



Österreichische  
Akademie der  
Wissenschaften

eif  
Institute for  
European  
Integration  
Research

# EIF Working Paper Series

---

## 10 Jahre EU Mitgliedschaft: Eine Bilanz aus der Sicht der österreichischen Höchstgerichte

---

**Karl Korinek  
Meinrad Handstanger  
Gerhard Kuras  
Bedanna Bapuly**

**Working Paper Nr: 14**

**Institut für Europäische  
Integrationsforschung  
Institute for European  
Integration Research**

Österreichische Akademie  
der Wissenschaften  
Prinz-Eugen-Straße 8-10  
1040 Wien



**fon:** +43(1) 515 81-75 65  
**fax:** +43(1) 515 81-75 66  
**mail:** [eif@oeaw.ac.at](mailto:eif@oeaw.ac.at)  
<http://www.eif.oeaw.ac.at>

---

# 10 Jahre EU Mitgliedschaft: Eine Bilanz aus der Sicht der österreichischen Höchstgerichte

---

## **Der Verfassungsgerichtshof und das EU-Recht ..... 4**

*Karl Korinek*

Abstract.....	4
I. Allgemeine Vorbemerkungen zum Verhältnis von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht.....	4
II. Das Zusammenwirken der nationalen Gerichte und des EuGH.....	6
III. Verfassungsgerichtliche Verfahren mit Vorabentscheidungsersuchen .....	11
A) Vorarlberger Arbeiterkammerwahl (W I-14/99 vom 3. 12. 2003).....	11
B) Energieabgabenrückvergütung, VfSlg 16.401/2001 vom 13. 12. 2001 .....	12
C) Offenlegung der Bezüge öffentlicher Funktionäre, KR 1/00 vom 28. 11. 2003 .....	13
IV. Schlussbemerkungen .....	15

## **Zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch den Verwaltungsgerichtshof ..... 16**

*Meinrad Handstanger*

Inhalt:.....	16
A. Einleitung.....	16
B. Änderung der Rechtskultur .....	17
C. Beispiele aus der Rechtsprechung des VwGH.....	21
C.a. Zu den Vorlagen nach Art. 234 EGV .....	21
C.b. Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung.....	24
D. Schlussbemerkung .....	26

## **EU-Symposium „National Judges as Judges of EC law“ Vortrag..... 29**

*Gerhard Kuras*

## **EU Mitgliedschaft: Herausforderungen für die Gerichtsbarkeit ..... 38**

*Bedanna Bapuly*

1. Veränderungen und Herausforderungen.....	38
Ergebnisse .....	39
2. Wie können potenzielle Fehler vermieden werden?.....	39
2.1 Welche Fehler können bei der Anwendung von EG-Recht auftreten?.....	39
Die Anwendung von Bestimmungen, welche die Grundfreiheiten einschränken.....	39
Die Anwendung von Sekundärrecht.....	40
Die Anwendung der völkerrechtlichen Abkommen.....	40
1. Terminologie des Gemeinschaftsrechts.....	41
2. Fehleinschätzung des zeitlichen Geltungsbereichs des EG-Rechts.....	41

3. Verknennung der Einflüsse des EG-Rechts .....	42
4. Enge Auslegung des Parteivorbringens.....	42
5. Mängel in der Urteilsbegründung.....	43
2.2 Welche Fehler können im Zusammenhang mit dem Vorabentscheidungsverfahren auftreten?.....	43
1. Verletzung der Vorlagepflicht.....	43
2. Überflüssige Mehrfachvorlagen .....	44
3. Unzulässige Vorlagefragen .....	44
4. Fragwürdige Zurückziehung der Vorlage .....	44
3. Rechtsfolgen für die Gemeinschaftsrechtsverletzung durch Höchstgerichte .....	44
1. Vertragsverletzungsverfahren nach Art 224 ff EG.....	45
2. Staatshaftung .....	45
4. Conclusio .....	46

# Der Verfassungsgerichtshof und das EU-Recht

*Karl Korinek*<sup>1</sup>

## Abstract

In diesem Referat soll über die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts in der Judikatur des VfGH gesprochen und insbesondere über jene Verfahren berichtet werden, in denen es zu Vorabentscheidungen des EuGH auf Grund von Vorlagen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes (VfGH) gekommen ist. Zum besseren Verständnis muss ich dem aber einige allgemeine Vorbemerkungen zum Verhältnis des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Rechts überhaupt voranstellen.

## I. Allgemeine Vorbemerkungen zum Verhältnis von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht

In Österreich – und das wird in den meisten der Rechtsordnungen insb. der neuen Mitglieder der EU wohl nicht anders sein – müssen die Gesetze der Verfassung entsprechen; verfassungswidrige Gesetze sind vom Verfassungsgerichtshof aufzuheben.

Seit Österreich Mitglied der Europäischen Union ist, besteht für alle Akte des Staates, für die es gemeinschaftsrechtliche Regeln gibt, eine weitere Bindung, nämlich die Bindung an das Gemeinschaftsrecht.

Das Gemeinschaftsrecht basiert zwar auf völkerrechtlichen Verträgen, geht aber in seiner Wirkung über das Völkerrecht hinaus. Es wendet sich nämlich nicht nur an die Staaten, sondern auch an die Einzelnen. Auch diese sind Adressaten von Regeln des Gemeinschaftsrechts. Nach der gesicherten Rechtsprechung des EuGH regelt das Gemeinschaftsrecht seine Wirkungen selbst und ist daher „von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängig“. Es bildet ein „aus einer autonomen Rechtsquelle fließendes Recht“.

Die autonome Geltung des Gemeinschaftsrechts neben dem staatlichen Recht macht Regeln für den Fall erforderlich, dass sich zwei divergierende Regelungen – eine des nationalen Rechts und eine des Gemeinschaftsrechts – auf ein und denselben Sachverhalt beziehen. Hiefür hat nun der EuGH – und zwar schon in seiner berühmten Entscheidung Costa/ENEL im Jahre 1964 – den Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht entwickelt. Diese Regel vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht ist ein wesentliches Element des

<sup>1</sup> Univ. Prof. Dr. DDr.h.c. Karl Korinek ist Präsident des österreichischen Verfassungsgerichtshofes.

acquis communautaire – und gemeinsam mit dem gesamten acquis haben wir mit unserem Beitritt zur EU auch diese Regel übernommen.

Daraus folgt nun eine zweite Bindung der staatlichen Gesetze: es darf auch dem Gemeinschaftsrecht nicht widersprechen.

Wir sprechen in Österreich von der doppelten Bindung, nämlich einer Bindung an das Gemeinschaftsrecht und einer Bindung an den verfassungsrechtlich gezogenen Rahmen. Die Frage der Entsprechung gesetzlicher Regelungen mit der Verfassung unterliegt dabei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Was die Bindung an das Gemeinschaftsrecht anlangt, so ist diese von jedem zum Vollzug zuständigen Staatsorgan für sich zu beurteilen, also etwa von den Verwaltungsbehörden oder den Verwaltungsgerichten oder auch den ordentlichen Gerichten in der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit. Bestehen dabei Zweifel am Inhalt der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, an die die Vollziehung gebunden ist, so ist zur Auslegung der Europäische Gerichtshof berufen.

In Österreich wird von der ganz herrschenden Lehre und auch vom VfGH die Vorrangwirkung des Gemeinschaftsrechts im Prinzip auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht anerkannt; lediglich hinsichtlich der Grundprinzipien der Demokratie und des Rechtsstaates, der umfassenden Grundrechtsbindung allen staatlichen Handelns und der Bundesstaatlichkeit wird von der herrschenden Lehre anders vertreten.

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist aber anderer Art, als der Vorrang des nationalen Verfassungsrechts. Eine Gesetzesvorschrift, die der Verfassung widerspricht, ist in Österreich verfassungswidrig; sie ist vom VfGH aufzuheben, wenn sie angefochten wird und sich die Verfassungswidrigkeit erweist. Aber solange sie nicht aufgehoben ist, ist sie anzuwenden.

Ganz anderer Art ist der Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Gemeinschaftswidrige Rechtsvorschriften sind nämlich nicht aufzuheben; sie führen nur dazu, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen nicht angewendet werden dürfen. Wir sprechen daher von einem „Anwendungsvorrang“.

Ein solcher besteht aber nur für jene Rechtsvorschriften der EU, die ihrerseits unmittelbar anwendbar sind, dh, dass sie „unbedingt und hinreichend genau“ sind, um für den Einzelnen angewendet zu werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind das zahlreiche Vorschriften des Primärrechts, insbesondere auch die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot; weiters sind gemeinschaftsrechtliche Verordnungen unmittelbar anwendbar. Aber nach der gesicherten Rechtsprechung des EuGH können – und das ist gar nicht selten – unter bestimmten Voraussetzungen auch Bestimmungen in Richtlinien unmittelbar anwendbar sein; diese

Voraussetzungen sind, dass sie den Einzelnen begünstigen, nicht fristgerecht und ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt und ausreichend genau bestimmt sind.

Widerspricht nun eine nationale Gesetzesvorschrift einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, so wird sie, wenn die gemeinschaftsrechtliche Vorschrift unmittelbar anzuwenden ist, von der Gemeinschaftsrechtsvorschrift verdrängt. Jedes nationale Organ der Rechtsanwendung muss also bei der Rechtsanwendung auch das Gemeinschaftsrecht beachten – sonst kann es ja die Regel nicht befolgen, die ihm aufträgt, unter den genannten Voraussetzungen das nationale Recht unangewendet zu lassen.

Man muss also bei der Rechtsanwendung die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften beachten. Dabei stellen sich vor allem zwei Fragen: die Frage, welchen Inhalt eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift hat und die Frage, ob sie die Voraussetzungen erfüllt, die nationale Vorschrift hinsichtlich ihrer Anwendung zu verdrängen. Das sind zwei Fragen, die im Zweifelsfall nicht die nationalen Gerichte, sondern der EuGH zu beantworten hat.

## **II. Das Zusammenwirken der nationalen Gerichte und des EuGH**

Das Zusammenspiel von nationalen Gerichten und EuGH ist im Prinzip so ausgestaltet, dass es Sache der nationalen Gerichte ist, die Verfahren zu führen und die Fälle zu entscheiden. Das Organ hat dabei nicht nur nationale Rechtsvorschriften zu beachten, sondern auch Rechtsvorschriften des Gemeinschaftsrechts. Während es aber bei der Interpretation der nationalen Rechtsvorschriften autonom ist, hat es die Gemeinschaftsrechtsvorschrift in dem Sinn anzuwenden, in dem sie der EuGH versteht. Das geht ja in einer supranationalen Rechtsgemeinschaft auch gar nicht anders: Die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in der ganzen Union ist wesentliche Voraussetzung für ihr Funktionieren und diese Einheitlichkeit wäre ohne Bindung an eine einheitliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts gefährdet. Ein Binnenmarkt braucht nicht nur einheitliche Regeln; er kann auch nur funktionieren, wenn diese Regeln einheitlich angewendet werden.

Um dies sicherzustellen, sieht Art 234 EGV vor, dass der EuGH im Weg der Vorabentscheidung u. a. über die Auslegung der Verträge und über die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft zu entscheiden hat – also auch – und das ist von besonderer Bedeutung – über die Auslegung der generellen Rechtsakte, und zwar sowohl über das Primärrecht als auch über sekundärrechtliche Regeln, wie Richtlinien und Verordnungen.

Zur einheitlichen Klärung des Inhalts der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen des Primärrechts und des Sekundärrechts ist das Vorabentscheidungsverfahren eingerichtet: Jedes Gericht kann Fragen der Interpretation des Gemeinschaftsrechts, deren Beantwortung es für seine

Entscheidung für erforderlich hält, dem EuGH vorlegen; ein letztinstanzliches Gericht – genau gesagt: ein Gericht, dessen Entscheidung nicht mehr mit innerstaatlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann – ist zur Vorlage verpflichtet. Angelegenheiten, die von Verwaltungsbehörden besorgt werden, müssen von diesen auch hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlich relevanten Fragen selbständig geklärt werden; ein Vorabentscheidungsersuchen kann diesfalls erst das überprüfende Verwaltungsgericht einleiten.

Entscheidet dann der EuGH über die Beantwortung der vorgelegten Frage, so hat das nationale Gericht sein Verfahren fortzusetzen und den Fall zu entscheiden. Und zwar unter Bindung an die Vorabentscheidung des EuGH.

Für ein Vorabentscheidungsersuchen sind aus der Sicht der nationalen Gerichte zwei Dinge wesentlich: die Relevanz der Frage und bestehende Zweifel.

Von praktisch besonderer Bedeutung ist der Umstand, dass zur Vorlage nur ein Gericht berechtigt bzw. verpflichtet ist, das die Klärung der Frage für seine Entscheidung für erforderlich hält. Damit wird auf die nationale Zuständigkeitsordnung rekurriert. Nur im Rahmen der für das nationale Gericht bestehenden Zuständigkeit kommt eine Vorlage in Frage. Das hat für die nationalen Verfassungsgerichte eine große Bedeutung – jedenfalls für unseren VfGH:

In Österreich hat der VfGH verschiedene Zuständigkeiten. Die praktisch wichtigsten sind zum einen die Überprüfung von Verwaltungsakten, genauer: von Bescheiden von Verwaltungsbehörden, zum anderen die Normenkontrolle, also insbesondere die Überprüfung von Verordnungen auf ihre Gesetzmäßigkeit und von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit.

Die Kontrolle von Verwaltungsakten ist dabei zwischen dem VfGH und dem Verwaltungsgerichtshof (VwGH) geteilt: Fragen der Rechtmäßigkeit hat der VwGH zu beantworten, Fragen der Verfassungsmäßigkeit der VfGH. Nun ist die Frage, ob eine Verwaltungsbehörde etwa in einem gewerberechtlichen Verfahren, bei der Zulassung eines ausländischen Studenten zum Studium oder bei dem Verbot der Verwendung von oder des Handelns mit bestimmten Produkten, zu Recht oder zu Unrecht eine österreichische Rechtsvorschrift angewendet hat, im Regelfall keine Frage der Verfassungsmäßigkeit, sondern eine Frage der (einfachgesetzlichen) Rechtmäßigkeit. Häufig stellt sich für die kontrollierenden Organe dabei die Frage, ob es richtig war, dass eine Behörde nationales Recht angewendet hat oder hätte sie die nationale Vorschrift gar nicht anwenden dürfen, weil der Anwendungsvorrang einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift entgegensteht. Das ist nun eine Frage der Rechtmäßigkeit und die hat in Österreich der VwGH und nicht der VfGH zu beurteilen. Daher trifft in so einem Fall die Vorlagepflicht den VwGH.

Auch im Gesetzesprüfungsverfahren kann aber eine gemeinschaftsrechtliche Frage von Bedeutung sein. Zwar geht es für das Verfassungsgericht in der Sache nur um die Prüfung des Gesetzes am Maßstab der innerstaatlichen Verfassung. Aber unter bestimmten Voraussetzungen kann – zumindest nach dem österreichischen Verfassungsprozessrecht – die Frage der Auslegung von Gemeinschaftsrecht von Bedeutung sein. Gerichte und Einzelpersonen dürfen nach unserer Verfassung beim Verfassungsgerichtshof nur dann einen Antrag auf Aufhebung einer Gesetzesbestimmung wegen Verfassungswidrigkeit stellen, wenn die Bestimmung im konkreten Fall überhaupt relevant ist. Dabei stellt sich die Frage, ob das Gesetz nicht etwa wegen Vorrangs einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift unanwendbar ist.

Allerdings hat der VfGH bei uns auch Aufgaben, wo ihm die volle Rechtmäßigkeitskontrolle zukommt, z. B. bei der Wahlprüfung oder im Falle eines Zuständigkeitskonflikts. Hier geht es nicht mehr bloß um Fragen der Verfassungsmäßigkeit, sondern um Fragen der Rechtmäßigkeit. Wenn in einem solchen Zusammenhang eine gemeinschaftsrechtliche Frage auftritt, so hat sie der VfGH zu lösen – im Zweifelsfall hat er die Frage dem EuGH vorzulegen.

Das ist bis jetzt in Österreich drei Mal geschehen (über die drei Fälle wird im dritten Teil des Referats zu berichten sein). Der größte Teil der Vorlagen an den EuGH aber geht aus den genannten Gründen von den ordentlichen Gerichten, vom VwGH oder von Sonderverwaltungsgerichten aus – insbesondere das österreichische Vergaberecht hat zu vielen Vorabentscheidungen Anlass gegeben.

