

# Die Sicherstellung der Effektivität des Unionsrechts gegenüber mitgliedstaatlichem Protektionismus in einem System kassatorischer Verwaltungsgerichtsbarkeit – Nichtklärung diesbezüglicher Kernfragen durch den EuGH\*

Überlegungen aus Anlass des – als Abschluss einer Serie von Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ ergangenen – Beschlusses des EuGH v 4.4.2019, C-545/18

ALFRED GROF

## Abstract

Verbal scheint der EuGH von allen mitgliedstaatlichen Institutionen stets eine stringente Beachtung des Vorranges des Unionsrechts zu fordern. Gelegentlich bekommt man jedoch den Eindruck, dass insoweit nicht immer mit dem gleichen Maß gemessen bzw dieses Prinzip nicht bis zur letzten Konsequenz durchgehalten wird. Geht es um gravierende Eingriffe in zentrale Grundfreiheiten und/oder Gewährleistungen der EGRC, deren Rechtfertigung im Zuge einer Kohärenzprüfung zu beurteilen ist, so muss diese von jedem innerstaatlichen Gericht eigenständig durchgeführt werden. In diesem Zusammenhang hat der EuGH zwar festgestellt, dass insoweit keine Bindung an die Rechtsansicht anderer – auch im Instanzenzug übergeordneter – Gerichte besteht; allerdings wurden insbesondere auch mit dem jüngst ergangenen Beschluss v 4.4.2019, C-545/18, (bewusst?) die zentralen Fragen danach offen gelassen, ob ein Rechtssystem, dem zufolge die Letztinstanzen bloß kassatorisch und/oder auf Grund des vom Untergericht angenommenen Sachverhalts entscheiden, diesen Anforderungen genügt, und ob ein unterinstanzliches Gericht, dessen Entscheidung aufgehoben wurde, im fortgesetzten Verfahren neuerlich entgegen der Rechtmeinung der Letztinstanz entscheiden kann bzw sogar muss oder in einem solchen Fall – zur Vermeidung eines infiniten Zirkels – nicht von der Verpflichtung zur Erlassung einer Ersatzentscheidung gänzlich befreit ist.

## Schlagworte

EGMR; EuGH; Grundfreiheiten; Grundrechte; innerstaatliche Gerichte; Instanzenzug und Bindungswirkung; kassatorische und reformatorische Entscheidungskompetenz; Ersatzentscheidung; Amtswegigkeits- und Inquisitionsprinzip, Beweislast, Unparteilichkeit; Monopolssystem – Bedarfsprüfung – Kohärenz; Vorabentscheidungsverfahren; Unionsrechtskompatibilität; Verwaltungsgerichte – VwGH – VfGH

## Rechtsquellen

Art 6 EMRK; Art 49 AEUV; Art 56 AEUV; Art 47 EMRK; Apothekengesetz (ApG); Glücksspielgesetz (GSpG); § 42 VwGG; § 63 VwGG; § 87 VfGG

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung und Problemdarstellung .....	166
II.	Der Beschluss des EuGH vom 4.4.2019, C-545/18 .....	169
III.	Mögliche Ursachen und Gründe für die Nicht-Klärung der Kernfrage durch den EuGH in diesem Beschluss .....	171
IV.	Konsequenz der Nicht-Klärung .....	174
V.	Kursorischer Überblick über die wesentlichsten Ergebnisse der Vorlagen-Serie des LVwG OÖ .....	177
VI.	Resümee .....	180

\* Geringfügig aktualisierte Version vom 08.08.2019.

## I. Einleitung und Problemdarstellung

1. Dass das ehrgeizige Projekt einer EU als auch von den gegenwärtig führenden Weltmächten ernst genommener »Global Player« in der Praxis am nationalen Protektionismus, wie er seitens der einzelnen Mitgliedstaaten bzw deren maßgeblicher Institutionen – letzten Endes kulminierend in der Rechtsprechung ihrer Höchstgerichte – praktiziert bzw geduldet wird, scheitern kann, war und ist selbst den optimistischsten Idealisten durchaus bewusst.

Deshalb hat der EuGH einer solchen Grundhaltung schon früh dadurch gegenzusteuern versucht, dass er im Besonderen sein – systembedingt zwingend gebotenes – Theorem vom absoluten Vorrang des Unionsrechts gegenüber nationalem Recht (unter Einschluss des Verfassungsrechts) entwickelt<sup>1</sup> hat; darüber hinaus wurde seit der faktischen Herstellung des Gemeinsamen Marktes durch seine Judikatur das Recht der EU inhaltlich generell zu einer in essentiellen Fragen dem lobbyistisch-politischen Zugriff entzogenen »Über-Konstitution« modifiziert, wobei insbesondere Markthindernisse zu dieser grundsätzlich in einem diametralen Widerspruch stehen<sup>2</sup>.

Innerstaatliche Monopolregelungen, Bedarfsprüfungen oder reglementierende Berufsqualifikationsnormen, die eine zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit erforderliche Genehmigungserteilung über subjektive Befähigungsnachweise hinaus noch von Kriterien abhängig machen, deren Erfüllung potentielle Interessenten nicht selbst in der Hand haben, sondern die faktisch in eine Marktzugangsbeschränkung münden, stehen daher in einem prinzipiellen Verdacht ihrer Unionsrechtswidrigkeit. Anders formuliert sind solche Regelungen nur dann zulässig, wenn sie durch ein unionsrechtlich anerkanntes Ziel (»zwingende Gründe des Allgemeininteresses«) gerechtfertigt und zudem zu dessen Erreichung objektiv geeignet und verhältnismäßig erscheinen<sup>3</sup>.

Handelt es sich dabei um unionsrechtlich bereits harmonisierte Bereiche, wird diese Verhältnismäßigkeitsprüfung vom EuGH selbst vorgenommen<sup>4</sup>; ansonsten obliegt es in der Regel den Gerichten der Mitgliedstaaten, die sog »Kohärenz« (gesamthafte Stimmigkeit) solcher nationaler Eingriffsnormen zu beurteilen, wobei der EuGH in diesem Zusammenhang von einer

wechselseitigen Kooperation zwischen ihm und den innerstaatlichen Gerichten ausgeht<sup>5</sup> und dabei naturgemäß voraussetzt, dass auch für Letztere die effektive Umsetzung des Unionsrechts zumindest prinzipiell ein vorrangigeres Anliegen als die Förderung bzw geduldete Beibehaltung nationaler Egoismen darstellt.

Diese idealtypische Konzeption, wie sie zuletzt wieder im Urteil vom 24.6.2019, C-619/18, angemahnt wurde<sup>6</sup>, klingt in der Theorie konsistent und überzeu-

5 Vgl zB B. Wegener, in: C. Callies – M. Ruffert (Hg), EUV/AEUV, 5. Aufl. (2016), RN 1 zu Art. 267 AEUV, mwN, und J. Schwarze – N. Wunderlich, in: U. Becker – A. Hatje – J. Schoo – J. Schwarze (Hg), EU-Kommentar, 4. Aufl. (2018), RN 3ff zu Art 267 AEUV, mwN.

6 Vgl insbesondere die RN 42 bis 49 dieses Urteils, die auszugswiese wie folgt lauten:

»42 Es ist daran zu erinnern, dass die Union – wie sich aus Art. 49 EUV ergibt, wonach jeder europäische Staat beantragen kann, Mitglied der Union zu werden – aus Staaten besteht, die die in Art. 2 EUV genannten Werte von sich aus und freiwillig übernommen haben, diese achten und sich für deren Förderung einsetzen, so dass das Unionsrecht auf der grundlegenden Prämisse beruht, dass jeder Mitgliedstaat mit allen übrigen Mitgliedstaaten eine Reihe gemeinsamer Werte teilt und anerkennt, dass diese sie mit ihm teilen (...).

43 Diese Prämisse impliziert und rechtfertigt die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten und insbesondere ihren Gerichten bei der Anerkennung dieser Werte, auf die sich die Union gründet und zu denen die Rechtsstaatlichkeit gehört, und damit bei der Beachtung des Unionsrechts, mit dem diese umgesetzt werden (...).

44 Zu berücksichtigen ist außerdem, dass die Verträge, um sicherzustellen, dass die besonderen Merkmale und die Autonomie der Rechtsordnung der Union erhalten bleiben, ein Gerichtssystem geschaffen haben, das zur Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrechts dient (...).

45 Insbesondere besteht das Schlüsselement des so gestalteten Gerichtssystems in dem in Art. 267 AEUV vorgesehenen Vorabentscheidungsverfahren, das durch die Einführung eines Dialogs von Gericht zu Gericht gerade zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedstaaten die Kohärenz und die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleisten soll und damit die Sicherstellung seiner vollen Geltung und seiner Autonomie sowie letztlich des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Rechts ermöglicht (...).

46 Schließlich ist die Union, wie sich aus ständiger Rechtsprechung ergibt, eine Rechtsunion, in der den Einzelnen das Recht zusteht, die Rechtmäßigkeit nationaler Entscheidungen oder jeder anderen nationalen Handlung, mit der eine Handlung der Union auf sie angewandt wird, gerichtlich anzufechten (...).

47 In diesem Kontext überträgt Art. 19 EUV, mit dem der in Art. 2 EUV proklamierte Wert der Rechtsstaatlichkeit konkretisiert wird, den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof die Aufgabe, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den gerichtlichen Schutz, die den Einzelnen aus diesem Recht erwachsen, zu gewährleisten (...).

48 Insoweit – und wie in Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV vorgesehen – schaffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. Die Mitgliedstaaten müssen daher ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorsehen, mit dem in diesen Bereichen eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet ist (...).

49 Der Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Schutzes der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte, von dem in Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV die Rede ist, ist nämlich ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus

1 Vgl schon EuGH v 15.7.1964, C-6/64, RN 8 ff, und v 9.3.1978, C-106/77, RN 14 ff, sowie jüngst zB EuGH v 10.12.2018, C-621/18, RN 45, mwN.

2 Vgl D. Grimm, Mehr Europa? Das ist vorbei, Die Zeit v. 16.5.2019, 39f.

3 Vgl zB EuGH v 30.4.2014, C-390/12, RN 35 und 40 ff, mwN.

4 Vgl zB statt vieler jüngst EuGH v 18.6.2019, C-591/17, RN 109 und v 29.7.2019, C-209/18, RN 82 ff.

gend, findet in der Praxis allerdings oft keine tatsächliche Entsprechung.

2. Vor diesem allgemeinen Hintergrund kann daher der jüngst ergangene – per se (nämlich: ohne entsprechende Hintergrundinformationen) relativ unscheinbar anmutende – Beschluss des EuGH vom 4. April 2019, C-545/18, gleichsam als Endpunkt<sup>7</sup> einer sich zuvor über mehrere Jahre hinweg gezogenen Debatte zur (Nicht-)Klärung einer damit verbundenen – und wohl nicht nur aus österreichischer Sicht, wenngleich eine vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (im Folgenden: LVwG OÖ) initiierte Serie von Vorabentscheidungsersuchen<sup>8</sup> hierfür den Anstoß bildete – prinzipiellen Rechtsfrage angesehen werden.

