

TEIL I: 35 Punkte

Wie ist die Rechtslage?

Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 27 Abs 1 TSchG

- Ein Zirkus ist gem § 4 Z 11 Tierschutzgesetz (TSchG) eine Einrichtung mit Darbietungen auf dem Gebiet der Tierdressur bzw Akrobatik. Valli Ronaldi (V) betreibt einen Zirkus mit Akrobatik und Wildtierdressur iSd § 4 Z 11 TSchG. Wildtiere sind alle Tiere außer Haus- und Heimtiere (§ 4 Z 4 TSchG). Die Löwen, Tiger und der Elefant sind weder Haus- noch Heimtiere und daher Wildtiere iSd § 4 Z 4 TSchG. (1)
- V möchte mit ihrem Wildtierzirkus in Österreich auftreten; das Wildtierversbot gem § 27 Abs 1 TSchG steht ihrem Vorhaben entgegen. Zu prüfen ist, ob V das Wildtierversbot mit einem Individualantrag gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG iVm §§ 62ff VfGG beim VfGH bekämpfen kann und ob sie damit Erfolg haben wird. (1)
- Ein Individualantrag setzt voraus, dass eine Person behauptet, unmittelbar durch die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein, und das Gesetz ohne die Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder Erlassung eines Bescheids für die Person wirksam geworden ist. (0,5)

1. Zulässigkeit des Individualantrags auf Gesetzesprüfung

- Die Formerfordernisse des Antrags ergeben sich aus den §§ 15, 17, 17a und 62 Abs 1 VfGG. Der Antrag ist schriftlich beim VfGH einzubringen und hat eine Sachverhaltsdarstellung sowie ein bestimmtes Begehren zu enthalten (§ 15 Abs 1 VfGG). (0,5)
- V kann als eigenberechtigte natürliche Person einen Individualantrag auf Gesetzesprüfung stellen. (0,5)
- Prüfungsgegenstand des Gesetzesprüfungsverfahrens gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG ist das Gesetz oder eine bestimmte Gesetzesstelle. V muss ihren Antrag auf den Sitz der Verfassungswidrigkeit beschränken; sie muss die Aufhebung des Wortes „Zirkus“ in § 27 Abs 1 TSchG begehren. (1)
- Steht der bekämpften Norm unmittelbar anwendbares Unionsrecht entgegen, ist ein Individualantrag gem Art 140 B-VG nicht zulässig: Ein Verstoß gegen Unionsrecht ist von den Fachgerichten (hier vom VfGH), allenfalls nach einem Vorlageverfahren beim EuGH gem Art 267 AEUV, zu lösen; steht Unionsrecht dem innerstaatlichen Recht entgegen, ist letzteres nicht anzuwenden. In Frage kommt hier eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit iSd Art 56 AEUV: Da ein Schreiben der Kommission bzgl der Vereinbarkeit des Wildtierversbots mit unmittelbar anwendbarem Unionsrecht vorliegt, ist ein offenkundiger Verstoß von § 27 Abs 1 TSchG nicht anzunehmen. Der Individualantrag ist (in dieser Hinsicht) zulässig. (2)

Unmittelbarer und aktueller Eingriff in die Rechtssphäre

- Der Individualantrag gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG steht dem unmittelbaren Normadressaten zur Verfügung. Der Eingriff in die Rechtssphäre muss eindeutig bestimmt und aktuell sein. (0,5)
- V plant mit ihrem Wildtierzirkus eine Tournee durch Österreich. Das Wildtierversbot gem § 27 Abs 1 TSchG steht diesem Vorhaben entgegen. V ist Normadressatin des § 27 Abs 1 TSchG. (0,5)
- § 27 Abs 1 TSchG normiert ein Verbot, in Zirkussen Wildtiere zu halten oder zur Mitwirkung zu verwenden. Das Zuwiderhandeln steht unter Verwaltungsstrafe gem § 38 Abs 3 TSchG. Dieses Verbot hindert V daran ihr Zirkusprogramm in vollem Umfang, also einschließlich der Nummern mit Wildtieren, in Österreich darzubieten. Es ist nach Art und Ausmaß eindeutig bestimmt und kann ohne weitere Konkretisierung auf V angewendet werden. Es greift unmittelbar in ihre (grund)rechtlichen Positionen ein (s unten); sie ist nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich betroffen. (1)
- Die Tournee in Österreich steht knapp bevor, der erste Auftritt ist bereits angekündigt; das Wildtierversbot wirkt sich schon im Zeitpunkt der Anfechtung aus, da es der geplanten Tournee entgegensteht. Daher ist V auch ak-

tuell beeinträchtigt. Das WildtierverschG iSd § 27 Abs 1 TSchG greift unmittelbar und aktuell in die Rechtssphäre der V ein. (1)

