anwendungsgebiet und Spannungsfeld zwischen Bauleistung – Baukosten – Bauvertrag sowie im vorvertraglichen Vergaberecht haben sich im Laufe der Zeit etliche Spezialbegriffe – Begriffe des Verdingungswesens - heraus gebildet.

Solche findet man als Definitionen in Gesetzen, österreichischen Normen und Regelwerken sowie auch in der Fachliteratur breit verstreut. Manchmal stimmen die Definitionen aus verschiedenen Quellen nicht überein oder sie sind in ihrer Semantik doppelt besetzt. Dieses Buch führt die verstreuten Begriffe zusammen.

In diesem Zusammenhang fehlt bisher auch eine zusammenfassende Übersicht über die Normen des Verdingungswesens. Diese Normen wurden dem Abschnitt über die Begriffe in diesem Buch vorangestellt.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

1. Einleitung

Voraussetzung für die Entwicklung und das Bestehen von Herrschaftsverbänden und die wirtschaftliche Entwicklung des Handels war und ist ein leistungsfähiges Verkehrssystem zum Transport von Personen, Gütern und Nachrichten.¹ Neben den Ausbau eines Straßennetzes für den Landverkehr trat mit Entwicklung der Dampfkraft im 19. Jhd die Eisenbahn. Verkehr ist notwendige Voraussetzung für einen freien Markt.

Die zentrale Bedeutung des Verkehrs für den Staat erklärt auch das historisch gewachsene Engagement des Staates in den Bereichen der Verkehrsinfrastruktur und bei der Übernahme gemeinwirtschaftlicher Dienste. In Österreich wie im europäischen Raum wurde und wird die Verkehrsinfrastruktur überwiegend von der öffentlichen Hand geplant, finanziert, errichtet und betrieben, wobei die Betreiber, insbesondere im Schienenverkehr, gezwungen waren, unrentable Dienste anzubieten.

Der öffentliche Personenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft beförderte im Jahr 2004 auf Schiene und Straße rund 150 Millionen Fahrgäste pro Tag.² In Österreich wurden im Jahr 2002 ca 1,5 Mio Personen befördert, wovon auf den regionalen Linienverkehr ca 21 % und den innerstädtischen Linienverkehr ca 17 % entfielen.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit einem Teilbereich des Verkehrs, dem Öffentlichen Personennahverkehr³ und stellt die Entwicklung gemeinschaftsrechtlicher Bemühungen hinsichtlich Liberalisierung dieses Marktes dar.

2. Die gemeinschaftsrechtliche Entwicklung

2.1. Primär- und sekundärrechtliche Bestimmungen

Dem Verkehr ist im EGV ein eigener Vertragstitel gewidmet⁴ – entsprechend seiner Bedeutung als Instrument zur Verwirklichung des freien Warenverkehrs und der Freizügigkeit der Person sowie als Gegenstand der Integration im Hinblick auf die Schaffung des Binnenmarktes und hinsichtlich der Um-

welt-, Energie-, Regional- und Wettbewerbspolitik.⁵ In den Gründungsstaaten der Gemeinschaft bestand wenig Interesse am wettbewerbsorientierten gemeinsamen Markt.⁶

Die Verordnungen VO 1191/69/EWG⁷ und VO 1107/70/ EWG⁸ bilden noch heute den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen im Bereich des Beihilfenrechts für den ÖPNRV. Demnach können die Mitgliedstaaten gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen⁹ auferlegen, um Verkehrsdienste sicherzustellen, die bestimmten Anforderungen hinsichtlich Höhe der Tarife,

Vertikale Liberalisierungs- bemühungen anhand des Beispiels Öffentlicher Personen- nahverkehr (ÖPNV)

Gerda Marx

Kontinuität, Regelmäßigkeit und Kapazität des Dienstes enthalten. Den Betreibern sind Ausgleichsleistungen durch die Mitgliedstaaten für die entstandenen Kosten zu gewähren. Diese Ausgleichsleistungen unterliegen nicht der Notifikationspflicht nach Art 88 Abs 3 EGV.¹⁰

2.2. Chronologische Entwicklung

Die Liberalisierung im Bereich des Verkehrs durch die Europäische Gemeinschaft erfolgte schleppend. Die gesetzten

1) Voigt, Die Entwicklung des Verkehrssystems 1 und 2 (1965), ders, Die Theorie der Verkehrswirtschaft (1973).
2) Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, KOM 2005/0319 vom 20.7.2005, 2.
3) Blaguss, Öffentlicher Kraftfahrlineienverkehr – quo vadis?, ÖGZ 2005/8, 23.
4) Titel V, Artikel 70 – 80 EGV.
5) Da s bedeutet nicht, dass dieser Bereich aus den Wettbewerbsbestimmungen ausgenommen wurde. Es gelten vielmehr für die Bereiche, für die die Art 70 ff EGV keine Regelungen vorsehen, die übrigen Vertragsbestimmungen (siehe etwa EuGH Rs 167/73 Kommission/Frankreich). Die spezifischen verkehrsrechtlichen Bestimmungen haben den Zweck, die im EGV festgelegten Vertragsziele auszuführen und zu ergänzen (siehe Kahl, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb (2004) 271).

6) In den Gründungsstaaten herrschten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sehr unterschiedliche Systeme. So befürworteten Deutschland, Frankreich und Italien entsprechend ihrer verkehrspolitischen Tradition eine wirtschaftslenkende Politik, während die Niederlande und Luxemburg eine marktwirtschaftliche Verkehrspolitik vertraten (Kahl, Fn 5, 270).
7) Verordnung 1191/69/EWG des Rates vom 26.Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl L 156. Diese VO legt die allgemeinen Bedingungen fest, die für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen gelten und schreibt die Berechnungsverfahren für Ausgleichszahlungen vor. 1991 wurde diese VO durch VO 1893/91 geändert, die die Betreiber des Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrs in den Anwendungsbereich miteinbezog und ermöglichte es den Mitgliedstaaten, diese Unternehmen von der Vorschrift auszunehmen.

8) Verordnung 1170/70/EWG über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr, ABl L 130/1 idF VO 543/97/EWG, ABl L 84/6.
9) „Verpflichtungen, die das Verkehrsunternehmen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang und nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde“ (zB Art 2 Abs 1 1 VO 1191/69/EWG).
10) Es besteht kein einheitliches Nahverkehrsrecht, sondern zahlreiche Vorschriften, die sich grob in Regelungen über den Marktzugang und solche über die Finanzierung des Verkehrs einteilen lassen. So finden sich etwa Regeln über grenzüberschreitenden Linienverkehr, solche betreffend Kabotage, Berufszugangsregeln, beihilfen- und wettbewerbsrechtliche Regelungen, spezifische eisenbahnrechtliche Bestimmungen. Nähere Ausführungen sind in diesem Rahmen nicht möglich, vgl Kahl, FN 5, 279 ff.

Maßnahmen waren anfänglich zögerlich. Dies bewog das Europäische Parlament sogar zu einer Untätigkeitsklage gegen den Rat.¹¹ Dieser Klage gab der EuGH insoweit statt, als er aus dem Gebot der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit im Verkehr eine Verpflichtung des Rates zum Erlass eines allgemeinen Rahmens ableitete.¹² Der Rat habe erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, insbesondere um Diskriminierungen zu beseitigen.¹³

2.2.1. Weißbuch der Kommission 1992

Im Jahr 1992 legte die Kommission ihr Weißbuch über die künftige Entwicklung der Verkehrspolitik vor.¹⁴ Der tragende Gedanke lag in der Rücknahme staatlicher Beschränkungen, um den Personen- und Güterverkehr in der Gemeinschaft zu sozialen und umweltgerechten Bedingungen zu ermöglichen. Es fanden sich Aspekte des Umweltschutzes und der Verkehrssicherheit. Bemerkenswert aber war, dass die Kommission im Zusammenhang mit externen Kosten lenkende Eingriffe in den Verkehrsmarkt für zulässig erachtete. Dem öffentlichen Verkehr wurde im Hinblick auf seine Umweltschonung größeres Gewicht verliehen und seine Förderung als Instrument der Zurückdrängung, speziell des städtischen PKW-Verkehrs gesehen.

