

LÖSUNGSSKIZZE FÜM III (November 2014)

TEIL I

Frage 1:

- Keine Bewilligung nach der GewO, weil GewO aufgrund von § 1 Abs 3 GelverkG nicht zur Anwendung kommt.
- Anwendungsbereich des § 1 Wiener Fiaker- und Pferdewagenmietfahrtgesetz (WFPG) ist erfüllt, weil Leopold Personen mittels Pferdekutschen gegen Entgelt befördern möchte.
- Er verfügt über Pferdekutschen iSd § 2 Z 1 WFPG und möchte die Tätigkeit gegen Entgelt iSd § 2 Z 5 WFPG anbieten, da er damit fortan seinen Lebensunterhalt bestreiten möchte.
- Er möchte ein Fiakerunternehmen iSd § 2 Z 2 WFPG betreiben.
- Dazu benötigt Leopold eine behördliche **Bewilligung** (Konzession) gem § 3 Abs 1 WFPG, welche er beim Magistrat der Stadt Wien gem § 4 WFPG iVm Art 1 Abs 2 Z 1 EGVG iVm § 3 Z 2 AVG schriftlich mit den Angaben des § 4 Z 1 – 4 WFPG zu beantragen hat.

Frage 2:

Magistrat der Stadt Wien  
Ungargasse 33, 1030 Wien

GZ: 12345

Wien, am 12. September 2014

Herrn Leopold Rössl  
Stallgasse 6, 1160 Wien

BESCHEID

Über Ihren Antrag vom 18. August 2014 auf Vergabe von zwei Platzkarten für das Auffahren auf Standplätzen des 1. Wiener Gemeindebezirks von 1. Oktober 2014 bis 31. März 2015 ergeht vom Magistrat der Stadt Wien als zuständige Behörde folgender

SPRUCH

Dem Antrag wird hinsichtlich einer Platzkarte gem § 8 Abs 7 Z 1 Betriebsordnung für Fiaker- und Pferdewagenunternehmen 2000 (BetriebsO) stattgegeben und Ihnen eine grüne Platzkarte zugewiesen. Hinsichtlich der anderen Platzkarte wird der Antrag gem § 8 Abs 7 Z 1 BetriebsO abgewiesen.

(Kosten)

BEGRÜNDUNG

Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung waren gemäß Angabe nicht auszuführen.

Der Sachverhalt ist wie folgt rechtlich zu beurteilen:

Da die Zahl der vorhandenen Standplätze die Zahl der antragstellenden Fiakerunternehmer überstiegen hat, wurde dem Antragsteller gem § 8 Abs 7 Z 1 BetriebsO eine grüne Platzkarte von 1. Oktober 2014 bis 31. März 2015 zugewiesen. Über den Antrag hinsichtlich der anderen Platzkarte war negativ zu entscheiden, da das in § 8 Abs 7 Z 1 BetriebsO vorgesehene Berechnungsverfahren keine weiteren Platzkarten für den Antragsteller ergeben hat.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Bescheid ist das Rechtsmittel der Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Wien zulässig. Die Beschwerde hat den angefochtenen Bescheid und die Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen. Darüber hinaus hat sie die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, ein bestimmtes Begehren sowie Angaben für Beurteilung der Rechtzeitigkeit zu enthalten. Die Beschwerde ist innerhalb von 4 Wochen ab Zustellung des Bescheides beim Magistrat der Stadt Wien schriftlich einzubringen.

