



DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Das Verfahren vor dem Asylgerichtshof“

Verfasser

Mag. iur. Alexander Kdolsky

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, September 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Muzak

ao. Univ.-Prof. Dr. Dieter Kolonovits M.C.J.

VORWORT

Gegenstand dieser rechtswissenschaftlichen Dissertation aus dem Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechtes ist das Verfahren vor dem Asylgerichtshof, eines Gerichtes, welches seit dem 1. Juli 2008 anstelle des Unabhängigen Bundesasylsenates, einer Verwaltungsbehörde, als zweite Instanz in Asylsachen angerufen werden kann. Novellierungen des Asylrechtes sowie ganz generell des Komplexes „Fremdenrecht“ erfreuen sich stets großer medialer Anteilnahme. So ist auch die am 5. Dezember 2007 vom Nationalrat beschlossene, den Asylgerichtshof sowohl auf Verfassungs- als auch einfachgesetzlicher Ebene etablierende, Asylrechtsreform von kontroversiellen Diskussionen begleitet gewesen, wobei, worauf noch einzugehen sein wird, die ob dieser Reform warnenden und pessimistischen die hoffnungsfrohen Stimmen eindeutig überwogen zu haben scheinen.

Doch worum handelt es sich bei „Asyl“, was sind seine wesentlichen Entwicklungslinien in der Weltgeschichte gewesen? Diesen als Einstieg gewählten Fragen möchte ich mich zu Beginn kurz widmen, bevor ich auf das geltende österreichische Recht fokussieren werde. Einem Blick auf die Entwicklung des Fremden- und Asylrechtes in Österreich, auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen der neuen Gerichtsbehörde sowie auf deren Organisationsrecht soll eine Übersicht über das erstinstanzliche Verfahren vor dem Bundesasylamt folgen. Der Schwerpunkt dieser Dissertation wird jedoch bei der Darstellung des das Verfahren vor dem Asylgerichtshof regelnden Verfahrensrechtsregimes liegen. Besondere Berücksichtigung wird naturgemäß dessen judikative Auslegung durch den Asylgerichtshof selbst und die beiden Gerichtshöfe öffentlichen Rechts finden, wobei auf manche Fragen näher einzugehen sein wird, als auf andere. Thematisch abgeschlossen wird die Arbeit mit der Erörterung der dem Asylwerber zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten in Bezug auf Entscheidungen des Asylgerichtshofes – also mit der Darstellung der angeschlossenen Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und dem Verfassungsgerichtshof – sowie mit der Behandlung des novellierten Systems der Rechtsberatung im Asylverfahren.

In Zeiten, in denen neben den intranationalen vor allem die hier relevanten internationalen Flüchtlingsströme zumindest kurz- und mittelfristig wohl eher zu- als abnehmen werden, gewinnen neben der materiell-rechtlichen Frage, unter welchen Umständen einem Fremden Asyl zu gewähren ist, wenig überraschend auch verfahrensrechtliche Fragen, samt all ihrer Implikationen, an Bedeutung.

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	I
Inhaltsverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	XI
I. Einstieg.....	15
I.A. Die Anfänge des Asyls im Altertum.....	15
I.B. Asyl im Alten und im Neuen Testament	18
I.C. Kirchliches und weltliches Asyl im Mittelalter	19
I.D. Asyl von der Neuzeit bis ins 19. Jahrhundert: Vom Gnadenrecht zum Menschenrecht	22
II. Die Entwicklung des Fremden- und Asylrechtes in Österreich.....	23
II.A. Zur Entwicklung des Fremdenrechtes und verwandter Materien.....	23
II.A.1. Heimatrecht und Schubwesen	23
II.A.2. Staatsbürgerschaftswesen	24
II.A.2.a) Entwicklungsgeschichte.....	24
II.A.2.b) Lex lata.....	26
II.A.3. Fremden- und Aufenthaltsrecht.....	27
II.A.3.a) Entwicklungsgeschichte.....	27
II.A.3.b) Lex lata – FPG	29
II.A.3.c) Lex lata – NAG.....	30
II.B. Zur Entwicklung des Asylrechtes.....	32
II.B.1. Historische Grundlegung.....	32
II.B.2. Völkerrechtliche Entwicklung bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts.....	33
II.B.3. Asylrechtsgesetzgebung in Österreich	34
II.B.4. Völkerrechtliches Umfeld.....	38
II.B.5. Europarechtliches Umfeld.....	39
II.C. Jüngere Novellierungen des FPG, NAG und AsylG 2005.....	41
II.C.1. Problemkreis „Ausweisung“	41
II.C.1.a) Einleitung	41
II.C.1.b) Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im österreichischen Recht	42
II.C.1.c) Unterschiede zwischen der fremdenpolizeilichen und der asylrechtlichen Ausweisung	46
II.C.1.d) Bisher von der Judikatur herausgearbeitete Aspekte der nach Art 8 Abs 2 EMRK vorzunehmenden Interessenabwägung	47
II.C.1.e) Die Erk VfGH B328/07 und B1150/07 – und ihre „Nachfolger“	48
II.C.1.f) Das aufhebende Erk G179/07 ua.....	50
II.C.1.g) BGBl I 2009/29 – Teil I	51

II.C.2. Problemkreis „Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen“	52
II.C.2.a) Einleitung.....	52
II.C.2.b) Das aufhebende Erk VfGH G246/07 ua	52
II.C.2.c) BGBI I 2009/29 – Teil II	53
II.C.3. Das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 BGBI I 2009/122.....	54
II.C.4. Das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 BGBI I 2011/38.....	56
 III. Verfassungsrechtliche Grundlagen	59
III.A.Kompetenzrechtliches	59
III.B.Der Begriff der „Asylsachen“ in Art 129c B-VG.....	61
III.C.Die Stellung des AsylIGH im staatlichen Gefüge	64
III.C.1. Der AsylIGH als Gericht und Tribunal.....	64
III.C.2. Der AsylIGH als Höchstgericht?	66
III.C.3. Der AsylIGH als Verwaltungsgericht.....	68
III.C.4. Ressortierung	69
 IV. Vom UBAS zum AsylIGH – Organisationsrecht.....	70
IV.A. Mitglieder des AsylIGH	70
IV.B. Gerichtliche Garantien	72
IV.C.Willensbildung	73
 V. Überblick über das Verfahren vor dem BAA	76
V.A.Verfahrensgang.....	76
V.A.1. Allgemeines zum BAA; Flüchtlingsbegriff der GFK.....	76
V.A.2. Stellung des Asylantrages.....	77
V.A.3. Einbringung des Asylantrages – Zulassungsverfahren	78
V.A.4. Inhaltliches Verfahren	80
V.B. Abschluss des erstinstanzlichen Asylverfahrens – Die Entscheidung des BAA.....	81
V.B.1. Allgemeines	81
V.B.2. Anordnungen im Zusammenhang mit Rückkehrentscheidungen.....	81
 VI. Das Verfahren vor dem AsylIGH	84
VI.A. Anzuwendendes Verfahrensrechtsregime	84
VI.B. Verfahrensgrundsätze	87
VI.B.1. Offizialmaxime und Mitwirkungspflichten von Asylwerbern.....	88
VI.B.1.a) Offizialmaxime	88
VI.B.1.b) Mitwirkungspflichten im allgemeinen Verwaltungsverfahren.....	89
VI.B.1.c) Mitwirkungspflichten gem § 15 Abs 1 AsylG 2005	91
VI.B.1.d) Die Verpflichtung zum Aufenthalt gem § 15 Abs 3a und 3b AsylG 2005	94
VI.B.1.e) Meldeverpflichtung im Zulassungsverfahren gem § 15a AsylG 2005	95

VI.B.2. Grundsatz der arbiträren Ordnung	96
VI.B.3. Grundsatz der Verfahrensökonomie.....	98
VI.B.4. Grundsatz der materiellen Wahrheit	100
VI.B.4.a) Der Grundsatz im Allgemeinen.....	100
VI.B.4.b) Der maßgebende Sachverhalt	101
VI.B.5. Grundsatz der freien Beweiswürdigung.....	102
VI.B.5.a) Allgemeines zum Beweis – die Beweispflicht.....	102
VI.B.5.b) Beschränkungen der Beweispflicht kraft Offenkundigkeit.....	102
VI.B.5.c) Beschränkungen der Beweispflicht kraft gesetzlicher Vermutung	104
VI.B.5.d) Das geforderte Beweismaß	105
VI.B.5.e) Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung	107
VI.B.6. Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel.....	113
VI.B.6.a) Allgemeines zum Grundsatz	113
VI.B.6.b) Indizienbeweise	113
VI.B.6.c) Sonstige Beweismittel	114
VI.B.6.d) Beweisverbote	116
VI.B.7. Grundsatz der Unmittelbarkeit	121
VI.B.7.a) Die im Verwaltungsverfahren geltende Mittelbarkeit der Beweisaufnahme	121
VI.B.7.b) Formlose Erhebungen	121
VI.B.7.c) Fälle einer gesetzlich angeordneten Unmittelbarkeit.....	123
VI.B.7.d) Die vor dem AsylIGH geltende Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme	127
VI.B.8. Recht auf Gehör	131
VI.B.8.a) Allgemeines	131
VI.B.8.b) Das Parteiengehör als Mitwirkungsrecht der Partei	131
VI.B.8.c) Gegenstand des Parteiengehörs im Allgemeinen	132
VI.B.8.d) Gegenstand des Parteiengehörs speziell im Asylverfahren	134
VI.B.8.e) Der Akt der Gewährung des Parteiengehörs – Schriftliches, mündliches und telefonisches Parteiengehör.....	136
VI.B.8.f) Der Akt der Gewährung des Parteiengehörs – Parteiengehör durch Aufforderung zur Akteneinsicht	137
VI.B.8.g) Kein Rechtsanspruch auf mündliches Parteiengehör.....	138
VI.B.8.h) Die Bedeutung der in § 43 Abs 4 AVG aufgezählten Rechte	141
VI.B.8.i) Frist zur Stellungnahme.....	143
VI.B.8.j) Parteiengehör auch vor der Berufungs- bzw Beschwerdeinstanz.....	143
VI.B.8.k) Sanierung einer Verletzung des Parteiengehörs	144
VI.C.Die Verfahrensgrundsätze im Spiegel der Judikatur des VfGH.....	149
VI.C.1. Ermittlungspflichten des AsylIGH.....	150
VI.C.1.a) Sich aus dem Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander ergebende Ermittlungspflichten im engeren Sinn.....	150

VI.C.1.b) Sich aus dem Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander ergebende Ermittlungspflichten im weiteren Sinn – Begründungsmängel.....	155
VI.C.1.c) Sich aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ergebende Ermittlungspflichten	160
VI.C.1.d) Sich aus dem Verbot der Folter ergebende Ermittlungspflichten.....	163
VI.C.1.e) Aktueller Spezialfall: Griechenland und Art 3 EMRK	164
VI.C.1.f) Sich aus dem Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander ergebende weitere Pflichten	168
VI.C.2. Parteiengehör vor dem AsylGH.....	173
VI.D. Kompetenzen des AsylGH	174
VI.D.1. Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide des BAA	174
VI.D.2. Entscheidung über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des BAA	175
VI.E. Parteien vor dem AsylGH	177
VI.E.1. Parteistellung	177
VI.E.1.a) Parteistellung des Asylwerbers	177
VI.E.1.b) Parteistellung des BAA	177
VI.E.2. Parteienrechte.....	180
VI.F. Beschwerden an den AsylGH	183
VI.F.1. Allgemeines, Beschwerdelegitimation.....	183
VI.F.2. Einbringungsbehörde	183
VI.F.3. Form der Beschwerde	184
VI.F.4. Inhalt der Beschwerde	185
VI.F.5. Vorbringen in der Beschwerde – Neuerungsverbot	188
VI.F.6. Beschwerdefrist.....	190
VI.F.7. Beschwerdevorentscheidung	195
VI.F.8. Wirkung von Beschwerden	197
VI.F.8.a) Allgemeines zur aufschiebenden Wirkung von Berufungen	197
VI.F.8.b) Das System der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden in Asylverfahren... 198	198
VI.G. Die öffentliche mündliche Verhandlung vor dem AsylGH.....	201
VI.G.1. Grundsätzliches zur Verhandlungspflicht vor dem AsylGH.....	201
VI.G.2. Möglichkeiten des Entfalls der Verhandlung	204
VI.G.2.a) Entfall der Verhandlung gem § 41 Abs 4 AsylG 2005	204
VI.G.2.b) Entfall der Verhandlung gem § 41 Abs 7 S 1 AsylG 2005	205
VI.G.2.c) Entfall der Verhandlung gem § 41 Abs 7 S 2 AsylG 2005 iVm § 67d AVG	208
VI.G.2.d) Die Maßgeblichkeit von unionsrechtlichen Vorschriften	210
VI.G.3. Die Öffentlichkeit der Verhandlung	212
VI.G.4. Anberaumung der Verhandlung.....	212
VI.G.5. Durchführung der Verhandlung	215
VI.G.5.a) Verhandlungsleitung, Befangenheit.....	215

VI.G.5.b) Ablauf der Verhandlung	217
VI.H. Die Entscheidung des AsylIGH	218
VI.H.1. Allgemeines	218
VI.H.2. Der erforderliche Inhalt einer Entscheidung des AsylIGH	218
VI.H.2.a) Ausdrückliche Bezeichnung als Erkenntnis bzw Beschluss.....	218
VI.H.2.b) Spruch.....	219
VI.H.2.c) Rechtsmittelbelehrung	220
VI.H.2.d) Hinweis auf die Möglichkeit einer Beschwerde beim VfGH	221
VI.H.2.e) Übersetzung von Spruch, Rechtsmittelbelehrung und Hinweis auf VfGH-Beschwerde.....	221
VI.H.2.f) Begründung – Allgemeines.....	222
VI.H.2.g) Begründung – Verfassungsrechtliche Erfordernisse	222
VI.H.2.h) Begründung – Unterverfassungsrechtliche Erfordernisse	225
VI.H.2.i) Inhaltliche Erfordernisse gem § 58 Abs 3 iVm § 18 (Abs 4) AVG	227
VI.H.2.j) Adressat.....	228
VI.H.2.k) Inhaltliche Mindestfordernisse	228
VI.H.3. Entscheidung in Senaten oder durch Einzelrichter	229
VI.H.3.a) Allgemeine Rechtslage	229
VI.H.3.b) Übergangsrecht – vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter.....	230
VI.H.4. (Personelle) Unmittelbarkeit.....	233
VI.H.5. Entscheidungsbefugnis des AsylIGH.....	234
VI.H.5.a) Die Anwendbarkeit des § 66 AVG vor dem UBAS	234
VI.H.5.b) „Notwendige Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens“ iSd § 66 Abs 1 AVG	235
VI.H.5.c) Zurückweisung der Berufung.....	236
VI.H.5.d) Entscheidung in der Sache.....	236
VI.H.5.e) Die Anwendbarkeit von § 66 Abs 1 und 4 AVG auf das Verfahren vor dem AsylIGH	237
VI.H.5.f) Die Kassation gem § 66 Abs 2 und 3 AVG durch den UBAS.....	238
VI.H.5.g) Die Kassation gem § 66 Abs 2 und 3 AVG durch den AsylIGH	241
VI.H.6. Erlassung der Entscheidung	243
VI.H.6.a) Mündliche Verkündung	243
VI.H.6.b) Unterbleiben der Verkündung.....	244
VI.H.6.c) Beurkundung	245
VI.H.6.d) Schriftliche Ausfertigung	245
VI.H.6.e) Berichtigung.....	246
VI.H.7. Im Zusammenhang mit der Rückkehrentscheidung nach dem FPG stehende Anordnungen.....	247
VI.H.8. Veröffentlichung von Entscheidungen.....	247

VI.H.9. Die Entscheidungspflicht des AsylGH – Fristsetzungsverfahren	248
VI.H.9.a) Allgemeines zu Fristsetzungsanträgen und Fristsetzungen gem § 62 AsylG 2005	248
VI.H.9.b) Reichweite der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung über einen Fristsetzungsantrag	251
VI.I. Sonderfall Überprüfung der Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes.....	254
VI.I.1. Allgemeines	254
VI.I.2. Faktischer Abschiebeschutz gem §§ 12 und 12a AsylG 2005	254
VI.I.2.a) Nichtbestehen des faktischen Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 1 AsylG 2005.....	254
VI.I.2.b) Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 2 AsylG 2005	255
VI.I.2.c) Nichtbestehen des faktischen Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 3 AsylG 2005.....	256
VI.I.2.d) Zuerkennung des faktischen Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 4 AsylG 2005...	257
VI.I.3. Die Überprüfung der Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes durch den AsylGH.....	260
VI.I.3.a) Gesetzliche Grundlagen.....	260
VI.I.3.b) Die Judikatur des AsylGH.....	262
VI.I.3.c) Die Sicht des VfGH	263
VI.J. Rechtsschutz gegen Entscheidungen des AsylGH.....	266
VI.J.1. Mangelnde Anrufbarkeit des VwGH	266
VI.J.1.a) Gesetzeslage	266
VI.J.1.b) Stellungnahmen der Literatur und Judikatur	268
VI.J.1.c) Eigene Anmerkungen	270
VI.J.2. Das Verfahren betreffend Grundsatzentscheidungen	271
VI.J.2.a) Allgemeines	271
VI.J.2.b) Gegenstand des Grundsatzentscheidungsverfahrens.....	272
VI.J.2.c) Einleitung des Grundsatzentscheidungsverfahrens	274
VI.J.2.d) Ablehnung des Antrages durch den Kammersenat.....	276
VI.J.2.e) Rechtsfolgen einer unzulässigerweise unterbliebenen Grundsatzentscheidung	277
VI.J.2.f) Das weitere Verfahren vor dem AsylGH.....	279
VI.J.2.g) Rechtsfolgen einer unzulässigen Vorlage.....	280
VI.J.2.h) Das Verfahren vor dem VwGH.....	281
VI.J.2.i) Die Entscheidung des VwGH	281
VI.J.2.j) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Gesetzeswortlaut und Materialien	283
VI.J.2.k) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Wiederin.....	284
VI.J.2.l) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Müller	286
VI.J.2.m) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Faber/Frank.....	287

VI.J.2.n) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Muzak	287
VI.J.2.o) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Kolonovits.....	292
VI.J.2.p) Veröffentlichung von Grundsatzentscheidungen.....	293
VI.J.2.q) Die der Grundsatzentscheidung folgende Entscheidung des AsylIGH	293
VI.J.3. Beschwerde an den VfGH.....	294
VI.K.Rechtsberatung.....	297
VI.K.1. Die ursprüngliche Rechtslage	297
VI.K.2. VfGH Juni 2009: Kein Erfordernis einer anwaltlichen Vertretung im Asylverfahren ...	297
VI.K.3. VfGH Oktober 2010: Erfordernis eines Abspruchs in der Sache über einen Antrag auf Beigabe eines Flüchtlingsberaters	299
VI.K.4. Das neue System der Rechtsberatung	301
VI.K.5. Die neue Rechtslage vor dem Hintergrund der VfGH-Judikatur	303
 Schlussbemerkung – Ausblick	305
Kurzzusammenfassung.....	307
Abstract	309
Verzeichnis der Rechtsquellen und der gesetzgeberischen Materialien	311
Literaturverzeichnis.....	317
Lebenslauf	322

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abkürzung	Bedeutung
A	Antrag
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AB	Ausschussbericht
ABI	Amtsblatt (der Europäischen Union)
Abs	Absatz
Appl No	<i>Application Number</i> (Beschwerdenummer)
arg	<i>argumento</i>
Art	Artikel
Asylantrag	Antrag auf internationalen Schutz
AsylIGH	Asylgerichtshof
AuvBZ	Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt
BAA	Bundesasylamt
BGBI	Bundesgesetzblatt
BKA	Bundeskanzleramt
BlgNR	der Beilagen zum Nationalrat
BMI	Bundesminister/Bundesministerium für Inneres
BPD	Bundespolizeidirektion
BVB	Bezirksverwaltungsbehörde
BVG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
dD	dieselben Datums
dh	das heißt
EAST	Erstaufnahmestelle
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Erk	Erkenntnis
etc	<i>et cetera</i>
EU	Europäische Union
f	und folgende/r
ff	und fortfolgende/r
FN	Fußnote
ggf	gegebenenfalls
GHÖR	Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts
GP	Gesetzgebungsperiode
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz

iA	im Allgemeinen
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
insbes	insbesondere
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JGS	Justizgesetzsammlung
leg cit	<i>legis citatae</i>
Lfgen	Lieferungen
lit	<i>litera</i>
maA	mangels anderer Anordnung
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des BKA, abrufbar unter http://ris.bka.gv.at/ (letzter Zugriff am 26. September 2011)
RV	Regierungsvorlage
RZ	Randziffer
S	Satz
SD	Sicherheitsdirektion
ST	Satzteil [Anmerkung: Näheres zu dieser Abkürzung in FN 452.]
StGBI	Staatsgesetzblatt
ua	und andere
UBAS	Unabhängiger Bundesasylsenat
UNHCR	<i>United Nations High Commissioner for Refugees</i> (UN-Flüchtlingshochkommissar)
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
UVSL	Unabhängiger Verwaltungssenat in den Ländern
vfggR	verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Verfassungssammlung (Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes)
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Verwaltungssammlung (Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes)
WV	Wiederverlautbarung
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

zgd	zuletzt geändert durch
ZN	Zwangsnorm
ZNEN	Zwangsnormerzeugungsnorm
ZNVN	Zwangsnormvollzugsnorm

I. Einstieg

I.A. Die Anfänge des Asyls im Altertum

Asyl ist Schutz vor Verfolgung, wobei schon sehr früh zwischen säkulares und sakrales Asyl¹ unterschieden worden sei.² Viele vorchristliche Gesellschaften hätten anerkannte Asylstätten gekannt.³ In der historischen Entwicklung vom Gnadenrecht zum Anspruchsrecht sind auch für TREMMEL die Anfänge des Asyls im Altertum zu sehen. Der griechische Begriff *asyllos* oder *asyletos* bedeute „das, was nicht ergriffen werden darf“, *asylia* „den Zustand, in dem sylon (Beraubung)⁴ – auf welche Art auch immer – an Personen und Sachen, die a-sylos sind, verboten ist.“⁵ *Asylos topos* bezeichne die Zufluchtsstätte. Das Asylrecht der Antike sei das Schutzrecht eines topographisch klar abgegrenzten Ortes gewesen. Der Ausdruck *he asyla* habe sich auf das, was der Verfolgte zu seinem Schutz ergriffen hat, bezogen. Rechtssubjekt sei zweifelsfrei der Ort und nicht der Flüchtling gewesen. Der griechische Ausdruck *hierosylia*, der die Beraubung (*sylon*) am Heiligtum (*hieron*) bezeichne, deute auf die religiösen Wurzeln des Asyls hin. TREMMEL verweist auf die Aussage KIMMINICHS,⁶ wonach „in allen Rechtskulturen am Anfang der Geschichte des Asylrechts eine sakral-magische Epoche steht.“⁷

Die bedrohliche Umwelt mit ihren zahllosen Gefahren, die mangelnde Rechtssicherheit, die unverstandenen Naturvorgänge und der ständige Kampf des Menschen mit Natur und Mitmenschen habe ein großes Bedürfnis nach Schutz geschaffen, welcher „in einer so gearteten religiös-magischen Vorstellungswelt nur vom Numinosen der göttlichen Mächte geschenkt werden“ habe können.⁸ Um derartige Subjekte der Schutzgewährung, die ihre Autorität und weltliche Macht aus dem Numinosen abgeleitet hätten, zu charakterisieren, nimmt TREMMEL eine Anleihe bei HENSSLER, und greift so auf den Orendismus⁹ – „den Glauben an besonders wirkungsvolle Kräfte und Mächte, die [...] in den Objekten wirksam sind und alles Geschehen bestimmen“ – zurück.

¹ Im Rahmen dieses Einstieges steht im Gegensatz zu den restlichen Kapiteln dieser Arbeit letzteres im Vordergrund.

² So TRAULSEN, Das sakrale Asyl, 1 in seiner Einleitung; unter Berufung auf THELER, Asyl in der Schweiz. Eine rechtshistorische und kirchenrechtliche Untersuchung (1995) 7.

³ Vgl SCHULTZ-SÜCHTING, Kirchenasyl, 4, der allerdings auf das Fehlen eines Asylinstituts in islamischen Ländern hinweist.

⁴ Auch BABO, Kirchenasyl – Kirchenhikesie, 32 übersetzt den Begriff *sylon* mit jeder Form gewaltsamen Wegreißens, so für Gewaltanwendung im Zusammenhang mit Repressalien, aber auch für „eigenmächtige faustrechtliche Selbsthilfe“.

⁵ Auch für HENSSLER, Formen des Asylrechts, 7 steht die Bezeichnung Asylrecht für ein Recht auf Unantastbarkeit und Unverletzlichkeit.

⁶ Vgl KIMMINICH, Grundprobleme des Asylrechts (1983) 7.

⁷ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 3 ff.

⁸ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 6.

⁹ Vgl auch BÄCHTOLD-STÄUBLI, Handwörterbuch, 1294, der unter Orendismus „den Glauben an unpersönliche, besonders wirkungsvolle Kräfte oder Mächte, die in körperlichen oder unkörperlichen, durch die Sinne wahrnehmbaren Objekte wirksam sind“, versteht sowie KÜHNE, Ostensio reliquiarum, 15, der Orendismus (gemeinsam mit Animismus) als die ältesten und primitivsten Schichten der religiösen Entwicklung bezeichnet.

Bestimmte Orte, wie Kult-, Grab- oder Wohnstätten besäßen mehr *Orenda* als ihre Umgebung, bestimmte, mit göttlichen Mächten in Verbindung stehende Menschen, wie etwa Häuptlinge, Priester oder erfolgreiche Krieger würden dadurch hervorragen, dass sie besonders krafterfüllt sind.¹⁰ Es habe die Vorstellung vorgeherrscht, der Flüchtling werde durch den Kontakt mit der Transzendenz faktisch zum Schützling der übernatürlichen Mächte. „Aus dem anfänglichen Nicht-Wagen jeglichen Zugriffs aus Angst vor göttlichen Sanktionen, vor göttlichem Zorn und göttlicher Rache entstand bald ein faktisches ‚Gewohnheitsrecht‘, das allgemein anerkannt wurde.“ Der orendische Gegenstand (zB Tempel oder Altäre) dürfe normalerweise vom Menschen nicht ergriffen werden; werde dieses Tabu gebrochen, so trete der Verfolgte unmittelbar in Verkehr mit dem Numinosen, vor dem nur er selbst sich rechtfertigen könne.¹¹

Es wird allerdings betont, dass allein der Asylort das Rechtssubjekt gewesen sei. Wer, unabhängig vom Grund der Schutzsuche, auch zufällig, in den Bannkreis des Numinosen geraten ist, sei im schützenden Licht des Asylortes gestanden. Keineswegs also habe es das Recht eines Individuums auf Schutzgewährung vor Verfolgung zu dieser Zeit gegeben.¹² HENSSLER fasst dahingehend zusammen, dass grundsätzlich alle Personen, „rechtsfähig oder rechtlos, schuldig oder unschuldig, am Asylschutz teilhaben“ hätten können.¹³

Während der nachfolgenden, als utilitaristisch bezeichneten Phase des Asylrechtes¹⁴ habe sich die Asylgewährung (unter Beibehaltung der sakralen, am Orendismus orientierten Form nach außen)¹⁵ von einer heiligen Pflicht hin zu einer Abwägung von praktisch-politischen Überlegungen, welche die jeweilige politische Situation, die Bündnisverhältnisse und Machtrelationen zwischen den Stadtstaaten sowie auch innenpolitische Faktoren eingeschlossen hätten, gewandelt. Die Entscheidung, ob einer Person Asyl gewährt worden ist oder nicht, sei eine politische des Herrschers, und keine Gott gegebene mehr gewesen, wie TREMMEL anhand der Tragödie „Die Hiketiden“ (die Schutzflehenden) des Aischylos illustriert.¹⁶

Für das expansionswütige römische Weltreich sei der völkerrechtliche Grundsatz der Gegenseitigkeit beinahe absurd gewesen; es habe strikt auf die Auslieferung von in fremde Länder geflüchteten Römern gedrängt, die sich eines politischen Verbrechens schuldig gemacht haben, damit diese kein

¹⁰ So HENSSLER, Formen des Asylrechts, 16.

¹¹ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 7 f.

¹² Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 11.

¹³ Vgl HENSSLER, Formen des Asylrechts, 9.

¹⁴ Für HENSSLER, auf dem TREMMEL aufbaut, steht die utilitaristische Phase in chronologischer Hinsicht zwischen der sakral-magischen Phase und der „Entartungs- und Endphase“, vgl HENSSLER, Formen des Asylrechts, 13.

¹⁵ Vgl HENSSLER, Formen des Asylrechts, 27.

¹⁶ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 13 ff.

Unheil durch Spionage, Aufwiegelei oder Sabotage anrichten hätten können. Die Entwicklung des Asylgedankens habe damit einen empfindlichen Rückschritt erfahren. Bei gewöhnlichen Kriminellen, die nach Ansicht des *Imperium Romanum* für es selbst keine Gefahr darstellen haben können, sondern eher für die aufnehmenden Staaten eine unbequeme Belastung, sei die Asylgewährung hingenommen geduldet worden.¹⁷ Dennoch könne man die Existenz eines Tempelasyls im Alten Rom nicht leugnen. Nach der Konstantinischen Wende um das nachchristliche Jahr 313 hätten jedoch die ersten Kirchengemeinden das Asylrecht für sich in Anspruch genommen; von einem spezifischen Kirchenasyl könne man aber erst nach der Erhebung des Christentums zur Staatsreligion im Jahre 391 sprechen.¹⁸

¹⁷ Vgl. TREMMEL, Grundrecht Asyl, 19 ff.

¹⁸ Vgl. SCHULTZ-SÜCHTING, Kirchenasyl, 5 f.

I.B. Asyl im Alten und im Neuen Testament

Was die „biblische Entwicklungslinie“ betrifft, verweist *TREMMEL* unter Berufung auf *KÖHNLEIN*¹⁹ auf die Flüchtlingseigenschaft fast aller „großen alttestamentlichen Gestalten“ und spürt im Alten Testament Bezeugungen des Asyls sowohl der Tempel und Altäre aufgrund sakral-magischer Vorstellungen²⁰ als auch aufgrund utilitaristischer Überlegungen²¹ auf.²² Auch für *TRAULSEN* ist es zweifelsfrei, „daß es im Alten Israel Altarflucht gegeben hat“, wenngleich nicht unbedingt ein Asylrecht des Altars.²³ Die Einschätzung, dass das im Ersten Buch der Könige, Kapitel 1, Vers 50 geschilderte Altars-asyl²⁴ „allein auf der Scheu vor einem heiligen Ort“ beruhe sowie, dass es keinen Hinweis darauf gebe, „dass die Altarflucht rechtlich geregelt sein könnte, daß es also ein Asylrecht der Altäre gegeben habe“ und, dass sich jeder „in der schützenden Sphäre des Heiligtums sicher fühlen“ habe können,²⁵ deckt sich mit der Ansicht *TREMMELS*, wonach es kein individuelles Recht auf Asyl zu dieser Zeit gegeben habe.²⁶

Unter Berufung auf *MERKS*²⁷ spricht *TREMMEL* die „im Handeln Jesu und von da im Handeln seiner Jünger, im Handeln und in der Ordnung der biblischen Gemeinden“ aufgegriffene Tradition an, Fremde und Heimatlos-Unbeheimatete „als notleidenden, gesellschaftlich ausgeschlossenen Nächsten“ uneingeschränkt aufzunehmen.²⁸ Gastfreundschaft sei eine der „vornehmsten Pflichten der frühchristlichen Gemeinden und besonders ihrer Leiter“.²⁹

¹⁹ Vgl *KÖHNLEIN*, Aus aller Herren Länder. Asylbewerber unter uns (1988) 263.

²⁰ Vgl das erste Buch der Könige, Kapitel 1, Vers 50: „Adonija aber fürchtete sich vor Salomo und machte sich auf, ging hin und ergriff die Hörner des Altars.“ *TRAULSEN*, Das sakrale Asyl, 19 ff verweist des Weiteren auf das erste Buch der Könige, Kapitel 2, Vers 28, wo ebenfalls die „Hörner des Altars“ erwähnt werden und das zweite Buch Mose (Exodus), Kapitel 21, Vers 14.

²¹ *TREMMEL* verweist auf Das zweite Buch Samuel, Kapitel 15, Verse 18 bis 22.

²² Vgl *TREMMEL*, Grundrecht Asyl, 24 ff.

²³ Vgl *TRAULSEN*, Das sakrale Asyl, 28 ff, für den es fraglich ist, ob die Zufluchtsuche „auch ein rechtlich anerkannter und geregelter Vorgang war“.

²⁴ Vgl oben Fußnote [FN] 20.

²⁵ So *TRAULSEN*, Das sakrale Asyl, 47 f.

²⁶ Vgl oben FN 11 und 12.

²⁷ Vgl *MERKS*, Migration als ethische Aufgabe. Zu den Möglichkeiten menschlicher Verantwortung angesichts komplexer Probleme, in: *KLEBER* (Hrsg): Migration und Menschenwürde, 23. Internationaler Kongreß der deutschsprachigen Moraltheologen und Sozialethiker 1987 in Passau (1988) 35 – 69.

²⁸ Vgl *TREMMEL*, Grundrecht Asyl, 31.

²⁹ So *BABO*, Kirchenasyl – Kirchenhikesie, 55, der in engem Zusammenhang dazu auch die „konstitutiv“ zum Wesen der frühen Kirche gehörende „Fremdheitserfahrung“ erwähnt. Die frühen Christen hätten sich bewusst von der antiken Gesellschaft entfremdet, indem sie einer neuen, völlig andersartigen Religion angehört hätten.

I.C. Kirchliches und weltliches Asyl im Mittelalter

Aus der altkirchlichen Gastfreundschaft sei mittlerweile genuines (Asyl-)Recht der Kirche geworden, welches vom 4./5. Jahrhundert bis ins 15. Jahrhundert bestanden habe. Kirchliches Asyl habe in erster Linie eine Milderung und gerechtere Durchführung von Strafen und Strafverfahren bezweckt, weswegen es im Mittelalter ein Gegengewicht zur Blutrache dargestellt habe. Man könne es deshalb weitgehend als Verbrecherasyl bezeichnen. Beim mittelalterlichen Kirchenasyl seien zwei Komponenten zum Tragen gekommen. Zum einen habe die Kirche als *res sacra* gegolten, die in ihrer Würde nicht verletzt werden habe dürfen (Asylrecht des Ortes), zum anderen habe der Bischof über das Interzessionsrecht verfügt – ein Einspruchsrecht mittels dessen er zB Erleichterungen für Sklaven bewirken habe können (persönliches Asylrecht besonders einflussreicher Personen). Überdies seien auch orendische Einflüsse im Mittelalter gut dokumentiert.³⁰

Für BABO habe sich im frühen Mittelalter die Kirche eindeutig als Korrektiv zum Staat und als Anwältin der Bedrängten und Verfolgten betrachtet, und zwar aufgrund der Überzeugung, dass Sündern (auch Verbrechern) Gelegenheit zur Buße gegeben werden solle.³¹ Der Fremdheitsstatus des frühen Christentums,³² die daraus resultierende Offenheit der Christen gegenüber Fremden und die gegenüber Christen und Nichtchristen praktizierte Nächstenliebe in Verbindung mit der *misericordia*³³ habe in den Kirchen Anlaufzentren für Arme, Bedürftige und Verfolgte entstehen lassen.³⁴

KIMMINICH weise darauf hin, dass die weltliche Gewalt während des ganzen Mittelalters danach getrachtet habe, den Missbrauch des Asylrechtes einzudämmen. So habe Kaiser Theodosius I. im Jahre 392 verfügt, dass alle angeklagten und verurteilten Verbrecher kein Kirchenasyl erhalten sollen. Zu widerhandelnde Bischöfe seien für die Schulden der unrechtmäßig Beschützten haftbar gemacht worden.³⁵ Im Laufe der Jahrhunderte habe sich der Kampf gegen Asylmissbrauch verschärft, und zwar nicht nur von Seiten des Kaisers, sondern auch von der Kirche selbst. So habe beispielsweise im Jahre 1212 Papst Innozenz III. den Ausschluss der Wegelagerer und Straßenräuber vom Asylrecht verfügt und Papst Gregor XIV. im Jahre 1591 auch Feldverwüster, Mörder, Kirchenschänder, Majestätsverbrecher, aber auch Häretiker und Juden ausgeschlossen.³⁶ Einerseits seien Verbrechen von der Asylstätte aus begangen oder im Vertrauen auf den späteren Schutz der Asylstätte ausgeheckt worden, andererseits aber auch die Ausbeutung der Asylgewährung zu eigennützigen Zwecken zu bekla-

³⁰ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 39 ff.

³¹ Vgl BABO, Kirchenasyl – Kirchenhikesie, 67 f.

³² Vgl oben FN 29.

³³ Das lateinische Wort *misericordia* stehe laut STOWASSER, Stowasser, 319 im Deutschen für Barmherzigkeit.

³⁴ So weiter BABO, Kirchenasyl – Kirchenhikesie, 77.

³⁵ Vgl auch BABO, Kirchenasyl – Kirchenhikesie, 69, der die entsprechende Stelle des *Codex Theodosianus* zitiert.

³⁶ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 43 f unter Hinweis auf KIMMINICH, Grundprobleme des Asylrechts (1983) 15 f.

gen gewesen; das Asylprivileg habe es nämlich ermöglicht, den Flüchtling als Vasallen oder Sklaven zu behalten.³⁷

Im Anschluss an den 1122 durch das Wormser Konkordat beendeten Investiturstreit habe der Staat versucht „genuin staatliche, politische und rechtliche Kompetenzen von der Kirche zurückzufordern.“ Nur allmählich sei das Kirchenasyl aber zurückgedrängt worden;³⁸ bis zum letzten Drittel des 18. Jahrhunderts hätten allerdings fast alle Staaten das Kirchenasyl abgeschafft.³⁹ Zur Zeit des Absolutismus und der Aufklärung hätten sich das Selbstverständnis des Staates und dessen Verhältnis zur Kirche gewandelt. Der souveräne Staat habe keine Macht über sich geduldet und sich entsprechend als Quelle des Asylrechtes gesehen. Parallel dazu habe man begonnen, den Menschen als Person, also auch als Träger von Grundrechten zu sehen.⁴⁰

GRABENWARTER sieht die Anfänge der Religionsfreiheit in der Überwindung der religiösen Auseinandersetzungen und Kriege des 16. und 17. Jahrhunderts, wobei das ursprüngliche Ziel nicht gewesen sei, die volle Religionsfreiheit zu garantieren, sondern Toleranz gegenüber Andersgläubigen zu schaffen. Die im Rahmen des Augsburger Religionsfriedens vom 29. September 1555 begründete territorial bezogene Freiheit der Wahl der Konfession nach dem Grundsatz *cuius regio, eius religio* habe keine individuelle Konfessionsfreiheit geschaffen, sondern dem Landesherren die Macht gegeben, die Religionszugehörigkeit seiner Untertanen zu bestimmen. Durch den Westfälischen Frieden von 1648 habe der Landesherr jedoch die Konfession seiner Untertanen bezogen auf das „Normaljahr“ 1624 zu tolerieren gehabt.⁴¹

Die Bemühungen seitens des Staates, das Kirchenasyl einzudämmen, sind aber auch im Zusammenhang mit dem geschilderten (behaupteten) Asylmissbrauch zu sehen; selbst Kleriker hätten vereinzelt die Auffassung vertreten, die häufige Inanspruchnahme des Kirchenasyls durch Verbrecher verunehrte die Gotteshäuser.⁴²

³⁷ So HENSSLER, Formen des Asylrechts, 38 im Rahmen des Kapitels über die „Entartungs- und Endphase“ des Asylrechts.

³⁸ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 45 ff, der auch ausführt, dass noch im *Codex Iuris Canonici* von 1917 die Kirche an ihren mittelalterlichen Vorstellungen vom Kirchenasyl festgehalten habe, nicht mehr allerdings im *Codex Iuris Canonici* von 1983.

³⁹ Vgl SCHULTZ-SÜCHTING, Kirchenasyl, 12.

⁴⁰ Vgl BABO, Kirchenasyl – Kirchenhikesie, 121.

⁴¹ Vgl GRABENWARTER, Art 14 StGG, Randziffer [RZ] 1 f.

⁴² Vgl BABO, Kirchenasyl – Kirchenhikesie, 125.

Das aufs engste mit dem kirchlichen Asyl verknüpfte weltliche Asyl im Mittelalter sei einerseits durch ein von Personen verliehenes Asylrecht in Erscheinung getreten – durchaus in Verbindung mit orendischen Vorstellungen. Als Beispiele werden genannt der königliche Handfriede (Ergreifen der Hand), durch den der König dem Schutzsuchenden Frieden und Schutz verspricht oder aber auch das Berühren des Kleides, des Mantels oder des Pferdes des Königs beziehungsweise [bzw] der Königin, des Bischofs oder des Fürsten.

Andererseits habe aber auch das Asylrecht des Ortes Geltung besessen. Das Recht auf Asyl sei vermittelt worden durch Burgen und Schlösser des Adels, aber auch die Häuser der wohlhabenden Stadtbewohner sowie die Gerichtsstätten samt ihrer Insignien. Als weitere Asylorte werden Orte genannt, an denen der Wunsch nach ungestörter Benützung vorherrschend gewesen sei, so zB Fähren, Mühlen, Backhäuser, Gasthäuser, Herbergen sowie Bäder.⁴³

⁴³ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 47 ff.

I.D. Asyl von der Neuzeit bis ins 19. Jahrhundert: Vom Gnadenrecht zum Menschenrecht

Die Reformation und die daraus resultierenden Religionskriege hätten zu großen Migrationsprozessen geführt. Nicht mehr gemeine Verbrecher, sondern religiöse Flüchtlinge hätten nunmehr Asyl begehrte. Die Asylgewährung sei von den Macht habenden absolutistischen Monarchen gemäß dem Wahlspruch *cuius regio, eius religio* rein utilitaristisch ausgelegt worden, das Asylrecht zum bloßen politischen Machtinstrument degradiert.⁴⁴ Im Laufe der Zeit habe ein Wandel hinsichtlich des Berechtigten der Asylgewährung stattgefunden, weg vom strafrechtlich Verfolgten, hin zu Personen, „die vergebens versucht hatten, die politische Ordnung ihres Heimatstaates zu stürzen oder zu restaurieren und nun Zuflucht auf dem Gebiet eines Staates suchten, dessen Regierung ihre politischen Ansichten billigte oder teilte.“

Der souveräne Staat sei vermöge seiner Gebietshoheit aber bloß berechtigt gewesen, gebietsfremden Personen Asyl zu gewähren, der Asylsuchende habe keinen Anspruch darauf gehabt.⁴⁵ Das neuzeitliche Asylrecht sei also ein rein utilitaristisches und als solches bloßes Gnadenrecht gewesen.⁴⁶

Den Anfangspunkt des Übergangs vom Gnadenrecht zum Menschenrecht sieht TREMMEL in den Revolutionen von 1848, infolge deren politische Flüchtlinge teilweise von Auslieferungsverträgen ausgenommen worden seien; diese seien es nun, die im 20. Jahrhundert das Asylrecht beanspruchen. Die großen Flüchtlingsmassen nach dem Ersten Weltkrieg hätten die Staaten Europas und Nordamerikas veranlasst, ein gerechtes und soziales internationales Flüchtlingsrecht in Angriff zu nehmen. Schließlich verbrieft Artikel [Art] 14 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte⁴⁷ [AEMR] das Asylrecht als Menschenrecht.⁴⁸

⁴⁴ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl 54.

⁴⁵ TREMMEL verweist auf FRANZ, Die Wandlung des Asylrechts vom Souveränitätsrecht des Staates zum Freiheitsrecht des Einzelnen. In: Kornrumpf (Hrsg), 2. Internationales Asyl-Colloquium 133 – 139 (1965) 134 .

⁴⁶ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl 58.

⁴⁷ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Resolution 217 A (III) vom 10. Dezember 1948.

⁴⁸ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl 59 f, der das Asylrecht auch an anderer Stelle als Menschrecht bezeichnet, vgl am angegebenen Ort [aaO] 52 f.

II. Die Entwicklung des Fremden- und Asylrechtes in Österreich

II.A. Zur Entwicklung des Fremdenrechtes und verwandter Materien

II.A.1. Heimatrecht und Schubwesen

Als ein relativ effektives Mittel von staatlicher Seite, „sich über die Zusammensetzung der Bevölkerung ein Bild zu verschaffen, und es damit wenigstens theoretisch möglich wurde, die Untertanen zu lokalisieren“, wird von *WENDELIN* die Konskription bezeichnet, aus der „schrittweise das Instrument der Volkszählung entstand.“ Durch das Konskriptionspatent vom 25. Oktober 1804 sei „erstmals eine explizite Unterscheidung von Einheimischen und Fremden vorgenommen“ worden. Gem § 26 des Patents hätten als Einheimische gegolten „Alle in dem Orte Geborene“ sowie „Alle, welche sich in dem Orte [Anmerkung: zB durch 10-jährigen Aufenthalt] nationalisiert haben.“ Alle übrigen Personen seien in Bezug auf die Konskription als fremd anzusehen gewesen.⁴⁹

Das durch das provisorische Gemeindegesetz vom 17. März 1849⁵⁰ positivierte Heimatrecht habe „das wichtigste und de facto einzige Mittel“ dargestellt, „an einem bestimmten Ort eine definitori sche Unterscheidung zwischen einheimisch und fremd machen zu können.“⁵¹ Das provvisorische Gemeindegesetz hat in § 7 zwischen „Gemeindegliedern“ und „Fremden“ und bei ersteren zwischen (den mit mehr Rechten ausgestatteten) „Gemeindegürbern“ und (sonstigen) Gemeinde-Angehörigen unterschieden. Die erste Zuständigkeit einer Gemeinde ist gem § 11 „zu jener Gemeinde, in welcher bei ehelichen Kindern die Eltern, bei unehelichen die Mutter Gemeindeglieder sind“, begründet gewesen. In den §§ 12 bis 15 sind die möglichen Begründungen einer neuen Zuständigkeit beschrieben gewesen.

Der Schub wird als Mittel bezeichnet, Personen unter staatlicher Kontrolle an jenen Ort zu schieben, der als ihr Heimatort bestimmt ist. Unter der Regentschaft Karls VI. sei während der 20er Jahre des 18. Jahrhunderts die Stärkung der staatlichen Einflussnahme bei Ausweisungen von Ausländern, dem Schub, in Angriff genommen worden. Das primäre Ziel zahlreicher Bestimmungen des Schubwesens im 18. und am Anfang des 19. Jahrhunderts sei zweifellos gewesen, „sich jener Personen zu bemächtigen, die sich der staatlichen Kontrolle zu entziehen versuchten“, wobei zwischen Hauptschüben –

⁴⁹ Vgl *WENDELIN*, Schub und Heimatrecht, 191 ff.

⁵⁰ RGBl 1848/170.

⁵¹ So *WENDELIN*, Schub und Heimatrecht, 195.

zwei Mal im Jahr stattfindende Sammeltransporte – und Partikularschüben, in deren Rahmen Einzelpersonen verschoben worden seien, zu unterscheiden gewesen sei.⁵²

Die Aufhebung der Grundherrschaften 1848 und die Einführung der Gendarmerie 1850 hätten lediglich organisatorische Änderungen mit sich gebracht; das Schubsystem in seinen Grundzügen sei unverändert geblieben. Erst durch das Reichsschubgesetz 1871⁵³ [ReichsschubG] sei das Schubwesen auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt worden.⁵⁴

II.A.2. Staatsbürgerschaftswesen

II.A.2.a) Entwicklungsgeschichte

Hinsichtlich des erstmaligen Auftauchens des Begriffs „Staatsbürger“ im österreichischen Recht weist *BURGER* auf das Westgalizische bürgerliche Gesetzbuch⁵⁵ hin,⁵⁶ dessen § 13 lautet: „Jeder Staatsbürger ohne Unterschied des Ranges, des Standes, oder Geschlechtes ist verpflichtet, die allgemeine Wohlfahrt des Staates durch genaue Befolgung der Gesetze möglichst befördern zu helfen.“ Für *JOSEPH UNGER* ist österreichischer Staatsbürger derjenige gewesen, „welcher Mitglied der österreichischen Staatsgenossenschaft ist, als [er] mit seiner staatsrechtlichen Persönlichkeit dem österreichischen Staatsverbande angehört, dem österreichischen Staatsoberhaupt unterworfen ist“, die Staatsbürgerschaft außerdem ein öffentlich-rechtliches Verhältnis.⁵⁷ Vor dem Hintergrund des geltenden Rechtes könne man österreichische Staatsbürgerschaft als einen die Zugehörigkeit zur Republik Österreich bezeichnenden Status definieren.⁵⁸

Das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht sei bis zum Ende des Ersten Weltkrieges in seinem Kern durch das Privatrecht, nämlich §§ 28 bis 31 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahre 1811⁵⁹ [ABGB], bestimmt worden.⁶⁰ Da auch Art 1 Satz [S] 2 des im Rahmen der Dezemberverfassung 1867⁶¹ ergangenen Staatsgrundgesetzes⁶² [StGG] kein Ausführungsgesetz gefolgt sei, hätten

⁵² Vgl *WENDELIN*, Schub und Heimatrecht, 232 ff.

⁵³ Gesetz, in Betreff der Regelung der polizeilichen Abschaffung und des Schubwesens RGBI 1871/88.

⁵⁴ Vgl *WENDELIN*, Schub und Heimatrecht, 242.

⁵⁵ Patent vom 13ten Februar 1797 für Westgalizien JGS 337.

⁵⁶ Vgl *BURGER*, Passwesen und Staatsbürgerschaft, 96 f.

⁵⁷ Vgl *JOSEPH UNGER*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts – Erster Band (1868) 292.

⁵⁸ So *THIENEL*, Band II, 20.

⁵⁹ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 JGS 946 („Patent vom 1ten Junius 1811“), zuletzt geändert durch [zgd] BGBl I 2010/58.

⁶⁰ Vgl *BURGER*, Passwesen und Staatsbürgerschaft, 107.

⁶¹ Vgl dazu *BRAUNEDER*, Verfassungsgeschichte, 155 ff sowie *WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER*, Bundesverfassungsrecht, RZ 47 ff.

⁶² Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder RGBI 1867/142, zgd BGBl 1988/684. Gem Art 149 Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung

für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder (Cisleithanien) weiterhin die Bestimmungen des ABGB sowie die sich darauf beziehenden Hofdekrete Anwendung gefunden.⁶³

§ 29 ABGB ist teilweise durch eine kaiserliche Verordnung *anno* 1860⁶⁴ aufgehoben, der verbleibende Teil des § 29 sowie die übrigen das Staatsbürgerschaftswesen betreffenden Regelungen des ABGB durch das Staatsbürgerschaftsgesetz 1925⁶⁵ [StbG 1925] verdrängt worden.

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges hat § 1 Absatz [Abs] 1 Staatsbürgerschafts-Überleitungsgesetz⁶⁶ [Stb-ÜG 1945] normiert, dass ab 27. April 1945, dem Tag der Unabhängigkeitserklärung,⁶⁷ jene Personen als österreichische Staatsbürger anzusehen sind, „die am 13. März 1938⁶⁸ die österreichische Bundesbürgerschaft besessen haben“ bzw solche, „die in der Zeit vom 13. März 1938 bis 27. April 1945 bei Weitergeltung“ des StbG 1925 „die Bundesbürgerschaft durch Rechtsnachfolge nach einem österreichischen Bundesbürger (Abstammung, Legitimation, Ehe) erworben hätten“. Ebenfalls am 10. Juli 1945 ist ein Staatsbürgerschaftsgesetz⁶⁹ erlassen worden, welches 1949 (gemeinsam mit dem Stb-ÜG 1945) als Staatsbürgerschaftsgesetz 1949⁷⁰ (bzw Staatsbürgerschafts-Überleitungsgesetz 1949) wiederverlautbart worden ist. Das letzteres ersetzende Staatsbürgerschaftsgesetz 1965⁷¹ ist schließlich durch das noch heute geltende Staatsbürgerschaftsgesetz 1985⁷² [StbG] wiederverlautbart worden.

von 1929, wiederverlautbart unter BGBl 1930/1, zgd BGBl I 2008/2 [B-VG] hat dieses Gesetz als Verfassungsgesetz zu gelten.

⁶³ Vgl BURGER, Passwesen und Staatsbürgerschaft, 168.

⁶⁴ Kaiserliche Verordnung vom 27. April 1860, wirksam für den ganzen Umfang des Reiches, womit die Bestimmung des §. 29 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über die Erwerbung der Staatsbürgerschaft durch den Antritt eines Gewerbes aufgehoben wird RGBI 1860/108.

⁶⁵ Bundesgesetz vom 30. Juli 1925 über den Erwerb und den Verlust der Landes- und Bundesbürgerschaft BGBl 1925/285.

⁶⁶ Gesetz vom 10. Juli 1945 Ober die Überleitung in die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschafts-Überleitungsgesetz – St-ÜG.) StGBI 1945/59.

⁶⁷ Proklamation über die Selbständigkeit Österreichs StGBI 1945/1. Diese wird entsprechend zur Haltung bezüglich der Frage der Diskontinuität nach dem Zweiten Weltkrieg als historisch erste Verfassung angesehen, vgl JABLONER, Verfassungsrechtliche Grundordnung, 40, ZELENY, Teil I, 182, KOLONOVITS, Vorbemerkungen, RZ 14 sowie ferner ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 49 und WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Bundesverfassungsrecht, RZ 67, wo jedoch darauf hingewiesen wird, dass es sich dabei um die Mindermeinung handle. In BRAUNEDER, Verfassungsgeschichte, 262 wird daher auch nach dem Zweiten Weltkrieg Kontinuität angenommen.

⁶⁸ An diesem Tag wurde das Bundesverfassungsgesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich BGBl 1938/75 kundgemacht, womit der „Anschluss“ erfolgt ist, vgl zum Beispiel [zB] BRAUNEDER, Verfassungsgeschichte, 248.

⁶⁹ Gesetz vom 10. Juli 1945 über den Erwerb und Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz) StGBI 1945/60.

⁷⁰ Kundmachung der Bundesregierung vom 4. November 1949 über die Wiederverlautbarung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des Staatsbürgerschaftsrechtes BGBl 1949/276.

⁷¹ Bundesgesetz vom 15. Juli 1965 über die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz 1965 – StbG 1965) BGBl 1965/250.

⁷² Bundesgesetz über die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 – StbG BGBl 1985/311) (Kundmachung des Bundeskanzlers und des Bundesministers für Inneres vom 19. Juli 1985, mit der das Staatsbürgerschaftsgesetz 1965 wiederverlautbart wird), zgd BGBl I 2011/38.

Bereits § 28 S 2 ABGB in der Fassung [idF] JGS 1811/946 hat das Abstammungsprinzip (*ius sanguinis*) als Grund- und Regelfall des Staatsbürgerschaftserwerbes deklariert, wenngleich der gem § 29 ABGB vorgesehene Erwerb kraft zehnjährigen ununterbrochenen Wohnsitzes ein starkes territoriales Element (*ius soli*) ausgedrückt habe.⁷³ Der Gedanke der Priorisierung des *ius sanguinis* unter Beibehaltung der Möglichkeit des Staatsbürgerschaftserwerbes (vor allem) kraft längeren Aufenthaltes liegt auch dem geltenden Staatsbürgerschaftsrecht zugrunde: So regeln § 6 Z 1 StbG in Verbindung mit [iVm] §§ 7, 7a und 8 StbG den Staatsbürgerschaftserwerb kraft Abstammung, § 6 Z 2 StbG iVm §§ 10 bis 24 jenen durch Verleihung.

II.A.2.b) Lex lata

Art 11 Abs 1 Z 1 Bundes-Verfassungsgesetz⁷⁴ [B-VG] erklärt das Staatsbürgerschaftsrecht im Bereich der Gesetzgebung zur Bundessache, im Bereich der Vollziehung zur Landessache. Gem § 39 Abs 1 StbG ist grundsätzlich die Landesregierung erste und letzte Instanz für die Erlassung von Bescheiden im Staatsbürgerschaftsverfahren, sie muss gem Art I Abs 2 *litera* [lit] A Z 1 und lit F Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen⁷⁵ [EGVG] das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz⁷⁶ [AVG], das Verwaltungsstrafgesetz⁷⁷ [VStG] und des Verwaltungsvollstreckungsgesetz⁷⁸ [VVG] anwenden.

Dem in allen Verwaltungsmaterien, welche das Eigene und das Fremde sowie die Abgrenzung des einen vom anderen behandeln, zu verfolgenden Trend entsprechend, lässt sich auch im Staatsbürgerschaftsrecht eine eindeutig restriktive, auf Abschottung des Eigenen – sei es des Nationalstaates Österreich oder der Europäischen Union [EU] – hinauslaufende (und wohl auch abzielende) Tendenz nicht verleugnen.

Diese Entwicklung hat im Bereich des StbG mit der Staatsbürgerschaftsgesetznovelle 1998⁷⁹ begonnen, durch welche die „Integration des Fremden als das für die Verleihung der Staatsbürgerschaft maßgebliche Kriterium“⁸⁰ verankert worden ist, um gleich mit der nächsten Novellierung des StbG

⁷³ Vgl BURGER, Passwesen und Staatsbürgerschaft, 171.

⁷⁴ Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929, wiederverlautbart unter BGBl 1930/1, zgd BGBl I 2011/60.

⁷⁵ Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG BGBl I 2008/87 (Wiederverlautbarung [WV]), zgd BGBl I 2009/20.

⁷⁶ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG BGBl 1991/51 (WV), zgd 2010/111.

⁷⁷ Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG BGBl 1991/52 (WV), zgd BGBl I 2010/111.

⁷⁸ Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG BGBl 1991/53 (WV), zgd BGBl I 2008/3.

⁷⁹ Bundesgesetz, mit dem das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 geändert wird (Staatsbürgerschaftsgesetznovelle 1998) BGBl I 1998/24.

⁸⁰ Vgl Regierungsvorlage [RV] 1283 der Beilagen zum Nationalrat [BlgNR] XX. Gesetzgebungsperiode [GP], 5.

aus dem Jahre 2005⁸¹ fortgesetzt zu werden. Seither normiert § 10a StbG den Nachweis der „Kenntnis der deutschen Sprache“ und von „Grundkenntnissen der demokratischen Ordnung sowie der Geschichte Österreichs und des jeweiligen Bundeslandes“ als „Voraussetzung jeglicher Verleihung der Staatsbürgerschaft“. Das Nähere über die Durchführung und die Inhalte der Prüfung richtet sich gem § 10a Abs 5 StbG nach der Staatsbürgerschaftsüberprüfungsverordnung⁸² samt ihrer beiden Anlagen.

II.A.3. Fremden- und Aufenthaltsrecht

II.A.3.a) Entwicklungsgeschichte

Bezüglich des Fremdenrechtes führt *HICKISCH* an, das ReichsschubG aus dem Jahre 1871⁸³ sowie die Ausländerpolizeiverordnung vom 22. August 1938⁸⁴ könne man als frühe Vorläufer des heute gelgenden Fremdenrechtes ansehen.⁸⁵ Letztere Rechtsnorm ist durch § 17 Fremdenpolizeigesetz 1954⁸⁶ [FPG 1954] aufgehoben worden. Das FPG 1954 hat Bestimmungen über das Aufenthaltsverbot, die Schubhaft, die Zurückweisung, die Zurückschiebung und die Abschiebung von Fremden enthalten. Die Pass- sowie Sichtvermerkspflicht von Fremden sind jedoch im Paßgesetz von 1945⁸⁷ bzw im Paßgesetz 1951⁸⁸ jeweils in den §§ 10 bzw 12, im Paßgesetz 1969⁸⁹ in den §§ 22 f geregelt gewesen. Erst das Paßgesetz 1992⁹⁰ hat nur noch österreichische Staatsbürger betroffen.

Während der 60er und 70er Jahre des 20. Jahrhunderts habe eine „Gastarbeiter-Anwerbung“ im großen Stil stattgefunden; entgegen den ursprünglichen Erwartungen seien die Gastarbeiter aber auf Dauer geblieben und hätten darüber hinaus in vielen Fällen auch ihre Familien nachgeholt.⁹¹ Als Paradebeispiel kann hier wohl das Anwerbeabkommen mit der Türkei von 1964⁹² dienen. Seit Beginn

⁸¹ Bundesgesetz, mit dem das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 (StbG), das Tilgungsgesetz 1972 und das Gebührengesetz 1957 geändert werden (Staatsbürgerschaftsrechts-Novelle 2005), BGBl I 2006/37.

⁸² Verordnung der Bundesministerin für Inneres über die Prüfung zum Nachweis der Grundkenntnisse der demokratischen Ordnung sowie der Geschichte Österreichs und des jeweiligen Bundeslandes (Staatsbürgerschaftsprüfungs-Verordnung – StbP-V) BGBl II 2006/138.

⁸³ Gesetz, in Betreff der Regelung der polizeilichen Abschaffung und des Schubwesens RGBI 1871/88. Dieses Gesetz hat aus 21 Paragraphen bestanden und in § 1 lit a bis d festgelegt, gegen welche Personen eine Abschiebung erfolgen darf (zB „gegen Landstreicher und sonstige arbeitsscheue Personen, welche die öffentliche Mildthätigkeit in Anspruch nehmen“).

⁸⁴ Dt RGBI I Seite 1053, abgeändert durch Verordnung vom 5. September 1939, dt RGBI I Seite 1667.

⁸⁵ Vgl *HICKISCH*, FremdenG 1997, 1. In diesem Zusammenhang ferner zu erwähnen ist die Verordnung über paßrechtliche Vorschriften im Lande Österreich vom 22. Juli 1938 dt RGBI I Seite 913.

⁸⁶ Bundesgesetz vom 17. März 1954, betreffend die Ausübung der Fremdenpolizei (Fremdenpolizeigesetz) BGBl 1954/75.

⁸⁷ Gesetz vom 12. September 1945, betreffend das Paßwesen (Paßgesetz) BGBl 1945/180.

⁸⁸ Kundmachung der Bundesregierung vom 9. Jänner 1951 über die Wiederverlautbarung des Paßgesetzes BGBl 1951/57.

⁸⁹ Bundesgesetz vom 22. Oktober 1969, betreffend das Paßwesen (Paßgesetz 1969) BGBl 1969/422.

⁹⁰ Bundesgesetz betreffend das Paßwesen für österreichische Staatsbürger (Paßgesetz 1992) BGBl 1992/839.

⁹¹ So *KUTSCHER/POSCHALKO/SCHMALZL*, NAG, 1 f.

⁹² Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Türkischen Republik über die Anwerbung türkischer Arbeitskräfte und deren Beschäftigung in Österreich BGBl 1964/164, zgd BGBl 1967/14. Art 1 Abs 1 des Abkommens lautet: „Das österrei-

der 1990er Jahre sei deshalb ein Bemühen um eine kontrollierte – restriktivere – Zuwanderung zu beobachten. Dies zeige sich an nach und nach eingeführten Instituten wie der Niederlassungsbewilligung, der Quotenpflicht für Erstniederlassungsbewilligungen, der Aufenthaltsverfestigung, den Regelungen über den Familiennachzug, dem Niederlassungsregister sowie der Integrationsförderung.⁹³ Nicht zuletzt die Materialien bedienen sich diesbezüglich einer an Eindeutigkeit kaum zu überbietenden Diktion: „Die Integration der hier ansässigen Fremden hat Vorrang vor Neuzuwanderung; letztere wird auf ein Mindestmaß – in absehbarer Zeit auf Führungs- und Spezialkräfte und deren Familienangehörige – beschränkt.“⁹⁴

Betrachtet man einige Novellierungen des Fremdenrechtes aus den frühen 1990ern, wird dieser restriktive Trend sichtbar. Um dem „Schlepperunwesen“ Herr zu werden sind durch BGBl 1990/190 (unter anderem) folgende Punkte verwirklicht worden: „Einbeziehung der Transiträume österreichischer Flugplätze in das ‚Paßinland‘ und Schaffung der Zulässigkeit einer Grenzkontrolle für Transitreisende; Erweiterung der Möglichkeiten, illegal die Grenze überschreitende Fremde zurückzuschieben;“ Schaffung von Straftatbeständen zur Bekämpfung des Schlepperunwesens.⁹⁵ Durch die, keine drei Monate später erlassene Novelle BGBl 1990/451 hat man dahingegen versucht, dem „Kriminaltourismus“ Einhalt zu gebieten, indem man die Möglichkeit geschaffen hat, strafgerichtlich verurteilte Fremde auszuweisen.⁹⁶

Das am 1. Jänner 1993 in Kraft getretene Fremdengesetz 1992⁹⁷ [FrG 1992] hat die Pass- und Sichtvermerkspflicht von Fremden statuiert und vor allem auch Bestimmungen über aufenthaltsbeendende Maßnahmen enthalten.⁹⁸ Demgegenüber hat das am 1. Juli 1993 in Kraft getretene Aufenthaltsgesetz⁹⁹ [AufG] erstmals Bestimmungen über die kontingentierte¹⁰⁰ Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen vorgesehen. Durch die Novelle des Ausländerbeschäftigungsgesetzes¹⁰¹ [AuslBG] BGBl 1993/501 ist darüber hinaus in § 12a festgestellt worden, dass die „*Gesamtzahl der unselbstän-*

chische Bundesministerium für soziale Verwaltung (im folgenden Sozialministerium genannt) übermittelt der türkischen Anstalt zur Vermittlung von Arbeit und Arbeitskräften (im folgenden Vermittlungsanstalt genannt) nach Wirtschaftszweigen und Berufen aufgegliederte Angaben über den ungefähren Bedarf der österreichischen Wirtschaft an türkischen Arbeitskräften, damit die Vermittlungsanstalt rechtzeitig feststellen kann, wieweit es möglich ist, diesen Bedarf zu befriedigen.“

⁹³ So FEIK, Fremdenrecht, 84.

⁹⁴ Vgl RV 685 BlgNR XX. GP, 49. Ein paar Seiten weiter (55) wird als „Anspruch dieses Entwurfs“ „Integration vor Neuzuwanderung“ bezeichnet.

⁹⁵ Vgl AB 1213 BlgNR XXII. GP, 1.

⁹⁶ Vgl § 10a FPG 1954 idF BGBl 1990/451 und dazu AB 1457 BlgNR XXII. GP, 1.

⁹⁷ Bundesgesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Fremden (Fremdengesetz - FrG) BGBl 1992/838.

⁹⁸ In den Materialien (RV 692 BlgNR XVIII. GP, 30) wird als Hauptmotiv für die Novellierung der Abschluss des EWR-Abkommens genannt, womit die Notwendigkeit „der Umsetzung der maßgeblichen Gemeinschaftsrechtsakte im österreichischen Fremdenrecht“ einhergehe.

⁹⁹ Bundesgesetz, mit dem der Aufenthalt von Fremden in Österreich geregelt wird (Aufenthaltsgesetz – AufG) BGBl 1992/466.

¹⁰⁰ Die Höchstanzahl der zu erteilenden Bewilligungen ist gem § 2 Abs 1 AufG mit Verordnung festzulegen gewesen.

¹⁰¹ Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG) BGBl 1975/218, zgd BGBl I 2011/25.

dig beschäftigten und arbeitslosen Ausländer“ acht Prozent der gesamtösterreichischen Arbeitskräfte nicht übersteigen darf.

Durch das am 15. Juli 1997 in Kraft getretene Fremdengesetz 1997¹⁰² [FrG 1997] sind die durch das FrG 1992 sowie das AufG geregelten Materien vereint worden,¹⁰³ um im Rahmen des Fremdenrechtspakets 2005¹⁰⁴ erneut getrennt zu werden. Seit 1. Jänner 2006 regelt das Fremdenpolizeigesetz 2005¹⁰⁵ [FPG] gem § 1 Abs 1 „*die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetiteln*“, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz¹⁰⁶ [NAG] gem § 1 Abs 1 vor allem die Erteilung von Aufenthaltstiteln von Fremden bezüglich einer sechs Monate übersteigenden Dauer.

II.A.3.b) Lex lata – FPG

Die durch das FPG geregelten Materien sind gem Art 10 Abs 1 Z 3 und 7 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung Bundeskompetenz.¹⁰⁷ Die im engeren Sinn [ies] fremdenrechtlichen Kompetenztatbestände sind allesamt in der Aufzählung des Art 102 Abs 2 B-VG enthalten und daher in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen.

Gem § 3 Abs 1 FPG werden die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes – dies sind gem § 5 Abs 2 Sicherheitspolizeigesetz¹⁰⁸ [SPG] vor allem Angehörige des Wachkörpers Bundespolizei und solche der Gemeindewachkörper – im Rahmen des FPG für die Fremdenpolizeibehörden tätig. Den Fremdenpolizeibehörden erster Instanz – dies sind gem § 4 Abs 2 SPG entweder die Bezirksverwaltungsbehörden [BVB] oder die Bundespolizeidirektionen [BPD] – obliegt gem § 5 Abs 1 FPG insbesondere [insbes] die Besorgung der Fremdenpolizei im Sinne des [iSd] § 2 Abs 2 FPG. Zweite und letzte Instanz ist gem § 9 Abs 1 Z 2 FPG in der Regel [idR] die Sicherheitsdirektion [SD], gem § 9 Abs 1 Z 1 und § 82 FPG nur ausnahmsweise der jeweilige Unabhängige Verwaltungssenat [UVS]. Die genannten Behörden haben gem Art I Abs 2 lit A Z 1, 2, 6 und 7 und lit F EGVG das AVG, das VStG und das VVG anzuwenden.

¹⁰² Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden (Fremdengesetz 1997 - FrG) BGBI 1997/75.

¹⁰³ So auch explizit RV 685 BlgNR XX. GP, 50.

¹⁰⁴ Diese Bezeichnung wird auch schon in RV 2005 (Gesetzestext), 1 verwendet.

¹⁰⁵ Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG) BGBI I 2005/100, zgd BGBI I 2011/38.

¹⁰⁶ Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz - NAG) BGBI I 2005/100, zgd BGBI I 2011/38.

¹⁰⁷ Vgl mit Ausnahme der Kompetenztatbestände „Ein- und Auswanderungswesen“, „Passwesen“ und „Asyl“ Z 3 des Art 10 Abs 1 B-VG sowie dessen Z 7 („Fremdenpolizei“).

¹⁰⁸ Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz – SPG) BGBI 1991/566, zgd BGBI I 2011/33.

Fremde – gem § 2 Abs 4 Z 1 FPG alle Nichtösterreicher – benötigen zur rechtmäßigen Einreise gem § 15 Abs 1 grundsätzlich ein gültiges Reisedokument, das heißt [dh] unterliegen der Passpflicht; für EWR-Bürger¹⁰⁹ und Schweizer Bürger reicht gem § 17 Abs 4 FPG der Personalausweis. Fremde benötigen zur rechtmäßigen Einreise gem § 15 Abs 2 weiters grundsätzlich ein Visum. Von dieser Sichtvermerkspflicht bestehen allerdings zahlreiche Ausnahmen, so benötigen gem § 30 Abs 5 FPG weder Asylberechtigte noch subsidiär Schutzberechtigte ein Visum, bzw sind gem § 65 FPG EWR-Bürger und Schweizer Bürger für einen Zeitraum von drei Monaten, darüber hinaus gehend nach Maßgabe des 4. Hauptstückes des 2. Teiles des NAG, zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt.

II.A.3.c) Lex lata – NAG

Auch das durch das NAG geregelte „Ein- und Auswanderungswesen“ ist gem Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung Sache des Bundes, mangels Nennung in Art 102 Abs 2 B-VG allerdings in mittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen. Sachlich zuständige Behörde erster Instanz ist gem § 3 Abs 1 NAG der Landeshauptmann, welcher jedoch die BVB, mittels zwischenberördlichen Mandats,¹¹⁰ mit Verordnung ermächtigen kann, in seinem Namen zu entscheiden. Berufungsinstanz ist gem § 3 Abs 2 S 1 NAG der Bundesminister für Inneres [BMI]. Die genannten Behörden haben gem Art I Abs 2 lit A Z 1 und lit F sowie Abs 3 EGVG das AVG, das VStG und das VVG anzuwenden.

Das Gesetz unterscheidet die Niederlassung iSd § 2 Abs 2 NAG als „qualifizierte Form des rechtmäßigen Aufenthalts“, im Sinne einer „Dauerperspektive“ vom Aufenthalt aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung iSd § 2 Abs 3 NAG, bei dem „im Regelfall aber beim Inhaber dieser Bewilligung keine Absicht auf dauernden Aufenthalt in Österreich im Sinne einer Niederlassung vorhanden sein wird“¹¹¹. Dementsprechend regelt § 8 Abs 1 Z 1 bis 4 iVm Abs 2 NAG den Aufenthaltstitel (befristete und unbefristete) Niederlassung(sberechtigung), während Abs 1 Z 5 *legis citatae* [leg cit] die einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Auge habende Aufenthaltsbewilligung zum Gegenstand hat. Befristete Aufenthaltstitel, das können sowohl Aufenthalts- als auch Niederlassungsbewilligungen sein, sind grundsätzlich ein Jahr gültig, unbefristete Niederlassungsbewilligungen fünf Jahre (§ 20 Abs 1 und 3 NAG).

Kontingentiert, dh einer Quotenpflicht unterliegend, ist vor allem die erstmalige Erteilung einer Niederlassungsbewilligung. Zu diesem Zweck hat die Bundesregierung mittels Niederlassungsverordnung

¹⁰⁹ EWR-Bürger sind gem § 2 Abs 4 Z 8 FPG (fremde) Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum.

¹¹⁰ So BRUCKNER, NAG, (3), 4.

¹¹¹ Vgl RV 2005, 116.

gem § 13 Abs 1 NAG die Anzahl der Niederlassungsbewilligungen (und die Höchstzahl der Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigt Fremde und Erntehelfer gem § 5 AuslBG) festzulegen. Die Niederlassungsverordnung 2011¹¹² ermächtigt – wie ihre Vorgängerin aus dem Jahre 2010¹¹³ – zur Erteilung von höchstens 8.145 quotenpflichtigen Niederlassungsbewilligungen. Steht zum Zeitpunkt der Antragstellung kein Quotenplatz mehr zur Verfügung, ist der Antrag gem § 12 Abs 4 NAG zurückzuweisen, bzw ist gem § 12 Abs 7 NAG in Fällen der Familienzusammenführung iSd § 46 Abs 1 Z 2 bis 4 NAG die Entscheidung über den Antrag aufzuschieben, wobei die Quotenpflicht drei Jahre nach Antragstellung erlischt.

Im Rahmen der (allerdings nicht auf Freiwilligkeit basierenden) Integrationsvereinbarung gem § 14 NAG müssen Drittstaatsangehörige¹¹⁴ grundsätzlich mit Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels die Fähigkeit des Lesens und Schreibens sowie Kenntnisse der deutschen Sprache und die Befähigung zur Teilnahme am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben in Österreich nachweisen.

¹¹² Verordnung der Bundesregierung, mit der die Anzahl der quotenpflichtigen Niederlassungsbewilligungen und die Höchstzahlen der Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigt Fremde und Erntehelfer für das Jahr 2011 festgelegt werden (Niederlassungsverordnung 2011 – NLV 2011) BGBl II 2010/482.

¹¹³ Verordnung der Bundesregierung, mit der die Anzahl der quotenpflichtigen Niederlassungsbewilligungen und die Höchstzahlen der Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigt Fremde und Erntehelfer für das Jahr 2010 festgelegt werden (Niederlassungsverordnung 2010 – NLV 2010) BGBl II 2009/438.

¹¹⁴ Gem § 2 Abs 1 Z 6 NAG ist Drittstaatsangehöriger, wer nicht EWR-Bürger ist.

II.B. Zur Entwicklung des Asylrechtes

II.B.1. Historische Grundlegung

Mit dem Übergang vom absolutistischen Zeitalter zur Ära der bürgerlich-liberalen Revolutionen im Europa des frühen 19. Jahrhunderts habe sich in Abkehr von der früheren Praxis eine solche der Nichtauslieferung „politischer Straftäter“ etabliert. Die Aufnahmestaaten (insbesondere die Schweiz, Frankreich, England und die Vereinigten Staaten) seien mit Auslieferungsansuchen konfrontiert gewesen, an deren Legitimität sie angesichts der Schwierigkeit der Abgrenzung des Hochverräters vom Freiheitshelden selbst gezweifelt hätten.¹¹⁵ DAVY führt weiters aus, dass neben Preußen und Russland auch Österreich zu jenen Staaten gehört habe, die sich zur wechselseitigen Auslieferung verpflichtet hätten und insofern Staaten wie England oder den Vereinigten Staaten gegenüber gestanden seien, welche auf Auslieferungsbegehren zurückhaltend, auf Einwanderungswünsche Verfolgter jedoch großzügig reagiert hätten. Die Völkerrechtslehre des 19. Jahrhunderts habe sich im Übrigen darauf geeinigt, dass „gemeine Verbrecher“ vom Grundsatz der Nichtauslieferung politisch Verfolgter jedenfalls ausgeschlossen seien.¹¹⁶

Während der beiden Balkankriege 1913/14 und aufgrund der diese beendenden Friedensverträge ist es in den 1910er und 1920er Jahren zu großen, mehrere hunderttausend Personen umfassende Migrationsbewegungen gekommen, welche vor allem die bulgarischen, griechischen und türkischen Volksgruppen in einem jeweils fremden Staat betroffen haben. Zur Schlussphase des Osmanischen Reiches nach dem Ende des Ersten Weltkrieges sind hunderttausende Armenier und zehntausende Assyrer vom türkischen Staatsgebiet in verschiedene Staaten des nahen Ostens geflüchtet, die auf dem Gebiet des untergegangenen Osmanischen Reiches entstanden sind (Syrien, Libanon, Irak). Etwa zur selben Zeit sind ausgelöst durch den Untergang des zaristischen Russlands mehr als eine Million russischer Flüchtlinge – vor allem Soldaten der gegen die Bolschewisten unterlegenen Weißen Armee – nach Südost-, Ost- und Westeuropa sowie China geflüchtet.¹¹⁷

In den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts hat sich das Zentrum der Flüchtlingsbewegungen angesichts des Auftauchens faschistischer Regime nach Westeuropa verlagert. Zehntausende Menschen sind vor dem italienischen Faschismus nach Frankreich geflohen, ebenso wie hunderttausende spanische Republikaner nach dem Sieg der Armee Francisco Francos. Im Gefolge der nationalsozialistischen Machtergreifung haben bis Juli 1941 etwa 465.000 jüdische Flüchtlinge Deutschland und Österreich

¹¹⁵ So DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I, 13 f.

¹¹⁶ Vgl DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I, 15 f.

¹¹⁷ Vgl weiter DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I, 18 f.

vor allem in Richtung Palästina, Vereinigtes Königreich und die Vereinigten Staaten fluchtartig verlassen.¹¹⁸

Abgesehen von den angesprochenen „imperialen Neugründungen“ (russische Oktoberrevolution, faschistische und nationalsozialistische Machtergreifungen) ist auch den mehr als 30 Millionen Personen betroffen habenden Zwangsumsiedlungen und Ausweisungen im Zuge der Gebietsaufteilungen zwischen Hitler und Stalin in Ost- und Südosteuropa sowie der Flüchtlingsbewegung als Reaktion auf die japanische Expansion in Ost- und Südostasien Beachtung zu schenken.¹¹⁹

II.B.2. Völkerrechtliche Entwicklung bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts

Eine Rückkehr der Anfang der 1920er Jahre geflüchteten Russen in ihre frühere Heimat habe sich angesichts einer Politik der Ausbürgerung von sowjetischer Seite einerseits und der geringen Rückkehrbereitschaft der Flüchtlinge andererseits bald als wenig realistisch erwiesen, sodass das Hauptaugenmerk der Flüchtlingshilfe auf Integration im Aufenthaltsstaat gelenkt worden sei. Während der 20er Jahre des 20. Jahrhunderts ist es daher im Rahmen des Völkerbundes zu (rechtlich nicht verbindlichen) Empfehlungen gekommen, russischen, und später auch armenischen, assyrischen und türkischen Flüchtlingen Identitätspapiere auszustellen und diese als Reisedokumente anzuerkennen. In den dreißiger Jahren sind diesen Empfehlungen Konventionen über die Rechtsstellung der rumänischen, armenischen, assyrischen und türkischen Flüchtlinge (1933)¹²⁰ sowie über die Rechtsstellung der Flüchtlinge aus Deutschland und Österreich (1938)¹²¹ gefolgt, die bereits völkerrechtliche Verpflichtungen bezüglich des den betroffenen Personen einzuräumenden Status enthalten haben. DAVY führt diese Verpflichtungen als Grund für die bescheidene Zahl der Beitritte zu den Konventionen an; der Konvention aus dem Jahre 1933 seien nur acht, jener aus dem Jahre 1938 gar nur drei Staaten beigetreten.¹²²

Im Dezember des Jahres 1946 ist von der Generalversammlung der Vereinten Nationen das Statut der *International Refugee Organization*¹²³ beschlossen worden, welche sich bis 1952 der Millionen an Flüchtlingen und Heimatlosen, die der Zweite Weltkrieg hinterlassen hat, angenommen hat. Gem Abs 3 der Präambel des Statuts soll es den Flüchtlingen ermöglicht sein, entweder in ihre frühere

¹¹⁸ Vgl DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I, 20.

¹¹⁹ Vgl TREMMEL, Grundrecht Asyl, 74.

¹²⁰ League of Nations, Convention Relating to the International Status of Refugees of October 28th, 1933.

¹²¹ League of Nations, Convention concerning the Status of Refugees coming from Germany of February 10th, 1938.

¹²² Vgl DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I, 21 ff.

¹²³ Constitution for the International Refugee Organization, A/265, GAOR 2nd Part 1st Session, Annex 96.

Heimat zurückzukehren (*repatriation*) oder sich an einem neuen Ort anzusiedeln (*resettlement*), wobei sich letztere Vorgangsweise deutlich durchgesetzt habe.¹²⁴

Bis zum August 1948 hätte sich die Staatengemeinschaft hinsichtlich der weiteren Flüchtlingsarbeit in Empfehlungen im Rahmen der Vereinten Nationen darauf geeinigt, sowohl ein einen Flüchtlingshochkommissar [UNHCR] errichtendes Statut¹²⁵ [UNHCR-Statut] als auch eine Konvention zu beschließen, welche die den Flüchtlingen einzuräumende Rechtsstellung bindend regelt. Während die Generalversammlung der Vereinten Nationen das UNHCR-Statut noch im Dezember 1950 beschlossen hat, ist die Flüchtlingskonvention¹²⁶ [GFK] erst am 28. Juli 1951 zur Unterschrift bereit gelegen.¹²⁷ Die GFK ist am 22. April 1954 völkerrechtlich, am 30. Jänner 1955 für Österreich in Kraft getreten. Ihre wohl zentrale Bestimmung ist die Definition des Flüchtlings gem Art 1 Abschnitt A Z 2, wonach als Flüchtlings anzusehen ist, wer „*infolge von vor dem 1. Jänner 1951 eingetretenen Ereignissen aus wohlbegündeter Furcht, aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Gesinnung*“ verfolgt wird und in sein Heimatland nicht zurückkehren kann oder will. Die zeitliche Beschränkung ist durch Art 1 Abs 2 New Yorker Protokoll 1967¹²⁸ weggefallen.

II.B.3. Asylrechtsgesetzgebung in Österreich

Den aus der GFK resultierenden Verpflichtungen¹²⁹ sei Österreich vorerst durch entsprechende Erlässe mit pass- u fremdenpolizeilichem Inhalt nachgekommen,¹³⁰ die Flüchtlingseigenschaft sei zunächst lediglich als Vorfrage von den Fremdenpolizeibehörden im Rahmen des FPG 1954 beurteilt worden.¹³¹ Erst das Asylgesetz 1968¹³² [AsylG 1968] hat eigene asylspezifische Regelungen enthalten und in § 1 auf die Voraussetzungen des Art 1 Abschnitt A GFK sowie auf das Nichtvorliegen von Ausschließungsgründen gem Art 1 Abschnitt C und F GFK verwiesen. Gem § 2 Abs 1 AsylG 1968 hat über die Begründetheit eines Asylantrages der Landeshauptmann entschieden. Da es sich beim Asylwesen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AsylG 1968 um eine Querschnittsmaterie des Bundes gehandelt

¹²⁴ Vgl DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I, 34 ff.

¹²⁵ Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950.

¹²⁶ Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge. In innerstaatliches Recht übernommen durch BGBl 1955/55.

¹²⁷ Vgl DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I, 38 ff.

¹²⁸ Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge. In innerstaatliches Recht übernommen durch BGBl 1974/78; für Österreich in Kraft getreten am 5. September 1973.

¹²⁹ Die Kapitel II bis V GFK enthalten gem ihrer Überschriften Näheres zur Rechtsstellung der Flüchtlinge, ihren entgeltlichen Verwendungen, ihrer Lebensführung und zu administrativen Maßnahmen.

¹³⁰ So CZABA, AsylG 2005, 6.

¹³¹ So PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 13.

¹³² Bundesgesetz vom 7. März 1968 über die Aufenthaltsberechtigung von Flüchtlingen im Sinne der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge BGBl 1968/126.

hat,¹³³ „Asyl“ aber weder in der Aufzählung des Art 102 Abs 2 B-VG idF BGBl 1962/205 enthalten gewesen ist, noch ein Bundesgesetz als lex specialis anderes vorgesehen hat, ist das Asylwesen in mittelbarer Bundesverwaltung vollziehen zu gewesen, womit gem Art 103 Abs 4 B-VG idF BGBl 1945/4 als zweite (und letzte) Instanz der BMI zur Entscheidung berufen gewesen ist.

Das am 1. Juni 1992 in Kraft getretene Asylgesetz 1991¹³⁴ [AsylG 1991] hat in der Verfassungsbestimmung des § 10 Abs 1 Z 1 das Bundesasylamt [BAA] als Asylbehörde erster Instanz errichtet und den BMI in Z 2 leg cit zur Asylbehörde zweiter Instanz erklärt. Beim BAA hat es sich um eine eigene Bundesbehörde iSd Art 102 Abs 4 B-VG idF BGBl 1990/445 gehandelt, womit das Asylwesen seither in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen ist. Entsprechend dem allgemeinen Trend habe das neue Asylgesetz auf die Bekämpfung des Asylmissbrauchs abgezielt.¹³⁵

Bereits vor Erlassung des AsylG 1991 ist ein Bundesgesetz über die Bundesbetreuung für Asylwerber¹³⁶ erlassen worden, das ein Jahr später durch das Bundesbetreuungsgesetz¹³⁷ ersetzt worden ist. Letzteres ist im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 novelliert und in Grundversorgungsgesetz¹³⁸ [GVG-B 2005] umbenannt worden.

Nach einigen wenig gravierenden Novellierungen des AsylG 1991 ist am 1. Jänner 1998 das Asylgesetz 1997¹³⁹ [AsylG 1997] in Kraft getreten. Grundgelegt durch eine Novelle des B-VG im Jahre 1997¹⁴⁰, näher ausgeführt durch das Bundesasylsenatsgesetz¹⁴¹ [UBASG] sowie § 38 AsylG 1997 ist als weisungsfreie Rechtsmittelbehörde gegen Bescheide des BAA „zur Entlastung des Verwaltungsgerichtshofes in Asylangelegenheiten“¹⁴² der Unabhängige Bundesasylsenat [UBAS] etabliert worden. Ferner ist durch das AsylG 1997 das Institut der asylrechtlichen Ausweisung, die im Zusammenhang mit der Zurückweisung des Asylantrags wegen vertraglicher Unzuständigkeit gem § 5 Abs 1 AsylG 1997 auszusprechen gewesen ist, eingeführt worden. Als wesentliche Neuerungen

¹³³ Vgl etwa die Materialien zum Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997 – AsylG) BGBl 1997/76, RV 686 BlgNR XX. GP [RV 1997], 16: „Für die Regelung der gesamten Materie werden die durchwegs im Gesetzgebungsbereich des Bundes liegenden Kompetenztatbestände ‚Paßwesen‘ (Art. 10 Abs. 1 Z 3 B-VG), ‚Strafrechtswesen‘ (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG) und ‚Fremdenpolizei‘ (Art. 10 Abs. 1 Z 7 B-VG) in Anspruch genommen.“

¹³⁴ Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1991) BGBl 1992/8.

¹³⁵ Vgl RV 270 BlgNR XVIII. GP, 10.

¹³⁶ Bundesgesetz vom 5. Juli 1990 über die Bundesbetreuung für Asylwerber BGBl 1990/452.

¹³⁷ Bundesgesetz, mit dem die Bundesbetreuung von Asylwerbern geregelt wird (Bundesbetreuungsgesetz) BGBl 1991/405.

¹³⁸ Bundesgesetz, mit dem die Grundversorgung von Asylwerbern im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird (Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 – GVG-B 2005) BGBl 1991/405, zgd BGBl I 2011/38.

¹³⁹ Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997 – AsylG) BGBl 1997/76.

¹⁴⁰ BGBl I 1997/87. Durch diese Novelle ist Art 129c B-VG eingefügt worden, dessen Abs 1 den einfachen Bundesgesetzgeber ermächtigt hat, einen weiteren unabhängigen Verwaltungssenat, den Unabhängigen Bundesasylsenat [UBAS], „als oberste Berufungsbehörde in Asylsachen“ einzurichten.

¹⁴¹ Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat (UBASG) BGBl I 1997/77.

¹⁴² Vgl Ausschussbericht [AB] 756 BlgNR XX. GP, 1.

des AsylG 1997 werden in den Materialien (unter anderem) Verfahrenskonzentration und Vorführung zum Zweck der Sicherung der Ausweisung genannt.¹⁴³

Durch eine Novelle des AsylG 1997 im Jahre 2003¹⁴⁴ [AsylG-Nov 2003] hat auch in allen anderen Fällen einer Zurückweisung¹⁴⁵ oder Abweisung¹⁴⁶ eine Ausweisung nach sich gezogen.¹⁴⁷ Weiters ist durch die AsylG-Nov 2003 ein der inhaltlichen Prüfung des Asylantrages (materielles Verfahren) vorgelagertes Zulassungsverfahren eingefügt, für das Berufungsverfahren ein Neuerungsverbot normiert und der Grundsatz gem § 64 Abs 1 AVG, wonach rechtzeitig eingebrachte Berufungen aufschiebende Wirkung haben, durchbrochen worden. Quasi als Beleg für die Notwendigkeit dieser neuerlichen Restriktion wird in RV 120 BlgNR XXII. GP [RV 2003], 12 die Anzahl der Asylanträge Österreichs für das Jahr 2002 in Relation zur Situation in den übrigen EU-Mitgliedstaaten gesetzt. Österreich belegt in dieser Statistik hinsichtlich der absoluten Zahl an Asylanträgen – 37.047 – hinter Großbritannien, Deutschland und Frankreich den vierten, hinsichtlich der Kategorie „Asylanträge pro 1.000 Einwohner“ mit einem Wert von 4,6 den ersten Platz.

Das ebenfalls im Rahmen des Fremdenrechtspakets 2005 beschlossene, am 1. Jänner 2006 in Kraft getretene Asylgesetz 2005¹⁴⁸ [AsylG 2005] knüpfe inhaltlich an das AsylG 1997 idF AsylG-Nov 2003 an.¹⁴⁹ An echten Neuerungen seien zB explizierte durchsetzbare Mitwirkungspflichten des Asylwerbers, die (in der Praxis irrelevant gebliebene) Möglichkeit des UBAS, eine Leitentscheidung zu erlassen, sodass er in gleichgelagerten Fällen von einer Verhandlung absehen kann, oder die verpflichtende Einleitung eines Ausweisungsverfahrens, wenn die Ausweisung des Asylwerbers wahrscheinlich ist, genannt. Es wird nicht zu leugnen sein, dass den Materialien zum Fremdenrechtspaket 2005 eine gegenüber Fremden und Asylwerbern kritische bis ablehnende Haltung zu eigen ist. So findet sich in RV 952 BlgNR XXII. GP [RV 2005], 4 nach Anführung der Asylwerberzahlen für die Jahre 2003 (32.364) und 2004 (24.676) die Behauptung, dass sich „ein leidlicher Teil der Asylwerber dem Verfahren entzieht.“

¹⁴³ Vgl RV 1997, 15.

¹⁴⁴ Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 1997 (AsylG-Novelle 2003), das Bundesbetreuungsgesetz, das Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat und das Meldegesetz geändert werden BGBl I 2003/101.

¹⁴⁵ Zurückweisung wegen Drittstaatsicherheit gem § 5a Abs 1 AsylG 1997 idF AsylG-Nov 2003 IVm § 4 Abs 1 leg cit.

¹⁴⁶ Abweisung wegen offensichtlicher Unbegründetheit gem § 6 AsylG 1997 idF AsylG-Nov 2003 sowie Abweisung gem § 8 leg cit.

¹⁴⁷ PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 259 äußern sich bezüglich des Instituts der asylrechtlichen Ausweisung generell kritisch, wenn sie meinen, dass das Institut der Ausweisung dem Wesen nach dem Asylrecht fremd sei, da es hier vorwiegend um die Feststellung der Schutzbedürftigkeit und –würdigkeit fremder Staatsbürger und nicht um die Verfügung aufenthaltsbedender Maßnahmen gehe.

¹⁴⁸ Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 – AsylG 2005) BGBl I 2005/100, zgd BGBl I 2011/38.

¹⁴⁹ So CZABA, AsylG 2005, 7.

Mit Wirkung des 1. Juli 2008 ist der UBAS durch den Asylgerichtshof [AsylGH] ersetzt worden. Der Ministerialentwurf vom 23. Juli 2007¹⁵⁰ hat eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgesehen, mit neun Verwaltungsgerichten der Länder und einem Verwaltungsgericht des Bundes („9+1-Modell“). Auf letzteres hätten unter anderem die Aufgaben des UBAS übertragen werden sollen. Auf diesen Entwurf muss jedoch nicht näher eingegangen werden, da von einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit in der auf dem Begutachtungsentwurf aufbauenden Regierungsvorlage vom 7. November 2007¹⁵¹ keine Rede mehr gewesen ist. Stattdessen solle an die Stelle des UBAS „als gerichtliche Rechtsmittelinstanz ein eigener Asylgerichtshof“ treten. Ziel sei eine wesentliche Verkürzung der „Gesamtverfahrensdauer“ und durch die Zugangsverweigerung zum Verwaltungsgerichtshof [VwGH] dessen merkliche Entlastung.

Der Verfassungsausschuss des Parlaments hat in seinem Ausschussbericht vom 28. November 2007¹⁵² bezüglich der Regierungsvorlage zwei nicht unwesentliche Änderungen vorschlagen: Zum einen soll der AsylGH nicht auch „in sonstigen Verwaltungssachen, die ihm durch Bundesgesetz zugewiesen werden,“ zuständig sein,¹⁵³ zum anderen soll der VwGH nicht im Fall der Säumnis des AsylGH angerufen werden können.¹⁵⁴ Bereits zwei Tage später, und ohne vorangegangenes Begutachtungsverfahren,¹⁵⁵ hat der Verfassungsausschuss einen selbständigen Antrag¹⁵⁶ vorgelegt, der die Einrichtung des AsylGH auf einfachgesetzlicher Ebene zum Gegenstand gehabt hat. Der Antrag hat zu diesem Zweck vor allem die Erlassung eines (das UBASG ablösenden) Asylgerichtshofgesetzes¹⁵⁷ [AsylGHG] und verfahrensrechtliche Änderungen des AsylG 2005 beinhaltet. Beide Vorhaben sind am 5. Dezember 2007 vom Nationalrat angenommen und am 4. Jänner 2008 als entsprechendes Bundesverfassungsgesetz¹⁵⁸ bzw als Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetz¹⁵⁹ kundgemacht worden.

¹⁵⁰ 94/Ministerialentwurf [ME] XXIII. GP.

¹⁵¹ RV 314 BlgNR XXIII. GP [RV 2007 I].

¹⁵² Vgl AB 370 BlgNR XXIII. GP, 5.

¹⁵³ So noch Art 129c Z 2 B-VG idF RV 2007 I.

¹⁵⁴ So noch Art 132a Abs 1 Z 2 B-VG idF RV 2007 I.

¹⁵⁵ Diese zeitlich dicht gedrängte Vorgangsweise des Gesetzgebers ist im Schrifttum kritisiert worden, vgl an vorderster Front *JABLONER*, Asylgerichtsbarkeit, 2 (3), der die Umstände des Zustandekommens der den AsylGH einrichtenden Novelle mit den Begriffen „Kabinettsgezeggebung“, „Intransparenz“ und „Verfassungserzeugung durch Verfassungsintrige“ charakterisiert. Diesem zustimmend *MUZAK*, Asylgerichtshof, 18. Kritisch auch *FRÜHWIRTH*, Asylgerichtshof, 59 (59).

¹⁵⁶ AB 371 BlgNR XXIII. GP [AB 2007].

¹⁵⁷ Bundesgesetz über den Asylgerichtshof (Asylgerichtshofgesetz – AsylGHG) BGBl I 2008/4, zgd BGBl I 2010/111.

¹⁵⁸ Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird BGBl I 2008/2.

¹⁵⁹ Bundesgesetz, mit dem ein Asylgerichtshofgesetz erlassen wird und das Asylgesetz 2005, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, das Bundesministeriengesetz 1986, das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991, das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgezetz, das Grundversorgungsgesetz-Bund 2005, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985, das Sicherheitspolizeigesetz und das Waffengesetz 1996 geändert werden (Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetz) BGBl I 2008/4.

II.B.4. Völkerrechtliches Umfeld

Abgesehen von der den Rang eines einfachen Bundesgesetzes einnehmenden GFK werden als weitere Rechtsquellen des internationalen Flüchtlings- und Asylrechts das Handbuch des UNHCR über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft¹⁶⁰ [UNHCR-Handbuch] sowie die Richtlinien des UNHCR zum Internationalen Schutz¹⁶¹ [UNHCR-Richtlinien] genannt, welche zwar *soft law* darstellen würden, denen allerdings bei der Interpretation der GFK grundlegende Bedeutung zukomme.¹⁶² Hinsichtlich des UNHCR-Handbuchs ist in diesem Zusammenhang ein Erk des VwGH aus dem Jahre 2002 zu nennen, in welchem auf die dem Handbuch zukommende Relevanz eingegangen wird. Zunächst führt der VwGH aus, dass er in seiner Judikatur zum AsylG 1991, mit dem Hinweis, dem UNHCR-Handbuch komme keine normative Kraft zu, diesem nie ausschlaggebende Bedeutung beigemessen habe. Das geltende Gesetz (das AsylG 1997) verweise allerdings auf die GFK und erfordere somit gem Art 31 Wiener Vertragsrechtskonvention¹⁶³ „jedenfalls auch die Bedachtnahme auf die Staatenpraxis und die Bedeutung des Handbuchs für diese [...].“¹⁶⁴

Der im englischen Vertragstext mit „*Prohibition of Expulsion or Return (‘Refoulement’)*“ überschriebene Art 33 GFK verbietet die Ausweisung bzw Zurückweisung von Flüchtlingen, deren Leben oder Freiheit dadurch bedroht wäre. Für diese Rechtspflicht hat sich der Begriff des Refoulement-Verbotes bzw jener des Grundsatzes des *Non-Refoulement* eingebürgert.¹⁶⁵ Das Refoulement-Verbot, und damit eine der wesentlichsten Bestimmungen des Asylrechtes überhaupt, findet sich auf völkervertragsrechtlicher Ebene weiters in Art 3 Europäische Menschenrechtskonvention¹⁶⁶ [EMRK], Art 7 In-

¹⁶⁰ Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gemäß dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, im Internet abrufbar unter <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4023d8df4.html> (letzter Zugriff am 26. September 2011). Hierbei handelt es sich um eine nichtamtliche Übersetzung aus dem Jahre 2003 des 1979 erstmals veröffentlichten, 1992 bearbeiteten englischen Originals mit dem Titel: *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/1P/4/Eng/Rev.2, im Internet abrufbar unter <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3314.html> (letzter Zugriff am 26. September 2011).

¹⁶¹ Eine nichtamtliche Komilation dieser insgesamt sieben Richtlinien findet sich im Internet unter <http://www.unhcr.de/rechtsinformationen/internationales-fluechtlingsrecht/volkerrichtliche-dokumente/unhcr-richtlinien.html> (letzter Zugriff am 26. September 2011). Das englische Original zB der ersten Richtlinie (*Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*), HCR/GIP/02/01, findet sich im Internet unter <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html> (letzter Zugriff am 26. September 2011).

¹⁶² Vgl PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 8.

¹⁶³ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge BGBI 1980/40.

¹⁶⁴ So VwGH 21. 3. 2002, 99/20/0401. Wenngleich die Meinungsänderung des VwGH zu begrüßen ist, ist doch festzuhalten, dass auch das AsylG 1991 sowie das AsylG 1968 mehrmals auf die GFK verweisen.

¹⁶⁵ Vgl auch die Überschrift zum 7. Hauptstück des FPG. Auf das Problem des *Non-Refoulement* wird in dieser Arbeit, abgesehen von den Erwähnungen in Kapitel II.C.1, wegen dessen Zugehörigkeit zum materiellen Recht nicht näher eingegangen. Vgl dazu vor allem DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I, 96 ff sowie DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht II, 174 ff. Der VfGH greift den Ausdruck erstmals in VfGH 16. 12. 1992, B1035/92 (Verfassungssammlung [VfSlg] 13.314/1992) auf, worin er die *Non-Refoulement*-Konformität von Bestimmungen des AsylG 1991 und des FPG 1954 feststellt.

¹⁶⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) BGBI 1958/210, zgd BGBI III 2002/179. Sie befindet sich gem Art II Z 7 Bundesverfassungsgesetz vom 4. März 1964, mit dem

ternationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte¹⁶⁷ sowie Art 3 Abs 1 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe¹⁶⁸ [Folterübereinkommen].

II.B.5. Europarechtliches Umfeld

Am 1. Dezember 2009 ist auf EU-Ebene der am 13. Dezember 2007 unterzeichnete Vertrag von Lissabon¹⁶⁹ [Vertrag von Lissabon] in Kraft getreten, der neben einer umfassenden Änderung des Vertrages über die Europäische Union¹⁷⁰ [EUV] und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft¹⁷¹ [EGV] auch eine Umbenennung des letzteren in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union¹⁷² [AEUV] vorsieht. Des Weiteren sind die bisherigen drei Säulen der EU¹⁷³ zu einer einzigen verschmolzen worden; die EG ist in der EU aufgegangen, sodass nicht mehr von Gemeinschaft bzw Gemeinschaftsrecht einerseits und Union bzw Unionsrecht andererseits, sondern nur mehr von letzterem die Rede ist.¹⁷⁴ Aufrecht bleibt natürlich die Unterscheidung von Unionsrecht in EU-Primärrecht – EUV, AEUV und Beitrittsverträge – und EU-Sekundärrecht – auf Grundlage des EU-Primärrechts erlassene Rechtsakte, also vor allem Verordnungen und Richtlinien (Art 288 AEUV).¹⁷⁵

Das gesamte Unionsrecht hat im Falle einer Kollision mit staatlichem Recht Vorrang vor diesem. Staatliches Recht tritt diesfalls allerdings nicht außer Kraft, sondern bleibt unangewendet (Anwendungsvorrang des Unionsrechtes). Jedes rechtsanwendende nationale Organ hat die Vereinbarkeit von staatlichem mit Unionsrecht zu prüfen (Inzidentzuständigkeit).¹⁷⁶ Teilweise sind Unionsrechtsakte unmittelbar anwendbar (Verordnungen, zahlreiche Vorschriften des primären Unionsrechts sowie ausnahmsweise auch Richtlinien), dh auf sie können an eine Einzelperson adressierte Entscheidungen

Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 über Staatsverträge abgeändert und ergänzt werden BGBl 1964/59 in Verfassungsrang.

¹⁶⁷ BGBl 1978/591.

¹⁶⁸ BGBl 1987/492.

¹⁶⁹ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Amtsblatt [ABI] 2007/C 306/01 und ABI 2008/C 115/1 bzw BGBl III 2009/132.

¹⁷⁰ Vertrag über die Europäische Union ABI 1997/C 340/1 bzw BGBl III 1999/85, konsolidiert in ABI 2010/C 83/1.

¹⁷¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ABI 1997/C 340/1 bzw BGBl III 1999/86, zgd ABI 2005/L 157/11 bzw BGBl III 2006/185. Ist in dieser Arbeit vom EGV die Rede, so ist der EGV vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und also idF des Vertrages zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Republik Bulgarien und Rumänien über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumänien zur Europäischen Union BGBl III 2006/185 gemeint.

¹⁷² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ABI 1997/C 340/1 bzw BGBl III 1999/86, konsolidiert in ABI 2010/C 83/1.

¹⁷³ Vgl dazu THUN-HOHENSTEIN/CEDE/HAFNER, Europarecht, 21 ff sowie ÖHLINGER/POTACS, Gemeinschaftsrecht, 3 ff.

¹⁷⁴ Vgl Art 2 Z 2 lit a Vertrag von Lissabon.

¹⁷⁵ Vgl dazu THUN-HOHENSTEIN/CEDE/HAFNER, Europarecht, 57 ff sowie ÖHLINGER/POTACS, Gemeinschaftsrecht, 6 ff.

¹⁷⁶ Vgl zum Anwendungsvorrang THUN-HOHENSTEIN/CEDE/HAFNER, Europarecht, 85 ff sowie ÖHLINGER/POTACS, Gemeinschaftsrecht, 79 ff.

nationaler Organe (Urteil, Bescheid) gestützt werden.¹⁷⁷ Mangelt es dem Unionsrecht an der unmittelbaren Anwendbarkeit, wie es vor allem bei Richtlinien die Regel ist, muss es von nationalen Organisationen in innerstaatliches Recht umgesetzt werden.¹⁷⁸

Art 78 Abs 1 AEUV sieht die Entwicklung einer gemeinsamen Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz im Einklang mit der GFK vor, Abs 2 die Erlassung entsprechender Maßnahmen für „die Zwecke des Absatzes 1“. Auf Basis der entsprechenden Vorgängerbestimmung im EGV – insbes Art 63 Z 1 – sind bereits einige Rechtsakte ergangen. Deren prominentester ist wohl die am 1. März 2003 in Kraft getretene Dublin-Verordnung¹⁷⁹ [Dublin-VO], die im Rahmen der Zurückweisung eines Antrages auf internationalen Schutz [Asylantrag] gem § 5 AsylG 2005 eine bedeutende Rolle spielt. Ebenfalls im AsylG 2005 genannt ist die Status-Richtlinie¹⁸⁰ [Status-RL]. An weiteren auf Art 63 EGV gestützte gemeinschaftsrechtliche Rechtsakten sind zu nennen die Eurodac-Verordnung¹⁸¹ [Eurodac-VO], die Aufnahme-Richtlinie¹⁸² [Aufnahme-RL], die Verfahrens-Richtlinie¹⁸³ [Verfahrens-RL] und die Rückführungs-Richtlinie [Rückführungs-RL]¹⁸⁴. Im Sinne einer Umsetzung von Richtlinien und einer Durchführung von Verordnungen wird auf entsprechende sekundärrechtliche Rechtsakte in Materialien Bezug genommen.¹⁸⁵

Art 18 Grundrechtecharta¹⁸⁶ [GCEU] verbrieft das Recht auf Asyl nach Maßgabe der GFK, des EUV sowie des AEUV, Art 19 GCEU den Grundsatz des *Non-Refoulement*. Art 47 GCEU sieht das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf im Falle der Verletzung eines durch Unionsrecht garantierten Rechtes vor. Art 6 Abs 1 EUV erklärt die GCEU mit den Verträgen, also dem EUV und dem AEUV, für gleichrangig, womit es sich bei der GCEU ebenso um Primärrecht handeln dürfte.

¹⁷⁷ Vgl zur unmittelbaren Anwendbarkeit THUN-HOHENSTEIN/CEDE/HAFNER, Europarecht, 188 f sowie ÖHLINGER/POTACS, Gemeinschaftsrecht, 58 ff.

¹⁷⁸ Vgl dazu THUN-HOHENSTEIN/CEDE/HAFNER, Europarecht, 189 und 171 f sowie ÖHLINGER/POTACS, Gemeinschaftsrecht, 109 ff.

¹⁷⁹ Verordnung (Europäische Gemeinschaft [EG]) Nummer [Nr] 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist ABI 2003/L 50/1, zgd Verordnung (EG) Nr 1103/2008 ABI 2008/L 304/81.

¹⁸⁰ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. 4. 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes ABI 2004/L 304/12, zgd Berichtigung ABI 2005/L 204/24.

¹⁸¹ Verordnung (EG) 2725/2000 des Rates vom 11. 12. 2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens ABI 2000/L 316/1.

¹⁸² Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. 1. 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten ABI 2003/L 31/18.

¹⁸³ Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. 12. 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft ABI 2005/L 326/13, zgd Berichtigung ABI 2006/L 236/35.

¹⁸⁴ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger ABI 2008/L 348/98.

¹⁸⁵ Vgl zB RV 2005, 2 zum Fremdenrechtspaket 2005 oder RV 1997, 14 zum AsylG 1997.

¹⁸⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union ABI 2007/C 303/01, konsolidiert in ABI 2010/C 83/389.

II.C. Jüngere Novellierungen des FPG, NAG und AsylG 2005

II.C.1. Problemkreis „Ausweisung“

II.C.1.a) Einleitung

Ob die Ausweisung eines Fremden, sei es unter fremdenpolizeilicher oder unter asylrechtlicher Ägide, verfassungsrechtlich zulässig ist, dh die von einer Verwaltungsbehörde (bzw dem AsylGH) verfügte aufenthaltsbeendende Maßnahme insbes grundrechtskonform ergangen ist, hat schon oftmals den Verfassungsgerichtshof [VfGH] beschäftigt. Grundrechte, deren Verletzung in einer Beschwerde gem Art 144 B-VG, bzw hinsichtlich einer Beschwerde gegen ein Erkenntnis [Erk] des AsylGH seit 1. Juli 2008 auch gem Art 144a B-VG, behauptet wird, sind im Kontext von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen insbes das aus dem Bundesverfassungsgesetz [BVG] über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung¹⁸⁷ [RassDiskr-BVG] erfließende Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander und das Rechtsstaatsprinzip gem Art 18 Abs 1 B-VG, das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gem Art 83 Abs 2 B-VG und der Gleichheitssatz gem Art 7 Abs 1 B-VG, aber auch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK, das Verbot der Folter gem Art 3 EMRK und das Recht auf Freiheit und Sicherheit gem Art 5 EMRK, ferner das Recht auf Leben gem Art 2 EMRK, das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit gem Art 4 EMRK, das Recht auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK und das Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung gem Art 10 EMRK sowie (das Recht auf) Schutz des Eigentums gem Art 1 1. Zusatzprotokoll zur EMRK¹⁸⁸ [1. ZPEMRK], das Verbot der Kollektivausweisung von Ausländern gem Art 4 4. Zusatzprotokoll zur EMRK¹⁸⁹ [4. ZPEMRK], (das Recht auf) Abschaffung der Todesstrafe gem Art 1 6. Zusatzprotokoll zur EMRK¹⁹⁰ [6. ZPEMRK] und (das Recht auf) verfahrensrechtliche Schutzzvorschriften in Bezug auf die Ausweisung von Ausländern gem Art 1 7. Zusatzprotokoll zur EMRK¹⁹¹ [7. ZPEMRK].

¹⁸⁷ Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung BGBl 1973/390.

¹⁸⁸ Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210, zgd BGBl III 1998/30.

¹⁸⁹ Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind BGBl 1969/434, zgd BGBl III 1998/30.

¹⁹⁰ Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe BGBl 1985/138, zgd BGBl III 1998/30.

¹⁹¹ Protokoll Nr. 7 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1988/628, zgd BGBl III 1998/30.

Bei allen erwähnten Grundrechten (verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten [vfggR]) handelt es sich nach allgemeiner Einteilung um Grobprüfungsgrundrechte¹⁹², dh solche Grundrechte, bei denen der VfGH eine Verletzung des Grundrechtes allgemein nur dann als gegeben erachtet, wenn der Bescheid gesetzlos ergangen ist, das Gesetz denkunmöglich, also qualifiziert rechtswidrig, angewendet oder der Bescheid auf ein verfassungswidriges Gesetz gestützt worden ist. Als Unterfall der Denkunmöglichkeit gilt auch, wenn die Behörde dem Ausführungsgesetz einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt, so zB grobe Verfahrensfehler.¹⁹³ Für den Bereich des Schutzes des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK hat der VfGH diese Grundrechtsformel jedoch variiert: Eine allfällige Verfassungswidrigkeit (entweder im Falle des Unterstellens eines verfassungswidrigen Inhalts oder des Stützens des Bescheides auf ein verfassungswidriges Gesetz) muss sich auf Art 8 EMRK beziehen.¹⁹⁴ Den Grobprüfungsgrundrechten werden die Feinprüfungsgrundrechte gegenüber gestellt, bei denen jede Verletzung des Ausführungsgesetzes, und nicht bloß die geschilderten gravierenden, eine Grundrechtsverletzung bewirkt.

II.C.1.b) Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im österreichischen Recht

Einleitend ist auf WIEDERIN¹⁹⁵ zu verweisen, der anführt, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR] zwar bei einer Ausweisung¹⁹⁶, einem Aufenthaltsverbot und einer Abschiebung,¹⁹⁷ nicht aber bei der Verweigerung eines Einreisetitels¹⁹⁸, sohin also nur bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, einen Eingriff in Art 8 EMRK sehe. Der VfGH scheint sich dieser Sichtweise anzuschließen, wenngleich er auch im Falle der Versagung eines Sichtvermerks einen Eingriff in Art 8 EMRK gesehen hat.¹⁹⁹

¹⁹² Vgl zum Begriff des Grobprüfungsgrundrechts ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 659 und ferner WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Verfassungsrecht, RZ 1467.

¹⁹³ Vgl dazu allgemein ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 725 ff.

¹⁹⁴ Diese eingeschränkte Variante der Grundrechtsformel, auf die auch ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 820, FN 34 sowie WIEDERIN, Art 8 EMRK, RZ 28 hinweisen, findet sich auch – wortident – in zwei näher zu erläuternden Erk (VfGH B328/07 und B1150/07 vom 29. September 2007): „Ein Eingriff in das durch Art8 EMRK verfassungsgesetzlich garantie - unter Gesetzesvorbehalt stehende - Recht wäre dann verfassungswidrig, wenn der ihn verfügende Bescheid ohne jede Rechtsgrundlage ergangen wäre, auf einer dem Art8 EMRK widersprechenden Rechtsvorschrift beruhte oder wenn die Behörde bei Erlassung des Bescheides eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglich Weise angewendet hätte; ein solcher Fall läge nur vor, wenn die Behörde einen so schweren Fehler begangen hätte, dass dieser mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe zu stellen wäre, oder wenn sie der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen verfassungswidrigen, insbesondere einen dem Art8 Abs1 EMRK widersprechenden und durch Art8 Abs2 EMRK nicht gedeckten Inhalt unterstellt hätte (vgl. VfSlg. 11.638/1988, 15.051/1997, 15.400/1999, 16.657/2002).“

¹⁹⁵ Vgl WIEDERIN, Art 8 EMRK, RZ 13 und 89.

¹⁹⁶ Unter Berufung auf EGMR MOUSTAQUIM, Beschwerdenummer [Appl No] 12313/86.

¹⁹⁷ Unter Berufung auf EGMR BELDJOUDI, Appl No 12083/86.

¹⁹⁸ Unter Berufung auf EGMR ABDULAZIS, Appl No 15/1983/71/107-109. Diese Frage scheint heutzutage allerdings auch anders beantworten zu sein, siehe etwas weiter unten bei II.C.2.

¹⁹⁹ Vgl VfGH 17. 6. 1997, B592/96 (VfSlg 14.863/1997).

