

Vorlageantrag an den EuGH: Bedeutet das Nichtbestehen einer Bindungswirkung auch den Entfall der Verpflichtung zur Erlassung einer Ersatzentscheidung? (C-545/18)



ALFRED GROF

Abstract

In seinem jüngst ergangenen Beschluss vom 7. Juni 2018, C-589/16 (»Filippi u.a.« – EU:C:2018:417), hat der EuGH neuerlich festgestellt, dass ein innerstaatliches Gericht hinsichtlich der Beurteilung, ob eine nationale Regelung mit Unionsrecht vereinbar ist, nicht an die diesbezügliche Rechtsansicht anderer – allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter – Gerichte gebunden ist. Ordnet eine innerstaatliche Norm – wie beispielsweise § 63 Abs. 1 VwGG oder § 87 Abs. 2 VfGG – von ihrem Wortlaut her besehen Gegenteiliges an, so darf diese nicht angewendet werden.

Offen blieb aber bislang die Frage, wie in Fällen vorzugehen ist, in denen bei divergierenden Rechtsansichten eine unterinstanzliche Entscheidung vom übergeordneten Gericht bloß aufgehoben wird, sodass also letztlich keine Sach-, sondern bloß eine kassatorische Entscheidung und im Ergebnis damit (noch immer bzw. wieder) keine Erledigung des Beschwerdeverfahrens vorliegt, dieses also weiterhin »offen« ist.

Nach allseits unstrittiger Auffassung knüpft sich an § 63 Abs. 1 VwGG und § 87 Abs. 2 VfGG jeweils die Konsequenz, dass die Verwaltungsgerichte neuerlich eine Sachentscheidung (sog. »Ersatz-Erkenntnis«) zu treffen haben.

Vermag sich das VwG hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskompatibilität der Rechtsansicht des Höchstgerichtes nicht anzuschließen, könnte es daher entweder ein insoweit gleichlautendes Ersatz-Erkenntnis erlassen – dieses würde im Rechtsmittelweg neuerlich aufgehoben werden usw.; oder es übernimmt entgegen seiner Überzeugung doch die Meinung des Höchstgerichtes, sodass im Ergebnis – anders als vom EuGH gefordert – keine autonome Kohärenzprüfung vorläge.

Beide Alternativen – nämlich infiniter Kreislauf einerseits und faktische Bindungswirkung andererseits – würden aber offenbar zu einem unionsrechtswidrigen Ergebnis führen.

Ein solches lässt sich nach Auffassung des LVwG OÖ wohl nur dadurch vermeiden, dass – wie im nachfolgend wiedergegebenen Vorlageantrag vom 16. August 2018, LVwG-412407¹ (beim EuGH protokolliert zu C-545/18), näher erläutert wird – Bestimmungen wie § 63 Abs. 1 VwGG und § 87 Abs. 2 VfGG unionsrechtskonform dahin auszulegen (bzw. auch insoweit nicht anzuwenden) sind, dass (bzw. als) diese in Bezug auf unionsrechtliche Fragen nicht nur (k)eine Bindungswirkung anordnen, sondern die Verwaltungsgerichte auch von der Verpflichtung zur Erlassung eines Ersatz-Erkenntnisses entbinden.

Schlagworte

Kompatibilität von Unionsrecht und nationalem Recht; Kohärenzprüfung bei Eingriffen in Grundfreiheiten; Bindungswirkung der VwG an Erkenntnisse des VwGH und des VfGH; Entscheidung, kassatorische; fortzusetzendes Verfahren; Verpflichtung zur Erlassung einer Ersatzentscheidung bzw. eines Ersatzerkenntnisses; infiniter Kreislauf; integrationsfester Verfassungskern

Rechtsquellen

Art. 56 AEUV; Art. 47 EGRC; Art. 6 EMRK; Art. 133 B-VG; Art. 144 B-VG; § 63 VwGG; § 87 VfGG

¹ Dieser verfahrensrechtlich als Beschluss i.S.d. § 31 VwGVG zu qualifizierende Antrag findet sich – entgegen dem Usus aller drei österreichischen Höchstgerichte – deshalb nicht auf der Homepage des LVwG OÖ (<www.lvwg-ooe.gv.at>), weil er prozessual keine End-, sondern nur eine Zwischenerledigung verkörpert.

Inhaltsübersicht

I.	Sachverhalte der Anlassverfahren	127
A.	Sachverhalt des Anlassverfahrens zu LVwG-412407 (D P)	127
B.	Sachverhalt des Anlassverfahrens zu LVwG-410693 (Finanzamt Linz)	128
II.	Maßgebliche Rechtsvorschriften	130
III.	Zur Zulässigkeit des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens	130
IV.	In der Sache	131
V.	Vorlagefrage(n)	136

I. Sachverhalte der Anlassverfahren

A. Sachverhalt des Anlassverfahrens zu LVwG-412407 (D P)

1. Am 22. Juni 2017 haben Exekutivorgane der Finanzpolizei in einem Lokal in Mauerkirchen, eine Kontrolle wegen des Verdachtes des Vorliegens von Verstößen gegen das Glücksspielgesetz durchgeführt. In deren Zuge wurde ein dort ohne die gesetzlich erforderliche behördliche Konzession betriebsbereit aufgestelltes Gerät (sog. »elektronisches Glücksrad« bzw. »Fun-Wechsler«), hinsichtlich dessen ein Verdacht dahin entstanden war, dass damit nach entsprechender Geldeingabe unterschiedliche Spiele, die als Glücksspiele zu qualifizieren seien, durchgeführt werden können, vorläufig in Beschlag genommen.

2. In der Folge wurde über Frau D P (im Folgenden auch: Beschwerdeführerin bzw. Bf.) als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der G S.R.O. (mit Unternehmenssitz in der Slowakischen Republik), die dem Lokalinhaber dieses Gerät zur Verfügung gestellt hatte, mit Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes von Braunau am Inn (im Folgenden auch: belangte Behörde) vom 11. September 2017, Zl. BHBRsich-2016-436139/245-Sch, wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 viertes Tatbild des Glücksspielgesetzes (unternehmerische Beteiligung an verbotenen Glücksspielen) eine **Geldstrafe von 8.000 Euro** (Ersatzfreiheitsstrafe: 89 Stunden) verhängt.

3. Gegen dieses der Bf. am 13. September 2017 zugestellte Straferkenntnis wurde eine am 9. Oktober 2017 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ) erhoben.

Darin wurde – auf das Wesentliche zusammengefasst – vorgebracht, dass der angefochtene Bescheid an Verfahrens-, insbesondere Begründungs- und Sachverhaltsfeststellungsmängeln, leide. Außerdem sei die belangte Behörde zur Erlassung des angefochtenen Bescheides sachlich deshalb nicht zuständig gewesen, weil bei richtiger rechtlicher Beurteilung eine gerichtlich strafbare Handlung, nämlich ein Vergehen gegen § 168 StGB, vorgelegen sei. Schließlich wurde auf die Judikatur des LVwG OÖ hingewiesen, wonach sich das im österreichischen Glücksspielgesetz normierte Monopolsystem aus näher dargestellten Gründen als unionsrechtswidrig erweist.

4. In der Folge wurde den Verfahrensparteien mit Schriftsatz des LVwG OÖ vom 30. Oktober 2017, LVwG 412407/2/Gf/Mu, mitgeteilt, dass sowohl nach der Begründung der angefochtenen Entscheidung als auch nach dem Vorbringen der Bf. der entscheidungswesentliche Sachverhalt als unstrittig erscheine, sodass aus der

Sicht des LVwG OÖ die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung vornehmlich deshalb als nicht erforderlich erachtet wird, weil im gegenständlichen Fall bloß Rechtsfragen – nämlich vorweg jene nach der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielmonopolregelung – zu klären sind.

