



VERWALTUNGSGERICHT  
WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38600  
Telefax: (43 01) 4000 99 38600  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-101/042/9792/2018-13

Wien, 27.2.2019

A. OG

Geschäftsabteilung: VGW-B

An den  
Gerichtshof der Europäischen Union  
Palais de la Cour de Justice Boulevard Konrad Aden  
2925 Luxembourg  
int. Rückschein

Das Verwaltungsgericht Wien stellt aufgrund der Beschwerde der A. OG gegen den Spruchpunkt II) der Bescheidausfertigung des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 19.6.2018, GZ: ..., mit welchem gemäß § 25 Abs. 5 Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG) über den Einspruch der A. OG vom 24.5.2018 gegen den Rückstandsausweis der Bauarbeiter-Abfertigungs- und Urlaubskasse vom 25.4.2018 zur Zl. ..., aufgrund dessen am 27.4.2018 die gerichtliche Exekution zur Zl. ... bewilligt worden ist, nachfolgenden Vorabentscheidungsantrag an den Gerichtshof der Europäischen Union:

1) Sind Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV i.V.m. Art. 47 der Charta wie auch der Effektivitätsgrundsatz zumindest im Hinblick auf eine nationale Rechtsordnung, welche zum Zwecke der Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte in ihrer Verfassung ein Grundrecht auf die richterliche Geschäftszuteilung nach einer im Voraus nach allgemeinen Regeln bestimmten festen Geschäftsverteilung festschreibt, dahingehend auszulegen, dass der

Gesetzgeber sicherstellen muss, dass diese grundrechtliche Garantie effektiv und nicht bloß theoretisch ist ?

1a) Zusatzfrage: Im Falle der Verneinung der Frage 1):

Gebieten Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV i.V.m. Art. 47 der Charta wie auch der Effektivitätsgrundsatz in einer das Grundrecht der festen Geschäftsverteilung in der Verfassung verankert habenden nationalen Rechtsordnung irgendwelche Gewährleistungspflichten des Gesetzgebers, und wenn ja, welche?

1b) Zusatzfragen: Im Falle der Bejahung der Frage 1)

1b- 1) Gebieten Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV i.V.m. Art. 47 der Charta wie auch der Effektivitätsgrundsatz zumindest hinsichtlich einer das Grundrecht der festen Geschäftsverteilung in der Verfassung verankert habenden nationalen Rechtsordnung die Nichtbeachtung einer die Aktenzuweisung an einen Richter betreffenden Anweisung bzw. Handlung durch ein nach dem Gesetz zu dieser Anweisung bzw. Handlung unzuständiges Organ?

1b- 2) Gebieten Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV i.V.m. Art. 47 der Charta wie auch der Effektivitätsgrundsatz zumindest hinsichtlich einer das Grundrecht der festen Geschäftsverteilung in der Verfassung verankert habenden nationalen Rechtsordnung, dass die innergerichtliche Geschäftsordnung einem mit der Zuteilung von Gerichtsakten befassenen Organ wenn überhaupt, dann nur ein bereits im Voraus bestimmter enger Ermessensspielraum im Hinblick auf die Zuteilungsentscheidung eingeräumt werden darf?

2) Sind Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV i.V.m. Art. 47 der Charta wie auch der Effektivitätsgrundsatz zumindest im Hinblick auf eine nationale Rechtsordnung, welche zum Zwecke der Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte in ihrer Verfassung ein Grundrecht auf die richterliche Geschäftszuteilung nach einer im Voraus nach allgemeinen Regeln bestimmten festen Geschäftsverteilung festschreibt, dahingehend auszulegen, dass ein Richter, welcher Bedenken 1) gegen die Rechtmäßigkeit einer innergerichtlichen Geschäftsverteilung bzw. 2) gegen die Rechtmäßigkeit einer innergerichtlichen Geschäftsverteilung vollziehenden innergerichtlichen, die

Tätigkeit dieses Richters unmittelbar tangierenden Entscheidung (insbesondere Geschäftssachenzuweisungsentscheidung) hat, im Hinblick auf dieses Bedenken ein (diesen Richter insbesondere nicht finanziell belastendes) Rechtsmittel an ein anderes Gericht erheben können muss, welches über die volle Kognition zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des als rechtswidrig eingestuften Rechtsakts verfügt?

Verneinendenfalls: Gibt es irgendwelche andere vom Gesetzgeber zu gewährleistende Vorgaben, die sicherstellen, dass ein Richter in die Lage versetzt ist, die Rechtmäßigkeit der Einhaltung der ihn betreffenden gesetzlichen Vorgaben der Beachtung der gesetzlichen (insbesondere innergerichtlichen) Vorgaben der Geschäftszuteilung zu erreichen?

3) Sind Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV i.V.m. Art. 47 der Charta wie auch der Effektivitätsgrundsatz zumindest im Hinblick auf eine nationalen Rechtsordnung, welche zum Zwecke der Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte in ihrer Verfassung ein Grundrecht auf die richterliche Geschäftszuteilung nach einer im Voraus nach allgemeinen Regeln bestimmten festen Geschäftsverteilung festschreibt, dahingehend auszulegen, dass eine Partei eines Gerichtsverfahrens, welche Bedenken 1) gegen die Rechtmäßigkeit einer für die Erledigung ihres Verfahrens präjudiziellen Bestimmung der innergerichtlichen Geschäftsverteilung bzw. 2) gegen die Rechtmäßigkeit der Zuweisung dieses Verfahrens an einen bestimmten Richter hat, noch vor der Erlassung der Gerichtsentscheidung im Hinblick auf dieses Bedenken ein (diese Partei finanziell nicht übermäßig belastendes) Rechtsmittel an ein anderes Gericht erheben können muss, welches über die volle Kognition zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des als rechtswidrig eingestuften Rechtsakts verfügt?

Verneinendenfalls: Gibt es irgendwelche andere vom Gesetzgeber zu gewährleistende Vorgaben, die sicherstellen, dass eine Partei noch vor Erlassung der Gerichtsentscheidung in die Lage versetzt ist, die Rechtmäßigkeit der Einhaltung deren Grundrechts auf Beachtung des „gesetzlichen Richters“ zu erreichen?

4) Sind Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV i.V.m. Art. 47 der Charta wie auch der Effektivitätsgrundsatz zumindest im Hinblick auf eine nationalen Rechtsordnung, welche zum Zwecke der Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte in ihrer Verfassung ein Grundrecht auf die richterliche Geschäftszuteilung nach einer im Voraus nach allgemeinen Regeln bestimmten festen Geschäftsverteilung festschreibt, dahingehend auszulegen, dass die gerichtsinterne Geschäftsverteilung und die gerichtsinterne Akteneinlaufsdokumentation derart transparent und nachvollziehbar gestaltet sind, dass der Richter bzw. eine Partei ohne besonderen Aufwand in die Lage versetzt ist, die Übereinstimmung der konkreten Aktenzuteilung zu einem Richter bzw. einem bestimmten Richtersenat mit den Vorgaben der innergerichtlichen Geschäftseinteilung zu überprüfen?

Verneinendenfalls: Gibt es irgendwelche andere vom Gesetzgeber zu gewährleistende Vorgaben, die sicherstellen, dass ein Richter bzw. eine Partei in die Lage versetzt ist, sich Kenntnis von der Rechtmäßigkeit einer bestimmten Gerichtssachenzuteilung verschaffen zu können?

5) Sind Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV i.V.m. Art. 47 der Charta wie auch der Effektivitätsgrundsatz zumindest im Hinblick auf eine nationalen Rechtsordnung, welche zum Zwecke der Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte in ihrer Verfassung ein Grundrecht auf die richterliche Geschäftszuteilung nach einer im Voraus nach allgemeinen Regeln bestimmten festen Geschäftsverteilung festschreibt, dahingehend auszulegen, dass die Verfahrensparteien und der Richter eines Gerichtsverfahrens ohne besonderes eigenes Zutun in die Lage versetzt sein müssen, die Regelungen der Geschäftsverteilung inhaltlich nachzuvollziehen, sowie dass die Verfahrensparteien und der Richter auf diese Weise in der Lage sein muss, die Rechtmäßigkeit der erfolgten Zuteilung der Geschäftssache zu einem Richter bzw. bestimmten Richtersenat zu überprüfen

Verneinendenfalls: Gibt es irgendwelche andere vom Gesetzgeber zu gewährleistende Vorgaben, die sicherstellen, dass ein Richter bzw. eine Partei in die Lage versetzt wird, sich Kenntnis von der Rechtmäßigkeit einer bestimmten Gerichtssachenzuteilung verschaffen zu können?

6) Welche Handlungspflichten treffen einen Richter in Anbetracht seiner unionsrechtlichen Verpflichtung zur Beachtung der unionsrechtlichen Verfahrensvorgaben, welcher durch einen von ihm nicht bekämpfbaren (außergerichtlichen oder innergerichtlichen) Rechtsakt zu einer gegen das Unionsrecht verstoßenden und Parteienrechte verletzenden Handlung verpflichtet wird?

### 1. Maßgebliche rechtliche Bestimmungen und relevante Judikatur:

#### 1.1. Rechtsnormen des EU-Rechts:

Art. 19 Abs. 1 und 2 EUV lautet wie folgt:

„(1) Der Gerichtshof der Europäischen Union umfasst den Gerichtshof, das Gericht und Fachgerichte. Er sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge.

Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.

(2) Der Gerichtshof besteht aus einem Richter je Mitgliedstaat. Er wird von Generalanwälten unterstützt.

Das Gericht besteht aus mindestens einem Richter je Mitgliedstaat.

Als Richter und Generalanwälte des Gerichtshofs und als Richter des Gerichts sind Persönlichkeiten auszuwählen, die jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten und die Voraussetzungen der Artikel 253 und 254 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllen. Sie werden von den Regierungen der Mitgliedstaaten im gegenseitigen Einvernehmen für eine Amtszeit von sechs Jahren ernannt. Die Wiederernennung ausscheidender Richter und Generalanwälte ist zulässig.“

Art. 31 der Charta samt Überschrift lautet wie folgt:

„Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

(1) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.

(2) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.“

Art. 47 der Charta samt Überschrift lautet wie folgt:

„Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht

(1) Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

(2) Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

(3) Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.“

Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (kurz: RL 2003/88/EG) lautet:

"Jahresurlaub

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden."

Nach Art. 17 dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten von bestimmten Bestimmungen dieser Richtlinie abweichen. Im Hinblick auf die Regelung des Art. 7 dieser Richtlinie ist allerdings keine Abweichung erlaubt.

### 1.2. Judikatur des Gerichtshofs zum Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88:

Nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 i.V.m. Art. 31 Abs. 2 der Charta hat jeder Arbeitnehmer Anspruch auf einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen. Dieser Anspruch ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union anzusehen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vgl. EuGH 20. Juli 2016, Maschek, C 341/15, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung; 13.12.2018, C-385/17, Rn 22 (Hein)

Dieser jedem Arbeitnehmer zustehende Anspruch ist zudem in Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte primärrechtlich ausdrücklich verankert.<sup>2</sup>

Die durch diese Bestimmung garantierten Ansprüche auf Jahresurlaub und auf Zahlung des Urlaubsentgelts stellen zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs dar.<sup>3</sup> Zudem hat der Gerichtshof klargestellt, dass der Ausdruck „bezahlter Jahresurlaub“ in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 bedeutet, dass das Arbeitsentgelt für die Dauer des „Jahresurlaubs“ im Sinne dieser Richtlinie weiter zu gewähren ist, und dass der Arbeitnehmer für diese Ruhezeit das gewöhnliche Arbeitsentgelt erhalten muss.<sup>4</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs wird mit dem in Art. 7 der Richtlinie 2003/88 verankerten Anspruch auf Jahresurlaub der Zweck verfolgt, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich zum einen von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen und zum anderen über einen Zeitraum der Entspannung und Freizeit zu verfügen.<sup>5</sup> Dementsprechend soll der garantierte Anspruch auf ein bezahltes Urlaubsentgelt es dem Arbeitnehmer ermöglichen, den Urlaub, auf den er Anspruch hat, auch tatsächlich zu nehmen.<sup>6</sup>

Zudem ergibt sich insbesondere aus dem ersten, vierten, siebten und achten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/08, dass diese auch das Ziel der Angleichung der innerstaatlichen Arbeitszeitvorschriften verfolgt.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Vgl. EuGH 8.11.2012, C 229/11 und C 230/11, Rn 22 (Heimann und Toltschin); 29.11.2017, C 214/16, Rn 33 (King); 4.10.2018, C 12/17 (Dicu):799, Rn. 25; 13.12.2018, C-385/17, Rn 23 (Hein)

<sup>3</sup> Vgl. EuGH 20.1.2009, C-350/06 und C-520/06, Rn 60 (Schultz-Hoff); 15.9.2011, C-155/10, Rn 26 (Williams); 13.12.2018, C-385/17, Rn 24 (Hein)

<sup>4</sup> Vgl. EuGH 16.3.2006, C-131/04 und C-257/04, Rn 50 (Robinson-Steele); 15.9.2011, C-155/10, Rn 19 (Williams); 29.11.2017, C-214/16, Rn 35 (King); 13.12.2018, C-385/17, Rn 32 (Hein)

<sup>5</sup> Vgl. EuGH 20.1.2009, C-350/06 und C-520/06, Rn 25 (Schultz-Hoff); 30.6.2016, C-178/15, Rn 25 (Sobczyszyn); 20.7.2016, C 341/15, Rn 34 (Maschek); 29.11.2017, C-214/16, Rn 37 (King); 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16, Rn 41ff (Bauer und Broßonn)

<sup>6</sup> Vgl. EuGH 16.3.2006, C-131/04 und C-257/04, Rn 60 (Robinson-Steele); 29.11.2017, C-214/16, Rn 35 (King); 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16, Rn 40 (Bauer und Broßonn)

<sup>7</sup> Vgl. etwa EuGH 26.6.2001, C-173/99, Rn 37 (Bectu); 9.9.2003, C-151/02, Rn 45, 47 (Jaeger); 5.10.2004, C-397/01, Rn 91 (Pfeiffer); 1.12.2005, C-14/04, Rn 40 (Dallas); Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 24.1.2008, C-520/06, Rn 47 (Stringer)

Aus dem Wortlaut des Art. 7 der Richtlinie 2003/88 und der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass es die Pflicht der Mitgliedstaaten ist, in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften die Voraussetzungen für die Wahrnehmung und die Umsetzung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub festzulegen und dabei die konkreten Umstände zu bezeichnen, unter denen die Arbeitnehmer diesen Anspruch geltend machen können.<sup>8</sup> Insbesondere haben die Mitgliedstaaten geeignete gesetzliche Maßnahmen zu setzen, um mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG unvereinbare Praktiken zu unterbinden.<sup>9</sup>

### 1.3. Darstellung der relevanten Vorschriften des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes und Ausführungen zur deren Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG:

Die Umsetzung des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG für einen gesetzlich näher bestimmten Kreis von in der Bauwirtschaft beschäftigten Arbeitnehmern (vgl. die §§ 2 und 3 BUAG) erfolgt durch die §§ 4 bis 12, 22 bis 23, 24 bis 29a Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG)<sup>10</sup>:

Der gegenständlich bekämpfte und den Gegenstand des anhängigen Beschwerdeverfahrens bildende Bescheid wurde auf Grundlage der Bestimmung des § 25 BUAG erlassen. Durch diese Bestimmung wird der durch § 14 Abs. 2 BUAG als öffentliche Rechtsträgerin eingerichteten „Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK)“ das Recht zugesprochen, Bauunternehmen „Zuschläge“ und „Nebengebühren“ vorzuschreiben. Im Falle der Nichtbezahlung dieser „Zuschläge“ bzw. „Nebengebühren“ wird der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) durch § 25 Abs. 3 BUAG das Recht zur Erlassung eines Rückstandsausweises zuerkannt. Bei einem Rückstandsausweis handelt es sich um einen hoheitlichen Rechtsakt, mit welchem eine fällige Forderung einer im Regelfall öffentlich-rechtlichen Körperschaft festgestellt wird. Wenn dieser Rückstandsausweis nicht beeinsprucht wird, ist dieser ein gültiger

<sup>8</sup> Vgl. EuGH 20.1.2009, C 350/06 und C 520/06, Rn 28 (Schultz-Hoff); 12.6.2014, C-118/13, Rn 20f (Bollacke); 29.11.2017, C-214/16, Rn 34f (King); 6.11.2018, C-684/16, Rn 34 (Max-Plank-Gesellschaft); 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16, Rn 39f (Bauer und Broßonn)

<sup>9</sup> Vgl. EuGH 16.3.2006, C 131/04 und C-257/04, Rn 67 (Robinson-Steele)

<sup>10</sup> Vgl. die Wiedergabe des Gesetzestextes auf den Beilageseiten 21 bis 62

Exekutionstitel, und somit insbesondere in einem gerichtlichen Exekutionsverfahren vollstreckbar.

Gegen einen Rückstandsausweis gemäß § 25 Abs. 3 BUAG kann das durch diesen belastete Bauunternehmen ein Rechtsmittel namens „Einspruch“ an die Bezirksverwaltungsbehörde einbringen, welche sodann über diesen Einspruch mit einem Bescheid abzusprechen hat. Gegen einen solchen Bescheid steht dem belasteten Bauunternehmer gemäß Art. 132 i.V.m. Art. 130 und Art. 131 B-VG<sup>11</sup> das Rechtsmittel der „Beschwerde“ an das zuständige Landesverwaltungsgericht zu. Solch eine Beschwerde ist der Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens vor dem Verwaltungsgericht Wien.

Die Höhe der von der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) durch einen Rückstandsausweis einem Bauunternehmen regelmäßig vorschreibbaren Forderung namens „Zuschlag“ wird durch die Bestimmungen der §§ 21 und 21a BUAG näher geregelt. § 25 Abs. 4 BUAG bestimmt die Höhe der von der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) vorschreibbaren „Nebengebühr“.

