

# TE Bvwg Beschluss 2020/5/15 W208 2158795-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.05.2020

## Entscheidungsdatum

15.05.2020

## Norm

B-VG Art135 Abs4

B-VG Art140 Abs1 Z1 lita

B-VG Art89 Abs2

GebAG §18 Abs1 Z2 litb

GebAG §18 Abs1 Z2 litc

## Spruch

W199 2158795-1/2E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael SCHADEN als Einzelrichter im Verfahren über die Beschwerde der Frau XXXX gegen den Bescheid der Vorsteherin des Bezirksgerichtes Baden vom 11.04.2017, Zl. 15 C 781/16f – 9, beschlossen, gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm Art. 135 Abs. 4 und Art. 89 Abs. 2 B-VG den folgenden

## ANTRAG

an den Verfassungsgerichtshof

auf Aufhebung eines Wortes im Gebührenanspruchsgesetz BGBl. 136/1975 zu stellen.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den

Antrag,

der Verfassungsgerichtshof wolle das Wort „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c des Gebührenanspruchsgesetzes BGBl. 136/1975 idF BGBl. I 98/2001, als verfassungswidrig aufheben;

in eventu, der Verfassungsgerichtshof wolle das Wort „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b des Gebührenanspruchsgesetzes BGBl. 136/1975 idF BGBl. I 98/2001, als verfassungswidrig aufheben;

in eventu, der Verfassungsgerichtshof wolle das Wort „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b und das Wort „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c des Gebührenanspruchsgesetzes BGBl. 136/1975 idF BGBl. I 98/2001, als verfassungswidrig aufheben.

## Text

Begründung:

### 1. Sachverhalt

Beim Bundesverwaltungsgericht ist eine Beschwerde gegen einen Bescheid der Vorsteherin des Bezirksgerichtes Baden (in der Folge: Bezirksgericht) anhängig, der folgender Sachverhalt zugrundeliegt:

1.1.1. Die Beschwerdeführerin (Frau XXXX), eine selbständige Fachärztin für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, wurde mit Ladung vom 30.12.2016 als Zeugin zu einer Verhandlung in einer Zivilrechtssache am 24.2.2017 (geplante Einvernahme: 13 Uhr bis 15 Uhr) vor dem Bezirksgericht geladen.

1.1.2. Mit Eingabe vom 2.2.2017 gab die Beschwerdeführerin bekannt, dass sie zum Zeitpunkt ihrer geplanten Einvernahme in ihrer Ordination tätig sei und, um ihre Zeugenpflicht erfüllen zu können, rechtzeitig eine Vertretung zu organisieren habe, deren Kosten sich auf 600 Euro belaufen würden. Sie ersuche, diesen Umstand bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob ihre Zeugenaussage für das Gericht bzw. für die Prozessparteien unbedingt erforderlich sei, und werde, sollte sie nicht vom Gericht verständigt werden, dass ihre Einvernahme doch nicht benötigt werde, selbstverständlich ihrer Zeugenpflicht – unter Hinweis auf die dadurch entstehenden Kosten – nachkommen.

Mit Stellungnahme vom 8.2.2017 gab die klagende Partei des Grundverfahrens bekannt, dass sie nicht auf die Einvernahme der Beschwerdeführerin als Zeugin verzichte und allenfalls entstehende Kosten als Direktzahlung übernehme.

Mit Beschluss vom 13.2.2017 trug das Bezirksgericht der klagenden Partei auf, binnen 10 Tagen einen Kostenvorschuss von 600 Euro für die voraussichtlich anfallenden Gebühren der Beschwerdeführerin zu erlegen.

1.1.3. Am 24.2.2017 wurde die Beschwerdeführerin in der Verhandlung vor dem Bezirksgericht als Zeugin einvernommen.

1.1.4. Mit Schreiben vom 2.3.2017 machte die Beschwerdeführerin ihren Gebührenanspruch geltend und beantragte näher bestimmte Reisekosten sowie eine Entschädigung für Zeitversäumnis gemäß § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b (gemeint wohl: lit. c) GebAG von 600 Euro. Als Nachweis legte sie eine Rechnung Frau XXXX vor, mit der diese der Beschwerdeführerin für ihre Vertretungskosten am 24.2.2017 600 Euro in Rechnung stellte.

Diesen Gebührenantrag übermittelte das Bezirksgericht den Prozessparteien am 3.3.2017 zur Stellungnahme.

1.1.5. Die beklagte Partei brachte dazu am 7.3.2017 eine Stellungnahme ein, in der sie sich (gegen die geltend gemachten Fahrtkosten und) gegen die beantragte Entschädigung für Zeitversäumnis gemäß § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG wandte: Die Beschwerdeführerin übersehe dabei, dass gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 iVm § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG nur das „entgangene Einkommen“ zustehe. Dies bedeute, dass sie nur Anspruch auf jenen Betrag habe, den sie ansonsten verdient hätte. Sie habe nicht nachgewiesen, dass sie in der Zeit ihrer Vernehmung tatsächlich Einnahmen in der Höhe von 650 Euro (gemeint wohl: 600 Euro) hätte lukrieren können. Dass sie einer nahen Angehörigen für eine Vertretung – für deren Notwendigkeit nicht einmal Beweise vorgelegt würden – 650 Euro (gemeint wohl wieder: 600 Euro) bezahle, könne nicht dazu führen, dass ihr diese Ausgaben auch im Prozess ersetzt würden. Es sei ihr wie jedem anderen Selbständigen auch zuzumuten, ihre Patiententermine so zu planen, dass sie ihrer Zeugenladung Folge leisten könne.

1.2. Mit dem angefochtenen Bescheid bestimmte die Vorsteherin des Bezirksgerichts – die belangte Behörde – die Gebühren der Beschwerdeführerin für die Teilnahme an der Verhandlung mit insgesamt 26,10 Euro und wies das weitere Begehren von 631,30 Euro ab. Im Spruch des Bescheides sind zwei Posten tabellarisch aufgeschlüsselt, dabei wird die Gebühr für den Posten „1. Reisekosten (§§ 6 – 12)“ mit 17,60 Euro sowie „2. Aufenthaltskosten (§§ 13 – 16): a.) Mehraufwand für die Verpflegung (§ 14)“ von 8,50 Euro bestimmt.

