

Verjährung – Schadenersatz

Zinsgleitklauseln und Rückerstattung

E-Commerce

Online-AGB

GmbH-Einbringung eines

Überschuldeten Unternehmens

Neues Formblatt für

Zusammenschlussanmeldungen

Aktienoptionsprogramm

Optionsverlust mit Kündigung

Beihilfe nach Art 87 EG?

Verzicht auf Vorsteuerberichtigung

EuGH „Connect“

Anwendungsvorrang von Richtlinien

Connect-Urteil des EuGH: Anwendungsvorrang von Richtlinien

Der VfGH¹⁾ legte im Connect-Fall²⁾ dem EuGH die Auslegung des Art 5 a Abs 3 RL 90/387/EWG zur Vorabentscheidung vor, nachdem der VfGH dieser Bestimmung Anwendungsvorrang zuerkannt und damit die Zuständigkeit des VfGH entgegen Art 133 Z 4 B-VG begründet hatte. Der EuGH hat nun entgegen dem Schlussantrag des Generalanwalts Geelhoed³⁾ und entgegen der Ansicht des VfGH den Anwendungsvorrang bestätigt. Damit hat der EuGH erstmals explizit ausgesprochen, dass auch eine verfahrensrechtliche Richtlinienbestimmung entgegenstehendes (nationales) Verfassungsrecht verdrängt.

HANNES LATTENMAYER – LATYER

A. CONNECT-FALL

1. NATIONALE VERFAHREN

Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH erhob im Ausgangsstreit zunächst eine VfGH-Beschwerde gegen die Zuteilung von Frequenzen an die Mobilkom Austria AG aus dem DCS-1800 Frequenzband, das für Connect reserviert war.⁴⁾ Art 5 a Abs 3 RL 90/387/EWG⁵⁾ forderte eine unabhängige Überprüfung von Entscheidungen der Regulierungsbehörde. Der VfGH⁶⁾ betrachtete sich wegen seiner eingeschränkten Prüfungsbefugnis nicht als wirksame Instanz iSd Richtlinie und stellte fest, dass der Ausschluss einer VwGH-Beschwerde nach Art 133 Z 4 B-VG gegenüber Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission⁷⁾ dem gemeinschaftsrechtlichen Erfordernis eines zweigliedrigen Instanzenzuges gem Art 5 a Abs 3 RL 90/387/EWG widersprach. Der VfGH sah Art 133 Z 4 B-VG – also österreichisches Verfassungsrecht – „für den Anwendungsbereich der RL“ durch Art 5 a Abs 3 der RL 90/387/EWG verdrängt und begründete damit die Möglichkeit einer Bescheidbeschwerde an den VwGH.

Der daraufhin angerufene VwGH bezweifelte seine Zuständigkeit und legte dem EuGH mit Verweis auf die Dorsch Consult-Rsp⁸⁾ die Frage zur Vorabentscheidung vor,⁹⁾ ob dem Art 5 a Abs 3 RL 90/387/EWG tatsächlich „unmittelbare Wirkung“ zukomme. Alle weiteren damals beim VwGH anhängigen Verfahren zur Überprüfung von Entscheidungen der TKK wurden mit Beschluss vom selben Tag gem § 38 a AVG iVm § 62 Abs 1 VwGG ausgesetzt. Um diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen, fügte der Gesetzgeber in § 115 Abs 2 TKG die in Art 133 Z 4 B-VG geforderte, ausdrückliche, gesetzliche Zuständigkeit des VwGH ein.¹⁰⁾

2. EUGH-URTEIL

In seinem Urteil bezieht sich der EuGH auf seine ständige Rechtsprechung, nach der es Sache der

Rechtsordnung der MS ist, die innerstaatlichen Zuständigkeiten festzulegen, auch wenn es um individuelle Rechte geht, die aus der Gemeinschaftsrechtsordnung hergeleitet werden. Die MS haben aber den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall sicherzustellen.¹¹⁾ Dabei ist nationales Recht so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie¹²⁾ und in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts¹³⁾ auszulegen, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.

