

# Unionsrechtskompatibilität: Keine Bindung an Höchstgerichte – insb nicht bei Judikaturdivergenz (zB Glücksspielmonopol)?!

ALFRED GROF

Das Auslegungsmonopol des EuGH für Unionsrecht gerät bei eigentümlichen Kernfragen der nationalen Verfassungen in ein Spannungsfeld zum Selbstverständnis von deren Höchstgerichten. Um einen offenen Konflikt zu vermeiden, können Letztere eine faktische Bindungswirkung nur mit einem EMRK-konformen Verfahren und einer überzeugenden Entscheidungsbegründung erzielen.

1. Obwohl sie jeweils zu österr Anlassverfahren ergingen, haben zwei grundlegende EuGH-E in der heimischen juristischen Fachwelt bislang kaum Beachtung gefunden. Zum einen handelt es sich hierbei um das Urteil v 11. 9. 2014, C-112/13,<sup>1)</sup> in dem der Gerichtshof – auf das Wesentliche verkürzt – eine nationale Regelung für unionsrechtswidrig erklärt, die Gerichte vor Einbringung eines Vorabentscheidungsersuchens gem Art 267 AEUV dazu verpflichten, die von ihnen als zweifelhaft erachtete Norm zuvor noch einem innerstaatlichen Höchstgericht zur Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit (EU-Recht und) der Verfassung vorzulegen. Weiters ist ein Gericht nach dem Beschluss<sup>2)</sup> v 15. 10. 2015, C-581/14, an die von einem anderen nationalen Gericht vorgenommene Beurteilung, ob eine innerstaatliche Rechtsvorschrift mit EU-Recht vereinbar ist oder nicht, nicht gebunden, selbst wenn es sich hierbei um einen oberinstanzlichen Richterspruch handeln sollte. Verständlich werden diese Judikaturverästelungen nur, wenn man sich die diese tragende Stammmaxime, wonach die Frage der Unionsrechtskompatibilität von nationalen Rechtsvorschriften nach stRsp des EuGH<sup>3)</sup> von jedem innerstaatlichen Gericht (in einem ersten Schritt) völlig eigenständig zu prüfen und (in einem zweiten Schritt) entweder – bei Uneindeutigkeit – die entsprechenden Zweifelsfragen dem EuGH vorzulegen oder andernfalls die einwandfrei als unionsrechtswidrig erkannte Norm unangewendet zu lassen hat. Summarisch resultiert aus diesem Theorem gleichsam eine Eliminierung des innerstaatlichen Instanzenzugs mit dem (neben anderen daraus resultierenden Folgewirkungen) erkennbaren Hauptziel, bezüglich der Problematik „Unionsrechtskompatibilität von nationalem Recht“ eine Letztkompetenz des EuGH institutionalisiert zu haben, die zugleich (zumindest relativ) effizient (nämlich ohne langwierige Umwege über innerstaatliche Instanzenzüge) zum Tragen kommt.

2. Damit gerät für einen durchaus nicht unerheblichen Teilbereich der nationalen Rechtsordnung, nämlich für das weite Feld von dessen beständig wachsender Determinierung durch EU-Recht, nicht nur das horizontale Gleichgewicht, sondern auch die vertikale Kompetenzordnung massiv ins Wanken:

Soweit auf ein und derselben Instanzenebene mehrere, va Höchstgerichte mit jeweils unterschiedlichen Zuständigkeitsbereichen – wie in Österreich: OGH, VfGH und VwGH – bestehen, können dann, wenn diese jeweils dieselbe Norm anzuwenden haben, deren Vereinbarkeit mit Unionsrecht jedoch zweifelhaft ist, gleichsam schon auf horizontalem Level divergierende Auffassungen zu dieser Frage resultieren (s näher unten, 4.); diese Problematik wird dann noch in vertikaler Richtung verschärft – und gleichsam potenziert –, wenn man noch die jeweiligen Unterinstanzen mit einbezieht: Wie soll Österreich jemals wieder ein attraktiver Wirtschaftsstandort werden, wenn in den immer mehr in den Vordergrund tretenden unionsrechtlichen Fragen mangels nationaler Zentralkompetenz nicht rasch Rechtssicherheit herstellbar ist?<sup>4)</sup>

