

Lösungsskizze FÜM III vom 28. Juni 2018

1. Verfassen Sie den verfahrensbeendenden Bescheid! ($\approx 40\%$) **58 + 19**

Formpunkte

- Bezirkshauptmannschaft Jennersdorf
- Datum || Geschäftszahl
- Bezeichnung als Bescheid
- Über den Antrag der Gemeinde Kleinmürbisch auf Erteilung der gewerberechtl. Genehmigung der Erweiterung ihrer Betriebsanlage um einen Gastgarten und einen Kundenparkplatz ergeht folgender

Spruch:

GewO

- Dem Antrag wird stattgegeben und die Änderungsgenehmigung erteilt
- gemäß § 81 Abs 1 iVm §§ 74 Abs 2 und 77 GewO
- unter der Auflage, dass der Gastgarten durch eine 2 m hohe Mauer eingefriedet wird.
- Die Einwendungen der Neue Heimat werden als unzulässig zurückgewiesen.
- Die Einwendung von Elisabeth Reif wird als unzulässig zurückgewiesen.
- Die Einwendungen von Wolfgang Wolf werden als unzulässig zurückgewiesen [beim Geruch Abweisung akzeptieren].
- Die Einwendungen von Herwig Poll werden als unzulässig zurückgewiesen [beim Licht Abweisung akzeptieren].
- Die Einwendungen von Ernst Deutsch werden als unzulässig zurückgewiesen. [Übergehen im Spruch akzeptieren, wenn in der Begründung seinem Vorbringen die Qualität als Einwendung abgesprochen wird.]

[Die „Einwendungsspruchpunkte“ nur bei Konsistenz mit der Begründung und bei richtigem bzw. vertretbarem Ergebnis vergeben. Wenn die Zurückweisung lediglich in der Begründung erfolgt, halbe Punkte vergeben, volle Punkte nur dann, wenn in der Begründung dargelegt wird, dass die Miterledigungsfiktion des § 58 Abs 1 AVG auch für Zurückweisungen greift]

ASchG

- Der Gemeinde Kleinmürbisch wird der Austausch der Fritteuse durch ein Gerät auf Stand der Technik vorgeschrieben
- gemäß § 94 Abs 3 ASchG [§ 79 Abs 1 iVm § 74 Abs 2 Z 1 GewO akzeptieren, wenn mit einem abstrakten Gewerbetreibenden argumentiert wird, der als Gastwirt selber kocht].

Begründung

- Sachverhalt und Gang des Verfahrens [Verweis auf Angabe genügt]
- + Zusatzpunkt für eigene Zusammenfassung

Rechtliche Beurteilung

GewO

- Beim Wirtshaus Marth handelt es sich um eine gewerbliche Betriebsanlage iSd § 74 Abs 1 GewO,
- deren Betriebsanlagengenehmigung nach § 80 Abs 1 GewO aufrecht ist, weil die Betriebsunterbrechung nur ein Jahr gedauert hat.
- Parkplatz und Gastgarten stehen zum Wirtshaus in engem funktionalen Zusammenhang, sie werden ein Teil der Betriebsanlage und stehen nicht neben ihr.
- + Die Erweiterung lässt aber den Grundcharakter der Betriebsanlage als Wirtshaus und damit ihre Identität bestehen, es wird keine andere Betriebsanlage daraus.
- Die Erweiterung um Parkplatz und Gastgarten stellt folglich eine Änderung der Betriebsanlage dar,
- die negative Auswirkungen iSd § 74 Abs 2 GewO, namentlich auf Nachbarn, haben kann und daher nach § 81 Abs 1 GewO einer Änderungsgenehmigung bedarf.
- + Ausnahmen nach § 81 Abs 2 GewO kommen nicht in Betracht.