Durch diese gesetzlich normierten Zahlungspflichten von Bauunternehmungen („Zuschlag“ und „Nebengebühr“) erfolgt die Finanzierung der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK), deren Aufgabe wiederum darin besteht, bestimmte Entgeltansprüche, welche ein Dienstnehmer des verpflichteten Bauunternehmens gegen dieses Bauunternehmen hat, anstelle des verpflichteten Bauunternehmens dem Dienstnehmer dieses Bauunternehmens auszuzahlen. So normiert § 8 Abs. 1 letzter Satz BUAG, dass „der Anspruch [des Arbeitnehmers] auf Urlaubsentgelt sich gegen die Urlaubs- und Abfertigungskasse (richtet)“. Daher hat auch ein Arbeitnehmer, welchen ein Urlaubsentgelt ausbezahlt erhalten will, gemäß § 8 Abs. 2 BUAG bei der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) einen entsprechenden Auszahlungsantrag einzubringen. Die Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) nimmt daher insbesondere im Umfang dieser (durch Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG

<sup>11</sup> Vgl. Beilage S 11-15

garantierten) Arbeitnehmerentgeltansprüche eine Zahlerfunktion für das zur Zuschlags- und Nebengebührenzahlung verpflichtete Bauunternehmen wahr.<sup>12</sup>

Zu der von der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) für die jeweiligen Bauunternehmer wahrzunehmenden Entgeltauszahlungsaufgabe zählt auch die Auszahlung der einem Arbeitnehmer zustehenden Urlaubsentgelte (vgl. § 8 BUAG) bzw. Urlaubersatzleistungen (vgl. § 9 BUAG). Zudem erfolgt durch die §§ 4 bis 7 BUAG die nähere Konkretisierung der einem Arbeitnehmer eines durch die §§ 2 und 3 BUAG erfassten Bauunternehmens gegenüber dessen Dienstgeber geltend machbaren Urlaubsgewährungsansprüche (daher der geltend machbaren Urlaubsruhezeitansprüche).

Diese Art der Umsetzung der Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG durch die Zwischenschaltung einer Garantieeinrichtung erfolgt nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs in Übereinstimmung mit dem durch diese Richtlinienbestimmung verfolgten Schutzziel des Arbeitnehmerschutzes<sup>13</sup> und werden die Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG durch viele nationale Rechtsordnungen auf diese Weise umgesetzt<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Gemäß § 8 BUAG dürfen die in den §§ 2 und 3 BUAG angeführten Unternehmen die deren Dienstnehmern zustehenden Entgeltansprüche aus den Titeln des Urlaubs nur von einem eigens eingerichteten Konto auszahlen. Dieses Konto wird gemäß § 8 Abs. 3 BUAG von den vom Unternehmen an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) geleisteten Zahlungen gespeist. Ein von diesem Gesetz betroffener Dienstnehmer erhält gemäß § 8 bzw. 9 bzw. 13f BUAG bzw. § 13m BUAG die diesem Dienstnehmer zustehenden Entgeltansprüche aus den Titeln des Urlaubs, der Abfertigung und den übrigen Anspruchsgrundlagen entweder von diesem von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) kontrollierten Konto oder direkt von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) ausbezahlt.

<sup>13</sup> Zur grundsätzlichen Geeignetheit der gesetzlichen Schaffung einer Garantieeinrichtung zur Erreichung des auch durch Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG verfolgten Schutzzwecks des Arbeitnehmerschutzes vgl. etwa EuGH 28.3.1996, C-272/94, Rn 12ff (Guiot); 14.7.1998, C-125/97, Rn 20 (Regeling); 25.10.2001, C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-54/98, Rn 45,49,53 (Finalarte), 18.7.2007, C-490/04, Rn 46 (Bundesrepublik Deutschland)

Vgl. zur Geeignetheit der gesetzlichen Schaffung einer Garantieeinrichtung zum Zwecke des Schutzzwecks des Arbeitnehmerschutzes EuGH 25.9.2002, C-341/02 (Bundesrepublik Deutschland); 17.11.2011, C-435/10 (Ardennen); 5.11.2014, C-11/13 (Tümer); 24.11.2016, C-454/15; 25.7.2018, C-338/17 (Guigo)

<sup>14</sup> Vgl. etwa in Frankreich (Caisse Nationale de Surcompensation du Bâtiment et des Travaux Publics de France), in Belgien (Office Nationale de Sécurité Sociale), in Italien (Commissione Nazionale Paritetica per le Casse Edili), in den Niederlanden (Stichting Vakantiefonds voor de Bouwnijverheid und Stichting Vakantiefonds voor de Landbouw), in Deutschland (Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft) (vgl. dazu auch Schlussanträge des Generalanwalts Colmer, C-490/04, Rn 64 [Bundesrepublik Deutschland]).

Weiters hat der Gerichtshof zur Rolle der nationalen Gerichte bei einem Verfahren über eine Rechtsstreitigkeit zwischen Privatpersonen, in dem sich zeigt, dass die fragliche nationale Regelung gegen das Unionsrecht verstößt, klargestellt, dass es diesen Gerichten obliegt, den Rechtsschutz sicherzustellen, der sich für den Einzelnen aus den unionsrechtlichen Bestimmungen ergibt, wobei die nationalen Gerichte die volle Wirkung der unionsrechtlichen Bestimmungen zu gewährleisten haben.<sup>15</sup> In diesem Zusammenhang sind die Mitgliedstaaten auch verpflichtet, einem Arbeitnehmer die Möglichkeit der Wahrnehmung eines wirksamen Rechtsbehelfs i.S.d. Art. 47 der Charta einzuräumen.<sup>16</sup>

Wenn man sich vor Augen hält, dass die nach der obigen Judikatur des Gerichtshofs zulässige Umsetzungsvariante der Zwischenschaltung einer Garantieeinrichtung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber auch Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen einer Garantieeinrichtung und einem Arbeitnehmer wie auch zwischen einer Garantieeinrichtung und einem Arbeitgeber schafft, kann im Lichte der Vorgaben des Art. 47 der Charta nach Ansicht des antragstellenden Gerichts nichts anderes für Rechtsstreite zwischen einem Arbeitnehmer und einer Garantieeinrichtung bzw. zwischen einem Arbeitgeber und einer Garantieeinrichtung gelten. Auch im Hinblick auf diese Rechtsverhältnisse haben daher die Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und der sonstigen unionsrechtlichen Bestimmungen (insbesondere von den Gerichten) beachtet zu werden.

Im Übrigen hat der Gerichtshof auch ausgesprochen, dass ein Vollstreckungsverfahren im Hinblick auf einen Hoheitsakt, durch welchen EU-Recht durchgeführt wurde, auch in Durchführung von EU-Recht ergeht.<sup>17</sup>

#### 1.4. nationale Verfassungslage der Garantie des gesetzlichen Richters und des Gebots der festen Geschäftsverteilung im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit

<sup>15</sup> Vgl. EuGH 19.1.2010, C-555/07, Rn 45 (Kücükdeveci); 19.4.2016, C-441/14, Rn. 29 (DI); 13.12.2018, C-385/17, Rn 48 (Hein)

<sup>16</sup> Vgl. EuGH 29.11.2017, C-214/16, Rn 41 (King)

<sup>17</sup> Vgl. EuGH 30.6.2016, C-205/15, Rn 26-28 (Toma)

und dazu ergangene relevante Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs:

Gemäß Art. 135 Abs. 2 Bundesverfassungsgesetz (B-VG)<sup>18</sup> sind die von einem Verwaltungsgericht zu vollziehenden Verfahren nach einer festen und für ein Kalenderjahr im Voraus bestimmten Geschäftsverteilung den einzelnen Gerichtsabteilungen (Richtern) zuzuweisen. Auch bestimmt Art. 135 Abs. 2 B-VG, dass eine für ein Kalenderjahr erlassene Geschäftsverteilung nur in wenigen Sonderkonstellationen abgeändert werden darf. In allen Angelegenheiten der Geschäftsverteilung darf demnach nur ein eigens für diese Angelegenheiten eingerichtetes gerichtliches Kollegialorgan (Geschäftsverteilungsausschuss) Entscheidungen treffen. Nach dem Verständnis der österreichischen Bundesverfassung ist das Prinzip der „festen Geschäftsverteilung“ bei Gerichten eine zentrale Schutzbestimmung zur Sicherung der gerichtlichen Unabhängigkeit und zur Unterbindung von unsachlichen Einflussnahmen auf die gerichtliche Geschäftserledigung. Auch dient diese Regelung der Sicherung des äußeren Anscheins der verfassungsrechtlich (insbesondere die Verfassungsbestimmungen des Art. 83 Abs. B-VG<sup>19</sup> und des Art. 6 Abs. 1 EMRK) garantierten Unparteilichkeit bzw. Unabhängigkeit der Gerichte. Daher stuft der Verfassungsgerichtshof jede Gerichtsentscheidung, welche von einem nach der gerichtlichen Geschäftsverteilung für das konkrete Gerichtsverfahren unzuständigen Richter getroffen worden ist als verfassungswidrig ein, und hebt diese Entscheidung deshalb auf, damit über diese Angelegenheit sodann der Richter, welcher nach der Geschäftsverteilung zuständig ist, entscheidet.<sup>20</sup> Auch der Verwaltungsgerichtshof stuft eine von einem entgegen der Vorgaben der Geschäftsverteilung zuständig gemachten Richter erlassene Entscheidung als rechtswidrig ein, und hebt diese wegen Unzuständigkeit des Richters auf.<sup>21</sup> Die

<sup>18</sup> Vgl. Beilage S 16 - 17

<sup>19</sup> Vgl. Beilage S 10

<sup>20</sup> Vgl. etwa VfSlg. 14.985/1997; 19.514/2011; 19.556/2011; 19.671/2012; VfGH 23.2.1998, B772/97; 23.2.1998, B1275/97; 23.2.1998, B2096/97; 23.2.1998, B2130/97; 23.2.1998, B2280/97; 23.2.1998, B2300/97; 23.2.1998, B2329/97; 24.2.1998, B239/97, B758/97, B1469/97, B1939/97, B2417/97; 24.2.1998, B1860/97; 2.3.1998, B1559/97; 2.3.1998, B2401/97; 8.6.1998, B1422/97; 2.10.2013, B790/2013; 25.11.2013, U1121/2012; 11.12.2013, U1914/2012; 6.6.2014, U 1820/2013; 20.6.2018, E1273/2018 [Beilage S 226-363]).

<sup>21</sup> Vgl. VwGH 29.6.2017, Ra 2017/21/0032; 21.11.2018, Ro 2018/03/0049

Bestimmung des Art. 135 Abs. 2 B-VG wurde im Wesentlichen durch die §§ 14 und 18 des Gesetzes über das Verwaltungsgericht Wien (VGWG)<sup>22</sup> umgesetzt.

Aufgrund der obangeführten Vorgaben des Art. 135 Abs. 2 B-VG und des § 18 VGWG wurde vom Geschäftsverteilungsausschuss des Verwaltungsgerichts Wien für das Jahr 2018 eine Geschäftsverteilung erlassen, in welcher insbesondere die Aktenzuteilung an Richter und die Aktenabnahme von einem Richter abschließend geregelt ist.<sup>23</sup> Gemäß dem Punkt B 2 der Geschäftsverteilung darf ein einem Richter einmal zugeteilter Akt nur aufgrund eines vom gesamten Kollegialorgan „Geschäftsverteilungsausschuss“ zu fassenden Beschlusses abgenommen werden. Punkt B 4.1 wiederum normiert, wie im Falle einer nach Ansicht eines Richters erfolgten Fehlzuteilung eines Akts an diesen vorzugehen ist. Diesfalls hat der Richter die Pflicht, einen als „Unzuständigkeitseinrede“ bezeichneten Rechtsakt zu setzen, in welchem der Richter seine Annahme begründen muss, und zum Ausdruck bringen muss, wie die Aktenzuteilung korrekt erfolgen hätte müssen.

Auf Grundlage der Begründung dieser „Unzuständigkeitseinrede“ ist sodann unverzüglich vom Gerichtsprotokoll der diesem Richter zugewiesene Gerichtsakt erneut einem Richter zuzuweisen. Kein Gerichtsorgan ist befugt anzuordnen, dass diese aufgrund der Ausführungen der Begründung der „Unzuständigkeitseinrede“ vorzunehmende neuerliche Aktenzuweisung nach anderen Kriterien, als in der Begründung der „Unzuständigkeitseinrede“ dargelegt, zu erfolgen hat. Schon gar nicht darf ein Gerichtsorgan verfügen, dass diese neuerliche Aktenzuweisung zu unterbleiben hat. Als Korrektiv einer Fehleinschätzung dieses eine (erste) „Unzuständigkeitseinrede“ erhobenden Richters normiert die Geschäftsverteilung, dass auch der Richter, welchem aufgrund dieser (ersten) „Unzuständigkeitseinrede“ der Gerichtsakt zugewiesen worden ist, eine (zweite) „Unzuständigkeitseinrede“ einzubringen hat, wenn seines Erachtens auch dieser (zweite) Richter zur Aktenerledigung unzuständig ist. Nur in diesem Fall hat der Vorsitzende des Kollegialorgans „Geschäftsverteilungsausschuss“ (das ist der Gerichtspräsident) eine Befugnis, auf die Zuteilung des jeweiligen Gerichtsakts Einfluss zu nehmen. Nur diesfalls

<sup>22</sup> Vgl. Beilage S 64-66

<sup>23</sup> Vgl. Beilage S 73-115

hat der Gerichtspräsident nämlich die Befugnis (und Pflicht) zu entscheiden, welcher Richter nach welcher konkreten Bestimmung der Geschäftsverteilung zur Akterledigung zuständig ist. Diese Entscheidung ist den betroffenen Richtern als Verfahrensparteien der beiden Unzuständigkeitseinredeverfahren zuzustellen.

#### 1.5. relevante Judikatur des Gerichtshofs der Union zu Art. 7 der Charta bzw. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK:

Art. 47 der Charta gewährleistet den durch Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 13 EMRK verankerten Grundrechtsschutz im Unionsrecht. Daher hat der Europäische Gerichtshof in seiner Judikatur lediglich Art. 47 der Charta heranzuziehen.<sup>24</sup>

Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der auch im Art. 47 der Charta zum Ausdruck kommt.<sup>25</sup>

Nach Art. 47 Abs. 1 der Charta hat jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Nach Art. 47 Abs. 2 hat jede Person ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

Nach den Erläuterungen zu Art. 47 der Charta, die gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 7 der Charta für deren Auslegung zu berücksichtigen sind, stützt sich Art. 47 Abs. 1 der Charta auf Art. 13 der am 4.11.1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), und entspricht Art. 47 Abs. 2 der Charta Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Vgl. EuGH 8.12. 2011, C 386/10, Rn 51 (Chalkor/Kommission); 6.11.2012, C-199/11, Rn 47 (Otis)

<sup>25</sup> Vgl. EuGH 8.12.2011, C 389/10, Rn 119 (KME Germany); 28.2.2013, C-334/12, Rn 40ff (Jaramillo]; 18.12.2014, C-562/13, Rn 45 (Abdida); 6.10.2015, C-362/14, Rn 95 (Schrems); 21.12.1996, C-131/15, Rn 49 (Club Hotel Loutraki AE)

<sup>26</sup> Vgl. EuGH 28.2.2013, C-334/12, Rn 41f (Jaramillo]

Nach Art. 2 EUV gründet sich die Union auf Werte wie die Rechtsstaatlichkeit, die allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft, die sich u. a. durch Gerechtigkeit auszeichnet, gemeinsam sind. Das gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten und insbesondere zwischen deren Gerichten beruht auf der Prämisse, dass die Mitgliedstaaten eine Reihe gemeinsamer Werte teilen, auf die sich, wie es in Art. 2 EUV heißt, die Union gründet.<sup>27</sup>

U. a. aufgrund des in Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV niedergelegten Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit haben die Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet für die Anwendung und Wahrung des Unionsrechts zu sorgen.<sup>28</sup>

Damit in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen ein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet ist, müssen sie die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen (Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV), das heißt ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorsehen, mit dem in diesen Bereichen eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet ist.<sup>29</sup>

Der Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Schutzes der Rechte aus dem Unionsrecht, von dem in Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV die Rede ist, ist nämlich ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt; er ist in den Art. 6 und 13 der EMRK und unionsrechtlich auch in Art. 47 der Charta verankert.<sup>30</sup>

Schon das Vorhandensein einer wirksamen, zur Gewährleistung der Einhaltung des Unionsrechts dienenden gerichtlichen Kontrolle ist dem Wesen eines Rechtsstaats inhärent.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Vgl. EuGH 27.2.2018, C-64/16, Rn 30 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses); in diesem Sinne auch das Gutachten 2/13 (Beitritt der Union zur EMRK) vom 18.12.2014, EU:C:2014:2454, Rn. 168

<sup>28</sup> Vgl. EuGH 27.2.2018, C-64/16, Rn 34 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses); in diesem Sinne auch das Gutachten 1/09 (Übereinkommen zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems) vom 8. März 2011, EU:C:2011:123, Rn. 68

<sup>29</sup> Vgl. EuGH 3.10.2013, C-583/11, Rn 100, 101 (Inuit Tapiriit Kanatami); 27.2.2018, C-64/16, Rn 34 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses)

<sup>30</sup> Vgl. EuGH 13.3.2007, C-432/05, Rn 37, (Unibet), 22.12.2010, C-279/09, Rn 29, 33 (DEB); 27.2.2018, C-64/16, Rn 35 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses)

<sup>31</sup> Vgl. EuGH 28.3.2017, C-72/15, Rn 73 (Rosneft); 27.2.2018, C-64/16, Rn 36 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses)

Mangels einer einschlägigen Regelung der Union ist es Sache des innerstaatlichen Rechts jedes Mitgliedstaats, unter Beachtung des Art. 47 der Charta und der Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz, ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Grundrechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden kann; wobei insbesondere die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu regeln sind.<sup>32</sup>

Diese Pflicht der Mitgliedstaaten wird durch Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV wie auch Art. 47 der Charta bestätigt, wonach sie „die erforderlichen Rechtsbehelfe [schaffen], damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist“.<sup>33</sup>

Dabei sind die Mitgliedstaaten für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich, und müssen diese insbesondere die Beachtung des in Art. 47 der Charta verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht gewährleisten.<sup>34</sup>

