

## GSpG-Monopol: Droht Österreich ein Vertragsverletzungsverfahren?

Zu möglichen Konsequenzen des EuGH-Beschlusses v 18. 5. 2021, C-920/19

ALFRED GROF

1 Man könnte den im Untertitel angeführten Beschluss, mit dem der EuGH ein neuerliches österreichisches Vorabentscheidungsersuchen zur Frage der Vereinbarkeit des Glücksspielmonopols mit Art 56 AEUV erledigt hat<sup>1</sup>, als relativ unspektakulär qualifizieren und nach dessen Kenntnisnahme gleichsam unbeeindruckt wieder zur Tagesordnung übergehen. Denn inhaltlich wurde damit (wie schon in einigen vorangegangenen Beschlüssen<sup>2</sup>) gleichsam nur die bisherige einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs – beginnend mit dem Urteil »Dickinger/Ömer«<sup>3</sup> über »Pfleger«<sup>4</sup> bis hin zu »Online Games«<sup>5</sup> – zusammengefasst. In einem größeren Zusammenhang betrachtet könnte diese Entscheidung künftig jedoch erhebliche Brisanz erlangen, insbesondere, wenn die EU-Kommission ihre aktuelle Drohung wahr macht und wegen des sog »PSP-Urteils« des BVerfG<sup>6</sup> am Ende tatsächlich eine Klage wegen Vertragsverletzung gegen die BRD beim EuGH einbringt<sup>7</sup>. Denn beide Konstellationen treffen gleichsam einen zentralen Lebensnerv der EU, nämlich die Problematik, dass dem Unionsrecht in jedem Mitgliedstaat is eines absoluten Vorranges stets effektive Geltung verschafft und in diesem Zusammenhang die Letztkompetenz zur Auslegung des Unionsrechts dem EuGH belassen werden muss. Ein »atmosphärischer« Unterschied besteht

lediglich darin, dass sich das BVerfG (in gleichsam typisch deutsch-selbstbewusster Manier) direkt gegen die Anleihekäufe der EZB – und damit auch gegen den EuGH<sup>8</sup> – stellt, während in Österreich die EuGH-Judikatur zum Glücksspielmonopol quasi unauffällig dadurch faktisch zum Leerlaufen gebracht wird, dass die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts die geforderte Kohärenzprüfung – vor dem Hintergrund des Kassationssystems des B-VG und der damit jeweils einhergehenden eingeschränkten Kognitionsbefugnis – nicht eigenständig vornehmen, sondern lediglich die entsprechenden Feststellungen der erstinstanzlichen VwG dahin kontrollieren, ob in diesem Zusammenhang verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte iSd Art 144 Abs 1 B-VG verletzt oder grundsätzliche Rechtsfragen iSd Art 133 Abs 4 B-VG unzutreffend gelöst wurden.

2 Angesichts dessen, dass seitens des EuGH bereits hinlänglich und mehrfach klargestellt wurde, welche Aspekte im Rahmen einer Kohärenzprüfung mit welcher Zielsetzung jeweils seitens der Behörden und Gerichte in Bezug auf das österreichische Glücksspielmonopol besondere Berücksichtigung zu finden haben<sup>9</sup>, kommt daher im nunmehrigen Beschluss v 18. 5. 2021, C-920/19, im Hinblick auf das zuvor dargestellte Szenario der Beantwortung der dritten Frage die entscheidende Bedeutung zu. Und wengleich sich auch diesbezüglich in inhaltlicher Hinsicht nichts entscheidend Neues ergibt, sondern bloß auf einschlägige Vorjudikatur – nämlich auf die Beschlüsse v 15. 10. 2015, C-581/14 (»Naderhirn«), v 7. 6. 2018 C-589/16 (»Filippi«) und v 4. 4. 2019, C-545/18 (»DP«) – verwiesen wird, ist die abermalige Bekräftigung der mittlerweile als »Stehsatz« anzusehenden Grundhaltung des EuGH, dass das Prinzip des Vorrangs des Unionsrechts dahin auszulegen ist, dass es »jedes Gericht eines Mitgliedstaats verpflichtet, eine gegen Art. 56 AEUV verstoßende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, und zwar auch dann, wenn ein höheres Gericht eben dieses Mitgliedstaats diese Bestimmung

