Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29.4.2021 – Lösungsskizze (Variante 1 = Angaben A und C)

(Fallersteller Univ.-Prof. Dr. Franz Merli)

Kursive Passagen betreffen Überlegungen, die nicht unbedingt erwartet werden können und mit Zusatzpunkten belohnt werden.

1) Kann Chen/Swiad Rechtsmittel gegen die Polizeihandlungen ergreifen und wie sind ihre/seine Erfolgsaussichten?

Für Rechtsmittel müssen mehrere Vorgänge unterschieden werden **(1 P)**.

<u>a. Betreten der Wohnung und Kontrollrundgang</u>

Das Betreten der Wohnung mit dem folgenden Kontrollrundgang ist ein AuvBZ **(1 P)**, denn die Polizisten/innen handeln hier nicht für die Staatsanwaltschaft oder ein Gericht, sondern für eine Verwaltungsbehörde **(1 P)**, offensichtlich außenwirksam, gegen Einzelpersonen, hoheitlich und verfahrensfrei **(1 P)**, und sie üben durch das Beiseiteschieben des Mannes/Zurab Zwang aus **(1 P)**. In Frage kommt eine Maßnahmenbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG **(1 P)**.

Chen/Swiad ist beschwerdelegitimiert gem Art 132 Abs 2 B-VG **(1 P)**, weil sie/er als Mieter/in in ihrem/seinem Recht auf Achtung der Wohnung (Art 8 EMRK) verletzt sein kann **(1 P)**, *auch wenn der Zwang gegen ihren Mann und Mitmieter/Zurab und Mitbewohner ausgeübt wurde (1 ZP)*.

Die Beschwerde wäre gem § 7 Abs 4 und § 20 VwGVG binnen 6 Wochen schriftlich mit dem in § 9 Abs 1 und 4 VwGVG genannten Inhalt beim zuständigen Verwaltungsgericht einzubringen **(1 P)**; *für ausführlichere Darstellungen gibt es keine ZP, außer für die richtige Angabe der jeweils belangten Behörden*. Sachlich zuständig ist hier gem § 5 Abs 4 WSLG das Verwaltungsgericht Wien, soweit sich das Betreten auf das WLSG stützt **(1 P)**. *Dasselbe würde gelten, wenn die Polizei das Betreten auf § 39 SPG stützt (§ 88 Abs 1 SPG) (1 ZP), auf § 36 FPG (gem § 88 Abs 1 SPG [1 ZP], weil im 5. Hauptstück des FPG geregelte Maßnahmen von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes gem § 3 Abs 1 FPG den Landespolizeidirektionen zugerechnet werden, es sich also um sicherheitsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt handelt [1 ZP]) oder auf § 338 GewO (gem Art 131 Abs 1 B-VG, weil das Gewerberecht nicht in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzogen wird)(1 ZP). Örtlich zuständig ist nach § 3 Abs 2 Z 2 VwGVG das VwG Wien (1 ZP).*

Eine – nach Art 8 Abs 2 EMRK erforderliche – ausreichende Rechtsgrundlage für das Betreten gibt es nicht:

Die Polizisten/innen sind Organe des öffentlichen Sicherheitsdiensts (§ 5 Abs 2 Z 1 SPG) **(1 P)** und wirken als solche an der Vollziehung des WLSG nach dessen § 1 Abs 2-4 mit **(1 P)**. Die Befugnisse des WLSG ermächtigen die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes jedoch nicht zur Betretung der Wohnung **(1 P)**.

Betretungsbefugnisse nach anderen Gesetzen sind im konkreten Fall nicht anwendbar. § 36 Abs 1 Z 2, 3 oder 4 FPG räumen den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zwar

Betretungsbefugnisse ein, die aus nachträglicher Sicht im konkreten Fall einschlägig hätten sein können **(1 P)**. Doch beim Betreten hatten die Polizisten/innen noch keine Kenntnis von „bestimmten Tatsachen" **(1 P)**, die die Annahme rechtfertigten, dass sich in der Wohnung Opfer von Schlepperei oder unrechtmäßig aufhältige Fremde aufhalten, oder dass darin durch unrechtmäßig aufhältige Fremde eine unerlaubte Erwerbstätigkeit ausgeübt wird **(1 P)**.