Insbesondere fordert der Effektivitätsgrundsatz, dass eine nationale Verfahrensvorschrift die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren darf.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Vgl. EuGH 1.4.2004, C-263/02, Rn 31 (Jégo-Quééré); 25.7.2002, C-50/00, Rn 41 (Urteile Unión de Pequeños Agricultores); 15.4.2008, C 268/06, Rn 44, 47 (Impact); 26.1.2010, C 118/08, Rn 31 (Transportes Urbanos y Servicios Generales); 18.3.2010, C 317/08 bis C 320/08, Rn 47, 61 (Alassini); 27.6.2013, C-93/12, Rn 37 (Agrokonsulting); 3.10.2013, C-583/11, Rn 37, 38, 100, 102 (Kanatami); 10.7.2014, C-213/13, Rn 54 (Impresa Pizzarozzi); 17.3.2016, C-161/15, Rn 24, 25 (Benallal); 15.3.2017, C-3/16, Rn 48, 49 (Aquino); 24.10.2018, C-234/17, Rn. 21-24 (XC)

<sup>33</sup> Vgl. EuGH 22.7.2002, C-50/00, Rn 41 (Unión de Pequeños Agricultores); 1.4.2014, C-263/02, Rn 31 (Jégo-Quééré); 26.9.2013, C-418-11, Rn 78 (Texdata Software GmbH); 3.10.2013, C-583/11, Rn 100, 101 (Kantami); 19.11.2014, C-404/13, Rn 52 (ClientEarth); 8.11.2016, C-243/15, Rn 50 (Lesoochranarske zoskupenie VLK)

<sup>34</sup> Vgl. EuGH 25.7.2002, C-50/00, Rn 39, 41 (Union de Pequenos Agricultores); 8.3.2011, C-240/09, Rn 47 (Lesoochranarske zoskupenie); 15.9.2016, C-439/14 und C-488/14, Rn 46 (Star Storage); 8.11.2016, C-243/15, Rn 65 (Lesoochranarske zoskupenie VLK); 14.6.2017, C-685/15, Rn 59 (Online Games)

<sup>35</sup> Vgl. EuGH 17.7.2014, C-169/14, Rn 31 (Morillo und Garcia); 6.10.2015, C-69/14, Rn 27 (Tarsia); 18.2.2016, C-49/14, Rn 40 (Zambrano); 30.6.2016, C-205/15, Rn 26-28 (Toma); 20.10.2016, C-429/15, Rn 29 (Danqua); 15.3.2017, C-3/16, Rn 48, 52 (Aquino); 14.6.2017, C-685/15, Rn 59 (Online Games)

Art. 19 EUV, mit dem der Wert der in Art. 2 EUV proklamierten Rechtsstaatlichkeit konkretisiert wird, überträgt die Aufgabe, in der Rechtsordnung der Union die gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, nicht nur dem Gerichtshof, sondern auch den nationalen Gerichten.<sup>36</sup>

Die nationalen Gerichte erfüllen dabei in Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof eine Aufgabe, die ihnen gemeinsam übertragen ist, um die Wahrung des Rechts bei der Anwendung und Auslegung der Verträge zu sichern.<sup>37</sup>

Die Union ist eine Rechtsunion, in der den Betroffenen das Recht zusteht, die Rechtmäßigkeit nationaler Entscheidungen oder jeder anderen nationalen Handlung, mit der eine Handlung der Union auf sie angewandt wird, gerichtlich anzufechten.<sup>38</sup>

Weder mit dem AEUV noch mit Art. 19 EUV sollen zusätzlich zu den nach nationalem Recht bestehenden Rechtsbehelfen neue Klagemöglichkeiten zur Wahrung des Unionsrechts vor den nationalen Gerichten geschaffen werden.<sup>39</sup> Dies gilt aber nicht, wenn es nach dem System der betreffenden nationalen Rechtsordnung keinen Rechtsbehelf gibt, mit dem zumindest inzident die Wahrung der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleistet werden könnte, oder wenn die einzige Möglichkeit für den Einzelnen, Zugang zu einem Gericht zu erlangen, darin bestünde, eine Rechtsverletzung begehen zu müssen.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Vgl. EuGH 8.3.2011, C-240/09, Rn 50 (Lesoochranárske zoskupenie); 3.10.2013, C-583/11, Rn 90 (Inuit Tapiriit Kanatami); 28.4.2015, C-456/13, Rn 45 (T & L Sugars und Sidul Açúcares); 14.6.2017, C-685/15, Rn 54 (Online Games); 27.2.2018, C-64/16, Rn 32 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses); in diesem Sinne auch das Gutachten 1/09 (Übereinkommen zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems) vom 8.3.2011, EU:C:2011:123, Rn. 66

<sup>37</sup> Vgl. EuGH 3.10.2013, C-583/11 Rn 99 (Inuit Tapiriit Kanatami); 27.2.2018, C-64/16, Rn 33 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses); in diesem Sinne auch Gutachten 1/09 (Übereinkommen zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems] vom 8.3.2011, EU:C:2011:123, Rn. 69

<sup>38</sup> Vgl. EuGH 3.10.2013, C-583/11, Rn 91, 94 (Inuit Tapiriit Kanatami); 27.2.2018, C-64/16, Rn 31 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses)

<sup>39</sup> Vgl. EuGH 13.3.2007, C-432/05, Rn 40 (Unibet); 3.10.2013, C-583/11, Rn 103 (Kanatami)

<sup>40</sup> Vgl. EuGH 13.3.2007, C-432/05, Rn 61, 64 (Unibet); 3.10.2013, C-583/11, Rn 104 (Kanatami)

Die richterliche Unabhängigkeit i.S.d. Art. 47 der Charta ist dem Auftrag des Richters inhärent und ist auf der Ebene der Mitgliedsstaaten für die nationalen Gerichte durch diese Mitgliedstaaten zu gewährleisten.<sup>41</sup>

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bedeutet der Begriff der Unabhängigkeit, die dem Auftrag des Richters innewohnt, vor allem, dass die betreffende Stelle gegenüber der Stelle, die die mit einem Rechtsbehelf angefochtene Entscheidung erlassen hat, die Eigenschaft eines Dritten hat.<sup>42</sup>

Dieser Begriff umfasst zwei Aspekte. Der erste, externe, Aspekt setzt voraus, dass die Stelle vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder im Hinblick auf die ihnen unterbreiteten Streitigkeiten gefährden könnten.<sup>43</sup> Der zweite, interne, Aspekt steht mit dem Begriff der Unparteilichkeit im Zusammenhang und bezieht sich darauf, dass hinsichtlich der Parteien des Rechtsstreits und ihrer jeweiligen Interessen an dessen Gegenstand ein gleicher Abstand gewahrt wird.<sup>44</sup>

Der Gerichtshof hat außerdem festgestellt, dass diese Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit voraussetzen, dass es Regeln insbesondere für die Zusammensetzung der Einrichtung, die Ernennung, die Amtsdauer und die Gründe für eine Enthaltung, Ablehnung und Abberufung ihrer Mitglieder gibt, die es ermöglichen, bei den Rechtsunterworfenen jeden berechtigten Zweifel an der Unempfänglichkeit der genannten Stelle für Einflussnahmen von außen und

<sup>41</sup> Vgl. EuGH 19.9.2006, C-506/04, Rn 49 (Wilson); 14.6.2017, C-685/15, Rn 60 (Online Games); 13.12.2017, C-403/16, Rn 40 (El Hassani); 27.2.2018, C-64/16, Rn 42 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses)

<sup>42</sup> Vgl. EuGH 30.3.1993, C 24/92, Rn 15 (Corbiau); 30.5.2002, C 516/99, Rn 36 (Schmid), 19.9.2006, Wilson, C 506/04, Rn 49 (Wilson); 22.12.2010, C-517/09, Rn 38 (RTL Belgium); 31.1.2013, C-175/11, Rn 95 (H.I.D.)

<sup>43</sup> Vgl. EuGH 19.9.2006, C-506/04, Rn 50, 51 (Wilson); 22.12.2010, C-517/09, Rn 39 (RTL Belgium); 31.1.2013, C-175/11, Rn 96 (H.I.D.); 9.10.2014, C-222/13, Rn 30 (TDC); 6.10.2015, C-203/14, Rn 19 (Consorti Sanitari del Maresme); 17.2.2017, C-503/15, Rn 37 (Panicello); 14.6.2017, C-685/15, Rn 60 (Online Games); 27.2.2018, C-64/16, Rn 44 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses)

<sup>44</sup> Vgl. EuGH 19.9.2006, C-506/04, Rn 52 (Wilson); 22.12.2010, C-517/09, Rn 40 (RTL Belgium); 31.1.2013, C-175/11, Rn 96 (H.I.D.); 9.10.2014, C-222/13, Rn 31 (TDC); 6.10.2015, C-203/14, Rn 20 (Consorti Sanitari del Maresme); 17.2.2017, C-503/15, Rn 38 (Panicello); 14.6.2017, C-685/15, Rn 61 (Online Games)

an ihrer Neutralität in Bezug auf die einander gegenüberstehenden Interessen auszuräumen.<sup>45</sup>

Die Garantien, die die Zusammensetzung des Gerichts betreffen, sind folglich der Grundpfeiler des Rechts auf ein faires Verfahren, dessen Beachtung der Richter prüfen muss, wenn eine Verletzung dieses Rechts geltend gemacht wird. Dies ergibt sich auch aus Art. 47 Abs. 2 der Charta und Art. 6 Abs. 1 EMRK, wonach jede Person ein Recht darauf hat, dass ihre Sache von einem (zuvor) durch Gesetz errichteten Gericht verhandelt wird, und dem Umstand, dass der Begriff des Gesetzes insbesondere die gesetzlichen Vorschriften über die Errichtung und Zuständigkeit der Gerichte umfasst.<sup>46</sup>

Nach der Judikatur des EuGH haben die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden haben, für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen Sorge zu tragen, indem sie erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Bestimmung aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen, ohne die vorherige Beseitigung dieser nationalen Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren zu beantragen oder abzuwarten.<sup>47</sup>

Zudem hat der Gerichtshof bereits vor der Schaffung der Charta aus dem EU-Recht abgeleitet, dass ein EU-Recht anwendendes nationales Gericht durch das nationale Verfahrensgesetz in die Lage versetzt sein muss, „bereits zum Zeitpunkt dieser Anwendung alles Erforderliche zu tun, um diejenigen Rechtsvorschriften auszuschalten, die unter Umständen ein wenn auch nur vorübergehendes Hindernis für die volle Wirksamkeit von Gemeinschaftsnormen bilden.“<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Vgl. EuGH 14.5.2008, C-109/07, Rn 24 (Pilato); 31.1.2013, C-175/11, Rn 97 (H.I.D.); 9.10.2014, C-222/13, Rn 32 (TDC); 14.6.2017, C-685/15, Rn 62 (Online Games)

<sup>46</sup> Vgl. EuGH 1.7.2008, C-341/06 und C-342/06, Rn 46 (Chronopost); 19.2.2009, C-308/07, Rn 42 (Atxalandabaso); 2.10.2014, C-127/13, Rn 50, 51 (Strack); Schlussausführungen der Generalanwältin Kokott C-127-13; Rn 81, 82 (Strack)

<sup>47</sup> Vgl. EuGH 15.7.1964, 6/64 (Costa); 9.3.1978, C 106/77, Rn 21, 24 (Simmenthal); 22.10.1998, C-10-22/97, Rn 20, 21 (IN.CO.GE.90) 11.9.2014, C-112/13, Rn 36, 37 (A); 6.3.2018, C-52/16 und C-113/16, Rn. 46 (SEGRO und Horváth); 24.10.2018, C-234/17, Rn 44 (XC)

<sup>48</sup> Vgl. EuGH 19.6.1990, C-213/89, Rn 20 (Factorame Ltd); in diesem Sinne auch schon EuGH 9.3.1978, C 106/77, Rn 21-23 (Simmenthal);

Für den Fall, dass durch die nationale Verfahrensordnungsregelung es einem Gericht untersagt ist, im Rahmen des von diesem durchzuführenden (mangels Vorliegens von Zurückweisungsgründen zulässigen, erstgerichtlichen) Verfahrens die Frage der Beachtung eines EU-rechtlichen öffentlichen Interesses von Amts wegen zu prüfen, hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass solch eine Regelung mit dem Unionsrecht nicht vereinbar ist.<sup>49</sup>

In diese Richtung zielte wohl auch der Verweis des Generalanwalts Saugmandsgaard in seinen Schlussausführungen vom 5.6.2018 zu C-234/17 (XC), als dieser in Rn 57-60 ausführte:

„57 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der Umstand, dass es unter den Umständen des Ausgangsverfahrens nicht möglich ist, ein rechtskräftiges Strafurteil wegen einer Verletzung des Unionsrechts, insbesondere des in Art. 50 der Charta und in Art. 54 SDÜ niedergelegten Grundrechts, in Frage zu stellen, keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Effektivität des Unionsrechts darstellt.

2. Ausnahme: Infragestellung der Rechtskraft nationaler Entscheidungen, wenn der Betroffene nicht die Möglichkeit hatte, die durch das Unionsrecht verliehenen Rechte geltend zu machen

58. Ich weise jedoch darauf hin, dass der Gerichtshof eine Ausnahme von der Rechtskraft nationaler Entscheidungen in dem Fall macht, in dem die Einhaltung dieses Grundsatzes dazu führen würde, dass ein nationales Verfahren geschützt wird, das gewisse strukturelle Merkmale aufweist, die die Ausübung der von der Rechtsordnung der Union verliehenen Rechte unmöglich machen oder überaus erschweren.

59. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof insbesondere entschieden, dass eine nationale Vorschrift, nach der in Steuerstreitigkeiten die Entscheidung in einer bestimmten Rechtssache, wenn sie einen auch für andere Rechtssachen grundlegenden Punkt betrifft, hinsichtlich dieses Punktes Bindungswirkung entfaltet, selbst wenn die aus

<sup>49</sup> Vgl. etwa im Hinblick auf eine potentiell gesetzwidrige Vertragsklausel in einem nationalen Verfahren in Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG EuGH 14.12.1995, C-312/93, Rn 16ff (Peterbroeck); 27.6.2000, C-244/98 (Rocio Murciano Quintero); 21.11.2002, C-473/00 (Fredout); 14.6.2012, C-618/10 (Banco Espanol de Credito); 18.2.2016, C-49/14 (Zambrano) (Diese Rechtslage erachtete der Gerichtshof auch deshalb als Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz, da bei dieser Rechtslage die „nicht zu vernachlässigende Gefahr besteht, dass die betroffenen Verbraucher nicht den erforderlichen Widerspruch erheben, sei es wegen der besonders kurzen Frist, die hierfür vorgesehen ist, sei es, weil sie im Hinblick auf die Kosten, die ein gerichtliches Verfahren im Vergleich zur Höhe der bestrittenen Forderung mit sich brächte, davon abgehalten werden könnten, sich zu verteidigen, sei es, weil sie den Umfang ihrer Rechte nicht kennen oder nicht richtig erfassen, oder auch wegen der knappen Angaben in dem von den Gewerbetreibenden eingereichten Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids und folglich der Unvollständigkeit der Informationen, über die sie verfügen.“ [vgl. EuGH 21.11.2002, C-473/00, Rn 26 [Fredout]; 26.10.2006, C-168/05 [Claro]; 14.6.2012, C-618/10, Rn 54 [Banco Espanol de Credito]; 18.2.2016, C-49/14, Rn 52 [Zambrano].)

Vgl. etwa zur gerichtlichen Überprüfung eines öffentliche Interessen zum Gegenstand habenden Schiedsspruchs EuGH 1.6.1999, C-126/97 (Eco Swiss China Time Ltd); 26.10.2006, C-168/05 (Claro)

diesem Anlass getroffenen Feststellungen einen anderen Veranlagungszeitraum betreffen, mit dem Grundsatz der Effektivität nicht vereinbar ist. Denn eine solche Regelung hätte zur Folge gehabt, dass der in der ersten Entscheidung angenommenen Auslegung, insbesondere hinsichtlich des Vorliegens einer missbräuchlichen Praxis im Bereich der Mehrwertsteuer, ohne die Möglichkeit der Berichtigung im Fall einer fehlerhaften Auslegung des Unionsrechts bindende Wirkung erga omnes zukommt (Urteil vom 3. September 2009, Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506, Rn. 26 bis 32).

60. In einer anderen Rechtssache hat der Gerichtshof ausgeführt, dass der Grundsatz der Effektivität auch der Anwendung einer nationalen Vorschrift entgegensteht, die ein nationales Gericht daran hindert, sämtliche Konsequenzen aus einem Verstoß gegen das Verbot der Durchführung staatlicher Beihilfen nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu ziehen, weil eine rechtskräftige nationale Gerichtsentscheidung vorliegt, in der festgestellt worden ist, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verträge in Kraft bleiben, ohne jedoch die Frage zu prüfen, ob sie eine staatliche Beihilfe darstellen. In dem konkreten Fall hätte diese Vorschrift jegliche Kontrolle der Einhaltung des oben genannten Verbots verhindert (Urteil vom 11. November 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 42 bis 46).“

#### 1.6. relevante Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 Abs. 1 EMRK:

Gemäß der ständigen Rechtsprechung des EGMR erfasst das durch Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerte Gebot der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit eines Gerichts auch die Sicherstellung der Unabhängigkeit des einzelnen Richters vor einer unsachlichen Einflussnahme durch Gerichtsorgane, wie etwa den Gerichtspräsidenten.<sup>50</sup>

Ausdrücklich hat der EGMR auch hervorgehoben, dass die durch Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte Garantie der Unparteilichkeit eines Gerichts auch entsprechende Sicherstellungen im Bereich der internen Gerichtsorganisation gebietet, wie etwa Regelungen zur Zulässigkeit der Abziehung eines Richters aus einem diesem zugewiesenen Gerichtsverfahren.<sup>51</sup>

Der EGMR hat die Frage, ob die Bestellung des Spruchkörpers im Einzelfall in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK fällt, lange Zeit offen gelassen (vgl. EGMR 1.10.1982, Nr. 8692/79, Ziff. 33 [Piersack]) und erst im Jahr 2000 bejaht (vgl. EGMR 4.5.2000, Nr. 31657/96 [Buscarini]).

