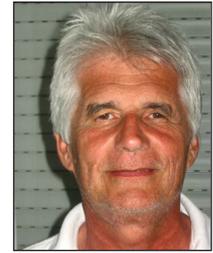


EuGH-Vorlageantrag: Autonome Prüfung der Unionsrechtskompatibilität und innerstaatlicher Instanzenzug (C-633/17)



ALFRED GROF

Einleitung

In ständiger Rechtsprechung geht der EuGH (zusammengefasst) davon aus, dass jedes Gericht aus eigenem – d.h. insbesondere auch: ohne Bindung an die diesbezügliche Rechtsmeinung eines anderen, allenfalls auch instanzenmäßig übergeordneten innerstaatlichen Gerichtes – zu beurteilen hat, ob eine nationale Regelung dem Unionsrecht entspricht oder nicht. Im letzteren Fall ist dann, wenn die Frage der Unionsrechtskompatibilität zweifelhaft erscheint, diese dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen; ansonsten ist die unionsrechtswidrige innerstaatliche Norm unangewendet zu lassen¹.

Seitens des EuGH wurde bisher allerdings noch nicht entschieden, wie die daraus entstehende Problematik zu lösen ist, dass die Gerichte eines Mitgliedsstaates hinsichtlich der Unionsrechtskompatibilität einer Norm zu unterschiedlichen Rechtsansichten gelangen können, und zwar insbesondere deshalb, weil entweder eine Vorabentscheidung des EuGH noch nicht vorliegt, diese unterschiedlich interpretiert wird oder – als in der Praxis am häufigsten vorherrschende Konstellation – der EuGH die Klärung von essentiellen und zugleich auslegungsbedürftigen Anwendungsvoraussetzungen der fraglichen innerstaatlichen Norm (wie z.B., ob diese in concreto dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht) den nationalen Gerichten überantwortet.

Judikaturdivergenzen beeinträchtigen nicht nur in theoretisch-systematischer Hinsicht die Rechtssicherheit und so auch unmittelbar das rechtsstaatliche Grundprinzip; auch in der Praxis entstehen nicht unerhebliche Probleme, wenn zentrale Fragen vom zu deren Lösung letztkompetent zuständigen EuGH de facto über einen längeren Zeitraum offen bleiben.

Eine im dargestellten Sinne grundsätzliche Problematik verkörpert also insbesondere jene, wie in Fällen divergierender Judikatur zwischen innerstaatlichen Gerichten bis zur Entscheidung des EuGH bzw. allenfalls auch nach dieser vorzugehen ist, wenn sich der EuGH (zumindest) zur Lösung (von essentiellen Teilfragen) als unzuständig erklärt, weil hierzu nach dessen Ansicht die nationalen Gerichte berufen sind.

Um sich der Lösung dieser zentralen, systematisch zum einen in der Vorabentscheidungs-Konzeption des Art. 267 AEUV und zum anderen im spezifisch österreichischen höchstgerichtlichen Kassationssystem wurzelnden Problematik anzunähern, wurde vom Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich der nachfolgend auszugsweise wiedergegebene Vorlageantrag (LVwG-411664/23/Gf/Mu vom 30. Oktober 2017) eingebracht (nachfolgend beim EuGH protokolliert zu C-633/17).

¹ Vgl. jüngst wiederum EuGH vom 20. Dezember 2017, C-322/16 (Global Starnet).

Inhaltsübersicht:

I.	Sachverhalte der Anlassverfahren.....	188
II.	Maßgebliche nationale Rechtsvorschriften.....	190
III.	Bedenken gegen die Vereinbarkeit dieser innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht.....	190
IV.	Vorlagefrage.....	193

I. Sachverhalte der Anlassverfahren

A. Vorbemerkung

Beim LVwG OÖ waren bzw. sind zahlreiche Beschwerdefälle anhängig, in denen sich insbesondere hinsichtlich des im österreichischen **Glücksspielgesetz**¹ normierten sog. »**Glücksspielmonopols**« sowie hinsichtlich der im österreichischen **Apothekengesetz**² normierten sog. »**Bedarfsprüfung**« jeweils die Frage stellt, ob solche staatlichen Eingriffe in die Niederlassungs- und in die Dienstleistungsfreiheit als unionsrechtskonform angesehen werden können.

Die beiden für das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen vom LVwG OÖ herangezogenen Anlassfälle sind somit lediglich als eine – im Interesse der Verfahrensvereinfachung getroffene – **paradigmatische Auswahl** anzusehen.