§ 39 SPG enthält eine Ermächtigung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zum Betreten von Räumen **(1 P)**. Sie setzt nach § 28a Abs 3 SPG aber eine polizeiliche Aufgabe voraus **(1 P)**. Lärm vermag zwar die Ordnung zu stören, doch ist hier nicht die öffentliche Ordnung beeinträchtigt, denn die Wohnungen der Nachbarn sind keine öffentliche Orte iSv § 27 Abs 2 SPG **(1 P)**. Eine erste allgemeine Hilfeleistung oder die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit durch Gefahrenabwehr liegen ebenfalls fern **(1 P)**. Allenfalls käme eine Gefahrenerforschung nach § 28a Abs 1 SPG in Betracht, weil der Lärm auf eine Gefahr hindeuten könnte **(1 P)**. Doch die konkreten Tatbestandsvoraussetzungen des Art 39 Abs 1 und 2 SPG liegen nicht vor: Die Polizisten/innen betreten die Wohnung weder in Erfüllung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht, noch können sie schon davon ausgehen, einen gerade stattfindenden gefährlichen Angriff abzuwehren **(1 P)**. Auch wird durch das Betreten kein zulässiger Waffengebrauch vermieden **(1 P)**.

§ 338 Abs 1 GewO kommt grundsätzlich als Ermächtigungsgrundlage in Frage: Die GewO ist anwendbar, denn die Ausrüstung sowie die Art und Mengen der Produktion sprechen (entgegen der Beteuerung Chens) für eine regelmäßige und auf Erwerb gerichtete selbständige Tätigkeit iSd § 1 GewO (1 ZP). § 338 Abs 1 GewO ermächtigt jedoch die Organe der Gewerbebehörden und ihre Sachverständigen, nicht aber die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, Betriebe zu betreten (1 ZP).[1] *Die allgemeine Mitwirkungsbefugnis der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach § 336 GewO erstreckt sich nicht auf § 338 Abs 1 GewO (1 ZP), und zu ihren dort speziell geregelten Befugnissen gehört nicht das Betreten (1 ZP). Abgesehen davon konnten die Polizisten/innen aus einer ex-ante-Perspektive nicht davon ausgehen, dass hier überhaupt gewerberechtliche Vorschriften zu vollziehen waren: Dass die Wohnung als Betriebsanlage genutzt wird und darin gewerbsmäßig Teigtascherl/Bier produziert werden, konnten die Polizisten/innen vor dem Betreten nicht ahnen (1 ZP).*

Das Betreten der Wohnung war also rechtswidrig **(1 P)**. Das VwG würde das gem § 28 Abs 6 VwGVG feststellen **(1 P)**.

<u>b. Ausweiskontrolle</u>

Die Frage nach den Ausweisen war eine bloße Bitte ohne Androhung oder Ausübung von Zwang **(1 P)**; die Kontrollierten haben die Ausweise gezeigt, um die Polizisten/innen freundlich zu stimmen und nicht aus Furcht vor Zwang **(1 P)**. Deshalb handelt es sich nicht um einen AuvBZ **(1 P)**, und eine Maßnahmenbeschwerde wäre unzulässig **(1 P)**.

Chen/Swiad könnte aber eine Verhaltensbeschwerde nach § 88 Abs 2 SPG einlegen **(1 P)**, wenn (und soweit) die Polizisten/innen in Besorgung der Sicherheitsverwaltung gehandelt haben

[1] Die Formulierung in § 338 Abs 1 Satz 1 GewO („Organe der zur Vollziehung dieser Vorschriften zuständigen Behörden") ist unklar: Sie könnte nur Behördenbefugnisse oder auch Exekutivorganbefugnisse begründen. Deshalb lässt sich auch vertreten, dass § 338 Abs 1 GewO die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, Betriebe zu betreten.

(1 P). *Nach § 2 Abs 2 SPG zählen dazu die Sicherheitspolizei und die Fremdenpolizei, also auch Identitätskontrollen nach SPG und FPG (1 ZP), nicht aber Maßnahmen nach anderen Rechtsgrundlagen, zB nach § 34b VStG iVm dem WLSG (deshalb gibt es für ihre Behandlung im Folgenden nur ZP, wenn jemand gute Gründe dafür anführt, dass es sich wegen des Kontexts beim Ausweisverlangen doch um einen AuvBZ gehandelt hat.)*

Chen/Swiad ist, soweit sie/er sich gegen ihre/seine Ausweiskontrolle wendet, beschwerdelegitimiert gem § 88 Abs 2 SPG (1 ZP), weil sie/er eine Verletzung ihres/seines Rechts auf Gesetzmäßigkeit sicherheitspolizeilicher Maßnahmen (§ 87 SPG) (1 ZP) bzw ihres/seines Rechts, nur unter den Voraussetzungen des FPG zur Aushändigung von Dokumenten verpflichtet zu werden (1 ZP) – zumal die Nichtbefolgung der Aufforderung verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert ist (§ 121 Abs 3 Z 3 lit a FPG) (1 ZP) – geltend machen kann.

