Fächerübergreifende Modulprüfung III am 2.2.2024 – Lösungsskizze

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

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

1) Welche Bewilligungen braucht Berti dafür? (ca 8 %)

Baurecht:
Da Berti sein Projekt in Niederösterreich verwirklichen will, ist die NÖ BO anwendbar (§ 1 Abs 1 NÖ BO) **(1 P)**.
Die Hütte ist ein Gebäude gem § 4 Z 15 iVm Z 7 NÖ BO **(1 P)** und bedarf daher einer Baubewilligung nach § 14 Z 1 NÖ BO **(1 P)**. Beim Fischteich handelt es sich um eine bauliche Anlage nach § 4 Z 6 NÖ BO **(1 P)**, die aber gem § 17 Z 23 NÖ BO von baurechtlichen Bewilligungs-, Anzeige- und Meldepflichten ausgenommen ist **(1 P)**.

Naturschutz:
Der Teich ist gem § 7 Abs 1 Z 1 NÖ NSchG bewilligungspflichtig **(1 P)**: Er wird außerhalb des Ortsbereichs errichtet, ist ein Bauwerk, aber kein Gebäude (vgl § 4 Z 7 versus Z 15 NÖ BO) und steht zwar in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hütte, aber er ist ihr gegenüber nicht von sachlich untergeordneter Bedeutung **(1 P)**.

Forstrecht:
Berti will in seinem geerbten Wald einen Fischteich anlegen und eine kleine Hütte errichten. Damit verwendet er den Waldboden zu anderen Zwecken als für solche der Waldkultur (Rodung gem § 17 Abs 1 ForstG) **(1 P)**. Dazu ist eine Bewilligung gemäß § 17 Abs 2 oder 3 ForstG nötig **(1 P)**. Das Vorhaben ist nicht bloß anmeldepflichtig gem § 17a ForstG, da die verwendete Fläche 1000 m^2 übersteigt **(1 P)**. *Wie viele Bäume gefällt werden sollen, spielt keine Rolle **(1 ZP)**.*

Wasserrecht:
Der Bach, aus dem sich der Teich speisen soll, ist ein öffentliches Gewässer: Privatgewässer sind gem § 2 Abs 1 lit c WRG nur solche, die im WRG ausdrücklich als solche bezeichnet werden. Weder ist von einem besonderen Privatrechtstitel dafür die Rede (vgl § 2 Abs 2 WRG: Eigentum an Ufer oder Gewässerbett genügt nicht) noch fällt der Bach unter § 3 WRG **(1 P)**. Das Speisen des Fischteichs aus dem Bach ist gem § 9 Abs 1 WRG bewilligungspflichtig **(1 P)**, da die Nutzung über Gemeingebrauch iSd § 8 WRG hinausgeht **(1 P)**.

*Gewerberecht: Für Bertis Vorhaben ist keine Gewerbeberechtigung bzw Betriebsanlagengenehmigung nötig **(1 ZP)**. Landwirtschaft ist gem § 2 Abs 1 von der GewO ausgenommen. Unter Landwirtschaft ist gem § 2 Abs 3 Z 2 GewO unter anderem das „Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse", also auch die Fischzucht, zu verstehen **(1 ZP)**.*

2) Was kann die NÖ Umweltanwaltschaft gegen die Ausnahmegenehmigung unternehmen und wie sind ihre Erfolgsaussichten? (ca 15 %)

Die NÖ Umweltanwaltschaft kann eine Bescheidbeschwerde gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG erheben **(1 P)**. Es liegt ein tauglicher Beschwerdegegenstand vor: Die Ausnahmegenehmigung wird Berti erteilt, hat also einen individuellen Adressaten und ist daher ein Bescheid gem § 20 Abs 4 NÖ NSchG **(1 P)**.
Grundsätzlich ist eine Person (nat oder jur) beschwerdelegitimiert, wenn sie behauptet, in subjektiven Rechten verletzt zu sein (Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG) und diese Verletzung möglich ist **(1 P)**. Die Umweltanwaltschaft ist ein Verwaltungsorgan (vgl § 4 Abs 2 NÖ USchG), hat also keine subjektiven Rechte, doch räumt ihr § 27 Abs 1 NÖ NSchG zur Wahrung des Umweltschutzes Parteistellung und Beschwerdelegitimation ein (sie ist also Ams- bzw Organpartei iSd Art 132 Abs 4 B-VG) **(1 P)**. Daher ist die Umweltanwaltschaft legitimiert, Beschwerde zu erheben **(1 P)**.
Die Umweltanwaltschaft hat ihre Beschwerde unter Einhaltung der in § 9 Abs 1 VwGVG genannten Anforderungen (Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, Bezeichnung belangter Behörde, Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, Begehren, Angaben zur Rechtzeitigkeit) schriftlich (vgl § 12 VwGVG) **(1 P)** binnen vier Wochen ab Zustellung des Bescheids (§ 7 Abs 4 VwGVG) **(1 P)** bei der belangten Behörde (§ 12 VwGVG), also bei der NÖ LReg, einzubringen **(1 P)**.