Bereits § 3 FPG 1954 in der Stammfassung hat ein Aufenthaltsverbot vorgesehen. Der VfGH hat diese Bestimmung mit Erk vom 12. 12. 1985, G225/85 ua (VfSlg 10.737/1985) wegen Widerspruchs zu Art 8 EMRK und Art 18 B-VG²⁰⁰ aufgehoben. Im Einzelnen hat der VfGH ausgeführt: „Wenn ein Gesetz eine Maßnahme - wie hier ein Aufenthaltsverbot - vorsieht, die nicht bloß zufällig und ausnahmsweise, sondern geradezu in der Regel in das Familienleben [...] eingreift, [...] so muß der Eingriffstatbestand besonders deutlich umschrieben sein.“ Dies sei aber nicht der Fall gewesen; vielmehr habe sich § 3 Abs 1 FPG 1954 einer „weitmaschigen Generalklausel“ bedient. Das Verhängen eines Aufenthaltsverbotes verstoße als solches aber nicht gegen Art 8 EMRK. In einem anderen Erk²⁰¹ stellt der VfGH überdies klar, dass das Ziel, „die Einreise von Fremden nach Österreich zwecks längerem oder dauerndem Aufenthalt im Bundesgebiet (Einwanderung) in geordnete Bahnen zu lenken [...]“ ein durch Art 8 Abs 2 EMRK gedecktes sei.²⁰²

§ 17 FrG 1992 hat die Ausweisung, § 18 FrG 1992 das Aufenthaltsverbot vorgesehen. § 19 FrG 1992 hat in Bezug auf diese beiden aufenthaltsbeendenden Maßnahmen festgestellt, dass sie im Falle des Eingriffs in das Privat- oder Familienleben nur dann verhängt werden dürfen, wenn dies zur Erreichung der in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist. Der VfGH hat zu diesen Bestimmungen judiziert,²⁰³ dass eine Ausweisung gem § 17 Abs 1 FrG 1992 zwar den nicht rechtmäßigen Aufenthalt als Voraussetzung habe, dies allein eine Ausweisung jedoch nicht zu rechtfertigen vermöge. Die Behörde habe vielmehr darzutun, „warum sie unter Berücksichtigung des jeweils zu entscheidenden Einzelfalles zur Auffassung kommt, eine Ausweisung sei im Sinne des §19 FrG, dringend geboten“. Indem die Behörde es im konkreten Fall aber unterlassen habe, die Interessen der Beschwerdeführerin am Verbleib in Österreich gegen das öffentliche Interesse an einem geordneten Fremdenwesen abzuwägen, habe sie „eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglich Weise angewandt, indem sie einen so schweren Fehler begangen hat, daß dieser mit Gesetzeslosigkeit auf eine Stufe zu stellen ist.“

Eine dem § 19 FrG 1992 entsprechende Bestimmung²⁰⁴ hat auch das FrG 1997 in § 37 enthalten. In einem eine Ausweisung gem § 33 Abs 1 FrG 1997 betreffenden Erk²⁰⁵ beruft sich der VfGH zunächst auf die in VfSlg 14.547/1996 getroffene Hauptaussage, nämlich, dass der nicht rechtmäßige Aufent-

²⁰⁰ Art 18 Abs 1 B-VG normiert neben dem Legalitätsprinzip auch den Grundsatz der hinreichenden Bestimmtheit von Gesetzen, vgl dazu ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 583 ff sowie ferner WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Verfassungsrecht, RZ 569 ff.

²⁰¹ Vgl VfGH 1. 7. 1993, B338/93; B445/93 (VfSlg 13.497/1993).

²⁰² In diese Richtung auch WIEDERIN, Art 8 EMRK, RZ 97, wenn er unter Berufung auf die Rechtsprechung des EGMR behauptet, dass die Konventionsstaaten dazu befugt seien, Einreise, Aufenthalt und Ausweisung von Fremden zu kontrollieren und zu reglementieren.

²⁰³ Vgl VfGH 27. 6. 1996, B1838/94 (VfSlg 14.547/1996).

²⁰⁴ So auch RV 685 BlgNR XX. GP, 76.

²⁰⁵ Vgl VfGH 22. 2. 1999, B940/98 (VfSlg 15.400/1999).

halt im Bundesgebiet zwar notwendige Voraussetzung, nicht jedoch ausreichend für eine Ausweisung gem § 33 Abs 1 FrG 1997 sei. Es habe eine Interessenabwägung stattzufinden, die insbesondere auch den langen Aufenthalt des Beschwerdeführers sowie die Integration seiner ganzen Familie in Österreich zu berücksichtigen habe.^{206 207}

§ 57 Abs 1 FrG 1997 hat, genauso wie § 37 Abs 1 FrG 1992, ein Verbot der Abschiebung, Zurückschiebung und Zurückweisung bei Gefahr von unmenschlicher Behandlung oder Strafe oder der Todesstrafe enthalten. Durch eine Novelle des FrG 1997²⁰⁸ ist diese Bestimmung dahingehend präzisiert worden, dass anstelle der Nennung der konkreten Gefahrentatbestände, auf entsprechende EMRK-Vorschriften verwiesen werden ist.²⁰⁹ Der mit „Non-Refoulement-Prüfung“ überschriebene, die Abweisung des Asylantrags betreffende § 8 AsylG 1997 hat auf § 57 FrG 1997 verwiesen. Aufgrund der AsylG-Nov 2003 ist eine Abweisung des Asylantrags nunmehr mit einer Ausweisung zu verbinden gewesen.²¹⁰ In einem Erk²¹¹ hat der VfGH festgestellt, dass bei einer Ausweisung gem § 8 Abs 2 AsylG 1997 Art 8 EMRK zu berücksichtigen sei, „[a]uch wenn er sprachlich keinen Hinweis auf Art8 EMRK enthält [...].“²¹²

Was das geltende Fremdenrecht betrifft, so ist auf § 50 Abs 1 FPG zu verweisen, der ein dem § 57 Abs 1 FrG 1997 ähnliches Refoulementverbot enthält. § 53 Abs 1 FPG idF vor Inkrafttreten des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2011²¹³ [FrÄG 2011] am 1. Juli 2011 hat eine zur früheren Bestimmung des § 33 Abs 1 FrG 1997 wortidentische Ausweisungsregelung enthalten, § 66 Abs 1 leg cit eine dem § 37 Abs 1 FrG 1997 angenäherte Regelung zum Schutz des Privat- und Familienlebens. Entsprechend dem Grundsatz, dass eine fremdenpolizeiliche Ausweisung, nicht zielstaatsbezogen zu sein hat,²¹⁴ wird angeführt, dass eine Ausweisung ausschließlich die Verpflichtung enthalte, unverzüglich auszureisen, jedoch keine Aussage darüber, in welchen Staat diese zu erfolgen habe. Nicht im Aus-

²⁰⁶ Diese Interessenabwägung, so WIEDERIN, Art 8 EMRK, RZ 27, unter Berufung auf VfGH 13. 6. 1995, B2754/94 (VfSlg 14.121/1995), müsse aus dem Bescheid selbst hervorgehen.

²⁰⁷ Diese Rechtsprechung wird auch in den jeweils eine fremdenrechtliche Ausweisung betreffenden Erk VfGH 12. 6. 2001, B394/01 ua (VfSlg 16.182/2001) sowie VfGH 7. 10. 2002, B823/02 ua (VfSlg 16.657/2002) zitiert.

²⁰⁸ Bundesgesetz, mit dem das Fremdengesetz 1997 (FrG-Novelle 2002) und das Asylgesetz 1997 (AsylG-Novelle 2002) und das Ausländerbeschäftigungsgesetz geändert werden BGBl I 2002/126.

²⁰⁹ § 57 Abs 1 FrG 1997 idF BGBl I 2002/126 hat gelautet: „Die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung Fremder in einen Staat ist unzulässig, wenn dadurch Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder das Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe verletzt würde.“

²¹⁰ Vgl § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF AsylG-Nov 2003.

²¹¹ Vgl VfGH 15. 10. 2004, G237/03 ua (VfSlg 17.340/2004). Vgl auch VfGH 17. 3. 2005, G78/04 ua (VfSlg 17.516/2005), das auf VfGH 15. 10. 2004, G237/03 ua Bezug nimmt.

²¹² Vgl auch RV 2003, 14 bezüglich der §§ 4, 4a, 5, 5a und 6 AsylG 1997 idF AsylG-Nov 2003, die mit Zurück- und Abweisungen zu verbindende Ausweisungen betreffen: „Hier ist selbstredend – wie bei jeder Ausweisungsentscheidung im österreichischen Fremdenwesen – Art 8 EMRK in die Entscheidungsfindung einzubeziehen.“

²¹³ Bundesgesetz, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Asylgesetz 2005, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 und das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 – FrÄG 2011) BGBl I 2011/38.

²¹⁴ Vgl dazu sogleich unten II.C.1.c).

weisungsverfahren, sondern in Verfahren gem §§ 51 (betreffend die Feststellung der Unzulässigkeit der Abschiebung in einen bestimmten Staat) oder 46 Abs 3 FPG (betreffend den Abschiebungsaufschub) sei das Vorliegen der Gründe des § 50 Abs 1 oder 2 FPG zu prüfen.²¹⁵

Mit Inkrafttreten des erwähnten FrÄG 2011 hat das System der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen im Rahmen des FPG einen grundsätzlichen Wandel erfahren, welcher schon aus dem Inhaltsverzeichnis des Gesetzes erhellt. Während nach bisheriger Rechtslage die Ausweisung sowie das Aufenthaltsverbot den Kern im Bereich der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gebildet haben, stellt sich die rechtliche Situation nunmehr wie folgt dar: Gegen nicht rechtmäßig aufhältige Drittstaatsangehörige ist eine Rückkehrentscheidung sowie ein Einreiseverbot zu erlassen (1. und 2. Abschnitt des 8. Hauptstückes). Dahingegen regeln die Abschnitte 3 bis 5 des 8. Hauptstückes die aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, welche gegen Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltstitel einerseits sowie gegen EWR-Bürger, Schweizer Bürger und begünstigte Drittstaatsangehörige andererseits zu setzen sind. In Bezug auf den zuletzt genannten Personenkreis wird „das bewährte System der Ausweisung und des Aufenthaltsverbotes aufrechterhalten“²¹⁶.

Das den Fremdenpolizeibehörden nunmehr zur Verfügung stehende Instrumentarium an aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ist allerdings nicht Thema dieser Arbeit, weshalb dieses hier nur im Zusammenhang mit jenen Bestimmungen erörtert werden soll, welche die Setzung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme gegen einen Asylwerber betreffen.²¹⁷

Für den Bereich des Asylrechtes normiert § 10 Abs 1 AsylG 2005, in Entsprechung zu Bestimmungen des AsylG 1997 sowohl in der Stammfassung als auch idF AsylG-Nov 2003, dass (unter anderem) eine Zurückweisung und Abweisung des Antrags auf internationalen Schutz mit einer Ausweisung zu verbinden ist. § 10 Abs 2 AsylG 2005 bestimmt nun ausdrücklich, dass Ausweisungen, die eine Verletzung von Art 8 EMRK darstellen würden, unzulässig sind.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zu Art 8 EMRK, die in Zusammenhang mit § 37 FrG 1997 ergangen ist, auch für § 8 Abs 2 AsylG 1997 und schließlich auch für § 10 Abs 1 AsylG 2005 maßgeblich sei.²¹⁸

²¹⁵ Vgl VOGL/TAUCHER/BRUCKNER/MARTH/DOSKOZIL, Fremdenrecht, 343.

²¹⁶ So RV 2011, 34 zu EWR-Bürgern, Schweizer Bürgern und begünstigten Drittstaatsangehörigen sowie eine Seite davor zu Drittstaatsangehörigen mit Aufenthaltstitel. § 70 Abs 1 S 1 FPG bestimmt fortan, dass die Ausweisung (spätestens) mit Eintritt der Rechtskraft durchsetzbar wird, woraufhin der Fremde „unverzüglich auszureisen“ hat.

²¹⁷ Siehe dazu unten V.B.2 betreffend das BAA sowie VI.H.7 betreffend den AsylGH.

²¹⁸ Vgl FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 330.

II.C.1.c) Unterschiede zwischen der fremdenpolizeilichen und der asylrechtlichen Ausweisung

Ein wesentlicher Unterschied zwischen fremdenpolizeilichen und asylrechtlichen Ausweisungen ist das nur bei der asylrechtlichen Ausweisung gegebene Erfordernis der Zielstaatsbezogenheit der Ausweisung.²¹⁹ In VfGH 17. 3. 2005, G78/04 ua (VfSlg 17.516/2005) meint der Gerichtshof dazu: „Divergenzen zwischen der Beurteilung der Interessenabwägung durch die Fremdenpolizeibehörden und durch die Asylbehörden können sich aber allein deshalb ergeben, weil die Asylbehörden nur die Zulässigkeit der Ausweisung in den Herkunftsstaat zu beurteilen haben, während Fremdenpolizeibehörden bei der Interessenabwägung bezüglich des möglichen Aufenthaltes nach einer Ausweisung eine Vielzahl von Möglichkeiten in Betracht zu ziehen haben. [...] Die Refoulementprüfung durch die Asylbehörden beschränkt sich auf die Sicherheit im Herkunftsstaat, [...] [d]ie asylrechtliche Ausweisung ermächtigt nur [...] zur Abschiebung in jenen Staat, dessen Sicherheit die Asylbehörden bereits geprüft haben.“ Der Verwaltungsgerichtshof [VwGH] fasst unter Berufung auf dieses Erk präzisierend zusammen,²²⁰ dass „keine Ausweisung ohne vorherige Refoulementprüfung stattzufinden hat und die Ausweisung durch die Asylbehörden [...] nur zur Abschiebung in den Staat berechtigt, auf den sich die Refoulementprüfung bezogen hat.“

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass asylrechtliche Ausweisungen schlechthin zwingend zu erfolgen haben,²²¹ während fremdenpolizeiliche Ausweisungen teils ebenso zwingend vonstatten zu gehen haben,²²² teils aber auf einer Kann-Bestimmung beruhen.²²³ Diese Ungleichbehandlung von Asylwerbern einerseits und sonstigen Fremden andererseits hat der VfGH – nach der ursprünglichen Rechtslage – als verfassungsrechtlich unproblematisch eingestuft. Der Gesetzgeber habe beabsichtigt, durch die zwingende Ausweisung, eine Aufenthaltsverfestigung von Asylwerbern, die sich bloß aufgrund ihrer Asylantragstellung im Inland aufhalten dürfen, zu verhindern. Ihm könne angesichts dieser Asylwerber betreffenden Besonderheit nicht entgegengetreten werden.²²⁴

Zu bedenken ist allerdings, dass sich diese Aussagen auf eine Rechtslage bezogen haben, dergemäß fremdenpolizeiliche Ausweisungen generell nicht zwingend auszusprechen gewesen sind. Wie soeben dargestellt, enthält nun aber auch § 62 Abs 1 und 2 FPG in Bezug auf Drittstaatsangehörige mit

²¹⁹ Vgl dazu PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 260, FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 343 ff sowie VOGL/TAUCHER/BRUCKNER/MARTH/Doskozil, Fremdenrecht, 85.

²²⁰ Vgl Erk VwGH 30. 6. 2005, 2005/20/0108.

²²¹ Vgl § 5a AsylG 1997 idF AsylG-Nov 2003: „ist mit einer Ausweisung zu verbinden.“ Wortident auch der geltende § 10 Abs 1 AsylG 2005.

²²² Vgl nunmehr § 62 Abs 1 und 2 FPG in Bezug auf Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltstitel: „sind mit Bescheid [...] auszuweisen“.

²²³ Vgl zB § 33 Abs 1 FrG 1997: „können mit Bescheid ausgewiesen werden.“ Ähnlich auch der geltende § 66 Abs 1 FPG in Bezug auf EWR-Bürger, Schweizer Bürger und begünstigte Drittstaatsangehörige: „können ausgewiesen werden“.

²²⁴ Vgl VfGH 17. 3. 2005, G78/04 ua (VfSlg 17.516/2005).

Aufenthaltstitel eine Bestimmung, die eine zwingende Ausweisung von Fremden vorsieht. Die angeführten Überlegungen aus dem Erk, aufgrund derer der VfGH zum Schluss gekommen ist, die Ungleichbehandlung von Asylwerbern (nach dem AsylG 2005) einerseits und sonstigen Fremden (nach dem FPG) andererseits sei als verfassungsrechtlich unproblematisch einzustufen, dürften im Fall des nunmehrigen § 62 Abs 1 und 2 FPG allerdings nicht mehr relevant sein, da die vom Verfassungsgericht ausgemachte „Besonderheit“ der Asylwerber im Rahmen der *leg cit* unbeachtlich ist.

Bei Drittstaatsangehörigen mit Aufenthaltstitel iSd § 62 Abs 1 und 2 FPG ist eine Aufenthaltsverfestigung nämlich nicht nur nicht zu verhindern – wie dies der VfGH aber hinsichtlich von Asylwerbern behauptet –, sondern in § 64 FPG sogar ausdrücklich vorgesehen. Müsste sich der VfGH eines Tages mit der Verfassungskonformität des zwingenden Charakters der Ausweisung in § 62 Abs 1 und 2 FPG auseinandersetzen, hätte er diese – unter konsequenter Beibehaltung seiner in VfSlg 17.516/2005 in Erscheinung getretenen Argumentationslinie – also zu verneinen.

II.C.1.d) Bisher von der Judikatur herausgearbeitete Aspekte der nach Art 8 Abs 2 EMRK vorzunehmenden Interessenabwägung

Dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen einen Eingriff in Art 8 EMRK darstellen,²²⁵ bedeutet nicht automatisch auch dessen Verletzung. Ein Eingriff der Verwaltung stellt sich nämlich nur dann als (verfassungswidrige) Verletzung eines Grundrechtes dar, wenn der Bescheid entgegen der vom VfGH entwickelten Grundrechtsformel²²⁶ erlassen worden ist.²²⁷ Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn die Behörde der „angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen verfassungswidrigen, insbesondere einen dem Art8 Abs1 EMRK widersprechenden und durch Art8 Abs2 EMRK nicht gedeckten Inhalt unterstellt“.²²⁸ Wie unter anderem aus den oben, II.C.1.b), zitierten Passagen der Erk VfSlg 14.547/1996 und VfSlg 15.400/1999 ersichtlich, scheint der VfGH aus Art 8 Abs 2 EMRK auch schon bisher das Gebot einer Interessenabwägung, nämlich hinsichtlich der Interessen des Einzelnen am Verbleib einerseits und der öffentlichen, in Art 8 Abs 2 EMRK aufgezählten, Interessen an der Effektuierung der Aufenthaltsbeendigung andererseits, abgeleitet zu haben.

WIEDERIN verweist auf eine vom EGMR²²⁹ entwickelte Liste mit zu beachtender Kriterien. Er unterscheidet drei Gruppen dieser Kriterien: Erstens, bezüglich der Verankerung im Aufenthaltsstaat sowie der Folgen ihrer Lösung für familiäre Bindungen. Hier seien Dauer, Beginn und Rechtmäßigkeit des

²²⁵ Siehe dazu oben II.C.1.b).

²²⁶ Siehe dazu oben II.C.1.a).

²²⁷ Vgl dazu, ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 707 f.

²²⁸ Siehe FN 194.

²²⁹ Anlässlich des Falles EGMR BOULTIF, Appl No 54273/00, ein Aufenthaltsverbot betreffend.

Aufenthalts, das Ausmaß der Integration, allenfalls vorhandene Ehegatten und Kinder, die Ausbildung sowie die Möglichkeit, das Familienleben auch anderswo zu führen, maßgeblich. Zweitens, bezüglich des Grundes der Aufenthaltsbeendigung. Zuerst müsse man hier die Frage stellen, ob der Betroffene eine Straftat verübt hat und bejahendenfalls die Art der Straftat, die Rückfallswahrscheinlichkeit und auch das Alter zum Zeitpunkt ihrer Begehung in Rechnung stellen. Drittens schließlich sei auch die Situation im Heimatland mit einzubeziehen. Kann der Betroffene die Sprache? Hat er sonstige Bindungen zum Heimatstaat?²³⁰

PUTZER/ROHRBÖCK stützen ihre Ausführungen zu diesem Punkt auf eine andere Entscheidung des EGMR²³¹ und kommen auf ein ähnliches Ergebnis. Von Bedeutung ist aber auch die seit der Begehung der Straftat vergangene Zeit und das Verhalten des Fremden in dieser Zeit sowie die Frage, mit welchen Schwierigkeiten der Partner der betreffenden Person im Zielstaat der Ausweisung konfrontiert sein wird.²³² Aber auch der VfGH hat eigene Kriterienlisten herausgearbeitet, die sich stark an den bereits genannten Kriterien orientieren.²³³

II.C.1.e) Die Erk VfGH B328/07 und B1150/07 – und ihre „Nachfolger“

Der VfGH hat auf seiner Internetseite²³⁴ unter der Rubrik „Ausgewählte Entscheidungen“ – „Frühere Entscheidungen“ diese beiden Erk vom 29. September 2007 unter der Überschrift „Umstrittene Ausweisungen: VfGH legt Kriterien für ‚weiteren Verbleib‘ fest“ vorgestellt. Einem Erk ist eine fremdenpolizeiliche Ausweisung zugrunde gelegen, dem anderen eine asylrechtliche.

In VfGH 29. 9. 2007, B328/07 (VfSlg 18.223/2007) wird zunächst festgehalten, „dass die Schaffung eines Ordnungssystems, mit dem die Einreise und der Aufenthalt von Fremden geregelt wird [...] notwendig ist.“ Der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Bestimmungen komme im Interesse des Schutzes der öffentlichen Ordnung (iSd Art 8 Abs 2 EMRK) große Bedeutung zu.²³⁵ Allerdings sei die Behörde „stets dazu verpflichtet“ das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung gegen das persönliche Interesse des Fremden an einem weiteren Aufenthalt am Maßstab des Art 8 EMRK abzuwägen.

²³⁰ Vgl *WIEDERIN*, Art 8 EMRK, RZ 99.

²³¹ EGMR AMROLLAHI, Appl No 56811/00.

²³² Vgl *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 300.

²³³ Vgl VfGH 13. 3. 2003, B1835/02 (VfSlg 16.845/2003).

²³⁴ <http://www.vfgh.gv.at/> (letzter Zugriff am 26. September 2011).

²³⁵ Vgl in die gleiche Stoßrichtung auch die oben, II.C.1.b), angeführten Passagen der Erk VfGH 12. 12. 1985, G225/85 ua (VfSlg 10.737/1985) und VfGH 1. 7. 1993, B338/93 (VfSlg 13.497/1993).

In der Folge verweist der VfGH auf einige Entscheidungen des EGMR,²³⁶ in welchen letzterer „fallbezogen unterschiedliche Kriterien herausgearbeitet [hat], die bei einer solchen Interessenabwägung zu beachten sind [...].“²³⁷

Der EGMR habe etwa die Aufenthaltsdauer, das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens und dessen Intensität, die Schutzwürdigkeit des Privatlebens, den Grad der Integration des Fremden, der sich in intensiven Bindungen zu Verwandten und Freunden, der Selbsterhaltungsfähigkeit, der Schulausbildung, der Berufsausbildung, der Teilnahme am sozialen Leben, der Beschäftigung und ähnlichen Umständen manifestiert, die Bindungen zum Heimatstaat, die strafgerichtliche Unbescholtenseit, aber auch Verstöße gegen das Einwanderungsrecht und Erfordernisse der öffentlichen Ordnung für maßgeblich erachtet. Auch die Frage, ob das Privat- und Familienleben in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren, sei bei der Abwägung in Betracht zu ziehen.

Diesen Punkten stellt der VfGH die von der Behörde vorgenommene Interessenabwägung gegenüber, um schließlich zu konstatieren, dass die Behörde die Beschwerdeführerin durch fehlende Einbeziehung der oben dargestellten Kriterien in ihre Interessenabwägung in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt hat. Der Bescheid ist daher aufzuheben gewesen.

Auch in VfGH 29. 9. 2007, B1150/07 (VfSlg 18.224/2007) wird – wortident – der Kriterienkatalog der EGMR-Judikatur angeführt. Allerdings sei hier der Behörde kein in die Verfassungssphäre reichender Fehler vorzuwerfen, wenn sie das „öffentliche Interesse an einer geordneten Einreise und an der Befolgung österreichischer Gesetze höher wertet als seinen langjährigen Aufenthalt im Inland, die Behauptungen über seine familiären Beziehungen und seine Beschäftigung im Inland [...]\“. Die Beschwerde ist daher abzuweisen gewesen.

Der VfGH festigt durch die beiden Erk seine Argumentationslinie, wonach der Verhängung einer Ausweisung durch die Behörde eine Interessenabwägung hinsichtlich der in Art 8 Abs 2 EMRK aufgezählten Interessen an der Effektivierung der Ausweisung einerseits und dem Interesse des Betroffenen an einem weiteren Verbleib andererseits vorausgehen müsse. Dies ist jedoch kein Novum und –

²³⁶ Der VfGH geht im Rahmen seiner rechtlichen Würdigung, dh im Rahmen der Beurteilung der Verfassungskonformität des Ausweisungsbescheides, aber nicht eingehender auf einzelne Aussagen der zitierten EGMR-Urteile ein, weshalb meines Erachtens [mE] eine inhaltliche Beschäftigung mit den Urteilen unterbleiben kann. Dieser Ansicht offenbar auch WAGNER, VfGH 29. 9. 2007, B 328/07, 42 (43): „Entgegen der ausführlichen Anführung der einzelnen Kriterien, bei welchen im Übrigen fraglich ist, ob jedes Einzelne davon wesentlich für die Entscheidungsfindung des VfGH war, fällt schließlich die daran anschließende Interessensabwägung weniger ausführlich aus.“

²³⁷ Insofern erfahren die „Kriterienlisten“ (II.C.1.d)) eine Aktualisierung.

wenn auch nicht so klar wie in VfGH B328/07²³⁸ – schon in anderen Erk angesprochen;²³⁹ das Neue und Eigenständige in den Erk liegt vielmehr in einer Festlegung jener Kriterien, die in die von der Behörde vorzunehmenden Interessenabwägung einzufließen haben.

Wie auch nachfolgende, auf der Internetseite des VfGH unter der Überschrift „Fünf Ausweisungen als verfassungswidrig aufgehoben: Der Verfassungsgerichtshof hat fünf Ausweisungsbescheide aufgehoben, weil das Recht auf Privat- und Familienleben verletzt worden ist.“ vorgestellte Erk des VfGH von März 2008²⁴⁰ bezeugen, ist der VfGH seiner in VfGH B327/08 sowie B1150/07 zu Tage getretenen Argumentationslinie treu geblieben und sieht ersteres Erk als Referenzurteil: Nachdem die Grundrechtsformel erwähnt wird, fährt der VfGH in allen fünf Erk – wortident – mit folgender Passage fort:

„Wie der Verfassungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 29. September 2007, B328/07, dargelegt hat, ist die zuständige Fremdenpolizeibehörde stets dazu verpflichtet, das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung gegen die persönlichen Interessen des Fremden an einem weiteren Verbleib in Österreich am Maßstab des Art8 EMRK abzuwägen, wenn sie eine Ausweisung verfügt. In der zitierten Entscheidung wurden vom Verfassungsgerichtshof auch unterschiedliche - in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte entwickelte - Kriterien aufgezeigt, die bei Vornahme einer solchen Interessenabwägung zu beachten sind und als Ergebnis einer Gesamtbe trachtung dazu führen können, dass Art8 EMRK einer Ausweisung entgegensteht.“

II.C.1.f) Das aufhebende Erk G179/07 ua

Am 1. Oktober 2007 hat der VfGH eine Wortfolge und ein Wort im den Aufschub der Durchführung einer Ausweisung betreffenden § 10 Abs 3 AsylG 2005 aufgehoben. Nunmehr ist der Durchführungs aufschub unabhängig vom Ausspruch der Ausweisung auszusprechen. Begründend hat das Höchstgericht angeführt, „dass eine Regelung, die eine drohende Verletzung von Art3 EMRK nur zeitlich befristet abwendet und keine Verlängerungsmöglichkeit vorsieht, weil der Durchführungsaufschub nur gleichzeitig mit der Ausweisung ausgesprochen werden kann (§10 Abs3 AsylG [...], mit Art3 EMRK

²³⁸ Die Behörde sei „stets dazu verpflichtet, das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung gegen die persönlichen Interessen des Fremden an einem weiteren Verbleib in Österreich am Maßstab des Art8 EMRK abzuwägen.“

²³⁹ Vgl oben II.C.1.d). Vgl ferner VfGH 13. 3. 2003, B1835/02 („Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht bei der Interessenabwägung nach Art8 Abs2 EMRK jeweils auf die besonderen Umstände des Einzelfalles im Detail ein.“), VfGH 11. 12. 2003 (VfSlg 17.088/2003) („Die Behörde ist aber weiters verpflichtet, in einer Interessenabwägung nach §37 FrG [Anmerkung: 1997] zu beurteilen, ob das Aufenthaltsverbot in das Privat- und Familienleben des Fremden eingreift.“) sowie 23. 9. 2003, B568/03 (VfSlg 16.958/2003) („Gemäß §37 Abs2 leg. cit. [Anmerkung: gemeint ist FrG 1997] darf (u.a.) eine Ausweisung gemäß §34 Abs1 leg. cit. jedenfalls nicht erlassen werden, wenn die Auswirkungen auf die Lebenssituation des Fremden und seiner Familie schwerer wiegen als die nachteiligen Folgen der Abstandnahme von ihrer Erlas sung.“)

²⁴⁰ Nämlich die Erk des VfGH B16/08, B61/08, B1859/07 und andere [ua] und B1918/07 vom 5. März 2008 sowie das Erk VfGH 13.03. 2008, B1032/07.

nicht vereinbar ist.“ Des Weiteren habe die aufgehobene Stelle auch gegen das Gebot faktischer Effizienz des Rechtsschutzes verstoßen, „da der Asylwerber nach Ablauf der Frist des Durchführungsaufschubes kein angemessenes Rechtsmittel gegen die Durchführung einer Art3 EMRK verletzenden Abschiebung haben dürfte.“ Im Übrigen wird noch hervorgehoben, dass die nicht bloß vorübergehende Gefahr einer Verletzung von Art 3 EMRK einer Ausweisung entgegensteht und dem Asylwerber der Status des subsidiär Schutzberechtigten iSd § 8 AsylG 2005 zuzerkennen ist.²⁴¹ Diese Aufhebung ist am 8. November 2007 durch BGBl I 2007/75 kundgemacht worden und am darauf folgenden Tag in Kraft getreten.

II.C.1.g) BGBl I 2009/29 – Teil I

In der RV wird zunächst auf die Erk VfGH B328/07 und B1150/07 verwiesen, in denen Kriterien festgelegt worden sind, die bei Beantwortung der Frage, ob einer Ausweisung Art 8 EMRK entgegensteht, zu berücksichtigen sind.²⁴² Diese Kriterien sind nun in § 10 Abs 2 Z 2 AsylG 2005 (sowie in § 66 Abs 2 FPG und § 11 Abs 3 NAG) aufgenommen worden.²⁴³ „Damit soll die im Hinblick auf Art. 8 EMRK gebotene Interessenabwägung im Gesetz abgebildet werden, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung der Rechtslage verbunden wäre. Bereits jetzt haben die Asylinstanzen im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Ausweisungskompetenz die verfassungs- und menschenrechtliche Schranke des Art. 8 EMRK zu beachten. [...] Im Sinne einer verfassungskonformen Einzelfallprüfung und einer dynamischen Weiterentwicklung des Art. 8 EMRK durch Höchstgerichte und den EGMR sind die angeführten Kriterien nicht abschließend geregelt und je nach Sachverhaltsrelevanz des Einzelfalles anwendbar (arg. „insbesondere“).“²⁴⁴ § 10 Abs 5 AsylG 2005 (sowie § 66 Abs 3 FPG) enthält darüber hinaus seither die Verpflichtung, über die Zulässigkeit der Ausweisung, insbes im Hinblick darauf, ob deren etwaige Unzulässigkeit dauerhaft wäre, abzusprechen. Die Änderungen sind am 1. April 2009 in Kraft getreten, wobei § 75 Abs 1 S 1 iVm Abs 8 AsylG 2005 idF BGBl I 2009/29 bestimmen, dass § 10 idF BGBl I 2009/29 nur auf Verfahren anwendbar ist, die nach dem 31. März 2009 beim BAA anhängig sind oder (neuerlich) werden. Das bedeutet insbes, dass der novellierte § 10 AsylG 2005 nicht auf Verfahren anwendbar ist, die nach dem 31. März 2009 beim AsylGH anhängig sind, wenn nicht auch das BAA in der Folge neuerlich zuständig wird.²⁴⁵

²⁴¹ Vgl VfGH 1. 10. 2007, G179/07 ua (VfSlg 18.227/2007).

²⁴² Vgl oben II.C.1.e).

²⁴³ KLINGENBRUNNER, Fremdenrechtsnovelle, 38 (39) betont, dass der Gesetzgeber die Kriterien des VfGH (lediglich) nahezu wortgleich übernommen habe.

²⁴⁴ Vgl RV 88 BlgNR XXIV. GP [RV 2009 I], 2 f.

²⁴⁵ Dies betonend MARTH, Bleiberecht, 45 (45 f).

II.C.2. Problemkreis „Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen“

II.C.2.a) Einleitung

Nach der Stammfassung des NAG hat sich der aufenthaltsrechtliche Status von Personen, deren (asyl- oder fremdenrechtlicher) Ausweisungsbescheid aufgehoben worden ist, nicht substantiell verbessert, da sie (nur) aufgrund der Aufhebung kein Aufenthaltsrecht besessen haben. Ein solches hat ihnen in den meisten Fällen²⁴⁶ aber nur gem § 72 Abs 1 NAG eingeräumt werden können. Danach hat die Behörde Fremden in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen, insbes, wenn diese einer Gefahr gem § 50 FPG²⁴⁷ ausgesetzt sind, aus humanitären Gründen eine Aufenthaltsbewilligung erteilen können – allerdings nach dem Gesetzeswortlaut nur von Amts wegen.²⁴⁸ Diese fehlende Antragslegitimation hat zunächst Kritik in der Literatur hervorgerufen.²⁴⁹

II.C.2.b) Das aufhebende Erk VfGH G246/07 ua

Anlässlich der Behandlung zweier Beschwerden iSd Art 144 Abs 1 B-VG²⁵⁰ sind beim VfGH Bedenken ob der Verfassungskonformität der Wortfolge „von Amts wegen“ (unter anderem) in § 72 Abs 1 NAG entstanden, woraufhin er ein Gesetzesprüfungsverfahren gem Art 140 Abs 1 B-VG eingeleitet hat. In seinem, besagte Wortfolge schließlich aufhebendes, Erk 27. 6. 2008, G246/07 ua (VfSlg 18.517/2008) führt der VfGH zunächst aus, dass Art 8 EMRK „zwar kein Recht von Fremden auf Entfaltung des Privat- und Familienlebens in einem bestimmten Aufenthaltsstaat ihrer Wahl“ enthalte, sich aber dennoch aus Art 8 EMRK „unter besonderen Umständen eine Verpflichtung des Staates ergeben [kann], den Aufenthalt eines Fremden zu ermöglichen, mit der Folge, dass die Verweigerung der Erteilung eines Aufenthaltstitels einen Eingriff in dieses Grundrecht bildet.“

²⁴⁶ MUZAK, Bleiberecht, 79 (79) weist darauf hin, dass eine Niederlassungsbewilligung regelmäßig an der Verpflichtung zur Antragstellung vom Ausland aus (§ 19 Abs 1 NAG) bzw am Fehlen eines Quotenplatzes (§ 12 NAG) gescheitert wäre, eine (quotenfreie) Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen iSd § 73 NAG am Erfordernis der Erfüllung der Integrationsvereinbarung und/oder einer ausländerbeschäftigungsgesetzlichen Berechtigung (vgl § 73 Abs 2 NAG). Diese Ausführungen beziehen sich, wie erwähnt, auf das 7. Hauptstück des NAG („Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen“) in der Stammfassung.

²⁴⁷ § 50 FPG regelt das Verbot der Abschiebung, Zurückschiebung und Zurückweisung im Rahmen des Refoulementverbots. Siehe auch oben II.C.1.b).

²⁴⁸ Die Materialien zu dieser Frage sind mE wenig aufschlussreich. In RV 2005, 39 wird zu der asylrechtlichen Ausweisung nach § 10 AsylG 2005 folgendes festgestellt: „Ist eine Ausweisung auf Dauer nicht durchsetzbar, so wird – auch über Antrag – nach den niederlassungsrechtlichen Bestimmungen über humanitäre Aufenthaltstitel eine Lösung im Einzelfall zu suchen sein.“ Die Materialien zu den §§ 53 FPG ff (fremdenrechtliche Ausweisung) und §§ 72 ff NAG (Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen) schweigen zu diesem Punkt hingegen. Im Übrigen ist von der Literatur ein Antragsrecht nicht angenommen worden, vgl KUTSCHER/POSCHALKO/SCHMALZL, NAG, 133 sowie VOGL/TAUCHER/BRUCKNER/MARTH/DOSKOZIL, Fremdenrecht, 642, die auch anführen, dass ein allfälliger Antrag zurückzuweisen, eine – allerdings rechtlich unverbindliche – Anregung hingegen möglich sei.

²⁴⁹ Vgl etwa MUZAK, Bleiberecht, 79 (80) („schweres rechtsstaatliches Defizit“) oder MAYER, Humanitäres Bleiberecht, 36 (37), der die Worte „von Amts wegen“ als verfassungswidrig erachtet, schlössen sie ein Antragsrecht aus.

²⁵⁰ VfGH 27. 6. 2008, B215/07 ua und B375/07 desselben Datums [dD].

§ 72 Abs 1 NAG stelle „unter dem Aspekt humanitärer Gründe wesentlich auf Interessen von Fremden – auch solcher, für die besondere Umstände aus Art 8 EMRK ein Recht auf Erteilung eines Aufenthaltstitels begründen können – ab, schließe[n] aber generell die Möglichkeit aus, dass der einzelne Rechtsschutzsuchende diese Interessen als seine Rechte unabhängig vom Tätigwerden der Behörden geltend machen kann. Aus rechtsstaatlichen Gründen ist es jedoch unzulässig, in diesen Fällen lediglich ein Tätigwerden der Behörden von Amts wegen vorzusehen und keine Antragstellung des – in seinen Rechten betroffenen – Einzelnen zuzulassen.“ Die Aufhebung ist am 7. Juli 2008 durch BGBl I 2008/103 kundgemacht worden und gem der vom VfGH festgesetzten Frist am 31. März 2009 in Kraft getreten.

II.C.2.c) BGBl I 2009/29 – Teil II

Die Novelle hat laut RV eine „Neuregelung des Aufenthalts aus humanitären Gründen in Entsprechung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 2008 (G 246, 247/07 ua.)“²⁵¹ bezweckt. Ist die asylrechtliche bzw fremdenpolizeiliche Ausweisung auf Dauer für unzulässig erklärt worden,²⁵² muss die Asyl- bzw Fremdenpolizeibehörde der NAG-Behörde dies in Hinkunft gem § 22 Abs 9 AsylG 2005 bzw § 105 Abs 7 FPG unverzüglich mitteilen, welche in solchen Fällen gem § 44a iVm § 43 Abs 2 NAG von Amts wegen eine quotenfreie „Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt“ bzw gem § 44a iVm § 44 Abs 3 NAG eine quotenfreie „Niederlassungsbewilligung – beschränkt“ zu erteilen hat. Beiden Niederlassungsbewilligungen ist gemein, dass deren Erteilung „gemäß § 11 Abs. 3 [NAG] zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK geboten“ sein muss, es sich also um Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen handelt.²⁵³

Ist die Ausweisung nicht auf Dauer für unzulässig erklärt worden und § 44a NAG folglich nicht anwendbar, kann die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen gem § 43 Abs 2 NAG bzw § 44 Abs 3 NAG, jeweils iVm § 44b Abs 1 NAG, aber auch beantragt werden, wobei diesfalls eine Zurückweisung des Antrags nur dann nicht erfolgen soll, wenn sich der Sachverhalt soweit geändert hat, „dass eine neuerliche Beurteilung im Hinblick auf Art. 8 EMRK notwendig ist.“²⁵⁴

²⁵¹ So RV 2009 I, 1.

²⁵² Siehe oben II.C.1.g).

²⁵³ KLINGENBRUNNER, Fremdenrechtsnovelle, 38 (39) führt aus, dass der Unterschied zwischen beiden im Wesentlichen beschäftigungsrechtlicher Natur sei, da nur die Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt einen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt ermögliche.

²⁵⁴ So RV 2009 I, 12.

Daneben kann die Erteilung einer quotenfreien „Niederlassungsbewilligung – beschränkt“ auch gem § 44 Abs 4 NAG beantragt werden. Dieser humanitäre Aufenthaltstitel hat aber nach seinem Wortlaut (anders als die beiden soeben beschriebenen) nicht die Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens iSd Art 8 EMRK, sondern jene besonders berücksichtigungswürdigen „Altfälle“²⁵⁵ im Auge, in denen Drittstaatsangehörige nachweislich seit dem 1. Mai 2004 durchgängig in Österreich aufhältig sind, wobei mindestens die Hälfte dieses Aufenthalts rechtmäßig gewesen sein muss.²⁵⁶

II.C.3. Das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 BGBl I 2009/122

Keine drei Monate nach Inkrafttreten jener Novelle ist bereits das nächste Vorhaben im Bereich Fremden- und Asylrecht lanciert worden – welches schließlich im Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009²⁵⁷ [FrÄG 2009] gemündet ist. Einem ME vom 12. Juni 2009²⁵⁸ ist die RV vom 16. September 2009 gefolgt, deren vorgeschlagene Änderungen „ein breites Spektrum verschiedenster fremdenrechtlicher Bereiche“ umfassen und abgesehen von der Umsetzung des Regierungsprogramms zur XXIV. Gesetzgebungsperiode, höchstgerichtlicher Judikatur und europarechtlicher Vorgaben insbes auch dazu beitragen soll, „fremdenrechtliche Verfahren unter Wahrung aller rechtsstaatlichen Garantien effizienter zu gestalten“²⁵⁹ und offenkundiger Weise auch zu restringieren.

Nachdem die Novelle am 21. Oktober 2009 vom Nationalrat und am 23. November 2009 vom Bundesrat beschlossen sowie am 4. Dezember 2009 kundgemacht worden ist, ist sie am 1. Jänner 2010 in Kraft getreten. Setzt man den beachtlichen Umfang des Gesetzgebungsaktes – 46 Seiten Gesetzes- text, 60 Seiten Materialien – in Relation zu der doch eng bemessenen Zeitspanne zwischen Kundmachung im Bundesgesetzblatt und Inkrafttreten – nicht einmal ein Monat –, so kann es nicht verwundern, dass im Vorfeld der Kundmachung die Befürchtung geäußert worden ist, die diese Novelle Vollziehenden hätten nicht ausreichend Zeit, sich mit den novellierten Gesetzen ausreichend vertraut zu machen.²⁶⁰

²⁵⁵ So RV 2009 I, 11 sowie KLINGENBRUNNER, Fremdenrechtsnovelle, 38 (41) und PEYRL, Bleiberecht, 283 (286), laut dem die „Altfallregelung“ jene Fälle im Auge habe, bei denen ein Bleiberecht zwar verfassungsrechtlich nicht geboten sei, eine Abschiebung jedoch „unbillig bzw ungerecht“ wäre.

²⁵⁶ Der Erteilung muss gem § 74 NAG der BMI zustimmen, welcher gem § 75 Abs 1 NAG vom Beirat zur Beratung besonders berücksichtigungswürdiger Fälle beraten wird. Anders als gem § 44 Abs 4 NAG idF 12/ME XXIV. GP ist eine diesbezügliche positive Empfehlung des Beirates aber keine Voraussetzung für die Erteilung mehr.

²⁵⁷ Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Gebührengesetz 1957, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009) BGBl I 2009/122.

²⁵⁸ 65/ME XXIV. GP.

²⁵⁹ So RV 330 BlgNR XXIV. GP [RV 2009 II], 3.

²⁶⁰ So SZYMANSKI, FrÄG 2009, 99 (99), die Novelle schließlich als „Tsunami“ bezeichnend.

Hinsichtlich der Änderungen des AsylG 2005 werden in der RV zwei Punkte besonders hervorgehoben. Zunächst wird „Datenmaterial“ zu Folgeanträgen²⁶¹ geliefert, deren Stellung oftmals „alleinig der Verhinderung oder Verzögerung aufenthaltsbeendender Maßnahmen“ dienten. So habe es vom 1. Jänner 2009 bis zum 31. August 2009, mit stark steigender Tendenz, 3.400 als unzulässig zurückzuweisende Asylanträge gegeben, davon 1.043 nicht zugelassene Folgeanträge. Angesichts dieser Datenlage ist der Grundsatz des § 12 AsylG 2005 idF BGBl I 2005/100, wonach ein Fremder ab Stellung eines Asylantrages faktischen Abschiebeschutz genießt, im Falle des Stellens eines Folgeantrages aufgeweicht worden, sodass „gegen einen Fremden, der einen unbegründeten Folgeantrag stellt, bereits vor der Entscheidung über seinen Folgeantrag fremdenpolizeiliche Maßnahmen effektuiert werden können.“²⁶²

Weiters werden an die Straffälligkeit²⁶³ von Asylwerbern und subsidiär Schutzberechtigten teils gravierende Konsequenzen geknüpft. So muss bei in diesem Sinne straffällig gewordenen Fremden gem § 7 Abs 2 bzw § 9 Abs 3 AsylG 2005 von Amts wegen ein Verfahren zur Aberkennung ihres jeweiligen Schutzstatus eingeleitet werden, wenn das Vorliegen einer Aberkennungsvoraussetzung wahrscheinlich ist. Die Aberkennungsvoraussetzungen hinsichtlich der subsidiär Schutzberechtigten haben durch § 9 Abs 2 AsylG 2005 allerdings eine bedeutende Erweiterung erfahren, unter anderem reicht hierfür eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens iSd § 17 Strafgesetzbuch²⁶⁴.

Der VfGH hat unter Hinweis auf die Materialien allerdings darauf hingewiesen, dass die Aberkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten das Vorliegen einer Straftat erfordere, die erst nach Zu-erkennung dieses Status begangen worden ist.²⁶⁵

Liegt eine Aberkennungsvoraussetzung bei Stellung des Asylantrages vor, ist dieser hinsichtlich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten gem § 8 Abs 3a AsylG 2005 sogleich abzuweisen. Subsidiär Schutzberechtigte, denen dieser Status aberkannt worden ist, bzw Fremde, deren Asylantrag hinsichtlich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abgewiesen worden ist, können wegen des Refoulement-Verbotes aber auch nicht abgeschoben werden. Der

²⁶¹ Ein Folgeantrag ist gem § 2 Abs 1 Z 23 AsylG 2005 jeder einem bereits rechtskräftig erledigten Antrag nachfolgender weiterer Asylantrag.

²⁶² Vgl zu den Zitaten in diesem Absatz RV 2009 II, 3 f.

²⁶³ Der neu eingefügte § 2 Abs 3 AsylG 2005 lautet:

„Ein Fremder ist im Sinne dieses Bundesgesetzes straffällig geworden, wenn er
 1. wegen einer vorsätzlich begangenen gerichtlich strafbaren Handlung, die in die Zuständigkeit des Landesgerichtes fällt, oder
 2. mehr als einmal wegen einer sonstigen vorsätzlich begangenen gerichtlich strafbaren Handlung, die von Amts wegen zu verfolgen ist
 rechtskräftig verurteilt worden ist.“

²⁶⁴ Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBl 1974/60, zgd BGBl I 2011/66.

²⁶⁵ Vgl VfGH 16. 12. 2010, U1769/10.

Gesetzgeber hat für solche Personen folgende Lösung gefunden: Sie sind gem § 46a Abs 1 Z 2 FPG lediglich geduldet, ihr Aufenthalt im Bundesgebiet ist gem § 31 Abs 1a Z 3 FPG unrechtmäßig.

Zum Nachweis eines angezweifelten Verwandtschaftsverhältnisses ist dem Asylwerber gem § 18 Abs 2 AsylG 2005 ferner die Vornahme einer DNA-Analyse zu ermöglichen, deren Kosten – auch wenn sie erfolgreichen Falles erstattet werden – er zunächst selbst übernehmen muss.²⁶⁶ Zur Altersdiagnose bei angezweifelter Minderjährigkeit kann das BAA bzw der AsylGH schließlich gem § 15 Abs 1 Z 6 AsylG 2005 im Rahmen einer multifaktoriellen Untersuchungsmethodik die Vornahme radiologischer Untersuchungen, insbes Röntgenuntersuchungen anordnen, diese allerdings nicht zwangsweise durchsetzen. In ihrer Stellungnahme [SN] zum Begutachtungsentwurf²⁶⁷ hat die Österreichische Ärztekammer eine „radiologische Untersuchung zur Alterseingrenzung“ in der vorliegenden Form abgelehnt. Da in der RV auf diese Einwände allerdings nicht eingegangen worden ist, müsse man wohl von deren Weiterbestehen ausgehen.²⁶⁸

II.C.4. Das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 BGBl I 2011/38

Umfangreiche Änderungen²⁶⁹ bewirkt schließlich das (größtenteils)²⁷⁰ am 1. Juli 2011 in Kraft getretene Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 BGBl I 2011/38. Die entsprechende RV²⁷¹ fußt dabei auf zwei ME: Zum einen auf einem ME vom 13. September 2010²⁷² betreffend eine zusätzliche Mitwirkungspflicht des Asylwerbers in Gestalt eines verpflichtenden „Zur-Verfügung-Haltens“ während der ersten 120 Stunden des Zulassungsverfahrens in der Erstaufnahmestelle [EASt], zum anderen auf einem ME vom 13. Dezember 2010²⁷³, welcher die übrigen Änderungen enthalten hat. Die RV ist vom Ausschuss für innere Angelegenheiten des Nationalrates zwei Mal in Verhandlung genommen worden und am 13. April 2011 von diesem, unter Berücksichtigung von vom Ausschuss veranlassten Änderungen, gebilligt worden.²⁷⁴ Unter großer medialer Anteilnahme ist das FrÄG 2011 schließlich am 29. April 2011 vom Nationalrat beschlossen und am 23. Mai 2011 kundgemacht worden.

²⁶⁶ So Szymanski, FrÄG 2009, 99 (101) qualifiziert diese Regelung zutreffend als sachlich nicht gerechtfertigt, da zuvor nicht vorhandene Mittel eine DNA-Analyse verunmöglichen.

²⁶⁷ 22/SN-65/ME XXIV. GP.

²⁶⁸ So Szymanski, FrÄG 2009, 99 (101).

²⁶⁹ Der Gesetzesstext umfasst mehr als 50 Seiten, davon fünf Seiten das AsylG 2005 betreffend.

²⁷⁰ Hinsichtlich des Inkrafttretens jener Bestimmungen des FrÄG 2011, welche im AsylG 2005 zu finden sind, gibt dessen § 73 Abs 9 Aufschluss: Danach treten mit Ausnahme der Neuregelung des Systems der Rechtsberatung im Asylverfahren, welche erst ab 1. Oktober 2011 gilt, alle übrigen Bestimmungen am 1. Juli 2011 in Kraft.

²⁷¹ Vgl RV 1078 BlgNR XXIV. GP [RV 2011].

²⁷² 192/ME XXIV. GP.

²⁷³ 251/ME XXIV. GP.

²⁷⁴ Vgl AB 1160 BlgNR XXIV. GP.

Kernpunkt dieser Novelle ist die Einführung der neuen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ und „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, mit welchen ein „kriteriengeleitetes Zuwanderungssystem [...] ohne Quotenregelungen“ vorgeschlagen werde.²⁷⁵ Abgesehen von dieser Novellierung des NAG und Änderungen im Bereich des FPG, interessieren in dieser Arbeit in erster Linie die mit der Novelle bewirkten Änderungen im Asylrecht.

Insbes „wird die Verfügbarkeit von Asylwerbern zu Beginn des Asylverfahrens verbessert und somit ein Beitrag zum reibungslosen und effizienten Ablauf des Asylverfahrens geleistet.“²⁷⁶ Konkret sind Asylwerber durch § 15 Abs 3a AsylG 2005 nunmehr verpflichtet, sich ab Einbringen bzw Stellen des Asylantrages „für einen Zeitraum von längstens 120 Stunden, durchgehend in der Erstaufnahmestelle zur Verfügung zu halten.“ Die Frist von 120 Stunden kann gem S 3 leg cit im Einzelfall um höchstens 48 Stunden verlängert werden.²⁷⁷

Für den Gesetzgeber stellt die Verpflichtung, sich in der EASt zur Verfügung zu halten, keine Freiheitsentziehung iSd BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit²⁷⁸ [PersFr-BVG] und Art 5 EMRK dar. Beschränkungen der Bewegungsfreiheit griffen nämlich dann nicht in dieses Grundrecht ein, „wenn sie nicht unmittelbar erzwungen werden können, sondern bei einer Missachtung lediglich sonstige Nachteile drohen“ [...], mangels unmittelbarer Durchsetzbarkeit handle es sich daher nicht um eine Freiheitsentziehung.²⁷⁹

²⁷⁵ Vgl RV 2011, 3.

²⁷⁶ So RV 2011, 1.

²⁷⁷ Vgl Näheres zur neuen Mitwirkungspflicht des Asylwerbers unten VI.B.1.d).

²⁷⁸ Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684, zgd BGBl I 2008/2.

²⁷⁹ Vgl RV 2011, 6. Von der Beantwortung der Frage, ob es sich bei diesem angeordneten „Zur-Verfügung-Halten“ um einen Freiheitsentzug handelt oder nicht, hängt somit ab, ob die einfachgesetzliche Regelung des § 15 Abs 3a AsylG 2005 den Anforderungen des PersFr-BVG entspricht. Aufgrund des thematischen Umfangs dieser Arbeit beschränken sich die Ausführungen in diesem Zusammenhang allerdings nur auf das Anführen einiger Stimmen aus der Literatur, wo dieser Punkt seit Anbeginn kritisch mit verfolgt worden ist. MAYER, Anwesenheitspflicht, 36 (36 f) konstatiert zunächst unter Berufung auf das Schrifttum, aber auch auf die Judikatur des VfGH sowie des EGMR, dass die „Anwesenheitspflicht“ „nicht anders als als [sic] Haft qualifiziert werden“ könne. Anzumerken ist jedoch, dass MAYER von einer – zum Zeitpunkt des Verfassens des Artikels wohl medial angekündigten – drei- bis vierwöchigen Anhaltung ausgegangen ist, wenngleich dies an seinen Schlussfolgerungen nichts ändern dürfte. An dieser Stelle genügt anzuführen, dass sich MAYER aaO nun mit der Vereinbarkeit der „Anwesenheitspflicht“ mit Art 2 Abs 1 Z 7 PersFr-BVG auseinandersetzt und bald zum Schluss kommt, dass es – entsprechend der angeführten VfGH-Judikatur – nicht zulässig sei, eine „Anwesenheitspflicht“ „ausnahmslos und ohne Rücksicht auf den Einzelfall“ zu normieren, da auch gem Art 1 Abs 3 PersFr-BVG die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Anhaltung möglich sein müsse. FUNK, Präsenz von Asylwerbern, 110 setzt sich bereits mit der Gesetz gewordenen Fassung der Regelung zum Zeitpunkt des 192/ME XXIV. GP auseinander. Der Autor hat sich die „verfassungsrechtliche Prüfung“, ob die Anwesenheitsverpflichtung als Eingriff in die persönliche Freiheit zu qualifizieren ist, dem Zeitpunkt der Verabschiedung der Regelung vorbehalten, stuft die „Freiheitsbeschränkung“ „[i]nstrumentell und pragmatisch“ allerdings bereits als „Asylhaft“ ein. Sich in einem allgemeineren Rahmen mit „Überlegungen [...] zugunsten einer Anwesenheitspflicht in Erstaufnahmestzentren“ auseinander setzend ferner RASCHAUER, Anwesenheitspflicht, 38 (38 ff).

Eine weitere Änderung betrifft das Zulassungsverfahren, zu dessen Beginn gem dem neuen § 29 Abs 6 AsylG 2005 bestimmte „Verfahrens- und Ermittlungsschritte ohne unnötigen Aufschub durchzuführen“ sind. Diese dienen dem Gesetzgeber als Begründung für die Anwesenheitspflicht.²⁸⁰

In das AsylG 2005 ist durch das FrÄG 2011 auch der Begriff der Rückkehrentscheidung aufgenommen worden, durch dessen Integration in das System der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen im Rahmen der Ausübung der Fremdenpolizei ebendieses eine grundlegende Wandlung erfahren hat.²⁸¹

Wesentliche Änderungen haben sich schließlich im Bereich des Rechtsberatungssystems während des Asylverfahrens ergeben, welche am Ende der Arbeit behandelt werden.²⁸²

²⁸⁰ Vgl RV 2011, 46 und siehe zu den einzelnen Schritten unten V.A.3.

²⁸¹ Siehe dazu oben II.C.1.b) sowie unten V.B.2.

²⁸² Siehe unten VI.K.4.

III. Verfassungsrechtliche Grundlagen

III.A. Kompetenzrechtliches

Thema dieser Arbeit ist das Verfahren vor dem AsylGH. Gem Art 129f B-VG werden die näheren Bestimmungen über die Organisation und das Verfahren des AsylGH durch Bundesgesetz getroffen. Dementsprechend bestimmt § 23 Abs 1 AsylGHG, dass auf das Verfahren vor dem AsylGH, soweit sich aus dem AsylG 2005 nicht anderes ergibt, das AVG anzuwenden ist. Neben dem AsylG 2005 und dem AVG enthält auch das AsylGHG vereinzelt für das Verfahren vor dem AsylGH relevante Bestimmungen.²⁸³

Das AVG ist ein sogenanntes Bedarfsgesetz iSd Art 11 Abs 2 Halbsatz [HS] 1 B-VG. Gem dem unserer Bundesverfassung innwohnenden Adhäsions- oder Annexprinzip ist von der Kompetenz zur Regelung der explizit genannten Sachmaterie auch die Kompetenz zur Regelung des damit zusammenhängenden Verfahrensrechtes, Verwaltungsstrafrechtes und Verwaltungsvollstreckungsrechtes umfasst.²⁸⁴ Dieses Adhäsionsprinzip sei zwar in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich verankert, aber von dieser vorausgesetzt. Andernfalls sei nicht verständlich, warum in Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG das Verwaltungsstrafverfahren aus dem Begriff des Strafrechtswesens ausdrücklich ausgenommen wird.²⁸⁵

Das Adhäsionsprinzip wird in Bezug auf das Verwaltungsverfahrensrecht durch die Inanspruchnahme der Bedarfsgesetzgebungskompetenz des Bundes iSd Art 11 Abs 2 HS 1 B-VG durchbrochen, wonach im Bedarfsfall unter anderem auch das Verwaltungsverfahren auch in den Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht, durch Bundesgesetz geregelt werden kann. Von solchen Bedarfsgesetzen abweichende Regelungen müssen gem Art 11 Abs 2 HS 2 B-VG erforderlich, dh unerlässlich sein, wobei der VfGH die Erfüllung dieses Kriteriums streng beurteilt.²⁸⁶ Von der Bedarfskompetenz hinsichtlich des Kompetenzbegriffes „Verwaltungsverfahren“ ist allerdings nur die Regelung des Verfahrensrechtes ieS umfasst. Die Regelung der sachlichen²⁸⁷ und der funktionellen²⁸⁸ Zustän-

²⁸³ Dem AsylG 2005 wird in diesem Zusammenhang in AB 2007, 7 der Charakter als „gemeinsames ‚Asylverfahrensgesetz‘“ für das BAA und den AsylGH attestiert.

²⁸⁴ In der Literatur (siehe unten FN 290) finden sich geringfügig abweichende Aufzählungen der einzelnen Adhäsionsmaterien. Wesentlich ist allerdings die einhellige Übereinstimmung bezüglich der Materie „Verfahrensrecht“, da nur diese hier interessiert.

²⁸⁵ So HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG I § 1, RZ 4 und GRABENWARTER, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1 f jeweils unter Hinweis auf VfSlg 3054/1956.

²⁸⁶ Vgl zuletzt VfGH 16. 12. 2004, G18/04 ua unter Hinweis auf die Vorjudikatur.

²⁸⁷ Die sachliche Zuständigkeit regelt den Kreis der von der Behörde zu besorgenden Aufgaben, vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG I § 1, RZ 7, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 79 f sowie WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 87 ff.

²⁸⁸ Die zur sachlichen Zuständigkeit gehörende (VwGH 18. 1. 1979, 1623/77 (Verwaltungssammlung [VwSlg] 9742 A/1979)) funktionelle Zuständigkeit regelt die Verteilung der Funktionen in derselben Sache auf verschiedene Organe des örtlich und

digkeit obliegt jedenfalls dem Materiengesetzgeber, jene der örtlichen Zuständigkeit hinsichtlich der Regelung der Amtssprengel dem Organisationsgesetzgeber, hinsichtlich der Regelung der territorialen Anknüpfungspunkte²⁸⁹ dem Materiengesetzgeber.²⁹⁰

Da im Übrigen im Anwendungsbereich des Kompetenztatbestandes „Asyl“ iSd Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG der Bedarfsgesetzgeber iSd Art 11 Abs 2 HS 1 B-VG als einfacher Bundesgesetzgeber mit dem Materien- und Organisationsgesetzgeber identisch ist, kann es hier zu keinen Kompetenzkonflikten zwischen dem Bund und einem Land kommen.

Was vom AVG abweichende Bestimmungen des Asylverfahrens betrifft, hat auch der VfGH in VfSlg 17.340/2004 die Prämissen der Erforderlichkeit im Sinne einer Unerlässlichkeit bekräftigt.²⁹¹ Der AsylGH ist allerdings keine Verwaltungsbehörde mehr, sondern ein Gericht, womit auch das ihn betreffende Verfahren kein verfahrensrechtliches, sondern ein gerichtliches ist. Es ist daher *Muzak* zu folgen, der bezüglich der im AsylG 2005 und AsylIGHG normierten, vom AVG abweichenden Verfahrensbestimmungen die mangelnde Notwendigkeit der Überprüfung der Erforderlichkeit iSd Art 11 Abs 2 HS 2 B-VG konstatiert.²⁹²

Mit der B-VG-Novelle BGBl I 2008/2 ist in Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG (sowie in Art 102 Abs 2 B-VG betreffend die Vollziehung in unmittelbarer Bundesverwaltung) der Tatbestand „Asyl“ eingefügt worden, womit künftige Asylrechtsnovellen auf diesen Kompetenztatbestand zu stützen sind.²⁹³

sachlich zuständigen Organkomplexes, insbes die Festlegung des Instanzenzuges (VfGH 16. 10. 1991, G187/91 ua (VfSlg 12.883/1991)), vgl *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG I § 1, RZ 8, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 80 sowie *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 96.

²⁸⁹ Diese stellen eine Beziehung zwischen einer konkreten Rechtssache und dem Amtssprengel, zB über den Wohnsitz (VfSlg VfGH 16. 10. 1991, G187/91 ua), her, vgl *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG I § 1, RZ 9, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 80 f sowie *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 90 ff.

²⁹⁰ Vgl allgemein zur Bedarfskompetenz gem Art 11 Abs 2 B-VG *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG I § 1, RZ 4 ff, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 61 ff, *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 33 ff und *GRABENWARTER* Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1 ff.

²⁹¹ Auch *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 350 teilen diese Ansicht bezüglich den UBAS betreffender, vom AVG abweichender Regelungen.

²⁹² Vgl *Muzak*, Asylgerichtshof, 54 sowie auch schon *Muzak*, Verfahren, 86 (91).

²⁹³ RV 2009 II, 3 nennt als Kompetenzgrundlage für die Änderungen des AsylG 2005 den Kompetenztatbestand „Asyl“, während RV 2005, 2 hinsichtlich der Erlassung des AsylG 2005 noch auf verschiedene Punkte in Art 10 Abs 1 Z 3, 6, 7 und 11 rekurriert. Abgesehen davon sieht Art 129f B-VG laut RV 2007 I, 12 für die Organisation und das Verfahren des AsylGH eine ausschließliche Bundeskompetenz vor. Da durch BGBl I 2009/122 auch Änderungen verfahrensrechtlicher Natur einher gegangen sind, in RV 2009 II, 3 allerdings nur auf Art 10 Abs 1 Z 3 und nicht (auch) auf Art 129f B-VG Bezug genommen worden ist, dürfte zumindest bzw immerhin der Gesetzgeber Art 129f B-VG keine eigenständige kompetenzrechtliche Bedeutung beigemessen haben. *Muzak*, Asylgerichtshof, 52 f macht allerdings darauf aufmerksam, dass Art 129f B-VG insofern ein selbständiger Inhalt zukomme, als er für unterverfassungsrechtliche Regelungen zum AsylGH (analog zu Art 83 Abs 1 und 136 B-VG) die Form eines einfachen Bundesgesetzes zwingend vorschreibe.

III.B. Der Begriff der „Asylsachen“ in Art 129c B-VG

Der AsylGH erkennt vor allem gem Art 129c Z 1 B-VG über (Beschwerden gegen)²⁹⁴ Bescheide der Verwaltungsbehörden in Asylsachen. Der Begriff „Asylsachen“ findet sich im B-VG seit der den UBAS errichtenden Novelle BGBI I 1997/87. Er sei iSd Versteinerungstheorie²⁹⁵ im Lichte der zum Zeitpunkt der Schaffung des UBAS geltenden einfachgesetzlichen Rechtslage zu interpretieren, womit er also Entscheidungen über die Gewährung von Asyl sowie solche über die Gewährung von subsidiärem Schutz umfasse.²⁹⁶ Nach Meinung des VfGH gehört darüber hinaus auch die asylrechtliche Ausweitung gem § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF BGBI I 2003/101 zu den Asylsachen des (damaligen, den UBAS betreffenden) Art 129c B-VG.²⁹⁷

Dafür, dass sich der Begriff „Asylsachen“ in Art 129c B-VG inhaltlich mit dem Kompetenztatbestand „Asyl“ in Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG deckt, sprechen die Materialien.²⁹⁸

In einem umfangreichen, hier noch öfter zu erwähnenden Erk vom 7. November 2008 hat der VfGH konstatiert, dass mit BGBI I 2008/2 keine inhaltliche Änderung des Begriffes der „Asylsachen“ in Art 129c B-VG einhergegangen sei. Die Gesetzesmaterialien böten für eine gegenteilige Ansicht keine Anhaltspunkte, weshalb eine „Änderung des Umfangs der Zuständigkeit [...] daher offensichtlich nicht beabsichtigt“ gewesen sei. Unter Verweisung auf das soeben angesprochene Erk VfSlg 17.516/2005 bekräftigt das Verfassungsgericht, „dass der Begriff Asylsachen auch die Ausweitung durch die Asylbehörden kompetenzrechtlich umfasst. Dass nunmehr durch die Neufassung des Art10 Abs1 Z3 B-VG im Bundesverfassungsgesetz BGBI. I 2/2008 der Begriff ‚Ausweisung‘ neben dem Begriff ‚Asyl‘ angeführt ist, ändert daran nichts.“²⁹⁹

²⁹⁴ FABER/FRANK, Art 144a B-VG, 477 (478, FN 3) machen auf dieses offenkundige Redaktionsverssehen aufmerksam.

²⁹⁵ Vgl dazu allgemein ÖHLINGER, Verfassungsrecht, 275 ff sowie WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Verfassungsrecht, RZ 296.

²⁹⁶ So MUZAK, Asylgerichtshof, 30 f unter Berufung auf die hL und Judikatur und WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (6).

²⁹⁷ Vgl VfSlg 17.516/2005: Es treffe nicht zu, dass § 8 Abs 2 AsylG 1997 deshalb verfassungswidrig ist, weil die darin geregelte Ausweisung keine Asylsache iSd Art 129c B-VG darstelle. Der Zuständigkeitsbereich des UBAS als Berufungsbehörde im Verhältnis zum BAA umfasse alle jene Angelegenheiten, mit denen das BAA durch das AsylG 1997 betraut worden ist (Hinweis auf VfGH 8. 3. 2001, G117/00 ua (VfSlg 16.122/2001)). Es sei davon auszugehen, dass der Verfassungsgesetzgeber anlässlich der Einfügung des Art 129c B-VG von einem Verständnis des Begriffes „Asylsachen“ ausgegangen ist, das auch Regelungen einbezogen habe, die ihrer Art nach schon bei der Erlassung der B-VG-Novelle 1997 in asylrechtlichen Vorschriften enthalten gewesen sind, so zB § 9 Abs 1 AsylG 1991 betreffend die Verhängung der Schubhaft durch das BAA. Daher müsse angenommen werden, dass auch die Verfügung der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen noch zu den Asylsachen iSd Art 129c B-VG zählt. Im Ergebnis schließt sich auch MUZAK, Asylgerichtshof, 33 f dieser Sichtweise an.

²⁹⁸ RV 2007 I, 7 setzt „Asylangelegenheiten“ iSd Art 129c B-VG mit dem Kompetenztatbestand gleich. So auch MUZAK, Asylgerichtshof, 31 f. Diese Frage unter Anführung beider möglichen Interpretationen schließlich offen lassend WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (7).

²⁹⁹ Vgl VfGH 7. 11. 2008, U48/08 (VfSlg 18.613/2008).

Auch in einem jüngeren, ungefähr zwei Jahre später erlassenen Urteil bekräftigt das Verfassungsgericht diese Ansicht, indem es feststellt, dass dem Gesetzgeber „aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht entgegengetreten werden“ könne, „wenn er es mit §75 Abs1 erster Satz und Abs8 AsylG 2005 idF BGBl. I 29/2009 sowie idF BGBl. I 122/2009 ermöglicht, dass durch die Überführung – einer überschaubaren Anzahl – von Altfällen in das System des AsylG 2005, nunmehr auch für diese Fälle die vom Verfassungsgerichtshof allgemein für unbedenklich erachtete Rechtslage herbeiführt, nach der die Asylbehörden auch über die Ausweisung zu entscheiden haben.“³⁰⁰

Desgleichen handle es sich beim Entzug der Aufenthaltsberechtigungskarte gem § 53 AsylG 2005 um eine Asylsache, „im Sinne der zuvor erwähnten Judikatur, so dass ein Rechtszug an den Asylgerichtshof offensteht und dieser für die Entscheidung über den Bescheid des Bundesasylamts nach Art129c B-VG zuständig ist“. Daher sei zum einen eine sich gegen den BAA-Bescheid richtende Beschwerde iSd Art 144 B-VG ausgeschlossen.³⁰¹

Zum anderen spreche aber gegen die Ansicht, der Asylwerber könne gegen den Entzug der Aufenthaltsberechtigungskarte den AsylIGH anrufen, (bemerkenswerter Weise) auch nicht der Wortlaut des § 53 Abs 1 S 2 AsylG 2005, wonach gegen den Entzug „ein Rechtsmittel nicht zulässig“ ist. „Die fragliche Bestimmung“ schließe nämlich nur einen administrativen Instanzenzug aus. „Daraus folgt lediglich, dass – ebenso wie im Verfahren nach Art131 B-VG – dann, wenn der Gesetzgeber einen administrativen Instanzenzug eingerichtet hat, dieser vor Anrufung des Asylgerichtshofs erschöpft sein muss. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber keinen administrativen Instanzenzug eingerichtet hat, folgt aber umgekehrt nichts für die Frage, ob es sich um eine Angelegenheit von Asylsachen im Sinne des Art129c B-VG handelt. Demnach liegt die Zuständigkeit zur Entscheidung über eine Beschwerde gegen den hier bekämpften Bescheid beim Asylgerichtshof.“³⁰²

Im Ergebnis konstatiert der VfGH in diesem Beschluss also, dass der Entzug der Aufenthaltsberechtigungskarte eine Asylsache darstelle, als solche dem Tatbestand des Art 129c Z 1 B-VG unterfalle und somit beim AsylIGH bekämpfbar sei. Dieser letzten Schlussfolgerung stehe aber auch nicht § 53 Abs 1 S 2 AsylG 2005 entgegen, wonach gegen den Entzug „ein Rechtsmittel nicht zulässig“ ist.

Der VfGH stellt fest, dass die fragliche Bestimmung (lediglich) einen administrativen Instanzenzug ausschließe; er legt allerdings nicht dar, woraus sich diese Annahme ergibt, bzw weshalb vom

³⁰⁰ So VfGH 9. 10. 2010, U609/10.

³⁰¹ Vgl VfGH 1. 3. 2011, B615/10.

³⁰² So weiter VfGH 1. 3. 2011, B615/10.

Rechtsmittelausschluss nicht auch der Rechtszug an den AsylIGH mit umfasst sein soll, sondern begnügt sich mit der Erörterung der Konsequenzen dieser Annahme (arg „Daraus folgt“).

ME steht diese Auslegung von § 53 Abs 1 S 2 AsylG 2005 in einem offenen Spannungsverhältnis mit dem Wortlaut der Bestimmung. Die Materialien³⁰³ schweigen zum angeordneten Rechtsmittelausschluss. Dies könnte man aber sogar als solchen Willen des Gesetzgebers interpretieren, dass er den eindeutigen, und keine Ausnahme vom Ausschluss der Möglichkeit der Erhebung eines Rechtsmittels vorsehenden bzw den Rechtsmittelausschluss nicht nur auf den administrativen Rechtszug beschränkenden, Wortlaut für sich sprechen lassen hat wollen. Nicht extra erwähnt werden müsste, dass die Ansicht des VfGH freilich die rechtsschutzfreundlichere ist, da dem Asylwerber statt des Instanzenzuges „BAA – VfGH“ ein Instanzenzug „BAA – AsylIGH – VfGH“ zur Verfügung steht.

³⁰³ Vgl RV 2005, 69.

III.C. Die Stellung des AsylIGH im staatlichen Gefüge

III.C.1. Der AsylIGH als Gericht und Tribunal

Obgleich der Vorgängerbehörde des AsylIGH, dem UBAS als „gerichtsähnliche Einrichtung“³⁰⁴, die Qualität eines Tribunals iSd Art 6 EMRK zugekommen ist,³⁰⁵ ist sie als „weiterer unabhängiger Verwaltungssenat“³⁰⁶ zweifelsohne der Staatsfunktion Verwaltung zuzuordnen und daher als Verwaltungsbehörde zu qualifizieren gewesen.³⁰⁷

Demgegenüber erhellt bereits aus der Bezeichnung, dass der AsylIGH, der gem Art 129 B-VG gemeinsam mit den Unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern [UVSL] und dem VwGH nunmehr zur „Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung“ berufen ist, ein Gericht ist.³⁰⁸ Das BAA ist nunmehr erste und einzige verwaltungsbehördliche Instanz in Asylsachen, während als „gerichtliche Rechtsmittelinstanz“ der AsylIGH fungiert.³⁰⁹

Die Gerichtsqualität des AsylIGH ergibt sich aber auch unmittelbar aus dem Verfassungstext: Art 129d Abs 4 B-VG erklärt zunächst die Mitglieder des AsylIGH zu Richtern. MUZAK weist allerdings zutreffend kritisierend darauf hin, dass es sich dabei um „Richter“ handelt, deren Ernennung nicht das Erfüllen der im Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz³¹⁰ [RStDG] enthaltenen Voraussetzungen erfordert.³¹¹ Überdies erklärt Art 129d Abs 4 B-VG Art 87 Abs 1 (Richterliche Unabhängigkeit) und Abs 2 B-VG sowie Art 88 Abs 1 und 2 B-VG (Unabsetzbarkeit und Unversetzbarekeit der Richter) für anwendbar; Art 129e Abs 2 B-VG normiert angelehnt an Art 87 Abs 3 B-VG den Grundsatz der festen Geschäftsverteilung. Aufgrund der Gerichtsqualität des AsylIGH sind auch seine Entscheidun-

³⁰⁴ So 494/Antrag [A] BlgNR XX. GP, 5 sowie ähnlich Erk VwGH 21. 12. 2006, 2005/20/0267.

³⁰⁵ Art 6 Abs 1 EMRK garantiert unter anderem jedermann das Recht, dass „über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit“ einer „strafrechtlichen Anklage“ ein Tribunal („Gericht“) zu entscheiden hat. Die Qualifizierung einer Behörde als Tribunal hängt von der von ihr ausgehenden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ab. Der VfGH hat UVS mehrmals als Tribunal iSd Art 6 EMRK qualifiziert, vgl zB VfGH 25. 9. 2002, B1737/01 (VfSlg 16.624/2002) und 19. 6. 2006, B3697/05 (VfSlg 17.868/2006) unter Hinweis auf seine Vorjudikatur. Vgl allgemein zu den Anforderungen an Tribunale und deren Wirkungsbereich, also zur Auslegung des Art 6 Abs 1 EMRK ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 608 ff, 640 f und 961, WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Verfassungsrecht, RZ 1534 ff und HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III § 63, RZ 3 sowie HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III § 67a, RZ 14.

³⁰⁶ Vgl Art 129c Abs 1 S 1 B-VG idF BGBl I 1997/87. Entsprechend 494/A BlgNR XX. GP, 5 hat es von 1. Jänner 1998 bis 1. Juli 2008 also zwei Typen von UVS gegeben, nämlich die UVS in den Ländern und den UBAS.

³⁰⁷ Vgl zur verfassungsrechtlichen Stellung von UVS zB HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III § 67a, RZ 11 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 275 ff, WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 548/1 f und MARTSCHIN, Verfahrensrecht, 17 ff sowie speziell zum UBAS HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III § 67a, RZ 81 ff.

³⁰⁸ So zB auch VfGH 25. 6. 2010, U2197/09 ua.

³⁰⁹ Vgl RV 2007 I, 3.

³¹⁰ Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und Richteramtsanwärterinnen und Richteramtsanwärter (Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz – RStDG) BGBl 1961/305, zgd BGBl I 2010/111.

³¹¹ Vgl MUZAK, Asylgerichtshof, 46, die besondere Richteramtsausbildung und die Richteramtsprüfung anführend.

gen (verwaltungs-)gerichtliche und keine verwaltungsbehördlichen, sodass Beschwerden gem Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG an den VwGH bzw gem Art 144 Abs 1 B-VG an den VfGH ausscheiden.

Als Gericht iSd B-VG ist der AsylIGH, wie auch bereits der UBAS, als Tribunal iSd Art 6 Abs 1 EMRK zu qualifizieren.³¹² Die Tribunalsqualität des AsylIGH ist zwar gem Art 39 Abs 1 Verfahrens-RL geboten, nach der herrschenden Lehre [hL] und der Judikatur aber nicht gem Art 6 Abs 1 EMRK, da Asylsachen weder dem Tatbestand der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen (*civil rights and obligations*) noch jenem der strafrechtlichen Anklage (*criminal charges*) unterfielen.³¹³ Die von der Beantwortung der Frage, ob Asylsachen einem der beiden Tatbestände des Art 6 Abs 1 EMRK unterliegen, ausgehende Brisanz ist mE allerdings von vornherein eine abgemilderte, zumal alle in Art 6 Abs 1 EMRK statuierten Erfordernisse an ein faires Verfahren für das Verfahren vor dem AsylIGH (zumindest auf einfachgesetzlicher Ebene) erfüllt sind. Insbes haben die Asylrichter schon gem § 73 Abs 1 AVG auf eine angemessene Verfahrensdauer zu achten.³¹⁴ Abgesehen davon verbrieft auch Art 47 GCEU ein Recht auf ein faires Verfahren innerhalb angemessener Frist, ohne eine Art 6 Abs 1 EMRK vergleichbare sachliche Einschränkung aufzuweisen.³¹⁵

Gem Art 129e Abs 3 B-VG gilt Art 89 B-VG sinngemäß auch für den AsylIGH, womit dieser insbes gem Art 89 Abs 2 B-VG im Falle des Bestehens von Bedenken gegen die Anwendung einer Verordnung aus dem Grund der Gesetzwidrigkeit bzw im Falle des Bestehens von Bedenken gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit beim VfGH einen Antrag auf Aufhebung der Verordnung gem Art 139 Abs 1 B-VG bzw des Gesetzes gem Art 140 Abs 1 B-VG zu stellen hat. Das-selbe hat auch für den UBAS gegolten.³¹⁶

³¹² Vgl Muzak, Asylgerichtshof, 25 f sowie Muzak, Verfahren, 86 (87 f).

³¹³ Der VfGH hat sich zu dieser Frage schon mehrmals eindeutig dahingehend geäußert, dass „Asylrecht“ kein *civil right* iSd Art 6 EMRK sei, vgl zB VfGH 30. 6. 1994, B1219/93 ua (VfSlg 13.831/1994) und 29. 9. 1994, B1636/93 (VfSlg 13.878/1994), jeweils unter Hinweis auf VfGH 14. 10. 1987, B267/86 (VfSlg 11.500/1987) oder aktuell zum AsylIGH VfGH 23. 2. 2010, U2801/09 oder 10. 3. 2011, U203/11 („Das Asylverfahren ist jedoch nicht von Art 6 EMRK erfasst.“). Die Literatur hat sich dieser Sichtweise weitestgehend angeschlossen, vgl GRABENWARTER, Verfahrensgarantien, 49 f „Verfahren betreffend die Gewährung von Asyl“ zum „Kernbereich des öffentlichen Rechts“ zählend. Vgl weiters Muzak, Asylgerichtshof, 25 f, ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 609, HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG III § 67a, RZ 84, FABER/FRANK, Art 144a B-VG, 477 (480) und wohl auch WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Verfassungsrecht, RZ 1526 („Ausweisung von Fremden“). ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 174, FN 593, gibt im Zusammenhang mit § 67 Abs 4 AVG und Art 6 EMRK zunächst die hL wieder, um in der Folge darauf hinzuweisen, dass, soweit mit der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft auch vermögenswerte Rechte verbunden sind, es nicht mehr so leicht einzusehen sei, weshalb Asylsachen keine *civil rights* seien. Im Sinne einer Entschärfung dieses Problems verweist er allerdings auf Art 47 iVm Art 18 GCEU. Anderer Ansicht [aA] sowohl in Bezug auf den Begriff der *civil rights* als auch auf jenen der *criminal charges* BALTHASAR, UBAS, 56 (59 f bzw 62).

³¹⁴ Für PESENDORFER, Angemessene Verfahrensdauer, 284 f entspreche die Wortfolge „ohne unnötigen Aufschub“ des § 73 Abs 1 AVG „unzweifelhaft“ der Formulierung „innerhalb einer angemessenen Frist“ in Art 6 Abs 1 EMRK.

³¹⁵ Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht gem Art 47 GCEU bezieht sich auf „durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten“, worunter gem Art 18 GCEU auch das Asylrecht fällt. Vgl dazu schon oben II.B.5.

³¹⁶ Vgl ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 149.

III.C.2. Der AsylIGH als Höchstgericht?

In der Literatur herrscht Einigkeit über den Charakter des AsylIGH als besonderes Verwaltungsgericht bzw als besonderes öffentlich-rechtliches Gericht.³¹⁷ Seine Titulierung als Gerichtshof impliziert sogar die Einstufung als Höchstgericht. Das Hauptcharakteristikum eines Höchstgerichtes – in Österreich neben den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts [GHÖR] VwGH und VfGH auch der Oberste Gerichtshof [OGH] als oberste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen³¹⁸ – des Fehlens einer nachprüfenden Kontrolle seiner Entscheidungen durch eine andere (innerstaatliche) Instanz, ist beim AsylIGH aber gerade nicht gegeben. Auch wenn die Möglichkeiten, eine Entscheidung der nunmehrigen zweiten Instanz in Asylsachen zu bekämpfen, insgesamt sehr eingeschränkt worden sind, so erkennt doch der VwGH gem Art 132a B-VG über Grundsatzentscheidungen des AsylIGH³¹⁹ bzw erkennt der VfGH gem Art 144a Abs 1 B-VG über Beschwerden gegen Entscheidungen des AsylIGH³²⁰, womit eine nachprüfende Kontrolle durch innerstaatliche Gerichte besteht – wenngleich in Relation zu den UBAS betreffenden Rechtslage in beschränkterem Ausmaß.³²¹ In der Literatur wird die Höchstgerichtsqualität des AsylIGH folglich nur ausnahmsweise für „ungewohnt, aber nicht falsch“³²² gehalten, generell aber abgelehnt.³²³

³¹⁷ Vgl schon RV 2007 I, 5 („(Sonder-)Verwaltungsgerichtsbarkeit“). Vgl zur Literatur MUZAK, Asylgerichtshof, 25 (besondere spezialisierte Verwaltungsgerichtsbarkeit), MUZAK, Verfahren, 86 (86) („besonderes öffentlich-rechtliches Gericht“), HAUER, Gerichtsbarkeit, 228 („echte Gerichtsbarkeit durch ein spezialisiertes Sondergericht“), FUNK/STERN, Einwanderungs- und Asylpolitik, 243 („Verwaltungsgericht“), THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahrensrecht, 44 („besonderes Verwaltungsgericht“, „Gerichtshof des öffentlichen Rechts“) sowie FABER/FRANK, Art 144a B-VG, 477 (478) und ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 662a den AsylIGH jeweils als besonderes Verwaltungsgericht bezeichnend. Ferner hat der AsylIGH-Präsident Perl in einem Interview in der Presse vom 27. Februar 2008 den Begriff „Sonderverwaltungsgerichtshof“ gewählt.

³¹⁸ Vgl Art 92 Abs 1 B-VG.

³¹⁹ Siehe dazu unten VI.J.2.

³²⁰ Siehe dazu unten VI.J.3.

³²¹ Aus der Perspektive des Rechtsschutzsuchenden ist die Frage der Höchstgerichtsqualität des AsylIGH freilich zweitrangig. Für ihn ist vielmehr allein von Bedeutung, dass er den VwGH – auch nicht im Rahmen von Grundsatzentscheidungen nach dem System der Art 129e Abs 1 S 2 und 3 B-VG iVm Art 132a B-VG – überhaupt nicht mehr und den VfGH (unverändert) nur in Ausnahmefällen, nämlich vor allem wegen behaupteter Verletzung eines vfggR, anrufen kann. Insoweit ist JABLONER, Asylgerichtsbarkeit, 2 (2) voll zuzustimmen: „Insgesamt kommt es somit zu einer Verschlechterung des Rechtsschutzes, die nicht schöneredet werden sollte!“

³²² Vgl WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (8) unter Hinweis auf den Amtshaftungsansprüche ausschließenden § 25 AsylIGHG. FRÜHWIRTH, Asylgerichtshof revisited, 59 (59) bezeichnet den AsylIGH ohne nähere Angaben als „Quasi-Höchstgericht“. MARTH, Fristsetzungsverfahren, 91 (91) sieht im AsylIGH „ein partielles Höchstgericht“.

³²³ Vgl MUZAK, Asylgerichtshof, 24 f, der zutreffend allerdings für „den weitaus größten Teil der vom AsylIGH zu entscheidenden Fälle“, also abgesehen von den Art 132a oder Art 144a Abs 1 B-VG unterfallenden Rechtssachen, zumindest in funktionaler Hinsicht die Qualität eines Höchstgerichtes („höchstgerichtsähnlich“) annimmt sowie in die gleiche Richtung bereits MUZAK, Verfahren, 86 (86). Für FUNK/STERN, Einwanderungs- und Asylpolitik, 243 sei der AsylIGH „im Vergleich zum VwGH kein Höchstgericht vom gleichen Rang.“ BALTHASAR, Anmerkungen II, 92 (92 f), qualifiziert den AsylIGH schließlich als „Mittelgericht“, wobei er für das Unterschreiten des (von ihm festgesetzten) für Höchstgerichte geltenden Mindeststandards die Organisationsrechtliches enthaltenden Art 129e Abs 1 B-VG (mögliche Entscheidungsfindung bloß durch Einzelrichter), Art 129d Abs 3 B-VG (bloße fünfjährige juristische Berufserfahrung) und Art 129d Abs 2 S 2 B-VG (Bestellungsmodus, der einer kollegialen Mitwirkung erfordert) anführt. FRÜHWIRTH, Asylgerichtshof, 59 (60) führt als weitere Argumente gegen die Höchstgerichtsqualität das Fehlen der Institute Verfahrenshilfe und Anwaltspflicht an; vgl aber auch seine Einschätzung ein Jahr später, siehe oben FN 322.

Als Konsequenz der mangelnden Höchstgerichtsqualität des AsylIGH kommt *PAAR* letztlich zum Schluss, § 25 AsylIGHG, welcher Amts- und Organhaftungsansprüche in Hinsicht auf Entscheidungen des AsylIGH ausschließt, widerspreche Art 23 Abs 1 B-VG betreffend die Ersatzpflicht (unter anderem) des Bundes hinsichtlich rechtswidrig schuldhaft zugefügter Schäden. Die vom OGH und dem Schrifttum herausgearbeiteten Argumente, welche für die Verfassungskonformität des § 2 Abs 3 Amtshaftungsgesetz³²⁴ [AHG] sprechen, seien auf § 25 AsylIGHG betreffend den AsylIGH nicht übertragbar.³²⁵

Wenngleich der AsylIGH kein Höchstgericht im formellen Sinn ist, so können „dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden“, womit der AsylIGH als Gericht iSd nunmehrigen Art 267 AEUV (ex-Art 234 EGV) betreffend Vorabentscheidungen zu qualifizieren ist, welches zur Vorlage der betreffenden Frage nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist.³²⁶ Eine ex-Art 68 Abs 1 EGV entsprechende Ausnahme von der Vorlagepflicht findet sich im AEUV nicht mehr. Der UBAS ist wegen der Anrufbarkeit des VwGH jedenfalls kein letztinstanzliches Gericht iSd ex-Art 234 EGV gewesen.

³²⁴ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1948, womit die Haftung des Bundes, der Länder, der Bezirke, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für den in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schaden geregelt wird (Amtshaftungsgesetz) BGBl 1949/20 idF BGBl I 1999/194.

³²⁵ Vgl *PAAR*, § 25 AsylIGHG, 86 (90). AB 2007, 7 versucht sichtlich den AsylIGH für den Bereich der Amts- und Organhaftung auf eine Stufe mit den drei Höchstgerichten zu stellen. Damit wird zunächst der AsylIGH den drei Höchstgerichten – VfGH, VwGH und OGH – gegenübergestellt und ersterer von der Qualifikation als Höchstgericht ausgenommen. Abgesehen von der mangelnden Höchstgerichtsqualität des AsylIGH, welche *PAAR* auf verfassungsgesetzlicher Ebene ebenso mit der (eingeschränkten) nachprüfenden Kontrolle des VfGH und des VwGH begründet, dringe im Falle des AsylIGH aber auch nicht das sonst gebräuchliche Argument durch, dem mit dem AHG gewährten Rechtsschutz müssten auch Grenzen gesetzt werden, um letztlich eine endgültige Entscheidung herbeizuführen und eine „unendliche Prozesskette“ zu vermeiden, da auch bei Nichtbestehen einer § 25 AsylIGHG entsprechenden Regelung die „Prozesskette“ gem § 2 Abs 3 AHG beim OGH ihr Ende finden würde, vgl *PAAR*, § 25 AsylIGHG, 86 (86 f).

³²⁶ Vorlageverpflichtet sind letztinstanzliche Gerichte. Letztinstanzliche Gerichte iSd Art 267 AEUV sind solche, die funktional in letzter Instanz tätig werden, dh solche, gegen deren Entscheidungen kein ordentliches oder außerordentliches Rechtsmittel mehr zulässig ist. Ein Rechtsmittel in diesem Sinn sei zwar noch eine Beschwerde an den VwGH, aber angesichts der sehr beschränkten Prüfungskompetenz keine solche an den VfGH, vgl *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahrensrecht, 156. Vgl ferner zur Vorlageberechtigung und Vorlagepflicht *THUN-HOHENSTEIN/CEDE/HAFNER*, Europarecht, 227 ff sowie *ÖHLINGER/POTACS*, Gemeinschaftsrecht, 187 ff. Die Qualifizierung des AsylIGH als letztinstanzliches Gericht erscheint im Schrifttum einhellig, vgl *MUZAK*, Asylgerichtshof, 83, *WIEDERIN*, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (8) sowie *MÜLLER*, Grundsatzentscheidungen, 509 (510).

III.C.3. Der AsylIGH als Verwaltungsgericht

Des Weiteren ist der AsylIGH als Verwaltungsgericht klarerweise nicht als ordentliches Gericht einzustufen. Dies erhellt aus mehrreli Gründen. Zunächst sticht ins Auge, dass die ordentliche Gerichtsbarkeit im Dritten Hauptstück, der AsylIGH jedoch, (neben den UVS) gemeinsam mit den GHÖR, im Siebenten Hauptstück des B-VG angesiedelt ist und er daher, neben den UVS und den GHÖR, zur „Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung“ iSd Art 129 B-VG berufen ist. Abgesehen davon stellt auch Art 138 Abs 1 Z 2 B-VG den ordentlichen Gerichten explizit den AsylIGH gegenüber.

Aufgrund der Qualifizierung des AsylIGH als öffentliches oder Verwaltungsgericht und nicht als ordentliches Gericht, scheint auch die Kompetenz des AsylIGH, über Beschwerden gegen Bescheide einer Verwaltungsbehörde zu entscheiden, nicht mit dem Grundsatz der Trennung der Justiz von der Verwaltung gem Art 94 B-VG zu konfigurieren. Denn auch die eindeutig als Gerichte zu klassifizierenden, wie der AsylIGH zur „Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung“ zuständigen, GHÖR erkennen gem Art 131 Abs 1 Z 1 bzw Art 144 Abs 1 B-VG über Beschwerden gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden.³²⁷ Auch der VfGH (und die in seinen Erk zitierte Lehre)³²⁸ bezieht Art 94 B-VG lediglich auf ordentliche Gerichte.³²⁹ Insofern, als der AsylIGH kein ordentliches Gericht ist, ist die Zulässigkeit seiner Befugnis zur Überprüfung von Bescheiden des BAA auch nicht an den Erfordernissen der sukzessiven Kompetenz zu messen.³³⁰

³²⁷ ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 606, spricht davon, dass die „gerichtliche Kontrolle der Verwaltung [...] vielmehr eigenen, von den ordentlichen Gerichten organisatorisch getrennten, unabhängigen Instanzen, nämlich dem VwGH und dem VfGH vorbehalten“ sei. LANNER, Kodex Verfassungsrecht, Anmerkung zu Art 94 B-VG macht im Zusammenhang mit Art 94 B-VG auf „jene Bestimmungen“ des (damaligen) sechsten Hauptstückes aufmerksam, „die eine Kontrolle der Verwaltung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes vorsehen.“ Ähnlich WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Verfassungsrecht, RZ 557. Auch THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahrensrecht, 50 weisen darauf hin, dass es Ausnahmen vom Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung gem Art 94 B-VG gebe, nämlich jene, wonach Bescheide „durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts“ überprüft werden, wobei die Autoren neben den Art 131 und 144 B-VG auch Art 129c B-VG anführen, den AsylIGH hinsichtlich der Befugnis „zur Überprüfung von Bescheiden“ also mit den übrigen GHÖR gleichsetzen. Für MUZAK, Asylgerichtshof, 25, FN 44 stelle die Kognitionsbefugnis des AsylIGH hinsichtlich verwaltungsbehördlicher Akte „eine verfassungsrechtlich ausdrücklich angeordnete Durchbrechung des Grundsatzes der Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 B-VG) dar.“ Für mein Verständnis ergibt sich unter Berücksichtigung der angeführten Positionen der Lehre und angesichts der dargestellten verfassungsrechtlichen Argumente, dass es sich beim AsylIGH nicht um ein ordentliches, sondern um ein öffentlich-rechtliches Gericht handelt, welcher – MUZAK folgend – aufgrund des speziellen Art 129c B-VG nicht an Art 94 B-VG gebunden ist. Zum Ergebnis der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der Kognitionsbefugnis des AsylIGH gelangt schließlich auch PFLEGER, Ausweisung, 150 f.

³²⁸ Vgl unter Berufung auf PESENDORFER, ZAS 1977, 67 VfGH 25. 6. 1994, Kl-5/93: „Art94 B-VG gestattet nicht, die ordentlichen Gerichte durch einfaches Gesetz als Kontrollinstanzen zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Bescheide der Verwaltungsbehörden zu berufen.“

³²⁹ Vgl VfGH 14. 6. 1985, G17/85: „Wie der VfGH in mehreren Erk. dargelegt hat (vgl. VfSlg. 2778/1954, 3236/1957, 3424/1958, 5630/1967, 6537/1971, 7273/1974), gestattet es Art94 B-VG nicht, die ordentlichen Gerichte durch einfaches (Bundes- oder Landes-)Gesetz als Kontrollinstanzen zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Bescheide der Verwaltungsbehörde zu berufen.“

³³⁰ Vgl zu Begriff und Anforderungen der sukzessiven Kompetenz bzw Zuständigkeit erneut VfGH 14. 6. 1985, G17/85: „Von einer verfassungsrechtlich zulässigen sukzessiven Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden und Gerichten kann iS der angeführten Rechtsprechung des VfGH nur dann gesprochen werden, wenn in einer Angelegenheit, in der nach einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung die Anrufung eines Gerichtes ermöglicht wird, durch die Anrufung des Gerichtes die vo-

Im Ergebnis ist der AsylIGH also nicht als ordentliches Gericht anzusehen, dessen Befugnis, Bescheide einer Verwaltungsbehörde zu überprüfen, aufgrund des speziellen Art 129c B-VG weder Art 94 B-VG widerspricht noch an den an sukzessive Kompetenzen gestellte Anforderungen zu messen ist.

Sehr deutlich hat auch der VfGH diese Ansicht in einem rezenten Erk bekräftigt, wenn er ausspricht, dass „Ausnahmen vom Grundsatz der Trennung der Justiz von der Verwaltung nach Art94 B-VG [...] einer expliziten verfassungsrechtlichen Regelung“ bedürften. Eine solche liege vor, wenn „die Überprüfung von Verwaltungshandeln durch ein Gericht im B-VG ausnahmsweise vorgesehen ist (zB Justizverwaltungsangelegenheiten – Art87 Abs2 B-VG; die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts – Art131, 144 B-VG; die Kompetenz des Asylgerichtshofes - Art129c B-VG; Schadenersatzansprüche gegen Verwaltungshandeln nach dem Amtshaftungsgesetz - Art23 iVm Art82 ff. B-VG).“³³¹

III.C.4. Ressortierung

Anders als zuletzt der UBAS³³² ressortiert der AsylIGH nicht mehr zum BMI, sondern zum Bundeskanzleramt [BKA]. Laut Materialien fallen „Angelegenheiten des Asylgerichtshofes“ als „Angelegenheiten des Verwaltungsgerichtshofes“³³³ in den Wirkungsbereich des BKA, wodurch ein eigener Tatbestand für den AsylIGH entbehrlich sei.³³⁴ Diese „sachlich gebotene Distanz“³³⁵ ist sicherlich zu begrüßen, zumal der BMI in das Asylverfahren im Vergleich zum Bundeskanzler doch in höherem Ausmaß involviert ist. Insbes kann der BMI das Fällen einer Grundsatzentscheidung beantragen.³³⁶

rausgegangene verwaltungsbehördliche Entscheidung ihre Wirksamkeit verliert, sodaß es ausgeschlossen wird, daß durch die gerichtliche Entscheidung eine Aufhebung oder Abänderung der verwaltungsbehördlichen Entscheidung herbeigeführt werden kann.“ Vgl weiters zur sukzessiven Kompetenz ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 606, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahrensrecht, 50 und WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Verfassungsrecht, RZ 558.

³³¹ Vgl VfGH 16. 12. 2010, G259/09 ua.

³³² Der UBAS ist organisatorisch zunächst dem BKA zugeordnet gewesen, vgl § 38 Abs 9 AsylG 1997 idF BGBl I 1997/76 und dazu RV 1997, 30. Mit 1. Mai 2004 ist die Eingliederung in das BMI erfolgt, vgl § 38 Abs 9 AsylG 1997 sowie § 1 Abs 1 jeweils idF BGBl I 2003/101. Für MUZAK, Asylgerichtshof, 16 f, habe sich durch die Eingliederung des UBAS in das BMI der mittelbare Einfluss des BMI auf die Praxis verstärkt, im Vordergrund seien „mehr und mehr die Zahl der ‚Enderledigungen‘ sowie eine positive ‚Outputbilanz‘ und weniger die Richtigkeit der Entscheidung im Einzelfall mit möglicherweise tragischen Folgen für schutzbedürftige Flüchtlinge“ gestanden. Kritisch auch schon MUZAK, Verfahren, 13 (15).

³³³ Vgl Abschnitt A Z 3 der Anlage zu § 2 Bundesgesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien (Bundesministeriengesetz 1986 - BMG) BGBl 1986/76 (WV), zgd BGBl I 2009/3 [BMG], wo von „Angelegenheiten der Verfassungs- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit“ die Rede ist.

³³⁴ Vgl AB 2007, 18 sowie bereits RV 2007 I, 5.

³³⁵ So MUZAK, Asylgerichtshof, 19 f. Auch JABLONER, Asylgerichtsbarkeit, 2 (2) bezeichnet die Ansiedlung des AsylIGH beim BKA als positiven Punkt der Reform.

³³⁶ Gem Art 129e Abs 1 S 3 B-VG und § 42 Abs 3 AsylG 2005.

IV. Vom UBAS zum AsylIGH – Organisationsrecht

ISd traditionellen Gegenüberstellung von materiellem und formellem Recht und einer weiteren Untergliederung des formellen Rechtes in Organisationsrecht und Verfahrensrecht,³³⁷ ist dieses Kapitel ersterem, der Hauptteil der Arbeit letzterem gewidmet.

IV.A. Mitglieder des AsylIGH

Der AsylIGH hat seinen Sitz in Wien und eine Außenstelle in Linz.³³⁸ Er besteht aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten und der erforderlichen Zahl an sonstigen Mitgliedern, wobei alle Mitglieder vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt werden.³³⁹

Zu den im Schrifttum am heftigsten kritisierten Punkten der Reform gehören zweifelsohne die, im Vergleich zu der alle anderen österreichischen Gerichte betreffenden Rechtslage, herabgesetzten Erfordernisse an die Ernennung einer Person zum Richter am AsylIGH.³⁴⁰ MUZAK kritisiert zunächst, dass für Richter am AsylIGH keine Ernennungserfordernisse gelten, wie sie für Richter gem RStDG (zB Richteramtsprüfung, abgeschlossenes Gerichtsjahr) gelten.³⁴¹ Des Weiteren muss die erforderliche fünfjährige Berufserfahrung – wenngleich gem § 2 Abs 3 Z 3 AsylIGHG „insbesondere“³⁴² im Bereich des Asyl- und Fremdenrechtes“ – nicht in Berufsstellungen erworben worden sein, für die der Abschluss eines Jus-Studiums vorgeschrieben ist (so aber Art 134 Abs 3 B-VG den VwGH und

³³⁷ Vgl THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 40 f. Vgl in diesem Zusammenhang – auf dem Fundament KELSENS und MERKLS aufbauend – für eine tiefergehende Auseinandersetzung, WALTER, Aufbau, 23 ff. Der bedeutende österreichische Verfassungsjurist erläutert die Begriffe der Zwangsmerzeugungsnorm [ZNEN], der Zwangsnorm [ZN] und der Zwangsnormvollzugsnorm [ZNVN]. Die ZN sei eine Anordnung, dass etwas sein oder geschehen soll; sie ordne einen Zwangsakt an. Die ZNEN ordne dagegen keinen Zwangsakt an, sondern, wie die Zwangsakt-Anordnung erfolgen kann; sie ermächtige zur Zwangsanordnung. Der Weg von der ZN zum ihr entsprechenden Zwangsakt werde von der ZNVN geordnet. Sie bestimme, wer die ZN zu erkennen hat, wie er dabei vorzugehen hat und wer den Zwangsakt zu setzen hat. Anders ausgedrückt: Sie regle die Rechtsfindung (Erkenntnis-), die Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen (Beweis-), die Setzung des Zwangskates (Vollstreckungsverfahren) und, wer diese Aufgaben zu erfüllen hat (Organisationsrecht). In diesem Sinne sieht WALTER, aaO Zwangsmerzeugungsnorm, Zwangsnorm und Zwangsnormvollzugsnorm als Verfassung, materielles Recht und Verfahrensrecht.

³³⁸ Vgl Art 129d Abs 1 B-VG bzw § 1 AsylIGHG. Entsprechendes hat gem § 1 UBASG idF BGBI I 2005/100 auch für den UBAS gegolten. MUZAK, Asylgerichtshof, 40, FN 93 bezweifelt angesichts der geografischen Nähe von Linz zu Wien die Zweckmäßigkeit der Errichtung der Außenstelle in Linz.

³³⁹ Vgl Art 129d Abs 2 B-VG bzw § 2 Abs 1, 2, 4 und 5 AsylIGHG (wo schon von „Richtern“ und nicht bloßen „Mitgliedern“ die Rede ist). Art 129c Abs 2 B-VG iVm § 2 Abs 1 bis 3 UBASG jeweils idF BGBI I 2005/100 hat für den UBAS Entsprechendes vorgesehen, wenn auch die Bezeichnungen – Vorsitzender, Stellvertretender Vorsitzender – leicht variieren. Ob des mangels Selbstvorschlagrechtes des AsylIGH zu befürchtenden politischen Einflusses auf die Zusammensetzung des AsylIGH kritisch JABLONER, Asylgerichtsbarkeit, 2 (2) sowie MUZAK, Asylgerichtshof, 41 f.

³⁴⁰ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl Art 129c Abs 3 B-VG iVm § 2 Abs 3 AsylIGHG.

³⁴¹ Vgl MUZAK, Asylgerichtshof, 43 sowie ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 140.

³⁴² KOLONOVITS, Asylgerichtshof, 265, FN 9 macht unter Hinweis auf die Verwendung des Wortes „insbesondere“ zutreffend darauf aufmerksam, dass die erforderliche Berufserfahrung also nicht ausschließlich im Bereich des „Asyl- und Fremdenrechtes“ erworben worden sein muss.

Art 147 Abs 3 B-VG den VfGH betreffend).³⁴³ *WIEDERIN* vertritt ohne nähere Angaben die Auffassung, dass die erforderliche Berufserfahrung das Studium auch begleiten oder ihm sogar vorangehen könne.³⁴⁴ Obwohl diese Frage im Gesetz nicht näher angesprochen wird, ist wohl *MUZAK* zu folgen, der dies unter Hinweis auf die höchstgerichtsähnliche Stellung des AsylIGH ablehnt.³⁴⁵

Hinsichtlich der erstmaligen Besetzung des AsylIGH normiert Art 151 Abs 39 Z 3 B-VG, dass UBAS-Mitglieder, die sich als Asylrichter bewerben und die persönliche und fachliche Eignung für die Ernennung aufweisen, ungeachtet des Vorliegens der Voraussetzungen gem Art 129d Abs 3 B-VG ein Recht auf Ernennung zum Asylrichter haben; auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Verfahren hierzu in § 29 AsylIGHG näher ausgestaltet.³⁴⁶

³⁴³ In diesem Punkt unterschreiten die Voraussetzungen für die Ernennung zum Asylrichter sogar jene für die Ernennung zum Mitglied des UBAS, da letzterenfalls gem § 2 Abs 5 Z 3 UBASG Erfahrung in einem Beruf vonnöten gewesen ist, „für den die Vollendung der rechtswissenschaftlichen Studien oder eine vergleichbare Ausbildung vorschrieben ist.“ Gem S 2 leg cit hat dafür aber eine zwei- bzw vierjährige Berufserfahrung ausgereicht.

³⁴⁴ Vgl *WIEDERIN*, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (7).

³⁴⁵ Vgl *MUZAK*, Asylgerichtshof, 45, der ferner die Frage aufwirft (und diese in der Folge verneint), ob die Absolvierung eines in Zukunft allenfalls eingeführten rechtswissenschaftlichen Bachelorstudiums dem Erfordernis des Abschlusses eines rechtswissenschaftlichen Studiums genügt.

³⁴⁶ *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 140 f moniert in diesem Zusammenhang die Unbestimmtheit der Gesetzesbegriffe „persönliche und fachliche Eignung für die Ernennung“ und die daraus resultierende temporäre „schwere Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Mitglieder des UBAS“. Auch *MUZAK*, Asylgerichtshof, 110 f bemängelt die Weite des Begriffes, führt aber gleichzeitig beispielhaft Kriterien zur Bestimmung der fachlichen und persönlichen Eignung an. So sprächen gehäufte Aufhebungen der Entscheidungen eines UBAS-Mitgliedes durch den VwGH gegen dessen fachliche Eignung, disziplinarrechtliche Verfehlungen ab einer gewissen Schwere gegen dessen persönliche Eignung, vgl *MUZAK*, aaO, FN 293. Die Materialien (AB 2007) schweigen im Übrigen zu diesem Punkt. *MUZAK*, Zukunft, 13 (15 f) äußert aufgrund der Tatsache, dass UBAS-Mitglieder nicht generell sondern einzeln in den AsylIGH (mittlerweile) übernommen worden sind und die Übernahme von der nicht näher determinierten „persönlichen und fachlichen Eignung“ abhängig gemacht worden ist, die nachvollziehbare Befürchtung, dass es während des Übergangszeitraumes, also im ersten Halbjahr 2008, zu einer Drucksituation und damit einer Gefährdung der Unabhängigkeit der UBAS-Mitglieder kommen hätte können. Kritisch auch *KOLONOVITS*, Asylgerichtshof, 264.

IV.B. Gerichtliche Garantien

§ 3 Abs 1 und 2 AsylGHG enthalten im Vergleich zu § 3 Abs 1 UBASG leicht ausgedehnte Unvereinbarkeitsregelungen.³⁴⁷ Die Unabhängigkeit, dh Weisungsfreiheit, die sich für UBAS-Mitglieder aus Art 129c Abs 3 S 1 B-VG idF BGBl I 2005/100 iVm § 4 Abs 1 UBASG idF BGBl I 2003/101 ergeben hat, besteht für Asylrichter gem Verweis in Art 129d Abs 4 B-VG auf Art 87 Abs 1 B-VG (Richterliche Unabhängigkeit).

Art 129e Abs 2 B-VG statuiert iVm § 15 AsylGHG den Grundsatz der festen Geschäftsverteilung, angelehnt an, aber doch geringfügig abweichend von Art 87 Abs 3 B-VG die ordentliche Gerichtsbarkeit betreffend sowie Art 129c Abs 3 S 2 B-VG idF BGBl I 2005/100 iVm § 8 Abs 2 UBASG den UBAS betreffend. Damit gilt vor allem der Grundsatz der Vorausverteilung, dh, dass der zuständige Einzelrichter bzw der zuständige Senat schon im Vorhinein eruierbar sein muss, sowie dass eine Rechtssache einem Einzelrichter bzw Senat nur ausnahmsweise wieder abgenommen werden kann.³⁴⁸

Der VfGH äußert sich nach allgemeinen Ausführungen hinsichtlich des Grundsatzes der festen Geschäftsverteilung³⁴⁹ in einem Erk zu einem System der Geschäftsverteilung, nach welchem die Geschäfte anhand „der Belastung der Richter am AsylGH“ verteilt werden. Das Höchstgericht vertritt die Meinung, dass dieses System insofern, als „bereits im Zeitpunkt der Einbringung der Beschwerde feststeht“, dass die Beschwerde dem Mitglied „mit dem niedrigsten Zuteilungsstand [...] zugeteilt wird [...], verpönte Einflussnahmen“ ausschließe. Da danach also von vornherein feststehe, wer zuständig ist, sei der „jeweils aktuelle Zuteilungsstand [...] ein objektives und daher nachprüfbares Kriterium.“

Die Unabsetzbarkeit und Unversetzbartheit besteht für Asylrichter gem Art 129d Abs 4 iVm Art 88 Abs 2 B-VG, für den UBAS haben diesbezüglich leicht abweichende Regelungen gem Art 129c Abs 4 B-VG idF BGBl I 2003/101 iVm § 4 Abs 3 UBASG idF BGBl I 1999/128 gegolten.

³⁴⁷ Bemerkenswert ist allerdings, dass für den AsylGH keine den übrigen Absätzen des § 3 UBASG (Abs 2 bis 5) entsprechende Regelungen bestehen.

³⁴⁸ Vgl dazu Muzak, Asylgerichtshof, 49 ff.

³⁴⁹ Vgl VfGH 8. 10. 2008, U5/08 (VfSlg 18.594/2008): „Der Grundsatz der festen Geschäftsverteilung bedeutet, dass die Verteilung der Geschäfte auf die einzelnen Spruchkörper durch Regeln, nämlich durch den Beschluss über die Geschäftsverteilung, von vornherein feststehen muss, dass in der Folge niemand Einfluss auf die Verteilung der Geschäfte nehmen kann und dass ferner die Einhaltung dieser Regeln nachprüfbar sein muss.“

IV.C. Willensbildung

Gem Art 129e Abs 1 S 1 B-VG erkennt der AsylIGH durch Einzelrichter oder in Senaten.³⁵⁰ In einem Erk hat sich der VfGH mit der Frage auseinander gesetzt, ob diese Formulierung einer Alternative eine – unzulässige, weil nicht einer Volksabstimmung gem Art 44 Abs 3 B-VG unterzogene – „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ darstelle. Das Verfassungsgericht verneint diese Frage, weil der einfache Gesetzgeber dadurch nicht ermächtigt worden sei „generell oder nach Belieben die Entscheidung durch Einzelrichter vorzusehen.“ Vielmehr müsse der einfache Gesetzgeber „bei der Regelung der Frage, welche Rechtsfälle von Einzelrichtern einerseits und von Senaten andererseits zu entscheiden sind, auf die Art der Rechtsfälle und die Bedeutung, die sie im Regelfall haben, abstehen, etwa indem er auf die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage oder die Rechtsfolgen Bedacht nimmt.“ Die konkret angewandte Bestimmung des § 61 Abs 3 lit b AsylIG 2005 entspreche im Übrigen „der soeben genannten Gewichtung.“³⁵¹

§ 61 Abs 1 AsylIG 2005 enthält in Ausführung der Verfassungsbestimmung zunächst eine Generalklausel zugunsten der Entscheidung in Senaten und zählt in den Abs 3, 3a und 4 jene Fälle auf, in denen ein Einzelrichter zu entscheiden hat. Senate bestehen gem § 9 Abs 2 AsylIGHG prinzipiell aus zwei Mitgliedern,³⁵² was zunächst Unmut im Schrifttum provoziert hat.³⁵³

Aber auch der VfGH findet deutliche Worte zur Installierung eines Systems von aus nur zwei Mitgliedern bestehenden Senaten. Das Höchstgericht führt aus, dass „Voraussetzung für das Bedenken, dass die Regelung des §9 Abs2 AsylIGHG, wonach die Senate (bloß) aus zwei Richtern bestehen, im Widerspruch zur Bestimmung des Art129e Abs1 B-VG stehen könnte, [...] die Annahme“ sei, „dass dieser einen Senatsbegriff verwendet, der eine Mindestzahl von mehr als zwei Richtern voraussetzt.“ Der

³⁵⁰ Der UBAS hat gem § 67a Abs 2 AVG idF BGBl I 1998/158 mangels anderer Anordnung [mA] durch Einzelmitglied entschieden. Die einzige Anordnung dieser Art hat sich in § 42 Abs 1 AsylIG 2005 idF BGBl I 2005/100 betreffend Leitentscheidungen gefunden. Diese sind von einem „großen Senat“ zu fällen gewesen. § 7 Abs 2 Z 1 UBASG idF BGBl I 2005/100 betreffend die aus drei Mitgliedern bestehenden Senate und Z 1a leg cit betreffend die aus drei Senaten bestehenden großen Senate haben die dazugehörigen Definitionen enthalten. FRANK/ANERINHOFF/FILZWIESER, AsylIG 2005, 667 f weisen darauf hin, dass § 42 AsylIG 2005 idF BGBl I 2005/100 allerdings „praktisch nie angewendet worden“ sei. Auch im Rechtsinformationsystem des BKA [RIS], abrufbar unter <http://ris.bka.gv.at/> (letzter Zugriff am 26. September 2011), findet sich keine einzige auf § 42 AsylIG idF BGBl I 2005/100 gestützte „Leitentscheidung“ des UBAS, womit dieser ausschließlich Entscheidungen durch Einzelmitglieder getroffen hat. Als eine der wenigen Stimmen, welche die den AsylIGH errichtende Reform positiv beurteilen, bezeichnet HESSE, Anmerkungen, 4 (4) die nunmehrige grundsätzliche Zuständigkeit eines Senates als „eine wesentliche Verbesserung zum gegenwärtigen Status“, da der Asylwerber „bisher nur einem Einzelrichter beim UBAS gegenübersteht“. Dieser positiven Anmerkung ist in der Sache zuzustimmen, wenngleich die Mitglieder des UBAS als Organwalter einer Verwaltungsbehörde (vgl oben III.C) mit Sicherheit nicht als „Richter“ zu bezeichnen gewesen sind.

³⁵¹ Vgl VfGH 7. 11. 2008, U48/08.