Die Beschwerde ist gem § 88 Abs 4 SPG – als lex specialis zu § 7 Abs 4 VwGVG (1 ZP) – binnen 6 Wochen beim Landesverwaltungsgericht einzubringen (1 ZP); im Übrigen gilt dasselbe wie für die Maßnahmenbeschwerde (§ 53 VwGVG; siehe oben) (1 ZP); keine Zusatzpunkte möglich, außer für die Nennung der belangten Behörden). Örtlich zuständig ist nach § 3 Abs 2 Z 3 VwGVG das VwG Wien (1 ZP).

§ 32 Abs 1 und 3 *und § 34 Abs 1 Z 1* FPG ermächtigen die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes **(1 P)**.

Die Inanspruchnahme der Befugnis nach § 34 Abs 1 Z 1 FPG setzt voraus, dass bestimmte Tatsachen darauf schließen lassen, dass jemand als Fremder rechtswidrig eingereist oder aufhältig ist. Im SV bestehen im Zeitpunkt der Kontrolle keine Anhaltspunkte dafür, dass die in der Wohnung angetroffenen Personen illegal im Inland sind (1 ZP) sodass diese Befugnis ausscheidet (1 ZP).

§ 32 Abs 1 FPG normiert die Verpflichtung Drittstaatsangehöriger, Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes auf Aufforderung jene Dokumente vorzuweisen, die ihre Aufenthaltsberechtigung belegen; dazu gehören auch Dokumente, aus denen ihre Identität hervorgeht **(1 P)**. Als Staatsangehörige/r Chinas/Georgiens ist Chen/Swiad Drittstaatsangehörige/r **(1 P)**. *Die Ausweiskontrolle kann daher auf diese Bestimmung gestützt werden (1 ZP).*

§ 35 SPG ermächtigt zur Identitätskontrolle die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (1 ZP). Als polizeiliche Aufgabe kommt die Gefahrenabwehr in Betracht, zu der gem § 16 Abs 2 Z 3 SPG die Verhinderung von Straftaten nach dem FPG zählt (1 ZP). Eine Befugnis könnte sich allenfalls aus § 35 Abs 1 Z 4 SPG ergeben (1 ZP): Dann müsste allerdings der dringende Verdacht bestehen, dass sich in der Wohnung Fremde befinden, die nicht zum Aufenthalt im Inland berechtigt sind. Der Umstand, dass die in der Wohnung befindlichen Personen fremd aussehen, vermag diesen dringenden Verdacht noch nicht zu erzeugen (1 ZP), zumal auch die RLV vorsieht, dass Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ihre Befugnisse so auszuüben haben, dass ihr Einschreiten nicht als Diskriminierung zB aufgrund der Rasse oder Herkunft erscheint (vgl § 31 Abs 1 Z 5 SPG) (1 ZP). Die Identitätskontrolle konnte sich daher nicht auf § 35 SPG stützen (1 ZP).

Die Ausweiskontrolle war also rechtmäßig **(1 P)**. *Das VwG würde die Beschwerde insoweit gem § 28 Abs 6 VwGVG abweisen (1 ZP).*

c. Schließung des Betriebs

Die Schließung des Betriebes mit der Aufforderung zum Abschalten ist ein Befehl, mit dessen zwangsweiser Durchsetzung nach dem Kontext gerechnet werden muss **(1 P)**, und damit ein AuvBZ **(1 P)**. Chen/Swiad kann ihn als mögliche Verletzung ihres/seines Rechts, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen verpflichtet zu werden **(1 P)**, beim VwG Wien anfechten **(1 P)**. (*Eine Berufung auf die Erwerbsfreiheit scheidet aus, da Chen/Swiad weder Österreicher/in noch EU-Bürger/in ist.)* Nach Erlassung eines Bescheids nach § 360 GewO verlöre die Maßnahme allerdings ihre Unmittelbarkeit **(1 P)**, und die Beschwerde würde unzulässig **(1 P)**.

Als Rechtsgrundlage dafür kommen § 360 Abs 2 und 3 GewO in Betracht **(1 P)**. Die GewO ist anwendbar, denn die Ausrüstung sowie die Art und Mengen der Produktion sprechen für eine regelmäßige und auf Erwerb gerichtete selbständige Tätigkeit iSd § 1 GewO **(1 P**, falls nicht schon vorher bepunktet). § 360 Abs 2 und 3 GewO ermächtigen aber die (Gewerbe-)Behörde, nicht die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes **(1 P)**. Diese wirken zwar nach § 336 Abs 1 GewO an der Vollziehung des § 366 Abs 1 Z 1 GewO mit, aber nur mit ihren allgemeinen Befugnissen und nicht mit jenen, die § 360 GewO der Behörde vorbehält **(1 P)**. Dass die Polizisten/innen im telefonischen Auftrag der Behörde handeln, ändert daran nichts **(1 P)**, umso mehr, als der Auftrag nicht ganz eindeutig war und es die Polizisten/innen sind, die die Schließungsanordnung erlassen haben **(1 P)**.