1. Faktenlage in Bezug auf das in den §§ 3 bis 5 GSpG geregelte Glücksspielmonopol

a. Allgemeines

1. Beginnend mit Erkenntnis vom 9. Mai 2014, LVwG-410287³, hat der dieses Vorabentscheidungsersuchen einbringende Einzelrichter (i.S.d. Art. 135 Abs. 1 B-VG) des LVwG OÖ in zahlreichen Entscheidungen (insgesamt ca. 160) jeweils mit ausführlicher Begründung festgestellt, dass das (insbesondere) in den §§ 3 bis 5 GSpG geregelte sog. »Glücksspielmonopol« der in Art. 49 AEUV garantierten Niederlassungsfreiheit bzw. der in Art. 56 AEUV garantierten Dienstleistungsfreiheit widerspricht.

2. Hingegen vertritt der VwGH seit seinem im Rechtsmittelinstanzenzug ergangenen (»leading-case«-)Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022⁴, die Auffassung, dass eine derartige Antinomie nicht bestehe.

Im Weiteren haben sich auch der VfGH mit (»leading-case«-)Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016⁵, und der OGH mit (»leading-case«-)Urteil vom 22. November 2016, 4 Ob 162/16a⁶, der Rechtsansicht des VwGH angeschlossen.

3. Dem gegenüber hat der dieses Vorabentscheidungsersuchen einbringende Einzelrichter des LVwG OÖ mit Erkenntnis vom 8. August 2016, LVwG-411506⁷, und hierauf in vielen weiteren (insgesamt ca. 140; vgl. jüngst LVwG OÖ vom 10. Oktober 2017, LVwG-412285⁸) Entscheidungen neuerlich festgestellt, dass das Glücksspielmonopol des GSpG der unionsrechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit widerspricht.

4. Parallel dazu haben sich alle anderen Einzelrichter des LVwG OÖ jeweils der Rechtsansicht des VwGH, des VfGH und des OGH angeschlossen und davon ausgehend in zahlreichen Entscheidungen (insgesamt über 1.000) die Unionsrechtskonformität des GSpG-Monopols bestätigt⁹.

5. Im Ergebnis vertreten somit derzeit alle österreichischen Höchstgerichte eine einheitliche Rechtsauffassung, während innerhalb des LVwG OÖ (= mittelinstanzliche Ebene im Rahmen des Systems der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts) eine **Judikaturdivergenz** besteht¹⁰.

6. Konsequenz dieser geschäftsverteilungsmäßig bedingten widersprüchlichen Entscheidungspraxis ist nicht nur eine nunmehr bereits seit 2014 währende **Rechtsunsicherheit**, sondern in prozessualer Hinsicht zudem, dass gegen Entscheidungen des LVwG OÖ mit lückenloser Konsequenz entsprechende Rechtsmittel an die beiden Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts (VwGH und VfGH) erhoben wurden (und werden):

a. Gegen jene Erkenntnisse, die die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG-Monopols aussprechen (insgesamt ca. 300), wurde (und wird) vom Bundesminister für Finanzen routinemäßig eine Amtsrevision an den VwGH eingebracht (eine Amtsrevision an den VfGH ist nach österreichischem Recht hingegen nicht vorgesehen);

b. gegen die gegenteiligen Entscheidungen des LVwG OÖ (insgesamt über 1.000) wurde (und wird) von den betroffenen Unternehmen bzw. Privatpersonen jeweils eine Beschwerde an den VfGH und/oder eine Revision an den VwGH erhoben und darin in erster Linie vorgebracht, dass die »leading-case«-Entscheidungen des VfGH und des VwGH bzw. die diesen folgenden Erkenntnisse des LVwG OÖ durchwegs nicht auf einem EMRK-konformen Verfahren und

1 BGBl 620/1989 i.d.g.F. BGBl I 107/2017 (im Folgenden auch: GSpG).

2 RGBl 5/1907 i.d.g.F. BGBl I 127/2017 (im Folgenden auch: ApG).

3 Abrufbar unter: www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm.

4 Abrufbar unter: https://www.vwgh.gv.at/medien/mitteilungen/ro_20151700_22.pdf?61pg80).

5 Abrufbar unter: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_E_945-2016_ua_Gluecksspiel_Entscheidung.pdf.

6 Abrufbar unter: <https://www.ris.bka.gv.at> – »Judikatur« – »Justiz«).

7 Abrufbar unter: www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm).

8 Abrufbar unter: www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm).

9 Jeweils abrufbar unter: www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm.

10 Die sich aktuell in einem Verhältnis von ca. 1:3,5 (insgesamt ca. 300 Entscheidungen, die von der Unionsrechtswidrigkeit des GSpG-Monopols ausgehen, gegenüber mehr als 1.000 gegenteiligen Entscheidungen) manifestiert.

insbesondere nicht auf einer autonomen Kohärenzprüfung basieren; weil auf diesen zentralen Einwand bislang nicht eingegangen wurde, wurde in zahlreichen Fällen wegen Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK eine weitergehende Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (kurz: EGMR) erhoben.