1 Über die Homepage des EuGH ist dieser Beschluss nicht in sämtlichen Amtssprachen der EU, sondern nur in Deutsch (Verfahrenssprache) und Französisch verfügbar; dies deutet darauf hin, dass er auch nicht in der amtlichen Entscheidungssammlung des EuGH veröffentlicht werden und solcherart bloß eine relativ eingeschränkte Breitenwirkung erreichen wird – all dies deutet zunächst auf eine vermeintliche Nebensächlichkeit hin.

2 Vgl EuGH v 6. 9. 2018, C-79/17, und v 20. 1. 2021, C-293/20 (ebenefalls jeweils nur in deutscher und französischer Sprache verfügbar).

3 Vgl EuGH v 15. 11. 2011, C-347/09.

4 Vgl EuGH v 30. 4. 2014, C-390/12.

5 Vgl EuGH v 14. 6. 2017, C-685/15.

6 Vgl BVerfG v 5. 5. 2020, 2 BvR 859/15, und dazu näher Grof, BVerfG widerspricht EuGH: EZB-Anleihekäufe in der BRD ohne Rechtswirkung, *ecolx* 2020, 656; siehe jüngst auch Griller, Wer hat das letzte Wort?, *Die Presse* v 28. 6. 2021, 18.

7 Ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren wurde bereits initiiert; vgl zB Hempel, EU leitet Verfahren gegen Deutschland ein, *ARD tagesschau-online* v 9. 6. 2021, abrufbar unter: <<https://www.tagesschau.de/wirtschaft/eu-vertragsverletzungsverfahren-anleihekaeufe-ezb-101.html>>.

8 Im Besonderen gegen dessen Urteil v 11. 12. 2018, C-493/17.

9 Vgl EuGH v 18. 5. 2021, C-920/19, RN 29 ff, mwN.

als mit dem Unionsrecht vereinbar angesehen hat<sup>10</sup>, dennoch gleichsam wie eine eindringliche Warnung anzusehen: Denn aus dem Zusammenhalt der vier letztgenannten Entscheidungen ergibt sich, dass es jedenfalls unionsrechtswidrig ist, wenn 1.) entweder innerstaatliche Vorschriften zur Regelung der Frage, wie ein nationales Gericht in den bei ihm anhängigen Rechtssachen dem Umstand Rechnung zu tragen hat, dass nach einer EuGH-Entscheidung eine nationale Norm als unionsrechtswidrig anzusehen ist, überhaupt fehlen, oder 2.) entsprechende innerstaatliche Vorschriften zwar bestehen, jedoch – wie zB § 87 Abs 2 VfGG oder § 63 Abs 1 VwGG – derart ausgestaltet sind, dass ein nationales Gericht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch ein anderes nationales Gericht – wie etwa an die Feststellung eines höherrangigen Gerichts, dass diese Bestimmung als mit dem Unionsrecht vereinbar anzusehen ist – gebunden ist, sodass das unterinstanzliche Gericht im Ergebnis daran gehindert ist, sicherzustellen, dass der Vorrang des Unionsrechts ordnungsgemäß gewährleistet wird, indem es im Rahmen seiner Zuständigkeiten alle hierfür erforderlichen Maßnahmen ergreift. Auf den Punkt gebracht bedeutet dies, dass an einen Ausspruch des VfGH und/oder des VwGH dahin, dass das im GSpG geregelte Monopolsystem mit dem Unionsrecht vereinbar ist, andere innerstaatliche Gerichte, insbesondere der OGH und die VwG, nicht gebunden sind; vielmehr haben sie diese Frage jeweils autonom, und zwar anhand einer eigenständig vorzunehmenden Kohärenzprüfung, zu beurteilen, wobei die Beweislast für die Unionsrechtskonformität des GSpG den staatlichen Behörden obliegt.<sup>11</sup>