Die Schließung war daher rechtswidrig **(1 P)**. Das VwG würde das gem § 28 Abs 6 VwGVG feststellen **(1 P)**.

Zweifelhaft, aber nicht ausgeschlossen wäre es, die „Schließung" und die Anordnung zum Abschalten der Geräte als Abmahnung iSd § 35 Z 3 VStG zu verstehen (1 ZP). Die Polizisten/innen sind nach § 336 Abs 1 GewO für Maßnahmen zur Vorbeugung ua gegen die Verwaltungsübertretungen nach § 366 Abs 1 Z 1 und 2 GewO zuständig (1 ZP), und die Abmahnung iSd § 35 Z 3 VStG ist eine solche Maßnahme und eine ihnen eingeräumte Befugnis (1 ZP). Die Voraussetzungen für ihre Inanspruchnahme liegen vor: Die Polizisten/innen konnten davon ausgehen, dass Chen/Swiad mit der Teigtascherl-/Bierproduktion unbefugt ein Gewerbe ausübt und in ihrer Wohnung eine nicht genehmigte Betriebsanlage iSd Art 74 GewO betreibt (1 ZP, soweit nicht schon bepunktet). Sie haben Chen/Swiad dabei auf frischer Tat betreten (1 ZP). Folgt man dieser Deutung, wäre die Schließung rechtmäßig (1 ZP) und die Beschwerde insoweit abzuweisen (1 ZP).

Eine Abmahnung auf der Grundlage von § 35 Z 3 VStG iVm § 5 Abs 2-4 WSLG für eine Verwaltungsübertretung nach § 1 Abs 1 Z 2 WLSG dürfte dagegen nicht in Frage kommen, denn die Anwendbarkeit des WLSG könnte entfallen, sobald klar ist, dass es sich um gewerblichen Lärm handelt (1 ZP).[2] *Deswegen kann sich die Anordnung zum Abschalten der Geräte wohl auch nicht auf § 1 Abs 2 WLSG stützen (1 ZP). Zur „Schließung" des Betriebs ermächtigt diese Rechtsgrundlage jedenfalls nicht (1 ZP).*

[2] Vgl VwGH 01.07.2010, 2008/09/0149.

d. Festnahme des Neffen

Die Festnahme des Neffen/Zurab ist ein AuvBZ **(1 P)**, Chen/Swiad zur Maßnahmenbeschwerde aber nicht legitimiert, da sie/er nicht in eigenen Rechten betroffen ist **(1 P)**. Das VwG müsste ihre/seine Beschwerde zurückweisen **(1 P)**.

2) Ist die Schubhaft rechtmäßig?

Die Schubhaft darf gem § 76 Abs 2 Z 2 FPG **(1 P)** nur verhängt werden, wenn gegen Chens Neffen/Zurab ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeenden Maßnahme anhängig ist **(1 P)** und die Haft zur Sicherung dieses Verfahrens wegen Fluchtgefahr notwendig **(1 P)** und verhältnismäßig ist **(1 P)**.

Es ist anzunehmen, dass das BFA ein Verfahren zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung gem § 52 Abs 1 Z 1 FPG eingeleitet hat **(1 P)**, denn der Neffe/Zurab ist ein Drittstaatsangehöriger iSd § 2 Abs 4 Z 10 FPG **(1 P)** und hält sich nach § 31 Abs 1 Z 3 FPG nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf **(1 P)**, weil er als Inhaber eines Schengen-Visums einer unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgegangen ist **(1 P)**.

Von den in § 76 Abs 3 FPG genannten Faktoren für die Beurteilung der Fluchtgefahr sind lediglich die in Z 9 genannten einschlägig: Der Neffe/Zurab geht zwar keiner legalen Erwerbstätigkeit nach **(1 P)**, hat aber familiäre Beziehungen zu seiner aufenthaltsberechtigten Tante Chen/seines aufenthaltsberechtigten Onkels Swiad und verfügt durch sie/ihn über ausreichende Existenzmittel und einen gesicherten Wohnsitz **(1 P)**. Ohne weitere Hinweise kann daher von Fluchtgefahr nicht ausgegangen werden **(1 P)**.

An die Verhältnismäßigkeit stellt § 77 Abs 1 FPG **(1 P)** hier besonders strenge Anforderungen: Da der Neffe/Zurab ein mündiger Minderjähriger ist **(1 P)**, darf er nur in Schubhaft genommen werden darf, wenn „bestimmte Tatsachen“ die Annahme rechtfertigen, dass der Zweck der Schubhaft durch mildere Mittel nicht erreicht werden kann **(1 P)**. Solche Tatsachen sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich **(1 P)**.

Die Schubhaft ist also rechtswidrig **(1 P)**.

3) Was soll MMM tun?