Begründend führt die belangte Behörde, soweit hier relevant, aus, das Begehren auf Entschädigung für Zeitversäumnis werde abgewiesen, weil bei selbständig Erwerbstätigen das tatsächlich entgangene Einkommen bzw. die angemessenen Kosten für eine notwendige Vertretung gebühre. Das bedeute, dass die Zeugin nur Anspruch auf jenen Betrag habe, den sie ansonsten verdient hätte. Dass Einnahmen verloren gegangen seien, weil Behandlungen nur an

diesem Tag möglich und eine Terminverschiebung nicht möglich gewesen sei, sei durch entsprechende Behauptungen und Glaubhaftmachungen zu bescheinigen (Hinweis auf VwGH 25.2.1994, 93/17/0001). Damit will die belangte Behörde offenbar zum Ausdruck bringen, dass der Beschwerdeführerin diese Bescheinigung nicht gelungen sei.

Dieser Bescheid wurde der Beschwerdeführerin am 12.4.2017 zu Händen ihres rechtsfreundlichen Vertreters zugestellt.

1.3. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin am 27.4.2017 eine Beschwerde, die sich ausdrücklich nur gegen die Abweisung des Mehrbegehrens von 600 Euro für das tatsächlich entgangene Einkommen wendet. Der Beschwerde sind die bereits einmal vorgelegte Rechnung Frau XXXX und ein Auszug aus dem Terminkalender der Zahnarztpraxis vom 24.2.2017 beigelegt. Begründend führt die Beschwerdeführerin aus, sie sei als Zahnärztin selbständig erwerbstätig, die Kosten der notwendigen Vertretung durch Frau XXXX laut beigelegter saldierter Honorarnote seien auch angemessen iSd GebAG. Es sei aktenkundig und in der Tagsatzung vom 24.2.2017 außer Streit gestellt worden, dass der Rechtsvertreter der klagenden Partei 600 Euro beim Bezirksgericht hinterlegt habe.

Das Bundesverwaltungsgericht hat über diese Beschwerde zu entscheiden.

## 2. angefochtene Wörter und rechtliches Umfeld

Die maßgeblichen Bestimmungen des GebAG lauten wie folgt:

2.1. § 1 GebAG steht unter der Überschrift „Anspruch“ und lautet:

„(1) Natürliche Personen, die als Zeuginnen, Zeugen, Sachverständige, Dolmetscherinnen, Dolmetscher, Geschworene, Schöffinnen und Schöffen in gerichtlichen Verfahren und in einem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft (§ 103 Abs. 2 StPO) tätig sind, haben Anspruch auf Gebühren nach diesem Bundesgesetz. Dies gilt nicht für dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft vom Bundesministerium für Justiz oder in dessen Auftrag von der Justizbetreuungsagentur gemäß § 75 Abs. 4 ASGG oder § 126 Abs. 2a StPO zur Verfügung gestellte Dolmetscherinnen und Dolmetscher.

(2) Soweit in diesem Bundesgesetz auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf Frauen und Männer in gleicher Weise. Bei der Anwendung der Bezeichnung auf bestimmte natürliche Personen ist die jeweils geschlechtsspezifische Form zu verwenden.“

Abs. 1 des § 3 GebAG, der unter der Überschrift „Umfang der Gebühr“ steht, lautet in seinem Zusammenhang:

„(1) Die Gebühr des Zeugen umfaßt

1. den Ersatz der notwendigen Kosten, die durch die Reise an den Ort der Vernehmung, durch den Aufenthalt an diesem Ort und durch die Rückreise verursacht werden;
2. die Entschädigung für Zeitversäumnis, soweit er durch die Befolgung der Zeugenpflicht einen Vermögensnachteil erleidet.“

Abs. 1 erster Satz des § 4 GebAG, der unter der Überschrift „Anspruchsvoraussetzungen“ steht, lautet:

„Der Anspruch auf die Gebühr steht dem Zeugen zu, der auf Grund einer Ladung vom Gericht vernommen worden ist.“

§ 18 GebAG steht unter der Überschrift „Ausmaß der Entschädigung für Zeitversäumnis“ und lautet (die beiden angefochtenen Wörter sind hervorgehoben):

„(1) Als Entschädigung für Zeitversäumnis gebühren dem Zeugen

1. 12,10 Euro für jede, wenn auch nur begonnene Stunde, für die dem Zeugen eine Entschädigung für Zeitversäumnis zusteht,
2. anstatt der Entschädigung nach Z 1
  - a) beim unselbständig Erwerbstätigen der tatsächlich entgangene Verdienst,
  - b) beim selbständig Erwerbstätigen das tatsächlich entgangene Einkommen,
  - c) anstatt der Entschädigung nach den Buchstaben a) oder b) die angemessenen Kosten für einen notwendigerweise zu bestellenden Stellvertreter,
  - d) die angemessenen Kosten für eine notwendigerweise beizuziehende Haushaltshilfskraft.

(2) Im Falle des Abs. 1 Z 1 hat der Zeuge den Grund des Anspruches, im Falle des Abs. 1 Z 2 auch dessen Höhe zu bescheinigen.“

Dem Betrag in § 18 Abs. 1 Z 1 GebAG ist gemäß § 1 Abs. 1 der VBGBI. II 134/2007 ein Zuschlag von 17 vH hinzuzurechnen, sodass sich gemäß Z 4 der Anlage zu dieser Verordnung der Betrag von „14,20 €“ ergibt (dazu unten).

§ 19 GebAG, der unter der Überschrift „Geltendmachung der Gebühr“ steht, lautet:

„(1) Der Zeuge hat den Anspruch auf seine Gebühr binnen 14 Tagen, im Fall des § 16 binnen vier Wochen nach Abschluß seiner Vernehmung, oder nachdem er zu Gericht gekommen, aber nicht vernommen worden ist, bei sonstigem Verlust schriftlich oder mündlich bei dem Gericht, vor dem die Beweisaufnahme stattgefunden hat oder stattfinden sollte, geltend zu machen. Dies gilt für die Beziehung zur Befundaufnahme durch den Sachverständigen (§ 2 Abs. 1) mit der Maßgabe sinngemäß, dass der Zeuge den Anspruch auf seine Gebühr bei dem Gericht geltend zu machen hat, das den Sachverständigen bestellt hat.