[Dazu hat der VfGH allerdings wesentlich beigetragen. Jene Tribunale, die in Österreich mit den Aufgaben der Vergabekontrolle betraut sind, waren bis vor kurzem insoweit oberste Gerichtsinstanzen im Sinne des Art 234 EGV, als ihre Entscheidungen nicht beim VwGH anfechtbar waren. Die bloße Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Entscheidungen kann nicht als Instanz im Sinne des Art 234 EGV qualifiziert werden. Diese Behörden unterliegen daher keinem weiteren Instanzenzug, sondern nur der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Aus Anlass dieser Kontrolle hat der VfGH aber festgestellt, dass diese Verwaltungskontrolleinrichtungen vorlagepflichtige Gerichte im Sinn des Art 234 EGV sind (und der EuGH hat das bestätigt). Nun gibt es in Österreich ein Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, das verletzt ist, wenn nicht die zuständige Behörde entscheidet. Der VfGH hat dazu die Rechtsansicht vertreten, dass zuständige Behörde für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts der EuGH ist. Insoweit besteht eine geteilte Zuständigkeit zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH. Wenn also die Vergabekontrollbehörde in einem Zweifelsfall keinen Vorabentscheidungsantrag an den EuGH stellt, verletzt sie das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter: Sie nimmt eine Zuständigkeit in Anspruch – nämlich die Zuständigkeit für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts auch in Zweifelsfällen –, die nicht ihr (sondern dem EuGH) zukommt. Das führt zur Verfassungswidrigkeit ihrer Entscheidung. Auf diese Weise wurden die



Vergabekontrolleinrichtungen angehalten, im Zweifelsfall Fragen der Interpretation insbesondere der Vergabe-Richtlinien dem EuGH vorzulegen.

Eine dieser vergleichbare Situation besteht in Deutschland zwischen dem BVerfG und den obersten Fachgerichten, deren Urteile der Überprüfung auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch das BVerfG unterliegen. Sache dieser Fachgerichte ist die Beurteilung von Fragen der Rechtmäßigkeit und daher auch von Fragen der rechtmäßigen Anwendung bzw. Nichtanwendung von Gemeinschaftsrecht. Haben sie dabei Fragen gelöst, die nicht von ihnen, sondern vom EuGH zu lösen gewesen wären, so haben sie verfassungswidrig gehandelt und das BVerfG hat das aufzugreifen. Aber nicht, indem er die gemeinschaftsrechtliche Frage selbst entscheidet, sondern indem es die Sache an das Fachgericht zurückverweist und dieses zu einer entsprechenden Vorlage anhält.]

Die Pflicht zur Vorlage besteht freilich nur, wenn „begründete Zweifel“ an der Interpretation einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung bestehen. Liegt hingegen ein *acte claire* vor, besteht keine Vorlagepflicht. Einen *acte claire* kann man insbesondere dann annehmen, wenn die Frage vom EuGH schon entschieden wurde – auch wenn das einen anderen Mitgliedstaat betroffen hat. Auf diese Weise bekommen Entscheidungen des EuGH eine weit über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung.

Natürlich: Auch in unserem System haben höchstgerichtliche Entscheidungen *de facto* eine über den Einzelfall hinausgehende Wirkung. Aber im Gemeinschaftsrecht ist diese Wirkung über den Einzelfall hinaus von anderer Qualität; hier besteht *tlw.* rechtliche Bindung an das Präjudiz. Wir leben also seit unserem Beitritt zu EU der Sache nach in einer Rechtsordnung, in der das Gesetzesrecht mit Elementen eines Fallrechts (*case law*) durchsetzt ist.

[Das macht in der Rechtsanwendung natürlich Probleme. Vor allem, weil es schwierig ist, den reichen Bestand an Entscheidungen des EuGH zu überblicken. Besonders schwierig ist das für die Gerichte eines neuen Mitglieds der EU; wir haben das in Österreich vor zehn Jahren schmerzlich erlebt. Aber es gibt kein Ausweichen: Die Lösung von Rechtsfällen verlangt – wie ich vorhin gezeigt habe – die Kenntnis und Anwendung von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht. Und das Gemeinschaftsrecht besteht zum Teil aus geschriebenem Recht und zum Teil aus der Judikatur, die über Art 234 EGV teilweise allgemein verbindlich ist.]

Wir haben jetzt mehrfach von der Verpflichtung von Gerichten gesprochen, unter bestimmten Voraussetzungen Fragen an den EuGH vorzulegen und ein Vorabentscheidungsverfahren zu initiieren. Gibt es – ist dazu zu fragen – auch mögliche Sanktionen? Was kann passieren, wenn ein vorlagepflichtiges Gericht dieser Pflicht nicht entspricht? Die Vorlagepflicht ist in doppelter Weise sanktioniert:

1. Sind die Mitgliedstaaten für ein gemeinschaftsrechtskonformes Verhalten ihrer Organe verantwortlich. Sie können daher im Falle der Verletzung der Vorlagepflicht zur Verantwortung gezogen werden. Hiefür steht das Instrumentarium eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen den jeweiligen Mitgliedstaat zur Verfügung.

2. Aber auch der Einzelne hat Möglichkeiten, sich dann gegen unterlassene Vorlagepflichten zur Wehr zu setzen, wenn ihm das möglicherweise zu einem Schaden gereicht hat. Der EuGH hat in seiner Judikatur unter bestimmten Voraussetzungen das Bestehen eines Staatshaftungsanspruchs angenommen. Er spricht von einem „Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet sind, die dem Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind“. Und zu solchen Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht zählt auch die Unterlassung einer Vorlage einer Zweifelsfrage der Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch ein vorlagepflichtiges Gericht.

Vor welchen Organen und in welchem Verfahren derartige Staatshaftungsansprüche geltend zu machen sind, bestimmt das nationale Recht.

[In seiner Judikatur hat der EuGH zum einen klargestellt, dass auch ein Fehlverhalten von Höchstgerichten eine Staatshaftung auslösen kann. Zum anderen hat er allerdings betont, dass ein Anspruch nur besteht, wenn der Verstoß „hinreichend qualifiziert“, also „offenkundig und erheblich“ ist. Wenn es also – und das wird wohl der häufigste Fall sein – zumindest vertretbar war, eine Rechtslage als klar anzusehen und von einer Vorlage abzusehen, wird ein Staatshaftungsanspruch nicht bestehen.]

### III. Verfassungsgerichtliche Verfahren mit Vorabentscheidungsersuchen

Im letzten Teil meines Referats möchte ich anhand der drei bisher vom VfGH initiierten Vorabentscheidungen beispielhaft mögliche Konstellationen erläutern.

#### A) Vorarlberger Arbeiterkammerwahl (W I-14/99 vom 3. 12. 2003)

In diesem Fall ging es um das Wahlrecht türkischer Arbeitnehmer zu den Arbeiterkammern. Das sind öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungsorganisationen, in der alle Arbeitnehmer repräsentiert sind. Sie sind vor allem eine Einrichtung zur Interessenvertretung, wirken aber – in geringerem Umfang – auch an der öffentlichen Verwaltung mit.

Mitglieder einer Arbeiterkammer sind alle in einem Bundesland beschäftigten Arbeitnehmer; von der Wählbarkeit (also vom passiven Wahlrecht) sind aber die nicht-österreichischen Staatsbürger ausgeschlossen.

In Vorarlberg, einem österreichischen Bundesland, kandidierten nun auf einer Liste fünf türkische Arbeitnehmer. Die Wahlbehörde hat ihre Kandidatur als gesetzwidrig gestrichen; diese Streichung wurde beim VfGH angefochten. Fraglich war, ob die gesetzliche Regelung den gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen aus den Assoziationsvereinbarungen zwischen der EU und der Türkei entspricht. Das ist eine gemeinschaftsrechtliche Frage, die daher dem EuGH vorzulegen war.

Der VfGH stellt daher an den EuGH die Frage, ob die maßgebliche Bestimmung (des Assoziationsratbeschlusses EG/Türkei) einer Regelung entgegensteht, die türkische Arbeitnehmer von der Wählbarkeit in die Vollversammlung einer Arbeiterkammer ausschließt ?

Außerdem fragte unser Gerichtshof, ob es sich dabei um eine unmittelbar anwendbare gemeinschaftsrechtliche Bestimmung handelt, da ja nur einer solchen Anwendungsvorrang zukommt.

Der EuGH entschied mit Urteil vom 8. 5. 2003, Rs 10-171/01 folgendermaßen:

„Artikel 10 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des durch das Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei geschaffenen Assoziationsrates vom 19.9.1980 über die Entwicklung der Assoziation ist dahin auszulegen, dass

- diese Bestimmung unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten hat und dass
- sie der Anwendung einer mitgliedstaatlichen Regelung entgegensteht, die türkische Arbeitnehmer, die dem regulären Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates angehören, vom Recht auf Wählbarkeit in die Vollversammlung einer Einrichtung zur Vertretung und zur

Verteidigung der Interessen von Arbeitnehmern wie der österreichischen Arbeiterkammern ausschließt.“

Damit waren die entscheidenden Fragen für das anhängige verfassungsgerichtliche Wahlprüfungsverfahren geklärt: Der Verfassungsgerichtshof hatte jene gesetzliche Bestimmung, die türkischen Arbeitnehmern das passive Wahlrecht zu den Arbeiterkammern verwehrt, nicht anzuwenden, die Streichung von der Kandidatenliste als rechtswidrig aufzuheben und der Wahlanfechtung stattzugeben.

### *B) Energieabgabenrückvergütung, VfSlg 16.401/2001 vom 13. 12. 2001*

In diesem Fall hatte der Verfassungsgerichtshof (vereinfacht dargestellt) folgende Rechtslage zu beurteilen: Wirtschaftsunternehmungen, die Erdgas oder elektrische Energie verbrauchen, waren zur Zahlung von Energieabgaben verpflichtet. Das Energieabgabenvergütungsgesetz aber sah für größere Produktionsbetriebe – nicht aber auch für Dienstleistungsunternehmungen – eine teilweise Rückvergütung der entrichteten Energieabgaben vor. Der Verfassungsgerichtshof hatte gleichheitsrechtliche Bedenken gegen diese Regelung. Mit dem Gemeinschaftsrecht hatte das insofern zu tun, als zu bedenken war, dass es sich angesichts des weiten Beihilfe-Begriffs des Gemeinschaftsrechts bei der Energieabgabenrückvergütung um eine Beihilfe handeln könnte. Beihilfenregelungen aber müssen vor Erlassung der Kommission notifiziert werden; aufgrund einer Notifikation kann sie die Kommission unter bestimmten Voraussetzungen zulassen. Nun war das Energieabgabenvergütungsgesetz entgegen dem EGV der Kommission nicht notifiziert worden. Eine nicht notifizierte oder nicht zugelassene Beihilfenregelung darf aber nicht vollzogen werden.

Dem Verfassungsgerichtshof stellten sich verschiedene verfassungsrechtliche Fragen: Ist das Notifikationsverfahren zwingende Voraussetzung für die Gültigkeit oder das Wirksamwerden eines Gesetzes ? Kann der Gerichtshof die Ausnahme hinsichtlich der Dienstleistungsbetriebe (bzw. die Beschränkung der Rückvergütung auf Produktionsbetriebe) als gleichheitswidrig aufheben, ohne damit eine gemeinschaftsrechtswidrige Rechtslage zu erzeugen ? Kann man das Gesetz gleichheits- und gemeinschaftsrechtskonform ausdehnend interpretieren, indem man die Beschränkung auf Produktionsbetriebe nicht anwendet ?

Zur Beurteilung aller dieser Fragen stellte sich die entscheidende Vorfrage nach der Beihilfenqualität der Rückvergütung – genauer gesagt: die Frage, ob derartige Rückvergütungen überhaupt Beihilfen sind, ob sie nur Beihilfen sind, wenn sie ausgewählten Unternehmungen zugute kommen oder ob sie gar keine Beihilfen sind.

Daher entschloss sich der VfGH, dem EuGH einerseits die Frage zu stellen, ob es sich bei der Regelung um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikel 92 EGV handelt und andererseits, ob

eine derartige gesetzliche Maßnahme auch dann als Beihilfe anzusehen wäre, wenn sie allen Unternehmen ohne Rücksicht darauf gewährt wird, ob deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht ?

In seiner Entscheidung erklärte der EuGH auf das Wesentliche zusammengefasst, dass die Selektion die Rückvergütung zur Beihilfe macht. In Bindung an diese Rechtsansicht des EuGH zum Beihilfenbegriff des EG-Vertrags hatte der VfGH das Verfahren weiterzuführen. Er kam dabei zum Ergebnis, dass der Ausschluss von Dienstleistungsbetrieben von der Rückvergütung als dem Gemeinschaftsrecht widersprechend nicht anzuwenden gewesen wäre: Die Produktionsbetriebe hatten daher die Rückvergütung zu Recht erhalten, die Dienstleistungsbetriebe wurden von ihr zu Unrecht ausgeschlossen.

### *C) Offenlegung der Bezüge öffentlicher Funktionäre, KR 1/00 vom 28. 11. 2003*

Im dritten Fall ging es um ein datenschutzrechtliches Problem:

In Österreich gilt – und zwar im Range eines Bundesverfassungsrechts – eine Vorschrift, nach der die Bezüge von Personen, die bei Institutionen beschäftigt sind, die der Rechnungshof-Kontrolle unterliegen, unter Namensnennung zu veröffentlichen sind, wenn sie eine bestimmte Höhe (ca. € 80.000,-- im Jahr) übersteigen. Rechnungshof-kontrollpflichtig sind nicht nur Bund, Länder und Gemeinden, sondern auch Selbstverwaltungskörper, Sozialversicherungsträger, öffentliche Fonds und Anstalten und Unternehmungen, die unter beherrschendem Einfluss einer Gebietskörperschaft stehen.

Das Gesetz sieht vor, dass dem Rechnungshof vom kontrollpflichtigen Rechtsträger die entsprechenden Daten zur Verfügung zu stellen sind; ansonsten kann er bei diesem Rechtsträger selbst Einschau halten.

Verschiedene Rechtsträger hatten nun die Daten unter Berufung auf das in Österreich ebenfalls verfassungsgesetzlich gewährleistete Datenschutzrecht nicht zur Verfügung gestellt und die vom Rechnungshof verlangte Einschau abgelehnt. Dadurch entstand ein Kompetenzkonflikt zwischen den kontrollpflichtigen Einrichtungen und dem Rechnungshof, den nach österreichischem Verfassungsrecht der VfGH zu lösen hat.

Im Verfahren sah sich nun der Verfassungsgerichtshof einerseits mit dem Problem konfrontiert, dass sowohl die Veröffentlichungspflicht als auch das Datenschutzgrundrecht im Verfassungsrang stehen, also rechtlich gleichwertig sind. Weiters bezweifelte der Verfassungsgerichtshof die Übereinstimmung der Offenlegungsbestimmungen mit dem Datenschutzrecht der EG. Sollte – meinte der VfGH – die Offenlegungsvorschrift dem Datenschutzrecht der EG widersprechen, so käme dem gemeinschaftsrechtlichen Datenschutz Vorrang vor den Offenlegungsvorschriften zu,

und zwar ungeachtet des Umstandes, dass diese Offenlegungsvorschriften in Österreich im Verfassungsrang stehen. Der Gehalt der datenschutzrechtlichen Regelungen des Gemeinschaftsrechts aber war dem VfGH nicht zweifelsfrei und so beschloss er, dem EuGH zwei Fragen über die Auslegung der datenschutzrechtlichen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vorzulegen. Diese beiden Fragen lauteten:

1. „Sind die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, insbesondere jene über den Datenschutz so auszulegen, daß sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die ein staatliches Organ zur Erhebung und Weiterleitung von Einkommensdaten zum Zweck der Veröffentlichung der Namen und Einkommen der Dienstnehmer von ... (rechnungshofkontrollpflichtigen) ... Einrichtungen verpflichten?“ (Die Frage wurde nach den unterschiedlichen kontrollpflichtigen Einrichtungen getrennt gestellt, da es der VfGH nicht ausschließen wollte, dass der EuGH die Fragen je und je unterschiedlich beantwortet).

Die zweite Frage ging nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen.

Der EuGH hat die entscheidende Frage – wie sich aus den Entscheidungsgründen klar erweist unter Heranziehung des Menschenrechts auf Schutz der Privatsphäre nach Art 8 EMRK – folgendermaßen beantwortet: Die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen stünden der „nationalen Regelung nicht entgegen, sofern erwiesen ist, dass die Offenlegung ... im Hinblick auf das vom Verfassungsgesetzgeber verfolgte Ziel der ordnungsgemäßen Verwaltung der öffentlichen Mittel notwendig und angemessen ist. Der EuGH stellte klar, dass die nationalen Gerichte zu prüfen haben und dass die maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften unmittelbar anwendbar sind.

