

Unverhältnismäßige Lizenzenlimitierung im Gelegenheitsverkehrsgewerbe – österreichisches Glücksspielmonopol (und Apothekenoligopol) ebenfalls unionsrechtswidrig?

Urteil des EuGH v 8.6.2023, C-50/21 (belangter Mitgliedstaat: Spanien)

ALFRED GROF

Leitsätze

1. ...
2. Art 49 AEUV steht einer in einem Großraum geltenden Regelung nicht entgegen, wonach zusätzlich zu der nationalen Genehmigung, die für die Erbringung von städtischen und überörtlichen Dienstleistungen der Vermietung von Personenkraftwagen mit Fahrer erforderlich ist, eine besondere Genehmigung erforderlich ist, um in diesem Großraum solche Dienstleistungen auszuüben, wenn diese besondere Genehmigung auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht, die jede Willkür ausschließen und sich nicht mit Kontrollen überschneiden, die bereits im Rahmen des nationalen Genehmigungsverfahrens durchgeführt wurden, sondern besonderen Bedürfnissen dieses Großraums entsprechen.
3. Art 49 AEUV steht einer in einem Großraum geltenden Regelung entgegen, wonach die Anzahl der Lizenzen für Dienstleistungen der Vermietung von Personenkraftwagen mit Fahrer auf ein Dreißigstel der für diesen Großraum erteilten Anzahl der Lizenzen für Taxidienste begrenzt ist, sofern weder feststeht, dass diese Maßnahme geeignet ist, die Verwirklichung der Ziele einer guten Organisation der Beförderung, des Verkehrs und des öffentlichen Raums dieses Großraums sowie des Ziels des Umweltschutzes zu gewährleisten, noch, dass sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung der genannten Ziele erforderlich ist.

Sachverhalt

Im Jahr 2009 wurde die bis dahin für den Großraum Barcelona bestanden habende Begrenzung der Anzahl von Genehmigungen für Funkmietwagendienste auf ein Dreißigstel der Anzahl der Lizenzen für Taxidienste

aufgehoben. Weil dies jedoch in der Folge zu einem erheblichen Anstieg der Zahl der Anbieter dieser Dienste führte, wurde im Jahr 2015 mittels Verordnung neuerlich eine Einschränkung verfügt. In dieser Verordnung wurde ua festgelegt, dass Unternehmen, die bereits über eine Genehmigung für die Erbringung von städtischen und überörtlichen Funkmietwagendiensten in Spanien verfügen, für die Erbringung solcher Dienste im Großraum Barcelona eine weitere Lizenz erwerben müssen, wobei die Anzahl dieser Zusatzlizenzen auf ein Dreißigstel der Anzahl der für Taxidienste vergebenen Lizenzen begrenzt wurde.

Gegen diese Regelung wurde von mehreren Zusatzlizenzwirbern vorgebracht, dass deren einziger Zweck darin bestehe, ihre Tätigkeit mit dem Ziel zu behindern, die Interessen des bestehenden Taxigewerbes zu schützen.

Vor diesem Hintergrund ersuchte das Oberste Gericht Kataloniens den EuGH insbesondere um eine Klärung der Frage, ob die Niederlassungsfreiheit des Art 49 AEUV einer nationalen Vorschrift entgegensteht, die eine Genehmigung für Funkmietwagen ohne rechtfertigenden Grund auf höchstens 1 pro 30 Taxilizenzen begrenzt.

Entscheidungsgründe

(...)

49. Aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass dann, wenn das vorliegende Gericht ihn im Rahmen eines Verfahrens zur Nichtigerklärung von Bestimmungen anruft, die nicht nur für Inländer, sondern auch für die Angehörigen der übrigen Mitgliedstaaten Geltung haben, die Entscheidung, die das vorliegende Gericht im Anschluss an das Vorabentscheidungsurteil des EuGH treffen wird, auch in Bezug auf die Angehörigen der übrigen Mitgliedstaaten Wirkungen

DOI 10.52018/SPWR-23H00-Bo12

entfalten wird, was es rechtfertigt, dass der EuGH die ihm im Zusammenhang mit den die Grundfreiheiten betreffenden Vorschriften des AEUV gestellten Fragen trotz des Umstands beantwortet, dass die Merkmale des Ausgangsrechtsstreits sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen (...).

(...)

64. Nach gefestigter Rechtsprechung sind ... Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nur dann zulässig, wenn sie erstens aus einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und zweitens verhältnismäßig sind, was bedeutet, dass sie geeignet sein müssen, die Erreichung der verfolgten Zielsetzung in kohärenter und systematischer Weise zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen dürfen, was hierzu erforderlich ist (...).

▷ *Zum Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses*

65. Aus dem Vorabentscheidungsersuchen ... geht hervor, dass die Funkmietwagen-Verordnung zum Zweck hat, ... in erster Linie die Qualität, die Sicherheit und die Zugänglichkeit der Taxidienste im Großraum Barcelona, die als eine »Dienstleistung von allgemeinem Interesse« angesehen werden kann – ua durch die Aufrechterhaltung eines »angemessenen Gleichgewichts« zwischen der Anzahl der Anbieter von Taxidiensten und der Anbieter von Funkmietwagendiensten –, sodann eine gute Organisation der Beförderung, des Verkehrs und des öffentlichen Raums innerhalb dieses Großraums und schließlich den Schutz der Umwelt in diesem Großraum sicherzustellen.

(...)

69. Hierzu ist erstens festzustellen, dass ... die Ziele zum einen einer guten Organisation der Beförderung, des Verkehrs und des öffentlichen Raums eines Großraums und zum anderen des Schutzes der Umwelt in einem solchen Großraum zwingende Gründe des Allgemeininteresses darstellen können (...).

70. Zweitens können demgegenüber nach ständiger Rechtsprechung rein wirtschaftliche Motive keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen, die eine Beschränkung einer vom Vertrag garantierten Grundfreiheit rechtfertigen könnten (...). Der EuGH hat insbesondere entschieden, dass das Ziel, die wirtschaftliche Betriebsführung einer konkurrierenden Buslinie zu gewährleisten, als rein wirtschaftliches Motiv keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann (...).

71. Im vorliegenden Fall ist ... das Ziel, die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Taxidienste zu gewährleisten, als rein wirtschaftliches Motiv anzusehen, das keinen

zwingenden Grund des Allgemeininteresses im Sinne der Rechtsprechung ... darstellen kann.

72. Daraus folgt, dass dieses Ziel nicht geltend gemacht werden kann, um ua die Wahrung eines Gleichgewichts zwischen den beiden im Ausgangsverfahren fraglichen Stadtverkehrsarten oder ein Verhältnis zwischen den Lizenzen für Funkmietwagendienste und denen für Taxidienste zu rechtfertigen, die Erwägungen rein wirtschaftlicher Art darstellen.

73. Drittens werden diese Feststellungen nicht dadurch entkräftet, dass Taxidienste nach spanischem Recht als »Dienstleistung von allgemeinem Interesse« gelten.

74. Zum einen muss, wie die Europäische Kommission in der mündlichen Verhandlung zu Recht geltend gemacht hat, das Ziel, das mit einer die Niederlassungsfreiheit beschränkenden Maßnahme verfolgt wird, als solches einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses ... darstellen, ohne dass die Einordnung dieses Ziels im nationalen Recht die insoweit vorzunehmende Beurteilung beeinflussen kann.

75. Zum anderen ergibt sich aus den Akten, über die der EuGH verfügt, weder, dass die Taxidienstleister, die ihre Tätigkeit im Großraum Barcelona ausüben, mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ... iSv Art 106 Abs 2 AEUV beauftragt wären, noch, dass es diesen Anbietern von Taxidiensten rechtlich oder tatsächlich unmöglich gemacht würde, einen ihnen übertragenen besonderen Auftrag von öffentlichem Interesse zu erfüllen, wenn die Niederlassungsfreiheit der Anbieter von Funkmietwagendiensten nicht beschränkt wäre.

76. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten zwar berechtigt sind, den Umfang und die Organisation ihrer Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu bestimmen, wobei sie insbesondere Ziele berücksichtigen können, die ihrer nationalen Politik eigen sind, und dass sie insoweit über ein weites Ermessen verfügen, das von der Kommission nur im Fall eines offenkundigen Fehlers in Frage gestellt werden kann, diese Befugnis aber nicht unbeschränkt sein kann und jedenfalls unter Beachtung des Unionsrechts ausgeübt werden muss (...).

(...)

81. Der Umstand, dass die Tätigkeit der Taxidienste ... stark reguliert ist, erlaubt ... weder die Feststellung, dass ... das Interesse an dieser Tätigkeit gegenüber dem Interesse an anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten besondere Merkmale aufweist, noch, dass den Anbietern von Taxidiensten durch insoweit hinreichend bestimmte Hoheits-

akte ein besonderer Auftrag von öffentlichem Interesse übertragen worden wäre.

82. [Weiters] geht ... zwar hervor, dass mit der Regulierung der Taxidienste ua die Qualität, die Sicherheit und die Zugänglichkeit dieser Dienste zugunsten der Nutzer sichergestellt werden soll, doch werden mit den im Ausgangsverfahren fraglichen Maßnahmen für sich genommen diese Ziele nicht verfolgt.

83. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen können im vorliegenden Fall nur die Ziele zum einen einer guten Organisation der Beförderung, des Verkehrs und des öffentlichen Raums und zum anderen des Umweltschutzes als zwingende Gründe des Allgemeininteresses herangezogen werden, um die im Ausgangsverfahren fraglichen Maßnahmen zu rechtfertigen.

▷ *Zur Verhältnismäßigkeit der fraglichen Maßnahmen*

84. Was die Frage angeht, ob diese Maßnahmen geeignet sind, die Erreichung der ... genannten Zielsetzung in kohärenter und systematischer Weise zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zu ihrer Erreichung erforderlich ist, ist zwischen dem Erfordernis einer zweiten Genehmigung für die Ausübung von Funkmietwagendiensten und der Begrenzung der Anzahl der Lizenzen für Funkmietwagendienste auf ein Dreißigstel der Anzahl der Lizenzen für Taxidienste zu unterscheiden.

▷ *Zur Verhältnismäßigkeit des Erfordernisses einer zweiten Genehmigung*

(...)

89. Vorliegend kann erstens das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung zwar geeignet sein, die Ziele einer guten Organisation der Beförderung, des Verkehrs und des öffentlichen Raums sowie das Ziel des Umweltschutzes zu erreichen. Des Weiteren kann angesichts der Art der fraglichen Dienstleistung, die die Nutzung von Personenkraftwagen beinhaltet, die oft nicht von anderen, privat genutzten Personenkraftwagen unterschieden werden können, noch dazu in einem großen Stadtgebiet, davon ausgegangen werden, dass eine nachträgliche Kontrolle zu spät käme, um deren tatsächliche Wirksamkeit sicherzustellen und damit die verfolgten Ziele zu erreichen. Daraus folgt, dass das Erfordernis einer solchen vorherigen Genehmigung als erforderlich im Sinne der ... dargelegten Rechtsprechung angesehen werden kann.

90. Gemäß der ... Rechtsprechung des EuGH müssen aber die Kriterien, die für die Erteilung, die Ablehnung der Erteilung und gegebenenfalls den Entzug einer Lizenz für Funkmietwagendienste gelten, geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele kohärent und systema-

tisch zu gewährleisten. Dies zu überprüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.

(...)

93. Bei der Prüfung der Notwendigkeit des Erfordernisses einer solchen besonderen Genehmigung wird das vorlegende Gericht ua zu beurteilen haben, ob dieses Erfordernis, das zum Erfordernis der nationalen Genehmigung hinzutritt, durch die Besonderheiten des Großraums Barcelona gerechtfertigt ist, um das Ziel einer guten Organisation der Beförderung, des Verkehrs und des öffentlichen Raums sowie das Ziel des Umweltschutzes im Großraum Barcelona zu erreichen.

▷ *Zur Verhältnismäßigkeit der Begrenzung der Anzahl der Lizenzen für Funkmietwagendienste auf ein Dreißigstel der Lizenzen für Taxidienste*

94. Wie der Generalanwalt ... ausgeführt hat, hat das Verfahren vor dem EuGH keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Maßnahme der Begrenzung der Anzahl der Lizenzen für Funkmietwagendienste auf ein Dreißigstel der Anzahl der Lizenzen für Taxidienste geeignet ist, die Verwirklichung der Ziele einer guten Organisation der Beförderung, des Verkehrs und des öffentlichen Raums sowie des Ziels des Umweltschutzes zu gewährleisten.

95. Insoweit scheint sich sowohl aus ... der Präambel der Funkmietwagen-Verordnung als auch aus ihrer Systematik ... zu ergeben, dass die Beschränkung der Lizenzen für Funkmietwagendienste das Schlüsselement darstellt, mit dem diese Verordnung diese Ziele erreichen soll.

96. Im Rahmen des Verfahrens vor dem EuGH hat jedoch die spanische Regierung das Vorbringen der Lizenzwerber und der Europäischen Kommission nicht entkräftet, wonach

- ▶ die Funkmietwagendienste zu einem Rückgang der Nutzung von privaten Fahrzeugen führten,
- ▶ es unstimmtig sei, auf Probleme beim Parken auf den öffentlichen Straßen ... zu verweisen, obwohl die Funkmietwagen-Verordnung Unternehmen, die Funkmietwagendienste anböten, dazu verpflichtete, eigene Parkplätze vorzuhalten und nicht auf öffentlichen Straßen zu parken,
- ▶ Funkmietwagendienste durch ihren Digitalisierungsgrad und die Flexibilität bei der Erbringung von Dienstleistungen, wie beispielsweise eine für Blinde zugängliche Technologieplattform, zur Erreichung des Ziels einer effizienten und inklusiven Mobilität beitragen könnten, und
- ▶ die staatliche Regelung den Einsatz von Fahrzeugen, die alternative Energien nutzten, für die Funkmietwagendienste begünstige.

Die spanische Regierung hat nämlich, als sie eine Frage des EuGH in der mündlichen Verhandlung beantwortet hat, vorgetragen, dass ihr weder eine Studie über die Auswirkungen der Funkmietwagen-Flotte auf die Beförderung, den Verkehr, den öffentlichen Raum und die Umwelt im Großraum Barcelona noch eine Studie bekannt sei, in der die Auswirkungen der von der Funkmietwagen-Verordnung eingeführten Regelung auf die Erreichung der ... [angestrebten] ... Ziele untersucht worden seien.

97. Vorbehaltlich einer vom vorlegenden Gericht vorzunehmenden Beurteilung, die auch etwaige Gesichtspunkte berücksichtigt, die dem EuGH nicht zur Kenntnis gebracht wurden, erscheint die Begrenzung der Anzahl der Lizenzen für Funkmietwagendienste auf ein Dreißigstel der Anzahl der Lizenzen für Taxidienste daher nicht geeignet, die Verwirklichung der Ziele einer guten Organisation der Beförderung, des Verkehrs und des öffentlichen Raums zu gewährleisten.

98. Im Übrigen deutet nach den Akten, die dem EuGH vorliegen, nichts darauf hin, dass eine solche Beschränkung der Lizenzen für Funkmietwagendienste nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des genannten Ziels erforderlich ist.

99. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass eine mögliche Auswirkung der Funkmietwagen-Flotte auf die Beförderung, den Verkehr und den öffentlichen Raum im Großraum Barcelona durch weniger einschränkende Maßnahmen angemessen begrenzt werden kann, wie Maßnahmen zur Organisation der Funkmietwagendienste, Beschränkungen dieser Dienste zu bestimmten Uhrzeiten oder auch Verkehrsbeschränkungen in bestimmten Räumen.

100. Gleichfalls ist nicht auszuschließen, dass das Ziel des Umweltschutzes im Großraum Barcelona durch Maßnahmen erreicht werden kann, die weniger stark in die Niederlassungsfreiheit eingreifen, wie Emissionsgrenzwerte für Fahrzeuge, die in diesem Großraum verkehren.

101. Es ist jedoch auch hier Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob vor ihm nachgewiesen ist, dass die verfolgten Ziele mit weniger einschneidenden Maßnahmen nicht zu erreichen sind.

Anmerkung

Die aktuelle Entscheidung dürfte nicht nur für das Gelegenheitsverkehrsgewerbe selbst, sondern darüber hinaus von genereller Bedeutung für all jene Sparten sein, in denen die Zulässigkeit der Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit einer behördlichen Bewilligung bedarf,

wobei die Anzahl solcher zu vergebender Bewilligungen schon von Gesetzes wegen (wie etwa nach § 5 Abs 1 GSpG oder § 10 Abs 2 Z 3 ApG) zahlenmäßig limitiert ist.

So war etwa vom LVwG OÖ (und in der Folge auch vom LVwG Stmk) in zahlreichen Anläufen versucht worden, eine Äußerung des EuGH dahin zu erreichen, ob das Glücksspielmonopol bzw die Apothekenoligopolkonstruktion in Österreich im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit des Art 49 AEUV unionsrechtskonform sind¹. Seitens des LVwG OÖ war dies etwa – entgegen der vom VfGH und VwGH vertretenen Auffassung – immer wieder auch mit dem Argument verneint worden, dass die Anzahl der zu vergebenden Bewilligungen ohne sachliche Rechtfertigung und in unverhältnismäßiger Weise gemäß § 5 GSpG bei Einzelaufstellung bloß auf drei beschränkt (vgl zB statt vieler zuletzt LVwG OÖ v 16.11.2021, LVwG-412111/35/Gf/Rt, S 35 ff bzw RN 163 ff) bzw eine Bedarfssicherung von mindestens 5.500 potentiellen Konsumenten zu unflexibel ist (vgl zB LVwG OÖ v 11.7.2016, LVwG-050006/37/Gf/Mu).

Diese Rechtsansicht dürfte sich mit dem vorliegenden (im Übrigen einen reinen Inlandssachverhalt betreffenden) Urteil nunmehr bestätigen, wobei vor allem dessen RN 101 besondere Beachtung verdient, weil der EuGH darin über eine Fortschreibung seiner bisherigen Judikatur sogar noch hinausgeht: Denn danach obliegt dezidiert (nicht dem Gericht, sondern) dem Staat der Nachweis, dass die mit jener die Niederlassungsfreiheit einschränkenden Regelung verfolgten Ziele mit weniger einschneidenden Maßnahmen nicht zu erreichen sind.

Zahlenmäßige Limitierungen von Konzessionen erscheinen also in hohem Maße verdächtig, einen Verstoß gegen die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit in sich zu tragen.

So wichtig diese Klarstellung auch erscheint, bleibt damit allerdings die prinzipielle Schwäche von Vorabentscheidungen des EuGH, die darin liegt, dass solche normativen Feststellungen eines Vorranges von Unionsrecht gegenüber nationalem Recht stets nur im Anlassfall und nicht auch darüber hinaus (und insoweit grundlegend anders als etwa die Aufhebung eines Gesetzes durch den VfGH) maßgeblich sind, freilich weiterhin bestehen: Unionsrechtswidrigem nationalen Recht wird nicht derogiert, sondern dieses bloß suspendiert – und auch diese Rechtsfolge tritt nicht generell, sondern nur beschränkt auf den Anlassfall, ein. Und selbst im Anlassfall kommt der Vorrang nur dann zum Tragen, wenn die nationalen Höchstgerichte den Aus-

¹ Vgl näher A. Grof, Update »Glücksspielmonopol«, *ecolex* 2017, 373 f; *ders.*, Neuralgische Grundfragen der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, SPWR 2020, 458 ff.

spruch des EuGH tatsächlich respektieren. Denn ungeachtet der ständigen EuGH-Judikatur, wonach die Frage der Unionsrechtskonformität von nationalem Recht von jedem innerstaatlichen Gericht eigenständig und ohne Bindung an eine diesbezügliche Rechtsmeinung eines anderen nationalen, gegebenenfalls auch im Instanzenzug übergeordneten Gerichts zu beurteilen ist, kann ein unterinstanzliches Gericht diesem Vorrang nicht effektiv zum Tragen verhelfen, wenn es im fortgesetzten Verfahren an die gegenteilige – wenngleich unionsrechtswidrige – Rechtsansicht des Höchstgerichts gebunden ist; allenfalls entstünde ein gleichsam »infiniter Zirkel«, nicht aber eine rechtskräftige, dem Vorrang des Unionsrechts Rechnung tragende Einzelfallentscheidung².

Korrespondenz:
Hofrat Dr. Alfred Grof,
Richter des LVwG OÖ i.R.,
Lektor an der Universität Wien
und Vortragender an der
Österreichischen Anwaltsakademie.

² Vgl näher A. Grof, Verbleibende Strukturdefizite der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, SPWR 2023, 117, FN 34.