Die Äußerung des Justizministers lässt sich als Weisung qualifizieren **(1 P)**. Sie ist eine verbindliche Anordnung **(1 P)**, stammt von einem Verwaltungsorgan **(1 P)** und richtet sich an ein nachgeordnetes Verwaltungsorgan **(1 P)**: Die Erstattung von Vorschlägen für die Ernennung von Richteramtsanwärterinnen ist keine rechtsprechende Tätigkeit, sondern Justizverwaltung iSd Art 87 Abs 2 B-VG **(1 P)**, und die Präsidenten der OLG handeln dabei gem § 3 Abs 2 RStDG als monokratische Organe **(1 P)**, auch wenn andere Personen an der Vorbereitung der Vorschläge mitwirken **(1 P)**.

MMM ist Richter und gem Art 87 Abs 1 B-VG in Ausübung seines richterlichen Amtes grundsätzlich weisungsfrei **(1 P)**, hier aber als monokratisches Verwaltungsorgan nach Art 87 Abs 1 und 2 B-VG e contrario weisungsgebunden **(1 P)**.

MMM könnte die Befolgung der Weisung nach Art 20 Abs 1 B-VG *(wenn diese Bestimmung auf die Justizverwaltung anwendbar ist – 1 ZP)* ablehnen, wenn sie von einem unzuständigen Organ stammt, und müsste das tun, wenn die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde **(1 P)**. Der Justizminister ist gem den Art 19 Abs 1 und 69 Abs 1 B-VG und § 213 Abs 1 RStDG für Weisungen zum Vollzug des RStDG zuständig **(1 P)**. Ob die Befolgung strafrechtswidrig wäre, ist fraglich.

Die weisungskonforme Begünstigung der Männer im Vorschlag wäre rechtswidrig **(1 P)**: Das B-GlBG ist hier gem seinem § 1 Abs 1 Z 6 anwendbar, weil sich die betroffenen Personen in einem Ausbildungsverhältnis zum Bund befinden (sie sind Rechtspraktikant*innen) und weil sie sich um Aufnahme in ein Dienstverhältnis zum Bund beworben haben **(1 P)**. § 4 Z 1 B-GlBG verbietet Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des Dienstverhältnisses **(1 P)**. Die Befolgung der Weisung diskriminiert unmittelbar iSd § 4a Abs 1 B-GlBG, weil gleich qualifizierte Frauen aufgrund ihres Geschlechtes, also weil sie Frauen sind, eine weniger günstige Behandlung als Männer erfahren **(1 P)**. *Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass MMM mit einem weisungskonformen Verhalten Amtsmissbrauch gem § 302 StGB begehen würde (1 ZP), vor allem wenn er die Rechtswidrigkeit des Vorschlags erkennt und eine Schädigung von nicht in den Vorschlag aufgenommenen Aufnahmewerberinnen in ihrem Recht auf Gleichbehandlung in Kauf nimmt (1 ZP).*

Ob MMM die Weisung befolgen muss oder nicht befolgen darf, ist daher letztlich eine strafrechtliche Frage **(1 P)**. *Wer sollte sie besser beantworten können als der Präsident eines OLG?*

*Die Äußerung des Justizministers könnte aber auch eine Verordnung sein (1 ZP). Sie ist eine normative Anordnung, stammt von einer Verwaltungsbehörde und ergeht im Bereich der Hoheitsverwaltung, weil sie das Verfahren für die Ernennung auf eine Stelle in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis betrifft (1 ZP). Die Anordnung könnte außenwirksam sein, wenn man dafür (statt auf ihre formalen Adressat*innen) darauf abstellt, dass sie sich auf Rechte und Pflichten von Bürger*innen auswirkt, weil die Anordnung das Recht der Bewerber*innen auf Gleichbehandlung (etwa aus dem B-GlBG) gestaltet wird (1 ZP). Die Anordnung ist genereller Art, weil sie für einen unbestimmten Kreis von Bewerber*innen wirkt (1 ZP). Die für eine Verordnung erforderliche Publizität („gehörige Kundmachung") wurde durch die Veröffentlichung auf der Homepage des Justizministeriums erreicht (1 ZP).*

An eine Verordnung ist MMM unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit gebunden (1 ZP). Er kann sie auch nicht beim VfGH nach Art 89 Abs 2 B-VG anfechten, weil er hier nicht als ordentliches Gericht, sondern als Justizverwaltungsorgan handelt (1 ZP).

4) Prüfen Sie, ob die gesetzliche Regelung zur vorrangigen Aufnahme von Frauen in den Bundesdienst (§ 11b B-GlBG) mit den Grundrechten vereinbar ist! Achten Sie dabei besonders auf das Verhältnis von Männern und Frauen bei den Richteramtsanwärtern (siehe die Tabelle in der Angabe) und auf Personen, die im Personenstandsregister als Geschlecht eine andere Bezeichnung als männlich oder weiblich (zB „divers" oder „inter") haben eintragen lassen.