7. De facto wurden (und werden) aus Anlass der Amtsrevisionen die von dem dieses Vorabentscheidungsersuchen einbringenden Einzelrichter des LVwG OÖ getroffenen Entscheidungen vom VwGH wegen Widerspruchs zu dessen Judikatur i.S.d. Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgehoben¹¹.

Dem gegenüber wurden (und werden) jene Revisionen bzw. Beschwerden gegen Erkenntnisse des LVwG OÖ, mit denen die Unionsrechtskonformität des GSpG-Monopols bestätigt wurde, vom VwGH bzw. vom VfGH jeweils unter Hinweis auf die Grundsatzentscheidung des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bzw. des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, zurückgewiesen¹² bzw. abgelehnt¹³.

Den wiederholten Anregungen der Beschwerdeführer auf Einbringung eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union (kurz: EuGH) wurde vom VwGH und vom VfGH nicht entsprochen; die gegen solche Zurückweisungs- bzw. Ablehnungsentscheidungen in erheblicher Anzahl erhobenen Beschwerden wurden vom EGMR – zumindest bislang – nicht zur Behandlung angenommen¹⁴.

8. Innerstaatliche Rechtsfolge der Aufhebung (Kasation) durch den VwGH ist, dass der dieses Vorabentscheidungsersuchen einbringende Einzelrichter des LVwG OÖ in sämtlichen dieser Fälle neuerlich eine Entscheidung – und zwar nach nationaler Regelung nunmehr in Bindung an die Rechtsansicht des VwGH – zu erlassen, d.h. von der Unionsrechtskonformität des Glücksspielmonopols auszugehen hätte.

Stellvertretend für derzeit 14 solche anhängige Verfahren (wobei diese Zahl aus den zuvor angeführten Gründen systembedingt ständig im Steigen begriffen ist) gilt dies insbesondere für den Anlassfall 1) des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens.

b. Zum Anlassverfahren LVwG-411664:

1. Mit Straferkenntnis der LPD OÖ vom 21. Oktober 2016 wurden über die Beschwerdeführerin Geldstrafen in Höhe von insgesamt 16.000 Euro wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG verhängt.

2. Auf Grund ihrer dagegen erhobenen Beschwerde hat der dieses Vorabentscheidungsersuchen einbringende Einzelrichter des LVwG OÖ das Straferkenntnis der LPD OÖ mit Erkenntnis vom 28. Dezember 2016, LVwG-411664, aufgehoben; dies deshalb, weil – wie in dieser Entscheidung ausführlich begründet wurde – das im GSpG normierte Monopolsystem der unionsrechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit widerspricht, sodass für Übertretungen der Monopolvorschriften des GSpG keine Sanktionen verhängt werden dürfen.

3. Aus Anlass einer dagegen vom Bundesminister für Finanzen erhobenen Amtsrevision hat der VwGH die Entscheidung des LVwG OÖ mit Erkenntnis vom 13. Juni 2017, Ra 2017/17/0200, wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass der VwGH bereits in seinem (»leading-case«-)Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, »eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht erkannt« und sich der VfGH in dessen (»leading-case«-)Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, »dieser Rechtsansicht.... angeschlossen« habe (vgl. RN 7 des VwGH-Erkenntnisses vom 13. Juni 2017, Ra 2017/17/0200).

4. Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG wäre das LVwG OÖ im fortzusetzenden Verfahren nunmehr dazu verhalten, neuerlich eine Entscheidung – und zwar nunmehr in Bindung an die Rechtsansicht des VwGH – zu erlassen¹⁵, d.h., der dieses Vorabentscheidungsverfahren einbringende Einzelrichter hätte nunmehr von der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols auszugehen.

2. Faktenlage in Bezug auf die in § 10 ApG geregelte Bedarfsprüfung

a. Allgemeines:

Die rechtliche Problematik hinsichtlich der im Apothekengesetz geregelten sog. Bedarfsprüfung gleicht im Wesentlichen jener der im Glücksspielgesetz normier-

¹¹ Vgl. z.B. VwGH vom 30. Juni 2017, Ra 2017/17/0080.

¹² Vgl. paradigmatisch VwGH vom 18. Oktober 2017, Ra 2017/17/0691 – derzeit insgesamt ca. 150 derartige Entscheidungen.

¹³ Vgl. paradigmatisch VfGH vom 28. Juni 2017, E 2170/2017 – derzeit insgesamt ca. 200 derartige Entscheidungen.

¹⁴ Symptomatisch z.B. EGMR vom 14. September 2017, 45707/17 (»Both/Austria«).

