



AUSTRIAN LAW JOURNAL

Ausgabe 1/2016

Schwerpunkt

Tagung Recht und IT – Compliance Management





Erlebt Schengen eine „Renaissance“ oder geht es unter?

Wird aus den vorübergehenden Wiedereinführungen von Binnengrenzkontrollen eine Dauereinrichtung?

Waldemar Hummer*, Universität Innsbruck

Kurztext: Der „Schengen“-Raum ohne Binnengrenzen gehört zu den wichtigsten Errungenschaften der europäischen Integration. Sein Scheitern würde neben großen politischen Konsequenzen auch enorme finanzielle Kosten verursachen. Die von einer Reihe von Mitgliedstaaten zur Bewältigung der Flüchtlingskrise vorübergehend eingeführten Grenzkontrollen sind zwar zum Teil durch Ausnahmebestimmungen im Schengener Grenzkodex gedeckt, wären aber zB im Falle Österreichs und Deutschlands spätestens Mitte Mai 2016 wieder aufzuheben. Die Europäische Kommission versucht, durch einen eigenen „Fahrplan“, bis spätestens Ende 2016, das „Schengen-Dublin“-System wieder voll funktionsfähig zu machen. Daneben schlägt sie Reformen des „Gemeinsamen Europäischen Asylsystems“ (GEAS), ein eigenes „Einreise-Ausreise-System“ (EES) sowie die Einführung intelligenterer Informationssysteme für das Grenzmanagement vor. Die in der Übereinkunft mit der Türkei vom 18. 3. 2016 enthaltenen völkerrechtlichen und europarechtlichen Probleme und Unschärfen harren ebenfalls noch einer endgültigen Abklärung.

Schlagworte: temporäre Grenzkontrollen an den Binnengrenzen; Schengener Grenzkodex; „Schengen-Dublin“-System; Kosten eines Scheitern von Schengen; Gemeinsames Europäisches Asylsystem (GEAS).

„Schengen gehört zu den wichtigsten Errungenschaften der europäischen Integration [...] Schengen ist eines der wichtigsten Instrumente, dank deren die europäischen Bürger ihre Freiheiten in Anspruch nehmen können und die Erfolg und Weiterentwicklung des Binnenmarktes ermöglichen.“¹

„Der Aufbau eines Raums, in dem der freie Personenverkehr über die Binnengrenzen hinweg gewährleistet ist, ist eine der größten Errungenschaften der Union.“²

„Alles, was wir erreicht haben in 60 Jahren, steht auf dem Spiel. Ein Zusammenbruch von Schengen wäre der Anfang vom Ende des europäischen Projekts.“³

* Em. o. Univ.-Prof. DDr. Waldemar Hummer lehrt am Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck.

1 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, Zurück zu Schengen – ein Fahrplan; COM(2016) 120 final vom 4. 3. 2016, 2.

2 Erwägungsgrund 22 VO (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) (Kodifizierter Text), ABI L 2016/77, 1 ff.

3 Aussage von EU-Migrationskommissar Dimitris Avramopoulos, zitiert nach M. Bachner, Offene Grenzen: EU will Schengen retten, Kurier vom 5. 3. 2016, 3.

I. Einführung

Es steht außer Zweifel, dass die Einführung des „Schengen“-Systems eine der größten Errungenschaften im Rahmen der europäischen Integration darstellt. Die Besicherung der Außengrenzen und der gleichzeitige Wegfall der Binnengrenzen innerhalb des „Schengen“-Raumes hat nicht nur den freien Personenverkehr, sondern auch den grenzüberschreitenden Übertritt aller Produktionsfaktoren in einem geschlossenen Binnenmarkt in einer Weise befördert, wie das im zwischenstaatlichen Verkehr noch niemals der Fall war.

Nach einer über 30-jährigen mehr oder weniger ungestörten Praxis steht dieses System nunmehr vor dem Zusammenbruch, wobei deren Gründungsväter sich den Grund von dessen Implosion nicht einmal im Entferntesten vorgestellt haben dürften. Dass es einmal ein Massenzustrom von Flüchtlingen sein würde, der das „Schengen“-System lahmlegen könnte, war außerhalb jedweder Vorstellungskraft. Gerade weil man diese Ursache aber nicht bedacht und damit auch keine Gegenstrategie zu deren Beseitigung entwickelt hat, stellen sich jetzt die Konsequenzen eines eventuellen Scheiterns des „Schengen“-Systems so dramatisch dar.

Auf der anderen Seite kann man aber weder die Schengen-Staaten, noch die Europäische Kommission, von der Verantwortung freisprechen, die politischen und geostrategischen Rahmenbedingungen, in die das „Schengen“-System eingebunden ist, nicht richtig beurteilt und vorhergesehen zu haben. Die innenpolitischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten in den nordafrikanischen und vorderasiatischen Anrainerstaaten des Mittelmeerbeckens hätten zumindest eine vorausschauende Lageanalyse erfordert, inwieweit bei einem Kollabieren von deren fragilen Staatsgewalten oder der Ausweitung lokaler Bürgerkriegsaktivitäten nicht eine größere Flüchtlings- und Migrationsbewegung auf die südlichen Mitgliedstaaten der EU zukommen würde. Bereits einige Jahre vor dem Ausbruch des „Arabischen Frühlings“ Mitte Dezember 2010⁴ haben die Probleme in den spanischen Enklaven Ceuta und Melilla sowie in Gibraltar, ganz allgemein aber auf den spanischen Inseln im Mittelmeer und im Atlantik, diesbezüglich eindeutige Hinweise darauf gegeben, denen aber nicht entsprechend Rechnung getragen wurde.

Es ist heute leider nicht mehr bekannt, mit welchen Mitteln Spanien damals die Massenflucht von Westafrika aus auf seine Küsten zu – sehr zur Überraschung auch kundiger Beobachter der Szene – letztlich eindämmen und fast ganz zum Versiegen bringen konnte. Spanien bediente sich einer perfiden, klandestinen und sehr effizienten Methode, nämlich der massiven Bestechung der lokalen Behörden und „Kaziken“, um die Migranten und Flüchtlinge überhaupt daran zu hindern, in See zu stechen. Man hatte damals, spät aber doch erkannt, dass man das Problem bereits an der Wurzel, dh am Beginn des Fluchtweges, bekämpfen müsse, und nicht erst dann, wenn die Flucht bereits angetreten wird und sich die Flüchtlingsboote kurz vor dem Eindringen in die Hoheitsgewässer Spaniens befinden. Diese Vorgangsweise verursachte nämlich einen enormen Überwachungs- und Interzeptionsaufwand, der noch dazu in der Regel weder völkerrechts- noch unionsrechtskonform durchgeführt wurde, und daher auch stets der Kritik ausgesetzt war. Wenngleich diese Methode wahrlich nicht das korrekteste Vorgehen zur Eindämmung des Flüchtlingsstroms war, war sie extrem effizient und brachte die Flucht von afrikanischen „boat people“ nach Spanien beinahe zum Erliegen. Von findigen Journalisten wird dieses Modell neuerdings auch für die Türkei, Ägypten und ein hoffentlich bald stabilisiertes Libyen empfohlen: „Man wird

4 Vgl dazu *Ben Jelloun*, Arabischer Frühling: vom Wiedererlangen der arabischen Würde (2011).

es wohl probieren müssen.“⁵ In welchen Zeiten leben wir eigentlich, in denen Bestechung lokaler Behörden als Allheilmittel zur Eindämmung einer überbordenden Flüchtlings- und Migrantenwelle empfohlen werden muss?

Dass nach dem Ausbruch des „Arabischen Frühlings“ die für das Anlaufen der Flüchtlingsströme sowohl auf der Seeroute, als auch auf dem Landweg, geographisch günstig gelegenen Mittelmeerstaaten Italien und Griechenland die Hauptlast der Sicherung der Schengen-Außengrenze zu tragen haben würden, war absolut absehbar, ohne dass daraus aber unmittelbare Konsequenzen gezogen wurden. Jahrelang sah man Italien „von der Loge aus“ distanziert zu, wie es mit der außergewöhnlichen Situation der geschleppten und auf Lampedusa anlandenden „boat people“ mehr schlecht als recht zurechtkam, ohne ihm aber entsprechende finanzielle und logistische Unterstützung zu gewähren. Erst als Italien begann, den Flüchtlingen und Migranten dreimonatige Schengen-Kurzvisa auszustellen, mit denen diese in der Folge versuchten, im „Schengen“-Raum das Land ihrer Wahl zu erreichen, begann man zu reagieren und legte Italien dringend nahe, diese Vorgangsweise zu unterlassen.

Die Verschärfung der Bürgerkriegssituationen in Libyen und in Syrien brachte schließlich das „Schengen“-System an die Grenze seiner Leistungsfähigkeit und ließ es mit dem Massenansturm von Flüchtlingen und Migranten über die Westbalkanroute in der zweiten Jahreshälfte 2015 kollabieren. Die Gegenmaßnahmen der Kommission, die neben der Verabschiedung der „*Massenzustrom*“-Richtlinie (2001)⁶ vor allem in der Ausarbeitung der im „*Gemeinsamen Europäischen Asylsystem*“ (GEAS)⁷ vorgesehenen einschlägigen Maßnahmen sowie der Verabschiedung einer „*Europäischen Migrationsagenda*“ (2015)⁸ bestanden, griffen zu kurz und konnten die sich um die Jahreswende 2015/2016 weiter verschärfende Problemlage nicht bewältigen. Von der in Art 78 Abs 3

5 RAU, Bestechung, Der Standard vom 22. 4. 2016, 1.

6 RL 2001/55/EG des Rates vom 20. 7. 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten ABI L 2001/212, 12 ff; vgl dazu *Tretter*, Flüchtlingskrise: Vorübergehender Schutz als möglicher Ausweg, Die Presse vom 31. 1. 2016.

7 Das GEAS besteht aus der RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABI L 2013/180, 60 ff, der RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABI L 2013/180, 96 ff, der RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 12. 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABI L 2011/337, 9 ff, der RL 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABI L 2008/348, 98 ff, der VO (EU) 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABI L 2013/180, 31 ff, der VO (EU) 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europols auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABI L 2013/180, 1 ff, sowie der VO (EG) 767/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. 7. 2008 über das Visa-Informationssystem (VIS) und den Datenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten über Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt (VIS-Verordnung), ABI L 2008/218, 60 ff.

8 COM(2015) 240 final vom 13. 5. 2015 und COM(2015) 490 final vom 23. 9. 2015.

AEUV vorgesehenen Möglichkeit, dass der Rat im Falle der Notlage einiger Mitgliedstaaten aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen vorläufige Maßnahmen zugunsten dieser Mitgliedstaaten erlassen kann, wurde zwar zugunsten von Italien und Griechenland Gebrauch gemacht, ohne dass dies aber in der Folge zu einer nennenswerten Entlastung geführt hätte.⁹

Eine Reihe von Mitgliedstaaten der EU sahen sich daher genötigt, ihre Schengen-Binnengrenzen wieder zu kontrollieren bzw sogar Zäune zur Abhaltung der Flüchtlings- und Migrantenströme zu errichten. Österreich limitierte ergänzend dazu seine Aufnahmekapazität für Asylwerber mit einer „Obergrenze“ bzw einem „Richtwert“ bis zum Jahr 2019 von maximal 127.000 Personen (2016: 37.500, 2017: 35.000, 2018: 30.000 und 2019: 25.000)¹⁰ und löste damit auf der Westbalkanroute einen „Dominoeffekt“ aus, der aktuell vor allem an der mazedonisch-griechischen Grenze zu einem enormen Rückstau an Flüchtlingen führt, die sich im griechischen Grenzort Idomeni unter menschenunwürdigen Bedingungen aufhalten.

Da Griechenland offensichtlich nicht in der Lage ist, seine seewärtige Schengen-Außengrenze¹¹ – vor allem gegenüber Flüchtlingen und Migranten, die vom türkischen Festland aus auf nahegelegene griechische Inseln übersetzen – zu überwachen,¹² kommt der Türkei eine Schlüsselfunktion bei der Sicherung dieser sensiblen Schengen-Außengrenze zu. Dementsprechend wurde auch am 15. 10. 2015 der „Gemeinsame Aktionsplan EU-Türkei“ (Joint Action Plan) „ad referenda“ beschlossen.¹³ Parallel dazu legte die deutsche Bundeskanzlerin *Angela Merkel* einen eigenen „Merkel-Plan“¹⁴ vor, um im Falle eines Scheiterns der gemeinsamen Anstrengungen mit der Türkei ein eigenes deutsch-türkisches Abkommen zu schließen. Obwohl die Türkei seit 1999 Beitrittskandidat ist und die EU mit ihr die Beitrittsverhandlungen bereits 2005 eröffnet hat, verlangt sie für eine stärkere Grenzüberwachung und die Rücknahme von illegal nach Griechenland eingereisten Syrern von der EU eine Reihe politischer und wirtschaftlicher Zugeständnisse, wie zB Visafreiheit für türkische Staatsangehörige, eine Beschleunigung des stagnierenden Beitrittsverfahrens durch die Eröffnung weiterer Verhandlungskapitel, hohe finanzielle Zuschüsse für die Versorgung der syrischen Flüchtlinge in der Türkei uvm. Die im Europäischen Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs schlossen am 18. 3. 2016 mit der Türkei eine entsprechende Übereinkunft,¹⁵ in der sie diesen Wünschen der Türkei großteils entsprachen. Da sich Griechenland aber kurz darauf weigerte, eine der wichtigsten Vorbedingungen für eine ordnungsgemäße Durchführung des Übereinkommens – nämlich die Anerkennung der Türkei als „sicheres Drittland“ gesetzlich zu verankern¹⁶ – zu erfüllen, scheint dieser Versuch, über die Einbindung der Türkei, den „Schengen-Dublin“-Raum wieder funktionsfähig zu machen, von einem vorzeitigen Scheitern bedroht. Aber selbst wenn die EU/Türkei-Übereinkunft bestimmungsgemäß umgesetzt werden würde, läuft sie nach einer Überstellung von maximal 72.000 Syrern von Griechenland nach der Türkei definitiv aus, sodass sie nur als „Tropfen auf einen heißen Stein“, nicht aber als endgültige Gesamtlösung angesehen werden kann.

9 Vgl dazu nachstehend 10 ff.

10 Vgl dazu nachstehend 19 f und Fn 98.

11 Griechenland verfügt über 2.000 Inseln und hat mit 13.676 km eine der längsten Küstenlinien der Welt.

12 Vgl dazu den Evaluierungsbericht der Kommission über Griechenland in Fn 31.

13 Vgl dazu COM(2016) 144 final vom 4. 3. 2016; MEMO 15/5860 vom 15. 10. 2015.

14 Vgl European Stability Initiative (ESI), *The Merkel Plan. Restoring control; retaining compassion – A proposal for the Syrian refugee crisis*, 4 October 2015.

15 Vgl dazu COM(2016) 166 final vom 16. 3. 2016; Europäischer Rat, Erklärung EU-Türkei, 18. 3. 2016; abrufbar unter: <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement> (26. 4. 2016).

16 *Bernath*, Türkei doch nicht „sicherer Drittstaat“, *Der Standard* vom 25. 3. 2016, 8.

In der Folge soll zunächst das „Schengen“-System und das dazu komplementäre „Dublin“-System sowie deren Überführung als zunächst völkerrechtliche Instrumente in die EU als Teilbereiche des „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ kurz dargestellt werden. Im Anschluss daran werden die Bemühungen der Kommission aufgezeigt, ein Scheitern beider Systeme zu verhindern und für die Rückkehr zu einem funktionierenden „Schengen“-Raum bis spätestens Ende 2016 einen detaillierten „Fahrplan“ samt den dafür notwendigerweise zu ergreifenden Maßnahmen aufzustellen. Den Abschluss bildet eine Darstellung des *worst case*, nämlich der politischen und finanziellen Folgen eines kompletten Zusammenbruchs des „Schengen“-Systems und der Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen.

II. Das „Schengen“- und „Dublin“-System

Ausgehend vom „Weißbuch der Kommission über die Vollendung des Binnenmarktes“ vom 14. 6. 1985¹⁷ wurde am 17. bzw. 28. 2. 1986 die „Einheitliche Europäische Akte“ beschlossen,¹⁸ die ua die Errichtung eines *Binnenmarktes* in der EU innerhalb von sechs Jahren, dh bis zum 31. 12. 1992, vorsah. Dies bedeutete aber, dass die nunmehr im Binnenmarkt allgemein bzw beruflich mobil werdenden Unionsbürger – entweder als unselbständig (freizügigkeitsbegünstigte Wanderarbeitnehmer) oder als selbständig Erwerbstätige (Erbringer von Dienstleistungen oder als niedergelassene Unternehmer) – sich frei über die Binnengrenzen in der EU hinweg bewegen durften, ohne dabei einer Personenkontrolle unterworfen zu sein. *In praxi* war das aber nur schwer durchzuführen: Kam nämlich eine Gruppe von Fremden auf eine Binnengrenze zu, dann mussten die Zöllner ja alle Personen kontrollieren, um damit feststellen zu können, wer als Nicht-Unionsbürger einer Personen- und Zollkontrolle unterworfen werden muss bzw wer als werktätiger Unionsbürger einer solchen nicht hätte unterzogen werden dürfen. Um die zu kontrollierenden „Nicht-Unionsbürger“ zu identifizieren, mussten also unvermeidlich auch die an sich frei mobilen Unionsbürger kontrolliert werden. Um dieses an sich unlösbare Problem überhaupt nicht erst auftreten zu lassen, wurde daher der Vorschlag gemacht, von einer Personenkontrolle an den EU-Binnengrenzen gänzlich abzusehen.

Dieser „radikalen“ Philosophie – eine Reihe der damaligen EWG-Mitgliedstaaten fürchtete im Falle eines Wegfalls der Personenkontrollen (von Nicht-Unionsbürgern) an den Binnengrenzen ein „Überschwappen“ der Kriminalität in ihre Staatsgebiete – konnten sich zunächst nur ganze fünf Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften anschließen, die 1985 das völkerrechtliche Schengener Übereinkommen („Schengen I“)¹⁹ abschlossen, das in der Folge durch das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) (1990) („Schengen II“)²⁰ inhaltlich ausgeweitet und auf weitere Mitgliedstaaten ausgedehnt wurde.

Diese beiden bisherigen *völkerrechtlichen* Übereinkommen, Schengen I und Schengen II, sowie die auf deren Basis erlassenen sekundären Rechtsakte des Schengener Exekutivausschusses als Vertragsanwendungsorgan derselben wurden in der Folge auf der Grundlage des dem Vertrag von Amsterdam (1997) angefügten „Protokoll zur Einbeziehung des Schengen Besitzstands in den

17 KOM(85) 310 endg.

18 ABI L 1987/169, 1 ff.

19 Übereinkommen von Schengen vom 14. 6. 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, ABI L 2000/239, 13 ff.

20 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (1985) (SDÜ) (1990), ABI L 2000/239, 19 ff.

Rahmen der Europäischen Union²¹, durch einen Beschluss des Rates in die EU übergeführt.²² Diese Überführung des *völkerrechtlichen* „Schengen-acquis“ in den *supranationalen* Bereich der EU erfolgte dabei aber nicht durch einen einheitlichen Rechtsakt der EU, sondern wurde detailliert, „Bestimmung für Bestimmung“, vorgenommen.²³

Flankierend dazu wurde, neben dem 2002 vom Schengener Exekutivausschuss angenommenen „Gemeinsamen Handbuch“²⁴, vor allem der „Schengener Grenzkodex“ ausgearbeitet, der 2006 durch eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates²⁵ erlassen wurde. Nach mehreren grundlegenden Änderungen wurde eine „Kodifizierung“²⁶ desselben ins Auge gefasst und – auf der Basis des Vorschlags der Kommission vom 20. 1. 2015²⁷ – am 9. 3. 2016 im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vom Europäischen Parlament und vom Rat auch als Verordnung (EU) 2016/399 definitiv verabschiedet²⁸, die gem ihrem Art 45 am 12. 4. 2016 in Kraft trat.

Im Oktober 2013 wurde wiederum ein eigener „Schengen-Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus“ für die Überprüfung der Anwendung des Schengen-Besitzstandes²⁹ geschaffen, der Mitte Dezember 2015 bereits zum achten Mal (regelmäßig) durchgeführt wurde. In diesem achten Halbjahresbericht über das Funktionieren des „Schengen“-Raums³⁰ wurde Griechenland ein äußerst negatives Zeugnis ausgestellt, da dieses, wie vorstehend bereits erwähnt, seine Verpflichtungen in schwerwiegender Weise vernachlässigt habe, sodass schwere Mängel bei der Durchführung von Kontrollen an den Außengrenzen bestehen³¹, die zu einer Implosion des „Schengen-Dublin“-Systems führen könnten.

Parallel zur Übernahme und weiteren Ausgestaltung des „Schengen-acquis“ wurde von den zwölf Mitgliedstaaten der damaligen EWG am 15. 6. 1990 das „Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags (Dubliner Erstasylabkommen)“ („Dublin I“)³² zur einheitlichen Regelung der Asylverfahren unterzeichnet, das als *völkerrechtlicher* Vertrag ebenfalls außerhalb des *Gemeinschaftsrechts* der EWG stand. Dessen Überführung erfolgte hingegen – im Gegensatz zur vorstehend erwähnten punktuellen Überführung der beiden „Schengen-Abkommen“ aus 1985/1990 – rechtstechnisch anders, nämlich kollektiv durch eine Verordnung des Rates.

21 ABI C 1997/340, 93 ff.

22 Beschluss 1999/436/EG des Rates vom 20. 5. 1999; ABI L 1999/176, 17 ff.

23 Vgl dazu *M. Schweitzer/W. Hummer/W. Obwexer*, Europarecht (2007) 461 ff; *Elsen*, Die Übernahme des „Schengen-acquis“ in den Rahmen der EU, in *W. Hummer* (Hrsg), Rechtsfragen in der Anwendung des Amsterdamer Vertrages (2001) 39 ff.

24 ABI C 2002/313, 97 ff.

25 VO (EG) 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 3. 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABI L 2006/105, 1 ff.

26 Die Kommission hat mit Beschluss vom 1. 4. 1987 [KOM(87) 868 PV] ihre Dienststellen angewiesen, alle Rechtsakte spätestens nach der zehnten Änderung zu kodifizieren.

27 COM(2015) 8 final.

28 Schengener Grenzkodex (Kodifizierter Text) ABI L 2016/77, 1 ff; vgl dazu auch Fn 66.

29 VO (EU) 1053/2013 des Rates vom 7. 10. 2013 zur Einführung eines Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus für die Überprüfung der Anwendung des Schengen-Besitzstandes und zur Aufhebung des Beschlusses des Exekutivausschusses vom 16. 9. 1998 bezüglich der Errichtung des Ständigen Ausschusses Schengener Durchführungsübereinkommen, ABI L 2013/295, 27 ff.

30 COM(2015) 675 final vom 15. 12. 2015.

31 Vgl *Europäische Kommission* (Pressemitteilung), Schengen-Evaluierung: Kommission erörtert Berichtsentwurf zu Griechenland, vom 27. 1. 2016; abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-174_de.htm (26. 4. 2016).

32 Das Dubliner Erstasylabkommen trat am 1. 9. 1997 in Kraft; ABI C 1997/254, 1 ff.

Dublin I regelte das Erstasylprinzip in der Form, dass grundsätzlich derjenige „Schengen- bzw Dublin“-Staat für die Abführung eines Asylverfahrens – mit präjudizieller Wirkung für alle anderen Staaten im „Schengen-Dublin“-System – exklusiv zuständig ist, zu dem der Asylwerber die engsten Beziehungen (zB da ihm dieser ein Visum ausgestellt hat, oder in diesem Staat bereits Verwandte des Flüchtlings leben), oder dessen Außengrenze er erstmals überschritten hat. Letztlich wurde damit das Überschreiten der jeweiligen Schengen-Außengrenze zum Kriterium für die Zuständigkeit des betroffenen Staates, das Asylverfahren durchzuführen, das für alle anderen Schengen-Staaten als verbindliches „Erstasylverfahren“ ausgestaltet war und damit dem Asylwerber keine weitere Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Asyllandes seiner Wahl iS eines „asylum shopping“ gestattete.

Nachdem es durch den Vertrag von Amsterdam (1997) zu einem Kompetenzübergang in den Materien der Asyl-, Flüchtlings- und Migrationspolitik auf die Europäische Gemeinschaft (EG)³³ gekommen war, wurde Mitte Februar 2003 der bisherige *völkerrechtliche* Besitzstand von „Dublin I“ durch eine Verordnung des Rates in das *supranationale Unionsrecht* übergeführt („Dublin II“).³⁴ Die VO „Dublin II“ ersetzte somit gem ihrem Art 24 Abs 1 das völkerrechtliche „Dublin I“-Abkommen. In der Folge wurde 2013 die bisherige „Dublin II“-Verordnung des Rates durch eine weitere Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zu „Dublin III“³⁵ näher ausgestaltet, die seit dem 1. 1. 2014 in 32 europäischen Staaten unmittelbar anzuwenden ist.³⁶

Ganz allgemein wurde damit sowohl der „Schengen“-Besitzstand als auch der „Dublin“-Besitzstand von seinen völkerrechtlichen Rechtsgrundlagen gelöst, in das Recht der EU übergeführt und in der Folge durch den Vertrag von Lissabon (2007) – mit dessen Inkrafttreten am 1. 12. 2009 – zu einem wesentlichen Bestandteil des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“³⁷ ausgestaltet. Dabei wurde das „Schengen“-System mit dem großteils komplementären „Dublin“-System gegenseitig abgeglichen und inhaltlich ergänzt.

III. Der „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“

Gemäß Art 67 Abs 1 AEUV hat die EU einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ auszubilden, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden. Dazu hat sie unter anderem spezielle Politiken in den Bereichen „Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung“ (Art 77 ff AEUV) auszuarbeiten. Der Erlass von Maßnahmen gem Art 77 Abs 2, lit e AEUV, die sicherstellen sollen, dass Personen beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden, ist dabei Teil des Ziels der Union nach Art 26

33 Art 63 EGV.

34 VO (EG) 343/2003 des Rates vom 18. 2. 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl L 2003/50, 1 ff, und VO (EG) 1560/2003 der Kommission vom 2. 9. 2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Dublin II-VO (EG) 343/2003 ABl L 2003/222, 3 ff, samt Durchführungs-VO (EU) 118/2014 der Kommission vom 30. 1. 2014 zur Änderung der VO (EG) 1560/2003 ABl L 2014/39, 1 ff.

35 Verordnung (EU) 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl L 2013/180, 31 ff.

36 Vgl dazu *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung. Das Europäische Asylzuständigkeitssystem (2014); *Muzak/Pinter* (Hrsg), Fremden und Asylrecht (idF 19. Lfg 2015); *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht – Kommentar (2016).

37 Art 67 bis Art 89 AEUV.

Abs 2 AEUV, einen Raum ohne Binnengrenzen aufzubauen, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist. Gemäß Art 67 Abs 2 AEUV hat die EU eine gemeinsame Politik in den Bereichen *Asyl, Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen* zu entwickeln, die sich auf die Solidarität der Mitgliedstaaten gründet und gegenüber Drittstaatsangehörigen sowie Staatenlosen angemessen ist. Dementsprechend muss die Schaffung eines Raums des freien Personenverkehrs von flankierenden Maßnahmen begleitet werden. Dazu gehört die in Art 77 Abs 1 lit b AEUV vorgesehene gemeinsame Politik bezüglich des Überschreitens der Außengrenzen.³⁸

Gemäß Art 78 Abs 1 AEUV wiederum hat die EU eine gemeinsame Politik im Bereich „*Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz*“ auszugestalten, mit der jedem Drittstaatsangehörigen, der internationalen Schutz benötigt, ein angemessener Status angeboten und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung („Non-Refoulement“)³⁹ gewährleistet werden soll, so wie dies in der Genfer Flüchtlingskonvention (1951) und dem einschlägigen New Yorker Protokoll (1967) verankert ist.

Gemäß Art 79 AEUV hat die EU aber auch eine gemeinsame *Einwanderungspolitik* zu entwickeln, die in allen Phasen eine wirksame Steuerung der Migrationsströme sowie die Verhütung und Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel, insbesondere mit Frauen und Kindern, gewährleisten soll. Im Gegensatz zur Flüchtlings- und Asylpolitik bestehen für die einzelnen Staaten bei der Migrations- oder Einwanderungspolitik grundsätzlich keine *völkerrechtlichen* Vorgaben, sodass die einzelnen Staaten ihre jeweilige Einwanderungspolitik diesbezüglich ad libitum ausgestalten können – und es auch tun.⁴⁰ Sie haben nur die Vorgaben zu beachten, die im Rahmen der gemeinsamen Einwanderungspolitik der EU *unionsrechtlich* beschlossen wurden.

Bei all diesen Kompetenzzuweisungen der Mitgliedstaaten an die EU in den Bereichen Flüchtlings- und Migrationsangelegenheiten handelt es sich aber um keine ausschließlichen Kompetenzen derselben, sondern lediglich um zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten *geteilte* Kompetenzen iSv Art 4 Abs 2 lit j AEUV („Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“). Trotzdem ist die EU aufgerufen, für sich eine konsistente Migrations- und Asylpolitik, samt einem effektiven Schutz der Schengen-Außengrenzen, auszubilden, was sie Schritt für Schritt auch durch die Ausarbeitung eines „Gemeinsamen Europäischen Asylsystems“ (GEAS)⁴¹, eines „Schengener Grenzkodex“⁴² sowie einer „Europäischen Migrationsagenda“⁴³ uvm versuchte.

IV. Kategorien des „internationalen Schutzes“ aus der Sicht der EU

Der „internationale Schutz“ wird innerhalb der EU und auf der Basis von deren sekundärrechtlichen Regelungen wie folgt gewährt. Der internationale Schutz gemäß der Definition in Art 2 lit h der „Anerkennungs“-RL 2011/95/EU des Rates⁴⁴ schließt Anträge auf Verleihung des *Flüchtlingsstatus* oder auf *subsidiären Schutzstatus* ein. Dazu kommt noch die Gewährung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen, die allerdings auf der Grundlage des nationalen Rechts vergeben wird.

38 Vgl dazu nachstehend zum Einreise/Ausreise-System (EES) auf 16 f.

39 Im Sinne von Art 33 Abs 1 der Genfer Flüchtlingskonvention (1951) und des Art 19 Abs 2 GRC.

40 Für einen ersten Vergleich der Einwanderungspolitiken einzelner Länder siehe *Staudinger/Treichler*, Wie abweisend ist die „Festung Europa“? Ein Vergleich, profil.at vom 30. 3. 2016.

41 Oben Fn 7.

42 Oben Fn 28.

43 Oben Fn 8.

44 Oben Fn 7.

Ein *Flüchtlingsstatus* bezeichnet die in Art 2 lit e der Anerkennungs-Richtlinie 2011/95/EU definierte Eigenschaft einer Person iSv Art 1 der Genfer Flüchtlingskonvention (1951), geändert durch das New Yorker Protokoll vom 31. 1. 1967. Ein *subsidiärer Schutzstatus* bezeichnet den Status einer Person iSv Art 2 lit g der Anerkennungs-Richtlinie 2011/95/EU. Gemäß Art 2 lit f dieser RL ist eine Person mit Anspruch auf „subsidiärem Schutz“ ein Drittstaatsangehöriger, oder ein Staatenloser, der die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling zwar nicht erfüllt, der aber stichhaltige Gründe für die Annahme vorgebracht hat, dass er bei einer Rückkehr in sein Herkunftsland oder, bei einem Staatenlosen, in das Land seines vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts, tatsächlich Gefahr liefe, einen ernsthaften Schaden zu erleiden.

Eine *Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen* hingegen wird einer Person gewährt, die nicht die Voraussetzungen für die Gewährung eines „internationalen Schutzes“ erfüllt, aber dennoch aufgrund von Verpflichtungen, die allen EU-Mitgliedstaaten nach Maßgabe der völkerrechtlichen Flüchtlings- bzw Menschenrechtsschutzinstrumente gemeinsam sind, vor einer Abschiebung geschützt ist, wie zB unbegleitete Minderjährige oder Kranke.

V. Das Ausmaß der aktuellen Migrations- und Flüchtlingsbewegung

Im Zuge der größten Migrations- und Flüchtlingsbewegung seit dem Zweiten Weltkrieg wurde das „Schengen“-System in seinen Grundfesten erschüttert. Von den rund 70 Mio Menschen, die 2015 weltweit auf der Flucht sind, sind zwar über 38 Mio sogenannte „Binnenflüchtlinge“ – Binnenvertriebene flüchten nicht außer Landes, sondern begeben sich nur in sichere Gegenden ihres Heimatstaates – der Rest begab sich aber außer Landes und flüchtete in sichere Drittstaaten. Betrachtet man davon nur diejenigen Flüchtlinge, die in einem Mitgliedstaat der EU einen Asylantrag gestellt haben, so stellt sich die Situation folgendermaßen dar:

2015 wurden in der gesamten EU 1,255.640 Erstasylanträge gestellt, die sich wie folgt auf die einzelnen *Mitgliedstaaten* verteilen: Bundesrepublik Deutschland 441.800, Ungarn 174.435, Schweden 156.110, Österreich 85.505, Italien 83.245, Frankreich 70.570, Niederlande 43.035 sowie Andere 200.940. Was die *Herkunftsländer* betrifft, so kamen die Asylwerber aus folgenden Staaten: Syrien 362.775, Afghanistan 178.230, Irak 121.535, Kosovo 66.885, Albanien 65.935, Pakistan 46.400, Eritrea 33.095, Nigeria 29.915, sowie Andere 350.870.⁴⁵

2015 wurden in den EU-Mitgliedstaaten 333.350 Asylbewerber als schutzberechtigt anerkannt, was einem Anstieg von 72 % gegenüber 2014 entspricht.⁴⁶ Davon erhielten 246.200 den *Flüchtlingsstatus* (74 % aller positiven Entscheidungen), 60.700 *subsidiären Schutz* (18 %) und 26.500 eine *Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen* (8 %).⁴⁷ Darüber hinaus nahmen die EU-Mitgliedstaaten knapp 8.100 umgesiedelte Flüchtlinge auf. Insgesamt wurde seit 2008 fast 1,1 Mio Asylbewerbern in der EU der Schutzstatus zuerkannt.

Die größte Gruppe von Personen, denen im Jahr 2015 in der EU der Schutzstatus zuerkannt wurde, waren weiterhin Syrer (166.100 Personen bzw 50 % aller Personen, denen in den EU-Mitgliedstaaten der Schutzstatus gewährt wurde), darauf folgten Staatsangehörige aus Eritrea (27.600

45 EUROSTAT-Daten; vgl. M. Bachner, Offene Grenzen 3; Brändle/Mayer, Tusk: „Konsens in Flüchtlingskrise erstmals greifbar“, Der Standard vom 5./6. 3. 2016, 17.

46 Österreich landete dabei mit 17.750 positiv entschiedenen Fällen auf Platz 6; vgl: Mehr als 330.000 Gerettete, Wiener Zeitung vom 21. 4. 2016, 3.

47 Eurostat Pressemitteilung 75/2016, vom 20. 4. 2016.

bzw 8 %) und aus dem Irak (23.700 bzw 7 %). Von den Syrern, die in der EU den Schutzstatus erhielten, wurden mehr als 60 % (104.000) in Deutschland registriert.

Obwohl über 90 % aller syrischen Flüchtlinge in den Nachbarländern aufgenommen wurden – so leben zB im Libanon, einem Land nicht größer als das österreichische Bundesland Tirol, neben den 4,4 Mio Einheimischen derzeit über eine Mio Flüchtlinge – war der Zustrom von illegalen syrischen Flüchtlingen und Migranten über die Ägäisroute, und in der Folge über die Westbalkanroute, Ende 2015/Anfang 2016 dramatisch hoch und veranlasste die EU am 18. 3. 2016 die vorerwähnte Übereinkunft mit der Türkei⁴⁸ zu schließen, um eine Rückführung derselben nach der Türkei sicherzustellen. Diese besteht in einem „1:1“-Umsiedlungsverfahren, bei dem für jeden illegal nach Griechenland eingereisten Syrer, der aus diesem Land in die Türkei zurückgestellt wird, im Gegenzug ein sich in einem Lager in der Türkei befindlicher syrischer Kriegsflüchtling von der EU bzw einem ihrer Mitgliedstaaten übernommen wird. Diese „1:1“-Übernahme ist allerdings mit 72.000 Personen limitiert. Allein seit Jahresbeginn 2016 kamen bis Mitte April aber bereits 153.000 Flüchtlinge und Migranten über die Balkanroute, 24.000 Personen über die Mittelmeerroute und 640 über die westliche Route in die EU.⁴⁹

Obwohl in den Erwägungsgründen des (kodifizierten) Schengener Grenzkodex (2016) *expressis verbis* darauf hingewiesen wird, dass „Migration und das Überschreiten der Außengrenzen durch eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen nicht an sich als Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit betrachtet werden sollte“⁵⁰, wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass – aufgrund der massenhaften Sekundärmigration, verbunden mit dem Verdacht, dass sich unter die Flüchtlinge und Migranten auch Terroristen gemischt haben könnten – aus diesem Grund „die Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen im Ausnahmefall geboten sein (könnte)“.⁵¹

VI. Notlagen aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen und der Versuch von deren Behebung durch Um- und Neuansiedlung

Art 78 Abs 3 AEUV enthält eine spezielle Rechtsgrundlage für den Umgang mit *Notlagen* aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen. Auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments kann der Rat vorläufige Maßnahmen zugunsten eines oder mehrerer Mitgliedstaaten ergreifen. Diesbezüglich hat der Rat bereits im September 2015 zwei Beschlüsse im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland erlassen, mittels derer diese beiden vom Flüchtlingsstrom hauptsächlich betroffenen Länder mit einer Schengen-Außengrenze, durch Umverteilungsregelungen von Flüchtlingen auf andere Mitgliedstaaten entlastet werden sollten. So sollen durch den Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates⁵² 40.000 Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, von Italien und Griechenland aus auf andere EU-Mitgliedstaaten verteilt werden. Gemäß dem Beschluss (EU)

48 Vgl dazu oben Fn 15.

49 Vgl Roser/Streihammer, Bulgarien wird zum neuen Einfallstor in die EU, Die Presse vom 21. 4. 2016, 3.

50 Erwägungsgrund 26 Schengener Grenzkodex (Kodifizierter Text) ABI L 2016/77, 1 ff.

51 Vgl dazu den Erwägungsgrund 25 des Schengener Grenzkodex (Kodifizierter Text) ABI L 2016/77, 1 ff.

52 Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates vom 14. 9. 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland; ABI L 2015/239, 146 ff.

2015/1601 des Rates⁵³ wiederum sollen 120.000 Personen, die ebenfalls einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, aus Italien und Griechenland, aber auch aus anderen Mitgliedstaaten, die mit einer Notlage konfrontiert sind, auf andere EU-Länder verteilt werden. Gemäß Art 4 Abs 2 des Beschlusses (EU) 2015/1601 des Rates sollen ab dem 26. 9. 2016 zunächst 54.000 der insgesamt 120.000 Antragsteller aus Italien und Griechenland in andere Mitgliedstaaten umgesiedelt werden.

Am 7. 3. 2016 vereinbarten die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Union⁵⁴ eine Reihe von Grundsätzen für den weiteren Ausbau der Zusammenarbeit zwischen der EU und der Türkei bei der Bewältigung der Migrationskrise, die als Grundlage für ein mit der Türkei abzuschließendes Abkommen fungieren sollen. In der Folge legte die Kommission am 16. 3. 2016 eine Mitteilung über die nächsten operativen Schritte in der Zusammenarbeit zwischen der EU und der Türkei im Bereich der Migration⁵⁵ vor, in der sie sechs Grundsätze für die weitere Zusammenarbeit EU-Türkei im Bereich der Migration spezifizierte. Der in diesem Zusammenhang besonders relevante zweite Grundsatz statuiert eine „1:1-Neuansiedlungsregelung“, aufgrund derer für jeden von der Türkei von den griechischen Inseln rückübernommenen Syrer die Neuansiedlung eines weiteren Syrers aus der Türkei in einen EU-Mitgliedstaat erfolgen soll.⁵⁶ Sollte sich im Zuge der „1:1-Neuansiedlung“ zusätzlicher Bedarf ergeben, könnten die notwendigen Schritte unternommen werden, um einen Teil der Verpflichtungen im Rahmen der vorstehend erwähnten *Umverteilungsbeschlüsse* – insbesondere alle derzeit noch nicht zugewiesenen 54.000 Plätze oder zumindest einen Teil davon – auf die 1:1-Neuansiedlungsregelung zu übertragen. Die Neuansiedlung kann nämlich nach Ansicht der Kommission mit der Umsiedlung gleichgesetzt werden, da beide Maßnahmen konkreter Ausdruck der Solidarität mit anderen Mitgliedstaaten oder Drittländern sind, die mit einem massiven Zustrom von Migranten konfrontiert sind.⁵⁷ Dies würde allerdings eine Änderung des vorerwähnten Beschlusses (EU) 2015/1601 hinsichtlich der 54.000 Plätze, die von den insgesamt 160.000 Plätzen noch nicht zugewiesen sind, erfordern. Genau diese Änderung schlägt die Kommission nunmehr in ihrem Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/1601 vor, den sie am 21. 3. 2016 dem Europäischen Parlament und dem Rat zuleitete.⁵⁸ Damit will die Kommission den Entwicklungen der Flüchtlingssituation vor Ort und deren Auswirkungen auf die Umverteilungs- bzw Umsiedlungsregelung entsprechend Rechnung tragen.⁵⁹

Die vorgeschlagene Änderung besteht darin, die Bemühungen, die Mitgliedstaaten mit der Aufnahme von *in der Türkei aufhältigen Syrern* durch Übernahme, Aufnahme aus humanitären Gründen oder anderen Formen der legalen Aufnahme, unternehmen, auf die Zahl der Antragsteller auf internationalen Schutz anzurechnen, die gemäß dem Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates in ihr Hoheitsgebiet umgesiedelt werden sollen. Damit soll die vorgeschlagene Änderung es den Mitgliedstaaten

53 Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates vom 22. 9. 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland; ABI L 2015/248, 80 ff.

54 Erklärung der Staats- und Regierungschefs (Brüssel), 7. 3. 2016.

55 COM(2016) 166 final vom 16. 3. 2016.

56 Die definitive Einführung der „Neuansiedlungsregelung“ wurde in den Schlussfolgerungen der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 20. 7. 2015 beschlossen.

57 COM(2016) 166 final, 6.

58 Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/1601 des Rates vom 22. 9. 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland; 2016/0089 (NLE), COM(2016) 171 final vom 21. 3. 2016.

59 COM(2016) 171 final, 1.

ermöglichen, von der ihnen zugewiesenen Zahl umzusiedelnder Antragsteller die Zahl der *in der Türkei aufhältigen* Syrer abzuziehen, die sie in ihr Hoheitsgebiet aufgenommen haben.⁶⁰

Zusätzlich zu den Verpflichtungen im Rahmen der *Umverteilungsregelung* empfahl die Kommission eine *EU-Neuansiedlungsregelung* für 20.000 Personen, die internationalen Schutz benötigen. Im Anschluss an diese Empfehlung der Kommission vom 8. 6. 2015 für eine europäische Neuansiedlungsregelung⁶¹ vereinbarten 27 EU-Mitgliedstaaten – Ungarn beteiligte sich nicht daran – gemeinsam mit den vier assoziierten „Dublin“-Staaten, am 20. 7. 2015⁶² 22.504 Vertriebene, die aus *Drittstaaten* stammen und zweifelsfrei internationalen Schutz benötigen, durch multilaterale und nationale Regelungen neu anzusiedeln.

Des Weiteren nahm die Kommission am 15. 12. 2015 eine Empfehlung für eine Regelung betreffend die Türkei über die freiwillige Aufnahme aus humanitären Gründen an, in der sie vorschlug, dass die teilnehmenden Staaten geflüchtete Syrer, die vor dem 29. 11. 2015 von den türkischen Behörden registriert wurden, aufnehmen würden.⁶³ Ein solches System wäre eine wichtige flankierende Maßnahme zu den im Gemeinsamen Aktionsplan der EU und der Türkei vom 15. 10. 2015⁶⁴ vorgesehenen gegenseitigen Verpflichtungen.

VII. Die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen

Was die einseitige Einführung von Binnengrenzkontrollen betrifft, so haben seit September 2015 insgesamt acht Länder des „Schengen“-Raums – nämlich Belgien, Dänemark, Deutschland, Norwegen, Österreich, Schweden, Slowenien und Ungarn – aus Gründen der schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit im Gefolge von Sekundärbewegungen irregulärer Migranten Grenzkontrollen eingeführt.⁶⁵ In allen acht Fällen haben sich die Länder auf die Ermächtigung des Art 25 des Schengener Grenzkodex (2006)⁶⁶ zur vorübergehenden Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen aufgrund *unvorhergesehener* Umstände gestützt. Dieser Artikel kann in den Fällen angewendet werden, die ein sofortiges Handeln erfordern und erlaubt zunächst die Wiedereinführung von Grenzkontrollen für zehn Tage. Dieser Zeitraum kann in der Folge jeweils um weitere 20 Tage verlängert werden, darf aber insgesamt zwei Monate nicht überschreiten. Da sich die Sekundärmigration aber Zug um Zug dramatisch verschlechterte, wurden diese Maßnahmen unter Berufung auf die Art 23 und 24 des Schengener Grenzkodex verlängert. Diese beiden Artikel sehen wiederum die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen aufgrund *vorhergesehener* Umstände vor, die aber im Voraus den anderen Mit-

60 COM(2016) 171 final, 3.

61 C(2015) 3560 final.

62 Schlussfolgerungen der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zur Neuansiedlung von 20.000 Vertriebenen, die unzweifelhaft internationalen Schutz benötigen, durch multilaterale und nationale Regelungen, Dok 11130/15.

63 COM(2016) 171 final, 2 f.

64 Oben Fn 13.

65 COM(2016), 120 final, 10.

66 Siehe nochmals VO (EG) 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 3. 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl L 2006/105, 1 ff, aufgehoben durch Art 44 der VO (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. 3. 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex [Kodifizierter Text] ABl L 2016/77, 1 ff). In der kodifizierten Fassung des Schengener Grenzkodex (2016) kam es zu einer Umnummerierung der einschlägigen Bestimmungen; vgl dazu nachstehend auf 14.

gliedstaaten und der Kommission notifiziert werden müssen. Die Kontrollen können zunächst 30 Tage aufrechterhalten und in der Folge auf längstens sechs Monate erstreckt werden. Die betroffenen Mitgliedstaaten können die Maßnahmen gem Art 25 und 24 des Schengener Grenzkodex auch miteinander kombinieren und auf diese Weise ihre Kontrollen an den Binnengrenzen für insgesamt acht Monate aufrechterhalten.

Demnach müssten die im Zeitraum September 2015 bis Februar 2016 unilateral ergriffenen Maßnahmen bei einem maximalen Ausschöpfen dieser Frist spätestens am 13. 5. (Deutschland), am 15. 5. (Österreich), am 9. 7. (Schweden) und am 15. 7. (Norwegen) auslaufen. An den Beispielen Deutschlands und Österreichs exemplifiziert, stellt sich die Situation der vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen im Detail folgendermaßen dar:⁶⁷

Deutschland: Wiedereinführung von Grenzkontrollen an allen Binnengrenzen, mit Schwerpunkt auf der deutsch-österreichischen Landesgrenze auf der Basis von Art 25 Schengener Grenzkodex vom 13. bis 22. 9. 2015; Verlängerungen vom 23. 9. bis 12. 10. 2015, vom 13. 10. 2015 bis 1. 11. 2015 und vom 2. bis 13. 11. 2015; Beendigung nach zwei Monaten am 13. 11. 2015. Wiedereinführung von Grenzkontrollen auf der Basis von Art 23 bzw 24 Schengener Grenzkodex am 14. 11. 2015 bis 13. 2. 2016 sowie Verlängerung vom 13. 2. 2016 bis 13. 5. 2016.

Österreich: Wiedereinführung von Grenzkontrollen an allen Binnengrenzen, mit Schwerpunkt auf der österreichisch-slowenischen Landesgrenze auf der Basis von Art 25 Schengener Grenzkodex, vom 16. bis 25. 9. 2015; Verlängerungen vom 26. 9. bis 15. 10. 2015, vom 16. 10. 2015 bis 4. 11. 2015 und vom 5. bis 15. 11. 2015; Beendigung nach zwei Monaten am 15. 11. 2015. Wiedereinführung von Grenzkontrollen auf der Basis von Art 23 bzw 24 Schengener Grenzkodex vom 16. 11. 2015 bis 15. 2. 2016 sowie Verlängerung vom 16. 2. bis 16. 3. 2016.⁶⁸

Im Falle *außergewöhnlicher Umstände*, unter denen das Funktionieren des „Schengen“-Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist, sieht Art 29 Abs 1 des Schengener Grenzkodex (2016) ein besonderes Verfahren vor. Ist aufgrund anhaltender schwerwiegender Mängel bei den Kontrollen an den Außengrenzen nach Art 21 das Funktionieren des „Schengen“-Raums insgesamt gefährdet und stellen diese Umstände eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit im Raum ohne Binnengrenzkontrollen oder in Teilen dieses Raums dar, dann können die Mitgliedstaaten Kontrollen an den Binnengrenzen für einen Zeitraum von höchstens sechs Monaten wieder einführen, der höchstens dreimal um einen weiteren Zeitraum von höchstens sechs Monaten verlängert werden kann.

Gemäß Art 29 Abs 2 Schengener Grenzkodex (2016) kann der Rat als letztes Mittel und als Maßnahme zum Schutz der gemeinsamen Interessen im „Schengen“-Raum und wenn alle anderen Maßnahmen die festgestellte ernsthafte Bedrohung nicht wirksam verringern können, empfehlen, dass ein oder mehrere Mitgliedstaaten beschließen, an allen oder bestimmten Abschnitten ihrer Binnengrenzen Kontrollen wieder einzuführen. Dieser Empfehlung des Rates hat ein entsprechender Vorschlag der Kommission vorzuzugehen. Die Mitgliedstaaten können die Kommission ersuchen, dem Rat einen solchen Vorschlag für eine Empfehlung vorzulegen. Bevor ein solcher-

67 Vgl COM(2016) 120 final, Annexes 1 to 2, 2.

68 Durch die Sechste Verordnung der Bundesministerin für Inneres, mit der die VO der Bundesministerin für Inneres über die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen, BGBl II 2015/260, geändert wird, wird die „Wendung 16. März 2016“ durch die Wendung „15. Mai 2016“ ersetzt (BGBl II 2016/62).

maßen ermächtigter Mitgliedstaat aber wieder Kontrollen an seinen Binnengrenzen einführt, hat er dies den anderen Mitgliedstaaten, dem Europäischen Parlament und der Kommission zu melden. Ebenso hat er der Kommission schriftlich seine Gründe mitzuteilen, falls er der Empfehlung des Rates nicht Folge leisten will.

Bei diesem besonderen Verfahren im Falle außergewöhnlicher Umstände, unter denen das Funktionieren des „Schengen“-Systems insgesamt gefährdet ist, handelt es sich daher um ein Verfahren, das die Mitgliedstaaten nicht aus Eigenem in Gang setzen können, sondern das des Erlasses eines *Sekundärrechtsaktes* des Rates bedarf, wenngleich dieser nur eine unverbindliche Empfehlung gem Art 288 Abs 5 AEUV darstellt.

Da die bisher von einzelnen Mitgliedstaaten gem Art 25 und Art 23–24 Schengener Grenzkodex (2006) unilateral ergriffenen Maßnahmen den „Schengen“-Raum als Ganzes in seinem Bestand gefährden könnten, geht die Kommission davon aus, dass sie dann, wenn die schwerwiegenden Mängel bei den Kontrollen an den Außengrenzen über den 12. 5. 2016 hinaus anhalten, dem Rat einen Vorschlag gem Art 29 Abs 2 Schengener Grenzkodex (2016) unterbreiten müsse, „in dem ein kohärentes unionsweites Vorgehen bei den Binnengrenzkontrollen empfohlen wird [...]. Die empfohlenen Grenzkontrollen wären befristet und dürften höchstens solange dauern, wie es die anvisierte Bedrohung rechtfertigt. Das Ziel sollte sein, sämtliche Binnengrenzkontrollen im „Schengen“-Raum binnen sechs Monaten nach ihrer Einführung, dh bis Mitte November 2016, aufzuheben, sofern die Gesamtlage es zulässt“.⁶⁹

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, dass es in der vorstehend erwähnten *kodifizierten Fassung* des Schengener Grenzkodex⁷⁰ (2016) zu einer Umnummerierung gekommen ist, aufgrund derer die vorstehend zitierten Art 23–26 nunmehr als Art 25–30 figurieren. Das ganze Kapitel II des Titel III des Schengener Grenzkodex unter dem Rubrum „Vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen“, das früher von Art 23–31 reichte, umfasst jetzt die Art 25–35 des kodifizierten Schengener Grenzkodex (2016).

VIII. Der „Fahrplan“ der Europäischen Kommission zur Wiederherstellung des „Schengen“-Raumes bis Ende 2016

Nachdem der Rat am 12. 2. 2016 eine einschlägige Empfehlung angenommen und der Europäische Rat auf seiner Tagung vom 18./19. 2. 2016 den Auftrag erteilt hatte, einen normal funktionierenden „Schengen“-Raum in konzertierter Weise wiederherzustellen und den Schengener Grenzkodex vollständig anzuwenden,⁷¹ legte die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung „Zurück zu Schengen – ein Fahrplan“ vom 4. 3. 2016⁷², einen detaillierten Plan vor, um bis spätestens Ende 2016 wieder zu einem normal funktionierenden „Schengen“-Raum zurückzukehren. Dabei diagnostizierte die Kommission vor allem in folgenden drei Bereichen unmittelbaren Handlungsbedarf:

Erstens müssen die schwerwiegenden *Mängel*, die beim *Außengrenzenmanagement* in Griechenland festgestellt wurden, behoben werden. Allein 2015 sind über diesen Teil der Schengen Außengrenze über die Ägäisroute über 867.000 Personen irregulär in den „Schengen“-Raum einge-

69 KOM(2016) 120 final, 12.

70 Fn 28.

71 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 18./19. 2. 2016 (EUCO 1/16 vom 19. 2. 2016), 4 (Pkt 8, lit e).