§ 11b B-GlBG könnte grundrechtswidrig sein, weil die Bestimmung Frauen bevorzugt **(1 P)**, weil sie Männer nicht bevorzugt **(1 P)** und weil sie Personen, die nicht als Frauen oder Männer gelten, nicht berücksichtigt **(1 P)**.

Die Bevorzugung von Frauen ist zwar eine Abweichung von der von Art 7 Abs 1 B-VG (und uU Art 3 StGG) verlangten Gleichbehandlung der Geschlechter **(1 P)**, aber Ungleichbehandlungen, die darauf abzielen, tatsächlich bestehende Ungleichheiten zwischen Frauen und Männern auszugleichen, können gem Art 7 Abs 2 B-VG sachlich gerechtfertigt sein **(1 P)**. *Ob dafür eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, ist nicht geklärt, für den konkreten Fall besteht jedenfalls eine gesetzliche Bestimmung (1 ZP)*. § 11b Abs 1 B-GlBG beruht auf relevanten Unterschieden im Tatsächlichen **(1 P)**, nämlich auf der Tatsache, dass Frauen im Berufsleben auch heute noch mit strukturellen Benachteiligungen konfrontiert sind **(1 P)**. Die Regelung dient dazu, Chancengleichheit zu fördern und auf eine gleichmäßige Repräsentation von Frauen im Bundesdienst hinzuwirken **(1 P)**. Sie tut dies auf verhältnismäßige Weise: Die Bevorzugung gilt nach dem B-GlBG nur in konkreten Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind **(1 P)** (also entsprechend den Zahlenangaben nicht bei den Richteramtsanwärtern **[1 P]**). Frauen werden gem § 11b Abs 1 B-GlBG nicht jedenfalls vorrangig aufgenommen, sondern nur, wenn sie für die angestrebte Planstelle gleich geeignet sind wie der bestgeeignete Mitbewerber **(1 P)**. Schließlich entfällt der Vorrang, wenn in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen **(1 P)**. Die Bevorzugung von Frauen widerspricht also dem Gleichheitssatz nicht **(1 P)**.

Die Bevorzugung von Frauen ist ein Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG (1 ZP), weil sie den Zugang von anderen Personen in den Bundesdienst und damit ihren Berufszugang beschränkt (1 ZP). Der Eingriff ist in § 11b B-GlBG geregelt, also, wie von Art 6 StGG verlangt, gesetzlich vorgesehen (1 ZP, falls nicht schon bepunktet). Darüber hinaus muss er auch verhältnismäßig sein. Der Eingriff dient einem legitimen öffentlichen Interesse, nämlich dem in Art 7 Abs 2 B-VG verankerten Interesse an der faktischen Gleichstellung der Geschlechter und der gleichmäßigen Repräsentation von Frauen im Bundesdienst. § 11b Abs 1 B-GlBG ist geeignet, diese Interessen zu fördern, weil er eine vorrangige Aufnahme von Frauen in den Bundesdienst vorsieht (1 ZP). Die Regelung ist auch erforderlich, weil keine gelinderen rechtlichen Mittel ersichtlich sind, eine tatsächlich bestehende Unterrepräsentation von Frauen im Bundesdienst auszugleichen (1 ZP). Auch die Verhältnismäßigkeit ieS ist zu bejahen. Zwar handelt es sich um eine objektive Antrittsschranke, weil sie mit dem Geschlecht an ein Kriterium anknüpft, das der Einzelne nicht aus eigener Kraft überwinden kann (1 ZP), doch wiegt der Eingriff im konkreten Fall wegen der oben genannten Umstände (Bevorzugung nur im unterrepräsentierten Bereich, nur bei gleicher Eignung und vorbehaltlich überwiegender Interessen der Mitbewerber) nicht so schwer (1 ZP).

Dass das B-GlBG eine Bevorzugung von Männern in Bereichen, in denen diese unterrepräsentiert sind (wie bei den Richteramtsanwärtern), nicht vorsieht, könnte daran liegen, dass die Verfassung das verbietet **(1 P)**. Doch das trifft nicht zu: Art 7 Abs 2 B-VG wurde zwar angesichts einer weitverbreiteten Schlechterstellung von Frauen erlassen, erlaubt aber die

Förderung beider Geschlechter **(1 P)**. Andererseits gebietet Art 7 Abs 2 B-VG auch keine Bevorzugung: Die Bestimmung enthält nur ein Staatsziel und eine Ermächtigung, nicht aber auch eine konkrete Verpflichtung **(1 P)**. Es könnte daher nur Art 7 Abs 1 B-VG widersprechen, bei Unterrepräsentation nur Frauen und nicht auch Männer zu bevorzugen **(1 P)**, doch lässt sich diese Ungleichbehandlung angesichts der immer noch andauernden generellen Besserstellung der Männer im Berufsleben wohl rechtfertigen **(1 P)**.

