

Neuralgische Grundfragen der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit

Lösung oder Permanenz der Inkonsequenz*?

ALFRED GROF

Abstract

Die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 wird seit ihrem Inkrafttreten am 1.1.2014 allenthalben als Erfolgsmodell gefeiert. Bei näherer Betrachtung ist allerdings schon deshalb kritische Distanz geboten, weil die damals angesichts des bevorstehenden Endes der Regierungsperiode zugunsten politischer Machbarkeit in Kauf genommenen Rechtsstaatsdefizite im Verfahrensbereich bislang noch nicht saniert wurden, sondern eher in Vergessenheit geraten zu sein scheinen. Um dem entgegenzuwirken, sollen in dieser Abhandlung einige dieser Kernfragen wieder in den Focus gerückt werden.

Schlagworte

Vorrang des Unionsrechts; integrationsfester Verfassungskern; Gerichtsbegriff; faires Verfahren; Glücksspiel; Sachverständige; Bindungswirkung; Apothekenkonzessionen; Konkurrenzschutz durch Selbstverwaltung; Mehrfachbestrafung; fortgesetztes Delikt; Kumulationsprinzip; Verhältnismäßigkeit; Mautgebühren; Verordnungsbegriff; Waffengleichheit; Parteirevision und Amtsrevision; Vorabentscheidung; Sperrwirkung; angemessene Verfahrensdauer; Gewaltenteilung

Rechtsquellen

Art 47 EGRC; Art 50 EGRC; Art 6 EMRK; Art 4 7.ZPMRK; § 10 ApG; § 28 VwGG; § 38a VwGG; § 22 VStG

Inhaltsübersicht

Vorbemerkungen	458
A. Vorlageantrag zum Fragenkomplex »Vorrang des Unionsrechts – integrationsfester Verfassungskern« (EuGH: C-293/20; LVwG OÖ: LVwG-413731)	458
1. Anlassverfahren	458
2. Argumentationslinien des LVwG OÖ	459
B. Vorlageantrag »Parteilichkeit der Apothekerkammer – Bindung des VwG an deren Gutachten?« (EuGH: C 378/20; LVwG OÖ: LVwG-050099)	462
1. Anlassverfahren	462
2. Argumentationslinien des LVwG OÖ	462
C. Vorlageantrag »Mehrfachbestrafung, Kumulationsprinzip und fortgesetztes Delikt« (EuGH: C-521/20; LVwG OÖ: LVwG-400488)	465
1. Anlassverfahren	465
2. Argumentationslinien des LVwG OÖ	466
D. Gesetzesprüfungsantrag »Amtsrevision« (VfGH: G 196/2020; LVwG OÖ: LVwG-413645)	469
E. Verordnungsprüfungsantrag »Verbindung von Vorabentscheidungsersuchen und Sperrwirkung« (VfGH: V 505/2020; LVwG OÖ: LVwG-413736)	474
Zwischenergebnis	475

* Zum Folgenden vgl auch *F. Grillparzer*, Ein Bruderzwist in Habsburg, 2. Aufzug:
 »Das ist der Fluch von unserm edeln Haus:
 Auf halben Wegen und zu halber Tat
 Mit halben Mitteln zauderhaft zu streben.«

Vorbemerkungen

Im vergangenen Halbjahr wurden seitens des LVwG OÖ einige zentrale Fragen, die aus europarechtlicher Sicht nach wie vor höchst bedenkliche neuralgische Schwachpunkte des innerstaatlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrechts in den Focus stellen, dem Prüfstand des EuGH und des VfGH zugeführt. Kursorisch umschrieben betrifft dies insbesondere folgende Problemstellungen:

- ▷ Gilt der Vorrang des Unionsrechts unbedingt oder muss dieser auch im Hinblick auf das österreichische Verfassungsrecht gegenüber einem sog »integrationsfesten Kern« zurücktreten?
- ▷ Ist die Bindung an Sachverständigengutachten, insbesondere wenn deren Erstattung im Zuge einer Bewilligungserteilung an künftige Konkurrenten im Rahmen einer Selbstverwaltungsorganisation letztlich den bereits etablierten Unternehmern zukommt, mit der Dienstleistungsfreiheit und der Unparteilichkeit von Gerichten vereinbar?
- ▷ Bedarf es einer zusätzlichen expliziten gesetzlichen Verpflichtung zur effektiven Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wenn bislang bloß ein rein arithmetisches Kumulationsprinzip festgelegt ist?
- ▷ Kann die rechtlich-faktische prozessuale Begünstigung von Amtsrevisionen unter dem Aspekt der Waffengleichheit und der Fairness eines gerichtlichen Verfahrens weiterhin aufrechterhalten werden?
- ▷ Kann seitens eines Höchstgerichtes auch dann mit der Anordnung einer Sperrwirkung, die zu einem jahrelangen Stillstand der mittelinstantlichen Verfahren führt, vorgegangen werden, wenn dieses zu einer bestimmten Rechtsfrage eine Vorabentscheidung des EuGH einholen muss?

Das gemeinsame, hinter diesen Fragen stehende Grundthema kulminiert darin, ob das mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 neugeschaffene System der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nur aus österreichischer, sondern – worauf es letztlich entscheidend ankommt – auch aus Sicht des EuGH und des EGMR nach nunmehr sieben Jahren tatsächlich den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK bzw des Art 47 EGRC gerecht zu werden vermag.

Weil es sich bei den aufgeworfenen Fragestellungen jeweils um solche handelt, die unmittelbar oder zumindest mittelbar tragende Strukturprobleme der österreichischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtsordnung tangieren, ist kaum zu erwarten, dass die Höchstgerichte diese jeweils einer umfassenden Lösung zuführen werden, weil eine solche entsprechend tiefgreifende Systemreformen bedingen würde. Insofern besteht immer noch umfassender Nachholbedarf,

der aus jenem dilatorischen Formelkompromiss herührt, dass die B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 in rechtspolitischer Hinsicht nur um den Preis zustande kommen konnte, die traditionellen Prärogativen der Verwaltung weitestgehend unangetastet zu lassen. Es würde allerdings bereits einen erheblichen Gewinn bedeuten, wenn die Gerichte den aufgezeigten Fragestellungen nicht unter dem Vorwand mangelnder Prozessvoraussetzungen ausweichen, sondern (möglichst nach reiflicher Überlegung und Folgenabwägung) zumindest zu Teilaspekten derselben eine Antwort geben bzw eine Lösungsrichtung angedeutet würden (dies ungeachtet dessen, dass für die traditionell oberflächlich agierende Praxis naturgemäß primär das Ergebnis solcher Vorabentscheidungs- und Normprüfungsverfahren zählt, während aus wissenschaftlichem Blickwinkel die Frage, dass bzw welche neuralgischen Punkte in deren Zuge problematisiert bzw bewusst gemacht wurden, letztlich wesentlich entscheidender ist als der formale Ausgang dieser Verfahren; in der Sache geht es also darum, nach Möglichkeit letztlich Substantielles zu bewegen).

Weil die entsprechenden Anträge des LVwG OÖ einerseits (aus objektiv nicht nachvollziehbaren Gründen) nicht über dessen Homepage abrufbar gemacht und andererseits in den Entscheidungen gegebenenfalls nur kursorisch wiedergegeben werden, sollen diese hier gesammelt und jeweils mit ihren wesentlichen Argumentationslinien dargestellt werden, um so einer wissenschaftlich interessierten Leserschaft letztlich eine umfassend objektive Beurteilung der aufgeworfenen Fragestellungen zu ermöglichen.

A. Vorlageantrag zum Fragenkomplex »Vorrang des Unionsrechts – integrationsfester Verfassungskern« (EuGH: C-293/20; LVwG OÖ: LVwG-413731)

1. Anlassverfahren

Über zwei Beschwerdeführer (Bf) wurde wegen verbotener Eingriffe in das Glücksspielmonopol jeweils eine Verwaltungsstrafe gemäß § 52 Abs 1 GSpG verhängt.

Im Zuge der Entscheidung über die gegen diese Straferkenntnisse erhobenen Beschwerden hat das LVwG OÖ ua auch zu beurteilen, ob das im GSpG normierte Monopolsystem der in Art 56 AEUV grundgelegten Dienstleistungsfreiheit entspricht. Zudem ist in diesem Zusammenhang auch die Frage zu klären, ob der vom EuGH stets propagierte Vorrang des Unionsrechts rechtssystematisch besehen absoluter oder bloß relativer Natur ist.

▷

2. Argumentationslinien des LVwG OÖ

2.1. Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

2.1.1. Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens gem Art 267 AEUV ist die **Gerichtsqualität** des vorlegenden mitgliedstaatlichen Organs.

Die darauf bezügliche bisherige Rechtsprechung des EuGH dürfte dahin zu verstehen sein, dass der **Gerichtsbegriff** des Art 267 AEUV weiter reicht als jener des Art 47 EGRC¹, sodass etwa auch Institutionen als »Gericht« iSd Art 267 AEUV anzusehen sind, die **nicht** schon **vorweg** (dh generell-abstrakt) bzw **nicht** in jedem **konkreten Einzelfall zweifelsfrei** auch **sämtliche** Anforderungen des Art 47 EGRC bzw des Art 6 Abs 1 EMRK erfüllen.

2.1.2. Zur Frage, welche Mindestvoraussetzungen vorliegen müssen, um eine Institution als »Gericht« iSd Art 6 EMRK qualifizieren zu können, hat der EGMR in seinem Beschluss vom 28.11.2019, 47341/15, jüngst – seine bisherige diesbezügliche Rechtsprechung zusammenfassend – festgestellt, dass bei Vorliegen einer aufgrund eines **kontradiktorischen** und **öffentlichen** Verfahrens von sowohl **unabhängigen** als auch **unparteiischen** Richtern ergangenen und **nachvollziehbar begründeten** Entscheidung einer **gesetzlich** mit der Intention der **Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten eingerichteten** Institution **zumindest** eine **Vermutung** für ein gerichtsförmiges Handeln, das den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK an ein faires Verfahren adäquat ist, spricht (sog »**Bosphorus**«-Vermutung), diese Vermutung **jedoch widerleglich** ist (vgl Rn 45 und 47 dieses Beschlusses).

Davon ausgehend steht (va dann, wenn es inhaltlich um die vorläufige Klärung von Rechtsfragen, die letztkompetent von **supranationalen** Spruchkörpern – wie jene der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht durch den EuGH – zu entscheiden sind) offenbar die **Gerichtsqualität** einer konkreten innerstaatlichen Institution nicht von vornherein zweifelsfrei fest, sondern diese muss gleichsam **in jedem Einzelfall** anhand der **de facto konkret gepflogenen Vorgangsweise** beurteilt bzw unter Beweis gestellt werden (also keine apriorisch-abstrakte, sondern allenfalls bloß singulär-konkrete **Inzident-Gerichtsbarkeit**).

Anderes würde nur gelten, wenn die im zuvor dargestellten EGMR-Beschluss geforderten Kriterien schon auf gesetzlicher Ebene derart stringent und umfassend geregelt wären, dass schon a priori kein Raum für Zweifel (dh: keine Ansatzpunkte für eine Widerlegung der ex-ante-Vermutung) bleiben würde.

1 Vgl zB EuGH vom 25.4.2018, C-102/17, Rn 31 ff; s.a. Pkt 4 der Empfehlungen des EuGH bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen.

2.1.3.1. Wenngleich Art 47 EGRC einen weitgehend deckungsgleichen Inhalt zu Art 6 Abs 1 EMRK aufweist (vgl Art 52 EGRC²), könnte demgegenüber aber dennoch fraglich sein, ob sich der **Gerichtsbegriff des Art 267 AEUV** damit deckt oder – zB im Hinblick darauf, dass dieser **nicht** auf die Gewährleistung eines **fallkonkret-effektiven Menschenrechtsschutzes**, sondern »bloß« auf die **objektiv-abstrakte Auslegung** völkerrechtlicher Verträge abzielt – davon doch in maßgeblichen Punkten abweicht. Dies etwa derart, dass Art 267 AEUV entweder (in einem engeren Sinn) voraussetzt, dass die **Gerichtsqualität** der vorlegenden Institution nicht nur vermutet werden kann, sondern vielmehr schon **vorweg feststehen** muss, oder (in einem weiteren Sinn) **vergleichsweise geringerwertige Anforderungskriterien** aufstellt oder auf sonstigen Differenzierungen basiert.

2.1.3.2. Vor diesem Hintergrund vermag die österreichische **Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts** (anderes als die österreichische »Justiz« bzw »ordentliche Gerichtsbarkeit«) den Anforderungen des Art 267 AEUV **nur dann** zu entsprechen, wenn entweder eine bloße Vermutung für die **Gerichtsförmigkeit** hinreicht (und insoweit der **Gerichtsbegriff** des Art 267 AEUV mit jenem des Art 47 EGRC deckungsgleich ist) oder die Kriterien des Art 267 AEUV noch weniger strikt sind.

Denn es ist bei Anlegung eines **objektiven Maßstabes** nicht zu übersehen, dass die **Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts** durch **alle Instanzen** hindurch insoweit **teilweise gravierende strukturelle Defizite** aufweist:

So verkörpert etwa der VfGH nach ständiger Rechtsprechung des EGMR schon wegen dessen auf die Prüfung von Grundrechtsverletzungen eingeschränkter Kognitionsbefugnis **kein Gericht** iSd Art 6 EMRK³; **Gleiches** gilt nunmehr auch für den VwGH, dessen Kompetenz seit der Novellierung des Art 133 Abs 4 B-VG auf die Beurteilung von grundsätzlichen Rechtsfragen reduziert ist, wobei jeweils noch hinzukommt, dass beide Höchstgerichte ihren Entscheidungen in aller Regel jeweils den von den Unterinstanzen ermittelten Sachverhalt zu Grunde legen⁴ (was beispielsweise bedeutet, dass diese auch **keine eigenständige autonome Kohärenzprüfung** vornehmen), keine öffentliche Verhandlung durchführen, etc⁵.