Auf das Wesentliche verkürzt ging – und geht – es um die Problematik, dass der EuGH seit geraumer Zeit zwar, wie bereits angedeutet, die Auffassung vertritt, dass nationales Recht, das dem Unionsrecht entgegensteht, infolge der Vorrangwirkung des Letzteren keine tatsächliche Anwendung finden darf. Dies bedeutet jedoch (im Sinne einer gleichsam unionsrechtlichen Minimalanforderung) nur, dass die innerstaatliche Norm insoweit weder als ex ante nichtig anzusehen noch aus der nationalen Rechtsordnung zu eliminieren ist, sondern von den Behörden und Gerichten dieses Mitgliedstaates in einem konkret zu entscheidenden Anlassfall lediglich nicht herangezogen werden darf (bzw. als »[bloß] einzelfallbezogen zurückgedrängt« anzusehen ist)<sup>9</sup>. Um aber zumindest diesen – dogmatisch nicht als absolut, sondern als bloß »partiell-konkret wirksam« zu qualifizierenden – Anwendungsvorrang weitest möglich zu effektuieren, wurden vom EuGH im Lauf der Zeit immer subtilere Gewährleistungsmechanismen entwickelt. Dazu zählt beispielsweise, dass die nationalen Gerichte hinsichtlich der zunächst durch sie zu klärenden Rechtsfrage, ob eine innerstaatliche Norm dem Unionsrecht widerspricht, gegebenenfalls ein verfassungsgerichtliches Verfahren weder anstreben noch dessen Ausgang abwarten müssen<sup>10</sup>; dass jedem Gericht die Einbringung eines Vorabentscheidungsersuchens in jeder Lage sei-

nes Verfahrens möglich sein muss und dieses hierbei in keiner Weise rechtlich oder faktisch behindert werden darf<sup>11</sup>; sowie insbesondere auch, dass unterinstanzliche Gerichte an eine von übergeordneten nationalen Gerichten (auch Höchstgerichten) vorgenommene Auslegung von Unionsrecht nicht gebunden<sup>12</sup> sind<sup>13</sup> bzw. gegebenenfalls diese sogar die positive Verpflichtung trifft, konkrete Maßnahmen zur Effektuierung des Unionsrechts anzuordnen<sup>14</sup>.

Andererseits führt aber vor allem der letztere Aspekt in der Praxis dann, wenn ein innerstaatliches Rechtsschutzsystem – wie etwa im Bereich der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit – derart konzipiert ist, dass das übergeordnete Gericht sein Beschwerdeverfahren gegen die Entscheidung des unterinstanzlichen Gerichts in der Regel<sup>15</sup> nicht reformatorisch<sup>16</sup>, sondern bloß kassatorisch<sup>17</sup> erledigen kann und Letzteres kraft nationalem Prozessrecht im fortgesetzten Verfahren generell an die Rechtsansicht des Ersteren gebunden ist, zu dem Dilemma, dass das untergeordnete Gericht in dem Fall, dass es eine konkrete nationale Regelung ungeachtet der diesbezüglich gegenteiligen Ansicht der übergeordneten Instanz weiterhin für unionsrechtswidrig hält, diese neuerlich nicht anwenden darf, weil insoweit – nämlich im Hinblick auf die Auslegung des

<sup>11</sup> Vgl. EuGH v. 5.4.2016, C-689/13, RN 32 ff.

<sup>12</sup> Vgl. EuGH v. 20.10.2011, C-396/09, RN 39; v. 15.10.2015, C-581/14, RN 34.

<sup>13</sup> Präzisierend hat der EuGH darüber hinaus bspw. in seinem Urteil v. 6.11.2018, C-684/16, RN 60, ausgesprochen, dass ein innerstaatliches Gericht eine nationale Norm auch nicht deshalb (weiterhin) in unionsrechtswidriger Weise auslegen darf, weil sie bislang nach ständiger innerstaatlicher Judikatur im Widerspruch zu EU-Recht interpretiert wurde.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH v. 26.6.2019, C-723/17.

<sup>15</sup> So ausnahmslos die Konzeption des VfGG; aber auch § 42 Abs 4 VwGG, der dem VwGH eine reformatorische Entscheidung ermöglichen würde, kommt in der Praxis de facto kaum zum Tragen, insbesondere nicht in Verfahren, die aufwändige eigenständige Sachverhaltsermittlungen erfordern würden, wie dies bezüglich Kohärenzprüfungen regelmäßig zutrifft.

<sup>16</sup> Nämlich so, dass seine Entscheidung in vollem Umfang jene der Unterinstanz ersetzt und damit zugleich auch deren Verfahren enderledigt.

<sup>17</sup> Also derart, dass die Entscheidung der Unterinstanz bloß als rechtswidrig erklärt und aufgehoben wird, dadurch aber das unterinstanzliche Verfahren in jenes Stadium zurücktritt, in dem es sich unmittelbar vor Erlassung der aufgehobenen Entscheidung befunden hat. Eine solche für die Phase vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBI I 51/2012 systematisch dadurch, dass es der Staatsfunktion »Gerichtsbarkeit« prinzipiell verwehrt war, anstelle der »Verwaltung« die inhaltliche Verfahrenserledigung vorzunehmen, bedingte Umwegkonstruktion ist nunmehr nicht bloß aus dogmatischer Sicht – weil sich insoweit die Frage der Gewaltentrennung nicht mehr stellt – obsolet geworden, sondern widerspricht zudem auch krass dem Prinzip der Verfahrenseffizienz. Eine gesetzliche Systemänderung dahin, die übergeordneten Instanzen ebenfalls regelmäßig zur Sacherledigung zu verpflichten, würde freilich auch deren Arbeits- und Ressourcenaufwand entsprechend erhöhen.

den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt; er ist in den Art. 6 und 13 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und nun auch in Art. 47 der Charta verankert (...).«

<sup>7</sup> Oder doch bloß als ein Moratorium?

<sup>8</sup> Vgl. EuGH v. 13.2.2014, C-367/12 (Sokoll-Seebacher I); v. 30.4.2014, C-390/12 (Pfleger); v. 15.10.2015, C-581/14 (Naderhirm); v. 30.6.2016, C-634/15 (Sokoll-Seebacher II); v. 14.6.2017, C-685/15 (Online-GmbH); v. 7.6.2018, C-589/16 (Filippi); v. 6.9.2018, C-79/17 (Gmalieva); und v. 4.4.2019, C-545/18 (Finanzamt Linz).

<sup>9</sup> Vgl. F. Weiss, in: G. Hafner – A. Kumin – F. Weiss (Hg.), *Recht der Europäischen Union*, 2. Aufl. (2019), 106, und F. Leidenmüller, *Europarecht*, 3. Aufl. (2017), 32 ff, jeweils mwN.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH v. 20.3.2018, C-537/16, RN 67; v. 11.9.2014, C-112/13.

Unionsrechts – entgegen dem pauschalierenden Normtext des § 63 Abs 1 VwGG bzw des § 87 Abs 2 VfGG eben keine Bindungswirkung<sup>18</sup> besteht. Konsequenterweise muss dies dazu führen, dass das untergeordnete Gericht inhaltlich neuerlich eine gleichlautende Entscheidung erlässt, wie sie vom übergeordneten Gericht wegen nach dessen Ansicht nicht vorliegender Unionsrechtswidrigkeit zuvor bereits aufgehoben wurde. Wird dann diese Ersatzentscheidung neuerlich angefochten, verbleibt der Ober- bzw obersten Instanz (sofern diese eine solche Beschwerde bloß kassatorisch erledigen kann bzw de facto regelmäßig bloß kassatorisch erledigt) nur die Alternative, sich nunmehr der Rechtsansicht der Unterinstanz anzuschließen – was in der Praxis allerdings kaum eintritt<sup>19</sup> – oder deren Entscheidung neuerlich aufzuheben. Im letzteren (Regel-)Fall würde dann aber ein gleichsam »unendlicher Kreislauf« beginnen, der seine Wurzel in divergierenden Rechtsansichten nationaler Gerichte über eine Auslegung von Unionsrecht hat, wobei die Lösung der Interpretationsfrage vom hierfür eigentlich letztzuständigen EuGH aus bestimmten Gründen nicht selbst vorgenommen, sondern – und wohl auch in dem Bewusstsein, dass derartige Divergenzen in der Praxis durchaus entstehen können – auf die nationalen Gerichte delegiert wurde.

Angesichts dessen, dass die mit dem sog. »Regelfall«, dass eine Unionsrechtswidrigkeit durch bloße Nichtanwendung der innerstaatlichen Rechtsvorschrift bzw im Wege von deren unionsrechtskonformer Interpretation vermieden werden kann, einhergehenden Probleme weitestgehend geklärt erscheinen, während dem gegenüber ein vergleichbarer Status für Konstellationen, in denen eine Hintanhaltung eines Widerspruches zum EU-Recht eine entsprechend positivrechtliche innerstaatliche Norm bedingen würde, nicht feststellbar ist, wurde daher seitens des LVwG OÖ versucht, den EuGH im Wege mehrerer Vorabentscheidungsersuchen<sup>20</sup> am Ende dezidiert zur Beantwortung der prinzipiellen Frage zu veranlassen, wie unter in bestimmter Weise als systemwidrig erscheinenden nationalrechtlichen Rahmenbedingungen letztlich tatsächlich dem Unionsrecht effektiv zum Durchbruch verholfen werden können soll.

Dieser Weg war – ungeachtet des Umstandes, dass der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens lediglich Unionsrecht, nicht aber auch nationales Recht (bzw dieses gegebenenfalls bloß mittelbar) auszulegen hat – einerseits vor allem deshalb gewählt

worden, weil andere zielführende Rechtsbehelfe, insbesondere Individualbeschwerdemöglichkeiten der betroffenen Verfahrensparteien, im Rahmen der EU-Verfassung (zumindest bislang noch immer) nicht bestehen. Dass hierfür – durch eine eng materienspezifische Geschäftsverteilung im antragstellenden Gericht bedingt – andererseits jeweils (jedenfalls derzeit) noch nicht harmonisierte Bereiche (nämlich »Glücksspielrecht« einerseits und »Gesundheitswesen/Apothekenrecht« andererseits) als inhaltliche Ausgangsbasis herangezogen werden mussten, war dieser beabsichtigten Zielsetzung (euphemistisch ausgedrückt) freilich kaum förderlich<sup>21</sup>. Allerdings standen jeweils besonders gravierende Formen von Eingriffen in zentrale unionsrechtliche Markt- und Grundrechtsprinzipien, nämlich die (Quasi-)Monopolregelung des Glücksspielgesetzes (GSpG) bzw eine selbstverwaltungsgesteuerte Bedarfsprüfungskonzeption im Apothekenrecht, und damit gesamthaft betrachtet jeweils ein »normalerweise« kaum zu rechtfertigender nationaler Protektionismus auf dem Prüfstand. Vor allem der letztere Aspekt ließ daher die Hoffnung begründet erscheinen, dass sich der EuGH trotz fehlender Harmonisierung der anlassfallgebenden Rechtsgebiete dennoch mit dieser Frage auseinandersetzen wird, nachdem er zum Eingang dieser Vorabentscheidungsersuchens-Serie unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung zumindest auch für diese Bereiche das Prinzip als maßgeblich statuiert hatte, dass derartige Eingriffe in zentrale unionsrechtliche Grundfreiheiten (Niederlassungs- bzw Dienstleistungsfreiheit – Art 49 bzw Art 56 AEUV) bzw nunmehr vor allem auch in Grundrechte (Berufsfreiheit, unternehmerische Freiheit und Eigentum – Art 15 ff EGRC) – jedenfalls im Ergebnis – nur gerechtfertigt sein können, wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen<sup>22</sup>.

In diesem Kontext betrachtet ergibt sich insgesamt, dass der EuGH im Zuge der Vorabentscheidungsersuchens-Serie die Beurteilung der Adäquanz letztlich gleichsam nur hinsichtlich der Extreme<sup>23</sup> selbst vorgenommen, im Übrigen jedoch auf die nationalen Gerichte verlagert<sup>24</sup> und zuletzt die Klärung der eigentlichen Hauptfrage gänzlich offen gelassen hat: Denn gerade in jenem Verfahren, in dem die Vorlagefrage schließlich unmittelbar auf den Kern des Problems

18 Dass dies weder in § 63 Abs 1 VwGG noch in § 87 Abs 2 VfGG explizit zum Ausdruck kommt, ändert daran nichts (vgl EuGH v 15.10.2015, C-581/14, RN 34 f).