2.2.2. Grünbuch der Kommission 1995

Das Grünbuch der Kommission aus dem Jahr 1995 „Das Bürgernetz – Wege zur Nutzung des Potentials des öffentlichen Personenverkehrs in Europa“¹⁵ brachte Überlegungen zur Bewältigung des wachsenden Verkehrs, zum Umweltschutz sowie zu effizienter und gerechter Preisgestaltung und stellt wohl den Beginn einer gemeinsamen Verkehrspolitik in diesem Bereich dar. Ziel war die *Schaffung eines effizienten Netzes öffentlicher Verkehrsdienste mit hoher Qualität*,¹⁶ wobei die Kommission eine Regionalisierung in den Mitgliedstaaten im Bereich des ÖPNV befürwortete und sich im Sinne des Subsidiaritätsgedankens auf die Erstellung von Rahmenvorgaben beschränkte.

2.2.3. Kommissionmitteilung Bürgernetze 1998

In der 1998 verfassten Kommissionsmitteilung „Die Entwicklung des Bürgernetzes“¹⁷ zeigt die Kommission ein ÖPNV-Marktzugangsmodell auf, bei dem ein Ausgleich zwischen den Zielen der Aufwandsenkung und der Sicherstellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen angestrebt wird. Erreichbar sei dies durch ein System der Ausschreibung zeitlich befristeter Konzessionen mit einem „Leistungskatalog“, der die Anforderungen an die Qualität der Dienste festhält.

2.3. Kontrollierter Wettbewerb als Mittel zur Gewährleistung einer ausreichenden Verkehrsbedienung

2.3.1. Kommissionsvorschlag aus dem Jahr 2000

Um den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen anzupassen und die Effizienz und Qualität der Verkehrsdienste zu verbessern, unterbreitete die Kommission im Juli 2000 einen Vorschlag für eine Verordnung über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen.¹⁸

Der Vorschlag zielte auf Festlegung der Wettbewerbsregeln, um die Verkehrsdienste effizienter und für die Fahrgäste attraktiver zu gestalten. Soweit Ausgleichszahlungen oder ausschließliche Rechte gewährt werden, bedürften die Beziehungen zwischen der zuständigen Behörde und dem ausgewählten Verkehrsdienstbetreiber der Vertragsform, wobei die Vertragsklauseln regelmäßig zu überprüfen und die Vertragslaufzeit zu beschränken seien.¹⁹ Weiters bedürfe die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages grundsätzlich eines Ausschreibungsverfahrens.²⁰

In diesem VO-Vorschlag findet sich erstmals eine ausdrückliche „Verpflichtung“ der Mitgliedstaaten zur Bereitstellung ausreichender Verkehrsdienste.²¹ Stand in früheren Jahren das Bestreben nach weitestgehender Liberalisierung und Marktöffnung zur Verwirklichung eines gemeinsamen Marktes im Vordergrund der Bemühungen, führte die in Art 16 EGV mit dem Vertrag von Amsterdam vorgenommene Aufwertung der Daseinsvorsorge zur Notwendigkeit der Abwägung des dominierenden Wettbewerbsprinzips mit dem gemeinwirtschaftlichen Prinzip.

Das Europäische Parlament verabschiedete 2001 in erster Lesung zahlreiche Änderungen. Neben Änderungen hinsichtlich der Ausnahmeregelungen sah das Parlament die Abänderung 61 vor, durch die die öffentlichen Personennahverkehrsdienste vor Wettbewerb geschützt werden sollten, sofern die zuständige Behörde die Dienste selbst und ausschließlich erbringt.

2.3.2. Kommissionsvorschlag 2002

Im Feber 2002 präsentierte die Kommission einen geänderten Vorschlag, der allerdings die Abänderung 61 nicht aufnahm.²² Berücksichtigt wurden etwa die Verlängerung der Vertragslaufzeiten und des Übergangszeitraumes sowie die Änderungen der Ausnahmeliste hinsichtlich Direktvergabe.

11) Das Europäische Parlament erhob am 22.1.1983 Untätigkeitsklage beim EuGH gemäß Art 232 Abs 1 EGV (damals Art 175 Abs 1 EWGV) und beantragte, der Gerichtshof möge feststellen, dass es der Rat unterlassen habe, eine gemeinsame Politik auf dem Verkehrsgebiet einzuführen und den Rahmen für diese Politik verbindlich festzulegen. Weiters sollte der EuGH feststellen, dass der Rat es vertragswidrig unterlassen habe, über sechzehn namentlich aufgeführte Vorschläge der Kommission zu entscheiden.
12) EuGH Rs 13/83, Slg 1985, 1513.

13) Begleitmaßnahmen zu den „Liberalisierungsmaßnahmen“ könne der Rat in der ihm richtig erscheinenden Reihenfolge setzen. Allerdings schloss der Gerichtshof für den Fall einer Anschlussklage nach Ablauf der im Urteil gesetzten Frist die unmittelbare Wirkung der Dienstleistungsfreiheit für den grenzüberschreitenden Verkehr nicht aus.
14) KOM (92) 494 endg.
15) KOM (95) 601.
16) KOM (95) 601, Rz 29.
17) KOM (98) 431 endg.
18) KOM (2000) 374 endg.

19) *Kahl*, „Kontrollierter Wettbewerb“ als Marktöffnungsinstrument der Kommission am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, wbl 2001, 49.
20) Ausnahmen davon sind Direktvergaben, die zB unter bestimmten Voraussetzungen im Eisenbahn- und U-Bahnverkehr bzw unterhalb eines festgesetzten Auftragswertes möglich seien.
21) Art 4 VO-Vorschlag.
22) KOM (2002) 107 endg.

Ellmaier/Engel

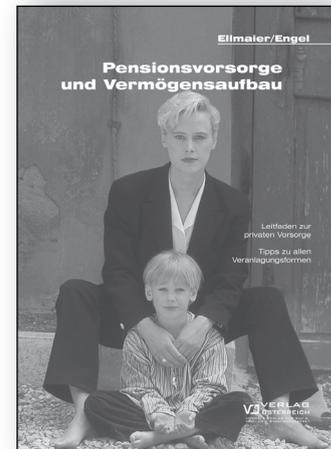
Pensionsvorsorge und Vermögensaufbau

288 Seiten, br., 3-7046-4129-4, € 19,80

Das Buch bietet einen umfassenden Überblick über die effektivsten Möglichkeiten der Pensionsvorsorge. Alle Varianten der Pensionsvorsorge und des Vermögensaufbaus werden anhand von zahlreichen Beispielen so dargestellt, dass jeder Leser den für sich optimalen Weg finden kann. Der unverzichtbare Ratgeber für Ihre persönliche Pensionsvorsorge!

Mag. Wolfgang Ellmaier ist Betriebswirt, Unternehmensberater und Autor zahlreicher einschlägiger Publikationen.

Mag. Arno Engel ist Betriebswirt und Vermögensberater mit langjähriger Erfahrung im Veranlagungs- und Versicherungsbereich.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

VERLAG
 ÖSTERREICH

Es zeigte sich sehr rasch, dass sich zu diesem geänderten Vorschlag keine ausreichende Mehrheit finden würde. Auch im Rat bestand kein echter politischer Wille zur Einigung, zu unterschiedlich waren die mit der Öffnung des Marktes gemachten Erfahrungen in den einzelnen Mitgliedstaaten.²³ Der Rat setzte seine Arbeiten mit dem Hinweis auf das in der Rechtssache Altmark²⁴ zu erwartende Urteil des Gerichtshofes aus.

