

Digitale Fächerübergreifende Modulprüfung III am 6.10.2021 - Lösungsskizze
(Fallersteller: Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger, MJur)
Teil I (79 P, 26 ZP = ~ 54 %)

Varianten:

Barbara Helfer = Christina Träger

Bergland = Westland

Helfer GmbH = Träger GmbH

Flachland = Ostland

Schöne Pflege GmbH = Schönes Leben GmbH

1) Ist diese Aussage in der vorliegenden Konstellation zutreffend oder könnte die Landesregierung Barbaras Wunsch nach Zustellung des Bescheids doch noch erfüllen? (7 P, 7 ZP) ~ 5 %

Barbara hat als Geschäftsführerin der *Helfer GmbH* die Bescheidbeschwerde gem § 12 VwGVG bei der belangten Behörde, hier also bei der Landesregierung, einzubringen (1 P). Mit Einbringen der Beschwerde beginnt das Vorverfahren (§§ 11 – 16 VwGVG) bei der belangten Behörde (1 P). Die Landesregierung kann innerhalb von zwei Monaten nach Einlangen der Beschwerde den angefochtenen Bescheid durch Beschwerdevereentscheidung erledigen (1 P). Ihr steht es frei, den angefochtenen Bescheid gem § 14 Abs 1 VwGVG (*nach Vornahme allenfalls notwendiger Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens [1 ZP]*) aufzuheben bzw abzuändern oder die Beschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen (0,5 P). Im Fall einer Abänderung des Bescheids kann die Behörde diesen in jede Richtung abändern (0,5 P)¹, ist dabei aber, wie das VwG, an die Beschwerdegründe und das Beschwerdebegehren gebunden (§ 27 VwGVG) (1 P). *Innerhalb der zweimonatigen Frist ist die belangte Behörde ausschließlich zur Erledigung der Bescheidbeschwerde mittels Beschwerdevereentscheidung zuständig (1 ZP). Legt die Behörde die Beschwerde vor Ablauf dieser Frist vor, so geht damit die Zuständigkeit auf das VwG über, was aber laut Sachverhalt noch nicht erfolgt ist (1 ZP).* Es liegt im Ermessen der Landesregierung, ob sie eine Beschwerdevereentscheidung erlässt (1 P). *Es besteht demnach jedenfalls keine Verpflichtung der belangten Behörde und auch kein subjektives Recht der Parteien auf Erlassung einer solchen (1 ZP). Dennoch hat die Behörde bei ihrer Ermessensübung die Verfahrensökonomie des Gesamtverfahrens zu berücksichtigen (1 ZP). Würde die Behörde Barbaras Wunsch nach Zustellung des Bescheids nachkommen, wäre damit eine endgültige Entscheidung im gegenständlichen Verfahren zu erwarten, gegen die Barbara keinen Vorlageantrag stellen wird. Die Behörde hat demnach im Sinne der Verfahrensökonomie eine Beschwerdevereentscheidung zu erlassen (1 ZP).*

Die Aussage der Landesregierung ist daher nicht zutreffend, da sie ihre Entscheidung durch die Beschwerdevereentscheidung noch abändern und Barbara ihren Wunsch erfüllen könnte (1 P). *Die Beschwerdevereentscheidung würde in diesem Fall an die Stelle der ursprünglich angefochtenen Entscheidung treten (1 ZP).*

2) Welches Rechtsmittel kann Barbara ergreifen? Was kann sie darin vorbringen? Wird sie damit Erfolg haben? (46 P, 7 ZP) ~ 32 %

¹ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹¹ (2019) Rz 765.

Barbara kann ihre verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Entscheidung des VwG für die Helfer GmbH im Rahmen einer Erkenntnisbeschwerde gem Art 144 Abs 1 B-VG an den VfGH herantragen **(1 P)**

I. Zulässigkeit

Beschwerdeführerin

Die Helfer GmbH ist eine inländische juristische Person und kann daher Beschwerdeführerin sein (§ 17 VwGVG iVm § 9 AVG) **(1 P)**. Da sie zwar partei-, aber nicht prozessfähig ist, muss sich durch eine natürliche Person organschaftlich vertreten lassen **(1 P)**. Die Beschwerde ist gemäß § 17 Abs 2 VfGG von einem Anwalt einzubringen **(1 P)**.

Beschwerdegegenstand

Das Erkenntnis des VwG ist gemäß Art 144 B-VG ein tauglicher Beschwerdegegenstand **(1 P)**.

Beschwerdelegitimation

Die GmbH ist beschwerdelegitimiert, weil sie behaupten kann, durch das Erkenntnis in ihren verfassungsmäßig gewährleisteten Rechten verletzt zu sein (Art 144 Abs 1 1. Fall B-VG) **(1 P)**. In Frage kommen die Erwerbsfreiheit gemäß Art 6 StGG **(1 P)** und der Gleichheitsgrundsatz gemäß Art 7 B-VG und Art 2 StGG **(1 P)**.

Frist, Form und Inhalt

Die Beschwerde ist gemäß § 82 Abs 1 VfGG innerhalb einer Frist von sechs Wochen, ab Zustellung des Erkenntnisses, beim VfGH einzubringen **(1 P)**. Der Inhalt der Beschwerde und die einschlägigen Formvorschriften richten sich nach § 15 VfGG iVm 82 Abs 4 und 5 VfGG **(1 P)**.

II. Begründetheit

Die Erkenntnisbeschwerde ist begründet, wenn die GmbH durch das Erkenntnis in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt wurde **(1 P)**.

Recht auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG)

Art 6 StGG schützt sowohl den Antritt als auch die Ausübung einer Erwerbsbetätigung. Gegenstand ist jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist **(1 P)**, also auch der Betrieb eines Pflegeheims **(1 P)**.