19 Dies schon deshalb nicht, um den Anschein eines Autoritätsverlustes und/oder einer Infragestellung der Rangordnung zu verhindern.

20 Vgl oben, FN 8.

21 Analoge Problemstellungen hätten sich durchaus auch in anderen, insbesondere auch größeres Aufsehen erregenden Rechtsmaterien ergeben; es kann vermutet werden, dass dort entsprechende Vorabentscheidungsersuchen gerade aus diesem Grund unterblieben sind.

22 Vgl zB EuGH v 30.4.2014, C-390/12, RN 43 ff.

23 Vgl EuGH v 14.6.2017, C-685/15, RN 66 (Amtswegigkeit und Unparteilichkeit im Lichte des Art 47 EGRC).

24 Vgl EuGH v 13.2.2014, C-367/12, RN 48; v 30.4.2014, C-390/12, RN 48; und v 14.6.2017, C-685/15, RN 51.

zugeschnitten worden war<sup>25</sup>, erfolgte im Ergebnis bloß eine Zurückweisung des Antrages aus formalen Gründen. Angesichts dessen, dass davon ausgegangen werden kann, dass dem EuGH die tatsächliche Effektivität des Unionsrechts prinzipiell wohl ein zentrales Anliegen ist, muss eine solche Vorgangsweise doch einigermaßen seltsam anmuten. Über mögliche Ursachen und Gründe hierfür soll allerdings erst nach einer überblicksmäßigen Darstellung des Inhalts des EuGH-Beschlusses vom 4.4.2019, C-545/18, spekuliert werden.

## II. Der Beschluss des EuGH vom 4.4.2019, C-545/18

1. Das diesem Zurückweisungsbeschluss zu Grunde liegende Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ vom 16.8.2018, LVwG-412407/20/Gf ua<sup>26</sup>, wurde im Rahmen von Verfahren wegen einer Beschlagnahme von genehmigungslos betriebenen Glücksspielautomaten eingebracht.

In der Folge war über die Betreiberin dieser Automaten eine nicht unbeträchtliche Geldstrafe verhängt worden, die vom LVwG OÖ – im Wesentlichen mit der Begründung, dass das österreichische Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig ist – aufgehoben wurde<sup>27</sup>.

Sodann hat der VwGH in Stattgebung einer gegen diese LVwG-Entscheidung erhobenen (Amts-)Revision die konträre Feststellung getroffen, dass die nationale Monopolregelung nicht dem Unionsrecht widerspricht<sup>28</sup>.

Da das LVwG OÖ im fortgesetzten Verfahren dazu verpflichtet war, gemäß § 63 Abs 1 VwGG neuerlich – und zwar unter grundsätzlicher Bindung an die Rechtsansicht des VwGH – eine (sogenannte »Ersatz«-)Entscheidung zu erlassen, wurde der EuGH um die Klärung folgender Frage(n) ersucht:

»Sind Art. 56 Abs. 1 AEUV und Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union so auszulegen bzw. ist die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, wonach die Frage der Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit dem Unionsrecht von jedem Gericht autonom und ohne Bindung an die diesbezügliche Rechtsanschauung anderer – ge-

gebenenfalls auch übergeordneter – innerstaatlicher Gerichte zu beurteilen ist, bzw. sind im Besonderen die Feststellungen des Gerichtshofs in dessen Beschlüssen vom 15. Oktober 2015, Naderhirn (C-581/14, nicht veröffentlicht, EU:C:2015:707, Rn. 36), sowie vom 7. Juni 2018, Filippi u. a. (C-589/16, EU:C:2018:417, Rn. 36), wonach das Gericht »alle hierfür erforderlichen Maßnahmen ergreift«, so zu verstehen, dass sich eine Bestimmung des nationalen Rechts wie § 63 Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz nur dann als mit Art. 56 Abs. 1 AEUV und mit Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vereinbar erweist, wenn diese so ausgelegt wird, dass die Verwaltungsgerichte hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht nicht bloß an eine diesbezüglich divergierende Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes nicht gebunden, sondern in dem Fall, dass der Verwaltungsgerichtshof keine eigenständige Sachentscheidung vorgenommen, sondern die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes bloß aufgehoben hat, diese in der Folge auch nicht zur Erlassung einer neuerlichen (sogenannten »Ersatz«-)Entscheidung verpflichtet sind?

Nur wenn die erste Frage zu verneinen ist<sup>29</sup>: Kann eine nationale Bestimmung wie § 63 Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz vor dem Hintergrund des Art. 56 Abs. 1 AEUV und des Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union in Fällen divergierender Rechtsauffassungen unionsrechtskonform dahin ausgelegt werden, dass sie es den Verwaltungsgerichten im Interesse der Rechtssicherheit (d. h. zur Verhinderung eines sonst entstehenden infiniten Kreislaufes) gestattet, sich – beispielweise unter Bezugnahme in ihrer Begründung auf die Rechtsfigur eines »integrationsfesten Verfassungskerns« – im Zuge der Erlassung eines Ersatz-Erkenntnisses dennoch an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes gebunden zu erachten?«

2. Wie aus den RN 18, 22 und 25 des darauf hin ergangenen EuGH-Beschlusses hervorgeht, wurde diese – im Grunde eigentlich unmissverständlich formulierte – Vorlagefrage, die ersichtlich auf die Feststellung abzielte, dass das untergeordnete Gericht im Falle weiterhin divergierender Rechtsansichten nicht nur keiner Bindungswirkung unterliegt, sondern zwecks Vermeidung eines endlosen Kreislaufes auch keine Ersatzentscheidung erlassen muss, seitens des Gerichtshofes jedoch dahin umgedeutet, ob auch dann keine Bindungswir-

25 EuGH v 4.4.2019, C-545/18.

26 Wiedergegeben bei A. Grof, Vorlageantrag an den EuGH: Bedeutet das Nichtbestehen einer Bindungswirkung auch den Entfall der Verpflichtung zur Erlassung einer Ersatzentscheidung? (C-545/18), SPWR 2018, 125 ff; von der Homepage des LVwG OÖ ist dieser Vorlageantrag hingegen nicht abrufbar, weil es sich hierbei aus formal-verfahrensrechtlicher Sicht – ähnlich wie bei Gesetzesprüfungsanträgen an den VfGH – »bloß« um eine Zwischenerledigung handelt.

27 Vgl LVwG OÖ vom 19.12.2017, LVwG-412407/6//Gf/Mu, abrufbar unter: <<https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm>>.

28 Vgl VwGH v 11.7.2018, Ra 2018/17/0048.

29 Den Hintergrund für diese Eventualfrage bildete der Umstand, dass das LVwG OÖ zuvor bereits serienweise (dh in über 100 Anlassfällen) entschieden hatte, dass – in Anlehnung an den Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichtes vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, RN 47 – die sog souveränitätsstiftenden Verfassungsgrundsätze eines Mitgliedsstaates ihrerseits dem Unionsrecht vorgehen bzw im Sinne der »ultra-vires«-Doktrin durch entgegenstehendes Unionsrecht zumindest nicht ohne Weiteres in den Hintergrund gedrängt werden (sog »integrationsfester Verfassungskern« – vgl zB LVwG OÖ v 18.4.2018, LVwG-412624/6/Gf/Mu, S 56 [abrufbar unter: <<https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm>>]).

kung besteht, wenn die übergeordnete Instanz keine eigenständige Sacherledigung vorgenommen, sondern bloß eine kassatorische Entscheidung getroffen hat:

»18 Mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, auf welche Art und Weise die Vereinbarkeit einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden mit Art. 56 Abs. 1 AEUV und Art. 47 der Charta gemäß den Ausführungen des Gerichtshofs insbesondere in seinen Beschlüssen vom 15. Oktober 2015, Naderhirn (C-581/14, nicht veröffentlicht, EU:C:2015:707), sowie vom 7. Juni 2018, Filippi u. a. (C-589/16, EU:C:2018:417), zu beurteilen ist, wenn das vorliegende Gericht aufgrund einer Bestimmung des nationalen Rechts dieses Mitgliedstaats an die Rechtsanschauung des obersten Verwaltungsgerichts dieses Mitgliedstaats gebunden ist, das jedoch keine eigenständige Sachentscheidung vorgenommen hat.«

bzw

»22 Formal ersucht das vorliegende Gericht um Klärstellung bestimmter Erwägungen, die der Gerichtshof insbesondere in seinem Beschluss vom 7. Juni 2018, Filippi u. a. (C-589/16, EU:C:2018:417), angestellt hat, der sich jedoch auf das Urteil vom 30. April 2014, Pflieger u. a. (C-390/12, EU:C:2014:281), bezieht.«

bzw

»25 Der Vorlageentscheidung zufolge möchte das vorliegende Gericht wissen, auf welche Art und Weise die Vereinbarkeit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung mit Art. 56 Abs. 1 AEUV und Art. 47 der Charta gemäß den Ausführungen des Gerichtshofs in seinem Urteil vom 30. April 2014, Pflieger u. a. (C-390/12, EU:C:2014:281), zu beurteilen ist, wenn das vorliegende Gericht, das diese Beurteilung vorzunehmen hat, nach dem VwGG an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofs gebunden ist, der keine eigenständige Sachentscheidung vorgenommen hat.«

3. Dass es aber für das Nichtbestehen an eine in Bezug auf die Frage der Unionsrechtskonformität einer nationalen Regelung geäußerte Rechtsansicht keinen – jedenfalls keinen erkennbar essentiellen – Unterschied ausmacht, ob das übergeordnete Gericht seine Meinung im Rahmen einer reformatorischen oder einer bloß kassatorischen Entscheidung geäußert hat, erscheint einerseits tatsächlich kaum klärungsbedürftig; andererseits konnte aber der EuGH von dieser Fragemodifikation ausgehend zwanglos auch zu dem Ergebnis kommen, dass er nicht um eine direkte Auslegung des Unionsrechts selbst, sondern primär um eine Interpretation von nationalen Rechtsvorschriften ersucht wird:

»26 Aus der Vorlageentscheidung geht jedoch nicht hervor, warum das vorliegende Gericht der Ansicht ist, dass für seine in den Ausgangsverfahren zu erlassende Entscheidung eine Entscheidung des Gerichtshofs über die Auslegung der Verträge erforderlich ist.

27 In Wirklichkeit ersucht das vorliegende Gericht den Gerichtshof, über die Umsetzung der sich aus Art. 56

Abs. 1 AEUV ergebenden Anforderungen und insbesondere des Grundsatzes der Kohärenz im Licht der Besonderheiten der Funktionsweise des österreichischen Systems der Gerichtsbarkeit zu entscheiden.

28 Die Vorlagefragen betreffen somit die Modalitäten der Anwendung des – bereits im Urteil vom 30. April 2014, Pflieger u. a. (C-390/12, EU:C:2014:281), ausgelegten – Art. 56 Abs. 1 AEUV in dem betroffenen Mitgliedstaat.«

4. Die auf Basis einer derart sinnmodifizierenden Umdeutung vorgenommene Zurückweisung des Vorabentscheidungsersuchens wegen offensichtlicher Unzulässigkeit ist dann im Ergebnis nur konsequent:

»29 Zwar beziehen sich die Fragen des vorliegenden Gerichts auch auf den Beschluss des Gerichtshofs vom 15. Oktober 2015, Naderhirn (C-581/14, ...), wonach in dem Fall, dass die Beurteilung eines nationalen Gerichts nicht dem Unionsrecht entspricht, ein anderes nationales Gericht, das nach dem innerstaatlichen Recht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch das erstgenannte Gericht gebunden ist, nach dem Unionsrecht verpflichtet ist, aus eigener Entscheidungsbefugnis die innerstaatliche Rechtsvorschrift unangewandt zu lassen, die von ihm verlangt, sich an die vom erstgenannten Gericht herangezogene Auslegung des Unionsrechts zu halten (Beschluss vom 15. Oktober 2015, Naderhirn, C-581/14, ..., Rn. 35).