2.3.3. Das Urteil in der Rs Altmark Trans

Im Verfahren Rs Altmark Trans ging es um die Erteilung einer Genehmigung für Linienverkehre mit Omnibussen, die einer Gesellschaft erteilt wurde, die öffentliche Zuschüsse erhielt. Eine Konkurrentin legte Widerspruch ein, da nach deutschem Recht die Gewährung bestimmter Arten von Ausgleichsleistungen ausschreibungsbedürftig sind.²⁵ Das deutsche Gericht musste entscheiden, ob die betreffende Leistung in diese Kategorie falle und ersuchte den EuGH um eine Vorabentscheidung bezüglich der Art 73 und 87 EGV und der Verordnung 1191/69.

In dem Urteil verdeutlichte der Gerichtshof, inwieweit die Vertragsbestimmungen bezüglich staatlicher Beihilfen auf öffentliche Dienste anwendbar sind. Weiters hat der Gerichtshof Parameter für die öffentlichen Beiträge zur binnenmarktrelevanten Daseinsvorsorge erstellt. Die Kommission muss im Fall, dass die Ausgleichsleistungen nicht den vier nachstehend genannten „Altmark-Kriterien“ entsprechen, prüfen, ob diese Ausgleichsleistungen staatliche Beihilfen darstellen und kann diese gegebenenfalls genehmigen.

2.3.4. Die vier „Altmark-Kriterien“:

Ein wirtschaftlicher Vorteil und somit eine Beihilfe im Sinn des Art 87 Abs 1 EGV liegt nach Ansicht des EuGH nur dann nicht vor, wenn vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind.

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein.
- Die Parameter zur Berechnung des Ausgleiches müssen in transparenter Weise im Vorhinein festgelegt werden.

23) So zeigte sich speziell im Nahverkehr in den deregulierten Märkten ein Mangel an Qualität der erbrachten Dienste, etwa bei Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit der Dienste, der bereitgestellten Fahrgastinformationen sowie bei Integration verschiedener Verkehrsdienste, Information und Fahrpläne.

24) EuGH Rs C-280/00 vom 24.7.2003.
 25) Siehe dazu *Kahl*, Der weiterentwickelte Ausgleichsansatz in der Daseinsvorsorge. Erste Analyse der Auswirkungen des Urteils EuGH Rs C-280/00, Altmark Trans auf Österreich,

wbl 2003, 401; *Casati*, Ausgleichsleistungen und Vergabevorschriften. Finanzierung der Daseinsvorsorge, insbesondere des öffentlichen Personenverkehrs, ZVB 2003/100.

- Der Ausgleich darf nur die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der erzielten Einnahmen²⁶ und eines angemessenen Gewinnes²⁷ ganz oder teilweise decken.
- Erfolgt die Vergabe der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in Direktvergabe, ist die Höhe des Ausgleiches der Kosten auf Grund einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gemeinwirtschaftlichen Anforderungen entsprechen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.²⁸
- Fehlt es an einer der genannten Voraussetzungen, führt dies zu einer Prüfung anhand der beihilfenrechtlichen Vertragsbestimmungen, wobei nach Meinung des EuGH als Maßstab nur Art 87, nicht aber Art 73 EGV in Betracht kommt.²⁹

2.4. Kommissionsvorschlag 2005

Die Kommission hat im Feber 2004 einen Entscheidungsentwurf sowie einen Entwurf eines Gemeinschaftsrahmens für die Anwendung von Art 86 EGV über Ausgleichsleistungen bei Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen angenommen, die aber nicht den Bereich des Art 73 EGV (Verkehr) betreffen.³⁰

Die Gemeinschaft hatte sich bisher wenig mit der Art und Weise der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Verkehrsbereich beschäftigt, da es kaum grenzüberschreitenden Wettbewerb gab und daher auch keine Notwendigkeit bestand, die Vergabemodalitäten für die unzähligen Nahverkehrsaufträge und die den Betreibern zugestandenem Ausgleichsbeträge zu überprüfen. Nachdem sich aber Verkehrsunternehmen grenzüberschreitend um Aufträge bewarben und Beschwerden an den EuGH herangetragen wurden sowie in Reaktion auf das Urteil des EuGH in der Rechtsache Altmark Trans sah die Kommission sich veranlasst, einen neuen Vorschlag für eine rechtliche Regelung für diesen Bereich auszuarbeiten. Diesen geänderten Vorschlag für eine Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße legte die Kommission am 20. Juli 2005 vor.³¹

2.4.1. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

In dem VO-Vorschlag definierte die Kommission „Öffentlicher Personenverkehr“ seien Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.³²

2.4.2. Dienstleistungsaufträge

Die Vergabe ausschließlicher Rechte³³ oder Ausgleichsleistungen³⁴ für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen³⁵ erfolgt auf Grundlage eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages,³⁶ dessen Laufzeit höchstens 8 Jahre für Busverkehrsdienste und 15 Jahre für Schienenverkehrsdienste betragen darf.³⁷

Als obligatorischer Inhalt eines solchen Dienstleistungsauftrages ist jedenfalls die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung genau zu bezeichnen, die vom Betreiber zu erfüllen ist, sowie der geographische Geltungsbereich festzulegen. Weiters sind die Parameter im Vorhinein festzulegen, die zur Berechnung der Ausgleichsleistung herangezogenen wurden sowie die Modalitäten der Aufteilung der Kosten der Dienstleistung und der Aufteilung der Einnahmen aus dem Fahr-scheinverkauf.³⁸

2.4.3. Vergabeverfahren

Im Gegensatz zum Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2000³⁹ wird im Verordnungsvorschlag nun vorgesehen, dass grundsätzlich die zuständige Behörde öffentliche Personenverkehrsdienste in ihrem Gebiet entweder selbst erbringen oder einen internen Betreiber ohne Ausschreibung damit beauftragen kann. Voraussetzung dafür ist, dass der interne Betreiber sowie jeder andere Betreiber, auf den der interne Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, sämtliche Personenverkehrsdienste innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der Behörde ausführt und an keinem außerhalb des Zuständigkeitsgebietes der Behörde organisierten Ausschreibungsverfahren teilgenommen hat.

Soll der öffentliche Personenverkehrsdienst einem Dritten übertragen werden, muss die Auswahl des Betreibers unter Einhaltung der Artikel 43 bis 49 EGV sowie der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung erfolgen. Ver-

26) Soweit Tarifentgelte und Entgelte von dritter Seite wie etwa Fahrkostenzuschüsse des Bundes für Schüler, Lehrlinge und Studenten etc) die Kosten nicht decken, dürfte ein Ausgleich etwa über Gesellschaftereinlagen zulässig sein, sofern er ex ante fixiert und nach objektiv nachvollziehbaren Parametern berechnet wurde. *Beiser*, Versorgungsbetriebe im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und Steuerrecht, GesRZ 2004, 231.

27) Beihilfenrechtlich gemeinschaftskonform (Art 87 EGV) ist der Ausgleich von Gewinnen und Verlusten zB einer Kommunalversorgungs-GmbH/AG aus verschiedenen Betriebsparten. *Beiser*, Fn 26, 232.

28) Wobei auch hier wieder die erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn zu berücksichtigen sind.

29) Der Gerichtshof leitet dies aus einer abschließenden Formulierung des Art 3 VO 1107/70/EWG ab. Die Bestimmung sieht vor, dass unbeschadet der VO 1192/69/EWG und der VO 1191/69/EWG die Mitgliedstaaten nur

nach diesen Bestimmungen mit öffentlichen Dienst verbundene Belastungen auferlegen dürfen, die die Gewährung von Beihilfen im Sinn von Art 73 EGV zur Folge haben. Die Mitgliedstaaten sind daher nicht befugt, sich außerhalb dieses Anwendungsbereiches sich auf Art 73 EGV zu berufen. Weiters bestätigt der Gerichtshof damit, dass Art 73 EGV eine besondere Regelung zu Art 86 Abs 2 EGV darstellt und Art 73 durch die VO 1107/70 und 1191/69 erschöpfend umgesetzt ist.

30) KOM (2005) 319 endg, 13.

31) KOM (2005) 319 endg.

32) Artikel 2 lit a VO-Vorschlag.