Grundrechtsträger sind sowohl natürliche als auch juristische Personen. Nachdem es sich bei einer GmbH um eine juristische Person handelt, ist auch die Helfer GmbH Grundrechtsträgerin **(1 P)**.

Das angefochtene Erkenntnis greift in dieses Recht ein, weil mit der Verweigerung der Zustellung des Bescheids der Bfin die Rechtshutzmöglichkeit gegen die Anerkennung ihres

Konkurrenten, die zur Abweisung ihres eigenen Antrags führt, genommen wird **(1 P)**. Ohne die bedarfsabhängige Anerkennung für die weiteren 30 Betten, wird der Zugang der Bfin zum Großteil des bergländischen Pflegeheimmarktes beschränkt **(1 P)**. Es liegt daher ein Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit in Form einer Erwerbsausübungsbeschränkung vor **(1 P)**. *Betrachtet man die „Direktverrechnungspflegeheime“ als eigenen Markt, kann auch von einer Erwerbsantrittsbeschränkung ausgegangen werden (1 ZP).*

Das Erkenntnis verletzt das Recht auf Erwerbsfreiheit gem Art 6 StGG, wenn die Entscheidung ohne Rechtsgrundlage ergangen ist, die Entscheidung auf einer verfassungswidrigen Rechtsvorschrift beruht oder wenn dem VwG eine denkmögliche Rechtsanwendung vorzuwerfen ist **(1 P)**.

Das angefochtene Erkenntnis stützt sich auf § 27 Pflegeheimkostenersatzgesetz **(1 P)**. Da es keine Anzeichen für eine Verfassungswidrigkeit des PHKG gibt, scheiden der erste und zweite Fall aus und es bleibt nur zu prüfen, ob eine denkmögliche Rechtsanwendung vorliegt **(1 P)**:

Nach § 27 PHKG sind Pflegeheime als „Direktverrechnungspflegeheime“ anzuerkennen, sofern sie geeignet sind und ein Bedarf besteht **(1 P)**. Anträge nach § 27 PHKG können einander im Hinblick auf die Bedarfslage ausschließen, wenn sie geeignet sind und jeweils für sich genommen den noch offenen Bedarf decken **(1 P)**. Das gilt auch für die Anträge von der Bfin und der *Schöne Pflege GmbH*: Beide Mitbewerber sind geeignet und würden jeweils den Bedarf an 30 Betten erfüllen, weshalb nur einer der beiden die Anerkennung für die 30 weiteren Betten im Wildbachtal bekommen kann **(1 P)**. Die Rechtsprechung des VwGH zu Apothekenkonzessionen, wonach den Mitbewerbern in einer solchen Konstellation Parteistellung zukommt, lässt sich daher auf den gegenständlichen Fall übertragen **(1 P)**.

§ 27 PHKG dient dem öffentlichen Interesse, da der Schutzzweck des Anerkennungsverfahrens primär darin liegt, eine gut funktionierende Pflegeversorgung abzusichern und bestehende Pflegeheime zu erhalten **(1 P)**. *Bloße faktische oder wirtschaftliche Interessen, die durch die Rechtsordnung nicht speziell berücksichtigt werden, begründen zwar ebenso wenig wie öffentliche Interessen eine Parteistellung (1 ZP)*. Die Bfin kann aber aus § 8 AVG in Verbindung mit Art 6 StGG und dem PHKG **(1 P)** auch ein rechtliches Interesse daran geltend machen, dass der Bedarf an 30 weiteren Direktverrechnungsbetten durch sie als Antragstellerin und nicht durch die *Schöne Pflege GmbH* erfüllt wird **(1 P)**. Der Bfin kommt daher entgegen der Ansicht der Landesregierung und des VwG Parteistellung zu **(1 P)**.

Nach der Judikatur des VfGH sowie des VwGH bilden mehrere Bewerber in gewissen Fällen eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft, wenn sie die Erteilung einer Berechtigung beantragt haben und wenn dieses Recht von der Behörde nicht allen, sondern nur einigen, vielleicht nur einem zugesprochen werden kann **(0,5 P)**.² Dies ist im gegenständlichen Verfahren der Fall, weshalb die Bfin und die *Schöne Pflege GmbH* eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft bilden **(0,5 P)**. Das bedeutet, dass die Landesregierung in einem einheitlichen Verfahren gegenüber der Bfin und der *Schöne Pflege GmbH* einen die Sache erledigenden Bescheid zu

² Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ (2018) Rz 91; Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ Rz 123.

erlassen gehabt hätte **(1 P)**, in dem sie mit der Zuerkennung des Rechts an einen Bewerber gleichzeitig das Ansuchen des anderen Bewerbers abweist **(1 ZP)**. Damit hätte die Bfin das Recht, mit dem Rechtsmittel gegen die Abweisung ihres Antrages die positive Entscheidung ihres Konkurrenten zu bekämpfen **(1 P)**.

*Die Bfin erfüllt die gesetzlichen Voraussetzungen auf Anerkennung ihrer Pflegeheimbetten und muss daher auch in der Lage sein, diesen Rechtsanspruch am Rechtsweg durchsetzen zu können **(1 ZP)**. Aufgrund dessen, dass nach § 27 PHKG die Anerkennung bedarfsabhängig ist und bei Eintritt einer Bedarfsbefriedigung im Wildbachtal die Errichtung von weiteren Direktverrechnungsheimbetten nicht zulässig ist, wird dem Rechtsschutzinteresse der Bfin nicht durch die Legitimation, den abweisenden Bescheid anzufechten, Rechnung getragen **(1 ZP)**. Die Sicherstellung ihrer rechtlichen Interessen erfolgt aber dadurch, dass sie die Anerkennung der Schöne Pflege GmbH anfechten kann **(1 ZP)**.*

Der Bfin hätte der Bescheid gem § 62 Abs 3 AVG zugestellt werden müssen **(1 P)**. Als „übergangene“ Partei hat sie das Recht auf nachträgliche Zustellung des Bescheids,³ weshalb ihr Antrag nicht hätte zurückgewiesen werden dürfen **(1 P)**. Darüber hinaus hat sie ihren Antrag vor der Schöne Pflege GmbH eingebracht, weshalb ihr und nicht ihrem Konkurrenten nach der Rechtsprechung des VwGH die Anerkennung zu erteilen gewesen wäre **(1 P)**.