30 Jedoch ist dieser Beschluss für die vorliegende Rechtssache irrelevant, denn er betrifft die ›Auslegung‹ des Unionsrechts und nicht dessen Anwendung, um die es in den Vorlagefragen geht.«

Unerfindlich bleibt freilich, inwiefern die hier initiierte Fragestellung im Unterschied beispielsweise zu jener, die vom EuGH zuvor mit Urteil vom 14. 6. 2017, C-685/15 (zum Amtswegigkeits- im Sinne eines Inquisitionsprinzips), noch inhaltlich erledigt worden war, nicht die Auslegung des Unionsrechts, sondern nur dessen innerstaatliche Anwendung betreffen soll, bzw ergibt sich gesamthaft betrachtet, dass in Fällen der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit einer innerstaatlichen Norm die Grenze zwischen Auslegung des Unionsrechts einerseits und Interpretation der nationalen Vorschrift andererseits (zumindest bislang) nicht durch objektive, aus der Judikatur des EuGH ableitbare Kriterien verlässlich bestimmt werden kann, im Ergebnis also inexakt bzw fließend ist.

### III. Mögliche Ursachen und Gründe für die Nicht-Klärung der Kernfrage durch den EuGH in diesem Beschluss

1. Im Rahmen einer spekulativen Sichtung jener Argumente, die isoliert oder in ihrer Gesamtheit betrachtet letztlich ausschlaggebend dafür gewesen sein könnten, dass sich der EuGH nicht dezidiert festlegen wollte, ob

die Nichtbindung in unionsrechtlichen Fragen auch die – zwecks Durchbrechung eines ansonsten entstehenden infiniten Zirkels gebotene – Entpflichtung von der Erlassung einer Ersatzentscheidung einschließt, ist vorweg darauf hinzuweisen, dass für das LVwG OÖ zwar die Möglichkeit einer neuerlichen Einbringung dieses Vorabentscheidungsersuchens mit adaptierter Fragestellung bestanden hätte<sup>30</sup>. Allerdings hatte es sich bei diesem Vorlageantrag bereits um eine entsprechende Modifikation jenes Vorlageantrages, der dem EuGH-Verfahren zu C-589/16 zu Grunde lag, gehandelt. Dort war der Gerichtshof um die Beantwortung folgender Frage ersucht worden<sup>31</sup>:

»Ist Art. 47 EGRC in Verbindung mit den Art. 56 ff AEUV dahin auszulegen, dass mit diesen unionsrechtlichen Vorschriften in jenen Fallkonstellationen, in denen die Vornahme einer Kohärenzprüfung geboten ist, nationale Regelungen (wie § 86a Abs. 4 VfGG, § 38a Abs. 4 VwGG, § 87 Abs. 2 VfGG oder § 63 Abs. 1 VwGG) nicht vereinbar sind, die es – als Teil eines Gesamtsystems, das sich in der Praxis dahin auswirkt, dass Höchstgerichte keine autonome Sachverhaltsprüfung und Beweiswürdigung vornehmen sowie bei zahlreichen, in Bezug auf eine konkrete Rechtsfrage gleichartig gelagerten Fällen lediglich in einem von diesen eine singuläre Sachentscheidung treffen und davon ausgehend alle übrigen Beschwerden a limine zurückweisen – zulassen bzw. nicht zuverlässig ausschließen, dass gerichtliche (i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC) Entscheidungen – insbesondere, wenn diese in zentrale unionsrechtlichen Anliegen wie z.B. des Marktzuganges oder der Marktöffnung ergangen sind – in der Folge durch Entscheidungen von instanzmäßig übergeordneten Institutionen, die ihrerseits nicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC gerecht werden, ohne ein vorangegangenes Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH eliminiert werden können?«

Der EuGH hatte dieses Vorabentscheidungsersuchen jedoch schon damals im Wesentlichen mit dem Argument als unzulässig zurückgewiesen, dass nicht hinreichend klar dargelegt worden sei, weshalb die innerstaatlichen Bestimmungen, mit denen die Zuständigkeiten komplementär zwischen den Untergerichten, denen die Kompetenz für die Feststellung und Würdigung des Sachverhalts eingeräumt wird, und den Höchstgerichten, deren Zuständigkeit auf die Prüfung allein von Rechtsfragen oder von Fragen im Zusammenhang mit Grundrechten beschränkt wird, aufgeteilt werden, die damit im Glücksspielbereich verfolgten Ziele nicht in kohärenter

Weise erfüllen bzw auf die beim LVwG OÖ anhängigen Rechtsstreitigkeiten Anwendung finden könnten<sup>32</sup>.

Gemeinsam betrachtet geht somit aus den Beschlüssen vom 4.4.2019, C-545/18, und vom 7.6.2018, C-589/16, wohl unmissverständlich hervor, dass der EuGH – vor dem Hintergrund, dass die Art und Weise, wie die Mitgliedstaaten die sie treffende Verantwortlichkeit und Verpflichtung, die faktische Effektivität des Unionsrechts sicherzustellen, verfahrensrechtlich jeweils umsetzen, (jedenfalls bis zu einer auch diesbezüglich vollumfassenden Wirksamkeit der Art 47 ff EGRC weiterhin) einen traditionell nicht harmonisierten Bereich verkörpert<sup>33</sup>, folglich – in der Regel (zumindest gegenwärtig noch) nicht gewillt ist, sich mit Grundsatzfragen der Vereinbarkeit der spezifisch österreichischen Konzeption der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem Unionsrecht auseinanderzusetzen, solange nicht ausnahmsweise solche prinzipiellen Systemfragen berührt werden, die zugleich auch im Lichte der EMRK eine maßgebliche – und damit eine entsprechende Koordination mit dem EGMR erfordernde – Relevanz aufweisen<sup>34</sup>.

Daher wurde seitens des LVwG OÖ nicht nur die neuerliche Einbringung des Vorabentscheidungsersuchens unter solcher Präzisierung der Fragestellung, die eine wiederholte Modifikation durch den EuGH weitest möglich ausschließen würde, als nicht zielführend erachtet; vielmehr wurde aus diesem Grund sogar das zwischenzeitlich eingebrachte, auf die Klärung einer ähnlichen Thematik abzielende weitere Vorabentscheidungsersuchen (»overruling« von gerichtlichen Entscheidungen durch Instanzen, die nicht in jeder Hinsicht den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK bzw des Art 47 EGRC entsprechen)<sup>35</sup>, zurückgezogen.

32 Vgl EuGH v 7. 6. 2018, C-589/16.

33 Vgl zB EuGH v 14. 6. 2017, C-685/15, RN 59.

34 Wie zB jene zur Amtswegigkeit und richterlichen Unparteilichkeit (vgl EuGH v 14. 6. 2017, C-685/15).

35 Die beim EuGH zu C-633/17 protokollierte, zur Klärung vorgelegte Frage hatte folgendermaßen gelautet (vgl ABl v 5. 2. 2018, C 42/4 f, bzw A. Grof, EuGH-Vorlageantrag: Autonome Prüfung der Unionsrechtskompatibilität und innerstaatlicher Instanzenzug (C-633/17, SPRW 2017, 187 ff):

»Ist eine solche Kombination von Verfahrenssystem und Gerichtsorganisation, wie sie in Österreich für die Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts in den Art. 133 Abs. 4 B-VG und Art. 144 Abs. 1 B-VG in Verbindung mit den §§ 41, 42 und 63 VwGG einerseits bzw. in Verbindung mit § 87 VfGG andererseits festgelegt ist – nämlich:

jeweils bloße Kassation durch die oberste Instanz, die im Ergebnis keiner Sacherledigung, sondern einer bloß formalen Zurückverweisung an die Unterinstanz gleichkommt, d.h.

- 1.) Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses
- 2.) samt Verpflichtung der Unterinstanz zur Erlassung einer neuen Sacherledigung unter
- 3.) gleichzeitiger Bindung an die Rechtsansicht der obersten Instanzen,

wobei diese Bindungswirkung gesetzlich generell, d.h. insbesondere auch für jene Fallkonstellationen angeordnet wird, in denen ex lege nicht sichergestellt ist, dass die übergeord-

30 Weil ein Zurückweisungsbeschluss mangels verbindlich-inhaltlicher Sacherledigung keine Rechtskraftwirkung entfaltet; vgl zB EuGH v 30. 6. 2016, C-634/15, RN 19.

31 Vgl A. Grof, Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ an den EuGH betreffend die Frage der Unionsrechtskompatibilität der im Glücksspielgesetz verankerten Monopolregelung, SPRW 2017, 33 ff.

2. Abgesehen davon, dass der Komplex des Verfahrensrechts in aller Regel einen unionsrechtlich nicht harmonisierten Bereich bildet, hatte der EuGH naturgemäß auch entsprechende Folgewirkungen für andere (und vor allem politisch einflussreichere) Mitgliedstaaten der EU, in denen die Verwaltungsgerichtsbarkeit in ähnlicher Weise wie in Österreich konzipiert ist, zu bedenken.

Dies im Besonderen vor dem Hintergrund, dass der EGMR einerseits im Zusammenhang mit Art 6 EMRK bereits ausgesprochen hat, dass diese Gewährleistung zwar keine Garantie auf eine gesetzlich eingeräumte Rechtsmittelbefugnis enthält; wenn jedoch nach innerstaatlichem Recht tatsächlich eine derartige Befugnis zugestanden ist, dann muss nicht nur das Erstgericht, sondern auch jede diesem nachgeordnete Instanz den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK entsprechen<sup>36</sup>, und zwar in der Regel in vollem Umfang, weil sonst im Ergebnis die Beseitigung (»overruling«) einer gerichtlichen Entscheidung durch ein Nicht-Gericht resultieren könnte<sup>37</sup>. Im Zusammenhang damit, dass sowohl der VfGH als auch der VwGH wegen deren jeweils materiell eingeschränkter Kognitionsbefugnis – insbesondere insoweit, als diese (auch von Gesetzes wegen) keine eigenständige Sachentscheidung treffen (können) – nach der ständigen Judikatur des EGMR prinzipiell keine vollständigen Gerichte im Sinne dieser Bestimmung bilden<sup>38</sup>, würde daher resultieren, dass der nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 51/2012 verbliebene, in der Praxis allerdings nahezu stets vorrangig zum Tragen kommende »Rest« an bloß kassato-

rischer Entscheidungsbefugnis in eine systematische ERMK-Widrigkeit der österreichischen Konzeption der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts mündet.

Andererseits hat der EGMR aber auch die besondere Rolle von Rechtsmittelgerichten – insbesondere jene von Höchstgerichten im Zusammenhang mit der Garantie von Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung<sup>39</sup> – betont und dem entsprechend anerkannt, dass nationale Sonderbestimmungen für Rechtsmittelverfahren im Lichte der Fairnessgarantie des Art 6 Abs 1 EMRK insofern unbedenklich sind, als diese – zusammengefasst – vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestehen können<sup>40</sup>. Im Besonderen bedeutet dies, dass nicht ein Kassationssystem per se, sondern gegebenenfalls bloß dessen Handhabung im konkreten Einzelfall als EMRK-widrig zu qualifizieren ist<sup>41</sup>.

Letztlich folgt daraus aber, dass die österreichischen verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Lichte des Art 6 Abs 1 EMRK grundsätzlich stets als potentiell problematisch erscheinen – dies zumindest in der Theorie; in der Praxis droht freilich schon deshalb kaum realiter eine dementsprechende Feststellung bzw Verurteilung durch den EGMR, weil dieser notorisch derart überlastet ist, dass statistisch gesehen kaum 2,3 % der jährlich eingehenden Beschwerden eine Sachentscheidung erfährt<sup>42</sup>.