In der Folge sind die ihnen instanzenmäßig vorgelagerten VwGe jeweils an die Entscheidungen des VfGH und des VwGH gebunden (vgl § 87 VfGG bzw § 63 VwGG), wobei hinsichtlich der VwGe besonders hervorzuheben

2 Und dem entsprechend EuGH vom 25.4.2018, C-102/17, Rn 31 bis 33: Gesetzliche Grundlage, Dauerhaftigkeit der Einrichtung, Verbindlichkeit und Rechtsprechungscharakter der Entscheidungen, kontradiktorisches Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen sowie Unabhängigkeit gegenüber Parteien und Dritten.

3 »Lack of full decision« – vgl zB schon EGMR vom 26.4.1996, 16922/90, Rn 28 f.

4 Vgl § 41 VwGG.

5 Vgl zB EGMR vom 17.4.2012, 21539/07, Rn 56 f.

ist, dass sie in weiten Bereichen ein für behördliche Verfahren konzipiertes Prozessrecht anzuwenden haben, das durch entsprechend staatslastige (dh e contrario: Bürger intentional benachteiligende) Grundsätze geprägt ist, die mit dem Prinzip eines fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK, va jenem der Unparteilichkeit, nicht vereinbar sind. Diese führen in Verbindung mit der notorischen Tatsache, dass an den öffentlichen Verhandlungen in aller Regel keine Vertreter der staatlichen Organe teilnehmen, vor allem zu einer gesetzlich-strukturell vorgegebenen Vermischung zwischen ermittelnder und urteilender Funktion in ein und derselben Person des entscheidungszuständigen Richters.

In diesem Sinne bedingt in erster Linie das (anstelle des im Justizbereich maßgeblichen Anklageprozesses) festgelegte **Investigativprinzip**⁶ in Verbindung mit der Pflicht zur **meritorischen Beschwerdeledigung**⁷, dass letztlich auch die Höchstgerichte auf Grund eines von den VwG stets **strukturell voreingenommen** erhobenen **Sachverhalts** entscheiden⁸.

Zu dieser sonach de facto **regelmäßig fehlenden Unparteilichkeit** kommen noch eine gesetzliche Verpflichtung zur Heranziehung von **Amtssachverständigen**⁹, eine **fehlende Waffengleichheit**¹⁰ sowie speziell im Bereich des Verwaltungsstrafrechts Prinzipien wie **Beweislastumkehr**¹¹ und **schrakenlose Strafkumulation**¹².

2.1.4. Alle diese spezifischen Grundsätze führen insbesondere bei **summarischer Betrachtung** zu va im Grundrechtsbereich von Normadressaten vielfach beklagten strukturellen (Rechtsschutz-)Defiziten bzw lassen diese idR kaum ein faires Verfahren im Bereich der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts erwarten.

Allerdings dürfte es auf diesen Umstand im Zusammenhang mit einer bloßen Auslegung der Verträge iSd. Art 267 AEUV nicht essentiell ankommen.

2.1.5. Da jedoch dieser Teilaspekt weder aufgrund der Formulierung des Art 267 AEUV selbst zweifelsfrei zu beantworten ist noch bislang – soweit ersichtlich – im Zuge der Rechtsprechung des EuGH dezidiert behandelt

bzw entschieden wurde, ersucht daher das LVwG OÖ den Gerichtshof, folgende Frage zu klären:

»Ist Art. 267 AEUV unter Berücksichtigung des Art. 6 EMRK und des Art. 47 EGRC 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?«

2.1.6. Ungeachtet der zuvor aufgezeigten strukturellen Defizite des von ihm heranzuziehenden Verfahrensregimes (VwGVG iVm AVG bzw VStG) geht das LVwG OÖ vorläufig davon aus, dass ihm – wenngleich wegen strukturell fehlender Unparteilichkeit keine apriorische Gerichtsqualität nach Art 6 EMRK bzw Art 47 EGRC, so doch – zumindest die Eigenschaft eines Gerichtes iSd Art 267 AEUV zukommt.

2.1.7. Da im Übrigen der in den Ausgangsverfahren zu beurteilende Sachverhalt (jedenfalls auch) einen **Auslandsbezug** aufweist und somit ua auch unter dem Aspekt der **Dienstleistungsfreiheit** zu beurteilen ist, sodass davon ausgehend die Frage der Vereinbarkeit der innerstaatlichen Regelung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG mit dem Unionsrecht, im Besonderen mit Art 56 AEUV, für die Erledigung der beim LVwG OÖ anhängigen Beschwerden entscheidungsrelevant ist, dürfte sich der gegenständliche Vorlageantrag somit insgesamt als zulässig erweisen.

2.2. In der Sache

2.2.1. Der in den verfahrensgegenständlichen Anlässen zur Entscheidung zuständige Einzelrichter des LVwG OÖ hat bereits zwischen **Dezember 2016** und **Februar 2018** in zahlreichen (**über 150**) **Erkenntnissen** jeweils mit ausführlicher Begründung festgestellt, dass die im GSpG verankerte Monopolregelung unionsrechtswidrig ist¹³.

6 Vgl insbesondere § 39 Abs 2 AVG, der gemäß den §§ 17 und 38 VwGVG (iVm § 24 VStG) auch im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten maßgeblich ist; beachte zu den damit verbundenen **europarechtlichen Bedenken** bereits den **Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston** im Verfahren zu C-685/15, Rn 63 ff (insbes Rn 66).

7 Vgl § 28 Abs 2 AVG und § 50 Abs 1 VStG.

8 Symptomatisch etwa Pkt I.1.2. des die Unionsrechtskonformität des GSpG-Monopols bekräftigenden Erkenntnisses des VfGH vom 15. 10. 2016, E-945/2016.

9 Vgl § 52 Abs 1 AVG iVm den §§ 17 und 38 VwGVG (und iVm § 24 VStG).

10 Vor allem dadurch, dass den staatsfremden Parteien prozessrelevante Teile des Akteninhalts unter Berufung auf die Amtsverschwiegenheit (vgl Art 20 Abs 3 B-VG iVm § 17 Abs 3 AVG und iVm den §§ 17 und 38 VwGVG [und iVm § 24 VStG] VwGVG) vorenthalten werden können.

11 Vgl § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG iVm § 38 VwGVG.

12 Vgl § 22 Abs 2 VStG iVm § 38 VwGVG.

13 Insoweit darf darauf hingewiesen werden, dass die Prämisse des VwGH für dessen Vorlageantrag zur EuGH-Aktenzahl C-231/20 in sachverhaltsmäßiger Hinsicht nicht zutrifft. Davon abgesehen dürfte einem strikten Kumulationsprinzip, das (wie § 52 Abs 1 Z. 1 GSpG iVm § 22 VStG) auf einer rein schematischen Addition von Einzelstrafen für tateinheitlich-gleichartige Delikte basiert, geradezu **wesensimmanent** sein, dass nicht vorweg und generell-abstrakt, sondern stets nur im konkreten Einzelfall und nur durch Handhabung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine insgesamt unbillige Strafhöhe vermieden werden kann. Schließlich ist zu betonen, dass die Vollziehung des GSpG von Verfassungs wegen (vgl Art 82 ff B-VG) nicht der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, sondern der ordentlichen Justiz zur Vollziehung übertragen werden müsste, wenn es sich bei Übertretungen des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG tatsächlich nicht bloß um Ordnungswidrigkeiten, sondern um »echte Kriminaldelikte« iSd dementsprechenden EuGH-Judikatur (vgl zB schon 31. 3. 2011, C 347/09, Rn 84, mwN) handeln würde;

2.2.2. Gegen sämtliche dieser Entscheidungen wurde allerdings seitens des BMF eine Amtsrevision erhoben.

In deren Zuge hat sodann der VwGH diese Erkenntnisse des LVwG OÖ jeweils im Wesentlichen mit der konträren Begründung aufgehoben, dass das GSpG-Monopol nicht unionsrechtswidrig sei.

2.2.3. In den darauf hin gemäß § 63 Abs 1 VwGG fortzusetzenden Verfahren hat das LVwG OÖ seit **November 2017** begonnen, seine Judikaturlinie zu ändern: Um nämlich einen ansonsten entstehenden **infiniten Zirkel zu vermeiden**, wurde und wird seitdem (in **über 250 Entscheidungen**) unter Berufung auf einen sog »integrationsfesten« bzw »souveränitätsstiftenden Verfassungskern« dem nationalen Recht (im Besonderen dem Rechtsstaatsprinzip bzw der Rechtssicherheit als dessen Ausfluss) – der Vorrang gegenüber dem Unionsrecht eingeräumt (und damit im Ergebnis zugleich auch der Bindungswirkung des § 63 Abs 1 VwGG entsprochen).

2.2.4. Würde die letztere Vorgangsweise auch künftig fortgesetzt, dann würde dies de facto zu einer weitgehenden Ineffektivität des Art 56 AEUV im Anwendungsbereich des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG im gesamten österreichischen Bundesgebiet führen bzw anders gewendet: **Der Vorrang des Unionsrechts käme insoweit faktisch nicht zum Tragen.**

2.2.5. Davon abgesehen könnte sich die Annahme eines »integrationsfesten Verfassungskerns« – bzw allgemeiner: eines **nicht unbedingten, sondern bloß relativen Vorranges des Unionsrechts** insoweit, als keine **sondergesetzlichen Ausnahmeregelungen** (wie zB zeitlich befristete Übergangsregelungen in Beitrittsverträgen zur EU) existieren, auch als **systemwidrig** erweisen¹⁴.

Denn die systematische Intention eines Vorranges des Unionsrechts dürfte ja gerade darin bestehen, dass dieses in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise gilt; ließe man – in welcher Weise auch immer – eine Einschränkung dieses Vorranges zu, dann läge insoweit ein zB staatenweise oder in zeitlicher Hinsicht oder nach bestimmten anderen Kriterien als bloß **partikulär** zu qualifizierendes Unionsrecht vor.

2.2.6. Hinsichtlich des insofern mit einem absoluten Vorrang des Unionsrechts, als dieser jedenfalls den Einwand eines integrationsfesten Verfassungskerns negiert, verbundenen allgemein-abstrakten Problems eines **ultra-vires-Aktes eines Grenzorganes** (wie zB des EuGH) muss davon ausgehend konsequenterweise angenom-

men werden, dass auch ein solcher grundsätzlich zu befolgen ist. Dies gilt jedenfalls so lange, bis er – im Falle der bloß **relativen Wichtigkeit** (Vernichtbarkeit ex nunc) – vom Normsetzungsorgan (also vom EuGH) selbst mittels **actus contrarius** wieder aus dem Rechtsbestand eliminiert wird. Würde sich dieser materiell beisehen als **gravierend und evident** fehlerhaft (und somit als ein **Nichtakt** ex tunc)¹⁵ erweisen, dann könnte zwar das (untergeordnete) innerstaatliche Organ¹⁶ dessen Fehlerhaftigkeit – mit der Folge seiner Nichtbindung an diesen – feststellen, doch unterliegt eine solche Feststellungsentscheidung wiederum einer Überprüfung auf ihre Fehlerhaftigkeit (insbesondere Kompetenzwidrigkeit) durch ihrerseits dadurch präformierte Organe, dh: Jener Akt, der die Entscheidung des Grenzorganes als ultra vires feststellt, ist seinerseits wiederum darauf hin zu untersuchen, ob er nicht ultra vires ergangen ist (und deshalb nicht befolgt werden darf).

2.2.7. Ob der aus dem Primärrecht der EU abzuleitende Vorrang des Unionsrechts **absolut** – dh insbesondere auch einem sog »integrationsfesten« bzw »souveränitätsstiftenden Verfassungskern« derogierend – gilt und damit für ein mitgliedstaatliches Gericht im Besonderen auch die Verpflichtung umfasst, die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung eigenständig und ohne Bindung an die diesbezügliche Rechtsmeinung anderer nationaler – allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter – Gerichte zu beurteilen¹⁷ und davon ausgehend allein auf dieser eigenständigen Rechtsmeinung basierend zu entscheiden, selbst wenn dies de facto voraussichtlich zu einer gleichsam immer wiederkehrenden Abfolge von Beschwerdeverfahren führen kann, stellt somit eine Problematik dar, deren Lösung sich für die Anlassverfahren des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens als präjudiziell erweist.

Denn nach Ansicht des LVwG OÖ könnte nur die Annahme, dass der Vorrang des Unionsrechts an einem integrationsfesten Verfassungskern seine Grenze findet – und damit **bloß relativ** bzw in eingeschränkter Form gilt –, es rechtfertigen, sich an die Rechtsmeinung des VwGH und des VfGH, dass das im GSpG normierte Glücksspielmonopol nicht dem Unionsrecht widerspricht¹⁸, gebunden zu erachten, sodass davon ausgehend eine Bestrafung wegen eines Eingriffs in dieses Monopol gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG nicht schon a priori gehindert wäre.

zudem legt § 52 Abs 3 GSpG sogar **explizit** fest, dass Eingriffe in das Glücksspielmonopol – im Gegensatz zu justiziell strafbaren Verstößen gegen § 168 StGB – eben nur als Ordnungswidrigkeiten konzipiert sind.

14 In diesem Sinne wohl auch schon EuGH vom 17.12.1970, C-11/70, Rn 3.

15 Insoweit **nicht differenzierend** und deshalb in hohem Maße **problematisch** die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (im Folgenden: BVerfG) vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15.

16 Also zB das BVerfG.

17 Vgl in diesem Sinne speziell zu Österreich zB EuGH v 15.10.2015, C-581/14, und v 7.6.2018, C-589/16, jeweils mit weiteren Hinweisen.

18 Vgl VwGH vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, und vom 11.7.2018, Ra 2018/17/0048, bzw VfGH vom 15.10.2016, E-945/2016.

Angesichts dessen ersucht daher das LVwG OÖ den Gerichtshof der Europäischen Union um die Klärung folgender Frage:

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

B. Vorlageantrag »Parteilichkeit der Apothekerkammer – Bindung des VwG an deren Gutachten?« (EuGH: C-378/20; LVwG OÖ: LVwG-050099)

1. Anlassverfahren

1.1. Im Jahr 2016 hat die Mitbeteiligte Partei (MP) einen Antrag auf Erteilung einer Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke eingebracht.

1.2. Dazu hat die Österreichische Apothekerkammer (ÖApK) in ihrem (ersten) Gutachten vom 2.2.2017 im Wesentlichen festgestellt, dass besondere örtliche Verhältnisse vorlägen, die iSd des § 10 Abs 6a ApG einen entsprechenden Bedarf für eine neue öffentliche Apotheke begründen würden.