3 Dass weder der Gesetzgeber noch die beiden Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts ein Interesse an entsprechender Klarstellung – zB im Wege einer unionsrechtskonformen Modifikation des § 87 Abs 2 VfGG und des § 63 Abs 1 VwGG – haben, liegt auf der Hand, weil die damit verbundene faktische Kompetenzeinbuße zugleich für jedermann augenfällig würde (während sie derzeit selbst unter Eingeweihten hartnäckig und auch faktisch erfolgreich negiert wird). Allerdings wird seitens der Behörden und der VwG deren gegenwärtige, vornehmlich darin bestehende »Standarderledigungsform«, sich lediglich auf die beiden »leading-case«-Entscheidungen des VfGH v 15.10.2016, E 945/2015, bzw des VwGH v 11.7.2018, Ra 2018/17/0048, zu berufen, künftig und auf Dauer wohl nicht mehr durchgehalten werden können, wenn man hierzulande nicht in gleicher Weise wie in der BRD ein Vertragsverletzungsverfahren

riskieren will: Denn abgesehen davon, dass die beiden letztgenannten Erkenntnisse mittlerweile wohl allein schon der geforderten Dynamik (vgl EuGH v 14.6.2017, C-685/15, RN 53, und v 18.5.2021, C-920/19, RN 46) nicht mehr genügen, lässt die durch Art 144 Abs 1 B-VG bzw Art 133 Abs 4 B-VG jeweils eingeschränkte Kognitionsbefugnis eine umfassende faktenbasierte Kohärenzprüfung durch den VfGH oder den VwGH selbst schon von vornherein nicht zu.

4 Wie kann dann aber unter den gegebenen nationalrechtlichen Rahmenbedingungen der Vorrang des Unionsrechts effektiv sichergestellt werden, wenn ein VwG – entgegen der Ansicht des VfGH und/oder des VwGH – zu dem Ergebnis kommt<sup>12</sup>, dass das im GSpG verankerte Monopolsystem nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist? Wie bereits dargelegt, besteht hinsichtlich dieser Frage prinzipiell und wechselseitig keine Bindung, sodass der VwGH die mit Amtsrevision angefochtene Entscheidung des VwG naturgemäß aufheben kann und wird<sup>13</sup>. Allerdings ist in der Folge auch das VwG im fortgesetzten Verfahren insoweit wiederum frei, dh es kann unter Nichtanwendung des § 63 Abs 1 VwGG wegen Unionsrechtswidrigkeit die vom VwGH aufgehobene Entscheidung unverändert wieder neu erlassen. Da absehbar ist, dass dagegen wiederum eine Amtsrevision erhoben werden wird, führt dies letztlich in einen infiniten Kreislauf. Angesichts dessen wurde zwischenzeitlich auch die Auffassung vertreten, dass die solcherart entstehende Rechtsunsicherheit dem rechtsstaatlichen Grundprinzip zuwiderläuft; und da dieses im Verhältnis zum Grundsatz des Vorranges des Unionsrechts als höherwertig einzustufen (bzw Letzterer als insoweit entsprechend relativiert anzusehen) sei, lasse sich die Bindung an die Rechtsansicht des VwGH zumindest dann und insoweit vertreten, als sich der Eingriff in die subjektive Rechtssphäre des Einzelnen im konkreten Fall nicht als unverhältnismäßig erweist<sup>14</sup>. Im Hinblick auf den nunmehrigen Beschluss des EuGH v 18.5.2021, C-920/19, kann diese Sichtweise jedoch nicht mehr aufrecht erhalten werden, weil darin eben unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wurde, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte dazu verpflichtet sind, dem Grundsatz des Vorranges des Unionsrechts selbst dann effektive Geltung zu verschaffen, wenn ein höheres Gericht eben dieses Mitgliedstaats eine nationale Bestimmung (aus der Sicht des unterinstanzlichen Gerichtes:) unzutreffend als mit dem Unionsrecht vereinbar angesehen hat. Da hierfür

10 Vgl EuGH v 18.5.2021, C-920/19, RN 60.

11 Vgl So schon die Schlussanträge der Generalanwältin zu C-390/12 v 14.11.2013, RN 60.

12 Vgl zB jüngst LVwG OÖ v 26.5.2021, LVwG-413943, und v 28.4.2021, LVwG-413951.

13 Eine Amtsrevision an den VfGH ist nach der Konzeption des Rechtsschutzsystems des B-VG bis dato noch immer nicht vorgesehen.