- Die Gastgartenausnahmen des § 76a GewO greifen nicht, weil 80 Verabreichungsplätze vorgesehen sind (Abs 1 Z 2 und Abs 2).
 - + Der Antrag der Gemeinde lässt sich ohne Weiteres als Änderungsantrag deuten.
 - Da die Betriebsfläche 800 m² überschreitet, scheidet das vereinfachte Verfahren nach § 359b GewO aus (Abs 1 Z 2 und 5).
 - Gegenstand des Verfahrens ist die Änderung, die bestehende Anlage nur insoweit, als die Änderung sich auf diese auswirkt (§ 81 Abs 1 letzter Satz GewO).
 - + Soweit sich das Gutachten der Sachverständigen Böhm auf den Altbestand bezog, war es daher mangels Relevanz nicht zu berücksichtigen.
 - Die Änderung war nach § 81 Abs 1 iVm § 77 Abs 1 GewO zu genehmigen, wenn nach dem Stand der Technik Gefährdungen iSd § 74 Abs 1 Z 1 GewO vermieden und Beeinträchtigungen iSd § 74 Abs 1 Z 2 bis 5 GewO auf ein zumutbares Maß beschränkt werden konnten.
 - Das Gutachten der Sachverständigen Böhm hat aufgezeigt, dass die östlichen und südlichen Nachbarn durch Lärm und Licht des Gastgartens belästigt würden.
 - + Dass diese Nachbarn zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen sind, enthebt die Behörde nicht ihrer Schutzverpflichtung.
 - Das Gutachten hat aber zugleich mit der Ummauerung des Gastgartens ein Mittel aufgezeigt, das diese Beeinträchtigungen auf ein zumutbares Maß zu beschränken erlaubt.
 - + Diese Ummauerung stellt keine wesentliche Projektänderung dar und kann der Antragstellerin daher im Auflagenweg vorgeschrieben werden.
 - Für eine von der Sachverständigen aus rechtlichen Gründen geforderte Situierung dieser Mauer in 3 m Abstand von der nördlichen Grundgrenze fehlt hingegen die Rechtsgrundlage, die relevante GewO enthält keine Abstandsvorschriften.
 - + Auch baurechtlich ist ein Abstand von 3 m nicht erforderlich, weil § 5 Abs 2 BauO nur von Gebäuden spricht.
 - + Zusatzpunkt für Erörterung, ob für Auflagen nicht doch verbandsfremde Normen berücksichtigt werden müssen; dies hängt davon ab, ob man die auflagenkonforme Errichtung der Lärmschutzmauer baurechtlich für bewilligungspflichtig hält.
 - + Außerdem ist bei 3 m Versetzung eine wesentliche Projektänderung argumentierbar.
- Einwendungen
- Die Neue Heimat ist als Eigentümerin Nachbarin iSd § 75 Abs 2 GewO
 - und hat als juristische Person ein Recht auf Abwehr von Eigentumsgefährdungen.
 - Sie führt aber nur eine Minderung des Verkaufswerts ihrer Wohnungen ins Treffen, die gemäß § 75 Abs 1 GewO keine Eigentumsgefährdung darstellt.
 - Den Schutz der Bewohner der von ihr zu errichtenden Wohnanlage kann sie von sich aus nicht geltend machen, weil § 75 Abs 2 dritter Satz GewO hier nicht greift.
 - + Die künftigen Bewohner selbst hingegen sind noch keine Nachbarn, sondern werden erst in Zukunft zu solchen,
 - + und ein Vertretungsverhältnis iSd § 10 AVG zur Neuen Heimat ist nicht ersichtlich.
 - Reif ist fraglos Nachbarin iSd § 75 Abs 2 GewO und Verfahrenspartei,
 - sie wendet sich jedoch gegen einen Anlagenbestandteil, der zum Altbestand gehört und nicht Gegenstand der Änderung ist,
 - + auch nicht über § 81 Abs 1 letzter Satz GewO, der Lärmpegel der Abluftanlage wird durch Gastgarten und Parkplatz nicht beeinflusst.
 - Die Verschreibung nachträglicher Auflagen scheidet nach § 79 Abs 2 GewO aus,
 - weil Reif später zugezogen ist und daher eine Gesundheitsgefährdung vorliegen müsste.
 - Auch Wolf ist Nachbar iSd § 75 Abs 2 GewO, weil er ständig in nächster Nähe wohnt,
 - und auch er wendet sich gegen die bereits bewilligte Abluftanlage.
 - + Seine Einwendung kann jedoch insoweit als zulässig behandelt werden, als durch den Gastgarten Verabreichungsplätze hinkommen und er mehr störenden Geruch zu erwarten hat. Unter dieser Voraussetzung ist die Einwendung unbegründet, weil mit der Fritteuse die Geruchsquelle weichen muss.
 - Entgegen Wolfs Rechtsansicht kommt es im Betriebsanlagenverfahren auf eine

Gewerbeberechtigung und auf eine geeignete Geschäftsführung nicht an, nur die Charakteristika der Anlage sind Thema.