Bei Einhaltung dieser Voraussetzungen ist die Bescheidbeschwerde zulässig **(1 P)**.

Nach Vorlage der Beschwerde durch die belangte Behörde (§ 14 Abs 2 VwGVG oder § 15 Abs 2 VwGVG) ***(1 ZP)*** *ist das LVwG NÖ gem Art 131 Abs 1 B-VG und § 3 Abs 1 VwGVG zur Entscheidung über die Beschwerde zuständig* ***(1 ZP)****.*

Die NÖ LReg war gem § 20 Abs 4 NÖ NSchG zur Erteilung der Ausnahmebewilligung zuständig **(1 P)**.
Es gibt keine Hinweise auf Verfahrensfehler **(1 P)**.
Bei den Fischottern handelt es sich um eine vom Aussterben bedrohte Tierart, die durch eine gem § 18 Abs 2 NÖ NSchG erlassene Verordnung gänzlich unter Schutz gestellt wurde **(1 P)**. Gem § 18 Abs 4 NÖ NSchG ist es daher grundsätzlich verboten, Fischotter zu töten **(1 P)**. Gem § 20 Abs 5 Z 2 NÖ NSchG kann aber eine Ausnahmegenehmigung zur Verhütung ernster Schäden in der Tierhaltung erteilt werden **(1 P)**, was sich hier bejahen lässt: Fischotter könnten Bertis Fischzucht dezimieren **(1 P)**. Gem § 20 Abs 4 NÖ NSchG darf eine solche Ausnahmegenehmigung aber nur erteilt werden, wenn die Fischotterpopulation „trotz der Ausnahmegenehmigung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand“ verweilt **(1 P)**. Durch die Begrenzung der bewilligten Tötungen auf maximal zwei Fischotter wird der Erhaltungszustand der Art wahrscheinlich nicht gefährdet **(1 P)**. Allerdings darf eine Ausnahmegenehmigung gem § 20 Abs 4 NÖ NSchG auch nur dann erteilt werden, „sofern es keine anderweitige zufrieden stellende Lösung gibt“ **(1 P)**. Eine solche gibt es aber: In ihrem Ermittlungsverfahren ist die NÖ Landesregierung zum Ergebnis gekommen, dass sich Bertis Fischteich mit einem Elektrozaun schützen ließe, was fast immer helfe **(1 P)**. Sie verwirft diese Alternative aufgrund der Betretungsfreiheit des Waldes, die sich aus § 33 ForstG ergibt **(1 P)**. Nachdem für die Grundfläche eine Rodungsbewilligung gem § 17 ForstG erteilt wurde, handelt es sich gem § 1a Abs 4 lit d ForstG aber nicht um Wald und die Betretungsfreiheit, die ja nur für Wald gilt, steht der Errichtung eines Elektrozaunes nicht entgegen **(1 P)**. Daher gäbe es mit dem Elektrozaun eine anderweitige zufrieden stellende Lösung, um die Schäden in der Tierhaltung zu verhüten **(1 P)**. Deshalb ist der Bescheid rechtswidrig **(1 P)**.

Das LVwG Niederösterreich wird der Beschwerde gem § 28 Abs 1 und 2 VwGVG stattgeben und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass Bertis Antrag abgewiesen wird **(1 P)**.

3) Überlegen Sie, auf welchen Wegen der Naturbund Niederösterreich rechtlich gegen die Verordnung vorgehen könnte und nennen Sie Argumente für die Zulässigkeit und Begründetheit der in Frage kommenden Rechtsmittel! (ca 22 %)

