

Update zu den »Neuralgischen Grundfragen der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit«

ALFRED GROF

Abstract

Nach nunmehr nahezu zehn Jahren fällt eine vermeintliche Erfolgsbilanz hinsichtlich der mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 vorgenommenen Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei einigermaßen objektiver Betrachtung doch eher ernüchternd aus. So ist die durchschnittliche Verfahrensdauer vor allem in rechtlich heikleren Fällen effektiv nicht kürzer, sondern eher noch länger geworden.^{*} Dies ist einerseits vor allem dem Umstand geschuldet, dass die erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte nahezu standardmäßig öffentliche Verhandlungen durchführen bzw. durchzuführen haben, wenngleich sich dadurch an dem meist schon von vornherein absehbaren Verfahrensergebnis in aller Regel ohnehin nichts ändert. Andererseits entscheidet der VwGH nach wie vor hauptsächlich nur kassatorisch, wobei die auffallend hohe Erfolgsquote von Amtsrevisionen meist ein »Zurück an den Start!« für das verwaltungsgerichtliche Verfahren bedeutet. Solange daher der Gesetzgeber die für die Gerichte des Öffentlichen Rechts maßgeblichen Verfahrensordnungen nicht in echt tribunalmäßige Prozessordnungen iSd Art 6 EMRK bzw. Art 47 EGRC umfunktioniert, die bei den Verwaltungsgerichten – neben weiteren massiven Kritikpunkten – vor allem eine Funktionsvermischung zwischen »Gericht« und »Behörde« sowie die im Zwang zur Heranziehung von Amtssachverständigen begründete Beweislastverschiebung auf den normunterworfenen Bürger effektiv beseitigen, wird man sich wohl auch in Zukunft mit dem Befund begnügen müssen, dass mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 in Wahrheit bloß eine Scheingerichtsbarkeit institutionalisiert wurde, die primär von der insgeheimen Hoffnung getragen war, dass zumindest deren formale Garantien die angesichts zahlreicher anderer »massiver Dauer-Problemstaaten« (Russland, Türkei, Ukraine, Rumänien) insoweit traditionell gutgläubigen europäischen Instanzen zu besänftigen vermögen – und zwar je länger, desto besser

* Symptomatisch zB VwGH v 9.1.2023, Ra 2021/10/008 (zwei Jahre Verfahrensdauer beim VwGH für die bloße Aufhebung einer Zurückweisungsentscheidung).

Schlagworte

Vorrang des Unionsrechts; integrationsfester Verfassungskern; Durchführung des Unionsrechts; Begriff »Gericht«; faires Verfahren; harmonisierter Bereich; Rechtsstaatsprinzip; Bindungswirkung; Glücksspiel; (Amts-)Sachverständige; Apothekenkonzessionen; Konkurrenzschutz durch Selbstverwaltung; Mehrfachverfolgung und -bestrafung (Doppelbestrafung; ne bis in idem); fortgesetztes Delikt; Kumulationsprinzip; Verhältnismäßigkeit; Mautgebühren; Verordnungsbegriff; Waffengleichheit; Parteienrevision und Amtsrevision; Vorabentscheidung; Sperrwirkung; Sperrwirkungsbeschluss; angemessene Verfahrensdauer; Gewaltenteilung; Funktionsvermischung; Beweislastverschiebung

Rechtsquellen und Höchstgerichtliche Entscheidungen

Art 49 AEUV; Art 56 AEUV; Art 47 EGRC; Art 50 EGRC; Art 52 EGRC; Art 6 EMRK; Art 47.ZPMRK; Art 94 EuGH-VerfO; Art 18 B-VG; Art 137 B-VG; Art 139 B-VG; Art 140 B-VG; § 10 ApG; § 20 BStMG; § 28 VwGG; § 38a VwGG; § 63 VwGG; § 87 VfGG; § 87a VfGG; § 22VStG; EuGH 5.5.2022, C-570/20; EuGH 3.5.2022, C-453/20; EuGH 7.4.2022, C-521/20; EuGH 14.10.2021, C-231/20; EuGH 15.7.2021, C-791/19; EuGH 25.2.2021, C-378/20; EuGH 20.1.2021, C-293/20; EuGH 9.7.2020, C-272/19; EuGH 19.12.2019, C 465/18; EuGH 12.9.2019, C 64/18; EuGH 11.12.2018, C-493/17; EuGH 15.10.2015, C-581/14; EGMR 10.2.2009, 14939/09; BVerfG 5.5.2020, 2 BvR 859/15; VfGH 17.3.2022, G 350/2021; VfGH 22.9.2021, G 199/2021; VfGH 8.10.2020, V 505/2020; VfGH 7.10.2020, G 196/2020; VfGH 15.10.2016, G 103/2016; VfGH 9.10.2015, E 1536/2014; VfGH 7.10.2014, E 707/2014; VfGH vom 26.9.2022, A 27/2021; VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| Vorbemerkungen | 157 |
| A. Vorrang des Unionsrechts (EuGH vom 20.1.2021, C-293/20; enderledigt durch LVwG-413731/10/Gf/RoK vom 22.2.2021) | 157 |
| B. Bindung eines Gerichts an Gutachten eines Selbstverwaltungskörpers (EuGH vom 25.2.2021, C-378/20; enderledigt durch LVwG-050099/42/Gf/RoK vom 16.3.2021) | 161 |
| C. Kumulationsprinzip im Verwaltungsstrafrecht (EuGH vom 7.4.2022, C-521/20; derzeit beim LVwG OÖ noch zu LVwG-400488 anhängig) | 162 |
| D. Amtsrevision (VfGH vom 7.10.2020, G 196/2020; enderledigt durch LVwG-413645/36/VG/HUE vom 3.6.2022) | 163 |
| E. Serienfälle: Rechtssatzkundmachungen und Sperrwirkung in Verbindung mit Vorabentscheidungsersuchen (VfGH vom 8.10.2020, V 505/2020; enderledigt durch LVwG-413736/38/KHu vom 24.5.2022) | 164 |
| Ausblick | 169 |

Vorbemerkungen

In jüngerer Zeit hat der Autor – damals noch in seiner Funktion als aktiver Richter des LVwG OÖ – versucht, einige spezifische Dauerprobleme der Verwaltungsgerichtsbarkeit einer Klärung durch höchstgerichtliche Rechtsprechung zuzuführen, soweit dies vor dem Hintergrund einer entsprechenden Präjudizialität anlassfallbezogen gleichermaßen angezeigt und möglich erschien. Die damit jeweils verbundenen essentiellen Systemfragen wurden in der Abhandlung »*Neuralgische Grundfragen der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit – Lösung oder Permanenz der Inkonsequenz?*« (SPWR 2020, 457 ff) dargestellt.

Mittlerweile liegen nun sämtliche der zu diesen insgesamt fünf Vorabentscheidungsersuchen bzw Gesetzes- und Verordnungsprüfungsanträgen ergangenen Erledigungen des EuGH bzw des VfGH vor, wobei im Folgenden versucht werden soll, deren wesentliche Leitgedanken näher herauszuarbeiten und vor allem auch hinsichtlich ihrer bloß über den Anlassfall hinausreichenden Grundaussagen zu erörtern.

A. Vorrang des Unionsrechts (EuGH vom 20.1.2021, C-293/20; enderledigt durch LVwG-413731/10/Gf/RoK vom 22.2.2021)

1. Mit Vorlageantrag vom 29.6.2020¹ hatte das LVwG OÖ den EuGH konkret um die Klärung folgender Fragen er sucht:

1. Ist Art 267 AEUV unter Berücksichtigung des Art. 6 EMRK und des Art 47 der Charta sowie der dazu jeweils ergangenen Judikatur des EuGH und des EGMR dahin auszulegen, dass auch Institutionen, deren Gerichtsqualität im Lichte dieser Rechtsprechung a priori zwar zweifelhaft erscheinen mag, jedoch zumindest bis zum Nachweis des Gegenteils vermutet werden kann, vorlageberechtigt sind?
2. Sind die Verträge bzw die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH dahin auszulegen, dass die Annahme eines sog »integrationsfesten Verfassungskerns« (im Besonderen des national-verfassungsrechtlichen Grundprinzips der Rechtsstaatlichkeit), der zu einer partiellen Zurückdrängung des Vorranges des Unionsrechts (und im Besonderen auch der Judikatur des EuGH zur Nichtbindung an die Auslegung des Unionsrechts durch andere nationale, allenfalls auch instanzmäßig übergeordnete Gerichte) führt bzw führen kann, mit der diesbezüglichen bisherigen Rechtsprechung des EuGH verein-

bar ist, oder ist diese vielmehr dahin zu verstehen, dass der Vorrang des Unionsrechts (von expliziten spezialgesetzlichen Ausnahmeregelungen abgesehen) absolut gilt?

2. Hierzu führte der EuGH in seinem Beschluss vom 20.1.2021, C-293/20, im Wesentlichen (und vornehmlich unter Hinweis auf erst nach Einbringung dieses Vorabentscheidungsersuchens ergangene dg. Judikatur) aus (vgl RN 23 bis 36):

»Der Gerichtshof hat ... wiederholt darauf hingewiesen, dass sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Aufbau von Art. 267 AEUV folgt, dass das Vorabentscheidungsverfahren insbesondere voraussetzt, dass bei den nationalen Gerichten tatsächlich ein Rechtsstreit anhängig ist, in dem sie eine Entscheidung erlassen müssen, bei der das Urteil des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren berücksichtigt werden kann (...).

In einem solchen Verfahren muss daher ein Bezug zwischen dem fraglichen Rechtsstreit und den Bestimmungen des Unionsrechts, um deren Auslegung ersucht wird, bestehen, so dass diese Auslegung für die Entscheidung, die das nationale Gericht zu erlassen hat, objektiv erforderlich ist (...).

Im Übrigen ist eine dem nationalen Gericht dienliche Auslegung des Unionsrechts nur möglich, wenn dieses den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen, in dem sich seine Fragen stellen, darlegt oder zumindest die tatsächlichen Annahmen erläutert, auf denen diese Fragen beruhen. Der Gerichtshof ist nämlich nur befugt, sich auf der Grundlage des ihm vom nationalen Gericht unterbreiteten Sachverhalts zur Auslegung einer Unionsvorschrift zu äußern (...).

Der Gerichtshof betont auch, wie wichtig es ist, dass das nationale Gericht die genauen Gründe angibt, aus denen es Zweifel bezüglich der Auslegung bestimmter Vorschriften des Unionsrechts hat und ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof für erforderlich hält. Da die Vorlageentscheidung als Grundlage für das Verfahren vor dem Gerichtshof dient, ist es nämlich unerlässlich, dass das nationale Gericht in der Vorlageentscheidung selbst den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen des Ausgangsrechtsstreits erläutert und ein Mindestmaß an Erläuterungen zu den Gründen für die Wahl der Unionsbestimmungen, um deren Auslegung es ersucht, und zu dem Zusammenhang gibt, den es zwischen diesen Bestimmungen und den nationalen Rechtsvorschriften sieht, die auf den bei ihm anhängigen Rechtsstreit anzuwenden sind (...).

