

Die Verweisung in der Rechtsprechung des VwGH

Christoph Kleiser

1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt des vorliegenden Beitrages ist das Thema der Verweisung. Die Verweisung war neben der wirkungsorientierten Folgenabschätzung Gegenstand der 13. Legistik-Gespräche am 5. und 6. November 2015 in Linz und wurde aus verschiedensten Blickwinkeln betrachtet und untersucht¹.

Einen Blickwinkel habe ich beigesteuert, nämlich die Verweisung aus der Sicht der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH). Ich habe hierfür Beispiele aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes gewählt, die sich mit dem Thema der Verweisung befassen. Diese Auswahl war durchaus willkürlich und subjektiv. Dennoch bieten die präsentierten Judikate meiner Ansicht nach einen guten Einblick in die diversen Fragen, die der VwGH im Zusammenhang mit dem Thema der Verweisung behandelte. Sie zeigen insbesondere manche Tücken dieses legistischen Instruments.

Bei der Präsentation der Judikate habe ich mich für das Schema "Fragen? Antworten!" entschieden. Diese Form der Präsentation vereinfacht vieles, auch wenn jede Vereinfachung die Gefahr in sich birgt, spezielle Nuancen nicht deutlich aufzuzeigen. Das nehme ich aber zugunsten der besseren Verständlichkeit gerne in Kauf. Letztlich spiegelt dieses Schema meiner Ansicht nach auch die neue Rolle des VwGH im Revisionsmodell nach der Neugestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wieder:

Nach dem neuen verfassungsrechtlich vorgegebenen Revisionsmodell² hat sich die Rolle des VwGH wesentlich verändert. Die Sicherung der Rechtmäßigkeit im Einzelfall ist Aufgabe der Verwaltungsgerichte; wenn sich deren Entscheidungen im Rahmen der Leitlinien halten, die der VwGH

¹ Vgl. aus typologischer Sicht den Beitrag von *M. Handstanger*, aus unionsrechtlicher Sicht den Beitrag von *S. Scholz* und aus Sicht der Länder den Beitrag von *P. Novak*; zur Frage der Verweisung auf technische Normen den Beitrag von *Th. Uebe*, zur Weiterentwicklung vom Zitat zum Informationstransfer den Beitrag von *F. Lachmayer* und *H. Hoffmann* sowie zur Verweisung und deren praktischer Anwendung in der Schweiz den Beitrag von *M. Roth* und *D. Ivanov*.

² Grundgelegt in Art. 133 Abs. 4 B-VG in der Fassung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012: "Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Hat das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand, kann durch Bundesgesetz vorgesehen werden, dass die Revision unzulässig ist."

in seiner Judikatur vorgegeben hat, wird eine Revision regelmäßig nicht zulässig und das betreffende Verfahren daher mit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts beendet sein. Der VwGH ist demgegenüber nicht mehr zur Sicherung der Rechtmäßigkeit jeder einzelnen Entscheidung berufen, sondern soll die Rechtssicherheit und die Rechtseinheitlichkeit sowie die Rechtsfortentwicklung sicherstellen³.

In dieser Rolle kommt dem VwGH die Leitfunktion für die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz durch die Lösung grundsätzlicher Rechtsfragen zu⁴.

Damit kann vereinfacht auch gesagt werden, der VwGH hat Antworten auf an ihn herangetragene Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu geben. In dieser Sicht mögen die folgenden Beispiele gesehen werden.

2. Was bringt ein Verweis?

Die Frage nach der Nützlichkeit des Instruments der Verweisung ist naturgemäß diejenige, die sich zuerst aufdrängt. Der VwGH lässt die Antwort auf diese Frage in einem abfallrechtlichen Judikat wie folgt erkennen:

"Voraussetzung für die Vorschreibung von Maßnahmen nach § 73 Abs. 4 AWG 2002 ist, dass diese im öffentlichen Interesse erforderlich sind. Was unter öffentlichen Interessen zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Verweis auf § 1 Abs. 3 AWG 2002." (VwGH 28.5.2015, 2011/07/0218).

Der legistische Nutzen einer Verweisung ist somit, dass Teile einer Regelung (hier: die Umschreibung der öffentlichen Interessen) in eine andere Regelung (hier: die Vorschreibung von Maßnahmen) "importiert" werden. Die Regelung wird dadurch schlanker, da ein Teil ihres normativen Gehalts nicht in der Regelung selbst wiedergegeben wird. Jedoch wird die Regelung damit nicht immer verständlicher⁵. Eine Verweisung bedeutet für den Normadressaten immer einen erhöhten Aufwand und sei es nur, den "importierten" Teil der Regelung aufzufinden (was nicht immer leicht ist, wie folgende Beispiele zeigen).