¹⁵ Gleiches gilt jeweils in Bezug auf zahlreiche weitere hg. Entscheidungen und die dazu im Gefolge von Amtsrevisionen ergangenen (und noch zu ergehenden) VwGH-Erkenntnisse.

ten Monopolregelung: Hier wie dort geht es im Kern um die sowohl tatsächliche als auch autonome Vornahme einer Kohärenzprüfung, um die diesbezügliche Bindung an die Rechtsauffassung von instanzmäßig übergeordneten Gerichten und um die aus divergierenden nationalen Entscheidungen resultierende Rechtsunsicherheit.

Stellvertretend für derzeit 10 solche anhängige Verfahren (wobei diese Zahl aus den zuvor angeführten Gründen systembedingt ständig im Steigen begriffen ist) gilt dies insbesondere für den Anlassfall 2) des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens.

b. Zum Anlassverfahren LVwG-050013

1. Mit Erkenntnis vom 12. Juli 2016, LVwG-050013/47/Gf/Mu¹⁶, hat das LVwG OÖ letztlich dem Antrag des Beschwerdeführers auf Erweiterung des Standortes seiner öffentlichen Apotheke mit entsprechenden Modifikationen stattgegeben. Insbesondere wurde in diesem Zusammenhang unter Heranziehung der einschlägigen Judikatur des EuGH – v.a. des Urteils vom 13. Februar 2014, C-367/12 (»Sokoll-Seebacher I«, ECLI:EU:C:2014:68), sowie der Beschlüsse vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (»Naderhirn«, ECLI:EU:C:2015:707), und vom 30. Juni 2016, C-634/15 (»Sokoll-Seebacher II«, EU:C:2016:510) – ausführlich dargestellt, weshalb die in § 10 ApG geregelte, auch im Zusammenhang mit Standorterweiterungen nach § 46 ApG maßgebliche Bedarfsprüfung nach Ansicht des dieses Vorabentscheidungsersuchen einbringenden Einzelrichters des LVwG OÖ den Anforderungen der Art. 49 ff AEUV und 56 ff AEUV nicht genügt.

2. Aus Anlass einer dagegen von einer Konkurrentin erhobenen Revision hat der VfGH diese Entscheidung des LVwG OÖ mit Erkenntnis vom 29. März 2017, Ra 2016/10/0141¹⁷, wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben; dies im Wesentlichen mit der gegen teiligen Begründung, dass die in § 10 ApG normierte Bedarfsprüfung den Anforderungen des Unionsrechts entspricht (vgl. RN 29 dieses VfGH-Erkenntnisses).

In der Folge hat sich auch der VfGH der Rechtsauffassung des VwGH angeschlossen (vgl. VfGH vom 28. September 2017, E 2666/2016¹⁸, RN 47).

Davon abgesehen vertreten beide Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts übereinstimmend – allerdings entgegen der ständigen Judikatur des EuGH – die Auffas-

sung, dass eine Beeinträchtigung der Gewährleistungen des Art. 49 AEUV bzw. des Art. 56 AEUV und eine daraus allenfalls resultierende verfassungswidrige Inländerdiskriminierung bis zur Herstellung der Unionsrechtskonformität durch den nationalen Gesetzgeber als im öffentlichen Interesse liegend »hingenommen werden« müsse¹⁹.

3. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang insbesondere auch, dass der EGMR mit Urteil vom 5. Juli 2016, 5136/10 (»Naderhirn/Austria«)²⁰, im Hinblick auf dieses Standorterweiterungsverfahren bereits eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK wegen überlanger Verfahrensdauer festgestellt hat.

Aus demselben Grund hat der Beschwerdeführer am 24. Oktober 2017 wiederum eine Beschwerde an den EGMR erhoben.

4. Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG wäre das LVwG OÖ im fortzusetzenden Verfahren nunmehr dazu verhalten, neuerlich eine Entscheidung – und zwar nunmehr in Bindung an die Rechtsansicht des VwGH – zu erlassen²¹, d.h., der dieses Vorabentscheidungsverfahren einbringende Einzelrichter hätte nunmehr von der Unionsrechtskompatibilität der im ApG normierten Bedarfsprüfung auszugehen.

II. Maßgebliche nationale Rechtsvorschriften

1.

III. Bedenken gegen die Vereinbarkeit dieser innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht

1. Soweit es im Bereich des Glücksspielrechts die Vereinbarkeit eines nationalen Eingriffsystems, v.a. in Form einer Monopolregelung, mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Art. 49 ff und den Art. 56 ff AEUV, betrifft, fordert der EuGH in ständiger Judikatur die Durchführung einer sog. »Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitsprüfung«: Diese muss erweisen, dass nicht nur die konkrete gesetzliche Regelung, sondern auch deren praktische Umsetzung eine tatsächliche und ver-

16 Abrufbar unter: www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm.

17 Auch Abrufbar unter: https://www.vwgh.gv.at/rechtsprechung/aktuelle_entscheidungen/2017/ra_2016100141.pdf?61pgbm.

18 Auch abrufbar unter: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_2017_0928_16E02666_00/JFT_20170928_16E02666_00.pdf.