Für den Magistrat der Stadt Wien  
Ferdinand Haflinger  
*Ferdinand Haflinger*

Ergeht an Leopold Rössl, Stallgasse 6, 1160 Wien

**Frage 3:**

- **Beschwerde** gegen das Erkenntnis des LVwG Wien gem **Art 144 Abs 1 B-VG** an den VfGH.
- Binnen 6 Wochen mit Inhaltserfordernissen gem §§ 15 Abs 2, 82 Abs 4 VfGG (Begehren auf Aufhebung, Bezeichnung der Regelung, Darlegung der Bedenken bzw des Sachverhalts, Bezeichnung des angefochtenen Erkenntnisses, Bezeichnung des VwG, das das Erkenntnis erlassen hat, Angaben zur Rechtzeitigkeit, Bezugnahme auf Art 144 B-VG) schriftlich durch Rechtsanwalt direkt beim VfGH einzubringen und Entrichtung der Gebühr in Höhe von EUR 240.- gem § 17a VfGG.
- Behauptung der Verletzung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder der Verletzung in Rechten wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung.
- **Erwerbsfreiheit** gem Art 6 StGG: umfasst Antritt und Ausübung von selbständiger und unselbständiger Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist. Bei der Platzkartenregelung handelt es sich um eine Ausübungsschranke mit größerem Gestaltungsspielraum als bei Antrittsschranken. Die Maßnahme muss intentional sein. Staatsbürgerrecht. Grundrecht mit formellem Gesetzesvorbehalt.
  - Verhältnismäßigkeitsprüfung:
    - Öffentliches Interesse (zB öffentliche Ordnung iSv Vermeidung von Verkehrsbeeinträchtigungen, Tierschutz, ...)
    - Geeignetheit des Mittels
    - Erforderlichkeit/Notwendigkeit der Maßnahme iSd gelindesten Mittels
    - Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn/Adäquanz
    - Argumentation, ob Grundrecht verletzt
- Freiheit der Berufswahl und Berufsausbildung gem Art 18 StGG
- **Eigentumsfreiheit** gem Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK: schützt alle vermögenswerten (Privat)rechte und umfasst Enteignungen und sonstige Eigentumseingriffe = Eigentumsbeschränkungen. Die Platzkartenregelung könnte eine Eigentumsbeschränkung darstellen. Jedermannsrecht. Grundrecht mit formellem Gesetzesvorbehalt.
  - Verhältnismäßigkeitsprüfung (siehe oben) + Argumentation, ob überhaupt Eingriff in Grundrecht bzw ob Verletzung des Grundrechts
- **Gleichheitssatz** gem Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG und Art 66 Abs 1 u 2 StV von St. Germain. Verbietet unsachliche Differenzierung. Es wird daraus ein allgemeines Sachlichkeitsgebot abgeleitet. Staatsbürgerrecht.
  - Argumentation, ob Grundrecht verletzt

**Frage 4:**

- **Uhrzeit:** Der Betrieb von Fiakerunternehmen ist gem § 3 Abs 4 WFPG nur zwischen 9:00 und 23:00 Uhr gestattet. Ausgenommen sind bestellte Fahrten, die auf Grund einer in der Betriebsstätte oder Wohnung des Fiakerunternehmens eingelangten Bestellung erfolgen und spätestens 24h vor Fahrtantritt beim Magistrat der Stadt Wien angezeigt werden.
- **Tarif:** Gem § 2 Abs 1 und 2 Fiaker- und Pferdewagenmietentgelt 2012 dürfen für große Stadtrundfahrten höchstens EUR 80.- und für kleine Stadtrundfahrten höchstens EUR 55.- in Rechnung gestellt werden. Die Preise Leopolds verstoßen daher gegen den Fiaker- und Pferdewagenmietentgelt 2012.
- **Plakate:** Die Plakate sind als Werbung zu qualifizieren und verstoßen daher gegen § 13 Abs 1 WFPG.
- Leopold verstößt gegen Bestimmungen des WFPG und auf Grund dieses Gesetzes erlassene Verordnungen gem § 14 Abs 1 Z 4 iVm § 9 Abs 4 Z 3 WFPG.
- Die **Verwaltungsübertretungen** sind gem § 14 Abs 2 WFPG jeweils mit einer Geldstrafe von EUR 140.- bis zu EUR 3.500.- zu ahnden.

**Frage 5:**

- Leopold muss eine **Wiederaufnahme** des Verfahrens gem § 69 Abs 1 Z 1 AVG befürchten, da der formell rechtskräftige Konzessions-Bescheid durch eine gerichtlich strafbare Handlung herbeigeführt wurde.
- Es bedarf dafür keiner gerichtlichen Verurteilung. Liegt keine gerichtliche Verurteilung vor, ist das Vorliegen einer gerichtlich strafbaren Handlung als Vorfrage zu prüfen. Ein Verdacht reicht nicht aus. Die Tatbegehung muss erwiesen sein.