Verordnungen können mit Individualantrag gem Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG beim VfGH bekämpft werden **(1 P)**. Zur Antragstellung wäre der Naturbund legitimiert, wenn er durch die Verordnung unmittelbar und aktuell nachteilig in seiner Rechtsphäre betroffen ist; regelmäßig muss er auch Adressat der Verordnung sein **(1 P)**. Außerdem darf kein anderer zumutbarer Rechtsweg offenstehen **(1 P)**. *Die Form- und Inhaltserfordernisse richten sich nach den §§ 15, 17 und 57 Abs 1 VfGG: Der Antrag muss schriftlich, unter Bezugnahme auf Art 139 B-VG von einem Rechtsanwalt eingebracht werden und den Sachverhalt darlegen **(1 ZP)**. Er muss begehren, dass die Verordnung zur Gänze als gesetzwidrig aufgehoben wird **(1 ZP)**. Der Antrag muss die Bedenken hinsichtlich der Gesetzwidrigkeit darlegen, er hat auszuführen, inwieweit der Naturbund dadurch unmittelbar und aktuell betroffen ist und wieso ihm kein anderer zumutbarer Rechtsweg eröffnet ist **(1 ZP)**.* Nach der bisherigen Rsp des VfGH[1] hat der Naturbund aber kein subjektives Recht, das die Verordnung verletzen könnte, und ist nicht Adressat der Verordnung, mit der die Ausnahmebewilligungen erteilt werden **(1 P)**. Der Naturbund wäre daher nicht zu Erhebung eines Individualantrags legitimiert **(1 P)**.

Der Naturbund könnte versuchen, unter Berufung auf seinen unionsrechtlichen Anspruch, die Ausnahmeregelung überprüfen zu lassen, bei der NÖ LReg einen Antrag auf Aufhebung oder Abänderung der Verordnung zu stellen **(1 P)**.[2] Leistet die NÖ LReg dem keine Folge, muss sie einen Bescheid erlassen, mit dem sie den Antrag abweist **(1 P)**. Dagegen kann der Naturbund gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG Bescheidbeschwerde an das LVwG NÖ erheben **(1 P)**. Das LVwG darf die Verordnung zwar weder aufheben noch abändern **(1 P)**. Es kann aber aussprechen, dass die Abweisung des Antrages rechtswidrig war: Das NÖ NSchG sieht für die Ausnahmegenehmigung ausdrücklich die Bescheidform vor **(1 P)**. Die Behörde darf hier deshalb keinen Gebrauch von ihrer allgemeinen Ermächtigung zur Verordnungserlassung aus Art 18 Abs 2 B-VG machen **(1 P)**. *Im Übrigen ist die Verordnung auch inhaltlich rechtswidrig, weil eine Ausnahmeregelung gem § 20 Abs 4 NÖ NSchG nur hätte erlassen werden dürfen, wenn die Fischotter trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen würden, was sich bei einer Tötung von 15 Exemplaren einer vom Aussterben bedrohten Tierart bezweifeln lässt **(1 ZP)**; außerdem dürfte es auch hier „keine anderweitige zufriedenstellende Lösung", also beispielsweise keine Möglichkeit geben, die Teiche mit Elektrozäunen zu schützen **(1 ZP)**.* Die NÖ LReg wäre gem § 28 Abs 5 VwGVG an die Entscheidung des LVwG gebunden und müsste mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herstellen **(1 P)**. So könnte die LReg verpflichtet werden, die Verordnung aufzuheben **(1 P)**. Gibt das LVwG dem Naturschutzbund nicht Recht, könnte er gegen dessen Erkenntnis gem Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG Revision an den VwGH erheben **(1 P)**.

Gegen diese Lösung spricht, dass sie als Umgehung des Verordnungsprüfungsmonopols des VfGH gegen Art 139 B-VG verstoßen könnte **(1 P)**. Außerdem dürfen nach der Rsp des EuGH Rechte, die

[1] VfGH 14.12.2016, V134/2015.
[2] ZB VwGH 13.06.2023, Ra 2021/10/0162.

sich aus dem Unionsrecht ergeben, prozessual nicht ungünstiger behandelt werden als innerstaatliche Rechte („Äquivalenzgrundsatz“) und die Ausübung dieser Rechte darf auch nicht praktisch unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden („Effektivitätsgrundsatz“). Genau das ist hier aber der Fall **(1 P)**: Das unionsrechtliche Recht, die Ausnahmeregelung auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen zu lassen, ist schlechter gestellt als ein innerstaatliches Recht, weil sich die Antragslegitimation für einen Individualantrag nur auf zweiteres stützen ließe **(1 P)**. Außerdem wird dem Naturbund die Geltendmachung seines unionsrechtlichen Anspruchs praktisch unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert: Der Weg über das Antragsrecht ist langwierig, mit mehreren Unsicherheiten behaftet und daher nur wenig effektiv **(1 P)**.