Das Erkenntnis verletzt daher die Bfin in ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf Erwerbsfreiheit, weil das VwG § 27 PHKG denkunmöglich angewendet hat **(1 P)**.

Recht auf Gleichheit (Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG)

Der Gleichheitssatz beinhaltet unter anderem das Gebot, die bestehenden Gesetze auf alle Bürger in gleicher Weise und ohne Bedachtnahme auf „unsachliche“ Kriterien anzuwenden **(1 P)**. Er gilt sowohl nach Art 2 StGG als auch nach Art 7 B-VG nur für österreichische Staatsbürger sowie – im Anwendungsbereich des Unionsrechts – für Unionsbürger **(1 P)**. Das Gleichheitsrecht ist aber auch für juristische Personen garantiert, sofern der Schutz vor Verletzungen des Gleichheitsgrundsatzes solche Merkmale betrifft, die auch für juristische Personen in Betracht kommen.⁴ Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen **(1 P)**.

Ein Erkenntnis des VwG verletzt das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz, wenn es sich auf ein gleichheitswidriges Gesetz stützt, wenn dem anzuwendenden Gesetz fälschlicherweise ein gleichheitswidriger Inhalt unterstellt wird oder wenn es willkürlich ist **(1 P)**.

Das angefochtene Erkenntnis stützt sich auf § 27 PHKG, welcher nicht gleichheitswidrig ist **(1 P – wenn nicht schon oben bepunktet)**.

Willkür (als eine Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes) liegt nicht nur vor, wenn eine Person aus unsachlichen Motiven mit Absicht oder Leichtfertigkeit benachteiligt wird (subjektive

³ Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ Rz 90; Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ Rz 125, 432.

⁴ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 755.

Willkür) (1 P), sondern auch bei einem qualifizierten Verstoß gegen die angewendeten Rechtsvorschriften, einschließlich der Verfahrensvorschriften (objektive Willkür) (1 P).⁵

Hier scheint objektive Willkür zutreffend zu sein (1 P). Das LVwG hat § 27 PHKG denkunmöglich angewendet bzw gleichheitswidrig ausgelegt (1 P – wenn gleichheitswidrige Auslegung auch genannt wird). Eine denkunmögliche Gesetzesanwendung ist jedenfalls auch ein Indiz für Willkür (1 P).⁶ Im Weiteren kann auf die Ausführungen zur Erwerbsfreiheit verwiesen werden. (*Punkte für Ausführungen zur denkunmöglichen Gesetzesanwendung gibt es nur, wenn nicht schon oben bepunktet*).

(Für die Bejahung des 2. Falls der Grundrechtsformel, „dem anzuwendenden Gesetz wurde fälschlicherweise ein gleichheitswidriger Inhalt unterstellt“, wird ebenfalls 1 ZP vergeben.)

Das Erkenntnis verletzt daher die Bfin in ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit, weil es aufgrund einer denkunmöglichen Anwendung des § 27 PHKG objektiv willkürlich ist (1 P).

Die Erkenntnisbeschwerde ist daher unter Einhaltung der Frist- und Formerfordernisse zulässig und auch begründet, weshalb der VfGH das angefochtene Erkenntnis aufheben wird (1 P).

3) Wie muss die Behörde jetzt vorgehen? (6 P, 2 ZP) ~ 4 %

Gem § 56 AVG hat der Erlassung eines Bescheids grundsätzlich die Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes voranzugehen (1 P). Maßgeblich ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung, dh der Erlassung (= *Zustellung bzw Ausfolgung oder mündliche Verkündung an die erste Partei [1 ZP]*) des Bescheids (1 P).⁷

Im vorliegenden Fall ist es aufgrund des Erlöschens des Anerkennungsbescheids der *Schöne Pflege GmbH* zu einer Änderung des Sachverhalts gekommen (1 P).

Nach der Rechtsprechung des VwGH ist eine Änderung des Sachverhalts zwischen Unterfertigung und Zustellung von der bescheiderlassenden Behörde noch zu berücksichtigen (1 P). *Eine generelle Ausnahme von diesen Grundsätzen macht der VwGH für Bescheide von Kollegialbehörden: Bei diesen geht er davon aus, dass sie Änderungen der Sach- bzw Rechtslage bzw Parteienvorbringen nach Beschlussfassung zwar berücksichtigen können, aber nicht müssen.*⁸ *Dies ist hier jedoch nicht einschlägig (1 ZP).*

Laut Sachverhalt wurde der Bescheid noch nicht zugestellt, weshalb die Behörde die geänderte Sachlage zu berücksichtigen hat (1 P). Die Behörde darf daher nicht auf Grundlage des alten Gutachtens entscheiden, sondern hat ein neues Gutachten einzuholen (1 P).

4) Wie soll der Richter vorgehen, wenn er entsprechende Bedenken hat? Bitte beurteilen Sie die neu beschlossene Regelung außerdem auch inhaltlich - ist diese verfassungskonform? (16 P, 7 ZP) ~ 10 %

⁵ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1370 f.

⁶ Berka, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1700.

⁷ Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ Rz 426.

⁸ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ Rz 413.