<sup>50</sup> Vgl. EGMR 6.20.2011, 23465/03 (Agrokompleks); 22.12.2009, 24810/06 (Parlov-Thalcic)

<sup>51</sup> Vgl. EGMR 17056/06, ECHR 2009, §§ 99f (Micallef); 15.7.2005, 716/01, § 27 (Meznaric); 9.7.2015, 38191/12, § 82f (A.K.); vgl. auch EGMR 6.6.2000, 34130/96 (Morel); 27.7.2000, 24954/94 (Tierce)

Seither hat er Verletzungen in den Fällen festgestellt, in welchen Vorschriften des nationalen Rechts über die Zusammensetzung des Spruchkörpers offensichtlich missachtet worden waren<sup>52</sup> oder sich eine nachträgliche Neuverteilung von Fällen nicht auf transparente, vorhersehbare Kriterien stützte.<sup>53</sup>

Im Hinblick auf die Einflussnahme eines Gerichtspräsidenten auf die Gerichtsaktenzuteilung erblickte der EGMR in seinem Urteil vom 5.10.2010, Nr. 19334/03 (DMD Group) eine Verletzung der Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK darin, dass die gerichtliche Geschäftssachenzuteilung nicht erschöpfend geregelt war und dem Präsidenten ein großer Ermessensspielraum eingeräumt war.<sup>54</sup>

Im Urteil *Miracle Europe Kft gegen Ungarn* vom 12.1.2016, Nr. 57774/13, befasste sich der Gerichtshof mit dem Transfer eines Zivilverfahrens vom örtlich zuständigen erstinstanzlichen Gericht zu einem anderen erstinstanzlichen Gericht. Das Fehlen von Bestimmungen für dieses Vorgehen bewirkte eine Konventionsverletzung, wobei erschwerend hinzutrat, dass die Umverteilung nicht von einem Organ der Rechtsprechung vorgenommen worden war und damit keinen Akt von Selbstverwaltung der Justiz darstellte (a.a.O., Ziff. 61 ff.). Über die konkreten Umstände des Falls hinausgehend wies der Gerichtshof in seinen Erwägungen auf die durch die Einräumung von Ermessen hervorgerufene Missbrauchsgefahr hin. So sei es beispielsweise möglich, Richter zu überlasten und auf diese Weise unter Druck zu setzen, oder auch, ihnen politisch heikle Fälle gezielt zuzuweisen oder aber vorzuenthalten (a.a.O., Ziff. 58). Im Ergebnis fordert daher der EGMR eine gesetzlich vorherbestimmte Zusammensetzung der Richterbank.

<sup>52</sup> Vgl. etwa EGMR 4.3.2003, Nr. 63486/00, Z 39 ff (Posokhov); 13.4.2006, 73225/01 (Fedotova); 11.7.2006, 36455/02 (Gurov); 14.12.2006, 5433/02 (Shabanov and Tren); 29.4.2008, 26716/03 (Barashkova); 8.9.2009, 38697/02 und 14711/03 (Laryagin and Aristiov); 23.4.2009, 14370/03 (Moskovets); 22.4.2010, 40984/07 (Fatullayev); 25.10.2011, 54809/07 (Richert); 9.1.2013, 21722/11 (Volkov); 2.4.2013, 23103/07 (Momcilovic); 17.12.2013, 11770/08 (Jenita Mocanu); 24.11.2015, 1451/10 und 7260/10 und 7382/10 (Sinistaj); 17.5.2016, 8026/04 (Yegorychev)

<sup>53</sup> Vgl. EGMR 5.10.2010, Nr. 19334/03, Ziff. 69 ff [DMD Group]; 17.12.2013, 11770/08 (Jenita Mocanu)

<sup>54</sup> Vgl. EGMR 5.10.2010, Nr. 19334/03, Z 68 (DMD Group)

Mit dem Thema der Zuteilung von Fällen im Zusammenhang mit dem Anspruch auf den gesetzlich vorgesehenen Richter hat sich auch die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht des Europarats (auch "Venedig-Kommission" genannt) befasst. In einem Bericht aus dem Jahr 2010 hält sie fest, zur Stärkung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz werde dringend empfohlen, die Reihenfolge der Zuteilung von Fällen an die einzelnen Richter auf der Grundlage abstrakter Kriterien festzulegen. Dies könne in alphabetischer Reihenfolge, mithilfe eines Computerprogramms oder nach anderen objektiven Kriterien erfolgen. Regeln und Ausnahmen sollten in Gesetzen oder Reglements verankert sein. Die Kommission räumt ein, dass es nicht durchwegs möglich sein dürfte, ein umfassendes abstraktes System einzurichten, welches keinen Raum für Entscheide im Einzelfall lasse. So sei es denkbar, dass der Arbeitsbelastung oder dem Spezialwissen eines Richters - insbesondere in komplexen Angelegenheiten - Rechnung zu tragen sei. Die Kriterien, nach denen der Gerichtspräsident die Zuteilung vornehme, sollten jedoch im Voraus definiert werden und die Zuteilung selbst der Überprüfung zugänglich sein.<sup>55</sup>

In Entsprechung dieser nun schon gefestigten Judikatur des EGMR geht das antragstellende Gericht davon aus, dass jedenfalls bei als Rechtsschutzinstanz i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK gesetzlich eingerichteten Gerichten die Geschäfte des Gerichts vorab durch eine feste Geschäftsverteilung bestimmt sein müssen, und dass jede Regelung, welche einem Gerichtsorgan (wie etwa dem Gerichtspräsidenten) die Befugnis zuspricht, an diesen Regelungen der Geschäftsverteilung vorbei oder sogar entgegen diesen Regelungen der festen Geschäftsverteilung zu bestimmen, welcher Richter eine bestimmte Gerichtssache zu erledigen hat, als ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK einzustufen ist. So wird etwa aus Art. 6 Abs. 1 EMRK in der österreichischen Rechtsliteratur abgeleitet, dass diese Bestimmung die Sicherung der Unabhängigkeit des Gerichts nicht nur gegen Einflüsse von außen, sondern auch gegen Einflüsse aus dem Bereich des Gerichts selbst vor Augen hat.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Venedig-Kommission, Report on the Independence of the Judicial System, Part I: The Independence of Judges, 16. März 2010, CDL-AD [2010] 004, Ziff. 80

<sup>56</sup> Vgl. etwa Handstanger M., Grundsatzfragen zur Organisation eines Verwaltungsgerichts, in: Bußjäger/Gamper/Ranacher/Sonntag (Hrsg), Die neuen Landesverwaltungsgerichte (2013) 59 (64, 67ff).

Es sind daher wohl auch gesetzliche Regelungen, welche einem Gerichtsorgan bzw. der Justizverwaltung, wie etwa dem Gerichtspräsidenten, einen unnötigerweise weiten Ermessensspielraum im Hinblick auf die Zuweisung eines Gerichtsakts zu einem Richter eröffnen, nicht mit den Vorgaben des Art. 6. Abs. 1 EMRK in Übereinstimmung bringbar. So stuft etwa der österreichische Oberste Gerichtshof eine Regelung einer Geschäftsverteilung, durch welche einem Gerichtsorgan ein unnötig weiter Ermessensspielraum bei der Aktenzuweisung eingeräumt wird, als einen Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Garantie der festen Geschäftsverteilung ein.<sup>57</sup> In diesem Sinne wird in der deutschen Rechtsliteratur auch die in Deutschland für alle Gerichte bestehende Rechtslage ausgelegt.<sup>58</sup>

In diesem Zusammenhang sei auch auf die Judikatur des EGMR verwiesen, wonach der Zweck der Garantien des Art. 6 EMRK auch darin liegt zu gewährleisten, dass Gerichte bzw. Richter nicht den Anschein einer Parteilichkeit erwecken, sodass bereits eine Rechtslage bzw. Konstellation, welche nicht den äußeren Anschein der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit vermittelt, als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK eingestuft wird.<sup>59</sup>

Ausdrücklich fordert der EGMR Garantien in objektiver Hinsicht, welche berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit eines Richters ausschließen.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Vgl. OGH 5.4.2012, 9 Nc 9/12s; 21.5.2013, 1 Ob 36/13w

<sup>58</sup> vgl. etwa Art. 97, 101 deutsches Grundgesetz; §§ 16, 21e deutsches GVG; § 338 Nr. 1 deutsche Strafprozessordnung;

Vgl. Hänlein A., in: Umbach D. (Hrsg), Grundgesetz (Heldelberg 2002), Art. 101, Rn 39. 52 mit weiteren Nennungen

<sup>59</sup> Zum gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK zu gewährleistenden Anschein der Unparteilichkeit bzw. Unabhängigkeit eines Gerichts vgl. etwa Komm 22.10.1984, Series A no. 52 (Sramek); 27.4.1988, A 132/1988 (Belilos); 24.5.1989, 10486/83 (Hauschildt); 1.3.1990, A 171-B/1990 (Kristinsson); EGMR 24.2.1993, 14396/88 (Fey); 28.9.1995, 14.570/89 [Procola/Luxemburg]; 21.10.2000, 33958/96 (Wettstein); 14.3.2000, 37371/97 (Nicholas); 6.6.2000, 34130/96 (Morel); 19.1.2001, 42.095/98 (Daktaras); 65411/01, ECHR 2006-XIII (Saciilor Lormines); 23695/02, ECHR 2005-X (Clarke); 39343/98, ECHR 2003-VI (Kleyn); 15.10.2009, 17.056/06 (Micallef/Malta); 16.10.2012, C-614/10 (Kommission/Österreich); 21722/11, ECHR 2013 (Oleksandr Volkov); 4.3.2014, 36.073/04 (Fazli Aslaner/Türkei); 15.10.2009, 17056/06 (Micallef); 12.1.2016. 57774/13 (Miracle Europe KFT); 9.1.2018, 63246/10 (Nicholas)

<sup>60</sup> Vgl. EGMR 19.1.2001, 42.095/98 [Daktaras]; 29.7.2004, 77562/01 [San Leonard Band Club]).

In diesem Sinne fordert der EGMR in ständiger Judikatur, dass durch den Gesetzgeber effektive prozessuale Sicherungen zur Sicherung der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Gerichte normieren muss (vgl. etwa EGMR 39343/98, ECHR 2003-VI [Kleyn]).

Offenkundig muss die gegenständlich problematisierte österreichische Rechtslage ernsthafte Zweifel an der garantierten Unparteilichkeit von Richtern erwecken, sodass diese auch unter diesem Gesichtspunkt als mit den Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar einzustufen ist.

Dazu kommt, dass nach der österreichischen Rechtslage auch eine Verfahrenspartei nicht befugt ist, die Unzuständigkeit eines Richters vor der Erlassung der Gerichtsentscheidung geltend zu machen; ist doch dieser Gesetzesverstoß erst mit der erlassenen Gerichtsentscheidung bekämpfbar. Nach der Judikatur des EGRM stellt nun aber bereits eine Rechtslage, welche einer Partei die Geltendmachung der Unzuständigkeit bzw. der Befangenheit des Richters vor dessen Entscheidung verunmöglicht, eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK dar (vgl. Kom 30.11.1987, Series A Nr. 127-B [H.]; EGMR 23.6.1994, 16.997/90 [De Moor]). Bei Zugrundelegung der Judikatur des EGMR verstößt daher auch aus diesem Grund die österreichische Rechtslage gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK, und insofern auch gegen Art. 47 der Charta.

Welch hoher Stellenwert den Rechtsschutzgarantien der EMRK zukommt, lässt sich auch daraus ersehen, dass nach der Judikatur des EGMR die EMRK fordert, dass deren Rechtsschutzgarantien nicht bloß theoretischer Natur sein dürfen, sondern dass auch insbesondere institutionell durch den Gesetzgeber Vorsorge getroffen werden muss, dass die Garantien der EMRK auch wirksam und effektiv sind.<sup>61</sup>

In Anbetracht dieser Forderung muss eine Gesetzeslage, welche genau eine solche Geltendmachung gezielt verhindert, zwingend als konventionswidrig einzustufen sein. Es kann wohl nicht mit der Zielsetzung der EMRK vereinbart werden, dass eine Konventionsverletzung nur dann nicht erfolgen soll, wenn diese der durch die EMRK geschützten Person tatsächlich zur Kenntnis gelangt, sodass eine Konventionsverletzung dann nach den Vorgaben der EMRK nicht unterbunden werden soll, wenn ausschließlich Gerichtsorgane aufgrund nur

<sup>61</sup> Vgl. etwa Komm 13.5.1980, 6694/74, Rn 33 (Artico); EGMR 19.4.1993, 13942/88 (Kraska); 19.4.1994, 16034/90 (van de Hurk); 4.12.1995, 23805/94 (Bellet); 12.2.2004, 47287/99 (Perez); 12.11.2002, 47273/99 (Beles); 10.4.2003, 69829/01 (Reis Cunha), 7.3.2006, 74644/11 (Donadze); 15.3.2018, 51357/99 (Nait-Liman); 5.4.2018, 40160/12 (Zubac); 25.1.2000, 38366/97 (Miragall Escolano); 12.11.2002, 66129/99 (Zvolsky and Zvolska); 30.10.2018, 22677/10 (Kursun)

diesen Gerichtsorganen zugänglichen Quellen von dieser Konventionsverletzung Kenntnis erlangt haben. Ebenso wenig kann es mit den Zielsetzungen der EMRK vereinbart werden, dass eine Rechtsordnung ein Rechtsschutzorgan verpflichtet, die Vorgaben der EMRK zu verletzen, wobei diese Rechtsordnung es sogar ausdrücklich untersagt, dass das Rechtsschutzorgan, welches durch einen rechtswidrigen Rechtsakt eines Gerichtsorgans zu einem Verstoß gegen die EMRK verpflichtet worden ist, beantragen kann, dass dieser rechtswidrige Rechtsakt dieses Gerichtsorgans zurückgenommen wird. Genau diese dem Geist der EMRK widersprechende Gesetzeslage besteht, wie das Höchstgericht „Verwaltungsgerichtshof“ in ständiger Judikatur judiziert<sup>62</sup>, in Österreich.

Insofern ist die EMRK wohl dahingehend auszulegen, dass ein Richter verpflichtet ist, von ihm künftig zu setzende Verstöße gegen die Konvention hintanzuhalten. Die Verletzung dieser Verpflichtung wird zudem dem Organwalter zwingend dann vorzuwerfen sein, wenn dieser Organwalter von der Konventionswidrigkeit einer von ihm zu setzenden Handlung Kenntnis erlangt hat. Verschärft wird der Unrechtsgehalt einer solchen Konventionsverletzung durch den Richter, wenn zudem davon auszugehen ist, dass die von dieser Konventionsverletzung verletzten Personen mangels der Möglichkeit, von gerichtsinternen Vorgängen Kenntnis zu erlangen, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit diese Konventionsverletzung nicht in Erfahrung bringen können und noch viel weniger in der Lage versetzt sein werden, diese Konventionsverletzung in einem allfällig angestregten Rechtsmittelverfahren zu belegen; sodass feststeht, dass die Opfer dieser Konventionsverletzung mit Sicherheit nicht in der Lage sind, diese Konventionsverletzung erfolgreich geltend zu machen.

Es liegt auf der Hand, dass eine durch Art. 6 Abs. 1 EMRK normierte Garantie zur Beachtung einer gesetzlich normierten festen Geschäftsverteilung von Gerichten dann nur theoretischer Natur ist, wenn durch das Gesetz dem Richter, welcher durch diese Geschäftsverteilung oder aber durch eine zur Geschäftezuteilung ergangene Entscheidung (insbesondere eine innergerichtliche Zuteilungsentscheidung) zur Behandlung einer Gerichtssache verpflichtet wird,

<sup>62</sup> Vgl. etwa die in der gegenständlich problematisierten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 21.11.2018, Ro 2018/03/0049, und die in dieser Entscheidung angeführten Vorjudikate VwGH 20.12.2017, Ro 2016/04/0009 und VwGH 27.11.2014, Ra 2014/03/0039

keine Möglichkeit eröffnet wird, eine seines Erachtens mit dieser Geschäftssachenzuteilung bewirkte Verletzung der Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK einer Kontrolle durch ein unabhängiges Rechtsschutzorgan i.S.d. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 EMRK (welches wohl ebenfalls ein Gericht i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK sein muss) zuzuführen.

Da die Beachtung der Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK zudem wohl nicht im willkürlichen Belieben eines Organwalters liegen kann, wird zudem auch zu folgern sein, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK sogar den Gesetzgeber verpflichtet, jedem Richter ein subjektives und ohne eigenes Kostenrisiko und ohne unnötige Einbringungshürden wahrzunehmendes Recht auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer nach Einschätzung dieses Richters rechtswidrigen Geschäftssachenzuweisung an diesen durch ein unabhängiges, vom Gericht des Richters unterschiedenes Gericht i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK einzuräumen.<sup>63</sup>

Wenn man diese Gewährleistungsverpflichtung bejaht, wird man zum Ergebnis zu gelangen haben, dass diese Vorgabe dann nicht erfüllt ist, wenn durch das Gesetz einem Richter besondere Hürden in den Weg gestellt werden, welche eine Geltendmachung dieser richterlichen Pflicht, eine erfolgte Geschäftssachenzuteilung einer Überprüfung durch eine unabhängige Rechtsschutzinstanz i.S.d. Art. 6 Abs. 1 bzw. i.S.d. Art. 13 EMRK zuzuführen, zumindest deutlich erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen. Solch eine konventionswidrige Rechtslage würde nämlich selbst dann in Österreich bestehen, wenn der Verwaltungsgerichtshof die Parteistellung des Unterfertigers des Vorabentscheidungsantrags bejaht hätte. Denn auch in diesem Fall wäre ein Richter nur mit einem erheblichen Kostenrisiko in der Höhe von etwa einem Monatsgehalt oder mehr in die Lage versetzt, eine seines Erachtens konventionswidrig erfolgte Geschäftssachenzuteilung einer Überprüfung durch

<sup>63</sup> Auch in der österreichischen Lehre wird dieses subjektive Recht eines Richters zur Anrufung einer Rechtsschutzinstanz aus den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK erschlossen (vgl. Grof A., Verfassungsmäßige Vorgaben für die Organisation und Struktur der Landesverwaltungsgerichte, in: Larcher [Hrsg], Handbuch der Verwaltungsgerichte [Wien 2013] 138 [152, 151]).

Für den Bereich des zivilprozessualen Verfahrens gelangt der österreichische Oberste Gerichtshof (im Gegensatz zum österreichischen Verwaltungsgerichtshof für den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit) zum Ergebnis, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK einem Richter ein subjektives Recht auf Geltendmachung seiner Unzuständigkeit bzw. Befangenheit zuspricht (vgl. OGH 5.4.2012, 9 Nc 9/12s; 21.5.2013, 1 Ob 36/13w).

eine Rechtsschutzinstanz i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 13 EMRK zuzuführen. Nach der geltenden österreichischen Rechtslage trägt nämlich ein Richter im Fall der Erhebung einer Revision gegen eine Entscheidung eines Gerichtsorgans in Angelegenheiten der Geschäftsverteilung das volle Kostenrisiko, welches jedenfalls in der Höhe von etwa EUR 3000,-- (Anwaltskosten und Gerichtsgebühren) liegt. Dass solch eine Rechtslage im Hinblick auf die von einem Richter einzumahmende richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit letztlich erst recht die Effektivität der Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK im Hinblick auf diese vom Richter wahrzunehmende Verpflichtung aushebelt<sup>64</sup>, ist offenkundig.