Angesichts dieser unsystematisch-fallbezogenen Judikatur des EGMR hätte der EuGH daher gleichsam eine Vorreiterrolle übernommen, wenn er die ihm im Verfahren C-633/17 gestellte Frage nach der generellen unionsrechtlichen Zulässigkeit eines Kassationssystems mit Höchstinstanzen, die dem Gerichts begriff des Art 6 EMRK bzw der insoweit identischen Gewährleistung des Art 47 EGRC nicht in jeder Hinsicht entsprechen<sup>43</sup> – oder auch nur jene zu C-545/18 nach der Nichtverpflichtung zur Erlassung einer Ersatzentscheidung (der als Vorfrage auch ein potentielles »overruling« einer gerichtlichen Entscheidung durch ein Nichtgericht inhärent war) – definitiv in der einen oder in der anderen Richtung entschieden hätte.

neten Gerichte in einem in jeder Hinsicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC entsprechenden (sondern vielmehr vor allem durch

- 1.) Neuerungsverbot,
- 2.) Bindung an das von der Unterinstanz angenommene Tatsachensubstrat,
- 3.) Bezogenheit auf die zum Zeitpunkt der Entscheidung der Unterinstanz maßgebliche Sach- und Rechtslage und
- 4.) Limitierung hinsichtlich der Kognitionsbefugnis auf bloß grundsätzliche Rechtsfragen [VwGH] einerseits bzw. Verletzungen der Grundrechtssphäre [VfGH] andererseits

geprägten) Verfahren eine sowohl autonome als auch auf dem aktuellen Faktenstand basierende Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt haben – mit der in Art. 49 AEUV gewährleisteten Niederlassungsfreiheit bzw. mit der in Art. 56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit vereinbar?

36 Vgl grundlegend EGMR v 18.2.2009, 55707/00, RN 97, und v 11.12.2012, 3653/05, RN 137, sowie zuletzt v 25.9.2018, 76639/11, und v 6.11.2018, 55391/13, insbes RN 178 f; sa W. Schabas, *The European Convention on Human Rights* (2015), 286.

37 Vgl schon EGMR v 19.4.1994, 16034/90, RN 44 ff; s.a. EGMR v 25.7.2002, 54210/00, RN 90 ff, sowie H. Kühne, in: K. Pabel – St. Schmahl (Hg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention* (Loseblatts Ausgabe [Stand: 2018]), RN 318 ff zu Art 6 EMRK.

38 Vgl zB statt vieler EGMR v 28.6.1990, 11761/85; v 21.9.1993, 12235/86; v 26.4.1995, 16922/90; und v 17.4.2012, 21539/07.

39 Vgl zB EGMR v 22.5.2018, 24079/10, wonach eine von Höchstgerichten vorgenommene Judikaturänderung prinzipiell in deren Ermessen steht und Art 6 EMRK nicht verletzt, solange diese weder willkürlich erfolgt noch offensichtlich unbegründet ist.

40 Vgl dazu die zahlreichen Nachweise bei W. Peukert, in: J. Frowein – W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. Aufl (2009), RN 93 ff, und J. Meyer-Ladewig – St. Harrendorf – St. König, in: J. Meyer-Ladewig – M. Nettesheim (Hg.), *EMRK-Handkommentar*, 4. Aufl (2017), RN 59 ff.

41 Vgl zB EGMR v 25.7.2002, 54210/00, RN 91 ff, mwN.

42 Bezüglich des Zeitraumes 2004 bis 2018 ergibt sich dieser Durchschnittswert aus dem »Annual Report 2018« des EGMR (abrufbar unter: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2018\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf)>), S 172 f.

43 S.o., FN 35.

Vor allem eine daraus resultierende Folge- und Bindungswirkung auch für andere Mitgliedstaaten der EU hätte sich aber angesichts dessen, dass die Anlassfälle jeweils bislang noch nicht harmonisierte Bereiche betrafen, wohl kaum vertretbar argumentieren lassen.

3. Besonders angreifbar erschiene die These, dass eine innerstaatlich – wie in § 63 Abs 1 VwGG und in § 87 Abs 2 VfGG – festgelegte Verpflichtung zur Erlassung einer »Ersatzentscheidung« lediglich als Auslegung bzw »Handhabung« des nationalen Rechts, nicht aber zugleich – bzw jedenfalls untrennbar damit verbunden – auch des Unionsrechts zu qualifizieren (und damit der Kompetenz des EuGH entzogen) ist, dann, wenn diese vom EuGH quasi isoliert positioniert worden wäre. Weil bzw insoweit sie der Gerichtshof im Beschluss vom 4.4.2019, C-545/18, aber im Konnex mit einer gerichtlich vorzunehmenden Kohärenzprüfung – die jeweils eigenständig-autonom durchzuführen ist – aufgestellt hat<sup>44</sup>, geht daraus insgesamt ohnehin hervor, dass die diesbezüglich maßgeblichen Parameter, insbesondere das Nichtbestehen einer Bindungswirkung, jeweils entsprechend mit zu berücksichtigen sind.

Im Kontext besehen ergibt sich daher, dass eine innerstaatliche, eine generelle Bindungswirkung anordnende Bestimmung in Fällen der Umsetzung bzw der Durchführung von EU-Recht in dem Umfang nicht angewendet werden darf, als dies erforderlich ist, um die tatsächliche Effektivität des Unionsrechts – d.i. gegebenenfalls eben die Vornahme einer autonom-bindungsfreien Kohärenzprüfung sowie die Fällung einer vorrangig auf dieser fußenden gerichtlichen Entscheidung – sicherzustellen. Dies gilt vornehmlich dann, wenn sich die Kompetenz des Gerichtes darauf beschränkt und nicht etwa darüber hinaus auch darin besteht, die tatsächliche Wirksamkeit<sup>45</sup> seiner Entscheidung sicherzustellen.

4. Neben den zuvor aufgezeigten Faktoren, dass die Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ ihren Ausgangspunkt jeweils in nicht harmonisierten Materiebereichen hatten und die Beantwortung von deren Fragestellungen über die seitens der Mitgliedstaaten ohnehin schon häufig angefeindete Unbedingtheit der Vorrangwirkung des Unionsrechts hinaus noch weiter reichende, nämlich grundlegende verfahrensrechtliche Systemfragen berührende Bindungseffekte für andere (und vor allem politisch einflussreichere) Mitgliedstaaten der EU nach sich gezogen hätte, lassen sich die folgenden Aspekte, die den EuGH (mit) dazu bewegen haben könnten, eine zwischen nationa-

len Gerichten bestehende, im Unionsrecht wurzelnde Meinungsdivergenz – anders als beispielsweise im Urteil v 19.7.2012, C-278/12 PPU – nicht abschließend zu klären, und aus einer derartigen Haltung des Gerichtshofs resultierende Aspekte aus Platzgründen nur stichwortartig darstellen:

- ▶ Nicht gänzlich auszuschließen ist, dass dem EuGH bislang das aus einer Kombination der Theoreme des Vorranges des Unionsrechts, der autonomen gerichtlichen Kohärenzprüfung und der innerstaatlichen Autonomie des Verfahrensrechts in einem System einer bloß kassatorischen Entscheidungsbefugnis der letztinstanzlichen Gerichte an einem bestimmten Punkt geradezu zwangsläufig resultierende Problem eines »infiniten Kreislaufes« bislang gleichsam noch nicht in voller Schärfe vor Augen gestanden ist – zumindest lässt sich in der nach dem Grundsatzurteil zum Vorrang des Unionsrechts v 15.7.1964, C-6/64, ergangenen Judikatur des EuGH (und damit seit über einem halben Jahrhundert) keine analoge Problemkonstellation finden;
- ▶ Auffällig ist jedenfalls, dass die Arbeitsüberlastung des EuGH<sup>46</sup>, die dieser Gerichtshof mit dem EGMR teilt, in jüngerer Zeit zu einer strengeren Zulässigkeitsprüfung in Vorabentscheidungsverfahren führt – eine formal-prozessuale Gegenreaktion, wie sie schon seit Jahrzehnten nicht nur vom EGMR, sondern auch von nationalen Höchstgerichten her bekannt ist; diese Entwicklung lässt allerdings im Zusammenhang damit, dass die Parteien der Ausgangsverfahren in Ermangelung einer Individualbeschwerdebefugnis schon a priori effektiv rechtsschutzlos sind, die insofern bereits von Anfang an kaum überzeugende sog »Bosphorus«-Vermutung des EGMR, wonach die gemäß Unionsrecht eingeräumte Rechtsschutzgewährleistung jener nach der EMRK prinzipiell gleichwertig sein soll<sup>47</sup>, noch problematischer erscheinen;
- ▶ Weiters ist evident, dass es der EuGH zunehmend ablehnt, sich um Probleme anzunehmen, die er durch seine langjährige Rechtsprechung als bereits hinreichend geklärt erachtet, sodass daraus resultierende Detailfragen folglich primär der nationale Gesetzgeber lösen soll (wie etwa hier: Ermöglichung einer reformatorischen Entscheidungsbefugnis auch

44 Vgl insbesondere RN 27 dieses Beschlusses (oben, II.3).

45 Dh: Umsetzung bzw Vollstreckung bzw Exekution.

46 Vgl den »Jahresbericht 2018 – Rechtsprechung« des EuGH (abrufbar unter: <[https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/\\_ra\\_2018\\_de\\_web.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/_ra_2018_de_web.pdf)>), S 9.

47 Vgl näher A. Grof, Bosphorus-Vermutung und Pflicht zur Begründung der Nichteinholung einer Vorabentscheidung – Zur Gleichwertigkeitsprüfung des durch EMRK und EGRC gewährleisteten Schutzniveaus im Zuge der Umsetzung von Unionsrecht in nationales Recht, SPWR 2019, 131 ff.

für den VfGH in Analogie zu § 42 Abs 4 VwGG sowie jeweils explizite Klarstellung dahin, dass die in § 63 Abs 1 VwGG bzw in § 87 Abs 2 VfGG normierte Bindungswirkung jedenfalls Fragen der Auslegung von Unionsrecht nicht erfasst);

- ▶ Soweit es die Effektivität des Unionsrechts – ebenso wie jene der EMRK – betrifft, findet die optimistisch-theoretische Annahme des EuGH – bzw des EGMR –, dass diese auch ein primäres Anliegen der Gerichte der Mitgliedstaaten sein müsste, in der Realität in aller Regel keine Entsprechung; dies liegt nicht nur darin begründet, dass sich Letztere in ihren Entscheidungen primär bzw nahezu ausschließlich am innerstaatlichen Recht orientieren und hierbei Unionsrecht sowie die EMRK kaum mitbedenken; davon abgesehen haben sich Vorabentscheidungsersuchen nämlich zwischenzeitlich zu einer derart aufwändigen und zeitraubenden Verfahrensart entwickelt, dass solche de facto in der gegenwärtigen Phase, in der gerade auch der Aspekt der Verfahrensdauer einen maßgeblichen Gradmesser für die Effizienz der jeweiligen gerichtlichen Institution darstellt, regelmäßig schon von vornherein unterbleiben (insbesondere, wenn man speziell auch an die dienstlichen und darüber hinaus sogar in die Privatsphäre reichenden Konsequenzen für jene Mitglieder von Untergerichten denkt, die Vorgaben des EuGH selbst entgegen anderslautenden Ansichten nationaler Höchstgerichte effektiv umzusetzen versuchen<sup>48</sup>).