Laut Sachverhalt wurde das Gesetz gehörig kundgemacht, weshalb der Richter unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit daran gebunden ist. **(0,5 P)**. Zu prüfen ist daher, ob der Richter einen Antrag auf Aufhebung der Regelung gem Art 89 Abs 2 B-VG an den VfGH stellen kann **(0,5 P)**.

Art 89 Abs 1 B-VG regelt zwar grundsätzlich nur, wie weit ordentliche Gerichte befugt sind, die Gültigkeit der von ihnen anzuwendenden Regelungen zu überprüfen **(1 P)**; gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit a iVm Art 135 Abs 4 B-VG sind jedoch neben den ordentlichen Gerichten auch die VwG und der VfGH anfechtungslegitimiert **(1 P)**. Die Bestimmung ist auch präjudiziell, weil die Behörde die Bestimmung bei Erlassung des angefochtenen Bescheids in denkmöglicher Weise tatsächlich angewendet hat **(1 P)** und weil der Richter die fragliche Norm bei Lösung einer Rechtsfrage anzuwenden hätte **(1 P)**. Da der Richter laut Sachverhalt Bedenken bezüglich der Rechtmäßigkeit der Regelung hat, ist er verpflichtet, einen Antrag auf Aufhebung an den VfGH zu stellen **(1 P)**.⁹

§ 27 PHKG könnte grundrechtswidrig sein, weil die Bestimmung Männer bevorzugt **(1 P)**. Die Bevorzugung von Männern ist zwar eine Abweichung von der von Art 7 Abs 1 B-VG verlangten Gleichbehandlung der Geschlechter **(1 P)**, aber Ungleichbehandlungen, die darauf abzielen, tatsächlich bestehende Ungleichheiten zwischen Frauen und Männern auszugleichen, können gem Art 7 Abs 2 B-VG sachlich gerechtfertigt sein **(1 P)**. Mit Art 7 Abs 2 B-VG sollten zwar zunächst vor allem frauenfördernde Maßnahmen ermöglicht werden; die Bestimmung ermöglicht aber auch die Förderung von Männern **(1 P)**.¹⁰ § 27 Abs 1 PHKG beruht auf relevanten Unterschieden im Tatsächlichen **(1 P)**, nämlich auf der Tatsache, dass der Pflegeberuf auch im Bereich der Pflegeheime seit Jahren weiblich dominiert ist **(1 P)**. Die Regelung verfolgt erklärtermaßen das Ziel, einen Anreiz für Männer zu schaffen, sich für die Pflege zu interessieren und auf eine höhere Repräsentation von Männern im Pflegeberuf hinzuwirken **(1 P)**.

Die Bestimmung muss aber auch zur Erreichung des Ziels geeignet sein: Die Bevorzugung gilt nach dem PHKG nicht für die Anstellung von Pflegekräften, sondern betrifft nur die Führungsebene der Pflegeheime **(1 P)**. Die Regelung ist daher völlig ungeeignet, um eine höhere Repräsentation von Männern im Pflegeberuf zu bewirken und kann sich nicht auf Art 7 Abs 2 B-VG stützen **(1 P)**.

§ 27 Abs 1 PHKG verletzt demnach den Gleichheitssatz iS der Gleichstellung der Geschlechter und ist damit verfassungswidrig **(1 P)**.

*Die Bevorzugung von Männern ist auch ein Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG **(1 ZP)**, weil sie den Zugang von anderen Personen in das Pflegemanagement und damit ihren Berufszugang beschränkt **(1 ZP)**. Es handelt sich hierbei um eine objektive Antrittsschranke, weil sie mit dem Geschlecht an ein Kriterium anknüpft, das der Einzelne nicht aus eigener Kraft überwinden kann. Eine solche qualifiziert der VfGH als einen grundsätzlich schweren Eingriff **(1 ZP)**. Der Eingriff muss gesetzlich vorgesehen sein, was hier aufgrund von § 27 Abs 1 PHKG auch zu bejahen ist **(1 ZP)**. Zu prüfen bleibt, ob die Bevorzugung auch verhältnismäßig ist: Der Eingriff dient zwar einem legitimen öffentlichen Interesse, nämlich*

⁹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² Rz 1012.

¹⁰ Gamper in Korinek/Holoubek ea (Hrsg), Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht (Stand 12. Lieferung 2016) Art 7 Abs 2 B-VG Rz 29.

dem in Art 7 Abs 2 B-VG verankerten Interesse an der faktischen Gleichstellung der Geschlechter und einer höheren Repräsentation von Männern in der Pflege. § 27 Abs 1 PHKG ist jedoch völlig ungeeignet, diese Interessen zu fördern, weil er bloß eine Bevorzugung von Männern auf der Führungsebene vorsieht (1 ZP).

§ 27 Abs 1 PHKG ist daher auch aufgrund einer Verletzung von Art 6 StGG grundrechtswidrig (1 ZP).

Durch § 27 Abs 1 PHKG sollen juristische Personen, die mehrheitlich im Eigentum von Männern stehen, solchen die das nicht sind vorgezogen werden. Da auch juristische Personen laut VfGH und EMRK Grundrechtsträger sein können, sofern dies dem Inhalt des betreffenden Grundrechts nach möglich ist, können aufgrund dieser Bestimmung benachteiligte juristische Personen (sowie grundsätzlich die dahinter stehenden Frauen) eine sie betreffende Verletzung des Gleichheitssatzes und Art 6 StGG behaupten (1 ZP).