33) Artikel 2 lit f VO-Vorschlag: „ausschließliches Recht“ ist ein Recht, das einem Betreiber die Möglichkeit einräumt, bestimmte öffentliche Personenverkehrsdienste auf einer Strecke oder in einem bestimmten Streckennetz oder Gebiet unter Ausschluss anderer Betreiber zu erbringen.

34) Artikel 2 lit g) „Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ ist jeder

Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus staatlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird.

35) Art 2 lit e) „gemeinwirtschaftliche Verpflichtung“ ist eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von Dienstleistung im allgemeinen Interesse, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenwirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernehmen hätte.

36) Artikel 3 Z 1 VO-Vorschlag.

37) Artikel 4 Z 5 VO-Vorschlag.

38) Artikel 4 Z 1 - 4 VO-Vorschlag.

39) KOM (2000) 7 endg, ABl C 365 (19.12.2000).

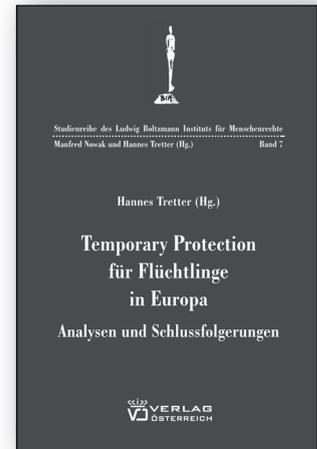
Tretter (Hg.)
**Temporary Protection
für Flüchtlinge in Europa**

Analysen und Schlussfolgerungen

2005, 364 Seiten, br., 3-7046-4733-0, € 48,-

Der vorliegende Band analysiert sowohl die untersuchten nationalen aufenthalts- und integrationsrechtlichen Regelungen als auch die Entwicklung eines Temporary Protection-Systems innerhalb der Europäischen Union. Dabei werden die nationalen Regelungen, die in Umsetzung der EU-Richtlinie bereits geschaffen wurden, kritisch beleuchtet und zugleich Hinweise gegeben, welche flüchtlings- und menschenrechtlichen Aspekte bei der noch ausstehenden Transformation in den anderen EU-Mitgliedstaaten besonders zu beachten sind.

Der zweite Schwerpunkt des Bandes liegt auf der Untersuchung des problematischen Verhältnisses von Temporary Protection und dem Schutzregime der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK).



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

handlungen nach Gebotsabgabe sollen wegen der Komplexität der Materie zulässig sein.⁴⁰

Die direkte Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages für Dienste mit einem geschätzten jährlichen Durchschnittswert unter einer Million € oder einer jährlichen Verkehrsleistung von weniger als 300 000 km ist zulässig.⁴¹ Direktvergabe ist auch im Falle von Notmaßnahmen anlässlich einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei unmittelbarer Gefahr des Eintretens einer solchen Situation möglich.⁴²

2.4.4. Ausgleichsleistungen

Die genau festgelegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sind an Hand der in objektiver und transparenter Weise festgelegten Parameter zu berechnen und dürfen jedenfalls den Betrag nicht übersteigen, der erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung aller gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der erzielten und einbehaltenen Einnahmen und eines angemessenen Gewinns⁴³ zu decken.

Die Berechnung der Ausgleichsleistung ist im Anhang zum VO-Vorschlag näher dargelegt. Es wird die Situation bei Er-

füllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu Marktbedingungen verglichen mit der Situation, die vorläge, wenn die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nicht erfüllt worden wäre. Die Ausgleichsleistung darf, vereinfacht gesagt, den Betrag nicht übersteigen, der dem Betreiber bei der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sowohl hinsichtlich der Kosten wie hinsichtlich der Einnahmen entstanden ist.

3. Reformbemühungen in Österreich

Im Herbst 2004 erhielt die österreichische Bundesregierung ein Mahnschreiben⁴⁴ der Europäischen Kommission anlässlich eines Vertragsverletzungsverfahrens⁴⁵ betreffend öffentliches Auftragswesen. Mit diesem wurde die Bundesregierung in Kenntnis gesetzt, dass die Republik Österreich mit dem Abschluss eines Verkehrsvertrages⁴⁶ sowie mit der Verlängerung von Kraftfahrlinienkonzessionen der Österreichischen Postbus AG gegen EU-Recht verstoßen habe und gegen §§ 23 Abs 1 und 30 KfVG 1999⁴⁷ gemeinschaftsrechtliche Bedenken bestünden.

In ihrer Stellungnahme teilte die Republik Österreich mit, dass der gegenständliche Vertrag aufkündigt worden sei und

40) Artikel 5 Z 3 VO-Vorschlag.

41) Artikel 5 Z 4 VO-Vorschlag.

42) Artikel 5 Z 5 VO-Vorschlag.

43) Unter angemessenem Gewinn ist eine im Sektor übliche angemessene Kapitalverzinsung zu verstehen, wobei das eingegangene oder entfallende Risiko zu berücksichtigen ist.

44) Mahnschreiben vom 13.10.2004, C (2004) 3308.

45) Nr 2003/4378.

46) Busdienstbestellung im Bezirk Lienz.

47) BG über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Kraftfahr-
liniengesetz – KfVG), BGBl I 1999/203. Das BG

über die Ordnung des öffentlichen Personen-
nah- und Regionalverkehrs (ÖPNRV-G 1999)
BGBl I 1999/204 war nicht Gegenstand des
Mahnschreibens.

darüber hinaus bereite die Österreichische Bundesregierung eine grundlegende Novellierung des Kraftfahrliniengesetzes (KfllG) 1999 und des Öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetzes (ÖPNRV-G) 1999 vor.⁴⁸

3.1. Reformvorschlag des BMVIT

Am 17. August 2005 legte der BMVIT eine Novelle des Kraftfahrliniengesetzes⁴⁹ zur Begutachtung vor.⁵⁰ Der Gesetzesentwurf sieht für den hier interessierenden Bereich vor, dass die Auftragsvergabe im Falle der Bestellung zusätzlicher Kurse oder zusätzlicher Strecken⁵¹, für die bisher der bestehende Konzessionsinhaber vorrangig beauftragt werden sollte, nunmehr dem Vergaberegime unterliegen soll. Vergabeverfahren sind auch bei Bestellung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu befolgen. Weiters wird die Verkürzung der Konzessionsdauer vorgesehen.

Die bisher abgegebenen Stellungnahmen bringen folgende Kritikpunkte vor:

- Der verpflichtende Wettbewerb stelle etwa für die ÖBB-Postbus GmbH eine große Härte dar, hat doch der Bund anlässlich der Ausgliederung des Unternehmens diesem unkündbare Bundesbeamte in die Eigenständigkeit mitgegeben.⁵²
- Die Verkürzung der Konzessionsdauer von zehn auf acht Jahre wird moniert.⁵³
- Der Entwurf stelle einen wesentlichen Eingriff in die Konzessionsrechte der Verkehrsbetriebe der Städte dar. Eine Inhouse-Vergabe sei nur mehr möglich, wenn sich der Betrieb bei keinen „externen“ Linien bewerbe. Verkehrsbetriebe, die auch Einzugsgebiete von Ballungszentren bedienten, fielen unter das Vergaberegime und die Städte müssten ihren Linienverkehr ausschreiben.⁵⁴
- Sollte ein von der Konzessionsurkunde abweichender Fahrplan in Form eines zusätzlichen Kurses gewünscht sein, erfordere dies nach dem Gesetzesvorschlag die Anwendung des Vergaberechts. Konzessionsbescheide, speziell in einem dichten Verkehrsnetz seien nicht so detailliert gefasst, um jeden einzelnen Kurs zu enthalten, sodass die Feststellung, ob Vergaberecht zur Anwendung kommt, schwierig wird.⁵⁵