14 Vgl zB statt vieler LVwG OÖ v 15.11.2017, LVwG-410600.

aber eine bloße Nichtanwendung des § 63 Abs 1 VwGG nicht hinreicht, kann eine rechtsdogmatisch saubere Lösung des zuvor beschriebenen »Kreislauf-Dilemmas« nur darin bestehen, dass eine neuerliche, auf Unionsrechtskonformität iSd höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum GSpG-Monopol gegründete Amtsrevision vom VwGH wegen bereits entschiedener Sache zurückgewiesen werden muss; eine wiederholte Aufhebung der (»Ersatz«-)Entscheidung des VwG durch den VwGH würde hingegen einen absolut nichtigen ultra-vires-Akt des Höchstgerichtes verkörpern<sup>15</sup>.

5 Würden sich die VwG demgegenüber ohne Vornahme einer sowohl autonomen als auch aktualisierten Kohärenzprüfung bloß damit begnügen, die Unionsrechtskonformität unter Verweis auf die zuvor angeführten »leading-case«-Entscheidungen des VfGH und/oder des VwGH zu begründen, dann würde auf lange Sicht betrachtet die (zB auf Betreiben der Parteienvertreter von Individualbeschwerdeführern initiierte) Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Österreich vielleicht noch eine der relativ »harmloseren« Konsequenzen verkörpern; denn bei mehrfacher, gegebenenfalls sogar »standardmäßiger« Wiederholung einer solchen Vorgangsweise scheinen letztlich sogar Strafverfahren wegen Amtsmissbrauchs und (gegebenenfalls mit disziplinarrechtlichen und Regressforderungen verbundene) Amtshaftungsklagen nicht von vornherein ausgeschlossen.

6 Schließlich besteht eine Konsequenz des Beschlusses vom 18.5.2021, C-920/19, auch darin, dass sich die zunächst von den Behörden und in der Folge von den VwG vorzunehmende Kohärenzprüfung nunmehr allein schon in Bezug auf die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der von den Bewilligungsinhabern gesetzten Werbemaßnahmen zu einem durchaus diffizilen und aufwändigen Unterfangen auswächst (vgl insbesondere RN 47 ff dieses Beschlusses); in gleicher Intensität gilt dies darüber hinaus aber auch noch für die Bereiche »Spielsucht«, »Kriminalitätsvorbeugung« und »Staatseinnahmen« (vgl insbesondere RN 37 f und 41 dieses Beschlusses), wobei insoweit – wie bereits ausgeführt – jeweils dem Staat die Beweislast obliegt<sup>16</sup>.

7 Angesichts dessen wäre dem Gesetzgeber nahezulegen, möglichst rasch die einfachste Lösung zur Erzielung einer Unionsrechtskonformität zu realisieren, die darin bestünde, die derzeit vorgesehenen zahlenmäßigen

Beschränkungen für Konzessionen und Bewilligungen (vgl zB § 5 Abs 1 GSpG) ersatzlos zu eliminieren, sodass grundsätzlich jedermann eine Ausübungsberechtigung erhalten kann – jedoch nur dann, wenn er jeweils auch die sonstigen (durchaus strengen) persönlichen, sachlichen und technischen Zulassungsvoraussetzungen, die durch entsprechende örtliche Einschränkungen und Verbote, wie sie bspw in Bezug auf die Ausübung von Prostitution (vgl § 6 Oö SexualDLG) oder die Aufstellung von Automaten (vgl § 52 GewO) vorgesehen sind (zB in der Nähe von Schulen, Amtseinrichtungen, der Religionsausübung dienenden Gebäuden usw), ergänzt werden könnten, zu erfüllen vermag.

15 Vgl, näher Grof, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2021), RN 113.

16 Vgl EuGH v 14.6.2017, C-685/15, und v 8.5.2019, C-230/18, sowie oben, FN 11.