Wie schon gesagt, gewann der EuGH seine Antwort wesentlich aus Art 8 EMRK. Damit ist für den VfGH klargestellt worden, dass die EMRK, die innerstaatlich die gleiche Rechtsqualität besitzt wie die Offenlegungsvorschriften – beide stehen im Verfassungsrang ! –, als Element des Gemeinschaftsrechts Vorrang vor nationalem Recht, auch vor nationalem Verfassungsrecht hat.

Der VfGH hat in Bindung an die Vorabentscheidung des EuGH nur untersucht, ob die vom EuGH angesprochenen Erfordernisse zur Sicherung der ordnungsgemäßen Verwaltung öffentlicher Mittel gegeben sind und hat diese Frage verneint. Er hat daher im Kompetenzkonflikt den antragstellenden Rechtsträgern Recht gegeben und die Einschau des Rechnungshofs nicht zugelassen und damit im Effekt die Vollziehung der Verpflichtung zur Einkommensberichterstattung unter Namensnennung unmöglich gemacht.

## **IV. Schlussbemerkungen**

Die dargestellten Fälle zeigen, dass sich für den VfGH relevante Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts in ganz unterschiedlichen Konstellationen ergeben können. Sie zeigen aber auch, dass es in jedem einzelnen der Fälle zu einem fruchtbaren Zusammenwirken des nationalen Verfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs gekommen ist. Es geht hier nicht um Über- und Unterordnung, sondern es geht darum, dass nach dem Konzept des EG-Vertrages die Lösung von Rechtsfällen, auch von solchen, zu deren Lösung ein Verfassungsgericht bestimmt ist, das nationale Gericht zuständig bleibt, das alle auftretenden Rechtsfragen mit Ausnahme der Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechts selbständig zu lösen hat. Nur die Frage der Interpretation des Gemeinschaftsrechts soll dem EuGH überlassen bleiben; unter Bindung an dessen Entscheidung soll dann das nationale (Verfassungs-)Gericht seine Entscheidung in eigener Verantwortung treffen. Die genannten Beispiele zeigen aber auch, dass sowohl unser VfGH als auch der EuGH die Grenzen ihrer Zuständigkeit peinlichst eingehalten haben und dadurch eine Konfliktsituation vermieden werden konnte.

# Zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch den Verwaltungsgerichtshof\*

*Meinrad Handstanger*<sup>2</sup>

## **Inhalt:**

A. Einleitung	Rz 1 - 2
B. Änderung der Rechtskultur	Rz 3 - 5
C. Beispiele aus der Rechtsprechung des VwGH	Rz 6 - 13
C.a. Zu den Vorlagen nach Art. 234 EGV	Rz 6 - 10
C.b. Weitere Beispiele	Rz 11 - 13
D. Schlussbemerkung	Rz 14 - 17

## **A. Einleitung**

1. Ich darf zunächst für die Möglichkeit danken, vor Ihnen über die Eindrücke und Erfahrungen sprechen zu dürfen, die sich aus der nunmehr etwa 10-jährigen Mitgliedschaft Österreichs zur Europäischen Union aus der Anwendung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) ergeben. Ich bin der Einladung auch deswegen sehr gerne gefolgt, weil ich großes Interesse dafür habe, welche Erfahrungen und Erwartungen auf Ihrer Seite bestehen.

2. Seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union gilt die eigenständige Rechtsordnung des Gemeinschaftsrechts in Österreich unmittelbar.<sup>3</sup> Die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts erfolgt überwiegend durch die Organe der Mitgliedstaaten. Der Verwaltungsgerichtshof fungiert seit dem als mittelbares Gemeinschaftsorgan. Im Rahmen der Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Sinne des Art. 129 der österreichischen Bundesverfassung ist dem VwGH auch die Sicherung der Konformität der österreichischen Verwaltung mit dem Gemeinschaftsrecht übertragen. Bei Gemeinschaftsrecht, dem unmittelbare Anwendbarkeit zukommt, handelt es sich insofern um ein Gesetz im Sinn der dem VwGH von der österreichischen Bundesverfassung übertragenen Kontrolle der Gesetzmäßigkeit. Mit anderen Worten: Als Maßstab der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten tritt zur Gesetzmäßigkeit nunmehr die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht hinzu.<sup>4</sup> Das umfasst auch eine genaue Prüfung ("Feinprüfung"), ob die

\* Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten, der Text wurde um einige Fußnoten ergänzt. Er gibt ausschließlich die Meinung des Verfassers wieder.

<sup>2</sup> HR Dr. Meinrad Handstanger ist Hofrat am österreichischen Verwaltungsgerichtshof.

<sup>3</sup> Vgl. nur Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>2</sup>, 2001, 49 ff.

<sup>4</sup> Vgl. nur Jabloner, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Licht des Europarechts, RZ 1997, 258.



von einer Verwaltungsbehörde angewendete generelle Norm wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht unanwendbar war, die jedenfalls durch den Verwaltungsgerichtshof zu erfolgen hat.<sup>5,6</sup>

Der VwGH ist ferner ein Gericht im Sinne des Art. 234 Abs. 3 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV), nämlich ein einzelstaatliches Gericht, dessen Entscheidungen nicht nur mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Nach der genannten Bestimmung ist der VwGH derzeit zur Vorlage von Ersuchen von Vorabentscheidungen nach Art. 234 EGV an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) gemeinschaftsrechtlich verpflichtet. Da das Gemeinschaftsrecht zum größten Teil dem Bereich des "öffentliche Rechts" zuzuordnen ist, das in Österreich wiederum zum weitaus überwiegenden Teil der Verwaltungsbehörden vollzogen wird, und da nach der österreichischen Bundesverfassung die Sicherung der Rechtmäßigkeit der gesamten staatlichen Verwaltung Sache des Verwaltungsgerichtshofs – bzw. der unabhängigen Verwaltungssenate – ist, liegt es auf der Hand, dass die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit durch das Gemeinschaftsrecht in besonderem Maße betroffen ist.<sup>7</sup>

In quantitativer Hinsicht kommt diese herausragende Bedeutung darin zum Ausdruck, dass der Verwaltungsgerichtshof im letzten Jahrzehnt insgesamt rund 25 Vorabentscheidungsersuchen im Sinne des Art. 234 EGV an den EuGH gerichtet hat, und sich sicherlich mehrere 1000 Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs - grob geschätzt drei- bis viertausend - auch auf das Gemeinschaftsrecht gründen.

## **B. Änderung der Rechtskultur<sup>8</sup>**

3. Um die Erfahrungen des Verwaltungsgerichtshofs mit dem Gemeinschaftsrecht plastisch werden zu lassen, werden in der Folge einige Beispiele aus der Judikatur näher beleuchtet. Dabei kann es allerdings nicht meine Aufgabe sein, die vom VwGH in seinen Entscheidungen vorgenommenen rechtlichen Deutungen zu interpretieren oder zu kommentieren.

Zuvor erscheinen aber einige allgemeinen Bemerkungen zu den qualitativen und quantitativen Änderungen angebracht, die die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts mit sich bringt.

<sup>5</sup> Im Gesetzesprüfungsverfahren und im Bescheidbeschwerdeverfahren führt der VfGH lediglich eine "Grobprüfung" durch; am Beginn dieser Judikaturlinie stehen etwa VfGH 11.12.1998, VfSlg 15368/1998, VfGH 24.6.1998, VfSlg 15215/1998, VfGH 26.6.1997, VfSlg 14886/1997.

<sup>6</sup> Ein Beispiel aus der Rechtsprechung des VwGH gibt etwa VwGH 6.9.2001, 99/03/0424.

<sup>7</sup> Vgl. nochmals Jabloner (FN 2).

<sup>8</sup> Mit Rechtskultur gemeint ist hier v.a. das Zusammenspiel zwischen den (textuellen) generellen rechtlichen Normen und den sich im Umgang damit herausgebildeten (dogmatisch systemisierten) juristischen Deutungspotentialen. Geprägt wird Rechtskultur durch Rechtspolitik, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (vgl. Jabloner, Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit, JBl. 2001, 137, unter Rückgriff auf eine Definition von Stempel). Im Umgang mit den Normen kondensiert deren Sinn; der jeweilige Sinn bleibt in den verschiedenen Anwendungsfällen damit – einerseits – grundsätzlich derselbe, andererseits kann sich dieser – gerade auf dem Boden von neuen Aspekten, die ein neuer Fall bietet – anreichern (vgl. dazu Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft<sup>2</sup>, 1999, 405 ff, 409). Zu dieser evolutiven Dimension vgl. etwa Neumann, Theorie der juristischen Argumentation, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart<sup>7</sup>, 2004, 333, 337 f; Hassemer, Rechtssystem und Kodifikation, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg), a.a.O., 251, 266; jüngst Bydliński, F., Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2005, 55 ff.

Seit dem Beitritt Österreichs zur Union<sup>9</sup> (und schon zuvor seit dem Inkrafttreten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum<sup>10</sup>) war der Verwaltungsgerichtshof bemüht, das Gemeinschaftsrecht wirksam und *lege artis* anzuwenden.<sup>11</sup> Dies gilt insbesondere für die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht, in deren Zusammenhang sich der VwGH maßgeblich vom Prinzip des *effet utile* leiten ließ. Der VwGH hat im Fall der unmittelbaren Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht dieses unmittelbar zur Anwendung gebracht und entgegenstehendes österreichisches Recht nicht angewendet. Bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts hat sich der Verwaltungsgerichtshof insbesondere an der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH orientiert.<sup>12</sup> Auch bei der Auslegung von in der Umsetzung von Richtlinien ergangenen österreichischen Rechtsvorschriften rekurrierte der VwGH im Interesse einer richtlinienkonformen Auslegung auf das Verständnis, das den Bestimmungen der richtlinienrechtlichen Regelungen in der Rechtsprechung des EuGH gegeben wurde.<sup>13</sup>

4. Das Gemeinschaftsrecht einerseits und die Rechtsordnung eines Mitgliedsstaats andererseits sind grundsätzlich voneinander unabhängig. Sie basieren auf unterschiedlichen rechtlichen Geltungsgründen, das nationale Recht auf dem nationalen Verfassungsrecht, das Gemeinschaftsrecht letztlich auf den sogenannten Gründungsverträgen und Beitrittsverträgen. Allerdings liegen diese Rechtsordnungen nicht isoliert nebeneinander.<sup>14</sup> Vielmehr besteht mitunter eine intensive Verzahnung zwischen gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Normen, die durch ein System wechselseitig koordinierter Rechtsetzung entstehen und nicht voneinander getrennt gedeutet werden können. Aus einer funktionalen Sicht stellen sachlich zusammengehörige gemeinschaftsrechtliche und nationale Rechtsvorschriften einen gemeinsam anzuwendenden Rechtsbestand dar, der freilich infolge der Grundsätze der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts, der richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften, der Vorlageverpflichtung nach Art. 234 EGV sowie letztlich der Staatshaftung asymmetrisch konstruiert ist.

5. Für den nationalen Richter ergeben sich daraus mehrere ganz maßgebliche Gesichtspunkte:

- Zunächst führt das Gemeinschaftsrecht zu einer beachtlichen quantitativen Vermehrung der von Gerichten anzuwendenden Normen, wobei das Gemeinschaftsrecht zudem nicht

<sup>9</sup> Vgl. das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, BGBl.Nr. 744/1994, und den EU-Beitrittsvertrag, BGBl.Nr. 45/1995. Zur

<sup>10</sup> Vgl. das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen), BGBl. BGBl.Nr. 909/1993 idF BGBl.Nr. 910/1993.

<sup>11</sup> Vgl. die Bestandsaufnahme (bis Mai 1998) bei Handstanger, Fragen des Gemeinschaftsrechts in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, in: Österreichische Juristenkommission, Österreich als Mitglied der Europäischen Union, 1999, 73. Vgl. – kritisch – Bapuly/Kohlegger, Die Implementierung des EG-Rechts in Österreich. Die Gerichtsbarkeit, 2003, 14 ff, 159 ff.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. das Erk VwGH 29.4.2002, 2000/03/0103, in dem dem (die gemeinschaftsrechtlichen Normen extensiv deutenden) Urteil des EuGH in der Rs C-313/92 (Van Swieten), Slg. 1994, I-2177, gefolgt wurde.

<sup>13</sup> Siehe beispielsweise VwGH 28. April 2004, Zl. 2002/03/0166.

<sup>14</sup> Vgl. – richtungsweisend - Iglesias, Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1, 8.

nur durch neue Gesetzgebungsakte, sondern insbesondere auch durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs des Europäischen Gerichtshofs sowie des Gerichts erster Instanz evolutiv fortentwickelt wird. Das konkrete materielle Gemeinschaftsrecht wird daher auch von jüngeren Darstellungen in der rechtswissenschaftlichen Lehre nicht immer auf seinem letzten Stand erfasst. Ferner ist die legistische Qualität des Gemeinschaftsrechts durchaus unterschiedlich. Im sekundären Gemeinschaftsrecht kommt es häufig zu Novellierungen, in einzelnen Rechtsgebieten ist das Sekundärrecht auch verschachtelt konstruiert.<sup>15</sup> Das alles trägt naturgemäß nicht zur Übersichtlichkeit und Stringenz des Rechtsstoffes bei.

- Eine zusätzliche Komplexität des Gemeinschaftsrechts ergibt sich dadurch, dass die Rechtstexte des Gemeinschaftsrechts in mehreren Sprachen authentisch und nach der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung heranzuziehen sind, wobei verschiedene sprachliche Fassungen einer Gemeinschaftsvorschrift einheitlich nach dem allgemeinen Aufbau und dem Zweck der Regelung auszulegen sind.<sup>16</sup> Dieser Aspekt kann - worauf ich noch zurückkomme - zu überraschenden Ergebnissen führen.
- Dem Grundsatz der effektiven Umsetzung des Gemeinschaftsrechts, der auf ein funktionell effektives Zusammenwirken von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht abzielt, entspricht es, bei der Falllösung die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften vom maßgeblichen Gemeinschaftsrecht her zu verstehen und das Gemeinschaftsrecht und das nationale Recht unter Beachtung der Grundsätze der unmittelbaren Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts, der richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften sowie der Vorlageverpflichtung nach Art. 234 EGV miteinander zu harmonisieren. Durch ein harmonisierendes - auf ein friktionsloses Ineinandergreifen von gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Normen ausgerichtetes - Verständnis wird nicht nur dem Grundsatz der effektiven Umsetzung des Gemeinschaftsrechts Rechnung getragen<sup>17</sup>, vielmehr kann nur so der Konfliktlösungsaufgabe und dem damit einhergehenden zentralen politischen und sozialen Anspruch des Rechts<sup>18</sup> entsprochen werden.
- Das Zusammenwirken zwischen dem nationalen Richter und dem EuGH ist für die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts von ganz entscheidender Bedeutung.<sup>19</sup> Ein

<sup>15</sup> Vgl. VwGH 30.6.1999, 98/03/0156; kritisch zur legistischen Qualität des Gemeinschaftsrechts Öhlinger, Die Transformation der Verfassung, JBl 2002, 2, insbesondere 5; ders, Gesetz und Richter unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts. Anmerkungen zu einem Prozess der „Amerikanisierung“ des europäischen Rechts, in: Mensch und Staat. L'homme et l'Etat. FG Thomas Fleiner, 2003, 725 ff.

<sup>16</sup> VwGH 18.3.2003, EU 2003/0001, 0002 (vormals 99/21/0018, 2002/21/0067); Vgl. etwa nochmals Öhlinger, Gesetz und Richter (FN 13).

<sup>17</sup> Vgl. etwa Handstanger, Zur Transformation der Rechtsprechung, in: Kopetz/Marko/Poier (Hrsg), Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat, FS Mantl, 2004, 63, 72 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Rütters, Rechtstheorie, 1999, Rz 72 ff.

<sup>19</sup> Vgl. die Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwalts Phillipe Léger vom 8. April 2003 in der Rs C-224/01 (Köbler),

gemeinschaftsrechtlicher Rechtsschutz wäre ohne die Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Gerichte der Mitgliedstaaten – beim Vorlageverfahren in Kooperation mit dem EuGH<sup>20</sup> – nicht gegeben. Ohne die Vorlage durch nationale Gerichte wäre es dem EuGH zudem nicht möglich, seine aktive Rolle bei der Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts und damit der Gemeinschaft selbst auszuüben. Da das Gemeinschaftsrecht und seine richterliche Fortbildung als ein grundlegender dynamischer Faktor für die Gemeinschaft selbst gesehen werden kann<sup>21</sup>, ist die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Gerichte in Kooperation mit dem EuGH auch gemeinschaftspolitisch bedeutsam. Auf rechtlicher Ebene stellt sich die schon angesprochene Harmonisierung des nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht als eine besondere Herausforderung an den nationalen Richter dar.

