

*F ü r u n s e r L a n d !*

LEGISLATIV-

UND

VERFASSUNGSDIENST

Bundesministerium für Wirtschaft,
Familie und Jugend

Per E-Mail: post@C12.bmwfj.gv.at

ZAHL

2001-BG-170/36 -2009

DATUM

24.4.2009

CHIEMSEEHOF

✉ POSTFACH 527, 5010 SALZBURG

landeslegistik@salzburg.gv.at

FAX (0662) 8042 - 2164

TEL (0662) 8042 - 2869

Herr Dr. Sieberer

BETREFF

Begutachtung Sammelgesetz Dienstleistungsgesetz; Stellungnahme

Bezug: do Zl BMWFJ-56.205/0011-C1/2/2009

Zum Entwurf eines „Sammelgesetzes Dienstleistungsrichtlinie“ (DLG) wird folgende Stellungnahme abgegeben:

1. Zu §§ 1, 2 DLG:

Die Formulierung der Kompetenzdeckungsklausel im § 1 Abs 1 DLG wird abgelehnt, da sie die Gefahr einer massiven Kompetenzerosion Richtung Bund birgt. In der genannten Bestimmung ist die Rede von „Angelegenheiten, wie sie in diesem Bundesgesetz geregelt sind“; sie sollen in Gesetzgebung Bundessache sein. Im § 2 DLG heißt es, dass dieses Bundesgesetz vorbehaltlich der Ausnahmen nach § 3 DLG für Dienstleistungen gilt, die von einem in einem EWR-Staat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden. Nach dem Wortlaut dieser Vorschriften (eine einschränkende Interpretation ist in den Erläuterungen nicht auffindbar) könnten damit hinkünftig etwa auch das Schischul- und Bergführerrecht und andere bislang landesgesetzlich geregelte Dienstleistungen auf Grund der so normierten Kompetenzkompetenz des einfachen Bundesgesetzgebers von diesem geregelt werden. Auch hinsichtlich der Einheitlichen Stelle, als welche ja das Amt der Landesregierung fungieren soll, wäre eine Einfallspforte für Eingriffe in die

DAS LAND IM INTERNET: www.salzburg.gv.at

AMT DER SALZBURGER LANDESREGIERUNG • LANDESAMTSDIREKTION

✉ POSTFACH 527, 5010 SALZBURG • TEL (0662) 8042-0* • FAX (0662) 8042-2160 • MAIL post@salzburg.gv.at • DVR 0078182

Organisationshoheit der Länder eröffnet, könnte doch der Bundesgesetzgeber auf Basis der Kompetenzdeckungsklausel deswegen, weil die Einheitliche Stelle im Dienstleistungsgesetz geregelt wird, auch insoweit Regelungen schaffen.

Dass damit nicht bloß auf abwegige Weise dem Bund eine länderfeindliche Absicht unterstellt wird, erhellt eine Zusammenschau aus Abs 3 und Abs 1 des § 1 DLG: Der offenkundige Sinn des Abs 3 besteht darin, eine verfassungsrechtliche Absicherung dafür zu schaffen, dass der Einheitliche Ansprechpartner (EAP) seine von der Richtlinie vorgegebene Funktion auch in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs von Selbstverwaltungseinrichtungen erfüllen kann. Abs 3 bezieht sich aber nur „auf Angelegenheiten, wie sie in den nach Abs 1 ergehenden Bundesgesetzen geregelt sind“. Daraus können zwei Schlüsse gezogen werden: Entweder Abs 3 erreicht sein Ziel nicht, weil eine Deckung für das Tätigwerden außerhalb des Selbstverwaltungskörpers angesiedelter Stellen (etwa Ämter der Landesregierungen als EAP) nur für einen Teilbereich, nämlich für alle bundesgesetzlich in den eigenen Wirkungsbereich verwiesenen Agenden bewirkt wird. Oder aber wird davon ausgegangen, dass künftig sämtliche in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallende Dienstleistungen vom Bundesgesetzgeber geregelt werden können (und eine Verweisung einer richtlinienrelevanten Angelegenheit in den eigenen Wirkungsbereich zB der Gemeinde durch Landesgesetz gar nicht mehr in Betracht kommt.) Insbesondere letztere Auslegungsvariante wird vom Land Salzburg mit aller Schärfe abgelehnt. Aber auch die erstgenannte Lösung zeigt, dass § 1 DLG einer Änderung bedarf.

