

Prozessfinanzierung zulässig?

ElWOG und Ökostromgesetz –
Neuerungen

Aggressive Werbung von
Matura-(Alkohol-)Reisen

Delegiertenversammlung des
Vereins

Kartellverfahren
Hausdurchsuchung

Pensionskassen-Betriebsvereinbarung
Sachgerechte Auslegung

Bankgeheimnis und
Geldwäscherei-Meldepflichten

EuGH *Dickinger/Öhler*
Weiter Kampf um den Glücksspielmarkt

Tribunalcharakter des VwGH im Brenn(er)-Punkt

Im Herbst 2010 brachten zwei Beschlüsse des VwGH die gesetzliche Zuständigkeitsordnung für Verfahren nach dem 3. Abschnitt des UVP-G gehörig durcheinander. Aus Anlass einer Bescheidbeschwerde nutzte der VfGH nun die Gelegenheit, den Ausgangszustand wiederherzustellen.

Das Erkenntnis des VfGH zum Brenner-Basistunnel (B 254/11 – 18) und seine Nachwehen

JOHANNES BARBIST / JAKOB HALDER

A. Das bisherige Verfahren

Am 30. 9. 2010 wies der VwGH Beschwerden gegen den erstinstanzlichen UVP-Genehmigungsbescheid zum geplanten Infrastrukturprojekt „Brenner-Basistunnel“ als unzulässig zurück (im Folgenden „VwGH-Beschluss“).¹⁾ Er begründete dies im Wesentlichen damit, dass auch für Infrastrukturprojekte nach dem 3. Abschnitt des UVP-G aufgrund primär- und sekundärrechtlicher Rechtsschutzvorgaben (insb Art 10 a UVP-RL²⁾) die Möglichkeit der Berufung an den Umweltsenat (im Folgenden „US“) offenstehen müsse, auch wenn dies § 40 Abs 1 UVP-G widerspreche. Ein Rechtszug direkt von der BMVIT zum VwGH biete keinen ausreichenden Rechtsschutz, da der VwGH aufgrund des § 41 Abs 1 VwGG den Sachverhalt nicht (ausreichend) überprüfen könne und darüber hinaus nur zu einer kassatorischen E befugt sei.³⁾ Zur Gewährleistung dieses Rechtsschutzes im konkreten Fall verwies der VwGH die dort beschwerdeführenden Parteien auf die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche nur vom Transitforum Austria-Tirol tatsächlich wahrgenommen wurde. Am 28. 1. 2011 bewilligte die BMVIT die vom VwGH angedachte Wiedereinsetzung.

Gegen diesen Wiedereinsetzungsbescheid erhob nun ihrerseits die Genehmigungswerberin Bescheidbeschwerde an den VfGH.

B. Das Erk des VfGH

Mit dem Erk vom 28. 6. 2011 gab der VfGH der Beschwerde der Genehmigungswerberin Folge und entschied, dass „*der Verwaltungsgerichtshof bei verfassungs- und konventionskonformer Wahrnehmung seiner gesetzlichen Befugnisse zur Sachverhaltskontrolle im Allgemeinen und im Besonderen auch in Verfahren wie jenem, das dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegt, die Anforderungen an ein Gericht im Sinne des Art 6 EMRK [erfüllt]*“.⁴⁾ Der Wiedereinsetzungsbescheid der BMVIT wurde daher wegen Verstoßes gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter aufgehoben.