- Bei dieser Harmonisierungsaufgabe steht der Richter insbesondere rechtsmethodisch vor besonderen Anforderungen. Der evolutive Umgang mit dem Gemeinschaftsrecht durch den EuGH zeigt, dass die Leitvorstellung der Effektivität des Gemeinschaftsrechts gleichsam das Gravitationszentrum der juristischen Argumentation bildet. Diese Leitvorstellung prägt angesichts der Verflechtung von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht die Rechtsanwendung insgesamt, somit auch die Deutung nationaler Rechtsvorschriften. Ohne diese teleologische Grundorientierung könnte in einer Reihe von Fällen eine letztlich praktikable gemeinschaftsrechtsfreundliche Lösung wohl nicht argumentiert werden, ohne diese Ausrichtung des juristischen Sprachspiels hätte die Gemeinschaft selbst wohl nicht den heutigen Grad an Integration erreicht. Die Konzentration auf diese spezifische teleologische Betrachtung geht sicherlich auf Kosten rechtsdogmatischer Klarheit und Übersichtlichkeit sowie rechtssystematischer Konsistenz, sie entspricht aber dem asymmetrischen Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht. Damit geht es für den nationalen Richter nicht allein um das Erlernen und die Anwendung neuen materiellen Rechts, sondern auch um die Einübung von mehr oder weniger neuen methodischen Elementen.
- Eine maßgebliche Änderung der Rechtskultur besteht darin, dass sich die Perspektive des Rechtsvollzug zum Gesetz ganz maßgeblich geändert hat. Die erstinstanzliche Behörde hat nicht einfach das nationale kundgemachte Gesetz anzuwenden, sondern muss in einem ersten Schritt prüfen, welche Rechtsordnung, die nationale, die des Gemeinschaftsrechts oder beide ineinander verzahnt, zur Anwendung kommt.<sup>22</sup> Wenn Gemeinschaftsrecht

Slg. 2003, I-10239, Rz 53f.

<sup>20</sup> Zu Abgrenzungsfragen vgl – ausgewogen – Hirsch, Kompetenzverteilung zwischen EuGH und nationaler Gerichtsbarkeit, NVwZ 1998, 907.

<sup>21</sup> Vgl. dazu Weiler, The Constitution of Europe, 1999, 188.

<sup>22</sup> Damit besteht eine grundsätzlich ähnliche Situation wie zur Zeit des *Usus modernus pandectarum*, als zunächst unter mehreren Rechtsordnungen die zur Anwendung zu bringende identifiziert werden musste; diese Situation führte im späten 17. Jahrhundert zu einem geschärften Verständnis der mit dem Recht verbundenen Geltungsproblematik, vgl. Willoweit, Der *Usus modernus* oder die

anzuwenden ist, setzt sich die Behörde in vielen Fällen über das nationale Recht hinweg. Damit ist ein bedeutender Wirkverlust sowohl für die nationalen Gesetze als auch für die nationale Verfassung verbunden.<sup>23</sup>

- Diese neuen Rahmenbedingungen stellen für die Gerichte sicherlich eine große Herausforderung dar, ihre Rolle zu finden. Das Gemeinschaftsrecht wird einen immer größeren Einfluss auf die Anwendung des nationalen Rechts ausüben. Der Gesichtspunkt der Auslegung nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers tritt im Lichte der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zurück. Dieser neue Denkstil wird möglicherweise auch dann nicht ohne Auswirkungen auf die Auslegung des nationalen Rechts bleiben, wenn kein gemeinschaftsrechtlicher Berührungspunkt gegeben ist.<sup>24</sup>

## C. Beispiele aus der Rechtsprechung des VwGH

### *C.a. Zu den Vorlagen nach Art. 234 EGV*

6. Zunächst zu den Vorlagen: Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV, das bekanntlich ein zentrales Element des besonderen Rechtsschutzes des Gemeinschaftsrechts bildet<sup>25</sup>, ist für den VwGH von besonderer Bedeutung. Zwar sind grundsätzlich auch weisungsfreie, kollegial organisierte Verwaltungsbehörden (mit richterlichem Einschlag) sowie die unabhängigen Verwaltungssenaten vorlageberechtigt (und zum Teil auch vorlageverpflichtet<sup>26</sup>), ein Gutteil der Last trifft aber - nicht zuletzt wegen seiner stets bestehenden Vorlageverpflichtung nach Art. 234 Abs. 3 EGV - den VwGH, wobei sich ungünstig auswirkt, dass die unabhängigen Verwaltungssenaten nur für Teilbereiche der Verwaltung – und damit nicht durchgängig – zuständig sind.<sup>27</sup>

7. In der Folge sollen vier Beispiele genannt werden, die spezifische Erfahrungen des VwGH in Vorlagesachen widerspiegeln. Gleich bei seiner ersten Vorlage<sup>28</sup> machte der VwGH eine Erfahrung, die sich wiederholt hat. Der EuGH formuliert immer wieder die ihm von nationalen

geschichtliche Begründung des Rechts. Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels im späten 17. Jahrhundert, in: ders (Hrsg), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 45), 2000, 229, insb 242 ff.

<sup>23</sup> Vgl. dazu etwa die in FN 13 zitierten Beiträge von Öhlinger, sowie ders., Der Vorrang des Unionsrechts im Lichte des Verfassungsvertrages, in: Bröhmer u.a. (Hrsg), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. FS Georg Ress, 2005, 685, 691.

<sup>24</sup> Zu einem solchen Transfer von Deutungsmustern bzw. Argumentationsformen vgl. Öhlinger, Gesetz und Richter unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts (FN 13);, Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit (FN 6), 143.

<sup>25</sup> Vgl. nur Öhlinger/Potacs (FN 1) 161 ff.

<sup>26</sup> Dies wird dann gegeben sein, wenn der Rechtsszug zum VwGH iSd Art. 133 Z.4 B-VG abgeschnitten ist, zumal die Rechtskontrolle des VfGH im Bescheidbeschwerdeverfahren auf die Vereinbarkeit eines Bescheides mit dem österreichischen Verfassungsrecht, nicht aber auf die mit dem Gemeinschaftsrecht fokussiert ist (vgl. oben FN 3).

<sup>27</sup> Vgl. die selektive Zuständigkeitsregelung des Art. 129a B-VG.

<sup>28</sup> VwGH 18.9.1996, EU 97/0122 (vormals 96/15/0065).

Gerichten vorgelegten Fragen nach seinem eigenen Verständnis um bzw. bringt sie in eine andere Abfolge. Diese Vorgangsweise erscheint dann verständlich, wenn sich die an den EuGH gestellten Fragen nicht auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, sondern auf die Interpretation des nationalen Rechts beziehen, wozu der EuGH nicht zuständig ist. Anders verhält es sich freilich, wenn das nationale Gericht ohnehin ganz klar um die Auslegung bestimmter gemeinschaftsrechtlicher Regelungen ersucht hat. Dann liegt die Vermutung nahe, dass der EuGH, um die aus seiner Sicht angemessene Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben zu können, eine entsprechende Umgestaltung der Fragen für notwendig hält. So hat der VwGH im Jahr 1996 in seiner ersten Vorlage zu einer bestimmten Abgabe die Frage aufgeworfen, ob damit nicht in dem nach der 6. Mehrwertsteuerrichtlinie eingeräumten Vorsteuerabzug eingegriffen werde und dazu zwei konkrete Fragen gestellt, die aufeinander aufbauten. Der EuGH hat seine Antwort nicht bei der ersten, sondern gleich bei der zweiten Frage des VwGH angesetzt<sup>29</sup> und damit - so die Kritik in der rechtswissenschaftlichen Literatur<sup>30</sup> - die vom VwGH gestellten Fragen nicht vollständig beantwortet. Die Antwort war aber sicherlich für den VwGH ausreichend, um den bei ihm anhängigen Beschwerdefall zu lösen.

8. Ein zweites Beispiel betrifft die Implikationen der Zurückziehung eines Vorabentscheidungsersuchens für eine allfällige Staatshaftung. Der VwGH hat eine Vorlage<sup>31</sup> in einer das gemeinschaftsrechtliche Gleichbehandlungsrecht betreffenden Fallkonstellation nach einer Einladung des Kanzlers zum EuGH, der ein einschlägiges Urteil des EuGH angeschlossen war, zurückgezogen. Gegen die daraufhin vom VwGH getroffene Entscheidung<sup>32</sup> wurde bei der österreichischen Zivilgerichtsbarkeit ein dem Staatshaftungsrecht zuzuzählendes Amtshaftungsverfahren eingeleitet. Das zuständige Zivilgericht hat seinerseits den EuGH mit der Frage befasst, ob durch das Zurückziehen dieser Vorlage eine Staatshaftung ausgelöst wurde. Der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen dem VwGH den Vorwurf gemacht, dass er entgegen der ständigen Rechtsprechung zur verschleierte Formen der Diskriminierung die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht geprüft habe.<sup>33</sup> Der EuGH hat in seinem Urteil<sup>34</sup> eine Staatshaftung verneint, weil der VwGH keine von der damals bestehenden Rechtsprechung des EuGH abweichende Entscheidung getroffen hatte und damit ein qualifizierter Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht nicht gegeben war. In einer mir interessant erscheinenden Passage<sup>35</sup> hat der EuGH auch dargetan, warum der VwGH zur Zurückziehung seiner Vorlage eingeladen wurde: Der EuGH glaubte nämlich, auf Grund der spezifischen Formulierung der Vorlage darauf schließen zu können, dass der VwGH ohnehin davon ausgehen würde, dass die österreichische Rechtslage nicht

<sup>29</sup>EuGH 19.2.1998, Rs C-318/96 (Spar), Slg. 1998, I-0785.

<sup>30</sup>Zorn, EuGH-Urteil zur KU I: Ein Mißverständnis, SWK 1998, 256.

<sup>31</sup>VwGH 22.10.1997, 96/12/0250; EuGH Rs C-382/97.

<sup>32</sup>VwGH 24.6.1998, 98/12/0167.

<sup>33</sup>Schlussanträge des Generalanwalts Phillipe Léger vom 8. April 2003 (FN 17), Rz 165 ff.

<sup>34</sup>EuGH 3.9.2003, C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239, Rz 124.

<sup>35</sup>Rz 104 ff des in FN 32 genannten Urteils.

mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stünde. Diese Passage illustriert, dass das Verfahren vor dem EuGH auf Grund einer Vorlage für das nationale vorliegende Gericht eine "black-box" darstellt, es verfertigt nämlich nur den Input beim EuGH (seine Vorlage) und erhält den Output (das Urteil), hat aber keine prozessual vorgesehene weitere Kommunikationsmöglichkeit mit dem EuGH. Für den in Rede stehenden Fall wäre es etwa zweckmäßig gewesen, der tatsächlichen Einschätzung durch den VwGH in einem eigenen Kommunikationsschritt näher nachzugehen.

9. Weiters zeigt die Vorlagepraxis, dass Vorlagen mitunter auch Beiträge zur Weiterentwicklung des Gemeinschaftsrechts leisten. Für den VwGH bietet seine Vorlage im Fall Ciola aus dem Jahr 1997<sup>36</sup> ein gutes Beispiel. Aus dem Urteil des EuGH ergibt sich, dass die Vorrangwirkung des Gemeinschaftsrechts nicht nur gegenüber generellen nationalen Rechtsakten, sondern auch gegenüber individuellen nationalen Entscheidungen gegeben ist.<sup>37</sup> Freilich hat der EuGH diese Rechtsprechung in seinem Urteil in der Rechtssache Kühne und Heitz im Jahr 2004<sup>38</sup> (letztlich in einem einschränkenden Sinn) präzisiert, was wiederum Zeugnis von dem evolutiven Charakter der Rechtsprechung des Luxemburger Gerichtshofs gibt.

Ein anderes Beispiel gibt ein Urteil des EuGH im Bereich des Telekommunikationsrechts aus dem Jahr 2003. Die Vorlage des Verwaltungsgerichtshofs<sup>39</sup> gab dem EuGH die Gelegenheit, seine bisherige Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit von gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzgarantien zu verfeinern und dabei die Auffassung zu vertreten, dass eine solche Rechtsschutzgarantie im Interesse eines effizienten Rechtsschutzes insofern unmittelbar anwendbar ist, als ein Rechtsschutz durch die der Sache nach am nächsten liegende Gerichtsbarkeit offen stehen muss.<sup>40</sup>

Dieses Vorlageverfahren, das insgesamt etwa dreieinhalb Jahre dauerte, macht allerdings deutlich, dass Vorlageverfahren auch eine bedeutende zeitliche Verzögerung des Rechtsschutzes zur Folge haben können, was wiederum zu einem Spannungsverhältnis mit dem Grundsatz einer angemessenen Verfahrensdauer führen kann, wie er in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) normiert ist und auch für das Gemeinschaftsrecht zum Tragen kommt.<sup>41</sup> Nach dem Gemeinschaftsrecht gibt aber die mitunter sehr lange Dauer von Vorlageverfahren keinen Grund dafür ab, auf eine nach dem Gemeinschaftsrecht erforderliche Vorlage zu verzichten, vielmehr würde ein solcher Verzicht wohl zu staatshaftungsrechtlichen Folgen führen.

<sup>36</sup> VwGH 26.6.1997, EU 97/0124 (vormals 96/10/0159).

<sup>37</sup> Rs C-224/97.

<sup>38</sup> EuGH 13.1.2004, Rs C-453/00 (Kühne und Heitz), Slg. 2004, I-00837; vgl. dazu Köhler, Die Bindung an Rechtsmittelentscheidungen und Gemeinschaftsrecht, in: Holoubek/Lang, Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (im Erscheinen).

<sup>39</sup> VwGH 24.11.1999, EU 99/0085 (vormals 99/03/0071).

<sup>40</sup> EuGH 22.5.2003, Rs C-462/99 (Connect), Slg. 2003, I-05197, vgl. insb. Rz 35 ff. Vgl. dazu Jann/Schima, Bemerkungen zum Gebot der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts, in: Colneric ua (Hrsg.), Une communauté de droit, FS für G.C.R. Iglesias, 2003, 283; vgl. weiters Holoubek, Die Zuständigkeit bei unmittelbarer Anwendung von Gemeinschaftsrecht, in: Holoubek/Lang, Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (FN 36).

<sup>41</sup> Vgl. etwa VwGH 20.7.2004, 2003/03/0103; VwGH 19.10.2004, 2000/03/0300; VwGH 31.1.2005, 2003/03/0105.

10. Abschließend sei noch auf eine Vorlage des VwGH aus dem Jahr 2003<sup>42</sup> hingewiesen, die den Bereich des Ausländerrechtes betrifft: Bei der Schaffung des österreichischen Fremdenengesetzes 1997 war man offensichtlich der Auffassung, dass man der nach dem Gemeinschaftsrecht gebotenen Rechtsschutzgarantie für Unionsbürger und deren Angehörige dadurch Genüge tut, dass diesen im Fall einer Ausweisung, eines Aufenthaltsverbots oder der Versagung eines Aufenthaltstitels durch eine Verwaltungsbehörde eine Rechtsschutzmöglichkeit zu einer zweitinstanzlichen Verwaltungsbehörde offensteht. Nachdem dieses Gesetz etwa ein halbes Jahrzehnt hindurch angewendet worden war, kamen anlässlich eines Beschwerdefalls Zweifel an dieser Konstruktion auf, weil andere Sprachfassungen des einschlägigen Gemeinschaftsrechtsaktes nicht bloß eine Rechtsmittelmöglichkeit bei einer weiteren Verwaltungsbehörde, sondern offenbar einen Rechtszug zu einem Tribunal (Gericht) verlangen. Der Verwaltungsgerichtshof hat daraufhin dem EuGH eine entsprechende Vorlage unterbreitet, um über die vom Gemeinschaftsrecht geforderte Qualität des Rechtsschutzes Klarheit zu erlangen. Diese Vorlage zeigt, dass die Authentizität der Rechtstexte des Gemeinschaftsrechts in den Sprachen der Gemeinschaft zu überraschenden Ergebnissen führen kann. In seinem Urteil vom 2. Juni 2005<sup>43</sup> hat der EuGH die Zweifel als stichhältig angesehen, im Lichte dieses Urteils läuft die im österreichischen Recht gegebene Zuständigkeit dem einschlägigen Gemeinschaftsrecht zuwider.<sup>44</sup>

### *C.b. Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung*

Ich komme nun zu einigen anderen Beispielen aus der Rechtsprechung des VwGH, die spezifische Fragen des Umgangs mit Gemeinschaftsrecht betreffen.

11. Unmittelbar anzuwendendes oder mittelbar anhand österreichischer Umsetzungsvorschriften zum Tragen kommendes Gemeinschaftsrecht ist naturgemäß auch ausschlaggebend für die von den Verwaltungsbehörden in ihren Verfahren zu erarbeitenden Entscheidungsgrundlagen.