4. Abschließende Bemerkungen

Verkehrsdienste auf dem Gebiet des ÖPNV werden in großen österreichischen Gemeinden durch wirtschaftliche Eigenbetätigung der Gemeinden bzw öffentliche Unternehmen in

deren Einflussbereich erfüllt. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe sowie etwa die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden und ihrer Unternehmen in den Gebieten der Wasserver- und -entsorgung, im Gas-, Strom- oder Abfallbereich oder Fernwärmebereich werden als Aufgaben der Daseinsvorsorge angesehen, die von den Gemeinden und ihren Unternehmen zu erfüllen sind. Die Entwicklung ging dabei von Regiebetrieben, die unmittelbar in die Gemeindeverwaltung integriert waren bis hin zur Ausgliederung dieser Unternehmen in privatwirtschaftliche Gesellschaften des Handelsrechts.⁵⁶

Österreichische Verkehrsunternehmen und verbundtragende, finanzierende Gebietskörperschaften haben sich zu sogenannten Verkehrsverbänden zusammengeschlossen.⁵⁷ Diese Kooperationsform ermöglicht etwa die Festlegung eines einheitlichen Tarifsystems für Bahn und Bus, Ausgabe gemeinsamer Fahrkarten, Angebotsverbesserung durch Kooperationsbereitschaft der Verkehrsunternehmen, Abstimmung aller im Linienverkehr tätigen Unternehmen. Wie sich die Liberalisierung hier auswirken wird, bleibt abzuwarten.

Grundsätzlich stellt der öffentliche Personennahverkehr auf Grund der Konzentration von Bevölkerung und Arbeitsplätzen in den Ballungsräumen ein nicht zu ersetzendes Transportmittel dar. Beeinträchtigungen der städtischen Wirtschaftsstruktur und auch der Stadtentwicklung sind etwa bei Ausfall von Verkehrsdiensten oder bei nicht abgestimmten Vorgangsweisen einzelner Anbieter wohl zu befürchten.

Das Aufbrechen der abgeschotteten Nahverkehrsmärkte durch den „kontrollierten Wettbewerb“ stellt sicher einen Schritt in die richtige Richtung dar. Es sollte aber nicht übersehen werden, dass bei der Berechnung des Aufwandsersatzes der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht allein betriebswirtschaftliche Parameter angesetzt werden, sondern auch volkswirtschaftliche.⁵⁸ Bemerkenswert erscheint jedenfalls, dass zwar die betriebswirtschaftlichen Parameter detailliert festgelegt werden, hinsichtlich der Qualität der „Gemeinwirtschaftlichkeit“ der Politik ein sehr weites und offenes Feld eingeräumt bleibt. Der gordische Knoten aus Wettbewerbs- und Beihilfenrecht, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und freiem Binnenmarkt, Ausgleichszahlungen der öffentlichen Hand im Bereich der Daseinsvorsorge scheint nach wie vor fest geknüpft.

Drⁱⁿ. Gerda Marx, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien, gerda.marx@univie.ac.at.

48) Stellungnahme vom 21.1.2005, GZ BKA-VV.03/4378/0002-V/A/8/2004.

49) BGBl I 1999/203.

50) GZ BMVIT 244.017/0007-II/ST7/2005.

51) § 23 Kfll-G.

52) 15/SN-342/ME 22.GP.

53) So ÖBB-Postbus GmbH (15/SN-342/ME 22.GP) und Stellungnahme des Amtes der Wiener Landesregierung vom 19.9.2005, MD-VD-1437/05, 1/SN-342/ME, 22.GP.

54) Stellungnahme des Österreichischen Städtebundes vom 21.9.2005, ZI 616-5/1165/2005, 9/SN-342/ME 22.GP.

55) Stellungnahme des Amtes der Wiener Landesregierung vom 19.9.2005, MD-VD-1437/05, 1/SN-342/ME, 22.GP.

56) Siehe *Kahl*, Fn 4, 155 f.

57) In Österreich bestehen derzeit acht Verkehrsverbände. Unter Verkehrsverband ist ein Zusammenschluss von Verkehrsunternehmen und der verbundtragenden (finanzierenden)

Gebietskörperschaft zu verstehen, welcher aufgrund eines einheitlichen Tarifes die Benützung von Verkehrsmitteln der dem Verbund gehörenden Verkehrsunternehmen mit einer einzigen Fahrkarte ermöglicht. § 4 ÖPNRV-G 1999, BGBl I 1999/204 idF BGBl I 2002/32.

58) Siehe dazu *Lachmayer*, Effizienz als Verfassungsprinzip. Eine Maxime für staatliches Handeln in Österreich? In: Bungenberg et al (Hrsg) *Recht und Ökonomik* (2004).

1. Einleitung

Die Bürgerinnen und Bürger in den Kommunen gehen mit einer Selbstverständlichkeit davon aus, dass ihnen Trinkwasser in bester Qualität zur Verfügung steht, dass die Abwasser- und Abfallentsorgung ordnungsgemäß durchgeführt wird, dass sie Kultur in Hülle und Fülle genießen können, ihre Kinder Bildung erhalten und im Alter auch leistbare Pflege sichergestellt ist. All diese Leistungen werden von den Städten und Gemeinden seit Jahrzehnten erbracht. In den letzten Jahren wurde dafür der Begriff der Daseinsvorsorge berühmt. Leider primär vor dem Hintergrund, dass es vor allem auf europäischer Ebene, aber auch innerstaatlich Bestrebungen gibt, die Daseinsvorsorge zu liberalisieren. Darüber hinaus stehen die Leistungen von allgemeinem Interesse, wie diese vor allem im EU-Recht bezeichnet werden in einem Spannungsverhältnis zum europäischen Wettbewerbs- und Vergaberecht, was die Aufrechterhaltung des Leistungsangebotes durch die Kommunen erschwert. Der folgende Artikel soll diese Spannungsverhältnisse aufzeigen, einen Einblick in die Situation der Gemeinden im Kontext mit dem Binnenmarkt geben und schließlich am Beispiel der Trinkwasserversorgung, die Diskussion über die Liberalisierung der Daseinsvorsorge aufzeigen.

2. Begriffsdefinition

Leistungen der Daseinsvorsorge sind jene Dienstleistungen, die im öffentlichen Interesse erbracht werden und mit Gemeinwohlverantwortung verbunden sind. Die Daseinsvorsorge umfasst solche Aufgaben die hinsichtlich ihrer Aufgabenerfüllung anderen Gesetzen als denen des „Freien Marktes“ gehorchen und insbesondere Kriterien wie der Versorgungssicherheit, der sozialen Erschwinglichkeit, der Gesundheit oder der Nachhaltigkeit unterliegen. Leistungen der Daseinsvorsorge sind Dienstleistungen, die als wesentlich für das Funktionieren einer modernen Gesellschaft angesehen werden. Obwohl sie als wesentlich gelten, können diese Dienstleistungen sowohl von privaten als auch von öffentlichen Unternehmen oder den Gemeinden selbst, teilweise hoheitlich, erbracht werden. Die Verfügbarkeit, der Preis und die Qualität der Leistungen der Daseinsvorsorge sind per definitionem von größter Bedeutung für die Verbraucher.

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unterscheiden sich insofern von normalen Dienstleistungen, als sie in den Augen der Gemeinden auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt unter Umständen nicht genügend Anreize dafür bietet. Der Begriff der Leistungen der Daseinsvorsorge beruht auf dem Anliegen, überall gute und für alle erschwingliche Dienstleistungen zu gewähren. Diese Dienste tragen zur Verwirklichung der Ziele der Solidarität und Gleichbehandlung bei, die dem europäischen Gesellschaftsmodell zu Grunde liegen.