Umwegsunzumutbarkeit

- Der Individualantrag ist darüber hinaus nur zulässig, wenn der Eingriff für den Antragsteller ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung bzw ohne Erlassung eines Bescheides, wirksam geworden ist. V darf kein anderer zumutbarer Rechtsweg zur Verfügung stehen. (0,5)
- V hat noch keinen Bescheid erwirkt: Die telefonische Mitteilung der Behörde ist lediglich eine unverbindliche Auskunft. (0,5)
- Das WildtierverschG gem § 27 Abs 1 TSchG steht unter Verwaltungsstrafe gem § 38 Abs 3 TSchG. V muss kein Verwaltungsstrafverfahren provozieren um die Rechtswidrigkeit der Verbotsnorm einzuwenden; das ist iSd ständigen Rechtsprechung des VfGH kein anderer zumutbarer Rechtsweg. (1)
- Zu untersuchen ist, ob V einen Bescheid erlangen kann: § 27 Abs 3 TSchG legt für die Haltung und Mitwirkung von „Tieren“ in Zirkussen eine Bewilligungspflicht fest. Liest man § 27 Abs 3 TSchG zusammen mit dem WildtierverschG iSd § 27 Abs 1 TSchG, kann sich das Bewilligungsverfahren nur auf von Wildtieren verschiedene Tiere beziehen. Die Bewilligung der Haltung und Mitwirkung von „Wildtieren“ kann daher von vorneherein nicht Gegenstand des Bewilligungsverfahrens sein: Das unmittelbare Verbot des § 27 Abs 1 TSchG wäre von der Behörde gar nicht zu vollziehen; die Voraussetzungen für ein Verfahren iSd § 27 Abs 3 TSchG sind nicht gegeben. Daher ist das Verfahren gem § 27 Abs 3 TSchG kein anderer zumutbarer Rechtsweg. Der Individualantrag ist zulässig. (2)
- Alternative Lösung: Stellt das WildtierverschG lediglich einen Abweisungsgrund dar und damit kein absolutes Verbot, muss V eine Bewilligung beantragen. Dann erlangt sie einen negativen Bescheid und kann ihre Verfassungsbedenken über den verwaltungsgerichtlichen Weg an den VfGH herantragen. Die Aussichtslosigkeit des Antrages schließt nach dem VfGH die Zumutbarkeit nicht aus; der Individualantrag ist nicht zulässig.

2. Begründetheit des Individualantrages

- Prüfungsmaßstab im Rahmen einer Gesetzesprüfung ist die Verfassung; Unionsrecht bildet grds keinen Prüfungsmaßstab: Eine behauptete Verletzung kann daher im Verfahren gem Art 140 B-VG nicht vorgebracht werden. (1)
- Allenfalls ist zu überlegen, ob V einen Verstoß gegen die Europäische Grundrechtecharta (GRC) geltend machen kann: Die GRC bildet einen Prüfungsmaßstab im Verfahren gem Art 140 B-VG, wenn die Rechtsfrage im Anwendungsbereich der Charta gem Art 51 Abs 1 GRC liegt. Zudem müssen die jeweiligen Grundrechte verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten mit Blick auf die Bestimmtheit ihrer Formulierung entsprechen; auf welche dies zutrifft, ist im Einzelfall zu entscheiden. (1 ZP)

Erwerbsfreiheit Art 6 StGG

- Art 6 StGG schützt jede Form der wirtschaftlichen, auf Erwerb gerichteten Betätigung. Es ist grds ein Staatsbürgerrecht, da V deutsche Staatsangehörige und damit Unionsbürgerin ist, erstreckt sich der Schutzbereich auch auf sie. Das Betreiben des Zirkus ist eine wirtschaftliche, auf Erwerb gerichtete Betätigung. Der Schutzbereich ist eröffnet. (1)
- Zu prüfen ist, ob das WildtierverschG des § 27 Abs 1 TSchG in die Erwerbsfreiheit von V eingreift: Ein Eingriff kann entweder durch Antritts- oder Ausübungsbeschränkungen erfolgen. Der Antritt des Zirkusbetriebes wird V nicht gänzlich verwehrt – sie könnte ohne Wildtiere mit ihren Akrobaten auftreten. V wird aber in ihrer Ausübung beschränkt. Der Zirkus „4 Tatzen“ ist wesentlich auf Wildtierdressur spezialisiert, die Löwen, Tiger und der Elefant sind Hauptbestandteil des Programms: Der Zirkus würde ohne Wildtiere nicht besucht werden. § 27 Abs 1 TSchG verbietet das Mitwirken der Wildtiere und greift in die Erwerbsfreiheit von V ein. Zu prüfen ist, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist. (1)
- Das WildtierverschG gem § 27 Abs 1 TSchG verfolgt das in § 1 TSchG festgelegte Ziel „das Leben und das Wohlbefinden der Tiere aus der besonderen Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf zu schützen“. Auch § 2 BVG über Nachhaltigkeit, Tierschutz, Umweltschutz etc legt den Tierschutz als Staatsziel-

bestimmung fest. Wildtiere sind besonders schützenswert, da sie als nicht domestizierte Tiere nicht an die heimischen Bedingungen gewöhnt sind. Es ist daher legitim, restriktivere Schutzbestimmungen bezüglich ihrer Haltung festzulegen als gegenüber anderen Tieren. Das Wildtierversot gem § 27 Abs 1 TSchG dient damit einem im öffentlichen Interesse gelegenen Ziel. (1)