Nach der Rechtsprechung meines Gerichtshofs haben sie den Sachverhalt nicht nur nach den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften, sondern nach den relevanten gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, etwa auch den mit nationalem Recht umgesetzten Richtlinien zu ermitteln und festzustellen.<sup>45</sup>

Da weisungsgebundene Verwaltungsbehörden keine Gerichte darstellen, die dazu ermächtigt sind, den EuGH mit einer Vorlage zu befassen, haben Verwaltungsbehörden nach der Rechtsprechung des VwGH zudem den Sachverhalt auch schon für eine etwaige Vorlage des Verwaltungsgerichtshofs hinreichend aufzubereiten.<sup>46</sup> Damit erhält in Vorlagesachen die

<sup>42</sup> VwGH 18.3.2003, EU 2003/0001, 0002 (vgl. FN 14).

<sup>43</sup> EuGH 2.6.2005, C-136/03 (Georg Dörr und Ibrahim Ünal).

<sup>44</sup> Vgl. VwGH 8.9.2005, 2005/21/0113, 0114.

<sup>45</sup> Vgl. etwa VwGH 21.6.1999, 97/17/0501.

<sup>46</sup> Vgl. nochmals die in FN 43 genannte Entscheidung.



Aufgabenteilung zwischen den grundsätzlich an den von den Verwaltungsbehörden festgestellten Sachverhalt gebundenen Verwaltungsgerichtshof, sofern dieser im Einklang mit den Verfahrensrecht aufbereitet wurde, auf der einen Seite, und den nicht vorlageberechtigten Verwaltungsbehörden auf der anderen Seite eine spezifische Ausprägung.

12. In verschiedenen Zusammenhängen hat der Verwaltungsgerichtshof darauf aufmerksam gemacht, dass österreichischen Gesetzen mit Blick auf das Gemeinschaftsrecht nicht ein den Intentionen des Gesetzgebers entgegengesetzter Sinn verliehen oder die nationale Rechtslage in einer Art gedeutet werden darf, wie sie vom Gesetzgeber nicht erlassen wurde.<sup>47</sup>

Diese Frage spielt sowohl bei der richtlinienkonformen Auslegung als auch bei der Zusammenschau von Gemeinschaftsrecht mit Anwendungsvorrang und anderen österreichischen Rechtsvorschriften, etwa solchen prozessualer Natur<sup>48</sup>, eine Rolle.

Diese Frage ist deshalb heikel, weil der EuGH zwar in seiner Rechtsprechung darauf hingewiesen hat, dass nationales Recht nach den danach gebotenen Deutungsspielräumen, somit nach nationalen Methoden und Argumentationsstandards auszulegen ist, der EuGH aber je nach der Lage des Einzelfalls eine Tendenz dahin erkennen lässt, dass das nationale Recht jedenfalls so ausgelegt werden soll, dass dem Gemeinschaftsrecht zum Durchbruch verholfen wird.<sup>49</sup>

In Fällen betreffend die Baubewilligung für Hochleistungsstrecken hat der Verwaltungsgerichtshof etwa die Ansicht vertreten, dass dem Gemeinschaftsrecht schon damit zum Durchbruch verholfen wird, dass die Eisenbahnbehörde die in diesem Fall unmittelbar anzuwendende UVP-Richtlinie anwendet, aber eine Anwendung des österreichischen UVP-Gesetzes, das Hochleistungsstrecken wie die damals vorliegende nicht erfassen wollte, verneint.<sup>50</sup>

13. Der VwGH hat im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts in einigen Fällen die im Gemeinschaftsrecht anerkannten allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere die als allgemeine Rechtsgrundsätze aufgefaßten Grundrechte des Gemeinschaftsrechts angewendet.

So hat er wiederholt die Auffassung vertreten, dass dort, wo die gemeinschaftsrechtliche Regelung der nationalen Normsetzung einen Spielraum gewährt, diese zur Ausfüllung dieses Spielraums nur im Rahmen der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und damit auch der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte befugt ist.

In einem konkreten Fall aus dem Bereich des Bankenrechts<sup>51</sup> ging es um den nach der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts zählenden Grundsatz der Gleichbehandlung, der nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH bei der Umsetzung

<sup>47</sup> VwGH 23.10.1995, 95/10/0081, VwGH 6.9.2001, 99/03/0424.

<sup>48</sup> Vgl. Ehlers, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, DVBl 2004, 1441.

<sup>49</sup> Für das Judikaturfeld des VwGH hat dies der EuGH etwa gerade in seinem Urteil vom 22. Mai 2003, Rs C-462/99 (Connect), deutlich gemacht (vgl. FN 37).

<sup>50</sup> Siehe nochmals VwGH 6.9.2001, 99/03/0424.

<sup>51</sup> VwGH 29.1.2004, 99/17/0135.

einer Richtlinie in das nationale Recht auch dort zu beachten ist, wo ein Spielraum für den nationalen Gesetzgeber besteht. In diesem Fall sah der Verwaltungsgerichtshof keine sachlichen Gesichtspunkte für eine im österreichischen Umsetzungsrecht – dem Bankwesengesetz – vorgenommene unterschiedliche Behandlung von Banken, weswegen der Anwendung der österreichischen Regelung (die zwischen Kreditinstituten und Kreditinstitutgruppen unterschied) unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht entgegenstand.

In einem anderen Fall im Bereich des Telekommunikationsrechts wurde entschieden, dass die Zuständigkeit einer Behörde, die entgegen dem Art. 6 der Europäischen

Menschenrechtskonvention nicht die gebotene Tribunalsqualität aufweist, nach Maßgabe des unmittelbar anzuwendenden Art. 6 dieser Konvention nicht zum Tragen kommen darf.<sup>52</sup>

Auf dem Boden der Vorgangsweise des EuGH mit den im Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Grundrechten nahm der VwGH an, dass diese Grundrechte vom EuGH als unmittelbar anwendbar erachtet werden. Ferner brachte der VwGH zum Ausdruck, dass infolge der Behandlung des

Beitritts zur Europäischen Union als Gesamtänderung des österreichischen

Bundesverfassungsrechts, jedenfalls das unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsrecht, das schon vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union im Gemeinschaftsrecht bestand, auch

gegenüber der verfassungsrechtlichen Grundordnung (den "leitenden Prinzipien" des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes) Anwendungsvorrang genießt.<sup>53</sup> Dies war deshalb von

Bedeutung, weil der Verfassungsgerichtshof unter Berufung auf die verfassungsrechtliche

Grundordnung im Jahr 1987 ausgesprochen hatte, dass die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK nur für den Kernbereich des Zivilrechts, nicht aber für den gesamten sich nach der Rechtsprechung

des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte abzeichnenden Bereichs von civil rights and

obligations zum Tragen komme.<sup>54</sup> Diese in der verfassungsgerichtlichen Judikatur vorgezeichnete

Restriktion ist damit für den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nicht einschlägig.

## **D. Schlussbemerkung**

14. Zum Abschluss möchte ich auf einige grundsätzliche Probleme aufmerksam machen, die sich für den Verwaltungsgerichtshof als Institution im Lichte des Gemeinschaftsrechts stellen.

Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit ist durch ein Bündel an typischen Elementen gekennzeichnet: Zunächst ist der VwGH grundsätzlich an die von der belangten

Verwaltungsbehörde festgestellten Sachverhalt gebunden und verfügt damit über nur eine

beschränkte Tatsachenkognition, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren besteht Neuerungsverbot;

ferner entscheidet der VwGH nicht in der Sache selbst, sondern ist im Fall der Anfechtung von

Verwaltungsakten bloß zur Kassation befugt; in verwaltungsgerichtlichen Verfahren bedarf es

<sup>52</sup>VwGH 15.12.2003, 99/03/0423 (kritisch dazu etwa Thallinger, JBl 2004, 805).

<sup>53</sup> VwGH 20.7.2004, 2003/03/0103; vgl. dazu Holoubek, *Europäischer und nationaler Grundrechtsschutz*, in: Griller u.a. (Hrsg), *Wirtschaftsverfassung und Gemeinsamer Markt* (im Erscheinen).

<sup>54</sup> VfGH 14.10.1987, VfSlg 11500/1987.

weitere einer ausdrücklichen Festlegung des Streitgegenstands durch die beschwerdeführende Partei; schließlich ist die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit von einer Zurückhaltung betreffend die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung gekennzeichnet.<sup>55</sup>

15. Die so charakterisierte Rechtskontrolle des VwGH wurde und wird bekanntlich von den nach Art. 6 EMRK genannten Anforderungen immer wieder in Frage gestellt, wobei sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte immer auf die Beurteilung einer Konventionswidrigkeit im Einzelfall und nicht auf die Vereinbarkeit dieser Rechtsschutzstruktur mit der EMRK konzentriert, und sich dabei stark von den Umständen der Einzelfälle leiten lässt.<sup>56</sup>

16. Diese Problematik wird durch das Gemeinschaftsrecht vertieft, zählen doch (wie schon erwähnt) die Regelungen der EMRK zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten. Das Gemeinschaftsrecht bringt aber dazu noch weitere Gesichtspunkte, die eine Herausforderung für die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit darstellen. Zum einen kann nach der Judikatur des EuGH die Auffassung vertreten werden, dass der VwGH auch dann Gemeinschaftsrecht anzuwenden habe, wenn sich eine beschwerdeführende Partei im Rahmen der Festsetzung des Streitgegenstandes nicht ausdrücklich auf ihre Rechtsposition nach dem Gemeinschaftsrecht beruft.<sup>57</sup>

Aber auch die rechtsfortbildende Judikatur des EuGH betreffend die Gewährung von provisorischem Rechtsschutz ist nicht ohne weiteres in das System der Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuordnen.<sup>58</sup> Das Prozessrecht des Verwaltungsgerichtshofs sieht Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutz in der Form von einstweiligen Verfügungen, wie sie nach der Judikatur des EuGH offenbar erforderlich wären, nicht vor. Der Verwaltungsgerichtshof hat zwar die Auffassung vertreten, dass die Verwaltungsbehörden ihrerseits einstweiligen Rechtsschutz im Sinne der Judikatur des EuGH zu gewähren haben, eine einstweilige Anordnung, die der beim VwGH beschwerdeführenden Partei vorläufig eine Rechtsposition zuerkannt hätte, ist meines Wissens vom Verwaltungsgerichtshof selbst bislang nicht ergangen.

17. Da die dargestellte institutionelle Charakteristik in ihren meisten Punkten nicht nur für den Verwaltungsgerichtshof, sondern für den Verfassungsgerichtshof und damit für die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts in Österreich überhaupt gilt, wäre es wohl zweckmäßig, diesen Gerichtshöfen Verwaltungsgerichte erster Instanz vorzuschalten, um einen gerichtlichen

<sup>55</sup> Vgl. Jabloner (FN 1).

<sup>56</sup> Der EGMR hat wiederholt ausgesprochen, es sei nicht seine Aufgabe, aufzuzeigen, welche Maßnahmen erforderlich wären, um die Vereinbarkeit eines nationalen Rechtsschutzsystems mit dem Art 6 EMRK sicherzustellen, vielmehr hat er lediglich zu entscheiden, ob im Einzelfall Art. 6 leg. cit. verletzt wurde (vgl. das Urteil vom 21. September 1994 im Fall Maxwell gegen das Vereinigte Königreich, Zl. 31/1993/426/505, Rz 40, mwH).

<sup>57</sup> Vgl. dazu Steiner, Beschwerdepunkte und Beschwerdegründe unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Einflüsse, in: Holoubek/Lang, (Hrsg.), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen, 1999, 61.

<sup>58</sup> Vgl. dazu jüngst (eingehend) VwGH 26.9.2005, AW 2005/10/0029; vgl. zur Problematik Hoehl, Vorläufiger Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts, 1999.

Rechtsschutz durch reformatorische Entscheidungen an Hand der jeweils einschlägigen - auch gemeinschaftsrechtlichen - Rechtslage zu gewährleisten.<sup>59,60</sup> Solche erstinstanzliche Verwaltungsgerichte würden die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts auch im Zusammenhang mit Vorlagen nach Art. 234 EGV entlasten können, weil die Vorlageverpflichtung nach Abs. 3 dieser Bestimmung nicht zum Tragen käme, wenn bereits die erstinstanzlichen Gerichte nach Art. 234 EGV vorlegen; derzeit ist der Verwaltungsgerichtshof insbesondere wegen der sich nur auf Teilbereiche der Verwaltung beziehenden Zuständigkeit der unabhängigen Verwaltungssenate vom Vorlageverfahren nach Art. 234 EGV in erster Linie betroffen. Schon wiederholt ist darauf hingewiesen worden, dass eine Konzentration der Vorlage auf die letzte Ebene des Rechtsschutzes, weil die vorangehenden Rechtsschutzstufen zur Vorlage nicht berechtigt sind, mit der effektiven Umsetzung des Gemeinschaftsrechts – näherhin mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz eines effektiven Rechtsschutzes – in einem Spannungsverhältnis steht.<sup>61</sup>

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!

<sup>59</sup> Vgl. insbesondere das (unter <http://www.konvent.gv.at> zugängliche) Dokument "Gemeinsamer Textvorschlag Grabenwarter/Jablonek für die verfassungsrechtliche Verankerung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, insbesondere für neue (nach dem derzeitigen System) Art 129 bis 136 B-VG (aufgrund eines von Univ.-Prof. DDr. Grabenwarter überarbeiteten Entwurfs des BKA/VD)" im "Bericht des Ausschusses 9 Rechtsschutz und Gerichtsbarkeit" des Österreich Konvents vom 26. März 2004, 49 ff.

<sup>60</sup> Vgl. jüngst Öhlinger, *Verfassungsrecht*<sup>6</sup>, 2005, Rz 61a, 632.

<sup>61</sup> Vgl. etwa Korinek, Überlegungen zu einer Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, in: Holoubek/Lang (Hrsg), (FN 55), 413.

# EU-Symposium „National Judges as Judges of EC law“

## Vortrag

*Gerhard Kuras*<sup>62</sup>

Es ist mir eine große Freude und Ehre im Rahmen dieser für die Rechtsprechung zur wertvollen Veranstaltung einige Erfahrungen mit dem Zugang und der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechtes aber auch den aus der Einbindung des nationalen Rechtssystems in die „supranationale“ Rechtsgemeinschaft der Europäischen Union sich ergebenden Veränderungen zu berichten.

Beim Gemeinschaftsrecht einerseits und dem „nationalen Recht“ andererseits handelt<sup>63</sup> es sich um zwei einander „ergänzende“ Rechtsordnungen. Die Gerichte sind jene Behörden, die die Wertigkeit dieser beiden Rechtsordnungen zueinander in der Praxis festlegen und umsetzen. Sie sind jenes Band zwischen den Rechtsordnungen dessen Flexibilität, aber auch Professionalität entscheidet inwieweit die Botschaften des Gemeinschaftsrechts sich in die gewachsenen Strukturen des nationalen Rechtes so einfügen, dass sie auch breite Akzeptanz finden.

Dabei hat sich die innerstaatliche Stellung der Gerichte gegenüber dem Gesetzgeber geändert. Jedes einzelne Gericht, sei es nun der Oberste Gerichtshof oder ein Bezirksgericht, hat die Möglichkeit auf Grund des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechtes ein österreichisches Gesetz im konkreten Fall unangewendet zu lassen. Dies geht von rein technischen Regelungen wie etwa Preisauszeichnungsvorschriften oder Bestimmungen über die Verpflichtung zur Leistung von Prozesskostensicherheiten<sup>64</sup> zu gesetzlichen Bestimmungen, die schon tief in den nationalen politischen Willensprozess eingreifen, wie beispielsweise das unterschiedliche Anfallsalter für vorzeitige Alterspensionen bei geminderter Arbeitsfähigkeit bei Männern und Frauen<sup>65</sup> oder vielleicht sogar die „Volksseele“ berühren, wie etwa Regelungen über den Grundverkehr. Den Gerichten in den Mitgliedstaaten steht es dabei frei, sich im Rahmen der Vorabentscheidungsverfahren entsprechender Erkenntnisse des EuGH zu bedienen, sie sind aber dazu, solange es nur darum geht, österreichisches Recht unangewendet zu lassen, nicht verpflichtet. Dieser Ausweitung der Entscheidungsbefugnisse der Gerichte steht aber auch eine neue Verantwortung gegenüber, und zwar unter dem Aspekt des Gemeinschaftsrechtes. Wenn es auch keinen Instanzenzug von österreichischen Gerichten zum EuGH gibt, so steht es doch nicht nur der Kommission, sondern auch jedem anderen Mitgliedstaat frei, vor dem EUGH ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich einzuleiten, wenn die österreichischen Gerichte das

<sup>62</sup> HR Dr. Gerhard Kuras ist Richter am Obersten Gerichtshof der Republik Österreich.