³⁵² Diese „normalen“, nicht verstärkten Senate iSd § 9 Abs 2 AsylIGHG werden in AB 2007, 3 zweckmäßigerverweise auch als Zweiersenat bezeichnet.

³⁵³ JABLONER, Asylgerichtsbarkeit, 2 (2) spricht den aus zwei Richtern bestehenden „Senaten“ die Senatsqualität unter Berufung auf den alten Satz „*tres faciunt collegium*“ gleich vorweg ab. ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 158 macht auf die erhöhte Fehleranfälligkeit von Zweier- im Vergleich zu Dreiersenaten aufmerksam.

VfGH konzidiert einerseits, dass der „allgemeine Sprachgebrauch [...] und die seit dem 19. Jahrhundert konstante Praxis der Organisations- und Verfahrensgesetzgeber“ es nahe lege, unter einem „Senat“ einen aus mindestens drei Richtern bestehenden Spruchkörper zu verstehen. Andererseits sei der Verfassungsgesetzgeber nicht gehindert, „einen vom allgemeinen Sprachgebrauch und der Praxis des einfachen Gesetzgebers abweichenden Begriff zu verwenden“, weshalb Art 129e Abs 1 B-VG nicht gegen das rechtsstaatliche Prinzip verstöße.

Das Verfassungsgericht erachtet die Verfassungsbestimmung also als baugesetzkonform, unterlässt es allerdings nicht, noch einige Kritikpunkte zum Ausdruck zu bringen. So betont er, dass Dreierkollegien „die Vermutung einer höheren Gewähr der fehlerlosen Rechtsanwendung für sich haben“, und zwar „insbesondere im Fall von höchstgerichtlichen Entscheidungen, wie sie im Fall des Asylgerichtshofes gegeben sind.“ Die durch die Verfassungsnovelle bewirkte „erhebliche Absenkung des rechtsstaatlichen Standards verwaltungsgerichtlicher Kontrolle sowohl auf organisationsrechtlicher als auch auf verfahrensrechtlicher Ebene“ erreiche jedoch – „gerade noch“ – nicht das Ausmaß einer Gesamtänderung der Bundesverfassung, „weil das rechtsstaatliche Prinzip aufgegeben oder sein Verhältnis zu anderen Prinzipien wesentlich verändert worden wäre (vgl. VfSlg. 15.373/1998).“³⁵⁴

Der VfGH gibt somit der im Schrifttum geäußerten Kritik im Wesentlichen Recht. Nur am Rande sei erwähnt, dass das Verfassungsgericht die Entscheidungen des AsylIGH – entgegen der hier vorgenommenen Einstufung³⁵⁵ – als „höchstgerichtlich“ bezeichnet, woraus allerdings nicht ersichtlich ist, ob daran auch Konsequenzen geknüpft sein sollen.

Ist gesetzlich die Entscheidung eines verstärkten Senates vorgesehen, wie dies bei Grundsatzentscheidungen gem Art 129e Abs 1 S 2 B-VG iVm § 42 AsylIG 2005 und gem § 11 Abs 4 S 1 AsylIGHG bei Uneinigkeit der Mitglieder des Zweiersenates der Fall ist,³⁵⁶ ist der Senat, der dadurch zum Kammersenat wird, gem § 9 Abs 3 S 1 AsylIGHG um drei Richter zu verstärken.³⁵⁷ Gem § 10 Abs 6 AsylIGHG erfordert der Beschluss eines Zweiersenates Einstimmigkeit, jener eines Kammersenates die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei eine Stimmennthaltung unzulässig ist. §§ 11 bzw 12 AsylIGHG regeln die interne Willensbildung von Zweiersenaten bzw (den fünfköpfigen) Kammersenaten.

³⁵⁴ Vgl VfGH 3. 12. 2008, U131/08 (VfSlg 18.632/2008). *BußÄGER*, Scharfe Schelte, betitelt eine Besprechung dieses Erk mit „Scharfe Schelte am Verfassungsgesetzgeber“ und führt in Bezug auf die angeführten Zitate aus: „Damit will der VfGH augenscheinlich – und zu Recht! – allfälligen Bestrebungen, in anderen Verwaltungsbereichen ähnliche Konstruktionen zu schaffen und sie der Kontrolle des VwGH zu entziehen, entgegentreten.“

³⁵⁵ Vgl oben III.C.

³⁵⁶ Vgl AB 2007, 3.

³⁵⁷ Vgl zu Senaten und Kammersenaten allgemein *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 132 ff sowie 178 f.

Für jeden Einzelrichter und Senat ist gem § 14 Abs 1 S 1 AsylIGHG eine Gerichtsabteilung zu eröffnen, welche gemeinsam mit anderen Gerichtsabteilungen gem § 14 Abs 2 S 1 AsylIGHG auf Grund des sachlichen Zusammenhangs ihrer Geschäfte zu Kammern zusammenzufassen sind. „Mit der Einrichtung von derartigen Kammern soll es dem Asylgerichtshof ermöglicht werden, eine notwendige fachliche Spezialisierung der richterlichen Organe des Asylgerichtshofes etwa nach dem Kriterium der Herkunftsstaaten (sog. ‚Länderbereiche‘) vorzunehmen.“³⁵⁸ Gem §§ 3 und 4 der Geschäftsverteilung des AsylIGH iSd § 13 AsylIGHG³⁵⁹ ist der AsylIGH in sechs Kammern gegliedert, deren Einteilung sich nach geografischen Merkmalen (Regionen) richtet. Innerhalb der Kammern besteht eine Zuständigkeit der einzelnen Gerichtsabteilungen für mehrere Herkunftsländer einer Region.

³⁵⁸ So AB 2007, 5.

³⁵⁹ Die Geschäftsverteilung des AsylIGH für das Geschäftsjahr 2011 findet sich im Internet unter <http://www.asylgh.gv.at/> (letzter Zugriff am 26. September 2011), Rubrik „Rechtsgrundlagen“, Unterrubrik „Organisatorische Regelungen des Asylgerichtshofs“ (direkter Link: <http://www.asylgh.gv.at/DocView.axd?CobId=30886> (letzter Zugriff am 26. September 2011)).

V. Überblick über das Verfahren vor dem BAA

V.A. Verfahrensgang

V.A.1. Allgemeines zum BAA; Flüchtlingsbegriff der GFK

Mit der Vollziehung des materiellen Asylrechtes iSd AsylG 2005 sind abgesehen vom AsylGH als Rechtsmittelinstanz auch noch – und vor allem – das BAA als „erste und letzte verwaltungsbehördliche Instanz“³⁶⁰ sowie beide GHÖR, nämlich der VwGH im Rahmen der Erzeugung von Grundsatzentscheidungen und der VfGH im Rahmen der Behandlung von „Urteilsbeschwerden“³⁶¹, betraut. Um das Bild zu vervollständigen, soll in dieser Arbeit auch auf das vor diesen Behörden stattfindende Verfahren eingegangen werden, wobei das Verfahren vor dem BAA zeitlich hier den Anfangspunkt markiert.

„Asylbehörde ist das Bundesasylamt, das in Unterordnung unter dem Bundesminister für Inneres errichtet wird.“³⁶² Einem Fremden, der in Österreich³⁶³ einen Asylantrag³⁶⁴ gestellt hat, ist gem § 3 Abs 1 AsylG 2005 Asyl zu gewähren, dh „der Status des Asylberechtigten zuzuerkennen“, wenn glaubhaft ist, dass ihm im Herkunftsstaat Verfolgung iSd Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK droht. Damit wird insbes auf die Definition des Flüchtlingsbegriffes iSd GFK verwiesen, wonach jemand als Flüchtling anzuerkennen ist, wer sich „aus wohlgegründeter Furcht, aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Gesinnung verfolgt zu

³⁶⁰ Vgl RV 2007 I, 3.

³⁶¹ So JABLONER, Asylgerichtsbarkeit, 2 (3). Dieser mE sehr treffende Begriff ist vom übrigen Schrifttum allerdings noch nicht absorbiert worden.

³⁶² So § 58 Abs 1 S 1 AsylG 2005. Genau genommen ist freilich auch der AsylGH, zumindest gemessen an seinen gegenwärtigen Kompetenzen, eine (gerichtliche) Asylbehörde. Dafür, dass nach dem Konzept unserer Bundesverfassung der Begriff der „Behörde“ nicht exklusiv der Staatsfunktion Verwaltung vorbehalten ist, spricht schon Art 88 Abs 3 B-VG. Diese Bestimmung ist zwar nicht vom Verweis des Art 129d Abs 4 S 2 B-VG erfasst, weshalb sie auch nicht für den AsylGH gilt. Dennoch wird hier der Begriff der „Gerichtsbehörde“ ganz allgemein für ein Gericht verwendet. Auch in VfGH 8. 10. 2008, U5/08 wird an einer Stelle die den AsylGH treffende Ermittlungspflicht angesprochen, wobei im Satz davor dieselbe Pflicht für „Asylbehörden“ statuiert wird. Nun könnte der Begriff der „Asylbehörden“ vom VfGH ausschließlich in jenem Sinne verwendet worden sein, der auch dem Verständnis des kurz danach zitierten Erk des VwGH entspricht – wobei sich der VwGH am 11. November 1998 klarerweise auf das BAA und den UBAS bezogen hat. Andererseits spräche die Verwendung des Indikativs (anstatt des Konjunktivs) dafür, dass der VfGH auch den AsylGH als Asylbehörde sieht. Die Verwendung des Plurals würde – vertritt man letztere Auffassung – auch keinen Sinn ergeben, verstünde der VfGH den AsylGH in diesem Erk nicht auch als Asylbehörde. Selbst wenn der VfGH den AsylGH nicht eindeutig als Asylbehörde bezeichnet hat, ist diese Kategorisierung mE nicht unzulässig, zumal damit nur zum Ausdruck gebracht werden soll, dass der AsylGH entsprechend der Rechtslage gem § 129c B-VG ein spezielles Verwaltungsgericht ist, das nur in „Asylsachen“ tätig werden darf, und – selbstverständlich – nicht etwa, dass beide Verwaltungsbehörden seien.

³⁶³ § 1 AsylG 2005 bringt klar zum Ausdruck, dass es keine Anträge im Ausland gibt.

³⁶⁴ Der Begriff des Antrages auf internationalem Schutz ersetzt jenen des „Asylantrages“ und ist aus Art 2 lit g Status-RL übernommen worden, vgl RV 2005, 30. Im Übrigen geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Status-RL der GFK entspreche, vgl RV 2005, 32.

werden, außerhalb seines Heimatlandes befindet und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des Schutzes dieses Landes zu bedienen“.

Im Kern geht es also um die Glaubhaftmachung von wohlgrundeter Furcht vor Verfolgung.³⁶⁵

V.A.2. Stellung des Asylantrages

Der Asylantrag ist gem § 17 Abs 1 AsylG 2005 bei einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes, einer Sicherheitsbehörde oder einer EASt³⁶⁶ zu stellen. Die Stellung eines Asylantrages bewirkt gem § 12 Abs 1 AsylG 2005 faktischen Abschiebeschutz; der Fremde darf vorerst, dh bis zum Eintritt der im Gesetz näher bezeichneten Umstände, weder zurückgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben³⁶⁷ werden. Dieses Verbot, gegenüber bestimmten Fremden aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu ergreifen, setze „inhaltlich betrachtet [...] ein Recht des Betroffenen voraus, sich im Staatsgebiet aufzuhalten“, entspricht also einem Aufenthaltsrecht, wenngleich der faktische Abschiebeschutz in der Aufzählung der Kategorien des rechtmäßigen Aufenthaltes normierenden § 31 FPG nicht aufscheint.³⁶⁸ „Sein Aufenthalt im Bundesgebiet ist geduldet“; der faktische Abschiebeschutz begründet aber keine Einreiseberechtigung nach vorangegangener Ausreise.³⁶⁹ Der Grundsatz, dass dem Stellen eines Asylantrages der faktische Abschiebeschutz direkt folgt, ist im Anwendungsbereich von Folgeanträgen iSd § 2 Abs 1 Z 23 AsylG 2005 seit dem Inkrafttreten des FrÄG 2009 Anfang 2010 jedoch stark aufgeweicht worden.³⁷⁰

³⁶⁵ Vgl PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 28: Die Verfolgungsgefahr müsse nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorliegen, sondern bloß glaubhaft, dh vernünftigerweise möglich sein. Im Gegensatz zum vollen Beweis ergebe sich dadurch ein herabgesetztes Beweismaß. Weiters beziehe sich die Verfolgungsgefahr nicht auf vergangene Ereignisse, sondern erfordere eine Prognose, vgl VfGH 3. 9. 2009, U591/08 unter Hinweis auf zahlreiche Erk des VfGH und des VwGH. Schließlich ist es hinsichtlich der geforderten Wohlgrundetheit der Furcht nicht maßgeblich, ob sich eine bestimmte Person in einer konkreten Situation tatsächlich fürchtet, sondern ob sich eine mit Vernunft begabte Person in der Situation des Antragstellers aus Konventionsgründen fürchten würde, vgl PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 49 sowie jüngst VwGH 6. 11. 2009, 2008/19/0012. Damit sind nur drei all jener Aspekte angesprochen, die im Rahmen der Beantwortung der materiellrechtlichen Frage, ob die Voraussetzungen für die Gewährung von Asyl vorliegen, eine Rolle spielen. Da das materielle Asylrecht in dieser Arbeit jedoch nicht im Vordergrund steht, wird es darin auch nicht tiefergehender behandelt. Vgl zur zentralen Bestimmung des österreichischen materiellen Asylrechtes, § 3 AsylG 2005, ausführlich FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 55 ff und PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 47 ff.

³⁶⁶ EASt iSd § 59 AsylG 2005 gibt es gem § 3 Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des Asylgesetzes 2005 (Asylgesetz-Durchführungsverordnung 2005 - AsylG-DV 2005) BGBl II 2005/448 [AsylG-DV 2005] derzeit an der Zahl drei: Die EASt-„Ost“ in Traiskirchen, die EASt-„West“ in St. Georgen im Attergau und die EASt-„Flughafen“ in Schwechat. Zu der geplanten Errichtung einer vierten EASt im Burgenland ist es nicht gekommen, vgl <http://derstandard.at/1269045527889/Abstimmung-Suedburgenland-9449-Prozent-gegen-Erstaufnahmezentrum> sowie <http://derstandard.at/r1259282438538/Asylzentrum-Eberau> (letzter Zugriff am 26. September 2011).

³⁶⁷ Vgl zu den fremdenpolizeilichen Maßnahmen der Zurückweisung, Zurückschubung und Abschiebung § 41 Abs 2, §§ 45 und 46 FPG.

³⁶⁸ Vgl MUZAK, Abschiebeschutz, 2 (2 f).

³⁶⁹ Vgl PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 243 und FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 401 f.

³⁷⁰ Vgl zum faktischen Abschiebeschutz bei Folgeanträgen die kasuistische Regelung des § 12a AsylG 2005 sowie zur Novelle BGBl I 2009/122 schon oben II.C.3. Über die Kompetenz des AsylGH zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Aufhebung des Abschiebeschutzes gem § 22 Abs 10 AsylG 2005 iVm §§ 12a Abs 2 und 41a AsylG 2005 vgl unten VI.I.

Stellt ein in Österreich aufenthaltsberechtigter Fremder einen Asylantrag bei einer Sicherheitsbehörde oder einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes, ist er gem § 43 Abs 1 AsylG 2005 aufzu fordern, diesen Antrag binnen vierzehn Tagen in einer EASt einzubringen; ist der Fremde in Österreich nicht aufenthaltsberechtigt, ist er gem § 43 Abs 2 AsylG 2005 „von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Sicherung der Ausweisung oder der Rückkehrentscheidung“ der EASt prinzipiell vorzuführen. Die Vorführung ist ein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt³⁷¹ [AuvBZ] und hat nach Maßgabe der §§ 45 und 46 AsylG 2005 zu erfolgen bzw zu unterbleiben.³⁷² IdR sind Fremde weiters einer „ersten Befragung“ iSd § 19 Abs 1 AsylG 2005 zu unterziehen, zu durchsuchen und gegebenenfalls [ggf] erkennungsdienstlich zu behandeln.³⁷³

V.A.3. Einbringung des Asylantrages – Zulassungsverfahren

Von der Stellung eines Asylantrages ist dessen Einbringung zu unterscheiden.³⁷⁴ Der Asylantrag ist gem § 17 Abs 2 AsylG 2005 eingebracht, wenn er vom Fremden persönlich, auch im Rahmen einer Vorführung, bei der EASt gestellt wird; dadurch wird der antragstellende Fremde gem § 2 Abs 1 Z 14 AsylG 2005 zum Asylwerber. Nach Einbringung des Asylantrages beginnt das in der EASt zu führende Zulassungsverfahren.³⁷⁵ § 29 Abs 6 AsylG 2005 ordnet seit dem FrÄG 2011 an, dass dieses mit der Durchführung gesetzlich aufgezählter Verfahrens- und Ermittlungsschritte zu beginnen hat. Diese sind unter anderem:

- Die erkennungsdienstliche Behandlung gem § 44 Abs 5 sowie die Durchsuchung gem § 44 Abs 2 AsylG 2005,
- die Erteilung einer Orientierungs- und Erstinformation über das Asylverfahren in einer dem Asylwerber verständlichen Sprache,
- ein Hinweis auf die Mitwirkungspflichten des Asylwerbers und die Folgen ihrer allfälligen Verletzung und die Ausfolgung eines Informationsblattes gem § 15 Abs 4 sowie die Ausfolgung des Merkblattes gem § 17 Abs 9 AsylG 2005,

³⁷¹ Ein solcher liegt vor, wenn ein Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig einen Befehl erteilt oder Zwang ausübt und dieser Akt gegen individuell bestimmte Adressaten gerichtet ist (VwGH 20. 11. 2006, 2006/09/0188). Alternative Bezeichnungen für AuvBZ sind „Maßnahmen“, „faktische Amtshandlungen“ oder „verfahrensfreie Verwaltungsakte“. Vom Bescheid unterscheiden sich AuvBZ durch ihre mangelnde Verfahrens- und Ausdrucksformlichkeit. Gem Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG und (wortident) § 67a Z 2 AVG entscheiden über Beschwerden von Personen, die behaupten, durch AuvBZ in ihren Rechten verletzt zu sein, die UVS. Vgl zu AuvBZ HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67a, RZ 30 ff THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahrensrecht, 59 f und 283 ff, WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 548/19 ff, ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 634 und WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Verfassungsrecht, RZ 607 ff.

³⁷² Vgl PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 615.

³⁷³ Vgl § 44 AsylG 2005.

³⁷⁴ So RV 2005, 43.

³⁷⁵ Vgl §§ 17 Abs 4 und 29 Abs 1 AsylG 2005. Vgl zum ausschließlich vor dem BAA stattfindenden Zulassungsverfahren PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 410 ff und FRANK/ANERINHOFF/FILZWIESER, AsylG 2005, 545 ff.

- Befragungen und Einvernahmen sowie
- die Ausstellung einer Verfahrenskarte gem § 50 AsylG 2005.

Wie der Gesetzgeber eingeräumt hat, handelt es sich dabei „im Wesentlichen um eine Zusammenstellung von Amtshandlungen, die bereits jetzt an verschiedenen Stellen“ des AsylG 2005 und im GVG-B 2005 vorgesehen sind.³⁷⁶ Wenngleich eine „Zentralisierung“ dieser zu Beginn des Zulassungsverfahrens durchzuführenden Amtshandlungen aus Gründen der Übersichtlichkeit sicherlich begrüßt ist, muss sich der Gesetzgeber den Vorwurf der Redundanz gefallen lassen, da einige Anordnungen nunmehr doppelt vorhanden sind.

Im Rahmen des Zulassungsverfahrens hat das BAA zu entscheiden, ob der Asylantrag voraussichtlich, dh „wahrscheinlich nach dem derzeitigen Wissenstand der Behörde“³⁷⁷, zurückzuweisen ist, widrigfalls es das Verfahren zuzulassen hat.³⁷⁸ Entscheidet das BAA nicht binnen 20 Tagen, dass der Antrag zurückzuweisen ist, ist das Verfahren idR zuzulassen.³⁷⁹ Zurückweisungstatbestände finden sich im AsylG 2005 in den §§ 4 (Drittstaatsicherheit) und 5 (Zuständigkeit eines anderen Staates aufgrund der Dublin-VO) sowie § 68 Abs 1 AVG (Tatbestand der entschiedenen Sache).³⁸⁰

Anstatt eine Zulassungsentscheidung zu erlassen, kann das BAA aber auch dem Antrag stattgeben oder ihn abweisen.³⁸¹ Die Zulassung erfolgt durch Ausfolgung der Aufenthaltsberechtigungskarte iSd § 51 AsylG 2005,³⁸² womit das Zulassungsverfahren endet und das inhaltliche Verfahren beginnt. Wichtige Folge der Zulassung zum Verfahren ist das Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet gem § 13 AsylG 2005.³⁸³

³⁷⁶ Vgl RV 2011, 46.

³⁷⁷ So RV 2005, 50 die Zulassungs- auch als „Prognoseentscheidung“ bezeichnend.

³⁷⁸ Vgl § 28 Abs 1 S 1 AsylG 2005.

³⁷⁹ Vgl § 28 Abs 2 AsylG 2005.

³⁸⁰ Auf diese drei Bestimmungen verweist auch der (beabsichtigte) Zurückweisungen betreffende § 29 Abs 3 Z 4 AsylG 2005. Vgl zu den einzelnen Zurückweisungstatbeständen *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 426 ff und *FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER*, AsylG 2005, 129 ff.

³⁸¹ Vgl § 28 Abs 3 S 1 AsylG 2005.

³⁸² Vgl § 28 Abs 1 S 2 AsylG 2005.

³⁸³ Laut VwGH 25. 9. 2007, 2007/18/0631 könnte die Unterlassung der Ausfolgung der Aufenthaltsberechtigungskarte nichts an einer Berechtigung gem § 13 AsylG 2005 ändern und ergebe sich die Berechtigung zum Aufenthalt im Bundesgebiet iSd § 1 Abs 2 Z 1 NAG unmittelbar aus dieser Bestimmung. *FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER*, AsylG 2005, 410 f distanzieren sich unter Hinweis auf RV 2005 zu §§ 13 und 28 AsylG 2005 von der ersten Aussage.

V.A.4. Inhaltliches Verfahren

Im materiellen Verfahren geht es hauptsächlich um das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft iSd § 3 Abs 1 AsylG 2005, dh um die Glaubhaftmachung von wohlbegündeter Furcht vor Verfolgung. Liegt diese vor und sind gleichzeitig die Abweisungstatbestände gem § 3 Abs 3 AsylG 2005 iVm §§ 11 (innerstaatliche Fluchtalternative) und 6 AsylG 2005 (Ausschluss von der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten) nicht erfüllt, ist der Status des Asylberechtigten zuzerkennen. Damit ist gem § 2 Abs 1 Z 15 AsylG 2005 das dauernde Einreise- und Aufenthaltsrecht verbunden.

Liegt ein Abweisungstatbestand vor oder mangelt es dem Asylwerber an der Flüchtlingseigenschaft, ist der Asylantrag in Bezug auf die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten abzuweisen und zugleich³⁸⁴ das Vorliegen subsidiärer Schutzgründe iSd § 8 Abs 1 AsylG 2005 zu prüfen. Ob dem Asylwerber, dessen Asylantrag abgewiesen worden ist, der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wird, womit gem § 2 Abs 1 Z 16 AsylG 2005 das vorübergehende, verlängerbare Einreise- und Aufenthaltsrecht verbunden ist, hängt zunächst und vor allem vom Vorliegen einer realen Gefahr einer Verletzung der aufgezählten EMRK-Bestimmungen ab.³⁸⁵

Schon bisher sind darüber hinaus das Vorliegen der beiden Abweisungstatbestände gem § 8 Abs 3 (innerstaatliche Fluchtalternative) und 6 AsylG 2005 (mangelnde Feststellbarkeit des Herkunftsstaates des Asylwerbers) zu prüfen gewesen. Seit der Novelle durch das FrÄG 2009 sind die Abweisungstatbestände bezüglich des Status des subsidiär Schutzberechtigten, wie erwähnt,³⁸⁶ erheblich ausgeweitet worden, sodass gem §§ 8 Abs 3a iVm 9 Abs 2 AsylG 2005 nunmehr auch die rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens eine Abweisung nach sich zieht. Der Betroffene darf wegen des Refoulementverbotes zwar nicht abgeschoben werden, er wird aber zum (bloß) unrechtmäßig aufhältigen Geduldeten.³⁸⁷

³⁸⁴ Die Entscheidung über die Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten ist gem § 8 Abs 2 AsylG 2005 mit der abweisenden Entscheidung gem § 3 AsylG 2005 zu verbinden. Die zu verbindenden Entscheidungen hätten grundsätzlich in zwei verschiedenen Spruchpunkten eines Bescheides zu ergehen, vgl FRANK/ANERINHOFF/FILZWIESER, AsylG 2005, 282 f.

³⁸⁵ Die Vorgängerbestimmung von § 8 AsylG 2005 ist der mit „Non-refoulement-Prüfung“ überschriebene § 8 AsylG 1997 gewesen. Das Gegenstück zur realen Gefahr ist die „bloße Möglichkeit“ oder „spekulative Behauptung“, vgl RV 2005, 37 und PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 166.

³⁸⁶ Vgl oben II.C.3.

³⁸⁷ Vgl §§ 46a Abs 1 Z 2 und 31 Abs 1a Z 3 FPG.

V.B. Abschluss des erstinstanzlichen Asylverfahrens – Die Entscheidung des BAA

V.B.1. Allgemeines

Wird der Asylantrag zurückgewiesen oder wird dieser sowohl bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten als auch bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abgewiesen, und liegt nicht der soeben beschriebene Fall der §§ 8 Abs 3a iVm 9 Abs 2 AsylG 2005 vor, ist diese Zurück- oder Abweisung gem § 10 Abs 1 AsylG 2005 mit einer Ausweisung zu verbinden. Ist die Ausweisung durchsetzbar, hat der Fremde gem § 10 Abs 4 S 2 AsylG 2005 idF vor Inkrafttreten des FrÄG 2011 unverzüglich auszureisen,³⁸⁸ worüber er gem Abs 8 leg cit zu informieren ist. Der Zeitpunkt der Durchsetzbarkeit einer Ausweisung ist in § 36 Abs 4 AsylG 2005 geregelt.³⁸⁹

Für Entscheidungen des BAA ist zunächst § 22 AsylG 2005 einschlägig. Gem Abs 1 S 1 leg cit ergehen Entscheidungen des BAA über Anträge auf internationalen Schutz in Bescheidform, womit auch der III. Teil des AVG (§§ 56 ff) anzuwenden ist. Entscheidungen (auch) des BAA haben gem § 22 Abs 1 S 3 AsylG 2005 den Spruch und die Rechtsmittelbelehrung auch in einer dem Asylwerber verständlichen Sprache zu enthalten. Im Falle einer Zurückweisung des Asylantrages gem § 4 AsylG 2005 ist dem Bescheid eine in dieser Sprache gehaltene Übersetzung gem § 22 Abs 2 AsylG 2005 beizufügen.³⁹⁰ Abweisende und zurückweisende Bescheide des BAA können gem § 22 Abs 3 S 1 AsylG 2005 mittels Beschwerde beim AsylGH angefochten werden.

V.B.2. Anordnungen im Zusammenhang mit Rückkehrentscheidungen

In Umsetzung der Rückführungs-RL ordnet seit 1. Juli 2011 § 10 Abs 7 AsylG 2005 idF des FrÄG 2011 an, dass eine durchsetzbare Ausweisung zugleich als durchsetzbare Rückkehrentscheidung iSd FPG gilt. „Diese Bestimmung dient der effektiven Rechtsdurchsetzung, da sodann eine neuerliche Rückkehrentscheidung durch die Fremdenpolizeibehörde nicht mehr erlassen werden muss, sondern diese vielmehr die Maßnahmen zur Abschiebung auf die erlassene und durchsetzbare asylrechtliche Ausweisung stützen kann.“³⁹¹

³⁸⁸ Vgl zur Rechtslage nach Inkrafttreten des FrÄG 2011 sogleich das nächste Unterkapitel.

³⁸⁹ Vgl dazu näher unten VI.F.8.

³⁹⁰ Eine unrichtige Übersetzung begründet gem § 22 Abs 5 AsylG 2005 lediglich das Recht auf Wiedereinsetzung iSd § 71 AVG. FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 506 bezeichnen § 22 Abs 2 AsylG 2005 unter Hinweis auf VwGH 20. 10. 2003, 2000/20/0421 als bloße Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht zur Rechtswidrigkeit des Bescheides führt, die zu dessen Aufhebung führen könnte.

³⁹¹ So RV 2011, 43.

Ungeachtet des unverändert gebliebenen Wortlautes von Abs 4 S 2 leg cit ist weiters normiert, dass der Fremde in diesem Fall binnen einer Frist von 14 Tagen freiwillig auszureisen hat; nur in den explizierten Fällen hat der Fremde unverzüglich auszureisen. Während Abs 7 leg cit hinsichtlich der Frist zur Ausreise also differenziert, ordnet Abs 4 leg cit im Falle einer durchsetzbaren Ausweisung generell die unverzügliche Ausreise an. Dabei handelt es sich um einen offenbar auf einem Versehen beruhenden Widerspruch, der wohl zugunsten der *lex posterior* aufzulösen ist. Am Rande sei bemerkt, dass eine imperative Formulierung („hat [...] auszureisen“) iVm dem Wort „freiwillig“ in Abs 7 S 1 leg cit wohl als „legislative Stilblüte“ bezeichneten werden kann – denn freiwillig kann man nur dann etwas tun, wenn man dazu nicht verpflichtet ist.

Abgesehen von einigen Bezugnahmen auf die Rückkehrentscheidung, enthält das AsylG 2005 keine Definition dieser Rechtsfigur; es wird vielmehr auf die Bestimmungen des FPG verwiesen. Gem § 52 Abs 1 FPG ist gegen sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhaltende Fremde eine Rückkehrentscheidung zu erlassen; dies hat zum einen die bereits erwähnte Ausreiseverpflichtung zur Folge, wobei hier die asylrechtlichen Bestimmungen des § 10 Abs 7 AsylG 2005 als *leges speciales* anzusehen sind, welche den insofern allgemeinen fremdenpolizeirechtlichen Anordnungen derogieren. Zum anderen ist mit einer Rückkehrentscheidung „unter Einem“, dh „unter einem Spruchpunkt im Bescheid“³⁹², ein Einreiseverbot zu erlassen. Das Einreiseverbot ist gem § 53 Abs 1 S 2 FPG die Anweisung an den Drittstaatsangehörigen, für einen festgelegten Zeitraum nicht in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einzureisen und sich dort nicht aufzuhalten. Das Einreiseverbot besitzt gem Abs 2 und 3 leg cit idR für einen Zeitraum zwischen 18 Monaten und fünf Jahren Geltung, in Ausnamefällen kann es auch unbefristet ausgesprochen werden.

Das FPG enthält noch eine Reihe weiterer Bestimmungen die Rückkehrentscheidung und das Einreiseverbot betreffend, insbes in den ersten beiden Abschnitten des 8. Hauptstückes. Auf diese ist jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter einzugehen, zumal sie nicht vom AsylGH (und auch nicht vom BAA), sondern von den Fremdenpolizeibehörden zu vollziehen sind. Sehr wohl anzusprechen ist allerdings die in § 22 Abs 13 AsylG 2005 an das BAA und den AsylGH adressierte Pflicht, im Falle einer durchsetzbaren Ausweisung der zuständigen Fremdenpolizeibehörde unverzüglich die Entscheidung zwecks Verlängerung einer Frist für die freiwillige Ausreise gemäß § 55a FPG zu übermitteln. Diese Pflicht besteht allerdings nicht, wenn die Voraussetzungen zur unverzüglichen Ausreise gegeben sind.

Der angesprochene Antrag auf Verlängerung der Frist für die freiwillige Ausreise – dh für den Fall, dass die Ausreise nicht unverzüglich zu erfolgen hat – ist in § 55a FPG geregelt. Demnach kann auf

³⁹² So RV 2011, 29.

Antrag einmalig eine Verlängerung der Frist für die freiwillige Ausreise eingeräumt werden, wenn der Fremde besondere Umstände, die eine Verlängerung der Frist notwendig machen, nachweist und zugleich einen Termin für seine Ausreise bekanntgibt. Besondere Gründe können nach den Materialien „insbesondere die Dauer des bisherigen Aufenthaltes oder das Abschließen des bereits begonnenen Schulsemesters eines schulpflichtigen Kindes oder gleichwertige Gründe sein.“³⁹³ Der Antrag ist bei der zuständigen Fremdenpolizeibehörde einzubringen, deren Bescheid beim UVS bekämpfbar ist.

Zusammenfassend lassen sich die an die Asylbehörden – BAA und AsylGH – adressierten Anordnungen, welche im Zusammenhang mit dem am 1. Juli 2011 eingeführten Rechtsinstitut der Rückkehrsentscheidung – und dem damit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Einreiseverbot – stehen, wie folgt darstellen:

1. Liegt eine durchsetzbare Ausweisung vor, gilt sie gem § 10 Abs 7 AsylG 2005 als durchsetzbare Rückkehrsentscheidung nach den §§ 52 ff FPG mit der Konsequenz, dass der Fremde entweder (zunächst) binnen 14 Tagen „freiwillig“ auszureisen hat oder aber unverzüglich – wenn die gesetzlich aufgezählten Voraussetzungen dafür vorliegen.
2. Zeitgleich mit Erlassung der Ausweisung ist der Fremde gem § 10 Abs 8 AsylG 2005 unter anderem über seine Ausreisepflicht und die Möglichkeit der Antragstellung iSd § 55a FPG zu informieren.
3. Zu diesem Zweck hat entweder das BAA oder der AsylGH gem § 22 Abs 13 AsylGH die ergangene Entscheidung der zuständigen Fremdenpolizeibehörde unverzüglich zu übermitteln – es sei denn, der Fremde muss kraft Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen unverzüglich ausreisen.

³⁹³ So RV 2011, 31.

VI. Das Verfahren vor dem AsylIGH

VI.A. Anzuwendendes Verfahrensrechtsregime

Die näheren Bestimmungen über (die Organisation und) das Verfahren des AsylIGH werden gem Art 129f B-VG durch Bundesgesetz getroffen. Der gemäß seiner Überschrift über das anzuwendende Verfahrensrechtsregime Aufschluss zu geben versprechende § 23 AsylIGHG hat in seiner ursprünglichen Fassung BGBl I 2008/4, soweit sich aus dem B-VG, dem AsylG 2005 und dem Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985³⁹⁴ [VwGG] nicht anderes ergibt, das AVG für anwendbar erklärt.³⁹⁵ Damit ist aber nur der Rang der beiden erstgenannten Gesetze klar gewesen: Zu aller erst ist das Bundesverfassungsrecht heranzuziehen, dann „als gemeinsames ‚Asylverfahrensgesetz‘“³⁹⁶ das AsylG 2005. Dafür, dass jedenfalls das AsylG 2005 Vorrang vor dem VwGG gehabt hat, spricht abgesehen vom speziellen Charakter des ersten auch die Reihenfolge der Nennung im Gesetzeswortlaut. Im Unklaren gelassen hat der Gesetzgeber den Rechtsanwender jedoch hinsichtlich der Rangreihenfolge der beiden zuletzt genannten Gesetze.

Auf den ersten Blick – sowohl auf den Gesetzestext als auch auf die Materialien zu § 23 AsylIGHG³⁹⁷ – sieht es doch tatsächlich so aus, als hätte das VwGG Vorrang vor dem AVG genossen, da letzteres jeweils erst ganz am Ende genannt wird und in den Materialien sein subsidiärer Charakter hervorgehoben wird. Ein Vorrang des VwGG hätte allerdings zu einem Verfahrensrecht geführt, das erheblich von jenem des UBAS abweicht, wie ROHRBÖCK,³⁹⁸ der sich diesem Problem ausführlich gewidmet hat, betont. Dies wäre angesichts des höchstgerichtsähnlichen Charakters des AsylIGH weiter nicht zu bemängeln gewesen, wenn es nicht auch gute Gründe für eine gegenteilige Ansicht, einen Vorrang des AVG vor dem VwGG, gegeben hätte. So hat etwa die Feststellung in den Materialien, manche Bestimmungen des AVG seien „der Klarheit halber auch ausdrücklich im AsylG 2005 angeführt“, in Richtung eines AVG-Vorranges gedeutet, da nur in diesem Fall die betreffenden AVG-Bestimmungen bloß „der Klarheit halber“ angeführt gewesen wären.

³⁹⁴ Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG BGBl 1985/10 (WV), zgd BGBl I 2010/111.

³⁹⁵ § 23 AsylIGHG idF BGBl I 2008/4 hat lautet:

„Soweit sich aus dem Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG, BGBl. Nr. 1/1930, dem Asylgesetz 2005 – AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100, und dem Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG, BGBl. Nr. 10, nicht anderes ergibt, sind auf das Verfahren vor dem Asylgerichtshof die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51, mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden, dass an die Stelle des Begriffs ‚Berufung‘ der Begriff ‚Beschwerde‘ tritt.“

³⁹⁶ So AB 2007, 7.

³⁹⁷ AB 2007, 7.

³⁹⁸ Vgl ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 148 ff.

MUZAK hat die Wendung „Soweit sich [...] nicht anderes ergibt“ als „einen bloßen deklarativen Hinweis auf andere Bestimmungen und nicht als konstitutive Verweisung“ und sohin als „gewichtiges, wenn auch nicht zwingendes Argument“ für einen weitgehenden AVG-Vorrang verstanden. Ange-sichts der Unklarheit der Rechtslage hat *MUZAK* auch darauf hingewiesen, dass es nicht auszuschlie-ßen gewesen sei, der AsylGH hätte zur Beantwortung der Rangfrage, und somit zur Regelung des Verfahrens, eine Grundsatzentscheidung zu fällen gehabt.³⁹⁹

Eine der Unklarheit der Gesetzesstelle angemessene interpretative Untersuchung dieses Problems ist jedoch nicht mehr erforderlich,⁴⁰⁰ da der Gesetzgeber im Herbst des Jahres 2008 unter Hinweis auf die Kritik im Schrifttum die Unklarheit des Gesetzeswortlautes eingeräumt⁴⁰¹ und § 23 AsylGHG rückwirkend unter Weglassung der Bezugnahmen auf das B-VG und das VwGG – im Wege authenti-scher Interpretation iSd § 8 ABGB – entsprechend novelliert hat.⁴⁰²

Schließlich ist auch noch der Rang des einige Verfahrensvorschriften enthaltenden AsylGHG zu klären. *ROHRBÖCK* geht davon aus, „dass die Verfahrensvorschriften des AsylGHG vorrangig anzuwenden sind“,⁴⁰³ womit sich für mein Verständnis hinsichtlich der vom AsylGH für sein Verfahren anzuwen-denden Gesetze folgende Rangreihenfolge ergibt:

- B-VG – AsylGHG – AsylG 2005 – AVG.

Wenn daher im Folgenden das AVG für anwendbar erklärt wird, so deshalb, weil die vorrangigen Gesetze (vor allem das AsylGHG und das AsylG 2005) keine entsprechende Regelung enthalten.

³⁹⁹ Vgl. *MUZAK*, Verfahren, 86 (89), der auch darauf hinweist, dass dadurch problematischer Weise Verfahrensfragen nicht, wie in Art 129f B-VG vorgesehen, vom Bundesgesetzgeber, sondern vom AsylGH (und dem VwGH) geregelt worden wären.

⁴⁰⁰ *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 153 ff, der zahlreiche Argumente für beide Sichtweisen anführt, entscheidet sich „[i]m Zweifel“, unter Hinweis auf den (ursprünglichen) Gesetzeswortlaut und die Gesetzesystematik, für einen Vorrang des VwGG vor dem AVG, erwägt allerdings die mangelnde Bestimmtheit iSd Art 18 Abs 1 B-VG der AsylGHG-Bestimmung und mahnt ein Tätigwerden des Gesetzgebers ein. Des Weiteren führt er augenscheinlich die unterschiedlichen Konsequenzen der Sicht-weisen an, dh er untersucht verschiedene Aspekte des Verfahrens und fingiert einmal einen Vorrang des AVG, das andere Mal einen Vorrang des VwGG. Teils wesentliche Unterschiede ergeben sich so zB bei den Formerfordernissen der Schriftsätze, der Rechtsmittelfrist (sechs Wochen gem § 26 VwGG, nur zwei Wochen gem § 64 Abs 2 AVG) oder dem Ermittlungsver-fahren, vgl *ROHRBÖCK*, aaO, 155 ff. Mit diesem Thema vor der Novellierung ferner auseinandergesetzt haben sich *MUZAK*, Verfahren, 86 (88 f), der die Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes teilt und (am Rande) *PEPELNIK*, Asylgerichtshof, 443 (443 f), der sich (ohne nähere Begründung) der Ansicht *ROHRBÖCKS* anschließt.

⁴⁰¹ RV 1 BlgNR XXIV. GP, 13 räumt unter Verweis auf *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 148 ff den missverständlichen Charakter der Formulierung in § 23 AsylGHG ein.

⁴⁰² § 23 Abs 1 AsylGH idF BGBl I 2008/147 lautet nunmehr:

„Soweit sich aus dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, nicht anderes ergibt, sind auf das Verfahren vor dem Asylgerichtshof die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51, mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden, dass an die Stelle des Begriffs ‚Berufung‘ der Begriff ‚Beschwerde‘ tritt.“

⁴⁰³ Vgl. *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 148.

Was das Verfahren vor dem UBAS betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass gem Art II Abs 2 Z 43a EGVG (1991)⁴⁰⁴ [EGVG 1991] das AVG anzuwenden gewesen ist. Für das Verfahren vor dem UBAS sind daher jene Gesetze, die auch für den AsylIGH relevant sind, in der gleichen Rangordnung, zur Anwendung gelangt. Freilich ist an die Stelle des ausschließlich den UBAS betreffenden UBASG das nunmehr geltende AsylIGHG getreten.

⁴⁰⁴ Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 – EGVG BGBI 1991/50 idF BGBI I 1998/28.

VI.B. Verfahrensgrundsätze

Hinsichtlich allgemeiner, jedes Verfahren vor dem AsylGH bestimmender, Grundsätze ist gemäß der soeben beschriebenen Hierarchie – mangels vorrangiger Bestimmungen im B-VG oder AsylGHG – zunächst das AsylG 2005 heranzuziehen. Dessen einschlägig mit „Ermittlungsverfahren“ überschriebene § 18 normiere „im Einklang mit dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht das Prinzip der materiellen Wahrheit und de[n] Grundsatz der Offizialmaxime [...]. Das bedeutet, dass die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen festzustellen hat (vgl. § 39 Abs. 2 AVG).“⁴⁰⁵ Damit werden zwei eng miteinander zusammenhängende Verfahrensgrundsätze angesprochen, die vom Schrifttum idR auseinander gehalten werden.

Noch einmal zu betonen ist, dass das vor dem AsylGH stattfindende Verfahren selbstverständlich ein (verwaltungs-)gerichtliches Verfahren und kein Verwaltungsverfahren ist; daran ändert auch nichts, dass zahlreiche Bestimmungen des in erster Linie Verwaltungsbehörden betreffenden AVG, inklusive der darin normierten allgemeinen Verfahrensgrundsätze, auf das Verfahren vor dem AsylGH Anwendung finden.

An dieser Stelle sei am Rande bemerkt, dass im Zuge der allgemeinen Darstellung von AVG-Bestimmungen durchwegs der Begriff der Berufung und nicht (zwingend) jener der Beschwerde verwendet wird, obwohl das Rechtsmittel an den AsylGH selbstverständlich die Beschwerde ist. Zum einen beziehen sich Aussagen zu Bestimmungen des AVG (primär) auf Verwaltungsbehörden und iSd § 23 Abs 1 AsylGHG (bloß) sinngemäß auf den AsylGH, sodass es gerechtfertigt erscheint, den Begriff der Berufung zu verwenden. Zum anderen wird dadurch auch die Lesbarkeit von VwGH-Judikaten erleichtert. Für Aussagen, die sich ausschließlich auf das Verfahren vor dem AsylGH beziehen, ist freilich die Beschwerde der Begriff der Wahl.

⁴⁰⁵ So RV 2005, 44.

VI.B.1. Offizialmaxime und Mitwirkungspflichten von Asylwerbern

VI.B.1.a) Offizialmaxime

Die Offizialmaxime bzw der Grundsatz der Amtswegigkeit ist zunächst in § 18 Abs 1 S 1 AsylG 2005, und zwar im ersten Satzteil („Die Behörde hat [...] von Amts wegen darauf hinzuwirken [...]“), enthalten, womit, wie soeben erwähnt, an § 39 Abs 2 S 1 AVG, wiederum im ersten Satzteil („hat die Behörde von Amts wegen vorzugehen“), angeknüpft werden soll. Die in erster Linie das Ermittlungsverfahren bestimmende Offizialmaxime besagt, dass die Behörde, also der AsylGH, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln hat. Die Beantwortung der Frage, was der Rechtsanwender genau unter „Sachverhalt“ zu verstehen habe, erfolgt idR im Rahmen der Erörterung des Grundsatzes der materiellen Wahrheit iSd § 37 AVG.⁴⁰⁶ Nicht völlig losgelöst von dieser Frage, aber logisch dennoch auseinander zu halten davon, ist die den AsylGH treffende Pflicht, den Sachverhalt von sich aus festzustellen, wobei er amtswegig zu bestimmen hat, welche Tatsachen zu beweisen sind und dass diese beizubringen sind; diese Pflicht trifft den AsylGH selbst und darf von diesem nicht auf den Asylwerber überwälzt werden.⁴⁰⁷

§ 18 Abs 1 AsylG 2005 entspricht inhaltlich dem ehemaligen § 28 AsylG 1997. Er stelle eine Konkretisierung der §§ 37 und 39 Abs 2 AVG dar, normiere aber keine darüber hinausgehende Ermittlungspflicht.⁴⁰⁸ Der nunmehrige § 18 Abs 3 AsylG 2005 enthält einen „Beweiswürdigungsgrundsatz“⁴⁰⁹, dem allerdings in materieller Hinsicht gegenüber anderen Beweisüberlegungen kein Vorrang zukomme.⁴¹⁰ Auch die Materialien betonen, dass eine allfällige Mitwirkung „ein relevanter, aber nicht der einzige Maßstab“ der Beweiswürdigung sei.⁴¹¹

⁴⁰⁶ Vgl zum Grundsatz der materiellen Wahrheit unten VI.B.4.

⁴⁰⁷ Vgl zu den synonym verwendeten Begriffen der Offizialmaxime und des Amtswegigkeitsgrundsatzes *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 7 ff, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahrensrecht, 149 und 185 f, *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 320 ff, *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 316 ff sowie *POTACS*, Amtswegigkeit und Parteianträge, 233. Differenzierend *WIEDERIN*, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten, 127 ff, der den Geltungsbereich der Offizialmaxime – und zwar im Gegensatz zur Dispositionsmaxime – auf die Einleitung des Verfahrens zu beschränken scheint, und diese – er verwendet den Begriff des Grundsatzes der Amtswegigkeit des Verfahrens – gemeinsam mit den Grundsätzen der arbiträren Ordnung und der materiellen Wahrheit als „Teilinhalte“ des „Untersuchungsgrundsatzes“ begreift. Letzterer besagt zunächst, dass die Behörde das Verfahrensprogramm bestimmt und den Gang der Ermittlungen vorgibt; sie sei an Parteivorbringen nicht gebunden, vgl *WIEDERIN*, aaO, 134 f. Damit fasst er mE lediglich diese „Teilinhalte“ zu einem Überbegriff zusammen. Seine übrigen Ausführungen in dem Beitrag beziehen sich aber auf die Offizialmaxime ieS, dh im hier verstandenen Sinne.

⁴⁰⁸ Vgl VwGH 14. 10. 1998, 98/01/0222 und darauf aufbauend zB VwGH 8. 4. 2003, 2002/01/0522, aber auch bereits AsylGH 11. 9. 2009, E2 237018-0/2008. Vgl weiters *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 318 sowie *FRANK/ANERINHO/FILZWIESER*, AsylG 2005, 469.

⁴⁰⁹ So *FRANK/ANERINHO/FILZWIESER*, AsylG 2005, 472.

⁴¹⁰ Vgl *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 361.

⁴¹¹ Vgl RV 2005, 44. Vgl weiters *FRANK/ANERINHO/FILZWIESER*, AsylG 2005, 428 f, welche anmerken, dass bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit auf die Mitwirkung im Verfahren (durch die Explizierung nunmehr verstärkt) Bedacht zu nehmen sei. Im Falle einer Verletzung der Mitwirkungspflicht müsse es dennoch zu einer Abwägung der Gründe für und gegen die Glaubwürdigkeit kommen. Eine Verletzung befreie die Behörden nicht von einer Glaubwürdigkeitsprüfung.

Der nunmehrige § 18 Abs 2 AsylG 2005 soll es einem Fremden, der sich auf ein behauptetes, aber noch nicht nachgewiesenes Verwandtschaftsverhältnis beruft, ermöglichen, zu diesem Zweck eine DNA-Analyse vorzunehmen. Die Kosten dafür muss der Asylwerber vorerst selbst übernehmen, sie werden ihm allerdings im Falle des Nachweises des Verwandtschaftsverhältnisses auf Antrag erstattet. Gem S 3 leg cit darf das mangelnde Verlangen des Fremden auf Vornahme einer DNA-Analyse nicht als dessen Weigerung, an der Klärung des Sachverhaltes mitzuwirken, gelten. „Klarerweise“ werde dadurch also nicht vom amtswegigen Ermittlungsgrundsatz abgegangen; es sei nach wie vor nach den „allgemeinen Beweiswürdigungsregeln“ vorzugehen.⁴¹²

DNA-Analysen haben sodann auch schon in bisherigen Asylverfahren als Beweismittel eine Rolle gespielt,⁴¹³ weshalb sich mir, einmal von der nur halbwegs geglückten Kostenerstattungsregel abgesehen, der Mehrwert der Einfügung dieser Bestimmung vorerst nicht erschließt. Wenngleich die Vornahme einer DNA-Analyse zum Nachweis eines angezweifelten Verwandtschaftsverhältnisses wohl sachlich geeignet ist, so erfordert diese neben der Zustimmung des Asylwerbers auch jene des Verwandten. Die erst nachträgliche Kostenerstattung wird wohl nicht die vermehrte Inanspruchnahme der „Ermöglichung“ der Vornahme von DNA-Tests iSd § 18 Abs 2 AsylG 2005 fördern.⁴¹⁴

VI.B.1.b) Mitwirkungspflichten im allgemeinen Verwaltungsverfahren

Obwohl also in erster Linie die Pflicht zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts die Behörde trifft, wird in Judikatur und Lehre eine korrespondierende Pflicht der Parteien, an der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken, trotz Fehlens einer entsprechenden Anordnung im AVG angenommen. Für den Bereich des allgemeinen Verwaltungsverfahrens hat der VwGH die Grundsätze aufgestellt, wonach der Amtsweigigkeitsgrundsatz die Partei nicht von der Verpflichtung befreie, „zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes beizutragen und Verzögerungen des Verfahrens hintanzuhalten“ bzw die „Verpflichtung der Behörde zur amtswegigen Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes“ dort ihre Grenze finde, „wo es der Mitwirkung der Partei bedarf“, wobei letzteres insbes dort zutreffe „wo die Behörde den maßgeblichen Sachverhalt ohne Mitwirkung der Partei nicht oder nur unvollständig ermitteln könnte“.⁴¹⁵

⁴¹² Vgl RV 2009 II, 19, wo auch auf § 29 Abs 2 und 3 NAG als Vorbild für die Regelung verwiesen wird. Abgesehen von § 18 Abs 2 AsylG 2005 ist die DNA-Analyse als Instrument zum Nachweis eines behaupteten Verwandtschaftsverhältnisses auch im FPG (§ 12a) und StbG (§ 5 Abs 2) etabliert worden.

⁴¹³ Vgl zB AsylGH 24. 3. 2009, C10 315051-1/2008, aber auch schon bereits UBAS 29. 10. 2002, 215.995/0-II/39/00.

⁴¹⁴ Dazu sowie zur (zutreffenden) Kritik von SZYMANSKI, FrÄG 2009, 99 (101) an der Kostentragungsregel vgl bereits oben II.C.3.

⁴¹⁵ Vgl die Erk VwGH 18. 11. 2003, 2001/03/0151 bzw 15. 9. 2005, 2005/07/0049, die auf der ständigen Rechtsprechung des VwGH aufbauen und auf welche WIEDERIN, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten, 128 verweist.

Trotz Offizialmaxime müssten die Parteien also durch substantiiertes Vorbringen zur Sachverhaltsermittlung beitragen, wenn der behördlichen Ermittlung faktische Grenzen gesetzt sind, die Behörde also nicht von sich aus und ohne Mitwirkung der Partei tätig werden bzw sich relevante Daten amtswegig verschaffen kann, wie dies bei der persönlichen Sphäre der Partei zugehörigen Umständen der Fall sei.⁴¹⁶ Jedenfalls müsse allerdings die Behörde der Partei mitteilen, welche Angaben noch benötigt werden und sie auffordern, Beweise anzubieten, um so die Mitwirkungspflicht erst auszulösen.⁴¹⁷

Einer weiteren Judikaturlinie folgend, gilt zwar auch in auf das Gewähren einer Begünstigung abzielenden Antragsverfahren die Offizialmaxime, allerdings wird eine erhöhte Mitwirkungspflicht des Antragstellers insoweit angenommen, als er die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen habe.⁴¹⁸ Die Beweislast treffe zwar die belangte Behörde, doch werde in auf die Erteilung einer Begünstigung abzielenden Antragsverfahren eine „Behauptungslast“ und „Konkretisierungsverpflichtung“ des Antragstellers anzunehmen sein, wenn dies auch nicht ausdrücklich angeordnet sein mag.⁴¹⁹ Die Formulierung des Interesses und das Vorbringen dafür erforderlicher Behauptungen obliegen also der Partei, das Verlangen von Informationen zum Beweis der Behauptungen der Behörde.⁴²⁰

Wenngleich die Positionen hinsichtlich des Annehmens einer Pflicht zur Mitwirkung der Partei an der Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes, und zwar ohne, dass sie hierzu ausdrücklich verpflichtet wäre, in der Lehre variieren,⁴²¹ ähneln sie einander hinsichtlich der Konsequenzen einer mangelnden Mitwirkung. Im Einklang mit der Judikatur des VwGH wird in der Lehre die Ansicht vertreten, das Unterlassen der gehörigen Mitwirkung unterliege der freien Beweiswürdigung gem § 45 Abs 2 AVG,

⁴¹⁶ Vgl *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 10 sowie AsylGH 9. 12. 2008, E10 402440-1/2008 und die darin enthaltenen Verweise auf die VwGH-Judikatur. Vgl ferner *WIEDERIN*, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten, 129 f, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahrensrecht, 185 f und *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 321.

⁴¹⁷ Vgl *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 11 und zB jüngst VwGH 27. 5. 2010, 2009/03/0169 („entsprechende Aufforderung an den Betroffenen zur Erfüllung der Mitwirkungspflicht“).

⁴¹⁸ Vgl VwGH 8. 8. 2008, 2007/09/0386, in welchem der Gerichtshof zum einen „betreffend die Behauptungslast des Antragstellers“ auf sein Vorerkenntnis VwGH 24. 4. 2006, 2005/09/0043 verweist und zum anderen unter Berufung auf VwGH 25. 5. 2005, 2004/09/0030 betont, „dass es grundsätzlich Sache der Partei ist, die anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen“. Mangels eines derartigen Vorbringens sei allerdings die belangte Behörde aber auch nicht gehalten, weitere Erhebungen durchzuführen.

⁴¹⁹ Vgl VwGH 27. 6. 1997, 96/19/0256.

⁴²⁰ Vgl VwGH 16. 12. 2002, 2000/10/0171. Auf dieses Erkenntnis beruft sich der VwGH hinsichtlich der Erörterung des Ausmaßes „der Mitwirkungspflicht der Partei bei der Darlegung der Interessen an der Erteilung einer Bewilligung“, vgl VwGH 2. 10. 2007, 2004/10/0174. Vgl ferner *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 15. Die Annahme erweiterter Mitwirkungspflichten der Partei in Antragsverfahren stößt im Schrifttum allerdings auf Kritik. Für *WIEDERIN*, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten, 131 liegen nicht in allen Antragsverfahren schlechthin die vom VwGH selbst postulierten Voraussetzungen einer parteilichen Mitwirkungspflicht, vor allem die Unmöglichkeit der behördlichen Tatsachenerforschung, vor. Auch *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 14 f, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahrensrecht, 185, FN 609 sowie *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 321 äußern sich vorsichtig bis ablehnend.

⁴²¹ *WIEDERIN*, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten, 132 ff führt zunächst die beiden gegenteiligen Auffassungen an, wobei die Ablehnung der Mitwirkungspflichten mit der mangelnden Verankerung im AVG begründet wird bzw deren Annahme als Ausfluss der Parteistellung gesehen wird, um selbst – vermittelnd – einen dritten Weg vorzuschlagen, indem er die Mitwirkung als verzichtbares Recht bzw als (bloße) Obliegenheit qualifiziert, vgl *WIEDERIN*, aaO 133 f.

könne von der Behörde also negativ veranschlagt werden.⁴²² Ob die unterlassene parteiliche Mitwirkung die Behörde von ihrer amtsweigigen Ermittlungspflicht enthebt, wird in Judikatur und Lehre nicht einheitlich beantwortet.⁴²³

Tatsächlich handelt es sich bei der von der Partei geforderten Mitwirkung also nicht um eine durchsetzbare öffentlich-rechtliche Pflicht, sondern um eine bloße Obliegenheit,⁴²⁴ deren Missachtung Prozessnachteile nach sich ziehen könnte. Diese ließen sich damit rechtfertigen, dass die Partei dadurch, dass sie von ihrem Recht auf Gehör nicht Gebrauch mache, sich insoweit ihrer prozessualen Rechte begebe.⁴²⁵

VI.B.1.c) Mitwirkungspflichten gem § 15 Abs 1 AsylG 2005

Vor diesem allgemeinen Hintergrund, der im Allgemeinen [iA] auch für Verfahren vor dem AsylGH Geltung besitzt, ist nun auf § 15 AsylG 2005 einzugehen, der explizit zahlreiche den Asylwerber treffende Mitwirkungspflichten enthält.

§ 15 Abs 1 Z 1 iVm Abs 3 AsylG 2005 normiert die Pflicht des Asylwerbers, seinen Antrag zu begründen und wahrheitsgemäß alle hierfür erforderlichen Anhaltspunkte (zB Name, Geburtsdatum, Reiseroute) über Nachfrage bekanntzugeben. Z 2 und Z 3 leg cit sind weitgehend selbsterklärend, wobei zu Z 2 die Materialien ausführen, dass unter „Untersuchungen durch einen Sachverständigen“ etwa Sprachanalysen und erforderliche ärztliche Untersuchungen zu verstehen seien.⁴²⁶ Des Weiteren wird darin noch angemerkt, dass eine lediglich kurzfristige, etwa wenige Minuten dauernde Verspätung

⁴²² So *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 16 und *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahrensrecht, 185 jeweils unter Berufung auf VwGH 26. 2. 2002, 2001/11/0220 sowie weiters *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 321. *WIEDERIN*, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten, 141 f hingegen stellt an die Berücksichtigung der unterlassenen Mitwirkung im Rahmen der Beweiswürdigung zwei Bedingungen: Die unterlassene Mitwirkung müsse zunächst „verhältnismäßig“ und zudem für einen Mangel in der Sachaufklärung kausal sein.

⁴²³ Dafür sprechen sich *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahrensrecht, 185 sowie VwGH 6. 3. 2008, 2007/09/0233 aus. Im Erk wird auf die Rüge des Beschwerdeführers betreffend die Unterlassung weiterer behördlicher Ermittlungen (lediglich) mit dem Hinweis auf die parteiliche Mitwirkungspflicht erwidert und die Beschwerde letztlich abgewiesen. Vgl weiters VwGH 25. 5. 2005, 2004/09/0030 (siehe oben FN 418). Dagegen betont VwGH 20. 3. 2006, 2002/17/0023, dass die parteiliche Mitwirkungspflicht „die Behörde nicht von der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Ermittlung und Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes innerhalb der Grenzen ihrer Möglichkeiten und des vom Verfahrenszweck her gebotenen und zumutbaren Aufwands“ enthebe. Ist darin noch nicht explizit erwähnt, dass dies auch im Falle der unterlassenen Mitwirkung der Partei zu gelten habe, so sprechen sich für eine dahingehende Ansicht *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 17 unter Hinweis auf VwGH 6. 9. 1974, 1108/73 sowie *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 338 aus. *WIEDERIN*, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten, 140 f macht das Bestehen einer weiteren Ermittlungspflicht der Behörde vom Prozessfortschritt, den Erfolgssäumnissen weiterer Ermittlungen und dem Gewicht der involvierten Rechtsgüter abhängig, wobei er unter Hinweis auf VwGH 22. 2. 2001, 2000/20/0469 dem „Asylrecht“ eine größere Bedeutung beimessen dürfte.

⁴²⁴ Vgl zu den Begriffen „Rechtspflicht“ und „Obliegenheit“ *RASCHAUER*, Verwaltungsrecht, RZ 1079.

⁴²⁵ So *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 18 unter Hinweis auf VwGH 17. 10. 2002, 2001/20/0601. In dem Erk heißt es, dass der Beschwerdeführer durch Verletzung seiner aus § 39 AVG ergebenden Mitwirkungspflicht, „sich selbst um die Gelegenheit gebracht“ habe, den „dringenden Verdacht [...] zu entkräften.“ Ebenso *WIEDERIN*, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten, 133 f.

⁴²⁶ Vgl RV 2005, 41 f.

noch keine Konsequenzen nach sie ziehen könne, womit in diesem Fall die noch näher anzusprechenden, ausdrücklich normierten Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflicht nicht zur Anwendung gelangen dürften.

Etwas umfangreicher werden die Ausführungen zu Z 4 des § 15 Abs 1 AsylG 2005 ausfallen. In der Stammfassung BGBl I 2005/100 hat diese Bestimmung den Asylwerber zunächst verpflichtet, dem BAA bzw dem UBAS/AsylGH seinen Aufenthaltsort und seine Anschrift sowie Änderungen dazu so rasch wie möglich zu melden,⁴²⁷ wobei es ausreiche, wenn die Behörde die letzte Adresse ohne unnötigen Aufwand eruieren kann.⁴²⁸ Dieser Verpflichtung genügt ein in Österreich befindlicher Asylwerber, wenn er seiner Meldepflicht nach dem Meldegesetz 1991⁴²⁹ [MeldeG] nachkommt.⁴³⁰

Durch das FrÄG 2009 sind an § 15 Abs 1 Z 4 AsylG 2005 noch S 3 bis 6 angefügt worden. Unterliegt der Asylwerber einer Meldeverpflichtung gem § 15a AsylG 2005,⁴³¹ hat die Bekanntgabe gem S 3 leg cit spätestens zeitgleich mit der Änderung des Aufenthaltsortes zu erfolgen. Verfügt der Asylwerber lediglich über eine Hauptwohnsitzbestätigung gem § 19a MeldeG, dh ist er obdachlos und sucht regelmäßig eine Kontaktstelle iSd § 19a Abs 1 Z 2 MeldeG auf, hat er sich gem § 15 Abs 1 Z 4 S 5 AsylG 2005 vierzehntätig bei der dieser Kontaktstelle nächstgelegenen Polizeiinspektion zu melden. Die Praxis habe nämlich gezeigt, dass obdachlose Asylwerber für das Asylverfahren oftmals nicht greifbar sind.⁴³² Letztere Verpflichtung trifft im Hinblick auf § 15a AsylG 2005 Asylwerber im Zulassungsverfahren nicht. Schlussendlich wird noch klargestellt, dass die Meldeverpflichtung iSd § 15 Abs 1 Z 4 AsylG 2005 nicht verletzt ist, wenn deren Erfüllung für den Fremden nachweislich nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen ist.

Dem AsylGH am Beginn des Verfahrens gem § 15 Abs 1 Z 5 AsylG 2005 zu übergebende Dokumente und Gegenstände sind all jene, die für das Verfahren von Bedeutung sein könnten, zB Zugfahrkarten aus einem Dublin-Staat oder Reisedokumente.⁴³³

Wieder etwas mehr zu berichten gibt es zur ebenfalls durch das FrÄG 2009 eingefügten Z 6 leg cit. Zunächst normiert S 1, dass der Asylwerber eine behauptete, aber zweifelhafte Minderjährigkeit

⁴²⁷ In AsylGH 26. 6. 2009, D15 227072-2/2009 betont der Gerichtshof, dass von Asylwerbern erwartet werde, am Verfahren mitzuwirken. Das Vorgehen, mit den Asylbehörden nicht in Kontakt zu treten und ihnen damit eine Änderung der Abgabestelle nicht rechtzeitig bekanntzugeben, weiche von der zumutbaren Sorgfalt, die von einem an der Verfahrensabwicklung interessierten Asylwerber zu erwarten sei, extrem ab und sei daher grob sorgfaltswidrig.

⁴²⁸ Vgl RV 2005, 42.

⁴²⁹ Bundesgesetz über das polizeiliche Meldewesen (Meldegesetz 1991 – MeldeG) BGBl 1992/9 idF BGBl I 2009/135.

⁴³⁰ Die Meldepflicht ergibt sich aus § 2 MeldeG, deren Erfüllung aus §§ 3 und 4a MeldeG.

⁴³¹ Zur Meldeverpflichtung im Zulassungsverfahren iSd § 15a AsylG 2005 vgl sogleich unten VI.B.1.e).

⁴³² Vgl RV 2009 II, 16.

⁴³³ Vgl RV 2005, 42. Weshalb allerdings auf Zugfahrkarten ausgerechnet aus Dublin-Staaten abgestellt wird, erhellt nicht.

durch „unbedenkliche Urkunden oder sonstige geeignete und gleichwertige Bescheinigungsmittel nachzuweisen“ hat. Da dies aber oft nicht gelinge und sich vielfach bereits Volljährige als Minderjährige ausgeben, habe die Frage nach der Altersdiagnose eine wichtige praktische Bedeutung erlangt; in den Materialien wird diesbezüglich auf den Vollzug der Dublin-VO, die Anwendung von Rechtsschutzgarantien, die Familienzusammenführung sowie die Grundversorgung verwiesen.⁴³⁴

Im Falle des Misslingens der oben geschilderten Nachweisung kann der AsylGH „im Rahmen einer multifaktoriellen Untersuchungsmethodik zur Altersdiagnose auch die Vornahme radiologischer Untersuchungen, insbesondere Röntgenuntersuchungen, anordnen.“ Dadurch ergebe sich allerdings weder eine „Beweislastumkehr“ noch ein Abgehen vom „amtswegigen Ermittlungsgrundsatz“. ⁴³⁵ Die Materialien⁴³⁶ gehen lobenswerter Weise in der Folge einigermaßen detailliert auf die wissenschaftliche Grundlage und mögliche gesundheitliche Auswirkungen der Untersuchung ein, um schließlich die Rechtfertigung für die Anwendung ionisierender Strahlung auf den menschlichen Körper iSd § 4 Abs 3 Strahlenschutzgesetz⁴³⁷ feststellen zu können.

Gem § 15 Abs 1 Z 6 S 4 AsylG 2005 ist die Mitwirkung des Asylwerbers an einer radiologischen Untersuchung zwar nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar, allerdings fehlt eine § 18 Abs 2 S 3 AsylG 2005 entsprechende Anordnung, wonach das mangelnde Verlangen des Fremden auf Vornahme einer DNA-Analyse keine Weigerung darstelle, an der Sachverhaltsklärung mitzuwirken, womit die Weigerung der Mitwirkung an einer radiologischen Untersuchung im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist (vgl dazu § 18 Abs 3 AsylG 2005).⁴³⁸ Bestehen auch nach der Altersdiagnose Zweifel, ist von der Minderjährigkeit des Asylwerbers auszugehen.⁴³⁹

§ 15 Abs 1 Z 7 AsylG 2005 normiert eine Mitwirkungspflicht hinsichtlich der in § 29 Abs 6 AsylG 2005 enthaltenen Verfahrens- und Ermittlungsschritte.⁴⁴⁰

⁴³⁴ Vgl RV 2009 II, 16 f. Weitere Bestimmungen des AsylG 2005, die an die Minderjährigkeit des Asylwerbers anknüpfen und dessen Schutz bezeichnen sollen sind zB § 16 Abs 5 (Befragung nur im Beisein des Rechtsvertreters) und § 19 Abs 5 (Einvernahme nur in Gegenwart eines gesetzlichen Vertreters). Insbes auch im FPG werden an die Minderjährigkeit für den Fremden positiv zu bewertende Folgen geknüpft, vgl zB § 77 Abs 1 (Gelindere Mittel bei Schubhaft).

⁴³⁵ Vgl RV 2009 II, 17.

⁴³⁶ Die Materialien zu § 15 Abs 1 Z 6 finden sich in RV 2009, II 16 bis 18.

⁴³⁷ Bundesgesetz über Maßnahmen zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen einschließlich ihrer Nachkommenschaft vor Schäden durch ionisierende Strahlen (Strahlenschutzgesetz – StrSchuG) BGBI 1969/227 idF BGBI I 2006/13.

⁴³⁸ So auch explizit RV 2009 II, 18.

⁴³⁹ So § 15 Abs 1 Z 6 S 6 AsylG 2005. Die Möglichkeit der Anordnung einer radiologischen Untersuchung im Rahmen einer multifaktoriellen Untersuchungsmethodik zur Altersdiagnose bei angezweifelter Minderjährigkeit sehen seit Inkrafttreten des FrÄG 2009 überdies noch § 12 Abs 4 FPG, § 29 Abs 4 NAG sowie § 5 Abs 1 StbG vor.

⁴⁴⁰ Siehe zu diesen oben V.A.3.

§ 15 Abs 4 AsylG 2005 trägt dem zuständigen Asylrichter auf, den Asylwerber zu Verfahrensbeginn auf seine Mitwirkungspflichten und die Folgen deren allfälliger Verletzung nachweislich hinzuweisen. Zu diesem Zweck sei ihm ein schriftliches Informationsblatt auszuhändigen oder, bei Asylwerbern, die nur andere Sprachen verstehen, Minderjährigen sowie Asylwerbern mit unzureichenden Lese- und Schreibkenntnissen, eine mündliche Belehrung zu erteilen.⁴⁴¹ Damit wird in erster Linie an § 18 Abs 3 AsylG 2005 angeknüpft, wonach eine mangelnde Mitwirkung des Asylwerbers im Rahmen der Beurteilung der Glaubwürdigkeit, also im Rahmen der Beweiswürdigung, zu veranschlagen ist.⁴⁴²

Dies ist jedoch nicht die einzige Konsequenz mangelnder Mitwirkung, wodurch sich das Asylverfahren deutlich vom allgemeinen Verwaltungsverfahren unterscheidet.⁴⁴³ So entzieht sich etwa gem § 24 Abs 1 Z 1 AsylG 2005 ein Asylwerber dem Asylverfahren, wenn dem AsylGH wegen Verletzung seiner Mitwirkungspflicht dessen Aufenthaltsort weder bekannt noch sonst leicht feststellbar ist. Dieses Entziehen kann die Verfahrenseinstellung gem Abs 2 leg cit bzw das Erlassen eines Festnahmemauftrags (allerdings nur durch das BAA) gem § 26 Abs 1 Z 1 AsylG 2005 nach sich ziehen. Des Weiteren kann es zur Aufhebung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (allerdings wieder nur durch das BAA) gem § 38 Abs 1 Z 3 AsylG 2005 kommen.⁴⁴⁴

VI.B.1.d) Die Verpflichtung zum Aufenthalt gem § 15 Abs 3a und 3b AsylG 2005

Wie bereits oben erwähnt,⁴⁴⁵ besteht seit dem FrÄG 2011 eine „Verpflichtung zum Aufenthalt“⁴⁴⁶ in der EASt während der ersten 120 Stunden des Zulassungsverfahrens. Die Frist beginnt gem S 1 leg cit ab Einbringen, gem S 2 leg cit bereits ab Stellen des Asylantrages und endet entweder „mit Abschluss der Verfahrens- und Ermittlungsschritte gemäß § 29 Abs 6, jedoch nach einem Zeitraum von längstens 120 Stunden“, also fünf Tagen. Gem § 15 Abs 3a S 3 AsylG 2005 kann die Frist vom BAA um weitere zwei auf insgesamt sieben Tage verlängert werden, wenn Einvernahmen vor dem BAA angeordnet sind. Diese Verlängerung bedarf jedenfalls einer individuellen Prüfung im Einzelfall.⁴⁴⁷

Hinsichtlich der Frage, wie die Anwesenheitspflicht durchzusetzen ist, verweisen die Materialien auf § 47 Abs 3 AsylG 2005,⁴⁴⁸ wonach nicht zum Aufenthalt berechtigte Asylwerber am Verlassen der EASt gehindert werden können, bis diese erkennungsdienstlich behandelt und durchsucht worden

⁴⁴¹ Vgl RV 2005, 42.

⁴⁴² Vgl zu § 18 Abs 3 AsylG 2005 bereits oben VI.B.1.a).

⁴⁴³ Zu den Konsequenzen mangelnder Mitwirkung im allgemeinen Verwaltungsverfahren vgl oben VI.B.1.b).

⁴⁴⁴ Näheres zu den Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflichten bei PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 347.

⁴⁴⁵ Siehe oben II.C.4.

⁴⁴⁶ So explizit RV 2011, 44.

⁴⁴⁷ Vgl zu den Zitaten RV 2011, 44.

⁴⁴⁸ Vgl RV 2011, 45.

sind. Der Anwesenheitspflicht nicht unterliegen gem § 15 Abs 3b AsylG 2005 zB in Österreich nachgeborene Kinder iSd § 17 Abs 3 AsylG 2005.

Kommt der Asylwerber der Verpflichtung zum Aufenthalt in der EASt nicht nach, dh, kann er dort nicht angetroffen werden, entfernt er sich gem § 24 Abs 4 Z 1 AsylG 2005 ungerechtfertigt aus der EASt. Allerdings entzieht sich der Asylwerber durch eine Verletzung der Anwesenheitspflicht iSd § 15 Abs 3a AsylG 2005 nicht dem Verfahren, da § 24 Abs 1 Z 1 AsylG 2005 nunmehr explizit bloß auf die Mitwirkungspflichten des § 15 Abs 1 AsylG 2005 verweist. Dies hat zwei Konsequenzen: Erstens kann eine Verletzung der Anwesenheitspflicht (allein) nicht zur Einstellung des Asylverfahrens gem § 24 Abs 2 AsylG 2005 führen. Zweitens kann dieses Verhalten – für sich – ebenso wenig zur Erlassung eines Festnahmeauftrages führen, da keiner der Tatbestände des § 26 Abs 1 AsylG 2005 erfüllt ist. Diese Ansicht teilt ausdrücklich auch der Gesetzgeber.⁴⁴⁹ Allerdings wird dort auch betont, dass in diesen Fällen „[s]elbstverständlich [...] gegebenenfalls ein Festnahmeauftrag gemäß § 26 Abs. 1 Z 1 (Entziehen aus dem Verfahren) in Betracht kommen“ könne, da der Asylwerber mit der Verletzung der Mitwirkungspflicht iSd § 15 Abs 3a AsylG 2005 gleichzeitig auch einen der Tatbestände des § 24 Abs 1 AsylG 2005 verwirklichen könne.

Im Ergebnis kann also eine Verletzung der maximal fünf (bzw sieben) Tage dauernden Anwesenheitspflicht allein weder zur Verfahrenseinstellung noch zur Erlassung eines Festnahmeauftrages führen. Der Gesetzgeber hat sich damit begnügt, dieses Verhalten – sanktionslos – als ungerechtfertigtes Entfernen aus der EASt zu qualifizieren. Tut der Asylwerber dies aber, wird er oft auch seinen Mitwirkungspflichten gem § 15 Abs 1 AsylG 2005 nicht nachkommen, was wiederum zur Einstellung bzw zur Erlassung eines Festnahmeauftrages führen kann.

VI.B.1.e) Meldeverpflichtung im Zulassungsverfahren gem § 15a AsylG 2005

Der Vollständigkeit halber soll auch die ebenso durch das FrÄG 2009 eingefügte Meldeverpflichtung gem § 15a AsylG 2005 erwähnt werden, obwohl diese ausschließlich im Zulassungsverfahren, und damit im Verfahren vor dem BAA, zur Anwendung gelangt. Danach haben sich die in § 15a Abs 1 AsylG 2005 näher bezeichneten Fremden höchstens alle 48 Stunden bei einer durch das BAA zu bestimmenden Polizeiinspektionen zu melden. Die Folgen einer Verletzung der Meldeverpflichtung finden sich im FPG (Inschubhaftnahme und Verwaltungsstrafe).⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ Vgl RV 2011, 45 f.

⁴⁵⁰ Vgl dazu näher RV 2009 II, 18 f.

VI.B.2. Grundsatz der arbiträren Ordnung

Der die Offizialmaxime konkretisierende⁴⁵¹ Grundsatz der arbiträren Ordnung ergibt sich zunächst aus § 39 Abs 2 S 1 Satzteil⁴⁵² [ST] 2 AVG, wonach der AsylGH den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen hat. Das Gesetz räumt dem AsylGH also Ermessen⁴⁵³ hinsichtlich der Gestaltung des Ermittlungsverfahrens ein. Der AsylGH muss insbes die zu beweisenden Tatsachen, also das Beweisthema, und so den relevanten Sachverhalt bestimmen; er hat auch die Reihenfolge der aufzunehmenden Beweise festzulegen.⁴⁵⁴ Der AsylGH erwähnt den Grundsatz der arbiträren Ordnung ebenso im Zusammenhang mit dem Beweis: So könne der AsylGH „gemäß dem Grundsatz der arbiträren Ordnung daher alles als Beweismittel heranziehen, was nach logischen Grundsätzen Beweis zu liefern, dh einen Beitrag zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes zu leisten, vermag“.⁴⁵⁵

§ 39 Abs 2 S 2 ST 1 AVG stellt es ins Ermessen der Behörde, ob sie eine mündliche Verhandlung durchführt. Diese Kann-Bestimmung wird allerdings vom vorrangigen § 41 Abs 7 S 2 AsylG 2005, der auf § 67d AVG verweist, verdrängt. Nach dem Regime des § 67d AVG hat eine Verhandlung (grundätzlich) auf Antrag oder, erforderlichenfalls, von Amts wegen stattzufinden,⁴⁵⁶ womit die Abhaltung einer Verhandlung also nicht im Ermessen des AsylGH steht, genau so wenig wie für den UBAS, für den als UVS § 67d AVG ebenfalls, und zwar direkt, gegolten hat.

§ 39 Abs 2 S 2 ST 2 AVG ermöglicht der Behörde die (fakultative) Verbindung und Trennung von Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. Die Verbindung setze voraus, dass für alle Verwaltungssachen dieselbe (Berufungs-)Behörde zuständig ist und diese in allen Verfahren das AVG anwenden muss.⁴⁵⁷

⁴⁵¹ So HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 39, RZ 19.

⁴⁵² Anmerkung zur Arbeitsweise: Im Schrifttum wird mit „Halbsatz“ bzw „HS“ herkömmlich ein durch einen Strichpunkt abgetrennter Teil eines Satzes bezeichnet. „Satzteil“ bzw „ST“ soll demgegenüber auf Teile von Sätzen abstellen, die zwar inhaltlich-logisch trennbar, wenn auch nicht durch Beistrich oder Strichpunkt getrennt sind.

⁴⁵³ Welche Determinanten der AsylGH bei der Ermessensübung zu beachten hat, wird weiter unten, siehe VI.B.3, behandelt.

⁴⁵⁴ Vgl insbes HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 39, RZ 19 f sowie ferner THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 149 f und GRABENWARTER, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit 54 f.

⁴⁵⁵ So AsylGH 12. 3. 2010, E10 265923-1/2008 unter Hinweis auf Judikatur des VwGH, welcher übrigens den Begriff des Grundsatzes der arbiträren Ordnung in seiner Rechtsprechung nicht allzu häufig verwenden dürfte, wie eine RIS-Auswertung ergibt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die allgemeinen Verfahrensgrundsätze, wie sich nicht zuletzt aus dem Aufbau des AVG ergibt, insbes beim Beweis eine große Rolle spielen.

⁴⁵⁶ Zur Verhandlungspflicht vor dem AsylGH und den Möglichkeiten des Entfalls einer Verhandlung siehe unten VI.G.

⁴⁵⁷ Vgl dazu HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 39, RZ 29 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 150 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 278 f.

Der AsylGH scheint mit der Phrase „Analoge Entscheidung betreffend Familienmitglieder:“ ebensolche Verfahrenskonzentrationen im Auge zu haben,⁴⁵⁸ wenngleich er bisher nur in einem einzigen Erk darauf hingewiesen hat, dass die Beschwerdeverhandlung als „verbundenes Verfahren“ geführt werden sei.⁴⁵⁹ § 34 Abs 4 S 1 HS 2 AsylG 2005 schreibt demzufolge auch vor, dass Familienverfahren „unter einem zu führen“ sind, womit eigentlich nur eine Verbindung von Verfahren gem § 39 Abs 2 S 2 ST 2 AVG gemeint sein kann.⁴⁶⁰

Die obligatorische Verfahrensverbindung gem § 39 Abs 2a AVG scheidet jedoch in Asylverfahren aus, da es in deren Rahmen um kein Vorhaben geht, welches mehrerer Bewilligungen bzw Genehmigungen bedarf.⁴⁶¹ Mangels Anwendung des § 39 Abs 2a AVG gelangen kraft ausdrücklicher Bezugnahme darauf ebenso §§ 40 Abs 1 S 3, 58a sowie 73 Abs 1 S 2 AVG in Asylverfahren, und damit auch in Verfahren vor dem AsylGH, nicht zur Anwendung.

⁴⁵⁸ Vgl zB AsylGH 15. 3. 2011, E1 308626-1/2008 und hunderte andere Erk.

⁴⁵⁹ Nämlich im Erk 23. 3. 2009, AsylGH E9 242914-0/2008.

⁴⁶⁰ In diese Richtung, wenn auch etwas vage, RV 2005, 54 sowie deutlich PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, 536.

⁴⁶¹ Dies setze aber die Anwendbarkeit des § 39 Abs 2a AVG voraus, vgl RV 772 BlgNR XXI. GP sowie HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 39, RZ 35 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 150.

VI.B.3. Grundsatz der Verfahrensökonomie

§ 39 Abs 2 S 3 AVG besagt zweierlei, nämlich erstens, dass sich der AsylGH „bei allen diesen“ im Zuge der Durchführung des Ermittlungsverfahrens getroffenen Verfügungen, zB der Ablehnung von Beweisanträgen, dem Auftrag zur Erbringung bestimmter Nachweise, der Verbindung und Trennung von Verwaltungssachen, der Anberaumung einer Verhandlung oder der Schließung des Ermittlungsverfahrens, der Form von Verfahrensanordnungen iSd § 63 Abs 2 AVG zu bedienen hat, was bedeutet, dass diese Verfügungen selbständig nicht anfechtbar sind.⁴⁶²

Zweitens normiert diese Bestimmung, dass sich der AsylGH an den Grundsätzen möglichster Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis zu orientieren hat, und zwar nicht nur im Rahmen der Erlassung von Verfahrensanordnungen, sondern während des gesamten Verfahrens überhaupt.⁴⁶³ Dafür spricht auch, dass nunmehr § 18 Abs 1 ST 1 AVG Entsprechendes für die „Sache“ als Ganzes vorschreibt.

Man spricht in diesem Zusammenhang vom Grundsatz der Verfahrensökonomie oder vom Effizienzprinzip, wobei *RASCHAUER* kritisch anmerkt, dass es nicht den einen Grundsatz der Effizienz gebe, sondern verschiedene Effizienzaspekte: Zum einen schlössen die einzeln aufgezählten Grundsätze des § 39 Abs 2 S 3 AVG einander zum Teil aus, zum anderen müsse das, was für den einen (die Behörde) effizient ist, nicht auch für den anderen (den Beteiligten) effizient sein – und *vice versa*. *RASCHAUER* versucht dieses Dilemma aufzulösen, indem er darauf hinweist, dass sich, erstens, das zu Ermittelnde aus dem materiellen Recht ergebe, und, zweitens, dass dieses Beurteilungs- und Entscheidungserhebliche niemals aus Gründen der Effizienz außer Ermittlung bleiben oder den Parteien überbunden werden dürfe.⁴⁶⁴

Auch *HENGSTSCHLÄGER/LEEB* und *THIENEL* teilen diese Ansicht,⁴⁶⁵ wobei *THIENEL* ergänzend ausführt, dass bei Verfolgung der vorrangig zu behandelnden Zwecke des Verfahrens iSd § 37 AVG⁴⁶⁶ eben möglichst zweckmäßig, rasch, einfach und kostensparend vorzugehen sei.

⁴⁶² Vgl *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 38, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 150 und *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 278.

⁴⁶³ Vgl *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 39 sowie *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 150 f.

⁴⁶⁴ Vgl *RASCHAUER*, Effizienzgrundsatz, 101 ff. Beim letzten Punkt beruft er sich auf VwGH 15. 9. 2005, 2005/07/0071.

⁴⁶⁵ Vgl *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 39, RZ 40 sowie *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 150 f.

⁴⁶⁶ Vgl zum Grundsatz der materiellen Wahrheit sowie zum Recht auf Gehör unten VI.B.4 und VI.B.8.

Der AsylGH selbst hält sich in seiner Rechtsprechung regelmäßig an den vom VwGH aufgestellten Grundsatz, wonach die Behörde, nicht nur berechtigt, sondern aufgrund des Effizienzprinzips auch verpflichtet ist, von weiteren Erhebungen Abstand zu nehmen, wenn sie der Auffassung ist, dass der zu erhebende Sachverhalt ausreichend geklärt sei.⁴⁶⁷

So hat der AsylGH schon mehrmals von der Durchführung weiterer Ermittlungstätigkeiten⁴⁶⁸ oder von der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung⁴⁶⁹ unter Hinweis auf die Verfahrensökonomie abgesehen, wobei freilich darauf hinzuweisen ist, dass vom Abhalten einer Verhandlung nur aus den Gründen des § 41 Abs 7 AsylG 2005 und des § 67d AVG abgesehen werden kann. Möchte der AsylGH also ohne Abhaltung einer mündlichen Verhandlung entscheiden, muss er die von ihm bemühte „Verfahrensökonomie“, genauer gesagt, jene Sachverhaltselemente, welche seines Erachtens für einen oder mehrere Aspekte der Verfahrensökonomie dienstbar gemacht werden können, einer der genannten Bestimmungen, in Frage käme wohl vor allem jene des § 41 Abs 7 S 1 AsylG 2005, subsumieren.

Schließlich gelten die angesprochenen Grundsätze der Verfahrensökonomie als Determinanten jener zahlreichen Fälle, in denen das Gesetz der Behörde Ermessen einräumt.

⁴⁶⁷ So zB VwGH 29. 2. 2008, 2005/12/0209 unter Berufung auf VwGH 20. 9. 1990, 86/07/0091 und 25. 5. 2005, 2003/08/0233.

⁴⁶⁸ Vgl zB AsylGH 10. 3. 2010, D15 242747-2/2009 betreffend das „zweifelsfreie“ Bestehen eines Dienstverhältnisses oder AsylGH 10. 9. 2009, A14 308461-1/2008 betreffend die fehlende „Asylrelevanz“ also Unbegründetheit.

⁴⁶⁹ Vgl zB AsylGH 19. 9. 2008 bzw 30. 9. 2009, A2 302728-1/2008 und AsylGH 4. 8. 2008 bzw 11. 8. 2009, A2 317918-1/2008. In beiden Fällen ist schon früher ein Erk des AsylGH ergangen, welches jedoch jeweils vom VfGH aufgehoben worden ist, da „dem Asylgerichtshof aufgrund der gewählten Verweistechnik und der sich daraus ergebenden mangelnden Nachvollziehbarkeit der Begründung ein willkürliches Verhalten vorzuwerfen“ gewesen sei. In beiden Fällen hat sich also der AsylGH ein zweites Mal mit dem gleichen Fall beschäftigt, allerdings unter Zugrundelegung der eingemahnten zusätzlichen Ermittlungen. Vgl zur „Urteilsbeschwerde“ an den VfGH gem Art 144a B-VG unten VI.J.3.

VI.B.4. Grundsatz der materiellen Wahrheit

VI.B.4.a) Der Grundsatz im Allgemeinen

Vorauszuschicken ist, dass die im Folgenden zu besprechenden allgemeinen Verfahrensgrundsätze im Besonderen im Beweisverfahren von Bedeutung sind.⁴⁷⁰ Hinsichtlich des Grundsatzes der materiellen Wahrheit ist zunächst wieder § 18 Abs 1 S 1 AsylG 2005 einschlägig, wobei in diesem Rahmen, im Gegensatz zur Offizialmaxime,⁴⁷¹ mE vor allem der Satzteil nach dem ersten Beistrich von Interesse ist. Die Passage („dass die für die Entscheidung erheblichen Angaben gemacht [...] und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur Begründung des Antrages notwendig erscheinen“) knüpft merklich an § 37 S 1 ST 1 AVG an, wonach es Zweck des Ermittlungsverfahrens ist, den für die Erledigung der Sache maßgebenden Sachverhalt festzustellen. Diese Anordnung wird als Grundsatz der materiellen Wahrheit bezeichnet,⁴⁷² wobei sich dieser aus der Offizialmaxime ergebe und besage, dass als (ein Haupt-)Zweck⁴⁷³ des Verfahrens die objektive Wahrheit, dh der wirkliche, wahre entscheidungsrelevante Sachverhalt herauszufinden ist.⁴⁷⁴

Die Erfüllung der in § 37 AVG normierten Zwecke obliegt kraft Offizialmaxime in erster Linie der Behörde, also dem AsylGH. Dieser stellt in diesem Zusammenhang in wohl ständiger Rechtsprechung fest: „Es ist Zweck des Ermittlungsverfahrens, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgeblichen Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben. Nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheit ist die Behörde hinsichtlich des Sachverhaltes nicht an das tatsächliche Parteivorbringen gebunden, sondern hat durch die Aufnahme von Beweisen unter Berücksichtigung des Parteivorbringens den wahren Sachverhalt zu ermitteln“.⁴⁷⁵

Der AsylGH beruft sich dabei unter anderem auf ein Erk des VwGH, welches aufgrund seiner Prägnanz und des hergestellten Konnexes zwischen dem Grundsatz der materiellen Wahrheit und der Offizialmaxime ebenfalls auszugsweise wörtlich zitiert werden soll: „Der sich aus § 37 AVG ergebende Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit bedeutet in Verbindung mit der sich aus § 39 AVG ergebenden Offizialmaxime aber, daß die Behörde nicht an das tatsächliche Parteivor-

⁴⁷⁰ Vgl THIENEL, Allgemeine Grundsätze, 43.

⁴⁷¹ Vgl zur Offizialmaxime oben VI.B.1.a).

⁴⁷² Vgl HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 37, RZ 5, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 184, WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 323 f und PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, 319. Vgl weiters zB VwGH 17. 9. 2008, 2008/22/0263.

⁴⁷³ Siehe zum anderen Hauptzweck des Verfahrens iSd § 37 AVG, zur Gewährung des Parteigenhörs, unten VI.B.8.

⁴⁷⁴ Vgl abgesehen von den Literaturzitaten in FN 472 auch noch POTACS, Amtswegigkeit und Parteianträge, 233.

⁴⁷⁵ Vgl AsylGH 27. 5. 2009, D10 309287-2/2009 und AsylGH 24. 3. 2009, D10 316731-1/2008.

bringen gebunden ist, sondern vielmehr von sich aus den wahren Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise festzustellen hat“.⁴⁷⁶

Der Grundsatz der materiellen Wahrheit steht also in engem Zusammenhang mit der Offizialmaxime, aber vor allem auch mit den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs und der freien Beweiswürdigung. Einschränkungen letzterer Grundsätze, wie Mitwirkungspflichten der Parteien, Beweislastumkehren oder Beweisverbote, bewirkten damit gleichzeitig auch eine Einschränkung des Grundsatzes der materiellen Wahrheit.⁴⁷⁷

VI.B.4.b) Der maßgebende Sachverhalt

Doch worum handelt es sich beim für die Erledigung der Sache maßgebenden Sachverhalt, bei den amtswegig zu erforschenden Tatsachen aus dem Bereich der Wirklichkeit genau? Welcher Sachverhalt ist der relevante? Die Antwort auf diese Fragen geben zunächst die konkret anzuwendenden (Verwaltungs-)Vorschriften, also die genaue Tatbestandsbeschreibung.⁴⁷⁸ In Asylverfahren wird es vorrangig um die Frage gehen, ob der Asylwerber gem § 3 Abs 1 AsylG 2005 das Vorliegen von wohl begründeter Furcht vor Verfolgung iSd GFK glaubhaft gemacht hat, bzw, falls ihm dies nicht gelingt, ob die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten iSd § 8 AsylG 2005 vorliegen. Der AsylGH beschäftigt sich zB aber auch mit der Frage, ob das BAA einen Asylantrag wegen entschiedener Sache iSd § 68 Abs 1 AVG zu Recht zurückgewiesen hat.

Nachdem der AsylGH herausgefunden hat, welchen Sachverhalt er im konkreten Fall kraft Maßgeblichkeit zu erforschen hat, muss er in einem zweiten Schritt das vorliegende „Tatsachensubstrat“ analysieren. Zu diesem zählten die rechtlich relevanten (inneren oder äußeren) Geschehnisse im Seinsbereich. Angesichts des Grundsatzes richterlicher Rechtskenntnis (*iura novit curia*) seien die anzuwendenden (generellen) Rechtsvorschriften iA kein Gegenstand des Ermittlungsverfahrens. Dies gelte allerdings – abgesehen von Kollektivverträgen⁴⁷⁹ auch – nicht für fremdes Recht, dessen Inhalt amtswegig zu ermitteln sei.⁴⁸⁰ Letztere Pflicht spielt natürlich in Asylverfahren eine große Rolle.⁴⁸¹

⁴⁷⁶ Vgl VwGH 30. 4. 1998, 97/06/0225.

⁴⁷⁷ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 37, RZ 6.

⁴⁷⁸ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 37, RZ 2, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 184 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 316.

⁴⁷⁹ Vgl VwGH 30. 6. 2010, 2008/08/0052.

⁴⁸⁰ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 37, RZ 3 unter Hinweis auf VwGH 19. 11. 2003, 2001/21/0118, wonach ausländisches Recht der Frage dem Bereich der Tatfrage zuzuordnen sei. Vgl des Weiteren jüngst VwGH 25. 2. 2009, 2008/03/0179 oder 19. 3. 2009, 2007/01/0633, wonach auf fremdes Recht der Grundsatz „*iura novit curia*“ keine Anwendung finde und dieses daher in einem amtsweigigen Ermittlungsverfahren festzustellen sei. Im Ergebnis zählt fremdes Recht also zum maßgebenden Sachverhalt iSd § 37 AVG. So auch WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 316 bei FN 239.

⁴⁸¹ Vgl zB AsylGH 27. 7. 2010, E2 300475-2/2010 zu Ermittlungen betreffend Verfassung, Strafrecht etc im Iran.

VI.B.5. Grundsatz der freien Beweiswürdigung

VI.B.5.a) Allgemeines zum Beweis – die Beweispflicht

Bevor auf den Grundsatz näher eingegangen werden kann, bedarf es noch einiger Ausführungen zum Beweis im Allgemeinen. Wesentlicher Zweck des Ermittlungsverfahrens ist gem § 37 AVG (neben der Gewährung von Parteiengehör – zeitlich gesehen davor)⁴⁸² die Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes. Der Erfüllung dieses Zweckes dient das Beweisverfahren.⁴⁸³ Der AsylGH hat gem § 45 Abs 2 AVG „nach freier Überzeugung“ zu beurteilen, ob eine zu erforschende Tatsache, deren Gesamtheit den gem § 37 AVG festzustellenden maßgebenden Sachverhalt bildet, als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Näheres zum Beweis findet sich im AVG im 2. Abschnitt des mit „Ermittlungsverfahren“ titulierten II. Teiles, woraus ersichtlich ist, dass das Beweisverfahren Teil des Ermittlungsverfahrens ist.

„Grundsätzlich bedürfen alle Tatsachen, auf die eine behördliche Entscheidung gestützt werden soll, eines Beweises.“⁴⁸⁴ Damit spricht der VwGH mE die soeben erwähnte Erfüllung des Verfahrenszweckes der Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes an. Abgesehen davon impliziert § 45 Abs 1 AVG, dass Tatsachen idR, dh dann, wenn auf sie die Ausnahmen (Offenkundigkeit, gesetzliche Vermutung) nicht zutreffen, eines Beweises bedürfen.⁴⁸⁵ Die Pflicht zur Beweisaufnahme trifft kraft Offizialmaxime die Behörde; sie hat die entsprechende Vorgangsweise iSd Grundsatzes der arbiträren Ordnung zu bestimmen.⁴⁸⁶

VI.B.5.b) Beschränkungen der Beweispflicht kraft Offenkundigkeit

§ 45 Abs 1 AVG normiert gleich zwei Ausnahmen von dieser allgemeinen Beweispflicht aller der Entscheidung zugrundegelegten Tatsachen. Zum einen bedürfen „bei der Behörde offenkundig“ seiende Tatsachen keines Beweises. „Offenkundig“ ist eine Tatsache dann, wenn sie entweder ‚allgemein bekannt‘ (notorisch) oder der Behörde im Zuge ihrer Amtstätigkeit bekannt und dadurch ‚bei der Behörde offenkundig‘ (‚amtsbekannt‘) geworden ist. ‚Allgemein bekannt‘ sind Tatsachen, deren Richtigkeit, der allgemeinen Überzeugung entsprechend, der Behörde als wahr bekannt sind. Der allgemeinen Überzeugung entsprechend bzw. allgemein bekannt sind Tatsachen, von denen zufolge der

⁴⁸² Zum Recht auf Gehör siehe unten VI.B.8.

⁴⁸³ Vgl auch THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 182.

⁴⁸⁴ So AsylGH 22. 7. 2010, C11 413514-1/2010, auf VwGH 4. 7. 1994, 94/19/0391 aufbauend, sowie (auf das VwGH-Erk verweisend) HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 2, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 183 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 318.

⁴⁸⁵ Vgl POTACS, Amtswegigkeit und Parteianträge, 343 f, welcher zutreffend von einem zu ziehenden Konträrsschluss spricht.

⁴⁸⁶ § 43 AVG enthält näheres zur Beweisaufnahme während einer mündlichen Verhandlung, vgl dazu näher unten VI.B.5.e).

Lebenserfahrung anzunehmen ist, daß sie jedermann kennt oder doch jedermann ohne jede Schwierigkeit und ohne besondere Fachkenntnisse bekannt sein könnten“.⁴⁸⁷

Der AsylGH scheint sich diesen allgemein anerkannten Definitionen anzuschließen, betont allerdings in einem Erk, dass es einen Verfahrensmangel bedeutete, wenn das BAA es verabsäumt, der Partei auch „offenkundige Tatsachen“ – ein auch der Partei bekannter Untersuchungsbericht einer Polizeiinspektion – vorzuhalten, ihr also nicht ausreichend Parteiangehör auch zu „offenkundigen Tatsachen“ gewährt.⁴⁸⁸ Der AsylGH hebt darin also die Bedeutung des Parteiangehörs auch in Bezug auf „offenkundige Tatsachen“ hervor,⁴⁸⁹ womit er sich der Judikatur des VwGH anschließt.⁴⁹⁰

Der AsylGH spricht die Offenkundigkeit von Tatsachen iSd § 45 Abs 1 AVG regelmäßig im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer asylrelevanten Verfolgung iSd § 3 Abs 1 AsylG 2005⁴⁹¹ bzw einer realen Gefahr einer Verletzung der in § 8 Abs 1 AsylG 2005 aufgezählten EMRK-Bestimmungen bzw Rechtsgüter⁴⁹² insofern an, als er feststellt, dass eine solche Gefahr weder seitens des Beschwerdeführers behauptet worden, noch diese „im Rahmen des Ermittlungsverfahrens hervorgekommen, notorisch oder amtsbekannt“ sei.

Der Begriff der Offenkundigkeit findet sich im AsylG 2005 in § 5 Abs 3. Danach ist prinzipiell davon auszugehen, dass der Asylwerber im betreffenden („Dublin“-)Staat Schutz vor Verfolgung findet, es sei denn, gegen diese Vermutung sprechende besondere, in der Person des Asylwerbers gelegene, Gründe werden vom Asylwerber glaubhaft gemacht oder sind beim (BAA oder) AsylGH offenkundig. Diese Gründe könnten „nur nach einer entscheidenden Änderung zum jetzigen Zustand im jeweiligen Staat vorliegen“.⁴⁹³ Für den VwGH stelle § 5 Abs 3 AsylG 2005 eine „Sicherheitsvermutung“ dar, welche die amtswegige Ermittlungspflicht insoweit einschränke, als diese besonderen Gründe nicht vorkommen. Liegen offenkundige Gründe vor, wobei hinsichtlich des Begriffs der Offenkundigkeit auf § 45 Abs 1 AVG und die dazu ergangene Judikatur verwiesen wird, sei eine Mitwirkung des Asylwerbers an der Widerlegung der Vermutung nicht erforderlich, ansonsten habe er aber die besonderen Gründe glaubhaft zu machen. Gelingt ihm dies und also die Wiederlegung der „Sicherheitsvermu-

⁴⁸⁷ Vgl VwGH 17. 10. 1995, 94/08/0269. Auf diesem Erk aufbauend zB VwGH 16. 4. 2007, 2005/01/0463 (offenkundig als „allgemein bekannt (also notorisch) [...] oder von jedermann bereits ohne besondere Fachkenntnisse“ erkennbar). Diese Definitionen sind auch vom Schrifttum übernommen worden, vgl THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 183, HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 4 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 318. Zu zahlreichen Beispielen für offenkundige Tatsachen aus der VwGH-Judikatur vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, aaO, RZ 5.

⁴⁸⁸ Vgl AsylGH 8. 6. 2009, A5 318882-3/2009.

⁴⁸⁹ Vgl abgesehen vom letzten Erk auch AsylGH 15. 1. 2009, E1 250975-0/2008: „Gegenstand des Parteiangehörs sind sämtliche Ergebnisse der Beweisaufnahme. Auch soweit die Behörde bestimmte Tatsachen als offenkundig behandelt, ist dies der Partei bekannt zu geben (VwGH 17.10.1995, Zl. 94/08/0269).“

⁴⁹⁰ Vgl zB VwGH 9. 9. 1993, 93/01/0235.

⁴⁹¹ Vgl zB AsylGH 30. 6. 2010, C10 266805-0/2008.

⁴⁹² Vgl zB AsylGH 5. 7. 2010, C10 308744-1/2008 sowie AsylGH 1. 7. 2010, D14 411008-1/2010.

⁴⁹³ So RV 2005, 35 f.

tung“, würden dadurch aufgrund des § 18 Abs 1 AsylG 2005 ggf weitere Ermittlungspflichten der Asylbehörden betreffend das Vorliegen von Schutz vor Verfolgung iSd § 5 Abs 3 AsylG 2005 ausgelöst.⁴⁹⁴

Der AsylGH bekräftigt in seiner Judikatur jene des VwGH und präzisiert, dass § 5 Abs 3 AsylG 2005 „Elemente einer Beweislastumkehr“ enthalte.⁴⁹⁵ Zusammenfassend wird man also feststellen können, dass durch die Offenkundigkeit einer Tatsache – sowohl iSd § 45 Abs 1 AVG als auch iSd § 5 Abs 3 AsylG 2005 – die amtswegige Ermittlungspflicht und infolgedessen auch die Beweispflicht eingeschränkt werden.

VI.B.5.c) Beschränkungen der Beweispflicht kraft gesetzlicher Vermutung

Aber auch Tatsachen, „für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, bedürfen keines Beweises“ (§ 45 Abs 1 AVG). Das Gesetz kann vom Vorliegen einer bestimmten Tatsache auf das Vorliegen einer anderen Tatsache (Tatsachenvermutung)⁴⁹⁶ oder auf den Bestand eines Rechtes bzw Rechtsverhältnisses (Rechtsvermutung)⁴⁹⁷ abstellen. Des Weiteren sind Vermutungen in widerlegliche und unwiderlegliche zu unterscheiden. Ist eine gesetzliche Vermutung widerleglich, da zB kraft ausdrücklicher Anordnung die Möglichkeit des Gegenbeweises der Unrichtigkeit eröffnet wird (vgl § 15 S 2 AVG),⁴⁹⁸ ist nicht die eigentlich entscheidungserhebliche Tatsache bzw das Bestehen des Rechtsverhältnisses, sondern die die Vermutung auslösende Tatsache zu beweisen, wobei derjenige die Beweislast trägt, der die Unrichtigkeit der Vermutung behauptet. Unwiderlegliche Vermutungen dürfen nicht Gegenstand der Beweiswürdigung sein; die Tatsache bzw das Recht steht *ex lege* fest.⁴⁹⁹

Auch das AsylG 2005 enthält sowohl widerlegliche als auch unwiderlegliche Vermutungen. Unwiderleglich wird zB in § 10 Abs 4 S 1 AsylG 2005 vermutet, dass die näher bezeichnete Ausweisung, „stets“ auch als „Feststellung der Zulässigkeit der [...] Abschiebung“ gilt, da im Gesetzestext nicht die Möglichkeit einer Erschütterung der Vermutung angeführt ist.⁵⁰⁰ Eine weitere unwiderlegliche Ver-

⁴⁹⁴ Vgl VwGH 23. 1. 2007, 2006/01/0949 und darauf verweisend VwGH 26. 5. 2009, 2006/20/0237.

⁴⁹⁵ Vgl AsylGH 23. 2. 2010, S13 411083-1/2010 sowie AsylGH 6. 5. 2010, S21 412941-1/2010 jeweils unter Berufung auf VwGH 23. 1. 2007, 2006/01/0949. Auch FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 165 ziehen entsprechende Schlüsse aus der VwGH-Judikatur.

⁴⁹⁶ Vgl zB § 15 AVG: Von der Tatsache mangelnder Einwendungen gegen eine gem § 14 AVG aufgenommene Niederschrift wird auf die Tatsache geschlossen, dass sie den „vollen Beweis“ liefert.

⁴⁹⁷ Vgl zB § 8 Abs 1 StbG: Von der Tatsache, dass jemand im Alter unter sechs Monaten im Staatsgebiet aufgefunden wird, wird auf das Entstehen eines Rechtsverhältnisses – Staatsbürgerschaftserwerb kraft Abstammung – geschlossen.

⁴⁹⁸ Vgl dazu AsylGH 3. 3. 2010, A2 410882-1/2010: „Jede Seite des Einvernahmeprotokolls wurde vom Beschwerdeführer unterschrieben und bestätigte der Beschwerdeführer ausdrücklich [sic!], dass nach vollständiger Rückübersetzung die Einvernahme korrekt sei. Ein Gegenbeweis gegen die gesetzliche Vermutung des § 15 AVG ist somit nicht gelungen [...].“

⁴⁹⁹ Vgl zu gesetzlichen Vermutungen THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 183 f, HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 6 f und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 318.

⁵⁰⁰ So auch PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 269.

mutung – dieses Mal zugunsten des Asylwerbers – hat § 7 Abs 2 AsylG 2005 in seiner Stammfassung enthalten, wonach die soziale Verfestigung nach einer Dauer von fünf Jahren „unwiderleglich vermutet“ worden ist.⁵⁰¹ Seit der Novellierung durch das FrÄG 2009 befindet sich diese Vermutung in § 7 Abs 3 AsylG 2005, gilt allerdings nur noch für einen Fremden, „der nicht straffällig geworden ist“, wodurch die „unwiderlegliche Vermutung [...] in diesen Fällen nicht“ gilt⁵⁰² und somit zu einer widerleglichen geworden ist. Schließlich enthält auch § 2 Abs 1 Z 13 AsylG 2005 eine unwiderlegliche Vermutung in Form einer fingierten Antragsänderung im Falle der Nichtzuerkennung des Status des Asylberechtigten.

Eine der bereits oben angesprochenen widerlegbaren Vermutung des § 5 Abs 3 AsylG 2005⁵⁰³ ähnlich konstruiert ist auch jene des § 4 Abs 3 AsylG 2005.⁵⁰⁴ Eine weitere widerlegbare Vermutung enthält § 3 Abs 2 S 2 AsylG 2005, da diese Bestimmung nicht anders zu verstehen sei „als dass im Fall von Nachfluchtgründen, die in einem Folgeverfahren geltend gemacht werden, der Gesetzgeber grundsätzlich einen Missbrauchsverdacht unterstellt, sofern sich der Antragsteller nicht auf eine erlaubte Aktivität stützen kann, die nachweislich (!) Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung ist.“⁵⁰⁵

Besteht also eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung oder eine zwar widerlegbare, aber unwiderlegte gesetzliche Vermutung, ist die den AsylGH treffende amtswegige Ermittlungspflicht sowie die damit zusammenhängende Beweispflicht eingeschränkt.⁵⁰⁶

VI.B.5.d) Das geforderte Beweismaß

Ist von zu beweisenden Tatsachen die Rede, ist maA der volle Beweis zu erbringen. Damit sei „allerdings keine ‚absolute Sicherheit‘ (kein Nachweis ,im naturwissenschaftlich-mathematisch exakten Sinn‘) erforderlich [...], sondern es genügt, wenn eine Möglichkeit gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrschein-

⁵⁰¹ So ausdrücklich RV 2005, 36. Diese Bestimmung anwendend AsylGH 30. 12. 2009, B9 314522-1/2008.

⁵⁰² Ebenso ausdrücklich RV 2009 II, 8 f.

⁵⁰³ Vgl dazu soeben oben VI.B.5.b) sowie diese „Regelvermutung“ betreffend zB VwGH 12. 12. 2007, 2006/19/1022, AsylGH 6. 5. 2010, S21 412941-1/2010 und 6. 5. 2009, S17 406067-1/2009.

⁵⁰⁴ Vgl zB AsylGH 7. 6. 2010, S4 305675-3/2010, wonach es am Beschwerdeführer sei, die Regelvermutung zu widerlegen.

⁵⁰⁵ So AsylGH 24. 2. 2010, E1 219563-2/2009.

⁵⁰⁶ Nur in diesen Fällen darf und muss die Ermittlungspflicht und die Beweiswürdigung entfallen. Der VwGH hat in Zusammenhang mit „Vermutungen“ festgehalten, dass eine gesetzliche Vermutung, „wonach Länderberichte einer Botschaft ,den Tatsachen entsprechen“, nicht bestehe (VwGH 23. 7. 1999, 98/20/0545).

lich erscheinen lässt“.⁵⁰⁷ Oft ist auch von „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ die Rede.⁵⁰⁸

Hinsichtlich des erforderlichen Überzeugungsgrades der Behörde (Beweismaß) ist vom vollen Beweis die Glaubhaftmachung (Bescheinigung) zu unterscheiden. „Die Glaubhaftmachung hat das Ziel, die Überzeugung von der Wahrscheinlichkeit bestimmter Tatsachenbehauptungen zu vermitteln. Glaubhaftmachung ist somit der Nachweis einer Wahrscheinlichkeit. Dafür genügt ein geringerer Grad der Wahrscheinlichkeit als der, der die Überzeugung von der Gewissheit rechtfertigt“⁵⁰⁹ bzw jenem, der beim Beweis erforderlich ist.⁵¹⁰

Das Auslangen der Glaubhaftmachung ist im AsylG 2005 an drei Stellen normiert.⁵¹¹ Insbes ist die Asylrelevanz, dh die wohl begründete Furcht vor Verfolgung gem § 3 Abs 1 AsylG 2005, (bloß) glaubhaft zu machen.⁵¹² Für diese Arbeit in einem größerem Ausmaß von Interesse sind aufgrund ihres verfahrensrechtlichen Charakters allerdings die Bestimmungen im AVG, nach denen Glaubhaftmachung genügt: §§ 49 Abs 4, 53 Abs 1, 69 Abs 2 und 71 Abs 1 Z 1 AVG.

Der AsylGH judiziert in Anlehnung an die Rechtsprechung des VwGH,⁵¹³ dass den Asylwerber im Zuge der Glaubhaftmachung iSd § 3 Abs 1 AsylG 2005 insoweit eine erhöhte Mitwirkungspflicht treffe, als er initiativ alles darzulegen habe, was für das Zutreffen der Voraussetzungen für eine Asylgewährung spricht und diesbezüglich konkrete Umstände anführen müsse, die objektive Anhaltspunkte für das Vorliegen dieser Voraussetzungen liefern.⁵¹⁴ Vermittels der Mitwirkungspflichten des Asylwerbers wird so eine Brücke zwischen den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen der freien Beweiswürdigung und der Offizialmaxime geschlagen.⁵¹⁵

Jedenfalls reicht die Glaubhaftmachung nur dann hin und kann daher nur dann auf den vollen Beweis verzichtet werden, wenn dies im Gesetz durch eine entsprechende Wendung angeordnet ist. „Dabei

⁵⁰⁷ So zB AsylGH 27. 7. 2010, E10 263109-2/2008, auf der VwGH-Judikatur aufbauend.

⁵⁰⁸ Vgl zB VwGH 19. 11. 2003, 2000/04/0175 sowie 18. 10. 2007, 2006/14/0045.

⁵⁰⁹ So AsylGH 25. 11. 2009, E9 245560-0/2008.

⁵¹⁰ Vgl PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 28.

⁵¹¹ Nämlich in §§ 3 Abs 1, 5 Abs 3 und – durch das FrÄG 2009 eingefügt – 12a Abs 4 Z 1 AsylG 2005.

⁵¹² Vgl zur Kernbestimmung des Asylrechtes bereits oben V.A. Dort ist auch darauf hingewiesen worden, dass die Asylentscheidung, dh jene Entscheidung der Asylbehörde, die klärt, ob die Verfolgungsgefahr behördlicherseits als glaubhaft anzunehmen ist oder nicht, eine Prognoseentscheidung, dh eine solche Entscheidung ist, deren Gegenstand eine in der Zukunft bestehende Verfolgungsgefahr ist. Vgl weiters FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 74 ff mit zahlreichen Entscheidungen des VwGH und auch des UBAS zum Begriff der Glaubhaftmachung.

⁵¹³ Vgl zum allgemeinen Verwaltungsverfahren insbes VwGH 15. 9. 2004, 2002/04/0201 und darauf aufbauend zB 15. 9. 2006, 2005/04/0120 sowie darauf verweisend THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 182 und HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 3 f.

⁵¹⁴ Vgl zB AsylGH 5. 8. 2010, D12 228098-2/2008 und AsylGH 3. 8. 2010, D13 307633-1/2008.

⁵¹⁵ Vgl zu den Mitwirkungspflichten der Partei oben VI.B.1.b).

unterliegt die Glaubhaftmachung aber ebenso wie die Beweisführung den Regeln der freien Beweiswürdigung“.⁵¹⁶

VI.B.5.e) Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung

Nachdem der Asylrichter bzw der Senat die Beweise aufgenommen, also zB den Zeugen vernommen hat, muss das zuständige Organ die erhobenen Beweise iSd § 45 Abs 2 AVG nach freier Überzeugung würdigen, dh beurteilen, „ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.“

Der AsylGH hat in einem Erk die in Judikatur und Lehre gängige Phrase rezipiert, wonach sich die Beweiskraft der Beweismittel iSd Grundsatzes der freien Beweiswürdigung nach ihrem „inneren Wahrheitsgehalt“ richte und nicht nach ihrer formalen Qualifikation.⁵¹⁷ Für den VwGH bedeutet der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, „dass die Behörde bei ihrer Beweiswürdigung nicht an Beweisregeln gebunden ist, alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und die gleiche abstrakte Beweiskraft haben.“⁵¹⁸

Aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung iSd § 45 Abs 2 AVG folgt also mehrerlei. Zunächst ist der AsylGH bei der Würdigung der erhobenen Beweise an keine festen gesetzlichen Beweisregeln gebunden.⁵¹⁹ Die freie Beweiswürdigung sei ein „Denkprozess“, der den „Regeln der Logik“ zu folgen habe, und im Ergebnis zu einer Wahrscheinlichkeitsbeurteilung eines bestimmten historisch-empirischen Sachverhaltes führe.⁵²⁰ Damit baut der AsylGH mittlerweile in ständiger Rechtsprechung auf jener des VwGH auf, wonach die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig zu sein hätten, also den „Denkgesetzen“, dem „allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut“ und den „Erfahrungen des täglichen Lebens“ entsprechen müssten.⁵²¹

⁵¹⁶ So VwGH 27. 5. 1998, 97/13/0051.

