

## Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in (nichtamtlichen) Leitsätzen

November 2018

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.

### EuGH v 6. 11. 2018, C-684/16 (BRD)

Art 31 EGRC; Art 51 EGRC; Art 7 RL 2003/88/EG  
(Arbeitszeitgestaltung)

Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung verlangt, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit einer Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang steht. Im Übrigen umfasst das Erfordernis einer unionsrechtskonformen Auslegung auch die Verpflichtung der nationalen Gerichte, eine gefestigte Rechtsprechung gegebenenfalls abzuändern, wenn sie auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen einer Richtlinie unvereinbar ist. Folglich darf ein nationales Gericht nicht davon ausgehen, dass es eine nationale Vorschrift nicht im Einklang mit dem Unionsrecht auslegen könne, nur weil sie in ständiger Rechtsprechung in einem nicht mit dem Unionsrecht vereinbaren Sinne ausgelegt worden ist.

Bezüglich der Wirkung, die Art 31 Abs 2 EGRC gegenüber privaten Arbeitgebern entfaltet, ist festzustellen, dass die EGRC nach deren Art 51 Abs 1 zwar für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts gilt. Hingegen trifft Art 51 Abs 1 EGRC keine Regelung darüber, ob Privatpersonen gegebenenfalls unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet sein können, und kann

demnach nicht dahin ausgelegt werden, dass dies kategorisch ausgeschlossen wäre. Speziell in Bezug auf Art 31 Abs 2 EGRC ist jedenfalls hervorzuheben, dass das Recht jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub schon seinem Wesen nach mit einer entsprechenden Pflicht des Arbeitgebers einhergeht, nämlich der Pflicht zur Gewährung bezahlten Jahresurlaubs oder einer Vergütung für den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub.

### EuGH v 13. 11. 2018, C-33/17 (Ö)

Art 56 AEUV; §§ 7b, 7i und 7m AVRAG

Art 56 AEUV steht einer nationalen Regelung entgegen, die es der Behörde – zu dem Zweck, die Einbringung einer wegen einer Übertretung von arbeitsrechtlichen Vorschriften möglicherweise zu verhängenden Verwaltungsstrafe sicherzustellen – ermöglicht, einerseits dem im Inland ansässigen Auftraggeber aufzutragen, die auf Grund des Vertragsverhältnisses noch ausstehenden Zahlungen an den in einem anderen Mitgliedstaat etablierten Auftragnehmer einzustellen, oder andererseits Ersterem die Leistung einer Sicherheit bis zur Höhe des noch geschuldeten Auftragsentgelts vorzuschreiben. Denn die §§ 7b, 7i und 7m AVRAG erweisen sich deshalb, 1) weil derartige Maßnahmen bereits auf Grund eines bloßen Verdachts und somit zulässig sind, noch bevor entsprechende behördliche Sachverhaltsfeststellungen vorliegen, 2) weil gesetzlich keine Vorkehrungen dahin bestehen, dass der ausländische Auftragnehmer vor der Anordnung solcher Maßnahmen entsprechende Einwendungen gegen die erhobenen Anschuldigungen

vorbringen kann, und 3) weil die dem Auftraggeber aufzuerlegende Sicherheitsleistung das Ausmaß des letztlich von ihm vertraglich geschuldeten Entgelts nicht nur erreichen, sondern dieses sogar übersteigen kann, aus jedem dieser Gründe jeweils als ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit.

### **EuGH v 21. 11. 2018, C-713/17 (Ö)**

#### **Art RL 2011/95/EU (Mindestsicherung für Flüchtlinge)**

Art 29 der RL 2011/95/EU ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die vorsieht, dass Flüchtlinge, denen in einem Mitgliedstaat ein befristetes Aufenthaltsrecht zuerkannt wurde, geringere Sozialhilfeleistungen erhalten als die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats und als Flüchtlinge, denen dort ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zuerkannt wurde.

Ein Flüchtling kann sich vor den nationalen Gerichten und Behörden auf die Unvereinbarkeit einer innerstaatlichen Regelung mit Art 29 Abs 1 RL 2011/95/EU berufen, um die Beseitigung der in dieser Regelung enthaltenen Beschränkung seiner Rechte zu erreichen.