3. Stellenwert der Daseinsvorsorge in den Kommunen

Bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge nehmen die Städte und Gemeinden eine zentrale Rolle ein. Die

Kommunen sind neben der tatsächlichen Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge auch dafür verantwortlich, dass die notwendige Infrastruktur zur Aufgabenerfüllung vorhanden ist. Es werden grundlegende Bedürfnisse der Bevölkerung erfüllt. Leistungen der Daseinsvorsorge stehen der gesamten Gesellschaft, also allen Bürgerinnen und Bürgern zu gleichen Bedingungen zur Verfügung und werden aufgrund gemeinwohlbezogener Überlegungen erbracht. Gemeinwohlorientierte Leistungen sollen einerseits die Grundversorgung der Bevölkerung sichern, andererseits sind sie feste Bezugspunkte in den Kommunen und begründen die Zugehörigkeit der Bürgerinnen und Bürger zu diesen. Die Erbringung von Leistungen im allgemeinen Interesse und/oder deren Qualitätssicherung durch die öffentliche Hand bringen darüber hinaus auch die Verantwortlichkeit der Gemeinden für die Ziele des Gemeinwohls

Die Daseinsvorsorge der Gemeinden unter Liberalisierungsdruck

Ulrike Huemer¹

zum Ausdruck. Die Daseinsvorsorge ist ferner ein wesentliches Kennzeichen der Gemeindeautonomie, die in enger Verbindung mit dem Subsidiaritätsprinzip steht. Art 116 B-VG räumt den Gemeinden das Recht ein, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, wirtschaftliche Unternehmen zu betreiben sowie im Rahmen der Finanzverfassung ihren Haushalt selbstständig zu führen und Abgaben auszuschreiben. Die Autonomie bedeutet im Zusammenhang mit der Daseinsvorsorge, dass die Städte und Gemeinden die wirtschaftliche Wahlmöglichkeit haben, frei zu entscheiden, ob sie öffentliche Dienstleistungen selbst, durch einen eigenen ausgegliederten Rechtsträger (Inhouse-Vergabe) oder durch einen Dritten erbringen lassen. Im Gegenzug für diese Freiheit tragen die Gemeinden auch die wirtschaftliche und politische Verantwortung für die Erbringung der Leistungen der Daseinsvorsorge. Die Bestrebungen der Europäischen Union, die vom Gedanken getragen sind, dass private Anbieter kostengünstiger agieren können, die Leistungen der Daseinsvorsorge durch den freien Markt durchführen zu lassen, schränken ebendiese Wahlmöglichkeit ein. Die Umsetzung der Liberalisierungsbestrebungen würde daher einen Eingriff in dem vom Bundesverfassungsgesetzgeber vorgegebenen Staatsaufbau bedeuten und ein wesentliches Element der Selbstverwaltung aushöhlen. Diese Vorgehensweise erscheint vor dem Hintergrund, dass sogar die EU-Verfassung die kommunale Selbstverwaltung in Art I-5 Abs 1 (Titel I) gewährleistet, äußerst fragwürdig.

1) Ich danke der Magistratsabteilung 27/ Dezernat Daseinsvorsorge für die wertvolle Unterstützung.

Eng im Zusammenhang mit der Gemeindeautonomie steht das Subsidiaritätsprinzip, das derzeit in Art 5 EGV und ebenfalls durch die EU-Verfassung (Titel III Art I-11) garantiert wird. Subsidiarität wird so verstanden, dass die Europäische Ebene demnach nur dann tätig wird, wenn die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen nicht besser auf Ebene der Mitgliedstaaten bzw deren Einheiten erreicht werden können. In Österreich ist das Subsidiaritätsprinzip vor allem durch die Gemeinde- und Landesautonomie geprägt. Damit das Subsidiaritätsprinzip nicht zu einem leeren Bekenntnis wird, müssen die Gemeinden auch weiterhin in die Lage versetzt werden, ihren Aufgaben im Bereich der Leistungen von allgemeinem Interesse nachkommen zu können.

Erwähnenswert erscheint auch die Tatsache, dass durch den Vertrag von Amsterdam in Art 16 EGV erstmals ein Bekenntnis der Europäischen Union zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse abgegeben wurde. Dennoch wird die Erbringung der Daseinsvorsorge durch kommunale Einrichtungen auf Europäischer Ebene immer häufiger in Frage gestellt. Ferner muss darauf hingewiesen werden, dass die Gemeinden zur Erreichung der sog „Maastrichtkriterien“ verstärkt die „Flucht ins Privatrecht“ antreten müssen. Es werden daher privatrechtliche Gesellschaften gegründet, die mit der Erfüllung der Leistungen der Daseinsvorsorge betraut werden. Gerade durch diese Ausgliederungen entstehen wiederum die Spannungsverhältnisse mit dem Vergabe- und Wettbewerbs(Beihilfen)recht.

4. Die Entwicklung der Europäischen Politik zum Thema Daseinsvorsorge

4.1 Maßnahmen der Europäischen Kommission (EK)

4.1.1. Mitteilung der EK zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 26. 9. 1996, (96/C 281/03)

Die EK spricht sich dafür aus, dass Teile der Leistungen der Daseinsvorsorge, wie Gesundheit, Soziales, Bildung, Wasserversorgung und Wohnung auf nationaler bzw regionaler Ebene sichergestellt werden sollen.

4.1.2. Mitteilung der EK zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 20. 9. 2000, (2001/C 17/04)

Vier Jahre später spricht sich die EK für die Liberalisierung des Wassersektors aus. Auf Druck des Europäischen Parlamentes wurde dies wieder zurückgenommen.

4.1.3. Mitteilung der EK zur Binnenmarktstrategie vom 7. 5. 2003 (KOM 203/238)

Wesentlicher Inhalt ist der Abbau administrativer und sonstiger bürokratischer Hindernisse für den Dienstleistungsverkehr.

4.1.4. Grünbuch der EK zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21. 5. 2003 (KOM 2003/270)

Mit diesem Grünbuch hat die EK eine grundsätzliche Diskussion zur Daseinsvorsorge (insbesondere Definition, Finanzierung, Rechtsrahmen, Evaluierung) eingeleitet.

4.1.5. Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12. 5.2004 (KOM 2004/374)

Neben anderen Maßnahmen kündigt die EK an, in den Vorhaben für die folgenden zwei Jahre den Sektor Wasserwirtschaft bis Ende 2004 zu bewerten.

4.1.6. Horizontale Evaluierung/ Eurobarometer-Umfrage vom 28. 6.2004

Die EK veröffentlicht die erste horizontale Evaluierung der sektoralen Liberalisierungen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. In der gleichzeitig erschienenen Eurobarometer-Umfrage sprach sich die Bevölkerung der Europäischen Union gegen die Liberalisierung des Wassersektors aus.

4.1.7. Drei Regelungen der EK bezüglich beihilfenrechtlicher Beurteilung der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Monti-Paket) vom 13. Juli 2005

Beim so genannten „Monti-Paket“ handelt es sich um eine Entscheidung der EK über die Anwendung des Art 86 EGV auf staatliche Beihilfen, um einen Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen und um eine Änderung der Transparenzrichtlinie.

4.2. Maßnahmen des Europäischen Parlaments (EP)

4.2.1. Entschließung des EP zum Grünbuch der EK betreffend Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 14. 1. 2004

In seiner Entschließung vom 14. Jänner 2004 nahm das EP ua dezidiert gegen sektorale Regelungen zur Marktöffnung im Bereich Wasserversorgung Stellung, unterstützte aber für diese Sektoren eine „Modernisierung“ unter Zugrundelegung wirtschaftlicher Grundsätze und der Einhaltung von Qualitäts- und Umweltstandards.

4.2.2. Entschließung des EP zu der Binnenmarktstrategie vom 11. 3. 2004

Am 13. März 2004 verabschiedete das EP eine weitere Entschließung zu den Vorhaben der EK im Rahmen der Binnenmarktstrategie 2003 bis 2006. Darin wurde erneut die Liberalisierung des Wassersektors abgelehnt.

4.3. Entscheidungen des EuGH

4.3.1. Altmark Trans (Rs C 280/00) vom 24. Juli 2003

Es wurde festgehalten, dass Ausgleichszahlungen der öffentlichen Hand an ein Versorgungsunternehmen bei Einhaltung bestimmter (insbesondere Transparenz-) Kriterien keine unzulässigen staatlichen Beihilfen darstellen.