72 Siehe oben Fn 1; vgl: Zurück zu Schengen: Kommission schlägt Fahrplan für vollständige Wiederherstellung des Schengen-Systems vor, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-585_de.htm (26. 4. 2016).

reist.⁷³ Zweitens muss der Politik des *Durchwinkens* ein Ende gesetzt werden, die mit den „Schengen- und Dublin“-Regeln unvereinbar ist, Anreize zur Sekundärmigration schafft und letztlich auch die Umverteilungsregelungen unterläuft. Die Politik des Durchwinkens hat auch zu einem dramatischen Anstieg in der Benützung sowohl der Westbalkanroute als auch der Ägäisroute geführt. Drittens müssen die derzeit unkoordinierten einseitigen Entscheidungen zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen durch ein *koordiniertes* Verfahren für *vorübergehende* Grenzkontrollen ersetzt werden, um in der Folge – mit dem klaren Zieldatum Dezember 2016 – alle Binnengrenzkontrollen so schnell wie möglich aufzuheben. Wie vorstehend bereits erwähnt, würde der Schengener Grenzkodex (2016) in seinem Art 29 Abs 2 ausdrücklich ein solches koordiniertes Verfahren auf der Basis einer Empfehlung des Rates vorsehen.⁷⁴

Was die Einhaltung des „Dublin“-Systems zur Bestimmung des Erstasylandes betrifft, so muss dieses, im Einklang mit der Empfehlung der Kommission vom 10. 2. 2016⁷⁵, unter uneingeschränkter Beteiligung Griechenlands schrittweise wiederhergestellt werden. Dabei gestattet es die Dublin III-Verordnung, eine Person, die um internationalen Schutz ansucht, in einen sicheren Drittstaat zurück- oder auszuweisen, unabhängig davon, ob es sich um den für die Bearbeitung des Asylantrags zuständigen Mitgliedstaat oder einen anderen Mitgliedstaat handelt.⁷⁶ Gleichzeitig müssen die Dublin-Vorschriften im Hinblick auf die angestrebte Solidarität und faire Lastenverteilung zwischen den Mitgliedstaaten verbessert werden. Die seit September 2015 bestehenden Notfall-Umverteilungsmechanismen müssen zu konkreten Ergebnissen führen, dh dass eine beträchtliche Zahl von Personen aus Griechenland auf andere Mitgliedstaaten verteilt werden muss, und Personen, die kein Bleiberecht in der EU haben, effektiv rückgeführt werden müssen.⁷⁷ In Konkretisierung der Zielsetzungen ihres „Fahrplans“ schlug die Kommission in der Folge eine Reihe von Maßnahmen vor, die vor ihrer definitiven Beschlussfassung vor allem in der europäischen Öffentlichkeit vertieft diskutiert werden sollen.

IX. Reform des „Gemeinsamen Europäischen Asylsystems“ und Erleichterung legaler Wege nach Europa

Aufbauend auf der vorerwähnten „Europäischen Migrationsagenda“ vom 13. 5. 2015⁷⁸, die bisher bereits durch drei Maßnahmenpakete umgesetzt wurde, stellte die Kommission am 6. 4. 2016 ihre ersten Reformideen sowohl (a) für eine humanere und wirksamere Gemeinsame Europäische Asylpolitik als auch (b) für eine besser gesteuerte legale Zuwanderung in die EU und eine wirksamere Integration der Migranten vor.⁷⁹

73 European Commission, Managing the refugee crisis. EU-Turkey Joint Action Plan: Implementation Report (2016) 1.

74 Siehe dazu vorstehend auf 13 f; vgl dazu auch *Rieder*, Schengen und die Außengrenzen. Die nicht gezogenen Lehren der Schengen-Reform 2013, ÖGfE Policy Brief 5/2016, 6 ff.

75 Empfehlung der Kommission an die Hellenische Republik zu den Sofortmaßnahmen, die von Griechenland im Hinblick auf die Wiederaufnahme der Überstellungen nach der VO (EU) 604/2013 zu treffen sind; C(2016) 871 vom 10. 2. 2016.

76 Vgl auch das Urteil des EuGH 17. 3. 2016, C-695/15 PPU, *Shiraz Baig Mirza/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, ECLI:EU:C:2016:188.

77 COM(2016) 120 final, 2 f.

78 Vgl oben Fn 8.

79 COM(2016) 197 final vom 6. 4. 2016; vgl Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/16/1246 vom 6. 4. 2016; EU-Kommission schlägt Reform des Europäischen Asylsystems vor; abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-schlaegt-reform-des-europaeischen-asylsystems-vor> (26. 4. 2016).

Ad (a): Was die Reform des „*Gemeinsamen Europäischen Asylsystems*“ (GEAS)⁸⁰ betrifft, so identifizierte die Kommission dabei folgende fünf vorrangige Bereiche, die strukturell verbessert werden müssen:

- Die Einführung eines tragfähigen, fairen Systems zur Bestimmung des für die Prüfung von Asylanträgen zuständigen Mitgliedstaates;
- die Herstellung größerer Konvergenz im Bereich des GEAS und Verminderung des „asylum shopping“;
- die Verhinderung von Sekundärmigration in der EU;
- die Ausarbeitung eines neuen Mandates für das „Europäische Unterstützungsbüro für Asylfragen“ (EASO); und
- die Stärkung des EURODAC-Systems.

Ad (b): Was hingegen die Schaffung *sicherer* und *legaler Migrationswege* in die EU betrifft, so regt die Kommission – aufbauend auf dem „Fünf-Punkte-Plan zur Migration“, den Kommissionpräsident *Jean-Claude Juncker* im April 2014 im Rahmen seines Wahlkampfes vorgestellt hatte – die Ausarbeitung von ebenfalls fünf vorrangigen Maßnahmen an:

- Ein strukturiertes System für die Neuansiedlung;
- eine Reform der „Blue Card“-Richtlinie für die Einwanderung Hochqualifizierter;
- die Ausarbeitung von Initiativen zur Ansiedlung innovativer Unternehmen;
- eine REFIT-Evaluierung zur „Verschlankung“ der bestehenden Zuwanderungsnormen; und
- eine effektivere Zusammenarbeit mit Drittländern zur besseren Steuerung der Migrationsströme.

X. Vorschlag für solidere und intelligentere Grenzen in der EU: Das Einreise-/Ausreise System (EES)

Des Weiteren stellte die Kommission im Rahmen des umfassenden Pakets „intelligentere Grenzen“ Vorschläge für die Verabschiedung folgender Verordnungen vor: zum einen (a) einen Vorschlag für eine Verordnung über ein Einreise-/Ausreisensystem zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen des „Schengen“-Raums und zum anderen (b) einen Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung des Schengener Grenzkodex zur Berücksichtigung der besseren Erfassung dieser Daten.

Ad (a): In ihrem *Verordnungs-Vorschlag* für ein *Einreise-/Ausreisensystem* (EES)⁸¹ schlägt die Kommission ein neues Grenzkontrollverfahren für Nicht-EU-Bürger vor, das deren Ein- und Ausreise in die EU beschleunigen und erleichtern soll. Das EES soll das derzeitige System des manuellen Abstempelns von Reisepässen ersetzen, das zeitaufwändig ist, keine verlässlichen Daten zu Grenzübertritten liefert, die Aufdeckung von Aufenthaltsdauer-Überschreitungen nicht ermöglicht und auch keine Lösung im Falle des Verlustes von Reisedokumenten bietet. Mit dem EES soll auch eine wirksamere Kontrolle dahingehend ermöglicht werden, ob die zulässige Dauer bei Kurzaufenthalten – von höchstens 90 Tagen in einem Zeitraum von 180 Tagen – eingehalten wird. Das System besteht dabei aus einer zentralen Datenbank mit nationalen Netzzugangspunkten.

⁸⁰ Vgl oben Fn 7.

⁸¹ Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten sowie der Einreiseverweigerungsdaten von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der EU und zur Festlegung der Bedingungen für den Zugang zum EES zu Strafverfolgungszwecken und zur Änderung der VO (EG) 767/2008 und der VO (EU) 1077/2011 SWD(2016) 114 final vom 6. 4. 2016; vgl auch Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/16/1247.

Zwischen dem EES und dem VISA-Informationssystem (VIS) soll Interoperabilität hergestellt werden. Auch sollen die nationalen Strafverfolgungsbehörden und Europol unter genau festgelegten Bedingungen Zugang zum EES haben.

Ad (b): Der Vorschlag für eine Verordnung zur *Änderung des Schengener Grenzkodex*⁸² wiederum bezieht sich vor allem auf die technischen Änderungen, die sich aus dem vorgeschlagenen neuen EES ergeben. Es sollen ua Selbstbedienungssysteme und elektronische Sperren („e-Gates“) für Drittstaatsangehörige eingerichtet werden, die die automatisierte Erledigung bestimmter Kontrollen ermöglichen.

XI. „Solidere und intelligentere Informationssysteme für das Grenzmanagement und mehr Sicherheit“

In einer weiteren, von der Kommission ebenfalls am 6. 4. 2016 vorgelegten Mitteilung,⁸³ wird untersucht, wie die Informationssysteme wirksamer und effizienter zur Verbesserung des Grenzmanagements und zur Erhöhung der inneren Sicherheit in der EU eingesetzt und vernetzt werden können, wobei besonders auf die Wichtigkeit der Interoperabilität – natürlich unter strikter Beachtung der einschlägigen Datenschutzbestimmungen – hingewiesen wird. Des Weiteren enthält die Mitteilung Maßnahmen zur Verbesserung der Funktionsweise der bestehenden Informationssysteme sowie potentieller neuer Systeme, mit denen Informationslücken geschlossen werden können. Um diese Prozesse in Gang setzen zu können, hat die Kommission unter einem beschlossen, eine hochrangige „Sachverständigengruppe für IT-Systeme und Interoperabilität“ einzusetzen, der auch Bedienstete der EU-Agenturen, nationale Sachverständige und institutionelle Akteure angehören werden. Im Rahmen dieser Überlegungen wird die Kommission auch die Standpunkte des Europäischen Datenschutzbeauftragten und der nationalen Datenschutzbehörden, die in der sog „Artikel-29-Datenschutzgruppe“ zusammenkommen, einholen.

XII. Kosten eines Scheiterns des „Schengen“-Systems

Ein Scheitern von Schengen ist einer dauerhaften Rückkehr zu innereuropäischen Grenzkontrollen würde enorme wirtschaftliche, politische und soziale Kosten sowohl für die EU, als auch für ihre einzelnen Mitgliedstaaten verursachen. Außerdem würde dadurch auch die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, die zu einem zentralen Mehrwert des „Schengen“-Systems geworden ist, gefährdet werden.⁸⁴

Der Berechnung der wirtschaftlichen Kosten eines Scheiterns des „Schengen“-Systems haben sich gegenwärtig vor allem vier Studien – erstellt von der Prognos AG im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung⁸⁵, von France Stratégie⁸⁶, vom Münchner ifo-Institut⁸⁷ und von der Europäischen

82 Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 in Bezug auf die Nutzung des EES; Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/16/1247.

83 Vgl Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/16/1248.

84 Vgl dazu COM(2016) 120 final, 3 ff.

85 Departure from the Schengen Agreement. Macroeconomic impacts on Germany and the countries of the European Union, February 2016. Die Berechnungen wurden mithilfe eines makroökonomischen Modells durchgeführt, das 42 Länder und damit mehr als 90 % der weltweiten Wirtschaftsleistung abdeckt; vgl auch Ende von Schengen wäre finanziell fatal, n-tv.de vom 22. 2. 2016.

86 V. Aussilloux/B. Le Hir, Les conséquences économiques d'un abandon des accords de Schengen, Note d'analyse 39 (2016).

87 Felbermayr/Gröschl/Steinwachs, Handelseffekte von Grenzkontrollen, ifo Forschungsberichte Nr 73, März 2016.

Kommission⁸⁸ – gewidmet, die allesamt enorme finanzielle Nachteile aufzeigen. So belegt zB die Studie der Bertelsmann-Stiftung, dass bei einer Wiedereinführung von Grenzkontrollen die Wirtschaftsleistung der gesamten EU in einem Zeitraum von zehn Jahren (2016–2025) zwischen 500 Mrd Euro und 1,4 Bio Euro geringer wäre, als ohne Grenzkontrollen.

Nach Schätzungen der Kommission wiederum würde die vollständige Wiederherstellung der Grenzkontrollen zur Überwachung des Personenverkehrs im „Schengen“-Raum für die Wirtschaft in der EU – dh für den Güterkraftverkehr, den Personengrenzverkehr, den Fremdenverkehr und die Binnengrenzverwaltung – unmittelbare direkte Kosten zwischen 5 und 18 Mrd Euro jährlich verursachen. Das ifo-Institut schätzt diese auf bis zu 15 Mrd Euro. Des Weiteren würde in den 27 EU-Staaten – noch ohne Kroatien berechnet – der Handel um 576,9 Mrd Euro pro Jahr niedriger liegen.⁸⁹

Am stärksten würden sich die neuerlichen Grenzkontrollen naturgemäß auf den Straßengüterverkehr auswirken, wo mit jährlichen Zusatzkosten zwischen 1,7 und 7,5 Mrd Euro zu rechnen wäre. Den Staaten wiederum entstünden durch das für die Grenzkontrollen zusätzlich benötigte Personal Verwaltungskosten in Höhe zwischen 0,6 und 5,8 Mrd Euro sowie weitere Kosten in Milliardenhöhe für Investitionen in die dafür benötigte Infrastruktur. Es würde in diesem Szenario von aufwändigen Grenzkontrollen aber auch zu einem massiven Rückgang des Tourismus kommen – die Kommission schätzt in diesem Zusammenhang eine Abnahme der Touristenübernachtungen in der EU um mindestens 13 Mio – was die Tourismusbranche insgesamt 1,2 Mrd Euro kosten würde.⁹⁰

Sollte Österreich Grenzkontrollen am Balkan und auf der Brennerroute einführen, so würde laut Berechnungen des Münchner ifo-Instituts der gesamte Außenhandel (Importe und Exporte) um 1,5 Mrd Euro sinken und die Wirtschaftsleistung Österreichs (BIP) würde sich um 80 bis 210 Mio Euro pro Jahr verringern. Würde Österreich hingegen an allen Grenzübergängen wieder Kontrollen einführen, würden die jährlichen Importe um 6,9 Mrd Euro sinken und das gesamte Handelsvolumen um 14,8 Mrd Euro schrumpfen. Der Handel mit Kontinentaleuropa alleine würde um 8,4 Mrd niedriger sein. Das BIP würde sich um bis zu 1,96 Mrd Euro vermindern.⁹¹

Summiert man die Wachstumsverluste bis zum Jahre 2025, so wären allein für die Bundesrepublik Deutschland Verluste zwischen 77 und 235 Mrd Euro zu erwarten. In Österreich wiederum würde, im optimistischen Szenario, ein Minus von 14 Mrd Euro, im pessimistischen Szenario hingegen, sogar ein Minus von bis zu 43 Mrd Euro entstehen.⁹²

Die vorstehend erwähnten Kosten spiegeln vor allem die sich direkt aus den Grenzkontrollen ergebenden Auswirkungen erster Ordnung wider. Mittelfristig könnten aber die indirekten Kosten erheblich höher liegen, wobei die Folgen für die Investitionen, die Mobilität uvm gar nicht abzu-sehen wären.

88 Siehe nochmals die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, Zurück zu Schengen – ein Fahrplan; COM(2016) 120 final vom 4. 3. 2016, 2.

89 *Felbermayr/Gröschl/Steinwachs*, Handelseffekte 12, 61, 69.

90 COM(2016) 120 final, 4.

91 Vgl 2 Mrd Euro Verlust durch Grenzballen, *Tiroler Tageszeitung* vom 19. 4. 2016, 17.

92 *Teure Grenzkontrollen*, *Der Standard* vom 23. 2. 2016, 1; *Teure Rückkehr zu Grenzkontrollen innerhalb Europas*, *Der Standard* vom 23. 2. 2016, 7; *Hohe Kosten bei Schengen-Aus*, *Die Presse* vom 4. 3. 2016, 2.

XIII. Schlussbetrachtungen

Im Jahr 2015 bereisten mehr als 50 Mio Drittstaatsangehörige die EU, was zu mehr als 200 Mio Grenzübertritten an den Außengrenzen des „Schengen“-Raums Anlass gab. Neben diesem regulären Grenzverkehr kam es 2015 aber auch zu 1,8 Mio irregulären Grenzübertritten an den Schengen-Außengrenzen.⁹³ Die Erfassung und Registrierung dieser Grenzübertritte stellt die EU vor kaum mehr zu bewältigende technische Probleme.

Im Zuge des Erlasses der vorerwähnten VO zur Einführung eines Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus⁹⁴ hatte der Rat im ersten Erwägungsgrund derselben unmissverständlich festgestellt: „Der Schengen-Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen setzt die wirksame und effiziente Anwendung von Begleitmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten in den Bereichen Außengrenzen, Visumpolitik, Schengener Informationssystem, Datenschutz, polizeiliche Zusammenarbeit, justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und Drogenbekämpfung voraus.“ Mit anderen Worten heißt das: das „Schengen“-System kann nur dann funktionieren, wenn die Mitgliedstaaten ihre entsprechenden „Hausaufgaben“ in den angegebenen Bereichen gemacht haben, ohne die den unionsrechtlichen Maßnahmen die mitgliedstaatliche Fundierung und Umsetzung fehlen würde. Noch viel ärger als ein gänzlich Unterbleiben der Setzung der notwendigen Begleitmaßnahmen durch die einzelnen Mitgliedstaaten wirkt sich aber politisch eine unkoordinierte bzw sogar divergierende Vorgangsweise derselben aus, da sie belegt, dass die einzelnen Mitgliedstaaten in der Wahl ihrer Mittel zur Erreichung der gemeinsamen Zielsetzung diametral positioniert sind. Genau dieser Umstand liegt aber im Zuge der gegenwärtigen Bewältigung der Flüchtlingskrise vor.

Betrachtet man die gegenwärtige Situation der „Implosion“ des „Schengen- und Dublin“-Raumes im Gefolge der zur Abwendung der Flüchtlingskrise von den Mitgliedstaaten individuell ergriffenen Maßnahmen, dann erkennt man, wie unterschiedlich die einzelnen EU-Mitgliedstaaten auf diese Herausforderung reagiert haben. Auf der einen Seite steht die Bundesrepublik Deutschland, deren Kanzlerin mit ihrer „Willkommenskultur“ expressis verbis betont hat, „wir schaffen das“, und auf der anderen Seite befinden sich die „Visegrad-Staaten“, die jedwede weitere Aufnahme von Flüchtlingen kompromisslos ablehnen. Am weitesten geht diesbezüglich Ungarn, da Ministerpräsident *Orbán* in der zweiten Jahreshälfte 2016 ein Referendum über die Quotenverteilung von Flüchtlingen in der EU abhalten lassen will, um damit Ungarn endgültig aus dem europäischen Verteilungsmechanismus⁹⁵ auszunehmen.⁹⁶ Österreich wiederum hat im Gefolge des Asylgipfels vom 20. 1. 2016⁹⁷ eine „Obergrenzen“- bzw „Richtwert“-Regelung dahingehend eingeführt, dass im laufenden Jahr 2016 nur mehr 37.500 Personen für das Stellen von Asylanträgen akzeptiert werden.⁹⁸ Nachdem die Anliegerstaaten an der Westbalkanroute im Gefolge dieser österreichischen „Obergrenzen“- bzw „Richtwerte“-Regelung ihre Grenzen Zug um Zug geschlossen haben,

93 Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/16/1248.

94 Vgl oben Fn 29.

95 Siehe dazu vorstehend auf 11 f.

96 Orbán's Plan: Schengen 2.0, Die Presse vom 19. 4. 2016, 6.

97 Asylgipfel am 20. Jänner 2016, Gemeinsame Vorgangsweise von Bund, Ländern, Städten und Gemeinden, 2; vgl. I. *Bonavida*, 37.500, Die Presse vom 21. 1. 2016, 1.

98 Das Setzen einer numerischen, fixen Obergrenze, die auch im österreichischen Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl I 2005/100, verankert werden soll (vgl dazu *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht. Kommentar [2016], 437 ff), ist unzulässig. Dies wurde auch im Gutachten „Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. 1. 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge“, von *Walter Obwexer* und *Bernd-Christian Funk* (Seite 84) festgestellt, das im Auftrag der österreichischen Bundesregierung erstellt und am 30. 3. 2016 der Öffentlichkeit vorgestellt wurde.

kam es im März 2016 an der griechisch-mazedonischen Grenze in Idomeni zu einem dramatischen Rückstau von 13.000 Flüchtlingen und Migranten, die die Westbalkanroute nicht mehr benutzen konnten. Der Aufbau eines funktionierenden Grenzmanagements an der griechisch-mazedonischen Grenze wurde dabei ua auch durch einen bereits seit längerer Zeit schwelenden Namens- und Territorialkonflikt zwischen diesen beiden Nachbarstaaten⁹⁹ am Balkan behindert. Es wird in diesem Zusammenhang auch vom Ausgang der Parlamentswahlen am 5. 6. 2016 in Mazedonien abhängen, ob danach mit Griechenland in einer von der Bevölkerung umfassend konsentierten Weise in der Frage des Namensstreits um die Bezeichnung „FYROM“ verhandelt werden kann oder nicht. Da der Chef der Sozialdemokratischen Partei SDSM, *Zoran Zaev*, aber bereits angekündigt hat, die Wahlen zu boykottieren,¹⁰⁰ stehen die Chancen dafür nicht besonders gut.

Wenn aber nun alle Anrainerstaaten der Westbalkanroute, sowie einige weitere Mitgliedstaaten, an ihren Binnengrenzen wieder Grenzkontrollen eingeführt haben, dann stellt sich die Frage, ob die damit an sich verursachte Drohung des Scheiterns des „Schengen-Dublin“-Systems überhaupt noch abgewendet werden kann, oder nicht. Bevor diese grundlegende Fragestellung beantwortet werden kann, war zunächst der Frage nachzugehen, ob die bisherige Anordnung der Kontrollen an den Binnengrenzen durch eine Reihe von Mitgliedstaaten überhaupt rechtskonform erfolgte oder nicht. Diesbezüglich ist die europäische Öffentlichkeit überraschender Weise überhaupt nicht aufgeklärt worden.

Auf der Basis des Schengener Grenzkodex bestehen mehrere unterschiedliche Möglichkeiten für einen Schengen-Staat, im Falle einer schwerwiegenden Bedrohung der inneren Sicherheit oder öffentlichen Ordnung, vorübergehend an den Binnengrenzen unilateral wieder Grenzkontrollen einzuführen. Interessanterweise haben aber in Österreich weder Bundeskanzler *Werner Faymann* noch die zuständigen BM *Johanna Mikl-Leitner* und *Sebastian Kurz* in ihren Rechtfertigungsversuchen der seitens Österreich einseitig eingeführten bzw geplanten Grenzkontrollen – zunächst im Burgenland in Niklasdorf, danach in Spielfeld und zuletzt am Brenner¹⁰¹ – auf diese *legalen* Suspendierungsmöglichkeiten hingewiesen, sondern lediglich immer wieder die *faktische* Notwendigkeit der Einführung derselben aufgrund des Massenzustroms von Flüchtlingen und Migranten betont.

Damit wurde in der Öffentlichkeit aber der Eindruck erweckt, dass es sich dabei um eine zwar notwendige, uU aber juristisch nicht gedeckte Vorgangsweise Österreichs handeln würde. Warum diese längst fällige Aufklärung der österreichischen Öffentlichkeit aber nach wie vor vorenthalten wird, wurde offiziell nicht begründet, sodass darüber nur Vermutungen angestellt werden können. Nicht nur aus Gründen der erforderlichen Transparenz, sondern vor allem auch, um der Öffentlichkeit die Sinnhaftigkeit des „Regel-Ausnahme“-Systems des Schengener Grenzkodex näher zu verdeutlichen, wäre eine entsprechende Bezugnahme auf die ermächtigenden Ausnahmebestimmungen im Schengener Grenzkodex und deren zeitliche Limitierung absolut notwendig gewesen. Bedauerlicherweise ist diese bis jetzt aber unterblieben.

99 Siehe *W. Hummer*, Mazedonien: Ein Staat, zwei Namen, EU-Infothek vom 24. 3. 2016.

100 Vgl *A. Wölfl*, Mazedoniens Opposition für Wahlboykott, *Der Standard* vom 8. 4. 2016, 7.

101 Ende Mai 2016 soll das Grenzmanagement am Brenner, gesichert durch einen 250 Meter langen Zaun, in Betrieb gehen; vgl Versuch einer Stabilisierung, *Wiener Zeitung* vom 19. 4. 2016, 3.

Ebenso wenig ist der österreichischen Bevölkerung zunächst erklärt worden, warum der österreichischen Bundesregierung durch eine Novellierung des Asylgesetzes 2005¹⁰² eine Ermächtigung für den Erlass einer *NotstandsVO* zur Regulierung des Flüchtlingsstroms übertragen werden soll. Konsequenterweise sollte diese Novelle daher auch ohne Begutachtung verabschiedet werden,¹⁰³ und erst nach massiven Protesten der organisierten Zivilgesellschaft wurde eine (verkürzte) einwöchige Begutachtungsfrist eingeräumt.¹⁰⁴ Dass mittels dieser NotstandsVO Schutzsuchende per Schnellverfahren an der Grenze und ohne Einleitung eines Asylverfahrens in die Nachbarländer zurückgeschickt werden können, begegnet allerdings sowohl völkerrechtlichen, als auch europarechtlichen Bedenken, was von einer Reihe von Institutionen gerügt wurde.

So gingen aus sieben österreichischen Bundesländern¹⁰⁵ negative Stellungnahmen ein, die sich vor allem gegen den Rechtsschutz bei Zurückweisungen bei den jeweiligen *Landesverwaltungsgerichten* – bisher war für einen solchen Rechtsschutz nur das *Bundesverwaltungsgericht* zuständig – kritisch äußerten, da sie dabei eine Überlastung derselben befürchteten.¹⁰⁶ Aber auch andere Gegenargumente wurden angeführt. So wird in einer Stellungnahme der Wiener Stadtregierung festgestellt, dass der Erlass einer solchen VO in der jetzigen Situation dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes und den unionsrechtlichen Vorgaben widersprechen würde. Dazu komme, dass nach der ständigen Judikatur des EuGH die Gefährdung der öffentlichen Ordnung „eine tatsächliche und erhebliche Gefahr voraussetze, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.¹⁰⁷

Neben dem Menschenrechtskommissar des Europarates, *Nils Muizniks*, warnte vor allem auch das UN-Flüchtlingshochkommissariat (UNHCR), in einer am 21. 4. 2016 veröffentlichten Stellungnahme,¹⁰⁸ vor der Verabschiedung dieser Novelle des Asylgesetzes und zwar aus folgenden Gründen: zum einen soll die Beurteilung im Schnellverfahren an der Landesgrenze durch die Polizei und nicht durch die spezialisierte Asylbehörde erfolgen, wobei die Polizei zur Sicherung einer Zurückstellung Asylsuchende in Österreich für bis zu 14 Tage – anstatt der derzeitigen 120 Stunden – anhalten kann.

Zum anderen erhalten Asylsuchende vor ihrer Abschiebung oder Zurückstellung keine begründete schriftliche Entscheidung darüber und haben somit keinen Zugang zu einem effektiven Rechtsmittel gegen eine solche Entscheidung. Sie können sich nur *ex post* und aus dem Ausland im Wege einer Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht wenden. Dementsprechend haben Asylsuchende auch keinen Anspruch auf Rechtsberatung und -vertretung. In einem vergleichbaren Fall

102 Vgl Gesamtändernder Abänderungsantrag der Abg *Jürgen Schabhüttl* und *Werner Amon*, MBA, zur RV: Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das BFA-Verfahrensgesetz geändert werden (996 BlgNR), 4/AUA 25. GP (§ 36 Abs 1 AsylG 2005: Verordnungsermächtigung der Bundesregierung im Falle der Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen).

103 Vgl *Brickner/Kroisleitner*, Regierung setzt schärferes Asylgesetz im Eiltempo durch, *derStandard.at* vom 8. 4. 2016.

104 Vgl Verschärfungen im Asylrecht: Innenausschuss holt Stellungnahmen ein. Einwöchige Begutachtungsfrist für neue Notstandsregelung (Parlamentskorrespondenz Nr 372 vom 14. 4. 2016). Im Laufe der Begutachtungsfrist, die am 21. 4. 2017 endete, gingen 60 überwiegend ablehnende Stellungnahmen ein. An wissenschaftlichen Einrichtungen äußerten sich dazu lediglich das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte (BIM) in Wien am 20. 4. 2016 und das Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens-Universität Graz am 21. 4. 2016.

105 Burgenland, Wien, Niederösterreich, Oberösterreich, Steiermark, Kärnten und Tirol.

106 Vgl *Brickner/Kroisleitner*, Europarat warnt Österreich vor neuem Asylgesetz, *Der Standard* vom 23./24. 4. 2016, 12.

107 Vgl *Kroisleitner*, Wiener Stadtregierung lehnt Asylnovelle ab, *Der Standard* vom 22. 4. 2016, 11.

108 UNHCR-Kurzanalyse zum Gesamtändernden Abänderungsantrag betreffend eine Änderung des Asylgesetzes durch Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen, vom 21. 4. 2016.

hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bereits Mitte 2013 entschieden, dass eine bloße Prüfung der Verletzung des „Non-Refoulement“-Gebots durch Polizeibehörden, die keiner weiteren asylrechtlichen Überprüfung mehr unterliegt, nicht als effektiver Rechtsbehelf iSv Art 13 EMRK anerkannt werden kann.¹⁰⁹ Abschließend weist das UNHCR erneut auf die negative Vorbildwirkung Österreichs hin und warnt vor einer möglichen Kettenreaktion in anderen Staaten.¹¹⁰

Was die Übereinkunft zwischen den Mitgliedstaaten der EU und der Türkei vom 18. 3. 2016 über die Rückführung von syrischen Kriegsflüchtlingen, die – über die Ägäisroute kommend – nach dem 20. 3. 2016 auf griechischen Inseln angelandet sind und ab dem 4. 4. 2016 in die Türkei zurückgestellt werden sollen, betrifft, ist Skepsis angebracht, ob diese überhaupt operativ gestellt und der durch sie hervorgerufene Verwaltungsaufwand entsprechend bewältigt werden kann.¹¹¹ So sind laut Angaben der Kommission bis Mitte April 2016 erst 325 illegale Migranten aus Griechenland in die Türkei zurückgestellt, dafür im Gegenzug aber nur 113 Syrer in einigen EU-Mitgliedstaaten (Großbritannien, Niederlande, Deutschland und Finnland) übernommen worden.¹¹² Trotzdem spricht die Kommission in diesem Zusammenhang davon, dass die Zusammenarbeit mit der Türkei „gute Fortschritte“ macht.¹¹³

Für ein ordnungsgemäßes Funktionieren dieser Übereinkunft, müsste zum einen Griechenland die Türkei als „sicheren Drittstaat“ anerkennen,¹¹⁴ was es aus politischen Gründen aber nicht *expressis verbis* erklären will. In der von der griechischen Regierung am 30. 3. 2016 in das Parlament eingebrachten Gesetzesvorlage (mit 89 Artikeln) wird weder die Türkei noch ein anderer (Balkan)Staat ausdrücklich als „sicherer Drittstaat“ für die Zurückstellung von Flüchtlingen genannt. In Art 57 des Gesetzesentwurfs werden dafür als „sichere Herkunftsländer“ alle Staaten bezeichnet, die „auf der betreffenden Liste des EU-Rates“¹¹⁵ „aufgeführt“ seien.¹¹⁶ Darüber hinaus klagen sowohl Amnesty International (ai), als auch das Flüchtlingshilfswerk der Vereinten Nationen (UNHCR), die Türkei offen an, Flüchtlinge systematisch nach Syrien abzuschieben, was einen flagranten Bruch des vorstehend erwähnten „non refoulement“-Prinzips bedeuten würde.¹¹⁷ Mit auch aus diesem Grund kündigte das UNHCR an, sich aus den griechischen „Hotspots“, in denen

109 EGMR 6. 6. 2013, 2283/12, *Mohammed/Austria* Rz 83 ff.

110 Vgl Alarmierende Änderungen im österreichischen Flüchtlingsschutz geplant; abrufbar unter: <http://www.unhcr.at/presse/pressemitteilungen/artikel/d3ec3a9914ed0dd212109d9710> (26. 4. 2016).

111 Vgl auch Menschenrechte von Flüchtlingen und Migranten – die Lage auf dem Westbalkan, Bericht des Ausschusses für Migration, Flüchtlinge und Vertriebene der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Dok 14013, vom 4. 4. 2016.

112 Europäische Kommission, Bewältigung der Flüchtlingskrise: Bericht der Kommission über die Umsetzung der Erklärung EU-Türkei, Pressemitteilung IP/16/1444, vom 20. 4. 2016; vgl: Uneins bei Aufnahme von Syrern, *Der Standard* vom 22. 4. 2016, 10; vgl: Erst 103 syrische Flüchtlinge umgesiedelt, *Der Standard* vom 21. 4. 2016, 6.

113 Flüchtlingskrise: Zusammenarbeit mit der Türkei macht gute Fortschritte; abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/germany/news/fl%C3%BChtlingskrise-zusammenarbeit-mit-der-t> (26. 4. 2016).

114 Vgl dazu die beiden Gutachten, gemäß derer die Türkei gegenwärtig kein sicheres Drittland darstellt, in das Flüchtlinge zurückgestellt werden können; R. Marx, Rechtsgutachten zur Frage, ob die Türkei als „sicherer Drittstaat“ eingestuft werden kann, erstellt am 29. 2. 2016 für *Pro Asyl*; Roman/Baird/T. Radcliffe, Analysis – Why Turkey ist Not a „Safe Country“, Gutachten, erstellt im Februar 2016 für *StateWatch*.

115 Vgl dazu das Gutachten der Europäischen Grundrechteagentur (FRA), Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights concerning an EU common list of safe countries of origin, FRA Opinion – 1/2016 (SCO), Vienna, 23 March 2016.

116 *Batzoglou*, Pufferzone Hellas, *Wiener Zeitung* vom 2./3. 4. 2016, 3.

117 Vgl Amnesty: Ankara schiebt massenhaft Syrer ab, *Der Standard* vom 2./3. 3. 2016, 11.

die Ersterfassung und „Sortierung“ der Flüchtlinge und Migranten abgewickelt werden soll, zurückziehen zu wollen.¹¹⁸

Zum anderen ist die maximale „1:1-Umsiedlungsquote“ mit 72.000 Syrern viel zu gering bemessen, als dass sie eine dauerhafte Entlastung bringen könnte. Dazu kommt aber noch die wachsende Kritik an den gegenwärtigen innenpolitischen Verhältnissen in der Türkei unter Präsident Recep Erdogan¹¹⁹, bei denen keinesfalls die von der EU in ihrem Art 2 EUV geforderten gemeinsamen Werte¹²⁰ berücksichtigt werden. Damit setzen sich aber die EU und ihre Mitgliedstaaten der Kritik aus, mit einem Drittstaat, der ihren Wertekatalog nicht achtet, anlassbedingt eine Übereinkunft zu treffen, um ein sonst von ihr nicht zu bewältigendes Problem zu lösen. Die Kritik an dieser Vorgangsweise in den Medien ist unübersehbar, wie nachstehende Zitate belegen: „Nach diesem interessengetriebenen Deal mit der Türkei können die Europäer nicht mehr in aller Welt als Moralapostel auftreten“.¹²¹ „Die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten laufen Gefahr, ihre eigenen Grundwerte und Normen zu verraten“¹²² uam.

Der im Sommer zu erwartende neuerliche Massenansturm von Flüchtlingen und Migranten – allein in Libyen warten gegenwärtig mehr als 800.000 Personen¹²³, oder sogar bis zu einer Million¹²⁴ auf ihre Überfahrt über die zentrale südliche Mittelmeerroute¹²⁵ von Libyen nach Italien – wird die „Nagelprobe“ für das Funktionieren der EU-Türkei-Übereinkunft zum Austausch von syrischen Kriegsflüchtlingen werden. Sollte die Übereinkunft diese Bewährungsprobe nicht bestehen und damit der Abbau der unilateral verfügbaren mehrfachen Binnengrenzkontrollen nicht, wie von der Kommission in ihrem „Fahrplan“ vorgeschlagen, bis zum Jahresende 2016 möglich sein, ist mit einem totalen Zusammenbruch des „Schengen“-Systems zu rechnen. Welche Kosten ein solcher Kollaps verursachen könnte, ist zwar ansatzweise für den ökonomischen Bereich berechnet worden, steht aber für den politischen noch aus. Ein Scheitern von Schengen wäre tatsächlich der Anfang vom Ende des europäischen Integrationsprojekts¹²⁶. Sollte in der Folge aber auch dieses scheitern, dann würden düstere Zeiten hereinbrechen, die einen Autor sogar so weit gehen lassen, festzustellen: „Ohne EU stürzt die Welt ins Chaos.“¹²⁷

118 UNHCR redefines role in Greece as EU-Turkey deal comes into effect, Briefing Notes, 22 March 2016; abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/56f10d049.html> (26. 4. 2016).

119 Vgl dazu *Jungbluth*, Regierungskritischen Journalisten wird der Prozess gemacht, Kurier vom 26. 3. 2016, 6; Keine Medien und Erdogan als Co-Kläger, Der Standard vom 26./27./28. 3. 2016, 11.

120 Vgl dazu *W. Hummer*, Die gemeinsame Wertebasis in der EU. Vertikales und horizontales „Kongruenz- und Homogenitätsgebot“, in *J. W. Pichler* (Hrsg), Rechtswertestiftung und Rechtswertebewahrung in Europa (2015), 65 ff.

121 *Föderl-Schmid*, Der geopferte moralische Anspruch, Der Standard vom 26./27./28. 3. 2016, 40.

122 *Kessler*, Erzwungene Migration und die Türkei als „Torwächter“ der EU, abrufbar unter: <http://www.europe-infos.eu/erzwungene-migration-und-die-tuerkei-als-torwaechter-der-eu> (26. 4. 2016).

123 Aussage von Frankreichs Innenminister *Jean-Yves Le Drian*, zitiert nach *Kim Son Hoang*, Zurück zur gefährlichen Mittelmeerroute, Der Standard vom 29. 3. 2016, 2; vgl auch *M. Gehlen*, Neue Fluchtwelle aus Libyen, Die Presse vom 25. 3. 2016, 8; Libyen: 800.000 Migranten warten auf die Überfahrt, Der Standard vom 25. 3. 2016, 8.

124 Laut Angaben der Regierung in Tripolis gegenüber der „Wiener Zeitung“, zitiert nach *P. Ramsauer*, Das nächste Syrien, Wiener Zeitung vom 26./27. 3. 2016, 5.

125 In den ersten drei Monaten des Jahres 2016 setzten bereits 18.234 „boat-people“ von Libyen nach Süditalien über, 80 % mehr als im Vergleichszeitraum 2015, als bloß 10.165 Personen in Italien anlandeten; vgl: Schlepper schmuggeln wieder Flüchtlinge nach Italien, Die Presse vom 2. 4. 2016, 6; Hunderte Tote im Mittelmeer, Die Presse vom 19. 4. 2016, 1.

126 Vgl oben Fn 3.

127 Aussage von *Colin Crouch* im Interview mit *Colette M. Schmidt*, Ohne EU stürzt die Welt ins Chaos, Der Standard vom 2./3. 4. 2016, 3.



Transeuropäische Netze: Staatliche Planung im österreichischen Starkstromwegerecht

Daniel Heitzmann*, Universität Graz

Kurztext: Mit der VO „Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur“ legt die Europäische Union eine Ebene staatlicher Planung über das österreichische Starkstromwegerecht, die durch Auswahl und Priorisierung bestimmter Netzausbauprojekte vor allem auf die Beschleunigung diesbezüglicher Genehmigungsverfahren abzielt. Da das die VO konkretisierende Energie-Infrastrukturgesetz jedoch nur so viel als nötig in das bestehende Genehmigungsregime eingreift, bleibt abzuwarten, ob die angestrebte Verfahrensbeschleunigung in Österreich eintreten wird. Aus planungsrechtlicher Sicht bemerkenswert ist aber jedenfalls die mit dem Gesetz erfolgte Einführung eines Trassensicherungsinstruments, das Behinderungen des transeuropäischen Energieleitungsbaus wirksam mindern kann.

Schlagworte: Transeuropäische Energienetze; Energie-Infrastrukturgesetz; Starkstromwegerecht; Planungsrecht; Trassensicherung.

I. Einführung

Planen heißt Zukunft gestalten. Grundvoraussetzung dafür ist, ein Bild der Zukunft zu haben, einen „Idealzustand“, auf dessen Verwirklichung gezielt werden kann.¹ Ein solches Bild der Zukunft besteht zurzeit – wie kaum anderswo – im Bereich der Energieversorgung. Die sog „Energiewende“ soll die Abkehr von fossilen und nuklearen Energieträgern hin zu nachhaltiger Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien wie Wasser-, Wind- und Sonnenkraft bewirken. Vor allem in Europa wird dieses Ziel ehrgeizig verfolgt: Nach der sog 20-20-20-Strategie der Europäischen Union soll der Anteil erneuerbarer Energiequellen am Endenergieverbrauch im Jahr 2020 bereits 20 % betragen,² von 2020 bis 2030 soll er auf mindestens 27 % steigen.³ Österreich, wo der Anteil erneuerbarer Energien am Gesamtverbrauch durch die günstigen Voraussetzungen für

* Mag. Daniel Heitzmann ist Projektmitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft der Universität Graz und Teilnehmer an der interfakultären Doktoratschule für Öffentliches Wirtschaftsrecht in Wien, Graz, Salzburg und Innsbruck.

1 Vgl Kloepfer, Planung und prospektive Rechtswissenschaft, in FS Hoppe (2000) 111 (113).

2 Vgl *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes – Brüssel, 8./9. 3. 2007, 7224/1/07 REV 1, 21; vgl auch *Europäische Kommission*, Mitteilung „Eine Energiepolitik für Europa“, KOM(2007) 1 endg 16 ff.

3 *Europäischer Rat*, Tagung des Europäischen Rates (23./24. 10. 2014) – Schlussfolgerungen zum Rahmen für die Klima- und Energiepolitik bis 2030, SN 79/14, 5; vgl auch *Europäische Kommission*, Mitteilung „Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik im Zeitraum 2020–2030“, KOM(2014) 15 endg 7 ff.

die Nutzung der Wasserkraft traditionell hoch liegt,⁴ wird bis 2020 zu einer Steigerung auf 34 % verpflichtet.⁵

Zur Erreichung dieser Ziele ist nicht nur ein Umbau der Stromerzeugung vonnöten, es braucht auch leistungsstarke Netze, um die oft abseits der Verbrauchszentren erzeugte elektrische Energie aus erneuerbaren Energieträgern – man denke dabei nur an Offshore-Windparks in den nördlichen Meeren oder solarthermische Kraftwerke im Mittelmeerraum⁶ – in die Zentren des Energieverbrauchs zu bringen.⁷ Die mit der Ausnutzung erneuerbarer Energiequellen einhergehende Schwankung und erschwerte Prognostizierbarkeit der Stromversorgung⁸ sowie die weiter steigende Nachfrage⁹ belasten die jetzt schon an ihren physikalischen Grenzen arbeitenden¹⁰ Netze zusätzlich und erfordern massive Investitionen in die Netzinfrastruktur.¹¹

Da die Bewältigung dieser Herausforderungen nicht mehr wie bisher alleine den Netzbetreibern aufgebürdet werden kann, entschloss sich die Europäische Union, ihre Planungsbefugnisse im Bereich der transeuropäischen Netze¹² verstärkt auszuschöpfen. Die VO zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur¹³ (TEN-E-VO) legt vorrangige transeuropäische Infrastrukturkorridore fest, innerhalb derer Ausbauprojekte zu sog Vorhaben von gemeinsamem Interesse bestimmt wurden; diesen wird ex lege ein öffentliches energiepolitisches Interesse zuerkannt, ihre Genehmigungsverfahren sind beschleunigt und konzentriert bzw koordiniert durchzuführen.

Diese europarechtliche Vorgehensweise legt erstmals eine Ebene staatlicher Planung auf das österreichische Starkstromwegerecht, das sich bisher weitgehend auf die Genehmigung von durch Vorhabenträger¹⁴ geplanten Netzausbauprojekten beschränkte. Die Auswirkungen der TEN-E-VO auf nationale Genehmigungsverfahren werden im am 24. 2. 2016 in Kraft getretenen Energie-Infrastrukturgesetz¹⁵ ausgestaltet. Neben der verfahrensrechtlich notwendigen Konkretisierung der europäischen Vorgaben bringt das Gesetz ein weiteres aus der Sicht des (Fach-)Planungsrechts

4 Dieser Anteil betrug im Jahr 2005, dem Referenzjahr für die EU-Zielsetzung, bereits 23,3 % des Bruttoendenergieverbrauchs, vgl Anhang I RL 2009/28/EG vom 23. 4. 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl L 2009/140, 16; zur weiteren Entwicklung siehe *BMWF/BMLFUW* (Hrsg), *Energiestrategie Österreich* (2010) 21.

5 Siehe Anhang I RL 2009/28/EG ABl L 2009/140, 16.

6 Vgl *Hermes*, *Planung von Erzeugungsanlagen und Transportnetzen*, in *Schneider/Theobald* (Hrsg), *Recht der Energiewirtschaft*⁴ (2013) 329 (Rz 2).

7 Vgl *Austria Power Grid AG*, *Masterplan 2030* (2013) 15 f, abrufbar unter <https://www.apg.at/de/netz/netzausbau/masterplan/> (abgefragt am 7. 3. 2016).

8 Vgl *Austria Power Grid AG*, *Masterplan 2030* (2013) 16 f.

9 Vgl *ENTSOE*, *Ten-Year Network Development Plan 2010-2020* (2010) 11, abrufbar unter <https://www.entsoe.eu/major-projects/ten-year-network-development-plan/tyndp-2010/> (abgefragt am 7. 3. 2016).

10 Vgl *Europäische Kommission*, *Mitteilung „Vorrangiger Verbundplan“*, KOM(2006) 846 endg 5.

11 Die Kommission bezifferte den Investitionsbedarf in die Energietransportnetze bis 2020 mit rund 200 Mrd Euro; vgl *Europäische Kommission*, *Mitteilung „Energieinfrastrukturprioritäten bis 2020 und danach – ein Konzept für ein integriertes europäisches Energienetz“*, KOM(2010) 677 endg 9.

12 Art 170–172 AEUV.

13 VO (EU) 347/2013, ABl L 2013/115, 39.

14 Der Begriff „Vorhabenträger“ bezeichnet gem Art 2 Z 6 TEN-E-VO „a) einen Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber oder Verteilernetzbetreiber oder sonstigen Betreiber oder Investor, der ein Vorhaben von gemeinsamem Interesse entwickelt oder b) im Falle mehrerer Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber, Verteilernetzbetreiber, sonstiger Betreiber, Investoren oder einer Gruppe dieser Akteure, diejenige Einrichtung mit Rechtspersönlichkeit nach dem geltendem nationalen Recht, die durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen ihnen benannt wurde und die befugt ist, im Namen der Parteien der vertraglichen Vereinbarung rechtliche Verpflichtungen einzugehen und für sie die finanzielle Haftung zu übernehmen“; siehe auch die beinahe wortgleiche Formulierung in § 4 Abs 1 Z 5 E-InfrastrukturG (siehe FN 15).

15 Bundesgesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 347/2013 zu Leitlinien für die europäische Infrastruktur (Energie-Infrastrukturgesetz – E-InfrastrukturG), BGBl I 2016/4.

bemerkenswertes Instrument in das Recht der Errichtung von Stromnetzen ein – die schon länger von mehreren Seiten geforderte¹⁶ Möglichkeit der Trassensicherung für Energieleitungsbauten.

Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick über die Inhalte der TEN-E-VO sowie des österreichischen Energie-Infrastrukturgesetzes bieten sowie die Auswirkungen der transeuropäischen Netzplanungen¹⁷ auf das österreichische Starkstromwegerecht darstellen. Im Anschluss sollen die aus planungsrechtlicher Perspektive besonders interessierende Neuerung der Einführung eines Trassensicherungsinstruments für Vorhaben von gemeinsamem Interesse und daran anknüpfende verfassungsrechtliche Fragestellungen aufgegriffen und diskutiert werden.

II. Die TEN-E-VO

A. Primärrechtlicher Rahmen

Primärrechtliche Grundlage der Unionsplanungen sind die Art 170–172 AEUV, wonach die Union zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Verkehrs-, Telekommunikations- und Energienetze beiträgt und dabei auf den Verbund und die Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze sowie den Zugang zu diesen zielt.¹⁸ Damit sollen vor allem „Flaschenhälse“ zwischen den Netzen ausgemerzt sowie deren technische Kompatibilität hergestellt werden, um das Funktionieren eines europaweiten Strommarkts zu ermöglichen.¹⁹ Zur Erreichung dieser Ziele werden in „Leitlinien“²⁰ die Ziele, Prioritäten und Grundzüge von in Betracht gezogenen Aktionen erfasst und „Vorhaben von gemeinsamem Interesse“ ausgewiesen.²¹

Die Netzplanungskompetenz der Union ist von beschränkter Reichweite: Schon Art 170 AEUV spricht davon, dass die EU lediglich einen „Beitrag“ zum Auf- und Ausbau der Netze leisten darf, die Zuständigkeit für Planung und Bau der Infrastrukturen liegt weiterhin primär bei den Mitgliedstaaten.²² Auch darf die EU nur „transeuropäische“ Netze behandeln, also solche, die für die Verwirklichung des Binnenmarkts bedeutsam sind;²³ das können sowohl Infrastrukturprojekte mit als auch ohne grenzüberschreitenden Charakter sein, etwa wenn mit ihnen Lücken oder Engpässe beseitigt werden.²⁴ Des Weiteren unterliegt die TEN-Kompetenz der geteilten Zuständigkeit zwischen Union und Mitgliedstaaten,²⁵ die Union darf also gemäß dem Subsidiaritätsprinzip nur einschreiten, wenn die grenzüberschreitende Funktion und die europäische Bedeutung eines

16 Siehe *Rechnungshof*, Bericht Bund 2011/8 „Flächenfreihaltung für Infrastrukturprojekte“ (2011) 444 f; *ÖROK*, Flächenfreihaltung für linienhafte Infrastrukturvorhaben: Grundlagen, Handlungsbedarf & Lösungsvorschläge (2013) 151 ff; *Austrian Power Grid AG*, Netzentwicklungsplan 2015 (2015) 17 f.

17 Die TEN-E-VO behandelt nicht nur die in diesem Beitrag im Fokus stehenden Stromleitungen, sondern auch Vorhaben in den Bereichen Gas, Erdöl und CO₂; vgl Art 1 Abs 2 lit a TEN-E-VO.

18 Dabei sollen *va insulare*, eingeschlossene und am Rande gelegene Gebiete mit den zentralen Gebieten der Union verbunden werden; vgl Art 170 AEUV.

19 *Schäfer/Schröder* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 170 AEUV Rz 19.

20 Zur Charakteristik von Leitlinien siehe *Calliess* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 170 AEUV Rz 3; *Schäfer/Schröder* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 171 AEUV Rz 12; *Jürgensen*, Gemeinschaftlicher und nationaler Grundrechtsschutz bei der Realisierung transnationaler Verkehrsnetze (1998) 59 ff; *Bogs*, Die Planung transeuropäischer Verkehrsnetze (2002) 152 uva.

21 Art 171 Abs 1 AEUV.

22 Vgl *N. Raschauer/Sander*, Vorfahrt für Energieinfrastrukturprojekte – Vorschlag der Kommission für eine Verordnung zu Leitlinien für transeuropäische Energieinfrastruktur, SPRW 2012 VuV A, 9 (11).

23 *Schulenberg*, Die Energiepolitik der Europäischen Union (2009) 194.

24 *Neumann* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) Art 170 AEUV Rn 7.

25 Art 4 Abs 2 lit h AEUV.

Netzes durch die Mittel der Mitgliedstaaten nicht ausreichend berücksichtigt werden können.²⁶ Zusätzlich gibt Art 172 AEUV vor, dass Leitlinien und Vorhaben von gemeinsamem Interesse, die das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats betreffen, dessen Billigung bedürfen. Die Verdrängung einzelstaatlicher Interessen durch die Unionsplanung ist somit unmöglich, was die Bezeichnung der ausgewählten Projekte als „Vorhaben von *gemeinsamem* Interesse“ auch begrifflich belegt; vielmehr ist die TEN-Politik durch ein starkes Element der Zusammenarbeit zwischen EU und Mitgliedstaaten gekennzeichnet. Die Rolle der Einzelstaaten im besonders sensiblen, da im Kernbereich staatlicher Territorialhoheit gelegenen²⁷ raumwirksamen Planungsrecht bleibt somit weitestgehend gewahrt.

B. Rechtsform

Die jüngsten Leitlinien im Energiebereich ergingen – im Gegensatz zu früheren –²⁸ in der Handlungsform einer unmittelbar und allgemein geltenden Verordnung,²⁹ was die Kommission damit begründet, dass nur eine Verordnung in der Lage sei, die rechtzeitige Umsetzung der ehrgeizigen Ziele der Energieinfrastrukturprioritäten bis 2020 zu gewährleisten.³⁰ Dies erscheint primärrechtlich problematisch: Leitlinien sollen lediglich Ziele, Prioritäten und Grundzüge vorgeben und sind so grundsätzlich nicht unmittelbar gegenüber einem weiten Adressatenkreis vollzugsfähig, sondern bedürfen der mitgliedstaatlichen Umsetzung.³¹ Auch die Anordnungen der TEN-E-VO sind weitestgehend an die Mitgliedstaaten gerichtet, diese haben die vorgeschriebenen Verfahrensabläufe in ihre nationalen Genehmigungsverfahren zu implementieren; die prädestinierte Rechtsform wäre also der an die Mitgliedstaaten gerichtete Beschluss.³² Die deshalb von Teilen der Literatur³³ gesehene Primärrechtswidrigkeit der TEN-E-VO wird jedoch dadurch abgemildert, dass Form und Titel eines Rechtsakts laut dem EuGH lediglich ein Indiz für dessen Rechtsnatur sind, aber keine konstitutive Wirkung entfalten.³⁴ Für die Zuordnung zu einer der unionsrechtlichen Handlungsformen gem Art 288 AEUV kommt es damit regelmäßig auf Gegenstand und Inhalt an.³⁵ Da sogar die Vereinigung mehrerer Rechtssatzformen in einem Sekundärrechtsakt möglich ist,³⁶ kann die TEN-E-VO jedenfalls primärrechtskonform als „hinkende“³⁷ Verordnung interpretiert

26 Vgl Art 5 Abs 3 AEUV.

27 Vgl Gärditz, *Europäisches Planungsrecht* (2009) 49.

28 Zuletzt die Entscheidung 1364/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. 9. 2006 zur Festlegung von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze und zur Aufhebung der Entscheidung 96/391/EG und der Entscheidung 1229/2003/EG, ABIL 2006/262, 1.

29 Ebenso die jüngsten Leitlinien im Verkehrs- bzw Telekommunikationsbereich; vgl VO (EU) 1315/2013, ABIL 2013/348, 1 und VO (EU) 283/2014, ABIL 2014/86, 14.

30 KOM (2011) 658 endg 9.

31 N. Raschauer/Sander, *SPRW 2012 VuV A*, 9 (12).

32 So auch die überwiegende Literatur, vgl Schäfer/Schröder in *Streinz*, *EUV/AEUV*² Art 171 AEUV Rz 5; Calliess in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), *EUV/AEUV*⁴ (2011) Art 172 AEUV Rz 8.