Dass Personen, die weder Frauen noch Männer sind, bei der bevorzugten Vergabe von Stellen im B-GlBG nicht berücksichtigt werden, negiert weder ihr Geschlecht noch zwingt es ihnen ein fremdes Geschlecht auf **(1 P)**. Ein Eingriff in das Recht auf Privatleben (Art 8 EMRK) liegt daher nicht vor **(1 P)**. Das B-GlBG benachteiligt diese Personen auch nicht, weil es die Bevorzugung von Frauen nur gegenüber „Mitbewerbern" vorsieht **(1 P)**; damit sind in diesem Kontext offensichtlich Männer gemeint **(1 P)**. Ob es nach Art 7 Abs 1 B-VG zulässig wäre, intergeschlechtliche Personen ebenfalls zu bevorzugen, ist angesichts der auf Männer und Frauen beschränkten Ermächtigung des Art 7 Abs 2 B-VG zweifelhaft **(1 P)**, *aber wohl zu bejahen, weil der Verfassungsgesetzgeber mit der Erlassung dieser Bestimmung nur klarstellen wollte, dass die damals diskutierte Frauenbevorzugung unter bestimmten Umständen schon nach Art 7 Abs 1 B-VG zulässig war, und kein Grund besteht, warum das für andere schlechtergestellte Gruppen nicht gelten sollte (1 ZP).* Auch wenn man das und eine strukturelle Benachteiligung intergeschlechtlicher Personen bejaht **(1 P)**, bestehen tatsächliche Unterschiede zwischen ihnen und den Frauen, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen: Es gibt schon nicht so viele von ihnen, dass eine Bevorzugung nach einer statistischen Repräsentationsquote wie jener des B-GlBG gut funktionieren könnte **(1 P)**. Abgesehen davon hat die Benachteiligung der Frauen wirtschaftliche und soziale Dimensionen, die über Fragen der Zuschreibung einer geschlechtlichen Identität hinausreichen, vor allem die für Frauen häufige Doppelbelastung durch Beruf und Familie **(1 P)**.

§ 11b B-GlBG ist also nicht grundrechtswidrig.

5) Welche Rechtsmittel kann TT ergreifen und auf welche Schwierigkeiten wird sie dabei stoßen?

TT könnte versuchen, mit Bescheidbeschwerde gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG gegen ein Ernennungsdekret eines Mitbewerbers vorzugehen **(1 P)**.

Bei einem Ernennungsdekret handelt es sich um einen Bescheid **(1 P)**. Es wird von einer Verwaltungsbehörde erlassen, nämlich vom Justizminister **(1 P)**. Es ergeht im Bereich der Hoheitsverwaltung, denn Richteramtsanwärter wird man nicht durch privatrechtlichen Vertrag, sondern gem § 1 Abs 1 RStDG durch hoheitliche Ernennung **(1 P**, wenn nicht schon oben vergeben). Der Ernennung geht gem § 3 RStDG ein Verfahren voraus und die Ernennung erfolgt förmlich mittels Dekret gem § 4 RStDG **(1 P)**. Die Ernennung hat einen individuell bestimmten Adressaten, nämlich die ernannte Person **(1 P)**, und es handelt sich um eine Norm: Mit der Ernennung wird man gem § 1 Abs 1 RStDG zum Richteramtsanwärter, womit sich die Rechtsposition der ernannten Person verändert **(1 P)**. *Die Ernennung ist auch außenwirksam: Für Beamte sind Rechtsakte, die ihr dienstrechtliches Statusverhältnis betreffen, Außenrecht (1 ZP).*

TTs Beschwerdelegitimation hängt gem Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG davon ab, dass sie durch den Bescheid in subjektiven Rechten verletzt sein kann **(1 P)**. § 3 RStDG verlangt eine Auswahl nach der Eignung der Bewerber*innen, räumt aber kein ausdrückliches subjektives Recht ein **(1 P)**. *Nach der Rechtsprechung*[3] *dienen die Vorschriften des RStDG nur dem öffentlichen Interesse. (1 ZP). Dafür spricht auch, dass das RStDG für Ernennungen einzelne Dekrete vorsieht, die nur an die Ernannten adressiert sind, nicht dagegen eine gemeinsame Auswahlentscheidung, die sich auch an nicht berücksichtigte Bewerber*innen richtet und von diesen angefochten werden kann (1 ZP).* Ein subjektives Recht TTs auf Gleichbehandlung könnte sich aus § 4 Z 1 B-GlBG ergeben **(1 P)**. *Allerdings sieht § 17 B-GlBG als Rechtsfolge einer Diskriminierung einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch gegen den Bund vor; das wird so verstanden,*[4] *dass das Gesetz ein Recht, das zur Anfechtung der Auswahlentscheidung legitimiert, gerade nicht einräumt (1 ZP).* Schließlich enthält nach der Rechtsprechung des VfGH[5] auch das Gleichheitsgebot der Verfassung, insbesondere das Recht auf gleiche Ämterzugänglichkeit nach Art 3 StGG, nur das Recht, sich zu bewerben, aber kein Recht, das eine Parteistellung im Verfahren und eine Anfechtung der Entscheidung begründen könnte **(1 P)**.