Wie bereits zuvor ausgeführt, hat der österreichische Verwaltungsgerichtshof im gegenständlich problematisierten Beschluss vom 21.11.2018 ausgesprochen, dass ein Richter nicht einmal befugt ist, eine von diesem als zumindest sehr wahrscheinlich eingestufte Verletzung der EMRK durch die Weisung des Gerichtspräsidenten, einen (nach der Einschätzung des Richters) gegen die Vorgaben der EMRK verstoßenden Rechtsakt zu setzen, auch nur zu relevieren. Die österreichische Rechtsordnung räumt nämlich nach dieser im Übrigen ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs<sup>65</sup> dem Richter kein Recht ein, durch einen Rechtsbehelf an eine unabhängige Rechtsschutzinstanz i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 13 EMRK eine derartige gerichtsinterne

<sup>64</sup> Selbst bei dieser Rechtslage wäre daher eine nicht rechtfertigbare Hürde zur Geltendmachung eines Verstoßes gegen die EMRK, und damit ein Verstoß gegen die EMRK vorgelegen (vgl. EGMR 5.4.2018, 40160/12 [Zubac]; vgl. in diesem Sinne auch EGMR 12.9.2017, 16730/15 [Clavien]; 31.1.2017, 19074/05 [Hasan Tunc] und 9.9.2014, 43730/07[Gajtani]; 28.2.1995, ECHR 2001-VI [Kreuz]; 26.7.2005, 39199/98 [Podbielski]; 6.3.2006, ECHR 2006-VII [Weissman]; 26.7.2011, 9718/03 [Georgel and Georgetta Stoicescu]; 7.4.2003, ECHR 2003-IX [Reuther]; 28.5.1985, Series A no. 93 [Ashingdane]; 21.9.1994, Series A no. 294-B [Fayed]; 13.9.2006, ECHR 2006-XIV [Markovic]; 15.3.2018, 51357/07 [Nait-Liman]; 25.1.2000, 38366/97 [Miragall Escolano]; 12.11.2002, 66129/99 [Zvolsky and Zvolska]; 30.10.2018, 22677/10 [Kursun]; 8.7.1986, 9006/80 [Lithgow]; 27.8.1991, 12750/87 [Philis]; 15.11.2007, 72118/01 [Khamidov]).

<sup>65</sup> Diese Rechtsprechung wird in der österreichischen Lehre deutlich kritisiert, zumal nach dieser Rechtsprechung ein Richter nur dann erreichen kann, dass eine rechtswidrige Geschäftsverteilung bzw. Geschäftsaktenzuweisung durch eine Rechtsschutzeinrichtung überprüft wird, wenn dieser gegen sich eine disziplinarrechtliche Selbstanzeige einbringt, und sich dann im Rahmen des Disziplinarverfahrens gegen diese Selbstanzeige entsprechend zu Wehr setzt (vgl. Grof A., Verfassungsmäßige Vorgaben für die Organisation und Struktur der Landesverwaltungsgerichte, in: Larcher [Hrsg], Handbuch der Verwaltungsgerichte [Wien 2013] 138 [Fußnote 26]).

Entscheidung, durch welche dieser Richter zur Verletzung der Konvention verpflichtet wird, einer Überprüfung unterziehen zu lassen.<sup>66</sup>

Im gegenständlich problematisierten Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 21.11.2018 hat dieser klargestellt, dass selbst im gegenständlichen Fall, 1) in welchem der Gerichtspräsident wissentlich entgegen der gesetzlichen Vorgabe das Gerichtspersonal angewiesen hat, die gesetzlichen Zuteilungsvorgaben zu missachten, und 2) in welchem der Gerichtspräsident zudem angeordnet hat, entgegen der Regelung der gerichtsinternen Geschäftsverteilung ein einem Richter zur Erledigung zugewiesenes Rechtsmittel, diesem wieder wegzunehmen, und 3) in welchem der Gerichtspräsident außerdem entgegen der gerichtsinternen Geschäftsverteilung anordnet, dieses rechtswidrig abgenommene Gerichtsverfahren einem vom Gerichtspräsidenten bezeichneten anderen Gerichtsverfahren zuzuschlagen, dieses mehrfach qualifiziert absichtliche rechtswidrige Handeln des Gerichtspräsidenten nicht hinterfragt werden kann, und dieser gesetzwidrige Eingriff in die innergerichtliche Zuständigkeit vom betroffenen Richter zu akzeptieren ist. Durch diesen gegenständlich problematisierten Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 21.11.2018, Ro 2018/03/0049, wird daher klargestellt, dass selbst im Falle, dass durch eine Weisung des Gerichtspräsidenten insbesondere gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen worden ist, und ein Richter zu einem Verstoß gegen die EMRK verpflichtet wird, diese Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK durch den Präsidenten nur dann aufgegriffen werden darf, wenn zuvor der aufgrund dieses gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßenden Weisungsakts des Gerichtspräsidenten zuständig gemachte Richter gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen hat, und eine

<sup>66</sup> Diese vom Verwaltungsgerichtshof aus einer unnötig formalistischen Gesetzesauslegung erschlossene Rechtslage stellt eine nicht rechtfertigbare gesetzliche Verhinderung der Überprüfung und rechtzeitigen Beseitigung eines gegen die EMRK verstoßenden gerichtlichen Rechtsakts dar (vgl. zur Unzulässigkeit der künstlich übertrieben strengen Auslegung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen, durch welche der Zugang zu einem Gericht bzw. die Geltendmachung eines Konventionsverstoßes verunmöglicht wird: EGMR 28.10.1998, 1998-VIII [Perez de Rada Cavanilles]; 38366/97, ECHR 2000-I [Miragall Escolano]; 39442/98, ECHR 2000-XII [Sotiris and Nikos Koutras Attee]; 47273/99, ECHR 2002-IX [Beles]; 50084/06, ECHR 2011 [RTBF]; 18.10.2016, 31517/12 [Miessen]; 5.4.2018, 40160/12 [Zubac]; 9.12.1994, Series A no. 301-A [The Holy Monasteries]; 27.6.1997, 1997-IV [Philis]; 1434/02, ECHR 2006-XV [Lupas]; 36760/06, ECHR 2012 [Stanev]; [Nataliya Mikhaylenko]; 9.10.2012, 38245/08 [R.P.]; 28.5.1985, Series A no. 93 [Ashingdane]; 21.9.1994, Series A no. 294-B [Fayed]; 1398/03, ECHR 2006-XIV [Markovic]; 15.3.2018, 51357/07 [Nait-Liman]; 11.2.2014, 30671/08 [Masirevic]; 12.11.2002, 47273/99 [Beles]).

insbesondere verfassungswidrige Entscheidung getroffen hat. Erst wenn der Richter aufgrund des gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen habenden willkürlichen Eingriffs in die innergerichtliche Zuständigkeitsverteilung die sogar nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zwingend als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK einzustufende Gerichtsentscheidung getroffen hat, greifen die staatlichen Rechtsschutzinstrumente.

Doch selbst nach der Setzung dieser vom Richter verpflichtend zu setzenden Konventionsverletzung (durch Erlassung der Entscheidung trotz dessen Unzuständigkeit) ist es nach dieser Judikatur nicht möglich, die vom Gerichtspräsidenten im Weisungswege angeordnete Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu bekämpfen. Denn diesfalls ist nur die gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßende Entscheidung des (rechtswidrig zuständig gemachten) Richters der Gegenstand dieses „Bekämpfungsverfahrens“. Der rechtswidrige Akt des Gerichtspräsidenten, durch welchen der entscheidende Richter zur Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK verpflichtet wurde, ist dagegen niemals durch das Opfer dieser Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK bekämpfbar.

Dazu kommt, dass bei dieser Rechtslage die nicht erforderliche Hürde geschaffen wird, dass eine solche Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK nur mit einem enormen Kostenaufwand und der Aufsichtnahme eines hohen Prozesskostenrisikos durch das Opfer dieser Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK an ein Gericht herangetragen werden kann. Wie zuvor ausgeführt, ist es aber in solch einem Fall dem Opfer dieser Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK ohnedies nahezu niemals möglich, von dieser Konventionsverletzung Kenntnis zu erlangen. Und selbst im Falle dieser Kenntniserlangung durch das Opfer der Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK wären diesem nicht die gerichtsinternen Beweismittel zum Beleg dieser Konventionsverletzung zugänglich. Diese Gesetzeslage bewirkt daher die tatsächliche Unmöglichkeit, derartige Verletzungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend zu machen und sohin auch künftig zu unterbinden.

Damit hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 21.11.2018, Ro 2018/03/0049, klargestellt, dass nach der österreichischen Rechtsordnung selbst 1) die wissentliche das Gesetz verletzende Ausschaltung des nach der Rechtsordnung zuständig zu machenden Richters und 2) dessen Ersetzung durch

einen genehmen Richter durch ein Gerichtsorgan 3) unter Verletzung der ausdrücklichen gesetzlichen Vorgaben, insbesondere der Vorgaben der gerichtlichen Geschäftsverteilung, keinesfalls problematisiert werden kann. Vielmehr verpflichtet die Rechtsordnung den gesetzwidrig für zuständig erklärten Richter eine gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßende Entscheidung zu treffen. Nur diese Folge der gesetzwidrigen Weisung des Gerichtsorgans, daher die sodann erlassene konventionswidrige Entscheidung, kann von einer Verfahrenspartei bekämpft werden. Die gesetzwidrige Weisung ist dagegen weder durch den gesetzwidrig zur Entscheidung angewiesenen Richter noch durch die Verfahrenspartei jemals bekämpfbar.

Nicht einmal der Richter, welcher aufgrund dieser rechtswidrigen Maßnahme zur Setzung eines gegen die EMRK verstoßenden Rechtsakts verpflichtet worden ist, ist daher befugt zu erreichen, dass dieser seiner Verpflichtung zur Verletzung der EMRK enthoben wird. Nach der vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 21.11.2018, Ro 2018/03/0049, dargestellten österreichischen Rechtsordnung muss nämlich dieser Richter zuerst wissentlich gegen die EMRK verstoßen, damit sodann es möglich ist, den Verstoß dieses Richters (und damit nicht den Rechtsverstoß des die rechtswidrige Zuweisungsmaßnahme gesetzt habenden Gerichtsorgans) als Konventionsverletzung zu bekämpfen. Ein Richter ist daher nicht befugt zu erreichen, dass ein Gerichtsverfahren nach den Vorgaben des Art. 6 EMRK geführt wird, und zwar selbst dann nicht, wenn dieser durch eine Gesetzesverletzung zur Verletzung der EMRK verpflichtet worden ist.

Wie wohl bekannt ist, werden einer Partei Konventionsverletzungen der Menschenrechtskonvention, welche nur einem Richter zugänglich werden können, nahezu unmöglich bekannt, und erlangt eine Partei nahezu unmöglich die gerichtlichen Beweismittel zum Beleg dieser Konventionsverletzung.<sup>67</sup>

<sup>67</sup> Auch diese österreichische Rechtslage erscheint im Hinblick auf die Vorgabe des EGMR, dass alle verfahrensrelevanten innergerichtlichen Akte den Parteien zur Kenntnis gebracht werden müssen, zumindest problematisch (vgl. EGMR 16.4.2013, 40908/05, § 69 [Fazliyski]; 8.12.1983, Series A no. 71, § 21 [Pretto]).

Endgültig einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK stellt eine solche Gesetzeslage aber dann dar, wenn es sogar dann Gerichtsorganen untersagt ist, einen gesetzwidrigen innergerichtlichen Rechtsakt, welcher den Gerichtsverfahrensrichter zu einer Verletzung der durch die EMRK bzw. durch die Charta garantierten Rechte der Verfahrenspartei verpflichtet, vor der Erlassung der dieses Gerichtsverfahren abschließenden Entscheidung zu bekämpfen. Auf diese Weise schafft die Gesetzeslage einen Freibrief für alle nur

Durch die österreichische Gesetzeslage wird daher im Ergebnis verunmöglicht, dass bestimmte Verletzungen der EMRK vorsorglich verhindert oder erfolgreich bekämpft werden können. Das wird noch durch die Rechtslage verschärft, dass es keinen Rechtsbehelf gibt, durch welchen eine Partei vor der Erlassung einer konventionswidrigen Entscheidung die drohende Konventionswidrigkeit der Entscheidung problematisieren kann; denn die österreichische Rechtsordnung gewährt den Parteien im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht das Recht zur Ablehnung eines befangenen oder anscheinsbefangenen oder entgegen den gesetzlichen Vorgaben mit der Akterledigung zuständig gemachten Richters.<sup>68</sup>

Die österreichische Rechtsordnung verwehrt damit sowohl dem zuständigen Richter als auch den Verfahrensparteien vor der Erlassung der gegen die EMRK verstoßenden Entscheidung diese Konventionswidrigkeit des gesetzwidrigen Eingriffs in die innergerichtliche Geschäftsverteilung auch nur anzusprechen; bekämpfbar ist dieser konventionswidrige Eingriff in die innergerichtliche Geschäftszuweisung zudem niemals.

Zudem erreicht die Rechtsordnung durch die Mundtotmachung des zuständigen Richters, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK gar nicht bekannt werden kann; sind doch Verfahrensparteien gar nicht in der Lage, von rechtswidrigen Zuteilungsakten des Gerichtspräsidenten oder sonstigen gerichtsintern gesetzten Gesetzesverstößen Kenntnis zu erlangen. Auf diese Weise negiert die österreichische Rechtsordnung die Beachtlichkeit der gegenständlichen Vorgabe des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Offenkundig untergräbt solch eine Rechtslage jeglichen Anschein der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Gerichte.<sup>69</sup>

erdenklichen Gesetzesverletzungen durch Gerichtsorgane, wie etwa den im gegenständlichen Fall durch den Gerichtspräsidenten.

<sup>68</sup> So fordert der EGMR auch Garantien in objektiver Hinsicht, welche berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit eines Richters ausschließen (vgl. EGMR 19.1.2001, 42.095/98 [Daktaras]; 29.7.2004, 77562/01 [San Leonard Band Club]).

Bei Zugrundelegung der Judikatur des EGMR stellt bereits diese Rechtslage, welche einer Partei die Geltendmachung der Unzuständigkeit bzw. der Befangenheit des Richters vor dessen Entscheidung verunmöglicht, eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK dar (vgl. Kom 30.11.1987, Series A Nr. 127-B [H.]; EGMR 23.6.1994, 16.997/90 [De Moor]).

<sup>69</sup> Zum gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK zu gewährleistenden Anschein der Unparteilichkeit bzw. Unabhängigkeit eines Gerichts vgl. etwa Komm 27.4.1988, A 132/1988 (Belilos); 1.3.1990, A 171-B/1990 (Kristinsson); EGMR 19.1.2001, 42.095/98 (Daktaras); 22.10.1984, Series A no. 52 (Sramek); 65411/01, ECHR 2006-XIII (Sacilor Lormines); 23695/02, ECHR 2005-X (Clarke); 21722/11, ECHR 2013 (Oleksandr Volkov); 39343/98, ECHR 2003-VI (Kleyn); 14.3.2000, 37371/97 (Nicholas); 9.1.2018, 63246/10 (Nicholas); 28.9.1995, 14.570/89 [Procola/Luxemburg]; 15.10.2009, 17.056/06 (Micallef/Malta);

Es wird wohl zutreffen, dass die EMRK nicht vorschreibt, dass jeder, welchem eine Konventionsverletzung zur Kenntnis gelangt, diese Konventionsverletzung samt allfälligen Beweismitteln den allfälligen Opfern zur Kenntnis bringen muss. Anders stellt sich aber die Frage im Hinblick auf einen Organwalter eines zur Gewährleistung der Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK eingerichteten Gerichts. In solch einem Fall der Kenntniserlangung einer noch abwendbaren drohenden Konventionsverletzung durch diese Rechtsschutzinstanz selbst (daher etwa diesen Organwalter) wird der Gesetzgeber wohl gesetzlich Vorsorge zu treffen haben, dass diese drohende Konventionsverletzung abgewendet werden kann.<sup>70</sup> Schon diese aus Art. 6 Abs. 1 EMRK den Gesetzgeber treffende Gewährleistungsverpflichtung lässt die österreichische Gesetzeslage als konventionswidrig erscheinen. Nach dieser österreichischen Gesetzeslage wird nämlich ein Richter, welcher aufgrund eines gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßenden Weisungsakts des Gerichtspräsidenten zu einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verpflichtet wird, genötigt, selbst ebenfalls gegen die EMRK zu verstoßen. Zudem ist nach dieser Rechtslage dieser Richter zum Stillhalten und Schweigen verpflichtet. Es wird diesem Richter nämlich jegliche Möglichkeit verwehrt, diesen gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßenden und den Richter zur Konventionsverletzung verpflichtenden Weisungsakt des Gerichtspräsidenten einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.

Solch ein Schluss motiviert geradezu zwingend die Rechtsschutzinstanzen bzw. Gerichtspräsidenten zur Nichtbeachtung der Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK, was wohl nicht in den Intentionen der EMRK gelegen sein kann. Daher gelangt das antragstellende Gericht zur Folgerung, dass die Rechtsordnung auch einem Richter gegenüber den Verfahrensparteien Schutzpflichten auferlegen und Schutzrechte einräumen muss, welche den gesetzlichen Schutzpflichten und Schutzrechten eines Dienstgebers für einen Dienstnehmer im weitesten Sinne vergleichbar sind. Daher muss der Gesetzgeber jedem Richter die von diesem durchsetzbare Schutzpflicht bzw. das von diesem durchsetzbare Schutzrecht

16.10.2012, C-614/10 (Kommission/Österreich); 4.3.2014, 36.073/04 (Fazli Aslaner/Türkei); 6.6.2000, 34130/96 (Morel); 15.10.2009, 17056/06 (Micallef)

<sup>70</sup> In diesem Sinne fordert der EGMR in ständiger Judikatur, dass der nationale Gesetzgeber effektive prozessuale Sicherungen zur Sicherung der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Gerichte normieren muss (vgl. etwa EGMR 39343/98, ECHR 2003-VI [Kleyn]).

einräumen, dass dieser Richter erreichen kann, eine von ihm aufgrund eines rechtswidrigen Rechtsakts künftig zu setzende Konventionsverletzung aufzugreifen und diese Konventionsverletzung durchsetzbar zu verhindern; und zwar auch und gerade dann, wenn die durch die EMRK geschützte Verfahrenspartei noch gar keine Kenntnis von dieser Konventionsverletzung erlangt hat, und infolge der gerichtlichen Amtsverschwiegenheit wohl auch niemals Kenntnis von dieser Konventionsverletzung erhalten wird.