Zugleich wurden die Verfahrensparteien (u.a.) dazu aufgefordert, (abgesehen von konkret angeführten, bereits gerichtsnotorischen Belegen) sämtliche ihrem jeweiligen Rechtsstandpunkt dienlichen Beweismittel vorzulegen oder so rechtzeitig bekannt zu geben, dass sie bis zur allfälligen Durchführung einer öffentlichen Verhandlung von Amts wegen beigebracht werden können.

4.1. Dazu hat die belangte Behörde mit e-mail vom 17. November 2017 mitgeteilt, dass auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet wird, dass ihr das Vorliegen eines Auslandsbezuges nicht bekannt sei und der Behördenakt dem Gericht vollständig übermittelt worden sei und der Behörde weitere Beweismittel nicht vorlägen.

4.2. Die Bf. hat mit e-mail vom 12. Dezember 2017 darauf hingewiesen, dass ein Auslandsbezug bestehe und zugleich auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet.

4.3. Die Amtspartei (Finanzamt Braunau-Ried-Schärding, vertreten durch die Finanzpolizei) hat mit Schreiben vom 2. November 2017 bekannt gegeben, dass auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung nicht verzichtet wird, weil ihrer Ansicht nach eine Unstrittigkeit des Sachverhalts nicht erkennbar sei.

Bezüglich der Frage der Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes wurde auf die »aktuelle« Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vom 16. März 2016, Ra 2015/17/0022) und des Verfassungsgerichtshofes (vom 15. Oktober 2016, E 945/2016) verwiesen.

5. Hierauf wurde das angefochtene Straferkenntnis der belangten Behörde vom 11. September 2017 mit Erkenntnis des LVwG OÖ vom 19. Dezember 2017, LVwG-412407/6//Gf/Mu, aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

In der Begründung hierzu wurde (neuerlich) ausführlich dargelegt, dass sich die im Glücksspielgesetz verankerte (Quasi-)Monopolsystemregelung nach Auffassung des geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständigen Einzelrichters als inkohärent und unverhältnismäßig und somit als unionsrechtswidrig erweise, sodass eine darauf gegründete Bestrafung schon aus diesem Grund von vornherein unzulässig sei.

6. Gegen dieses Erkenntnis haben sowohl der Bundesminister für Finanzen als auch die belangte Behörde

eine außerordentliche Amtsrevision an den Verwaltungsgerichtshof (im Folgenden: VwGH) erhoben.

7. Mit Erkenntnis vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, hat der VwGH diesen Amtsrevisionen stattgegeben und die Entscheidung des LVwG OÖ vom 19. Dezember 2017 wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhalts aufgehoben.

Im Ergebnis gelangte der VwGH mit umfassender Begründung – wie schon in seinem Vorerkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022 – neuerlich zu der Auffassung, dass von einer Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht auszugehen sei, weil die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität, der Verhinderung von kriminellen Handlungen und der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in kohärenter und systematischer Weise verfolgt würden (vgl. RN 91).

8. In der Folge hat das LVwG OÖ am 8. August 2018 eine öffentliche Verhandlung durchgeführt, an der lediglich ein Exekutivbeamter – der formal die Amtspartei vertreten hat – teilgenommen hat.

8.1. Im Zuge dieser Verhandlung wurde vom Richter der bisherige Verfahrensgang dargestellt.

8.2. Der Vertreter der Amtspartei hat – obwohl diese auf die Durchführung einer Verhandlung mit der Begründung, dass eine Unstrittigkeit des Sachverhalts nicht erkennbar sei (s.o., Pkt. 4.3.), nicht verzichtet hatte – lediglich angegeben, dass aus seiner Sicht keine ergänzenden Feststellungen erforderlich seien.

Beweismittel wurden keine vorgelegt.

9. An diesem Punkt des Verfahrens angelangt wäre das LVwG OÖ nunmehr gemäß § 63 Abs. 1 VwGG in der Art und Weise, wie diese Bestimmung nach allseits herrschender Auffassung verstanden wird, dazu verpflichtet, neuerlich – und zwar unter Bindung an die vom VwGH in dessen Erkenntnis vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, geäußerte Rechtsansicht, wonach die Monopolregelung des Glücksspielgesetzes als unionsrechtskonform anzusehen sei – eine (sog. »Ersatz«-)Entscheidung zu erlassen.

B. Sachverhalt des Anlassverfahrens zu LVwG-410693 (Finanzamt Linz)

1. Mit Anzeige des Finanzamtes Linz (im Folgenden auch: Amtspartei) vom 30. August 2012, Zl. 046-72653-24-2012, wurde der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden auch: belangte Behörde) mitgeteilt, dass Frau E O (im Folgenden: Mitbeteiligte Partei), eine ungarische Staatsangehörige, es – wie im Zuge einer am 25. Juli 2012 in einem Lokal in Ansfelden, von Exekuti-

vorganen durchgeführten Kontrolle festgestellt worden sei – geduldet habe, dass dort fünf Glücksspielautomaten ohne die gesetzlich hierfür erforderliche Konzession aufgestellt gewesen seien; dadurch habe sie die Durchführung verbotener Ausspielungen ermöglicht und diese potentiellen Interessenten mit dem Vorsatz, für sich selbst daraus fortgesetzt Einnahmen zu erzielen, unternehmerisch zugänglich gemacht und sohin eine Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 drittes Tatbild des Glücksspielgesetzes begangen. Da hinsichtlich der in den Räumlichkeiten des Lokales betriebsbereit aufgestellten und eingeschalteten Geräte prima vista der Verdacht entstanden war, dass mit diesen fortgesetzt Eingriffe in das Glücksspielmonopol des Bundes vorgenommen werden, haben die Exekutivbeamten zudem die vorläufige Beschlagnahme sämtlicher Geräte verfügt.

2. In der Folge wurde seitens der belangten Behörde zwar ein entsprechender, diese Beschlagnahme bestätigender Bescheid erlassen, das gegen die Mitbeteiligte Partei zunächst geführte Verwaltungsstrafverfahren jedoch letztlich mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 14. April 2015, Zl. Pol96-482-2012, eingestellt.

3. Gegen den dem Finanzamt Linz am 15. April 2015 zugestellten Bescheid wurde von diesem eine am 28. April 2015 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Amtsbeschwerde an das LVwG OÖ erhoben.

Darin wurde unter Wiedergabe höchstgerichtlicher Entscheidungen ausgeführt, dass seit der GSpG-Novelle BGBl I 13/2014 ein expliziter Vorrang der behördlichen gegenüber der gerichtlichen Strafbarkeit bestehe, wobei diese Umkehrung der Subsidiarität für einen Beschuldigten im Sinne des § 1 Abs. 2 des Verwaltungsstrafgesetzes jedenfalls günstiger sei.

Daher wurde beantragt, dass das LVwG OÖ über die Mitbeteiligte Partei eine Verwaltungsstrafe verhängen möge.

4. Hierauf hat das LVwG OÖ mit Beschluss vom 9. September 2015, LVwG-410693/2/Gf/Mu, das Beschwerdeverfahren gemäß § 34 Abs. 3 VwGVG bis zum Einlangen des Erkenntnisses oder Beschlusses des VwGH in einer dg. zu Zl. Ro 2015/17/0022 anhängigen gleichartigen (»führenden«) Rechtssache ausgesetzt und dies dem VwGH mit Schreiben vom 14. September 2015 mitgeteilt.