#### IV. Konsequenz der Nicht-Klärung

Nach dem vorläufigen Abschluss der vom LVwG OÖ initiierten Vorabentscheidungsersuchens-Serie besteht somit nach wie vor das Kernproblem, welche der theoretisch denkbaren Handlungsalternativen – hierzu zählen in erster Linie: entweder Erlassung einer Entscheidung mit demselben Ausspruch wie jener, die zuvor aufgehoben wurde; oder Übernahme der Rechtsansicht der Oberinstanz; oder gänzliche Nichterlassung einer neuerlichen Entscheidung – ein unterinstanzliches Gericht im fortgesetzten Verfahren dann, wenn es entgegen der Ansicht der übergeordneten Instanz weiterhin der Auffassung

ist, dass die innerstaatliche Regelung dem Unionsrecht widerspricht, letztlich tatsächlich zu wählen hat; im Zuge der Klärung dieser Frage ist freilich nicht allein auf argumentative Vertretbarkeit und dogmatische Sauberkeit, sondern im Interesse der Rechtssicherheit mit gleichem Gewicht auch auf die weitest mögliche Bestandskraft der von ihm getroffenen Entscheidung zu achten.

1. Aus den im vorliegenden Zusammenhang maßgeblichen Entscheidungen des EuGH lässt sich – selbst wenn dies gegenwärtig im Normtext noch immer nicht explizit zum Ausdruck kommt<sup>49</sup> – zweifelsfrei zumindest ableiten, dass die Bestimmungen des § 63 Abs 1 VwGG und des § 87 Abs 2 VfGG unionsrechtskonform jeweils derart ausgelegt werden müssen, dass die darin angeordnete Bindungswirkung an die Rechtsmeinung der obersten Instanzen jedenfalls nicht auch eine vom VwGH bzw vom VfGH allenfalls in Bezug auf die Unionsrechtskonformität einer innerstaatlichen Norm geäußerte Ansicht erfasst.

Dem gegenüber geht aber aus dieser Rechtsprechung nicht hervor, dass auch ein Kassationssystem zumindest insoweit, als dieses zur Prüfung der Unionsrechtskonformität einer innerstaatlichen Norm herangezogen wird, mit dem EU-Recht gänzlich unvereinbar wäre.

Unterstellt man daher die unionsrechtliche Unbedenklichkeit des österreichischen Systems der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts, dann ergibt sich zwangsläufig, dass ein Verwaltungsgericht ein bei ihm anhängiges Beschwerdeverfahren nach Aufhebung seiner Entscheidung durch den VwGH oder den VfGH weiter fortzuführen und abzuschließen, dh eine neuerliche Entscheidung zu erlassen hat.

Somit scheidet aber die Handlungsalternative der Nichterlassung einer Ersatzentscheidung, wie eine solche etwa jüngst im Schlussantrag vom 30.4.2019 zu C-620/17, RN 76 f, angedeutet wurde<sup>50</sup> (wobei auch im

48 Vgl zB das Erk des VwGH v 16.7.2019, Ra 2018/17/0156, mit dem – entgegen der diesbezüglichen sonstigen Vorgangsweise des VwGH (vgl zB v 21.2.2019, Ra 2019/17/0002) – keine Sacherledigung gem § 42 Abs 4 VwGG erfolgte, sondern eine Entscheidung des LVwG OÖ nur deshalb aufgehoben wurde, weil mit dieser keine Korrektur des Spruches des angefochtenen Strafkenntnisses bezüglich der Strafsanktionsnorm erfolgte; anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass – als Folge dieser Vorgangsweise – der Bund zum Aufwandsersatz zugunsten des Revisionswerbers verpflichtet wurde.

49 Wohl auch dadurch bedingt, dass ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich bislang noch nicht beim EuGH anhängig gemacht wurde.

50 Diese Schlussanträge des Generalanwaltes Bobek liegen derzeit noch nicht in offizieller deutscher Fassung vor. In der englischen Version lauten deren RN 76 f:

»76. However, what certainly cannot be allowed to happen is that, by the mechanical operation of national rules of limitation, the implementation of the judgment of this Court at national level turns into a proverbial catch-22, in which nobody accepts responsibility for ensuring the effective execution of a preliminary ruling of the Court.

77. It follows that Article 4(3) TEU and Article 267 TFEU require that a national court, implementing a preliminary ruling previously requested from the Court, must fully implement the guidance contained therein. If executing the Court's guidance requires a certain type or scope of appraisal to be carried out, which is not normally carried out by the referring court in question, that court is obliged either to set aside the national procedural rules limiting its competence in that regard or to annul and remit the case to the appropriate judicial, or even administrative, level where such an assessment can be carried out in full.«

dortigen Anlassverfahren nach den nationalen – ungarischen – Verfahrensvorschriften für die übergeordneten Instanzen bloß eine eingeschränkte Kognitionsbefugnis besteht), jedenfalls aus.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist die Prüfung, ob ein im innerstaatlichen Recht vorgesehener Eingriff in eine der durch den AEUV gewährleisteten Grundfreiheiten bzw in eines der in der EGRC garantierten Rechte dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, (ua) im Wege einer von jedem nationalen Gericht jeweils autonom durchzuführenden Kohärenzprüfung zu beurteilen.

Dies schließt es für das untergeordnete Gericht im fortgesetzten Verfahren einerseits aus, ohne Weiteres unter bloße Berufung auf eine innerstaatlich normierte Bindungswirkung die diesbezügliche Rechtsansicht der Oberinstanz zu übernehmen – dies insbesondere zB dann, wenn sich ergibt, dass das übergeordnete Gericht entweder schon aus durch das Kassationssystem bedingten verfahrensrechtlichen Gründen daran gehindert war, eine echt autonome Kohärenzprüfung durchzuführen oder eine solche de facto nicht vorgenommen, sondern lediglich einseitig das Vorbringen der Verwaltungsbehörde als feststehende Tatsache qualifiziert hat oÄ.

Andererseits ist das Untergericht aber grundsätzlich nicht daran gehindert, im Zuge seiner eigenständigen Kohärenzprüfung – und sohin tatsächlich unabhängig – zu demselben Ergebnis wie das übergeordnete Gericht zu kommen. Nur in diesem letztgenannten Sonderfall würden sich die Bestimmungen des § 63 Abs 1 VwGG und des § 87 Abs 2 VfGG als unproblematisch erweisen, weil dann die Ersatzentscheidung des unterinstanzli-

chen Gerichtes eben nicht auf einer unzulässigen Bindung durch die Oberinstanz beruht.

3. Ergeben die parallel durchgeführten Kohärenzprüfungen dagegen keinen inhaltlichen Gleichklang, sondern führt eine solche aus der Sicht des untergeordneten Gerichtes weiterhin zu dessen Auffassung, dass die innerstaatliche Norm dem Unionsrecht widerspricht, so muss dieses wohl zwangsläufig eine inhaltlich gleichlautende Entscheidung wie jene, die zuvor von der Oberinstanz aufgehoben wurde, erlassen – dies ungeachtet der Tatsache, dass schon im Vorhinein absehbar ist, dass diese im Revisionsfall neuerlich aufgehoben werden wird, sodass an diesem Punkt der Beginn eines gleichsam endlosen Kreislaufes einsetzt.

4. Ein derart infiniter Zirkel ist allerdings nicht nur durch einen hohen prozessualen, finanziellen und ressourcenmäßigen Aufwand einerseits sowie durch eine a priori auf der Hand liegende Unsinnigkeit des Lösungsweges, sondern vor allem auch dadurch gekennzeichnet, dass die damit verbundene lange Schwebephase bis zum Ergehen einer – systembedingt eigentlich gar nicht absehbaren – endgültig-verbindlichen Entscheidung auf nationaler Ebene auch dem Grundsatz der Rechtsunsicherheit massiv widerstreitet.<sup>51</sup>

Angesichts dessen hat das LVwG OÖ letztlich einen bipolaren Lösungsweg eingeschlagen:

4.1. Mehrheitlich sind die geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständigen Einzelrichter im Zuge der von ihnen vorgenommenen Kohärenzprüfung jeweils zu demselben Ergebnis wie der VwGH und der VfGH gekommen.

Davon ausgehend besteht aber insoweit zwischen diesen Gerichten schon von vornherein keine Meinungsdivergenz hinsichtlich der Vereinbarkeit des GSpG-Monopols mit EU-Recht, sodass die auf eine Behauptung einer Unionsrechtswidrigkeit gegründeten Revisionen und Beschwerden der betroffenen Verfahrensparteien von den Höchstgerichten serienweise stets zurückgewiesen bzw abgelehnt werden<sup>52</sup>.

Dem Sinn nach dürfte dem in etwa folgende (vom Verfasser vorgenommene) deutsche Übersetzung entsprechen:

»76. Keinesfalls kann jedoch gestattet werden, dass sich die Umsetzung eines Urteils dieses Gerichtshofs durch eine mechanische Anwendung von innerstaatlich beschränkenden Vorschriften auf nationaler Ebene in ein sprichwörtliches ›Catch 22‹ verwandelt, in dem letztlich niemand die Verantwortung für die Sicherstellung der effektiven Umsetzung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs übernimmt.

77. Daraus folgt, dass es Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 267 AEUV erfordern, dass ein nationales Gericht im Zuge der Implementierung einer zuvor vom Gerichtshof erbetenen Vorabentscheidung in vollem Umfang auch die in dieser enthaltenen Erläuterungen und Anleitungen umsetzen muss. Wenn der Vollzug dieser Anleitungen des Gerichtshofes es erfordert, dass ein bestimmter Typus oder Spielraum an Bewertung ausgeübt wird, wie er normalerweise vom vorlegenden Gericht nicht gehandhabt wird, so ist dieses Gericht dazu verpflichtet, entweder die nationalen Verfahrensvorschriften, die seine Kompetenz insoweit begrenzen, unbeachtet zu lassen oder sein Verfahren einzustellen und den Fall an jene geeignete Gerichts- oder auch Behördeninstanz zu verweisen, bei der eine solcher Bewertungsspielraum in vollem Umfang ausgeübt werden kann.« Im nachfolgenden Urteil des EuGH vom 29. 7. 2019, C-620/17, wurde auf diesen Aspekt allerdings nicht direkt eingegangen.

51 Zudem sind – jedenfalls systematische – Judikaturdivergenzen zwischen nationalen Gerichten nach ständiger Rechtsprechung des EGMR (vgl zB v 23. 5. 2019, 17257/13, RN 48 = NLMR 2019, 208) als Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren iSd Art 6 Abs 1 EMRK zu qualifizieren; zugleich würden quasi »endlose Verfahrensschleifen« nach der Judikatur des EuGH (vgl zB v 29. 7. 2019, C-556/17, RN 59) auch eine Beeinträchtigung der nach Art 47 EGRC gewährleisteten Garantie der faktischen Effizienz von Rechtsbehelfen nach sich ziehen.

52 Vgl zB statt vieler VwGH v 21. 2. 2019, Ra 2019/17/0015; ebenso bezüglich anderer Landesverwaltungsgerichte zB VwGH v 22. 5. 2019, Ra 2019/09/0035.

4.2. Im Übrigen wurde hingegen in den fortgesetzten Verfahren – in der Folge aber auch gleichsam schon im »ersten Rechtsgang« – auf dem rechtsstaatlichen Grundprinzip der österreichischen Bundesverfassung aufbauend seitens des LVwG OÖ auch Folgendes ausgesprochen<sup>53</sup>:

»An diesem Punkt gilt es jedoch auch das rechtsstaatliche Prinzip in den Blick zu nehmen, das nach allgemein herrschender Auffassung ein Baugesetz der österreichischen Bundesverfassung verkörpert, wobei der Grundsatz der Rechtssicherheit als ein konstituierendes Teilelement desselben gilt (vgl. z.B. statt vieler *H. Mayer – G. Kucsko-Stadlmayer – K. Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl., Wien 2015, RN 165 ff; *L.K. Adamovich – B.C. Funk – G. Holzinger – St.L. Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. Wien 2011, RN 14.013 ff; *Th. Öhlinger – H. Eberhard*, Verfassungsrecht, 10. Aufl., Wien 2014, RN 80 ff; *W. Berka*, Verfassungsrecht, 6. Aufl., Wien 2016, RN 174 ff).