¹ Dessen (im EuGH-Beschluss nicht wiedergegebene) Begründung ist ausführlich dargestellt bei A. Grof, Neuralgische Grundfragen, SPWR 2020, 458–462.

Diese kumulativen Anforderungen an den Inhalt eines Vorabentscheidungsersuchens sind ausdrücklich in Art. 94 der Verfahrensordnung angeführt, von dem das vorliegende Gericht Kenntnis haben sollte und den es im Rahmen der in Art. 267 AEUV vorgesehenen Zusammenarbeit sorgfältig zu beachten hat. Diese Anforderungen finden sich auch insbesondere in den Empfehlungen des Gerichtshofs der Europäischen Union an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen (...).

Im vorliegenden Fall entspricht die Vorlageentscheidung offensichtlich nicht den in den vorstehenden Randnummern des vorliegenden Beschlusses angeführten Anforderungen.

Was die erste Frage angeht, fragt sich das vorliegende Gericht allgemein, ob die österreichischen Gerichte, die zur Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit gehören, den Gerichtshof um Vorabentscheidung ersuchen können.

Das vorliegende Gericht gibt jedoch in keiner Weise an, inwieweit sich eine Antwort auf diese Frage zur Auslegung von Art. 267 AEUV als für die Entscheidung der Ausgangsrechtsstreitigkeiten erforderlich erweisen könnte. Denn dieses Gericht behauptet zwar, dass die österreichische Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts strukturelle Defizite aufweise, es beschreibt sie aber nicht, und vor allem erläutert es in keiner Weise, inwieweit diese Defizite, wenn sie erwiesen wären, oder die sich daraus ergebenden Folgen für die Vorlagebefugnis der betroffenen Gerichte eine Auswirkung auf die Entscheidung hätten, die es in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der bei ihm angefochtenen Verwaltungsstrafen zu erlassen hat.

Außerdem kann aus der Vorlageentscheidung zwar abgeleitet werden, dass das vorliegende Gericht mit dieser ersten Frage auch nach seiner eigenen Eigenschaft als »Gericht« fragt, doch genügt die Feststellung, dass die Auslegung von Art. 267 AEUV, um die im vorliegenden Fall ersucht wird – ohne dass indessen aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, dass diese Bestimmung für die Entscheidung der Ausgangsrechtsstreitigkeiten in Rede steht –, für die Entscheidung, die das vorliegende Gericht zu erlassen hat, nicht objektiv erforderlich ist (...).

...

Was die zweite Frage angeht, ist festzustellen, dass das vorliegende Gericht damit der Sache nach durch eine mögliche Antwort des Gerichtshofs die »Erlaubnis« erhalten möchte, die Ver-

einbarkeit der Glücksspielmonopolregelung in Österreich mit dem Unionsrecht eigenständig zu beurteilen, unabhängig von der bereits durch die übergeordneten österreichischen Gerichte vorgenommenen Prüfung.

Es gibt aber in der Vorlageentscheidung keine Angaben, die es dem Gerichtshof ermöglichen würden, eine Antwort auf diese Frage zu geben, die für die Entscheidung der Ausgangsrechtsstreitigkeiten sachdienlich wäre, da sich diese Frage auf den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts im Hinblick auf die richtige Anwendung von Art. 56 AEUV bezieht und das vorliegende Gericht den Zusammenhang zwischen diesem Grundsatz, bzw. dieser Bestimmung des AEU-Vertrags, und den auf diese Rechtsstreitigkeiten anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften nicht mit der erforderlichen Genauigkeit und Klarheit darlegt.

Das vorliegende Gericht weist zwar darauf hin, dass es, um der Rechtsprechung der ihm übergeordneten Instanzen nachzukommen, seine eigene Rechtsprechung zu der durch das GSpG eingeführten Regelung geändert habe, indem es das Bestehen eines »integrationsfesten Verfassungskerns« anerkannt habe, doch liefert es keine rechtlichen Anhaltspunkte, anhand deren sich beurteilen ließe, inwieweit dieser Auslegungsansatz die korrekte Anwendung des Unionsrechts und insbesondere von Art. 56 AEUV im Licht des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts beeinträchtigen könnte.

Was insbesondere die Grundlagen eines solchen Ansatzes im nationalen Recht betrifft, beschränkt sich das vorliegende Gericht darauf, auf den nationalen Verfassungsgrundsatz der Rechtsstaatlichkeit Bezug zu nehmen, ohne zu erläutern, inwieweit dieser Grundsatz unter den Umständen des Ausgangsverfahrens dem Vorrang des Unionsrechts entgegenstehen könnte.

Demnach ist die zweite Frage ebenfalls offensichtlich unzulässig.«

3. Zusammengefasst stellte der EuGH in diesem Beschluss also einerseits fest, dass die von einem vorliegenden Gericht erbetene Auslegung des Unionsrechts für dessen Entscheidung tatsächlich erforderlich sein müsse. Davon ausgehend erweise sich die Frage 1 jedoch als bloß allgemein gehalten, zumal dem Vorabentscheidungsersuchen keine genaue Darstellung entnommen werden könne, wie sich die im Vorlageantrag beschriebenen Strukturdefizite der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Rechtmäßigkeit der im Anlassfall verhängten Verwaltungsstrafen auswirken

könnten. Außerdem sei objektiv nicht erkennbar, dass bzw inwieweit eine Auslegung des Art 267 AEUV für die vom LVwG OÖ zu treffende Entscheidung objektiv erforderlich sein könnte.

Andererseits würden auch in Bezug auf die zweite Frage entsprechende Anhaltspunkte für eine tatsächliche Beeinträchtigung des Vorranges des Unionsrechts durch den vom LVwG OÖ gewählten Ansatz fehlen.

Deshalb wurde das Vorabentscheidungsersuchen vom EuGH als insgesamt offensichtlich unzulässig zurückgewiesen.

4. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass die Frage nach der Gerichtsqualität des LVwG OÖ auch eng mit jener zusammenhängt, ob ein Unterschied zwischen dem Gerichtsbegriff iSd Art 267 AEUV und jenem nach Art 47 EGRC besteht oder ob diese jeweils identische Bezeichnung auch inhaltlich gleichzusetzen ist. Einer dementsprechenden Auseinandersetzung war fraglos wenig förderlich, dass nahezu zeitgleich ein ähnliches Vorabentscheidungsersuchen aus der BRD anhängig war, auf das der EuGH im gegenständlichen Beschluss dann auch explizit hingewiesen hat. Allerdings wurde in jener Entscheidung vom 9.7.2020, C-272/19, nur die Zuständigkeit des EuGH zur Auslegung der Frage, ob das VG Wiesbaden **in concreto** als ein »Gericht« iSd Art 267 AEUV zu qualifizieren ist, bejaht, jedoch dessen darüber hinausgehendes Klärungsersuchen, ob es auch **in abstracto** (nämlich zB anhand der Kriterien: gesetzliche Grundlage, ständige Einrichtung, obligatorischer Charakter, Streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen sowie Unabhängigkeit) ein Gericht verkörpert, als unzulässig qualifiziert, weil die Beantwortung dieser Frage insoweit für die Auslegung des Anlassfalles nicht von Belang wäre (RN 41, 61 u 62).

Die aus beiden Entscheidungen **allgemein resultierende Schlussfolgerung** dürfte somit darin bestehen, dass **nicht a priori**, sondern jeweils **nur anlassfallbezogen geprüft und festgestellt** werden kann bzw muss, ob eine vorliegende Institution in der bei ihr anhängigen Rechtssache **tatsächlich** als ein Gericht gehandelt hat.

Ein gewisser »Schönheitsfehler« dieser Sichtweise besteht freilich darin, dass dann, wenn diese Frage vom nationalen Gericht nicht selbst in Zweifel gezogen wird, sie von einer Verfahrenspartei – mangels Individualbeschwerdelegitimation – nicht geltend gemacht werden kann; vielmehr ist Letztere stets darauf angewiesen, dass der EuGH diese Problematik von Amts wegen aufgreift, was wiederum **voraussetzt**, dass ein innerstaatliches Gericht ein Vorabentscheidungsersuchen (auf andere Gründe gestützt und vor allem) auch tatsächlich eingebracht hat².

Zudem lässt sich auch generell ableiten, dass der EuGH **institutionelle Fragen** – wenn man bedenkt, dass der Komplex »Gerichtsorganisation« in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt – offensichtlich **nicht abstrakt**, sondern nur im Zusammenhang mit Anhaltspunkten, die sich gegebenenfalls aufgrund der **konkreten Fallkonstellation ergeben**, klären will (bzw darf) und demgemäß Art 94 EuGH-VerfO zunehmend restriktiver auslegt, dh:

- ▷ Ob ein Vorlageantrag von einem »Gericht« stammt, prüft der EuGH in Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art 267 AEUV **von Amts wegen**; das vorliegende **Gericht selbst** kann allenfalls nur diesbezügliche Bedenken äußern; es handelt sich insoweit also um eine Frage der **Zuständigkeit des EuGH**, nicht aber (auch) um eine **Voraussetzung für die Sachentscheidung des vorlegenden Gerichts**;
- ▷ ob der Vorlageantrag darüber hinaus **zulässig** ist, hängt in Bezug darauf, ob durch nationales Recht die EGRC, die Grundfreiheiten, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und/oder sonstige allgemeine unionsrechtliche Rechtsgrundsätze verletzt werden, davon ab, ob **zusätzlich** auch eine EU-Verordnung durchgeführt oder eine EU-Richtlinie umgesetzt wird, wobei eine solche VO oder RL im Vorlageantrag jeweils konkret anzugeben ist und deren tatsächliche Anwendbarkeit nicht zu hypothetisch erscheinen darf.

5. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass – wiederum zeitlich parallel zu diesem Vorlageantrag des LVwG OÖ – von der EU-Kommission im unmittelbaren Anschluss an das sog »PSPP«-Urteil des BVerfG vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15³, gegen die BRD ein **Vertragsverletzungsverfahren** angekündigt und in der Folge auch tatsächlich formell eingeleitet, dieses jedoch letztlich (mit einer mehr als fadenscheinigen Begründung) ergebnislos **eingestellt** wurde⁴. Damit »verflüchtigte« sich gleichsam faktisch auch die These des BVerfG von einem »integrationsfesten Verfassungskern«, sodass gegenwärtig jene des **EuGH vom absoluten Vorrang des Unionsrechts unwidersprochen** besteht.

² Vgl zB EuGH vom 3.5.2022, C-453/20.

³ Mit diesem wurde das den massiven Staatsanleihenkauf der EZB pardonierende Urteil des EuGH vom 11.12.2018, C-493/17, als eine nicht bindende »ultra-vires«-Entscheidung apostrophiert.