³ Tätigkeitsbericht des VwGH für das Jahr 2014, 7, abrufbar unter: <https://www.vwgh.gv.at/gerichtshof/taetigkeitsbericht2014.pdf?52thc5> (4. Februar 2016).

⁴ Kleiser, Die neue Rolle des Verwaltungsgerichtshofes, ZVG 2014/1, 40 ff, sowie in *Schweighofer/Handstanger/Hoffmann/Kummer/Primosch/Schefbeck/Withalm*, Zeichen und Zauber des Rechts. Festschrift für Friedrich Lachmayer (Bern 2014), 819 ff.

⁵ Vgl. zur Bedeutung der Verständlichkeit für die Funktion des Rechts: Kleiser, Über die NÖ Legistischen Richtlinien 1987, NÖ Schriften 118 (1999), 13 ff, und Kleiser, Deregulierung und Gemeinschaftsrecht. Eine Einführung in die Themenstellung, 18 ff, in: *Kleiser/Lengheimer* (Hrsg.), Deregulierung. Die Herausforderung einer verständlichen und überschaubaren Rechtsordnung, NÖ Schriften 138 (2002).

3. Wann ist eine dynamische Verweisung zulässig?

Die dynamische Verweisung⁶ ist in der Legistik weitaus beliebter, weil der "Wartungsaufwand", der bei einer statischen Verweisung besteht, entfällt (mit anderen Worten muss nicht immer die bei der statischen Verweisung verwendete Fassung der zitierten Rechtsnorm angepasst werden). Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich dabei aber die Frage nach der Zulässigkeit:

"Insofern liegt eine dynamische Verweisung, und zwar auf eine Norm desselben Rechtsetzungsorganes, vor. Eine solche ist zulässig, sofern die verweisende Norm das Objekt der Verweisung ausreichend bestimmt festlegt ... Dies ist ... hier der Fall, da in § 25 Abs. 2 AIVG eindeutig auf jene sozialversicherungsrechtliche Norm Bezug genommen wird, die die Anmeldung von Pflichtversicherten durch den Dienstgeber vorschreibt, nämlich § 33 ASVG; dass diese Vorschrift in § 25 Abs. 2 AIVG nicht ausdrücklich genannt wird, macht die Verweisung nicht verfassungswidrig unbestimmt." (VwGH 21.1.2009, 2008/08/0117)

Die dynamische Verweisung ist somit zulässig, wenn das Objekt der Verweisung (desselben Rechtssetzungsorgans) ausreichend bestimmt festgelegt wird.

4. Darf ich auf Unionsrecht dynamisch verweisen?

Diese Frage stellt sich auch bei der Verweisung auf Unionsrecht, zumal dieses von einem anderen Rechtssetzungsorgan stammt:

"Auch der Umstand, dass in § 25 Abs. 2 GütbefG nunmehr die geänderte Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 881/2002 ausdrücklich zitiert ist, vermag daran nichts zu ändern, da bereits vor dieser Novelle des GütbefG mit der Bezugnahme auf die Verordnung (EWG) Nr. 881/92 (ohne einzelne Änderungen ausdrücklich anzuführen) eine im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts zulässige dynamische Verweisung auf die jeweils gültige Fassung dieser Verordnung gegeben war, wie sich auch aus dem zitierten hg Erkenntnis vom 19. Oktober 2004 ergibt (vgl. ausdrücklich zur dynamischen Verweisung auf gemeinschaftsrechtliche Verordnungen das hg Erkenntnis vom 10. September 2004, Zl. 2004/02/0130)." (VwGH 15.11.2007, 2007/03/0127 bis 0129)

⁶ Vgl. zu den Begrifflichkeiten den Beitrag von *M. Handstanger* in diesem Band.

Die dynamische Verweisung auf Unionsrecht ist zulässig (in Hinblick auf dessen Anwendungsvorrang).