Deshalb könnte der Naturbund versuchen, den VfGH zu einer Modifikation seiner Rechtsprechung zu bewegen **(1 P)**: Nach der Rsp des EuGH räumen die Aarhus-Konvention und Art 47 GRC anerkannten Umweltorganisationen das Recht ein, Entscheidungen mit erheblichen Umweltauswirkungen von einem Gericht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen **(1 P)**.[3] Der Naturbund NÖ ist gemäß § 19 Abs 7 UVP-G eine anerkannte Umweltorganisation **(1 P)**. Und bei der Ausnahmeregelung handelt es sich wohl um eine Entscheidung mit erheblichen Umweltauswirkungen iSd Rsp des EuGH: Immerhin sollen 15 Exemplare einer vom Aussterben bedrohten Tierart getötet werden, außerdem hat der EuGH auch eine Abschussgenehmigung für Wölfe als Entscheidung mit erheblichen Umweltauswirkungen qualifiziert **(1 P)**. Nach der Rspr des EuGH hat der Naturbund deshalb das Recht, die Ausnahmeregelung von einem Gericht prüfen zu lassen **(1 P)**. Nun hat die NÖ LReg die Ausnahmeregelung aber mittels Verordnung erlassen, wodurch der Naturbund NÖ daran gehindert ist, dieses unionsrechtlich verbürgte Recht auszuüben **(1 P)**. Damit ist der Naturbund NÖ durch die Wahl der Verordnungsform unmittelbar und aktuell nachteilig in seinem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art 47 GRC) betroffen **(1 P)**. Dieses wird seit dem Charta-Erkenntnis vom VfGH als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht behandelt **(1 P)** und kann daher als subjektives Recht des Naturbundes betrachtet werden, dessen Verletzung er gemäß Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG vor dem VfGH behaupten kann **(1 P)**. Es gibt für den Naturbund keinen anderen zumutbaren Rechtsweg, die behauptete Rechtswidrigkeit anders als durch einen Individualantrag an den VfGH heranzutragen (zum unzumutbaren Weg über das Antragsrecht siehe oben) **(1 P)**. Der Individualantrag ist deswegen zulässig **(1 P)** und auch begründet, weil unabhängig vom Inhalt der Verordnung die Wahl der Verordnungsform gesetzwidrig ist und Art 47 GRC verletzt **(1 P)**. Der VfGH sollte die Verordnung deshalb zur Gänze aufheben **(1 P)**.

Schließlich könnte der Naturbund gemäß Art 148a Abs 1 B-VG Beschwerde bei der Volksanwaltschaft erheben **(1 P)**. *Voraussetzung dafür ist, dass die Volksanwaltschaft gem Art 148i Abs 1 B-VG durch Landesverfassungsgesetz für den Bereich der Verwaltung des Landes Niederösterreich für zuständig erklärt wurde **(1 ZP)**. Spätestens wenn der Naturbund mit den oben diskutierten Rechtsmitteln nicht durchdringt, steht ihm iSd Art 148a Abs 1 B-VG kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung **(1 ZP)**. Er kann behaupten, von einem Missstand betroffen zu sein, weil ihm sein Recht verwehrt wird, die Ausnahmeregelung von einem Gericht prüfen zu lassen **(1 ZP)**.* Die Volksanwaltschaft kann dann nach Art 139 Abs 1 Z 6 B-VG einen Antrag auf Aufhebung der Verordnung beim VfGH stellen **(1 P)**. Der Antrag ist zulässig (einen Anlassfall bräuchte es für diese „abstrakte Normenkontrolle“ gar nicht) und auch begründet, weil die Verordnung rechtswidrig ist (siehe oben) **(1 P)**.

[3] EuGH 20.12.2017, C-664/15, *Protect*.

4) Verfassen Sie den für Berti zweckentsprechenden öffentlich-rechtlichen Schriftsatz! (ca 25 %)

(Bewertet werden Argumente, die der Beschwerdeführer vertretbar vorbringen könnte. Dass es dagegen begründete Einwände geben mag, versteht sich von selbst.)

An den
Verfassungsgerichtshof **(1 P)**
Freyung 8
1010 Wien **(1 P)**
per Web-ERV *(1 ZP)*

[Datum] **(1 P)**

Antragsteller:	Berti Barsch **(1 P)** [Adresse]
vertreten durch:	Dr. Ingeborg Bach **(1 P)** *Dr. Ingeborg Bach* Rechtsanwältin [Adresse] Vollmacht erteilt
wegen:	Verfassungswidrigkeit von § 74d Abs 2 NÖ NSchG und der Wortfolge „nach Maßgabe budgetärer Möglichkeiten“ in § 74d Abs 1 NÖ NSchG

Parteiantrag auf Normenkontrolle
gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG **(1 P)**