### **EFTA-GH v 16. 11. 2018, E-8/17 (NOR)**

#### **Art 36 EWR-Abkommen (EWRA); Art 45 AEUV;**

#### **Art 56 AEUV**

Sportliche Aktivitäten, im Besonderen die Teilnahme von Spitzenathleten an internationalen Bewerben, sind geeignet, einzelne und miteinander in einem engen Zusammenhang stehende Dienstleistungen zu verkörpern, die in den Anwendungsbereich der Art 45 AEUV und Art 56 AEUV fallen (Hinweis auf EuGH v 16.3.2010, C-325/08, RN 27, mwN); folglich unterliegen auch die Satzungen von Sportverbänden den im EWRA gewährleisteten Grundfreiheiten (Hinweis auf EuGH v 11.4.2000, C-51/96, RN 56, mwN).

Für die Beurteilung der Frage, ob das System eines nationalen, nicht auf Gewinn gerichteten Sportverbandes, den Abschluss von individuellen Sponsorverträgen seiner Athleten mit Dritten an eine vorangehende Prüfung und Zustimmung dieses Sportverbandes zu binden, eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 36 EWRA bewirkt, ist aus rechtlicher Sicht entscheidend, ob sich als Folge eines solchen Systems die Freiheit eines Athleten zur Erbringung eigenständiger Marketing-Dienstleistungen als weniger attraktiv darstellt; bewirkt dieses System eine solche Einschränkung, so gilt dies auch in Bezug auf eine im Rahmen dieses Systems seitens des Verbandes konkret erfolgte Ablehnung eines Antrages des Athleten auf Abschluss eines individuellen Sponsorvertrages.

Ein derartiges System – und eine im Rahmen dieses Systems konkret erfolgte Ablehnung – ist dann rechtmäßig, wenn sowohl das System als auch die Ablehnung tatsächlich jeweils ein legitimes Ziel verfolgen, das durch ein überwiegendes öffentliches Interesse – wie zB Rekrutierung und Ausbildung, insbesondere von Jugendlichen, zum Berufs- oder Breitensport – gerechtfertigt werden kann, und beide Maßnahmen jeweils geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen und nicht über das hinausgehen, was zur Zielerreichung notwendig ist. Die Beweislast hierfür obliegt demjenigen, der die Eingriffsmaßnahme setzt; sie reicht jedoch nicht so weit, dass der positive Beweis dafür notwendig wäre, dass die Zielerreichung mittels keiner von sonst denkbaren Maßnahmen möglich ist. Um zu beurteilen, ob die Zielverfolgung tatsächlich in einer konsistenten und systematischen Weise erfolgt, können weder das System noch eine konkrete Ablehnung isoliert beurteilt werden; vielmehr müssen beide Maßnahmen jeweils im Lichte sämtlicher Möglichkeiten, die dem Athleten für individuelle Marketing-Aktivitäten zur Verfügung stehen, betrachtet werden.

Eine im Rahmen eines solchen Systems konkret getroffene Entscheidung des nationalen Sportverbandes muss auf einem fairen Gleichgewicht zwischen den Interessen des Verbandes und des betroffenen Athleten basieren. Diese Entscheidung muss begründet und dem Athleten innerhalb angemessener Frist mitgeteilt werden. Darüber hinaus muss auch eine Appellationsmöglichkeit gegen diese Entscheidung an ein vom nationalen Verband unabhängiges Gremium gegeben sein. Unter solchen Rahmenbedingungen kann der Verband die einzelnen Anträge auf Abschluss individueller Sponsorverträge allenfalls auch mit unterschiedlichen Ergebnissen erledigen. Da das EWRA diesbezüglich nichts regelt, sind die Konsequenzen für den Fall, dass eine solche Entscheidung den vorgenannten prozessualen Anforderungen nicht gerecht wird, vom nationalen Gericht nach den Prinzipien der Äquivalenz und der Effektivität festzulegen.

### **BVerfG v 23. 10. 2018, 1 BvR 2523/13**

#### **Art 19 GG; § 44 BundesnaturschG (Genehmigungsverweigerung für Windenergieanlage – Risiko der Kollision von Greifvögeln [Rotmilan] – Reichweite verwaltungsgerichtlicher Kontrolle iZm Tötungsverbot für besonders geschützte Tierarten)**

Einem Gericht ist durch die Verfassung nicht auferlegt, ein außerrechtliches tatsächliches Erkenntnisdefizit aufzulösen. Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitest möglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und

Praxis, zwingt Art 19 Abs 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen oder zur Erstellung einer unabhängigen eigenständigen Einschätzung, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung die Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen, insoweit diese plausibel erscheint; die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle folgt hier also nicht aus einer der Verwaltung (gegebenenfalls rechtswidrig) eingeräumten Einschätzungsprärogative und bedarf auch keiner eigenständigen gesetzlichen Ermächtigung.