<sup>63</sup> Vgl grundlegend schon OGH 21. 12. 1994, EvBl 1995/116 = RdW 1995, 220 uva.

<sup>64</sup> vgl auch EuGH 2. 10. 1997 Rsp- 121/96 Saldanha/Hiros Holding wbl 1997, 468 = ecolex 1998, 18

<sup>65</sup> vgl OGH 31. 3. 1998, 10 ObS 462/97g uva.

Gemeinschaftsrecht nicht beachten. Unter dem Aspekt der „Staatshaftungsansprüche“ hat der EuGH sogar postuliert, dass der einzelne Bürge des Mitgliedstaates vor den jeweiligen Gerichten des Mitgliedstaates wegen der Verletzung vom Gemeinschaftsrecht selbst aus höchstgerichtlichen Entscheidungen dieses Mitgliedstaates wieder Schadenersatzansprüche ableiten kann.<sup>66</sup> Das Dilemma liegt schlichtweg darin, dass der EuGH von der einzelnen Partei nicht angerufen werden kann, also keine Rechtsmittelmöglichkeit besteht. Das Gemeinschaftsrecht hat hier also bewusst eine Grenze der subjektiven Rechtdurchsetzung gezogen. Grundsätzlich zutreffend ist es aber, dass letztlich der EuGH zur Entscheidung von strittigen Auslegungs- oder Gültigkeitsfragen hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts „objektiv“ zuständig ist, das Vorabentscheidungsverfahren also der objektiven Rechtsfortbildung<sup>67</sup> im Wesentlichen aus dem objektiven Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsentwicklung dient. Es klafft hier die letzte objektiv zur Auslegung zuständige Rechtsinstanz von der letzten subjektiv vom einzelnen Bürger anrufbaren Instanz auseinander. Die Judikatur des EuGH, die dieses Bauelement der Gerichtorganisation der Gemeinschaft „umgeht“ und über die Schaffung subjektiver „materieller“ Rechte bewusste formelle Durchsetzungsschranken überspielt, schafft tiefgreifende Strukturprobleme. Dass die Zuordnung dieser Aufgabe zwischen den Höchstgerichten zu Schwierigkeiten führen muss und bei Mitgliedstaaten, die überhaupt nur ein einziges Höchstgericht haben, dieses zum Richter in eigener Sache macht, ist offensichtlich.

Von den Besonderheiten der Struktur des Gemeinschaftsrechtes fallen nicht nur die sehr unterschiedlichen Entstehungsmechanismen, sondern auch die unterschiedlichen Wirkungsweisen der verschiedenen - insbesondere der generellen - Rechtsnormen ins Gewicht. Neben der unmittelbar wirksamen Verordnung kommt gerade den Richtlinien im Rahmen der Zivilgerichtsbarkeit besondere Bedeutung zu. Zwar müssen sie um im Verhältnis zwischen den einzelnen Staatsbürgern wirksam zu werden, regelmäßig durch nationale Gesetze umgesetzt werden, jedoch sind diese Gesetze nach dem Grundsatz der „richtlinienkonformen Interpretation“ so auszulegen, dass sie möglichst der Richtlinie entsprechen.<sup>68</sup>

Nicht nur diese Normenvielfalt, sondern auch die Menge der Normen der Europäischen Union ist ein stets strapaziertes Problem. Berühmt ist dabei der Ausspruch wonach das „Vaterunser“ mit 56 Worten und die 10 Gebote mit 297 Worten auskommen, aber die Verordnung der Kommission über den Import von Karamellen 26.911 Worte benötigt. Diese „Gesetzesflut“ in der EU lässt sich teilweise daraus erklären, dass jedes „gesetzte“ Recht auch „Anwortcharakter“ hat, also im Rahmen einer Gemeinschaft auf konkrete politische Fragestellungen eine Antwort gibt. Je vielfältiger die Gemeinschaft ist und je geringer der Bereich ist, der wegen seiner Selbstverständlichkeit auch gar

63 vgl EuGH 30. 9. 2003, Rs C-224/01 Köbler.

64 vgl etwa Schwarzenegger, Ausgewählte Probleme der Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht, JBl 2001, 164 – aus der Unterlassung einer Vorlage kann keine Haftung entstehen.

65 vgl etwa SZ 71/174 oder SZ 74/15 uva.

keiner rechtlichen Regelung bedarf, desto umfassender und vielfältiger müssen die „Antworten“ und damit auch die „Gesetze“ sein. Dies führt im Rahmen der EU auch dazu, dass häufig große Bestandteile dieser einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsquellen für den konkreten Mitgliedstaat ohne Bedeutung sind, weil sie sich auf Fragestellungen beziehen, die sich so in diesem Mitgliedstaat gar nicht stellen. Erwähnen möchte ich in diesem Zusammenhang etwa die Verordnung 1408/71 über die Koordination der verschiedenen Sozialversicherungssysteme die sich naturgemäß auch auf teilweise völlig anders geartete Sozialversicherungssysteme bezieht und daher in diesen Teilen für den jeweiligen Mitgliedstaat kaum von Belang ist.

Die Gerichte eines jeden Mitgliedstaates müssen sich also im Laufe der Zeit die für sie tatsächlich relevanten „Antworten“ und Vorgaben aus dem Gemeinschaftsrecht herausarbeiten.

Bei dem Versuch, diese dann zu verstehen und in die Rechtsordnung des Mitgliedstaates einzupassen fällt besonders schwer ins Gewicht, dass eine einheitliche Rechtsdogmatik oder Rechtstradition zum Gemeinschaftsrecht nicht besteht, sondern sich dieses in einem komplizierten Verhandlungsprozess mit früher 15 nunmehr 25 verschiedenen Mitgliedstaaten entwickelt. Nur der EuGH kann die Entwicklung einer einheitlichen Dogmatik gestalten und zusammenhalten. Der Reiz für die nationalen Gerichte liegt nun in der Möglichkeit, durch Vorabentscheidungsersuchen dabei mitzuwirken.

Erschwert wird dies nicht nur durch verschiedene Übersetzungsprobleme, sondern dass - wie ich im Folgenden noch zeigen werde - auch korrekt übersetzte Begriffe im Hinblick auf die unterschiedliche Gestaltung der Rechtssysteme der verschiedenen Mitgliedstaaten einen unterschiedlichen Begriffsinhalt haben. Daher können auch die Aussagen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zu solchen Begriffen im Rahmen eines Verfahrens vor einem anderen Mitgliedstaat oft nicht nur einfach auf den eigenen Mitgliedstaat übertragen werden. Es kann der gleiche Problembereich, wie etwa die Frage der Entgeltfortzahlungsansprüche eines Arbeitnehmers im Krankheitsfall, in einem Mitgliedstaat im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen gegen eine Behörde gelöst sein, in dem anderen Mitgliedstaat aber als privater arbeitsrechtlicher Anspruch gegen den Arbeitgeber. In den gemeinschaftsrechtlichen Koordinationsregeln sind Bestimmungen vorgesehen, wonach ein Sozialversicherungsträger – eine „staatliche“ Behörde- auch die Krankenstandsbestätigungen des anderen Sozialversicherungsträger anerkennen muss. Dies hat für den privaten Bereich, also die Bindung des einzelnen Arbeitgebers, zu großen Schwierigkeiten geführt.<sup>69</sup>

Ich selbst hatte bereits vor dem Wirksamwerden des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union im Rahmen der legislatischen Vorbereitungsarbeiten, und zwar der Umsetzung verschiedener

<sup>69</sup> vgl Rs-C Paletta 1 EuGH-Slg 1 1992, 34, 23 und Paletta 2 EuGH 2. 5. 1996, Rs-C 206/94 in NJW 1996, 1881.

Richtlinien durch österreichische Gesetze die Möglichkeit, mich mit den Besonderheiten des Gemeinschaftsrechtes auseinanderzusetzen. Weiters habe ich als „nationaler“ Experte Österreichs unter anderem bei der Bearbeitung des Robert Schumann Programm für die Förderung von Ausbildungsprojekten betreffend das Gemeinschaftsrecht mitgewirkt. Es war mir dann ein Anliegen, allen Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Österreich, die Möglichkeit einer Information über das Gemeinschaftsrecht zu bieten. Dazu habe ich in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Justiz ein letztlich von der Europäischen Union im Rahmen des Robert Schumann Programms gefördertes Fortbildungsprogramm mit der Bezeichnung „EU konkret“ initiiert. Dabei haben an jedem Gerichtshof Österreichs jeweils ein Richter dieses Gerichtes, ein Universitätsprofessor und ein Rechtsanwalt gemeinsam nach einem generellen Ausbildungsprogramm Vorträge zum Gemeinschaftsrecht gehalten. So wurde gewährleistet, dass die Richter jedes Gerichtshofes unmittelbar angesprochen werden und sich „Kompetenzzentren“ bilden.

Österreich liegt bei der Zahl der Vorabentscheidungsersuchen in den letzten Jahre bei den Spitzenreitern. In den Jahren 1999 oder 2001 kamen überhaupt die meisten Vorabentscheidungsersuchen der gesamten Europäischen Union aus Österreich. Ein großer Teil kam dabei vom Obersten Gerichtshof. Dies liegt wohl daran, dass diesen als typischerweise letzte Instanz in Zivil- und Strafsachen verstärkt Vorlagepflichten treffen und ihm auch die Aufgabe der Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit, insbesondere aber auch der Rechtsentwicklung zukommt.

Was nun meine persönliche Erfahrung mit Vorabentscheidungsersuchen anlangt, so möchte ich aus den neun Vorabentscheidungsersuchen, die ich vorbereitet habe, drei herausgreifen um aus meiner Sicht wesentliche praktische Aspekte herauszuarbeiten. Ich habe dabei das erste und das letzte Vorabentscheidungsersuchen, auf das ich eine Antwort erhalten habe und eines ausgewählt, das auch zeigt, wie schwierig, aber auch wichtig es ist sich von dem typischen „juristischen“ Zugang einer mitgliedstaatlichen Rechtstradition zu lösen.

Mein erstes Vorabentscheidungsersuchen habe ich noch als Richter des Oberlandesgerichtes Wien vorbereitet und es hat ein Verfahren zwischen dem Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse und der Wiener Gebietskrankenkasse betroffen<sup>70</sup>. Es ging darum, dass bei der Gebietskrankenkasse, einem Sozialversicherungsträger, sowohl Psychologen als auch einschlägig ausgebildete Ärzte Psychotherapie geleistet haben. Der hier anzuwendende Kollektivvertrag sah aber für die Psychologen eine andere und wesentlich schlechtere Einstufung vor als für die Fachärzte. Bei der Gebietskrankenkasse waren von den 248 Ärzten 135 Frauen von den 24 diplomierten Psychologen hingegen 18. Insgesamt sind zwei Drittel der in Österreich beschäftigten Psychologen mit psychotherapeutischer Ausbildung Frauen.

<sup>70</sup> vgl. EuGH C-309/97.



Der EuGH hatte bereits in einer Vorentscheidung in der Rechtssache Enderby<sup>71</sup> zu der Situation in England ausgeführt, dass eine unterschiedliche Behandlung von Psychologen und Ärzten auch wenn sie auf einem Kollektivvertrag beruht eine ungerechtfertigte Diskriminierung darstellen kann. Bei genauerer Analyse zeigte sich aber, dass in dem damaligen Verfahren die Frage, ob nun tatsächlich eine gleiche oder gleichwertige Arbeit im Sinne des Art 119 des EG-Vertrages bzw nunmehr Art 141 EG-Vertrages vorliegt, nicht geprüft werden musste. Auch unterscheidet sich der österreichische Kollektivvertrag im vorliegenden Zusammenhang schon dadurch von den „Kollektivverträgen“ die im Enderby Fall heranzuziehen waren, dass in Österreich die Festlegung des Entgeltes verbindlich ist, während die kollektivvertragliche Regelung in der Rechtssache Enderby nicht verbindlich war. Berücksichtigt man nun, dass der Grundsatz des gleichen Entgeltes nach Art 119 bzw 141 des EG-Vertrages im Kern die diskriminierende Berücksichtigung des Geschlechtes verhindern soll, so ergibt sich, dass dieser - verpönte - Faktor im konkreten Entscheidungsprozess für die Festlegung des Entgeltes maßgeblich gewesen sein muss. Dieser spielt sich aber bei einer zwingenden Festlegung durch einen Kollektivvertrag auf einer anderen Ebene ab als dann, wenn der Kollektivvertrag noch Freiräume für die Gestaltung durch den jeweiligen Unternehmer zulässt.

Im Kern war einerseits abzuklären, ob Ärzte und Psychologinnen tatsächlich eine „gleichwertige“ Tätigkeit ausüben, obwohl zwar die konkrete Tätigkeit gleich, die allgemeinen Einsatzmöglichkeiten für die Arbeitnehmer aber völlig unterschiedlich sind. Dies spielte, auch deshalb eine besondere Rolle, da die Arbeitnehmer einen weitgehenden Kündigungsschutz hatten und dementsprechend nicht nur die momentane Verwendung, sondern auch die allgemeine Einsatzmöglichkeit von Bedeutung war. Andererseits waren die Unterschiede in den verschiedenen „Entscheidungsebenen“ bedingt durch die unterschiedliche Struktur des österreichischen Kollektivvertrages zu thematisieren.

Der EuGH hat nun in seiner Entscheidung ausgeführt, dass die unterschiedliche Berufsausbildung nicht nur einen Faktor darstellt, der eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen kann, sondern auch zu den Kriterien gehört, anhand derer es sich feststellen lässt, ob die Arbeitnehmer überhaupt die „gleiche“ Arbeit verrichten. Im Hinblick auf die unterschiedliche Berufsausbildung und den unterschiedlichen Umfang der Berufsberechtigung ist er davon ausgegangen, dass Ärzte und Psychologinnen sich nicht in einer vergleichbaren Situation befinden.

Die wesentliche praktische Erfahrung aus dieser Entscheidung ist nun, dass die „Vorentscheidungen“ des EuGH stets auf ihren tatsächlichen Inhalt und das was der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft bloß von den Gerichten der Mitgliedstaaten übernommen hat, analysiert werden müssen.

<sup>71</sup> vgl Slg 1993, I 5535 .

Im zweiten Fall, den ich ausgewählt habe, um auch zu zeigen, welche Schwierigkeiten sich bei Vorabentscheidungsersuchen stellen können, ging es um Schadenersatzansprüche eines Flugzeugwartes gegen seinen früheren Arbeitgeber. Dieser hatte es unterlassen, dem Arbeitnehmer bei Beendigung gewisse Bestätigungen über den Inhalt seiner Tätigkeit auszufolgen, die dieser bei einer Flugzeugwerft ausübte. Dadurch hatte der Arbeitnehmer seinen nächsten Job verloren. Die einschlägigen Regelungen fanden sich in einer Verordnung betreffend die Zivilluftfahrt<sup>72</sup> und den darin übernommenen Standards der Europäischen Zivilluftfahrtkonferenz. Diese Regelungen waren eher unklar, da sie nur vorsahen, dass der Nachweis über den Umfang der jeweiligen „Berechtigung“ auszuhändigen ist. Deutlicher waren da schon die Auslegungen der Vereinigung der Europäischen Zivilluftfahrtbehörden, die festlegte, dass dem Arbeitnehmer bei Verlassen des Betriebes auf Verlangen eine Kopie der Nachweis über seine Tätigkeit auszufolgen ist. Im System des österreichischen Verfassungsrechtes wird nun von einer Geschlossenheit der Typen der generellen Rechtsnormen ausgegangen, weil sich daran auch das Rechtsschutzsystem orientiert. Diese gemeinsame Auslegung der Europäischen Zivilluftfahrtbehörden wäre nicht als Rechtsquelle im Sinne dieses Systems anzusehen. Der Oberste Gerichtshof hat nun<sup>73</sup> mehrere Auslegungsfragen zu der Verordnung gestellt und dabei auch auf die gemeinsame Auslegung durch die Europäischen Luftfahrtbehörden hingewiesen. Im Kern ging es darum, dass der Oberste Gerichtshof einerseits auf dem Standpunkt stand, dass vorweg die einschlägigen „spezielleren“ gemeinschaftsrechtlichen Regelungen als Anspruchsgrundlage heranzuziehen sind und andererseits auch aufklärungsbedürftig erschien, inwieweit der gemeinsamen Auslegung der Europäischen Zivilluftfahrtbehörden Rechtsquellencharakter im Sinne des Gemeinschaftsrechtes zukommen könnte. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat in seinem Beschluss vom 19. 9. 2002 zu C 267/01 aber im Wesentlichen nur darauf hingewiesen, dass die Verpflichtungen aus der Verordnung den Instandhaltungsbetrieb treffen, diese Vorschrift aber nicht ausschließe, dass weitergehende nationale Bestimmungen eine Verpflichtung des Arbeitgebers vorsehen. Im Ergebnis musste dann der Oberste Gerichtshof den Fall auf Grundlage der allgemeinen österreichischen arbeitsrechtlichen Verpflichtungen im Rahmen der „Fürsorgepflicht“ lösen. Im Wesentlichen zeigt sich dabei, dass die aus einem komplexen lang entwickelten mitgliedstaatlichen Rechtssystem gewachsenen differenzierten juristischen Zugangsweisen, wie etwa die „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems oder die vorrangige Beurteilung auf Grund „speziellerer“ Normen sich international schwer kommunizieren lassen.