⁵¹⁷ Vgl AsylGH 14. 11. 2008, S5 318748-2/2008.

⁵¹⁸ So jüngst VwGH 18. 5. 2010, 2008/09/0327 und diese Rechtsprechung rezipierend THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 186 f, HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 8 ff, WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 325 ff sowie LEEB, Freie Beweiswürdigung, 344 ff.

⁵¹⁹ Vgl zu den unterschiedlichen Formulierungen des VwGH für den Mangel an festen Beweisregeln LEEB, Freie Beweiswürdigung, 344 f. HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 8 nennen als (theoretische) Beispiele für feste Beweisregeln zB eine Regelung, der gemäß zwei Zeugenaussagen mehr als eine zählten oder das Gutachten eines Amtssachverständigen mehr zählte als das eines privaten Sachverständigen.

⁵²⁰ Vgl zB AsylGH 20. 7. 2010, E10 245220-0/2008, 2. 8. 2010, E2 414479-1/2010 und 2. 8. 2010, E13 265048-0/2008.

⁵²¹ Vgl zB jüngst VwGH 10. 5. 2010, 2008/16/0127 und 26. 1. 2010, 2010/08/0002.

Aus der Prämisse, dass die Beweiskraft eines Beweismittels von dessen innerem Wahrheitsgehalt abhängt, folgt maA auch die prinzipielle Gleichwertigkeit der Beweismittel. Diesen Aspekt hat der AsylGH bisher nur in einem einzigen, bereits oben angesprochenen,⁵²² Erk expliziert. Die Beweismittel haben also alle die gleiche „abstrakte Beweiskraft“.⁵²³ Insbes hätten „die Aussagen von Sachverständigen grundsätzlich den gleichen verfahrensrechtlichen Beweiswert“, womit „demnach zwischen dem Gutachten eines Amtssachverständigen und dem eines Privatsachverständigen kein verfahrensrechtlicher Wertunterschied besteht“.⁵²⁴ Diese Sichtweise hat der AsylGH in seiner Judikatur – zumindest in dieser Deutlichkeit – bislang noch nicht rezipiert.

Schließlich setzt die Würdigung von Beweisen deren vorangegangene Aufnahme im Rahmen des Ermittlungsverfahrens voraus, zumal die freie Beweiswürdigung gem § 45 Abs 2 AVG „unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens“ zu erfolgen hat. Damit ist das Problem der antizipierenden oder voreilenden Beweiswürdigung angesprochen, zu dem auch bereits der AsylGH, unter Berufung auf die Judikatur des VwGH, Stellung bezogen hat. Eine antizipierende Beweiswürdigung, die darin bestehe, „dass der Wert eines Beweises abstrakt (im vorhinein) beurteilt wird, ist unzulässig“, da diese § 45 Ab 2 AVG widerspreche, „wonach eine ‚freie Beweiswürdigung‘ erst nach einer vollständigen Beweiserhebung einsetzen darf“.⁵²⁵

Das Problem der antizipierenden Beweiswürdigung wird immer dann akut, wenn die Behörde die Beweisaufnahme unterlässt, also zB den vom Asylwerber namhaft gemachten Zeugen nicht einvernimmt. Die Partei hat gem § 43 Abs 2 S 4 AVG das Recht, Beweisanträge zu stellen; diese dürfen nur bei offensichtlicher Unerheblichkeit zurückgewiesen werden.⁵²⁶ Beweisanträge müssen das Beweisthema, dh die zu beweisenden Tatsachen, und die Beweismittel, das sind jene „Mittel“, mithilfe derer das

⁵²² Siehe oben FN 517.

⁵²³ Der VwGH leitet die prinzipielle Gleichwertigkeit aller Beweismittel zuweilen aus § 45 Abs 2 AVG, also dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, ab, vgl zB das eingangs zitierte Erk VwGH 18. 5. 2010, 2008/09/0327 oder 20. 11. 2008, 2007/09/0246, meistens aber aus § 46 AVG, gemeinsam mit dem Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel, vgl zB VwGH 11. 9. 2008, 2007/08/0111 oder 14. 6. 2005, 2004/02/0393. Der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Beweismittel dürfte sich wohl aus beiden genannten Grundsätzen ergeben; im Übrigen ergibt sich aus der unterschiedlichen Herleitung kein inhaltlicher Unterschied des Grundsatzes.

⁵²⁴ So jüngst die ständige Rechtsprechung des VwGH in Erk 23. 2. 2010, 2009/05/0169 unter Berufung auf VwGH 14. 12. 2004, 2004/05/0016. Vgl zur Gleichwertigkeit der Beweismittel, insbes unter Berücksichtigung vom Sachverständigengutachten sowie von Anzeigen bzw Aussagen von Organen der öffentlichen Aufsicht (Meldungslegern) HENGST-SCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 10 ff.

⁵²⁵ So AsylGH 19. 7. 2010, D4 300439-3/2010 und D4 300438-3/2010. In beiden Fällen hat der Beschwerdeführer von seinem aus § 53 Abs 1 AVG erfließenden Recht, einen behördlich namhaft gemachten Sachverständigen abzulehnen, Gebrauch gemacht, dass BAA es jedoch unterlassen, einen Ersatz für den abgelehnten Sachverständigen zu bestimmen, da es offenbar davon ausgegangen ist, „dass die pauschale Ablehnung einer anerkannten Expertin [...] lediglich dazu dienen soll, unerwünschte Ergebnisse in Gutachten zu vermeiden.“ Der AsylGH geht jedoch von der Notwendigkeit der Aufnahme eines Sachverständigenbeweises aus und meint dazu, dass eine einmalige Ablehnung eines bestimmten Sachverständigen nicht dazu dienen könne, dem Beschwerdeführer die Vermeidung unerwünschter Ergebnisse in Gutachten zu unterstellen. In genau dieser Unterstellung und der ihr folgenden unterlassenen Beweisaufnahme – sowie in der unterlassenen Einvernahme von vom Beschwerdeführer namhaft gemachter Zeugen wegen „Unglaubwürdigkeit“ – erblickt der AsylGH offenbar die unzulässige antizipierende Beweiswürdigung.

⁵²⁶ Siehe zum Recht der Partei, Beweisanträge zu stellen, auch unten VI.B.8.b).

Beweisthema bewiesen werden soll, also zB Zeugeneinvernahmen oder Sachverständigengutachten, angeben,⁵²⁷ und zwar in einer solchen Form, die erkennen lässt, welche konkreten Tatsachenbehauptungen im Einzelnen durch das angebotene Beweismittel erwiesen werden sollen.⁵²⁸ Sowohl das Beweisthema als auch die Beweismittel müssten also möglichst konkret angegeben sein; des Weiteren müsse ersichtlich sein, welchen Beitrag die beantragten Beweismittel zu dem Beweisthema liefern können.⁵²⁹

Die Behörde sei ferner nicht dazu gehalten, Erkundungsbeweise durchzuführen, da ihnen kein tauglicher Beweisantrag zugrunde liege. Erkundungsbeweise seien solche „Beweise, die nicht konkrete Behauptungen sondern lediglich unbestimmte Vermutungen zum Gegenstand haben. Sie dienen also nicht dazu, ein konkretes Vorbringen der Partei zu untermauern, sondern sollen es erst ermöglichen, dieses zu erstatten. Nach der Rsp des Verwaltungsgerichtshofes sind Erkundungsbeweise im Verwaltungsverfahren – und somit auch im asylgerichtlichen Verfahren – unzulässig.“⁵³⁰

In den meisten Fällen erfolgen Beweisanträge naturgemäß in der Form von Anträgen auf Einholung von Sachverständigengutachten⁵³¹ sowie auf Einvernahme weiterer Zeugen⁵³². Als Begründung für die Ablehnung des Beweisantrages wird etwa angeführt, dass die jeweilige Beweisaufnahme nicht erforderlich gewesen sei, „zumal die Schlüssigkeit und Richtigkeit der vom BAA bzw. von Seiten des erkennenden Senats getroffenen Feststellungen nicht substantiiert entkräftet“ worden und der Sachverhalt deshalb als geklärt anzusehen gewesen sei,⁵³³ dass der (lediglich) „vage Hinweis“ keine zusätzliche Ermittlungspflicht der Behörde begründen könne⁵³⁴ oder „zumal ein konkretes Beweisthema nicht genannt [...] und auch konkrete Behauptungen über eine allfällige Mangelhaftigkeit der Länderfeststellungen des angefochtenen Bescheids nicht vorgebracht“ worden seien⁵³⁵. Insofern folgt der AsylIGH der Judikatur des VwGH.⁵³⁶

⁵²⁷ Vgl AsylIGH 1. 7. 2010, S18 413701-1/2010 und VwGH 20. 5. 2009, 2008/12/0114.

⁵²⁸ Vgl VwGH 24. 2. 2010, 2006/13/0119 und 29. 4. 2010, 2008/15/0306.

⁵²⁹ Vgl zum Ganzen *POTACS*, Amtswegigkeit und Parteianträge, 237 ff.

⁵³⁰ So der AsylIGH in ständiger Rechtsprechung in Erk 27. 7. 2010, E10 263109-2/2008, 16. 8. 2010, E10 316143-2/2010 und 28. 9. 2010, E4 307518-1/2008 sowie beinahe wortident AsylIGH 5. 11. 2010, E13 221862-5/2010, 9. 9. 2010, S21 406668-3/2010.

⁵³¹ Vgl zB AsylIGH 5. 11. 2010, E13 221862-5/2010, 18. 10. 2010, E3 256776-0/2008, 9. 9. 2010, S21 406668-3/2010, 31. 8. 2010, A2 300508-3/2010 und 23. 8. 2010, B1 235994-2/2010.

⁵³² Vgl zB AsylIGH 28. 9. 2010, E4 307518-1/2008 und 8. 10. 2010, S1 415474-1/2010.

⁵³³ Vgl zB AsylIGH 18. 10. 2010, E3 256776-0/2008, 28. 9. 2010, E4 307518-1/2008 und 27. 9. 2010, E3 308406-1/2008.

⁵³⁴ Vgl AsylIGH 8. 10. 2010, S1 415474-1/2010.

⁵³⁵ Vgl AsylIGH 23. 8. 2010, B1 235994-2/2010.

⁵³⁶ Vgl VwGH 29. 7. 2010, 2006/15/0310 hinsichtlich einer beantragten Zeugeneinvernahme bzw VwGH 24. 6. 2010, 2010/21/0125 hinsichtlich eines beantragten Sachverständigengutachtens.

In einem Erk hat der AsylGH den Antrag, „Stellungnahmen, bzw. Gutachten von UNHCR, amnesty international, US Department of State und Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte und sonstiger geeigneter Stellen zur Menschenrechtssituation im Herkunftsstaat“ einzuholen, als nicht tauglichen Beweisantrag mit dem Charakter eines Erkundungsbeweises qualifiziert.⁵³⁷ Obwohl dieser Beweisantrag zumindest hinsichtlich des Beweismittels sehr konkret anmutet, wird man auch die ablehnende Entscheidung des AsylGH für zulässig erachten können, wonach es sich insofern um einen untauglichen Beweisantrag handle, als der Beschwerdeführer nicht dargelegt habe, „welche Fragen diese Berichte in Bezug auf den hier vorliegenden Fall offen“ gelassen haben. Damit ist wohl gemeint, dass das Beweisthema im Beweisantrag nur mangelhaft zum Ausdruck gekommen ist.⁵³⁸

Der AsylGH hat sich zum Spannungsfeld der verbotenen antizipierenden Beweiswürdigung einerseits und der behördlichen Ablehnungspflicht hinsichtlich offenbar unerheblicher Beweisanträge andererseits unter Berufung auf die VwGH-Judikatur dahingehend geäußert, dass Beweisanträge abgelehnt werden dürften [Anmerkung: nach dem Gesetzeswortlaut wohl müssten], wenn die Beweistatsachen ohnedies als wahr unterstellt werden, es auf sie nicht ankommt oder das Beweismittel – ohne unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung – untauglich bzw an sich nicht geeignet ist, über den beweiserheblichen Gegenstand einen Beweis zu liefern.⁵³⁹

In Auslegung der vom VwGH konstatierten Voraussetzungen für die Ablehnung eines Beweisantrages wegen offensichtlicher Unerheblichkeit, meint *POTACS*, der Beweisantrag dürfe nicht „sinnlos“ sein; das sei er, wenn es auf ihn „nicht ankommt“, weil nicht erkennbar ist, welchen Beitrag er zur Sachverhaltsklärung leisten könnte.⁵⁴⁰ Der VwGH rechtfertigt die unterlassene Beweisaufnahme – anders als bisher der AsylGH – zuweilen mit ihrer Sinnlosigkeit.⁵⁴¹

Ein Zeuge etwa müsse dann nicht vernommen werden, wenn er nach der Aktenlage zu den entscheidungswesentlichen Fragen keine Aussage machen kann oder wenn bereits auf Grund des Beweis-

⁵³⁷ Vgl AsylGH 27. 7. 2010, E10 263109-2/2008.

⁵³⁸ Der Ansicht des VwGH, Erkundungsbeweise seien unzulässig (vgl zuletzt VwGH 24. 6. 2010, 2010/21/0125), schließt sich die überwiegende Mehrheit des Schrifttums an, vgl *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 183, *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG II, § 46, RZ 16 und *SCHMID*, Verfahrensrecht, 58. Auch *POTACS*, Amtswegigkeit und Parteianträge, 237 dürfte die Unzulässigkeit von Erkundungsbeweisen befürworten, wenngleich er betont, dass die amtswegige Pflicht zur Sachverhaltsermittlung durch „schwach“ begründete Beweisanträge nicht geschmälert werde. Für eine Pflicht zur Aufnahme von Erkundungsbeweisen sprechen sich allerdings *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 320 aus. *POTACS*, aaO kritisiert dazu zutreffend, dass aber die uneingeschränkte Zulassung auch von Erkundungsbeweisen der subjektiven und objektiven Funktion von Beweisanträgen sowie dem Effizienzprinzip zuwiderliefe.

⁵³⁹ Vgl AsylGH 30. 6. 2010, E5 241763-2/2010 und E5 307832-2/2010 vom selben Tag jeweils unter Berufung auf VwGH 22. 4. 2010, 2008/07/0076.

⁵⁴⁰ Vgl *POTACS*, Amtswegigkeit und Parteianträge, 240 f.

⁵⁴¹ Vgl zB VwGH 25. 6. 2009, 2006/07/0105, wonach sich der heutige Zustand eines Grundstückes völlig anders darstelle als vor mehreren Jahren nach den gegenständlichen Schüttungen, sodass Probegrabungen „faktisch sinnlos“ wären. Vgl des Weiteren VwGH 31. 3. 2005, 2001/07/0048.

themas ersichtlich ist, dass die Aussage entbehrlich erscheint. In diesen Fällen könne die Behörde von der Vernehmung des beantragten Zeugen absehen, ohne sich dadurch dem Vorwurf der vorgreifenden Beweiswürdigung auszusetzen.⁵⁴²

Davon, dass der namhaft gemachte Zeuge zu den entscheidungswesentlichen Fragen keine Aussage machen habe können, ist wohl auch der AsylGH in einem Erk ausgegangen, wenn er festhält, dass dem beantragten Zeugen eine Aussage über die Aufenthaltsdauer des Beschwerdeführers in einem bestimmten Staat – also über eine entscheidungswesentliche Tatsache – gar nicht möglich gewesen sei, sowie dass im Übrigen Aussagen des Zeugen mit solchen des Beschwerdeführers im Widerspruch stünden. Das Asylgericht führt in Übereinstimmung mit der im letzten Absatz angeführten Passage des VwGH aus, dass das BAA also zu Recht von einer Zeugeneinvernahme abgesehen habe; „allerdings“, so fährt der AsylGH fort, „mit der falschen Begründung – weil die Begründung des BAA eine vorgreifende (und damit unzulässige) Beweiswürdigung darstellt.“⁵⁴³

Diese Aussagen sind mE allerdings paradox. Angesichts der – auch vom AsylGH rezipierten – zitierten Judikatur des VwGH, und auch gemäß logischen Denkens, kann das BAA bezüglich ein und desselben Beweisantrages wohl nicht beides zugleich getan haben, also sowohl von einer Zeugeneinvernahme zu Recht abgesehen, damit aber gleichzeitig eine (unzulässige) vorgreifende Beweiswürdigung vorgenommen haben. Aus den Ausführungen des AsylGH ergibt sich aber auch nicht eindeutig, ob das BAA nun tatsächlich rechtskonform oder, vorgreifend beweiswürdigend, unzulässig gehandelt hat.

Der AsylGH judiziert weiters regelmäßig zur Tauglichkeit eines Beweisantrages. Demnach liege ein tauglicher Beweisantrag nur dann vor, wenn darin sowohl das Beweisthema wie auch das Beweismittel genannt sind und das Beweisthema sachverhaltserheblich ist. Da allerdings im konkreten Fall selbst bei Vorliegen einer depressiven Anpassungsstörung mit erhöhter Suizidalität bei Abschiebung ein *real risk* einer Verletzung des Art 3 EMRK auszuschließen gewesen sei, sei dem Beweisantrag mangels Entscheidungsrelevanz nicht nachzukommen gewesen.⁵⁴⁴ POTACS weist zutreffend darauf hin, dass diese Tauglichkeitsprüfung aber nur schwer von einer (vorwegnehmenden und zulässigerweise erst nach Beweisaufnahme durchzuführenden) Beweiswürdigung zu unterscheiden sei und spricht sich unter Berufung auf VwGH-Judikatur dafür aus, dass jedenfalls dann eine (verbotene) antizipierende Beweiswürdigung vorliege, wenn Beweismittel als untauglich abgelehnt werden, obwohl sie vielleicht zur Klärung des Sachverhaltes beitragen könnten.⁵⁴⁵

⁵⁴² Vgl VwGH 8. 6. 2010, 2008/18/0396.

⁵⁴³ AsylGH 28. 6. 2010, S22 404451-2/2010.

⁵⁴⁴ Vgl AsylGH 16. 6. 2010, S21 400940-4/2010.

⁵⁴⁵ Vgl POTACS, Amtswegigkeit und Parteianträge, 240 ff.

Ein weiterer Gesichtspunkt, unter dem man sich der Frage der (mangelnden) offenbaren Unerheblichkeit von Beweisanträgen iSd § 43 Abs 2 S 4 AVG widmen kann, ist jener der Erheblichkeit des Beweisantrages. Der AsylGH meint dazu unter Berufung auf Erk des VwGH, Erheblichkeit eines Beweisantrages liege nur dann vor, wenn das Beweisthema eine Tatsache ist, deren Klärung, wenn diese schon nicht selbst erheblich (sachverhaltserheblich) ist, zumindest mittelbar beitragen kann, Klarheit über eine erhebliche (sachverhaltserhebliche) Tatsache zu gewinnen;⁵⁴⁶ Beweise bei einem nur unbestimmten Vorbringen müssten nicht aufgenommen werden. Den zweiten Aspekt der Erheblichkeit von Beweisanträgen spricht der AsylGH im nächsten Absatz desselben Erk an, wenn er ausführt, es liege im Wesen der freien Beweiswürdigung, dass Beweisanträge nicht mehr berücksichtigt werden müssen, wenn sich die Verwaltungsbehörde auf Grund der bisher vorliegenden Beweise ein klares Bild über die maßgebenden Sachverhaltsmomente machen hat können. Der gegenständliche Beweisantrag, nämlich die Einvernahme der Schwester als Zeugin, sei insoweit nicht beachtlich, da der AsylGH hier auf Grund der bisherigen Ermittlungsergebnisse, insbes durch eine umfassende Einvernahme der Beschwerdeführerin in Bezug auf ihre Ehe, von einem hinreichend geklärten Sachverhalt ausgehe.⁵⁴⁷

Dass die Behörde bei Vorliegen eines klaren Bildes über den maßgebenden Sachverhalt von einer weiteren Beweisaufnahme Abstand nehmen kann, wird auch im Schrifttum rezipiert, wobei im Hinblick auf die Verfahrensökonomie von einer entsprechenden Pflicht (und nicht einem bloßen Recht hierzu) ausgegangen werden dürfte.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Damit spricht sich der AsylGH wohl dafür aus, dass auch Indizienbeweise in Asylverfahren möglich sind. Vgl näher dazu unten VI.B.6.b).

⁵⁴⁷ Vgl AsylGH 1. 7. 2010, S18 413701-1/2010.

⁵⁴⁸ Vgl THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 187, LEEB, Freie Beweiswürdigung 351 f und POTACS, Amtswegigkeit und Parteianträge, 241. In VwGH 22. 4. 2009, 2008/12/0063, welches THIENEL/SCHULEV-STEINDL, aaO anführt, wird allerdings betont, dass der „Rechtssatz“, wonach weitere Beweisanträge nicht mehr berücksichtigt werden müssten, wenn die Behörde sich auf Grund der bisher vorliegenden Beweise ein klares Bild über die maßgebenden Sachverhaltselemente machen kann, im Hinblick auf das Verbot vorgreifender Beweiswürdigung wohl nur in besonderen Ausnahmsfällen, in denen Beweisanträge „geradezu mutwillig“ erscheinen, zum Tragen kommen könne. Ebenso in die Richtung einer einschränkenden Anwendbarkeit der „Klares-Bild“-Regel weist LEEB, Freie Beweiswürdigung 352 f, wenn er sich dafür ausspricht, dass ein „klares Bild“ nur dann anzunehmen sei, wenn die Voraussetzungen für die Ablehnung von Beweisanträgen, wie sie in der in FN 539 angeführten Judikatur geschildert sind, vorliegen. Damit spricht LEEB der „Klares-Bild“-Regel mE den eigenständigen Charakter einer von der Judikatur gebildeten Regel ab, welche es der Behörde gestattet, bei Vorhandensein einer bestimmten Voraussetzung, nämlich bei Vorliegen eines klaren Bildes über den maßgebenden Sachverhalt, von einer weiteren Beweisaufnahme abzusehen. Im Sinne einer rechtsschutzfreundlichen Auslegung des § 43 Abs 2 S 4 AVG ist hier wohl LEEB zu folgen, zumal auch der VwGH der sich auf die „Klares-Bild“-Regel berufenden belangten Behörde des Öfteren widerspricht und ihr aufgrund der unterlassenen Beweisaufnahme den Vorwurf der antizipierenden Beweiswürdigung macht. Vgl zu dieser stringenteren Linie, abgesehen von dem oben erwähnten Erk VwGH 22. 4. 2009, 2008/12/0063 und den bei LEEB, aaO angeführten Beispielen aus der VwGH-Judikatur, auch insbes VwGH 16. 5. 2002, 99/20/0553.

VI.B.6. Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel

VI.B.6.a) Allgemeines zum Grundsatz

Vor allem mit dem zuletzt erwähnten allgemeinen Verfahrensgrundsatz der freien Beweiswürdigung steht der nun zu behandelnde Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel in engem Zusammenhang. Gem § 46 AVG kommt als Beweismittel alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und zweckdienlich ist. Damit wird gleich mehrerelei angesprochen. Zunächst ist davon auch der Grundsatz der prinzipiellen Gleichwertigkeit aller Beweismittel umfasst.⁵⁴⁹

Des Weiteren folgt aus dem Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel, dass diese in den §§ 47 ff AVG nicht erschöpfend geregelt sind. Neben den aufgezählten Beweismitteln der Urkunden, Zeugeneinvernahmen, Vernehmung von Beteiligten, Sachverständigengutachten sowie des Augenscheines könne von der Behörde alles herangezogen werden, sofern davon nur ein Beitrag zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes zu erwarten ist, so zB auch Auskunftspersonen, Auskuntsachen und mangelhafte Niederschriften.⁵⁵⁰

VI.B.6.b) Indizienbeweise

In diesem Zusammenhang zu erwähnen ist auch die prinzipielle Zulässigkeit von sogenannten indirekten oder Indizienbeweisen. Anders als unmittelbare Beweise seien diese nicht direkt auf die Überzeugung bzw Glaubhaftmachung von entscheidungsrelevanten Tatsachen, sondern auf jene von Hilfstatsachen (Indizien) gerichtet;⁵⁵¹ sie ermöglichen „aufbauend auf erwiesenen Hilfstatsachen, mit Hilfe von Erfahrungssätzen und logischen Operationen den Schluss auf die beweisbedürftige rechts erhebliche Hauptsache“.⁵⁵² „Ein indirekter Beweis (Indizienbeweis) ist auch im Verwaltungsverfahren zulässig“;⁵⁵³ dies allerdings „jedenfalls“ nur dann, wenn die unmittelbare Beweisaufnahme „nicht mehr möglich ist“⁵⁵⁴ bzw müsse die Behörde „dort, wo der Vernehmung des Zeugen tatsächliche Hindernisse nicht entgegenstehen, diese Beweisaufnahme durchführen“ und dürfe sich nicht mit einem Beweis vom Hörensagen zufrieden geben.⁵⁵⁵ Besonders im zuletzt angeführten Erk wird deut-

⁵⁴⁹ Vgl dazu soeben oben VI.B.5.e), insbes auch FN 523.

⁵⁵⁰ Vgl VwGH 4. 7. 2007, 2006/08/0193.

⁵⁵¹ Vgl HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 46, RZ 3 f, LEEB, Freie Beweiswürdigung 346, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 182 f und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 317.

⁵⁵² So jüngst VwGH 28. 10. 2009, 2005/15/0022.

⁵⁵³ So ausdrücklich zB VwGH 16. 12. 2008, 2008/05/0010 und damit im Einklang das in FN 551 genannte Schrifttum.

⁵⁵⁴ So VwGH 29. 5. 2006, 2005/17/0252.

⁵⁵⁵ So noch deutlicher VwGH 23. 1. 2001, 2000/11/0263.

lich, dass der VwGH die Unmöglichkeit der unmittelbaren Beweisaufnahme als negative Voraussetzung für die Zulässigkeit der Aufnahme eines Indizienbeweises erachtet.

Auch der AsylGH äußert sich regelmäßig zu Zeugen vom Hörensagen, wobei er diesen von vornherein eine geringere Beweiskraft unterstellen dürfte, während der VwGH Indizienbeweise zwar nur subsidiär zulässig erachtet, dann allerdings dafür wohl ohne weitere Einschränkung. Dies wird verdeutlicht durch eine Aussage, wonach die Aussagen der Eltern des Beschwerdeführers, welche „gar nicht Zeugen gewesen sein“ hätten können, sondern „bestenfalls“ Zeugen vom Hörensagen, nicht geeignet gewesen seien, die Feststellungen des BAA in Zweifel zu ziehen,⁵⁵⁶ oder jene, dass abgesehen von „Informationen vom Hörensagen [...] die Aussagen des Beschwerdeführers weder durch Beweismittel belegt wurden, als auch sonst verifizierbar erscheinen.“⁵⁵⁷ Gelegentlich scheint der AsylGH aber auch solchen Beweisen Bedeutung beizumessen, wenn er meint, dass die Verfolgungsgründe „lediglich behauptet und nicht mit Beweismitteln oder Indizienbeweisen untermauert“ worden seien.⁵⁵⁸

VI.B.6.c) Sonstige Beweismittel

An sonstigen Beweismitteln, die zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes herangezogen werden können, sind abgesehen von den bereits erwähnten Auskunftspersonen, Auskunftssachen und mangelhaften Niederschriften⁵⁵⁹ auch schriftliche Erklärungen an die Behörden (zB Anzeigen) genannt.⁵⁶⁰ Für den Bereich des Asylrechtes von besonderer Bedeutung ist, dass der VwGH wiederholt Aussagen eines Vertrauensanwaltes einer österreichischen Botschaft im Heimatland eines Asylwerbers nicht als Sachverständigenbeweis iSd § 52 AVG, sondern als sonstiges Beweismittel iSd § 46 AVG qualifiziert hat.⁵⁶¹ Auch der AsylGH hat sich zu dieser Frage, das „Ermittlungsergebnis des Vertrauensanwaltes“ als „sonstiges Bescheinigungsmittel, welches in Ergänzung zum sonstigen Ermittlungsergebnis im Rahmen der freien Beweiswürdigung zur Entscheidungsfindung herangezogen wird“ bezeichnend, sinngemäß geäußert.⁵⁶²

⁵⁵⁶ Vgl AsylGH 7. 9. 2009, A14 224818-3/2009.

⁵⁵⁷ So AsylGH 21. 6. 2010, A2 306233-5/2010. Für ein weiteres Beispiel vgl zB AsylGH 31. 5. 2010, D6 302954-1/2008.

⁵⁵⁸ Vgl AsylGH 15. 12. 2009, C2 248884-2/2009.

⁵⁵⁹ Vgl noch einmal VwGH 4. 7. 2007, 2006/08/0193.

⁵⁶⁰ Vgl VwGH 29. 6. 1992, 92/18/0169 und 26. 5. 2000, 98/02/0191.

⁵⁶¹ Vgl dazu VwGH 8. 4. 2003, 2002/01/0438: „Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass die Stellungnahme eines Vertrauensanwaltes einer Österreichischen Botschaft im Heimatland des Asylwerbers keinen Beweis durch Sachverständige im Sinn des § 52 AVG und der dazu ergangenen Rechtsprechung darstellt. Es handelt sich um ein Beweismittel eigener Art, das auf Grund der besonderen Ermittlungsschwierigkeiten in Bezug auf asylrechtlich relevante Sachverhalte im Heimatland des Asylwerbers im Sinn des § 46 AVG geeignet und zweckdienlich sein kann, bei dessen Würdigung aber stets zu berücksichtigen ist, dass die Qualifikation und die Vorgangsweise des Vertrauensanwaltes sich einer Kontrolle weitgehend entziehen und er im Gegensatz zu einem Sachverständigen im Sinn des § 52 AVG auch nicht persönlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Eine Beweiswürdigung, die hierauf nicht Bedacht nimmt, ist fehlerhaft“.

⁵⁶² Vgl AsylGH 6. 4. 2010, E13 411118-1/2010.

An weiteren sonstigen Beweismitteln iSd § 46 AVG qualifiziert der AsylGH zB Einvernahmen beim Grenzüberwachungsposten⁵⁶³ oder Niederschriften bei der Bundesgendarmerie⁵⁶⁴. Auch zur Entkräftigung der Rüge des Beschwerdeführers, die vom BAA festgestellten Widersprüche in seinen Ausführungen beträfen bloß „Nebenaspekte“, greift der AsylGH auf den Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel zurück, indem er konstatiert, dass „das erkennende Gericht im Rahmen einer Gesamtschau“ auch auf den ersten Blick unwesentliche Aspekte mit einbeziehen könne, welche sich bei deren kumulativen Auftreten keinesfalls mehr als bloß unwesentlich darstellen“.⁵⁶⁵

Der VwGH hat unter Bezugnahme auf § 46 AVG als sonstige Beweismittel ferner qualifiziert die in einem Aktenvermerk festgehaltenen Äußerungen eines Sachverständigen,⁵⁶⁶ Angaben der Ehefrau des Beschwerdeführers bei der Anzeigeerstattung⁵⁶⁷ sowie den Umstand der rechtskräftigen Verurteilung des Beschwerdeführers, um daraus, „wie auch aus seinem Verhalten in diesem Strafverfahren“, Schlüsse (jedenfalls) auf die „hohe Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit der Richtigkeit seines Vorbringens“ zu ziehen.⁵⁶⁸

Schließlich judiziert der VwGH in ständiger Rechtsprechung, dass als sonstige Beweismittel iSd § 46 AVG etwa „auch amtliche Niederschriften über die bereits vor der Unterbehörde, vor anderen Behörden, aber auch vor Gerichten erfolgten Einvernahmen von Zeugen“,⁵⁶⁹ sohin Ermittlungsergebnisse anderer Verfahren in Betracht kämen,⁵⁷⁰ zumal sich dies – abgesehen vom aus § 46 AVG resultierenden Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel – auch aus § 55 AVG ergebe, welcher „die Ersetzung oder Ergänzung von (förmlichen) Beweisaufnahmen durch sonstige (formlose) Erhebungen“ zulasse.⁵⁷¹ Inwieweit die so beschriebene Mittelbarkeit der Beweisaufnahme auch in Verfahren vor dem AsylGH zulässig ist, wird weiter unten behandelt.⁵⁷²

⁵⁶³ Vgl AsylGH 18. 9. 2008, E9 240592-2/2008.

⁵⁶⁴ Vgl AsylGH 30. 1. 2009, E9 235838-0/2008.

⁵⁶⁵ Vgl AsylGH 12. 3. 2010, E10 265923-1/2008.

⁵⁶⁶ Vgl VwGH 18. 5. 2010, 2008/06/0215.

⁵⁶⁷ Vgl VwGH 22. 2. 2010, 2009/03/0145.

⁵⁶⁸ Vgl VwGH 15. 12. 2005, 2002/18/0224.

⁵⁶⁹ Vgl zB VwGH 20. 12. 2005, 2005/12/0157. Vgl weiters etwa VwGH 26. 1. 2010, 2009/08/0269.

⁵⁷⁰ Vgl dazu weiters Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 46, RZ 6 f sowie die angeführten Beispiele aus der VwGH-Judikatur in SCHMID, Verfahrensrecht, 59 ff.

⁵⁷¹ Vgl VwGH 17. 10. 2008, 2007/12/0203.

⁵⁷² Vgl unten VI.B.7.d).

VI.B.6.d) Beweisverbote

Als Ausnahme von der grundsätzlichen Unbeschränktheit der Beweismittel stellen sich Beweisverbote dar, wobei zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten zu unterscheiden ist. Erstere erklären die Beweiserhebung, dh „sowohl die faktische Erschließung von Informationen als auch die Einführung von an sich zugänglichen Informationen in das Verfahren“⁵⁷³, für unzulässig, letztere die Miteinbeziehung von bereits erbrachten oder auch bereits – rechtswidrig – aufgenommenen Beweisen in die Entscheidung.

So statuiert zB § 48 AVG ein absolutes Verbot der Vernehmung bestimmter Personen als Zeugen. Im Sinne der soeben angeführten Differenzierung streitet der Wortlaut wohl für eine Qualifizierung dieser Vorschrift als Beweiserhebungsverbot, zumal die Beweisverwertung nicht angesprochen ist. Nun wird idR davon auszugehen sein, dass ein normiertes Beweiserhebungsverbot auch ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot inkludiert, da wohl keinem Gesetzgeber zugesonnen werden kann, dass er eine bestimmte Art der Beweiserhebung für unerwünscht hält und deshalb verbietet, der Verwertung von entgegen dem Beweiserhebungsverbot aufgenommenen Beweisen allerdings neutral oder gar positiv gegenübersteht. Ist das eine normiert, ist wohl auch das andere intendiert und vom Gesetzeszweck umfasst. Auf der anderen Seite besteht nach der Judikatur und der Lehre zwischen Beweiserhebungs- und –verwertungsverbot kein Automatismus in dem Sinn, dass auf jede Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes automatisch auch ein Beweisverwertungsverbot folgt, womit dem hier zu behandelnden Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel Rechnung getragen wird.⁵⁷⁴

Doch wie ist nun die Verwertung von rechtswidrig aufgenommenen Beweisen rechtlich konkret zu beurteilen? Der VwGH hat dazu in Bezug auf einen durch die unzuständige Behörde erlassenen Bescheid allgemein ausgesprochen, „dass ein durch eine Rechtsverletzung zu Stande gekommenes Beweismittel nur dann nicht verwertet werden darf, wenn die Verwertung gesetzlich verboten ist oder im Widerspruch zu jenen Zwecken steht, denen die verletzte Rechtsvorschrift zu dienen bestimmt ist“.⁵⁷⁵

⁵⁷³ So FRIEBERGER, Beweisverbote, 32 f.

⁵⁷⁴ FRIEBERGER, Beweisverbote, 54 f bezeichnet die in den §§ 47 bis 54 AVG enthaltenen Regelungen zu den im Gesetz ausdrücklich genannten fünf Beweismitteln als „Ausnahmen“ vom Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel gem § 46 AVG und stuft sie in der Folge ausgehend davon auch als Beweisverbote ein, zumal sie „eine Beweiserhebung bzw – verwertung nur nach den jeweiligen Spezialbestimmungen“ zuließen. Präziser wäre es jedoch vielleicht nur diejenigen Vorschriften als Beweisverbote zu bezeichnen, die ausdrücklich ein Beweiserhebungsverbot statuieren, wie dies bei den §§ 48 und 49 der Fall ist. Die übrigen Bestimmungen der §§ 47 bis 54 AVG gebieten vielmehr etwas, weshalb mE hierfür der Terminus „Beweisgebot“ angebrachter wäre.

⁵⁷⁵ So VwGH 26. 6. 2001, 2001/04/0076 und sich darauf berufend HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 46, RZ 13 f, sowie THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 190 f.

Während die ein gesetzliches Verbot voraussetzende erste Ausnahme, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL* nennen als Beispiel hierfür Art 15 Folterübereinkommen,⁵⁷⁶ noch klar zu fassen ist, ist dies mE bei der zweiten Ausnahme nicht mehr der Fall. *FRIEBERGER* nähert sich diesem Problem anhand des bereits erwähnten § 48 AVG. Er macht als Zweck dieser Vorschrift – nachvollziehbarer Weise – den Geheimnisschutz gewisser Umstände ausfindig. Wird § 48 AVG bei der Beweiserhebung verletzt, so vereitle dies „zumindest teilweise“ ihren Zweck, wenn man den – entgegen § 48 AVG und somit rechtswidriger Weise – erhobenen Beweis verwerten würde, zumal man dem Gesetzgeber nicht zusinnen könne, „eine solche Inhaltsleere gewollt zu haben“. *FRIEBERGER* betont die Anwendbarkeit dieses Gedankens auch für jene Konstellationen, in denen die verletzte Rechtsvorschrift nicht nur den Geheimnisschutz, sondern auch andere Zwecke verfolgt, die durch die Beweisverwertung nicht vereitelt werden. Maßgeblich sei nur, dass die Vorschrift nicht ausschließlich anderen Zwecken als dem Geheimnisschutz dient.⁵⁷⁷

Es geht also darum, den Zweck der bei der Beweiserhebung verletzten Vorschrift herauszufinden. Dabei handelt es sich nicht immer um ein leichtes Unterfangen, welches ein trennscharfes Vorgehen gestattet, wie die folgenden Beispiele aus der Judikatur zeigen.⁵⁷⁸ Der VwGH sieht den Zweck der entsprechenden Regelung beispielsweise nicht verletzt bei einer Verwertung von Beweisen, die sich im Zuge von dem Effizienzprinzip widersprechenden Erhebungen ergeben haben,⁵⁷⁹ oder solchen, die von einer unzuständigen Behörde aufgenommen worden sind,⁵⁸⁰ wobei dem VwGH hier noch zu folgen ist, zumal keine der genannten Vorschriften primär die Verhinderung unzulässiger Beweiserhebungen oder Beweisverwertungen bezweckt.

Nicht mehr gefolgt werden kann dem VwGH aber,⁵⁸¹ wenn er meint, die Verletzung einer Verschwiegenheitspflicht begründe kein Beweisverbot⁵⁸² bzw. es bestehe kein Beweisverbot für Zeugenaussagen, die entgegen einer Amtsverschwiegenheitsverpflichtung zustande gekommen sind,⁵⁸³ andererseits aber – für sich betrachtet zutreffend – die Verwertung von gem § 120 StGB strafbaren Tonaufnahmen im Verwaltungsverfahren mit einem Argument für unzulässig erachtet, welches auch für die Unzulässigkeit der (vom VwGH aber zulässig erachteten) Verwertung der Beweise in den zwei zuvor

⁵⁷⁶ Vgl *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 190, FN 650, welche auch noch EGMR JALLOH, Appl No 54810/00 anführen, wonach der EGMR ein Verbot der Verwertung von Beweisen annimmt, die unter Verletzung von Art 3 EMRK gewonnen worden sind. Art 15 Folterübereinkommen unterwirft übrigens nur solche Aussagen einem Beweisverwertungsverbot, die „nachweislich“ durch Folter herbeigeführt worden sind. Das Erfordernis des Nachweises wird den Anwendungsbereich des Beweisverwertungsverbotes wohl einschränken.

⁵⁷⁷ Vgl *FRIEBERGER*, Beweisverbote, 44 ff, der das hier interessierende Unterkapitel in seinem Buch mit „Verwertungsverbot je nach Schutzzweck der verletzten Norm“ überschrieben hat, womit er seine Auffassung treffend auf einen Punkt bringt.

⁵⁷⁸ Vgl zusätzlich auch die Beispiele aus der Judikatur des VwGH und des OGH bei *FRIEBERGER*, Beweisverbote, 46 f.

⁵⁷⁹ Vgl VwGH 29. 5. 1995, 93/10/0093.

⁵⁸⁰ Vgl noch einmal VwGH 26. 6. 2001, 2001/04/0076.

⁵⁸¹ Des Weiteren nicht von *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG II, § 46, RZ 14.

⁵⁸² Vgl VwGH 27. 6. 2002, 99/10/0124.

⁵⁸³ Vgl VwGH 29. 11. 2000, 2000/09/0079.

genannten Erk spräche, nämlich, dass die Bestimmung des § 120 StGB verhindern solle, dass die Äußerung einer Person jemandem zur Kenntnis gelangt, für den sie nicht bestimmt ist.⁵⁸⁴

In Bezug auf Asylverfahren hat der VwGH die Meinung vertreten, dem – vom VwGH nicht in Zweifel gezogenen – Verbot der Übermittlung personenbezogener Daten des Asylwerbers an den behaupteten Herkunftsstaat, könne nicht der Zweck unterstellt werden, die Datenermittlung aus diesem Staat zu unterbinden. Lägen solche, aus der Datenübermittlung des behaupteten Herkunftsstaates stammende, Ermittlungsergebnisse vor, gebe es kein gesetzliches Verbot ihrer Verwertung im Rahmen der freien Beweiswürdigung.⁵⁸⁵

Der AsylIGH schließt sich dieser Ansicht unter Berufung auf das Erk an, „zumal die behauptete ‚Verfolgung‘ im vorliegenden Fall nicht vom Staat ausgegangen sein soll.“⁵⁸⁶ Diesem letzten Halbsatz dürfte allerdings keine die Beweisverwertung einschränkende Wirkung zukommen, da sich für die Annahme einer solchen keinerlei Anhaltspunkte im übrigen Erk ergeben. Jedenfalls ist im Zusammenhang mit der Verwertung von aus dem behaupteten Herkunftsstaat stammenden Informationen das soeben angesprochene Verbot der Verwertung von Aussagen, die iSd Art 15 Folterübereinkommen durch Folter herbeigeführt worden sind, zu beachten. Obgleich sowohl der UBAS als auch der AsylIGH das Folterübereinkommen, genauer gesagt, die Tatsache seiner Ratifizierung, im Rahmen der Beurteilung der Menschenrechtslage im Herkunftsstaat heranziehen,⁵⁸⁷ haben sich weder der UBAS noch der AsylIGH (noch der VwGH) speziell in Hinblick auf Art 15 des Übereinkommens hinsichtlich des Beweisverwertungsverbotes geäußert.

In einem anderen Erk stellt der AsylIGH fest, dass eine Art 8 Abs 1 Eurodac-VO widersprechende erkundungsdienstliche Behandlung eines Unter-14-Jährigen zwar rechtswidrig sein möge, dies aber die Behörde, das BAA, und „das erkennende Gericht“, den AsylIGH, nicht daran hindere, das „darauf fußende Beweisergebnis im Verfahren zu verwerten, zumal das AVG kein Beweisverwertungsverbot für rechtswidrig zu Stande gekommene Beweismittel kennt“.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ Vgl VwGH 5. 7. 2003, 91/10/0130.

⁵⁸⁵ Vgl VwGH 29. 3. 2001, 2000/20/0458.

⁵⁸⁶ So AsylIGH 11. 1. 2010, D14 313241-4/2009. Weiters auf VwGH 29. 3. 2001, 2000/20/0458 Bezug nehmend AsylIGH 8. 6. 2010, D6 245864-0/2008.

⁵⁸⁷ Vgl zB AsylIGH 2. 8. 2010, E2 414479-1/2010 in Bezug auf die Lage in der Türkei.

⁵⁸⁸ Vgl AsylIGH 29. 6. 2009, S18 406909-1/2009.

Schließlich sei die Behörde nicht gehindert, „Angaben der Ehefrau des Beschwerdeführers bei der Anzeigeerstattung auch dann zu verwerten, wenn sie in der Folge – im gerichtlichen Strafverfahren – von ihrem Entschlagungsrecht Gebrauch gemacht hat.“⁵⁸⁹ Ähnlich gelagert ist der Sachverhalt in einem Erk des AsylGH, demzufolge die Behauptung der „Nichtberücksichtigung eines Entschlagungsrechtes von Ehegatten in der Aussage und der Gegenüberstellung beider Ehegattenakten ohne deren Zustimmung durch die Erstbehörde“, unabhängig davon, dass das AsylG 1997 ein Entschlagungsrecht der Ehegatten hinsichtlich der Aussage in ihren jeweiligen eigenen Asylverfahren im Rahmen eines Familienverfahrens nicht vorsehe⁵⁹⁰ und auch das AVG in § 49 ein Entschlagungsrecht nur hinsichtlich Zeugen normiere, vor dem Hintergrund der ohnehin mangelnden Asylrelevanz des Fluchtvorbringens nicht geeignet gewesen sei, einen positiven Verfahrensausgang zu erreichen.⁵⁹¹

Daraus wäre zu schließen, dass im Falle der Existenz eines derartigen Entschlagungsrechtes, die Verwertung von Beweisen, welche entgegen dem Entschlagungsrecht, sohin rechtswidrig, gewonnen worden sind, zulässig wäre. Dies gälte natürlich umso mehr, als ein solches Entschlagungsrecht nicht besteht, womit im Ergebnis kein Verfahrensmangel vorläge. Soweit entspricht die Judikatur des AsylGH jener des VwGH. Weshalb der AsylGH allerdings an dieser Stelle die (mangelnde) Asylrelevanz ins Spiel bringt, erschließt sich mir nicht. Die Zulässigkeit der Verwertung auch rechtswidrig aufgenommener Beweise hängt von den bereits genannten Kriterien,⁵⁹² aber wohl mitnichten von einer etwaigen Asylrelevanz des Vorbringens des Asylwerbers ab.⁵⁹³

FRIEBERGER, der sich diesem Problem eingehender widmet, offeriert im Rahmen seiner Darstellung der verfassungs- und einfachgesetzlichen Beweisverbote des österreichischen Rechtes einen systematisierenden Ansatz. Was beispielsweise das Vernehmungsverbot des § 48 Z 3 AVG betrifft, stellt er darauf ab, ob es durch die Verwertung des rechtswidriger Weise aufgenommenen Beweises zu einer Beeinträchtigung der von der Vorschrift geschützten Interessen, dh jene entweder der jeweiligen Gebietskörperschaft oder der Person, auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, käme. Diese Gefahr der Beeinträchtigung könne allerdings nur mehr dann bestehen, wenn durch die Verwertung „in einem über das bei der Erhebung bereits angerichtete Ausmaß hinausgehenden Maß in die geschützten Interessen [...] an der Geheimhaltung eingegriffen würde.“⁵⁹⁴

⁵⁸⁹ Vgl VwGH 22. 2. 2010, 2009/03/0145.

⁵⁹⁰ Ebenso wenig wie übrigens auch das AsylG 2005.

⁵⁹¹ Vgl AsylGH 8. 2. 2010, B9 259057-0/2008.

⁵⁹² Siehe dazu FN 575 und auch den nächsten Absatz.

⁵⁹³ Vgl HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 46, RZ 14 f für einige Anhaltspunkte aus der VwGH-Judikatur hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der Verwertung rechtswidrig gewonnener Beweise.

⁵⁹⁴ Vgl *FRIEBERGER*, Beweisverbote, 161 f.

Den Zweck des Zeugnisentschlagungsrechtes gem § 49 Abs 1 Z 1 AVG sieht *FRIEBERGER* im Schutz des Zeugen und nicht der Partei, weshalb die Verwertung einer entgegen dieser Bestimmung aufgenommenen Zeugenaussage nur dann ihrem Zweck widerspräche, „wenn durch die Beweisverwertung eine Verletzung der geschützten Interessen des Zeugen erfolgte.“⁵⁹⁵ In die gleiche Richtung gehen auch die Ausführungen *FRIEBERGERS* zum Entschlagungsrecht des berufsmäßigen Parteienvertreters gem § 49 Abs 2 AVG. Da diese Bestimmung dem Geheimhaltungsschutz des Vertretenen diene, dürften entgegen dem Vernehmungsverbot aufgenommene Aussagen des Vertreters nicht verwertet werden, sofern der Vertretene ein Interesse an der Geheimhaltung hat.⁵⁹⁶

Unterm Strich hebt sich der systematische, konsequent den Zweck der jeweiligen Norm beachtende Ansatz *FRIEBERGERS* positiv von der einigermaßen inkonsistenten und manchmal apodiktisch anmutenden Judikatur des VwGH und des diesem folgenden AsylGH ab.

⁵⁹⁵ Vgl *FRIEBERGER*, Beweisverbote, 171.

⁵⁹⁶ Vgl *FRIEBERGER*, Beweisverbote, 180 f.

VI.B.7. Grundsatz der Unmittelbarkeit

VI.B.7.a) Die im Verwaltungsverfahren geltende Mittelbarkeit der Beweisaufnahme

Thematisch eng miteinander verflochten sind die beiden Grundsätze der Unbeschränktheit der Beweismittel und der Mittelbarkeit der Beweisaufnahme. Im allgemeinen Verwaltungsverfahren müssen die behördlichen Organe die Beweise nicht selbst, also unmittelbar, aufnehmen, sondern können sich gem § 55 Abs 1 S 1 ST 1 und 2 AVG hierzu – mittelbar – auch ersuchter, beauftragter oder einzelner dazu bestimmter amtlicher Organe bedienen. Auch für die Berufungsbehörde gelte dasselbe, nämlich, dass „eine Beweiserhebung durch ersuchte Behörden und Organe möglich ist“⁵⁹⁷. In einem Erk fasst der VwGH dahingehend zusammen, dass es grundsätzlich nicht unzulässig sei, die in einem anderen Verfahren gewonnenen Ermittlungsergebnisse zu berücksichtigen.⁵⁹⁸ Dadurch, dass der Gerichtshof zur Stützung seiner Aussage den Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel gem § 46 AVG bemüht, wird deutlich, wie eng dieser Grundsatz mit jenem der Mittelbarkeit der Beweisaufnahme zusammenhängt.

VI.B.7.b) Formlose Erhebungen

Des Weiteren gestattet § 55 Abs 1 S 1 ST 3 AVG „die Ersetzung oder Ergänzung von (förmlichen) Beweisaufnahmen durch sonstige (formlose) Erhebungen“, so zB die formlose behördliche Befragung von Personen⁵⁹⁹ oder bloße Erkundungen über bei anderen Stellen aufliegenden Informationen⁶⁰⁰. Noch mehr als bei mittelbaren Beweisaufnahmen „ieS“, dh bei solchen gem S 1 ST 1 und 2 leg cit, ist mE bei formlosen Erhebungen iSd ST 3 leg cit die Subsumtion primär unter den Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel und nicht unter den Grundsatz der Mittelbarkeit angebracht, zumal eine (wenn auch) formlose Erhebung in Gestalt einer formlosen Befragung einer Person einem sonstigen Beweismittel iSd § 46 AVG näher zu sein scheint, als einer mittelbaren Beweisaufnahme „ieS“ in Gestalt zB einer Zeugenbefragung durch eine andere Behörde. Aufgrund der Gesetzessystematik sollen die formlosen Erhebungen aber unter der Ägide des Mittelbarkeitsgrundsatzes behandelt werden. An der inhaltlichen Beurteilung der formlosen Erhebungen ändert die Eingliederung ohnedies nichts.

⁵⁹⁷ Vgl VwGH 22. 10. 2008, 2005/06/0230.

⁵⁹⁸ Vgl VwGH 19. 6. 2002, 2002/05/0111 und generell zur Berücksichtigung von Ermittlungsergebnissen aus anderen Verfahren oben VI.B.6.c).

⁵⁹⁹ Vgl VwGH 17. 10. 2008, 2007/12/0203 und 24. 2. 2006, 2003/12/0070.

⁶⁰⁰ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 55, RZ 8.

Obwohl der VwGH formlose Erhebungen als sonstiges Beweismittel iSd § 46 AVG qualifiziert, scheint er ihre Tauglichkeit als für die Sachverhaltsfeststellung geeignetes Instrument und damit ihre Zulässigkeit im Beweisverfahren gewissen Anforderungen zu unterwerfen und sie daher insgesamt „strenger“ zu beurteilen, als die förmlichen Beweise iSd §§ 47 ff AVG. So qualifiziert er die Stellungnahme des Vertrauensanwaltes einer österreichischen Botschaft im Heimatland des Asylwerbers, wenngleich nicht als Sachverständigenbeweis iSd § 52 AVG, so doch immerhin als sonstiges Beweismittel iSd § 46 AVG, wobei allerdings bei sonstiger Fehlerhaftigkeit der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sei, dass der Vertrauensanwalt im Gegensatz zu einem Sachverständigen iSd § 52 AVG nicht persönlich zur Verantwortung gezogen werden kann.⁶⁰¹ Die auch in diesem Erk geforderte Zweckdienlichkeit der Aufnahme des sonstigen Beweismittels iSd § 46 AVG wird vom VwGH „dahingehend präzisiert, dass sich die Behörde in Fällen, die nicht weiter strittig sind, mit einer formlosen Befragung als Beweismittel begnügen kann. Wo aber widersprechende Beweisergebnisse vorliegen und der Beweiswürdigung besondere Bedeutung zukommt, ist es im Interesse der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht zulässig, sich mit solchen Befragungen zu begnügen.“⁶⁰² In diesem Sinne hat er auch ausgesprochen, dass ein Schreiben des österreichischen Honorarkonsuls in Freetown die Wiedergabe privater Wahrnehmungen darstelle, welches zur Verfügung stehende Informationsmöglichkeiten, insbes Berichte der mit Flüchtlingsfragen befassten internationalen Organisationen nur ergänzen, nicht aber ersetzen könne.⁶⁰³

Wohl ganz im Sinne einer größtmöglichen Verwirklichung des Grundsatzes der materiellen Wahrheit sprechen sich *HENGSTSCHLÄGER/LEEB* dafür aus, dass jemand, der gem § 48 AVG als Zeuge vernommen werden kann, nicht als Auskunftsperson iSd § 46 AVG befragt werden dürfe, da sonst die §§ 47 ff AVG umgangen würden,⁶⁰⁴ womit sie, im Gegensatz zum VwGH, der an sonstige Beweismittel iSd § 46 AVG lediglich strengere Anforderungen stellt, zumindest im Bereich der Zeugeneinvernahme, für eine bloß subsidiäre Heranziehung von sonstigen Beweismitteln plädieren dürften.

⁶⁰¹ Vgl VwGH 17. 10. 2006, 2003/20/0021 und so bereits auch schon VwGH 8. 4. 2003, 2002/01/0438, vgl oben FN 561. In die gleiche Stoßrichtung weist auch VwGH 17. 10. 2008, 2007/12/0203, wonach an die Form der Einvernahme – formlose Befragung als Auskunftsperson einerseits oder Zeugeneinvernahme iSd §§ 48 ff AVG andererseits – unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft sein könnten. „So trifft z.B. nur den Zeugen eine durch Strafsanktion gesicherte Wahrheitspflicht.“ Dieses Faktum wird die Behörde wohl im Rahmen der Prüfung der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen, also im Rahmen der freien Beweiswürdigung, berücksichtigen müssen. In Hinblick auf die Notwendigkeit der Aufnahme eines Zeugenbeweises führt der VwGH im Erk weiter aus, dass die „Einvernahme einer Person, auf deren Aussage sich die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung stützen will, als Zeuge“ für den Fall geboten sei, „dass die Partei des Verwaltungsverfahrens sich nicht bloß darauf beschränkt, ohne Angaben von Gründen ihr vorgehaltene Ermittlungsergebnisse als unrichtig zu erklären, [...] um die in der Aussage mitgeteilten Tatsachen im Rahmen der freien Beweiswürdigung zum maßgebenden Sachverhalt zu erheben.“

⁶⁰² Vgl VwGH 19. 11. 2002, 2001/12/0065.

⁶⁰³ Vgl VwGH 8. 4. 2003, 2002/01/0060.

⁶⁰⁴ Vgl *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 46, RZ 11 und weiters *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 190. Kritisch auch *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 329.

VI.B.7.c) Fälle einer gesetzlich angeordneten Unmittelbarkeit

Der mit „Unmittelbarkeit des Verfahrens“ titulierte § 10 Abs 1 AsylGHG drückt den im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit etablierten Grundsatz aus, demgemäß das zur Entscheidung berufene Organ an der vorangegangenen Verhandlung teilgenommen haben muss. Die Materialien enthalten zur Auslegung dieser Bestimmung nur Offenkundiges, nämlich, dass die Bestimmung § 67f Abs 1 AVG entspreche.⁶⁰⁵ Ebenso wie § 67f AVG ist auch § 10 AsylGHG (unter anderem) mit Unmittelbarkeit, und zwar jener des „Verfahrens“, überschrieben. Der hier als inhaltlicher Gegenpart auszumachende § 55 AVG ist allerdings mit „Mittelbare Beweisaufnahmen und Erhebungen“ überschrieben. Dafür, dass § 67f AVG und § 10 AsylGHG einerseits und § 55 AVG andererseits zwei Seiten der gleichen Medaille sind, dh die Frage klären, ob das entscheidende Organ (idR) ident sein muss mit jenem, das auch an der Verhandlung teilgenommen und davor bzw währenddessen auch die Beweise erhoben hat, spricht schon der Umstand, dass die Beweisaufnahme und das Abhalten einer mündlichen Verhandlung, abgesehen davon, dass ersteres zu einem guten Teil während der Abhaltung letzterer erfolgt, (unter anderem) demselben Zweck, nämlich der Erforschung der materiellen Wahrheit, dienen.⁶⁰⁶

Es stellt sich nun die Frage, inwieweit vor dem Hintergrund von § 10 Abs 1 AsylGHG iVm § 67f Abs 1 AVG das in den beiden letzten Unterkapiteln Gesagte auch auf das Verfahren vor dem AsylGH Anwendung findet. Ob die UVS die Pflicht treffe, Beweise in der Verhandlung (prinzipiell) selbst aufzunehmen, wird vom Schrifttum in Auslegung des § 67f Abs 1 AVG und dessen Beziehung zu § 55 AVG größtenteils bejaht.⁶⁰⁷ Wenn lediglich alle Beweisergebnisse in der Verhandlung mit den Parteien erörtert werden müssten, bestünde nämlich eine Rechtslage wie im normalen Administrativverfahren, eine Auslegung, welche der Wendung „auf Grund der Verhandlung“ in § 67g Abs 1 AVG iVm § 67f Abs 1 AVG nicht die gebührende Bedeutung zumessen würde. Im Ergebnis dürfe daher der UVS die Aussagen von Beteiligten, Zeugen und Sachverständigen nur dann zur Grundlage seiner Entscheidung machen, wenn diese einer Verhandlung beigezogen worden sind.⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ Vgl AB 2007, 3.

⁶⁰⁶ Auch ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 175 verknüpft die beiden Bestandteile des Ermittlungsverfahrens – die Beweisaufnahme und die Verhandlung – insofern, als er festhält, der verfahrensrechtliche Grundsatz der Unmittelbarkeit bedeute, dass das zur Entscheidung berufene Organ an der Beweisaufnahme selbst teilnimmt. Auch für SCHMID, Verfahrensrecht, 109 beziehe sich die für „gerichtsförmige Verfahren typische Unmittelbarkeit“ gem § 67f Abs 1 AVG auf die Beweisaufnahme.

⁶⁰⁷ Vgl die Meinungsübersicht bei HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67f, RZ 6 ff.

⁶⁰⁸ HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67f, RZ 8 f tätigen diese Aussage unter Berufung auf THIENEL, Verfahren, 119, GRABENWARTER, Verfahrensgarantien, 653, WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 330 und ENNÖCKL, Maßnahmenbeschwerde, 81. Lediglich PESENDORFER, ÖJZ 2002, 525 f spricht sich für die Zulässigkeit der mittelbaren Beweisaufnahme aus. Die Berufung von HENGSTSCHLÄGER/LEEB auf WALTER/MAYER, aaO zur Stützung der These, der UVS müsse aufgrund von § 67f Abs 1 AVG prinzipiell die Beweise in der Verhandlung selbst aufnehmen, erscheint mE allerdings nicht völlig stichhaltig. WALTER/MAYER, aaO betonen nämlich zunächst, dass § 67f AVG „nicht aber die mittelbare Aufnahme von Beweisen durch den UVS“ ausschließe, sondern eben nur die Auswechslung der Mitglieder des UVS. Gleichsam als Ausnahme von dieser Grundregel halten die Autoren fest, dass sich eine Einschränkung der mittelbaren Beweisaufnahme (lediglich) dann ergebe, „wenn eine

THIENEL spricht sich für eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 55 AVG auch in Verfahren vor den UVS aus, allerdings mit wesentlichen Beschränkungen.⁶⁰⁹ Er stützt seine Argumentation zunächst auf § 67f Abs 3 AVG idF BGBl I 1991/51, welcher durch BGBl I 1998/158 „in den ersten Absatz des neuen §67g integriert“⁶¹⁰ worden ist und sich somit noch voll in Geltung befindet. Durch diese Bestimmung komme zum Ausdruck, dass bei Bescheiderlassung „nur auf das Bedacht genommen werden darf, was in der mündlichen Verhandlung behandelt wurde.“ Des Weiteren führt *THIENEL*, aaO § 67d Abs 1 S 2 AVG idF BGBl I 1991/51 an, wonach zur Verhandlung „die Parteien und die anderen zu hörenden Personen, insbesondere Zeugen und Sachverständige, zu laden“ gewesen sind. Dies führe dazu, dass die „Einvernahme dieser Personen durch andere Behörden im Wege einer mittelbaren Beweisaufnahme [...] damit ausgeschlossen“ sei. Obwohl dieser S 2 leg cit durch die Novelle BGBl I 1998/158 entfernt worden ist, dürfte sein Inhalt weiterhin Geltung beanspruchen, zumal besagte Regelung (lediglich) „im Hinblick auf die allgemeinen Regelungen des AVG über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§§ 40 bis 44) entfallen“ und dadurch der „Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens“ nicht berührt worden sei.⁶¹¹

Der VwGH hat sich zur Frage, inwieweit § 67f Abs 1 AVG mittelbare Beweisaufnahmen iSd § 55 AVG untersagt, noch nicht geäußert. Er hat bloß festgehalten, dass der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Verwaltungsverfahren nur im Rahmen des § 67f AVG, dh vor den UVS, nicht aber vor monokratischen Behörden, gelte.⁶¹²

Es finden sich allerdings auch in anderen Gesetzen Regelungen betreffend die „Unmittelbarkeit des Verfahrens“, so zB § 51i VStG. Regelmäßig judiziert der VwGH im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens, zu dessen Führung gem § 51 Abs 1 VStG in zweiter Instanz die UVS berufen sind, dass eine Zeugeneinvernahme im „Amtshilfeweg“ bzw „Rechtshilfeweg“ eine bloß mittelbare Beweisaufnahme darstelle, welcher der Unmittelbarkeitsgrundsatz entgegenstehe;⁶¹³ „Kernstück des Verfahrens vor den unabhängigen Verwaltungssenaten ist jedoch die durchzuführende öffentliche Verhandlung mit unmittelbarer Beweisaufnahme im Sinne der §§ 51g Abs. 1 und 51i VStG.“⁶¹⁴ In einem anderen Erk betont der VwGH, dass kein relevanter Verfahrensmangel vorliege, „zumal die belangte Behörde ihre Feststellungen in erster Linie – zutreffend dem in § 51i VStG grundgelegten Unmittelbarkeitsgrund-

Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung besteht (§ 67d AVG), bei der das Beweisverfahren grundsätzlich abzuwickeln ist (§ 40 Abs 1 AVG). Ist aber keine Verhandlung durchzuführen, da einer der in § 67d AVG enthaltenen Tatbestände, welche dies vorsehen, gegeben ist, stellt sich die Frage nach einer unmittelbaren Beweisaufnahme in der Verhandlung ohnehin nicht.

⁶⁰⁹ Vgl *THIENEL*, Verfahren, 118 ff.

⁶¹⁰ So AB 1167 BlgNR XX. GP [AB 1998], 39.

⁶¹¹ Vgl AB 1998, 38.

⁶¹² Vgl VwGH 18. 2. 1999, 98/20/0020 und weiters 22. 4. 1998, 97/01/0224.

⁶¹³ Vgl VwGH 22. 4. 2010, 2010/09/0063 und 16. 10. 2008, 2008/09/0232 und des Weiteren VwGH 29. 11. 2000, 98/09/0260 und 98/09/0310 dD.

⁶¹⁴ So VwGH 4. 9. 2006, 2006/09/0074. Vgl weiters VwGH 7. 7. 1999, 97/09/0323.

satz folgend – auf die von ihr selbst in den öffentlichen mündlichen Verhandlungen aufgenommenen Beweise gegründet hat.“⁶¹⁵

In diesem Sinn erklärt der VwGH, dass die belangte Behörde zufolge § 126 Abs 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz⁶¹⁶ [BDG] und des darin verankerten Unmittelbarkeitsgrundsatzes nicht nach der Aktenlage, sondern ausschließlich auf Grund von Ergebnissen, die in einer von ihr unmittelbar durchgeführten mündlichen Verhandlung vorgekommen sind, beurteilen dürfe.⁶¹⁷

Ein auf andere Weise formulierter Unmittelbarkeitsgrundsatz findet sich in § 13g Abs 5 Behinderten-einstellungsgesetz⁶¹⁸ [BEinstG]. Der VwGH hat erklärt, dass im Verfahren vor der Berufungskommision beim Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales nach § 13a BEinstG insofern der Grundsatz der Unmittelbarkeit gelte, als Zeugen und Sachverständige in einer mündlichen Verhandlung anzuhören seien, an der alle Mitglieder der Behörde, die den Bescheid beschließen, teilzunehmen haben.⁶¹⁹ In dieses Muster fügen sich auch jene Erk des VwGH, die sich zum Unmittelbarkeitsgrundsatz gem § 67f AVG äußern, also feststellen, dass dem Erfordernis des § 67f Abs 1 AVG insofern Rechnung getragen worden sei, als die Entscheidung von dem Mitglied des UVS getroffen worden ist, welches auch an der Verhandlung teilgenommen hat.⁶²⁰

Stellt man nun die beiden vorgestellten Typen der Unmittelbarkeitsgrundsätze gegenüber, so hat man auf der einen Seite § 67f Abs 1 AVG, § 10 Abs 1 AsylGHG und § 13g Abs 5 BEinstG, deren Wortlaut festlegt, dass im Falle der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung nur von jenen Organwaltern getroffen werden kann, die an dieser Verhandlung teilgenommen haben. Demgegenüber verlangen § 51i VStG und § 126 Abs 1 BDG, dass im Falle der Durchführung einer Verhandlung bei Fällung des Erk nur auf das Rücksicht zu nehmen ist, was in dieser Verhandlung vorgekommen ist. Auch der VwGH trägt – wie dargestellt – den unterschiedlichen Gesetzeswortlauten in seiner Judikatur Rechnung. Zieht man nun insbes § 67f Abs 1 AVG einerseits und § 51i VStG andererseits in Betrachtung, so scheint es angesichts der unterschiedlichen Formulierung und vor allem auch des

⁶¹⁵ So VwGH 1. 7. 2010, 2006/09/0112. Vgl weiters VwGH 15. 9. 2004, 2001/09/0075: „Die Aufnahme und Verwertung der im Rahmen der mündlichen Verhandlung nur telefonisch erstatteten Mitteilung des Revierinspektors W (wonach es sich bei der Festnahme der beiden Ausländer um die einzige Aktion dieser Art im Juli 1995 gehandelt habe) entsprechen zwar angesichts des Umstandes, dass keine Gründe ersichtlich sind, die einer unmittelbaren Einvernahme dieses Zeugen entgegen gestanden wären, nicht den §§ 51g und 51i VStG.“

⁶¹⁶ Bundesgesetz vom 27. Juni 1979 über das Dienstrecht der Beamten (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 – BDG 1979) BGBl 1979/333 idF BGBl I 2010/111.

⁶¹⁷ Vgl VwGH 25. 5. 2005, 2002/09/0019 sowie weiters 24. 1. 2008, 2005/09/0167 und 21. 1. 2005, 2003/09/0092. Vgl ferner VwGH 22. 6. 2005, 2002/09/0007.

⁶¹⁸ Behinderteneinstellungsgesetz BGBl 1970/22 idF BGBl I 2011/7.

⁶¹⁹ Vgl VwGH 29. 9. 1999, 99/11/0182.

⁶²⁰ Vgl VwGH 24. 4. 2003, 2000/09/0167 oder 6. 11. 2002, 2002/02/0125.

selben Zeitpunktes der Erlassung der Bestimmungen⁶²¹ doch sehr unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber dasselbe ausdrücken hat wollen.

Geht man also von einer Wortlaut- und systematischen Interpretation von § 67f AVG und § 51i VStG sowie von der dazu ergangenen Rechtsprechung des VwGH aus, so ist es meist zutreffend den Inhalt von § 67f Abs 1 AVG (und sinngemäßer Regelungen, wie insbes § 10 Abs 1 AsylIGHG) mit „personeller Unmittelbarkeit“ zu charakterisieren, wie es auch ein Beschwerdeführer vor dem VwGH getan hat.⁶²² Unter den gleichen Umständen wäre der Regelungsinhalt von § 51i VStG (und sinngemäßer Regelungen) als die „sachliche Unmittelbarkeit“ zu qualifizieren.

Kraft des (negativen) Verweises in § 24 VStG gilt im Verwaltungsstrafverfahren abgesehen von der Unmittelbarkeit gem § 51i VStG auch jene gem § 67f Abs 1 AVG; im Verwaltungsverfahren gilt aber ausschließlich die „personelle Unmittelbarkeit“ gem § 67f Abs 1 AVG, womit im Ergebnis im Verwaltungsstrafverfahren strengere Maßstäbe an die Unmittelbarkeit gelegt würden, als im AVG-Verfahren. In letzter Konsequenz wäre daher im Verfahren nach VStG auch eine mittelbare Beweisaufnahme gem § 55 AVG – obwohl nicht gem § 24 VStG im Verwaltungsstrafverfahren ausgeschlossen – nahezu ausgeschlossen, während im AVG-Verfahren dafür noch (mehr) Platz bliebe.

Da aber andererseits – wie bereits weiter oben in diesem Unterkapitel dargestellt – gute Gründe dafür sprechen, die Unmittelbarkeit gem § 67f Abs 1 AVG (vor allem) auch auf die Beweisaufnahme, und damit auf das zu beziehen, was hier unter „sachlicher Unmittelbarkeit“ bezeichnet worden ist, ist – wenngleich die Wortlaut- und die systematische Interpretation auch Anhaltspunkte für das Gegen teil böten – im Ergebnis davon auszugehen, dass (nicht nur § 51i VStG, sondern) auch § 67f Abs 1 AVG die Pflicht normiert, Beweise durch das entscheidende Organ in der Verhandlung (prinzipiell) selbst aufzunehmen.⁶²³ ⁶²⁴

⁶²¹ §§ 67a ff AVG sind am 6. Juni 1990 durch BGBl 1990/357 eingefügt worden, §§ 51a ff VStG am selben Tag durch BGBl 1990/358.

⁶²² Vgl VwGH 24. 4. 2003, 2000/09/0167.

⁶²³ In diesem Unterkapitel interessiert also vor allem die „sachliche Unmittelbarkeit“, während die „personelle Unmittelbarkeit“ weiter unten, siehe VI.H.4, im Rahmen der Darstellung der Entscheidung des AsylGH erörtert wird.

⁶²⁴ In diese Richtung weist auch VwGH 24. 3. 1999, 98/11/0091. Dieses Urteil ist bemerkenswert, da es den Wert einer „sachlich“ unmittelbaren Beweisaufnahme im Verfahren vor den UVS, und zwar im Anwendungsbereich von § 67f Abs 1 AVG – ohne diese Bestimmung allerdings ausdrücklich zu nennen – hervorhebt. Aussprüche derlei Inhalts beziehen sich in der VwGH-Judikatur nämlich nahezu immer auf Unmittelbarkeitsregelungen nach dem Muster von § 51i VStG. Demnach sei „eine unmittelbar vor der Behörde abgelegte Zeugenaussage und die damit verbundene Möglichkeit, sich durch persönliche Wahrnehmung ein Bild von der Glaubwürdigkeit der Aussagen machen zu können, in höherem Maß zur Ermittlung der materiellen Wahrheit geeignet [...] als die Lektüre von Niederschriften über im Rechtshilfsweg eingeholte Aussagen.“

VI.B.7.d) Die vor dem AsylGH geltende Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

Vor dem Hintergrund, dass § 67f Abs 1 AVG und damit auch § 10 Abs 1 AsylGHG Ausdruck des Grundsatzes einer möglichst unmittelbaren Beweisaufnahme sind, ist nun zu analysieren, inwieweit die einzelnen Teilbestimmungen des § 55 AVG im Verfahren vor dem AsylGH Anwendung finden. § 55 Abs 1 S 1 ST 1 und 2 und Abs 2 AVG, die eine mittelbare Beweisaufnahme „ieS“ ermöglichen sollen, dürften aus diesem Grund im Verfahren vor dem AsylGH überhaupt nicht anwendbar sein.⁶²⁵ Nicht mehr abgelehnt werden kann mE allerdings die Anwendbarkeit von § 55 Abs 1 S 2 AVG, der die Aufnahme eines Augenscheines durch einen Amtssachverständigen außerhalb der Verhandlung vorsieht, sowie von § 55 Abs 1 S 1 ST 3 AVG betreffend sonstige Erhebungen.⁶²⁶

Wie sich der VwGH und der AsylGH zur Zulässigkeit von sonstigen Beweismitteln iSd § 46 AVG sowie von den damit eng verwandten formlosen Erhebungen iSd 55 Abs 1 S 1 ST 3 AVG geäußert haben, ist bereits oben dargestellt worden.⁶²⁷ Abgesehen von den damit angesprochenen Erk, hat sich der AsylGH des Weiteren wie folgt zu mittelbaren Beweisaufnahmen geäußert, wobei er deren Zulässigkeit nicht allzu streng beurteilen dürfte.

So hält er in Auslegung von § 19 Abs 2 S 1 AsylG 2005 fest, diese Bestimmung normiere zwar, dass, soweit dies ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich ist, der Asylwerber persönlich von dem zur jeweiligen Entscheidung berufenen Organ des BAA einzuvernehmen ist. „Mit dieser Bestimmung soll dem Gedanken der Unmittelbarkeit Rechnung getragen werden.“ Daran schließt sich allerdings die Aussage, § 19 AsylG 2005 schließe „somit nicht aus, dass gem. § 55 AVG während des Verfahrens mittelbare Beweisaufnahmen und Erhebungen ua durch einzelne dazu bestimmte amtliche Organe vorgenommen werden können, die der beauftragenden Behörde zuzurechnen sind.“⁶²⁸

⁶²⁵ Vgl zu mittelbaren Beweisaufnahmen „ieS“ oben VI.B.7.a).

⁶²⁶ Vgl zu sonstigen „formlosen“ Erhebungen oben VI.B.7.b) mit einigen, Asylverfahren betreffende, Beispielen aus der VwGH-Judikatur.

⁶²⁷ Vgl oben VI.B.6.c) zur Rechtsprechung des VwGH und des AsylGH zu sonstigen Beweismitteln iSd § 46 AVG sowie VI.B.7.b) zur Rechtsprechung (nur) des VwGH zu formlosen Erhebungen iSd 55 Abs 1 S 1 ST 3 AVG.

⁶²⁸ Vgl AsylGH 26. 1. 2010, S21 313728-5/2010.

Damit äußert sich der AsylGH zur Zulässigkeit von mittelbaren Beweisaufnahmen im Bereich der Einvernahme vor dem BAA gem § 19 Abs 2 S 1 AsylG 2005, welche prinzipiell, dh „soweit dies ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich ist“,⁶²⁹ unmittelbar, also „von dem zur jeweiligen Entscheidung berufenen Organ“, zu erfolgen hat.⁶³⁰

Die bereits erwähnte Regel, wonach als sonstige Beweismittel iSd § 46 AVG infolge des Grundsatzes der Unbeschränktheit der Beweismittel auch Ermittlungsergebnisse anderer Verfahren in Betracht kämen, hat der VwGH im Rahmen der Behandlung von Beschwerden gegen Bescheide von Behörden geprägt, welche ausnahmslos der in § 67f Abs 1 AVG normierten Unmittelbarkeit nicht unterliegen und welche daher § 55 AVG unbeschränkt anwenden dürfen.⁶³¹ Zu Beschwerden gegen Bescheide von UVS hat sich der VwGH dahingehend nicht geäußert. Allerdings hat der VwGH im Asylverfahren gewisse Fälle von formlosen Erhebungen iSd § 55 Abs 1 S 1 ST 3 AVG als sonstiges Beweismittel iSd § 46 AVG qualifiziert,⁶³² sodass es zumindest nicht ausgeschlossen scheint, auch Ermittlungsergebnisse anderer Verfahren unter Berufung auf diese, sich auf jene Bestimmungen beziehende, Rechtsprechung im Verfahren vor dem AsylGH als zulässiges Beweismittel anzusehen.

Was die Rechtsprechung des AsylGH anbelangt, ist kein Ausspruch auszumachen, in dem sich der Gerichtshof deutlich zur Frage der Verwertbarkeit von aus anderen Verfahren stammenden Ermittlungsergebnissen äußert. Der AsylGH ist lediglich, aber immerhin, dem Einwand des Beschwerdeführers, „das erste Asylverfahren“ sei „bereits geschlossen“ und besitze folglich keine Relevanz mehr, unter Hinweis „auf die Unbeschränktheit der Beweismittel zum Zweck der umfassenden Beurteilung der Glaubhaftigkeit des gesamten Fluchtvorbringens“ entgegen getreten.⁶³³

Zum besseren Verständnis sei kurz der dem Erk zugrundeliegende Sachverhalt skizziert. Das „erste Asylverfahren“, auf das sich der Beschwerdeführer bezieht, ist vom UBAS am 28. Februar 2001 wegen Abwesenheit des Beschwerdeführers gem § 30 Abs 1 AsylG 1997 eingestellt worden. Den zweiten Asylantrag hat der Beschwerdeführer unter einer geänderten Identität am 16. November 2004 beim BAA eingebracht. Gegen die Abweisung dieses Asylantrages durch das BAA hat der Beschwerdeführer am 1. Dezember 2006 beim UBAS berufen; seit 1. Juli 2008 ist für die Behandlung der nunmehrigen Beschwerde der AsylGH zuständig gewesen.

⁶²⁹ Vgl zum Erfordernis des Vorliegens eines unverhältnismäßigen Aufwandes als Voraussetzung für das Abgehen von der Unmittelbarkeit VwGH 17. 10. 2006, 2005/20/0198, durch welches Erk der VwGH den Bescheid des UBAS aufgehoben hat, da sich dieser mit der Tatsache der unzureichenden Belegung des unverhältnismäßigen Aufwandes seitens des BAA selbst nicht hinreichend auseinander gesetzt hat.

⁶³⁰ Auch RV 2005, 44 und PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 329 gehen von einer prinzipiellen Unmittelbarkeit der Einvernahme durch den entscheidungsbefugten Organwalter des BAA aus.

⁶³¹ Vgl zu den angesprochenen Beispielen aus der Judikatur oben VI.B.6.c).

⁶³² Vgl oben VI.B.7.b).

⁶³³ Vgl AsylGH 9. 6. 2009, C9 220922-7/2008.

Die Schnittstelle zwischen den beiden Verfahren ist nicht beim Zeitpunkt der Einstellung am 28. Februar 2001, sondern bei jenem Zeitpunkt zu sehen, zu dem das Verfahren nicht mehr fortzusetzen gewesen ist, also gem § 30 Abs 2 S 3 AsylG 1997 drei Jahre später, am 28. Februar 2004. Ab diesem Zeitpunkt ist eine Fortsetzung des ersten Verfahrens nicht mehr möglich gewesen, es hat für die Durchführung eines Asylverfahrens eines neuen Antrages bedurft.⁶³⁴ Damit scheint klar, dass das rechtskräftig abgeschlossene erste Asylverfahren als anderes Verfahren bzw die Ermittlungsergebnisse daraus als solche eines anderen Verfahrens zu bewerten sind.

In Replik auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Verletzung des Rechtes auf den gesetzlichen Richter iSd Art 83 Abs 2 B-VG infolge Unterbleibens einer weiteren mündlichen Verhandlung vor dem AsylGH, hält dieser in einem weiteren Erk „lediglich ergänzend“ fest, „dass hinsichtlich anderer als der Zeugen-, Sachverständigen- und Beteiligtenbeweise (wie bspw. die getätigte Botschaftsanfrage beim Konsulat in Abuja, welches als Behörde des Außenministeriums zu bezeichnen ist), wie auch bei Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung, mittelbare Beweisaufnahmen gem. § 55 AVG unter Wahrung des Parteiengehörs in Betracht kommen“, wobei er sich zur Stützung seiner Aussage auf *HENGSTSCHLÄGER/LEEB* beruft.⁶³⁵

Zieht man von den fünf im Gesetz explizierten Beweismitteln die drei hier erwähnten ab, so bleiben noch Urkunden und der Augenschein übrig, bei denen der AsylGH auch eine mittelbare Beweisaufnahme als zulässig erachten dürfte. Die vom AsylGH getätigte Botschaftsanfrage fällt aber wohl nicht darunter, sondern stellt ein sonstiges Beweismittel iSd § 46 AVG dar. Da diese aber oft, und auch in diesem Fall, gleichzeitig auch als formlose Erhebungen iSd § 55 Abs 1 S 1 ST 3 AVG zu qualifizieren sind, würde eine Aussage, wonach sonstige Beweismittel iSd § 46 AVG (und damit auch meistens iSd § 55 Ab 1 S 1 ST 3 AVG) auch mittelbar aufgenommen werden können, sich als Zirkelschluss erweisen bzw ohnedies Offenkundiges konstatieren. Abgesehen davon muss man freilich festhalten, dass es in diesem Spruchpunkt des Erk nicht primär um die Zulässigkeit eines Beweismittels, sondern um die Rechtmäßigkeit des Unterbleibens einer Verhandlung gegangen ist, die der AsylGH im Übrigen auf § 41 Abs 7 AsylG 2005 gestützt hat,⁶³⁶ womit es sich bei der Aussage also um ein *obiter dictum* handelt.

⁶³⁴ So RV 2005, 48 zur Nachfolgebestimmung § 24 Abs 2 AsylG 2005.

⁶³⁵ Vgl AsylGH 10. 12. 2009, A14 231796-0/2008 unter Berufung auf *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG III, § 67f, RZ 9 f.

⁶³⁶ Siehe zur verpflichteten Abhaltung einer Verhandlung und ihrem möglichen Entfall unten VI.G.

In diesem Zusammenhang äußern sich *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, aaO dahingehend, dass auf unmittelbare Beweisaufnahmen – abgesehen von den vom AsylGH zitierten Fällen – im Rahmen der Anwendbarkeit des § 67f Abs 1 AVG nur im Fall der Unmöglichkeit, zB im Krankheitsfalle, verzichtet werden könne. In Bezug auf Sachverständige bedeutete dies, dass die bloß schriftliche Erstattung eines Gutachtens zwar unzulässig, aber das Gutachten auch nicht vollständig mündlich in der Verhandlung zu erstatten ist, sondern nur, dass es erörtert gehört und damit auch den Parteien ihr Fragerecht gewährt wird. In diesem Sinne sei es auch nicht notwendig, dass ein auch vom UVS einvernommener Zeuge seine früheren Aussagen zur Gänze vor dem UVS wiederholt.

Um dieses Unterkapitel zu einem Abschluss zu bringen, ist auch noch auf die Materialien des AsylGHG zu verweisen. Abweichend von § 10 Abs 1 AsylGHG kann nämlich gem § 11 Abs 4 S 3 AsylGHG vor dem Kammersenat eine bereits vor dem Zweiersenat stattgefundene mündliche Verhandlung nur auf Verlangen des Beschwerdeführers wiederholt werden. „Die Unmittelbarkeit des Verfahrens vor dem Kammersenat bleibt aber durch die Verlesung des bisherigen Akteninhaltes, insbesondere der niederschriftlichen Einvernahmen, der Sachverständigengutachten und der Ergebnisse der bereits stattgefundenen mündlichen Verhandlung, gewahrt.“⁶³⁷

⁶³⁷ So AB 2007, 4. Siehe ferner zur Willensbildung des AsylGH entweder durch Einzelrichter oder durch (Kammer-)Senate unten VI.H.3.

VI.B.8. Recht auf Gehör

VI.B.8.a) Allgemeines

Das Parteiengehör bzw das Recht auf Gehör ist im AVG gleich an mehrerer Stelle angesprochen. Zunächst enthält § 37 S 1 ST 2 AVG die an die den maßgebenden Sachverhalt ermittelnde Behörde adressierte Verpflichtung, „den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben“, womit also, neben der Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes gem ST 1 leg cit iSd Grundsatzes der materiellen Wahrheit,⁶³⁸ der zweite Hauptzweck eines Verwaltungsverfahrens normiert ist. Des Weiteren ist das Recht auf Gehör im die Durchführung der Verhandlung betreffenden § 43 AVG, und zwar in seinen Abs 2, 3 und 4, angesprochen, um schließlich in § 45 Abs 3 AVG mit der die Behörde treffenden Pflicht, den Parteien „Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen“, konkretisiert zu werden.

Bevor den Parteien diese Gelegenheit zur Kenntnis- und Stellungnahme gegeben werden kann, muss der maßgebende Sachverhalt vom AsylGH festgestellt worden sein. Dies bedingt wiederum die vorangegangene Aufnahme von Beweisen und sodann deren Würdigung. Die Beweiswürdigung setzt eine abgeschlossene Beweisaufnahme voraus, die Gewährung des Parteiengehörs eine abgeschlossene Beweiswürdigung. Damit erfolgt die Gewährung des Parteiengehörs zunächst nach Abschluss des Verfahrens zur Sachverhaltsfeststellung, des Ermittlungsverfahrens, kann aber durchaus auf den festzustellenden Sachverhalt insofern Rückwirkungen haben, als eine von der Behörde getroffene Annahme durch eine im Rahmen des Parteiengehörs abgegebene Stellungnahme erschüttert wird.⁶³⁹

VI.B.8.b) Das Parteiengehör als Mitwirkungsrecht der Partei

§ 37 S 1 ST 2 AVG knüpft in seiner Formulierung an § 8 AVG an, der die Frage der Parteistellung behandelt. Allerdings räume § 8 AVG weder selbst „die Parteistellung begründende subjektive Rechte ein noch enthält er eine Regelung darüber, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit von einem solchen Recht die Rede sein kann.“ Folglich gebe § 8 AVG über die Frage des Vorliegens der Parteistellung keinen Aufschluss, dies könnten nur die Vorschriften des materiellen Rechtes.⁶⁴⁰ § 8 AVG verweise auf die anzuwendenden Rechtsvorschriften und knüpfe „an die dort vorgesehenen

⁶³⁸ Vgl zum Grundsatz der materiellen Wahrheit oben VI.B.4.

⁶³⁹ In diesem Sinne auch VwGH 25. 3. 2004, 2003/07/0062, wonach sich das Recht auf Parteiengehör nämlich „nicht (nur) in einem Recht auf Kenntnisnahme“ erschöpfe, sondern darüber hinaus auch das Recht der Partei umfasse, „zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen und allenfalls ergänzende Tatsachenbehauptungen aufzustellen.“

⁶⁴⁰ Vgl VwGH 27. 5. 2010, 2010/03/0039 in ständiger Rechtsprechung.

(meist materiellen) Berechtigungen – unter Umständen auch durch ausdrückliche Erklärung des so Berechtigten zur Partei – ein Bündel prozessualer Rechte (Parteienrechte).⁶⁴¹

„Mit der Parteistellung sind nach österreichischem Verfahrensrecht wesentliche Mitwirkungsrechte verbunden, etwa das Recht auf Akteneinsicht, Parteiengehör, Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu den Ergebnissen des Beweisverfahrens, und das Recht zur Erhebung von Rechtsmitteln.“⁶⁴²

Da in diesem Rahmen primär weder die Frage nach den Voraussetzungen des Vorliegens der Parteistellung⁶⁴³ noch jene nach den aus der Parteistellung resultierenden (prozessualen) Rechten (Parteienrechte)⁶⁴⁴ interessiert, genügt es, abgesehen von den in den angeführten Erk getroffenen Feststellungen, das hier Wesentliche festzuhalten, nämlich dass die Gewährung von Parteiengehör sowohl allgemeiner Verfahrensgrundsatz als auch Parteienrecht ist. Als Parteienrecht steht das Recht auf Gehör nur den Parteien zu,⁶⁴⁵ deren Stellung gem § 8 AVG iVm materiell-rechtlichen Vorschriften zu ermitteln ist. Folglich kann auch eine Verletzung des Parteiengehörs nur von Parteien geltend gemacht werden.⁶⁴⁶

VI.B.8.c) Gegenstand des Parteiengehörs im Allgemeinen

Der AsylGH judiziert in ständiger Rechtsprechung in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des VwGH, dass es iSd § 45 Abs 3 AVG „jedenfalls [...] auch einer Konfrontation der Partei mit dem [...] amtswegig zu ermittelnden Sachverhalt und den diesbezüglichen Beweismitteln“ bedürfe. „Den Parteien ist das Ergebnis der behördlichen Beweisaufnahme in förmlicher Weise zur Kenntnis zu bringen und ausdrücklich unter Setzung einer angemessenen Frist Gelegenheit zu geben, zu diesen Ergebnissen Stellung zu nehmen [...]. Gegenstand des Parteiengehörs sind sämtliche Ergebnisse der Beweis-

⁶⁴¹ Vgl VwGH 27. 1. 2020, 2006/04/0114.

⁶⁴² So VwGH 22. 11. 2005, 2004/03/0178. Vgl des Weiteren zum Parteiengehör insbes aus der Perspektive des Mitwirkungs- oder Parteienrechtes HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 37, RZ 11 ff. Vgl ferner THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 187 ff und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 334.

⁶⁴³ Vgl zur Frage der Parteistellung im allgemeinen Verwaltungsverfahren, abgesehen von den bereits angeführten Erk, HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG I, § 8, RZ 4 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 90 ff und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 116 ff sowie speziell zum Verfahren vor dem AsylGH unten VI.E.

⁶⁴⁴ Vgl zu den Parteienrechten unten VI.E.2.

⁶⁴⁵ So implizit AsylGH 27. 8. 2010, D7 414636-1/2010 sowie explizit VwGH 23. 4. 1998, 97/07/0005 und 6. 9. 1996, 96/18/0264.

⁶⁴⁶ Vgl VwGH 23. 4. 1998, 97/07/0005. Vgl weiters VwGH 13. 4. 2000, 99/07/0203: „Das Recht auf Parteiengehör stellt ein prozessuales Recht dar. Prozessuale Rechte stehen der Partei als Mittel der Rechtsverfolgung zur Durchsetzung materieller Rechte zur Verfügung. Eine Verletzung dieser Rechte stellt dann einen Verfahrensmangel dar, wenn die Partei dadurch gehindert ist, ihrem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen“.

aufnahme. Auch soweit die Behörde bestimmte Tatsachen als offenkundig behandelt, ist dies der Partei bekannt zu geben“⁶⁴⁷.

Damit sind gleich mehrere bei der Gewährung des Parteiengehörs zu beachtende Punkte angesprochen. Zunächst ist festzuhalten, dass Gehör nur zum festgestellten Sachverhalt zu gewähren ist, also nur zu jenen rechtserheblichen Tatsachen, „die auch dem entscheidenden Organ bekannt sind und die dieses Organ in der Folge seiner Entscheidung zu Grunde zu legen beabsichtigt“⁶⁴⁸. Daraus, dass sich das Parteiengehör gem § 45 Abs 3 AVG lediglich auf das „Ergebnis der Beweisaufnahme“ bezieht, folgt, dass die „Beweiswürdigung und Rechtsfragen“ davon ausgeschlossen sind,⁶⁴⁹ sich das Recht auf Gehör also nicht auch auf jene Schlussfolgerungen beziehe, welche die Behörde aus den Beweisergebnissen zu ziehen gedenkt⁶⁵⁰ bzw auf „die rechtliche Würdigung des festgestellten Sachverhaltes“⁶⁵¹. Die Einräumung des Parteiengehörs im Sinne des § 45 Abs 3 AVG beziehe sich nämlich ausschließlich auf die materielle Stoffsammlung, dh auf die Beweisergebnisse, welche die Sachverhaltsgrundlage für die von der Behörde anzuwendende Rechtslage bilden sollen.⁶⁵² Sofern zum amtswegig zu ermittelnden Sachverhalt auch ausländisches Recht gehört, sei allerdings auch dieses vom Parteiengehör umfasst.⁶⁵³

Im Zusammenhang mit dem „stehenden Rechtssatz“⁶⁵⁴, demgemäß „kein Parteiengehör zu Rechtsfragen“ zu gewähren sei, wird von der Lehre allerdings auf eine in einigen Erk des VwGH getätigten Aussage verwiesen, wonach der Partei insofern, als ihr auch ausdrücklich Gelegenheit gegeben werden müsse, im Ermittlungsverfahren ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen, ihr „insbesondere“ auch ermöglicht werden müsse, „eine Äußerung zu den rechtlichen Konsequenzen der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens auf die Lösung des Rechtsfalles abzugeben.“⁶⁵⁵

Fraglich erscheint, ob angesichts des erwähnten „stehenden Rechtssatzes“ die Partei, der man unter Zugrundelegung dieser Judikatur ein Recht auf „Äußerung zu den rechtlichen Konsequenzen der Er-

⁶⁴⁷ So zB AsylGH 12. 8. 2010, A2 413471-1/2010 oder 10. 8. 2010, E3 267617-0/2008. Vgl allgemein zum Gegenstand des Parteiengehörs HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 24 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 188 f und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 334.

⁶⁴⁸ Vgl VwGH 3. 4. 2003, 2002/05/1238.

⁶⁴⁹ Vgl AsylGH 2. 8. 2010, E13 265048-0/2008.

⁶⁵⁰ Vgl VwGH 25. 6. 2009, 2006/07/0018.

⁶⁵¹ Vgl VwGH 15. 12. 2009, 2008/05/0046.

⁶⁵² Vgl AsylGH 5. 8. 2010, E10 255262-2/2008.

⁶⁵³ Vgl VwGH 16. 12. 2002, 2001/10/0132 wonach das zu ermittelnde ausländische Recht Gegenstand der Beweisaufnahme sei, deren Ergebnis dem Parteiengehör unterliege. Vgl dazu schon oben VI.B.4.b), wo auch bereits festgestellt worden ist, dass die Ermittlung ausländischen Rechtes in Asylverfahren regelmäßig eine nicht untergeordnete Rolle spielen wird.

⁶⁵⁴ Vgl für dieses sowie das folgende Zitat LEHOFER, Parteienrechte, 422 f.

⁶⁵⁵ Vgl HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 26 und LEHOFER, Parteienrechte, 422 f unter Berufung auf VwGH 18. 10. 2001, 2000/07/0003 sowie THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 187 f, FN 622 unter Berufung auf VwGH 26. 5. 2008, 2005/06/0024, welches seinerseits auf VwGH 18. 10. 2001, 2000/07/0003 verweist.

gebnisse des Ermittlungsverfahrens auf die Lösung des Rechtsfalles“ einräumt, im Vorhinein diesbezüglich nicht doch zu informieren ist, da ein Äußerungsrecht ohne vorangehende einschlägige Information, ohne vorangehendes Zur-Kenntnis-Bringen, wohl oftmals ins Leere gehen wird. Andererseits würde man dadurch einer Informationspflicht hinsichtlich der beabsichtigten Vorgangsweise seitens der Behörde, für die sich auch mE im Gesetz kein Anhaltspunkt finden lässt, schon sehr nahe kommen.

Ändert sich im Zuge eines Verfahrens die maßgebliche Rechtslage, wie dies in Asylverfahren häufig der Fall ist, muss der Partei „neuerlich ausdrücklich die Gelegenheit zur Äußerung eingeräumt werden“⁶⁵⁶, zumal es nicht ausgeschlossen werden könne, „dass der Beschwerdeführer, hätte ihm die belangte Behörde das ihm gebührende Parteiengehör wegen Veränderung der Rechtslage eingeräumt, ein ergänzendes Vorbringen erstattet hätte“⁶⁵⁷.

VI.B.8.d) Gegenstand des Parteiengehörs speziell im Asylverfahren

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass offenbar auch der AsylGH eine mögliche Rückwirkung des Parteiengehörs auf den entscheidungserheblichen Sachverhalt insofern anzunehmen scheint,⁶⁵⁸ als er aufgrund „des Asylantrages [...], der Einvernahmen des Beschwerdeführers durch die Behörde erster Instanz“ und der Beschwerde, aber eben auch auf Grundlage „des Parteiengehörschreibens [...] und der Stellungnahme des Beschwerdeführers“ Feststellungen getroffen und der Entscheidung zu Grunde gelegt habe.⁶⁵⁹ Man wird aber annehmen können, dass die Partei nicht erneut zu jenem entscheidungserheblichen Sachverhalt zu hören sein wird, der sich aufgrund der Stellungnahme im Rahmen der Gewährung des Parteiengehörs ergeben hat, da dies auf eine doppelte Anhörung zum selben Punkt hinausliefe.⁶⁶⁰

Insofern, als dem Beschwerdeführer im Rahmen des Parteiengehörs die entscheidungswesentlichen Tatsachen vorzuhalten sind, ist er also insbes etwa mit „Feststellungen zum Herkunftsstaat“⁶⁶¹, „Berichtsmaterial zur Lage in seinem Herkunftsstaat“⁶⁶², Berichtsmaterial betreffend „Feststellungen zur

⁶⁵⁶ So jüngst VwGH 20. 5. 2010, 2006/07/0088.

⁶⁵⁷ So VwGH 29. 8. 2000, 2000/05/0066. Vgl weiters dazu HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 24 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 188 f.

⁶⁵⁸ Vgl dazu bereits oben VI.B.8.a).

⁶⁵⁹ Vgl AsylGH 20. 8. 2010, B8 221505-0/2008.

⁶⁶⁰ Auch laut VwGH 21. 10. 1998, 98/09/0096 ist die Behörde nicht verpflichtet, „die Partei zu Sachverhaltselementen, die diese selbst geliefert hat, nochmals zu hören“.

⁶⁶¹ Vgl AsylGH 18. 8. 2010, C7 267313-0/2008.

⁶⁶² Vgl AsylGH 26. 7. 2010, E1 411544-1/2010. Auch der VwGH hat in seiner Rechtsprechung im Rahmen der Behandlung von Bescheiden des UBAS den Begriff des „Berichtsmaterials“ im Zusammenhang mit der Gewährung des Parteiengehörs (VwGH 30. 9. 2004, 2001/20/0531) bzw mit der den UBAS treffenden Ermittlungspflicht (VwGH 28. 10. 2009, 2006/01/0793) genannt.

allgemeinen, politischen und menschenrechtlichen Situation in Serbien sowie im Heimatgebiet des Beschwerdeführers (Südserbien)⁶⁶³, Feststellungen des AsylGH auf der Grundlage eines Berichtes des Auswärtigen Amtes „über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in Serbien“⁶⁶⁴ oder „Länderfeststellungen“⁶⁶⁵ zu konfrontieren – sohin mit jenen Tatsachen, die der AsylGH zur Erfüllung der sich aus dem Grundsatz der materiellen Wahrheit ergebenden Pflicht – die Erforschung des wahren Sachverhaltes – zu ermitteln hat.⁶⁶⁶

„Zu dem im Falle einer Beweisaufnahme durch Sachverständige im Rahmen des Parteiengehörs zu übermittelnden gesamten Inhalt der Ergebnisse der Beweisaufnahme gehören sowohl der Befund (einschließlich der Hilfsbefunde) als auch die darauf beruhende sachverhaltsbezogenen Schlussfolgerungen, da nur so der Partei die Möglichkeit gegeben ist, sich mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme, allenfalls durch Entgegensetzung des Gutachtens eines Privatsachverständigen, zu befassen. Die bloße Wiedergabe des Ergebnisses der fachkundigen Stellungnahme genügt demnach nicht.“⁶⁶⁷ Damit greift der AsylGH – wenn auch sehr vereinzelt – eine Formulierung des VwGH auf, die dieser als seine ständige Rechtsprechung begreift.⁶⁶⁸

Anders als im allgemeinen Verwaltungsverfahren⁶⁶⁹ wird dem Beschwerdeführer vor dem AsylGH zu Zeugenaussagen idR insofern kein Parteiengehör zu gewähren sein, als die Partei nicht zu Sachverhaltselementen zu hören sei, die diese selbst liefert hat.⁶⁷⁰ Im Asylverfahren wird eine Zeugenvernehmung aber idR wohl vom Beschwerdeführer selbst beantragt und nicht von Amts wegen durchgeführt werden.⁶⁷¹ Folglich hat auch der AsylGH in seiner Rechtsprechung das Parteiengehör bisher nicht auf Zeugenaussagen bezogen. Ansonsten unterliegen dem Parteiengehör aber der gesamte

⁶⁶³ Vgl AsylGH 7. 6. 2010, B2 247061-0/2008.

⁶⁶⁴ Vgl AsylGH 30. 7. 2010, B9 263822-0/2008.

⁶⁶⁵ Vgl AsylGH 20. 8. 2010, B8 221505-0/2008.

⁶⁶⁶ Vgl dazu bereits oben VI.B.4 sowie zu den Ermittlungspflichten des AsylGH unten VI.C.1.

⁶⁶⁷ So AsylGH 9. 8. 2010, D10 410329-1/2009 sowie ähnlich, wenn auch nicht ganz so deutlich AsylGH 27. 11. 2009, D6 317705-2/2009.

⁶⁶⁸ Vgl VwGH 29. 1. 2004, 2003/11/0256 zur Beschwerde gegen einen UVS-Bescheid sowie noch deutlicher VwGH 30. 5. 2006, 2005/12/0202. Letzteres Erk hat dem AsylGH als Vorlage für sein soeben zitiertes Erk gedient. In diesem Sinne ferner VwGH 25. 2. 2010, 2006/06/0083.

⁶⁶⁹ Vgl zB jüngst VwGH 25. 2. 2010, 2005/09/0143.

⁶⁷⁰ Vgl VwGH 19. 4. 1996, 95/19/0438.

⁶⁷¹ Einer kurzen Erörterung würdig scheinen jene Fälle, in denen der Beweis vom Asylwerber selbst beantragt worden ist, dessen Verwertung in der Folge jedoch nachteilige Folgen für ihn haben kann. In AsylGH 20. 10. 2010, B6 404999-3/2010 geht es um eine Zeugenaussage des Vaters des Beschwerdeführers, welche von den Angaben des Letzteren abweicht, wobei dem Beschwerdeführer dieser Umstand – neben anderen Punkten – zum Nachteil ausgelegt wird. Der AsylGH spricht in seinen Ausführungen bloß die beweiswürdigende Behandlung der Zeugenaussage des Vaters an, nicht aber, ob die Zeugenaussage auch Gegenstand des Parteiengehörs gewesen sei bzw zu sein habe. Nimmt man die Formulierung im soeben zitierten Erk VwGH 19. 4. 1996, 95/19/0438 bzw des darin verwiesenen Erk VwGH 27. 6. 1985, 85/18/0219 sowie der darauf aufbauenden Erk VwGH 20. 8. 1999, 97/19/0105 und 25. 6. 1999, 96/19/2739, wonach „die Partei zu Sachverhaltselementen, die diese selbst liefert hat“, nicht zu hören sei, als Richtschnur, würde dies bedeuten, dass der Beschwerdeführer zu den ihm zum Nachteil gereichenden Aussagen seines Vaters nicht zu hören sein wird. Dies scheint im Ergebnis auch als sachlich angebracht, zumal der Beschwerdeführer im Rahmen des Parteiengehörs ohnedies weder von der Beweiswürdigung noch den aus dem vorliegenden Sachverhalt gezogenen Schlussfolgerungen zu informieren ist.

Inhalt der Beweisergebnisse und damit auch die – praktisch sehr relevanten – sonstigen Erhebungen iSd § 55 Abs 1 AVG.⁶⁷²

VI.B.8.e) Der Akt der Gewährung des Parteiengehörs – Schriftliches, mündliches und telefonisches Parteiengehör

Der Wortlaut des § 45 Abs 3 AVG verdeutlicht, dass die Gewährung des Parteiengehörs in zwei Untervorgänge zerfällt. Zunächst sind den Parteien die Beweisergebnisse zur Kenntnis zu bringen. Diese Zweiteilung des Parteiengehörs wird auch regelmäßig in der Rechtsprechung des AsylGH deutlich, wenn er festhält, dass dem Jugendwohlfahrtsträger⁶⁷³ das Ergebnis der Beweisaufnahme „zwecks Parteiengehör (sic) zur Kenntnis gebracht“ und dieser aufgefordert worden sei, „dazu Stellung zu nehmen“⁶⁷⁴. Diesem Zur-Kenntnis-Bringen komme als bloß informativer Mitteilung mangels Normativität kein Bescheidcharakter zu.⁶⁷⁵ Auch der AsylGH betont unter Berufung auf die Judikatur sowohl des VwGH als auch des VfGH das „Auslangen einer schriftlichen Stellungnahmemöglichkeit zur Wahrung des Parteiengehörs“⁶⁷⁶.

Mit in unterschiedlichem Ausmaß variierender Formulierung bringt der AsylGH regelmäßig zum Ausdruck, dass „mit „Schreiben des Asylgerichtshofes [...] die Beschwerdeführerin im Rahmen eines schriftlichen Parteiengehörs gemäß § 45 Abs. 3 AVG über das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme zur allgemeinen (politischen, wirtschaftlichen und sozialen) Situation [...] in Kenntnis gesetzt sowie ihr Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt“ worden sei⁶⁷⁷ bzw erwähnt noch extra die (meist zweiwöchige) Frist zur Einbringung der Stellungnahme.⁶⁷⁸ Gelegentlich hält er ausführlicher Weise darüber hinaus noch fest, dass dieses Schreiben kraft Parteistellung des BAA im Verfahren vor dem AsylGH auch an dieses übermittelt worden sei bzw dass von „einer weiteren Beschwerdeverhandlung [...] abgesehen“ werde, „sollte eine allfällige Stellungnahme der Parteien nicht eine solche erfordern.“ Die Entscheidung des AsylGH würde weiters auf der Grundlage der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens erlassen werden, soweit nicht eine einlangende Stellungnahme anderes erfordere.⁶⁷⁹

⁶⁷² Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 28 f.

⁶⁷³ Der Jugendwohlfahrtsträger ist gem § 16 Abs 3 AsylG 2005 hier gesetzlicher Vertreter des minderjährigen Asylwerbers.

⁶⁷⁴ So AsylGH 23. 8. 2010, A2 414743-1/2010. Vgl weiters zB AsylGH 18. 8. 2010, S9 414798-1/2010.

⁶⁷⁵ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 27.

⁶⁷⁶ So AsylGH 11. 8. 2010, B1 411642-1/2010 sowie 10. 8. 2010, B2 400914-1/2008 unter Berufung auf VwGH 17. 10. 2006, 2005/20/0459 und VfGH 10. 12. 2008, U80/08 (VfSlg 18.646/2008).

⁶⁷⁷ Vgl AsylGH 10. 8. 2010, B2 400915-1/2008.

⁶⁷⁸ Vgl AsylGH 9. 8. 2010, E13 319899-1/2008.

⁶⁷⁹ Vgl AsylGH 2. 8. 2010, D7 244147-0/2008 oder 4. 8. 2010, D7 244145-0/2008. Damit wird auch vom AsylGH die potentielle Rückwirkung des Parteiengehörs auf den letztlich der Entscheidung zugrundezulegenden Sachverhalt bekräftigt.

Der AsylGH erachtet, in Übereinstimmung mit dem VwGH,⁶⁸⁰ aber auch die mündliche Gewährung von Parteiengehör für zulässig, wenn er auf den Einwand des Beschwerdeführers, das Gutachten „sei ihm lediglich mündlich zur Kenntnis gebracht worden, eine Kopie habe er nie erhalten“, weshalb er „keine Möglichkeit zur Stellungnahme gehabt“ habe und er daher nicht wisse, „ob das Gutachten den Anforderungen eines Gutachtens entspräche“, nicht direkt, sondern bloß insofern eingeht, als dem Beschwerdeführer „anlässlich beider Einvernahmen durch das Bundesasylamt das Sachverständigen-gutachten mündlich zur Kenntnis gebracht“ worden sei.⁶⁸¹

Der VwGH nimmt ferner auch die Zulässigkeit eines telefonisch gewährten Parteiengehörs an, knüpft daran aber die wohl generell für die Gewährung des Parteiengehörs geltende Regel, dass „dies die Gestaltung des Vorganges in einer Weise“ erfordere, „die der Partei jeweils nicht nur seine Bedeutung zum Bewusstsein bringt, sondern ihr auch die Möglichkeit zur Überlegung und entsprechenden Formulierung ihrer Stellungnahme bietet“.⁶⁸² Allgemein hält der VwGH auch fest, dass über die „Form der Kenntnisnahme“ keine allgemeine Aussage getroffen werden könne, sondern diese „von den Umständen des Einzelfalles“ abhänge. Entscheidend sei (allein), „dass die Partei jene Informationen erhält, die zur Geltendmachung ihrer Rechte erforderlich sind“⁶⁸³.

VI.B.8.f) Der Akt der Gewährung des Parteiengehörs – Parteiengehör durch Aufforderung zur Akten-einsicht

Wenn der AsylGH festhält, er habe „der Beschwerdeführerin gemäß § 45 Abs. 3 AVG [...] eine Zusammenfassung der [...] Beweismittel samt Angabe der dort genannten Quellen zur Stellungnahme in der [...] mündlichen Verhandlung übermittelt“, wobei der Beschwerdeführerin „angeboten“ worden sei, „in die vollständigen Texte der genannten Quellen beim Asylgerichtshof Einsicht zu nehmen“, diese in der Folge aber „von der Akteneinsicht keinen Gebrauch gemacht“ habe,⁶⁸⁴ so knüpft er wohl an die Rechtsprechung des VwGH an, wonach „dem in § 45 Abs. 3 AVG verankerten Recht auf Parteiengehör auch durch die Aufforderung zur Akteneinsicht bei der Behörde und zur Abgabe einer Stellungnahme [...] Rechnung getragen werden kann“⁶⁸⁵ bzw wonach – dieses Mal ohne explizite Nennung der „Akteneinsicht“ – durch den ausdrücklichen Hinweis der Behörde, „dass der Beschwerde-

⁶⁸⁰ Vgl VwGH 11. 9. 2003, 2002/07/0023.

⁶⁸¹ Vgl AsylGH 12. 5. 2009, A2 405524-1/2009 und ferner 24. 6. 2009, A2 405571-1/2009.

⁶⁸² Vgl VwGH 22. 1. 2003, 2002/08/0034 und 4. 4. 2002, 2002/08/0023.

⁶⁸³ So VwGH 25. 3. 2004, 2003/07/0062.

⁶⁸⁴ Vgl AsylGH 30. 8. 2010, C16 253792-0/2008.

⁶⁸⁵ So VwGH 24. 6. 2009, 2007/05/0115.

führer innerhalb gesetzter Frist in den Akt bzw. das Gutachten Einsicht nehmen und sich dazu schriftlich äußern könne“, das Parteiengehör gewahrt sei.⁶⁸⁶

Desgleichen werden Äußerungen des AsylGH zu qualifizieren sein, die „in der mündlichen Verhandlung in das Verfahren eingebrachten Erkenntnisquellen zur Lage im Herkunftsstaat“ seien „den Parteien zur Akteneinsicht angeboten und dem“ Beschwerdeführer „die Möglichkeit eingeräumt“ worden, „zu den darin enthaltenen Informationen und Feststellungen eine Stellungnahme abzugeben oder für eine allfällige schriftliche Stellungnahme eine Frist zu beantragen.“⁶⁸⁷

Vor dem Hintergrund, dass der VwGH die Auffassung vertritt, „dass nicht durch die bloße Möglichkeit, sondern nur durch die Aufforderung zur Akteneinsicht der Verpflichtung nach § 45 Abs. 3 AVG entsprochen wird“⁶⁸⁸ bzw dass diese Aufforderung nur dann ausreichend sei, „wenn einerseits für die Partei aus der Aufforderung erkennbar ist, daß ihr damit Gelegenheit gegeben werden soll, von durchgeführten Beweisaufnahmen Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen, und ihr andererseits auch die Möglichkeit der Überlegung und einer entsprechenden Formulierung ihrer Stellungnahmen geboten wird“⁶⁸⁹, erscheint es fraglich, ob durch den Hinweis „auf die Möglichkeit der Akteneinsicht“ sowie die Einladung, „Fragen zu den Verfahren zu stellen“⁶⁹⁰ bzw in jenem Fall den vom VwGH aufgestellten Erfordernissen Genüge getan wird, wenn der AsylGH „aufgrund des Antrages auf Einsicht in die Ermittlungsergebnisse die gegenständlichen Akte dem BAA [...] zur Akteneinsicht übermittelt und dies der rechtsfreundlichen Vertretung“ des Beschwerdeführers mitgeteilt habe.⁶⁹¹

VI.B.8.g) Kein Rechtsanspruch auf mündliches Parteiengehör

Der AsylGH hat bisher noch nicht ausdrücklich die Passage des VwGH übernommen, wonach – unter Bekräftigung der an die Gewährung des Parteiengehörs sonst gestellten Anforderungen – „ein subjektives Recht darauf, von der Behörde mündlich gehört zu werden, nicht besteht“⁶⁹².

⁶⁸⁶ Vgl VwGH 23. 5. 2006, 2003/11/0054.

⁶⁸⁷ So die Erk AsylGH vom 3. 8. 2010, C9 250361-0/2008 und C9 307929-1/2008.

⁶⁸⁸ So VwGH 20. 9. 2001, 2001/07/0075.

⁶⁸⁹ So VwGH 17. 2. 1992, 90/10/0169 und implizit auch VwGH 2. 7. 1998, 97/06/0068 insofern, als der VwGH die Meinung der diese Passage anführenden belangten Behörde, es liege keine Verletzung des Parteiengehörs vor, teilt.

⁶⁹⁰ So AsylGH 9. 8. 2010, E9 407904-1/2009.

⁶⁹¹ Vgl AsylGH 11. 8. 2010, E10 318326-1/2008.

⁶⁹² So VwGH 17. 9. 2002, 2002/18/0170.

Wenngleich diese Aussage in letzter Zeit größtenteils im Rahmen der Behandlung von Berufungen gegen Bescheide der SD in „fremdenrechtlichen Administrativverfahren“⁶⁹³, sohin in Verfahren getätigten worden ist, denen ein Bescheid einer Behörde zugrunde liegt, die, anders als die UVS und (seinerzeit) der UBAS, § 67d AVG nicht anzuwenden haben, ist doch darauf hinzuweisen, dass auch § 67d AVG keine absolute Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung normiert,⁶⁹⁴ zumal in den Abs 2 und 4 leg cit verschiedene Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Pflicht der Abhaltung einer Verhandlung vorgesehen sind. Die Annahme des Nichtbestehens eines subjektiven Rechtes, „von der Behörde mündlich gehört zu werden“, dürfte daher auch für die UVS und kraft Verweisung in § 41 Abs 7 S 2 AsylG 2005 auch für den AsylGH gelten.

