

FÜM III - Lösungsskizze

Teil I

Frage 1: Prüfen Sie die Verfassungskonformität der Regelungen des Entwurfs (Anhang I)! 124 Punkte.

§ 4

Bindung der BReg (8 Punkte)

Die BReg als oberstes Organ wird an den Vorschlag des Standortentwicklungsbeirats gebunden. Eine solche Bindung ist mit der Stellung eines obersten Organs gem Art 19 Abs 1 B-VG unvereinbar

Verordnungsform (12 Punkte)

§ 4 sieht eine VO der BReg vor, durch die das besondere öffentliche Interesse der Republik Österreich bestätigt wird. IVm § 2 Abs 1 ergibt sich, dass es sich dabei um Vorhaben handelt, für die eine UVP durchzuführen ist und für die bei der zuständigen Behörde (das ist gem § 39 Abs 1 UVP-G die LReg) ein Genehmigungsantrag bereits eingebracht wurde. Damit bezieht sich aber die in § 4 vorgesehene VO der BReg auf ein konkretes, bereits anhängiges Verfahren. Dies spricht dafür, dass es sich inhaltlich in Wahrheit um einen individuellen Verwaltungsakt handelt, der die Rechtssphäre des Projektwerbers und auch die der anderen Parteien gestaltet, indem Verfahrensregeln gelten, die nicht nur vom AVG, sondern auch vom UVP-G abweichen. Der Gesetzgeber hätte diesen Akt mangels generellen Adressatenkreis im Sinne des Rechtsquellensystems des B-VG als Bescheid ausgestalten müssen. Vertretbar ist es aber auch, im Ergebnis im Lichte der typischerweise großen Zahl an Parteien in einem UVP-Verfahren (vgl § 19 UVP-G) den generellen Charakter der in § 4 vorgesehenen VO und somit insoweit die Verfassungskonformität zu bejahen.

Keine Präzisierung (9 Punkte)

Inhalt der in § 4 vorgesehenen VO sind Abweichungen vom als Regelfall im UVP-G vorgesehenen Verfahren für ein bestimmtes Projekt. Mit der verkürzten Entscheidungsfrist, der Genehmigungsfiktion, dem Ausschluss der aW der Beschwerde und der mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren weichen diese im Ergebnis stark ab. DurchführungsVO gem Art 18 Abs 2 B-VG dürfen Gesetze nur präzisieren. In den beschriebenen weitgehenden Wirkungen kann aber ein gesetzändernder Charakter erblickt werden, worin ein Verstoß gegen Art 18 Abs 2 B-VG läge (formalgesetzliche Delegation).

Dagegen kann aber argumentiert werden, dass das Gesetz bereits standortrelevante Vorhaben festlegt und der VO bloß der Charakter zukommt, diese Eigenschaft für ein konkretes Projekt festzulegen und es dadurch zu präzisieren.

Bestimmtheitsgebot (10 Punkte)

Allerdings erscheint zudem der Begriff des „standortrelevanten Vorhabens“ in § 2 sehr vage. Ob das Abstellen auf „außerordentlich positive Folgen für den Wirtschaftsstandort“ in § 2 ausreichend bestimmt ist vom VfGH aus Art 18 Abs 1 B-VG abgeleiteten Bestimmtheitsgebot, erscheint fraglich. Verneint man dies, liegt auch aus diesem Grund eine formalgesetzliche Delegation vor. Ein Gegenargument könnte die Mitwirkung des Standortentwicklungsbeirats dar, worin ein Verfahren erblickt werden könnte, das die mangelnden inhaltlichen

Determinanten kompensieren kann. Der VfGH nimmt nämlich ein differenziertes Legalitätsprinzip an. Dh in bestimmten Bereichen, zu denen auch das Wirtschaftsrecht gehört, können detaillierte Regelungen des Verfahrens zur Verordnungserlassung für die ausreichende Bestimmtheit sprechen („Legitimation durch Verfahren“).

Kompetenzrecht (10 Zusatzpunkte)

Die Zuständigkeit der BReg könnte deswegen als problematisch erscheinen, weil Angelegenheiten der Umweltverträglichkeitsprüfung in Vollziehung Landessache gem Art 11 Abs 1 Z 7 B-VG sind. Dies schließt eine Bescheiderlassung durch die BReg als ein oberstes Bundesorgan aus. Allerdings sind DurchführungsVO gem Art 11 Abs 3 B-VG grundsätzlich vom Bund zu erlassen, was auch die Normierung einer Zuständigkeit der BReg und somit eine Begründung deren Wirkungsbereichs iSd Art 18 Abs 2 B-VG erlaubt. Die Zuständigkeit der BReg erscheint im Ergebnis allerdings dann verfassungswidrig, wenn man die VO gem § 9 als individuellen Akt sieht, der in Bescheidform zu ergehen hätte.

§ 5

Neuerungsverbot (8 Punkte)

Nach Abschluss der öffentlichen mündlichen Verhandlung gilt das Ermittlungsverfahren gem § 5 Abs 1 als geschlossen und es gilt ein Neuerungsverbot. Das AVG kennt diese Rechtsfolge in der Form nicht. Insoweit liegt eine vom allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht abweichende Regelung vor, die gem Art 11 Abs 2 B-VG nur erlassen werden darf, soweit sie zur Regelung des Gegenstands erforderlich ist. Vergleichbare Argumentation unter Berufung auf den Gleichheitssatz möglich.