19 Und zwar selbst dann, wenn dieser Zeitraum rund 16 Monate währt; vgl. VfGH vom 28. September 2017, E 2666/2016, RN 48, und VwGH vom 29. März 2017, Ra 2016/10/0141, RN 30.

20 Abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int>.

21 Gleiches gilt jeweils in Bezug auf zahlreiche weitere hg. Entscheidungen und die dazu im Gefolge von Amtsrevisionen ergangenen (und noch zu ergehenden) VwGH-Erkenntnisse.

hältnismäßige Erreichung der mit der Monopolregelung verfolgten Zielsetzungen bewirkt bzw., dass die konkrete Handhabung der mit der Monopolisierung verbundenen Einschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wirklich mit den Art. 49 ff und 56 ff AEUV im Einklang steht²².

Analoges gilt auch in Bezug auf **Bedarfsprüfungen im Apothekenrecht**²³.

2. Eine solche Kohärenzprüfung hat jedes Gericht aus **eigenem** und insbesondere **ohne Bindung** an die diesbezügliche **Rechtsanschauung** anderer, allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter Gerichte²⁴ sowie unter jeweiliger Bedachtnahme auf die **aktuellen faktischen Umstände**²⁵ vorzunehmen.

3. Speziell mit Blick auf den **innerstaatlichen Instanzenzug** versteht das LVwG OÖ diese Judikatur des EuGH insgesamt so,

- dass **keine Bindung** des unterinstanzlichen Gerichtes an die Entscheidung eines instanzenmäßig übergeordneten Gerichtes **jedenfalls dann** besteht, wenn die **Oberinstanz keine autonome Kohärenzprüfung** durchgeführt hat;
- dass hingegen dann eine **Bindung** an die Entscheidung des instanzenmäßig übergeordneten Gerichtes besteht, wenn die **Oberinstanz eine autonome Kohärenzprüfung** durchgeführt hat (**ausgenommen** dann, wenn diese Prüfung die **Umstände nach der Erlassung** der Eingriffsregelung **nicht berücksichtigt** hat); sowie
- dass die **Oberinstanz** eine den Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung genügende Kohärenzprüfung **voraussetzungsgemäß stets nur dann** durchführen kann, wenn dieser **ex lege eine umfassende materielle Kognitionsbefugnis** zukommt.

4. Mit diesen Grundsätzen der EuGH-Judikatur dürfte aber eine solche **Kombination von Verfahrenssystem und Gerichtsorganisation**, wie sie in Österreich für die **Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts**²⁶ in den

Art. 133 Abs. 4 B-VG und Art. 144 Abs. 1 B-VG in Verbindung mit den §§ 41, 42 und 63 VwGG einerseits bzw. mit § 87 VfGG andererseits festgelegt ist – nämlich: jeweils bloße **Kassation** durch die **oberste Instanz**, die im Ergebnis **keiner Sacherledigung**, sondern einer bloß formalen »Zurückverweisung«, d.h.: 1.) Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses 2.) samt Verpflichtung der Unterinstanz zur Fällung einer neuen Sacherledigung unter 3.) gleichzeitiger Bindung an die Rechtsansicht des übergeordneten Gerichtes²⁷, gleichkommt –, wobei diese **Bindungswirkung generell**, d.h. insbesondere auch für jene Fallkonstellationen angeordnet wird, in denen **nicht sichergestellt** ist, dass die übergeordneten Gerichte **in einem in jeder Hinsicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC entsprechenden Verfahren** eine sowohl **autonome** als auch auf dem **aktuellen Faktenstand** basierende Kohärenzprüfung durchgeführt haben, vor allem aus folgenden Gründen nicht vereinbar sein:

4.1. Soweit es die **rechtliche und faktische Sicherstellung** der Garantien der EMRK auf **nationaler Ebene** betrifft, sieht die Konvention hierfür schon selbst – nämlich in Art. 34 EMRK – ein **Individualbeschwerderecht** für Personen vor, die sich durch staatliche Eingriffe in ihren Rechten als verletzt erachten; eine solche Beschwerde richtet sich stets gegen eine **letztinstanzliche** – und damit **in aller Regel gegen eine höchstgerichtliche – innerstaatliche Entscheidung**.

Stellt der EGMR eine Konventionsverletzung fest, ist der Mitgliedsstaat verpflichtet, diese Entscheidung im Wege seines nationalen Behörden- und Gerichtssystems effektiv umzusetzen (vgl. Art. 46 EMRK).