Auch wenn sich der AsylGH zu dieser Frage also noch nicht explizit geäußert hat, so hat er dies doch implizit getan.⁶⁹⁵ Dem Einwand der Beschwerdeführerin, der AsylGH verletze ihr Parteiengehör, „wenn sie als Analphabetin nur in schriftlicher Form von den Rechercheergebnissen der Behörde erfahre und nicht die Gelegenheit erhalte, mündlich dazu Stellung zu nehmen“, hat der AsylGH zunächst Art 8 Abs 1 B-VG entgegengehalten, wonach „die deutsche Sprache, unbeschadet der den sprachlichen Minderheiten bundesgesetzlich eingeräumten Rechte, die Staatssprache der Republik“ sei und die Behörde daher „das schriftliche oder mündliche Ermittlungsverfahren nach den Bestimmungen der §§ 37 bis 55 AVG grundsätzlich in deutscher Sprache zu führen“ habe.

Des Weiteren erwähnt der AsylGH zwar § 39a AVG betreffend die Beziehung von Dolmetschern (Übersetzern), schließt sodann aber gleich dessen Anwendbarkeit im konkreten Fall aus, da dieser nach ständiger Rechtsprechung des VwGH „nur auf den mündlichen Verkehr zwischen Behörden anwendbar“ sei und somit folglich „im Allgemeinen kein Anspruch auf Verwendung einer fremden Sprache im schriftlichen Verkehr mit der Behörde“ bestehe.

Die vertretene Ansicht des AsylGH, § 39a AVG betreffe nur den mündlichen, nicht aber auch den schriftlichen Verkehr zwischen der Partei und der Behörde, entspricht jener des VwGH und – diese rezipierend – auch jener des Schrifttums.⁶⁹⁶ Der AsylGH kommt allerdings zum Schluss, dass die Voraussetzungen gem § 41 Abs 7 AsylG 2005 für den Entfall einer mündlichen Verhandlung vorlägen und hält folglich keine solche ab. Unter Berücksichtigung des bloß schriftlich gewährten Parteiengehörs bedeutet dies aber, dass die Beschwerdeführerin vom AsylGH überhaupt nicht mündlich gehört worden ist, wonach er die Ansicht des VwGH zum (Nicht-)Bestehen eines Rechtes auf eine mündliche

⁶⁹³ Vgl zB VwGH 13. 4. 2010, 2010/18/0087, 24. 9. 2009, 2009/18/0178 oder 8. 9. 2009, 2008/21/0600.

⁶⁹⁴ So auch THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 289.

⁶⁹⁵ Vgl für die Ausführungen der nächsten Absätze AsylGH 18. 5. 2010, A14 318994-1/2008.

⁶⁹⁶ Vgl die angeführten Beispiele aus der VwGH-Judikatur bei HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 39, RZ 3.

Anhörung implizit bekräftigt. Im konkreten Fall bedeutet dies jedenfalls für die Beschwerdeführerin, die Analphabetin ist, dass sie sich mit dem für sie unbrauchbaren schriftlichen „Parteiengehör“ zufrieden geben muss, was wohl als Rechtsschutzlücke zu bezeichnen sein wird.⁶⁹⁷

Vor dem Hintergrund des geltenden Rechtes dürfte diese allerdings bestehen bleiben. Macht man sich auf die Suche nach etwaigen Möglichkeiten, dieses Rechtsschutzdefizit auszumerzen, so springt, was – abgesehen vom bereits erwähnten § 39a AVG – das innerstaatliche Recht betrifft, zunächst der mit „Befragungen und Einvernahmen“ betitelte § 19 AsylG 2005 ins Auge. Die hier relevanten Abs 1 und 2 legen cit beziehen sich jedoch auf Befragungen und Einvernahmen eines Fremden durch das BAA (bzw auf Befragungen durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes) und nicht durch den AsylGH. Abgesehen davon sind durch das FrÄG 2009 Ausnahmen von der prinzipiell bestehenden Pflicht zur Befragung eingefügt bzw bereits existierende Ausnahmen von der Pflicht zu Einvernahmen erweitert worden.⁶⁹⁸ Aber auch im Bereich des Europarechtes findet sich kein Ausweg aus dem Dilemma, zumal die einschlägigen Art 12 und 13 Verfahrens-RL keine zwingende mündliche Anhörung vor der Beschwerdeinstanz vorsehen. Schließlich bietet auch die GFK keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Vorgangsweise des AsylGH bzw die ausgemachte Rechtsschutzlücke im innerstaatlichen Recht völkerrechtlichen Verpflichtungen zuwiderliefen.

Mit der gleichen Bezugnahme auf Art 8 Abs 1 B-VG sowie § 39a AVG hat der AsylGH übrigens einen Antrag auf Übermittlung des Ergebnisses der Beweisaufnahme in englischer Sprache für gegenstandslos, dh nicht einmal die Entscheidungspflicht iSd § 73 Abs 1 AVG auslösend, befunden.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Vgl auch AsylGH 21. 9. 2009, E9 404323-1/2009, wo es ebenfalls um eine Analphabetin gegangen ist. Anders als beim soeben näher behandelten Erk AsylGH 18. 5. 2010, A14 318994-1/2008 geht der Gerichtshof jedoch nicht auf die unterbliebene Verhandlung und damit auf die unterbliebene mündliche Anhörung vor dem Hintergrund des Analphabetismus der Beschwerdeführerin ein, sondern begnügt sich mit den Feststellungen, dass die Verhandlung gem § 41 Abs 7 AsylG 2005 unterblieben sei sowie dass „von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch den Asylgerichtshof dann abgesehen und mit einer schriftlichen Stellungnahmemöglichkeit zur Wahrung des Parteiengehörs zum Ermittlungsergebnis das Auslangen gefunden werden“ könne, „wenn dafür die persönliche Anhörung zur Gewinnung eines unmittelbaren persönlichen Eindruckes für die Entscheidungsfindung nicht erforderlich ist“. Auch in diesem Fall ist eine Beschwerdeführerin, die Analphabetin ist, um ein auch für sie verständliches Parteiengehör gekommen.

⁶⁹⁸ Vgl auch RV 2009 II, 20: „Damit wird in konsequenter Umsetzung der Systematik des § 12a dargelegt, dass in diesen Fällen eine Erstbefragung mangels inhaltlicher Relevanz im Allgemeinen nicht erforderlich ist.“

⁶⁹⁹ Vgl AsylGH 16. 6. 2010, A13 255076-0/2008.

VI.B.8.h) Die Bedeutung der in § 43 Abs 4 AVG aufgezählten Rechte

Schließlich trägt § 43 Abs 4 AVG dem Verhandlungsleiter auf, den Parteien Gelegenheit zu geben, „alle zur Sache gehörenden Gesichtspunkte vorzubringen und unter Beweis zu stellen, Fragen an die anwesenden Zeugen und Sachverständigen zu stellen“ und sich umfassend zu äußern. Zum einen sei dieses Fragerecht auf mündliche Verhandlungen beschränkt.⁷⁰⁰

Die *ratio* dieser Einschränkung leuchtet prinzipiell ein, da § 43 AVG den Gang der Verhandlung zum Gegenstand hat. Andererseits wird im Schrifttum angenommen, dass die in § 43 Abs 4 AVG genannten Rechte nicht nur für die Verhandlung, sondern darüber hinaus „schlechthin für das Verwaltungsverfahren“⁷⁰¹ bzw grundsätzliche Bedeutung hätten, weil sie allgemein den Umfang der formellen Möglichkeiten der Partei, ihre materiellen Rechte geltend zu machen, umschrieben.⁷⁰² Tatsächlich stellen die in § 43 Abs 4 AVG aufgezählten Punkte insofern Teilmengen des Parteiengehörs dar, als in Abs 4 leg cit mit dem Wort „insbesondere“ an die Wortfolge „Recht auf Gehör“ in Abs 3 leg cit angeknüpft wird. Nun steht aber außer Streit, dass das Parteiengehör im Sinne der Pflicht zur Kenntnisnahme sowie Aufforderung zur Stellungnahme gem § 45 Abs 3 AVG nicht bloß im Rahmen der mündlichen Verhandlung, sondern auch außerhalb von dieser gewährt werden kann, womit dem Schrifttum zu folgen wäre. Auf der anderen Seite stellt sich aber die Frage, auf welche Weise die Partei „Fragen an die anwesenden Zeugen und Sachverständigen“ stellen kann, wenn nicht in der mündlichen Verhandlung.

Im Ergebnis wird man also die „einzelnen Teilmengen“ des Parteiengehörs getrennt voneinander betrachten zu haben, um zu dem Schluss zu kommen, dass die Pflicht zur Kenntnisnahme sowie die Aufforderung zur Stellungnahme iSd § 45 Abs 3 AVG genauso auch außerhalb der Verhandlung erfolgen können wie die Gewährung der in § 43 Abs 4 AVG aufgezählten Rechte der Partei, „alle zur Sache gehörenden Gesichtspunkte vorzubringen und unter Beweis zu stellen, [und] sich über die von anderen Beteiligten, den Zeugen und Sachverständigen vorgebrachten oder die als offenkundig behandelten Tatsachen sowie über die von anderen gestellten Anträge und über das Ergebnis amtlicher Erhebungen zu äußern“, nicht aber die Gewährung des Rechtes, „Fragen an die anwesenden Zeugen und Sachverständigen zu stellen“, da letzteres außerhalb der Verhandlung nicht möglich ist. In diesem Sinne kann man den angeführten Stimmen in der Literatur folgen, allerdings unter Berücksichtigung und Bejahung der vom VwGH postulierten Einschränkung.

⁷⁰⁰ Vgl VwGH 4. 6. 2009, 2006/18/0322 oder 3. 7. 2008, 2007/18/0461.

⁷⁰¹ Vgl THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 189.

⁷⁰² Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 43, RZ 4.

Zum anderen bezieht sich das Fragerecht nur auf „die anwesenden Zeugen und Sachverständigen“, weshalb kein Rechtsanspruch der Partei bestehe, an der Beweisaufnahme, insbes an der Befundaufnahme durch Sachverständige,⁷⁰³ teilzunehmen.⁷⁰⁴ Auch der AsylGH rezipiert diese VwGH-Rechtsprechung, wobei er allerdings an die zuletzt genannte Feststellung – bisher in einem Erk – noch die Aussage anschließt, dass aus § 45 Abs 3 AVG darüber hinaus auch kein „gesetzlich gewährleistetes Fragerecht der Parteien (an Sachverständige, Parteien oder Zeugen) abzuleiten“ sei.⁷⁰⁵ Der AsylGH tätigt diese letzte Aussage unter Berufung auf den VwGH, welcher diese Aussage seit 2006 allerdings nicht mehr getroffen hat.⁷⁰⁶ Bleibt der VwGH in Zukunft bei der Rechtsansicht, dass zwar kein Parteirecht bestehe, an der Beweisaufnahme teilzunehmen, ohne daran allerdings die Aussage zu schließen, dass kein gesetzlich gewährleistetes Fragerecht der Parteien im beschriebenen Ausmaß existiere – was mE nicht mit dem Wortlaut des § 43 Abs 4 AVG vereinbar ist –, erschiene es *prima facie* bedenklich, wenn der AsylGH an einer vom VwGH aufgegebenen Rechtsprechung festhielte. Im Übrigen spricht auch der AsylGH in einigen Erk davon, dass der Partei „das Fragerecht“ eingeräumt worden sei,⁷⁰⁷ was wiederum die Annahme des Bestehens eines solchen Parteirechtes seitens des AsylGH impliziert.

Vergegenwärtigt man sich zwei Aussagen des letzten Unterkapitels, nämlich dass – und zwar sowohl im allgemeinen Administrativverfahren als auch in Verfahren, in denen § 67d AVG maßgeblich ist – weder eine absolute Pflicht zur Abhaltung einer mündlichen Verhandlung noch ein subjektives Recht bestehe, von der Behörde mündlich gehört zu werden, verliert die in diesem Unterkapitel behandelte, auf den ersten Blick bedenklich anmutende, Aussage, aus § 45 Abs 3 AVG sei kein „gesetzlich gewährleistetes Fragerecht der Parteien (an Sachverständige, Parteien oder Zeugen) abzuleiten“ mE zumindest insofern an Brisanz, als das zuletzt erwähnte Fragerecht (wie erwähnt) ohnehin nur in der Verhandlung ausgeübt werden kann. Lässt der AsylGH die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem § 41 Abs 7 AsylG 2005 unterbleiben,⁷⁰⁸ ist die Aussage des AsylGH bzw des VwGH⁷⁰⁹ also nicht bedenklich, da die Ausübung eines Fragerechtes in diesem Fall von vornherein nicht in Betracht kommt. Findet eine Verhandlung aber statt, ist § 43 AVG anzuwenden und kein Grund ersichtlich, warum entgegen dem klaren Wortlaut in § 43 Abs 4 AVG das Fragerecht an die anwesenden Zeugen und Sachverständigen nicht bestehen sollte.

⁷⁰³ Vgl VwGH 13. 4. 2010, 2009/05/0110.

⁷⁰⁴ Vgl VwGH 27. 11. 2008, 2007/07/0138. Vgl weiters VwGH 23. 6. 2010, 2009/06/0016.

⁷⁰⁵ Vgl AsylGH 16. 7. 2009, D15 316984-2/2009.

⁷⁰⁶ Vgl VwGH 20. 12. 2006, 2002/12/0161.

⁷⁰⁷ Vgl zB AsylGH 27. 10. 2009, E9 314059-1/2008 oder 15. 12. 2009, S18 410014-1/2009.

⁷⁰⁸ Vgl näher zu den Voraussetzungen für den Entfall einer Verhandlung, unten VI.G.2.

⁷⁰⁹ Vgl noch einmal die angeführten Erk in den FN 705 und 706.

VI.B.8.i) Frist zur Stellungnahme

Obwohl im Gesetz nicht positiviert, judiziert der VwGH in ständiger Rechtsprechung, dass den Parteien für ihre Stellungnahme eine ausreichende Frist einzuräumen sei. So sei „auch zur Stellungnahme unter Zuhilfenahme eines Privatgutachtens zu Ermittlungsergebnissen, denen nur in dieser Weise wirksam entgegengetreten werden könnte, von der Behörde eine – den Umständen nach – angemessene Frist zu gewähren“⁷¹⁰. Der AsylGH erachtet regelmäßig eine zweiwöchige Frist für zulässig,⁷¹¹ wobei er diese auf Antrag auch verlängert.⁷¹² LEHOFER äußert sich dahingehend, dass die Länge der Frist je nach Art der Beweisergebnisse und der Komplexität des Verfahrens zu beurteilen sei. Als grobe Faustregel gelte, dass im Sinne einer Waffengleichheit die der Partei einzuräumende Frist, um zu einem Gutachten Stellung zu nehmen, idR nicht kürzer sein soll als der Zeitraum der Gutachtererstellung bzw. –einhaltung.⁷¹³ Die Annahme einer derartigen Mindestfrist scheint nachvollziehbar und angemessen.

VI.B.8.j) Parteiengehör auch vor der Berufungs- bzw. Beschwerdeinstanz

Dass es der AsylGH als selbstverständlich erachtet, der Partei auch in dem vor ihm stattfindenden Beschwerdeverfahren Parteiengehör zu gewähren, ergibt sich aus den zahlreichen in diesem Kapitel genannten Erk.⁷¹⁴ Trotzdem erscheint es nicht entbehrlich, die diesbezüglichen Aussagen des VwGH zu erwähnen. „Gemäß § 67 iVm § 56 sowie §§ 37 und 45 Abs. 3 AVG“ sei nämlich „den Parteien im Berufungsverfahren in gleicher Weise Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen. Eine diesbezügliche Verpflichtung besteht für die Berufungsbehörde unter anderem dann, wenn sie ihrer Entscheidung in einem wesentlichen Punkt einen anderen Sachverhalt unterstellen will als die Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat. Diesfalls hat sie den Parteien die beabsichtigten Ergänzungen bzw. Änderungen des maßgeblichen Sachverhalts vorzuhalten und ihnen Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äußern“⁷¹⁵.

Umgekehrt sei daher insofern kein zusätzliches Parteiengehör erforderlich, als weder in der Berufung noch im angefochtenen Bescheid „Sachverhaltsfragen aufgeworfen“ worden seien, „welche nicht

⁷¹⁰ So VwGH 7. 7. 2010, 2009/12/0096 zum Auslangen einer zweiwöchigen Frist zur Stellungnahme zu einem Gutachten, dessen Inhalt dem Beschwerdeführer seit knapp zwei Monaten bekannt gewesen sei. Vgl weiters VwGH 17. 3. 2005, 2004/11/0140 zum Ausreichen einer fünfmonatigen Frist (inklusive Fristverlängerung).

⁷¹¹ Vgl zB AsylGH 20. 8. 2010, B8 221505-0/2008 oder 13. 8. 2010, D3 256955-4/2008.

⁷¹² Vgl zB AsylGH 26. 7. 2010, B10 225876-2/2008.

⁷¹³ Vgl LEHOFER, Parteienrechte, 424 f.

⁷¹⁴ Vgl zB die in FN 647 genannten Erk des AsylGH.

⁷¹⁵ So VwGH 18. 3. 2010, 2008/22/0168 unter Berufung auf HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 45, RZ 27, welche ihrerseits aaO, RZ 38 – genauso wie der VwGH im zitierten Erk etwas weiter unten – auf VwGH 8. 7. 2004, 2001/07/0110 verweisen.

schon im Verfahren vor der Behörde erster Instanz vorgelegen sind“⁷¹⁶ bzw als „die jeweiligen Behörden ihrer Entscheidung keine anderen Tatsachen zugrunde gelegt haben als die Baubehörde erster Instanz.“⁷¹⁷

Während sich der VwGH zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gewährung von Parteiengehör entbehrlich sei, zwar noch nicht besonders oft, so doch immerhin gelegentlich geäußert hat, hat sich der AsylGH dazu ausdrücklich bzw unter Berufung auf eines der genannten Erk des VwGH noch überhaupt nicht geäußert. Der Gerichtshof führt allerdings zur Frage der Voraussetzungen für den Entfall der mündlichen Verhandlung gem § 41 Abs 7 AsylG 2005⁷¹⁸ in ständiger Rechtsprechung den vom VwGH zu (dem den UBAS betreffenden und daher bereits außer Kraft getretenen) Art II Abs 2 Z 43a EGVG 1991 geprägten Satz an, dass unter anderem dann „der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Berufung nicht als geklärt anzusehen“ – und ein Entfall der Verhandlung aus diesem Grund folglich nicht zulässig – sei, „wenn die Berufungsbehörde ihre Entscheidung auf zusätzliche Ermittlungsergebnisse stützen will“⁷¹⁹. Unter Zugrundelegung der zu Beginn dieses Unterkapitels angeführten VwGH-Judikatur muss die beabsichtigte Miteinbeziehung zusätzlicher Ermittlungsergebnisse aber nicht nur das verpflichtende Abhalten einer mündlichen Verhandlung nach sich ziehen, sondern auch die obligatorische Gewährung von Parteiengehör, und zwar jedenfalls auch iSd § 45 Abs 3 AVG, wobei hier insbes die behördliche Pflicht zum Zur-Kenntnis-Bringen der Beweisergebnisse angesprochen ist, und nicht (lediglich) iSd in § 43 Abs 4 AVG aufgezählten „Teilmengen“ des Parteiengehörs.

VI.B.8.k) Sanierung einer Verletzung des Parteiengehörs

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH „wird eine im erstinstanzlichen Verfahren aufgetretene Verletzung des Parteiengehörs durch die Zustellung des erstinstanzlichen Bescheides und durch die Möglichkeit, im Berufungsverfahren alles vorbringen zu können, in jenen Fällen geheilt, in denen der Partei durch die Begründung des Bescheides erster Instanz Kenntnis von den Beweisergebnissen verschafft worden ist, die ihr eigentlich im Rahmen des Parteiengehöres zu vermitteln gewesen wären“⁷²⁰. „Ist dies aber nicht geschehen, d.h. ist der Begründung des Bescheides erster Instanz [...] das Ergebnis des Beweisverfahrens nicht zu entnehmen, ist die Berufungsbehörde verpflichtet, ihrerseits Parteiengehör zu gewähren.“⁷²¹

⁷¹⁶ So VwGH 10. 12. 1998, 98/07/0128.

⁷¹⁷ So VwGH 20. 9. 1990, 89/06/0165.

⁷¹⁸ Vgl näher zu den Voraussetzungen für den Entfall einer Verhandlung, unten VI.G.2.

⁷¹⁹ So zB AsylGH 20. 8. 2010, B8 221505-0/2008, 19. 8. 2010, B7 258878-0/2008 und 16. 8. 2010, E11 257510-0/2008.

⁷²⁰ So VwGH 7. 7. 2009, 2009/18/0198 und ähnlich 30. 10. 2008, 2007/07/0106.

⁷²¹ So VwGH 25. 3. 2004, 2003/07/0062.

Diese Ansicht macht sich auch der AsylGH in ständiger Rechtsprechung zu eigen, wenn er festhält, dass „die Verletzung des Parteiengehörs zwar saniert“ sei, „wenn im Bescheid die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens dargelegt werden und die Partei die Möglichkeit hat, in ihrer Berufung dagegen Stellung zu nehmen [...], Voraussetzung einer solchen Sanierung“ aber sei, „dass in der erstinstanzlichen Bescheidbegründung tatsächlich alle Beweisergebnisse dargelegt werden, da ansonsten der Asylgerichtshof das Parteiengehör einräumen müsste“⁷²². Der AsylGH begnügt sich dabei übrigens nicht immer, bloß von einer behaupteten, allenfalls bestehenden Verletzung des Parteiengehörs zu sprechen, sondern bekräftigt zuweilen auch ausdrücklich diese Verletzung mangels Einräumung einer ausreichenden Frist zur Stellungnahme⁷²³ bzw überhaupt mangels Vorhaltes der Feststellungen des BAA.⁷²⁴

Die eben angesprochene Voraussetzung der Sanierung einer Verletzung des Parteiengehörs, „dass in der erstinstanzlichen Bescheidbegründung tatsächlich alle Beweisergebnisse dargelegt werden“, sei „aber mit Sicherheit nicht erfüllt“, wenn „das Prozedere der Erstinstanz [...] gegen die von § 18 AsylG 2005 determinierten Ermittlungspflichten“ verstößt. Der „angefochtene Bescheid des Bundesasylamtes und das diesem zugrunde liegende Verfahren“ seien folglich „im Ergebnis so mangelhaft, dass die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich“ erscheine, weshalb der AsylGH den jeweiligen Bescheid behoben und zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an das BAA gem § 66 Abs 2 AVG⁷²⁵ zurückverwiesen hat.⁷²⁶

Daraus, sowie bereits aus der Rechtsprechung des VwGH, erhellt, dass eine Verletzung des Parteiengehörs also nur dann sanieren kann, wenn die erstinstanzliche Behörde ein nicht zu beanstandendes Ermittlungsverfahren durchgeführt, dh den maßgebenden, der Entscheidung in der Sache zugrunde gelegten Sachverhalt richtig und vollständig ermittelt hat. Wobei auch hier anzumerken ist, dass das (verletzte) Parteiengehör durchaus Rückwirkungen auf den maßgebenden Sachverhalt haben kann (bzw im Fall seiner Verletzung haben hätte können).

Von diesen Fällen einer mangelnden Sanierung einer Verletzung des Parteiengehörs ist mE allerdings jenes knappe Dutzend von Entscheidungen zu unterscheiden, in welchen der AsylGH den mangelnden Vorhalt der Ermittlungsergebnisse als „gröbliche Verletzung des Parteiengehörs“ qualifiziert und diese durch die Möglichkeit der Einbringung der Beschwerde nicht als saniert ansieht. In allen diesen

⁷²² So AsylGH 30. 8. 2010, E1 410367-1/2009 unter Berufung auf VwGH 25. 3. 2004, 2003/07/0062. In diesem Sinne auch zB 10. 9. 2009, E3 260371-0/2008.

⁷²³ Vgl AsylGH 22. 10. 2009, S13 405885-1/2009.

⁷²⁴ Vgl AsylGH 6. 9. 2010, S19 415068-1/2010.

⁷²⁵ Zur Entscheidungsbefugnis des AsylGH iSd § 66 AVG vgl unten VI.H.5.

⁷²⁶ Vgl zu diesen Fällen zB AsylGH 16. 8. 2010, E11 413416-1/2010, 12. 8. 2010, A2 414747-1/2010 und 21. 6. 2010, E3 410185-1/2009.

Erk konstatiert der AsylGH zunächst Defizite in der Ermittlungstätigkeit des BAA. So verunmöglichten oberflächliche Befragungen und fehlende Ermittlungen des BAA eine umfassende Beweiswürdigung⁷²⁷ bzw seien in § 29 AsylG 2005 vorgesehene Ermittlungsschritte unterlassen und die Zuständigkeit Griechenlands willkürlich angenommen worden⁷²⁸ bzw sei es unumgänglich gewesen, den Beschwerdeführer von einem Organwalter des BAA des befragen „oder die hierzu nötigen Informationen im Falle der Unmöglichkeit einer solchen Befragung im Wege eines solchen Befragung gleichwertigen Ermittlungsschrittes“ herbeizuschaffen⁷²⁹ bzw habe das BAA weitere Ermittlungstätigkeiten unterlassen und sich auf „textbausteinartige, nur rudimentär individualisierte Ausführungen“ beschränkt⁷³⁰.

Des Weiteren zitiert der AsylGH in den genannten Entscheidungen hinsichtlich der „Frage der Aufgabenzuweisung zwischen Bundesasylamt und UBAS (nunmehr AsylGH)“ ein Erk des VwGH, „welches sich auf den Unabhängigen Bundesasylsenat bezog und aufgrund der identischen Interessenslage in Bezug auf den AsylGH ebenfalls seine Gültigkeit hat“. In dem zitierten VwGH-Erk heißt es, der Gesetzgeber habe in Asylsachen „ein zweistufiges Verfahren“ eingerichtet, wobei dem UBAS die Rolle einer obersten Berufungsbehörde zukomme. In diesem Verfahren habe bereits das BAA den gesamten für die Entscheidung über den Asylantrag relevanten Sachverhalt zu ermitteln und es sei gemäß § 27 Abs 1 AsylG 1997 grundsätzlich verpflichtet, den Asylwerber dazu persönlich zu vernehmen. „Diese Anordnungen des Gesetzgebers würden aber unterlaufen, wenn es wegen des Unterbleibens eines Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens vor die Berufungsbehörde käme und die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen damit zur bloßen Formsache würde. Es ist nicht im Sinne des Gesetzes, wenn die Berufungsbehörde, statt ihre (umfassende) Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, jene Behörde ist, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht.“⁷³¹

⁷²⁷ Vgl AsylGH 28. 7. 2010, S18 413848-1/2010.

⁷²⁸ Vgl AsylGH 25. 8. 2010, S18 404334-3/2010.

⁷²⁹ Vgl AsylGH 21. 7. 2010, E10 411118-2/2010.

⁷³⁰ Vgl AsylGH 30. 6. 2010, S21 413109-1/2010.

⁷³¹ So VwGH 21. 11. 2002, 2002/20/0315 sowie darauf berufend VwGH 12. 12. 2002, 2000/20/0236. Ähnlich auch VwGH 17. 10. 2006, 2005/20/0459. In die gleiche Stoßrichtung weisen auch jene Handvoll Erk des VwGH, die unter diesen Umständen vor einer drohenden „Eininstanzlichkeit“ des Asylverfahrens warnen, vgl zB VwGH 21. 11. 2002, 2000/20/0084: „Die dem UBAS schon nach der Verfassung zukommende Rolle einer obersten Berufungsbehörde werde „aber ausgehöhlt und die Einräumung eines Instanzenzuges zur bloßen Formsache degradiert, wenn sich das Asylverfahren einem eininstanzlichen Verfahren vor der Berufungsbehörde nähert, weil es das Bundesasylamt“ etwa mit allgemein gehaltenen Bemerkungen ablehne, „auf das Vorbringen sachgerecht einzugehen und brauchbare Ermittlungsergebnisse in Bezug auf die Verhältnisse im Herkunftsstaat in das Verfahren einzuführen“. Diese Ausführungen sind im Übrigen sowohl vom UBAS in einigen Entscheidungen, vgl zB 312.539-1/2E-XIX/62/07, als auch bereits vom AsylGH übernommen worden, von letzterem allerdings ausschließlich in Entscheidungen, welche nicht eine fehlgeschlagene Sanierung einer Verletzung des Parteiengehörs betroffen haben, vgl zB AsylGH 14. 9. 2010, E1 411886-1/2010, 28. 6. 2010, A2 413490-1/2010 oder 26. 1. 2010, C10 318005-1/2008.

Nun ist dieser spezielle Aspekt der dem BAA obliegenden Ermittlungspflichten in einer Dissertation, welche das Verfahren vor dem AsylGH behandelt, nicht von vordergründigem Interesse. Allerdings stellt der AsylGH einen erwähnenswerten Konnex von den Ermittlungspflichten des BAA zum Parteienghör – hinsichtlich sowohl des BAA als auch des AsylGH – her, welches in diesem Rahmen sehr wohl interessiert.

Demnach, folgert der AsylGH, habe das BAA den maßgeblichen Sachverhalt vollständig zu ermitteln, während der AsylGH primär seine „Prüfungs- und Kontrollfunktion wahrzunehmen“ habe. „Typisch denkbare Sachverhalte“, durch welche der AsylGH „verhalten werden soll, anstatt seine Prüf- und Kontrollfunktion wahrzunehmen, den maßgeblichen Sachverhalt über erhebliche Strecken zu ermitteln“, stellten für den AsylGH – abgesehen von zB einer unterlassenen Ermittlungstätigkeit oder der „Unterlassung jeglicher Beweiswürdigung bzw. Beschränkung auf textbausteinartige Beweiswürdigung ohne individuelle Ausführungen“ – zB „grobe Verletzungen des Parteiengehörs“ dar, welche den Beschwerdeführer „dazu veranlassen, nachdem er im angefochtenen Bescheid erstmals den Sachverhalt liest, von dem das BAA ausgeht, zu diesem Sachverhalt ein ausführliches Vorbringen zu erstatten“.

Daran schließt sich in allen hier angeführten Erk des AsylGH die Feststellung, dass das BAA im gegenständlichen Fall das Parteienghör insofern verletzt habe, als dem Beschwerdeführer „die ihn betreffende Lage im Partnerstaat nicht zur Kenntnis gebracht“⁷³² bzw als der Beschwerdeführerin „die sie betreffende Lage im Herkunftsstaat und das sonstige nicht notorisch bekannte Ergebnis des Ermittlungsverfahrens nicht zur Kenntnis gebracht“ worden sei⁷³³. In den meisten der hier im Vordergrund stehenden Entscheidungen führt der AsylGH auch noch rügend an, dass es sich bei der Verletzung des Parteiengehörs „hierbei um keinen Einzelfall, sondern um wiederholtes Vorgehen des Bundesasylamtes im sog. Dublinverfahren“ handle.⁷³⁴

Das eigentlich Bemerkenswerte dieser Entscheidungen liegt jedoch in der folgenden Passage. Nachdem der Gerichtshof noch einmal die Rechtsprechung des VwGH anführt, wonach „die Verletzung des Parteiengehörs durch die Möglichkeit der Einbringung der Berufung als saniert anzusehen ist“ durchbricht er diese Regel wortident mit einer bisher noch nicht bekannten Ausnahme.

⁷³² Vgl AsylGH 25. 8. 2010, S18 404334-3/2010.

⁷³³ Vgl AsylGH 21. 7. 2010, E10 411118-2/2010.

⁷³⁴ Vgl AsylGH 28. 7. 2010, S18 413848-1/2010, 25. 8. 2010, S18 404334-3/2010 und 30. 6. 2010, S21 413109-1/2010.

„Aufgrund der Spezifika des Zulassungsverfahrens (vgl. § 29 Abs. 5 AsylG), aber auch des Asylverfahrens (etwa § 40 AsylG), oder etwa der bereits geschilderten dem AsylGH und BAA zukommenden Rollen im Asylverfahren“ erscheine es jedoch „zweifelhaft, ob diese Ausführungen des VwGH, welche zum allgemeinen Verwaltungsverfahren ergingen, im vollen Umfang auf das Asylverfahrens [sic] anwendbar sind.“ Vielmehr sei nämlich „davon auszugehen, dass eine gröbliche Verletzung des Parteiengehörs, welche den AsylGH in die Rolle der ersten Tatsacheninstanz drängt, durch die Möglichkeit der Erhebung der Beschwerde nicht geheilt wird.“

Anders als in den bereits erwähnten Erk, in denen die fehlgeschlagene Sanierung einer Verletzung des Parteiengehörs Folge unterlassener Ermittlungspflichten ist,⁷³⁵ stellt sich in den zuletzt behandelten Erk⁷³⁶ der ein bestimmtes Niveau überschreitende Schweregrad der Verletzung des Parteiengehörs – nämlich sobald die Verletzung als „gröblich“ zu bewerten ist – als das Ausschlag gebende Hindernis einer Sanierung des verletzten Parteiengehörs dar. Die jeweiligen Bescheide sind schließlich gem § 66 Abs 4 AVG ersatzlos aufgehoben worden.

Der VwGH hat den Begriff der „gröblichen“ bzw „groben“ Verletzung des Parteiengehörs bislang nur indirekt insofern in seine Rechtsprechung inkorporiert, als er den vom Beschwerdeführer verwendeten Begriff zwar nicht selbst wiederholt, aber den jeweiligen angefochtenen Bescheid letztlich doch aufgehoben hat.⁷³⁷

⁷³⁵ Vgl die in FN 726 angeführten Erk des AsylGH, welche auf den in FN 720 bis 724 genannten, hier als „die allgemeine Linie vorgebend“ auszumachenden, Erk des VwGH und des AsylGH aufbauen.

⁷³⁶ Vgl erneut die in FN 727 bis 730 genannten Erk des AsylGH.

⁷³⁷ Vgl VwGH 16. 5. 2001, 98/08/0173, in welchem der VwGH ausdrücklich eine Verletzung des Parteiengehörs feststellt. Vgl ferner auch VwGH 30. 6. 1999, 98/04/0047, hier allerdings ohne explizite Feststellung einer Verletzung des Parteiengehörs. Zur Rechtsprechung des VfGH in dieser Frage vgl unten VI.C.2.

VI.C. Die Verfahrensgrundsätze im Spiegel der Judikatur des VfGH

Statt des Begriffes der Verfahrensgrundsätze hätte man für die Überschrift dieses Kapitels alternativ auch jene der Ermittlungspflichten, der Beweiswürdigung und des Parteiengehörs oder jenen der Verfahrenszwecke iSd § 37 AVG wählen können, da sie (zumindest in diesem Rahmen) alle das gleiche ausdrücken.

Nachdem es im vorigen Kapitel darum gegangen ist, die auch im (verwaltungsgerichtlichen) Verfahren vor dem AsylGH gültigen Verfahrensgrundsätze eines allgemeinen Verwaltungsverfahrens darzustellen, die allesamt um die in § 37 S 1 AVG genannten Verfahrenszwecke der Feststellung der materiellen Wahrheit sowie der Gewährung des Parteiengehörs kreisen, gilt es nun im Folgenden die zu den einzelnen Punkten ergangenen wesentlichen Aussagen des VfGH herauszuarbeiten. Zu diesem Zweck sind ausnahmslos alle Erk des VfGH herangezogen worden, die bis dato zu Beschwerden gegen Erk des AsylGH gem Art 144a B-VG ergangen sind. Es ist jedoch festzuhalten, dass von diesem Vorhaben teilweise Aspekte angesprochen sind, welche aus systematischen Gründen bereits im vorigen Kapitel behandelt worden sind; teilweise sind solche im letzten Kapitel allerdings bloß grundgelegt worden, um nun eine Vertiefung zu erfahren; wieder andere werden im Folgenden zum ersten Mal behandelt.

Es geht also darum, wie die erwähnten Verfahrensgrundsätze auf das vor dem AsylGH stattfindende Verfahren einwirken. Unter Vorgriff auf das Kapitel, welches die dem Asylwerber zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Entscheidungen des AsylGH zum Gegenstand hat,⁷³⁸ ist festzuhalten, dass jene Rechtsprechung, die zu Erk des AsylGH ergangen ist, überwiegend bzw – mangels Erlassung einer Grundsatzentscheidung des AsylGH unter nachfolgender Mitwirkung des VwGH bis zum heutigen Tag – ausschließlich vom VfGH stammt, da der VwGH gem Art 130 Abs 1 lit a iVm Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG nur gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden und nicht gegen Urteile eines Verwaltungsgerichtes angerufen werden kann.

Zum anderen ist vorauszuschicken, dass die aus dem Wegfall der Anrufbarkeit des VwGH resultierenden Rechtsnachteile für den Asylwerber kaum durch die entsprechende Anrufbarkeit des VfGH ausgeglichen werden, da die Befassung einer entsprechenden Beschwerde seitens des VfGH gem Art 144a Abs 1 iVm Abs 2 B-VG – wie dies bei Bescheiden des UBAS auch Art 144 Abs 1 B-VG vorausgesetzt hat – (vor allem) von der Behauptung einer Verletzung „in einem verfassungsgesetzlich ge-

⁷³⁸ Vgl zum möglichen Rechtsschutz gegen Entscheidungen des AsylGH unten VI.J.

wahrleisteten Recht“ abhängt. Damit besteht für den Asylwerber keine Möglichkeit, sich gegen nicht in die Verfassungssphäre reichende Rechtswidrigkeiten von Erk des AsylIGH zur Wehr zu setzen.⁷³⁹

Allgemein ist noch darauf hinzuweisen, dass die in den Urteilen des AsylIGH getätigten Aussagen, wie sie im letzten Kapitel zu finden sind, wohl in den meisten Fällen auch für diesen selbst maßgeblich sein werden, obwohl sie freilich zu Beschwerden gegen Bescheide des BAA ergangen sind. Zum einen beruft sich nämlich der AsylIGH sehr oft auf die Judikatur des VwGH, welche ihrerseits zu Berufungen gegen Bescheide des UBAS, und damit der Vorgängerbehörde des AsylIGH, ergangen ist. Zum anderen hat eben auch der AsylIGH genauso wie das BAA (sowie seinerzeit der UBAS) zum überwiegenden Teil das AVG anzuwenden. Trotzdem ist durch die Ersetzung des UBAS durch den AsylIGH nicht „alles beim Alten“ geblieben, weshalb eingetretene Änderungen im Verfahren vor der nunmehrigen Beschwerdeinstanz in Asylsachen natürlich extra hervorgehoben werden.

VI.C.1. Ermittlungspflichten des AsylIGH

In diesem Kapitel geht es in erster Linie um die sich aus dem Grundsatz der materiellen Wahrheit iSd § 37 S 1 AVG ergebenden Ermittlungspflichten des AsylIGH. Der theoretische Hintergrund sowie auch einige Ausführungen praktischer, dh judikativer Natur finden sich in mehreren, die Verfahrensgrundsätze betreffenden Kapiteln.⁷⁴⁰

VI.C.1.a) Sich aus dem Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander ergebende Ermittlungspflichten im engeren Sinn

Es lässt sich in einem ersten Schritt leicht feststellen, dass der VfGH, unter Zugrundelegung aller gem Art 144a B-VG ergangenen Erk, den Beschwerdeführer relativ häufig in seinem aus dem RassDiskr-BVG erfließenden Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander (insbes) „mangels eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens“ verletzt erachtet. In einem zweiten Gedankenschritt wird offenkundig, dass innerhalb dieser Teilmenge wiederum jene Erk die überwiegende Mehrheit darstellen, welche das Ermittlungsverfahren bzw die Ermittlungspflichten „ieS“, also vor allem eine fehlende oder fehlerhafte Beweisaufnahme, betreffen.

⁷³⁹ Dies wird auch regelmäßig in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht, vgl zB VfGH 23. 2. 2010, U2801/09: „Die im Übrigen gerügten Rechtsverletzungen wären im vorliegenden Fall nur die Folge einer – allenfalls grob – unrichtigen Anwendung des einfachen Gesetzes. Spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen sind zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen nicht anzustellen.“

⁷⁴⁰ Vgl dazu in erster Linie VI.B.4 zum Grundsatz der materiellen Wahrheit, aber auch die den Beweis behandelnden Kapitel.

Hebt der VfGH ein Erk des AsylGH aus diesem Grund auf, so beginnt er regelmäßig seine Ausführungen mit einem Hinweis auf seine mit VfGH 2. 7. 1994, B1911/93 (VfSlg 13.836/1994) beginnende ständige Rechtsprechung, wonach Art I Abs 1 RassDiskr-BVG „das allgemeine, sowohl an die Gesetzgebung als auch an die Vollziehung gerichtete Verbot, sachlich nicht begründbare Unterscheidungen zwischen Fremden vorzunehmen“, enthalte. Die Ungleichbehandlung von Fremden sei „also nur dann und insoweit zulässig, als hiefür [sic] ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist.“ Eine Verletzung dieses Grundrechts liege unter anderem vor, wenn die Behörde Willkür geübt hat.

Der VfGH fährt fort, indem er unter Berufung auf seine Vorjudikatur ausführt, dass „ein willkürliches Verhalten der Behörde, das in die Verfassungssphäre eingreift, [...] unter anderem in einer gehäuften Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens überhaupt, insbesondere in Verbindung mit einem Ignorieren des Parteivorbringens und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außer-Acht-Lassen des konkreten Sachverhaltes“ liege.⁷⁴¹

In einem Fall hält der VfGH fest, die Entscheidung des AsylGH sei „auf zumindest drei Jahre alte Feststellungen gegründet, die teilweise, so insbesondere das [...] Gutachten eines ‚Dr. P. G.‘ aus dem Jahr 2006, keine Angabe zu Quelle, Verfasser und Nachvollziehbarkeit beinhalten“. Der AsylGH habe „es verabsäumt, sich in der Verhandlung mit der Frage der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung der Beschwerdeführerin auseinander zu setzen. Die Feststellungen zur Lage in Nigeria sind insgesamt veraltet. Auf welche aktuellen Länderberichte sich die allgemein gehaltenen Feststellungen zur Lage in Nigeria, insbesondere zu den Erwerbsmöglichkeiten junger Frauen, stützen, die auch auf bereits länger zurück liegende Ereignisse Bezug nehmen, ist nicht ersichtlich. Ermittlungen zu entscheidungsrelevanten Sachverhalten hinsichtlich der Refoulementprüfung fehlen somit zur Gänze (vgl. VfGH 10.12.2008, U80/08).“

„Dieses Unterlassen der Ermittlungstätigkeit in einem wesentlichen Punkt führt dazu, dass die Beschwerdeführerin in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander verletzt ist.“⁷⁴²

⁷⁴¹ Diese allgemein gehaltenen Passagen finden sich wortident allesamt zB in den Erk VfGH 25. 6. 2010, U355/10, U378/10 dD, U2197/09 ua dD, 8. 6. 2010, U668/10, 27. 4. 2010, U1790/09, 21. 9. 2009, U591/09 und 10. 12. 2008, U80/08.

⁷⁴² So VfGH 25. 6. 2010, U355/10 und U378/10 dD.

In diesem Erk spricht das Höchstgericht also gleich mehrere – dem AsylIGH obliegende, im konkreten Fall von ihm aber verletzte – Ermittlungspflichten an, welche iSd Grundsatzes der materiellen Wahrheit zu erfüllen sind. Zunächst müssen die der Entscheidung zugrunde gelegten Feststellungen aktuell sein,⁷⁴³ wobei hier eine Zeitspanne von drei Jahren diesem Erfordernis nicht mehr genügen dürfte, zumal die „Feststellungen zur Lage in Nigeria [...] insgesamt veraltet“ seien. Weiters müssten die, insbes in Gutachten getroffenen, Feststellungen Angaben zu „Quelle, Verfasser und Nachvollziehbarkeit“ beinhalten, also zB auch genau angeben, auf welche Länderberichte sie sich stützen.

In weiteren Erk, in denen der VfGH zum Schluss kommt, das – willkürliche, in die Verfassungssphäre reichende – Unterlassen der Ermittlungstätigkeit in einem⁷⁴⁴ oder mehreren⁷⁴⁵ wesentlichen Punkten führe schließlich zu einer Verletzung des vfggR auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander, beanstandet er in diesem Sinne zB, dass sich im „gesamten Erkenntnis“ weder „Feststellungen zur aktuellen Lage“ im Herkunftsstaat noch solche „zur persönlichen Situation des Beschwerdeführers“ fänden bzw dass es auch am Parteiengehör⁷⁴⁶ sowie an der Beweiswürdigung mangle.⁷⁴⁷

Im beschriebenen Sinne beanstandet er des Weiteren, dass zwischen Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides und der Entscheidung des AsylIGH ein Zeitraum von annähernd vier Jahren liege, währenddessen weder der UBAS noch der AsylIGH „irgendwelche Ermittlungen durchgeführt“ hätten. „Es wären jedoch Ermittlungsschritte betreffend eines allenfalls in Österreich bestehenden Familien- und Privatlebens des Beschwerdeführers jedenfalls zu treffen gewesen. So führt der AsylIGH aus, dass eine besondere soziale Integration des Beschwerdeführers nicht ersichtlich gewesen sei [...]. Aus der bekämpften Entscheidung geht allerdings nicht hervor, auf welcher Grundlage diese Feststellungen fußen.“ Insbesondere bleibe nicht nachvollziehbar, wie eine Berücksichtigung der in § 10 Abs 2 Z 2 lit a bis h AsylG 2005 genannten, durch BGBI I 2009/135 eingefügten, Aspekte stattgefunden haben soll, wenn der Beschwerdeführer nicht zumindest zu einer Stellungnahme zu seinen persönlichen Lebensumständen in Österreich aufgefordert worden sei.⁷⁴⁸

⁷⁴³ Vgl zur Aktualität der Feststellungen auch etwa VfGH 22. 6. 2009, U909/08: „Soweit der AsylIGH insbesondere ausführt, dass ‚die Länderquellen aus dem Verfahren vor dem Bundesasylamt bereits nicht mehr aktuell [sind]‘, und sich aus dem Amtswissen nicht ergibt, ‚dass es in China zu einer Gruppenverfolgung von Menschen kommt, die einer sozialen Gruppe angehören, der auch der Berufungswerber [wohl richtig: Beschwerdeführer] ... angehört‘, hat es der AsylIGH zumindest in diesem Punkt der Entscheidung unterlassen, aktualisierte Länderfeststellungen dem Beschwerdeführer zur Kenntnis zu bringen, zumal auch der Bescheid des BAA keine Feststellungen zur Situation in China enthält.“

⁷⁴⁴ Vgl noch einmal die Formulierung in den eben erwähnten Erk VfGH 25. 6. 2010, U355/10 und U378/10 dD, wonach auch das Unterlassen der Ermittlungstätigkeit (lediglich) in „einem“ wesentlichen Punkt die Grundrechtsverletzung bewirkt.

⁷⁴⁵ Vgl hingegen die Formulierung zB im noch in diesem Absatz zu behandelnden Erk VfGH 25. 6. 2010, U2197/09 ua.

⁷⁴⁶ Die (deutlich magerer ausfallende) Judikatur zum Parteiengehör wird hier – wenn überhaupt, dann – nur am Rande, etwas ausführlicher dann unten VI.C.2 behandelt.

⁷⁴⁷ Vgl VfGH 25. 6. 2010, U2197/09 ua sowie ebenfalls sowohl mangelnde Ermittlungen zur aktuellen Lage als auch die fehlende Einräumung von Parteiengehör beanstandend VfGH 29. 9. 2010, U808/10.

⁷⁴⁸ Vgl VfGH 8. 6. 2010, U668/10 sowie ähnlich VfGH 27. 9. 2010, U1407/10, 10. 6. 2011, U2460/10, U375/11 dD und 18. 6. 2011, U919/10.

Hebt der VfGH ein Erk des AsylGH wegen Verletzung des erwähnten Grundrechtes infolge eines mangelhaften Ermittlungsverfahrens auf, so tut er dies also beispielsweise

- mangels „Auseinandersetzung mit dem Vorbringen des Asylwerbers“⁷⁴⁹ oder zB mit der Frage, „ob der Erstbeschwerdeführerin eine solche willkürliche Verhaftung sowie Misshandlung und in weiterer Folge eine ernsthafte Bedrohung ihres Lebens infolge willkürlicher Gewalt droht“⁷⁵⁰,
- mangels „Ermittlungstätigkeit zum aktuellen Gesundheitszustand des (im Kleinkindalter befindlichen) Beschwerdeführers, zur Notwendigkeit einer Medikation sowie zur Frage der medizinischen Behandlungsmöglichkeiten im Herkunftsland“⁷⁵¹,
- mangels vom AsylGH getroffener, „wie auch immer gearteter Feststellungen zur persönlichen Situation des Beschwerdeführers“⁷⁵²,
- mangels „jeder Auseinandersetzung mit dem vom BAA als glaubwürdig erachteten Vorbringen“⁷⁵³,
- weil den „vorgelegten Akten [...] nicht entnommen werden“ könne, dass der AsylGH Ermittlungstätigkeiten gesetzt hätte bzw weil die gebotene „Einhaltung eines medizinischen Gutachtens“ unterblieben sei⁷⁵⁴,
- weil der AsylGH weder Ermittlungen über den Inhalt eines Dokumentes, „welches angeblich die Ermordung des Vaters belegen soll“, angestellt noch in der Entscheidung dargetan habe, „warum dieses Dokument zur Beurteilung der asylrelevanten Fragen nicht von Bedeutung ist“⁷⁵⁵,
- weil im Erk des AsylGH verschwiegen worden sei, „dass die dem Beschwerdeführer attestierte posttraumatische Belastungsstörung“ laut eines vom AsylGH herangezogenen Berichtes der Schweizer Flüchtlingshilfe „in der Elfenbeinküste nicht behandelbar ist“ sowie mangels jeglicher Prüfung des Familien- und Privatlebens des Beschwerdeprüfers⁷⁵⁶,

⁷⁴⁹ Vgl VfGH 27. 4. 2010, U1790/09 sowie 9. 6. 2011, U2340/10. Auch in VfGH 3. 9. 2009, U556/09 stellt das Höchstgericht eine Verletzung des erwähnten Grundrechtes aufgrund des Fehlens „jeglicher Erörterung des diesbezüglichen, mit dem Antrag auf Verfahrenshilfe in engem Zusammenhang stehenden (wesentlichen) Vorbringens“ fest. Der AsylGH habe nämlich den Antrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung „einer kostenlosen Rechtsvertretung/Flüchtlingsberatung [...] verfehlt nur unter dem Aspekt eines Verfahrenshilfeantrags behandelt, ohne sich mit dem darüber hinausgehenden [...] gestützten Begehren der Beschwerdeführerin, rechtliche Beratung und Vertretung (auch) durch Beistellung eines Flüchtlingshelfers gemäß §66 AsylG 2005 zu erhalten, auseinanderzusetzen.“

⁷⁵⁰ Vgl VfGH 27. 4. 2010, U3428/09 ua.

⁷⁵¹ Vgl VfGH 3. 9. 2009, U1275/09. Ähnlich VfGH 15. 12. 2010, U658/10 ua und 29. 6. 2011, U593/11. Vgl auch jüngst VfGH 3. 5. 2011, U2659/10 und 10. 6. 2011, U2570/10: Der AsylGH habe keine Ermittlungen zum aktuellen Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin angestellt und es somit unterlassen, „sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin eine Ausweisung zulässt.“

⁷⁵² Vgl VfGH 23. 2. 2010, U2801/09 sowie ähnlich 10. 6. 2011, U49/11.

⁷⁵³ Vgl VfGH 30. 11. 2009, U431/08.

⁷⁵⁴ Vgl VfGH 21. 9. 2009, U591/09.

⁷⁵⁵ Vgl VfGH 28. 4. 2009, U429/08.

⁷⁵⁶ Vgl VfGH 24. 2. 2009, U212/08.

- mangels Auseinandersetzung mit der Frage des jugendlichen Alters der Beschwerdeführerin in Hinblick auf Art 8 EMRK⁷⁵⁷,
- deshalb, weil der AsylGH davon ausgegangen sei, „dass keine Verhandlungspflicht bestehe“, er aber „auch nicht auf andere Weise eine Ermittlungstätigkeit in einem entscheidungswesentlichen Punkt, nämlich insbesondere betreffend die Lage im Herkunftsland, vorgenommen hat“⁷⁵⁸,
- weil der AsylGH seinem Erk, durch „die dramatische Verschlechterung der Situation im Iran nach den Präsidentschaftswahlen“, unaktuell gewordene Beweismittel (Länderberichte) zugrunde gelegt habe⁷⁵⁹,
- da das Asylgericht „die Zumutbarkeit der Ausreise der Beschwerdeführerin in den Herkunftsstaat [...] unter eingehender Bedachtnahme auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu überprüfen“ gehabt hätte, „da zumindest die Auswirkungen der Ausweisung der Beschwerdeführerin auf das gemeinsame Familienleben mit ihrem österreichischen Ehemann in Österreich gegenüber dem öffentlichen Interesse am Vollzug der Ausweisung abzuwägen sind“⁷⁶⁰,
- da die herangezogenen Länderfeststellungen keinerlei Informationen zu Personen vergleichbar mit dem Beschwerdeführer enthielten⁷⁶¹,
- weil der AsylGH es nicht in seine Überlegungen mit einfließen habe lassen, dass die vom BAA durchgeführten Anfragen an das Zentrale Melderegister nicht geeignet gewesen seien, die Abgabestelle des Asylwerbers iSd ZustG festzustellen, und er deshalb irrigerweise davon ausgegangen sei, die Hinterlegung gem § 23 ZustG habe eine rechtswirksame Zustellung bewirkt,⁷⁶²
- weil sich in den angefochtenen Entscheidungen keine Feststellungen zu allfälligen subsidiären Schutzgründen fänden, der AsylGH aber auch im Rahmen der Behandlung eines Folgeantrages dazu verpflichtet sei, „Sachverhaltsänderungen nicht nur in Bezug auf die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten, sondern auch in Bezug auf die Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten einer Prüfung zu unterziehen“, zumal ein Asylantrag „hilfsweise für den Fall der Nichtzuerkennung dieses Status auch auf die Gewährung des subsidiären Schutzes gemäß §8 AsylG 2005 gerichtet“ sei,⁷⁶³
- oder mangels umfassender Auseinandersetzung mit der „Gefährdungssituation des Beschwerdeführers“ sowie mit der Situation „der Gesundheitsversorgung sowie der Behandelbarkeit der vorliegenden Erkrankung im Heimatstaat“⁷⁶⁴, also mit der Situation im Herkunftsstaat.⁷⁶⁵

⁷⁵⁷ Vgl VfGH 24. 2. 2009, U122/08 ua.

⁷⁵⁸ Vgl VfGH 10. 12. 2008, U80/08.

⁷⁵⁹ Vgl VfGH 20. 9. 2010, U1863/09.

⁷⁶⁰ Vgl VfGH 29. 9. 2010, U642/10.

⁷⁶¹ Vgl jüngst VfGH 2. 5. 2011, U1005/10.

⁷⁶² Vgl VfGH 2. 7. 2011, U2106/10.

⁷⁶³ Vgl VfGH 29. 6. 2011, U1533/10 ua.

⁷⁶⁴ Vgl VfGH 21. 9. 2009, U1655/09.

⁷⁶⁵ Dies des Weiteren konstatierend die Erk VfGH 25. 6. 2010, U2197/09 ua, 21. 9. 2009, U525/09 ua und 29. 1. 2009, U765/08.

Andererseits hat der VfGH zu dem vonseiten des Beschwerdeführers geäußerten Vorwurf, der AsylGH habe „nähere Ermittlungen über die Reiseroute des Beschwerdeführers unterlassen“, (folgerichtig) festgehalten, dass der VfGH „nicht zur Überprüfung von bloßen (behaupteten) Verfahrensfehlern zuständig ist. Ein solcher wäre vom Verfassungsgerichtshof nur aufzugreifen, wenn dem AsylGH Willkür vorzuwerfen wäre.“ Dies sie konkret jedoch nicht der Fall, da das „Vorliegen des vom AsylGH angenommenen Sachverhalts [...] schlüssig begründet“ worden sei.⁷⁶⁶

VI.C.1.b) Sich aus dem Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander ergebende Ermittlungspflichten im weiteren Sinn – Begründungsmängel

In einigen Erk sieht der VfGH das sich aus dem RassDiskr-BVG ergebende Grundrecht aber auch dann (unter anderem) „mangels eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens“ als verletzt an, wenn es zwar unterlässt, das vom AsylGH durchgeführte Ermittlungsverfahren ieS, dh die Beweisaufnahme – zumindest an vorderster Stelle – zu bemängeln, aber dafür festhält, dass es dem Urteil des AsylGH an einer eigenen Begründung ermangle. Insofern macht es mE Sinn, von – dem AsylGH obliegenden, von ihm konkret aber verletzten – Ermittlungspflichten im weiteren Sinn [iwS] zu sprechen.

Nach, im vorigen Unterkapitel angeführten, einleitenden Bemerkungen zur verfassungsgerichtlichen Vorjudikatur betreffend das Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander führt das Höchstgericht in einem Erk aus, dass der AsylGH nicht selbst den Anforderungen des § 60 AVG betreffend die Bescheidbegründung⁷⁶⁷ entsprochen, sondern „der Sache nach lediglich die Begründung des BAA mit den Worten des §60 AVG qualifiziert und erklärt“ habe, dass er sich den Ausführungen des BAA anschließe und „sie zum Inhalt des gegenständlichen Erkenntnisses“ erhebe.

Wenn der VfGH in der Folge betont, der AsylGH habe „unter wiederholter Verweisung auf die Beweiswürdigung des BAA, die Unglaubwürdigkeit des Fluchtvorbringens wegen Widersprüchen und Implausibilitäten betont, ohne eigene nachvollziehbare beweiswürdigende Ausführungen vorzunehmen“, so spricht er in diesem Rahmen auch eine mangelhafte Beweiswürdigung an und subsumiert sie so unter den Begriff entweder der mangelnden Begründung oder des mangelhaften Ermittlungsverfahrens.

⁷⁶⁶ Vgl VfGH 7. 11. 2008, U48/08.

⁷⁶⁷ Vgl eingehender zur Begründung des Erk des AsylGH, unten VI.H.2.

Der VfGH fährt fort, dass sich der AsylIGH „mit Ausführungen allgemeiner Art, denen jeglicher auf den konkreten Anlassfall bezogener Begründungswert fehlt“, begnügt und „keine eigene Beurteilung des Fluchtsachverhaltes“ vorgenommen habe. Nur insofern, als der VfGH beanstandet, das Erk des AsylIGH sei „daher insgesamt wegen des Fehlens einer hinlänglichen Auseinandersetzung mit den für die Beweiswürdigung maßgeblichen Argumenten“ nicht nachvollziehbar, bezieht er sich auf Mängel im Ermittlungsverfahren ieS. Schließlich verstöße deshalb die bekämpfte Entscheidung „gegen das Willkürverbot des Gebotes der Gleichbehandlung von Fremden untereinander und gegen das rechtsstaatliche Gebot der Begründung gerichtlicher Entscheidungen.“⁷⁶⁸

Auf dieser Linie liegt auch ein Erk des VfGH, in welchem er ebenfalls zum Schluss kommt, der AsylIGH habe „mangels eigener Begründung [...] bzw mangels eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens“ das Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander verletzt, wenngleich sich im Erk des Höchstgerichtes nur Ausführungen zur mangelnden Begründung und nicht auch zu Ermittlungspflichten ieS finden. Mit leicht variierender Argumentation stellt er fest, dass der AsylIGH insofern § 60 AVG verletzt habe, als aus seinen Ausführungen nicht ersichtlich sei, welche Beweggründe ihn zur Abweisung der Beschwerde veranlasst haben, „da es an einer eigenständigen Bewertung des Fluchtvorbringens der Beschwerdeführerin fehlt. Die für die bekämpfte Entscheidung maßgeblichen Erwägungen müssen aber aus der Begründung der Entscheidung hervorgehen, da nur auf diese Weise die rechtsstaatlich gebotene Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof möglich ist“⁷⁶⁹.

In einem anderen Erk nähert sich der VfGH demselben Problem mittels ausführlicherer, aber auch abweichender Argumentation, um dennoch zum selben Ergebnis, nämlich einer fehlenden eigenen Begründung des AsylIGH, zu gelangen. Er hält zunächst fest, der AsylIGH sei anders „als die Unabhängigen Verwaltungssenate und insbesondere auch der Unabhängige Bundesasylsenat [...] nicht eine Verwaltungsbehörde, sondern ein Gericht“. Seine Bescheide unterliegen (folglich) auch nicht der nachprüfenden Kontrolle des VwGH.

⁷⁶⁸ Vgl VfGH 3. 9. 2009, U591/08. Ähnlich, wenngleich weniger ergiebig und sich im Wesentlichen auf die Feststellung beschränkend, der AsylIGH habe nicht selbst den Anforderungen des § 60 AVG betreffend die Bescheidbegründung entsprochen, auch VfGH 30. 11. 2009, U431/08, 3. 9. 2009, U1073/09, 1. 7. 2009, U282/09 („Der Asylgerichtshof verweist lediglich kurSORisch auf die Begründung des Bescheids des Bundesasylamtes, schildert den zugrunde liegenden Sachverhalt nur sehr kurz, geht auf eine Verletzung der Rechte nach Art2, 3 und 8 EMRK überhaupt nicht ein und trifft keine Feststellungen zur allgemeinen politischen Situation in Nigeria.“) sowie VfGH 22. 6. 2009, U1055/09 und 15. 6. 2009, U107/09.

⁷⁶⁹ Vgl VfGH 30. 11. 2009, U305/08.

„Bereits aus diesen Unterschieden wird deutlich, dass die zu §67 iVm §60 AVG ergangene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die Berufungsbehörde berechtigt ist, näher bezeichnete Teile des angefochtenen Bescheides zum Inhalt ihrer Entscheidung zu erheben, ohne sie wiederholen zu müssen [...], auf Entscheidungen des Asylgerichtshofes nicht übertragbar ist“, zumal „die verweisende Entscheidung von einem (nicht im Instanzenzug übergeordneten) Gericht erlassen wird, welches überdies seinerseits nicht mehr der Kontrolle durch ein weiteres Gericht unterliegt. [...] Die für die bekämpfte Entscheidung maßgeblichen Erwägungen müssen aus der Begründung der Entscheidung hervorgehen, da nur auf diese Weise die rechtsstaatlich gebotene Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof möglich ist“⁷⁷⁰.

Daraus folgt für die – hier allerdings nicht primär interessierende – Begründungspflicht der Entscheidungen des AsylGH zunächst, dass er dieser „allgemein mit der kurzen Verweisung auf die Gründe im Bescheid der Vorinstanz“⁷⁷¹ nicht nachkommt. Der AsylGH wird die entsprechenden Stellen im Bescheid des BAA, denen er sich anschließt, (wiederholend) anzuführen haben, während den UBAS eine entsprechende Pflicht iSd im VfGH-Erk angeführten VwGH-Judikatur nicht getroffen hat.

Insofern ist es auch konsequent, wenn der VfGH „keine in die Verfassungssphäre reichenden Fehler“ des AsylGH annimmt, wenn dieser „in der Begründung der angefochtenen Entscheidung die Ergebnisse des vom BAA ausführlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfragen klar und übersichtlich zusammengefasst und sich den diesbezüglichen bloß vier Monate zurückliegenden Ausführungen des BAA angeschlossen hat“⁷⁷², zumal sich der AsylGH in diesem Fall nicht bloß einer „kurzen Verweisung“ bedient zu haben scheint.

Im Anschluss daran finden sich – bereits im letzten Unterkapitel behandelte – Ausführungen zu Mängeln im Ermittlungsverfahren ieS.⁷⁷³ Die zuerst in diesem Unterkapitel behandelten Erk VfGH U591/08 und U305/08 enthalten derlei Ausführungen nicht, kommen schließlich aber trotzdem zum Schluss, dass das Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander – abgesehen von der mangelnden eigenen Begründung des AsylGH auch – mangels ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens verletzt worden sei.

⁷⁷⁰ Vgl VfGH 3. 12. 2008, U131/08, 25. 6. 2010, U2197/09 ua, 23. 2. 2010, U2801/09 und jüngst 2. 5. 2011, U2559/10. Eine nähere rechtsdogmatische Untersuchung dieses Teilespektes der den AsylGH obliegenden Begründungspflicht erfolgt im Kapitel über die Begründung der Erk des AsylGH VI.H.2.

⁷⁷¹ So das einen UBAS-Bescheid betreffende Erk VwGH 30. 11. 2000, 2000/20/0356, auf das VfGH 25. 6. 2010, U2197/09 ua verweist. Vgl dazu allgemein HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67, RZ 9 f und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 229.

⁷⁷² Vgl VfGH 12. 6. 2010, U614/10 und U613/10 dD. Vgl weiters VfGH 22. 6. 2009, U909/08.

⁷⁷³ Vgl dazu noch einmal oben VI.C.1.a).

Daraus ist mE zu schließen, dass der VfGH seine Feststellungen zur mangelnden eigenen Begründung (auch) unter dem Blickpunkt eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens betrachtet hat bzw dieses Problem auch unter den Themenkreis der Ermittlungspflichten – eben „iwS“ – subsumiert.

Umgekehrt hebt der VfGH aber auch Urteile des AsylGH „mangels eigener Begründung im Urteil des Asylgerichtshofes bzw mangels eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens“ auf, beschränkt seine näheren Ausführungen allerdings auf Mängel hinsichtlich der Ermittlungspflichten ieS, während er zur Begründung *expressis verbis* nicht mehr Stellung bezieht.⁷⁷⁴ Aus alldem ergibt sich wohl, dass der VfGH keine trennscharfe Grenze zwischen den Ermittlungspflichten des AsylGH und der Begründung seiner Entscheidungen zieht oder sogar beide Begriffe synonym verwenden dürfte.

Die Richtigkeit der zuletzt genannten These wird auch durch Erk verstärkt, in denen der VfGH feststellt, die Entscheidungen des AsylGH verstießen „gegen das Willkürverbot des Gebotes der Gleichbehandlung von Fremden untereinander und gegen das rechtsstaatliche Gebot der Begründung gerichtlicher Entscheidungen“, in denen er davor aber Feststellungen sowohl zur mangelhaften Begründung als auch zu Mängeln im Ermittlungsverfahren ieS, also zur mangelhaften Beweisaufnahme, trifft.⁷⁷⁵

In wieder anderen Erk beanstandet der VfGH einen dem eben angeführten Zitat entsprechenden Verstoß des AsylGH, begründet diesen allerdings – und dieses Mal für sich betrachtet auch vollkommen folgerichtig – (zumindest an vorderster Stelle) mit Ausführungen zur mangelnden Begründung,⁷⁷⁶ dh stellt also wiederholt einen neuartigen Konnex zwischen festgestelltem Mangel und des-

⁷⁷⁴ Vgl zB VfGH 3. 9. 2009, U1275/09 („Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in wesentlichen Punkten in Verbindung mit dem Ignorieren des diesbezüglichen Parteivorbringens“). Vgl weiters VfGH 22. 6. 2009, U469/09 (Unterlassung jeglicher Ermittlungstätigkeit bezüglich der vom Beschwerdeführer vorgelegten, seine Erkrankung belegenden Arztbriefe), VfGH 9. 10. 2010, U1231/10 sowie 15. 12. 2010, U1471/10.

⁷⁷⁵ Vgl VfGH 22. 6. 2009, U1137/08 ua: „In den angefochtenen Erkenntnissen hat der belangte Gerichtshof nicht selbst den Anforderungen des §60 AVG entsprochen“. Einen Absatz weiter unten heißt es: „Die Erkenntnisse des AsylGH sind insgesamt mangels einer ausreichenden Schilderung des zugrunde liegenden Sachverhaltes, des Fehlens von Länderfeststellungen, insbesondere aber wegen des Fehlens einer hinlänglichen Auseinandersetzung mit den für die Beweiswürdigung maßgeblichen Argumenten, nicht in einer Weise nachvollziehbar, dass sie den dargestellten verfassungsrechtlichen Erfordernissen genügen.“ Vgl weiters VfGH 15. 12. 2010, U533/10: Auch eine Schilderung, „die kaum glaubwürdig und irreal erscheint, [entbindet] die Asylbehörden nicht von ihrer Pflicht, die notwendigen Ermittlungen zu tätigen“. Vgl in diesem Sinne des Weiteren VfGH 30. 11. 2010, U1469/10, 28. 2. 2011, U2543/10 und 29. 6. 2011, U353/11.

⁷⁷⁶ Vgl zB VfGH 28. 4. 2009, U390/08. Die Ausführungen darin ähneln jenen stark, die auch in den in FN 770 genannten Erk enthalten sind. Vgl weiters in diesem Sinne VfGH 28. 4. 2009, U685/08, U681/08 dD, U989/08 dD, U249/08 dD, U148/08 dD, U782/08 dD, U544/08 dD, VfGH 27. 4. 2009, U27/09, U159/08 dD, U660/08 dD, U873/08 dD, U165/08 dD, U776/08 dD, VfGH 11. 3. 2009, U132/08, VfGH 24. 2. 2009, U1125/08, U180/08 dD, U179/08 dD, VfGH 30. 1. 2009, U555/08, U31/08 dD, VfGH 29. 1. 2009, U370/08, 3. 12. 2008, U131/08 und 7. 11. 2008, U67/08. In eine ähnliche Richtung geht auch VfGH 28. 4. 2009, U1194/08 ua, worin der VfGH beanstandet, der AsylGH habe „jegliche Ausführungen zur Frage der Rechtmäßigkeit der Zurückweisung des Antrages des Zweitbeschwerdeführers wegen Ablauf der 20-Tagesfrist des §28 Abs2 AsylG 2005“ unterlassen, weshalb die Begründung der Entscheidung des AsylGH „so gravierende Mängel aufweist, [...] dass diesem ein Verstoß gegen das Willkürverbot des Gebots der Gleichbehandlung von Fremden untereinander vorzuwerfen ist“. Jüngst hat der VfGH auch jenen Fall unter diese Problematik subsumiert, da der AsylGH ein verhängtes Aufenthaltsverbot mit der gem § 12a Abs 2 Z 1 AsylG 2005 geforderten aufrechten Ausweisung gleichgesetzt, dies allerdings nicht

sen Titulierung her. In diesem Sinne fasst der VfGH in einem rezenten Erk dahingehend prägnant zusammen, dass sich der AsylGH des erwähnten Rechtsverstoßes schuldig mache, „wenn sich Sachverhalt, Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung nicht aus der Gerichtsentscheidung selbst, sondern erst aus einer Zusammenschau mit der Begründung der Bescheide ergibt.“⁷⁷⁷

Schließlich bemängelt das Höchstgericht unter Anführung der zitierten Phrase auch fehlerhafte Ermittlungsverfahren ieS allein.⁷⁷⁸

Zu der uneinheitlichen Terminologie seitens des VfGH ist mE folgendes festzuhalten: Ist der VfGH der Meinung, dass der AsylGH in seiner Entscheidung „nicht selbst den Anforderungen des §60 AVG entsprochen“, sondern lediglich die diesbezüglichen Ausführungen des BAA zum Inhalt seiner Entscheidung erhoben habe, dass sich also der Sachverhalt aus den Ausführungen des AsylGH nicht erkennen lasse,⁷⁷⁹ so scheint in der Tat sowohl jene Schlussfolgerung zulässig zu sein, wonach es der Entscheidung des AsylGH dadurch an einer „eigenen“ Begründung ermangle, als auch jene, wonach aus diesen Gründen kein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchgeführt worden sei, als aber auch jene Schlussfolgerung, der gemäß eben beides gleichzeitig zu rügen sei. Die uneinheitliche Benennung seitens des VfGH hinsichtlich derselben, dem AsylGH vorzuwerfenden, Mängel stellt sich also nicht als unzutreffend dar, wenngleich eine einheitlichere, einem System folgende Praxis der Bezeichnung der dem AsylGH vorzuwerfenden Mängel sicherlich wünschenswert wäre.

näher begründet und sich deshalb eines wesentlichen Begründungsmangels schuldig gemacht habe, vgl VfGH 3. 5. 2011, U2795/10.

⁷⁷⁷ So VfGH 30. 11. 2010, U1860/10. Am Rande sei zu diesem Erk jedoch angemerkt, dass es anstelle der Wortfolge „der Bescheide“ korrekterweise (sinngemäß) „des Bescheides des BAA und des Erk des AsylGH“ heißen müsste, da der AsylGH als Gericht freilich keine Bescheide erlässt.

⁷⁷⁸ Vgl VfGH 27. 4. 2009, U136/08 ua, wonach es der AsylGH unterlassen habe, zu prüfen, ob eine Zuständigkeit Österreichs gem Art 8 Dublin-VO gegeben sei und VfGH 29. 1. 2009, U397/08, wonach aus dem Erk des AsylGH nicht zu entnehmen sei, dass dieser im Lichte „des Vorbringens in Folge des Sachverständigengutachtens sowie der elaborierten Beschwerde des gesetzlichen Vertreters des Beschwerdeführers gegen den Bescheid des BAA irgendwelche eigene Ermittlungstätigkeiten zur Lage der möglichen medizinischen Versorgung des Beschwerdeführers im Herkunftsland durchgeführt hat (vgl. VfSlg. 18.052/2007), zum aktuellen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers, seiner Behandlung und den notwendigen Medikamenten.“ In diesem Sinne auch VfGH 28. 2. 2011, U1286/10.

⁷⁷⁹ Vgl zB VfGH 15. 6. 2009, U107/09.

VI.C.1.c) Sich aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ergebende Ermittlungspflichten

Der VfGH kommt des Weiteren regelmäßig zum Schluss, dass der Beschwerdeführer durch ein Erk des AsylGH in seinem vfggR auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt worden sei. Wenn gleich das Höchstgericht in diesen Erk die Verletzung von Ermittlungspflichten explizit nicht beanstandet, so ist der dem AsylGH in diesen Verfahren gemachte Vorwurf – nämlich der Vorwurf einer unzureichenden Interessenabwägung iSd Art 8 Abs 2 EMRK – mE durchaus auf der Ebene des Ermittlungsverfahrens anzusetzen, wie aus den folgenden höchstgerichtlichen Judikaten hervorgeht.

Das Höchstgericht beginnt seine diesbezüglichen Ausführungen durchgehend mit allgemeinen Erläuterungen zur Frage, ab wann ein (noch zulässiger) Eingriff in das durch Art 8 EMRK vfggR auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu einer verfassungswidrigen Verletzung des Grundrechtes werde.⁷⁸⁰

Im angesprochenen Erk schließt sich daran die Feststellung des VfGH, dass „[w]ie die zuständige Fremdenpolizeibehörde [...] aber auch der eine Ausweisung aussprechende AsylGH bzw. das BAA stets dazu verpflichtet [sind], das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung gegen die persönlichen Interessen des Fremden an einem weiteren Verbleib in Österreich am Maßstab des Art8 EMRK abzuwägen.“ Allerdings nehme „der AsylGH ausschließliche formelhafte Erwägungen zur Ausweisung vor“ und gehe „in den rechtlichen Erwägungen weder auf den Umstand ein, dass der Beschwerdeführer Vater eines Kleinkindes ist, noch, dass dieses Kleinkind und dessen Mutter österreichische Staatsbürger sind.“⁷⁸¹

In anderen Erk kommt die hier vorgenommene Subsumtion einer unzureichenden Interessenabwägung unter den Aspekt der Ermittlungspflichten bzw unter das Verfahrensstadium des Ermittlungsverfahrens noch deutlicher zum Ausdruck. So erweise sich die vom AsylGH vorgenommene Interes-

⁷⁸⁰ Vgl zB in ständiger Rechtsprechung VfGH 3. 9. 2010, U354/09 (VfSlg 18.846/2009): „Ein Eingriff in das durch Art8 EMRK verfassungsgesetzlich garantierte - unter Gesetzesvorbehalt stehende - Recht ist dann verfassungswidrig, wenn der ihn verfügende Bescheid ohne jede Rechtsgrundlage ergangen ist, auf einer dem Art8 EMRK widersprechenden Rechtsvorschrift beruht oder wenn die Behörde bei Erlassung des Bescheides eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglich Weise angewendet hat; ein solcher Fall liegt nur vor, wenn die Behörde einen so schweren Fehler begangen hat, dass dieser mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe zu stellen wäre, oder wenn sie der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen verfassungswidrigen, insbesondere einen dem Art8 Abs1 EMRK widersprechenden und durch Art8 Abs2 EMRK nicht gedeckten Inhalt unterstellt hat (vgl. VfSlg. 11.638/1988, 15.051/1997, 15.400/1999, 16.657/2002).“

⁷⁸¹ So erneut VfGH 3. 9. 2010, U354/09 (VfSlg 18.846/2009). In diesem Erk wird, wie auch in anderen, hinsichtlich der den – die Ausweisung verfügenden – AsylGH treffenden Pflicht, „das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung gegen die persönlichen Interessen des Fremden an einem weiteren Verbleib in Österreich am Maßstab des Art8 EMRK abzuwagen“, auf die in dieser Arbeit bereits an anderer Stelle behandelten Erk VfGH 13. 3. 2008, B1032/07 und 29. 9. 2007, B328/07 verwiesen. Siehe dazu oben II.C.1.e). Vgl des Weiteren auch jüngst VfGH 2. 5. 2011, U383/11 ua: „Da der Asylgerichtshof die Ausweisung der Beschwerdeführer ausgesprochen hat, ohne sich mit der möglichen Trennung der Familie auseinanderzusetzen, hat er eine dem Art8 EMRK widersprechende Entscheidung getroffen.“

senabwägung als fehlerhaft, da dieser „in seinen rechtlichen Erwägungen weder auf die von der Beschwerdeführerin im Verfahren vorgelegten Befunde, denen zu Folge ihr Ehemann an einer chronischen myeloischen Leukämie leide, und die sich daraus ergebende besondere Pflegebedürftigkeit und Beziehungsintensität“ eingehe, noch den Umstand berücksichtige, „dass dem Ehemann aufgrund der Schwere seiner Erkrankung eine befristete Aufenthaltsberechtigung erteilt wurde.“⁷⁸²

Dass eine ungenügende Interessenabwägung im Ergebnis zu einer mangelhaften Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes führt, wird auch deutlich, wenn das Höchstgericht beanstandet, dass der AsylGH „hinsichtlich der Frage, ob die Ausweisung die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Achtung des Familien- oder Privatlebens berührt, keine Ermittlungen angestellt“ habe, dass „Umstände, dass der Erstbeschwerdeführer einer legalen Beschäftigung nachgeht und die Drittbeschwerdeführerin in Österreich geboren wurde, nicht berücksichtigt“ worden seien sowie dass er keine Interessenabwägung iSd Art 8 Abs 2 durchgeführt habe⁷⁸³, dass der AsylGH keine entsprechenden Ermittlungen durchgeführt habe, obwohl im Zuge „des mehrjährigen Beschwerdeverfahrens [...]“ durchaus ein zu berücksichtigendes Familien- oder Privatleben der Beschwerdeführerin“ hätte entstehen können sowie dass sich „bezüglich der verfügbaren Ausweisung keine personenbezogenen Feststellungen“ finden⁷⁸⁴ oder dass der AsylGH „jegliche Auseinandersetzung mit der Beschwerde gegen die Spruchpunkte I. [...] und II.“ des Bescheides des BAA unterlassen habe, „womit auch ein Ignorieren des gesamten diesbezüglichen Beschwerdevorbringens einhergeht“⁷⁸⁵.

Detailliert setzt sich der VfGH auch mit den Mängeln einer von der SD für das Bundesland Oberösterreich vorgenommenen Interessenabwägung in einem Erk auseinander, dessen zugrunde liegendes Asylverfahren neun (!) Jahre gedauert habe. Wenngleich die Ausweisung in diesem Fall also nicht vom AsylGH verfügt worden ist, sondern von der BPD Linz (unter Bestätigung durch die SD), so werden die verfassungsgerichtlichen Ausführungen auch für den AsylGH von Relevanz sein, der im Übrigen im neun Jahre dauernden Verfahren ebenso tätig geworden ist.

⁷⁸² Vgl VfGH 27. 4. 2010, U667/09 ua.

⁷⁸³ Vgl VfGH 3. 9. 2009, U61/09. In diesem Sinne auch VfGH 1. 7. 2009, U1209/09 („Unterlassen jeglicher Interessenabwägung“), U954/09 dD, U1104/08 dD, U992/08 dD, VfGH 22. 6. 2009, U1031/09, VfGH 28. 4. 2009, U847/08 und U995/08 ua.

⁷⁸⁴ Vgl VfGH 21. 9. 2010, U961/10.

⁷⁸⁵ Vgl VfGH 28. 1. 2010, U3092/09. Diesem Erk ist ein aufhebendes Erk des VfGH vorausgegangen (VfGH 1. 7. 2009, U954/09), in welchem er „die gesamte Entscheidung“ des AsylGH behoben hat. Da die behobene Entscheidung des AsylGH nicht in Spruchpunkte gegliedert gewesen ist, sei folglich „die Beschwerde gegen alle drei Spruchpunkte des BAA wieder offen“ gewesen. In der nunmehr angefochtenen Entscheidung habe der AsylGH aber nur über Spruchpunkt III. (Ausweisung) abgesprochen und eben „jegliche Auseinandersetzung mit der Beschwerde gegen die Spruchpunkte I. (Asylabweisung) und II. (Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung nach Armenien)“ unterlassen. Da die Beschwerde gegen die Spruchpunkte I. und II. somit noch offen gewesen sei, habe es an der Grundlage für die ausgesprochene Ausweisung gefehlt. In „Verbindung mit der vorgenommenen Ausweisung der Beschwerdeführerin hat der AsylGH einen so schweren Fehler begangen, dass dieser mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe zu stellen ist.“ Der VfGH sieht in diesem Fall die Beschwerdeführerin nicht nur in ihrem durch Art 8 EMRK gewährleisteten Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt, sondern auch in ihrem Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander.

Dass diese lange Verfahrensdauer „auf eine schuldhafte Verzögerung durch den Beschwerdeführer zurückzuführen wäre, wurde von der belangten Behörde weder dargestellt, noch ist es aus den dem Verfassungsgerichtshof vorliegenden Akten ersichtlich“. Es sei im Übrigen die „Verantwortung des Staates [...], die Voraussetzung zu schaffen, um Verfahren so effizient führen zu können, dass nicht bis zur ersten rechtskräftigen Entscheidung – ohne Vorliegen außergewöhnlich komplexer Rechtsfragen und ohne, dass dem nunmehrigen Beschwerdeführer die lange Dauer des Asylverfahrens anzulasten wäre, - neun Jahre verstreichen.“ Mit dieser eindeutigen Aussage macht der VfGH klar, wen er – im konkreten Fall – für die immense Verfahrensdauer verantwortlich macht – nämlich die österreichischen Behörden (und vielleicht noch den Gesetzgeber, der für das Schaffen der angesprochenen Voraussetzungen verantwortlich ist), nicht aber den Beschwerdeführer.

Der VfGH fährt fort, indem er einige der unterlassenen, aber notwendigen Ermittlungsschritte anspricht. So habe „die belangte Behörde in ihrer Abwägungsentscheidung“ gänzlich außer Acht gelassen, dass der Beschwerdeführer [...] im Alter von 8 Jahren mit seinen Eltern nach Österreich eingereist ist und sohin den Großteil seines Lebens in Österreich verbracht und beinahe auch seine gesamte Schullaufbahn in Österreich absolviert hat. Zudem hätte die belangte Behörde als Zeichen der Integration auch den Umstand, dass der Beschwerdeführer herausragende sportliche Leistungen für einen österreichischen Sportclub [...] erbringt, in die Abwägung einbeziehen müssen.“

Im Ergebnis sei es „daher verfassungsrechtlich nicht vertretbar, wenn die belangte Behörde in ihrer Entscheidung zum Schluss kommt, dass bei Abwägung der öffentlichen Interessen gegenüber den privaten Interessen des Beschwerdeführers, das öffentliche Interesse an der Einhaltung der fremdenpolizeilichen Vorschriften gegenüber den persönlichen Interessen des Beschwerdeführers überwiegt.“⁷⁸⁶

An diesem Erk wird deutlich, dass sich die SD gleichartige Vorwürfe in Bezug auf die behauptete Verletzung vfggR wie der AsylIGH gefallen lassen muss – die fremdenrechtliche also nicht anders als die asylrechtliche Ausweisung behandelt wird. Diese Gemeinsamkeit⁷⁸⁷ besteht im Bereich behaupteter Verletzungen von unverfassungsgesetzlichen Bestimmungen freilich nicht, da der Weg zum hierfür zuständigen VwGH nur den von einer fremdenrechtlichen Ausweisung betroffenen Fremden zusteht.

⁷⁸⁶ So VfGH 10. 3. 2011, B1565/10 ua.

⁷⁸⁷ Siehe für diese Gemeinsamkeit auch schon das Zitat bei FN 781, das Erk VfGH 3. 9. 2010, U354/09 betreffend.

VI.C.1.d) Sich aus dem Verbot der Folter ergebende Ermittlungspflichten

Im ersten zu einer Entscheidung des AsylGH gem Art 144a B-VG ergangenen Erk des VfGH vom 8. Oktober 2008, hat das Höchstgericht den Beschwerdeführer, im Ergebnis mangels ausreichender Ermittlungen, in seinem durch Art 3 EMRK vfggR hinsichtlich des Verbotes der Folter verletzt erachtet. Das Höchstgericht beginnt seine Ausführungen mit einer Darstellung der aus § 4 AsylG 2005 erfließenden Ermittlungspflichten.

In diesem Sinne ergebe sich, dass ein Asylantrag „zurückgewiesen werden kann, ohne dass auf die Sache materiell eingegangen wird, wenn der Asylwerber aus einem sicheren Drittstaat einreist.“ Bei der Beurteilung der Drittstaatssicherheit komme es allerdings „nicht allein auf die formalen Kriterien der Mitgliedschaft zur Genfer Flüchtlingskonvention, der Abgabe einer Erklärung nach Art52 EMRK und das Vorhandensein eines Asylgesetzes an, sondern es ist darauf abzustellen, ob der Schutz auch tatsächlich gewährt wird.“ Zum Inhalt der daraus resultierenden Ermittlungspflichten stellt der VfGH fest, dass „die Asylbehörden laufend Vorkehrungen dafür treffen“ müssten, „dass ihnen einschlägige Informationen namhafter Stellen unverzüglich zukommen, die eine Beurteilung der faktischen Situation erlauben. Fehlen vertrauenswürdige Informationen, so muss der AsylGH selbst weitere Ermittlungen durchführen“.

Nach Postulierung dieser allgemeinen Punkte zur Handhabung von § 4 AsylG 2005 geht das Höchstgericht auf die konkreten Versäumnisse des AsylGH während des Ermittlungsverfahrens ein. Die angefochtene Entscheidung begründe die Drittstaatssicherheit im Wesentlichen bloß damit, „dass die Russische Föderation ein Mitgliedstaat der Genfer Flüchtlingskonvention sowie der EMRK ist und ein Verfahren zur Einräumung der Rechtsstellung eines Flüchtlings besteht.“ Insoweit der AsylGH darüber hinaus gehend feststellt, „es gebe in der Russischen Föderation keine systematischen, notorischen Verletzungen fundamentaler Menschenrechte und dieser Staat sei ein Rechtsstaat“, handle es sich „um bloße Behauptungen, denen keine entsprechenden Ermittlungen zu Grunde liegen. Diese Behauptungen sind auch nicht durch konkrete Nachweise belegt.“ Der AsylGH gehe nämlich weder auf das „konkrete und durch Dokumentationen belegte Vorbringen“ ein, noch untersuche er, ob „die Grundsätze der EMRK“ nicht bloß am Papier bestehen, sondern auch tatsächlich umgesetzt worden sind.

Insofern, als der VfGH rügt, dass Behauptungen „keine entsprechenden Ermittlungen zu Grunde liegen“ bzw dass diese „auch nicht durch konkrete Nachweise belegt“ seien, spricht das Verfassungsgericht zum einen auch schon in den letzten Unterkapiteln behandelte Mängel im Ermittlungsverfahren

an und verdeutlicht zum anderen die im vorletzten Unterkapitel – nicht zuletzt vom VfGH selbst – angedeutete Verwandtschaft von mangelnden bzw mangelhaften Ermittlungen einerseits und eben solchen Begründungen andererseits.⁷⁸⁸ Schließlich führten diese „groben Verfahrensfehler“ zur Verletzung von Art 3 EMRK.⁷⁸⁹

VI.C.1.e) Aktueller Spezialfall: Griechenland und Art 3 EMRK

Auch ein weiteres, eine Verletzung von Art 3 EMRK konstaterendes, verfassungsgerichtliches Erk verdient es in dieser Arbeit etwas eingehender behandelt zu werden, wird darin doch die vom AsylGH im Instanzenzug bestätigte Ausweisung von Asylwerbern nach Griechenland, und damit in einen sicheren Herkunftsstaat iSd § 39 Abs 1 AsylG 2005, für unzulässig erklärt. Die höchstgerichtliche Entscheidung hat im Übrigen auch großes mediales Echo hervorgerufen.⁷⁹⁰

Der VfGH gesteht dem AsylGH zunächst zu, dass dieser, um eine Verletzung von Art 3 EMRK zu vermeiden, es für erforderlich erachtet habe, „eine individuelle Zusicherung der griechischen Behörden im Hinblick auf die Versorgung von nach Griechenland zu überstellenden Asylwerbern zu erwirken“. Zu diesem Zweck habe der AsylGH auch ergänzende Erhebungen durch das BAA veranlasst, sich jedoch in der Folge „mit einer bloß allgemeinen Mitteilung“ begnügt. Für den VfGH habe sich das Bild ergeben, dass „ohne fallbezogene individuelle Zusicherung der zuständigen Behörden“ nicht automatisch von staatlicher Versorgung für nach Griechenland zu überstellende schutzwürdige Personen ausgegangen werden könne. Da sich schließlich der AsylGH „allein mit generellen Auskünften begnügt“ habe, ersetze „dies nicht eine individualisierte Versorgungszusage durch griechische Behörden, wie dies im Lichte des Art3 EMRK für besonders schutzwürdige Personen jedoch geboten ist“, wodurch Art 3 EMRK verletzt worden sei.⁷⁹¹

⁷⁸⁸ Vgl dazu noch einmal VI.C.1.b).

⁷⁸⁹ Vgl VfGH 8. 10. 2008, U5/08.

⁷⁹⁰ Vgl zB den Artikel auf <http://derstandard.at/1288160045175/Asyl-Abschiebung-nach-Griechenland-gestoppt> vom 27. Oktober 2010 (letzter Zugriff am 26. September 2011).

⁷⁹¹ Vgl VfGH 7. Oktober 2010, U694/10. In diesem Sinne auch VfGH 1. 12. 2010, U1523/09. Vgl des Weiteren VfGH 13. 12. 2010, U1441/10 ua: „Der AsylGH hat jedoch im vorliegenden Fall – in Kenntnis um die allgemeine Situation von Asylsuchenden in Griechenland und um die spezielle Schutzbedürftigkeit insbesondere der schwangeren Bf. 2 – keine ergänzenden Erhebungen veranlasst, um sicher sein zu können, dass die Beschwerdeführer im Falle ihrer Rücküberstellung nach Griechenland durch eine mangelnde Versorgung nicht in ihren nach Art3 EMRK garantierten Rechten verletzt werden. [...] Wie der Verfassungsgerichtshof jedoch jüngst in seinem Erkenntnis vom 7. Oktober 2010, U694/10, ausgesprochen hat, bedarf es im Hinblick auf Art3 EMRK für besonders schutzwürdige Personen einer individualisierten Versorgungszusage durch griechische Behörden. Eine solche wurde in den vorliegenden Fällen vom AsylGH aber nicht eingeholt.“ Bereits in diesem Erk zitiert der VfGH Passagen des AsylGH aus dessen (bekämpften) Urteil, in deren Rahmen sich der AsylGH auf jene neuere EGMR-Judikatur beruft, nach der die Bedingungen sowie die Dauer der Anhaltung eines Asylwerbers in den griechischen Anhaltezentren *Soufli* und *Petrou Rali* – in einem konkreten Fall – vom EGMR einstimmig als Verletzung von Art 3 EMRK befunden worden sind, vgl EGMR S.D. vs GRIECHENLAND, Appl No 53541/07 vom 11. 6. 2009.

Zu beachten ist im Zusammenhang mit dem vom VfGH aufgestellten Gebot einer individualisierten Versorgungszusage durch Behörden des Ziellandes also zweierlei: Erstens hat der VfGH gegenständliches Gebot bislang nur anlässlich von bekämpften Ausweisungen nach Griechenland formuliert. Zweitens bezieht es sich nur auf „besonders schutzwürdige Personen“ – „wie im vorliegenden Fall einer allein stehenden Frau mit drei Kleinkindern, wovon eines erst neun Monate alt ist“.

Diese „Griechenland-Judikatur“ des VfGH hat ihre Fortsetzung in einem Erk vom 28. Juni 2011 gefunden.⁷⁹² Vorauszuschicken ist, dass an diesem Verfahren der AsylGH nicht beteiligt gewesen ist. Vielmehr hat das BAA den Asylwerber zunächst nach Griechenland ausgewiesen. Nach erfolgter Abschiebung im Oktober 2010, ist er zwei Monate später erneut in Österreich angetroffen worden, woraufhin die BPD Wien über ihn Schubhaft zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer Ausweisung und zur Sicherung der Abschiebung verhängt hat. Die dagegen erhobene Schubhaftbeschwerde ist vom UVS Wien am 27. Dezember 2010 abgewiesen worden; gegen diesen Bescheid richtet sich die Bescheidbeschwerde gem Art 144 B-VG.

Das Höchstgericht zitiert eingangs sein Judikat vom 7. Oktober 2010, U694/10, wonach die Rücküberstellung besonders schutzwürdiger Personen nach Griechenland „eine individualisierte Versorgungszusage durch griechische Behörden“ erfordere. An dieser Stelle sei hervorgehoben, dass der VfGH die Begriffe „besonders schutzwürdig“ und „vulnerabel“ gleichsetzt.⁷⁹³

In der Folge beruft sich der VfGH auf ein EGMR-Urteil jüngeren Datums⁷⁹⁴, dem er unterstellt, es qualifiziere den Beschwerdeführenden Asylwerber als nicht vulnerable, und damit als nicht besonders schutzwürdige Person. Letztendlich sei der EGMR aber auch in diesem Fall zum Schluss gekommen, „bei der Rücküberstellung eines Asylwerbers – einer nicht ‚vulnerable Person‘ – von Belgien nach Griechenland zur Durchführung des Asylverfahrens [sei] keine Garantie für eine ernsthafte Untersuchung seines Asylantrags durch die griechischen Behörden eingeholt [worden]“, weshalb darin eine Verletzung von Art 3 EMRK zu erblicken sei.

Vor dem Hintergrund, dass der bekämpfte UVS-Bescheid aber am 27. Dezember 2010, und damit ein knappes Monat vor dem erwähnten EGMR-Urteil erlassen worden ist, weiters „eine durchsetzbare Ausweisungsentscheidung“ vorgelegen sei und „sowohl für die Anordnung als auch für die Aufrechterhaltung der Schubhaft eine gesetzliche Grundlage“ bestanden habe, könne dem UVS hinsichtlich

⁷⁹² Vgl zu den folgenden Ausführungen VfGH 28. 6. 2011, B4/11.

⁷⁹³ Vgl im Erk: „[...] dass er sich bei der Rücküberstellung besonders schutzwürdiger – sogenannter ‚vulnerabler‘ – Personen nach Griechenland [...]“.

⁷⁹⁴ Vgl EGMR M.S.S. vs BELGIEN UND GRIECHENLAND, Appl No 30696/09 vom 21. Jänner 2011.

der Annahme der „Voraussetzungen für die Verhängung der Schubhaft u.a. zur Sicherung der Abschiebung“ nicht entgegengetreten werden, weshalb sich der UVS keiner Verletzung des Art 3 EMRK schuldig gemacht habe. Am Ende bemerkt der VfGH, dass der Asylwerber einen neuen Asylantrag gestellt habe und sich die Asylbehörden folglich mit diesem auseinander zu setzen hätten – und zwar „unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR“.

Zusammengefasst hat daher der VfGH eine Verletzung vfggR durch Abweisung einer Schubhaftbeschwerde und Feststellung der Rechtmäßigkeit der Schubhaft zur Sicherung der durchsetzbaren Ausweisung einer nicht vulnerablen Person nach Griechenland nicht angenommen. Wie er am Ende seines Erk allerdings andeutet, könnte diese Beurteilung zu einem anderen Ergebnis führen – nämlich zu einer Verletzung von Art 3 EMRK –, wenn in Hinkunft Asylbehörden über die Rechtmäßigkeit einer Abschiebung nach Griechenland zu entscheiden haben – wie erwähnt „unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR“, womit wohl das (vom VfGH in unmittelbarem inhaltlichen Zusammenhang zitierte) Urteil vom 21. Jänner 2011 gemeint ist.

Der Analyst dieses verfassungsgerichtlichen Urteils muss wohl zum Schluss kommen, dass der VfGH die behauptete Verfassungswidrigkeit aus zweierlei Gründen verneint hat. Zunächst hat der VfGH nicht über die Rechtmäßigkeit einer Ausweisung bzw. „Rücküberstellung“ nach Griechenland – etwa durch den AsylGH wie im Erk U694/10 vom 7. Oktober 2010 – zu entscheiden gehabt, sondern über die Rechtmäßigkeit der Verhängung der Schubhaft zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer Ausweisung und zur Sicherung der Abschiebung – durch die BPD bzw. bestätigt durch den UVS.

Abgesehen von diesem „sachlichen“ Aspekt, betont der VfGH aber auch den Zeitpunkt der Erlassung des bekämpften Bescheides. Dieser ist nämlich ein paar Wochen vor einem EGMR-Urteil erlassen worden, welchem der VfGH scheinbar einen besonderen Inhalt unterstellt. Diese Besonderheit dürfte das Verfassungsgericht darin sehen, dass der EGMR – nach Ansicht des VfGH – die Rücküberstellung auch einer nicht vulnerablen Person nach Griechenland für unzulässig erklärt habe.

Pro futuro werden die vom VfGH angestellten Überlegungen hinsichtlich des Zeitpunktes der Erlassung der Entscheidung nicht mehr relevant sein, da das „EGMR-Judikat hinsichtlich nicht vulnerabler Personen“ eben bereits existiert; Behörden werden es zu berücksichtigen haben.

Was den ausgemachten „sachlichen“ Teil des Argumentariums des VfGH betrifft, ist festzuhalten, dass es am Befund der mangelnden Verfassungswidrigkeit des Schubhaftbescheides wohl auch nichts geändert hätte, wenn dieser erst nach dem EGMR-Urteil vom 21. Jänner 2011 ergangen wäre, zumal

– wie der belangte UVs ausführt – die Schubhaft der Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer Ausweisung und zur Sicherung der Abschiebung dient, während die Frage der Rechtmäßigkeit der Abschiebung in einem Ausweisungsverfahren zu klären ist – und nur in letzterem Rahmen sind Fragen der EMRK-Konformität einer Abschiebung nach Griechenland aufzuwerfen.

ME ist die gewählte Ausdrucksweise des VfGH daher nicht ganz unmissverständlich, da sie geeignet ist, den Eindruck zu erwecken, auch Fremdenpolizeibehörden hätten im Rahmen der Verhängung der Schubhaft auf Tatsachen im Zielland einer allfälligen Abschiebung – etwa die unzureichende Versorgungslage von Asylwerbern – Bedacht zu nehmen, welche der Verhängung der Schubhaft gem §§ 76 und 82 FPG aber von vorneherein nicht entgegenstehen können.

Das VfGH-Urteil ist aber auch von einem anderen Blickwinkel aus zu kritisieren. Bei näherer Betrachtung zeigt sich nämlich, dass der EGMR gar nicht von einer nicht vulnerablen Person ausgeht. In dem Urteil kommt der Gerichtshof zum Schluss, dass Art 3 EMRK – zum Teil auch iVm anderen EMRK-Bestimmungen – aus mehrreli Gründen verletzt worden sei, vor allem aber auch durch die Überstellung – nach heimischer Terminologie „Abschiebung“ – eines Asylwerbers von Belgien nach Griechenland. Gleich an mehreren Stellen bezeichnet der EGMR den Asylwerber jedoch als „*particularly vulnerable*“, also als besonders verletzlich oder eben schutzwürdig.⁷⁹⁵ Einzig eine „*partly concurring and partly dissenting opinion*“ des Richters SAJÓ bringt Gegenteiliges zum Ausdruck.⁷⁹⁶

Der Befund des VfGH, gegenständliches EGMR-Urteil gehe von einer nicht vulnerablen Person aus, stimmt daher nicht. Beruft sich der Rechtsanwender auf die „Griechenland-Judikatur“ des EGMR – sei dies das BAA, der AsylGH oder auch der VfGH – so muss er dieser nach derzeitigem Stand jenen Inhalt unterstellen, nach dem sie sich nur auf vulnerable, also besonders schutzwürdige Personen bezieht. Wie anhand der zitierten Originalphrasen des EGMR-Judikats jedoch leicht ersehen werden kann, scheint der EGMR willens, Asylwerber prinzipiell – im Urteil werden die Worte „*as such*“, also „*als solche*“, verwendet – mit diesem Attribut zu bedenken.

⁷⁹⁵ Vgl EGMR M.S.S. VS BELGIEN UND GRIECHENLAND, Appl No 30696/09 vom 21. Jänner 2011 zB bei *para 232* („In the present case the Court must take into account that the applicant, being an asylum seeker, was particularly vulnerable [...].“) oder *para 251* („The Court attaches considerable importance to the applicant's status as an asylum seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection [...].“)

⁷⁹⁶ „I do not find the applicant particularly vulnerable [...].“

VI.C.1.f) Sich aus dem Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander ergebende weitere Pflichten

In diesem letzten Unterkapitel der Darstellung der den AsylIGH obliegenden Pflichten während des Verfahrens sind nun weitere den Gerichtshof treffende Pflichten angeführt, welche mE zwar nicht als Ermittlungspflichten – zumindest nicht als solche ieS – zu bezeichnen sind, aus systematischen Gründen aber dennoch hier behandelt werden, da der VfGH eine Verletzung der angesprochenen Pflichten unter dem Gesichtspunkt des sich aus dem RassDiskr-BVG ergebenden Rechtes auf Gleichbehandlung der Fremden untereinander behandelt.

Die Rede ist zB von Fällen, in denen der AsylIGH eine „innerstaatliche gesetzliche Vorschrift“ angewendet habe, die „offenkundig unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Unionsrechtes“ widerspreche. Zunächst ist zu klären, ob der Inhalt von „unmittelbaren Vorschriften des Unionsrechtes“ zum „maßgebenden Sachverhalt“ iSd § 37 AVG gehört und folglich vom AsylIGH amtswegig zu ermitteln ist. Unter Rückgriff auf ein voriges Kapitel ist vorab festzuhalten, dass die anzuwendenden generellen Rechtsvorschriften – zB jene des AsylG 2005 oder des AVG – kein Gegenstand des Ermittlungsverfahrens seien. Anderes gelte allerdings für ausländisches Recht, dessen Inhalt amtswegig festzustellen sei.⁷⁹⁷

Angesichts des Anwendungsvorranges des Unionsrechtes sowie der Inzidentzuständigkeit, also dem Gebot, dass alle rechtsanwendenden nationalen Organe die Vereinbarkeit von staatlichem Recht mit Unionsrecht zu prüfen und im Falle eines Widerspruchs ersteres unangewendet zu lassen haben,⁷⁹⁸ ist wohl davon auszugehen, dass auch in Bezug auf Unionsrecht der Grundsatz *iura novit curia* zur Anwendung gelangt, der AsylIGH den Inhalt von unionsrechtlichen Vorschriften daher „amtswegig wissen muss“ und Unionsrecht daher weder Gegenstand des Ermittlungsverfahrens noch des Parteiengehörs ist.⁷⁹⁹

⁷⁹⁷ Vgl zur Frage, inwiefern auch Rechtsvorschriften zum amtswegig zu ermittelnden Sachverhalt gehörten, oben VI.B.4.b).

⁷⁹⁸ Vgl zum Anwendungsvorrang und zur Inzidentzuständigkeit, oben II.B.5.

⁷⁹⁹ Weder in der Judikatur noch im Schrifttum finden sich dazu ausdrückliche Aussagen. Der VwGH hält lediglich fest, „dass zum maßgeblichen Sachverhalt für die Entscheidung (im Verwaltungsverfahren) auch die Umstände gehören, die die Beurteilung der Gemeinschaftsrechtskonformität der innerstaatlichen Regelung ermöglichen.“ (VwGH 27. 6. 2002, 99/10/0159 unter Berufung auf VwGH 21. 6. 1999, 97/17/0501). Da damit aber wohl nur „Umstände“ aus dem Tatsachenbereich gemeint sind, dürfte sich diese Aussage nicht auch auf (ormalig Gemeinschaftsrecht, nunmehr) Unionsrecht beziehen. Im Übrigen ist die Frage, ob Unionsrecht dem Grundsatz *iura novit curia* unterliege, zwar durchaus eine wichtige und zentrale, zumal von ihrer Beantwortung der Umfang der Ermittlungspflichten und auch des Parteiengehörs abhängig ist. In diesem Kapitel, in dem es um vfggR geht, welche dem Asylwerber im Verfahren vor dem AsylIGH aus Sicht des VfGH zukommen, interessiert diese Frage jedoch nicht an vorderster Stelle.

In den hier interessierenden Fällen geht es um die Freizügigkeits-Richtlinie⁸⁰⁰ [Freizügigkeits-RL]. Der VfGH hält einleitend fest, dass die Umsetzungsfrist der RL zum Zeitpunkt der Erlassung der angefochtenen Entscheidung bereits abgelaufen und die RL folglich unmittelbar anwendbar gewesen sei.⁸⁰¹ Er fährt fort, wonach „ein Familienangehöriger einer EWR-Bürgerin, die durch die Wohnsitznahme in Österreich ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat, nur unter den Voraussetzungen des Art27 Abs2 der RL ausgewiesen werden“ dürfe.⁸⁰² Insofern habe der AsylGH eine innerstaatliche gesetzliche Vorschrift, nämlich § 8 Abs 2 AsylG 1997 [Anmerkung: wohl idF BGBI I 2003/101],⁸⁰³ angewendet, „die offenkundig unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Unionsrechtes widerspricht.“

„Eine derartige Gesetzesanwendung steht in einem solchen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch, dass der Beschwerdeführer im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander verletzt ist.“⁸⁰⁴

Die sich aus dem vfggR auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander zusätzlich ergebende Pflicht – wenn auch nicht auf der Ebene der Ermittlungspflichten – ist also jene zur Anwendung nur von solchen nationalen Gesetzen, welche dem Unionsrecht nicht widersprechen. Mit anderen Worten sind damit also die fundamentalen unionsrechtlichen Grundsätze des Anwendungsvorranges und der Inzidentzuständigkeit angesprochen.

Dass diese Unionsrechtskonformität, dh im konkreten Fall jene von § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF BGBI I 2003/101 mit Art 27 Abs 2 Freizügigkeits-RL, gegenständlich laut Ansicht des VfGH nicht gegeben sei, stellt dieser im Übrigen explizit fest. Er begnügt sich also nicht mit der Aussage, dass der AsylGH der nationalen Rechtsnorm „bloß“ einen der unionsrechtlichen Rechtsnorm widersprechenden Inhalt unterstellt hätte, bei Auslegung der Bestimmung des AsylG 1997 also nicht unionsrechtskonform vorgegangen wäre.

⁸⁰⁰ Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG ABI 2004/L 158/77.

⁸⁰¹ Vgl zur ausnahmsweisen unmittelbaren Anwendbarkeit von RL *THUN-HOHENSTEIN/CEDE/HAFNER*, Europarecht, 190 f sowie *ÖHLINGER/POTACS*, Gemeinschaftsrecht, 67 ff.

⁸⁰² Art 27 Abs 1 Freizügigkeits-RL sieht vor, dass die Mitgliedstaaten die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers oder seiner Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränken dürfen. Abs 2 leg cit normiert dazu (einschränkend), dass bei Verfügung entsprechender Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren ist und ausschließlich das persönliche Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend sein darf.

⁸⁰³ § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF BGBI I 2003/101 hat für den Fall, dass die Refoulementprüfung keine Unzulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in den Heimatstaat ergeben hat, vorgesehen, dass die Behörde auch gleich die Ausweisung zu verfügen gehabt hat. Vgl dazu heute § 10 Abs 1 AsylG 2005.

⁸⁰⁴ Vgl VfGH 26. 4. 2010, U2309/09. Ähnlich VfGH 28. 1. 2010, U2369/09 und 16. 12. 2009, U957/09 (vfggR „auf Gleichheit aller Fremden untereinander“). Vgl weiters VfGH 28. 1. 2010, U2839/09 in Bezug auf § 10 Abs 2 Z 1 AsylG 2005. Hervorzuheben ist, dass auch schon der VfGH die neue Diktion (Unions- statt Gemeinschaftsrecht) angenommen hat. Vgl ferner VfGH 30. 11. 2010, U833/10.

Nun spricht der VfGH zwar regelmäßig aus, „dass mitgliedstaatliche nationale Regelungen, die der Ausführung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien dienen, gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sind.“⁸⁰⁵ Was den vorliegenden Fall betrifft, wird anzumerken sein, dass die AsylG-1997-Bestimmung wohl nicht „der Ausführung“ der Freizügigkeits-RL dient, zumal erstere ungefähr ein halbes Jahr vor letzterer erlassen worden ist und sich dafür auch keine Anhaltspunkte in den Materialien finden.⁸⁰⁶

Wie allerdings der VfGH darüber hinaus ausführt, seien „alle nationalen Gerichte“ verpflichtet, „das nationale Recht unter voller Ausschöpfung des richterlichen Beurteilungsspielraums in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“⁸⁰⁷, woraus sich ergeben könnte, dass „jede staatliche Rechtsvorschrift, die in den Geltungsbereich einer Richtlinie fällt“, richtlinienkonform auszulegen sei, wie dies ÖHLINGER⁸⁰⁸ annimmt und wofür sich mE auch in der VfGH-Jud Anhaltspunkte finden lassen.⁸⁰⁹

Im Ergebnis wird es mE also logisch nicht ausgeschlossen sein, dass der VfGH angesichts der sich aus dem RassDiskr-BVG zusätzlich ergebenden Pflicht – abgesehen von der Anwendung einer unionsrechtswidrigen nationalen Rechtsnorm auch –, eine nicht unionsrechtskonforme Interpretation einer innerstaatlichen Norm durch den AsylGH beanstandet.

⁸⁰⁵ So VfGH 5. 3. 2010, G234/09 ua V64/09 ua dD.

⁸⁰⁶ Vgl RV 2003, 14 f.

⁸⁰⁷ So VfGH 12. 12. 1995, V136/94 (VfSlg 14.391/1995).

⁸⁰⁸ Vgl ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 146. Überaus deutlich auch ÖHLINGER/POTACS, Gemeinschaftsrecht, 92, wonach das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nicht nur das Recht betreffe, „das zum Zweck der Umsetzung der Richtlinie erlassen wurde“, sondern sich „auf den gesamten Rechtsbestand der Mitgliedstaaten“ beziehe. Die Autoren berufen sich dabei auf zahlreiche Urteile des EuGH.

⁸⁰⁹ ZB in VfGH 13. 12. 2000, B490/00 (VfSlg 16.055/2000) heißt es, der EuGH habe zum Ausdruck gebracht, „dass die Erfordernisse einer der Richtlinie entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts und eines effektiven Schutzes der Rechte des einzelnen, dem nationalen Gericht gebieten, zu prüfen, ob ihm aufgrund der einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts eine entsprechende Rechtsschutzmöglichkeit gewährt werden kann.“ Bezug genommen wird in diesem Erk also auf die „einschlägigen Vorschriften“ und nicht bloß auf die „der Ausführung“ der Richtlinie dienenden, wodurch sich für mein Verständnis der Kreis der richtlinienkonform auszulegenden innerstaatlichen Vorschriften erweitert und im gegenständlichen Fall jedenfalls auch § 8 Abs 2 AsylG 1997 idF BGBl I 2003/101 erfasst wäre.

Nach der Rechtsprechung des VfGH wird das Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander aber scheinbar auch durch eine rechtswidrige Vorgangsweise des AsylGH verletzt, die mE eher dem Bereich des vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gem Art 83 Abs 2 B-VG zuzuordnen wäre.⁸¹⁰ In einem Erk stellt das Höchstgericht fest, dass sich die Entscheidung des AsylGH „in ihren Feststellungen und der jeweiligen Beweiswürdigung auf Erkenntnisse aus der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 2009, die zwar von demselben Senat, jedoch in anderer Zusammensetzung abgehalten worden“ sei, gestützt habe. Es finde sich „weder in den Verwaltungs- noch in den Gerichtsakten ein Hinweis, dass diese Verhandlung gemäß §10 AsylGHG vor dem nunmehr entscheidenden Senat wiederholt worden wäre.“ Es sei „schlechterdings nicht nachvollziehbar, warum der Asylgerichtshof diese klar formulierte Bestimmung trotz ihres eindeutigen Wortlautes ohne jegliche Begründung völlig außer Acht gelassen“ habe.⁸¹¹

Dass der VfGH diese dem AsylGH anzulastende Rechtswidrigkeit als Verletzung des vfggR auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander und nicht als Verstoß gegen Art 83 Abs 2 B-VG begreift, ist vor dem Hintergrund seiner ständigen Rechtsprechung mE nicht nachvollziehbar. Zuletzt hat das Verfassungsgericht nämlich festgehalten, dass der Bescheid einer Verwaltungsbehörde dann das vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter iSd Art 83 Abs 2 B-VG verletze, wenn dieser „durch eine zwar an sich zuständige, aber unrichtig zusammengesetzte Kollegialbehörde erlassen wird.“⁸¹² Da genau dies – zuständiger, jedoch unrichtig zusammengesetzter Senat des AsylGH – aber auch im gegenständlichen Fall vorliegt, entspricht das den AsylGH betreffende Urteil des VfGH nicht der ständigen Rechtsprechung zu unrichtig zusammengesetzten Kollegialbehörden.

Das Verfassungsgericht sieht den Beschwerdeführer ferner in seinem sich aus dem RassDiskr-BVG ergebenden Recht insofern verletzt an, als sich der AsylGH auf eine „nicht mehr dem Rechtsbestand angehörende Bestimmung gestützt und seine Entscheidung ohne rechtliche Grundlage erlassen“ habe.⁸¹³

Desgleichen sei der Fremde in diesem vfggR verletzt, wenn der AsylGH § 9 Abs 2 AsylG 2005 idF BGBl I 2009/122 (FrÄG 2009) betreffend die Aberkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten „auf vor seinem Inkrafttreten stattgefundene Sachverhalte, die bereits bei der Zuerkennung des subsidiären Schutzes vorgelegen haben,“ anwendet, zumal Gesetze „im Allgemeinen auf Sachverhal-

⁸¹⁰ Vgl zum Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter unten VI.J.2.e).

⁸¹¹ Vgl VfGH 21. 9. 2010, U309/10 ua.

⁸¹² So VfGH 14. 3. 2007, B729/06 (VfSlg 18.102) unter Hinweis auf die ständige Judikatur.

⁸¹³ Vgl VfGH 29. 9. 2010, U2492/09. Der AsylGH habe das AsylG 1997 idF vor der Novelle BGBl I 2003/101 angewandt, da er irrigerweise übersehen habe, dass die Anwendung dieses Gesetzes idF dieser Novelle gem § 44 Abs 1 AsylG 1997 idF BGBl I 2003/101 voraussetzt, dass über einen Asyl- oder Asylerstreckungsantrag, und nicht bloß über „die Aberkennung eines zuvor (rechtskräftig) gewährten Status in einem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zu entscheiden“ ist.

te anzuwenden [sind], die sich nach ihrem Inkrafttreten ereignen, sofern der Gesetzgeber nicht ausdrücklich anderes bestimmt (Art49 B-VG)“ und darüber hinaus der Gesetzgeber in den Materialien deutlich zum Ausdruck bringe, „dass er die Aberkennung jedenfalls für nach der Zuerkennung begangene Straftaten vorsieht“. Insofern habe der AsylIGH „den Inhalt des Gesetzes grob verkannt [und] seine Entscheidung mit Willkür belastet.“⁸¹⁴

Diesen Fällen ist auch jener ähnlich, in denen der AsylIGH die Nichteinleitung eines Familienverfahrens iSd § 34 Abs 4 AsylG 2005 auf Abs 6 legitimität stützt, obwohl letztere Bestimmung gem § 75 Abs 9 AsylG 2005 nur auf Verfahren anzuwenden ist, welche erst nach dem 31. Dezember 2009 anhängig geworden sind. Im konkreten Fall sei das Verfahren vor dem BAA jedenfalls bereits vor dem 1. Jänner 2010 anhängig gewesen, und damit vor Inkrafttreten des § 34 Abs 6 AsylG 2005, weshalb der AsylIGH die Nichteinleitung eines Familienverfahrens zu Unrecht auf die letztgenannte Bestimmung gestützt habe.⁸¹⁵

⁸¹⁴ Vgl VfGH 16. 12. 2010, U1769/10.