33 Vgl *Armbrecht*, *Infrastrukturplanung auf europäischer Ebene – Entwurf einer Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur*, DVBl 2013, 479 (483 f); *Reichert/Voßwinkel*, *Europäische Kommission: Leitlinien für den Ausbau transeuropäischer Netze (TEN-E)*, IR 2012, 98 (100), dies ebenso andeutend N. Raschauer/Sander, *SPRW 2012 VuV A*, 9 (11 f).

34 EuGH 29. 1. 1985, 147/83, *Binderer/Kommission*; 13. 12. 1989, C-322/88, *Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles*.

35 EuGH 6. 10. 1982, 307/81, *Alusuisse Italia/Rat und Kommission*; 14. 12. 1962, 16 U 17/62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes ua/Rat*.

36 EuGH 14. 12. 1962, 16 U 17/62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes ua/Rat*; vgl *Vcelouch* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV*, Art 288 AEUV (2010) Rz 10 f (Stand: Dezember 2010, rdb.at).

37 Zum Begriff *Öhlinger/Potacs*, *EU-Recht und staatliches Recht*⁵ (2014) 63; siehe auch B. Raschauer, *Die Hochspannungsleitung als Verfassungsproblem*, in *FS Berka* (2013) 575 (588).

werden. Die VO erfordert aber in weiten Teilen eine Konkretisierung durch die Mitgliedstaaten, die das österreichische Energie-Infrastrukturgesetz bewerkstelligen soll.

C. Vorhaben von gemeinsamem Interesse

Kernstück der planerischen Tätigkeit der Union ist die Identifizierung von Netzausbauvorhaben, die im gemeinsamen Interesse der Mitgliedstaaten und der Union liegen.³⁸ Um als Vorhaben von gemeinsamem Interesse³⁹ iSd TEN-E-VO ausgewiesen werden zu können, hat ein Vorhaben drei materielle Kriterien zu erfüllen: Erstens ist es für die Realisierung eines in Anhang I der Verordnung genannten „vorrangigen Energieinfrastrukturkorridors oder -gebiets“ erforderlich und so für die Erreichung der energiepolitischen Kernziele der Union – Wettbewerbsfähigkeit, Nachhaltigkeit und Versorgungssicherheit –⁴⁰ von besonderer Relevanz.⁴¹ Zweitens hat es supranationalen Charakter, quert also entweder die Grenze mindestens zweier Mitgliedstaaten, hat bei Lage in nur einem Mitgliedstaat erhebliche grenzüberschreitende Auswirkungen oder überschreitet die Grenze von mindestens einem Mitgliedstaat und einem Staat des europäischen Wirtschaftsraums.⁴² Drittens übersteigt sein potentieller Gesamtnutzen langfristig seine Kosten.⁴³ Bei der Bewertung des Gesamtnutzens sind die in Art 4 Abs 2 TEN-E-VO genannten Kriterien heranzuziehen, ein Vorhaben im Strombereich muss also mindestens einem der Kriterien Marktintegration, Nachhaltigkeit und Versorgungssicherheit dienen.

Die Auswahl von PCI erfolgt mittels mehrstufigen Verfahrens: Pro vorrangigem Infrastrukturkorridor bzw -gebiet wird eine „regionale Gruppe“ gebildet, die bei Stromvorhaben aus den betroffenen Mitgliedstaaten und der Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden, den Übertragungsnetzbetreibern, der Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) und dem ENTSO-Strom besteht.⁴⁴ Diese Gruppen erstellen eine Vorschlagsliste für PCI in ihrem Gebiet. Das Auswahlverfahren⁴⁵ beginnt mit dem Antrag eines Vorhabenträgers, der für sein Projekt den Status eines PCI anstrebt. Dieser bedarf der Genehmigung durch sämtliche Mitgliedstaaten, deren Hoheitsgebiet das Vorhaben betrifft.⁴⁶ Empfehlungen der Kommission, die auf eine überschaubare Gesamtanzahl der PCI abzielt, sind dabei zu berücksichtigen.⁴⁷ Auf Grundlage der regionalen Vorschlagslisten erstellt die Kommission die „Unionsliste der Vorhaben von gemeinsamem Interesse“ in Form eines delegierten Rechtsakts⁴⁸. Die Unionsliste tritt in Kraft, wenn weder das Europäische Parlament noch der Rat binnen zweier Monate Einspruch erheben⁴⁹ und wird als Anhang zur TEN-E-VO veröffentlicht.⁵⁰ Die

38 Vgl Durner, Konflikte räumlicher Planungen (2005) 515; Calliess in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 171 AEUV Rz 10.

39 In der Literatur setzte sich die vom englischen „*projects of common interest*“ abgeleitete Abkürzung „PCI“ durch, welche im Folgenden verwendet wird.

40 Vgl ErwGr 3 TEN-E-VO.

41 Art 4 Abs 1 lit a TEN-E-VO.

42 Art 4 Abs 1 lit c TEN-E-VO.

43 Art 4 Abs 1 lit b TEN-E-VO.

44 Punkt 1. Anhang III TEN-E-VO; Entscheidungsbefugnisse besitzen in dieser Gruppe nur die MS und die Kommission, vgl Art 3 Abs 1 letzter Satz TEN-E-VO.

45 Siehe Punkt 2. Anhang III TEN-E-VO.

46 Art 3 Abs 3 lit a TEN-E-VO; vgl Art 172 UAbs 2 AEUV.

47 Art 3 Abs 3 lit b TEN-E-VO.

48 Vgl Art 290 AEUV, Art 16 TEN-E-VO.

49 Art 16 Abs 5 TEN-E-VO.

50 Art 3 Abs 4 TEN-E-VO; dies erfolgte erstmals mit der Delegierten VO (EU) 1391/2013, ABI 2013/349, 28.

Liste ist alle zwei Jahre zu prüfen und aktualisieren,⁵¹ was zuletzt mit der Delegierten VO (EU) 89/2016 erfolgte, die seit 16. 2. 2016 in Geltung steht.⁵²

D. Beschleunigtes Genehmigungsverfahren

Die wichtigste Zielsetzung der TEN-E-VO ist die Erleichterung der rechtzeitigen Durchführung von PCI durch die Straffung und Beschleunigung der nationalen Genehmigungsverfahren für Energieleitungen,⁵³ wurden lange und unsichere Verfahren doch als derzeit größtes Hemmnis des Netzausbaus ausgemacht.⁵⁴ Diese Verfahrensbeschleunigung soll sich vor allem aus vier Maßnahmen ergeben: der Zuerkennung eines „Vorrangstatus“ für PCI, der Verfahrenskonzentration bei einer zuständigen nationalen Behörde, der Verpflichtung zur frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung und der Vorgabe einer Verfahrensstruktur.

1. Vorrangstatus für PCI

Mit dem Status als PCI wird einem Vorhaben ex lege seine Erforderlichkeit in energiepolitischer Hinsicht – diese jedoch unbeschadet der genauen Trassenführung und Technologie – und der höchstmögliche Status⁵⁵ in nationalen Genehmigungsverfahren zuerkannt;⁵⁶ ebenso wird das in der FFH⁵⁷ und WasserrahmenRL⁵⁸ geforderte öffentliche Interesse verliehen.⁵⁹ Dies schlägt unmittelbar auf sämtliche nationale Verfahren durch, in denen das Vorhandensein der energiepolitischen Erforderlichkeit oder eines ähnlichen öffentlichen Interesses ein Bewilligungskriterium darstellt,⁶⁰ dieser Teil der Behördenentscheidung wird damit durch das PCI-Auswahlverfahren planerisch vorweggenommen.

Das österreichische Starkstromwegesetz 1968 (StWG 1968)⁶¹ etwa stellt auf das Vorliegen eines solchen Interesses ab: Gemäß § 7 StWG 1968 hat die Behörde eine Bau- und Betriebsbewilligung

51 Art 3 Abs 4 TEN-E-VO.

52 Delegierte Verordnung (EU) 2016/89 der Kommission vom 18. 11. 2015 zur Änderung der Verordnung (EU) 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Unionsliste der Vorhaben von gemeinsamem Interesse, ABI L 2016/19, 1.

53 Vgl Art 1 Abs 2 lit b TEN-E-VO.

54 *Europäische Kommission*, Mitteilung „Energieinfrastrukturprioritäten bis 2020 und danach – ein Konzept für ein integriertes europäisches Energienetz“, KOM(2010) 677 endg 8; *Europäische Kommission*, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Energieinfrastruktur: Investitionsbedarf und -lücken“ vom 10. 6. 2011, SEK (2011) 755, 5 ff.

55 Ein solcher Status existiert im österreichischen Starkstromwegerecht nicht; anders etwa in Deutschland, wo das Energieleitungsausbaugesetz 2009 (EnLAG) 24 priorisierte Netzausbauprojekte definiert; dazu ausführlich *Schirmer*, Das Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze, DVBl 2010, 1349; vgl dazu auch den in Österreich vor dem 1. 7. 1990 existierenden Status als „bevorzugter Wasserbau“ gem § 100 Abs 2 WRG idF BGBl 1988/693.

56 Art 7 Abs 1 u 3 TEN-E-VO.

57 Vgl Art 6 Abs 4 RL 92/43/EWG des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABI L 1992/206, 7.

58 Vgl Art 4 Abs 7 RL 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABI L 2000/327, 1.

59 Art 7 Abs 8 TEN-E-VO.

60 Vgl noch zum Kommissionsvorschlag KOM (2011) 568 endg *N. Raschauer/Sander*, SPRW 2012 VuV A, 9 (14); dieser Vorschlag sprach allerdings statt von der „Erforderlichkeit in energiepolitischer Hinsicht“ noch vom „öffentlichen Interesse“ und der „Notwendigkeit der Vorhaben“; vgl Art 8 Abs 2 des Kommissionsvorschlags.

61 Bundesgesetz vom 6. 2. 1968 über elektrische Leitungsanlagen, die sich auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken (Starkstromwegesetz 1968), BGBl 1968/70.

für eine überregionale⁶² elektrische Leitungsanlage für Starkstrom zu erteilen, wenn diese dem öffentlichen Interesse an der Versorgung der Bevölkerung oder eines Teiles derselben mit elektrischer Energie nicht widerspricht.⁶³ Das öffentliche Versorgungsinteresse liegt in der ausreichenden, sicheren und zuverlässigen sowie preiswerten Versorgung der Bevölkerung mit qualitativ hochwertigem Strom.⁶⁴ Das Verfahren nach dem StWG 1968 umfasst dabei ausschließlich den vom Projektwerber eingereichten Gegenstand;⁶⁵ auch mit gem § 7 Abs 1 Satz 2 StWG 1968 zu erteilenden Auflagen kann nicht projektändernd eingegriffen werden. Diese haben sich in einem engen Rahmen zu bewegen und können etwa technische Modifikationen, keinesfalls aber schwere Eingriffe in das Projekt wie zB die Änderung des Trassenverlaufs oder ähnliches enthalten.⁶⁶ Da auch die in Satz 3 leg cit aufgetragene „Abstimmung“ mit bereits vorhandenen oder bewilligten Anlagen und mit den Erfordernissen anderer Rechtsmaterien wie der Landeskultur, dem Forstwesen, der Raumplanung, dem Naturschutz ua nach Judikatur und Literatur lediglich zu Auflagen und nie zur Abweisung des eingereichten Projekts führen kann,⁶⁷ hat der Projektwerber bei Vorliegen des öffentlichen Energieversorgungsinteresses Rechtsanspruch auf Erteilung der starkstromwegerechtlichen Bewilligung.⁶⁸ Entgegenstehen können einem solchen Rechtsanspruch nach der stRsp des VwGH allenfalls gegenläufige Interessen eines von der Leitungsführung unmittelbar betroffenen Grundstückseigentümers oder sonstigen dinglichen Berechtigten am Schutz seiner Gesundheit oder seines verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentums.⁶⁹ Die *Ex-lege*-Zuerkennung des öffentlichen Versorgungsinteresses durch die TEN-E-VO ist insofern im starkstromwegerechtlichen Genehmigungsverfahren von überragender Bedeutung. Der Spielraum

62 Das StWG 1968 behandelt nur Leitungsanlagen, die sich auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken. Bloß regionale Stromleitungen fallen in den Anwendungsbereich der Starkstromwegesetze der Länder (siehe zB das Gesetz vom 10. 11. 1970 über elektrische Leitungsanlagen, die sich auf den Bereich des Bundeslandes Steiermark erstrecken [Steiermärkisches Starkstromwegesetz 1971], LGBl 1971/14), die als Ausführungsgesetze zum Bundes-Grundsatzgesetz (Bundesgesetz vom 6. 2. 1968 über elektrische Leitungsanlagen, die sich nicht auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken, BGBl 1968/71) erlassen wurden. Da sich die Regelungen für überregionale und regionale Leitungsanlagen jedoch weitgehend entsprechen, gelten die nachfolgenden Ausführungen zum Bundes-StWG – soweit nichts Abweichendes festgestellt wird – sinngemäß auch für die Starkstromwegesetze der Länder.

63 Dieses Nicht-Widersprechen ist nach der Judikatur verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die Behörde zu prüfen hat, ob das eingereichte Projekt dem öffentlichen Interesse entspricht – und nicht nur bloß nicht widerspricht; die gegenständliche Leitungsanlagen muss die Versorgungssituation also verbessern; vgl Beschluss des VfGH 6. 6. 2005, B 509/05 (wiedergegeben in VwGH 4. 3. 2008, 2005/05/0281) sowie VwGH 21. 5. 1959, 1019/1020/56.

64 Vgl VwGH 4. 3. 2008, 2005/05/0281; US 8. 3. 2007, 9 B/2005/8-431, *Stmk-Bgld 380-kV-Leitung II (Teil Stmk)*; vgl auch § 40 Abs 1 Z 7 u 11 EIWOG 2010, BGBl I 2010/110.

65 Vgl *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht (2010) § 7 StWG Rz 107.

66 Vgl *Stolzlechner*, Elektrische Freileitungen und Landschaftsschutz im Land Salzburg, ZfV 1984, 240 (246 f), der etwa rein „kosmetische Auflagen“ (zB Farbgebung) oder die Vorschreibung der Verlegung einzelner Masten für zulässig hält, eine Trassenverlegung oder Pflicht zur unterirdischen Verkabelung jedoch für „sicher unzulässig“; zur Diskussion um die Verkabelungspflicht von Stromleitungen siehe auch *Berka*, Gutachten „Zur Verfassungsmäßigkeit der Verkabelungspflicht nach § 54a des Entwurfs einer Salzburger Landeselektrizitätsgesetz-Novelle 2008“ (2008) 9 ff, abrufbar unter <http://www.salzburg.gv.at/Stellungnahmen%20zu%20Gesetzentw%3%BCrfen/H-Landeselektrizit%C3%A4tsgesetz-Novelle%202008/verkabelung%20gutachten%20berka.pdf> (abgefragt am 7. 3. 2016) sowie *Bräuer*, Die Genehmigung der 380-kV-Salzburgleitung: Erdverkabelung versus Freileitung, RdU 2011, 91; vgl auch *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 107 ff.

67 Vgl US 8. 3. 2007, 9 B/2005/8-431, *Stmk-Bgld 380-kV-Leitung II (Teil Stmk)*: „Erweist sich die Errichtung einer Anlage, die Verwirklichung eines Vorhabens, als rechtlich geboten, dann haben materienfremde Interessen zurückzutreten.“; ebenso *Mayer*, Rechtsfragen der Verbundwirtschaft, *ecolex* 1996, 45 (48 f); *Hauer*, Starkstromwegeplanung, in *Hauer/Nußbaumer*, Österreichisches Raum- und Fachplanungsrecht (2006) 304 (306 und 306 FN 21); *Berka*, Gutachten Salzburger Landeselektrizitätsgesetz-Novelle 9 ff.

68 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 13.

69 Vgl *Berka*, Gutachten Salzburger Landeselektrizitätsgesetz-Novelle 9 mit Nachweisen aus der Judikatur.

der Behörde, deren Hauptaufgabe an sich die Feststellung dieses Interesses ist, wird denkbar gering; die starkstromwegerechtliche Bewilligung von PCI wird so zur Formsache.

Auch in weiteren Verfahren, die zur Gesamtgenehmigung einer Starkstromanlage oftmals durchzuführen sind, sind ähnlich geartete öffentliche Interessen zu prüfen und werden durch die TEN-E-VO prädeterniniert. So erlaubt etwa § 13b Abs 2 Z 2 stmk NSchG Projektbewilligungen in Europaschutzgebieten bei Vorliegen von „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“, ein solches Interesse verlangen auch die §§ 13c und 13d leg cit für Ausnahmen von Pflanzen- und Tierschutzbestimmungen.⁷⁰ Ausnahmen vom wasserrechtlichen Verschlechterungsverbot sind bei „übergeordnetem öffentlichen Interesse“⁷¹ möglich, eine forstrechtliche Rodungsbewilligung kann dann erteilt werden, „wenn ein öffentliches Interesse an einer anderen Verwendung der zur Rodung beantragten Fläche das öffentliche Interesse an der Erhaltung dieser Fläche als Wald überwiegt“⁷². Auch in Enteignungsverfahren und sonstigen grundrechtlichen Abwägungsentscheidungen ist das Vorliegen öffentlicher Interessen vonnöten. In all diesen Verfahren ist deren Ermittlung nicht weiter Gegenstand einer intensiven Auseinandersetzung zwischen Behörde und Verfahrensbeteiligten.⁷³ Das bedeutet aber freilich nicht, dass die Genehmigung anhand dieser Materien Gesetze nicht durch andere, dem energiepolitischen Interesse gegenläufige öffentliche Interessen verhindert werden kann.

2. Verfahrenskonzentration

Für die Errichtung einer Stromleitung sind regelmäßig mehrere Bewilligungen, zB starkstromwege-, wasser-, forst-, oder naturschutzrechtliche, von meist mehreren Behörden notwendig. Um die sich daraus ergebende Komplexität des Genehmigungsprozesses für Energieinfrastrukturprojekte zu mindern und seine Effizienz und Transparenz zu verbessern,⁷⁴ musste in jedem Mitgliedstaat eine einheitliche zuständige Behörde benannt werden, die nach Wahl der Mitgliedstaaten entweder (1) allein zuständig für Bewilligungsverfahren von PCI ist und eine „umfassende Entscheidung“ erlässt („integriertes Schema“) oder (2) die Einzelentscheidungen betroffener Behörden koordiniert, Erledigungsfristen setzt und bei Fristversäumnis die Entscheidung selbst vornimmt („koordiniertes Schema“) oder (3) lediglich in koordinativer Rolle auftritt, ohne die Entscheidung säumiger Behörden übernehmen zu können („Kooperationsschema“).⁷⁵ Im österreichischen Energie-Infrastrukturgesetz hat man sich für letzteres Schema entschieden und benennt den BM für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (BMWFW) als zuständige Behörde. Seine koordinierende Rolle übt der BMWFW jedoch nur für nicht UVP-pflichtige Vorhaben sowie bei Zuständigkeit mehrerer UVP-Behörden aus; bei UVP-pflichtigen Vorhaben soll durch Übertragung⁷⁶ an die ohnehin allein zuständige UVP-Behörde eine dem integrierten Schema gleiche Verfahrenskonzentration erreicht werden.⁷⁷

70 §§ 13c Abs 6 Z 3 und 13d Abs 5 Z 3 stmk NSchG.

71 § 104a Abs 2 Z 2 WRG 1959.

72 § 17 Abs 3 ForstG.

73 N. Raschauer/Sander, SPRW 2012 VuV A, 9 (15).

74 Vgl ErwGR 29 TEN-E-VO.

75 Art 8 Abs 3 lit a-c TEN-E-VO; die Auswahl letzteren Schemas muss der Kommission unter Angabe von Gründen bekanntgegeben werden.

76 Vgl Art 8 Abs 2 TEN-E-VO.

77 ErläutRV 626 BlgNR 25. GP 3.

3. Frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung

Um schon frühzeitig etwaigen Verzögerungen der Herstellung von Infrastrukturprojekten durch Widerstände in der Bevölkerung entgegenzuwirken, sieht die TEN-E-VO Maßnahmen zur Verbesserung der Transparenz und der Öffentlichkeitsbeteiligung vor. Zu diesem Zweck erstellen die Mitgliedstaaten ein Verfahrenshandbuch für das Genehmigungsverfahren des jeweiligen PCI.⁷⁸ Der Vorhabenträger hat innerhalb dreier Monate nach dem Beginn des Genehmigungsverfahrens ein diesem Verfahrenshandbuch folgendes Konzept für die Öffentlichkeitsbeteiligung zu erstellen und zur Genehmigung vorzulegen.⁷⁹ Die erste Anhörung der Öffentlichkeit muss sodann noch vor der Einreichung der endgültigen und vollständigen Antragsunterlagen erfolgen;⁸⁰ dabei sind die von einem PCI „betroffenen Kreise“, darunter Behörden, Grundbesitzer und in der Nähe des Vorhabens lebende Bürger sowie die breite Öffentlichkeit und deren Verbände, Organisationen und Gruppen umfassend und frühzeitig zu informieren und schon zu einem Zeitpunkt anzuhören, zu dem etwaige Bedenken noch berücksichtigt werden können.⁸¹ Zur Vorbereitung auf diese erste öffentliche Anhörung sind der Öffentlichkeit schon vorab Informationen in einer Informationsbroschüre sowie online zur Verfügung zu stellen.⁸² Die im Rahmen dieser Anhörung erzielten Ergebnisse, die vom Vorhabenträger in einem Bericht an die zuständige Behörde zusammenzufassen sind, tragen dazu bei, die am besten geeignete Trasse für das Vorhaben zu finden.⁸³

4. Verfahrensstruktur

Die TEN-E-VO gibt Verfahren zur Genehmigung von PCI eine einheitliche Struktur. Dieses wird in die Phasen „Vorantragsabschnitt“ und „formaler Genehmigungsabschnitt“ unterteilt und auf eine Verfahrensdauer von grundsätzlich⁸⁴ drei Jahren und sechs Monaten beschränkt.⁸⁵

Der binnen zwei Jahren⁸⁶ stattfindende Vorantragsabschnitt dient der durch die Behörde begleiteten Heranführung des Vorhabenträgers an die eigentliche Genehmigung.⁸⁷ An seinem Beginn steht die Mitteilung und Beschreibung des geplanten Vorhabens an die zuständige Behörde und die Bestätigung ihrer Annahme durch diese.⁸⁸ Sodann legt die Behörde den Inhalt der für eine umfassende Genehmigungsentscheidung nötigen Antragsunterlagen fest und erstellt in enger

78 Art 9 Abs 1 TEN-E-VO; dieses Verfahrenshandbuch hat mindestens die in Anhang VI TEN-E-VO genannten Informationen zu enthalten, also etwa zu einschlägigen Rechtsvorschriften, einzuholenden Entscheidungen und Stellungnahmen, den einzelnen Phasen des Genehmigungsverfahrens und den zuständigen Behörden.

79 Art 9 Abs 3 TEN-E-VO.

80 Art 9 Abs 4 TEN-E-VO.

81 Punkt 3. a) Anhang VI TEN-E-VO.

82 Punkt 5. und 6. Anhang VI TEN-E-VO.

83 Art 9 Abs 4 TEN-E-VO.

84 Diese Frist kann verlängert werden: Kommt die zuständige Behörde zum Schluss, dass einer der beiden oder beide Abschnitte nicht in der grundsätzlich vorgeschriebenen Zeit abgeschlossen sein werden, kann sie einen bzw beide Abschnitte um insgesamt maximal neun Monate verlängern; die absolute Verfahrensobergrenze erweitert sich so auf maximal vier Jahre und drei Monate; vgl Art 10 Abs 2 TEN-E-VO.

85 Art 10 TEN-E-VO.

86 Art 10 Abs 1 lit a TEN-E-VO.

87 Eine ähnlich geartete Verfahrensunterstützung kennt man aus der DienstleistungsRL, wonach Dienstleistungserbringer alle Verfahren und Formalitäten, die für die Aufnahme ihrer Dienstleistung erforderlich sind, insbesondere Erklärungen, Anmeldungen oder die Beantragung von Genehmigungen bei den zuständigen Behörden, über einen „einheitlichen Ansprechpartner“ abwickeln können; vgl Art 6 RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl L 2006/376, 37.

88 Art 10 Abs 1 lit a; die Mitteilung kann auch abgelehnt werden, wenn die Behörde der Ansicht ist, dass das Vorhaben noch nicht reif für den Beginn des Genehmigungsverfahrens ist.

Zusammenarbeit mit dem Vorhabenträger und anderen betroffenen Behörden einen detaillierten Plan für das Genehmigungsverfahren, der vor allem Angaben zu den geplanten Phasen des Verfahrens und deren Dauer bzw zu den wichtigsten „Meilensteinen“ des Verfahrens enthält.⁸⁹ Reicht der Projektwerber die Antragsunterlagen ein, kann die Behörde zur Nachreichung von fehlenden Informationen auffordern bzw diese bei Vollständigkeit innerhalb von drei Monaten annehmen, womit der formale Genehmigungsabschnitt beginnt.⁹⁰

Diese zweite Phase, das eigentliche Genehmigungsverfahren, dauert grundsätzlich ein Jahr und sechs Monate und endet mit der „umfassenden Entscheidung“ über die Genehmigungsfähigkeit des Projekts.⁹¹

Die Vorgabe dieses Genehmigungsverfahrens führt insgesamt zu einer Europäisierung des Verfahrens in den einzelnen Mitgliedstaaten, was Vorhabenträgern von grenzüberschreitenden Stromleitungsprojekten sicherlich entgegenkommt. Ob außer diesem Harmonisierungseffekt positive Auswirkungen auf Effizienz und Verfahrensdauer erwartet werden können, ist jedoch schon aufgrund dessen zu bezweifeln, dass die Verordnung keinerlei Sanktionen bei Fristüberschreitungen vorsieht; die zuständige Behörde muss die betreffende regionale Gruppe lediglich darüber unterrichten, welche Maßnahmen zum möglichst verzögerungsfreien Abschluss des Genehmigungsverfahrens getroffen wurden oder beabsichtigt sind, ihre Entscheidungszuständigkeit wird dadurch nicht berührt. Schärfere Maßnahmen, wie etwa eine Weisungsmöglichkeit, sind nicht vorgesehen.⁹²

III. Die nationale Konkretisierung der Verfahrensbestimmungen: Das Energie-Infrastrukturgesetz

Die Konkretisierung der „hinkenden“⁹³ TEN-E-VO erfolgt mit dem Energie-Infrastrukturgesetz, das vor allem die Umlegung der europarechtlichen Verfahrensbestimmungen in das nationale Recht zum Ziel hat. Da die Vorgaben der TEN-E-VO nur wenige ausgewählte Projekte in Österreich betreffen,⁹⁴ wurde zu ihrer Umsetzung die Systematik eines eigenen Gesetzes gewählt, das den an sich anzuwendenden Materiengesetzen lediglich dort materiell derogiert, wo das Energie-Infrastrukturgesetz Sondervorschriften für PCI vorsieht. Ansonsten bleiben diese uneingeschränkt anwendbar.⁹⁵ Zuständig zur Vollziehung des Gesetzes ist der BMWFV (fortan: „Infrastrukturbehörde“).⁹⁶ Diese Zuständigkeit nutzt dieser in PCI-Genehmigungsverfahren in Anwendung des Kooperationsschemas gem Art 8 Abs 3 lit c TEN-E-VO in koordinierender Funktion zwi-

89 Art 10 Abs 4 sowie Punkt 2. Anhang VI TEN-E-VO; dieser Plan ist bei grenzüberschreitenden Vorhaben von den betroffenen Behörden verschiedener Mitgliedstaaten gemeinsam auszuarbeiten, die Zeitpläne sind dabei zu harmonisieren.

90 Art 10 Abs 4 lit c TEN-E-VO.

91 Art 10 Abs 1 lit b TEN-E-VO.

92 Vgl *Nettesheim*, Transeuropäische Energieinfrastruktur und EU-Binnenmarkt – Die Neuregelung der TEN-E, in *Giegerich*, Herausforderungen und Perspektiven der EU (2012) 77 (92 f); *Fischerauer*, Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, *EnWZ* 2013, 56 (60).

93 Vgl oben Kapitel II.B.

94 Im Elektrizitätsbereich befinden sich sechs Leitungs- und vier Speicherprojekte auf der aktuellen Unionsliste.

95 Vgl § 5 E-InfrastrukturG.

96 Siehe §§ 6 und 18 E-Infrastruktur-G.

schen den nach den Materiengesetzen befassten Behörden. Für UVP-pflichtige PCI ist ausschließlich die UVP-Behörde kompetent.⁹⁷

Die wesentlichste Funktion des Energie-Infrastrukturgesetzes ist die Konkretisierung und nationale Implementierung der Verfahrensvorschriften der TEN-E-VO. Dabei wird zwischen UVP-pflichtigen und nicht UVP-pflichtigen Vorhaben unterschieden. In letztgenannten Verfahren beginnt der Vorantragsabschnitt mit dem Antrag eines Vorhabenträgers bei der Infrastrukturbehörde, dem das grundsätzliche Konzept des Vorhabens insbesondere hinsichtlich beabsichtigter technischer Konzeption, Trassenplanung und Öffentlichkeitsbeteiligung beizulegen sind. Die Infrastrukturbehörde hat diesen Antrag den voraussichtlich zuständigen Behörden weiterzuleiten, welche binnen angemessener Frist Stellung nehmen können, insbesondere zur Frage, ob die vorgelegten Unterlagen reif für den Beginn des Vorantragsabschnitts sind. Spätestens drei Monate nach Antragstellung bestätigt die Behörde den Antrag oder lehnt diesen unter Angabe von Gründen ab. Mit Bestätigung des Antrags beginnt die zweijährige Verfahrensfrist gem Art 10 Abs 1 lit a TEN-E-VO zu laufen.⁹⁸

Im Vorantragsabschnitt sind die betroffenen Kreise iSd Anhangs VI Z 3 lit a TEN-E-VO zu hören. Dazu hat die Infrastrukturbehörde eine öffentliche Erörterung nach § 44c Abs 1 und 2 AVG durchzuführen, wo der Vorhabenträger die Grundsätze seines Projekts darzulegen hat; in dieser Erörterung ist jedermann berechtigt, Fragen zu stellen und Stellungnahmen abzugeben. Spätestens sechs Monate nach der Anhörung hat die Infrastrukturbehörde nach Beiziehung aller zuständigen Behörden zum Vorhaben Stellung zu nehmen und dabei offensichtliche Mängel aufzuzeigen und zusätzlich erforderliche Angaben anzuführen. Dabei teilt die Behörde mit, welche Unterlagen den Genehmigungsanträgen beizulegen sind und übermittelt einen Zeitplan für das Genehmigungsverfahren.⁹⁹

Binnen maximal neun Monaten nach dieser Mitteilung hat der Vorhabenträger die Pflicht, die Genehmigungen für sein Vorhaben zu beantragen. Die zuständigen Behörden haben die Möglichkeit, sich binnen angemessener Frist dahingehend zu äußern, ob das Vorhaben reif für den Beginn des formalen Genehmigungsabschnitts ist und welche Informationen gegebenenfalls noch fehlen. Innerhalb von drei Monaten ab Einreichung der vollständigen Anträge werden diese von der Infrastrukturbehörde unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Genehmigungsbehörden bestätigt oder abgelehnt.¹⁰⁰

Damit beginnt der formale Genehmigungsabschnitt. In diesem haben die zuständigen Behörden Genehmigungsanträge für PCI nach Möglichkeit prioritär zu behandeln, für eine effiziente Durchführung der Verfahren zu sorgen und spätestens binnen der sechsmonatigen Frist gem § 73 AVG nach Antragsbestätigung zu entscheiden.¹⁰¹ Die Infrastrukturbehörde tritt – soweit sie nicht selbst Genehmigungsbehörde ist (zB im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren)¹⁰² – als Koordinator auf. Ihre Befugnisse dabei sind von lediglich influenzierender Natur: so kann sie die zuständigen Behörden „unterstützen“, sich mit den sonstigen Geneh-

97 Die Umlegung der Verfahrensbestimmungen für UVP-pflichtige Vorhaben in das UVP-G 2000 erfolgte in dessen neu geschaffenen §§ 30–34.

98 § 10 Abs 1–3 E-InfrastrukturG.

99 § 10 Abs 4–6 E-InfrastrukturG.

100 § 10 Abs 7 E-InfrastrukturG.

101 § 11 E-InfrastrukturG.

102 Vgl § 24 StWG 1968.

migungsbehörden zur Koordination der effizienten Verfahrensabwicklung abstimmen und Zeitpläne erstellen, die einen straffen Verfahrensablauf vorsehen.¹⁰³ „Härtere“ Eingriffsformen wie die im integrierten Schema gem Art 8 Abs 3 lit a TEN-E-VO vorgesehene Devolution und Genehmigungsfiktion sind nicht vorgesehen.

Für UVP-pflichtige Vorhaben wird der Verfahrensablauf direkt in das UVP-G 2000 implementiert. Die UVP-Behörde ist allein zuständig, die Energie-Infrastrukturbehörde ist jedoch wie eine mitwirkende Behörde einzubinden und zu informieren; zudem tritt sie in Verfahren, für die mehrere UVP-Behörden zuständig sind, als Koordinator mit den oben genannten Befugnissen auf. Der wesentlichste Unterschied zwischen den Verfahren für UVP-pflichtige und nicht UVP-pflichtige PCI ist dabei, dass die Antragstellung für den formalen Genehmigungsabschnitt – das eigentliche UVP-Verfahren – nicht abgelehnt werden kann und auch keine Pflicht zu dieser besteht.¹⁰⁴

IV. Zwischenfazit

In einer ersten Bewertung der transeuropäischen Netzplanungen und ihrer Auswirkungen auf das österreichische Starkstromwegerecht stellt man fest, dass erstmals eine „Schicht planerischer Verarbeitung“¹⁰⁵ zwischen das abstrakt-generelle Gesetz und die behördliche Einzelfallentscheidung tritt. Indem konkrete Projekte definiert werden, können staatliche oder unionale Interessen am Netzausbau artikuliert werden. Deren Priorisierung soll diesen Interessen zum Durchbruch verhelfen, die benötigten Netze sollen gebaut werden.

Mit dieser verstaatlichten Netzausbauplanung tritt die Europäische Union den die Projekte ausführenden Netzbetreibern zur Seite: vor allem das Behördenverfahren, das den Netzausbau bisher oftmals behinderte, soll effizienter und beschleunigt abgewickelt werden. In die Pflicht genommen sind damit vor allem die nationalen Genehmigungsbehörden. Doch auch für die Netzbetreiber werden die beschleunigenden Effekte bei der Umsetzung von PCI Auswirkungen haben, indem sie insbesondere zur Antragstellung im formellen Genehmigungsverfahren binnen vorgeschriebener Frist verpflichtet sind und ihnen der Entzug des Projekts bei auftretenden Verzögerungen mit nachfolgender Ersatzvornahme eines Dritten droht.¹⁰⁶

Die Beurteilung der möglichen Wirksamkeit der TEN-E-Gesetzgebung bei nationalen Genehmigungsverfahren für Leitungsbauprojekte fällt jedoch ambivalent aus. Positiv zu bewerten ist sicherlich die *Ex-lege*-Zuerkennung des öffentlichen energiewirtschaftlichen Interesses für PCI, durch die eine tiefgehende Auseinandersetzung zwischen Behörden und Verfahrensbeteiligten diesbezüglich unterbleiben kann. Auch die Einführung eines Vorantragsabschnitts, in dem unter anderem die Öffentlichkeit schon frühzeitig zu informieren ist, kann dazu führen, ausgereifere Projekte in das eigentliche Genehmigungsverfahren einzubringen. Die Behörden werden schon frühzeitig zum Akteur eines modernen „Verfahrensmanagements“, können so öffentliche Interessen schon vor dem eigentlichen Genehmigungsverfahren ausdrücken und die Genehmigungsfähigkeit im mediativen Weg der Zusammenarbeit herstellen.

103 § 12 E-InfrastrukturG.

104 Vgl §§ 30–34 UVP-G 2000.

105 Gärditz, Europäisches Planungsrecht 7.

106 Vgl Art 5 Abs 7 TEN-E-VO.

Zu keinen wesentlichen Neuerungen kommt es in der Behördenstruktur. Da das geplante Energie-Infrastrukturgesetz scheinbar möglichst wenig in bestehende – vor allem kompetenzrechtliche – Strukturen eingreifen soll und zum Kooperationschema gem Art 8 Abs 3 lit c TEN-E-VO gegriffen wurde, bleibt die Rolle der Infrastrukturbehörde – mit Ausnahme von Bereichen, in der ihr die Entscheidungskompetenz ohnehin schon zukam – rein koordinierend. „Härtere“ Befugnisse, wie sie in den beiden anderen Behördenschemata der Verordnung etwa in Form einer Alleinzuständigkeit oder einer Devolutionsbefugnis der Infrastrukturbehörde vorgesehen sind, wurden nicht übernommen. Der von der TEN-E-VO vorgesehene Konzentrationseffekt verpufft so weitgehend. Eine merkliche Beschleunigung der Verfahren ist damit nicht zu erwarten, besteht doch die einzige Neuerung darin, dass alle betroffenen Behörden einen gemeinsamen Ansprechpartner erhalten.¹⁰⁷

Dass die nationale Konkretisierung der Verfahrensvorschriften der TEN-E-VO durch ein eigenes Gesetz und nicht durch Einflechtung in das UVP-G 2000 und andere relevante Materiengesetze erfolgte, ist zu begrüßen. Da sehr wohl PCI ohne UVP-Pflicht denkbar sind – so kann ein PCI etwa einen kurzen Lückenschluss oder eine nicht über die Schwelle des § 3a UVP-G 2000 tretende Änderung bewirken – wäre eine Implementierung der TEN-E-Vorgaben lediglich in das UVP-G ungenügend gewesen. Eine Anbindung an mehrere Materiengesetze hätte zu einer Zersplitterung des an sich kompakten, nur verhältnismäßig wenige Projekte betreffenden Rechtsgebiets geführt. Die Systematik eines einheitlichen Gesetzes, das neben Vorgaben für das Starkstromwegerecht auch solche für alle anderen von der TEN-E-VO behandelten Infrastrukturkategorien enthält und den Materiengesetzen nur in den nötigen Bereichen materiell derogiert, war der denkbar beste Weg.

Nach diesem Überblick über die wesentlichen Inhalte der TEN-E-VO und deren nationaler Umsetzung in Österreich soll im Folgenden der Blick auf eine aus raumplanungsrechtlicher Sicht bemerkenswerte Neuerung gelenkt werden, die das Energie-Infrastrukturgesetz nach der Regierungsvorlage über die Vorgaben der europarechtlichen Bestimmungen hinausgehend schafft: die Möglichkeit der Festlegung von Trassenplanungsgebieten bei der Umsetzung von PCI.

V. Trassensicherung bei der Umsetzung von PCI

Um der tatsächlichen Durchführung der in der TEN-E-Politik definierten Leitungsvorhaben weiteren Schub zu verleihen, sieht das Energie-Infrastrukturgesetz die Möglichkeit der Schaffung von Trassenplanungsgebieten für PCI vor. Mit diesem Planungsinstrument wird erstmals ein Mechanismus zur Sicherung von für Leitungsanlagen benötigten Flächen im Anwendungsbereich des Bundes-Starkstromwegegesetzes eingeführt. Sinn und Zweck einer solchen Regelung, die man in ähnlicher Form aus dem Straßen-¹⁰⁸ bzw Eisenbahnrecht¹⁰⁹ sowie auch bereits aus dem Kärntner Starkstromwegegesetz¹¹⁰ kennt, ist es, das Heranbauen an die voraussichtlich benötigte Trasse schon in einem frühen Projektstadium zu verhindern. Ohne ein derartiges Sicherungsinstrument können Bebauungen (zB für Wohnzwecke) am geplanten Trassengebiet nämlich so lange nicht verhindert werden, bis der Vorhabenträger der Stromleitung über eine rechtskräftige Baubewilli-

107 Vgl *Fischerauer*, EnWZ 2013, 60.

108 Vgl § 14 Bundesstraßengesetz BGBl 1971/286 bzw zB § 52 stmk Landes-Straßenverwaltungsgesetz 1964 LGBl 1964/154; § 41 krnt Straßengesetz 1991, LGBl 1991/72.

109 Vgl § 5a Hochleistungsstreckengesetz BGBl 1989, 135.

110 § 4a krnt Elektrizitätsgesetz LGBl 1969/47.

gung und vertraglich erworbene oder zwangsweise durchgesetzte Nutzungstitel für das Trassengebiet verfügt. Solche Bebauungen können Auswirkungen auf die Genehmigungsfähigkeit des Leitungsvorhabens haben; dadurch nötige Trassenmodifikationen sind jedoch bei fortgeschrittenem Verfahrensstand nur noch eingeschränkt oder überhaupt nicht mehr möglich.¹¹¹ Bauungen am voraussichtlichen Trassengebiet können Vorhaben so substanziell gefährden.

Um solche von Anrainern bzw kritisch gesinnten Gemeinden gelegte Störfeuer bei der Errichtung von transeuropäischen Leitungen zu verhindern und benötigte Grundflächen sowie Schutzbereiche für PCI, die elektrische Leitungsanlagen sind und sich auf zwei oder mehr Bundesländer erstrecken, freizuhalten, kann die Infrastrukturbehörde (sowohl für nicht UVP-pflichtige als auch UVP-pflichtige Vorhaben)¹¹² gem § 14 Energie-Infrastrukturgesetz für ein im möglichen Trassenplanungsbereich gelegenes Gebiet durch Verordnung bestimmen, dass Neu-, Zu-, Auf-, Um- und Einbauten sowie Anlagen ohne ihre Zustimmung nicht errichtet werden dürfen oder dass deren Errichtung an bestimmte Bedingungen geknüpft wird. Zur Inanspruchnahme dieses Sicherungsinstruments muss bereits ein Grobprojekt vorliegen, dh es muss ein Vorantragsabschnitt beantragt und eine öffentliche Erörterung durchgeführt worden sein. Zudem muss zu befürchten sein, dass durch bauliche Veränderungen am Gebiet der geplante Leitungsbau erheblich erschwert oder wesentlich verteuert wird. Die Zustimmung zu einem Bauvorhaben ist dann zu erteilen, wenn keine Erschwerung oder Verteuern des Leitungsbaus zu befürchten ist oder wenn die beabsichtigten Bautätigkeiten zum Schutz von Leben und Gesundheit von Personen notwendig sind.¹¹³

Die Trassensicherungsverordnung besteht grundsätzlich für fünf Jahre oder bis der Grund für ihre Erlassung weggefallen ist; eine Verlängerung um fünf Jahre kann erfolgen, wenn der formale Genehmigungsabschnitt beantragt wurde. Vor Erlassung der Verordnung sind die Projektunterlagen in den berührten Gemeinden sechs Wochen lang aufzulegen; in dieser Zeit können betroffene Grundstückseigentümer bzw Bundesländer und Gemeinden Stellungnahmen bei der Infrastrukturbehörde einbringen, welche diese „angemessen zu prüfen“ hat. Die durch die Trassensicherungsverordnung in ihren Rechten eingeschränkten Betroffenen werden für die ihnen erwachsenden Nachteile nicht entschädigt. Die Sicherheitswirkung der Verordnung wirkt auch auf Bauvorhaben, die länger als zwei Jahre vor ihrem Inkrafttreten bewilligt worden sind, die Bauführung jedoch noch nicht begonnen worden ist.¹¹⁴

In der Einführung dieses Planungsinstruments liegt die eigentlich größte Neuerung des österreichischen Energie-Infrastrukturgesetzes. Der bundesweiten Infrastrukturbehörde wird damit die Möglichkeit der Bodennutzungsfestlegung im Sinne einer parzellenscharfen Negativplanung in die Hand gegeben und damit eine Erweiterung der Bundesfachplanung im Elektrizitätsbereich geschaffen. Aufgrund der Auswirkungen dieser fachplanerischen Neuerungen auf das Zuständigkeitsgefüge im Starkstromwegerecht sowie auf betroffene Grundeigentümer sollen im Folgenden planungs-, kompetenz- und grundrechtliche Fragestellungen aufgegriffen werden.

111 Vgl Onz, Die Genehmigung der 380-kV-Steiermarkleitung nach dem UVP-G 2000, RdU-UT 2009, 54 (57).

112 Vgl § 2 Abs 2 E-InfrastrukturG.

113 § 14 Abs 1, 2 und 8 E-InfrastrukturG.

114 § 14 Abs 3, 4, 6, 7 E-InfrastrukturG.

A. Planungsrechtliche Fragestellungen

Die Möglichkeit der Ausweisung von Trassensicherungsgebieten ist ein Instrument des Planungsrechts. Dies zeigt sich insbesondere am Aufbau seiner gesetzlichen Grundlage nach dem Ziel-Mittel-Schema: Um das Ziel der Freihaltung notwendiger Grundflächen zu erreichen, kann die Behörde das Mittel der Festlegung eines Trassensicherungsinstruments auf einem bestimmten Gebiet wählen.¹¹⁵

Auch hier wird also die schon erwähnte „planerische Schicht“¹¹⁶ zwischen Gesetz und behördliche Einzelfallentscheidung gezogen. Spätere Individualakte der Behörden haben sich nach der planerischen Zonenfestlegung zu richten. Dies betrifft jedoch ausschließlich Bauverbote und -erlaubnisse am Gebiet; nicht präjudiziert wird hingegen der spätere Leitungsbau. Dass ein Trassensicherungsgebiet festgelegt wurde, heißt also nicht, dass die betreffende Fläche später auch einer Trassenführung zur Verfügung stehen muss.¹¹⁷ Damit scheidet etwa auch die Verpflichtung zu einer Strategischen Umweltprüfung nach der SUP-Richtlinie aus, da die Trassensicherung nicht „den Rahmen für die künftige Genehmigung“ eines UVP-pflichtigen Vorhabens setzt (vgl Art 3 Abs 2 SUP-RL).¹¹⁸

Wie bei allen Planungsakten ist der Spielraum der Behörde verhältnismäßig weit; um rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen, ist also auch hier auf eine hinreichende Ausarbeitung, Behandlung und Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen zu achten.¹¹⁹ Dieser Behördenspielraum ist jedoch erheblich enger als etwa bei der Erstellung eines Flächenwidmungsplans. Im Falle von Trassensicherungsgebieten dürfen nur Grundflächen einbezogen werden, durch deren Bebauung eine erhebliche Erschwerung oder wesentliche Verteuerung des geplanten Leitungsbaus zu befürchten ist. Die Gestaltungsfreiheit der Behörde ist dadurch zweifellos eingeschränkt, der Planungsakt weist eine starke konditionale Prägung auf. Angesichts der relativen Unkonkretisiertheit des Vorhabens zum Zeitpunkt der Verordnungserlassung schlägt das Pendel auf der „vielschichtigen und graduell abgestuften Skala unterschiedlich dichter rechtlicher Bindungen“, wie es *Gärditz*¹²⁰ beschreibt, nichtsdestotrotz in Richtung Planungsakt aus; von einem Konditionalprogramm, in dem der Entscheider nur retrospektiv über die Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes abzusprechen hat, an den eine oder allenfalls auch mehrere mögliche Rechtsfolgen geknüpft sein mögen, ist man schließlich weit entfernt.

B. Kompetenzrechtliche Aspekte der Ausweisung von Trassenplanungsgebieten

1. Fachplanung im Starkstromwegerecht

Mit der Ausweisung eines Trassenplanungsgebiets für ein PCI schließt die zuständige Infrastrukturbehörde die Bodennutzung der betreffenden Flächen für bestimmte Zwecke aus. Bei der Trassensicherung handelt es sich somit um ein Fachplanungsinstrument des Bundes. Raumplanerische Festlegungen sind am Gebiet des Starkstromwegerechts nichts Neues: Da die Stark-

115 Vgl § 14 Abs 1 E-InfrastrukturG.

116 Vgl oben Kapitel IV.

117 Vgl zur Präjudizialität von Trassenverordnungen gem § 3 Abs 1 HIG VfSlg 14.387/1995 sowie VwGH 16. 4. 2004, 2001/10/0156.

118 Näher *Nußbaumer*, SUP – Strategische Umweltprüfung, in *Hauer/Nußbaumer* (Hrsg), Österreichisches Raum- und Fachplanungsrecht (2006) 31 (36 ff).

119 Vgl etwa VfSlg 19.126/2010.

120 *Gärditz*, Europäisches Planungsrecht 11.

stromwegekompetenz auch die Befugnis zur hoheitlichen Bodennutzungsplanung inkludiert, konnte die Widmungsfestlegung für benötigte Flächen für Leitungsanlagen schon bisher mit der starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligung ergehen.¹²¹ Diese Raumplanungskompetenz wird mit der Trassensicherung nun schon in einem früheren Projektstadium ausgeübt.

Die in Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG enthaltene Fachplanungsbefugnis des Bundes beschränkt sich jedoch auf Leitungsanlagen, die sich auf zwei oder mehrere Länder erstrecken. Bloß regionale Starkstromwege hingegen unterliegen der allgemeinen Kompetenz des „Elektrizitätswesen[s], soweit es nicht unter Art 10 fällt“ gem Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG, der Bund ist also nur zur Grundsatzgesetzgebung befugt; Ausführungsgesetzgebung und planende Vollziehung obliegen den Ländern. Um demnach nicht in die Kompetenzen der Länder einzugreifen, können Trassensicherungen gem § 14 Energie-Infrastrukturgesetz nur im Falle von PCI, die elektrische Leitungsanlagen sind und sich auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken, getätigt werden.¹²²

Trotz dieser Ausnahme regionaler Starkstromwege ist die Kompetenz der Infrastrukturbehörde hier aber weitgehend: Man kann wohl davon ausgehen, dass Vorhaben, die im gemeinsamen Interesse von Europäischer Union und Mitgliedstaaten stehen, regelmäßig solche sein werden, die ohnedies als überregional zu qualifizieren sind und damit auch ohne Kompetenzdeckungsklausel in die alleinige Zuständigkeit des Bundes fallen würden. Dies kann auch bei geographisch bloß in einem Bundesland gelegenen Lückenschlüssen der Fall sein, ist eine Leitungsanlage von gesamtösterreichischer bzw gesamteuropäischer Bedeutung doch meist ein grenzüberschreitendes Gesamtvorhaben, auch wenn einzelne Teile davon zu verschiedenen Zeitpunkten errichtet werden. Dabei spricht es umso mehr für die Einheitlichkeit einer Leitungsanlage, wenn ein Projekt den Status eines PCI erhalten hat.¹²³ Die Trassensicherung für transeuropäische Stromleitungen wird also regelmäßig möglich sein.

121 Vgl VfSlg 19.456/2011; siehe auch *Berka*, Starkstromwegeplanung und örtliches Bau- und Raumordnungsrecht, ZfV 2006, 318 (320); *Rill*, Die Stellung der Gemeinden gegenüber Bund und Ländern im Raumordnungsrecht (1974) 24 f; *Rill/Schäffer*, Die Rechtsnormen für die Planungskoordination seitens der öffentlichen Hand auf dem Gebiete der Raumordnung (1975) 38; *Fröhler/Oberndorfer*, Österreichisches Raumordnungsrecht (1975) 67 f; *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung (1975) 185; *Hauer* in *Hauer/Nußbaumer* 303 (304); *B. Raschauer* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2011) Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG Rz 151; *Berger*, Netzwerk Raumplanung – im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung (2008) 40.

122 Noch in der Regierungsvorlage zum E-InfrastrukturG (RV 626 BlgNR 25. GP) war vorgesehen, dass eine Kompetenzdeckungsklausel den Bund auch zu Festlegungen bezüglich regionaler Starkstromwege befugt und demnach auch Trassensicherungen für PCI ermöglicht, die sich nicht auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken. Mit einer solchen Kompetenzverschiebung zum Bund hätte sich ein Trend fortgesetzt, der das Elektrizitätswesen seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union durchzieht: Immer mehr eigentlich in Ausführungsgesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder gelegene Regelungsmaterien werden, weil es die Übernahme europarechtlicher Vorgaben in die nationale Rechtsordnung notwendig macht, mittels Kompetenzdeckungsklausel in die Zuständigkeit des Bundes verschoben (siehe zB § 1 EIWOG 2010; § 1 Abs 1 E-ControlG, BGBl I 2010/110; § 1 ÖSG 2012, BGBl I 2011/75; § 1 KWK-Gesetz, BGBl I 2008/111; § 1 EEffG, BGBl I 2014/72). Der Kompetenztatbestand des Elektrizitätswesens wäre so weiter ausgehöhlt worden und die elektrizitätsrechtliche Gesetzgebung hätte einen weiteren Schritt in die von *B. Raschauer* ausgemachte „Verfassungsunehrlichkeit“ gemacht; vgl dazu *B. Raschauer*, Elektrizitätswirtschaft zwischen Politik und Recht, in FS Mantl (2004) 391 (394).

123 Vgl dazu VfSlg 19.456/2011, wo der VfGH (auch) die „technische, wirtschaftliche oder netzplanerische Bedeutung“ eines Netzausbauprojekts in seine Beurteilung, ob ein Leitungsvorhaben als regional oder überregional zu qualifizieren ist, einfließen lässt; vgl auch *Hauer*, Entscheidungsbesprechung VfGH 2.7.2011, V 167/10 ua, ZTR 2012, 40.

2. Verhältnis zu örtlicher Raumplanung und Landesfachplanungen

Der überörtliche Raumordnungsakt des Bundes überlagert für die Dauer des Bestands der Trassensicherungsverordnung die örtliche Raumplanung der Gemeinde. Dies jedoch nur insofern, als dass Bauten am betreffenden Gebiet der Zustimmung der Infrastrukturbehörde bedürfen bzw dass diese an von der Infrastrukturbehörde gestellte Bedingungen geknüpft werden können. Die Bundesplanungen verdrängen den gemeindlichen Flächenwidmungsplan also nicht vollständig: Dieser bleibt grundsätzlich weiterhin bestehen, für die Konsumation von Bauten ermöglichenden Widmungen wird lediglich ein über die ohnehin schon bestehenden Genehmigungserfordernisse hinausgehendes Zustimmungserfordernis der Energie-Infrastrukturbehörde vorgesehen. Mit anderen Worten: Auch mit Zustimmung der Bundesbehörde dürfen Wohnbauten im Trassensicherungsgebiet nur dort entstehen, wo der örtliche Flächenwidmungsplan dies ermöglicht. Wird diese Zustimmung jedoch nicht erteilt, tritt die örtliche Raumplanung vollständig hinter die Bundesfachplanung zurück.¹²⁴

Bei der Festlegung eines Trassenplanungsgebietes, das als (relative) Verbotszone in Bezug auf sonstige Bauten in Erscheinung tritt, hat der Bund die Raumplanungen der Länder nach der verfassungsmäßigen Rücksichtnahmepflicht zu berücksichtigen. Die Behörde hat dabei sowohl die von ihr wahrzunehmenden starkstromwegerechtlichen Interessen als auch alle gegenbeteiligten Interessen zu bewerten und nur dann ein Trassenplanungsgebiet auszuweisen, wenn dadurch die im Kompetenzbereich der Länder liegenden Interessen nicht unterlaufen werden.¹²⁵ Im konkreten Fall dürfen also Interessen der allgemeinen Raumplanung (zB Wohnbauten) bzw der Fachplanungen der Länder (zB Landesstraßen) kein so schweres Gewicht aufweisen, dass sie die Interessen des Bundes an der Trassensicherungsmaßnahme überwiegen. Im Falle von PCI, die ja stets ein überragendes öffentliches energiepolitisches Interesse verkörpern, wird dies regelmäßig nicht der Fall sein. Nichtsdestotrotz hat sich die Infrastrukturbehörde vor der Erlassung der Trassensicherungsverordnung mit den Interessen der betroffenen Länder auseinanderzusetzen,¹²⁶ was durch die in § 14 Energie-Infrastrukturgesetz vorgeschriebene Konsultationspflicht erfolgt.