Auch eine Formulierung „Erlassung von Vorschriften, wie sie in diesem Bundesgesetz enthalten sind“ im Abs 1 befriedigt nicht. Es bliebe dennoch eine uneingeschränkte Kompetenzkompetenz des einfachen Bundesgesetzgebers mit der Folge, nach Belieben Zuständigkeiten in Sachen Dienstleistungen durch Aufnahme in das DLG an sich ziehen zu können. Auch dem kann nicht zugestimmt werden, zumal dadurch das auf Kompetenzverschiebungen zu Lasten der Länder, die durch Verfassungsgesetze bewirkt werden, bezogene Zustimmungrecht des Bundesrates nach Art 44 Abs 2 B-VG unterminiert würde. Akzeptabel erschiene § 1 Abs 1 DLG mit der Formulierungsänderung nur dann, wenn zusätzlich eine effektive Mitwirkungsmöglichkeit der Länder bei Änderungen des Horizontalgesetzes verankert würde, wofür Art 14b Abs 4 B-VG Pate stehen könnte.

§ 1 Abs 3 DLG muss so textiert werden, dass er seinem Zweck Genüge tut: Dh es muss möglich sein, in allen – bundes- und landesgesetzlich geregelten – Angelegenheiten (hier ist der Ausdruck „Angelegenheiten“ im Gegensatz zu § 1 Abs 1 DLG zutreffend) einer Stelle (Amt der Landesregierung) die Aufgaben des EAP zuzuweisen, ohne in Konflikt mit der Bundesverfassung, insbesondere mit ihren Bestimmungen über den eigenen Wirkungsbereich von Selbstverwaltungskörpern, zu geraten (für eine EAP-Funktion, nämlich jene als Einbringungsstelle, besteht eine gesonderte verfassungsrechtliche Absicherung

im § 20a Abs 1 AVG). Darüber hinaus ist eine weitere Unschärfe zu beseitigen: Bislang ist von „den in diesen Bundesgesetzen vorgesehenen Behörden“ die Rede, wobei verkannt wird, dass die Einheitliche Stelle nach ihrer Konzeption im Entwurf eben keine Behörde sein soll. Wenn jedoch schon durch die zweifellos der Hoheitsverwaltung zuzurechnende Pflicht zur Entgegennahme und Weiterleitung von Anbringen an (mit Entscheidungsbezugnis ausgestattete) Behörden der im § 1 Abs 3 gemeinte Behördenbegriff für verwirklicht erachtet wird, so wäre dies entsprechend klarzustellen bzw der Begriff „Behörde“ unmissverständlich zu definieren.

Hingewiesen wird letztlich darauf, dass die Ausführung in den Erläuterungen zu § 1 DLG, die bundesgesetzliche Regelungskompetenz sei wesentliche Voraussetzung für die EU-konforme Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, da diese einheitliche Vorschriften erfordere, objektiv falsch ist und den bundesstaatlichen Aufbau Österreichs negiert. Dass eine Kompetenzdeckungsklausel in einem bestimmten Bereich (insb Verwaltungszusammenarbeit) zur Vermeidung allfälliger Streitfragen praxisgerecht erscheint, wird nicht bestritten, erforderlich – wie in den Erläuterungen suggeriert – ist sie aber nicht.

2. Zu § 3 DLG:

Es sollte überlegt werden, ob es anstelle der Übernahme der Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie (DL-RL) aus dem Richtlinien text nicht sinnvoller wäre, in der Bestimmung über den Anwendungsbereich des DLG statisch auf jenen der DL-RL zu verweisen. Dies würde manche Probleme bzw zusätzliche Auslegungsfragen beseitigen. So sieht etwa der Entwurf im § 1 Abs 2 vor, dass dieses Bundesgesetz nicht für den Bereich der Steuern gilt. Damit wird zwar Art 2 Abs 3 DL-RL wortgleich übernommen, ohne freilich zu bedenken – und ohne auch in den Erläuterungen Entsprechendes auszuführen –, dass sich der gemeinschaftsrechtliche Steuerbegriff nicht mit dem innerstaatlichen Abgabenbegriff deckt, und die Richtlinie überdies nur auf indirekte Steuern abstellt (vgl näher *Sieberer*, Normen-Screening durch die Länder auf Grund der EU-Dienstleistungsrichtlinie, in: Kärntner Verwaltungsakademie [Hrsg], Bildungsprotokolle – 6. Klagenfurter Legistik@Gespräche 2008 [2009] 101 [111 f]). Ferner sind die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der DL-RL im § 3 DLG nur unzureichend abgebildet; so fehlt etwa die Ausnahme betreffend Monopole, die in Art 1 Abs 3 DL-RL enthalten ist.