3. In der gegenwärtigen Zeit, deren Hauptprobleme insb auch durch einen stetig wachsenden Autoritätsverlust der öffentlichen Institutionen verursacht (und nicht zuletzt von diesen selbst verschuldet)<sup>5)</sup> werden, lässt sich ein (vermeintlich) drohendes Chaos dadurch hintanhalten, dass man entweder die auf internationale Organisationen und Institutionen verfügte Kompetenzdelegation gänzlich revidiert, dh die Mitgliedschaft zu diesen aufkündigt oder zumindest mit einem solchen Schritt droht (Stichwörter „Grexit“, „Brexit“ etc); oder dass man sich dem Kompetenzanspruch widersetzt, wie bspw jüngst Russland, das zwar weiterhin Vollmitglied der EMRK bleiben will, aber per Verfassungsgesetz erklärt hat, verurteilende Entscheidungen des EGMR nicht umzusetzen, wenn und soweit diese der nationalen Verfassung widersprechen – was wiederum ex-

Dr. Alfred Grof ist Richter und Leiter der Wissenschafts-, Evidenz- und Dokumentationsstelle des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich in Linz.

- 1) Vgl *ecolex* 2014, 1113 mit Anm von *Muzak*.
- 2) Der Unterschied zwischen „Urteil“ und „Beschluss“ besteht lediglich darin, dass bei Letzterem das schriftliche Vorverfahren und die sich daran anschließende öffentliche Verhandlung zB dann entfallen, wenn die Antwort auf die gestellte Frage klar aus der bisherigen EuGH-Rsp abgeleitet werden kann (vgl Art 99 EuGHVerfO).
- 3) Vgl zB jüngst EuGH 5. 4. 2016, C-689/13 mwN.
- 4) Dies hat etwa das BVerfG durchaus erkannt, indem es in seinem Beschluss v 15. 12. 2015, 2 BvR 2735/14, weiterhin und entgegen der stRsp des EuGH auf seiner nationalen Zentralkompetenz beharrt (vgl Rz 43), ohne die EuGH-E 11. 9. 2014, C-112/13, und 15. 10. 2015, C-581/14, überhaupt zu erwähnen, geschweige denn sich inhaltlich mit dieser Problematik auseinanderzusetzen.
- 5) Wer Nepotismus und bloße Formalqualifikation (anstelle zB erfahrungserprobten Fachwissens) per „Placebo“-Objektivierungsverfahren zum vorrangigen Kriterium der Betrauung mit hohen und höchsten Funktionen ungeniert zum Standard institutionalisiert hat, braucht sich dann über die Folgen nicht zu wundern.

klusiv vom russischen Verfassungsgericht zu beurteilen ist.<sup>6)</sup> Eine dritte Alternative besteht schließlich darin, dass der Mitgliedstaat sein nationales Gerichtssystem konform zu den Vorgaben des EuGH ausgestaltet. Dies würde in Österreich freilich einen Paradigmenwechsel bedingen, was zwecks besserer Nachvollziehbarkeit anhand eines Praxisbeispiels veranschaulicht werden soll:

4. Vor Kurzem ergingen – ironischerweise zudem gleichzeitig – zu ein und demselben Themenkomplex, nämlich zur never ending story „Unionsrechtskonformität des österr Glücksspielmonopols?“, diametrale Entscheidungen von zwei Höchstgerichten.<sup>7)</sup> So stellte der OGH (auf das Wesentliche verkürzt) fest, dass die von den Konzessionsinhabern gesetzten Werbeaktivitäten in großer Zahl auch bisher völlig abstinenten Personen zum Spielen animieren würden, was die Zielsetzung des Monopolsystems als inkohärent und dieses damit als unionsrechtswidrig erscheinen lasse; in weiterer Folge werde dadurch eine gleichheitswidrige Inländerdiskriminierung bewirkt, weshalb ein entsprechender Prüfungsantrag an den VfGH gestellt wurde.<sup>8)</sup> Demgegenüber kam der VwGH unter Rückgriff auf die historische Entwicklung und die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Zielsetzungen zur Auffassung, dass jene die Monopolregelung rechtfertigenden Zwecke als unionsrechtskonform erscheinen würden.<sup>9)</sup> Seither folgen geradezu lemminghaft einerseits die Zivilgerichte dem OGH, indem diese ebenfalls