Ist eine richtlinien-konforme Anwendung nicht möglich, ist jene Bestimmung unangewandt zu lassen, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnis führen würde.¹⁴⁾

Unmissverständlich stellt der EuGH fest, dass die Überprüfung durch den VfGH kein geeignetes Ver-

Dr. Hannes Lattenmayer, LL.M. (Brügge) – LATYER ist Rechtsanwaltsanwarter in der Kanzlei Lattenmayer, Luks & Enzinger Rechtsanwälte OEG, Wien.

- 1) VfGH 24. 11. 1999, 99/03/0071-14.
- 2) VwGH-Beschwerde von Connect gegen die Zuteilung von Frequenzen an die Mobilkom nach § 125 Abs 3 2. Satz TKG.
- 3) Schlussantrag des GA Geelhoed v 13. 12. 2001 in der Rechtssache C-462/99, Connect (abrufbar unter www.curia.eu.int), RN 47 und 49.
- 4) Lattenmayer, *ecolex* 2000, 830.
- 5) RL 90/387/EWG, ABl L 192 v 24. 7. 1990, idF RL 97/51/EG, ABl L 295 v 29. 10. 1997.
- 6) VfSlg 15.427/1999; vgl auch VfSlg 14.390/1995.
- 7) Im Folgenden kurz „TKK“.
- 8) EuGH Rs C-54/96, Dorsch Consult, Slg 1997, I-4961, RN 40ff.
- 9) VwGH 24. 11. 1999, 99/03/0071-14.
- 10) BGBl I 2000/26; Der VwGH war damit für nach dem 1. 6. 2000 eingelangte Beschwerden jedenfalls zuständig (VwGH 6. 9. 2001, 2000/03/0195).
- 11) EuGH Rs 179/84, Bozzetti, Slg 1985, 2301, RN 17; EuGH Rs C-258/97, HI, Slg 1999, I-1405, RN 22.
- 12) EuGH Rs C-91/92, Faccini Dori, Slg 1994, I-3325, RN 26; EuGH Rs C-111/97, Evobus, Slg 1998, I-5411, RN 18.
- 13) EuGH Rs C-165/91, Van Munster, Slg 1994, I-4661, RN 34; EuGH Rs C-106/89, Marleasing, Slg 1990, I-4135, RN 8; EuGH Rs C-262/97, Engelrecht, Slg 2000, I-7321, RN 39.
- 14) EuGH Rs 249/85, Albako, Slg 1987, 2345, RN 13ff.

fahren iSd Art 5a Abs 3 RL 90/387/EWG ist. Der EuGH ging jedoch nicht weiter auf die konkreten Anforderungen an eine Überprüfungsinstanz ein.¹⁵⁾ Mit einem Verweis auf das *Evobus-Austria-Urteil*¹⁶⁾ stellte der EuGH fest, dass zu prüfen ist, ob im nationalen Recht geeignete Verfahren bestehen, nach denen dem Einzelnen gegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde ein Anspruch auf Nachprüfung zuerkannt werden kann. Folgerichtig schließt der EuGH, dass Art 133 Z 4 B-VG von der Richtlinienbestimmung verdrängt wird und daher im Ausgangsverfahren nicht anzuwenden ist.

B. ANWENDUNGSVORRANG – UNMITTELBARE WIRKUNG

Im Ausgangsverfahren argumentierten der VfGH und der EuGH mit dem Anwendungsvorrang, während sich der VwGH und der Generalanwalt *Geelhoed* auf die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen stützten. Im Folgenden soll nun der Anwendungsvorrang von der unmittelbaren Wirkung abgegrenzt werden.