In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber der Verwaltung und den Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen »Erkenntnisvakuum« übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung – wie z.B. durch die Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden – sorgen.

#### VfGH v 4.10.2018, G 48/2018

##### Art 6 EMRK; § 252 StPO

Wenngleich Art 6 EMRK den Sachverständigenbeweis nicht ausdrücklich erwähnt (Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantiert die Waffengleichheit beim Zeugenbeweis), ergeben sich doch auch für diesen aus dem angeführten Grundrecht abzuleitende, den Gesetzgeber bindende Vorgaben. So müssen entsprechende Regelungen sicherstellen, dass ein Sachverständiger grundsätzlich sowohl vom Entscheidungsorgan als auch von den Parteien in vergleichbarer Weise unabhängig ist wie das Entscheidungsorgan selbst; ferner ist das Verfahren so auszugestalten, dass die Möglichkeit besteht, die Bestellung anderer Sachverständiger zu erwirken, die nicht in einem auch nur anscheinmässigen Abhängigkeitsverhältnis zu einer Verfahrenspartei stehen oder die – gleichsam *compensando* – das »Vertrauen der Gegenpartei« genießen. Der EGMR hat wiederholt ausgesprochen, dass die in Art 6 Abs 1 EMRK in der spezifischen Ausformung des Art 6 Abs 3 lit d EMRK verankerten Garantien auch in Ansehung des Sachverständigenbeweises zum Tragen kommen, wobei die prozessuale Stellung des Sachverständigen während des gesamten Verfahrens sowie die Art und Weise seiner Funktionsausübung zu berücksichtigen sind. Das nationale Recht muss hinreichende Schutzvorkehrungen bieten, die sicherstellen, dass die Fairness des Verfahrens und das Prinzip der Waffengleichheit garantiert sind. Diesen Anforderungen steht § 252 Abs 1 und 2 StPO nicht entgegen.

#### VfGH v 10.10.2018, G 144/2018

##### Art 47 EGRC; Art 140 B-VG; § 10 EnergieeffizienzG

Als ein Katalog von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten bildet die EGRC zwar grundsätzlich einen Prüfungsmaßstab im generellen Normenkontrollverfahren; dem VfGH ist es allerdings verwehrt, verfassungsgesetzliche Bestimmungen des nationalen Rechts – wie § 10 EnergieeffizienzG – am Maßstab der EGRC zu prüfen.

Dem unionsrechtlichen System des Anwendungsvorranges steht ein nationales Normenkontrollverfahren nicht entgegen: Ergibt nämlich die Prüfung eines einfachen Gesetzes keinen Verstoß gegen die EGRC, ist damit auch eine wesentliche Voraussetzung für den der EGRC zukommenden Anwendungsvorrang nicht gegeben, während umgekehrt die Aufhebung des Gesetzes dazu führt, dass zugleich auch dem Anwendungsvorrang effektiv Genüge getan ist.

Wird in einem Individualantrag hingegen der Verstoß einer innerstaatlichen Verfassungsbestimmung gegen die EGRC geltend gemacht, so kann dies selbst bei Zutreffen dieses Vorbringens nicht zur Aufhebung der bekämpften Norm führen; allerdings ist der VfGH in einem solchen Fall gehalten, gesondert zu prüfen, ob ein Eingriff in die Rechtssphäre des Antragstellers deswegen nicht vorliegt, weil die angefochtene Verfassungsbestimmung ohnehin infolge des Anwendungsvorranges der EGRC nicht zum Tragen kommt.

#### VfGH v 10.10.2018, G 49/2017

##### Art 7 B-VG

Das Finanzstrafrecht schützt durch spezifische Deliktstypen den Besteuerungsanspruch des Steuergläubigers und bildet ein eigenständiges Ordnungssystem; es ist deshalb mit dem Normensystem des StGB nicht zu vergleichen.

#### VwGH v 22.10.2018, Ra 2018/16/0178

##### § 3 ALSanG

»Regeln« oder »Stand der Technik« haben keinen normativen Charakter, sondern geben bloß ein bestimmtes oder bestimmbares Fachwissen wieder; sie gehören daher ausschließlich dem Tatsachenbereich an.

