

Verstoß gegen die Vorlagepflicht an den EuGH als Verletzung des Grundrechtes auf den gesetzlichen Richter*

Art. 83 Abs 2 B-VG, Art. 177 Abs 3 EGV

Unterläßt es ein Gericht, obwohl es sich um eine klärungsbedürftige Auslegungsfrage des Gemeinschaftsrechts handelt, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen, verstößt es gegen das verfassungsmäßig gewährleistete Recht der Partei auf den gesetzlichen Richter.

VfGH 26. Juni 1997, B 3486/96

SACHVERHALT

In einem Verfahren vor dem Bundesvergabeamt (BVA) machte die Beschwerdeführerin (BF) u.a. geltend, daß der an einen anderen Mitbewerber erfolgte Zuschlag für die Lieferung eines sog. elektronischen Öko-Punkte-Systems unter Verletzung des Bundesvergabegesetzes (BVerG) erteilt worden und somit aufzuheben wäre. Demgegenüber müßte die BF zum Zug kommen. Gleichzeitig wurden auch Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Untersagung der Durchführung des zwischen dem Mitbewerber und der Republik Österreich geschlossenen Vertrages gestellt. Ferner regte die BF an, das BVA möge die Klärung verschiedener Auslegungsfragen bezüglich der Rechtsmittelrichtlinie des Rates, 89/665/EWG, beim EuGH mittels Vorabentscheidung nach Art. 177 EGV erwirken. Insbesondere sollte vorab geklärt werden, ob gemeinschaftsrechtlich geboten sei, im Fall der Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung bei öffentlichen Vergabeaufträgen die Durchführung des Siegerprojektes auf Antrag vorläufig aufzuschieben.

Das BVA wies die gestellten Anträge ab und führte unter Zitierung europarechtlicher Judikatur in der Begründung im wesentlichen aus, daß eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach Zuschlagserteilung nicht besteht. Das BVerG sieht überdies einen provisorischen Rechtsschutz nur bis zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung vor.

Gegen den Bescheid des BVA erhob die BF gemäß Art. 144 B-VG Beschwerde an den VfGH u.a. mit der Behauptung einer Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter nach Art. 83 Abs.2 B-VG. Die Beschwerde war erfolgreich.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Zunächst qualifizierte das Verfassungsgericht das BVA nicht nur als Tribunal iSd Art. 6 MRK sondern auch als Gericht iSv Art. 177 Abs.3 EGV unter Berufung auf gefestigte Vorjudikatur.¹ § 91 Abs.2 und 3 BVerG bestimmt, daß eine einstweilige Verfügung nur bis zur Zuschlagserteilung möglich ist. Der VfGH prüfte deshalb, ob das BVA diese Bestimmung aus europarechtlichen Erwägungen gegenständlich nicht hätte anwenden dürfen. Dabei geht es vom Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts² aus, der sich auch im „dualistischen Rechtsschutzsystem“ des Art. 177 EGV konkretisiert. Unter Bezugnahme auf europarechtliche Judikate³ und Art. 2 Abs.7 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG⁴ führt das österreichische

* Mag. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU) ist Rechtsanwaltsanwärter in Salzburg.

¹ Erk. v. 11.12.1995, B 2300/95, und 30.9.1996, B 2067/95 (näher dazu unten FN 6).

² Dazu kontroversiell *Hecht*, Derogation von österreichischem Recht durch Gemeinschaftsrecht?, *ecolex* 1996, 494 ff. und *Griller*, Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, *ecolex* 1996, 639 ff.

³ EuGH 19.6.1990, Rs C 213/89, *Factortame*, Slg. I-2433; Rs 106/77, *Simmmenthal II*, Slg. 1978, 629.

