

RECHTSWISSENSCHAFTLICHES STUDIUM – ERSTE DIPLOMPRÜFUNG

FACHPRÜFUNG ÖFFENTLICHES RECHT I

AUFLÖSUNGS- UND BEWERTUNGSSCHEMA

09.10.2009

Univ. Prof. Dr. Andreas Janko

Name:

Matrikelnummer:

**Teil A (25 Punkte):**

- 1.a. „multilaterale (Staats-)Verträge“ ..... (1)\_\_\_
- 1.b. der Bundespräsident; Art 65 Abs 1 B-VG ..... (2)\_\_\_
- 1.c. solche Staatsverträge bedürfen der Genehmigung des Nationalrates sowie der Zustimmung des Bundesrates, die beide jeweils mit Zweidrittelmehrheit zu erteilen sind (vgl Art 50 Abs 1 Z 2 iVm Abs 4 B-VG) ..... (2)\_\_\_
- 2.a. Gesetzesinitiative (1); erforderlichenfalls Notifikation an die Europäische Kommission (0,5); Behandlung im NR (Ausschuss – Plenum – Gesetzesbeschluss) (0,5); Behandlung im Bundesrat, bei Einspruch innerhalb der achtwöchigen Frist Beharrungsbeschluss des NR möglich (1,5); gegebenenfalls Volksabstimmung (0,5); Beurkundung/Gegenzeichnung (1); Kundmachung (1) ..... (6)\_\_\_
- 2.b. mit Ablauf des Tages ihrer Kundmachung; Art 49 Abs 1 B-VG ..... (2)\_\_\_
- 2.c. „Legisvakanz“ ..... (2)\_\_\_
- 2.d. die Anwendbarkeit des Gesetzes auf im Zeitpunkt seiner Kundmachung bereits verwirklichte Sachverhalte; mit Ausnahme der Strafgesetze, für die Art 7 EMRK ein absolutes Rückwirkungsverbot statuiert, darf eine solche Rückwirkung grundsätzlich angeordnet werden; nachteilige und schwerwiegende Eingriffe in das Vertrauen der Rechtsunterworfenen auf unveränderten Fortbestand der Rechtslage sind nach Ansicht des VfGH jedoch verfassungswidrig, wenn nicht besondere Gründe eine Rückwirkung erforderlich machen ..... (2)\_\_\_
- 3.a. entscheidend ist, ob die Angelegenheit im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten Gemeinschaft gelegen und geeignet ist, durch die Gemeinde innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden (vgl Art 118 Abs 2 B-VG); da als Maßstab nicht die konkrete Gemeinde, sondern die sog „abstrakte Einheitsgemeinde“ dient, hat jede Gemeinde unabhängig von ihrer konkreten Größe den gleichen eigenen Wirkungsbereich ..... (3)\_\_\_
- 3.b. keine Bindung an Weisungen der staatlichen Organe des Bundes und der Länder; kein Rechtsmittel an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde (vgl Art 118 Abs 4 B-VG) ..... (3)\_\_\_
- 3.c. Statutarstädte haben neben den Aufgaben der Gemeindeverwaltung auch die Aufgaben der Bezirksverwaltungsbehörde (im übertragenen Wirkungsbereich) zu besorgen ..... (2)\_\_\_
- Teil A:** ..... (25)\_\_\_

## **Teil B (25 Punkte):**

### **1. Formalien:**

Geschäftsstelle: Magistrat der Stadt Wels .....	(0,5)___
Bescheidadressat: Hansi H, Adresse (Linz) .....	(0,5)___
Schriftsatzform: GZ, Datum 9.10.2009; Bezeichnung „STRAFERKENNTNIS“ .....	(0,5)___
Trennung Spruch/Begründung (SV/Beweiswürdigung/Rechtliche Beurteilung); Fertigung; Aufbau und Schlüssigkeit.....	(0,5)___
Rechtsmittelbelehrung (Berufung UVS Oö, mündlich) .....	(0,5)___