⁸¹⁵ Vgl jüngst VfGH 2. 5. 2011, U317/11.

VI.C.2. Parteiengehör vor dem AsylGH

In einigen Erk, in denen der VfGH in erster Linie mangelnde oder mangelhafte Ermittlungsschritte des AsylGH bemängelt hat, sind vom Höchstgericht auch gleichzeitig Mängel hinsichtlich der Gewährung von Parteiengehör festgestellt worden. Nun ist dazu zum einen anzumerken, dass ein dem AsylGH unterlaufener Fehler im Ermittlungsverfahren, zB die unterlassene Einholung eines erforderlichen Gutachtens, insoweit notwendiger Weise auch ein mangelhaftes Parteiengehör bedingt, da die Parteien nur zu ermittelten Tatsachen gehört werden können. Diese Überlegung ist auch auf die Beweiswürdigung übertragbar, da eine korrekte Würdigung der aufgenommenen Beweise eine – ebenso notwendigerweise vorangegangene – vollständige Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes erfordert. Im Ergebnis schließt also ein Ermittlungsmangel – im Umfang des Mangels – auch einen Fehler in der Beweiswürdigung sowie in der Gewährung von Parteiengehör mit ein, weshalb letztere wohl nicht extra gerügt werden müssen.

Zum anderen hat der VfGH in einigen Erk deutlicher als sonst eine Verletzung des Rechtes auf Gehör durch den AsylGH festgestellt. Das Höchstgericht sieht die Beschwerdeführerin dabei teilweise in ihrem sich aus Art 8 EMRK ergebenden vfggR verletzt, wenn er festhält, dass „der Beschwerdeführerin Parteiengehör hinsichtlich ihres Familien- und Privatlebens verwehrt“ worden sei und beanstandet, dass der AsylGH „weder eine mündliche Verhandlung durchgeführt, noch der Beschwerdeführerin schriftlich die Möglichkeit gegeben“ habe, „sich hinsichtlich ihrer Ehe und ihres Sohnes, zu äußern.“⁸¹⁶

Teilweise subsumiert der VfGH eine Verletzung des Parteiengehörs mit einer ähnlichen Begründung aber unter eine Verletzung des Rechtes auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander mangels ausreichender Ermittlungstätigkeit.⁸¹⁷ Wieder ein anderes Mal hat der VfGH den Beschwerdeführer zwar ebenfalls in dem sich aus dem RassDiskr-BVG ergebenden vfggR verletzt erachtet, allerdings mit abweichender Begründung. So habe der AsylGH dem Beschwerdeführer zwar eine Frist von zwei Wochen eingeräumt, um zu einer Lageanalyse der Staatendokumentation Stellung zu nehmen, er habe in der Folge aber seine Entscheidung vor Verstreichen der Frist erlassen, wodurch es der AsylGH unterlassen habe, ein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchzuführen.⁸¹⁸

⁸¹⁶ Vgl VfGH 22. 6. 2009, U1063/08 oder 30. 11. 2010, U648/10.

⁸¹⁷ Vgl VfGH 10. 12. 2008, U80/08. Vgl des Weiteren VfGH 29. 9. 2010, U808/10, in welchem moniert wird, dass der AsylGH dem Beschwerdeführer „weder im Vorfeld noch bei der mündlichen Verhandlung selbst aktuelle Länderberichte zur Kenntnis gebracht“ habe, sowie dass auch sonst „dem Beschwerdeführer keine Möglichkeit zur schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme zu den Länderberichten gegeben“ worden sei.

⁸¹⁸ Vgl VfGH 22. 6. 2009, U227/09.

VI.D. Kompetenzen des AsylIGH

Art 129c B-VG gibt hinsichtlich der Kompetenzen des AsylIGH auf verfassungsgesetzlicher Ebene die Richtung vor, um in § 61 Abs 1 AsylG 2005 wiederholend präzisiert zu werden. Demnach entscheidet der AsylIGH (1.) über Beschwerden gegen Bescheide des BAA und (2.) über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des BAA.

VI.D.1. Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide des BAA

Zur ersten Kompetenz ist anzumerken, dass der AsylIGH mit Sicherheit nicht über alle Rechtsmittel gegen Bescheide des BAA erkennt, sondern nur über solche, die sich gegen Bescheide richten, in denen über „Asylsachen“ iSd Art 129c B-VG abgesprochen wird. Folgerichtig normiert daher auch etwa § 9 Abs 2 GVG-B 2005 eine Kompetenz der UVS, über Berufungen gegen Entscheidungen des BAA zu entscheiden.⁸¹⁹ Seit Inkrafttreten des FrÄG 2009 gehört zu den „Asylsachen“ aber zweifelsohne auch die Aufhebung des Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 2 AsylG 2005.⁸²⁰

Des Weiteren ist anzunehmen, dass die Kompetenz des AsylIGH gem Art 129c Z 1 B-VG auch die Kognitionsbefugnis hinsichtlich verfahrensrechtlicher Bescheide des BAA umfasst. Gegenteiliges ergäbe sich weder aus dem Verfassungswortlaut noch aus den Materialien.⁸²¹ Auch in der Literatur⁸²² sowie in der Judikatur des AsylIGH⁸²³ wird diese Ansicht vertreten.

⁸¹⁹ Zum Begriff der „Asylsachen“ in Art 129c B-VG vgl oben III.B. Ob allerdings dem Begriff der „Asylsachen“ die Betreuung von Asylwerbern nicht auch zumindest insofern unterfalle, als Art 129c B-VG einen verfassungsunmittelbaren Rechtszug von den UVS zum AsylIGH eröffne, wird von WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz 6 (7), FN 18 in Erwägung gezogen, schließlich aber offen gelassen. Auch für MUZAK, Asylgerichtshof, 35 ff lasse sich die Kompetenzfrage nicht eindeutig lösen.

⁸²⁰ Die Kompetenz des AsylIGH hierzu wird in den §§ 22 Abs 10, 41a und 61 Abs 3a AsylG 2005 erwähnt.

⁸²¹ Vgl RV 2007 I, 12.

⁸²² Vgl ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 164, wo dieser festhält, dass, wenn Gegenstand der unterinstanzlichen Entscheidung lediglich eine Verfahrensfrage gewesen ist, diesfalls auch der AsylIGH nicht über die materiellrechtliche Frage, die den Anlass zur Erlassung des angefochtenen verfahrensrechtlichen Bescheides gebildet hat, entscheiden könne – und er also die Kognitionsbefugnis des AsylIGH über verfahrensrechtliche Bescheide des BAA voraussetzt.

⁸²³ Vgl zB AsylGH 28. 1. 2011, E6 416421-1/2010, 20. 12. 2010, A5 308679-1/2008 oder 3. 12. 2010, D4 310308-1/2008, wo der Gerichtshof unter Berufung auf VwGH 27. 4. 1995, 95/11/0090 feststellt, dass „sich die Zuständigkeit für den verfahrensrechtlichen Bescheid grundsätzlich nach denselben Regelungen wie in der Hauptsache [richtet]“ – im konkreten Fall liege deshalb Senatszuständigkeit vor. Vgl zum Instanzenzug bei verfahrensrechtlichen Bescheiden zB THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 252.

VI.D.2. Entscheidung über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des BAA

Ob das BAA seiner gesetzlichen Entscheidungspflicht nachgekommen ist, richtet sich nach etwaigen *leges speciales* im AsylG 2005⁸²⁴, subsidiär dazu nach der allgemeinen Regel des § 73 Abs 1 S 1 AVG. Danach sind die Behörden verpflichtet, maA über Parteianträge ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen den Bescheid zu erlassen. Die so normierte Entscheidungspflicht gilt für das BAA genauso wie für den AsylGH.

Zur Begründung der Entscheidungspflicht ist es erforderlich, dass die Partei iSd § 8 AVG einen Antrag – darunter fallen verfahrenseinleitende Anträge sowie alle ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel – nicht nur stellt, sondern ihn gem § 17 Abs 2 AsylG 2005 auch einbringt.⁸²⁵ Dass die Behörde „ohne unnötigen Aufschub“ entscheiden muss, bedeutet erstens, dass die Sechsmonatsfrist nur eine Maximalfrist darstellt und zweitens, dass ihr grundloses Zuwarten oder die Entscheidung hinauszögernde überflüssige Verwaltungshandlungen verwehrt sind.⁸²⁶ Die Frist beginnt mit dem Tag zu laufen, an dem der Antrag bei der zuständigen Stelle eingelangt ist;⁸²⁷ sie beginnt im Falle einer Zurückverweisung der Sache iSd § 66 Abs 2 AVG vom AsylGH an das BAA ab Erlassung des Zurückverweisungsbescheides neu zu laufen.⁸²⁸

Verletzt das BAA diese seine Entscheidungspflicht, geht (aufgrund einer Beschwerde)⁸²⁹ die (Anmerkung: wohl Zuständigkeit zur) Entscheidung auf den AsylGH über; ist die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden des BAA zurückzuführen, ist die Beschwerde abzuweisen. Diese Regelungen des § 61 Abs 2 S 2 und 3 AsylG 2005 „entsprechen inhaltlich dem § 73 Abs. 2 AVG.“⁸³⁰

⁸²⁴ So normieren §§ 27 Abs 8 sowie 22 Abs 6 AsylG 2005 eine maximale Entscheidungsfrist von drei Monaten.

⁸²⁵ So explizit AsylGH 17. 2. 2010, D7 254982-3/2009. Vgl dazu ferner HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG IV, § 73, RZ 7 und 21 unter Hinweis auf VwGH 12. 10. 2007, 2007/05/0017, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 334 ff und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 635.

⁸²⁶ Vgl HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG IV, § 73, RZ 46 unter Hinweis auf VwGH 13. 9. 2001, 2001/12/0168, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 336 ff und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 636.

⁸²⁷ Vgl AsylGH 7. 4. 2010, C9 241990-3/2010 und HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG IV, § 73, RZ 49 unter Hinweis auf VwGH 14. 6. 2007, 2007/18/0273, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 336 f sowie WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 637.

⁸²⁸ Vgl THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 338 unter Hinweis auf VwGH 29. 10. 1986, 85/11/0272.

⁸²⁹ Das Recht, bei Säumnis der Behörde einen Devolutionsantrag, dem die Säumnisbeschwerde iSd § 61 Abs 1 S 2 AsylG 2005 zum Verwechseln stark ähnelt, einzubringen, gehöre nicht zu den allgemeinen Grundsätzen eines geordneten rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens (VwGH 30. 11. 2001, 2001/19/0106; VfGH 1. 12. 2000, B593/99 ua (VfSlg 16.028/2000)), sodass ein solcher Antrag nicht auch in Verfahren gestellt werden könne, in denen das AVG nicht anwendbar ist; so HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG IV, § 73, RZ 3.

⁸³⁰ So AB 2007, 10.

Ist die beim AsylGH einzubringende⁸³¹ Säumnisbeschwerde⁸³² unzulässig, da sie zB vor Fristablauf eingebracht worden ist, hat sie der AsylGH zurückzuweisen;⁸³³ zulässige Beschwerden bewirken hingegen die Devolution an den AsylGH.⁸³⁴

Dieser hat sich nun mit der Frage auseinander zu setzen, ob die Verzögerung auf einem überwiegenden Verschulden des BAA beruht. Dazu hat der AsylGH unter Hinweis auf die Judikatur des VwGH ausgeführt, der alleinige Hinweis auf die Überlastung der Behörde könne die Geltendmachung der Entscheidungsfrist nicht vereiteln, da auch vor allem das BAA nicht durch schuldhaftes Verhalten der Antragstellerin oder durch unüberwindliche Hindernisse an der Entscheidung gehindert gewesen sei.⁸³⁵ In anderen Erk betont der AsylGH, dass das BAA zwecks seiner Entlastung Umstände, wonach die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen wäre, geltend zu machen gehabt hätte, dies aber unterlassen habe.⁸³⁶ Kein überwiegendes Verschulden des BAA hat der AsylGH hingegen zB in der Überschreitung der Sechsmonatsfrist gesehen, die durch die mangelnde Beantwortung eines Übernahmeantrags seitens der Vertragspartei, der Republik Polen, im Rahmen eines Rücknahmeverfahrens aufgrund von bilateralen Übereinkommen verursacht worden sei.⁸³⁷ Entscheidend ist also, ob die Ursache der Verzögerung im Einflussbereich der Behörde liegt oder nicht.⁸³⁸ Ist der Devolutionsantrag weder zurück- noch abzuweisen, hat ihm der AsylGH stattzugeben und in der Sache zu entscheiden, wobei auch für ihn die Entscheidungsfrist gilt.

⁸³¹ Vgl dazu unten VI.F.2.

⁸³² Der AsylGH beschäftigt sich sowohl mit einer „Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des Bundesasylamts [...] gemäß § 61 Abs. 1 Z 2 AsylG 2005 iVm § 73 Abs. 1 AVG“ (zB AsylGH 16. 2. 2010, B9 410474-1/2009) als auch mit einem „Devolutionsantrag [...] gemäß § 73 Abs. 2 AVG“ (zB AsylGH 10. 2. 2010, A3 257750-0/2008 oder 27. 4. 2011, D17 413075-1/2010), woraus zu schließen ist, dass er beide Begriffe ((Säumnis-)Beschwerde bzw Devolutionsantrag) aufgrund des gleichen Inhaltes der jeweiligen Bestimmungen synonym verwenden dürfte. In wieder anderen Erk hält der AsylGH zwar fest, dass „die formellen Voraussetzungen für einen Devolutionsantrag gemäß § 73 Abs. 2 AVG nicht vorliegen, da dem Asylgerichtshof bezüglich des Bundesasylamts nicht die Stellung einer sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde zukommt“ und er auch kein UVS sei, qualifiziert den eingebrachten Devolutionsantrag in der Folge jedoch „als Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß § 61 Abs. 1 Z 2 AsylG“. Korrekterweise hätte der AsylGH ausschließlich den Begriff der Säumnisbeschwerde gem § 61 Abs 1 Z 2 AsylG 2005 und nicht jenen des Devolutionsantrages gem § 73 Abs 2 AVG zu verwenden, zumal erstere Regelung im Verhältnis zu letzterer die speziellere ist. Im Ergebnis ergibt sich der Tatbestand der Säumnis des BAA – mangels einschlägiger Bestimmungen im AsylG 2005 – aus § 73 Abs 1 AVG, während die Abhilfe dagegen in § 61 Abs 1 Z 2 AsylG 2005 geregelt ist. Freilich ist die Säumnisbeschwerde gem § 61 Abs 1 Z 2 AsylG 2005 nach dem – soeben erwähnten – Willen des Gesetzgebers dem Devolutionsantrag gem § 73 Abs 2 AVG nachgebildet; es bestehen auch keine inhaltlichen Unterschiede zwischen beiden.

⁸³³ Vgl AsylGH 17. 2. 2010, D7 254982-3/2009 und VwGH 14. 6. 2005, 2005/18/0123.

⁸³⁴ Vgl AsylGH 7. 4. 2010, C9 241990-3/2010 sowie ferner HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG IV, § 73, RZ 118 unter Hinweis auf VwGH 17. 12. 2002, 2002/04/0133 und VfGH 28. 6. 2000, B761/97 (VfSlg 15.873/2000), THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 344 f und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 645.

⁸³⁵ Vgl AsylGH 6. 7. 2010, B2 302532-1/2008.

⁸³⁶ Vgl AsylGH 12. 5. 2010, B8 217982-5/2009.

⁸³⁷ Vgl AsylGH 11. 2. 2010, D4 410258-1/2009.

⁸³⁸ Vgl weitergehend zur Frage der Abweisung bei unverschuldeter Säumnis HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG IV, § 73, RZ 124 ff mit zahlreichen Beispielen aus der Judikatur der GHÖR.

VI.E. Parteien vor dem AsylGH

In diesem Kapitel wird den Fragen nachgegangen, wer im Verfahren vor dem AsylGH Parteistellung besitzt und welche Rechte – Parteienrechte – daraus erfließen.

VI.E.1. Parteistellung

VI.E.1.a) Parteistellung des Asylwerbers

Ob Personen in einem Verfahren vor einer Behörde, welche das AVG anzuwenden hat, Parteistellung zukommt, hängt gem § 8 AVG davon ab, ob „sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind“. Diese Frage „ist nach der übereinstimmenden Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes aufgrund der materiellen Verwaltungsvorschrift zu beantworten“⁸³⁹. „Partei ist eine Person, der vom Materiengesetz subjektive Rechte eingeräumt werden.“⁸⁴⁰ Asylwerbern wird durch das AsylG 2005 eine Reihe von subjektiven Rechten eingeräumt, wie aus dem mit „Rechte und Pflichten der Asylwerber“ überschriebenen 3. Hauptstück des Gesetzes eindeutig hervorgeht. Im Übrigen haben Asylwerber zweifelsohne ein rechtliches Interesse an der „Sache“ iSd § 8 AVG, nämlich vor allem jenes, dass ihnen im Zuge der Sacherledigung der Status des Asylberechtigten iSd § 2 Abs 1 Z 15 AsylG 2005 zuerkannt wird, woraus sich das angestrebte „dauernde Einreise- und Aufenthaltsrecht“ ergibt. Schließlich betrachtet auch der VfGH den Asylwerber in Verfahren vor dem AsylGH selbstredend als Partei.⁸⁴¹

VI.E.1.b) Parteistellung des BAA

In rechtsdogmatischer Hinsicht wesentlich ergiebiger ist die Beschäftigung mit der Frage, ob bzw in welchem Umfang vom Gesetzgeber auch dem BAA im Verfahren vor dem AsylGH Parteistellung eingeräumt worden ist.⁸⁴² Der einschlägige § 41 Abs 1 AsylG 2005 hat dazu in der Stammfassung festgehalten, dass zu Verhandlungen vor dem UBAS das BAA zu laden ist und dass diesem das Recht zukommt, Anträge und Fragen zu stellen. Die entsprechenden Gesetzesmaterialien führen diesbezüg-

⁸³⁹ So VwGH 25. 2. 2005, 2003/09/0110 in ständiger Rechtsprechung und diese rezipierend *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG I § 8, RZ 4, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 91 ff und *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 118.

⁸⁴⁰ So VwGH 19. 3. 2002, 2001/10/0215.

⁸⁴¹ Vgl zB jüngst VfGH 9. 10. 2010, U1046/10 den Asylwerber als beschwerdeführende Partei bezeichnend.

⁸⁴² Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Ausstattens von Behörden mit Parteistellung (durch den einfachen Gesetzgeber) vgl *DOMEJ*, Amtspartei, 53 unter Berufung auf *MAYER*, JBI 1982, 117. Die Durchsetzung öffentlicher Interessen durch staatliche Behörden als Verfahrensparteien sei dem „Rechtsschutz- bzw Rechtsdurchsetzungssystem des B-VG keineswegs fremd“. Ganz im Gegenteil sei die „Durchsetzung der objektiven Rechtmäßigkeit mit dem Instrument der Beteiligung am Verwaltungsverfahren als Partei“ in Art 131 B-VG vorgezeichnet.

lich aus, dass das BAA keine Amtspartei sei, es aber „durch sein im Verfahren in erster Instanz erworbene Wissen das Verfahren zweiter Instanz bei der Wahrheitsfindung unterstützen“ solle.⁸⁴³

Durch das den AsylIGH auf einfachgesetzlicher Ebene errichtende Gesetz BGBI I 2008/4 ist auch § 41 Abs 1 AsylG 2005 geringfügig insofern geändert worden, als sich im Anschluss an den Gesetzeswortlaut nunmehr ein Verweis auf den mit „Parteien“ betitelten § 67b (Z 1) AVG befindet. Die Materialien lauten dazu wie folgt: „Mit der Einfügung des Klammerzitates in Abs. 1 soll klargestellt werden, dass dem Bundesasylamt als Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat, im Verfahren vor dem Asylgerichtshof Parteistellung und damit die mit der Parteistellung verbundenen Rechte zukommen (insb. das Recht auf Parteiengehör). Davon ausgenommen sind jedoch subjektive Rechte, die ihrem Wesen nach auch nur dem Beschwerdeführer zukommen“.⁸⁴⁴

Insofern, als der UBAS gem Art 129c Abs 1 B-VG idF BGBI I 1997/87 ein weiterer UVS gewesen ist und für ihn daher auch § 67b AVG gegolten hat, ist es folgerichtig für das den AsylIGH betreffende Verfahren die Geltung des § 67b AVG extra zu normieren, da letzterer kein UVS ist und diese Bestimmung für ihn sonst nicht gelten würde. Andererseits handelt es sich unter Zugrundelegung dieses Gedankenganges bei der Einfügung des Klammerzitates aber gerade nicht um eine bloße Klarstellung, wie dies die Materialien implizieren, da nur etwas klargestellt werden kann, was auch ohne die Klarstellung gelten würde.

Im Ergebnis müsste der die etwas irreführenden Gesetzesmaterialien außer Acht lassende, nur den Gesetzeswortlaut heranziehende Rechtsanwender also zum Schluss kommen, dass sowohl für den UBAS als auch für den AsylIGH § 67b AVG maßgeblich gewesen und insoweit keine Änderung der Rechtslage eingetreten wäre. Selbstverständlich kann man die Materialien aber nicht außer Acht lassen. Es gilt also nun, den vom Gesetzgeber intendierten Umfang der Parteistellung des BAA in Verfahren vor dem AsylIGH herauszufinden.

Eine nähere Beschäftigung verdient der Umstand, dass sich in den Materialien zum Fremdenrechtspaket 2005 – wie zitiert – die Aussage findet, das BAA sei keine „Amtspartei“, wohingegen in den (ebenfalls zitierten) Materialien zu der den AsylIGH etablierenden Novelle die Rede davon ist, das dem BAA im Verfahren vor dem AsylIGH „Parteistellung und damit die mit der Parteistellung verbundenen Rechte zukommen“. Während der Gesetzeswortlaut Kontinuität der Rechtslage impliziert, deuten die Gesetzesmaterialien mE also das Gegenteil an, nämlich, dass die Parteistellung des BAA in Verfahren vor dem AsylIGH durch die Novelle gestärkt, vertieft worden ist.

⁸⁴³ Vgl RV 2005, 66.

⁸⁴⁴ Vgl AB 2007, 9.

Unter den in den Materialien angesprochenen Amts- bzw Organparteien wird eine Unterform der Legal- oder Formalparteien verstanden. Legalparteien besitzen Parteistellung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung; spricht man von Amts- oder Organparteien, bedeutet dies, dass die Parteistellung zugunsten eines Verwaltungsorgans eingeräumt ist.⁸⁴⁵ Der VwGH judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass die Aufgabe von Amts- oder Organparteien „nicht die Vertretung eigener subjektiver Rechte in Verwaltungsverfahren ist, sondern die Wahrung der objektiven Rechtmäßigkeit des das Verfahren abschließenden Bescheides bzw. die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Interessen in diesem Zusammenhang“.⁸⁴⁶ Insofern ist es konsequent, wenn der VwGH weiter judiziert, dass eine Organpartei insoweit beschwerdelegitimiert sei, „als es zur Durchsetzung der aus der Parteistellung folgenden prozessualen Befugnisse erforderlich ist. Nur die sich aus einer ausdrücklich eingeräumten Parteistellung ergebenden prozessualen Rechte stellen danach subjektive öffentliche Rechte der Organpartei dar, deren Verletzung in einer Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 1 Z. 1 B-VG geltend gemacht werden kann“.⁸⁴⁷

Ruft man sich nun erneut die in den Materialien zum Asylgerichtshofeinrichtungsgesetz getroffene Aussage in Erinnerung, wonach dem BAA im Verfahren vor dem AsylGH „Parteistellung und damit die mit der Parteistellung verbundenen Rechte zukommen“⁸⁴⁸, so ergibt sich daraus in Verbindung mit dem eingefügten Verweis auf § 67b AVG für mein Verständnis, dass vom Gesetzgeber sehr wohl intendiert gewesen ist, das BAA als Amts- bzw Organpartei zu konzipieren. Daran vermögen auch die nicht ganz unmissverständlichen Materialien zum Fremdenrechtspaket 2005⁸⁴⁹ etwas zu verändern, nach denen das BAA keine Amtspartei sei, zumal auch die näheren Ausführungen in den Materialien zu § 41 Abs 1 AsylG 2005 – und zwar zu beiden Fassungen – einen Umfang der Parteistellung des BAA in einem solchen Verständnis andeuten, welches auch den angeführten Judikaten des VwGH zugrunde liegen dürfte. Im Übrigen wird die (Amts- bzw Organ-)Parteistellung des BAA im Verfahren vor dem AsylGH vom Schrifttum als gegeben angenommen.⁸⁵⁰

⁸⁴⁵ Vgl insbes *DOMEI*, Amtspartei, 119 ff zu den Erscheinungsformen von Amtsparteien sowie des Weiteren *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 96 f, *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 126 sowie *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG I § 8, RZ 12 f.

⁸⁴⁶ Vgl VwGH 14. 9. 2004, 2002/10/0002. Ähnlich VwGH 21. 11. 2001, 2001/08/0150.

⁸⁴⁷ Vgl VwGH 23. 1. 2009, 2008/02/0190. So auch schon VwGH 18. 2. 1999, 97/07/0184.

⁸⁴⁸ Vgl erneut AB 2007, 9 zu § 41 Abs 1 AsylG 2005 idF BGBl I 2008/4.

⁸⁴⁹ Vgl erneut RV 2005, 66 zu § 41 Abs 1 AsylG 2005 idF BGBl I 2005/100.

⁸⁵⁰ Vgl *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 155 und 168 ff sowie *FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER*, AsylG 2005, 639.

VI.E.2. Parteienrechte

Eines der wesentlichsten Parteienrechte – wenn nicht das Wesentlichste überhaupt – ist in dieser Arbeit bereits ausgiebig behandelt worden, nämlich das Recht auf Gehör bzw. Parteiengehör gem. §§ 37 iVm 45 Abs 3 AVG.⁸⁵¹ Abgesehen davon enthält das AVG noch eine Reihe anderer Bestimmungen, welche einer als Partei iSd § 8 AVG zu qualifizierenden Person bestimmte Rechte einräumen. Hierzu zählen die Rechte auf Akteneinsicht (§ 17 AVG), auf Verständigung von der mündlichen Verhandlung (§§ 41 f AVG), auf Ablehnung eines nichtamtlichen Dolmetschers oder Sachverständigen (§§ 39a und 53 Abs 1 AVG), auf Bescheidzustellung bzw. –verkündung (§ 62 Abs 1 bis 3 AVG), auf Erhebung von ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln (§§ 57, 63, 64a Abs 2, 69 ff AVG) und auf Geltendmachung der Entscheidungspflicht (§ 73 AVG).⁸⁵²

Dem Asylwerber stehen im Verfahren vor dem AsylIGH kraft seiner Eigenschaft als antragstellende Partei iSd § 8 AVG alle diese Rechte – ggf unter Berücksichtigung spezieller Vorschriften des AsylG 2005 – in vollem Umfang zu.

Wie bereits oben dargestellt,⁸⁵³ ist die Parteistellung des BAA als Amtspartei im Vergleich dazu eine eingeschränkte. Gem § 41 Abs 1 AsylG 2005 – sowohl idF BGBI I 2005/100 als auch idF BGBI I 2008/4 – kommt dem BAA das Recht zu, „Anträge und Fragen zu stellen“. Mit Anträgen werden in erster Linie „Beweisanträge“ iSd § 43 Abs 2 S 4 AVG gemeint sein,⁸⁵⁴ mit Fragen, jene Fragen, welche gem § 43 Abs 4 AVG jede Partei „an die anwesenden Zeugen und Sachverständigen zu stellen“ berechtigt ist. Letztere Behauptung wird durch die Materialien gestützt, welche dem BAA im Verfahren vor dem AsylIGH insbes das – durch § 43 Abs 4 AVG konkretisierte⁸⁵⁵ – „Recht auf Parteiengehör“ einräumen.⁸⁵⁶

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich weiters, dass dem BAA „kein Berufungsrecht“ an den UBAS bzw. nunmehr kein Beschwerderecht an den AsylIGH zukomme,⁸⁵⁷ womit es dem BAA konsequenterweise nicht möglich ist, seinen eigenen Bescheid beim AsylIGH zu bekämpfen. Die zeitlich späteren

⁸⁵¹ Siehe oben VI.B.8.

⁸⁵² Diese Zusammenstellung der im AVG normierten Parteirechte findet sich auch übereinstimmend in HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG I § 8, RZ 1 sowie WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 114. WALTER/MAYER, aaO erwähnen in diesem Zusammenhang ferner die den bloßen Beteiligten iSd § 8 AVG zustehenden Rechte auf Teilnahme an der mündlichen Verhandlung gem § 40 Abs 1 AVG und auf Mitwirkung bei der Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes gem § 43 Abs 3 AVG. Aus der Formulierung von § 8 AVG ergibt sich, dass diese zwei den bloßen Beteiligten zustehenden Rechte jedenfalls auch den Parteien zustehen.

⁸⁵³ Siehe oben VI.E.1.b).

⁸⁵⁴ Vgl zu Beweisanträgen im Rahmen der Darstellung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung oben VI.B.5.e).

⁸⁵⁵ In dieser Arbeit werden die in § 43 Abs 4 AVG aufgezählten Rechte – neben jenen gem § 45 Abs 3 AVG – als Teilmengen des Parteiengehörs bezeichnet. Vgl dazu oben VI.B.8.h).

⁸⁵⁶ Vgl AB 2007, 9.

⁸⁵⁷ Vgl RV 2005, 66.

Materialien halten dazu (wie erwähnt) fest, dass dem BAA keine subjektiven Rechte zukämen, „die ihrem Wesen nach auch nur dem Beschwerdeführer zukommen können“.⁸⁵⁸ Dementsprechend wird auch in der Literatur dazu im Einklang mit der herrschenden Auffassung zum Umfang der Parteistellung von Amtsparteien die Meinung vertreten, dass der Verweis in § 41 Abs 1 AsylG 2005 auf § 67b AVG die Stellung des BAA als Organpartei ohne materielle subjektive Rechte klarstelle und daher das BAA keine spezifischen Behördeninteressen wahrnehmen, sondern bloß zur Erlangung eines rechtsrichtigen Ergebnisses beitragen solle.⁸⁵⁹

Der AsylGH bezeichnet in seiner Rechtsprechung das BAA bisweilen als „Amtspartei“⁸⁶⁰ oder (synonym) als „Organpartei [...], der keine eigenen materiellen subjektiven Rechte zukommen“⁸⁶¹. Anders formuliert bedeutet „die Begründung einer Organparteistellung nicht automatisch zugleich die Einräumung materieller Berechtigungen [...], sondern lediglich Rechte im Verfahren.“⁸⁶²

Der AsylGH dürfte sich bei der Wendung „Rechte im Verfahren“ auf jene Rechtsprechung des VwGH bezogen haben, welche den Umfang der Parteistellung einer Organpartei betrifft. So hat das Höchstgericht ausgesprochen, dass der Organpartei „die im AVG angeführten prozessualen Rechte der Partei“, also zB das Recht auf Bescheid, auf Akteneinsicht, auf Parteiengehör und auf Ladung zur öffentlichen Verhandlung, zuständen.⁸⁶³

⁸⁵⁸ Vgl AB 2007, 9.

⁸⁵⁹ Vgl FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 639.

⁸⁶⁰ So AsylGH 29. 1. 2010, A2 406736-1/2009 oder 22. 6. 2009, S5 310570-1/2008.

⁸⁶¹ So AsylGH 19. 11. 2010, E9 315135-1/2008 oder 29. 9. 2010, E9 252796-0/2008.

⁸⁶² So AsylGH 13. 11. 2009, D13 402762-1/2008 oder 14. 8. 2008, B10 225645-4/2008.

⁸⁶³ Vgl VwGH 23. 3. 1994, 93/01/0542. In diesem Erk findet sich unter der beispielhaften Aufzählung der der Organpartei zustehenden Rechte im Verfahren nächster Instanz auch das Recht auf Berufung. Im Verfahren vor dem AsylGH wird dem BAA aber sicherlich keine Beschwerdelegitimation zukommen, zumal dies in RV 2005, 66 ausdrücklich verneint wird. Abgesehen davon erscheint es mE fraglich, wieso der Gesetzgeber der bescheiderlassenden Behörde überhaupt eine Berufungs- bzw Beschwerdelegitimation hinsichtlich ihres eigenen Bescheides einräumen sollte. *DOMEI*, Amtspartei, 221 f vertritt in diesem Zusammenhang zunächst die Ansicht, dass den Materialien zum AVG kein Hinweis zu entnehmen sei, dass das Berufungsrecht von einer besonderen Einräumung abhängig gemacht werden sollte, weshalb Amtsparteien auch ohne besondere Einräumung zur Berufungserhebung legitimiert seien, soweit nur überhaupt ein Instanzenzug eröffnet ist. Die Berufungslegitimation einschränkende bzw ausschließende Regelungen hinsichtlich einzelner Parteien seien nur unter den Voraussetzungen des Art 11 Abs 2 B-VG zulässig. Dass Formal- bzw Organparteien zur Erhebung einer Berufung legitimiert sind, wird unter Berufung auf die VwGH-Judikatur auch im übrigen Schrifttum so gesehen, vgl *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 253, FN 1024 und *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG III, § 63, RZ 69. *DOMEI*, Amtspartei, 229 widmet sich sodann dem Rechtsschutzbedürfnis, welches nach allgemeinem Verständnis vorliegen müsse, um eine Berufung erheben zu dürfen. Die Autorin trifft eine Unterscheidung zwischen Amtsparteien, „deren Beteiligung der Wahrung der objektiven Rechtmäßigkeit schlechthin dienen soll, und solchen, die im Verfahren spezifische (öffentliche) Interessen zu vertreten haben.“ Das BAA wird man wohl der ersten Kategorie zuordnen können, da weder dem Gesetzeswortlaut des § 41 Abs 1 AsylG 2005, noch den Materialien zu wahrende spezifische Interessen zu entnehmen sind. In RV 2005, 66 ist lediglich zu lesen, dass das BAA die zweite Instanz „bei der Wahrheitsfindung unterstützen“ können solle, worin mE ein Auftrag zur Wahrung der (unspezifischen) objektiven Rechtmäßigkeit zu verstehen ist. *DOMEI* knüpft aaO an diese Klassifizierung die – nachvollziehbare – Konsequenz, dass sich diesfalls eine eigenständige Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses erübrige, da ein solches nur bei aufgetragener Wahrung spezifischer Interessen in Betracht komme. Auch diese Überlegungen sprechen daher gegen die Existenz einer Beschwerdelegitimation des BAA, wenngleich sich weder die erörterte Literatur noch die angeführten Judikate explizit mit der Berufslegitimation der Bescheid erlassenden Behörde – sondern mit jener einer Amtspartei schlechthin – beschäftigen. Letztendlich ist diese Frage in der Praxis aber kein drängendes Problem, zumal, soweit ersichtlich, weder der

In einem darauf Bezug nehmenden Erk hält der VwGH fest, dass „die sich aus einer ausdrücklich eingeräumten Parteistellung ergebenden prozessualen Rechte subjektive öffentliche Rechte der Organpartei“ seien.⁸⁶⁴

Dies darf aber nicht zur in diesem Zusammenhang gewöhnlicherweise – und so auch in den beiden zuletzt genannten Erk – ebenfalls geäußerten Annahme verleiten, wonach die Behörde, konkret also das BAA, zur Durchsetzung ihrer prozessualen Rechte zur Erhebung einer Beschwerde gem Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG legitimiert sei.⁸⁶⁵ Voraussetzung für der Anwendbarkeit der leg cit ist nämlich, dass ein Bescheid einer Verwaltungsbehörde vorliegt, was bei einem Erk des AsylIGH freilich nicht der Fall ist.⁸⁶⁶ Im Ergebnis können sich also weder der Asylwerber noch das BAA mittels Bescheidbeschwerde an den VwGH wenden. Daran vermag auch die vorgesehene Möglichkeit eines Erk des VwGH über Grundsatzentscheidungen des AsylIGH gem Art 132a B-VG iVm Art 129e Abs 1 B-VG nichts zu ändern, da die Fällung einer diesem VwGH-Erk vorausgehenden Grundsatzentscheidung mangels Antragsbefugnis der Disposition des Beschwerdeführers (und auch des BAA) entzogen ist.

AsylIGH noch der VfGH sich jemals mit einem BAA konfrontiert gesehen haben, welches unter Anmaßung ihm nicht zustehender Parteirechte versucht hätte, seine Amtsparteienstellung missbräuchlich zu erweitern.

⁸⁶⁴ Vgl VwGH 24. 4. 2003, 2002/07/0076. *DOMEI*, Amtspartei, 149 ff stellt den Meinungsstand in der Literatur sowie die entsprechende Judikatur zur Frage des Umfanges der mit der Stellung als Amtspartei einhergehenden Parteienrechte dar. Nach hL sowie Judikatur des VwGH kämen Amtsparteien demnach – wie dargelegt – zwar prozessuale subjektive Rechte zu, materielle subjektive Rechte hingegen nur im Falle ausdrücklicher Einräumung. Die Autorin selbst vertritt die Ansicht, dass von einer Amtspartei zu vertretende öffentliche Interessen als ihr eingeräumte materielle Berechtigungen zu sehen seien. Eine ausdrückliche Bezeichnung der zu vertretenden Interessen als subjektives Recht sei allerdings nicht erforderlich, es reiche vielmehr aus, wenn der Gesetzgeber die Amtspartei erkennbar zur Vertretung von Interessen geschaffen hat. Sie verneint diese Notwendigkeit mit dem Hinweis auf die hL, wonach zwischen öffentlichen und privaten Interessen kein wesensmäßiger Unterschied bestehe und folglich auch der Umfang subjektiver Rechte von Amtsparteien nach demselben Kriterium zu beurteilen sei, welches auch für die Ermittlung subjektiver Rechte privater Parteien maßgeblich sei, nämlich, „ob der Gesetzgeber der betreffenden Partei die Wahrung der Einhaltung bestimmter Rechtsvorschriften im Verfahren zugewiesen hat“, vgl aaO, 172 ff, insbes 191 und 187 f.

⁸⁶⁵ Vgl dazu im Schrifttum *DOMEI*, Amtspartei, 193 f, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 282 f, *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 548/8 sowie *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG III § 67b, RZ 12.

⁸⁶⁶ Ebenso *MUZAK*, Asylgerichtshof, 25.

VI.F. Beschwerden an den AsylGH

VI.F.1. Allgemeines, Beschwerdelegitimation

Möchte ein Asylwerber einen Bescheid des BAA bekämpfen, hat er eine Beschwerde an den AsylGH (vormals: Berufung an den UBAS) zu richten. Der Begriff der Beschwerde im Zusammenhang mit an den AsylGH adressierten Rechtsmitteln ist auf Verfassungsebene bereits in Art 129c Z 2 B-VG verankert; die Unterlassung der Erwähnung des Begriffes in Z 1 leg cit beruht offensichtlich auf einem Redaktionsverssehen. § 23 Abs 1 AsylGHG bestimmt, dass auf das Verfahren vor dem AsylGH das AVG „mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden“ ist, „dass an die Stelle des Begriffs ‚Berufung‘ der Begriff ‚Beschwerde‘ tritt.“

Wie bereits oben dargestellt,⁸⁶⁷ genießt im Verfahren vor dem AsylGH der Asylwerber unbeschränkte, das BAA hingegen nur eine beschränkte (Organ-)Parteistellung, weshalb auch lediglich ersterer beschwerdelegitimiert ist, nicht aber letzteres. Eine Beschwerde ist jedoch mangels Beschwer unzulässig und zurückzuweisen, „wenn dem Antrag der – einzigen – Partei des Verfahrens vollinhaltlich stattgegeben wurde“, wie dies im Asylverfahren jedenfalls bei der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten der Fall ist.⁸⁶⁸ Eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwerdeerhebung ist die rechtskräftige Erlassung eines Bescheides, was beispielsweise bei nicht rechtswirksamer Zustellung nicht gegeben ist.⁸⁶⁹

VI.F.2. Einbringungsbehörde

Hinsichtlich der eigentlichen Einbringung der Beschwerde gegen einen abweisenden oder zurückweisenden Bescheid des BAA hat § 22 Abs 3 S 1 HS 1 AsylG 2005 bereits idF des Asylgerichtshofeinrichtungsgesetzes BGBI I 2008/4 normiert, dass die Beschwerde beim BAA einzubringen ist; inhaltlich hat sich daran durch das FrÄG 2009 nichts geändert. Diese Rechtslage entspricht somit jener im allgemeinen Verwaltungsverfahren gem § 63 Abs 5 AVG, wonach die Berufung „bei der Behörde einzubringen“ ist, „die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat.“

⁸⁶⁷ Siehe oben VI.E.2.

⁸⁶⁸ Vgl AsylGH 11. 11. 2009, A4 402110-1/2008.

⁸⁶⁹ Vgl dazu AsylGH, 3. 11. 2009, C4 315728-3/2009: „Wie schon das Bundesasylamt zu Recht ausgeführt hat, wurde der Bescheid des Bundesasylamtes vom 26.05.2007 aufgrund eines Zustellmangels dem Beschwerdeführer nicht rechtswirksam zugestellt und somit auch nicht erlassen. Da sohin die Erhebung eines Rechtsmittels gegen den ‚Bescheid‘ vom 26.05.2007 mangels Erlassung desselben nicht in Betracht kommt, war die ‚Berufung‘ (nunmehr: ‚Beschwerde‘) vom 16.10.2007 in Ermangelung eines Anfechtungsgegenstandes zurückzuweisen.“

Gleichsam als Ausnahme hiervon ordnet § 61 Abs 2 S 1 AsylG 2005 an, dass Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des BAA beim AsylGH einzubringen sind. Auch die Materialien zu dem diese Aussage betreffenden § 61 AsylG 2005 sprechen diesbezüglich eine an Klarheit kaum zu überbietende Sprache.⁸⁷⁰

Entgegen dem klaren Wortlaut des § 22 Abs 3 S 1 HS 1 AsylG 2005 sowie der angeführten Gesetzesmaterialien ist im Schrifttum teilweise dennoch die – pauschale und nicht zwischen den zwei Typen von Beschwerden gem § 61 Abs 1 AsylG 2005 differenzierende – Meinung vertreten worden, dass Beschwerden an den AsylGH bei diesem selbst und nicht beim BAA einzubringen seien.⁸⁷¹ Im Ergebnis sind also Beschwerden gegen Bescheide des BAA bei diesem, Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des BAA beim AsylGH einzubringen.⁸⁷²

VI.F.3. Form der Beschwerde

Hinsichtlich der Form, des Inhaltes und der vom Beschwerdeführer zu beachtenden Frist der Beschwerde an den AsylGH schweigt sich das AsylG 2005 weitgehend aus, weshalb hier die allgemeinen Bestimmungen des AVG zur Anwendung gelangen. Zunächst sticht § 13 Abs 1 S 2 AVG ins Auge, wonach (unter anderem) Rechtsmittel schriftlich einzubringen sind. Durch dieses normierte Erfordernis der Schriftlichkeit werden zugleich auch die übrigen, in S 1 leg cit genannten, Formen der Einbringung von Anbringen – nämlich die mündliche und die telefonische – für den Bereich von Rechtsmitteln ausgeschlossen.⁸⁷³

Gem § 13 Abs 2 AVG können schriftliche Anbringen, und damit auch Beschwerden, „der Behörde in jeder technisch möglichen Form übermittelt werden, mit E Mail jedoch nur insoweit, als für den elektronischen Verkehr zwischen der Behörde und den Beteiligten nicht besondere Übermittlungs-

⁸⁷⁰ Vgl AB 2007, 10: „Nach Abs. 2 sind Beschwerden an den Asylgerichtshof beim Bundesasylamt einzubringen, zumal diesem die Möglichkeit einer sog. ‚Beschwerdevorentscheidung‘ im Sinne des § 64a AVG zukommt (§ 22 Abs. 3).“

⁸⁷¹ So unter Berufung auf § 61 Abs 2 AsylG 2005 MUZAK, Verfahren, 86 (90) sowie unter Berufung auf Abs 1 Z 2 leg cit ROHR-BÖCK, Asylgerichtshof, 161 („Einbringungsbehörde ist jedenfalls der AsylGH.“)

⁸⁷² Die hier vertretene Ansicht auch teilend zB AsylGH 22. 10. 2010, D6 226794-3/2010 sowie HAUER, Gerichtsbarkeit, 229.

⁸⁷³ In diesem Zusammenhang ist das Erk VwGH 6. 5. 2004, 2001/20/0195 zu erwähnen, in welchem der Gerichtshof seine Judikatur, wonach mündlich erhobene Berufungen auch dann unzulässig seien, wenn sie von der Behörde in einer Niederschrift dokumentiert werden, verlassen hat; dieses Erk findet bei HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III § 63, RZ 97 ff eine umfassende Würdigung. In dem Erk heißt es, mündliche Berufungen seien gem § 14 Abs 1 AVG erforderlichenfalls, dh idR dann, wenn sie einer bescheidmäßigen Entscheidung bedürfen, in einer Niederschrift festzuhalten. Die Behörde sei weiters zwar zur Aufnahme einer Niederschrift nicht verpflichtet, hat sie eine solche über eine mündliche Berufung aber verfasst, bestehe kein Grund von der Behandlung des Schriftstückes als Berufung Abstand zu nehmen, wodurch also eine mündliche, in einer Niederschrift protokolierte Berufung mangels Schriftlichkeit nicht zurückgewiesen werden dürfe. HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III § 63, RZ 99 halten aber zutreffend fest, dass telefonische Berufungen weiterhin unzulässig seien, weil eine Niederschrift über sie nicht in Betracht komme, da sie dem Einschreiter weder vorgelegt noch von ihm unterfertigt werden könne. In VwGH 22. 2. 2007, 2003/09/0037 hat der Gerichtshof an der dargelegten Auffassung festgehalten, weshalb nicht ersichtlich wäre, sie nicht auch auf an den AsylGH adressierte Beschwerden anzuwenden.

formen vorgesehen sind.“ Die Materialien führen, allerdings unter Berufung auf die Fassung von § 13 AVG vor der Novellierung durch BGBl I 2008/5, dazu aus, dass die Behörde in der Lage sein müsse, „in einer bestimmten technischen Form eingebrachte Anbringen zu empfangen, also über einen Netzanschluss und entsprechende Empfangsgeräte verfügen“⁸⁷⁴. Etwaige, „sich insb. aus der Hard- und Softwareausstattung der Behörde“ ergebende „technische Voraussetzungen“ oder „organisatorische Beschränkungen des elektronischen Verkehrs“, zB die Beschränkung auf bestimmte E-Mail-Adressen, „sind im Internet bekanntzumachen.“

VI.F.4. Inhalt der Beschwerde

§ 63 Abs 3 AVG gibt Auskunft darüber, welche inhaltlichen Bestandteile eine Beschwerde auf jeden Fall aufzuweisen hat. Die Bestimmung ordnet zunächst an, dass die Beschwerde „den Bescheid zu bezeichnen“ hat, „gegen den sie sich richtet“. Die Behörde müsse also erkennen können, „gegen welche Entscheidung sich das Rechtsmittel richtet“⁸⁷⁵. „Die Bezeichnung des Bescheides, gegen den sich die Berufung richtet, gehört als Teil der Berufungserklärung zum wesentlichen Inhalt der Berufung. Die Berufung hat nach § 63 Abs. 3 AVG den Bescheid, gegen den sie sich richtet, in einer Weise zu bezeichnen, dass unverwechselbar der mit der Berufung angefochtene Bescheid feststeht [...]. Seit der AVG-Novelle BGBl. I Nr. 158/1998 ist allerdings die Behörde nicht mehr berechtigt, eine wegen Fehlens der Bezeichnung des bekämpften Bescheides materiell fehlerhafte Berufung zurückzuweisen, sondern hat dem Einschreiter gemäß § 13 Abs. 3 AVG von Amts wegen aufzutragen, innerhalb einer gleichzeitig zu bestimmenden Frist die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides nachzubringen“⁸⁷⁶. Eine mangelnde oder mangelhafte Bezeichnung des angefochtenen Bescheides stellt also einen verbesserungsfähigen (materiellen) Mangel der Beschwerde dar.⁸⁷⁷

Des Weiteren hat die Beschwerde einen begründeten Beschwerdeantrag zu enthalten. In einem einen zurückweisenden UBAS-Bescheid betreffenden Erk fürt der VwGH seine ständige Judikatur an, wonach zwar einerseits „bei der Auslegung des Begriffes ‚begründeter Berufungsantrag‘ kein allzu strenger Maßstab angelegt werden soll, zumal dem AVG ein übertriebener Formalismus fremd ist“, die Berufung aber andererseits erkennen lassen müsse, „was die Partei anstrebt und womit sie ihren Standpunkt vertreten zu können glaubt“.

⁸⁷⁴ Vgl für die Zitate in diesem Absatz RV 294 BlgNR XXIII. GP [RV 2007 II], 9 f.

⁸⁷⁵ So VwGH 19. 12. 2005, 2005/03/0053.

⁸⁷⁶ So VwGH 2. 9. 2008, 2007/18/0477. Vgl des Weiteren HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 63, RZ 77 ff, die ausgehend von der Judikatur des VwGH als signifikante Bestandteile der Bezeichnung die bestimmte Angabe der bescheiderlassenden Behörde, die Rechtssache sowie die Geschäftszahl und das Datum des Bescheides herausgearbeitet haben.

⁸⁷⁷ Vgl dazu näher HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG I, § 13, RZ 27, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 118 ff und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 523.

Insofern, als im konkreten Fall „das Berufungsvorbringen zweifelsfrei erkennen“ lasse, „dass der Beschwerdeführer als Berufungsgrund geltend macht, dass er infolge von Sprach- bzw. Verständigungsschwierigkeiten bei der Einvernahme vor dem Bundesasylamt gehindert gewesen sei, seine Fluchtmotive [...] ausreichend darzulegen“, könne „den Berufungsausführungen aber entnommen werden, worin der Beschwerdeführer die Unrichtigkeit des erstinstanzlichen Bescheides erblickte, sodass vom Vorliegen eines begründeten Berufungsantrages auszugehen ist“. Im Ergebnis sei somit keine mangelhafte Berufungsbegründung vorgelegen, weshalb „auch der von der belangten Behörde erteilte Verbesserungsauftrag nicht gesetzmäßig“ gewesen sei, sondern diese eine Sachentscheidung treffen hätte müssen.⁸⁷⁸

Auch der AsylIGH äußert sich zu dem notwendigen Beschwerdeinhalt regelmäßig. In einem frühen Erkutet er dies unter Berufung auf die Rechtsprechung des VwGH und die Lehre sogar in einer ausführlichen und didaktischen Weise, wenn er festhält, die Berufung müsse gem § 63 Abs 3 AVG erkennen lassen, „aus welchen Gründen der angefochtene Bescheid für rechtswidrig gehalten wird (Berufungsbegründung) und [...], was die Partei anstrebt (Berufungsantrag). Weitere Angaben in der Berufung sind vom Gesetz nicht erforderlich. Die Rechtsprechung nimmt aber an, dass in der Berufung der Berufungswerber individualisiert werden muss, weil nur so deren Zulässigkeit – insbesondere Berufungslegitimation – überprüft werden kann.⁸⁷⁹ Nicht erforderlich ist die ausdrückliche Bezeichnung als Berufung, auch eine fehlerhafte Bezeichnung des Rechtsmittels ändert nichts an seiner Zulässigkeit. Es reicht aus, wenn aus dem Inhalt der Eingabe erkennbar ist, dass der Antragsteller eine Neuprüfung des angefochtenen Bescheides begeht“⁸⁸⁰.

Andererseits sei einer anderen Beschwerde „auch unter Berücksichtigung der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach an eine von einem der deutschen Sprache nicht kundigen und rechtsfreundlich nicht vertretenen Asylwerber eingebrachte Berufung (hier: Beschwerde) keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen (VwGH 22.03.2000, 99/01/0027), nicht einmal eine An-

⁸⁷⁸ Vgl VwGH 28. 4. 2010, 2006/19/0620. Vgl des Weiteren VwGH 15. 1. 2009, 2006/01/0248, worin der Gerichtshof darauf aufmerksam macht, dass die Behörde bei Erteilung eines Verbesserungsauftrages anzugeben habe, inwieweit der „Berufung eine vom Gesetz geforderte Eigenschaft fehle“ bzw., dass sie „in ihrem Aufforderungsschreiben an den Beschwerdeführer den ihrer Ansicht nach vorliegenden Mangel der unterbliebenen Begründung [...] konkret zu bezeichnen“ habe. Am Rande sei angemerkt, dass mE nicht völlig klar ist, ob der VwGH bei der Verwendung des Begriffes „Beschwerdeführer“ in diesen beiden Erk diesen Begriff (fälschlicherweise) als Bezeichnung für den Berufungswerber vor dem UBAS oder (richtigerweise) für den Beschwerdeführer vor dem VwGH verwendet hat.

⁸⁷⁹ Der AsylIGH rekurriert hier offenbar auf Aussagen des VwGH, wie jenen, dass aus „der in § 66 Abs. 4 AVG begründeten Notwendigkeit, die Zulässigkeit der Berufung zu prüfen [...], das Erfordernis“ folge, „daß eine Berufung neben den in § 63 Abs. 3 AVG genannten Angaben auch die Bezeichnung der die Berufung erhebenden Personen in einer Art zu enthalten hat, daß die Individualität des oder der Berufungswerber bestimmbar ist“. Vgl VwGH 26. 5. 1998, 98/04/0079. Dies als einen eigenständigen notwendigen inhaltlichen Bestandteil einer Berufung hervorhebend HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 63, RZ 87.

⁸⁸⁰ So AsylIGH 17. 7. 2008, S9 222836-2/2008.

deutung darüber entnehmbar, worin die Unrichtigkeit des bekämpften Bescheides gelegen sein soll“, womit es an einem „begründeten Beschwerdeantrag“ fehle.⁸⁸¹

In weiteren Erk und Beschlüssen bekräftigt das Asylgericht die in Judikatur und Lehre einhellige Ansicht, dass Mängel der Berufung, sohin auch mangelhaft begründete Beschwerdeanträge, verbesserungsfähige Mängel iSd § 13 Abs 3 AVG darstellen, bei deren Vorliegen die Behörde zur Erteilung eines an die Partei gerichteten Auftrages zur Mängelbehebung innerhalb einer bestimmten Frist verpflichtet ist. Nur nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist ist die Behörde zur Zurückweisung der Berufung berechtigt.⁸⁸²

In einem anderen Erk geht der AsylGH eingehender auf die Beschwerdebegründung ein. Er stellt fest, dass „die vorliegende Beschwerde den Anforderungen an einen begründeten Beschwerdeantrag iSd § 63 Abs. 3 AVG“ genüge, „weil ihr entnommen werden kann, worin der Beschwerdeführer die Unrichtigkeit des erstinstanzlichen Bescheides erblickt. Trotz der knappen Formulierung lässt sich nämlich aus der Behauptung des Beschwerdeführers, er sei entgegen der Ansicht des Bundesasylamtes in Afghanistan asylrelevanter Verfolgung ausgesetzt, in Verbindung mit der ausdrücklichen Bekämpfung des Bescheides wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Verfahrensfehlern ableiten, dass er erkennbar die Beweiswürdigung des Bundesasylamtes, das seinen Ausführungen keinen Glauben schenkte, als unrichtig bekämpft. Implizit wird damit durch den Beschwerdeführer auch zum Ausdruck gebracht, dass das Bundesasylamt seine Fluchtgründe unrichtig rechtlich beurteilt hat“⁸⁸³.

⁸⁸¹ Vgl AsylGH 16. 7. 2009, D1 406110-1/2009.

⁸⁸² Vgl zB AsylGH 9. 11. 2010, B7 314649-1/2008 oder 10. 3. 2010, D11 244460-2/2010. Während im erstgenannten Erk die Mängelbehebungsfrist eine 14-tägige gewesen ist, hat der Gerichtshof dem Asylwerber in AsylGH 20. 7. 2009, B7 407624-1/2009 nur drei Tage zur Verbesserung mit der Begründung zugestanden, „dass sich die kurze Stellungnahmefrist von drei Tagen auf den Umstand gründet, dass dem Asylgerichtshof gemäß § 38 Abs. 2 AsylG 2005 für die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung eine Frist von einer Woche ab Vorlage der Beschwerde gesetzt ist, nach deren Ablauf der Beschwerdeführer abgeschoben werden kann, sofern nicht aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Um dem Beschwerdeführer die effektive Möglichkeit einzuräumen, dem Asylgerichtshof allfälliger Weise noch eine bisher nicht bekannte Entscheidungsgrundlage für die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung – vor der rechtlich zulässigen Abschiebung – zu bieten, müsste die Stellungnahme daher vor Ablauf der einwöchigen Frist des § 38 Abs. 2 AsylG 2005 ergehen.“ Der eine solch kurze Mängelbehebungsfrist offenbar gebietende § 38 Abs 2 AsylG 2005 ist allerdings vor dem Hintergrund kritisch zu sehen, dass laut VwGH 21. 6. 2001, 99/20/0462 eine „Frist von drei Tagen sogar für die bloß neuerliche Vorlage von Urkunden als äußerst kurz und als absolute Untergrenze einer angemessenen Frist im Sinne des Gesetzes angesehen“ werden könne. Obwohl im Erk nicht expliziert, ist doch davon auszugehen, dass der VwGH im konkreten Fall die Angemessenheit der Frist mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip und den diesem innenwohnenden Grundsatz, wonach Rechtsschutzeinrichtungen ein gewisses Maß an faktischer Effizienz aufweisen müssten, verneint hat. Vgl dazu PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 553 sowie THIENEL, Allgemeine Grundsätze, 44 f. Man wird also feststellen können, dass sich § 38 Abs 2 AsylG 2005, welcher „rechtsschutzfreundlicher Weise“ die ausnahmsweise Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde vorsieht, deren aufschiebende Wirkung zuvor vom BAA aberkannt worden ist und sohin den Asylwerber vor den Konsequenzen einer unrichtigen Entscheidung des BAA bewahren soll, (dennoch) nicht in einem völlig konfliktfreien Verhältnis zum rechtsstaatlichen Prinzip befindet.

⁸⁸³ So AsylGH 19. 8. 2010, C17 407251-1/2009.

Um dieses Unterkapitel zu einem Abschluss zu bringen, sei noch kurz auf die auf der verwaltungsgerichtlichen Judikatur aufbauenden Position der Lehre eingegangen, welche die hier vorgestellten notwendigen Bestandteile einer Berufung bzw Beschwerde iSd § 63 Abs 3 AVG mit Berufungserklärung, Berufungsantrag, und Berufungsbegründung betitelt.⁸⁸⁴ Demgemäß müsse der Berufungsantrag erkennen lassen, was die Partei anstrebt, nämlich entweder die Behebung oder eine Abänderung des Bescheides, während die Berufungsbegründung die Rechtfertigung des Antrages darstelle, zB in Form von behaupteter/n inhaltlicher Rechtswidrigkeit, Verfahrensfehlern, unrichtiger Beweiswürdigung oder zweckwidriger Ermessensübung.

VI.F.5. Vorbringen in der Beschwerde – Neuerungsverbot

Im allgemeinen Verwaltungsverfahren können gem § 65 AVG „in einer Berufung neue Tatsachen oder Beweise“ vorgebracht werden, welche von der Behörde zu berücksichtigen sind, wenn sie „erheblich“ sind. Aus dieser Bestimmung wird geschlossen, dass „dem verwaltungsrechtlichen Berufungsverfahren ein Neuerungsverbot fremd ist“⁸⁸⁵, weshalb die Berufungsbehörde „von der Partei neu vorgebrachte Tatsachen und Beweise [...] zu prüfen und – soweit sie von Relevanz sind und den Gegenstand der Sache nicht verlassen – bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen hat“⁸⁸⁶.

Um dem Konzept Rechnung zu tragen, „dass die Kompetenzen des Bundesasylamtes als Tatsacheninstanz erweitert werden“⁸⁸⁷, ist per 1. Mai 2004 im Asylverfahren ein Neuerungsverbot eingeführt worden. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Verfahren vor dem UBAS seither nur mehr unter bestimmten Voraussetzungen zulässig gewesen, gem § 32 Abs 1 Z 4 AsylG 1997 idF BGBl I 2003/101 etwa nur mehr dann, „wenn der Asylwerber auf Grund einer medizinisch belegbaren Traumatisierung nicht in der Lage war, diese vorzubringen.“

In der Folge hat der VfGH die Worte „auf Grund einer medizinisch belegbaren Traumatisierung“ als verfassungswidrig aufgehoben.⁸⁸⁸ „Er begründete diese Entscheidung u.a. damit, es sei die Möglichkeit, dass Asylwerber auch aus Gründen, die in ihrer physischen und psychischen Sondersituation liegen, Vorbringen in erster Instanz zurückhielten und dann – aufgrund der gesetzlichen Regelung – in der zweiten Instanz nicht mehr vorbringen könnten, gerade bei jenen deutlich größer, die tatsächlich

⁸⁸⁴ Vgl dazu HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 63, RZ 77 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 255 ff und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 520 ff.

⁸⁸⁵ So VwGH 12. 10. 2010, 2009/05/0116. Darin wird auf VwGH 20. 1. 2005, 2004/07/0154 verwiesen: „Da dem verwaltungsrechtlichen Berufungsverfahren ein Neuerungsverbot fremd ist, darf der Berufungswerber, wie aus § 65 AVG hervorgeht, im Zuge des Berufungsverfahrens auch neues Tatsachenvorbringen erstatten, das die Berufungsbehörde in ihre Entscheidungsfindung dann auch einzubeziehen hat, wenn damit der Gegenstand der Sache nicht verlassen wird.“

⁸⁸⁶ So VwGH 18. 11. 2010, 2007/01/0743.

⁸⁸⁷ So RV 2003, 20.

⁸⁸⁸ Vgl das schon mehrmals erwähnte Erk VfGH 15. 10. 2004, G237/03 ua.

verfolgt würden, als bei jenen, die aus asylfremden Gründen einreisten. Das AsylG berücksichtige diesen Umstand jedoch nur im Zusammenhang mit einer medizinisch belegbaren Traumatisierung und erfasse die geschilderte physische und psychische Ausnahmesituation daher nur unzureichend“, weshalb die Beschränkung auf Fälle der Traumatisierung „wegen Verletzung des Rechtsstaatsprinzips, des Art. 13 EMRK und somit auch wegen Verletzung des Art. 11 Abs. 2 B-VG als verfassungswidrig aufzuheben wären. [...] Unter Zugrundelegung dieser Überlegungen darf das Neuerungsverbot des § 32 Abs. 1 AsylG jedenfalls nicht so verstanden werden, dass neue Tatsachenbehauptungen in der Berufung eines Asylwerbers, bei dem es möglich erscheint, dass er insbesondere aufgrund seiner psychischen Ausnahmesituation nicht in der Lage war, diese früher vorzubringen, unzulässig wären“.⁸⁸⁹

Die nunmehr geltende Regelung des § 40 AsylG 2005 entspricht § 32 Abs 1 AsylG 1997 „in der vom VfGH korrigierten Fassung“⁸⁹⁰. Abgesehen vom soeben angesprochenen Fall der verpflichtenden Unstatthaftserklärung neuer Tatsachen und Beweismittel gem § 40 Abs 1 Z 4 AsylG 2005 – nämlich dann, wenn der Asylwerber dazu bisher „nicht in der Lage war, diese vorzubringen“ – hat dies gem § 40 Abs 1 AsylG 2005 ebenso zu erfolgen, wenn sich der Sachverhalt, der der Entscheidung zu Grunde gelegt worden ist, nach der Entscheidung erster Instanz nur unmaßgeblich geändert hat, wenn das Verfahren erster Instanz mängelfrei gewesen ist oder wenn die neu vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel dem Asylwerber bis zum Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz zugänglich gewesen sind. § 40 Abs 2 AsylG 2005 bestimmt, dass nicht einmal über die Zulässigkeit des neuen Vorbringens entschieden werden muss, wenn dieses für die Entscheidung des AsylGH nicht maßgeblich ist.

Dass „ein ausführliches und detailliertes Vorbringen [...], das in einem aufzuklärenden Spannungsverhältnis zu den erstinstanzlichen Länderfeststellungen über die griechische Asylrechtslage und - praxis steht, [...] wegen Verstoßes gegen das Neuerungsverbot unbeachtlich sei“, sei nach Ansicht des VwGH in einem konkreten, bereits dem AsylG 2005 unterliegenden, Fall vom UBAS nicht dargelegt worden. „Ausgehend davon lässt sich aber die Einschätzung der erstinstanzlichen Behörde, das Vorbringen des Beschwerdeführers zu seinen Erlebnissen in Griechenland sei zu vage gewesen, nicht mehr aufrecht erhalten. Dementsprechend hätte sich die belangte Behörde auch nicht mit einem Verweis auf die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung begnügen dürfen, sondern sie hätte

⁸⁸⁹ Vgl VwGH 17. 4. 2007, 2006/19/0675 sich auf das erwähnte VfGH-Erk beziehend und dieses weiter entwickelnd. Weiters hebt der VfGH in diesem Erk vor allem auch noch hervor, dass vom Neuerungsverbot somit (nur) ein Vorbringen erfasst bleibe, mit dem ein Asylwerber das Verfahren missbräuchlich zu verlängern versucht. Ferner sprechen sich PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 596 für eine restriktive Auslegung von § 40 Abs 1 AsylG 2005 aus, plädieren also dafür, der AsylGH möge mit der ihm aufgetragenen Pflicht zur Unstatthaftserklärung von neuen Tatsachen und Beweisen, die nicht von den Z 1 bis 4 leg cit erfasst sind, zurückhaltend (restaktiv) umgehen; anders gewendet befürworten die Autoren also eine weite Interpretation der alternativen Zulässigkeitsbedingungen von neuem Vorbringen in der Beschwerde.

⁸⁹⁰ So RV 2005, 66. MUZAK, Verfahren, 86 (91) bezeichnet das Neuerungsverbot im Übrigen als problematische Einschränkung der „Tatsachenkognitionsbefugnis“ des AsylGH.

selbständig beurteilen müssen, ob das (detaillierte und substantiierte) Vorbringen des Beschwerdeführers glaubhaft ist.“⁸⁹¹

Auch der AsylGH äußert sich regelmäßig – und in mannigfaltiger Weise – zum Neuerungsverbot. So hält er fest, dass aus dem Neuerungsverbot die an ihn selbst gerichtete Verpflichtung folge, „den bekämpften Bescheid in sachverhaltsmäßiger Hinsicht bezogen auf den Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides des Bundesasylamtes zu kontrollieren“⁸⁹².

Unter Berufung auf das schon mehrmals erwähnte Erk VfGH G237/03 ua judiziert der AsylGH, dass es hinsichtlich der Auslegung der Ausnahmetatbestände des § 40 Abs 1 AsylG 2005 „in diesem Kontext noch zu beurteilen“ sei, „ob diese später, trotz gegebener Äußerungsmöglichkeit schon im erstinstanzlichen Verfahren, erst im Stadium der Beschwerde erfolgte Tatsachenbehauptung von dem Versuch gekennzeichnet ist, das Asylverfahren missbräuchlich zu verlängern. Im Rahmen einer gesamthaften Abwägung gelangt der AsylGH angesichts der oben dargelegten Ausführungen zu der Ansicht, dass im Falle des BF das Vorliegen eines Missbrauchs zu bejahen ist.“⁸⁹³

VI.F.6. Beschwerdefrist

Auch hinsichtlich der dem Asylwerber zustehenden Frist zur Einbringung einer Beschwerde an den AsylGH gegen einen Bescheid des BAA enthält das AsylG 2005 keine allgemeine Regel, weshalb einmal mehr die allgemeinen Verwaltungsverfahrensvorschriften zum Einsatz kommen. § 63 Abs 5 S 1 AVG statuiert hierzu eine zweiwöchige Beschwerdefrist. Gem S 2 leg cit beginnt die Frist „für jede Partei mit der an sie erfolgten Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides, im Fall bloß mündlicher Verkündung mit dieser.“ In Auslegung dieser Bestimmung judiziert der VwGH, dass die Rechtsmittelfrist bei einem mündlich verkündeten Bescheid nur dann mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung zu laufen beginne, wenn die Behörde zur Zustellung gem § 62 Abs 3 AVG verpflichtet gewesen ist, nicht aber, wenn sie ohne Verpflichtung hierzu zustellt. „Gegen einen mündlich verkündeten und daher rechtlich existierenden Bescheid kann aber auch schon vor der Zustellung der verlangten schriftlichen Ausfertigung zulässigerweise Berufung erhoben werden.“⁸⁹⁴

⁸⁹¹ So VwGH 19. 11. 2010, 2008/19/0593 sowie (ähnlich) 2008/19/0716 dD.

⁸⁹² So etwa AsylGH 30. 12. 2010, D10 235927-3/2010 und 23. 12. 2010, D6 265798-5/2010. Diese Verpflichtung folgt jedenfalls auch aus dem sich aus § 66 Abs 4 AVG ergebenden Gebot, dass die Berufungsbehörde ihrer Entscheidung jenen Sachverhalt zugrunde legen müsse, der im Zeitpunkt der Erlassung ihres Bescheides vorliegt. Vgl dazu HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III § 66, RZ 80.

⁸⁹³ So AsylGH 15. 12. 2008, E13 310978-1/2008 und ähnlich 7. 1. 2009, E13 237600-2/2008.

⁸⁹⁴ So VwGH 26. 9. 1995, 94/08/0158.

Hat ein Asylwerber einen Zustellbevollmächtigten, beginnt der Lauf von Rechtsmittelfristen gem § 23 Abs 4 AsylG 2005 erst durch die Zustellung an den Zustellbevollmächtigten. „Verzögert sich die Bescheidzustellung an den Zustellungsbevollmächtigten, so wurde der Bescheid zwar durch Zustellung an den Asylwerber erlassen, mangels Zustellung einer weiteren Ausfertigung an den Vertreter jedoch die Berufungsfrist nicht in Gang gesetzt. Dies hindert den Asylwerber aber nicht an der Erhebung einer Berufung. Es gilt insofern dasselbe wie im Fall, dass der Bescheid zwar mündlich verkündet, die schriftliche Ausfertigung jedoch noch nicht zugestellt wurde“⁸⁹⁵. Ebendieses VwGH-Erk von November 2010 hat der AsylGH in einem aktuellen Erk ausgiebig zitiert,⁸⁹⁶ doch hat er sich auch schon davor der gleichen Argumente bedient.⁸⁹⁷

Einen Sonderfall im Bereich der Beschwerdefristen normiert § 22 Abs 12 AsylG 2005. Demnach hat sich (seit Jahresbeginn 2010) die Frist zur Einbringung einer „Beschwerde gegen eine zurückweisende Entscheidung und einer damit verbundenen Ausweisung“ auf eine Woche reduziert. Die Materialien führen dazu aus, dass von der Bestimmung zurückweisende Entscheidungen iSd §§ 4 und 5 AsylG 2005 sowie § 68 Abs 1 AVG – und einer damit verbundenen Ausweisung – erfasst seien.⁸⁹⁸ Der AsylGH schließt daraus folgerichtig, dass die einwöchige Beschwerdefrist also nicht für verfahrensrechtliche Zurückweisungen gelte. Für diese – konkret die Zurückweisung eines Wiedereinsetzungsantrages – gilt also weiterhin die zweiwöchige Frist des § 63 Abs 5 AVG.⁸⁹⁹ Im Jahr 2010 sind unter Berufung auf die bloß einwöchige Beschwerdefrist per Beschluss des AsylGH mehr als 30, innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung bzw Ausfolgung eingebrachte, Beschwerden „gemäß § 22 Abs. 12 AsylG 2005 idGf als verspätet zurückgewiesen“ worden.⁹⁰⁰

Zu abweichenden Rechtsmittelfristen im Asylverfahren hat der VfGH schon mehrmals Stellung bezogen. In diesen Fällen beleuchtet der Gerichtshof die Verkürzung von Rechtsmittelfristen zunächst unter dem Gesichtspunkt von Art 11 Art 2 B-VG. So weise das Verfahren zur Gewährung von Asyl zwar Besonderheiten auf, die Abweichungen von den Bestimmungen des AVG erforderlich machten. Solche Abweichungen seien allerdings nur dann „erforderlich“, wenn sie zur Regelung des Gegenganges unerlässlich sind. „In derartigen Zusammenhängen kann die Abweichung vom AVG auch in einer Verkürzung der mit zwei Wochen festgelegten Berufungsfrist bestehen, doch muß dabei jedenfalls auf den vom Gerichtshof in ständiger Judikatur mit Nachdruck betonten Grundsatz Bedacht genommen werden, daß Rechtsschutzeinrichtungen ein Mindestmaß an faktischer Effizienz für den

⁸⁹⁵ So das aktuelle mehrere UBAS-Bescheide betreffende Erk VwGH 11. 11. 2010, 2007/20/0369.

⁸⁹⁶ Vgl AsylGH 16. 12. 2010, S8 309057-1/2010.

⁸⁹⁷ Vgl zB AsylGH 11. 3. 2009, D5 314089-3/2009.

⁸⁹⁸ Vgl RV 2009 II, 21.

⁸⁹⁹ Vgl AsylGH 11. 11. 2010, C2 415407-2/2010.

⁹⁰⁰ Vgl zB AsylGH 29. 12. 2010, D7 403145-4/2010.

Rechtsschutzwerber aufweisen müssen. Eine Verkürzung der Berufungsfrist ist, soweit sie diesem Prinzip widerstreitet, auch unter dem Aspekt des Art11 Abs2 B-VG nicht tolerierbar.“⁹⁰¹

Damit kommt das Höchstgericht also zum Zwischenergebnis, dass eine vom AVG abweichende Regelung dann nicht erforderlich bzw unerlässlich iSd Art 11 Abs 2 B-VG – und damit verfassungswidrig – ist, sofern sie dem Prinzip widerspricht, dass Rechtsschutzeinrichtungen ein Mindestmaß an faktischer Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen.

Der VfGH schlägt auf diesem Wege eine mE nicht völlig stichhaltige argumentative Brücke zwischen Art 11 Abs 2 B-VG einerseits und rechtsstaatlichen Erwägungen andererseits. Denn es ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, weshalb das (Nicht-)Vorliegen eines Mindestmaßes an faktischer Effizienz eines Rechtsmittels zugleich auch Aufschluss darüber geben kann, ob eine (abweichende) Bestimmung iSd Art 11 Abs 2 HS 2 B-VG „zur Regelung des Gegenstandes erforderlich“ ist – oder anders formuliert – weshalb die faktische Effizienz von Rechtsmitteln eine Kategorie der angesprochenen Erforderlichkeit sein soll. Der VfGH ist es aus meiner Sicht schuldig geblieben, diesen Konnex zweier verfassungsrechtlicher Aspekte nachvollziehbar argumentativ zu begründen. Dies ist aber im konkreten Fall weiter nicht schlimm, da sich das Verfassungsgericht in der Folge auch ausgiebig zu dem erwähnten Grundsatz der faktischen Effizienz von Rechtsmitteln äußert und sein Argumentarium somit auf ein zweites Standbein stützt.

So seien die Voraussetzungen hinsichtlich des genannten Grundsatzes „bei einer für den Rechtsschutz maßgeblichen Regelung wie der über die Dauer einer Rechtsmittelfrist nur dann gegeben, wenn sie dem negativ beschiedenen potentiellen Rechtsschutzsuchenden gewährleistet, sein Rechtsmittel in einer Weise auszuführen, die sowohl dem Inhalt der anzufechtenden Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht adäquat ist als auch dem zu dieser Entscheidung führenden, allenfalls mit Mängeln belasteten Verfahren. Unter den das Asylverfahren kennzeichnenden praktischen Gegebenheiten [...] genügt eine dem Asylwerber offenstehende zweitägige Frist diesen Anforderungen keineswegs“.⁹⁰²

⁹⁰¹ So VfGH 24. 6. 1998, G31/98 ua (VfSlg 15.218/1998).

⁹⁰² So weiter VfGH 24. 6. 1998, G31/98 ua (VfSlg 15.218/1998).

Der VfGH führt in weiterer Folge aus, welche Aspekte bei der Prüfung der Zulässigkeit von Rechtsmittelfristen im Asylverfahren unter dem Gesichtspunkt eines Mindestmaßes an faktischer Effizienz von Rechtsmitteln in Betracht zu ziehen seien. So sei davon auszugehen, dass der Asylwerber im Regelfall der deutschen Sprache nicht mächtig ist und daher schon zum rein sprachlichen Verständnis des ihm zugestellten Bescheides fremder Hilfe bedarf, zumal dem Asylwerber zB zwar der Spruch und die Rechtsmittelbelehrung, nicht jedoch die Begründung in einer ihm verständlichen Sprache zukommen müsse. Abgesehen davon reiche ein bloß sprachliches Verständnis des Bescheides „zur sachgerechten Aktualisierung eines notwendigen Rechtsschutzes“ nicht aus. Dem Rechtsschutzsuchenden müsse vielmehr grundsätzlich auch das rechtliche Verständnis des Bescheides möglich gemacht werden; demnach müsse ihm die Möglichkeit geboten werden, sich der Hilfe einer fachkundigen (wenngleich nicht notwendigerweise rechtskundigen) Person als Beistand zu bedienen, was wohl häufig die Beziehung einer weiteren, der Sprache des Asylwerbers mächtigen Person erfordere. Schließlich sei das Erfordernis gegeben, anzunehmende Mängel des Bescheides in materieller und formeller Hinsicht in die Form eines den Standpunkt des Asylwerbers deutlich zum Ausdruck bringenden Schriftsatzes zu kleiden und die damit verbundenen manipulativen Umstände zu bewältigen.

Endlich wiederholt der VfGH seine Aussage, wonach in Asylverfahren eine „Verkürzung der im AVG festgelegten zweiwöchigen Berufungsfrist in Handhabung des Art11 Abs2 B-VG nicht vorbehaltlos auszuschließen ist.“ Unter Berücksichtigung der dargestellten Erwägungen das Mindestmaß der faktischen Effizienz von Rechtsmitteln betreffend dürfte hier allerdings eine „Frist von einer Woche“ als „Mindestmaß“ anzusehen sein.⁹⁰³

Vergegenwärtigt man sich all jene Schritte, die auch der VfGH als notwendig zwischen Bescheidverkündung bzw –ausfolgung und Beschwerdeeinbringung erachtet, wird schnell klar, dass eine einwöchige Rechtsmittelfrist in der Tat als Untergrenze zu gelten hat. Die Aussage hinsichtlich der einwöchigen Mindestfrist hat der VfGH in jenem Erk getroffen, welches im Ergebnis dazu geführt hat, dass die bloß zweitägige Berufungsfrist bei Berufungen gem § 4 AsylG 1997 als verfassungswidrig aufgehoben worden ist. Diese Bestimmung hat die Zurückweisung eines Asylantrages wegen Drittstaatsicherheit zum Gegenstand gehabt und ist damit mit dem gegenwärtigen Anwendungsbereich des § 22 Abs 12 AsylG 2005 insofern vergleichbar, als auch die geltende Bestimmung Zurückweisungen betrifft.

⁹⁰³ Vgl erneut VfGH 24. 6. 1998, G31/98 ua (VfSlg 15.218/1998) bzw darauf aufbauend auch VfGH 11.12.1998, G210/98 ua (VfSlg 15.369/1998) sowie VfGH 15.06.1999, G56/99. Durch diese drei Erk ist § 32 Abs 1 S 1 AsylG 1997 „auf Raten“ zur Gänze aufgehoben worden. Das erste Erk hat den Verweis auf § 4 leg cit („Unzulässige Asylanträge wegen Drittstaatssicherheit“), das zweite jenen auf § 6 leg cit („Offensichtlich unbegründete Asylanträge“) und das dritte Erk die Gesetzesbestimmung zur Gänze und damit (auch) den Verweis auf § 5 leg cit („Unzulässige Asylanträge wegen vertraglicher Unzuständigkeit“) aufgehoben.

Die bloß einwöchige Beschwerdefrist wird daher als verfassungskonform anzusehen sein, obwohl bezweifelt werden darf, ob die beabsichtigte Verfahrensstraffung⁹⁰⁴ in einem nennenswerten Ausmaß eintreten wird, wenn man dem Asylwerber eine Woche weniger Zeit zur Beschwerdeeinbringung zugesteht, der AsylIGH gem § 73 Abs 1 AVG aber nach wie vor (maximal) sechs Monate Zeit hat zu entscheiden. Dies soll in erster Linie nicht als Kritik an der dem AsylIGH zustehenden Entscheidungsfrist verstanden werden, sondern das nur bescheidene Ausmaß einer potentiellen Verfahrensstraffung verdeutlichen.

Eine ebenfalls seit Anfang 2010 geltende Änderung betrifft die Nichtanwendbarkeit von § 63 Abs 5 S 3 AVG in Asylverfahren gem § 22 Abs 3 S 1 HS 3. Diese Bestimmung bewirkt im allgemeinen Verwaltungsverfahren, dass – anders als gem § 6 AVG – die Weiterleitung nicht auf Gefahr des Berufungswerbers erfolgt. Diese Änderung diene „der Verfahrenssicherheit im Sinne des Asylwerbers, der verfahrensorganisatorischen Effizienzsteigerung und der Entlastung des Asylgerichtshofes von nicht notwendiger Administrativtätigkeit.“⁹⁰⁵ Somit gilt für (irrigerweise) beim AsylIGH eingebrochene Beschwerden § 6 Abs 1 AVG, wonach die Beschwerde „auf Gefahr des Einschreiters an die zuständige Stelle weiterzuleiten“ ist.

Zur Berechnung der Fristen sind §§ 32 f AVG heranzuziehen, wie auch der AsylIGH bekräftigt.⁹⁰⁶ Damit ist vor allem klar, dass die Tage des Postlaufes gem § 33 Abs 3 AVG in die Beschwerdefrist nicht eingerechnet werden. Gem § 66 Abs 4 AVG sind (neben unzulässigen auch) verspätete Beschwerden zurückzuweisen.⁹⁰⁷

⁹⁰⁴ Vgl RV 2009, 21.

⁹⁰⁵ So RV 2009 II, 20.

⁹⁰⁶ Vgl zB AsylIGH 22. 10. 2010, D6 226794-3/2010 und 24. 2. 2010, B8 407000-1/2009.

⁹⁰⁷ Vgl allgemein zu Beginn und Ende von Rechtsmittelfristen HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III § 63, RZ 102 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 140 ff und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 517 f.

VI.F.7. Beschwerdevorentscheidung

Mit Einrichtung des AsylGH per 1. Juli 2008 ist dem BAA gem § 22 Abs 3 S 2 AsylG 2005 „die Möglichkeit einer ‚Beschwerdevorentscheidung‘ unter sinngemäßer Anwendung des § 64a AVG eingeräumt“⁹⁰⁸ worden. Nach dem System des § 64a AVG kann das BAA, bei welchem das Rechtsmittel auch einzubringen ist, die Beschwerde binnen zweier Monate nach Einlangen durch Beschwerdevorentscheidung erledigen. Dagegen kann der Asylwerber binnen zweier Wochen als ordentliches Rechtsmittel einen Vorlageantrag stellen.⁹⁰⁹

Von dieser Möglichkeit macht das BAA lediglich in einer überschaubaren Anzahl von Fällen Gebrauch. Diesfalls stellt der AsylGH im Einklang mit § 64a AVG fest, dass die Beschwerdevorentscheidung „mit dem Einlangen dieses Vorlageantrages beim Bundesasylamt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung gemäß § 64a Abs. 3 AVG außer Kraft“ getreten sei und der AsylGH „somit ausschließlich über die ursprünglich eingebrochene Beschwerde und nicht über die (rechtlich nicht mehr existente) Beschwerdevorentscheidung zu entscheiden“ habe.⁹¹⁰

ROHRBÖCK bzw *MUZAK* erwägen im Zusammenhang mit der Beschwerdevorentscheidung, „ob eine vorläufige Entscheidung über die Beschwerde durch das Bundesasylamt mit Art 94 B-VG bzw mit der verfassungsrechtlich durch Art 129c B-VG vorgegebenen Kontrollfunktion des AsylGH in Einklang steht.“⁹¹¹ Da der AsylGH kein ordentliches Gericht ist und seine Kognitionsbefugnis in Hinblick auf Beschwerden gegen Bescheide des BAA deshalb Art 94 B-VG nicht widerspricht,⁹¹² gilt für den AsylGH insofern, dh den Grundsatz der Trennung der Justiz von der Verwaltung betreffend, die gleiche Rechtslage, wie dies beim UBAS der Fall gewesen ist. Vor der Einrichtung des AsylGH ist das BAA aber befugt gewesen, Berufungen an den UBAS mittels Berufungsvorentscheidung (vorläufig) zu erledigen.⁹¹³

⁹⁰⁸ So AB 2007, 8.

⁹⁰⁹ Vgl zu Berufungsvorentscheidung und Vorlageantrag allgemein *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG III, § 64a, RZ 8 ff, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 264 ff und *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 534/1 ff.

⁹¹⁰ Vgl zB AsylGH 18. 6. 2010, B8 411018-1/2010.

⁹¹¹ So *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 157 und *MUZAK*, Verfahren, 86 (90), FN 34.

⁹¹² Siehe oben III.C.3.

⁹¹³ Die Tatsache, dass das BAA von dieser Möglichkeit nur selten Gebrauch gemacht hat (vgl hingegen UBAS 8. 2. 2001, 217.562/7-V/15/01), ändert aber nichts an ihrer Existenz, wie auch der UBAS bestätigt hat (vgl UBAS 11. 12. 2006, 301.827-C2/E1-XVII/55/06: „Die Erstbehörde hat (trotz Parteienantrages) von ihrem Recht auf Erledigung der Berufung im Wege einer Berufungsvorentscheidung gemäß § 64a Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz nicht Gebrauch gemacht [...]“) bzw wie aus der diesbezüglichen mangelnden Problematisierung durch das Schrifttum hervorgeht.

Beim zweiten Einwand geht es darum, ob eine Beschwerdevorentscheidung des BAA „mit der verfassungsrechtlich durch Art 129c B-VG vorgegebenen Kontrollfunktion des AsylIGH in Einklang steht.“ *MUZAK* merkt zusätzlich an, es erscheine „jedenfalls ungewöhnlich, dass eine Verwaltungsbehörde nochmals in einer Sache entscheiden kann, die bereits bei einem Verwaltungsgericht anhängig ist.“⁹¹⁴ In der Tat ist der AsylIGH ein Verwaltungsgericht, während es sich beim UBAS um eine Verwaltungsbehörde gehandelt hat. Es ist mE allerdings nicht ohne weiteres ersichtlich, weshalb die Zuordnung zu unterschiedlichen Staatsfunktionen – hier zur Gerichtsbarkeit, dort zur Verwaltung – zu einem ebenso unterschiedlichen Ergebnis betreffend die Zulässigkeit der Berufungsvorentscheidung iSd § 64a AVG – hier zur Unzulässigkeit, dort zur Zulässigkeit – führen muss.

Die „verfassungsrechtlich durch Art 129c B-VG vorgegebene[n] Kontrollfunktion des AsylIGH“, mit anderen Worten also dessen Kompetenz zur Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide des BAA, sei nämlich „in einer Weise“ umschrieben, „die weitgehend der des bisherigen UBAS entspricht.“⁹¹⁵ Entspricht allerdings die Kontrollfunktion des AsylIGH „weitgehend der des bisherigen UBAS“, welcher Aussage voll zuzustimmen ist, dürfte es sich bei dieser insofern um kein taugliches Argument gegen die Zulässigkeit einer dem BAA zustehenden Beschwerdevorentscheidung handeln, als die Zulässigkeit der Berufungsvorentscheidung im Verfahren vor dem UBAS – soweit ersichtlich – nicht in Zweifel gezogen worden ist.⁹¹⁶

Im Ergebnis vermögen es die geäußerten Bedenken mE also nicht, die Verfassungskonformität des Systems der Beschwerdevorentscheidung gem § 64a AVG auch im Verfahren vor dem AsylIGH in Zweifel zu ziehen.

⁹¹⁴ So *MUZAK*, aaO.

⁹¹⁵ So *MUZAK*, Asylgerichtshof, 27.

⁹¹⁶ Für *PFLEGER*, Ausweisung, 180 f, wäre zwar „eine an der Säumnisbeschwerde orientierte Regelung angesichts der verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die mit dieser Regelung verbundene Beschränkung der Kontrollfunktion des AsylIGH wünschenswerter gewesen.“ Letztendlich erachtet aber auch sie die Beschwerdevorentscheidung gem § 64a AVG im Verfahren vor dem AsylIGH für verfassungskonform, „zumal die Beschwerdevorentscheidung schon durch Einbringung des Vorlageantrages außer Kraft tritt“, wodurch die Ausübung der Kontrolle durch den AsylIGH nicht unmöglich gemacht werde.

VI.F.8. Wirkung von Beschwerden

VI.F.8.a) Allgemeines zur aufschiebenden Wirkung von Berufungen

Im allgemeinen Verwaltungsverfahren haben Berufungen gem § 64 AVG aufschiebende Wirkung, wenn diese von der Behörde nicht aberkannt wird. Kommt einer Berufung gegen einen Bescheid aufschiebende Wirkung zu, bedeute dies im Falle von Leistungsbescheiden, dass deren Vollstreckbarkeit suspendiert ist, bei Rechtsgestaltungsbescheiden, dass die getroffene Rechtsgestaltung noch nicht wirksam ist und bei Feststellungsbescheiden, dass die getroffenen Feststellungen noch nicht verbindlich werden.⁹¹⁷

Die aufschiebende Wirkung von Berufungen sei notwendiger Bestandteil des rechtsstaatlichen Prinzips, denn sie verhindere, dass irreversible oder kaum wieder gutzumachende Tatsachen geschaffen werden, bevor die Berufungsbehörden (und schließlich die GHÖR) über das Rechtsmittel endgültig abgesprochen haben.⁹¹⁸ Der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips gipfe für den VfGH darin, „daß alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen Gewähr dafür bietet, daß nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden. Ein dem rechtsstaatlichen Prinzip innewohnender Gesichtspunkt besteht insbesondere auch darin, daß die unabdingbar geforderten Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein bestimmtes Maß an Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen“⁹¹⁹.

In einem, mehrere Anträge auf Aufhebung von Bestimmungen des AsylG 1997 idF Novelle BGBl I 2003/101 behandelnden, Erk hat der VfGH überdies ausgesprochen, „dass der ausnahmslose Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gegen eine zurückweisende Entscheidung [...] im Hinblick auf den damit verbundenen Ausspruch über die Ausweisung in den Schutzbereich des Art3 EMRK [...] oder Art8 EMRK fallen könne. Der ausnahmslose Ausschluss der aufschiebenden Wirkung würde eine Interessenabwägung iSv Art8 EMRK zu Gunsten des Asylwerbers unmöglich machen und damit den Berufungswerber in verfassungsrechtlich verbotener Weise einseitig mit den Folgen einer potentiell unrichtigen Entscheidung belasten.“⁹²⁰ Dieses Erk ist vom Gesetzgeber anlässlich der

⁹¹⁷ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 64, RZ 9 ff

⁹¹⁸ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 64, RZ 1.

⁹¹⁹ So VfGH 12. 12. 2002, G151/02 ua (VfSlg 16.772/2002) unter Berufung auf zahlreiche seiner Vorerkenntnisse.

⁹²⁰ Vgl VfGH 15. 10. 2004, G237/03 ua, zitiert nach VfGH 9. 10. 2010, U1046/10.

Erlassung der im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 ergangenen Gesetze mehrmals zitiert worden.⁹²¹

VI.F.8.b) Das System der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden in Asylverfahren

Ob der Beschwerde gegen einen Bescheid des BAA aufschiebende Wirkung zukommt, ist in den §§ 36 bis 39 AsylG 2005 abweichend von § 64 AVG geregelt. Die genannten Paragraphen sind seit ihrem erstmaligen Inkrafttreten am 1. Jänner 2006 inhaltlich kaum verändert worden.

Einer Beschwerde gegen einen zurückweisenden Bescheid des BAA kommt gem § 36 Abs 1 S 1 AsylG 2005 eine aufschiebende Wirkung nicht zu. Solche „Zuständigkeitsentscheidungen“ iSd §§ 4 und 5 AsylG 2005 sowie § 68 Abs 1 AVG erforderten nach den Materialien keine aufschiebende Wirkung des gegen sie erhobenen Rechtsmittels.⁹²² Gem § 36 Abs 1 S 2 AsylG 2005 kommt „gegen eine mit einer solchen Entscheidung verbundenen Ausweisung [...] die aufschiebende Wirkung nur zu“, wenn sie vom AsylGH gem § 37 AsylG 2005 zuerkannt wird. § 36 Abs 2 AsylG 2005 normiert, dass gegen andere Entscheidungen, nach den Materialien „abweisende Entscheidungen samt der damit verbundenen Ausweisung sowie Entscheidungen betreffend die Anerkennung des Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten“⁹²³, die aufschiebende Wirkung zu kommt, sofern diese nicht aberkannt wird.

Unter Berufung auf ein VwGH-Erk judiziert der AsylGH, dass gem §§ 36 und 37 AsylG 2005 „einer Berufung gegen eine mit einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 verbundenen Ausweisung grundsätzlich ex lege keine aufschiebende Wirkung zukommt; erst bei ausdrücklicher (bescheidförmiger) Zuerkennung einer solchen durch den Unabhängigen Bundesasylsenat ist vom Vorliegen einer aufschiebenden Wirkung auszugehen“⁹²⁴. Liegt eine solche Beschwerde vor, hat der AsylGH gem § 37 Abs 1 AsylG 2005 „dieser binnen einer Woche ab Vorlage der Beschwerde“ beim AsylGH⁹²⁵ „durch Beschluss die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen“, wenn im Falle der Effektivierung der Ausweisung eine reale Gefahr einer Verletzung der im Gesetz genannten Grundrechte droht.⁹²⁶ Die Voraussetzungen für die zwingende Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung entsprechen

⁹²¹ Vgl zB RV 2005, 8, wo hinsichtlich des FPG „Die Abkehr von der Möglichkeit des generellen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung bei bestimmten Tatbeständen der Ausweisung.“ verkündet wird oder RV 2005, 55 betreffend § 36 AsylG 2005.

⁹²² Vgl RV 2005, 55 unter Berufung auf das soeben angesprochene Erk VfGH 15. 10. 2004, G237/03 ua.

⁹²³ So RV 2005, 55.

⁹²⁴ So AsylGH 29. 10. 2010, S6 307658-1/2010 unter Zitierung von VwGH 9. 9. 2010, 2007/20/1040-11.

⁹²⁵ FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 608 machen darauf aufmerksam, dass hier auf den Zeitpunkt des Einlangens der Beschwerde beim AsylGH und nicht beim BAA abgestellt werde.

⁹²⁶ Darüber hinaus verlangt § 37 Abs 2 AsylG 2005, dass bei der Entscheidung über Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung auch näher beschriebenes Unionsrecht zu berücksichtigen ist. Ein näheres Eingehen darauf würde jedoch den Rahmen

somit jenen für die Zuerkennung des subsidiären Schutzes gem § 8 Abs 1 AsylG 2005, weshalb die genannten Kriterien daher bereits im erstinstanzlichen Verfahren berücksichtigt werden (hätten) müssen.⁹²⁷

Aus der dem AsylGH in einem konkreten Fall „zur Verfügung stehenden Aktenlage kann nach Durchführung einer Grobprüfung eine Verletzung der durch Art. 3 EMRK garantierten Rechte bei Überstellung der Mutter der minderjährigen Beschwerdeführerin nach Polen aufgrund der besonderen Gegebenheiten im konkreten Fall angesichts der kurzen Entscheidungsfrist nicht mit der in diesem Zusammenhang erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden“, weshalb daher der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden sei.⁹²⁸

Gem § 37 Abs 3 AsylG 2005 hat der AsylGH über Beschwerden gegen zurückweisende Entscheidungen, denen in Bezug auf die damit verbundene Ausweisung die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, binnen zwei Wochen zu entscheiden; ist ihnen die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt worden, beträgt die Frist gem § 41 Abs 2 AsylG 2005 hingegen acht Wochen. *PUTZER/ROHRBÖCK* merken dazu zutreffend an, es sei nicht nachvollziehbar, „dass gerade in jenen Fällen, in denen der Berufung die aufschiebende Wirkung eingeräumt worden ist, ein – im Verhältnis zu sonst anhängigen Berufungen gegen Zulässigkeitsentscheidungen – erhöhtes Bedürfnis der schutzsuchenden Person nach einer rascheren Entscheidung besteht. (Gerade das Gegenteil wäre der Fall.)“⁹²⁹

Einer „Beschwerde gegen eine abweisende Entscheidung des Bundesasylamtes“ kommt gem § 38 Abs 1 iVm § 36 Abs 2 AsylG 2005 „immer dann die aufschiebende Wirkung zu, wenn diese nicht aberkannt wurde“⁹³⁰. „Natürlich geht einer Entscheidung über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer Berufung eine vollinhaltliche Prüfung voraus, in der sich die Behörde bereits mit allen Vorbringen des Asylwerbers auseinander zu setzen hat. Die in Abs. 1 genannten Fälle stellen nach der Erfahrung der Praxis jene Fälle dar, in denen das Rechtsschutzinteresse mangels echter Gefährdung des Antragsstellers am geringsten ist.“⁹³¹ § 39 AsylG 2005 enthält (unter anderem) eine Liste sicherer Herkunftsstaaten, auf die § 38 Abs 1 Z 1 AsylG 2005 verweist. Dass eine Ausweisung in einen dieser Staaten allerdings nicht zwingend verfassungskonform sein muss, ist unlängst eindrucksvoll in verfassungsgerichtlichen Erk zu Tage getreten.⁹³²

dieser Arbeit sprengen, weshalb diesbezüglich lediglich auf *FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER*, AsylG 2005, 608 ff und *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 578 verwiesen wird.

⁹²⁷ Vgl *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 574.

⁹²⁸ Vgl AsylGH 30. 9. 2010, S24 415504-1/2010.

⁹²⁹ So *PUTZER/ROHRBÖCK*, Asylrecht, RZ 579.

⁹³⁰ So AsylGH 24. 2. 2010, C2 410972-1/2010.

⁹³¹ So RV 2005, 56.

⁹³² Siehe oben VI.C.1.e).

Während es sich bei der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung gem § 38 Abs 1 AsylG 2005 um eine Kann-Bestimmung handelt, welche das BAA zur Aberkennung bloß berechtigt, nicht aber verpflichtet, legt Abs 2 leg cit dem AsylGH die Verpflichtung auf, „binnen einer Woche ab Vorlage der Beschwerde mit Beschluss die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen“, wenn bei Effektivierung der Ausweisung die bereits von § 37 Abs 1 und somit auch von § 8 Abs 1 AsylG 2005 bekannte „reale Gefahr einer Verletzung“ der genannten Rechtsgüter drohen würde.

Anschaulich hält der AsylGH in einem Erk fest, dass „die Voraussetzungen für die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung nach Ansicht des Asylgerichtshofes nicht vorgelegen sind [...], wenn keiner der in § 38 Abs. 1 AsylG 2005 aufgezählten Tatbestände erfüllt ist oder wenn er das Ermessen, das § 38 Abs. 1 AsylG 2005 dem Bundesasylamt einräumt, anders geübt hätte.“ Im gegenständlichen Fall habe das BAA die Aberkennung auf Z 5 leg cit gestützt. Der AsylGH bezieht sich in der Folge auf die zum gleichlautenden § 6 Z 3 AsylG 1997 idF BGBl I 2002/126 ergangene Judikatur des VwGH, wonach davon „nur Fälle qualifizierter (offensichtlicher) Unglaubwürdigkeit“ erfasst gewesen seien. Diese sei nur dann anzunehmen, „wenn Umstände vorliegen, die besonders deutlich die Unrichtigkeit der erstatteten Angaben vor Augen führen. Es muss unmittelbar einsichtig („eindeutig“, „offensichtlich“) sein, dass die abgegebene Schilderung tatsächlich wahrheitswidrig ist. Dieses Urteil muss sich quasi „aufdrängen“ [...]. Im Ergebnis setzt die erforderliche „qualifizierte Unglaubwürdigkeit“ somit voraus, dass es weder weitwendiger Überlegungen noch einer langen Argumentationskette bedarf, um zu erkennen, dass das Vorbringen eines Asylwerbers nicht den Tatsachen entspricht.“⁹³³

§ 36 Abs 4 AsylG 2005 „unterscheidet zwischen der Durchsetzbarkeit und der Zulässigkeit der Durchführung fremdenpolizeilicher Maßnahmen. Trotz Durchsetzbarkeit ist eine Effektivierung der Abschiebung erst nach verstrichener Rechtsmittelfrist oder im Falle eines Rechtsmittels 7 Tage“ nach Beschwerdevorlage an den AsylGH zulässig, „sofern von diesem entweder nach § 37 eine aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt wurde oder nach § 38 die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung nicht [...] durch Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung suspendiert wurde.“⁹³⁴ Der AsylGH bezeichnet eine sich im Stadium zwischen Durchsetzbarkeit und Durchführbarkeit befindliche Ausweisung als „formell durchsetzbar“⁹³⁵.

⁹³³ Vgl AsylGH 1. 12. 2009, E14 410139-1/2009 sowie beinahe wortident 28. 10. 2009, E19 409519-1/2009.

⁹³⁴ So RV 2005, 55. PUTZER/ROHRBÖCK, Asylrecht, RZ 563 machen zutreffend darauf aufmerksam, dass die Ausreisepflicht gem § 10 Abs 4 S 2 AsylG 2005 (bereits) an der Durchsetzbarkeit der Ausweisung und nicht etwa an ihrer Durchführbarkeit anknüpft. In diesem Zusammenhang ist nach aktueller Rechtslage auch Abs 7 leg cit zu erwähnen, siehe dazu oben V.B.2.

⁹³⁵ So AsylGH 29. 10. 2010, S6 307658-1/2010.

VI.G. Die öffentliche mündliche Verhandlung vor dem AsylGH

VI.G.1. Grundsätzliches zur Verhandlungspflicht vor dem AsylGH

§ 41 AsylG 2005 regelt die Verhandlungspflicht vor dem AsylGH derart, dass die Abs 4 und 7 als Ausnahmen zu betrachtende Möglichkeiten des Entfalls der mündlichen Verhandlung vorsehen, während § 41 Abs 4 S 2 AsylG 2005 „[i]n anderen Verfahren“, sohin im Regelfalle, § 67d AVG für anwendbar erklärt. Während im allgemeinen Verwaltungsverfahren gem § 39 Abs 2 S 2 AVG der Behörde hinsichtlich der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung Ermessen eingeräumt ist,⁹³⁶ hat ein UVS gem § 67d Abs 1 AVG eine Verhandlung im Falle eines diesbezüglichen Antrags oder von Amts wegen dann durchzuführen, „wenn er dies für erforderlich hält“.⁹³⁷

In einem vom Schrifttum rezipierten Erk hat der VwGH ausgesprochen, dass davon auszugehen sei, „dass die Verhandlung entfallen kann, wenn die Voraussetzungen des § 67d Abs. 1 AVG für einen solchen Entfall gegeben sind, wenn also weder ein Verhandlungsantrag gestellt wurde noch der unabhängige Verwaltungssenat eine Verhandlung für erforderlich hält, ohne dass (auch) die Voraussetzungen des § 67d Abs. 2 AVG vorliegen müssten.“ Erläuternd führt der Gerichtshof aus, dass sich die Annahme verbiete, „§ 67d Abs. 2 enthalte eine abschließende Regelung jener Fälle, in denen die Verhandlung ohne Parteiantrag entfallen kann. Eine solche Auslegung stünde in Widerspruch zu § 67d Abs. 1 und ließe diesen überflüssig erscheinen.“⁹³⁸

Dass „die Verhandlung entfallen kann, wenn die Voraussetzungen des § 67d Abs. 1 AVG für einen solchen Entfall gegeben sind“, ist in dieser Deutlichkeit vom VwGH nicht mehr konstatiert worden. So hat der Gerichtshof in einem weiteren Erk ein paar Monate später festgehalten, dass (lediglich) § 67d Abs 2 und 4 AVG Ausnahmen von der Verhandlungspflicht gem § 67d Abs 1 AVG vorsehen und es ohne Parteiantrag im Ermessen des UVS stehe, ob er eine Verhandlung durchführt.⁹³⁹

⁹³⁶ Vgl dazu allgemein HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 39, RZ 26, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 162 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 278.

⁹³⁷ § 67d Abs 1 AVG hat seine aktuelle Fassung durch die Verwaltungsverfahrensnovelle 2001 BGBI I 2001/137 erhalten. Bis dahin hat die Bestimmung wie folgt gelautet: „Der unabhängige Verwaltungssenat hat eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.“ Durch die Novellierung solle eine „mündliche Verhandlung [...] nicht jedenfalls anberaumt werden müssen, sondern – dem Art. 6 EMRK entsprechend – nur mehr auf Antrag der Parteien“, vgl RV 723 BlgNR XXI. GP, 9.

⁹³⁸ So VwGH 24. 4. 2003, 2002/07/0076.

⁹³⁹ Vgl VwGH 12. 6. 2003, 2002/20/0336.

Das Schrifttum zeigt sich hinsichtlich der Rezeption der als deutlich gekennzeichneten Aussage des VwGH gespalten.⁹⁴⁰ ME macht dies in der Sache aber auch keinen Unterschied. Liegt ein Antrag vor, kann die Verhandlung nur gem § 67d Abs 2 und 4 AVG entfallen; „die Voraussetzungen des § 67d Abs. 1 AVG für einen solchen Entfall“ sind diesfalls nicht gegeben. Liegt hingegen kein Antrag vor, hat eine Verhandlung stattzufinden, wenn dies der UVS „für erforderlich“ hält; diesfalls liegen „die Voraussetzungen des § 67d Abs. 1 AVG für einen solchen Entfall“ eben nur vor, wenn der UVS die Erforderlichkeit verneinen kann.

Dass der UVS gem § 67d Abs 1 AVG eine Verhandlung abhalten muss, „wenn er dies für erforderlich hält“, bedeutet, dass ihm insofern Ermessen eingeräumt worden ist.⁹⁴¹ Sowohl der VwGH als auch die Lehre vertreten weiters die Ansicht, dass „bei dessen Ausübung auf Art 6 MRK Bedacht zu nehmen ist; soweit eine öffentliche Verhandlung nach Art 6 MRK geboten ist, hat der UVS eine solche jedenfalls durchzuführen.“⁹⁴² Die Wendung des § 67d Abs 1 AVG, „wenn er dies für erforderlich hält“, sei „nach objektiven Kriterien zu interpretieren. Dies bedeutet, dass der unabhängige Verwaltungssenat dann, wenn im konkreten Fall ein rechtlich normiertes Gebot eine mündliche Verhandlung verlangt, eine solche durchzuführen hat.“⁹⁴³ Der UVS könne „auch in Fällen, in denen kein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt wurde, eine solche anberaumen. Ihm ist in diesem Punkt die Möglichkeit einer differenzierten Handhabung unter Berücksichtigung des Art. 6 EMRK eingeräumt.“⁹⁴⁴

Geht man analog mit der herrschenden Lehre und Judikatur davon aus, dass Asylsachen Art 6 EMRK nicht unterfallen,⁹⁴⁵ scheint die Bezugnahme auf diese völkerrechtliche Vorschrift im Verfahren vor dem AsylIGH als Anknüpfungspunkt zur Beantwortung der Frage, was als Determinante hinsichtlich der Ermessensübung gem § 67d Abs 1 AVG dienen könne, nicht zielführend. Hier erweist sich die

⁹⁴⁰ HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 39, RZ 18 und 28 schließen sich der angeführten Passage aus dem Erk wörtlich an, während THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 289 f hinsichtlich der Möglichkeiten des Entfalls einer Verhandlung nur § 67d Abs 2 und 4 AVG anführen. WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 548/9 f titulieren als Ausnahmen auch lediglich die Abs 2 und 4 leg cit, geben die Passage des Erk allerdings – jedoch negativ formuliert – wieder. Angesichts des Erscheinungsdatums des zuletzt genannten Lehrbuches ist es allerdings fraglich, ob das Erk vom 24. 4. 2003 bereits Eingang darin gefunden hat.

⁹⁴¹ So explizit VwGH 24. 4. 2003, 2002/07/0076 und implizit VwGH 12. 6. 2003, 2002/20/0336, VwGH 20. 12. 2005, 2005/05/0017 sowie VwGH 12. 8. 2010, 2008/10/0315. So weiters HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 39, RZ 17 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 289.

⁹⁴² So ausdrücklich GRABENWARTER, Landesverwaltungsgerichte, 98, THIENEL, Verwaltungsverfahrensnovellen, 30 und 34, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 289 und ähnlich HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 39, RZ 17 und 20 sowie die drei zuletzt genannten Erk in FN 941. Während im bisher genannten Schrifttum und den angeführten Judikaten sich diese Aussage entweder (explizit oder implizit) sowohl auf § 67d Abs 1 AVG als auch auf dessen Abs 2 bezieht, tägigen WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 548/9 diese Aussage allein in Bezug auf § 67d Abs 2 AVG. Angesichts des in den Materialien zu § 67d Abs 1 AVG enthaltenen Verweises auf Art 6 EMRK wäre jedoch nicht ersichtlich, weshalb Art 6 EMRK gerade hier nicht als Ermessensdeterminante dienen soll, vgl RV 723 BlgNR XXI. GP, 9.

⁹⁴³ So VwGH 20. 12. 2005, 2005/05/0017.

⁹⁴⁴ So VwGH 12. 8. 2010, 2008/10/0315.

⁹⁴⁵ Vgl dazu oben III.C, insbes bei FN 313.

Annahme von *GRABENWARTER* als hilfreich, wonach § 67d Abs 2 AVG – abgesehen von seiner Anwendbarkeit hinsichtlich des möglichen Entfalls der Verhandlung im Antragsfalle – „das in Abs 1 eingeräumte Ermessen in den Verfahren ohne Antrag näher determiniert.“⁹⁴⁶ *HENGSTSCHLÄGER/LEEB* bauen darauf auf und bezeichnen § 67d Abs 2 und – explizit auch Abs – 4 AVG als „Anhaltspunkte“ für die Ermessensübung gem Abs 1 leg cit. Die Autoren treffen diese Aussage im Zusammenhang mit jener, dass sie § 67d Abs 2 und 4 AVG auch auf jene Fälle bezögen, in denen die Durchführung einer Verhandlung gem Abs 1 leg cit ins Ermessen des UVS gestellt worden sei, weil kein Antrag vorliegt. Diesfalls komme den Abs 2 und 4 leg cit aber nicht die Funktion von Ausnahmebestimmungen zu, sondern sie lieferten eben nur Anhaltspunkte für die Ermessensübung.⁹⁴⁷

THIENEL/SCHULEV-STEINDL stellen dieser Ansicht ihre eigene als abweichend insofern gegenüber, als § 67d Abs 2 und 4 AVG nur im Antragsfalle Bedeutung hätten, da die Durchführung einer Verhandlung sonst ohnedies im Ermessen des UVS liege.⁹⁴⁸ ME muss zwischen den beiden dargestellten Ansichten jedoch kein echter Widerspruch liegen, da sich die Rechtslage (wie schon erwähnt) im Ergebnis wie folgt darstellt: Liegt ein Antrag vor, kann die Verhandlung nur gem § 67d Abs 2 und 4 AVG entfallen, zumal die Voraussetzungen für einen Entfall gem Abs 1 leg cit diesfalls nicht gegeben sind. Liegt kein Antrag vor, kann die Verhandlung nur gem Abs 1 leg cit – nämlich erforderlichenfalls – entfallen, wobei hier die Abs 2 und 4 leg cit (nur, aber immerhin) als Anhaltspunkte für die Ermessensübung dienen könnten.⁹⁴⁹

ROHRBÖCK nennt an gesetzlichen Determinanten „die Grundsätze der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit [...], wobei diese Grundsätze aber unter dem Vorzeichen eines effektiven und tauglichen Ermittlungsverfahrens zu sehen sind, das eine mit hoher Wahrscheinlichkeit materiell richtige Sachverhaltsfeststellung bedingt.“⁹⁵⁰ In der Folge schließt er sich der vom VwGH geäußerten Ansicht an, dass sich der AsylGH bei der Frage, ob eine Verhandlung durchzuführen sei, an „objektiven Kriterien“ orientieren müsse.⁹⁵¹

⁹⁴⁶ Vgl *GRABENWARTER*, Landesverwaltungsgerichte, 99. Der Autor betrachtet daneben aber wohl auch § 67d Abs 4 AVG als Ermessensdeterminante, wenn er fortfährt, dass diese Bestimmung „selbstverständlich auch für Fälle [gilt], in denen kein Antrag gestellt wurde.“ Damit kann ME nur die Ermessensübung iSd Abs 1 leg cit gemeint sein.

⁹⁴⁷ Vgl *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG III, § 67d, RZ 29.

⁹⁴⁸ *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 289 f, FN 1252. Die Autoren berufen sich zur Untermauerung ihrer These – mE nicht nachvollziehbarer Weise – auf das bereits erwähnte Erk VwGH 24. 4. 2003, 2002/07/0076.

⁹⁴⁹ An dieser Stelle ist die Kritik von *GRABENWARTER*, Landesverwaltungsgerichte, 99 an der aktuellen Fassung von § 67d AVG, die Bestimmung weise eine unglückliche Systematik auf, zu bekräftigen. Die Möglichkeiten des Entfalls der Verhandlung ließen sich in der Tat problemlos in einen Absatz zusammenführen. ME ist es angesichts der Unklarheit des Verhältnisses von § 67d Abs 1 AVG zu Abs 2 und 4 leg cit einerseits, sowie jener des Verhältnisses der beiden letztgenannten Absätze zueinander andererseits, gerechtfertigt, den Gesetzgeber daran zu erinnern, dass ihn der VfGH schon einige Male zu einer klaren Ausdrucksweise ermahnt hat, um den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes von Gesetzen zu genügen, vgl zB VfGH 4. 12. 2001, B998/01 (VfSlg 16.381/2001) oder das „Denksporterkennnis“ VfGH 29. 6. 1990, G81/90 ua (VfSlg 12.420/1990).

⁹⁵⁰ So *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 174 f.

⁹⁵¹ Vgl oben bei FN 943.

Hinsichtlich der Ermessensübung im Rahmen des § 67d Abs 1 AVG scheint eine Orientierung an Art 6 EMRK im Asylrecht nicht möglich, da das Asylrecht kein *civil right* iSd Konventionsbestimmung darstellt. Daran kann mE auch nichts ändern, dass § 67d (gemeinsam mit § 67e) AVG der Sicherstellung der Garantien von Art 6 Abs 1 EMRK dienen sollen.⁹⁵² Es stellt sich allerdings die Frage, ob die momentane Ausgestaltung von § 67d AVG, insbes die Möglichkeiten des Entfalls der Verhandlung, auch dem geltenden Unionsrecht entspricht. Auf dieses Problem wird etwas weiter unten eingegangen.

VI.G.2. Möglichkeiten des Entfalls der Verhandlung

VI.G.2.a) Entfall der Verhandlung gem § 41 Abs 4 AsylG 2005

Hinsichtlich der gesetzlich angeordneten Möglichkeiten eines Entfalls der öffentlichen mündlichen Verhandlung enthält zunächst das AsylG 2005 einschlägige Bestimmungen. § 41 Abs 4 S 1 AsylG 2005 ermöglicht, dass über „die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde, der diese von Gesetz wegen nicht zukommt (§ 37) oder der diese vom Bundesasylamt aberkannt wurde (§ 38), und über Beschwerden gegen zurückweisende Entscheidungen im Zulassungsverfahren“ der AsylIGH auf die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung verzichten kann. „Abs. 4 wird einerseits den verfahrensökonomischen Grundsätzen gerecht und“ sei „unerlässlich, um diese Verfahren – oft befindet sich der Berufungswerber zum Zeitpunkt der sonst anzuordnenden Verhandlung bereits im Ausland – trotzdem sachgerecht und unter Vermeidung unnötiger Aufwendungen führen und entscheiden zu können.“⁹⁵³ In der Judikatur sowohl des VwGH und des AsylIGH finden sich zu dieser Ausnahmebestimmung keine erwähnenswerten Aussagen. Der AsylIGH weist lediglich in einer Vielzahl von Fällen darauf hin, dass aufgrund dieser Bestimmung „von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden“ habe können.⁹⁵⁴

⁹⁵² Vgl RV 1089 BlgNR XVII. GP, 13. Auch RV 723 BlgNR XXI. GP, 8 f bringt klar zum Ausdruck, dass mit den Änderungen der Verwaltungsverfahrensnovellen 2001 die Konformität des UVS-Verfahrensrechtes mit den Anforderungen des Art 6 EMRK beabsichtigt gewesen sei.