- Das Verbot der Haltung und Mitwirkung von Wildtieren gem § 27 Abs 1 TSchG ist geeignet, den Schutz von Wildtieren zu fördern und das öffentliche Interesse des Tierschutzes zu verwirklichen. (0,5)
- Es ist aber fraglich, ob das absolute Verbot erforderlich ist: Die ständigen Ortswechsel und das Einstudieren unnatürlicher Verhaltensweisen sind charakteristisch für einen Zirkus. Daher ist fraglich, ob gelindere Mittel – wie beispielsweise regelmäßige behördliche Überprüfungen der Haltungsbedingungen der Tiere – ausreichen würden, um die Wildtiere zu schützen. Insofern wäre das Verbot erforderlich. Mit Blick auf die Erlaubnis, Wildtiere in Zoos und für Filmaufnahmen zu halten, könnte dieses Ergebnis allerdings bezweifelt werden: Kommt man zu dem Schluss, Zirkusse und Zoos bzw Filmaufnahmen seien gleich (s sogleich), kann das absolute Verbot für Wildtiere in Zirkussen (nicht aber in Zoos und für Filmaufnahmen) nicht das gelindeste Mittel, also erforderlich, sein. In diesem Sinne scheint es sehr wohl gelindere Mittel zu geben, um Wildtiere zu schützen. Je nach Ergebnis muss die Verhältnismäßigkeit iES geprüft werden. Ob das absolute Wildtierversot Art 6 StGG verletzt, hängt von der jeweiligen Argumentation ab. (3) (Bei stringenter Argumentation erhält man mit beiden Ergebnissen die volle Punktezahl.)

Gleichheitssatz Art 7 B-VG (Art 2 StGG)

- Der Gleichheitssatz verbietet, Gleiches ungleich und Ungleiches gleich zu behandeln ohne, dass dies sachlich gerechtfertigt ist. Der Schutzbereich ist eröffnet. Es ist zu prüfen, ob das Wildtierversot gem § 27 Abs 1 TSchG, das sich nur auf Zirkusse erstreckt, nicht aber auf Zoos oder Filmaufnahmen, eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt. (1,5)
- Die Haltungseinrichtungen Zoo und Zirkus sind auf den ersten Blick miteinander vergleichbar: Es handelt sich um Betriebe, in denen Wildtiere in menschlicher Obhut gehalten und zur Schau gestellt werden. Damit vergleichbar sind auch Filmaufnahmen: Auch hier werden Wildtiere (vor der Kamera) zur Schau gestellt. Das Wildtierversot gem § 27 Abs 1 TSchG bezieht sich lediglich auf Zirkusse, es stellt demnach eine Ungleichbehandlung dar. Es ist daher zu diskutieren, ob es Unterschiede im Tatsächlichen gibt, die diese Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen: Zoos sind gem § 4 Z 10 TSchG dauerhafte Einrichtungen, in denen Wildtiere zwecks Zurschaustellung während eines bestimmten Zeitraums gehalten werden. Die Tiere leben in Gruppen; die Gehege sollen biologischen Bedürfnissen entsprechen; es werden natürliche Verhaltensweisen gezeigt. Gem § 4 Z 11 TSchG werden in Zirkussen Vorstellungen auf dem Gebiet der Reitkunst oder der Tierdressur gezeigt, damit also keine natürlichen Verhaltensweisen präsentiert. Aufgrund der ständigen Ortwechsel sind Zirkusse zudem nicht standortfest. Filmaufnahmen sind Veranstaltungen iSd § 28 TSchG, bei denen (Wild)Tiere verwendet werden. Auch hier werden in der Regel keine natürlichen Verhaltensweisen gezeigt, sondern vielmehr spezifische besondere Darbietungen gefilmt. Zu diskutieren ist, ob aus der Perspektive des Wildtierschutzes damit Unterschiede im Tatsächlichen vorliegen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. (4)

Eigentumsfreiheit Art 5 StGG (Art 11. ZPEMRK)

- Art 5 StGG ist ein Jedermannsrecht. Es schützt alle vermögenswerten Privatrechte. Die Wildtiere stehen im Eigentum von V: Der Schutzbereich ist eröffnet. (1)
- Es ist zu prüfen, ob ein Eingriff vorliegt: Ein solcher kann entweder durch eine Enteignung oder Eigentumsbeschränkung erfolgen. Bei einer Enteignung wird das Eigentum an einer Rechtsposition zwangsweise entzogen und auf eine andere Person übertragen. Dies ist nicht geschehen; V ist nicht enteignet worden. Zu prüfen ist allerdings, ob sie in ihrem Eigentum beschränkt wurde: Eine Eigentumsbeschränkung umfasst jede sonstige Beschränkung der Eigentümerbefugnis. Argumentation, ob ein Eingriff vorliegt bzw ob dieser gerechtfertigt ist. (1,5)

Kunsthfreiheit Art 17a StGG

- Art 17a StGG ist ein Jedermannsrecht. Die Kunstfreiheit schützt das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst sowie deren Lehre. Die Aufführungen mit dressierten Wildtieren können als Vermittlung von Zir-

kuskunst qualifiziert werden. Geschützt wird auch derjenige, der Kunst präsentiert. V ist Zirkusdirektorin; selbst wenn sie nicht mit ihren Tieren auftritt, ist sie dennoch von der Kunstfreiheit geschützt: Als Zirkusdirektorin präsentiert sie Kunst (Anm: Vgl Leiter eines Museums oder Galerist). Der Schutzbereich ist eröffnet. (1,5)

- Art 17a StGG ist ein Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt. Dem Gesetzgeber sind intentionale Eingriffe jedenfalls untersagt: Solche zielen gerade auf die Einschränkung der Kunstfreiheit ab. § 27 Abs 1 TSchG untersagt ua die Mitwirkung bzw Präsentation von Wildtieren im Zirkus. Es liegt ein Eingriff in die Kunstfreiheit vor. Das Verbot zielt aber nicht direkt auf die Einschränkung der Kunstfreiheit ab; das Regelungsziel des § 27 Abs 1 TSchG ist die Förderung des Wildtierschutzes. Daher handelt es sich nicht um einen intentionalen Eingriff. (1,5)
- Ein Eingriff durch allgemeine Gesetze muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Ob der Eingriff gerechtfertigt ist oder ob eine Verletzung von Art 17a StGG vorliegt, hängt von der jeweiligen Argumentation ab (s oben). (0,5)

