

## FÜM III am 31.1.2022 – Lösungsskizze Variante Magnus und Lilly

(Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl)

### 1. Ist die Schutzbereichs-Verordnung rechtmäßig, und wer könnte – abgesehen von Lilly – etwas unternehmen, um diese Verordnung zu Fall zu bringen? (23 P, 12 ZP, davon 10\*)

#### Rechtmäßigkeit der Verordnung (16 P, 9 ZP)

##### *Rechtsformwahl*

- Ein Schutzbereich ist wegen seines generell-abstrakten Adressatenkreises (§ 7a Abs 4 VersG) mit V festzulegen; die LPD Wien hat daher die richtige Rechtsform gewählt.

##### *Zuständigkeit*

- \*Als Sicherheitsbehörde in Wien war sie auch zuständig (§ 16 Abs 1 lit a VersG iVm § 8 Z 8 SPG).

##### *Verfahren*

- + Da § 7a VersG kein bestimmtes Verfahren zur V-Erlassung vorsieht, sind der LPD keine Verfahrensfehler unterlaufen; laut Sachverhalt hat sie die V zudem ordnungsgemäß kundgemacht.

##### *Inhaltliche Rechtmäßigkeit*

##### Schutz einer rechtmäßigen Versammlung?

- \*§ 7a Abs 1 VersG erlaubt einen Schutzbereich nur für eine „rechtmäßige Versammlung“.
- + Die von Magnus angezeigte Zusammenkunft ist eine Versammlung: Sie soll die Teilnehmer\*innen zu einem gemeinsamen Wirken bringen, das der kollektiven Meinungsbildung und -äußerung dient.
- + Dass diese Zusammenkunft vom Tourismusminister angeregt wurde, ändert an ihrem Versammlungscharakter nichts; auch § 4 VersG ist hier nicht einschlägig.
- \*Die Versammlung ist rechtmäßig: Sie verstößt weder gegen Strafgesetze noch gegen das öffentliche Wohl oder die öffentliche Sicherheit (§ 6 Abs 1 VersG)
- und wurde im Einklang mit § 2 Abs 1 VersG angezeigt: Magnus' Anzeige nannte Zeit, Ort und Zweck der Versammlung und ist bei der LPD auch rechtzeitig, dh 48 Stunden vor der Versammlung eingelangt,
- + und zwar unabhängig davon, ob man den Einwurf in den Einlaufkasten oder dessen Entleerung für maßgeblich hält: Selbst bei der Entleerung wäre die Anzeige schon am 18.8. um 7.30 Uhr bei der LPD eingelangt, also immer noch mehr als drei Tage vor der Versammlung.

##### Erforderlichkeit des Schutzbereichs dem Grunde und dem Umfang nach?

- Nach § 7a Abs 1 VersG muss der Schutzbereich für die „ungestörte Abhaltung“ einer rechtmäßigen Versammlung „erforderlich“ sein.
- Dies konnte die LPD vertretbar annehmen: Das Versammlungsthema wird medial hitzig diskutiert, der Versammlungsort ist beengt, und er liegt am Donauarm, sodass bei einer direkten Konfrontation zwischen den gegnerischen Demonstrierenden Menschen sogar ins Wasser stürzen könnten / Akzeptiert wird ebenso, wenn jemand aus § 7a Abs 3 VersG folgert, dass für jede Versammlung ein Schutzbereich festzulegen ist bzw ex lege besteht, sodass die Erforderlichkeit dem Grunde nach nicht zu prüfen ist.
- \*Nach § 7a Abs 2 VersG ist der Umfang des Schutzbereichs „unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten, der Anzahl der erwarteten Teilnehmer sowie des zu erwartenden Verlaufes“ festzulegen, maximal jedoch mit 150 m im Umkreis der Versammelten.
- Die LPD legt den Schutzbereich mit dem maximal zulässigen Umfang fest, was § 7a Abs 2 VersG nicht entspricht: Die von der LPD erwartete Anzahl von 1000 Teilnehmer\*innen ist nicht besonders hoch,
- + zumal sie sich als Menschenkette auf 1,5 km verteilen, sodass jede\*r 1,5 m Platz hat, und die Gegenversammlung nicht auf dieser Strecke stattfinden, sondern an die Menschenkette anschließen soll.
- Angesichts dieser örtlichen Gegebenheiten ließe sich ein Zusammenstoß zwischen den beiden Gruppen schon durch einen kleineren Schutzbereich verhindern.
- Auch der zu erwartende Verlauf der Versammlung spricht nicht dafür, den Schutzbereich mit dem maximal zulässigen Umfang festzulegen;

- + dass die Gestaltung des Donaukanals medial hitzig diskutiert wird, legt jedenfalls noch keine besondere Störungsgefahr nahe.

Verhältnismäßigkeit des Schutzbereichs mit Blick auf die Gegenversammlung?