Gesetzesprüfungsanträge an den VfGH stellen, und andererseits die Verwaltungsgerichte dem VwGH, indem diese von den Behörden angeordnete Betriebskontrollen, Beschlagnahmen, Verwaltungsstrafen, Einziehungen und Lokalschließungen bestätigen; eine – wie vom EuGH gefordert – eigenständige Beurteilung der Unionsrechtskompatibilität verkörpert hingegen die singuläre Ausnahme.<sup>10)</sup>

5. Rein rechtssystematisch besehen ist es angesichts der EuGH-Judikatur von geringer Relevanz, wie der VfGH anlässlich dieser Gesetzesprüfungsanträge künftig entscheidet, dh, es spielt keine Rolle, für welche Seite es dann gleichsam „2:1“ steht oder ob etwa gar deren Zurückweisung (zB mangels Präjudizialität, wegen zu weiten Anfechtungsbegehrens etc) erfolgt. Entscheidend ist vielmehr, dass die Frage, ob das GSpG-Monopol unionsrechtskonform ist oder nicht, nach derzeit maßgeblicher Rechtslage, dh aktueller Judikatur des EuGH, letztverbindlich (iSv ausschließlich) nur vom EuGH selbst entschieden werden kann; hingegen können nationale Gerichte ungeachtet ihrer Stellung im Instanzenzug hierzu jeweils nur eine (vorläufige) Meinung äußern. Diese rechtstheoretisch an sich simple Konsequenz der stRsp des EuGH wird in concreto dadurch verschärft, dass dieser Gerichtshof die vermeintliche Streitfrage hier ohnehin bereits entschieden hat: Denn im Urteil 30. 4. 2014, C-390/12, hat der EuGH ausdrücklich festgehalten, dass es Sache des jeweiligen Gerichts ist, zu ermitteln, welche Ziele mit der nationalen Regelung tatsächlich verfolgt werden;<sup>11)</sup> stellt das Gericht sonach bspw fest, dass Kriminalität und/oder Spielsucht nicht wirklich ein erhebliches Problem darstellen, sondern das wahre Ziel der Monopolregelung in einer bloßen Maximierung der Staatseinnahmen liegt, dann muss es zum Ergebnis kommen, dass diese innerstaatliche Norm nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.<sup>12)</sup>

6. Unversehens (wenngleich nicht unvorhersehbar, weil dies ohnehin seiner bisherigen Judikaturlinie entsprach) hat der EuGH damit jedoch auch einen Zentralnerv des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystems getroffen: Denn in aller Regel entscheiden VwGH und VfGH kassatorisch, und zwar in praxi jeweils unter Bindung an den von den VwG angenommenen Sachverhalt. Eine eigenständige Beurteilung der tatsächlichen Kohärenz des GSpG-Monopols würde daher in einem ersten Schritt bedingen, dass beide Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts



## Neue RL-Entwürfe zum Vertragsrecht: die erste Analyse

2016. XVI, 266 Seiten.  
Br. EUR 59,-  
ISBN 978-3-214-07413-5

Wendehorst · Zöchling-Jud (Hrsg)

## Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?

Die Europäische Kommission hat am 9. Dezember 2015 einen Vorschlag für eine **Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte** und einen Vorschlag für eine **Richtlinie über den Fernabsatz von Waren** veröffentlicht. Beide Richtlinienvorschläge folgen dem Konzept der Vollharmonisierung und sind ein wichtiger Baustein in der Strategie für einen Digitalen Binnenmarkt. In diesem Band werden beide Vorschläge einer **ersten kritischen Analyse aus österreichischer Sicht** unterzogen.

MANZ

6) Vgl zB Neue Zürcher Zeitung v 16. 12. 2015 („Russland schafft sich eigene Regeln“) oder Informationsplattform Humanrights.ch („Russland will EGMR-Urteile ignorieren“) (Stand 15. 12. 2015).