- Hier liegt ein absoluter Wiederaufnahmegrund vor. Die Wiederaufnahme hängt nicht davon ab, ob die Behörde im neuen Verfahren voraussichtlich zu einer anders lautenden Entscheidung gelangen wird.
- Der Magistrat der Stadt Wien kann von Amts wegen die Wiederaufnahme auch nach 3 Jahren mit verfahrensrechtlichem Bescheid verfügen gem § 69 Abs 3 und 4 AVG.
- Der Bescheid, mit dem das wieder aufzunehmende Verwaltungsverfahren abgeschlossen wurde, tritt nach stRsp mit Erlassung des die Wiederaufnahme verfügenden Bescheids außer Kraft.
- Im dem die Wiederaufnahme verfügenden Bescheid ist – sofern die Behörde nicht zugleich auch die neue Sachentscheidung fällt – auszusprechen, inwieweit das Verfahren wieder aufzunehmen ist (§ 70 AVG).
- Die neue Sachentscheidung ersetzt nach stRsp den durch die Verfügung der Wiederaufnahme weggefallenen Bescheid ex tunc.

**Frage 6:**

- Es handelt sich um eine **Staatszielbestimmung** bzw um einen **Verfassungsauftrag**. Derartige Bestimmungen unterscheiden sich von Grundrechtsbestimmungen dadurch, dass sie keine subjektiven Rechte gewährleisten und daher nicht durchsetzbar sind.
- Staatszielbestimmungen sind vom VfGH als objektiver Maßstab in der Prüfung der Gesetzgebung, aber auch der Vollziehung anzuwenden. Sie dienen als Auslegungsmaxime und verdeutlichen das öffentliche Interesse und können uU Eingriffe in Grundrechte rechtfertigen.

## TEIL II

**Frage 7:**

- Es ist zu prüfen, ob eine Versammlung iSd VslgG vorliegt.
- Es gibt keine gesetzliche Definition des Versammlungsbegriffs, daher ist jener des VfGH (Artikel 12 StGG: enger Versammlungsbegriff) heranzuziehen. Das ist grundsätzlich jede geplante, vorübergehende, allgemein zugängliche Zusammenkunft mehrerer Menschen, um gemeinsam nach außen zu wirken (Assoziation der Zusammengekommenen).
- Der **Versammlungsbegriff** ist erfüllt. Hier handelt es sich um eine Spontanversammlung.
- Nach § 2 Abs 1 VslgG hätte grundsätzlich eine Anzeige erfolgen müssen, weil keine Ausnahme davon iSd VslgG vorliegt.

**Frage 8:**

- Wird eine Versammlung gegen die Vorschriften des Gesetzes veranstaltet, ist sie nach § 13 Abs 1 VslgG von der Behörde aufzulösen.
- Einschränkend sieht Artikel 11 Abs 2 EMRK eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.
- Ebenso rechtfertigt die Verletzung der Anzeigepflicht die Untersagung/Auflösung nicht ohne weiteres.
- Clemens verstößt nicht gegen das **Vermummungsverbot** nach § 9 Abs 1 Z 1 VslgG: Er verhüllt zwar seine Gesichtszüge durch das Tragen der Sturmhaube, allerdings als Kälteschutz und nicht zu dem Zweck, seine Wiedererkennung zu verhindern. Darüber hinaus kann nach dem „Opportunitätsprinzip“ des § 9 Abs 3 VslgG von einer Durchsetzung des Verbots abgesehen werden, „wenn eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit nicht zu besorgen ist“.
- Versammlungsangelegenheiten zählen nach § 2 Abs 2 SPG zur **Sicherheitsverwaltung** im Rahmen der Verwaltungspolizei. Die Sicherheitsbehörden (nach § 16 lit c VslgG, § 8 SPG und § 3 AVG: hier die BH Jennersdorf) sind zuständig (§ 2 Abs 1 SPG). Die Angehörigen des Wachkörpers Bundespolizei (§ 5 Abs 2 Z 1 SPG) als Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes versehen den Exekutivdienst für die Sicherheitsbehörden (§ 5 Abs 1 SPG). Den Sicherheitsbehörden werden dessen Akte zugerechnet.
- Die **Untersagung** stellt einen rechtswidrigen (weil kein Verstoß gegen das Vermummungsverbot vorliegt) **AuvB** gegenüber den Veranstaltern Max und Moritz dar. Clemens kann sich dagegen nicht zur Wehr setzen.
- Max und Moritz sind als Leiter nach § 11 Abs 2 VslgG zur **Auflösung** der Versammlung verpflichtet, wenn ihren Anordnungen bei gesetzwidrigen Handlungen keine Folge geleistet wird. Lösen sie die Versammlung nach Aufforderung nicht auf, kann dies durch die Polizei erfolgen. Die Auflösung erfolgte gegenüber jeder an der