- Die GewO verleiht Poll kein Recht auf Abstand,
- und als eine sich bloß vorübergehend in der Nähe der Betriebsanlage aufhaltende Person hat er bloß ein Recht auf Abwehr von Gefährdungen seines Eigentums, nicht auch auf Immissionsschutz. [Punkt auch dann vergeben, wenn Immissionsschutz mit dem VwGH fälschlich bejaht, die minimale Beeinträchtigung beim Ackern aber für zumutbar erachtet und die Einwendung abgewiesen wird.]
- Ob Wolf gemäß § 42 Abs 1 AVG präkludiert ist,
- kann wegen Unterlassen der nach § 356 Abs 1 Z 3 und 4 GewO gebotenen Anschläge auf dem Betriebsgrundstück und den unmittelbar benachbarten Häusern fraglich sein,
- wiewohl der Anschlag an der Amtstafel und die Kundmachung auf der Internetseite (§ 356 Abs 1 Z 1 und 2 GewO) erfolgt sind.
- + Zusatzpunkt für begründete eigene Stellungnahme, ob § 42 Abs 1 AVG sich mit doppelter Kundmachung begnügt oder eine mehrfache Kundmachung verlangt.
- Wolf wendet aber mit der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des ruhenden Verkehrs iSd § 74 Abs 2 Z 4 GewO kein subjektives Recht ein, sondern rein öffentliche Interessen.
- + Die Präklusionsfrage kann deshalb dahinstehen, die Einwendung ist auch so als unzulässig zurückzuweisen.
- Ein „Recht auf Wirtshaus“ räumt die GewO nur dem Gewerbeinhaber, ein „Recht auf Gesundheit“ nur den Nachbarn ein,
- nicht Gästen wie Deutsch, die nach der GewO als Kunden rechtlos sind.
- + Erörterung, ob über den Kundenschutz in § 74 Abs 2 Z 1 GewO und den Grundgedanken der Schutznormtheorie (objektiv-rechtlicher Schutz konkreter angesprochener, individualisierbarer Personen vermittelt im Zweifel auch ein subjektives Recht) nicht doch eine Parteistellung argumentiert werden könnte.

ASchG

- Die Fritteuse ist von der Genehmigung aus 1978 erfasst, weshalb ein Vorgehen nach § 93 Abs 3 ASchG nicht möglich ist.
- Laut Gutachten von SV Böhm und laut Vorbringen von Mattes geht von ihr jedoch eine Gefahr für die Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmer aus,
- weshalb gemäß § 94 Abs 3 als zusätzliche Auflage ihr Austausch durch ein sich auf dem Stand der Technik befindliches Gerät vorzuschreiben war.
- + Damit ist die Einwendung des Arbeitsinspektorat nach § 58 Abs 1 AVG miterledigt. [Lösung über § 79 Abs 1 GewO akzeptieren, siehe Anmerkung zum Spruch.]
- + Für die Abluftanlage kann das nicht gesagt werden, weil ihr Lärm die Nachbarn und nicht die Arbeitnehmerinnen stört.

Rechtsmittelbelehrung

- Gegen diesen Bescheid ist Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Burgenland zulässig,
- die binnen vier Wochen ab Zustellung schriftlich bei der BH Jennersdorf einzubringen ist.
- Die Beschwerde muss den angefochtenen Bescheid und die belangte Behörde bezeichnen sowie die Gründe der behaupteten Rechtswidrigkeit, das Begehren und die zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit erforderlichen Angaben enthalten (§ 9 VwGVG).

Fertigung

- Für den Bezirkshauptmann: Name des Genehmigenden
- eigenhändige Unterschrift, Beglaubigungsvermerk, Amtssignatur oder Hinweis auf Ausdruck/Kopie eines amtssignierten elektronischen Dokuments

Zustellverfügung

- Gemeinde [Bürgermeister akzeptieren, wenn Gemeinde als Antragstellerin genannt]
- Nachbarn, [halber Punkt ohne Neue Heimat oder bei Fehlen eines Nachbarn]
- auch Personen mit unzulässigen Einwendungen, [halbe Punkte erwägen]

— Arbeitsinspektorat Burgenland [Mattes allein reicht nicht]

2. *Verfassen Sie ein Gutachten, in dem Sie zu den Erfolgsaussichten einer Beschwerde an den VfGH Stellung beziehen!* (≈ 40 %) **64 + 30**

Zulässigkeit der Beschwerden

— Gegen Erkenntnisse des BFG ist nach Art 144 Abs 1 B-VG Beschwerde an den VfGH zulässig.

— Gemeinde wie Vesic sind zur Beschwerde an den VfGH legitimiert, weil sie dadurch beschwert sind, dass ihre Beschwerde wegen Verletzung in Rechten durch Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch das BFG abgewiesen wurde.