Zutreffend erinnert der VfGH in seiner Begründung einleitend daran, dass der VwGH im Rahmen des § 42 Abs 2 VwGG sehr wohl auch zur Überprüfung des von der erstinstanzlichen Behörde angenommenen Sachverhalts befugt ist und den angefochtenen

Bescheid zB wegen Unvollständigkeit, Unschlüssigkeit oder Aktenwidrigkeit des Sachverhalts aufheben kann.⁵⁾ Der VwGH verfügt also über geeignete Instrumente, „*um in einer mit dem gerichtlichen Verfahren vergleichbaren und wirksamen Weise ausreichende Tatsachengrundlagen zu erarbeiten*“.⁶⁾ Damit legt der VfGH bereits den Grundstein für seine Entscheidung: Nicht das gänzliche Fehlen jedweder Tatsachenkognition, sondern die konkret gegebene Kontrolldichte ist auf ihre Vereinbarkeit mit den europarechtlichen Rechtsschutzanforderungen zu überprüfen.

Während sich der VwGH im Wesentlichen auf Art 10 a UVP-RL stützte, demgegenüber nur hilfsweise auf Art 6 EMRK und Art 47 GrCH rekurrierte und damit für den vorliegenden Fall implizit einen gewissen Sonderstatus proklamierte, beschränkt sich die Argumentation des VfGH hauptsächlich auf die Rsp von EuGH und EGMR zu Art 6 EMRK und damit letztlich auf die „altbekannte“ Frage des Tribunalcharakters des VwGH. Zu dieser Vereinfachung gelangt der VfGH zutreffend in zwei Argumentationsschritten: Erstens bedeute Art 52 Abs 3 GrCH, dass Art 6 EMRK und Art 47 GrCH dasselbe Schutzniveau einfordern.⁷⁾ Zweitens sei Art 10 a UVP-RL inhaltlich nicht hinreichend klar und unbedingt und damit nicht unmittelbar anwendbar.⁸⁾

Dr. Johannes Barbist, M.A. (Limerick), ist Rechtsanwalt und Partner, MMag. Dr. Jakob Halder Rechtsanwaltsanwärter bei Binder Grösswang Rechtsanwälte, Wien-Innsbruck. Die Kanzlei war am VfGH-Verfahren aufseiten der Genehmigungswerberin beteiligt.

- 1) VwGH 30. 9. 2010, 2009/03/0067, 2009/03/0072, unter Verw auf VwGH 30. 9. 2010, 2010/03/0051, 2010/03/0055 (Angertal).
- 2) RL 85/337/EWG des Rates v 27. 6. 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl L 1985/175, 40 idF RL 2009/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. 4. 2009, ABl L 2009/140, 114.
- 3) Die VwGH-Beschlüsse (FN 1) wurden in der Lit heftig diskutiert: Abl insb *Wiederin*, wbl 2011, 53 (56 ff); *Kneibs*, ZfV 2011, 147 (149 ff); *Potacs*, ZÖR 2011, 119 (130 ff) und *Altenburger/Raschauer*, RdW 2011, 130 (132 ff); krit, aber im Ergebnis zustimmend *Madner*, ZfV 2011, 1 (3 ff).
- 4) VfGH 28. 6. 2011, B 254/11–18.
- 5) VfGH 28. 6. 2011, B 254/11–18 Rn 55 f.
- 6) VfGH 28. 6. 2011, B 254/11–18 Rn 56.
- 7) VfGH 28. 6. 2011, B 254/11–18 Rn 58; vgl *Borowsky* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 52 Rn 8 ff.
- 8) Erk (FN 4) Rn 70.

C. Bemerkungen zum Erk

Das Erk des VfGH ist zu begrüßen, auch wenn ein besonders eifriger Kritiker vorbringen könnte, dass sich der VfGH (wie auch der VwGH) in der entscheidenden Frage der Auslegung der unionsrechtlichen Rechtsschutzgarantie nur unzureichend mit der Gegenposition auseinandersetzt. Dies hätte aber am Ergebnis nichts ändern können, zumal die jeweils ins Treffen geführten EuGH-Urteile zwanglos miteinander vereinbar sind:

Wesentlich im Urteil *Wilson* (auf das sich der VwGH stützte) war nämlich die mangelnde Unabhängigkeit der Behörde erster Instanz (ein mit inländischen Rechtsanwälten besetztes Gremium entschied über die Zulassung eines ausländischen Anwalts zum inländischen Markt), sodass das Fehlen einer entsprechenden Tatsachenkognition der höheren Instanz umso schwerer ins Gewicht fiel.⁹⁾ Vor diesem Hintergrund bemängelte der EuGH in diesem Urteil das gänzliche Fehlen einer Möglichkeit zur Überprüfung des Sachverhalts. Eine genaue Aussage darüber, wie die Tatsachenkognition im Einzelfall ausgestaltet sein müsste, fehlt aber darin.