5) Nehmen Sie an, für den Fall wäre ein Zivilgericht zuständig und der Zivilrichter täte trotz Bedenken nichts und fällt ein Urteil - welche Möglichkeit hätte Barbara als Geschäftsführerin der Helfer GmbH dann zur Geltendmachung der Verfassungswidrigkeit? Wie würde es denn aussehen, wenn ein VwG trotz verfassungsrechtlicher Bedenken nichts unternimmt – besteht dann ein Unterschied zwischen Verwaltungs- und Zivilgerichten? (4 P, 4 ZP) ~ 3 %

Da es in Zivilrechtssachen kein Pendant zur Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit gibt, hat Barbara als Geschäftsführerin der Helfer GmbH keine Möglichkeit zur Überprüfung des Gerichtsurteils durch den VfGH (1 P). Barbara kann aber für die GmbH mittels Parteiantrag auf Normenkontrolle gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG („Gesetzesbeschwerde“) an den VfGH die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes geltend machen (1 P).

Voraussetzung ist, dass eine Entscheidung eines ordentlichen Gerichts in 1. Instanz vorliegt, was im Fall der Zuständigkeit eines Zivilgerichts gegeben wäre (1 ZP). Weiters muss Barbara gleichzeitig (der Antrag muss innerhalb der noch offenen Rechtsmittelfrist gestellt werden) mit dem Antrag auch ein Rechtsmittel gegen die Gerichtsentscheidung erheben (1 ZP). Die Stellung des Parteiantrags darf auch nicht gesetzlich ausgeschlossen (§§ 57a und 62a VfGG) sein, was hier nicht der Fall wäre (1 ZP). Die angefochtene Norm wäre auch vom Gericht in der anhängigen Rechtssache unmittelbar angewendet worden, weshalb Präjudizialität gegeben wäre (1 ZP).

Ist hingegen ein VwG zuständig, kann sich Barbara mittels Erkenntnisbeschwerde gem Art 144 B-VG an den VfGH wenden (1 P). Mangels einer Entscheidung eines ordentlichen Gerichts scheidet in diesem Fall ein Parteiantrag auf Normenkontrolle aus (1 P).

Varianten:

Flachland = Ostland Mario = Paul
Seeland = Südland Josef = Herbert
Ferdinand = Martin Maria = Beate

Teil II (68 P, 26 ZP = ~ 46 %)

6) Welches Rechtsmittel kann *Mario* ergreifen? Was kann er darin vorbringen? War das Handeln der PolizistInnen rechtmäßig? (32 P, 17 ZP) ~ 21 %

Aufforderung zum Nichtbewegen und Einsatz des Pfeffersprays

Die Aufforderung an Mario sich nicht zu bewegen, stellt einen Befehl dar, der mit Zwang (Einsatz des Pfeffersprays) durchgesetzt wird (**1 P**), und ist daher als AuvBZ zu qualifizieren (**1 P**). Die PolizistInnen sind als Angehörige des Wachkörpers Bundespolizei gem § 5 Abs 2 Z 1 SPG Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (**1 P**) und handeln für eine Verwaltungsbehörde, die LPD (**1 P**), offensichtlich außenwirksam, unmittelbar, gegen Einzelpersonen, hoheitlich und relativ verfahrensfrei (**1 P**). In Frage kommt daher eine Maßnahmenbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG und § 88 Abs 1 SPG (**1 P**).

Mario ist gem Art 132 Abs 2 B-VG beschwerdelegitimiert (**1 P**), weil er in seinem Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen zu einem Handeln bzw Unterlassen verpflichtet zu werden, verletzt sein könnte (**1 P**). *Darüber hinaus ist durch den Einsatz von Pfefferspray auch eine Verletzung von Marios verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten, wie etwa des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art 8 EMRK) (1 ZP) oder ferner von Art 3 EMRK (unmenschliche oder erniedrigende Behandlung) denkbar (1 ZP).*

Die Beschwerde ist gemäß §§ 7 Abs 4 und 20 VwGVG und § 88 Abs 4 SPG binnen 6 Wochen schriftlich mit dem in § 9 Abs 1 und 4 VwGVG genannten Inhalt beim zuständigen VwG einzubringen (**1 P**). Sachlich zuständig ist gemäß § 88 Abs 1 SPG ein LVwG, örtlich zuständig ist nach § 3 Abs 2 Z 2 VwGVG das LVwG Seeland (**1 P**).

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob es für die Aufforderung und zwangsweise Durchsetzung eine ausreichende Rechtsgrundlage gibt:

Gem § 28a Abs 3 SPG dürfen PolizistInnen in die Rechte eines Menschen nur dann eingreifen, wenn es der Erfüllung einer ihr nach dem SPG zukommenden Aufgabe dient und dafür auch eine Befugnis vorgesehen ist (**1 P**). Als sicherheitspolizeiliche Aufgabe kommt hier die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, konkret die Gefahrenabwehr gem § 21 Abs 2 iVm § 16 Abs 1 SPG, in Frage (**1 P**).

Gemäß § 33 SPG sind die PolizistInnen als Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zwar ermächtigt, einem gefährlichen Angriff durch Ausübung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ein Ende zu setzen (**1 P**). Da § 16 Abs 2 SPG die Verwirklichung eines Straftatbestandes nach dem StGB als gefährlichen Angriff definiert, würde ein Einbruchdiebstahl grundsätzlich einen entsprechenden Angriff darstellen (**1 P**). Im vorliegenden Fall war jedoch für die PolizistInnen leicht zu erkennen, dass ein solcher nicht

stattgefunden hat **(1 P)**, weshalb weder eine Aufgabe noch eine Befugnis nach dem SPG vorlag und die Maßnahme daher rechtswidrig war **(1 P)**.