C. Grundrechtliche Bewertung der Ausweisung von Trassenplanungsgebieten

Abschließend stellt sich die Frage nach dem grundrechtlichen Schutz der vom Trassenplanungsgebiet betroffenen Grundeigentümer. Durch die Errichtung einer Bauverbotszone auf ihren Grundstücken mittels Trassensicherungsverordnung könnten diese in ihrer verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie gem Art 5 StGG verletzt sein, geht mit dem Eigentum an einem Grundstück doch das Recht einher, dieses nach freiem Belieben zu bebauen.¹²⁷

Ein Eingriff in das Eigentum liegt dann vor, wenn ein unter das Eigentumsrecht subsumierbares Recht entzogen oder beschränkt wird.¹²⁸ Ersteres ist hier nicht der Fall, findet doch keine Eigentumsübertragung an den Projektwerber des Starkstromwegeverfahrens statt; dieser darf die betroffenen Grundstücke ja noch nicht nutzen, sie werden nur vor Bebauung freigehalten. Auch

124 Vgl. *Lienbacher*, Raumordnungsrecht, in *Bachmann et al* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*¹⁰ (2014) 473 (482).

125 VfSlg 15.552/1999; vgl auch näher *Bußjäger*, *Verfassungsrechtliche Fragen der Anwendung des Naturschutzrechtes der Länder auf Verkehrsprojekte*, RdU 2000, 83 (89 f).

126 Vgl *B. Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁴ (2013) Rz 572.

127 Vgl *Herbst*, *Raumordnungsrecht*, in *Poier/Wieser*, *Steiermärkisches Landesrecht III* (2011) 193 (202).

128 *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹⁰ (2014) Rz 870.

eine „De-Facto-Enteignung“, also die Beseitigung jeglicher sinnvollen Benutzungsmöglichkeit des Grundstücks,¹²⁹ liegt nicht vor, da das Bauverbot nur relativ (Ausnahmen sind durch Zustimmung der Behörde möglich) und temporär (maximal zehnjährige Geltungsdauer der Verordnung) wirkt. Es kann sich also nur um einen „sonstigen Eigentumseingriff“¹³⁰ (sog Eigentumsbeschränkung) handeln.¹³¹ Eine Eigentumsbeschränkung ist dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie im nachweislich öffentlichen Interesse steht und sich als geeignet, erforderlich und adäquat zu dessen Erreichung darstellt.¹³² Sowohl der die Eigentumsbeschränkung ermöglichende § 14 Energie-Infrastrukturgesetz als auch konkrete Trassensicherungsverordnungen müssen also diesen Rechtfertigungskriterien entsprechen.

Die Möglichkeit der Festlegung von Trassenplanungsgebieten verfolgt das öffentliche Interesse, den beschleunigten Ausbau von für die transeuropäische Energieversorgung benötigten Stromleitungsanlagen durch Trassensicherungsmaßnahmen zu unterstützen, indem das Heranbauen an die voraussichtliche Trasse verhindert wird.¹³³ Das Instrument scheint auch geeignet, kann es doch Bauvorhaben, die das geplante Leitungsprojekt gefährden können, verhindern und somit Verzögerungen bei der Projektverwirklichung vermeiden. Da das Planungsinstrument nur dann ergriffen werden darf, wenn anders zu befürchten wäre, dass durch bauliche Veränderungen im betreffendem Gebiet der geplante Bau der elektrischen Leitungsanlage erheblich erschwert oder wesentlich verteuert würde und zudem Bauten auf Antrag von der Behörde ermöglicht werden können, scheint auch die Erforderlichkeit gegeben, um den Sicherheitszweck zu erreichen; diskutabel ist dabei jedoch die mit bis zu zehn Jahren relativ lange mögliche Geltungsdauer der Verordnung. Vor allem mit Hinblick darauf, dass die Genehmigungsverfahren in maximal dreieinhalb Jahren erledigt sein sollen, könnte eine kürzere Frist ein gelinderes Mittel darstellen. Es ist jedoch zu bedenken, dass eine Trassensicherung, um ihren Zweck zu erfüllen, so lange aufrecht erhalten werden muss, bis der Projektwerber über einen – im Extremfall zwangsweise durchzusetzenden – Nutzungstitel für die benötigten Grundstücke verfügt. Bis dahin kann auch nach dem – binnen dreieinhalb Jahren zu ergehenden – Genehmigungsbescheid erster Instanz eine beträchtliche Zeit vergehen, müssen doch regelmäßig Rechtsmittelverfahren bezüglich der Projektgenehmigung sowie daran anschließend Enteignungsverfahren¹³⁴ und diesen folgende Rechtsmittelverfahren durchgeführt werden. Im Hinblick auf diese Folgeerscheinungen des Projektgenehmigungsverfahrens kann die Zehnjahresfrist für die maximale Geltung der Trassensicherung durchaus als erforderlich bezeichnet werden, zumal diese ja ohnehin aufzuheben ist, sobald der Grund für ihre Erlassung wegfällt.¹³⁵ Bei der Adäquanzprüfung ist das Gewicht des verfolgten öffentlichen Interesses dem der verkürzten Grundrechtspositionen betroffener Grundeigentümer gegenüberzustellen. Ersteres wiegt im Falle von Leitungsprojekten, die in einem erwiesenen nationalen und unionalen Interesse stehen, freilich schwer. Da das Eigentum durch ein Trassensicherungsgebiet ja bloß befristet und auch nur relativ – Ausnahmegenehmigungen sind schließlich erlaubt – ein-

129 Vgl EGMR 18/1992/363/437, *Papamichalopoulos ua/Griechenland*, ÖJZ 1994, 177.

130 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 871.

131 Vgl VfSlg 9306/1981, wonach die Versagung bzw der Widerruf einer Baubewilligung zufolge der damit verbundenen Versagung der Ausübung des aus dem Eigentum erfließenden Rechtes zur Bebauung eines Grundstückes in das Eigentum eingreift.

132 Siehe nur *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 716 und 877.

133 Vgl ErläutRV 626 BlgNR 25. GP 7.

134 Vgl §§ 18 ff StWG 1968.

135 § 14 Abs 3 E-InfrastrukturG; zur Pflicht zur Planänderung, sobald eine Eigentumsbeschränkung ihren Zweck verfehlt VfSlg 14.969/1997.

geschränkt wird, wiegt das Gewicht des Grundrechtseingriffs geringer. Die durch § 14 Energie-Infrastrukturgesetz ermöglichten Eigentumseingriffe sind also verhältnismäßig.

Auch konkrete Trassensicherungsverordnungen dürfen nur so ausgestaltet sein, dass das Eigentum der betroffenen Grundeigentümer bloß auf verhältnismäßige Art und Weise beschränkt wird. Bei der Frage nach dem mit der Verordnung verfolgten öffentlichen Interesse ist nicht darauf abzustellen, ob das Leitungsvorhaben selbst im öffentlichen Interesse liegt – was bei einem PCI ja *ex lege* der Fall ist –, sondern ob ein solches für den Schutz des Projekts durch ein Bauverbot besteht. Diese beiden Interessen sind nicht gleichzusetzen: Bei ersterem geht es um die Realisierung des Projekts als solches, bei zweiterem lediglich darum, ob diese Realisierung auch zügig und möglichst störungsfrei vonstattengeht. Beides wird jedoch regelmäßig Hand in Hand gehen. Ist das Vorhaben *per se* im öffentlichen Interesse, wird wohl auch die Gewährleistung eines raschen Verfahrens durch die Abwehr heranrückender Bebauung in einem solchen stehen. Dies ist allein schon durch den in der TEN-E-VO explizit gesetzten Fokus auf Verfahrensbeschleunigungen als auch durch die Schaffung eines Trassensicherungsinstrumentes exklusiv für PCI belegt.

Ein Trassenplanungsgebiet ist jedenfalls geeignet, das öffentliche Ziel nach einem zügigen Genehmigungsverfahren zu verfolgen, kann es doch Bauten, die das Leitungsprojekt gefährden könnten, verhindern. An der Erforderlichkeit könnte es aber dann mangeln, wenn ein zu weiträumiges Gebiet ausgewiesen wird und auch Grundstücke einbezogen werden, deren bauliche Veränderung keine Gefahr für das Leitungsvorhaben darstellen können. Hierbei wird der verordnungserlassenden Behörde jedoch – wie oben ausgeführt¹³⁶ – ein recht weiter Spielraum zukommen.

Bezüglich der Durchsetzung etwaiger Grundrechtsverletzungen stellt sich die Frage des Zugangs zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Grundeigentümer. Dieser wird nur über die Erkenntnisbeschwerde gegen einen Bescheid der Infrastrukturbehörde, in dem die Zustimmung zu einer beabsichtigten Bautätigkeit im Planungsgebiet verweigert wird,¹³⁷ eröffnet sein. Die Möglichkeit, die Trassensicherungsverordnung selbst im Wege eines Individualantrags gem § 139 Abs 1 Z 3 B-VG zu bekämpfen, scheidet aus: Grundstückseigentümer können durch diese nämlich nie unmittelbar, sondern bloß potentiell in ihren Rechten verkürzt sein. Anders als bei bestimmten Nutzungen des eigenen Grundstücks ausschließenden Flächenwidmungsplänen, die beim Nachweis konkreter Planungsabsichten unmittelbar bekämpft werden können,¹³⁸ ist hier schließlich stets eine Ausnahme vom Bauverbot durch Zustimmung der Behörde möglich. Die Verordnung wirkt sich erst dann negativ auf Grundeigentümer aus, wenn sie einen ablehnenden Bescheid der Infrastrukturbehörde erhalten. Der Umweg über die Erwirkung eines solchen Bescheids und die Erkenntnisbeschwerde ist jedenfalls zumutbar.¹³⁹

VI. Fazit

Zusammenfassend kommt man zur Feststellung, dass die Maßnahmen der Union im Bereich der Transeuropäischen Energienetze sowie ihre Umsetzungsmaßnahmen in Österreich – wie schon im Zwischenfazit¹⁴⁰ gezeigt – zu keinen großen rechtlichen Umwälzungen führen. Abzuwarten

136 Vgl oben Kapitel V.A.

137 Vgl § 14 Abs 8 E-InfrastrukturG.

138 Vgl *Klaushofer*, Raumordnungsrecht, in *Pürgy*, Das Recht der Länder II (2012) 827 Rz 111 mwN.

139 So in Bezug auf das Trassenplanungsgebiet gem § 14 Bundesstraßengesetz VfSlg 19.393/2011.

140 Vgl oben Kapitel IV.

bleibt dabei vor allem, ob sich der beschleunigende Effekt auf Genehmigungsverfahren von Energieleitungsprojekten im gewünschten Maße einstellt. Da die in der TEN-E-VO ermöglichte Behördenkonzentration in Österreich durch das Energie-Infrastrukturgesetz nicht verwirklicht wurde, bleibt dies zweifelhaft.

Positiv zu bewerten ist jedoch jedenfalls die Einführung eines Trassensicherungsinstruments, das Behinderungen des Leitungsbaus wirkungsvoll und auf verfassungskonforme Art mindern kann. Bedauerlich ist dabei nur, dass dieses Instrument nur für transeuropäische Netzvorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse zur Verfügung steht. Die Chance, die Möglichkeit der Trassensicherung nach dem Muster des Straßen- und Eisenbahnrechts für sämtliche Stromleitungsprojekte in den Starkstromwegegesetzen des Bundes und der Länder zu verankern, wurde hingegen versäumt.



Ermessen im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren

Zugleich ein Beitrag über die Grundzüge des österreichischen Starkstromwegerechts

Matthias Zußner*, Universität Graz

Kurztext: Der vorliegende Beitrag analysiert die Reichweite behördlicher Entscheidungsspielräume im Rahmen des Bau- und Betriebsbewilligungsverfahrens von Leitungsanlagen für Starkstrom und bindet ein praxisrelevantes Problemfeld an die klassische Ermessenslehre an. Da eine vorausschauende staatliche Starkstromwegeplanung weitgehend fehlt, wird entgegen der Rechtsprechung des VwGH für ein funktionell-rechtlich begründetes Ermessen der Behörde bei der tatbestandsbezogenen Beurteilung des „öffentlichen Versorgungsinteresses“ im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren plädiert.

Schlagworte: Starkstromwegerecht; starkstromwegerechtliches Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren; Leitungsanlagen für Starkstrom; Kompetenzverteilung; Verwaltungsermessen.

I. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Strom ist nur begrenzt speicherbar bzw lässt sich aus physikalischer Sicht ohne die Umwandlung in eine andere Energieform gar nicht speichern.¹ Vor diesem Hintergrund ist jede moderne Gesellschaft auf eine leitungsgebundene Stromversorgung angewiesen.² In einem differenzierten Netzsystem wird Strom auf unterschiedlichen Spannungsebenen übertragen.³ Um die Stromverluste bei der Netzübertragung möglichst gering zu halten, werden gerade beim Transport hoher

* Mag. Matthias Zußner ist Projektmitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft der Universität Graz. Der vorliegende Beitrag stellt die überarbeitete Schriftfassung eines Vortrages dar, den der Verfasser am 22. 10. 2015 im Rahmen der interuniversitären Lehrveranstaltung „Das Recht der Großinfrastrukturprojekte“ in den Räumlichkeiten des Frankfurter Büros der Rechtsanwaltssozietät Hogan Lovells gehalten hat. Den Lehrveranstaltungsleitern, Univ.-Prof. Dr. Stefan Storr (Universität Graz) und Univ.-Prof. Dr. Josef Ruthig (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) möchte der Verfasser an dieser Stelle herzlich für die anregende Diskussion im Anschluss an das Referat danken. Dank gebührt auch Mag. Daniel Heitzmann (Universität Graz) für weiterführende Gespräche im Zusammenhang mit dem österreichischen Starkstromwegerecht, das einen Schwerpunkt seiner aktuellen Forschung bildet, sowie Mag. Meinhardt Schweditsch (Universität Graz) für die rasche, aber umsichtige Durchsicht des Manuskripts.

1 Pelte, Die Zukunft unserer Energieversorgung (2010) 221 ff; Lindermuth, Die Planung der Netze im Elektrizitätsrecht. Die Steuerung von Netzinvestitionen als Voraussetzung der Energiewende und der Energieunion (2015) 9, 11.

2 Neubauer/Onz/Mendel, Starkstromwegerecht (2010) § 7 StWG Rz 28. Strom gilt als „Schlüsselinfrastruktur“ moderner Gesellschaften; dazu Unger, Bundesinnenministerium: Nationale Sicherung kritischer Energieinfrastrukturen, in Braml et al (Hrsg), Weltverträgliche Energiesicherheitspolitik (2008) 71 (71 f).

3 Lindermuth, Netzplanung 10.

Übertragungsleistungen über weite Entfernungen Leitungen auf Hoch- und Höchstspannungsebene betrieben. Diese dienen dann nicht nur dem Anschluss von Großkraftwerken und der Versorgung von Großraumgebieten, sondern zunehmend auch den Verbundnetzen für den überregionalen und europaweiten Stromtransit, insb der Anbindung abgelegener, aber standortgebundener Erzeugungskapazitäten.⁴ Die Tendenz geht überhaupt dahin, dass „Strom [...] nicht mehr vorwiegend dort erzeugt [wird], wo er auch verbraucht wird“.⁵

Indes liegt die politische Dimension leistungsfähiger Leitungsanlagen für Starkstrom auf der Hand: Nur dort, wo eine zuverlässige und bedarfsgerechte Stromversorgung dauerhaft gewährleistet ist, etablieren sich bedeutende Wirtschafts- und Industriestandorte.⁶ Geradezu evident ist damit auch der Einfluss, den Starkstromwege mittelbar auf die Entwicklung von Ballungszentren und Besiedlungsstrukturen nehmen. Voraussetzungsgemäß nehmen Starkstromwege aber auch Raum in Anspruch, ein allfälliger energiepolitischer Bedarf an elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom muss also immer erst mit entgegenstehenden Raumnutzungsansprüchen abgestimmt werden.⁷ Nun sind Stromfreileitungen zwar zumeist, Erdverkabelungen nahezu immer, mit anderen Widmungsarten des Raumordnungsrechts kompatibel.⁸ Dafür konfliktieren elektrische Leitungsanlagen für Starkstrom aber regelmäßig mit einer Vielzahl an weiteren öffentlichen oder privaten Interessen.⁹ Neben der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes und der Umwelt, sind es vor allem die Interessen an einer geordneten Siedlungsentwicklung oder an einem ausreichenden Schutz der Nachbarn, die bei der Planung und Errichtung von Starkstromwegen eine Rolle spielen.¹⁰ Flankierend können nicht nur die für die Trassenführung notwendigen Rechte (insb Leitungsrechte), sondern gegebenenfalls auch die entsprechenden Bodenflächen zwangsweise in Anspruch genommen werden.¹¹

Energiepolitik, Raumplanung, Interessenskonflikte, Individualrechtsschutz – schon ein erster Blick auf die Thematik lässt erkennen, wie viele Dimensionen und welches Konfliktpotential Planung, Errichtung und Inbetriebnahme von elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom in sich vereinigen. Das soll Anlass dazu geben, aufbauend auf einer Darstellung des allgemeinen Rechtsrahmens des österreichischen Starkstromwegerechts (Kapitel II.) zunächst die Vollzugsspielräume der Behörde im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren näher zu beleuchten (Kapitel III.) und anschließend – vor dem Hintergrund des Art 130 Abs 3 B-VG – auf ihre Beanstandungsresistenz hin in einem nachgelagerten Bescheidbeschwerdeverfahren vor den VwG erster Instanz zu hinterfragen (Kapitel IV.).

4 Aus der österreichischen Literatur *Schulev-Steindl*, Die Verantwortung des Staates bei der Energiewende, RdU 2014, 90 (97); *Lindermuth*, Netzplanung 10; aus der deutschen Literatur *Hermes*, Planung von Erzeugungsanlagen und Transportnetzen, in *J. Schneider/Theobald* (Hrsg), Recht der Energiewirtschaft⁴ (2013) § 7 Rz 2.

5 *Schulev-Steindl*, RdU 2014, 97.

6 Dazu und zum Folgenden *Berka*, Starkstromwegeplanung und örtliches Bau- und Raumordnungsrecht. Zu den raumordnungsrechtlichen und baurechtlichen Zuständigkeiten bei überregionalen Starkstromwegen, ZfV 2006, 318 (318 f); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 28.

7 *Berka*, ZfV 2006, 320; vgl auch *Hermes* in *J. Schneider/Theobald* § 7 Rz 19.

8 *Berka*, ZfV 2006, 323.

9 Dazu und zum Folgenden *Berka*, ZfV 2006, 319; vgl auch *Hermes* in *J. Schneider/Theobald* § 7 Rz 1.

10 *Berka*, ZfV 2006, 319.

11 ZB §§ 11 ff und 18 ff Starkstromwegegesetz 1968 (StWG 1968), BGBl 70/1968 (zuletzt BGBl I 112/2003); *Lindner*, Starkstromwege, in *Energieinstitut an der Johannes Kepler Universität Linz* (Hrsg), Beiträge zum Elektrizitätsrecht (2009) 219 (235 ff); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 47.

II. Der Rechtsrahmen der Starkstromwegeplanung im Überblick

A. Eine zersplitterte Kompetenzrechtslage als Ausgangspunkt der Untersuchung

Starkstromwegerecht bezeichnet, noch ganz allgemein gesprochen, das Anlagenrecht für das Netz elektrischer Leitungsanlagen für Starkstrom einschließlich bestimmter Nebenanlagen.¹² Dieses ist nach der allgemeinen Kompetenzverteilung in Gesetzgebung und Vollziehung zwischen Bund und Ländern geteilt.¹³ Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung sind nur länderübergreifende Starkstromwege.¹⁴ Die Regelungskompetenz hinsichtlich der Errichtung von elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom, die sich auf nur ein Bundesland erstrecken, kommt dem Bund nur zur Regelung der Grundsätze über die Grundsätze zu, die Länder haben in dem durch das Bundesgrundsatzgesetz vorgegebenen Rahmen die näheren Bestimmungen durch Ausführungsgesetze zu erlassen und diese dann auch zu vollziehen.¹⁵ Die dargestellte Kompetenzrechtslage erweckt vorschnell den Eindruck, das Starkstromwegerecht sei ein äußerst länderfreundliches Kompetenzfeld. Der Bund hat aber gerade in sehr starkem Umfang von seiner Kompetenz zur Regelung der Grundsätze betreffend elektrische Leitungsanlagen für Starkstrom, die sich *nicht* auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken, Gebrauch genommen.¹⁶ In der Tat entsprechen die Ausführungsgesetze der Länder¹⁷ folglich weitgehend, größtenteils sogar wörtlich, den Bestimmungen des StarkstromwegeG des Bundes (StWG 1968¹⁸).¹⁹ Länderfreundlich bleibt das Starkstromwegerecht damit im Ergebnis nur, was die Aufteilung der Vollziehungskompetenzen zwischen Bund und Ländern betrifft.²⁰

Zentraler Regelungsgegenstand des Starkstromwegerechts sind wie gezeigt die Bau- und Betriebsbewilligungsvoraussetzungen für elektrische Leitungsanlagen für Starkstrom einschließlich bestimmter Nebenanlagen. Wie bereits eingangs festgestellt wurde, benötigen Bestand und Verlauf von Stromleitungen aber voraussetzungsgemäß auch Platz.²¹ Der Kompetenztatbestand Starkstromwegerecht umfasst daher nicht nur das Anlagenrecht elektrischer Leitungen. Vielmehr

12 Vorwort zu *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht; vgl auch *B. Raschauer*, Handbuch Energierecht (2005) 56. Das Starkstromwegerecht hat sich aus dem Gewerberecht heraus entwickelt; dazu *Reibersdorfer-Köller*, Das Österreichische Starkstromwegerecht. Dissertation Universität Graz (1991) 2 ff.

13 Dazu und zum Folgenden *Reibersdorfer-Köller*, Starkstromwegerecht 18 ff; *Berka*, ZfV 2006, 319; *A. Hauer*, Starkstromwegeplanung, in *ders/Nußbaumer* (Hrsg), Österreichisches Raum- und Fachplanungsrecht (2006) 303 (303 ff); *B. Raschauer*, *Energierecht* 55 f; vgl auch *Mayer*, Rechtsfragen der Verbundwirtschaft, *ecolox* 1996, 45 (bei FN 21).

14 Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG; *Mayer/Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Art 10 B-VG Anm I.10. Nach der Judikatur des VfGH erfasst der Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG nur „überregionale Leitungsanlagen“ (VfSlg 19.456/2011).

15 Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 1 StWG Rz 4. Allgemein zum Kompetenztatbestand des Art 12 B-VG *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015) Rz 266 ff; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Vorbemerkung zu Art 12 B-VG.

16 BG vom 6. 2. 1968 über elektrische Leitungsanlagen, die sich nicht auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken (im Folgenden kurz: StWGG), BGBl 71/1968 (zuletzt BGBl I 112/2003).

17 Im Folgenden werden nur die Kurztitel wiedergegeben: Bgld Starkstromwegegesetz, LGBl 10/1971 (zuletzt LGBl 79/2013); Kärntner Elektrizitätsgesetz (K-EG), LGBl 47/1969 (LGBl zuletzt 85/2013); NÖ Starkstromwegegesetz, LGBl 7810-0 (zuletzt LGBl 7810-4); Oö Starkstromwegegesetz 1970, LGBl 1/1971 (zuletzt LGBl 90/2013); §§ 52 ff des Salzburger Landeselektrizitätsgesetzes 1999 ([Salzburger] LEG), wv LGBl 75/1999 (zuletzt LGBl 73/2014); Steiermärkisches Starkstromwegegesetz 1971, LGBl 14/1971 (zuletzt LGBl 25/2007); Tiroler Starkstromwegegesetz 1969, LGBl 11/1970 (zuletzt LGBl 148/2014); [Vorarlberger] Starkstromwegegesetz ([Vorarlberger] StWG), LGBl 22/1978 (zuletzt LGBl 44/2013); Wiener Starkstromwegegesetz 1969, LGBl 37/1999 (zuletzt LGBl 35/2013).

18 BGBl 70/1968 (zuletzt BGBl I 112/2003).

19 Für diesen Befund *B. Raschauer*, *Energierecht* 56 („mit weitgehend parallelen Bestimmungen“); *Pirstner-Ebner*, *Energierecht*, in *Poier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht. Band 3: Besonderes Verwaltungsrecht (2010) 479 (496); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 1 StWG Rz 6.

20 Vgl *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 1 StWG Rz 4.

21 Siehe oben Kapitel I.

geht schon von Verfassungswegen mit der Kompetenz in Starkstromwegerechtssachen auch die Zuständigkeit zum Erlass entsprechender raumordnungsrechtlicher Maßnahmen einher (sog Fachplanungskompetenz).²² Aufgrund der Generalzuständigkeit der Länder in raumordnungsrechtlichen Belangen²³ profitiert davon im Ergebnis nur der Bund, soweit seine starkstromwegerechtlichen Zuständigkeiten reichen; die Länder verfügen ja in den Belangen des Raumordnungsrechts ohnehin über eine allgemeine Raumordnungskompetenz nach Art 15 Abs 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG²⁴). Soweit die Grundsatzgesetzgebung des Bundes den Ländern Spielraum dahingehend belässt, ihre Fachplanungskompetenz betreffend landesinterner Starkstromwege im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung auszuüben, tritt sie einfach neben die „eigentliche [dh allgemeine] Raumordnungskompetenz“ der Länder.²⁵

B. Koordinationsbedarf bei der Starkstromwegeplanung

Wie dargestellt, sind schon die Zuständigkeiten im Starkstromwegerecht zwischen Bund und Ländern geteilt.²⁶ Nun kann der Lebenssachverhalt von elektrischen Leitungsanlagen aber offenkundig nicht nur unter starkstromwegerechtlichen, sondern etwa auch unter naturschutzrechtlichen, forstrechtlichen oder verkehrsrechtlichen Gesichtspunkten geregelt werden.²⁷ Aus der „zersplitterten und kleinräumig parzellierten“²⁸ Kompetenzverteilung des B-VG folgt vor diesem Hintergrund, dass – bei entsprechender Kumulation von Zuständigkeiten unterschiedlicher Behörden²⁹ – oftmals zur Verwirklichung nur eines einzigen Starkstromweges im Einzelfall gleich mehrere Bewilligungsverfahren geführt werden müssen.³⁰ Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als das geplante starkstromwegerechtliche Bewilligungsverfahren der Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterworfen ist.³¹ Denn die UVP-Behörde vollzieht im Rahmen ihrer örtlichen Zuständigkeit alle einschlägigen Materiengesetze und hat daher ggf auch die starkstromwegerechtlichen Bestimmungen mitanzuwenden.³² Nun statuiert die Bundesverfassung zwar Kompetenzausübungsschranken in Form von wechselseitigen Rücksichtnahmepflichten zwischen den Gebietskörperschaften, die nicht nur den Gesetzgeber, sondern, gerade was raumordnungsrechtliche Belange betrifft, gleichermaßen die Vollziehung binden (sog Berück-

22 Aus der Judikatur VfSlg 19.456/2011; aus der Literatur *Berka*, ZfV 2006, 318; *Lienbacher*, Raumordnungsrecht, in *Bachmann et al* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁸ (2010) 433 (458); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 126, 128.

23 Grundlegend VfSlg 2674/1954; *Lienbacher* in *Bachmann et al* 458; *F. Herbst*, Raumordnungsrecht, in *Poier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht. Band 3: Besonderes Verwaltungsrecht (2010) 193 (199).

24 Bundes-Verfassungsgesetz idF von 1929, wv BGBl I/1930 (zuletzt BGBl I 102/2014).

25 *Lienbacher* in *Bachmann et al* 458; vgl auch *F. Herbst* in *Poier/Wieser* 199.

26 Siehe oben Kapitel II.A.

27 Zur Gesichtspunktetheorie allgemein *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 297; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 270, 280 ff.

28 *Berka*, ZfV 2006, 319. Siehe dazu auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 297; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 270.

29 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 280.

30 *Berka*, ZfV 2006, 319; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 3 StWG Rz 17 ff, 21 ff, 24 f.

31 Eine solche UVP-Pflicht nach dem 2. Abschnitt des Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes 2000 (UVP-G 2000), BGBl 697/1993 (zuletzt BGBl I 14/2014) besteht nach Anhang 1 Z 16 lit a UVP-G 2000 bei Starkstromfreileitungen mit einer Nennspannung von mindestens 220 kV und einer Leitungslänge von mindestens 15 km bzw nach Anhang 1 Z 16 lit b UVP-G bei Nennspannung von mindestens 110 kV und mindestens 20 km Leitungslänge in schutzwürdigen Gebieten der Kategorien A und B. Siehe dazu *B. Raschauer*, Energerecht 56; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 11, 14; *Lindermuth*, Netzplanung 199 (FN 873).

32 *Berka*, ZfV 2006, 327.

sichtigungsgebot).³³ Es liegt aber auf der Hand, dass gerade bei der Starkstromwegeplanung ein über diese wechselseitigen Rücksichtnahmepflichten hinausgehender Koordinationsbedarf zwischen den betroffenen Gesetzgebungs- und Planungsautoritäten besteht.³⁴

Verstärkt wird dieser Koordinationsbedarf schließlich durch eine Grundsatzentscheidung des österreichischen Starkstromwegerechts, keine vorausschauende, originär staatliche Starkstromwegeplanung vorzusehen, sondern den genauen Verlauf der Starkstromwegetrassen erst im Rahmen individueller Bau- und Betriebsgenehmigungsverfahren festzulegen.³⁵ Gegenstand eines solchen Verfahrens ist das einzelne Projekt, die Planungsinitiative bleibt nach dieser Regelungssystematik bei den Elektrizitätsnetzbetreibern.³⁶ Raumplanerische Momente einfließen zu lassen oder das Vorliegen eines spezifischen Elektrizitätswirtschaftlichen Interesses an der konkreten Trassenführung zu prüfen, ist der zuständigen Behörde damit im Starkstromwegerecht erst im Rahmen der Erledigung eines eingebrachten Bau- und Betriebsbewilligungsantrages möglich.³⁷ Das war solange kein Problem, als die Elektrizitätsunternehmen als Elektrizitätsnetzbetreiber noch unter staatlicher Kuratel standen.³⁸ Denn neben der politischen oder zivilrechtlichen Koordinierung der Elektrizitätsnetzbetreiber bedurfte es keines weiteren rechtlichen Ordnungsrahmens für die Lenkung und Planung von Netzinvestitionen und Netzausbau.³⁹ Neuer Koordinationsbedarf entstand erst, nachdem der bisherige Ordnungsrahmen mit der Marktöffnung der Elektrizitätswirtschaft und der Trennung von Netzbetreibern und Erzeugern seine Steuerungskraft verloren hatte und notwendige Netzinvestitionsmaßnahmen insb aus wirtschaftlichen Gründen unterblieben waren.⁴⁰

C. Nationaler und europäischer Ordnungsrahmen

Der Ordnungsrahmen der Netzinvestitionsplanung, wie wir ihn heute kennen, schafft die erforderliche Koordination sowohl auf nationaler wie auch auf unionaler Ebene.⁴¹ Auf nationaler Ebene müssen die Übertragungsnetzbetreiber⁴² der nationalen Regulierungsbehörde jedes Jahr einen zehnjährigen Netzentwicklungsplan für das Übertragungsnetz zur Genehmigung vorlegen,⁴³ den

33 *Lienbacher* in *Bachmann et al* 458 f; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 287 f; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 298, auch mit einer kritischen Anmerkung. Entwickelt wurde die Rücksichtnahmepflicht einer Gebietskörperschaft auf die Interessen der gegenbeteiligten Gebietskörperschaften in der Judikatur des VfGH (grundlegend VfSlg 8831/1980; siehe auch VfSlg 10.306/1984; 15.281/1998; 17.854/2006; 18.096/2007; 19.434/2011). In seiner früheren Judikatur ging der VfGH noch nicht von einer Pflicht, sondern nur von einem Recht aus, die Interessen der gegenbeteiligten Gebietskörperschaften zu berücksichtigen (VfSlg 3163/1957; 7138/1973).

34 IdS auch *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 1 StWG Rz 4; vgl *B. Raschauer*, Energierecht 56 f.

35 *A. Hauer* in *ders/Nußbaumer* 304; *Berka*, ZfV 2006, 323.

36 *A. Hauer* in *ders/Nußbaumer* 304.

37 *A. Hauer* in *ders/Nußbaumer* 304.

38 *Lindermuth*, Netzplanung 36 ff, insb 40 f und 54.

39 *Fremuth*, Aktueller Überblick und Entwicklungstendenzen, in FS Wenger (1983) 755 (760 f); *Lindermuth*, Netzplanung 38 f, insb 40.

40 Eingehend *Lindermuth*, Netzplanung 36 ff, insb 42, und 54 ff.

41 *Lindermuth*, Netzplanung 63 ff, 97 ff.

42 Sog Übertragungsnetzbetreiber sind nach der Legaldefinition des § 7 Z 70 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl I 110/2010 (zuletzt BGBl I 174/2013), entweder natürliche oder juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, die verantwortlich für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen sowie für die Sicherstellung der langfristigen Fähigkeit des Netzes sind, eine angemessene Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen. Übertragungsnetzbetreiber sind die Verbund-Austrian Power Grid AG, die TIWAG-Netz AG und die VKW-Übertragungsnetz AG.

43 Das nationale Netzinvestitionsplanungsregime beruht auf unionalen Vorgaben; dazu *Lindermuth*, Netzplanung 97 ff.

die Regulierungsbehörde mit Bescheid genehmigt⁴⁴ und der von den Übertragungsnetzbetreibern verpflichtend umzusetzen ist.⁴⁵ Auf unionaler Ebene existiert flankierend eine Liste sog „Vorhaben von gemeinsamem Interesse“ (engl *Projects of Common Interest – PCI*), die als Anhang zur TEN-E-VO⁴⁶ im EU-Verordnungsrang steht.⁴⁷ Genehmigungsvorhaben, die für Vorhaben von gemeinsamem Interesse erforderlich sind, werden auf nationaler Ebene von der sog Energie-Infrastrukturbehörde koordiniert,⁴⁸ soweit diese nach dem Recht eines Mitgliedstaates nicht selbst Genehmigungsbehörde ist.⁴⁹ Alle betroffenen Behörden haben die Genehmigungsanträge für PCI außerdem prioritär zu behandeln,⁵⁰ für eine effiziente Durchführung der Verfahren zu sorgen und die Verfahren auch in einer bestimmten Zeit abzuschließen.⁵¹

Die bescheidförmige Genehmigung des Netzentwicklungsplans und die Aufnahme in die Unionsliste der PCI substituieren zwar das anlagenrechtliche Genehmigungsverfahren für Starkstromwege einschließlich der einzelfallbezogenen Festlegung des konkreten Trassenverlaufs nicht,⁵² mag der (partielle) Verlauf des einzureichenden Projektes auch im Einzelfall aufgrund der topographischen Gegebenheiten und der Leitungslänge bereits faktisch vorgegeben sein.⁵³ Jedenfalls entfalten aber sowohl die Genehmigung des Netzentwicklungsplans als auch die Aufnahme in die PCI-Liste Wechselwirkungen für die materiell-rechtliche Bewertung des Bewilligungsantrages durch die Starkstromwegerechtsbehörde im nachgelagerten anlagerechtlichen Projektgenehmigungsverfahren: Denn einerseits gelten Vorhaben von gemeinsamem Interesse schon kraft Art 7 TEN-E-VO als in einem öffentlichen, energiepolitischen Interesse gelegen⁵⁴ und spricht kraft Genehmigungsvoraussetzungen des Netzentwicklungsplans andererseits auch der Genehmigungsbescheid der Regulierungsbehörde für das Vorliegen eines öffentlichen, energiepolitischen Interesses an jenen Projektvorhaben, die im Netzentwicklungsplan enthalten sind.⁵⁵

44 § 38 EIWOG 2010; *Storr*, Investitionsverpflichtung auf Anforderung. Netzausbau in der Energiewirtschaft, in *ders* (Hrsg), Neue Impulse für die Energiewirtschaft. Reform des Energierechts (2012) 73 (90); *Micheler* in *Hauenschild et al* (Hrsg), EIWOG – Kommentar² (2013) Anm zu § 37.

45 § 37 Abs 1 EIWOG 2010; *Storr* in *ders* 80 f; *Lindermuth*, Netzplanung 142. Zu den unionsrechtlich vorgegebenen Sanktionen für die Netzbetreiber bei Nichteinhaltung der Netzentwicklungspläne und deren grundrechtlicher Bewertung siehe etwa *Schweditsch*, Kapazitätsengpässe und Netzzugang, in *Rensmann/Storr* (Hrsg), Die Energiewende im rechtlichen Mehrebenensystem. Regionale, nationale und internationale Herausforderungen (2015) 145.

46 VO (EU) 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung 1364/2006/EG und zur Änderung der Verordnungen (EG) 713/2009, (EG) 714/2009 und (EG) 715/2009, ABI L 115, 39 (im Folgenden kurz: TEN-E-VO).

47 Art 3 Abs 4 TEN-E-VO; vgl auch *Schulev-Steindl*, RdU 2014, 97. Zur TEN-E-VO im Allgemeinen und den Vorhaben von gemeinsamem Interesse im Speziellen *Heitzmann*, Transeuropäische Netze: Staatliche Planung im österreichischen Starkstromwegerecht, ALJ 1/2016, 1 (Kap. II. und insb Kap II.C.).

48 Art 8 Abs 1 TEN-E-VO.

49 Vgl in diesem Zusammenhang den vorgeschlagenen § 12 des Ministerialentwurfs eines Energieinfrastrukturgesetzes (88/ME 25. GP).

50 Art 3 Abs 7 letzter Satz TEN-E-VO.

51 Art 10 TEN-E-VO.

52 Zur TEN-E-VO siehe Art 7-10 TEN-E-VO; *Schulev-Steindl*, RdU 2014, 97; zum Netzentwicklungsplan *Lindermuth*, Netzplanung 198 f („anschließenden anlagerechtlichen Genehmigungsverfahren“), 200.

53 *Lindermuth*, Netzplanung 200; vgl auch *Karbiner/Krennmayr*, Gaswirtschaftliche Planung, in *A. Hauer/Nußbaumer* (Hrsg), Österreichisches Raum- und Fachplanungsrecht (2006) 273 (278).

54 Dazu auch *Schulev-Steindl*, RdU 2014, 97, 99.

55 IdS auch *Lindermuth*, Netzplanung 200 f: „Ist das im starkstromwegerechtlichen Verfahren eingereichte Projekt im Netzentwicklungsplan enthalten, attestiert die Genehmigung die Übereinstimmung mit den gesetzlichen Zielen der technischen Notwendigkeit, Angemessenheit und Wirtschaftlichkeit. Ist ein Netzinvestition aber technisch notwendig, dient sie auch dem öffentlichen Interesse der Versorgungssicherheit.“ Siehe in diesem Zusammen-

III. Das starkstromwegerechtliche Bewilligungsverfahren

Das starkstromwegerechtliche Genehmigungsverfahren ist ein Projektgenehmigungsverfahren und als antragsbedürftiger Verwaltungsakt konzipiert.⁵⁶ Errichtung und Inbetriebnahme von elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom bedürfen also erst der Bewilligung durch die Behörde im Einzelfall. Das gilt für bundesländerübergreifende Starkstromwege genauso wie für Starkstromwege, die auf dem Gebiet nur eines Bundeslandes verlaufen.⁵⁷ Die folgenden Ausführungen können aufgrund der nahezu gänzlichen Übereinstimmung⁵⁸ der einschlägigen Bewilligungstatbestände der StarkstromwegeG des Bundes und der Länder allgemein gehalten werden. Umgekehrt lassen sich auch Judikatur und Literatur wechselseitig heranziehen.⁵⁹

Die Starkstromwegerechtsbehörde *hat* die Bau- und Betriebsbewilligung sowohl nach Bundesrechtslage als auch nach Länderrechtslage zu erteilen, wenn die elektrische Leitungsanlage dem öffentlichen Interesse an der Versorgung der Bevölkerung oder eines Teiles derselben mit elektrischer Energie nicht widerspricht.⁶⁰ In der Bewilligung hat die Behörde *durch Auflagen zu bewirken*, daß die elektrischen Leitungsanlagen diesen Voraussetzungen entsprechen. *Dabei* hat eine Abstimmung mit den bereits vorhandenen oder bewilligten anderen Energieversorgungseinrichtungen und mit den Erfordernissen der Landeskultur, des Forstwesens, der Wildbach- und Lawinenverbauung, der Raumplanung, des Natur- und Denkmalschutzes, der Wasserwirtschaft und des Wasserrechtes, des öffentlichen Verkehrs, der sonstigen öffentlichen Versorgung, der Landesverteidigung, der Sicherheit des Luftraumes und des Dienstnehmerschutzes⁶¹ zu erfolgen. Nur für Vorarlberg ist nach § 7 Abs 2 [Vorarlberger] StWG über die Abstimmung mit den zuletzt genannten Interessen (durch Auflagen) auch eine Abstimmung mit den durch die Leitungsanlage berührten privaten Interessen (ebenfalls durch Auflagen) angeordnet, sofern dadurch die Beeinträchtigung von Grundstücken verringert und das Bauvorhaben nicht wesentlich erschwert werden, es sei denn, dass der betroffene Grundeigentümer der Inanspruchnahme seines Grundstückes bereits schriftlich zugestimmt hat.

hang auch die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 38 EIWOG 2010; dazu *Micheler in Hauenschild et al* (Hrsg), EIWOG – Kommentar² (2013) Anm zu § 38.

56 Erst mit der Einbringung eines Antrages wird das Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren nach § 7 StWG anhängig. Siehe dazu VwGH 23. 2. 1999, 98/05/0196; 15. 10. 1991, 90/05/0214; VwSlg 15908 A/2002; *A. Hauer in ders/Nußbaumer* 305 und 306; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 18.

57 Siehe dazu die Bundesbestimmung des § 3 Abs 1 StWG 1968 einerseits und andererseits, aufbauend auf die Grundsatzbestimmung des § 3 StWGG, die landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen der §§ 3 Abs 1 Bgld Starkstromwegegesetz, 3 Abs 1 K-EG, 3 Abs 1 NÖ Starkstromwegegesetz, 3 Abs 1 Öö Starkstromwegegesetz; 52 Abs 1 [Salzburger] LEG; 3 Abs 1 Steiermärkisches Starkstromwegegesetz 1971; 3 Abs 1 Tiroler Starkstromwegegesetz 1969; 3 Abs 1 [Vorarlberger] StWG; 3 Abs 1 Wiener StarkstromwegeG 1969.

58 Siehe dazu einerseits die Bundesbestimmung des § 7 Abs 1 StWG 1968 und andererseits, aufbauend auf die Grundsatzbestimmung des § 7 StWGG, die landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen der §§ 7 Abs 1 Bgld Starkstromwegegesetz, 7 Abs 1 K-EG, 7 Abs 1 NÖ Starkstromwegegesetz, 7 Abs 1 Öö Starkstromwegegesetz, 54 Abs 1 [Salzburger] LEG, 7 Abs 1 Steiermärkisches Starkstromwegegesetz 1971, 7 Abs 1 Tiroler Starkstromwegegesetz 1969, 7 Abs 1 und 2 [Vorarlberger] StWG, 7 Abs 1 Wiener Starkstromwegegesetz 1969.

59 Vgl *Pirstner-Ebner in Poier/Wieser* 496.

60 Dazu und zum Folgenden § 7 StWG 1968; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 13.

61 § 7 Abs 1 K-EG spricht nicht von Dienstnehmerschutz sondern von *Arbeitnehmerschutz*.

A. Schritt 1: Prüfung des öffentlichen Versorgungsinteresses

Für die Bewilligungsfähigkeit des Projektes wird zunächst auf das Vorliegen eines entsprechenden öffentlichen Interesses an der Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie abgestellt.⁶² Die Behörde hat demnach in einem ersten Schritt zu prüfen, wie sich das zur Bewilligung eingereichte Projekt zum öffentlichen Versorgungsinteresse verhält.⁶³ Die gesetzlichen Bestimmungen des Starkstromwegerechts selbst enthalten keine nähere Definition des öffentlichen Versorgungsinteresses.⁶⁴ Doch berücksichtigt man die historische Interpretation, gewinnt der unbestimmt gehaltene Gesetzesbegriff schnell an Konturen. So liest man in den EB⁶⁵ zum StWG 1968, dass die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie nicht nur ein Problem der Erzeugung, sondern auch ein Problem der Verteilung ist und sich daher „[d]as öffentliche Versorgungsinteresse der Bevölkerung in bezug auf die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie [...] nicht nur auf den Bau von Stromerzeugungsanlagen, sondern auch auf die Schaffung der Möglichkeit [erstreckt], die erzeugte elektrische Energie an den Verbraucher heranzutragen“.

Strom soll also – zusammengefasst – nicht einfach nur ins Blaue hinein erzeugt werden, sondern letztlich auch beim Endverbraucher ankommen,⁶⁶ um seinem Energiebedarf zu dienen.⁶⁷ Das setzt wiederum den Bestand leistungsfähiger Verteiler- und Übertragungsnetze voraus (arg „Leitungsgebundenheit“).⁶⁸

Das konkrete Leitungsvorhaben muss also – in technischer Hinsicht – überhaupt in der Lage sein, Strom in zuverlässiger Weise und, was besonders hervorzuheben ist, gerade im bedarfsadäquaten Ausmaß zu transportieren.⁶⁹ Denn mit dem besonderen Zweck des Leitungsvorhabens, von der Nah-, über die Großraumversorgung bis hin zur Stromautobahn, verändern sich voraussetzungsgemäß auch die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit elektrischer Leitungsanlagen für Starkstrom. Das konkrete Leitungsvorhaben muss so angelegt sein, dass der Strom den Endverbraucher auch tatsächlich erreicht. Das kann letztlich aber nur dann der Fall sein, wenn sich die Verbraucher den – aus technischer Perspektive lieferbaren – Strom überhaupt leisten werden können.⁷⁰ In diesem Sinn judiziert auch der VwGH,⁷¹ dass das öffentliche Versorgungsinteresse der Bevölkerung oder eines Teile derselben mit elektrischer Energie nicht nur in einem Interesse an einer „ausreichenden,“ und „sicheren“, sondern auch in einem Interesse an einer „preiswerten“ Stromversorgung besteht. Im Ergebnis ähnlich definiert der Bundesgesetzgeber, zwar außerhalb des Starkstromwegerechts, aber immerhin als prioritäres Ziel der gesamten österreichischen Elektrizitätswirtschaft, dass „der österreichischen Bevölkerung und Wirtschaft *kostengünstige* Elektrizität in hoher Qualität zur Verfügung zu stellen [sei]“.⁷²

Nun sind die genannten Kriterien (ausreichend, sicher und preiswert) ihrerseits wieder (relativ) unbestimmt und können miteinander selbst in Widerspruch geraten; etwa weil sich eine höhere

62 Siehe dazu schon im Einzelnen die Nachweise in FN 58.

63 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 15, 22.

64 IdS auch *A. Hauer* in *ders/Nußbaumer* 306: „Die gesetzlichen Genehmigungspunkte sind auslegungsbedürftig[.]“

65 ErläutRV 625 BlgNR 11. GP 10.

66 Vgl auch *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 28.

67 Zum Energiebedarf *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 28; dazu auch schon in Kapitel I.

68 Zur Leitungsgebundenheit der Stromverteilung, siehe Kapitel I.

69 *Reibersdorfer-Köller*, Starkstromwegerecht 26; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG 48 ff.

70 Vgl auch *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 24.

71 VwGH 4. 3. 2008, 2005/05/0281.

72 § 3 Z 1 EIWOG 2010.

Qualität bei der technischen Stromverteilung auf die Verbraucherkosten auswirken kann und umgekehrt.⁷³ Aber gerade weil die Langfristigkeit der Energieinfrastrukturplanung⁷⁴ der Behörde bei der Beurteilung des öffentlichen Versorgungsinteresses auch abverlangt, ausgehend von der gegenwärtigen Versorgungsstruktur eine Energiebedarfsprognose anzustellen⁷⁵ – etwa, um das Entstehen versorgungsgefährdender Parallelstrukturen⁷⁶ oder die Realisierung von Projektvorhaben, die sich aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht rentieren würden und daher eine preiswerte Stromversorgung nicht gewährleisten können, hintanzuhalten⁷⁷ –, braucht es im Starkstromwegerecht schon aus sachlichen Gründen gesetzlich angelegte Vollzugsspielräume der Starkstromwegerechtsbehörde, die, überspitzt formuliert, verhindern, dass der Rechtsstaat mittels überschießender Vorherbestimmung des Verwaltungshandelns am Ende „seine eigene Stilllegung [provoziert]“⁷⁸. Als Zwischenergebnis steht jedenfalls fest, dass die Erteilung einer Bau- und Betriebsbewilligung von elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom in einem ersten Schritt davon abhängt, ob das eingereichte Projekt einen *positiven* Beitrag für das öffentliche Versorgungsinteresse zu leisten vermag,⁷⁹ – zumindest nach Erteilung entsprechender Auflagen.⁸⁰ Ob dies der Fall ist, hat die Behörde anhand einer komplexen Abwägung festzustellen, in der nicht zuletzt auch Entwicklungstendenzen technischer und (volks-)wirtschaftlicher Art verarbeitet werden müssen.⁸¹

B. Schritt 2: Interessensabwägung auf Ebene des Individualrechtsschutzes

Steht ein positiver Beitrag des zur Bewilligung eingereichten Projektvorhabens zum öffentlichen Versorgungsinteresse außer Streit, hat die Behörde, bevor eine Genehmigung erteilt werden kann, in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das öffentliche Versorgungsinteresse mit subjektiv-öffentlichen Interessen der Verfahrensparteien kollidiert. Etwa, weil ein betroffener Grundeigentümer oder ein sonstiger dinglich Berechtigter im Rahmen des Ermittlungsverfahrens rechtzeitig eingewandt hat, dass sich eine Leitungstrasse anbieten würde, die weniger stark in sein verfassungsgesetzlich geschütztes Eigentumsrecht eingreift,⁸² oder schlimmer: das für ihn von der Leitungstrasse beträchtliche Gesundheitsgefährdungen ausgehen.⁸³ Damit ist (noch) nicht die

73 IdS *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 33.

74 *Fischerhof*, Energiewirtschaftsrecht und Wirtschaftslenkung, in *Mayer-Maly* (Hrsg), Energiewirtschaft und Recht (1973) 93 (100).

75 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 41; vgl in diesem Zusammenhang aus der deutschen Literatur *Hermes* in *J. Schneider/Theobald* § 7 Rz 3: „Den Ausgangspunkt für die planungsrechtliche Bewältigung dieser Herausforderungen bildet zunächst die Prognose, dass für eine Energieanlage ein Bedarf besteht. Gegenstand dieser fachlichen Bedarfsplanung ist also in erster Linie eine Prognose des Bedarfs neuer Erzeugungs- und Transportkapazitäten.“

76 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 39.

77 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 35.

78 *Eichenberger*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982) 7 (19).

79 VfGH 6. 6. 2005, B 509/05; VwGH 21. 5. 1959, 1019/1020/56, 4. 3. 2008, 2005/05/0281; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 22.

80 § 7 Abs 1 Satz 2 StWG 1968.

81 Vgl auch *Fischerhof* in *Mayer-Maly* 100.

82 Während des Ermittlungsverfahrens kann der betroffene Grundeigentümer einwenden, dass kein öffentliches Interesse daran bestünde, die elektrische Leitungsanlage für Starkstrom gerade in der sein Grundstück berührenden Art (VfGH 6. 6. 2005, B 509/05; VwSlg 15.396 A/2000; 15.458 A/2000) oder in der vorgesehenen Weise auszuführen (VwSlg 13.237 A/1990; VwGH 17. 9. 1991, 91/05/0077; 23. 4. 1996, 94/05/0021; 15. 10. 1996, 95/05/0139). Siehe dazu *A. Hauer* in *ders/Nußbaumer* 307 (mwN zur Judikatur); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 91 ff.

83 VwGH 26. 4. 2000, 96/05/0048; 14. 11. 2006, 2006/05/0171; VwSlg 17394 A/2008. Keine Rücksicht zu nehmen ist aber im starkstromwegerechtlichen Bewilligungsverfahren auf Fragen des Lärmschutzes (VwGH 23. 2. 1988, 87/05/0182).

in den Bewilligungstatbeständen angeordnete „Abstimmung“ mit bestimmten anderen, taxativ aufgezählten Interessen im Rahmen der Auflagenerteilung angesprochen (dazu gleich unten in Kapitel III.C.), sondern eine dieser Abstimmungsverpflichtung vorgelagerte Abwägung auf der Ebene des Individualrechtsschutzes.⁸⁴

Falls die Behörde nach Abwägung des öffentlichen Versorgungsinteresses mit den eingewandten subjektiv-öffentlichen Interessen zum Ergebnis kommt, dass zwar kein öffentliches Interesse daran bestünde, die elektrische Leitungsanlage für Starkstrom gerade in der die betroffenen Grundstücke berührenden Art und Weise auszuführen,⁸⁵ aber zumindest ein alternativer Trassenverlauf bewilligungsfähig wäre, gibt es nur zwei Möglichkeiten: Entweder der Projektwerber findet sich zur Abänderung seines Projekts bereit, oder das Projekt muss von der Behörde abgewiesen werden.⁸⁶ Überwiegt das öffentliche Versorgungsinteresse (zumindest nach Erteilung entsprechender Auflagen⁸⁷) hat der Antragsteller aber einen Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung. Letzteres ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (arg „hat“) und entspricht auch der ständigen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts.⁸⁸

C. Schritt 3: Interessensabstimmung im Rahmen der Auflagenerteilung

Die anlagenrechtlichen Bewilligungstatbestände der StarkstromwegerechtsG tragen der Behörde nicht nur auf, soweit das durch Auflagen möglich ist, eine Genehmigungsfähigkeit des zur Bewilligung eingereichten Projektvorhabens in Bezug auf einen positiven Beitrag zum öffentlichen Versorgungsinteresse zu bewirken, sondern das genehmigungsfähige Projekt *dabei* auch schon bestmöglich mit bestimmten anderen öffentlichen Interessen abzustimmen.⁸⁹ Dass diese Abstimmung „nur“ im Rahmen der Auflagenerteilung erfolgen darf, den Bewilligungsanspruch des Projektwerbers aber nicht zu Fall bringen kann,⁹⁰ ergibt sich nicht nur aus dem Gesetz, sondern auch aus den EB⁹¹ zu § 7 StWG 1968. Dort steht festgeschrieben, dass „[i]m Zusammenhang [mit der Erteilung der Bewilligung] vorgesehen [ist], daß [...] durch entsprechende Auflagen jedenfalls eine Abstimmung mit den anderen durch die Leitungsführung allenfalls berührten sonstigen Interessen zu erfolgen hat und die zur Wahrung derselben berufenen Behörden und öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu hören sind“.

