

## Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in (nichtamtlichen) Leitsätzen

April 2020

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 2.4.2020, C-715/17 (POL/HUN/CZE)

Beschluss 2015/1523/EU (Verteilung zur Aufnahme von Asylwerbern)

Polen, Ungarn und Tschechien haben dadurch gegen ihre aus Art 5 Abs 2 des Beschlusses 2015/1523/EU resultierende Verpflichtung zur Umsiedelung verstoßen, dass diese drei Staaten nicht bekannt gegeben haben, wie viele Asylwerber in ihr Hoheitsgebiet umgesiedelt werden können.

#### EuGH v 19.3.2020, C-406/18 (HUN)

Art 47 EGRC; RL 2013/32/EU (AsylRL)

Art 46 Abs 3 RL 2013/32/EU steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die den Gerichten nur die Befugnis verleiht, Entscheidungen der zuständigen Behörden auf dem Gebiet des internationalen Schutzes aufzuheben, nicht aber sie abzuändern. Im Fall der Zurückverweisung an die Behörde ist jedoch binnen kurzer Frist eine neue Entscheidung zu erlassen, die im Einklang mit der im Aufhebungsurteil enthaltenen Würdigung steht. Wenn darüber hinaus ein nationales Gericht – nach einer umfassenden ex-nunc-Prüfung aller maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände – entschieden hat, dass dem betreffenden Antragsteller aus den Gründen internationaler Schutz zuzuerkennen ist, auf die er seinen Antrag gestützt hat, die Behörde jedoch anschließend eine gegenteilige Entscheidung trifft, muss dieses Gericht, wenn das

nationale Recht keine Mittel vorsieht, die es ihm ermöglichen, seinem Urteil Geltung zu verschaffen, diese Entscheidung, die seinem früheren Urteil nicht entspricht, abändern und sie durch seine eigene Entscheidung ersetzen, wobei es die nationalen Rechtsvorschriften, die es an diesem Vorgehen hindern würden, gegebenenfalls unangewendet lassen muss.

#### EuGH v 19.3.2020 C-564/18 (HUN)

Art 47 EGRC; RL 2013/32/EU (AsylRL)

Art 33 der RL 2013/32/EU steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der ein Antrag auf internationalen Schutz als unzulässig abgelehnt werden kann, weil der Antragsteller über einen Staat in das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats eingereist ist, in dem er keiner Verfolgung oder Gefahr eines ernsthaften Schadens ausgesetzt ist oder in dem ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet ist.

Art 46 Abs 3 der RL 2013/32/EU iVm Art 47 EGRC steht einer nationalen Regelung entgegen, die einem Gericht eine Frist von acht Tagen für seine Entscheidung setzt, wenn dieses Gericht nicht in der Lage ist, innerhalb einer solchen Frist die Wirksamkeit der materiellrechtlichen Vorschriften und der dem Antragsteller vom Unionsrecht gewährten Verfahrensgarantien zu gewährleisten.

►

## B. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

---

EGMR v 5.3.2020, 4501/20

Art 6 EMRK; Art 13 EMRK; Art 35 EMRK

Unzulässigkeit Beschwerde gem Art 35 Abs 3 lit a EMRK: Soweit der Bf die Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung der innerstaatlichen Gerichte rügt, würde der EGMR als ein viertinstanzliches Gericht agieren, wenn er eine dementsprechende Überprüfung vornähme; davon abgesehen war es dem Bf möglich, in den innerstaatlichen Verfahren seinen Standpunkt angemessen zu vertreten, wobei dem EGMR die Bewertung seines Vorbringens durch die nationalen Gerichte weder als parteiisch noch als offenkundig unvertretbar erscheint; zudem haben sich keine Anhaltspunkte dafür erkennen lassen, dass die innerstaatlichen Verfahren in anderer Weise unfair geführt worden wären.

## C. EFTA-Gerichtshof

---

EFTA-GH v 4.2.2020, E-5/19

Art 1 RL 2003/6/EG (Marktmissbrauch-RL)

Reale Transaktionen können falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Finanzinstrumenten, der Nachfrage danach oder deren Kurs geben. Daher sind sie nicht vom Anwendungsbereich des Art 1 Abs 2 lit a der RL 2003/6/EG ausgenommen. Die Beurteilung von falschen oder irreführenden Signalen muss auf objektiven Faktoren basieren und das Ergebnis der Transaktion und ihres Effekts berücksichtigen. In die Beurteilung, ob eine Transaktion falsche oder irreführende Signale gibt, kann das wirkliche Interesse am Kauf oder Verkauf des Wertpapiers zwar nicht von selbst ein notwendiger oder ausreichender Beweis zur Feststellung von Marktmanipulation sein, kann aber die Feststellung der objektiven Faktoren unterstützen.

## D. Bundesverfassungsgericht (BRD)

---

BVerfG v 6.2.2020, 2 BvR 1719/19

Art 2 GG; Art 12 GG

Über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist aufgrund einer Folgenabwägung zu entscheiden, wobei die für eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe so schwerwiegend sein müssen, dass sie den Erlass einer einstweiligen Anordnung unabweisbar

machen. Bei der Folgenabwägung sind die Auswirkungen auf alle von der angegriffenen Regelung Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur die Folgen für die Antragstellerin.

Erginge die einstweilige Anordnung nicht und hätte die Verfassungsbeschwerde Erfolg, wäre eine über die Gestattung des § 2 Abs 4 der 2. BayIfSMV hinausgehende Öffnung von Ladengeschäften, Einkaufszentren und Kaufhäusern des Einzelhandels, deren Betreiber durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 20 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche, zu Unrecht untersagt, soweit die Verkaufsfläche 800 m<sup>2</sup> überschreitet. Dies führte für die Inhaber derartiger Ladengeschäfte zu einem Eingriff in ihre durch Art 12 Abs 1 GG geschützte Berufsfreiheit und hat aufgrund der damit verbundenen Umsatzeinbußen erheblich nachteilige wirtschaftliche Folgen.