+ Die vom LVwG gemäß § 17 VwGVG iVm § 6 AVG abgetretene Beschwerde

— war trotz Verstreichens der Beschwerdefrist von sechs Wochen (§ 283 Abs 2 erster Satz BAO) nicht als verspätet zurückzuweisen,

— da sie innerhalb der Sechswochenfrist bei einem anderen Verwaltungsgericht erhoben wurde und daher nach § 283 Abs 2 zweiter Satz BAO als rechtzeitig gilt.

— Rechtlich betrachtet liegt jedoch nicht ein Erkenntnis des BFG vor, sondern mehrere, die an zwei Beschwerdeführerinnen adressiert sind und je verschiedene Maßnahmen betreffen.

Zuständigkeit des Bundesfinanzgerichts

— In diesem Fall lautet die zentrale Frage, ob das BFG zur Entscheidung über die anderswo, nämlich beim LVwG erhobenen Maßnahmenbeschwerden zuständig war.

+ Nach dem Sachverhalt handelt es sich weder um öffentliche Abgaben noch um Finanzstrafrecht iSd Art 131 Abs 3 B-VG.

— Entscheidend ist (daher), ob es sich um Angelegenheiten handelte, die kraft gesetzlicher Festlegung unmittelbar von Abgaben- oder Finanzstrafbehörden des Bundes besorgt wurden (Art 131 Abs 3 B-VG, § 1 Abs 1 BFGG).

— Abgabenbehörden des Bundes sind gemäß § 1 Abs 2 BFGG ausschließlich das BMF, die Zollämter sowie die hier allein in Betracht kommenden Finanzämter.

— Eine Zuständigkeit des BFG zur Entscheidung der Beschwerde bestand also nur soweit, als die jeweils angefochtene Maßnahme (auch) dem Finanzamt zurechenbar war.

+ Zuständigkeit des BFG sowie sonstige Erfolgsaussichten einer VfGH-Beschwerde sind daher Maßnahme für Maßnahme gesondert zu prüfen.

Begründetheit der Beschwerde – Beschwerde durch die Gemeinde

Betreten der Betriebsanlage

— Das Betreten der Betriebsanlage stellt als zwangsbedrohter Befehl eine Maßnahme dar,

— die in das Grundrecht auf Eigentum (Art 5 StGG, Art 1 1. ZPEMRK) der Gemeinde eingreift [Wohnung nach Art 8 EMRK akzeptieren, Hausrecht nicht].

— Erläuterung des Schutzbereichs von Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK [Punkt nur einmal vergeben].

— Die Erwerbsfreiheit der Gemeinde (Art 6 StGG) wird hingegen durch das Betreten allein noch nicht berührt. [gegenteilige Auffassung akzeptieren]

— Erläuterung des Schutzbereichs von Art 6 [Punkt nur einmal vergeben].

+ Die Gemeinde ist zwar bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben grundrechtsgebunden, — im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit kann sie sich aber nach Art 116 Abs 2 B-VG als Trägerin von Privatrechten auf Grundrechte berufen.

— Das BFG war zur Entscheidung über die Beschwerde zuständig, weil das Betreten durch die Finanzpolizei nach § 26 Abs 2 AuslBG (vgl auch § 13 Abs 1 Z 3 AVOG und § 10b Abs 2 Z 2 lit a) der Abgabenbehörde zurechenbar ist.

— Das Betreten war durch § 26 Abs 2 AuslBG auch gedeckt.

— Die „Mitnahme“ von Bundespolizisten war im Hinblick auf § 27 Abs 3 AuslBG unproblematisch.

— Eine Beschwerde an den VfGH hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

[Punkte auch an den vergeben, der über § 50 GSpG zum selben Ergebnis gelangt, weil er das Betreten der Abgabenbehörde zurechnet; keine Punkte, wenn mit Ermächtigungen argumentiert wird, nach denen das Betreten der BH zuzurechnen ist.]

Betriebsüberprüfung nach der GewO

- Der Abgleich zwischen Ist- und Sollzustand der Betriebsanlage ist durch bloßes Sehen und Gehen, also durch schlicht-hoheitliches Handeln erfolgt.
- Weder die von der Gemeinde erhobene Maßnahmenbeschwerde noch das abweichende Erkenntnis des BFG konnten daher diese Überprüfung zum Gegenstand haben.
- + Dass diese Überprüfung nach § 338 Abs 1 GewO Behördenorganen vorbehalten und auch nach § 336 GewO den Bundespolizisten als Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes verschlossen war, verhilft der Beschwerde daher nicht zum Erfolg.