1.3. Davon ausgehend wurde der MP die begehrte Konzession erteilt. Während in der Folge die dagegen erhobene Beschwerde vom LVwG OÖ abgewiesen wurde, hat der VwGH der Revision der Bf stattgegeben und das Erkenntnis des LVwG OÖ aufgehoben.

1.4. Im fortgesetzten Verfahren hat die ÖApK ein aktualisiertes (zweites) Gutachten vorgelegt, das – zusammengefasst – wiederum, jedoch mit nunmehr anderer Begründung, zu dem Ergebnis kommt, dass der Apotheke der Bf ein Versorgungspotential von über 5.500 Personen verbleiben werde, sodass ein entsprechender Bedarf an einer Konzessionserteilung für die MP gegeben sei.

2. Argumentationslinien des LVwG OÖ

2.1. Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

Nach der mit dem Urteil vom 26. Februar 2013, C-617/10, beginnenden und mittlerweile ständigen Rechtsprechung des EuGH sind unter dem Begriff der »Durchführung des Rechts der Union« iSd Art 51 Abs 1 EGRC sämtliche Fallkonstellationen zu verstehen, in denen eine unionsrechtliche Bestimmung zur Anwendung kommt. Dies trifft insbesondere auch dann zu, wenn die **Zwecksetzung** der von den nationalen Organen herangezogenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften (auch) darin liegt, **Richtlinien** der EU in nationales Recht **umzusetzen** (vgl die RN 16 bis 31 dieses Urteils).

Diesbezüglich ergibt sich mit Blick auf den Anlassfall des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens schon aus der ausdrücklichen Anordnung des § 67a ApG, dass mit diesem Gesetz zahlreiche unionsrechtliche Richtlinien in das österreichische Recht umgesetzt werden, wobei diese Aufzählung **nicht vollständig** ist (was sich offenkundig schon daran zeigt, dass zB die Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel nicht angeführt ist).

Gesamthaft betrachtet dient das ApG dem Hauptziel einer optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung und somit – in einem weiteren Zusammenhang betrachtet – auch der Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus iSd Art 168 AEUV.

Die **Vollziehung des ApG** stellt somit eine **Durchführung des Rechts der Union** iSd Art 51 Abs 1 EGRC in jener Bedeutung dar, die der EuGH dieser Bestimmung in ständiger Judikatur beimisst. Daher kommen in diesem Zusammenhang auch die Garantien der Art 15 bis 17 EGRC zum Tragen, sodass sich das gegenständliche Vorabentscheidungsersuchen – unter der weiteren Voraussetzung, dass dem LVwG OÖ die Qualität eines »Gerichtes« iSd Art 267 AEUV zukommt (vgl dazu das beim EuGH derzeit zu C-293/20 anhängige Verfahren) – als zulässig erweisen dürfte.

2.2. In der Sache

2.2.1 Zum Problembereich »Gutachten der Apothekerkammer«

2.2.1.1. Wie sich aus dem ApKG ergibt, ist die ÖApK als eine juristische Person des öffentlichen Rechts eingerichtet, die neben **staatlichen Aufgaben** (sog »übertragener Wirkungsbereich«; vgl § 2a ApKG) vornehmlich auch Agenden des »eigenen Wirkungsbereiches« (vgl § 2 ApKG) zu besorgen hat. Während die ÖApK hinsichtlich des übertragenen Wirkungsbereiches **ex ante** an **Weisungen von externen staatlichen Organen** gebunden ist (vgl §§ 79 und 79a ApKG), unterliegt sie in Bezug auf **Anglegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches** einem

bloß auf die Prüfung der Gesetzmäßigkeit solcher Akte eingeschränkten **nachträglichen Aufsichtsrecht** der staatlichen Behörden (§ 79b ApKG).

Die Erstattung von **Gutachten** dahin, ob ein **Bedarf** an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke gegeben ist, stellt nach § 2 Abs 4 Z 2 ApKG eine Angelegenheit des **eigenen Wirkungsbereiches** dar und ist demnach von der ÖApK in **völliger Autonomie** zu besorgen.

2.2.1.2. Die maßgeblichen Entscheidungsträger der ÖApK werden von den beiden – hinsichtlich essentieller Interessen auch durchaus **oppositionellen** (s.u.) – Interessengruppen der **selbständigen Apotheker** einerseits und der (**bloß**) **angestellten Apotheker** andererseits gebildet (vgl § 7 ApKG):

2.2.1.3. Denn **Bewerber** um eine **Konzession** zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen Apotheke im Sinne des § 10 ApG sind **in erster Linie angestellte Apotheker**. Einerseits kann nämlich eine Einzelperson gemäß § 2 Abs 1 ApG nicht mehrere Apothekenkonzessionen innehaben und andererseits setzt die Verleihung einer solchen Konzession die allgemeine Berufsberechtigung als Apotheker und somit eine entsprechende fachliche Qualifikation voraus (vgl § 3 Abs 1 Z 2 ApG).

2.2.1.4. Das gemäß § 10 Abs 7 ApG erforderliche, im **eigenen Wirkungsbereich** zu erstellende **Gutachten** betreffend den Bedarf für die Errichtung und den Betrieb von Apotheken ist nach § 17 Abs 2 Z 2 ApKG von der örtlich zuständigen **Landesgeschäftsstelle** der ÖApK zu erstatten.

2.2.1.5. Da die Agenden einer Landesgeschäftsstelle nach § 17 Abs 2 ApKG vom **Landesgeschäftsstellenleiter** im **Einvernehmen** mit seinem **Stellvertreter** zu besorgen sind und diese Personen jeweils einerseits der Abteilung der selbständigen bzw andererseits der angestellten Apotheker angehören müssen (vgl § 37 Abs 2 letzter Satz ApKG), kommt es für den Fall der **Nichteinigung** zwischen dem Landesgeschäftsstellenleiter und dessen Stellvertreter letztlich auf die Zusammensetzung des **Präsidiums** der ÖApK an. Dieses besteht nach § 14 Abs 1 ApKG aus dem Präsidenten, den beiden Vizepräsidenten (die zugleich jeweils Obmänner der Abteilung der selbständigen Apotheker einerseits und der angestellten Apotheker andererseits sind) und den beiden Obmannstellvertretern, wobei Präsident und erster Vizepräsident nicht derselben Abteilung angehören dürfen (vgl § 15 Abs 3 letzter Satz ApKG).

2.2.1.6. **Insgesamt** ergibt sich daraus Folgendes: Ist der **Präsident** der Apothekerkammer ein **selbständiger Apotheker**, so verfügt diese Abteilung für die Dauer einer Wahlperiode über die **Stimmenmehrheit** im Präsidium und damit letzten Endes auch über die Entschei-

dungsgewalt darüber, ob an der Errichtung und am Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke ein Bedarf iSd § 10 Abs 2 Z 3 ApG besteht.

2.2.1.7. Mit Blick auf den **Anlassfall** des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens lässt sich der Homepage der ÖApK entnehmen, dass gegenwärtig deren **Präsidentin** der Abteilung der **selbständigen Apotheker** angehört; **Gleiches** gilt für den **Leiter der Oö. Landesgeschäftsstelle**. Somit ergibt sich, dass sowohl die Führung der Agenden dieser Landesgeschäftsstelle einer Person aus dem Kreis der **selbständigen Apotheker** obliegt und – für den Fall der Nichteinigung mit seiner Stellvertreterin – diese Abteilung auch im Präsidium der ÖApK über die **absolute Stimmenmehrheit** verfügt.

Vor dem Hintergrund des zuvor Ausgeführten lässt sich somit jedenfalls nicht von vornherein **zuverlässig ausschließen**, dass ein Gutachten zur Bedarfsfrage in **maßgeblich beeinflusster Weise** von einer Person bzw mehrheitlich von Personen erstellt wird, die dem Kreis der **selbständigen Apotheker** angehören und in diesem Zusammenhang **vordringlich** deren Interessen vertreten, die sich insoweit **notwendig konträr** zu jenen der als Konzessionswerber fungierenden **angestellten Apotheker** verhalten.

Objektiv betrachtet besteht somit im Ergebnis jedenfalls schon ex ante ein **struktureller Anschein** von **Parteilichkeit**.

→ Illustrativ darf im Hinblick auf den Anlassfall in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hingewiesen werden, dass die ÖApK die Gegebenheit eines Bedarfes in ihrem ersten Gutachten auf das Vorliegen von besonderen örtlichen Verhältnissen gestützt hat und nach Verwerfung dieses Argumentes durch den VwGH nunmehr in ihrem zweiten Gutachten mit einer Einbeziehung von in einer Kaserne stationierten Angehörigen des Bundesheeres begründet – ein Faktum, das allseits unbestritten bereits zum Zeitpunkt der Erstellung des Erstgutachtens gegeben war, jedoch damals aus objektiv nicht nachvollziehbaren Gründen gänzlich unberücksichtigt blieb.

2.2.1.8. Gemäß § 10 Abs 7 ApG hat die Behörde zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke (ua) **verpflichtend** ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen.

Rechtssystematisch ist diese Bestimmung als eine **lex specialis** zu § 52 Abs 1 AVG zu qualifizieren: Danach hat die Behörde dann, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig wird, die ihr beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (**Amtssachverständige**) beizuziehen.

Sowohl § 10 Abs 7 ApG als auch § 52 Abs 1 AVG sind jeweils auch für das Verfahren der **Verwaltungsgerichte** maßgeblich (vgl § 17 VwGVG).

Somit ist – konkret auch im Hinblick auf den Anlassfall – die Erstellung eines **objektiven Gutachtens**, nämlich durch solche Sachverständige, die weder der **ÖApK** noch (für den Fall, dass § 10 Abs 7 ApG wegen Unionsrechtswidrigkeit nicht anzuwenden wäre) dem **Dienststand einer staatlichen Behörde** angehören, nach den österreichischen innerstaatlichen Rechtsvorschriften (**auch**) im **verwaltungsgerichtlichen Verfahren** schon von vornherein **ausgeschlossen**.

2.2.1.9. Nach zugleich übereinstimmender und ständiger Rechtsprechung des EGMR und des EuGH bildet es ein Wesenselement der Garantie eines fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK und Art 47 EGRC, dass ein Gericht **nicht einmal den Anschein** der – und erst recht nicht den einer **strukturellen – Parteilichkeit** aufweisen darf: »Justice must not only be done, it must also seem to be done« (vgl. EGMR vom 11. Juli 2019, 32953/13, sowie insbesondere die in FN 61 der Schlussanträge der Generalanwältin im Verfahren zu C-74/09 angeführten Entscheidungen des EuGH).

2.2.1.10. Nationale Regelungen, die es einem **Gericht**, das **unabhängig** und **unparteiisch** agieren soll, **verwehren**, die Aufnahme eines **Sachverständigenbeweises** durch eine autonome, **nicht durch bestimmte Interessen determinierte** Stelle anfertigen zu lassen, dürften somit schon generell dem Art 47 EGRC widersprechen.

Dies gilt insbesondere auch dann, wenn das Gericht durch innerstaatliche Normen dazu verhalten wird, ein Sachverständigengutachten seitens einer Interessenvertretung, in deren maßgeblichem Entscheidungsgremium in letzter Konsequenz mehrheitlich Angehörige jener Berufsgruppe vertreten sind, die **effektiv als Konkurrenten** des **Genehmigungswerbers** fungieren (oder durch Sachverständige, die dem Dienststand einer nach dem Weisungsprinzip organisierten staatlichen Behörde angehören), erstellen lassen zu müssen: Es entsteht nämlich so **jedenfalls** (dh: auch dann, wenn dies im konkreten Einzelfall tatsächlich nicht beabsichtigt sein sollte) der **Anschein**, dass Ansuchen **tendenziell (vor allem bzw nur) dann befürwortet** werden, wenn sich der Konzessionswerber mit den vom Sachverständigen zu wahren Interessen jener Institution oder Berufsgruppe, der dieser angehört, gänzlich oder zumindest in weiten Bereichen zu **arrangieren** vermag (bzw dazu genötigt ist, sich über die ohnehin schon massiv einschränkenden rechtlichen Bedingungen hinaus zu arrangieren).

2.2.2. *Zum Problemkreis »Verhältnismäßigkeit (des Ausmaßes) eines weiterhin garantierten Versorgungspotentials«*

2.2.2.1. Wie sich aus dem Zusammenhalt der Art 15 bis 17 EGRC und den jeweiligen EGRC-Erl hierzu ergibt,

kann das Recht auf Berufsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht jeweils gesetzlichen Beschränkungen durch die Mitgliedstaaten unterworfen werden; solche innerstaatliche Restriktionen dürfen jedoch gemäß Art 52 Abs 1 zweiter Satz EGRC **nicht unverhältnismäßig** sein und jedenfalls den **Wesensgehalt** dieser Garantien nicht verletzen (vgl auch die EGRC-Erl zu Art 52).

2.2.2.2. Indem § 10 Abs 2 Z 3 ApG die Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke nur unter der Voraussetzung zulässt, dass den bereits bestehenden öffentlichen Apotheken weiterhin ein garantiertes Versorgungspotential von zumindest 5.500 Personen verbleiben muss, wird im Endeffekt insbesondere der Berufsgruppe der (vorerst) bloß **angestellten Apotheker** der in aller Regel angestrebte Aufstieg in den Kreis der unselbständigen Apotheker und damit eine **berufliche Weiterentwicklung massiv erschwert**.

Somit erhebt sich die Frage, ob eine derart weitgehende Einschränkung der Garantien der Art 15 bis 17 EGRC noch als verhältnismäßig iSd Art 52 Abs 1 EGRC angesehen werden kann.

2.2.2.3. Vorweg ist insoweit zunächst generell darauf hinzuweisen, dass im Grunde **vergleichbare**, ebenfalls im **Dienstleistungssektor** iSd Art 56 AEUV tätige und in Form der **Selbstverwaltung** organisierte, sog »freie« **Berufsgruppen** – wie jene der Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte, Wirtschaftstreuhänder, Notare, Zivilingenieure und viele andere – eine dementsprechende **Zugangsbeschränkung für Aspiranten**, die in diesen Berufen letztlich zu selbständigen Unternehmern aufsteigen wollen und sollen, **schon von vornherein** nicht kennen, obwohl ihnen jeweils aufgrund der Notwendigkeit, eine Unternehmenspraxis mit entsprechender Sachausstattung und gegebenenfalls auch Lagerhaltung einrichten zu müssen, ebenfalls **hohe Fixkosten** entstehen: Diesen Investitionskosten steht in den entsprechenden Berufsordnungen **keinerlei Konkurrenzschutz** in Form eines garantierten Kundenstocks zur Seite.