#### VwGH v 24.10.2018, Ro 2017/10/0010

##### § 10 ApG; § 29 ApG; § 53 ApG

Da die Möglichkeit der Zurücknahme einer Hausapothekenbewilligung ein Nebeneinander einer Hausapo-

thekebewilligung und einer Apothekenkonzession geradezu voraussetzt, folgt daraus, dass hinsichtlich gleichzeitig laufender Verfahren zur Erteilung einer Hausapothekenbewilligung einerseits und einer Apothekenkonzession andererseits kein Konkurrenzverhältnis dahingehend besteht, dass die Erteilung einer Bewilligung die Nichterteilung der Bewilligung im anderen Verfahren zur Folge hätte; daher ist das Vorliegen einer entsprechenden Verwaltungsverfahrensgemeinschaft zu verneinen.

#### LVwG OÖ v 13.12.2018, LVwG-000293

Art 13 EMRK; Art 47 EGRC; Art 129 B-VG; VO 1935/2004 (Lebensmittelaffine Gebrauchsgegenstände); VO 1169/2011 (LM-InformationsVO); § 5 LMSVG; § 15 LMSVG; § 90 LMSVG; § 33 UWG

Aus der Garantie des effektiven Rechtsschutzes folgt zwar grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, angefochtene Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen. Dies gilt auch dann, wenn die zugrundeliegende gesetzliche Regelung – hier: § 90 Abs 1 Z 5 LMSVG – außerrechtliche fachliche Beurteilungen erfordert. Wenn und soweit im Gesetz oder unterhalb der gesetzlichen Vorgabe keine normativen Konkretisierungen für die fachliche Beurteilung solcher gesetzlicher Tatbestandsmerkmale bestehen, müssen sich Behörde und Gericht zur fachlichen Aufklärung dieser Merkmale unmittelbar der Erkenntnisse der Fachwissenschaft und -praxis bedienen. Fehlt es allerdings auch in den einschlägigen Fachkreisen und in der einschlägigen Wissenschaft an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für eine solche fachliche Beurteilung, dann ist nach Sinn und Zweck der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie über die im Rahmen bestehender Erkenntnis mögliche Überprüfung der Vertretbarkeit der behördlichen Annahmen hinaus keine weitere eigenständige, von der behördlichen Entscheidung unabhängige Einschätzung durch das Gericht geboten; vielmehr kann das Gericht seiner Entscheidung insoweit eine – auch aus seiner Sicht plausible – Einschätzung der Behörde zugrunde legen (vgl näher jüngst BVerfG vom 23.10.2018, 1 BvR 2523/13, RN 19 bis 22, RN 25 und RN 28 f).

Davon ausgehend war im vorliegenden Fall festzustellen, dass (zumindest gegenwärtig) weder eine Rechtsvorschrift (Gesetz, Verordnung oÄ) noch ein allgemein anerkanntes naturwissenschaftliches Messverfahren zur Feststellung und Quantifizierung von Geruchs- und Geschmacksbeeinträchtigungen existiert, und zwar nicht einmal insoweit, dass eine objektive Unterscheidung der Konsequenz solcher Beeinträchtigungen nach den groben Kategorien einer bloßen Wert-

minderung des Lebensmittels iSd § 5 Abs 5 Z 4 LMSVG einerseits und dessen Ungeeignetheit zum menschlichen Verzehr iSd § 5 Abs 5 Z 2 LMSVG andererseits möglich wäre; insbesondere können auch DIN-Regelungen schon im Hinblick auf rechtsstaatliche Bedenken dahin, dass diese nicht öffentlich bzw zumindest nicht barrierefrei zugänglich sind, nicht als solche Normen angesehen werden.

Angesichts dessen, dass die vom LVwG methodengleich durchgeführte Beweisaufnahme zu einer maßgeblichen Abweichung hinsichtlich der seitens der AGES vorgenommenen Bewertung führte, ergibt sich, dass Urteile in Bezug auf Geruch und Geschmack jedenfalls gegenwärtig – und vor allem in einem eher diffusen Unterschwellenbereich – noch nicht in eindeutiger Form objektivierbar sind bzw. anderes gewendet: derartige Werturteile objektiv nicht als plausibel erscheinen.