Im Urteil *Upjohn* (auf das sich der VfGH beruft) zeigte der EuGH auf, dass ein effektiver Rechtsschutz bei *komplexen Prüfungen* (fachliche Beurteilung einer Arzneimittelspezialität durch die Lizenzbehörde) keine völlige Erneuerung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung bzw. Ermessensausübung gebietet.¹⁰⁾

Beiden EuGH-E ist gemein, dass die vom Rechtsmittelgericht geforderte Kontrolldichte nicht losgelöst von den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden kann, sondern iS eines beweglichen Systems einerseits vom Verfahrensgegenstand und andererseits von den bereits in erster Instanz eingelösten Verfahrensgarantien (insb Unparteilichkeit) abhängt.

Nachdem das UVP-Verfahren bereits in erster Instanz weitgehende (gerichtsähnliche) Verfahrensgarantien beinhaltet und die Entscheidung eine inhaltlich komplexe Prognoseentscheidung über zukünftige Umweltauswirkungen erfordert, spricht die dargestellte Systematik im konkreten Fall eindeutig dafür, dass die Tatsachenkognition nach dem VwGG (die ja – wie bereits dargestellt – die Überprüfung des Sachverhalts nicht völlig ausschließt) den Rechtsschutzanforderungen des EuGH genügt.

Das Gebot der Einzelfallbeurteilung anhand eines beweglichen Systems deckt sich insoweit auch mit der – vom VfGH zutreffend zitierten – jüngeren Rsp des EGMR. Dieser hat etwa im Fall *Zumtobel* klargestellt, dass Art 6 EMRK bei Verwaltungsangelegenheiten, welche Prognoseentscheidungen beinhalten, Beschränkungen der Kognitionsbefugnis erlaubt, die Rechtsmittelbehörde also ihre Prognoseentscheidung nicht an die Stelle der Unterinstanz setzen muss.¹¹⁾

Damit hätte der VfGH die interessante zweite Rechtsfrage, ob bzw wie denn ein allfälliges europarechtliches Rechtsschutzmanko im vorliegenden Fall konkret zu korrigieren gewesen wäre, gestrost ausklammern können. Dass der VfGH diese Thematik dennoch in einem *obiter dictum* thematisiert,¹²⁾ ist angesichts der in der Lit bereits vielfach aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Zustän-

digkeit des US für Infrastrukturvorhaben nach dem 3. Abschnitt des UVP-G begrüßenswert und richtig. Ebenso die Klarstellung, dass nach dem Grundsatz der doppelten Bindung der verfassungsrechtlich schonenderen Lösung der Vorzug zu geben ist, also nach Möglichkeit „eine unionsrechtskonforme Rechtslage (...) durch die Nichtanwendung von einfachgesetzlichen Rechtsvorschriften herbeigeführt werden“ muss. Weitere Schlussfolgerungen überlässt der VfGH schließlich aber doch dem aufmerksamen Leser, der den impliziten Hinweis in Richtung § 41 Abs 1 VwGG, dessen partielle Nichtanwendung („auf Grund des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhaltes“) dem VwGH eine in jedem Fall ausreichende Tatsachenkognition ermöglicht hätte, ohnehin auch so verstehen wird.