Wie anfällig für „Missverständnisse“ die Kommunikation vor dem Hintergrund völlig unterschiedlicher juristischer Erfahrungswelten ist, zeigt sich etwa auch an der Entwicklung der Judikatur zur Betriebsübergangsrichtlinie. Deren zentraler Inhalt liegt darin, dass bei Betriebsübergängen von einem „Betriebsveräußerer“ auf einen „Betriebserwerber“ die Arbeitnehmer Anspruch darauf haben, beim „Betriebserwerber“ im Wesentlichen zu den gleichen

72 VO 3922/91.

73 Beschluss vom 11. 6. 2001 zu 8 ObA 315/00g.

Arbeitsbedingungen weiter beschäftigt zu werden. Der EuGH hat in der Entscheidung Schmidt<sup>74</sup>, in der es darum ging, dass eine Reinigungskraft von einer Bank gekündigt wurde und nunmehr die Reinigungsarbeiten von einer Reinigungsfirma verrichtet wurden, mit der sich Frau Schmidt nicht über ihre Arbeitsvertragbedingungen einigen konnte, die Frage, ob diese „Auslagerung“ einen Betriebsübergang darstellen könne, bejaht. Im Anschluss daran haben die Gerichte aus den Mitgliedstaaten verschiedene Anfragen dahin gerichtet, ob eine bestimmte Auftragsneuvergabe oder die Übertragung von Vertriebsberechtigungen<sup>75</sup> oder Subventionen<sup>76</sup> einen Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie darstellen könne. Getragen war dies offensichtlich von der Schulung der Juristen dem „Rechtsverhältnis“ - dem „Rechtsband“ (vinculum juris) zwischen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber besondere Bedeutung zuzumessen, obwohl ja das Vertragsrecht in den verschiedenen Mitgliedstaaten völlig unterschiedlich gestaltet ist. Der EuGH hat zu all diesen Fragen die Möglichkeit eines Betriebsüberganges bejaht. Etwa ein halbes Jahrzehnt war ziemlich unklar, was nun ein Betriebsübergang im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinien ist. Das hat letztlich sogar zu einer Novellierung der Richtlinie geführt. Schließlich konnte durch die Judikatur geklärt werden, dass im Ergebnis nicht die Rechtsverhältnisse zwischen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber das entscheidende sind, sondern der faktische Übergang der wesentlichen Betriebseinrichtungen. Es wurde also lange Zeit schlicht die falsche Frage gestellt und dementsprechend auch eine richtige Antwort auf eine falsche Frage falsch rezipiert.

Damit leite ich zum letzten ausgewählten von mir bearbeiteten Vorabentscheidungsersuchen über. In der Sache ging es darum, dass der klagende Arbeitnehmer gekündigt worden war und den Anspruch auf eine im Rahmen eines Sozialplanes für die mit der Betriebsschließung verbundenen Kündigungen vorgesehene „Überbrückungszahlung“ bis zum Pensionsanfallsalter geltend machte. Diese war jedoch bei Männern erst ab dem 55. Lebensjahr, für Frauen jedoch schon ab dem 50. Lebensjahr vorgesehen. Der 53.-jährige Kläger machte geltend, dass die Bestimmung des Sozialplanes insoweit wegen Verstoßes gegen den Grundsatz auf gleiches Entgelt unwirksam sei. Der Oberste Gerichtshof stellte Auslegungsfragen nicht nur zu dem einschlägigen Art 141 EG, sondern auch zur Lohngleichheitsrichtlinie und zur Betriebspensionsrichtlinie. Der EuGH hatte bis dahin regelmäßig die Unzulässigkeit eines unterschiedlichen Anfallsalters für Männer und Frauen bei Betriebspensionen und vergleichbare Leistungen betont. Wesentlich für den OGH war aber ua, dass der Sozialplan nicht - wie etwa Betriebspensionen - konkrete Arbeitsleistungen abgelten soll, sondern unter Beachtung der sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers die Beeinträchtigung der Arbeitnehmer durch eine bestimmte Maßnahme - hier die Betriebsschließung und die daraus sich ergebenden Kündigungen abmildern soll. Der Oberste Gerichtshof hat hier in der Anfrage schon klar herausgearbeitet, dass diese sozialen Beeinträchtigungen bei gleichem Lebensalter für Männer und Frauen unterschiedlich sind, weil auch das gesetzliche Pensionsalter ein unterschiedliches ist.

74 vgl Slg 1994 I-1311.

75 EuGH 7. 3. 1996 Rs-C 171/94 und C 172/94 – Merckx.

76 EuGH 19. 5. 1992 Rs-C 29/91 - Redmond Stichting.

Typischerweise steigt am Arbeitsmarkt in den letzten Jahren vor dem möglichen Pensionsalter die Arbeitslosenquote. Wollte man trotzdem für Männer und Frauen am gleichen Alter anknüpfen, so blieben diese faktischen Unterschiede unberücksichtigt. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat in seiner Entscheidung vom 9. 12. 2004 zu C-19/02 diese Ausführungen des Obersten Gerichtshofes berücksichtigt und ausgesprochen, dass weder die Richtlinie noch Art 141 EG der differenzierten Gestaltung im Sozialplan entgegenstehen. Er hat dabei den Sozialpartner zugebilligt, nach dem Stand der allgemeinen Erfahrungen zum Zeitpunkt der Umstrukturierung eine derartige Differenzierung vorzunehmen.

Wesentlich ist es also stets die Entscheidungen des EuGH auf ihren rechtlichen und den zugrundegelegten faktischen Hintergrund aber auch die tatsächlich gestellten Fragen und allfällige davon abweichende wesentliche Sachverhaltsvarianten zu durchleuchten.

Interessant wäre es auch über eine Neugestaltung der Verpflichtung zur Einholung von Vorabentscheidungsersuchen zu diskutieren. Diese können die Ursache für massive Verfahrensverzögerungen sein. So ist etwa für den Bereich der Zuständigkeitsstreitigkeiten die Vorlagepflicht in Art 68 Abs 1 EGV scheinbar „liberaler“ formuliert als in Art 234 Abs 3 EGV, jedoch soll dies den letztinstanzlichen Gerichten, auf die die Vorlagemöglichkeit hier eingeschränkt ist, keinen Ermessensspielraum eröffnen.<sup>77</sup> Dies bedeutet, dass die Parteien gezwungen sind, nicht nur über 3 innerstaatliche Instanzen hinweg die Frage der Zuständigkeit auszudiskutieren, sondern, dass das letztinstanzliche Gericht unter Androhung von Staatshaftungsansprüchen verhalten ist auch gegen den Willen der Parteien Streitfrage, die hier wegen der Detailliertheit der Regelungen häufig auftreten, dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Damit dauert das Verfahren alleine bis zur Entscheidung, welches Gericht zuständig ist schon mehrere Jahre. Es sollte daher die Vorlagepflicht in jenen Verfahrensarten, die insgesamt auf Anträgen –Klage- von Partei beruhen auch hinsichtlich der Vorlagepflicht von solchen Anträgen abhängig gemacht werden. Auch eine Einschränkung des innerstaatlichen Instanzenzuges wäre zu erwägen, wobei hier das interessante Modell des Art 68 Abs 3 EGV, der Feststellungsanträge durch die Kommission und Mitgliedstaaten ermöglicht, hilfreich ist. Bedauerlich ist, dass die vom EuGH selbst geforderte Einschränkung der Vorlagepflicht auf „hinreichend wichtige“ Fragen nicht übernommen wurde.<sup>78</sup> Jedenfalls sollte die Kommunikation zwischen EuGH und dem jeweiligen nationalen Gericht im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens verbessert werden, um es auszuschließen, dass richtige Antworten auf falsche Fragen wie im Falle der Betriebsübergangsjudikatur nach Schmidt falsch verstanden werden.

Abschließend möchte ich als praktisch bedeutsamen Aspekt noch hervorheben, dass in Österreich über alle Vorabentscheidungsersuchen eine allen Gerichten zugängliche Liste geführt wird.

<sup>77</sup> Vgl etwa Bergmann in Lenz EU- und EG-Vertrag, 780 f.

<sup>78</sup> vgl Iglesias, Der europäische Gerichtshof und die Gerichte der Mitgliedstaaten, 27.

Dadurch können „Doppelvorlagen“ von Vorabentscheidungsersuchen weitgehend vermieden werden. Nach dem ersten Vorabentscheidungsersuchen werden die gleichartigen Verfahren in Österreich ohne weitere Vorabentscheidungsersuchen bis zur Entscheidung des EuGH im ersten Verfahren unterbrochen. Dass diese doch geraume Zeit - etwa 2 Jahre- in Anspruch nimmt ist der wohl gerechtfertigte Preis für die Schaffung einer einheitlichen Rechtsgemeinschaft für 25 Staaten. In diesem Sinne freue ich mich auch schon auf die gemeinsame Diskussion und bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

# EU Mitgliedschaft: Herausforderungen für die Gerichtsbarkeit

*Bedanna Bapuly*<sup>79</sup>

1. Veränderungen und Herausforderungen
2. Wie können potenzielle Fehler vermieden werden?
3. Rechtsfolgen für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch die Gerichtsbarkeit
4. Conclusio

## 1. Veränderungen

Die EU Mitgliedschaft stellt vor allem die Gerichtsbarkeit vor große Herausforderungen, die es erfordern, mit vertrauten Rechtstraditionen zu brechen, um die wirksame Durchsetzung des vorrangigen EG-Rechts zu gewährleisten.

- Der strenge Gesetzespositivismus kann nicht aufrecht erhalten werden!
- Der Anwendungsvorrang steht im Spannungsverhältnis zur Normenhierarchie!
- Europäisches Richterrecht ist in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen!
- Die Zusammenarbeit mit dem EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens bringt Klarstellungen in Bezug auf die Auslegung europäischen Rechts und ermöglicht dem innerstaatlichen Richter, an der Fortentwicklung europäischen Rechts mitzuwirken!

## ... und Herausforderungen

- Das Auffinden und Durchsetzen des vorrangigen Gemeinschaftsrechts (oft in nicht konsolidierter Fassung) ist zeitaufwendig und bedingt den Umgang mit elektronischen Datenbanken.
- Mehrere Rechtsebenen sind zu verbinden: Die Interpretation und Anwendung nationalen (Verfahrens-)Rechts erfolgt im Zusammenspiel mit der Pflicht zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts
- Innerstaatliche Vorschriften sind außer acht zu lassen, wenn sie im Widerspruch zu EG Recht stehen (Achtung: Oft erfolgt die Umsetzung von RL durch den nationalen Gesetzgeber verspätet/falsch/überhaupt nicht!)
- Das Herausfiltern und Formulieren von Vorlagefragen an den EuGH ist anspruchsvoll.

<sup>79</sup> Dr. Bedanna Bapuly ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Europäische Integrationsforschung der Österreichischen Akademie der Wissenschaften.

Um herauszufinden, in wie weit österreichische Höchstgerichte mit diesen Herausforderungen zu recht kamen, wurden empirische Untersuchungen (im Zeitraum 1.1.1995-Mitte 2002) durchgeführt. Höchstgerichtliche Entscheidungen mit Gemeinschaftsrechtsbezug (vom Verfassungsgerichtshof, VfGH, Verwaltungsgerichtshof, VwGH und dem Obersten Gerichtshof, OGH) wurden auf zwei Fragen hin untersucht:

1. Wurde Gemeinschaftsrecht (EG Recht) in der vom EuGH vorgegebenen Auslegung zur Anwendung gebracht?
2. Wurde die Vorlagepflicht eingehalten?

Es erfolgte eine Kategorisierung und Bewertung der analysierten Entscheidungen.

*Die Ergebnisse in einer Übersicht:*

	OGH	VfGH	VwGH
Gesamt	100	40	146
Zustimmung	55	36	90
Z. im Ergebnis	37	4	45
Keine Zust.	8	0	11

## **2. Wie können potenzielle Fehler vermieden werden?**

Um einen Katalog potenziell auftretender Mängel zu erstellen, wurden Anwendungsfehler und Mängel im Zusammenhang mit dem Vorabentscheidungsverfahren herausgefiltert und an Hand kurzer Beispiele dokumentiert.

### **2.1 Welche Fehler können bei der Anwendung von EG-Recht auftreten?**

Im folgenden Abschnitt sollen Mängel bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht an Hand von kurzen Fallbeispielen dargestellt werden. Diese Fälle können im Bereich des Primär- und Sekundärrechts ebenso auftreten wie bei der Anwendung völkerrechtlicher Abkommen der EG. Es ist möglich, dass einzelne Fälle zugleich auch unter mehr als nur eine der angeführten Mängelkategorien subsumierbar sind. Es gilt zu betonen, dass die angeführten Mängel keineswegs gleichrangig sind, sondern unterschiedlichste Schweregrade (von „weitestgehend vernachlässigbar“ bis „folgeschwer“) aufweisen. Die Kenntnis potenzieller Fehlerquellen kann und soll dazu beitragen, ähnliche Defizite in Zukunft zu vermeiden.

*Die Anwendung von Bestimmungen, welche die Grundfreiheiten einschränken*

Die Grundfreiheiten stellen den Kernbereich des Gemeinsamen Marktes dar. Die Freiheit des Waren-, Personen-, Dienstleistungs-, Kapitalverkehrs und die Niederlassungsfreiheit gewähren

dem Bürger und Unternehmer unmittelbar anwendbare Rechte. Zahlreiche nationale Bestimmungen führen jedoch zur Einschränkung dieser Freiheiten oder machen deren Ausübung unmöglich, indem sie (mittelbare) Diskriminierungen enthalten.

Beschränkungen der Grundfreiheiten sind allerdings nur ausnahmsweise zulässig. Eine Rechtfertigung für die Beschränkung der Grundfreiheiten darf nur dann angenommen werden, wenn die vom EuGH vorgegebenen vier Bedingungen erfüllt sind. Demnach dürfen innerstaatliche Bestimmungen, welche die Ausübung der Grundfreiheiten einschränken oder weniger attraktiv machen können nur dann angewendet werden, wenn sie

- rechtlich und tatsächlich gleich behandeln;
- im Allgemeininteresse liegen;
- zur Verwirklichung des verfolgten Zieles geeignet sind und
- zur Erreichung dieses Zieles erforderlich sind.<sup>80</sup>

### *Die Anwendung von Sekundärrecht*

Am 1.5.2004 trat die VO (EG) 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des EG-Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln in Kraft. Diese führt zu einer Dezentralisierung und räumt den innerstaatlichen Gerichten neue Kompetenzen ein. Gleichzeitig muss die wirksame und einheitliche Anwendung der kommunitären Wettbewerbsbestimmungen sichergestellt werden. Die VO sieht neue Kooperationsformen von nationalen Gerichten und Behörden mit solchen anderer Mitgliedsstaaten sowie mit der Europäischen Kommission vor. Gerade in diesem Bereich werden Zivilrichter vor große Herausforderungen gestellt, denn ihnen kommt die Aufgabe zu, die unmittelbar wirksamen Wettbewerbsbestimmungen anzuwenden. Dies erfordert neben juristischer auch ökonomische Fachkompetenz.

### *Die Anwendung der völkerrechtlichen Abkommen*

Ein unerwartet großer Teil der im Rahmen der Studie untersuchten Entscheidungen betraf völkerrechtliche Abkommen,<sup>81</sup> welche die EG und ihre Mitgliedstaaten mit Drittstaaten schloss,<sup>82</sup> insbesondere das Assoziationsrecht EG – Türkei. Dieses Abkommen bzw. daraus abgeleitetes Sekundärrecht stellt ebenso wie die Europaabkommen, welche die EG und ihre Mitgliedstaaten mit Bulgarien und Rumänien schlossen einen integralen Bestandteil des Gemeinschaftsrechts dar. Daher sind die Abkommen nicht in innerstaatliches Recht zu transformieren. Das Assoziationsrecht enthält zahlreiche unmittelbar anwendbare Bestimmungen.