- \*Nach § 7a Abs 4 VersG darf innerhalb des Schutzbereichs zeitgleich keine andere Versammlung abgehalten werden; seine Festlegung greift daher in die Versammlungsfreiheit anderer ein.
- Wie die Behörde vorzugehen hat, wenn – wie hier – mehrere Versammlungen in unmittelbarer örtlicher Nähe angezeigt werden, regelt § 7a VersG nicht ausdrücklich, daher kann die LPD zwar die früher angezeigte Versammlung priorisieren, hier also die von Magnus,
- \*wegen Art 11 Abs 2 EMRK muss sie aber einen schonenden Ausgleich mit der Grundrechtsposition der Teilnehmer\*innen der Gegenversammlung anstreben, hier also mit jener Lillys, die wie Magnus eine rechtmäßige Versammlung korrekt angezeigt hat.
- + Daran ändert auch nichts, dass die Sachbearbeiterin der LPD Wien nach der Schutzbereichserlassung unrichtig davon ausgeht, dass Lilly ihre Anzeige „zurückgezogen“ habe.
- + Da das VersG keine behördlichen Auflagen zulässt, bleibt der Behörde hier nur der Dialog mit den Veranstalter\*innen, um einen Kompromiss zu finden.
- + Ein schonender Ausgleich zwischen beiden läge zB bei einem Schutzbereich von knapp unter 55 m; er ließe zu, dass Lillys Versammlung auf das andere Ufer wechselt, sodass einerseits ein Zusammenstoß ausgeschlossen wäre und andererseits beide Seiten gleichberechtigt zu Wort kämen.
- \*Um einen solchen Ausgleich mit der Versammlungsfreiheit der Gegendemonstrierenden hat sich die LPD indes nicht einmal bemüht, sondern Magnus' Versammlung absolut bevorzugt.
- Auch der Anruf der LPD bei Lilly zielte nicht auf einen solchen Ausgleich, sondern war vom Versuch getragen, Lilly von der tatsächlichen Abhaltung ihrer Versammlung abzubringen, während Magnus seine Versammlung ohne Einschränkungen wie angezeigt abhalten darf.

### **Rechtsweg (7 P, 3 ZP)**

- + Da die LPD die Schutzbereichs-V noch nicht angewendet hat, kann niemand im Wege der konkreten Normenkontrolle (Art 89 Abs 2 iVm Art 135 Abs 4 iVm Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG) die V an den VfGH herantragen, auch Lilly nicht, weil die LPD ihre Versammlung nicht bescheidförmig untersagt hat.
- \*In Betracht kommt aber eine abstrakte Normenkontrolle: Die Schutzbereichs-V der LPD ist die V einer Bundesbehörde (Art 10 Abs 1 Z 7, Art 78b Abs 1 B-VG) und kann daher grundsätzlich von jeder LReg sowie der Volksanwaltschaft beim VfGH angefochten werden (Art 139 Abs 1 Z 5 B-VG).
- Im konkreten Fall wird diese Anfechtung aber nicht erfolgreich sein, weil der VfGH im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nur geltende Normen prüfen kann (Art 139 Abs 4 B-VG). Die Schutzbereichs-V wird im Zeitpunkt der Entscheidung des VfGH aber bereits außer Kraft getreten sein.
- \*Eine weitere Möglichkeit wäre ein Individualantrag (Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG), und zwar durch Personen, die sich im Geltungsbereich der Schutzbereichs-V versammeln wollen.
- Die Schutzbereichs-V adressiert diese Personen, ist nach Art und Ausmaß eindeutig bestimmt und greift aktuell in die Versammlungsfreiheit dieser Personen ein.
- \*Sie können die Rechtswidrigkeit der V auch nicht auf einem anderen Weg an den VfGH herantragen, insb ist es ihnen nicht zumutbar, sich im Schutzbereich verbotswidrig zu versammeln, um einen Strafbescheid zu provozieren (§ 19 iVm § 7a Abs 4 VersG).
- Dass die Schutzbereichs-V im Zeitpunkt der Entscheidung des VfGH schon außer Kraft getreten sein wird, schadet beim Individualantrag nach der neueren Rsp nicht.
- Doch muss dieser Antrag eingebracht werden, solange die Schutzbereichs-V in Kraft ist. Das wird den Versammlungswilligen wegen der kurzen Geltungsdauer der V (nach der Versammlung ist sie bereits gegenstandslos) nur mit Mühe gelingen,
- + zumal sie für die Antragseinbringung noch eine\*n Rechtsanwält\*in finden müssen (§ 17 Abs 2 VfGG).

- + So bleibt nur eine verwaltungsinterne Kontrolle, auf die niemand einen Anspruch hat: Der BMI kann als oberstes Organ (§ 20 Z 3 VersG; § 4 Abs 1 und 2 SPG iVm § 2 Abs 2 SPG) der LPD die Weisung erteilen, die Schutzbereichs-V aufzuheben. Er ist dazu, da die V rechtswidrig ist, auch verpflichtet.

**2. Was kann Lilly gegen diese Entscheidung tun? Verfassen Sie die Begründung eines zweckentsprechenden Rechtsbehelfs und formulieren Sie das dazu gehörige Begehren! (14 P, 4 ZP, davon 6\*)**

- \*Gegen das VwG-Erkenntnis kann Lilly binnen sechs Wochen ab Zustellung (§ 82 VfGG) Erkenntnisbeschwerde nach Art 144 B-VG an den VfGH erheben.
- \*Unzulässig wäre eine Revision an den VwGH nach Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG, weil die Versammlungsauflösung in den Kernbereich der Versammlungsfreiheit fällt, für die der VfGH eine ausschließliche Prüfungskompetenz beansprucht. Das schließt die Zuständigkeit des VwGH aus (Art 133 Abs 5 B-VG).
- + Davon abgesehen wäre eine Revision aber auch unzweckmäßig, weil die Auflösung der Versammlung auf einer rechtswidrigen V beruht, die der VwGH, ehe er über die Revision entscheidet, erst beim VfGH anfechten müsste (Art 89 Abs 2 iVm Art 135 Abs 4 B-VG), während der VfGH diese V aus Anlass der Beschwerde von Amts wegen in Prüfung nehmen kann (Art 139 Abs 1 Z 2 B-VG).