### **2. Spruch:**

Anführung der Behörde in der Einleitung zum Spruch: Bgm der Statutarstadt Wels als zuständige (Straf-)Behörde erster Instanz in mittelbarer BundesVw .....	(0,5)___
Sie haben es als Inhaber der im EKZ „Konsumtempel“ der K-GmbH, Adresse (Wels), gelegenen Boutique „H & L“ und der darin befindlichen „Männerecke“ zwischen 1.1. und 30.9.2009 unterlassen, dafür Sorge zu tragen, dass.....	(1)___
1. an diesem öffentlichen Ort entgegen § 13 TabakG nicht geraucht wird.....	(0,5)___
2. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b TabakG entsprochen wird.....	(0,5)___
Dadurch haben Sie folgende Verwaltungsvorschriften verletzt:	
ad 1.: § 14 Abs 4 iVm § 13 c Abs 1 Z 2 und § 13 c Abs 2 Z 3 TabakG .....	(0,5)___
ad 2.: § 14 Abs 4 iVm § 13 c Abs 1 Z 2 und § 13 c Abs 2 Z 7 TabakG .....	(0,5)___
Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie gem § 14 Abs 4 TabakG folgende Strafen verhängt:	
ad 1.: Geldstrafe iHv 300 € (Ersatzfreiheitsstrafe 50 h);	
ad 2.: Geldstrafe iHv 300 € (Ersatzfreiheitsstrafe 50 h).....	(0,5)___

### **3. Begründung:**

#### **a. relevanter SV:**

Betrieb der Damenmodenboutique „H & L“ im EKZ „Konsumtempel“ der K-GmbH, Adresse (Wels), im relevanten Tatzeitraum (1.1. bis 30.9.2009) durch Hansi H; „Männerecke“ als Bestandteil besagter Boutique ohne bauliche Abtrennung zu den Verkaufsräumen; Angebot von nichtalkoholischen Getränken (Energydrinks) durch Bereitstellung eines Automaten; trotz In-Kraft-Tretens der TabakG-Novelle 2008 am 1.1.2009 kein Vorgehen gegen rauchende Benutzer der „Männerecke“; Aschenbecher auch weiterhin vorhanden; Kennzeichnung des Rauchverbots (nur) durch ein 3 x 3 cm großes Schild mit durchgestrichener weißer Zigarette auf grünem Hintergrund am Eingang zur Boutique .....

(1)\_\_\_

#### **b. Beweis/Beweiswürdigung:**

Niederschrift über Einvernahme des H am 30.9.2009; AV über Anzeigen von Kundinnen; AV über behördliche Nachschaumaßnahmen (zusätzlich evtl. Gewerberegisterauszug, Mietvertrag, FIBU-Auszug). SV ergibt sich widerspruchsfrei aus den angeführten Beweismitteln.....

(1)\_\_\_

#### **c. Rechtliche Beurteilung:**

§ 14 Abs 4 TabakG enthält (als Voraussetzung der Strafbarkeit) zwei kumulative TB-Elemente: „Inhaber gem § 13c Abs 1“ und „Verstoß gegen eine der im § 13c Abs 2 festgelegten Obliegenheiten“ .....

(1)\_\_\_

bei der Boutique des H handelt es sich nicht um einen „Betrieb gemäß § 13a Abs 1“: § 13a Abs 1 TabakG verweist auf die Definition des Gastgewerbes in § 111 GewO; Ausschank von Getränken fällt grundsätzlich unter Abs 1 Z 2 leg cit; Abs 2 Z 6 leg cit nimmt allerdings den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken durch Automaten aus der Gastgewerbefinition aus; Energydrinks gehören zu den nichtalkoholischen Getränken; Verkauf erfolgt ausschließlich durch Automaten .....

(2,5)\_\_\_

bei der Boutique handelt es sich jedoch um einen „Raum eines öffentlichen Ortes gemäß § 13“: Legaldefinition des Terminus „öffentlicher Ort“ in § 1 Z 11 TabakG; Boutique kann von jedem Kunden des EKZ (= „nicht von vornherein beschränkter Personenkreis“) zu den Öffnungszeiten (= „zu bestimmten Zeiten“) betreten werden; ist angesichts der allseitigen Umschließung auch zweifellos als „Raum“ zu qualifizieren.....