Zusammenfassend stellt das Erk des VfGH die gesetzliche Zuständigkeitsordnung wieder her und schafft dadurch Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit. Eine Bestätigung der Rechtsauffassung des VwGH hätte demgegenüber eine – über das gegenständliche Verfahren weit hinausgehende – Verunsicherung über den richtigen Instanzenzug bei Behörden, Parteien und Wissenschaft hinterlassen.¹³⁾

D. Das weitere Verfahren

Im Lichte des Erk des VfGH wiesen der US und anschließend die BMVIT die Berufung des Transitforums Austria-Tirol gegen den erstinstanzlichen UVP-Genehmigungsbescheid der BMVIT zurück.¹⁴⁾ Interessant ist dabei, dass der US die Berufung noch vor dem Ersatzbescheid der BMVIT „lediglich“ als verspätet zurückwies, ohne sich (auch) auf seine mangelnde Zuständigkeit zu berufen, während die BMVIT den Wiedereinsetzungsantrag unter Verweis auf die Unzulässigkeit der Anrufung des US zurückwies.

Um nun doch noch eine materielle Entscheidung des VwGH zu erzwingen, beantragte das Transitforum Austria-Tirol die Wiederaufnahme des Verfahrens vor dem VwGH sowie die Klärung eines negativen Kompetenzkonflikts durch den VfGH gem Art 138 Abs 1 B-VG.

Mit Blick auf das nationale Rechtsschutzinstrumentarium wäre theoretisch auch eine Bescheidbeschwerde an den VwGH denkbar gewesen,¹⁵⁾ womit das angekündigte Ping-Pong-Spiel der Höchstge-

9) EuGH 19. 9. 2006, C-506/04, *Wilson*, insb Rn 61 f.

10) EuGH 21. 1. 1999, C-120/97, *Upjohn*, insb Rn 34.

11) EGMR 21. 9. 1993, *Zumtobel*, 12.235/86, insb Rn 32.

12) Erk (FN 4) Rn 71.

13) Insb zur Frage, ob auch in anhängigen oder sogar rk abgeschlossenen Verfahren nach § 24 Abs 3 UVP-G (Vollziehung sonstiger bundesrechtlicher Genehmigungsbestimmungen durch den LH) und § 24 Abs 4 UVP-G (von den Ländern zu vollziehende Genehmigungsbestimmungen) eine weitere Rechtsmittelinstanz, nämlich US oder UVS, zwischenzuschalten gewesen wäre (s zB US 21. 3. 2011, 3A-2011/1-6; Tir LReg 28. 12. 2010, U-14.271/143). Tatsächlich hätte diese Problematik aber sämtliche Verfahren betroffen, in denen Unionsrecht im ordentlichen Rechtsweg nicht durch Tribunale vollzogen wird. Vgl idS auch *Schmelz*, ÖZW 2011.

14) US 20. 7. 2011, 3 a/2011/1A-5; BMVIT 8. 8. 2011, 220.151/0012-IV/SCH2/2011.

15) Gegen den Bescheid des US oder gegen den Bescheid der BMVIT (FN 14).

richte begonnen hätte,¹⁶⁾ im konkreten Fall aber voraussichtlich wieder schnell beendet gewesen wäre. Dies vor dem Hintergrund, dass die Entscheidungsbefugnis des VwGH – nach dessen eigener Rsp – in Bezug auf Bescheide, die Erk des VfGH im betreffenden Verfahren umsetzen, insofern beschränkt wäre, als der VwGH „nur berechtigt ist zu prüfen, ob dieser Bescheid der Rechtsanschauung des Verfassungsgerichtshofes entspricht“.¹⁷⁾

Das Transitforum Austria-Tirol beantragte stattdessen die Wiederaufnahme des – mit dem VwGH-Beschluss rk beendeten – Verfahrens beim VwGH und begründete dies mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs (§ 45 Abs 1 Z 4 VwGG). So recht will aber dieser Wiederaufnahmegrund im konkreten Fall nicht passen, es sei denn, der unionsrechtliche Anwendungsvorrang würde eine – vom Wortlaut nicht gedeckte – extensive Auslegung des geltend gemachten Wiederaufnahmegrunds erfordern:

Mit der bloßen Nichtanwendung einzelner Bestimmungen wäre im vorliegenden Fall – im Unterschied zur Rs *Connect Austria*¹⁸⁾ – jedenfalls noch nichts gewonnen. Inwieweit das Unionsrecht bei sog indirekten Kollisionen die freie Erweiterung rechtskraftdurchbrechender Instrumentarien – noch dazu bei einer höchstgerichtlichen Entscheidung – gebietet, ist angesichts doch zahlreicher „rechtskraftfreundlicher“ Aussagen des EuGH¹⁹⁾ in jüngerer Zeit bereits im Grundsatz zu bezweifeln.²⁰⁾ Dies umso mehr, wenn wie hier eine dritte Verfahrenspartei (die Genehmigungswerberin) durch die Durchbrechung der Rechtskraft unmittelbar nachteilig betroffen wäre.²¹⁾ Besondere Umstände, die allenfalls nach der Rsp eine Durchbrechung rechtfertigen könnten, sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

Der VwGH wird sich mit diesen Rechtsfragen indes nicht mehr näher auseinandersetzen, hat doch der VfGH in seiner nun vorliegenden E zum Kompetenzkonflikt den VwGH-Beschluss bereits aufgehoben und damit der Wiederaufnahme den Boden entzogen.²²⁾ Der VwGH muss die ursprüngliche Beschwerde also von Neuem behandeln.

Für den VfGH haben sich sowohl der VwGH als auch der US in der Sache für unzuständig erklärt, weshalb es sich um einen negativen Kompetenzkonflikt handle und der Antrag des Transitforums Austria-Tirol zulässig sei. Im Übrigen gehe bereits aus dem Erk vom 28. 6. 2011 (B 254/11–18) hervor, dass der VwGH zur E für die Beschwerde des Transitforums Austria-Tirol zuständig sei und hierfür auch über ausreichende Kognitionsbefugnis verfüge, sodass der VwGH-Beschluss va auch aus Rechtsschutzgründen aufzuheben sei.²³⁾

Dieses Ergebnis ist nicht offenkundig, liegt doch dem vorliegenden Fall im Kern eine höchstgerichtliche Judikaturdivergenz zum Tribunalcharakter des VwGH und damit eine inhaltliche Frage zugrunde.²⁴⁾ Weder der VwGH, der die Beschwerde wegen Nichterschöpfung des Instanzenzugs zurückwies, noch der US, der die Zurückweisung mit der Fristversäumnis begründete, haben sich (formell) für unzuständig erklärt. Im Übrigen konnte sich der US auch gar nicht für unzuständig erklären, da dies der BMVIT im Rahmen der E über die Wiedereinsetzung (im Ersatzbe-

scheid) oblag. Auch wenn – wie der VfGH im Erk als offenbar entscheidungsrelevant hervorhebt – der US sich nach dessen eigener Formulierung „außerstande [sieht], im gegenständlichen Fall in irgendeiner Form eine Sachentscheidung zu treffen“,²⁵⁾ ändert dies nichts daran, dass bei enger – formalrechtlicher – Sicht der Dinge ein negativer Kompetenzkonflikt wenn überhaupt nur zwischen der BMVIT und dem VwGH vorliegen konnte. Dem VfGH geht es aber offenbar mehr um Rechtsschutzüberlegungen, welche bereits in früheren E (betr die Anerkennung von Religionsgemeinschaften) ausschlaggebend waren.²⁶⁾ Inwiefern die damit erfolgte Ausweitung des Art 138 B-VG insb vor dem Hintergrund der Parität der Höchstgerichte berechtigt ist, wurde in der Lit – kritisch – thematisiert.²⁷⁾ Jedenfalls zuzustimmen ist der Ansicht, dass es sich bei diesen E um *besondere Konstellationen handelte*,²⁸⁾ sodass deren Aussagen nur eingeschränkt verallgemeinerungsfähig sind. Eine Übertragung auf den vorliegenden Fall ist deshalb problematisch, da hier – anders als bei der Anerkennung von Religionsgemeinschaften – eine dritte Verfahrenspartei (die Genehmigungswerberin) und deren Vertrauensschutz entsprechend mit berücksichtigt werden müssen. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass für den Antrag nach Art 138 B-VG bei negativen Kompetenzkonflikten keine Fristbindung besteht,²⁹⁾ womit das Schicksal eines Genehmigungsbescheids in einem solchen Fall theoretisch über Jahre hinweg ungewiss bleiben könnte. Das vielfach strapazierte Spannungsverhältnis zwischen – auch europarechtlich gebotenenem –