(Nicht unerwähnt soll in diesem Zusammenhang allerdings bleiben, dass dieses Rechtsschutzsystem **de facto** infolge der vom EGMR extensiv gehandhabten **Ablehnungspraxis**²⁸ objektiv besehen in toto als **nicht sehr durchschlagskräftig** erscheint.)

4.2. Dem gegenüber ist das **unionsrechtliche System** zur Gewährleistung der Vertragstreue durch die Mitgliedstaaten – insbesondere zur effektiven Garantie der für die Unionsbürger gemäß dem AEUV und der EGRC vorrangig maßgeblichen **Grundfreiheiten und Grund-**

22 So speziell zum österreichischen Glücksspielmonopol EuGH vom 30. April 2014, C-390/12 (»Pfleger« – ECLI:EU:C:2014:281), RN 43, 49 und 56, mit weiteren Rechtsprechungshinweisen.

23 So speziell zum österreichischen Apothekenrecht EuGH vom 13. Februar 2014, C-367/12 (»Sokoll-Seebacher I« – ECLI:EU:C:2014:68) und vom 30. Juni 2016, C-634/15 (»Sokoll-Seebacher II« – ECLI:EU:C:2016:510).

24 Vgl. speziell in Bezug auf Österreich z.B. EuGH vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (»Naderhirm«, ECLI:EU:C:2015:707), RN 32 ff.

25 Vgl. speziell in Bezug auf Österreich z.B. EuGH vom 30. Juni 2016, C-464/15 (»Admiral Casinos«, ECLI:EU:C:2016:500), RN 34 ff.

26 Darunter ist die – von der **ordentlichen (Zivil- und Kriminalstrafsachen** umfassende, in letzter Instanz jeweils beim OGH konzentrierte) **Gerichtsbarkeit** getrennte – nachprüfende Kon-

trolle von Behördenentscheidungen durch **erstinstanzliche Verwaltungsgerichte** sowie (in II. Instanz für jeweils einander ausschließende Zuständigkeitsbereiche) den **VwGH** bzw. den **VfGH** zu verstehen.

27 Vgl. Art. 133 Abs. 4 B-VG i.V.m. den §§ 41, 42 und 63 VwGG bzw. Art. 144 Abs. 1 B-VG i.V.m. § 87 VfGG.

28 Symptomatisch für den vorliegenden Zusammenhang statt vieler EGMR vom 14. September 2017, 45707/17 (»Both/Austria«); siehe auch *E.C. Schöpfer*, Zur Unzulässigerklärung von Beschwerden durch den EGMR ohne detaillierte Begründung, Newsletter für Menschenrechte, Heft 4/2017, 307 ff.

rechte – nicht durch eine entsprechende **Individualbeschwerdebefugnis**, sondern dadurch gekennzeichnet, dass **unionsrechtswidriges nationales Recht** von den Behörden und Gerichten **nicht anzuwenden** ist; bestehen hinsichtlich der Unionsrechtskompatibilität einer innerstaatlichen Norm entsprechende **Zweifel**, sind die diesbezüglichen Fragen dem EuGH im Wege eines **Vorabentscheidungsersuchens** gemäß Art. 267 AEUV zur Klärung vorzulegen; **ausschließlich** die in diesem Zuge ergehende **Entscheidung des EuGH** entfaltet dann eine **generelle Bindungswirkung**.

Gleichzeitig schafft der Umstand, dass sich diese **Vorlageberechtigung gerade nicht auf letztinstanzliche Gerichte beschränkt**, auf nationaler Ebene ein **System der wechselseitigen Kontrolle** zwischen übergeordnetem und untergeordnetem Gericht, das (u.a.) wesentlich dazu beiträgt, dass – als **Ausgleich** für die dem Bürger **fehlende Individualbeschwerdebefugnis** – der durch die Europäische Union gewährleistete Grundrechtsschutz auch vom EGMR als »fair« im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC akzeptiert wird²⁹.

4.3. Damit in diesem Sinne ein Verfahren **speziell** mit Blick auf **gerichtliche Instanzenzüge insgesamt** als »fair« qualifiziert werden kann, muss – wie der EGMR in ständiger Rechtsprechung festhält – insbesondere auch **sichergestellt** sein, dass eine **gerichtliche** Entscheidung, die **sämtlichen Erfordernissen** des Art. 6 Abs. 1 EMRK gerecht wird, im **weiteren Verfahrensverlauf** durch eine **diesen Anforderungen nicht entsprechende** (und sohin »nicht-gerichtliche«) Entscheidung **nicht mehr abgeändert** werden kann³⁰.