Urteil des LG Krems an der Donau vom 23.01.2024, [GZ] **(1 P)**
Berufung gegen das Urteil des LG Krems an der Donau vom [Datum], [GZ] **(1 P)**
*Gebühreneinzug **(1 ZP)***

*Aus Anlass der Berufung gegen das Urteil des LG Krems an der Donau vom 23.01.2024, [GZ], stellt der Antragsteller durch seine ausgewiesene Rechtsvertreterin einen Parteiantrag auf Normenkontrolle gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG und führt aus wie folgt: **(1 ZP)***

I. Sachverhalt und Anlassverfahren

[siehe Angabe] **(1 P)**

II. Zulässigkeit des Parteiantrags

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG sind erfüllt:
Der Antragsteller ist als Kläger Partei der vom LG Krems an der Donau mit Urteil vom 23.01.2024, [GZ], in erster Instanz entschiedenen Rechtssache **(1 P)**. Er wurde wegen Anwendung des verfassungswidrigen § 74d NÖ NSchG in seinen Rechten auf Eigentum (Art 5 StGG; Art 1 1. ZP EMRK), Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) und Gleichheit vor dem Gesetz (Art 7 B-VG; Art 2 StGG) verletzt **(1 P)**. Der Antrag wurde am selben Tag wie die Berufung gegen das Urteil des LG Krems an der Donau eingebracht und damit rechtzeitig gestellt **(1 P)**.

Im Hinblick auf § 62 Abs 2 VfGG wird ausgeführt **(1 P)**: Der angefochtene § 74d Abs 2 NÖ NSchG bildet eine Voraussetzung für die Entscheidung des LG Krems an der Donau im Anlassfall: Das Gericht hat die Klage des Antragstellers mit der Begründung abgewiesen, ein Rechtsanspruch auf Ersatz der durch die Fischotter verursachten Schäden sei nach dieser Bestimmung ausgeschlossen **(1 P)**. Nach Ansicht des Antragstellers hat das Gericht außerdem § 74d Abs 1 NÖ NSchG anzuwenden, der die Ersatzpflicht des Landes aber auf die „budgetäre[n] Möglichkeiten" beschränkt **(1 P)**. Würde der VfGH dem Parteiantrag stattgeben und die angefochtenen Bestimmungen aufheben, hätte das Berufungsgericht gem Art 140 Abs 7 B-VG die bereinigte Rechtlage anzuwenden **(1 P)**. Mit der Aufhebung des § 74d Abs 2 NÖ NSchG hätte der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf Ersatz der durch die Fischotter verursachten Schäden, womit seiner Berufung stattzugeben wäre. Mit der Aufhebung der Wortfolge „nach Maßgabe budgetärer Möglichkeiten" würde sich dieser Ersatzanspruch außerdem auf den gesamten Schaden erstrecken, womit er vollständig obsiegen würde **(1 P)**.

III. Zur Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Bestimmungen

Das in Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK verankerte Grundrecht auf Eigentum schützt jedes vermögenwerte Privatrecht **(1 P)**.
Das Verbot in § 18 Abs 4 NÖ NSchG hindert den Antragsteller daran, von seinem Eigentum Schäden abzuwehren, die durch geschützte und vom Land angesiedelte Tiere verursacht werden. Es handelt sich um eine Eigentumsbeschränkung und damit um einen staatlichen Eingriff in sein Eigentumsrecht **(1 P)**.
Zwar dient diese Regelung einem legitimen Ziel, nämlich dem Erhalt gefährdeter Tierarten **(1 P)**. Sie ist geeignet, dieses Ziel zu fördern, weil sie das Fangen und Töten gefährdeter Tierarten verbietet **(1 P)** und mag auch erforderlich sein, da ein Tötungsverbot mit Ausnahmeregelungen das gelindeste Mittel sein könnte, um eine vom Aussterben bedrohte Tierart zu erhalten **(1 P)**.
Der Eingriff ist aber unverhältnismäßig. Das zeigt der Fall des Antragstellers: Zwar mag das Interesse an einer Regelung, die das Fangen und Töten gefährdeter Tiere verbietet, schwer wiegen **(1 P)**. Der Antragsteller lebt aber von der Fischzucht und geschützte Tiere, nämlich Fischotter, haben an seinen Fischbeständen einen Schaden von über 16.000 € verursacht. Das Ausmaß des Schadens ist wirtschaftlich existenzbedrohend, womit der Eingriff überaus schwer wiegt und deshalb unverhältnismäßig ist **(1 P)**. Eine Minderung der artenschutzrechtlichen Pflichten ist auf Grund der unionsrechtlichen Vorgaben aber nicht möglich **(1 P)**. Daher kann die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs nur durch staatliche Entschädigungsleistungen gewahrt werden. § 74d Abs 1 NÖ NSchG ermöglicht der Landesregierung durch entsprechende Budgetgestaltung die Ersatzpflicht des Landes auf einen nicht angemessenen Betrag zu beschränken. § 74d Abs 2 NÖ NSchG schließt einen Rechtsanspruch auf Ersatz aus **(1 P)**. *Daran ändert auch die in der Rsp des OGH anerkannte Fiskalgeltung der Grundrechte nichts, weil diese voraussetzt, dass zunächst (irgend-)einem Geschädigten die entsprechende Leistung rechtmäßig gewährt wurde, was dann zur Folge hat, dass andere vergleichbare Geschädigte in einem vergleichbaren Zusammenhang einen Anspruch auf Gleichbehandlung und damit einen abgeleiteten Anspruch auf Gewährung der Entschädigung haben **(1 ZP)**.* Verhältnismäßig wäre der Eigentumseingriff nur, wenn es für die Schäden durch geschützte Tiere einen unbeschränkten, nicht abgeleiteten Rechtsanspruch auf Entschädigung gäbe **(1 P)**.
Deshalb verstößt § 74d Abs 1 NÖ NSchG, soweit er die Ersatzpflicht beschränkt, und § 74d Abs 2 NÖ NSchG gegen das Grundrecht auf Eigentum **(1 P)**.