⁴ ABI Nr. L 395 v. 30.12.1989 idGF. Zu deren unmittelbaren Anwendbarkeit in Österreich vgl. VfGH Erk. v. 12.6.1996, B 2477/95, WBl 1996, 418 = *ecolex* 1996, 811 = AnwBl 1996/6261 = ZfVB

Höchstgericht aus, daß ein Anwendungsverbot für jene innerstaatlichen Normen des BVerG besteht, die durch das Zusammenfallen von Zuschlagserteilung und Vertragsabschluß dem Bieter jede Möglichkeit nehmen, die Zuschlagsentscheidung anzufechten und *gleichzeitig* einen Antrag auf Erlassung einstweiliger Verfügungen zu stellen. Schließlich zieht der VfGH in seiner Begründung noch das ein Verfahren nach Art. 169 EGV⁵ ankündigende „Mahnschreiben“ der Europäischen Kommission vom 8.4.1997 an den Bundesminister für auswärtige Angelegenheiten heran, in dem attestiert wird, daß die österreichische Konzeption des BVerG mit der Richtlinie 89/665/EWG nicht vereinbar ist. Dies gilt im besonderen für die fehlende Möglichkeit der Bieter, von der Zuschlagsentscheidung rechtzeitig zu erfahren, um noch einen Antrag auf Erlassung einstweiliger Verfügungen stellen zu können.

Abschließend erachten die Verfassungsrichter die genannte Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechtes für die Entscheidung des BVA auch als relevant, hat doch das Kollegialorgan ausdrücklich den § 91 Abs.2 und 3 BVerG zur Bescheidbegründung herangezogen. Sie zu klären, ist im Rahmen des dualen Rechtsschutzsystems des Art. 177 Abs.3 EGV ausschließlich Sache des EuGH. Da dieser bisher keine Gelegenheit hatte, dazu Stellung zu nehmen, hat das BVA verabsäumt, eine vorlagepflichtige Frage der Interpretation des Gemeinschaftsrechts dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, sodaß es die BF in ihrem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gemäß Art. 83 Abs.2 B-VG verletzt hat.

ERLÄUTERUNGEN

Das vorliegende Erkenntnis bildet gemeinsam mit den beiden vieldiskutierten Vorläuferentscheidungen⁶ eine „Trilogie“ zur verfassungsrechtlichen Dimension des Vorlageverfahrens an den EuGH. Die sich abzeichnende Judikaturlinie ist als weiterer Schritt der Transformation des Gemeinschaftsrechtes in die österreichische Rechtsordnung zu begrüßen. Aus den tragenden Erwägungen der Entscheidungstrilogie lassen sich folgende Richtlinien für die juristische Praxis ableiten:

1. **Recht auf den gesetzlichen Richter**

Das österreichische Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gemäß Art. 83 Abs.2 B-VG wird vom VfGH in umfassendem Sinn interpretiert. Es beinhaltet auch den Schutz und die Wahrung der gesetzlich begründeten Behördenzuständigkeit. Nachdem das Verfassungsgericht dem EuGH die *Qualität eines gesetzlichen Richters* im Sinne des Art. 83 Abs.2 B-VG zugesprochen hat, besteht grundsätzlich die Möglichkeit, einen Verstoß gegen die Vorlagepflicht des Art. 177 Abs.3 EGV durch Erhebung einer nationalen Verfassungsbeschwerde zu rügen.

1996/2438/2445/2464/2507/2510, und *Fruhmann*, Europarecht und organisationsrechtliche Ausgestaltung des Vergabeschutzes, *ecolex* 1997, 210 ff.

⁵ Mittels des Aufsichtsverfahrens nach Art.169 EGV überwacht die Europäische Kommission die Vertragstreue der Mitgliedstaaten und setzt deren insbesondere aus Art.5 EGV resultierenden Rechtspflichten gerichtlich durch. Näher *Schweitzer/Hummer*, Europarecht⁵, 140 ff.

⁶ Ebenfalls zum Bundesvergabegesetz ergingen das Erk. v. **11.12.1995, B 2300/95**, ÖZW 1996, 24 mit Anm von *Gutknecht; Holoubek/Lang*, Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof, *ecolex* 1996, 135; JBl 1996, 378; ZfVB 1996/1298/1303/1310/1372/1393/1398 und ÖJZ VfGH 1997/14, 234 sowie das Erk. v. **30.9.1996, B 3067/95**, WBl 1997, 86 mit Anm von *Grussmann; Holoubek/Lang*, Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof, *ecolex* 1997, 306. Zu beiden Erk. u.a. *Grussmann*, Aktuelle Rechtsfragen im Sektorenbereich, *ecolex* 1997, 215 ff. und *Holzinger*, Die Auswirkungen der österreichischen EU-Mitgliedschaft auf das österreichische Verfassungsrecht, JRP 1996, 160 ff.