3. Zu § 4 DLG:

Wie schon unter Pkt 1. erwähnt, sollte der Behördenbegriff, so wie er im DLG verstanden wird, definiert werden. Auch sollte der Begriff „Genehmigung“ definiert werden, da jedenfalls „Genehmigungsregelungen“ im Sinn von Art 4 Z 6 DL-RL viel weiter gehen als das klassische innerstaatliche Verständnis von Genehmigungen. Allerdings könnte im

Art 13 Abs 4 DL-RL betreffend Genehmigungsfunktion sehr wohl auf das auch in Österreich herrschende Begriffsverständnis (Antrag und bescheidmäßige Absprache darüber) Bezug genommen werden. Welches Verständnis dem im DLG enthaltenen Genehmigungsbegriff zugrunde liegt, sollte jedenfalls klargestellt werden.

4. Zu § 5 DLG:

Es wird angeregt, die in der Richtlinie vorgesehene Bezeichnung „Einheitlicher Ansprechpartner (EAP)“ auch auf nationaler Gesetzgebungsebene aufrechtzuerhalten, da dies auf Grund der bereits eingeführten Begrifflichkeit die Auffindbarkeit speziell im deutschsprachigen Ausland erleichtern würde.

Im Abs 3 ist vorgesehen, dass die Einheitliche Stelle auf Anfrage des Dienstleistungserbringers den Verfahrensstand bei der Behörde unverzüglich mitzuteilen hat. Damit wird eine Aufgabe des EAP normiert, die durch die Richtlinie nicht zwingend vorgegeben erscheint und nur zusätzliche Kommunikationswege zwischen EAP und Behörde notwendig macht. Es sollte daher auf § 5 Abs 3 verzichtet bzw klargestellt werden, dass der Verfahrensstand jederzeit bei der zuständigen Behörde abgefragt werden kann.

Die Ausführungen in den Erläuterungen zu § 5, die Pflicht des Dienstleistungserbringers gemäß Art 11 Abs 3 DL-RL, die einheitliche Stelle über dort näher festgelegte Änderungen zu informieren, sei in den Materien Gesetzen zu normieren, sollte hinterfragt werden. Als horizontale Regelung würde sich eine Umsetzung im DLG sehr wohl anbieten. Gleiches gilt für die Umsetzung von Art 7 Abs 2 DL-RL (Informationspflicht der Behörde).

5. Zu § 6 DLG:

Die Ämter der Landesregierungen haben als EAP den Dienstleistungserbringern bestimmte Basisinformationen nach Art 7 Abs 1 DL-RL zur Verfügung zu stellen. Von zentraler Bedeutung erscheint, dass gesetzlich abgesichert ist, dass die Länder die Basisinformationen zu den bundesrechtlich geregelten Verfahren vom Bund bzw vom zuständigen Bundesministerium erhalten. Durch die Formulierung des § 6 ist dies jedoch nicht gewährleistet, heißt es dort doch lediglich, dass die „Behörde“ dem EAP die entsprechenden Informationen zur Verfügung zu stellen hat. Es wäre völlig widersinnig und mit enormem Aufwand verbunden, wenn jedes Amt der Landesregierung bzw die Bezirksverwaltungsbehörden als „Behörden“ iSd § 6 selbst etwa alle Verfahren nach der GewO beschreiben müssten, um den Ansprüchen der DL-RL Genüge zu tun. Es wird daher er sucht, eine den nötigen Informationsfluss vom Bund bzw allgemein vom zuständigen obersten Organ der normsetzenden Körperschaft zu den EAPs sicherstellende Bestimmung in das DLG aufzunehmen.

6. Zu § 7 DLG:

Die Anordnung, dass das Verfahren „bei“ der Behörde auf Verlangen des Beteiligten in elektronischer Form abzuwickeln ist, könnte bedeuten, dass damit die Behörde auch hinsichtlich der internen Abwicklung zu einer elektronischen Aktenverwaltung verhalten werden könnte. Eine derartige Auslegung, die der Wortlaut nahe legt, ist wegen des damit bewirkten Eingriffs in die Organisationshoheit der Länder abzulehnen. Zur Klarstellung wird angeregt, dass im Abs 1 nach dem Wort „Beteiligten“ das Wort „ihm gegenüber“ eingefügt wird.