2.2.2.4. Im Besonderen zeigt sich darüber hinaus hinsichtlich der Neuzulassung von Apotheken, dass **vor allem der Umstand**, dass sich die **sachlichen Parameter** – wie zB die Zahl der ständigen Einwohner vor allem infolge von Baumaßnahmen im Wohnungs- und Verkehrssektor – für die mit § 10 Abs 2 Z 3 ApG festgelegte **Prognoseentscheidung** laufend (und gegebenenfalls auch sehr rasch) **ändern**, in der Praxis nicht gebührend berücksichtigt wird, im **Gegenteil**: Der Gesetzgeber stellt trotz des Wissens um diesen Umstand gleichsam auf eine **Momentaufnahme** – nämlich auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gutachtenserstel-

lung – ab (was nicht selten dazu führt, dass sich die Rahmenbedingungen zwischen Gutachtenserstellung und verwaltungsgerichtlich-rechtskräftiger Entscheidung bereits wieder entscheidungswesentlich geändert haben!) und legt zudem in § 47 Abs 2 ApG eine de facto zwei Jahre lang wirkende Sperrfrist für eine neue Antragstellung fest.

2.2.2.5. Hinzu kommt noch, dass angesichts der **faktischen Unmöglichkeit** einer **seriösen Ermittlung** des künftigen Kundenpotentials für bereits bestehende Apotheken, die zugleich dem für ein Gerichtsverfahren üblicherweise maßgeblichen **Standard der Verifizierung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts** gerecht wird (was sich im **Anlassfall signifikant** daran zeigt, dass die 5.500-Personen-Grenze im neu erstellten Gutachten der ÖApK **nur deshalb** überschritten wird, weil diese nunmehr – und im Gegensatz zu ihrem Erstgutachten – die in der Kaserne Enns stationierten Angehörigen des österreichischen Bundesheeres einberechnet hat, wobei diese Berücksichtigung wiederum im Hinblick auf § 66a ApG schon prinzipiell als zweifelhaft erscheinen könnte), massive Bedenken dahin entstehen lassen, ob ein solches Kriterium tatsächlich zur Erreichung des Zieles einer optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung geeignet ist: **Notorisches Faktum** ist vielmehr, dass keineswegs alle, sondern sämtliche nicht gleichsam standardmäßig nachgefragten Medikamente **nicht vorrätig** gehalten, sondern erst aus einem Zentrallager geordert werden müssen, sodass Patienten im Ergebnis **häufig genötigt** sind, die **Apotheke mindestens zwei Mal aufzusuchen**.

2.2.2.6. Selbst wenn man aber die Garantie eines gesicherten Kundenstocks für bereits bestehende Apotheken als ein zumindest grundsätzlich geeignetes Mittel zur Zielerreichung ansehen würde, haben die **staatlichen Stellen** bislang keinen **objektiv nachvollziehbaren Beweis** für die Festlegung der diesbezüglich relativ hohen Anzahl von 5.500 Personen erbracht.

Diese in gewisser Weise in Willkür mündende Untätigkeit wiegt umso schwerer, als die 5.500-Personen-Schranke bereits mit der ApG-Novelle BGBl 502/1984 festgelegt und nunmehr schon seit **35 Jahren ohne nachträgliche objektive Rechtfertigung unverändert belassen** wurde; andererseits wurde in diesem Zusammenhang auch der Aspekt der schon seit geraumer Zeit bestehenden Möglichkeit des **online-Handels** mit Medikamenten bislang noch immer nicht einmal ansatzweise einbezogen.

2.2.2.7. Berücksichtigt man schließlich noch, dass **öffentliche Apotheken** auch einen **generellen Vorrang** gegenüber **ärztlichen Hausapotheken** genießen – nämlich derart, dass die Behörde die Bewilligung zur Haltung

einer ärztlichen Hausapotheke als Folge der nachträglichen Errichtung einer öffentlichen Apotheke widerrufen muss (vgl § 29 Abs 3 ApG) –, so dürfte sich insgesamt ergeben, dass die mit dem ApG errichteten Einschränkungen der in den Art 15 bis 17 EGRC gewährleisteten Garantien **effektiv vor allem als Zugangshürden** wirken, die **vorrangig dem Konkurrenzschutz** von selbständigen Apothekern – und (wenn überhaupt) nur nachgeordnet dem Ziel einer optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung – dienen.

2.3. Zusammenfassung

Aus den zuvor dargestellten Gründen ergeben sich somit im Vorfeld seiner Entscheidung über die im Anlassverfahren anhängige Beschwerde für das LVwG OÖ vor allem folgende, die Auslegung des Unionsrechts betreffende zentrale Fragestellungen:

1. **Sind nationale Regelungen, die ein Gericht dazu verhalten, bei der im Zuge eines Konzessionserteilungsverfahrens erforderlichen Aufnahme eines Sachverständigenbeweises ein Gutachten einer beruflichen Selbstverwaltungsorganisation, deren Entscheidungsorgane effektiv mehrheitlich durch jene Berufsgruppe dominiert werden, deren Interessen tendenziell jenen der Berufsgruppe der Konzessionswerber konträr gegenüberstehen, bzw. – für den Fall der Unionsrechtswidrigkeit einer solchen Regelung – eines dem Dienststand einer staatlichen Behörde angehörenden Amtssachverständigen einzuholen, mit dem von Art. 47 EGRC geforderten Anschein der Unparteilichkeit dieses Gerichts vereinbar?**
 2. **Entspricht eine nationale Regelung, die eine de facto nicht gerichtlich verifizierbare prognostische Gewährleistung eines Kundenpotentials – speziell in einer Höhe von 5.500 Personen – festlegt, insofern den Anforderungen der Art 15 bis 17 EGRC, als danach ein Eingriff in diese Gewährleistungen jeweils nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig ist?**
- C. **Vorlageantrag »Mehrfachbestrafung, Kumulationsprinzip und fortgesetztes Delikt« (EuGH: C-521/20; LVwG OÖ: LVwG-400488)**
1. **Anlassverfahren**
 - 1.1. Im Anlassverfahren wurde über den Bf mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt L eine Geldstrafe verhängt, weil er mit einem LKW eine Autobahn benutzt habe, ohne die vorgeschriebene fahrleistungsabhängige Maut ordnungsgemäß entrichtet zu haben.
 - 1.2. Bereits kurz zuvor waren über den Bf mit Straferkenntnissen der Bezirkshauptmannschaft K aus demselben

Grund, jedoch jeweils andere Tatzeitpunkte betreffend vier Geldstrafen verhängt worden.

1.3. Zusätzlich waren seitens des Bürgermeisters der Stadt L über den Bf auch schon früher aus diesem Grund – jedoch wiederum andere Tatzeitpunkte betreffend – sechs Geldstrafen verhängt worden.

1.4. Insgesamt betrachtet wurde dem Bf damit für einen Zeitraum von knapp einem Monat aus ein und demselben Grund (Nichtabbuchung eines Mautguthabens) insgesamt 11 Mal eine Übertretung des § 20 Abs 3 BStMG angelastet und hierfür Geldstrafen in einer Gesamthöhe von Euro 3.300,- verhängt, ohne dass erkennbar wäre, dass die beteiligten Behörden in irgendeiner Weise auf den Umstand Bedacht genommen hätten, dass ein offensichtlicher sachlicher, zeitlicher und örtlicher Konnex zwischen allen diesen Verfahren bestand.

2. Argumentationslinien des LVwG OÖ

2.1. Zur Zulässigkeit

Nach der mit dem Urteil vom 26. Februar 2013, C-617/10, beginnenden und mittlerweile ständigen Rechtsprechung des EuGH sind unter dem Begriff der »Durchführung des Rechts der Union« iSd Art 51 Abs 1 EGRC sämtliche Fallkonstellationen zu verstehen, in denen eine unionsrechtliche Bestimmung zur Anwendung kommt. Dies trifft insbesondere auch dann zu, wenn die Zwecksetzung der von den nationalen Organen herangezogenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften (auch) darin liegt, Richtlinien der EU in nationales Recht umzusetzen (vgl die RN 16 bis 31 dieses Urteils).

Diesbezüglich ergibt sich mit Blick auf den Anlassfall des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens schon aus der ausdrücklichen Anordnung des § 7 Abs 3 und 4 BStMG, dass mit diesem Gesetz zahlreiche unionsrechtliche Richtlinien in das österreichische Recht umgesetzt werden, wobei diese Aufzählung nicht vollständig ist.

Gesamthaft betrachtet dient das BStMG dem Hauptziel einer effizienten Umsetzung der sog »Eurovignetten-Richtlinie 1999/62/EG«, insbesondere deren Art 7a (Verhältnismäßigkeit der Höhe der Benützungsgebühren), Art 7j (freier Verkehrsfluss), Art 8a (Funktionsüberwachung) und Art 9a (geeignete Kontrollen und angemessene Sanktionen).

Die Vollziehung des BStMG stellt somit – jedenfalls, soweit es den Schwerverkehr auf der Straße betrifft – eine Durchführung des Rechts der Union iSd Art 51 Abs 1 EGRC in jener Bedeutung dar, die der EuGH dieser Bestimmung in ständiger Judikatur beimisst. Daher kommen in diesem Zusammenhang auch die Garantien der Art 50 bis 53 EGRC zum Tragen, sodass sich das

gegenständliche Vorabentscheidungsersuchen – unter der weiteren Voraussetzung, dass dem LVwG OÖ die Qualität eines »Gerichtes« iSd Art 267 AEUV zukommt (vgl dazu das beim EuGH derzeit zu C-293/20 anhängige Verfahren) – wohl als zulässig erweisen dürfte.

2.2. In der Sache

2.2.1. Grundzüge des österreichischen Systems der Pflicht zur sowie der Sicherung der Mautentrichtung hinsichtlich schwerer Lastkraftwagen (LKW)

Nach Teil B der im Anlassfall maßgeblichen Version 58 der »Mautordnung für die Autobahnen und Schnellstraßen Österreichs«¹⁹ erfolgt(e) die Einhebung der fahrleistungsabhängigen Maut für Lastkraftwagen mit einem Gesamtgewicht von mehr als 3,5 t (sog »Schwer-LKW«) durch ein vollelektronisches Mautsystem. Zu diesem Zweck war (bzw ist) das gesamte mautpflichtige Straßennetz zunächst in einzelne Mautabschnitte geteilt, wobei der solcherart resultierende Mauttarif, dass in Abhängigkeit von der Emissionsklasse, in die der mautpflichtige Schwer-LKW fällt, für jeden zurückgelegten Kilometer ein entsprechender Euro-Betrag zu entrichten war (ist)²⁰, pro einzelner dieser Mautabschnitte gesondert eingehoben wurde (wird).

Diese sog »fahrleistungsabhängige« Maut dient(e) der Anlastung der Infrastrukturkosten sowie jener Kosten, die verkehrsbedingt durch Luftverschmutzung und Lärmbelastung entstehen.

Voraussetzung für die ordnungsgemäße Mautentrichtung war (bzw ist) das Mitführen eines zugelassenen und korrekt funktionierenden sowie dauerhaft ordnungsgemäß im LKW angebrachten Fahrzeuggerätes (idR eine sog »GO-Box«). Zwischen den einzelnen Anschlussstellen des mautpflichtigen Straßennetzes waren (sind) Antennen über der Fahrbahn angebracht (sogenannte Mautabbuchungsstellen bzw Mautportale). Beim Durchfahren einer Mautabbuchungsstelle trat (bzw tritt) die GO-Box mittels Mikrowellentechnologie mit den straßenseitigen Antennen der Mautabbuchungsstelle in Verbindung und generiert(e) so eine Mauteinhebung für den betreffenden Mautabschnitt (vgl MautO-V58, S 62).

Die Anmeldung zum Mautsystem erfolgt(e) über eine GO-Vertriebsstelle, wobei die Bezahlung der Maut entweder mittels Verrechnung im Nachhinein (Post-Pay-Verfahren) oder – im Regelfall – mittels Abbuchung eines zuvor erworbenen Mautguthabens (Pre-Pay-Verfahren) möglich war (bzw ist).

19 Im Folgenden auch: MautO-V58 (abrufbar unter: <<https://www.asfinag.at/media/4607/mautordnung-version-58-gesamt-inkl-aller-anhaenge.pdf>>).

20 Abrufbar unter: <file:///C:/Users/Po9599521/Desktop/GO-Maut%20Tarife%202020_de.pdf>.

Im Pre-Pay-Verfahren wurde (wird) bei Benützung des mautpflichtigen Straßennetzes das zuvor erworbene Mautguthaben um den für den jeweils durchfahrenen Mautabschnitt gültigen Mauttarif reduziert (vgl MautO-V58, S 81 f).

Für ordnungsgemäß zum Mautsystem angemeldete und mit einem zugelassenen Fahrzeuggerät ausgestattete Kraftfahrzeuge bestand (bzw besteht) in bestimmten Fällen (technisches Gebrechen des Fahrzeuggerätes oder des Mautsystems, zu niedriger Pre-Pay-Kontostand etc) und unter besonderen Bedingungen die Möglichkeit der Nachentrichtung der Maut (vgl MautO-V58, S 96 f).

Wurde (bzw wird) die Maut nicht ordnungsgemäß entrichtet, konnte (kann) der Lenker entweder durch das Mautaufsichtsorgan oder – wenn der Verstoß nicht durch Anhaltung des LKW, sondern mittels elektronischer Überwachung festgestellt wurde – im Wege einer nachträglichen schriftlichen Aufforderung zur Entrichtung der Ersatzmaut aufgefordert werden.

Wurde (bzw wird) die Maut bzw Ersatzmaut nicht, nur teilweise oder nicht fristgerecht beglichen, dann wurde (wird) Anzeige an die Bezirksverwaltungsbehörde (BH bzw Magistrat) erstattet und von dieser ein Verwaltungsstrafverfahren durchgeführt (vgl MautO-V58, S 107 ff).