2. Vorlagepflicht

Stellt sich eine *vorlegungsfähige Frage*, so sind *letztinstanzliche Gerichte* gemäß Art. 177 Abs.3 EGV zur Vorlage *verpflichtet*.⁷

- **vorlegungsfähige Frage**⁸: ob sich eine Frage stellt, ist nicht nur aus nationaler Perspektive, sondern nach Möglichkeit auch vor dem Hintergrund anderer mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen und der Auslegungserforderlichkeit auch aus deren Perspektive, sowie der Mehrsprachigkeit des Gemeinschaftsrechts zu beurteilen. Die Vorlagepflicht entfällt dagegen, wenn die maßgebliche Frage vom EuGH bereits in einem früheren Verfahren beantwortet wurde.
- **letztinstanzliches Gericht**: die Vorlagepflicht trifft Gerichte und kollegiale Verwaltungsbehörden iSd Art. 20 Abs.2 und 133 Z.4 B-VG. Ob das Gericht als letztinstanzlich anzusehen ist, kann nur *anhand des jeweiligen Verfahrens* beantwortet werden, z.B. fehlende oder erschöpfte Berufungs- oder Revisionsmöglichkeit im zivilprozessualen Bereich; die Landesgerichte in Strafsachen, die am Bezirksgericht ihren Ausgang genommen haben; wenn die Bescheide keiner Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg oder durch den VfGH unterliegen. Außerordentliche Rechtsmittel wie etwa die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind nicht hinderlich.
- **jedes Gericht**: daraus, daß nur der EuGH über die Gültigkeit von Sekundärrecht zu befinden berufen ist,⁹ folgt zugleich, daß auch Gerichte, gegen deren Entscheidungen Rechtsmittel möglich sind, zur Vorlage *verpflichtet* sind, wenn sie maßgebliches *Sekundärrecht* für *ungültig* halten und es deshalb *nicht anwenden* wollen. Zu einer eigenen Entscheidung über die Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht sind nationale Gerichte - gleich welcher Instanz - nicht befugt.¹⁰ Der EuGH gesteht seinerseits den nationalen Gerichten nur in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes insoweit eine Kompetenz zur Entscheidung hierüber zu, als sie bei erheblichen Zweifeln an der Gültigkeit von Sekundärrecht, zur Vermeidung schwerer und irreversibler Nachteile und unter Beachtung der Interessen der Gemeinschaft die Vollziehung des Gemeinschaftsrechts aussetzen dürfen, wenn sie gleichzeitig gemäß Art. 177 EGV den Gerichtshof mit den einschlägigen Fragen befassen.¹¹

⁷ Eine Vorlagepflicht besteht ausnahmsweise *nicht* im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. Hier genügt es dem EuGH, wenn er die Frage im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Hauptsache vorgelegt bekommt. Allerdings darf durch den Inhalt der einstweiligen Verfügung der Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH nicht vorgegriffen werden (EuGH 27.2.1982, *Morson*, Rs 35,36/82, Slg. 1982, 3723).

⁸ Linguistisch exakt müßte es „vorlegbare Frage“ lauten, doch wird in Anlehnung an den juristischen Sprachgebrauch bei der „ersatzungsfähigen Sache“ diese Ungenauigkeit beibehalten.

⁹ So der Normzweck des Art. 177 EGV, vgl. *Wohlfahrt in Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union II, Art. 177 Rz 1-10; in diesem Sinn sind auch die Ausführungen des VfGH im Erk. v. 30.9.1996, B 3067/97 Pkt. 4. aE zu verstehen.

¹⁰ EuGH 22.10.1987, Rs 314/85, *Foto-Frost*, Slg. 1987, 4199.

¹¹ EuGH 21.2.1991, Rs C-143/88 u. C-92/89, *Zuckerfabrik Süderithmarschen*, Slg. 1991, I-415; jüngst 9.11.1995, C-465/93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft*.