7. Zu § 8 DLG:

Zur Durchführung von elektronischen Kopien und Bestätigungen mittels Amtssignatur durch Verwaltungsbehörden wird kein Bedarf gesehen. Soweit Originaldokumente oder beglaubigte Kopien gemeinschaftsrechtlich gefordert werden können, sollen die entsprechenden Beglaubigungen von Gerichten bzw Notaren erfolgen. Ein zusätzliches Regelungserfordernis besteht nicht.

8. Zu § 9 DLG:

Die in eckige Klammern gesetzte Regelungsvariante, mit der bewirkt wird, dass bei der Einbringung über eine einheitliche Stelle behördliche Entscheidungsfristen erst mit dem dritten Werktag nach der Einbringung bei der einheitlichen Stelle zu laufen beginnen, wird positiv gesehen.

Da nach wie vor rechtliche Grundlagen für eine reibungslos funktionierende Zustellung im Ausland fehlen, könnte der Fall eintreten, dass die Behörde einen abschlägigen Bescheid an eine im Ausland gelegene Zustelladresse schickt, diese Zustellung aber nicht wirksam wird, somit kein Bescheid innerhalb der Entscheidungsfrist erlassen wurde und folglich die Genehmigungsfiktion zum Tragen kommt. Es sollte eine Regelung getroffen werden, die eine derartige Fallkonstellation verhindert (etwa in Form einer Zustellfiktion).

Begrüßt wird, dass im Abs 5 zwar §§ 68 bis 70 AVG, die behördliche Abänderungen rechtskräftiger Bescheide ermöglichen, bezüglich der Genehmigung auf Grund der Genehmigungsfiktion für anwendbar erklärt werden, nicht jedoch §§ 63 ff AVG. Offenbar gehen die Verfasser des Entwurfs davon aus, dass in Mehrparteienverfahren die Genehmigungsfiktion regelmäßig ausgeschlossen werden wird (dh vom „opt-in“ gemäß Abs 1 kein Gebrauch gemacht wird) und daher eine Berufung gegen die auf Grund einer Fiktion als erteilt geltende Genehmigung nicht in Betracht kommt. Dieses – auch ho vorherrschende – Verständnis zugrunde gelegt, müsste aber ebenso Abs 4 zweiter Satz, wonach

die Bestätigung „allen“ Parteien des Verfahrens zuzustellen ist, angepasst werden und somit entfallen bzw auf den Antragsteller reduziert werden.

9. § 18 DLG:

Es möge geprüft werden, ob die Bestimmung über den Vorwarnmechanismus im Licht der jüngsten Rechtsprechung des VfGH betreffend Frühwarnungen durch die Finanzmarktaufsicht (Erkenntnis vom 12.3.2009, G 164/08) nicht wegen Fehlens eines rechtsstaatlichen Kriterien entsprechenden Verfahrens zur Erlassung von Vorwarnungen verfassungswidrig ist.

10. Zu § 22 DLG:

Für den Fall, dass die Verwaltungsübertretung im Ausland begangen wird, müsste mangels darauf bezogener Vorschrift im VStG und angesichts der Nichtanwendbarkeit des § 3 AVG (vgl § 24 VStG) eine die örtliche Zuständigkeit bestimmende Regelung getroffen werden.

11. Zu §§ 24, 25 DLG:

Zum im § 24 des Entwurfs vorgesehenen Beirat wird festgehalten, dass dessen Nutzen nicht erkannt werden kann. Eine gesetzliche Institutionalisierung neuer Gremien leistet einer weiteren Aufblähung des Behörden- und Amtsapparates Vorschub und steht im augenfälligen Widerspruch zur oft beschworenen Entbürokratisierung und Strukturverschlinkung. Die Einrichtung eines Beirats zur Evaluierung der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie und zur Weiterentwicklung der Kompetenzen des EAP (vgl § 25) wird daher abgelehnt.

12. Zu § 20a AVG:

Zunächst ist zu bemerken, dass die im Vorblatt der Erläuterungen getroffene Aussage, das Gesetzesvorhaben sehe ausschließlich Maßnahmen vor, zu denen der Bund auf Grund zwingender Vorgaben des Gemeinschaftsrechts verpflichtet ist, schlechthin falsch ist. Denn § 20a AVG sieht vor, dass der EAP als Einbringungs- und Weiterleitungsstelle nicht nur für Verfahren im Anwendungsbereich der DL-RL offen steht, sondern für alle Verwaltungsverfahren, die nach dem AVG abzuwickeln sind. Davon sind auch Verfahren des eigenen Wirkungsbereichs von Selbstverwaltungskörpern und solche der unmittelbaren Bundesverwaltung erfasst, sodass von einem nicht unerheblichen Zusatzaufwand für die Länder als für die personelle und sachliche Ausstattung des EAP (Amt der Landesregierung) zuständige Gebietskörperschaft auszugehen ist. Auf diese finanziellen Auswirkungen auf die Länder wird im Entwurf aber mit keinem Wort eingegangen, was

im Widerspruch zur Vereinbarung über den Konsultationsmechanismus steht. Vor dem Hintergrund des nicht zu leugnenden Zusatzaufwandes für die Länder wird gefordert, eine bundesgesetzliche Grundlage für die Einhebung einer Abgabe zur Abgeltung der Tätigkeit des EAP zu schaffen, deren Ertrag ausschließlich den Ländern zufließt.