Beim Anwendungsvorrang von Richtlinien ergibt sich der zu beurteilende Anspruch in der Regel aus dem nationalen Recht, nachdem die verdrängte, nationale Bestimmung außer Acht gelassen wird. Der Anwendungsvorrang von Richtlinien ist daher auch in Verfahren zwischen Privaten zu beachten. Bei der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien werden Ansprüche dagegen direkt auf die Richtlinie gestützt. Richtlinien sind an die MS gerichtete Rechtsakte; Richtlinienbestimmungen entfalten eine unmittelbare Wirkung daher im Allgemeinen nur gegenüber den MS bzw ihnen zurechenbaren Rechtsträgern.

1. ANWENDUNGSVORRANG

Nach dem Anwendungsvorrang ist im Konfliktfall, dh bei unterschiedlichem Regelungsgehalt von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts dadurch zu gewährleisten, dass entgegenstehende Bestimmungen des nationalen Rechts auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten nicht anzuwenden sind.¹⁷⁾ Der Anwendungsvorrang von Gemeinschaftsrecht gilt sowohl gegenüber früher als auch gegenüber später erlassenen nationalen Vorschriften¹⁸⁾ und gilt unabhängig von dem Rang der gemeinschaftswidrigen nationalen Vorschrift innerhalb der staatlichen Rechtsordnung. Gemeinschaftsrecht verdrängt daher auch entgegenstehendes nationales Verfassungsrecht.¹⁹⁾ Einer vorherigen Beseitigung der gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren bedarf es nicht.²⁰⁾ Auch existiert die nationale Vorschrift, die in bestimmten Fällen dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, weiter und ist in anderen, nicht vom Gemeinschaftsrecht berührten Fällen anzuwenden.

Nach der stRsp des EuGH setzt der Anwendungsvorrang voraus, dass die betreffende europarechtliche Vorschrift inhaltlich unbedingt und hin-

reichend genau ist.²¹⁾ Die europarechtliche Bestimmung muss so formuliert sein, dass sie ein klares und uneingeschränktes Gebot oder Verbot enthält. Die Voraussetzungen der Bestimmtheit in der Rsp des EuGH sind deutlich weiter als der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsbegriff des Art 18 B-VG;²²⁾ der EuGH betrachtet Gemeinschaftsrecht auch dann als hinreichend bestimmt, wenn es sich darauf beschränkt, staatliche Vorschriften eines bestimmten Inhaltes zu untersagen. Der *Connect-Fall* zeigt, dass auch allgemeine, verfahrensrechtliche Richtlinienvorschriften als bestimmt gelten können.

Um unbedingt zu sein, darf die Richtlinienbestimmung an keine Bedingung geknüpft sein, außerdem darf für ihre Durchsetzung oder Wirksamkeit auch keine weitere Maßnahme wie etwa die Setzung eines europarechtlichen oder nationalstaatlichen Rechtsakts²³⁾ erforderlich sein. Eine Vorschrift mit lediglich programmatischem Charakter ist nicht unbedingt.²⁴⁾ Verfügen die MS über einen weiten Gestaltungsspielraum etwa im Bezug auf den Aufbau, die Arbeitsweise und die Mittelherbringung einer Garantieeinrichtung, so verneint der EuGH die Unbedingtheit einer Richtlinienvorschrift.²⁵⁾ Lässt sich aus der Richtlinie aber eine bestimmte Mindestgarantie ableiten, so schadet es nicht, dass der MS einen Gestaltungsspielraum – etwa hinsichtlich des Anspruchszeitraumes – gewährt.²⁶⁾ Im *Connect-Fall* regelt die Richtlinienbestimmung nicht, welche Behörde zur Überprüfung der Entscheidung der Regulierungsbehörde berufen ist; sie bestimmt lediglich, dass es eine zweite Instanz geben muss. Dieser sehr große Gestaltungsfreiraum in der Umsetzung hindert den EuGH nicht, den Anwendungsvorrang dieser Richtlinienbestimmung anzunehmen. Der EuGH interpretiert die Voraussetzung der Unbedingtheit sehr weit, um den europarechtlichen Vorschriften zum Durchbruch zu verhelfen, und nimmt damit auch eine gewisse Unsicherheit bei der Rechtsanwendung in Kauf.

15) Vgl *Lattenmayer*, *ecolex* 2000, 830.

16) EuGH Rs C-111/97, *Evobus*, Slg 1998, I-5411, RN 19; Im *Evobus-Urteil* konnte über § 1 JN eine Zuständigkeit der Zivilgerichte zur Nachprüfung eines offenen Ausschreibungsverfahrens konstruiert werden. Ein Rückgriff auf das Institut des Anwendungsvorranges war daher nicht erforderlich.

17) EuGH Rs 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, 1.

18) EuGH Rs 106/77, *Simmenthal II*, Slg 1978, 629, Rz 17 f.

19) Zur deutschen Diskussion hinsichtlich der unabänderlichen Verfassungsbestimmungen s *Grabitz/Hilf*, *Das Recht der Europäischen Union II*, Art 249, Rn 44 ff; Zur Diskussion in Österreich: *Öhlinger in Korinek/Houloubek*, *EU-BeitrittBVG*, RN 19 ff und 54.

20) EuGH Rs 106/77, *Simmenthal II*, Slg 1978, 629, RN 24; EuGH vom 22. 5. 2003, Rs C-462/99, *Connect* (abrufbar unter www.curia.eu.int), RN 40 f.

21) *Fischer*, *Europarecht*³ (2001) 97.

22) *Öhlinger/Potacs*, *Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht*² (2001), 74 ff; *Wegener in Calliess/Ruffert*, *EUV/EGV*², Art 220, RN 22 f.

23) EuGH Rs C-81/98, *Alcatel Austria*, Slg 1999, I-7671, RN 48.

24) EuGH Rs C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava u a*, Slg 1994, I-483, RN 12.

25) EuGH Rs C-334/94, *Miret*, Slg 1993, I-6911, RN 17.

26) EuGH Rs C-689/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357, RN 11.

2. UNMITTELBARE WIRKUNG

Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien resultiert aus der Tatsache, dass im Unterschied zum primären Europarecht und zu EG-Verordnungen Richtlinien lediglich an die Mitgliedstaaten gerichtet sind. Ist eine Richtlinie nicht fristgerecht oder nicht ausreichend umgesetzt, so kann sich ein Mitgliedstaat nicht auf die nicht ordnungsgemäße Umsetzung berufen. Der Einzelne kann aber direkt aus der Richtlinie einen Anspruch gegenüber dem Mitgliedstaat ableiten,²⁷⁾ wenn die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erfüllt sind. Die entsprechende Richtlinienbestimmung muss dafür inhaltlich unbedingt²⁸⁾ und hinreichend genau²⁹⁾ sein und die Umsetzungsfrist muss abgelaufen sein.³⁰⁾

Wie bereits dargelegt können Richtlinien im Allgemeinen nur im vertikalen Verhältnis gegenüber dem Staat nicht aber im horizontalen Verhältnis zwischen Einzelnen wirken.³¹⁾ Ein säumiger Mitgliedstaat kann sich nicht auf eine Richtlinie zu Lasten eines Einzelnen berufen.³²⁾ Richtlinien entfalten in der Regel keine unmittelbare horizontale Wirkung in Beziehungen zwischen Einzelnen.³³⁾

Im Connect-Fall muss der EuGH nicht auf eine unmittelbare Richtlinienwirkung zurückgreifen, da nach dem Anwendungsvorrang sich der in der Richtlinie garantierte Nachprüfungsanspruch bereits aus dem nationalen Recht ergibt.

C. FOLGEN DES EUGH-URTEILS

1. UNTERBROCHENE VWGH-VERFAHREN

Als Folge des EuGH-Urteils wird der VwGH die wegen des Vorabentscheidungsverfahrens unterbrochenen Verfahren zu behandeln haben. Betroffen davon sind die Beschwerden, deren Beschwerdefrist vor Inkraft-Treten der 5. TKG-Novelle abgelaufen ist. Für Beschwerden gegen spätere Entscheidungen der TKG wurde die ausdrückliche, gesetzliche Zuständigkeit des VwGH durch die 5. TKG-Novelle eingeführt.

2. SEKTORSPEZIFISCHE VERWALTUNGS-GERICHTE

Im Zuge der Umsetzung des neuen europarechtlichen Telekommunikationsregulierungsrahmens³⁴⁾ wurde die Notwendigkeit einer zweiten Tatsacheninstanz zur Überprüfung der Entscheidungen der Regulierungsbehörden diskutiert.

Generalanwalt *Geelhoed*³⁵⁾ argumentiert, dass sich bereits aus dem Telos der Richtlinienbestimmung ein uneingeschränktes Einspruchs- bzw. Beschwerderecht ergibt. Der EuGH geht auf dieses Argument nicht ein und stellt lediglich fest, dass eine VfGH-Beschwerde kein geeignetes Verfahren iSd Art 5 a Abs 3 RL 90/387/EWG darstellt, ohne auf die Frage einzugehen, ob der VwGH eine geeignete Überprüfungsinstanz iSd zitierten Richtlinienbestimmung ist. Der Connect-Fall behandelt Art 5 a Abs 3 RL 90/387/EWG; eine inhaltlich entsprechende Bestimmung findet sich im neuen Regulierungsrahmen in Art 4 Abs 1 Rahmenrichtlinie.³⁶⁾ Art 4 Abs 2 Rah-

menrichtlinie sieht vor, dass die Entscheidungen der Regulierungsbehörde in jedem Fall durch ein vorlageberechtigtes Gericht iSd Art 234 EGV überprüfbar sein müssen; dieses Gericht kann der Beschwerdestelle aber auch nachgeschaltet sein. Nach der Rsp des EuGH³⁷⁾ muss die gerichtliche Nachprüfung nationaler Entscheidungen nicht weiter gehen, als sie der EuGH selbst vornimmt. Verfügt eine Gemeinschaftsbehörde über einen großen Ermessensspielraum,³⁸⁾ so beschränkt der EuGH seine Rechtmäßigkeitskontrolle auf die Prüfung der Frage, ob der Behörde „ein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch unterlaufen ist, oder ob sie die Grenzen ihres Spielraumes offensichtlich überschritten hat“. Die nationale Überprüfungsinstanz muss bei der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Aufhebung einer Genehmigung die maßgebenden Grundsätze und Vorschriften des Gemeinschaftsrechts tatsächlich anwenden können. Eine neue Würdigung des Sachverhalts ist aber nach der Auffassung des EuGH nicht erforderlich.³⁹⁾ Darüber hinaus zitierte das EuG im max.mobil-Urteil⁴⁰⁾ Art 47 der Charta der Grundrechte als allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz, dass jede Person, deren durch die Europäische Union garantierte Rechte verletzt sind, das Recht hat, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Das EuG sieht das Erfordernis eines wirksamen Rechtsbehelfes erfüllt, wenn bei einem weiten Ermes-

27) EuGH Rs C-8/81, Becker, Slg 1982, 52.

28) EuGH Rs C-236/92, Comitato di coordinamento per la difesa della Cava u a, Slg 1994, I-483, RN 9.

29) EuGH Rs C-71/85, Federatie Nederlandse Vakbeweging, Slg 1986, 3855, RN 18.

30) EuGH Rs 41/74, Van Duyn, Slg 1974, 1337, RN 12; EuGH Rs 148/78, Ratti, Slg 1979, 1629, RN 18ff; BVerfGE 75, 223; VfSlg 15427/1999.

31) EuGH Rs 190/87, Oberkreisdirektor des Kreises Borken, Slg 1988, 4689; zur Tendenz der Rechtsprechung des EuGH in Einzelfällen auch eine objektive (horizontale) Wirkung von Richtlinien zuzulassen: Vgl EuGH Rs 103/88, Fratelli Costanzo, Slg 1989, 1839; EuGH Rs C-194/94, CIA Security, Slg 1996, I-2201; EuZW 2001, 145.

32) EuGH Rs 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Slg 1987, 3969, RN 9.

33) EuGH Rs C-192/94, El Corte Inglés, Slg 1996, I-1281, RN 16 und 17; EuGH Rs C-355/96, Silhouette II, Slg 1998, I-4799; ecolex, 1999, 100. Eine objektive Wirkung wurde aber vereinzelt bei staatlichen Rechtsakten mit Doppelwirkung, wie etwa im Vergaberecht, bzw bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen angenommen (EuZW 2001, 145).

34) *Lattenmayer*, Beilage MR 2002 IV, 1.

35) Nach *Geelhoed* müssen alle denkbaren Gründe für die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung vorgebracht werden können. Vgl Schlussantrag des GA *Geelhoed* v 13. 12. 2001 in der Rechtssache C-462/99, Connect (abrufbar unter www.curia.eu.int), RN 47ff.

36) RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 7. 3. 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl L 108 v 24. 4. 2002, 33 – im Folgenden „Rahmenrichtlinie“); *Lattenmayer*, Beilage zu MR 2002 IV, 1.

37) EuGH Rs 120/97, Upjohn, Slg 1999, I-240, RN 35.

38) EuGH Rs C-225/91, Matra/Kommission, Slg 1993, I-3203, RN 24 und 25; EuGH Rs C-157/96, National Farmers' Union, Slg 1998, I-2211, RN 39.

39) EuGH Rs 120/97, Upjohn, Slg 1999, I-240, RN 37.

40) Das EuGEI bestätigt im max.mobil-Urteil die Upjohn-Rechtsprechung indirekt auch nach dem Erlass der Charta der Grundrechte: EuGEI Rs T-54/99, max.mobil, Slg 2002, II-313, RN 57ff.

sen des Entscheidungsträgers⁴¹⁾ eine beschränkte gerichtliche Kontrolle besteht. Diese Kontrolle kann auf die Prüfung beschränkt werden, ob – erstens – die Begründung prima facie schlüssig ist und den relevanten Akteninhalt berücksichtigt, ob – zweitens – ein zutreffender Sachverhalt zugrunde gelegt wurde⁴²⁾ und ob – drittens – die Prima-facie-Beurteilung dieses Sachverhaltes offensichtlich fehlerhaft ist. Insgesamt sah das EuG eine Prüfung mit unterschiedlicher Kontrolldichte, nämlich die vollständige Kontrolle der sachlichen Richtigkeit des festgestellten Sachverhaltes sowie die eingeschränkte Kontrolle der Beurteilung des Sachverhaltes und der Erforderlichkeit, tätig zu werden, als wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf an.

Die aufgezählten europarechtlichen Voraussetzungen für eine Überprüfungsinstanz sind bei VwGH-Beschwerden gegen Entscheidungen der TKK erfüllt. Aus europarechtlicher Sicht ergibt sich daher derzeit keine Notwendigkeit der Einrichtung

einer zweiten Tatsacheninstanz zur Überprüfung der Entscheidungen der TKK.

41) Im betroffenen Fall bei einem weiten Ermessen der Kommission nach Art 90 Abs 3 EGV.

42) Zur Verdrängung des Neuerungsverbot durch unmittelbar wirkendes Europarecht: *Jablonec* ÖJZ 1995, 921.

SCHLUSSTRICH

Ist eine richtlinienkonforme Auslegung einer gemeinschaftswidrigen nationalen Norm nicht möglich, so gilt der Anwendungsvorrang von bestimmten und unbedingten Richtlinienbestimmungen auch im Verhältnis zu innerstaatlichem Verfassungsrecht. Der EuGH legt die Voraussetzungen der inhaltlichen Unbedingtheit und der hinreichenden Bestimmtheit sehr weit aus, um Europarecht zum Durchbruch zu verhelfen.