⁹⁵³ So RV 2005, 66.

⁹⁵⁴ Vgl zuletzt AsylIGH 11. 1. 2011, S8 416290-1/2010.

VI.G.2.b) Entfall der Verhandlung gem § 41 Abs 7 S 1 AsylG 2005

Eine weitere Möglichkeit des Entfalls der mündlichen Verhandlung ist anlässlich der Errichtung des AsylGH eingerichtet worden. Gem § 41 Abs 7 S 1 AsylG 2005 kann die Verhandlung unterbleiben, „wenn der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint oder sich aus den bisherigen Ermittlungen zweifelsfrei ergibt, dass das Vorbringen nicht den Tatsachen entspricht.“ Die Aufnahme dieser Bestimmung sei in Hinblick auf die Aufhebung des (den UBAS betreffenden) Art II Abs 2 Z 43a EGVG 1991 erforderlich gewesen.⁹⁵⁵ Tatsächlich hat das EGVG 1991 einen Ausnahmetatbestand enthalten, welcher der ersten der beiden in § 41 Abs 7 S 1 AsylG 2005 normierten Varianten entspricht, während sich die zweite Variante als Ausweitung der Möglichkeiten des Absehens von einer mündlichen Verhandlung und damit als Einschränkung der vor dem AsylGH geltenden Verhandlungspflicht darstellt.

Hinsichtlich der ersten Variante des § 41 Abs 7 S 1 AsylG 2005 besteht eine reichhaltige Judikatur des VwGH, auf welcher der AsylGH aufbaut. Danach seien die „maßgeblichen Voraussetzungen eines aus der Aktenlage in Verbindung mit der Berufung geklärten Sachverhalts gemäß Art. II Abs. 2 Z. 43a EGVG, der eine Berufungsverhandlung entbehrlich macht, dann nicht erfüllt [...], wenn die erstinstanzliche Beweiswürdigung in der Berufung substantiiert bekämpft wird oder der Berufungsbehörde ergänzungsbedürftig oder in entscheidenden Punkten nicht richtig erscheint, wenn rechtlich relevante und zulässige Neuerungen vorgetragen werden oder wenn die Berufungsbehörde ihre Entscheidung auf zusätzliche Ermittlungsergebnisse stützen will“. Im konkreten Fall hätten die erstinstanzlichen Ausführungen nicht erkennen lassen, „dass die Asylbehörde auf die besondere Situation des Beschwerdeführers [...] ausreichend Bedacht genommen hat. Das Bundesasylamt beschränkte sich vielmehr in seiner Bescheidbegründung zum subsidiären Schutz auf allgemeine Aussagen“ mit „zuwenig [sic] Bezug zu seinem individuellen Vorbringen. [...] Angesichts dessen wäre die belangte Behörde verpflichtet gewesen, den maßgeblichen Sachverhalt in ihrer Entscheidung zu ergänzen, wozu es zuvor der Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung bedurft hätte.“⁹⁵⁶

Hat sich die Berufung „mit ausführlichem, konkrem und ausreichend substantiiertem Vorbringen gegen die erstinstanzliche Beweiswürdigung“ gewandt, stehe dies also der Annahme eines geklärten Sachverhaltes entgegen.⁹⁵⁷

⁹⁵⁵ Vgl AB 2007, 9.

⁹⁵⁶ So VwGH 16. 4. 2009, 2007/19/1111. Vgl des Weiteren VwGH 19. 3. 2009, 2008/01/0738, wonach „der entscheidungsrelevante Sachverhalt vom Bundesasylamt nicht in schlüssiger Beweiswürdigung festgestellt“ worden sei, weshalb die belangte Behörde, also der UBAS, eine Berufungsverhandlung abhalten hätte müssen.

⁹⁵⁷ Vgl VwGH 14. 12. 2006, 2006/01/0602.

In einem anderen Erk bringt das Höchstgericht sehr nachvollziehbar zum Ausdruck, weshalb es zum Schluss gekommen ist, ein geklärter Sachverhalt liege nicht vor. Wenn es nämlich die belangte Behörde, der UBAS, für notwendig gehalten habe, „die Beweiswürdigung der Erstbehörde – die überdies ein von der belangen Behörde als nicht tragfähig beurteiltes Argument (betreffend die Aussagen zum Fluchtweg) enthielt – um zusätzliche (über bloße Zusatzbemerkungen oder Eventualausführungen hinausgehende) eigene Argumente zu ergänzen, dann widersprach dies der Annahme eines hinreichend ‚geklärten Sachverhaltes‘ im Sinn des Art. II Abs. 2 lit. D Z 43a EGVG, sodass auf die Durchführung einer Berufungsverhandlung nicht verzichtet werden konnte“. Daran ändere auch nichts, „dass der Berufung des Beschwerdeführers eine konkrete Bekämpfung der Beweiswürdigungsargumente der Erstbehörde nicht zu entnehmen war“.⁹⁵⁸

Vergegenwärtigt man sich nun noch einmal die Hauptaussagen des ersten hier behandelten VwGH-Erk,⁹⁵⁹ so ergibt sich daraus, dass dann ein geklärter Sachverhalt zu verneinen und folglich eine Verhandlung abzuhalten ist, wenn einer der genannten Umstände eingetreten ist, also zB bei substantiierter Bekämpfung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung in der Beschwerde. Dafür, dass diese Voraussetzungen nicht kumulativ, sondern bloß alternativ gegeben sein müssen, spricht schon die Verwendung der Konjunktion „oder“. Mit anderen Vorzeichen formuliert bedeutet dies, dass ein geklärter Sachverhalt immer dann anzunehmen ist und folglich eine Verhandlung nur dann unterbleiben kann, wenn keine der genannten Voraussetzungen gegeben ist bzw wenn sie alle (kumulativ) nicht vorliegen. Liegt nur einer der genannten Umstände vor, hat eine Verhandlung stattzufinden.

In manchen Erk widmet sich der AsylIGH der Frage des geklärten Sachverhaltes in einer sehr detaillierten Weise,⁹⁶⁰ in anderen begnügt er sich mit einem einzigen Satz.⁹⁶¹

⁹⁵⁸ Vgl VwGH 29. 3. 2007, 2005/20/0026.

⁹⁵⁹ Vgl erneut VwGH 16. 4. 2009, 2007/19/1111.

⁹⁶⁰ Vgl zB AsylIGH 29. 10. 2010, E8 415326-1/2010. Ein geklärter Sachverhalt liege demnach vor, „wenn er nach Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens und nach schlüssiger Beweiswürdigung der Behörde erster Instanz festgestellt wurde und in der Beschwerde kein dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens der Behörde erster Instanz entgegenstehender oder darüber hinausgehender Sachverhalt – erstmalig und mangels Bestehens eines Neuerungsverbotes zulässigerweise – neu und in konkreter Weise behauptet wird (vgl. dazu etwa VwGH 11. 11.1998, Zahl 98/01/0308, sowie VwGH 14.12.2000, Zahl 98/20/0556). Wird hingegen im Beschwerdeverfahren ein konkreter, neuer Sachverhalt zulässigerweise behauptet, so ist es dem AsylIGH verwehrt, durch Würdigung der Beschwerdeangaben als unglaubwürdig den Sachverhalt ohne Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und insbesondere ohne den Asylwerber selbst persönlich einzuvernehmen als geklärt anzusehen (vgl. dazu etwa VwGH 22. 04.1999, Zahl 98/20/0411). Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Wichtigkeit des persönlichen Eindruckes des entscheidenden Organs der Behörde für die Bewertung der Glaubwürdigkeit der Angaben des Asylwerbers (vgl. dazu auch das obzitierte Erkenntnis VwGH 11. 11.1998, Zahl 98/01/0308, sowie VwGH 21.01.1999, Zahl 98/20/0339). Allerdings führt nicht jede Verletzung von Verfahrensvorschriften zur Aufhebung eines Bescheides, sondern nur dann, wenn die belangte Behörde bei deren Vermeidung zu einem anderen Bescheid hätte gelangen können (vgl. dazu zB. VwGH 25.03.1999, Zahl 98/20/0577). Bezogen auf die Unterlassung der Durchführung einer mündlichen Verhandlung liegt ein entscheidungsrelevanter Verfahrensmangel daher nur dann vor, wenn nicht auszuschließen ist, dass der AsylIGH im Falle einer mündlichen Verhandlung zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, weil er beispielsweise auf Grund des dadurch vom BF gewonnenen persönlichen Eindrucks dessen Vorbringen zur Gänze als glaubwürdig erachtet hätte (vgl. dazu zB. VwGH 14.12.2000, Zahl 98/20/0556).“ Weshalb der AsylIGH hier auf die Judikatur des VwGH zur Frage des entscheidungsrelevanten Verfahrensmangels rekurriert, erschließt sich mir allerdings

Unter Berufung auf diese vom VwGH herausgearbeiteten Rechtssätze nimmt der AsylGH einen geklärten Sachverhalt iSd Art II Abs 2 Z 43a EGVG 1991 in einer Vielzahl der bei ihm anhängigen Beschwerden an. Im Anschluss an die soeben zitierten Passagen aus der verwaltungsgerichtlichen Judikatur führt der AsylGH etwa regelmäßig an, dass „der maßgebliche Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt“ gewesen sei, da sich in der Beschwerde „kein neues bzw. kein ausreichend konkretes Tatsachenvorbringen hinsichtlich allfälliger sonstiger Fluchtgründe“ finde und der Beschwerdeführer „in der Beschwerde den seitens der Behörde erster Instanz getätigten Ausführungen nicht in ausreichend konkreter Weise entgegen“ trete.⁹⁶²

Von den vom VwGH herausgearbeiteten, oben dargestellten Voraussetzungen, deren (kumulatives) Nichtvorliegen zu einem Absehen von der mündlichen Verhandlung berechtigt, hebt das Asylgericht also neues, konkretes Tatsachenvorbringen und die substantiierte Bekämpfung der erstinstanzlichen Ausführungen hervor bzw fasst die Voraussetzungen solcherart zusammen.

Ein anderes Mal fokussiert der AsylGH mehr darauf, dass der Sachverhalt „nach Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens unter schlüssiger Beweiswürdigung des Bundesasylamtes festgestellt wurde“. Die „Betrachtung des von der belangten Behörde durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens“ lasse „nicht den geringsten Zweifel an der fehlenden Asylrelevanz“ aufkommen und auch in der Beschwerde seien keine Angaben gemacht worden, „die geeignet gewesen wären, diese Betrachtung zu entkräften oder die Beurteilung der belangten Behörde zweifelhaft erscheinen zu lassen. Daran ändert auch ein in der Beschwerde gestellter Antrag nichts, eine mündliche Verhandlung durchzuführen“.⁹⁶³

Die zweite Variante des § 41 Abs 7 S 1 AsylG 2005 dürfte in der Judikatur des AsylGH keine Rolle spielen. Im Übrigen ist zu betonen, dass vor dem Hintergrund, wonach eine Verhandlung gem § 41 Abs 7 S 1 AsylG 2005 unterbleiben kann, wenn entweder die Kriterien der ersten oder jene der zweiten Variante gegeben sind, (etwa) auch zulässige Neuerungen oder eine substantiierte Bekämpfung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung dann nicht den Entfall der Verhandlung ermöglichen,

nicht, da Erk des AsylGH nicht beim VwGH, sondern nur beim VfGH gem Art 144a B-VG angefochten werden können und es hier ausschließlich darauf ankommt, ob der Beschwerdeführer „durch die Entscheidung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht [...] in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.“ Auch FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 643 weisen zu Recht darauf hin, dass nur mehr jene Fälle des unrechtmäßigen Absehens von einer Verhandlung rechtliche Konsequenzen haben (werden), die in die Verfassungssphäre fallen.

⁹⁶¹ Vgl zB 28. 12. 2010, E1 310356-2/2010: „Da im gegenständlichen Fall der Sachverhalt aus der Aktenlage als geklärt anzusehen war ergab sich keine Notwendigkeit einer neuerlichen Erörterung.“

⁹⁶² Vgl zB AsylGH 4. 1. 2011, E12 319484-1/2008, 22. 12. 2010, D18 403200-2/2009 oder 22. 12. 2010, B8 416867-1/2010. Ähnlich auch AsylGH 29. 12. 2010, A2 266926-3/2010

⁹⁶³ Vgl AsylGH 13. 10. 2010, C9 311844-1/2008.

wenn die Unglaubwürdigkeit des Antragstellers belegt ist, also der Tatbestand der zweiten Variante erfüllt ist.⁹⁶⁴

VI.G.2.c) Entfall der Verhandlung gem § 41 Abs 7 S 2 AsylG 2005 iVm § 67d AVG

§ 67d AVG, auf den § 41 Abs 7 S 2 AsylG 2005 verweist, enthält in drei seiner Absätze Möglichkeiten des Entfalls der mündlichen Verhandlung. Abgesehen von § 67d Abs 1 AVG – nach der hier vertretenen Auffassung spricht nichts dagegen, auch dieser Bestimmung jenen Inhalt zu unterstellen –⁹⁶⁵ bleiben in diesem Zusammenhang noch die Abs 2 und 4 leg cit zu erwähnen.

Kommt diesen beiden Bestimmungen schon in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur betreffend Beschwerden gegen Bescheide der UVS eine ziemlich geringe Bedeutung zu,⁹⁶⁶ sind sie in Asylverfahren – in der Praxis sowohl des VwGH zu Beschwerden gegen Bescheide des UBAS als auch des AsylIGH zu Beschwerden gegen Bescheide des BAA – zu vernachlässigen. In einem einzigen Erk hält der VwGH (lediglich) fest, dass im konkreten Verfahren vor dem UBAS „keine der Voraussetzungen des § 67d Abs. 2 oder 4 AVG für ein Absehen von der Verhandlung erfüllt“ sei.⁹⁶⁷

Was Verfahren vor dem AsylIGH betrifft, kann die Verhandlung gem § 67d Abs 2 AVG entfallen, wenn die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist, sowie wenn der Devolutionsantrag (die Säumnisbeschwerde)⁹⁶⁸ zurück- oder abzuweisen ist. Dass „bereits auf Grund der Aktenlage feststeht“, dass der Bescheid aufzuheben ist, sei ausgeschlossen, wenn die belangte Behörde – also der AsylIGH – eigene Feststellungen getroffen⁹⁶⁹ bzw selbständige Ermittlungen durchgeführt⁹⁷⁰ habe.

Der AsylIGH kann gem § 67d Abs 4 AVG von einer Verhandlung absehen, wenn er bloß eine verfahrensrechtliche Entscheidung zu erlassen hat, die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörte-

⁹⁶⁴ Darauf machen FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005, 643 aufmerksam und bekritisieren in diesem Zusammenhang auch die Unbestimmtheit der gesetzlichen Termini. Auch ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 177 weist unter Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip kritisch darauf hin, dass der Umstand, dass „das Vorbringen nicht den Tatsachen entspricht“, nicht zwangsläufig besage, dass die Person damit auch nicht schutzwürdig sei.

⁹⁶⁵ Siehe oben VI.G.1.

⁹⁶⁶ Vgl für eines der wenigen Erk, in denen explizit auf § 67d Abs 2 AVG Bezug genommen wird, zB VwGH 27. 7. 2007, 2006/10/0040 (Zurückweisung einer Berufung) bzw in Bezug auf Abs 4 leg cit VwGH 3. 10. 2008, 2007/10/0266 („Es ist daher nicht ersichtlich, in wie weit eine mündliche Erörterung dieser Frage eine weitere Klärung hätte erwarten lassen. [...] Auch Art. 6 EMRK steht einem Absehen von der mündlichen Verhandlung nicht entgegen, zumal die Erteilung der Hausapothekebewilligung an die mitbeteiligte Partei civil rights der Beschwerdeführerin nicht berührt.“).

⁹⁶⁷ Vgl VwGH 12. 6. 2003, 2002/20/0336.

⁹⁶⁸ Siehe zu den vom AsylIGH synonym verwendeten Begriffen des Devolutionsantrages bzw der Säumnisbeschwerde bereits oben VI.D.2, insbes bei FN 832.

⁹⁶⁹ Vgl VwGH 24. 2. 2011, 2010/10/0167.

⁹⁷⁰ Vgl VwGH 25. 11. 2009, 99/20/0162.

rung eine weitere Klärung der Sache nicht erwarten lässt, und dem nicht Art 6 Abs 1 EMRK entgegensteht. Art 6 Abs 1 EMRK wird im Verfahren vor dem AsylGH dem Entfall einer Verhandlung nie entgegenstehen, da Asylsachen dieser Konventionsbestimmung nicht unterfallen.⁹⁷¹ § 67d Abs 4 AVG lehnt sich inhaltlich an § 39 Abs 2 Z 6 VwGG an.⁹⁷² Zu dieser Bestimmung judiziert der VwGH unter Berufung auf die Rechtsprechung des EGMR, dass, wenn „besondere Umstände“ ein Absehen von der Verhandlung rechtfertigen, das Unterbleiben der Verhandlung mit Art 6 EMRK vereinbar sei. Solche Umstände lägen darin, „dass das Vorbringen des Beschwerdeführers nicht geeignet war, irgendeine Tatsachen- oder Rechtsfrage aufzuwerfen, die eine mündliche Verhandlung erforderlich machte“. Insofern, als „der entscheidungsrelevante Sachverhalt geklärt ist und die Rechtsfragen durch die bisherige Rechtsprechung beantwortet sind“, könne die Verhandlung unterbleiben.⁹⁷³

Wenngleich also der AsylGH Art 6 Abs 1 EMRK nicht unmittelbar bei der Beantwortung der Frage, ob das Unterbleiben der Verhandlung rechtmäßig ist, zu berücksichtigen hat, so ergibt sich doch eine mittelbare Wirkung der Konventionsbestimmung auch auf das Verfahren vor dem AsylGH dahingehend, als er bei der Auslegung von § 67d Abs 4 AVG die zu § 39 Abs 2 Z 6 VwGG ergangene Rechtsprechung des VwGH mit einzubeziehen hat, welche ihrerseits wiederum auf der Judikatur des EGMR zu Art 6 Abs 1 EMRK fußt. Dieses Erfordernis ergibt sich insofern, als der AsylGH im Falle des beabsichtigten Abweichens von der bisherigen Rechtsprechung des VwGH iSd Art 129e Abs 1 S 2 B-VG eine Grundsatzentscheidung zu treffen hätte. Wie bereits erwähnt, spielt § 67d Abs 4 AVG in der Praxis des AsylGH sowie des VwGH (zu UBAS-Bescheiden) jedoch ohnehin keine oder nur eine äußerst marginale Rolle; unterbleibt die Durchführung einer Verhandlung, so geschieht dies meist unter Berufung auf § 41 Abs 7 S 1 AsylG 2005, welche Bestimmung – so wie im Ergebnis auch § 67d Abs 4 AVG – auf das Vorliegen eines geklärten Sachverhaltes abstellt.

THIENEL macht darauf aufmerksam, dass § 67d Abs 4 AVG ungeachtet des Hinweises auf einen Parteiantrag keine abschließende Regelung darüber treffe, „in welchen Fällen trotz eines Parteiantrages die Verhandlung entfallen kann.“ Ohne Parteiantrag stehe es nämlich ohnedies im Ermessen des UVS, ob er eine Verhandlung durchführt, „sodass unklar bliebe, welchen Sinn die Ermächtigung in Abs 2 hätte.“⁹⁷⁴ Im Ergebnis kann sich die Behörde daher sowohl auf § 67d Abs 2 AVG als auch Abs 4 legit berufen, wenn sie eine beantragte Verhandlung entfallen lassen möchte; dies ist einleuchtend und wird auch vom übrigen Schrifttum so gesehen.⁹⁷⁵

⁹⁷¹ Vgl dazu oben III.C bei FN 315.

⁹⁷² Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67d, RZ 27 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 290, FN 1256.

⁹⁷³ Vgl VwGH 28. 2. 2011, 2007/17//0193 sowie 23. 2. 2006, 2003/16/0079.

⁹⁷⁴ So THIENEL, Verwaltungsverfahrensnovellen, 33 f.

⁹⁷⁵ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67d, RZ 29.

VI.G.2.d) Die Maßgeblichkeit von unionsrechtlichen Vorschriften

Wenn im Bereich des Asylverfahrens schon nicht Art 6 Abs 1 EMRK als (unmittelbare) Schranke für die Möglichkeiten des Entfalls von mündlichen Verhandlungen fungiert, stellt sich die Frage, ob die dargestellten Entfallsmöglichkeiten in § 41 Abs 7 AsylG 2005 bzw § 67d AVG dem geltenden Unionsrecht entsprechen.

Zunächst sieht Art 12 Abs 1 Verfahrens-RL vor, dass die Asylbehörde vor ihrer Entscheidung dem Asylwerber „Gelegenheit zu einer persönlichen Anhörung zu seinem Asylantrag“ zu geben hat. Aus dem Aufbau der Richtlinie geht allerdings hervor, dass sich diese Anordnung an das BAA als erstinstanzliche Behörde und nicht an den AsylIGH als Rechtsmittelbehörde richtet, zumal sich Bestimmungen des Rechtsmittelverfahrens betreffend erst in „Kapitel V“ finden. Abgesehen davon ist bloß von „Gelegenheit zu einer persönlichen Anhörung“ – also im Sinne der Gewährung von Parteiengehör – nicht aber unbedingt im Rahmen einer mündlichen Verhandlung die Rede.⁹⁷⁶

Des Weiteren garantiert Art 39 Abs 1 Verfahrens-RL Asylwerbern das „Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht oder Tribunal“ gegen die erstinstanzliche Entscheidung. Gem Art 39 Abs 2 Verfahrens-RL haben die Mitgliedstaaten einen (verfahrens-)rechtlichen Rahmen zu schaffen, innerhalb dessen dieses Recht verwirklicht werden kann.

Es ist nun zu fragen, ob die innerstaatliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen erstinstanzliche Entscheidungen im Bereich des Asylrechtes – vor allem hinsichtlich der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten des Unterbleibens einer öffentlichen mündlichen Verhandlung – dem Konzept eines wirksamen Rechtsbehelfes iSd Art 39 Verfahrens-RL entspricht.

⁹⁷⁶ Auch Art 6 Abs 1 EMRK spricht in seiner deutschen Übersetzung davon, dass jedermann den Anspruch habe, „gehört“ zu werden, verwendet also – anders als § 39 Abs 2 sowie § 67d AVG – desgleichen nicht den Begriff der „Verhandlung“. Es wird allerdings davon ausgegangen, dass die Konventionsbestimmung das Gebot einer Verhandlung enthalte und sich nicht mit der Anordnung einer Anhörung begnügen (vgl ausführlich GRABENWARTER, Verfahrensgarantien, 467 ff). Auch der österreichische Gesetzgeber ist bei der Einfügung der §§ 67a ff AVG bemüht gewesen, den sich aus Art 6 EMRK ergebenden Erfordernissen gerecht zu werden, bzw im Bereich des Abhaltens mündlicher Verhandlungen im Speziellen jener sich aus der Konventionsbestimmung ergebenden – sachlich beschränkten – prinzipiellen Pflicht auf Durchführung einer Verhandlung (vgl RV 723 BlgNR XXI. GP, 8 f: Art 6 EMRK habe die Umwandlung des generellen Ausschlusses der Verhandlung in § 67d Abs 2 AVG in eine Ermessens- bzw Ermächtigungsnorm erforderlich gemacht.) Die Rechtslage bei Art 12 Verfahrens-RL ist mE allerdings anders zu beurteilen. Hier ist die Rede davon, dass der Asylwerber von einem „nach nationalem Recht Bediensteten“ gehört werden soll. Dies deutet mE eher auf die Anordnung der Gewährung rechtlichen Gehörs hin, allerdings nicht zwingend im Rahmen einer mündlichen Verhandlung. Abgesehen davon ist das BAA völlig unstrittiger Weise nicht zur Abhaltung einer mündlichen Verhandlung verpflichtet, sondern gem § 39 Abs 2 AVG bloß dazu berechtigt. Selbstverständlich ist dem Asylwerber vom BAA – unter Berücksichtigung von Art 12 Verfahrens-RL – aber rechtliches Gehör zu gewähren.

Wenngleich Art 6 EMRK für das österreichische Asylverfahren keine unmittelbare Geltung besitzt, könnte man angesichts der zuvor bejahten mittelbaren Wirkung der Konventionsbestimmung einerseits sowie unter Berücksichtigung des Charakters von Art 6 EMRK als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechtes andererseits⁹⁷⁷ die Auffassung vertreten, eine allenfalls bestehende Konformität der innerstaatlichen Regelungen betreffend den möglichen Entfall mündlicher Verhandlungen mit Art 6 Abs 1 EMRK indiziere ebenso die Konformität der angesprochenen nationalen Bestimmungen mit Art 39 Verfahrens-RL.

Für *THIENEL* stehe die gesetzliche Regelung des § 67d AVG „als solche“, dh idF der Verwaltungsverfahrensnovellen BGBI I 2001/37, im Einklang mit Art 6 EMRK.⁹⁷⁸ Auch *GRABENWARTER* erachtet „die Rechtslage für die öffentliche mündliche Verhandlung in Verfahren vor den UVS“ – dh die §§ 67d sowie 67e AVG – als konventionskonform.⁹⁷⁹ Es besteht mE auch kein Grund zur Annahme, der Unionsgesetzgeber habe mit Art 39 Verfahrens-RL über den durch Art 6 Abs 1 EMRK gewährleisteten Standard des zu gewährenden Rechtsschutzes hinausgehen wollen,⁹⁸⁰ sodass letztendlich der Schluss zulässig erscheint, § 67d AVG genüge den Anforderungen eines wirksamen Rechtsbehelfes iSd Art 39 Verfahrens-RL.

Die gleichen Erwägungen sind unter Berücksichtigung der Konventionskonformität von § 67d AVG mE auch in Bezug auf Art 47 iVm Art 18 GCEU anzustellen, sodass wohl davon ausgegangen werden kann, dass § 67d AVG auch diesen unionsrechtlichen Regelungen entspricht.

⁹⁷⁷ Vgl Art 6 Abs 3 EUV, der (unter anderem) die EMRK-Grundrechte als allgemeine Grundsätze des Unionsrechtes anerkennt. Auch der VwGH zählt die „Organisations- und Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK“ zum Inhalt des (damaligen) Gemeinschaftsrechtes (VwGH 25. 5. 2005, 2003/17/0257, ebenso 30. 3. 2005, 2003/06/0183) bzw (noch deutlicher) „zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zum Tragen kommen“ (VwGH 15. 12. 2003, 99/03/0423). In diesem Sinne zB auch *LEEB*, Freie Beweiswürdigung, 381 f. Weitergehender *PESENDORFER*, Angemessene Verfahrensdauer, 288 f, der die Garantien des Art 6 EMRK als allgemeine Garantien jeglichen rechtsstaatlichen Verfahrens in Österreich bezeichnet. Vor diesem Hintergrund gelte Art 6 EMRK nicht nur in nationalen Zivil- und Strafsachen, sondern „überall dort, wo EU-Recht zur Anwendung kommen muss.“

⁹⁷⁸ Vgl *THIENEL*, Verwaltungsverfahrensnovellen, 35.

⁹⁷⁹ Vgl *GRABENWARTER*, Verfahrensgarantien, 576. Der Autor bezieht sich dabei nicht auf die geltende Rechtslage, sondern auf die Bestimmungen idF BGBI 1995/471. Diejenigen Tatbestände, welche die Behörde heute zum Entfall der Verhandlung iSd § 67d Abs 2 AVG ermächtigen, sind in jener Fassung in Abs 1 leg cit enthalten gewesen. Allerdings ist die Behörde bei Eintreten der genannten Umstände nicht verpflichtet, sondern ebenso bloß ermächtigt gewesen, von der Abhaltung einer Verhandlung abzusehen (vgl *GRABENWARTER*, aaO, 563). Insofern beziehen sich die Aussagen *GRABENWARTERS* auf eine Fassung von § 67d AVG, welche der nunmehr geltenden stark ähnelt, weshalb von *GRABENWARTERS* damaliger Einschätzung der Konformitätswohl auch die heutige Rechtslage erfasst wäre.

⁹⁸⁰ Der Unionsgesetzgeber wird sich vielmehr dessen bewusst gewesen sein, dass nach Meinung des EGMR das Asylrecht nicht unter den Begriff der *civil rights* iSd Art 6 Abs 1 EMRK zu subsumieren sei (vgl zB EGMR MAAOUIA, Appl No 39652/98, worin festgestellt worden ist, dass Entscheidungen über die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von Ausländern Art 6 Abs 1 EMRK nicht unterfielen), weshalb es zulässig erscheint, dem Unionsgesetzgeber zu unterstellen, mittels Art 39 Verfahrens-RL Asylwerber in zweiter Instanz trotzdem zu einem wirksamen Rechtsbehelf verhelfen zu wollen.

VI.G.3. Die Öffentlichkeit der Verhandlung

Gem § 41 Abs 8 AsylG 2005 gilt für „den Ausschluss der Öffentlichkeit von Verhandlungen“ maA § 67e AVG. Im Gegensatz zum allgemeinen Administrativverfahren, in dem gem § 40 Abs 1 S 1 AVG der Grundsatz der Beteiligtenöffentlichkeit gilt, normiert § 67e AVG für das UVS-Verfahren einerseits den Grundsatz der Volksöffentlichkeit und andererseits zugleich Ausnahmen hiervon. Demgemäß kann die Öffentlichkeit von der Verhandlung „nur soweit ausgeschlossen werden, als dies“ aus den im Gesetz genannten Gründen „geboten ist.“⁹⁸¹ Der Ausschluss erfolgt von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei oder eines Zeugen.

Vorauszuschicken ist, dass diese Bestimmung in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur nahezu unbedeutend ist. Auch der AsylGH scheint die Öffentlichkeit nur in wenigen Fällen auszuschließen. In einem Fall schließt er die Öffentlichkeit „gem. § 67e Abs. 2 1. Fall iVm Abs. 1 1. Fall AVG 1991“, also von Amts wegen „aus Gründen der Sittlichkeit“ aus.⁹⁸² In einem anderen Erk beruft er sich hierbei auf „§ 20 Abs. 4 AsylG 2005 iVm § 67e AVG“.⁹⁸³ § 20 Abs 4 AsylG 2005 normiert iVm Abs 1 leg cit, dass auf Wunsch eines Asylwerbers, der seine Furcht vor Verfolgung „auf Eingriffe in seine sexuelle Selbstbestimmung“ gründet, die Öffentlichkeit von der Verhandlung auszuschließen ist.

Die Rechtsfolgen eines mittels Verfahrensanordnung zu verfügenden Ausschlusses der Öffentlichkeit sind in § 67e Abs 3 und 4 AVG geregelt (Beteiligtenöffentlichkeit in Anwesenheit von Vertrauenspersonen, Geheimhaltungspflicht der Anwesenden).⁹⁸⁴

VI.G.4. Anberaumung der Verhandlung

Hinsichtlich der Anberaumung und Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem AsylGH gelangen maA im AsylG 2005 bzw AsylGHG die allgemeinen Bestimmungen der §§ 40 bis 44 AVG zur Anwendung. Wenngleich, wie soeben dargestellt, im asylgerichtlichen Verfahren der Grundsatz der Volksöffentlichkeit gem § 41 Abs 8 AsylG 2005 iVm § 67e AVG gilt, ist auch in diesem Verfahren der den Grundsatz der Beteiligtenöffentlichkeit artikulierende § 40 Abs 1 S 1 AVG nicht unmaßgeblich, ergibt sich doch – freilich unter Berücksichtigung von § 41 Abs 1 HS 1 AsylG 2005

⁹⁸¹ HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG III, § 67e, RZ 8 und 11 heben hervor, dass also der Ausschluss nur in jenem Ausmaß erfolgen darf, in dem dies zur Erreichung der genannten Ziele erforderlich ist. Der Gesetzgeber habe den Parteien und Zeugen ein subjektives Recht auf Ausschluss der Öffentlichkeit von der Verhandlung einräumen wollen, allerdings nur zum Schutz ihrer in § 67e Abs 1 AVG genannten Interessen.

⁹⁸² Vgl AsylGH 17. 2. 2009, E2 255708-2/2008. Der Gerichtshof begründet den amtsweigigen Ausschluss der Öffentlichkeit nicht näher.

⁹⁸³ Vgl AsylGH 14. 7. 2009, E2 405216-1/2009.

⁹⁸⁴ Vgl dazu allgemein HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG III, § 67e, RZ 16 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 291 f und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 548/12.

betreffend das BAA – daraus, wer auf jeden Fall zur Verhandlung zu laden ist. So sind, abgesehen von allen „bekannten Beteiligten“ – im Verfahren vor dem AsylGH der Asylwerber und das BAA –, auch die „erforderlichen Zeugen und Sachverständigen“ zur Verhandlung zu laden. Verhandlungsort ist der „Sitz der Behörde“, wie auch der AsylGH auf seiner Internetseite bekanntgibt.⁹⁸⁵

Die Anberaumung der Verhandlung hat gem § 41 Abs 1 S 1 AVG „durch persönliche Verständigung der bekannten Beteiligten zu erfolgen.“ Obwohl in § 40 Abs 1 S 1 AVG mit den „bekannten Beteiligten“ durch die Konjunktion „sowie“ verbunden und sohin von diesen gesondert angeführt, ist wohl anzunehmen, dass die „erforderlichen Zeugen und Sachverständigen“ zu den „bekannten Beteiligten“ iSd § 41 Abs 1 S 1 AVG zählen und nicht als „andere Personen“ iSd S 2 leg cit gelten, weshalb im Verfahren vor dem AsylGH auch keine Verständigung durch öffentliche Bekanntmachung (Edikt) erforderlich sein wird. Auch die Materialien beziehen die Pflicht zur persönlichen Verständigung (nur) auf „bekannte Beteiligte“.⁹⁸⁶ Das Schrifttum schließt daraus, dass die Ediktausverständigung nur dann in Betracht komme, wenn die Behörde annehmen muss, dass ihr trotz sorgfältiger Nachforschungen nicht alle in Frage kommenden Beteiligten bekannt geworden sind.⁹⁸⁷ Dies wird in Asylverfahren wohl nicht der Fall sein. Die mangelnde Anwendbarkeit von § 41 Abs 1 S 2 AVG bedeutet aber zugleich die Unanwendbarkeit von § 42 Abs 1 bis 3 AVG betreffend die Präklusionswirkung der Verhandlung.⁹⁸⁸

Anwendbar ist hingegen § 42 Abs 4 AVG betreffend Säumnisfolgen des Antragstellers. Versäumt der Asylwerber die Verhandlung, liegt es im Ermessen des AsylGH, ob er die Verhandlung in Abwesenheit des Asylwerbers durchführt oder diese vertagt. In seiner Rechtsprechung betont der AsylGH die geforderte Androhung dieser Rechtsfolge in der Verständigung gem § 41 Abs 2 S 2 AVG.⁹⁸⁹ Des Weiteren weist das Asylgericht in einem konkreten Fall darauf hin, dass es dem Asylwerber die „Möglichkeit einer das Parteiengehör wahrenden Stellungnahme zu den herkunftsstaatsbezogenen Informati-

⁹⁸⁵ Vgl <http://www.asylgh.gv.at/site/6308/default.aspx> (letzter Zugriff am 26. September 2011): „Öffentliche mündliche Verhandlungen werden an beiden Adressen abgehalten.“ Gemeint sind damit die Adressen des Hauptsitzes (Laxenburger Straße 36, 1100 Wien) bzw der Außenstelle (Derfflingerstraße 1, 4020 Linz).

⁹⁸⁶ Vgl AB 1998, 30 f.

⁹⁸⁷ Vgl HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 41, RZ 9 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 164.

⁹⁸⁸ Dies ergibt sich zum einen aus dem ausdrücklichen Verweis in § 42 Abs 1 S 1 AVG auf § 41 Abs 1 S 2 AVG. Zum anderen beziehen sich die Vorschriften über die Präklusion ganz eindeutig auf das Erheben von Einwendungen. Im Asylverfahren kann aber einerseits der Asylwerber keine Einwendungen gegen seinen eigenen Asylantrag erheben. Andererseits komme im Falle des BAA als Organpartei „die Erhebung von Einwendungen im Sinne des § 42 Abs. 1 AVG begrifflich nicht in Betracht. Organparteien sind von der Präklusionsregelung daher nicht erfasst“ (vgl VwGH 14. 9. 2004, 2002/10/0002 und darauf Bezug nehmend VwGH 6. 7. 2006, 2005/07/0089). Auch im Schrifttum wird angenommen, dass nur jene Parteien präkludiert werden können, die Einwendungen erheben dürfen, also nur jene Parteien, deren rechtlich geschützte Interessen durch die Genehmigung des von der Hauptpartei gestellten Antrags berührt sind, vgl HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 42, RZ 25 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 167 f, die auch andere Meinungen der Literatur anführen. WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 287 ff beziehen zu dieser Frage nicht Stellung.

⁹⁸⁹ Vgl AsylGH 11. 9. 2009, E2 303235-1/2008.

onen über die allgemeine Lage im Herkunftsstaat⁹⁹⁰ geboten habe, wie dies auch die Lehre fordert.⁹⁹¹

Der AsylIGH hält aber auch fest, dass im Falle des Nichterscheinens des Asylwerbers zur Verhandlung, diesem die dadurch „verursachten Folgen zuzurechnen“ seien und der AsylIGH deshalb „allein an Hand des Vorbringens des Beschwerdeführers vor dem Bundesasylamt sowie auf Grund des Umstandes, dass dieser zur Beschwerdeverhandlung nicht erschienen ist – was ein Flüchtling schon alleine aus dem Grund nicht tun würde, um nicht der Möglichkeit verlustig zu gehen, den entscheidenden Richtern seine Fluchtgeschichte vorzutragen –, entscheiden“ habe müssen.⁹⁹² Der AsylIGH berücksichtigt die Absenz des Asylwerbers bei der Verhandlung also – zuungunsten des Asylwerbers – im Rahmen der Beweiswürdigung, wie dies § 18 Abs 3 AsylG 2005 vorzeichnet.

Der persönlichen Verständigung von der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung wird von einem Teil der Lehre und einem Teil der Judikatur Bescheidcharakter zugemessen.⁹⁹³ Als Bescheid kann die Verständigung gem § 62 Abs 1 AVG entweder (mündlich) verkündet oder (schriftlich) zugestellt werden, wobei schriftliche Bescheide „nach den Vorschriften des Zustellgesetzes zuzustellen bzw. auszufolgen“ seien.⁹⁹⁴

Die Verhandlung ist gem § 41 Abs 2 S 1 AVG „so anzuberaumen, daß die Teilnehmer rechtzeitig und vorbereitet erscheinen können.“ Der VwGH hat dazu schon mehrmals ausgesprochen, dass die Frage der Rechtzeitigkeit „mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung von Fall zu Fall verschieden zu beantworten“ sei. Des Weiteren lässt sich aus seinen Erk entnehmen, was in diesem Zusammenhang als Parameter dienen könne, nämlich zB, ob etwa die zu verständigenden Personen „schon seit mehr als einem Jahr vor dieser (zweiten) Verhandlung Kenntnis vom Projekt hatten und bereits mehrere Gutachten vorgelegt hatten“ oder „aber neue Gutachten erstattet“ worden seien.⁹⁹⁵ Im „Übrigen müsste ein Beteiligter, der an der Verhandlung nicht teilnimmt, rechtzeitig, also spätestens am Tag vor der Verhandlung einen Vertagungsantrag einbringen, wenn er verhindern will, dass der Verfahrensfehler der zu knappen Verständigung heilt“⁹⁹⁶. Der VwGH hat sich auch schon mehrmals „zur in der Regel ausreichenden Vorbereitungszeit von acht Tagen zwischen der Zustellung der Ladung und

⁹⁹⁰ So AsylIGH 25. 3. 2009, C9 243531-0/2008.

⁹⁹¹ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 42, RZ 64, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 175 und (weniger eindeutig) WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 297.

⁹⁹² Vgl AsylIGH 10. 2. 2009, C2 234690-0/2008.

⁹⁹³ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 41, RZ 6 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 286. Die Autoren bejahren den Bescheidcharakter der persönlichen Verständigung wegen der damit verbundenen Präklusionsfolgen gem § 42 AVG. THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 163 ff äußern sich dazu nicht.

⁹⁹⁴ Vgl VwGH 15. 6. 1999, 99/05/0038, worauf sich HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 62, RZ 18 berufen.

⁹⁹⁵ Vgl VwGH 30. 6. 2004, 2001/04/0204. Ähnlich VwGH 18. 9. 2002, 2001/07/0149 und 20. 10. 1999, 99/04/0140.

⁹⁹⁶ So VwGH 29. 1. 2008, 2005/05/0252.

der Verhandlung“⁹⁹⁷ eindeutig geäußert. Der AsylGH gibt nur in manchen seiner Erk Aufschluss darüber, wie viel Zeit er zwischen Anberaumung und Durchführung der Verhandlung verstreichen lässt, er dürfte dabei aber regelmäßig einen Zeitraum von mindestens einem Monat im Auge haben.⁹⁹⁸

§ 41 Abs 2 S 2 iVm § 19 Abs 2 AVG enthalten Näheres zum erforderlichen Inhalt der Verständigung.

VI.G.5. Durchführung der Verhandlung

VI.G.5.a) Verhandlungsleitung, Befangenheit

Vor Verhandlungsbeginn hat sich der Verhandlungsleiter gem § 43 Abs 1 AVG von der Identität der Erschienenen zu überzeugen. In der Literatur wird unter Berufung auf die Judikatur des VwGH darauf hingewiesen, dass der Verhandlungsleiter nicht unbedingt auch das zur Entscheidung berufene Organ sein müsse,⁹⁹⁹ er kann dies aber natürlich sein.¹⁰⁰⁰ Unter Vorgriff auf das Unterkapitel zur personellen Unmittelbarkeit vor dem AsylGH¹⁰⁰¹ sei festgehalten, dass das entscheidende Organ auch an der (stattgefundenen) Verhandlung teilgenommen haben muss. Weder § 10 Abs 1 AsylGHG noch dessen Vorbild § 67f Abs 1 AVG fordern allerdings, dass der „an dieser Verhandlung teilgenommen“ habende Asylrichter zugleich auch Verhandlungsleiter iSd § 43 Abs 1 AVG gewesen sein muss.

Kritisiert wird vom Schrifttum, dass nach Meinung des VwGH aus „den Bestimmungen des AVG [...] eine Unvereinbarkeit der Funktion des Verhandlungsleiters und eines Sachverständigen nicht abgeleitet werden“¹⁰⁰² könne. Diese Ansicht sei problematisch, da § 52 AVG von einer Trennung dieser beiden Funktionen ausgehe.¹⁰⁰³ Desgleichen liege keine Unvereinbarkeit vor, wenn „der im zweitinstanzlichen Verfahren hinzugezogene Amtssachverständige als Verhandlungsleiter im erstinstanzlichen Verfahren und als Sachbearbeiter tätig“ gewesen ist, zumal der „Fertigungsklausel des erstinstanzlichen Bescheides [...] klar zu entnehmen“ sei, „dass die Genehmigung des Bescheides und damit die Willensbildung der Behörde nicht durch den Amtssachverständigen, sondern durch den Abteilungsleiter erfolgte“. Nach der ständigen Judikatur des VwGH könne aber „nur die unmittelbare Teilnahme des gleichen Organwalters an der Erzeugung des den förmlichen Verwaltungsakt darstel-

⁹⁹⁷ So VwGH 6. 4. 2005, 2003/04/0173.

⁹⁹⁸ In AsylGH 16. 12. 2010, E7 266962-0/2008 gesteht der AsylGH dem Beschwerdeführer sogar eine Frist von knapp zweieinhalb Monaten zu, in AsylGH 2. 12. 2010, C17 408652-1/2009 immerhin von gut eineinhalb Monaten.

⁹⁹⁹ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 43, RZ 1, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 175 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 298 f.

¹⁰⁰⁰ Vgl eine Beschwerde gegen einen Bescheid des UBAS betreffend VwGH 8. 9. 2010, 2008/01/0345: „Als Person habe die Erstbeschwerdeführerin auf den zur Entscheidung berufenen Verhandlungsleiter nicht einen grundsätzlich unglaublich unglaubwürdigen Eindruck gemacht.“

¹⁰⁰¹ Siehe dazu unten VI.H.4.

¹⁰⁰² So VwGH 31. 1. 1995, 92/05/0230 und sich darauf berufend VwGH 31. 3. 2004, 2002/06/0002.

¹⁰⁰³ Vgl die in FN 999 genannte Literatur.

lenden Spruches, nicht aber bereits jede andere Tätigkeit im unterinstanzlichen Verfahren als Mitwirkung an der ‚Erlassung‘ eines Bescheides“ iSd nunmehrigen § 7 Abs 1 Z 4 AVG gesehen werden. Diese Bestimmung finde nur dann Anwendung, „wenn der betreffende Organwalter also die (interne) Erledigung genehmigt hat. Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn – wie im hier vorliegenden Fall – der betreffende Organwalter nur die mündliche Verhandlung geleitet und den Bescheidentwurf erstellt hat“¹⁰⁰⁴.

In einem anderen Fall sei die erstinstanzliche Bewilligung hingegen „von eben dem Organwalter genehmigt“ worden, „der auch die im angefochtenen Bescheid herangezogenen Berechnungen [...] als Sachverständiger [...] vornahm“, weshalb sich der angesprochene Organwalter iSd § 7 Abs 1 Z 4 AVG „der Ausübung seines Amtes als Amtssachverständiger während des Berufungsverfahrens zu enthalten gehabt“ hätte.¹⁰⁰⁵

Näher eingehend auf die Befangenheit von Organwaltern¹⁰⁰⁶ spricht der VwGH in einem eine Beschwerde gegen einen UBAS-Bescheid behandelnden Erk aus, „dass der Umstand ‚allein‘ (so die Beschwerde), dass das Vorbringen eines Asylwerbers für nicht glaubwürdig erachtet wird, eine Befangenheit nicht begründen kann. Auch der Umstand, dass der Organwalter dem Asylwerber in der Berufungsverhandlung Widersprüche vorhält und dies mit einer Mimik begleitet habe, die die Meinung erkennen habe lassen, dass der Organwalter dem Vorbringen des Beschwerdeführers keinen Glauben schenke, könnte nur dann Befangenheit begründen, wenn der Organwalter zu erkennen gegeben hätte, dass er seine Ansicht nicht überprüfen und gegebenenfalls ändern würde [...]. Auch aus einer kritischen Betrachtungsweise von Angaben von Asylwerbern (so im angefochtenen Bescheid; anders als in der Beschwerde behauptet: ‚von Haus aus kritisch eingestellt‘) ist eine Befangenheit nicht ableitbar.“¹⁰⁰⁷

Die Befangenheitsgründe des § 16 Abs 1 AsylIGHG entsprechen jenen in § 7 Abs 1 AVG. In bislang lediglich einem Erk nimmt der AsylIGH Bezug auf die AsylIGHG-Bestimmung, indem er feststellt, dass „sich aus der Leitung der Verhandlung und der damit verbundenen Fragestellung an den Beschwerdeführer eine Befangenheit im Sinne des § 16 AsylIGHG bzw. § 7 AVG nicht ableiten lässt.“¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁴ So VwGH 13. 4. 2010, 2008/05/0133 (und ähnlich 29. 11. 2007, 2005/09/0148) unter Berufung auf VwGH 23. 5. 2003, 2002/11/0205.

¹⁰⁰⁵ Vgl VwGH 19. 1. 2010, 2009/05/0239.

¹⁰⁰⁶ Vgl allgemein zur Linie des VwGH im Bereich der Befangenheit HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG I, § 7, RZ 13.

¹⁰⁰⁷ So VwGH 4. 3. 2008, 2006/19/0409.

¹⁰⁰⁸ So AsylIGH 14. 1. 2010, C4 238605-0/2008.

In im Rahmen eines Familienverfahrens ergangenen Erk nimmt der AsylGH auf die Befangenheit unter Heranziehung des § 7 AVG Bezug. „Lediglich die Tatsache, dass der erkennende Senat schon zahlreiche für die Antragsteller negative Entscheidungen getroffen hat, stellt keinen wichtigen Grund dar, der geeignet wäre, die volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen.“ An der Grenze zum Polemischen fügt das Asylgericht noch hinzu: „Es ist auch gerichtsbekannt, dass der ggst. Beschwerdeführervertreter grundsätzlich die Ansicht vertritt, alle von ihm vertretenen Asylwerber müssten Asyl oder zumindest subsidiären Schutz erhalten und dies oft auch sehr grenzwertig zum Ausdruck bringt.“¹⁰⁰⁹

VI.G.5.b) Ablauf der Verhandlung

Der Verhandlungsleiter eröffnet sodann die Verhandlung und führt diese nach Maßgabe der Abs 2 bis 4 des § 43 AVG durch. Explizit wird in diesem Rahmen noch einmal das zu gewährende Parteienghör genannt. Als an „der Sache nicht beteiligte Personen“ iSd Abs 3 S 2 leg cit gelten Zeugen, Sachverständige, Rechtsbeistände und unberufene Teilnehmer; diese dürften nicht von sich aus das Wort ergreifen, sondern nur, wenn sie dazu vom Verhandlungsleiter oder den Parteien ermächtigt werden.¹⁰¹⁰ § 43 Abs 2 S 5 AVG räumt dem Verhandlungsleiter die Möglichkeit ein, die Verhandlung nach Bedarf, dh nach seinem Ermessen, zu unterbrechen oder zu vertagen. § 43 Abs 5 AVG betreffend den Ausgleich von einander widersprechenden Ansprüchen von Parteien dürfte in Asylverfahren keine praktische Bedeutung erlangen. Teilnehmer an der mündlichen Verhandlung müssen ihre Erklärungen gem § 44 Abs 2 S 3 AVG mündlich abgeben. Diese Verpflichtung richte sich aber an den Verhandlungsleiter, nicht an die Parteien, weshalb entgegen dieser Vorschrift angenommene schriftliche Erklärungen gültig seien.¹⁰¹¹

Über die mündliche Verhandlung ist gem § 44 Abs 1 AVG eine Verhandlungsschrift gem §§ 14 und 15 AVG, dh eine Niederschrift, aufzunehmen. Damit ist auch angeordnet, dass eine gem § 15 AVG aufgenommene Niederschrift den vollen Beweis liefert, dh die Vermutung ihrer inhaltlichen Richtigkeit bewirkt.¹⁰¹² Insbes nach Ende der Beweisaufnahme, und ggf nach Wiedergabe der Verhandlungsschrift und nach mündlicher Verkündung des Bescheides, hat der Verhandlungsleiter gem § 44 Abs 3 AVG die Verhandlung für geschlossen zu erklären.

¹⁰⁰⁹ So AsylGH 7. 10. 2009 E12 307187-1/2008. *À propos „Polemik“:* Ein Erk des AsylGH (26. 4. 2011, A1 302080-2/2011) hat ob seiner eigentümlichen Wortwahl („Gerade einmal radebrechendes Deutsch“ des Asylwerbers, unterm Strich bleibe „eine überwiegende Belastung für den Staatssäckel“) in den Medien sowie in der Lehre – zu Recht! – für Aufsehen gesorgt, vgl <http://derstandard.at/1315006162746/Zynisches-Asylurteil-aergert-Experten> (letzter Zugriff am 26. September 2011).

¹⁰¹⁰ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 43, RZ 6.

¹⁰¹¹ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 44, RZ 2 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 176 jeweils unter Berufung auf VwGH 19. 8. 1993, 91/06/0031.

¹⁰¹² Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 47, RZ 15. Vgl dazu auch AsylGH 8. 7. 2010, A2 412819-1/2010: „Aus Sicht des Asylgerichtshofes bietet die Bezug habende Niederschrift des Bundesasylamtes aber zunächst vollen Beweis über die Richtigkeit des darin wiedergegebenen im Sinne des § 15 AVG.“

VI.H. Die Entscheidung des AsylIGH

VI.H.1. Allgemeines

Sowohl das AVG als auch das AsylG 2005 und das AsylIGHG enthalten Bestimmungen zu Entscheidungen des AsylIGH. Um das Normenkonglomerat in einen systematischen Zusammenhang zu bringen, empfiehlt es sich, als Ausgangspunkt § 22 Abs 4 S 1 AsylG 2005 heranzuziehen. Darin wird für Entscheidungen des AsylIGH § 67 AVG für anwendbar erklärt. Diese AVG-Bestimmung würde kraft des Verweises in § 23 Abs 2 AsylIGHG auf das AVG aber auch ohne diese explizite Bezugnahme im AsylG 2005 gelten, sodass diese bloß deklarativ wirkt. Jedenfalls gilt, „dass sämtliche Entscheidungen des Asylgerichtshofes zu begründen sind“¹⁰¹³, und zwar auch, wenn dem Beschwerdeantrag, also dem Antrag des Asylwerbers, die zurück- oder abweisende Entscheidung des BAA aufzuheben, stattgegeben wird. Bevor auf die so normierte Begründungspflicht des AsylIGH eingegangen wird, ist jedoch auf die (weitere) Anordnung in § 67 AVG zu fokussieren, wonach der III. Teil – nämlich des AVG, dh dessen §§ 56 bis 62 – „auch für die Bescheide der Berufungsbehörde“, also für die Entscheidungen des AsylIGH gilt.

Wenngleich gem § 22 Abs 1 S 2 AsylG 2005 Entscheidungen des AsylIGH „in der Sache selbst“, also meritorische Entscheidungen, in Form eines Erk und alle anderen Entscheidungen in Form eines Beschlusses ergehen, sind für diese Erk und Beschlüsse damit die §§ 56 bis 62 AVG betreffend Bescheide (von Verwaltungsbehörden) – sinngemäß – anzuwenden.

VI.H.2. Der erforderliche Inhalt einer Entscheidung des AsylIGH

Gem § 58 Abs 1 AVG iVm § 22 Abs 1 S 3 AsylG 2005 ist somit jede Entscheidung des AsylIGH – Erk oder Beschluss – ausdrücklich als solche zu bezeichnen und hat den Spruch und die Rechtsmittelbelehrung zu enthalten, und zwar „auch in einer dem Asylwerber verständlichen Sprache“.

VI.H.2.a) Ausdrückliche Bezeichnung als Erkenntnis bzw Beschluss

Vorauszuschicken ist, dass für die Qualifikation einer Erledigung als Bescheid nicht primär formelle, sondern inhaltliche Kriterien maßgeblich seien.¹⁰¹⁴ Die Fragen, welche Rechtsfolgen die Unterlassung der gem § 58 Abs 1 AVG gebotenen ausdrücklichen Bezeichnung der Erledigung als Bescheid habe,

¹⁰¹³ So AB 2007, 8.

¹⁰¹⁴ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 56, RZ 7 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 208.

sowie das Verhältnis dieser ausdrücklichen Bezeichnung zum normativen Willen der Erledigung, welcher im Spruch zum Ausdruck kommt, sind äußerst ergiebig und nicht leicht zu beantworten, wie die Vielzahl der dazu ergangenen Judikate beider GHÖR und die diese aufarbeitende und weiter entwickelnde Literatur zeigen.¹⁰¹⁵ Aufgrund des Themas dieser Arbeit ist hier nicht der Raum, darauf – sowie ganz generell auf die übrigen Bescheidmerkmale – im Detail einzugehen.

Eine eingehendere Beschäftigung mit der Frage der ausdrücklichen Bezeichnung gem § 58 Abs 1 AVG kann abgesehen davon vor dem Hintergrund der ständigen Praxis des AsylGH aber ohnedies unterbleiben. Ein erster Blick ins RIS zeigt nämlich, dass das Asylgericht seine Entscheidungen entweder der Entscheidungsart „Erkenntnis“ oder „Beschluss“ zuordnet. Dies gilt jedenfalls für die *online* einsehbare Fassung seiner Entscheidungen. Möchte man die Entscheidung als pdf-Datei entweder ausdrucken oder speichern, erscheint das Feld „Entscheidungsart“ zwar nicht mehr, allerdings beginnt der Spruch der Entscheidung (nach Anführung der Geschäftszahl) entweder mit der Floskel „Im Namen der Republik!“ oder mit dem Begriff „Beschluss“.

Dass sich im ersten Fall eine explizite Bezeichnung als „Erkenntnis“ in der ausdruckbaren Fassung der Entscheidungen des AsylGH nicht (mehr) findet, lässt sich wohl auf eine im Dezember 2008 vorgenommene Gesetzesänderung zurückführen. Durch BGBl I 2008/147 hat § 23 AsylGHG nämlich einen Abs 2 erhalten, der seither normiert, dass Erk im Namen der Republik zu verkünden und auszufertigen seien. Der AsylGH hat dies offenbar zum Anlass genommen, auf eine explizite Titulierung als „Erkenntnis“ zugunsten der angeführten Floskel zu verzichten.¹⁰¹⁶ Vor dem Hintergrund des § 23 Abs 2 AsylGHG wird man dennoch davon ausgehen können, dass der AsylGH durch diese Vorgangsweise der Aufforderung iSd § 58 Abs 1 AVG, die Entscheidungen „ausdrücklich als solche[r]“ zu bezeichnen, nachkommt.

VI.H.2.b) Spruch

Des Weiteren hat der Bescheid gem § 58 Abs 1 AVG den Spruch zu enthalten. Dieser sei die hoheitliche, normative und außenwirksame Anordnung,¹⁰¹⁷ sohin „der zentrale Teil des Bescheides, in dem

¹⁰¹⁵ Vgl dazu eingehender mit zahlreichen Beispielen aus der Judikatur, auch unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Divergenzen zwischen der Rechtsprechung des VwGH und jener des VfGH, HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 58, RZ 5 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 220 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 408 f.

¹⁰¹⁶ § 23 AsylGHG idF Dienstrechts-Novelle 2008 BGBl I 2008/147 ist am 29. Dezember 2008 kundgemacht worden und gem § 28 Abs 5 Z 1 AsylGHG rückwirkend mit 1. Juli 2008 in Kraft getreten. Während der AsylGH etwa am 29. Dezember 2008 seine Erk noch mit „ERKENNTNIS“ tituliert hat (vgl zB AsylGH 29. 12. 2008, S11 403403-1/2008), hat er bereits drei Tage später die Floskel „Im Namen der Republik“ verwendet (vgl zB AsylGH 2. 1. 2009, B6 402619-1/2008).

¹⁰¹⁷ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 56, RZ 16 ff.

die normative Erledigung getroffen wird“¹⁰¹⁸ bzw dessen wichtigster Bestandteil¹⁰¹⁹. Der Spruch hat gem § 59 Abs 1 S 1 AVG „die in Verhandlung stehende Angelegenheit [...] zu erledigen.“¹⁰²⁰

Der Spruch des AsylGH sieht in der Praxis so aus, dass er etwa die Beschwerde in Spruchpunkt I. als unbegründet abweist und in Spruchpunkt II. gem § 41 Abs 6 AsylG 2005 feststellt, dass die Ausweisung zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides rechtmäßig war¹⁰²¹, dass mittels Beschlusses der Devolutionsantrag gem § 73 Abs 2 AVG „als unzulässig zurückgewiesen“ wird¹⁰²², dass die Beschwerde abgewiesen, die Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung festgestellt sowie der Beschwerdeführer in die Republik Kosovo ausgewiesen wird¹⁰²³, dass „[g]emäß § 8 Abs 1 Ziffer 1 AsylG [...] der Status eines subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf den Herkunftsstaat Iran zuerkannt“ sowie gem „§ 8 Absatz 4 AsylG [...] eine befristete Aufenthaltsberechtigung als subsidiär Schutzberechtigten bis zum 24.01.2012 erteilt“¹⁰²⁴ oder dass ausgesprochen wird, dass gem „§ 10 Abs. 5 AsylG 2005 iVm § 10 Abs. 2 Z 2 AsylG 2005 [...] die Ausweisung [...] nach Äthiopien auf Dauer unzulässig“¹⁰²⁵ sei.

VI.H.2.c) Rechtsmittelbelehrung

Gem § 22 Abs 1 S 3 AsylG 2005 iVm § 61 Abs 1 S 1 AVG hat der AsylGH in seiner Entscheidung anzugeben, ob diese „noch einem weiteren Rechtszug unterliegt oder nicht“. Unter den Begriff „Rechtszug“ fielen nur ordentliche Rechtsmittel – Berufungen gem § 63 AVG, Vorstellungen gem § 57 Abs 2 AVG und Vorlageanträge gem § 64a AVG -, nicht jedoch außerordentliche Rechtsmittel und Beschwerden an die GHÖR.¹⁰²⁶ Da es sich beim AsylGH um ein letztinstanzliches Gericht handelt,¹⁰²⁷ dessen Entscheidungen keinem Rechtszug iSd § 61 Abs 1 S 1 AVG mehr unterliegen, hat der AsylGH im Sinne einer negativen Rechtsmittelbelehrung auf das Fehlen eines weiteren Rechtszuges hinzuweisen.

¹⁰¹⁸ So *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 221.

¹⁰¹⁹ Vgl *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 412.

¹⁰²⁰ Auch zum Spruch, dem Essentiale jedes Bescheides, ließe sich sehr viel sagen, was angesichts des Themas dieser Arbeit allerdings verfehlt wäre. Wie bei den übrigen Bescheidmerkmalen, wird auf die speziell den AsylGH betreffende Rechtslage und dessen Praxis fokussiert.

¹⁰²¹ So AsylGH 27. 1. 2011, S1 416999-1/2011.

¹⁰²² Vgl AsylGH 25. 1. 2011, D18 300572-3/2011.

¹⁰²³ Vgl AsylGH 24. 1. 2011, B2 307118-1/2008.

¹⁰²⁴ Vgl AsylGH 24. 1. 2011, E3 227973-3/2010.

¹⁰²⁵ Vgl AsylGH 27. 7. 2011, A3 302179-1/2010.

¹⁰²⁶ Vgl *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG II, § 61, RZ 8 ff, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 226 f und *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 422.

¹⁰²⁷ Siehe oben III.C, insbes bei FN 326.

VI.H.2.d) Hinweis auf die Möglichkeit einer Beschwerde beim VfGH

Weiters hat der AsylGH gem § 22 Abs 4 S 2 AsylG 2005 „unter sinngemäßer Anwendung des § 61a AVG auf die Möglichkeit einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof auch in einer dem Asylwerber verständlichen Sprache hinzuweisen.“

Ungeachtet der klaren Rechtslage bezüglich der in die Entscheidung aufzunehmenden Rechtsmittelbelehrung und des Hinweises auf die Möglichkeit einer Beschwerde gem Art 144a B-VG, erachtet es der AsylGH trotz regelmäßiger Bekräftigung dieser Verpflichtungen¹⁰²⁸ offenbar für entbehrlich, ihnen nachzukommen. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung „hindert doch selbst das völlige Fehlen einer Begründung weder das Vorliegen eines Bescheides noch die Ingangsetzung der Rechtsmittelfrist. Gleiches gilt für die Rechtsmittelbelehrung [...]. Ebenso ohne Bedeutung ist das Fehlen des Hinweises nach § 61a AVG, da dieses keine Rechtsfolgen nach sich zieht“. „Das Fehlen [...] eines Teiles der Begründung sowie der Rechtsmittelbelehrung und des Hinweises nach § 61a AVG stellt einen berichtigbaren Fehler im Sinne des § 62 Abs. 4 AVG dar.“¹⁰²⁹ Insofern hat die rechtswidrige Praxis des AsylGH keine rechtlichen Konsequenzen.

VI.H.2.e) Übersetzung von Spruch, Rechtsmittelbelehrung und Hinweis auf VfGH-Beschwerde

Wie bereits erwähnt, sind der Spruch, die Rechtsmittelbelehrung und der Hinweis auf die Möglichkeit einer Beschwerde beim VfGH „auch in einer dem Asylwerber verständlichen Sprache“ zu verfassen. Zu § 29 Abs 1 S 1 AsylG 1997, welcher insofern der geltenden Rechtslage entsprochen hat, hat der VwGH judiziert, dass gem dieser Vorschrift „Bescheide (nur) den Spruch, die Rechtsmittelbelehrung und den Hinweis nach § 61a AVG in einer dem Asylwerber verständlichen Sprache zu enthalten haben“, dass sich daraus also keine Pflicht zur „Übersetzung des (gesamten) Inhalts des Bescheides“ ergebe.¹⁰³⁰

„Die Regelung der Übersetzungspflicht ist unabdingbare Voraussetzung dafür, dass der Betroffene die ihm zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten zweckentsprechend wahrnehmen kann.“¹⁰³¹ Trotz dieser vom Gesetzgeber zugesonnenen Wichtigkeit der Übersetzung begründet eine unrichtige Übersetzung gem § 22 Abs 5 AsylG 2005 (lediglich) das Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem § 71 AVG.

¹⁰²⁸ Vgl zB AsylGH 19. 1. 2011, D11 411012-1/2010.

¹⁰²⁹ So VwGH 24. 4. 2003, 2003/07/0008 und darauf verweisend VwGH 8. 9. 2009, 2009/21/0173.

¹⁰³⁰ Vgl VwGH 29. 3. 2001, 2000/20/0472.

¹⁰³¹ So RV 2005, 46.

VI.H.2.f) Begründung – Allgemeines

§ 22 Abs 4 S 1 AsylG 2005 verweist (deklarativ)¹⁰³² auf § 67 AVG, wonach der Spruch – entgegen der allgemeinen Regelung in § 58 Abs 2 AVG – stets zu begründen ist. Aus § 60 AVG ergibt sich, woraus die Begründung genau zu bestehen hat, nämlich aus der klaren und übersichtlichen Zusammenfassung der „Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens“, der „bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen“ und der darauf gestützten „Beurteilung der Rechtsfrage“.¹⁰³³

Die mangelhafte Begründung eines letztinstanzlichen Bescheides stellt sich als Verfahrensmangel dar, der im Falle seiner Wesentlichkeit zur Aufhebung des Bescheides durch den VwGH gem § 42 Abs 2 Z 3 lit b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften führen kann. Besonders gravide Verletzungen im Zusammenhang mit der Begründungspflicht können aber auch zur Verfassungswidrigkeit des jeweiligen Bescheides führen.¹⁰³⁴

VI.H.2.g) Begründung – Verfassungsrechtliche Erfordernisse

An anderer Stelle ist in dieser Arbeit bereits gezeigt worden, in welchen Fällen der VfGH die Verfassungswidrigkeit eines Erk des AsylGH wegen mangelhafter oder mangelnder Begründung annimmt.¹⁰³⁵ Der VfGH kommt in diesen Erk regelmäßig zum Schluss, dass das sich aus dem RassDiskr-BVG ergebende vfggR auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander mangels eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens und/oder wegen Verstoßes gegen das rechtsstaatliche Gebot gerichtlicher Entscheidungen verletzt worden sei.¹⁰³⁶

Von den möglichen Konstellationen eines in die Verfassungssphäre reichenden Begründungsmangels, welche in der angeführten verfassungsgerichtlichen Judikatur dargestellt worden sind, ist insbes jene hervorzuheben und auch in diesem Rahmen erneut anzuführen, wonach „die zu §67 iVm §60 AVG ergangene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die Berufungsbehörde berechtigt ist, näher bezeichnete Teile des angefochtenen Bescheides zum Inhalt ihrer Entscheidung zu erheben, ohne sie wiederholen zu müssen [...], auf Entscheidungen des Asylgerichtshofes nicht übertragbar ist“, zumal „die verweisende Entscheidung von einem (nicht im Instanzenzug übergeordneten) Gericht erlassen wird, welches überdies seinerseits nicht mehr der Kontrolle durch ein weiteres Ge-

¹⁰³² Siehe oben VI.H.1.

¹⁰³³ Vgl zu den einzelnen Elementen der Begründung ausführlich HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 60, RZ 18 ff sowie ferner THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 227 ff und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 417 ff.

¹⁰³⁴ Vgl zu den Rechtsfolgen einer mangelhaften bzw mangelnden Begründung HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 60, RZ 29 ff sowie THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 229.

¹⁰³⁵ Siehe oben VI.C.1.b).

¹⁰³⁶ Vgl noch einmal oben bei FN 768.

richt unterliegt. [...] Die für die bekämpfte Entscheidung maßgeblichen Erwägungen müssen aus der Begründung der Entscheidung hervorgehen, da nur auf diese Weise die rechtsstaatlich gebotene Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof möglich ist“.¹⁰³⁷

Als Begründung für die These, dass der AsylGH – anders als seinerzeit der UBAS – nicht „berechtigt ist, näher bezeichnete Teile des angefochtenen Bescheides zum Inhalt [seiner] Entscheidung zu erheben, ohne sie wiederholen zu müssen“, führt das Verfassungsgericht in den genannten Erk folgende Argumente an:

- Der AsylGH sei keine Verwaltungsbehörde, sondern ein Gericht, dessen „Entscheidungen nicht der nachprüfenden Kontrolle des Verwaltungsgerichtshofes“ unterliegen.
- „Es widerspricht auch grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen an die Begründung von Entscheidungen eines (insoweit erstinstanzlich entscheidenden) Gerichts, wenn sich Sachverhalt, Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung nicht aus der Gerichtsentscheidung selbst, sondern erst aus einer Zusammenschau mit der Begründung der Bescheide ergibt.“

Die Begründung einer Entscheidung des AsylGH, eines sowohl „erstinstanzlich entscheidenden“ als auch eines solchen Gerichtes, dessen „Entscheidungen nicht der nachprüfenden Kontrolle des Verwaltungsgerichtshofes“ unterliegen, muss in der Entscheidung also selbst angeführt sein; ein (alleiniger) Verweis auf die Begründung im BAA-Bescheid reicht nicht.

Von welchen „grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen“ das Höchstgericht hier ausgeht, spezifiziert es allerdings nicht.

Betrachtet man die Rechtslage bezüglich eines anderen Verwaltungsgerichtes im Bereich der Begründung von Entscheidungen, nämlich des VwGH, springt § 43 Abs 2 VwGG ins Auge. Danach sind die Erk des VwGH zwar zu begründen, dieser darf aber auf „die bisherige Rechtsprechung“ verweisen. In diesem Sinne verweist der VwGH regelmäßig auf seine eigene Vorjudikatur sowie auf jene des VfGH. Dass sich aber der VwGH der Auffassung hinsichtlich der Begründung der jeweiligen belangten Behörde anschließt, ohne die Begründung selbst anzuführen, scheint mit dem Wortlaut von § 43 Abs 2 VwGG hingegen nicht vereinbar und kommt auch in der Praxis des VwGH nicht vor. Man könnte nun einerseits die Meinung vertreten, der AsylGH habe sich diesbezüglich eher am – wenn-gleich „höchsten“ – Verwaltungsgericht VwGH als an der Verwaltungsbehörde UBAS zu orientieren, zumal auch er selbst in erstere Kategorie fällt.

¹⁰³⁷ Vgl erneut VfGH 3. 12. 2008, U131/08, 25. 6. 2010, U2197/09 ua und 23. 2. 2010, U2801/09 bei FN 770.

Gegen eine analoge Anwendung von § 43 Abs 2 VwGG auf das Verfahren vor dem AsylIGH spricht allerdings der Umstand, dass § 22 Abs 4 S 1 AsylG 2005 eben explizit auf § 67 AVG verweist. Ein in der ursprünglichen Fassung des § 23 AsylIGHG noch enthaltener Hinweis auf das VwGG ist durch BGBl I 2008/147 sogar entfernt worden, womit vom VwGG auf das Verfahren vor dem AsylIGH nur die „den Asylgerichtshof betreffenden Bestimmungen (zB § 72 zweiter Satz VwGG)“¹⁰³⁸ anwendbar sein sollen.

Andererseits wäre § 67 AVG – wie erwähnt – auch ohne den Verweis in § 22 Abs 4 S 1 AsylG 2005 auf das Verfahren vor dem AsylIGH anzuwenden, da § 23 Abs 1 AsylIGHG das AVG – mangels vorrangiger Bestimmungen im AsylG 2005 – für anwendbar erklärt. Ist nun eine AVG-Bestimmung (bloß) „der Klarheit halber auch ausdrücklich im AsylG 2005 angeführt“¹⁰³⁹, so könnte man argumentieren, dass dieser Bestimmung – und damit der Pflicht zur Begründung von Entscheidungen des AsylIGH – vom Gesetzgeber besondere Wichtigkeit zugesonnen wird. Dafür sprechen auch die Materialien zu § 22 AsylG 2005: „Abs. 4 bestimmt mit dem Verweis auf § 67 AVG, dass sämtliche Entscheidungen des Asylgerichtshofes zu begründen sind.“¹⁰⁴⁰

Selbst wenn man allerdings davon ausgeht, dass der Gesetzgeber die Begründungspflicht des AsylIGH durch explizite Nennung einer auch sonst geltenden Regelung hervorheben hat wollen, bleibt dennoch fraglich, ob die legislative Gewalt mittels des Hinweises auf § 67 AVG nicht auch die Rechtsprechung des VwGH, wonach die Berufungsbehörde „berechtigt ist, näher bezeichnete Teile des angefochtenen Bescheides zum Inhalt [seiner] Entscheidung zu erheben, ohne sie wiederholen zu müssen“, auf Verfahren vor dem AsylIGH für anwendbar erklären hat wollen.

Jedenfalls der VfGH scheint diese Absicht dem Gesetzgeber unter Hinweis auf die Stellung des AsylIGH als Gericht, dessen „Entscheidungen nicht der nachprüfenden Kontrolle des Verwaltungsgerichtshofes“ unterliegen, nicht unterstellen zu wollen. Vor allem dieses Argument und der (deklarative) Hinweis auf § 67 AVG lassen die Ansicht des VfGH mE plausibel, wenn auch nicht als die einzige denkbare Lösung, erscheinen.

¹⁰³⁸ So RV 1 BlgNR XXIV. GP, 13.

¹⁰³⁹ So AB 2007, 7, ausdrücklich § 67 AVG erwähnend.

¹⁰⁴⁰ So AB 2007, 8.

VI.H.2.h) Begründung – Unterverfassungsrechtliche Erfordernisse

Abgesehen von derartigen graviden Begründungsmängeln, die sogar zur Verfassungswidrigkeit der Entscheidung führen, sind selbstverständlich auch weniger schwerwiegende möglich; so insbesondere solche Verfahrensmängel, welche im allgemeinen Administrativverfahren im Falle ihrer Wesentlichkeit zur Aufhebung der Entscheidung durch den VwGH gem § 42 Abs 2 Z 3 lit b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften führen können.

Freilich können solche weniger schwerwiegenden Verfahrensmängel im Verfahren vor dem AsylGH vom Asylwerber nicht mehr geltend gemacht werden, da der VwGH gem Art 130 Abs 1 Z a bzw Art 131 Abs 1 B-VG nur gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden (einschließlich der UVS) und nicht gegen Entscheidungen eines Verwaltungsgerichtes angerufen werden kann. Wenngleich somit Verstöße des AsylGH gegen unterverfassungsrechtliche Regelungen nicht mehr bekämpft werden können, sondern eben nur in die Verfassungssphäre reichende Verfahrensmängel, hat der AsylGH selbstverständlich die gesamte Rechtsordnung – und damit auch die unterverfassungsrechtliche – einzuhalten. Aus diesem Grund ist es auch angebracht, jene VwGH-Judikatur zu erörtern, welche zu – nicht in die Verfassungssphäre reichenden – Begründungsmängeln des UBAS ergangen ist.

Aus der im letzten Unterkapitel angeführten Judikatur betreffend die Pflicht des AsylGH hinsichtlich einer eigenständigen Begründung seiner Entscheidungen ist mE nämlich nicht zu schließen, dass die zu §§ 67 iVm 60 AVG ergangene Rechtsprechung des VwGH betreffend den UBAS schlechthin, insbesondere hinsichtlich der unterverfassungsgesetzlichen Erfordernisse, an Bedeutung verloren habe, sondern eben nur bezüglich der Zulässigkeit der angesprochenen Verweistechnik bei Begründungen.

Eingehend hält der VwGH fest, dass gem „§ 60 AVG, der gemäß § 67 AVG auch für Berufungsbescheide gilt, [...] in der Begründung eines Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens (§§ 37 f AVG), die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen [sind]. Dies erfordert in einem ersten Schritt die eindeutige, eine Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichte und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zugängliche konkrete Feststellung des der Entscheidung zu Grunde gelegten Sachverhaltes, in einem zweiten Schritt die Angabe jener Gründe, welche die Behörde im Falle des Vorliegens widerstreitender Beweisergebnisse in Ausübung der freien Beweiswürdigung dazu bewogen haben, gerade jenen Sachverhalt festzustellen, und in einem dritten Schritt die Darstellung der rechtlichen Erwägungen, deren Ergebnisse zum Spruch des Bescheides geführt haben. Die genannte Zusammenfassung wird in Bezug auf die Be-

weiswürdigung kurz ausfallen können, wenn keine einander widersprechenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens vorliegen. Bei Widersprüchen zwischen den Behauptungen und Angaben der Verfahrenspartei und sonstigen Ermittlungsergebnissen bedarf es aber einer klaren und übersichtlichen Zusammenfassung der maßgeblichen, bei der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen, damit der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung der Behörde auf ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit überprüfen kann. [...] Die belangte Behörde hätte sich daher im Rahmen der Beweiswürdigung zunächst [...] mit den detaillierten Ausführungen des von der beschwerdeführenden Partei vorgelegten Privatgutachtens im Einzelnen, insbesondere aber mit den sich daraus ergebenden Widersprüchen zum Amtsgutachten [...] auseinandersetzen müssen. Dies hat sie unterlassen, weshalb sie ihren Bescheid mit einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastete.“¹⁰⁴¹

In einem anderen Erk moniert das Höchstgericht, dass sich die belangte Behörde – der UBAS – „mit den (die erstinstanzlichen Entscheidungen substantiiert bekämpfenden) Berufungen der beschwerdeführenden Parteien, deren konkreter Inhalt in der Begründung der angefochtenen Bescheide mit keinem Wort erwähnt wird, nicht erkennbar in der gebotenen Weise auseinandergesetzt [hat]. Sie hat auf diese vielmehr mit einem offenbar vorformulierten Textbaustein reagiert, was im Ergebnis der Inanspruchnahme eines – der belangten Behörde im Gesetz nicht eingeräumten – Ablehnungsrechtes gleichkommt [...]. Dieser Verfahrensmangel hindert die beschwerdeführenden Parteien an der Verfolgung ihrer Rechte und macht eine nachprüfende Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof nicht möglich. Die angefochtenen Bescheide waren daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.“¹⁰⁴²

Die dargestellten Grundsätze gelten im Übrigen „auch für einen mündlich verkündeten Bescheid und dessen schriftliche Ausfertigung [...].“¹⁰⁴³

Zur Praxis des Verweisens auf die Begründung des erstinstanzlichen Bescheides¹⁰⁴⁴ hat der VwGH überdies ausgesprochen, dass „die Berufungsbehörde ihrer Begründungspflicht dann nicht im Sinne des Gesetzes [genügt], wenn sie bloß auf die Begründung des Bescheides erster Instanz verweist, jedoch die Berufung, über die sie entscheidet, dagegen Argumente enthält, von denen nicht von vornherein erkennbar ist, dass sie unzutreffend sind oder an der Sache vorbeigehen“.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴¹ So VwGH 9. 11. 2009, 2008/09/0322.

¹⁰⁴² Vgl VwGH 20. 2. 2009, 2007/19/0961 sowie ähnlich VwGH 26. 1. 2006, 2005/01/0229. In die gleiche Richtung auch VwGH 27. 9. 2005, 2005/01/0401: „Die Berufung war weder inhaltsleer noch bloß wiederholend, sodass die belangte Behörde - sei es auch nur kurz und allenfalls unter Abstandnahme von der beantragten Verhandlung - darauf einzugehen gehabt hätte.“ Allen drei Erk des VwGH liegen Berufungen gegen Bescheide des UBAS zugrunde.

¹⁰⁴³ Vgl VwGH 17. 3. 2009, 2006/19/0253, dem eine Berufung gegen einen UBAS-Bescheid zugrundeliegt.

¹⁰⁴⁴ Vgl bereits zur Verfassungswidrigkeit dieser Vorgangsweise im Verfahren vor dem AsylIGH soeben oben VI.H.2.g).

¹⁰⁴⁵ Vgl VwGH 26. 4. 2005, 2004/03/0145.

VI.H.2.i) Inhaltliche Erfordernisse gem § 58 Abs 3 iVm § 18 (Abs 4) AVG

§ 58 Abs 3 AVG verweist hinsichtlich übriger Bescheidmerkmale auf § 18 Abs 4 AVG betreffend schriftliche Ausfertigungen von behördlichen Erledigungen, welcher durch das Verwaltungsverfahrens- und Zustellrechtsänderungsgesetz 2007 BGBl I 2008/5, da „unnötig kompliziert und schwer verständlich [...], zur Gänze neu gefasst“¹⁰⁴⁶ worden ist.

Im Verfahren vor dem AsylGH ist aber nicht nur § 18 Abs 4 AVG zu beachten, sondern kraft Verweises in § 23 Abs 1 AsylGHG alle Absätze des Paragraphen. § 18 Abs 3 AVG unterscheidet die Genehmigung einer schriftlichen behördlichen Erledigung von ihrer Ausfertigung gem § 18 Abs 4 AVG.¹⁰⁴⁷ Zunächst sind schriftliche Erledigungen also vom Genehmigungsberechtigten entweder mit seiner Unterschrift oder mittels der in § 18 Abs 3 AVG genannten Rechtsinstitute des E-Government-Gesetzes¹⁰⁴⁸ [E-GovG] zu genehmigen. Genehmigungsberechtigter ist, wer den behördlichen Willen zu bilden hat,¹⁰⁴⁹ also entweder das monokratisch entscheidende Einzelmitglied des AsylGH oder der Vorsitzende eines Zweier- bzw eines Kammersenates (arg „unterfertigt die schriftlichen Ausfertigungen“ in § 11 Abs 1 S 4 bzw § 12 Abs 1 S 3 AsylGHG).

Sodann bestimmt § 18 Abs 4 S 1 AVG, dass jede schriftliche Ausfertigung „die Bezeichnung der Behörde, das Datum der Genehmigung und den Namen des Genehmigenden zu enthalten“ hat. Ferner unterscheidet Abs 4 leg cit „grundsätzlich zwischen Ausfertigungen in Form von elektronischen Dokumenten und Ausfertigungen, die in Papierform ergehen. Während erstere immer mit einer Amtssignatur zu versehen sind, stehen bei einer Papierausfertigung zwei Wege offen: Die Ausfertigung kann jedenfalls vom Genehmigenden unterschrieben bzw. von der Kanzlei beglaubigt werden. Ausdrucke von mit einer Amtssignatur versehenen elektronischen Dokumenten (oder Kopien solcher Ausdrucke) werden hingegen privilegiert behandelt: sie bedürfen weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung.“¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁶ So RV 2007 II, 13.

¹⁰⁴⁷ Vgl THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 130 und HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG I, § 18, RZ 12.

¹⁰⁴⁸ Bundesgesetz über Regelungen zur Erleichterung des elektronischen Verkehrs mit öffentlichen Stellen (E-Government-Gesetz – E-GovG) BGBl I 2004/10 idF BGBl I 2010/111.

¹⁰⁴⁹ Vgl THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 130.

¹⁰⁵⁰ So RV 2007 II, 14.

VI.H.2.j) Adressat

Obwohl gesetzlich nicht angeordnet, nimmt die Lehre übereinstimmend eine Pflicht der Behörde zur Bezeichnung des Bescheidadressaten an. Es müsse „erkennbar sein, an wen sich die Erledigung richtet“¹⁰⁵¹, dh es müsse ein individuell bestimmter, tauglicher Adressat¹⁰⁵² vorliegen.¹⁰⁵³

VI.H.2.k) Inhaltliche Mindesterfordernisse

Wenngleich all die angeführten Bescheidmerkmale rechtlich gefordert sind, stellen sich die Konsequenzen eines Fehlens eines dieser Merkmale unterschiedlich dar. So wird von der Judikatur und der Lehre das Vorliegen gewisser Bestandteile gefordert, um überhaupt von einem Bescheid sprechen zu können. Die behördliche Erledigung muss gewisse inhaltliche Mindestbestandteile aufweisen, um in rechtliche Existenz treten zu können.

„Das [...] AVG statuiert ein Fehlerkalkül, wonach auch materiell rechtswidrige Bescheide, die die Mindestvoraussetzungen für das Zustandekommen eines Bescheides erfüllen, gültig sind und im Falle, dass sie rechtskräftig werden, die mit der Rechtskraft verbundene Bindungswirkung entfalten“¹⁰⁵⁴.

Damit bringt der VwGH zum Ausdruck, dass Fehler bzw Mängel von Rechtsakten, für deren Eintritt die Rechtsordnung bestimmte Folgen (zB Nichtigerklärung oder Aufhebung) vorgesehen hat – die somit innerhalb des Fehlerkalküls liegen – die Erledigung nicht daran hindern, in rechtliche Existenz zu treten. In diesem Sinne hat der VwGH auch ausgesprochen, „dass das Ergebnis der Prüfung, ob ein Bescheid so qualifiziert fehlerhaft ist, dass er als Nichtakt keine rechtliche Wirkung entfaltet d.h. ‚absolut‘ nichtig ist, von dem der Beurteilung zugrundeliegenden Fehlerkalkül abhängt.“ Dieser Prüfungsmaßstab sei mangels einer ausdrücklichen Regelung durch Auslegung zu gewinnen, an deren Ende vom Auslegenden entweder der Rechtssicherheit – im Wege der Bejahung der Bescheidqualität – oder aber der Rechtsrichtigkeit – im Wege ihrer Verneinung – der Vorzug einzuräumen ist.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵¹ So THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 220 f.

¹⁰⁵² Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 56, RZ 34 ff.

¹⁰⁵³ Vgl des Weiteren WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 411/1.

¹⁰⁵⁴ So VwGH 5. 9. 2008, 2005/12/0158, sich auf VwGH 19. 12. 2000, 2000/12/0045 berufend. Zum Fehlerkalkül etwas eingehender THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 242 f und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 433 ff.

¹⁰⁵⁵ Vgl VwGH 19. 12. 2000, 2000/12/0045.

Die Lehre spricht sich allerdings dafür aus, dass nur solche (außerhalb des Fehlerkalküls liegende) Fehler zur absoluten Nichtigkeit eines Aktes führen, die rechtlich schwerer wiegen als jene, für die Fehlerfolgen normiert sind.¹⁰⁵⁶

Fehler eines als Bescheid erscheinenden Aktes, die ohne Folgen für seine Rechtserheblichkeit bleiben, die saniert werden können oder die lediglich zu seiner Vernichtbarkeit führen (unwesentliche Bescheidmerkmale), seien also von qualifizierten (graviden) Fehlern zu unterscheiden, die dessen absolute Nichtigkeit bewirken.¹⁰⁵⁷

In diesem Sinne gelten als „unwesentliche“ Bescheidmerkmale, deren Fehlen die Qualität einer Erledigung als Bescheid nicht berühren, die Rechtsmittelbelehrung, die Begründung und das Datum der Genehmigung, während als wesentliche oder konstitutive Merkmale die Bezeichnung der Behörde, der Name des Genehmigenden, die Fertigung, der Adressat, der Spruch und die Begründung – sofern sich aus dem Spruch der normative Charakter nicht eindeutig ergibt – angesehen werden.¹⁰⁵⁸

VI.H.3. Entscheidung in Senaten oder durch Einzelrichter

VI.H.3.a) Allgemeine Rechtslage

Gem Art 129e Abs 1 S 1 B-VG bzw gem § 61 Abs 1 AsylG 2005 bzw gem § 9 Abs 1 AsylGHG entscheidet der AsylGH in Senaten oder durch Einzelrichter.¹⁰⁵⁹ § 61 Abs 1 AsylG 2005 enthält zunächst eine Generalklausel zugunsten der Entscheidung in Senaten und verweist in der Folge auf jene Fälle, in denen ein Einzelrichter zu entscheiden hat. Durch Einzelrichter werden gem § 61 Abs 3 AsylG 2005 vor allem die zahlreichen Beschwerden gegen zurückweisende Bescheide des BAA und „die mit diesen Entscheidungen verbundene Ausweisung“ entschieden.

Jeder Senat besteht gem § 9 Abs 2 S 1 AsylGHG aus einem Richter als Vorsitzenden und einem weiteren Richter als Beisitzer (Zweiersenat). Ist gesetzlich die Entscheidung eines verstärkten Senates vorgesehen, ist gem Abs 3 S 1 leg cit der zuständige Senat um drei Richter zu verstärken und wird so zum (fünfköpfigen) Kammersenat. So hat ein verstärkter Senat zu entscheiden bei Grundsatzentscheidungen.

¹⁰⁵⁶ Vgl THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 243 sowie HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 56, RZ 7.

¹⁰⁵⁷ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 56, RZ 7.

¹⁰⁵⁸ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG II, § 56, RZ 6, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 219 ff und ausführlich 243 f und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 408 ff unter Berufung auf die Judikatur des VwGH.

¹⁰⁵⁹ Vgl zur Willensbildung auch schon oben IV.C.

gen gem Art 129e Abs 1 S 2 B-VG iVm § 42 AsylG 2005 sowie gem § 11 Abs 4 S 1 AsylIGHG bei Uneinigkeit der Mitglieder des Zweiersenates.¹⁰⁶⁰

VI.H.3.b) Übergangsrecht – vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter

Abgesehen von den in § 61 AsylG 2005 aufgezählten Fällen, in denen ein Einzelrichter zu entscheiden hat, normiert auch § 75 Abs 7 Z 1 AsylG 2005 eine interimistische Einzelrichterzuständigkeit dergestalt, dass „Mitglieder des unabhängigen Bundesasylsenates, die zu Richtern des Asylgerichtshofes ernannt worden sind, [...] alle bei ihnen anhängigen Verfahren, in denen bereits eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, als Einzelrichter weiterzuführen [haben].“

Im Schrifttum ist der Verdacht geäußert worden, das in dieser Bestimmung Normierte könne „zu einer unsachlichen Differenzierung und damit zu einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz iVm dem BVG über das Verbot rassischer Diskriminierung führen“, da die „Zuständigkeit des Einzelrichters [...] ungeachtet dessen [besteht], dass ab 1. Juli 2008 eine Beschwerde beim VwGH nicht mehr zulässig ist“¹⁰⁶¹.

Dieselben Bedenken sind in der Tat in an den VfGH gem Art 144a B-VG herangetragenen Beschwerden geäußert worden. In der ersten, die Übergangsbestimmung des § 75 Abs 7 Z 1 AsylG 2005 betreffenden, Beschwerde gehe der Beschwerdeführer „sichtlich davon aus, dass §75 Abs7 Z1 AsylG 2005 – gemessen an Entscheidungen des Asylgerichtshofes in Senaten – zu einer unsachlichen Benachteiligung und einer Verminderung des Rechtsschutzes für die von der Bestimmung betroffenen Asylwerber führt.“ Das Verfassungsgericht teilt diese Ansicht jedoch nicht: „§75 Abs7 Z1 AsylG 2005 soll ermöglichen, dass Asylverfahren, in denen vor dem 1. Juli 2008 eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, möglichst rasch durch das vormals zuständige Mitglied des UBAS, das zum Richter des Asylgerichtshofes ernannt wurde, erledigt werden können. Für diese überschaubare Zahl von Übergangsfällen ist festzustellen, dass der Gesetzgeber an ein Verfahrensstadium anknüpft, in dem bereits – nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung – eine entscheidungsreife Rechtssache vorliegt. Eine Übergangsbestimmung dieser Art, die – wie erwähnt – auf das fortgeschrittene Verfah-

¹⁰⁶⁰ Der AsylIGH fasst die Entscheidungsmöglichkeiten entweder durch Einzelrichter oder durch Zweiersenat oder durch Kammersenat regelmäßig wie folgt systematisch zusammen (vgl AsylIGH 31. 1. 2011, E3 216274-4/2010): „Gemäß § 9 Abs. 1 AsylIGHG, BGBl. I Nr. 4/2008 in der geltenden Fassung entscheidet der Asylgerichtshof in Senaten, soweit eine Entscheidung durch einen Einzelrichter oder Kammersenat nicht bundesgesetzlich vorgesehen ist. Gemäß § 61 Abs. 3 AsylG 2005 entscheidet der Asylgerichtshof über Beschwerden gegen zurückweisende Bescheide nach den §§ 4 und 5 AsylG 2005 und nach § 68 AVG durch Einzelrichter. Gemäß § 42 AsylG 2005 entscheidet der Asylgerichtshof bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder Rechtsfragen, die sich in einer erheblichen Anzahl von anhängigen oder in naher Zukunft zu erwartender Verfahren stellt, sowie gemäß § 11 Abs. 4 AsylIGHG, wenn im zuständigen Senat kein Entscheidungsentwurf die Zustimmung des Senates findet durch einen Kammersenat.“

¹⁰⁶¹ So ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 159, FN 504.

rensstadium und die Identität des zur Entscheidung berufenen Organwalters abstellt, ist verfassungsrechtlich noch unbedenklich.“¹⁰⁶²

Im Zusammenhang mit der Verneinung der behaupteten unsachlichen Differenzierung kritisch zu beäugen ist mE allerdings der Hinweis des VfGH, es handle sich ohnedies nur um eine „überschaubare Zahl von Übergangsfällen“. Mit dieser Aussage vermag der VfGH die Verfassungskonformität der in Frage stehenden Übergangsbestimmung noch nicht außer Zweifel zu stellen, da es nämlich für das Vorliegen einer Verletzung des Gleichheitssatzes bzw des vfggR auf Gleichbehandlung der Fremden untereinander irrelevant ist, ob die behauptetermaßen verfassungswidrige Gesetzesbestimmung bloß eine „überschaubare Zahl von Übergangsfällen“ oder jede andere zahlenmäßig darunter oder darüber liegende Personengruppe betrifft. Ob ein (allenfalls) verfassungswidriges Gesetz Auswirkungen auf die Rechtssphäre bloß einiger weniger Personen (oder auch nur einer einzigen) oder aber vieler Personen hat, darf in einem Rechtsstaat keine Rolle spielen.

Wie sich aus dem Erk – und auch aus diesem folgenden Erk – ergibt, rückt der VfGH aber ohnehin einen anderen Aspekt ins Zentrum seiner Argumentation, nämlich, dass die Übergangsbestimmung auf „eine entscheidungsreife Rechtssache“ sowie „die Identität des zur Entscheidung berufenen Organwalters abstellt“. Doch es ist mE auch fraglich, ob diese beiden Argumente den – in der Literatur sowie in der Beschwerde geäußerten – Vorwurf der Ungleichbehandlung Fremder beseitigen können. Vielmehr ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb für die von der Übergangsbestimmung des § 75 Abs 7 Z 1 AsylG 2005 erfassten Fälle nicht auch die allgemeine Rechtslage gem Art 151 Abs 39 Z 1 B-VG gelten soll, wonach am 1. Juli 2008 beim UBAS anhängige Verfahren vor dem AsylGH weiterzuführen sind – aber nicht notwendiger Weise durch einen Einzelrichter.¹⁰⁶³

Des Weiteren wird eine Verletzung des vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter iSd Art 83 Abs 2 B-VG behauptet. Dieses verpflichtet zwar „den Gesetzgeber zur präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit; dazu zählen auch Regelungen des Instanzenzuges. Ein Recht auf die Zuständigkeit einer bestimmten Behörde oder einer bestimmten Anzahl an Instanzenzügen erfließt daraus aber nicht. §75 Abs7 Z1 bis 3 AsylG 2005 legt – wie dargetan – exakt fest, wann der Asylgerichtshof

¹⁰⁶² So VfGH 6. 11. 2008, U97/08.

¹⁰⁶³ Auch für die von § 75 Abs 7 Z 1 AsylG 2005 erfassten Fälle sollte daher unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung Fremder untereinander – gemäß der allgemeinen Rechtslage in § 61 AsylG 2005 – entweder der Einzelrichter oder ein Senat zuständig sein. Letzterenfalls erforderte der in § 10 Abs 1 AsylGHG normierte Unmittelbarkeitsgrundsatz das Wiederholen der (bereits unter Mitwirkung des ehemaligen UBAS-Mitgliedes abgehaltenen) Verhandlung, widrigenfalls von einer Verletzung aus dem vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter auszugehen wäre.

durch Einzelrichter oder in Senaten zu entscheiden hat“, weshalb die behauptete Rechtsverletzung nicht stattgefunden habe.¹⁰⁶⁴

Wie die zahlreichen Erk des VfGH zeigen, welche auf dem eben erwähnten aufbauen, stellt das Höchstgericht in diesem Zusammenhang vor allem auf das Vorliegen einer entscheidungsreifen Rechtssache, und nicht bloß auf das Faktum einer abgehaltenen Verhandlung ab.

In seiner diesbezüglichen nachfolgenden Judikatur beginnt der VfGH mit Ausführungen zum vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter. Dieses werde „durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt, wenn die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt [...] oder wenn sie in gesetzwidriger Weise ihre Zuständigkeit ablehnt, etwa indem sie zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert [...]. Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wird insbesondere dann verletzt, wenn eine an sich zuständige, aber nicht dem Gesetz entsprechend zusammengesetzte Kollegialbehörde entschieden hat [...]. Für Entscheidungen des Asylgerichtshofes gelten sinngemäß dieselben verfassungsrechtlichen Schranken. Dies bedeutet, dass das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter dann verletzt wird, wenn statt eines Senates ein Einzelrichter entscheidet oder umgekehrt.“

Im konkreten Fall habe „demnach zwar bereits vor dem 1. Juli 2008 eine mündliche Verhandlung vor der später entscheidenden Richterin des Asylgerichtshofes stattgefunden. Daraus alleine kann jedoch nicht auf eine Einzelrichterzuständigkeit geschlossen werden. Wie der Verfassungsgerichtshof nämlich schon in seinem Erkenntnis vom 6. November 2008, U97/08, festgestellt hat, soll die Übergangsbestimmung des §75 Abs7 Z1 AsylG 2005 ermöglichen, dass Asylverfahren, in denen vor dem 1. Juli 2008 eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, möglichst rasch durch das vormals zuständige Mitglied des unabhängigen Bundesasylsenates, das zum Richter des Asylgerichtshofes ernannt wurde, erledigt werden können. In Fällen, welche unter die Übergangsbestimmung des §75 Abs7 Z1 AsylG 2005 fallen, muss daher – bei verfassungskonformer Interpretation der Bestimmung – bereits eine ‚entscheidungsreife Rechtssache‘ vorliegen. Diese Voraussetzung war im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben, was sich einerseits aus der Vertagung der mündlichen Verhandlung vom 1. Oktober 2003 auf unbestimmte Zeit und andererseits aus der Notwendigkeit der Fortsetzung bzw. neuerlichen Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 17. Dezember 2009 ergibt.“

¹⁰⁶⁴ Vgl weiter VfGH 6. 11. 2008, U97/08.

Der AsylIGH hätte deshalb nicht durch eine Einzelrichterin, sondern in einem Senat zu entscheiden gehabt, weshalb er den Beschwerdeführer im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt habe.¹⁰⁶⁵

In einem weiteren Erk hebt der VfGH noch einmal hervor, dass er die in Frage stehende Übergangsbestimmung „für verfassungsrechtlich (noch) unbedenklich erachtet hat“, bringt also zum Ausdruck, dass der Verfassungsbruch nicht mehr weit wäre. Konkret „war das Asylverfahren des Beschwerdeführers zwar am 1. Juli 2008 beim unabhängigen Bundesasylsenat anhängig. Dass jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits eine mündliche Verhandlung stattgefunden hätte, lässt sich den vorgelegten Verwaltungs- und Gerichtsakten nicht entnehmen; eine Verhandlung fand erkennbar erstmals am 18. März 2009 vor dem Asylgerichtshof statt“, weshalb der AsylIGH „nicht durch einen Einzelrichter, sondern in einem Senat zu entscheiden gehabt [hätte].“¹⁰⁶⁶

Aus diesem Erk geht eindeutig hervor, dass die geforderte Entscheidungsreife der Sache jedenfalls das Abhalten einer mündlichen Verhandlung erfordert; umgekehrt reicht aber letztere allein nicht aus, um von Ersterem sprechen zu können.

Freilich reicht es auch nicht hin, wenn im Verfahren bezüglich der Familienangehörigen, nicht aber in jenem der Beschwerdeführerin eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, weshalb in einem konkreten Fall ein Senat zu entscheiden gehabt hätte.¹⁰⁶⁷

VI.H.4. (Personelle) Unmittelbarkeit

Gem § 10 Abs 1 AsylIGHG „gilt in mündlichen Verhandlungen der Grundsatz der Unmittelbarkeit. Diese Regelung entspricht § 67f Abs. 1 AVG.“¹⁰⁶⁸ So bestimmt diese Regelung, dass im Falle einer abgehaltenen mündlichen Verhandlung, „die Entscheidung nur von jenen Richtern des Asylgerichtshofes getroffen werden [kann], die an dieser Verhandlung teilgenommen haben. Wenn sich die Zusammensetzung des Senates oder des Kammersenates geändert hat, ist die Verhandlung zu wiederholen.“¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁵ Vgl VfGH 27. 4. 2010, U634/10. Vgl weiters VfGH 1. 12. 2010, U1489/10 und U3061/09 dD, VfGH 9. 3. 2011, U1235/10 sowie 29. 6. 2011, U1430/10.

¹⁰⁶⁶ Vgl VfGH 27. 4. 2010, U1148/09.

¹⁰⁶⁷ Vgl VfGH 27. 4. 2010, U1959/09. Vgl in diesem Sinne auch VfGH 3. 9. 2009, U804/09 und 27. 4. 2009 U626/09.

¹⁰⁶⁸ So AB 2007, 3.

¹⁰⁶⁹ So auch AsylIGH 22. 12. 2008, E4 238257-0/2008: „Zumal vor dem Unabhängigen Bundesasylsenat bereits eine mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, der gegenständliche Verwaltungsakt nunmehr dem erkennenden Senat des Asylgerichtshofes zugewiesen wurde und die Richter dieses Senates nicht an der ersten mündlichen Verhandlung teilgenommen haben, war § 10 Abs. 1 AsylIGHG folgend, die bereits stattgefundene mündliche Verhandlung zu wiederholen.“

Die so formulierte Unmittelbarkeit des Verfahrens ist in dieser Arbeit bereits als „personelle“ Unmittelbarkeit bezeichnet und (Bestimmungen bezüglich) der „sachlichen“ Unmittelbarkeit gegenüber gestellt worden.¹⁰⁷⁰ In diesem Sinne fallen unter den Begriff der personellen Unmittelbarkeit neben § 10 Abs 1 AsylIGH auch der darin verwiesene § 67f Abs 1 AVG.

In der Tat entsprechen einander die Wortlaute der beiden Bestimmungen, sodass auf die § 67f Abs 1 AVG betreffenden Ausführungen im Schrifttum und die hierzu ergangene Judikatur verwiesen werden kann. Im Übrigen dürfte die Auslegung der Regelung in der Praxis auf keine großen Schwierigkeiten stoßen. In der Literatur wird lediglich darauf aufmerksam gemacht, dass die leg cit im Wege eines Größenschlusses auch auf Bescheide von Einzelmitgliedern zu beziehen sei.¹⁰⁷¹

VI.H.5. Entscheidungsbefugnis des AsylIGH

VI.H.5.a) Die Anwendbarkeit des § 66 AVG vor dem UBAS

Im Rahmen der Behandlung einer Beschwerde gegen einen Bescheid des UBAS hat der VwGH allgemein auf das Zusammenwirken der Absätze des § 66 AVG, welcher die Entscheidungsbefugnis einer Berufungsbehörde im Administrativverfahren regelt, Stellung bezogen. So habe gem § 66 Abs 1 AVG „die Berufungsbehörde notwendige Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens durch eine im Instanzenzug untergeordnete Behörde durchführen zu lassen oder selbst vorzunehmen. Außer dem in § 66 Abs. 2 AVG erwähnten Fall hat die Berufungsbehörde, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, gemäß § 66 Abs. 4 AVG immer in der Sache selbst zu entscheiden [...].“¹⁰⁷²

In der Folge setzt sich das Höchstgericht mit der Ansicht des Beschwerdeführenden BMI auseinander, wonach dem UBAS ein Vorgehen gem § 66 Abs 2 AVG, welcher die Berufungsbehörde im Falle einer qualifiziert mangelhaften Sachverhaltsfeststellung zur Zurückverweisung des angefochtenen Bescheides an eine im Instanzenzug untergeordnete Behörde berechtigt, generell untersagt sei.

Der VwGH verweist zur Entkräftigung dieser These auf eines seiner Erk, auf welches sich seinerseits der BMI zur Stützung seines Argumentes bezogen zu haben scheint. Nach diesem Erk ändere die „besondere Stellung der belangten Behörde [Anmerkung: UBAS] und die Anwendbarkeit der ‚Besonderen Bestimmungen‘ des AVG ‚für das Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten‘ [...] aber

¹⁰⁷⁰ Siehe oben VI.B.7.c).

¹⁰⁷¹ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67f, RZ 4.

¹⁰⁷² So VwGH 21. 11. 2002, 2002/20/0315.

nichts an der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 66 AVG, insoweit es danach die Pflicht der Berufungsbehörde ist, vor der Erledigung der Berufung für die notwendigen Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens zu sorgen und mit den in § 66 Abs. 4 AVG enthaltenen Einschränkungen reformatorisch zu entscheiden. Der Spielraum für eine Anwendung des § 66 Abs. 2 AVG ist dabei – im Vergleich zu sonstigen Berufungsverfahren nach dem AVG – eher geringer und jedenfalls nicht größer¹⁰⁷³.

Damit werde allerdings eine „generelle Unzulässigkeit der Anwendung des § 66 Abs. 2 AVG – wie sie der Meinung des beschwerdeführenden Bundesministers entspräche – [...] nicht zum Ausdruck gebracht [...]. In diese Richtung gehen auch die Gesetzesmaterialien zu § 38 AsylG (RV 686 BlgNR 20. GP 30), weil diese ausdrücklich die Geltung des AVG für das Verfahren vor dem unabhängigen Bundesasylsenat betonen und daran anschließend hervorheben, dass die Möglichkeit der ‚Zurückverweisung‘ durch § 32 AsylG ‚erweitert‘ worden sei, was in Bezug auf Berufungsverfahren vor der belangten Behörde, in denen § 32 AsylG nicht anzuwenden ist, eine positive Anknüpfung an die in § 66 Abs. 2 AVG vorgesehene Zurückverweisungsmöglichkeit bedeutet.“¹⁰⁷⁴

Damit hat der VwGH also deutlich gemacht, dass im Verfahren vor dem UBAS – sowie selbstverständlich auch vor den UVSL – § 66 AVG prinzipiell zur Gänze anwendbar ist. Diese Ansicht ist auch von der Lehre rezipiert worden.¹⁰⁷⁵ Im Übrigen bezieht sich § 67h AVG nach seinem Wortlaut unstreitig nur auf Berufungsverfahren vor den UVSL und ist daher vor dem UBAS nicht anzuwenden gewesen.

VI.H.5.b) „Notwendige Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens“ iSd § 66 Abs 1 AVG

Die Berufungsbehörde muss bei notwendigen Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens gem § 66 Abs 1 AVG vorgehen. Notwendige Ergänzungen liegen nach der Judikatur des VwGH beispielsweise vor, weil nach Erlassung des unterinstanzlichen Bescheides Änderungen der Sach- und Beweislage eingetreten sind, die Sachverhaltsfeststellung durch die Unterbehörde Mängel aufweist oder in der Berufung neue Tatsachen behauptet oder neue Beweise beantragt werden, nicht aber bei allgemeinen Behauptungen ohne Konkretisierung.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷³ So VwGH 23. 7. 1998, 98/20/0175.

¹⁰⁷⁴ So erneut VwGH 21. 11. 2002, 2002/20/0315.

¹⁰⁷⁵ Vgl. HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 66, RZ 2 und 4, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 293 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 548/38 und 548/15.

¹⁰⁷⁶ Vgl die Zusammenstellung bei HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 66, RZ 2.

VI.H.5.c) Zurückweisung der Berufung

Gem § 66 Abs 4 S 1 AVG ist die Berufung im Falle der Unzulässigkeit oder Verspätung durch die Berufungsbehörde zurückzuweisen. Als Unzulässigkeitsgründe werden in der Literatur unter Berufung auf die Judikatur genannt: Mangelnde Bescheidqualität des angefochtenen Aktes, mangelnde Anfechtbarkeit des Bescheides, wie insbes bei letztinstanzlichen Bescheiden sowie Fehlen der Berufungslegitimation mangels Parteistellung, Beschwer oder Partei- und Prozessfähigkeit bzw wegen Berufungsverzichts oder Zurückziehung der Berufung. Des Weiteren sind verspätet eingebrachte Berufungen zurückzuweisen. Vom Schrifttum werden hier als dritte Kategorie der Zurückweisungstatbestände auch noch mangelhafte Berufungen angeführt, welche trotz erteilten Verbesserungsauftrages iSd § 13 Abs 3 AVG nicht verbessert worden sind.¹⁰⁷⁷

Die Zurückweisung gem § 66 Abs 4 AVG erfolgt durch verfahrensrechtlichen Bescheid; sie ist daher keine Sachentscheidung, was sich auch insofern aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt, als der (verfahrensrechtlichen) Zurückweisung die Entscheidung „in der Sache selbst“ gegenüber gestellt wird.¹⁰⁷⁸

VI.H.5.d) Entscheidung in der Sache

Kommt es weder zur Zurückverweisung gem § 66 Abs 2 AVG noch zur Zurückweisung der Berufung, hat die Berufungsbehörde gem § 66 Abs 4 S 1 AVG „immer in der Sache selbst zu entscheiden“, wobei ihr die umfassende reformatorische Entscheidungsbefugnis gem S 2 leg cit zukommt. „Sache“ des Berufungsverfahrens sei jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches des angefochtenen Bescheides gebildet hat, und zwar im Rahmen der Anfechtung. Hat die Unterbehörde nur über verfahrensrechtliche Fragen entschieden, dürfe auch die Berufungsbehörde keine Sachentscheidung treffen.¹⁰⁷⁹

Die Berufungsbehörde müsse ihrer Entscheidung jenen Sachverhalt zugrunde legen, der im Zeitpunkt der Erlassung ihres Bescheides vorliegt, zwischenzeitige Änderungen der Sachlage seien wahrzunehmen.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁷ Vgl zu den einzelnen Zurückweisungstatbeständen ausführlich HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 66, RZ 31 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 268 f und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 535.

¹⁰⁷⁸ Vgl auch HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 66, RZ 50, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 269 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 536

¹⁰⁷⁹ Vgl unter Berufung auf die Judikatur vor allem HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 66, RZ 58 ff sowie ferner THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 271 ff und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 537 ff.

¹⁰⁸⁰ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 66, RZ 80 unter Berufung auf VwGH 15. 3. 2005, 2005/08/0008 („Diese Änderung der Sachlage zwischen der Antragstellung und der Erlassung des nunmehr angefochtenen Bescheides hätte die belangte Behör-

Hinsichtlich der maßgebenden Rechtslage tätigt der VwGH unter Berufung auf seine Vorjudikatur folgende Aussage: „Die Rechtsmittelbehörde hat im Allgemeinen das im Zeitpunkt der Erlassung ihres Bescheides geltende Recht anzuwenden. Eine andere Betrachtungsweise wird dann geboten sein, wenn etwa der Gesetzgeber in einer Übergangsbestimmung zum Ausdruck bringt, dass ‚auf anhängige Verfahren noch das bisher geltende Gesetz anzuwenden ist‘. Weiters wird eine andere Betrachtungsweise auch dann Platz zu greifen haben, wenn darüber abzusprechen ist, was an einem bestimmten Stichtag oder in einem konkreten Zeitraum rechtens war.“¹⁰⁸¹

Als mögliche Varianten einer Sachentscheidung iSd § 66 Abs 4 S 1 AVG werden im Schrifttum genannt:

- Die reformatorische (meritorische) Entscheidung in Form der Abänderung des Spruchs wegen Rechtswidrigkeit und/oder der Begründung;
- die, den angefochtenen Bescheid bestätigende bzw der Berufung keine Folge gebende, Abweisung der Berufung;
- die ersatzlose Behebung des Bescheides mangels Zuständigkeit der Unterbehörde, bei Antragszurückziehung oder bei rechtswidriger Zurückweisung des Antrages durch die Unterbehörde.¹⁰⁸²

VI.H.5.e) Die Anwendbarkeit von § 66 Abs 1 und 4 AVG auf das Verfahren vor dem AsylGH

Die bisherigen Ausführungen zu § 66 AVG haben sich auf die UVS bzw den UBAS bezogen, jedoch besteht kein Grund zur Annahme, weshalb sie nicht auch für den AsylGH Relevanz besitzen sollten. § 66 Abs 1 AVG, welcher die Behörde dazu ermächtigt, notwendige Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens auch „durch eine im Instanzenzug untergeordnete Behörde durchführen zu lassen“, dürfte jedoch nur nach Maßgabe des zu der, vor dem AsylGH geltenden, prinzipiellen Unmittelbarkeit des Verfahrens Gesagten – analog, zumal der AsylGH nicht Teil des administrativen Instanzenzugs ist – anwendbar sein.¹⁰⁸³

de im Spruch zu berücksichtigen gehabt“.) Vgl in diesem Sinne auch VwGH 30. 11. 2006, 2006/19/0126 („Gemessen an der Sachlage, die dem Bundesasylamt bei der Entscheidung im Erstverfahren vorlag, wäre die behauptete Suche der Mudjaheddin nach dem Beschwerdeführer aber auch ohne den Mordanschlag auf seinen Vater keine Veränderung ‚lediglich in Randumständen‘, und wäre daher vom UBAS zu berücksichtigen gewesen.)

¹⁰⁸¹ So VwGH 15. 11. 2006, 2006/12/0093 und sich darauf berufend HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 66, RZ 83 ff. In diesem Sinne auch VwGH 10. 8. 2010, 2009/17/0264, wonach gem AVG „grundsätzlich die im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheids, gegebenenfalls des Berufungsbescheids, geltende Rechtslage anzuwenden ist, sofern das Gesetz nicht anderes ausspricht“.

¹⁰⁸² Vgl ausführlich HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 66, RZ 87 ff sowie ferner THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 273 f und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 537 ff.

¹⁰⁸³ Siehe zu der vor dem AsylGH geltenden Unmittelbarkeit des Verfahrens oben VI.B.7.d).

VI.H.5.f) Die Kassation gem § 66 Abs 2 und 3 AVG durch den UBAS

Auf den ersten Blick weniger eindeutig zu klären ist mE allerdings die Frage der Anwendbarkeit des § 66 Abs 2 iVm Abs 3 AVG, enthält doch § 22 Abs 1 S 2 AsylG 2005 die Passage, dergemäß Entscheidungen des AsylIGH „in der Sache selbst“ in Form eines Erk ergehen. Eine so deutliche Hervorhebung der – reformatorischen – Entscheidungsbefugnis „in der Sache selbst“ hat die den UBAS betreffende Rechtslage nicht enthalten. In der Literatur wird dementsprechend die reformatorische Entscheidungsbefugnis betont, wenngleich nicht dergestalt, dass damit zugleich Kassationen iSd § 66 Abs 2 AVG für unzulässig erklärt werden.¹⁰⁸⁴

Jedenfalls erachtet sich der AsylIGH „zur Anwendung des § 66 Abs. 2 AVG berechtigt“¹⁰⁸⁵, wie die tausenden Kassationen zeigen. Er zitiert dabei die zum UBAS ergangene VwGH-Judikatur, die im Folgenden dargestellt werden soll.