2.2.2. Konsequenzen dieses Systems bei nicht ordnungsgemäßer Mautentrichtung im Rahmen des »Pre-Pay-Verfahrens«

Hat der Fahrzeuglenker für das »Pre-Pay-Verfahren« optiert und weist die GO-Box **kein oder ein zu geringes Guthaben** auf, so kann keine ordnungsgemäße Mautentrichtung mehr erfolgen. Ab diesem Zeitpunkt ist somit das **Tatbild des § 20 Abs 2 BStMG erfüllt**. Dies betrifft jedoch nicht nur den gerade **aktuell durchfahrenen Mautabschnitt**, sondern **auch alle nachfolgenden Teilstrecken**.

Nach dem sog »**Kumulationsprinzip**« des § 22 Abs 2 VStG sind derartige Strafen »**nebeneinander**« – im Sinne von **rein additiv** – zu verhängen.

2.2.3. Bedenken im Hinblick auf das Verbot der Mehrfachverfolgung bzw -bestrafung (Art 50 EGRC)

2.2.3.1. Vor einem solchen national-rechtlichen Hintergrund erweisen sich in der Praxis mit Blick auf das in Art 50 EGRC grundlegende Mehrfachverfolgungs- bzw -bestrafungsverbot **insbesondere folgende Sachverhaltskonstellationen** – die im Übrigen **zudem** auch in **wechselseitiger Kombination** auftreten können – als **besonders problematisch**:

1. Es kommt häufig vor, dass nach dem Aufbrauchen des Mautguthabens während eines relativ kurzen Zeitraumes in unmittelbarer Abfolge mehrere mautpflichtige Streckenabschnitte durchfahren werden, ohne dass in dieser Phase an einer GO-Vertriebsstelle das erforderliche Mautguthaben erworben

werden könnte – so bestehen beispielsweise für das gesamte Gebiet des Bundeslandes OÖ nur zwanzig GO-Vertriebsstellen²¹⁾

2. Selbst wenn dieselbe Strecke mehrfach nach einer jeweils kurzen zeitlichen Unterbrechung (wie zB im Falle von täglich wiederkehrenden Lieferungen) benützt wird, kann vom LKW-Lenker eine zB infolge defekter GO-Box entstandene Nichtabbuchung über einen längeren Zeitraum – häufig bis zur erst nach einigen Wochen (im gegenständlichen Anlassfall: drei Monate!) eingehenden Aufforderung der ASFINAG, die fällige Ersatzmaut zu entrichten – faktisch unbemerkt bleiben
3. Die örtliche Zuständigkeit der BH ist jeweils durch deren Amtssprengel begrenzt, sodass selbst bei einer relativ kurzen Fahrtstrecke auf einer Autobahn eine parallel-beziehungslose verwaltungsstrafrechtliche Zuständigkeit von mehreren BH's (gegebenenfalls zudem auch von verschiedenen Bundesländern) in Betracht kommen kann

Wenn und weil auch in solchen Konstellationen nach § 22 Abs 2 VStG gegen den LKW-Lenker mehrere Strafen verhängt werden (müssen), kann deren **Einzelhöhe** zwar durch die Heranziehung diverser **Strafbemessungsinstrumentarien** möglichst niedrig gehalten werden, um auf diese Weise die Gesamtstrafhöhe in **einigermaßen akzeptablen Grenzen** zu halten; hierzu zählen etwa:

- ▷ Die Verhängung bloß der in § 20 Abs 2 BStMG festgelegten **Mindeststrafe** für jedes Einzeldelikt (wie dies von manchen Behörden rein präventiv praktiziert wird, obwohl die entsprechenden **gesetzlichen Voraussetzungen eigentlich nicht vorliegen**);
- ▷ und/oder eine **Unterschreitung dieser Mindeststrafe bis zur Hälfte** (wobei jedoch meist die hierfür **festgelegten Anforderungen nicht erfüllt** sind);
- ▷ oder die Annahme des Vorliegens eines **fortgesetzten Delikts** mit der Konsequenz, dass lediglich eine Gesamt- statt mehrerer Einzelstrafen zu verhängen ist, was jedoch der **höchstgerichtlichen Judikatur widerspricht**²²⁾;
- ▷ und/oder die Erteilung bloß einer **Ermahnung** (§ 45 Abs 1 Z 4 VStG) oder einer **Beratung** (§ 33a VStG) bzw die Vorschreibung einer **Ersatzmaut** (§ 19 iVm § 20 Abs 5 BStMG) anstelle der Verhängung einer Strafe, wobei auch in diesen Fällen **jeweils enge gesetzliche Anforderungen** erfüllt sein müssten;
- ▷ etc.

21 Vgl <<https://www.asfinag.at/maut-vignette/vertriebsstellen/>>.

22 Vgl zB VwGH vom 25. Jänner 2018, Ra 2016/06/0025.

Die grundlegende Problematik besteht jedoch darin, dass der Lenker den Mautverstoß oft nicht aus eigenem realisiert, sondern – weil dieser **regelmäßig** im Wege einer **elektronischen Überwachung** festgestellt wird – erst durch einen **Behördenakt** auf diesen **aufmerksam** gemacht wird. **Je später** daher die Behörde jeweils faktisch eingreift, **desto mehr Delikte** haben sich bis zu diesem Zeitpunkt aggregiert.

Außerdem erweisen sich die zuvor aufgezeigten behördlichen Handlungsmöglichkeiten – vom **regelmäßigen Nichtvorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen** abgesehen – vor allem auch deswegen nicht als praktikabel, weil sie sich häufig bloß als eine (meist im Grunde rechtlich ohnehin nicht zulässige) **Umgehung der Kernproblematik** darstellen. Diese besteht nämlich zum einen darin, dass in der österreichischen Rechtsordnung **keine Norm** existiert, die im **Verwaltungsverfahren eine generelle Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips** gebietet; und **in gleicher Weise fehlt** es auch an einer **Rechtsvorschrift**, die jeder Behörde – zumindest für Konstellationen von auf der Hand liegenden bzw nahezu zwangsläufig vorhersehbaren Parallelverfahren – eine **Verpflichtung** dahin auferlegt, nicht jeweils quasi »scheuklappenartig« vorzugehen, sondern solche **Verfahren wechselseitig zu koordinieren**.

2.2.3.2. Das LVwG OÖ geht davon aus, dass der EuGH insbesondere mit seinem Urteil vom 12.9.2019, C-64/18 (»Maksimovic«), klargestellt hat, dass ein im nationalen Recht vorgesehenes Kumulationsprinzip nicht per se gegen das Unionsrecht verstößt, sofern **einerseits sichergestellt** ist, dass eine Kumulierung von Strafen gesamthaft betrachtet in **effektiv verhältnismäßiger** Weise gehandhabt wird, und **andererseits** auch eine Gewährleistung dahin besteht, dass dem Verbot der **Mehrfachverfolgung und -bestrafung** (Art 50 EGRC) in jener Ausprägung, die dieses durch die Rechtsprechung des EGMR zu Art 4 des 7.ZPMRK erfahren hat, in **tatsächlich wirksamer** Weise entsprochen wird.

Auf den Punkt gebracht bedeutet dies – wie jüngst auch im Urteil des EGMR vom 8.10.2020, 67334/13 (»Bajcic«), mwN, zusammengefasst – vornehmlich, dass in dem Fall, dass gegen einen Beschuldigten mehrere Strafverfahren geführt werden, die sich auf ein in **sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht untrennbar verwobenes** (»inextricably linked together«) **deliktisches Geschehen** beziehen, nur dann keine Verletzung des Mehrfachverfolgungs- und -bestrafungsverbots vorliegt,

- ▷ wenn diese Verfahren – sowohl **abstrakt** als auch **in concreto** – jeweils unterschiedliche, jedoch **wechselseitig komplementäre Aspekte** eines sozialen Fehlverhaltens behandeln,

- ▷ wenn die Durchführung mehrerer Verfahren sowohl **gesetzlich grundgelegt** als auch nach ständig geübter **Praxis** für den Beschuldigten **vorhersehbar** ist,
- ▷ wenn diese Verfahren de facto jeweils derart geführt werden, dass eine **Benachteiligung** des Beschuldigten, vor allem im Zuge der **Beweiserhebung** und **Beweisverwertung**, insgesamt so weit als möglich vermieden wird,
- ▷ sowie **vor allem nur dann**, wenn die in einem dieser Verfahren bereits **rechtskräftig gewordenen Strafen** in der Folge auch in den anderen Verfahren **angemessen berücksichtigt** werden, wobei dies am besten dadurch erreicht werden kann, dass ein Anrechnungsmechanismus **gesetzlich** festgelegt ist, der sicherstellt, dass das Gesamtausmaß aller Einzelstrafen verhältnismäßig ist (vgl. RN 39 dieses Urteils).

Bereits zuvor hatte der EuGH im Urteil vom 20.3.2018, C-524/15 (»Menci«)²³, festgestellt, dass eine das Verbot der Mehrfachverfolgung und -bestrafung des Art 50 EGRC einschränkende Kumulation vor allem den folgenden Bedingungen genügen muss²⁴:

- ▷ Die Kumulation muss **gesetzlich vorgesehen** sein (RN 42) und darf den **Wesensgehalt** der Gewährleistung des Art 50 EGRC nicht tangieren (RN 43);
- ▷ die einzelnen Verfahren müssen – jeweils per se sowie gesamthaft betrachtet – **anerkannten Zwecken des Gemeinwohls** dienen (RN 44 f); und
- ▷ **insgesamt** besehen muss der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** gewahrt werden (RN 46 ff).

Weiters muss die nationale Regelung einerseits klare und präzise Festlegungen enthalten, die es dem Einzelnen ermöglichen, vorherzusehen, bei welchen Handlungen und Unterlassungen eine Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen in Frage kommt (RN 49), sowie zudem sicherstellen, dass die Belastungen, die sich aus einer solchen Kumulierung für die Betroffenen ergeben, auf das zur Zielerreichung zwingend Erforderliche beschränkt bleiben (RN 52). Dies bedeutet, dass es einerseits Regeln zur Gewährleistung einer Koordinierung geben muss, um die mit der Kumulierung verbundene zusätzliche Belastung für die Betroffenen auf das zwingend Erforderliche zu beschränken (RN 53), sowie andererseits auch Regeln, mit denen sichergestellt werden kann, dass die Schwere aller verhängten Sanktionen der Schwere der betreffenden Straftat entspricht,

²³ Darauf hat der EGMR in seiner Entscheidung vom 8.10.2020, 67334/13 (»Bajcic«), explizit Bezug genommen (vgl. RN 14).

²⁴ Wobei in diesem Zusammenhang wiederum auf das Urteil des EGMR vom 15.11.2016, 24130/11 (»A und B gegen Norwegen«), hingewiesen wurde.

dh **Regeln**, welche die zuständigen **Behörden dazu verpflichten**, im Fall der Verhängung einer zweiten Sanktion effektiv dafür zu sorgen, dass die Schärfe aller verhängten Sanktionen nicht die Schwere der festgestellten Straftat überschreitet (RN 55 und 58).

2.2.3.3. Mit Blick auf den Anlassfall des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens lässt sich aus dieser jeweils wechselseitigen Bezugnahme zwischen EuGH- und EGMR-Judikatur als **gemeinsame Richtschnur** ableiten, dass die Institutionalisierung eines Kumulationssystems als **Minimalvoraussetzung** zugleich die **gesetzliche Verankerung sowohl eines Koordinationsgebotes als auch die Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** bedingt.

Es dürfte somit insbesondere als **nicht hinreichend** anzusehen sein, wenn diesen Bedingungen **nicht schon vorweg per allgemein verbindlichem Gesetz**, sondern im Ergebnis **bloß** in konkreten **Einzelfällen**, nämlich dadurch Rechnung getragen wird, dass **mittels Inanspruchnahme eines streitigen Verfahrens**, in dem gegebenenfalls die Nichtanwendbarkeit einer nationalen Regelung wegen Widerspruches zum Unionsrecht festgestellt wird – und somit (gesamthaft betrachtet) in der Regel **erst ex post und mehr oder weniger punktuell-zufällig** –, eine solche Koordinationsfunktion tatsächlich wahrgenommen und darauf basierend eine insgesamt verhältnismäßige Strafhöhe festlegt wird.

Vielmehr ist nach der zuvor dargestellten Judikatur offensichtlich geboten, dass – dem Legalitätsprinzip des Art 49 EGRC entsprechend – ein solches Koordinations- und Verhältnismäßigkeitsgebot **bereits auf gesetzlicher Ebene** – und damit allgemein verbindlich sowie für jedermann vorhersehbar und berechenbar – normiert ist.

2.2.3.4. Wie schon zuvor angeführt, existiert für den Bereich des österreichischen Verwaltungsstrafverfahrensrechts in Gestalt des § 22 Abs 2 VStG zwar ein gesetzliches Gebot der Strafkumulierung; im unmittelbaren Konnex damit (und auch sonst) ist jedoch auf gesetzlicher Ebene, und zwar weder im speziellen Materiegesetz (**BStMG**) noch (wie dies am zweckmäßigsten wäre) in der allgemeinen Verfahrensordnung (**VStG**), weder eine Verpflichtung zur wechselseitigen Behörden- und Gerichtskoordination noch zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes festgelegt, wobei Derartiges auch nicht mittelbar gesetzlich abgeleitet werden kann.

Insgesamt besteht daher das Bedenken, dass nach § 20 Abs 2 BStMG iVm § 22 Abs 2 VStG mehrfach erfolgte Bestrafungen gleichsam **systembedingt und in großer Zahl** gegen Art 50 EGRC **verstoßen**²⁵.

25 In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Einhaltung des Mehrfachverfolgungs- und -bestrafungsverbotes im Rahmen einer Verfahrensordnung wie jener nach

Insbesondere ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die 11 im Anlassfall gegen den Beschwerdeführer verhängten Geldstrafen – obwohl es sich hierbei ohnehin jeweils bloß um die Mindeststrafe (Euro 300,-) handelte – zusammengerechnet **sogar die gesetzlich festgelegte Höchststrafe** (Euro 3.000,-) **überschreiten (!!!)**, weil auch nicht einmal insoweit eine gesetzliche Sicherheitsvorkehrung zur Verhinderung von derart offensichtlich unverhältnismäßigen Auswüchsen des Kumulationsprinzips existiert.