3. Europarechtlicher Prüfungsumfang des VfGH

Im Rahmen der Grundrechtsbeschwerde kann der VfGH selbst überprüfen, ob überhaupt eine europarechtliche, d.h. vorlegungsfähige, Streitfrage vorliegt und diese für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidungserheblich war, was allein dem gebundenen Beurteilungsermessen des streitentscheidenden nationalen Gerichts unterliegt.¹² Obwohl der Verfassungsgerichtshof keine „*Superrevisionsinstanz*“ darstellt und die ordnungsgemäße Anwendung einfachgesetzlichen Rechts grundsätzlich nicht überprüft, ist die Frage der Entscheidungserheblichkeit der europarechtlichen Vorfrage doch zu einem gewissen Grad Tatbestandsvoraussetzung der Grundrechtsverletzung, weil ohne sie keine Vorlagepflicht bestünde und der gesetzliche Richter nicht entzogen worden wäre. Sollte sich hierbei die Frage stellen, ob Zweifel über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bestehen, wäre sogar der VfGH berechtigt und verpflichtet, die sich ihm stellende Frage über den Umfang und die Voraussetzungen der Vorlagepflicht nach Art. 177 Abs.3 EGV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, denn auch für das österreichische Verfassungsgericht ist Art. 177 EGV unmittelbar geltendes Recht.

4. Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde

Eine Verfassungsgerichtshofbeschwerde dürfte allerdings regelmäßig dann erfolglos sein, wenn entsprechend der „*acte clair*“-*Doktrin*¹³ ein vorlagepflichtiges Gericht (iSd Art. 177 Abs.3 EGV) festgestellt hat, daß

- die gestellte Frage des Gemeinschaftsrechts nicht entscheidungserheblich ist,¹⁴
- die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war,¹⁵ oder
- die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt.

Die Nichtvorlage kann nur dann zum grundrechtsverletzenden Vorwurf gemacht werden, wenn die vorlagepflichtige Instanz begründete Zweifel daran haben müßte, daß die von ihr für zutreffend befundene Interpretation des nationalen Rechts mit den Anforderungen des in Frage kommenden Gemeinschaftsrechts in Widerspruch geraten ist. Bei der Prüfung der Frage ist ein **strenger Maßstab** anzulegen: die Vorlage darf nur dann unterbleiben, wenn das jeweilige Gericht zur Überzeugung gelangt, daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit bestünde. Wenn man dabei, wie der EuGH es fordert, die Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts berücksichtigt (Mehrsprachigkeit, besondere Terminologie, u.ä.), dann wird man wohl nur selten

¹² EuGH 16.12.1981, Rs 244/80, *Foglia-Novello II*, Slg. 1981, 3045, 3062.

¹³ EuGH 6.10.1982, Rs 283/81 *CILFIT*, Slg. 1982, 3415, 3430.

¹⁴ So auch das Erkenntnis des VwGH 29.10.1996, 96/11/0270, JBl 1997, 330, wo die Vorlagepflicht mit dem Hinweis auf den fehlenden gemeinschaftsrechtlichen Bezug verneint wird.

¹⁵ Aus der *acte clair*-Doktrin folgt keineswegs, daß ein Gericht nicht mehr vorlegen darf, wenn ein gleichgelagerter Fall schon vom EuGH entschieden wurde. In der Praxis übermittelt in solchen Fällen die Gerichtshofskanzlei dem nationalen Gericht das einschlägige Urteil. Besteht der Richter weiter auf der Vorabentscheidung, so kann sie *nach Anhörung* der Beteiligten und des Generalanwaltes durch begründeten Beschluß gefällt werden, der auf ein früheres Urteil verweist (vgl. Art. 104 Abs.3 VfO des EuGH). Auch wenn eine Frage bereits entschieden wurde, wird sie vom Gerichtshof also ein weiteres Mal beantwortet.

zum Ergebnis kommen, daß die Auslegungsfrage von allen Gerichten eindeutig zu beantworten ist. **Bleiben Zweifel, so ist vorzulegen.**

Zusammenfassend hat der Verfassungsgerichtshof mit der nunmehr vorliegenden **Entscheidungsstrilogie** zum Verhältnis von europäischem Vorabentscheidungsverfahren und österreichischem Grundrechtsschutz einen weiteren **Beitrag** dazu geleistet, daß die **Durchsetzung europäischen Gemeinschaftsrechts vor den österreichischen Gerichten** trotz der restriktiven Vorlagepraxis weiter voranschreitet.