Eine Bescheidbeschwerde TTs wäre also nach der Rechtsprechung wegen fehlender Beschwerdelegitimation unzulässig **(1 P)**.

Aus denselben Gründen müsste auch eine Säumnisbeschwerde von TT scheitern **(1 P)**. *Auch wenn man ihre Bewerbung als – einen von den übrigen Bewerbungen gesonderten – Antrag auf Ernennung verstehen würde (1 ZP), hätte TT mangels subjektiven Rechts keinen Anspruch auf eine materielle Entscheidung darüber (1 ZP).*

Schließlich könnte TT wegen des Fehlens einschlägiger Rechte auch die gesetzlichen Grundlagen des Auswahl- und Ernennungsverfahrens nicht anfechten **(1 P)**, *weder über die Bekämpfung eines zurückweisenden Beschlusses eines VwG noch mittels Individualantrag (1 ZP).*

---

[3] ZB VfSlg 14.368/1995.
[4] Vgl zB VwGH 27.02.2014, 2013/12/0089.
[5] ZB VfSlg 16.740/2002 mwN.

TT könnte aber mit einer Klage beim zuständigen ordentlichen Gericht Schadenersatz begehren **(1 P)**. Gem § 17 Abs 1 B-GlBG ist der Bund einer Bewerberin zum Ersatz des Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet, wenn das Dienstverhältnis wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 1 B-GlBG nicht zustande gekommen ist **(1 P)**. *Versteht man die Anordnung des Justizministers als Verordnung, könnte sie präjudiziell sein (1 ZP) und vom Gericht oder von TT mittels Parteiantrag auf NK beim VfGH angefochten (1 ZP) und von diesem wegen gesetzwidriger Kundmachung aufgehoben werden (1 ZP), weil sie entgegen § 4 Abs 1 Z 2 BGBlG nicht im Bundesgesetzblatt verlautbart wurde (1 ZP). Versteht man die Anordnung des Justizministers als Weisung, spielt sie keine Rolle im Verfahren (1 ZP), doch könnte sie es TT leichter machen, eine Diskriminierung glaubhaft zu machen (1 ZP).*

Folgt man der problematischen Rechtsprechung nicht, etwa mit dem Argument, dass die Bewerber*innen zwar kein Recht auf Ernennung, aber schon aus Art 7 Abs 1 B-VG ein Recht auf Gleichbehandlung im Verfahren haben, das auch eine Parteistellung und Beschwerdelegitimation begründet **(1 P)**, muss sich TT fragen, wessen Ernennungsdekret sie bekämpfen soll, denn sie weiß ja nicht, welcher gleich geeigneter Bewerber (wenn überhaupt einer) ihr vorgezogen wurde **(1 P)**. Sollte TT einen eigenen, von den der anderen Bewerber*innen getrennten und mit Säumnisbeschwerde durchsetzbaren Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung ihrer Bewerbung haben **(1 P)**, wäre eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung auf Ernennung möglicherweise nicht zulässig, weil keine Planstelle mehr frei ist **(1 P)**. Sieht man dagegen alle Bewerber*innen als Verfahrensgemeinschaft und alle Ernennungsdekrete als Ausfertigung eines einzigen Bescheides **(1 P)**, lässt sich bei 200 Bewerber*innen wegen der wahrscheinlichen Anfechtungen eine zeitgerechte Stellenbesetzung schwer erreichen **(1 P)** und Ernennungen litten unter erheblicher Rechtsunsicherheit, bis alle Bewerber*innen den Bescheid wirksam zugestellt bekommen und Rechtsmittelverfahren erledigt sind **(1 P)**. In allen Verfahren wäre fraglich, ob sich das RStDG im Sinne effektiven Rechtsschutzes **(1 P)** verfassungskonform interpretieren ließe **(1 P)** oder welche seiner Bestimmungen angefochten und vom VfGH aufgehoben werden könnten **(1 P)**.

Insgesamt bis zu **14 P** werden für Aufbau, Klarheit und Stringenz der Argumentation und die Konzentration auf das Wesentliche vergeben.