7) Was in den Medien umgehend zu hämischen Kommentaren führte; vgl zB Die Presse v 20. 4. 2016 („Wenn Höchstgerichte sich uneinig sind – Das Glücksspielgesetz sorgt für Aufregung“).

8) Vgl OGH 30. 3. 2016, 4 Ob 31/16 m.

9) Vgl VwGH 16. 3. 2016, Ro 2015/17/0002.

10) Vgl LG Graz 20. 4. 2016, 10 Cg 21/16y, und LVwG Oberösterreich 28. 4. 2016, LVwG-411393; beide Entscheidungen sind allerdings dzt weder über das RIS noch über die jeweilige gerichtseigene Homepage abrufbar.

11) Vgl Rz 43 dieses Urteils.

12) Vgl Rz 53 bis 55 dieses Urteils.

– wenn die diesbezügliche Ansicht der Unterinstanz revidiert werden soll – im Wege eines den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK gerecht werdenden Verfahrens<sup>13</sup> (dh va: öffentliche und kontradiktorische Verhandlung) eigenständig zu der Feststellung kommen, dass bzw ob das GSpG-Monopol dem EU-Recht entspricht oder nicht (dies ließe übrigens die geltende Rechtslage bereits zu).<sup>14</sup> Ungeachtet des jeweiligen Ergebnisses folgt jedoch als zweiter Schritt, dass diese Entscheidung grundsätzlich nur für den jeweiligen Anlassfall bindend ist; bezüglich Unionsrecht kommt hingegen wieder der vom EuGH aufgestellte Grundsatz zum Tragen, dass jedes Gericht eigenständig die Frage der Unionsrechtskompatibilität nationaler Normen zu beurteilen hat und in diesem Zusammenhang an die Auffassung anderer nationaler Gerichte – auch Höchstgerichte – nicht gebunden ist (wobei konsequenterweise innerstaatliche Rechtsvorschriften, die eine entsprechende Bindungswirkung anordnen,<sup>15</sup> insoweit unangewendet zu lassen sind).<sup>16</sup> Um – in einem dritten Schritt – eine (wenn schon nicht rechtliche, so zumindest) De-facto-Bindungswirkung gegenüber den VwG zu erzielen, wird also künftig in diesem Bereich allein

die formal-kompetenzrechtliche Überordnung nicht hinreichen, wenn nicht auch die Begründung inhaltlich überzeugt.

7. Last but not least folgt aus all dem auch für die obersten und den diesen nachgeordneten Behörden, dass – soweit es unionsrechtliche Fragestellungen betrifft – höchstgerichtliche Entscheidungen nicht letztverbindlich sind: Unterinstanzliche Gerichte können von diesen abweichen, wenn und solange keine Entscheidung des EuGH vorliegt, und müssen dies sogar, wenn und soweit sie nicht auf einem EMRK-konformen Verfahren beruhen.

- 13) Würde die Entscheidung eines VwG, die Art 6 Abs 1 EMRK entspricht, aufgrund eines Verfahrens, das diesen Anforderungen nicht gerecht wird, modifiziert, dann läge insgesamt gesehen eine Verletzung dieser EMRK-Gewährleistung vor; vgl zB *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (2016) 505 Rz 63, mwN.  
 14) Vgl § 42 Abs 4 VwGG bzw die Nachweise bei *Holzinger/Hiesl*, Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts I<sup>4</sup> (2015) 305.  
 15) Wie zB § 63 Abs 1 VwGG und § 87 Abs 2 VGG.  
 16) Vgl EuGH 15. 10. 2015, C-581/14.