Das in Art 6 StGG verankerte Grundrecht auf Erwerbsfreiheit schützt jede auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Tätigkeit **(1 P)**. Die zitierten Regelungen, die dazu verpflichten, Schäden, die geschützte Tiere verursachen, hinzunehmen, beeinträchtigen Landwirte wie den Antragsteller dabei, mit Tierzucht ihren Lebensunterhalt zu verdienen. Deshalb greifen sie in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit ein **(1 P)**. Der Eingriff ist aus den oben beim Grundrecht auf Eigentum angeführten Gründen unverhältnismäßig **(Punkte für Verhältnismäßigkeitsprüfung, wenn oben noch nicht vergeben)**.

Eine Pflicht zur angemessenen Entschädigung ergibt sich auch aus Art 7 B-VG, wenn einem Eigentümer ein gleichheitswidriges Sonderopfer auferlegt wird, wenn ihm also ein Opfer zugunsten der Allgemeinheit abverlangt wird, das ihn stärker belastet als die Allgemeinheit **(1 P)**. Aufgrund des existenzbedrohenden Schadens, den der Antragsteller zugunsten des Artenschutzes auf sich nehmen muss, verlangt auch Art 7 B-VG einen Ausgleich dieser Sonderbelastung **(1 P)**.

*Auch aus anderen Gründen verstößt die Regelung gegen den Gleichheitssatz: Art 7 B-VG und Art 2 StGG verbieten der Gesetzgebung die Erlassung sachlich nicht begründbarer Regelungen **(1 ZP)**. Die Regelung des § 74d Abs 1 NÖ NSchG verpflichtet das Land dazu, Ersatz für Schäden zu leisten, die geschützte Tiere verursachen. § 74d Abs 2 NÖ NSchG schließt einen Rechtsanspruch darauf aber aus. Ein sachlicher Grund für den Ausschluss des Rechtsanspruchs ist nicht ersichtlich: Ihn auszuschließen, weil es einfacher ist, statt mit Anspruchsberechtigten bloß mit Bittstellern konfrontiert zu sein, wäre unsachlich. Ebenso wäre es unsachlich, ihn auszuschließen, um dem Land mangels rechtlicher Durchsetzbarkeit die Möglichkeit zu geben, entgegen § 74d Abs 1 NÖ NSchG doch keinen Ersatz zu leisten **(1 ZP)**. Deshalb verstößt § 74d Abs 2 NÖ NSchG, indem er Rechtsanspruch auf Ersatz ausschließt, gegen den Gleichheitssatz **(1 ZP)**.*

Auch § 74d Abs 1 NÖ NSchG ist gleichheitswidrig. Er nimmt eine unsachliche Differenzierung vor **(1 P)**, indem er eine Ersatzpflicht „nach Maßgabe budgetärer Möglichkeiten“ normiert: Das Gesetz gewährleistet nicht etwa eine anteilige Gleichverteilung auf die Antragsteller. Beschränkte finanzielle Möglichkeiten rechtfertigten aber keine Regelung, nach der für gleichartige Schäden manchmal voller Ersatz zu leisten ist und manchmal gar keiner **(1 P)**. Deshalb verstößt § 74d Abs 1 NÖ NSchG, indem er die Ersatzpflicht auf die „budgetäre[n] Möglichkeiten“ beschränkt, gegen den Gleichheitssatz **(1 P)**.