Damit ist es der Behörde aber im Umkehrschluss verwehrt, das Projekt in seinem Wesen zu verändern⁹² oder den Bewilligungsantrag wegen eines möglichen Interessenkonflikts abzuweisen. Die eigentliche Durchsetzung der von der Starkstromwegerechtsbehörde bei der Abstimmung durch Auflagen zu beachtenden öffentlichen Interessen obliegt den *zu ihrem Vollzug* berufenen Verwaltungsbehörden.⁹³

84 Vgl. *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 75, 80 ff.

85 Siehe dazu nochmals die Nachweise in FN 82.

86 VwGH 5. 3. 1985, 84/05/0193 (auch mwN); 17. 9. 1985, 84/05/0248; 23. 2. 1988, 87/05/0182; A. Hauer in *ders/Nußbaumer* 307; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 96.

87 Siehe dazu nochmals die Nachweise in FN 58.

88 VfGH 6. 6. 2005, B 509/05; VwGH 21. 5. 1959, 1019/1020/56, 4. 3. 2008, 2005/05/0281; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 13.

89 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 14, 32.

90 Vgl. *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 15 (arg „bestmöglich“).

91 ErläutRV 625 BlgNR 11. GP 10 (Hervorhebungen nicht im Original).

92 Vgl. *Fischerhof* in *Mayer-Maly* 101.

93 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 32.

IV. Ermessen im starkstromwegerechtlichen Bewilligungsverfahren

Die Starkstromwegerechtsbehörde hat im anlagenrechtlichen Betriebs- und Bewilligungsverfahren in mehreren Schritten komplexe Abwägungen vorzunehmen, die ihr in gewissem Umfang auch tatbestandsbezogene Beurteilungsspielräume eröffnen. Das wirft die Frage auf, inwieweit diese Beurteilungsspielräume dem Kontrollzugriff durch Verwaltungsgerichte unterliegen, dh von ihnen beanstandet und ggf korrigiert werden dürfen. Denn gegen den Bescheid der Starkstromwegerechtsbehörde steht nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG bereits verfassungsunmittelbar die Beschwerde beim zuständigen VwG erster Instanz offen.⁹⁴ Prüfungsmaßstab im Bescheidbeschwerdeverfahren vor dem VwG ist die Rechtmäßigkeit des beanstandeten Verwaltungshandelns in der Rechtssatzform des Bescheides.⁹⁵ Nach Maßgabe des Art 130 Abs 3 B-VG liegt aber Rechtswidrigkeit außerhalb des Verwaltungsstrafrechts und der Rechtssachen, die in die Zuständigkeit des Bundesfinanzgerichts (BFG) fallen,⁹⁶ nicht vor, wenn und soweit das Gesetz der Behörde Ermessen einräumt und sie von diesem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch genommen hat.

Eine fehlerfreie Ermessensübung der Starkstromwegerechtsbehörde wäre also kraft verfassungsgesetzlicher Festlegung vor verwaltungsgerichtlicher Beanstandung geschützt und dürfte im Bescheidbeschwerdeverfahren selbst bei Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Reformationspflicht nach Art 130 Abs 4 B-VG nicht durch eine anderslautende Ermessensübung des VwG ersetzt werden.⁹⁷ Eine explizite Ausnahme vom verfassungsrechtlichen Ermessenschutz gemäß dem vorhin zitierten Einleitungshalbsatz des Art 130 Abs 3 B-VG liegt hinsichtlich des starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahrens eindeutig nicht vor.

94 *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) Art 130 B-VG Rz 2; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts¹⁰ (2014) Rz 673, 675.

95 Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG (arg „wegen Rechtswidrigkeit“); *Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁵ (2014) Rz 908.

96 In den genannten Angelegenheiten kann das VwG stets sein eigenes Ermessen an die Ermessensübung der Behörde setzen. Siehe dazu *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 930; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 927/22.

97 ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 14; *Pabel*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 379 (Rz 75 f); *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 59 f; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 927/22; *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 930; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 662. IdS aber jüngst auch VwGH 21. 4. 2015, Ra 2015/09/0009 (Hervorhebungen nicht im Original), im Rahmen einer außerordentlichen Revision gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes: „Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts trifft [...] zu, dass das Verwaltungsgericht, wenn es zur selben sachverhältnismäßigen und rechtlichen Beurteilung kommt, vor dem Hintergrund des Art. 130 Abs. 3 B-VG nicht sein eigenes Ermessen an die Ermessensübung durch die [Behörde] setzen darf. Jedoch ist das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung [...] nicht von der Verpflichtung zur Beurteilung entbunden, ob die Ermessensübung durch die [Behörde] auf gesetzmäßige Weise erfolgte. Weiters ist zu bedenken, dass das Verwaltungsgericht im Fall einer gesetzwidrigen Entscheidung der Verwaltungsbehörde im Fall des § 28 Abs. 2 VwGVG (Art. 130 Abs. 4 B-VG) in der Sache selbst zu entscheiden und dabei auch eine Ermessensentscheidung zu treffen hat.“ Ob schon jede sonstige Rechtswidrigkeit des angefochtenen (Teil-)Bescheides eine eigenständige Ermessenshandhabung des VwG erster Instanz nach sich zieht (*Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 927/22 FN 44, auch mwN, ist allerdings zweifelhaft. Denn wenn der angefochtene (Teil-)Bescheid auf einer Entscheidung beruht, die sich in trennbare Gedankenschritte zerlegen lässt, die ihrerseits getrennt vom Inhalt des restlichen angefochtenen (Teil-)Bescheides beurteilt werden können, hat das VwG erster Instanz in Ansehen des Art 130 Abs 3 B-VG als Element materieller Gewaltenteilung jedenfalls noch keinen legitimen Grund, sein Ermessen bei Trennbarkeit von Einzelaspekten einer behördlichen Entscheidung an die Stelle eines fehlerfrei geübten Ermessens der Behörde zu setzen.

A. Grundlagen

Allein aus dem Umstand, dass nach dem Einleitungshalbsatz des Art 130 Abs 3 B-VG die Anwendung des § 7 StWG sowie der korrespondierenden Bewilligungstatbestände der StarkstromwegeG der Länder nicht stets der sog „vollen Ermessenskontrolle“ durch die VwG erster Instanz unterliegt, lässt sich eine Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte freilich noch nicht ableiten. Zwar belassen die betreffenden Bewilligungstatbestände der jeweils zuständigen Starkstromwegerechtsbehörde zweifellos einen Spielraum, der ihr regelmäßig wohl auch nach Anwendung aller Interpretationsmethoden einschließlich der verfassungskonformen Interpretation zwei oder mehrere Arten des Vollzuges ermöglicht, die jeweils für sich allein betrachtet (noch) mit dem Gesetz in Einklang stehen.⁹⁸ Mit Blick auf die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsgewalten haben weite Teile der Lehre⁹⁹ den Bestimmungen über eine sondergerichtliche Kontrolle der Verwaltung im Siebenten Hauptstück der Bundesverfassung aber schon lange vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 in überzeugender Weise entnommen, dass die partielle Selbstdeterminierung der Behörde nicht stets in vollem Umfang vor verwaltungsgerichtlicher Beanstandung geschützt sein kann. Denn, wenn dem so wäre, könnte die (nunmehr zweistufige) Verwaltungsgerichtsbarkeit ja „praktisch [überhaupt] keine Überprüfung der inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Rechtsanwendung vornehmen [...] und ihre eigentliche Aufgabe, der Entscheidung strittiger Rechtsfragen [...] nicht nachkommen“.¹⁰⁰ Obgleich Art 130 Abs 3 B-VG also auf einem rechtstheoretischen Fundament aufbaut,¹⁰¹ markieren rechtstheoretisch relevante Kriterien nur die äußersten Grenzen eines allfälligen Ermessens iSd Art 130 Abs 3 B-VG, sagen aber noch nichts über die (partielle) Kontrollfestigkeit einer allfälligen – falls fehlerfreien – Selbstprogrammierung der Verwaltung im Rahmen der fortschreitenden Rechtskonkretisierung.¹⁰² Die Frage ob und bejahendenfalls inwieweit die Behörde im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren über beanstandungsresistentes Ermessen verfügt, ist also mit der Identifikation von Entscheidungsspielräumen der Behörde im Rahmen der Rechtsanwendung noch lange nicht beantwortet, sondern gerade erst gestellt.

98 Anhand der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung nach der rechtlichen Bedingtheit lässt sich nachweisen, dass das Gesetz die Behörde selbst im Fall einer Geltung des denkbar strengsten Legalitätsprinzips gar nicht nach allen Seiten vorherbestimmen könnte, weshalb die partielle Selbstprogrammierung auch auf allen Stufen der Rechtskonkretisierung präsent bleibt. Siehe dazu nur *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2001) Art 130 Abs 2 B-VG Rz 4 mwN.

99 Dazu stellvertretend *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 324 mwN.

100 Zitat nach *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 324. Siehe außerdem *Rill*, Ermessensprüfung/Beurteilungsspielraum/Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, in *GS Geck* (1990) 115 (122); *Potacs*, Devisenbewirtschaftung. Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung des Völker- und Europarechts (1991) 155.

101 Stellvertretend *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 151.

102 Vgl *Rill* in *GS Geck* 122 in Bezug auf Art 130 Abs 2 B-VG aF; *Hofer-Zeni*, Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Kontrolle (1981) 114 f, 123 f; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 266 f; *Thienel*, Strukturfragen des Staatsbürgerschaftsrechts, in *GS Ringhofer* (1995) 165 (168 f); *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 155 f; *Fuchs*, Verwaltungsermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Rückblick und Ausblick, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 231 (264 [arg „spezifisch eingeräumte ‚Zuständigkeit‘ zur – eigenverantwortlichen – Entscheidung innerhalb dieser Spielräume“]).

B. Abgrenzung nach der Normstruktur (Traditionelle Abgrenzungsdogmatik)

Der VwGH¹⁰³ hat nun in Bezug auf § 7 StarkstromwegeG NÖ ausgesprochen, dass der Behörde bei der Anwendung derselben Bestimmung kein Ermessen eingeräumt ist. Diese Feststellung des VwGH ist vor dem Hintergrund ergangen, dass die entsprechende Bestimmung eine (!) bestimmte Rechtsfolge bei Vorliegen der Bewilligungsvoraussetzungen im Tatbestandsbereich der Norm anordnet (arg „hat“). Die entsprechenden Feststellungen des VwGH lassen sich auch auf die entsprechenden Bewilligungstatbestände der StarkstromwegeG der übrigen Länder sowie auch auf § 7 StWG 1968 übertragen.

Die Rechtsauffassung des VwGH baut auf der Überlegung, dass sich der rechtsdogmatische Ermessensbegriff auf gesetzlich vordefinierte Handlungsoptionen im Rechtsfolgenbereich einer Norm beschränkt – ein Konzept, das zwar der traditionellen Ermessensdogmatik und der bislang noch nicht ausdrücklich aufgegebenen Auffassung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts entspricht,¹⁰⁴ aber in der öffentlich-rechtlichen Dogmatik zumindest abseits der Lehrbuchliteratur in zunehmendem Maße ausdrücklich angezweifelt wird. Dies freilich nicht nur deshalb, weil die Lehre vom Rechtsfolgeermessen schon auf einer unterkomplexen Vorstellung davon beruht, wie sich Recht vollzieht¹⁰⁵ und sich dieselben Entscheidungsspielräume aus legislativer Sicht zumeist auch problemlos zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenbereich einer Norm verschieben lassen,¹⁰⁶ sondern gerade auch weil die Abgrenzung der Letztentscheidungskompetenzen zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der Normstruktur in der Tat noch nicht einmal in der Judikatur des VwGH selbst – und zwar nicht einmal vor dem Hintergrund eines durchgängig konditional-strukturierten Normenprogramms¹⁰⁷ – durchgehalten wird. Insofern ist in sinngemäßer Übereinstimmung mit einem immer größer werdenden Teil der österreichischen Lehre¹⁰⁸ davon auszugehen, dass die Frage des Bestands eines allfälligen Ermessens der Behörde schon *an sich* und damit letztlich auch bei der Anwendung des § 7 StWG 1968 und der korrespondierenden Bewilligungstatbestände der StarkstromwegeG der Länder nicht allein aufgrund normstruktureller Überlegungen beantwortet werden kann.

103 VwSlg 18465 A/2012.

104 Dazu etwa *Fuchs* in *Holoubek/Lang* 242 f; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2015) Rz 170 („Nach hL ist die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe von der Einräumung von Ermessen zu unterscheiden.“) Aus der Judikatur siehe zB VwGH 20. 5. 2008, 2006/12/0202: („Insbesondere unterscheiden sich Ermessensentscheidungen von der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe dadurch, dass in Ansehung der letzteren im Wesentlichen die Präjudizien der zuständigen Gerichte maßgeblich sind.“); aus der Lehrbuchliteratur *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 575.

105 *Jestaedt*, Das doppelte Ermessensantlitz. Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entscheidungsfreiraums, ZfV 2015, 339 (341).

106 *Jestaedt*, ZfV 2015, 341.

107 Zum unbestimmten Gesetzesbegriff zB VwSlg 2681 A/1952; VwGH 23. 12. 1955, 3278/53; 27. 6. 1990, 90/18/0044; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 579. Inhaltlich gleichgelagerte Judikate finden sich auch hinsichtlich Abwägungsentscheidungen, die auf Tatbestandsseite einer Norm angesiedelt und an deren Ergebnis *eine* bestimmte Rechtsfolge geknüpft ist; siehe dazu VwGH 22. 12. 2011, 2008/07/0123; 28. 6. 1993, 93/10/0019; 31. 1. 1994, 92/10/0041; 21. 11. 1994, 94/10/0076; 22. 10. 2012, 2011/03/0112; 24. 10. 2013, 2013/07/0053 (insb Punkt 4.3.). Siehe zu alledem *Fuchs* in *Holoubek/Lang* 243 ff, 246 ff.

108 ZB *Rill* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (1. Lfg, 2001) Art 18 B-VG Rz 62; *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 156; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 323; *Stoll*, Ermessen im Steuerrecht² (2001) 62 ff, insb 64.

C. Mögliche Alternativen

Art 130 Abs 3 B-VG spricht zusammengefasst davon, dass der Behörde dann ein Ermessen zukommt, wenn das Gesetz der Behörde dieses selbst einräumt. Eine sinngemäße Textierung wies auch schon Art 130 Abs 2 aF B-VG auf. Daraus schließt ein Teil der Lehre¹⁰⁹, dass der Bestand eines allfälligen Ermessens immer, aber eben auch nur dann anzunehmen ist, wenn der Gesetzgeber die Letztentscheidung der Verwaltung *intendiert* hat – und zwar grundsätzlich unabhängig davon, wo der entsprechende Spielraum in normstruktureller Hinsicht zu verorten ist. Auch wenn § 7 StWG 1968 und die korrespondierenden Bestimmungen der StarkstromwegeG der Länder der Starkstromwegerechtsbehörde keine vordefinierten Optionen im Rechtsfolgenbereich einer Norm bereitstellen, stellt sich damit die vom VwGH – zwar in an sich konsequenter Weise übergangene, aber – zu Unrecht unbeantwortet gelassenen Frage, ob die zuständigen Gesetzgeber der Starkstromwegerechtsbehörde nicht wenigstens auf Tatbestandsseite der Bewilligungstatbestände Ermessen eingeräumt hat, weiter.

Stellt man sich dieser Frage, kommt man – wie so oft¹¹⁰ – auch im gegenständlichen Fall zu keinem eindeutigen Ergebnis. Aus den Materialien zum StWG 1968 lässt sich zwar ableiten, dass der Gesetzgeber mit dem öffentlichen Versorgungsinteresse bewusst einen unbestimmten Gesetzesbegriff verwendet, um der Dynamik der Regelungsmaterie gerecht zu werden.¹¹¹ Außerdem lässt sich dem Normtext entnehmen, dass der Gesetzgeber gerade *der Behörde* aufträgt, eine Abstimmung mit bestimmten öffentlichen Interessen im Rahmen der Auflagenerteilung vorzunehmen.¹¹² Ob man daraus aber auch den Schluss ziehen kann, dass der Gesetzgeber die Behörde gleichsam selbst zur letztverbindlichen Entscheidung über die daraus resultierenden Entscheidungsspielräume berufen wollte, lässt sich dem Gesetz mE nicht mehr unmittelbar entnehmen. In der Konsequenz müsste man das Vorliegen eines allfälligen Ermessens daher mangels eindeutig nachweisbarer Intention des Gesetzgebers grundsätzlich verneinen, selbst wenn man die gesetzlichen Rahmenbedingungen berücksichtigt.¹¹³

Anderes kann nur gelten, wenn man nicht nur die Intention des Gesetzgebers zur Einräumung einer Letztentscheidungskompetenz der Verwaltung als maßgebliches Kriterium heranzieht, sondern auch funktionell-rechtliche Kriterien für die Entscheidung ob des Vorliegens einer gesetzlichen Ermessenseinräumung für die Verwaltung zulässt, wie dies Teile der Lehre¹¹⁴ zunehmend fordern. Ob und bejahendenfalls inwieweit man in einem solchen Fall dann tatsächlich noch vom Nachweis einer entsprechenden Intention des Gesetzgebers und damit zugleich von der bloßen Klärung einer Rechtsfrage sprechen kann,¹¹⁵ oder nicht schon von einer eigenständigen Ermessensgewährung durch das rechtsanwendende Organ selbst ausgehen muss, setzt eine viel all-

109 Rill in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 18 B-VG Rz 62; *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 156; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 323; *Stoll*, Ermessen² 62 ff, insb 64.

110 Vgl nur *Fuchs* in *Holoubek/Lang* 262.

111 Oben Kapitel III.A.

112 Oben Kapitel III.C.

113 Vgl dazu nur *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 130 Abs 2 B-VG Rz 8 mwN.

114 *Holoubek*, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 127 (136 f); vgl auch schon *Merli*, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 65 (72 f). Vgl auch *Fuchs* in *Holoubek/Lang* 262 f und insb auch 264.

115 So wohl (auch) *Fuchs* in *Holoubek/Lang* 262.

gemeinere Untersuchung des Verwaltungsermessens voraus und soll daher an dieser Stelle nur angesprochen, aber nicht abschließend beantwortet werden.

Denn wie man die (speziellere) Frage nach der eigentlichen Rolle der Verwaltungsgerichte bei der Ermessensgewährung auch beurteilen mag; dass der verfassungsrechtliche Ermessenschutz – wie *Holoubek*¹¹⁶ meint – nicht auf irgendeine beliebige, sondern gerade auf eine funktionsadäquate Aufgabenverteilung zwischen der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit abzielt, lässt sich nur schwer bestreiten. Denn obgleich sich die Vorgängerbestimmungen des Art 130 Abs 3 B-VG historisch gerade gegen übermäßige Übergriffe der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Verantwortungsbereich der Verwaltung gerichtet haben,¹¹⁷ sind weiter keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, Art 130 Abs 3 B-VG als dem Scharnier zwischen zwei Staatsgewalten nicht umgekehrt auch als Schutzbestimmung vor übermäßiger Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit solchen Aufgaben zu begreifen, die in den politischen Verantwortungszusammenhang gehören¹¹⁸. Das führt dann aber zu der Frage zurück, ob sich wenigstens auf der Basis funktionaler Argumente begründen ließe, dass § 7 StWG 1968 und die korrespondierenden Bestimmungen der StarkstromwegeG der Länder der Starkstromwegerechtsbehörde Ermessen einräumen.

Für die Annahme eines Ermessens bei der Beurteilung der Frage, ob das eingereichte Projekt dem Grunde nach überhaupt einen positiven Beitrag zum öffentlichen Versorgungsinteresse zu leisten vermag, streitet jedenfalls der Umstand, dass eine vorhergehende staatliche Bedarfsprüfung nach der Systematik der StarkstromwegeG fehlt¹¹⁹ und die Prüfung der Erforderlichkeit der konkreten Energieleitung am geplanten Standort daher erst im Rahmen des einzelnen Bewilligungsverfahrens zu erfolgen hat. Dabei muss die Starkstromwegerechtsbehörde aus staatlicher Sicht nicht nur die Verarbeitung energiepolitischer Interessen nachholen, was bis zu diesem Zeitpunkt von bestimmten Ausnahmen¹²⁰ abgesehen aufgrund der Regelungssystematik der StarkstromwegeG ja noch gar nicht stattfinden konnte,¹²¹ sondern hat auch den Verlauf wirtschaftlicher und technischer Entwicklungen in ihrer Entscheidung zu verarbeiten.¹²² Nicht zuletzt auch aufgrund der Langfristigkeit der Energieinfrastrukturplanung hat die Beurteilung des öffentlichen Versorgungsinteresses damit offenkundig auch eine enorme politische Dimension, die weit über das einzelne Projekt hinausreicht. Dieser Befund lässt sich im Übrigen auch unter Zuhilfenahme eines rechtsvergleichenden Arguments untermauern, obliegt doch die Beantwortung der Frage nach dem öffentlichen Bedarf an neuen Starkstromwegen in Deutschland niemand geringerem als dem Gesetzgeber selbst.¹²³

Auch bei der Abwägung des öffentlichen Versorgungsinteresses mit grundrechtlich verbürgten Individualinteressen Privater kann nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls solange von einem kontrollfesten, soweit fehlerfrei geübten Ermessen der Starkstromwegerechtsbehörde ausgegangen werden, als die entsprechenden Grundrechtspositionen der Behörde „nur unver-

116 *Holoubek* in *Holoubek/Lang* 136 f.

117 *Jablöner*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich: 1867–2012 und darüber hinaus, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 15 (17); *Thienel*, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (2013) 1.

118 Vgl dazu schon Gedanken bei *Merli* in *Holoubek/Lang* 72 f.

119 Sieh schon oben Kapitel II.B.

120 Oben Kapitel II.C.

121 Oben Kapitel II.B.

122 Oben Kapitel III.A.

123 *Hermes* in *J. Schneider/Theobald* § 7 Rz 59.

hältnismäßige Eingriffe [...] verbiete[n], also Eingriffe, die zum Gewicht des Eingriffszieles *außer Verhältnis* stehen".¹²⁴ Soweit ein solcher unverhältnismäßiger Eingriff nicht vorliegt, bleibt der Eingriff rechtmäßig und die entsprechende (fehlerfreie) Abwägung entgegenstehender Interessen damit Aufgabe der Verwaltung¹²⁵ (arg „Beschwerde [...] wegen Rechtswidrigkeit“¹²⁶). Wenn der VwGH im starkstromwegerechtlichen Bewilligungsverfahren unter einer Gefährdung des Eigentumsrechts oder sonstigen dinglichen Rechts nicht gleich eine jede Minderung des Verkehrswertes, sondern umgekehrt sogar nur eine Substanzvernichtung oder den Verlust der Verwertbarkeit versteht,¹²⁷ erkennt der VwGH die Achtung der Kontrollfestigkeit jenes Spielraumes, den die erforderliche Abwägung der Behörde hier bis zum Erreichen des Grades der Unverhältnismäßigkeit belässt, in der Sache übrigens auch selbst an. Umso mehr muss damit im Ergebnis schließlich aber auch die Abstimmung des Projektes im Rahmen der Auflagenverteilung¹²⁸ mit anderen, in den Bewilligungstatbeständen angeführten, ausschließlich öffentlichen Interessen ein Ermessen der Behörde nach sich ziehen, das von den VwG nur dann beanstandet bzw auch im Rahmen einer Sachentscheidung bloß dann korrigiert werden darf,¹²⁹ wenn der Behörde Fehler bei der Ermessensübung vorgeworfen werden können.

V. Fazit

Anders als der VwGH annimmt, räumen die Bau- und Betriebsbewilligungstatbestände der StarkstromwegerechtsG der Behörde sehr wohl ein beanstandungsresistentes, wenn fehlerfrei geübtes Ermessen ein. Zwar hat die Starkstromwegerechtsbehörde bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen die Bewilligung ohne Frage zu erteilen. Nur weil man der Behörde keine gesetzlich vordefinierten Handlungsoptionen im Rechtsfolgenbereich einer Norm bereitstellt, heißt das aber nicht, dass das Vorliegen eines allfälligen Ermessens schon *per se* ausgeschlossen ist. Die Normstruktur stellt kein geeignetes Kriterium dar, die Abgrenzung von Letztentscheidungskompetenzen zwischen der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorzunehmen. Vor dem Hintergrund des Art 130 Abs 3 B-VG kommt es vielmehr auf die Einräumung eines Ermessens durch das Gesetz selbst an. Jedenfalls wenn sich eine Intention des Gesetzgebers nachweisen lässt, allenfalls auch durch Rückgriff auf funktionale Argumente, lässt sich ein Ermessen auch abseits des Rechtsfolgenbereichs einer Norm begründen. Wie gezeigt worden ist, sprechen gerade funktionale Argumente dafür, nicht nur hinsichtlich der Abwägung mit Individualinteressen sowie bei der Abstimmung des eingereichten Projektes mit anderen öffentlichen Interessen im Rahmen der Auflagenerteilung, sondern gerade schon bei der Feststellung des öffentlichen Versorgungsinteresses von einem Ermessen der Starkstromwegerechtsbehörde auszugehen. Die Wertung, die gerade mit der letzteren Abwägung verbunden ist, weist nämlich auch enorme (energie-)politische Implikationen auf, die ein Verwaltungsgericht wohl weder verfolgen, noch selbst verantworten sollte.¹³⁰

124 Pöschl, Entwicklungstendenzen der migrationsrechtlichen Judikatur, in Rechtsfragen der Migration und Integration – 6. Grazer Fakultätstag (2008) 103 (112 f).

125 Siehe zu diesem Aspekt, wenn auch vor dem Hintergrund des Art 8 EMRK, nochmals aaO 112 f.

126 Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG.

127 VwGH 9. 10. 2014, 2013/05/0078; siehe aber auch schon *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 86.

128 Oben Kapitel III.C.

129 Dazu schon oben FN 97.

130 Vgl dazu sinngemäße, aber allgemeinere Gedanken von *Merli* in *Holoubek/Lang* 72 f.



Die Internationale Norm ISO 19600 Compliance Management Systems – Inhalte und Zertifizierung

Peter Jonas*, Austrian Standards Wien

Kurztext: Die Anwendung der Internationalen Norm¹ ISO 19600 unterstützt Organisationen dabei, ein Compliance Management System (CMS) zu implementieren, das die Wahrscheinlichkeit von Regelverstößen durch Organisationsmitglieder reduziert. Dieser Beitrag befasst sich mit den wichtigsten Festlegungen der ISO 19600 und stellt eine Vorgehensweise für den unabhängigen Nachweis (Zertifizierung) eines solchen CMS vor.

Schlagworte: International Organisation for Standardization ISO; Norm; ISO 19600; Zertifizierung; Compliance; Compliance Management; Compliance Management Systeme.

I. Die Internationale Norm ISO 19600

Die ISO 19600² ist eine internationale Norm und beinhaltet Richtlinien für den Aufbau und den Betrieb von Compliance Management Systemen (CMS). Als internationaler Best-Practice-Ansatz bietet der Internationale Standard Maßnahmen, um die Wahrscheinlichkeit für regelwidriges Verhalten zu minimieren. Er ist für alle Organisationsgrößen und -formen geeignet, sei es nun für ganze Unternehmen, Teilbereiche, einzelne Standorte oder Abteilungen.

A. Entstehung und Zielrichtung

Eine Norm im Sinne der Internationalen Normungsorganisation ISO³ ist ein Dokument, das Anforderungen an Produkte, Dienstleistungen oder Verfahren festlegt. Normen schaffen Klarheit über deren Eigenschaften, dienen der Sicherheit und der Qualität und erleichtern den freien (internationalen) Austausch von Waren und Dienstleistungen.

* Dr. Peter Jonas ist seit 1994 bei Austrian Standards beschäftigt, derzeit in der Position des Director Certification. Er hat damit die Gesamtverantwortung für den Geschäftsbereich Zertifizierung von Austrian Standards. Dr. Peter Jonas ist seit mehreren Jahren mit dem Thema Zertifizierung von Compliance Management Systemen befasst und war als Teil der österreichischen Delegation maßgeblich an der Erarbeitung der ISO 19600 beteiligt. Der Beitrag basiert auf dem am 11. 12. 2015 in Graz im Rahmen der Tagung „Recht und IT: Compliance-Management. Standards – Tools – Haftung“ gehaltenen Vortrag des Verfassers.

1 Der Begriff Norm wird in diesem Beitrag im Sinne der Festlegungen des Bundesgesetzes über das Normenwesen (Normengesetz 2016 – NormG 2016), BGBl I 2015/153, § 2 Begriffsbestimmungen verwendet.

2 ISO 19600 Compliance Management Systems – Guidelines, veröffentlicht: 15. 12. 2014, Bezugsquelle: Austrian Standards, www.austrian-standards.at (abgefragt am 25. 3. 2016).

3 Siehe www.iso.org (abgefragt am 25. 3. 2016).

Normen werden von den sog Stakeholdern (dh alle von einer Norm betroffenen Kreise) im Konsens erstellt. Damit Normen vom Markt akzeptiert werden, sind eine breite Beteiligung, Transparenz und Konsens, Grundprinzipien der internationalen Normungsarbeit.

Der generische Begriff Compliance bedeutet in der englischen Sprache zunächst nichts anderes als die Beachtung oder Einhaltung von Regeln oder Anweisungen. So sprechen zB Mediziner von Compliance, wenn es um die Einhaltung eines Therapieplanes durch einen Patienten geht. Im Kontext mit der ISO 19600 bedeutet Compliance die Einhaltung von Regeln durch Organisationen (Unternehmen, aber auch öffentliche Einrichtungen, Non-Profit Organisationen udgl) und zwar, sowohl von mandativen (dh gesetzlichen vorgeschriebenen) Vorschriften, als auch von Regeln, denen sich ein Unternehmen freiwillig unterwirft (wie zB einem branchenspezifischen Code of Ethics)⁴. Im weiteren Sinn impliziert der Begriff Compliance mittlerweile auch das Vorhandensein eines Systems zum Management der Einhaltung von Regeln, kurz eines Compliance Management Systems (CMS).

Der Standard ISO 19600 wurde am 5. 12. 2014 von der Internationalen Organisation für Normung (kurz ISO) veröffentlicht. Die ISO⁵ ist eine unabhängige Nicht-Regierungsorganisation mit derzeit 162 nationalen Mitgliedern, den jeweiligen nationalen Normungsorganisationen. Ziel der ISO ist es, freiwillige, konsensbasierte Standards für alle Bereiche der Wirtschaft und des öffentlichen Lebens zu entwickeln und zu veröffentlichen. Sitz der ISO ist Genf in der Schweiz.

B. Einsatzbereiche

Die Anwendung von Normen (Internationale Normen aber auch ÖNORMEN) ist grundsätzlich freiwillig. Erst wenn Normen zum Inhalt von Verträgen werden oder wenn der Gesetzgeber ihre Einhaltung zwingend vorschreibt, werden Normen verbindlich (sog Verbindlicherklärung von Normen). Zwar stellen sie im Fall einer möglichen Haftung keinen Freibrief dar. Doch wer Internationale Normen – als anerkannte Regeln der Technik – anwendet, kann die Einhaltung branchenüblicher Sorgfaltspflichten einfacher nachweisen.

Als Managementsystem verstehen wir hier die Summe aller Maßnahmen, die eine Organisation setzt, um sicherzustellen, dass geplante Ziele erreicht werden können. Standardisierte Managementsysteme gibt es mittlerweile für eine Vielzahl von Anwendungsfällen. Die bekanntesten finden sich im Bereich des Qualitätsmanagements⁶ und des Umweltmanagements⁷.

Ein CMS unterstützt Organisationen dabei, die Risiken regelwidrigen Verhaltens zu erkennen, darauf zu reagieren und langfristig Fehlverhalten von Mitgliedern der Organisation zu vermeiden. Die Norm kann sowohl in Unternehmen, als auch in anderen Organisationsformen angewendet werden. Kleine und mittelgroße Unternehmen und Organisationen können von der Norm profitieren, da die Empfehlungen skalierbar sind und Organisationen die Norm daher entsprechend ihrer Größe anwenden können.

II. Das Fünf-Säulen-Modell der ISO 19600

Ein CMS gemäß ISO 19600 basiert auf fünf Säulen. Diese fünf Säulen sind jede für sich gesehen unabdingbar, um ein CMS gemäß ISO 19600 wirksam auszugestalten. Die folgende Aufzählung

4 Vgl ISO 19600:2014-12, Abschnitt 3 Begriffsbestimmungen.

5 Siehe www.iso.org (abgefragt am 25. 3. 2016).

6 Siehe ISO 9001 Qualitätsmanagementsysteme – Anforderungen, veröffentlicht: 15. 11. 2015.

7 Siehe ISO 14001 Umweltmanagementsysteme – Anforderungen mit Anleitung zur Anwendung, veröffentlicht: 15. 11. 2015.

stellt keine Hierarchie in Bezug auf die Wichtigkeit der einzelnen Maßnahmen oder eine zeitliche Reihenfolge in Bezug auf die Implementierung des Systems dar. Schlussendlich liegt es an der Organisation selbst, nach Maßgabe der Erfordernisse, aber auch der vorhandenen Ressourcen, selbst über die Vorgehensweise bei der Einführung und der Aufrechterhaltung des CMS zu entscheiden.

A. Bewertung des Umfeldes und der Compliance Risiken

Hier geht es zunächst darum, die organisatorischen Rahmenbedingungen sowie das rechtliche Umfeld des Unternehmens zu analysieren und die Compliance-Verpflichtungen zu identifizieren. Diese können sowohl im Bereich der allgemeingültigen gesetzlichen Verpflichtungen liegen (zB Korruptionsstrafbestände, Kartellrecht etc), sich aber auch aus etwaigen Bedingungen/Auflagen eines Lizenzgebers (nur um hier ein Beispiel zu nennen) ergeben.

In Verbindung gebracht mit der Analyse der Stakeholder der Organisation und den Aktivitäten der Organisation, ergibt sich eine Art Compliance-Risikolandkarte für das Unternehmen. Diese Diagnose stellt die Basis für alle weiteren Maßnahmen bei der Einrichtung und dem Betrieb des CMS dar. Hierbei ist es gängige Praxis, dass sich Organisationen auf eine limitierte Anzahl von Rechtsgebieten beschränken und Maßnahmen, nur auf jene Regeln konzentrieren, bei denen ein Compliance Verstoß eines Mitarbeiters gravierende Auswirkungen für die gesamte Organisation haben kann.

Die Analyse des Umfeldes und der Compliance-Risiken stellt jedoch keine Einmalmaßnahme dar, sondern muss regelmäßig durchgeführt werden, um auf veränderte Bedingungen im Umfeld der Organisation, aber auch auf Veränderungen im eigenen Unternehmen (zB die Produktion eines neuen Produktes) adäquat reagieren und das CMS anpassen zu können.

B. Führung

Die ISO 19600 legt Wert auf die unterschiedlichen Rollen, Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten innerhalb des Unternehmens und misst hier vor allem der Unternehmensführung (Vorstand und Aufsichtsorgane) eine entscheidende Rolle zu. Zu allererst muss die Unternehmensleitung die Entscheidung treffen ein System einzuführen, die Ziele und den Rahmen des CMS festzulegen und die entsprechenden Ressourcen beizustellen. In Unternehmen kommt es sehr auf Vorbildwirkung an. Bekennt sich die Geschäftsleitung zu sauberem, rechtskonformem Wirtschaften und damit dazu, rechtswidrige Praktiken zu verhindern und zu ahnden und lebt sie dieses Bekenntnis auch, dann ist eine wichtige Voraussetzung geschaffen, dass ein Compliance Management System funktioniert.

Weiters hat die Leitung der Organisation dafür zu sorgen, dass die mit dem Betrieb des CMS beauftragten Personen (üblicherweise werden diese Personen als Compliance Officer bezeichnet) ihre Aufgaben ungehindert erledigen können und mit den nötigen Ressourcen ausgestattet werden.

C. Systemische Steuerungs- und Kontrollmaßnahmen

Zu den systemischen Maßnahmen, die ein Unternehmen setzen muss, gehören interne Regelwerke wie ein Verhaltenskodex, Prozessbeschreibungen und Handlungsanweisungen. Diese sind abhängig von den Ergebnissen der Risikoanalyse auszuarbeiten und sollten gezielt in Hinblick auf einzelne Compliance-Risiken gestaltet sein. In den Ablauf integrierte Kontrollschritte (wie zB ein Vier-Augenprinzip, Ausgabelimits udgl), die die spezifischen Gefahren, denen das Unternehmen ausgesetzt ist, adressieren, verringern die Wahrscheinlichkeit von Regelverstößen schon im Ansatz.

D. Training und Kommunikation

Nicht jeder Regelverstoß eines Mitarbeiters geschieht mit Vorsatz. Das Wissen über die Existenz einer Vorgabe und über die Konsequenzen des eigenen Handelns ist also entscheidend, wenn man Compliance erreichen will. ISO 19600 verlangt folglich laufende Schulungsmaßnahmen, die den Mitarbeiter in die Lage versetzen sollen, Compliance Anforderungen zu kennen und entsprechend danach zu handeln. Wichtig hierbei ist, dass die Schulungen auf die Funktion des einzelnen Mitarbeiters abgestimmt und praxisgerecht sind und so den Mitarbeiter in die Lage versetzen, zu verstehen, was die seinen Arbeitsplatz betreffenden Vorgaben sind. Ein Vertriebsmitarbeiter zB muss verstehen, was er im Umgang mit Kunden tun darf und was nicht, welche besonderen Randbedingungen es für Amtsträger gibt und ob Einladungen von Kunden erlaubt sind.

Die Art wie diese Schulungen stattfinden, kann sehr unterschiedlich sein. In großen Unternehmen, wenn es darum geht, sehr viele Mitarbeiter in möglichst kurzer Zeit zu schulen, werden sehr oft Methoden des eLearning eingesetzt, um zumindest das Basiswissen rasch an die Mitarbeiter zu bringen. Bei komplexeren Themen und vor allem im Bereich der Führungskräfte ist aber eine Präsenzschiulung unabdingbar.

Durch laufende Kommunikation von oben nach unten soll eine Unternehmenskultur geschaffen und aufrechterhalten werden, in welcher Compliance die Regel ist. Der sog „*tone-from-the-top*“, das aktiv kommunizierte Bekenntnis des Top-Managements zum regelkonformen Verhalten als Grundwert der Organisation bei der Ausübung aller Aktivitäten, ist entscheidend für die Wirksamkeit des CMS.

E. Monitoring, interne Audits und Reaktion

Monitoring steht für die Beobachtung des laufenden Betriebs des Compliance-Systems. Hier geht es um stichprobenhafte (und auch anlassbezogene) Kontrollen der Einhaltung der internen Vorschriften durch eine interne Kontrollinstanz (wie zB einer internen Revision). Das bedeutet, dass konkrete Geschäftsfälle (zB ein Verkaufsvorgang oder die Beschaffung einer Leistung) durch das Unternehmen selbst geprüft werden.

Weiters sind eine laufende Beobachtung des rechtlichen Umfeldes und die regelmäßige Anpassung der Risikoanalyse erforderlich, um das System zu aktualisieren. Interne Audits sind Systemchecks durch das Unternehmen selbst. Im Gegensatz zum Monitoring wird dabei weniger das Verhalten im Unternehmen (also die Compliance selbst), sondern das Compliance-System als solches einer Überprüfung unterzogen.

Festgestellte Compliance-Verstöße erfordern eine Reaktion des Unternehmens. Dazu gehören die Untersuchung des Vorfalls, die Festlegung der Konsequenzen des festgestellten Fehlverhaltens, sowie die Entscheidung über das weitere Vorgehen. Die Norm kann hier keine konkreten Handlungsanweisungen geben, wie im Falle von Compliance Verstößen genau vorzugehen ist; dies ist in jedem Fall durch das Unternehmen festzulegen. Was die Norm aber generell fordert ist, dass ein Vorfall auf seine Systemrelevanz hin geprüft wird. Korrekturmaßnahmen und Maßnahmen zur Verhinderung der Wiederholung des Vorfalls (Präventivmaßnahmen) können als Konsequenz eines Compliance-Verstoßes erforderlich sein. Das CMS ist dann entsprechend anzupassen.

III. Zertifizierung eines CMS nach ISO 19600

A. Zertifizierung – Wozu?

Bei einer Zertifizierung bestätigt eine unabhängige Stelle (Third-Party), dass das Managementsystem geprüft wurde, die Anforderungen der entsprechenden Normen erfüllt werden und die Wirksamkeit des Systems einer ständigen Überwachung unterliegt.

Es gibt eine Reihe von Gründen, die es für eine Organisation zweckmäßig machen, eine Zertifizierung durch eine unabhängige, dritte Partei, also eine Zertifizierungsstelle, durchführen zu lassen.

Eine Zertifizierung gemäß ISO 19600 dokumentiert, dass sich eine Organisation zu einer regelkonformen Abwicklung ihrer Geschäftsaktivitäten bekennt. Die Zertifizierung macht Leistungserbringung transparenter und schafft somit Vertrauen in die Qualität der angebotenen und erbrachten Leistungen.

Unternehmen, die Zulieferer großer Unternehmen sind, stehen häufig der Forderung gegenüber, die Compliance ihrer Geschäftstätigkeit ihren Auftraggebern nachzuweisen. Hierbei ergibt sich vor allem für Unternehmen, die für mehr als einen Auftraggeber produzieren, die Problematik, mit einer Reihe von Lieferantenaudits, im schlechtesten Fall auch noch nach vollkommen unterschiedlichen Standards, konfrontiert zu sein. Dies bedeutet einen erheblichen Einsatz von personellen und finanziellen Ressourcen. Eine Zertifizierung des CMS auf Basis eines öffentlich verfügbaren internationalen Standards wie der ISO 19600 reduziert in solchen Fällen die Aufwendungen für den Nachweis der Wirksamkeit eines CMS um ein Vielfaches.

Eine Prüfung durch einen unabhängigen Dritten verhindert Betriebsblindheiten und Interessenskonflikte, die sich bei einer rein organisationsinternen Überprüfung des Systems zwangsläufig einstellen, und stärkt somit die Aussagekraft und Validität des Prüfergebnisses. Regelmäßige Audits durch eine externe Zertifizierungsorganisation stärken das Managementsystem, indem sie einen unabhängigen und neutralen Blick auf das CMS ermöglichen und dazu beitragen, den erforderlichen Druck von außen auf die Einhaltung der Anforderungen aufrechtzuerhalten.

Weiterhin darf man den Aspekt der rechtlichen Verantwortung eines Unternehmens und seiner obersten Leitung im Fall von Compliance-Verstößen von Personen, die dieser Organisation zugeordnet werden, und dem Schutz des Managements vor juristischen Folgen nicht vernachlässigen. Der Nachweis, dass das Management seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist und diesbezüglich entlastet wird, gelingt leichter, wenn das CMS durch eine unabhängige Zertifizierungsstelle geprüft und zertifiziert wurde.

B. Zertifizierung – Durch wen?

Zertifizierung setzt die Erfüllung einer Reihe formaler und fachlicher Kriterien seitens der Zertifizierungsstelle voraus.

Allen voran stehen hierbei die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Neutralität der Zertifizierungsstelle. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit manifestieren sich sowohl in persönlicher Unabhängigkeit als auch in wirtschaftlicher Unabhängigkeit. So darf beispielsweise ein Auditor keinerlei Verbindungen als Berater zu einem zu prüfenden CMS oder zur zu prüfenden Organisation haben. Stellen, die in asymmetrischer Abhängigkeit von einer zu zertifizierenden Organisation stehen,

indem sie beispielsweise andere Leistungen wie Beratung oder Wirtschaftsprüfung für das zu zertifizierende Unternehmen erbringen, können nicht als geeignete, unabhängige Zertifizierungsstellen angesehen werden.

Die Anforderungen an die fachliche Qualifikation der von der Zertifizierungsstelle eingesetzten Auditoren sind im Fall der Zertifizierung eines CMS sehr hoch, aber letztendlich der entscheidende Faktor für die Werthaltigkeit des Zertifikates. Schlussendlich handelt es sich in jedem Fall um komplexe rechtliche Materien, die eine entsprechende fachliche Qualifikation und Erfahrung der Auditoren voraussetzen. So ist es unabdingbar, dass der Auditor eine juristische Grundausbildung oder zumindest über eine dieser gleichkommende Ausbildung und Erfahrungen, (wie zB der eines Wirtschaftsprüfers) verfügt und einige Jahre berufliche Erfahrung im Umfeld von Compliance aufweisen kann.

C. Wie funktioniert die Zertifizierung?

Der Prozess zur Zertifizierung eines CMS einer Organisation folgt den Festlegungen der Internationalen Norm ISO/IEC 17021-1⁸. Das Zertifizierungsverfahren umfasst ein zweistufiges Erstaudit, Überwachungsaudits im ersten und zweiten Jahr sowie ein Re-Zertifizierungsaudit im dritten Jahr, unmittelbar vor Ablauf der Zertifizierung (vgl Abb 1).

Das genaue Auditprogramm und die Dauer der Audits ergeben sich hierbei aus der Größe der zu zertifizierenden Organisation, dem Geltungsbereich (Geschäftsbereiche, Standorte, Tochterunternehmen etc), den vom CMS abgedeckten Compliance-Risiken (Korruption, Wettbewerbsrecht, Datenschutz etc), sowie dem Zweck des Audits (Zertifizierungsaudit, Überwachungsaudit etc). Das Auditprogramm wird gemeinsam mit dem Kunden erarbeitet, um eine möglichst effiziente und störungsfreie Prüfung der Organisation sicherzustellen.

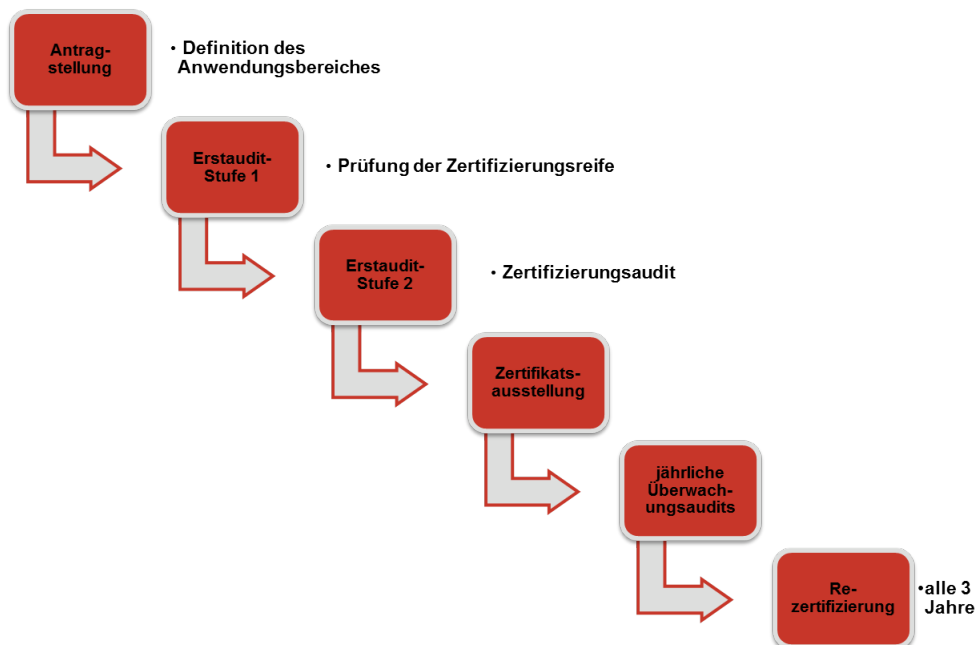


Abb 1: Grafische Darstellung des Ablaufes einer Zertifizierung nach ISO 19600.

⁸ ISO/IEC 17021-1 Konformitätsbewertung – Anforderungen an Stellen, die Managementsysteme auditieren und zertifizieren – Teil 1: Anforderungen, veröffentlicht: 1. 11. 2015.

Im Rahmen des Erstzertifizierungsverfahrens sind ein Audit der Stufe 1 und ein Audit der Stufe 2 durchzuführen. Zweck des Audits der Stufe 1 ist es, den Status des CMS zu bewerten, das Verständnis bei der Organisation bezüglich des Compliance-Managements zu erfassen, sowie die fachlichen und organisatorischen Voraussetzungen und Randbedingungen für das Zertifizierungsaudit festzulegen. Der Zweck des Audits der Stufe 2 (dem eigentlichen Zertifizierungsaudit) ist es, die Umsetzung und die Wirksamkeit des CMS der Organisation zu bewerten.

Im Rahmen von Audits prüfen die Auditoren alle relevanten Informationen, die für den Nachweis der Erfüllung der Anforderungen der ISO 19600 von Bedeutung sind. Informationsquellen sind hierbei Befragungen von Mitarbeitern aller relevanten Funktionen und Hierarchiestufen, Auswertung von Dokumentationen und Aufzeichnungen sowie Beobachtung von Prozessen und Tätigkeiten. Nachweise müssen von den Auditoren verifiziert und validiert werden. Auf Basis des Berichtes über das Zertifizierungsaudit führt die Zertifizierungsstelle die Bewertung der Konformität des CMS mit der ISO 19600 durch und entscheidet über die Ausstellung des Zertifikates. Zertifikate haben eine Gültigkeit von drei Jahren.

Zur Aufrechterhaltung eines Zertifikates sind Überwachungsaudits im Abstand von zwölf Monaten durchzuführen. Überwachungsaudits sind stichprobenhafte Prüfungen an Teilen des Systems, damit sich die Zertifizierungsstelle vergewissert, dass das zertifizierte CMS nach wie vor aufrechterhalten wird. Der Aufwand für ein Überwachungsaudit ist ungefähr mit 60 % des Aufwandes eines Zertifizierungsaudits anzunehmen.

Nach Ablauf des Zertifikates nach drei Jahren, kann nach Durchführung eines Re-Zertifizierungsaudits, ein neues Zertifikat ausgestellt werden. Das Re-Zertifizierungsaudit muss hierbei rechtzeitig vor Ablauf des Zertifikates durchgeführt werden. Wird das Audit nicht rechtzeitig durchgeführt, wird das Zertifikat zurückgezogen.

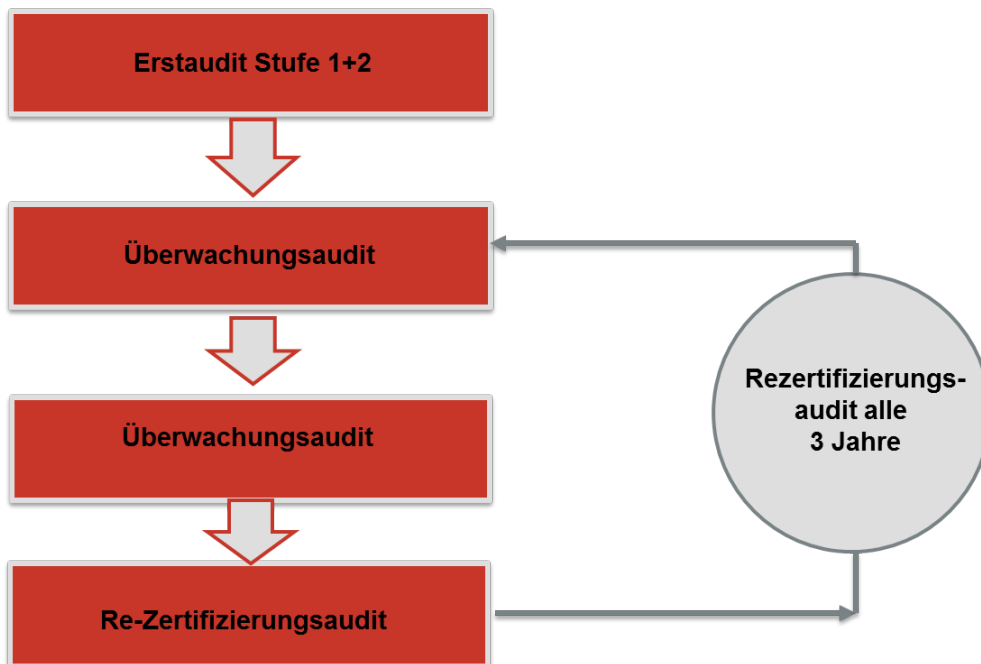


Abb 2: Zyklus zur Aufrechterhaltung eines ISO 19600 Zertifikates.

IV. Resümee

Die Anwendung der Norm ISO 19600 unterstützt Organisationen dabei, ein wirksames CMS zu implementieren, das die Wahrscheinlichkeit von Regelverstößen durch Organisationsmitglieder reduziert. Als allgemein anwendbarer, branchenunabhängiger Standard kann die ISO 19600 selbstverständlich hierbei keine detaillierten Patentlösungen für einzelne Maßnahmen bieten. Es liegt schlussendlich an jeder Organisation selbst, sich anhand der in der Norm beschriebenen Elemente, auf Basis der Erfordernisse des eigenen Umfeldes und den Risiken, denen die Organisation ausgesetzt ist, jene systemischen Maßnahmen zu implementieren, die für die Organisation zweckmäßig sind. Die Norm bildet hierfür einen Rahmen für die Vollständigkeit und die Struktur der Maßnahmen. Auch darf die Einführung eines normgerechten Compliance Management Systems keine Einmalmaßnahme darstellen. Das System muss im Gegenteil ständig am Leben gehalten werden und an veränderte Bedingungen angepasst werden.

Es sollte abschließend betont werden, dass die Implementierung eines CMS und die Zertifizierung nach ISO 19600 keine Garantie dafür darstellt, dass alle Mitglieder der zertifizierten Organisation stets rechtskonform handeln. Ein CMS kann kriminelles Verhalten von Mitgliedern einer Organisation nicht gänzlich verhindern. Die Einrichtung eines CMS macht aber deutlich, dass die Organisation die Regeltreue seiner Mitarbeiter nicht dem Zufall überlässt und aktive Maßnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung von rechtlichen Vorgaben ergreift.

Compliance muss täglich durch die Organisation und ihre Mitglieder gelebt werden. Eine externe Überprüfung und Zertifizierung des Systems, nach einem internationalen Standard, kann hierbei die Wirksamkeit des CMS entscheidend unterstützen.