Wiewohl mit der vorgesehenen Regelung der Allzuständigkeit des EAP manche Fragen nach dem Anwendungsbereich der DL-RL umgangen werden können, ist dennoch aufzuzeigen, dass auch weiterhin Probleme auftreten können, deren Lösung eine Bescheiderlassung erfordern könnte, die jedoch nach dem Konzept des Entwurfs keinesfalls durch den EAP erfolgen soll: Was ist etwa, wenn kein EAP zuständig ist, etwa weil es um ein Verfahren geht, auf das das AVG nicht anwendbar ist, oder um einen Berufungsantrag? Wie ist vorzugehen, wenn die behördliche Zuständigkeit unklar bzw umstritten ist und der EAP nicht weiß, an welche Behörde er das Anbringen weiterleiten soll? Genau in solchen Fällen wäre unter dem Regime des § 6 Abs 1 AVG ein Zurückweisungsbescheid zu erlassen (vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG I [2004] § 6 Rz 14 mwN). Wie mit solchen Konstellationen umzugehen ist, ob bzw gegebenenfalls von wem Bescheide zu erlassen sind, wäre im Gesetz zu klären.

Nach Abs 3 könnte der EAP in Salzburg ein Anbringen, das sich auf eine in einem anderen Bundesland erbrachte Dienstleistung bezieht, nur dann an den EAP des anderen Bundeslandes weiterleiten, wenn mit diesem das Einvernehmen hergestellt wird. Diese Regelung wird abgelehnt; vielmehr sollte vorgesehen werden, dass in einem derartigen Fall an den EAP des Erbringerbundeslandes weiterzuleiten ist. Wird die Dienstleistung in mehreren Bundesländern erbracht, so sollte es sich der Dienstleistungserbringer aussuchen können, an welchen EAP er sich wendet; eine Weiterleitung durch den Wahl-EAP an einen anderen EAP käme diesfalls nicht in Betracht.

Der im Abs 4 als Variante vorgesehene verzögerte Beginn der Entscheidungsfrist wird begrüßt (siehe auch Pkt 8. zu § 9 DLG).

Die im Abs 5 enthaltene Empfangsbestätigung durch den EAP wird vor dem Hintergrund dessen, dass ohnehin schon § 10 DLG eine Empfangsbestätigung durch die Behörde kennt, sowie mangels zwingendem gemeinschaftsrechtlichen Erfordernis als unangemessener Bürokratieaufwand abgelehnt.

Zu Abs 6 ist festzuhalten, dass der Rechtsanspruch auf eine elektronische Verfahrensführung auf den Anwendungsbereich der DL-RL zu beschränken ist; eine über die Vorgaben des Art 8 DL-RL hinausgehende Richtlinienumsetzung ist durch nichts zu rechtfertigen. Abs 6 sollte daher entfallen und anstelle dessen § 7 DLG dahingehend ergänzt werden, dass sowohl bei der Behörde als auch beim EAP das Verfahren auf Verlangen elektronisch geführt wird.

Diese Stellungnahme wird der Verbindungsstelle der Bundesländer, den anderen Ämtern der Landesregierungen, dem Präsidium des Nationalrates und dem Präsidium des Bundesrates ue zur Verfügung gestellt.

Mit freundlichen Grüßen

Für die Landesregierung:

Dr. Heinrich Christian Marckhgott

Landesamtsdirektor

Ergeht nachrichtlich an:

1. - 8. E-Mail an: Alle Ämter der Landesregierungen
9. E-Mail an: Verbindungsstelle der Bundesländer vst@vst.gv.at
10. E-Mail an: Präsidium des Nationalrates begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at
11. E-Mail an: Präsidium des Bundesrates peter.michels@parlament.gv.at
12. E-Mail an: Bundeskanzleramt ypost@bka.gv.at
13. E-Mail an: Institut für Föderalismus institut@foederalismus.at

zur gefl Kenntnis.