⁴ Vgl zB die Anfragebeantwortung der deutschen Bundesregierung vom 12.8.2021, Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode, BT-Drucksache 19/32004; die Stellungnahme (Presseartikel) der EU-Kommission vom 2.12.2021 (»Vertragsverletzungsverfahren im Dezember: EU-Kommission stellt Verfahren gegen Deutschland wegen EZB-Urteil ein und fällt eine Reihe weiterer Beschlüsse«); sowie A. Grof, Anleihenkauf und Nullzinspolitik als »ultra-vires-Akt« der EZB?, SPWR 2020, 327 ff.

6. Die Randbemerkung des EuGH, dass das LVwG OÖ »die ›Erlaubnis‹ erhalten möchte, die Vereinbarkeit der Glücksspielmonopolregelung in Österreich mit dem Unionsrecht eigenständig zu beurteilen, unabhängig von der bereits durch die übergeordneten österreichischen Gerichte vorgenommenen Prüfung«, muss hingegen (will man nicht unterstellen, dass der Zehnten Kammer insoweit die ständige EuGH-Rechtsprechung dahin, dass die Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht und Unionsrecht von jedem Gericht eigenständig und ohne Bindung an eine diesbezügliche Rechtsmeinung eines anderen innerstaatlichen Gerichts, selbst wenn dieses im Instanzenzug übergeordnet sein sollte, zu entscheiden ist⁵, nicht bewusst war) schlechthin unverständlich erscheinen.

7. Zusammenfassend können somit aus dieser Entscheidung folgende maßgebliche Schlussfolgerungen gezogen werden:

Setzt man deren Wertungen in einen Bezug zur Antragsbegründung des LVwG OÖ⁶, kann man nicht um die Feststellung umhin, dass der EuGH einerseits die Prozessvoraussetzungen des Art 94 EuGH-VerfO nunmehr vergleichsweise deutlich strenger als früher auslegt und andererseits im Zuge seiner Entscheidungsfindung auch politische Implikationen eine nicht geringe Rolle spielen. Dies belegt nicht nur die Bezugnahme auf erst nachträglich ergangene Entscheidungen des EuGH, sondern gilt vor allem für unangenehm-zentrale Fragestellungen, besonders wenn diese im Zusammenhang mit »anrühigen« Rechtsmaterien zu klären wären. So hat der EuGH etwa in der causa »polnische Justizreform« eindeutig Stellung bezogen⁷, wobei ein politischer Eklat letztlich vor allem nur durch ein entsprechendes polnisches Einlenken, gepaart mit einem besonderen humanitären Engagement im Russland-Ukraine-Krieg, vermieden wurde. Im Übrigen macht es offenbar auch einen nicht unerheblichen Unterschied aus, ob eine ins Grundlegende reichende Fragestellung von einem Höchst- oder bloß von einem unterinstanzlichen Gericht zur Vorabentscheidung vorgelegt wird. Und schließlich darf vor allem stets auch die arbeitsmäßige Überlastung des EuGH – insbesondere durch Vorabentscheidungsersuchen-Verfahren – nicht außer Acht gelassen werden.

Soweit es vor diesem Hintergrund die Vorlagefragen des LVwG OÖ betrifft, ist der EuGH deren Beantwortung erkennbar bewusst ausgewichen. Sollte daher künftig noch einmal von einem österreichischen Gericht der Versuch unternommen werden, die aufgeworfene Pro-

blematik im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens einer entsprechenden Klärung zuzuführen, wären dabei jedenfalls folgende Aspekte zu beachten:

- ▷ Hinsichtlich der Vorrang-Problematik zeigt sich anhand der Vorgänge rund um die »PSPP«-Entscheidungen des EuGH einerseits und des BVerfG andererseits, dass der **EuGH** seither letztlich keinen Zweifel daran aufkommen lässt, dass der **Vorrang des Unionsrechts absolut** gilt und keinen Raum für Theorien von einem »integrationsfesten Verfassungskern« o.Ä. lässt⁸; zumindest diese Frage ist daher mittlerweile als geklärt anzusehen, sodass das BVerfG-Urteil zum »PSPP« quasi bloß einen »Schwanengesang« seines sich damals zeitgleich in den Ruhestand verabschiedenden Präsidenten verkörpert⁹.
- ▷ Bezüglich der strukturellen Defizite der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts liegt es primär am **österreichischen Gesetzgeber**, geradezu archaisch – weil vielfach noch im Absolutismus wurzelnd – anmutende Unzulänglichkeiten zu eliminieren und diese in dem Sinne **europarechtstauglich zu konzipieren**, dass vor allem die Beschwerdeflut an den EGMR (von einer solchen bleibt der EuGH ja nur deshalb verschont, weil es Unionsbürgern an einer entsprechenden Individualbeschwerdebefugnis fehlt) eingedämmt wird.

Andererseits besteht zweifelsfrei seitens des EuGH eine deutliche Unlust, solche Grundsatzfragen im Zusammenhang mit sog »nicht harmonisierten Materien« (wie etwa Glücksspiel- oder Apothekenrecht) zu lösen.

Davon abgesehen hat der EuGH im gegenständlichen Beschluss vom 20.1.2021, C-293/20, neuerlich betont, dass – zumindest in Verfahren gemäß Art 267 AEUV – seine Funktion **nicht** darin besteht, **Gutachten** zu erstatten. Vielmehr bedarf es einer **objektiven Erforderlichkeit der Auslegung des Unionsrechts zur Entscheidung des Anlassfalles**. In diesem Zusammenhang sind vom vorlegenden Gericht genaue Gründe für die Auslegungsbedürftigkeit des Unionsrechts anzugeben, wobei im Anlassfall nach Ansicht des EuGH eine noch genauere Beschreibung der Defizite des Systems der österreichischen Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts und vor allem von deren konkreten Auswirkungen auf die zu treffende Entscheidung geboten gewesen wäre. Insbesondere war für den EuGH nicht nachvollziehbar, dass

5 Vgl speziell zu Österreich z.B. schon EuGH vom 15.10.2015, C-581/14, m.w.N.

6 Vgl A. Grof, Neuralgische Grundfragen, SPWR 2020, 458–462.

7 Vgl zB EuGH vom 15.7.2021, C-791/19.

8 Dies gilt offenbar selbst dann, wenn es sich um einen Gründungsmitgliedstaat der EU (wie eben die BRD) handelt, obwohl sich vielleicht insoweit – und historisch-retrospektiv betrachtet – noch eine abweichende Auffassung vertreten ließe.

9 Vgl zB »Die Rechthaber« (Die Zeit vom 6.5.2020).

konkret die Auslegung des Art 267 AEUV für die Entscheidung des Anlassfalles irgendwie relevant sein könnte.

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der EuGH demgegenüber in seinem nachfolgenden Beschluss vom 3.5.2022, C-453/20, RN 41 ff, immerhin zu den – kumulativen – Kriterien eines »Gerichts« iSd Art 267 AEUV ausführlich Stellung genommen hat, wenngleich auch in dieser Entscheidung die Frage, ob sich dieser Begriff mit jenem in Art 47 EGRC inhaltlich deckt, weiterhin offengeblieben ist.

B. Bindung eines Gerichts an Gutachten eines Selbstverwaltungskörpers (EuGH vom 25.2.2021, C-378/20; enderledigt durch LVwG-050099/42/Gf/RoK vom 16.3.2021)

1. Zweifellos betrifft die Frage einer **strukturellen Befangenheit der Apothekerkammer** in Verfahren zur Genehmigung der Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke regelmäßig bloß einen **rein innerstaatlichen Sachverhalt ohne Auslandsbezug** (wenn man von jenen Ausnahmenkonstellationen absieht, dass ein entsprechender Bewilligungsantrag in einem nahe der österreichischen Staatsgrenze zu einem EU-Land gelegenen Gebiet gestellt wird). Schon aus diesem Grund liegt daher nach ständiger Rechtsprechung des EuGH keine Möglichkeit für eine Heranziehung der Dienstleistungs- (Art 56 AEUV) und/oder der Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV) vor.

Weiters vermisste der EuGH in seinem Beschluss vom 25.2.2021, C-378/20, im Vorlageantrag¹⁰ auch eine Klarstellung dahin, welche konkrete EU-Richtlinie in dem vom LVwG OÖ zu entscheidenden Fall anzuwenden ist, zumal die gegenständliche Konstellation jener, die dem Urteil vom 19.12.2019, C-465/18, zu Grunde lag, nicht vergleichbar sei, weil dort der Konzessionsantrag abgewiesen wurde, während hier gegenteilig das Vorliegen eines Bedarfes festgestellt wurde. Im Fall einer positiven Sachentscheidung seien Interessensgegensätze aber bloß hypothetischer Natur, weil insoweit die Niederlassungsfreiheit nicht beeinträchtigt sein könne.

Im Übrigen würden konträre Interessen der bestehenden Apotheken unter diesem Aspekt keine Rolle spielen, denn es gehöre nicht zur **Niederlassungsfreiheit**, dass diese in einen **Konkurrenzschutz** eingreifen kann. Vielmehr stelle diese Facette eine Frage der Grundrechtsabwägung (Verhältnismäßigkeit) dar, die aber wiederum einen sog »harmonisierten Bereich« (in Form der Durchführung einer EU-Verordnung oder der

Umsetzung einer EU-Richtlinie) voraussetzen würde. Gerade ein solcher bestünde aber in Bezug auf den Gebietsschutz von Apotheken (zumindest derzeit noch) nicht. Und im nicht harmonisierten Bereich existiere – wenn und soweit Unionsrecht nicht umgesetzt bzw. durchgeführt wird – schon prinzipiell keine Zuständigkeit des EuGH zur Beurteilung der verhältnismäßigen Handhabung des nationalen Rechts.

2. Unter Berücksichtigung der Judikatur des VfGH und des VwGH zur strukturellen (Un-)Befangenheit von Amtssachverständigen¹¹ resultiert daraus für die österreichisch-innerstaatliche Rechtslage, dass die **Beweislast** für die Unschlüssigkeit von Gutachten einer gesetzlich exklusiv hierzu berufenen Institution, nämlich der – als ein Selbstverwaltungskörper organisierten – Apothekerkammer¹², auf den Antragsteller für eine Apothekenbewilligung – und damit gleichsam auf einen **»künftigen Konkurrenten des Establishments«** – **überwälzt** wird.

Diese Konsequenz irritiert(e) den EuGH aber offenbar nicht so sehr, als dass er sich deshalb veranlasst gesehen hätte, die verpflichtende Bindung eines Gerichtes an von wirtschaftlichen Konkurrenten des Konzessionswerbers erstattete Gutachten zu beanstanden – dem Formalargument, dass es sich insoweit um einen bislang noch (immer) nicht harmonisierten Bereich handelt, kam Vorrang zu.

Dessen ungeachtet hat der EuGH mit seinem vorliegenden Beschluss vom 25.2.2021, C-378/20, aber zumindest neuerlich betont, dass der Begriff der **»Durchführung des Unionsrechts«** iSd Art 47 EGRC eine zusätzliche, auf Rechtsvorschriften außerhalb der EGRC gegründete Umsetzung von Normen der EU bedingt: Es geht also auf den Punkt gebracht darum, ob gleichsam **»chartafremde«** EU-Regelungen von einem Mitgliedstaat **»chartagemäß«** (RN 29) vollzogen werden; Analoges gilt auch für den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** (RN 32 f).

Da dem Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ nach Meinung des EuGH in concreto keine hinreichenden Angaben dahin, welche spezifische EU-Richtlinie durch § 67a ApG umgesetzt werden soll (RN 24), entnommen werden konnte, sei somit in Wahrheit kein tatsächlicher, sondern bloß ein hypothetischer Interessensgegensatz dargetan worden (RN 26).

Als problematisch erweist sich bei dieser Sichtweise freilich, dass der EuGH die Interessen von bestehenden Apotheken (entweder bewusst oder unbewusst) ignoriert (bzw zumindest heruntergespielt) hat – denn auf diese wurde, obwohl sie offen auf der Hand lagen, in RN 26 des Beschlusses kein Bezug genommen.

10 Vgl zu dessen Begründung wiederum A. Grof, Neuralgische Grundfragen, SPWR 2020, 462–465.

11 Vgl zB VfGH vom 7.10.2014, E 707/2014, und vom 9.10.2015, E 1536/2014.

12 Vgl § 10 Abs 7 ApG.

Insgesamt betrachtet ist damit das Grundproblem einer **gesetzlich festgelegten Bindung** von (Verwaltungs-)Gerichten an Gutachten von Behörden so, wie diese in § 10 Abs 7 ApG zwingend normiert ist, und damit eine zentrale Achillesferse der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit weiterhin offen geblieben.

3. Vor diesem Hintergrund müsste daher im Wege eines neuerlichen Vorabentscheidungsersuchens konkret dargetan werden, dass und in welcher Weise durch ein Sachverständigengutachten **effektiv** (und insoweit nicht bloß in »konstruierter« Weise) eine **konkrete** EU-Verordnung bzw EU-Richtlinie missachtet bzw in negativer Form beeinträchtigt wird.

Dabei wäre stets zu beachten, dass das »Apothekenrecht« – zumindest in Bezug auf Zulassungen – nach wie vor einen nicht harmonisierten Bereich darstellt, sodass (bei Bezugnahme auf die Niederlassungs- und/oder die Dienstleistungsfreiheit) entweder ein Auslandsbezug oder (im Falle eines Rekurrerens auf die EGRC) eine nicht bloß hypothetische Umsetzung einer EU-Verordnung oder EU-Richtlinie aufgezeigt werden muss.

Dass der EuGH in seinem Beschluss vom 25.2.2021, C-378/20, in formeller Hinsicht keine »ultra-vires-Entscheidung« treffen wollte, liegt ebenso auf der Hand wie die förmlich spürbare Erleichterung, dass er zufolge der Zurückweisung des Vorlageantrages des LVwG OÖ in materieller Hinsicht die Problematik einer strukturellen Befangenheit einer Selbstverwaltungseinrichtung nicht aufgreifen musste.

C. Kumulationsprinzip im Verwaltungsstrafrecht (EuGH vom 7.4.2022, C-521/20; derzeit beim LVwG OÖ noch zu LVwG-400488 anhängig)

1. Auch hinsichtlich der Frage, ob eine sukzessive Benützung mautpflichtiger Straßen ohne Entrichtung der fälligen Gebühr jeweils gesondert und damit **insgesamt mehrfach** bestraft werden darf oder ob in derartigen Konstellationen vielmehr bloß ein **fortgesetztes Delikt** – mit der Konsequenz einer bloß **singulären** Strafbarkeit – vorliegt¹³, hat der EuGH in seinem Beschluss vom 7.4.2022, C-521/20, die Ansicht vertreten, dass die Beantwortung dieses Vorlageersuchens der Erstattung eines – in einem Verfahren nach Art 267 AEUV unzulässigen – **Gutachtens** gleichkäme. Vielmehr müsse die Fragebeantwortung für die konkrete Fallentscheidung durch das vorliegende Gericht erforderlich sein. Davon abgesehen sei im Übrigen stets auch die Darlegung von konkreten Zweifeln bezüglich der Auslegung einer unionsrechtlichen – und nicht bloß innerstaatlichen – Norm unerlässlich.

2. Weiters hat der EuGH in diesem Beschluss den Standpunkt eingenommen, dass das speziell im Zusammenhang mit dem **verwaltungsstrafrechtlichen Kumulationsprinzip** (§ 22 VStG) häufig problembehaftete Verbot der **Mehrfachverfolgung und -bestrafung** (»ne bis in idem«) von vornherein nicht zum Tragen komme, wenn de facto nicht nur **eine**, sondern **mehrere** Fahrten ohne Entrichtung der fälligen Mautgebühr vorliegen.

Insoweit es sich demgemäß nicht um »dieselbe« Tat iSd Art 50 EGRC, sondern jeweils um unterschiedliche Vergehen handelt, könne sich dessen ungeachtet dennoch das Problem der **Gesamthöhe** der Bestrafung von Serientaten und damit des **Verhältnismäßigkeitsprinzips** stellen; dies allerdings – weil dessen Anwendbarkeit die »Durchführung von Unionsrecht«, dh den Vollzug einer EU-Verordnung bzw die Umsetzung einer EU-Richtlinie voraussetzt – nur dann, wenn ein sog »harmonisierter Bereich« vorliegt (siehe dazu schon oben, B.1.).

3. Dagegen ist allerdings einzuwenden, dass die These, dass es sich bei der vorliegenden Konstellation vor allem deshalb nicht um dieselbe Sache iSd Art 50 EGRC handeln soll, weil die gebührenlose Benutzung der mautpflichtigen Straßen an unterschiedlichen Tagen (oder zu unterschiedlichen Zeiten desselben Tages) erfolgte, offensichtlich die gegenteilige Judikatur des EGMR nicht hinreichend beachtet. Denn beginnend mit dem Urteil vom 10.2.2009, 14939/09 (Zolotukhin), vertritt der EGMR seither die Auffassung, dass bei Faktenkonstellationen, die sich gleichsam als »untrennbar miteinander verbunden« erweisen (»**inextricably linked together**«), davon auszugehen ist, dass es sich insoweit um ein »idem« iSd Art 4 des 7.ZPMRK handelt, wobei zu beachten ist, dass Art 50 EGRC insoweit – zufolge Art 52 Abs 3 EGRC – denselben Inhalt aufweisen muss.

Insgesamt besehen kann daher eine **harmonische Lösung** nur darin bestehen, eine mehrfache Benutzung mautpflichtiger Straßen ohne Entrichtung der fälligen Gebühr jedenfalls dann als ein **fortgesetztes Delikt** – mit der Konsequenz der Zulässigkeit einer bloß **einmaligen** Bestrafung – zu qualifizieren, wenn diese derart erfolgte, dass die Funktionsuntüchtigkeit des elektronischen Mautabbuchungsgerätes (also der sog »GO-Box«) vom LKW-Fahrer über einen längeren Zeitraum faktisch unbemerkt blieb.

4. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH in seinem Urteil vom 5.5.2022, C-570/20, – wiederum nachträglich – zumindest ausgesprochen hat, dass Art 50 EGRC einer nationalen Regelung entgegensteht, die nicht durch klare und präzise Regeln, gegebenenfalls in ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte, gewährleistet, dass im Fall der Kumulierung von Strafen die verhängten Sanktionen insgesamt nicht außer Verhältnis zur Schwere der festgestellten Tat stehen dürfen.

¹³ Vgl zur Begründung des entsprechenden Vorabentscheidungsersuchens A. Grof, Neuralgische Grundfragen, SPWR 2020, 465–469.

Jedenfalls insoweit ist daher § 22 VStG – und wohl auch § 52 GSPG – als **unionsrechtswidrig** anzusehen (bzw kann deren Nichtanwendbarkeit in Fällen mit Bezug zum EU-Recht nur im Wege einer **unionsrechtskonformen Interpretation**, nämlich unter de-facto-gebührender Beachtung des **Verhältnismäßigkeitsprinzips**, hintangehalten werden).

D. Amtsrevision (VfGH vom 7.10.2020, G 196/2020; enderledigt durch LVwG-413645/36/VG/HUE vom 3.6.2022)

1. Die primäre Intention dieses vom LVwG OÖ initiierten Gesetzprüfungsantrages¹⁴ lag ersichtlich darin, zwischen dem Rechtsinstitut der »**Parteienrevision**«¹⁵ einerseits und jenem der »**Amtsrevision**«¹⁶ andererseits zumindest in formell-prozessualer Hinsicht (**Waffen-)Gleichheit** herzustellen.

Diesem Anliegen wurde jedoch im Erkenntnis vom 7.10.2020, G 196/2020, in dem der VfGH die – vor allem in Literaturmeinungen propagierte – Zwecksetzung der »**Ordnungsgemäßheit des Gesetzesvollzuges**« durch die **Verwaltungsgerichte** durchgängig als zentrales Argument für die Rechtfertigung der Sonderstellung des Rechtsinstituts der Amtsrevision heranzieht, nicht Rechnung getragen.

So hat der VfGH entgegen den aufgezeigten Bedenken bezüglich eines Verstoßes des § 28 Abs 2 VwGG gegen das **Legalitätsprinzip** die Auffassung vertreten, dass aus dieser Bestimmung hinreichend deutlich hervorgehe, dass es sich bei der Amtsrevision nicht um die Geltendmachung subjektiver Rechte handle. Vielmehr stelle diese ein Instrument zur Sicherung der Einheit und Gesetzmäßigkeit der Vollziehung dar, das auf einem **verfassungsrechtlich anerkannten** Interesse der Verwaltung an der Wahrung der objektiven Rechtmäßigkeit des Handelns der Verwaltungsgerichte beruhe. Ungeachtet dessen – so die conclusio –, dass diese Zielsetzung im Normtext keine explizite Erwähnung findet, sei § 28 Abs 2 VwGG dennoch zumindest einer dementsprechenden Auslegung zugänglich.

Weiters liege auch keine Verletzung des **Gleichheitsgrundsatzes** bzw des **Rechtsstaatsprinzips** vor. Denn angesichts dessen, dass es bei einer Amtsrevision nicht darum gehe, dass die **Behörde** ihre Entscheidung »**verteidigt**«, sondern dass auf eine im Ergebnis objektiv rechtmäßige Entscheidung hinzuwirken und hierbei das hinter dem Bescheid stehende **öffentliche Interesse**

zu vertreten sei, müsse es als sachlich begründet angesehen werden, dass die revisionswerbende Amtspartei gemäß § 28 Abs 2 VwGG anstatt subjektiver Rechte oder zumindest konkreter öffentlicher Interessen bloß den Umfang der Anfechtung zu bezeichnen habe; dies vor allem auch deshalb, weil nicht übersehen werden dürfe, dass eine Amtsrevision darüber hinaus auch noch begründet werden müsse. (In Verfolgung dieser Argumentation muss gerade deren letzterer Baustein einigermaßen erstaunen, bedingt doch eine Auseinandersetzung mit der **Begründung**, die logisch erst im nachgeordneten Schritt erfolgt, dass zuvor die vom VwGH eingezogene hohe Hürde der Prüfung der **Zulässigkeit** einer Parteienrevision im Gegensatz dazu mit einer substanzlosen Anfechtungsumfangserklärung in der Amtsrevision zuvor bereits unschwer überwunden werden konnte).