Versammlung teilnehmenden Person und war in Folge der unzulässigen Untersagung rechtswidrig. Der Akt (nach hL) als **AuvB** kann von Clemens erfolgreich mit Maßnahmenbeschwerde (Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG iVm § 88 Abs 1 SPG) beim LVwG Burgenland (Art 131 Abs 1 B-VG iVm § 3 Abs 2 Z 2 VwGVG) bekämpft werden. Clemens muss behaupten, in seinen Rechten verletzt worden zu sein (Art 132 Abs 2 B-VG) und die Beschwerde binnen sechs Wochen (§ 7 Abs 4 VwGVG) ab Kenntnis bzw Wegfall der Behinderung (§ 7 Abs 4 Z 3 VwGVG) beim LVwG (§ 20 VwGVG) schriftlich einbringen (§ 13 Abs 1 AVG iVm § 17 VwGVG). Den Inhalt der Beschwerde bilden die in § 9 Abs 1 und Abs 4 VwGVG aufgestellten Anforderungen. Nach aA stellt der Akt eine **Verordnung** dar, wogegen ein Individualantrag nach Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG beim VfGH eingebracht werden kann.

- Das **Abdrängen** von Clemens ist ebenfalls als **AuvZ** zu qualifizieren; er kann erfolgreich Maßnahmenbeschwerde erheben. Nach § 14 Abs 1 VslgG besteht zwar die Verpflichtung der anwesenden Personen, nach Auflösung der Versammlung den Versammlungsort sofort zu verlassen und auseinanderzugehen. § 14 Abs 2 VslgG sieht darüber hinaus vor, dass im Falle des Ungehorsams Zwang angewendet werden darf. Da aber schon die Untersagung und die Auflösung unzulässiger Weise erfolgten, ist auch der Akt des Abdrängens rechtswidrig.
- Auch gegen den **AuvZ** der **Festnahme** kann Clemens erfolgreich Maßnahmenbeschwerde einbringen. Vorweg zu prüfen sind die Festnahme-Voraussetzungen des § 35 VStG: ob Clemens auf frischer Tat betreten wurde und trotz Abmahnung in der strafbaren Handlung (Verwaltungsübertretung nach § 19 VslgG) verharrte. Dies ist zu verneinen, da Clemens weder gegen das Vermummungsverbot verstoßen hat, noch gegen die Aufforderung, auseinander zu gehen (da die Untersagung und Auflösung schon unzulässig war). Darüber hinaus erfolgte keine Abmahnung und auch gelindere Mittel wurden nicht in angewendet (§ 9 Abs 2 VslgG iVm § 81 Abs 3 bis 6 SPG).

**Frage 9:**

- Die erste Entscheidung war eine **Strafverfügung**, gegen die er Einspruch nach § 49 VStG erhoben hat. Da es sich dabei um ein remonstratives Rechtsmittel handelt, erließ daraufhin dieselbe Behörde, die BH Jennersdorf (zuständig nach § 19 VslgG iVm § 27 VStG iVm Art 1 Abs 2 Z 2 EGVG) eine Entscheidung.
- Bei Erlassung des **Strafbescheids** (= Straferkenntnis) hat die BH dabei das Verbot der reformatio in peius zu beachten, gegen welches im konkreten Fall auch nicht verstoßen wurde. Gegen den Bescheid legte Clemens Beschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG an das LVwG Burgenland (§ 18 VslgG iVm § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG) ein. Die Beschwerde ist nach § 12 VwGVG bei der belangten Behörde einzubringen.
- Die dritte Entscheidung stellt eine **Beschwerdevorentscheidung** der belangten Behörde gemäß § 14 VwGVG dar, die binnen zwei Monaten zu ergehen hat und auch abweisenden Inhalt enthalten kann.
- Clemens hat mit seiner Einschätzung daher nicht Recht.

**Frage 10:**

- Clemens muss befürchten, dass eine **Ordnungsstrafe** nach § 34 Abs 3 AVG wegen beleidigender Schreibweise über ihn verhängt wird, die nach Abs 2 bis zu € 726,- Euro betragen kann.
- Dabei handelt es sich um einen verfahrensrechtlichen Bescheid (Disziplinarmittel) der Behörde, die die Eingabe zu erledigen hat.
- Es muss ein Bezug zu einem konkreten Verfahren vorliegen.
- Die Beurteilung hat nach objektiven Kriterien und nicht nach subjektiven Empfindlichkeiten zu erfolgen.