Semantische Analyse unstrukturierter Daten

Review und Analyse: Big-Data Ansatz bei internen Untersuchungen anhand eines Beispiels

Jörg Fuchslueger*, Wien

Kurztext: In der juristischen Fallbearbeitung steht man immer häufiger vor der Herausforderung, unüberschaubare Massen an Unterlagen berücksichtigen zu müssen. Relevante Information ist verborgen in hunderttausenden E-Mails, Office-Dokumenten und PDF-Dateien. All diese Unterlagen zu lesen, zu verstehen und zu beurteilen, ist in der Praxis nicht mehr möglich. Der vorliegende Artikel zeigt ein Vorgehensmodell, wie mit semantischer Inhaltsanalyse die notwendige Informationsgewinnung in umfangreichen, elektronisch gespeicherten Textbeständen durchgeführt werden kann.

Schlagworte: E-Discovery; interne Untersuchungen (Internal Investigations); Big Data; Compliance; semantische Analyse; juristische Fallbearbeitung.

I. Einleitung

Im Zuge unternehmensinterner Sachverhaltsaufklärungen (*Internal Investigations*) sind immer häufiger unüberschaubare, große Datenbestände zu überprüfen. Damit verbunden sind nicht nur kritische Zeit- und Kostenentwicklungen. Untersuchungsteams stoßen an die Grenze des Machbaren.

Selbst bei Einsatz elektronischer Review-Plattformen¹ und computerunterstützten Methoden wie Predictive Coding² sind bisherige Vorgehensmodelle bei den heutigen Datenmengen nicht mehr zielführend. Der Trend zeigt auf immer schneller und noch weiter wachsende Datenvolumen. Wissensbasierte Ansätze, Cognitive Computing³ und heute verwertbare Teilbereiche in der Entwicklung natürlich-sprachlicher Informationssysteme⁴ gewinnen an Bedeutung, um sichergestellte, elektronisch vorhandene Informationsquellen für die Aufklärungsarbeit weiterhin sinnvoll nutzen

* Jörg Fuchslueger ist Head of Content Analytics der BIConcepts IT Consulting GmbH. Der Beitrag gibt den Inhalt des Vortrags vom 11. 12. 2015 am 7. Thementag „Recht und IT“ zum Thema „Compliance-Management. Standards – Tools – Haftung“ am ReSoWi-Zentrum der Universität Graz wieder.

1 Durch Scan und Schrifterkennung (OCR) werden auch „Papierdokumente“ zu ESI (Electronically Stored Information) und können damit computerunterstützt durchsucht und abgearbeitet werden.

2 Maschinelle Klassifikation von Dokumenten auf Basis manuell erstellter Lernmengen.

3 Ein von IBM geprägter Begriff; dahinter steht ein Konzept, das eine wachsende Anzahl konkreter Services im Umfeld „künstlicher Intelligenz“, wie zB die Umwandlung von Sprachinformation in Text (Voice to Text), Erkennung von Objekten in Bildmaterial usw., als Webservices oder bereits integriert in einer fertigen Entwicklungsumgebung zur Verfügung stellt. <http://www.ibm.com/cloud-computing/bluemix/watson/> (abgefragt am 31. 3 2016).

4 Natural Language Processing (NLP) gilt als Teilbereich der künstlichen Intelligenzforschung, um den Dialog Mensch-Maschine auf Sprachebene zu ermöglichen.

zu können. Die zunehmenden Datenmengen erfordern zusätzlich einen Umdenkprozess – klassisch lesen, selbst nach aufwendigen Verfahren der Datenreduktion, funktioniert nicht mehr.

II. Grundlagen

Ehe die semantische Analyse unstrukturierter Daten am konkreten Beispiel dargestellt wird, sollen die einschlägigen Grundbegriffe geklärt werden, um so das Verständnis sowohl der Herausforderung als auch der Lösung durch BIConcepts zu ermöglichen.

A. Strukturierte versus unstrukturierte Daten

Strukturierte Daten sind zumeist in Datenbanken gespeichert und werden mit genormten Abfragesprachen recherchiert und analysiert. Um auch Nicht-Datenbank-Spezialisten und -Anwendern einen benutzerfreundlichen Zugriff zu ermöglichen, wird mit semantischen Modellen gearbeitet. Semantische Modelle ermöglichen – ohne Detailkenntnis der Datenstruktur – auch Datenbank-Laien, selbstständig Abfragen durchzuführen und Berichte und Auswertungen zu erstellen. Data-mining-Modelle berechnen bei Bedarf Muster und daraus wiederum Abhängigkeiten oder Auffälligkeiten. In der strukturierten Datenwelt haben wir gelernt, mit entsprechenden Abfragen und Auswertungen Antworten auf unsere Fragen zu bekommen. Selbst bei umfangreichen Datenbanken oder sehr komplexen Verknüpfungen zwischen Tabellen ist bei vielen Unternehmen Technologie und Know-how vorhanden, um selbstständig Recherchen durchzuführen. *Ad-hoc*-Abfragen und Analysen in strukturierten Daten sind etablierte Methoden der Informationsgewinnung. Neue Erkenntnisse entstehen nicht durch das Lesen einzelner Datensätze, sondern durch Interpretation von Berichten, Auswertungen, Statistiken, Diagrammen und Visualisierungen.

Kann dieser Ansatz auch bei unstrukturierten Daten funktionieren? Können Dokumenttypen aller Art, wie Millionen von E-Mails samt deren Anhängen, zumeist PDF, Office-Dokumente oder, fachlich und inhaltlich gesprochen, Verträge, Rechnungen, Angebote, Präsentationen oder Berichte, ähnlich einer Datenbank inhaltlich ausgewertet werden? Wir sind davon überzeugt und unsere Antwort lautet: Ja. Über semantische Analysemodelle können unstrukturierte Daten entsprechend strukturiert werden. Damit lässt sich auch diese Art von unstrukturierter Datenvielfalt selbst bei enormen Datenmengen in angemessener Zeit abfragen und inhaltlich auswerten. Ohne jedes einzelne Dokument lesen zu müssen, werden Auffälligkeiten automatisiert erkannt, Zusammenhänge visualisiert und umgehend verwertbare Ergebnisse gewonnen. Mit diesem praktikablen Ansatz kann der Datenexplosion bei internen Untersuchungen begegnet werden. Die technische Grundlage natürlich-sprachlicher Informationsverarbeitung liefert dabei die IBM Watson Explorer Analytical Components.

B. IBM Watson Explorer Analytical Components

BIConcepts ist ein Software Entwicklungs- und IT-Dienstleistungsunternehmen in Wien. BI steht für Business Intelligence, das Unternehmen beschäftigt sich mit der Informationsaufbereitung aus großen Datenmengen. In diesem Technologieumfeld ist BIConcepts langjähriger IBM Premium Business Partner. IBM investiert laufend in den Bereich Analytik und seit einigen Jahren auch massiv in den Bereich Cognitive Computing. Basierend auf spezieller Software, die ua auch „Sprachverständnis“ (Natural Language Processing, NLP) einsetzt, werden diverse innovative

Lösungen entwickelt. IBM bündelt diese Entwicklungen in der „IBM Watson Group“. Der Namensgeber für das Computersystem, das 2011 gegen die besten Spieler in der Quizshow „Jeopardy!“ (ähnlich der „Millionenshow“) antrat, war *Thomas J. Watson*, einer der Mitbegründer von IBM. IBM Watson hat in dieser Quizshow gegen die beiden Rekordsieger gewonnen und damit eindrucksvoll bewiesen, dass ein Computersystem natürlich-sprachliche Fragen automatisiert erfassen und richtig beantworten kann.

IBM Watson Explorer Analytical Components steht heute als Komponente einer Standardsoftware zur semantischen Suche und Analyse von umfangreichen Textdatenbeständen zur Verfügung. Mit diesem Verfahren werden aus natürlich-sprachlicher Information Erkenntnisse gewonnen, ohne Texte Satz für Satz lesen zu müssen. Auf Basis dieser Technologie hat BIConcepts speziell für den Anwendungsfall interner Untersuchungen gemeinsam mit Fachexperten wie Forensikern, Juristen, Gutachtern und Gerichts- und Wirtschaftssachverständigen ein System entwickelt, das umfangreiche Untersuchungsdaten vorab semantisch analysiert und in einem „intelligenten“ Datenraum dem Untersuchungsteam für die Recherche performant und sicher zur Verfügung stellt: Intelligent Content Investigation (ICI).

III. Intelligent Content Investigation (ICI)

Es gibt einige Kriterien, die ein Big Data-Recherchetool erfüllen muss, um direkt von Juristen bzw. entsprechenden Experten eines Untersuchungsteams als gewinnbringende Unterstützung ihrer Arbeit akzeptiert zu werden. Unter „Big Data“ verstehen wir nicht nur die sehr großen Datenmengen (Volume), sondern auch die Herausforderung durch die Vielfalt (Variety) der Informationsobjekte wie E-Mails, Präsentationen, Verträge, Angebote, Chatprotokolle, allgemeiner Schriftverkehr uvm sowie deren unterschiedlichste Quellen wie zB Server, Laptops, Smartphones, Mobile- oder Cloudspeicher.⁵ Big Data-Analyse bedeutet, all diese Daten für den Endanwender in einer einheitlichen Oberfläche und in einem einheitlichen Format in einem zentralen System für die Recherche bereitzustellen.

A. ICI als Schnittstelle

ICI versteht sich als Schnittstelle zwischen den Nutzern und dem auszuwertenden Datenmaterial. In der Bedienung darf es für den Anwender keine IT-bedingten Hürden geben, wie etwa unbekannte Fileformate, unterschiedlichste E-Mail-, Betriebs- und Datenträgersysteme, inkompatible Zeichencodes oder komplexe Metadaten. Suchabfragen und Auswertungen müssen trotz enormer Datenmenge rasch und unmittelbar erfolgen. Nur dadurch wird die Methode der *Ad-hoc*-Recherche auch akzeptiert. Diese erfolgt über eine einfach zu bedienende Weboberfläche mit einer sicheren Verbindung zur Big Data-Rechercheplattform. Ein ICI-Server kann bspw. „Inhouse“ betrieben oder in einem externen Hochsicherheitsrechenzentrum für den Zeitraum der Untersuchung angemietet werden.

B. Benutzerfreundlichkeit

Einfachheit in der Bedienung ist für die Akzeptanz jeder Applikation wesentlich. Bei einer Anwendungssoftware für interne Untersuchungen, mit der in der Regel nicht tagtäglich gearbeitet wird,

⁵ Vgl. *Brücher*, Rethink Big Data (2013) 41 ff.

ist das umso wichtiger. Benutzerfreundlichkeit wird dadurch erzielt, dass der Aufbau und das Verhalten der Oberfläche in den Grundprinzipien jenen Anwendungen entsprechen, die uns vertraut sind. ICI funktioniert wie eine Webseite mit übersichtlichen Navigationselementen und einem klaren Aufbau in der Ergebnisdarstellung. Alle Möglichkeiten der Facettensuche bzw der linguistischen Suche, der damit verbundenen Suchsyntax, der Interpretation der unterschiedlichen Auswertungen und dem Review einzelner Dokumente können innerhalb eines halben Tages geschult werden.

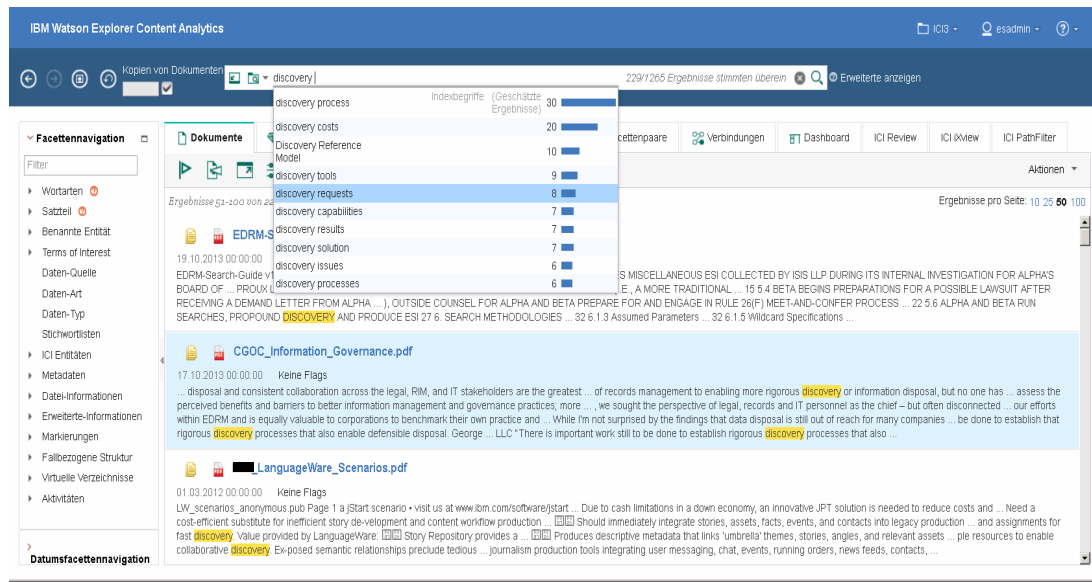


Abb 1: ICI-Weboberfläche mit einfacher Navigation und übersichtlicher Ergebnisdarstellung.

C. Struktur und Übersicht anhand eines Beispiels

Als Erklärungsmodell der Funktionsweise von ICI soll ein frei erfundener und sehr vereinfachter „klassischer“ Compliance-Fall dienen: Im Zuge von IT-Ausschreibungen soll es bei der Angebots-einholung von Subleistungen für bestimmte Technologiekomponenten durch einen oder mehrere Mitarbeiter zur Bevorzugung eines speziellen Anbieters gekommen sein. Daher soll untersucht werden, ob es bei der Lieferantenauswahl für Subdienstleistungen in einer bestimmten Abteilung des Unternehmens „Unregelmäßigkeiten“ gab.

Angenommen, dem Untersuchungsteam stehen die E-Mail-Postfächer des Hauptverdächtigen und von fünf weiteren involvierten Personen, deren Laptops sowie weitere projektbezogene Verzeichnisablagen von drei Fileservern als Informationsquellen zur Verfügung. Nach dem Prozessieren dieser Daten ist es nicht unrealistisch, dass in Summe über 500.000 Textdokumente mit weit über zwei Millionen Seiten vorliegen.

1. Aufbereitung der Datenmenge

Zunächst wird das Datenmaterial in drei Schritten aufbereitet:

a. Indexierung und Strukturierung (Crawling)

ICI indexiert und strukturiert in einem ersten Schritt automatisch alle Dokumente auf Basis eines Standardanalysemodells (Big Data-Ansatz). Das Programm öffnet dabei jede einzelne Datei und

extrahiert daraus die Metadaten und den Text. Dieser Vorgang wird als „Crawling“ bezeichnet. Der sehr rechenintensive Vorgang kann in Abhängigkeit der Hardware und der Datenmenge einige Stunden in Anspruch nehmen.

b. Tokenization und syntaktische Aufbereitung

Die sprachliche Analyse des Textes wird im nächsten Schritt mit einem sog „Parser“ durchgeführt. Da die weitere semantische Analyse eines Textes bereits von der zugewiesenen Sprache abhängig ist, wird vom Parser auch die Sprache festgestellt. Bei der „Part of Speech“-Erkennung werden zunächst Seiten, Absätze und Sätze in sog „Token“ zerlegt (Tokenization) und dann in weiterer Folge morphologisch (Personalformen, Fallmarkierungen) und syntaktisch (Subjekt, Objekt, Modifikator, Artikel etc) analysiert. Dieser Vorgang führt ua auch jedes Wort auf seine lexikalische Grundform zurück. Der ICI-Standard beinhaltet die Sprachen Deutsch und Englisch. Derzeit können bei Bedarf noch 25 weitere Sprachen eingesetzt werden.

c. Semantische Auswertung (Parsing Rules)

Der dritte Schritt ist die semantische Analyse. Dabei kann auf alle vorangegangenen Analysen zurückgegriffen werden. Semantische Analysen werden durch Regeln, die sog „Parsing Rules“, implementiert. Dabei wird einzelnen Wörtern oder ganzen Satzteilen eine Bedeutung zugeordnet. Zum Verständnis sollen einige semantische Analysen aus dem ICI-Standardmodell vorgestellt werden.

Personen, Firmen, Orte, Geldbeträge, Kontoverbindungen, Betrags- und Datumsangaben innerhalb des Textes zu annotieren, ist Teil des ICI-Standardanalysemodells. Parsing Rules werden von Fachexperten mit spezieller Software, wie bspw dem IBM Watson Studio, entwickelt und getestet. IBM Watson Studio ermöglicht anhand von relevanten Beispieltexten neue Modelle direkt zu entwickeln und die Ergebnisse der einzelnen Regeln sofort zu evaluieren. Unterschiedlichste Wörterbücher oder Wissensmodelle können eingebunden werden und werden in der Regeldefinition verwendet. Eine Parsing Rule erkennt zB Firmenbezeichnungen und annotiert diesen Satzteil mit „Firma“. Die Ergebnisse der Parsing Rule können normalisiert im Index als Facette „Firmen“ abgelegt werden, es entsteht also vereinfacht eine Liste aller gefundenen Firmen aus den gesamten Daten. Der Index beinhaltet natürlich auch die exakten Orte des Vorkommens jedes einzelnen Eintrages. Ein weiteres Beispiel sind Datumsangaben: Normalisiert bedeutet in diesem Fall, dass zB Textpassagen wie „5. Februar 2016“, „05/02/16“ oder „2016-02-05“ mit einer entsprechenden Parsing Rule in der Facette „Datum“ mit dem Wert „05.02.2016“ abgelegt werden. Zusätzlich wird diese Facette als Datumsfacette definiert und ermöglicht damit, einen bestimmten Zeitraum abzufragen. Auch diese Facette (Liste) liefert sofort, ob und welche Datumsinformationen in allen (kein Filter bzw keine Suchabfrage aktiv) bzw in den Inhalten der aktuell gefilterten Dokumente vorkommen. Die Möglichkeiten zur Definition von Parsing Rules sind vielfältig.

2. Facettenbildung

Die normalisierten Parsing-Ergebnisse werden als „Facetten“ im Index abgelegt. Wichtig für die Anwender ist dabei die Repräsentation dieser Ergebnisse in einer übersichtlichen, gut gegliederten Facettenstruktur und damit deren einfache Anwendung und Auswertbarkeit.

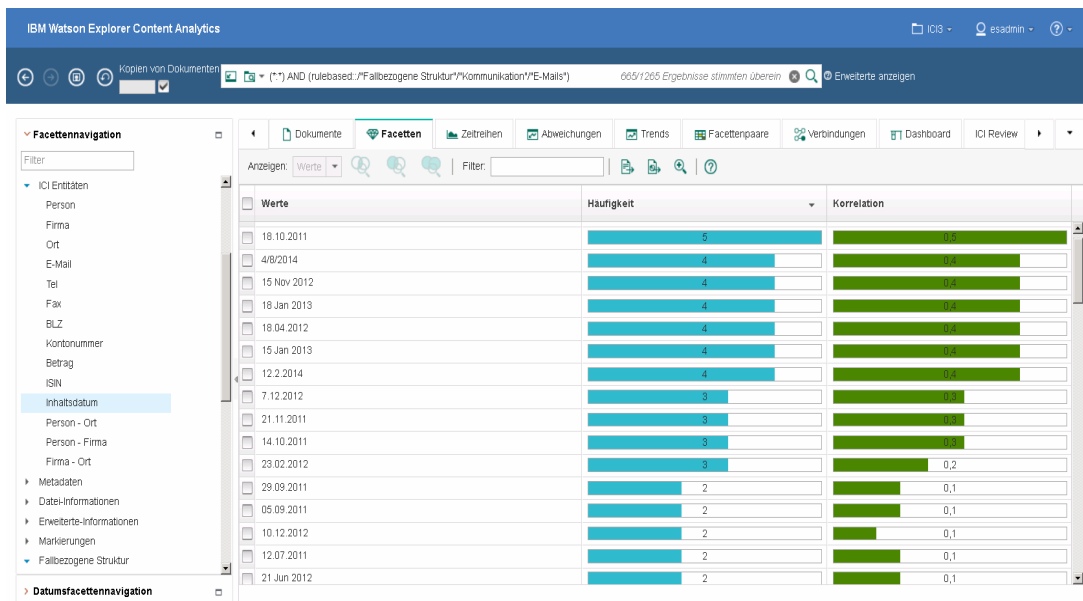


Abb 2: ICI-Facettenstruktur und -Anzeige (Beispiel: gefundene Datumsangaben innerhalb von E-Mails und deren Anhänge in einer für den Untersuchungsfall relevanten Sender-Empfänger-Gruppe). In gleicher Weise können für alle Facettenpunkte Listen und Auswertungen in Bezug auf jede beliebige *ad hoc* erstellte Teildatenmenge unmittelbar angezeigt, interpretiert und als weiterer Filter angewandt werden.

Zusätzlich zu den Facetteneinträgen aus der semantischen Analyse werden auch weitere Strukturpunkte durch vorhandene Metadaten der einzelnen Dokumente im Standardmodell automatisch erzeugt. Gute Beispiele dafür sind Sender, Empfänger und das Sendedatum eines E-Mails oder bei Dokumenten der Bearbeiter und das letzte Speicherdatum. Die Datumsfelder ermöglichen Suchabfragen mit exakten Datumseinschränkungen auf einer Zeitachse und unmittelbare Auswertungen mit Zeitreihen, Abweichungen und Trends. Das Analysemodell optimiert Datumssinformationen hinsichtlich verschiedener Datumsformate und Zeitzonen.

Auch die einzelnen Datenquellen (zB Laptop von Herrn A, Fileserver XY, Projektlaufwerk Angebote) oder auch Dokumentarten (zB E-Mail, Schriftdokumente, Tabellen, Präsentationen) werden in den Metadaten-Facetten sehr übersichtlich zur Analyse und Auswahl angeboten. Die Facettenstruktur hat den Vorteil, dass Metadaten nicht zu sehr „IT-spezifisch“, sondern von der Sprachbegrifflichkeit für den Endanwender möglichst verständlich und in deren spezifischem Sprachgebrauch zur Auswahl angeboten werden.

Die Standard-Facettenstruktur von ICI ist damit sehr praxisbezogen und anwenderorientiert. Sie liefert sofort ein erstes Bild über alle Inhalte. Das Untersuchungsteam ist damit in einer frühen Phase der Überprüfung bereits in der Lage, die „Verwertbarkeit“ der sonst unüberschaubaren Datenmenge zu beurteilen und das weitere Vorgehen zu planen.

3. Fallbezogenes Analysemodell

Zu Beginn der Untersuchung, eventuell auch nach einer ersten Sichtung der Daten, wird vom Untersuchungsteam zumeist ein Fragenkatalog erstellt. Bei umfangreichen Daten oder komplexen Sachverhalten ist eine Aufteilung in einzelne Untersuchungspunkte (also der Fragen/Themen, nicht

der Daten!) oft zweckmäßig und bildet eine gute Basis für die Arbeitsaufteilung innerhalb eines größeren Untersuchungsteams.

Auf Basis des Fragenkatalogs wird überprüft, ob die im Standardmodell vorhandene Facettenstruktur ausreicht oder ob es weitere fallspezifische Anforderungen für semantische Analysen gibt. Falls erforderlich werden diese als Teil des Servicepaketes von ICI zusätzlich fallbezogen implementiert. Ein praktisches Beispiel war die zusätzliche Annotation aller ISIN (Identifikation für ein Wertpapier) im Fall eines Kapitalanlagebetruges.

Bei der Erstellung eines fallbezogenen Analysemodells können, wie auch oft bei manuellen Reviews, Stichwortsuchen Verwendung finden. Die semantische Umsetzung mit ICI liefert dabei im Vergleich zu Volltextsuchen messbar⁶ höherwertige Ergebnisse. Ein weiterer wesentlicher Vorteil bei der Umsetzung von Stichwortsuchen mit ICI gegenüber Systemen mit Volltextsuche ist die Möglichkeit der zusätzlichen Differenzierung der Stichwortbegriffe. Bei der Modellierung von Stichwortlisten mit einem semantischen Analysemodell können Begriffe speziell annotiert werden, wenn diese in einem relevanten Zusammenhang zu einer bestimmten Sache, einer bestimmten Person oder einer definierten Handlung stehen.

In unserem Beispiel mit den vermuteten Unregelmäßigkeiten bei der Auftragserteilung nehmen wir, frei erfunden, die Firma bzw den Begriff „HAL“ in die Stichwortliste auf. HAL ist eine internationale Firma mit Niederlassungen in fast allen Ländern der Welt. Es besteht die Anforderung, zu differenzieren und dabei Dokumente und Konversationen möglichst mit Bezug auf Niederlassungen von HAL in Österreich speziell zu betrachten. Diese Inhalte sollen über einen im Analysemodell hinterlegten Strukturpunkt unter „HAL Österreich“ gefiltert und analytisch ausgewertet werden können.

„HAL“ in den Textdokumenten automatisch zu finden und in einem Strukturpunkt des Facettenbaumes unter „HAL“ abzubilden, ist ein einfacher Schritt. Selbst wenn die Firma mit Leerzeichen (H A L) oder mit Trennzeichen (H-A-L), aber auch wenn der ausgeschriebene Firmenwortlaut im Text steht, wird dieser Textteil als „HAL“ erkannt und annotiert. Nach der Umsetzung der neuen Anforderung und erweiterten Parsing Rule findet der Anwender im Facettenbaum unter Firmen nach wie vor den Eintrag HAL, aber darunter einen weiteren fallbezogenen Strukturpunkt „HAL Österreich“. Bei jeder beliebigen weiteren Recherche über den Strukturpunkt „HAL Österreich“ werden alle Ergebnisse gezeigt und alle Begriffe markiert und ausgewertet, die „HAL Österreich“ betreffen. Beispielsweise auch „Wienerstraße 12“ wenn diese als Adresse einer österreichischen HAL-Niederlassung mit der Parsing Rule verknüpft ist. Wir sprechen hier auch von einem Wissensmodell, da die Parsing Rule „HAL Österreich“ über sinnvolle Informationsverknüpfungen (Excel-sheets, Datenbanken, Wikis, Ontologien etc) um die „Intelligenz“ angereichert wird, welche Textinhalte auf einen praktikablen Bezug zu dieser Firma hinweisen.

Synonyme (zB für „Diskont“, wie Preisermäßigung, Preisnachlass, Prozente, Verbilligung, Vergünstigung uam) werden über Standardwörterbücher zur Verfügung gestellt oder, bei ganz speziellem Wortgebrauch, durch zusätzliche Synonymlisten ergänzt.

6 Mit Stichproben manuell überprüfte Trefferquoten (engl „*recall*“), Genauigkeit (engl „*precision*“) und Ausfallquote (engl „*fallout*“).

Mehrdeutige Wörter, sog „Homonyme“, werden oft als Herausforderung semantischer Analysemodelle diskutiert. Häufiges Beispiel ist „Golf“ mit den Bedeutungen „Auto“, „Sport“ oder „Meerbusen“. Unsere Projekterfahrungen zeigen, dass es in einem fallspezifischen Analysemodell ausreichend ist, nur jene Homonyme abzubilden, die für den konkreten Untersuchungsfall auch eine entsprechende Relevanz haben. Wenn zB eine Person mit dem Namen „Golf“ eine Rolle spielt, dann wird die Regel zur Annotation dieser Person die Problematik der Mehrdeutigkeiten entsprechend berücksichtigen. Falls es zusätzlich auch relevant wäre, zwischen „Golf: Auto“ und „Golf: Sport“ zu unterscheiden, werden auch dazu geeignete Parsing Rules eingestellt. Die Anzahl relevanter Homonyme bei internen Untersuchungen und die Erstellung von Mehrdeutigkeitsregeln bleiben aber meist in einem sehr überschaubaren Rahmen.

4. Benutzerdefinierte Kategorien

Zusätzliche fallbezogene Strukturpunkte, mit ICI als „Benutzerdefinierte Kategorien“ bezeichnet, werden durch das Wissen über die Relevanz von bestimmten Personen, Produkten, Projekten, Themengebieten oder Konversationspfaden (wie bestimmte Sender-Empfänger-Gruppen) definiert. Auch spezifische Zeiträume, wie zB der Zeitraum, in der Person A Geschäftsführer der Firma B war, oder Zeiträume für spezielle Projekte oder Angebotsfristen werden als benutzerdefinierte Kategorien hinterlegt. Diese Art von Strukturpunkten kann vom Untersuchungsteam beliebig definiert und eigenständig hierarchisch in der Facettennavigation einfach abgebildet werden. Die Zuordnung von Dokumenten zu solchen Strukturpunkten erfolgt vom Anwender über passende Abfragen, wobei neben freier Sucheingabe die gesamte vorhandene Facettenstruktur dafür genutzt werden kann. Auch für diese Strukturpunkte werden sämtliche verfügbaren Analysen, wie zB Häufigkeiten, Auffälligkeiten, Zeitreihen, Abweichungen, Korrelationen oder Zusammenhänge in Echtzeit berechnet und dargestellt. In der Literatur finden wir diese Funktionalität oft unter „virtuelle Verzeichnisse“. Das heißt, das System erlaubt eine Art Folder-Struktur anzulegen, in der Dokumente nicht dadurch vorkommen, indem sie dort physisch gespeichert oder verknüpft sind. Dokumente scheinen in diesen „Ordnern“ auf, sobald sie einer Abfrage bzw Regeln des semantischen Analysemodells entsprechen. ICI kann dabei zB einen Strukturpunkt (Folder) definieren, in dem alle Rechnungen für ein bestimmtes Projekt aufgelistet werden, sofern sich diese über deren Inhalte semantisch klassifizieren lassen. Die Möglichkeiten mit dieser Methode Ordnung in die zu untersuchende Datenmenge zu bringen, sind dabei umfangreich und beeindruckend.

5. Auswertung der Ergebnisse

Zurück zum Beispielfall: Es gilt immer noch herauszufinden, ob zu bestimmten Angeboten oder Projekten im Kontext zu bestimmten Technologiekomponenten spezielle Informationen zwischen zwei bestimmten Personen ausgetauscht wurden. Dabei spielt es keine Rolle, in welche Richtung die Informationen geflossen sind, ob die Personen direkt adressiert oder auf Kopie gesetzt wurden oder ob sich die Informationen im E-Mail selbst oder in einem Anhang befinden. Für diese Fälle wird bspw in ICI mit dem verfügbaren Abfrage-Wizard eine dafür passende Abfrage erstellt und diese einem neuen Strukturpunkt im Facettenbaum, zB unter Kommunikationspfade – „Person A mit B“, zugeordnet.

Das fallbezogene Analysemodell erlaubt es, mit wenigen Schritten bestimmte Projekte und Technologiekomponenten zu filtern. Diese Ergebnismengen können in jedem Strukturpunkt analytisch ausgewertet und durch zusätzliche Abfragen oder Filter weiter eingeschränkt werden. Zum Beispiel führt bei unserem angenommenen Fall, eine tiefere Betrachtung auf Beträge im Text zwischen 6,500.000,00 und 8,000.000,00 Euro, zu einer weiteren brauchbaren Reduktion der Dokumentenmenge. Auch ein Dokument mit dem Textinhalt „... gut wäre unter 7 Mio zu bleiben ...“ wird berücksichtigt, da der Text „7 Mio“ im Facettenindex durch die semantische Analyse auch mit dem Betrag 7,000.000,00 annotiert ist.

Angenommen, es verbleiben von der Ursprungsmenge nun rund 2.500 Dokumente, die unseren bisherigen Abfragekriterien entsprechen. Wir wissen aufgrund der bisherigen Analyse, dass diese Dokumente mit bestimmten Projekten und Technologien zu tun haben und in irgendeiner Form Betragsangaben zwischen 6,5 und 8 Millionen beinhalten. Wir gehen jetzt der Frage nach, ob zu den bereits als kritisch definierten Kommunikationspfaden E-Mails vorliegen bzw ganz allgemein, ob es dazu auffälligen weiteren E-Mail-Verkehr gegeben hat. Das Analysemodell liefert auf beide Fragen die sofortige Antwort.

Zum Verständnis: Die jetzt gefilterte Datenmenge wird statistisch in Echtzeit mit der gesamten restlichen Datenmenge (Big Data-Analytik) verglichen. Daraus ergeben sich „auffällige“ weitere Kommunikationspfade, Personen, Firmen, Kontonummern, was auch immer das Analysemodell ermöglicht.

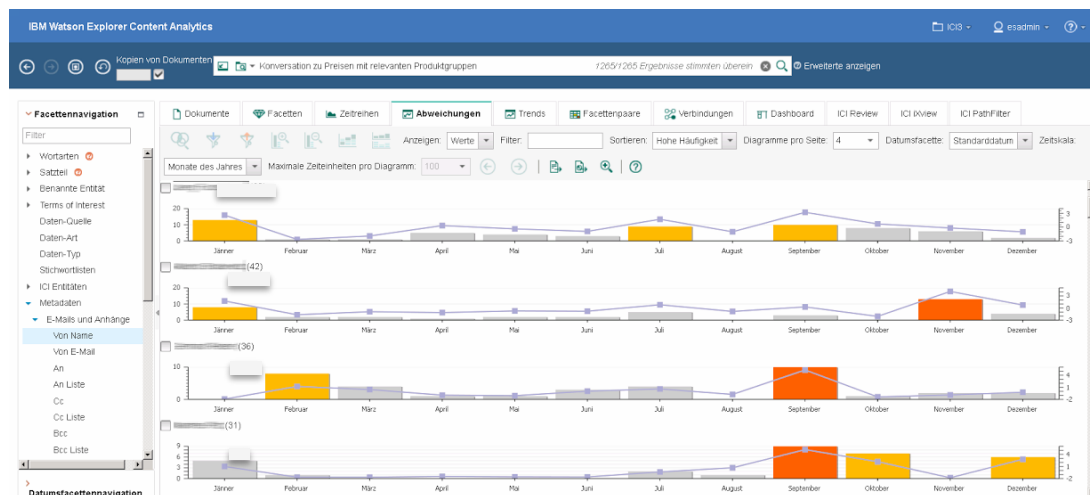


Abb 3 zeigt eine von vielen möglichen Auswertungen in einer durch eine semantische Suche gefilterten Dokumentenmenge. Die Grafik zeigt „auffällige“ (rot) Absender von E-Mails auf der Zeitachse und ermöglicht unmittelbar eine weitere Selektion (Klick auf einzelne Balken), um bei Bedarf einen Review oder eine tiefere Analyse der „dahinterliegenden“ Dokumente durchzuführen. Weitere Darstellungen erlauben Trend- und Netzwerkanalysen bzw eine Verwendung der Daten in frei wählbaren Visualisierungs- oder speziellen Analysetools.

Der zuvor erstellte Strukturpunkt in den Kommunikationspfaden „Person A mit B“ zeigt in den jetzt gefilterten 2.500 Dokumenten rund 300 relevante Dokumente an. Diese können quergelesen, relevante Inhalte exportiert oder für die weitere Bearbeitung geflaggt werden.

Unser Beispielfall sei nach rund 10 Stunden Recherchearbeit abgeschlossen. Dabei wurde die Bearbeitung aller Fragestellungen (Such-, Auswertungs- und Ergebnisprotokolle) nachvollziehbar

dokumentiert und es wurden aus mehr als 500.000 Dokumenten 20 beweisrelevante Dokumente für den Untersuchungsbericht exportiert. Die zumeist umfangreicheren echten Fälle benötigen auch mit semantischer Analyse etwas mehr Zeit.

IV. Fazit: Semantische Analyse ist ein Lernprozess

Die Menge an Möglichkeiten eines analytischen Systems bedingen auch einen Lernprozess, um diese in ihrer vollen Funktionalität nutzen zu können. Zusammenhänge und Pfade können zB nicht nur – wie oben erwähnt – zwischen Sender und Empfänger von E-Mails dargestellt werden, sondern auch zwischen allen möglichen Strukturpunkten. Durch die Kombination von Facetten (Facettenpaare) können zB Buchungstexte und Geldbeträge – zusammen mit Kontoinformationen – analysiert oder Firmennamen und Projekte in Bezug auf Personen dargestellt werden.

Der Lernprozess für den Anwender liegt vor allem in dieser neuen Arbeitsweise. *Ad-hoc*-Analysen in einem riesigen Datenbestand durchzuführen, interaktiv zu arbeiten, tiefer in die Daten hineinzugehen, Auswertungen zu interpretieren, bei Bedarf noch tiefer zu gehen oder wieder zurück nach oben, das alles erfordert ein Umdenken. Schon mit ersten Erfahrungen wird die Definition von Analysemodellen viel einfacher. Aktuelle Entwicklungen von IBM, besonders im Bereich des kognitiven Computing, werden es ermöglichen, nicht nur natürlich-sprachlich auszuwerten, sondern auch die Eingaben an das System mit freier Texteingabe durchzuführen.

Suche setzt voraus zu wissen, wonach gesucht wird. Mit semantischer Suche kann intelligent gesucht werden. Auffälligkeiten können gerade auch da auftreten, wo diese gar nicht vermutet wurden. In einem konkreten Anwendungsfall mit ICI wurde der wichtige Hinweis in einem E-Mail mit einer Schimpfsuada gefunden. Bestimmte Personen, die auf keiner Untersuchungsliste standen, wurden vom Analysemodell mit hoher Auffälligkeit in diesen Nachrichtentexten entdeckt. Die weitere Suche und Analyse mit Bezug auf diese Personen hat dann zu wichtigen neuen Netzwerken und Erkenntnissen in jenem Fall geführt. Mit semantischer Analyse wurden auch wichtige Inhalte entdeckt, die im Vorfeld nicht als relevant erkannt wurden und nach denen nicht direkt gesucht worden wäre.

Die Arbeit mit ICI wird von den Anwendern als sehr praxistauglich und effizient beurteilt. IBM hat die Lösung von BICConcepts mit der Nominierung zum Beacon Award 2016 weltweit in der Kategorie „Watson Outstanding Cognitive Computing Solutions“ ausgezeichnet.



Haftung und Compliance: Wie beeinflusst eine CMS-Zertifizierung den Sorgfaltsmaßstab?

Mona Philomena Ladler*, Universität Klagenfurt

Kurztext: Eine ungenügende Compliance-Organisation stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung der Geschäftsleiter dar. CMS-Standards, wie die Norm ISO 19600, bieten Hilfestellungen zur Ausgestaltung einer Compliance-Organisation und können daher das Haftungsrisiko der Geschäftsleitung reduzieren. In diesem Beitrag wird der Frage nach der Rechtsqualität von CMS-Standards nachgegangen. Es werden die Haftungsfolgen einer Zertifizierung einer Compliance-Organisation auf Basis von CMS-Standards untersucht und analysiert, ob die ordentliche Sorgfalt die Errichtung einer den CMS-Standards entsprechenden Compliance-Organisation gebieten kann.

Schlagworte: ordentliche Sorgfalt; gewissenhafter Geschäftsleiter; Sorgfaltspflicht; Compliance; Compliance-Organisation; Risikomanagementsystem; Ö-Normen.

I. Einleitung

Die österreichische Rechtsordnung sieht keine generelle Verpflichtung zur Installierung einer Compliance-Organisation vor. Wenige ausdrückliche Anordnungen bestehen im Finanzdienstleistungssektor: So verpflichten § 15 InvFG¹ und § 18 WAG² Finanzdienstleistungsunternehmen zur Einrichtung einer wirksamen und unabhängigen Compliance-Organisation, die der Art, dem Umfang und der Komplexität der Geschäfte entsprechen muss. Auch börsennotierte Unternehmen haben gem § 82 Abs 5 BörseG organisatorische Vorkehrungen zur Unterbindung von Insiderhandel zu treffen und nach dem Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) ein internes Risikomanagementsystem zu installieren.³ Die Notwendigkeit zur Errichtung einer Compliance-Organisation ergibt sich schließlich für Unternehmen, die an einer öffentlichen Auftragsvergabe teilnehmen: Geeignete Maßnahmen zum Beleg der „beruflichen Zuverlässigkeit“, die zur Teilnahme am Vergabeverfahren berechtigt, sind gem § 73 Abs 2 BVergG⁴ ein qualitativ hochwertiges Berichts- und Kontrollwesen, die Einschaltung eines internen Organs zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften und interne Haftungs- und Schadenersatzre-

* Postdoc-Ass. Dr. *Mona Philomena Ladler*, Bakk. lehrt am Institut für Rechtswissenschaften an der Universität Klagenfurt. Der Beitrag basiert auf dem am 11. 12. 2015 in Graz im Rahmen der Tagung „Recht und IT: Compliance-Management. Standards – Tools – Haftung“ gehaltenen Vortrag der Verfasserin. Für hilfreiche Anmerkungen gebührt Univ.-Prof. Dr. *Christoph Kietzibl* aufrichtiger Dank.

1 Investmentfondsgesetz (InvFG) 2011 BGBl I 2011/77.

2 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) 2007 BGBl I 2007/60.

3 Vgl Regeln 9, 15, 40, 70 ÖCGK idF Jänner 2015.

4 Bundesvergabegesetz (BVergG 2006) BGBl I 2006/17.

gelingen.⁵ Im allgemeinen Gesellschafts- und Unternehmensrecht finden sich hingegen keine Bestimmungen zur Einrichtung einer Compliance-Organisation. Deshalb fehlt es auch an allgemeinen gesetzlichen Anhaltspunkten, wie ein Compliance Management System (CMS) zu organisieren ist. Entsprechende Hilfestellungen zur Organisation eines CMS bieten von nationalen und internationalen Normungsinstitutionen veröffentlichte Standards, wie die ONR 192050 bzw die ISO 19600.⁶ Bei Erfüllung der nach ONR 192050 bzw ISO 19600 vorgegebenen Kriterien⁷ kann einem Unternehmen ein zeitlich befristetes Zertifikat durch eine Zertifizierungsstelle zuerkannt werden, welches die Qualität und Funktionstüchtigkeit seines CMS belegt.⁸

Die zivil- und gesellschaftsrechtlichen Folgen einer solchen Zertifizierung sind bislang ungeklärt. In diesem Beitrag werden die Rechtsqualität der CMS-Standards und die Haftungsfolgen einer Zertifizierung untersucht. Darüber hinaus wird analysiert, ob auch ohne Zertifizierung eine Pflicht zur Orientierung an CMS-Standards bestehen kann.

II. Ausgangslage

A. Compliance als Leitungsverantwortung

Ungeachtet der rudimentären gesetzlichen Ausgestaltung von Compliance-Organisationen wird eine generelle Verpflichtung zu Compliance einhellig bejaht.⁹ Es entspricht einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung iSd § 25 GmbHG bzw §§ 70 iVm 84 AktG, die Einhaltung gesetzlicher und vertraglicher Verpflichtungen der Gesellschaft sicherzustellen.¹⁰ Der Geschäftsführer unterliegt nicht bloß in Ausübung seiner eigenen Tätigkeit einer Legalitätspflicht, vielmehr trifft ihn auch eine horizontale und vertikale Überwachungspflicht. Die horizontale Überwachung ist Ausfluss der Gesamtverantwortung des einzelnen Organmitgliedes für die Geschäftsführung und verpflichtet zur gegenseitigen Kontrolle bei Ressortverteilung.¹¹ Die vertikale Überwachung erstreckt

5 Weiterführend *Gölles/Makarius*, Prüfpflicht öffentlicher Auftraggeber bei Unzuverlässigkeit und Chance auf „Selbstreinigung“ für Unternehmer, RPA 2014, 185.

6 *Dürager*, Die rechtlichen Fallstricke bei der Überwachung und Durchsetzung einer Compliance-Organisation, ZIR 2013, 339 (341); *Hussian*, Compliance-Management-System nach der ONR 192050, bau aktuell 2014, 163.

7 ZB Identifikation und Neubewertung konkreter Compliance-Risiken; Einrichtung einer Compliance-Funktion; Definition von Compliance-Zielen; interne Bewusstseinsbildung und Schulungsmaßnahmen etc: Compliance management systems – Guidelines, ISO 19600:2014(E); verfügbar unter Austrian Standards, Compliance Management Systeme: Zertifizierungsschema https://www.austrian-standards.at/fileadmin/user/bilder/downloads-produkte-und-leistungen/Zertifizierungsschema_Compliance.pdf (abgefragt am 25. 1. 2016; in der Folge kurz: CMS-Zertifizierungsschema).

8 Details dazu erläutert der Beitrag von *Jonas*, Die Internationale Norm ISO 19600 Compliance Management Systems – Inhalte und Zertifizierung, ALJ 2016, 37.

9 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/334. *Knafel*, Einführung von Compliance-Systemen (2014) 41 f; *Dürager*, ZIR 2013, 340.

10 § 22 Abs 1 GmbHG verpflichtet den Geschäftsführer einer GmbH, ein Rechnungswesen und internes Kontrollsystem einzurichten. Eine inhaltsgleiche Anordnung besteht gem § 82 AktG für den Vorstand einer AG. Das interne Kontrollsystem umfasst nach dem Willen des Gesetzgebers „sämtliche aufeinander abgestimmte Methoden und Maßnahmen in einem Unternehmen [...], die dazu dienen, das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnungsdaten zu gewährleisten und die Einhaltung der vorgeschriebenen Geschäftspolitik zu unterstützen.“ Dementsprechend ist die Etablierung von Kontrollmechanismen, die die Liquidität der Gesellschaft sicherstellen und überwachen, verpflichtend. § 22 GmbHG bzw § 82 AktG beziehen sich lediglich auf die Einrichtung eines Rechnungswesens; eine weitreichende Anordnung zur Installierung einer Compliance-Organisation ist nach hA daraus nicht ableitbar. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz⁵ (2011) §§ 77–84 Rz 15; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), GmbHG (2015) § 25 Rz 16; *Feltl/Pucher*, Corporate Compliance im österreichischen Recht – Ein Überblick, wbl 2010, 269; vlg auch *Koppensteiner/Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007) § 22 Rz 2.

11 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* Rz 3/347; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 70 Rz 41.

sich auf die Überwachung, Anleitung und Kontrolle nachgeordneter Mitarbeiter.¹² Um dieser Überwachungspflicht gerecht zu werden, ist eine entsprechende Organisation des Unternehmens erforderlich.¹³ So setzt die Gewährleistung der Einhaltung verwaltungsrechtlicher Vorschriften gem § 9 Abs 1 VStG nach stRsp die Etablierung eines wirksamen Kontrollsystems voraus. Interne Schulungen oder Weisungen an untergeordnete Mitarbeiter sind nicht ausreichend; auch eine nachträgliche Überprüfung bereits gesetzten Verhaltens wird den Anforderungen an die (verwaltungsrechtliche) Legalitätspflicht nicht gerecht. Geschäftsleiter treffen vielmehr präventive Überwachungspflichten, deren wirksame Wahrnehmung die Installierung eines entsprechenden Risikomanagementsystems erfordert.¹⁴

In der Wahl der zu setzenden Maßnahmen haben Geschäftsleiter allerdings einen Ermessensspielraum.¹⁵ Die interne Organisation hat den Anforderungen des Unternehmens zu entsprechen; sie ist branchen- und unternehmensspezifisch. Maßgebliche Kriterien sind insb die Größe des Unternehmens, die Branche, das Geschäftsmodell sowie die konkrete Risikosituation im Unternehmen unter Berücksichtigung vergangener Missstände.¹⁶ Anhaltspunkte für die Ausübung dieses Organisationsermessens finden sich nur in Sondergesetzen; und selbst diese erlauben es aufgrund ihrer Divergenz nicht, allgemeingültige Anforderungen an die interne Überwachungsarchitektur abzuleiten.¹⁷ Abhängig von der Art des Unternehmens (Börsennotierung) bzw Geschäftsfeld (Finanzdienstleistungssektor) und Kontrahierungspartner (Vergaberecht) ist zwar eine Verpflichtung zur Installierung eines CMS zu bejahen. Die Ausgestaltung des CMS ist aber auch in diesen Fällen an das konkrete Unternehmen anzupassen.¹⁸ Auch sind diese Vorgaben nicht uneingeschränkt auf alle Unternehmen zu übertragen: Insb in kleinen Einheiten kann die Einrichtung einer gesonderten Compliance-Funktion unterbleiben, sofern die Legalitätskontrolle auch durch die Geschäftsführung selbst wahrgenommen werden kann.

12 Reich-Rohrwig in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 48; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz² (2012) § 70 Rz 17.

13 Feltl/Pucher, wbl 2010, 270; Strauss/Hiermann, Die Pflicht zur Einführung von Compliance-Management-Systemen und der Aufsichtsrat, Aufsichtsrat aktuell 2014/6, 8; deutlich zum dt Recht LG München 10. 12. 2013, 5 HK O 1387/10.

14 VwGH 24. 3. 2015 2013/03/0054; VwGH 30. 6. 2011 2011/03/0078; zum Arbeitgeber VwGH 18. 8. 2015 Ro 2015/11/0003. Reich-Rohrwig in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 490.

15 Feltl/Pucher, wbl 2010, 270 f; Knafl, Compliance-Systeme 48; Schirmer/Uitz, Compliance-Maßnahmen zur Reduktion der Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern, RdW 2010, 200 (201); zum dt Recht Sünner, Von der Sorge für gesetzeskonformes Verhalten – Zugleich eine Besprechung des ISO-Entwurfs 19600, CCZ 2015, 2.

16 Dürager, ZIR 2013, 341; Strauss/Hiermann, Aufsichtsrat aktuell 2014/6, 10.

17 So ordnen § 15 InvFG bzw § 18 WAG die Einrichtung einer dauerhaften und unabhängigen Compliance-Funktion an. Diese besteht aus einem Compliance-Beauftragen und allenfalls weiteren betrauten Personen, die über die notwendige Sachkenntnis verfügen. Der Compliance-Beauftragte trägt die Verantwortung für die Compliance-Funktion und unterliegt Berichtspflichten gegenüber der Geschäftsleitung. Um die Funktionsfähigkeit der Compliance-Funktion sicherzustellen, sind den mit der Funktion betrauten Personen die notwendigen Befugnisse, Ressourcen und Informationszugänge einzuräumen. § 73 Abs 2 BVergG setzt gar nur ein „qualitatives“ Kontrollwesen voraus; die Anforderungen an die interne Compliance-Funktion oder die Funktionsweise des internen Haftungs- und Entschädigungsregimes werden nicht weiter konkretisiert. Nach dem ÖCGK hat der Vorstand die „geeigneten Vorkehrungen“ zur Sicherstellung der Einhaltung der Gesetze zu treffen (Regel 15 ÖCGK). Zudem sind „die wesentlichen eingesetzten Risikomanagement-Instrumente in Bezug auf nicht-finanzielle Risiken“ in den Konzernlagebericht aufzunehmen (Regel 70 ÖCGK. Diesbezüglich genügt eine allgemeine Beschreibung der eingesetzten Risikomanagementsysteme; eine Darstellung der Funktionsfähigkeit ist nicht erforderlich: Interpretation zum ÖCGK, zu Regel 70) und ist der AR über alle relevanten Fragen der Geschäftsentwicklung, einschließlich des Risikomanagements, zu informieren (Regel 9, 40 ÖCGK).

18 Siehe § 18 Abs 4 UAbs 2 WAG bzw § 15 Abs 4 InvFG.

Eine Compliance-Organisationspflicht steht daher immer unter dem Vorbehalt einer Einzelfallbetrachtung.¹⁹

Eine ungenügende Compliance-Organisation stellt einen Sorgfaltsverstoß iSd § 25 GmbHG bzw § 70 iVm § 84 AktG dar. So kann eine Verletzung der Überwachungspflicht eine Zurechnung des Verhaltens der Mitarbeiter zum Geschäftsführer bzw Vorstand bewirken.²⁰ Geschäftsleiter haben ihre Aufgaben gem § 25 GmbHG bzw § 84 AktG mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes wahrzunehmen. Der Sorgfaltsmaßstab ist objektiv,²¹ die Anforderungen, die an einen ordentlichen Geschäftsmann gestellt werden, sind stets im Anlassfall unter Berücksichtigung der Art des Unternehmens, der Größe oder der wirtschaftlichen Lage zu ermitteln.²² Eine Haftung des Geschäftsleiters tritt – bei Vorliegen der sonstigen zivilrechtlichen Voraussetzungen – bei eklatantem Überschreiten des objektiven Sorgfaltsmaßstabes ein.²³ Anspruchsberechtigt ist grundsätzlich die Gesellschaft;²⁴ in Einzelfällen kann auch eine Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern (§ 25 Abs 5 GmbHG bzw § 84 Abs 5 AktG) oder Aktionären (deliktisch) bestehen.²⁵ Den Freibeweis für sorgfältiges Handeln haben die Geschäftsleiter zu erbringen.²⁶

B. Rechtliche Einordnung und Funktion der ISO 19600

CMS-Standards, wie ISO 19600 und ONR 192050, können eine Hilfestellung in Ausübung des Organisationsermessens bieten und damit das Haftungsrisiko des Geschäftsleiters reduzieren. Die ISO 19600 und ONR 192050 wurden von privaten Normungsinstitutionen, der International Standardization Organization (ISO) bzw dem Austrian Standards Institute (ASI), veröffentlicht. Diese Standards sind kein Gesetzesrecht. Ihrer Rechtqualität nach sind sie mit Ö-Normen vergleichbar,²⁷ die den aktuellen Stand der Technik repräsentieren und eine Zusammenfassung der üblichen Sorgfaltsanforderungen aus dem Wirtschaftsleben darstellen.²⁸ Ö-Normen sind rechtlich unverbindlich und haben nur dann allgemeine Geltung, wenn sie durch Gesetz oder Verordnung für verbindlich erklärt wurden.²⁹ Darüber hinaus können Ö-Normen durch Parteienvereinbarung (auch konkludent) zum Vertragsbestandteil werden und auf diese Weise Bindungswirkung entfalten.³⁰ Doch auch ohne eine entsprechende gesetzliche oder vertragliche Verbindlicherklärung können Ö-Normen *de facto* Geltung erlangen: Werden Ö-Normen durch Übung der beteiligten Verkehrskreise zum Handelsbrauch oder zur Verkehrssitte, sodass in künftigen Fällen mit einer Anwendung zu rechnen ist, sind sie nach stRsp als Auslegungsmaxime heranzuziehen.³¹

19 Feltl/Pucher, wbl 2010, 270 f; Knafel, Compliance-Systeme 48, aA Strauss/Hiermann, Aufsichtsrat aktuell, 10.

20 Koppensteiner/Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 10 mwN.

21 Koppensteiner/Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 14.

22 Völkl, Der österreichische Corporate-Governance-Kodex im Licht der §§ 70 und 84 AktG, GesRZ 2003, 73.

23 Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 36.

24 § 25 Abs 2 GmbHG; § 84 Abs 2 AktG.

25 Jabornegg in Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz⁵ (2011) § 84 Rz 101.

26 § 84 Abs 2 Satz 2 AktG.

27 ONR sind als bloße technische Regeln eine Vorstufe zu Ö-Normen: Hauer, Rechtliche Grenzen der Normung, ZTR 2014, 102.

28 StRsp OGH 15. 4. 1998, 3 Ob 70/98k; OGH 22. 10. 1999, 1 Ob 278/98h; OGH 27. 3. 2001, 1 Ob 262/00m; OGH 8. 7. 2015, 1 Ob 79/15x.