4.4. Wenngleich der EuGH dies bislang zwar noch nicht explizit ausgesprochen hat, vermag dessen ständige Judikatur, wonach in jenen Fällen, in denen jedes Gericht eine autonome (und zudem ständig aktualisierte) Kohärenzprüfung vorzunehmen hat, hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskompatibilität einer nationalen Regelung keine Bindung an die Rechtsansicht übergeordneter innerstaatlicher Gerichte besteht, aber wohl **nur unter Einbeziehung** der Voraussetzung der **Sicherstellung der Unantastbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung durch ein Nicht-Gericht** als ins-

gesamt **systematisch konsequent** – nämlich auch mit **der Rechtsprechung des EGMR übereinstimmend** – erscheinen.

Davon ausgehend kann wohl **dann keine Bindung** an die Entscheidung einer **übergeordneten innerstaatlichen Institution** bestehen, wenn **Letztere** entweder in organisations- oder in verfahrensrechtlicher Hinsicht **generell keine Gerichtsqualität** aufweist oder diese im Besonderen beispielsweise 1.) **de facto keine eigenständige Kohärenzprüfung vorgenommen** hat oder 2.) diese **Kohärenzprüfung nicht** (mehr) der **aktuellen Faktenlage** entspricht oder 3.) das dieser Entscheidung zu Grunde liegende **Verfahren nicht in jeglicher Hinsicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt** hat.

Die Konsequenz, dass so auf nationaler Ebene **temporär** – nämlich bis zu der im Interesse der Rechtssicherheit zwecks **Vermeidung eines infiniten Zirkels** zwingend vom EuGH einzuholenden endgültigen Klärung der zweifelhaften Rechtsfrage – **widersprüchliche Entscheidungen** und damit **Rechtsunsicherheit** resultieren, muss insgesamt besehen als ein notwendiges, zugleich aber auch unverzichtbares Teilelement dieses **spezifisch konzipierten unionsrechtlichen, von jenem nach der EMRK divergierenden Grundrechtsschutzsystems** erscheinen.

4.5. Wird die bisherige Judikatur des **EuGH** im eben dargelegten Sinn – als mit jener des **EGMR harmonisiert** – verstanden, dann müssen aber die Art. 49 und 56 AEUV wohl konsequenterweise dahin ausgelegt werden, dass mit diesen ein nationales Verfahrens- und Gerichtsorganisationssystem **nicht vereinbar** ist, wenn nach diesem **nicht zugleich sichergestellt** ist, dass in Konstellationen, die eine Kohärenzprüfung erfordern, eine Bindungswirkung an Entscheidungen übergeordneter, den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK genügender Gerichte stets nur dann und insoweit bestehen kann, als jenen **Gerichtsqualität zukommt** und diese **tatsächlich eine eigenständige** und zudem jeweils **aktuelle Kohärenzprüfung vorgenommen** haben, und zwar im Wege eines **Verfahrens**, das in **jeder Hinsicht** dem Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. dem Art. 47 EGRC entsprochen hat.

Ob dies im konkreten Einzelfall jeweils zutrifft, haben **zunächst** (nämlich: bis zu der durch den EuGH bzw. den EGMR erfolgenden Letztkontrolle) die **innerstaatlichen Organe** zu beurteilen, und zwar im Wege der bereits zuvor angesprochenen wechselseitigen Kontrolle zwischen oberster Instanz und Mittelinstanz, die im Falle von **divergierenden Auffassungen** in ein **Vorabentscheidungsersuchen** münden muss.

4.6. Diese dargestellte, **im Interesse der faktischen Effizienz des Unionsrechts unabdingbare Sicherstellung** dürfte jedoch **schon gleichsam »systembedingt«** insbe-

29 Vgl. grundlegend EGMR vom 30. Juni 2005, 45036/98 (»Bosphorus/Ireland«); danach besteht (**nur**) eine (im Einzelfall zudem **widerlegbare**) **Vermutung** dahin, dass der nach dem System der EGRC gewährleistete Grundrechtsschutz dem Standard des Art. 6 Abs. 1 EMRK gerecht wird.

30 Vgl. z.B. schon EGMR vom 19. April 1994, 16034/90 (»van der Hurk/NL«) und vom 25. Februar 1997, 22107/93 (»Findlay/GB«); s.a. *H.-H. Kühne*, in: K. Pabel – St. Schmahl (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Loseblattausgabe seit 1986 (20. Lieferung 2016), RN 318 ff zu Art. 6, m.w.N.

sondere dann **nicht gegeben** sein, wenn das **übergeordnete Gericht** auf Grund der **innerstaatlichen Rechtslage** 1.) bei gleichzeitigem **Neuerungsverbot**³¹ sowie unter **Bindung** an das von der **Unterinstantz** angenommene **Tatsachensubstrat**³², 2.) bezogen auf die **zum Zeitpunkt der Entscheidung der Unterinstantz maßgebliche Sach- und Rechtslage**³³ und vor allem 3.) **hinsichtlich seiner Kognitionsbefugnis limitiert** – nämlich auf bloß grundsätzliche Rechtsfragen (VwGH) einerseits³⁴ bzw. Verletzungen der Grundrechtssphäre (VfGH) andererseits beschränkt³⁵ – zu entscheiden hat und dies weiters auch **de facto so praktiziert** wird, wobei überdies noch daran anknüpfend eine **generelle**, d.h. den **Problemkreis der Unionsrechtskompatibilität nationaler Regelungen gerade nicht explizit ausnehmende Bindungswirkung** an solche oberstgerichtliche Entscheidungen **gesetzlich festgelegt** ist.