(2) Soweit in diesem Abschnitt nicht anderes bestimmt ist und nicht feste Gebührensätze bestehen, hat der Zeuge die Umstände, die für die Gebührenbestimmung bedeutsam sind, besonders durch Vorlage einer Bestätigung über den Verdienstentgang oder die Entlohnung eines Stellvertreters oder einer Hilfskraft, gegebenenfalls durch Vorlage einer von der zuständigen Dienststelle ausgestellten Bestätigung über die Höhe der sonst zustehenden Reisegebühren (§ 3 Abs. 2), zu bescheinigen.

(3) Auf seine Ansprüche und die allfällige Notwendigkeit des Beweises oder der Bescheinigung ist der Zeuge durch das Gericht in der Ladung aufmerksam zu machen. Dies gilt für den Sachverständigen bei dessen Einladung eines Zeugen (§ 2 Abs. 1) sinngemäß.“

2.2. § 18 GebAG wurde durch Art. XXXI Z 3 der Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1989 BGBl. 343 neu gefasst. Seither wurde er einmal novelliert, und zwar durch Art. 52 Z 4 des 1. Euro-Umstellungsgesetzes – Bund BGBl. I 98/2001 (Ersetzung des Betrages von „167 S“ durch den Betrag von „12,10 Euro“). In dieser Fassung gilt § 18 GebAG bis heute.

Durch eine Verordnung der Bundesministerin für Justiz (BGBl. II 134/2007) wurden Zuschläge ua. zu dem in § 18 Abs. 1 GebAG angeführten Betrag festgesetzt. Die sich daraus ergebende Gebühr beträgt nach Z 4 der Anlage zur VBGBI. II 134/2007: 14,20 Euro. (In Textausgaben des GebAG werden die Beträge, die sich aus der Summe des gesetzlich vorgesehenen Betrages und des Zuschlages ergeben, mitunter als Teil des Gesetzestextes wiedergegeben.)

### 3. Zulässigkeit

#### 3.1. Präjudizialität

3.1.1. Die Beschwerdeführerin wurde zu einer Verhandlung in einer Zivilrechtssache geladen und am 24.2.2017 als Zeugin einvernommen.

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 GebAG umfasst die Gebühr des Zeugen ua. die Entschädigung für Zeitversäumnis, soweit er durch die Befolgung der Zeugenpflicht einen Vermögensnachteil erleidet. Gemäß § 18 Abs. 1 Z 1 GebAG gebührt dem Zeugen als Entschädigung für Zeitversäumnis ein gesetzlich festgesetzter Betrag (ein Fixbetrag) für jede, wenn auch nur begonnene Stunde, für die ihm eine Entschädigung für Zeitversäumnis zusteht; anstatt dieser Entschädigung gebührt aber einem unselbständig Erwerbstätigen der tatsächlich entgangene Verdienst (§ 18 Abs. 1 Z 2 lit. a GebAG), einem selbständig Erwerbstätigen das tatsächlich entgangene Einkommen (§ 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG). Anstatt dieser Entschädigung (nach § 18 Abs. 1 Z 2 lit. a oder b GebAG) gebühren dem Zeugen die angemessenen Kosten für einen notwendigerweise zu bestellenden Stellvertreter (§ 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG). Die Beschwerdeführerin hat anstatt der genannten Entschädigung nach § 18 Abs. 1 Z 1 GebAG die angemessenen Kosten für einen Stellvertreter geltend gemacht. § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG war daher von der belangten Behörde anzuwenden, ist auch angewandt worden – wie sich aus der Begründung des angefochtenen Bescheides ergibt – und ist vom Bundesverwaltungsgericht bei der Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden. § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG ist somit präjudiziell.

3.1.2. Mit dem Hauptantrag ficht das antragstellende Gericht das Wort „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG an, mit dem ersten Eventualantrag das Wort „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG. (Mit dem zweiten Eventualantrag ficht es beide Wörter gemeinsam an.) Der Ausdruck „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG knüpft nämlich – nach dem durch die gefestigte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geprägten Verständnis, das unten näher dargestellt wird (zB VwGH 20.6.2012, 2010/17/0099, im Anschluss an VwGH 7.10.2005, 2005/17/0207)

–, soweit er die in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG genannte Entschädigung anspricht, an das „tatsächlich entgangene Einkommen“ im Sinne dieser Bestimmung an: Notwendig ist die Bestellung eines Stellvertreters dann, wenn er für Tätigkeiten herangezogen wird, die dem Zeugen Einkommen bringen, das ihm ansonsten verloren ginge, es also um ein tatsächlich entgangenes Einkommen iSd § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG geht. Bei der Anwendung des Ausdrucks „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG ist daher auch zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Z 2 lit. a oder b GebAG vorliegen, fallbezogen kommt nur die lit. b in Frage. Auch § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG war daher von der belangten Behörde anzuwenden, ist auch angewandt worden und ist vom Bundesverwaltungsgericht bei der Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden. Auch § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG ist somit präjudiziell.

### 3.2. Anfechtungsumfang

3.2.1. In von Amts wegen eingeleiteten Normenprüfungsverfahren hat der Verfassungsgerichtshof den Umfang der zu prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Bestimmungen derart abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist, dass aber andererseits der verbleibende Teil keine Veränderung seiner Bedeutung erfährt; da beide Ziele gleichzeitig niemals vollständig erreicht werden können, ist in jedem Einzelfall abzuwägen, ob und inwieweit diesem oder jenem Ziel der Vorrang vor dem anderen gebührt.

Die Grenzen der Aufhebung müssen auch in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in untrennbarem Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (VfSlg. 19.020/2010, mwN; vgl. VfGH 13.12.2019, G 67/2019 ua.; uva.). Daran hat sich das antragstellende Gericht bei der Festlegung des Anfechtungsumfangs zu orientieren.