<sup>80</sup> EuGH 30.11.1995, Rs C-55/94, *Gebhard*, Slg 1995, I-4165, Rn 37. Diese Entscheidung wird zur Lektüre schon deshalb empfohlen, weil sie die Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit klarstellt

<sup>81</sup> Sowie daraus abgeleitetes Recht, nämlich Assoziationsratsbeschlüsse.

<sup>82</sup> Es handelt sich um sog. „gemischte Abkommen“.



Zu den völkerrechtlichen Abkommen der EG hat der EuGH eine umfassende Judikatur entwickelt.<sup>83</sup> Interessant ist, dass der EuGH bei der Interpretation dieser Abkommen sowohl völkerrechtliche als auch gemeinschaftsrechtliche Grundsätze heranzieht. Selbst wenn Bestimmungen solcher Verträge im Wortlaut mit Bestimmungen des EG-Vertrages übereinstimmen, kann die Auslegung der Abkommensbestimmungen sich von jener des EG-Vertrages abweichen, weil sich die Auslegung jeweils an Ziel und Zweck des Abkommens bzw. Vertrages orientiert. Umgekehrt gibt es auch Fälle, in denen einer ähnlich lautenden Bestimmung eines Abkommens die gleiche Auslegung wie einer Vertragsbestimmung zu Grunde gelegt wurde. Gerade völkerrechtliche Abkommen können daher noch Interpretationsfragen offen lassen und sich daher zur Vorlage an den EuGH eignen.<sup>84</sup>

### *1. Terminologie des Gemeinschaftsrechts*

Gemeinschaftsrecht hat seine eigene Terminologie. Es ist wesentlich, die Bedeutung gemeinschaftsrechtlicher Begriffe ausfindig zu machen, um Europarecht richtig anzuwenden. Definitionen finden sich teilweise in den anzuwendenden kommunitären Rechtsakten selbst, ferner hat die Spruchpraxis des EuGH zur Klarstellung der spezifischen Bedeutung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsbegriffe beigetragen. Es gilt zu beachten, dass ein und derselbe Begriff in unterschiedlichem Zusammenhang auch verschiedene Bedeutungen bekommen kann. Dies kann anhand einiger Beispiele veranschaulicht werden: „Kindern“ von Wanderarbeitnehmern werden durch EG-Recht diverse Rechte eingeräumt. Macht nun ein siebzehnjähriger Sohn eines Wanderarbeitnehmers solche Rechte geltend, wäre es ebenso falsch wie fatal, auf § 21 ABGB zur Bestimmung des Begriffs „Kind“ zurückzugreifen, denn das Gemeinschaftsrecht sieht dafür ganz eigene Definitionen vor. Art. 10 der VO (EWG) 1612/68 bestimmt wie folgt: „... Verwandte in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird.“ Es werden im Gemeinschaftsrecht aber in anderem Zusammenhang auch andere Altersgrenzen festgelegt.

### *2. Fehleinschätzung des zeitlichen Geltungsbereichs des EG-Rechts*

Auch wenn sich ein Sachverhalt vor dem EU-Beitritt verwirklichte, aber auf die Zeit nach dem Beitritt wirkt und erst dann eine Entscheidung gefasst wird, muss EG-Recht zur Beurteilung herangezogen werden. In der Rechtssache *Saldanha*<sup>85</sup> beschloss das HG Wien 1994, also bevor Österreich der EU beigetreten war, einem britischen Staatsbürger eine Prozesskostensicherheit nach § 57 Abs. 1 ZPO aufzutragen. Diese Verfahrensvorschrift erkannte der EuGH für diskriminierend und unanwendbar, weil sie auf den Zeitpunkt nach dem 1.1.1995 wirkte. In einer

<sup>83</sup> Angemerkt sei, dass der EuGH keine Differenzierung dahin vornimmt, ob Teile eines Abkommens in die Kompetenz der Mitgliedstaaten oder der EG fallen.

<sup>84</sup> Sowohl der österreichische VwGH 18.12.1997, 97/09/0331 (Rs C-65/98, *Safet Eyüp*) als auch der VfGH 2.3.2001, W I-14/99 (Rs C-171/01, *Alternative und Grüne GewerkschafterInnen*) haben Vorlagen zur Interpretation des ARB 1/80 an den EuGH geschickt.

<sup>85</sup> EuGH 2.10.1997, Rs C-122/96, *Saldanha*, Slg. 1997, I-5325, Rn 14.

weiteren österreichischen Vorlage Ciola<sup>86</sup> nahm der EuGH auch auf den zeitlichen Wirkungsbereich des Gemeinschaftsrechts Bezug: Ein Bescheid aus dem Jahre 1990 legt die Beschränkung der Bootsplätze für Bootseigner mit Wohnsitz im Ausland ab 1.1.1996, unter Androhung der Strafverfolgung, fest. Diese Kontingentierung ist diskriminierend und verstößt gegen den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit. Demnach hat das Verbot bei Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Strafe, die auf Grund der individuellkonkreten Verwaltungsvorschrift (Bescheid) nach dem 1.1.1995 wegen Nichtbeachtung des Diskriminierungsverbotes verhängt wurde, unangewendet zu bleiben. Es ist darauf hinzuweisen, dass bei Geltendmachung von aus EG-Recht abgeleiteten Leistungsansprüchen, die an bestimmte Versicherungszeiten, Beitragsjahre oder Beschäftigungszeiten gebunden sind auch Zeiten vor dem EU-Beitritt anzurechnen sind. Bei Zweifeln über den zeitlichen Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts ist der EuGH im Wege der Vorabentscheidung berufen, Hinweise darüber zu geben.

### 3. Verkennung der Einflüsse des EG-Rechts

Nach wie vor ist nicht hinreichend bekannt, dass Gemeinschaftsrecht auf viele Bereiche einwirkt, in denen man es nicht vermuten möchte, u.a. Bereiche traditionell staatlicher Regelungsmaterien.<sup>87</sup> So wirkt beispielsweise das kommunitäre Diskriminierungsverbot auch auf innerstaatliche Verfahrensregelungen ein, obwohl die Mitgliedstaaten nach wie vor das Verfahrensrecht regeln. Dazu hat der EuGH in der Rechtssache Saldanha<sup>88</sup> Stellung genommen: Eine Verfahrensvorschrift, die eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewirkt darf nicht angewendet werden, sofern sie in den sachlichen Anwendungsbereich des EG-Rechts fällt.

### 4. Enge Auslegung des Parteivorbringens

Das Studium einzelner Urteilsbegründungen ließ die Entscheidungserheblichkeit gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen als nahe liegend erscheinen, dennoch wurden relevante Tatsachen übergangen. Auch hierzu ein Beispiel: Nach dem Assoziationsrechtsbeschluss (ARB) 1/80<sup>89</sup> haben türkische Wanderarbeitnehmer nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung einen Anspruch auf Erneuerung der Arbeitserlaubnis beim gleichen Arbeitgeber; nach drei Jahren das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem anderen Arbeitgeber zu bewerben und schließlich nach vier Jahren freien Zugang zu jeder Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis. In seinem Begehren auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung hat ein türkischer Arbeitnehmer sich auf

<sup>86</sup> EuGH 29.4.1999, Rs C-224/97, *Ciola*, Slg. 1999, I-2517, Rn 34.

<sup>87</sup> Dazu siehe auch: *Bedanna Bapuly/Gerhard Kohlegger*, Die Implementierung des EG-Rechts in Österreich - Die Gerichtsbarkeit, Wien 2003, 21.

<sup>88</sup> EuGH 2.10.1997, Rs C-122/96, *Saldanha*, Slg. 1997, I-5325, Rn 16.

<sup>89</sup> Dieser wurde auf Grund des Assoziierungsabkommen E(W)G – Türkei geschlossen, um einzelne Abkommensbestimmungen zu konkretisieren. Sowohl das Abkommen als auch ARB 1/80 sind integrale Bestandteile des Gemeinschaftsrechts und als solche vorrangig anzuwenden!

seine Rechte aus ARB 1/80 berufen. Wenn nun die Urteilsbegründung zwar erwähnt, dass der türkische Arbeitnehmer seit fünf Jahren in Österreich aufhältig ist, aber keine Erwähnung über seine konkreten ordnungsgemäßen Beschäftigungszeiten macht, aus denen ein unmittelbar anwendbares Aufenthaltsrecht nach dem ARB abgeleitet werden könnten, so werden dabei entscheidungserhebliche Tatsachen verschwiegen und dabei das Parteivorbringen integrationsfeindlich eng ausgelegt.

## 5. Mängel in der Urteilsbegründung

Bei der Durchsicht der Judikatur fiel auf, dass die Begründung der Urteile nicht immer ganz zufrieden stellte. So wurde zum Beispiel die Nichtvorlage an den EuGH durch ein letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art 234 EG-Vertrag auf keinen konkreten Grund gestützt. Verschiedentlich wurde in Urteilsbegründungen zwar auf die Judikatur des EuGH Bezug genommen, diese aber unvollständig oder inkorrekt zitiert – dies stellt in einigen Fällen einen vernachlässigbaren Mangel dar, kann aber auch zu Missverständnissen führen.<sup>90</sup>

## 2.2 Welche Fehler können im Zusammenhang mit dem Vorabentscheidungsverfahren auftreten?

Die Untersuchung konzentrierte sich auf die drei Höchstgerichte, die als Gerichte im Sinne des Art 234 EG-Vertrag gelten und daher bei Zweifeln an der Auslegung des EG-Rechts vorlagepflichtig sind. Überdies wurden darin aber auch alle anderen Vorlageersuchen österreichischer Gerichte berücksichtigt. Österreich erwies sich, verglichen mit Schweden und Finnland, die auch 1995 der EU beitraten als sehr vorlagefreudiges Land. Nicht all diese Vorlageersuchen waren zu Recht erfolgt. Es gab ferner Fälle, in denen eine Klarstellung der Auslegung durch den EuGH angebracht gewesen wäre, aber unterblieb.

### 1. Verletzung der Vorlagepflicht

Ein Gericht sollte grundsätzlich an Hand der CILFIT-Kriterien überprüfen, ob es vorlagepflichtig ist oder von einer Vorlage absehen kann. Diese Kriterien sind ernst zu nehmen, aber dürfen unter Bedachtnahme auf die damit verbundene Verlängerung der Verfahrensdauer und der großen Arbeitslast, unter der auch der EuGH leidet keinesfalls überspannt werden. Die Balance bei dieser Entscheidung liegt ganz beim innerstaatlichen Richter. Die Parteien haben kein Recht auf Vorlage an den EuGH, sondern können eine solche nur anregen. Allerdings verletzt die Nichtvorlage das verfassungsrechtliche gewährleistete Recht auf den gesetzlichen Richter.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Weitere Fälle dazu in: *Bedanna Bapuly/Gerhard Kohlegger*, Die Implementierung des EG-Recht in Österreich – Die Gerichtsbarkeit, Wien 2003, 16ff.

<sup>91</sup> VfGH 26.6.1997, B3486/97; VfGH 8.6.1998, B 1660/97.

## 2. Überflüssige Mehrfachvorlagen

Österreich war 1997 sowie von 1999 bis 2002 immer unter den Top 3 der vorlagefreudigsten Mitgliedstaaten, 1999 und 2001 führte es die Liste mit 56 bzw. 57 Vorlageersuchen sogar an. Erst 2003 war diese Zahl mit 15 Vorlagen erstmals merkbar rückgängig. Einige Vorlagen bezogen sich aber auf identische Fragen und wurden sogar von denselben Gerichten mehrfach nach Luxemburg gesandt. Besonders auffallend ist, dass unnötigerweise allein 26 Vorlagen u.a. zur Frage erfolgten, ob die im Grundverkehrsgesetz des Landes Salzburg vorgesehene Genehmigungspflicht der Kapitalverkehrsfreiheit widerspricht. Hier hätten die Anlassverfahren ausgesetzt werden können, bis die Auslegungsantwort zu einer der Vorlagen vorliegt, ohne jedes Mal erneut Vorabentscheidungsersuchen zu stellen. Im Übrigen besteht vor dem EuGH Anwaltspflicht, weshalb im Verlauf eines Vorabentscheidungsverfahrens erhebliche Kosten anfallen, die in den oben genannten Fällen hätten vermieden werden können.

## 3. Unzulässige Vorlagefragen

In einzelnen Fällen sprach der EuGH seine Unzuständigkeit aus und wies die Vorlage zurück. Denn der EuGH beantwortet im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren grundsätzlich Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, nicht aber zur Auslegung des nationalen Rechts, selbst wenn er Fragen nach der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit EG-Recht in der Vergangenheit oft umformulierte und die sich im jeweiligen Zusammenhang stellenden gemeinschaftsrechtlichen Aspekte interpretierte. Auch hypothetische Fragen sowie Fragen, die nicht unmittelbar mit einem anhängigen Verfahren im Zusammenhang stehen, beantwortet er nicht.

## 4. Fragwürdige Zurückziehung der Vorlage

Ein Fall, der besonderes Medieninteresse erweckte wurde wie nun ersichtlich ist verfrüht zurückgezogen. In der Rs Köbler I<sup>92</sup> hatte der VwGH seine Vorlage zurückgenommen, nachdem ihm eine Referenzentscheidung vom EuGH übersendet wurde, er damit fälschlicherweise eine Klarstellung für den Fall erkannte und annahm, Gemeinschaftsrecht somit richtig anwenden zu können.

## 3. Rechtsfolgen für die Gemeinschaftsrechtsverletzung durch Höchstgerichte

Die Liste potenzieller Fehler, die im Rahmen der Entscheidungsfindung auftreten könnten ließe sich sicher erweitern. Wichtig ist, festzuhalten, dass nicht alle Mängel dieselbe Intensität und Schwere aufweisen und daher nicht notwendigerweise Folgen nach sich ziehen. In den meisten

<sup>92</sup> VwGH 22.10.1997, 96/12/0250; Rs C-382/97, *Köbler I* und nach Zurückziehung wieder aufgenommen in: VwGH 24.6.1998, 98/12/0167.

Fällen kam die Studie zum Ergebnis, dass den Entscheidungen im Ergebnis jedenfalls zuzustimmen sei, auch wenn winzige theoretische Korrekturmöglichkeiten z.B. in der Entscheidungsbegründung vorgeschlagen wurden. Einige der Mängel sind folglich gewiss vernachlässigbar, andere – wie die Verletzung der Vorlagepflicht – können durchaus gemeinschaftsrechtliche Konsequenzen haben, die hier nur in äußerster Kürze vorgestellt werden.

### *1. Vertragsverletzungsverfahren nach Art 224 ff EG*

In der Entscheidung *Kommission gegen Italien*, C-129/00 hat der EuGH vorgegeben, dass den Mitgliedstaat dann eine Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann, wenn ein Höchstgericht (der Rang der Entscheidung ist ausschlaggebend) in ständiger Rechtsprechung (strukturelles Versagen) dem Einzelnen Rechte versagt, die diesem kraft Gemeinschaftsrecht zustünden und damit die innerstaatliche Spruchpraxis die Vertragsziele vereitelt.

### *2. Staatshaftung*

In der Rs *Köbler*, C-224/01 hat der EuGH die Kriterien für einen europarechtlichen Schadenersatzanspruch infolge judikativen Unrechts aufgestellt:

Dieser Anspruch wird aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleitet, um die Wirksamkeit des Europarechts und den Schutz der Rechte des Einzelnen sicherzustellen. Art 10 EG erfordert nämlich – so der EuGH – auch die Beseitigung gemeinschaftsrechtswidriger Folgen.

Voraussetzung für das Vorliegen eines solchen Anspruchs ist das Vorliegen eines qualifizierten Verstoßes gegen eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung, die dem Einzelnen ein Recht einräumt und ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden, der dem Einzelnen durch Mißachtung seines im EG Recht begründeten Rechtes zugefügt wurde und dem Verstoß, der zu diesem Schaden führte. Der Schadenersatzanspruch ist allerdings im Rahmen des innerstaatlichen Haftungsrechts geltend zu machen!

## 4. Conclusio

Abschließend einige Vorschläge, die zur erfolgreichen Bewältigung der Materie des Europarechts beizutragen vermögen:

- Entscheidungskommentare unterstützen die richterliche Tätigkeit!
- Die Aus- und kontinuierliche Weiterbildung sollte sich an den praktischen Bedürfnissen der Rechtsanwender orientieren!
- Der Austausch zwischen Richtern aus den unterschiedlichen Mitgliedstaaten hat sich als fruchtbar herausgestellt und sollte auch in Zukunft unterstützt werden!
- Der Dialog zwischen Wissenschaft und Justiz wird als wertvoll erachtet, weil die Kommentierung von (innerstaatlichen wie europäischen) Entscheidungen und praxisnahen Erläuterungen von Normen die richterliche Tätigkeit unterstützen können.