Mit dem Prinzip der Rechtssicherheit ist ein in einen infiniten Zirkel mündendes Verfahrenssystem aber offenkundig nicht vereinbar.

Weiters gilt es in diesem Zusammenhang zu beachten, dass von zahlreichen Höchstgerichten namhafter Mitgliedsländer der Europäischen Union die Rechtsansicht vertreten wird (vgl. z.B. die Nachweise im Beschluss des [deutschen] Bundesverfassungsgerichtes vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, RN 47), dass die sog. souveränitätsstiftenden Verfassungsgrundsätze eines Mitgliedsstaates dem Unionsrecht vorgehen bzw. im Sinne der »ultra-vires«-Doktrin durch entgegenstehendes Unionsrecht zumindest nicht ohne Weiteres in den Hintergrund gedrängt werden (sog. »integrationsfester Verfassungskern«); vielmehr sind in derartigen Konstellationen nationales Recht und Unionsrecht weitestmöglich zu harmonisieren.

...

Vor dem Hintergrund des zuvor Ausgeführten erweist sich daher – in der Phase bis zur dezidierten Klärung der zweifelhaften Frage, ob das österreichische Glücksspielmonopol mit den Grundfreiheiten der EU vereinbar ist, durch den hierfür exklusiv und verbindlich zuständigen EuGH – weder eine rigorose faktische Nichtanwendung der unionsrechtswidrigen nationalen Normen noch eine absolute Bindung (gemäß § 63 Abs 1 VwGG) als zielführend.

Vielmehr ist (statu praesente) die durch solche Eingriffe konkret bewirkte Beeinträchtigung der subjektiven Rechtssphäre des Beschwerdeführers dem jeweiligen öffentlichen Interesse an der Rechtssicherheit gegenüberzustellen und davon ausgehend im Lichte der beiden tragenden Leitlinien »Unmittelbare Wirksamkeit des Unionsrechts« – die im Falle der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols auch darauf fußende staatliche Eingriffsakte verbietet – einerseits und »Prinzip der Rechtssicherheit« – das u.a. eine Bindung der Unterinstanzen an höchstgerichtliche Entscheidungen

fordert – andererseits anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, nämlich mit Blick auf die (objektive und subjektive) Schwere des Eingriffes, ein einzelfallbezogen-adäquater Interessenausgleich herzustellen.

Von maßgeblicher Bedeutung ist in diesem Sinne sohin beispielsweise, ob der Betroffene im Falle einer Beschlagnahme auch Eigentümer der Geräte ist oder bloß deren Aufstellung in seinem Lokal geduldet hat; ob lediglich einzelne oder sämtliche Geräte eingezogen wurden; ob der gesamte Betrieb oder lediglich ein einzelner Raum behördlich geschlossen wurde; in welcher Höhe eine Geldstrafe verhängt wurde und ob wegen angesichts prekärer finanzieller Verhältnisse des Beschuldigten der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe ernstlich droht; etc.

Diese Prinzipien heranziehend stellen sich die maßgebenden Umstände im vorliegenden Fall folgendermaßen dar:

Von den Bf. wurde weder substantiell in Abrede gestellt, dass sie als Eigentümerinnen bzw. Inhaberinnen jener Gegenstände fungierten, die zum Vorfallszeitpunkt von den Exekutivorganen in Beschlag genommen worden waren, noch, dass es sich hierbei um Glücksspielgeräte handelte.

Somit sind die Bf. zwar objektiv besehen von der verfahrensgegenständlichen Eingriffsmaßnahme in ihrer Rechtsstellung betroffen; allerdings wurde von ihnen weder behauptet noch belegt, dass bzw. inwieweit sie subjektiv infolge von deren Beschlagnahme eine maßgebliche rechtliche Beeinträchtigung oder (im Sinne von wirtschaftlich ins Gewicht fallende) Vermögens-einbuße hinzunehmen gehabt hätten.

Angesichts dieser Faktenlage sind daher die öffentlichen Interessen daran, im gegenständlichen Fall (entsprechend einer der verfassungsmäßigen Primärfunktionen der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit) möglichst rasch Rechtssicherheit in Form einer prinzipiell unmittelbar in Rechtskraft erwachsenden Entscheidung herzustellen, höher zu bewerten als die Schaffung eines unionsrechtskonformen Ergebnisses bereits zu einem Zeitpunkt, zu dem die entsprechenden Zweifelsfragen vom hierfür alleinkompetenten EuGH noch nicht entschieden sind.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit dieser Entscheidung jedenfalls nicht vom LVwG OÖ zu vertreten ist: Denn soweit den Beeinträchtigten mangels Individualbeschwerdebefugnis entsprechende Rechtsbehelfe an den EuGH nicht zur Disposition stehen, wurden vom LVwG OÖ ohnehin sämtliche soweit zum gegenwärtigen Zeitpunkt ersichtlich im Zusammenhang mit der Monopolregelung des GSpG als klärungsbedürftig erscheinenden Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt (...); im Übrigen liegt es hingegen an den Rechtsmittelwerbern selbst, zweckentsprechende (v.a. auch supranationale) Rechtsbehelfe zu ergreifen, wobei deren allfällige mangelnde faktische Effektivität (wie z.B. einer Beschwerde an den EGMR) nicht zuletzt auch eine rechtspolitische Komponente aufweist, die allein schon deshalb ebenfalls nicht dem LVwG OÖ angelastet werden kann.

53 Vgl zB statt vieler LVwG OÖ v 18. 4. 2018, LVwG-412624/6/Gf/Mu, S 56 ff.

...

Aus allen diesen Gründen erachtet es daher LVwG OÖ ungeachtet dessen, dass der zur Entscheidung geschäftsverteilungsmäßig zuständige Einzelrichter nach wie vor die Rechtsansicht vertritt, dass die in den §§ 3 ff GSpG normierte Monopolregelung dem Unionsrecht widerspricht, nicht zuletzt auch aus Gründen der Verfahrenseffizienz für zweckmäßig, der in den Erkenntnissen des VfGH vom 19. Februar 2018, Ra 2017/17/0934, und des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, zum Ausdruck gebrachten Rechtsmeinung zu folgen.

Von der dort jeweils vertretenen Auffassung der Unionsrechtskonformität des Glücksspielmonopols ausgehend erweist sich die im angefochtenen Bescheid gemäß § 53 GSpG ausgesprochene Beschlagnahme der verfahrensgegenständlichen Geräte, deren Eignung zur Durchführung von Ausspielungen i.S.d. GSpG von den Rechtsmittelwerberinnen nicht in Abrede gestellt wurde, als gesetzmäßig vorgenommen und sohin rechtmäßig.«

Es soll keineswegs verhehlt werden, dass es sich hierbei um eine – zumindest nur temporäre, nämlich bis zu einer endgültigen Lösung dieser Frage durch den letztlich hierzu berufenen EuGH intendierte – bloße Hilfskonstruktion handelt, die allerdings bedauerlicherweise gerade die verfahrensrechtlich am schlechtesten gestellten Beteiligten benachteiligt: Weil den durch staatliche Eingriffsmaßnahmen (Beschlagnahmen, Verwaltungsstrafen, Einziehungen, Betriebsschließungen) betroffenen Parteien keine (zumindest keine effektive<sup>54</sup>) Individualbeschwerdebefugnis an supranationale Instanzen zukommt, sind allein sie es, die vorerst die negativen Konsequenzen dieser gegenwärtig sowohl im Einzelnen als auch in ihrer Gesamtheit rechtlich noch immer zweifelhaften Beeinträchtigungen zu tragen haben, wobei solche in der Praxis durchaus auch in hohe Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen münden können.

Anzumerken bleibt, dass der VfGH diese Lösungsvariante als rechtlich gangbaren Weg akzeptiert hat und seither auch Revisionen gegen solche Entscheidungen des LVwG OÖ zurückweist<sup>55</sup>, nachdem zuvor seitens des VfGH die Behandlung einer entsprechenden Beschwerde abgelehnt wurde.

## V. Kursorischer Überblick über die wesentlichsten Ergebnisse der Vorlagen-Serie des LVwG OÖ

Zusammenfassend sollen noch die maßgeblichsten Statements des EuGH, die auf Grund dieser vom LVwG OÖ initiierten Vorabentscheidungsersuchens-Serie erfolgen, schlagwortartig dargestellt werden:

54 Vgl oben, FN 42 und 46, sowie zB jüngst den Beschluss des EuGH v 12.10.2018, T-416/18, mit dem eine Nichtigkeitsklage von Glücksspielanbietern bereits aus formal-prozessualen Gründen abgewiesen wurde.

55 Vgl zB VwGH v 26.3.2018, Ra 2018/17/0074; v 25.9.2018, Ra 2018/17/0013; und v 7.1.2019, Ra 2018/17/0126.

Aktenzahl des EuGH	EuGH-Entscheidungsdatum	EuGH-Fallbezeichnung	Aktenzahl und Datum des Vorlagebeschlusses des LVwG OÖ	Materienbereich	Fragestellung des LVwG OÖ in Kurzform	Antwort des EuGH in Kurzform	Europarechtliche Konsequenzen (Folgebezeichnungen in der Judikatur des EuGH)	Unmittelbare innerstaatliche Konsequenzen	Mittelbare innerstaatliche Konsequenzen
C-367/12	13.2.2014	Sokoll-Seebacher I	VwSen-590223/145/ GfRt 24.7.2012	Apothekenrecht	Ist eine Bedarfsprüfung, die für bestehende Unternehmen eine starre Grenze an weiterhin zu versorgenden Personen vorsieht, unionsrechtskonform?	Eine derart starre Grenze widerspricht Art 49 AEUV	Bezugnahme in bisher 27 weiteren EuGH-Entscheidungen bzw. Schlussanträgen von Generalanwältinnen	Einfügung eines Abs 6a in die Bedarfsprüfungsregelung des § 10 ApG durch BGBl I 30/2016 (vgl. 1089 BlgNR, 25. GP)	Rsp des VfGH zur Zulässigkeit einer vorübergehenden Diskriminierung (6.10.2011, G 41/10) und darauf fußende Rsp des VwGH zur Ambulatorien-Bedarfsprüfung (zB 4.4.2019, Ra 2016/11/0142) ist unionsrechtswidrig; ebenso die VwGH/VfGH-Rsp zum GSpG-Monopol und zur Apotheken-Bedarfsprüfung
C-581/14	15.10.2015	Naderhim	LVwG-050013/35/ Gf/Rt 8.12.2014	Apothekenrecht	Ist eine vorbehaltlose, dh auch EU-rechtliche Fragen erfassende Bindung an Entscheidungen übergeordneter Gerichte unionsrechtskonform?	Eine wie in § 63 VwGG angeordnete vorbehaltlose Bindung widerspricht dem Unionsrecht	Bezugnahme in bisher 6 weiteren EuGH-Entscheidungen bzw. Schlussanträgen von Generalanwältinnen	Unionsrechtswidrigkeit des § 63 Abs 1 VwGG und des § 87 Abs 2 VfGG, weil eine entsprechende legislative Anpassung bzw. Klarstellung bislang immer noch fehlt	Rsp des VfGH zur Zulässigkeit einer vorübergehenden Diskriminierung (6.10.2011, G 41/10) und darauf fußende Rsp des VwGH zur Ambulatorien-Bedarfsprüfung (zB 4.4.2019, Ra 2016/11/0142) ist unionsrechtswidrig; ebenso die VwGH/VfGH-Rsp zum GSpG-Monopol und zur Apotheken-Bedarfsprüfung
C-634/15	30.6.2016	Sokoll-Seebacher II	LVwG-050006/29/ Gf/IE/Mu 24.11.2015	Apothekenrecht	Ist die Interpretation des EuGH-Urteils C-367/12 durch den VwGH in dessen Erkenntnis vom 30.9.2015, Ro 2014/10/0084, zutreffend?	Die Interpretation des VwGH ist unzutreffend	Bezugnahme in bisher 4 weiteren EuGH-Entscheidungen bzw. Schlussanträgen von Generalanwältinnen	Novellierung des § 10 Abs 6a ApG durch BGBl I 103/2016 (vgl. 1863/A BlgNR, 25. GP)	Rsp des VfGH zur Zulässigkeit einer vorübergehenden Diskriminierung (6.10.2011, G 41/10) und darauf fußende Rsp des VwGH zur Ambulatorien-Bedarfsprüfung (zB 4.4.2019, Ra 2016/11/0142) ist unionsrechtswidrig; ebenso die VwGH/VfGH-Rsp zum GSpG-Monopol und zur Apotheken-Bedarfsprüfung