(2)\_\_\_

als Mieter und Betreiber (= „Inhaber“) der Boutique fällt H daher unter § 13c Abs 1 Z 2 TabakG; erstes TB-Element des § 14 Abs 4 leg cit erfüllt.....

(0,5)\_\_\_

in dieser Eigenschaft trifft H zunächst die „Obliegenheit“, gem § 13c Abs 2 Z 3 TabakG dafür „Sorge zu tragen“, dass in seinen Räumlichkeiten nicht geraucht wird, „soweit nicht die Ausnahme gemäß § 13 Abs 2 zum Tragen kommt“ .....

(0,5)\_\_\_

Boutique verfügt nicht über eine „ausreichende Anzahl von Räumlichkeiten“, innerhalb derer zwischen Bereichen differenziert werden könnte, in denen geraucht bzw nicht geraucht werden darf;

Voraussetzung hierfür wäre eine bauliche Abtrennung der „Männerecke“, durch die gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die Verkaufsräume dringt; § 13 Abs 2 TabakG ist daher nicht anwendbar ..... (2)\_\_\_

um seine Obliegenheit, für die Einhaltung des somit geltenden Rauchverbots „Sorge zu tragen“, zu erfüllen, hätte sich H nachhaltig um geeignete Maßnahmen zur Vermeidung von Verstößen bemühen müssen, zB um die Information und regelmäßige Überwachung der Gäste, die Ermahnung von Abwechtlern, etc; evtl. sogar Ausspruch von Lokalverweisen oder Erstattung von Anzeigen nötig; in casu ist allerdings nichts dergleichen passiert; im Gegenteil: indirekte Aufforderung zum Rauchen durch das Aufgestelltlassen von Aschenbechern; § 13c Abs 2 Z 3 TabakG verletzt..... (2)\_\_\_

Anbringung des 3 x 3 cm großen Schildes am Eingang zur Boutique reicht keinesfalls, erfüllt nicht einmal die in § 13c Abs 2 Z 7 iVm § 13b TabakG explizit statuierte „Kennzeichnungspflicht“; „Rauchverbotssymbole“ sind gem § 13b Abs 2 TabakG an sich zwar ein taugliches Mittel zur Kenntlichmachung; sie müssten das Rauchverbot jedoch „eindeutig“ erkennen lassen und nach Abs 3 leg cit „in ausreichender Zahl und Größe“ so angebracht werden, dass sie „überall im Raum“ gut sichtbar sind; dies trifft in casu nicht zu (Schild wegen der grünen Hintergrundfarbe irreführend, zu klein, nur am Eingang zur Boutique und daher in der – im hinteren Teil der Boutique gelegenen – „Männerecke“ keinesfalls mehr sichtbar); § 13c Abs 2 Z 7 TabakG verletzt ..... (2,5)\_\_\_

Konsequenz: Pflicht zur amtswegigen Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens – Rechtsentscheidung (arg: „ist zu bestrafen“ in § 14 Abs 4 TabakG) ..... (1)\_\_\_

gem § 26 Abs 1 VStG ist (subsidiär) die BVB zur Bestrafung von VwÜbertretungen sachlich zuständig; in örtlicher Hinsicht stellt § 27 Abs 1 VStG (subsidiär) auf den Tatort ab; Übertretung im Stadtgebiet von Wels begangen; in Statutarstädten werden die Aufgaben der BVB vom Bgm (im übertragenen Wb) wahrgenommen; zuständig ist daher der Bgm der Stadt Wels ..... (2,5)\_\_\_

**Teil B:** ..... (25)\_\_\_

**Punkte (Vorkorrektur):** ..... (50)\_\_\_

**Punkte Prof. Andreas Janko** ..... (50)\_\_\_

Bewertungsschema: 50 – 43,5 Punkte ..... = sehr gut (1)  
43 – 37,5 Punkte ..... = gut (2)  
37 – 31,5 Punkte ..... = befriedigend (3)  
31 – 25,5 Punkte ..... = genügend (4)  
25 und weniger Punkte ..... = nicht genügend (5)