Schließung des Verfahrens (10 Punkte)

Beim UVP-Verfahren handelt es sich typischerweise um ein Großverfahren mit vielen Parteien (vgl § 19 Abs 1 UVP-G), in welchem der mündlichen Verhandlung eine besondere Bedeutung zukommt. Gerade bei besonders für die Wirtschaft bedeutenden Projekten eine Beschleunigung durch eine Schließung nach dieser zu ermöglichen, erscheint durchaus ein geeignetes Mittel, das dadurch verkörperte öffentliche Interesse zu verwirklichen. Zu bedenken ist auch, dass die Abweichung vom AVG insofern keine große ist, als gem § 39 Abs 3 AVG eine Schließung des Ermittlungsverfahrens auch in sonstigen Verfahren – wenn auch durch Verfahrensordnung der Behörde – möglich ist. Im Ergebnis ist die Erforderlichkeit zur Regelung des Verfahrens zu bejahen.

Genehmigungsfiktion (22 Punkte + 6 Zusatzpunkte)

Gem § 5 Abs 2 des Entwurfs gilt der Antrag als genehmigt, wenn nicht binnen 1 Jahr ab Kundmachung der VO der BReg eine Zurück- oder Abweisung erfolgt ist. Damit besteht die Folge der Säumnis der Behörde in Abweichung von § 8 VwGVG nicht in einer Säumnisbeschwerde an das zuständige VwG, sondern in einer Genehmigungsfiktion. (*Hier liegt keine bloße Normierung einer kürzeren und längeren Entscheidungsfrist vor, was der Materiengesetzgeber anordnen dürfte, womit § 8 Abs 1 VwGVG insoweit eine bloß subsidiäre Regelung bildet. § 5 Abs 2 des Entwurfs normiert aber mit der Genehmigungsfiktion eine komplett andere Rechtsfolge.*) Deshalb liegt eine Abweichung vom allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht bzw aufgrund der systematischen Einordnung im VwGVG vom allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor. **(7 Punkte + 4 Zusatzpunkte)**

Wenn auch – wie oben gezeigt – die Beschleunigung von Verfahren betreffend wirtschaftlich besonders bedeutender Projekten an sich Sonderregelungen rechtfertigen würde, erscheint eine derartig massive Abweichung nicht iSd Art 11 Abs 2 bzw Art 136 Abs 2 B-VG erforderlich. Diese Rechtsfolge ist undifferenziert angeordnet. Es kommt nicht auf ein Verschulden der Behörde an. Es ist auch irrelevant, ob die bisherigen Verfahrensergebnisse für oder gegen eine Genehmigung des Vorhabens sprechen würden. Damit gelten nämlich selbst Projekte, die die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllen, als genehmigt; die Rechte der Nachbarn und sonstiger Verfahrensparteien laufen leer. **(10 Punkte)**

Aus denselben Gründen erscheint die Regelung gleichheitswidrig. Es ist keine sachliche Rechtfertigung für eine derart massive Ungleichbehandlung jener UVP-Verfahren, für die die BReg eine VO gem § 4 erlassen hat, gegenüber sonstigen UVP-Verfahren ersichtlich. Der Wirtschaftsstandort kann zwar als Argument vorgebracht werden, im Ergebnis erscheint die dadurch bewirkte Schlechterstellung anderer Parteien, insbesondere der Nachbarn aber nicht verhältnismäßig. *(Für dieses Ergebnis spricht auch, dass der Grundsatz des umfassenden Umweltschutzes im BVG-Nachhaltigkeit verfassungsrechtlich verankert ist.)* **(5 Punkte + 2 Zusatzpunkte)**

Abweichende Genehmigungskriterien (8 Punkte)

§ 5 Abs 4 beschränkt die Möglichkeit für die Erteilung von Auflagen etc. auf die Vermeidung „wesentlicher und nachhaltig nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt“ und weicht somit von § 17 Abs 4 UVP-G ab, der Auflagen für ein hohes Schutzniveau für die Umwelt in ihrer Gesamtheit vorsieht. Die Sachlichkeit dieser Differenzierung im Sinne des Gleichheitssatzes erscheint fraglich. (Argumentation in beide Richtungen möglich)

§ 6

Beschränkung auf grundsätzliche Rechtsfragen (8 Punkte)

Gem § 6 Abs 1 des Entwurfs ist die Beschwerde an das VwG nur bei Vorliegen einer grundsätzlichen Rechtsfrage zulässig. Art 133 Abs 4 B-VG kennt aber eine solche Rechtsmittelbeschränkung ausschließlich für die Revision vor dem VwGH. Dagegen ist die Beschwerde gegen Bescheide an das zuständige VwG gem Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG ausnahmslos vorgesehen und damit auch verfassungsrechtlich garantiert. Einfachgesetzliche Einschränkungen, die hier den Rechtsschutz ausschalten, erscheinen daher verfassungswidrig.