Das antragstellende Gericht hat all jene Normen anzufechten, die für seine Entscheidung präjudiziell sind und die vor dem Hintergrund der Bedenken für die Beurteilung der allfälligen Verfassungswidrigkeit der Rechtslage eine untrennbare Einheit bilden. Es ist dann Sache des Verfassungsgerichtshofes, darüber zu befinden, auf welche Weise eine solche Verfassungswidrigkeit – sollte er die Auffassung des antragstellenden Gerichtes teilen – beseitigt werden kann (VfGH 26.9.2019, G117/2019, mwN; uva.).

3.2.2. Wie weiter unten ausgeführt werden wird, hegt das Bundesverwaltungsgericht Bedenken dagegen, dass einem selbständig Erwerbstätigen, der als Zeuge aussagen muss, zugemutet wird, seine Erwerbstätigkeit, die er ausgeübt hätte, hätte er nicht an einer Verhandlung teilgenommen, auf andere Zeiten zu verlegen oder im Ergebnis sogar auf das Einkommen zu verzichten, das aus dieser Tätigkeit erfließen würde. Wie unten dargelegt werden wird, betrachtet das Bundesverwaltungsgericht in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Beschwerdeführerin die angemessenen Kosten für einen notwendigerweise zu bestellenden Stellvertreter geltend macht, das Wort „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG als Sitz dieser Bedenken. Da die Aufhebung dieses Wortes genügt, um den Bedenken Rechnung zu tragen, beschränkt sich die Anfechtung im Hauptantrag auf dieses eine Wort.

Der Ausdruck „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG knüpft, soweit er die in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG genannte Entschädigung anspricht, an das „tatsächlich entgangene Einkommen“ im Sinne dieser Bestimmung an. Es lässt sich die Ansicht vertreten, die Aufhebung des Wortes „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG würde den Sinn des § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG dergestalt verändern, dass den darzustellenden Bedenken Rechnung getragen wird und diese letztere Vorschrift nicht mehr als verfassungswidrig erscheint. Aus diesem Grund ficht das Bundesverwaltungsgericht mit dem ersten Eventualantrag das Wort „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG an. Da unter dieser Annahme die Aufhebung dieses Wortes genügt, um den Bedenken Rechnung zu tragen, beschränkt sich die Anfechtung im ersten Eventualantrag auf dieses eine Wort.

Schließlich lässt sich auch die Ansicht vertreten, weder die Aufhebung des einen oder jene des anderen Wortes jeweils allein würde genügen, um den Bedenken Rechnung zu tragen. Aus diesem Grund ficht das Bundesverwaltungsgericht mit dem zweiten Eventualantrag beide Wörter gemeinsam an.

### 4. Bedenken des Bundesverwaltungsgerichts

4.1.1. Der aus Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG erfließende Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber. Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen. Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassung wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine

politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen. Ob eine Regelung zweckmäßig ist und das Ergebnis in allen Fällen als befriedigend empfunden wird, kann nicht mit dem Maß des Gleichheitssatzes gemessen werden (VfSlg. 19.666/2012, mwN; vgl. VfSlg. 20.250/2018; VfGH 27.11.2018, G 75/2018 ua.; 1.10.2019, G 330/2018, uva.).

4.1.2. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Bedenken, dass das angefochtene Wort in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG in seinem Zusammenhang gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG) verstößt.

4.1.2.1. Wegen des Zusammenhanges legt es zunächst die Bedenken gegen das Wort „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG dar, das in seinem Zusammenhang nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gleichfalls gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG) verstößt.

4.1.2.1.1. Das Bundesverwaltungsgericht geht von jenem Verständnis des § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG aus, das durch die gefestigte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geprägt ist. (Am Rande sei darauf hingewiesen, dass eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in der Sache, die von dieser Rechtsprechung abginge, im Falle einer Amtsrevision [Art. 133 Abs. 6 Z 2 B-VG] oder einer Revision des Revisors [§ 22 Abs. 3 GebAG] wohl keinen Bestand haben könnte.) Soweit diese Rechtsprechung im Folgenden belegt wird, handelt es sich meist um Teile von Rechtsprechungsketten; die Entscheidungen stehen meist stellvertretend für eine Vielzahl anderer.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann „[v]on einem tatsächlichen Einkommensentgang [...] beim selbständig Erwerbstätigen nur dann gesprochen werden, wenn während der durch die Erfüllung der Zeugenpflicht versäumten Zeit Tätigkeiten angefallen wären, die dem Zeugen Einkommen gebracht hätten, welches verloren ging“ (VwGH 15.4.1994, 92/17/0231; 17.2.1995, 92/17/0254; 22.11.1999, 98/17/0357; 18.9.2001, 2001/17/0054; 25.2.2002, 98/17/0097; 20.6.2012, 2008/17/0070, mwN). Dabei ist das tatsächlich entgangene, nicht ein (fiktiv) nach Durchschnittssätzen zu berechnendes Einkommen zu ersetzen (VwGH 15.4.1994, 92/17/0231; 22.11.1999, 98/17/0357; 18.9.2001, 2001/17/0054; 25.2.2002, 98/17/0097; 4.11.2009, 2009/17/0152; 14.12.2011, 2007/17/0124). Die Berufung auf einen mit Zeugeneinvernahmen in der Regel verbundenen Verdienstaufschlag kann ein konkretes Vorbringen betreffend einen bestimmten Einkommensverlust nicht ersetzen. Es kommt weder auf die Stundensätze nach den Allgemeinen Honorarrichtlinien noch auf die beim selbständig Erwerbstätigen auflaufenden Fixkosten an (VwGH 30.10.1991, 91/17/0105). Jedenfalls ist der selbständig Erwerbstätige für die Erfüllung seiner Zeugenpflicht nicht nach den für ihn sonst geltenden Honorarsätzen oder in Anlehnung an sein sonstiges Einkommen zu entlohnen, sondern lediglich für einen konkreten Einkommensentgang zu entschädigen (VwGH 15.4.1994, 92/17/0231). Die Tätigkeiten, die während der versäumten Zeit ausgeübt worden wären und Einkommen gebracht hätten, können in der Regel bezeichnet, beschrieben und erforderlichenfalls durch Urkunden oder Aussagen bescheinigt werden. Auf Grund der für diese Tätigkeiten üblichen Entgelte und der einem Selbständigen bei Erfüllung der versäumten Tätigkeit erwachsenden variablen Auslagen wird sich in der Regel auch das tatsächlich entgangene Einkommen errechnen und bescheinigen lassen, wobei der Schätzungsweg durch die §§ 18, 19 Abs. 2 GebAG nicht verschlossen ist (VwGH 15.4.1994, 92/17/0231; 22.11.1999, 98/17/0357; 18.9.2001, 2001/17/0054; 25.2.2002, 98/17/0097; 8.9.2009, 2007/17/0161). Eine solche Schätzung wäre aber nicht der Ermittlung eines fiktiven Einkommens nach Durchschnittssätzen gleichzuhalten, muss doch Ausgangspunkt auch der Schätzung stets eine konkrete, dem selbständig Erwerbstätigen ein Einkommen vermittelnde Tätigkeit während des Zeitraumes der Verhinderung sein (VwGH 15.4.1994, 92/17/0231; 22.11.1999, 98/17/0357; 25.2.2002, 98/17/0097).

Mit der Multiplikation eines durchschnittlichen Stundensatzes mit der Anzahl der Stunden der Zeitversäumnis wird nicht das tatsächlich entgangene, sondern ein fiktiv nach Durchschnittssätzen errechnetes Einkommen bescheinigt (VwGH 22.11.1999, 98/17/0357; 25.2.2002, 98/17/0097). Die „allgemeine Wiedergabe von Erfahrenstatsachen“ reicht nicht aus (VwGH 15.4.1994, 92/17/0231). Dass der Zeuge seinen Einkommensentgang nur zu bescheinigen, aber nicht nachzuweisen hat, ändert nichts an der Verpflichtung, den konkreten Verdienstentgang zunächst einmal unter entsprechender Aufgliederung zu behaupten (VwGH 17.2.1995, 92/17/0254; 22.11.1999, 98/17/0357; 28.4.2003, 2000/17/0065; 25.5.2005, 2004/17/0004; 8.9.2009, 2007/17/0161).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann von einem tatsächlichen Einkommensentgang beim selbständig Erwerbstätigen nur dann gesprochen werden, wenn während der durch die Erfüllung der Zeugenpflicht versäumten Zeit Tätigkeiten angefallen wären, die dem Zeugen Einkommen gebracht hätten, welches verloren ging. Es ist Sache des Zeugen, nicht nur den auf der Hand liegenden Einnahmefall an dem Tag der Zeugeneinvernahme

darzulegen, sondern – sollte dies zutreffen – jedenfalls zu behaupten und zumindest glaubhaft zu machen, dass die Einnahmen verloren gingen, weil (fallbezogen:) die Vornahme der Behandlung nur an diesem Tag und nicht auch an einem anderen Termin möglich war (VwGH 25.2.1994, 93/17/0001; dem folgend VwGH 15.4.1994, 93/17/0329).

4.1.2.1.2. Selbständig Erwerbstätige führen in vielen Fällen einen Betrieb (eine Kanzlei, eine Ordination, ...). Ein selbständig Erwerbstätiger kann zB seinen Betrieb in der Form führen, dass er, ohne Mitarbeiter zu beschäftigen, in seinem Ladengeschäft arbeitet und auf Laufkundschaft angewiesen ist. Muss er das Geschäft für einige Stunden schließen, so spricht vieles dafür, dass ihm der Umsatz, den er ansonsten gehabt hätte, zumindest zu einem Teil verloren geht. Es ist nicht wahrscheinlich, dass Laufkundschaft nach einigen Stunden oder am nächsten Tag nochmals kommt, anstatt auf den Kauf zu verzichten oder ein anderes Geschäft aufzusuchen. Da er aber in der Regel nicht weiß, wer ihn aufgesucht hat oder hätte und welche Geschäfte in welcher Höhe ihm entgangen sind, wird er nicht in der Lage sein, seinen Einkommensentgang in der Form zu bescheinigen, wie § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG dies von ihm fordert.

Ein selbständig Erwerbstätiger kann aber sein Geschäft auch in der Form führen, dass er – zB in einem Handwerksbetrieb oder in einer Kanzlei in einem freien Beruf – nur wenige Mitarbeiter beschäftigt und dass – auf Grund der Organisation in diesem Betrieb – nur in seiner Anwesenheit und mit seiner Mitarbeit überhaupt gearbeitet werden kann. Es ist auch denkbar, dass bestimmte Auskünfte auf Fragen von Kunden oder von potentiellen Kunden nur der – selbständig erwerbstätige – Betriebsführer, zB ein Handwerksmeister, geben kann, auch wenn sie keinen Aufschub erleiden dürfen, soll der Kunde nicht auf den Abschluss des Geschäftes verzichten und dem selbständig Erwerbstätigen Einkommen entgehen. Ebenso ist es möglich, dass dem selbständig Erwerbstätigen – wie zB einem Rechtsanwalt – die Erteilung der Auskunft selbst Einkommen bringt (vgl. den – zumindest behaupteten – Sachverhalt in VwGH 15.4.1994, 92/17/0231, in dem der dortige Beschwerdeführer auch geltend machte, dass sich der Verdienstentgang nicht nur auf die Kosten dieses Telefongesprächs, sondern auf das Honorar der gesamten Causa beziehe). Ist der selbständig Erwerbstätige nicht an seiner Betriebsstätte anwesend, so wird er auch nicht in der Lage sein nachzuweisen, dass solche telefonischen Auskunftersuchen oder Beratungsaufträge gestellt worden wären. Gelingt ihm dies dennoch, weil zB ein Mitarbeiter dies notiert hat, so hat er darzutun, „welcher – unaufschiebbaren – Art diese Beratungsaufträge waren. Dies insbesondere im Hinblick auf die Kürze des in Frage stehenden Zeitraumes, bei dem noch nicht davon gesprochen werden kann, daß der bloße Umstand der Abwesenheit einen Verdienstentgang – in dem Sinne, daß die Beratungsaufträge ‚verloren‘ gegangen seien – indizieren würde.“ (VwGH 17.2.1995, 92/17/0254) Wesentlich ist bei der Beurteilung des tatsächlichen Einkommensentganges eines selbständig Erwerbstätigen auch, ob es ihm möglich und zumutbar war, die betreffenden Tätigkeiten nach Rückkehr vom Gericht durchzuführen, dabei kann auch die Dringlichkeit bzw. Terminisierung der versäumten Arbeiten eine Rolle spielen (VwGH 18.9.2001, 2001/17/0054).

Auch in Betrieben, in denen die Kundenkontakte oft nur nach Voranmeldung stattfinden – wie zB in der Ordination einer Ärztin wie jener der Beschwerdeführerin oder in dem eines Masseurs –, wird es häufig so sein, dass die grundsätzlich vorgesehenen Stunden „ausgebucht“ sind, sodass Termine nur auf andere, meist spätere Tage oder Wochen verschoben werden können. Dies bedeutet aber, dass zu diesen anderen Zeiten keine anderen Kundenkontakte (fallbezogen: Patiententermine) vereinbart werden können, sondern dass weitere Terminanfragen auf wieder spätere Tage oder Wochen verschoben oder auf die Durchführung der Tätigkeit ganz verzichtet werden muss. Bei einem „ausgebuchten“ Betrieb (Ordination) führt dies letztlich zu einem realen Einkommensverlust, auch wenn nicht von vornherein angegeben werden kann, welche Arbeit in der Zeit angefallen wäre, in welcher der selbständig Erwerbstätige infolge der Befolgung seiner Zeugenpflicht nicht arbeiten kann. Gerade wenn der Gerichtstermin lange im Voraus bekannt ist, wird der Zeuge für diesen Zeitraum von vornherein keine Termine vergeben. Zwar ist es grundsätzlich möglich, jene Kundentermine (Patiententermine), die auf Grund dessen nicht in diesem Zeitraum stattfinden können, anzugeben; da aber in vielen Fällen ein Ersatztermin zB in der nächsten Woche vergeben werden kann, liegen die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG nicht vor, denn es ist Sache des Zeugen, nicht nur den auf der Hand liegenden Einnahmefall an dem Tag der Zeugeneinvernahme darzulegen, sondern glaubhaft zu machen, dass die Einnahmen verloren gingen, weil (fallbezogen:) die Vornahme der Behandlung nur an diesem Tag und nicht auch an einem anderen Termin möglich war (VwGH 25.2.1994, 93/17/0001; dem folgend VwGH 15.4.1994, 93/17/0329). Als Beispiel führte der Verwaltungsgerichtshof – für den Fall eines Zahnarztes, wie ja auch die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall Zahnärztin ist – an: „Gerade eine Zahnkontrolle, das Einsetzen einer Brücke

und das Ausbohren von Zähnen sind Behandlungen, die nicht zwingend termingebunden sind, sodaß sie bei Verhinderung des behandelnden Arztes an einem verschobenen Behandlungstermin ausgeführt werden können.“ (VwGH 25.2.1994, 93/17/0001) Das bringt deutlich den Mechanismus zum Ausdruck, der oben dargestellt worden ist: Viele Tätigkeiten selbständig Erwerbstätiger sind „nicht zwingend termingebunden“, können daher – dies mutet das Gesetz dem selbständig Erwerbstätigen zu – auf einen anderen Zeitpunkt verschoben werden und führen daher typischerweise dazu, dass an den jeweiligen „Ersatzterminen“ andere Arbeiten nicht durchgeführt werden können, die ansonsten hätten erbracht werden können. Dazu kommt: In bestimmten Gewerben, vor allem solchen der Dienstleistung, zB bei Friseuren, Kosmetikern, Fußpflegern und Masseurinnen, nimmt ein Teil der Kunden die Leistung in regelmäßigen Abständen in Anspruch, sodass, wird ein Termin um eine Woche verschoben, dies dazu führt, dass alle Folgetermine dieses Kunden gleichfalls (im Beispiel: um eine Woche) verschoben werden; damit wird aber der Einkommensentfall endgültig. Dasselbe gilt zB für die Tätigkeit von Personen, die zur freiberuflichen Ausübung des physiotherapeutischen Dienstes, des logopädisch-phoniatrisch-audiologischen Dienstes oder des ergotherapeutischen Dienstes berechtigt sind (s. zB § 135 Abs. 1 Z 1 ASVG).

Möglicherweise hat § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG – in dem durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geprägten Verständnis – nicht einen Betrieb vor Augen, in dem der selbständig Erwerbstätige ständig, etwa im Rahmen fester Betriebszeiten, arbeitet oder mitarbeitet, sondern einen solchen, in dem er nur mäßigen Kundenkontakt hat und die Kundentermine innerhalb eines größeren Zeitrahmens verschieben kann, ohne dabei Kollisionen mit anderen Kundenterminen befürchten zu müssen, oder in dem er andere Arbeiten – ohne Kundenkontakt – ohne Weiteres auf andere Zeiten, allenfalls außerhalb der üblichen Betriebszeiten, verlegen kann. (Dabei ist zB an Planungstätigkeiten wie die eines Architekten zu denken, die gleichsam außerhalb der „Bürozeiten“ durchgeführt werden können.) In vielen Fällen arbeiten selbständig Erwerbstätige jedoch ganztags, typischerweise gerade – wie auch unselbständig Erwerbstätige – zu den Zeiten, zu denen auch Gerichtsverhandlungen stattfinden, an denen sie als Zeugen teilnehmen müssen.

Viele dieser Fälle sind so gelagert, dass es nicht möglich ist, den Einkommensentfall iSd § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG zu bescheinigen, oder so, dass er – im Sinne dieses Gesetzes – gar nicht entsteht. Wie oben gezeigt, steht dem jedoch ein realer Verlust an Einkommen gegenüber, der aber nicht „tatsächlich“ iSd Gesetzes ist.

4.1.2.1.3. Dieses Ergebnis verstößt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gegen den auch den Gesetzgeber bindenden Gleichheitsgrundsatz der Bundesverfassung. Der Gesetzgeber hat mit § 3 Abs. 1 Z 2 und § 18 GebAG ein System geschaffen, von dem er nicht abweichen darf, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre. Es ist sachlich nicht zu rechtfertigen, zwar grundsätzlich einen Einkommensentgang zu entschädigen, der nachgewiesenermaßen eingetreten ist, dies jedoch dann nicht zu tun, wenn er zwar wahrscheinlich ist, jedoch nicht im Einzelnen nachgewiesen werden kann, weil er zB auf Prognosen über das Verhalten von Laufkundschaft beruht oder indem eine sichere Einkommenschance durch zeitliche Verlegung erhalten werden soll, obwohl damit eine weitere sichere Einkommenschance verloren geht. Dazu kommt noch eine Ungleichbehandlung zwischen unselbständig und selbständig Erwerbstätigen: Nach § 18 Abs. 1 Z 2 lit. a GebAG gebührt dem unselbständig erwerbstätigen Zeugen der tatsächlich entgangene Verdienst. Dieser Verdienst ist vergleichsweise einfach dadurch nachzuweisen, dass der Dienstgeber des Zeugen bestätigt, in welcher Höhe er dem Zeugen einen Verdienst ausgezahlt hätte, hätte dieser in der Zeit gearbeitet, die er auf Grund der Befolgung der Zeugenpflicht nicht arbeiten konnte. Dort reicht im Übrigen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die „hohe Wahrscheinlichkeit“, dass der Anspruchswerber „im Fall seiner Anwesenheit am Arbeitsplatz zur Leistung der in Rede stehenden Überstunden herangezogen worden wäre“ (VwGH 22.2.1999, 98/17/0225) und der Dienstgeber diese Überstunden in Geld abgegolten hätte (VwGH 26.2.2001, 2000/17/0209). Von einer Verlegung von Arbeitsstunden in andere Zeiten ist dabei nicht die Rede. Im Ergebnis führt dies auch zu einer Schlechterstellung der selbständig Erwerbstätigen gegenüber den unselbständig Erwerbstätigen.

Das Bundesverwaltungsgericht ist der Ansicht, dass mit dem Wegfall des Wortes „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG seinen Bedenken Rechnung getragen wird, weil es bei dann bereinigter Rechtslage („beim selbständig Erwerbstätigen das entgangene Einkommen“) möglich sein dürfte, Zeugen auch für Einkommen zu entschädigen, das ihnen nicht entgangen wäre, hätten sie während der Zeit arbeiten können, in der ihnen dies nicht möglich war, weil sie die Zeugenpflicht befolgt haben.

4.1.2.2. Aus den genannten Gründen verstößt das in eventu angefochtene Wort in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG gegen den auch den Gesetzgeber bindenden Gleichheitsgrundsatz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG) und ist daher verfassungswidrig.

Dem Bundesverwaltungsgericht ist bewusst, dass die Auslegung des § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG, die dieser Anfechtung zugrundeliegt, möglicherweise nicht zwingend ist und dass eine andere Auslegung die Verfassungswidrigkeiten, die nach Ansicht des anfechtenden Gerichts vorliegen, vermeiden könnte. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sieht es sich jedoch nicht zu einer anderen Auslegung verhalten.

4.2. Diese Verfassungswidrigkeit des Wortes „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG in seinem Zusammenhang bringt es aber mit sich, dass auch das Wort „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG in seinem Zusammenhang einen verfassungswidrigen Inhalt hat:

4.2.1. Das Bundesverwaltungsgericht geht auch bei § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG von jenem Verständnis aus, das durch die gefestigte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geprägt ist. Auch hier gilt, dass es sich, soweit diese Rechtsprechung im Folgenden belegt wird, meist um Teile von Rechtsprechungsketten handelt; die Entscheidungen stehen meist stellvertretend für eine Vielzahl anderer.

Unter einem Stellvertreter nach § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG ist eine Person zu verstehen, die den Zeugen während seiner Abwesenheit von seiner Kanzlei usw. vertritt (VwGH 28.4.2003, 99/17/0207; 28.4.2003, 2000/17/0065; 4.9.2003, 99/17/0209; 8.9.2009, 2008/17/0235; 10.1.2011, 2010/17/0097; 20.6.2012, 2010/17/0099). Der Zeuge hat nicht nur die Tatsache der Stellvertretung und die Höhe der dafür aufgewandten Kosten zu bescheinigen, sondern auch die Notwendigkeit der Stellvertretung (VwGH 7.10.2005, 2005/17/0207; 10.1.2011, 2010/17/0097; 20.6.2012, 2010/17/0099). Diesbezüglich bedarf es konkreter Angaben über die Erforderlichkeit einer derartigen Vertreterbestellung (VwGH 28.4.2003, 99/17/0207). Soweit sich der Zeuge in diesem Zusammenhang auf unaufschiebbare Termine beruft, liegt es an ihm, diese behauptete Tatsache der Unaufschiebbarkeit näher zu erläutern (VwGH 28.4.2003, 2000/17/0065; sa. VwGH 10.1.2011, 2010/17/0097).

In ständiger Rechtsprechung erkennt der Verwaltungsgerichtshof (VwGH 20.6.2012, 2010/17/0099, im Anschluss an VwGH 7.10.2005, 2005/17/0207): „Die Bestellung eines Stellvertreters ist [...] nur dann notwendig, wenn die vom Stellvertreter wahrgenommenen Aufgaben unaufschiebbar sind. Dies folgt – wie der Verwaltungsgerichtshof [...] fallbezogen zum selbstständigen Erwerbstätigen darlegte – daraus, dass die in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG vorgesehene Gebühr jene auf Ersatz des tatsächlich entgangenen Einkommens nach lit. b leg. cit. substituieren soll. Von einem tatsächlichen Einkommensentgang beim selbstständig Erwerbstätigen kann nur dann gesprochen werden, wenn während der durch die Erfüllung der Zeugenpflicht versäumten Zeit Tätigkeiten angefallen wären, die dem Zeugen Einkommen gebracht hätten, welches verloren ging. Wesentlich ist hierbei insbesondere, ob es dem Zeugen möglich und zumutbar war, die betreffenden Tätigkeiten nach Rückkehr vom Gericht selbst durchzuführen, wobei auch die Dringlichkeit bzw. Terminisierung der versäumten Arbeiten eine Rolle spielen kann. Vor diesem Hintergrund ist auch die Frage zu sehen, wann die Bestellung eines Stellvertreters ‚notwendigerweise‘ erfolgt. Dies ist dann der Fall, wenn der Stellvertreter für Tätigkeiten herangezogen wird, die dem Zeugen Einkommen bringen, welches in Ermangelung der erfolgten Bestellung eines Stellvertreters jedoch verloren gegangen wäre. Auch dabei ist es wesentlich, ob es dem Zeugen möglich und zumutbar war, die betreffenden dem Stellvertreter übertragenen Tätigkeiten nach Rückkehr vom Gericht selbst durchzuführen, wobei gleichfalls die Dringlichkeit bzw. Terminisierung der versäumten Arbeiten eine Rolle spielen kann. Ist die Verrichtung der dem Stellvertreter übertragenen Arbeiten durch den Zeugen selbst nach seiner Rückkehr vom Gericht möglich und zumutbar, so war der Stellvertreter nicht ‚notwendigerweise‘ im Verständnis des § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG zu bestellen [...].“

4.2.2. Die Beschwerdeführerin ist selbstständig erwerbstätig. Sie konnte, da sie am 24.2.2017 als Zeugin an einer Verhandlung teilnahm, ihrer Erwerbstätigkeit an diesem Tag für sieben Stunden nicht nachgehen. (Dies ergibt sich, wenn man den Fahrplan der Österreichischen Bundesbahnen zugrundelegt, den die belangte Behörde für die Bemessung der Fahrtkosten heranzieht und von je einer Stunde Wegzeit zum und vom Bahnhof ausgeht.)

Es kann aber nicht festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin geplant hatte, an diesem Tag konkrete Behandlungen in ihrer Zahnarztpraxis durchzuführen, die unaufschiebbar gewesen bzw. ersatzlos entfallen wären, weil sie ihre Zeugenpflicht befolgte, und dass ihr dadurch ein Einkommen entgangen wäre. Nur dann wäre es aber „notwendig“ gewesen, eine Stellvertreterin zu bestellen.

Somit hat die Beschwerdeführerin die Notwendigkeit einer Stellvertretung nicht bescheinigen können. Das gilt umso mehr für die Kosten der Stellvertretung, die sie nur durch eine Rechnung der Stellvertreterin belegt. Daher steht ihr gemäß § 18 Abs. 1 Z 1 GebAG nur eine Entschädigung für Zeitversäumnis gemäß § 18 Abs. 1 Z 1 GebAG iVm § 1 Abs. 1

der V BGBl. II 134/2007 von 14,20 Euro je Stunde zu (die ihr von der belangten Behörde übrigens nicht zuerkannt worden ist).

4.2.3. Der oben dargestellte Inhalt des § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG, insbesondere das darin enthaltene Wort „notwendigerweise“, lässt sich kurz wie folgt zusammenfassen:

Dass eine Stellvertretung nur dann notwendig ist, wenn die vom Stellvertreter wahrgenommenen Aufgaben unaufschiebbar sind, folgt daraus, dass die in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG vorgesehene Gebühr jene auf Ersatz des tatsächlich entgangenen Einkommens nach § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG substituieren soll. Ein Stellvertreter wird dann „notwendigerweise“ bestellt, wenn er für Tätigkeiten herangezogen wird, die dem Zeugen Einkommen bringen, das ihm ansonsten verloren ginge, es also um ein tatsächlich entgangenes Einkommen iSd § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG geht. Kann der Zeuge die dem Stellvertreter übertragenen Arbeiten selbst nach seiner Rückkehr vom Gericht verrichten, so ist der Stellvertreter nicht „notwendigerweise“ bestellt.

Diese Verschränkung des „tatsächlich“ entgangenen Einkommens mit der Notwendigkeit einer Stellvertretung bringt es mit sich, dass auch diese Notwendigkeit einen Inhalt hat, der sie aus demselben Grund verfassungswidrig erscheinen lässt wie das Wort „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG. Ist nämlich die Stellvertretung dann nicht „notwendig“, wenn sich die Arbeiten, die der Stellvertreter durchführen soll bzw. durchführt, verschieben lassen bzw. hätten verschieben lassen, dann treffen die Bedenken, die oben gegen das Wort „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG vorgetragen worden sind, auch auf das Wort „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG zu. Kann eine Zahnärztin – wie die Beschwerdeführerin – Behandlungstermine zB um eine Woche verlegen, so ist die Bestellung einer Stellvertreterin gerade nicht „notwendig“ iSd § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG. Auch in einem solchen Fall besteht aber die oben dargelegte Möglichkeit, dass, etwa bei einer „ausgebuchten“ Praxis, durch Verschiebung der Termine das Einkommen endgültig verloren geht.

4.2.4. Aus den genannten Gründen verstößt auch das angegriffene Wort in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG gegen den auch den Gesetzgeber bindenden Gleichheitsgrundsatz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG) und ist daher verfassungswidrig.

Dem Bundesverwaltungsgericht ist bewusst, dass auch die Auslegung des § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG, die dieser Anfechtung zugrundeliegt, möglicherweise nicht zwingend ist und dass eine andere Auslegung die Verfassungswidrigkeiten, die nach Ansicht des anfechtenden Gerichts vorliegen, vermeiden könnte. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sieht es sich jedoch nicht zu einer anderen Auslegung verhalten.

4.3. Die Gründe, aus denen mit dem Hauptantrag das Wort „notwendigerweise“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. c GebAG, mit den Eventualanträgen anstattdessen oder gemeinsam mit ihm das Wort „tatsächlich“ in § 18 Abs. 1 Z 2 lit. b GebAG angefochten werden, sind oben im Zusammenhang mit dem Anfechtungsumfang (Pt. 3.2.2) dargelegt.

#### **Schlagworte**

Einkommensentfall Eventualantrag Eventualbegehren Gesetzesprüfung Gesetzeswortlaut Gesetzprüfungsantrag Gleichheitsgrundsatz Präjudizialität Rechtsanschauung des VwGH selbstständig Erwerbstätiger Stellvertreter Verdienstentgang verfassungsrechtliche Bedenken verfassungswidrig Zeitversäumnis Zeugenbeweis Zeugengebühr

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:W199.2158795.1.00

#### **Im RIS seit**

29.12.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

29.12.2020

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)