C-390/12	30.4.2014	Pfleger	VwSen-740121/2/ Gf/Rt 10.8.2012	Glücksspielrecht	Ist die GSpG-Monopolregelung unionsrechtswidrig, wenn diese weder dem Spielerschutz noch der Kriminalitätsbekämpfung dient?	Eine insoweit inkohärente Monopolregelung widerspricht dem Art 56 AEUV	Bezugnahme in bisher 48 weiteren EuGH-Entscheidungen bzw. Schlussanträgen von Generalanwältin	Widersprüchliche Judikatur zwischen VwGH und VfGH einerseits und LVwG OÖ (teilweise) andererseits	Rsp des VfGH zur Zulässigkeit einer vorübergehenden Diskriminierung (6.10.2011, G 41/10) und darauf fußende Rsp des VwGH zur Ambulatorien-Bedarfsprüfung (ZB 4.4.2019, Ra 2016/11/0142) ist unionsrechtswidrig; ebenso die VwGH/VfGH-Rsp zum GSpG-Monopol und zur Apotheken-Bedarfsprüfung
C-685/15	14.5.2017	Online-Games	LVwG-411039/8/ Gf/Je/Mu 14.12.2015	Glücksspielrecht	Ist das auch für VwGe maßgebliche Amtswegigkeitsprinzip – verstanden als Inquisitionsmaxime – mit Art 6 EMRK und Art 47 EGRC vereinbar?	Unparteilichkeit: Eine Vermischung von Anklage- und richterlicher Funktion ist EMRK-sowie unionsrechtswidrig	Bezugnahme in bisher 20 weiteren EuGH-Entscheidungen bzw. Schlussanträgen von Generalanwältin	Beweispflicht der staatlichen Organe – Gesetzesmaterialien bilden keinen Beweis; Amtswegigkeitsgrundsatz gilt jedenfalls in Kohärenzprüfungsverfahren nicht – Verstoß gegen EU-Recht, weil entsprechende legitistische Klarstellung bislang immer noch fehlt	Übernahme der »Karelin«-Rsp des EGMR (20.9.2016, 926/08) durch EuGH; Erk des VfGH v 14.3.2017, E 3282/2016, daher EMRK- und unionsrechtswidrig; ebenso wohl auch die VfGH- und VwGH-Judikatur (ZB VfGH 7.10.2014, E 707/2014) zu Amtssachverständigen in VwG-Verfahren im Hinblick auf EGMR v 31.10.2018, 33371/17
C-79/17	6.9.2018	Gmalieva	LVwG-411712/8/ Gf/Mu 7.2.2017	Glücksspielrecht	Ist das GSpG-Monopol unionsrechtswidrig, wenn Spielsucht und desbezügliche Kriminalität de facto kein relevantes gesellschaftliches Problem darstellen?	Jedes nationale Gericht hat autonom zu entscheiden, ob eine solche Monopolregelung kohärent ist	Bislang keine Bezugnahme in weiteren EuGH-Entscheidungen bzw. Schlussanträgen von Generalanwältin	Soweit festgestellt wird, dass das GSpG-Monopol in Wahrheit nicht dem Spielerschutz und der Kriminalitätsverhinderung bzw. -vorbeugung dient, ist dessen explizite Unionsrechtswidrigkeitserklärung geboten	LVwG-OÖ-Rsp zu »integrationsfähigem Verfassungskern« nicht haltbar – VwGH und VfGH müssten allerdings echt autonome Kohärenzprüfung durchführen und jeweils reformatorisch entscheiden (können)

Am wichtigsten erscheinen dabei folgende Feststellungen des EuGH, die (bzw insoweit diese) einen auch über die konkrete Anlassproblematik hinausreichenden Effekt aufweisen:

- ▷ Das durch § 38 VwGVG i.V.m. § 24 VStG und i.V.m. § 39 Abs 2 AVG auch für von Verwaltungsgerichten durchzuführende Verwaltungsstrafverfahren als maßgeblich erklärte Amtswegigkeitsprinzip gilt insoweit, als diesem nach der Judikatur des VwGH das Verständnis einer Inquisitionsmaxime beizulegen ist, jedenfalls in Bezug auf von diesen Gerichten zur Rechtfertigung von Eingriffen in Grundfreiheiten vorzunehmende Kohärenzprüfungen nicht<sup>56</sup>; insoweit trifft die Beweislast vielmehr prinzipiell die staatlichen Organe (bzw im VwG-Verfahren: die belangte Behörde und – soweit materiengesetzlich vorgesehen – die Amtspartei), wobei vor allem Gesetzesmaterialien in der Regel keinen brauchbaren, jedenfalls aber keinen zwingenden Nachweis darstellen<sup>57</sup>.
- ▷ Hinsichtlich der Auslegung von Unionsrecht besteht keine Bindungswirkung an die Rechtsansicht anderer Gerichte, und zwar auch dann nicht, wenn jene im Instanzenzug übergeordnet sind.
- ▷ Eine Regelung, die eine Genehmigungserteilung für eine reglementierte Berufs- oder Gewerbeausübung davon abhängig macht, dass einem bereits bestehenden Unternehmen eine fixe Anzahl von Kunden verbleibt, ohne hiervon situationsbedingt erforderliche Ausnahmen zu ermöglichen, ist unionsrechtswidrig.
- ▷ Ergibt sich in concreto im Zuge der von einem Gericht vorzunehmenden Kohärenzprüfung, dass Spielsucht de facto kein einen staatlichen Handlungsbedarf begründendes gesellschaftliches Problem darstellt und die innerstaatlichen Monopolvorschriften zudem tatsächlich nicht der Kriminalitätsbekämpfung und/oder -vorbeugung dienen, dem gegenüber jedoch die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel jährlich mehr als 500 Mio Euro ( $\approx 0,4\%$  des Jahresbudgets des Bundes) betragen und die Werbemaßnahmen der Konzessionäre maßgeblich auch darauf abzielen, bisher Unbeteiligte zum Glücksspiel zu animieren, so ist diese Regelung inkohärent und damit unionsrechtswidrig.

## VI. Resümee

Aus rechtspolitischer Sicht lässt sich aus all dem folgenden Gesamtfazit ziehen:

Wenn, solange und insoweit dies nicht auch der nationale Gesetzgeber oder zumindest die innerstaatlichen Höchstgerichte akzeptieren und praktizieren, erweist sich eine Umsetzung des Unionsrechts – insbesondere auch bezüglich der zuvor aufgezeigten Problembereiche – de facto als weitgehend ineffektiv. Da aber eine Unionsrechtswidrigkeit von den betroffenen Interessenten bzw Verfahrensparteien mangels entsprechender Rechtsbehelfe nicht wirkungsvoll geltend gemacht werden kann, besteht für die mitgliedstaatlichen Institutionen freilich auch kein – jedenfalls kein dringender – Handlungsbedarf<sup>58</sup>.

Deshalb kann man sich va mit spezifischem Blick auf Österreich des Eindrucks nicht erwehren, dass gegenwärtig gemeinhin versucht wird, solche Probleme – vor allem, weil und solange sie auch auf wissenschaftlicher Ebene keinen Widerhall und auf politischer Ebene eine fundamental-systemorientierte Gesetzgebung an instabilen Verhältnissen (häufigen Regierungswechseln und kurzen Legislaturperioden) scheitert – zu tabuisieren. Eine autonome Effektivierung des Unionsrechts durch untergeordnete Gerichte, wie diese dem EuGH vorschwebt, muss jedenfalls de facto schon am innerstaatlichen System der instanzmäßigen Gliederung und einer damit verbundenen Stigmatisierung als »heterarchisch« scheitern.

Allerdings dürfte durch die vom LVwG OÖ initiierte Vorabentscheidungsersuchens-Serie zumindest ein Grundstein gelegt worden sein, an dem seitens des EuGH dadurch, dass er obige Aussagen immerhin zu bisher nicht harmonisierten Bereichen getroffen hat, deutlich gemacht wurde, dass er zumindest im Grunde wenig geneigt ist, offensichtliche und zudem gravierende Eingriffe in zentrale Grundfreiheiten und Gewährleistungen der EGRC auch auf Dauer kommentarlos zu tolerieren. Davon ausgehend scheint wohl die Prognose nicht allzu gewagt, dass sich der EuGH bei künftigen Vorabentscheidungsersuchen mit analogen Frage- und Problemstellungen – jedenfalls, sobald diese harmonisierte Bereiche betreffen – kaum scheuen wird, selbst aus Anlass von zentralen mitgliedstaatlichen Systemfragen anstelle eines Ausweichens auf formal-prozessuale

56 In dieselbe Richtung weist auch der Beschluss des BVerfG v 23.10.2018, 1 BvR 2523/13, wonach Gerichte ihrer Ermittlungs- und Entscheidungspflicht enthoben sind, wenn deren Kontrollpflicht nach weitest möglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes der Fachwissenschaft stößt.

57 Vgl die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston im Verfahren zu C-685/15 v 9.3.2017, RN 61 f.

58 Den Betroffenen nützt es daher kaum, dass der EGMR in ständiger Rechtsprechung feststellt, dass eine uneinheitliche innerstaatliche Rechtsprechung – im Gegensatz zu einer begründeten Judikaturänderung (vgl zB EGMR v 22.5.2018, 24079/11) – eine Verletzung des Art 6 EMRK darstellt (vgl zB EGMR v 26.6.2018, 27471/15, sowie jüngst v 23.5.2019, 17257/13 = NLMR 207).

Nebengleise ausdrücklich inhaltliche Verletzungen des Unionsrechts festzustellen<sup>59</sup>.

Korrespondenz:  
HR Dr. Alfred Grof,  
Universitätslektor (Universität Wien und FH Wels),  
Landesverwaltungsgericht Oberösterreich,  
Volksgartenstraße 14,  
4021 Linz,  
E-Mail: alfred.grof@lvwg-ooe.gv.at

---

59 Vgl zB jüngst EuGH v 8. 5. 2019, C- 230/18, betreffend eine weite Auslegung des Rechts auf eine gute Verwaltung iSd Art 41 EGRC, die (ebenfalls) auf einer Umdeutung der Vorlagefrage basiert und eine österreichische Norm zum Gegenstand hatte, die der Behörde eine sofortige, nicht näher begründungsbedürftige Schließung eines Gewerbebetriebes ermöglichte; s.a. EuGH v 13. 11. 2018, C-33/17, zur Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes, deren Verfassungskonformität zuvor noch vom VfGH (vgl G 283/2016 v 13. 12. 2016) bestätigt worden war; EuGH v 21. 11. 2018, C-713/17, zur Unionsrechtswidrigkeit von diskriminierenden Mindest-Sozialhilfeleistungen für Flüchtlinge; sowie EuGH v 29. 7. 2019, C-209/18, zur Unverhältnismäßigkeit und Inkohärenz der Beibehaltung von national-protektionistischen Anforderungen an den Sitz, die Rechtsform und die Beteiligung an Ziviltechniker-, Patentanwalts- und Tierärztegesellschaften.