4.3.2. Stadt Halle (Rs C-26/03)

Die Entscheidung des EuGH ist insofern richtungweisend, als zukünftig Aufträge an Unternehmen, an denen neben der öffentlichen Hand auch ein Privater beteiligt ist, nur nach einem formellen Vergabeverfahren erteilt werden dürfen.

4.3.3. EK gegen Spanien (RS C-84/03)

Diese Judikatur eröffnet vergaberechtliche Fragen im Zusammenhang mit der interkommunalen Zusammenarbeit

und könnte diese im Bereich der Daseinsvorsorge in Frage stellen.

5. Gemeinden im Kontext des Binnenmarktes

Gleichzeitig mit der Verabschiedung der „Lissabon-Strategie“ wurde die EK aufgefordert eine neue Binnenmarktstrategie für den Zeitraum 2003 bis 2006 auszuarbeiten. Diese wurde 2003 verabschiedet und verfolgt ua das Ziel einer weitgehenden Marktöffnung der netzgebundenen Wirtschaftszweige und kündigte erstmals die Überprüfung der Wettbewerbssituation im Bereich der Trinkwasserversorgung bzw auch des Abwassersektors an. Ferner stellt die Binnenmarktstrategie die Grundlage für die Erarbeitung der umstrittenen „Dienstleistungsrichtlinie“ dar.

5.1. Marktöffnung

Neben der Liberalisierung strebt die EK auch eine Evaluierung der Beihilfen- und der Vergabevorschriften an. In den letzten Jahren sind daher zahlreiche Dokumente, wie etwa das Grün- und Weißbuch zu den Leistungen von allgemeinem Interesse bzw das Grünbuch zu den öffentlich-privaten Partnerschaften ergangen.

Die Bestrebungen der EK den Wassersektor zu liberalisieren sind von dem Gedanken getragen, dass dadurch insb Effizienzgewinne möglich wären. Aus den unter Punkt 6 dargelegten Gründen bestehen aber erhebliche Zweifel an der Seriosität dieser Zielsetzung. Das Tempo der EK hinsichtlich der Öffnung des Wassersektors konnte insbesondere durch eine Entschließung des Europäischen Parlaments gebremst werden, in der von Seiten des EP festgehalten wird, dass die Bewirtschaftung der Wasserressourcen nicht den Regeln des Binnenmarktes unterliegen darf. Ferner wird darauf hingewiesen, dass angesichts der Erfahrungen mit der Liberalisierung der Energieversorgung und der Eisenbahnen sowie unter Berücksichtigung der Stagnation des Wirtschaftswachstums in Frage gestellt wird, ob die Liberalisierung generell und speziell im Bereich der Wasserversorgung und –aufbereitung überhaupt weitergeführt werden soll, da die Versorgungssicherheit erheblich gefährdet erscheint.

5.2. Dienstleistungsrichtlinie

Mit dem Vorschlag einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt will die EK administrative und sonstige bürokratische Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr und für die Niederlassungsfreiheit abbauen. Am heftigsten umstritten ist dabei das sog „Herkunftslandprinzip“. Aus Sicht der Kommunen ist neben dem „Herkunftslandprinzip“ vor allem problematisch, dass die Dienstleistungsrichtlinie keine klare Abgrenzung zu den Leistungen von allgemeinem Interesse trifft. Es wird zwar in der Erläuterung zur Richtlinie festgehalten, dass die Öffnung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse für den Wettbewerb nicht Gegenstand des Richtlinienvorschlages ist, jedoch bezieht sich der Vorschlag nur auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, nicht aber auf die nicht marktbestimmten Dienstleistungen. Es besteht daher in Ermangelung einer klaren Abgrenzung im Rechtstext die Gefahr, dass im Wege dieser Richtlinie „schleichend“ die Marktöffnung für nicht marktbestimmte Dienstleistungen, darunter fallen nach Ansicht der Gemeinden ua die Trinkwasserversorgung, die Müll- und

Abwasserentsorgung oder der Sozial- und Bildungsbereich, vorangetrieben werden soll.

6. Liberalisierungsdruck am Beispiel der Trinkwasserversorgung

In den 80er Jahren wurden die Sektoren Telekommunikation, Gas und Strom liberalisiert. Diese Bestrebungen sollen nunmehr verstärkt im Bereich der Wasserversorgung vorangetrieben werden (siehe unter 4.1). Dies würde einerseits für die Städte und Gemeinden einen massiven Eingriff in ihre Gemeindeautonomie bedeuten und andererseits aber auch, wie negative Beispiele aus Großbritannien oder Frankreich zeigen, für die Bevölkerung bedenklich sein. Liberalisierung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Leistung nicht durch die öffentlich Hand erbracht wird, sondern von einem privaten Unternehmen aufgrund eines generellen Ausschreibungsverfahrens. Die Gemeinden würden ihrer Aufgaben entledigt werden und zu „Bestellern“ degradiert. Die Befürworter der Liberalisierung des Wassersektors gehen davon aus, dass eine Öffnung für den freien Markt zu mehr Wettbewerb, zu einer Effizienzsteigerung und zu einer Reduktion des Wasserpreises führen würde. Folgende Argumente müssen in einer Diskussion über die Öffnung des Wassersektors berücksichtigt werden:

6.1. Steigerung des Wettbewerbes

Die Wasserversorgung stellt ein natürliches Monopol dar, weswegen eine Duplizierung der Leitungsnetze als unwirtschaftlich erachtet wird. Im Gegensatz zum Bereich der Energieversorgung ist die Einräumung von Durchleitungsrechten aus technischen und hygienischen Gründen unmöglich. Dies vor allem deshalb, weil es an flächendeckenden Verbundnetzen mangelt, die Voraussetzung für die Einleitung in fremde Netze ist daher nicht gegeben. Ferner bestehen je nach Ursprung des Wassers chemische und mikrobiologische Unterschiede. Um die Qualität des Wassers erhalten zu können darf keine Mischung erfolgen. Aus den dargelegten Gründen ist daher ein Wettbewerb im Markt – es gibt mehrere Anbieter und der Endverbraucher kann sich den billigsten aussuchen – nicht möglich.

Es besteht daher nur die Möglichkeit des Wettbewerbes um den Markt, der durch regelmäßige Ausschreibungen an geeignete Anbieter stattfinden könnte. Die öffentliche Hand erteilt dem kostengünstigsten Anbieter aufgrund eines umfassenden Vergabeverfahrens den Auftrag zur Wasserversorgung. Letztendlich wird das öffentliche Monopol durch ein befristetes Monopol ersetzt. Eine Steigerung des Wettbewerbes kann aber in diesem Fall nicht erwartet werden, da aufgrund der erforderlichen hohen Investitionskosten die Laufzeit der Verträge eine Amortisation des eingesetzten Kapitals ermöglichen muss. Dies führt zu sehr langen Vertragslaufzeiten, die einen nur unwesentlichen Wettbewerbsdruck, der ansonsten mit regelmäßigen Ausschreibungen verbunden ist, erzeugen. Von einer Steigerung des Wettbewerbes kann daher nicht ausgegangen werden.

6.2. Effizienzsteigerung durch Wettbewerb

Wesentlicher Gradmesser für die Effizienz ist das Ausmaß der Leitungsverluste. Bei einem Blick in jene Länder (England, Wales, Frankreich) in denen die Trinkwasserversorgung

privatisiert wurde kann festgestellt werden, dass die Verluste deutlich höher als in Österreich sind. Darüber hinaus zeigt die Erfahrung, dass private Unternehmen die Investitionen in die Erhaltung bzw. Instandsetzung der Leitungsinfrastruktur drastisch senken, was letztendlich dazu führt, dass durch undichte Rohrleitungen Milliarden Liter Wasser verloren gehen.