4.7. Zuletzt ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, dass der **EGMR** in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertritt, dass der **VwGH** und der **VfGH** vor allem wegen deren **jeweils bloß eingeschränkter Kognitionsbefugnis** (VwGH: bloß grundsätzliche Rechtsfragen – vgl. Art. 133 Abs. 4 B-VG; VfGH: bloß verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte – vgl. Art 144 Abs. 1 B-VG) in aller Regel **nicht** (bzw. allenfalls bloß in organisatorischer Hinsicht) als den europäischen Grundrechtsstandards **de facto** in jeder Hinsicht entsprechende **»Gerichte«** gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK qualifiziert werden können³⁶.

31 So die ständige Rechtsprechung des VwGH (vgl. jüngst wiederum VwGH vom 20. September 2017, 2017/19/0163, RN 10, m.w.N.).

32 Vgl. explizit § 41 VwGG (oben, B.2.): *»auf Grund des vom Verwaltungsgericht angenommenen Sachverhalts«,* das (leading-case-)Erkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, RN 127, das (leading-case-)Erkenntnis des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, RN 49, sowie in der Folge paradigmatisch VwGH vom 12. Oktober 2017, Ra 2017/17/0659, RN 6.

33 Ständige Rechtsprechung sowohl des VwGH (vgl. z.B. VwGH vom 12. April 2011, 2007/18/0257, und vom 13. September 2011, 2011/22/0166) als auch des VfGH (vgl. z.B. VfGH vom 28. September 2004, B 16/04, und vom 28. September 2006, B 1100/03).

34 Vgl. explizit Art. 133 Abs. 4 B-VG: *»wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt«.*

35 Vgl. Art. 144 Abs. 1 B-VG: *»in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung..... eines verfassungswidrigen Gesetzes«.*

36 Vgl. statt vieler z.B. EGMR vom 26. April 1995, 16922/90 (»Fischer/Österreich«), in Bezug auf den VwGH bzw. EGMR vom 17. April 2012, 21539/07 (»Steininger/Österreich«), in Bezug auf den VfGH.

IV. Vorlagefrage

1. Vor diesem Hintergrund erlaubt sich das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich, den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV in **Ergänzung und Präzisierung** zu den dg. bereits zu C-79/17 und C-589/16 anhängigen Vorabentscheidungsverfahren um die Klärung folgender Frage zu ersuchen:

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

nämlich:

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

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

wobei diese Bindungswirkung gesetzlich generell, d.h. insbesondere auch für jene Fallkonstellationen angeordnet wird, in denen ex lege nicht sichergestellt ist, dass die übergeordneten Gerichte in einem in jeder Hinsicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC entsprechenden (sondern vielmehr vor allem durch

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

geprägten) Verfahren eine sowohl autonome als auch auf dem aktuellen Faktenstand basierende Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt haben

– mit der in Art. 49 AEUV gewährleisteten Niederlassungsfreiheit bzw. mit der in Art. 56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit vereinbar?«

2. Sollte diese Frage **bejaht** werden, wäre es für das vorliegende Gericht hilfreich, wenn seitens des EuGH ein **Hinweis** darauf gegeben werden könnte, wie in Fallkonstellationen vorzugehen ist, in denen die von einem übergeordneten Gericht einerseits und einem untergeordneten Gericht andererseits hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskompatibilität einer innerstaatlichen Norm vorgenommenen Kohärenzprüfungen zu **divergierenden Ergebnissen** führen, ohne dass letztlich eine wechselseitige Nichtbeachtung und somit im **Ergebnis** gleichsam ein »**infiniter Zirkel**« resultiert.

3. Die Bestimmung des § 1 Abs. 4 DRGG, wonach »*bei der Vorbereitung der Umsetzung von Rechtsakten der Europäischen Union darauf zu achten ist, dass die vorgegebenen Standards nicht ohne Grund übererfüllt werden*«, steht zwar formal nicht im Verfassungsrang; ihr kommt aber vor allem wegen der damit verbundenen finanziellen Implikationen (vgl. § 1 Abs. 2 und 3 DRGG) dennoch eine prägende materielle Maßstabsfunktion im Gesetzgebungsprozess zu.