2.3. Aus den zuvor dargestellten Gründen resultiert somit für das LVwG OÖ im Vorfeld seiner Entscheidung über die im Anlassverfahren anhängige Beschwerde folgende, die Auslegung des Unionsrechts betreffende zentrale Fragestellung:

Ist Art. 50 EGRC (insbesondere in Verbindung mit der Euro-Vignetten-Richtlinie 1999/62/EG) dahin auszulegen, dass die Kombination einer nationalen Regelung, die – wie § 20 Abs. 2 BStMG iVm. § 22 Abs. 2 VStG – eine kumulative Verfolgung und Bestrafung von seriellen, auf jeweils abgegrenzten Streckenabschnitten begangenen Verstößen gegen die Mautpflicht gebietet, dann dem Verbot der Mehrfachverfolgung und -bestrafung widerspricht, wenn insoweit nicht zugleich auf gesetzlicher Ebene sowohl eine Koordinationspflicht für sämtliche für die Durchführung dieser Strafverfahren zuständigen Behörden und Gerichte als auch eine explizite Verpflichtung zu einer effektiven Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezüglich der Höhe der Gesamtstrafe festgelegt ist?

D. Gesetzesprüfungsantrag »Amtsrevision« (VfGH: G 196/2020; LVwG OÖ: LVwG-413645)

1. Das Institut der Amtsrevision (früher: Amtsbeschwerde) räumt den Organen der öffentlichen Hand (vor allem den Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung sowie spezifischen Kontrollinstitutionen) eine Rechtsmittelbefugnis gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen an den VfGH mit der Zielsetzung ein, solcherart gleichsam die objektive Rechtmäßigkeit sicherzustellen. Wenn allerdings die Amtsrevision vor einem solchen Hinter-

dem VStG, die maßgeblich durch das sog »Amtswegigkeits-« im Sinne eines Investigativprinzips dominiert ist (vgl jüngst VfGH v 24. 9. 2020, Ra 2019/17/0041), nach der also der Richter zugleich als Staatsanwalt fungiert, nur dann auch tatsächlich effektiv werden kann, wenn die dessen Sicherung intendierenden Instrumentarien explizit **gesetzlich** normiert sind; ansonsten hängt es nämlich entscheidend von der Zufälligkeit des Wissens des jeweiligen Behörden- bzw Gerichtsorganes um den jeweiligen aktuellen Stand der höchstgerichtlichen Judikatur ab.

grund praktisch ausschließlich dazu genützt wird, Entscheidungen eines VwG in solchen Konstellation anzufechten, in denen der Einzelne begünstigt, auf der anderen Seite die öffentliche Hand belastet wird, dann entsteht so zwangsläufig ein Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Grundrechtsgewährleistungen und objektiven öffentlichen Interessen. Dieses Konfliktpotential wurde und wird nach dem B-VG traditionell dahin gelöst, im Hinblick auf Rechtsmittelbefugnisse den öffentlichen Interessen weitest möglich den Vorrang einzuräumen. In jüngerer Zeit kristallisiert sich allerdings immer deutlicher die Frage heraus, ob bzw wie lange eine solche eindimensionale Grundhaltung angesichts eines erkennbar gegenläufigen supranational-europarechtlichen Trends noch weiter Bestand haben kann.

2. Mit einem Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 28 Abs 2 VwGG, der Amtsrevisionen davon entbindet, »Beschwerdepunkte« – eine Prozessvoraussetzung, die nach ständiger Judikatur des VwGH dazu führt, dass Revisionen von staatsfremden Personen in der Praxis vielfach schon an dieser formalen Hürde scheitern – formulieren zu müssen, sollte diese strukturelle Ungleichbehandlung aufgezeigt und gegebenenfalls überhaupt aus der Rechtsordnung eliminiert werden.
3. Zu diesem Antrag ist bereits innerhalb (im Hinblick auf eine Gesetzesprüfung) erstaunlich kurzer Zeit – nämlich während bloß zweier Beratungssessionen – das Erkenntnis des VfGH vom 7. Oktober 2020, G 196/2020, ergangen.

Da in dieser Entscheidung die Anlassfälle²⁶, die wesentliche Argumentationslinien des Antrages²⁷ und die Stellungnahme der Bundesregierung²⁸ ohnehin ausführlich dargestellt werden, braucht hier – aus Gründen der Vollständigkeit – nur mehr der Wortlaut der Replik des LVwG OÖ zu dieser Stellungnahme wiedergegeben werden, die folgenden Wortlaut aufweist:

»1. Die zentrale Prämisse der Argumentation der Bundesregierung besteht offensichtlich darin, dass § 28 Abs. 2 VwGG ausschließlich im Lichte der innerstaatlichen Verfassungsbestimmung des Art. 133 Abs. 6 B-VG auszulegen sei; daher wird im Folgenden auf europa-, insbesondere EMRK- und EGRC-rechtliche Determinanten in der Äußerung überhaupt nicht mehr eingegangen.

Einem solchen Ansatz kann jedoch nach hg. Ansicht schon deshalb nicht gefolgt werden, weil **jedenfalls** die **EMRK formell** ebenfalls zur Gänze im **Verfassungs-**

rang steht und der EGRC ein solcher gleichsam über jene EMRK-Garantien, die inhaltlich mit der EGRC deckungsgleich sind, **materiell vermittelt** wird. Für die Beurteilung der Verfassungskonformität des § 28 Abs 2 VwGG dürften daher wohl insbesondere auch **Art 6 Abs 1 EMRK** und **Art 47 Abs 1 EGRC** maßgeblich sein.

2. Unter Berücksichtigung dieser essentiell divergierenden Zugänge soll daher im Folgenden zu den einzelnen Teilaspekten der Äußerung der Bundesregierung jeweils getrennt danach, ob die Verfassungskonformität des § 28 Abs. 2 VwGG ausschließlich mit Blick auf Art. 133 Abs. 6 B-VG oder auch unter Einbeziehung einschlägiger Bestimmungen der EMRK und der EGRC zu beurteilen ist, Stellung bezogen werden:

Zu Punkt 1.2. der Äußerung:

a) Hinsichtlich der Frage, ob eine einfachgesetzliche Bestimmung unter dem Aspekt des allgemeinen Legalitätsprinzips des **Art 18 Abs 1 B-VG** ausreichend bestimmt ist, kommt es nach Auffassung des LVwG OÖ davon ausgehend, dass diese Norm nach allgemein herrschender Auffassung **keine subjektiven Rechte** bzw. Befugnisse gewährt, wohl gerade nicht darauf an, an wen sich diese Norm richtet, sondern insoweit dürfte vielmehr ein **objektiver Beurteilungsmaßstab** gelten. Dem entsprechend kann es einem Verwaltungsgericht (im Folgenden auch: VwG) nicht verwehrt sein, eine diesbezügliche Verfassungswidrigkeit auch dann und insoweit zu relevieren, als sich diese letztlich (auch bzw sogar vorrangig) zugunsten des Einzelnen auswirkt, selbst wenn sich die angefochtene Regelung (wie § 28 Abs 2 VwGG) unmittelbar (nur) an staatliche Organe richtet.

b) Noch unmissverständlicher ergibt sich dies, wenn man zur Beurteilung der Frage der ausreichenden Bestimmtheit auch das spezifisch strafrechtliche Legalitätsprinzip des **Art 7 Abs 1 EMRK** und des **Art 49 Abs 1 EGRC** mit einbezieht, denn diese beiden verfassungsmäßigen Gewährleistungen, zu denen § 28 Abs 2 VwGG ebenfalls nicht im Widerspruch stehen darf, dienen ganz offensichtlich dem Schutz des Einzelnen.

c) Da hinsichtlich der Lösung der Frage, ob § 28 Abs 2 VwGG dem Determinierungsgebot des **Art 18 Abs 1 B-VG** (nach Auffassung des LVwG OÖ: in Verbindung mit **Art 7 Abs 1 EMRK** und mit **Art 49 EGRC**) zudem die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (im Folgenden auch: VwGH) deshalb nicht als (vorrangig) maßgeblich erscheint, weil die diesbezügliche **Letztkompetenz** nach **Art 140 B-VG** exklusiv dem **Verfassungsgerichtshof** (im Folgenden auch: VfGH) vorbehalten ist (eine verfassungskonforme Interpretation des § 28 Abs 2 VwGG müsste daher – damit dieselbe **allgemeinverbindlich** [im Sinne von: auch den VwGH bindend] ist – vom VfGH vorgenommen werden, was jedoch schon daran scheitert, dass dieser die in Rede stehende Bestimmung [ausgenommen im Rahmen eines Gesetzesprüfungsverfahrens] nicht anwenden und damit auch nicht auslegen kann), dürfte sich somit der von der Bundesregierung unter Pkt 1.2. ihrer Äußerung dargelegte Einwand im Ergebnis als nicht stichhaltig erweisen.

²⁶ Vgl RN 3 bis 7 dieses Erkenntnisses.

²⁷ Vgl RN 8 dieses Erkenntnisses.

²⁸ Vgl RN 9 dieses Erkenntnisses.

Zu den Punkten 2.2. bis 2.4:

a) Die Argumentation der Bundesregierung, dass der **Sitz der Verfassungswidrigkeit** nicht in § 28 Abs 2 VwGG, sondern vielmehr in Art 133 Abs 6 B-VG zu verankern wäre, dürfte letztlich darauf abzielen, dass die letztgenannte Norm schon auf Verfassungsebene – nämlich gleichsam im Sinne einer *lex specialis*, die Ungleiches konsequenterweise auch ungleich behandelt – **gewollt eine grundlegende Differenzierung** festlegt; da Art 133 Abs 6 B-VG eine Verfassungsbestimmung verkörpert, kann diese selbst aber nicht verfassungs-, sondern allenfalls bloß **grundprinzipienwidrig** sein (wobei dieser Aspekt vom LVwG OÖ nicht geltend gemacht wurde).

Dagegen lässt sich jedoch zunächst einwenden, dass Art 133 Abs 6 B-VG selbst dann, wenn man an diesem Punkt **jeglichen europarechtlichen Bezug außer Acht** lässt, nicht zwangsläufig in der von der Bundesregierung dargestellten Weise ausgelegt werden muss. Vielmehr ergibt sich hier im Sinne einer *petitio principii* das **grundlegende rechtssystematische Abwägungsproblem**, ob das einfache Gesetz (wie im Regelfall) seinen Inhalt aus der Verfassung erfährt oder umgekehrt die Verfassungsbestimmung durch das einfache Gesetz (wie zB dann, wenn die Verfassung – so bspw. die Art 9 und 12 des StGG 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger – vollinhaltlich auf das einfache Gesetz verweist) determiniert wird. Eine solche Abwägung dürfte jeweils anhand des Kriteriums vorzunehmen sein, **welche Regelung** gleichsam bereits **zeitlich früher** Bestand hatte, sodass davon ausgehend entweder das einfache Gesetz ex post die Verfassung näher ausführt oder andernfalls die Verfassung – den vorhandenen einfachgesetzlichen Rechtsbestand übernehmend – diesem im Nachhinein erhöhte Bestandskraft verleiht. Speziell vor diesem Hintergrund wurde bereits im hg. Gesetzesprüfungsantrag (vgl dort, S. 8 ff) darauf hingewiesen, dass sowohl der Verfassungs- als auch der einfache Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Einführung der Amtsbeschwerde **von Anfang an** (keineswegs von einer gewollten Ungleichbehandlung, sondern im Gegenteil) jeweils von deren **prinzipieller Gleichstellung** im Hinblick auf die sog. »Parteibeschwerde« ausgingen.

b) Bezieht man darüber hinaus auch noch die **europarechtlichen** Implikationen in der nach Auffassung des LVwG OÖ gebotenen Intensität mit ein, gelangt man schließlich erst recht zu dem Ergebnis, dass die Prozessvoraussetzungen für die Erhebung einer Amts- und einer Parteienrevision **grundsätzlich gleichwertig sein müssen**: Denn zum einen kann öffentlichen Interessen nicht in einem solchen Ausmaß der Vorrang eingeräumt werden, dass dadurch im Ergebnis die im Wege der den Gewährleistungen der EMRK (und der EGRC) regelmäßig beigegebenen **materiellen Gesetzesvorbehalten** schon a priori **nur beschränkt eingeräumte Eingriffsermächtigung überschritten** wird; zum anderen gebietet aber insbesondere auch der Grundsatz der **Waffengleichheit** als Sonderausprägung eines **fairen Verfahrens** iSd. Art 6 EMRK und Art 47 Abs 1 EGRC eine dementsprechende Nivellierung.

c) Im Übrigen erweist sich auch die von der Bundesregierung in diesem Zusammenhang ins Treffen geführte »logische Vor-Ordnung« keineswegs als zwingend. Denn grundsätzlich stellt sich **gerade umgekehrt** stets in einem **ersten Schritt** die Frage nach der **Zulässigkeit** eines Rechtsmittels; und gleichsam erst nach erfolgreicher »Überwindung« dieser Hürde kann in einem **zweiten Schritt** überhaupt die Frage nach dessen **Begründetheit** zum Tragen kommen.

Vor diesem Ausgangspunkt normiert nun § 28 VwGG gleichsam die **unverzichtbaren »Bestandteile« des Revisionschriftsatzes**, und zwar derart, dass sämtliche der dort genannten Voraussetzungen erfüllt sein müssen; fehlt hingegen auch nur eine von diesen, so ist die Revision a limine als unzulässig zurückzuweisen.

Davon ausgehend regelt also der **Abs 2** des § 28 VwGG weder die Frage der Begründetheit noch jene des Inhalts noch jene der Parteistellung; dem gegenüber legt **Art 133 Abs 6 B-VG** nur die Parteistellung, den Prüfungsmaßstab und das Anfechtungsobjekt fest, jedoch **nicht** – wie von der Bundesregierung behauptet – den **Inhalt** der Revision. Dass dieser **Inhalt** zwischen einer Partei- und Amtsrevision **divergiert**, ergibt sich somit **nicht bereits** aus der **Verfassungsbestimmung** (des Art 133 Abs 6 B-VG), sondern **ausschließlich** aus der **einfachgesetzlichen Regelung** des § 28 VwGG. Im Übrigen resultiert auch die Ansicht, dass eine Amtsrevision nicht auch wegen Verletzung in subjektiven Rechten erhoben werden kann/darf, bloß aus einem aus einer Zusammenschau der Z. 1 und der Z. 2 des Art 133 Abs 6 B-VG gezogenen **Umkehrschluss**, der allerdings schon deshalb **nicht zwingend** ist, weil einem **Analogieschluss** dahin, dass auch eine Amtsrevision eine subjektiven Rechten vergleichbare Spezifikation aufweisen muss, zumindest **aus rechtssystematischer Sicht dieselbe Argumentationskraft** zukommt.

d) Daher dürften sich die von der Bundesregierung unter den Punkten 2.2. bis 2.4. ihrer Äußerung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe im Ergebnis als nicht zutreffend erweisen.