In diesem Zusammenhang muss auch erwähnt werden, dass durch die Liberalisierung im Laufe der Jahre das Knowhow in den Kommunen verloren geht. Im Falle eines Marktversagens muss die Kompetenz in den Gemeinden auf kostenintensive Weise rückerlangt werden. Ferner sind erhebliche Investitionen in die vernachlässigte Infrastruktur erforderlich. Darüber hinaus wird in der Diskussion oftmals vergessen, dass die Kommunen nicht nur die Wasserversorgung erbringen, sondern darüber hinaus in die Qualitätssicherung, in den Quellenschutz, in die Bewusstseinsbildung über den Wert des Wassers, in die Forschung und in ein nachhaltiges Abwassermanagement investieren. Diese Investitionen können von privaten Unternehmern, deren primäres Ziel die Gewinnmaximierung ist, um auf dem privaten Markt bestehen zu können, nicht erwartet werden.

6.3. Reduktion des Wasserpreises

Dieses Argument der Liberalisierungsbefürworter kann alleine mit einem Blick nach Großbritannien entkräftet werden, dort ist der Wasserpreis um durchschnittlich 36 % gestiegen und dies bei einem signifikanten Qualitätsverlust.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die bisher vorgebrachten Argumente für eine Privatisierung des Wassersektors sehr fragwürdig erscheinen. Es kann erwartet werden, dass diese Diskussion in den kommenden Jahren auch in den übrigen Bereichen der Daseinsvorsorge zu führen ist.

7. Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsverhältnis mit dem Beihilfenrecht

Art 16 EGV hebt den Stellenwert, den die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, hervor und unterstreicht auch ihre Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts. Ausgangslage für die sich aus dem Beihilfenrecht ergebenden Probleme ist die in Art 87 Abs 1 EGV normierte Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt. Für die Gemeinden hat dies vereinfacht ausgedrückt zur Folge, dass Ausgleichszahlungen etwa zur Abgangsdeckung eines ausgegliederten Versorgungsbetriebes unter Umständen, wenn nicht durch die Folgeabsätze des Art 87 eine Ausnahme vorgesehen ist, eine verbotene staatliche Beihilfe darstellen, was die Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge erschwert. Von entscheidender Bedeutung für die Kommunen war in diesem Zusammenhang das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans“, in dem wichtige Aspekte hinsichtlich der Anwendbarkeit der Artikel 87 und 88 EGV geklärt wurden und den Kommunen einen gewissen Handlungsspielraum eröffnete.

Steger

Erfolgreich Führen in der Verwaltung

Eine praxisorientierte Steuerungshilfe

2005, 146 Seiten, br., 3-7046-4773-X, € 19,80

Dr. Steger beschreibt in seinem Buch die Erfolgs- und Mißerfolgskriterien für Führungskräfte in der Verwaltung, gibt Tipps, wie man in den Untiefen des öffentlichen Sektors erfolgreich steuert, wie mit schwierigen Situationen erfolgreich umgegangen werden kann. Der Autor ist langjährige Top-Führungskraft in der österreichischen Bundesverwaltung. Er kennt die Verwaltung, ihre Eigenheiten, ihre Vorzüge und ihre Defizite wie wenige andere.

Er kann aus Erfahrung beschreiben, wie man in der Verwaltung erfolgreich agiert: mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, mit Kolleginnen und Kollegen, mit anderen Dienststellen, mit der Privatwirtschaft und nicht zuletzt mit der politischen Ebene.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

VERLAG
 ÖSTERREICH

Im letzten Jahr waren die Kommunen mit dem sog. „Monti-Paket“ konfrontiert, das am 13. Juli 2005 von der EK beschlossen wurde. Es umfasst 3 Dokumente, die einen wesentlichen Einfluss auf das Beihilfenrecht darstellen. Um den Rahmen dieser Ausführungen nicht zu sprengen möchte ich lediglich auf die Entscheidung der Europäischen Kommission über die Anwendbarkeit von Art 86 EGV auf staatliche Beihilfen eingehen.

Ziel der Entscheidung über die Anwendbarkeit von Art 86 EGV auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden, ist eine Erleichterung von der Notifizierungspflicht gemäß Art 88 Abs 3 EGV. Aufgrund der Entscheidung sind nunmehr Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser und im sozialen Wohnbau tätige Unternehmen, die Leistungen erbringen, die vom jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse qualifiziert werden sowie Ausgleichszahlungen an Unternehmen die Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, deren Jahresumsatz und die geleistete Ausgleichszahlung einen festgelegten Betrag nicht übersteigen von der Informationspflicht gemäß Art 88 Abs 3 EGV ausgenommen.

Diese Entscheidung stellt aus Sicht der Städte und Gemeinden durchwegs einen Schritt in die richtige Richtung dar. Die Schwierigkeiten für die Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge können aber nicht beseitigt werden. Vielmehr müssten auch die Bereiche der Wasserversorgung, der Abwasser- und Abfallentsorgung sowie die Sozial- und Gesundheitsleistungen von der Notifizierungspflicht ausgenommen werden. Ferner sollten insbesondere für Großstädte die Schwellenwerte viel höher angesetzt werden.

8. Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsverhältnis mit dem Vergaberecht

Wie bereits oben ausgeführt, können die Städte und Gemeinden öffentliche Dienstleistungen selbst, durch einen eigenen ausgegliederten Rechtsträger (Inhouse-Vergabe), gemeinsam mit einem Privaten (PPP-Modell) oder nur durch einen Dritten erbringen. Als Grundthese ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass das europäische Vergaberecht und darauf basierend auch das österreichische Bundesvergabegesetz 2002 Verträge, die die Erbringung von kommunalen Versorgungsleistungen zum Inhalt haben, grundsätzlich nicht anders

behandelt als sonstige Verträge. Entschließt sich daher eine Gemeinde ihre Leistungen nicht selbst zu erbringen, ist sie an das nationale und europäische Vergaberecht, einschließlich der Judikatur des EuGH gebunden, was komplizierte Auslegungsfragen aufwirft. Die Variante, die Leistungen der Daseinsvorsorge durch ein ausgegliedertes Unternehmen, das im 100 % Eigentum der Kommune steht, erbringen zu lassen, ist weitgehend unproblematisch. Es wird von einer sog. Inhouse-Vergabe ausgegangen, die kein förmliches Auswahlverfahren erforderlich macht. Für die Kommunen problematisch – und seit dem Urteil in der Rechtssache „Stadt Halle“ eine richtiggehende Bedrohung – ist die Auftragserteilung an ein Unternehmen, an dem ein Privater beteiligt ist. Bis zur oben zitierten Entscheidung war man der Hoffnung, dass, wenn die Kommune die Mehrheit an einem Unternehmen hält, eine Auftragserteilung als Inhouse-Vergabe behandelt werden kann. Dieser Auffassung hat der EuGH nunmehr einen Riegel vorgeschoben und festgehalten, dass das Vergaberegime auch dann anzuwenden ist, wenn ein Auftrag an eine Gesellschaft erteilt werden soll, die sich rechtlich von der Kommune unterscheidet und an deren Kapital neben der Gemeinde auch Private (unabhängig von der Höhe) beteiligt sind. Eine Auftragserteilung an ein sog. Kooperationsunternehmen ist daher nicht anders zu behandeln als eine an einen „echten“ Privaten.

9. Ausblick

Die dargestellte Situation ist für die Kommunen alles andere als erfreulich. Die Diskussionen über die Europäische Verfassung haben vorläufig die Liberalisierungsbestrebungen gebremst, aber es dürfte sich nur um die „große Ruhe vor dem Sturm handeln“. Wesentliche Aufgabe der Städte und Gemeinden wird es auch weiterhin sein, beständig auf den Wert der Leistungen der Daseinsvorsorge für das europäische Gesellschaftsmodell aufmerksam zu machen und letztendlich die Befürworter der Liberalisierung zu einem Umdenken zu bewegen. Gerade die Diskussionen über die Akzeptanz der Europäischen Verfassung zeigen, dass die Bevölkerung eine Gemeinschaft sucht, in der nicht nur die Wirtschaft im Mittelpunkt steht, sondern auch Verantwortung für jede(n) einzelne(n) Bürgerin und Bürger übernommen wird.

*Mag. Ulrike Huemer, Stadt Wien;
hue@m05.magwien.gv.at.*