5. Mit Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, hat der VwGH (**nicht bloß kassatorisch, sondern**) im Wege einer Entscheidung **in der Sache selbst** ausgesprochen, dass eine Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des GSpG im Wesentlichen deshalb nicht zu erkennen sei, weil die mit diesem Gesetz angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung

fung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität und der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern in kohärenter und systematischer Weise verfolgt würden und diese Ziele nicht bloß als Vorwand für die Beibehaltung der Monopolregelung bzw. einer Einnahmenmaximierung angesehen werden könnten (RN 123). Dass vom Staat – bei Verfolgung gerechtfertigter Ziele im Sinne von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – im Zusammenhang mit dem Glücksspiel hohe Einnahmen erzielt werden, mache die Regelungen des GSpG nicht unionsrechtswidrig, denn es sei zu berücksichtigen, dass sowohl die Maßnahmen des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung und der Kriminalitätsbekämpfung sowie die Aufsicht über die Glücksspielkonzessionäre und Bewilligungsinhaber und auch die medizinischen Behandlungskosten von Spielsüchtigen sowie Fürsorgeunterstützungen für Spielsüchtige und deren Familien hohe finanzielle Kosten verursachen würden. Daher sei es auch unter diesen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, wenn neben der Verfolgung von legitimen Zielen zur Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auch entsprechende Einnahmen aus Abgaben im Zusammenhang mit Glücksspiel durch den Staat lukriert würden (RN 122).

6. In der Folge wurde vom LVwG OÖ mit Beschluss vom 16. November 2016, LVwG-411593/3/Gf/Mu, an den Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden auch: EuGH) ein Ersuchen um Vorabentscheidung gerichtet und das Beschwerdeverfahren bis zum Einlangen der Entscheidung des EuGH unterbrochen (vgl. auch den hg. Beschluss vom 29. November 2016, LVwG-410693/12/Gf/Mu u.a.).

7. Mit Beschluss vom 7. Juni 2018, C-589/16 (»Filippi«, EU:C:2018:417), hat der EuGH dieses Vorabentscheidungsersuchen als offensichtlich unzulässig zurückgewiesen.

8. Hierauf hat das LVwG OÖ das Beschwerdeverfahren fortgesetzt und den Verfahrensparteien mit hg. Schriftsatz vom 19. Juni 2018, LVwG-410693/18/Gf, mitgeteilt, dass sowohl nach der Begründung der angefochtenen Entscheidung als auch nach dem Vorbringen der Mitbeteiligten Partei der entscheidungswesentliche Sachverhalt als unstrittig erscheint, sodass aus der Sicht des LVwG OÖ die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung vornehmlich deshalb als nicht erforderlich erachtet wird, weil im gegenständlichen Fall bloß Rechtsfragen – nämlich insbesondere jene nach der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielmonopolregelung – zu klären sind. In diesem Zusammenhang gehe der nach der Geschäftsverteilung zur Entscheidung zuständige Einzelrichter (vorläufig) davon aus, dass die

im GSpG normierte (Quasi-)Monopolregelung unionsrechtswidrig ist.

Zugleich wurden die Verfahrensparteien dazu aufgefordert, (abgesehen von konkret angeführten, bereits gerichtsnotorischen Belegen) sämtliche ihrem jeweiligen Rechtsstandpunkt dienlichen Beweismittel vorzulegen oder so rechtzeitig bekannt zu geben, dass sie bis zur allfälligen Durchführung einer öffentlichen Verhandlung von Amts wegen beigebracht werden können. Gleichzeitig wurden sie darauf hingewiesen, dass das LVwG OÖ im Falle des Unterbleibens einer gegenteiligen Erklärung von einem Verzicht auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung ausgeht.

8.1. Die belangte Behörde und die Mitbeteiligte Partei haben sich in der Folge dazu nicht geäußert.

8.2. Die Amtspartei (Finanzamt Linz, vertreten durch die Finanzpolizei) hat mit Schreiben vom 26. Juni 2018 bekannt gegeben, dass auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung nicht verzichtet wird, weil ihrer Ansicht nach eine Unstrittigkeit des Sachverhalts nicht erkennbar sei.

Bezüglich der Frage der Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes wurde auf die »aktuelle« Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vom 16. März 2016, Ra 2015/17/0022) und des Verfassungsgerichtshofes (vom 15. Oktober 2016, E 945/2016) verwiesen.

9. Hierauf hat das LVwG OÖ am 8. August 2018 eine öffentliche Verhandlung durchgeführt, an der die Mitbeteiligte Partei und ein Exekutivbeamter, der formal die Amtspartei vertreten hat, teilgenommen haben.

9.1. Im Zuge dieser Verhandlung wurde vom Richter der bisherige Verfahrensgang dargestellt.

9.2. Die Mitbeteiligte Partei hat im Wesentlichen vorgebracht, dass der Betrieb des verfahrensgegenständlichen Lokales tatsächlich in keiner Weise in einem Zusammenhang mit ihrer Person gestanden sei; vielmehr habe sie ihr damaliger Arbeitgeber ohne ihr Wissen als Alleinverantwortliche bei der Gewerbebehörde angemeldet gehabt.

9.3. Der Vertreter der Amtspartei hat – obwohl diese auf die Durchführung einer Verhandlung mit der Begründung, dass eine Unstrittigkeit des Sachverhalts nicht erkennbar sei (s.o., Pkt. 8.2.) nicht verzichtet hatte – lediglich auf den Verfahrensakt hingewiesen, demzufolge die Mitbeteiligte Partei zum Tatzeitpunkt bei der Gewerbebehörde aufrecht als Gewerbeinhaberin gemeldet gewesen sei.

9.4. Beweismittel wurden von den Verfahrensparteien nicht vorgelegt.

10. An diesem Punkt des Verfahrens angelangt wäre das LVwG OÖ nunmehr gemäß § 63 Abs. 1 VwGG in der

Art und Weise, wie diese Bestimmung nach allseits herrschender Auffassung verstanden wird, dazu verpflichtet, neuerlich – und zwar unter Bindung an die vom VwGH in dessen Erkenntnis vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, geäußerte Rechtsansicht, wonach die Monopolregelung des Glücksspielgesetzes als unionsrechtskonform anzusehen sei – eine (sog. »Ersatz«-)Entscheidung zu erlassen; unter dieser Prämisse wäre vom LVwG OÖ über die Mitbeteiligte Partei gemäß § 52 Abs. 2 zweite Alternative Glücksspielgesetz gegebenenfalls eine **Geldstrafe** bis zu einem **Höchstausmaß** von **150.000 Euro** (gesetzlicher Strafraum: 3.000 Euro bis 30.000 Euro **pro Glücksspielgerät**) zu verhängen.

II. Maßgebliche Rechtsvorschriften

...

III. Zur Zulässigkeit des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens

1. Der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden auch: EuGH) hat beispielsweise in RN 19 seines Beschlusses vom 30. Juni 2016, C-634/15 (»Sokoll-Seebacher II« – EU:C:2016:510) unter Hinweis auf seine Vorjudikatur ausgesprochen, dass die Bindungswirkung eines in einem Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils es nicht ausschließt, dass das nationale Gericht, an das dieses Urteil gerichtet ist, vor der Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits eine erneute Anrufung des Gerichtshofs für erforderlich hält. Eine solche neuerliche Vorlage ist dann gerechtfertigt, wenn das nationale Gericht beim Verständnis oder bei der Anwendung des Urteils Schwierigkeiten hat, wenn es dem Gerichtshof eine neue Rechtsfrage stellt oder wenn es ihm neue Gesichtspunkte unterbreitet, die ihn dazu veranlassen könnten, eine bereits gestellte Frage abweichend zu beantworten.