***Hinweis zur Beurteilung:** Die Ansicht, dass aus Sicht der PolizistInnen von einem Einbruchdiebstahl auszugehen war, wird auch akzeptiert und bepunktet, sofern entsprechend argumentiert.*

Abgesehen davon hätten die PolizistInnen die Anwendung des Pfeffersprays gem § 50 Abs 2 SPG zuvor androhen und ankündigen müssen, was sie nicht gemacht haben **(1 P)**. Ausnahmen von diesem Vorgehen sind im Fall der Notwehr oder der Beendigung gefährlicher Angriffe nach § 33 SPG gestattet, sofern dies für die Verteidigung des angegriffenen Rechtsgutes unerlässlich erscheint, was hier beides nicht vorliegt **(1 P)**: Mario zuckt zwar laut Sachverhalt verschreckt zusammen, dies erfordert aber jedenfalls noch keine Notwehr und es liegt auch kein gefährlicher Angriff vor, der beendet werden könnte **(1 P)**, weshalb das Absehen von Androhung und Ankündigung ebenfalls rechtswidrig war **(1 P)**.

Darüber hinaus verstoßen die PolizistenInnen gegen das Waffengebrauchsg, weil es sich bei dem Pfefferspray um eine Waffe gem § 3 Z 2 Waffengebrauchsg handelt **(1 P)** und keiner der für einen Gebrauch einer Dienstwaffe in § 2 Waffengebrauchsg geforderten Umstände vorliegt **(1 P)**. Abgesehen davon stellt die Anwendung des Pfeffersprays auch nicht das gelindeste Mittel iS der § 29 Abs 2 SPG **(1 P)** und § 4 Waffengebrauchsg dar **(1 P)**. Als gelinderes Mittel kommt die Androhung des Waffengebrauchs in Betracht **(1 P)**. Der Einsatz des Pfeffersprays war daher auch aus diesen Gründen unzulässig **(1 P)**.

*Der nach dem Waffengebrauchsg unzulässige Einsatz des Pfeffersprays kann auch eine Verletzung von Art 3 EMRK darstellen, wenn zu dem Verstoß gegen das Waffengebrauchsg qualifizierend hinzutritt, dass der Zwangsmaßnahme eine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Missachtung von Mario als Person innewohnt.¹¹ Je nach Argumentation kann das verneint oder bejaht werden **(2 ZP)**.*

Da Art 8 Abs 2 EMRK für einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit eine gesetzliche Grundlage verlangt, die – wie oben bereits erläutert – nicht gegeben ist, liegt auch eine Verletzung von Art 8 EMRK vor **(1 P)**.

Die Maßnahmenbeschwerde hat daher Aussicht auf Erfolg und das LVwG wird gem § 28 Abs 6 VwGGV die Maßnahme für rechtswidrig erklären **(1 P)**. Würde Marios Beschwerde dennoch abgewiesen, könnte er hinsichtlich der einfachgesetzlichen Verstöße eine Revision gem Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG an den VfGH und hinsichtlich der Verletzung seiner Grundrechte eine Erkenntnisbeschwerde gem Art 144 Abs 1 B-VG an den VfGH erheben **(1 ZP)**.

Nichtbekanntgabe der Dienstnummern und Beschimpfung

Ferdinand und seine Freunde haben gem § 30 Abs 1 Z 2 SPG und § 9 RLV das Recht, auf ihr Verlangen über die Dienstnummern der einschreitenden Polizisten in Kenntnis gesetzt zu werden **(1 P)**. Eine Ausnahme besteht gem § 30 Abs 2 SPG nur, wenn dadurch die Erfüllung der Aufgabe gefährdet wäre, was im vorliegenden Fall jedenfalls nicht zutrifft **(1 ZP)**.

¹¹ VfSlg 8145/1977.

Die Beschimpfungen von Josef stellen darüber hinaus einen Verstoß gegen § 5 RLV dar (**1 P**).

*Weder die Nichtbekanntgabe der Dienstnummern noch die Beschimpfung stellt einen AuvBZ dar (**1 ZP**), weshalb eine Maßnahmenbeschwerde unzulässig wäre (**1 ZP**).*

Gemäß §§ 31 iVm 89 SPG kann Mario sich über das Vorgehen der Polizisten mit einer Richtlinienbeschwerde bei der Dienstaufsichtsbehörde beschweren (**1 P**). Die Richtlinienbeschwerde ist gem § 89 Abs 2 SPG binnen sechs Wochen zu erheben (**1 P**). *Bringt Mario die Richtlinienbeschwerde gemeinsam mit der Maßnahmenbeschwerde beim zuständigen VwG ein, hat dieses das Vorbringen an die Dienstaufsichtsbehörde weiterzuleiten (§ 89 Abs 1 SPG) (**1 ZP**).*

*Mario könnte auch eine Verhaltensbeschwerde nach § 88 Abs 2 SPG iVm Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG erheben (**1 ZP**), da die PolizistInnen in Besorgung der Sicherheitsverwaltung gehandelt haben (**1 ZP**). Mario ist beschwerdelegitimiert gem § 88 Abs 2 SPG (**1 ZP**), weil er eine Verletzung seines Rechts auf Gesetzmäßigkeit sicherheitspolizeilicher Maßnahmen (§ 87 SPG) geltend machen kann (**1 ZP**).*

*Die Beschwerde ist gem § 88 Abs 4 SPG binnen 6 Wochen beim zuständigen LVwG einzubringen (**1 ZP**). Gemäß § 53 VwGVG gilt im Übrigen dasselbe wie für die Maßnahmenbeschwerde (**1 ZP**); örtlich zuständig ist nach § 3 Abs 2 Z 3 VwGVG das LVwG Seeland (**1 ZP**).*

7) Bei welcher Behörde ist dieses Rechtsmittel einzubringen und welche ist für die Entscheidung darüber zuständig? Legen Sie bitte aus der Sicht von Ferdinand dar, warum die entsprechende Entscheidung aus grundrechtlicher Sicht problematisch ist. (23 P, 4 ZP) ~ 16 %

Ferdinand kann gegen den Bescheid eine Bescheidbeschwerde gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG erheben (**1 P**). Diese ist gemäß § 12 iVm § 20 VwGVG bei der belangten Behörde (§ 9 Abs 2 Z 1 VwGVG), hier also beim Ausschuss der Rechtsanwaltskammer, einzubringen (**1 P**). Da es sich bei der Rechtsanwaltskammer um einen Selbstverwaltungskörper handelt, der seine Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich besorgt (**1 P**), liegt jedenfalls keine unmittelbare Bundesverwaltung vor¹² und sind nach der Generalklausel des Art 131 Abs 1 B-VG sachlich die LVwG zur Erledigung der Beschwerde zuständig (**1 P**).