Entfall der mündlichen Verhandlung (20 Punkte)

Gem § 6 Abs 1 des Entwurfs gilt im Verfahren vor dem VwG ein Neuerungsverbot. Die mündliche Verhandlung hat zu entfallen. Da die Feststellung des Sachverhalts ein wesentlicher Punkt eines Beschwerdeverfahrens ist und die mündliche Verhandlung ein Kernelement bildet, wird hier massiv abgewichen. Es wird auch nicht nach der Notwendigkeit des Entfalls im Einzelfall differenziert. Die Erforderlichkeit dieser abweichenden Regelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens iSd Art 136 Abs 2 B-VG erscheint daher nicht erkennbar. **(7 Punkte)**

Der EGMR sieht den Begriff der „civil rights“ weit, sodass auch Verwaltungsverfahren, die Auswirkungen auf zivile Rechte haben, darunterfallen. Dies ist regelmäßig auch und gerade bei der UVP unterliegenden Vorhaben so. Das Verfahren betrifft sowohl Rechte des Antragstellers

(Eigentum) als auch der Nachbarn (zB Art 8 EMRK). Die öffentliche mündliche Verhandlung stellt ein Kernelement des fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK dar. Hier ist das VwG auch die erste (und in der Regel einzige) Gerichtsinstanz, da die LReg kein Tribunal darstellt. Die Anordnung des ausnahmslosen Entfalls der mündlichen Verhandlung verstößt daher gegen Art 6 EMRK. **(13 Punkte)**

Ausschluss der aufschiebenden Wirkung (9 + 8 Zusatzpunkte)

Die beschriebene Verfahrensgestaltung wirft die Frage nach der Wirksamkeit des Rechtsmittels iSd Art 13 EMRK auf. Das Neuerungsverbot erscheint auch diesbezüglich problematisch. Gem § 6 Abs 1 letzter Satz des Entwurfs ist § 13 VwGVG, der die aufschiebende Wirkung von Beschwerden regelt, nicht anzuwenden. Damit ist die aufschiebende Wirkung ex lege ausgeschlossen und kann nicht einmal im Einzelfall zuerkannt werden, dies ist nach der Jud des VfGH nicht mit dem Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes, der aus Art 13 EMRK und dem „Rechtsstaatsprinzip“ abgeleitet wird, vereinbar. **(9 Punkte)**

*Aus der Verweisung des § 1 Abs 2 UVP-G auf die UVP-Richtlinie, ergibt sich, dass das UVP-G und somit der die Verfahrensbestimmungen modifizierende Entwurf in den sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, weshalb die Verfahrensgarantien Art 47 GRC anwendbar sind. Da Art 47 GRC dem Art 6 EMRK inhaltlich weitgehend entspricht, verstößt der Ausfall der mündlichen Verhandlung auch gegen diesen. **(8 Zusatzpunkte)***

Frage 2: Wie hat der VfGH hinsichtlich dieser Bestimmungen vorzugehen? (16 Punkte)

Falls Anwendbarkeit der GRC noch nicht bepunktet: (Art 47 GRC siehe oben). (4 Zusatzpunkte)

Die GRC stellt unionsrechtlich Primärrecht dar. An sich bewirkt der Verstoß innerstaatlichen Rechts jeder Stufe gegen Unionsrecht Anwendungsvorrang. Dh der VfGH dürfte die unionsrechtswidrige Bestimmung des StandortsicherungsG nicht anwenden, womit diese nicht präjudiziell wäre. (Eine andere Sichtweise ist bei abstrakter Normenkontrolle zu erwägen) **(6 Punkte)**

Anders wird dies aber hinsichtlich der GRC vertreten, diese bildet nach der Judikatur dann einen Prüfungsmaßstab für innerstaatliche Rechtsnormen, wenn das jeweilige Recht mit nationalen Grundrechten vergleichbar ist. Da Art 47 GRC inhaltlich im Wesentlichen Art 6 EMRK entspricht und sich bloß durch dessen sachlichen Anwendungsbereich unterscheidet (Unionsrecht, statt Zivil- und Strafsachen), ist dies hier zu bejahen. Der VfGH hat deshalb die Bestimmungen des StandortsicherungsG aufzuheben. **(10 Punkte)**

Teil II

Frage 3: Welche rechtlichen Schritte muss *Rudi* vor der Realisierung seines Vorhabens setzen? Welche Behörde ist zuständig? (40 Punkte)

Der Betrieb des Schifffahrtsunternehmens erfolgt selbstständig (auf eigene Rechnung), regelmäßig (Wiederholungsabsicht) und in Ertragsabsicht (Entgeltlichkeit) und ist somit „gewerbsmäßig“ iSd §1 Abs 2 GewO. An sich würde die Tätigkeit daher in den Anwendungsbereich der GewO fallen. § 2 Abs 1 Z 15 GewO nimmt aber den Betrieb von Schifffahrtsunternehmen mit Wasserfahrzeugen von Geltungsbereich der GewO aus. (10 Punkte)

Erklärung „Wasserfahrzeug“ 2 Zusatzpunkte

Gem § 74 iVm § 1 Abs 1 SchifffahrtsG iVm Anlage 1 ist das Schifffahrtsgewerberecht anwendbar, da der Neusiedlersee ein in der Anlage 1 genanntes Gewässer ist.

Gem § 75 Abs 1 SchifffahrtsG bedarf die gewerbsmäßige Ausübung der Schifffahrt mittels Fahrzeugen und Schwimmkörpern einer Konzession. § 2 Z 1 SchifffahrtsG nennt ua Fahrgastschiffe als Fahrzeuge. § 75 Abs 2 entspricht vollinhaltlich der Gewerbsmäßighkeitsdefinition des § 1 Abs 2 GewO und ist daher erfüllt. *Rudi* benötigt für sein Vorhaben daher eine Schifffahrtskonzession iSd § 75 Abs 1 SchifffahrtsG. (12 Punkte)

Die regelmäßigen Fahrten nach Neusiedl sind gemäß § 2 Z 28 SchifffahrtsG eine „Linien-schifffahrt“, weil eine fahrplanmäßige Personenbeförderung erfolgen soll; diese dient dem öffentlichen Verkehr, weil sie nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt sind. Durch die Sonderfahrten zu bestimmten Themen ist die Definition des Gelegenheitsverkehrs gem § 2 Z 29 SchifffahrtsG erfüllt, weil sie nicht fahrplanmäßig erfolgt, aber ebenfalls der Personenbeförderung im öffentlichen Verkehr dient. *Rudi* benötigt daher Konzessionen für Personenbeförderung im Linienverkehr gem § 77 Abs 1 Z 1 und für die Personenbeförderung im Gelegenheitsverkehr gem § 77 Abs 1 Z 2 SchifffahrtsG. Gem § 77 Abs 2 SchifffahrtsG können diese auch nebeneinander erteilt werden. (11 Punkte)

Begründete Verneinung des Fährverkehrs. 2 Zusatzpunkte.

Sachlich zuständige Behörde ist der Landeshauptmann gem § 86 Abs 1 Z 2 SchifffahrtsG, da sich der Sachverhalt am Neusiedlersee abspielt und keine unmittelbare Verbindung mit dem Ausland hergestellt werden soll. Örtlich zuständig gem § 3 Z 2 AVG ist der Landeshauptmann des Burgenlandes, da es sich um den Betrieb eines Unternehmens handelt und sich sämtliche Orte, in denen angelegt werden soll, im Burgenland befinden. (7 Punkte)

Frage 4: Verfassen Sie einen entsprechenden Strafbescheid zum heutigem oder dem spätestens zulässigen früheren Datum! Gehen Sie in diesem Bescheid auch auf dessen Zulässigkeit in zeitlicher Hinsicht und die Zuständigkeit ein! (96 Punkte)

Der Bürgermeister der Freistadt Rust

Adresse

Rust am 28.11. 2018

Geschäftszahl

An Herrn Rudi Radakovits

Adresse

In der Rechtssache gegen *Rudi Radakovits* wohnhaft, in Rust, Adresse ergeht (wegen Befahren des Schilfgürtels des Neusiedlersees) folgendes

Straferkenntnis

(Kopf 6 Punkte)

Spruch

Der Beschuldigte *Rudi Radakovits* hat mit seinem Schiff „Manua“ am 15. 8. 2018 zwischen 14:00 Uhr und 16:00 Uhr den im Bezirk Rust liegenden Schilfgürtel des Neusiedlersees außerhalb der für Wasserfahrzeuge bestimmten Wasserstraßen befahren. Er hat daher gegen das Verbot des Befahrens der Schilfbereiche gem § 13 Abs 2 erster Satz NÖ Natur-LandschaftspflegeG, LGBI 1991/27 idgF verstoßen. Dadurch hat er eine Verwaltungsübertretung gem § 78 Abs 1 Z 1 NÖ Naturschutz- und LandschaftspflegeG begangen. Es wird daher über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro (Strafrahmen bis zu 3600 Euro), im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen verhängt.

(15 Punkte)

Kosten

Gem § 64 VStG hat der Beschuldigte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 50 Euro zu leisten. Die Kosten sind binnen zwei Wochen in bar zu erlegen oder auf das Konto der Behörde einzuzahlen.

(6 Punkte)

Begründung

Zur Zuständigkeit der Behörde:

§ 56 Abs 1 Bgld NaturschutzG normiert eine Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörde. Dies gilt für sämtliche Verfahren, daher auch für Verwaltungsstrafverfahren.

Die Fahrten durch das Schilf finden ausschließlich auf dem Gebiet der Gemeinde Rust statt. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich gem § 27 Abs 1 VStG nach dem Sprengel, in dem die

Verwaltungsübertretung begangen wurde. Daher ist die Bezirksverwaltungsbehörde von Rust zuständig. **(8 Punkte)**

Rust ist eine Stadt mit eigenem Statut (§ 1 Abs 1 Stadtstatut). Gem § 57 Stadtstatut zählen die Angelegenheiten der Bezirksverwaltung zu jenen des übertragenen Wirkungsbereichs. Diese sind daher gem § 23 Abs 1 iVm § 26 Abs 1 Stadtstatut vom Bürgermeister durch den Magistrat zu besorgen. **(12 Punkte)**

Zuständig für das Verwaltungsstrafverfahren ist daher der Bürgermeister der Stadt Rust.

Zur Zulässigkeit in zeitlicher Hinsicht:

Die Tat wurde am 15. 2. 2017 begangen. Gem § 31 Abs 1 VStG ist die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen Sie innerhalb eines Jahres keine Verfolgungshandlung iSd § 32 Abs 2 VStG vorgenommen wurde. Der Beschuldigte wurde am 18. 8. 2017 von der LPD Burgenland vernommen. Diese ist gem § 8 Z 1 SPG örtlich zuständige Sicherheitsbehörde, weil Rust zu jenen Gemeinden gehört, in denen die LPD gem § 8 SPG Sicherheitsbehörde erster Instanz ist. Doch bezieht sich die Zuständigkeit der LPD gem § 26 Abs 2 VStG ausschließlich auf Verfahren innerhalb des sachlichen Wirkungsbereichs der LPD, zu dem Naturschutzrecht nicht gehört. Die LPD Burgenland war daher unzuständig. **(10 Punkte)**

Gem § 32 Abs 2 VStG gilt als Verfolgungshandlung jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person gerichtete Amtshandlung, wobei eine Vernehmung beispielhaft genannt ist. Dies gilt nach dem Gesetzeswortlaut auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war.

Aufgrund der Vernehmung durch die unzuständige LPD Burgenland am 18. 8 2017 ist eine Verfolgungshandlung gesetzt worden, womit keine Verfolgungsverjährung iSd § 31 Abs 1 VStG eingetreten ist. Auch eine Strafbarkeitsverjährung ist diesbezüglich nicht erfolgt, weil die dafür relevante Frist gem § 31 Abs 2 VStG 3 Jahre ab Abschluss der strafbaren Tätigkeit beträgt. **(8 Punkte)**

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

(Sachverhalt siehe Angabe) **(1 Punkte)**

Zu diesem Ergebnis gelangt die Behörde aufgrund der folgenden Beweismittel:

- Beschuldigteneinvernahme
 - Zeugenaussage von *Hugo Habicht*
 - Ankündigung der Fahrt im Internet
- (6 Punkte)**

Betreffend der Strafhöhe wird es als mildernd angesehen, dass der Beschuldigte die Verwaltungsübertretung das erste Mal begangen hat (§ 34 Abs 1 Z 2 StGB iVm § 19 Abs 2 VStG). Durch die Tat wurden das ungestörte Wirkungsgefüge des Lebenshaushalts der Natur und deren Erholungswert gefährdet. Dabei handelte es sich um bedeutende Rechtsgüter, *die auch verfassungsrechtlich durch den Grundsatz des umfassenden Umweltschutzes gem BVG Nachhaltigkeit geschützt sind*. Dass der Beschuldigte mit seinem Schiff sogar im Schilfgürtel hängen blieb, zeugt von einem nicht unerheblichen Maß der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts (Pflanzenwelt iSd 1 Abs 1 lit c NaturschutzG).

(10 Punkte + 3 Zusatzpunkte)

Gem § 64 Abs 2 VStG hat der Beschuldigte 10% der verhängten Strafe als Beitrag zu den Kosten des Verfahrens zu tragen. **(2 Punkte)**

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist Beschwerde an das LVwG Burgenland zulässig. Die Beschwerde ist innerhalb vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides schriftlich beim Magistrat der Freistadt Rust (als Hilfsapparat des Bürgermeisters) einzubringen. Sie hat den angefochtenen Bescheid und die Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen. Weiters hat sie zu enthalten: die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, ein bestimmtes Begehren und die Angaben, die erforderlich sind, um beurteilen zu können, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

(10 Punkte)

Unterschrift

Harald Weiss,

Bürgermeister von Rust

am 28. 11. 2018

Ergeht an Rudi Radakovits, Adresse

(2 Punkte)

Frage 5: Prüfen Sie die Zulässigkeit weiterer rechtlicher Konsequenzen! (48)

Rudi hat die Berechtigung für seine geplanten Vorhaben erlangt. Dh er ist Inhaber einer Schifffahrtskonzession für die Personenbeförderung im Linienverkehr iSd § 77 Abs 1 Z 2 SchifffahrtsG auf der Strecke Rust-Neusiedl und den Gelegenheitsverkehr für von Rust ausgehende Rundfahrten auf österr Gebiet. *Rudi* bietet nunmehr wöchentlich Fahrten nach Ungarn an. *Das Österreichische Schifffahrtsgewerberecht ist auf diese Fahrten zur Gänze anwendbar (nicht nur auf den österreichischen Abschnitt), da gem § 1 Abs 3 iVm § 74 SchifffahrtsG dessen vierter Teil auch für ausländische Binnengewässer gilt, sofern ein entsprechendes zwischenstaatliches Abkommen besteht.* Fraglich erscheint, ob diese Fahrten dem Linienverkehr oder dem Gelegenheitsverkehr zuzurechnen sind. Zwar werden diese Fahrten auch pauschal mit gastronomischen Angeboten verkauft, was für Gelegenheitsverkehr spräche. Zu bedenken ist jedoch, dass diese regelmäßig (einmal wöchentlich) zur selben Zeit (daher fahrplanmäßig) auf einer fixen Strecke (dh zwischen 2 Anlegestellen) stattfinden und auch die bloße Beförderungsleistung (sogar einfache Fahrt) buchbar ist. Im Ergebnis liegt daher ein Linienverkehr iSd § 2 Z 28 SchifffahrtsG vor. **(11 Punkte + 2 Zusatzpunkte)**

Die bescheidmäßig erteilte Schifffahrtskonzession für den Linienverkehr ist auf die Strecke Rust-Neusiedl beschränkt. Dass solche Konzessionen stets für bestimmte Strecken zu erteilen sind, ergibt sich aus § 2 Z 28 SchifffahrtsG, wonach der Linienverkehr zwischen bestimmten Anlegestellen stattfindet. *Weiters kann § 83 Abs 2 SchifffahrtsG, genannt werden, der eine Betriebspflicht aufgrund eines Verkehrsbedürfnisses der Uferbewohner ermöglicht, was eine örtliche Beschränkung voraussetzt.* **(6 Punkte +2 Zusatzpunkte)**

Für das Vorliegen einer anderen Verwaltungssache spricht auch, dass durch die Fahrten nach Ungarn eine unmittelbare Verbindung in das Ausland hergestellt werden soll, wofür gem § 86 Abs 1 Z 1 SchifffahrtsG eine andere Behörde, nämlich der BMVIT zuständig wäre. **(4 Punkte)**

Damit sind aber Fahrten zwischen Rust und Fertörakos nicht vom Konzessionsbescheid gedeckt, sie fallen nicht in dessen sachlichen bzw örtlichen Geltungsbereich. Es liegt eine andere Verwaltungssache vor. *Rudi* übt daher insoweit die Schifffahrt ohne Konzession aus und begeht somit die Verwaltungsübertretung des § 88 Abs 2 Z 1 SchifffahrtsG. **(3 Punkte)**

Daher handelt es sich nicht um einen bloßen Verstoß gegen eine örtliche Einschränkung der Konzession iSd § 83 Abs 2 SchifffahrtsG, was als Verstoß gegen eine Auflage gem § 85 Abs 2 Z 2 SchifffG nur nach zweifacher Mahnung einen Grund für den Konzessionsentzug bildet. **(6 Zusatzpunkte)**

Fraglich erscheint, ob es sich durch die regelmäßige Begehung um ein fortgesetztes Delikt handelt, wobei nach dem Kumulationsprinzip des § 22 VStG die einzelnen Fahrten gesondert zu bestrafen sind. *Oder die Fahrten als Gesamtheit zu betrachten sind, da erst diese Regelmäßigkeit einen „Linienverkehr“ begründet, was für eine einmalige Deliktsbegehung spricht.* **(2 Punkte + 4 Zusatzpunkte)**

Gem § 84 Abs 2 SchifffahrtsG müssen Schifffahrtsunternehmen, die Fahrgäste im Linienverkehr befördern, Beförderungspreise, Beförderungsbedingungen und Fahrpläne erstellen, der Behörde mitteilen und zumindest durch Aushang veröffentlichen. Laut dem Sachverhalt werden nur die Fahrpläne und nur auf *Rudis* Homepage kundgemacht. Somit erfüllt er keine Voraussetzung des § 84 Abs 2 erster Satz SchifffahrtsG und begeht eine Verwaltungsübertretung nach § 88 Abs 1 iVm Abs 2 Z 4 SchifffahrtsG. Diesbezüglich kommt

ein Konzessionsentzug gem § 85 Abs 2 Z 2 SchifffahrtsG erst nach zweifacher Mahnung in Betracht. **(7 Punkte)**

In Betracht kommt ein Widerruf der Konzession gem § 85 Abs 2 SchifffahrtsG. Eine solche hat gem § 85 Abs 2 Z 1 SchifffahrtsG dann zu erfolgen, wenn die in § 78 angeführten Bewilligungserfordernisse nicht mehr vorliegen. **(3 Punkte)**

Zu denken ist hier an den Verlust der Verlässlichkeit iSd § 79 Abs 1 SchifffahrtsG, der insb bei Verurteilung zu einer 3 Monate übersteigenden Freiheitsstrafe vorliegt. Gem § 78 Abs 1 lit b SchifffahrtsG muss sich die Verlässlichkeit auf die Ausübung der Schifffahrt beziehen. *Rudi* verwirklicht mehrere Verwaltungsübertretungen, nämlich die sogar wiederholte konzessionslose Ausübung der Schifffahrt sowie ein an sich naturschutzrechtliches Delikt, das aber definitionsgemäß mit der Schifffahrt zusammenhängt. Dagegen kann argumentiert werden, dass die Auswirkungen dieser Verwaltungsübertretung auf die geschützten Rechtsgüter (vgl zB § 45 Abs 1 Z 4 VStG) eher gering und nicht mit die Verurteilung zu einer mehr als 3 Monaten (bedingten oder unbedingten) gerichtlichen Freiheitsstrafe begründenden StGB-Delikten vergleichbar sind. **(12 Punkte)**

Die demonstrative Aufzählung eines einzigen Beispiels begründet verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots gem Art 18 Abs 1 B-VG. (+3 Zusatzpunkte)

Je nach Argumentation betr Entziehung der Konzession beide Ergebnisse vertretbar.

Frage 6: Welcher Behörde sind die Akte zuzurechnen? Beurteilen Sie deren Rechtmäßigkeit! (76 Punkte)

Aus der Aufgabe der Gefahrenabwehr gem § 20 iVm § 21 SPG, welche gem § 21 Abs 2 die Beendigung gefährlicher Angriffe umfasst, ergibt sich der sachliche Anwendungsbereich des SPG. (2 Zusatzpunkte)

Zurechnung

Gem § 8 Z 1 SPG ist in der Gemeinde Rust die LPD Burgenland Sicherheitsbehörde erster Instanz. Gem Art 78b Abs 1 B-VG steht an der Spitze jeder LPD der Landespolizeidirektor. *Bosskozil* ist daher Landespolizeidirektor der LPD Burgenland. Als Angehörige des Wachkörpers Bundespolizei sind *Gunter* und *Johanna* und *Heribert* Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 Z 1 SPG). Diese versehen gem § 5 Abs 1 SPG für die Sicherheitsbehörden den Exekutivdienst; Die drei Polizisten sind dieser Behörde beigegeben und handeln offensichtlich für diese („schicken“ durch *Bosskozil*). Da das SPG vollzogen wird, sind sie der LPD Burgenland zuzurechnen. (9 Punkte)

Weisung *Bosskozil*

Bosskozil ist als Landespolizeidirektor Dienstvorgesetzter von *Johanna*, *Heribert* und *Gunter*, es finden sich keine Anhaltspunkte, für eine Rechtswidrigkeit. insb eine Strafgesetzwidrigkeit oder eine Unzuständigkeit *Bosskozils*. Daher ist die Weisung rechtmäßig und von den Polizisten als nachgeordnete Organe gem Art 20 Abs 1 B-VG auch zu befolgen. (5 Punkte)

Betreten und Durchsuchen des Schiffes:

Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen des § 28a Abs 2 und 3 SPG ist zu differenzieren, ob die Beamten bei ihren Handlungen in „Rechte von Menschen“ eingreifen. Dies ist hinsichtlich *Rudi* jedenfalls zu bejahen, da sie das in dessen Eigentum befindliche Schiff betreten und durchsuchen. *Die Kooperation des Rudi ist nicht als Zustimmung zu werten und ändert daher nichts daran.* (4 Punkte + 2 Zusatzpunkte)

Rudi:

Gem § 39 Abs 1 sind Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, Wasserfahrzeuge zu betreten, sofern dies zur Erfüllung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht oder der Abwehr eines gefährlichen Angriffs erforderlich ist. Gem § 16 Abs 2 Z 4 SPG stellt die Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung einer gerichtlichen Vorsatztat nach dem SMG einen gefährlichen Angriff dar. Hier kommt die rechtswidrige Einführung von Suchtmitteln gem § 27 Abs 1 SMG in Betracht. Nach einem normativen Maßstab konnten die drei Polizisten im Zeitpunkt ihres Einschreitens aufgrund des glaubwürdigen Hinweises *Habichts* und der vermehrt im Burgenland vorkommenden Drogendelikte zumindest vertretbarer Weise den Tatbestand eines gefährlichen Angriffs annehmen. Das Betreten des Schiffes ist notwendig, um das Vorliegen eines Angriffs zu überprüfen und diesen gegebenenfalls zu beenden. (15 Punkte)

Da in die Rechte des Menschen *Rudis* gem § 28a Abs 3 SPG eingegriffen wird, stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit gem § 29 SPG. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten, dass nicht nur die Fahrgäste, sondern auch *Rudi*, Unbeteiligte iSd § 29 Abs 1 Z 2 SPG sind. (Verdächtig wird ein internationales Drogenkartell). Die Beamten schonen dessen Rechte iSd Z 4, indem sie zunächst von eingriffsintensiveren

Personendurchsuchungen absehen und die Fahrgäste im Restaurantbereich sitzen lassen. Dadurch beeinträchtigen sie Rudi am wenigsten (Z 1) bzw minimieren dessen voraussichtlich bewirkte Schäden iSd Z 3 und schonen dessen schutzwürdige Interessen iSd Z 4. Bei gegenteiliger Vorgangsweise könnten sie nämlich die Fahrgäste verärgern und letztlich *Rudis* Ruf als Unternehmer und dessen wirtschaftlichen Interessen schaden. Indem die Fahrgäste nach Ende der Durchsuchung sofort das Schiff verlassen dürfen, beenden sie den AuvBZ iSd Z 5, als sich zeigt, dass der angestrebte Erfolg auf diesem Wege nicht erreicht werden kann. **(10 Punkte)**

Gäste:

Hinsichtlich der anderen Gäste bewirkt die Amtshandlung, dass diese für 35 Minuten das Schiff nicht verlassen können. Fraglich erscheint, ob der Aufenthalt der Fahrgäste an Bord eine mittelbare Folge der Durchsuchung iSd § 39 SPG bildet, damit keine Beweismittel von Bord gebracht werden oder als eigener Akt zu qualifizieren ist. Für erstere Ansicht spricht, dass der Wille der Organe primär auf die Durchsuchung des Schiffes gerichtet ist und, dass *Blatta* seine Durchsage nicht in Befehlsform sondern als Bitte formuliert. Dagegen spricht, dass 35 Minuten keine unerhebliche Zeit ist und dass die Amtshandlung zumindest faktisch die Gäste am Verlassen des kleinen Schiffes hindert, insbesondere ist an das Recht auf persönliche Freiheit zu denken. Spätestens durch den Lex-Vorfall erscheint die Qualifikation als „Bitte“ fraglich. **(13 Punkte)**

Folgt man ersterer Ansicht, liegt hinsichtlich der Fahrgäste kein Eingriff in die Rechte von Menschen iSd § 28a Abs 2 SPG vor und damit gem § 28a Abs 2 SPG rechtmäßig. **(5 Punkte X)**

Soweit der Eingriff in Rechte verneint wird (insb als Bitte formulierte Durchsage Blattas), liegt schlicht hoheitliches Handeln iSd Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG bzw § 88 Abs 2 SPG vor. (3 Zusatzpunkte Y)

Soweit in Rechte eingegriffen wird, liegen Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor (AuvBZ), weil sie: normativ sind, von einer Verwaltungsbehörde stammen (LPD Wien, der die Polizisten zugerechnet werden), einen individuellen Adressatenkreis haben (Abgrenzung zur Verordnung), formlos und ohne eingehendes Verfahren ergeht (Abgrenzung zum Bescheid) und nicht bloß intern verfügt werden (Abgrenzung zur Weisung). Dies trifft auf sämtliche folgende Akte zu. (3 Alternative Zusatzpunkte Y)

Gegenüber der Sicherheitspolizei normiert § 87 SPG ein Recht auf Ausübung von sicherheitspolizeilicher Maßnahmen nur nach Maßgabe dieses Gesetzes. Sicherheitspolizeiliche Maßnahmen in anderen Fällen oder in anderer Art sind daher rechtswidrig (3 Zusatzpunkte)

Folgt man zweiterer Ansicht erscheint für einen solchen damit angenommenen eigenständigen Verwaltungsakt keine Rechtsgrundlage (keine Befugnis) ersichtlich. Insbesondere liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Anordnungsbefugnis gem § 49 Abs 1 SPG nicht vor, weil offenkundig keine außerordentlich große Gefahr zu bejahren ist und die Anordnung nicht von der Behörde, sondern nur eine von Hilfsorganen getroffen wird, die nicht zur Verordnungserlassung ermächtigt sind. **(5 Alternativpunkte X)**

Auf verfassungsrechtlicher Ebene stellt sich die Frage nach einem Eingriff in die persönliche Freiheit gem Art 5 EMRK und PersFrG. Die Argumente sind vergleichbar, die Judikatur tendiert dazu, die Intentionalität eines Eingriffs zu fordern; davon ausgehend käme der fehlenden Möglichkeit, das Schiff zu verlassen, kein Eingriffscharakter zu. Auch hier könnte sich die Beurteilung ab dem Zeitpunkt des Vorfalls mit dem Diensthund ändern. (4 Zusatzpunkte)

Lex (Diensthund)

Der Einsatz des Diensthundes durch *Hickl*: Es stellt sich die Frage, ob es sich dabei um einen „scharfen“ Einsatz eines Diensthundes iSd § 10 Waffengebrauchsg handelt. Der Wortlaut spricht eher dafür, dass damit ein Biss gemeint und dies hier daher zu verneinen ist. Allerdings kann auch Kraftanwendung durch das Tier – wie hier – einen Einsatz unterstützen und Betroffene beeinträchtigen. Die gegenteilige Sicht liegt daher noch innerhalb des äußerst möglichen Wortsinns. (7 Punkte)

Geht man vom Vorliegen eines „scharfen“ Einsatzes von Lex aus, ist dies jedenfalls rechtswidrig, da keine der in § 10 Waffengebrauchsg alternativ formulierten Voraussetzungen vorliegt. Ein aktiver gewaltsamer Widerstand gegen die Staatsgewalt iSd § 10 Z 2 ist nicht gegeben, da *Hickl* noch keinen AuvBZ begonnen hat und einen Widerstand aufgrund seiner körperlichen Unterlegenheit gegenüber *Timmermann* bloß befürchtet. Außerdem wären ungefährlichere Maßnahmen iSd § 4 Waffengebrauchsg, wie die Aufforderung an Bord zu bleiben, in Betracht gekommen. (8 Punkte Z)

Geht man davon aus, dass der Sprung von Lex nicht von dem Ruf Heriberts gedeckt wäre, ist diese Zwangsgewalt dennoch der Behörde iS eines Organisationsverschuldens zuzurechnen, da der Hund nicht angeleint war, nicht vom Hundeführer geführt wurde und der Hund dann wohl nicht ausreichend ausgebildet wurde. (7 Zusatzpunkte)

Eine Verneinung des „scharfen“ Einsatzes (etwa der Befehl „Faß!“) des Diensthundes bedeutet, dass das Waffengebrauchsg unanwendbar ist, da die Verwendung von Diensthunden nicht generell eine Dienstwaffe iSd § 4 darstellt. Allerdings ist diesfalls das allgemein in § 29 SPG normierte Verhältnismäßigkeitsgebot verletzt, da *Hickl* gelindere Mittel zur Verfügung gestanden wären, als gleich den Diensthund zu rufen. Er hätte *Zimmermann* etwa zunächst auffordern können, auf dem Schiff zu bleiben. Dadurch hätte er *Zimmermann* weniger gefährdet iSd Z 1, und der Erfolg wäre vertretbarer im Vergleich zur wohl auch ex ante zu erwartenden Gesundheitsgefährdung iSd Z 3. Außerdem hätte *Hickl* den Einsatz von Zwangsgewalt gem § 50 Abs 1 SPG vorher ankündigen müssen. (8 Alternativpunkte Z)

Der Einsatz von Lex durch *Heribert* war im Ergebnis daher jedenfalls rechtswidrig.