1.1. Zum einen dürfte diese Rechtsprechung auch auf im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen ergangene **Beschlüsse** des EuGH analog übertragbar sein.

1.2. Zum anderen wird – wie sogleich unter Punkt D) näher ausgeführt – mit dem gegenständlichen Vorlageantrag lediglich die **Präzisierung** bzw. **Ergänzung** von Feststellungen angestrebt, die der EuGH dem Grunde nach bereits in seinen **Beschlüssen** vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (»Naderhirm« – EU:C:2015:707), und vom 7. Juni 2018, C-589/16 (»Filippi« – EU:C:2018:417, jeweils mit weiteren Hinweisen), getroffen hat.

2. Der dem gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchen zu Grunde liegende Anlassfall zur hg. Aktenzahl **LVwG-41069** bildete auch bereits einen Anlassfall des Vorlageantrages des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich (im Folgenden: LVwG OÖ) zur EuGH-Aktenzahl C-589/16 (Filippi).

3. Nach den bisherigen Ermittlungen des LVwG OÖ ist in beiden Anlassfällen der für eine Maßgeblichkeit des Art. 56 Abs. 1 AEUV erforderliche unmittelbare Auslandsbezug gegeben.

Insoweit liegt daher dann, wenn das LVwG OÖ über die bei ihm anhängigen Beschwerden zu entscheiden hat, auch jeweils die gemäß Art. 51 EGRC für eine Heranziehung des Art. 47 EGRC geforderte »Durchführung des Rechts der Union« vor.

Abgesehen davon dürfte die bisherige Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union ohnehin dahin zu verstehen sein, dass dieser zu einer weiten Auslegung des Begriffes der »Durchführung des Rechts der Union« i.S.d. Art. 51 EGRC tendiert (vgl. *F. Schorkopf* in Ch. Grabenwarter [Hrsg.], *Zyklusopädie Europarecht*, Bd. 2: *Europäischer Grundrechtsschutz* [2014], S. 148 ff, und *M. Borowsky* in J. Meyer [Hrsg.], *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. [2014], S. 753 ff; siehe auch *A. Epiney* in Ch. Calliess – M. Ruffert, *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 5. Aufl. [2016], S. 588, RN 31).

4. Die Bestimmung des § 63 Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden auch: VwGG), also jene innerstaatliche Norm, hinsichtlich der seitens des LVwG OÖ vom EuGH eine Beurteilung dahin erbeten wird, ob diese – bzw. diese nur bei Zugrundelegung eines bestimmten Auslegungsverständnisses – mit dem Unionsrecht vereinbar ist, bildet jeweils die allein maßgebliche Rechtsgrundlage für den nächstfolgenden, vom LVwG OÖ in beiden Anlassfällen (betreffend aus Anlass von Übertretungen des Glücksspielgesetzes [im Folgenden auch: GSpG] eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren) jeweils zu setzenden Verfahrensschritt.

Daher hat die Beantwortung der Vorlagefrage durch den EuGH, die auf die interpretative Ermittlung der inhaltlichen Reichweite des § 63 Abs. 1 VwGG abzielt, objektiv besehen nicht bloß rein hypothetischen Charakter, sondern diese erweist sich vielmehr als unmittelbar und effektiv entscheidungsrelevant.

5. Aus diesen Gründen dürfte sich das gegenständliche Vorabentscheidungsersuchen daher im Lichte der insoweit maßgeblichen Judikatur des EuGH als zulässig erweisen.

IV. In der Sache

1. In seiner bisherigen Rechtsprechung – jüngst wiederum zusammengefasst im Urteil vom 28. Februar 2018, C-3/17 (»Sporting Odds Ltd« – EU:C:2018:130, mit zahlreichen weiteren Nachweisen), hat der Gerichtshof der Europäischen Union in Bezug auf die Beschränkung des Zuganges zum Glücksspielmarkt durch innerstaatliche Vorschriften insbesondere bereits folgende wesentliche Problemaspekte klargestellt (Hervorhebungen jeweils nicht im Original):
 - ▷ Die Regelung der Glücksspiele gehört zu den Bereichen, in denen **beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede** zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. In **Ermangelung** einer diesbezüglichen **Harmonisierung** durch die Europäische Union (im Folgenden: EU) ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben. Im Rahmen **mit dem AEU-Vertrag** (im Folgenden auch: AEUV) **vereinbar**er **Rechtsvorschriften** obliegt sodann die **Wahl der Bedingungen** für die Organisation und die Kontrolle der in der Veranstaltung von und der Teilnahme an Glücks- oder Geldspielen bestehenden Tätigkeiten den **nationalen Behörden** im Rahmen ihres **Ermessens** (vgl. RN 20 f).
 - ▷ Im Bereich der Glücksspiele ist grundsätzlich **gesondert für jede** mit einer nationalen Rechtsvorschrift auferlegte **Beschränkung** namentlich zu prüfen, ob diese **geeignet** ist, die Verwirklichung des Ziels oder der Ziele zu gewährleisten, die von dem fraglichen Mitgliedstaat geltend gemacht werden, und ob sie **nicht über das hinausgeht**, was zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele erforderlich ist (RN 22).
 - ▷ Gründe der **öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Sicherheit** als auch **zwingende Gründe des Verbraucherschutzes, der Suchtprävention und der Betrugsverhütung** können Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten sowohl in Gestalt der Regelung über das **staatliche Monopol** bei bestimmten Arten von Glücksspielen als auch in Gestalt der Regelung, wonach für die Veranstaltung von Glücksspielen eine **Konzession oder Erlaubnis** erforderlich ist, rechtfertigen (RN 25 f).
 - ▷ Hingegen vermag das Ziel, die Einnahmen der **Staatskasse** zu maximieren, für sich allein eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zwar nicht zu rechtfertigen, doch steht der Umstand, dass eine Beschränkung von Glücksspieltätigkeiten als **Nebenfolge** auch dem Haushalt des betreffenden Mitgliedstaats zugutekommt, einer Rechtfertigung dieser Beschränkung nicht entgegen, soweit damit in erster Linie **wirklich Ziele verfolgt** werden, die sich auf **zwingende Gründe des Allgemeininteresses** beziehen, was zu **prüfen Sache des nationalen Gerichts** ist (RN 28).
 - ▷ Was zudem die Politik der Liberalisierung bestimmter Arten von Glücksspielen betrifft, die sich im Rahmen einer Politik der kontrollierten Expansion von Glücksspieltätigkeiten bewegen kann, hat der EuGH entschieden, dass eine derartige Politik sowohl mit dem Ziel, die Ausnutzung von Glücksspieltätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken zu verhindern, als auch mit dem Ziel der Vermeidung von Anreizen zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen und der Bekämpfung der Spielsucht in Einklang stehen kann, indem die **Verbraucher zu dem Angebot zugelassener Anbieter gelenkt** werden, bei dem davon auszugehen ist, dass es vor kriminellen Elementen geschützt und darauf ausgelegt ist, die Verbraucher besser vor übermäßigen Ausgaben und vor Spielsucht zu bewahren. Um dieses Ziel, die Spieltätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken, zu erreichen, müssen die zugelassenen Anbieter somit eine **verlässliche und zugleich attraktive Alternative** zu verbotenen Tätigkeiten bereitstellen, wozu u. a. der Einsatz neuer Vertriebsstechniken gehören kann. Eine Politik der kontrollierten Expansion von Glücksspieltätigkeiten kann jedoch **nur dann als kohärent** angesehen werden, wenn zum einen die mit dem Spielen verbundenen kriminellen und betrügerischen Tätigkeiten und zum anderen die Spielsucht **zu der für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeit** in dem betreffenden Mitgliedsstaat ein **Problem** darstellen konnten und eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten geeignet war, diesem Problem abzuhelpfen. Vor diesem Hintergrund ist es **Sache des nationalen Gerichts**, im Rahmen der bei ihm anhängigen Rechtssache zu **prüfen**, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind und, gegebenenfalls, ob die in Rede stehende Politik der Expansion nicht einen Umfang hat, die sie mit den von der Regierung angegebenen Zielen unvereinbar macht (RN 29 ff).
 - ▷ Hinsichtlich der Frage, ob Art. 56 AEUV in Verbindung mit den Art. 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: EGRC) nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, nach denen **von Amts wegen** bzw. nicht von Amts wegen zu prüfen ist, ob die Maßnahmen, die den freien Dienstleistungsverkehr im Sinne von Art. 56 AEUV beschränken, verhältnismäßig sind und die **Beweislast** den **Verfahrensparteien** auferlegt ist, hat der EuGH festgestellt, dass es Sache der **nationalen Gerichte** ist, eine **Gesamtwürdigung** der Umstände, un-