Es zählt zum Kernbereich des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens und nicht erst des gerichtlichen Rechtsmittelverfahrens –, im Zweifelsfall die von einem Sachverständigen zu seiner Gutachtenserstellung herangezogenen Methoden aufzuklären. Wird dies unterlassen, läuft dies nämlich (von Fällen, in denen die Nachvollziehbarkeit der Schlussfolgerung klar auf der Hand liegt, abgesehen) darauf hinaus, dass vorerst gleichsam eine Bestrafung auf einen bloß vagen Anscheinsverdacht hin erfolgt. Eine solche Vorgangsweise ist jedoch – erst recht, wenn sie de facto als Regelform praktiziert wird – mit dem rechtsstaatlichen Grundprinzip nicht vereinbar, weil dies vorhersehbar in allen Fällen, in denen eine Beschwerdeführung vornehmlich infolge einer wirtschaftlichen Kosten-/Nutzenabwägung unterlassen wird, zur Akzeptanz von rechtsfehlerhafter Bestrafung führen würde; solche Fälle sind aber angesichts des für das Verwaltungsstrafrecht typischerweise geringen tatsächlichen Strafausmaßes durchaus zahlreich und daher quantitativ offenkundig nicht vernachlässigbar.

Die in der VO 1935/2004 normierten Kennzeichnungspflichten treffen (anders als etwa nach dem differenzierten Modell der »Stufenverantwortung« gemäß Art 8 der Verordnung [EU] 1169/2011 [sog »Lebensmittelinformationsverordnung«], die jedoch [arg »unbeschadet« in Art 1 Abs 4 der VO 1169/2011] stets nur subsidiär zum Tragen kommt) jeden Unternehmer, der einen lebensmittelaffinen Gebrauchsgegenstand iSd Art 2 Abs 1 lit b der VO 1935/2004 in Verkehr bringt, in vollem Umfang (sog »Kettenverantwortung«). Davon ausgehend ist das Vorbringen des Bf, dass er in seinem Unternehmen ein effizientes Kontrollsystem installiert habe, ebenso wie sein Einwand, dass sich (allenfalls vorhandene) Etiketten durch Manipulationen von Kunden im Verkaufsraum abgelöst haben können, nicht geeignet, eine fehlende Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens

im Hinblick auf § 33 Abs 1 UWG zu erweisen (sondern allenfalls sein diesbezüglich geringes Verschulden).

### LVwG OÖ v 11.12.2018, LVwG-413096

Art 49 AEUV; Art 56 AEUV; Art 129 B-VG; § 52 GSpG

Aus dem Blickwinkel der verfassungsmäßigen Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die zentral darin besteht, den Bürger vor rechtswidrigen Eingriffen der Gesetzgebung und der Verwaltung zu schützen, erscheint es schon als a priori verfehlt, den Materialien im Zuge der Auslegung von Gesetzen eine vorrangige Bedeutung beizumessen; denn auf diese Weise würden in der Regel – und damit letztlich gleichsam systematisch – jene Versäumnisse, die der Behörde im Gesetzgebungsprozess unterlaufen sind und die zu korrigieren im Übrigen ohnehin unschwer zu ihrer Disposition steht, im Nachhinein und zugleich im Widerspruch zum angesprochenen Verfassungsauftrag zu Lasten der Normunterworfenen, denen eine solche Möglichkeit gerade nicht zukommt, substituiert. Im Besonderen kommt den Gesetzesmaterialien im Zuge einer unionsrechtlichen Kohärenzprüfung allenfalls die Qualität einer rechtspolitischen Absichtserklärung jener Stelle zu, die diese verfasst hat (hier also: des Bundesministeriums für Finanzen).

Auf der Ebene der rechtspolitischen Zielsetzungen liegt die vorrangige Intention des GSpG in einer Auslagerung bzw in einer mit Konkurrenzschutz verbundenen Privatisierung des Glücksspielangebotes, wobei zudem eine Intensivierung des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung sowie eine Erhöhung bzw Maximierung der Staatseinnahmen einander jeweils zumindest gleichwertige Teilstrategien bilden; vor diesem Ausgangspunkt verkörpern sodann auf der Ebene der (generellen) Maßnahmenbeurteilung – wie die gänzlich einseitig ausgeübte Kontrolltätigkeit durch Exekutive und Behörde zeigt – letztlich nicht Spielerschutz und Suchtvorbeugung, sondern der Konkurrenzschutz zugunsten der Bewilligungsinhaber und die Sicherung der Abgabebeneinhebung das tatsächliche Primärziel des glücksspielrechtlichen Monopolsystems.