## JAHRESTAGUNG

## WIRTSCHAFTSSTRAFPROZESS 2016

Das Forum zum Wiener Kommentar: Korruption und Untreue, Beweisverbote, Ermittlungsverfahren, erfolgreiche Verteidigung

### Tagungsleitung:

Hon.-Prof. Dr. **Eckart Ratz**, Präsident des OGH

### Vortragende:

Univ.-Prof. DDr. **Peter Lewisch**, Universität Wien

Dr. **Hagen Nordmeyer**, Hofrat des OGH

RA Mag. Dr. **Roland Kier**, Soyer Kier Stuefer Rechtsanwälte

Donnerstag, 10. November 2016

Justizpalast, Schmerlingplatz 10 – 11, 1010 Wien  
 9.00 – 16.00 Uhr

EUR 520,- exkl. USt



Ratz



Lewisch



Nordmeyer



Kier

Datenschutzbehörde genehmigt werden müssen. Ebenso können Standarddatenschutzklauseln oder interne Verhaltensregeln eine geeignete Garantie darstellen.

### C. Handlungsbedarf für Unternehmen?

Im Datenschutz gibt es aufgrund des „Brexit“ für Unternehmen mit geschäftlichen oder konzernmäßigen Verbindungen nach Großbritannien derzeit keinen akuten Handlungsbedarf.

Unternehmen sind dennoch gut beraten, Binding Corporate Rules, Standarddatenschutzklauseln oder interne Verhaltensregeln auszuarbeiten und zeitgerecht die Genehmigung dieser durch die zuständige Datenschutzbehörde einzuholen. Auf diese Weise garantierte Datenschutzmaßnahmen bilden eine Rechtsgrundlage für Datentransfers nach Großbritannien. Datentransfers der Unternehmen nach Großbritannien sind damit unabhängig vom Erlass

oder dem Bestand einer Angemessenheitsentscheidung der Europäischen Kommission hinsichtlich Großbritannien. Die Strafdrohungen der DS-GVO rechtfertigen jedenfalls den unternehmensinternen Aufwand: Verstöße sind mit Strafen bis zu 20 Mio Euro oder bis zu 4% des globalen Konzernumsatzes sanktioniert.<sup>12)</sup>

12) Art 83 DS-GVO.

#### SCHLUSSTRICH

*Solange Großbritannien Mitglied der EU und des EWR ist, ändert sich bei Datentransfers nach Großbritannien nichts. Ab 25. 5. 2018 sind die Bestimmungen der DS-GVO einzuhalten. Bei Verstößen sieht die DS-GVO Strafen bis zu 20 Mio Euro oder bis zu 4% des globalen Konzernumsatzes vor.*

## Memo: Problematik: Unionsrechtskompatibilität nationaler Normen

ALFRED GROF

Basierend auf dem im letzten Heft veröffentlichten Beitrag,<sup>1)</sup> ein Memo zu den wesentlichen Aussagen:

- Bei Zweifeln an der Unionsrechtskonformität einer nationalen Regelung ist diese Frage unmittelbar dem EuGH vorzulegen; eine innerstaatliche Norm, die zuvor eine Befassung eines nationalen Höchstgerichts anordnet, ist unionsrechtswidrig;
- ob eine innerstaatliche Rechtsvorschrift dem Unionsrecht entspricht, hat jedes Gericht aus Eigenem zu beurteilen; insoweit ist es inhaltlich nur an Entscheidungen des EuGH, nicht aber auch an die Rechtsmeinung anderer nationaler Gerichte gebunden, und zwar auch dann nicht, wenn diese im Instanzenzug übergeordnet sind;
- eine (wenngleich nicht formal-rechtliche, so doch zumindest faktische) Bindungswirkung an höchst-

gerichtliche Entscheidungen in unionsrechtlichen Fragen lässt sich somit nur dadurch erreichen, dass auch die jeweilige oberste Instanz ein in allen Aspekten den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK genügendes Verfahren (dh: keine Bindung an den Sachverhalt, kein Neuerungsverbot, öffentliche und kontradiktorische Verhandlung etc) durchführt und die auf diese Weise deduzierte Begründung auch inhaltlich überzeugt.

Dr. Alfred Grof ist Richter und Leiter der Wissenschafts-, Evidenz- und Dokumentationsstelle des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich in Linz.

1) Grof, Unionsrechtskompatibilität: Keine Bindung an Höchstgerichte – insb nicht bei Judikaturdivergenz (zB Glücksspielmonopol)?! ecolex 2016, 739.

Die RDB. Einfach wie noch nie.  
Zuverlässig wie schon immer.

rdb.at/  
wo MANZ findet