ter denen eine restriktive Regelung erlassen worden ist und durchgeführt wird, **auf der Grundlage der Beweise** vorzunehmen, die die **zuständigen Behörden** des Mitgliedstaats **vorgelegt** haben, um das Vorliegen von Zielen, mit denen sich eine Beschränkung einer vom AEUV gewährleisteten Grundfreiheit rechtfertigen lässt, und deren Verhältnismäßigkeit darzutun. Die nationalen **Gerichte** können nach den nationalen Verfahrensregeln **zwar verpflichtet** sein, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die **Vorlage solcher Beweise zu fördern**, doch können diese Gerichte **nicht verpflichtet** sein, **anstelle der zuständigen Behörden die Rechtfertigungsgründe vorzubringen**, die die betreffenden Behörden vorzubringen haben. Werden solche Rechtfertigungsgründe **wegen der Abwesenheit oder der Passivität dieser Behörden nicht vorgebracht**, müssen die nationalen **Gerichte alle Konsequenzen ziehen** dürfen, die sich aus einem solchen Mangel ergeben (RN 52 ff).

2. Darüber hinaus hat der Gerichtshof der Europäischen Union im Zusammenhang mit Glücksspiel im Besonderen in Bezug auf das österreichische System der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts – wie sich dies aus dem Konnex der **Beschlüsse** des EuGH vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (»Naderhirn« – EU:C:2015:707), und vom 7. Juni 2018, C-589/16 (»Filippi« – EU:C:2018:417, jeweils mit weiteren Hinweisen), ableiten lässt – bereits Folgendes festgestellt:

- ▷ Zunächst geht aus der ständigen Rechtsprechung hervor, dass die Mitgliedstaaten nach dem in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verpflichtet sind, die **rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht zu beheben**. Diese Verpflichtung obliegt im Rahmen seiner Zuständigkeiten **jedem Organ** des betreffenden Mitgliedstaats (C 581/14, RN 30 f).
- ▷ Nach ständiger Rechtsprechung ist das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts **aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewandt** lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste. Hinsichtlich innerstaatlicher Vorschriften, nach denen ein nationales Gericht vorbehaltlos an die **Auslegung des Unionsrechts** durch ein **anderes nationales Gericht gebunden** ist, hat der EuGH bereits entschieden, dass es **mit dem Uni-**

onsrecht nicht vereinbar ist, dass ein nationales Gericht nach einer nationalen Vorschrift an die rechtliche Beurteilung eines übergeordneten nationalen Gerichts gebunden ist, wenn diese **Beurteilung des übergeordneten Gerichts nicht dem Unionsrecht in seiner Auslegung durch den Gerichtshof entspricht**. Entspricht die Beurteilung eines nationalen Gerichts nicht dem Unionsrecht, ist 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, 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. Dies wäre u. a. dann der Fall, wenn ein nationales Gericht aufgrund einer solchen innerstaatlichen Rechtsvorschrift, an die es gebunden ist, daran gehindert wäre, in den bei ihm anhängigen Rechtssachen dem Umstand, dass eine nationale Vorschrift nach einem Urteil des Gerichtshofs als unionsrechtswidrig anzusehen ist, angemessene Rechnung zu tragen und **sicherzustellen, dass der Vorrang des Unionsrechts ordnungsgemäß gewährleistet** wird, indem es **alle hierfür erforderlichen Maßnahmen ergreift** (C-581/14, RN 33 ff; C-589/16, RN 35 f).

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der EuGH bereits zuvor in seinem Urteil vom 30. April 2014, C-390/12 (»Pfleger« – EU:C:2014:281), in Bezug auf das österreichische Glücksspielgesetz explizit Folgendes festgehalten hatte:

»54 Das Gericht scheint ferner anzunehmen, dass das **wahre Ziel der fraglichen restriktiven Regelung** nicht in der Kriminalitätsbekämpfung und dem Spielerschutz liegt, sondern in einer **bloßen Maximierung der Staatseinnahmen**, obwohl der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass das Ziel, die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren, für sich allein eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen kann (vgl. Urteil Dickinger und Ömer, EU:C:2011:582, Rn. 55). Diese Regelung erscheine, so das Gericht, jedenfalls unverhältnismäßig, da sie nicht geeignet sei, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs geforderte Kohärenz zu garantieren, und über das hinausgehe, was zur Erreichung der angeführten Ziele erforderlich sei.

55 Sollte das vorliegende Gericht **bei dieser Auffassung bleiben**, müsste es **zu dem Ergebnis kommen**, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung **nicht mit dem Unionsrecht vereinbar** ist.«

3.1. **Konsequenz** dieser Rechtsprechung, die darauf abstellt, dass die Frage, ob sich eine die Dienstleis-

tungsfreiheit des Art. 56 AEUV beschränkende nationale Regelung als tatsächlich kohärent und verhältnismäßig erweist, von **jedem innerstaatlichen Gericht autonom beurteilt** werden muss, ist somit insgesamt, dass im Besonderen die Bestimmung des § 63 Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden auch: VwGG) vom Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ) – obgleich dieses nach innerstaatlichem Organisationsrecht dem Verwaltungsgerichtshof (im Folgenden auch: VwGH) instanzmäßig untergeordnet ist – im Zuge der Erlassung seiner Entscheidungen jedenfalls **insoweit nicht anzuwenden** ist, als diese Norm **explizit eine generell-vorbehaltslose** – und damit auch den Bereich der Prüfung der Vereinbarkeit von nationalen Eingriffsregelungen in unionsrechtliche Grundfreiheiten und Grundrechte erfassende – **Bindung** an die »*Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes*« festlegt.