**I. Beschwerdegründe**

- \*Indem das VwG die Beschwerde gegen die Versammlungsauflösung abgewiesen hat, verletzt es die Beschwerdeführerin in ihrer verfassungsgesetzlich gewährleisteten Versammlungsfreiheit (Art 11 EMRK, Art 12 StGG) sowie in Rechten durch die Anwendung einer rechtswidrigen Verordnung.
- \*Nach § 13 Abs 1 VersG ist eine Versammlung, die gegen die Vorschriften des VersG veranstaltet wird, von der Behörde zu untersagen und „nach Umständen“ aufzulösen,
- dh nach der Rsp nur wenn dies aus einem in Art 11 Abs 2 EMRK genannten Grund geboten ist.
- \*Die Versammlung der Beschwerdeführerin fand zwar entgegen § 7a Abs 4 VersG im Schutzbereich einer anderen rechtmäßigen Versammlung statt;
- + einzuräumen ist auch, dass die aufgelöste Versammlung entgegen § 2 Abs 1 VersG nicht angezeigt war.
- Weder die eine noch die andere Rechtsübertretung lieferte aber einen in Art 11 Abs 2 EMRK genannten Grund, der eine Auflösung rechtfertigen könnte: Da zwischen den beiden Versammlungen der Donaukanal lag, war ein physischer Zusammenstoß zwischen den Demonstrierenden ausgeschlossen.
- Die Versammlung am rechten Ufer wurde durch die Versammlung der Beschwerdeführerin auch sonst nicht in einer Weise gestört, die eine Auflösung gerechtfertigt hätte. Dass Demonstrierende mit Gegenargumenten konfrontiert werden, ist in einer demokratischen Gesellschaft hinzunehmen.
- Selbst wenn man annimmt, dass das VersG die LPD ermächtigt, Versammlungen im Schutzbereich einer anderen Versammlung ohne Abwägung im Einzelfall aufzulösen, verletzte die bekämpfte Auflösung die Versammlungsfreiheit, weil sie sich auf eine rechtswidrige V stützte.
- Die Schutzbereichs-V, auf die sich die LPD bei der Auflösung berief, war nämlich schon im Zeitpunkt ihrer Erlassung nicht in § 7a Abs 1 und 2 VersG gedeckt und mit der Versammlungsfreiheit der Gegendemonstrierenden unvereinbar (s dazu oben 1).
- Spätestens während der Versammlung wurde aber unübersehbar, dass beide Versammlungen getrennt durch den Donaukanal „ungestört“ iSd § 7a Abs 1 VersG stattfinden können. Daher wäre die LPD verpflichtet gewesen, den Schutzbereich mit einer neuerlichen V so weit zu reduzieren, dass die von der Beschwerdeführerin abgehaltene Versammlung am linken Ufer stattfinden darf.
- + Die Rechtswidrigkeit dieser V hätte das VwG nach Art 89 Abs 2 iVm Art 135 Abs 4 B-VG veranlassen müssen, nach Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG einen Normprüfungsantrag an den VfGH zu stellen; indem das VwG diese V ungeprüft auf die Beschwerdeführerin angewendet und die Rechtslage auch sonst verkannt hat, verletzt es die Beschwerdeführerin in ihren eingangs genannten Rechten.

Daher stellt die Beschwerdeführerin die

**II. Anträge**

- + 1. eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen,

- \*2. das angefochtene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien aufzuheben und
- 3. die gesetzlich zustehenden Kosten zuzusprechen.
- Weiters wird angeregt, der VfGH möge die Schutzbereichs-V der LPD Wien vom 18.8. von Amts wegen in Prüfung ziehen (Art 139 Abs 1 Z 2 B-VG) und feststellen, dass sie gesetzwidrig ist.

**3. Beurteilen Sie das Vorgehen der LPD und der Polizistinnen gegen Olivia: War das, was sie getan haben, rechtmäßig, und haben sie genug getan? (36 P, 16 ZP, davon 13\*)**

**Straferkenntnis (20 P, 7 ZP)**

*Zuständigkeit*

- \*Die LPD Wien war für das Straferkenntnis zuständig (§ 3 AGesVG; § 19 VersG; § 8 Z 8 SPG).

*Verfahren*

- \*Sie hat Olivia auch nach ihrer Festnahme Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, also ihr Recht auf Parteigehör gewahrt (§ 40 VStG).

*Inhaltliche Rechtmäßigkeit*

Verstoß gegen das VersG?

- \*Nach § 19 VersG macht sich ua strafbar, wer entgegen § 9 Abs 1 VersG verumumt an einer Versammlung teilnimmt.
- Die Zusammenkunft am Donaukanal ist auch am Samstag ein Versammlung; anders als am Freitag skandieren die Teilnehmer\*innen zwar nicht und halten auch keine Reden mehr. Doch sie diskutieren weiterhin, tun ihre Meinung durch Plakate kund und bewegen auch zufällig vorbeikommende Passant\*innen zur Mitwirkung, verbinden sich also zu einer kollektiven Meinungsbildung und -äußerung.
- Olivia nimmt an dieser Versammlung teil: Sie bringt durch ihr Kostüm zum Ausdruck, dass es am Donaukanal weiterhin konsumfreie Flächen und Gemeinschaftsgärten geben soll.
- Da das Kostüm ihre Gesichtszüge verhüllt, ist die objektive Tatseite des § 9 Abs 1 Z 1 VersG erfüllt,
- \*nicht aber die subjektive Tatseite, weil Olivia sich nicht verhüllt, um ihre „Wiedererkennung im Zusammenhang mit der Versammlung zu verhindern“.
- Dementsprechend verfügt ihr Kostüm über einen Mechanismus, der es ihr ermöglicht, ihre Identität offenzulegen. Als sie die Polizistinnen dazu auffordern, zeigt sie ihnen auch ihr Gesicht samt Ausweis.
- \*Olivia verstößt daher nicht gegen § 9 Abs 1 VersG.
- + [Wer eine Verwaltungsübertretung bejaht, sollte sehen, dass von Olivia keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung ausging, sodass nach § 9 Abs 3 VersG von der Durchsetzung des Verbots abgesehen hätte werden müssen. Wer das nicht sieht, sollte sehen, dass die LPD nach § 16 VStG zusätzlich zur Geldstrafe eine Ersatzstrafe festsetzen hätte müssen.]

Verstoß gegen das AGesVG?

- \*Nach § 2 Abs 1 AGesVG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer an öffentlichen Orten oder in öffentlichen Gebäuden seine Gesichtszüge durch Kleidung oder andere Gegenstände in einer Weise verhüllt oder verbirgt, dass sie nicht mehr erkennbar sind.
- Olivia hat zwar durch ihr Kostüm ihre Gesichtszüge am Donaukanal und somit an einem öffentlichen Ort verhüllt, womit der Tatbestand des § 2 Abs 1 AGesVG erfüllt ist.
- \*Nach § 2 Abs 2 AGesVG liegt jedoch kein Verstoß vor, wenn die Verhüllung der Gesichtszüge durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, im Rahmen künstlerischer, kultureller oder traditioneller Veranstaltungen oder der Sportausübung erfolgt oder gesundheitliche oder berufliche Gründe hat.
- + Olivias Verkleidung mag künstlerisch sein, doch sie tritt damit nicht im Rahmen einer künstlerischen Veranstaltung auf,
- + und ihre Kostümierung hilft zwar beim Spritzerverkauf, hat aber nicht primär berufliche Gründe.
- Olivia will mit ihrem Kostüm vielmehr gemeinsam mit den Versammlungsteilnehmer\*innen demonstrieren, „dass man am Donaukanal weiterhin auf konsumfreien Flächen verweilen, in den Gemeinschaftsgärten Pflanzen anbauen und sich selbst verpflegen können soll“,

- \*äußert also eine Meinung, die Art 13 Abs 1 StGG und Art 10 Abs 1 EMRK prima facie schützen.
- Ein Verbot der Gesichtshüllung in der Öffentlichkeit mag vielleicht in besonderen Konstellationen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung iSd Art 10 Abs 2 EMRK dienen,
- wäre aber in einem Fall wie dem vorliegenden zur Zielerreichung nicht erforderlich.
- Daher ist in verfassungskonformer Auslegung anzunehmen, dass eine solche Meinungsäußerung iSd § 2 Abs 2 AGesVG „durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen“ und vom Verbot ausgenommen ist.
- + Genauso gut vertretbar ist die Annahme, dass § 2 Abs 2 AGesVG keine Ausnahme für solche Meinungsäußerungen vorsieht und daher die Meinungsfreiheit verletzt.
- Der Strafbescheid verletzt folglich Olivias Meinungsfreiheit, weil er in diese Freiheit eingreift und (je nach Prämisse) § 2 Abs 1 und 2 AGesVG einen grundrechtswidrigen Inhalt unterstellt bzw auf einer mit der Meinungsfreiheit unvereinbaren Norm beruht.
- Der Strafbescheid ist auch der Höhe nach rechtswidrig, da er den Strafrahmen des § 2 Abs 1 AGesVG zur Gänze ausschöpft, obwohl Olivia die (vermeintliche) Straftat, soweit ersichtlich, erstmals begeht.  
(wenn nicht schon oben:) Außerdem wäre nach § 16 VStG eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen gewesen; das gilt auch dann, wenn die Verwaltungsstrafnorm das nicht ausdrücklich vorsieht.

#### Doppelbestrafung?

- Dass die LPD über Olivia für ihre Vermummung zwei Strafen nebeneinander verhängt hat, ist angesichts der in § 22 Abs 2 VStG angeordneten Strafkumulation zwar prima vista unbedenklich. Diskutabel ist aber, ob dies das Doppelbestrafungsverbot des Art 4 7. ZPEMRK verletzt.
- + Stellt man mit dem EGMR grundsätzlich auf den Lebenssachverhalt ab, so beträfen die zwei Strafen ein und dieselbe Tat, weshalb in verfassungskonformer Auslegung eine Scheinkonkurrenz zwischen § 9 Abs 1 VersG und § 2 Abs 1 AGesVG anzunehmen und nur ein Strafverfahren zu führen wäre.
- + Stellt man hingegen mit dem VfGH auf den normativen Unrechtsgehalt der Taten ab, ist eine Verletzung des Art 4 7. ZPEMRK eher zu verneinen, weil die Verhüllungsverbote in § 9 Abs 1 VersG und § 2 Abs 1 AGesVG unterschiedliche Taten erfassen, für die zwei Strafen verhängt werden dürften.
- + Für Olivia stellt sich diese Frage aber letztlich nicht, weil sie sich weder nach § 9 Abs 1 VersG noch nach § 2 Abs 1 AGesVG strafbar gemacht hat: Sobald sie diese Strafen mit Erfolg bekämpft hat, ist auch der Vorwurf der Doppelbestrafung erledigt.

#### Identitätsfeststellung (2 P, 1 ZP)

- Die Identitätsfeststellung ist in § 34b VStG gedeckt. Demnach sind Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Feststellung der Identität einer Person ermächtigt, wenn diese auf frischer Tat betreten oder unmittelbar danach entweder glaubwürdig der Tatbegehung beschuldigt oder mit Gegenständen betreten wird, die auf ihre Beteiligung an der Tat hinweisen.
- Die Polizistinnen waren als Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 Z 1 SPG) abstrakt ermächtigt, Olivias Identität für die LPD Wien als Verwaltungsstrafbehörde (§ 3 AGesVG iVm § 8 Z 8 SPG; § 19 VersG iVm § 8 Z 8 SPG) festzustellen.
- + Sie konnten auch nicht wissen, warum Olivia ihr Gesicht verhüllt und durften daher *ex ante* annehmen, dass sie eine Verwaltungsübertretung begeht. Daher war die Identitätsfeststellung rechtmäßig.

#### Festnahme (7 P, 2 ZP)

- \*Nach § 35 Z 3 VStG dürfen Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes Personen, die auf frischer Tat betreten werden, zum Zweck ihrer Vorführung vor die Behörde festnehmen, wenn der Betretene trotz Abmahnung in der Fortsetzung der strafbaren Handlung verharret oder sie zu wiederholen sucht.
- Als Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 Z 1 SPG) waren die Polizistinnen abstrakt ermächtigt, Olivia für die LPD Wien als Verwaltungsstrafbehörde (§ 3 AGesVG iVm § 8 Z 8 SPG; § 19 VersG iVm § 8 Z 8 SPG) festzunehmen.
- Da Olivias Identität bereits festgestellt wurde, ist ausgeschlossen, dass sie ihr Gesicht aus den in § 9 Abs 1 VersG verpönten Motiven verhüllt – folglich mussten die Polizistinnen wissen, dass sie sich nicht nach dieser Bestimmung strafbar gemacht hat.

- + Außerdem waren sie nach § 9 Abs 2 VersG verpflichtet, von der Festnahme abzusehen, wenn der gesetzmäßige Zustand durch gelindere Mittel hergestellt werden kann, was hier durch Wegweisung oder Abnahme des Kostüms (§ 81 Abs 3 SPG) durchaus möglich war.
- Eine Strafbarkeit nach dem AGesVG konnten die Polizistinnen hingegen *ex ante* annehmen,
- sie haben Olivia nach der Identitätsfeststellung auch ermahnt, das Kostüm nicht über ihr Gesicht zu ziehen, sodass sie iSd § 35 Z 3 VStG trotz Abmahnung in der strafbaren Handlung verharret, wenn sie das Weinfass über ihr Gesicht gezogen trägt: Die Festnahme war daher rechtmäßig.
- + Vertretbar ist aber auch, dass die Polizistinnen Olivia vor der Festnahme nach den Motiven für ihr Kostüm befragen hätten müssen, um festzustellen, ob sie den Tatbestand des AGesVG wirklich erfüllt.
- Ihre Anhaltung dauert aber jedenfalls zu lange: Sie durfte nach § 35 VStG nur zum Zweck der Vorführung vor die zuständige Behörde festgenommen werden. Die LPD hat Olivia zwar sofort einvernommen, nach dieser Einvernahme musste aber klar sein, dass Olivia den Straftatbestand nicht erfüllt. Dennoch wurde sie – entgegen § 36 Abs 1 VStG – noch mehrere Stunden lang grundlos angehalten.
- Die Festnahme verletzt nicht nur einfachgesetzlich gewährleistete Rechte; sie greift auch in Olivias Recht auf persönliche Freiheit (Art 1 Abs 1 PersFrG; Art 5 EMRK) ein und verletzt dieses, weil zwar ein Festnahmegrund vorliegt (Art 2 Abs 1 Z 3 PersFrG; Art 5 Abs 1 lit c EMRK), die Festnahme aber entgegen Art 4 Abs 5 PersFrG nicht sofort nach der Vernehmung beendet wird.

### **Gewerbepolizeiliche Untätigkeit (7 P, 6 ZP)**

- \*Mit Blick auf die Interessen der Gastgewerbetreibenden ist fraglich, ob die Polizei auch nach der GewO hätte vorgehen müssen, der Olivias Verkaufstätigkeit nach § 1 Abs 1 GewO unterliegt:
- \*Sie übt den Verkauf von T-Shirts, Masken und Spritzern selbständig aus, dh auf eigene Rechnung und Gefahr (§ 1 Abs 3 GewO).
- \*Der Verkauf findet regelmäßig statt: T-Shirts und Masken verkauft Olivia schon seit einiger Zeit; den Spritzerverkauf beginnt sie zwar erst bei der Versammlung, die aber periodisch stattfindet, sodass auch insoweit Regelmäßigkeit vorliegt (§ 1 Abs 4 GewO).
- Der Verkauf erfolgt in Gewinnerzielungsabsicht (§ 1 Abs 2 GewO), nicht nur hinsichtlich T-Shirts und Masken; auch der Spritzerverkauf zum Selbstkostenpreis fördert den Absatz der übrigen Produkte.
- \*Durch den Spritzerverkauf überschreitet Olivia aber ihre Gewerbeberechtigung und begeht daher eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO.
- + Das Nebenrecht des § 32 Abs 1 Z 15 GewO greift hier nicht, weil es nur die unentgeltliche Ausschank von Getränken erlaubt.
- + Der von der Gewerbeberechtigung gedeckte Verkauf von T-Shirts und Masken findet außerhalb der Betriebsstätte statt, die dafür erforderlichen Voraussetzungen der §§ 50 und 53 GewO liegen aber nicht vor.
- + Daher begeht Olivia auch eine Verwaltungsübertretung nach § 367 Z 18 bzw § 368 GewO.
- Nach § 336 Abs 1 GewO wirken Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes an der Vollziehung des § 366 Abs 1 Z 1 GewO mit, und zwar durch Maßnahmen zur Vorbeugung gegen drohende Verwaltungsübertretungen und zur Einleitung von Verwaltungsstrafverfahren.
- Daher hätten die Polizistinnen Olivia beim Magistrat Wien als Gewerbebehörde (§ 333 GewO iVm Art 109 B-VG; § 27 Abs 1 VStG) anzeigen müssen.
- + Zu diesem Zweck hätten sie auch Olivias Identität feststellen (§ 34b VStG; § 338 Abs 1 letzter Satz GewO) und sie zum Vorzeigen der Gewerbeberechtigung (beim Feilbieten im Umherziehen: ev der amtlichen Legitimation nach § 53 Abs 4 GewO) auffordern dürfen (§ 338 Abs 1 vorletzter Satz GewO).
- + Die Beschlagnahme der – rechtswidrig verkauften – Spritzer ist hingegen der Gewerbebehörde vorbehalten (§ 360 Abs 3 GewO). Die Sicherheitsorgane dürfen zwar im Rahmen der ersten allgemeinen Hilfeleistung auch materienspezifische Gefahren abwehren (§ 19 SPG). Ein Eingriff in Rechte ist ihnen dabei aber nur unter den Voraussetzungen des § 32 SPG erlaubt, die hier nicht vorliegen.

- + Die Gastwirt\*innen am Donaukanal haben aber einfachgesetzlich keinen Anspruch, dass die Polizei (und in weiterer Folge die Gewerbebehörde) gegen Olivia nach der GewO vorgeht. Das verletzt auch nicht Art 6 StGG, weil die Erwerbsfreiheit nicht vor der Konkurrenz durch andere schützt.

#### **4a) Ist die V-WROD rechtskonform? (16 P, 6 ZP, davon 8\*)**

##### *Zuständigkeit*

- \*Die V stammt von einer unzuständigen Behörde, nämlich von der Bürgermeisterin statt vom Magistrat (§ 108 Abs 2 WStV).

##### *Verfahren*

- Die V ist ausreichend publik und damit „gehörig“ kundgemacht iSd Art 89 Abs 1 B-VG,
- \*wurde aber entgegen § 108 Abs 3 WStV nicht im offiziellen Publikationsorgan der Stadt Wien kundgemacht, sondern bloß mit Tafeln an den Zugängen zum Donaukanal.

##### *Inhaltliche Rechtmäßigkeit*

- + § 108 Abs 2 WStV ermächtigt den Magistrat, (1) im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde ortspolizeiliche V zu erlassen, um (2) das Gemeinschaftsleben störende Missstände, die bereits bestehen oder unmittelbar bevorstehen (3) zu beseitigen bzw abzuwehren sowie (4) deren Nichtbefolgung als Verwaltungsübertretung zu erklären. Diese V dürfen (5) nicht gegen bestehende Gesetze oder V des Bundes und des Landes verstoßen, sondern diese nur ergänzen.

##### *Eigener Wirkungsbereich*

- \*Zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde gehören Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden (Art 118 Abs 2 B-VG).
- \*Die V richtet sich gegen Alkoholkonsum und Lärm am Wiener Donaukanal, die im Zuge der jüngsten Versammlungen überhandgenommen haben, also gegen Probleme, die ausschließlich die örtlichen Interessen der Gemeinde Wien betreffen
- \*und die eine Durchschnittsgemeinde auch bewältigen kann.

##### *Eignung und Erforderlichkeit zur Beseitigung bzw Abwehr von Missständen*

- \*Die Gesundheitsgefährdung infolge exzessiven Alkoholkonsums in Wassernähe sowie die Lärmbelästigung sind Missstände, die das Gemeinschaftsleben stören.
- Die Verbote in § 2 V-WROD sind geeignet, diese Missstände zu beseitigen,
- Z 1 beschränkt sich in zeitlicher Hinsicht jedoch nicht auf das dafür erforderliche Maß, denn sie untersagt Alkoholkonsum generell, und nicht nur während der Nachtstunden außerhalb von Gastlokalen, ist also zeitlich nicht auf Personen maßgeschneidert, die das Problem bisher verursacht haben.
- + Zudem hat das inkriminierte Verhalten bisher nur auf 1,5 km stattgefunden und droht – wegen der nur für diese Strecke angezeigten Versammlungen – auch weiterhin nur hier: Dass das Verbot dennoch am gesamten Donaukanal gilt, schießt über die Missstandsabwehr hinaus.
- Nicht erforderlich ist auch das Verbot, ungebührlichen Lärm zu erregen (Z 2): Dies ist landesgesetzlich bereits angeordnet.

##### *Erklärung zur Verwaltungsübertretung*

- \*§ 3 V-WROD ist verfassungskonform, weil er die Nichtbefolgung der V nur zur Verwaltungsübertretung erklärt, aber keine Strafsätze oder Strafmittel festlegt.
- + Diese ergeben sich aus § 10 Abs 2 VStG, der die Übertretung ortspolizeilicher V mit Geldstrafe bis zu 218 € oder mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen bestraft.

##### *Verstoß gegen bestehende Gesetze und Verordnungen*

- Das in § 2 Z 2 V-WROD normierte Verbot, ungebührlichen Lärm zu verursachen, findet sich schon in § 1 Abs 1 Z 2 WLSG, sodass insoweit kein Raum für eine ortspolizeiliche V bleibt, die bestehende Gesetze und V ja nur ergänzen darf.

- + § 2 Z 2 V-WROD trägt auch nicht dazu bei, das landesgesetzlich untersagte Verhalten effektiver zu bekämpfen, im Gegenteil: § 1 Abs 1 Z 2 WLSG sieht sogar eine höhere Strafe vor als § 10 Abs 2 VStG.
- + Am Verstoß des § 2 Z 2 V-WROD gegen § 1 Abs 1 WLSG ändert auch § 1 Abs 6 WLSG nichts, nach dem „[w]eitergehende oder anderslautende landesgesetzliche Vorschriften [...] unberührt“ bleiben: § 2 Z 2 V-WROD ist zwar anderslautend, aber kein Landesgesetz.

#### Grundrechte

- \*Das Alkoholverbot in § 2 Z 1 V-WROD greift in das durch Art 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privatlebens ein, das auch die Verfügung über den eigenen Körper umfasst.
- Dieser Eingriff ist geeignet, die öffentliche Ruhe und Ordnung aufrechtzuerhalten und die Gesundheit zu schützen, also in Art 8 Abs 2 EMRK genannte Ziele zu realisieren.
- Für die Erforderlichkeit ist auf das oben Gesagte zu verweisen: Das Verbot ist nicht erforderlich, weil es Alkoholkonsum außerhalb eines Gastlokals rund um die Uhr untersagt. (Falls schon oben: Auch dass das Verbot am gesamten Donaukanal gilt, ist bedenklich.)
- Um die Ordnung am Donaukanal wiederherzustellen, hätte es genügt, den Alkoholkonsum (auf der Versammlungsstrecke mit Sicherheitsabstand) ab 19 Uhr zu untersagen, also ab der Zeit, zu der die Versammlungen stattfinden, der Alkoholkonsum typischerweise steigt und damit auch die Gefahr, dass Menschen betrunken in den Donaukanal fallen.
- + Dass das Verbot den Alkoholkonsum in- und außerhalb von Gastlokalen ungleich behandelt, verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz (Art 7 B-VG), da exzessivem Alkoholkonsum in Gastlokalen schon § 112 Abs 5 GewO entgegenwirkt: Demnach dürfen Gastgewerbetreibende keinen Alkohol an Personen ausschenken, die durch Trunkenheit die Ruhe und Ordnung im Betrieb stören.

#### **b) Wie kann Lilly gegen den Bescheid vorgehen und wie sind ihre Erfolgsaussichten? (14 P, 4 ZP, davon 4\*)**

##### **Rechtsweg (6 P)**

- Zur passiven Vertretung des Vereins sind allein die Organwalter befugt (§ 6 Abs 2 VereinsG); daher wurde der Auflösungsbescheid Lilly als Obfrau rechtswirksam zugestellt.
- \*Der Bescheid kann mit Beschwerde an das VwG Wien bekämpft werden (§ 9 Abs 2 VereinsG),
- \*binnen 4 Wochen ab Zustellung (§ 7 Abs 4 VwGVG), einzubringen bei der LPD Wien (§ 12 VwGVG).
- Beschwerdelegitimiert ist der Verein, solange er rechtlich existiert, dh bis seine Auflösung im Vereinsregister eingetragen ist (§ 27 VereinsG); danach sind es die ehemaligen Vereinsmitglieder.
- Da die Vereinsauflösung noch nicht eingetragen wurde, ist der Verein selbst beschwerdelegitimiert; er handelt durch Lilly als Obfrau, die in seinem Namen die Beschwerde erheben
- und darin nach Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG behaupten muss, dass der Verein in seinem in seiner verfassungsgesetzlich gewährleisteten Vereinsfreiheit (Art 11 EMRK, Art 12 StGG) sowie in seinem Recht verletzt wurde, nur unter den gesetzlichen Bedingungen aufgelöst zu werden.

##### **Erfolgsaussichten (8 P, 4 ZP)**

###### *Zuständigkeit*

- Die LPD Wien war sachlich und örtlich zuständig (§ 9 Abs 1 und Abs 3 VereinsG).

###### *Verfahren*

- Die LPD erließ den Auflösungsbescheid sogleich am auf die Vereinssitzung folgenden Tag, was auf ein fehlerhaft durchgeführtes Ermittlungsverfahren hinweist.
- + Dieser Verfahrensfehler wird jedoch saniert, wenn Lilly vor dem VwG Parteigehör gewährt wird.

###### *Inhaltliche Rechtmäßigkeit*

- Nach § 29 Abs 1 VereinsG kann ein Verein bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art 11 Abs 2 EMRK mit Bescheid ua dann aufgelöst werden, wenn er gegen Strafgesetze verstößt,
- also auch gegen Verwaltungsstrafbestimmungen wie § 2 f V-WROD, auf den sich die LPD stützt.



- \*Richtigerweise bindet die V-WROD das Betreten des Donaukanals aber nicht an bestimmte Zwecke, wie die LPD meint; die V verbietet dort ein bestimmtes Verhalten, das der Verein aber nicht gesetzt hat.
- + Zudem geht aus § 1 V-WROD klar hervor, dass am Donaukanal alle Menschen ihre Grundbedürfnisse insb nach Kommunikation erfüllen dürfen, also auch die Abhaltung von Vereinssitzungen.
- Die Auslegung der V durch die LPD orientiert sich offenbar an dem Tweet des BK; er kann den Inhalt der V aber nicht ändern: Was die V gebietet, ergibt sich allein aus dem kundgemachten V-Text.
- + Der Tweet des BK kann auch nicht als Weisung an die LPD verstanden werden, die V in dem von BK beschriebenen Sinn anzuwenden, denn Vereinsangelegenheiten ressortieren zum BMI (§ 34 VereinsG).
- \*Die Auflösung genügt auch nicht den Anforderungen des Art 11 Abs 2 EMRK, weil die beanstandete Vereinssitzung keines der dort genannten Interessen berührt.
- Der Verein wurde daher sowohl in seinem Recht verletzt, nur unter den gesetzlichen Bedingungen aufgelöst zu werden, als auch in seiner Vereinsfreiheit (Art 11 EMRK).
- + Verletzt ist auch Art 7 B-VG, weil die Auflösung dem VereinsG so offensichtlich widerspricht, dass der LPD Willkür vorzuwerfen ist.

**c) Falls der Bescheid aufgehoben wird: Können die Sicherheitsbehörden dagegen vorgehen? (5 P, 2 ZP, davon 3\*)**

- \*Erkenntnisse des VwG Wien können grundsätzlich mit Revision nach Art 133 B-VG an den VwGH und mit Beschwerde nach Art 144 B-VG an den VfGH binnen sechs Wochen unter Wahrung der Formvorschriften (§§ 24, 26, 28 f VwGG, §§ 15, 17 f, 82 VfGG) bekämpft werden.
- \*Eine Beschwerde nach Art 144 Abs 1 B-VG scheidet hier aber aus, weil sie die Behauptung voraussetzt, das Erkenntnis des VwG verletze den Beschwerdeführer „in seinen Rechten“. Solche Rechte kommen staatlichen Organen aber nach stRsp des VfGH nicht zu.
- \*Die LPD Wien ist zwar nach § 18 VwGVG Partei des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, sodass sie an sich nach § 21 Abs 1 Z 2 VwGG und Art 133 Abs 6 Z 2 B-VG revisionslegitimiert wäre.
- Art 133 Abs 5 B-VG schließt von der Zuständigkeit des VwGH aber Rechtssachen aus, die in die Zuständigkeit des VfGH fallen.
- Da die Vereinsauflösung in den Kernbereich der Vereinsfreiheit fällt, für die der VfGH eine Prüfungskompetenz beansprucht, ist der VwGH für Parteirevisionen nach Art 133 Abs 6 Z 1 B-VG unzuständig.
- + Ob dies auch für Amtsrevisionen gilt, ist diskutabel. Der VwGH hat dies jüngst bejaht und eine Amtsrevision als unzulässig zurückgewiesen (VwGH 29.9.2021, Ra 2021/01/0181).
- + Eine Amtsrevision des BMI scheidet aus, weil Art 133 Abs 6 Z 3 B-VG für das Vereinsrecht als Angelegenheit des Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG nicht gilt und eine Amtsrevision iSd Art 133 Abs 8 B-VG im VereinsG nicht eröffnet ist.

**Aufbau, Klarheit, Stringenz (12 –, davon 4 –\*)**

**Benotung:** Die Lösung ist lang und relativ detailliert, es kann nicht erwartet werden, dass alle aufgezeigten Probleme gesehen werden. Dementsprechend hoch ist die Zahl der Zusatzpunkte (+), die noch steigen kann, wenn jemand sinnvolle Erwägungen zu hier nicht angesprochenen Problemen anstellt oder die angesprochenen Probleme vertretbar anders löst. Die mit \* gekennzeichneten Punkte (gesamt 48) scheinen für eine positive Beurteilung zentral. Die Schwelle für ein Genügend wird daher dort angesetzt, kann aber auch durch andere als mit \* gekennzeichnete Punkte oder durch Zusatzpunkte erreicht werden:

Gesamt: 120 Punkte, 44 Zusatzpunkte

ab 48 P: Genügend, ab 58 P: Befriedigend, ab 73 P: Gut, ab 95 P: Sehr gut

**Hinweis:** Die Rechtsvorschriften im Anhang des Falles entsprechen nicht zur Gänze den Originalvorschriften; sie wurden teils sprachlich vereinfacht, modifiziert oder ergänzt, um die Lösung zu erleichtern.