Zu den Punkten 2.5. bis 2.9:

a) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Darstellung der Bundesregierung insofern **maßgeblich verkürzt** ist, als ein Organ – wie im hg. Gesetzesprüfungsantrag dargestellt: mittlerweile sogar auch nach der Judikatur des VwGH – **jedenfalls im Effekt** in einer **Position**, die »Rechten« **adäquat** ist, verletzt werden kann; **substantiell besehen** handelt es sich somit jedenfalls um »**Gleiches**«. Dasselbe gilt auch hinsichtlich des Aspekts, dass sowohl die Individual- als auch die Amtspartei eine Revision jeweils begründen muss.

Dagegen legen zwar sowohl die Revisionspunkte als auch die Anfechtungserklärung den Prüfungsumfang des VwGH fest, letztere jedoch – wie auch die **Bundesregierung konzidiert** – schon von vornherein **stets weiter** als erstere: Denn in aller Regel wird mit einer Amtsrevision die VwG-Entscheidung zwangsläufig meist ihrem gesamten Umfang nach anzufechten sein. Auf diese Weise kann zugleich dem **gesamten objektiven** öffentlichen Recht zum Durchbruch verholten werden, was in Verbindung mit dem **Amtswegig-**

keitsprinzip (vgl. § 39 Abs 2 AVG) dazu führt, dass die bekämpfte Entscheidung – nach jeder Richtung hin auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft – wegen jeglicher Rechtsverletzung aufgehoben werden kann. Dem gegenüber steht bei einer Parteienrevision – sofern es dem Revisionswerber überhaupt gelungen ist, die Hürde der Zulässigkeit insbesondere durch eine entsprechende Abgrenzung mittels der Revisionspunkte zu überwinden – nur mehr ein **vergleichsweise kleiner Teilausschnitt** der VwG-Entscheidung zur Disposition²⁹. Wenn jedoch das Kriterium des »Anfechtungsumfangs« – so wie auch in der ständigen Judikatur des VfGH zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht – das Pendant zu den durch »subjektive Rechte« materialisierten »Beschwerdepunkten« sein soll, dann kann damit aber **wohl nicht eine bloße Reduktion** auf die Frage, ob – regelmäßig – die gesamte Entscheidung oder diese – ausnahmsweise – bloß hinsichtlich eines Spruchteils angefochten wird, gemeint sein. **Naheliegender** ist vielmehr, dass auch mit einer Amtsrevision nur mehr jene öffentlichen Interessen, hinsichtlich denen vertretbar behauptet werden kann, dass diese durch die VwG-Entscheidung beeinträchtigt wurden, prozessual durchgesetzt werden können sollen. Solche öffentliche Interessen müssen daher 1.) **bereits Prozessgegenstand des VwG-Verfahrens** gewesen sein und 2.) im Zuge der Revision (adäquat zu den Beschwerdepunkten) **entsprechend spezifiziert** werden, wobei es sich hierbei allerdings 3.) **nicht um verfassungsrechtliche Fragestellungen** handeln darf, weil solche ja von der Zuständigkeit des VfGH explizit ausgeschlossen sind.

Anhand eines paradigmatischen Beispiels dargestellt bedeutet dies etwa, dass dann, wenn mit der **VwG-Entscheidung** in **Abänderung** des angefochtenen Bescheides der **Behörde** im Ergebnis eine gewerbe- oder baurechtliche **Bewilligung erteilt** wird, ein **Nachbar** mit seinen Einwendungen insoweit **präkludiert** – und damit im Ergebnis in seiner Rechtsstellung maßgeblich eingeschränkt – ist, als er entsprechende Beeinträchtigungen seiner subjektiven Rechtssphäre bereits im Zuge des VwG-Verfahrens geltend gemacht hat. Dem gegenüber eröffnet eine **Amtsrevision** – wenn diese nicht in gleicher Weise auf spezifische öffentliche Interessen limitiert ist – die Möglichkeit einer **umfassenden neuerlichen Überprüfung** der Rechtmäßigkeit der erteilten gewerbe- oder baurechtlichen Bewilligung. Aus der Sicht des **Bewilligungswerbers** stellt sich dies so dar, dass das **Risiko**, die Bewilligung bereits vor der – idR. geraume Zeit in Anspruch nehmenden – Entscheidung des VfGH über die Revision auszuüben, bei Erhebung einer **Amtsrevision** schon **systembedingt tendenziell stets wesentlich höher** ist als in dem Fall, dass lediglich eine Nachbarrevision erhoben wird.

29 Aus der historischen Genese des Rechtsinstituts der Amtsbeschwerde lässt sich insbesondere auch **nicht ableiten**, dass dieses **gleichsam** als **Ausgleich** dafür gedacht gewesen wäre, dass dem gegenüber im Zuge eines Beschwerdeverfahrens gemäß Art 144 Abs 1 B-VG einerseits die **objektiv-öffentlichen Interessen überhaupt nicht** (und va nicht von einem staatlichen Organ) verteidigt werden können und andererseits auch der **Prüfungsumfang des VfGH nicht** durch das **Beschwerdevorbringen begrenzt** wird.

Eine solcherart – im Vergleich zur Parteienrevision – erhebliche, **ggf sogar unverhältnismäßige Ungleichbehandlung** dürfte jedoch im Zuge erst nachträglich erfolgten Einführung des Rechtsinstituts der Amtsrevision in das öffentlich-rechtliche Rechtsschutzsystem **gerade nicht beabsichtigt** gewesen sein.

b) Doch selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, ließe sich eine solche **Disproportionalität** aus **gegenwärtigem Blickwinkel** jedenfalls deshalb nicht mehr rechtfertigen, weil dadurch den öffentlichen Interessen über einen durch die Grundrechtsvorbehalte der EMRK und der EGRC limitierten Umfang hinaus – und damit im Ergebnis in **unverhältnismäßiger** Weise – zum Durchbruch verholfen würde (siehe dazu schon oben).

Gleichgänglich deutet auch der Umstand, dass der VfGH seit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 auf die Entscheidung von grundsätzlichen Rechtsfragen beschränkt ist, dahin, dass eine Amtsrevision mittlerweile nicht mehr **effektiv schrankenlos** zulässig sein kann.

c) Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang auch nicht erkennbar, weswegen ein Organ den Anfechtungsumfang nicht in dem bereits zuvor dargestellten Sinn spezifizieren können soll, wenn dieses generell darauf beschränkt ist, lediglich die Verletzung von solchen objektiven öffentlichen Interessen geltend machen zu können, die bereits Gegenstand des Verfahrens vor dem VwG waren: Denn im Ergebnis Gleichartiges gilt ja im Grunde beispielsweise auch dann, wenn eine Antragstellung nach Art 139 und/oder Art 140 B-VG nicht durch eine Einzelperson, sondern durch ein Gericht erfolgt und in deren Zuge entsprechende, den Prüfungsumfang des VfGH determinierende Bedenken, die ihre Wurzel entweder in subjektiv-öffentlichen Rechten der Bürger oder in objektiv-öffentlichen Interessen des Staates haben, zu konkretisieren sind.

3. Mit den vorstehenden Ausführungen sollte primär gezeigt werden, dass sich selbst dann, wenn man die zentrale Prämisse der Bundesregierung, dass die Verfassungskonformität des § 28 Abs 2 VwGG ausschließlich im Lichte des Art 133 Abs 6 B-VG zu beurteilen ist, als zutreffend erachten würde, deshalb noch nicht zwingend ergäbe, dass

- ▶ der eigentliche Sitz der Verfassungswidrigkeit in Art 133 Abs 6 B-VG zu verankern wäre,
- ▶ diese Bestimmung eine insoweit ex ante beabsichtigte Ungleichbehandlung von Amts- und Parteienrevision normiert, als erstere von vornherein einen vergleichsweise effektiv wesentlich breiteren Anwendungsbereich vorfinden soll, und
- ▶ eine Amtsrevision deshalb keine den Beschwerdepunkten adäquate Spezifikation des Anfechtungsumfanges ermöglicht, weil sie formal nicht zum Zweck der Geltendmachung subjektiver Rechte konzipiert ist.

Vielmehr führt auch bereits eine rein innerstaatliche Interpretation des Art 133 Abs 6 iVm. Art 18 Abs 1 B-VG zu dem Ergebnis, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Gleichbehandlung der beiden Prozessvor-

aussetzungen »Revisionspunkte« und »Anfechtungsumfanges« geboten ist. Dies gilt umso mehr, wenn man – wovon das LVwG OÖ ausgeht – in diesem Zusammenhang auch noch europarechtlich bedingte verfassungsrechtliche Determinanten mitberücksichtigt.

Aus den zuvor dargestellten Gründen dürften sich daher die von der Bundesregierung zur Rechtfertigung der Verfassungskonformität des § 28 Abs 2 VwGG ins Treffen geführten Argumente insgesamt als nicht stichhaltig erweisen.«

4. Mit der oben unter 3. angeführten Entscheidung hat der VfGH den Antrag des LVwG OÖ (erwartungsgemäß) abgewiesen.

4.1. In seiner Begründung geht der VfGH zunächst davon aus, dass § 28 Abs 2 VwGG deshalb nicht den aus Art 18 Abs 1 B-VG resultierenden verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine hinreichende gesetzliche Determinierung des Vollzugshandelns widerspricht, weil in dieser Bestimmung – und damit auf Gesetzesebene – ohnehin klar und unmissverständlich geregelt ist, dass bei der Amtsrevision an die Stelle der Revisionspunkte die Erklärung über den Umfang der Anfechtung tritt. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es bei der Amtsrevision – anders als bei der Parteirevision – nicht um die Geltendmachung subjektiver Rechte geht, weshalb eine Angabe von Revisionspunkten nach der Judikatur des VwGH gar nicht in Frage kommt. Weil die angefochtene Bestimmung somit aufgrund ihres klaren Wortlauts einerseits und der dazu ergangenen VwGH-Rechtsprechung einer Auslegung zugänglich ist, ist das Vollzugshandeln somit als hinreichend bestimmt iSd Art 18 B-VG anzusehen (RN 29 bis 31).

4.2. Weiters vertritt der VfGH – wiederum im Anschluss an die Judikatur des VwGH – die Auffassung (RN 37 ff), dass zwischen einer Parteirevision und einer Amtsrevision wesentliche Unterschiede bestehen, die demgemäß auch eine entsprechende Ungleichbehandlung rechtfertigen: So setzt die Parteirevision die Verletzung eines subjektiven Rechts voraus und dient damit dem (individuellen) Rechtsschutz der betroffenen Partei, während es sich bei der Amtsrevision um ein verfassungsmäßiges, nämlich in Art 133 Abs 6 B-VG vorgesehene Instrument zur Sicherstellung der Einheit der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung handelt, also der objektiven Rechtsrichtigkeit dient.

Diese Unterschiedlichkeit zeigt sich insbesondere daran, dass (1.) bei einer Amtsrevision ein Rechtsschutzinteresse nicht wegfällt und (2.) ein Eintrittsrecht für das oberste Organ besteht (RN 37 und 38).

Darüber hinaus (3.) wechselte nach Auffassung des VfGH schon vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 51/2012 die Behörde mit ihrem Eintritt in das Verfahren vor dem VwGH von der Rolle des hoheitlichen

Entscheidungssträgers zur (prinzipiell gleichberechtigten) Prozesspartei im Gerichtsverfahren; dieser »Wechsel« wurde mit Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit nun nach vorne verlagert: Die Behörde wird bereits mit Eintritt in das Verfahren vor dem VwG zur Verfahrenspartei. Der VwGH hat im Revisionsverfahren nicht mehr einen unmittelbar der Verwaltung zurechenbaren Akt, sondern die Entscheidung des VwG zu kontrollieren. Die Funktion der Amtsrevision hat sich allerdings gegenüber der früheren Amtsbeschwerde nicht geändert: Denn es ging auch vor der Novelle 2012 bei der Amtsbeschwerde an den VwGH nicht darum, dass sich die Verwaltungsbehörde »verteidigt«, sondern um das Hinwirken auf eine objektiv rechtmäßige Entscheidung. Der belangten Behörde kam auch damals bereits die Funktion zu, auf eine aus Sicht der Verwaltung objektiv rechtmäßige Entscheidung hinzuwirken und die hinter dem angefochtenen Bescheid stehenden öffentlichen Interessen zu vertreten. Dieses Verständnis der Parteistellung der Behörde im Bescheidbeschwerdeverfahren vor dem 1.1.2014 ist auf ihre Parteistellung im Revisionsverfahren übertragbar. Vor diesem Hintergrund ist es aber sachlich begründet, dass die revisionswerbende Amtspartei gemäß § 28 Abs 2 VwGG anstatt subjektiver Rechte den Umfang der Anfechtung zu bezeichnen hat. Hingegen hält der VfGH (allerdings ohne nähere Begründung) die Bezeichnung von bestimmten öffentlichen Interessen im Rahmen der Amtsrevision für verfassungsrechtlich nicht geboten (RN 39 bis 41).

Schließlich (4.) weist der VfGH darauf hin, dass ungeachtet dessen, dass das inhaltliche Erfordernis der Anfechtungserklärung an die Stelle der Revisionspunkte tritt, eine auch bloß »wegen Rechtswidrigkeit« erhobene Amtsrevision von der revisionswerbenden Partei dennoch entsprechend zu begründen ist: Denn genauso wie die Parteirevision hat die Amtsrevision gemäß § 28 Abs 1 Z 5 VwGG die Gründe zu enthalten, auf die sich die Behauptung dieser Rechtswidrigkeit stützt (RN 42).