3.2. Allerdings wird § 63 Abs. 1 VwGG nach **ständiger Rechtsprechung und Praxis in Österreich** über seinen bloßen Wortlaut hinaus **extensiv** so verstanden und gehandhabt, dass – vor dem Hintergrund, dass der VwGH als Höchstgericht de facto (von vereinzelt Ausnahmen abgesehen) nicht in der Sache selbst, sondern stets nur **kassatorisch** entscheidet – in dem Fall, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes vom VwGH bloß aufgehoben wird und damit eine Situation eintritt, in der eine Entscheidung über die Beschwerde der Verfahrenspartei – nunmehr wieder – ausständig ist, die diesem untergeordneten Verwaltungsgerichte jedenfalls eine neue Sachentscheidung (d. h. ein sog. »**Ersatz-Erkenntnis**«) zu erlassen haben. Zugleich ist in diesem Zusammenhang insbesondere Art. 133 Abs. 4 erste Alternative B-VG in den Blick zu nehmen, wonach eine Revision gegen eine Entscheidung eines VwG dann **zulässig** – und in aller Regel auch **stets erfolgreich** – ist, wenn dieses sog. »Ersatz-«Erkenntnis von der Rechtsprechung des VwGH abweicht.

Es erhebt sich somit die Frage, auf welche Weise das VwG vor einem derartigen rechtlichen Hintergrund ein Ersatz-Erkenntnis zu erlassen vermag, das seinerseits (zumindest im Regelfall) **rechtskräftig**² werden kann (also nicht schon von vornherein der neuerlichen Aufhebung durch den VwGH im Revisionsweg ausgesetzt ist), in dem zugleich aber auch die Frage der Unionsrechtskonformität einer nationalen Regelung **tatsächlich autonom**, d. h. ohne Bindung an die Rechtsansicht

2 Vgl. zur essentiellen Bedeutung der Rechtskraft bzw. Bestandskraft gerichtlicher Entscheidungen als Teilelement des Rechtsstaatsprinzips z.B. EuGH vom 20. März 2018, C-596/16 (»Di Puma« – EU:C:2018:192), RN 29 ff, unter Hinweis auf EuGH vom 10. Juli 2014, C-213/13 (»Impresa Pizzarotti« – EU:C:2014:2067), RN 58 f, und vom 6. Oktober 2015, C-69/14 (»Tarsia« – EU:C:2015:662).

des VwGH, beurteilt werden kann, wenn und soweit hinsichtlich der Vereinbarkeit von nationalen Regelungen mit dem Unionsrecht zwischen diesen beiden Gerichten **weiterhin divergierende Auffassungen** bestehen³ und objektiv besehen beide Gerichte plausible Argumente für ihre Rechtsmeinungen ins Treffen zu führen vermögen.

3.3. Aus rechtssystematischer Sicht würden dem unterinstanzlichen VwG in einer derartigen Konstellation unter Zugrundelegung der in Bezug auf § 63 Abs. 1 VwGG allgemein herrschenden Judikatur und Praxis in **Österreich** nur zwei alternative Vorgangsweisen verbleiben, nämlich

- ▷ entweder ein solches Ersatz-Erkenntnis zu erlassen, das **neuerlich** und in gleicher Weise wie die aufgehobene Entscheidung im **Widerspruch** zur Rechtsansicht des VwGH steht; dagegen würde naturgemäß von der sich dadurch in ihren Rechten beeinträchtigt erachtenden Verfahrenspartei in aller Regel (wieder) eine Revision an den VwGH erhoben und in deren Zuge dieses Ersatz-Erkenntnis genauso wie schon die vorausgegangene VwG-Entscheidung aufgehoben werden; eine Perpetuierung dieser Vorgangsweise würde im Ergebnis gleichsam in einen »**infiniten Kreislauf**« (und zwar nicht nur in verfahrensrechtlicher, sondern auch in inhaltlicher

3 **Einigkeit** besteht zwischen dem VwGH und dem LVwG OÖ hinsichtlich der **rechtspolitischen Stoßrichtung** der weitest möglichen Eindämmung der Gelegenheiten zum Glücksspiel, **Divergenzen** jedoch in Bezug auf die **konkrete rechtliche, systematische und methodische Ausgestaltung** dieser Zielsetzung im GSpG, wobei diese vornehmlich daher rühren, dass das LVwG OÖ aus der bisherigen, nunmehr bereits jahrelangen Passivität der Behörden hinsichtlich ihrer Verpflichtung zur Vorlage zweckdienlicher Gegenbeweise die Konsequenz gezogen hat, die nach Auffassung des Gerichtes vorwiegend einem Protektionismus der Konzessionäre bei gleichzeitiger Maximierung der Staatseinnahmen dienende Konzeption des (Quasi-)Monopolsystems des Glücksspielgesetzes nach derzeit aktueller Faktenlage sowohl **mangels Eignung** als auch **infolge Unverhältnismäßigkeit** als **inkohärent** und damit **unionsrechtswidrig** zu qualifizieren.

Gleichzeitig steht für das LVwG OÖ fest, dass sich die **rechtstheoretische Fiktion**, dass – was für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) jedoch seit jeher eine **unabdingbare Voraussetzung** für die Anerkennung der EMRK-Konformität des österreichischen Systems der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts (v.a. im Bereich des Verwaltungsstrafrechts) bildet (vgl. grundlegend EGMR vom 4. Juli 2002, 38544/97 [»Weh & Weh«], Seite 11 f, und in der Folge beispielsweise EGMR vom 18. Oktober 2011, 35109/06 [»Penias«], RN 67; vom 11. Dezember 2008, 15746/06 [»Deuring«], Seite 5; und vom 5. Juni 2008, 20597/04 [»Gürsoy«], RN 27) – die staatlichen Organe im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich die Rolle einer Anklagebehörde einnehmen sollen, in der **Alltagspraxis** als **völlig realitätsfremd erweist** (**symptomatisch** z.B. die obigen Pkte. A.1) 8. und A.2) 9.; siehe dazu näher die Verhandlungsprotokolle des LVwG OÖ in Bezug auf beide Anlassverfahren des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens!).

Hinsicht, weil es in der Sache ja bei der Kohärenzprüfung weitestgehend um wissenschaftlich nicht exakt verifizierbare **Wertungsfragen** geht) münden, bei dem letztlich **nie eine endgültig rechtskräftige Entscheidung** und damit Rechtssicherheit entstehen könnte;

- ▷ oder ein solches Ersatz-Erkenntnis zu erlassen, mit dem sich das LVwG OÖ (allerdings entgegen seiner Überzeugung) der Rechtsansicht des **VwGH anschließt**; begründen ließe sich eine solche Vorgangsweise **beispielsweise** mit übergeordneten, dem AEUV vorgelagerten völkervertragsrechtlichen Prinzipien wie etwa der Rechtsfigur eines »**integrationsfesten Verfassungskerns** der Mitgliedstaaten«⁴ – allerdings würde damit im Ergebnis die Rechtsansicht des VwGH nicht nur formal, sondern auch effektiv **Bindungswirkung** erlangen und zugleich auch keine autonome Beurteilung der Kohärenz durch das LVwG OÖ selbst mehr vorliegen.

Beide aus einer **unbedingten Verpflichtung zur Erlassung eines Ersatz-Erkenntnisses** resultierende Alternativen würden somit in ein Dilemma, nämlich zu einem **je unionsrechtswidrigen Ergebnis** führen.

3.3.1. Soweit es zunächst im Kompetenzbereich des **Verwaltungsgerichtes** liegt, scheint sich ein solcher Effekt nur dadurch verhindern zu lassen, dass das VwG die Forderung des Gerichtshofes der Europäischen Union, »*alle hierfür erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen*« – gleichsam wörtlich – dahin versteht, dass § 63 Abs. 1 VwGG bzw. die damit verbundene ständige innerstaatliche Rechtsprechung und Praxis **auch insoweit als unionsrechtswidrig** anzusehen – und damit nicht anzuwenden – ist, als die Verwaltungsgerichte **vorbehaltlos zur Erlassung einer Ersatz-Entscheidung verpflichtet** sind.