IV. Antrag

Aus diesen Gründen wird der

Antrag

gestellt, der Verfassungsgerichtshof möge

- § 74d Abs 2 NÖ NSchG idF LGBl 41/2023 und die Wortfolge „nach Maßgabe budgetärer Möglichkeiten“ in § 74d Abs 1 NÖ NSchG idF LGBl 41/2023 **(1 P)**;
- *in eventu § 74d Abs 2 NÖ NSchG idF LGBl 41/2023 **(1 ZP)***

als verfassungswidrig aufheben. **(1 P)**

[Ort, Datum] Berti Barsch **(1 P)**

5) Ist das Straferkenntnis rechtmäßig? (ca 20 %)

Zuständigkeit: Sachlich zuständig ist gem § 19 VSlgG die BVB, örtlich zuständig ist gem § 27 Abs 1 VStG jene Behörde, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen wurde **(1 P)**. *Einen Zusatzpunkt erhält, wer erkennt, dass sich die sachliche Zuständigkeit der BVB für die Strafe nach der StVO abweichend davon aus § 26 Abs 1 VStG ergibt **(1 ZP)**.* Zuständig ist damit die BH Gmünd **(1 P)**.

Verfahren: Es gibt keine Hinweise auf Fehler **(1 P)**; *möglicherweise – genau geht das aus dem Sachverhalt nicht hervor – wurde Bertis Recht auf Gehör gem § 40 VStG verletzt: Als Beschuldigtem musste ihm nämlich die Gelegenheit gegeben werden, sich zu rechtfertigen. Sollte das zutreffen, liegt ein wesentlicher Verfahrensfehler vor, der aber durch die Äußerungsmöglichkeit des Berti in der Bescheidbeschwerde geheilt würde **(1 ZP)**.*

Inhaltliche Rechtmäßigkeit:

- Verstoß gegen die Anzeigepflicht?
  Gem §§ 19 und 2 Abs 1 VslgG ist zu bestrafen, wer eine Versammlung ohne Anzeige veranstaltet **(1 P)**. Die Straßenblockade ist eine vorübergehende Zusammenkunft mehrerer Menschen. Mit ihren Transparenten gegen Naturschutzwahn und Bauernknechtschaft wollen sie kollektiv ihre Meinung gegenüber der Allgemeinheit kundtun. Es handelt sich also um eine Versammlung **(1 P).** Berti hat seine Kollegen angerufen und zum Mitmachen bewegt und die Versammlung daher veranstaltet **(1 P)**. Angezeigt hat er diese Versammlung nicht **(1 P)**, schuldhaft iSd § 5 VStG verhält er sich auch **(1 P)**. *Nach der Rspr könnte die Tat aber gerechtfertigt, weil erlaubt iSd § 6 VStG sein, wenn eine Abwägung ergibt, dass die Bestrafung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit bedeutet.*[4] *Überlegungen dazu werden mit Zusatzpunkten belohnt **(1 ZP)***, im Ergebnis erfolgte die Bestrafung gem §§ 19 und 2 Abs 1 VslgG aber zu Recht **(1 P)**.
- Verstoß gegen die Pflicht zum Verlassen des Versammlungsortes?
  Gem §§ 19 und 14 Abs 1 VslgG ist zu bestrafen, wer den Versammlungsort nach Auflösung einer Versammlung nicht verlässt **(1 P)**. Als er die erste Anweisung wegzufahren nicht befolgt, hat Berti den Tatbestand noch nicht erfüllt **(1 P)**: Zum einen, weil mangels Manifestation zu diesem Zeitpunkt noch keine Versammlung veranstaltet wurde, die gem § 13 Abs 2 VslgG aufgelöst hätte werden können. Zum anderen, weil der Verkehrspolizistin zu diesem Zeitpunkt wohl noch gar nicht bewusst war, dass eine Versammlung veranstaltet werden sollte und sie deshalb die Befugnis, die Versammlung aufzulösen, gar nicht in Anspruch nehmen wollte **(1 P)**.
  Bei der zweiten Aufforderung, wegzufahren, ist das anders: Hier wird die Versammlung gem § 13 Abs 2 VslgG aufgelöst, was die Pflicht gem § 14 Abs 1 VslgG nach sich zieht, den Versammlungsort „sogleich zu verlassen und auseinanderzugehen“ **(1 P)**. Daran hält sich Berti nicht, indem er fünf Minuten lang berät, ob er der Anweisung Folge leisten soll **(1 P)**. Berti verhält sich zumindest fahrlässig, was gem § 5 Abs 1 VStG zur Strafbarkeit genügt **(1 P)**.
  Eine Bestrafung nach §§ 19 und 14 Abs 1 VslgG setzt aber voraus, dass die Auflösung der Versammlung nach § 13 Abs 2 VslgG rechtmäßig war **(1 P)**. Entschieden hat die dafür gem § 16 Abs 1 lit c VslgG zuständige Behörde, der Bezirkshauptmann von Gmünd **(1 P)**. Dass die Polizistin – selbst weder Behörde noch Abgeordnete der Behörde – die Auflösung verkündet, ändert daran nichts **(1 P)**. *Alternativ kann an dieser Stelle auch argumentiert werden, dass die Auflösung nicht durch das zuständige Organ erfolgt ist: Sie hätte eigenständig durch die Behörde an Ort und Stelle vorgenommen werden müssen **(1 aP)** und nicht durch die Polizistin, die selbst weder Behörde noch Abgeordnete der Behörde ist **(1 aP)**.* Wegen der Missachtung der