Wie soll ein Gerichtsverfahren „fair“ und unparteiisch i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK sein, bzw. wie soll eine „Beschwerde“ wirksam i.S.d. Art. 13 EMRK sein, wenn die EMRK so ausgelegt wird, dass gerade das Rechtsschutzorgan, welches die Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu garantieren hat, bzw. welches die Wirksamkeit der Beschwerde i.S.d. Art. 13 EMRK zu garantieren hat, nicht in die Lage versetzt ist, eine von diesem mit hoher Wahrscheinlichkeit selbst künftig zu setzende Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 13 EMRK im rechtsstaatlichen Wege zu unterbinden? Kann man wirklich aus Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 13 EMRK ableiten, dass die Rechtsschutzorgane i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. i.S.d. Art. 13 EMRK für die von diesen selbst gesetzten Konventionsverletzungen blind sein müssen, und deren Konventionsverletzungen nur dann dem Schutz der EMRK unterliegen, wenn zufällig das Opfer der Verletzung Kenntnis von dieser Verletzung erlangt, zufällig die gerichtlichen Belege zum Erweis dieser Konventionsverletzung erhält, sodann das Prozess- und Kostenrisiko auf sich nimmt, und diese Konventionswidrigkeit bei dem sodann nächsten Rechtsschutzorgan i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 13 EMRK im Rechtsmittelwege geltend macht?

Diese Frage ist schon deshalb nicht als unerheblich einzustufen, da bekannt ist, dass eine Verfahrenspartei nahezu nie Zugang zu den gerichtlichen Sachverhaltsinformationen erlangen kann, durch welche diese Verfahrenspartei überhaupt in die Lage versetzt ist, von einer bei Zugrundelegung der Sachlage offenkundigen Verletzung der Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK durch ein Rechtsschutzorgan i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK Kenntnis zu erlangen bzw. diese zu belegen. Im Ergebnis würde die Verneinung dieser vom antragstellenden Gericht vertretenen gesetzlichen Gewährleistungsverpflichtung zur Garantie der Durchsetzbarkeit der vorsorglichen Verhinderung von durch das

Rechtsschutzorgan selbst zu setzenden Konventionsverletzungen zu einem Freibrief für Rechtsschutzorgane bzw. innergerichtliche Organe führen, die Vorgaben der EMRK in der eigenen Institution nicht zu beachten.<sup>71</sup> Auch ist nach Ansicht des antragstellenden Gerichts eine solche Zuerkennung eines Freibriefs zur Konventionsverletzung mit der obzitierten Rechtsprechung, wonach bereits die Schaffung des Anscheins der Nichtbeachtung der Konvention durch ein Rechtsschutzorgan (wie dies etwa bei einer Anscheinsbefangenheit bejaht wird) eine Verletzung des Art. 6 i.V.m. Art. 13 EMRK darstellt, unvereinbar.

Soweit ersichtlich war genau solch eine Konstellation bislang noch nicht Gegenstand der Judikatur des Gerichtshofs bzw. des EGMR. Sehr wohl hat der EGMR aber zu ähnlich gelagerten Konstellationen klar Stellung bezogen.

So judiziert etwa der EGMR, dass eine Rechtsordnung, welche einen Richter nicht verpflichtet, das Vorliegen eines Befangenheitsgrunds geltend zu machen, gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstößt.<sup>72</sup> Wenn nun aber der EGMR bereits das Fehlen einer gesetzlichen Verpflichtung zur Unterbindung einer von einem Richter sonst zu setzenden Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK (hier: einer Befangenheit) als einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK einstuft, muss umso mehr die österreichische Rechtslage, welche es sogar gesetzlich verunmöglicht, dass ein Richter eine diesem Richter durch eine rechtswidrige Entscheidung überbürdete Verpflichtung zur Erlassung einer Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzenden Entscheidung einer rechtsstaatlichen Überprüfung zuführen kann, als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK eingestuft werden.

In diesem Zusammenhang sei aber auch darauf verwiesen, dass die nach Ansicht des antragstellenden Gerichts an den Gesetzgeber zu richtende Verpflichtung der Eröffnung einer Überprüfungsöglichkeit von Geschäftssachenzuteilungen an einen Richter durch eine unabhängige Rechtsschutzeinrichtung keine Utopie ist. So sei etwa auf die, wie es scheint, diesbezüglich vorbildliche Gesetzeslage in Deutschland verwiesen, welche dem betroffenen Richter das Recht zur Erhebung

<sup>71</sup> Diese Verpflichtung deckt sich im Ergebnis mit der vom EGMR ausgesprochenen Verpflichtung des Gesetzgebers, gesetzliche Garantien gegen äußere Beeinflussungen eines Gerichts zu erlassen (vgl. Komm 27.9.1985, A 80/1984 [Campbell and Fell]; EGMR 11.7.1997, 25.781/94 [Cyprus]; 9.6.1998, 22.678/93 [Incal]; 25.2.1997, 22.107/93 [Findlay]).

<sup>72</sup> Vgl. EGMR 15.10.2009, 17.056/06 (große Kammer) (Micallef/Malta)

einer Feststellungsklage sowie einer Anfechtung im einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO eröffnet.<sup>73</sup>

## 2. Maßgeblicher Sachverhalt:

Beim Verwaltungsgericht Wien ist zu der oben angeführten Geschäftszahl VGW-101/042/9792/2018 unter anderem ein Beschwerdeverfahren anhängig, welchem die Beschwerde der A. OG gegen den Spruchpunkt II) der Bescheidausfertigung des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 19.6.2018, GZ: ..., mit welchem gemäß § 25 Abs. 5 Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG) über den Einspruch der A. OG vom 24.5.2018 gegen den Rückstandsausweis zur ZI. ... vom 25.4.2018 abgesprochen wurde, zugrunde liegt.

Zum verfahrensrelevanten Sachverhalt und zum bisherigen Verfahrensgang ist auszuführen:

Diesem durch den von der A. OG bekämpften Bescheid geprüften, gegenständlichen Rückstandsausweis lag eine von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) gegenüber der A. OG geltend gemachte Forderung<sup>74</sup> gegen das beschwerdeführende belastende Unternehmen, daher gegen die A. OG, zugrunde, zumal die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) annahm, dass die A. OG in den Geltungsbereich des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes (BUAG)<sup>75</sup> falle.

Seitens des durch diesen Behördenbescheid belasteten Unternehmens, daher seitens der A. OG, wurde in deren Rechtsmittel (Beschwerde) vor dem Verwaltungsgericht Wien eingewandt, dass dieses Unternehmen nicht in den Regelungsbereich des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes falle. Deshalb werde durch den gegenständlich von der A. OG bekämpften Bescheid zu Unrecht in die Vermögensrechte dieses Unternehmens eingegriffen. Im

<sup>73</sup> Vgl. dazu auch Münchner Kommentar zur Strafprozessordnung: stopp Band 3/2, § 21g GVG, Rn 5 bis 19 [München 2018] mit weiteren Nennungen; Hänlein A., in: Umbach D. (Hrsg), Grundgesetz (Heidelberg 2002), Art. 101, Rn 30 mit weiteren Nennungen

<sup>74</sup> Vgl. Beilage S 130f

<sup>75</sup> Vgl. Beilage S 21-62

gegenständlichen gerichtsanhängigen Verfahren ist daher insbesondere zu prüfen, ob dieses Unternehmen in den Regelungsbereich des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes fällt, zumal nur diesfalls eine Forderung der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) bestehen kann. Im Falle, dass das Unternehmen nicht in den Regelungsbereich des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes fällt, wäre daher der Rückstandsausweis als unzulässig erlassen einzustufen, und wäre sohin die A. OG nicht zur Zahlung der Forderung der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) verpflichtet.

Der Gegenstand des dem gegenständlichen Vorabentscheidungsantrag zugrunde liegenden Gerichtsverfahrens sind daher Urlaubsentgeltansprüche i.S.d. Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG.

Der Unterfertiger des gegenständlichen Vorabentscheidungsantrags ist Richter des Verwaltungsgerichts Wien und wurde diesem durch die Geschäftsverteilung des Gerichts die Gerichtsabteilung 42 zugeordnet. Auf diese Gerichtsabteilung 42 wurden am 26.7.2018 zwei vom Gericht zu behandelnde Rechtsmittel (Beschwerden) als ein einziges Rechtsmittel protokolliert und daher nur zu einer Geschäftszahl dem Unterfertiger des gegenständlichen Vorabentscheidungsantrags zugewiesen.

Tatsächlich lagen diesen beiden Beschwerden aber zwei eigenständige Behördenentscheidungen (Bescheide) aufgrund von zwei eigenständigen, voneinander unabhängigen und zu unterschiedlichen Zeitpunkten eingebrachten Überprüfungsanträgen (namens „Einspruch“) zugrunde.<sup>76</sup> Diese beiden Behördenentscheidungen ergingen auch zu unterschiedlichen gerichtlichen Exekutionsverfahren. Auch bezeichnete das durch diesen Bescheid belastete und beschwerdeführende Unternehmen, daher die A. OG, in deren Beschwerdeschriftsatz die Geschäftszahlen dieser beiden gerichtlichen Exekutionsverfahren, wodurch deutlich zum Ausdruck gebracht wurde, dass sich das Rechtsmittel dieses Unternehmens gegen zwei, aufgrund eigenständig geführter Behördenverfahren erlassene Behördenentscheidungen richtet.<sup>77</sup> Die Verfahrensgegenstände dieser beiden Behördenverfahren waren

<sup>76</sup> Vgl. Beilage S 116-124

<sup>77</sup> Vgl. Beilage S 125-131

Zahlungsverpflichtungen des durch die Behördenbescheide belasteten Unternehmens im Hinblick auf (durch Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG garantierte) Urlaubsentgeltzahlungsansprüche.

Im Falle des Einlangens von zwei Rechtsmitteln (Beschwerden), welche gegen zwei eigenständige Behördenentscheidungen eingebracht wurden, sieht Punkt A1 der Geschäftsverteilung vor, dass für jedes dieser Rechtsmittel eine eigenständige Gerichtszahl zu vergeben ist, und dass sodann jedes dieser Rechtsmittel nach den Regelungen der Geschäftsverteilung jeweils eigenständig einem Richter zur Erledigung zuzuweisen ist (wobei es auch denkbar ist, dass nach den Regeln der Geschäftsverteilung beide Rechtsmittel – etwa im Falle einer Verfahrenskonzentration gemäß Punkt B 3.3. - demselben Richter zur Erledigung zuzuweisen sind).

Da gegenständlich (irrtümlich) das (nur aus Sekretärinnen zusammengesetzte !) Gerichtsprotokoll zwei eigenständige Rechtsmittel (und sohin gerichtsanhängige Gerichtsverfahren) nur als ein einziges Rechtsmittel eingestuft hat, und daher diese Rechtsmittel nicht jeweils eigenständig nach der jeweiligen Zuweisungsregelung zugewiesen hatte, lag eine den Vorgaben der Geschäftsverteilung widersprechende Zuweisung vor. Darum wies der Unterfertiger des gegenständlichen Vorabentscheidungsantrags (als zur Erledigung dieser Gerichtsverfahren zuständig gemachter Richter) das Protokoll auf diesen offensichtlichen Irrtum hin, und wurde diesem auch mitgeteilt, dass die Zuordnung des zweiten Rechtsmittels nur irrtümlich nicht zu einer eigenen Gerichtszahl erfolgt ist. Daher wurde am 31.7.2018 auch für die zweite Beschwerde die eigenständige Gerichtszahl VGW-101/V/042/10016/2018, vergeben (in der Beilage S 137 wurde diese nachträgliche Zuweisung dokumentiert, zumal das Einlangen des Rechtsmittels bei Gericht mit 26.7.2018 und die Vergabe der Geschäftszahl mit 31.7.2018 unterschiedlich konkretisiert wurden).

Bei dieser Gerichtszahlvergabe wurde dieses Rechtsmittel aber neuerlich dem Unterfertiger des gegenständlichen Vorabentscheidungsantrags aufgrund einer auch nach Ansicht des Gerichtspräsidenten (vgl. den Aktenvermerk Beilage S 132f) nicht anzuwendenden Bestimmung der Geschäftsverteilung zugewiesen.

Die Zuweisung erfolgte nämlich unzutreffend nach der Zuweisungsnorm des Punkts A1 Punkt 4 der Geschäftsverteilung. In diesem Punkts A1 Punkt 4 der Geschäftsverteilung erfolgt nämlich die Zuweisungsanordnung im Hinblick auf in diesem Punkt taxativ angeführten Verfahrensarten. Da keine dieser Verfahrensarten dem gegenständlichen Gerichtsverfahren zugeordnet werden kann, war die Zuweisung des gegenständlichen Gerichtsverfahrens nach diesem Punkt A1 Punkt 4 der Geschäftsverteilung unvertretbar.

Daher brachte der Unterfertiger des gegenständlichen Vorabentscheidungsantrags pflichtgemäß am 3.8.2017 eine „Unzuständigkeitseinrede“ im Hinblick auf diese Fehlzuteilung ein.<sup>78</sup> Aufgrund dieser „Unzuständigkeitseinrede“ hätte das Protokoll gemäß Punkt B 4.1 der Geschäftsverteilung der in der Begründung der „Unzuständigkeitseinrede“ dargelegten Rechtsansicht des Unterfertigers des Vorabentscheidungsantrags entsprechen müssen, und das Rechtsmittel erneut auf Grundlage der nach Ansicht des Unterfertigers des Vorabentscheidungsantrags maßgeblichen Bestimmung der Geschäftsverteilung (wohl) einem anderen Richter zuteilen müssen.

Hier griff nun aber der Gerichtspräsident ein, welcher seine Sekretärin unmittelbar nach dem 3.8.2017 anwies, den Sekretärinnen des Protokolls die mündliche Weisung zu erteilen, 1) die die Neuzuweisung des gegenständlichen Akts anordnende Bestimmung der Geschäftsverteilung zu missachten, 2) dem Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags den ihm am 31.7.2018 zugewiesenen Gerichtsakt wieder abzunehmen (wozu gemäß Punkt B 3.2 der Geschäftsverteilung nur der Geschäftsverteilungsausschuss als Kollegialorgan befugt gewesen wäre), und 3) das gegenständliche Rechtsmittel überhaupt nicht mehr nach den Vorgaben der Geschäftsverteilung einem Richter zuzuteilen, sondern 4) das Rechtsmittel in der gerichtsinternen Datenverwaltung einem anderen Verfahren (welches auf den Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags protokolliert war) zuzuschlagen.<sup>79</sup> Aus Beilage S 136, 137 geht auch hervor, dass dieses gerichtsanhängige Rechtsmittel ohne eigene Geschäftszahl der Gerichtszahl VGW-101/042/9792/2018 zugeschlagen wurde.

<sup>78</sup> Vgl. Beilage S 132, 133

<sup>79</sup> Vgl. Beilage S 136f, woraus ersichtlich ist, dass rückwirkend mit 3.8.2018 die Gerichtszahl VGW-101/V/042/10016/2018 „storniert“ worden ist

Aus der Beilage S 138, 139 wiederum geht hervor, dass weder diese Zuschlagung zu einem anderen Gerichtsverfahren noch die anlässlich dieser Zuschlagung erfolgte Ergänzung der „Angelegenheit“ dieses Gerichtsverfahrens dokumentiert worden ist. Von all diesen mündlichen Weisungen erfolgte keinerlei Dokumentation, und wurde von diesen Weisungen auch der Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags (zur Akterledigung verpflichteter und damit als Verfahrenspartei einzustufender Richter) nicht in Kenntnis gesetzt.

Dem Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags wurde daher niemals zur Kenntnis gebracht, dass er nunmehr infolge dieser undokumentiert erfolgten Änderung der gerichtlichen Gerichtsgeschäftedokumentation auch das Verfahren, im Hinblick auf welches die „Unzuständigkeitseinrede“ eingebracht worden ist, erledigen muss. Mangels Inkennnissetzung des Unterfertigers des Vorabentscheidungsantrags bestand für diesen kein Grund zur Annahme, nunmehr wieder zur Erledigung dieses Rechtsmittels verpflichtet worden zu sein. Im Regelfall erachtet sich nämlich der Richter, welchem aufgrund einer „Unzuständigkeitseinrede“ ein Verfahren zugeteilt worden ist, zur Erledigung dieses Verfahrens als zuständig. Nur durch Zufall erlangte der Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags von diesen Vorgängen und der versteckten Aktenzuteilung durch Übermittlung eines ohne Kenntnis des Gerichtspräsidenten erstellten Aktenvermerks<sup>80</sup> der Sekretärin der Gerichtsabteilung des Unterfertigers des gegenständlichen Vorabentscheidungsantrags Kenntnis. Trotz der durch den Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags erfolgten Einbringung einer „Unzuständigkeitseinrede“ wurde ihm sohin nicht einmal eine Parteistellung in dem aufgrund dieser „Unzuständigkeitseinrede“ geführten (undokumentierten) Zuteilungsverfahren gewährt.