Für diesen Fall würde allerdings folgende Rechtslage resultieren: Wenn die ursprüngliche Entscheidung des VwG vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde, die aufhebende Entscheidung des VwGH aber selbst keine Sachentscheidung (sondern nur eine kassatorische Entscheidung) verkörpert und das VwG nachfolgend ebenfalls keine Ersatz-Entscheidung erlässt, dann wäre letztlich nur noch die ursprünglich von der Verfahrenspartei bekämpfte **behördliche** Entscheidung rechtlich existent; diese wäre jedoch wiederum infolge aufschiebender Wirkung der eingebrachten Beschwerde sowie gleichzeitig noch hierüber ausstehender Sachentscheidung (quasi »ewig«) **nicht rechtskräftig** und vollstreckbar.

4 So z.B. bereits statt vieler zuletzt LVwG OÖ vom 16. Juli 2018, LVwG-411588/13/Gf/Mu, Seite 56; diese und alle anderen Entscheidungen des LVwG können unter <www.lvwg-ooe.gv.at/Entscheidungen> abgerufen werden.

3.3.2. Ein solches Ergebnis erschiene aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere des Rechtsschutzes, wohl kaum befriedigend.

Es ließe sich allerdings schon von vornherein dadurch vermeiden, dass der **Verwaltungsgerichtshof** ebenfalls i.S.d. Judikatur des EuGH »*alle erforderlichen Maßnahmen ergreift*« und anstelle einer bloß kassatorischen eine **Sachentscheidung** trifft, wofür § 42 Abs. 4 VwGG zudem auch eine entsprechende gesetzliche Grundlage bieten würde⁵.

Auf diese Weise **unionsrechtskonform interpretiert**⁶ würde sich (zumindest) eine derartige **Kombination** von § 63 Abs. 1 VwGG und § 42 Abs. 4 VwGG – wenngleich der bloße Normtext selbst auf das Unionsrecht (noch immer) keinerlei Bezug nimmt – wohl dennoch als mit Art. 56 AEUV und Art. 47 EGRC **vereinbar** erweisen, wie im Folgenden nochmals näher dargestellt werden soll:

3.4.1. Viele – wenn nicht ohnehin alle – Mitgliedstaaten der Europäischen Union weisen eine instanzmäßig gegliederte Gerichtsbarkeit auf, die systematisch und im Lichte der Verfahrenseffizienz dahin ausgerichtet ist, dass **Höchstgerichte** (überwiegend) **Präzedenzentscheidungen** erlassen, auf die in der Folge (ganz oder teilweise sowie bzw. bis zu einer maßgeblichen Änderung der Sach- und/oder der Rechtslage, und zwar auch von den Unterinstanzen) in analogen Anlassfällen immer wieder (bloß) verwiesen werden kann. Unausgesprochen **vorausgesetzt** ist dabei aber offenbar, dass solche Präzedenzentscheidungen (insbesondere) in einem **in jeder Hinsicht** den Anforderungen des **Art. 6 Abs. 1 EMRK** bzw. des **Art. 47 EGRC** entsprechenden **gerichtlichen Verfahrens** ergehen. Unter dieser Prämisse erscheint auch eine (mittelbare bzw.) bloß »**abgeleitete**«, nämlich auf den Verfahrensergebnissen von Vorinstanzen aufbauende **Kohärenzprüfung** i.S.d. Art. 56 Abs. 1 AEUV (wobei insoweit, als die erforderliche Faktenermittlung seitens der Unterinstanzen als unvollständig vorgenommen erscheint, diese vom Höchstgericht entsprechend zu substituieren ist) als »autonom« und im Lichte der vorzitierten Grundrechtsgewährleistungen rechtmäßig und zulässig.

5 In dieser Form ist der VwGH im Übrigen auch bereits tatsächlich (und mehrfach – so beispielsweise insbesondere in dem seinem Leiterkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, zu Grunde liegenden Verfahren) vorgegangen.

6 Dies gilt allerdings nicht bezüglich der innerstaatlichen Regelung des Verfahrens des **Verfassungsgerichtshofes** (VfGH), weil im VfGG eine zu § 42 Abs. 4 VwGG analoge Regelung fehlt. Da aber andererseits keine Amtsbeschwerdebefugnis an den VfGH besteht und staatliche Organe darüber hinaus auch keine Individualbeschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erheben können, würde sich jedoch das Rechtsschutzdefizit in diesem Bereich zumindest darauf reduzieren, dass eine allenfalls unionsrechtswidrige Entscheidung des VfGH nur von den staatlichen Behörden nicht mehr weiter bekämpft werden könnte.

Allerdings wären derartige Präzedenzentscheidungen selbst dann, wenn alle vorgenannten Prämissen zutreffen, in Bezug auf die Beurteilung der Frage der Unionsrechtskonformität nationaler Regelungen nach der zuvor dargestellten Rechtsprechung des EuGH **dennoch nicht bindend**.

3.4.2. Um eine aus dieser fehlenden Bindungswirkung allenfalls entstehende **dauerhafte Judikaturdivergenz zu vermeiden**, scheint es somit **unionsrechtlich geboten**, die nationale Rechtsordnung entsprechend auszugestalten bzw., soweit dies (bislang noch) nicht erfolgt (ist), **unionsrechtskonform zu interpretieren**.

Ist daher – wie im Besonderen dem VwGH durch § 42 Abs. 4 VwGG – (auch) die gesetzliche Möglichkeit eingeräumt, anstelle einer bloßen Aufhebung des VwG-Erkenntnisses auch eine Entscheidung in der Sache selbst zu treffen, dürfte es sohin erforderlich sein, eine solche Norm zumindest bei Sachverhalten mit Unionsrechtsbezug dementsprechend dienstbar zu machen.

In rechtssystematischer Hinsicht würde dies bedeuten, dass das seiner Rechtsauffassung entgegenstehende Erkenntnis des VwG (ausnahmsweise) nicht bloß »kassiert« wird – mit der Folge, dass das VwG (ohne rechtliche Bindung an die Rechtsanschauung des VwGH) ein Ersatz-Erkenntnis zu erlassen hätte –, sondern, dass die (präzedenzielle Sach-)Entscheidung des VwGH an die Stelle jener des VwG tritt (und damit zugleich Letztere ohne Notwendigkeit bzw. Möglichkeit zur Erlassung einer neuerlichen Entscheidung ersatzlos aus dem Rechtsbestand eliminiert wird).

Auf diese Weise würde somit schon von vornherein keine Judikaturdivergenz entstehen bzw. könnte ein »infiniter Kreislauf« bereits a priori vermieden werden.

Da (abgesehen von staatlichen Organen) jenen Verfahrensparteien, die sich dann durch eine derartige Sachentscheidung des VwGH als belastet erachten, zumindest im Fall von argumentierbaren Verletzungen von Konventionsrechten – d. h. also: wenigstens bei **gravierenden** Rechtsbeeinträchtigungen – gemäß Art. 34 EMRK die Möglichkeit einer Individualbeschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) offen steht, würde sich ein so verstandenes Zusammenspiel zwischen § 63 Abs. 1 VwGG und § 42 Abs. 4 VwGG aus rechtsdogmatischer Sicht wohl als **insgesamt kohärent** erweisen.