[Auch akzeptiert wird folgende Begründung: *Die RAO wurde auf Grundlage des Kompetenztatbestands des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG „Einrichtungen beruflicher Vertretungen, soweit sie sich auf das ganze Bundesgebiet erstrecken, mit Ausnahme solcher auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet“ erlassen (**1 ZP**). Dieser Kompetenztatbestand findet sich nicht in Art 102 Abs 2 B-VG, weshalb die Angelegenheiten der RAO im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung zu vollziehen sind. Folglich sind die LVwG sachlich zuständig (**1 ZP**).*

Örtlich zuständig ist gemäß § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG iVm § 3 Z 2 AVG das LVwG Flachland (**1 P**), gem § 14 Abs 2 oder § 15 Abs 2 VwGVG nach Vorlage der Beschwerde durch die belangte Behörde (**1 ZP**).

¹² Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ Rz 692.

Der Bescheid könnte sowohl den Gleichheitsgrundsatz als auch die Erwerbsfreiheit verletzen **(1 P)**.

Erwerbsfreiheit Art 6 StGG

Art 6 StGG schützt sowohl den Antritt als auch die Ausübung einer Erwerbsbetätigung. Gegenstand ist jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist **(1 P – wenn nicht schon bei Frage 2 bepunktet)**, also auch die Ausübung des Anwaltsberufes **(1 P)**.

Die Verweigerung der Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte stellt eine Antrittsbeschränkung dar, weil Ferdinand ohne die Eintragung den Beruf des Rechtsanwaltes nicht ausüben darf **(1 P)**.

Akte der Vollziehung, die in die Erwerbsfreiheit eingreifen, verletzen das Grundrecht, wenn sie gesetzlos (ohne jede Rechtsgrundlage) ergehen, ein Gesetz denkmöglich anwenden oder sich auf ein verfassungswidriges Gesetz stützen **(1 P – wenn nicht schon bei Frage 2 bepunktet)**. Der angefochtene Bescheid stützt sich auf § 5 RAO und ist damit nicht gesetzlos ergangen **(1 P)**. Da § 5 RAO auch nicht verfassungswidrig ist, scheidet der erste und der dritte Fall aus und es bleibt zu prüfen, ob eine denkmögliche Gesetzesanwendung vorliegt **(1 P)**:

Gem § 5 Abs 2 RAO ist die Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte zu verweigern, wenn der Bewerber eine Handlung begangen hat, die ihn des Vertrauens unwürdig macht **(1 P)**. Unter einer Handlung, die den Rechtsanwalt vertrauensunwürdig macht, sind Handlungen zu verstehen, welche eine disziplinarische Verfehlung darstellen **(1 P)**. Die Verurteilung wegen einer fahrlässigen Körperverletzung iZm einem Autounfall steht in keinerlei Zusammenhang mit der Ausübung des Anwaltsberufes **(1 P)**. Darüber hinaus hat Ferdinand nicht vorsätzlich gehandelt, sondern lediglich die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen **(1 P)**. Dabei ist ihm auch laut Sachverhalt nur eine geringe Schuld anzulasten **(1 P)**.

Zudem unterliegt Ferdinands Strafe aufgrund ihres geringen Ausmaßes gem § 6 Abs 1 Tilgungsgesetz lediglich einer beschränkten Auskunftspflicht **(1 P)**. Der Umstand, dass nicht einmal Privatpersonen oder Unternehmen von der Verurteilung erfahren dürfen, spricht ebenfalls gegen das Vorliegen einer Handlung, die eine Vertrauensunwürdigkeit nach sich zieht **(1 P)**.

Damit hat der Ausschuss der Rechtsanwaltskammer § 5 Abs 2 RAO denkmöglich angewendet und verletzt die Entscheidung Ferdinand in seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf Erwerbsfreiheit **(1 P)**.

Gleichheitsgrundsatz Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG

Nach der Grundrechtsformel des VfGH verletzt ein Bescheid einer Verwaltungsbehörde den Gleichheitsgrundsatz, wenn er sich auf ein gleichheitswidriges Gesetz stützt, wenn die Verwaltungsbehörde dem Gesetz fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn die Verwaltungsbehörde Willkür übt **(1 P – wenn nicht schon bepunktet)**.

Gleichheitswidrige Willkür liegt sowohl vor, wenn eine Person aus unsachlichen Motiven mit Absicht oder Leichtfertigkeit benachteiligt wird (subjektive Willkür) als auch bei einem

qualifizierten Verstoß gegen die angewendeten Rechtsvorschriften, einschließlich der Verfahrensvorschriften (objektive Willkür) (2 P – wenn nicht schon bei Frage 2 bepunktet).

Hier liegt zum einen subjektive Willkür vor, weil der Vorsitzende des Ausschusses in der Absicht handelt, Ferdinand zu schaden (1 P). Die Vorgeschichte mit Ferdinand ist geeignet, die volle Unbefangenheit des Vorsitzenden in Zweifel zu ziehen (1 P), weshalb er sich gemäß § 7 Abs 1 Z 3 AVG der Ausübung seines Amtes enthalten und eine Vertretung hätte veranlassen müssen (1 P).