5. Wann liegt eine tatbestandliche Anknüpfung vor?

Dieses Instrument ist in der Legistik von großer Bedeutung, ist es doch in diesem Rahmen zulässig, auf Rechtsnormen anderer Rechtssetzungsorgane dynamisch zu verweisen. Die Notwendigkeit einer tatbestandlichen Anknüpfung stellt sich insbesondere dort, wo verschiedene Rechtsgebiete miteinander "verzahnt" sind⁷. Eine derartige Anknüpfung kann aber auch notwendig werden, wenn es der Gesetzgeber (hier: der Gesetzgeber der Wiener Bauordnung) als sinnvoll ansieht, Doppelregelungen zu vermeiden (und hier: in § 134 Abs. 2 zweiter Satz BO den Schutz der Nachbarn dort beschränkt, wo "ein gleichwertiger Schutz bereits durch andere Bestimmungen gegeben ist"). Zu dieser tatbestandlichen Anknüpfung führte der VwGH aus (nachdem sich auch der VfGH mit dieser Regelung befasst hatte):

"Aus dem in diesem Zusammenhang erfolgten Verweis des Verfassungsgerichtshofes auf sein Erkenntnis vom 16. Juni 1990, VfSlg. 12.384, und aus den dortigen Ausführungen wird, dass er auch hinsichtlich des nun gegenständlichen § 134a Abs. 2 BO die Ansicht vertrat, dass der Wiener Landesgesetzgeber, in unbedenklicher Weise an die von einer anderen Rechtssetzungsautorität (Bundesgesetzgeber) geschaffene Rechtslage anknüpfend, diese Rechtslage zum Tatbestandselement seiner eigenen Regelung machte. Entscheidendes Kriterium einer derartigen - verfassungsrechtlich zulässigen - tatbestandlichen Anknüpfung an fremde Normen oder Vollzugsakte (im Gegensatz zur verfassungswidrigen dynamischen Verweisung) ist es, dass die zum Tatbestandselement erhobene (fremde) Norm nicht im verfassungsrechtlichen Sinn vollzogen, sondern lediglich ihre vorläufige inhaltliche Beurteilung dem Vollzug der eigenen Norm zugrundegelegt wird." (VwGH 24.4.2007, 2006/05/0005)

Entscheidend für eine tatbestandliche Anknüpfung ist somit, dass eine (fremde) Norm als Vorfrage zum Tatbestandselement der eigenen Regelung gemacht wird.

⁷ Als Beispiel sei die Kompetenzverteilung im Vergaberecht nach Art. 14b B-VG genannt: Notwendigerweise müssen die Vergabenachprüfungsgesetze der Länder (Abs. 3 leg.cit.) auf das Vergabe(verfahrens)gesetz des Bundes (Abs. 1 leg.cit.), dessen Einhaltung nachgeprüft wird, verweisen.

6. Was bringt ein sinngemäßer Verweis?

Beliebt sind in der Legistik auch die sogenannten sinngemäßen Verweise. Zu einem solchen im VwGVG (betreffend die Befangenheit von Verwaltungsrichtern) führte der VwGH aus:

"Da nach § 17 VwGVG für Verfahren über Beschwerden iSd. Art. 130 Abs. 1 B-VG auch die Bestimmung des § 7 AVG anzuwenden ist, ist die zu dieser Bestimmung ergangene Rechtsprechung auch für eine Befangenheit iSd. § 6 VwGVG maßgeblich (VwGH 18.2.2015, Ra 2014/03/0057); die 'sinngemäß' verwiesenen Bestimmungen des AVG sind dabei nicht wörtlich, sondern mit der nach dem Kontext des VwGVG erforderlichen Anpassung anzuwenden" (VwGH 30.6.2015, Ro 2015/03/0021)

Die sinngemäß verwiesenen Normen sind also sind nicht wörtlich, sondern mit der Anpassung anzuwenden, die nach dem Kontext des Gesetzes, in dem sinngemäß verwiesen wird, erforderlich ist. Jedem Praktiker ist bekannt, dass dies mitunter nicht unerhebliche Auslegungsfragen aufwerfen kann. Auch hier zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen oben angesprochenen Vorteilen der Verweisung und deren Nachteilen.

7. Kann ein Verweis nachträglich unrichtig werden?

Hier kommen wir nun zu den Tücken der Verweisung. Selbst wenn dynamisch verwiesen wird, muss eine Verweisung laufend "gewartet" werden, da sie ansonsten nachträglich unrichtig werden und ins Leere gehen kann. Eine solche Konstellation hatte der VwGH bei der auf Grundlage der Gewerbeordnung 1994 erlassenen Betriebsanlagen-Verordnung⁸ zu beurteilen:

"Wie die Beschwerdeführer zutreffend vorbringen, nennt § 1 Z 1 bis 3 der Betriebsanlagen-Verordnung die Regelung des Gastgewerbes in § 142 Abs. 1 Z 1 bis 4 der GewO 1994 in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002. Mit dieser Novelle (vgl. Art. I Z 64) wurde das II. Hauptstück der GewO 1994 neu gefasst und die Bestimmungen über die Gastgewerbe in den (neuen) §§ 111 bis 113 zusammengefasst ... § 142 GewO 1994 in der Fassung nach dieser Novelle regelt nunmehr die (Neben-)Rechte zum Waffengewerbe.

Daraus kann aber nicht - wie von den Beschwerdeführern vorgebracht - der Schluss gezogen werden, dass ... den Regelungen des § 1 Z 1 bis 3 der Betriebsanlagen-Verordnung kein Regelungsinhalt mehr zukomme und diese

⁸ Diese Verordnung regelt, welche Arten von gewerblichen Betriebsanlagen dem vereinfachten Verfahren zu unterziehen sind (vgl. § 1 dieser Verordnung).

Bestimmungen sohin ins Leere gingen bzw. keinen Anwendungsbereich mehr hätten." (VwGH 2010/04/0130, 25.1.2011)

Die Antwort lautet daher: Leider ja! Verweise können nachträglich unrichtig werden, sie sind daher laufend zu "warten"⁹.

8. Wie kann ich Verweise generell richtigstellen?

Wie die folgende Aussage des VwGH zeigt, kann eine Vielzahl von Verweisen (hier: in anderen Bundesgesetzen) generell durch die verwiesene Norm, insbesondere bei deren Neuerlassung (hier: die Neuerlassung des AWG 2002 an Stelle des AWG 1990), richtig gestellt werden:

"Nach § 88 Abs. 3 AWG 2002 gilt der in § 2 Abs. 4 ALSAG vorgenommene Verweis auf das AWG 1990 nun als Verweis auf das AWG 2002" (VwGH 23.4.2015, 2013/07/0043)

§ 88 Abs. 3 AWG 2002 lautet:

"Wird in anderen Bundesgesetzen auf eine Bestimmung des AWG 1990 oder auf Bestimmungen des Sonderabfallgesetzes oder des Altölgesetzes 1986, BGBl. Nr. 373, verwiesen, an deren Stelle mit dem Inkraft-Treten dieses Bundesgesetzes eine neue Bestimmung wirksam wird, so ist dieser Verweis auf die entsprechende neue Bestimmung zu beziehen."

Durch entsprechende Übergangsbestimmungen kann dasselbe Rechtssetzungsorgan (hier der Bundesgesetzgeber) Verweise auf eine Norm in anderen Normen generell richtigstellen.

9. Was tue ich, wenn ein Verweis nicht angepasst wurde?

Hier ein weiteres Beispiel der Tücke der Verweisung, wenn die verwiesene Norm in ihrem Sinngehalt geändert und die Verweisung vom Gesetzgeber nicht angepasst wird:

"§ 28 Abs. 2 AuslBG regelt daher, wie aus der Verweisung auf eine bestimmte Fassung des VStG hervorgeht, die Verfolgungsverjährungsfrist. Diese Frist sollte ... wegen zeitaufwendiger Beweisverfahren mit § 28 Abs. 2 AuslBG ausgedehnt werden. Wenn nun angesichts der Änderung des VStG mit ... BGBl. Nr. 33/2013 die in § 28 Abs. 2 AuslBG enthaltene Verweisung nicht angepasst wurde, so kann dieser Untätigkeit des Gesetzgebers im vorliegenden Zusammenhang bei verständiger Würdigung des Inhaltes der

⁹ Interessant ist meiner Ansicht nach die bei den Legistik-Gesprächen angesprochene Möglichkeit, diese Wartung informationstechnologisch zu unterstützen.

maßgeblichen Rechtsvorschriften (siehe auch § 33a AuslBG) nicht die Bedeutung entnommen werden, es hätte sich auch die Bedeutung der verweisenden Vorschrift geändert und die Frist für die Strafbarkeitsverjährung wäre auf ein Drittel verkürzt und betrüge nunmehr bloß ein Jahr." (VwGH 20.5.2015, Ro 2014/09/0062)

Dieses Judikat zeigt, dass der VwGH, bei einer solchen Untätigkeit des Gesetzgebers bemüht ist, die Norm verständlich zu würdigen.