[4] ZB: VwGH 12.06.2023, Ra 2023/09/0033; VwGH 15.10.2009, 2007/09/0307.

Anzeigepflicht wird die Versammlung zwar gegen die Vorschriften des VslgG veranstaltet, doch rechtfertigt dieser Verstoß noch keine Auflösung nach § 13 Abs 1 VslgG **(1 P)**. Die Versammlung hat jedoch aufgrund der Straßenblockade, des Staus und der aufgebrachten Autofahrer einen die öffentliche Ordnung bedrohenden Charakter angenommen, weshalb eine Auflösung nach § 13 Abs 2 VslgG infrage kommt **(1 P)**. Auch eine solche muss verhältnismäßig iSd Art 11 Abs 2 EMRK sein **(1 P)**: Jedenfalls dient die Auflösung der Straßenblockade einem legitimen Ziel iSd Art 11 Abs 2 EMRK, nämlich der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und dem Schutz von Rechten und Freiheiten anderer, nämlich der Autofahrer **(1 P)**. Sie ist auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen, weil sich die öffentliche Ordnung mit der Auflösung der Straßenblockade wiederherstellen lässt und allfällige Beeinträchtigungen der Rechte und Freiheiten der Autofahrer beseitigt werden können **(1 P)**. Sie ist erforderlich, weil es keine gleich geeigneten, aber weniger beeinträchtigenden Mittel gibt **(1 P)**. Die Maßnahme ist auch angemessen: Die öffentliche Ordnung und die Rechte und Freiheiten der Autofahrer werden durch die unangekündigte Blockade einer wichtigen Straße, nämlich der einzigen Autobahnauf- und -abfahrt weit und breit, und die dadurch verursachte Staubildung erheblich beeinträchtigt, und mangels Anzeige der Versammlung konnte die Behörde auch keine Vorkehrungen zur Information der Autofahrer und zur Umleitung treffen **(1 P)**. Andererseits konnten die Versammlungsteilnehmer bereits wie beabsichtigt lokale Medien (Lokalreporterin) und eine breitere Öffentlichkeit auf ihr Anliegen aufmerksam machen **(1 P)**. Im Ergebnis überwiegen die Interessen an der Auflösung, die aus diesem Grund rechtmäßig war **(1 P)**. Damit ist auch Bertis Bestrafung nach §§ 19 und 14 Abs 1 VslgG rechtmäßig **(1 P)**. *Wer argumentiert, dass die Auflösung durch die Behörde an Ort und Stelle hätte erfolgen müssen, hat zum Ergebnis der Rechtswidrigkeit der Bestrafung nach §§ 19 und 14 Abs 1 VslgG zu kommen **(1 aP)**.*

- Verstoß gegen das Verbot der Benützung der Straße für verkehrsfremde Zwecke?
  Gem §§ 99 Abs 3 lit d und 82 Abs 1 StVO ist zu bestrafen, wer ohne Bewilligung eine Straße zu verkehrsfremden Zwecken benutzt **(1 P)**. Berti erfüllt das Tatbild aber gar nicht: Die Benützung einer Straße zur Durchführung einer Versammlung unterliegt nicht der Bewilligungspflicht nach § 82 StVO, sondern der bloßen Anzeigepflicht gem § 86 StVO **(1 P)**. Die Bestrafung nach §§ 99 Abs 3 lit d und 82 Abs 1 StVO ist daher rechtswidrig **(1 P)**.