Gegen solch ein Vorgehen eines Gerichtspräsidenten sieht die österreichische Rechtsordnung kein eigenständiges Rechtsmittel vor. Da somit aber dem Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags niemals zur Kenntnis gebracht worden war, dass dieser das gegenständliche Rechtsmittel (zudem nicht einmal unter einer eigenen Gerichtszahl) zu erledigen hat, da der Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags das Vorgehen des Präsidenten als gesetzwidrig erachtete und da dieser den rechtmäßigen Zustand herbeiführen wollte, setzte

<sup>80</sup> Vgl. Beilage AS 134, 135

der Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags den nach der österreichischen Rechtsordnung insbesondere für solch einen Fall vorgesehenen Rechtsakt. In solch einem Fall des Nichtbestehens eines Rechtsmittels gegen einen hoheitlichen Akt hat der Betroffene einen „Feststellungsantrag auf Feststellung der als richtig eingestuften Rechtslage“ einzubringen. Über solch einen Antrag hat dann das jeweilige Vollzugsorgan (unabhängig davon, ob dieses ein Gericht oder eine Behörde ist) eine Entscheidung zu treffen. Diese Entscheidung ist sodann vom Betroffenen bei den Rechtsmittelinstanzen zu bekämpfen, sodass auf diese Weise auch solch ein hoheitliches Handeln einer Überprüfung insbesondere durch die Höchstgerichte zugeführt werden kann.

Aufgrund dieser Rechtslage stellte daher der Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags am 5.10.2018 den Antrag auf Feststellung, dass er zur Erledigung des gegenständlichen Rechtsmittels nicht zuständig ist.<sup>81</sup> In diesem Antrag wies der Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags ausdrücklich auf die Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs hin, wonach eine Entscheidung eines Richters, welcher unter Verletzung der innergerichtlichen Zuteilungsregelung für eine Gerichtssache zuständig gemacht wurde, als von einem unzuständigen Gerichtsorgan erlassen einzustufen ist. Solch eine Entscheidung durch einen (aufgrund der innergerichtlichen Zuteilungsregelung) unzuständigen Richter werde vom Verfassungsgerichtshof als ein Verstoß gegen die Verfassungsbestimmungen des Art. 83 Abs. 2 B-VG wie auch des Art. 6 Abs. 1 EMRK und damit als verfassungswidrig eingestuft. Auch führte der Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags aus, dass er im Falle der wissentlichen Erlassung einer verfassungswidrigen Entscheidung mit dienstrechtlichen, disziplinarrechtlichen, strafrechtlichen und schadenersatzrechtlichen Sanktionen zu rechnen habe, und dass er gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK verpflichtet sei zu verhindern, dass er als unzuständiges Gerichtsorgan eine verfassungswidrige Gerichtsentscheidung erlässt.

Mit einem sichtlich als hoheitliche Entscheidung einzustufenden Schreiben vom 10.10.2018 teilte der Präsident dem Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags mit, dass der Unterfertiger des

<sup>81</sup> Vgl. Beilage S 140-143

Vorabentscheidungsantrags zur Erledigung des gegenständlichen Rechtsmittels zuständig und verpflichtet ist.<sup>82</sup>

Gegen diese Entscheidung brachte der Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags (auf Privatkosten in der Höhe von fast EUR 3.000,-- !) ein Rechtsmittel (namens Revision) bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz ein; das war im konkreten Fall der österreichische Verwaltungsgerichtshof, welcher ein Höchstgericht ist. Dessen Entscheidungen können daher nicht mehr bekämpft werden.<sup>83</sup>

Mit am 11.12.2018 bereitgestellten Beschluss des Höchstgerichts „Verwaltungsgerichtshof“ vom 21.11.2018, Ro 2018/03/0049, wurde dieses Rechtsmittel zurückgewiesen.<sup>84</sup> Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass bei Zutreffen des Vorbringens des Unterfertigers des Vorabentscheidungsantrags die Gerichtsentscheidung, welche vom Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags als Richter im gegenständlichen vom Präsidenten dem Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags zugewiesenen Verfahren getroffen wird, infolge der diesfalls gegebenen Unzuständigkeit des Richters 1) gegen die durch Art. 83 Abs. 2 B-VG verankerte Garantie des gesetzlichen Richters und 2) gegen die im Verfassungsrang stehende Vorgabe des Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen würde, und diese Gerichtsentscheidung sohin verfassungswidrig wäre. Damit teilte der Verwaltungsgerichtshof sogar konkludent die Einschätzung des Unterfertigers des Vorabentscheidungsantrags zur Rechtswidrigkeit des Handelns des Präsidenten und zur gesetzlichen Unzuständigkeit des Unterfertigers des Vorabentscheidungsantrags. Doch führte der Verwaltungsgerichtshof unter Hinweis auf seine diesbezügliche ständige Judikatur aus, dass ein Richter, welcher erkennt, dass eine von ihm zu setzende Entscheidung infolge seiner Unzuständigkeit verfassungs- und konventionswidrig ist, dennoch verpflichtet ist, gegen die Verfassungsbestimmungen des Art. 83 Abs. 2 B-VG und des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu verstoßen. Dies wurde damit begründet, dass ein entgegen den gesetzlichen Vorgaben zu einer Gerichtsakterledigung zuständig gemachter Richter nicht befugt sei, die durch diese Zuteilung bewirkte drohende Verfassungs- und Konventionswidrigkeit

<sup>82</sup> Vgl. Beilage S 144, 145

<sup>83</sup> Vgl. Beilage S 146-221

<sup>84</sup> Vgl. Beilage S 222-225

seiner Entscheidung zu problematisieren. Begründet wurde diese Verpflichtung zur Verletzung des Art. 83 Abs. 2 B-VG und des Art. 6 Abs. 1 EMRK damit, dass die österreichische Rechtsordnung nur einer Verfahrenspartei nach erfolgter Erlassung der verfassungs- und EMRK-widrigen Entscheidung die Möglichkeit einräumt, diese mit dieser Entscheidung bewirkte Verletzung der Verfassung (insbesondere des Art. 6 Abs. 1 EMRK) aufzugreifen.

Folglich hat nach der österreichischen Rechtsordnung ein Richter, auch dann wenn er erkennt, dass er zur Entscheidung über ein Rechtsmittel unzuständig ist, und dieser daher erkennt, dass seine Entscheidung verfassungswidrig und EMRK-widrig sein wird, keine Möglichkeit, den durch die Verfassung (und auch durch Art. 6 Abs. 1 EMRK) gebotenen Rechtszustand herzustellen. Dies deshalb, da die österreichische Rechtsordnung es verhindert, dass der aufgrund der Rechtsordnung unzuständige Richter einen aufgrund einer gesetzwidrigen Zuteilungsentscheidung von diesem zu setzenden mehrfachen Verstoß gegen die Verfassung (nämlich gegen Art. 83 Abs. 2 B-VG und gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK) aufgreifen kann. Mit dieser Auslegung der österreichischen Rechtsordnung hat der Verwaltungsgerichtshof daher klargestellt, dass die österreichische Rechtsordnung einem Richter keine Möglichkeit einräumt, auch gravierendste, diesen betreffende Missachtungen der Regelungen zur durch Art. 83 Abs. 2 B-VG garantierten „festen Geschäftsverteilung“ aufzugreifen, und zudem die österreichische Rechtsordnung selbst in diesem Fall einen Richter verpflichtet, eine verfassungswidrige und insbesondere gegen die Vorgaben des Art. 6 EMRK verstoßende Entscheidung, trotz Kenntnis dieser Verfassungs- und EMRK-Widrigkeit, zu erlassen.

Würde der Richter in diesem Fall nämlich annehmen, dass diese gegen Art. 6 EMRK und zugleich auch gegen Art. 47 der Charta verstoßende Zuteilungsentscheidung aufgrund des Anwendungsvorrangs des Art. 47 der Charta nicht beachtlich und daher nicht zu vollziehen sei, und würde daher die ihm gesetzwidrig zugewiesene Gerichtssache nicht erledigen, würde sich dieser strafbar machen und schwerwiegende Konsequenzen zu befürchten haben. Die österreichische Rechtsordnung knüpft nämlich an die (sogar fahrlässige) Verletzung einer Rechtsnorm durch einen Organwalter (wie dies etwa auch ein Richter ist) gravierende, die Rechte und persönlichen Umstände des

Organwalters beeinträchtigende Sanktionen. So hat ein Richter (wie etwa der diesen Vorabentscheidungsantrag unterfertigende Richter im gegenständlichen Fall) im Falle der Erlassung einer konventionswidrigen Entscheidung (etwa einer trotz seiner Unzuständigkeit getätigten Entscheidungsfindung) seine strafgerichtliche Verurteilung etwa wegen des Vorwurfs des Amtsmissbrauchs (vgl. § 302 StGB<sup>85</sup>), durch welche regelmäßig eine Freiheitsstrafe verhängt wird, zu fürchten. Durchaus wahrscheinlich ist auch die Verhängung einer Disziplinarstrafe aufgrund der Strafnorm des § 14 VGW-DRG i.V.m. § 15 VGW-DRG i.V.m. § 76 DO, welche als Strafsanktion u.a. auch die Strafe der Entlassung vorsieht (vgl. § 76 Abs. 2 Z 4 DO i.V.m. § 15 Abs. 1 Z 2 VGW-DRG<sup>86</sup>). Zudem steht auch der aufgrund der Untätigkeit des Richters drohende Ausspruch einer negativen Dienstbeurteilung des Richters im Raum, welche ebenfalls die Entlassung des Richters zur Folge hat (vgl. § 15 Abs. 4 Z 2 VGW-DRG<sup>87</sup>). Dazu kommt, dass der Richter auch für die rechtswidrige Erlassung seiner Entscheidung im Schadenersatzwege zur Rechenschaft gezogen werden kann (vgl. § 1 OrgHG<sup>88</sup>).

All diese Sanktionen und Konsequenzen hat ein Richter aber natürlich auch dann zu befürchten, wenn dieser trotz Wissens um seine eigene Unzuständigkeit als unzuständiges Organ eine Entscheidung trifft.

Die Brisanz der Rechtslage wird dadurch verdeutlicht, dass ein Richter im Falle seiner Untätigkeit infolge der Annahme, infolge des Anwendungsvorrangs des Art. 47 der Charta nicht zur Verfahrensführung und zur Erlassung einer Entscheidung befugt zu sein, umso eher all diese Sanktionen und Konsequenzen zu fürchten hätte.

Es gibt daher keinerlei Alternativverhalten eines Richters, welches dazu führen würde, dass dieser Richter nicht all diese Sanktionen und Konsequenzen fürchten müsste. Da im gegenständlichen Fall vom Gerichtspräsidenten klargestellt wurde, dass kein anderer Richter mit der gegenständliche Gerichtssache betraut werde, würde durch die Verweigerung des Unterfertigers des gegenständlichen

<sup>85</sup> Vgl. Beilage S 71

<sup>86</sup> Vgl. Beilage S 70 und 64

<sup>87</sup> Vgl. Beilage S 67-70

<sup>88</sup> Vgl. Beilage S 72

Vorabentscheidungsantrags, die vom Gerichtspräsidenten verlangte verfassungswidrige Entscheidung zu fällen, über die Beschwerde des beschwerdeführenden Bauunternehmens niemals entschieden werden. Diese Nichtentscheidung würde somit erst recht eine (wenngleich nicht gesichert dem Unterfertiger des gegenständlichen Vorabentscheidungsantrags anlastbare) Konventionswidrigkeit, nämlich die Verletzung der durch Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderten Entscheidung in einer vertretbaren Verfahrensdauer, erfolgen. Eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK ist bei der aktuellen österreichischen Rechtslage daher unumgänglich.

Im Ergebnis macht sich daher ein Richter bei einer Konstellation der Verunmöglichung der Geltendmachung der Unzuständigkeit durch den gesetzwidrig zur Aktenerledigung verpflichtet wordenen Richter immer strafbar. Auch ist dieser Richter diesfalls immer vermögensrechtlichen Haftungsforderungen ausgesetzt und sohin stets existenziell betroffen (und bedroht).

Ein Richter darf daher nach der österreichischen Rechtsordnung nicht einmal relevieren, dass er auf gesetzwidrige Weise verpflichtet worden ist, die Vorgaben der österreichischen Bundesverfassung, der EMRK und der Charta schwerwiegend zu verletzen.

### 3. Zu den Prozessvoraussetzungen:

#### 3.1. Gegenstand des Vorabentscheidungsantrags:

Mit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union seit 1.1.1995 nimmt die Republik Österreich auch im vollen Umfang am Rechtsleben der Europäischen Gemeinschaften teil, was zur Folge hat, dass Gemeinschaftsrecht auch für den Bereich der Republik Österreich umzusetzen ist und die Republik Österreich der Zuständigkeit des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften unterworfen ist.

Eine der Möglichkeiten der Überwachung der Umsetzung des Gemeinschaftsrechtes stellt die Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV dar.

Gegenstand einer Vorabentscheidung kann infolge des Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV auch sekundäres Gemeinschaftsrecht sein und sind darunter insbesondere auch Handlungen der Organe der Union und der EZB zu verstehen. Der Begriff der Handlungen der Organe i.S.d. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV ist insofern weit zu verstehen, als damit alle von den Organen der EU erlassenen Rechtsakte mit Außenwirkung umfasst sind.<sup>89</sup> Als Handlungen der Organe kommen zunächst alle in Art. 288 AEUV genannten in Betracht, also Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen.

Gegenstand des Gegenständlichen Vorabentscheidungsantrags ist die Auslegung des Art. 47 Grundrechtecharta (GRC) im Hinblick auf die gebotene Anwendung eines sekundären Gemeinschaftsrechtsakts, nämlich des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, im gegenständlichen gerichtsanhängigen Beschwerdeverfahren.

Gegenstand des Vorabentscheidungsantrags ist daher die Auslegung von EU-rechtlichen Bestimmungen.

### 3.2. Gerichtseigenschaft:

Zur Frage, ob es sich beim Verwaltungsgericht Wien um ein vorlageberechtigtes Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV handelt, wird auf die das behandelnde ständige Judikatur des EuGH verwiesen.<sup>90</sup>

### 3.3. Vollziehung des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG im gegenständlichen Beschwerdeverfahren und damit Beachtlichkeit des Art. 47 der Charta im gegenständlichen Verfahren:

Der gegenständlich bekämpfte und den Gegenstand des anhängigen Beschwerdeverfahrens bildende Bescheid des Magistrats der Stadt Wien wurde

<sup>89</sup> Vgl. Schima, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH (Wien 2005<sup>2</sup>) 10

<sup>90</sup> vgl. etwa EuGH 20.7.2016, C-341/15 (Maschek)

auf Grundlage der Bestimmung des § 25 Abs. 5 BUAG erlassen. Durch diesen Bescheid erfolgte die Überprüfung einer näher bezeichneten, von der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) gegenüber der A. OG durch einen Rückstandsausweis i.S.d. § 25 BUAG geltend gemachten Forderung. Dieser Bescheid des Magistrats der Stadt Wien wurde durch die gegenständlich gerichtsanhängige Beschwerde insbesondere dahingehend bekämpft, als bestritten wurde, dass die A. OG als Bauunternehmen i.S.d. §§ 2 bzw. 3 BUAG einzustufen ist.

Im Falle der Qualifizierung der A. OG als ein Bauunternehmen i.S.d. §§ 2 bzw. 3 BUAG können die von der Einbeziehungsnorm der §§ 2 und 3 BUAG erfassten Arbeitnehmer ihre Urlaubsentgeltansprüche bzw. Urlaubersatzleistungsansprüche nur gegenüber der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) geltend machen, wobei diesfalls die Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) die entsprechenden Entgeltzahlungspflichten des Dienstgebers des jeweiligen Arbeitnehmers mittelbar wahrnimmt. Um diese Zahlerfunktion wahrnehmen zu können, müssen zuvor der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) die von dieser auszahlenden Geldbeträge vom jeweiligen Arbeitgeber überwiesen worden sein, was wiederum voraussetzt, dass die Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) die Übermittlung dieser Geldbeträge mittels Zahlungsaufforderung einfordern kann. Erst diese gesetzliche Einräumung dieses Befugnis der Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) (wozu auch deren Recht zur Erlassung eines Rückstandsausweises zählt) gewährleistet, dass ein Arbeitnehmer zu dem diesem durch Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG zuerkannten Recht auf Auszahlung eines Urlaubsentgelts bzw. einer Urlaubsabfindung kommt.

Da sohin die gegenständliche Bestimmung des § 25 BUAG i.V.m. §§ 2 und 3 BUAG i.V.m. §§ 21 und 21a BUAG ein essentieller Bestandteil der gesetzlichen Umsetzung der Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG im Hinblick auf die in einem Bauunternehmen i.S.d. § 2 oder 3 BUAG beschäftigten Arbeitnehmer darstellt, erfolgte insbesondere auch durch den § 25 BUAG eine innerstaatliche Umsetzung der Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG. Folglich dient das gegenständliche Verfahren der Vollziehung EU-rechtlicher Bestimmungen.

#### 4. zu den einzelnen gestellten Fragen:

##### 4.1. zur ersten Anfrage, ob der Gesetzgeber sicherstellen muss, dass die gesetzlich gewährte grundrechtliche Garantie auf eine feste Geschäftsverteilung effektiv und nicht bloß theoretisch ist

Wie zuvor umfassend dargelegt, gebietet sowohl die EMRK als auch das Unionsrecht, dass die durch diese Rechtsordnungen gewährten Grundrechte nicht bloß theoretischer Natur sein dürfen. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht sicherzustellen, dass die Wahrnehmung des jeweils gewährten Grundrechts auch tatsächlich erfolgt und in zumutbarer Weise möglich ist. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen wird auf diese Ausführungen verwiesen.

Soweit ersichtlich gibt es noch keine eingehendere Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Frage, auf welche Weise und in welchem Umfang nun diese Effektivitätsvorgabe im Hinblick auf das durch Art. 47 der Charta i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierte Recht auf eine nach dem Gesetz erfolgende Zuständigmachung von Richtern für die gerichtlichen Verfahren gesetzlich ausgestaltet sein muss.

Dass diese Fragestellung zumindest in Österreich von hoher Relevanz ist, zeigt sich schon aus der dargestellten nationalen Rechtslage, welche es einem Richter wie auch jeder Partei verwehrt, eine Beachtung der gesetzlichen Vorgaben für die Zuständigmachung von Richtern für die gerichtlichen Verfahren zu erreichen.

Das erkennende Gericht geht zwar nicht davon aus, dass diese Frage vom Gerichtshof verneint wird, umso mehr ist aber diesfalls die Auslegung des Gerichtshofs zu dieser Fragestellung von Bedeutung.

Gerade deshalb, weil es mangels einer einschlägigen Judikatur zu dieser Frage völlig unvorhersehbar ist, wie der Gerichtshof diese grundrechtliche Garantie auslegt, wurde für den Fall der Bejahung der Frage eine möglichst offene erste

Zusatzfrage gestellt; um nicht durch eine zu enge Fragestellung den Gerichtshof in seiner Beantwortung zu beschränken.