16) Vgl etwa Presseaussendung von *Christiane Brunner v 7. 7. 2011* (abrufbar unter www.ots.at/presseaussendung/OTS_20110707_OTS0166/brunner-judikaturwiderrspruch-von-vfgh-und-vwgh-in-sachen-umweltsenat-fuer-betroffene-unerfreulich, 7. 10. 2011).

17) VwGH 21. 3. 2002, 2002/20/0063; vgl auch 10. 9. 2008, 2006/04/185.

18) EuGH 22. 5. 2003, C-462/99, *Connect Austria* insb Rn 40 f.

19) Vgl EuGH 30. 9. 2003, C-224/01, *Köbler*, Rn 38; EuGH 16. 3. 2006, C-234/04, *Kapferer*, Rn 20; EuGH 29. 6. 2010, C-526/08, *Kommission/Luxemburg*, Rn 26 und EuGH 3. 9. 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, Rn 22.

20) Vgl insb zur Wiedereinsetzung *Schmabl/Köber*, EuZW 2010, 927 (932); vgl allg auch *Bußjäger*, Der EuGH als rechtsschöpfende und rechtsgestaltende Instanz unter dem Blickwinkel des österreichischen Verwaltungsrechts, in *Roth/Hilpold* (Hrsg), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten (2008) 271 (306 ff); differenzierter *Schweitzer*, Vorrang und nationale Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen, in *Schröder* (Hrsg), Europarecht als Mehrebenensystem (2008) 25 (33 ff).

21) Vgl *Ranacher/Frischhut*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009) 400.

22) VfGH v 26. 9. 2011, K I-1/11–11.

23) Ebd, 24 ff.

24) Diese Judikaturdivergenz bleibt auf Senat 3 des VwGH und damit auf den Bereich der Eisenbahnen und Hochleistungsstrecken beschränkt. In Bezug auf Autobahnen hat sich der zuständige Senat 6 des VwGH zwischenzeitlich ausdrücklich der Auffassung des VfGH angeschlossen (VwGH 24. 8. 2011, 2010/06/002).

25) US (FN 14), 2.

26) VfGH 4. 10. 1995, KI-9/94 und VfGH 4. 12. 1995, KI-11/94.

27) Vgl etwa *Bernard*, ÖJZ 1997, 161 (162).

28) Vgl *Zellenberg* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 138/1 Rn 29.

29) Ebd, Rn 63, mwN.

Rechtsschutz unter allen Umständen und Vertrauensschutz bzw Rechtskraft hätte damit doch auch iSd Genehmigungswerberin (und damit auch der sie vor dem VfGH vertretenden Autoren) beurteilt werden können.

SCHLUSSTRICH

Der VfGH korrigiert den VwGH und attestiert ihm ausreichenden Tribunalcharakter als Rechtsmittelinstanz nach dem 3. Abschnitt des UVP-G. Art 10 a UVP-RL und Art 47, 52 GrCH erfordern keine höhere Kontrolldichte als Art 6 EMRK.