29 § 9 Normengesetz 2016 BGBl I 2015/153; Hauer, ZTR 2014, 102.

30 Graf in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1,02} § 864a Rz 11 mwN (Stand 19. 5. 2015, rdb.at); Rummel in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2002) § 861 Rz 12.

31 StRsp, zuletzt OGH 6. 8. 2015, 2 Ob 223/14d; RIS-Justiz RS0038622; zu verfassungsrechtlichen Bedenken bspw Hauer, ZTR 2014, 102.

Auch der ISO-Standard 19600 entfaltet keine rechtliche Bindungswirkung, sondern dient primär als „Anhaltspunkt“³² oder „Orientierungsstandard“³³. Er erfordert zu seiner Geltung mangels einer gesetzlichen oder behördlichen Verbindlicherklärung eine vertragliche Vereinbarung. Bei entsprechender Verbreitung könnte darüber hinaus eine den Ö-Normen vergleichbare faktische Bindungswirkung eintreten.

Es liegt daher grundsätzlich im Ermessen der Geschäftsleitung, die interne Überwachungsarchitektur in Einklang mit ISO 19600 zu gestalten. Dies ergibt sich sowohl aus dem Organisationsermessen der Geschäftsleitung, als auch aus der mangelnden Bindungswirkung des Standards. Anderes gilt bei Erwerb einer Zertifizierung (dazu gleich im Folgenden unter Punkt 3.) bzw bei Bejahung einer faktischen Geltung (dazu im Folgenden unter Punkt 4.): Entschließt sich die Geschäftsleitung zum Aufbau eines CMS auf der Grundlage von ISO 19600 und zu einer Zertifizierung desselben, entfaltet der Standard Bindungswirkung. Darüber hinaus könnte bei Vorliegen eines Handelsbrauches auch eine faktische Geltung des ISO-Standards 19600 eintreten. Dies würde das Organisationsermessen der Geschäftsleitung in weiterer Folge reduzieren, weil ein dem Standard entsprechendes CMS erforderlich würde.

III. Rechtslage bei einer CMS-Zertifizierung

A. Rechtliche Einordnung einer CMS-Zertifizierung

Die Geltung der ONR 192050 bzw ISO 19600 wird bei einer Zertifizierung vertraglich von den Parteien vereinbart. Eine Zertifizierung durch die Zertifizierungsstelle von Austrian Standards (AS + C) ist zivilrechtlich als Vertrag zwischen der Gesellschaft und AS + C einzuordnen,³⁴ dem die ISO 19600 bzw ONR 192050 zugrunde gelegt werden.³⁵ Sie entfalten demnach Bindungswirkung zwischen den Parteien, sodass Handlungen der Gesellschaft entgegen der Zertifizierung eine Verletzung der vertraglichen Verpflichtungen darstellen. Dies kann in weiterer Folge zu einer Zurückziehung des Zertifikats durch AS + C führen.³⁶ Aus dem Zertifizierungsverfahren entstandene Kosten sind von der Gesellschaft zu tragen.³⁷

Doch auch außerhalb des Vertragsverhältnisses sind mit einer CMS-Zertifizierung besondere Verpflichtungen verbunden. Zu denken ist insb an § 2 Abs 3 Z 2 UWG, welcher der Nichteinhaltung von Verpflichtungen aus einem Verhaltenskodex, dem sich der Unternehmer freiwillig unterworfen hat, Irreführungseignung zuerkennt. Irreführung ist gegeben, wenn ein Unternehmer auf die Geltung eines Verhaltenskodizes verweist (lit a) und ein Marktteilnehmer aufgrund dieser Annahme zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wurde. Dies setzt voraus, dass der Verhaltenskodex eindeutige Verpflichtungen enthält, deren Einhaltung nachprüfbar ist (lit b).³⁸ Unzulässig ist nicht bloß die Nichteinhaltung von freiwillig auferlegten Verpflichtungen, sondern auch die unrichtige Behauptung eines Unternehmers, einen Verhaltenskodex unterzeichnet zu

32 Zur ONR 192050 *Dürager*, ZIR 2013, 341.

33 Zur ONR 192050 *Busch/Hjertsonsson*, Sieben Elemente eines effizienten und wirksamen Compliance-Management-Systems, CFO aktuell 2013, 96 (96).

34 Punkt 11 CMS-Zertifizierungsschema.

35 Punkt 3.1 CMS-Zertifizierungsschema iVm Anhang A, B.

36 Punkt 3.10 CMS-Zertifizierungsschema.

37 Anhang C, Punkt 2 und 11 CMS-Zertifizierungsschema.

38 Siehe *Anderl/Appel* in *Wiebe/Kodek* (Hrsg), UWG² (2012) § 2 UWG Rz 472 ff.

haben.³⁹ Jedenfalls irreführend ist zudem die Verwendung eines Gütesiegels oder Qualitätskennzeichens ohne erforderliche Genehmigung⁴⁰ und die unrichtige Behauptung, dass ein Unternehmen von einer öffentlichen oder privaten Stelle bestätigt, gebilligt oder genehmigt worden sei.⁴¹

Wird den Verpflichtungen aus der CMS-Zertifizierung nicht nachgekommen, bei Handlungen im geschäftlichen Verkehr aber auf das Zertifikat verwiesen, ist eine Irreführung gem § 2 UWG gegeben. Eine CMS-Zertifizierung setzt die Erfüllung eindeutiger Verpflichtungen voraus, deren Einhaltung auch nachprüfbar ist. Wird das CMS-Zertifikat im geschäftlichen Verkehr verwendet, obwohl keine Zertifizierung erlangt wurde oder ist die Zertifizierung abgelaufen, liegt eine irreführende Geschäftspraktik gem Z 2 bzw Z 4 des Anhanges zum UWG vor. Dies kann in weiterer Folge zu Unterlassungs- und Schadenersatzpflichten der Gesellschaft führen.⁴²

B. Haftung bei CMS-Zertifizierung

Die Zertifizierung bewirkt im Außenverhältnis eine vertragliche Verpflichtung der Gesellschaft. Im Innenverhältnis obliegt es der Geschäftsleitung, die Umsetzung der gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen der Gesellschaft sicherzustellen. Eine Zertifizierung ist daher untrennbar mit der Frage nach den Pflichten und der Haftung der Geschäftsführung verknüpft.

1. Haftungserhöhung

Eine Zertifizierung bewirkt zunächst eine Haftungserhöhung der Geschäftsleitung, weil der Umfang der einzuhaltenden Verpflichtungen umfassender wird. Wurde ein CMS-Zertifikat erworben, ist die Geschäftsleitung im Rahmen ihrer Legalitätspflicht verpflichtet, sich vertragsgemäß zu verhalten; maW sind die Umstände, die zu einer Zertifizierung geführt haben, aufrechtzuerhalten. Handlungen entgegen des Vertrages können eine Pflichtverletzung durch die Geschäftsleitung begründen und in weiterer Folge zu einer Haftung führen.

Eine Haftung des Geschäftsleiters kann zudem aus sondergesetzlichen Verpflichtungen resultieren: Wird ein Zertifikat irreführend genutzt, ist die Gesellschaft nach dem UWG zu sanktionieren. Da jedoch der Geschäftsleiter im Innenverhältnis für die Durchsetzung der gesetzlichen Verpflichtungen verantwortlich ist, ist der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft zur Haftung heranzuziehen. Schadenersatzpflichten der Gesellschaft können daher beim Geschäftsleiter regressiert werden.⁴³

2. Haftungsminderung

Zugleich kann eine CMS-Zertifizierung eine erhebliche Reduktion des Haftungsrisikos der Geschäftsleitung bewirken. Einer Zertifizierung liegt der Aufbau eines CMS anhand von Leitlinien zugrunde, welche die Geschäftsleitung in Wahrnehmung ihrer Legalitäts- und Organisationsverantwortung unterstützen. Die ISO 19600 bzw das CMS-Zertifizierungsschema enthalten konkrete Handlungsanweisungen, wodurch Risiken in der Gesellschaft leichter erkannt und unterbunden werden

39 Z 1 Anhang UWG.

40 Z 2 Anhang UWG.

41 Z 4 Anhang UWG.

42 § 1 Abs 5 UWG.

43 Siehe *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 103 mwN.

können.⁴⁴ Darüber hinaus werden potenzielle Mängel im CMS durch externe Auditors aufgezeigt. Im Zuge des Zertifizierungsverfahrens sind zwei Überprüfungen des CMS durchzuführen⁴⁵ und während aufrechter Zertifizierung jährlich zu kontrollieren.⁴⁶ Hierdurch können Risiken identifiziert werden, die „betriebsblinde“ Leitungsorgane uU übersehen.

Zudem kann eine CMS-Zertifizierung eine Vermutungswirkung für sorgfältiges Handeln begründen. Der Geschäftsleiter ist seinem Organisationsermessen ordnungsgemäß nachgekommen, weil er ein CMS aufgebaut hat, das international erarbeiteten Standards entspricht. Darüber hinaus wurde dieses zertifiziert, sodass der Beweis, dass in Einklang mit der branchenüblichen Sorgfalt gehandelt wurde, leichter gelingen wird.⁴⁷

3. Sorgfaltsminderung?

a. Normgerecht, aber nicht fehlerfrei

Eine Zertifizierung darf aber nicht dahingehend verstanden werden, dass die Sorgfaltspflicht damit begrenzt ist. Zwar indiziert eine normgerechte Herstellungsart nach stRsp die Fehlerfreiheit eines Produkts,⁴⁸ doch ist diese rechtliche Vermutung in Bezug auf zertifizierte CMS zu relativieren. Zunächst wird eine Zertifizierung nur für einen von der Gesellschaft definierten Geltungsbereich ausgestellt.⁴⁹ Ein CMS-Zertifikat kann sich daher durchaus auch nur auf einen Teilbereich der Compliance-Organisation beziehen und nicht sämtliche zu überwachenden Bereiche und Materien umfassen. Das CMS-Zertifikat belegt dann bloß, dass dieser Teilbereich in Einklang mit der ISO 19600 gestaltet wurde.

Zudem ist bei einem mangelhaften Produkt oder Werk problemlos feststellbar, ob der zugrundeliegenden Ö-Norm/ISO entsprochen wurde. Wird etwa ein Fenster in Einklang mit der entsprechenden Ö-Norm hergestellt, verfügt es über gewisse technische Eigenschaften, wie eine Dichtung. Ist die Dichtung wasserdurchlässig, wurde nicht dem aktuellen Stand der Technik entsprechend gehandelt und ist das Produkt fehlerhaft. Alle Fenster-Hersteller haben dieselben technischen Eigenschaften zu erfüllen, ungeachtet der Größe oder technischen Ausstattung des Unternehmens. Unternehmen als Organisationen sind hingegen nicht mit Produkten vergleichbar. Leitungsorgane unterliegen einem Ermessensspielraum, wie das Unternehmen zu organisieren ist; die konkrete Ausgestaltung eines CMS ist stets an das Unternehmen anzupassen. Es ist daher immer eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen, ob das CMS den Anforderungen eines Unternehmens genügt. Mechanismen, die sich in einem Unternehmen bewährt haben, sind kein Garant für die Unterbindung von Gesetzesverstößen in anderen Unternehmen. Compliance ist von der Unternehmenskultur abhängig: So können sich etwa Whistleblowing-Systeme in manchen Unternehmen als wichtiger Teil der Aufdeckung und Ahndung unternehmensinterner Verstöße erweisen, in anderen Unternehmen aber kaum genutzt werden.

44 Vgl. *Dürager*, ZIR 2013, 341.

45 Punkt 3.3 CMS-Zertifizierungsschema.

46 Punkt 3.6 CMS-Zertifizierungsschema.

47 Vgl. *Ebmer*, Haftungsbefreiende Wirkung von Compliance-Management-Systemen für Verbände und Leitungsorgane, *bau* aktuell 2014, 205.

48 OGH 28. 6. 1995, 3 Ob 547/95; 16. 7. 1998, 6 Ob 157/98a; 23. 9. 2004, 6 Ob 73/04k.

49 Punkt 3.1.3 CMS-Zertifizierungsschema; Die Rosenbauer International AG hat etwa die Risikofelder „Korruption“ und „Wettbewerbsrecht“ zertifiziert: <https://certificates.austrian-standards.at/certificate?1> (abgefragt am 25. 1. 2016).

Vor diesem Hintergrund erscheint es auch problematisch, den Sorgfaltsmaßstab anhand allgemeiner Compliance-Standards zu konkretisieren. Aufgrund der Verschiedenartigkeit und Vielfältigkeit unternehmerischer Tätigkeit kann keine allgemeingültige Lösung für die Organisation von Compliance gefunden werden. Dies zeigt auch der Aufbau und Umfang der ISO 19600 selbst: So haben Unternehmen etwa eine von den individuellen Bedürfnissen abhängige unternehmensspezifische Analyse der eigenen Risikosituation vorzunehmen.⁵⁰ Welche möglichen Risiken erfasst sein könnten, wird hingegen nicht vorgegeben. Selbst in Unternehmen, für die ein CMS gesetzlich vorgeschrieben ist, sind kaum pauschale Vorgaben möglich. So werden auch die dem WAG oder InvFG unterliegenden Rechtsträger von einzelnen Compliance-Organisationsanforderungen ausgenommen, sofern ein Nachweis der Unverhältnismäßigkeit erbracht wird.⁵¹ Die ON 192050 und ISO 19600 sind in diesem Sinne nicht mit anderen technischen Standards, wie etwa zur Produktsicherheit und technischer Eigenschaften, vergleichbar.

Ein Geschäftsleiter kann sich demnach nicht unter Berufung auf eine ISO-Zertifizierung von der Haftung freizeichnen. Selbst bei Handeln in Einklang mit der Norm und einer Zertifizierung ist eine Haftung der Geschäftsleiter nicht ausgeschlossen.⁵²

b. Kollision mit Vorstandspflichten?

Eine Zertifizierung kann zudem in einem Spannungsverhältnis zu kardinalen Vorstandspflichten stehen. Insb kann eine *Moral-hazard*-Problematik auftreten: Indem Geschäftsleiter ihre Legalitätsverantwortung auf eine Compliance-Funktion übertragen, wird die eigenverantwortliche Überwachung durch die Geschäftsleiter vermeintlich reduziert. Sie wiegen sich in falscher Sicherheit, dass eine Legalitätskontrolle ohnehin vorgenommen würde. Geschäftsleiter trifft aber immer die Gesamtverantwortung für die Legalitätskontrolle, einschließlich Compliance.⁵³ Auch im Falle einer Ressortverteilung erfordert die horizontale Überwachungspflicht eine gegenseitige Kontrolle anderer Vorstandsmitglieder, die durch Informations- und Auskunftsrechte ausgeübt wird.⁵⁴ Die Compliance-Funktion muss folglich in ihrer Tätigkeit überwacht werden, andernfalls eine Solidarhaftung der Geschäftsleitung eintreten könnte.

Eine umfassende Überwachung durch den Vorstand könnte aber daran scheitern, dass Compliance-Funktionen unabhängig sind.⁵⁵ Dies schließt Weisungen seitens der Geschäftsleitung an Compliance-Beauftragte aus. Compliance-Funktionen sind zudem mit den für die Wahrnehmung ihrer Tätigkeit notwendigen Informationen auszustatten bzw sind die notwendigen Informationsrechte einzuräumen.⁵⁶ Der Vorstand unterliegt aber gem § 84 Abs 1 Satz 2 AktG einer Geheimhaltungspflicht. Eine Weitergabe von Informationen ist nur im Interesse der Gesellschaft zulässig.⁵⁷ Die Errichtung eines CMS kann daher mit wesentlichen Vorstandspflichten kollidieren. Eine „Übererfüllung“ der Legalitätspflicht, im Sinne einer Ausstattung der Compliance-Funktion mit zu weitreichenden Befugnissen, könnte letztlich sogar eine Sorgfaltspflichtverletzung des Vorstandes begründen.

50 Punkt A.4.10 CMS-Zertifizierungsschema.

51 § 18 Abs 4 UAbs 2 InvFG; § 15 Abs 4 WAG.

52 So auch *Hussian*, bau aktuell 2014, 163.

53 So zuletzt VwGH 11. 9. 2015, 2013/17/0485; 4. 7. 2008, 2008/17/0072.

54 *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 70 Rz 41.

55 § 18 InvFG; § 15 WAG; Punkt A.5.12. CMS-Zertifizierungsschema.

56 Punkt A.5.15. Z 3 CMS-Zertifizierungsschema.

57 Eine Grenze bildet nach hL die Weitergabe von Aufsichtsratsprotokollen oder Protokollen von Vorstandssitzungen. *Kalss/Schörghofer*, Corporate Compliance und Gesellschaftsrecht, in *Lucius/Oppitz/Pachinger*, Compliance im Finanzdienstleistungsbereich (2010) Kapitel 1.

IV. Rechtslage ohne CMS-Zertifizierung

A. ISO 19600 als Handelsbrauch?

Wie dargelegt, besteht im Allgemeinen⁵⁸ keine generelle gesetzliche Verpflichtung zum Aufbau einer CMS-Organisation. Vielmehr verfügen Geschäftsleiter über ein Organisationsermessen, das eine andere, als nach ISO 19600 vorgegebene Überwachungsarchitektur erlaubt. Fraglich ist, ob dennoch ein Druck zur Befolgung der ISO 19600 bestehen könnte, zumal Ö-Normen nach stRsp auch ohne entsprechende gesetzliche oder vertragliche Verbindlicherklärung als Handelsbrauch *de facto* Geltung erlangen können.⁵⁹

Ein Handelsbrauch (bzw Unternehmensbrauch) ist eine unternehmerische Verkehrssitte. Er dient gem § 346 UGB als Interpretationsmaxime, wonach Handlungen und Unterlassungen von Unternehmern, im Hinblick auf die im Geschäftsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, auszuüben sind. Zudem wird ein Handelsbrauch als Vertragsergänzung bei mangelnder Regelung herangezogen.⁶⁰ Damit ein Handelsbrauch vorliegt, muss eine Verhaltensweise innerhalb eines bestimmten Geschäftskreises für eine gewisse Zeit freiwillig geübt werden. Das Tatbestandsmerkmal der Übung erfordert eine entsprechende Verbreitung einer Verhaltensweise. Hiervon ist auszugehen, wenn „ein ganz überwiegender Teil“ der Verkehrskreise die Verhaltensweise befolgt.⁶¹ Wird etwa in einem Werkvertrag nichts bezüglich der technischen Eigenschaften eines Werks vereinbart, so ist das Werk so zu erstellen, wie es üblich und angemessen ist; dabei sind die anerkannten Regeln des Fachs, einschließlich Ö-Normen, anzuwenden. Der Werkunternehmer ist seinem Vertragspartner gegenüber verpflichtet, ein Werk zu liefern, das der relevanten Ö-Norm entspricht.⁶²

Auch einer ISO 19600-Zertifizierung liegt ein Vertrag mit der Zertifizierungsstelle zu Grunde. Bei fehlender Vereinbarung könnte der ISO-Standard als Handelsbrauch der Auslegung des Zertifizierungsvertrages dienen bzw vertragsergänzend wirken. Eine solche Entwicklung ist derzeit aber nur wenig wahrscheinlich. Aktuell haben erst drei Unternehmen ein CMS-Zertifikat beantragt und erlangt.⁶³ Es ist daher von keiner Verhaltensweise auszugehen, die von einem überwiegenden Teil der Verkehrskreise befolgt wird. Selbst bei Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich bei CMS-Standards um ein relativ junges Konzept handelt, ist nicht von einer künftigen Herausbildung eines Handelsbrauches auszugehen. Zwar würde es genügen, dass nur Unternehmen einer Branche oder eines Geschäftszweiges eine Verhaltensweise üben. So wäre es etwa denkbar, dass andere Energiedienstleister dem Beispiel der KELAG folgen und sich ein (auch regionaler) Handelsbrauch für Energieunternehmen entwickelt. Dem stehen aber inhomogene Organisationsstrukturen von Unternehmen entgegen, zumal insb kleine Unternehmen uU gar kein derart umfassendes CMS, wie es von ISO 19600 vorgegeben wird, benötigen.⁶⁴

58 Zu den Ausnahmen vgl oben unter Punkt 1.

59 RIS-Justiz RS0038622; RS0038609.

60 RIS-Justiz RS0102364; RS0062008.

61 *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum UGB, 31. Lgf (2011) § 346 Rz 10 mwN. Die WKÖ geht bei Erhebungen von einem Handelsbrauch aus, wenn Dreiviertel der befragten Verkehrsteilnehmer die Verhaltensweise üben. Übersicht über Handelsbräuche <https://www.wko.at/Content.Node/Interessenvertretung/Wirtschaftsrecht/Handelsbrauch-Liste.html> (abgefragt am 25. 1. 2016).

62 OGH 22. 6. 2010, 10 Ob 24/09s; 17. 6. 1986, 4 Ob 356/86; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ (2008) 27.

63 KELAG-Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft, Rosenbauer International AG, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 48, https://certificates.austrian-standards.at/FBCC_Faibusiness_Certification (abgefragt am 25. 1. 2016).

64 Auch eine branchenübergreifende Herausbildung eines Handelsbrauches nur für große Unternehmen – für die der ISO-Standard zugeschnitten scheint – ist abzulehnen, da der Bereich/das Marktsegment, in dem ein Handelsbrauch gilt, objektiv abgrenzbar sein muss. Siehe *Kramer/Rauter* in *Straube*, WK § 346 Rz 14 mwN.

Selbst bei Unterstellung der Prämisse, dass sich der ISO-Standard 19600 zu einem Handelsbrauch entwickelt, ist hieraus kein genereller Befolgungsdruck für alle Unternehmen ableitbar, ihr CMS in Einklang mit dem Standard zu gestalten. Ein Handelsbrauch dient der Vertragsauslegung oder Vertragsergänzung; wird aber keine Zertifizierung vorgenommen, mangelt es bereits am auszulegenden bzw zu ergänzenden Vertragsverhältnis.

B. ISO 19600 als Verkehrsanschauung?

Der ISO-Standard 19600 könnte hingegen als Verkehrsanschauung allgemeine Geltung entfalten. Eine Verkehrsanschauung gibt eine bestimmte Werthaltung wieder und dient der Konkretisierung von Generalklauseln, wie der „Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers“ gem § 347 UGB.⁶⁵

Der OGH hat sich in Bezug auf Ö-Normen dafür ausgesprochen, dass ein Fachunternehmer verpflichtet ist, sich die notwendigen Kenntnisse, einschließlich der einschlägigen Vorschriften wie Ö-Normen, zu verschaffen.⁶⁶ Die ordentliche Sorgfalt gebietet es demnach, einschlägige Ö-Normen zu berücksichtigen und in Einklang mit diesen zu handeln. Handeln Geschäftsleiter üblicherweise in Einklang mit Ö-Normen, so können diese auch ohne gesetzliche oder vertragliche Verbindlicherklärung faktisch gelten; dies, weil Ö-Normen den anerkannten Standard repräsentieren, welcher von einem ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter zu wahren ist. Der anerkannte Standard bildet damit den objektiven Sorgfaltsmaßstab. Eine Missachtung der Ö-Norm zieht als Konsequenz einen Sorgfaltsverstoß gem § 25 GmbHG bzw § 84 AktG nach sich und kann haftungsbe gründend sein. Ö-Normen können folglich *de facto* bindend sein, indem sie den materiellen Sorgfaltsmaßstab determinieren.

Unterwerfen sich Unternehmen freiwillig dem ISO-Standard und erwerben eine Zertifizierung, wird dessen Geltung anerkannt. Geschäftsleiter sind folglich verpflichtet, jene Compliance-Maßnahmen zu ergreifen, die der Zertifizierung zugrunde gelegt wurden. Doch auch ohne Zertifikat könnte der ISO-Standard 19600 einen Befolgungsdruck auslösen. Handeln Geschäftsleiter üblicherweise in Anlehnung an den Standard, wird vermutet, dass bei Einhaltung des Standards pflichtkonform gehandelt wurde.⁶⁷ Abweichendes Handeln kann eine Verletzung des objektiven Sorgfaltsmaßstabes bewirken, wenn von einem ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter eine Beachtung des ISO-Standards erwartet würde.

Der ISO-Standard 19600 wird hierdurch zur Handlungsmaxime. Werden vergleichbare Unternehmen mit einem Compliance Zertifikat ausgezeichnet bzw wird der ISO-Standard inhaltlich auch ohne Zertifizierung umgesetzt, determiniert dies den üblichen Sorgfaltsmaßstab. Einem gewissenhaften Geschäftsleiter ist es abzuverlangen, den relevanten ISO-Standard zu kennen und entsprechend zu handeln. Wird von einem vergleichbaren Unternehmen üblicherweise eine Compliance-Zertifizierung erlangt, wird eine Zertifizierung *de facto* zwingend. Zumindest ist aber von einem inhaltlichen Gleichlauf auszugehen. MaW sind auch ohne Zertifikat die inhaltlichen Maßstäbe der Zertifizierung zu befolgen. Die Norm ISO 19600 könnte daher als Verkehrsanschauung eine faktische Bindungswirkung entfalten.

⁶⁵ Kramer/Rauter in Straube, WK § 346 Rz 26; Krejci, Unternehmensrecht⁴ 25.

⁶⁶ OGH 6. 8. 2015, 2 Ob 223/14d.

⁶⁷ Scherer/Fruth, Der Einfluss von Standards, Techniklauseln und des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ auf Organhaftung und Corporate Governance – am Beispiel der ISO 19600 (2015) Compliance-Management-system, CCZ 2015, 9 (14); vgl auch Strauss/Hiermann, Aufsichtsrat aktuell 2014/6, 9.

Dem steht aber – noch – die erst geringe Verbreitung des ISO-Standards 19600 entgegen. Eine CMS-Zertifizierung bildet derzeit die Ausnahme und nicht die Regel. Eine faktische Verpflichtung, eine Zertifizierung vorzunehmen, besteht daher aktuell nicht. Auch eine Pflicht, die inhaltlichen Maßstäbe der Zertifizierung zu befolgen, dh in Einklang mit dem ISO-Standard 19600 zu handeln, stößt an Grenzen: Geschäftsleiter haben ein Organisationsermessen; ein CMS ist immer abhängig von der konkreten Unternehmenssituation zu gestalten. Insb für kleine Einheiten erscheint ein derart umfangreiches CMS, wie vom ISO-Standard vorgegeben, als unverhältnismäßig. Eine Bindung an den ISO-Standard würde Geschäftsleiter in ihrem Organisationsermessen erheblich einschränken. Für große Einheiten scheint eine künftige, faktische Geltung des ISO-Standards 19600 als Verkehrsanschauung hingegen möglich.

C. Geltung über Umwege?

Die ISO 19600 könnten auch über den Umweg der Abschlussprüfung Bindungswirkung erlangen. Gegenstand der Abschlussprüfung bei Kapitalgesellschaften sind gem § 268 UGB der Jahresabschluss und der Lagebericht. In den Lagebericht sind gem § 243a Abs 2 UGB grundsätzlich nur die wichtigsten Merkmale des internen Kontrollsystems und des Risikomanagementsystems in Bezug auf die Rechnungslegung aufzunehmen. Aus einer Gesamtbetrachtung des ÖCGK sind börsennotierte Unternehmen bzw Unternehmen, die sich einer Selbstverpflichtung unterworfen haben, hingegen zur Etablierung eines Risikomanagementsystems auch in nicht-finanziellen Bereichen angehalten. Gem Regel 83 ÖCGK hat der Abschlussprüfer eine Überprüfung der Funktionsfähigkeit des Risikomanagementsystems vorzunehmen. Beurteilungsgegenstand der Abschlussprüfung bilden „die im Unternehmen eingesetzten Systeme und Einrichtungen (Risikomanagementmethoden, Sicherungsstrategien etc, Methoden und Systeme zur Identifikation, Erfassung, Analyse, Bewertung, Kontrollen und Kommunikation der Risiken im Unternehmen etc) [...]. Zur Definition der Begriffe ‚Risiko‘ und ‚Risikomanagement‘ kann dabei auf *internationale Vorbilder und Modelle* zurückgegriffen werden.“⁶⁸ Eine Prüfung durch den Abschlussprüfer setzt voraus, dass eine entsprechende Errichtung und interne Dokumentation des Risikomanagement-Systems besteht, andernfalls die Risikoidentifikation und -beschreibung nicht nachvollzogen werden können.

Der Prüfungsumfang des Abschlussprüfers wird in den Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder (KWT) konkretisiert. Werden im Zuge der Prüfung „wesentliche Mängel und Schwächen in den nicht auf die Rechnungslegung bezogenen Bereichen des internen Kontrollsystems entdeckt“, kann nach Auffassung der KWT die Redepflicht gem § 273 Abs 2 UGB ausgelöst werden. Jedenfalls ist aber die Unternehmensleitung über die aufgedeckten Schwächen zu informieren. Der Abschlussprüfer hat einen Ermessensspielraum, in welcher Form die Berichterstattung über diese Mängel erfolgt.⁶⁹ Die Fachgutachten der KWT enthalten Leitlinien zu verschiedenen Aspekten der Wirtschaftsprüfung und geben nach hA den aktuellen Standard, der an die Prüfungstätigkeit gestellt wird, wieder.⁷⁰ Sie sind grundsätzlich rechtlich unverbindlich. Allerdings

68 Interpretation zu Regel 83 ÖCGK: Hervorhebung durch die Verfasserin.

69 Fachgutachten des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision der KWT über die Durchführung von Abschlussprüfungen, KFS/PG 1, 45 <http://www.kwt.or.at/de/PortalData/2/Resources/downloads/downloadcenter/KFS-PG1.pdf> (abgefragt am 25. 1. 2016); siehe auch Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision der KWT zu Ausgewählten Fragen zur Redepflicht des Abschlussprüfers gem § 173 Abs 2 und 3 UGB, KFS/PE 18 Rz 12 <http://www.kwt.or.at/de/PortalData/2/Resources/downloads/downloadcenter/KFS-PE18.pdf> (abgefragt am 25. 1. 2016).

70 *Reiter*, Überprüfung der Prüfer, persaldo 2005/4, 10.

unterwirft § 82 Abs 1 WTBG⁷¹ Wirtschaftstrehänder der Verpflichtung, in Einklang mit der Richtlinie der KWT zu handeln. Die auf dieser Grundlage ergangene WT-Ausübungsrichtlinie 2003 verpflichtet Wirtschaftstrehänder gem § 2, „die anerkannten gesetzlichen Regeln, insbesondere die Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstrehänder, zu beachten“. Wer entgegen dieser Verpflichtung handelt, begeht gem § 120 Z 25 WTBG ein Berufsvergehen, welches disziplinar geahndet werden kann.⁷² Ein sorgfältig handelnder Wirtschaftsprüfer würde in Ausübung seiner Tätigkeit folglich die in den Gutachten niedergelegten Grundsätze achten. Die Einhaltung der üblichen Standards indiziert nach stRsp die Fehlerfreiheit eines Produkts.⁷³ Umgekehrt indiziert dann ein Zuwiderhandeln gegen die Gutachten eine Verletzung des aktuellen Prüfungsstandards und damit des objektiven Sorgfaltsmaßstabes des Wirtschaftsprüfers. Hierdurch entfalten die rechtlich unverbindlichen, von einer privaten Institution erlassenen Leitlinien normative Wirkung. Ein sorgfältiger gewissenhafter Abschlussprüfer ist verpflichtet, diese zu befolgen und überprüft demnach auch das Risikomanagementsystem in Bezug auf nicht-finanzielle Risiken, obwohl keine diesbezügliche allgemeine gesetzliche Verpflichtung besteht.

Würde der Abschlussprüfer die ISO 19600 seiner Prüfung als internationales Vorbild zugrunde legen, würden diese zur Beurteilungsgrundlage. Als Konsequenz würde Unternehmen mittelbar auch die Einrichtung eines an der ISO 19600 ausgerichteten CMS auferlegt. Selbst wenn keine faktische Geltung der ISO 19600 aus den anderen erörterten Gründen eintritt, könnten diese damit über die Abschlussprüfung Normativwirkung entfalten.

V. Ergebnis

Eine ISO 19600-Zertifizierung kann für die Geschäftsleitung sowohl haftungserhöhende als auch haftungsmindernde Konsequenzen nach sich ziehen. Auch sorgfaltsmindernde Auswirkungen für Geschäftsleiter sind denkbar. Es kann folglich keine generalisierende Aussage darüber getroffen werden, wie sich eine CMS-Zertifizierung tatsächlich auf die Haftung der Gesellschaftsorgane auswirkt.

Auch ohne Zertifizierung könnte eine faktische Geltung des ISO-Standards 19600 als Verkehrsan-schauung eintreten und damit den objektiven Sorgfaltsmaßstab beeinflussen. Die Entwicklung eines Handelsbrauches erscheint in Anbetracht der bisher geringen Anzahl an erworbenen Zerti-fizierungen und der Vielfältigkeit unternehmerischer Tätigkeit zumindest derzeit als nicht wahr-scheinlich. Eine faktische Bindungswirkung der ISO 19600 könnte aber auch über den Umweg der Abschlussprüfung eintreten, sofern die ISO 19600 als Prüfungsgrundlage herangezogen werden.

71 Wirtschaftstreuhandberufsgesetz (WTBG) BGBl I 1999/58.

72 Ladler, Pflichten des Stiftungsprüfers, PSR 2014, 185 (186 f).

73 OGH 28. 6. 1995, 3 Ob 547/95; 16. 7. 1998, 6 Ob 157/98a; 23. 9. 2004, 6 Ob 73/04k.



Compliance als Schutz vor Verbandsverantwortlichkeit?

Alexander Tipold*, Universität Wien

Kurztext: Compliance bedeutet nicht nur Einhaltung und Beachtung von Vorschriften, sondern betrifft auch Maßnahmen, die die Einhaltung der Rechtsnormen absichern sollen und läuft somit auf eine Übererfüllung von Verpflichtungen hinaus. Wenn es keinen klaren Maßstab für Kontroll- und Überwachungspflichten gibt, besteht die Gefahr, dass Strafverfolgungsbehörden die Compliance-Maßnahmen als Maßstab heranziehen und so eine Verschärfung der Pflichten erzeugen. Nach den Regeln des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes schließt im Übrigen das beste Compliance-System nicht zwingend die Verbandsverantwortlichkeit aus, steht aber unter Umständen einem Verfahren gegen den Verband entgegen.

Schlagworte: Compliance; Verbandsverantwortlichkeit; Überwachungspflichten; aufgedrängte Bereicherung.

I. Grundgedanke der Compliance

Bei Compliance geht es um die Einhaltung und Beachtung von Vorschriften, somit um nichts anderes als um Rechtstreue.¹ So versteht es auch der Gesetzgeber, zieht man etwa die Überschrift von § 18 WAG² heran. Sie lautet: „Einhaltung der Vorschriften („Compliance)“. Es geht damit um etwas eigentlich Selbstverständliches,³ denn Rechtsnormen sind einzuhalten, andernfalls drohen – sofern es sich nicht um eine *lex imperfecta* handelt – Sanktionen. Aber Compliance geht darüber hinaus und betrifft auch Maßnahmen, die die Einhaltung der Rechtsnormen absichern sollen.⁴ Derartige Maßnahmen werden vom Gesetzgeber etwa in § 18 WAG erwartet, denn diese Bestimmung enthält Regeln, wie die Einhaltung der Normen des WAG vom Betroffenen selbst gesichert werden sollen. Es geht somit um zusätzliche Verhaltens- oder Organisationsregeln im Vorfeld der eigentlichen Pflichten.⁵ Es kommt dadurch zu einer Verdoppelung von Pflichten, denn es besteht nicht nur die Pflicht, die Regeln des WAG einzuhalten, sondern auch die Pflicht, Regeln zur Einhaltung der Regeln des WAG zu schaffen. Im Übrigen ist zur Erfüllung beider Pflichten –

* Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold lehrt am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien. Der vorliegende Beitrag basiert auf dem am 11. 12. 2015 in Graz im Rahmen der Tagung „Recht und IT: Compliance-Management. Standards – Tools – Haftung“ gehaltenen Vortrag des Verfassers.

1 Lewisch, Warum – und inwieweit – Compliance? in Lewisch (Hrsg), Zauberwort Compliance? Grundlagen und aktuelle Praxisfragen (2012) 1 (1).

2 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 BGBl I 2007/60 idF BGBl I 2015/117.

3 Fuchs, Compliance: Soft Law – Hard Criminal Law, in Lewisch (Hrsg), Zauberwort Compliance? Grundlagen und aktuelle Praxisfragen (2012) 27 (27).

4 Für eine weite Begrifflichkeit von Compliance etwa Alexander/Winkelbauer, Compliance, in Müller-Gugenberger (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts⁹ (2015) § 31 Rz 5.

5 Das ist typisch für Compliance-Regeln; vgl Fuchs in Lewisch 27.

der Einhaltung des WAG und der internen Regeln zur Einhaltung des WAG – ein Compliance-Beauftragter einzurichten, womit eine weitere Vorverlagerung erfolgt. Die Regeln des WAG werden solcherart fast schon zurückgedrängt durch jene Pflichten, die dafür sorgen, dass die Pflicht, die Regeln des WAG zu befolgen, eingehalten werden.

Die Gefahr, von der eigentlichen Pflicht abgelenkt zu werden, besteht auch andernorts, wenn man etwa § 49 ÄrzteG⁶ näher betrachtet: Ein Arzt hat sich demnach unter anderem laufend im Rahmen anerkannter Fortbildungsprogramme der Ärztekammern in den Bundesländern oder der Österreichischen Ärztekammer oder im Rahmen anerkannter ausländischer Fortbildungsprogramme fortzubilden (Abs 1). Ärzte haben regelmäßig eine umfassende Evaluierung der Qualität durchzuführen und die jeweiligen Ergebnisse der Österreichischen Gesellschaft für Qualitätssicherung & Qualitätsmanagement in der Medizin GmbH zu übermitteln (Abs 2a). Ärzte haben ihre absolvierte Fortbildung zumindest alle drei Jahre gegenüber der Österreichischen Ärztekammer glaubhaft zu machen (Abs 2c). Dabei geht es doch eigentlich darum, dass die Einhaltung der ärztlichen Sorgfalt im Umgang mit Patienten abgesichert wird. Individualstrafrechtlich betrachtet ist die Einhaltung dieser Compliance-Regelungen im Übrigen ohne Bedeutung: Erleidet ein Patient einen Schaden (Körperverletzung, Tod), ist entscheidend, ob der Arzt zum Behandlungszeitpunkt die anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft ihrem aktuellen Stand entsprechend eingehalten hat, also ob er *lege artis* vorgegangen ist. Hat er dies getan, ist sein Verhalten sorgfaltskonform, auch wenn er seine Kenntnis nicht durch ein anerkanntes Fortbildungsprogramm erhalten hat und er sich nicht umfassend evaluiert. Hat er die anerkannten Regeln nicht eingehalten, ist sein Verhalten objektiv sorgfaltswidrig, mag er noch so fleißig Fortbildungsprogramme besucht oder sich evaluiert haben.

Dem Individualstrafrecht ist der Gedanke von Compliance aber nicht wirklich fremd, denn werden eigene Pflichten Dritten übertragen, treffen den Übertragenden (eigentlich Verpflichteter) Auswahl- und Überwachungspflichten.⁷ Letztlich ist auch das nichts anderes als Compliance, denn trotz des Vertrauensgrundsatzes besteht bei Pflichtenübertragung eine Überwachungspflicht, um zu sichern, dass die eigentliche Pflicht erfüllt wird.⁸ Es ist objektiv sorgfaltswidrig, denjenigen, dem man eigene Pflichten übertragen hat, nicht zu überwachen. So gesehen kommt es auch hier zu einer Pflichtenverdoppelung, aber eben wegen der Pflichtenübertragung.

Wird gegen derartige Auswahl- und Überwachungsverpflichtungen verstoßen, kann es zu einer Fahrlässigkeitshaftung des Einzelnen kommen, sofern es ein entsprechendes Fahrlässigkeitsdelikt gibt. Darin besteht ein wesentlicher Unterschied zum VbVG⁹, weil der Verband für eine Vorsatztat haften kann, obwohl den Entscheidungsträger nur ein Organisationsverschulden iSd § 3 Abs 3 Z 2 VbVG trifft. Aber das ist nicht die einzige Besonderheit des VbVG: Hält man Normen ein, so haftet man nicht strafrechtlich. Das gilt auch bei Pflichtenübertragung, wenn man die entsprechenden Auswahl- und vor allem Überwachungspflichten einhält. Dies ist im VbVG aber nicht immer der Fall, was aber wiederum in der Ausgestaltung des VbVG begründet ist und nicht in der Compliance. Manchmal schützt die beste Compliance nicht vor Verbandsverantwortlichkeit – allerdings hat Compliance dann bei der Sanktionenfindung bzw bei der Frage der Verfol-

6 Ärztegesetz 1998 BGBl I 1998/169 idF BGBl I 2016/9.

7 *Hilf*, WK-StGB² § 2 Rz 124; *Steininger*, SbgK § 2 Rz 103.

8 Dazu *Tipold*, Zurechnung fremden Verhaltens – Vertrauensgrundsatz, Compliance und Verbandsverantwortlichkeit, in FS Fuchs (2014) 595 (599 ff).

9 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz BGBl I 2005/151 idF BGBl I 2007/112.

gung Bedeutung. Compliance ist somit auch hier nicht nutzlos, mag sie der Verantwortlichkeit an sich nicht entgegenstehen.

II. Grundlagen der Verbandsverantwortlichkeit

Seit 2006 können Verbände für das Verhalten ihrer Entscheidungsträger und ihrer Mitarbeiter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Dem Verband wird das strafrechtlich relevante Verhalten dieser Personen zugerechnet.¹⁰ Im Ergebnis können daher sowohl die Entscheidungsträger oder Mitarbeiter als auch der Verband strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Gemäß § 1 Abs 2 VbVG sind Verbände juristische Personen sowie eingetragene Personengesellschaften sowie Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen; somit nicht die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.¹¹ Der Konzern ist in seiner Gesamtheit auch kein Verband – besteht er aus einzelnen Gesellschaften, dann sind diese jeweils Verbände.¹² Nach Abs 3 sind der Bund, die Länder, die Gemeinden und andere juristische Personen, soweit sie hoheitlich handeln, ausgenommen. Diese Ausnahme gilt auch für anerkannte Kirchen, Religionsgesellschaften und religiöse Bekenntnisgemeinschaften, soweit sie seelsorgerisch tätig sind, und für Verlassenschaften.

Die Haftung dieses derart bestimmten Verbandes setzt dreierlei voraus: zum einen eine Straftat, wobei in deren Anforderungen noch danach differenziert wird, wer die Straftat begeht. Zum zweiten müssen gemäß § 3 Abs 1 VbVG durch diese Tat Pflichten, die den Verband treffen, verletzt werden oder die Begehung der Straftat erfolgt zugunsten des Verbandes.¹³ Drittens schließlich muss ein Entscheidungsträger oder ein Mitarbeiter diese Tat begangen haben, wobei beim Mitarbeiter noch eine weitere Voraussetzung hinzukommt.

A. Pflichtverletzung oder Begehung zugunsten des Verbandes

Die Pflichtenverletzung entspricht durchaus dem System des Individualstrafrechts.¹⁴ Man kann sich nicht dadurch exkulpieren, dass man einem anderen die eigenen Pflichten auferlegt. Dasselbe gilt für den Verband. Es können die zum Individualstrafrecht gewonnenen Überlegungen übertragen werden. „Compliance“ kann in beiden Bereichen gleich angewendet werden.

Die Tatbegehung zugunsten des Verbandes (§ 3 Abs 1 Z 1 VbVG) ist hingegen ein im Individualstrafrecht unbekannter Ansatz,¹⁵ denn bei einer aufgedrängten unrechtmäßigen Bereicherung haftet der Bereicherte nur im Fall einer Hehlerei- oder Geldwäschestrafbarekeit, und dabei wird dem Einzelnen nichts aufgedrängt, vielmehr muss er vorsätzlich die entsprechenden Tatbildmerkmale erfüllen. Daher gibt es keine aus dem Individualstrafrecht bekannten Kriterien, die man auf das VbVG übertragen kann. Das erschwert die Festlegung sinnvoller Compliance-Maßnahmen und die Anwendung des VbVG.¹⁶

10 Zur Zurechnung fremden Verhaltens im Individualstrafrecht *Tipold* in FS Fuchs 596 ff.

11 *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006) § 1 Rz 24; *Hilf/Zeder* in WK-StGB² § 1 VbVG Rz 27.

12 *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 1 VbVG Rz 30.

13 *Fuchs/Kreissl/Pilgram/Stangl*, Generalpräventive Wirksamkeit, Praxis und Anwendungsprobleme des Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie (2011) 62, nennen als Zahlen aus einer Stichprobe 34,3 % Straftaten zugunsten des Verbandes, 40,3 % Pflichtverletzung, 25,4 % beides; n=67.

14 Eingehend zu der Frage, ob dem VbVG ein eigenes geschütztes Rechtsgut zugrunde liegt *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht (Dissertation Wien 2013) 64 ff. Siehe dazu aus deutscher Sicht zuletzt *Frisch*, Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung, in FS Wolter (2013) 349 (361 ff).

15 Die Tatbegehung zugunsten des Verbandes wird im Übrigen sehr weit ausgelegt, vgl *Hilf/Zeder*, WK-StGB² VbVG § 3 Rz 8 ff; *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 6 ff.

16 Es wundert daher nicht, dass sich in der Kommentarliteratur keine Hinweise auf den gebotenen Sorgfaltsmaßstab finden; im Übrigen auch nicht in den Gesetzesmaterialien, vgl ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 23. *Lewisch* nennt

B. Tatbegehung durch Entscheidungsträger oder Mitarbeiter¹⁷

1. Entscheidungsträger

Als weitere Voraussetzung für die Strafbarkeit ist noch ein Verhalten eines Menschen erforderlich: So ist der Verband für Straftaten eines Entscheidungsträgers verantwortlich, wenn der Entscheidungsträger als solcher die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat und kein zurechenbarer Strafaufhebungsgrund vorliegt.¹⁸ Gemäß § 2 Abs 1 VbVG sind Entscheidungsträger Geschäftsführer, Vorstandsmitglied oder Prokurist und wer aufgrund organschaftlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht in vergleichbarer Weise dazu befugt ist, den Verband nach außen zu vertreten.¹⁹ Es genügt die Generalhandlungsvollmacht für eine Niederlassung.²⁰ Weiters fallen Mitglieder des Aufsichtsrates oder des Verwaltungsrates und jeder darunter, der Kontrollbefugnisse in leitender Stellung ausübt. Schließlich ist Entscheidungsträger, wer sonst maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbandes ausübt.²¹ Zu denken ist hier an faktische Geschäftsführer oder eine Beherrschung als Kreditgeber.²²

Hat sich ein Entscheidungsträger strafbar gemacht, haftet der Verband, wenn die Tat zugunsten des Verbandes begangen wurde oder den Verband treffende Pflichten verletzt wurden. Die Nutznießerschaft genügt für die Haftung; es wird nicht weiter untersucht, ob bei der Auswahl des Entscheidungsträgers ein Fehler gemacht wurde oder deren Überwachung mangelhaft war.²³ Eine wie auch immer geartete Vorwerfbarkeit ist nicht erforderlich. Es stellt sich nicht einmal die Frage nach einem rechtmäßigen Alternativverhalten von wem auch immer. In diesem Bereich kann also die Einhaltung sämtlicher Auswahlkriterien und die Einhaltung jeglicher denkbarer Überwachung die Verantwortlichkeit nicht verhindern; Compliance verhindert somit die Verantwortlichkeit nach dem VbVG nicht. Insofern kann rechtmäßiges, ja sogar an sich wünschenswertes Verhalten – denn die Gründung von Verbänden, wie Aktiengesellschaften oder GmbH, ist für den Gesetzgeber durchaus förderungswürdig²⁴ – zu einer strafrechtlichen Verantwortung führen. Das ist eine für das Strafrecht an sich völlig fremde Situation, denn niemals haftet ein Individuum

das Beispiel des Einsatzes von „Intermediären“ und einer Haftung für Korruption als einen Fall der Verneinung der Haftung; dazu *Lewisch*, Strafrecht und Compliance, in *Lewisch* (Hrsg), Zauberwort Compliance? Grundlagen und aktuelle Praxisfragen (2012) 71 (79 ff). In diesem Anwendungsfall erscheint das VbVG recht unbestimmt, so dass Bedenken in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot erhoben werden, siehe etwa *Boller*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden (2007) 189 ff.

17 *Fuchs/Kreissl/Pilgram/Stangl*, Generalpräventive Wirksamkeit 62, nennen als Zahlen aus einer Stichprobe 63,3 % betreffend Taten von Entscheidungsträgern, 23,3 % jene von Mitarbeitern, 13,3 % beides; n=60.

18 *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 3 VbVG Rz 25 ff; *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 37; *Boller*, Verantwortlichkeit 254 ff: Der Tod des Täters führt somit nicht zum Entfall der Verbandsverantwortlichkeit, sehr wohl aber Rücktritt vom Versuch oder tätige Reue.

19 Die Ladenvollmacht genügt nicht (*Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 2 Rz 10; *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 2 VbVG Rz 9). Nicht erfasst sind Sachwalter, Insolvenzverwalter, Notgeschäftsführer (*Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 2 VbVG Rz 12).

20 *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 2 VbVG Rz 8.

21 Hier wird auch an den Begriff des leitenden Angestellten iSd § 74 Abs 3 StGB angeknüpft, vgl *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 2 Rz 7; *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 2 VbVG Rz 18. Diese Begrifflichkeit entspricht nicht unbedingt dem arbeitsrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten (so *Pichlmayer*, Verbandsverantwortlichkeit im Lichte des ArbeitnehmerInnenschutzes [Dissertation Wien 2015] 147; offen lassend *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 2 Rz 17, mit Hinweis auf eine arbeitsrechtliche Literaturstelle), an den üblicherweise im strafrechtlichen Schrifttum nicht angeknüpft wird.

22 *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 2 Rz 17; *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 2 VbVG Rz 18.

23 Ein Sorgfaltsverstoß wird gleichsam unwiderleglich vermutet, vgl ErläutRV 944 BlgNR 22. GP 22; *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 35.

24 Vgl dazu das Gesellschaftsrechtsänderungs-Gesetz 2013 BGBl I 2013/109, mit der Herabsetzung des Stammkapitals in § 6 GmbH-G, deren Sinn in der „Attraktivierung“ der GmbH liegt (ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 1 ff).

strafrechtlich, wenn es sich objektiv sorgfaltsgemäß verhalten hat. Letztlich ist das eine reine Erfolgshaftung. Die sachliche Rechtfertigung dieser Regelung und die unterschiedliche Behandlung von Verbänden gegenüber dem Einzelnen erscheinen durchaus zweifelhaft,²⁵ entsprechen aber den europarechtlichen Vorgaben.²⁶

Compliance kann sich in diesem Fall aber bei der Ausübung des Verfolgungsermessens oder wenigstens auf der Ebene der Strafzumessung auswirken: So könnte nach § 18 VbVG von der Verfolgung abgesehen oder gemäß § 19 VbVG das Verfahren diversionell erledigt werden.²⁷ Hier besteht ausreichendes Ermessen, sodass die Strafverfolgungsbehörden die entsprechenden Compliance-Maßnahmen leicht berücksichtigen können. Abgesehen davon ist eine Milderung bei der Ausmessung der Anzahl der Tagessätze geboten, da der Verband im Falle von Compliance-Maßnahmen Vorkehrungen zur Verhinderung der Tat getroffen hat (vgl § 5 Abs 3 Z 1 VbVG). Zu einer Straffreistellung kommt es somit zwar nicht, aber das Absehen von der Verfolgung nach § 18 VbVG hat zumindest im Ergebnis dieselbe Wirkung.

2. Mitarbeiter

Keine derartige Erfolgshaftung besteht, wenn ein Mitarbeiter die Straftat begeht. Hier hat Compliance eine die Verbandsverantwortlichkeit ausschließende Wirkung. Gemäß § 2 Abs 2 VbVG ist Mitarbeiter, wer aufgrund eines Arbeits-, Lehr- oder anderen Ausbildungsverhältnisses, aufgrund eines dem Heimarbeitsgesetz 1960 unterliegenden oder eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses,²⁸ als überlassene Arbeitskraft nach dem AÜG²⁹ oder aufgrund eines Dienst- oder sonst eines besonderen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses³⁰ Arbeitsleistungen für den Verband erbringt. Ehrenamtliche Mitarbeiter fallen nicht unter diesen Begriff.³¹

Verwirklicht ein Mitarbeiter rechtswidrig einen Straftatbestand – auf ein Verschulden soll es hier nicht ankommen,³² sehr wohl aber auf das Vorliegen von Strafaufhebungsgründen³³ – haftet der Verband gemäß § 3 Abs 3 VbVG, wenn die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben, insb indem sie wesentliche technische, organisatorische

25 Zu Recht kritisch *Boller*, Verantwortlichkeit 195 ff. Zu den Vorwürfen der Verfassungswidrigkeit des VbVG zuletzt *St. Huber*, Die Unternehmensstrafe zwischen Verwaltungs- und Kriminalstrafrecht: Status quo und Perspektiven, in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2015) 61 (62 ff); *Herbst/Wess*, Das VbVG und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen, ZWF 2015, 118 (118); *K. Holzinger/Moringner*, Zur Frage der Verfassungswidrigkeit des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), ÖJZ 2015, 403 (403).

26 Vgl etwa Art 3 Abs 1 des 2. Protokolls zum Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABI C 221/1997.

27 *Lewisch* in *Lewisch* 8, hält Compliance Regelungen als Vorsorgemaßnahmen, um Straftaten von Entscheidungsträgern zu verhindern, gerade unter diesem Aspekt für sinnvoll. Ebenso *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht 137 ff.

28 Gemeint sind freie Dienstverträge *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 2 Rz 22; *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 2 VbVG Rz 23.

29 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz BGBl 1988/196 idF BGBl I 2014/94.

30 Darunter fallen auch Soldaten, Zivildienstler, Arbeitsleistung erbringende Häftlinge *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 2 Rz 26; *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 2 VbVG Rz 25.

31 *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 2 Rz 20; *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 2 VbVG Rz 26.

32 Vgl etwa *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 48 ff; *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 3 VbVG Rz 34. Allerdings gehört für einen Teil der Lehre die subjektive Sorgfaltswidrigkeit zum Tatbestand des Fahrlässigkeitsdeliktes (*Moos*, Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit als Unrechtselement, in FS Burgstaller [2004] 111 [111 ff]; *Triffterer*, SbgK § 6 Rz 86 ff; *Moos*, SbgK § 4 Rz 118 ff). Demnach müsste auch dieses Element bei der Verbandsverantwortlichkeit wegen der Mitarbeiterhaftung geprüft werden.

33 *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 3 VbVG Rz 39; *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 51.

oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben. In diesem Bereich wird somit sehr wohl eine Art Verschulden des Verbandes geprüft, wenn die ihn repräsentierenden Entscheidungsträger sich sorgfaltswidrig verhalten haben.