Die zweite Frage steht wiederum in einem relativ engen Konnex zur sechsten Frage, welche die Problematik des gegenständlichen Verfahrens, in welchem der Unterfertiger des Vorabentscheidungsantrags zu einer Verletzung des Art. 47 der Charta bzw. des Art. 6 EMRK bzw. des Art. 83 Abs. 2 B-VG verpflichtet wurde, konkret anspricht. Letztlich ist die Frage, wie insbesondere der durch die Rechtsprechung entwickelte Anwendungsvorrang des unmittelbar anwendbaren EU-Rechts auf eine Konstellation wie die gegenständliche durchschlägt oder nicht durchschlägt.

4.2. zur zweiten Anfrage, ob ein Richter, welcher Bedenken 1) gegen die Rechtmäßigkeit einer innergerichtlichen Geschäftsverteilung bzw. 2) gegen die Rechtmäßigkeit einer innergerichtlichen Geschäftsverteilung vollziehenden innergerichtlichen, die Tätigkeit dieses Richters unmittelbar tangierenden Entscheidung (insbesondere Geschäftssachenzuweisungsentscheidung) hat, ein (diesen Richter insbesondere nicht finanziell belastendes) Rechtsmittel an ein anderes Gericht erheben können muss, welches über die volle Kognition zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des als rechtswidrig eingestuften Rechtsakts verfügt

Wie zuvor umfassend dargelegt, gebietet sowohl die EMRK als auch das Unionsrecht, dass die durch diese Rechtsordnungen gewährten Grundrechte nicht bloß theoretischer Natur sein dürfen. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht sicherzustellen, dass die Wahrnehmung des jeweils gewährten Grundrechts auch tatsächlich erfolgt und in zumutbarer Weise möglich ist. In diesem Zusammenhang wird einem Adressaten eines Grundrechts bzw. eines gesetzlich eingeräumten Rechts auch das Recht auf Erhebung eines wirksamen Rechtsbehelfs zugesprochen. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen wird auf diese Ausführungen verwiesen.

Durch die im gegenständlichen Vorabentscheidungsantrag problematisierte ständige Judikatur des österreichischen Höchstgerichts „Verwaltungsgerichtshof“

wird einem Richter jegliches Recht zur Erhebung eines solchen Rechtsbehelfs abgesprochen. Es stellt sich daher die Frage, ob ein von Zuteilungsentscheidungen betroffener Richter schon aufgrund der diesen im Falle der Nichtbeachtung einer Zuteilungsentscheidung treffenden gesetzlichen Sanktionen ein Grundrechtsadressat der grundrechtlichen Verbürgungen des Art. 47 der Charta ist. Verneinendenfalls stellt sich die Frage, ob dieser Richter zumindest mittelbar durch Art. 47 der Charta ein Träger von besonderen Rechten, wie insbesondere des Rechts Durchsetzung der Überprüfung einer (nach Überzeugung des Richters) gegen die innergerichtliche Geschäftsverteilung verstoßende Zuteilungsentscheidung durch ein unabhängiges anderes Gericht, ist. Die Klärung des allfälligen Umfangs dieser durch Art. 47 der Charta verbürgten Rechtsstellung eines Richters ist von höchster Relevanz insbesondere im gegenständlichen Verfahren.

4.3. zur dritten Anfrage, ob eine Gerichtsverfahrenspartei, welche Bedenken 1) gegen die Rechtmäßigkeit einer für die Erledigung ihres Verfahrens präjudiziellen Bestimmung der innergerichtlichen Geschäftsverteilung bzw. 2) gegen die Rechtmäßigkeit der Zuweisung dieses Verfahrens an einen bestimmten Richter hat, noch vor der Erlassung der Gerichtsentscheidung ein Rechtsmittel an ein anderes Gericht, welches über die volle Kognition zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des als rechtswidrig eingestuften Rechtsakts verfügt, erheben können muss

Wie zuvor umfassend dargelegt, gebietet sowohl die EMRK als auch das Unionsrecht, dass die durch diese Rechtsordnungen gewährten Grundrechte nicht bloß theoretischer Natur sein dürfen. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht sicherzustellen, dass die Wahrnehmung des jeweils gewährten Grundrechts auch tatsächlich erfolgt und in zumutbarer Weise möglich ist. In diesem Zusammenhang wird einem Adressaten eines Grundrechts bzw. eines gesetzlich eingeräumten Rechts auch das Recht auf Erhebung eines wirksamen Rechtsbehelfs zugesprochen. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen wird auf diese Ausführungen verwiesen. Auch ist in diesem Zusammenhang der Umfang der gesetzlichen Gewährleistungspflicht im Hinblick auf die Ermöglichung der Wahrnehmung eines allfälligen Rechtsmittelrechts von

hoher Relevanz; vermögen doch auch geschickte gesetzliche Hürden die Wahrnehmung dieses Grundrechts zu Fall zu bringen.

Nach der klaren und unstrittigen österreichischen Rechtslage gibt es im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (wie auch im verwaltungsrechtlichen Behördenverfahren) keinerlei Rechtsbehelf, durch welche bereits vor der Erlassung der jeweils enderledigenden Verfahrensentscheidung die Frage der Parteilichkeit bzw. Unzuständigkeit eines Organwalters problematisiert oder gar einer Überprüfung zugeführt werden kann. Daher kann eine Verfahrenspartei auch im gerichtlichen Verfahren nicht durch einen Rechtsbehelf die Überprüfung erreichen, ob ein mit einem Gerichtsakt betrauter Richter befangen ist, anscheinsbefangen ist, oder aber unter Verstoß gegen die Vorgaben der Geschäftsverteilung zuständig gemacht worden ist. Im Hinblick auf die vorreferierte Judikatur des EGMR zu dieser Rechtslage scheint diese Negierung des obangeführten Parteienrechts durch die österreichische Rechtsordnung einen Verstoß gegen Art. 47 der Charta darzustellen.

4.4. zur vierten Anfrage, ob die gerichtsinterne Geschäftsverteilung und die gerichtsinterne Akteneinlaufsdokumentation derart transparent und nachvollziehbar gestaltet sind, dass der Richter bzw. eine Partei ohne besonderen Aufwand in die Lage versetzt sind, die Übereinstimmung der konkreten Aktenzuteilung zu einem Richter bzw. einem bestimmten Richtersenaat mit den Vorgaben der innergerichtlichen Geschäftseinteilung zu überprüfen

Wie zuvor umfassend dargelegt, gebietet sowohl die EMRK als auch das Unionsrecht, dass die durch diese Rechtsordnungen gewährten Grundrechte nicht bloß theoretischer Natur sein dürfen. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht sicherzustellen, dass die Wahrnehmung des jeweils gewährten Grundrechts auch tatsächlich erfolgt und in zumutbarer Weise möglich ist. In diesem Zusammenhang wird einem Adressaten eines Grundrechts bzw. eines gesetzlich eingeräumten Rechts auch das Recht auf Erhebung eines wirksamen Rechtsbehelfs zugesprochen. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen wird auf diese Ausführungen verwiesen.

Das gegenständliche Verfahren ist geradezu ein typischer Fall für die faktische Unmöglichkeit der Nachvollziehbarkeit von innergerichtlichen Zuteilungsentscheidungen. Gegenständlich gibt es abgesehen von den vom Präsidenten nicht bestrittenen Wahrnehmungen des den Vorabentscheidungsantrag unterfertigenden Richters, einigen sehr versteckten Relikten in der ursprünglichen gerichtsinternen Aktendokumentation und einem glücklicherweise von einer Kanzleikraft verfassten Aktenvermerk keinerlei Beweise für die tatsächlich erfolgten eigenmächtigen zuweisungsrelevanten Akte des Gerichtspräsidenten. Dazu kommt, dass auch der tägliche Akteneinlauf und die täglichen Aktenzuteilungen auf eine selbst für einen Richter nicht zugängliche bzw. nachvollziehbare Weise erfolgen. Wir Richter hoffen zwar, dass alles mit rechten Dingen zugeht, und werden immer wieder des Besseren belehrt. Eine Konstellation, in welcher wie im gegenständlichen Fall auch stichhaltige Beweise für eigenmächtiges Zuteilungshandeln erlangt werden, ist der absolute Ausnahmefall. Solang daher der Gesetzgeber keine durchsetzbaren Vorgaben zur nachvollziehbaren und leicht zugänglichen Dokumentation der Zuteilungsvorgänge vorschreibt, ist daher selbst im Falle, dass der Gerichtshof die beiden zuvor gestellten Fragen bejahend beantwortet, das diesfalls durch Art. 47 der Charta garantierte Recht nur theoretischer Natur.

Dazu kommt, dass einer Verfahrenspartei es nach der derzeitigen Praxis faktisch absolut unmöglich ist, Kenntnis von den zuweisungsrelevanten Vorgängen zu erlangen; ist doch schon ein Richter regelmäßig nicht in der Lage, an diese Informationen heranzukommen. So ist offenkundig, dass keine Partei des gegenständlichen Verfahrens schon infolge der Nichtdokumentation der Anweisungen des Präsidenten und der Ignorierung der Unzuständigkeitseinrede auch nur theoretisch in der Lage gewesen wäre, Kenntnis von den bei der gegenständlichen Aktenzuteilung erfolgten mehrfachen gravierenden Verstößen gegen die Vorgaben der Geschäftsverteilung zu erlangen.

Auch das zeigt, dass die Klärung der durch Art. 47 der Charta dem Gesetzgeber auferlegten Vorgaben zur Herstellung der gebotenen Transparenz und Überprüfbarkeit von Zuteilungsvorgängen auch im Hinblick auf das gegenständliche Verfahren (etwa im Falle einer Neuzuteilung der Geschäftssache aufgrund des Erkenntnisses des Gerichtshofs) von zentraler Relevanz ist.

4.5. zur fünften Anfrage, ob die Verfahrensparteien und der Richter eines Gerichtsverfahrens ohne besonderes eigenes Zutun in die Lage versetzt sein müssen, die Regelungen der Geschäftsverteilung inhaltlich nachzuvollziehen, und ob die Verfahrensparteien und der Richter auf diese Weise in der Lage zu sein müssen, die Rechtmäßigkeit der erfolgten Zuteilung der Geschäftssache zu einem Richter bzw. bestimmten Richtersenaat zu überprüfen

Wie zuvor umfassend dargelegt, gebietet sowohl die EMRK als auch das Unionsrecht, dass die durch diese Rechtsordnungen gewährten Grundrechte nicht bloß theoretischer Natur sein dürfen. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht sicherzustellen, dass die Wahrnehmung des jeweils gewährten Grundrechts auch tatsächlich erfolgt und in zumutbarer Weise möglich ist. In diesem Zusammenhang wird einem Adressaten eines Grundrechts bzw. eines gesetzlich eingeräumten Rechts auch das Recht auf Erhebung eines wirksamen Rechtsbehelfs zugesprochen. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen wird auf diese Ausführungen verwiesen.

Die gegenständliche Frage hat einen weiteren Aspekt im Fokus, welcher ebenso regelmäßig die Überprüfbarkeit von Zuweisungsakten verunmöglicht:

Da nämlich ohnedies nicht einmal ein Richter üblicherweise in der Lage ist, Kenntnis von den Zuteilungsabläufen zu erlangen, erfolgt (von den wenigen Fällen einer offenkundig fehlerhaften Zuteilung, wie etwa im gegenständlichen Fall, als für zwei unabhängige Verfahren nur ein Verfahren protokolliert worden ist, abgesehen) weitestgehend keine Hinterfragung von konkreten Gerichtsaktenzuteilungen. Damit einher geht, dass die mit der Gerichtsaktenzuteilung befassten Organe faktisch keiner Überprüfung unterliegen. Damit schwindet aber auch die Notwendigkeit der Erlassung einer für einen Richter oder gar eine Verfahrenspartei nachvollziehbaren Geschäftsverteilung.

Das geht so weit, dass bei manchen österreichischen Gerichten die Nachvollziehbarkeit der Geschäftsaktenzuteilung gänzlich verunmöglicht worden

ist. Als Beispiel sei etwa die Geschäftsverteilung des (ohnedies nur im Hinblick auf kein kleines Rechtssegment judizierenden) Bundesfinanzgerichts Wien, angeführt.<sup>91</sup>

Bei diesem erfolgt die Gerichtsaktenzuteilung selbsttätig und ohne menschliche Überprüfungsmöglichkeit durch einen Computer. Zudem ist diese Geschäftsverteilung derart undurchschaubar und komplex gestaltet, dass die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer konkreten Gerichtsaktenzuteilung denkunmöglich ist. Zudem weist diese Geschäftsverteilung einen Umfang von 531 (!) Seiten auf, und nimmt diese außerdem auf diffizile finanzrechtsspezifische Konstellationen Bezug, sodass nur ein ausgewiesener Finanzrechtsrechtsexperte annähernd in der Lage ist, diese Geschäftsverteilung inhaltlich nachzuvollziehen.

Dazu kommt, dass nach der derzeitigen österreichischen Rechtslage die Bestimmungen der gerichtsinternen Geschäftsverteilung von keinem Gericht (auch nicht von den Höchstgerichten) auf deren Gesetzmäßigkeit überprüft werden kann (darf), zumal das österreichische Gesetz den Gerichten diese Überprüfungsbefugnis nicht einräumt. Folglich ist es aber nicht einmal einem Richter möglich in Erfahrung zu bringen, wie eine bestimmte Regelung der Geschäftsverteilung ausgelegt wird, bzw. wie diese ausgelegt werden sollte.

Bei solch einer völlig unklaren und zudem völlig ungewissen, durch eine Geschäftsverteilung geschaffenen Rechtslage wäre selbst im Falle der Bejahung der vorherigen Anfragen das gegenständliche durch Art. 47 der Charta zuerkannte Grundrecht nur theoretischer Natur, und damit nicht effektiv. Vielleicht fordern auch aus diesem Grund mehrere Verwaltungsgerichtspräsidenten (darunter der Präsident des Verwaltungsgerichts Wien) vehement die Einführung der Gerichtsaktenzuteilung mittels eines programmgestützten Computers.

Auch das zeigt, dass die Klärung der durch Art. 47 der Charta dem Gesetzgeber auferlegten Vorgaben zur Herstellung der gebotenen Transparenz und Überprüfbarkeit von Zuteilungsvorgängen insbesondere im Hinblick auf das

<sup>91</sup> Vgl. Beilage AS 364-377

gegenständliche Verfahren (etwa im Falle einer Neuzuteilung der Geschäftssache aufgrund des Erkenntnisses des Gerichtshofs) von zentraler Relevanz ist.

Dazu kommt, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Zeitpunkt der Beantwortung der gegenständlichen Frage durch den Gerichtshof auch am Verwaltungsgericht Wien eine Gerichtsaktenzuteilung vermittelt eines programmgestützten Computers erfolgen wird, sodass auch im Hinblick auf diese Rechtslage die Ausführungen des Gerichtshofs im Hinblick auf eine allfällige Neuzuteilung des gegenständlichen Gerichtsverfahrens präjudiziell sein werden.

4.6. zur sechsten Anfrage, welche Handlungspflichten einen Richter, welcher durch einen von ihm nicht bekämpfbaren (außergerichtlichen oder innergerichtlichen) Rechtsakt zu einer gegen das Unionsrecht verstoßenden und Parteienrechte verletzenden Handlung verpflichtet wird, in Anbetracht seiner unionsrechtlichen Verpflichtung zur Beachtung der unionsrechtlichen Verfahrensvorgaben treffen

In der letzten Frage wird allenfalls aufbauend auf die zuvor erteilte Fragenbeantwortung die der österreichischen Rechtslage immanente und für Richter existenzielle Problematik der Gerichtsaktenzuteilung angesprochen.

Zuvor wurde umfassend dargestellt, dass ein Richter im Falle einer den Vorgaben widersprechenden Aktenzuteilung sich zwingend strafbar macht und gefährdet. Wenn er nämlich, mangels jeglicher Möglichkeit zur Bekämpfung bzw. Relevierung dieser Gesetzeswidrigkeit unter Verstoß gegen die Vorgaben des Art. 47 der Charta eine Entscheidung trifft, setzt er einen (meist wissentlich) verfassungswidrigen und gegen die Grundrechte der EMRK bzw. der Charta verstoßenden Rechtsakt. Der Richter kann nur hoffen, dass dies niemand bemerkt und problematisiert, zumal er diesfalls strafrechtliche, dienstrechtliche und finanzielle schwerwiegende Konsequenzen fürchten müsste.

Noch viel problematischer ist aber, wenn der Richter die Judikatur des Gerichtshofs ernst nimmt, und den offenkundig gegen Art. 47 der Charta verstoßenden Zuteilungsakt infolge der Verdrängungswirkung unmittelbar

anwendbaren EU-Rechts als nicht gesetzt bzw. als nicht beachtlich einstuft. Dann wird nämlich zwingend sein Verhalten problematisiert, und wird diesfalls zwingend erst recht die Partei in ihren nach Art. 47 der Charta garantierten Rechten verletzt; diesfalls infolge der mit der Nichterledigung des Akts bewirkten überlangen Verfahrensdauer. Dass in diesem Fall einer beharrlichen Weigerung des Richters zur Akterledigung gegen diesen ein Strafverfahren, allenfalls sogar ein Entlassungsverfahren eingeleitet wird, ist gewiss. In solch einem Fall bleibt einem Richter (infolge der durch den gegenständlich problematisierten Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 21.11.2018 judizierten Unzulässigkeit eines Rechtsmittels) nur mehr die Möglichkeit der Stellung eines Vorabentscheidungsantrags, sofern zufälliger Weise durch die konkret zugeteilte Gerichtssache EU-Recht vollzogen wird.

Abgesehen davon, dass wohl für jeden Verwaltungsrichter die Beantwortung dieser bestellten Frage von existenzieller Bedeutung ist, ist die Beantwortung dieser Frage für das gegenständliche Verfahren zentral, wird doch durch diese Beantwortung nicht nur mitgeteilt werden, was ein Richter in solch einer Konstellation grundsätzlich zu tun hat, sondern auch, was der den gegenständlichen Vorabentscheidungsantrag unterfertigende Richter nach der Beendigung des gegenständlichen Vorabentscheidungsverfahrens zu tun befugt bzw. verpflichtet ist.

Für das  
Verwaltungsgericht Wien

Mag. DDr. Tessar