10. Was ist eine Blankettstrafnorm?

Eine beliebte Form der Verweisung im Bereich des Verwaltungsstrafrechts ist die sogenannte "Blankettstrafnorm". Zu einer solchen Norm hielt der VwGH fest:

"Gemäß § 135 BO" [Bauordnung für Wien] "werden Übertretungen der Vorschriften dieses Gesetzes und der auf Grund des Gesetzes erlassenen Verordnungen mit Geld bis zu EUR 21.000,-- oder mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen bestraft. § 135 Abs. 1 BO stellt eine Blankettstrafnorm dar, welche sonst keinen Tatbestand enthält, sondern auf andere Vorschriften, die damit Teil des Verwaltungsstrafatbestandes werden, verweist. Sie enthält damit die Verpflichtung, jede Vorschrift der BO dahin zu untersuchen, ob sie ein Gebot oder Verbot enthält, dem zuwidergehandelt werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. April 2008, Zl. 2006/05/0162)." (VwGH 15.3.2011, 2008/05/0095)

Bei einer "Blankettstrafnorm" handelt es sich somit um einen Verweis auf andere Vorschriften, die damit Teil des Verwaltungsstrafatbestandes werden. Auch hier ist aus meiner persönlichen Sicht zu betonen, dass ein solcher Verweis legislativ sehr schlank und einfach ist, aber aus Sicht des Rechtsanwenders mitunter schwer verständlich, weil sich der Verwaltungsstrafatbestand erst aus dem Gesamtbestand des Gesetzes und der hiezu ergangenen Durchführungsverordnungen erschließt.

11. Was hilft ein Verweis beim Verkehrskonzept?

Verweisungen können aber auch bei der Auslegung einer Bestimmung hilfreich sein, wie das nächste Judikat zeigt. Vorliegend behandelte der VwGH eine Frage aus dem Bereich des Mineralrohstoffrechts, und zwar die Frage nach dem Inhalt des in § 80 Abs. 2 Z 10 MinroG vorgeschriebenen Verkehrskonzeptes. Waren in einem solchen Verkehrskonzept nur der Abtransport vom Abbau (hier: von Schotter) zur Aufbereitung (hier: einer mobilen Wasch- und Siebanlage vor Ort) oder vom Abbaugebiet weg

darzustellen? Der VwGH kam unter Heranziehung einer Verweisung zu folgendem Ergebnis:

"Dabei differenziert diese Bestimmung nicht, ob es sich um den Abtransport von nur abgebauten und nicht aufbereiteten oder auch von abgebauten und bereits im Abbaugelände aufbereiteten Rohstoffen handelt. Dass auch letztere vom Verkehrskonzept erfasst werden, ergibt sich aus der Wortfolge 'von den in Z 8 angeführten Abbauen' in § 80 Abs. 2 Z 10 MinroG. § 80 Abs. 2 Z 8 MinroG ... meint die örtliche Begrenzung des Abbaues oder (mit anderen Worten) das Abbaugelände ... Somit wird deutlich, dass § 80 Abs. 2 Z 10 MinroG, wenn auf dieses Abbaugelände (nach Z 8 leg.cit.) verwiesen wird, nicht den Abtransport von der Gewinnung zur Aufbereitung, sondern (generell) den Abtransport des abgebauten Materials (sei es nun aufbereitet oder nicht) vom Abbaugelände weg erfasst. Diese Auslegung deckt sich mit dem Willen des Gesetzgebers ... " (VwGH 17.6.2014, 2013/04/0099)

Die Verweisung war in dieser Rechtssache von großem Nutzen, da sie den Inhalt der Regelung deutlich machte und damit auch dem Willen des Gesetzgebers zum Durchbruch verhalf.

12. Ausblick

Zusammenfassend zeigen die oben angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung des VwGH insbesondere den Nutzen einer Verweisung, der in der Kürze der Regelung besteht, aber auch den Nachteil der Verweisung, der in einer schwereren Verständlichkeit bzw. Lesbarkeit der Norm für den Rechtsanwender besteht. Sie zeigen aber auch deutlich, dass Verweise immer "gewartet" werden müssen, wobei sich die Informationstechnologie möglicherweise als Hilfsmittel anbietet.