

Inhaltsverzeichnis

I Aufsätze

VI Editorial

23 Integriert Euch!

Philip Czech

37 Staatsangehörige zweiter Klasse?

Ines Rössl

II Judikaturbesprechungen

11 Kindeswohl als Kriterium für das abgeleitete Aufenthaltsrecht drittstaatsangehöriger Mütter

Rudolf Feik

17 Keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte der Gemeinde in Anwendung des Bundesverfassungsgesetzes über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden (BGBl I 120 / 2015)

Daniela Fabits

23 Kriterien eines wirksamen Beschwerdeverzichts (durch Fremde)

Katharina Weiser

III Rezensionen

4 *Merli/Pöschl*, Das Asylrecht als Experimentierfeld

Editorial

Beirat

Prof. Dr. Ralf Alleweldt
 Prof. Dr. Wolfgang Benedek
 Mag. Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann
 RA Dr. Georg Bürstmayr
 Prof. Dr. Ulrike Davy
 Dr. Ilse Fahrner
 Vize-Präs. Dr. Johannes Fischer
 RA Dr. Wolfgang Fromherz
 Prof. Dr. Kay Hailbronner
 Prof. Dr. Andreas Hauer
 Prof. h. c. Dr. Kurt Heller
 Präs. Prof. Dr. Gerhart Holzinger
 BL Mag. Karl Hutter
 AL Mag. Dr. Angela Julcher
 Dr. Claudia Kahr
 em. Prof. Dr. Wolfram Karl
 Prof. Dr. Benjamin Kneihls
 Prof. MMMag. Dr. Barbara Leitl-Staudinger
 SL Prof. Dr. Georg Lienbacher
 Prof. h. c. Dr. Rudolf Müller
 Mag. Peter Nedwed
 Präs. Mag. Harald Perl
 Dr. Christoph Pinter
 Prof. Dr. Magdalena Pöschl
 Prof. Dr. Bernhard Raschauer
 Prof. Dr. Heinz Schäffer †
 Präs. Dr. Wolfgang Steiner
 Prof. Dr. Harald Stolzlechner
 Dir. Mag. Wolfgang Taucher
 SC Dr. Mathias Vogl
 Prof. Dr. Karl Weber
 Prof. Dr. Gerhart Wielinger
 Dr. Ulrike Wintersberger

Ständige Mitarbeiter

Dr. Philip Czech
 Prof. Dr. Daniel Ennöckl
 Dr. Ronald Faber
 Mag. Ronald Frühwirth
 Dr. Gregor Heißl
 Mag. Matthias Kettemann
 ao. Prof. Lamiss Khakzadeh-Leiler
 az. Prof. Dr. Reinhard Klaushofer
 Doz. Dr. Konrad Lachmayr
 Prof. Dr. David Leeb
 Mag. Petra Peyerl
 Dr. Erich Pürgy
 Mag. Claudia Priewasser
 Dr. Michael Mayrhofer
 Prof. Dr. Nicolas Raschauer
 Mag. Florian Schiffkorn
 Doz. Dr. Wolfgang Wessely

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

im Jahr 2015 wurden knapp 90.000 Anträge auf internationalen Schutz eingebracht, was eine Verdreifachung gegenüber dem Vorjahr (2014) bedeutet hat. Wie der VwGH im Erkenntnis vom 24. 5. 2016, Ro 2016/01/0001, festhielt, stellte (und stellt) diese extrem hohe Zahl an Asylverfahren unzweifelhaft eine extreme Belastungssituation dar, die sich in ihrer Exzeptionalität von sonst allenfalls bei (anderen) Behörden auftretenden, herkömmlichen Überlastungszuständen ihrem Wesen nach, und sohin grundlegend, unterscheidet. Für den VwGH war es notorisch, dass sich in einer derartigen Situation die Einhaltung von gesetzlichen Erledigungsfristen in bestimmten Fällen als schwierig erweisen kann, zumal die Verpflichtung der Behörde, dafür Sorge zu tragen, dass durch organisatorische Vorkehrungen eine rasche Entscheidung möglich ist, in der dargestellten Ausnahmesituation zwangsläufig an Grenzen stoßen muss.

Es überrascht daher nicht, wenn (nahezu zeitgleich zu diesem Erkenntnis) mit der Novelle BGBl I 2016/24 § 22 Abs 1 AsylG 2005 dahingehend geändert wurde, dass das BFA über Anträge auf internationalen Schutz abweichend von § 73 Abs 1 AVG innerhalb von 15 Monaten zu entscheiden hat.

Die Exzeptionalität der Belastungssituation aus dem Jahr 2015 hat sich zwar insofern »gemildert«, als im Jahr 2016 etwas mehr als 42.000 Anträge auf internationalen Schutz eingebracht wurden. Im Jahr 2017 dürften die Anträge sogar unter der Zahl jener im Jahr 2014 liegen (bis Ende Oktober wurden etwas mehr als 21.000 Anträge gestellt). Die so außergewöhnlich hohe Zahl von Anträgen im Jahr 2015 (teilweise auch die Antragszahlen im Jahr 2016) bewirkten aber auch – mit zeitlicher Verzögerung – eine extreme Belastungssituation für das BVwG.

Dies wird etwa damit belegt, dass nach dem Tätigkeitsbericht des BVwG für das Jahr 2016 im Zeitraum von 1.2.2016 bis 31.1.2017 beim BVwG im Rechtsbereich Fremdenwesen und Asyl rund 19.100 Beschwerdeverfahren neu anhängig geworden sind, insgesamt also im Vergleich zum Vorjahr ein Anstieg von rund 30 Prozent an neu anhängigen fremden- oder asylrechtlichen Verfahren zu verzeichnen war.

Im Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 – FrÄG 2017, BGBl I 2017/145 (wie schon in jenem mit BGBl I 2017/84 kundgemachten FrÄG 2017), wurde dem insofern Rechnung getragen, als nach § 21 Abs 2b BFA-VG – und abweichend von § 34 Abs 1 VwGVG – das BVwG über Beschwerden gegen Entscheidungen des BFA über Anträge auf internationalen Schutz binnen zwölf Monaten erkennt, sofern in diesem Bundesgesetz oder im AsylG 2005 nichts anderes bestimmt ist. Gleichmaßen wie die das BFA betreffende Verlängerung der Entscheidungsfrist gilt die zwölfmonatige Entscheidungsfrist des BVwG befristet bis Ende Mai 2018 bzw für bis Ende Mai 2018 anhängig gemachte (eingebrachte) Beschwerden.

Die Verlängerung der Entscheidungsfristen sowohl für das BFA als auch für das BVwG dürften rechtlich keinen Bedenken begegnen.

So vermag sich die Verlängerung der Entscheidungsfrist für das BFA auf die die Anwendung des Art 11 Abs 2 letzter Halbsatz B-VG ausschließende Subsidiärbestimmung in § 73 Abs 1 AVG (vgl etwa VfSlg 16.285/2001) und die Verlängerung der Entscheidungsfrist für das BVwG im Blick auf Art 136 Abs 2 letzter Satz zweiter Fall B-VG auf die Ermächtigung im § 34 Abs 1 VwGVG zu stützen. Die Verlängerung der Entscheidungsfristen dürfte auch unionsrechtskonform sein (vgl Art 31 Abs 3 UAbs 2 lit b sowie Art 46 Abs 1 VerfahrensRL).

Angesichts der so außergewöhnlich hohen Zahl von Anträgen im Jahr 2015 (teilweise auch der Antragszahlen im Jahr 2016) sind die Verlängerungen der Entscheidungsfristen »verständlich«, aber doch in die Kategorie einer Art von »gesetzgeberischer Notwehrhandlung« einzuordnen. Mit einer Verlängerung von Entscheidungsfristen erfolgt nur eine vorübergehende Symptombekämpfung; die Problematik der Dauer der Verfahren als ein allgemein anerkanntes zentrales Thema einer Flüchtlingspolitik bleibt.

Der immer wiederkehrende – und berechtigte – Ruf nach kurzer Verfahrensdauer im Bereich Fremdenwesen und Asyl birgt in einer Belastungssituation wie der vorliegenden aber auch die Gefahr in sich, einen unangemessenen Entscheidungsdruck zu erzeugen, wobei Fehler im Verfahren schwere (und mitunter unbehebbar) Folgen nach sich ziehen.

In diesem Umfeld bedarf es einer besonderen Sensibilität für Schutz vor Rechtsverletzungen, was wiederum die Gewährleistung eines effektiven Zugangs zum Recht zur Voraussetzung hat. Ist es der Kern der Menschenrechtsidee, sich gegen Menschenrechtsverletzungen wehren zu können, so bedarf es zunächst des Wissens über das Recht.

Der Vermittlung des Wissens über das Recht im Bereich Fremdenwesen und Asyl hat sich die FABL verschrieben. Es kann heute darauf zurückgeblickt werden, dass mittlerweile über 1500 Judikate in der FABL-Datenbank erfasst, verschlagwortet und mit Ländern, Regionen und Volksgruppen sowie Rechtsquellen versehen wurden, wobei das Ziel verfolgt wurde, nur wichtige Judikate aufzunehmen, die über den Einzelfall hinaus Bedeutung haben.

Wenn aktuell 859 AbonnentInnen die Dienstleistung der FABL nutzen, so belegt dies, dass der eingeschlagene Weg »nicht so falsch war«, und zwar auch im Hinblick auf die Strukturierung des NutzerInnenkreises – nämlich aus Wissenschaft und Forschung, Behörden und Gerichten sowie Rechtsberatung, Anwaltschaft und NGO's.

Wenn oben die derzeitige extreme Belastungssituation angesprochen wurde, so ist uns bewusst, dass diese für alle Betroffenen auch eine ebenso extreme Herausforderung bedeutet. Die FABL könnten ein Baustein bei der Meisterung dieser Herausforderung sein.

Die Herausgeber im November 2017

Integriert Euch!

Ein Überblick über Integrationsgesetz und Integrationsjahrgesetz

PHILIP CZECH

Inhaltsübersicht:

I.	Einleitung	24
II.	Das Integrationsgesetz	24
A.	Zielbestimmungen und Definitionen	25
B.	Integrationsmaßnahmen für Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte	25
1.	Kursangebot	25
2.	Mitwirkungspflichten und Sanktionen	26
C.	Integrationsmaßnahmen für Asylwerber	28
D.	Neuerungen bei der Integrationsvereinbarung	28
1.	Modul 1	28
2.	Modul 2	29
3.	Integrationskurse	29
4.	Sanktionen bei Nichterfüllung der IV	29
III.	Das Integrationsjahrgesetz	30
A.	Zielgruppe	30
B.	Ziel, Inhalt und Ablauf des Integrationsjahrs	31
C.	Integrationskarte	32
D.	Sozialrechtliche Situation	32
1.	Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhalts	32
2.	Mindestsicherung und Grundversorgung	33
3.	Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung	33
E.	Pflichten und Sanktionen	33
IV.	Vereinbarkeit mit völker- und unionsrechtlichen Verpflichtungen und Vorgaben	34
V.	Fazit	35

Abstract: In Reaktion auf die Fluchtbewegung der Jahre 2014 bis 2016 erließ der Gesetzgeber 2017 eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen, die auf die Integration von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten abzielen. Durch das Integrationsgesetz werden diese Kategorien von Drittstaatsangehörigen erstmals dazu verpflichtet, Sprachkurse und sogenannte »Werte- und Orientierungskurse« zu absolvieren. Außerdem bringt dieses Gesetz Neuerungen bei der bis dato im NAG geregelten Integrationsvereinbarung. Das Integrationsjahrgesetz schafft die Möglichkeit, schutzberechtigten Personen bestimmte Maßnahmen der Arbeitsmarktintegration verpflichtend vorzuschreiben. Bei unzureichendem »Integrationsbemühen« drohen Kürzungen von Sozialleistungen. In diesem Beitrag werden die beiden Gesetze vorgestellt und ein erster Blick auf ihre Vereinbarkeit mit völker- und unionsrechtlichen Vorgaben geworfen.

Rechtsquellen: IJG; IntG; AsylG §§ 68, 68a; IV-V 2017; Art 29, 30 RL 2011/95/EU »StatusRL«.

Schlagnote: Arbeitsmarkt; Asylrecht; Deutschkenntnisse; Diskriminierungsverbot; Flüchtlinge; Gleichbehandlungsgebot; Grundversorgung; Grundwerte; Integration; Integrationsgesetz; Integrationsjahr; Integrationsjahrgesetz; Integrationsvereinbarung; Mindestsicherung; Sozialhilfe; Sprachkurse; Subsidiär Schutzberechtigte; Werte- und Orientierungskurse.

I. Einleitung

Die Fluchtbewegungen der vergangenen Jahre haben auch in Österreich einen starken Anstieg der Anträge auf internationalen Schutz bewirkt, der sich auch in der Zahl der asylberechtigten oder subsidiär schutzberechtigten Personen abbildet.¹ Die Zahl der Asylanträge stieg ab Herbst 2014 stark an und betrug im Jahr 2015 mit 88.340 etwa das Dreifache der 2014 erreichten Zahl. Nachdem der Höhepunkt im Winter 2015/16 erreicht war, sank die Zahl der Anträge wieder und lag im Jahr 2016 in Summe bei 42.285. Diese rückläufige Entwicklung setzte sich 2017 fort. Bis 30.9.2017 wurden 19.073 Anträge gestellt. Aufgrund der notwendigen Bearbeitungszeit schlägt sich die Entwicklung der Anträge mit einer gewissen Verzögerung in der Zahl der Anerkennungen als Asylberechtigte bzw subsidiär Schutzberechtigte nieder. So war 2015 mit 16.891 rechtskräftigen positiven Erledigungen (davon 14.413 Asylgewährungen und 2.478 Gewährungen von subsidiärem Schutz) zwar bereits ein deutlicher Anstieg gegenüber 2014 (insgesamt 11.351 rechtskräftige positive Erledigungen) zu verzeichnen. Wesentlich stärker stiegen die Zahlen jedoch 2016 und 2017. Während 2016 in 22.307 Fällen Asyl und in 3.699 Fällen subsidiärer Schutz gewährt wurde – in Summe also 26.006 Personen eine Aufenthaltsberechtigung nach dem AsylG erhielten² – lagen diese Zahlen in den ersten drei Quartalen 2017 bereits bei 16.662 (Asyl) bzw 5.531 (subsidiärer Schutz), insgesamt also bei 22.193.

Nachdem Behörden und Gesellschaft zunächst mit der Herausforderung konfrontiert waren, eine rasche Basisversorgung der Schutzsuchenden sicherzustellen, haben sich die Anforderungen inzwischen auf den Bereich der dauerhaften **Integration** verschoben. Zur Bewältigung der damit verbundenen Aufgaben wurde unter Mitwirkung des Expertenrats für Integration ein 50-Punkte-Plan zur Integration von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten in Österreich erarbeitet und im Jänner 2016 von der Bundesregierung als Grundlagendokument der nationalen Integrationsstrategie angenommen.³ Zur punktuellen Umsetzung dieses Plans erließ der Gesetzgeber insb das **Integrationsgesetz** (IntG) und das **Integrationsjahr-gesetz** (IJG). Diese Gesetze sollen in diesem Beitrag vorgestellt werden. Dabei geht es um die wesentlichen Neuerungen und ihre Verortung im Kontext des öster-

reichischen, europäischen und internationalen Rechts. Beide Gesetze zielen vor allem darauf ab sicherzustellen, dass Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte bessere Chancen zur gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Eingliederung in Österreich erhalten und die Behörden, wenn nötig, Druck auf Fremde, die kein ausreichendes Integrationsbemühen an den Tag legen, ausüben können. Ausgeklammert bleibt das Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, das ebenfalls als Teil dieses Pakets beschlossen wurde.

Zur legislativen Vorgehensweise ist anzumerken, dass zwei Kundmachungen im BGBl erfolgten, die einerseits das **Integrationsgesetz** und das Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz samt Anpassungen in NAG, AsylG, FPG, StbG und StVO umfassen,⁴ andererseits das Arbeitsmarktintegrationsgesetz, das aus dem **Integrationsjahr-gesetz** (IJG) besteht und daneben lediglich eine auf die Finanzierung der darin vorgesehenen Maßnahmen bezogene Begleitbestimmung in das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz einfügt.⁵

II. Das Integrationsgesetz

Das übergeordnete Ziel dieses Gesetzes ist die erfolgreiche Integration von rechtmäßig in Österreich aufhaltigen Fremden.⁶ Um dieses zu erreichen, werden zum einen die Angebote an Integrationsmaßnahmen ausgebaut und die Sanktionen bei »negativem Integrationsbemühen« verschärft, zum anderen soll das Integrationsgesetz Zuständigkeiten klären und damit die Kooperation der Ministerien, Behörden und sonstigen beteiligten Institutionen verbessern.⁷ Die wesentlichen Neuerungen bestehen in der Einführung einer Verpflichtung von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten zur Absolvierung von **Deutsch- und Wertekursen** sowie in Änderungen bei der **Integrationsvereinbarung** für Drittstaatsangehörige, die sich aufgrund eines nach dem NAG erteilten Aufenthaltstitels dauerhaft in Österreich aufhalten. Daneben wurden auch der Expertenrat für Integration und der Integrationsbeirat gesetzlich

1 Die folgenden Zahlen sind den vom BMI veröffentlichten Asylstatistiken entnommen (abrufbar unter <www.bmi.gv.at/301/Statistiken/start.aspx#jahr> [8.1.2018]).

2 Nicht eingeschlossen in diese Zahlen sind die Gewährungen humanitärer Aufenthaltstitel.

3 Abrufbar unter <www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Integration/Publikationen/Integrationsplan_final.pdf> (8.1.2018).

4 Integrationsgesetz und Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz sowie Änderung des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes, des Asylgesetzes 2005, des Fremdenpolizeigesetzes 2005, des Staatsbürgerschaftsgesetzes 1985 und der Straßenverkehrsordnung 1960, BGBl I 68/2017.

5 Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz zur Arbeitsmarktintegration von arbeitsfähigen Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten sowie AsylwerberInnen, bei denen die Zuerkennung des internationalen Schutzes wahrscheinlich ist, im Rahmen eines Integrationsjahres (Integrationsjahr-gesetz – IJG) erlassen wird und das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz geändert wird (Arbeitsmarktintegrationsgesetz), BGBl I 75/2017.

6 RV 1586 BlgNr, 25. GP, 1.

7 RV 1586 BlgNr, 25. GP, 1.

verankert, ein neues Integrationsmonitoring und eine Forschungskoordinationsstelle eingerichtet und eine auf die Untersagung der Nutzung von Verkehrsflächen für die Verteilung radikaler Propaganda abzielende Änderung in der StVO (§ 83 Abs 3) vorgenommen.

A. Zielbestimmungen und Definitionen

Den Regelungen der konkreten Integrationsmaßnahmen vorgeschaltet sind drei allgemeine Bestimmungen, die das Ziel des IntG umschreiben, den Integrationsbegriff definieren und den Geltungsbereich des Gesetzes regeln.

Gemäß § 1 Abs 1 IntG besteht das **Ziel des Gesetzes** in der »raschen Integration rechtmäßig in Österreich aufhältiger Personen in die österreichische Gesellschaft durch das systematische Anbieten von Integrationsmaßnahmen (Integrationsförderung) sowie durch die Verpflichtung, aktiv am Integrationsprozess mitzuwirken (Integrationspflicht)«. § 1 Abs 2 IntG ist zu entnehmen, dass »Österreichs liberales und demokratisches Staatswesen [...] auf Werten und Prinzipien [beruht], die nicht zur Disposition stehen«, die »identitätsbildende Prägung der Republik Österreich und ihrer Rechtsordnung [...] zu respektieren [ist]« und die »Grundlage für das friedliche Zusammenleben« darstellt. Eine Umschreibung des **Integrationsbegriffs** findet sich in § 2 IntG. Hier wird in erster Linie erklärt, was nach den Vorstellungen des Gesetzgebers erforderlich ist, um den »gesamtgemeinschaftlichen Prozess« der Integration erfolgreich zu gestalten. Nämlich einerseits die aktive Mitwirkung der Zugewanderten in Form einer Inanspruchnahme der angebotenen Maßnahmen (gemeint sein dürften damit vor allem die Sprach- und Wertekurse) sowie die Achtung der demokratischen Grundwerte. Andererseits verweist § 2 Abs 1 IntG auf den Beitrag, den alle staatlichen Institutionen (durch das systematische Anbieten von Integrationsmaßnahmen) und auch alle Privatpersonen zu leisten haben.

Bei diesen beiden Bestimmungen handelt es sich um programmatische Umschreibungen von Zielvorstellungen des Gesetzgebers **ohne normativen Gehalt**. Es ist nicht erkennbar, welche Rechte und Pflichten aus § 1 Abs 1 IntG ableitbar sein könnten – ganz abgesehen davon, dass die genannte Integrationsförderung und die Integrationspflicht nicht Ziel des Gesetzes sind, sondern Maßnahmen zu dessen Verwirklichung. Und auch § 1 Abs 2 IntG ist eher deskriptiv, zumal nicht näher bestimmt wird, welche Werte und Prinzipien indisponibel sein sollen und worin die »identitätsbildende Prägung« Österreichs bestehen könnte. Dass die Rechtsordnung »zu respektieren ist«, ergibt sich aus eben dieser Rechtsordnung und bedarf keiner Wiederholung. Auch der

normative Gehalt der Umschreibung des Integrationsbegriffs in § 2 Abs 1 IntG bleibt im Dunkeln. Es handelt sich dabei aufgrund der Unbestimmtheit nicht um eine taugliche Begriffsbestimmung und schon gar nicht um eine Legaldefinition, zumal auch an keiner anderen Stelle des Gesetzes an § 2 angeknüpft wird. Aber auch normative Anordnungen an Behörden lassen sich aus § 2 Abs 1 IntG nicht entnehmen. Ebenso wenig normativen Gehalt weist § 2 Abs 2 IntG auf, der eine eher selektive Aufzählung der Ziele von Integrationsmaßnahmen enthält (Teilhabe durch Erwerbsarbeit, Annahme von Bildungsangeboten, Gleichstellung der Geschlechter, rasches Erreichen der Selbsterhaltungsfähigkeit).

Konkreter als diese beiden einleitenden Bestimmungen ist § 3 IntG, der den Geltungsbereich des Gesetzes umschreibt. Dieses beschränkt sich demnach auf die Bereiche »Sprachförderung und Orientierung«. Anders als der Titel und die §§ 1 und 2 erwarten ließen, wird im IntG somit nur ein sehr kleiner Ausschnitt aus dem breiten Spektrum der Integration geregelt.

B. Integrationsmaßnahmen für Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte

Wer als Asylberechtigter oder subsidiär Schutzberechtigter dauerhaft zum Aufenthalt in Österreich berechtigt ist, unterlag bislang anders als Fremde, die mit einem nach dem NAG erteilten Aufenthaltstitel hier leben, keiner Verpflichtung zur Absolvierung von Sprachkursen oder sonstigen Integrationsbemühungen. Dies ändert sich grundlegend mit dem IntG, das obligatorische Deutsch- sowie »Werte- und Orientierungskurse« einführt und Sanktionen für die Verweigerung der Absolvierung vorsieht. Dem Grundgedanken folgend, wonach Integration ein wechselseitiger Prozess ist, der ein entsprechendes Angebot voraussetzt, verpflichtet sich der Bund mit dem IntG, die vorgesehenen Kurse zur Verfügung zu stellen. Der Geltungsbereich des Gesetzes erstreckt sich nach § 28 IntG auf alle Personen, denen der Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten nach dem 31.12.2014 zuerkannt wurde.

1. Kursangebot

In § 4 Abs 1 IntG übernimmt der Bund die Verpflichtung, für alle Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten, die das 15. Lebensjahr vollendet haben, **Deutschkurse** zu fördern. Diese sollen neben einer allenfalls erforderlichen Alphabetisierung in lateinischer Schrift die Erreichung des **Sprachniveaus A2** ermöglichen. Für die Kurse zur Erlangung des Niveaus A1 ist das BMEIA zuständig, die Abwicklung obliegt dem ÖIF unter Betrauung von Kursträgern. Die weiterführende

Sprachvermittlung ist Sache des BMASK, wobei die Abwicklung durch das AMS erfolgt. Diese Zuständigkeiten entsprechen der allgemeinen Aufgabenteilung zwischen den Ministerien bzw zwischen ÖIF und AMS, die mit dem IntG deutlicher bestimmt werden soll.⁸ In allen diesen Kursen ist »Werte- und Orientierungswissen« verpflichtend zu behandeln.

Verbesserte Integrationschancen erwartet sich der Gesetzgeber offenbar auch durch die verpflichtende Absolvierung von **Werte- und Orientierungskursen**. Diese vom ÖIF unter der Ägide des BMEIA anzubietenden Kurse dienen der Vermittlung der sich aus der demokratischen Ordnung ergebenden »grundlegenden Werte der Rechts- und Gesellschaftsordnung« sowie der »Regeln eines friedlichen Zusammenlebens« (§ 5 Abs 3 IntG). Was genau in diesen achtstündigen Kursen vermittelt werden soll, wurde vom BMEIA in einer Lernunterlage (»Mein Leben in Österreich – Chancen und Regeln«⁹) dargelegt. Umfasst sind insb Grundwissen über die österreichische Zeitgeschichte, das Bildungs- und Sozialsystem, Arbeitsmarkt und Gesundheitswesen, das nachbarschaftliche Zusammenleben, Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit, die Stellung der Religion in Staat und Gesellschaft und Fragen der kulturellen Integration.

Die tatsächliche Durchführung der Kurse kann wie bisher durch zertifizierte Kursträger erfolgen.¹⁰ Für die Sprachkurse bis Niveau A1 ergibt sich dies schon aus dem Text von § 4 Abs 2 lit a IntG, wonach sich der zur Abwicklung berufene ÖIF Kursträgern bedienen kann. Im Hinblick auf die vom AMS abzuwickelnden Kurse bis Niveau A2 fehlt eine solche Ermächtigung im Gesetz, doch ergibt sich die Befugnis zur Betrauung von Kursträgern aus § 32 Abs 3 AMSG, wonach sich das AMS zur Erfüllung seiner Aufgaben stets geeigneter Einrichtungen bedienen darf.¹¹ Curricula für die Kurse sind vom ÖIF zur Verfügung zu stellen.¹² Der Besuch von Sprachkursen wird vom ÖIF in Form von **Individualförderungen** in der Höhe von bis zu € 750,- pro Niveaustufe des Referenzrahmens unterstützt.¹³

Sowohl die Deutschkurse als auch die Werte- und Orientierungskurse gelten für Asylberechtigte und sub-

sidiär Schutzberechtigte, die der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen, als Maßnahmen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt iSv § 12 Abs 5 ALVG (§ 4 Abs 3, § 5 Abs 2 IntG). Dementsprechend sind sie nach Maßgabe der § 9 und § 10 ALVG zur Teilnahme verpflichtet.

2. Mitwirkungspflichten und Sanktionen

Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte, die in den Geltungsbereich des IntG fallen (also ihren Status ab dem 1.1.2015 zuerkannt bekommen haben), sind nach § 6 Abs 1 IntG »zur vollständigen Teilnahme, Mitwirkung und zum Abschluss der angebotenen und zumutbaren Kursmaßnahmen gemäß den §§ 4 und 5« verpflichtet. Die Sanktionen bei Verstößen gegen diese Verpflichtungen zielen auf die **sozialrechtlichen Ansprüche**. Soweit Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe bezogen wird, führt eine Pflichtverletzung zu einem vorübergehenden Anspruchsverlust entsprechend den Vorgaben des § 10 ALVG. Für die überwiegende Mehrheit der zur Absolvierung von Deutsch- und Wertekursen verpflichteten Schutzberechtigten sind allerdings die landesrechtlichen Bestimmungen über den Bezug der **BMS** (bzw der Grundversorgung¹⁴) maßgeblich. Da der Bund hier nur über die Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung verfügt (»Armenwesen« iSv Art 12 B-VG), ordnet der ausdrücklich als Grundsatzbestimmung bezeichnete § 6 Abs 2 IntG an, dass die zur Leistungserbringung zuständigen Stellen der Länder nach Maßgabe der **landesgesetzlichen Vorgaben** Sanktionen zu verhängen haben. Vorbild sollen die für die mangelnde Bereitschaft zum Einsatz der Arbeitskraft geltenden Einschränkungen der Leistungen sein. Die Länder hatten bis 9.12.2017 Zeit, ihre gesetzlichen Bestimmungen entsprechend anzupassen.¹⁵

Die meisten Bundesländer haben ihre Mindestsicherungsgesetze bereits entsprechend novelliert. In Tirol, Vorarlberg, Burgenland und Niederösterreich sind die Änderungen bereits in Kraft getreten.¹⁶ Das Wiener Mindestsicherungsgesetz sieht in der im November 2017 beschlossenen Fassung eine Leistungskürzung bei Verstößen gegen die Verpflichtung zur »Teilnahme an einem Deutsch- oder Integrationskurs nach Maßgabe der bundesgesetzlichen Vorgaben« vor.¹⁷ In Salzburg ist

8 RV 1586 BlgNr, 25. GP, 1.

9 Abrufbar unter <www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Integration/Zusammenleben/Wertebroschuere_Lernunterlage_de_fa_Web.pdf> (8.1.2018).

10 Gemäß den Förderrichtlinien des ÖIF kann die Zertifizierung in verschiedenen Formen erfolgen. Eine gesonderte Zertifizierung durch den ÖIF ist somit nicht erforderlich.

11 RV 1586 BlgNr, 25. GP, 3.

12 Diese sind abrufbar unter <www.integrationsfonds.at/sprache/curricula/> (8.1.2018).

13 ÖIF, Förderrichtlinie Individualförderung Deutschkurse, 1.9.2017, abrufbar unter <www.integrationsfonds.at/fileadmin/content/AT/Downloads/Sprache/Foerderrichtlinie_Individualfoerderung_Deutschkurse.pdf> (8.1.2018).

14 Subsidiär Schutzberechtigte erhalten in Salzburg und Niederösterreich keine BMS, sondern Grundversorgung. Vgl § 4 Abs 3 Z 3 Sbg MSG, LGBL 57/2012 idF LGBL 100/2016 iVm § 5 Abs 3 Z 2 Sbg Grundversorgungsgesetz, LGBL 35/2007 idF LGBL 51/2016; § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG, LGBL 9205-3 idF LGBL 63/2017.

15 § 27 Abs 3 IntG.

16 § 16a und § 19 Abs 1 lit f-h Tiroler MSG, LGBL 99/2010 idF LGBL 52/2017; § 8 Abs 6, 6a und 6b Vbg MSG, LGBL 64/2010 idF LGBL 37/2017; §§ 7a-7c Bgld MSG, LGBL 76/2010 idF 20/2017; §§ 7c, 7d NÖ MSG, LGBL 9205-3 idF LGBL 63/2017.

17 § 15 Abs 1 Wiener MSG, LGBL 02/2011 idF des Entwurfs, 23/2017 BlgLT (Wien).

derzeit ein Entwurf für eine Änderung des MSG in Betrachtung, der eine Kürzung bis hin zu einem gänzlichen Entfall der Hilfe für den Lebensunterhalt für Asylberechtigte vorsieht, die »keine Integrationserklärung gemäß § 6 Abs 1 des Integrationsgesetzes unterzeichnen oder gegen diese verstoßen«. ¹⁸ Nach der Ende November 2017 veröffentlichten Regierungsvorlage zur Änderung des Steiermärkischen Mindestsicherungsgesetzes soll künftig »bei Verstößen gegen die Pflichten gemäß § 6 Abs 1 IntG« eine Leistungskürzung um bis zu 25 % erfolgen. ¹⁹ In Oberösterreich war bereits vor Inkrafttreten des IntG eine eigenständige Integrationsverpflichtung vorgesehen, deren Nichteinhaltung mit Leistungskürzungen einhergeht. ²⁰ Hier erübrigt sich eine Anpassung an § 6 Abs 2 IntG, weil die Verhängung von Sanktionen bei einer Verletzung der aus dem IntG erwachsenden Verpflichtungen aufgrund der bestehenden Regelung möglich ist. Einzig in Kärnten wurde bislang kein Entwurf zur Anpassung des MSG veröffentlicht. Das geltende Recht sieht lediglich Leistungskürzungen bei Verweigerung der Teilnahme an Maßnahmen zur Steigerung der Arbeitsfähigkeit und der Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt vor, bezieht sich dabei aber nicht ausdrücklich auf Sprach-, Werte- und Orientierungskurse. ²¹ Selbst wenn sich die Bestimmung vor dem Hintergrund von § 4 Abs 3 und § 5 Abs 2 IntG, wonach die im IntG vorgesehenen Kurse als Maßnahme zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt anzusehen sind, dahingehend weit auslegen lässt, dass auch die Verweigerung der Absolvierung solcher Kurse Leistungskürzungen nach sich ziehen kann, besteht jedenfalls im Hinblick auf die – sogleich näher vorzustellende – Integrationserklärung Anpassungsbedarf. Denn schon die Verweigerung der Unterzeichnung dieser Erklärung ist nach § 6 Abs 1 IntG zu sanktionieren, was nach dem Wortlaut von § 7 Ktn MSG nicht in Frage kommt.

Neu ist auch die ebenfalls in § 6 Abs 1 IntG vorgesehene sogenannte verpflichtende **Integrationserklärung**, die beim zuständigen Integrationszentrum des ÖIF zu unterzeichnen ist. ²² Darin müssen sich Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte »zur Einhaltung der grundlegenden Werte der Rechts- und Gesellschaftsordnung« verpflichten. Auf diese Integrationserklärung kann verzichtet werden, wenn eine gleichwertige – also sich auf dieselben Pflichten beziehende – landesgesetz-

lich vorgesehene Erklärung vorgelegt wird. Solche Vereinbarungen bzw Erklärungen sind in NÖ, OÖ, Vbg und Bgld vorgesehen. ²³ Die in Salzburg zu unterzeichnende »Vereinbarung zur Integrationspartnerschaft« oder die Integrationserklärung, die von der Stadt Graz für den Bezug bestimmter Vergünstigungen verlangt wird, sind mangels gesetzlicher Grundlage kein Ersatz für die Integrationserklärung nach § 6 IntG.

Unklar sind die Rechtsnatur dieser Erklärung und ihr Verhältnis zur Verpflichtung zur Absolvierung der Kursmaßnahmen. Klar ist jedenfalls, dass es sich nicht um eine »Vereinbarung« zwischen dem Schutzberechtigten und der Republik Österreich handelt, mit der bestimmte Rechte und Pflichten begründet werden. ²⁴ Denn soweit die »grundlegenden Werte der Rechtsordnung« ausreichend bestimmt sind, um ihre Einhaltung durchzusetzen und Verstöße zu sanktionieren, ergibt sich die Befolgungspflicht bereits aus den jeweiligen rechtlichen Bestimmungen selbst. Wenn darüber hinaus Regeln des sozialen Umgangs, wie Höflichkeitsformen oder wechselseitiger Respekt, gemeint sind, kann auch die Erklärung nach § 6 Abs 1 IntG keine Rechtspflicht zur Einhaltung begründen, weil die »Werte der Gesellschaftsordnung« zu unbestimmt sind, als dass daran eine sanktionsbewehrte Verpflichtung geknüpft werden könnte. Was die Pflicht zur Teilnahme an den Kursmaßnahmen betrifft, spricht der Wortlaut (»haben sich [...] zur Einhaltung der grundlegenden Werte [...] zu verpflichten *und* unterliegen der Pflicht zur [...] Teilnahme«) dafür, dass diese Verpflichtung unabhängig von der Integrationserklärung *ex lege* besteht. Somit ist davon auszugehen, dass mit der Erklärung lediglich sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebende Verpflichtungen in Erinnerung gerufen werden. Andernfalls würde auch der Ersatz der Integrationserklärung durch gleichwertige, landesrechtlich vorgesehene Dokumente ins Leere gehen, weil diese nicht zwingend auf die in § 4 und § 5 IntG vorgesehenen Kurse Bezug nehmen müssen. Somit liegt es nahe, die Integrationserklärung eher als Erinnerung an ohnehin bestehende – allgemeine oder aus § 6 Abs 1 IntG erwachsende – rechtliche Verpflichtungen anzusehen.

¹⁸ § 8 Abs 5 Sbg MSG idF des Entwurfs, 120 BlgLT (Sbg) 15. GP.

¹⁹ § 7 Abs 6c Stmk MSG idF der RV vom 23.11.2017, ABT11-147955/2017-3, ABT11-104711/2017-45 (abrufbar unter <<https://pallast2.stmk.gv.at/pallast-p/pub/document?dswid=-2889&ref=6eocde75-c733-46ee-afca-9f87e9e49759>> [8.1.2018]).

²⁰ § 11a OÖ Mindestsicherungsgesetz, LGBl 74/2011 idF LGBl 52/2017.

²¹ Vgl § 7 Abs 1 Ktn MSG, LGBl 15/2007 idF LGBl 14/2015.

²² Ein vom ÖIF erstelltes Muster ist abrufbar unter <www.integrationsfonds.at/fileadmin/content/AT/Downloads/20170718_Integrationserklarung_MUSTERBEISPIEL.pdf> (8.1.2018).

²³ ZB § 7c NÖ MSG, LGBl 9205-0 idF 63/2017; § 7c NÖ Grundversorgungsgesetz, LGBl 9240-0 idF LGBl 63/2017; § 7b Bgld MSG; § 11a OÖ MSG, LGBl 74/2011 idF LGBl 52/2017 iVm OÖ MindestsicherungsVO-Integration 2016, LGBl 47/2016; § 8 Abs 7 Vbg MSG, LGBl 64/2010 idF LGBl 37/2017 iVm § 10 Abs 4 Vbg MindestsicherungsVO, LGBl 71/2010 idF LGBl 2017/40.

²⁴ Im Ministerialentwurf war noch die Pflicht vorgesehen, »sich im Rahmen eines Integrationsvertrages zur Einhaltung der grundlegenden Werte der Rechts- und Gesellschaftsordnung (Werteerklärung) zu verpflichten«; 290/ME 25. GP.

C. Integrationsmaßnahmen für Asylwerber

Das Integrationsgesetz sieht erstmals eine Ausweitung von Integrationsmaßnahmen auf Asylwerber vor. Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass zumindest in jenen Fällen, in denen mit einiger Wahrscheinlichkeit von einer Schutzgewährung und damit von einem dauerhaften Verbleib in Österreich ausgegangen werden kann, möglichst frühzeitig die Integrationsbemühungen unterstützt werden sollten. Umgesetzt wird dieses Vorhaben durch eine Ergänzung des **§ 68 Abs 1 AsylG**. Demnach sind Maßnahmen der **Integrationshilfe** gemäß Abs 2 Z 1 (insb Sprachkurse, Kurse zur Aus- und Weiterbildung, Veranstaltungen zur Einführung in die österreichische Kultur und Geschichte und zur Förderung des gegenseitigen Verständnisses zwischen Asylwerbern und Österreichern, die Weitergabe von Informationen über den Wohnungsmarkt sowie Leistungen des ÖIF) auch Asylwerbern zu gewähren, sofern sie bereits zum Verfahren zugelassen wurden und die **Zuerkennung** von internationalem Schutz **sehr wahrscheinlich** ist. Von einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit ist jedenfalls nicht auszugehen, wenn der Asylwerber aus einem sicheren Herkunftsland kommt oder wenn der Antrag bereits erstinstanzlich ab- oder zurückgewiesen wurde. Im Hinblick auf alle anderen Asylwerber wird die Anerkennungswahrscheinlichkeit anhand einer Mitteilung des BMI beurteilt, die gemäß dem ebenfalls neu eingefügten **§ 68 Abs 1a AsylG** jährlich (jeweils bis zum 31.3.) auf Grundlage der Asylstatistiken der vergangenen Jahre im Hinblick auf die quantitativ bedeutendsten Herkunftsstaaten erstellt wird.

D. Neuerungen bei der Integrationsvereinbarung

Anders als Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte, für die mit dem IntG erstmals eine Verpflichtung zur Absolvierung von Deutsch- und Wertekursen eingeführt wird, war für Fremde, die sich mit einer aufgrund des NAG erteilten Berechtigung dauerhaft in Österreich aufhalten, schon bislang mit der Integrationsvereinbarung (IV) der Nachweis von Deutschkenntnissen verpflichtend vorgesehen. Nunmehr werden die Bestimmungen über die IV (§§ 14 ff) in das IntG verschoben und zugleich erneut inhaltlich geändert.²⁵ Während sich die IV bislang lediglich auf den Erwerb von Kenntnissen der deutschen Sprache bezog, umfasst sie nunmehr auch die Verpflichtung zum Erwerb von **Kennt-**

nissen »der demokratischen Ordnung und der daraus ableitbaren Grundprinzipien« (§ 7 Abs 1 IntG). Dementsprechend wurden die weiterhin vorgesehenen zwei Module der IV um die »Vermittlung der grundlegenden Werte der Rechts- und Gesellschaftsordnung« in Modul 1 (§ 7 Abs 1 Z 1 IntG) bzw um die »vertiefte Vermittlung« ebensolcher Werte in Modul 2 (§ 7 Abs 1 Z 2 IntG) ergänzt. Die Details sind in einer DurchführungsVO festzulegen, wobei die Zuständigkeit dafür vom BMI zum BMEIA verlagert wurde (§ 7 Abs 3 IntG).²⁶

1. Modul 1

Abgesehen von dieser Ergänzung um eine Wertevermittlung wurden einige kleinere Anpassungen vorgenommen. Geändert wurden insb die Möglichkeiten zum **Nachweis der Erfüllung von Modul 1**. Während nach § 14a Abs 4 Z 3 NAG ein »allgemein anerkannter Nachweis über ausreichende Deutschkenntnisse« ausreichend war, muss nunmehr ein »gleichwertiger Nachweis« über die erfolgreiche Absolvierung der Integrationsprüfung erbracht werden. Eine solche Gleichwertigkeit ist nur dann gegeben, wenn die Einrichtung, vor der die Prüfung abgelegt wurde, mit Bescheid des ÖIF als gleichwertig anerkannt wurde (§ 11 Abs 4 IntG iVm § 9 IV-V). Die Gleichwertigkeit der Prüfungen ergibt sich somit nicht automatisch aus der Zertifizierung als Kursträger. Vielmehr benötigt dieser eine eigene Zertifizierung als Prüfungsträger, um gleichwertige Prüfungen abnehmen zu dürfen. Damit sollen bundesweit einheitliche Qualitätsstandards sichergestellt werden.²⁷ Auf die Integrationsprüfung stellt auch die Formulierung des § 9 Abs 4 Z 1 IntG ab, die eine »erfolgreiche Absolvierung der Integrationsprüfung« verlangt statt eines Nachweises über den »erfolgreichen Abschluss des Deutsch-Integrationskurses« (§ 14a Abs 4 Z 1 NAG).

Weiterhin möglich bleibt der Nachweis der Erfüllung von Modul 1 durch einen Schulabschluss, der einem Reifezeugnis oder dem Abschluss einer berufsbildenden mittleren Schule entspricht, durch einen Aufenthaltstitel »**Rot-Weiß-Rot – Karte**« sowie durch den Nachweis der **Erfüllung von Modul 2**. Zur Vorbereitung auf die Integrationsprüfung (Modul 1) sind Integrationskurse vorgesehen. Diese werden von zertifizierten Trägern durchgeführt. Die Voraussetzungen für eine Zertifizierung durch den ÖIF sowie die inhaltlichen, didaktischen und administrativen Aspekte der Kurse sind im Detail in der IV-V und ihren Anlagen geregelt. Wie schon bisher umfassen die Kurse 300 Einheiten á 45 Minuten.

25 Zu den wiederholten Änderungen der IV seit ihrer Einführung 2002 vgl *Pöschl*, Die österreichische »Integrationsvereinbarung« – Rechtswissenschaftliche Einordnung und Beurteilung, ZAR 2012, 60.

26 Integrationsvereinbarungs-Verordnung – IV-V 2017, BGBl II 242/2017.

27 RV 1586 BlgNr, 25. GP, 7.

Hinsichtlich der Personen, die vom **Anwendungsbereich der IV ausgenommen** sind, wurde die maximale Aufenthaltsdauer geändert, zu deren Einhaltung sich Fremde verpflichten können. Die Regelung des § 14a Abs 5 Z 3 NAG, wonach jene Drittstaatsangehörigen ausgenommen waren, die schriftlich erklärten, sich nicht länger als zwölf Monate innerhalb von zwei Jahren aufhalten zu wollen und zugleich unwiderruflich auf die Stellung eines Verlängerungsantrags verzichteten, erwies sich als praktisch wenig relevant. Dies lag daran, dass selbst für jene Personen, die tatsächlich keinen längeren Aufenthalt beabsichtigten, durch eine solche Erklärung nichts gewonnen war.²⁸ Denn wenn sie Österreich nach 12 Monaten wieder verließen, wurde die Pflicht zur Erfüllung der IV ohnehin nicht schlagend. Mit § 9 Abs 5 Z 3 IntG wird der relevante Zeitraum auf **24 Monate** innerhalb von drei Jahren erhöht. Eine erste Verlängerung bleibt folglich trotz einer entsprechenden Erklärung zulässig,²⁹ verzichtet werden muss auf die Stellung eines weiteren Verlängerungsantrags. Damit wird die Höchstdauer für einen Aufenthalt ohne Erfüllung von Modul 1 der IV an die Frist angepasst, die für deren Nachweis vorgesehen ist. Der Durchrechnungszeitraum von drei Jahren soll verhindern, dass kurz nach Ablauf eines Aufenthaltstitels wiederum unter Abgabe einer Verzichtserklärung erneut ein Erstantrag gestellt und so der Nachweis von Deutsch- und Wertekennnissen umgangen wird.³⁰

Neu ist auch, dass der Nachweis über die Absolvierung der Integrationsprüfung bzw ein gleichwertiger Nachweis im Zeitpunkt der Vorlage im Rahmen des Verlängerungsverfahrens nicht älter als zwei Jahre sein darf (§ 9 Abs 7 IntG). Damit soll sichergestellt werden, dass die Sprachkenntnisse nach wie vor gegeben sind.³¹

2. Modul 2

Parallel zur Regelung hinsichtlich Modul 1 ist auch der Nachweis der Erfüllung von Modul 2 nunmehr durch die erfolgreiche Absolvierung der entsprechenden **Integrationsprüfung** bzw einer gleichwertigen Prüfung vor einer zertifizierten Einrichtung zu erbringen (§ 10 Abs 2 Z 1 und Z 2 IntG). Die Erfüllungsmöglichkeiten des § 14b Abs 2 Z 3–5 NAG wurden in § 10 Abs 1 Z 3–5 IntG übernommen. Als positiver Abschluss des Unterrichtsfachs Deutsch nach Z 5 gilt nunmehr auch die positive Beurteilung im Prüfungsgebiet »Deutsch – Kommunikation und Gesellschaft« im Rahmen der Pflichtschul-

abschluss-Prüfung. Anstelle des positiven Abschlusses des Unterrichtsfachs »Deutsch« an einer ausländischen Schule auf dem Niveau der 9. Schulstufe der österreichischen Pflichtschule kann nach § 10 Abs 1 Z 6 IntG der positive Abschluss in diesem Unterrichtsfach nach zumindest vierjährigem Unterricht in deutscher Sprache an einer ausländischen Sekundarstufe nachgewiesen werden. Nach Z 7 kann der Nachweis in Hinkunft nicht nur wie bisher durch eine Lehrabschlussprüfung, sondern auch durch eine Facharbeiterprüfung gemäß den land- und forstwirtschaftlichen Berufsausbildungsgesetzen der Länder erbracht werden. Neu ist die Möglichkeit der Erfüllung von Modul 2 durch einen ausländischen universitären Abschluss oder ein mindestens zweijähriges Studium, wobei jeweils ein Studienfach in der Unterrichtssprache Deutsch im Umfang von mindestens 32 ECTS-Punkten erfolgreich absolviert worden sein muss (§ 10 Abs 1 Z 8 IntG).

3. Integrationskurse

Zur Vorbereitung auf die Integrationsprüfung zur Erfüllung von Modul 1 sind Integrationskurse vorgesehen, die von zertifizierten Kursträgern durchgeführt werden (§ 13 IntG). Wie schon bisher (§ 16 NAG) obliegt die Zertifizierung dem ÖIF. Die Kursinhalte sind in der IV-V näher geregelt. Entsprechend dem Inhalt der Integrationsprüfung haben sie auch die Vermittlung der »grundlegenden Werte der Rechts- und Gesellschaftsordnung« zu umfassen (§ 13 Abs 1 IntG).

Die bislang in § 15 NAG geregelte **Kostenbeteiligung** des Bundes hinsichtlich bestimmter Familienangehöriger von Österreichern, EWR-Bürgern oder Schweizer Bürgern bzw gewissen bereits rechtmäßig in Österreich aufhaltigen Drittstaatsangehörigen ist weiterhin vorgesehen.³² Gemäß § 14 IntG werden nach wie vor 50 % der Kosten des Integrationskurses zur Vorbereitung auf die Integrationsprüfung zur Erfüllung von Modul 1 der IV übernommen. Neu ist die zusätzliche Voraussetzung der Teilnahme an mindestens 75 % der Kurseinheiten. Der Höchstsatz beträgt nach § 10 Abs 1 IV-V für Integrationskurse im vollen Umfang von 300 Stunden € 750,- pro Kursteilnehmer.

4. Sanktionen bei Nichterfüllung der IV

Die Nichterfüllung der aus der IV erwachsenden Verpflichtungen hat zwei mögliche Konsequenzen: Einerseits hängt die Verlängerung eines Aufenthaltstitels von der Erfüllung von Modul 1 (§ 11 Abs 2 Z 6 NAG) und die Erteilung des Aufenthaltstitels »Daueraufenthalt –

28 *Peyrl* in Abermann/Czech/Kind/Peyrl, NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (2016) § 14a, Rz 11.

29 Gemäß § 20 Abs 1 NAG sind Aufenthaltstitel grundsätzlich für eine Dauer von einem Jahr zu erteilen.

30 RV 1586 BlgNr, 25. GP, 6.

31 RV 1586 BlgNr, 25. GP, 6.

32 Vgl *Peyrl* in Abermann/Czech/Kind/Peyrl, NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (2016) § 15.

EU« von jener des Moduls 2 ab (§ 45 Abs 1 Z 2 NAG), andererseits begründet die Nichterfüllung von Modul 1 unter Umständen eine **Verwaltungsübertretung**. Während die aufenthaltsrechtlichen Implikationen unverändert geblieben sind, erachtete es der Gesetzgeber für geboten, die Strafbestimmungen zu erweitern und die Strafdrohungen zu erhöhen. Nach § 23 Abs 1 IntG, der an die Stelle des aufgehobenen § 77 Abs 1 Z 3 NAG tritt, droht eine Geldstrafe von bis zu € 500,- bzw eine Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu zwei Wochen, wenn Modul 1 der IV aus ausschließlich dem Drittstaatsangehörigen zuzurechnenden Gründen nicht binnen zwei Jahren ab Erteilung des Aufenthaltstitels (bzw binnen der eingeräumten längeren Frist) erfüllt wird.³³ Verwaltungsstrafrechtlich geahndet werden in Hinkunft auch Missbräuche bei der Integrationsprüfung. Wer im Namen einer anderen Person eine Prüfung ablegt oder von einer anderen Person in seinem Namen ablegen lässt, ist nach § 23 Abs 2 mit einer Geldstrafe idH von € 500,- bis € 2.500,- bzw einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen. Auch die Verwendung unerlaubter Hilfsmittel bei der Prüfung wird geahndet, hier droht eine Geldstrafe von bis zu € 1.000,- bzw Ersatzfreiheitsstrafe bis zu zwei Wochen. Gleich geblieben ist die Strafdrohung für das missbräuchliche Ausstellen von Prüfungszeugnissen.³⁴

III. Das Integrationsjahrgesetz

Mit dem Integrationsjahrgesetz (IJG) wird ein **verpflichtendes Integrationsjahr** eingeführt, das die Aussichten von nach dem AsylG zum dauerhaften Aufenthalt in Österreich berechtigten Personen erhöhen soll, sich erfolgreich in den Arbeitsmarkt einzugliedern.

A. Zielgruppe

Die Schaffung des Integrationsjahrs zielt vor allem auf Personen ab, die im Rahmen der Flüchtlingsbewegung 2015/16 nach Österreich gekommen sind und deren Integration in den Arbeitsmarkt schon aus rein quantitativen Gründen größere Schwierigkeiten bereitet. Dementsprechend wird in § 2 IJG die »Zielgruppe« – also der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes – definiert. Erfasst werden zunächst **Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte**, wenn ihnen der jeweilige Status nach dem 31.12.2014 zuerkannt wurde, wo-

bei nicht auf die rechtskräftige Erledigung abzustellen ist, sondern auf die Entscheidung des BFA. Jene Personen, denen bereits vor dem 1.1.2015 Asyl bzw subsidiärer Schutz gewährt wurde, sind nicht zur Absolvierung des Integrationsjahrs verpflichtet, weil bei ihnen bereits von einem fortgeschrittenen Stadium der Integration ausgegangen wird.³⁵ Ebenfalls anwendbar ist das IJG auf **Asylwerber**, bei denen ein **positiver Ausgang des Verfahrens sehr wahrscheinlich** ist, wenn sie ihren Antrag auf internationalen Schutz nach dem 31.3.2017 gestellt haben und seit mindestens drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen sind. Bei Asylwerbern, die vor dem 1.4.2017 einen Antrag gestellt haben, geht der Gesetzgeber davon aus, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des IJG (1.1.2018) im Großteil der Fälle bereits eine Entscheidung des BFA vorliegt und sie im Fall einer positiven Erledigung ohnehin als Asylberechtigte bzw subsidiär Schutzberechtigte von § 2 IJG erfasst sind.³⁶ Die Wahrscheinlichkeit der Gewährung von internationalem Schutz ist nicht anhand des Einzelfalls zu beurteilen, sondern im Hinblick auf den Herkunftsstaat. Der BMI ist dazu berufen, anhand von Erfahrungswerten in einer Mitteilung festzulegen, bei welchen Staaten eine hohe Anerkennungswahrscheinlichkeit besteht. Wie der neu eingefügte **§ 68 Abs 1a AsylG** vorsieht, hat diese Mitteilung an AMS und ÖIF jährlich bis zum 31.3. zu erfolgen.³⁷ Die Wahrscheinlichkeitsbeurteilung ist anhand der veröffentlichten Asylstatistiken der letzten Jahre zu erstellen, wobei nur die zahlenmäßig relevanten Herkunftsstaaten zu erfassen sind. Diese Beschränkung auf die wichtigsten Herkunftsstaaten wird damit begründet, dass verlässliche statistische Aussagen erst ab einer ausreichend großen Zahl von Entscheidungen möglich sind, wobei die Untergrenze mit etwa 200 angegeben wird.³⁸ Nicht ausreichend wahrscheinlich ist die Gewährung von Asyl oder subsidiärem Schutz in jenen Fällen, in denen der Antrag – wenn auch nicht rechtskräftig – abgewiesen wurde.

Bei allen drei genannten Personengruppen wird zusätzlich vorausgesetzt, dass sie nicht mehr der Schulpflicht unterliegen, **Deutschkenntnisse auf Niveau A1** aufweisen und arbeitsfähig iSv § 8 AIVG (also nicht invalid oder berufsunfähig iSd ASVG) sind. Bevor eine Zuweisung zur Teilnahme an Maßnahmen im Rahmen des Integrationsjahrs erfolgt, muss daher die Arbeitsfähigkeit abgeklärt werden, was insb im Rahmen der

33 § 77 Abs 1 Z 3 NAG sah eine Geldstrafe idH von € 50,- bis € 250,- bzw eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu einer Woche vor.

34 § 23 Abs 4 IntG sieht wie schon § 77 Abs 2 Z 4 und Z 5 NAG eine Strafe von € 1.000,- bis € 5.000,- bzw Ersatzfreiheitsstrafe bis zu drei Wochen vor.

35 RV 1585 BlgNr, 25. GP, 1.

36 RV 1585 BlgNr, 25. GP, 1.

37 Die erste derartige Mitteilung soll mit 31.3.2018 erfolgen (AMS, BRL Integrationsjahr, Rz 6.2.). Im Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten des IJG für Asylwerber (1.1.2018) und der erstmaligen Mitteilung über die Anerkennungswahrscheinlichkeit werden Asylberechtigte nicht in das Integrationsjahr einbezogen.

38 RV 1586 BlgNr, 25. GP, 14.

Gesundheitsstraße möglich ist. In der Voraussetzung elementarer Sprachkenntnisse kommt die neue Arbeitsteilung zum Ausdruck, wonach der Spracherwerb bis Niveau A1 Sache des ÖIF ist und dieses Angebot daher vom AMS nicht mehr erbracht wird.

Jenen Personen, die von der Zielgruppendefinition des § 2 IJG nicht erfasst sind, steht es grundsätzlich offen, ein **freiwilliges Integrationsjahr** zu absolvieren, sofern sie die dafür geforderten Voraussetzungen erfüllen.³⁹ In Betracht kommen wird dies allerdings nur für eine kleine Personengruppe, steht doch diese Form des freiwilligen Engagements nur Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten nach Vollendung des 17. Lebensjahres und nur innerhalb der ersten beiden Jahre ab Zuerkennung des Status offen.⁴⁰ Da somit Asylwerber jedenfalls ausscheiden, ist ein freiwilliges Integrationsjahr allenfalls für jene Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten eine Option, die aufgrund mangelnder Sprachkenntnisse nicht in die Zielgruppe nach § 2 IJG fallen.

B. Ziel, Inhalt und Ablauf des Integrationsjahrs

Das übergeordnete Ziel des Integrationsjahrs besteht nach § 1 IJG darin, den Erwerb von Sprachkenntnissen zu beschleunigen und die Chancen auf eine **nachhaltige Eingliederung in den Arbeitsmarkt** zu verbessern, wodurch die gesellschaftliche Teilhabe und die wirtschaftliche Selbsterhaltungsfähigkeit ermöglicht werden sollen. Erreicht werden sollen diese Ziele durch Maßnahmen zur Verbesserung der Sprachkenntnisse, zur Berufsorientierung und zur Arbeitsvorbereitung sowie durch Arbeitstrainings.⁴¹ Abgewickelt werden die im IJG vorgesehenen Maßnahmen durch das AMS.

Die in seinem Rahmen vorgesehenen Maßnahmen zur Vorbereitung auf eine Berufstätigkeit sind modular gestaltet. Die einzelnen Module werden in § 5 Abs 3 IJG beispielhaft (»insbesondere«) aufgelistet. Sie umfassen zunächst ein **Kompetenzclearing**, bei dem Qualifikationen, Interessen und mögliche Einsatzgebiete umfassend abgeklärt werden. Die schon bisher vom AMS durchgeführten Kompetenzchecks für Asylwerber sollen hier als Vorbild dienen. Die Ergebnisse des Kompetenzclearings sollen unter anderem zur Auswahl von Praktika und Schnuppertagen herangezogen werden. Ergänzend dazu sind Maßnahmen zur Abklärung von im Ausland erworbenen Qualifikationen durchzuführen und Unterstützung bei deren Anerkennung anzubieten. Vorgesehen sind weiters **Deutschkurse** zum

Erwerb des Sprachniveaus A2 sowie **Werte- und Orientierungskurse**, die in Kooperation mit dem ÖIF durchgeführt werden sollen. Kursinhalt sind neben Grundprinzipien des demokratischen Rechtsstaates unter anderem auch Basiswissen über Bildung, Gesundheit und behördliche Abläufe sowie die »Vermittlung der österreichischen Kultur und des Alltagslebens«. Der spezifischen Vorbereitung auf den Berufseinstieg dienen ein **Berufsorientierungs- und Bewerbungstraining**, in Zuge dessen nicht nur allgemeine Kenntnisse – etwa über die Gestaltung von Lebensläufen oder den Umgang mit Vorgesetzten und Kolleginnen und Kollegen – vermittelt, sondern auch Unterstützung bei konkreten Bewerbungen geleistet werden soll. An **Arbeitsvorbereitungsmaßnahmen** nennen die Erläuterungen beispielhaft die Mitarbeit in sozialökonomischen Betrieben, den Besuch von Produktionsschulen und Lehrwerkstätten sowie arbeitsplatznahe Qualifizierungsmaßnahmen (AQUA).⁴²

Möglich ist auch die Absolvierung eines zwischen 6 und 12 Monate dauernden **Arbeitstrainings im gemeinnützigen Bereich**.⁴³ Dieses ist weitgehend dem freiwilligen Integrationsjahr nach §§ 27b – 27d FreiwilligenG nachgebildet, das wiederum eine für Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte vorgesehene Variante des freiwilligen Sozialjahrs darstellt. Absolviert werden kann dieses Arbeitstraining nur bei einem nach § 4 ZDG vom zuständigen Landeshauptmann anerkannten Träger (§ 5 Abs 3 Z 7 IJG).⁴⁴ Die Trägereinrichtung kann für die Durchführung des Arbeitstrainings eine Förderung durch das AMS erhalten (§ 6 Abs 1 IJG).⁴⁵ Bei einem solchen Arbeitstraining muss der **Ausbildungscharakter** im Vordergrund stehen. Bloße Hilfstätigkeiten scheidet daher aus. Das wöchentliche Ausmaß hat zwischen 16 und 34 Stunden zu betragen.⁴⁶ Auch wenn die Tätigkeit im Rahmen des Integrationsjahrs einem Arbeitsverhältnis in vielerlei Hinsicht nachgestaltet sein wird, müssen die Weisungsbefugnis des Trägers und die Einordnung in die betriebliche Organisation auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt bleiben.⁴⁷

39 § 27 b ff Freiwilligengesetz, BGBl I 17/2012 idF BGBl I 144/2015.

40 § 27d Abs 1 FreiwilligenG.

41 RV 1585 BlgNr, 25. GP, 2.

42 RV 1585 BlgNr, 25. GP, 3; Nähere Informationen sowie eine Liste der Einsatzstellen für das Arbeitstraining sind zu finden unter <<https://integrationsjahr.at/>> (8.1.2018).

43 Denkbar ist auch die Absolvierung von zwei Arbeitstrainings im Ausmaß von jeweils sechs Monaten; RV 1585 BlgNr, 25. GP, 3. In Frage kommen daher nur Einrichtungen einer Gebietskörperschaft oder sonstige nicht auf Gewinn ausgerichtete juristische Personen mit Sitz im Inland, deren Tätigkeit dem Gemeinwohl dient.

44 Diese beträgt pauschal € 120,- pro Monat und TrainingsteilnehmerIn und wird sinngemäß nach den für das freiwillige Integrationsjahr geltenden Regeln abgewickelt. Vgl AMS, BRL Integrationsjahr, Rz 6.10.1.

45 AMS, BRL Integrationsjahr, Rz 6.10.1.; vgl § 27d Abs 1 iVm § 7 FreiwilligenG.

47 RV 1585 BlgNr, 25. GP, 3.

Die Beschäftigung im Rahmen des Integrationsjahrs muss strikt arbeitsmarktneutral sein. Es darf zu keinen Verdrängungseffekten, also zum Ersatz von Bediensteten kommen. Indikator für die Einhaltung dieses Kriteriums ist insb die Möglichkeit der Aufrechterhaltung des laufenden Betriebs an der Einsatzstelle auch ohne die Teilnehmer am Integrationsjahr.⁴⁸ Im Hinblick auf den Sicherheits- und Gesundheitsschutz gelten sinngemäß die arbeitsrechtlichen Mindeststandards.

Die möglichen Module sind weder in ihrer Kombination noch in der Abfolge starr. Vielmehr sollen sie auf die individuellen Fähigkeiten und Bedürfnisse abgestimmt werden. Daher können auch bestimmte Module übersprungen werden, die im Einzelfall nicht zweckmäßig erscheinen (§ 5 Abs 3 IJG). Die Maßnahmen sind grundsätzlich für **12 Monate** angelegt, wobei das AMS bei Vorliegen besonderer Umstände eine kürzere Dauer festlegen kann, was insb bei einer zu erwartenden rascheren Eingliederung in den Arbeitsmarkt der Fall ist (§ 3 Abs 1 IJG). Da die Eingliederung in den Arbeitsmarkt vorrangiges Ziel ist, sind Teilnehmer auch während der Absolvierung des Integrationsjahrs wenn möglich unmittelbar auf eine adäquate Stelle zu vermitteln. Eine **Verlängerung** über den Zeitraum von 12 Monaten hinaus ist im Gesetz **nicht vorgesehen**. Nach der Richtlinie des AMS endet das Integrationsjahr jedenfalls nach einem Jahr, wobei eine begonnene Maßnahme noch beendet werden kann. Unterbrechungen durch zwischenzeitige Beschäftigungen oder Stehzeiten zwischen einzelnen Modulen werden dabei nicht berücksichtigt.⁴⁹ Ausdrücklich für zulässig erklärt wird die Absolvierung eines freiwilligen Integrationsjahrs nach Abschluss der verpflichtenden Maßnahmen (§ 5 Abs 4 IJG).

Asylwerber, die bereits während des laufenden Verfahrens das Integrationsjahr beginnen, können dieses bei Zuerkennung von Asyl bzw subsidiärem Schutz ohne Unterbrechung fortsetzen.⁵⁰ Bei einer Ablehnung des Asylantrags durch das BFA fallen die Voraussetzungen für das Integrationsjahr weg, weshalb laufende Maßnahmen sofort zu beenden sind.⁵¹ Dies gilt unabhängig von einer Anfechtung des erstinstanzlichen Bescheids. Erfolgt im Rechtsmittelweg die Zuerkennung von Asyl bzw subsidiärem Schutz, so fällt die betroffene Person – nunmehr als Asyl- bzw subsidiär Schutzberechtigter – wieder in die Zielgruppe des IJG. In diesem Fall könnte das AMS wieder die Teilnahme an Maßnahmen des Integrationsjahrs ermöglichen,⁵² wenn es dies

im Hinblick auf die Arbeitsmarktintegration als sinnvoll erachtet.

C. Integrationskarte

Eine weitere Neuerung besteht in der Einführung einer sogenannten **Integrationskarte** (§ 4 IJG). Diese ist vom AMS für Teilnehmerinnen am Integrationsjahr auszustellen. Anders als die Bezeichnung vermuten ließe, handelt es sich dabei nicht um einen in Kartenform ausgestellten Ausweis, sondern um eine Dokumentation der im Rahmen des Integrationsjahrs erfolgten Maßnahmen in einer Datenbank-Applikation des AMS. Einzutragen sind insb der zeitliche Rahmen der einzelnen Module, die Ergebnisse des Kompetenzclearings oder anderer Kompetenzfeststellungen, die Durchführung von Maßnahmen zur Abklärung und Unterstützung bei der Anerkennung von Qualifikationen und Zeugnissen, der begründete Entfall der Teilnahme an Werte- und Orientierungskursen sowie die Absolvierung sonstiger Maßnahmen. Bei Bedarf oder auf Verlangen ist die Integrationskarte für die Teilnehmerin bzw den Teilnehmer auszudrucken. Sie soll nicht zuletzt potentiellen Arbeitgebern einen raschen Überblick über die Fähigkeiten und Fertigkeiten eines Bewerbers erlauben.

D. Sozialrechtliche Situation

Der idR bestehende Anspruch auf BMS bzw Grundversorgung bleibt während der Absolvierung von Maßnahmen im Rahmen des verpflichtenden Integrationsjahrs einschließlich eines – stets unentgeltlichen – gemeinnützigen Arbeitstrainings bestehen. Daneben können Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte vom AMS eine **Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhalts** erhalten.

1. Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhalts

Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten, die an Maßnahmen des AMS teilnehmen, kann eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhalts nach §§ 35–37 AMMSG gewährt werden. Welche Voraussetzungen dabei gelten, hat der Verwaltungsrat des AMS nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in einer Richtlinie zu regeln (§ 8 Abs 2 IJG). Allerdings wurde vom Erlass einer speziellen Richtlinie abgesehen, weil seitens des AMS die bestehende Richtlinie »Aus- und Weiterbildungs-

maßnahmen vorzuschreiben, nachdem sie an solchen bereits während des laufenden Verfahrens freiwillig teilgenommen hat.

⁴⁸ Vgl *Haunschmidt*, Das Freiwillige Soziale Jahr, ÖZPR 2015, 164.

⁴⁹ AMS, BRL Integrationsjahr, Rz 6.6.

⁵⁰ RV 1585 BlgNr, 25. GP, 2; AMS, BRL Integrationsjahr, Rz 6.4.

⁵¹ AMS, BRL Integrationsjahr, Rz 6.2.

⁵² Es wird in solchen – wohl ohnehin sehr seltenen – Fällen kaum notwendig sein, der betroffenen Person die Teilnahme an Maß-

beihilfen« als ausreichend angesehen wird.⁵³ Nach den allgemeinen Vorschriften besteht auf eine solche Beihilfe kein Rechtsanspruch, sie wird jedoch Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten, die an Maßnahmen im Rahmen des Integrationsjahrs teilnehmen, wie auch allen anderen Teilnehmern an AMS-Maßnahmen regelmäßig gewährt. Asylberechtigte, die bereits vor Abschluss des Asylverfahrens am Integrationsjahr nach dem IJG teilnehmen, erhalten hingegen keine Beihilfe. Mit positivem Abschluss des Asylverfahrens erfüllen sie jedoch die Voraussetzung für die Zuerkennung dieser Leistung des AMS.

2. Mindestsicherung und Grundversorgung

Asylberechtigte haben nach allen Landesgesetzen einen Anspruch auf bedarfsorientierte Mindestsicherung (BMS), wenn sie die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen.⁵⁴ Die meisten Länder beziehen auch subsidiär Schutzberechtigte in die BMS ein, nur Salzburg und Niederösterreich gewähren stattdessen lediglich einen Anspruch auf Grundversorgung.⁵⁵ Im Burgenland ist diese Personengruppe nicht vom Anwendungsbereich des MSG ausgeschlossen, doch sind die Leistungen mit der Höhe der Leistungen aus der Grundversorgung begrenzt.⁵⁶ Die Absolvierung des verpflichtenden Integrationsjahrs ändert nichts an der Einbeziehung in die BMS bzw Grundversorgung. Im Hinblick auf Asylberechtigte wurde dies in § 3 Abs 3 IntG ausdrücklich geregelt, für subsidiär Schutzberechtigte ergibt sich dies schon aus den auf diese Leistungen abzielenden Sanktionen bei Verletzungen der aus dem IntG resultierenden Verpflichtungen. Leistungen des AMS sind auf die Höhe der BMS bzw Grundversorgung anzurechnen, wodurch sich Ansprüche entsprechend reduzieren.

3. Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung

Ob die Einbindung in die Sozialversicherung über das AMS oder die BMS bzw Grundversorgung erfolgt, hängt von der Gewährung der Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhalts ab. Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte, denen diese Beihilfe gewährt wird, sind über das AMS in der Krankenversicherung versichert (§§ 40–43 AIVG). Die Zeit des Bezugs gilt außerdem als Ersatz- bzw Beitragszeit zur Pensionsversicherung. Andernfalls besteht weiterhin eine Krankenversicherung über die BMS bzw Grundversorgung, eine Pensionsversicherung ist dann nicht gegeben. Teilnehmer am Integrationsjahr sind wie alle Teilnehmer an Maßnahmen des AMS unfallversichert. Unfälle im Zusammenhang mit der Teilnahme an Maßnahmen in diesem Rahmen sind gemäß § 176 Abs 1 Z 8 iVm Abs 3 ASVG Arbeitsunfällen gleichgestellt.

E. Pflichten und Sanktionen

Nach § 3 Abs 2 IntG kann das AMS Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten, die arbeitslos sind und auf keinen geeigneten Arbeitsplatz vermittelt werden können, die Absolvierung bestimmter Maßnahmen im Rahmen des Integrationsjahrs vorschreiben. Das Gesetz bringt somit keine generelle Verpflichtung für alle Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten zur Absolvierung eines vollständigen Integrationsjahrs mit sich, sondern lediglich eine Obliegenheit, die konkreten, vom AMS vorgeschriebenen Maßnahmen zu absolvieren. Davon ausgenommen sind nach § 3 Abs 4 IJG Personen, die zwar nicht mehr schulpflichtig sind, aber der Ausbildungspflicht unterliegen,⁵⁷ sowie jene, die schulische oder diesen gleichzusetzende Maßnahmen oder ein Studium absolvieren. Asylwerberinnen, die aufgrund der hohen Anerkennungswahrscheinlichkeit in die Zielgruppe fallen, sind allenfalls zur Teilnahme an angebotenen Maßnahmen berechtigt, können aber nicht dazu verpflichtet werden. Liegen berücksichtigungswürdige Gründe vor, kann von der Verpflichtung abgesehen werden. Worin genau solche Gründe bestehen können, wird im Gesetz nicht ausgeführt. Die Erläuterungen mahnen einen strengen Maßstab ein, nach dem lediglich gesundheitliche oder sonstige zwingende Gründe wie Gerichts- oder Behördentermine eine Nichtteilnahme rechtfertigen können.⁵⁸ Personen, die ein freiwilliges Integrationsjahr absolvieren, sind

53 AMS, Stellungnahme zum Entwurf, 9/SN-291/ME XXV. GP, 7f; vgl AMS, Bundesrichtlinie Aus- und Weiterbildungsbeihilfen (BEMO) vom 3.4.2017, abrufbar unter <http://www.ams.at/docs/001_bemo_RILL.pdf> (8.1.2018).

54 Auf die jüngst in einigen Bundesländern eingeführten Schlechterstellungen von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten kann hier nicht eingegangen werden. Vgl dazu Pfeil, (Vorläufiges) Aus für die einheitliche Mindestsicherung, ÖZPR 2017, 24; ders, Erwerbsarbeit und Mindestsicherung – ein schwieriges Verhältnis, wbl 2016, 679; Leitner, Inhalt, Auswirkungen und Problembereiche der Oberösterreichischen Mindestsicherungsgesetz-Novelle 2016, ASoK 2017, 12; Pfeil/Klaushofer, Zur rechtlichen Zulässigkeit einiger in Oberösterreich geplanter Verschärfungen im Hinblick auf die Rechtslage von AusländerInnen, FABL 1/2017-I, 1.

55 § 4 Abs 3 Z 3 Sbg MSG iVm § 5 Abs 3 Z 2 Sbg GVG; § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG.

56 § 4 Abs 1 Z 5 Bgld MSG.

57 Gemäß § 3 AusbildungspflichtG, BGBl I 120/2016, besteht eine Ausbildungspflicht für Jugendliche bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, die die allgemeine Schulpflicht erfüllt haben und sich nicht nur vorübergehend in Österreich aufhalten.

58 RV 1585 BlgNR, 25. GP, 4.

gemäß § 5 Abs 4 IJG von der Verpflichtung befreit. Nach dem Gesetzeswortlaut (»während der Teilnahme«) lebt die Pflicht aber wieder auf, sobald das freiwillige Integrationsjahr beendet ist und die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, also insb weiterhin kein Arbeitsplatz gefunden werden konnte.

Nach § 5 Abs 2 IJG hat das AMS unter dem Vorbehalt vorhandener finanzieller und organisatorischer Ressourcen für ein ausreichendes Angebot an Maßnahmen zu sorgen. Diese werden mit der ebenfalls durch das Arbeitsmarktintegrationsgesetz vorgenommenen Änderung des Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetzes für 2017 und 2018 um jeweils 100 Mio. Euro für die Maßnahmen nach dem IJG aufgestockt.⁵⁹ Ein **Rechtsanspruch** auf die im IntG vorgesehenen Angebote **besteht nicht**.

Die für Verstöße gegen die Teilnahme- und Mitwirkungspflichten vorgesehenen **Sanktionen** zielen auf die sozialrechtlichen Ansprüche der Betroffenen.⁶⁰ § 3 Abs 2 IJG ordnet an, dass vom AMS zuerkannte Beihilfen einzustellen sind. Zudem sieht die Bestimmung eine Information jener Stellen der Länder vor, die für die Erbringung von Leistungen aus der **Sozialhilfe oder Mindestsicherung** zuständig sind. Diese haben »nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorgaben entsprechende Sanktionen zu verhängen.« Auf die Bezeichnung als Grundsatzbestimmung konnte hier anders als bei § 6 Abs 2 IntG verzichtet werden, weil es sich eindeutig um Maßnahmen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt handelt. Da sämtliche Bundesländer schon bisher in ihren MSG Leistungskürzungen bei mangelnder Bereitschaft zum Einsatz der Arbeitskraft vorsehen, ist eine Anpassung nicht notwendig. Die Anordnung in § 3 Abs 2 IJG, wonach »die jeweiligen Stellen« Sanktionen zu verhängen haben, kann allerdings mangels Vollziehungskompetenz des Bundes keine normative Wirkung entfalten. Es ist daher auch nicht möglich, mit § 3 Abs 2 IJG »klarzustellen«, dass bei einem in einem Landesgesetz eingeräumten Ermessensspielraum eine Verpflichtung zur Verhängung von Sanktionen bestehen soll.⁶¹ Für eine normative Anordnung hätte es einer Grundsatzbestimmung im IJG bedurft. Inwiefern die zuständigen Landesbehörden Sanktionen verhängen, wird somit weiterhin alleine durch die jeweiligen Sozialhilfe- bzw Mindestsicherungsgesetze vorgegeben.

IV. Vereinbarkeit mit völker- und unionsrechtlichen Verpflichtungen und Vorgaben

Die mit dem IntG und dem IJG eingeführten Verpflichtungen zur Absolvierung von Integrationsmaßnahmen stoßen an völker- und unionsrechtliche Grenzen, die sich vor allem aus der GFK und der StatusRL⁶² ergeben. Auf diese völker- und europarechtlichen Fragen kann im Rahmen dieses Beitrags nicht abschließend eingegangen werden. Hier soll nur untersucht werden, ob die in der Kürzung von Sozialleistungen bestehende Sanktionierung von Verstößen gegen die »Integrationspflicht« mit den Gleichbehandlungsgeboten der GFK und der StatusRL vereinbar ist.

Nach Art 23 GFK ist Flüchtlingen die gleiche Behandlung in der öffentlichen Unterstützung und Hilfeleistung zu gewähren, wie sie eigenen Staatsbürgern zuteil wird. In Umsetzung dieser Bestimmung sieht Art 29 Abs 1 StatusRL vor, dass Personen, denen internationaler Schutz gewährt wurde, »die notwendige **Sozialhilfe wie Staatsangehörigen** dieses Mitgliedstaats« zu gewähren ist. Auch für subsidiär Schutzberechtigte gilt das Gebot der Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen, allerdings kann die Sozialhilfe nach Art 29 Abs 2 StatusRL auf **Kernleistungen** beschränkt werden. Was genau unter Kernleistungen zu verstehen ist, wurde bis heute nicht abschließend geklärt.⁶³ Nach Erwägungsgrund 45 zur StatusRL sind damit »eine Mindesteinkommensunterstützung sowie Unterstützung bei Schwangerschaft und bei Elternschaft« gemeint. Grenzt man den Kern der Leistungen nicht betragsmäßig ab, sondern bezogen auf die Leistungsart – wofür gute Gründe sprechen⁶⁴ –, so dürften alle Leistungen der BMS darunter zu subsumieren sein.⁶⁵ Folglich gilt auch für subsidiär Schutzberechtigte ein Gebot der Gleichstellung mit Staatsbürgern bei den Voraussetzungen für den Bezug von BMS. Hinsichtlich des Zugangs zu medizinischer Versorgung ergibt sich ein Gleichstellungsgebot sowohl für Asylberechtigte als auch für subsidiär Schutzberechtigte aus Art 30 StatusRL.⁶⁶

62 RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABl 2011 L 337/9.

63 Pfeil/Klaushofer, FABL 1/2017-I, 1 (6).

64 Rebhahn, Sozialleistungen an »international Schutzberechtigte und Schutzsuchende« – Möglichkeiten zur Differenzierung gegenüber Staatsangehörigen. Gutachten für die Österreichische Bundesregierung (2016) 79ff: abrufbar unter <www.sozialministerium.at/site/Service_Medien/Infomaterial/Downloads/Gutachten_Sozialleistungen_an_international_Schutzberechtigte_und_Schutzsuchende> (8.1.2018).

65 Pfeil, wbl 2016, 679 (682).

66 Dieses gilt auch im Hinblick auf das Pflegegeld, das als Leistung zur medizinischen Versorgung zu betrachten ist; vgl Peyrl,

59 § 13 Abs 3 Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, BGBl I 315/1994 idF BGBl I 75/2017.

60 Dies betrifft nur Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte, weil nur ihnen Maßnahmen verbindlich vorgeschrieben werden können. Asylwerber trifft keine Pflicht, weshalb die Verhängung von Sanktionen nicht in Frage kommt.

61 So aber die RV 1585 BlgNr, 25. GP, 4.

Der Bezug von BMS ist in allen Landesgesetzen unabhängig von der Staatsbürgerschaft an die Bereitschaft geknüpft, die eigene Arbeitskraft einzusetzen und an zumutbaren Maßnahmen zur (Wieder)Eingliederung in den Arbeitsmarkt teilzunehmen. Im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot sind die Obliegenheiten zur Absolvierung von Integrationsmaßnahmen dann zulässig, wenn sie als derartige Maßnahmen zur Förderung der Erwerbsfähigkeit angesehen werden können.⁶⁷ Davon kann jedenfalls bei Sprachkursen ausgegangen werden, stellen Deutschkenntnisse doch eine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung der allermeisten Berufe dar. Selbst wenn darin eine Ungleichbehandlung gegenüber österreichischen Staatsangehörigen gesehen werden könnte, wäre diese sachlich gerechtfertigt. Denn es ist nicht ersichtlich, warum Asylberechtigte zwar wie Österreicher zu verschiedenen Bemühungen zur Steigerung der Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt verpflichtet werden könnten, davon aber gerade die wohl wichtigste Maßnahme ausgenommen sein sollte. Fraglich ist allenfalls, ob die Vermittlung von Grundwerten der Demokratie als solche arbeitsintegrative Maßnahme angesehen werden kann. Angesichts des Inhalts der Werte- und Orientierungskurse, in denen es auch um Umgangsformen und Alltagswissen über Arbeitsverhältnisse und Fragen der Sozialversicherung geht, dürfte aber auch diese Obliegenheit im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegen.

Hinsichtlich der sonstigen im IJG vorgesehenen Maßnahmen ist zu differenzieren. Soweit sie auf eine Verbesserung der Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt abstellen, was insb bei besonderen Schulungen, Bewerbungstrainings oder Bemühungen um eine Anerkennung von Zeugnissen und Qualifikationen zweifellos der Fall ist, werfen sie keine Probleme auf. Fraglich ist allerdings, ob dies auch für das zwischen 6 und 12 Monate dauernde **Arbeitstraining** im gemeinnützigen Bereich gilt.⁶⁸ Zwar ist die Verpflichtung zur Aufnahme einer adäquaten Beschäftigung unproblematisch, doch wird das Arbeitstraining im Gegensatz dazu nicht bezahlt. Da für österreichische Staatsangehörige keine entsprechende Verpflichtung zur Verrichtung gemeinnütziger Tätigkeiten besteht, erscheint diese Obliegenheit – bzw die Leistungskürzung bei der BMS im Weigerungsfall – im Hinblick auf Art 23 GFK und Art 29 Abs 1 StatusRL zumindest problematisch. Allerdings ist schon alleine aus

Rücksicht auf die Bedürfnisse der Trägerorganisationen und die fehlende arbeitsintegrative Sinnhaftigkeit kaum zu erwarten, dass das AMS solche Arbeitstrainings gegen den Willen der betroffenen Personen vorschreiben wird.

V. Fazit

Die gebotene Integration der zahlreichen in den vergangenen Jahren nach Österreich geflohenen Menschen bedarf großer Anstrengungen in vielen gesellschaftlichen Bereichen. Mit dem IntG und dem IJG wurden zumindest in den Bereichen Sprachförderung und Arbeitsmarktintegration wichtige Maßnahmen ergriffen. Ob sich die Grundwerte einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft in Kursen vermitteln lassen, sei dahingestellt. Hier wäre es wohl förderlicher, wenn sich die Politik um ein offenes Klima und einen möglichst lebhaften Austausch zwischen der angestammten Bevölkerung und den neuen Mitbürgerinnen und Mitbürgern bemühen würde.

Ob die Gesetze ihre selbst gesteckten Ziele erreichen können, wird in erster Linie von ihrer praktischen Umsetzung abhängen. In welchem Ausmaß Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte an Sprach- und Wertekursen sowie an Maßnahmen zur Arbeitsmarktintegration teilnehmen werden und wie stark sich ihre Chancen auf eine nachhaltige Integration dadurch steigern lassen, wird weniger von der Wirksamkeit der angedrohten Sanktionen abhängen, als vom tatsächlichen Angebot und den gewährten Förderungen. Hier ist nicht nur eine ausreichende budgetäre Ausstattung erforderlich, sondern auch eine Koordinierung der beteiligten Akteure.

Die Erwartungen an die Wirksamkeit der Neuregelungen sollten jedenfalls nicht zu hoch gesteckt werden. Denn entgegen den Bezeichnungen als »Integrationsgesetz« bzw »Arbeitsmarktintegrationsgesetz« regeln die Gesetze nur spezifische Aspekte der Integration. Zudem kann Integration nur sehr beschränkt staatlich verordnet werden.⁶⁹ Ihr Gelingen setzt vielmehr eine gesamtgesellschaftliche Anstrengung voraus, die der Gesetzgeber zwar programmatisch einmahnen, letztendlich aber nicht normativ anordnen kann.

Korrespondenz:

DDr. Philip Czech
 Universität Salzburg
 Österreichisches Institut für Menschenrechte
 Kaigasse 17/3
 5010 Salzburg
 E-Mail: philip.czech@sbg.ac.at

Der Anspruch von Subsidiär Schutzberechtigten auf Pflegegeld, ÖZPR 2013, 111.

67 Vgl Pfeil, wbl 2016, 679 (687); Orator, Verfassungs- und unionsrechtliche Strukturvorgaben für die Mindestsicherung, ZAS 2017, 236 (242); ähnlich zur deutschen Rechtslage Thym, Integration kraft Gesetzes? Grenzen und Inhalte des »Integrationsgesetzes« des Bundes, ZAR 2016, 241 (245).

68 Vgl Rebhahn, Gutachten, 53 f.

69 Vgl Thym, ZAR 2016, 241.

Staatsangehörige zweiter Klasse?

INES RÖSSL

Inhaltsübersicht:

I.	Einleitung	38
II.	Das Kriterium der Zumutbarkeit der Übersiedlung	38
III.	Die BVwG-Judikatur	39
IV.	»Kulturelle Vertrautheit« und Staatsbürgerschaft	40
V.	Intersektional benachteiligte Rechtspositionen	41
VI.	Rechtsposition des von einer Rückkehrentscheidung betroffenen Drittstaatsangehörigen	41
A.	Diskriminierung aufgrund der Herkunft durch Assoziierung	41
B.	Fehlender Sachzusammenhang	42
VII.	Rechtsposition der österreichischen Partnerin	43
VIII.	Fazit	44

Abstract: Bei der Grundrechtsabwägung iZm Rückkehrentscheidungen wird ua auch die Frage der (Un-)Zumutbarkeit der Übersiedlung des Partners/der Partnerin ins Herkunftsland des/der Drittstaatsangehörigen berücksichtigt. Der Beitrag geht der Frage nach, wie das BVwG dieses Kriterium zur Anwendung bringt. Dabei beschränkt sich die Untersuchung auf Fälle, in denen die Partnerin die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Es zeigt sich, dass es in der Rechtspraxis zu Benachteiligungen insb aufgrund der Herkunft kommt, die es erlauben, von »Staatsangehörigen zweiter Klasse« zu sprechen. Dies ist aus einer Gleichheitsperspektive problematisch. Darüberhinaus ist zweifelhaft, ob das Abwägungskriterium der (Un-)Zumutbarkeit der Übersiedlung mangels Parteistellung der Partnerin der Logik von § 9 Abs 2 BFA-VG entspricht.

Rechtsquellen: § 9 BFA-VG; BVG-RD; Art 8 iVm Art 14 EMRK; § 52 FPG; Art 21 GRC; Art 3 4. ZPEMRK.

Schlagworte: Assoziierung; Aufenthaltsbeendigung; Ausweisung eigener Staatsangehöriger; Biao/Dänemark; Diskriminierung; Gleichheit; Grundrechte; Herkunft, Intersektionalität; Kultur; Migrationshintergrund; Parteistellung; Recht auf Privat- und Familienleben; Rückkehrentscheidung; Sachlichkeitsgebot; Staatsbürgerschaft; Verfahrensrechte; Verhältnismäßigkeit.

I. Einleitung¹

Soll eine Rückkehrentscheidung (§ 52 FPG)² erlassen werden, so ist eine Grundrechtsabwägung gemäß Art 8 Abs 2 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben) vorzunehmen. § 9 Abs 2 BFA-VG³ formuliert auf einfachgesetzlicher Ebene einen **Kriterienkatalog, der jene Abwägungsgrundsätze abbilden soll**, die in der EGMR- und VfGH-Judikatur iZm Aufenthaltsbeendigungen entwickelt wurden.⁴ Die demonstrative Aufzählung nennt als relevante Faktoren die Aufenthaltsdauer, die Aufenthaltsart, die Frage der Rechtswidrigkeit des Aufenthalts, das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens, die Schutzwürdigkeit des Privatlebens, den Grad der Integration, die Bindungen zum Heimatstaat des/der Fremden, die strafgerichtliche Unbescholtenheit, allfällige Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, die Frage, ob das Privat- und Familienleben zu einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthalts bewusst waren, sowie die Frage, ob die Aufenthaltsdauer an Verfahrensverzögerungen liegt, die den Behörden zuzurechnen sind.

Ein Abwägungskriterium,⁵ das sowohl in der EGMR-Judikatur als auch seitens der österreichischen Höchst-

gerichte Berücksichtigung findet, hat in den gesetzlich verankerten Kriterienkatalog keinen expliziten Eingang gefunden: die Frage der (Un-)Zumutbarkeit der Übersiedlung des Partners/der Partnerin⁶ ins Herkunftsland des/der Drittstaatsangehörigen.

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, wie das BVwG dieses Kriterium zur Anwendung bringt. Dabei beschränkt sich die Untersuchung auf Fälle, in denen der/die PartnerIn die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Es wird sich zeigen, dass es in der Rechtspraxis zu einer Benachteiligung bestimmter Personen und Beziehungskonstellationen kommt, dass das Staatsbürgerschaftskonzept (immer noch) kulturalistisch und ethnisierend aufgeladen wird und dass die Rsp aus grundrechtlicher Sicht mehrfach problematisch ist.

II. Das Kriterium der Zumutbarkeit der Übersiedlung

Teil der seitens des EGMR entwickelten Kriterienkataloge für die Grundrechtsabwägung bei Aufenthaltsbeendigungen ist das Kriterium, ob den Familienangehörigen der von einer Aufenthaltsbeendigung betroffenen Person eine Übersiedlung in das Herkunftsland zugemutet werden kann.⁷ Der EGMR prüft idZ, »whether there are insurmountable obstacles to the family living in the country of origin of one or more of them«.⁸

In *Boultif/Schweiz*⁹ hielt der EGMR fest, es müsste ua die Staatsangehörigkeit aller betroffenen Personen

1 Ich danke *Elisabeth Greif, Kevin Fredy Hinterberger* und *Emanuel Matti* für wertvolle Anmerkungen zu früheren Fassungen des Beitrags.

2 Vgl *Ecker/Ziegelbecker*, Die Rückkehrentscheidung, *Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht* 2017 (2017) 149.

3 Bis zur Erlassung des BFA-VG durch BGBl I 2012/87 (FremdenbehördenneustrukturierungsG) fand sich der Kriterienkatalog in § 61 Abs 2 FPG und in § 10 Abs 2 AsylG. Die Kriterienkataloge wurden durch BGBl I 2009/29 eingeführt. Im FPG fand sich der Kriterienkatalog zunächst in § 66 Abs 2, mit BGBl I 2011/38 wanderte er in den § 61 und wurde um das Kriterium der von der Behörde zu verantwortenden Verfahrensverzögerung ergänzt. Im AsylG wurde der Kriterienkatalog mit BGBl I 2011/38 um das Kriterium der von der Behörde zu verantwortenden Verfahrensverzögerung ergänzt. Ein gleichlautender Kriterienkatalog für die Beurteilung des Privat- und Familienlebens findet sich seit BGBl I 2009/29 auch in § 11 Abs 3 NAG, allerdings nicht in Bezug auf aufenthaltsbeendende Maßnahmen.

4 Vgl ErlRV 103 BlgNR 24. GP 10 f; so auch schon die Materialien zu BGBl I 2009/29, welches die Kriterienkataloge erstmals einführte, ErlRV 88 BlgNR 24. GP 2 f.

5 Vgl zu den Abwägungskriterien im Einzelnen zB *Gachowetz ua*, Asyl- und Fremdenrecht im Rahmen der Zuständigkeit des BFA (2017) 281–295; *Hinterberger/Klammer*, Fremdenpolizeirecht, in *Eppel/Reyhani* (Hrsg), Asyl- und Fremdenrecht. Handbuch (2016) Kap 2.5.2; *Oswald*, Bleiberecht. Das Grundrecht auf Privat- und Familienleben als Schranke für Aufenthaltsbeendigungen (2012) 142–298; *Feik*, Recht auf Familienleben, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 176 (insb Rz 9/19); *Heißl*, Die Ausweisung in der Judikatur der Höchstgerichte, ZfV 2008, 616; *Chvosta*, Die Ausweisung von Asylwerbern und Art 8 MKR, ÖJZ 2007, 852; für Deutschland *Fritzsche*, Die Auswirkungen des Rechtes auf Achtung des Privat- und Familienlebens auf Ausweisungen und andere Rückführungsentscheidungen, ZAR 2011, 297; zur ähnlichen Abwägungsproblematik in Familienzusammenführungsfällen vgl *Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2017, 229.

6 EhepartnerIn, eingetrageneR PartnerIn, LebensgefährtIn.

7 Vgl EGMR 2.8.2001, 54273/00, *Boultif/Schweiz*. Vgl auch EGMR 11.7.2002, 56811/00, *Amrollahi/Dänemark*; 12.6.2012, 54131/10, *Baj Sultanov/Österreich*; EGMR (GK) 23.6.2008, 1638/03, *Maslov/Österreich*; 11.10.2011, 5056/10, *Emre/Schweiz*; 2.6.2015, 6009/10, *K.M./Schweiz*. Nicht immer wird iZm Art 8 EMRK und Aufenthaltsbeendigungen auf *Boultif/Schweiz* Bezug genommen, vgl EGMR 4.12.2012, 47017, *Butt/Norwegen*; (GK) 13.12.2016, 41738/10, *Paposhvili/Belgien*. Auch wird die Frage der Zumutbarkeit des Nachzugs nicht immer explizit geprüft, vgl EGMR 11.6.2013, 52166/09, *Hasanbasic/Schweiz*. Vgl wenn nicht nur eine (Ehe-)Partnerin, sondern auch Kinder betroffen sind: EGMR 28.6.2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen*; (GK) 18.10.2006, 46410/99, *Üner/Niederlande*; 14.2.2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen* (hier fiel aber auch ins Gewicht, dass die Kindesmutter wie der von der Aufenthaltsbeendigung betroffene Vater ursprünglich aus Ghana gekommen war); vgl zur Berücksichtigung des Kindeswohls EGMR 31.1.2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande*.

8 Vgl zB EGMR 15.5.2012, 16567/10, *Nacic ua/Schweden*, Rz 81. Für eine ausführliche Darstellung der EGMR-Judikatur vgl *Oswald*, Bleiberecht 215–219. Für eine Kritik an der EGMR-Rsp, weil in dieser letztendlich Kulturargumente den Ausschlag geben würden, vgl *De Hart*, The Right to Domicile of Women with a Migrant Partner in European Immigration Law, in *Spijkerboer/van Walsum*, Women in Immigration Law. New Variations on Classical Feminist Themes (2006) 142.

9 EGMR 2.8.2001, 54273/00, *Boultif/Schweiz*.

berücksichtigt werden sowie die Schwierigkeiten («difficulties»), welche die Partnerin im Herkunftsstaat des von der Aufenthaltsbeendigung Betroffenen vorfinden würde, wiewohl das alleinige **Vorliegen gewisser Schwierigkeiten** für sich genommen eine Aufenthaltsbeendigung noch nicht unzulässig mache (Rz 48). Im konkreten Fall, der eine Ausweisung aus der Schweiz nach Algerien betraf, hielt es der EGMR für entscheidend, dass die Ehepartnerin, eine Schweizer Staatsbürgerin, zwar Französisch sprach und in telefonischem Kontakt mit ihrer Schwiegermutter stand, jedoch nie in Algerien gelebt hatte, nicht Arabisch sprach und auch keine sonstigen Bindungen nach Algerien hatte. Von ihr könne daher nicht erwartet werden, ihrem Ehemann nach Algerien nachzuziehen (Rz 53).

Für den EGMR relevante Gesichtspunkte scheinen teilweise auch die Religion des Partners/der Partnerin zu sein,¹⁰ die Frage, ob er/sie überhaupt rechtmäßig im Herkunftsland des von der Aufenthaltsbeendigung Betroffenen aufhältig sein könnte¹¹ und ob er/sie aus dem Herkunftsland der von der Aufenthaltsbeendigung betroffenen Person stammt.¹² Die Nationalität eines Staates reicht allerdings nicht aus, um eine Zumutbarkeit der Rückkehr in diesen Staat zu begründen, sondern es müssen darüber hinausgehende Bindungen vorliegen.¹³

In den in § 9 Abs 2 BFA-VG gesetzlich verankerten Kriterienkatalog hat das Kriterium der Zumutbarkeit des Nachzugs des Partners/der Partnerin keinen expliziten Eingang gefunden. VfGH und VwGH halten es jedoch, angelehnt an die EGMR-Judikatur, für notwendig, bei Aufenthaltsbeendigungen »die näheren Umstände der Zumutbarkeit der Übersiedlung der österreichischen Ehegattin in das Heimatland des Beschwerdeführers zu untersuchen«.¹⁴

III. Die BVwG-Judikatur

Eine Untersuchung von 26 BVwG-Entscheidungen,¹⁵ bei denen der/die PartnerIn die österreichische Staatsbür-

gerschaft besaß,¹⁶ zeigte, dass das BVwG die Frage der **Zumutbarkeit der Übersiedlung vielfach gar nicht thematisiert**.¹⁷ Wenn eine Auseinandersetzung mit dieser Frage erfolgt, fällt die auf den Einzelfall bezogene Argumentation **auffällig kurz** aus, wiewohl ihr regelmäßig ausführliche Zitate aus EGMR- und höchstgerichtlicher Judikatur vorangestellt werden. Festzuhalten ist weiters, dass alle der untersuchten Entscheidungen, die sich mit der Zumutbarkeit der Übersiedlung auseinandersetzten, männliche Beschwerdeführer mit weiblichen Partnerinnen betrafen.¹⁸

Die Struktur des zur Anwendung gebrachten Arguments ist im Grunde recht simpel gestrickt. Es zeigt sich, dass das **BVwG in erster Linie den kulturellen/sprachlichen/biographischen Hintergrund der Partnerin heranzieht**, um die (Un-)Zumutbarkeit ihrer Übersiedlung ins Herkunftsland zu rechtfertigen.¹⁹

So sei der Lebensgefährtin eines Beschwerdeführers der Nachzug nach China deshalb zumutbar, weil »es sich [...] um eine ethnische Chinesin handelt, die ihren Bezug zum ehemaligen Herkunftsland nicht verloren hat«.²⁰ Für eine nunmehr 18-jährige Frau, die Russland bereits im Alter von sieben Jahren verlassen hatte, bestünden dort keine »kulturellen und sprachlichen Barrieren«.²¹ Bei einer Frau, die ursprünglich aus der Türkei stammte, könne man »aufgrund ihrer Herkunft« davon ausgehen, dass ihr »die dortige Kultur und Gesellschaft

G312 1430866-2; 22.11.2016, L507 2136138-1; 21.11.2016, L521 2118629-1; 3.11.2016, W192 1436942-1; 28.9.2016, W124 1434253-2; 14.3.2016, W182 1309788-2; 24.2.2016, L405 1419660-3; 30.11.2015, L502 2111717-1; 30.11.2015, L 519 1435162-2; 13.3.2015, W182 2100915-1; 30.10.2015, L512 1428783-2; 11.9.2015, L502 2107494-1; 10.9.2015, W124 1305110-3; 9.7.2015, G306 2107493-1; 30.6.2015, L4052102967-1; 13.5.2015, G312 2017179-I; 23.4.2015, G302 2101179-1; 9.3.2015, W160 1400410-1; 23.1.2015, W159 1426918-1; 20.11.2014, W184 1402774-1; 10.7.2014, L515 1438388-1; 17.6.2014, G312 1402697-1.

16 Identifizierung von einschlägigen Entscheidungen über eine Suche im RIS für den Zeitraum bis zum 14.4.2017 anhand folgender Suchparameter: »Boultif« + »§ 55 Abs 1 AsylG« + »zumutbar« (68 Fälle), »Boultif« + »§ 55 Abs 1 AsylG« + »unzumutbar« (48 Fälle); »Boultif« + »mit einer österreichischen Staatsbürgerin verheiratet« (25 Fälle); »Boultif«+»mit einem österreichischen Staatsbürger verheiratet« (12 Fälle);»Boultif«+»§ 55 Abs 1 AsylG«+»österreichischen Staatsbürger« (10 Fälle); »Boultif«+»§ 55 Abs 1 AsylG« + »österreichische Staatsbürgerin« (12 Fälle); »Boultif« + »§ 55 Abs 1 AsylG« + »österreichischen Staatsbürgerin« (16 Fälle); »Boultif« + »§ 55 Abs 1 AsylG« + »österreichischer Staatsbürger« (8 Fälle). Aus den Suchergebnissen wurden jene Fälle ausgeschieden, in denen der (Ehe-)Partner/die (Ehe-)Partnerin nicht die österreichische Staatsbürgerschaft hatte.

17 Dies war in der Hälfte der Fälle der Fall.

18 Deshalb wird im Text fortan von *dem* Drittstaatsangehörigen und *der* Partnerin die Rede sein.

19 Vgl auch *Gachowetz ua*, Asyl- und Fremdenrecht 287, die idZ festhalten, es sei »zB auf Sprachkompetenzen, eine allfällige Religionsausübung und die Möglichkeit einer Anpassung an eine andere Kultur zu achten.«

20 BVwG 14.3.2014, W 182 1309788-2.

21 BVwG 14.3.2016, W 182 1309788-2.

10 EGMR 11.7.2002, 56811/00, *Amrollahi/Dänemark*.

11 In EGMR 11.7.2002, 56811/00, *Amrollahi/Dänemark* prüft dies der EGMR in Bezug auf Transitländer, also bei der Frage, ob das Familienleben »elsewhere« (weder im Herkunftsstaat noch im Aufenthaltsstaat) möglich wäre, jedoch muss daraus geschlossen werden, dass allfällige aufenthaltsrechtliche Unsicherheiten im Aufenthaltsstaat auch eine Rolle spielen.

12 EGMR 15.11.2012, 38005/07, *Kissiwa Koffi/Schweiz* (hier ging es um eine Frau, die von Aufenthaltsbeendigung betroffen war, und mit einem Schweizer Staatsbürger verheiratet war).

13 Das Beherrschen der Sprache scheint ein wesentliches Kriterium, aber offenbar nicht das einzige. Vgl EGMR 31.10.2002, 37295/97, *Yildiz/Österreich* Rz 43.

14 Vgl VfGH 1.7.2009, U 1104/08; 1.7.2009, U992/08; VwGH 11.6.2014, 2013/22/0166; 29.1.2013, 2012/22/0226.

15 BVwG 22.2.2017, L508 1427243-2; 31.1.2017, L512 2124975-1; 30.1.2017, L523 2137118-1; 30.1.2017, W163 1236859-4; 19.12.2016,

sowie die türkische Sprache geläufig sind.²² Auch die Abstammung aus einem nur »ähnlichen Kulturkreis« und die alltägliche Benutzung der Muttersprache des Beschwerdeführers reichen mitunter aus, damit das BVwG die Übersiedlung der Partnerin für zumutbar hält.²³ In einem Fall hatte die Ehefrau des (türkischen) Beschwerdeführers weder irgendwelche persönlichen Anknüpfungspunkte zur Türkei noch Kenntnisse der türkischen Sprache. Verhängnisvoll war jedoch, dass sie einen »Stiefvater türkischer Abstammung« hatte, woraus das BVwG folgerte, dass sie »in gewissem Maße mit der Kultur des Herkunftsstaats ihres Gatten vertraut [sein sollte]«.²⁴ Umgekehrt wird die Verlagerung des Familienlebens in den Herkunftsstaat des Beschwerdeführers dann nicht für zumutbar erachtet, wenn Ehefrau und Kinder »nur eine geringe bis gar keine Bindung« zum Herkunftsstaat des Beschwerdeführers haben und »ihre Sozialisierung [...] in der österreichischen Gesellschaft« stattfand²⁵ oder wenn es sich um einen »anderen Kulturkreis« handelt.²⁶

IV. »Kulturelle Vertrautheit« und Staatsbürgerschaft

Für das BVwG zentral ist also der Topos der »kulturellen Vertrautheit«, die vor allem aus der Herkunft gefolgert wird. Dass die betreffende Person uU bereits im Kindesalter nach Österreich gekommen ist, ändert daran nichts.²⁷ Österreichische Staatsbürgerinnen, die ursprünglich in einem anderen Land geboren wurden, verlieren in den Augen des BVwG die Verbindung zu ihrem Herkunftsstaat nicht. Sie werden ihren »Migrationshintergrund«²⁸ nicht los. Sie sind zwar Staatsbürgerinnen, bleiben aber insofern Fremde, als ihnen laut BVwG zugemutet werden kann, in ihren früheren Herkunftsstaat auszuwandern. Sie dürfen vor die Wahl gestellt werden, sich zwischen ihrer Partnerschaft und

dem Staat, dessen Staatsbürgerschaft sie besitzen (= Österreich), entscheiden zu müssen.²⁹

Nicht immer ist die Herkunft ausschlaggebend für die Annahme »kultureller Vertrautheit«, sondern dem BVwG genügt es mitunter, dass die österreichische Staatsbürgerin in engem Kontakt zu Personen steht, die aus dem verfahrensgegenständlichen Land stammen.³⁰ Das bedeutet: Auch für Personen ohne Migrationsgeschichte birgt es – zynisch gesprochen – ein gewisses Risiko, sich mit Sprache, Kultur und sozialem Netzwerk ihres Partners vertraut zu machen. Denn im Fall eines aufenthaltsbeendigenden Verfahrens könnte seitens des BVwG genau diese gelebte Transkulturalität gegen den Verbleib des Partners in Österreich ins Treffen geführt werden.

Deutlich wird also, dass die Staatsbürgerschaft nicht unbedingt jene Gleichheit in punkto rechtlicher Zugehörigkeit bringt, die sie zu versprechen scheint. Sondern der migrationsrechtliche Diskurs lädt die Staatsbürgerschaft mit Vorstellungen von kultureller und ethnischer Zugehörigkeit auf und schafft »innere Fremde«,³¹ Staatsangehörige zweiter Klasse,³² deren staatsbürgerschaftliche Zugehörigkeit zum österreichischen Staat weniger zählt.

22 BVwG 30.11.2015, L 502 2111717-1. Die Beurteilung der (Un-)Zumutbarkeit der Übersiedlung kann anders ausfallen, wenn die Partnerin das Herkunftsland ursprünglich aus asylrelevanten Gründen verlassen hat, vgl BVwG 30.1.2017, L 523 2137118-1.

23 BVwG 30.11.2015, L 519 1435162-2. Im konkreten Fall spricht das BVwG davon, dass eine ursprünglich aus Aserbaidschan stammende Frau, früher »in einem ähnlichen Kulturkreis« gelebt habe wie ihr armenischer Ehemann. Eine Berücksichtigung des aserbaidisch-armenischen Konflikts findet hingegen nicht statt.

24 BVwG 11.9.2015, L 502 2107494-1.

25 BVwG 17.6.2014, G 312 1402697-1. Ähnlich auch BVwG 23.1.2015, W 159 1426918-1.

26 BVwG 30.6.2015, I 4052102967-1.

27 Vgl BVwG 14.3.2016, W 182 1309788-2.

28 Zu einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Begriff vgl Perchinig/Troger, Migrationshintergrund als Differenzkategorie, in Polak (Hrsg), Zukunft. Werte. Europa. Die Europäische Wertestudie 1990–2010: Österreich im Vergleich (2011) 283.

29 Die Nicht-Zugehörigkeit von Frauen, die binationale Beziehungen führen, weist gewisse historische Kontinuitäten auf. Bis zum StbG 1965 (BGBl 1965/250) führte eine Heirat einer Österreicherin mit einem ausländischen Staatsbürger zum automatischen Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft, sofern sie dadurch nicht staatenlos wurde. Vgl auch Neuwirth, Umsetzung von Art. 9 in Österreich, in Schläppi/Ulrich/Wytenbach (Hrsg), CEDAW – Kommentar (2015) 681 (Rz 4–9); zu den historischen Wurzeln vgl Reiter-Zatoukal, Ehe, Staatsangehörigkeit und Migration – Österreich 1918–1938, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2012, 118.

30 Vgl BVwG 11.9.2015, L 502 2107494-1.

31 Perchinig/Troger in Polak 303. Perchinig/Troger bezeichnen damit den Umstand, dass StaatsbürgerInnen »mit Migrationshintergrund« zwar »rechtlich gleichgestellt [sind], aber dennoch nicht wirklich [dazugehören]«. Die meinerseits angestellte Analyse aufenthaltsbeendigender Verfahren zeigt, dass die Wirkmächtigkeit des »Migrationshintergrundes« sogar noch weiter geht und auch im Recht zu Ungleichbehandlung und zu Zuschreibungen von Nicht-Zugehörigkeit führt.

32 So auch die auf die deutsche Rechtslage zum Ehegattennachzug bezogene Analyse (»Staatsbürgerschaft zweiter Klasse«) von Markard, Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analysekategorie im Recht, Kritische Justiz 2009, 353 (360). Perchinig/Troger in Polak 303 verwenden iZm ihrer Analyse zum Migrationshintergrund ebenfalls den Begriff der »zweitklassigen StaatsbürgerInnen«. Nuñez spricht iZm der Diskriminierung von Staatsangehörigen, welche die Staatsbürgerschaft nicht durch Abstammung erworben haben, von »unreal citizenship«, Nuñez, The ECtHR's Judgment in Biao v. Denmark: Non-discrimination among nationals and family reunification as converging European Standards, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2016, 865 (876 f).

V. Intersektional benachteiligte Rechtspositionen

Ob es der Partnerin zumutbar ist, dem Drittstaatsangehörigen ins Herkunftsland zu folgen, spielt eine Rolle bei der Interessenabwägung iZm Rückkehrentscheidungen: Der betroffene **Drittstaatsangehörige hat eine verhältnismäßig schlechtere Rechtsposition, wenn seine Partnerin Verbindungen zum Herkunftsstaat hat.** Aus Perspektive der österreichischen Partnerin wiederum besteht in diesem Fall ein verhältnismäßig größeres Risiko, ihren Partner aufgrund seiner Aufenthaltsbeendigung zu verlieren oder sich dafür entscheiden zu müssen, Österreich zu verlassen und ihm in sein Herkunftsland nachzuziehen.

Hätte die betreffende Staatsangehörige keinen drittstaatsangehörigen Partner, sondern wäre mit einem österreichischen Staatsbürger liiert, wäre weder ihr Familienleben noch ihr Aufenthalt in Österreich (in faktischer Hinsicht) prekär. Sie käme von vornherein nicht in die Lage, sich zwischen diesen beiden entscheiden zu müssen.³³ Wenn sie zwar einen drittstaatsangehörigen Partner, aber selbst überhaupt keine Verbindungen zu dessen Herkunftsland hätte, wäre ihr Familienleben und ihr Aufenthalt in Österreich zumindest etwas gesicherter. Treffen allerdings beide Faktoren (drittstaatsangehöriger Partner *und* zugeschriebene »kulturelle Vertrautheit«) zusammen, so wird die österreichische Partnerin uU³⁴ in die Situation gebracht, sich zwischen ihrer Partnerschaft und dem Staat, dessen Staatsbürgerschaft sie besitzt (= Österreich), entscheiden zu müssen.

In dieser Hinsicht lassen sich die Rechtspositionen sowohl des betroffenen Drittstaatsangehörigen als auch seiner Partnerin als »intersektional«³⁵ benachtei-

lichte bezeichnen: Die Prekarität der Familienbeziehung bzw des Aufenthalts resultiert aus dem **intersektionalen Zusammenwirken unterschiedlicher Dimensionen von Nicht-Zugehörigkeit.** Eigene Nicht-Zugehörigkeit und Nicht-Zugehörigkeit des Partners/der Partnerin treffen aufeinander, wobei auf beiden Ebenen sowohl (gegenwärtige und frühere) Staatsbürgerschaft als rechtliche Kategorie als auch zugeschriebene »kulturelle Fremdheit« eine Rolle spielen und sich wechselseitig mit Bedeutung aufladen.

Es soll nun der Frage nachgegangen werden, wie diese intersektionale Benachteiligung aus grundrechtlicher Perspektive einzuschätzen ist, wobei die Überlegungen skizzenhaft bleiben. Dabei muss zwischen den Grundrechtspositionen des von einer Rückkehrentscheidung betroffenen Drittstaatsangehörigen und seiner Partnerin unterschieden werden. Ich werde mich auf jene Fallkonstellation beschränken, in denen die österreichische Partnerin ursprünglich aus dem verfahrensgegenständlichen Land stammt und die »kulturelle Vertrautheit« geradezu reflexhaft aus diesem Umstand geschlossen wird. In dieser Fallkonstellation gründet die angesprochene Benachteiligung unmittelbar darin, dass die österreichische Partnerin ausländische Wurzeln hat.³⁶

VI. Rechtsposition des von einer Rückkehrentscheidung betroffenen Drittstaatsangehörigen

A. Diskriminierung aufgrund der Herkunft durch Assoziierung

Die Rückkehrentscheidung greift in das Recht des Drittstaatsangehörigen auf Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK) ein. Damit ist auch der Anwendungsbereich des akzessorischen Diskriminierungsverbots gemäß Art 14 EMRK eröffnet. Art 14 EMRK verbietet ua Diskriminierung aufgrund der »nationalen Herkunft« und aufgrund der »Geburt«. Weiters qualifiziert der EGMR eine Regelung, die im Ergebnis Personen benachteiligt, die ihre Staatsbürgerschaft erst im Laufe des Lebens erworben haben und nicht der autochthonen Bevölkerung angehören, als indirekte Diskriminierung aufgrund der »Nationalität« und aufgrund der »ethnischen Herkunft«.³⁷ Im vorliegenden Fall geht es nicht um eine

33 Denn die Möglichkeit eines aufenthaltsbeendigenden Verfahrens stünde nie im Raum.

34 Die grundrechtliche Interessenabwägung bezieht viele Faktoren mit ein (vgl nur die Aufzählung in § 9 Abs 2 BFA-VG), aber die (Un-)Zumutbarkeit der Übersiedlung der (Ehe-)Partnerin ist eben ein Faktor, der für oder gegen die Aufenthaltsbeendigung sprechen kann.

35 Intersektionalität bezeichnet das Ineinandergreifen verschiedener Ungleichheitsfaktoren. Im Bereich des Antidiskriminierungs- und Gleichheitsrechts werden mit »intersektionaler Diskriminierung« insb Konstellationen bezeichnet, in denen die Benachteiligung aus dem Zusammenwirken verschiedener Diskriminierungsgründe erfolgt. Vgl die beiden, den Intersektionalitätsdiskurs prägenden Texte: *Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139; *Crenshaw*, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence Against Women of Color, Stanford Law Review 1991, 1241. Für Auseinandersetzungen mit Intersektionalität im Bereich des Flüchtlingsrechts vgl *Markard*, Persecution for reasons of Membership of a Particular Social Group: Intersectionality avant la lettre?, *Sociologia del Diritto* 2/2016, 45; *Sußner*, Invisible intersections, queer interventions: same sex family reunification under the rule of asylum law, in

Spijkerboer (Hrsg), *Fleeing homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum* (2012) 176.

36 Bei anderen Fallkonstellationen käme zB eine mittelbare Diskriminierung in Frage.

37 EGMR (GK) 24.5.2016, 38590/10, *Biao/Dänemark*; dazu *Nuñez*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2016. Vgl idZ auch Art 5 Abs 2 des Europäischen Übereinkommens über Staatsangehörigkeit BGBL III 2000/93, der Diskriminierung von Staatsangehörigen verbietet, welche die Staatsbürgerschaft nicht schon mit Geburt erworben haben.

Benachteiligung aufgrund der eigenen Herkunft, sondern um Benachteiligung aufgrund der Herkunft der Partnerin. Eine Diskriminierung aufgrund von Assoziierung wurde mittlerweile auch seitens des EGMR als solche anerkannt.³⁸ Wenn Rückkehrentscheidungen in Durchführung von Unionsrecht (Art 51 GRC) ergehen,³⁹ kann sich der Drittstaatsangehörige zudem auf Art 21 Abs 1 GRC⁴⁰ stützen,⁴¹ der ua Diskriminierung aufgrund »der ethnischen Herkunft« und aufgrund der »Geburt« verbietet.⁴²

Eine Benachteiligung aufgrund der nationalen oder ethnischen Herkunft ist nur dann zulässig, wenn sie durch besonders schwerwiegende Gründe gerechtfertigt ist.⁴³ Solche ließen sich (allenfalls) nur dann bejahen, wenn bei der Abwägung, wie schwer der durch die Aufenthaltsbeendigung effektuierte Eingriff in das Privat- und Familienleben des Drittstaatsangehörigen wiegt, die Herkunft der Partnerin eine sachliche Rolle spielt. Wie im Folgenden gezeigt wird, entbehrt das Argument der (Un-)Zumutbarkeit der Übersiedlung von vornherein eines Sachzusammenhangs mit den Zielen der Grundrechtsabwägung.⁴⁴ Selbst wenn man also behaupten wollte, dass die Herkunft der österreichischen Partnerin etwas über die (Un-)Zumutbarkeit ihrer Übersiedlung aussage,⁴⁵ so fehlt dennoch eine

sachliche Rechtfertigung, dies zum (Mit-)Grund einer Aufenthaltsbeendigung des Drittstaatsangehörigen zu machen.

B. Fehlender Sachzusammenhang

Die bei einer Rückkehrentscheidung vorgenommene Interessenabwägung (§ 9 Abs 2 BFA-VG, Art 8 EMRK) hat im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Schwere des drohenden Grundrechtseingriffs zu prüfen. Auf die Frage, wie schwer der Eingriff in das Familienleben wiegt, scheint auch die Frage nach der Zumutbarkeit der Übersiedlung abzuzielen. Es geht um die Überlegung, ob es dem Paar möglich und zumutbar ist, im Fall einer Aufenthaltsbeendigung eines Partners das Familienleben im Herkunftsland fortzusetzen. Auf den zweiten Blick jedoch steht dieses Argument auf tönernen Füßen. Denn dass die Übersiedlung für die Partnerin als »zumutbar« eingestuft wird, heißt noch lange nicht, dass sie sich schlussendlich für die Familienbeziehung und gegen den Verbleib in Österreich entscheiden wird. Die Rückkehrentscheidung verpflichtet die Partnerin nicht dazu, dem Drittstaatsangehörigen in sein Herkunftsland zu folgen. Und auch der Drittstaatsangehörige hat es nicht in der Hand, seine Partnerin zur Aufrechterhaltung der Beziehung und zur Übersiedlung zu zwingen. Wenn also das BVwG zur Einschätzung gelangt, dass die Übersiedlung für die Partnerin zumutbar ist, so sagt dies überhaupt nichts darüber aus, wie schwer die Folgen der Aufenthaltsbeendigung für das Familienleben des Drittstaatsangehörigen tatsächlich sein werden.

Es besteht daher kein Sachzusammenhang zwischen dem Kriterium, ob die Übersiedlung ins Herkunftsland für die Partnerin zumutbar ist oder nicht, und der Schwere des Grundrechtseingriffs für den Drittstaatsangehörigen.

Daraus folgt zum einen, dass Entscheidungen, deren Zulässigkeit ua damit begründet wird, dass die Übersiedlung ins Herkunftsland für die Partnerin zumutbar sei, mit Blick auf das allgemeine Sachlichkeitsgebot (BVG-RD)⁴⁶ ganz generell fragwürdig erscheinen. Zum anderen sind Rückkehrentscheidungen, deren Zulässigkeit ua mit der Herkunft der Partnerin begründet wird, diskriminierend (Art 14 iVm Art 8 EMRK), weil die durch sie effektuierte Benachteiligung einer sachlichen Rechtfertigung entbehrt.

38 Vgl EGMR 22.3.2016, 23682/13, *Guberina/Kroatien* (Rz 78: »Article 14 of the Convention also covers instances in which an individual is treated less favourably on the basis of another person's status or protected characteristics«).

39 Vgl RL 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl L 2008/348, 98 (RückführungsRL).

40 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, konsolidierte Fassung ABl C 2012/326, 391.

41 Vgl VfGH 14.3.2012, U466/11; 9.10.2012, B 121/11 ua.

42 Vgl *Blanck-Putz/Köchle*, Art 21, in Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC-Kommentar (2014) Rz 31, 52, 58. Der EuGH hat – wenn auch in Bezug auf die Antidiskriminierungsrichtlinien – Diskriminierung aufgrund von Assoziierung anerkannt, vgl EuGH 17.7.2008, C-303/06, *S. Coleman*.

43 Vgl EGMR (GK) 24.5.2016, 38590/10, *Biao/Dänemark* (indirekte Diskriminierung bei der Familienzusammenführung durch StaatsbürgerInnen, welche die Staatsbürgerschaft nicht durch Abstammung erworben haben, im Vergleich zu »autochthonen« dänischen StaatsbürgerInnen) verlangt »compelling or very weighty reasons unrelated to ethnic origin for the difference in treatment« (Rz 121). Dieser strenge Prüfmaßstab gilt auch für Diskriminierungen aufgrund der Staatsbürgerschaft (vgl Rz 93 mwN; vgl auch EGMR 16.9.1996, 17371/90, *Gaygusuz/Österreich* Rz 42).

44 Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung iZm Art 14 EMRK vgl *Grabwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) Art 14, Rz 16; *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar³ (2011) Art 14 Rz 9; *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar³ (2009) Art 14, Rz 12.

45 Wie in Kap VII gezeigt wird, kann sich das Argument der (Un-)Zumutbarkeit der Übersiedlung mE keinesfalls lediglich auf die Herkunft oder das Kriterium »kultureller Vertrautheit« stützen.

46 Ein solches Sachlichkeitsgebot leitet der VfGH in stRsp aus dem BVG-RD (BVG vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung BGBl 1973/390) ab. VfGH 25.11.2006, B3217/95 mwN. Vgl dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 414–421.

VII. Rechtsposition der österreichischen Partnerin

Durch eine Aufenthaltsbeendigung wird laut EGMR-Rsp auch in die gemäß Art 8 EMRK geschützten Rechte der österreichischen Partnerin eingegriffen.⁴⁷ Worin genau besteht aber der Grundrechtseingriff?⁴⁸ Die aufenthaltsbeendigende Entscheidung legt der Partnerin des betroffenen Drittstaatsangehörigen keine bestimmte Handlungsverpflichtung auf, stürzt sie jedoch in einen **Entscheidungsnotstand zwischen zwei grundrechtlich geschützten Positionen**, nämlich dem Familienleben auf der einen Seite und der staatsbürgerschaftlichen Zugehörigkeit, die auch eine territoriale ist⁴⁹ und als Bindung zu einem sozialen Umfeld auch das Recht auf Privatleben betrifft⁵⁰, auf der anderen.⁵¹ Eine in Folge getroffene »freiwillige«⁵² Entscheidung ist nur scheinbar freiwillig.⁵³ Sie ist unmittelbare Folge der Aufenthaltsbeendigung des Drittstaatsangehörigen. Ihre Tragweite liegt an der engen Familienbeziehung mit diesem bzw an den in Österreich bestehenden Bindungen (Staatsbürgerschaft, Arbeitsplatz, soziales Umfeld, nahe Angehörige wie zB pflegebedürftige Eltern, Stiefkinder oder auch eigene Kinder, die beim anderen Elternteil leben...). Im Ergebnis bedeutet sie entweder den Verlust des direkten familiären Kontakts mit dem Drittstaatsangehörigen oder den Verlust der in Österreich bestehenden Bindungen.⁵⁴

47 Vgl jeweils mwN zur Rsp *Oswald*, Bleiberecht 99 und *Sander*, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (2008) 98.

48 Der EGMR selbst problematisiert die »Erweiterung« des Eingriffsbegriffes nicht weiter, so *Oswald*, Bleiberecht 99.

49 Vgl Art 3 4. ZPEMRK (Verbot der Ausweisung eigener Staatsangehöriger).

50 Vgl zum Schutzbereich des Privatlebens nur *Oswald*, Bleiberecht 66–72 mwN.

51 In anderen Fällen hält der EGMR einen solchen Entscheidungsnotstand übrigens für unzumutbar, vgl EGMR 6.4.2017, 79885/12 ua, *Garçon et Nicot/Frankreich* betreffend die Frage, ob von Trans*-Personen verlangt werden darf, sich bestimmten Operationen zu unterziehen, bevor sie im »neuen« Geschlecht anerkannt werden können. Der EGMR hielt das den betroffenen Personen auferlegte Dilemma zwischen dem Recht auf Privatleben und dem Recht auf physische Integrität für unzumutbar und für eine Verletzung von Art 8 EMRK.

52 Vgl zum Begriff der scheinbar »freiwilligen« Ausreise *Sander*, Schutz des Aufenthalts 99–102 (*Sander* behandelt idZ, und zwar unter dem Stichwort »mittelbar-faktischer Eingriffe«, Konstellationen, in denen die »freiwillige« Ausreise zu Beeinträchtigungen des Familienlebens Dritter, zB weiterer Familienangehöriger, führt).

53 Auch *Oswald* hält es für grundrechtlich problematisch, dass Staatsbürgerinnen mit dem Argument der Zumutbarkeit des Nachzugs gewissermaßen eine Auswanderung »nahegelegt« wird, *Oswald*, Bleiberecht 216.

54 Ob Fallkonstellationen, in denen eine Person indirekt aufgrund von grundrechtsrelevanten Erwägungen zur Ausreise verhalten ist, als »indirekte Ausweisung« gelten, kann hier nicht erörtert werden; vgl zu dieser Frage *Pöschl* Art 3 4. ZPEMRK (Verbot der Ausweisung eigener Staatsangehöriger)

Da also durch eine Aufenthaltsbeendigung auch in die Grundrechte der Partnerin eingegriffen wird, reicht es nicht, die Grundrechtsprüfung auf die Situation des Drittstaatsangehörigen zu beschränken. Vielmehr müsste die gemäß Art 8 Abs 2 EMRK gebotene **Verhältnismäßigkeitsprüfung zusätzlich auch aus Sicht der Partnerin** erfolgen. Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung käme der Frage, ob der Partnerin eine Übersiedlung ins Herkunftsland des Drittstaatsangehörigen zumutbar ist, durchaus Berechtigung zu, um die Schwere des Grundrechtseingriffs zu beurteilen. Allerdings dürfte sich die Prüfung nicht auf Fragen der »kulturellen Vertrautheit« beschränken, sondern müsste ua auch die der Partnerin im Herkunftsland konkret zur Verfügung stehenden eigenen Erwerbsmöglichkeiten⁵⁵ sowie sämtliche berufliche, familiäre und soziale Bindungen, über die sie in Österreich verfügt und die sie allenfalls aufgeben müsste, mit einbeziehen und eine entsprechende Abwägung vornehmen.

Nun ist jedoch der Grundrechtseingriff betreffend die Partnerin gar nicht Gegenstand des aufenthaltsbeendigenden Verfahrens vor dem BVwG, sondern die Interessenabwägung bezieht sich ausschließlich auf die unmittelbar von der Aufenthaltsbeendigung betroffene Person. Eine **Grundrechtsprüfung in Bezug auf die Partnerin findet überhaupt nicht statt**. Darin unterscheiden sich diese Verfahren von jenen vor dem EGMR. Der EGMR lässt in Verfahren betr Aufenthaltsbeendigungen die **mitbetroffene Partnerin als Beschwerdeführerin** zu und spricht auch über deren Grundrechte ab. Der österr VfGH **verneint** hingegen, dass eine Aufenthaltsbeendigung auch einen **Eingriff in die Grundrechte der Partnerin** darstellt,⁵⁶ die Partnerin ist nicht Verfahrenspartei des aufenthaltsbeendigenden Verfahrens,⁵⁷ und ihr kommt keine Beschwerdelegitimation an den VfGH zu.⁵⁸

in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (6. Lfg) 2003, Rz 13.

55 In jenen der untersuchten Fälle, in denen das BVwG auch erwerbsbezogene Aspekte kurz anspricht, wird lediglich darauf abgestellt, dass der Drittstaatsangehörige über wirtschaftliche Absicherung im Herkunftsland verfügt und dies eine Übersiedlung ins Herkunftsland auch für seine Partnerin zumutbar mache, vgl BVwG 30.11.2015, L502 2111717-1; 11.9.2015, L502 2107494-1. Die Frage, ob die Partnerin selbst im Herkunftsland erwerbstätig sein könnte, wird nicht aufgeworfen.

56 Vielmehr handle es sich bei den Auswirkungen auf die Sphäre der Familienangehörigen um bloß faktische »Reflexwirkungen«. Vgl VfGH 11.6.1990, B417/90; 6.3.2000, B75/00; 25.11.2003, B660/03. Vgl *Oswald*, Bleiberecht 99f; *Feik* in Heißl Rz 9/23.

57 Vgl auch für die geltende Rechtslage stichhaltig *Oswald*, Bleiberecht 101f. Ob sich aus der unmittelbaren Betroffenheit der Partnerin nicht eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Einräumung von Parteirechten ergibt, kann hier nicht erörtert werden.

58 Denn diese hat die Parteistellung zur Voraussetzung. Vgl *Machacek* (Hrsg), Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁶ (2008) 51; *Oswald*, Bleiberecht 101ff mwN. Geht man entgegen der VfGH-Meinung von einem Grundrechtseingriff aus, ist es im

Vor diesem Hintergrund ist mE fraglich, ob das Argument der Zumutbarkeit der Übersiedlung überhaupt eine Deckung in § 9 Abs 2 BFA-VG findet. Zwar enthält § 9 Abs 2 BFA-VG eine demonstrative Aufzählung, hat jedoch aus verfahrensrechtlicher Sicht ausschließlich die Grundrechtsposition des von der Aufenthaltsbeendigung unmittelbar Betroffenen im Auge. Ein Abwägungskriterium, das sich eigentlich, wie gezeigt wurde, auf die Grundrechtsposition der Partnerin bezieht, kann nur schwerlich unter § 9 Abs 2 BFA-VG subsumiert werden. Will man daher am von der Rsp entwickelten Kriterium der Zumutbarkeit der Übersiedlung festhalten, so **müsste man der Partnerin Parteistellung im aufenthaltsbeendigenden Verfahren zugestehen.**

VIII. Fazit

Die BVwG-Rsp in aufenthaltsbeendigenden Verfahren reichert die **scheinbar neutrale und gleichheitsverbürgende Kategorie der Staatsbürgerschaft** mit zusätzlichen Bedeutungen an. Gebürtigkeit, »kulturelle Vertrautheit«, Sprache und soziale Beziehungen zu »Fremden« spielen eine Rolle bei der Frage, über welche Rechtsposition ein Staatsbürger/eine Staatsbürgerin verfügt. Das Staatsbürgerschaftskonzept offenbart seine **versteckt kulturalistischen und ethnischen Dimensionen**. Dies ist aus einer Gleichheitsperspektive, die Ungleichbehandlungen aufgrund der Herkunft verpönt,⁵⁹ zutiefst problematisch.

Darüberhinaus scheint das **Argument der (Un-)Zumutbarkeit der Übersiedlung** innerhalb der österr Rsp überhaupt **systematisch fehl am Platz**. Denn Gegenstand des aufenthaltsbeendigenden Verfahrens und damit der grundrechtlichen Interessenabwägung ist die unmittelbar von der Aufenthaltsbeendigung betroffene Person, nicht jedoch der Partner/die Partnerin. Nur in Bezug auf Letztere jedoch steht das Argument der (Un-)Zumutbarkeit der Übersiedlung in einem Sachzusammenhang zur Schwere des Grundrechtseingriffs. Um das Argument – unabhängig von seiner jeweiligen Ausführung im Einzelfall – überhaupt rechtfertigen zu können, müsste dem Partner/der Partnerin zumindest Parteistellung im Verfahren gewährt werden.

Korrespondenz:

Univ.-Ass. Mag.^a Ines Rössl
 Institut für Rechtsphilosophie
 Schenkenstraße 8–10
 4. Stock, Stiege 2
 1010 Wien
 E-Mail: ines.roessl@univie.ac.at

Lichte von Art 13 EMRK problematisch, dass die Partnerin somit keinerlei Möglichkeit hat, ihre Rechte gemäß Art 8 (allenfalls iVm Art 14) EMRK innerstaatlich geltend zu machen.

⁵⁹ Vgl EGMR (GK) 24.5.2016, 38590/10, *Biao/Dänemark*.

Kindeswohl als Kriterium für das abgeleitete Aufenthaltsrecht drittstaatsangehöriger Mütter

Besprechung von EuGH 10.5.2017, C-133/15, *Chavez-Vilchez*

Rudolf Feik

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt	11
II. Entscheidung	13
III. Anmerkung	15

Abstract: Der EuGH hatte bereits 2011 in der Rs *Zambrano* ausgesprochen, dass ein minderjähriger Unionsbürger in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht hat und dass dieses einem drittstaatsangehörigen Verwandten, der dem Kind Unterhalt gewährt, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht vermittelt. Mit der vorliegenden Entscheidung bekräftigt der EuGH den aufenthaltsrechtlichen Status von Kind und Eltern.

Rechtsquellen: AEUV Art 20 und 21; UnionsbürgerRL 2004/38/EG.

Schlagnote: Aufenthaltsrecht; Eltern, Drittstaatsangehörige; Familienangehörige; Minderjährige; Unionsbürgerschaft; Unionsbürgerstatus, Kernbereich des.

I. Sachverhalt

Das Vorabentscheidungsersuchen erging im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten zwischen insgesamt acht Drittstaatsangehörigen, die Mütter von einem oder mehreren minderjährigen Kindern mit niederländischer Staatsangehörigkeit sind, für die sie die tägliche und tatsächliche elterliche Sorge wahrnehmen, einerseits und den zuständigen niederländischen Behörden andererseits wegen der **Ablehnung ihrer Anträge auf Sozialhilfe und/oder Kindergeld** mit der Begründung, dass sie **kein Aufenthaltsrecht** in den Niederlanden besäßen. Alle diese Kinder sind von ihren Vätern, allesamt niederländische Staatsangehörige, anerkannt worden, leben aber hauptsächlich bei der Mutter.

Frau *Chavez-Vilchez*, eine venezolanische Staatsangehörige, reiste im Jahr 2007 oder 2008 mit einem Touristenvisum in die Niederlande ein. Aus ihrer Beziehung mit einem niederländischen Staatsangehörigen ging ein 2009 geborenes Kind hervor, das ebenfalls

die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt. Eltern und Kind lebten bis Juni 2011 in Deutschland, als Frau *Chavez-Vilchez* und ihr Kind die Familienwohnung verlassen mussten. Sie meldeten sich bei der Notaufnahmestelle der Gemeinde Arnhem (Niederlande), wo sie sich eine Zeit lang aufhielten. Frau *Chavez-Vilchez* nimmt seitdem die elterliche Sorge für ihr Kind wahr und hat erklärt, dass der Vater weder zu dessen Unterhalt noch zu seiner Erziehung beitrage.

Frau *Pinas*, eine surinamische Staatsangehörige, war seit dem Jahr 2004 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, die im Jahr 2006 aufgehoben wurde. Sie wohnt in Almere (Niederlande) und ist Mutter von vier Kindern. Eines von ihnen, das 2009 geboren wurde und aus ihrer Beziehung mit einem niederländischen Staatsangehörigen hervorging, besitzt aus diesem Grund selbst die niederländische Staatsangehörigkeit. Frau *Pinas* und der Vater haben das gemeinsame Sorgerecht für ihr Kind, leben jedoch getrennt, und der Vater trägt nicht zum Unterhalt des Kindes bei. Zwischen den Eltern besteht Kontakt, aber es ist keine Umgangsregelung vereinbart worden. Im Mai 2011 wurde Frau *Pinas* und ihren Kindern eine befristete Aufenthaltserlaubnis erteilt, auf deren Grundlage ihr ab dem dritten Quartal 2011 Kindergeld gewährt wurde.

Frau *Nikolic* zog im Jahr 2003 aus einem Land des ehemaligen Jugoslawien in die Niederlande. Ihre Staatsangehörigkeit ist wegen fehlender Identitätspapiere unklar. Ihr Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wurde 2009 abgelehnt. 2010 wurde von ihr ein Kind geboren, das aus ihrer Beziehung mit einem niederländischen Staatsangehörigen stammt und ebenfalls die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt. Frau *Nikolic* lebt in Amsterdam (Niederlande) und nimmt die elterliche Sorge für ihr Kind wahr; die beiden wohnen in einer Aufnahmeeinrichtung ihrer Gemeinde. Frau *Nikolic* hat erklärt, dass sie und der Vater ihres Kindes deshalb nicht zusammenwohnen könnten, weil sich dieser in einem betreuten Wohnprojekt für junge Menschen befinde.

Frau *García Pérez*, eine nicaraguanische Staatsangehörige, reiste 2001 oder 2002 in Begleitung eines niederländischen Staatsangehörigen aus Costa Rica in die Niederlande ein. 2008 wurde ein Kind geboren, das aus

dieser Beziehung stammt und ebenfalls die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt. Frau *García Pérez* wohnt in Haarlem (Niederlande) in einer Aufnahmeeinrichtung ihrer Gemeinde und nimmt die elterliche Sorge für ihr Kind wahr. Der Vater trägt nicht zu dessen Unterhalt bei; sein derzeitiger Wohnsitz ist unbekannt.

Frau *Uwituze*, eine ruandische Staatsangehörige, wurde 2011 Mutter eines Kindes, das ebenso wie sein Vater die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt. Der Vater beteiligt sich nicht am Unterhalt und an der Erziehung seines Kindes. Er hat erklärt, dass er sich um es weder kümmern könne noch wolle. Frau *Uwituze* wohnt mit ihrem Kind in einer Aufnahmeeinrichtung der Stadt 's-Hertogenbosch (Niederlande).

Frau *Wip*, eine surinamische Staatsangehörige, brachte 2009 und 2012 jeweils ein Kind zur Welt, das wie ihr Vater die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt. Die Eltern leben getrennt, aber der Vater hat mehrmals in der Woche Kontakt zu seinen Kindern. Er bezieht Sozialhilfe und Kindergeld. Er trägt nichts zum Unterhalt der Kinder bei und gibt lediglich das Kindergeld an Frau *Wip* weiter. In der im Ausgangsverfahren fraglichen Zeit wohnte Frau *Wip* in Amsterdam.

Frau *Enowassam*, eine kamerunische Staatsangehörige, reiste im Jahr 1999 in die Niederlande ein. Aus ihrer Beziehung mit einem niederländischen Staatsangehörigen ging ein 2008 geborenes Kind hervor, das die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt. Die Eltern haben das gemeinsame Sorgerecht für ihr Kind, leben aber getrennt. Das Kind ist unter der Anschrift des Vaters gemeldet, wohnt aber tatsächlich bei der Mutter in einer Notaufnahmestelle der Stadt Den Haag (Niederlande). Es hält sich an drei Wochenenden im Monat bei seinem Vater auf und verbringt manchmal die Ferien mit ihm. Der Vater zahlt monatlich Euro 200,- Kindesunterhalt. Er bezieht darüber hinaus Kindergeld, das er an Frau *Enowassam* weiterleitet. Er geht einer Vollzeitbeschäftigung nach und hat erklärt, dass er sich aus diesem Grund nicht um sein Kind kümmern könne.

Frau *Guerrero Chavez*, eine venezolanische Staatsangehörige, reiste 2007 in die Niederlande ein und kehrte 2009 nach Venezuela zurück. 2011 reiste sie erneut in die Niederlande ein und wohnt in Schiedam (Niederlande). Aus ihrer Beziehung mit einem niederländischen Staatsangehörigen ging ein Kind hervor, das die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt. Frau *Guerrero Chavez* und der Vater des Kindes haben sich getrennt. Der Vater hat beinahe täglich Kontakt zu seinem Kind, aber ist nicht bereit, die tatsächliche Sorge für das Kind zu übernehmen, zu dessen Unterhalt er in begrenztem Maße beiträgt. Frau *Guerrero Chavez* kümmert sich täglich um ihr Kind und nimmt die elterliche Sorge für es wahr.

In all diesen Fällen wurden die Anträge der Kindesmütter auf Sozialhilfe und/oder Kindergeld von den zu-

ständigen niederländischen Behörden mit der Begründung zurückgewiesen, sie hätten auf diese Leistungen nach niederländischem Recht deshalb keinen Anspruch, weil sie keine Aufenthaltsberechtigung besäßen.

Nachdem ihre Klagen gegen die Versagung der beantragten Gewährung von Sozialhilfe und Kindergeld durch Urteile der zuständigen nationalen Gerichte im ersten Rechtszug zurückgewiesen worden waren, legten die Mütter gegen diese Urteile ein Rechtsmittel ein. Das Berufungsgericht sah sich vor die Frage gestellt, ob eine Drittstaatsangehörige als Mutter eines Kindes, das Unionsbürger ist, unter den Umständen ihres jeweiligen Einzelfalls ein Aufenthaltsrecht aus Art 20 AEUV herleiten kann. Nach Meinung des vorlegenden Gerichts folge aus den Urteilen *Zambrano*¹ und *Dereci*², dass den Müttern ein von den Kindern abgeleitetes Aufenthaltsrecht zustehe, wenn Umstände vorlägen, die die Kinder de facto dazu zwängen, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn ihrer Mutter ein Aufenthaltsrecht verweigert würde. Die niederländischen Behörden würden diese Urteile aber restriktiv dahingehend auslegen, dass sie **nur für Fälle gelten würden, in denen der Vater objektiv nicht in der Lage sei, für das Kind zu sorgen**, weil er beispielsweise in Haft sei, in einem Krankenhaus oder einer spezialisierten Einrichtung untergebracht sei oder verstorben sei. Abgesehen von diesen Fällen müsse der drittstaatsangehörige Elternteil – gegebenenfalls mit Hilfe Dritter – glaubhaft machen, dass der Vater nicht in der Lage sei, für das Kind zu sorgen. Dem vorlegenden Gericht stellte sich die Frage, **ob die EuGH-Rsp derart restriktiv auszulegen sei**. Zu beantworten waren daher folgende Fragen: Ist Art 20 AEUV dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, einem Drittstaatsangehörigen, der die tägliche und tatsächliche Sorge für sein minderjähriges Kind wahrnimmt, das Angehöriger dieses Mitgliedstaats ist, das Aufenthaltsrecht in diesem Mitgliedstaat zu verweigern? Ist es für die Beantwortung dieser Frage von Belang, dass dieser Elternteil die rechtliche, finanzielle und/oder affektive Sorge nicht allein ausübt, und ferner, dass nicht ausgeschlossen ist, dass der andere Elternteil, der Angehöriger dieses Mitgliedstaats ist, de facto in der Lage sein könnte, für das Kind zu sorgen? Hat der drittstaatsangehörige Elternteil in diesem Fall glaubhaft zu machen, dass dieser andere Elternteil die elterliche Sorge für das Kind nicht übernehmen kann, so dass sich das Kind gezwungen sähe, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn dem drittstaatsangehörigen Elternteil ein Aufenthaltsrecht verweigert würde?

1 EuGH 8.3.2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

2 EuGH 15.11.2011, C-256/11, *Dereci ua*.

II. Entscheidung

Der EuGH hob zunächst die Gemeinsamkeiten (abgewiesene Anträge von drittstaatsangehörigen Müttern ohne Aufenthaltsrecht, die für ein niederländisches Kind täglich und tatsächlich sorgen) und die Unterschiede (Kontaktintensität zwischen [niederländischem] Vater und Kind, Leistung eines Unterhaltsbeitrags, Notaufnahmeeinrichtung als Wohnort von Mutter und Kind) zwischen den acht Fallkonstellationen hervor. **Sieben der acht Kinder haben bislang nicht von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht und wohnen seit ihrer Geburt in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen. Lediglich das Kind von Frau Chavez-Vilchez lebte bis Juni 2011 mit seinen Eltern in Deutschland und kehrte dann mit seiner Mutter in die Niederlande zurück, wo Frau Chavez-Vilchez anschließend bei den Behörden Kindergeld beantragte.**

Hinsichtlich des Sachverhalts *Chavez-Vilchez* verwies der EuGH zunächst darauf, dass dieser im Hinblick auf Art 21 AEUV und die UnionsbürgerRL 2004/38/EG zu würdigen sei. Diese RL solle die Ausübung des den Unionsbürgern unmittelbar aus Art 21 Abs 1 AEUV erwachsenden elementaren und persönlichen Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, erleichtern und bezwecke, dieses Recht zu verstärken.³ Ein **abgeleitetes Aufenthaltsrecht auf der Grundlage von Art 21 Abs 1 AEUV** und der RL 2004/38/EG besteht nach der stRsp des EuGH nur für diejenigen, die iSd Art 2 Z 2 dieser RL »Familienangehörige« eines Unionsbürgers sind, der sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat, indem er sich in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, niedergelassen hat.⁴ In Fällen, in denen ein Unionsbürger in den Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit zurückkehrt, dürfen die Voraussetzungen für die Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts grundsätzlich nicht strenger sein als diejenigen, die die RL 2004/38/EG für einen Drittstaatsangehörigen vorsieht, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, der sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat, indem er sich in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen

hat als dem, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt.⁵ Der EuGH begründet die Anwendung der RL auf den dort nicht geregelten Fall der Rückkehr damit, dass der Unionsbürger die Referenzperson dafür ist, dass einem Drittstaatsangehörigen, der sein Familienangehöriger ist, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht gewährt werden kann. Für den vorliegenden Sachverhalt bedeute das, dass das nationale Gericht prüfen müsse, ob die in der RL 2004/38/EG festgelegten Voraussetzungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und den dortigen Aufenthalt in dem Zeitraum, für den die Kindergeldanträge abgelehnt wurden, erfüllt waren, so dass Frau *Chavez-Vilchez* auf der Grundlage von Art 21 AEUV und der RL 2004/38/EG ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht geltend machen konnte. Wenn dies nicht der Fall sei, wäre die Situation des Kindes mit Unionsbürgerschaft und seines drittstaatsangehörigen Verwandten im Licht von Art 20 AEUV zu prüfen.

Bei **Kindern, die stets im Mitgliedstaat ihrer Staatsangehörigkeit gelebt** haben, sowie bei deren drittstaatsangehörigen Müttern ist der Sachverhalt unter dem Blickwinkel des Art 20 AEUV zu beurteilen. Dazu war zunächst zu entscheiden, ob Art 20 AEUV es den Niederlanden verwehrt, das Aufenthaltsrecht einer Mutter mit Drittstaatsangehörigkeit zu verweigern, die täglich und tatsächlich (aber möglicherweise nicht vollständig) die Sorge für ein minderjähriges niederländisches Kind wahrnimmt, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass der niederländische Vater täglich und tatsächlich für das Kind sorgen könnte.

Unzweifelhaft können sich die Kinder **auch gegenüber dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen**, auf die mit ihrem Unionsbürgerstatus gemäß Art 20 AEUV verbundenen Rechte berufen; Art 20 AEUV steht Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der **tatsächliche Genuss des Kernbestands** der Rechte, die ihnen ihr Status verleiht, verwehrt wird.⁶

Dagegen verleihen die Vertragsbestimmungen über die **Unionsbürgerschaft den Drittstaatsangehörigen keine eigenständigen Rechte**. Die etwaigen Rechte, die die Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft den Drittstaatsangehörigen verleihen, sind nämlich nicht deren eigene Rechte, sondern **aus den Rechten des Unionsbürgers abgeleitete**; ihr Zweck und ihre Rechtfertigung beruhen auf der Feststellung, dass ihre Nichtanerkennung den Unionsbürger insb in seiner Freizügigkeit beeinträchtigen könnte.⁷ Es gibt nach

3 Der EuGH verweist diesbezüglich auf seine Entscheidungen vom 5.5.2011, C-434/09, *McCarthy*, sowie vom 12.3.2014, C-456/12, *O. und B.*

4 Der Gerichtshof hat in seinem Urteil 12.3.2014, C-457/12, *S. und G.*, festgehalten, dass die RL 2004/38/EG allein die Voraussetzungen regeln soll, unter denen ein Unionsbürger in andere Mitgliedstaaten als in den seiner eigenen Staatsangehörigkeit einreisen und sich dort aufhalten darf; auf die Bestimmungen dieser RL könne daher kein abgeleitetes Recht der Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, auf Aufenthalt in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, gestützt werden.

5 So auch bereits EuGH 12.3.2014, C-456/12, *O. und B.*, Rn 50.

6 Vgl bereits EuGH 8.3.2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Rn 42; 5.5.2011, C-434/09, *McCarthy*, Rn 48; 15.11.2011, C-256/11, *Dereci ua*, Rn 63; 6.12.2012, C-356/11 und C-357/11, *O. ua*, Rn 43-45.

7 Vgl EuGH 13.9.2016, C-165/14, *Rendón Marín*, Rn 72 und 73; 13.9.2016, C-304/14, *CS*, Rn 27 und 28 mwN.

Ansicht des EuGH Situationen, in denen **einem drittstaatsangehörigen Familienmitglied ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden muss**, da sonst die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde, wenn sich der Unionsbürger infolge der Verweigerung des Aufenthaltsrechts de facto gezwungen sähe, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, und ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm dieser Status verleiht, verwehrt würde.⁸ Kennzeichnend für diese Fälle sei, dass sie – auch wenn sie durch Rechtsvorschriften geregelt sind, die a priori in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, und zwar durch die Rechtsvorschriften über das Einreise- und Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen außerhalb des Anwendungsbereichs des Sekundärrechts, die unter bestimmten Voraussetzungen die Verleihung eines Einreise- und Aufenthaltsrechts vorsehen – in einem **inneren Zusammenhang mit der Freizügigkeit und dem Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers** stehen, die beeinträchtigt würden, wenn den Drittstaatsangehörigen das Recht verweigert würde, in den Mitgliedstaat, in dem der Unionsbürger wohnt, einzureisen und sich dort aufzuhalten, und die daher der Versagung dieses Rechts entgegenstehen. Müssten im vorliegenden Fall die Mütter das Unionsgebiet wegen der Verweigerung ihres Aufenthalts verlassen, könnte sich daraus eine Beschränkung der Rechte, die der Unionsbürgerstatus ihren Kindern gewährt und insb des Aufenthaltsrechts ergeben, da die Kinder gezwungen sein könnten, ihre Mütter zu begleiten und damit das Unionsgebiet als Ganzes zu verlassen. Durch die etwaige Verpflichtung der Mütter, das Unionsgebiet zu verlassen, würde den Kindern damit der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen ihr Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt.⁹

Die niederländische Regierung brachte vor, dass allein daraus, dass eine drittstaatsangehörige Mutter sich täglich um das Kind kümmere und tatsächlich, sei es auch nur teilweise, die rechtliche, finanzielle oder affektive Sorge für das Kind wahrnehme, nicht automatisch schließen, dass das Kind als Unionsbürger das Gebiet der Union verlassen müsste, wenn der Mutter das Aufenthaltsrecht versagt würde. Vielmehr bilde bei der Beurteilung einen gewichtigen Gesichtspunkt, dass im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, dessen Staatsangehörigkeit das Kind besitze, oder im Gebiet der Union als Ganzes der Vater lebe, der seinerseits Unionsbürger sei und sich um das Kind kümmern könne; anders sei das nur, wenn es dem Vater nicht möglich sei, für

das Kind zu sorgen (zB gestorbener oder verschollener Vater, Haft, längerer Krankenhausaufenthalt, objektivierte Unfähigkeit zur Obsorge, gerichtlich abgelehntes Sorgerecht).

Der EuGH hatte bereits früher dem **Sorgerecht** und der **rechtlichen, finanziellen oder affektiven Sorge** für das Kind Bedeutung zugemessen.¹⁰ Es sei das **Abhängigkeitsverhältnis** zwischen dem Kind (als Unionsbürger) und dem drittstaatsangehörigen Elternteil, das de facto zu einem Verlassen des Unionsgebiets führen würde. Zur Beurteilung des Ausreisrisikos sei »in jedem der im Ausgangsverfahren fraglichen Fälle zu ermitteln, welcher Elternteil die tatsächliche Sorge für das Kind wahrnimmt und ob ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Kind und dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit besteht. Im Rahmen dieser Beurteilung haben die zuständigen Behörden dem **Recht auf Achtung des Familienlebens** Rechnung zu tragen, das in Art 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt ist, wobei dieser Artikel in Zusammenschau mit der Verpflichtung auszulegen ist, das in Art 24 Abs 2 der Charta der Grundrechte anerkannte **Kindeswohl** zu berücksichtigen.« Dann erteilt der EuGH der niederländischen Auffassung eine klare Absage: Ob der niederländische Vater wirklich in der Lage und bereit sei, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind allein wahrzunehmen, bilde »*einen Gesichtspunkt von Bedeutung, der aber allein nicht für die Feststellung genügt, dass zwischen dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit und dem Kind kein Abhängigkeitsverhältnis in der Weise besteht, dass sich das Kind zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen sähe, wenn dem Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht verweigert würde. Denn einer solchen Feststellung muss die Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls im Interesse des Kindeswohls zugrunde liegen, so insb des Alters des Kindes, seiner körperlichen und emotionalen Entwicklung, des Grades seiner affektiven Bindung sowohl zu dem Elternteil, der Unionsbürger ist, als auch zu dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit und des Risikos, das mit der Trennung von Letzterem für das innere Gleichgewicht des Kindes verbunden wäre.*«

Verbietet Art 20 AEUV, dass die drittstaatsangehörige Mutter nachweisen muss, dass der die Unionsbürgerschaft besitzende Vater nicht in der Lage ist, täglich und tatsächlich für das Kind zu sorgen? Die niederländische Regierung brachte im Verfahren die im Unionsrecht anerkannte allgemeine Regel vor, dass derjenige, der sich auf bestimmte Rechte berufe, deren Geltung in seinem Fall nachzuweisen habe. Die **Beweislast für das Bestehen eines Aufenthaltsrechts** aus Art 20 AEUV liege in den Ausgangsverfahren daher bei den Müttern und sie hätten den Nachweis zu führen, dass wegen ob-

8 EuGH 8.3.2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Rn 43 und 44; 15.11.2011, C-256/11, *Dereci ua*, Rn 66 und 67; 13.9.2016, C-165/14, *Rendón Marín*, Rn 74; 13.9.2016, C-304/14, *CS*, Rn 29.

9 Ebenso bereits EuGH 13.9.2016, C-165/14, *Rendón Marín*, Rn 78.

10 EuGH 6.12.2012, C-356/11 und C-357/11, *O. ua*, Rn 51 und 56.

jektiver Hindernisse, aufgrund deren der Vater konkret nicht für das Kind sorgen könne, dieses von der drittstaatsangehörigen Mutter in der Weise abhängig sei, dass es, wenn der Mutter ein Aufenthaltsrecht verweigert würde, faktisch gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen. Der EuGH hielt diesbezüglich fest, dass es dem Drittstaatsangehörigen obliege, jene Informationen beizubringen, anhand deren sich beurteilen lasse, ob die Voraussetzungen für die Anwendung des Art 20 AEUV erfüllt sind, darunter insb Informationen, die belegen, dass eine Entscheidung, mit der dem drittstaatsangehörigen Elternteil das Aufenthaltsrecht versagt würde, dem Kind die Möglichkeit nähme, den Kernbestand seiner aus dem Unionsbürgerstatus folgenden Rechte tatsächlich in Anspruch zu nehmen, weil sie es dazu zwänge, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen. Allerdings hätten die nationalen Behörden trotz einer solchen Verpflichtung darüber zu wachen, dass die Anwendung einer nationalen Beweislastregelung die praktische Wirksamkeit von Art 20 AEUV nicht beeinträchtige. Eine solche nationale Beweislastregelung entbinde die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats nicht davon, auf der Grundlage der von dem Drittstaatsangehörigen beigebrachten Informationen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen, um festzustellen, wo der diesem Mitgliedstaat angehörende Elternteil wohnt, und um zum einen die Frage zu prüfen, ob er wirklich in der Lage und bereit ist, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind allein wahrzunehmen, und zum anderen die Frage, ob zwischen dem Kind und dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit ein solches Abhängigkeitsverhältnis besteht, dass eine Entscheidung, mit der dem Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht versagt würde, dem Kind die Möglichkeit nähme, den Kernbestand seiner aus dem Unionsbürgerstatus folgenden Rechte tatsächlich in Anspruch zu nehmen, weil sie es dazu verpflichte, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen. Die nationalen Behörden haben demnach auf Basis der übermittelten Informationen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen, um im Licht aller Umstände des Einzelfalls beurteilen zu können, ob das der Mutter verweigerte Aufenthaltsrecht dem Kind das zum Kernbestand der Unionsbürgerschaft zählende Aufenthaltsrecht nehme, weil es gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen.

III. Anmerkung

Im *Zambrano-Urteil* aus dem Jahr 2011 erklärte der EuGH, dass ein Kolumbianer aus Art 21 AEUV und der UnionsbürgerRL 2004/38/EG kein Aufenthaltsrecht für sich ableiten könne, dass aber nationale Maßnahmen unzulässig seien, die bewirken, dass einem Unionsbür-

ger (Kind) der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Unionsbürgerrechte (insb Aufenthaltsrecht) verwehrt würde. Das sei der Fall, wenn der Unionsbürger gemeinsam mit seinen sorgeberechtigten Eltern das Unionsgebiet verlassen müsse.¹¹ Der EuGH leitete aus Art 20 AEUV seine Kompetenz ab, über einen rein innerstaatlichen Sachverhalt zu entscheiden. Weitestgehend unstrittig ist seither der Grundsatz, dass sich das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen nach Art 21 AEUV und der UnionsbürgerRL 2004/38/EG richtet, wenn der Unionsbürger sein Freizügigkeitsrecht in Anspruch genommen hat; wenn dies nicht der Fall ist, erfolgt die Beurteilung des abgeleiteten Aufenthaltsrechts an Art 20 AEUV. Die Aufenthaltsberechtigung nach Art 20 AEUV ist somit der Auffangtatbestand für den Fall, dass kein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.

In weiterer Folge kam es zu einer Reihe von Entscheidungen mit vergleichbaren Sachverhalten, wobei Konkretisierungen des Inhalts von Art 20 und 21 AEUV erfolgten.¹² Zu klären war jeweils, inwieweit die Verweigerung der Aufenthaltsberechtigung eines Elternteils auch tatsächlich die Rechtsstellung des minderjährigen Unionsbürgers berührte. Diese Reduzierung auf ganz besonders gelagerte Fälle wurde im September 2016 in den Urteilen *Rendón Marín* und *CS* nicht weiter verfolgt; vielmehr hat der EuGH dort wieder seine »Kernbestandstheorie« bestätigt.¹³ In diesen Verfahren ging es um drittstaatsangehörige Elternteile, die nach nationalem Recht auf Grund einer strafrechtlichen Verurteilung ihr Aufenthaltsrecht verloren hätten. Der EuGH verwies dabei auf Art 27 und 28 UnionsbürgerRL 2004/38/EG und hielt fest, dass der jeweilige Einzelfall

¹¹ Vgl Feik, Das (neue) Aufenthaltsrecht der Eltern von (minderjährigen) Unionsbürgern, *FABL* 1/2011-II, 5 ff.

¹² Vgl EuGH 5.5.2011, C-434/09, *McCarthy* (britische und irische Staatsbürgerschaft und daher völkerrechtlich bedingungslos gewährtes Aufenthaltsrecht im Vereinigten Königreich); 15.11.2011, C-256/11, *Dereci ua* (gewünschtes oder wirtschaftlich sinnvolles Familienleben zwingen nicht zum Verlassen des Unionsgebiets); 8.11.2012, C-40/11, *Iida* (hypothetische Aussicht auf Ausübung der Freizügigkeit reicht nicht, um Art 20 und 21 AEUV anzuwenden); 6.12.2012, C-356/11 und C-357/11, *O. ua* (Notwendigkeit des Verlassens nicht nur des aktuellen Wohnsitzstaats sondern des Unionsgebiets als Ganzem); 8.5.2013, C-87/12, *Ymeraga* (Weigerung, den drittstaatsangehörigen Eltern und volljährigen Brüdern eines Luxemburgers ein Aufenthaltsrecht in Luxemburg zu gewähren berührt nicht den Kernbestand der Unionsbürgerrechte); 10.10.2013, C-86/12, *Aloka und Moudoulou* (EU-Kleinkind als Ankerperson iSd Art 7 RL 2004/38/EG); 30.6.2016, C-115/15, *NA* (Art 20 AEUV-Aufenthaltsrecht subsidiär zu abgeleitetem Aufenthaltsrecht). Vgl dazu insb *Heinze/Bärmreuther*, Zur primärrechtlichen Herleitung eines derivativen Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger Familienmitglieder – Analyse, Kritik und Alternativen zur sogenannten Kernbereichsrechtsprechung des EuGH, *ZfRv* 2014/28, 244 ff.

¹³ EuGH 13.9.2016, C-165/14, *Rendón Marín*; 13.9.2016, C-304/14, *CS*, Rn 29.

zu betrachten sei, die Maßnahme verhältnismäßig sein müsse und bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung bestimmte Kriterien heranzuziehen seien. Auch in diesen beiden Urteilen hat der EuGH bereits auf Art 7 GRCh (Familienleben) und Art 24 GRCh (Kindeswohl)¹⁴ hingewiesen und betont, dass er die Beachtung dieser Grundrechte sichere.¹⁵

Im *Chavez-Vilchez ua*-Urteil erfolgte nunmehr **neuerlich eine Klarstellung bzw Ausdehnung**¹⁶: Es dürfe nicht allein darauf abgestellt werden, ob der Unionsbürger-Elternteil sich um das Unionsbürger-Kind kümmern könne; vielmehr **vorrangig sei das Kindeswohl** und dabei sei insb das Alter des Kindes, seine körperliche und emotionale Entwicklung, der Grad seiner affektiven Bindung sowohl zu den jeweiligen Elternteilen und die mit einer Trennung verbundene Gefahr für das innere Gleichgewicht des Kindes in Rechnung zu stellen. Für den EuGH ganz entscheidend ist nunmehr das **Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Kind und dem drittstaatsangehörigen Elternteil**; ob der andere Elternteil die Obsorge ausüben kann oder will sei bedeutsam aber nicht entscheidend. Der EuGH verlangt die »Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls im Interesse des Kindeswohls«. Einer schematisch-abstrakten Prüfung durch die nationalen Behörden (etwa in Form von restriktiven Gesetzen, Verordnungen oder Erlässen, in denen für einige wenige Fälle eine »Fürsorgevermutung« eines Elternteils für den Fall der Verhinderung des anderen Elternteils vorgesehen ist) ist damit der Boden entzogen. Trotz der Anwesenheit eines Unionsbürger-Vaters kann es nämlich der Fall sein, dass das Kind wegen des realen Abhängigkeitsverhältnisses zu der (überwiegend oder ausschließlich) die Obsorge ausübenden Mutter das Unionsgebiet verlassen müsste, um seine emotionale Entwicklung und sein inneres Gleichgewicht nicht zu gefährden. Für ein pauschales »Das EU-Kind könne ja beim EU-Vater leben, wenn die Nicht-EU-Mutter kein eigenständiges Aufenthaltsrecht hat« ist daher (logischerweise) auch

kein Platz. Und wenn man Art 24 Abs 3 GRCh (Recht auf regelmäßigen Umgang mit beiden Elternteilen) im Blick behält, wird man hinsichtlich des zu beurteilenden Kindeswohls nur in Ausnahmefällen¹⁷ davon ausgehen können, dass ein Aufenthaltsrecht unionsrechtlich unerheblich ist. Je älter das Kind ist, umso eher werden im Regelfall seine körperliche und emotionale Entwicklung und das »innere Gleichgewicht« durch die Trennung von einem Elternteil nicht beeinträchtigt; bei EU-Kleinkindern werden drittstaatsangehörige Elternteile fast immer ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht haben, sofern und weil deren An-/Abwesenheit für das Kind nicht ohne jede Bedeutung ist.

Nur ganz am Rande sei angemerkt, dass die Ausgangslage der *Chavez-Vilchez ua*-Entscheidung eigentlich den **Zugang zu Sozialleistungen** betraf. Konnte bislang wegen fehlender Aufenthaltsberechtigung die Gewährung von Unterstützungsleistungen versagt werden, so wurde nun der Spieß umgedreht: Die Mitgliedstaaten müssen dem primär für das Unionsbürger-Kind sorgenden drittstaatsangehörigen Elternteil ein Aufenthaltsrecht – und damit auch Zugang zu den Sozialleistungen – gewähren. Insofern ist das Urteil auch ein Beitrag zur Verbesserung der Lebenssituation von armutsgefährdeten Kindern und Eltern – wengleich das vom EuGH möglicherweise nicht intendiert war.

Der EuGH hat mit seiner *Chavez-Vilchez ua*-Entscheidung **die Rechte des Kindes und des drittstaatsangehörigen Elternteils, das die tatsächliche und tägliche Sorge wahrnimmt, bestätigt und in diesem Sinne auch gestärkt**. Weitere Verfahren werden allerdings folgen, da etwa Fälle von tatsächlich ausgeübter gemeinsamer Obsorge durch einen drittstaatsangehörigen Elternteil und einen Unionsbürger-Elternteil noch nicht entschieden wurden.

Korrespondenz:

ao.Univ.-Prof. Dr. Rudolf Feik
 Universität Salzburg
 Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht
 Kapitelgasse 5-7
 5010 Salzburg
 E-Mail: rudolf.feik@sbg.ac.at

14 Vgl dazu bereits *Czech*, Jedes Kind zählt – oder doch nicht? Zur Bedeutung der Kinderrechte bei Ausweisungen, FABL 1/2012-I, 11 ff.

15 Zur Problematik, dass der EuGH im *Zambrano-Urteil* weder auf die GRCh noch auf die EMRK eingegangen ist, vgl bereits *Feik*, FABL 1/2011-II, 9. Vgl ferner zB *Nettesheim*, Der »Kernbereich« der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds, dt JZ 2011, 1030 ff. Zur EGMR-Rsp vgl etwa *Czech*, Bleiberecht zur Wahrung des Kindeswohls, FABL 2/2011-II, 18 ff.

16 Im *CS-Urteil* wurden als Kriterien bei der Beurteilung des Kindeswohls »sein Alter, seine Situation im betreffenden Mitgliedstaat und der Grad seiner Abhängigkeit vom Elternteil« angeführt; dies wurde im *Chavez-Vilchez ua-Urteil* um »seine körperliche und emotionale Entwicklung, den Grad seiner affektiven Bindung sowohl zu jedem der beiden Elternteile sowie um das Risiko, das mit der Trennung für das innere Gleichgewicht verbunden ist« ergänzt.

17 Etwa wenn das Kind vor einem gewalttätigen drittstaatsangehörigen Elternteil zu schützen ist oder es den drittstaatsangehörigen Elternteil nicht kennt und auch nicht kennenlernen will.

Keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte der Gemeinde in Anwendung des Bundesverfassungsgesetzes über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden (BGBl I 120/2015)

Besprechung von VfGH 28.9.2017, E 692/2017

Daniela Fabits

Inhaltsübersicht:

I.	Einleitung	17
II.	Sachverhalt und Verfahrensgang	18
III.	Die Entscheidung des VfGH	19
A.	Mangelnde Parteistellung der betroffenen Gemeinde	19
B.	Unbedenklichkeit der maßgeblichen Bestimmungen im BVG-Unterbringung	19
IV.	Würdigung des Urteils	20
V.	Exkurs: Rechtsfolgen des Außerkrafttretens des BVG-Unterbringung	21
VI.	Fazit	22

Abstract: Im gegenständlichen Urteil hält der VfGH erstmals fest, dass in Ausübung des Durchgriffsrechts des Bundes mangels Parteistellung der betroffenen Standortgemeinde keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte erfolgt. Anlassfall war die Zurückweisung der Beschwerde der Stadt Wels gegen einen Bescheid des Bundesministers für Inneres unter Anwendung des Bundesverfassungsgesetzes über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden (BGBl I 120/2015). Überdies äußert sich der VfGH auch dahingehend, dass hinsichtlich der präjudiziellen Bestimmungen dieses Bundesverfassungsgesetzes keine Gesamtänderung der Bundesverfassung vorliegt.

Rechtsquellen: Bundesverfassungsgesetz über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden (BGBl I 120/2015; kurz »BVG-Unterbringung«), Art 3 Abs 1 und 8; B-VG, Art 10 ff, Art 18 Abs 1, Art 116, Art 118.

Schlagworte: Baugesetze; Bundesverfassung, Gesamtänderung der; Durchgriffsrecht; Flüchtlingsunterkunft; Gemeinde, subjektiv-öffentliche Rechte der; Grundversorgung; Parteistellung, mangelnde; Selbstverwaltung; Unterbringung; Verfassungsprinzipien; Wohnmöglichkeit.

I. Einleitung

Der massive Zustrom an hilfs- und schutzbedürftigen Fremden im Jahr 2015, bedingt vor allem durch Krisen und Bürgerkriege in unmittelbarer Nachbarschaft zu Europa, hat sowohl den Bund als auch die Länder an ihre Kapazitätsgrenzen hinsichtlich der Unterbringung und Versorgung Schutzsuchender gebracht. So bestand auf der einen Seite die dringende Notwendigkeit zur Schaffung zusätzlicher Unterbringungsmöglichkeiten, wohingegen auf der anderen Seite zahlreiche rechtliche Bestimmungen, allen voran bau- und raumordnungsrechtliche Vorgaben, eine rasche Umsetzung hinderten.

Um diese außerordentliche Situation bewältigen zu können, hat der Nationalrat am 23.9.2015 das Bundesverfassungsgesetz über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden¹ geschaffen, welches mit 1.10.2015 in Kraft getreten und bis 31.12.2018 befristet ist.² Auf Grundlage dessen trat in weiterer Folge auch die Verordnung über die Feststellung des Bedarfs an der Bereithaltung von Plätzen zur Unterbringung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden durch die Gemeinden³ in Kraft.

Das BVG-Unterbringung wurde dahingehend konzipiert, dem Bund eine im Verfassungsrang verankerte Handhabe zur Bewältigung der vorherrschenden Kapazitätsengpässe und zur möglichst raschen und unbürokratischen Schaffung neuer Unterbringungsmöglichkeiten für hilfs- und schutzbedürftige Fremde zu bieten, sofern Länder und Gemeinden ihrer Verpflichtung zur Bereithaltung der erforderlichen Anzahl von Plätzen nicht nachkommen⁴.

¹ BGBl I 120/2015, in Folge kurz »BVG-Unterbringung«.

² Näheres zum Außerkrafttreten des BVG-Unterbringung siehe Punkt V.

³ BGBl II 290/2015; gemäß Art 2 Abs 2 BVG-Unterbringung ist das Vorliegen des Bedarfs von der Bundesregierung durch Verordnung festzustellen.

⁴ Vgl Art 2 Abs 1, Art 3 Abs 2, Art 4 BVG-Unterbringung; Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Durchgriffsrechtes durch den Bund ist jedenfalls die Nichterfüllung der Landesquote sowie des Bezirks- und Gemeinderichtwerts im jeweiligen Einzelfall.

Dabei räumt das sogenannte »Durchgriffsrecht des Bundes« dem Bund die Ermächtigung ein, die Nutzung und den Umbau von bestehenden Bauwerken oder beweglichen Wohneinheiten auf Grundstücken, die im Eigentum des Bundes oder diesem zur Verfügung stehen, ohne vorheriges Verfahren mit Bescheid vorläufig anzuordnen, soweit diesem Vorhaben nicht überwiegende Interessen der Sicherheit, der Gesundheit und des Umweltschutzes entgegenstehen. Wesentlich ist dabei, dass dieser Bescheid sämtliche nach bundes- und landesrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Bewilligungen, Genehmigungen oder Anzeigen ersetzt⁵.

Nach Erlassung eines vorläufigen Bescheides gemäß Art 3 Abs 1 BVG-Unterbringung hat die Bezirksverwaltungsbehörde von Amts wegen in einem konzentrierten Verfahren zu prüfen, ob die Nutzung den bundes- und landesrechtlichen Vorschriften – mit Ausnahme des Bau- und Raumordnungsrechts – entspricht. Soweit Festigkeit, Brandschutz, Hygiene, Nutzungssicherheit und Umweltverträglichkeit nicht im erforderlichen Ausmaß gewährleistet sind, hat die Bezirksverwaltungsbehörde dies dem Bundesminister für Inneres – unter Benennung der erforderlichen Maßnahmen – in einer Stellungnahme mitzuteilen.⁶

Im Anschluss an die Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde hat der Bundesminister für Inneres die im Hinblick auf den Verwendungszweck und die voraussichtliche Nutzungsdauer unerlässlichen Maßnahmen zu ergreifen und in einem Folgebescheid festzulegen. Dieser ersetzt den vorläufigen Bescheid gemäß Art 3 Abs 1 BVG-Unterbringung sowie wiederum die nach bundes- und landesrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Bewilligungen, Genehmigungen oder Anzeigen.⁷

Ein wesentlicher Aspekt im Verfahren nach dem BVG-Unterbringung ist dabei, dass sämtliche Bescheide auf dessen Grundlage allein gegenüber dem Grundstückseigentümer als einzige Verfahrenspartei zu erlassen sind⁸. Demzufolge kommt auch das gemäß Art 3 Abs 6 BVG-Unterbringung eingeräumte Beschwerde-recht gegen den Folgebescheid einzig und allein dem Grundstückseigentümer zu; im Übrigen ist eine Beschwerde gegen den vorläufigen Bescheid gemäß Art 3 Abs 1 BVG-Unterbringung ausdrücklich ausgeschlossen.

Im gegenständlichen Verfahren hatte der VfGH nunmehr zu prüfen, ob in Anwendung der Bestimmungen des BVG-Unterbringung hinsichtlich einer im Gebiet der Stadt Wels gelegenen Liegenschaft eine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte der Standortgemeinde stattgefunden hat.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Angesichts der fortbestehenden Notwendigkeit der Schaffung von zusätzlichen Unterbringungsmöglichkeiten für hilfs- und schutzbedürftige Fremde hat der Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Inneres, die bescheidgegenständliche Liegenschaft in Wels im Oktober 2016 angemietet. Aufgrund Vorliegens sämtlicher Voraussetzungen wurde daraufhin mit Bescheid des Bundesministers für Inneres vom 21.10.2016 die vorläufige Nutzung der gegenständlichen Liegenschaft angeordnet.

Gegen diesen Bescheid brachte die Stadt Wels am 9.11.2016 Bescheidbeschwerde gemäß Art 131 Abs 2 B-VG beim BVwG ein. Diese stützte sie insb auf die Rechtswidrigkeit des Bescheides infolge Unvereinbarkeit des BVG-Unterbringung mit den leitenden Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung sowie auf die damit einhergehende Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte der Stadt Wels. Im Rahmen der Beschwerdevorlage erstattete das Bundesministerium für Inneres als belangte Behörde eine Gegenäußerung und führte insb die mangelnde Parteistellung der Stadt Wels ins Treffen. Zudem argumentierte das Bundesministerium für Inneres gegen den Vorwurf der Baugesetzwidrigkeit des BVG-Unterbringung.

Das BVwG wies die Beschwerde der Stadt Wels schließlich mit Beschluss vom 27.1.2017 gemäß § 28 Abs 1 VwGVG iVm § 31 Abs 1 VwGVG sowie Art 3 BVG-Unterbringung mangels Parteistellung zurück und erklärte die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG als zulässig.⁹ Begründend führte es hierzu aus, dass sich weder aus dem BVG-Unterbringung selbst noch aus anderen Rechtsgrundlagen subjektiv-öffentliche Rechte der Gemeinde ableiten ließen, weshalb der Beschwerdeführerin auch keine Parteistellung zukomme.

Daraufhin erstattete die Stadt Wels gegen den gegenständlichen Beschluss des BVwG Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof gemäß Art 144 B-VG. Dabei rügte die Beschwerdeführerin einerseits, durch den Beschluss des BVwG in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, insb in ihrem Recht auf Selbstverwaltung der Gemeinde (Art 116 Abs 1, Art 118 Abs 2 und 3 B-VG) sowie andererseits wegen der Anwendung des verfassungswidrigen (baugesetzwidrigen) BVG-Unterbringung in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt worden zu sein. Dazu führte die Beschwerdeführerin näher aus, dass das BVG-Unterbringung unter anderem gegen das föderalistische und rechtsstaatliche Prinzip sowie das Gleichbehandlungs- und Sachlichkeitsgebot verstoße.¹⁰

5 Vgl Art 3 Abs 1 BVG-Unterbringung.

6 Vgl Art 3 Abs 5 BVG-Unterbringung.

7 Vgl Art 3 Abs 6 BVG-Unterbringung.

8 Vgl Art 3 Abs 8 BVG-Unterbringung.

9 BVwG 27.1.2017, W183 2139442-1.

10 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 3.

In seiner Gegenäußerung wendete der Bundesminister für Inneres – wie im Verfahren vor dem BVwG – die mangelnde Beschwerdelegitimation aufgrund mangelnder Parteistellung sowie die grundlegende Vereinbarkeit des BVG-Unterbringung mit den leitenden Grundprinzipien der Bundesverfassung ein.¹¹

III. Die Entscheidung des VfGH

In seiner nichtöffentlichen Sitzung vom 28.9.2017 erkannte der VfGH gemäß Art 144 B-VG zu Recht, dass die beschwerdeführende Gemeinde durch den angefochtenen Beschluss des BVwG vom 27.1.2017 weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden sei.¹² Aus diesem Grund war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

A. Mangelnde Parteistellung der betroffenen Gemeinde

Der VfGH ist zur Erkenntnis gekommen, dass das BVwG die Parteistellung der beschwerdeführenden Gemeinde in ihrem Beschluss vom 27.1.2017 zu Recht negiert hat.¹³

Dazu führt er näher aus, dass gemäß der Systematik und dem Zweck des BVG-Unterbringung alleine dem betroffenen Grundstückseigentümer an einem diesbezüglichen Verfahren Parteistellung zukomme. Dies sei nicht zuletzt aus Art 3 Abs 8 BVG-Unterbringung ableitbar, wonach Bescheide in Ausübung des Durchgriffsrechts alleine gegenüber dem Grundstückseigentümer zu erlassen seien¹⁴.

Auch die Argumentation der beschwerdeführenden Gemeinde, eine Parteistellung allenfalls aus ihrem Selbstverwaltungsrecht abzuleiten, führe nach Ansicht des VfGH nicht ins Treffen. Hierzu hält er fest, dass der Bundesminister für Inneres im Verfahren nach Art 3 Abs 1 BVG-Unterbringung nicht als Aufsichtsbehörde gegenüber der Gemeinde tätig werde – was einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht bewirken könnte –

sondern lediglich eine ihm durch Bundesverfassungsrecht verliehene Zuständigkeit wahrnehme.¹⁵ Auch das weitere Beschwerdeverfahren vor dem BVwG stelle kein aufsichtsbehördliches Verfahren dar, weshalb eine auf Art 119a Abs 9 B-VG gestützte Parteistellung der Gemeinde auszuschließen sei.

Da das BVwG seinen zurückweisenden Beschluss somit bereits auf die mangelnde Parteistellung der Stadt Wels zu stützen vermochte, hatte der VfGH auf den in Art 3 Abs 1 BVG-Unterbringung postulierten Rechtsmittelausschluss erst gar nicht einzugehen; dieser bildet mangels Präjudizialität daher keinen Gegenstand des Verfahrens vor dem VfGH.¹⁶

B. Unbedenklichkeit der maßgeblichen Bestimmungen im BVG-Unterbringung

Der VfGH hält fest, dass die präjudiziellen Bestimmungen des BVG Unterbringung betreffend die Parteistellung der Gemeinde weder gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Selbstverwaltung der Gemeinde gemäß Art 116 Abs 1 sowie Art 118 Abs 2 und 3 B-VG verstoßen, noch zu einem verfassungswidrigen Eingriff in die Kompetenzen der Länder führen. Da die diesbezüglichen Bestimmungen – ebenso wie die Art 10 ff, 116 und 118 B-VG – im Verfassungsrang erlassen wurden, käme eine Verfassungswidrigkeit nur dann in Betracht, wenn durch diese eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirkt würden. In diesem Zusammenhang vermag der VfGH jedoch nicht zu erkennen, dass die Gestaltung der Nachbarrechte durch das BVG-Unterbringung zu einem »Verlust der Maßstabfunktion der Verfassung für einen Teilbereich der Rechtsordnung« führe; dies in Anlehnung an die in Folge der Rechtsprechung des VfGH entwickelten Voraussetzungen für das Vorliegen einer Gesamtänderung der Bundesverfassung.¹⁷

Weiters kommt der VfGH zur Erkenntnis, dass auch die sonstigen Bedenken der beschwerdeführenden Gemeinde in Bezug auf den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art 2 StGG sowie Art 7 B-VG und das Bestimmtheitsgebot gemäß Art 18 B-VG – soweit sie sich auf die maßgeblichen Bestimmungen des BVG-Unterbringung zur Parteistellung der Gemeinde beziehen – nicht zutreffen.¹⁸ Zudem weist der VfGH darauf hin, dass im Falle der

11 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 4.

12 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 14 f. Die seitens der Beschwerdeführerin behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte hat nach Ansicht des VfGH nicht stattgefunden. Zudem hat das Verfahren auch nicht ergeben, dass die Stadt Wels in von ihr nicht geltend gemachten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt worden ist. Aufgrund der Unbedenklichkeit der angewendeten Rechtsgrundlagen wird auch eine Verletzung wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm ausgeschlossen.

13 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 8.

14 Vgl hierzu auch die Materialien zu IA 1295/A, XXV. GP, 4.

15 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 9; BVwG 27.1.2017, W 183 2139442-1 mit Verweis auf *Dorner/Volgger*, Das Durchgriffsrecht des Bundes, RFG 2016, 168.

16 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 10.

17 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 11 mit Verweis auf VfSlg 16.327/2001, 19.693/2012, 19.893/2014, 20.071/2016, VfGH 12.10.2016, G 478/2015 ua.

18 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 12.

Ausführung von Einrichtungen, die tatsächlich nicht unter das BVG-Unterbringung subsumiert werden können, die einschreitende Gemeinde berufen sei, die nach den einschlägigen baurechtlichen Vorschriften vorgesehenen Maßnahmen zu setzen.¹⁹

Abschließend hält der VfGH fest, dass das Verfahren auch nicht ergeben habe, dass die beschwerdeführende Gemeinde – neben den behaupteten Verletzungen – in von ihr nicht geltend gemachten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt worden sei, sondern betonte vielmehr die Unbedenklichkeit der angewendeten Rechtsgrundlagen.²⁰

IV. Würdigung des Urteils

Schon dem offenkundigen Willen des Verfassungsgebers zufolge soll im Verfahren nach dem BVG-Unterbringung lediglich dem Eigentümer der betreffenden Liegenschaft Parteistellung – samt den damit verbundenen Rechten – zukommen.²¹ Folglich kommt weder der betroffenen Gemeinde noch allfälligen Nachbarn eine Partei- oder Beteiligtenstellung zu.²²

Überhaupt sind aus dem BVG-Unterbringung keinerlei subjektiv-öffentlichen Rechte der Gemeinden ableitbar, zumal Ziel des Gesetzes die im Allgemeininteresse liegende gleichmäßige und gerechte Aufteilung der hilfs- und schutzbedürftigen Fremden ist, zu dessen Wahrung den Gemeinden aber keine Formal- oder Legalparteistellung eingeräumt wurde und dadurch kein individualisiertes Interesse der Gemeinde begründet wird. Auch aus anderen Rechtsgrundlagen, etwa dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde gemäß Art 116 Abs 1 B-VG, lässt sich eine Parteistellung nicht konstruieren.²³

Die mangelnde Parteistellung der jeweiligen Standortgemeinde im Verfahren nach dem BVG-Unterbringung wurde im Übrigen bereits im Verfahren vor dem

VfGH zu E 2310/2015 thematisiert. In diesem Fall erstattete die Gemeinde Ossiach gegen einen Bescheid gemäß Art 3 Abs 1 BVG-Unterbringung, welcher in Bezug auf eine im Gemeindegebiet situierte Liegenschaft seitens des Bundesministers für Inneres erlassen worden war, Beschwerde an den VfGH. Wenngleich diese Beschwerde mangels Unzuständigkeit zurückzuweisen war, gab der VfGH jedoch bereits damals zu bedenken, ob eine Gemeinde überhaupt subjektiv-öffentliche Rechte aus dem BVG-Unterbringung ableiten könne und verwies die Beschwerdeführerin zur weiteren Klärung allenfalls an das BVwG.²⁴ Im weiteren Verfahren vor dem BVwG wurde die Beschwerde – gleichsam wie im besprochenen Fall – mangels Parteistellung der Gemeinde als unzulässig zurückgewiesen.²⁵

Im gegenständlichen Verfahren vor dem VfGH konnte die diesbezügliche Rechtsansicht des BVwG letztlich unter dem Aspekt der Verfassungsmäßigkeit bestätigt werden, indem der Gerichtshof letztlich die Unbedenklichkeit der angewendeten Rechtsgrundlagen bescheinigte.

Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass das BVG-Unterbringung – so auch die präjudiziellen Bestimmungen über die Parteistellung der Gemeinde – im Verfassungsrang verankert sind. Eine Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmungen käme in weiterer Folge nur dann in Betracht, wenn damit auch eine Gesamtänderung der Bundesverfassung verbunden wäre.²⁶

In dieser Hinsicht bleibt jedenfalls zu beachten, dass nicht jede Verfassungsänderung, welche eines oder mehrere der leitenden Verfassungsprinzipien tangiert, umgehend eine Gesamtänderung der Verfassung bewirkt. Eine solche Gesamtänderung liegt nach hA vielmehr erst dann vor, wenn es sich um wesentliche Modifikationen der zu einem Grundprinzip zusammengefassten Normen handelt.²⁷ In diesem Zusammenhang ist anzuführen, dass eine derartige Gesamtänderung der Bundesverfassung bisher erst ein einziges Mal erfolgt ist, und zwar im Falle des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union.

Auch der VfGH hat im Rahmen der ihm gemäß Art 140 B-VG obliegenden Normenkontrolle erst in einem einzigen Fall die Aufhebung einer Verfassungsbestimmung infolge Verfassungswidrigkeit verfügt.²⁸

Im gegenständlichen Fall ist der VfGH – entgegen der seitens der Beschwerdeführerin vertretenen Rechts-

19 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 13. Konkret bezieht sich dieser Ausspruch auf die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach die im Bescheid des Bundesministers für Inneres angekündigte Einrichtung einer Registrierungsstelle für Asylangelegenheiten nicht vom Anwendungsbereich des BVG-Unterbringung gedeckt wäre.

20 VfGH 28.9.2017, E 692/2017, Rz 14 f.

21 Vgl IA 1295/A XXV. GP 4. Dies kann entweder der Bund selbst sein oder derjenige, der dem Bund das Grundstück zivilrechtlich zur Verfügung gestellt hat. Weiters auch BVwG 27.1.2017, W 183 2139442-1 mit Verweis auf *Dorner/Volgger* (FN 15) 168.

22 Dies gilt sowohl im Verfahren des BMI gemäß Art 3 Abs 1 und 6 als auch im konzentrierten Verfahren der Bezirksverwaltungsbehörde gemäß Art 3 Abs 5 BVG-Unterbringung. Vgl hierzu auch *Stolzlechner/Stoll*, Zur ersatzweisen Unterbringung und Aufteilung hilfs- und schutzbedürftiger Fremder durch den Bund, bbl 2016, 19, 90.

23 Vgl BVwG 27.1.2017, W 183 2139442-1 mit Verweis auf *Dorner/Volgger* (FN 15) 168.

24 Vgl VfGH 8.3.2016, E 2310/2015.

25 Vgl BVwG 27.1.2017, W183 2141636-1.

26 Auch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde offenbar nicht von einer Gesamtänderung der Bundesverfassung ausgegangen, zumal in diesem Fall die Durchführung einer Volksabstimmung obligat gewesen wäre (vgl Art 44 Abs 3 B-VG; *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 1080).

27 Vgl *Berka* (FN 26) Rz 119.

28 Vgl VfSlg 16.327/2001.

ansicht – offenbar davon ausgegangen, dass durch die präjudiziellen Bestimmungen des BVG-Unterbringung kein derart massiver Eingriff in die leitenden Grundprinzipien der Verfassung erfolgt, welcher eine Aufhebung dieser Verfassungsbestimmungen aufgrund Baugesetzwidrigkeit zur Folge hätte.

Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass die mit dem BVG-Unterbringung notwendig verbundenen, punktuellen Durchbrechungen einzelner Verfassungsprinzipien unter dem Gesichtspunkt, menschenwürdige Unterbringungsmöglichkeiten für hilfs- und schutzbedürftige Fremde zu schaffen und einem nationalen Notstand infolge drohender Obdachlosigkeit entgegenzuwirken, jedenfalls ihre sachliche Rechtfertigung finden²⁹.

V. Exkurs: Rechtsfolgen des Außerkrafttretens des BVG-Unterbringung

Der Verfassungsgesetzgeber hat dem BVG-Unterbringung die Zweckbestimmung beigemessen, den auf die steigende Anzahl von Asylanträgen zurückzuführenden Engpass an Unterbringungspätzen für hilfs- und schutzbedürftige Fremde wirksam entgegenzuwirken.

Dabei ist der Gesetzgeber offenbar davon ausgegangen, dass die zum Zeitpunkt der Erlassung des BVG-Unterbringung evidente Kapazitätsknappheit bloß von vorübergehender Natur sei, weshalb gleichzeitig der Zeitpunkt des Außerkrafttretens des BVG-Unterbringung mit Ende des Jahres 2018 festgelegt wurde.³⁰ In diesem Zusammenhang stellt sich in weiterer Folge jedoch die Frage, welche Rechtsfolgen mit dem Außerkrafttreten des BVG-Unterbringung per 31.12.2018 für bereits bestehende Anwendungsfälle verbunden sind.³¹

So kann mit dem »Außerkrafttreten« einer Rechtsnorm grundsätzlich Verschiedenes gemeint sein: Einerseits kann darunter die vollkommene Beseitigung der Geltung einer Norm verstanden werden, welche dadurch auch für die Vergangenheit aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird. In diesem Fall ist mit dem Außerkrafttreten der betreffenden Norm sowohl die Beendigung des zeitlichen Bedingungsereichs als auch

des Rechtsfolgenbereichs verbunden. Die herrschende Lehre vertritt hingegen die Ansicht, dass darunter in der Regel bloß die Beendigung des zeitlichen Bedingungsereichs der Norm verstanden wird, wobei der Rechtsfolgenbereich fort dauert.³² Entsprechend dieser Meinung verbleibt die aufgehobene bzw außer Kraft getretene Norm Bestandteil der Rechtsordnung und ist auf die innerhalb ihres zeitlichen Bedingungsereichs verwirklichten Sachverhalte weiterhin anzuwenden,³³ auch die dafür vorgesehenen Rechtsfolgen können weiterhin verhängt werden.³⁴ Sofern die Rechtsbedingungen in Zukunft nicht mehr erfüllt werden können und die vorliegenden Anwendungsfälle früher oder später erledigt sind, wird die Norm aber schließlich unanwendbar.³⁵

Welche der genannten Bedeutungen dem Außerkrafttreten einer Rechtsvorschrift im konkreten Fall zukommt, ist letztlich im Wege der Interpretation zu eruieren.

Für das Außerkrafttreten des BVG-Unterbringung ist dabei – mangels einer konkreten Regelung im Gesetz – insb auf die Gesetzesmaterialien sowie den Sinn und Zweck des Gesetzes zurückzugreifen. So ist den Materialien Folgendes zu entnehmen: »Das Außerkrafttreten dieses Bundesverfassungsgesetzes lässt die Rechtswirkungen der Bescheide, die auf Grund dieses Bundesverfassungsgesetzes erlassen worden sind, unberührt.³⁶ Dadurch hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich für ein Weiterbestehen des zeitlichen Rechtsfolgenbereichs des BVG-Unterbringung ausgesprochen. Zudem wäre es mit dem grundlegenden Telos des BVG-Unterbringung wohl unvereinbar, sämtliche Unterbringungspätze für hilfs- und schutzbedürftige Fremde, welche mithilfe dieser Verfassungsbestimmung geschaffen werden konnten, per 31.12.2018 zu beseitigen, zumal dies wiederum einen Kapazitätsengpass nach sich ziehen könnte.

Es ist daher – nicht zuletzt entsprechend dem offenkundigen Willen des Verfassungsgesetzgebers – konsequenterweise davon auszugehen, dass im Falle des Durchgriffsrechts des Bundes der von der vorherrschenden Lehre vertretene Regelfall in Bezug auf das

29 Vgl *Stolzlechner/Stoll* (FN 22) 77ff: Die Nichtanwendung der einschlägigen bau- und raumordnungsrechtlichen Bestimmungen der Länder bewirkt eine punktuelle Durchbrechung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Durch den Beschwerdeausschluss gegen Bescheide gemäß Art 3 Abs 1 BVG-Unterbringung erfolgt eine punktuelle Durchbrechung des rechtsstaatlichen Prinzips. Nichtsdestotrotz stellen diese punktuellen Durchbrechungen jedoch keine Verstöße gegen die betreffenden Verfassungsprinzipien dar, zumal sie im Hinblick auf die Bewältigung der Flüchtlingskrise jedenfalls erforderlich sind.

30 Vgl Art 6 BVG-Unterbringung.

31 Zum Stichtag 31.10.2017 wurde vom Durchgriffsrecht bereits in 16 Fällen Gebrauch gemacht.

32 So zB *Thienel* in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht II/1, Art 48, 49 B-VG, Rz 71; *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972) 322 f; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht³ (2015) Rz 492.

33 Vgl hierzu auch Art 140 Abs 5 B-VG: Die Entscheidung des VfGH betreffend die Aufhebung einer Verordnung oder eines Gesetzes wirkt grundsätzlich nur für die Zukunft; eine Rückwirkung tritt als Ausnahme von diesem Grundsatz nur für den Anlassfall ein (»Ergreiferprämie«). So zB VwGH 1.3.2017, Ro 2015/03/0022.

34 Vgl *Thienel* (FN 32) Rz 71; VwGH 25.9.2012, 2010/05/0036; BVwG 30.4.2015, W208 2007877-1.

35 Vgl *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 211 f. Vgl IA 1295/A XXV. GP 4.

Außerkräftreten von Rechtsnormen zur Anwendung kommt: demnach behalten Bescheide, die bis zum Zeitpunkt des Außerkräftretens auf Grundlage des BVG-Unterbringung erlassen worden sind, auch über den 31.12.2018 hinaus ihre Geltung.³⁷

Dieses Auslegungsergebnis lässt sich ebenso auf die Rechtsprechung des VfGH stützen, wonach nicht jede Aufhebung eines Gesetzes auch zwangsläufig das Außerkräftreten der aufgrund des aufgehobenen Gesetzes erlassenen individuellen Verwaltungsakte zur Folge hat.³⁸ Auch die Grenzen der materiellen Rechtskraft stehen diesem Ergebnis nicht entgegen: ändert sich die Sach- bzw Rechtslage nach dem Zeitpunkt der Bescheiderlassung, entsteht zwar grundsätzlich eine neue Sache, die einer neuen Entscheidung nicht entgegensteht. Hingegen gilt für Bescheide, durch die auf Dauer angelegte Rechte oder Pflichten begründet werden im Allgemeinen, dass Änderungen der Sach- oder Rechtslage nach Erlassung des Bescheides die bestehende Berechtigung bzw Verpflichtung nicht berühren.³⁹ In rechtlicher Hinsicht bedeutet die spätere Aufhebung der maßgeblichen Rechtsvorschriften in diesen Fällen nur, dass die Erteilung der Berechtigung bzw die Auferlegung der Verpflichtung in Hinkunft nach der neuen Rechtslage vorzunehmen ist, ohne dass dies Auswirkungen auf früher begründete Rechtspositionen mit sich zieht.⁴⁰ Es ist somit davon auszugehen, dass sämtliche Bescheide gemäß Art 3 Abs 1 und 6 BVG-Unterbringung, welche bis zum 31.12.2018 ergangen sind, auch nach dem Außerkräftreten des BVG-Unterbringung weiterhin ihre Geltung behalten und die nach bundes- und landesrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Bewilligungen, Genehmigungen oder Anzeigen ersetzen werden.⁴¹

VI. Fazit

Das Urteil des VfGH macht deutlich, dass die Anwendung des BVG-Unterbringung – im Lichte seiner Sinn- und Zweckbestimmung als Mittel zur raschen und unbürokratischen Schaffung von Unterbringungsmöglichkeiten – keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte der jeweiligen Standortgemeinde nach sich zieht. Vielmehr wird durch das gegenständliche Urteil nochmals hervorgehoben, dass der Ausschluss der Parteistellung jener Gemeinden, in welchen die bescheidgegenständliche Liegenschaft im jeweiligen Einzelfall situiert ist, mit den grundlegenden Prinzipien unserer Verfassung grundlegend vereinbar ist.

Korrespondenz:

Mag. Daniela Fabits
Bundesministerium für Inneres
Abteilung III/9 – Grundversorgung und Bundesbetreuung
Referat III/9/e – Rechtliche Angelegenheiten und Grundsatzfragen
Herrengasse 7
1010 Wien
E-Mail: daniela.fabits@bmi.gv.at

37 So auch *Hauer*, Unterbringungsgesetz und Durchgriffsrecht – Gesetz lässt jede Menge Fragen offen, Kommunal 11/2015, 16; *Vogl*, Das BVG über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden, RFG 2016/2 FN 31. Anders offenbar *Stolzlechner/Stoll* (FN 22) 92 f.

38 Vgl VfSlg 3303/1957; VwGH 29.5.1963 0965/62. Dies zum Unterschied der Rsp des VfGH über das Außerkräfttreten von Verordnungen bei Außerkräfttreten des sie tragenden Gesetzes. Der gegenteiligen Rechtsansicht von *Stolzlechner/Stoll* (FN 22) 92 f, ist angesichts dieser Judikatur des VfGH daher eindeutig zu widersprechen.

39 Vgl *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009) 239. Als Anwendungsfälle sind hier etwa die Verleihung der Staatsbürgerschaft oder die Erteilung einer Baubewilligung anzuführen. Da dem Bund durch die Erlassung eines Bescheides nach dem BVG-Unterbringung gleichsam ein auf Dauer angelegtes Nutzungsrecht eingeräumt wird, ist diese Rechtsansicht jedenfalls auch auf diese Fälle als zutreffend zu betrachten.

40 So werden nach dem Außerkräfttreten zwar keine weiteren Bescheide nach dem BVG-Unterbringung erlassen werden können, da der Tatbestand in Zukunft nicht mehr erfüllt werden kann. Nichtsdestotrotz bleiben die Bestimmungen Beurteilungsmaßstab für die während seines zeitlichen Bedingungsreiches konkretisierten Sachverhalte, solange Anwendungsfälle bestehen.

41 Die Anwendbarkeit der bisher verdrängten Rechtsvorschriften, wie etwa der jeweils einschlägigen BauO und RaumO, scheidet

somit weiterhin aus. Im Übrigen treten durch die Aufhebung einer Norm frühere Vorschriften, denen durch die aufgehobene Norm derogiert worden war, nicht automatisch wieder in Kraft; ein neuerliches Inkrafttreten müsse verfassungsrechtlich ausdrücklich vorgesehen sein (vgl *Thienel* [FN 32] Rz 71).

Kriterien eines wirksamen Beschwerdeverzichts (durch Fremde)

Besprechung von BVwG 21.6.2017, W144 2161767-1

Katharina Weiser

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	23
II.	Sachverhalt	23
III.	Erwägungen des BVwG	24
IV.	Würdigung der Entscheidung	25
A.	Vorbemerkungen	25
B.	Zum Beschwerdeverzicht	25
C.	Nach Zustellung oder Verkündung des Bescheids	26
D.	Keine besonderen Formvorschriften, jedoch ausdrücklich	26
E.	Beurteilung von Willensmängeln anhand des ABGB	28
V.	Fazit	32

Abstract: Das BVwG beschäftigt sich in der besprochenen Entscheidung mit den Erfordernissen eines wirksamen Beschwerdeverzichts nach § 7 Abs 2 VwGVG. Es beruft sich dabei auf die Rsp des VwGH. Die Entscheidungsbesprechung arbeitet Schwächen der höchstgerichtlichen Judikatur heraus. Kritisch hinterfragt wird insb die höchstgerichtliche Ansicht über die Formfreiheit von Beschwerdeverzichtserklärungen. Des Weiteren möchte der VwGH Beschwerdeverzichtserklärungen nach den §§ 869ff ABGB beurteilt wissen. Auch in diesem Punkt zeigt die Entscheidungsbesprechung Gegenargumente auf.

Rechtsquellen: § 7 Abs 2 VwGVG; § 13 Abs 1, 4 AVG; § 13a AVG; § 63 Abs 4 AVG, § 52 BFA-VG.

Schlagworte: Anbringen; Berufungsverzicht; Beschwerdeverzicht; Manuduktionspflicht; Rechtsberatung; Rechtsmittelverzicht; Willensmängel.

I. Einleitung

In seiner Entscheidung vom 21. Juni 2017, W144 2161767-1 beschäftigte sich das BVwG mit der Frage, welchen Anforderungen ein Rechtsmittelverzicht durch Fremde genügen muss. Es setzte sich sohin mit den Erfordernissen eines gültigen Rechtsmittelverzichts durch Fremde

auseinander. Bei seiner Entscheidung stützte sich das BVwG auf die hiezu ergangene Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Dies gibt Anlass zur Auseinandersetzung mit der einschlägigen höchstgerichtlichen Judikatur.

II. Sachverhalt

Der männliche Beschwerdeführer nigerianischer Staatsangehörigkeit reiste in Italien ein. Er hielt sich bis 10. April 2017 in Italien auf. Es folgte seine illegale Einreise von Italien nach Österreich, wo er am 11. April 2017 einen Antrag auf internationalen Schutz stellte.

Das BFA sprach aus, dass Italien gemäß der Dublin III-VO zur Prüfung des Antrags zuständig sei und wies den Antrag als unzulässig zurück. Unter einem ordnete das BFA die Außerlandesbringung des Beschwerdeführers an. Der Bescheid des BFA wurde dem Beschwerdeführer am 2. Juni 2017 durch persönliche Ausfolgung zugestellt. Gleichzeitig wurde ihm mittels Verfahrensordnung »als Rechtsberater die »ARGE Rechtsberatung – Diakonie und Volkshilfe« zur Seite gestellt.«¹

Am 6. Juni 2017 unterschrieb und übermittelte der Beschwerdeführer folgenden »Rechtsmittelverzicht: Ich verzichte im Verfahren zu meinem Antrag auf internationalen Schutz mit der Zahl XXXX auf ein Rechtsmittel gegen den am [Anm.: unausgefüllt] ergangenen Bescheid und erkläre mich mit der Überstellung in den im Rahmen eines Konsultationsverfahrens als zuständig festgestellten Mitgliedstaat Italien einverstanden. Der Inhalt wurde mir von einer sprachkundigen Vertrauensperson erklärt. Meine Beraterin vom Verein Menschenrechte Österreich war Frau/Herr (Name).«²

Trotz des Rechtsmittelverzichts erhob der Beschwerdeführer am 13. Juni 2017 Beschwerde gegen den Bescheid des BFA.

1 BVwG 21.6.2017, W144 2161767-1 Seite 1.

2 BVwG 21.6.2017, W144 2161767-1 Seite 1f.

III. Erwägungen des BVwG

Das BVwG stützte sich bei seinen rechtlichen Erwägungen auf § 7 Abs 2 VwGVG³ und die zum Rechtsmittelverzicht ergangene Judikatur von VwGH und VfGH.

Ein Beschwerdeverzicht könne erst nach Zustellung oder Verkündung des Bescheids und während der Rechtsmittelfrist erfolgen.⁴

Nach der stRsp des VwGH sei der Beschwerdeverzicht eine von der Partei vorgenommene Prozesshandlung. Diese bewirke, dass eine von der Partei eingebrachte Beschwerde einer meritorischen Erledigung nicht mehr zugeführt werden darf. Ebenso wenig lasse sich ein einmal ausgesprochener Beschwerdeverzicht wieder zurücknehmen.⁵

Angesichts seiner weitreichenden Rechtsfolgen sei das Vorliegen eines Beschwerdeverzichts besonders streng zu prüfen.⁶ Zwar bedürfe der Beschwerdeverzicht keiner besonderen Formvorschriften. Gefordert sei jedoch dessen ausdrückliche und zweifelsfreie Erklärung.⁷

Willensmängel im Zusammenhang mit einem Beschwerdeverzicht gelte es zu Gunsten der Partei zu beachten. Ein gültiger Rechtsmittelverzicht müsse ohne Druck und in Kenntnis seiner Rechtsfolgen abgegeben werden.⁸

Das Vorliegen von Willensmängeln bewirke die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts. Die Beurteilung von Willensmängeln habe unter sinngemäßer Anwendung der Regeln des Zivilrechts über den Irrtum, insb § 871 ABGB, zu erfolgen. Demnach komme eine rechtsverbindliche Willenserklärung der verzichtenden Partei unter anderem dann nicht zustande, wenn sie sich in einem wesentlichen Irrtum befunden und dieser durch den Organwarter der Behörde veranlasst war. Veranlassen umfasse in diesem Zusammenhang jedes für die Entstehung des Irrtums ursächliche Verhalten des Organwalters, ohne dass es dabei auf ein Verschulden desselben ankomme. Ein Willensmangel liege auch dann vor, wenn die Partei durch eine irreführende oder unvollständige Rechtsbelehrung falsche Vorstellungen über die Folgen und Möglichkeiten einer Beschwerde bekommen hat. Ein Willensmangel sei auch dann anzunehmen, wenn die Partei von der Be-

hörde durch Druck, Zwang oder Drohung zur Abgabe gedrängt wurde.⁹

Dem Beschwerdeverzicht eines Fremden hafte insb auch dann ein Willensmangel an, wenn der Fremde mangels Kenntnissen der deutschen Sprache die Tragweite des Verzichts nicht verstehen konnte. Bei Fehlen erforderlicher Deutschkenntnisse sei zur Wirksamkeit des Verzichts die Beiziehung eines Dolmetschers nötig.¹⁰

Laut VfGH bezwecke die Rechtsberatung die Beratung des Fremden im Verwaltungsverfahren und im Verfahren vor dem BVwG. Diese schließe die Beratung in der Frage, ob eine Beschwerde an das BVwG erhoben werden soll oder nicht, jedenfalls ein. Damit habe sich die Rechtsberatung auf all jene Rechtshandlungen zu beziehen, die diese Frage in irgendeiner Weise endgültig entscheiden. Die Abgabe eines Rechtsmittelverzichts zähle jedenfalls dazu.¹¹

Das BVwG unterstellte den Sachverhalt den eben erläuterten Kriterien und kam in seiner rechtlichen Beurteilung zum Schluss, dass der Beschwerdeführer seinen Beschwerdeverzicht nach Zustellung des Bescheids und »im Beisein des für das Asylverfahren bestellten Rechtsberaters«¹² und einer sprachkundigen Vertrauensperson schriftlich abgegeben hat. Die Rechtsfolge des Beschwerdeverzichts, nämlich die Rückkehr des Beschwerdeführers in den für seinen Antrag auf internationalen Schutz zuständigen Mitgliedstaat Italien, sei in der unterschriebenen Erklärung ausdrücklich angeführt. Ein diesbezüglicher Irrtum könne folglich ausgeschlossen werden. Durch den wirksamen, unwiderruflichen Beschwerdeverzicht sei der Bescheid mit 6. Juni 2017 in Rechtskraft erwachsen, weshalb die am 13. Juni 2017 erhobene Beschwerde als unzulässig zurückzuweisen war.

Die ordentliche Revision ließ das BVwG nicht zu. Eine Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG¹³ liege nicht vor, weil sich das BVwG bei allen erheblichen Rechtsfragen auf eine stRsp des VwGH stützen konnte.

3 § 7 Abs 2 VwGVG: »Eine Beschwerde ist nicht mehr zulässig, wenn die Partei nach der Zustellung oder Verkündung des Bescheids ausdrücklich auf die Beschwerde verzichtet hat.«

Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich Paragrafenverweise aus dem VwGVG auf die konsolidierte Fassung BGBl I 138/2017.

4 VwGH 16.11.2016, Ra 2016/02/0227.

5 VwGH 12.5.2005, 2005/02/0049.

6 VwGH 12.5.2005, 2005/02/0049.

7 VwGH 11.7.2003, 2000/06/0173.

8 VwGH 12.5.2005, 2005/02/0049.

9 Bei dieser Argumentation stützt sich das BVwG nicht explizit auf die Rsp des VwGH, sondern zitiert *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 63 Rz 75-76. Dessen ungeachtet decken sich die Ausführungen des BVwG mit der VwGH-Judikatur. Zu den Formerfordernissen eines Berufungsverzichts vgl VwGH 25.2.1992, 89/07/0077; 24.2.1998, 97/05/0302; 11.7.2003, 2000/06/0173. Zur Freiheit von Willensmängeln vgl VwGH 23.3.1984, 82/02/0252; 23.6.1993, 89/12/0200; 12.5.2005, 2005/02/0049; 25.10.2006, 2003/21/0037.

10 VwGH 27.4.2016, Ra 2015/10/0111.

11 VfGH 12.3.2014, U 1286/2013 und 26.2.2014, U 489/2013.

12 BVwG 21.6.2017, W144 2161767-1 Seite 3.

13 IdF BGBl I 164/2013.

IV. Würdigung der Entscheidung

A. Vorbemerkungen

Der vom BVwG angenommene Sachverhalt wirkt in einem Punkt unklar. Bei seiner Schilderung des Verfahrensganges führt das BVwG aus, dass man dem Beschwerdeführer »als Rechtsberater die »ARGE Rechtsberatung – Diakonie und Volkshilfe« zur Seite gestellt« habe.¹⁴ Zugleich gibt das BVwG den Beschwerdeverzicht in direkter Rede wieder. Dessen Schlusssatz lautet: »Meine Beraterin vom Verein Menschenrechte Österreich war Frau/Herr (Name).«¹⁵ In seiner rechtlichen Beurteilung geht das BVwG schließlich davon aus, dass die Abgabe des Beschwerdeverzichts »im Beisein des für das Asylverfahren bestellten Rechtsberaters« erfolgte.¹⁶ Dies steht jedoch im Widerspruch zu jenem Sachverhalt, den das BVwG bei Schilderung des Verfahrensganges annimmt: Wurde als Rechtsberater die ARGE Rechtsberatung – Diakonie und Volkshilfe bestellt, der Beschwerdeverzicht hingegen unter Beratung durch den Verein Menschenrechte Österreich abgegeben, so trifft es gerade nicht zu, dass der Beschwerdeverzicht »im Beisein des für das Asylverfahren bestellten Rechtsberaters« zustande kam.^{17, 18}

Das BVwG hat seine Entscheidungen¹⁹ grundsätzlich²⁰ zu begründen. Form und Inhalt der Begründung richten sich nach den Vorgaben des § 60 AVG.²¹ Dies ergibt sich aus §§ 11, 17 VwGVG, welche die subsidiäre Anwendung des AVG normieren. Gemäß § 60 AVG sind in der Begründung »die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens [...] und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen.« Das Ermittlungsverfahren bezweckt die Feststellung des maßgebenden Sachverhalts.²² Am Ende des Ermittlungsverfahrens hat der Sachverhalt festzustehen. Systematisch betrachtet sind »Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens« iSd § 60 AVG also Feststellungen zum Sachverhalt. Diese haben klar und übersichtlich zu sein. Die von § 60 AVG geforderte **Klarheit und Übersichtlichkeit** darf hier **ernsthaft in Frage gestellt werden**. Ein Begründungsmangel und damit eine Verletzung des § 60 AVG liegen nahe.²³

Auf diese Problematik gilt es der Vollständigkeit halber hinzuweisen, sie soll jedoch in der Folge keine Vertiefung finden. Im Fokus stehen vielmehr Überlegungen zu den Kriterien eines wirksamen Beschwerdeverzichts.

B. Zum Beschwerdeverzicht

Im öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz ist der Verzicht auf Rechtsmittel an verschiedenen Stellen vorgesehen. § 63 Abs 4 AVG regelt den Berufungsverzicht im Verwaltungsverfahren.²⁴ § 7 Abs 2 VwGVG verankert die Möglichkeit des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverzichts. Ganz neu ist die ausdrückliche Verankerung des Verzichts auf eine Beschwerde an die Gerichtshöfe des

14 Vgl oben FN 1.

15 Vgl oben FN 2.

16 Vgl oben FN 12.

17 Zusätzliche Verwirrung stiftet die in der Entscheidung unter Punkt II.1. »Feststellungen« getroffene Annahme des BVwG. Dort führt das BVwG aus: »Sein Berater sei ein namentlich genannter Rechtsberater gewesen.« Vgl BVwG 21.6.2017, W144 2161767-1 Seite 2. Das BVwG hat jenen Sachverhalt darzulegen, den es als erwiesen ansieht. Das BVwG hat aufgrund des Ermittlungsverfahrens einschließlich beweiswürdiger Überlegungen zum Schluss zu gelangen, ob der Beschwerdeverzicht rechtsberatend begleitet wurde oder nicht. Ausführungen im Konjunktiv sind dabei fehl am Platz. Aus diesen lässt sich nicht ersehen, ob die dargelegten Ausführungen der Meinung des BVwG entsprechen oder ob diese Ansichten Dritter wiedergeben, mit denen sich das BVwG nicht identifiziert. Der gleichen Ansicht VwGH 18.2.2015, Ra 2014/03/0045.

18 Das BFA-VG kennt zwei Beratungs-Regime im Rahmen fremdenrechtlicher Verfahren. Einerseits sehen die §§ 48 ff BFA-VG Rechtsberatung in fremdenrechtlichen Verfahren vor. Darüber hinausgehend kann einem Fremden seit BGBl I 70/2015 gemäß § 52a BFA-VG sogenannte Rückkehrberatung gewährt werden. Während Erstere die rechtliche Hilfestellung bezweckt, soll Letztere ausweislich des Gesetzestextes der Abklärung der Perspektiven während und nach Abschluss des Verfahrens dienen. Durch das Angebot der Rückkehrberatung möchte der Gesetzgeber Fremde durch Unterstützung zur freiwilligen Ausreise bewegen und dadurch zwangsweise Abschiebungen minimieren. Vgl ErläutRV 582 BlgNR 25, GP 10. Während die ARGE Rechtsberatung – Diakonie und Volkshilfe Aufgaben der Rechtsberatung wahrnimmt, fungiert der Verein Menschenrechte Österreich sowohl als Rechts- als auch Rückkehrberatungsstelle.

19 Die Begründungspflicht für Erkenntnisse ergibt sich aus § 29 Abs 1 VwGVG, während jene für Beschlüsse aus § 31 Abs 3 VwGVG folgt.

20 Seit BGBl I 24/2017 kann eine Begründung gemäß § 29 Abs 5 VwGVG entfallen, wenn die Parteien auf die Revision beim VfGH oder die Beschwerde beim VfGH verzichten oder im Falle mündlicher Verkündung binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw Zustellung der Niederschrift keine Ausfertigung der Entscheidung verlangt wird. Eine derartige Ausnahme liegt gegenständlich nicht vor, sodass es bei der Begründungspflicht durch das BVwG bleibt.

21 Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich Paragraphenverweise aus dem AVG auf die konsolidierte Fassung BGBl I 161/2013.

22 § 37 AVG.

23 IdS auch VwGH 18.2.2015, Ra 2014/03/0045. Zu den Rechtsfolgen einer solchen Verletzung – insb zur Frage inwieweit ein solcher Begründungsmangel zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung durch den VwGH gemäß § 42 Abs 2 Z 1 bzw Z 3 VwGG (idF BGBl I 33/2013) führen kann – vgl einlässlich Hengstschläger/Leeb, AVG § 60 Rz 29 ff sowie VwGVG § 29 Rz 20 ff.

24 Das Rechtsmittel der Berufung besteht nach Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit allenfalls noch im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde. Vgl hiezu Art 118 Abs 4 B-VG idF BGBl I 51/2012.

öffentlichen Rechts.²⁵ Ob auch davor auf ein Rechtsmittel an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts verzichtet werden konnte bzw ob ein Rechtsmittelverzicht ganz allgemein auch dort möglich ist, wo ihn das Gesetz nicht ausdrücklich vorsieht, wird im Schrifttum kontrovers diskutiert.²⁶ Großzügiger als die Lehre lässt die Rsp einen Verzicht auch dort zu, wo das Gesetz diesen nicht vorsieht. Sie verlangt also für die Zulässigkeit eines Verzichts keine gesetzliche Grundlage.²⁷ Dies soll im gegebenen Zusammenhang nicht weiter beschäftigen.

Vielmehr widmen sich die folgenden Ausführungen der Auslegung des § 7 Abs 2 VwGVG. § 7 Abs 2 VwGVG verankert kurz und bündig: »Eine Beschwerde ist nicht mehr zulässig, wenn die Partei nach der Zustellung oder Verkündung des Bescheides ausdrücklich auf die Beschwerde verzichtet hat.« Diese Bestimmung scheint an § 63 Abs 4 AVG angelehnt, welcher bereits seit BGBl 51/1991 für Berufungen normiert: »Eine Berufung ist nicht mehr zulässig, wenn die Partei nach der Zustellung oder Verkündung des Bescheides ausdrücklich auf die Berufung verzichtet hat.« Zwar sagen die Materialien²⁸ nicht ausdrücklich, dass § 63 Abs 2 AVG als Vorbild für § 7 Abs 2 VwGVG diene, allerdings drängt sich diese Annahme angesichts des nahezu identen Wortlauts der beiden Bestimmungen auf. Dies könnte erklären, warum der VwGH seine zu § 63 Abs 4 AVG ergangene Rsp auf den Beschwerdeverzicht gemäß § 7 Abs 2 VwGVG überträgt.²⁹ Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob eine solche Übertragung stets angebracht ist. Folgend gilt es zu fragen, ob der Inhalt, den der VwGH § 7 Abs 2 VwGVG beilegt, tatsächlich dem Inhalt der Norm entspricht.

C. Nach Zustellung oder Verkündung des Bescheids

Dass die Abgabe eines Beschwerdeverzichts nur nach Zustellung oder Verkündung des Bescheids erfolgen kann, ergibt sich hinreichend klar aus dem Gesetzestext des § 7 Abs 2 VwGVG.³⁰ Ein vorweggenommener Beschwerdeverzicht kommt daher nicht in Betracht. Der

25 § 25a Abs 4a VwGG idF BGBl I 24/2017, § 82 Abs 3b VfGG idF BGBl I 24/2017. Vgl hierzu ErläutRV 1255 BlgNR 25. GP 4 ff.

26 Vgl hierzu vor allem die dogmatischen Aufarbeitungen von Oberndorfer, Zum Verzicht im öffentlichen Recht, insbesondere im Sozialrecht, JBl 1967, 68 und Kucsko-Stadlmayer, Der Verzicht auf öffentliche Rechte, in FS Kojas (1998) 569.

27 VfGH 23.2.2000, 97/12/0366.

28 ErläutRV 2009 BlgNR 24. GP 3.

29 Zu § 7 Abs 2 VwGVG sind folgende Entscheidungen des VwGH ergangen: VwGH 11.3.2016, Ro 2015/06/0014; 27.4.2016, Ra 2015/10/0111; 8.11.2016, Ra 2016/09/0098; 16.11.2016, Ra 2016/02/0027; 23.2.2017, Ro 2017/21/0002. In allen genannten Entscheidungen zu § 7 Abs 2 VwGVG führt der VwGH bekannte Überlegungen zum Beschwerdeverzicht ins Treffen, die er bereits im Zusammenhang mit § 63 Abs 4 AVG entwickelt hat.

30 Arg.: »nach der Zustellung oder Verkündung« (Hervorhebung durch die Verfasserin).

Rechtsunterworfenen kann also erst nach Kenntnis einer an ihn adressierten Entscheidung auf eine Beschwerde gegen diese Entscheidung verzichten.

D. Keine besonderen Formvorschriften, jedoch ausdrücklich

Der VwGH fordert zur Rechtswirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts dessen ausdrückliche Erklärung. Dem VwGH zufolge vermögen schlüssige Handlungen oder ein schlüssiges Verhalten³¹ keinen wirksamen Rechtsmittelverzicht zu begründen.³² Vom Kriterium der Ausdrücklichkeit abgesehen, verlangt der VwGH für die Abgabe eines Beschwerdeverzichts keine besondere Form. Eine Rechtsgrundlage zur Stützung seiner Annahme führt der VwGH nicht ins Treffen.

Eingangs ist zu fragen, wem gegenüber ein Beschwerdeverzicht abzugeben ist. Ist die Abgabe eines Beschwerdeverzichts noch als Teil des verwaltungsbehördlichen Verfahrens oder schon als Teil des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens anzusehen? Einerseits zeitigt ein wirksamer Beschwerdeverzicht Rechtsfolgen für den Verwaltungsakt, nämlich dessen sofortige Rechtskraft. Andererseits knüpfen sich an einen wirksamen Beschwerdeverzicht Rechtsfolgen für ein allfälliges Beschwerdeverfahren, nämlich dessen Unzulässigkeit. Der Beschwerdeverzicht ist in § 7 Abs 2 VwGVG geregelt. Das VwGVG bildet die zentrale Rechtsgrundlage des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.³³ Systematisch betrachtet geht man daher wohl nicht fehl, wenn man sämtliche Regelungen des VwGVG der Sphäre eben dieses Verfahrens zuzählt.

Betrachtet man die Abgabe eines Beschwerdeverzichts als Erklärung im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, so hat die Einbringung einer solchen Erklärung nach den Formvorgaben des § 12 VwGVG zu erfolgen. Die Regelung des § 13 AVG gelangt nicht zur Anwendung. Zwar verfügen die §§ 11 und 17 VwGVG die subsidiäre Anwendung der Regelungen des AVG auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Allerdings ist § 12 VwGVG als *lex specialis* zu § 13 AVG anzusehen und geht Letzterem vor.

§ 12 VwGVG sieht die Einbringung mittels Schriftsatzes vor. Dass Einbringungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch in anderer Weise – etwa mündlich – erfolgen könnten, erwähnt das VwGVG an keiner Stelle. Die Regelung des § 12 VwGVG spricht pauschal

31 Also konkludentes Vorgehen.

32 Wenngleich der VwGH in anderen Zusammenhängen konkludenten Handlungen Erklärungswert beimisst. Vgl etwa in Hinblick auf die Zustimmung des Kanalisationsunternehmens nach § 32b Abs 2 WRG VwGH 26.6.2008, 2007/07/0044.

33 Vgl § 1 VwGVG.

von »Schriftsätzen«. In seinem Wortlaut beschränkt sich § 12 VwGVG also beispielsweise nicht auf Schriftsätze zur Einbringung einer Beschwerde. Aufgrund des differenzierungslosen Wortlauts des § 12 VwGVG hat jedes Herantreten an die belangte Behörde³⁴ oder an das VwG selbst schriftlich zu erfolgen.³⁵ Dies gilt auch für die Erklärung eines Beschwerdeverzichts. In Anbetracht dessen überzeugt es nicht, wenn der VwGH die Abgabe eines Beschwerdeverzichts neben der Ausdrücklichkeit an keine weiteren Formvorgaben bindet.

Davon zu unterscheiden ist die Abgabe eines Berufungsverzichts nach § 63 Abs 4 AVG. Zwar lässt sich auch hier fragen, ob ein solcher gegenüber der erstinstanzlichen Behörde oder gegenüber der Berufungsbehörde abzugeben ist. Die Frage ist jedoch in Hinblick auf das anzuwendende Verfahrensrecht nicht bedeutsam. Sowohl die erstinstanzliche als auch die Berufungsbehörde haben als Verwaltungsbehörden das AVG anzuwenden.³⁶

Anbringen im verwaltungsbehördlichen Verfahren sind anhand des § 13 Abs 1 AVG zu beurteilen. Dieser nennt als Arten verschiedener Anbringen »Anträge, Gesuche, Anzeigen, Beschwerden und sonstige Mitteilungen«. Augenscheinlich versteht § 13 AVG den Begriff des Anbringens weit. Dies gelangt vor allem durch den Miteinbezug der »sonstigen Mitteilungen« zum Ausdruck. Neben der Aufzählung von Anträgen, Gesuchen, Anzeigen und Beschwerden präsentieren sich die sonstigen Mitteilungen gleichsam als generalklauselartiges Auffangbecken.³⁷ Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich,

warum ein gegenüber der Behörde geäußerter Berufungsverzicht unter einem derart weiten Begriffsverständnis nicht unterzubringen sein sollte. Demnach ist die Artikulation eines Berufungsverzichts gegenüber der Behörde als Anbringen iSd § 13 AVG anzusehen.

Dass es sich beim Berufungsverzicht um ein Anbringen in Form eines Antrags handelt, ist auszuschließen. Aus § 73 Abs 1 AVG ergibt sich, dass die Behörde Anträge mit Bescheid zu erledigen hat. An Anträge knüpft sich also eine spezifische Rechtsfolge. Diese besteht in der behördlichen Pflicht einer bescheidmäßigen Erledigung. Liegt das Tatbestandsmerkmal »Antrag« iSd § 73 Abs 1 AVG vor, so hat die Behörde über diesen Antrag mit Bescheid abzusprechen. Dies trifft auf einen Berufungsverzicht nicht zu. Ein solcher ist daher nicht als Antrag iSd § 13 Abs 1 AVG zu werten. Dass der Berufungsverzicht keine »Beschwerde« iSd § 13 Abs 1 AVG ist, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Die Qualifikation des Berufungsverzichts als Gesuch, Anzeige oder sonstige Mitteilung lässt sich nicht so ohne Weiteres bewerkstelligen. Dies ist jedoch vernachlässigbar, weil § 13 AVG an die Qualifikation als Gesuch, Anzeige oder sonstige Mitteilung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen knüpft. § 13 AVG unterscheidet nach Anbringen, welche an eine Frist gebunden sind bzw welche den Lauf einer Frist auslösen und solchen, auf die das nicht zutrifft. Lediglich an das Kriterium der Fristbindung bzw des Fristenlaufs knüpfen sich unterschiedliche Rechtsfolgen. Es ist also danach zu fragen, ob ein Berufungsverzicht an eine Frist gebunden ist bzw den Lauf einer Frist auslöst.

An eine Frist ist der Berufungsverzicht dann gebunden, wenn er nur binnen bestimmter Frist abgegeben werden kann. Der Lauf einer Frist wird dann ausgelöst, wenn die Behörde binnen bestimmter Frist eine Reaktion auf den Berufungsverzicht folgen lassen muss. Grundsätzlich muss die Behörde auf einen Berufungsverzicht nicht unmittelbar reagieren. Erst wenn trotz Vorliegens eines Berufungsverzichts Berufung eingebracht wird, hat sie die Berufung zurückzuweisen. Der Lauf der Entscheidungsfrist wird diesfalls jedoch nicht durch den Berufungsverzicht ausgelöst. Vielmehr bedingt die Berufungserhebung den Lauf der Entscheidungsfrist.

Bleibt zu klären, ob ein Berufungsverzicht nur binnen bestimmter Frist abgegeben werden kann und daher als fristgebunden anzusehen ist. Hiezu betont der VwGH, dass ein gültiger Berufungsverzicht nur innerhalb der Rechtsmittelfrist abgegeben werden kann. Dem ist zuzustimmen. Dies ergibt sich zwar nicht explizit aus § 63 Abs 4 AVG. Es folgt jedoch aus allgemeinen

34 Gemäß § 12 VwGVG sind Schriftsätze bis zur Vorlage der Beschwerde an das Verwaltungsgericht bei der belangten Behörde einzubringen. Die Vorlage an das Verwaltungsgericht erfolgt entweder bei Absehen von einer Beschwerdevorentscheidung (§ 14 Abs 2 VwGVG) oder nach erfolgter Beschwerdevorentscheidung in Entsprechung eines Vorlageantrags (§ 15 VwGVG).

35 Damit trägt § 12 VwGVG den vom Gesetzgeber beabsichtigten Inhalt. Vgl hiezu die Materialien RV 2009 BlgNR 24. GP, 4: »Der vorgeschlagene § 12 führt den im Zivilprozess [...] und im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und dem Verfassungsgerichtshof gebräuchlichen Begriff des Schriftsatzes ein. Durch die Verwendung dieses Begriffes wird auch klargestellt, dass Anträge, Gesuche, Beschwerden und sonstige Mitteilungen schriftlich einzubringen sind.«

36 Art I Abs 2 Z 1 EGVG idF BGBl I 33/2013.

37 Zwar normiert § 16 Abs 1 AVG: »Amtliche Wahrnehmungen, mündliche oder telefonische Anbringen oder sonstige Mitteilungen an die Behörde [...] sind [...] in einem Aktenvermerk kurz festzuhalten.« Die getrennte Nennung von Anbringen einerseits und sonstigen Mitteilungen andererseits vermittelt den Eindruck als handle es sich bei sonstigen Mitteilungen um keine Anbringen iSd § 13 Abs 1 AVG. Dem steht jedoch die klare Fassung des § 13 Abs 1 AVG entgegen. § 13 Abs 1 AVG trägt die Überschrift »Anbringen« und zählt darunter Anträge, Gesuche, Anzeigen, Beschwerden und sonstige Mitteilungen ohne Ober- und Unterordnungsverhältnis als verschiedene Formen von Anbringen auf. Man mag mit systematischem Blick auf § 16 Abs 1 AVG an der Einordnung sonstiger Mitteilungen als Anbringen zweifeln können. Methodisch überzeugender scheint jedoch das Augenmerk auf die klare, eindeutige Fassung des

§ 13 Abs 1 AVG zu richten und auch sonstige Mitteilungen als Anbringen iSd § 13 Abs 1 AVG zu werten.

verfahrensrechtlichen Grundsätzen über die formelle Rechtskraft: Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist³⁸ können gegen die verwaltungsbehördliche Entscheidung weder Berufung³⁹ noch Beschwerde erhoben werden.⁴⁰ Wenn keine Rechtsmittel mehr erhoben werden können, verliert ein Rechtsmittelverzicht seine Bedeutung. Richtigerweise müsste man wahrscheinlich sagen: Zwar kann der Rechtsunterworfenen auch nach Verstreichen der Rechtsmittelfrist noch einen Berufungsverzicht abgeben, jedoch vermag dieser keinerlei Rechtswirkungen mehr herbeizuführen. An ihn knüpfen sich keinerlei Rechtsfolgen, da die Erhebung einer Berufung – unabhängig von der Abgabe eines Berufungsverzichts – ohnehin nicht mehr möglich ist. Der Berufungsverzicht erweist sich diesfalls als rechtlich unerheblich. Die Rechtsmittelfrist bestimmt, innerhalb welchen Zeitraums ein Rechtsmittel erhoben werden kann. Damit ist die Erhebung des Rechtsmittels an eine Frist gebunden. Diese Frist wirkt mittelbar auf den Rechtsmittelverzicht. Die mittelbare Einwirkung ist jedoch als Reflex anzusehen. Im Zusammenhang mit dem Berufungsverzicht selbst nennt das Gesetz keinerlei Fristvorgaben. Aus den dargelegten Gründen erweist sich der Berufungsverzicht als nicht fristgebunden iSd § 13 AVG.

§ 13 Abs 1 AVG lässt für nicht fristgebundene Anbringen deren schriftliche, mündliche oder telefonische Einbringung an die Behörde zu.⁴¹ Der **Berufungsverzicht ist also in schriftlicher, mündlicher oder fernmündlicher⁴² Form gegenüber der Behörde** zu äußern. Die Möglichkeit, ein Anbringen in konkludenter Form an die Behörde heranzutragen, kennt § 13 AVG nicht. In Bezug auf den Berufungsverzicht ist dem VwGH daher zuzustimmen, wenn er einzig Ausdrücklichkeit der Erklärung verlangt, weitere Formerfordernisse jedoch verneint.

§ 12 VwGVG regelt die Form des Beschwerdeverzichts nach § 7 Abs 2 VwGVG. § 13 AVG normiert Formerfordernisse für einen Berufungsverzicht nach § 63 Abs 4 AVG. § 12 VwGVG und § 13 AVG statuieren jeweils unterschiedliche Formerfordernisse. Während § 12 VwGVG für den **Beschwerdeverzicht ein Schriftformgebot** normiert, lässt § 13 AVG die Erklärung eines **Berufungsverzichts in schriftlicher, mündlicher oder telefonischer Form** zu. Bei Berufung und Beschwerde handelt es sich gleichermaßen um Rechtsmittel. Dennoch sind

Berufung und Beschwerde ihrem Wesen nach verschieden. Während über die Berufung innerhalb der Staatsfunktion der Verwaltung zu entscheiden ist, wird über die Beschwerde von der Staatsfunktion der Gerichtsbarkeit abgesprochen. Von der Verschiedenheit zeugt schon die Verfassung, welche für beide Regime jeweils unterschiedliche Kompetenzgrundlagen bereithält. Während das AVG auf Grundlage des Art 11 Abs 2 B-VG⁴³ fußt, stützt sich das VwGVG auf Art 136 Abs 2 B-VG⁴⁴. Angesichts der Verschiedenheit von Berufung und Beschwerde ist der Interpret nicht gehalten, nach Gemeinsamkeiten zu suchen, wo sich solche nicht offenkundig präsentieren. Das Ergebnis, wonach für die Abgabe eines Berufungsverzichts einerseits und eines Beschwerdeverzichts andererseits jeweils **unterschiedliche Formerfordernisse** bestehen, ist damit durchaus legitim.

E. Beurteilung von Willensmängeln anhand des ABGB

Schier selbstverständlich betrachtet der VwGH Rechtsmittelverzichtserklärungen im Lichte des ABGB, soweit es um die Beurteilung von Willensmängeln geht. Dahinter steht seine rigoros vertretene Auffassung: »*Da allgemeine Regelungen über die Wertung von Willenserklärungen in den Verwaltungsvorschriften oder den Verfahrensvorschriften nicht enthalten sind, sind in dieser Frage die Vorschriften des ABGB heranzuziehen.*«⁴⁵

Zuzustimmen ist dem VwGH insoweit, als er die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts als Willenserklärung deutet. Definitionen sollten zwar nicht überbewertet oder gar absolut gesetzt werden. Mit der Definition *Raschauer*⁴⁶ geht man jedoch wohl nicht fehl. *Raschauer* zufolge bedeuten Willenserklärungen die Ausübung einer **Rechtsmacht** und sind auf die **Gestaltung der Rechtslage** gerichtet. Dies trifft auf einen Rechtsmittelverzicht zu. Der Verzichtende übt seine ihm durch § 7 Abs 2 VwGVG⁴⁷ eingeräumte Rechtsmacht aus, auf eine Beschwerde zu verzichten. Ebenso ist ein solcher Verzicht auf die Gestaltung der Rechtslage gerichtet. Herbeigeführt werden soll die Rechtskraft der behördlichen⁴⁸ Entscheidung und damit der rechtskräftige Abschluss des Verwaltungsverfahrens.

38 Zur Berufungsfrist vgl § 63 Abs 5 AVG. Die Beschwerdefristen sind in §§ 7 Abs 4, 8 VwGVG geregelt.

39 Im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde gemäß Art 118 Abs 4 B-VG. Vgl bereits oben FN 24.

40 Aus der Lehrbuch-Literatur statt aller *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2013) Rz 558.

41 Zu den genaueren Modalitäten der Einbringung schriftlicher, mündlicher und telefonischer Anbringen vgl insb § 13 Abs 2 und 5 AVG.

42 Via Telefon.

43 IdF BGBl I 51/2012.

44 Seit der Fassung BGBl I 51/2012. Siehe auch den Kompetenztatbestand »Verwaltungsgerichtsbarkeit« in Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG seit der gleichen Fassung.

45 VwGH 23.3.1984, 82/02/0252.

46 *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 1235.

47 Bzw § 63 Abs 4 AVG, § 25a Abs 4a VwGG, § 82 Abs 3b VfGG.

48 Bzw der erstinstanzlichen Entscheidung im Rahmen eines Berufungsverzichts nach § 63 Abs 4 AVG.

Das ABGB trifft in seinen §§ 869 ff ABGB Regelungen über Willenserklärungen, welche auf das Zustandekommen eines Vertrags zwischen Privaten gerichtet sind. Im Folgenden gilt es jene Argumente zu erörtern, die für oder gegen eine sinngemäße Anwendung der §§ 869 ff ABGB auf Beschwerdeverzichtserklärungen sprechen.

Für die Übertragung der Grundsätze ließe sich ins Treffen führen, dass die §§ 869 ff ABGB Regelungen über Willenserklärungen normieren und der Beschwerdeverzicht eine Willenserklärung ist. Dem darf jedoch zugleich entgegnet werden, dass sich **Willenserklärungen im Kontext privatrechtlicher Verträge mit Willenserklärungen im Rahmen des Verwaltungsrechtsschutzes nicht vergleichen lassen.**

Weiters ist zu konstatieren, dass die verwaltungsverfahrens- und verwaltungsgerichtlichen Bestimmungen teilweise ausdrücklich die subsidiäre Heranziehung von Bestimmungen des bürgerlichen Rechts normieren.⁴⁹ Möchte man daher darüber hinausgehend auch dann Vorschriften des bürgerlichen Rechts heranziehen, wenn dies das öffentlich-rechtliche Verfahrensrecht gar nicht vorsieht, bedarf dies besonders überzeugender Argumente.

Überdies ist darauf hinzuweisen, dass der VwGH der Regelung des § 871 ABGB über den Irrtum den größten Stellenwert bei Beurteilung eines Rechtsmittelverzichts beimisst. Dabei führe vor allem eine irreführende bzw unvollständige Rechtsbelehrung zu einem von der Behörde veranlassten Irrtum. Aus dem Irrtum über die Möglichkeit eines Rechtsmittelverzichts und insb über die Rechtsfolgen des Rechtsmittelverzichts resultiere die Unwirksamkeit einer Rechtsmittelverzichtserklärung.⁵⁰ Dem gegenüber beurteilt der OGH⁵¹ einen Irrtum über Rechtsfolgen als unbeachtlichen Motivirrtum, welcher nicht zur Anfechtung des Rechtsgeschäfts berechtige. Der VwGH **legt die Bestimmung des § 871 ABGB anders aus als der OGH.** Dies soll an dieser Stelle nicht weiter diskutiert werden. Der aufgezeigte Umstand legt jedoch nahe, dass sich die Bestimmungen des § 869 ff ABGB nicht ohne Weiteres auf Rechtsmittelverzichtserklärungen übertragen lassen.

Bei alledem gilt es zu überlegen, ob sich aus den Verfahrensgesetzen Regelungen über die Deutung von

Willenserklärungen ergeben. Zwar geht der VwGH davon aus, dass die Verwaltungsverfahrensvorschriften keine allgemeinen Regelungen über die Wertung von Willenserklärungen enthalten.⁵² Doch stimmt das in dieser Pauschalität?

§ 13a AVG verpflichtet die Behörde zur Rechtsbelehrung gegenüber dem Rechtsunterworfenen. Das VwGVG kennt keine vergleichbare Regelung. Es normiert keine *lex specialis* zu § 13a AVG. Aus diesem Grund gelangt der § 13a AVG über §§ 11, 17 VwGVG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur Anwendung.⁵³ Ausweislich der Textierung des § 13a AVG hat die Behörde Rechtsunterworfenen die zur Vornahme ihrer Verfahrenshandlungen nötigen Anleitungen zu geben und sie über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen verbundenen Rechtsfolgen zu belehren. Mit der Erlassung des § 13a AVG bezweckte der Gesetzgeber die Verbesserung des Rechtsschutzes.⁵⁴

Die Erklärung eines Beschwerdeverzichts lässt sich unschwer als Verfahrenshandlung qualifizieren. Weiters steht der Beschwerdeverzicht mit Belangen des Rechtsschutzes in unmittelbarem Zusammenhang. Dies deshalb, weil sich Betroffene durch Abgabe eines Beschwerdeverzichts weiterer Rechtsschutzmöglichkeiten begeben. Damit ist der **Normzweck des § 13a AVG für Beschwerdeverzichtserklärungen von besonderer Bedeutung.** Folglich fallen Beschwerdeverzichtserklärungen in den Anwendungsbereich des § 13a AVG und trifft die Behörde auf Rechtsgrundlage des § 13a AVG eine Pflicht zur Rechtsbelehrung. Sie hat Betroffene über die mit dem Beschwerdeverzicht einhergehenden Rechtsfolgen zu belehren.

Dabei wird sie sich zu vergewissern haben, dass Betroffene die Tragweite der Rechtsfolgen auch tatsächlich verstehen. Droht das Verständnis bei Fremdsprachigen an Kenntnissen der deutschen Sprache zu scheitern, ist die Behörde gemäß § 39a AVG zur Beziehung eines Dolmetschers verpflichtet. Setzt die Behörde den Betroffenen unter Druck, indem sie ihm fälschlicherweise signalisiert, dass ein Rechtsmittel sowieso nicht zum Erfolg führen werde, so ist auch das als rechtswidrige Rechtsbelehrung zu werten.

Ausweislich der Materialien⁵⁵ stellt § 13a AVG ein **subjektives Recht des Betroffenen** dar. Die Qualifika-

49 Vgl etwa § 9 AVG über die Rechts- und Handlungsfähigkeit, § 10 Abs 2 AVG über Inhalt und Umfang einer erteilten Vollmacht oder § 53 Abs 1 VwGG idF BGBl I 33/2013 über den Aufwandsatz im Verfahren vor dem VwGH. Zwar ist direkt im VwGVG kein Fall einer subsidiären Heranziehung des ABGB vorgesehen. Allerdings ordnen die §§ 11, 17 VwGVG die subsidiäre Anwendung des AVG an. Damit kann es auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren über den Umweg der Anwendung des AVG zur Anwendung des ABGB kommen.

50 VwGH 25.10.2006, 2003/21/0037.

51 OGH RIS-Justiz RS 0014896.

52 Vgl hierzu oben FN 45.

53 Auch der VwGH hält § 13a AVG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren für anwendbar. Vgl VwGH 31.3.2016, Ra 2016/07/0020 und 21.3.2017, Ra 2017/12/0010.

54 RV 160 BlgNR 15. GP, 5 sowie AB 1049 BlgNR 15. GP, 1. Dies ergibt sich insb auch daraus, dass die RV 160 BlgNR 15. GP, 6 die Belehrungspflicht noch an ein Verlangen des Rechtsunterworfenen knüpfen wollte und der Verfassungsausschuss im AB 1049 BlgNR 15. GP, 2 für die Streichung dieser Voraussetzung eintrat.

55 AB 1049 BlgNR 15. GP, 2.

tion als subjektives Recht drängt sich nicht erst bei Konsultation der Materialien auf. Diese lässt sich bereits zwanglos mit der Schutznormtheorie⁵⁶ begründen. Zielt § 13a AVG auf den Schutz des Betroffenen ab, so folgt daraus ein subjektives Recht. Soweit also die Behörde ihrer Rechtsbelehrungspflicht nicht nachkommt und daraus falsche Vorstellungen über die Rechtsfolgen des Beschwerdeverzichts resultieren, darf dies nicht zu Lasten des Betroffenen gehen. Die Bindung des Betroffenen an eine mit solchen Willensmängeln belastete Verzichtserklärung ist mit § 13a AVG unvereinbar. Sie widerspricht dem Zweck des § 13a AVG. Der Betroffene ist daher an eine solche Erklärung nicht gebunden. Die Erklärung erweist sich als unwirksam.⁵⁷

§ 52 BFA-VG sieht eine **besondere Rechtsberatung für Fremde und Asylwerber vor dem BVwG** vor. Erlässt das BFA eine Entscheidung, so hat es Fremde oder Asylwerber mittels Verfahrensordnung darüber zu informieren, dass ihnen »kostenlos ein Rechtsberater amtswegig zur Seite gestellt wird.«⁵⁸ Ausweislich des Gesetzestextes⁵⁹ beraten und unterstützen Rechtsberater Fremde und Asylwerber »jedenfalls«⁶⁰ beim Einbringen einer Beschwerde und im Beschwerdeverfahren selbst, sowie bei der Beschaffung eines Dolmetschers. Außerdem haben Rechtsberater die Erfolgsaussicht einer beabsichtigten Beschwerde darzulegen. Auf Ersuchen von Fremden und Asylwerbern haben sie diese in Verfahren vor dem BVwG, einschließlich einer mündlichen Verhandlung, zu vertreten.

Die vom Gesetzgeber in § 52 Abs 2 BFA-VG gebrauchte Wendung »jedenfalls« deutet auf den demonstrativen Charakter der normierten Aufgaben. Dies rechtfertigt eine extensive Auslegung der von der Rechtsberatung umfassten Tätigkeiten. Die Frage des Beschwerdeverzichts wird man schon als Frage (im Zusammenhang mit) der Beschwerdeeinbringung qualifizieren können. Selbst wenn man dies nicht tut, lässt sich die **Beratung hinsichtlich eines Beschwerdeverzichts** ob seiner demonstrativen Aufgabenfestlegung

unter § 52 BFA-VG subsumieren. Im Ergebnis erweist sich die Abgabe eines Beschwerdeverzichts als von der Rechtsberatung umfasst. Dies deckt sich mit der vom BVwG herangezogenen Rsp des VfGH⁶¹.

Das Verhältnis von § 13a AVG einerseits und § 52 BFA-VG andererseits soll nicht weiter besprochen werden.⁶² Vielmehr ist für die vorliegend zu klärende Rechtsfrage der **gleichgerichtete Schutzzweck der §§ 13a AVG und 52 BFA-VG** in den Vordergrund zu stellen. Beide Bestimmungen möchten Rechtsunterworfenen vor nachteiligen Rechtshandlungen schützen.⁶³ Angesichts der aufgezeigten Gleichartigkeit sind aus § 52 BFA-VG die gleichen Rechtsfolgen abzuleiten wie dies für § 13a AVG getan wurde. Soweit also die Rechtsberatung hinter dem durch § 52 BFA-VG Gesollten zurückbleibt und daraus falsche Vorstellungen über die Rechtsfolgen des Beschwerdeverzichts resultieren, darf dies nicht zu Lasten des Betroffenen gehen. Die Bindung des Betroffenen an eine mit solchen Willensmängeln belastete Verzichtserklärung ist mit § 52 BFA-VG unvereinbar. Sie widerspricht dem Zweck des § 52 BFA-VG. Der Betroffene ist daher an eine solche Erklärung nicht gebunden. Die Erklärung erweist sich als unwirksam.

Wurde der Willensmangel weder von der Behörde noch durch eine Rechtsberatung gemäß § 52 BFA-VG verursacht, sondern von sonstiger Seite herbeigeführt, so lassen sich hiezu schwerer normative Aussagen in den verwaltungsverfahrensrechtlichen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsvorschriften finden. Wie ist also mit jenen Fällen umzugehen, in denen die Abgabe einer Verzichtserklärung auf der Beeinflussung von sonstiger Seite fußt und aus diesem Grund dem wahren Willen des Erklärenden nicht entspricht?

56 Zur Schutznormtheorie vgl. *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte: eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts (2008) 73 ff und *Pöschl*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, in ÖJT (Hrsg), Verhandlungen des 16. Österreichischen Juristentages Bd I/2 (2006) 6 (15 ff).

57 Eine Rechtsbelehrung nach § 13a AVG erfolgt formlos und damit nicht in den klassischen Formen der Hoheitsverwaltung. Dennoch steht die Rechtsbelehrung nach § 13a AVG in einem besonderen Naheverhältnis zur Hoheitsverwaltung. Eine Belehrung nach § 13a AVG ist daher als schlichte Hoheitsverwaltung zu qualifizieren. Teilt man die hier vertretene Auffassung nicht und geht trotz fehlerhafter Rechtsbelehrung von der Wirksamkeit der Verzichtserklärung aus, so wird man zumindest Amtshaftungsansprüche des Betroffenen nach Art 23 Abs 1 B-VG bejahen müssen.

58 § 52 Abs 1 BFA-VG idF BGBl I 24/2016.

59 § 52 Abs 2 BFA-VG.

60 § 52 Abs 2 BFA-VG.

61 Vgl oben bei FN 11.

62 Es gälte darüber nachzudenken, ob § 52 BFA-VG als *lex specialis* zu § 13a AVG anzusehen ist. Diesfalls würde im Anwendungsbereich des § 52 BFA-VG die Manuduktionspflicht der Behörde nach § 13a AVG entfallen. Weiters schließt § 13a AVG die behördliche Belehrungspflicht in Fällen aus, in denen der Rechtsunterworfenen durch einen berufsmäßigen Parteienvertreter vertreten ist. Im Zusammenhang damit könnte man sich überlegen, ob ein Ersuchen des Fremden oder Asylwerbers an den Rechtsberater auf Vertretung vor dem BVwG eine »*berufsmäßige Parteienvertretung*« iSd § 13a AVG begründet. Auch diesfalls würde die Manuduktionspflicht nach § 13a AVG entfallen.

63 Die Rechtsberatung im Asylverfahren wurde erstmals durch § 23 Asylgesetz 1991 BGBl 8/1992 eingeführt. Hiezu Erläuterung RV 270 BlgNR 18. GP, 22: »Diese Bestimmung berücksichtigt die besondere Situation, in der sich der Asylwerber befindet. Er hält sich nicht nur in einer fremden Umgebung auf, er hat unter Umständen auch mit erheblichen technischen wie psychologischen Schwierigkeiten zu kämpfen, wenn er seinen Fall den Behörden eines fremden Landes vortragen muß. Er soll daher von Beginn des Asylverfahrens an von Personen betreut werden, die das zur Durchführung des Asylverfahrens erforderliche Wissen und die Erfahrung, sowie Verständnis für die besonderen Schwierigkeiten und Nöte in denen sich der Asylwerber befindet, besitzen.«

Aus der Pflicht zur Sachverhaltsermittlung gemäß §§ 37, 39 Abs 2 VwGVG ergibt sich keine Nachforschungspflicht der Behörde nach der inneren Motivation für die Abgabe des Beschwerdeverzichts. Zwar ist die Behörde zur amtswegigen Sachverhaltsermittlung verpflichtet. Dabei muss sie jedoch nur jenen Sachverhalt ermitteln, der für die rechtliche Beurteilung wesentlich ist. Demnach müsste sich erst aus anderen Vorschriften ergeben, dass ein durch Druck von sonstiger Seite verursachter Willensmangel für die Wirksamkeit des Beschwerdeverzichts von Bedeutung ist. Diesfalls wäre die Behörde zur Sachverhaltsermittlung verpflichtet. Nicht mehr und nicht weniger besagen die §§ 37, 39 Abs 2 AVG über die Pflicht der Behörde zur amtswegigen Sachverhaltsfeststellung.⁶⁴

Zur Beantwortung der gegenständlichen Frage lässt sich § 13 Abs 4 AVG über Verbesserungsaufträge heranziehen. Für die Anwendbarkeit des § 13 Abs 4 AVG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gilt das zu § 13a AVG Ausgeführte entsprechend. Ebenso wenig wie das VwGVG Regelungen über die Rechtsbelehrungspflicht trifft, tut sie dies in Bezug auf Verbesserungsaufträge. Damit normiert das VwGVG keine *lex specialis* zu § 13 Abs 4 AVG. Folglich ist § 13 Abs 4 AVG aufgrund der §§ 11, 17 VwGVG auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anzuwenden.⁶⁵

Gemäß § 13 Abs 4 AVG hat die Behörde bei Zweifel an der Authentizität eines Anbringens einen Verbesserungsauftrag zu erteilen. Zweifelt die Behörde also daran, dass das im Anbringen Erklärte tatsächlich vom Absender stammt, so muss sie der Sache von Amts wegen nachgehen. Sie muss prüfen, ob das Erklärte dem Absender zurechenbar ist. Diese Prüfung hat sie anhand formaler Kriterien vorzunehmen. § 13 Abs 4 AVG normiert in seiner derzeitigen Fassung⁶⁶: »Bei Zweifeln über [...] die Authentizität des Anbringens gilt Abs. 3⁶⁷ mit der Maßgabe sinngemäß, dass das Anbringen nach fruchtlosem Verstreichen der Frist als zurückgezogen gilt.« Daraus ergibt sich zwar noch nicht mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Behörde die Zurechnung der Erklärung zum Erklärenden nach formalen Kriterien vorzunehmen hat. Betrachtet man die Norm des § 13 Abs 4 AVG jedoch in ihrer historischen Entstehungsgeschichte, so drängt sich dieser Schluss auf. Vormals⁶⁸ normierte § 13 Abs 4 AVG Folgendes: »Weist ein schriftliches Anbringen keine eigenhändige und urschriftliche Unterschrift auf, so

kann die Behörde, wenn sie Zweifel darüber hat, ob das Anbringen von der darin genannten Person stammt, eine Bestätigung durch ein schriftliches Anbringen mit eigenhändiger und urschriftlicher Unterschrift auftragen, und zwar mit der Wirkung, daß das Anbringen nach fruchtlosem Ablauf einer gleichzeitig zu bestimmenden, angemessenen Frist nicht mehr behandelt wird. Mit gleicher Wirkung kann auch die schriftliche Bestätigung eines mündlichen Anbringens aufgetragen werden.« Die Bestimmung sah also vor, dass dem Erklärenden eine Willenserklärung dann zuzurechnen war, wenn die Erklärung seine eigenhändige Unterschrift trug. Die Zurechnung erfolgte anhand eines formalen Kriteriums. Trug das Anbringen die Unterschrift des Erklärenden, so war ihm das Anbringen zuzurechnen. Auf die innere Haltung des Erklärenden kam es für die Zurechnung nicht an. Ob das objektiv Erklärte mit dem Willen des Erklärenden übereinstimmte, spielte für die Zurechnung keine Rolle. Setzte der Erklärende unter sein Anbringen seine Unterschrift, war ihm das Anbringen folglich auch dann zuzurechnen, wenn er das Anbringen unter Druck abgegeben hat und dieses daher seinem Willen nicht entsprach. Durch BGBl I 10/2004 erhielt die Norm folgenden Inhalt: »Verlangt der Gegenstand eines Anbringens den Nachweis [...] der Echtheit des Anbringens, so hat die Behörde, wenn diesbezüglich Zweifel bestehen, die Erbringung des Nachweises aufzutragen. Für die Behebung solcher Mängel ist eine angemessene Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Anbringen als zurückgezogen gilt.« § 13 Abs 4 AVG idF BGBl I 10/2004 stellte zwar für die Zurechenbarkeit nicht mehr ausdrücklich auf die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden ab. Aus den Materialien ergibt sich jedoch, dass es beim Nachweis der Echtheit nach wie vor auf formale Kriterien ankommen sollte. Vermutet die Behörde die Einbringung eines Anbringens unter falschem Namen – also unter Verwendung einer fremden Identität – so soll sie dies zur Erteilung eines Verbesserungsauftrags verpflichten.⁶⁹ Die Motivation des Gesetzgebers kann im Rahmen der Auslegung nur insoweit Berücksichtigung finden, als sich das vom Gesetzgeber verfolgte Ansinnen im äußersten Wortsinn der Rechtsnorm unterbringen lässt. Davon ist gegen-

64 Unter Darlegung der höchstgerichtlichen Judikatur die gleiche Ansicht vertretend *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 37 Rz 2.

65 Hinsichtlich Verbesserungsaufträge nach § 13 Abs 3 AVG der gleichen Ansicht VwGH 29. 8. 2017, Ra 2016/17/0197.

66 BGBl I 100/2011.

67 Anm.: Verpflichtung der Behörde zur Erteilung eines Verbesserungsauftrags.

68 IdF BGBl I 51/1991.

69 ErläutRV 252 BlgNR 22. GP, 12: »Die zunehmende Verbreitung elektronischer Kommunikation mit Hilfe des Internet, in dem die Annahme fremder Identitäten ein weit häufigeres Phänomen ist als in traditionellen Kommunikationsformen, lässt eine präzisere Auseinandersetzung mit dem Themenkreis Identität und Authentizität auch im Verwaltungsverfahren geraten erscheinen. Die eigenhändige Unterschrift erbringt zwar den Nachweis der Echtheit des Anbringens, doch ist dies in allen Fällen, in welchen nicht mit einer bloßen Wiederholungsidentität das Auslangen gefunden werden kann, nicht ausreichend. Der Nachweis der Echtheit einer Willenserklärung muss in aller Regel durch den Nachweis der Identität dessen, der die Willenserklärung abgibt, ergänzt werden, um rechtlich bedeutsam sein zu können. Dies wird durch die Neufassung des § 13 Abs 4 deutlicher zum Ausdruck gebracht als bisher.«

ständiglich auszugehen. § 13 Abs 4 AVG normiert, dass bei Zweifel an der Echtheit eines Anbringens ein *Nachweis zu erbringen* ist. Fortan legt § 13 Abs 4 AVG die Art des Nachweises nicht mehr ausdrücklich fest. Ebenso wenig finden sich jedoch Anhaltspunkte dafür, dass die Norm im Vergleich zu ihrer vormaligen Fassung eine grundsätzlich neue Stoßrichtung erhalten hat. Bei dem verlangten Nachweis handelt es sich daher nach wie vor um einen solchen formaler Natur. Die Möglichkeiten eines solchen formalen Nachweises sind jedoch erweitert und es kommt fortan nicht mehr nur die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden in Betracht. Dass das Erklärte dem tatsächlichen Willen des Erklärenden entspricht, ist auch weiterhin kein Zurechnungskriterium. Nunmehr verpflichtet § 13 Abs 4 AVG die Behörde zur Erteilung eines Verbesserungsauftrags, wenn sie an der *Authentizität* des Anbringens zweifelt. Der in § 13 Abs 4 AVG gewählte Begriff der *Authentizität* ist in systematischer Zusammenschau mit dem E-Government-Gesetz zu sehen. Dies deshalb, weil der Gesetzgeber mit BGBl I 10/2004 § 13 Abs 4 AVG novellierte und mit der gleichen Novelle das E-Government-Gesetz erließ.⁷⁰ Das E-Government-Gesetz enthält in seinem § 2 Z 5 eine Legaldefinition des Begriffs. *Authentizität* bedeutet demnach: »Die Echtheit einer Willenserklärung oder Handlung in dem Sinn, dass der vorgebliche Urheber auch ihr tatsächlicher Urheber ist.« Aus § 3 Abs 1 E-Government-Gesetz ergibt sich, dass der Nachweis der Authentizität in »elektronisch prüfbarer Form erbracht werden« muss. Daraus folgt, dass die Authentizität anhand formaler Kriterien zu prüfen ist. Indem § 13 Abs 4 AVG den identen Begriff der *Authentizität* verwendet, gilt Nämliches im Kontext verwaltungsbehördlicher Anbringen. Solche muss sich der Erklärende immer dann zurechnen lassen, wenn formale Kriterien belegen, dass die abgegebene Willenserklärung vom Erklärenden stammt. **Ob das ausdrücklich Erklärte mit dem subjektiven Willen des Erklärenden übereinstimmt oder er die Erklärung nur abgegeben hat, weil er fremdbestimmt dazu gedrängt wurde, ist im Lichte des § 13 Abs 4 AVG unbedeutend.**

Mit den §§ 13 Abs 4, 13a AVG, 52 BFA-VG enthält das verwaltungsrechtliche Verfahrensrecht Wertungen über den Umgang mit Willensmängeln. Das Vorliegen einer planwidrigen Lücke ist nicht erkennbar. Mangels planwidriger Lücke scheidet eine analoge Anwendung der §§ 869 ff ABGB aus.

Liegt daher ein Beschwerdeverzicht vor und bringt der Betroffene trotzdem Beschwerde ein, so hat das VwG folgendermaßen vorzugehen:

⁷⁰ Bundesgesetz, mit dem ein E-Government-Gesetz erlassen wird sowie das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, das Zustellgesetz, das Gebührengesetz 1957, das Meldegesetz 1991 und das Vereinsgesetz 2002 geändert werden, BGBl I 10/2004.

- a. Es muss im Rahmen der Sachverhaltsermittlung die Umstände, unter denen der Rechtsmittelverzicht zustande kam, erheben.
- b. Um eine rechtliche Beurteilung im Lichte der §§ 13a AVG, 52 BFA-VG vornehmen zu können, muss das VwG Feststellungen über das Verhalten der Behörde bzw der rechtsberatenden Person treffen. Namentlich hat es festzustellen, ob durch das Verhalten der Behörde bzw durch die Rechtsberatung falsche Vorstellungen über die Rechtsfolgen des Beschwerdeverzichts verursacht wurden. Ist dies der Fall, so ist die Beschwerdeverzichtserklärung unwirksam.
- c. Feststellungen darüber, ob der Verzichtende von sonstiger Seite fremdbestimmt wurde, braucht das VwG hingegen nicht zu treffen. Dies deshalb nicht, weil eine solche Fremdbestimmung auf die Rechtsgültigkeit der Verzichtserklärung ohne Einfluss bleibt. Dies folgt aus § 13 Abs 4 AVG, der für die Zurechnung eines Anbringens auf formale Kriterien abstellt. Die innere Motivation des Erklärenden lässt § 13 Abs 4 AVG hingegen unberücksichtigt.

V. Fazit

VwGH und BVwG ist darin beizupflichten, dass § 7 Abs 2 VwGVG einen vorweggenommenen Beschwerdeverzicht ausschließt.

Nicht zu überzeugen vermag die pauschale Annahme von VwGH und BVwG, dass das Gesetz für die Abgabe eines Rechtsmittelverzichts keine besonderen Formvorschriften statuiert. **Bezüglich des Beschwerdeverzichts normiert § 12 VwGVG ein Schriftformgebot. Die Formerfordernisse eines Berufungsverzichts richten sich nach § 13 AVG.** Der Berufungsverzicht ist als nicht fristgebundenes Anbringen iSd § 13 AVG anzusehen und kann als solches in schriftlicher, mündlicher oder telefonischer Form an die Behörde herangetragen werden.

Ebenso wenig ist der Ansicht von VwGH und BVwG zu folgen, wonach das verwaltungsbehördliche und verwaltungsgerichtliche Verfahrensrecht keine **Regelungen über die Deutung von Willenserklärungen** enthält. Vielmehr lassen sich dem einschlägigen Verfahrensrecht Wertungen entnehmen. Aus § 13a AVG ergibt sich, dass eine mangelhafte Rechtsbelehrung durch die Behörde nicht zu Lasten des Betroffenen gehen darf. Nämliches gilt für eine mangelhafte Rechtsberatung in fremden- und asylrechtlichen Verfahren nach § 52 BFA-VG. Verletzungen der Belehrungs- bzw Beratungspflicht nach §§ 13a AVG, 52 BFA-VG führen zur Unwirksamkeit des Beschwerdeverzichts. Werden Willensmängel von sonstiger Seite verursacht, liefert § 13 Abs 4 AVG wichtige Anhaltspunkte. Gemäß § 13 Abs 4 AVG erfolgt die

Zurechnung behördlicher Anbringen anhand formaler Kriterien. Ob das ausdrücklich Erklärte mit dem subjektiven Willen des Erklärenden übereinstimmt, spielt für die Zurechnung keine Rolle. Damit ist ein Beschwerdeverzicht trotz Fremdbestimmung von sonstiger Seite rechtsgültig. Die Beurteilung eines Beschwerdeverzichts anhand der §§ 869 ff ABGB hieße, die aufgezeigten Wertungen des Verwaltungsverfahrensrechts außer Acht zu lassen. Die Heranziehung des ABGB überzeugt umso weniger als verwaltungsverfahrensrechtliche Bestimmungen an manchen Stellen auf das ABGB verweisen, ein solcher Verweis hinsichtlich der Deutung von Willenserklärungen jedoch gerade fehlt.

Korrespondenz:

*MMag.^a Dr.ⁱⁿ Katharina Weiser
Universität Salzburg
Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht
Kapitelgasse 5-7
5010 Salzburg
E-Mail: katharina.weiser@sbg.ac.at*

MERLI/PÖSCHL (HRSG)

Das Asylrecht als Experimentierfeld

Manz Verlag Wien/ Dike Verlag Zürich, (2017)

222 S, € 48,00

ISBN 978-3-214-02451-2

Das Asylrecht gilt als Spezialmaterie für Eingeweihte. Im Vorwort umschreiben *Merli* und *Pöschl* die Herausforderungen: Das Asylrecht »ist mit Mehrfachverfahren in verschiedenen Ländern konfrontiert und in jedem einzelnen Land mit Kommunikationsproblemen zwischen Behörden und Antragstellern, spezifischen Beweisschwierigkeiten, der Notwendigkeit, eine risikoreiche und kaum revidierbare Entscheidung zu treffen. Dazu kommen stark schwankende Antragszahlen, die Missbrauchsanfälligkeit der Verfahren, die Ambivalenz der Gesetzesziele zwischen Schutz und Abschreckung, die hohe Emotionalität, mit der das Asylrecht in der Öffentlichkeit diskutiert wird, der daraus resultierende politische Druck, der auf Gesetzgebung und Vollziehung lastet, und die immer neuen europarechtlichen Vorgaben.« Im Asylrecht finden sich daher spezifische Instrumente und Abweichungen hinsichtlich der allgemeinen Standards im materiellen Recht, im Verfahrensrecht und im Rechtsschutz. Doch sind die zuvor genannten Aspekte wirklich solch außergewöhnliche Umstände für ein Verwaltungsverfahren, dass sie Sonderbestimmungen verlangen? Der vorliegende Band will das Asylrecht »in einen allgemeinen Kontext« stellen und seine Besonderheiten und Widersprüchlichkeiten verständlich und vergleichbar machen.

Zunächst bietet *Franz Merli* eine Einführung in die Fragestellung »Asylrecht als Experimentierfeld« (1 ff). Er zeigt anfangs auf, warum und wie oft das Asylrecht novelliert wurde (Reaktion auf steigende Antragszahlen, europäisches Asylsystem, Zulassungsverfahren versus materielles Verfahren, fehlende klare Linie, VfGH-Entscheidungen, etc). Er nennt auch die Spezifika der Materie als »Grund für Rechtsexperimente«: praktisch irreversible Entscheidungen über Menschenleben, Sachverhalt im (fernen) Ausland, Verfahrenskosten, Zunahme der zu berücksichtigenden Umstände bei längerer Verfahrensdauer, schwankende Anzahl von Verfahren, etc. *Merli* betont, dass Spezialisierung, Differenzierung und Komplexität eines Rechtsbereichs nichts Ungewöhnliches oder per se Schlechtes sei, dass sie aber auch ihre Schattenseiten hätten. Daher interessiere vor allem, ob die geschaffenen Instrumente für Sondersituationen auch außerhalb des Asylrechts Anwendung finden könnten und inwieweit nicht allgemeine verwaltungs(verfahrens)rechtliche Ideen ausreichend sind.

Sieglinde Rosenberger und *Didier Ruedin* untersuchen in »The Politicization of Asylum Seekers and

Other Immigrant Groups in a Comparative Perspective« (13 ff) für die Jahre 1995–2009 mittels Medienanalyse in Österreich, Belgien, Irland, den Niederlanden, Spanien, Schweiz und dem Vereinigten Königreich die Vereinnahmung von Flucht und Immigration durch Regierung, Parteien, Medien und Zivilgesellschaft und zeigen dabei positive und negative Erscheinungsformen auf. Vor allem Asylsuchende wurden sehr stark in die politischen Debatten einbezogen, obwohl sie eine deutlich inhomogenere Gruppe sind als beispielsweise Wanderarbeitnehmer. Festgestellt wurde auch, dass die Berichterstattung im Lauf der Jahre negativer geworden ist und »gefährdete Identitäten und Werte« als Schlagworte an Relevanz gewannen.

Gerhard Muzak widmet sich dem Thema »Asylrecht und seine Wechselwirkungen mit dem Aufenthalts-, Fremdenpolizei- und Grenzkontrollrecht« (27 ff). Dabei geht er zunächst der Frage nach, ob das Asylrecht ein eigenes Verwaltungsrechtsgebiet oder bloß ein Teil des Fremden-/Migrationsrechts sei. Es gebe hier zwar kein »richtig« oder »falsch«, aber es erscheint ihm zweckmäßiger, den Begriff des Fremdenrechts umfassend (und das Asylrecht miteinschließend) zu definieren. *Muzak* schildert kurz die Entwicklung des Asylrechts und dessen kompetenzrechtliche Einordnung, welche erst seit 2008 eindeutig geregelt ist; unklar sei aber weiterhin die Kompetenz zur Regelung der Grundversorgung: »Asyl« oder »Armenwesen«. Alsdann beschreibt er die Wechselwirkungen zwischen dem Asylrecht auf der einen und dem Aufenthaltsrecht, dem Fremdenpolizeirecht und dem Grenzkontrollrecht auf der anderen Seite. Er identifiziert etliche gemeinsame, aber auch so manche konträren Inhalte und Strukturen, von denen einige berechtigt, andere aber durchaus kritisch zu hinterfragen seien.

Magdalena Pöschl untersucht in ihrem Beitrag »Behörden und Personal im Asylvollzug« (41 ff). Einleitend betont sie die Bedeutung des Vollzugsorgans und untermauert dies etwa mit dem Umstand, dass die Anerkennungsquote je nach »Dublin-Staat« bei Afghanen zwischen 14 % und 96 % und bei Irakern zwischen 21 % und 98 % liege. Weil es für die wenigsten Vollzugsaufgaben die eine Ideallösung gibt, stellt sie zunächst verschiedene Behördentypen des österreichischen Organisationsrechts dar (Konzentration versus Dekonzentration, Allzuständigkeit versus Spezialisierung, Monokratie versus Kollegialität, Weisungsbindung versus Unabhängigkeit) und konfrontiert sie mit den vielen Eigenheiten des Asylrechts (unpopuläre Antragsteller aus dem Ausland, schwer feststellbare Sachverhalte, zu lange Verfahrensdauer, stark schwankende Antragszahlen, Emotionalisierung und Politisierung). Daran anknüpfend zeigt *Pöschl*, wie stark der Gesetzgeber bei der Asylverwaltung experimentierte: Zu Beginn waren die Sicher-

heitsbehörden und die nachprüfende Kontrolle von VfGH und VwGH zuständig. 1991 wurde das Bundesasylamt geschaffen und Asylanträge in Botschaften zugelassen; Letzteres wurde 1997 wieder beseitigt, allerdings wurde eine neue Rechtsschutzinstanz (»Unabhängiger Bundesasylsenat«) zur Entlastung des VwGH ins Werk gesetzt. Ende 2007 wurde der Bundesasylsenat in den Asylgerichtshof umgewandelt: Dort entschieden (aus zwei Personen bestehende) Kollegialorgane (*Schindler*: »Zweizelrichter« [202]) und der Weg zum VwGH wurde gekappt. 2014 schließlich wurde der Asylgerichtshof in das Bundesverwaltungsgericht und das Asylwesen damit in die »normale« Verwaltungsgerichtsbarkeit eingliedert. Nach diesem Rückblick richtet sich das Interesse auf die Frage »Was macht eigentlich Europa?« Wie in Österreich ist erstinstanzlich zumeist eine monokratische und weisungsgebundene Behörde zuständig – und zwar fast immer für das gesamte Staatsgebiet. Nur vereinzelt trifft man auf »vertikale Dekonzentration« (Zulässigkeitsentscheidung wird von nachgeordneter Behörde, inhaltliche Asylentscheidung von übergeordneter Behörde erlassen). Europaweit sind Spezialbehörden vorgesehen, wobei lediglich in Österreich Asyl und »Sicherheit«/»Aufenthaltsbeendigung« kombiniert werden, während anderswo auch neutrale Themen (zB Visum) oder das gesamte Migrationsrecht (einschließlich Arbeitskräftezuwanderung, Integrationsförderung und Einbürgerung) der einen Behörde übertragen sind; mehrere europäische Staaten beschränken ihre Spezialbehörde ausschließlich auf Asyl. Auch hinsichtlich des Rechtsschutzes bzw der nachprüfenden gerichtlichen Kontrolle gibt es eine große Varianz. *Pöschls* Konklusion: An monokratischen und weisungsgebundenen Behörden führe kaum ein Weg vorbei; auch die Konzentration auf eine Behörde sei für die Einheitlichkeit der Entscheidung wichtig. Asylsuchenden solle man aber etwas entgegenkommen (in Außenstellen bzw im Ausland). Die Spezialisierung sei unvermeidbar, doch sollten nicht nur negativ konnotierte Materien kombiniert werden. Wenn schon die Verwaltung spezialisiert ist, dann soll es die Gerichtsbarkeit nicht mehr sein.

»Die Einbeziehung Privater in die Asylverwaltung« ist Gegenstand der Analyse von *Anna Groschedl* (65 ff). Asylwerber werden in privaten Quartieren untergebracht, von nichtstaatlichen Rechtsberatern unterstützt, von Laien gedolmetscht, von einer privaten Sicherheitsfirma in der Schubhaft betreut. Untersucht wird, ob und inwiefern diese Vielfalt den Besonderheiten des Asylrechts geschuldet ist oder bloß dem besonderen Umgang damit; auch wird der wichtigen Frage nachgegangen, wie privat diese Akteure im Einflussbereich des Staates tatsächlich sind. Und daran anknüpfend: Welche Konsequenzen ergeben sich daraus für eine Haftung des Staates, die Grundrechtsbindung und

den Rechtsschutz? Nach *Groschedl* ist die Einbindung Privater zum Teil eine grundrechtliche Notwendigkeit (zB bei Beratung und Vertretung im Verfahren); sie fordert jedoch einen verbesserten Rechtsschutz im Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung und moniert die über das gebotene Maß hinaus gegebene Abhängigkeit bei Dolmetschleistungen und der Notversorgung.

Wolfgang Taucher und *Bettina Baumgartner* zeichnen in ihrem Beitrag »Hot-Spots und Relokation: Dokumentation eines neuen Ansatzes europäischer Asylpolitik« (85 ff) eine aktuelle europäische Entwicklung nach: Die Umverteilung von schutzsuchenden Menschen als besonderer Aspekt des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems kommt nur sehr schwer in die Gänge. Für eine wirkungsvolle Implementierung fordern sie einerseits von den beteiligten Mitgliedstaaten volles Engagement und ein klares Bekenntnis zur Umverteilung sowie andererseits eine kritische Auseinandersetzung mit den Rechtsgrundlagen und den darauf basierenden Verfahren.

Joachim Stern widmet sich dem Thema »Zulassung und Zuständigkeit« aus einer primär europarechtlichen Sicht (100 ff). Er legt seinen Fokus auf das Dublin-System als europäischem Zuständigkeitssystem, wobei er mehrere Widersprüchlichkeiten aufzeigt: Gemeinsames Europäisches Asylsystem versus nationale Asylsysteme und -praktiken, »Dublin« versus »Schengen« oder »nationale Zulassung« versus »europäische Mobilität«, »mutual trust« versus gegenseitiges Misstrauen, primärrechtliches Solidaritätspostulat versus sekundärrechtliche Zuständigkeit der Außenstaaten, Zuständigkeit der Außenstaaten versus Anträge in zentralen Staaten, Anträge in zentralen Staaten versus Überstellungsentscheidungen versus Überstellungen, Rechtsgeltungsanspruch versus Rechtsrealität. *Stern* sieht – mit Blick auf die europäische Rechtsentwicklung – eher Restriktionen und kaum wirkungsvolle Initiativen zur Auflösung der Widersprüche, in Summe also die Perpetuierung der Schwächen des Systems. Er schlägt eine Fokussierung auf die Sicherstellung würdiger Aufnahmebedingungen und angeglicherer Asylverfahren mit einem klareren rechtlichen Rahmen vor. Mobilität nach Anerkennung würde einer Zuständigkeitsentscheidung rechtliches Gewicht nehmen und flexiblere Lösungen ermöglichen.

Den Umstand, dass die Antragsteller eines Asylverfahrens in aller Regel der deutschen Sprache nicht mächtig sind, es in diesem Verfahren aber auf Glaubwürdigkeit und Aussagen aber besonders ankommt, untersucht *Julia Reisinger* in »Kommunikationsprobleme« (129 ff). Zunächst schildert sie die Rechtsgrundlagen für die (Notwendigkeit der) Hinzuziehung von Dolmetschern: Art 8 Abs 1 B-VG (Staatssprache), Art 47 GRCh sowie Art 6 EMRK (rechtliches Gehör und faires Verfahren), VerfahrensRL 2013/32/EU, Dublin III-

VO sowie § 39a AVG, § 70 AsylG, §§ 12 und 49 BFA-VG. Für zu restriktiv und (daher) europarechtswidrig hält sie § 20 AsylG (Recht auf Dolmetscher gleichen Geschlechts nicht nur bei Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung). Auch in der Verwaltungspraxis macht *Reisinger* Schwachstellen aus: mangelnde Verfügbarkeit von Dolmetschern für eine hohe Anzahl an vorab nicht bekannten Sprachen, Videodolmetschen, fehlende Qualifizierung der im Asylverfahren beigezogenen Übersetzer, geringe Entlohnung, Aufnahmeverfahren in die Dolmetscherlisten, fehlende Qualitätskontrollen, unvollständige Niederschriften (samt fehleranfälliger Rückübersetzungen) als dem Neuerungsverbot unterliegendes Beweismittel, fremdsprachige Informationsblätter. All diese Probleme bedürfen einer Lösung, um »das Recht der Antragsteller auf eine angemessene Verdolmetschung« sicherzustellen. Den Behörden sind die meisten Unzulänglichkeiten bewusst.

Reinhard Klaushofer beschreibt und analysiert rechtliche »Probleme bei der Ermittlung des Sachverhalts« (147 ff). Er befasst sich – ausgehend vom AVG als dem »Standard« eines verwaltungsbehördlichen Ermittlungsverfahrens und der Funktion des Verfahrensrechts im Allgemeinen – mit den spezifischen Herausforderungen eines Asylverfahrens. Diesbezüglich nennt er insb den Umstand, dass der relevante, von der Behörde zu ermittelnde Sachverhalt zu einem Gutteil auch im Ausland zu recherchieren sei und dabei auf »mittelbare Beweisaufnahme« mit den damit verbundenen Unsicherheiten zurückgegriffen werden müsse. Hinzu kämen: Kooperation mit dem Verfolgerstaat sei nicht möglich, konsultierte Vertrauenspersonen seien keine Sachverständigen, befragten Auskunftspersonen komme kein Zeugenstatus zu, Beweismittelnotstand des Flüchtenden, Sprachbarrieren, kulturelle Unterschiede und/oder Traumatisierungen. Diese materienspezifischen Umstände verlangen nach darauf zugeschnittenen Rechtsnormen. Weil beim Thema Asyl aber nicht nur die Lösung von Sachproblemen sondern auch gesellschaftliche, soziale und ökonomische Aspekte eine gewichtige Rolle spielen, können die auf das Asylverfahren zugeschnittenen verfahrensrechtlichen Bestimmungen »daher mitunter auch prohibitiven und abschreckenden Charakter haben, obwohl dies kein Sachzwang zur Bewältigung des behördlichen Ermittlungsverfahrens ist. Die mit BGBl I 2016/24 eingeführten Bestimmungen zu den so genannten Asyloberggrenzen sind ein denkwürdiges Beispiel dafür.« *Klaushofer* widmet sich detailliert folgenden »normativen Antworten auf das Spezifische im Asylrecht«: Staatendokumentation, Mitwirkungspflichten des Asylwerbers, Befragung durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, Mitteilungspflichten nationaler Behörden, DNA-Untersuchung, multifaktorielle Untersuchung, er-

kennungsdienstliche Behandlung, Manuduktion und Wahrung des rechtlichen Gehörs (Merk- und Informationsblätter, Einvernahmen), nicht feststellbarer Herkunftsstaat, Opfer von Gewalt. Für *Klaushofer* zeigen die geltenden Regelungen, dass es neben der Sachverhaltsermittlung auch um eine Signalwirkung nach außen (Vermeidung von Pull-Faktoren) sowie um ordnungspolizeiliche und personenstandsrechtliche Interessen gehe. Den Bestimmungen sei eine umfassende Funktion zuzusprechen, Sachverhaltsermittlungsprobleme seien eher ein beiläufiger Anlass für besondere Regelungen gewesen.

Lamiss Khakzadeh-Leiler befasst sich mit »Verfahrensbeschleunigung und ihre Grenzen« (175 ff). Ausgehend vom Umstand, dass die Verfahrensdauer für jegliches Prozess-/Verfahrensrecht ein wichtiges Thema ist und Beschleunigungsmöglichkeiten gesucht werden und dass dies ganz besonders für das Asylverfahren (Entscheidung über existentielle Lebensgrundlagen, Verpflichtung zur Grundversorgung, Aufenthaltsberechtigung) gilt, beschreibt sie zunächst die Grenzen der Verfahrensbeschleunigung. Diesbezüglich nennt sie das rechtsstaatliche Prinzip (Richtigkeit der Entscheidung als Verfahrensziel, Verfahrensökonomie [Wahrheit versus Raschheit]), grundrechtliche Standards, unionsrechtliche Vorgaben sowie verfassungsrechtliche Beschränkungen (Art 11 Abs 2 bzw Art 136 Abs 2 B-VG). Daran anknüpfend stellt *Khakzadeh-Leiler* verfahrensbeschleunigende Instrumente im Asylverfahren vor: Antragszurückziehungsverbot, Mitwirkungspflichten, Neuerungsverbot, Verkürzung der Fristen, Pauschalierungen. Bei der Beschleunigung durch Verfahrensregelungen (ieS) sieht sie die möglichen Grenzen erreicht. Als »bisher erst ansatzweise aktivierten Beschleunigungshebel« bezeichnet sie die Reduktion der Verfahrenskomplexität, dh die Vereinfachung von Abläufen, sowie die Konsolidierung der Rechtsnormen. Und natürlich seien auch organisatorische und personelle Maßnahmen bei den Behörden zweckmäßig.

Benjamin Schindler ergänzt mit »Das Asylrecht als Experimentierfeld: Der Blick aus der Schweiz« (189 ff) die vorstehenden Beiträge, indem er die schweizerische Rechtslage skizziert und damit die Möglichkeit zu vergleichenden Schlussfolgerungen ermöglicht. Nach einem kurzen historischen Rückblick beschreibt er die schweizerische Gesetzgebung als im Spannungsfeld zwischen Politisierung und Versachlichung. Der Gesetzesvollzug liegt bei einer einzigen und besonders spezialisierten Behörde (»Zentralisierung«), das Asylrecht ist vom übrigen Ausländerrecht weitgehend getrennt. Auch das schweizerische Asylgesetz enthält zahlreiche Abweichungen vom allgemeinen Verfahrensrecht, mit anderen Worten: ein Sonderverfahrensrecht. Im Be-

reich des Rechtsschutzes bestehen Besonderheiten, wobei manche Beschleunigungsmaßnahmen »eher einer tagespolitischen Laune als einer vertieften Analyse der Problematik« entspringe.

Am Ende ziehen *Franz Merli* und *Magdalena Pöschl* ihre »Schlussfolgerungen« (205ff). Gewohnt strukturiert benennen sie zunächst Probleme und ihre Lösungen: Zuständigkeits- und Lastenverteilung – ein aktuelles europäisches Dilemma; mögen sich auch einzelne Zuständigkeitsregelungen bewährt haben, »so ist das Dublin-System insgesamt doch spektakulär gescheitert, weil es an zu vielen Widersprüchen leidet.« Als konkrete Schwachpunkte werden genannt: Überbelastung und Überforderung der südlichen und östlichen Außengrenzenstaaten, unklare Regelung für den Fall von »systematischen Schwächen« im Erstaufnahmestaat, Ermöglichung von undokumentierter und unregelter Binnenmigration im Überlastungsfall, Renationalisierung und Abschottung (einschließlich Zaunerrichtung) zur Abhaltung von Asylsuchenden, späte Einrichtung von »Hotspots« zur Unterstützung bei der Registrierungsarbeit, gescheiterte Umverteilungsversuche (»Relokation«). Sachverhaltsermittlung – zwar werde das Beweismaß auf die Glaubhaftmachung einer Verfolgung reduziert, flankierende Ansätze seien aber im Organisationsrecht (Schaffung von Spezialbehörden und allenfalls auch Spezialgerichten) und im Verfahrensrecht (Mitteilungspflichten für andere nationale Behörden, Mitwirkung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, Staatendokumentation, besondere Ermittlungs- bzw Handlungsbefugnisse bzw Mitwirkungspflichten) erforderlich. Unterstützung schutzbedürftiger Antragsteller – Kommunikationsprobleme, Traumatisierung, unbegleitete Minderjährige, unzureichende Rolle der Rechtsberater, etc. Missbrauchsabwehr und Verfahrensbeschleunigung – weil Antragsteller gleich Anspruch auf Aufenthalt und Grundversorgung haben, haben sie (anders als der Staat) uU kein Interesse am schnellen (negativen) Verfahrensabschluss, allerdings werden Beschleunigungsinstrumente im Asylrecht »tendenziell überreizt und müssen entsprechend oft vom VfGH korrigiert werden«. Bewältigung der schwankenden Antragszahlen – Logistikprobleme, Frühwarnmechanismen, Umverteilung des Aktenanfalls innerhalb einer Behörde oder eines Gerichts, Aufrechterhaltung der Grundversorgung nur durch Inanspruchnahme von Privatpersonen, etc. Beruhigung der Bevölkerung – Maßnahmen wie »Asyl auf Zeit« oder »Asylobergrenze« oder »Notverordnung« sollen dem Staatsvolk Handlungsfähigkeit demonstrieren; deeskaliierend würden eine funktionierende Grundversorgung sowie eine Verteilung der Schutzsuchenden über das ganze Bundesgebiet wirken. Der eigentliche Zweck des Tagungsbandes ist es aber, herauszuarbeiten,

wo Einzigartiges bzw Verallgemeinerbares gegeben ist. *Merli* und *Pöschl* konstatieren diesbezüglich zunächst, dass wohl nirgendwo die Kluft zwischen der Verheißung eines Rechts und den rechtlichen Schwierigkeiten, es zu erlangen, so groß sei. Das Asylrecht tue einiges, um das Verfahren für die Antragsteller zu erleichtern und gleichzeitig versuche es fast alles, um Anträge abzuwehren. Die Spannung zwischen Rechtsgewährung und Abwehr bestimme auch das Verfahren selbst, Asylverfahren seien wie eine heiße Kartoffel, die niemand will. Freilich gibt es auch Positives, was sich auch anderswo einsetzen ließe. *Merli* und *Pöschl* nennen hier etwa die erweiterte Manuduktion durch Informationsblätter, die Unterstützung von Sprachkundigen, die Rechtsberatung als Verfahrenshilfe »light«, die Staatendokumentation als Beispiel für eine Datenbank mit gewisser öffentlicher Kontrolle (»eine Art Wissensgenerierung, die im Zeitalter von alternative facts and fake news besonderes Interesse verdient«), die Spezialisierung und bessere Ausstattung einer Behörde als Schlüssel zur Beschleunigung. Unter »Allgemeines im Lichte des Besonderen« betonen sie nochmals wie voraussetzungsvoll das »normale« Verwaltungsverfahren ist: bekannte Personen mit feststehenden Identitäten und Biographien, österreichische Zuständigkeit, Sachverhalt im Inland, unmittelbare Beweisaufnahme, Verfahrensbeteiligte mit derselben Kultur und Sprache wie die Behördenvertreter, Antragsverfahren oder amtswegiges Verfahren (aber nicht – wie das Asylverfahren – beides zugleich), kalkulierbare Anzahl an Verfahren, Routine, keine moralische Aufladung oder politischer Druck, und: Über ein ganzes Leben entscheidet es nicht. Das Asylrecht hingegen weiche in unterschiedlicher Weise vom Allgemeinen ab. »Besonderes im Lichte des Allgemeinen« seien etwa der spezifische Einsatz allgemeiner Instrumente (zB Fristen oder Neuerungsverbot), die Übernahme von Sondermaterienmaßnahmen (zB erkennungsdienstliche Behandlung aus dem Polizeirecht) oder Eigenschöpfungen (zB Rechtsberatung, Staatendokumentation). »Als Abweichung vom Allgemeinen bedarf das Besondere einer Rechtfertigung, im Verfahrensrecht meist aus verfassungsrechtlichen Gründen, aber auch unabhängig davon und darüber hinaus, und vielleicht noch stärker, aus rechtspolitischer Sicht, denn das Allgemeine ist ja meist auch das Bekanntere, Einfachere und Ökonomischere. Sonderinstrumente müssen zur Bewältigung einer besonderen Situation (geeignet und) erforderlich, ihr aber auch angemessen sein.« Als »fragwürdig« bezeichnen *Merli* und *Pöschl* etwa Informationsblätter für Leseunkundige, eine zugleich zur Objektivität und zur Parteieninteressenvertretung verpflichtete Rechtsberatung, als nichtamtliche Sachverständige schlecht bezahlte Dolmetscher, ein Neuerungsverbot für Traumatisierte oder verfahrensrecht-

lich Ahnungslose. Manch Besonderes sei erforderlich, aber übertrieben ausgefallen: etwa die Differenzierung zwischen Antragstellung und Antragseinbringung oder die Erklärung der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens als neue Art der Verfahrensbeendigung. Und in einem Bereich wünschen sie sich ein bisschen mehr Besonderheit: Sicherstellung einer ausreichenden Dolmetschqualität. Als »Schlusswort« formulieren *Merli und Pöschl*: »Das Wichtigste schließlich ist wohl, dass das Besondere und das Allgemeine zusammen gedacht werden. Das Allgemeine lernt vom Besonderen, als Kontrast, als Variation, als Erweiterung des Möglichkeitsraums. Das Besondere muss dagegen, um seine Aufgabe zu erfüllen und kluge Köpfe anzuziehen, anschlussfähig bleiben, an die allgemeinen Rechtsinstrumente wie Status, Antragsverfahren, Manuduktion; an die allgemeinen Lehren, etwa zur Mitwirkungspflicht, zu Rechtsvermutungen oder zur Verfahrensbeendigung; an die allgemeine Rechtsprechung, etwa zu den Grundrechten, zur Gefahrenabwehr und zur Verwaltungsvollstreckung; und an die allgemeine Diskussion, zB zur Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder zur Legitimation und Verbindlichkeit europäischer Entscheidungen. Hoffentlich leistet dieses Buch einen kleinen Beitrag dazu.« Dem ist nichts hinzuzufügen außer ein großes Dankeschön an die klugen Köpfe, die dieses Werk initiiert und dazu inhaltlich beigetragen haben. Möge dieser informative Band zumindest im Bereich des Asylwesens zu einer besseren Qualität der Rechtsnormen und damit einhergehend besserer Vollziehbarkeit führen, zumal es bei einigen Flüchtlingen ja tatsächlich um eine Entscheidung zwischen Leben in Europa oder Folter/Tod im Herkunftsland geht. Zu befürchten ist freilich, dass die nach der Nationalratswahl 2017 entstandenen neuen Mehrheitsverhältnisse in Österreich eher wieder zu gesetzgeberischem Aktionismus im Asylbereich führen, und zwar nicht, um einige der im vorliegenden Buch aufgezeigten Zweifelhaftheiten zu korrigieren, sondern um der im Vorfeld emotionalisierten Bevölkerung Handlungsfähigkeit zu demonstrieren. Nichtsdestotrotz – oder gerade deshalb – ist der Tagungsband sehr lesenswert!

Rudolf Feik

Impressum

Herausgeber und Verleger (Medieninhaber)

Jan Sramek Verlag KG
Schloß Schönbrunn, Feuerleutgang 74, 1130 Wien
Tel.: +43 (1) 236 85 37-11 | Fax: +43 (1) 236 85 37-9
E-Mail: kontakt@jan-sramek-verlag.at
Verlag@fabl.at
Web: <http://www.jan-sramek-verlag.at>

Eigentümer und Geschäftsführer: Mag. Jan Sramek

Angaben gemäß § 5 ECG:

Firmenbuchnummer: FN 301 900x
Zuständige Behörde: Handelsgericht Wien
UID-Nr.: ATU 63 82 23 13
Mitglied der Wirtschaftskammer
Fachgruppe Buch- und Medienwirtschaft
Bankdaten:
Konto-Nr.: 68 58 50 07 006
Bankleitzahl: 19200, Schoellerbank AG
IBAN: AT311920068585007006
BIC: SCHOATWW

Redaktioneller Kontakt: redaktion@fabl.at
Die aktuelle Liste der Redakteure, Beiräte und ständigen Mitarbeiter finden Sie auf der ersten und zweiten Umschlagseite oder online unter www.fabl.at

Verlags- und Herstellungsort: Wien

Die Zeitschrift erscheint in Einzelbeiträgen nach Erteilung des Imprimaturs. Diese werden drei Mal jährlich zu Heften gebündelt und sind nur online verfügbar.

Eigensatz des Verlages

Design & Programmierung: Atelier Seethaler

Das Abonnement ist bis auf Widerruf kostenlos. Für den Zugang zu den Volltexten ist eine Registrierung erforderlich. Für den Fall der Kostenpflichtigkeit des Abonnements, erfolgt vorab eine Verständigung der registrierten Nutzer. Stimmen diese den Entgeltbestimmungen nicht ausdrücklich zu, wird der Zugang ab Beginn der Kostenpflicht für neue Inhalte gesperrt. Eine automatische Verlängerung des Abonnements erfolgt nicht.

Blattlinie

Die fremden- und asylrechtlichen Blätter (FABL) verstehen sich als unabhängiges Medium, das allen mit fremden-, asy-, aufenthalts- und migrationsrechtlichen Fragen Befassten eine vom Einzelfall losgelöste, objektive und rechtswissenschaftlich fundierte Orientierungshilfe bieten will.

Die Blattlinie ist daher keiner weltanschaulichen oder politischen Richtung, sondern ausschließlich den Grundsätzen der sachlichen wissenschaftlichen Analyse verpflichtet.

Der Schwerpunkt liegt auf der Analyse der einschlägigen Judikatur – insbesondere des Asylgerichtshofs bzw seit 2014 des Bundesverwaltungsgerichts. Darüber hinaus werden auch Fachbeiträge und Buchrezensionen aus dem titelgebenden wie auch nahestehenden Themenbereichen veröffentlicht.

Dieses Projekt wird durch den Europäischen Flüchtlingsfonds und das Bundesministerium für Inneres kofinanziert und seitens der Universität Salzburg unterstützt.