3. Ergebnis

- Der Individualantrag von V ist zulässig. Seine Erfolgsaussichten hängen von der jeweiligen Argumentation ab, ob V in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt worden ist. (0,5)
- Alternative Lösung: V muss einen Bescheid begehren. Gegen den abweisenden Bescheid kann sie sich an das LVwG und im Anschluss an den VfGH wenden (bzw beim LVwG ein Normenkontrollverfahren anregen). Der VfGH müsste das Erkenntnis des LVwG aufheben, wenn sich dieses auf ein verfassungswidriges (gleichheitswidriges) Gesetz stützt. Ob dies vorliegt, hängt von der jeweiligen Argumentation ab. (Bei stringenter Argumentation erhält man mit beiden Ergebnissen die volle Punktezahl.)

Sprache und Stil (2 Punkte)

Systematisches Herangehen & sinnvolle Gliederung.

Ordentliche Subsumtion und stringente Argumentation.

Verzicht auf alles, was nicht zur Falllösung beiträgt.

Ganze Sätze, nicht bloß Stichworte, Pfeile und Paragraphenangaben.

TEIL II: 30 Punkte

Frage 1 (23 Punkte)

Beurteilen Sie das Geschehen und zeigen Sie Rechtsschutzmöglichkeiten auf!

Festnahme

- Die Festnahme ist als AuvBZ zu qualifizieren. (1)
- Franz (F) erregt lauten Lärm. Zu prüfen ist, ob es sich um eine überörtliche oder eine örtliche Gefahr handelt und Gertrude (G) daher im Rahmen der überörtlichen (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG) oder der örtlichen Sicherheitspolizei (Art 15 Abs 2 B-VG) tätig wird. Die Abwehr des Lärms liegt im ausschließlichen bzw überwiegenden Interesse der Gemeinde und kann innerhalb der örtlichen Gemeindegrenzen besorgt werden. Art 15 Abs 2 B-VG erwähnt explizit die Abwehr ungebührlicher Weise hervorgerufenen störenden Lärms. G wird im Rahmen der örtlichen Sicherheitspolizei tätig. G ist ein Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes iSd § 5 Abs 2 SPG und vollzieht für die LPD Wien das WLSG. (2)
- Obwohl es Nacht ist, spielt F laut Musik und stört damit die Anrainer; diese haben sich bereits beschwert. Er hat daher einen störenden Lärm iSd § 1 Abs 1 Z 2 WLSG erregt. Sein Verhalten lässt jegliche Rücksicht vermissen, welche die Umwelt regelmäßig verlangen kann; es ist daher auch ungebührlich und entspricht dem Tatbild des § 1 Abs 1 Z 2 WLSG: F erregt ungebührlicher Weise einen störenden Lärm und begeht damit eine Verwaltungsübertretung gem § 1 Abs 1 Z 2 WLSG. (2)
- § 35 VStG ermächtigt Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes Personen, die auf frischer Tat betreten werden, unter den Voraussetzungen der Z 1 bis 3 VStG festzunehmen. (1)

- G sieht und hört, dass F laut Musik spielt. G hat den Lärm und damit die Verwaltungsübertretung unmittelbar selbst wahrgenommen. Sie durfte mit gutem Grund zur Auffassung gelangen, dass F die Verwaltungsübertretung begangen hat. G ertappt F auf frischer Tat. (1)
- Gem § 35 Z 3 VStG ist eine Festnahme rechtmäßig, wenn der Betretene trotz Abmahnung in der Fortsetzung der strafbaren Handlung verharret oder sie zu wiederholen sucht. G mahnt F zunächst ab, worauf F das Radio abdreht. Die Abmahnung erfolgt individuell und in engstem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang. F ist sich bewusst, dass G ihn abmahnt. (1)
- Als G sich entfernt, schaltet er die Musik wieder an. Damit verharret er in der Verwaltungsübertretung. Zwischen seiner Handlung und dem Ausspruch der Festnahme besteht ein inhaltlicher Zusammenhang. § 35 Z 3 VStG ist erfüllt. (1)
- Die Festnahme ist gem § 35 VStG iVm § 1 Abs 2 WLSG rechtmäßig. (1)
- Zu prüfen ist, ob die Festnahme gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf persönliche Freiheit iSd Art 1 PersFrBVG und Art 5 EMRK verstößt. Eine Festnahme darf nur aus bestimmten Gründen und nur auf Grund des Gesetzes erfolgen. Die Festnahme ist rechtmäßig iSd § 35 VStG. Sie ist überdies verhältnismäßig iSd Art 1 Abs 3 PersFrBVG. Die Festnahme verletzt F nicht in seinem Recht auf persönliche Freiheit. (1)
- Gem § 36 Abs 1 erster Satz VStG ist der Festgenommene unverzüglich freizulassen, wenn der Grund zur Festnahme entfällt. Wenn dies aber bereits die Festnahme selbst bewirkt, ist § 36 Abs 1 erster Satz VStG nicht wörtlich anzuwenden. Vielmehr ist der Festgenommene nur dann vorzeitig freizulassen, wenn auf Grund besonderer Umstände augenfällig wird, dass er im Fall der Freilassung das strafbare Verhalten nicht wieder aufnehmen wird. Die Festnahme bewirkt, dass F sein Verhalten einstellt. Dass F nicht abermals beginnen würde laut Musik zu spielen, kann nicht angenommen werden. (1)
- Gem § 36 Abs 3 VStG muss G F über die Gründe seiner Festnahme und die gegen ihn erhobenen Anschuldigungen unterrichten. (1 ZP)
- Maßnahmenbeschwerde (ohne Erfolgsaussichten) an das LVwG möglich gem Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG, Art 131 Abs 1 B-VG und Art 132 Abs 2 B-VG binnen 6 Wochen gem § 7 Abs 4 VwGGV. Örtlich zuständig ist das LVwG Wien, da sich die örtliche Zuständigkeit gem § 3 Abs 2 Z 2 VwGGV bei AuvBZ nach dem Ort richtet, an dem der AuvBZ begonnen wurde. (1)
- Allenfalls ist zu diskutieren, ob die reine Lärmerregung zu einer Störung der öffentlichen Ordnung iSd § 81 SPG führt.

1 + 2. Befehl „Fass!“

- Qualifikation als AuvBZ: F versucht sich der Festnahme zu entziehen. G möchte die Festnahme mit unmittelbarer Zwangsgewalt durchsetzen, indem sie den Hund auf F hetzt. Der Befehl „Fass!“ ist daher eigenständig anfechtbar. (2)
- Gem § 1 regelt das WaffGG den Waffengebrauch im Rahmen von polizeilichen Zwangsbefugnissen. Die Festnahme des F ist eine polizeiliche Zwangsbefugnis. Bei dem Befehl „Fass!“ an den Hund Bello handelt es sich um einen scharfen Einsatz eines Diensthundes gegen einen Menschen (hier F) iSd § 10 WaffGG. Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist eröffnet. (1)
- Gem § 10 WaffGG ist der scharfe Einsatz eines Diensthundes nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Es ist davon auszugehen, dass es sich um einen scharfen Einsatz des Hundes handelt, da dieser keinen Maulkorb trägt und G ihn mit dem Kommando „Fass!“ auf F hetzt. Da keine der Voraussetzungen des § 10 Z 1, 2 oder 3 WaffGG erfüllt sind und der Einsatz jedenfalls nicht verhältnismäßig iSd §§ 4, 5 und 6 WaffGG ist, liegt ein offenkundiger Verstoß gegen das WaffGG vor. Der Einsatz des Hundes ist daher rechtswidrig. (2)
- Zu untersuchen ist, ob der Einsatz des Diensthundes gegen Art 3 EMRK verstößt. Dies wäre der Fall, wenn der Einsatz des Hundes als eine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Missachtung der Person qualifiziert werden könnte. Die Wirkung des Einsatzes beruht auf der Unberechenbarkeit des Hundes. Der Angegriffene kann nicht abschätzen, wie gefährlich der Hund ist bzw wie sich dieser verhalten wird. Der Hund wäre in einem Kampf wohl überlegen. Dieser erniedrigende Charakter könnte durch die enggezogenen Bedingungen des

§ 10 WaffGG aufgewogen werden. Der Einsatz des Hundes ist allerdings gesetzwidrig. Der 2. Befehl „Fass!“ richtet sich zudem gegen einen wehrlosen, am Boden sitzenden Menschen. F hat Angst vor dem Hund. Die gesetzwidrige Verwendung des Hundes ist daher eine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Missachtung der Person. Art 3 EMRK ist verletzt. (4)

- Maßnahmenbeschwerde an das LVwG möglich gem Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG, Art 131 Abs 1 B-VG und Art 132 Abs 2 B-VG binnen 6 Wochen gem § 7 Abs 4 VwGVG. Örtlich zuständig ist das LVwG Wien, da sich die örtliche Zuständigkeit gem § 3 Abs 2 Z 2 VwGVG bei AuvBZ nach dem Ort richtet, an dem der AuvBZ begonnen wurde. (1)

Frage 2 (5 Punkte)

Wie und vom wem kann Franz einen allfälligen Schaden ersetzt bekommen?

Amtshaftung

- Ein Amtshaftungsanspruch gem § 1 Abs 1 AHG besteht, wenn ein Organ einem Dritten im Rahmen des Gesetzesvollzuges durch rechtswidriges Handeln schuldhaft einen Schaden zufügt. Die Verletzung am Ohr des A ist ein Schaden an einer Person iSd § 1 Abs 1 AHG. G ist ein Organ der örtlichen Sicherheitspolizei und wurde hoheitlich in Vollziehung des WLSG tätig. G ist somit ein Organ iSd § 1 Abs 2 AHG. G setzte eigenmächtig eine Maßnahme, die einen Verwaltungsakt darstellt. G handelte rechtswidrig, da ihr Handeln gegen § 10 WaffGG und Art 3 EMRK verstieß. G handelte auch schuldhaft: Für einen Amtshaftungsanspruch genügt das Vorliegen leichter Fahrlässigkeit. Der scharfe Einsatz eines Diensthundes auf eine wehrlose Person ist als grobe Fahrlässigkeit anzusehen. Das Verhalten des Hundes ist G zuzurechnen und war auch kausal für die Verletzung des F am rechten Ohr, da es ohne Einsatz des Hundes nicht zu einer Körperverletzung gekommen wäre. (3)
- G ist organisatorisch dem Bund zuzurechnen; funktionell allerdings dem Land, da sie im Rahmen der Landesverwaltung (WLSG) tätig geworden ist. Das Land haftet nach § 1 Abs 1 AHG, gem § 1 Abs 3 AHG haftet der Bund zur ungeteilten Hand. (1)
- Der Schaden ist bereits eingetreten und kann deshalb nicht mehr gem § 2 Abs 2 AHG verhindert werden. (1 ZP)
- Zuständig für die Klage ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien iSd § 9 AHG, da die Verletzung in Wien begangen wurde. (1)
- Der haftende Rechtsträger kann sich gem § 3 AHG bei G regressieren. (1 ZP)

Sprache und Stil (2 Punkte)

Systematisches Herangehen & sinnvolle Gliederung.

Ordentliche Subsumtion und stringente Argumentation.

Verzicht auf alles, was nicht zur Falllösung beiträgt.

Ganze Sätze, nicht bloß Stichworte, Pfeile und Paragraphenangaben.

Teil III (35 Punkte)

Frage 1 (15 Punkte)

Wie ist die Rechtslage?

Neuerlicher Antrag

- Yola (Y) überlegt, einen neuen Antrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt EU“ gem § 45 NAG zu stellen. Y hat eine Aufenthaltsberechtigung „subsidiär Schutzberechtigter“ gem § 8 Abs 4 AsylG 2005 inne. (1)
- Gem § 1 Abs 2 NAG gilt dieses Gesetz grds nicht für Fremde, welche dem AsylG unterfallen, soweit dieses Bundesgesetz nicht anderes bestimmt. Gem § 45 Abs 12 NAG ist die Erteilung dieses Aufenthaltstitels an subsidiär Schutzberechtigte möglich. Y unterliegt daher dem NAG. (1)

- Gem § 45 Abs 12 NAG kann ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt EU“ an subsidiär Schutzberechtigte erteilt werden, wenn sie sich in den letzten 5 Jahren ununterbrochen rechtmäßig in Österreich aufgehalten haben und die Voraussetzungen des 1. Teils und das Modul 2 der IV (§ 14b NAG) erfüllen. Y entspricht wohl diesen Anforderungen und ist zudem bereits mehr als fünf Jahre rechtmäßig in Österreich aufhältig; § 45 Abs 12 letzter Satz NAG ist einschlägig, denn zwischen der Antragstellung und der Zuerkennung des Status sind mehr als 18 Monate vergangen. (1)
- Sachlich zuständig ist gem § 3 Abs 1 NAG der örtlich zuständige Landeshauptmann. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich gem § 4 NAG nach dem Wohnsitz des Fremden. Die zuständige Behörde ist daher der Landeshauptmann von Wien (LH Wien). Subsidiär Schutzberechtigte sind gem § 21 Abs 2 Z 5 NAG berechtigt, ihren Antrag im Inland zu stellen; sie unterliegen gem § 30 Abs 5 FPG nicht der Visumpflicht. Y hätte ihren Antrag beim LH Wien einzubringen. (1)
- Zu prüfen ist, ob der LH Wien über Y Antrag inhaltlich entscheiden kann oder ob bereits ein rechtskräftiger Bescheid vorliegt: Der Bescheid ist erlassen worden und von Y unbekämpft geblieben. Es ist somit formell und materiell in Rechtskraft erwachsen, mit Ablauf der Rechtsmittelfrist ist Unanfechtbarkeit eingetreten; er ist unwiderrufbar, unabänderlich und unwiederholbar. (1)
- Gemäß § 68 AVG wäre ein Anbringen wegen entschiedener Sache (res iudicata) zurückzuweisen, wenn eine „Identität der Sache“ vorliegt; dies umfasst die gleiche Sach- und Rechtslage welche dem BFA-Bescheid zu Grunde lag sowie Identität des Parteibegehrens. Y begehrt auf Grund der gleichen Ausgangslage eine neuerliche Entscheidung, es liegt sohin „Identität“ vor. Der abweisende Bescheid ist Teil des Rechtsbestands. Insofern entfaltet er Bindungswirkung. Der LH hätte den Antrag – solange er nicht gem § 68 Abs 2 bzw 4 AVG aufgehoben wurde – gem § 68 Abs 1 AVG zurückzuweisen. (2)

Unzuständigkeit

- Das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl hat als unzuständige Behörde in der Sache entschieden; durch die inhaltliche Entscheidung (Abweisung) hat es eine Kompetenz in Anspruch genommen, die ihm nicht zusteht. (1)
- Der Bescheid ist mit Rechtswidrigkeit belastet. (1)
- Gem § 6 Abs 1 AVG hat die Behörde ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen. Anbringen, welche bei ihr einlangen und zu deren Behandlung sie nicht zuständig ist, hat sie ohne unnötigen Aufschub an die zuständige Behörde weiterzuleiten. Eine Weiterleitung ist unterblieben. (1 ZP)

Rechtskraftdurchbrechung

Zu prüfen ist, ob noch etwas gegen den rechtskräftigen Bescheid unternommen werden könnte:

Wiederaufnahme gem § 69 AVG

- Das Verfahren muss durch Bescheid abgeschlossen sein; zudem darf kein Rechtsmittel mehr zu Verfügung stehen (formelle Rechtskraft). Dies ist gegeben. (0,5)
- Keine Anhaltspunkte für Wiederaufnahmegründe gem § 69 Abs 1 Z 1, 3 oder 4 AVG. Die Unzuständigkeit ist weder nova reperta noch nova producta. Y könnte zudem vorbringen, dass die Behörde die Frist gem § 45 Abs 12 NAG falsch berechnet hat. Unrichtige rechtliche Beurteilung gehört allerdings auch nicht zu „nova reperta“. (0,5)

§ 68 Abs 2 bzw 4 AVG

- Gem § 68 Abs 2 AVG können sowohl die bescheiderlassende Behörde als auch die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde den Bescheid von Amts wegen abändern bzw aufheben. ISd ständigen Rsp des VwGH sind begünstigende Änderungen jedenfalls zulässig. (1)
- Gem § 68 Abs 4 Z 1 AVG kann die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde einen Bescheid von Amts wegen in Ausübung ihres Aufsichtsrechts als nichtig erklären, wenn dieser von einer unzuständigen Behörde stammt. (1)
- Sachlich in Betracht kommende Oberbehörde des BFA ist gem § 1 BFA-G der Bundesminister für Inneres. (0,5)
- Die Nichtigkeitserklärung ist gem § 68 Abs 5 AVG bis 3 Jahre nach Bescheiderlassung möglich. (0,5)
- Da der Bescheid aufgrund der Unzuständigkeit mit einer Rechtswidrigkeit belastet ist, könnten sowohl das BFA als auch der BMI den Bescheid aufheben bzw für nichtig erklären. Gem § 68 Abs 7 AVG hat Y allerdings keinen

Rechtsanspruch, dass das BFA bzw der BMI gem § 68 Abs 2 bzw 4 AVG tätig wird. Die Aufhebung bzw Nichtigerklärung hat von Amts wegen zu erfolgen. (1)

Sonstiges

Art 83 Abs 2 B-VG – Recht auf den gesetzlichen Richter

- Der Bescheid einer Verwaltungsbehörde, welche eine ihr nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt, verletzt das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter iSd Art 83 Abs 2 B-VG. (1)
- Der VfGH erkennt allerdings gem Art 144 Abs 1 B-VG nur über Beschwerden gegen Erkenntnisse von Verwaltungsgerichten. Y hat kein subjektives Recht darauf, dass der BMI tätig wird, daher fehlt es ihr auch bei Ablehnung eines solchen Antrags an Beschwerdelegitimation vor dem VWG. Sie hat keine Möglichkeit, die Grundrechtsverletzung geltend zu machen. (1 ZP)

Frage 2 (15 + 3 Punkte)

Verfassen Sie das Straferkenntnis (lassen Sie dabei die Kostenentscheidung außer Acht)!

Landespolizeidirektion Niederösterreich
Neue Herrengasse 15
St. Pölten

GZ 11/22/33
St. Pölten, 29.04.2016

Frau Yola Nwakoby
Ottakringerstr. 1
1160 Wien

In der Rechtssache gegen Yola Nwakoby ergeht folgendes

Straferkenntnis

Spruch

Sie sind am 01.04.2016 um 7:30 Uhr in Wr. Neustadt, NÖ, als Fremde iSd § 2 Abs 4 Z 1 FPG ihrer Verpflichtung gem § 32 Abs 1 FPG nicht nachgekommen und haben nach Aufforderung hin weder die für Ihre Aufenthaltsberechtigung maßgebliche Dokument ausgehändigt noch diese gem § 32 Abs 2 FPG verwahrt (Karte für subsidiär Schutzberechtigte [§ 52 AsylG] gilt als Reisedokument iSd § 32 Abs 2 FPG), da Sie in Wr. Neustadt, NÖ, betreten wurden und die Einholung des Dokuments länger als eine Stunde in Anspruch genommen hätte. Dadurch haben Sie eine Verwaltungsübertretung begangen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt: § 32 Abs 1 und 2 iVm § 121 Abs 3 Z 2 FPG.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie eine Geldstrafe iHv € 50,-, bei Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe iHv 20 Std gem § 121 FPG iVm § 19 VStG, verhängt.

Zahlungsfrist: Wird keine Beschwerde erhoben, ist dieses Straferkenntnis sofort vollstreckbar. Der Gesamtbetrag ist binnen zwei Wochen einzuzahlen.

Erfolgt binnen dieser Frist keine Zahlung, kann der Gesamtbetrag eingemahnt werden. Erfolgt dennoch keine Zahlung, wird der ausstehende Betrag vollstreckt und im Fall seiner Uneinbringlichkeit die diesem Betrag entsprechende Ersatzfreiheitsstrafe vollzogen.

Begründung

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest: Im Rahmen einer fremdenpolizeilichen Kontrolle am 01.04 2016 um 7:30 Uhr wurden Sie, Yola Nwakoby, kontrolliert und konnten nicht die für ihre Aufenthaltsberechtigung maßgeblichen Dokumente (Karte für subsidiär Schutzberechtigte) aushändigen. Da Sie angaben, diese an Ihrem Wohnsitz in 1160 Wien vergessen zu haben, war eine Einholung unverhältnismäßig; die Einholung des Dokuments hätte länger als eine Stunde in Anspruch genommen.

Zu diesem Ergebnis gelangte die Behörde auf Grund folgender Beweismittel: Eigene dienstliche Wahrnehmung des einschreitenden Beamten im Zuge der fremdenpolizeilichen Kontrolle; Ihre Angaben bezüglich der Aufbewahrung des Dokuments.

Der festgestellte Sachverhalt ist wie folgt rechtlich zu beurteilen: Wer gem § 32 Abs 1 FPG die für die Aufenthaltsberechtigung maßgeblichen Dokumente nicht mit sich führt oder gem § 32 Abs 2 FPG verwahrt, begeht eine Verwaltungsübertretung iSd § 121 Abs 3 Z 2 FPG.

Der objektive Tatbestand ist daher als erfüllt zu betrachten.

Bei § 32 Abs 1 und 2 iVm § 120 Abs 3 Z 2 FPG handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs 1 VStG. Sie haben nicht glaubhaft gemacht, dass Sie an der Übertretung kein Verschulden trifft, weswegen zumindest Fahrlässigkeit anzunehmen ist. Der subjektive Tatbestand ist daher ebenfalls erfüllt.

Die Strafbemessung erfolgte im Hinblick auf Ihre verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit sowie die sich als unterdurchschnittlich darstellenden Vermögensverhältnisse.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde an das LVwG NÖ gem § 9 Abs 1 FPG iVm § 7 Abs 4 VwGVG, eine rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen ab Zustellung bei der LPD Niederösterreich schriftlich einzubringen.

Für die Landespolizeidirektion
Josef Maier

Ergeht an: Yola Nwakoby, 1160 Wien

Punkteschema Straferkenntnis

- Richtige Behördenbezeichnung: LPD NÖ (0,5)
 - Adressat, Datum, GZ, Bezeichnung als Straferkenntnis oder Bescheid (1)
 - Spruch
 - Tat (Tatort/Tatzeit/Tathandlung) (1)
 - verletzte Verwaltungsvorschrift: § 32 Abs 1 und 2 iVm § 121 Abs 3 Z 2 FPG (Fremd iSd § 2 Abs 4 Z 1 FPG) (1)
 - Strafe (1)
 - Zahlungsfrist (0,5)
 - Sachverhalt (3)
 - Beweiswürdigung (1)
 - Erwägungen/Rechtliche Beurteilung (4)
 - Rechtsmittelbelehrung (1)
 - Name des Genehmigenden, Fertigung oder Äquivalent, Zustellverfügung (1)
-

Ist Yola zu Recht festgenommen worden?

- Gem § 5 Abs 1 FPG sind die Landespolizeidirektionen zur Besorgung der Fremdenpolizei sowie zur Führung von Verwaltungsstrafverfahren sachlich zuständig. Der Polizist (P) ist Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes (LPD); die Ausweiskontrolle fällt unter „Fremdenpolizei“ iSd § 2 Abs 2 FPG. (1)
- Gem § 6 Abs 7 FPG richtet sich die örtliche Zuständigkeit für alle Maßnahmen, die aufgrund einer Festnahme in einem öffentlichen Beförderungsmittel während einer Reisebewegung gem § 39 FPG zu setzen sind, nach der nächstgelegenen Ausstiegsstelle (Wr. Neustadt). (Alternativ: Zuständigkeit gem § 6 Abs 6 FPG [s unten]). Sachlich und örtlich zuständig ist die LPD NÖ. (1 ZP)

- Y hat eine Verwaltungsübertretung begangen (s oben). Y ist eine Fremde; die Ausweiskontrolle ist rechtmäßig. Anzudenken ist daher eine Festnahme gem § 39 FPG: Gem § 39 Abs 1 Z 2 FPG können Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes Fremde zum Zweck der Sicherung des Verfahrens festnehmen, wenn diese ihrer Verpflichtung iSd § 32 Abs 1 FPG nicht nachkommen. Allerdings nimmt § 1 Abs 2 FPG subsidiär Schutzberechtigte vom Anwendungsbereich des § 39 FPG aus. § 39 FPG scheidet daher als Festnahmegrund aus. (1)
- Zu prüfen ist, ob sich die Festnahme auf § 35 VStG stützen kann: Die von Y begangene Verwaltungsübertretung wurde von P unmittelbar selbst wahrgenommen. § 35 VStG ermächtigt Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, Personen, die auf frischer Tat betreten werden, unter den Voraussetzungen des § 35 Z 1 bis 3 VStG festzunehmen. Die Z 1 ist nicht erfüllt: Der Führerschein stellt einen tauglichen Identitätsnachweis dar. Auch eine Fluchtgefahr iSd Z 2 liegt nicht vor. P hat Y nicht gem Z 3 abgemahnt; zudem ist eine Festnahme zur Beendigung der Übertretung nicht geeignet, da die Verwaltungsübertretung ein reines Unterlassungsdelikt ist. Die Voraussetzungen gem § 35 VStG liegen nicht vor. Die Festnahme ist rechtswidrig. (1)
- Alternativ: Die Ausnahme vom Anwendungsbereich für subsidiär Schutzberechtigte kommt einer Privilegierung gleich. § 39 FPG ist eine lex specialis zu § 35 VStG. Die Festnahme ist daher schon gem § 1 Abs 2 iVm 39 FPG unrechtmäßig und § 35 VStG nicht zu prüfen.

Sprache und Stil (2 Punkte)

Systematisches Herangehen & sinnvolle Gliederung.

Ordentliche Subsumtion und stringente Argumentation.

Verzicht auf alles, was nicht zur Falllösung beiträgt.

Ganze Sätze, nicht bloß Stichworte, Pfeile und Paragraphenangaben.

Maximale Gesamtpunktzahl: 100 Punkte