Dem gegenüber stell(t)en die Spielsucht und Kriminalität weder zum Zeitpunkt der Erlassung der Stammfassung des GSpG (BGBl 620/1989) noch im Zuge der Systemmodifikation durch BGBl I 73/2010 noch gegenwärtig ein einen dringenden staatlichen Handlungsbedarf begründendes gesellschaftliches Problem dar, zumal verbotenes Glücksspiel tatsächlich nicht als gerichtlich strafbare Handlung, sondern lediglich als eine Ordnungswidrigkeit sanktioniert wird, sodass anstelle einer sozialen Stigmatisierung der bloße Bußgeldcharakter im Vordergrund steht; außerdem sind in Bezug

auf das Automatenglücksspiel – im Gegensatz zu den hochrentablen Glücksspielarten (va Lotto) keine Werbeaktivitäten erkennbar, die einen Lenkungseffekt von den verbotenen hin zu den legalen Angeboten intendieren.

Wenngleich ein System von Eingriffsbefugnissen, wie dies dem GSpG zu Grunde liegt, als zur Erreichung von Zielen wie Spielerschutz, Suchtprävention, Kriminalitätsbekämpfung, Kriminalitätsvorbeugung, Vollprivatisierung des Glücksspielangebotssektors, zweckbeschränkte Werbemaßnahmen und Maximierung der daraus erzielbaren Staatseinnahmen allenfalls objektiv abstrakt geeignet erscheinen mag, fehlt es diesem jedoch konkret schon von vornherein an jenem rechtsstaatlich gebotenen Korrektiv, das es einem Betroffenen effektiv ermöglicht, einen in diesem Zusammenhang begangenen behördlichen, vor allem aber exekutivorganlichen Missbrauch effektiv zu verhindern, zumal nicht nur – ex ante – ein richterlicher Vorbehalt gänzlich fehlt, sondern auch – ex post – den einschlägigen Rechtsmitteln eine aufschiebende Wirkung teilweise nicht ex lege zukommt, sondern eine solche allenfalls erst im Nachhinein zuerkannt werden kann. Abgesehen davon, dass die erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte die Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK bzw des Art 47 EGRC jedenfalls insoweit nicht erfüllen können, als diese ein für Behörden konzipiertes, durch Prinzipien wie Amtswegigkeit, Amtssachverständige, Beweislastumkehr etc. gekennzeichnetes Verfahrensrecht anzuwenden haben, wird so dem europarechtlichen Grundrechtsstandard nicht entsprochen. Zudem ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass eine auf der Hand liegende und zugleich weniger eingriffsintensive Alternative zu einer Monopolkonzeption darin bestünde, unter grundsätzlicher Beibehaltung des bestehenden Systems (lediglich) die zahlenmäßige Limitierung der zu vergebenden Konzessionen (sowie allenfalls auch der aufzustellen erlaubten Glücksspielautomaten) zu eliminieren.

### LVwG OÖ v 12.11.2018, LVwG-301729

§ 7d AVRAG; § 7i AVRAG

Nachdem eine Bereithaltspflicht nur für solche Lohnunterlagen besteht, die bereits existieren, im vorliegenden Fall die Dienstverhältnisse jedoch erst wenige Stunden vor der Kontrolle begonnen hatten und kurz danach bereits wieder beendet waren, sodass angesichts dessen, dass alle 33 Arbeitnehmer ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Österreich hatten und hier zur Sozialversicherung angemeldet waren, weshalb seitens des Bf. auch kein Dienstzettel auszustellen war, war das angefochtene Straferkenntnis mangels Tatbestandsmäßigkeit aufzuheben.

LVwG Wien v 22.10.2018,  
VGW-021/054/11276/2017

Art 17a StGG; § 14 TNRSchG

Die Strafnorm des § 14 Abs 4 TNRSchG ist ihrer Zielsetzung nach nicht darauf gerichtet, künstlerische Betätigung zu verhindern; im Zuge einer Abwägung gegenüber der durch Art 17a StGG geschützten künstlerischen Freiheit ergibt sich angesichts dessen, dass ein kurzes szenisches Rauchen von (überdies nikotinfreien) Kräutertzigaretten durch einzelne Darsteller eines Theaterstücks während einer Aufführung das Ziel des Schutzes der Nichtraucher in nur sehr geringem Ausmaß beeinträchtigt, dass insoweit keine Bestrafung wegen Übertretung des § 13 Abs 1 TNRSchG erfolgen darf.