Lebensmittelprobe

- Beim Ziehen der Proben handelt es sich um eine Maßnahme,
- die in das Grundrecht auf Eigentum (Art 5 StGG, Art. 1 1 ZPEMRK) eingreift, [Alternative Art 6 StGG akzeptieren]
- + die aber keine Enteignung bzw Entziehung des Eigentums darstellt, sondern eine Eigentumsbeschränkung.
- Ermächtigt zur Entnahme sind nur vom Landeshauptmann nach § 24 Abs 3 LMSVG bestellte Aufsichtsorgane,
- + nicht auch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, die bloß zur Assistenz nach § 35 Abs 6 LMSG befugt sind.
- Für Einschreiten der Bundespolizisten fehlt jede Rechtsgrundlage und damit auch die Möglichkeit einer Zurechnung zum LH.
- + Auch § 336 iVm § 338 Abs 3 GewO trägt Probenziehen durch Wachkörper nicht.
- Die Maßnahme war daher der BH Jennersdorf als Sicherheitsbehörde zurechenbar [LPD als Dienstbehörde akzeptieren].
- Folglich hat das BFG die Gemeinde in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt, weil es zur Erledigung der Maßnahmenbeschwerde nicht zuständig war.
- + Verletzung auch des Art 5 StGG wegen denkunmöglicher Gesetzesanwendung.

Beschlagnahme der Glückspielautomaten und Betriebsschließung

- Die Beschlagnahme der vier Automaten || und die Betriebsschließung sind wiederum Maßnahmen
- die als Eigentumsbeschränkung in das Grundrecht auf Eigentum (Art 5 StGG, Art 1 1. ZPEMRK) sowie || in das Recht auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) eingreifen.
- Der illegale Betrieb der vier Automaten im Rahmen des Gastgewerbebetriebs greift in das Glücksspielmonopol des Bundes ein (§ 5 Abs 1 Z 2, § 2 Abs 4 GSpG).
- Die Beschlagnahme durfte nach § 53 Abs 2 GSpG durch Organe der öffentlichen Aufsicht erfolgen, um sicherzustellen, dass eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 GSpG nicht wiederholt wird.
- + Eine solche Verwaltungsübertretung lag vor, weil die Gemeinde die Automaten im Rahmen ihres Gastgewerbebetriebs unternehmerisch zugänglich gemacht hat.
- + Die Automaten unterliegen auch der Einziehung nach § 54 GSpG bzw dem Verfall nach § 17 VStG.
- Die Betriebsschließung war hingegen klar rechtswidrig, weil § 56a Abs 1 GSpG sie der Behörde vorbehält
- und weil von ihr nach § 56a Abs 1 GSpG Abstand zu nehmen ist, wenn wie hier der Zweck schon durch die Beschlagnahme erreicht worden ist.
- Im Ergebnis Verletzung des Eigentumsrechts und der Erwerbsfreiheit durch die Betriebsschließung, || nicht durch die Beschlagnahme.
- + Schwieriger ist zu entscheiden, welcher Behörde die Automatenbeschlagnahme und Betriebsschließung zuzurechnen sind:
- § 50 Abs 1, 4 und 5 GSpG spricht klar für die BH Jennersdorf,
- § 12 Abs 5 erster Satz, § 13 Abs 1 Z 3 AVOG und § 10b Abs 1 Z 2 lit c AVOG-DV lassen aber auch eine Zurechnung an das Finanzamt als vertretbar erscheinen [so argumentiert der VwGH].

- + Die belangte Behörde und mit ihr der gesetzliche Richter sind in einem Maße unklar, dass beim VfGH die amtswegige Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens angeregt werden sollte.
- Nachdem die besseren Gründe für eine Zuständigkeit der BH sprechen, ist die Gemeinde ihrem gesetzlichen Richter entzogen worden (Art 83 Abs 2 B-VG) [gegenteiliges Ergebnis akzeptieren].

Erkundigung

- + Die Erkundigung bei Mirakaj ist als schlicht-hoheitliches Handeln ebensowenig Gegenstand der Maßnahmenbeschwerde wie Mirakajs Antwort,
- + obwohl Aufforderung wie Antwort in das Grundrecht von Vesić auf Geheimhaltung ihrer personenbezogenen Daten eingreifen mag.

Spindkontrolle

- Die Kontrolle richtet sich auch gegen die Gemeinde, die am Spind Mitgewahrsame hat, wie die Eröffnung mit dem Generalschlüssel zeigt. [Punkt für Maßnahmenqualität nicht hier vergeben, sondern unten bei Vesić.]
- Die Kontrolle ist nach § 26 AuslBG der Abgabenbehörde zurechenbar, das BFG war also zur meritorischen Behandlung der Beschwerde zuständig.
- Die Maßnahme stelle eine Hausdurchsuchung iSd § 1 HausrechtsG dar,
- weil in einer zum Hauswesen gehörigen Räumlichkeit (Betriebsstätte) nach einer bestimmten Sache (Reisepass) gesucht wurde, von der unbekannt war, wo sie sich befand.
- Eine gesetzliche Grundlage existiert mit § 26 Abs 2 letzte drei Worte AuslBG.
- + Ihre Verfassungsmäßigkeit ist aber nach § 3 HausrechtsG zweifelhaft, weil es sich bei der Glücksspielüberwachung nicht um finanzielle Aufsicht iSd § 3 HRG handelt: Überwachung der Ausländerbeschäftigung hat weder mit Abgaben oder Zöllen etwas zu tun.
- + Auch die Subsumtion unter polizeiliche Aufsicht scheitert, weil die Vollziehung des § 26 AuslBG 3 ins Finanzressort fällt, dessen Agenden nicht unter die polizeiliche Aufsicht fallen können, sondern allenfalls unter die finanzielle. [andere Auffassungen, engere – nur Sicherheitspolizei oder nur Sicherheitsverwaltung – ebenso wie weitere – Verwaltungspolizei schlechthin – akzeptieren]
- Überdies ist die Ermächtigung uferlos weit und überschießend, es braucht weder einen Verdacht noch einen behördlichen Auftrag, geschweige denn einen richterlichen Befehl.
- Daher ist in der VfGH-Beschwerde wiederum die amtswegige Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens anzuregen.
- + für die exakte Bezeichnung des Sitzes der Verfassungswidrigkeit („und zu durchsuchen“ in § 26 Abs 2 AuslBG)
- + Nach manchen (zweifelhaften) Judikaten des VfGH wäre die Durchsuchung überdies deshalb verfassungswidrig, weil es an einem richterlichen Befehl mangelt.

Begründetheit der Beschwerde – Vesić

Aufforderung zum Vorweisen des Reisepasses

- + Die nach § 26 Abs 4 AuslBG zulässige Aufforderung ist noch keine Maßnahme,
- + eine Feststellung der Identität Vesićs hat nach dem Sachverhalt nicht stattgefunden.

Spindkontrolle

- Die Kontrolle ist eine Maßnahme,
- die in Vesićs Recht auf Privatleben Art 8 EMRK eingreift,
- [für Erläuterung des Schutzbereichs des Privatlebens]
- + Die Kontrolle ist zwar eine Durchsuchung, stellt aber Vesić gegenüber keine Hausdurchsuchung dar, weil Vesić nicht an der Betriebsstätte Mitgewahrsame hat, sondern nur am Spind, der keine Räumlichkeit ist.
- Die gesetzliche Grundlage schießt aus den oben angeführten Gründen über das in einer demokratischen Gesellschaft Notwendige hinaus. [Punkte oben vergeben, wenn sie hier erstmals angesprochen sind.]

Passabnahme

- Das Einbehalten des Reisepasses bedeutet eine Maßnahme,

- die in Vesićs Recht auf Freizügigkeit (Art 2 Abs 2 4. ZP EMRK) eingreift,
- + nicht hingegen in Art 4 Abs 1 StGG, weil es für Bewegungen innerhalb des österreichischen Staatsgebiets keinen Pass braucht.
- Überdies wird auch in ihr Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten (§ 1 Abs 1 DSGVO) eingegriffen, weil durch Einbehaltung des Dokuments Informationen gesichert werden, die in weiterer Folge gegen Vesić verwendet werden sollen.
- Die Passabnahme kann auf § 38 Abs 1 FPG gestützt werden (Verwendung als Beweismittel im Verwaltungsstrafverfahren),
- womit sie über § 3 Abs 1, § 5 Abs 1 Z 1 FPG der LPD Burgenland zurechenbar wäre
- + und über die Beschwerde gemäß § 9 Abs 1 FPG das LVwG zu entscheiden hätte.
- Ebenfalls denkbar ist eine Subsumtion unter § 39 Abs 1 BFA-VG, weil das Dokument als Beweismittel der Ermöglichung der Außerlanderschaffung und dem darauf abzielenden Verfahren dienen kann,
- womit belangte Behörde nach § 3 BFA-VG das BFA wäre und
- + über die Beschwerde gemäß § 7 Abs 1 Z 3 BFA-VG das BVwG zu entscheiden hätte.
- Für eine Zurechnung zur Abgabenbehörde ist hingegen keine Grundlage ersichtlich.
- Vesić wurde also durch Abweisung ihrer Beschwerde ihrem gesetzlichen Richter entzogen (Art 83 Abs 2 B-VG).
- + Eine Verletzung im Recht auf Freizügigkeit wird der VfGH hingegen nicht konstatieren
 - im fortgesetzten Verfahren ist die Beschwerde an LVwG oder BVwG zu übermitteln, die sie abweisen werden.

Festnahme

- Die Festnahme Vesićs greift in ihr Recht auf persönliche Freiheit (Art 5 EMRK, Art 1 PersFrG) ein,
- weil ihre Bewegungsfreiheit mit physischen Mitteln allseitig entzogen wurde.
- Die Maßnahme ist der BH Jennersdorf zurechenbar,
- da die festnehmenden Beamten in der Information über die Gründe der Festnahme Übertretungen angegeben hatten, für deren Aburteilung die BH Jennersdorf nach § 28 Abs 1 AuslBG bzw § 52 Abs 1 GSpG sachlich und nach § 27 Abs 1 VStG örtlich zuständig ist,
- da die Vorführung an die BH Jennersdorf erfolgte und
- da die einschreitenden Bundespolizeiorgane nach dem GSpG bzw nach dem AuslBG ermächtigt waren, für die BH Jennersdorf zu handeln.
- Folglich wurde Vesić ihrem gesetzlichen Richter entzogen.
- + Überdies fehlt es schon an einer frischen Tat: nicht Vesić hat illegales Glückspiel veranstaltet, sondern nur die Gemeinde,
- + und wiewohl Vesićs Beschäftigung illegal war, trifft nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG die Strafbarkeit abermals nur die Gemeinde, präziser: den Bürgermeister als ihr zur Vertretung nach außen berufenes Organ.
- + Dass nach FPG und BFA-VG eine Festnahme denkbar gewesen wäre, steht auf einem anderen Blatt.
- + Im Ergebnis wurde Vesić in ihrem Recht auf persönliche Freiheit verletzt. Aber wieder wird der VfGH dies nicht schon im Erkenntnis über die Beschwerde gegen die BFG-Entscheidung feststellen, sondern erst auf eine VfGH-Beschwerde gegen jene abweisende LVwG-Entscheidung hin, die im fortgesetzten Verfahren nach Rückmittlung der Beschwerde an das LVwG Burgenland ergangen ist.

3. *Was können Bundesminister und Landesregierungen gegen Mirakaj unternehmen, und werden sie damit Erfolg haben? (≈ 20 %) 30 + 5*

Staatsbürgerschaftsverleihung

- + Mirakaj ist weiterhin im Besitz ihrer österreichischen Staatsbürgerschaft, weil der ex-lege-Verlust nach § 27 StbG nur bei zeitlich nachfolgendem Erwerb einer anderen Staatsangehörigkeit greift.

Entziehung

- Eine Entziehung nach § 34 Abs 1 StbG scheitert daran, dass

- entgegen Z 1 seit der Staatsbürgerschaftsverleihung an Mirakaj noch keine zwei Jahre vergangen sind und
- entgegen Z 3 („seither“) kein der Verleihung nachfolgendes, sondern ein vorangegangenes Verhalten die Beibehaltung bewirkt hat. [andere Ansicht akzeptieren, wenn Unzulässigkeit der Entziehung erkannt wird]
- + Die Zuständigkeit liegt insoweit bei der Burgenländischen Landesregierung, weil nach § 39 Abs 2 StbG der Hauptwohnsitz den Ausschlag gibt.

Amtswegige Behebung

- Eine Aufhebung nach § 68 Abs 2 AVG scheidet aus,
- weil Mirakaj aus der Verleihung der Staatsbürgerschaft ein Recht erwachsen ist.
- Die Verleihung war nach § 68 Abs 4 Z 1 AVG nichtig,
- weil Mirakaj ihren Hauptwohnsitz in Kleinmürbisch hat und der Stadtsenat als Wiener Landesregierung nach § 39 Abs 1 StbG daher nicht zuständig war.
- Es fehlt jedoch an einer sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde, die diesen Nichtigkeitsgrund aufgreifen könnte.