Aus allen diesen Gründen verstößt § 28 Abs 2 VwGG somit nach Auffassung des VfGH weder gegen das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes noch gegen das rechtsstaatliche Grundprinzip.

Ergänzend bemerkt der VfGH in diesem Zusammenhang noch, dass er – soweit sich das Antragsvorbringen des LVwG OÖ der Sache nach gegen die Vorgangsweise des VwGH bei Anwendung des Gesetzes wendet – nur über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, nicht aber über allfällige Vollzugsfehler bei der Handhabung der angefochtenen Bestimmung – also etwa, ob hinsichtlich der Begründung ein gleicher Maßstab angelegt wird – zu befinden hat (RN 43).

4.3. Zuletzt lässt sich nach Auffassung des VfGH aus § 28 Abs 2 VwGG auch nicht folgern, dass im Wege der

Amtsrevision Rechtsverletzungsbehauptungen iSd Art 144 B-VG oder die Verfassungswidrigkeit einer generellen Norm geltend gemacht werden könnten (vgl. RN 47 bis 51). Denn ein solches Vorbringen ist auch nach der Judikatur des VfGH schon von vornherein nicht geeignet, die Zulässigkeit der Revision zu begründen. Als Größenschluss ergibt sich daraus: Wenn eine Amtspartei nicht dazu legitimiert ist, eine Verfassungswidrigkeit gemäß Art 144 B-VG mittels Beschwerde beim VfGH geltend zu machen, dann bewirkt die Behauptung einer Verfassungswidrigkeit umso weniger die Zulässigkeit der Revision vor dem VfGH. Allerdings bleibt es einer Amtspartei unbenommen, im Rahmen einer Amtsrevision anzuregen, dass der VfGH einen entsprechenden Normenprüfungsantrag beim VfGH stellen möge, wozu der VfGH gegebenenfalls auch verpflichtet ist.

4.4. Als im Hinblick auf die Lösung der eingangs aufgezeigten Grundsatzprobleme relevanter Sukkus resultieren somit aus dieser Entscheidung (lediglich bzw. zumindest) die beiden folgenden Leitgedanken:

- ▷ Hinsichtlich des verfassungsrechtlichen (vgl. Art 133 Abs 6 B-VG) Verständnisses des Rechtsinstituts der Amtsrevision hat der VfGH keine eigenständige Rechtsauffassung entwickelt, sondern sich – doch einigermaßen überraschend – vollinhaltlich der traditionellen Sichtweise des VfGH angeschlossen; wenngleich damit dem formalen Erfordernis der EGMR-Rechtsprechung, dass Judikaturdivergenzen zwischen nationalen Höchstgerichten tunlichst zu vermeiden (bzw. zu eliminieren) sind, entsprochen ist, bewirkt dies im Ergebnis vor allem, dass den europarechtlichen Grundrechtskatalogen in diesem Zusammenhang keine Relevanz (bzw. den öffentlichen Interessen diesbezüglich weiterhin ein absoluter Vorrang) zukommt;
- ▷ Dass im Zuge einer Amtsrevision keine – den Beschwerdepunkten für eine Parteirevision vergleichbare – Spezifikation der als verletzt erachteten öffentlichen Interessen vorgenommen werden muss, führt zu keiner aus einer strukturellen Ungleichbehandlung der Prozessparteien folgenden Unfairness des Verfahrens; denn die Pflicht zur Revisionsbegründung (einerseits, andererseits aber wohl auch der Umstand, dass die öffentliche Hand eine Verfassungsverletzung weder vor dem VfGH noch vor dem VfGH aus eigenem geltend machen kann,) ist als ein hinreichender Ausgleich hierfür anzusehen; sollte dieser Aspekt allerdings (bloß) auf der Ebene des Vollzuges de facto nicht gebührend beachtet werden³⁰, ist dieser Umstand nicht vom VfGH auf-

zugreifen, weil dem innerstaatlichen Rechtsstaatsprinzip auch immanent ist, dass höchstgerichtliche Entscheidungen von einem anderen Höchstgericht nicht kontrolliert werden können (sodass einem betroffenen Grundrechtsträger insoweit lediglich der Weg zum EGMR oder – wenngleich bloß mittelbar – zum EuGH bleibt).

E. Verordnungsprüfungsantrag »Verbindung von Vorabentscheidungsersuchen und Sperrwirkung« (VfGH: V 505/2020; LVwG OÖ: LVwG-413736)

1. Vergleichsweise noch rascher, nämlich innerhalb von knapp vier Monaten, ist zu diesem – im Kern das Grundrecht auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist iSd Art 6 EMRK problematisierenden – Antrag des LVwG OÖ bereits der Zurückweisungsbeschluss des VfGH vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, ergangen

Darin werden die Anlassfälle, die Argumentationslinien des Antrags, die Stellungnahme der Bundesregierung hierzu und die entsprechende Replik des LVwG OÖ ausführlich dargestellt, sodass hier von einer entsprechenden Wiedergabe abgesehen werden kann.

2. Nicht ganz unerwartet hat sich der VfGH (auch) in dieser Entscheidung für einen relativ komfortablen Weg, nämlich dafür entschieden, die Kundmachung eines aus Anlass eines Vorabentscheidungsersuchens ergangenen und auf § 38a VwGG gestützten VwGH-Beschlusses, der (auch) eine Unterbrechung aller bei Verwaltungsgerichten anhängigen gleichartigen Verfahren nach sich zieht, nicht als eine Verordnung, sondern bloß als einen Zustellungsvorgang zu qualifizieren³¹.

im Fenster« als auch als »Freibrief« verstanden werden kann, geflissentlich ignoriert und) weiterhin ein unterschiedlicher Maßstab angelegt wird.

- 31 Im Einzelnen geht der VfGH davon aus, dass eine auf § 38a VwGG gegründete Kundmachung – weil dem Bundeskanzler keine Einflussnahme auf deren Inhalt zukommt – bloß als eine besondere Form der Zustellung eines VwGH-Beschlusses anzusehen ist (RN 26); die Kundmachung erzeugt demnach keine eigenständige normative Wirkung, sondern ist nur als eine (Anm: wohl akzessorische) Verfahrenshandlung anzusehen, an die in § 38a VwGG gewisse Rechtswirkungen geknüpft sind; ausgelöst werden diese Rechtswirkungen jedoch nur durch den Beschluss des VwGH (RN 27). Ein Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip entsteht bei dieser Sichtweise deshalb nicht, weil von diesem eine Überprüfung höchstgerichtlicher Entscheidungen durch ein anderes Höchstgericht nicht erfasst ist (RN 29) und eine fehlerhafte Kundmachung – als solche – eben zu einer absoluten Nichtigkeit führt, die von jedem VwG von Amts wegen oder auf Parteienantrag hin aufzugreifen ist (RN 30). Dass durch einen entsprechenden VwGH-Beschluss das Recht auf Entscheidung binnen angemessener Frist iSd Art 6 Abs 1 EMRK tangiert wird, resultiert nicht aus der Kundmachung dieses Beschlusses, sondern

30 Indem also insoweit vom VfGH (die RN 43 des in Rede stehenden VfGH-Erkenntnisses, die sowohl gleichsam als »Rute

3. Eine solche Rechtsauffassung ist zwar nicht unvertretbar; sie liegt aber weder nahe noch erscheint sie dogmatisch konsequent³². Im Ergebnis resultiert daraus zum einen, dass die ministerielle Kundmachung eines Rechtsaktes, der einer anderen Staatsgewalt – hier: der Gerichtsbarkeit – zuzuordnen ist, dessen Rechtsnatur unberührt lässt; zum anderen verkörpert diese Sonderform der Zustellung, die nicht vom Gericht selbst, sondern von der Behörde vorgenommen wird, einen im Rechtssatzformenkatalog des B-VG nicht vorgesehenen Rechtsakt sui generis mit der Folge, dass jeglicher mit dieser Zustellung verbundene Fehler unmittelbar zu deren absoluter Nichtigkeit führt.
4. Diese rechtspolitisch kaum als erstrebenswert anzusehende Konsequenz erscheint aber schon angesichts dessen, dass vergleichbare Anlassfälle künftig in der Praxis kaum gehäuft vorkommen werden, freilich als das kleinere Übel, wenn man bedenkt, dass es die mit der Nichtqualifikation als Verordnung begründete Zurückweisung des Prüfungsantrages dem VfGH ermöglichte, zu wesentlich unbequemerem – und mit Blick auf § 86a VfGG letztlich auch ihn selbst betreffenden – Fragen wie »Besteht hinsichtlich der Auslegung von Unionsrecht keine Bindungswirkung der VwG an eine dementsprechende Rechtsmeinung der innerstaatlichen Höchstgerichte?« oder »Ist die Heranziehung des § 38a VwGG durch den VwGH insbesondere dann ausgeschlossen, wenn dieser selbst bereits zuvor ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet hat?« oder »Erfolgte die Kundmachung tatsächlich durch ein unzuständiges Organ (Bundesministerin anstelle des Bundeskanzlers) oder im falschen Teil des BGBl?« oÄ nicht Stellung beziehen zu müssen
5. Dennoch ist dieser Beschluss ersichtlich von folgenden, für das Verständnis des Organisationskonzepts des B-VG wesentlichen zentralen Leitgedanken getragen:
- ▷ Der Umstand, dass auf einfachgesetzlicher Ebene die Kundmachung (= Zustellung) einer gerichtlichen Entscheidung durch ein Verwaltungsorgan vorgesehen wird, begegnet keinen Bedenken im Hinblick auf das Grundprinzip der Gewaltentrennung;
 - ▷ Eine Verordnung liegt dann nicht vor, wenn dem Verwaltungsorgan keine Möglichkeit einer inhaltlichen Einflussnahme auf den von ihm kundgemachten Rechtsakt zukommt;
 - ▷ Die der Kundmachung eigenen normativen Wirkungen einerseits sind von jenen, die auf der anderen Seite mit dem vom VwGH gemäß § 38a VwGG gefassten Beschluss verbunden sind, rechtlich zu trennen;
 - ▷ Ist die Kundmachung des VwGH-Beschlusses fehlerhaft, führt dies zur absoluten Nichtigkeit schon des Kundmachungsaktes mit der Folge, dass auch dem VwGH-Beschluss keine Wirkung zukommt; dies ist von den Verwaltungsgerichten von Amts wegen bzw auf einen Parteienantrag hin entsprechend aufzugreifen.

Zwischenbilanz

Zu den aufgeworfenen Problemstellungen liegen bereits zwei Entscheidungen (des VfGH) vor; drei Vorabentscheidungsersuchen sind noch (durch den EuGH) zu erledigen; die gegenwärtige Zwischenbilanz kann (erwartungsgemäß) bestenfalls bloß als »durchwachsen« qualifiziert werden.

Freilich kann man nicht von der Hand weisen, dass gegenwärtig auch andere, vermeintlich gravierendere materiell-rechtliche Strukturprobleme – wie vor allem: normative Meisterung der CoViD-19-Pandemie und der Zuwanderungskontrolle; rechtsstaatliche Bewältigung des religiös motivierten Terrors; Regelung aktiver Sterbehilfe; etc – einer Lösung bedürfen.

Diese im Verein mit (gleichsam selbst auferlegtem) Zeitdruck und chronischer Arbeitsüberlastung³³ lassen eingehende Überlegungen im Zuge der Problemlösung schon von vornherein nicht erwarten – vielmehr ist unter solchen Rahmenbedingungen ein Hang zur Apodiktik nicht zu übersehen³⁴.

Allerdings darf auch nicht übersehen werden, dass materielle Grundrechtsgewährleistungen nur dann wirklich effektiv zu werden vermögen, wenn diesen auch

aus der gesetzlichen Anordnung des § 38a VwGG (RN 31). Im Gegensatz zu einer Berichtigung von Druckfehlern im BGBl, die eine Verordnung darstellt, verkörpert die Kundmachung eines auf § 38a VwGG gestützten Beschlusses eine reine Publikationsform, sodass keine widersprüchliche VfGH-Judikatur vorliegt (RN 32). Schließlich verstößt das in § 38a VwGG normierte Zusammenwirken zwischen dem Bundeskanzler und dem VwGH auch nicht gegen das Gewaltentrennungsprinzip (RN 33).

32 Die vom VfGH in diesem Zusammenhang bezogene Literaturstelle enthält letztlich ebenfalls überwiegend rechtspolitisch motivierte Argumente.

33 Das mittlerweile auch von Höchstgerichten selbst als gestionsrelevant erachtete Kriterium der »Angemessenheit der Verfahrensdauer« iSd Art 6 EMRK (vgl zB den »Bericht des VfGH über seine Tätigkeit im Jahr 2019« [downloadbar unter: <https://www.vfgh.gov.at/downloads/taetigkeitsberichte/VfGH_Taetigkeitsbericht_2019.pdf>], 17 ff u. 55, und den Tätigkeitsbericht des VwGH für das Jahr 2019, [downloadbar unter <<https://www.vwgh.gov.at/gerichtshof/taetigkeitsberichte/Taetigkeitsbericht2019.pdf?7qkurt>>], 17 ff) führt somit in einem nicht unerheblichen Ausmaß zu einer »Entwissenschaftlichung« ihrer Entscheidungsbegründungen.

34 Vgl beispielsweise die fehlenden Begründungen für die in VfGH vom 7.10.2020, G 196/2020, RN 31 u RN 41 letzter Satz, bzw in VfGH vom 8.10.2020, V 505/2020, RN 32 u. RN 33, aufgestellten Behauptungen.

ein entsprechend probates Verfahrensrecht korrespondiert. Unter diesem Blickwinkel muss daher nach wie vor verstärkt das Augenmerk darauf gelegt werden, vorkonstitutionelle, ehemals für ein behördliches Verfahrensrecht konzipierte, mit den Fairnessanforderungen des Art 6 EMRK und des Art 47 EGRC augenfällig nicht mehr vereinbare Erscheinungsformen – wie vor allem: Investigativprinzip, Amtssachverständige, Beweislastumkehr, »ewige« Verjährungsfristen etc – zu eliminieren, selbst wenn dies aufgrund des beharrlichen Widerstandes der maßgebliche Entscheidungsträger nur in kleinen Schritten (mit denen aber solche kardinale Strukturmängel zumindest permanent vor Augen geführt werden können) möglich ist.

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