Zum anderen liegt wohl auch objektive Willkür vor, da der Ausschuss das Eintragungshindernis des § 5 Abs 2 RAO denkunmöglich angewendet bzw gleichheitswidrig ausgelegt hat (1 P). Eine denkunmögliche Gesetzesanwendung ist nämlich jedenfalls ein Indiz für Willkür (1 P – wenn nicht schon bepunktet). Im Weiteren kann auf die Ausführungen zur Erwerbsfreiheit verwiesen werden.

(Für die Bejahung des 2. Falls der Grundrechtsformel, „dem anzuwendenden Gesetz wurde fälschlicherweise ein gleichheitswidriger Inhalt unterstellt“, wird ebenfalls 1 ZP vergeben.)

Die Entscheidung verletzt daher Ferdinand in seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit, weil sie sowohl objektiv als auch subjektiv willkürlich ist (1 P).

8) Generell ist es so, dass strafgerichtliche Verurteilungen für den Antritt eines Berufs ein wesentlich größeres Hindernis darstellen als verwaltungsbehördliche Strafen. Letztere sind meistens nur relevant, wenn sie mit der angestrebten Tätigkeit in einem inhaltlichen Zusammenhang stehen, während bezüglich gerichtlicher Verurteilungen oft nur auf das Ausmaß der verhängten Strafe abgestellt wird. Halten Sie das für verfassungsrechtlich vertretbar oder sehen Sie hier ein Problem? Welches Grundrecht ist hier zu beachten? (8 P, 1 ZP) ~ 6 %

Zu beachten ist hier der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art 7 B-VG, Art 2 StGG), der ein Verbot unsachlicher Differenzierungen enthält (1 P). Demnach darf Gleiches nicht ungleich und Ungleiches nicht gleich behandelt werden, sofern es nicht sachlich gerechtfertigt ist (1 P). Es stellt sich daher die Frage, ob strafgerichtliche Verurteilungen und verwaltungsbehördliche Strafen vergleichbar sind (1 P).

Es gibt einige Argumente, die für eine Differenzierung sprechen:

Verstöße gegen das StGB weisen in der Regel einen höheren Unrechtsgehalt als Verstöße gegen Verwaltungsvorschriften auf (1 P) und erstere stellen eine allgemeine Gesellschaftsbedrohung dar (1 P). Zu berücksichtigen ist auch, dass bei strafgerichtlichen Verurteilungen im Vergleich zum Verwaltungsstrafrecht höhere Strafen vorgesehen sind (1 P), bei denen gem Art 91 B-VG bei bestimmten Delikten sogar die Mitwirkung des Volkes als Geschworene und Schöffen vorgeschrieben ist (1 P).

Art 7 EMRK wiederum differenziert nicht zwischen Verwaltungsstrafen und strafgerichtlichen Verurteilungen (1 ZP).

Zusammenfassend scheint eine Differenzierung verfassungsrechtlich vertretbar (1 P).

Hinweis zur Beurteilung: Andere sinnvolle Argumente können ebenfalls bepunktet werden, mehr als 9 Punkte insgesamt können bei dieser Frage jedoch nicht vergeben werden.

9) Sehen Sie eine solche Möglichkeit? (5 P, 4 ZP) ~ 3 %

Da der Akt laut Sachverhalt bereits dem VwG vorgelegt wurde, kommt eine Beschwerdeentscheidung gem § 14 VwGVG durch den Ausschuss nicht mehr in Frage (1 ZP).

Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um einen rein belastenden Bescheid, weil Ferdinand aus dem Bescheid kein Recht erwachsen ist (1 P), weshalb zu prüfen ist, ob eine Abänderung oder Aufhebung gemäß § 68 Abs 2 AVG in Frage kommt:

Für das Bestehen einer Abänderungsbefugnis ist erforderlich, dass gegen den bereits erlassenen Bescheid eine Berufung nicht oder nicht mehr zusteht (§ 68 Abs 1 AVG) (1 P), *dh dass bereits die höchste Instanz entschieden hat oder die Rechtsmittelfrist gegenüber allen Parteien abgelaufen ist oder auf eine Berufung verzichtet oder eine eingebrachte Berufung zurückgezogen wurde (1 ZP).*¹³

Der Bescheid ist nicht im eigenen Wirkungsbereich einer Gemeinde ergangen, weshalb er keiner Berufung unterliegt (1 P). Auch Ferdinands Bescheidbeschwerde schadet nicht, weil § 68 AVG auf Bescheide, die nur mit Beschwerde (nicht aber mit Berufung) beim VwG angefochten werden können unabhängig davon Anwendung findet, ob noch Beschwerde beim VwG erhoben werden kann oder ob bereits ein Verfahren anhängig ist (1 P).¹⁴ *Die aufschiebende Wirkung der Bescheidbeschwerde an das VwG (§ 13 Abs 1, § 22 Abs 2 VwGVG) hindert den Eintritt der formellen Rechtskraft des Bescheids nicht (1 ZP). Formelle Rechtskraft im Sinne des § 68 AVG tritt bereits dann ein, wenn kein im AVG geregeltes ordentliches Rechtsmittel mehr zulässig ist (1 ZP).*¹⁵

Der Ausschuss kann daher von Amts wegen den Bescheid gemäß § 68 Abs 2 AVG aufheben (1 P).

Für Aufbau, Klarheit und Stringenz werden bis zu 14 Punkte vergeben.

Gesamt: 161 Punkte, 52 Zusatzpunkte

Notenschlüssel:

Nicht genügend: bis 59

Genügend: ab 60

Befriedigend: ab 81

Gut: ab 101

Sehr gut: ab 121

¹³ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹¹ Rz 651.

¹⁴ Hengstschläger/Leeb, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁶ Rz 562.

¹⁵ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹¹ Rz 652.

