

Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in (nichtamtlichen) Leitsätzen

September 2019

ALFRED GROF

In dieser Sparte wird monatlich in Kurzform und möglichst zeitnah über praxisrelevante, schwerpunktmäßig in den Bereichen »Grundrechte«, »Wirtschaftsrecht« und »Verfahrensrecht« ergangene Entscheidungen von europäischen und nationalen Gerichten informiert. Die Lang- bzw Originalfassungen der hier referierten Entscheidungen können in der Regel jeweils direkt von den Homepages der entsprechenden Gerichte abgerufen werden. Für die Richtigkeit des Inhalts dieser Leitsätze kann seitens der Herausgeber und seitens des Verlages keinerlei Haftung übernommen werden.

A. Gerichtshof der Europäischen Union

EuGH v 1.10.2019, C-637/17 (BRD)

RL 2002/58/EG (Datenschutz)

Art 2 lit f und Art 5 Abs 3 der RL 2002/58/EG sind dahin auszulegen, dass keine wirksame Einwilligung vorliegt, wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät des Nutzers einer Website gespeichert sind, mittels Cookies durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen erlaubt wird, das der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss; weiters sind diese Bestimmungen im Hinblick darauf, ob es sich bei den im Endgerät des Nutzers einer Website gespeicherten oder abgerufenen Informationen um personenbezogene Daten handelt oder nicht, nicht unterschiedlich auszulegen.

Art 5 Abs 3 der RL 2002/58/EG ist dahin auszulegen, dass Angaben zur Funktionsdauer der Cookies und dazu, ob Dritte Zugriff auf die Cookies erhalten können, zu jenen Informationen zählen, die der Diensteanbieter dem Nutzer einer Website zu geben hat.

EuGH v 18.9.2019, C-222/18 (HUN)

Art 36 AEUV; Art 36 AEUV; RL 2011/24/EU
(Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung)

Soweit eine Materie – wie zB Teile des Gesundheitswesens – harmonisiert ist (sind), ist die Frage der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht ausschließlich anhand der (sekundärrechtlichen) Harmonisierungsregelung zu beurteilen; im nicht harmo-

nierten Bereich ist die Unionsrechtskompatibilität hingegen anhand des Primärrechts, insbesondere des AEUV, zu prüfen, wobei der EuGH insoweit nicht an die Fragestellung im Vorabentscheidungsersuchen gebunden ist, sondern diese gegebenenfalls auch umformulieren oder zweckentsprechend ergänzen bzw modifizieren kann.

Art 35 und Art 36 AEUV sowie die RL 2011/24/EU stehen einer mitgliedstaatlichen Regelung, nach der es einer Apotheke nicht gestattet ist, der Verschreibungspflicht unterliegende Arzneimittel auf Grund eines von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Arzt ausgestellten Rezeptes abzugeben, nicht entgegen, sofern diese Regelung durch das Ziel, die Gesundheit und das Leben von Menschen zu schützen, gerechtfertigt sowie geeignet ist, die Erreichung dieses Ziels zu gewährleisten und nicht über das hinausgeht, was zu seiner Erreichung erforderlich ist.

EuGH v 12.9.2019, C-64/18 (Ö)

Art 56 AEUV; § 7d AVRAG; § 7i AVRAG; § 28 AuslBG

Art 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht,

- ▷ die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen,
- ▷ die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden,

- ▷ zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und
- ▷ die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden.

EuGH v 4.9.2019, C-686/17 (BRD)

Art 23 VO 2913/92 (Zollkodex EG);
 Art 60 VO 952/2013 (Zollkodex EU);
 Art 113a VO 1234/2007 (Agrarmarktorganisation);
 Art 76 VO 1308/2013 (Landwirtschaftliche Erzeugnisse);
 VO 1169/2011/EU (Lebensmittelinformation);
 Art 2 RL 2000/13/EG (Etikettierung)

Art 113a Abs 1 der VO 1234/2007 und Art 76 Abs 1 der VO 1308/2013 ist jeweils dahin auszulegen, dass für die Bestimmung des Begriffs des Ursprungslands auf die Zollregelungen zur Bestimmung des nichtpräferenziellen Ursprungs von Waren, dh auf die Art 23 ff der VO 2913/92 und auf Art 60 der VO 952/2013 abzustellen ist.

Art 23 Abs 1 und Abs 2 lit b der VO 2913/92 und Art 60 Abs 1 der VO 952/2013 iVm Art 31 lit b der VO 2015/2446 ist jeweils dahin auszulegen, dass das Ursprungsland von Kulturchampignons ihr Ernteland im Sinne dieser Vorschriften ist, und zwar unabhängig davon, ob wesentliche Produktionsschritte in anderen Mitgliedstaaten der EU erfolgt sind und ob die Kulturchampignons erst drei Tage oder weniger vor der ersten Ernte ins Erntegebiet verbracht worden sind.

Das in Art 2 Abs 1 lit a Z i der RL 2000/13/EG und in Art 7 Abs 1 lit a der VO 1169/2011 aufgestellte allgemeine Verbot, den Verbraucher über das Ursprungsland von Lebensmitteln zu täuschen, ist bei frischem Obst und Gemüse nicht auf die nach Art 113a Abs 1 der VO 1234/2007 und Art 76 Abs 1 der VO 1308/2013 vorgeschriebene Ursprungsangabe anzuwenden.

Das Unionsrecht ist dahin auszulegen, dass keine aufklärenden Zusätze als Ergänzung der nach Art 113a Abs 1 der VO 1234/2007 und Art 76 Abs 1 der VO 1308/2013 vorgeschriebenen Angabe des Ursprungslands vorgeschrieben werden dürfen, um einer nach Art 2 Abs 1 lit a Z i der RL 2000/13/EG sowie Art 7 Abs 1 lit a der VO 1169/2011/EU verbotenen Irreführung des Verbrauchers entgegenzuwirken.

EuGH v 11.9.2019, C-612/17 (ITA)

VO 549/2013/EU (Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung)

Pflichtbeiträge, die von Mitgliedern an einen nationalen Sportverband, der keine Erwerbsabsicht verfolgt, zu entrichten sind, sind bei der Prüfung, ob dieser Verband

einer öffentlichen Kontrolle untersteht, zu berücksichtigen; denn solche Beiträge können insbesondere dann öffentlicher Natur sein, wenn dieser Verband hinsichtlich der Ausübung der von ihm organisierten Sportart eine Monopolstellung innehat, aber nicht über eine vollständige Kontrolle hinsichtlich der Verwendung dieser Beiträge verfügt.

EuGH v 27.6.2019, C-597/17 (BEL)

RL 2006/112/EG (Gemeinsames Mehrwertsteuersystem)

Ein innerstaatliches Gericht ist nicht berechtigt, die Wirkung nationaler Vorschriften, die es für mit der RL 2006/112/EG unvereinbar erklärt hat, bis zur Herstellung von deren RL-Konformität vorläufig bzw übergangsweise bestehen zu lassen.

EuGH v 11.9.2019, C-676/17 (ROM)

Art 4 EUV; Art 47 EGRC

Prinzipiell müssen rechtskräftige Entscheidungen, die mit dem Unionsrecht im Widerspruch stehen, nicht rückgängig gemacht werden, soweit keine dementsprechenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe vorgesehen sind. Vor diesem Hintergrund ist jedoch der Grundsatz der Effektivität iVm dem Grundsatz der Rechtssicherheit dahin auszulegen, dass er einer Vorgangsweise entgegensteht, wonach ein nationales Gericht für die Stellung eines Wiederaufnahmeantrags bezüglich einer rechtskräftigen, unter Verstoß gegen das Unionsrecht ergangenen Gerichtsentscheidung eine Ausschlussfrist von einem Monat anwendet, wenn zu dem Zeitpunkt, zu dem dieser Wiederaufnahmeantrag gestellt wurde, das Urteil, mit dem diese Frist eingeführt wurde, noch nicht veröffentlicht war.

EuGH v 3.10.2019, C-302/18 (BEL)

RL 2003/109/EG (Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen)

Art 5 Abs 1 lit a RL 2003/109/EG ist dahin auszulegen, dass mit dem in dieser Bestimmung verwendeten Begriff »Einkünfte« nicht ausschließlich »eigene Einkünfte« desjenigen, der die Zuerkennung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten beantragt, gemeint sind, sondern dieser Begriff auch Mittel umfasst, die diesem Antragsteller von einem Dritten zur Verfügung gestellt werden, sofern sie unter Berücksichtigung der individuellen Situation des betreffenden Antragstellers als fest, regelmäßig und ausreichend angesehen werden.

EuGH v 3.10.2019, C-274/18 (Ö)

RL 97/81/EG; RL 2006/54/EG

§ 4 Nr 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der RL 97/81/EG ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung, die für befristet beschäftigte Arbeitnehmer bei Teilzeitbeschäftigung eine längere maximal zulässige Dauer von Arbeitsverhältnissen (sog Kettenarbeitsverträgen) festlegt als bei einer vergleichbaren Vollzeitbeschäftigung, entgegensteht, sofern die unterschiedliche Behandlung nicht aus objektiven Gründen gerechtfertigt und angemessen ist.

Art 2 Abs 1 lit b der RL 2006/54/EG steht einer derartigen nationalen Regelung entgegen, wenn erwiesen ist, dass der prozentuale Anteil der benachteiligten weiblichen Beschäftigten signifikant höher ist als der der benachteiligten männlichen Beschäftigten und diese Regelung nicht durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist oder die Mittel zur Erreichung dieses Ziels nicht angemessen und erforderlich sind.

Art 19 Abs 1 der RL 2006/54/EG ist dahin auszulegen, dass er von der Partei, die sich durch eine solche Diskriminierung für beschwert hält, nicht verlangt, dass sie, um den Anschein einer Diskriminierung glaubhaft zu machen, in Bezug auf die Arbeitnehmer, die von der nationalen Regelung betroffen sind, konkrete statistische Zahlen oder konkrete Tatsachen vorbringt, wenn sie zu solchen Zahlen oder Tatsachen keinen oder nur schwer Zugang hat.

B. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EGMR v 3.10.2019, 55225/14 (BRD)

Art 6 EMRK

Anschein der Befangenheit (bzw fehlender Unparteilichkeit): Im Ergebnis keine Verletzung, wenn ein Ehepartner als Richter in I. Instanz entschieden hat, danach in II. Instanz eine vollständige Faktenüberprüfung durch ein anderes Gericht erfolgte und sodann in III. Instanz der andere Ehepartner als Mitglied eines Kollegialorganes, das infolge einer vom Bf selbst vorgenommenen Einschränkung des Rechtsmittels nur mehr über Rechtsfragen zu befinden hatte, mitgewirkt hat.

C. Bundesverwaltungsgericht (BRD)**BVerwG v 29.07.2019, 2 B 19.18**

Disziplinargerichtliche Entfernung aus dem Beamtenverhältnis wegen rechtsextremistischer und menschenverachtender Äußerungen sowie von Gewalt- und Tötungsfantasien eines Justizvollzugsbeamten in einem Telefongespräch mit einem Kollegen als Zufallsfund einer aus anderem Anlass durchgeführten Telefonüberwachung:

Ein Justizvollzugsbeamter ist in einem Zweig der Staatsverwaltung tätig, die sich durch eine besondere Form der staatlichen Gewaltausübung auszeichnet, weil es dem Staat in diesem Bereich ausnahmsweise und in besonders gravierender Weise gestattet ist, Menschen mit den Mitteln staatlicher, legaler Macht festzuhalten und in ihrer Bewegungsfreiheit einzuschränken. Dies begründet zugleich eine Schutzpflicht des Staates gegenüber den in seinem Gewahrsam befindlichen Gefangenen und schließt es aus, dass Aufsichtspersonen mit Gewalt- oder Tötungsfantasien in einem Bereich tätig werden, in denen ihnen legale Gewaltausübung möglich ist.

D. Verfassungsgerichtshof**VfGH v 26.9.2019, K I 8/2019**

Art 138 B-VG; § 26 OöLVG; § 4a OöLDG; § 4b OöLDG

Bei dem nach § 26 Abs 2 lit j OöLVG iVm § 4a und 4b OöLDG zu führenden Auswahlprozess zur Aufnahme in den Schuldienst des Landes OÖ als Vertragslehrperson handelt es sich nicht um ein selbständig zu führendes hoheitliches Verfahren, sondern um ein dem privatrechtlichen Vertragsabschluss zwar vorangehendes, aber von diesem nicht getrennt zu bewertendes Auswahlprozedere, das der Vereinheitlichung, Erleichterung und Strukturierung der Auswahlentscheidung sowie insbesondere deren Nachvollziehbarkeit im Sinne des Objektivierungsgedankens dient. Daraus resultierende Streitigkeiten fallen daher in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und nicht in jene der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

E. Oberster Gerichtshof**OGH v 29.8.2019, 1 Ob 144/19m**

Art 3 EMRK; § 1 AHG

Ein von mehreren Polizisten schwer verletzter Kläger hat ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Haftung des Bundes für allfällige weitere Schäden aus der erfolgten Misshandlung.

F. Verwaltungsgerichtshof

VwGH v 25.9.2019, Ra 2017/05/0268

§ 30 OöROG; § 24 VwGVG; § 29 VwGVG

Fehlt es an konkreten Tatsachenfeststellungen zum Vorliegen gesetzlicher Tatbestandselemente, an einer eigenständigen, sich nicht bloß auf die Einwendungen des Bf beschränkenden rechtlichen Beurteilung sowie an einer über bloß rudimentäre Überlegungen zu einem SV-Gutachten hinausgehenden Beweismäßigkeit, kann die Begründung des VwG-Erkenntnisses den Anforderungen des § 29 VwGVG nicht gerecht werden.

Mit den vom Bf gegen das Gutachten eines Amtsachverständigen erhobenen Einwänden darf sich das VwG jedenfalls dann nicht ohne Durchführung einer öffentlichen Verhandlung beweismäßig auseinandersetzen, wenn es sich um »civil rights« iSd Art 6 EMRK handelt, wobei Angelegenheiten des Baurechts jedenfalls hierzu zählen.

VwGH v 25.9.2019, Ra 2019/09/0097

Art 5 EMRK; Art 130 B-VG

Wenn dem Betroffenen gegen eine rechtlich nicht gedeckte Festnahme und daran anschließende Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe die Möglichkeit einer Maßnahmenbeschwerde zukommt, schließt dies die Erlassung eines Feststellungsbescheides zur Klärung des etwaigen Eintritts der Vollstreckungsverjährung aus.

VwGH v 24.9.2019, Ra 2019/03/0055

§ 24 VwGVG

Um den Grundsatz der Unmittelbarkeit zu wahren, muss das VwG bei einander widersprechenden Aussagen auch die Partei – und erst recht, wenn diese ohnehin in der VH anwesend ist – zur Sache einvernehmen, um sich einen persönlichen Eindruck von deren Glaubwürdigkeit zu verschaffen.

VwGH v 29.8.2019, Ra 2018/19/0522

§ 6 AsylG

Unter den Begriff des »besonders schweren Verbrechens« iSd § 6 Abs 1 Z 4 AsylG fallen nur Straftaten, die objektiv besonders wichtige Rechtsgüter verletzen; typischerweise schwere Verbrechen sind etwa Tötungsdelikte, Vergewaltigung, Kindesmisshandlung, Brandstiftung, Drogenhandel, bewaffneter Raub und dergleichen; das Delikt des gewerbsmäßig schweren und durch Einbruch begangenen Diebstahls (§ 130 dritter und vierter

Fall StGB) ist nicht grundsätzlich vom Begriff des »besonders schweren Verbrechens« ausgeschlossen.

VwGH v 25.6.2019, Ro 2018/10/0028

§ 4 StudFördG

Zur Beurteilung einer ausreichenden Integration einer Person in die Gesellschaft des Leistungsstaats iSd § 4 Abs 1a Z 3 StudFördG sind mittels Einzelfallprüfung alle Umstände zu berücksichtigen, die eine besondere Verbundenheit mit dem Leistungsstaat auszudrücken vermögen, wie etwa die Dauer des rechtmäßigen Aufenthaltes, die Staatsangehörigkeit, die Absolvierung eines erheblichen Teiles der Schulausbildung, Familie, Beschäftigung, Spracherkenntnisse und sonstige soziale oder wirtschaftliche Bindungen; darüber hinaus ist alternativ auch die Integration in das österreichische Bildungssystem gesondert angeführt; eine bloße Bildungsintegration könnte etwa dann vorliegen, wenn eine österreichische Schule im Ausland besucht wird; bei einer derartigen Bewertung der einzubeziehenden Kriterien spielen jedenfalls die Intensität der Integrationsmaßnahmen sowie deren Dauer und zeitliches Naheverhältnis zum Antragszeitpunkt eine maßgebliche Rolle, wobei auch die in den anderen Ziffern des § 4 Abs 1a StudFördG zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers zu berücksichtigen ist.

VwGH v 4.7.2019, Ra 2017/06/0210

VwGVG; § 68 AVG

»Sache« des Beschwerdeverfahrens vor dem VwG ist nur jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs der vor dem VwG belangten Behörde gebildet hat; hat die Behörde einen Antrag wegen res iudicata zurückgewiesen, dann ist »Sache« eines Beschwerdeverfahrens vor dem VwG ausschließlich die »Rechtmäßigkeit der Zurückweisung«; dies setzt lediglich die Beurteilung der Identität der Vorhaben voraus, nicht jedoch die Führung eines Verfahrens oder die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zur Erörterung des neuen Antrags in der Sache.

VwGH v 29.7.2019, Ra 2019/02/0072

§ 19 e-Government-G; § 18 AVG

§ 19 Abs 3 e-Government-G sieht vor, dass bei amtssignierten Erledigungen der Hinweis auf die Amtssignatur und die Bildmarke anzugeben sind; die Bildmarke soll der »leichteren Erkennbarkeit der Herkunft des Dokuments« dienen; es geht also darum, dass die Stelle, der die Erledigung zugerechnet werden soll, leichter er-

kennbar ist; erfüllt die einer Partei zugestellte Ausfertigung des Dokuments diese Anforderungen, so kommt das Privileg des § 18 Abs 4 AVG, wonach Ausfertigungen in Form von Ausdrucken von mit einer Amtssignatur versehenen elektronischen Dokumenten oder von Kopien solcher Ausdrücke keine weitere Voraussetzung zu erfüllen haben, zur Anwendung.

G. Verwaltungsgerichte

LVwG OÖ vom 17.10.2019, LVwG-413537

Art 56 AEUV; Art 129 B-VG; § 52 GSpG; § 22 VStG

Im Lichte der von einem VwG, dessen verfassungsmäßige Funktion (was zwischenzeitlich zunehmend in Vergessenheit geraten zu sein scheint) primär nicht in der Strafverfolgung, sondern in der Garantie von Rechtmäßigkeit besteht (vgl Art 129 ff B-VG), durchzuführenden Kontrolltätigkeit bedeutet die allgemein verbindliche Beachtung des Urteils des EuGH v 12.9.2019, C-64/18, dass – in einem ersten Schritt – die Intensität der Beeinträchtigung des durch die Strafdrohung geschützten Rechtsguts gegenüber dem konkreten Tatverhalten des Bf abzuwägen (bzw ins Verhältnis zu setzen) ist. Davon ausgehend ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob sich vor diesem Hintergrund die Höhe der von der Strafbehörde insgesamt verhängten Strafe als adäquat erweist. Sollte dies nicht zutreffen, ist in einem dritten Schritt zu ermitteln, ob und inwieweit ein rechtskonformes Ergebnis durch teleologische Auslegung sämtlicher für die Strafbemessung maßgeblicher Bestimmungen – also der spezialgesetzlichen des GSpG, aber auch der diesbezüglichen Generalnormen des VStG – erzielt werden kann. Erst wenn mit allen diesen Mitteln noch immer kein passables Resultat hergestellt werden kann, verbleibt schließlich in einem vierten Schritt nur noch, die diesem Ziel entgegenstehenden innerstaatlichen Vorschriften bzw. in diesen enthaltenen Grenzziehungen – wie zB die Mindeststrafenregelung des § 52 Abs 2 GSpG und/oder die §§ 16, 20 und 22 VStG – im erforderlichen Umfang als fallbezogen-unionsrechtswidrig nicht anzuwenden.

Ein speziell im Lichte des EuGH-Urteils vom 12.9.2019, C-64/18, unionsrechtskonformes Ergebnis ließ sich unter den konkreten Umständen des gegenständlichen Falles bereits im Wege einer Eliminierung der in § 52 Abs 2 GSpG festgelegten Strafuntergrenzen erzielen, sodass darüber hinaus die gänzliche oder teilweise Nichtanwendung weiterer, für das Verwaltungsstrafverfahren allgemein maßgeblicher Bestimmungen (wie va § 16 VStG, § 20 VStG, § 22 Abs 2 VStG, § 64 Abs 1 und 2 VStG und § 50 Abs 1 und 2 VwGVG) nicht geboten war.

LVwG OÖ vom 16.10.2019, LVwG-050133

Art 133 B-VG; § 29 ApG; § 45 ÄrzteG; § 28 VwGVG

Hinsichtlich der Anwendung der Rechtsprechung der GHÖR durch die VwGe in einem konkreten Einzelfall ist zu beachten, dass diese prinzipiell nicht gleichsam schablonenhaft, sondern vielmehr stets einzelfalladäquat zu erfolgen hat. Denn eine essentielle Konsequenz des mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 eingeführten Revisionsmodells besteht darin, dass im Regelfall dem VwGH nunmehr lediglich die Klärung von grundsätzlichen Rechtsfragen zukommt, während die Sicherung der Einzelfallgerechtigkeit den Verwaltungsgerichten obliegt (vgl zB statt vieler VwGH vom 22. Juli 2019, Ra 2019/01/0248). Dies bedeutet, dass die VwGe die Judikatur der GHÖR als – in Abhängigkeit von deren Stringenz jeweils mehr oder weniger bindende – Rahmenvorgabe heranzuziehen und innerhalb derselben eine die Einzelfallproblematik adäquat lösende Norm (im Wege einer Sachentscheidung einerseits bzw. in Form der Erlassung eines Erkenntnisses andererseits) zu setzen haben; diese singulär-normative Kompetenz kann gegebenenfalls auch darin bestehen, zweckentsprechende Nebenbestimmungen (wie zB Bedingungen und Auflagen) vorzuschreiben.

Im Falle von zwei ärztlichen Berufssitzen erachtet es das LVwG OÖ als eine taugliche und – weil entsprechend objektivierbar – zugleich auch grundsätzlich hinreichende Methode, zwecks Feststellung des Schweregrads der beruflichen ärztlichen Tätigkeit die Anzahl der am jeweiligen Ordinationsstandort erfolgten e-card-Buchungen zu ermitteln; darüber hinausgehende Erhebungen erscheinen hingegen lediglich dann erforderlich, wenn sich nicht bereits auf diesem Weg ein entsprechend klares Bild gewinnen lässt.

Soweit es davon ausgehend die Folgeproblematik betrifft, ob es bei der Ermittlung dieser e-card-Buchungen auf die Gesamtzahl der Patientenkontakte oder nicht vielmehr darauf ankommt, wie viele Personen pro Zeiteinheit jeweils an einem Ordinationsstz behandelt wurden, ist dem Bf zwar zuzugestehen, dass der VwGH diesbezüglich in seinem Erkenntnis vom 9. Juli 1990, 90/10/0038, zwar explizit den Begriff »Patientenzahl« bzw »Anzahl der behandelten Patienten« verwendet hat (vgl ebenso auch VwGH vom 26. Juni 1995, 91/10/0169). Im Kontext damit betrachtet, ob im Fall der Führung einer ärztlichen Hausapotheke mit gutem Grund eine ordnungsgemäße Heilmittelgebarung erwartet werden kann, ist jedoch in erster Linie die zeitliche Beanspruchung des Arztes in der jeweiligen Ordination von ausschlaggebender Bedeutung. Denn es liegt auf der Hand, dass der Arzt umso häufiger tatsächlich persönlich in der Ordination anwesend sein wird, je mehr Behandlungen in dieser vorgenommen werden. Wenngleich

gewisse untergeordnete oder reine Verwaltungstätigkeiten in beiden Fällen auch vom sonstigen medizinischen und nichtmedizinischen Personal ausgeübt werden, ist daher die mittels e-card-Abbuchung festgestellte Anzahl der tatsächlichen Behandlungen gegenüber einer (ebenfalls darauf basierenden) bloßen Patientenzahl nach Köpfen vergleichsweise jedenfalls aussagekräftiger.

Allerdings ist im gegenständlichen Fall zu berücksichtigen, dass das vom VwGH in dessen Erkenntnis vom 9. Juli 1990, 90/10/0038, diesbezüglich aufgestellte Kriterium eines Verhältnisses von 60:40 seitens der Mitbeteiligten Partei jeweils nur äußerst knapp erreicht wird. Nicht nur aus der präsentischen Formulierung des Gesetzestextes, sondern insbesondere auch daraus, dass in § 29 ApG ungeachtet dessen prinzipieller Zielsetzung der Bekämpfung des Ärztemangels zahlreiche Gründe für eine Entziehung bzw ein Erlöschen der Hausapothekenbewilligung bei Wegfall entsprechender Genehmigungsvoraussetzungen statuiert sind, ergibt sich, dass jene in § 29 Abs 1 ApG festgelegten Parameter nicht bloß im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung – und damit quasi bloß »punktuell« –, sondern vielmehr jederzeit (also gleichsam dauerhaft) erfüllt sein müssen, wobei der zur Führung einer öffentlichen Apotheke berechtigten Person ein Anspruch darauf korreliert, dass die Behörde das permanente Bestehen dieser Voraussetzungen periodisch überprüft.

Daher war der gegenständlichen Beschwerde insoweit stattzugeben, als der Mitbeteiligten Partei die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke unter der Bedingung erteilt wird, dass die Anzahl der an diesem Berufssitz vorgenommenen Behandlungen gegenüber der Anzahl der in seiner weiteren Ordination vorgenommenen Behandlungen ein Verhältnis von 3:2 nicht unterschreitet; zudem Vorschreibung einer Auflage dahin, dieses Faktum durch monatlich aufeinanderfolgende Übermittlung einer nach Ordinationsstandorten getrennten Übersicht über die jeweils vorgenommenen e-card-Abbuchungen an die belangte Behörde zu belegen sowie Gewährung von Akteneinsicht zugunsten des Bf.

LVwG OÖ v 10.10.2019, LVwG-400406

Art 18 B-VG; Art 130 B-VG; § 33a VStG

Nach den Gesetzesmaterialien liegt der Sinn des § 33a VStG vornehmlich darin, »den Grundsatz ›Beraten statt strafen‹ in allgemeiner Form [zu] verwirklichen« (vgl die E zur RV, 193 BlgNR, 26. GP, S 6). Zeigt sich davon ausgehend in einem konkreten Fall, dass es einerseits gar keines behördlichen Hinweises bedurfte, um dem Bf die Strafbarkeit seines Verhaltens vor Augen zu führen und ihn dazu anzuhalten, einen gesetzeskonformen

Zustand herzustellen, weil dieser die Ordnungswidrigkeit selbst erkannt und umgehend aus eigenem beseitigt hat, und das angelastete rechtswidrige Verhalten auch in keiner Weise öffentlich wahrnehmbar war, so dass keine generalpräventiven Aspekte erkennbar sind, die die Annahme gebieten würden, dass die Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes als nicht gering i.S.d. § 33a Abs 3 VStG zu qualifizieren ist, so kommt dem Einzelnen auf ein Vorgehen nach § 33a Abs 1 und 2 VStG ein subjektiv-öffentliches Recht zu.

Hat eine Behörde diesen (iSd Art 18 Abs 1 B-VG) bindenden Vorgaben des Gesetzgebers im erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahren nicht entsprochen, so ist im Zuge eines Beschwerdeverfahrens nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG das Verwaltungsgericht gemäß § 38 VwGVG dazu verhalten, die Bestimmung des § 33a VStG sinngemäß zu handhaben, und zwar schon von Amts wegen, ohne dass es hierfür eines entsprechenden Antrages des Rechtsmittelwerbers bedarf.

LVwG OÖ v 24.9.2019, LVwG-413519

§ 3 F-VG; § 2 GSpG; § 4 GSpG; § 5 GSpG; § 52 GSpG; § 54 GSpG; § 3 OöGlücksspielautomatenG (OöGSpAG); § 22 OöGSpAG

Mit der Novelle BGBl 626/1976 wurde erstmals eine Regelung in Bezug auf das sog »Kleine Glücksspiel« geschaffen; dadurch hat der einfache Bundesgesetzgeber, dem (wie bspw auch gemäß § 3 Abs 1 F-VG) hinsichtlich der Festlegung der inhaltlichen Reichweite des Glücksspielmonopols die Kompetenzkompetenz zukommt (vgl VfGH v 10.10.2018, G 105/2018), eine Abgrenzung zwischen seinem eigenen Zuständigkeitsumfang und jenem der Länder vorgenommen, und zwar derart, dass es sich hierbei (wenngleich um – gesamthaft betrachtet – wechselseitig komplementäre [vgl bereits LVwG OÖ v 7.2.2018, LVwG-412532, S 15], so doch) – wie anhand der normierten Wertgrenze deutlich wird – jeweils um trennscharfe, einander allenfalls tangierende, nicht jedoch einander materiell-substituierende Teilbereiche handelt.

Als der Legaldefinition des § 2 Abs 4 GSpG entsprechende »verbotene Ausspielungen« iSd § 52 Abs 1 Z 1 GSpG können nur jene qualifiziert werden, die – weil sie vom Glücksspielmonopol des Bundes nicht ausgenommen sind – einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG selbst bedürften.

Gemäß § 4 Abs 2 GSpG sind Landessausspielungen als iSd § 2 Abs 4 GSpG vom Glücksspielmonopol ausgenommen anzusehen; diese Ausspielungen bedürfen nach § 5 GSpG einer Bewilligung – jedoch nicht einer solchen nach dem GSpG, sondern einer Bewilligung auf Grund des jeweils in Betracht kommenden Landesgesetzes (wie bspw nach § 3 Abs 1 OöGSpAG).

Während die Strafbestimmung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG explizit auf eine gemäß § 2 Abs 4 GSpG verbotene Ausspielung abstellt, wird de facto häufig bloß eine Ausspielung ohne Vorliegen einer gemäß § 3 Abs 1 OöGSpAG erforderlichen Bewilligung zur Anzeige gebracht; eine derartige Ausspielung ist jedoch – wenn überhaupt, dann nur – nach Landesrecht (wie allenfalls nach § 22 Abs 1 OöGSpAG) strafbar.

Ist demnach im Ergebnis eine Strafbarkeit gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG nicht gegeben, dann ist insoweit aber auch all jenen Eingriffsnormen des GSpG, die iSe Akzesorietät explizit auf (den Verdacht einer bzw) eine Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG abstellen, hinsichtlich Landesausspielungen gemäß § 5 Abs 1 GSpG jeglicher Anwendungsbereich entzogen. Dies betrifft insbesondere Beschlagnahmen gemäß § 53 GSpG, Einziehungen nach § 54 GSpG und Betriebsschließungen iSd § 56a GSpG, soweit diese jeweils eine »verbotene Ausspielung« gemäß § 52 Abs 1 Z 1 iVm § 2 Abs 4 GSpG voraussetzen.

LVwG OÖ v 24.9.2019, LVwG-152123

§ 25a OöBauO; § 14 VwGVG

Die achtwöchige Untersagungsfrist nach § 25a Abs 1 OöBauO beginnt mit dem Einlangen der Bauanzeige. Weil hier der Untersagungsbescheid jedoch im Ergebnis erst nach Ablauf dieser Frist ergangen ist, hätte die belangte Behörde mittels Beschwerdeentscheidung keine Sachentscheidung treffen dürfen. Deshalb war der vorliegenden Beschwerde dahin stattzugeben, dass der angefochtene Bescheid ersatzlos aufgehoben wird.

LVwG OÖ vom 26.6.2019, LVwG-200045

§ 63 MEG; § 19 VStG

Mit Urteil vom 19. September 2019, C-64/18, hat der EuGH ausgesprochen, dass eine nationale Regelung, die vorsieht, dass für den Fall der Verletzung von (bloß) ordnungsrechtlichen Verpflichtungen Geldstrafen zu verhängen sind, die

- ▷ einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen,
- ▷ pro einzelner Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung auszusprechen sind,
- ▷ bei Abweisung einer vom Bestraften gegen den Bescheid erhobenen Beschwerde einen erheblichen Verfahrenskostenbeitrag (20% der verhängten Strafe) nach sich ziehen und
- ▷ im Fall ihrer Uneinbringlichkeit in Freiheitsstrafen umgewandelt werden,

mit Art 56 AEUV nicht vereinbar ist. Den konkreten Anlass für diese Feststellung bildeten zwar die Bestim-

mungen des § 7i Abs 4 AVRAG einerseits und § 28 Abs 1 AuslBG andererseits; nach der zentral auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gestützten Begründung dieser Entscheidung kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass diese Rechtsprechung auch für alle anderen materiengesetzlichen Bestimmungen, die eine identische systematische Konzeption aufweisen – wie etwa § 52 Abs 2 GSpG – in gleicher Weise unmittelbar, dh ohne dass es zuvor eines insoweit eigenständigen Vorlageantrages an den EuGH bedürfte, maßgeblich ist. Dies bedeutet, dass seitens der Behörden und Verwaltungsgerichte jedenfalls in sämtlichen analogen Konstellationen zu gewährleisten ist, dass die bei mehrfacher Tatbestandsverwirklichung an sich festzusetzenden Einzelstrafen auch derart im Konnex betrachtet werden, dass die Gesamtstrafhöhe dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht. Diesem Ziel entgegenstehende innerstaatliche Normen bzw. in diesen enthaltene Grenzziehungen – wie zB die Mindeststrafenregelung des § 52 Abs 2 GSpG und/oder die §§ 16, 20 und 22 VStG – sind hingegen als fallbezogen-unionsrechtswidrig nicht bzw nicht in vollem Umfang anzuwenden.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist allerdings nicht allein unionsrechtlich gewährleistet; wenn gleich nicht explizit verankert, ist dieser doch nach der Judikatur des VfGH für den Bereich des nationalen Verfassungsrechts als eine spezielle Erscheinungsform des Gleichheitsgrundsatzes weithin anerkannt (vgl zB VfGH vom 27. Juni 2014, G 27/12, sowie *Th. Öhlinger – H. Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ [2014], RN 715, und *J. Hengstschläger – D. Leeb*, Grundrechte² [2013], RN 1/61). Davon ausgehend ist bei mehrtätigem Verhalten die Strafbemessung iSd § 19 VStG generell unter Einbeziehung der Verpflichtung zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dahin vorzunehmen, dass va die Pflicht zur Kumulation dahingehend relativiert wird, dass in erster Linie die Gesamthöhe der Strafe der Bedeutung des geschützten Rechtsgutes einerseits und dessen Beeinträchtigung andererseits unter den konkreten Umständen des jeweiligen Anlassfalles gerecht wird.

Da § 63 Abs 1 MEG ohnehin keine Mindeststrafe festlegt, war im Anlassfall zunächst zu beachten, dass dem Bf nicht etwa eine gerichtlich strafbare Handlung, sondern lediglich eine Ordnungswidrigkeit und damit schon von vornherein bloß eine minder gravierende Beeinträchtigung öffentlicher Interessen angelastet wird. Berücksichtigt man weiters, dass in zeitlicher Hinsicht keine lang andauernden, sondern gleichsam bloß punktuelle Übertretungen festgestellt wurden und einerseits die Nacheichung umgehend veranlasst wurde sowie andererseits der festgestellte Unterschied zwischen Brutto- und Nettogewicht lediglich 6 Gramm betragen hatte (was bei einer konkreten Gesamtverkaufsmenge von 11 dag [Wurst] für einen Durchschnittskonsumen-

ten kaum von maßgeblicher Bedeutung erscheint), dann erweist sich nach Auffassung des LVwG OÖ die Verhängung von Einzelgeldstrafen in einer Höhe von Euro 200,-, die in der Folge zu einer Gesamtstrafhöhe von Euro 400,- führt, die wiederum akzessorische Verfahrenskosten in einer Höhe von insgesamt Euro 40,- nach sich zieht und denen jeweils eine relationale Ersatzfreiheitsstrafe in einer Höhe von 6 Stunden, d.s. insgesamt 12 Stunden, entspricht, als in gleicher Weise tat- und schuldangemessen.

ner Verpackung mit exakt rechtwinkligen Kanten einnimmt.

LVwG OÖ v 27.9.2019, LVwG-400404

§ 6 BStMG; § 45 VStG

Gegenständlich wurde dem Bf lediglich eine gleichsam »punktuelle« Übertretung des § 6 BStMG angelastet; andererseits wäre eine Ausforschung eines ASFINAG-Mitarbeiters – und in der Folge dessen Einvernahme im Rahmen einer öffentlichen Verhandlung hierzu – geboten, dem gegenüber der Bf die Begleichung des Differenzbetrages zwischen geschuldeter und tatsächlich entrichteter Maut zu erreichen versucht hat und ob dieses Bemühen tatsächlich an einer Störung des elektronischen Mautüberwachungssystems scheiterte. Schließlich bliebe auch die Höhe des entgangenen Mautbetrages sowie zu klären, ob dem Bf einige Tage nach Begehung der Übertretung wirklich dessen Nachzahlung ermöglicht wurde.

Es ist offensichtlich, dass all dies angesichts der Verhängung der Mindeststrafe, die im Rechtsmittelverfahren zudem jedenfalls gemäß § 20 VStG weiter herabzusetzen wäre, einen unverhältnismäßigen zeitlichen, organisatorischen und finanziellen Aufwand verursachen würde, weshalb das Verfahren nach § 45 Abs 1 Z 6 VStG einzustellen war.

LVwG v 23.9.2019, LVwG-000341

Art 14 RL 40/2014/EU (Tabakerzeugnisse);
§ 5e TNRSchG

Die Annahme der Behörde, dass eine Verpackung für Tabak zum Selbstdrehen infolge ihrer abgerundeten Kanten nicht die Form eines Quaders iSd Art 14 der RL 40/2014/EU bzw des § 5e Abs 1 TNRSchG aufweise, ist vor dem Hintergrund, dass nach den Erwägungsgründen dieser RL abgerundete oder abgeschrägte Kanten als akzeptabel angesehen werden sollen, unhaltbar; denn insgesamt geht somit aus der RL 40/2014/EU zweifelsfrei hervor, dass eine Formvorgabe im Wege einer geometrischen Figur eben nicht nach streng mathematischen Gesichtspunkten beurteilt werden soll; wesentlich ist vielmehr, dass der gesundheitsbezogene Warnhinweis tatsächlich eine gleichwertige Fläche wie jene auf ei-