**Frage 11:**

- Das Grundrecht der **Versammlungsfreiheit** gemäß Art 12 StGG ist ein Staatsbürgerrecht. Art 12 StGG steht unter einem Ausgestaltungsvorbehalt, was dazu führt, dass jede Verletzung des VslgG als Verletzung des Grundrechts vom VfGH einer Feinprüfung unterzogen wird (Art 144 B-VG).
- Dem VwGH kommt in dieser Hinsicht nach Art 133 Abs 5 B-VG keine Zuständigkeit (einzige Ausnahme: Fristsetzungsanträge nach Art 133 Abs 1 Z 2 B-VG) zu.
- **Artikel 11 EMRK** beinhaltet gegenüber dem StGG ein Jedermannsrecht, das unter einem materiellen Gesetzesvorbehalt steht. Hier kommt dem VfGH die Grobprüfung zu, dem VwGH hingegen die Feinprüfung.

### TEIL III

#### Frage 12:

- In Frage kommt zunächst eine Qualifikation als **Verordnung**, also als außenwirksamer, normativer, genereller Akt einer Verwaltungsbehörde im Bereich der Hoheitsverwaltung.
- Der generelle, also nach Gattungsmerkmalen bestimmte, Adressatenkreis (hier: Staatsanwaltschaften und Gerichte) ist ebenso wie das Vorliegen des Aktes einer Verwaltungsbehörde (hier: BMJ) im Bereich der Hoheitsverwaltung (hier: Bereich des Strafrechts) unproblematisch.
- Auch die Normativität des Aktes ist insb aufgrund des letzten Halbsatzes des Schreibens zu bejahen.
- Fraglich ist jedoch das Element der Außenwirksamkeit, da das Schreiben nach der Formulierung nicht an Rechtsunterworfenen adressiert ist, sondern lediglich an Staatsanwaltschaften und Gerichte.
- Dies würde zunächst für eine ausschließlich an nachgeordnete Organwalter gerichtete und daher auch nur diesen gegenüber bekanntzumachende **generelle Weisung** gem Art 20 Abs 1 B-VG (auch bezeichnet als **Erllass** bzw **Verwaltungsverordnung**) sprechen.
- Da der BMJ als oberstes Organ für den Bereich des Strafrechtswesens gem Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG gegenüber den Staatsanwaltschaften weisungsbefugt ist (Art 90a B-VG), wäre diese Weisung für die Staatsanwaltschaften (unter Außerachtlassung inhaltlicher Aspekte) verbindlich.
- Für Gerichte kann eine solche fachliche Weisung jedoch niemals Wirkung entfalten. Richter genießen gem Art 87 B-VG in Ausübung ihres richterlichen Amtes richterliche Unabhängigkeit und sind somit weisungsfrei (vgl auch Art 94 B-VG).
- Durch die Vorgabe einer bindenden Gesetzesauslegung und damit der Steuerung des Vollzugsverhaltens könnte jedoch trotz der Formulierung auch auf eine materielle Außenwirkung des Schreibens geschlossen werden, wodurch eine Qualifikation als außenwirksame **Rechtsverordnung** denkbar wäre.
- Die Kundmachung einer solchen Rechtsverordnung in einer Fachzeitschrift wäre jedoch jedenfalls als mangelhafte Kundmachung zu qualifizieren (da Verordnungen des BMJ im BGBl II kundzumachen sind).
- Der VfGH nimmt einen solchen Fall zum Anlass für ein Verordnungsprüfungsverfahren und hebt den – inhaltlich als Rechtsverordnung zu qualifizierenden – Erlass mangels der gebotenen Kundmachung auf. Bis dahin wäre bei Erreichen eines Mindestmaßes an Publizität grds von einer Bindung auszugehen, die sich jedoch aufgrund der nicht gehörigen Kundmachung gem Art 89 B-VG nicht auf ordentliche Gerichte erstreckt.
- Der VwGH ignoriert den Akt hingegen als in der externen Rechtssphäre gar nicht existierend.

**Zusatzpunkte:** Die Zahl der erreichbaren Punkte kann sich durch Zusatzpunkte für sinnvolle Erwägungen erhöhen.