Bei den technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen wird man primär an Auswahl- und Überwachungsverschulden zu denken haben,³⁴ so wie man es aus dem Individualstrafrecht der Art nach kennt. Es geht um die Qualifikationen des Mitarbeiters, seine Weiterbildung und um seine Überwachung. Hier wirken Compliance-Maßnahmen, sofern sie ausreichend sind, haftungsvermeidend. Abgesehen davon ist auch an mangelhafte personelle Ausstattung oder mangelnde Sachmittelausstattung zu denken. Werden getroffene Maßnahmen nicht als ausreichend beurteilt, stehen sie zwar einer Verbandsverantwortlichkeit nicht entgegen, können sich aber wie bei der Straftat des Entscheidungsträgers bei der Ausübung des Verfolgungsermessens (§ 18 VbVG), bei der Wahl der Reaktion (Diversio gemäß § 19 VbVG oder Strafe) oder bei der Strafzumessung (§ 5 VbVG) positiv auswirken.

C. Überlegungen zu den konkreten Pflichten

1. Überlegungen hinsichtlich der Pflichtverletzung des Verbandes

Das theoretische Konzept ist insgesamt leicht fassbar, die Festlegung der jeweils gebotenen Auswahlpflichten, der jeweils gebotenen Überwachungspflichten und der jeweils gebotenen Maßnahmen iSd § 3 Abs 3 VbVG bereitet hingegen erhebliche Schwierigkeiten. Hinsichtlich der Auswahlpflichten gilt, dass der Mitarbeiter über die entsprechenden Qualifikationen verfügen muss, die zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben nötig sind. Liegen die für die Tätigkeit üblichen Qualifikationsnachweise vor, darf man darauf vertrauen, dass diese nicht erschlichen oder gar gefälscht sind, es sei denn, die Mangelhaftigkeit ist eindeutig erkennbar oder aufgrund konkreter Umstände nahe liegend. Man muss die Qualifikation nicht eigens nachprüfen oder einen entsprechend qualifizierten Sachverständigen dafür heranziehen, dessen Qualifikation man dann eigentlich wiederum überprüfen müsste.

Der Betreiber eines Speditionsunternehmens darf jemanden als Fahrer nur einstellen, der einen Führerschein hat, also staatlich geprüft ist. Man könnte unter Compliance-Gesichtspunkten überlegen, ob man die Fahrfähigkeiten und die Rechtskenntnis des Fahrers immer wieder aufs Neue überprüfen muss und vielleicht sogar jährlich ein „Führerschein-Audit“ durchzuführen hat. Das ist natürlich zu verneinen, denn der Gesetzgeber hat es für ausreichend empfunden, eine Führerscheinprüfung abzuhalten und nicht mehr. Er hat damit Vertrauen zum Ausdruck gebracht, und ein Führerscheinenzug erfolgt nur unter bestimmten Bedingungen. Beschäftigt man einen Lenker, dann muss man prüfen, ob er eine gültige Lenkerberechtigung besitzt (vgl § 103 Abs 1 Z 3 lit a KFG³⁵). Mehr wird hier aber nicht erforderlich sein, denn auch die Republik Österreich verlangt nur das, was sie im Wesentlichen im FSG³⁶ festgelegt hat. Ein jährliches „Führerschein-Audit“ ist nicht geboten. Dessen Unterlassen begründet daher keine Verbandsverantwortlichkeit, und zwar auch dann nicht, wenn marktbeherrschende Unternehmen andere Standards haben.

34 Siehe *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 45 mwN.

35 Kraftfahrzeuggesetz 1967 BGBl 1967/267 idF BGBl I 2015/73.

36 Führerscheingesetz BGBl I 1997/120 idF BGBl I 2015/74.

Für Bewachungsunternehmen dürfen nur Arbeitnehmer herangezogen werden, die iSd § 130 GewO zuverlässig sind: Die Kriterien dort sind zum Teil unbestimmt, aber das ist nicht primär das Problem des Bewachungsunternehmens. Dieses hat den Arbeitnehmer zu melden, und die Sicherheitsbehörde hat dem Gewerbetreibenden mitzuteilen, wenn eine Person nicht zuverlässig ist. Dann darf diese Person nicht beschäftigt werden. Wenn die Sicherheitsbehörde aber keine Einwendungen hat, darf man darauf vertrauen und muss nicht extra einen Bewacher für die Person einstellen. Mit der Meldung und dem Umsetzen einer allfälligen Mitteilung hat sich der Entscheidungsträger eines Verbandes sorgfaltsgemäß verhalten.

Diese Überlegung kann man verallgemeinern: Immer dann, wenn für eine Tätigkeit gesetzliche Voraussetzungen vorliegen müssen, dürfen nur solche Personen herangezogen werden, die diese Voraussetzungen erfüllen.³⁷ Andernfalls liegt ein Auswahlverschulden vor. Mehr als diese Voraussetzungen wird man nur verlangen können und dann aber auch verlangen müssen, wenn es Hinweise gibt, dass der Betreffende die mit diesen Voraussetzungen als gegeben erachteten Anforderungen nicht erfüllen wird, zB wenn der potentielle Fahrer schon 20 Jahre nicht mehr gefahren ist. Letztlich ist das nur Ausfluss des Vertrauensgrundsatzes, der auch im Bereich des VbVG anzuwenden ist.³⁸ Irgendwelche Compliance-Standards von anderen Unternehmen – und seien diese marktführend oder sonst beherrschend – ändern für das Strafrecht nichts.³⁹

Zu den Überwachungspflichten selbst bei qualifizierten Personen gehört wohl jedenfalls die Kontrolle, dass der Beauftragte seine Tätigkeit überhaupt aufnimmt⁴⁰ und letztlich die Pflichten auch erfüllt, somit die geschuldete Leistung den Anforderungen entspricht. Ob auch die Zeit dazwischen zu kontrollieren ist, hängt insb von der Art der Tätigkeit ab; ist dafür Spezialwissen erforderlich, wird es kaum eine Überwachungsmöglichkeit geben. Man muss bei Spezialisten nicht weitere Spezialisten zur Überwachung heranziehen, denn damit würde das Heranziehen eines Spezialisten geradezu konterkariert werden; man darf ihm somit grundsätzlich vertrauen.⁴¹ Erst wenn die Fehlerhaftigkeit erkennbar oder aufgrund konkreter Umstände nahe liegend ist, findet der Vertrauensgrundsatz seine Grenze.⁴² Bei aller angenommenen Überwachungspflicht wird eine Grundwertung des Gesetzgebers bei Normierung des Vertrauensgrundsatzes zu übernehmen sein: Man muss nicht von vornherein mit rechtswidrigem Verhalten rechnen.⁴³ Generelle Aussagen zur Überwachungspflicht sind schwer zu treffen,⁴⁴ nur dürfen Überwachungspflichten

37 Siehe dazu auch *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht 84 mit Hinweisen auf das Abfallwirtschaftsgesetz 2002 (AWG 2002) BGBl I 2002/102 idF BGBl I 2015/163 und Außenwirtschaftsgesetz 2011 (AußWG 2011) BGBl I 2011/26 idF BGBl I 2015/163.

38 *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 72 ff.

39 Kritisch zur Entstehung von Compliance Regeln *Fuchs* in *Lewisch* 30 f.

40 Das heißt aber nicht, dass man immer vor Ort sein muss, die telefonische Zusicherung der Erledigung in zeitlicher Relation zum Beginn der Tätigkeit wird in vielen Fällen genügen. Auch das ist eine Frage des Einzelfalls, es gilt zu beachten, dass man den Maßstab nicht überspannt.

41 *Lewisch*, Funktion und Reichweite des Vertrauensgrundsatzes im Fahrlässigkeitsstrafrecht, ZVR 2000, 146 (147 ff); *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht 94. Es ist im Zusammenhang mit dem Verbotsirrtum iSd § 9 StGB anerkannt, dass man dem Rat eines Spezialisten vertrauen darf; dazu *Fuchs*, Allgemeiner Teil I⁸ (2012) § 23/27.

42 Die Schwelle eher niedrig ansetzen will *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht 74 f.

43 *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 74; siehe auch *Lewisch*, ZVR 2000, 146 ff; *Pichlmayer*, Verbandsverantwortlichkeit 115 ff.

44 *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 45, unterscheidet bei der gebotenen Überwachung zu Recht, ob es sich um einen Anfänger oder einen routinierten Mitarbeiter handelt.

nicht übertrieben werden, weil andernfalls eine Arbeitsteiligkeit, die uU sogar geboten ist,⁴⁵ unmöglich gemacht wird.⁴⁶

Geht es etwa um die Einhaltung von Arbeitszeiten, ist fraglich, welche Maßnahmen zu ihrer Überwachung geboten sind. Immerhin könnte eine Verbandsverantwortlichkeit an den Verstoß gegen das Arbeitszeitrecht angeknüpft werden, wenn sich der Fahrer nicht an die Arbeitszeit gehalten und dadurch übermüdet einen Unfall verursacht hat. Für die Einhaltung der Arbeitszeiten nach dem AZG⁴⁷ ist der Arbeitgeber und somit im Rahmen des VbVG der Verband verantwortlich.⁴⁸ So macht er sich verwaltungsrechtlich strafbar, wenn er Arbeitnehmer über den nach dem AZG zulässigen Umfang hinaus beschäftigt (§ 28 AZG).⁴⁹ Überdies darf der Zulassungsbesitzer des Kraftfahrzeugs als Dienstgeber den Lenker nicht in einem Ausmaß beanspruchen, dass diesem das sichere Lenken des Fahrzeuges nicht mehr ermöglicht (§ 103 Abs 3 Satz 3 KFG). Der Verstoß gegen die Regeln des AZG und des KFG durch den Arbeitgeber wäre ein Verstoß gegen eine Rechtsnorm und damit Basis für eine Verbandsverantwortlichkeit. Sehr oft wird hier der Entscheidungsträger in eigener Person sorgfaltswidrig gehandelt haben, so dass eine Haftung zum einen des Entscheidungsträgers und zum anderen des Verbandes nach § 3 Abs 2 VbVG gegeben ist. Aber angenommen, der Lenker hat aus eigenem gegen das AZG verstoßen – was war dann die gebotene Sorgfalt? Im Wesentlichen ist an ein Belehren zu denken; man muss den Fahrer über das Arbeitszeitrecht informieren, wie auch die Aushangpflicht zeigt.

Diesbezüglich gilt zu klären, wie oft eine Belehrung zu erfolgen hat. Hier könnte man die Wertung des § 12 Abs 2 ASchG⁵⁰ heranziehen, wonach die Information vor Aufnahme der Tätigkeit erfolgen und regelmäßig wiederholt werden muss, insb wenn dies aufgrund sich ändernder betrieblicher Gegebenheiten erforderlich ist, weiters bei Änderung der maßgeblichen Arbeitnehmerschutzvorschriften und bei neuen Erkenntnissen auf dem Gebiet der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes. Damit ist im Gesetz beschrieben, was recht naheliegend ist: Bei Änderung von erheblichen Gegebenheiten hat eine Wiederholung der Belehrung zu erfolgen. Dies entspricht dem Vertrauensgrundsatz: Hat man jemanden auf verständliche Weise⁵¹ informiert und hat man den Eindruck, dass der Betreffende es verstanden hat, darf man darauf vertrauen, dass er es verstanden hat und sich daran hält. Man muss nicht dauernd informieren – dies kann nämlich kontraproduktiv sein: Wer passt als Vielflieger im Flugzeug auf, wenn die Sicherheitsmaßnahmen erklärt werden? Es ist daher sorgfaltsgemäß, vor der Tätigkeit und im Falle von Änderungen zu informieren – ein dauernd wiederkehrendes Belehren ist nicht geboten.⁵² Anders ist der Fall,

45 *Reindl-Krauskopf*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Gemeindeorganen am Beispiel des Bürgermeisters, in KWG (Hrsg), Haftung von Bürgermeistern und Gemeindeorganen (2010) 23 (28) für die Fälle, in denen Spezialwissen erforderlich ist, das gar nicht in einer einzigen Person zu finden sein kann.

46 *Lewisch*, ZVR 2000, 147. Der Auslegung des § 9 VStG durch den VwGH wird ein Überspannen vorgeworfen, vgl *Lewisch* in *Lewisch* 5 FN 8; *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Welguni*, VStG (2013) § 9 Rz 43; *Pichlmayer*, Verbandsverantwortlichkeit 140. *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht 93, tritt unter der dem Aspekt der Rechtseinheit für die Berücksichtigung der Judikatur des VwGH ein (aaO 97). Das ist aber nicht zwingend, denn Judikatur ist zum einen im jeweiligen Sachzusammenhang zu sehen; zum anderen müssen Übertreibungen nicht übernommen werden.

47 Arbeitszeitgesetz BGBl 1969/461 idF BGBl I 2015/152.

48 *Pfeil* in *Grillberger/Felten* (Hrsg), Arbeitszeitgesetz³ (2011) § 28 Rz 4; *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 18 f. Zu anderen Verbandspflichten, siehe auch *Hilf/Zeder*, WK-StGB² § 3 VbVG Rz 14 ff; *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 13 ff.

49 Zum Umfang der verwaltungsrechtlichen Strafbarkeit siehe etwa VwGH 12. 6. 1992, 92/18/0192; 25. 2. 1993, 91/19/0042; 14. 1. 1993, 91/19/0275; 17. 12. 1990, 90/19/0570; 24. 9. 1990, 90/19/0281; 19. 11. 1990, 90/19/0413.

50 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz BGBl 1994/450 idF BGBl I 2015/60.

51 Dazu genügen weder ein Formblatt noch der Aushang von Gesetzen; die Belehrung muss in einer den Arbeitnehmer verständlichen Sprache erfolgen, vgl dazu auch VwGH 23. 4. 2008, 2004/03/0050.

52 Zu den Informationspflichten siehe auch *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht 88 ff.

wenn ein Verstoß gegen die Arbeitszeitregeln erkennbar oder aufgrund konkreter Umstände nahe liegend ist. Aber dann ist die Grenze des Vertrauensgrundsatzes ohnedies erreicht.⁵³

Dem VwGH genügen derartige Belehrungen nicht.⁵⁴ Vielmehr erweist sich die Judikatur des VwGH als besonders streng: verlangt werden die Kontrolle von Tachographenblättern und Fahrtenbüchern und die Schaffung von Arbeitsbedingungen und Entlohnungsmethoden, die keinen Anreiz zur Verletzung der Arbeitszeitvorschriften bieten.⁵⁵ Er verlangt Kontrollmechanismen, die die Einhaltung einschlägiger Vorschriften jederzeit sicherstellen und auch im Fall eigenmächtiger Handlungen von Arbeitnehmern wirken.⁵⁶ Damit ist kaum noch Platz für den Vertrauensgrundsatz, denn nicht einmal stichprobenartige Überprüfungen genügen.⁵⁷ Diese Judikaturlinie wurde wiederholt im Schrifttum kritisiert.⁵⁸ Problematisch ist dabei auch, dass der VwGH nicht offenlegt, was genau im konkreten Einzelfall geboten gewesen wäre. So gesehen kann diese Judikatur gar nicht präventiv wirken und lässt Compliance-Maßnahmen immer als unzureichend erscheinen. Angesichts dessen kann – auch wegen der Schuldvermutung des § 5 Abs 1 VStG⁵⁹ – diese Judikatur für das VbVG nicht übernommen werden.⁶⁰ Strafverfolgungsbehörden müssen jedenfalls den von ihnen erwarteten Maßstab konkret offenlegen, andernfalls ist die Entscheidung mangelhaft.

Bei personellen bzw organisatorischen Maßnahmen findet sich in der Literatur zur Compliance auch der Vorschlag einer Jobrotation.⁶¹ Dies wird insb für Bereiche überlegt, die korruptionsanfällig sind. Diese Vorgangsweise wird oft finanziell nicht möglich und daher wohl unzumutbar sein.⁶² Verlangt die Tätigkeit eine entsprechende Qualifikation, dann erscheint die Umsetzung dieser Idee noch schwieriger. Im Übrigen hält sich die Republik Österreich nicht daran: Richter rotieren außer in der Karriereleiter kaum in ihrem Job. Um Wettbetrügereien zu verhindern oder zumindest zu erschweren, könnte man jedes Jahr die Mannschaften einer Fußballliga völlig neu zusammenstellen oder Torhüter nur mehr als Stürmer spielen lassen. Das ist absurd! Die Jobrotation könnte daher nur in sehr engen Bereichen eine mögliche Maßnahme sein, und ob sie wirklich rechtlich geboten ist, erscheint sehr zweifelhaft. Schließlich wird damit ohne gesetzliche Grundlage ganz erheblich in eine innerbetriebliche Situation eingegriffen.

Bei organisatorischen Maßnahmen wird man aufgrund gesetzlicher Vorbilder, wie § 18 WAG, auch an die Bestellung eines Compliance-Beauftragten denken. Dies ist aber primär nur geboten, wenn es eigens gesetzlich vorgesehen ist, denn es handelt sich dabei zunächst um eine reine

53 *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 45, und dies va im Zusammenhang mit der Vorsatzkriminalität betonend aaO Rz 56.

54 Vgl etwa VwGH 20. 7. 1992, 91/19/0201; 23. 4. 2008, 2004/03/0050; 9. 9. 2005, 2005/02/0018. Siehe dazu auch *Pichlmayer*, Verbandsverantwortlichkeit 96.

55 Siehe dazu auch *Pichlmayer*, Verbandsverantwortlichkeit 96 mwN.

56 Siehe etwa VwGH 9. 9. 2005, 2005/02/0018.

57 So etwa VwGH 29. 1. 1987, 86/08/0109; 29. 1. 1987, 86/08/0172; siehe dazu auch *Pichlmayer*, Verbandsverantwortlichkeit 136 ff.

58 Vgl etwa *Marhold*, Arbeitszeitüberwachung im Gütertransportgewerbe, RdW 1991, 148 (148); *ders*, Die Überwachung der Arbeitszeiten durch den Arbeitgeber, ÖJZ 1993, 41 (41); *Pflegerl*, Verfassungsmäßigkeit entlastender Kontrollsysteme im Betriebsbereich, *ecolex* 1996, 770 (770); *Lewisich* in *Lewisich* 5 FN 8; *ders* in *Lewisich/Fisterl/Welguni*, VStG § 9 Rz 43; siehe dazu auch *Pichlmayer*, Verbandsverantwortlichkeit 138 ff.

59 Verwaltungsstrafgesetz 1991 BGBl 1991/52 idF BGBl I 2013/33.

60 So auch *Pichlmayer*, Verbandsverantwortlichkeit 139 ff; aA *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht 93 ff.

61 *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht 192 f mwN.

62 Hinsichtlich wirtschaftlicher Nachteile ist die Judikatur und Literatur aber sehr zurückhaltend, vgl *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 86 mwN, was va in Bezug auf Notstandsüberlegungen gilt. Die Frage der Rotation geht aber weit darüber hinaus, weil es nicht darum geht, unmittelbar drohende Nachteile abzuwenden.

Formalmaßnahme, die für sich allein nicht geeignet ist, Taten zu verhindern. Und letztlich bedeutet das nur, dass wiederum eine Pflicht an einen anderen übertragen wird. So gesehen bestehen hier wieder Auswahl- und Überwachungspflichten. Der Compliance-Beauftragte muss darüber hinaus mit entsprechenden Kontrollbefugnissen ausgestattet sein, damit er die Pflichten des eigentlich Verpflichteten auch wahrnehmen kann.⁶³

2. Überlegungen hinsichtlich der aufgedrängten Bereicherung des Verbandes

Hinsichtlich der Verhinderung aufgedrängter Bereicherung – Begehung der Tat zugunsten des Verbandes – tut man sich schwer, einen Maßstab zu finden. Man könnte daran denken, dass Mitarbeiter dann eine Tat zugunsten des Verbandes setzen, wenn sie sich diesem Verband besonders verbunden fühlen. Dementsprechend müssten Maßnahmen gesetzt werden, die die Verbundenheit reduzieren. Das widerspricht wohl der üblichen Einschätzung, wie man einen Betrieb führt – gerade das Gegenteil wird üblicherweise als richtig angesehen. Natürlich kann die Verbundenheit besonders stark mit irgendeinem unüblichen Prämiensystem gefördert werden. Hierin könnte – aber nur im Extremfall – ein Sorgfaltsverstoß liegen.

Gefährlich erscheint auch die Notlage des Unternehmens, schließlich könnten zur Rettung auch kriminelle Tätigkeiten durch die Arbeitnehmer gesetzt werden. Maßnahmen, die zur Verhinderung einer Notlage geboten sind, dienen aber nicht dazu, ein Organisationsverschulden zu vermeiden, und fallen daher nicht unter § 3 Abs 3 VbVG.

Die Überlegungen zeigen, dass der Maßstab für die Verantwortlichkeit des Verbandes nicht leicht festgelegt werden kann. Das gilt allerdings nicht nur bei Taten zugunsten des Verbandes, mag dies auch in dieser Konstellation besonders deutlich sein, sondern auch bei der Verletzung einer den Verband treffenden Pflicht, wie das folgende Beispiel zeigt:

III. Ein Fallbeispiel und das Grundproblem von Compliance

Ein Fahrdienstleiter hat offenbar entsprechend einer Praxis zur Verkürzung der Schließung der Schrankenanlage deren Schließung durch Überlastung der Software verhindert. Der Grund dafür waren für ihn Anrainerbeschwerden über zu lang geschlossene Schranken. Der kommende Güterzug blieb aber nicht wie erwartet an einer Verladestation vor dem Schranken stehen, sondern fuhr weiter und kollidierte mit einem Auto, dessen Fahrer in weiterer Folge starb.⁶⁴ Im Hinblick auf ein Organisationsverschulden wurde ein Sachverständiger mit dem Auftrag bestellt, zu klären, ob das Bahnunternehmen sämtliche technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen getroffen hat, um das durch die geänderte Regelung der Schrankenschaltung bestehende Risiko bestmöglich zu minimieren. Der Sachverständige konnte erheben, dass es technische Vorkehrungen gab, damit der Schranken in derartigen Fällen geschlossen ist. Es gab auch eine entsprechende Betriebsverfügung und keine davon abweichende Ausnahmeregelung. Die Anrainerbeschwerden konnten nicht festgestellt werden.

63 Für eine Strafbarkeit des Compliance-Beauftragten ist notwendig, dass er alle Voraussetzungen eines Straftatbestandes erfüllt. Dies ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Siehe zur Haftung im Fall eines Unterlassens *Hinterhofer*, Der untätige Compliance Officer: Strafbarer Beitrag durch Unterlassen? ZFR 2010, 104 (104). Werden dabei Pflichten verletzt, die den Verband treffen, kann der Verband natürlich deswegen nach dem VbVG haften.

64 *Fuchs/Kreissl/Pilgram/Stangl*, Generalpräventive Wirksamkeit 94. Das Verfahren wurde gemäß § 190 Z 2 StPO eingestellt.

Software und Betriebsverfügung haben der Staatsanwaltschaft (zu Recht) genügt, das Verfahren einzustellen; der Fahrdienstleiter war ausgebildet, technisch war das System so eingerichtet, dass er es bewusst überlisten musste, und er war informiert, dass er das nicht darf; es gab auch keinerlei Grundlagen, dass ein anderes Vorgehen unter der Hand gewünscht ist. Das Bahnunternehmen hat sehr viel gemacht – aber es bleibt unklar, welche Maßnahmen den Umständen nach eigentlich geboten waren. So bleibt offen, ob genauso mit Einstellung vorgegangen worden wäre, wenn die Anrainerbeschwerden nachgewiesen hätten werden können. Eine Jobrotation war offenbar nicht vorgesehen (oder wurde nicht erhoben), ebenso wenig eine zumindest stichprobenhafte Überwachung des Fahrdienstleiters. Letztlich sind der Fantasie keine Grenzen gesetzt; man könnte den Fall dahingehend variieren, dass ein Konkurrenzunternehmen eine Jobrotation und eine Überwachung vorsieht oder das betroffene Bahnunternehmen es selbst intern vorschreibt, diese interne Richtlinie aber nicht vollzogen hat. So gesehen könnten die umfassendsten und somit strengsten internen Regeln für die Haftungsfrage maßgeblich werden.⁶⁵

Es bestehen Unsicherheiten über den Umfang von Überwachungspflichten und sonstigen gebotenen Pflichten bei Pflichtenübertragung und im Zusammenhang mit dem VbVG. Diese Unsicherheiten sind tatsächlich ein Problem, Compliance ist aber nicht dessen Lösung, sondern könnte das Problem sogar verstärken. Ist ein Sorgfaltsmaßstab unklar, übernimmt man gerne einen fremden Maßstab. Das könnten gerade jene Compliance-Maßnahmen sein, die dazu dienen, sicher zu gehen, dass man gesetzliche Anforderungen erfüllt. Compliance könnte auf diese Weise im Bemühen, Haftungen zu vermeiden, zu einer Erhöhung der gebotenen Sorgfalt führen, deren Nichteinhaltung – die vielleicht deshalb passiert, weil der Maßstab zu streng ist – dann erst recht haftungsbegründend wirkt.⁶⁶

IV. Zusammenfassende Überlegungen

1. Dem Verband werden Straftaten von Mitarbeitern zugerechnet, bei denen Pflichten verletzt werden, die den Verband treffen. Diese Zurechnung basiert auf denselben Zurechnungskriterien wie im Individualstrafrecht. Es geht im Wesentlichen (im VbVG aber nicht nur) um Auswahl- und Überwachungsverschulden. In diesem Bereich kann Individualstrafrecht und Verbandsverantwortlichkeitsgesetz gleich ausgelegt werden. Compliance kann hier eine Verantwortlichkeit verhindern, inhaltlich ist sie wie im Individualstrafrecht zu bestimmen.
2. Geht es hingegen um die Zurechnung von Straftaten von Mitarbeitern, bei denen die Tat zugunsten des Verbandes getätigt wurde, fehlt ein Vergleichsmaßstab. Insgesamt ist bei der Annahme von einem Organisationsverschulden Zurückhaltung geboten, und dieser Bereich sollte nur in klaren Extremfällen zu einer Verbandsverantwortlichkeit führen. Auch Compliance-Maßnahmen sind hier schwer zu bestimmen, in der Regel sollten entsprechende Belehrungen genügen, um dem VbVG zu entkommen.
3. Die Haftung des Verbandes für Taten des Entscheidungsträgers ist am einfachsten zu judizieren – der Verband haftet, auf ein Organisationsverschulden kommt es nicht an. Compliance

65 Vgl. *Urbanek*, Unternehmensstrafrecht 148, mit dem Ratschlag an Unternehmen der Orientierung an die strengste Rechtsordnung – das mag zwar für Compliance vernünftig sein, für die Strafverfolgungsbehörden gibt es aber keinen Grund, denselben Maßstab anzulegen.

66 Auf diese Gefahr verweisen etwa *Fuchs*, Untreue, die unendliche Geschichte; Selbstbindung der Unternehmen als gefährlicher Fallstrick, in *Jarolim* (Hrsg), Herausforderung Compliance (2015) 18 (24); *Alexander/Winkelbauer* in *Müller-Gugenberger*, Wirtschaftsstrafrecht⁶ § 31 Rz 23; *Pichlmayer*, Verbandsverantwortlichkeit 134.

kann nicht die Verantwortlichkeit des Verbandes verhindern, sondern unter Umständen die Strafverfolgung, ansonsten hat sie Einfluss auf die Reaktion (Diversion oder Strafe) bzw auf die Strafzumessung.

4. Compliance führt dazu, dass Verbände zu ihren eigenen „Gesetzgebern“ werden. Dadurch droht die Gefahr eines zu hohen Sorgfaltslevels, der die strafrechtlich tatsächlich gebotene Sorgfalt übertrifft und letztlich erhöhen könnte, was zu einer Erweiterung der Strafbarkeit führt. Zieht man dafür Compliance-Maßnahmen von Konkurrenzunternehmen heran oder Maßnahmen, die wegen viel strengerer ausländischer Rechtsordnungen erlassen wurden, könnte das Strafrecht sogar für einen Verdrängungswettbewerb herangezogen werden.

Für Strafverfolgungsorgane bedeutet das, dass vorgefundene Compliance-Regelungen jedenfalls kritisch betrachtet werden müssen – und zwar in beiderlei Hinsicht: Sie könnten zu wenig sein, dann stehen sie der Verbandsverantwortlichkeit nicht entgegen, sie können aber auch zu hoch sein, dann begründet ihre Verletzung keine Verbandsverantwortlichkeit. Die Tatbegehung ist jedenfalls kein Indiz dafür, dass die Maßnahmen nicht ausreichend waren – das gilt aber auch im Individualstrafrecht: Der Eintritt eines strafrechtlich relevanten Erfolges bedeutet auch dort nicht, dass sich der Verdächtige sorgfaltswidrig verhalten hat. Strafverfolgungsbehörden müssen selbst klären, welcher Maßstab iSd § 3 Abs 3 VbVG geboten war, und diesen offenlegen, sie können aber nicht Vorgefundenes *a priori* als unzureichend ansehen.



Die Besetzung von Schiedsgerichten zwischen Parteiautonomie und Rechtsstaatlichkeit

Christian Aschauer*, Universität Graz

Kurztext: Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Kritik, die am aktuellen System der Schiedsrichterbestellung durch die Streitparteien geübt wird. Erörtert wird in diesem Zusammenhang, welche legitime Aufgabe die parteiernannten Schiedsrichter neben dem Vorsitzenden des Schiedsgerichts haben. Der Autor vertritt die Ansicht, dass die Mitwirkung der parteiernannten Schiedsrichter, vor allem bei der Beratung des Schiedsspruchs, zu einer umfassenderen Diskussion der Sach- und Rechtsfragen führt und macht verschiedene Verbesserungsvorschläge zur Garantie der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.

Schlagworte: Schiedsgerichte; Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; parteiernannte Schiedsrichter; Schiedsrichter-Ablehnung; Schiedsrichterberatungen.

I. Einleitung

Univ.-Prof. Dr. *Thomas Mühlbacher* und ich haben uns für unsere gemeinsamen Antrittsvorlesungen vorgenommen, Grundfragen unserer jeweiligen Fachbereiche zu erörtern. Dabei sind wir schnell auf zwei parallele Themen von zentraler Bedeutung aufmerksam geworden, nämlich das der Geschworenengerichtbarkeit im Bereich des Strafverfahrensrechts und der Besetzung von Schiedsgerichten im Bereich des Schiedsverfahrensrechts. Diese Themen stellen sich bei jedem einzelnen Verfahren von neuem, nämlich wenn Behörden oder Parteien das Verfahren in Gang setzen müssen; diese Themen stellen sich aber auch für jede Juristengeneration aufs Neue, weil wir die Vor- und Nachteile unserer Systeme im Licht der gesellschaftlichen Entwicklungen immer neu überdenken müssen.

Im Schiedsverfahrensrecht wird es traditionell als ein Grundrecht angesehen, dass die Parteien die Zusammensetzung des Schiedsgerichts oder die Vorgangsweise bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts frei bestimmen können. Dies gilt als wesentlicher Bestandteil der Privatautonomie und ist nur dahingehend eingeschränkt, dass die gewählten Schiedsrichter unabhängig und unparteilich sein müssen und dass beide Parteien bei der Konstituierung des Schiedsgerichts gleich und fair behandelt werden müssen.¹ Viele sehen den wesentlichen Vorteil der Schiedsge-

* Univ.-Prof. Dr. *Christian Aschauer* ist Professor am Institut für Zivilverfahrensrecht und Insolvenzrecht der Universität Graz. Der vorliegende Beitrag ist das Manuskript der Antrittsvorlesung des Autors an der Universität Graz am 25. 6. 2015; der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ *Born*, International Commercial Arbitration² (2014) 1810; *Greenberg/Osswald*, The Arbitrator Selection Process in International Commercial Arbitration, in *Huerta-Goldman/Antoine Romanetti* (Hrsg), WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration, Global Trade Law Series – Volume 43, 115.

richtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit überhaupt darin, dass die Parteien „ihre Richter“ selbst wählen können.²

II. Kritik am traditionellen System der Schiedsrichterbestellung

Das traditionelle System der Schiedsrichterbestellung, bei dem jede Seite einen Schiedsrichter wählt und die beiden parteigewählten Schiedsrichter den Vorsitzenden oder die Vorsitzende bestellen, ist aktuell Gegenstand heftiger Kritik.³ Die Kritiker kommen sowohl aus dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis, als auch aus dem Bereich des *common law* und haben, wie etwa *Jan Paulsson* und *Albert Jan Van den Berg*, persönliche und praktische Erfahrungen mit dem System. Es ist umso mehr geboten, sich mit dieser Kritik auseinanderzusetzen.

Ein rein praktischer Gesichtspunkt der vorgetragenen Kritik ist, dass die Ernennung eines Dreierschiedsgerichts länger dauert als die Ernennung eines Einzelschiedsrichters. Naturgemäß ist der Einzelschiedsrichter auch bei verfahrensleitenden Verfügungen und bei der Fällung des Schiedsspruchs rascher als ein Dreierschiedsgericht. Diese Kritik beschränkt sich allerdings auf Gesichtspunkte der Verfahrensbeschleunigung. Auch ein sehr rasch und effizient geführtes Verfahren ist immer noch zu langwierig und zu teuer, wenn es nicht zum richtigen Ergebnis führt. Verfahrensbeschleunigung darf nicht das einzige Ziel reformorientierter Überlegungen sein. Im Übrigen ist eine gut organisierte Schiedsinstitution in der Lage, auch ein Dreierschiedsgericht in vertretbaren Fristen zu konstituieren. Ein Vorsitzender, der mit seinen Mitschiedsrichtern eine gute Kommunikationsbasis hat, wird auch in der Lage sein, die Verfahrensführung rasch abzustimmen und nach Schluss des Verfahrens rasch den Schiedsspruch zu verfassen.

Viel mehr zur Sache kommt die Kritik, dass parteiernannte Schiedsrichter „von Natur aus“ parteilich sind und dem Vorbringen der Partei, die sie ernannt hat, ungebührlich positiv gegenüberstehen, oder das Vorbringen der Partei auf der „anderen“ Seite von vornherein ablehnen. Bekannte Parteivertreter geben in literarischen Äußerungen unumwunden zu, dass sie bei der Schiedsrichterauswahl eine Person suchen, von der maximale Voreingenommenheit erwartet werden kann. Zudem soll diese Person aber auch in der Lage sein, nach außen hin maximale Neutralität zu demonstrieren.⁴ Einige Kollegen und Kolleginnen beherrschen dieses Spiel hervorragend. Bei ihnen geht die Spezialisierung nicht nur so weit, dass sie fast ausschließlich als Schiedsrichter tätig sind, sondern auch, dass sie fast ausschließlich parteiernannte Schiedsrichter sind, und zwar in einem bestimmten Fachbereich, in dem sie für bestimmte Rechtsansichten, etwa bei der Vertragsauslegung oder bei Urkundenvorlageverfahren, bereits bekannt sind.⁵ In seltenen Momenten dringt dann die Realität durch, etwa wenn ein parteiernannter Schiedsrichter nach der Beratung des Schiedsspruchs bekennt, dass er schon wieder ein Verfahren „verloren“ hätte.⁶

2 *Blackaby/Partasides*, Redfern and Hunter on International Arbitration (2009) 249.

3 *Kirby*, With Arbitrators, Less can Be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of having Three Arbitrators may be Overrated, *Journal of International Arbitration* 2009, 337; *Paulsson*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review* 2010, 339; *Van den Berg*, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, in FS Reismann (2011) 821; diese Kritik ablehnend: *Brower/Rosenberg*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-Van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International* 2013, 7.

4 *Yu-Jin Tay*, Reflections on the Selection of Arbitrators in International Arbitration, in *Van den Berg* (Hrsg), *ICCA Congress Series* 17 (2013) 112 (128).

5 *Gaillard*, *Sociology of international arbitration*, *Arbitration International* (2015) 14.

6 Vgl etwa den von *Draetta*, *Il rovescio dell'arbitrato* (2010) 82 ff wiedergegebenen Erlebnisbericht.

Mit diesem ernüchternden Befund stimmt überein, dass – soweit ersichtlich – noch niemals ein parteiernannter Schiedsrichter ein Minderheitsvotum zulasten der Partei, die ihn ernannt hat, abgegeben hat.⁷ Ein klares und eindeutiges Minderheitsvotum wäre meines Erachtens aber noch besser als ein gewundener Schiedsspruch, dem keine klare Linie zu entnehmen ist. Das ist nämlich ein weiterer Kritikpunkt am traditionellen System parteiernannter Mitschiedsrichter, dass die parteiernannten Mitschiedsrichter mit dem Vorsitzenden um einen Kompromiss ringen, der mit den Fakten oder mit dem anzuwendenden materiellen Recht keinen einfach nachvollziehbaren Zusammenhang mehr aufweist.

Doch selbst ein parteiernannter Mitschiedsrichter mit den besten Absichten kann nicht garantieren, dass er der Partei, die ihn ernannt hat, vollkommen neutral gegenübersteht. Psychologische Forschungen aus dem anglo-amerikanischen Raum zeigen nämlich, dass parteiliche Informationsverarbeitung typischerweise unbewusst und unbeabsichtigt erfolgt und nur selten aus einer bewussten Entscheidung hervorgeht.⁸ Die Benennung durch eine Partei kann den Schiedsrichter auch unbewusst dazu verleiten, dieser Partei mehr Aufmerksamkeit zu widmen als einer anderen Verfahrenspartei.

III. Zurückdrängung der Parteiautonomie

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass wir heute eine Zurückdrängung der Parteiautonomie bei der Schiedsrichterbestellung beobachten müssen. Dies zeigt sich zunächst in den Fällen, in denen die Parteien nicht vereinbart haben, ob ein Einzelschiedsrichter oder ein Dreierschiedsgericht entscheiden soll. In diesen Fällen obliegt die Entscheidung über die Anzahl der Schiedsrichter bei der Schiedsinstitution.

Gemäß den Regeln der weltweit größten und ältesten Schiedsinstitution, des Internationalen Schiedsgerichtshofs der ICC, ist die Zuständigkeit eines Einzelschiedsrichters die (wenngleich theoretische) Grundregel.⁹ Wenn ein Einzelschiedsrichter zu entscheiden hat, müssen sich beide Parteien auf den Einzelschiedsrichter einigen. Dies gelingt nur in den seltensten Fällen.¹⁰ In der Regel wird der Einzelschiedsrichter von der Schiedsinstitution ernannt. In diesem Fall hat keine Partei einen „eigenen“ Schiedsrichter.

Auch in Mehrparteiensituationen kann es vorkommen, dass keine Partei einen „eigenen“ Schiedsrichter benennen kann. Seit der richtungsweisenden Entscheidung der französischen *Cour de Cassation* in der Rechtssache *Dutco/BKMI und Siemens*¹¹ ist es Gemeingut geworden, dass die Gleichheit der Parteien bei der Konstituierung des Schiedsgerichts zum *ordre public* gehört. Diese Gleichheit wäre in Gefahr, wenn sich, wie im zitierten Fall, zwei Parteien auf der einen Seite auf einen gemeinsamen Mitschiedsrichter einigen müssten, während eine Partei auf der anderen Seite den „eigenen“ Schiedsrichter „allein“ und „frei“ wählen darf. Um vollkommene Gleichheit zu gewährleisten, darf der ICC Schiedsgerichtshof in diesen Fällen (nach Anhörung der Parteien) seit der vorletzten Reform der ICC Schiedsregeln im Jahr 1998

7 Born, *International Commercial Arbitration*² 1808.

8 More/Tanlu/Bazerman, *Conflict of Interest and the Intrusion of Bias, Judgement and Decision Making* 2010, 37 (56).

9 Art 12 Abs 2 der ICC Schiedsregeln 2012.

10 Greenberg/Osswald in *Huerta-Goldman/Antoine Romanetti* 120.

11 *Cour de Cassation*, 7. 1. 1992, 119 *Revue d'arbitrage* (1992) 470.

sogar alle drei Mitglieder des Schiedsgerichts bestellen.¹² Auch in diesen Fällen hat keine Partei einen „eigenen“ Schiedsrichter.

Das *Vienna International Arbitral Centre (VIAC)*, die führende österreichische Schiedsinstitution, die in ganz Mittel- und Osteuropa schlechthin als die Wiener Kammer oder das Wiener Schiedsgericht bekannt und anerkannt ist, hat bei der letzten Reform ihrer Schiedsregeln im Jahr 2013 die eben geschilderte, von der ICC entwickelte Praxis rezipiert; auch das Präsidium des Internationalen Schiedsgerichts der WKÖ kann in Mehrparteienfällen „[im] Ausnahmefall“, wie es ausdrücklich heißt, alle drei Mitglieder des Schiedsgerichts bestellen¹³.

Schließlich ist auch das Dirimierungsrecht des Vorsitzenden ein Symptom für die fortschreitende Zurückdrängung des Parteieneinflusses. Beim Dirimierungsrecht geht es darum, dass bei der Abstimmung über den Schiedsspruch der oder die Vorsitzende allein entscheiden darf, wenn sich im Schiedsgericht keine Mehrheit bildet. Noch bei der Ausarbeitung der UNCITRAL Schiedsregeln im Jahr 1975 haben die Delegierten der Teilnehmerstaaten ein Dirimierungsrecht abgelehnt.¹⁴ Mittlerweile ist das Dirimierungsrecht des Vorsitzenden sowohl in den ICC Regeln also auch in den VIAC Regeln fest verankert.¹⁵ Es ist insbesondere dann nützlich, wenn sich bei der Anspruchshöhe keine Mehrheit bildet, weil die Vorstellungen der parteiernenannten Mitschiedsrichter zu weit auseinander liegen. In diesen Fällen kann der Vorsitzende allein entscheiden. Die Macht der parteiernenannten Mitschiedsrichter ist entsprechend zurückgedrängt.

IV. Wünsche der Parteien

Eine sehr berechtigte Frage ist, ob die Parteien, die sich freiwillig der Zuständigkeit von Schiedsgerichten unterwerfen und Schiedsverfahren mit ihren Kostenbeiträgen finanzieren, mit dieser Entwicklung zufrieden sind. In aller Regel handelt es sich bei den Parteien um international tätige (mittlere und große) Unternehmen, wie es sie auch im Großraum Graz in großer Zahl gibt.

Eine von der *Queen Mary University London* und der Kanzlei *White & Case* durchgeführte Umfrage bei Unternehmensjuristen hat gezeigt, dass sich bei der Frage „Einzelschiedsrichter oder Dreierschiedsgericht“ 87 % aller Befragten, die eine klare Präferenz hatten,¹⁶ für ein Dreierschiedsgericht aussprachen. Einer der entscheidenden Gründe für diese starke Präferenz war nach den Angaben der Befragten die Möglichkeit, beim Dreierschiedsgericht einen Schiedsrichter ernennen zu dürfen.¹⁷ Gerade wenn Unternehmen bedeutende Mittel in ein Schiedsverfahren investieren, möchten sie die Konstituierung des Schiedsgerichts so weit wie möglich beeinflussen.

Mit diesem Befund steht in Übereinstimmung, dass Parteien ihre Möglichkeiten zur Mitwirkung bei der Schiedsrichterkonstituierung in aller Regel wahrnehmen. Gemäß den ICC Schiedsregeln

12 Art 10 Abs 2 der ICC Schiedsregeln 1998; Art 12 Abs 8 der ICC Schiedsregeln 2012.

13 Art 18 Abs 4 der Wiener Regeln 2013.

14 *Brower/Rosenberg*, *Arbitration International* 11 mwN.

15 Art 31 Abs 1 der ICC Schiedsregeln 2012; Art 35 Abs 1 der Wiener Regeln 2013; die UNCITRAL Schiedsregeln in der Fassung 2010 kennen bei der Fällung des Schiedsspruchs nach wie vor kein Dirimierungsrecht.

16 27 % der Befragten hatten keine klare Präferenz in der Frage „Einzelschiedsrichter oder Dreierschiedsgericht“.

17 *Queen Mary University/White&Case*, 2010 *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 25. Die Nachfolgestudie aus dem Jahr 2015 enthält keine vergleichbare Fragestellung; allerdings gaben in der Nachfolgestudie immer noch 38 % der Befragten Unternehmensjuristen an, dass die Möglichkeit der Schiedsrichterbestellung (nach der internationalen Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs, der Abbedingung einzelner staatlicher Jurisdiktionen und der Flexibilität des Schiedsverfahrens) der größte Vorteil des Schiedsverfahrens sei.

wird der Vorsitzende, wenn die Parteien nichts anderes bestimmt haben, vom ICC Schiedsgerichtshof bestellt.¹⁸ Vor der Bestellung des Vorsitzenden gibt der Schiedsgerichtshof jedoch den Parteien die Möglichkeit, sich selbst auf den Vorsitzenden zu einigen oder vorzusehen, dass sich die Mitschiedsrichter auf den Vorsitzenden einigen sollen. Dies entspricht der konsensualen Natur des Schiedsverfahrens. Der frühere ICC Generalsekretär *Simon Greenberg* berichtet, dass Parteien diese Möglichkeit sehr weitgehend wahrnehmen.¹⁹

Interessant ist, dass Parteien auf Nachfrage, was für sie die entscheidenden Kriterien bei der Auswahl „ihres“ Schiedsrichters sind, nicht als erstes auf die erhoffte Parteilichkeit des parteiernen Mitschiedsrichters zu sprechen kommen. Die Parteien selbst führen andere Kriterien ins Treffen, nämlich an erster Stelle *open-mindedness and fairness* (66 %); dann folgen *prior experience of arbitration, quality of awards, availability and reputation, knowledge of the law*, und erst danach folgt mit 47 % *likelihood arbitrator will be able to influence chair of the arbitral tribunal*.²⁰ Die Parteien selbst gehen also mit der ihnen eingeräumten Befugnis der Schiedsrichterbestellung in aller Regel verantwortungsvoll um.

V. Legitime Aufgabe parteierner Mitschiedsrichter

Was ist nun die legitime Aufgabe parteierner Mitschiedsrichter und wie unterscheidet sie sich, wenn überhaupt, von der Aufgabe des Vorsitzenden?

In der Literatur hat sich der Konsens herausgebildet, dass sich der parteierner Mitschiedsrichter natürlich mit dem *gesamten* Parteivorbringen befassen muss. Er hat aber zusätzlich darauf Acht zu geben, dass das Vorbringen der Partei, die ihn ernannt hat, Beachtung findet und bei den Beratungen nicht unter den Tisch fällt. Es ist auch anerkannt, dass der parteierner Mitschiedsrichter während der Verhandlung Fragen zu dem seiner Ansicht nach relevanten Vorbringen stellen darf.²¹ Diese Aufgabe des parteiernen Mitschiedsrichters kann theoretisch natürlich auch ein von der Schiedsinstitution ernannter Mitschiedsrichter erfüllen. In meiner Erfahrung haben aber nicht alle Mitschiedsrichter, die für eine bei der Schiedsrichterwahl säumige Partei ernannt worden sind, diese Aufgabe wirklich sorgfältig erfüllt. Es zeigte sich mitunter eine Gleichgültigkeit gegenüber der Partei, für die der Schiedsrichter ernannt worden ist.

Eine andere Aufgabe des parteiernen Mitschiedsrichters sehen Autoren darin, dass er seinen Schiedsrichterkollegen die Rechtskultur und Geschäftspraxis der Partei, die ihn ernannt hat, nahe bringen kann, wenn er aus dem gleichen Kulturkreis stammt wie diese Partei. Bei Schiedsrichterbenennungen haben viele Parteien nach wie vor eine Präferenz für Schiedsrichterkandidaten aus dem „eigenen“ Land. Sie hoffen, dass dadurch kulturelle Missverständnisse von Anfang an ausgeräumt werden können.²² Natürlich kann auch die Schiedsinstitution für eine säumige Partei einen Schiedsrichter aus dem Land der säumigen Partei bestellen. Aber auch hier zeigt die Erfahrung, dass diese Schiedsrichter sich mitunter passiv und teilnahmslos verhalten.

18 Art 12 Abs 5 der ICC Schiedsregeln 2012.

19 *Greenberg/Osswald in Huerta-Goldman/Antoine Romanetti* 120.

20 *Queen Mary University/White&Case*, International Arbitration Survey.

21 Vgl etwa *Dickenmann in Arroyo* (Hrsg), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (2013) 397; *Draetta*, II *rovescio* 82; *Yu-Jin Tay in Van den Berg* 124.

22 *Yu-Jin Tay in Van den Berg* 124.

Der wahre Vorteil der Dreierbesetzung liegt meines Erachtens in der Möglichkeit, dass der Vorsitzende mit den Mitschiedsrichtern sowohl die Verfahrensführung als auch den Schiedsspruch erörtern kann. Wie *Viktor von Essen* vom Sekretariat des Internationalen Schiedsgerichtshofs der ICC bei einem Gastvortrag in unserem Institut am 12. 6. 2015 dargelegt hat, hat der ICC Schiedsgerichtshof ein eigenes Verfahren zur Prüfung von Schiedssprüchen. Bei allen anderen institutionellen Schiedsverfahren steht dieses System nicht zur Verfügung. Hier ist der Einzelschiedsrichter ganz auf sich selbst gestellt und hat keinen *sparring partner*. Im Schiedsrichterkollegium kann sich der Vorsitzende dagegen mit seinen Kollegen und Kolleginnen austauschen. Das kann ein mühsamer Teil der Arbeit sein, aber auch einer der interessantesten, weil man neue Kollegen und Kolleginnen und neue Herangehensweisen und Denkmuster kennen lernt. Im besten Fall entsteht durch dialektische Rede und Gegenrede am Ende, nach Anhörung der Parteien, eine neue Lösung, die sich als tragfähiger erweist als die von den Parteien einseitig vorgetragenen Konzepte und Theorien. Das Vorbringen der Parteien wird in der Diskussion der Schiedsrichter „getestet“. Das Risiko, dass sich im Schiedsspruch eine unvertretbare oder exzentrische Rechtsansicht durchsetzt, bleibt gering. Dieser Vorteil der Dreierbesetzung, die lebendige Diskussion, entfaltet sich meiner Erfahrung nach eher dann, wenn zwei Mitschiedsrichter parteiernannt sind. Wenn alle drei Schiedsrichter von der Schiedsinstitution besetzt werden, verliert diese Dynamik an Schwung.

Es stellt sich zudem die Frage, welche sinnvollen Alternativen es zum System der parteiernannten Mitschiedsrichter gibt. Wer ein System entwirft, bei dem immer eine zentrale Stelle alle Schiedsrichter ernennt, nimmt das enorme Risiko in Kauf, dass diese zentrale Stelle bei Schiedsrichterbestellungen nicht korrekt vorgeht. Diese Gefahr ist nicht zu unterschätzen, weil man gegen einzelne parteiliche Schiedsrichter mit Ablehnungsanträgen vorgehen kann, nicht aber gegen eine parteiliche Schiedsinstitution. Es ist im Übrigen auch kritisch zu hinterfragen, ob der Internationale Investitionsgerichtshof, der gemäß dem geplanten TTIP-Übereinkommen für Investitionsschutzstreitigkeiten zuständig sein soll,²³ so viel unabhängiger sein wird als herkömmliche Investitionsschiedsgerichte, oder ob er nicht Ziel politischer Einflussnahmen sein wird.

VI. Verbesserungsvorschläge

Es scheint, dass es noch kein besseres System gibt als die Mit-Schiedsrichterbestellung durch die Parteien und die gemeinsame Bestellung des Vorsitzenden durch die parteiernannten Schiedsrichter, die Parteien oder die Schiedsinstitution. Das System ist aber nicht fehlerfrei und muss immer weiter verbessert werden. Welche Möglichkeiten stehen zur Verfügung?

Die erste wichtige Möglichkeit ist, dass sich die Schiedsinstitution vorbehält, den von den Parteien benannten Schiedsrichter bei Zweifeln an seiner Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit nicht zu bestätigen. In den ICC Schiedsregeln ist dies seit jeher vorgesehen.²⁴ Die Wiener Schiedsregeln haben 2013 einen solchen Bestätigungsvorbehalt eingeführt.²⁵ Bei parteiernannten Mitschiedsrichtern nehmen die Schiedsinstitutionen dieses Recht nur sehr zurückhaltend wahr und verweigern die Bestätigung nur in Ausnahmefällen. Die Schiedsinstitutionen könnten hier verstärkt auf ihre Jahre zurückreichenden Aufzeichnungen zurückgreifen und prüfen, welche Schiedsrichter von welcher Partei bereits wiederholt benannt worden sind, welche sich in der Vergangenheit

²³ Der Standard, 6. 5. 2014.

²⁴ Siehe bereits Art 2 der ICC Regeln 1988.

²⁵ Art 19 der Wiener Regeln 2013.

immer in den gleichen Branchen auf der gleichen Seite bewegt haben, oder wo auffällige Nahverhältnisse vorliegen.

Die zweite wichtige Möglichkeit ist die strenge Kontrolle schiedsgerichtlicher Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die staatlichen Gerichte. In Österreich kommt seit dem Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2013 dem OGH die zentrale Aufgabe zu, Entscheidungen von Schiedsgerichten oder Schiedsinstitutionen über Schiedsrichter-Ablehnungsanträge nachprüfend zu kontrollieren.²⁶ Die bereits vorliegenden Entscheidungen des OGH 18 ONc 5/15a und 18 ONc 2/15k weisen vom Ansatz her in die richtige Richtung, wenn festgehalten wird, dass bei der Prüfung von Befangenheitsgründen auch die *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration* als Orientierungshilfe herangezogen werden dürfen, oder wenn ferner festgehalten wird, dass einseitige Kommunikationen zwischen einer Partei und einem Mitschiedsrichter grundsätzlich einen Ablehnungsgrund bilden können. Sie sind im Ergebnis aber gegenüber der in einer Entscheidung ausdrücklich so bezeichneten „vernetzten“ juristischen Szene Österreichs etwas nachsichtig.

Wünschenswert wäre schließlich auch eine strenge Auslegung der schiedsgerichtlichen Offenlegungspflicht wie sie etwa nach französischem Recht Praxis geworden ist. Dort ist anerkannt, dass der Schiedsspruch aufgehoben werden muss, wenn infolge einer Verletzung der Offenlegungspflicht ein schwerer Befangenheitsgrund erst nach Fällung des Schiedsspruchs bekannt wird²⁷.

Mein Ruf nach strenger (oder strengerer) Kontrolle der schiedsgerichtlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist keineswegs ein Angriff auf die Privatautonomie. Wenn aber die internationale Schiedsgerichtsbarkeit auch die kommenden 50 Jahren das vorherrschende Streitbeilegungssystem für den internationalen Wirtschaftsverkehr sein soll, ist diese strenge Kontrolle unverzichtbar.

26 § 589 Abs 3 ZPO iVm § 615 ZPO idF des Schiedsrechts-Änderungsgesetzes 2013.

27 Vgl. einerseits OGH 17. 6. 2013, 2 Ob 112/112b Der Gesellschafter 2014, 2 mit kritischer Stellungnahme von *Reiner/ Vanovac* und andererseits das Urteil des Kassationsgerichtshofs vom 25. 6. 2014 iS *Tecnimont/Avax*, veröffentlicht und abrufbar unter anderem unter https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/758_25_29578.html (24. 11. 2015).