Erginge dagegen die beantragte einstweilige Anordnung und hätte die Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg, hätte die beantragte einstweilige Außervollzugsetzung des § 5 Abs 2 Nr 1 der 2. BayIfSMV in Gestalt der Änderung der 2. BayIfSMV vom 28.04.2020 zur Folge, dass zahlreiche große Ladengeschäfte ihre Verkaufsflächen unbegrenzt für den Kundenverkehr öffnen würden. Mit der Beschränkung der für den Publikumsverkehr geöffneten Verkaufsfläche entfielen eine vom Verordnungsgeber gewählte Maßnahme, die – was hier nicht abschließend beurteilt werden kann, aber im Rahmen der Folgenabwägung im Anschluss an die Ausführungen des BayVwGH unterstellt werden muss – geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, die Infektionsraten des Corona-Virus durch eine Begrenzung der persönlichen Kontakte möglichst gering zu halten. Infolgedessen könnten sich die Gefahren der Erkrankung vieler Personen an CoViD-19 mit teilweise schwerwiegenden und tödlichen Krankheitsverläufen sowie einer Überlastung der gesundheitlichen Einrichtungen erhöhen, obwohl dem durch eine Beschränkung der Öffnung von Ladengeschäften, Einkaufszentren und Kaufhäusern des Einzelhandels in verfassungsrechtlich zulässiger Weise hätte entgegengewirkt werden können.

Gegenüber den somit bestehenden Gefahren für Leib und Leben, vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art 2 Abs 2 GG auch verpflichtet ist, müssen die mit der angegriffenen Regelung verbundenen Beschränkungen der Berufsfreiheit und die wirtschaftlichen Interessen der Inhaber von Ladengeschäften, Einkaufszentren und Kaufhäusern des Einzelhandels derzeit zurücktreten. Wie auch der BayVwGH in seinem Beschluss vom 27.4.2020 ausgeführt hat, ist insofern zu

berücksichtigen, dass die angegriffene Regelung bereits mit Ablauf des 3. 5. 2020 außer Kraft tritt und mithin ein zeitlich eng befristeter Eingriff in die Berufsfreiheit vorliegt. Die Regelung des § 2 Abs 4 und 5 der 2. BayfSMV ist sodann unter Berücksichtigung der neuen Entwicklungen der Corona-Pandemie vor einer etwaigen Fortschreibung erneut zu prüfen. Im Rahmen der Folgenabwägung ist zudem zu berücksichtigen, dass nach dieser Vorschrift nunmehr auch die Öffnung von sonstigen Ladengeschäften, Einkaufszentren und Kaufhäusern des Einzelhandels zulässig ist, wenn diese ihre Verkaufsfläche auf 800 m<sup>2</sup> begrenzen. Dies ermöglicht auch der Antragstellerin fortan eine Öffnung ihres Modehauses, wodurch der geltend gemachte Umsatzausfall zumindest abgemildert wird.

## E. Verfassungsgerichtshof

### VfGH v 10. 3. 2020, G 163/2019

Art 7 B-VG; § 120 FPG

Aufhebung des § 120 Abs 1b FPG, weil die dort vorgesehene Mindeststrafe von 5.000 Euro in keinem angemessenen Verhältnis zum Verschuldensgrad und zur Schadenshöhe steht.

### VfGH v 27. 2. 2020, V 31/2019

F-VG; Bgld AWG

Keine Gesetzwidrigkeit der VO einer Gemeinde betreffend die – hinreichend bestimmte – Gebühr für die Benützung einer Abfallsammelstelle; Berechtigung der Gemeinde zur Einhebung von Gebühren für die Abfallsammelstelle als Gemeindeeinrichtung iSd F-VG bei Einhaltung der Grundsätze der Gebührenerhebung nach dem Bgld AWG; mutmaßlicher Jahresertrag der Gebühren für Erhaltung und Betrieb der Gemeindeeinrichtung übersteigt nicht das doppelte Jahreserfordernis; Gebührenvorschreibung erfolgt umsatzsteuerlich im Rahmen eines Betriebs gewerblicher Art.

## F. Oberster Gerichtshof

### OGH v 17. 3. 2020, 10 Ob 44/19x

Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH in Sachen »Dieselskandal«

Der Kl kaufte ein KFZ, das vom sogenannten »Dieselskandal« betroffen war: Das Fahrzeug war mit einer »Umschaltlogik« ausgestattet, die bewirkte, dass bei der

Emissionsprüfung ein anderer Betriebsmodus – ein solcher mit einer höheren Abgasrückführrate – zum Einsatz kam als im realen Fahrbetrieb; die Abgasrückführrate wirkt sich auf die Emissionen des Fahrzeugs aus. Das für die Erteilung der EG-Typengenehmigung zuständige Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) erteilte die Typengenehmigung, weil ihr die »Umschaltlogik« nicht bekannt war. Nach Bekanntwerden verpflichtete das KBA die Produzentin zur Herstellung des vorschriftsmäßigen Zustands. Die Produzentin stellte daraufhin ein Software-Update vor, das vom KBA als geeignet akzeptiert wurde. Am betroffenen Fahrzeug wurde dieses Software-Update installiert. Es bewirkt, dass der emissionsmindernde Modus auch im realen Fahrbetrieb zur Anwendung kommt, er ist aber nur bei Außentemperaturen von 15 bis 33 Grad C voll wirksam.

Der OGH unterbreitete in diesem Zusammenhang dem EuGH die Frage, ob ein Fahrzeugverkäufer nur ein typengenehmigtes KFZ oder darüber hinaus auch schuldet, dass dieses nicht mit einem verbotenen Konstruktionsmerkmal ausgestattet ist. Weiters soll klargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen der Käufer eine Wandlung (Rückabwicklung des Kaufvertrags) begehren kann.

## G. Verwaltungsgerichtshof

### VwGH v 3. 3. 2020, Ro 2019/04/0012

Art 4 7.ZPMRK; § 366 GewO; § 368 GewO; § 22 VStG

Unter dem Aspekt des Doppelbestrafungsverbotens ist nach der Judikatur des VfGH entscheidend, ob sich die Tatbilder in ihren wesentlichen Elementen decken oder unterscheiden;

Die Tatbestände des § 366 Abs 1 Z 3 GewO einerseits und des § 368 GewO andererseits stehen insoweit zueinander in einem Verhältnis der Scheinkonkurrenz, als dem § 368 GewO kein über § 366 Abs 1 Z 3 GewO hinausgehendes Strafbedürfnis entnommen werden kann: Wenn gleich insoweit zwar weder Spezialität noch Subsidiarität gegeben ist, scheidet eine zusätzliche Bestrafung gemäß § 368 GewO doch infolge Konsumation aus.

### VwGH v 26. 2. 2020, Ra 2019/09/0154

§ 29 VwGVG

Ein geschäftsverteilungsmäßig festgelegter Richterwechsel zwischen der mündlichen Verkündung und der schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses begründet nicht zwingend einen wesentlichen Verfahrensmangel, solange eine formelle und inhaltliche Deckungsgleichheit besteht; ein wesentlicher Verfahrensmangel liegt

aber jedenfalls dann vor, wenn die mündliche Verkündung im Verfahrensprotokoll überhaupt nicht dokumentiert ist.

### VwGH v 3.3.2020, Ra 2020/04/0023

Art 6 EMRK; Art 47 EGRC; § 24 VwGVG

In civil-rights-Angelegenheiten kann trotz eines entsprechenden Antrages von einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werden, wenn zur Klärung des Sachverhalts keine Ermittlungsschritte erforderlich sind, dieser zwischen den Verfahrensparteien unstrittig ist und die rechtliche Beurteilung auf Basis einer gesicherten Rechtsprechung erfolgen kann.

### VwGH v 3.3.2020, Ro 2019/04/0019

§ 111 GewO

Die Tatsache, dass die mit der Vermietung in Zusammenhang stehenden Verwaltungstätigkeiten an Dritte als Reisevermittler übertragen worden sind, liefert für sich allein zwar keinen Aufschluss über das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit bzw die rechtliche Einordnung von Vermietungen über Internetplattformen; allerdings stellt der Umstand häufig wechselnder Mieter ein Indiz dafür dar, dass die damit verbundene Verwaltungsarbeit über die mit einer bloßen Wohnraumvermietung einhergehende Verwaltungstätigkeit hinausgeht und vielmehr eine gewerbliche Beherbergung iSd § 111 Abs 1 Z 1 GewO vorliegt.

### VwGH v 3.3.2020, Ra 2019/04/0131

§ 126 GewO

Die Aufnahme und Weiterleitung einer Beförderungsanfrage, die mit dem Ziel der Konkretisierung der (auf einem Rahmenvertrag beruhenden) Vertragsbeziehung durch Begründung von Beförderungsaufträgen erfolgt und eine konkrete Leistungspflicht mit Entgeltanspruch beinhaltet, ist als Vermittlung einer Personenerforderungsleistung durch ein Verkehrsunternehmen iSd § 126 Abs 1 Z 2 GewO zu qualifizieren.

## H. Verwaltungsgerichte

### LVwG OÖ v 14.4.2020, LVwG-780132

Art 131 B-VG; § 41 FPG; CoViD-VO BGBl II 87/2020

Zurückweisung einer Maßnahmenbeschwerde gegen die Verweigerung der Einreise in das Bundesgebiet:

Insoweit, als die Bf mit ihrer Beschwerde begehren, die Einreiseverweigerung zurückzunehmen und diese aus den Akten zu löschen, kann das LVwG Derartiges selbst dann, wenn § 41 Abs 3 FPG analog zur Anwendung käme, nicht vornehmen.

Davon abgesehen hatten nach der CoViD-VO BGBl II 87/2020 idF 104/2020 Personen, die nach Österreich einreisen wollten, ein ärztliches Zeugnis über ihren Gesundheitszustand mit sich zu führen und vorzuweisen, das ergab, dass der molekularbiologische Test auf SARS-CoV-2 negativ ist, wobei andernfalls die Einreise zu verweigern war. Da die Bf ein solches Zeugnis nicht vorlegen konnten und die Führung eines Kundengesprächs bei einer Bank nicht zu den in §§ 2 bis 5 CoViD-VO festgelegten Ausnahmen zählte, stellte sich daher die Verweigerung der Einreise als rechtmäßig dar.

### LVwG OÖ vom 7.4.2020, LVwG-413604

Art 6 EMRK; Art 47 EGRC; Art 133 B-VG; Art 138 B-VG; § 5 GSpG; § 28 VwGG

**Zurückweisung einer Amtsrevision als unzulässig, weil mit dieser tragend eine verfassungsrechtliche Frage, deren Klärung in den exklusiven Zuständigkeitsbereich des VfGH fällt, geltend gemacht wurde:**

Wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, handelt es sich bei den (früher: »Beschwerde«, nunmehr:) »Revisionspunkten« einerseits und der »Anfechtungsumfangserklärung« andererseits um funktionell einander völlig gleichwertige (gleichgewichtige) Prozessvoraussetzungen, die sich lediglich durch ihre formale Bezeichnung unterscheiden; daraus resultiert, dass an deren Erfüllung jeweils ein und derselbe Maßstab angelegt werden muss.

Ging es dem Gesetzgeber ursprünglich um eine sachgerechte Gleichstellung zwischen von staatlichen Organen erhobenen Amtsbeschwerden einerseits und von Bürgern (bzw allgemein: von staatsfremden Rechtssubjekten) erhobenen Beschwerden hinsichtlich jener Prozessvoraussetzung(en), die den Umfang des Prozessgegenstandes abgrenzten, so hat sich diesbezüglich in der Praxis allerdings (allmählich) eine divergierende Entwicklung ergeben: Insbesondere die Aspekte, dass eine substanzlos-pauschale Anfechtungsumfangserklärung (*»wegen Rechtswidrigkeit wird Revision erhoben«*) hinreicht, dass im VwGG keine bereits auf Gesetz beruhende Beschränkung oder zumindest Präzisierung der Gründe für eine Amtsrevision (nämlich zumindest hinsichtlich jener öffentlichen Interessen, die durch die VwG-Entscheidung tangiert werden) vorgesehen ist (sodass vor dem VwGH mangels gesetzlicher Konkretisierung vielmehr jede unterlaufene Rechtsverletzung

oder unrichtige Gesetzesanwendung geltend gemacht werden kann) und dass die Behörde insofern schon von vornherein aus einer vergleichsweise qualifizierten rechtlichen Position heraus agiert, machen deutlich, dass de facto im Ergebnis offensichtlich keine faktische Gleichstellung zwischen Amtsrevision und »normaler« Parteienrevision – sondern vielmehr eine (jedenfalls tendenzielle) Privilegierung der ersteren – vorliegt.

Eine maßgebliche Divergenz zwischen der mit § 28 Abs 2 VwGG verfolgten gesetzgeberischen Absicht der Gleichstellung zwischen Amts- und Parteienrevision einerseits und der praktischen Handhabung dieser Bestimmung andererseits würde allerdings einen Verstoß gegen das Prinzip eines fairen Verfahrens gemäß Art 6 Abs 1 EMRK und Art 47 EGRC darstellen. Eine dementsprechende verfassungs- und unionsrechtskonforme Interpretation des § 28 Abs 2 VwGG ist daher nicht nur aus diesem Grund, sondern auch deshalb geboten, um der mit dem B-VG getroffenen grundlegenden Systementscheidung einer Trennung zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit gerecht zu werden. Diesem Strukturprinzip liefe es nämlich diametral zuwider, wenn nicht bereits ex lege – und nicht erst auf der Ebene der Judikatur – zuverlässig ausgeschlossen ist, dass mit einer Amtsrevision auch oder sogar ausschließlich verfassungsrechtliche Fragen geltend gemacht werden können, über die dann der zur Lösung von Verfassungsfragen nach dem Konzept des B-VG allein letztkompetente VfGH überhaupt nicht entscheiden kann, weil dieser in Amtsrevisionsverfahren von vornherein in keiner Weise eingebunden ist. Dasselbe Ergebnis resultiert auch aus europarechtlichem Blickwinkel dann, wenn man weiters beachtet, dass das hier in Rede stehende Systemprinzip zusätzlich die Funktion erfüllt, den zwischenzeitlich gestiegenen Anforderungen der EMRK zu entsprechen: Insoweit hält nämlich der EGMR eine widersprüchliche Judikatur nationaler Höchstgerichte im Lichte des Art 6 Abs 1 EMRK va deshalb für konventionswidrig, weil dies dem Grundsatz der Rechtssicherheit zuwiderläuft.

Außerdem darf auch nicht übersehen werden, dass das Instrumentarium der Amtsrevision eine Möglichkeit der Durchbrechung der Rechtskraft von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte darstellt, wobei diesem Institut va in der Judikatur des EuGH eine besonders hohe Bedeutung beigemessen wird. Mit diesen Anforderungen ist jedoch kaum vereinbar, dass in § 28 Abs 2 VwGG die Zulässigkeitsbedingungen für eine Amtsrevision bloß mit der vagen Formulierung einer »Erklärung über den Umfang der Anfechtung« umschrieben werden und es davon ausgehend in der Praxis hinreicht, substanzlos und pauschal »wegen Rechtswidrigkeit Revision zu erheben«. Die Bestandskraft einer Entscheidung des

Verwaltungsgerichtes ist nämlich unter diesen Umständen für einen Durchschnittsbürger nicht ausreichend vorhersehbar und berechenbar. Zudem ist auch zu bedenken, dass der vom EGMR entwickelte Grundsatz, dass ein »overruling« – besonders dann, wenn es um Freiheitsstrafen und die persönliche Schuld eines Beschuldigten geht – nur aufgrund einer eigenständig-unmittelbaren Beweisaufnahme (wie diese in einem Revisionsverfahren vor dem VfGH idR gerade nicht erfolgt) einer Institution, die den Anforderungen eines Gerichtes iSd Art 6 Abs 1 EMRK entspricht, zulässig ist. Dieser Aspekt bedingt also ebenfalls eine dementsprechende Einschränkung der Möglichkeiten einer Rechtskraftdurchbrechung. Daher ergibt sich auch daraus, dass eine bloß zur Sicherstellung der objektiven Rechtmäßigkeit vorgesehene Möglichkeit der Durchbrechung der Rechtskraft kein absolut, nämlich grundrechtliche Gewährleistungen schon von vornherein überwiegendes öffentliches Interesse verkörpert. Vielmehr müssen berücksichtigungswürdige öffentlichen Interessen nicht nur in grundrechtlichen Eingriffsvorbehalten ausreichend verankert, sondern auch bereits im Verfahren vor dem VwG entsprechend nachdrücklich von der Behörde vertreten worden und dadurch »Sache des Beschwerdeverfahrens« geworden sein.

Bei sowohl verfassungs- als auch unionsrechtskonformer Interpretation kann die Anordnung des § 28 Abs 2 VwGG demnach letztlich nur bedeuten, dass die Zulässigkeit einer Amtsrevision nicht im Hinblick auf subjektive Rechte, sondern auf Rechtswidrigkeit im Hinblick auf objektive Interessen, insoweit aber in gleicher Weise spezifisch zu konkretisieren ist und sich diesbezüglich nicht auf Fragen erstrecken darf, die von Verfassungs wegen in die exklusive Letztentscheidungskompetenz des VfGH fallen, also iSd Art 133 Abs 5 B-VG nicht zur Zuständigkeit des VfGH gehören, sodass eine im Lichte des Art 6 Abs 1 EMRK und Art 47 Abs 1 EGRC verpönte höchstgerichtliche Judikaturdivergenz in Verfassungsfragen schon ex ante vermieden wird.

Da die ordentliche Amtsrevision des BMF im vorliegenden Fall konstitutiv damit begründet wurde, dass aus kompetenz-(und damit aus verfassungs-)rechtlicher Sicht eine der Regierungsgewalt der Länder zugewiesene Ausspielung erst bei Erfüllung sämtlicher Vorgaben des § 5 GSpG vorliege, sodass eine bloße Nichterreichung der in dieser Bestimmung normierten Wertgrenzen in Bezug auf den Spieleinsatz nicht hinreiche, um das Vorliegen einer vom Glücksspielmonopol des Bundes – und damit von der Strafnorm des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG – ausgenommenen Landeszuständigkeit annehmen zu können, die Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern jedoch eine solche ist, deren Klärung gemäß Art 138 Abs 1 B-VG

dem VfGH vorbehalten ist, erweist sich sohin die vorliegende Revision wegen Unzuständigkeit des VwGH als iSd § 30a Abs 1 VwGG nicht zur Behandlung geeignet; sie war demgemäß ohne weiteres Verfahren mit Beschluss als unzulässig zurückzuweisen.

#### LVwG OÖ v 10.4.2020, LVwG-413645

Art 47 EGRC; Art 49 EGRC; Art 6 EMRK; Art 7 EMRK;  
Art 1 B-VG; Art 7 B-VG; Art 18 B-VG; Art 133 B-VG; Art 140 B-VG; § 28 VwGG

#### Antrag gem. Art 140 B-VG auf Aufhebung des § 28 Abs 2 VwGG:

Aus der Sicht des Gesetzgebers handelt es sich bei den (früher: »Beschwerde-«, nunmehr:) »Revisionspunkten« einerseits und der »Erklärung über den Umfang der Anfechtung« andererseits um funktionell einander völlig gleichwertige (gleichgewichtige) Prozessvoraussetzungen, die sich lediglich durch ihre formale Bezeichnung unterscheiden. Daraus resultiert, dass an deren Erfüllung jeweils derselbe Maßstab angelegt werden muss;

Gegenüber dieser gesetzgeberisch beabsichtigten Gleichstellung von »Revisionspunkten« und »Anfechtungsumfangserklärung« hat sich in der Praxis allerdings (allmählich) eine divergierende Entwicklung ergeben: Denn als wesentliche Determinanten für eine Amtsrevision resultieren nunmehr, dass deren Anfechtungsumfangserklärung zwar die Prüfungsbefugnis des VwGH begrenzen soll. Allerdings ist dieser Prozessvoraussetzung bereits durch die bloß pauschale Angabe, dass gegen die Entscheidung des VwG »wegen Rechtswidrigkeit Revision erhoben« wird, entsprochen. Funktionell dient eine Amtsrevision in der Praxis der Sicherung der Einheit und Gesetzlichkeit der Vollziehung, sodass dieses Instrumentarium wegen jeder unterlaufenen Rechtsverletzung oder unrichtigen Anwendung des Gesetzes herangezogen werden kann. Weil bezüglich der Abgabe der Anfechtungsumfangserklärung gesetzlich keine inhaltliche Begrenzung normiert ist, kann die belangte Behörde folglich uneingeschränkt Revision wegen behaupteter Rechtswidrigkeit erheben. Dies bedeutet, dass Revisionsgründe iSd § 28 Abs 1 Z. 5 VwGG sowohl auf die Zuständigkeit als auch auf den Inhalt der Entscheidung des VwG als auch auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren bezogen werden können. Die rechtliche Position der belangten Behörde im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ergibt sich aus dem bezüglich des von ihr erlassenen Bescheides zu vertretenden öffentlichen Interesse. Ihre nicht auf subjektiv-öffentliche Rechte eingeschränkte – und insofern qualifizierte (iSv weiter reichende) – rechtliche Position ermöglicht es der Behörde, die Durchsetzung des objektiven Rechtes

umfassend (wenngleich mit dem bloß für den subjektiven Rechtsschutz ausgelegten und insoweit für deren qualifiziertes Rechtsschutzinteresse an sich nicht konzipierten Instrumentarium) zu verfolgen. Damit ist der Behörde die Vertretung der öffentlichen Interessen bezüglich des von ihr erlassenen Bescheides aufgetragen, wobei ihr insoweit ein Rechtsanspruch auf eine inhaltlich bestimmte, den von ihr wahrzunehmenden Interessen Rechnung tragende Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte zukommt;

Insgesamt und objektiv besehen ergibt sich somit der Eindruck, dass eine maßgebliche Divergenz zwischen der mit § 28 Abs 2 VwGG verfolgten gesetzgeberischen Absicht der Gleichstellung zwischen Amts- und Parteienrevision einerseits und der praktischen Handhabung dieser Bestimmung andererseits besteht;

Vor diesem Hintergrund ergeben sich – jeweils näher begründete – verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 28 Abs 2 VwGG im Hinblick auf das demokratische Grundprinzip (Art 1 B-VG) iVm dem allgemeinen (Art 18 Abs 1 B-VG) und dem spezifisch strafrechtlichen (Art 7 Abs 1 EMRK und Art 49 Abs 1 EGRC) Legalitätsprinzip, im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes (Art 7 B-VG bzw Art 2 StGG) und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art 49 EGRC), im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Strukturprinzip der Konzentration der Verfassungsgerichtsbarkeit beim VfGH (Art 133 Abs 5 B-VG), im Hinblick auf das rechtsstaatliche Grundprinzip (Durchbrechung der Rechtskraft) sowie im Hinblick auf die Wahrung des Anscheins eines gerichtlichen Verfahrens, va Äquidistanz zu den Verfahrensparteien (Art 6 EMRK, Art 47 EGRC), wobei sich in diesem Zusammenhang eine bloß verfassungs- und/oder unionsrechtskonforme Interpretation als unzulänglich erweist.

#### LVwG OÖ v 9.4.2020, LVwG-250167

#### § 31 OöBauO; § 17 AVG; § 24 VwGVG; § 2 CoViD-MaßnahmenG

Im gegenständlichen Fall vertritt die Behörde selbst die (zutreffende; vgl zB VwGH vom 24. April 2018, Ra 2018/05/0032, unter Hinweis auf VwGH vom 19. November 1998, 98/06/0058) Auffassung, dass »dem Nachbarn keine Parteienrechte im baupolizeilichen Verfahren zu[stehen], es sei denn, seine subjektiven persönlichen Rechte aus dem Baurecht wären verletzt«. Die Frage, ob bzw gegebenenfalls welche derartigen subjektiven Rechte tangiert werden, kann einerseits die Behörde von Amts wegen ermitteln; andererseits liegt es auch – bzw sogar vorrangig – an den Nachbarn selbst, solche Rechtsverletzungen geltend zu machen. Handelt es sich hierbei

nicht bloß um Schutzbehauptungen, sondern sind die ins Treffen geführten Beeinträchtigungsmöglichkeiten auch bei objektiver Würdigung zumindest denkmöglich bzw nicht gänzlich von der Hand zu weisen, dann muss es den Nachbarn aber zwangsläufig zukommen, sich im Wege einer Akteneinsichtnahme zumindest zu vergewissern, ob und inwieweit eine entsprechende Rechtsverletzungsmöglichkeit überhaupt besteht. Davon ausgehend und insoweit kommt ihnen also (nicht nur im baurechtlichen Genehmigungsverfahren, sondern auch) im baupolizeilichen Verfahren eine eingeschränkte Parteistellung und demgemäß nach § 17 AVG ein (limitiertes) Recht auf Akteneinsicht zu, wobei dieses Begehren von den Nachbarn jeweils vorab entsprechend zu konkretisieren ist.

Wie bereits im hg Erkenntnis vom 12. August 2019, LVwG-250159, betont, ist in solchen Konstellation der in § 2 Oö-ADIG normierte Anspruch auf Auskunftserteilung als subsidiär zu qualifizieren. Dass den Bf im gegenständlichen Fall die begehrte Akteneinsicht tatsächlich – ob zu Recht oder zu Unrecht, ist im vorliegenden, bloß auf das Eventualbegehren der Auskunftsverweigerung beschränkten Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen – verwehrt wurde, vermag daran nichts zu ändern. Denn es ist neuerlich darauf hinzuweisen, dass die Verweigerung der Akteneinsicht gemäß § 17 Abs 4 AVG eine bloße Verfahrensordnung darstellt, die nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht gesondert, sondern lediglich im Zuge einer Beschwerde gegen den das Verfahren abschließenden Bescheid bekämpft werden kann.

Da sich der entscheidungswesentliche Sachverhalt bereits aus dem von der Behörde vorgelegten Akt klären ließ und dieser insoweit auch zwischen den Verfahrensparteien im Grunde unstrittig ist, konnte im Übrigen von der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werden – dies ganz abgesehen davon, dass eine solche insbesondere auch angesichts der gegenwärtigen CoViD-19-Pandemie (vgl § 2 Z 1 des CoViD-19-Maßnahmengesetzes, BGBl I 12/2020, iVm § 1 der VO BGBl II 96/2020) schon deshalb nicht angezeigt war, weil die Bf in ihrem diesbezüglichen Antrag nicht einmal andeutungsweise dargetan haben, welche Sachverhaltsaspekte im vorliegenden Fall zwangsläufig und nur im Wege einer öffentlichen Verhandlung einer Klärung zugeführt werden könnten.

Dazu kommt, dass im Tätigkeitsbereich des LVwG Oö seit dessen Einrichtung am 1. Jänner 2014 notorisch ist, dass bei den Verhandlungen faktisch keine Öffentlichkeit vertreten ist (dh in der Regel nie neutrale Zuhörer anwesend sind), wobei (bzw dies offenbar deshalb, weil) ohnehin sämtliche Entscheidungen dieses Gerichtes über dessen Homepage für jedermann zugänglich sind.

Davon abgesehen kam im vorliegenden Fall auch zum Tragen, dass die Nichtdurchführung der öffentlichen Verhandlung in die jedenfalls vom 22. März 2020 bis (voraussichtlich) zum Ablauf des 31. Dezember 2020 reichende Phase der Wirksamkeit des Art 16 § 3 (iVm. § 6 Abs 1) des Zweiten CoViD-19-Gesetzes, BGBl I 16/2020 (arg. »Wenn aufgrund von Maßnahmen, die zur Verhinderung der Verbreitung von CoViD-19 getroffen werden, die Bewegungsfreiheit oder der zwischenmenschliche Kontakt eingeschränkt ist, sind mündliche Verhandlungen ... nur durchzuführen, soweit dies zur Aufrechterhaltung einer geordneten Verwaltungsrechtspflege unbedingt erforderlich ist«), iVm den §§ 1 ff der VO BGBl II 98/2020 idF. BGBl II 108/2020 fällt. Denn es ist offensichtlich, dass die Abwägung zwischen dem im Falle der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung für die Gesundheit der daran beteiligten Personen entstehenden Risiko einerseits gegenüber dem Umstand, dass daran weder neutrale Zuhörer teilnehmen noch entscheidungsrelevante neue Beweismittel hervorkommen werden, andererseits zu Gunsten des ersteren, höherwertigeren Rechtsguts ausfallen muss.

#### LVwG OÖ v 22.4.2020, LVwG-400440

Art 6 EMRK; § 4 BStMG; § 20 BStMG; § 7 VStG; § 31 VStG; § 32 VStG

Das Delikt des § 20 Abs 1 BStMG kann – ungeachtet dessen, dass nach § 4 BStMG sowohl der Fahrzeuglenker als auch der Zulassungsbesitzer als Schuldner der Benützungsgebühr gelten – nach der insoweit unmissverständlichen Formulierung des Gesetzeswortlauts nur vom Lenker des KFZ in Form der unmittelbaren Täterschaft begangen werden; der Zulassungsbesitzer kann hingegen allenfalls bloß als Beitragstäter iSd § 7 VStG belangt werden. Dazu kommt weiters, dass im BStMG keine dem § 103 Abs 2 KFG oder vergleichbaren Bestimmungen entsprechende Pflicht zur Auskunftserteilung – und erst recht nicht auf Verfassungsebene – festgelegt ist.

Hat die Bf von Anfang an bestritten, das KFZ gelenkt zu haben, sodass der Behörde als einziges Indiz nur deren Eigenschaft als Zulassungsbesitzerin für die Schlussfolgerung vorlag, dass sie auch als Lenkerin fungierte, ist objektiv besehen kein konkret sachverhaltsbezogener Hinweis bezüglich der tatsächlichen Identität des Lenkers erkennbar. Insbesondere konnte aus einem Schweigen bzw vorläufigen Verschweigen von Beweismitteln ein Schluss darauf, dass die Bf als Zulassungsbesitzerin selbst die Fahrzeuglenkerin gewesen ist, nicht auf eine entsprechend apriorische «allgemeine Lebenserfahrung» gegründet werden, zumal bei verfassungskonformer Interpretation der einfachgesetzlichen Rechtslage des § 20 Abs 1 BStMG im Lichte des Art 6 Abs 1 EMRK

eine Rechtfertigung des Zulassungsbesitzers weder faktisch noch rechtlich geboten ist.

Auf Grund der von der belangten Behörde ermittelten Faktenbasis konnte somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Bf iSd § 20 Abs 1 BStMG – nämlich als Lenkerin des KFZ – tatbestandsmäßig gehandelt hat. Vielmehr hätte sie allenfalls als Beitragstätlerin iSd § 7 VStG belangt werden können, wobei in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen ist, dass es sich insoweit um eine Frage der rechtlichen Qualifikation handelt, sodass diesbezüglich nicht die einjährige Verfolgungsverjährungsfrist des § 31 Abs 1 iVm § 32 Abs 2 VStG, sondern die dreijährige Strafbarkeitsverjährungsfrist des § 31 Abs 2 VStG zum Tragen kommt.

Im Ergebnis war daher der gegenständlichen Beschwerde gemäß § 50 VwGVG insoweit stattzugeben, als das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben war, weil objektiv besehen kein nachvollziehbarer Beleg dafür vorliegt, dass die Bf hinsichtlich des ihr angelasteten Deliktes tatbestandsmäßig gehandelt hat; im Übrigen war die Beschwerde hingegen als unbegründet abzuweisen. Ob und in welcher Weise bzw welchem Umfang das Verwaltungsstrafverfahren weitergeführt wird, hat hingegen die belangte Behörde aus eigenem zu beurteilen.

#### LVwG OÖ v 22.4.2020, LVwG-400438

##### § 39 AVG; § 26 ZustG

Davon ausgehend, dass im gegenständlichen Fall allseits unstrittig eine Zustellung ohne Nachweis iSd § 26 Abs 1 ZustG angeordnet wurde, trifft es zwar zu, dass hier die Zustellung der Strafverfügung grundsätzlich als am dritten Werktag nach der Übergabe an das Zustellorgan bewirkt galt. Allerdings kommt diese gesetzliche Vermutung nicht zum Tragen, wenn sie vom Adressaten in Zweifel gezogen wird: In diesem Fall muss die Behörde den tatsächlichen Zustellungszeitpunkt vielmehr von Amts wegen ermitteln. Insoweit hat die Behörde jedoch bloß festgestellt, dass die Strafverfügung dem Zustellorgan an einem bestimmten Tag übergeben wurde. Ob und wann davon ausgehend auch eine tatsächliche Zustellung dieser Sendung an den Bf erfolgte, wurde jedoch nicht erhoben. Angesichts dieser Beweislage durfte daher nicht von einer am Tag der Übergabe an das Zustellorgan zugleich bewirkten Zustellung der Sendung ausgegangen werden. Deshalb war der gegenständlichen Beschwerde stattzugeben und der angefochtene, wegen Verspätung des Einspruchs ergangene Zurückweisungsbescheid aufzuheben.

#### LVwG OÖ v 21.4.2020, LVwG-400435

##### Art 4 7.ZPMRK; § 20 BStMG; § 22 VStG

Wenn dem Rechtsmittelwerber hier – zusammengefasst – angelastet wurde, dass er mit seinem KFZ am 2., am 7. und am 15. Mai 2019 jeweils ohne gültige Klebe- bzw. Digitalvignette mautpflichtige Autobahnen benutzt hat, so liegt insoweit iSd Erkenntnisses des VwGH vom 3.5.2017, Ra 2016/03/0108, RN 22, eine Reihe rechtswidriger Einzelhandlungen vor, die aufgrund der Gleichartigkeit der Begehungsform und der Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs sowie einer diesbezüglichen gesamtheitlichen Sorgfaltswidrigkeit des Täters zu einer Einheit zusammentreten. Dazu kommt, dass es der Straftatbestand des § 20 Abs 1 BStMG, indem er explizit auf die Verpflichtung einer zeitabhängigen Maut abstellt, auf Grund seiner textlichen Fassung nicht erfordert, jede einzelne Handlung als selbständige Tat zu bestrafen, sondern infolge seiner pauschalierenden Tatbildformulierung auch den Schluss zulässt, dass für die Annahme einer tatbestandlichen Handlungseinheit mehrere vorsätzlich oder fahrlässig begangene Einzeltaten nur als ein Delikt anzusehen sind (vgl RN 23 dieses VwGH-Erk.).

Andererseits hatte der Rechtsmittelwerber als Lenker eines PKW im vorliegenden Fall eine zeitabhängige Maut iSd § 10 BStMG durch Aufkleben einer Vignette oder digitale Registrierung seines Kennzeichens geschuldet. Damit bestand aber für ihn gerade keine spezielle Verpflichtung dahin, sich – anders als ein LKW-Lenker – vor, während und nach der Fahrt hinsichtlich der Funktionsfähigkeit elektronischer Mautabbuchungsgeräte zu vergewissern sowie die Anzahl der Fahrzeugachsen zutreffend anzugeben, sodass auch nicht mit jedem einzelnen Fahrtantritt eine diesbezüglich erneute Sorgfaltspflichtverletzung gegeben war. Im gegenständlichen Fall liegen somit sämtliche der im zit VwGH-Erk Voraussetzungen vor, während keines der in der Entscheidung des VwGH v 25.1.2018, Ra 2016/06/0025, als maßgeblich erachteten Spezifika zutrifft. Die sonach gebotene Übertragung des erstgenannten Erk auf den vorliegenden Fall führt daher zu dem Ergebnis, dass die dem Bf angelasteten Übertretungen des § 20 Abs 1 BStMG zu einer Einheit zusammentreten. Es liegt sohin ein fahrlässig begangenes fortgesetztes Delikt vor, sodass vor dem Hintergrund des Art 4 des 7.ZPMRK eine kumulative Bestrafung des Rechtsmittelwerbers unzulässig war. Eine verfassungskonforme Harmonisierung beider hier in Rede stehender VwGH-Erk führt vielmehr dazu, dass lediglich eine einzige Strafe verhängt werden durfte.

**LVwG OÖ v 1.4.2020, LVwG-840201****§ 1 OöVergRSchG; § 23 OöVerGRSchG**

Als öffentliche Auftraggeberin iSd § 1 Abs 1 OöVergRSchG war die FH OÖ Studienbetriebs GmbH – nachdem diese ihre Zuschlagsentscheidung betreffend die Herstellung und Lieferung eines Dünnschichtverdampfers zurückgenommen und dadurch die Bf klaglos gestellt hatte – dazu zu verpflichten, der Bf die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 1.500 Euro zu ersetzen.

**LVwG OÖ v 27.4.2020, LVwG-050169****§ 29 ApG; § 62a ApG**

Da sich in § 62a Abs 2 und 3 ApG – anders als in § 62a Abs 1 ApG – keine zeitliche Befristung findet, ist diese die Rücknahme ärztlicher Hausapothekenbewilligungen betreffende Übergangsvorschrift in Bezug auf öffentliche Apotheken, für deren Betrieb eine Konzession zwischen dem Inkrafttreten der ApG-Novelle BGBl I 41/2006 und dem Wirksamwerden der Aufhebung der vormaligen Bedarfsprüfungsregelung durch den VfGH am 31.10.2006 erteilt wurde, auch gegenwärtig noch maßgeblich.

Davon ausgehend sah § 29 Abs 3 ApG – als *lex specialis* zu § 29 Abs 2 ApG – unmissverständlich vor, dass bei einer Verlegung der Ordination die mit diesem Berufssitz verbundene ärztliche Hausapothekenbewilligung *ex lege* untergeht. Dies bedeutet, dass im Falle der Verlegung eines Ordinationssitzes die in § 29 Abs 1a ApG normierte Nachfolgeregelung nicht zum Tragen kommen, dh eine Hausapothekenbewilligung nicht gleichsam zugunsten des Ordinationsnachfolgers zurückgelegt werden kann, weil die Verlegung des Ordinationssitzes die an diesen gebundene ärztliche Hausapothekenbewilligung rechtlich inexistent werden lässt, sobald die Voraussetzungen des § 29 Abs 3 ApG *de facto* erfüllt sind. Damit ist aber zugleich auch der Nachfolgebewilligung die rechtliche Basis entzogen.