Wiederaufnahme

- Da die Verleihung durch Fälschung einer Urkunde herbeigeführt wurde,
- kommt Wiederaufnahme nach § 69 Abs 1 Z 1 AVG in Betracht,
- die gemäß § 69 Abs 3 AVG auch von Amts wegen erfolgen kann, selbst nach Ablauf von drei Jahren.
- + § 24 StbG steht dem nicht entgegen, weil die Wiederaufnahme nach Z 1 erfolgt und Mirakaj durch sie nicht staatenlos wird.
- Nach § 35 StbG steht auch dem Bundesminister für Inneres ein Antragsrecht zu.
- Zuständig ist nach § 69 Abs 4 AVG der Wiener Stadtsenat als Landesregierung.
- Der Wiederaufnahmebescheid kann nicht gemäß § 70 Abs 1 AVG mit der Erledigung des Staatsbürgerschaftsantrags verbunden werden, weil dafür dem Wiener Stadtsenat als Landesregierung die Zuständigkeit fehlt. [Zuständigkeitspunkt oben vergeben]
- Die Burgenländische Landesregierung wird den Antrag abzuweisen haben, weil Mirakaj die für das Ausscheiden aus ihrem bisherigen Staatsverband erforderlichen Handlungen unterlassen hat, obwohl ihr das zumutbar war (§ 10 Abs 3 Z 1 StbG).
- + Zusatzpunkt, wenn die Möglichkeit der Wiederaufnahme im Hinblick auf die nunmehr erörterte Möglichkeit der Amtsbeschwerde problematisiert wird.

Amtsbeschwerde

- Nachdem Staatsbürgerschaft eine Angelegenheit nach Art 11 Abs 1 Z 1 B-VG darstellt,
- kann der zuständige Bundesminister, hier der BMI nach § 66 Z 1 lit f StbG bzw Anlage 2 H Z 4 BMG)
- Amtsbeschwerde gemäß Art 132 Abs 1 Z 2 B-VG
- an das Landesverwaltungsgericht Wien (Art 131 Abs 1 B-VG) erheben,
- Die Frist beginnt mangels Zustellung nach § 7 Abs 4 Z 2 VwGVG mit dem Tag der Kenntniserlangung vom Bescheid zu laufen.
- Die Beschwerde wird erfolgreich sein, weil es an der Zurücklegung der albanischen Staatsangehörigkeit trotz Zumutbarkeit mangelt.

Grundverkehr

- Mit Verleihung ist M österreichische Staatsbürgerin,
- für den Erwerb ihres Baugrundstücks bestand daher keine grundverkehrsbehördliche Bewilligungspflicht nach § 7 GVG.
- Eine Wiederaufnahme nach § 69 Abs 1 Z 1 AVG oder eine die Amtsbeschwerde positiv erledigende Entscheidung des Verwaltungsgerichts bringt jedoch den Bescheid zum Erlöschen,
- + und zwar mit Wirkung ex tunc [aA akzeptieren].
- Zweck des Grundverkehrsrecht ist nach § 1 Z 3 GVG unter anderem die Verhinderung von Grunderwerb durch Ausländer,
- „Umgehung der Bestimmungen über die Erforderlichkeit einer Genehmigung“ in § 18 Abs 1 GVG im Lichte dieses Zwecks zu interpretieren.

- Die Grundverkehrsbehörde wird daher ein Verfahren gemäß § 18 Abs 1 GVG einzuleiten haben, weil die Eintragung unter Umgehung der Bestimmungen über den Ausländergrundverkehr erwirkt worden ist. [gegenteilige Auffassung akzeptieren, wenn es mit ex-nunc-Wirkung der Wiederaufnahme begründet.]
- Am Ende wird die Grundverkehrskommission Jennersdorf nach § 18 Abs 2 GVG mit Bescheid feststellen, dass die erforderliche Genehmigung fehlt,
- Mirakaj muss nach § 18 Abs 2 GVG um Genehmigung ansuchen,
- bei Versagung steht nach § 18 Abs 4 GVG die Löschung der Grundbucheintragung im Raum.

4. Aufbau der Arbeit: 4 P

- Systematisches Herangehen.
- Sinnvolle Gliederung.
- Ordentliche Subsumtion und stringente Argumentation.
- Verzicht auf alles, was nicht zur Falllösung beiträgt.

5. Sprache: 2 P

- Ganze Sätze, nicht bloß Stichworte, Pfeile und Paragraphenangaben.
- Gutes Deutsch.

Aufbau- und Sprachpunkte werden nur vergeben, wenn das Kriterium über die gesamte Arbeit hinweg im Großen und Ganzen erfüllt ist.

Legende

- Punkt
- + Zusatzpunkt
- || davor und danach je ein halber Punkt
- [] Korrekturanweisungen

insgesamt $58 + 64 + 30 + 4 + 2 = 158$ Punkte und $19 + 30 + 5 = 54$ Zusatzpunkte

Notenschlüssel

0 bis 50	nicht genügend
50,5 bis 62	genügend
62,5 bis 74	befriedigend
74,5 bis 86	gut
ab 86,5	sehr gut