Schließlich liege in § 28 Abs 2 VwGG auch weder ein Verstoß gegen das **Fairnessprinzip** des Art 6 EMRK bzw des Art 47 EGRC, weil aus der erstgenannten Bestimmung keine Privilegierung der Amtsrevision gegenüber der Parteienrevision abgeleitet werden könne, zumal vor dem Unterschied der jeweils unterschiedlichen Zwecksetzung beider Rechtsinstitute nicht erkennbar sei, dass es sich bei den in § 28 Abs 1 Z 4 VwGG normierten Kriterien um im Unterschied zur Anfechtungserklärung nach § 28 Abs 2 VwGG »ungleich anspruchsvollere Anforderungen« handle.

2. Objektiv besehen lässt sich zwar gegen eine mit dem Rechtsinstitut der Amtsrevision vermeintlich verfolgte Zielsetzung, die Rechtmäßigkeit des Gesetzesvollzuges im Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts sicherzustellen, kein triftiger Gegeneinwand erheben. Allerdings liegt aber eine gravierende Tatsachenverkennerung darin, dass die Verwaltung in der Praxis ganz überwiegend dahin tendiert, diese Rechtsmittelbefugnis nahezu ausschließlich zur Geltendmachung solcher öffentlicher Interessen, die unter einem zum Nachteil des Bürgers gereichen, einzusetzen und in Verfolgung dieser Motivation im Gegensatz zu Letzterem auch noch kaum auf prozessuale Hürden stößt.

Wenngleich der offizielle Tätigkeitsbericht¹⁷ insoweit unergiebig ist, lässt sich zumindest aus den im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) veröffentlichten Entscheidungstexten ableiten, dass der VwGH seit 2017 jährlich etwas mehr als **50 % aller Revisionen** als **unzulässig** zurückgewiesen hat (wobei diese Tendenz v.a.in den letzten drei Jahren weiter [leicht] angestiegen ist) – darunter jedoch nur knapp **4 % Amtsrevisionen**, dh, dass (unter Inkaufnahme einer gewissen Unschärfe, die elektronischen Abfragen stets inhärent ist) ca **96 % der Revisionszurückweisungen auf Parteienrevisionen entfallen!** De facto sind

¹⁴ Siehe auch A. Grof, Neuralgische Grundfragen, SPWR 2020, 469–474.

¹⁵ Darunter sind Revisionen an den VwGH zu verstehen, die von einer Person erhoben werden, die funktionell nicht dem Staat (im weitesten Sinne) zuzurechnen ist.

¹⁶ Hierzu zählen Revisionen, die von staatlichen Organen (im weitesten Sinne) an den VwGH erhoben werden können.

¹⁷ Abrufbar unter: <https://www.vwgh.gv.at/gerichtshof/taetigkeitsberichte/index.html>.

somit die »ungleich anspruchsvolleren Anforderungen« an Parteienrevisionen – entgegen dem vom VfGH vertretenen Standpunkt – völlig evident.

Lediglich in knapp unter 30 % der Fälle werden Revisionen vom VwGH in Form einer Sachentscheidung erledigt (Tendenz kontinuierlich fallend); die restlichen 20 % verteilen sich im Wesentlichen auf Beschlüsse im Zusammenhang mit Anträgen auf Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung oder von Verfahrenshilfe.

Statistisch besehen ergeben sich somit nur in 3 von 10 Revisionsfällen grundsätzliche Rechtsfragen iSd Art 133 Abs 4 B-VG, wobei unter diesen wiederum Widersprüche zur VwGH-Judikatur den weitaus überwiegenden Hauptanteil ausmachen.

Überblicksweise stellt sich dies konkret für die Jahre 2017 bis 2021 folgendermaßen dar (wobei »RZ« Beschlüsse hinsichtlich der Zurückweisung von Revisionen, »AW« Beschlüsse hinsichtlich Anträgen auf die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung, »VH« Beschlüsse hinsichtlich Anträgen auf die Gewährung von Verfahrenshilfe und »SB« sonstige beschlussförmige Erledigungen bezeichnen):

1.1.–31.12.2017: insgesamt 3.123 Entscheidungen, davon 1.008 Erkenntnisse (= 32,28 %) und 2.115 Beschlüsse, davon 1.543 RZ (= 49,41 %) bzw 352 AW + 77 VH + 143 SB (=18,32 %)

1.1.–31.12.2018: insgesamt 3.394 Entscheidungen, davon 1.069 Erkenntnisse (= 31,50 %) und 2.323 Beschlüsse, davon 1.816 RZ (= 53,50 %) bzw 383 AW + 76 VH + 48 SB (=14,94 %)

1.1.–31.12.2019: insgesamt 3.658 Entscheidungen, davon 1.079 Erkenntnisse (= 29,50 %) und 2.578 Beschlüsse, davon 1.869 RZ (= 51,09 %) bzw 548 AW + 96 VH + 65 SB (=19,38 %)

1.1.–31.12.2020: insgesamt 3.256 Entscheidungen, davon 959 Erkenntnisse (= 29,45 %) und 2.297 Beschlüsse, davon 1.676 RZ (= 51,47 %) bzw 467 AW + 79 VH + 75 SB (=19,07 %)

1.1.–31.12.2021: insgesamt 3.497 Entscheidungen, davon 982 Erkenntnisse (= 28,08 %) und 2.515 Beschlüsse, davon 1.868 RZ (= 53,42 %) bzw 456 AW + 104 VH + 87 SB (=18,50 %)

Vergrößernd ausgedrückt scheint sich demnach das letztinstanzliche Gericht in etwa der **Hälfte** aller Geschäftsfälle vornehmlich damit auseinanderzusetzen, Gründe für die **Unzulässigkeit von Parteienrevisionen** aufzufinden.

Angesichts dessen erhebt sich daher die jedenfalls aus völkerrechtlicher Sicht durchaus relevante Frage – und vielleicht findet (anstelle des VfGH) einst der EGMR oder der EuGH einmal Gelegenheit bzw Interesse, diese zu klären –, ob sich eine derartige Überbewertung von öffentlichen Interessen im Vergleich zu den durch die EMRK und/oder die EGRC geschützten Rechtspositionen der Bürger sachlich rechtfertigen lässt bzw als (noch) verhältnismäßig qualifiziert werden kann.

3. Ungeachtet dessen, dass dieser vorgenannten zentralen Fragestellung im Erkenntnis vom 7.10.2020, G 196/2020, (wohl bewusst) ausgewichen wurde, finden sich in dieser Entscheidung dennoch zwei durchaus nicht uninteressante obiter-dicta-Feststellungen:

So hat der VfGH einerseits darauf hingewiesen, dass seitens der Behörde mit einer Amtsrevision nicht geltend gemacht werden kann, dass die angefochtene Entscheidung gegen **verfassungsgesetzlich** gewährleistete Rechte iSd Art 144 B-VG verstößt. Nimmt man diese Sentenz tatsächlich beim Wort, dann fallen aber **vorbehaltlos** gewährleistete (wie zB Art 3 und Art 4 EMRK) einerseits und unter **Ausgestaltungsvorbehalt** garantierte (wie die Vereins- und die Versammlungsfreiheit nach Art 12 StGG) Grundrechte andererseits schon von vornherein nicht in jenen Kontrollbereich eines objektiv rechtmäßigen Gesetzesvollzuges, von dem die Zwecksetzung von Amtsrevisionen getragen sein soll.

Höchst beachtenswert erscheint andererseits auch der Hinweis, dass »*der Verfassungsgerichtshof nach Art. 140 Abs. 1 Z. 1 lit. a B-VG alleine über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, nicht aber über allfällige Vollzugsfehler bei der Handhabung der angefochtenen Bestimmung zu befinden hat*« (RN 43). Die zuvor aufgezeigte extreme Schräglage, zu der die unterschiedliche Handhabung der Zulässigkeitsprüfung von Parteienrevisionen einerseits und von Amtsrevisionen andererseits führt, obliegt demnach keiner Kontrolle durch den VfGH (und zwar, wie hinzuzufügen ist, auch nicht im Wege einer Parteien-Erkenntnisbeschwerde gemäß Art 144 Abs 1 B-VG) – in Konsequenz dessen sind also derartige **Vollzugsfehler ausschließlich vom VwGH zu verantworten**¹⁸.

4. Hinzuweisen ist abschließend noch darauf, dass dieses Gesetzesprüfungsverfahren in der Enderledigung des LVwG OÖ (vgl LVwG-413645/36/VG/HUE vom 3.6.2022) nicht einmal ansatzweise Erwähnung findet.

E. Serienfälle: Rechtssatzkundmachungen und Sperrwirkung in Verbindung mit Vorabentscheidungsersuchen (VfGH vom 8.10.2020, V 505/2020; enderledigt durch LVwG-413736/38/KHu vom 24.5.2022)

1. Um letztlich zu der begehrten Sachentscheidung des VfGH gelangen zu können, musste das LVwG OÖ in seinem auf Art 139 B-VG gestützten Antrag¹⁹ vorweg die An-

¹⁸ Solche Fehler führen allerdings deshalb nicht in jedem Fall zur absoluten Nichtigkeit einer derartigen VwGH-Entscheidung, weil ja in Gestalt der Individualbeschwerde an den EGMR gemäß Art 34 EMRK ein entsprechendes Fehlerkalkül existiert, dh die aufgezeigte Schiefelage müsste mit einer entsprechenden EGMR-Beschwerde wegen Verletzung der Waffengleichheit (Art 6 EMRK) releviert werden.

¹⁹ Siehe auch A. Grof, Neuralgische Grundfragen, SPWR 2020, 474 f.

sicht vertreten, dass der Akt der Kundmachung eines Beschlusses des VfGH gemäß § 38a VwGG, mit dem in sog »Serienfällen«, die von der Klärung einer gemeinsam-grundsätzlichen Rechtsfrage abhängen, die Konsequenz verbunden ist, dass die unterinstanzlichen Verwaltungsgerichte ihre Verfahren bis zur Entscheidung des VfGH in Form eines (wiederum im BGBl kundzumachenden) Rechtssatzes unterbrechen müssen, als solcher als **Verordnung** zu qualifizieren ist. Ein Widerspruch zum Prinzip des Art 18 Abs 2 B-VG, wonach nur Verwaltungsbehörden, nicht aber auch Gerichte eine Verordnung erlassen dürfen, wäre aber allein dadurch jedenfalls noch nicht entstanden.

2. In seinem Beschluss vom 8.10.2020, V 505/2020, hat der VfGH diese Sichtweise allerdings nicht geteilt, sondern sich vielmehr auf den Standpunkt gestellt, dass die Kundmachung eines Beschlusses des VfGH gemäß § 38a VwGG – etwa im Gegensatz zur Kundmachung von Druckfehlern im BGBl, die mit einer (zumindest minimalen) materiellen Gestaltungsbefugnis der Behörde verbunden ist – nicht als eine Verordnung angesehen werden kann. Vielmehr beschränkt sich die Kompetenz der Verwaltung hier bloß auf den Akt der Kundmachung im eigentlichen Sinn; er verkörpert demnach eine »reine Publikationsform« bzw eine »bloß faktische Verfahrenshandlung« und stellt deshalb nur eine **besondere Form der Zustellung eines gerichtlichen Beschlusses** dar, die selbst noch keine normative Wirkung entfaltet. Die Intention einer dadurch erzielten höheren Publizität ist somit lediglich ein faktischer Effekt und auch die Sperrwirkung ergibt sich (erst) aus der dementsprechenden Anordnung des § 38a Abs 3 VwGG.

3. Neben dieser prinzipiellen Festlegung hat der VfGH im vorliegenden Beschluss zudem neuerlich darauf hingewiesen, dass die Nichtüberprüfbarkeit höchstgerichtlicher Entscheidungen (hier: des VfGH-Beschlusses) durch ein anderes Höchstgericht (hier: durch den VfGH) nicht gegen das **rechtsstaatliche Grundprinzip** (ergänze: österreichischer Prägung, das insofern – etwa im Gegensatz zu dessen Entsprechung in der Schweiz – von einer idR strikten wechselseitigen Kompetenzabgrenzung²⁰ geprägt ist) verstößt.

20 Danach ist der VfGH **letztkompetent** (im Sinne von: allseitige Verbindlichkeit beanspruchend) zur Auslegung von **einfachen Gesetzen und Verordnungen**, jedoch mit **Ausnahme a)** einer diesbezüglichen **verfassungs- bzw gesetzeskonformen Interpretation** (= Letztkompetenz des VfGH) und **b)** der diesbezüglichen **Vereinbarkeit** von nationalem Recht mit **Unionsrecht** (= Letztkompetenz des EuGH). Demgegenüber ist der VfGH **letztkompetent** zur Auslegung der Verfassung sowie der **einfachen Gesetze und Verordnungen** im Hinblick auf deren **verfassungs- bzw gesetzeskonforme Interpretation**, jedoch mit **Ausnahme a)** der **EMRK** (= Letztkompetenz des EGMR) und **b)** der diesbezüglichen **Vereinbarkeit** von nationalem Recht mit Unionsrecht, insbesondere der **EGRC** (= Letztkompetenz des

Lediglich **indirekt** angesprochen wurde vom VfGH hingegen das aus der Nichtqualifikation als Verordnung insgesamt resultierende **Systemproblem** dahin, dass eine fehlerhafte Kundmachung – mangels diesbezüglichen Fehlerkalküls – zur **absoluten Nichtigkeit** der Kundmachung und damit der »Zustellung« und Wirksamkeit des VfGH-Beschlusses sowie des Nichteintrittes des Beginnes (§ 38a Abs 3 VwGG) bzw des Endens (§ 38a Abs 4 VwGG) der Sperrwirkung führt: »Sollte eine Kundmachung nicht entsprechend den Vorgaben des § 38a Abs. 2 VwGG – beispielsweise von einem unzuständigen Verwaltungsorgan – erfolgt sein, können die Sperrwirkungen gemäß § 38a VwGG nicht einsetzen. Dieser Umstand ist von jedem Verwaltungsgericht (von Amts wegen) aufzugreifen; das Verfahren, das aus diesem Grund nicht von einer Sperrwirkung erfasst wird, ist vom Verwaltungsgericht fortzuführen. Es bleibt auch den Parteien des Verfahrens vor den Verwaltungsgerichten unbenommen, in diesen Fällen ein entsprechendes Vorbringen – auch in einem Rechtsmittel – zu erstaten.« (RN 30)

Schließlich hat der VfGH auch konzidiert, dass die Pflicht der Verwaltungsgerichte zur Verfahrensunterbrechung das Grundrecht auf ein faires Verfahren, im Besonderen auf Entscheidung binnen **angemessener Frist** im Sinne des Art 6 EMRK, tangiert (RN 31). Ob aber § 38a Abs 3 VwGG aus diesem Grund gegebenenfalls als verfassungswidrig anzusehen ist, konnte bzw brauchte vom VfGH freilich nicht geprüft werden, weil einer dementsprechenden Sachentscheidung schon vorweg das Prozesshindernis der mangelnden Verordnungsqualität der Kundmachung des VfGH-Beschlusses entgegenstand. Die innerstaatliche Klärung dieser Frage wäre in erster Linie vom LVwG OÖ im fortgesetzten Verfahren im Wege eines entsprechenden Antrages nach Art 140 B-VG zu relevieren gewesen (siehe dazu jedoch unten, E.6.). Darüber hinaus hätte auch die staatsverschiedene Verfahrenspartei gegen die abschließende Entscheidung des LVwG eine dementsprechend begründete Beschwerde gemäß Art 144 Abs 1 zweite Alternative B-VG und in der Folge zudem nach Art 34 EMRK eine Individualbeschwerde an den EGMR erheben können. Geht man in letzterem Zusammenhang von der Richtigkeit der Auffassung des VfGH aus, dass die Kundmachung eine Sonderform der Zustellung eines Sperrwirkungsbeschlusses verkörpert, so ist – wenn man zudem in den Blick nimmt, dass einerseits eine Kontrolle eines Höchstgerichtes durch ein anderes Höchstgericht im B-VG nicht vorgesehen und so der Instanzenzug

EuGH). In diesem dargestellten Sinne sind § 63 Abs 1 VwGG bzw § 87 Abs 2 VfGG jeweils verfassungs- und völkerrechtskonform zu interpretieren (mit – entgegen VfGH vom 26.9.2022, A 27/2021 – der Konsequenz der Möglichkeit einer Staatshaftungsklage gemäß Art 137 B-VG für den Fall einer Fehlauselegung des Unionsrechts durch den VfGH bzw den VfGH).

erschöpft, andererseits eine EGMR-Beschwerde aber auch nicht an Rechtssatzformtypen der österreichischen Verfassung gebunden ist – damit zugleich die Konsequenz verknüpft, dass die 4-Monats-Frist des Art 35 Abs 1 EMRK für eine EGMR-Beschwerde ab dem Datum dieser Kundmachung zu laufen begonnen hätte. Zu begründen wäre eine solche damit gewesen, dass zwar – wenn man auch insoweit dem VfGH folgt – keine mangelhafte Kundmachung vorlag, der VwGH jedoch die Verfahrensbestimmung des § 38a VwGG – deshalb, weil in einer Frage der Vereinbarkeit von Unionsrecht mit nationalem Recht, hinsichtlich der a priori keine Bindungswirkung gemäß § 63 Abs 1 VwGG besteht – fehlerhaft angewendet und dadurch die Beschuldigten in deren Recht auf Erledigung des Verfahrens innerhalb angemessener Frist verletzt hat.

4. Weiters bleibt in rechtspolitischer Hinsicht anzumerken, dass es einerseits deshalb, weil ja das Ergebnis des dem Sperrwirkungsbeschluss zu Grunde liegenden Vorabentscheidungsersuchens des VwGH ohnehin von vornherein klar war, da der EuGH die Kernfrage der Handhabung des Kumulationsprinzips im Verwaltungsstrafrecht schon zuvor mit seinem Urteil vom 12.9.2019, C-64/18 (Maksimovic), entschieden hatte (siehe auch schon oben, C.4.), und andererseits auch deshalb, weil hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskonformität von nationalem Recht (hier: der österreichischen Glücksspielmonopolregelung²¹) ohnehin keine Bindungswirkung an eine diesbezügliche Rechtsmeinung des VwGH besteht, umso unverständlicher erscheint, weshalb sich der VwGH für ein Vorgehen nach § 38a VwGG entschieden hat.

21 Die zugleich einschüchternd wie extrem sophistisch begründete Zurückweisung eines Gesetzesprüfungsantrages durch den VfGH (vgl VfGH vom 15.10.2016, G 103/2016) ließ den OGH, der zunächst von der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols ausging, schließlich umschwenken; dabei wäre der OGH eigentlich verpflichtet gewesen, unter Korrektur der Kritikpunkte des VfGH neuerlich einen Gesetzesprüfungsantrag zu stellen (so beispielsweise VfGH vom 22.9.2021, G 199/2021 [Zurückweisung], und in der Folge VfGH vom 17.3.2022, G 350/2021 [Abweisung]). Ob sich der EGMR dereinst dieses Problems annehmen oder entsprechende Beschwerden weiterhin wie bisher mit nahezu an Willkür erinnernder »Begründung« zurückweisen wird, lässt sich – um im Bild zu bleiben – ebenfalls als ein »Glücksspiel« ansehen. Aus rechtspolitischer Sicht ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sich die Problematik mittlerweile insofern deutlich entschärft hat, als die vom BMF seit jeher protegierte »Novomatic AG« im Zuge der sog »Casinos«-Affäre bekannt gegeben hat, sich vom österreichischen Glücksspielmarkt zurückzuziehen, dh, sich an künftigen Neuausschreibungen von Konzessionen nicht mehr beteiligen und auch keine Konkurrentenklagen wegen unlauteren Wettbewerbes mehr erheben zu wollen (vgl zB Tiroler Tageszeitung [»Novomatic zieht sich Schritt für Schritt aus Österreich zurück«] und Oberösterreichische Nachrichten [»Novomatic zieht sich aus kleinem Glücksspiel in Österreich zurück«], jeweils vom 5.2.2018).

Im Ergebnis bewirkte dies in erster Linie einen erklecklichen **Verfahrensrückstau** (nota bene: nicht beim VwGH selbst, sondern) bei den LVwG sowie eine nahezu zweijährige²² Verfahrensverzögerung für die vor allem von Verwaltungsstrafverfahren betroffenen Beschuldigten, für die teilweise enorm hohe Geldstrafen bzw für den Fall einer Vermögenslosigkeit entsprechend langdauernde Ersatzfreiheitsstrafen auf dem Spiel standen, womit de facto eine mittelfristige Lebensplanung vielfach verunmöglicht war.

Es steht daher zu hoffen, dass künftig in verantwortungsvollerer Weise vom Instrumentarium des § 38a VwGG (bzw dem Analogon des § 86a VfGG) Gebrauch gemacht bzw zumindest der **verfahrensabschließende Rechtssatz wesentlich zeitnäher kundgemacht** werden wird: Hier hatte nämlich der EuGH das Vorabentscheidungsersuchen bereits mit Urteil vom 14.10.2021, C-231/20, erledigt, die Kundmachung des VwGH-Rechtssatzes wurde jedoch erst nahezu ein **halbes Jahr** später vorgenommen²³.

5. Immerhin erfolgte die abschließende Kundmachung des Rechtssatzes dann richtigerweise im II. Teil des BGBl, während der Sperrwirkungsbeschluss fälschlich noch im I. Teil des BGBl publiziert worden war²⁴.

6. Soweit die beim LVwG OÖ anhängigen Anlassfälle des Autors von an dessen Stelle getretenen Richterkollegen mittlerweile bereits finalisiert wurden, folgen diese Erledigungen – jeweils ohne Hinweis auf das dargestellte Ordnungsprüfungsverfahren – übereinstimmend dem Schema einer unkritischen Übernahme der Rechtsansicht des VwGH dahin, dass das österreichische Glücksspielmonopol nicht unionswidrig sei²⁵.

Gerade dies hat der **EuGH** freilich **nicht** festgestellt. Denn der EuGH hat in seinem Urteil vom 14.10.2021, C-231/20, lediglich erklärt²⁶:

22 Vgl BGBl I 55/2020 vom 30.6.2020 einerseits und BGBl II 105/2022 vom 11.3.2022.

23 Vgl BGBl II 105/2022 vom 11.3.2022.

24 Siehe oben, FN 22.

25 Vgl LVwG-413358 vom 11.4.2022 (Abweisung); LVwG-413645 vom 3.6.2022 (Abweisung unter Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe); LVwG-413648 vom 8.8.2022 (Abweisung unter Strafferabsetzung); LVwG-413736 vom 24.5.2022 (Aufhebung und Einstellung mit dem Argument »in dubio pro reo«); LVwG-413737 vom 28.6.2022 (Aufhebung und Einstellung wegen Nichterwiesenheit des Tatvorwurfes); LVwG-413740 vom 19.1.2022 (Aufhebung und Einstellung wegen Verjährung); LVwG-413743 (derzeit noch offen); LVwG-413788 vom 2.8.2022 (Abweisung unter Strafferabsetzung); LVwG-413915 vom 2.6.2022 (Aufhebung und Einstellung mangels Außenvertretungsbefugnis gemäß § 9 VStG); LVwG-413945 vom 4.5.2022 (Abweisung); LVwG-490553 vom 28.6.2022 (Abweisung); LVwG-490554 vom 15.2.2022 (Abweisung).

26 Ergänzend ist hierzu auch das erst nachfolgend ergangene Urteil vom 5.5.2022, C-570/20, in den Blick zu nehmen, in dem betont wurde, dass Art 50 EGRC einer nationalen Regelung entgegensteht, die nicht durch klare und präzise Regeln, gegebenenfalls in ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte, gewährleistet,

»1. Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass das nationale Gericht, das mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer wegen Verstoßes gegen das Glücksspielmonopol verhängten Sanktion befasst ist, in einem Verfahren über die Verhängung von Sanktionen wegen eines solchen Verstoßes speziell prüfen muss, ob die in der anwendbaren Regelung vorgesehenen Sanktionen unter Berücksichtigung der konkreten Methoden für deren Bestimmung mit Art. 56 AEUV vereinbar sind.

2. Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die im Fall der unternehmerischen Zugänglichkeit verbotener Ausspielungen Folgendes zwingend vorsieht:

- ▶ die Festsetzung einer Mindestgeldstrafe für jeden nicht bewilligten Glücksspielautomaten ohne Höchstgrenze der Gesamtsumme der verhängten Geldstrafen, sofern der Gesamtbetrag der verhängten Geldstrafen nicht außer Verhältnis zu dem durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil steht;
- ▶ die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe für jeden nicht bewilligten Glücksspielautomaten ohne Höchstgrenze der Gesamtdauer der verhängten Ersatzfreiheitsstrafen, sofern die Dauer der tatsächlich verhängten Ersatzfreiheitsstrafe im Hinblick auf die Schwere der festgestellten Taten nicht übermäßig lang ist, und
- ▶ einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens in Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafen, sofern dieser Beitrag im Hinblick auf die tatsächlichen Kosten eines solchen Verfahrens weder überhöht ist noch das in Art. 47 der Charta verankerte Recht auf Zugang zu den Gerichten verletzt.«

Diesem Urteil – wie der VwGH mit seinem Rechtssatz-Erkenntnis vom 10.12.2021, Ra 2020/17/0013 (= BGBl II 105/2022) – zu unterstellen, es hätte ausgesprochen,

»Die Rechtsgrundlagen

- i) für die Verhängung von Geldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 13/2014,
- ii) für die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 16 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, im Zusammenhang mit der Verhängung von Geldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG und

dass im Fall der Kumulierung von Strafen die verhängten Sanktionen insgesamt nicht außer Verhältnis zur Schwere der festgestellten Tat stehen dürfen (siehe auch oben, C.4.).

iii) für die Vorschreibung eines Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens gemäß § 64 Abs. 2 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013,

sind grundsätzlich mit dem Unionsrecht (insbesondere Art. 56 AEUV und Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) vereinbar.«,

bedeutet, dass man sich bereits nahe an der Grenze zur Irreführung bewegt, wenn ein gleichzeitiger Hinweis darauf, dass in diesem Zusammenhang hinsichtlich der Gesamtauswirkung der Strafausmaße stets zwingend das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu berücksichtigen ist, unterbleibt. Zumindest führt aber die Nichterwähnung dieser vom EuGH aufgestellten notwendigen Bedingung zur **inhaltlichen Rechtswidrigkeit des VwGH-Rechtssatzes**. Mangels eines entsprechenden Fehlerkalküls erweist sich dieser sohin im Sinne der vorstehenden Ausführungen (s.o., E.3.) als **absolut nichtig**. Prozessual kann diese Fehlerhaftigkeit jedoch lediglich **mittelbar**, nämlich nur im Wege einer **Staatshaftungsklage** gemäß Art 137 B-VG geltend gemacht werden²⁷.

7. Abschließend soll auch noch die Beharrlichkeit, mit der das BMF (in Wahrheit) »sein« Glücksspielmonopol – vor allem im Interesse möglichst hoher Steuereinnahmen – verteidigt, unterstrichen werden.

So wurde(n) ein im Zuge des zuvor dargestellten »Sperrwirkungs-Verordnungsprüfungsverfahrens« beiläufig (?) geäußerter Hinweis des Bundeskanzleramtes, dass eine entgegen § 38a Abs 3 VwGG vorgenommene Fortführung des Verfahrens gegebenenfalls disziplinar zu ahnden sei, von der Sektionsleitung des BMF bereitwilligst aufgegriffen und gegen den damals entscheidungszuständigen Einzelrichter des LVwG OÖ (und Autor dieser Zeilen) tatsächlich und umgehend entsprechende **Disziplinaranzeigen** eingebracht, die allerdings letztlich nicht den gewünschten Erfolg zeitigten:

7.1. Denn mit Beschluss des LVwG OÖ vom 19.8.2021, LVwG-950166/8/SE (bedenklicher Weise nicht veröffentlicht), wurde zunächst das Disziplinarverfahren, das den Vorwurf der – nach Auffassung des BMF – **mutwilligen Missachtung der Sperrwirkung des § 38a Abs 3 VwGG** betraf, eingestellt.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt:

»Der EuGH erkennt in ständiger Rechtsprechung jedem Gericht die Kompetenz zu bzw. verpflichtet er dieses, aus eigenem – und ungeachtet allenfalls entgegenstehender Entscheidungen nationaler

²⁷ Siehe oben, FN 20.

Höchstgerichte – innerstaatliche Rechtsvorschriften, die dem EU-Recht widersprechen, unangewendet zu lassen. Das bedeutet, dass die Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht von jedem nationalen Gericht autonom, ohne Bindung an eine diesbezügliche Rechtsauffassung eines anderen zu beurteilen ist.

Dem § 38a-Beschluss liegt das an den EuGH gerichtete Vorabentscheidungsersuchen zwecks Klärung der Frage, ob der dritte Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG (eine Sonderausprägung des Kumulationsprinzips des § 22 VStG) mit dem Unionsrecht, insbesondere mit dem AEUV und der EGRC, vereinbar ist, zu Grunde.

Der Beschuldigte war daher, weil es sich um eine Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit dem Unionsrecht handelt, der Ansicht, dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht an die im § 38a-Beschluss zum Ausdruck gebrachte Rechtsmeinung gebunden sei und dieser Beschluss keine Sperrwirkung i.S.d. § 38a Abs. 3 VwGG auslöse.

Unter Beachtung des »Grundsatzes der doppelten Bindung«, wonach auch die Einhaltung der Bestimmungen des innerstaatlichen Verfassungsrechts zu gewährleisten ist, stellte der Beschuldigte mit Schriftsatz vom 7. Juli 2020 gemäß Art. 139 Abs. 1 Z. 1 B-VG einen Antrag auf Aufhebung der »Kundmachung der Bundesministerin für EU und Verfassung über den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes in dem zur dg. Zl Ra 2020/17/0013, anhängigen Verfahren [gemäß] § 38a VwGG«. Diesen begründete der Beschuldigte im Wesentlichen damit, dass der § 38a-Beschluss als Verordnung i.S.d. Art. 139 B-VG zu qualifizieren und die Kundmachung gesetzwidrig seien (...).

Vor diesem Hintergrund und der noch offenen Frage, ob der § 38a-Beschluss sowohl in inhaltlicher als auch in formeller Hinsicht als verfassungskonform anzusehen sei oder nicht, traf der Beschuldigte am 17. November 2020 in den Beschwerdeverfahren LVwG-413736, LVwG-413737, LVwG-413740 und LVwG-413743, die aufgrund des sachlichen, zeitlichen und persönlichen Zusammenhangs als eine Einheit anzusehen sind, abschließende Entscheidungen.

Die vom Beschuldigten vorgebrachten rechtlichen Bedenken bzw. seine Rechtsansichten widersprechen dem Rechtssystem bzw. der Rechtsordnung nicht. Es wurden die möglichen Instrumentarien zur Klärung der Rechtslage genutzt.

Weder der VfGH noch der VwGH stellten fest, dass die rechtlichen Bedenken (materiell-verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf eine Entscheidung innerhalb angemessener Frist i.S.d. Art. 6 EMRK bzw. Art. 47 EGRC; Unklarheit über rechtliche Qualität des § 38a-Beschlusses; verfassungsrechtliche Bedenken – falsches Organ, falscher Teil des BGBl) des Beschuldigten, die ihn dazu veranlassten, abschließende Entscheidungen zu treffen, völlig unvertretbar gewesen seien. Durch die Höchstgerichte erfolgte eine eingehende sachliche Auseinandersetzung mit den vom Beschuldigten vorgebrachten Argumenten.

Unter Berücksichtigung der richterlichen Unabhängigkeit begründet der Umstand, dass eine bestimmte Rechtsfrage von einer übergeordneten Instanz anders beurteilt wird, in der Regel keine disziplinarische Verantwortlichkeit des Richters, wenn dieser seine Rechtsansicht nachvollziehbar und in rechtlich vertretbarer Weise begründet.

Dem Beschuldigten ist daher kein disziplinarisch ahndendes Verhalten vorzuwerfen. Das Disziplinarverfahren war daher einzustellen.«

7.2. Mit Beschluss des LVwG OÖ vom 25.4.2022, LVwG-950177/4/SE (ebenfalls unveröffentlicht), wurde in der Folge auch das andere Disziplinarverfahren, das die **Verhängung einer nach Auffassung des BMF zu niedrigen Geldstrafe** zum Gegenstand hatte, eingestellt.

Dies vornehmlich mit folgender Begründung:

»Die Strafbemessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens ist eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist. ...

Nach der Judikatur des EuGH ist jedoch bei der Anwendung im Einzelfall sicherzustellen, dass bei jeder Bemessung der festzusetzenden Geldstrafen vor dem Hintergrund der jeweiligen Strafzumessungsgründe nach den Vorgaben des VStG die Geldstrafen nicht außer Verhältnis zu dem durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil stehen (...).

Die verfassungsrechtliche Garantie der Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter in Ausübung ihres richterlichen Amtes dient der Absicherung vor möglicher Einflussnahme in der Rechtsprechung. Sie findet ihre Grenzen in der ordnungsgemäßen Erfüllung der richterlichen Dienstpflichten. ...

Der Beschuldigte führte ausführlich und unter Hinweis, dass der Vorwurf des rechtswidrigen Verhaltens sich auf einen einzigen und konkret genannten Tag (unter Angabe der ungefähren Uhrzeit) bezieht und als Ordnungswidrigkeit zu werten ist, die Gründe der Strafbemessung unter Verweis auf die maßgeblichen Gesetzesbestimmungen an.

Der Umstand, dass eine bestimmte Rechtsfrage von einer übergeordneten Instanz anders beurteilt wird, begründet unter Berücksichtigung der richterlichen Unabhängigkeit in der Regel keine disziplinarische Verantwortlichkeit des Richters, wenn dieser seine Rechtsansicht nachvollziehbar und in vertretbarer Weise begründet.

Dem Beschuldigten ist daher kein disziplinar zu ahndendes Vergehen vorzuwerfen. Das eingeleitete Disziplinarverfahren war daher einzustellen.«

7.3. Es liegt auf der Hand, dass Disziplinaranzeigen ein durchaus geeignetes Mittel darstellen, den vom EuGH forcierten Grundsatz der autonomen Beurteilung der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht gegenüber gegenteiliger Judikatur von nationalen Höchstgerichten **faktisch leerlaufen** zu lassen – dies vor allem dann, wenn de facto jüngere Richterkollegen von einem derartigen **Entscheidungs dilemma** betroffen sind. Denn deren **formelle Weisungsfreiheit** in Bezug auf die Beurteilung von Rechtsfragen vermag die demgegenüber tatsächlich bestehenden **mehrfachen persönlichen Abhängigkeiten** in organisatorischer Hinsicht (Sachausstattung, Gehalt, [Teil-]Dienstzeit, geschäftsverteilungsmäßige Zuständigkeit und Auslastung sowie vieles andere mehr) keineswegs auszugleichen.

Der EuGH, dem diese Disziplinarverfahren jeweils zur Kenntnis gebracht wurden, hat diese de-facto-Misere gleichsam nur achselzuckend zur Kenntnis genommen²⁸.

Und den Verfahrensparteien bleibt letztlich nur die Möglichkeit fortgesetzter, formlos-unverbindlicher Beschwerden an die EU-Kommission, verbunden mit der vagen der Hoffnung, dass steter Tropfen irgendwann – bestenfalls möglichst schnell – doch den Stein hohlen möge!

28 Vgl zB EuGH vom 20.10.2021 zu C-79/17 (unveröffentlicht): »Vielen Dank für die Information zum weiteren Verlauf und zu den Konsequenzen des am Gerichtshof unter der Rechtssachennummer C-79/17 geführten Verfahrens. Der Gerichtshof nimmt diese Informationen zur Kenntnis. Sollte ein möglicher Verstoß österreichischer Stellen gegen EU-Recht vorliegen, so haben Sie die Möglichkeit, eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission einzureichen (...). Der Gerichtshof selbst hat keine Möglichkeit, abgeschlossene Vorabentscheidungsverfahren wieder aufzugreifen oder sich in nationale Verfahren einzuschalten.«

Ausblick

Angesichts des eingangs konstatierten Realbefundes hinsichtlich der tatsächlichen Effekte der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 51/2012²⁹ ist nun der Gesetzgeber vor allem dahin gefordert, europataugliche Verfahrens- und Organisationsgesetze – vor allem für die (erstinstanzlichen) Verwaltungsgerichte – zu schaffen.

In diesem Zusammenhang wäre vornehmlich sicherzustellen, dass künftig **insbesondere** auch die folgenden **Mindestkriterien erfüllt bzw strukturellen Defizite beseitigt** werden:

29 Als weiteres Beispiel für eine effektive Reduktion des Rechtsschutzes möge die mit dieser Novelle einhergegangene Modifikation der Ablehnungsbefugnis des VfGH dienen: Denn ursprünglich war eine solche Ablehnung nur zulässig, soweit zugleich eine Zuständigkeit des VwGH nicht ausgeschlossen war, dh der VwGH »nicht angerufen werden konnte« (vgl 427 BlgNR, 15. GP, 12, zu BGBl 350/1981). Dieser Konnex ist mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 stillschweigend entfallen, wobei zufolge den Gesetzesmaterialien (vgl 1618 BlgNR, 14. GP, 20) offenbar übersehen wurde, dass der VwGH nun nicht mehr quasi »standardmäßig neben« dem VfGH angerufen werden kann, sondern nur mehr dann und insoweit zuständig ist, wenn bzw als eine grundsätzliche Rechtsfrage vorliegt. Demnach besteht also gegenwärtig keine lückenlose höchstgerichtliche Kontrolle in Bezug auf Entscheidungen der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte (dies ganz abgesehen davon, dass die Rechtsmittellegitimation an die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts in der Praxis häufig insofern »glücksspielartige« Züge aufweist, als nur ein geringer Bruchteil die entsprechenden Zulassungshürden des Art 144 Abs 2 B-VG bzw des Art 133 Abs 4 B-VG zu überwinden vermag). Vielmehr können deren Beschlüsse überhaupt nur insoweit höchstgerichtlich angefochten werden, als dies im VwGG bzw im VfGG explizit vorgesehen ist, und auch deren Erkenntnisse nur hinsichtlich Grundrechtsverletzungen oder behaupteter fehlerhafter Rechtsgrundlage (VfGH) bzw im Falle des Vorliegens einer grundsätzlichen Rechtsfrage (in diesem Sinne auch zB VfGH vom 12.3.2014, E 30/2014, und vom 23.2.2016, G 547/2015). Aus innerstaatlich-verfassungsrechtlichem Blickwinkel verlangt das Rechtsstaatsprinzip keinen allumfassenden Rechtsschutz (vgl zB VfGH vom 6.3.2018, G 129/2017). Gleiches gilt aus völkerrechtlicher Sicht – vielmehr muss insoweit nur in »civil-rights«-Angelegenheiten und in Bezug auf »criminal charges« (Art 6 EMRK) einerseits sowie hinsichtlich der Durchführung des Unionsrechts (Art 51 Abs 1 EGRC) andererseits ein gerichtlicher Rechtsschutz gewährleistet sein. Diese Anforderungen erfüllt Österreich gesamthaft betrachtet bloß mit einem Minimalprogramm, wenn die Kontrolle der VwG durch die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts zum einen bloß lückenhaft (Ablehnung durch VfGH auch bei Unzuständigkeit des VwGH) ist und zum anderen der VfGH und der VwGH keine Tribunalqualität aufweisen. Ist demnach im Endeffekt ein sog »overruling« der VwG durch ein Nicht-Tribunal nicht zuverlässig ausgeschlossen und kann zugleich auch die Tribunalqualität der VwG selbst – schon aufgrund struktureller Defizite – nicht vorbehaltlos unterstellt werden, dann kann bzw muss somit stets nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilt werden, ob Art 6 EMRK auch tatsächlich entsprochen wurde oder nicht. Im Ergebnis lässt sich somit keine für eine EMRK/EGRC-Konformität des spezifisch österreichischen Systems der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts streitende Vermutung in überzeugender Weise vertreten.

| Verfahren | Organisation |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ▷ Formal autonome Verfahrensgesetze ohne Verweisungen auf die Behördenverfahrensgesetze | <ul style="list-style-type: none"> ▷ Vollständige Unabhängigkeit der VwG und der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts von den politischen Behörden in Bezug auf Gehalts-, Personal- und Sachausstattung |
| <ul style="list-style-type: none"> ▷ Weder inhaltliche noch verfahrensrechtliche Vermischung zwischen richterlicher und Behördenfunktion; keine politischen Entscheidungen der (bzw »Führen der Verwaltung« durch) Gerichte | <ul style="list-style-type: none"> ▷ Keine Beteiligung der politischen Behörden am Richterauswahlverfahren (vor allem auch im Hinblick auf die Besetzung von Leitungsfunktionen); Parteistellung und Rechtsmittelbefugnis von übergangenen Bewerbern; kein »Selbstrekrutierungsrecht« |
| <ul style="list-style-type: none"> ▷ Keine Verpflichtung zur Heranziehung von Amtssachverständigen in verwaltungsgerichtlichen Verfahren | <ul style="list-style-type: none"> ▷ Institutionalisierte, zielorientierte und permanente richterliche Schulung |
| <ul style="list-style-type: none"> ▷ Neuerungsverbot ab Beschwerdeerhebung | ... |
| <ul style="list-style-type: none"> ▷ Keine Beschränkung der Kognitionsbefugnis des VwGH auf grundsätzliche Rechtsfragen; keine kassatorische Entscheidungsbefugnis des VwGH | |
| <ul style="list-style-type: none"> ▷ Prozessuale Gleichstellung von Parteien- und Amtsrevision | |
| <ul style="list-style-type: none"> ▷ Verwaltungsstrafverfahren: Anklageprinzip; keine Beweislastumkehr, kein Kumulationsprinzip; weder primäre noch Ersatzfreiheitsstrafen | |
| <ul style="list-style-type: none"> ▷ Kein »overruling« der VwG durch nichttribunalmäßige Entscheidungen des VfGH oder des VwGH | |
| <ul style="list-style-type: none"> ▷ Tribunalmäßiges Verfahren des VfGH, wo dieser in erster und letzter Instanz entscheidet (insbesondere Art 137, 139 und 140 B-VG) | |
| ... | |

Korrespondenz:
 HR i.R. Dr. Alfred Grof,
 Mail: alfred.grof@gmail.com.