3.5. Dass das in der EMRK normierte Rechtssystem infolge der vom EGMR gegenwärtig extensiv gehandhabten Ablehnungspraxis de facto kaum effektiv erscheint, stellt dem gegenüber kein rechtstheoretisches, sondern ein rechtspolitisches, vorwiegend durch eine enorme Zahl von Anlassfällen verursachtes (Tatsachen-)Problem dar.

3.6. Vorausgesetzt, die beteiligten innerstaatlichen Gerichte haben jeweils plausible Argumente für sich, muss ein schlüssiges, den Anforderungen der EMRK und der EGRC **gleichermaßen** entsprechendes System, in dem jedes nationale Gericht die Frage der Unionsrechtskonformität des innerstaatlichen Rechts effektiv autonom beurteilen kann, im Falle von divergierenden Rechtsansichten einerseits und instanzenmäßiger Über- und Unterordnung andererseits mit speziellem Blick auf die österreichische Rechtslage wohl mit folgenden (infolge fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Regelung allerdings **nur interpretativ** erschließbaren) **unverzichtbaren Garantien** ausgestattet sein:

- ▷ **jedes⁷ Gericht** führt jeweils (entweder selbständig oder »abgeleitet«, d. h. auf der Faktenermittlung eines anderen Gerichtes basierend) ein **in jeder Hinsicht EMRK- bzw. EGRC-konformes Kohärenzprüfungsverfahren** durch;
- ▷ ist die nationale Rechtsordnung so konzipiert, dass **Höchstgerichte** grundsätzlich nur kassatorisch entscheiden, aber eine Sachentscheidung zumindest für Ausnahmefälle gesetzlich nicht ausgeschlossen bzw. sogar explizit vorgesehen ist (vgl. z.B. § 42 Abs. 4 VwGG), dann muss das Höchstgericht (zumindest) seine Leitentscheidung in Form einer **Sachentscheidung** treffen, um einen »infiniten Kreislauf« zu vermeiden,
- ▷ während **zugleich das untergeordnete Gericht keine** Verpflichtung zur Erlassung einer **Ersatzentscheidung** trifft, d. h. dass dieses im Besonderen § 63 Abs. 1 VwGG auch insoweit wegen Unionsrechtswidrigkeit nicht anzuwenden hat.

3.7. Vor einem solchen Hintergrund würde sich die Bestimmung des § 63 Abs. 1 VwGG daher dann wohl nicht als unionsrechtswidrig darstellen, wenn die diesbezüg-

7 So der **gegenwärtige Standard** der EMRK (vgl. z.B. *H.-H. Kühne*, in: K. Pabel – St. Schmahl [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Menschenrechtskonvention, Loseblattausgabe seit 1996 [Stand: 2018], RN 319 zu Art. 6: »Wird innerhalb des Verfahrenszugs eine Instanz als gerichtliche identifiziert ohne den dafür erforderlichen Anforderungen zu entsprechen, so ist dies nur dann zu rügen, wenn im weiteren Verfahrensverlauf kein wirkliches, also substantielles Gericht mehr für die Überprüfung des gesamten Falles vorgesehen ist. ... Ist ... die fälschlich als Gericht bezeichnete Instanz der wirklichen gerichtlichen Instanz nachgeschaltet und hierarchisch übergeordnet, so ist darin ein Mangel zu sehen, weil eine gerichtliche Entscheidung von einem Gremium geändert werden kann, welches kein gerichtliches ist; ...«; dass der VwGH und der VfGH den verfahrensrechtlichen Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK – und damit auch des Art. 47 EGRC – **in der Regel** vor allem wegen jeweils **bloß eingeschränkter Kognitionsbefugnis nicht gerecht** werden, entspricht der ständigen Judikatur des EGMR (vgl. z.B. schon EGMR vom 26. April 1995, 16922/90 [»Fischer«], RN 28 f, und vom 17. April 2012, 21539/07 [»Steininger«], RN 52 ff, jeweils mit weiteren Hinweisen, sowie *A. Grof*, Die Trennung von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht aus national- und europarechtlichem Blickwinkel [2017], 351 ff).

liche Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union dahin zu verstehen ist, dass das »Ergreifen aller hierfür erforderlichen Maßnahmen« (vgl. in diesem Sinne EuGH vom 15. Oktober 2015, C-581/14 [»Naderhirn« – EU:C:2015:707], RN 36, und vom 7. Juni 2018, C-589/16 [»Filippi« – EU:C:2018:417], RN 36), auch jene Konstellation erfasst, dass die VwG hinsichtlich der Beurteilung der Unionsrechtskonformität nationaler Regelungen (wie des im Glücksspielgesetz normierten Monopolsystems) nicht nur an die Rechtsanschauung übergeordneter Instanzen **nicht gebunden**, sondern **darüber hinaus auch nicht** zur Erlassung eines neuerlichen (Ersatz-)Erkenntnisses verpflichtet sind.

3.8. Sollte diese Sichtweise zutreffen, dann würden sich zugleich jene Fragen, die bereits zuvor mit Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ vom 7. Februar 2017 bzw. vom 30. Oktober 2017 beim Gerichtshof der Europäischen Union eingebracht und dg. zu den Aktenzahlen C-79/17 bzw. C-633/17 protokolliert wurden (und derzeit beim EuGH noch anhängig sind), als **obsolet** erweisen.

V. Vorlagefrage(n)

I. Vor diesem Hintergrund erlaubt sich das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich, den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV um die Klärung folgender Frage(n) zu ersuchen:

1.) *Ist Art. 56 Abs. 1 AEUV und Art. 47 EGRC so auszulegen bzw. ist die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes 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 – gegebenenfalls auch übergeordneter – innerstaatlicher Gerichte zu beurteilen ist, bzw. sind im Besonderen die Feststellungen des EuGH in dessen Beschlüsse vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (»Naderhirn« – EU:C:2015:707), RN 36, und vom 7. Juni 2018, C-589/16 [»Filippi« – 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 EGRC 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 (sog. »Ersatz-«) Entscheidung verpflichtet sind?*

2.) *Nur wenn die Frage 1.) zu verneinen ist: Kann eine nationale Bestimmung wie § 63 Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz vor dem Hintergrund des Art. 56 Abs. 1 AEUV und des Art. 47 EGRC 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?*

II. Wenn die Frage 1.) vom Gerichtshof der Europäischen Union bejaht werden sollte, würden sich die mit den vom Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich bereits zuvor zu den EuGH-Aktenzahlen C-79/17 und C-633/17 eingebrachten Vorabentscheidungsersuchen gestellten Fragen jeweils als **obsolet** erweisen.

Für diesen Fall gilt daher sowohl das vom LVwG OÖ mit Schriftsatz vom 7. Februar 2017, LVwG-411712/8/Gf/Mu u.a. (zu C-79/17), als auch das vom LVwG OÖ mit Schriftsatz vom 30. Oktober 2017, LVwG-411664/23/Gf/Mu u.a. (zu C-633/17), an den Gerichtshof der Europäischen Union erstattete Vorabentscheidungsersuchen jeweils **vollinhaltlich** als **zurückgezogen**.

III. Angesichts dieser **sachlichen Akzessorietät** wird daher der Gerichtshof der Europäischen Union ersucht, die derzeit zu den EuGH-Aktenzahlen C-79/17 und C-633/17 noch anhängigen Vorlageantragsverfahren bis zur Erledigung des hier gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens auszusetzen.

Korrespondenz:
HR Dr. Alfred Grof
Landesverwaltungsgericht Oberösterreich
Volksgartenstraße 14
4021 Linz