In einem oben behandelten Erk ist die Frage der Anwendbarkeit des § 66 Abs 2 AVG im Verfahren vor dem UBAS bereits gestreift worden.¹⁰⁸⁶ Im Anschluss an die angeführten Aussagen konstatiert der VwGH, die „Berufungsbehörde [dürfe] eine cassatorische Entscheidung nicht bei jeder Ergänzungsbedürftigkeit des Sachverhaltes, sondern nur dann treffen, wenn der ihr vorliegende Sachverhalt so mangelhaft ist, dass die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erscheint. Die Berufungsbehörde hat dabei zunächst in rechtlicher Gebundenheit zu beurteilen, ob angesichts der Ergänzungsbedürftigkeit des ihr vorliegenden Sachverhaltes die Durchführung einer mündlichen Verhandlung als ‚unvermeidlich erscheint‘. Für die Frage der Unvermeidlichkeit einer mündlichen Verhandlung im Sinne des § 66 Abs. 2 AVG ist es aber unerheblich, ob eine kontradiktoriale Verhandlung oder nur eine Vernehmung erforderlich ist [...].“ Diese Erforderlichkeit sei im konkreten Fall gegeben gewesen, „weil es zur Prüfung des gegenständlichen Asylantrages [...] jedenfalls einer Vernehmung der Partei bedurft hätte, die – wäre keine Kassation vorgenommen worden – von der Berufungsbehörde vorzunehmen gewesen wäre.“

Zur Frage der Gesetzmäßigkeit der Ermessensübung iSd § 66 Abs 2 und 3 AVG durch den UBAS hält das Höchstgericht Folgendes fest: „Der Gesetzgeber hat in Asylsachen ein zweistufigliches Verfahren (mit nachgeordneter Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts) eingerichtet, wo-

¹⁰⁸⁴ So spricht ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 153 davon, „dass der VwGH im Gegensatz zum AsylIGH grundsätzlich nur cassatorisch entscheidet“ sowie dass das AsylG 2005 „ausgeprägte verfahrensrechtliche Regelungen im Hinblick auf eine reformatorische Entscheidung in der Asylsache“ enthalte. Besonders deutlich auch MUZAK, Verfahren, 86 (91), wonach „aus dem AsylG an mehreren Stellen (insb § 22 Abs 1) das Gebot einer reformatorischen Entscheidung abzuleiten“ sei. In diese Richtung ferner bereits MUZAK, Verfahren, 13 (15).

¹⁰⁸⁵ So zB AsylIGH 1. 2. 2011, E13 251221-3/2008.

¹⁰⁸⁶ Vgl erneut VwGH 21. 11. 2002, 2002/20/0315 oben bei VI.H.5.a), insbes bei FN 1074.

bei der belangten Behörde die Rolle einer ‚obersten Berufungsbehörde‘ zukommt (Art. 129c Abs. 1 B-VG). In diesem Verfahren hat bereits das Bundesasylamt den gesamten für die Entscheidung über den Asylantrag relevanten Sachverhalt zu ermitteln und es ist gemäß § 27 Abs. 1 AsylG grundsätzlich verpflichtet, den Asylwerber dazu persönlich zu vernehmen. Diese Anordnungen des Gesetzgebers würden aber unterlaufen, wenn es wegen des Unterbleibens eines Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens vor die Berufungsbehörde käme und die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen damit zur bloßen Formsache würde. Es ist nicht im Sinne des Gesetzes, wenn die Berufungsbehörde, statt ihre (umfassende) Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, jene Behörde ist, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht.“¹⁰⁸⁷

Außerdem sei unter „dem Blickwinkel einer Kostenersparnis für die Partei“ weiters zu beachten, „dass die Vernehmung vor dem Bundesasylamt dezentral durch die Außenstellen in den Bundesländern [...] erfolgt, während der unabhängige Bundesasylsenat – anders als bei den unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern, für die Vergleichbares auf Landesebene gilt – als zentrale Bundesbehörde in Wien eingerichtet ist [...].“ Aus den dargelegten Gründen vermöge daher der Umstand, „dass durch die mit der Kassation verbundene Eröffnung eines zweiten Instanzenzuges das Verfahren insgesamt verlängert werden kann, eine Anwendung des § 66 Abs. 2 AVG in einem Fall wie dem vorliegenden jedenfalls nicht auszuschließen.“

„Ausgehend von diesen Überlegungen kann der belangten Behörde darin, dass sie im vorliegenden Fall das ihr eingeräumte Ermessen im Sinne einer kassatorischen Entscheidung geübt hat, nicht entgegen getreten werden, weil die Erstbehörde die [...] erforderlichen Ermittlungen, insbesondere die Vernehmung der Partei zu entscheidungswesentlichen Fragen (hier: zur Gänze) unterlassen hat.“¹⁰⁸⁸

In einem Erk vom selben Tag äußert sich der Gerichtshof näher zur „Ersparnis an Zeit und Kosten“ iSd § 66 Abs. 3 AVG. So verweist der VwGH auf seine Rechtsprechung, „wonach es gemäß § 66 Abs. 3 AVG nicht auf das Gesamtverfahren, sondern nur auf die Ersparnis an Zeit und Kosten für die konkrete Amtshandlung ankommt. Unter diesem Gesichtspunkt wurde eine rechtswidrige Ausübung des Ermessens durch eine auf § 66 Abs. 2 AVG gestützte Entscheidung schon dann nicht angenommen, wenn die beteiligten Behörden ihren Sitz am selben Ort hatten [...]. Zieht man im vorlie-

¹⁰⁸⁷ Diese Aussagen besitzen im Großen und Ganzen auch in Bezug auf den AsylGH bzw. in Bezug auf das AsylG 2005 ihre Gültigkeit, wenngleich die nachgeordnete Kontrolle durch die GHÖR durch Wegfall der Anrufbarkeit des VwGH wesentlich eingeschränkt worden ist und es sich beim AsylGH nicht um eine oberste Berufungsbehörde handelt. Wesentlich ist aber, dass auch § 19 Abs. 2 AsylG 2005 eine das BAA treffende Pflicht zur Einvernahme des Asylwerbers normiert und dieses daher „den gesamten für die Entscheidung über den Asylantrag relevanten Sachverhalt zu ermitteln“ hat.

¹⁰⁸⁸ Vgl. erneut VwGH 21. 11. 2002, 2002/20/0315.

genden Fall die räumliche Entfernung zwischen dem im Sprengel der Außenstelle Graz des Bundesasylamtes wohnhaften Asylwerber einerseits und der belangten Behörde in Wien andererseits in Betracht, so hätte das Unterbleiben einer auf § 66 Abs. 2 AVG gestützten Entscheidung [...] keine ‚Ersparnis an Zeit und Kosten‘ bedeuten können.“

Abgesehen davon müsse aber „auch berücksichtigt werden, dass das Asylverfahren nicht nur möglichst kurz sein soll. Zur Sicherung seiner Qualität hat der Gesetzgeber einen Instanzenzug vorgesehen, der zur belangten Behörde und somit zu einer gerichtsähnlichen, unparteilichen und unabhängigen Instanz als besonderem Garanten eines fairen Asylverfahrens führt“. Die Tatsache, dass es das BAA abgelehnt habe auf das Vorbringen des Asylwerbers „sachgerecht einzugehen und brauchbare Ermittlungsergebnisse in Bezug auf die Verhältnisse im Herkunftsstaat in das Verfahren einzuführen“, spreche „auch bei Bedachtnahme auf die mögliche Verlängerung des Gesamtverfahrens unter dem Gesichtspunkt, dass eine ernsthafte Prüfung des Antrages nicht erst bei der ‚obersten Berufungsbehörde‘ beginnen und zugleich – abgesehen von der im Sachverhalt beschränkten Kontrolle der letztinstanzlichen Entscheidung durch den Verwaltungsgerichtshof – bei derselben Behörde enden soll, für die [Anmerkung: Richtigkeit der angefochtenen] Entscheidung.“¹⁰⁸⁹

Das zuletzt genannte Argument wird vor dem Hintergrund, dass die angesprochene „Kontrolle der letztinstanzlichen Entscheidung durch den Verwaltungsgerichtshof“ im nunmehr geltenden Verfahren vor dem AsylIGH nicht mehr besteht, noch stärker ins Gewicht fallen und so den Spielraum des AsylIGH in Bezug auf ein Vorgehen gem § 66 Abs 2 AVG noch erweitern.

Die nachfolgende verwaltungsgerichtliche Judikatur baut auf diesen Thesen auf und verfeinert diese. So „liegt es [...] gemäß § 66 Abs. 2 iVm Abs. 3 AVG im Ermessen der Rechtsmittelbehörde, entweder von der Ermächtigung zur Zurückverweisung Gebrauch zu machen und eine kassatorische Entscheidung zu treffen oder die mündliche Verhandlung selbst durchzuführen und in der Sache zu entscheiden. Dabei obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes in Richtung auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist.“ Da der UBAS „im hier vorliegenden Fall [seine] Ermessensentscheidung nicht nachvollziehbar begründet“ habe, sei der angefochtene Bescheid „gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben“ gewesen.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁹ So VwGH 21. 11. 2002, 2000/20/0084.

¹⁰⁹⁰ Vgl VwGH 28. 10. 2009, 2006/01/0918 und auch VwGH 17. 3. 2009, 2008/19/0042.

Ähnliches konstatiert der Gerichtshof in einem anderen Erk, wenn er festhält, einem „zurückverweisenden Bescheid im Sinne des § 66 Abs. 2 AVG muss demnach auch entnommen werden können, welche Mängel bei der Feststellung des maßgebenden Sachverhalts im Verfahren vor der Unterbehörde unterlaufen und im Wege der Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung zu beheben sind“. Im Übrigen sei eine Zurückverweisung „wegen bloßer Begründungsmängel nicht zulässig“.¹⁰⁹¹

VI.H.5.g) Die Kassation gem § 66 Abs 2 und 3 AVG durch den AsylGH

Wie bereits erwähnt, behebt der AsylGH regelmäßig Bescheide des BAA und verweist diese gem § 66 Abs 2 AVG an jenes zurück, wobei er sich (insbes) auf das erwähnte Erk VwGH 21. 11. 2002, 2002/20/0315 beruft, „welches sich auf den Unabhängigen Bundesasylsenat bezog und aufgrund der identischen Interessenslage in Bezug auf den AsylGH ebenfalls seine Gültigkeit hat“¹⁰⁹². In Bezug auf die Faktoren, welche im Zuge der Ermessensübung gem § 66 Abs 2 und 3 AVG zu berücksichtigen sind, führt der AsylGH unter Anlehnung an die Formulierungen in den Judikaten des VwGH aus: „Auch wenn der AsylGH eine Außenstelle in Linz einrichtete, ist auszuführen, dass aufgrund des organisatorischen Aufbaus des AsylGH und des Bundesasylamtes, sowie aufgrund des Aufenthaltsortes des BF [Anmerkung: Beschwerdeführers] und der Geschäftsverteilung des Asylgerichtshofes eine Weiterführung des Verfahrens durch den AsylGH im Sinne des § 66 (3) AVG nicht mit einer Ersparnis an Zeit und Kosten verbunden ist.“

Nachdem der AsylGH in seinem Erk ausführlich die dem BAA unterlaufenen Mängel des Ermittlungsverfahrens auflistet – oberflächliche Befragung des Beschwerdeführers; Unterbleiben weiterer Erhebungen, wobei „das Ermittlungsverfahren [...] bei Weitem nicht jenen Anforderungen [entspricht], die an eine Spezialbehörde zu richten sind; mangelndes Eingehen auf „die vielen Ungereimtheiten im Vorbringen“ des Beschwerdeführers – spricht der AsylGH die an das BAA adressierte konkrete Pflicht aus, „seine neuerliche Entscheidungsfindung auf aktuelle Quellen zu stützen, deren nicht notorisch bekannten Teile dem BF im Rahmen des Parteiengehörs zu Kenntnis zu bringen sein werden.“

„Das erkennende Gericht ist sich dessen bewusst, dass eine kassatorische Entscheidung aufgrund der verstrichenen Zeit seit der Erlassung des angefochtenen Bescheides in einem gewissen Spannungsfeld zu den in § 66 Abs. 3 AVG genannten Opportunitätsmaxime steht, doch ist im gegenständlichen Fall vor allem im Rahmen einer Gesamtschau von einer derart mangelhaften und unvollständigen

¹⁰⁹¹ So VwGH 10. 9. 2009, 2006/20/0515 und auch VwGH 11. 11. 2008, 2006/19/0359.

¹⁰⁹² So etwa AsylGH 1. 2. 2011, E13 251221-3/2008.

Verfahrensführung auszugehen, dass vor dem Hintergrund, dass der AsylGH vor allem Kontroll- und Rechtsmittelinstanz ist, eine Behebung des angefochtenen Bescheides unumgänglich erscheint.“¹⁰⁹³

In einem anderen Erk nimmt das Asylgericht auf die erwähnte vorgegebene, nicht auszuhöhlende, Aufgabenverteilung zwischen BAA und UBAS bzw nunmehr AsylGH Bezug. „Was für den Unabhängigen Bundesasylsenat bis zum 30.06.2008 zu gelten hatte, gilt nunmehr gleichermaßen für den Asylgerichtshof, zumal dieser nicht – wie der Unabhängige Bundesasylsenat – ein gerichtsähnlicher unabhängiger Verwaltungssenat, sondern ein Gerichtshof ist, dem noch weniger zuzusinnen ist, erstmals mit der ernsthaften Prüfung des Antrages zu beginnen und das gesamte Verfahren von Anbeginn an durchzuführen.“¹⁰⁹⁴

Abhängig vom entscheidenden Senat variiert die Formulierung des AsylGH, um jedoch immer zum Schluss zu kommen, dass der AsylGH zur Kassation berechtigt bzw unter Berücksichtigung der vom VwGH angestellten Überlegungen auch verpflichtet sei, das ihm eingeräumte Ermessen iSd § 66 Abs 2 und 3 AVG im Sinne des Gesetzes auszuüben. Dem AsylGH ist – vor allem auch unter Berücksichtigung des Wegfalls der nachprüfenden Kontrolle des VwGH – voll zuzustimmen, wenn er meint, ihm als Gerichtshof sei es „noch weniger zuzusinnen [...], erstmals mit der ernsthaften Prüfung des Antrages zu beginnen und das gesamte Verfahren von Anbeginn an durchzuführen.“

Aus diesem Grund wird trotz der angesprochenen verfahrensrechtlichen Regelungen im Hinblick auf eine reformatorische Entscheidung durch den AsylGH, welche einen entsprechenden „Vorrang“ der reformatorischen im Vergleich zur kassatorischen Entscheidung andeuten (können), auch eine kassatorische Entscheidung durch den AsylGH für zulässig zu erachten sein. Es ist jedoch zu bemerken, dass – falls überhaupt existierend – Meinungsdivergenzen lediglich im Schrifttum auszufechten wären. Der VwGH könnte sich dazu nämlich nur im Rahmen einer Grundsatzentscheidung äußern. Der VfGH wird in diesem Punkt mangels „Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage“ iSd Art 144a Abs 2 B-VG ohnehin nicht anrufbar sein.

¹⁰⁹³ Vgl erneut AsylGH 1. 2. 2011, E13 251221-3/2008.

¹⁰⁹⁴ So AsylGH 21. 1. 2011, D1 254272-0/2008. Vgl auch AsylGH 20. 1. 2011, A3 319580-1/2008 oder 18. 1. 2011, B6 415307-2/2011: „Der Gesetzgeber hat in Asylsachen ein Verfahren vor dem Bundesasylamt mit nachgeordneter Kontrolle durch den Asylgerichtshof eingerichtet. In diesem Verfahren hat bereits das Bundesasylamt den gesamten für die Entscheidung über den Asylantrag relevanten Sachverhalt zu ermitteln, und es ist gemäß § 19 Abs. 2 AsylG grundsätzlich verpflichtet, den Asylwerber dazu persönlich zu vernehmen. Diese Anordnungen würden aber unterlaufen, wenn ein Ermittlungsverfahren vor dem Bundesasylamt unterbliebe und somit nahezu das gesamte Verfahren vor den Asylgerichtshof verlagert würde, sodass die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen zur bloßen Formsache würde. Das wäre etwa der Fall, wenn es das Bundesasylamt ablehnte, auf das Vorbringen des Asylwerbers sachgerecht einzugehen und brauchbare Ermittlungsergebnisse in Bezug auf die Verhältnisse im Herkunftsstaat in das Verfahren einzuführen. Es liegt nicht im Sinne des Gesetzes, wenn es das Kontrollorgan ist, das erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und beurteilt, sodass es die umfassende Kontrollbefugnis nicht wahrnehmen kann. Dies spricht auch bei Bedachtnahme auf eine mögliche Verlängerung des Gesamtverfahrens dafür, nach § 66 Abs. 2 AVG vorzugehen.“

Die hohe Anzahl an Kassationen durch den AsylGH offenbart, dass das BAA – nach Auffassung des AsylGH – den entscheidungsrelevanten Sachverhalt sehr oft nur mangelhaft feststellt, dh wesentliche Ermittlungsschritte nicht setzt. Die einzige Möglichkeit, diese Nachlässigkeiten des BAA im Ermittlungsverfahren nicht dem Asylwerber zum Nachteil gereichen zu lassen – ohne dabei die verfassungsmäßig vorgezeichnete Zweigliedrigkeit des Instanzenzuges im Asylverfahren zu ignorieren –, besteht in der Zurückverweisung zur neuerlichen Verhandlung an das BAA. Damit offenbart sich aber zugleich auch, welcher Akteur im Asylwesen nicht unwesentlich zu langen Verfahrensdauern, welche Realität sind und dem Gesetzgeber gerne als Rechtfertigung für Restriktionen dienen, beiträgt – das oft nur lückenhafte Ermittlungen durchführende BAA.

VI.H.6. Erlassung der Entscheidung

VI.H.6.a) Mündliche Verkündung

In § 41 Abs 9 AsylG 2005 „wird die Regelung des § 67g AVG für die Erlassung von Entscheidungen des Asylgerichtshofes in adaptierter Form übernommen.“¹⁰⁹⁵ So normiert § 41 Abs 9 Z 1 S 1 AsylG 2005, dass das „Erkenntnis oder der Beschluss des Asylgerichtshofes und seine wesentliche Begründung [...] auf Grund der Verhandlung, und zwar wenn möglich, sogleich nach deren Schluss zu beschließen und öffentlich zu verkünden [sind].“

§ 67 AVG¹⁰⁹⁶ erklärt im Rechtsmittelverfahren – unter anderem – § 62 AVG betreffend die Erlassung von Bescheiden (im erstinstanzlichen Administrativverfahren) für anwendbar. § 62 Abs 1 AVG stellt es der Bescheid erlassenden Behörde – maA – anheim, den Bescheid entweder schriftlich oder mündlich zu erlassen. Aus dem eben zitierten § 41 Abs 9 Z 1 S 1 AsylG 2005 ergibt sich allerdings, dass Erk und Beschlüsse des AsylGH zwingend „öffentliche zu verkünden“, also mündlich zu erlassen sind.

Die §§ 58 ff AVG betreffend Form und Inhalt der Bescheide seien auch für mündliche Bescheide maßgeblich. Die mündliche Verkündung sei ein Formalakt, welcher den Parteien auch als solcher zu Bewusstsein kommen müsse.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁵ So AB 2007, 9.

¹⁰⁹⁶ Siehe zur deklarativen Natur des Verweises in § 22 Abs 4 S 1 AsylG 2005 auf § 67 AVG bereits oben VI.H.2.g).

¹⁰⁹⁷ Vgl HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 62, RZ 21 und 23, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 215 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 426 f.

Mit „Bescheid“ iSd § 67g Abs 1 S 1 AVG sei der Spruch iSd § 59 AVG gemeint. Weiters hat die Verkündung auch die wesentliche Begründung, dh die Grundzüge der Begründung in Orientierung an § 60 AVG, zu enthalten, während Einzelheiten erst in der Ausfertigung dargelegt werden müssten. Die Verkündung sei vom für die Bescheiderlassung zuständigen Einzelmitglied oder vom Vorsitzenden der zuständigen Kammer vorzunehmen. Da die Verkündung des Bescheids nicht mehr zur Verhandlung gehört, sei ein Ausschluss der Öffentlichkeit von der Verkündung nicht möglich.¹⁰⁹⁸

Gem § 41 Abs 9 Z 1 S 2 AsylG 2005 (bzw gem § 67g Abs 1 S 2 AVG) ist die „Verkündung des Erkenntnisses oder des Beschlusses [...] von der Anwesenheit der Parteien unabhängig.“ Nach der Rechtsprechung des VwGH „hat die bei der mündlichen Berufungsverhandlung vor dem unabhängigen Verwaltungssenat, zu der die Parteien ordnungsgemäß geladen wurden, erfolgte Verkündung des Berufungsbescheides die Wirkung seiner Erlassung.“¹⁰⁹⁹ Aus dieser Aussage, die auch schon in früheren Erk getätigten worden ist,¹¹⁰⁰ folgert die Lehre, dass die Bescheidverkündung in Abwesenheit der Parteien nur bei ordnungsgemäßer Verständigung zulässig sei, da diese gem § 40 Abs 1 AVG ein Recht darauf hätten, dass ohne ordnungsgemäße Ladung in ihrer Abwesenheit nicht verhandelt und der Bescheid nicht verkündet wird. Ist keine der Parteien ordnungsgemäß verständigt worden, dann sei der in deren Abwesenheit verkündete Bescheid als nicht erlassen anzusehen.¹¹⁰¹

VI.H.6.b) Unterbleiben der Verkündung

§ 41 Abs 9 Z 2 AsylG 2005 (bzw § 67g Abs 2 AVG) normiert Fälle einer zwingend zu unterbleibenden Verkündung. So hat die Verkündung der Entscheidung des AsylGH zu entfallen, wenn eine Verhandlung nicht durchgeführt oder fortgesetzt worden ist¹¹⁰² oder die Entscheidung „nicht sogleich nach Schluss der mündlichen Verhandlung beschlossen werden kann und jedem die Einsichtnahme in das Erkenntnis oder den Beschluss gewährleistet ist.“

Auf den ersten Blick erscheint es aufgrund des Gesetzeswortlautes fraglich, ob sich die Verpflichtung zur Gewährleistung der Einsichtnahme¹¹⁰³ nur auf lit b leg cit oder auf beide Tatbestände bezieht. Aus

¹⁰⁹⁸ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67g, RZ 3 ff, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 296 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 548/16.

¹⁰⁹⁹ So jüngst VwGH 9. 9. 2010, 2008/20/0334 zu einer UBAS-Beschwerde.

¹¹⁰⁰ Vgl zB VwGH 5. 8. 2004, 2001/02/0189.

¹¹⁰¹ Vgl HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67g, RZ 20 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 296.

¹¹⁰² Vgl zB AsylGH 28. 12. 2010, B1 302580-3/2010: „Gemäß §§ [sic] 41 Abs. 4 AsylG, konnte eine mündliche Verhandlung unterbleiben. Die öffentliche Verkündung des Erkenntnisses hatte gemäß § 67g Abs. 2 Z 1 AVG zu entfallen.“

¹¹⁰³ ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 185, FN 646 spricht sich dafür aus, dass durch die Veröffentlichung der Entscheidung des AsylGH gem § 19 AsylIGHG der Gewährleistung der Einsichtnahme Genüge getan werde.

den Materialien ergibt sich jedoch zweifelsfrei, dass sich die Pflicht zur Auflage auf beide Fälle bezieht.¹¹⁰⁴

Zur Frage, unter welchen Umständen die Entscheidung „nicht sogleich nach Schluss der mündlichen Verhandlung beschlossen werden kann“, hat sich der VwGH schon mehrmals geäußert. So sieht das Höchstgericht ein Unterbleiben der Verkündung häufig „im Hinblick auf die ‚Komplexität‘ des vorliegenden Falles samt vorzunehmender Beweiswürdigung [...] aber auch im Hinblick auf das umfangreiche Vorbringen der Beschwerdeführerin“¹¹⁰⁵, „auf Grund neu gestellter Beweisanträge des Beschwerdeführers“¹¹⁰⁶ oder „[a]ngesichts der bei der Verhandlung [...] erfolgten Einvernahme des vom Beschwerdeführer beantragten Zeugens und der damit erforderlichen Würdigung der Aussage dieses Zeugens durch die Mitglieder der Kammer sowie im Hinblick auf die erforderliche Beurteilung des [...] vom besagten nichtamtlichen Sachverständigen erstellten Gutachtens“¹¹⁰⁷ als gerechtfertigt iSd § 67 Abs 2 Z 2 AVG an.¹¹⁰⁸

VI.H.6.c) Beurkundung

Gem § 62 Abs 2 AVG ist der „Inhalt und die Verkündung eines mündlichen Bescheides“ in einer Niederschrift zu beurkunden.¹¹⁰⁹ „Für die Frage, ob und mit welchem Inhalt ein mündlicher Bescheid erlassen wurde, ist nicht die schriftliche Bescheidausfertigung, sondern jene Urkunde maßgeblich, die über den Bescheidinhalt und die Tatsache der Verkündung gemäß § 62 Abs. 2 AVG ausgefertigt wurde.“¹¹¹⁰ Für Niederschriften gem § 62 Abs 2 AVG gelten genauso wie für solche gem § 44 Abs 1 AVG die Bestimmungen der §§ 14 und 15 AVG.

VI.H.6.d) Schriftliche Ausfertigung

Gem § 41 Abs 9 Z 3 AsylG 2005 (bzw § 67g Abs 3 AVG) ist den Parteien „eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses oder des Beschlusses zuzustellen“. Damit ist fürs Erste klargestellt, dass im Verfahren vor dem AsylGH – sowie im Verfahren vor den UVS – § 62 Abs 3 AVG, der eine „schriftliche Aus-

¹¹⁰⁴ Vgl AB 1998, 39: „In diesen Fällen hat an die Stelle der öffentlichen Verkündung die Auflage zur öffentlichen Einsicht zu treten, die eine der Judikatur des EGMR zu Art. 6 MRK entsprechende Öffentlichkeit sicherstellen soll.“

¹¹⁰⁵ So VwGH 30. 11. 2007, 2007/02/0268 und ähnlich VwGH 9. 10. 2007, 2007/02/0197.

¹¹⁰⁶ So VwGH 28. 3. 2006, 2002/03/0229.

¹¹⁰⁷ So VwGH 6. 9. 2005, 2001/03/0024.

¹¹⁰⁸ Weitere Beispiele finden sich bei HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67g, RZ 13 f und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 297.

¹¹⁰⁹ Auch bei dem Verweis in § 41 Abs 9 Z 1 S 3 AsylG 2005 auf § 62 Abs 2 (und 4) AVG dürfte es sich (bloß) um einen deklatorischen handeln. Siehe zur gleichen Lage bei § 67 AVG oben FN 1096.

¹¹¹⁰ So VwGH 9. 9. 2010, 2008/20/0334.

fertigung des mündlich verkündeten Bescheides“ nur in den genannten Fällen vorschreibt, nicht anzuwenden ist.¹¹¹¹

Das Gesetz enthält keine näheren Angaben, innerhalb welches Zeitraumes die schriftliche Ausfertigung zuzustellen ist. Hinsichtlich der Beantwortung der Frage der rechtzeitigen Zustellung geben § 18 Abs 1 AVG, wonach die Behörde „die Sache möglichst zweckmäßig, rasch, einfach und kostenparend zu erledigen“ hat, und § 73 Abs 1 S 1 AVG, der sie dazu verpflichtet, über „Anträge von Parteien [...] ohne unnötigen Aufschub“ zu entscheiden, mE die Linie vor. In der Literatur wird darüber hinaus auf die Judikatur des EGMR verwiesen, nach der übermäßige Verzögerungen der schriftlichen Ausfertigung das Gebot einer angemessenen Verfahrensdauer gem Art 6 EMRK verletzten.¹¹¹² Doch auch ohne Rückgriff auf Art 6 EMRK, der nach hL und Judikatur auf Asylsachen nicht anwendbar ist, ist *de lege lata* auf eine angemessene Verfahrensdauer zu achten.¹¹¹³

VI.H.6.e) Berichtigung

Um dieses Unterkapitel zu einem Abschluss zu bringen ist schließlich noch auf § 62 Abs 4 AVG einzugehen, welcher die Behörde zur Berichtigung von Bescheiden ermächtigt. Auch der AsylGH macht von dieser Regelung regelmäßig Gebrauch, wobei er auf anschauliche Weise die entsprechende Judikatur des VwGH anführt. So habe eine Berichtigung gem § 62 Abs 4 AVG „durch Bescheid zu erfolgen“ und bewirke feststellend, „dass das berichtigte Erkenntnis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Erlassung geändert wird. Die Bestimmung des § 62 Abs. 4 AVG [...] soll der Prozessökonomie dadurch dienen, dass besonders offenkundige Fehler auch außerhalb eines Rechtsmittelverfahrens korrigiert werden können. Offenbar auf einem Versehen beruht eine Unrichtigkeit dann, wenn sie für die Partei, bei Mehrparteienverfahren für alle Parteien, klar erkennbar ist und von der Behörde bei entsprechender Aufmerksamkeit bereits bei der Bescheiderlassung hätte vermieden werden können“.

„Ein Versehen ist klar erkennbar, wenn zu dessen Erkennung kein längeres Nachdenken und keine Nachschau in Gesetzeswerken notwendig ist, wobei vom Maßstab eines mit der zu behandelnden

¹¹¹¹ Vgl das eine UBAS-Beschwerde betreffende Erk VwGH 11. 11. 2010, 2008/20/0448: § 67g Abs 3 AVG „stellt im Verhältnis zu § 62 Abs. 3 AVG für das Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten (und damit auch für jenes des unabhängigen Bundesasylsenates) eine Sonderregel mit der Bedeutung dar, dass der mündlich verkündete Bescheid allen Parteien – auch den bei der Verkündung anwesenden – zuzustellen ist, ohne dass dafür ein besonderes Verlangen der Parteien erforderlich wäre.“

¹¹¹² HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 67g, RZ 24 und THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 296 f berufen sich dabei auf EGMR 7. 4. 2005 JANCOVA, Appl No 56483/00. Die Gesamtverfahrensdauer von der Zustellung des erstinstanzlichen Bescheides bis zur Zustellung der VwGH-Entscheidung hat in diesem Fall mehr als sechseinhalb Jahre gedauert, wobei der EGMR auch noch extra jenen Zeitraum hervorhebt, der zwischen Verkündung der Entscheidung durch den UVS und dessen Zustellung gelegen ist und beinahe 20 Monate gedauert hat. Diese Phasen der Inaktivität könnten die Verfahrensdauer nicht mehr angemessen iSd Art 6 Abs 1 EMRK erscheinen lassen.

¹¹¹³ Vgl dazu oben III.C bei FN 314 und 315.

Materie vertrauten Durchschnittsbetrachters auszugehen ist. Von einer zulässigen Berichtigung der Parteibezeichnung ist das unzulässige Auswechseln der Partei zu unterscheiden. Berichtigungsfähig wird idR eine unrichtige Schreibweise oder auch eine unvollständige Parteienbezeichnung sein, wenn an der Identität der einschreitenden Partei keine Zweifel bestehen können“.

Nach Anführung dieser allgemeinen Passagen¹¹¹⁴ berichtet der AsylGH sodann zB den Namen des Beschwerdeführers¹¹¹⁵, das Datum vom Bescheid des BAA¹¹¹⁶ oder andere inhaltliche Teile des Bescheid(-spruch-)es¹¹¹⁷. Das Asylgericht weist aber auch darauf hin, dass auf „die von Amts wegen vorzunehmende Berichtigung eines Bescheides [...] kein Rechtsanspruch [besteht]. Es bleibt der Partei des Verwaltungsverfahrens unbenommen, eine amtswegige Berichtigung eines Bescheides nach § 62 Abs 4 AVG anzuregen. Wird dieser Anregung von der Behörde jedoch keine Folge gegeben, so ist die Partei hiervon in keinem Recht verletzt“¹¹¹⁸.

VI.H.7. Im Zusammenhang mit der Rückkehrentscheidung nach dem FPG stehende Anordnungen

Was jene Anordnungen gem §§ 10 Abs 7 und 8 sowie § 22 Abs 13 AsylG 2005 betrifft, die im Zusammenhang mit der durch das FrÄG 2011 eingefügten Rückkehrentscheidung nach dem FPG stehen, reicht in Verweis auf die diesbezüglichen Ausführungen im Rahmen der Darstellung der Entscheidung des BAA, zumal die Rechtslage hier nicht unterschiedlich zu beurteilen ist.¹¹¹⁹

VI.H.8. Veröffentlichung von Entscheidungen

Nicht mehr zum Akt der Erlassung gehört die in § 19 AsylGHG zwingend vorgesehene Veröffentlichung von Entscheidungen. Danach sind sämtliche Entscheidungen des AsylGH (Erkenntnisse und Beschlüsse) in anonymisierter Form im RIS zu veröffentlichen.¹¹²⁰

¹¹¹⁴ Vgl allgemein zur Berichtigung von Bescheiden gem § 62 Abs 4 AVG ausführlich *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 62, RZ 36 ff sowie weiters *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 231 f und *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 448 ff.

¹¹¹⁵ Vgl AsylGH 6. 12. 2010, D4 414516-1/2010 und 28. 7. 2010, A4 247104-2/2008.

¹¹¹⁶ Vgl AsylGH 18. 11. 2010, B16 319586-1/2008 und 10. 11. 2010, D9 259578-3/2010.

¹¹¹⁷ Vgl AsylGH 27. 1. 2011, B11 214062-12/2008 und 3. 11. 2010, D12 316830-1/2008.

¹¹¹⁸ So AsylGH 11. 11. 2010, C2 266717-3/2008.

¹¹¹⁹ Vgl dazu oben V.B.2.

¹¹²⁰ Vgl auch AB 2007, 6.

VI.H.9. Die Entscheidungspflicht des AsylGH – Fristsetzungsverfahren

VI.H.9.a) Allgemeines zu Fristsetzungsanträgen und Fristsetzungen gem § 62 AsylG 2005

Gem § 73 Abs 1 AVG ist (auch) der AsylGH verpflichtet, über Beschwerden gegen Bescheide des BAA „ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen“ zu entscheiden.¹¹²¹ Die – zeitlich vorhergehende – entsprechende Pflicht des BAA, über Asylanträge „ohne unnötigen Aufschub“ zu entscheiden, ist in dieser Arbeit bereits erörtert worden.¹¹²²

Im Falle der Säumnis des BAA kann der Asylwerber eine Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des BAA gem § 61 Abs 2 S 2 und 3 AsylG 2005 beim AsylGH einbringen. Gegen eine Säumnis des AsylGH hilft einem Asylwerber diese Beschwerdemöglichkeit aber genauso wenig, wie die Möglichkeit, gem § 73 Abs 2 AVG einen Devolutionsantrag zu stellen, da dem AsylGH weder eine „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“ übergeordnet ist, noch gegen seine Entscheidungen „Berufung an den unabhängigen Verwaltungssenat erhoben“ werden kann. Aber auch die Erhebung einer „Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht“ iSd Art 132 B-VG scheidet im Verfahren vor dem AsylGH aus, da dieser keine Verwaltungsbehörde und – anders als der UBAS – auch kein UVS ist.¹¹²³

Hier schafft § 62 AsylG 2005 – eindeutig § 91 Gerichtsorganisationsgesetz¹¹²⁴ [GOG] nachahmend – betreffend die Stellung eines Fristsetzungsantrages Abhilfe. „Sowohl der beschwerdeführende Asylwerber als auch das Bundesasylamt haben die Möglichkeit, bei Säumnis des zuständigen Einzelrichters oder Senates den an den Präsidenten des Asylgerichtshofes gerichteten Antrag auf Setzung einer Frist zur Vornahme der säumigen Verfahrenshandlung zu stellen.“¹¹²⁵

Der Fristsetzungsantrag lautet gem § 62 Abs 1 S 1 AsylG 2005 also darauf, dass der Präsident des AsylGH „dem Senat oder Einzelrichter für die Vornahme der Verfahrenshandlung eine angemessene Frist“ setzt.¹¹²⁶ „Die Entscheidung über den Fristsetzungsantrag“ hat gem § 62 Abs 3 S 1 AsylG 2005 der Präsident des AsylGH zu treffen. Der Wortlaut der genannten Bestimmung impliziert, dass allerdings nur Entscheidungen über Fristsetzungsanträge „nach Abs. 2“, also lediglich solche, denen ein

¹¹²¹ So auch explizit VfGH 10. 6. 2010, U1648/09 ua.

¹¹²² Siehe dazu sowie zur Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des BAA bereits oben VI.D.2.

¹¹²³ Vgl auch MUZAK, Asylgerichtshof, 103 und FABER/FRANK, Art 144a B-VG, 477 (479).

¹¹²⁴ Gesetz vom 27. November 1896, womit Vorschriften über die Besetzung, innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte erlassen werden (Gerichtsorganisationsgesetz – GOG) RGBI 1896/217, zgd BGBI I 2010/111.

¹¹²⁵ So AB 2007, 10.

¹¹²⁶ MUZAK, Asylgerichtshof, 103 f macht darauf aufmerksam, dass die Fristsetzung „im Ergebnis einer Anordnung des Präsidenten nahekommt, bestimmte Fälle rascher zu behandeln“, was „aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch“ erscheine.

Nachholen der „im Fristsetzungsantrag genannten Verfahrenshandlungen binnen vier Wochen“ folgt, der Antragsteller den Fristsetzungsantrag aber dennoch aufrechterhält, „mit besonderer Beschleunigung zu fällen [...]“ sind. Weshalb sich das Gebot der besonderen Beschleunigung nicht auch auf Entscheidungen über übrige Fristsetzungsanträge beziehen sollte, dh auf solche, denen keine Nachholung der versäumten Verfahrenshandlung folgt, ist mE allerdings nicht ersichtlich. Auch der VfGH bezieht die gebotene Beschleunigung undifferenziert auf Entscheidungen über alle Fristsetzungsanträge.¹¹²⁷

Jedenfalls ist zur Entscheidung über Fristsetzungsanträge der Präsident des AsylGH berufen. Worin diese Entscheidung genau besteht, bedarf einer kurzen Erörterung. Explizit im Gesetz genannt sind abweisende Entscheidungen, wobei Fristsetzungsanträge, wie auch Devolutionsanträge gem § 73 Abs 2 AVG,¹¹²⁸ freilich auch zurückzuweisen sein können. Aus § 22 Abs 1 S 2 AsylG 2005 ergibt sich, dass diese Entscheidungen in Form von Beschlüssen zu ergehen haben, da es sich dabei nicht um Entscheidungen „in der Sache selbst“ handelt.¹¹²⁹

Möchte der Präsident des AsylGH dem Fristsetzungsantrag allerdings Folge leisten, dh dem säumigen Einzelrichter oder Senat eine Frist zur Vornahme der beantragten Verfahrenshandlung setzen, so wird hierfür die Erlassung eines – stattgebenden – Bescheides wohl nicht erforderlich sein. In diesem Sinne ist *MARTH* zu folgen, welcher für den Fall, dass der Präsident des AsylGH einem Fristsetzungsantrag Folge leistet, die Meinung vertritt, dass „es – im Umkehrschluss aus § 62 Abs 3 vorletzter Satz AsylG 2005 – keiner förmlichen Absprache über den Antrag [bedarf], soweit dem Antragsteller mitgeteilt werde, dass nunmehr antragsgemäß vorgegangen und ein Fristsetzungsverfahren eingeleitet werde“¹¹³⁰. Er beruft sich dabei auf jene Aussagen im Schrifttum, wonach ein auf die Setzung eines faktischen Verhaltens gerichteter Parteiantrag auch durch Setzung des begehrten Verhaltens – *in concreto* die faktische Setzung der Frist – erledigt werden könne, und nur im Falle der Ablehnung des Antrages ein ab- oder zurückweisender Bescheid zu erlassen sei.¹¹³¹

Liegt keine Säumnis vor, ist der Fristsetzungsantrag gem § 62 Abs 3 S 2 AsylG 2005 abzuweisen. Eine Säumnis setze allerdings nicht zwangsläufig Verschulden voraus, es genüge das objektive Vorliegen

¹¹²⁷ Vgl VfGH 10. 6. 2010, U1648/09 ua („Die Entscheidung über den Fristsetzungsantrag hat der Präsident des Asylgerichtshofes mit besonderer Beschleunigung zu fällen, wobei die Entscheidung unanfechtbar ist (vgl. §62 Abs3 AsylG).“). Zu diesem Beschluss sogleich ausführlicher.

¹¹²⁸ Vgl *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG IV, § 73, RZ 121.

¹¹²⁹ So auch *FABER/FRANK*, Art 144a B-VG, 477 (480, FN 22).

¹¹³⁰ So *MARTH*, Fristsetzungsverfahren, 91 (93).

¹¹³¹ Vgl *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG IV, § 73, RZ 30, *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 245 und *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 375.

der Säumnis.¹¹³² In diesem Punkt unterscheidet sich der Fristsetzungsantrag gem § 62 AsylG 2005 vom Devolutionsantrag gem § 73 Abs 2 AVG bzw von der Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des BAA gem § 61 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 AsylG 2005, welche abzuweisen sind, „wenn die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden“ der Behörde bzw des BAA zurückzuführen ist, die also nur dann Erfolg haben werden, wenn die Säumnis schuldhaft herbeigeführt worden ist.¹¹³³

Für den Fall, dass Säumnis vorliegt, der Fristsetzungsantrag also begründet ist, sprechen sich *FABER/FRANK* naheliegender Weise dafür aus, dass im Falle des ungenützten Ablaufs der durch den AsylGH-Präsidenten gesetzten Frist dem säumigen Einzelrichter oder Senat die Rechtssache durch Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses abgenommen werden könne, zumal gem § 15 Abs 2 AsylGHG (bzw Art 129e Abs 2 S 1 B-VG) diesfalls „der Einzelrichter oder Senat [...] wegen des Umfangs seiner Aufgaben an deren Erledigung innerhalb einer angemessenen Frist gehindert ist.“¹¹³⁴

In der Praxis setzt der Präsident des AsylGH Fisten zwischen ein paar Monaten¹¹³⁵ und 1 ½ Jahren¹¹³⁶, wobei er diesbezüglich den Antrag, die Dauer der Anhängigkeit, die Stellungnahme des Richters und den Verfahrensstand zu berücksichtigen habe.¹¹³⁷

¹¹³² Vgl *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 187.

¹¹³³ Siehe dazu FN 1122.

¹¹³⁴ Vgl *FABER/FRANK*, Art 144a B-VG, 477 (480, FN 20). Dafür, dass sich die Abnahme von Rechtssachen auch auf bereits anhängige Verfahren beziehen kann, in deren Rahmen eventuell schon Verfahrensschritte gesetzt worden sind, sprechen mE auch der Verfassungs- sowie der Gesetzeswortlaut, zumal derlei Rechtssachen von den im Gesetz genannten zufallenden Rechtssachen mangels Differenzierung erfasst scheinen. Auch *PISKA*, Geschäftsverteilung bringt mE an mehreren Stellen zum Ausdruck, dass er bereits anhängige Rechtssachen – freilich nur im Falle einer Verhinderung oder Überlastung – einer Abnahme fähig erachtet. Der Autor stellt diese Überlegungen zur (die ordentliche Gerichtsbarkeit betreffenden) allgemeinen Rechtslage gem Art 87 Abs 3 B-VG an. Allerdings lehnt sich der Wortlaut von Art 129e Abs 2 B-VG zum AsylGH weitgehend an jenen des Art 87 Abs 3 B-VG an (so auch RV 2007 I, 12), sodass die Bestimmungen – trotzdem legistisch nicht mittels Verweises vorgegangen, sondern eine eigene Formulierung gewählt worden ist – als inhaltsgleich zu qualifizieren sind. *PISKA* schreibt, dass im Fall der Verhinderung oder Überlastung „grundätzlich in allen dem primär zuständigen Richter bereits zugefallenen (unerledigten)“ und in Hinkunft noch zufallenden Angelegenheiten es zum Zuständigkeitsübergang kommen könne (vgl aaO, 114), bzw – zur Rechtslage den OGH betreffend – dass sich die Abnahme „schon zugefallener Sachen“ nach den verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen habe (vgl aaO 221). Für *MARTH*, Fristsetzungsverfahren, 91 (93 f) habe übrigens „der Präsident dem zuständigen Spruchkörper in seiner Entscheidung auch gemäß § 21 letzter Satz AsylGHG aufzutragen, nach Ablauf der Frist über die Erledigung bzw. warum diese nicht erfolgen konnte, zu berichten und gegebenenfalls dem Spruchkörper eine weitere Berichtspflicht aufzuerlegen oder sogar den vorliegenden Sachverhalt dem Disziplinarsenat zu melden.“ Um „einer durch die zur Entscheidung berufenen Spruchkörper zu verantwortenden Säumnis entgegenzuwirken“, blieben dem Präsidenten des AsylGH in diesem Sinne „lediglich die Mittel der Berichtspflicht und des Disziplinarrechts“.

¹¹³⁵ Vgl zB AsylGH 17. 1. 2011, E15 239195-0/2008 (8 Monate) oder AsylGH 15. 12. 2010, B10 250271-0/2008 (10 Monate).

¹¹³⁶ Vgl zB AsylGH 20. 7. 2010, D11 305068-1/2008 (16 ½ Monate).

¹¹³⁷ Vgl *MARTH*, Fristsetzungsverfahren, 91 (93).

VI.H.9.b) Reichweite der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung über einen Fristsetzungsantrag

Die vom Präsidenten des AsylGH zu treffende Entscheidung über den Fristsetzungsantrag ist gem § 62 Abs 3 S 3 AsylG 2005 unanfechtbar. *FABER/FRANK* stellen in Frage, ob diese Unanfechtbarkeit auch gegenüber dem VfGH wirkt. Sie beginnen ihre Argumentation damit, dass nach der ständigen Rechtsprechung des OGH zwar gem § 91 Abs 3 GOG, welcher – wie erwähnt – als Vorbild für § 62 AsylG 2005 dient, „ein Rechtszug gegen eine Entscheidung über einen Fristsetzungsantrag in jede Richtung und selbst an den OGH ausgeschlossen ist“. § 62 Abs 3 S 3 AsylG 2005 „vermag [...] eine solche Wirkung gegenüber dem VfGH“ jedoch nicht zu entfalten, da über die Frage, was „ein möglicher Beschwerdegegenstand im Verfahren nach Art 144a Abs 1 B-VG ist“, alleine diese Verfassungsbestimmung Aufschluss gebe, und „§ 62 Abs 3 letzter Satz AsylG 2005 [...] daher gegenüber Art 144a Abs 1 B-VG zurücktreten [muss] und lediglich eine asylgerichtshofinterne Überprüfung einer Entscheidung über einen Fristsetzungsantrag auszuschließen [vermag].“¹¹³⁸

Die Autoren sprechen sich also dafür aus, die Entscheidung über einen Fristsetzungsantrag iSd § 62 AsylG 2005 – trotz „Unanfechtbarkeit“ gem Abs 3 S 3 leg cit – der Kontrolle des VfGH zu unterwerfen, während sie eine entsprechende Kontrolle von Fristsetzungsanträgen im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch den OGH aufgrund deren Unanfechtbarkeit gem § 91 Abs 3 GOG – entsprechend der Judikatur des OGH – verneinen. Die Ursache für die unterschiedliche Behandlung der – ähnlich ausgestalteten – Fristsetzungsanträge dürfte nach Ansicht der Autoren darin liegen, dass der Beschwerdegegenstand in Verfahren vor dem VfGH – in Art 144a Abs 1 B-VG – verfassungsgesetzlich definiert ist, während das B-VG bezüglich des Anfechtungsgegenstandes in Verfahren vor dem OGH keine Regelungen enthält.

Die so dargestellte Ansicht entspricht allerdings nicht jener in der Judikatur des VfGH zu Tage treten den. Dem ersten Beschluss, welcher sich mit der Frage der angesprochenen Anfechtbarkeit von Entscheidungen über Fristsetzungsanträge beschäftigt, ist folgender Sachverhalt zugrundegelegen, der aus zumindest zwei Gründen erwähnenswert erscheint:¹¹³⁹ Erstens richtet sich die auf Art 144a B-VG gestützte Beschwerde auf einen Beschluss, mit welchem einem Fristsetzungsantrag Folge gegeben worden ist. Dadurch wird klar, dass der Präsident des AsylGH – nicht nur im Falle der Ab- oder Zurückweisung, sondern auch – im Falle der Stattgebung des Fristsetzungsantrages einen Beschluss erlassen und sich nicht mit der faktischen Fristsetzung begnügen dürfte. Diese Vorgangsweise ent-

¹¹³⁸ Vgl *FABER/FRANK*, Art 144a B-VG, 477 (480).

¹¹³⁹ Vgl für die folgenden Ausführungen VfGH 10. 6. 2010, U1648/09 ua.

spricht zwar nicht der oben Angedeuteten,¹¹⁴⁰ wird aber selbstverständlich trotzdem zulässig sein, da sie das Rechtsschutzbedürfnis des Asylwerbers wahrt.

Zweitens richtet sich die an das Höchstgericht adressierte Beschwerde – wie gesagt – gegen einen stattgebenden Beschluss – und damit gegen einen dem Fristsetzungsantrag Folge gebenden. Stellt man allerdings die beantragte Frist – drei Monate – der tatsächlich vom Präsidenten des AsylIGH gesetzten Frist von mehr als 20 Monaten (!) gegenüber,¹¹⁴¹ wird schnell klar, weshalb sich der Asylwerber mit der stattgegebenen Fristsetzung nicht zufrieden gegeben und sich in seinen Rechten – konkret in seinem vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter iSd Art 83 Abs 2 B-VG sowie in seinem Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander gem Art I Abs 1 RassDiskr-BVG – verletzt erachtet hat.

Nach Darlegung des Sachverhaltes bekräftigt das Verfassungsgericht die Entscheidungspflicht des AsylIGH gem § 73 Abs 1 AVG und die Möglichkeit der Stellung eines Fristsetzungsantrages bei Säumnis eines Einzelrichters oder Senates. Eine Entscheidung gem § 62 AsylG 2005 sei – im Gegensatz zu einer solchen gem § 91 GOG – „als bloß gerichtsinterner Akt anzusehen, der der Beschleunigung des Verfahrens dienen soll. §62 AsylG schafft in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise die Möglichkeit, beim Präsidenten des Asylgerichtshofes anzuregen, auf die Beschleunigung des Verfahrens hinzuwirken.“

Da diese Entscheidungen „damit ausschließlich den Gang des Verfahrens“ bestimmten, bildeten sie weder Verfahrensanordnungen iSd § 63 Abs 2 AVG, „weil sie nicht von dem das Verfahren führenden Organ getroffen werden“, noch werde dadurch „eine Verwaltungsangelegenheit in einer der Rechtskraft fähigen Weise normativ geregelt und für den Einzelfall kein Rechtsverhältnis bindend gestaltet oder festgestellt [...]. Die Beschlüsse des Präsidenten des Asylgerichtshofes gemäß §62 AsylG können mangels Qualifikation als Entscheidung im Sinne des Art144a B-VG nicht unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof angefochten werden.“ Der VfGH hat die Beschwerde schließlich zurückgewiesen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der VfGH eine Entscheidung iSd § 62 AsylG 2005 zunächst als bloß gerichtsinternen Akt ansieht. In der Tat ist der Fristsetzungsantrag gem leg cit „an den Präsidenten des Asylgerichtshofes“ zu richten, also an ein Organ desselben Gerichtes, in dessen Gerichtsbetrieb auch der behauptetermaßen säumige Richter bzw Senat tätig ist, während der Fristsetzungs-

¹¹⁴⁰ Vgl die oben bei FN 1130 und 1131 dargelegte Auffassung der Lehre.

¹¹⁴¹ Vgl im Erk: „Der Präsident des Asylgerichtshofes gab mit Beschlüssen vom 23. April 2009 den Anträgen Folge und trug dem zuständigen Senat oder, sofern gesetzlich vorgesehen, dem zuständigen Einzelrichter auf, bis zum 31. Dezember 2010 eine Entscheidung herbeizuführen.“

antrag iSd § 91 GOG „an den übergeordneten Gerichtshof“ zu richten ist. Ausgehend von dieser Qualifikation verneint das Höchstgericht schließlich deren Anfechtbarkeit vor dem VfGH.

MARTH, der diesem Beschluss einen eigenen Aufsatz gewidmet hat, „verwundert die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes, insbesondere, da sich aus § 62 Abs 3 AsylG 2005 vorletzter Satz durchaus der Schluss ziehen ließe, dass die den Fristsetzungsantrag stellende Partei ein Recht auf eine Erledigung des Antrags hätte, da die leg.cit. ausdrücklich vorsieht, dass ‚der Antrag‘, wenn keine Säumnis vorliegt, abzuweisen ist.“ Dieser seiner Ansicht stellt er jene gegenüber, die er dem VfGH zu unterstellen scheint. Demnach verliere der Antragsteller seine Parteistellung, nachdem der Präsident des AsylGH über den Fristsetzungsantrag – stattgebend, ab- oder zurückweisend – entscheiden hat.¹¹⁴²

Für *MARTH* lasse sich also „durchaus der Schluss ziehen“, dass der Antragsteller „ein Recht auf Erledigung des Antrags“ habe, welches sich offenbar auch auf Beschwerden vor dem VfGH zu beziehen habe. Anders wäre *MARTHS* „Verwunderung“ nicht zu erklären. Jedenfalls lasse sich die Ansicht des Autoren nicht mit der dem VfGH unterstellten vereinen.

¹¹⁴² Vgl *MARTH*, Fristsetzungsverfahren, 91 (93).

VI.I. Sonderfall Überprüfung der Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes

VI.I.1. Allgemeines

Wie bereits mehrmals in dieser Arbeit angedeutet, ist durch das FrÄG 2009 der Grundsatz des § 12 AsylG 2005 idF BGBl I 2005/100, wonach ein Fremder ab Stellung eines Asylantrages faktischen Abschiebeschutz genießt, im Falle des Stellens eines Folgeantrages aufgeweicht worden.¹¹⁴³ In diesem Zusammenhang ist auch die Befugnis des AsylGH zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes durch das BAA zu behandeln. Auf diese Überprüfungsbe-fugnis hätte man mE auch nicht im Rahmen des Kapitels über die „Kompetenzen des AsylGH“¹¹⁴⁴ eingehen können, zumal dadurch keine neue „Kompetenz“ geschaffen worden ist. Im Zuge dessen ist (lediglich) Sonderverfahrensrecht in den Bereichen der Beschwerde an, der Verhandlung vor und der Entscheidung durch den AsylGH geschaffen worden. Da die Überprüfung iSd § 41a AsylG 2005 gem § 22 Abs 10 S 4 AsylG 2005 „als Beschwerde“ an den AsylGH gilt, unterfällt sie auch dem Kompetenz-tatbestand des § 61 Abs 1 Z 1 AsylG 2005, geht es doch um „Bescheide des Bundesasylamtes“.

VI.I.2. Faktischer Abschiebeschutz gem §§ 12 und 12a AsylG 2005

Die Stellung eines Asylantrages bewirkt – seit der in Rede stehenden Novellierung durch das FrÄG 2009: „außer in den Fällen des § 12a“ AsylG 2005 – faktischen Abschiebeschutz nach Maßgabe von § 12 Abs 1 AsylG 2005. Das bedeutet für den Asylwerber vor allem, dass während aufrechten Abschiebeschutzes keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen effektuiert werden können. „Mit dem neuen § 12a werden im Hinblick auf den faktischen Abschiebeschutz Sonderbestimmungen für Asyl-
werber, die einen Folgeantrag gestellt haben, eingeführt.“¹¹⁴⁵

VI.I.2.a) Nichtbestehen des faktischen Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 1 AsylG 2005

Zunächst regelt § 12a Abs 1 AsylG 2005 jene Fälle, in denen ein Folgeantrag nach einer zurückwei-senden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 gestellt worden ist, „unabhängig davon, ob und wie oft Folgeanträge danach auf Grund dieser Entscheidung wegen entschiedener Sache zurückgewiesen“ worden sind. Liegen in diesen Fällen die Voraussetzungen der Z 1 bis 3 des § 12a Abs 1 AsylG 2005 – vor allem eine aufrechte Ausweisung oder eine erlassene Rückkehrentscheidung – vor, kommt dem Asylwerber *ex lege* ein faktischer Abschiebeschutz nicht zu. „Dies hat zur Folge, dass eine Überstel-

¹¹⁴³ Siehe dazu oben II.C.3 zum FrÄG 2009 und V.A zum faktischen Abschiebeschutz.

¹¹⁴⁴ Siehe dazu oben VI.D.

¹¹⁴⁵ So RV 2009 II, 11.

lung des Fremden in den zuständigen Dublin-Staat noch vor der formalen Entscheidung über seinen Folgeantrag möglich ist.“¹¹⁴⁶ Eine Zuerkennung des faktischen Abschiebeschutzes ist in diesen Fällen nicht möglich, was *MUZAK* bekrittelt.¹¹⁴⁷

VI.I.2.b) Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 2 AsylG 2005

§ 12a Abs 2 AsylG 2005 „regelt die Vorgangsweise bei Folgeanträgen nach allen anderen zurück- oder abweisenden Entscheidungen (§§ 3, 4, 8 und diesen Entscheidungen folgende Entscheidungen gemäß § 68 Abs. 1 AVG) und bestimmt, dass der faktische Abschiebeschutz eines Fremden in diesen Fällen während des laufenden Verfahrens zur Entscheidung über den Folgeantrag unter bestimmten Voraussetzungen aufgehoben werden kann.“ Demnach kann das BAA den faktischen Abschiebeschutz aufheben, wenn gegen den Fremden eine aufrechte Ausweisung besteht oder eine Rückkehrentscheidung erlassen worden ist, sein Antrag mangels entscheidungswesentlicher Änderung des maßgeblichen Sachverhaltes „voraussichtlich zurückzuweisen ist“ und seine Außerlandesbringung nicht dem Refoulement-Verbot widerspricht. „In den Fällen des Abs. 2 wird vor der Aufhebung des Abschiebeschutzes jedenfalls die Erstbefragung durch die Exekutive (vgl. § 19 Abs. 1) und die behördliche Einvernahme durch das Bundesasylamt (vgl. § 19 Abs. 2) vorliegen müssen.“¹¹⁴⁸

Näheres über die Entscheidung des BAA über die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 2 AsylG 2005 enthält § 20 Abs 10 AsylG 2005. Danach ergehen diese Entscheidungen „mündlich in Bescheidform“. Weiters gilt die Beurkundung gem § 62 Abs 2 AVG auch als schriftliche Ausfertigung gem § 62 Abs 3 AVG.

MUZAK ist der Auffassung, dass die Aufhebung des Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 2 AsylG 2005 durch Mandatsbescheid ergehe bzw zu ergehen habe.¹¹⁴⁹ Die Behörde ist gem § 57 Abs 1 AVG zur Erlassung eines Mandatsbescheides – und damit auch zur Unterlassung der Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes iSd § 56 AVG, also zur Durchführung eines ordentlichen Ermittlungsverfahrens – berechtigt, wenn „es sich um die Vorschreibung von Geldleistungen [...] oder bei Gefahr im Verzug um unaufschiebbare Maßnahmen handelt“. Worin die „Gefahr im Verzug“, dh der zu erwartende Schadenseintritt im Falle nicht sofortiger Setzung der zu verfügenden Maßnahme¹¹⁵⁰ – also der Auf-

¹¹⁴⁶ Vgl zu den Zitaten in diesem Absatz RV 2009 II, 12.

¹¹⁴⁷ Vgl Muzak, Abschiebeschutz, 2 (4).

¹¹⁴⁸ Vgl zu den Zitaten in diesem Absatz RV 2009 II, 12 f.

¹¹⁴⁹ Vgl *MUZAK*, Abschiebeschutz, 2 (4 f). *MUZAK* ist offenbar der Ansicht, das BAA sei zur Erlassung eines Mandatsbescheides verpflichtet, habe diesbezüglich also keinen Ermessensspielraum. Auch in anderen Gesetzen finden sich Bestimmungen, welche die zwingende Entscheidung per Mandatsbescheid iSd § 57 AVG anordnen, vgl zB § 31 Abs 2 sowie § 76 Abs 3 FPG.

¹¹⁵⁰ Vgl dazu unter Berufung auf die Judikatur *HENGSTSCHLÄGER/LEEB*, AVG II, § 57, RZ 4 ff sowie *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 207.

hebung des Abschiebeschutzes –, in diesen Fällen liegen sollte, ist mE allerdings nicht ersichtlich. Auch der Gesetzgeber dürfte nicht intendieren, dass Entscheidungen gem § 12a Abs 2 AsylG 2005 in Form eines Mandatsbescheides zu ergehen hätten, hat er dies doch – anders als in Abs 4 leg cit – nicht ausdrücklich angeordnet. Ebenso lässt sich den Materialien ein entsprechender gesetzgeberischer Wille nicht entnehmen.¹¹⁵¹ Zuzustimmen ist *Muzak* hingegen auf jeden Fall, wenn er – zur Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes allgemein – einwendet, „dass eine Abschiebung vor Verfahrensabschluss die Rechte des Asylwerbers zu rein theoretischen illusorischen macht.“¹¹⁵²

Die Überprüfung der Aufhebung des Abschiebeschutzes durch den AsylGH gem § 22 Abs 10 iVm § 41a AsylG 2005 wird etwas weiter unten behandelt.

VI.I.2.c) Nichtbestehen des faktischen Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 3 AsylG 2005

§ 12 Abs 3 AsylG 2005 „bestimmt, dass einem Fremden, der einen Folgeantrag im Sinne des Abs. 2, also nach zurück- oder abweisenden Entscheidungen, ausgenommen Dublin-Entscheidungen, stellt, unter bestimmten Voraussetzungen, die bereits zum Antragszeitpunkt vorliegen müssen, ein faktischer Abschiebenschutz ex lege nicht zukommt. Diesfalls geht Abs. 3 als Spezialnorm dem Abs. 2 vor. [...] Eine weitere wesentliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Abs. 3 ist, dass der Abschiebetermin des Fremden bereits festgelegt ist, der Fremde nachweislich darüber informiert wurde (Z 2) und der Folgeantrag binnen achtzehn Tagen vor diesem Abschiebetermin gestellt wurde. [...] Der Fremde muss also zum Zeitpunkt seiner Antragstellung von der Tatsache seiner zeitnah bevorstehenden Abschiebung und dem geplanten Termin Kenntnis haben. Ebenso muss der Fremde zum Zeitpunkt der Antragstellung von einer fremdenpolizeilichen Amtshandlung im Sinne der Z 3 betroffen sein.“¹¹⁵³

Die Materialien enthalten zunächst zwar Näheres zur Auslegung des Begriffes des bereits festgelegten Abschiebetermins. So erfordere dessen Vorliegen, dass die Außerlandesbringung „auch hinreichend konkret manifestiert [...] und dokumentiert ist“, wobei „insbesondere an eine bereits erfolgte Flugbuchung, die Anforderung exekutiver Begleitkräfte, die Aufnahme des Fremden in eine Liste für einen bereits organisierten Flug- oder Buscharter und ähnliches zu denken“ sei. Hinsichtlich der nachweislichen Information des Fremden über den Abschiebetermin iSd § 12a Abs 3 Z 2 AsylG 2005

¹¹⁵¹ Vgl RV 2009, II 20 f zu § 20 Abs 10 AsylG 2005. Es wird lediglich erwähnt, dass die „Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes gemäß § 12a Abs. 2 und dessen Überprüfung durch den Asylgerichtshof [...] als Sonderbestimmungen unter besonderer Berücksichtigung rascher und effizienter Verfahren und deren Erledigung konzipiert [sind].“

¹¹⁵² So *Muzak*, Abschiebeschutz, 2 (4).

¹¹⁵³ Vgl zu den Zitaten in diesem Absatz RV 2009 II, 13 f.

erläutern die Materialien lediglich, dass diese „insbesondere den Tag und das Zielland der Abschiebung umfassen“ müsse, wobei „Schriftlichkeit der Information“ nicht gefordert sei.¹¹⁵⁴

Muzak stellt die Frage nach der rechtlichen Qualifikation der nachweislichen Information und kommt zum Schluss, dass diese insofern „normativ und rechtsgestaltend“ und nicht bloß informativ sei, als an deren Vorliegen Rechtsfolgen geknüpft sind. Es erscheine daher plausibel, diese Information als Rechtsgestaltungsbescheid anzusehen.¹¹⁵⁵

Diese Ansicht scheint mit dem gesetzgeberischen Willen in einem *prima vista* nicht völlig klaren Verhältnis zu stehen.

§ 12a Abs 3 Z 2 AsylG 2005 verweist auf § 67 Abs 4 FPG, der behördliche Informationspflichten im Zusammenhang mit einer Ausweisung gem § 10 AsylG 2005 vorsieht. „Diese Information entfaltet im Hinblick auf die Bestimmungen des FPG keine normative Wirkung, sondern stellt vielmehr eine objektive Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendbarkeit des § 12a Abs. 3 AsylG 2005 dar.“¹¹⁵⁶ Explizit hat der Gesetzgeber also festgestellt, dass die Information iSd § 67 Abs 4 FPG auf die Bestimmungen (lediglich) des FPG „keine normative Wirkung“ entfalte. Davon wäre *Muzaks* Sichtweise, dass es sich bei der Information iSd § 12a Abs 3 Z 2 AsylG 2005 um einen Rechtsgestaltungsbescheid handle, nicht ausgeschlossen. Als „Bescheide des Bundesasylamtes“ iSd § 61 Abs 1 Z 1 AsylG 2005 wären diese Akte folglich auch vor dem AsylGH zu bekämpfen, zumal nicht deren Unanfechtbarkeit angeordnet ist.

VI.I.2.d) Zuerkennung des faktischen Abschiebeschutzes gem § 12a Abs 4 AsylG 2005

§ 12a Abs 4 AsylG 2005 „normiert, dass einem Fremden, der einen Folgeantrag gemäß Abs. 3 stellt, in Ausnahmefällen der faktische Abschiebeschutz zuzuerkennen ist. Voraussetzung für die Zuerkennung ist, dass der Folgeantrag nicht zur ungerechtfertigten Verhinderung oder Verzögerung der Abschiebung gestellt wurde. Die Z 1 und 2 legen fest, in welchen Fällen davon auszugehen ist, dass diese Voraussetzung vorliegt.“¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁴ Vgl zu den Zitaten in diesem Absatz RV 2009 II, 13 f.

¹¹⁵⁵ Vgl *Muzak*, Abschiebeschutz, 2 (5).

¹¹⁵⁶ So RV 2009 II, 31 zu § 67 Abs 4 FPG.

¹¹⁵⁷ Vgl RV 2009 II, 14 f.

Gem § 12a Abs 4 Z 1 AsylG 2005 ist demnach die subjektive Situation des Asylwerbers zu berücksichtigen, gem Z 2 legt dies die „objektive Situation im Herkunftsstaat“. Wird der Folgeantrag „binnen zwei Tagen vor dem bereits festgelegten Abschiebetermin gestellt“, sind die subjektiven Gründe der Z 1 legt dies gem § 12a Abs 4 S 4 AsylG 2005 ausnahmslos und in jedem Fall irrelevant. Dies ist im Schrifttum zu Recht als überschießend kritisiert worden.¹¹⁵⁸

Über das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist gem § 12a Abs 4 S 3 AsylG 2005 mittels Mandatsbescheides iSd § 57 AVG abzusprechen. Es liegt insofern „Gefahr im Verzug“ vor, als „eine Abschiebung des Fremden zeitlich determiniert bevorsteht“. Weder der gegen einen negativen Mandatsbescheid erhobenen Vorstellung noch einer gegen einen darauf folgenden Bescheid erhobenen Beschwerde komme aufschiebende Wirkung zu.¹¹⁵⁹

Dass der Vorstellung in Bezug auf gefahrenpolizeiliche Maßnahmen („bei Gefahr im Verzug“) keine aufschiebende Wirkung zukommt, geht schon aus dem Wortlaut des § 57 Abs 2 AVG hervor und wird – unter Berufung auf die Judikatur – auch von der Lehre so vertreten.¹¹⁶⁰

Wie es allerdings zu beurteilen ist, dass auch der Beschwerde, die sich gegen einen Bescheid richtet, welcher ein Vorstellungsverfahren gem § 57 Abs 2 und 3 AVG abschließt, keinesfalls aufschiebende Wirkung zukommen soll, bedarf mE einer kurzen rechtsdogmatischen Untersuchung.

Zunächst springen die §§ 36 ff AsylG 2005 ins Auge. Tatsächlich normiert § 36 Abs 1 S 1 AsylG 2005, dass einer Beschwerde „gegen eine Entscheidung, mit der ein Antrag zurückgewiesen wird“, keine aufschiebende Wirkung zukommt. Gegenstand des hier interessierenden Beschwerdeverfahrens ist die Zuerkennung des faktischen Abschiebeschutzes iSd § 12a Abs 4 AsylG 2005 und nicht etwa die Begründetheit des Folgeantrages. Es ist also nicht über einen „Antrag“ abzusprechen, sondern das BAA hat über das Vorliegen der Voraussetzungen der § 12a Abs 4 Z 1 und 2 AsylG 2005 von Amts wegen zu entscheiden. Diese amtswegige Entscheidung ist aber auch nicht unter § 36 Abs 2 AsylG 2005 zu subsumieren, da es auch nicht um „andere Entscheidungen und [die] damit verbundene[n] Ausweisung“ geht.

¹¹⁵⁸ Vgl MUZAK, Abschiebeschutz, 2 (6).

¹¹⁵⁹ Vgl RV 2009 II, 14 f.

¹¹⁶⁰ Vgl HENGSTSCHÄGER/LEEB, AVG II, § 57, RZ 34 f, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 248 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 577. Dort wird aber darauf hingewiesen, dass aufgrund des Grundsatzes der Effektivität des Gemeinschaftsrechtes eine (ausnahmsweise) Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln erforderlich sein könnte.

Zu prüfen wäre noch, ob hinsichtlich der Frage der aufschiebenden Wirkung auf § 64 AVG zurückgegriffen werden kann, wonach rechtzeitig eingebrachte Berufungen (Beschwerden) aufschiebende Wirkung haben, diese allerdings aberkannt werden kann. Wenn die Materialien festhalten, dem Verfahren liege „kein aufzuschiebendes Recht“ zugrunde,¹¹⁶¹ so knüpfen sie offenbar an jener Judikatur des VwGH an, wonach „die aufschiebende Wirkung einer Berufung dem Berufungswerber [keinesfalls] von vornherein jene Rechtsposition einzuräumen [vermag], die er mit Hilfe der Berufung erst erreichen möchte“¹¹⁶² bzw wonach „die vom Beschwerdeführer angestrebte Änderung seiner Rechte [...] nicht im Wege der Erhebung einer Berufung[,] der nach § 64 Abs. 1 AVG die aufschiebende Wirkung zukommt, herbeigeführt werden [kann]“¹¹⁶³.¹¹⁶⁴

Bei dem in Rede stehenden „Recht“ handelt es sich um das Bestehen des faktischen Abschiebeschutzes iSd § 12 Abs 1 AsylG 2005, welcher gem § 12a Abs 4 AsylG 2005 bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen von Amts wegen zuzerkennen ist. Betrachtet man nur das aktuelle, durch den Folgeantrag ausgelöste Verfahren, und nicht etwa auch das rechtskräftig abgeschlossene Vorverfahren, in dessen Rahmen dem Asylwerber sehr wohl faktischer Abschiebeschutz iSd § 12 AsylG 2005 zugekommen ist, so handelt es sich bei der interessierenden „Rechtsposition“ tatsächlich um eine solche, die der Asylwerber „mit Hilfe der Berufung erst erreichen möchte“.

Insofern sind aber auch die zitierten Aussagen in den Materialien zutreffend, wonach einer Beschwerde, die sich gegen einen Bescheid richtet, welcher ein Vorstellungsverfahren gem § 57 Abs 2 und 3 AVG abschließt, keine aufschiebende Wirkung zukommt.

Aus dem Wortlaut des § 12a Abs 4 S 3 AsylG 2005 ergibt sich, dass über das Vorliegen der Voraussetzungen der Z 1 und 2 leg cit jedenfalls abzusprechen ist, dh, dass bei deren Vorliegen die Zuerkennung des Abschiebeschutzes mittels Mandatsbescheides auszusprechen ist, aber auch andernfalls in ebendieser Form deren Nichtvorliegen festzustellen ist.¹¹⁶⁵

Der einem Erk des AsylGH zugrundeliegende Sachverhalt illustriert den diesbezüglichen Verfahrensgang von der Erlassung des Mandatsbescheides bis zur Beschwerde an den AsylGH anschaulich. So habe das BAA mit Mandatsbescheid das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der § 12a Abs 4 Z 1 und 2 AsylG 2005 festgestellt und folglich den faktischen Abschiebeschutz nicht zuerkannt. „Gegen

¹¹⁶¹ Vgl RV 2009 II, 15.

¹¹⁶² So VwGH 20. 10. 1992, 90/04/0266.

¹¹⁶³ So VwGH 12. 1. 1993, 92/11/0210.

¹¹⁶⁴ Vgl dazu auch HENGSTSCHLÄGER/LEEB, AVG III, § 64, RZ 24, THIENEL/SCHULEV-STEINDL, Verwaltungsverfahren, 260 und WALTER/MAYER, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 529.

¹¹⁶⁵ So auch ausdrücklich RV 2009 II, 14.

diesen Mandatsbescheid er hob der Beschwerdeführer [...] Vorstellung an das Bundesasylamt, welches in der Folge gem. § 57 Abs. 3 AVG ein Ermittlungsverfahren einleitete und letztlich mit Bescheid [...] erneut feststellte, dass gem. § 12a Abs. 4 AsylG die Voraussetzungen des § 12a Abs. 4 Z 1 und 2 AsylG in Bezug auf den Beschwerdeführer nicht vorliegen. Ebenso wurde dem Beschwerdeführer der faktische Abschiebeschutz (§ 12 AsylG) gem. § 12a Abs. 4 leg.cit nicht zuerkannt.“

Gegen diesen Bescheid des BAA hat der Asylwerber Beschwerde an den AsylIGH erhoben. Schließlich hat dieser die Beschwerde abgewiesen, da sich „weder aus dem schriftlichen Asylantrag, noch aus der Einvernahme des Beschwerdeführers im Rahmen der Erstbefragung [...], noch aus dem Schriftsatz [...] betreffend die Vorstellung gegen den Mandatsbescheid [...]“ sich Ausführungen dazu ergeben, dass der Beschwerdeführer seinen Folgeantrag zu keinem früheren Zeitpunkt hätte stellen können,“ und folglich „eine Glaubhaftmachung eines solchen Sachverhaltes im Sinne des § 12a Abs. 4 Z 1 AsylG nicht erfolgt“ sei. Zudem führe das BAA „zutreffend aus, dass vor dem Hintergrund der aktuellen allgemeinen Lage in Nigeria sich seit der letzten Entscheidung (UBAS vom 19.4.2005) die objektive Situation im Herkunftsstaat des Beschwerdeführers nicht entscheidungsrelevant geändert hat. Eine entscheidungsrelevante Lageänderung im Herkunftsstaat wurde auch seitens des Beschwerdeführers nicht geltend gemacht.“¹¹⁶⁶

VI.I.3. Die Überprüfung der Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes durch den AsylIGH

VI.I.3.a) Gesetzliche Grundlagen

Entscheidungen des BAA über die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes werden gem § 22 Abs 10 iVm § 41a AsylG 2005 einer Überprüfung durch den AsylIGH unterzogen. Gem § 22 Abs 10 S 3 AsylG 2005 sind die Verwaltungsakten, „und nicht nur die Entscheidung“, unverzüglich, „also ohne unnötigen Aufschub“, von Amts wegen dem AsylIGH zur Überprüfung gem § 41a AsylG 2005 zu übermitteln. Diese Überprüfung gilt als Beschwerde an den AsylIGH, unterfällt also dem Kompetenztatbestand des § 61 Abs 1 Z 1 AsylG 2005. „Eine gesonderte Beschwerde aus Eigenem oder die direkte Anrufung eines Gerichtshofes öffentlichen Rechts sind daher nicht zulässig.“ Schließlich schreibt § 22 Abs 10 S 5 AsylG 2005 als Form der Entscheidung den Beschluss vor.¹¹⁶⁷

¹¹⁶⁶ Vgl AsylGH 30. 9. 2010, A11 238274-2/2010. Am Rande sei bemerkt, dass es sich bei diesem Erk um die einzige Entscheidung des AsylIGH handeln dürfte, welcher einer Beschwerde gegen einen – ein Vorstellungsverfahren abschließenden – Bescheid iSd § 12a Abs 4 S 4 AsylG 2005 zugrundeliegt. Der AsylIGH hat sich daher noch nicht mit Fällen auseinanderzusetzen gehabt, in denen „der Folgeantrag binnen zwei Tagen vor dem bereits festgelegten Abschiebetermin gestellt“ worden ist.

¹¹⁶⁷ Vgl zu den Zitaten in diesem Absatz RV 2009 II, 21. Vgl auch RV 2009 II, 25: „Wird der faktische Abschiebeschutz vom Bundesasylamt mit Bescheid aufgehoben, so ist dagegen keine Beschwerde an den Asylgerichtshof zulässig. Vielmehr wird diese Entscheidung ‚automatisch‘ dem Asylgerichtshof zur Überprüfung übermittelt.“

Das weitere Verfahren wird in § 41a AsylG 2005 geregelt. Gem § 41a Abs 1 S 1 AsylG 2005 ist die Entscheidung des BAA iSd § 12a Abs 2 AsylG 2005 vom AsylGH „unverzüglich einer Überprüfung zu unterziehen.“ Die Entscheidungsfrist hierzu beträgt gem Abs 3 leg cit acht Wochen. § 41a Abs 1 S 2 bis 4 AsylG 2005 treffen noch als Sonderverfahrensrecht zu deutende Anordnungen. So entfällt zwingend die mündliche Verhandlung. § 40 AsylG 2005 betreffend das Neuerungsverbot wird für anwendbar, § 66 Abs 2 AVG betreffend eine mögliche Kassation für unanwendbar erklärt.

§ 41a Abs 2 S 1 AsylG 2005 „stellt klar, dass die bereits bestehende Ausweisung mit der Erlassung des den faktischen Abschiebeschutz aufhebenden Bescheides durch das Bundesasylamt durchsetzbar ist, der Überprüfung durch den Asylgerichtshof somit keine aufschiebende Wirkung zukommt. Zur Wahrung der Rechte des Asylwerbers ist mit der Durchführung der diese Ausweisung umsetzenden Abschiebung bis zum Ablauf des dritten Arbeitstages, gerechnet ab Einlangen der Verwaltungsakten bei der zuständigen Gerichtsabteilung des Asylgerichtshofes, zuzuwarten.“¹¹⁶⁸

Die Durchführbarkeit¹¹⁶⁹ der die Ausweisung umsetzenden Abschiebung besteht also nach Ablauf des dritten Arbeitstages. Dennoch wird dem AsylGH eine achtwöchige Entscheidungsfrist zugestanden, innerhalb derer er über die Rechtmäßigkeit der Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes zu urteilen hat. Dies kann zum fragwürdigen Szenario führen, dass der AsylGH die Aufhebung des Abschiebeschutzes durch das BAA zu einem Zeitpunkt für unzulässig erklärt, zu dem der Fremde – mangels Abschiebeschutzes – bereits abgeschoben worden ist. Für manchen Fremden wird die Möglichkeit der Wiedereinreise „unter Vorlage einer Entscheidung des Asylgerichtshofes gemäß § 41a, mit der die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes behoben wurde“, iSd § 14 Abs 1a AsylG 2005 nur ein schwacher Trost sein. MUZAK spricht in diesem Zusammenhang sogar von einer „Verletzung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf gem Art 13 MRK gegen behauptete Verletzungen des Art 3 MRK“ und offeriert als möglichen Ausweg, eine Verpflichtung des AsylGH, „zumindest hinsichtlich der Aspekte der MRK-Rechte innerhalb der dreitägigen Frist zu entscheiden.“¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁸ So RV 2009 II, 25.

¹¹⁶⁹ Siehe zum Begriff der Durchführbarkeit einer Ausweisung, vor allem im Gegensatz zu deren Durchsetzbarkeit bereits oben VI.F.8.b) bei FN 935.

¹¹⁷⁰ So MUZAK, Abschiebeschutz, 2 (6). Für EINWALLNER, Asyl- und Fremdenrecht, 68 (72) nehme der Gesetzgeber dadurch in Kauf, „dass Menschen in Staaten abgeschoben werden, in denen ihr Leben ernsthaft in Gefahr ist oder zumindest sein könnte, noch ehe in Österreich ein Verfahren stattgefunden hat.“ Dadurch bringe er einen „Pauschalverdacht gegenüber AsylwerberInnen“ zum Ausdruck.

VI.I.3.b) Die Judikatur des AsylIGH

Dieses „fragwürdige Szenario“, nämlich, dass die Aufhebung des Abschiebeschutzes vom AsylIGH für unzulässig erklärt, der Fremde möglicherweise aber bereits abgeschoben worden ist, liegt auch im folgenden Fall vor: Mit mündlich verkündetem Bescheid hat das BAA am 17. Dezember 2010 den faktischen Abschiebeschutz des Fremden gem §12a Abs 2 AsylG 2005 aufgehoben, zumal das BAA vom Vorliegen der Voraussetzungen der leg cit ausgegangen sei. Die Verwaltungsakten sind bei der zuständigen Gerichtsabteilung des AsylIGH am 28. Dezember 2010 eingelangt. Gleich zu Beginn hält der AsylIGH fest, dass im gegenständlichen Fall eine aufrechte (asyl- oder fremdenrechtliche) Ausweisung und damit die Voraussetzung des §12a Abs 2 Z 1 AsylG 2005 nicht vorlägen. „Der Vollständigkeit halber“ führt der AsylIGH weiters Mängel im Ermittlungsverfahren des BAA an, weshalb der „vorgelegte Bescheid gem. § 12a Abs. 2 AsylG [...] daher – abgesehen vom Umstand des fehlenden Erfordernis gem. § 12a Abs. 2 Z. 1 AsylG – im Ergebnis auch aus diesem Grunde mangels hinreichend ermittelter Sachverhaltselemente zur Frage der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Antragstellers im Grunde des Art. 8 EMRK zu beheben gewesen [wäre].“

Da also die „Voraussetzungen des § 12a Abs. 2 iVm. § 41a AsylG 2005 für die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes im vorliegenden Fall somit nicht vorliegen, war der dazu mündlich verkündete Bescheid des Bundesasylamtes vom 17.12.2010 als nicht rechtmäßig aufzuheben.“¹¹⁷¹

Diesen Beschluss hat der AsylIGH am 21. Jänner 2011, und somit fünfzehn „Arbeitstage“ nach Ablauf der dreitägigen Frist des § 41a Abs 2 S 2 AsylG 2005, gefasst. Zu diesem Zeitpunkt ist die Abschiebung des Fremden aber bereits durchgeführt worden. Wenngleich der AsylIGH nicht in allen Fällen erst nach Ablauf der dreitägigen Frist entscheidet,¹¹⁷² sollte es doch alarmieren, wenn möglicherweise ein Fremder abgeschoben worden ist, gegen den – wie im besprochenen Fall – nicht einmal eine aufrechte Ausweisung bestanden hat.

¹¹⁷¹ So AsylIGH 21. 1. 2011, B9 231382-2/2010.

¹¹⁷² Vgl zB AsylIGH 15. 2. 2011, D6 413116-2/2011. Der AsylIGH hebt den die Aufhebung des Abschiebeschutzes verfügenden Bescheid des BAA auf, da sich dieses „mit dem neuen Vorbringen des Beschwerdeführers inhaltlich überhaupt nicht auseinander gesetzt und sich lediglich auf den Hinweis, dass der Beschwerdeführer seine ‚wahren und vollständigen Fluchtgründe‘ bereits im vorangegangenen abgeschlossenen Asylverfahren erwähnen hätte können, zurückgezogen“ habe. Da die zu übermittelnden Verwaltungsakten erst am Freitag, 11. Februar 2011 bei der zuständigen Gerichtsabteilung des AsylIGH eingelangt sind, liegt die Entscheidung vom Dienstag, 15. Februar 2011 innerhalb der dreitägigen Frist, innerhalb derer mit der Abschiebung gem § 41a Abs 2 S 2 AsylG 2005 noch zuzuwarten ist.

In manchen Fällen scheint es das BAA nicht einmal für erforderlich zu halten, einen Hinweis auf eine aufrechte Ausweisung in seine Entscheidung aufzunehmen. Der AsylGH beanstandet zu Recht, dass diesem gesetzlichen Erfordernis auch nicht durch Hinweis auf ein bestehendes Aufenthaltsverbot Genüge getan wird.¹¹⁷³

Gerade noch innerhalb der dreitägigen Frist hat der AsylGH die Aufhebung des Abschiebeschutzes in einem Fall für unzulässig erklärt, in dem sich die Aufhebung des Bescheides des BAA, durch den der Abschiebeschutz aufgehoben worden ist, auch auf die minderjährigen Familienangehörigen erstreckt, zumal der Antrag auf internationalen Schutz des Beschwerde führenden minderjährigen Familienangehörigen „gemäß § 34 Abs. 1 Z 3 AsylG als Antrag auf Gewährung desselben Schutzes wie jener seines Vaters [gilt]. Dementsprechend war die Rechtswidrigkeit auch betreffend die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes des Beschwerdeführers festzustellen.“¹¹⁷⁴

Im Übrigen ist allerdings festzuhalten, dass der AsylGH in den meisten Fällen die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes durch das BAA für rechtmäßig erklärt.

VI.I.3.c) Die Sicht des VfGH

Aber auch das Verfassungsgericht hat sich mit der Überprüfung der Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes durch den AsylGH auseinander gesetzt. Im ersten dieser Erk ist es um die Verfassungsmäßigkeit der entsprechenden Bestimmungen gegangen. So habe der Beschwerdeführer „auf das Wesentliche zusammengefasst“ vorgebracht, „die §§12a Abs2 iVm 41a Abs1, 2 und 3 AsylG 2005 würden gegen Art13 EMRK und gegen das rechtsstaatliche Prinzip verstößen, weil sie zum einen weitreichende Eingriffe in verfassungsgesetzlich geschützte Rechte – ua. in Art2, 3 und 8 EMRK – einräumen, zum anderen jedoch gegen derartige Eingriffe keine effektiven Rechtsmittel vorsehen würden.“

Der VfGH verweist in der Folge zunächst auf VfSlg 17.340/2004, worin er zum Schluss gekommen ist, „dass der ausnahmslose Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gegen eine zurückweisende Entscheidung (basierend auf der Dublin-II-Verordnung) im Hinblick auf den damit verbundenen Ausspruch über die Ausweisung in den Schutzbereich des Art3 EMRK (zB Durchführung der Ausweisung von schwangeren oder kranken Personen) oder Art8 EMRK fallen könne.“

¹¹⁷³ Vgl zB AsylGH 29. 12. 2010, B5 203135-4/2010. Diesem Beschluss lässt sich jedoch nicht das Datum des Einlangens der Verwaltungsakten bei der zuständigen Gerichtsabteilung des AsylGH entnehmen, weshalb auch nicht beurteilt werden kann, ob die Entscheidung vor oder nach der dreitägigen Frist gem § 41a Abs 2 S 2 AsylG 2005 ergangen ist.

¹¹⁷⁴ Vgl AsylGH 15. 11. 2010, C16 401953-2/2010 in Bezug auf den minderjährigen Familienangehörigen und vom selben Tag den Beschluss C16 267583-3/2010 in Bezug auf dessen Vater.

Dahingegen sei im Fall von Folgeanträgen „bereits ein rechtsstaatliches Asylverfahren durchgeführt und rechtskräftig mit einer negativen Entscheidung und einer damit verbundenen Ausweisung beendet“ und damit „bereits vor der Stellung eines Zweitanspruches zumindest einmal eine Refoulement-Prüfung bzw. Interessenabwägung vorgenommen“ worden. „Darüber hinaus sieht §12a Abs2 Z3 leg.cit. vor, dass vor Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes und damit vor der möglichen Effektivierung einer Ausweisung erneut eine Refoulement-Prüfung nach Art2 und 3 EMRK sowie eine Interessenabwägung iSv Art8 EMRK vorzunehmen sind.“

Der Überprüfung durch den AsylIGH komme zwar „an sich keine aufschiebende Wirkung zu. Jedoch hat der Gesetzgeber mit der [...] Frist von drei Arbeitstagen, innerhalb derer mit der Effektivierung der Ausweisung zuzuwarten ist, in einem erforderlichen Maß sichergestellt, dass der Asylgerichtshof in der Lage ist, den Fall zu prüfen und gegebenenfalls die Entscheidung des Bundesasylamtes zu beheben, bevor es zu einer Abschiebung kommt“. Unter diesem Blickwinkel werde den in VfSlg 17.340/2004 genannten verfassungsrechtlichen Erfordernissen Rechnung getragen.

Unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, wonach Folgeanträge „oft nicht dem berechtigten Vorbringen neuer Asylgründe dienen, sondern allein auf die Verhinderung aufenthaltsbeendender Maßnahmen und damit auf die ungerechtfertigte Verlängerung des faktischen Aufenthalts in Österreich abzielen“, erscheine daher „auch die von der dreitägigen Zuwartefrist abweichende achtwöchige Entscheidungsfrist des Asylgerichtshofes gemäß §41a Abs3 leg.cit. aufgrund des Inhalts und des Zweckes der Regelung, nämlich die möglichst rasche Erledigung von aussichtslosen Folgeanträgen, verfassungsrechtlich unbedenklich.“

Letztendlich dringt der Beschwerdeführer auch nicht mit seiner Behauptung durch, „ihm stehe kein effektives Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Bundesasylamtes zu, weil er nicht selbst ein Rechtsmittel gegen die erstinstanzliche Entscheidung gehabt habe.“ Art 13 EMRK sei nämlich Genüge getan, „wenn ein Gericht eine Entscheidung überprüft und sich mit dem wesentlichen Inhalt der Behauptung einer Konventionsverletzung auseinandersetzen und geeignete Abhilfe schaffen kann“. Die gem Art 144a B-VG zu erhebende Beschwerde an den VfGH gegen die Entscheidung des AsylIGH stelle aber „jedenfalls ein wirksames Rechtsmittel iSv Art13 EMRK“ dar.¹¹⁷⁵

¹¹⁷⁵ Vgl VfGH 9. 10. 2010, U1046/10.

In einigen wenigen Fällen hat der VfGH bisher über eine derartige Beschwerde iSd Art 144a B-VG zu entscheiden gehabt. In zwei Urteilen wird die im soeben ausführlich behandelten Erk getätigten Aussage der Verfassungskonformität des „§12a Abs2 [AsylG 2005] in seiner Gesamtheit“ – und wohl auch des § 41a AsylG 2005 – zunächst bekräftigt.

Sohin ergebe sich „aus der Entscheidung des Asylgerichtshofes zwar, dass er das Vorliegen einer aufrechten Ausweisung sowie die Frage geprüft hat, ob der Folgeantrag voraussichtlich zurückzuweisen ist und ob die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung eine reale Gefahr einer Verletzung von Art2 oder 3 EMRK bedeuten würde. Hingegen ergibt sich aus der Begründung der asylgerichtlichen Entscheidung mit keinem Wort, ob auch geprüft wurde, dass die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung keine reale Gefahr einer Verletzung des Art8 EMRK bedeuten würde.“ Dieser Mangel eines wesentlichen Begründungselementes der Entscheidung des AsylGH hat den Beschwerdeführer in seinem vfggR auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander verletzt; dem AsylGH sei „ein willkürliches Verhalten vorzuwerfen“. ¹¹⁷⁶

Ähnliche Vorwürfe macht der VfGH auch dem AsylGH, wenn er festhält, dass es der AsylGH im Zuge der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Aufhebung des faktischen Rechtsschutzes unterlassen habe, „sich mit der persönlichen Situation des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen.“¹¹⁷⁷

In einem anderen Fall habe der AsylGH ein verhängtes Aufenthaltsverbot mit der geforderten aufrechten Ausweisung gleichgesetzt, „ohne dies auch nur irgendwie näher zu begründen.“ Dieser wesentliche Begründungsmangel führe zur Verletzung des vfggR auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁶ Vgl – beinahe wortident – VfGH 30. 11. 2010, U1860/10 und 15. 12. 2010, U1858/10 ua. Das erste Erk ist in dieser Arbeit bereits an anderer Stelle erwähnt worden, siehe oben VI.C.1.b) bei FN 777.

¹¹⁷⁷ So VfGH 2. 5. 2011, U1005/10.

¹¹⁷⁸ Vgl VfGH 3. 5. 2011, U2795/10. Siehe zu dieser Frage aber auch den oben, bei FN 1173 erwähnten AsylGH-Beschluss, wo der AsylGH genau diese Vorgangsweise – Gleichsetzen eines Aufenthaltsverbotes mit einer Ausweisung – beim BAA bekräftelt hat.

VI.J. Rechtsschutz gegen Entscheidungen des AsylGH

Nach Darstellung der das Verfahren vor dem AsylGH prägenden – dem allgemeinen Verwaltungsverfahren „entlehnten“ – Verfahrensgrundsätze und der Erörterung all jener Aspekte, welche im Rahmen der Darstellung des Verfahrens einer Behörde hauptsächlich interessieren – Kompetenzen, Parteistellung und –rechte, Beschwerde, Verhandlung, Entscheidung –, ist es nun, einer systematischen Reihenfolge verpflichtet, an der Zeit, sich dem Rechtsschutz zu widmen, der dem Fremden gegen Entscheidungen des AsylGH zusteht.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf jene Rechtsschutzmöglichkeiten, die dem Asylwerber mittels nationaler Rechtsschutzeinrichtungen gewährt werden; die Individualbeschwerde an den EGMR gem Art 34 EMRK iVm dem jeweiligen Recht – insbes Art 3 sowie 8 EMRK – wird also nicht behandelt. Diese Einschränkung ist einerseits dem Umfang dieser Arbeit geschuldet, andererseits bestehen im Rahmen von Beschwerden an den EGMR – anders als bei den nationalen GHÖR – keine asylrechtlichen Spezialvorschriften, wodurch diese thematische Einengung auch inhaltlich gerechtfertigt erscheint.

VI.J.1. Mangelnde Anrufbarkeit des VwGH

VI.J.1.a) Gesetzeslage

Gegen den Bescheid des UBAS hat der Asylwerber Beschwerde an den VwGH erheben können, zumal es sich beim UBAS gem Art 129c Abs 1 S 1 B-VG um einen weiteren UVS gehandelt hat. So hat der Asylwerber den VwGH sowohl anrufen können, wenn er sich gem Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG „durch den Bescheid in seinen Rechten verletzt“ erachtet hat, also auch wegen „Verletzung der Entscheidungspflicht“ gem Art 132 B-VG.

Seit 1. Juli 2008 steht einem Asylwerber der Rechtszug an den VwGH nicht mehr offen. Zwar sind die den VwGH betreffenden Art 131 und 132 B-VG durch die den AsylGH errichtende Verfassungsnovelle BGBl I 2008/2 unverändert geblieben, allerdings handelt es sich beim AsylGH um keinen Unabhängigen Verwaltungssenat, sondern um ein Verwaltungsgericht.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁹ Siehe oben III.C.

„Primäres Ziel“ der Novelle sei es gewesen, „die Gesamtverfahrensdauer der Asylverfahren wesentlich zu verkürzen“, aber nicht nur durch „Anpassungen im Asylverfahrensrecht“, sondern „insbesondere durch eine umfassende Neuregelung des Zugangs zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts in Asylsachen [...]. Die teilweise überlange Dauer von Asylverfahren ist nämlich oft darauf zurückzuführen, dass [...] die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts selbst dann angerufen werden, wenn derartige Beschwerden keine oder nur geringe Aussicht auf Erfolg haben.“ Von der – in der Praxis bisher noch nicht zur Anwendung gelangten – „amtswegigen Vorlage von Grundsatzentscheidungen abgesehen, soll ein Rechtszug gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes an den Verwaltungsgerichtshof ausgeschlossen sein.“¹¹⁸⁰

Diese „Verschlechterung des Rechtsschutzes, die nicht schöngeredet werden sollte“¹¹⁸¹, ist in dieser Arbeit schon mehrmals – kritisch – angesprochen worden.¹¹⁸² Asylwerber haben keine Möglichkeit mehr, Entscheidungen der nunmehrigen Rechtsmittelbehörde AsylIGH wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit oder „infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften“ iSd § 42 Abs 2 Z 1 und 3 VwGG beim VwGH anzufechten. Ihnen verbleibt nur noch die Beschwerde gegen Entscheidungen des AsylIGH gem Art 144a Abs 1 B-VG (insbes) wegen behaupteter Verletzung in einem vfggR.

Das bedeutet aber zugleich, dass der AsylIGH die Aussagen des VwGH zur Auslegung einfachgesetzlicher Bestimmungen, welche dieser im Rahmen seiner Kognitionsbefugnis über Berufungen gegen Bescheide des UBAS getätigt hat und die auch an vielen Stellen in dieser Arbeit zitiert worden sind, zwar nicht einfach ignorieren wird können – und dies freilich auch nicht tut. Setzt er sich über die verwaltungsgerichtliche Judikatur aber dennoch hinweg, hat der Asylwerber – mangels Antragslegitimation im Grundsatzentscheidungsverfahren – kein Mittel, sich dagegen zu wehren. Dem Asylwerber bleibt nur noch die Möglichkeit, eine Beschwerde gem Art 144a Abs 1 B-VG an den VfGH zu erheben. Welche (gravierenden) Verfahrensmängel zu welchen Grundrechtsverletzungen führen, ist in dieser Arbeit bereits behandelt worden.¹¹⁸³

¹¹⁸⁰ Vgl zu den Zitaten in diesem Absatz RV 2007 I, 3 f.

¹¹⁸¹ So JABLONER, Asylgerichtsbarkeit, 2 (2).

¹¹⁸² Siehe oben III.C. bei FN 321 sowie VI.C bei FN 739.

¹¹⁸³ Siehe oben VI.C hinsichtlich der verfassungsgerichtlichen Judikatur gem Art 144a Abs 1 B-VG.

VI.J.1.b) Stellungnahmen der Literatur und Judikatur

Zieht man die Resonanz in Betracht, welche die mangelnde Anrufbarkeit des VwGH durch den Asylwerber im Schrifttum hervorgerufen hat, so lässt sich eindeutig feststellen, dass – nicht nur, aber vor allem – dieser Teil der Verfassungsnotiz, wie bereits im Vorwort angedeutet, in den meisten Fällen negativ,¹¹⁸⁴ und nur in Ausnahmefällen „neutral“ bzw. „verteidigend“ beurteilt¹¹⁸⁵ worden ist.

Auch der VfGH hat sich bereits zum Ausschluss der Anrufbarkeit des VwGH geäußert, und zwar in einer Beschwerde, welche diesen Ausschluss als „eine Verletzung des rechtsstaatlichen Bauprinzips der Verfassung“ und damit als unzulässige Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG bezeichnet. Wie auch schon die in den letzten Fußnoten genannten Autoren, zieht das Verfassungsgericht zur Beantwortung der Frage, ob der Ausschluss der Anrufbarkeit des VwGH als (zulässige) Teiländerung oder doch als – unzulässige, weil nicht einer Volksabstimmung gem Art 44 Abs 3 B-VG unterzogene – Gesamtänderung der Bundesverfassung zu qualifizieren ist, auch die Rechtslage bezüglich der Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag gem Art 133 Z 4 B-VG in Betracht.

„Die Kontrollzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs war jedoch nie eine alle Verwaltungsverfahren umfassende (Art 133 B-VG). Unter anderem war diese ausgeschlossen, wenn in letzter Instanz eine kollegiale Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag entschieden hat. Diese Kollegialbe-

¹¹⁸⁴ Muzak, Zukunft, 13 (15) stellt fest, „dass gerade das Asylrecht, wo es um massive Grundrechtseingriffe geht, der nahezu einzige Bereich des Besonderen Verwaltungsrechts ist, in dem der VwGH nicht anrufbar ist“. Der Gesetzgeber habe die Verfahrensbeschleunigung „auf Kosten elementarer rechtsstaatlicher Standards durchgeführt.“ In Muzak, Asylgerichtshof, 100 ff nimmt der Autor zur „Baugesetzkonformität“ des Ausschlusses der Anrufbarkeit des VwGH Stellung. So erscheine es „vertretbar“, wenn auch nicht „zwingend“, den Umstand, dass gem Art 133 Z 4 B-VG Entscheidungen von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag von der Kognitionsbefugnis des VwGH ausgeschlossen sind und diese Rechtslage „im wesentlichen bereits 1920“ bestanden habe, „als ausreichend anzusehen, den Ausschluss der verwaltungsgerichtlichen Kognitionsbefugnis als grundprinzipienkonform anzusehen“. Andererseits sei zu bedenken, „dass hierbei anders als nunmehr kein gesamter Rechtsbereich ausgenommen war.“ Auch Muzak gesteht schließlich ein, „an dieser Stelle [k]eine abschließende Lösung bieten zu können“ und verweist hinsichtlich der Frage der Gesamtänderung auf den „Entscheidungsspielraum des VfGH in seiner Funktion als entscheidungsbefugtem Grenzorgan.“ Zusammenfassend erachten Muzak/Rohrböck, Asylgerichtshof, 198 die „fehlende Zuständigkeit des VwGH zur Prüfung von Beschwerden gegen individuelle Entscheidungen des AsylGH“ im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip als bedenklich. Äußert deutlich deponiert auch Wiederin, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (12) seine Kritik: „Institutionelles Opfer der Reform ist der VwGH. Das ist beileibe kein Zufall. Während des letzten Jahrzehnts hat er in einem von ihm lange Zeit nicht eben liebevoll gepflegten Rechtsgebiet eine methodisch reflektierte, an den Schutzbedürfnissen von Flüchtlingen orientierte und darum der Verwaltung oft unangenehme Rechtsprechung entwickelt, die international Beachtung und Anerkennung fand. Dafür hat man ihm nun die Rechnung gelegt.“ Kolenovits, Asylgerichtshof, 271 f stellt als „systemkonforme Lösung“ der (nun erfolgten) „Kappung der Beschwerdemöglichkeit der Asylwerber beim VwGH“ die im Vorfeld diskutierte, schließlich aber nicht realisierte, „Erweiterung der Möglichkeit des VwGH, Beschwerden abzulehnen,“ gegenüber. Auch Funk/Stern, Einwanderungs- und Asylpolitik, 243 betonen, dass die Beschwerdemöglichkeit beim VfGH, das durch den Wegfall der Anrufbarkeit des VwGH begründete Rechtsschutzdefizit wegen des eingeschränkten Prüfungsgegenstandes und des verfassungsgerichtlichen Ablehnungsrechtes nicht ausgleichen könne. Vgl. weiters Frühwirth, Asylgerichtshof, 59 (60): Die Ausschaltung des VwGH im Einzelfall bedeute „einen massiven Einschnitt im Rechtsschutzsystem für AsylwerberInnen“.

¹¹⁸⁵ Hesse, Anmerkungen, 4 (4) verweist genauso wie Kienast, Asylgerichtshof, 185 auf die Tatsache, dass gem Art 133 Z 4 B-VG auch „die Angelegenheiten, über die in oberster Instanz die Entscheidung einer Kollegialbehörde zusteht“, von der Zuständigkeit des VwGH ausgeschlossen sind. Damit weisen die Autoren darauf hin, dass das B-VG nicht in jeder Verwaltungsmaterie zwingend einen Rechtszug bis zum VwGH vorsieht. Diese Tatsache als „Kritiker“ der Novelle auch nicht verleugnend: Muzak, Zukunft, 13 (15, FN 20).

hördnen können nach dem B-VG sogar vom einfachen Bundesgesetzgeber eingerichtet werden (Art20 Abs2 B-VG) und zwar mit der verfassungsgesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Konsequenz, dass die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs ausgeschlossen ist, wenn einfachgesetzlich nichts anderes vorgesehen ist (Art133 Z4 B-VG). Wenngleich der Schaffung solcher Behörden Grenzen gesetzt sind (vgl. VfSlg. 16.189/2001, 17.961/2006 ua.), bedeutet dies nicht, dass die Einrichtung unabhängiger Behörden durch den Verfassungsgesetzgeber bei Überschreiten der Grenzen zu einer Gesamtänderung der Verfassung führt, wie dies offenbar der Beschwerdeführer vermeint. Umso weniger liegt eine Gesamtänderung vor, wenn an die Stelle einer kollegialen Verwaltungsbehörde ein Gericht tritt, dessen Entscheidungen nicht beim Verwaltungsgerichtshof angefochten werden können.“¹¹⁸⁶

Der springende Punkt, weshalb der VfGH zur Ansicht gelangt ist, es liege keine Gesamtänderung vor, dürfte also darin liegen, dass selbst „bei Überschreiten der Grenzen“, welchen der Gesetzgeber bei Schaffung von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, deren Entscheidungen der Kontrolle des VwGH nicht unterliegen, unterworfen ist, keine Gesamtänderung vorliege. Diese habe umso mehr im Falle eines Gerichtes zu gelten. An dieser Judikatur hält der VfGH fest.¹¹⁸⁷

Aber auch der – freilich nicht zur Prüfung der Baugesetzkonformität von Bundesverfassungsgesetzen berufene – VwGH hat sich zu diesem Punkt geäußert, indem er zunächst die dargestellte Ansicht des VfGH anführt. In der Folge äußert sich der VwGH zu vom Beschwerdeführer geltend gemachten gemeinschaftsrechtlichen Bedenken. Diesem sei zu erwidern, „dass die Mitgliedstaaten zwar verpflichtet sind, in auf Gemeinschaftsrecht beruhenden Fällen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, es jedoch den Mitgliedstaaten mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung im Rahmen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes selbst überlassen bleibt, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen [...].“ Gem Art 39 Verfahrens-RL müssten die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass Asylwerber das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht oder Tribunal haben. Gemeinschaftsrechtlich ist somit ein mehrgliedriger gerichtlicher Instanzenzug in Asylsachen nicht gefordert.“¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁶ So VfGH 7. 11. 2008, U48/08. Auch *KOLONOVITS*, Asylgerichtshof, 269 sowie *KOLONOVITS*, Grundsatzentscheidung, 2 (2, FN 5) sieht im Hinblick auf Art 133 Z 4 B-VG nicht die Notwendigkeit einer zweiten gerichtlichen Kontrolle des Bescheides des BAA und verneint so die Gesamtänderung.

¹¹⁸⁷ So explizit VfGH 9. 10. 2010, U609/10.

¹¹⁸⁸ Vgl VwGH 20. 2. 2009, 2009/19/0001. Vgl zu den angesprochenen gemeinschaftsrechtlichen (nunmehr: unionsrechtlichen) Vorgaben der „organisatorischen und Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten und der in deren Rahmen zu beachtenden Gebote der Äquivalenz und Effektivität des Gemeinschaftsrechtes (nunmehr: Unionsrechtes) THIENEL, Allgemeine Grundsätze 62 ff und 68 ff.

VI.J.1.c) Eigene Anmerkungen

Wenngleich nicht Thema dieser Arbeit, bin ich hinsichtlich der Frage der Baugesetzkonformität der mangelnden Anrufbarkeit des VwGH geneigt, diese – dem VfGH folgend – nicht abzulehnen. Insbes der Hinweis auf die Rechtslage bezüglich der Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag gem Art 133 Z 4 B-VG scheint überzeugend – so unerfreulich dieses Ergebnis auch für gegenwärtige und künftige Asylwerber sein mag. Diese sind nämlich „doppelt“ schlechter gestellt: Erstens in Bezug auf frühere Asylwerber, deren Asylanträge noch nicht den Novellen BGBl I 2008/2 und 4 unterlegen sind, und zweitens in Bezug auf übrige Fremde, die keinen Asylantrag stellen. Fremdenrechtliche Ausweiseungen iSd §§ 62 und 66 FPG bzw Rückkehrentscheidungen (iVm Einreiseverboten) iSd §§ 52 f FPG, welche gem § 9 Abs 1 und 1a FPG von einem UVSL bzw einer SD in zweiter Instanz bestätigt worden sind, können nämlich selbstverständlich noch vor dem VwGH bekämpft werden.

Ob diese Ungleichbehandlung von Fremden – nicht etwa nur verfassungswidrig, sondern – baugesetzwidrig ist, hängt davon ab, ob der verfassungsgesetzlich mehrmals normierte Gleichheitssatz – Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG und Art I RassDiskr-BVG speziell in Bezug auf Fremde – auch als Baugesetz zu qualifizieren ist. Abgesehen von der Lehre dürfte dies allerdings auch der VfGH verneinen: „Wenngleich auch dem Verfassungsgesetzgeber im Sinn des Art44 Abs1 B-VG der Gleichheitssatz nicht zur beliebigen Disposition steht, weil er als ein wesentlicher Bestandteil der Grundrechtsordnung und des demokratischen Baugesetzes einen nicht ohne Volksabstimmung nach Art44 Abs3 B-VG abänderbaren festen Kern hat, bleibt nämlich doch ein gewisser Spielraum zu seiner (verfassungsgesetzlichen) Konkretisierung oder [...] zu einer punktuellen Durchbrechung in besonderen Sachlagen.“¹¹⁸⁹

Für den VfGH „gipfelt der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips darin, daß alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, daß nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer

¹¹⁸⁹ So VfGH 12. 12. 1998, B342/98 (VfSlg 15.373/1998). Diese Passagen sind mE nicht ganz unmissverständlich, da daraus einerseits nicht ersichtlich ist, ob der VfGH unter dem Begriff der „Grundrechtsordnung“ jenen des (sonst gebräuchlichen) Baugesetzes versteht und andererseits, ob der VfGH den Gleichheitssatz nun als wesentlichen Bestandteil entweder der „Grundrechtsordnung“ oder doch „des demokratischen Baugesetzes“ betrachtet. Selbst für den Fall, dass das Höchstgericht den Gleichheitssatz als eigenes Baugesetz betrachten würde – wofür sich in seiner übrigen Judikatur keinerlei Anhaltspunkte finden –, so bliebe dem Verfassungsgesetzgeber dennoch der angedeutete Spielraum zu seiner Konkretisierung bzw auch zu seiner punktuellen Durchbrechung. Dennoch zitiert PFLEGER, Ausweisung, 183 dieses Erk als Untermauerung für die These, der Gleichheitssatz sei „Ausdruck der verfassungsrechtlichen Grundordnung“, also Baugesetz. Sie deklariert sich zwar nicht als eindeutige Verfechterin dieser These, allerdings stellt sich unabhängig davon die Frage, auf welche Judikatur man sich zur Untermauerung dieser These sonst stützen könnte. Der Gleichheitssatz und das diesem innenwohnende Sachlichkeitsgebot dürfen daher weiterhin nicht als (selbständiges) Baugesetz zu qualifizieren sein und dienen daher Verfassungsbestimmungen nicht als Maßstab ihrer Baugesetzkonformität.

Stufe erlassen wurden.“¹¹⁹⁰ Vor diesem Hintergrund wird es zulässig sein, die Ansicht zu vertreten, dass die mangelnde Anrufbarkeit der „Rechtsschutzeinrichtung“ VwGH in einem ganzen Rechtsbereich das rechtsstaatliche Prinzip – wenn auch nicht verletzt, so – zumindest berührt.

Der VfGH hat nun „schon wiederholt dargetan, daß ein Widerspruch zu den leitenden Grundsätzen des Bundesverfassungsrechts (Art44 Abs3 B-VG) nicht nur durch schwerwiegende und umfassende Eingriffe in diese Grundprinzipien bewirkt werden kann, vielmehr können auch bloß partiell wirkende Maßnahmen – gehäuft vorgenommen – im Effekt zu einer Gesamtänderung der Bundesverfassung führen (z.B. VfSlg. 11.756/1988, 11.829/1988, 11.927/1988).“¹¹⁹¹ Diese höchstgerichtlichen Aussagen sollte der Verfassungsgesetzgeber im Hinterkopf behalten, wenn er das nächste Mal daran geht, ganze Materien von der Zuständigkeit des VwGH auszuschließen. Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang (der letztlich nicht beschlossene) Art 129c Z 2 B-VG idF RV 2007 II, welcher eine Zuständigkeit des AsylGH auch „in sonstigen Verwaltungssachen, die ihm durch Bundesgesetz zugewiesen werden“, zugestanden hätte. An welche „sonstigen Verwaltungssachen“ der Verfassungsgesetzgeber hier gedacht hat, erhellt auch nicht aus den Materialien.¹¹⁹² Völlig zu Recht betont WIEDERIN, dass diese „Öffnungsklausel [...] die beliebige Ausschaltung des VwGH ermöglicht hätte.“¹¹⁹³

VI.J.2. Das Verfahren betreffend Grundsatzentscheidungen

VI.J.2.a) Allgemeines

Im vorliegenden Kapitel „Rechtsschutz gegen Entscheidungen des AsylGH“ soll es in erster Linie um die Rechtsschutzmöglichkeiten gehen, die dem Fremden gegen asylgerichtliche Entscheidungen zu stehen. Insofern sind Ausführungen betreffend das Grundentscheidungsverfahren hier fehl am Platze, da dem Fremden in dessen Rahmen keine Antragslegitimation zukommt. Andererseits erkennt gem Art 132a Abs 1 B-VG der VwGH über Grundsatzentscheidungen des AsylGH. Damit ist eine – wenn auch äußerst bescheidene und in der Praxis bisher noch nicht relevant gewordene – partielle verwaltungsgerichtliche Kontrolle über asylgerichtliche Entscheidungen gegeben, weshalb dieses Verfahren hier erörtert werden soll.

¹¹⁹⁰ So VfGH 11. 12. 1986, G119/86 (VfSlg 11.1196/1986). Für ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 74 ergibt sich aus diesem Erk, dass die Kontrolle der Verwaltung durch den VwGH und den VfGH „wesentliche Bestandteile des rechtsstaatlichen Prinzips“ seien.

¹¹⁹¹ So VfGH 29. 6. 2000, G19/00 ua.; V9/00 ua. (VfSlg 15.887/2000).

¹¹⁹² Vgl RV 2007 II, 12.

¹¹⁹³ Vgl WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (7).

Überblicksmäßig stellt sich das Grundsatzentscheidungsverfahren gem Art 129e Abs 1 S 2 und Art 132a B-VG folgendermaßen dar: Rechtsfragen, denen aus den gesetzlich angeführten Gründen grundsätzliche Bedeutung zukommt, sowie Rechtsfragen, die sich in einer erheblichen Anzahl von Verfahren stellen, sind auf Antrag des Einzelrichters oder Senates in einem verstärkten – fünfköpfigen – Senat in Form einer Grundsatzentscheidung zu entscheiden. Ebenso ist eine Grundsatzentscheidung auf Antrag des BMI zu treffen. Diese Grundsatzentscheidungen sind dem VwGH von Amts wegen vorzulegen. Ergeht die Entscheidung des VwGH darüber nicht binnen sechs Monaten nach Vorlage, gilt die Grundsatzentscheidung als bestätigt. Grundsatzentscheidungen sind für alle gleichartigen Fälle verbindlich.

An der Erzeugung einer Grundsatzentscheidung sind also sowohl der AsylGH als auch der VwGH beteiligt, weshalb in § 42 AsylG 2005 bzw in den §§ 71 bis 78 VwGG die entsprechende Ausdifferenzierung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen auf einfachgesetzlicher Ebene zu finden ist. Der Rechtsanwender sieht sich angesichts des Wortlautes der Regelungen im B-VG, AsylG 2005 und VwGG betreffend Grundsatzentscheidungen allerdings mit einigen Unklarheiten konfrontiert, deren Spektrum von einfachgesetzlichen Fragestellungen im Bereich des Verfahrens bis hin zur Frage der Baugesetzkonformität der gesamten Novelle reicht. Besonderes Interesse ist vom Schrifttum der Anordnung gem Art 132a Abs 2 S 4 B-VG bzw § 76 Abs 4 VwGG gewidmet worden, dass „Grundsatzentscheidungen [...] für alle Fälle verbindlich [sind], in denen die mit ihnen beantwortete Rechtsfrage zu lösen ist.“ In einer Dissertation über das Verfahren vor dem AsylGH werden in erster Linie jene Fragen zu erörtern sein, die das Verfahren vor dieser Gerichtsbehörde betreffen.

VI.J.2.b) Gegenstand des Grundsatzentscheidungsverfahrens

Gegenstand des Grundsatzentscheidungsverfahrens sind in Art 129e Abs 1 S 2 B-VG bzw beinahe wortident in § 42 Abs 1 AsylG 2005 näher spezifizierte „grundsätzliche“ sowie sich häufig stellende Rechtsfragen. Aufgrund der Verwendung des Terminus „Rechtsfrage[n]“ können Tatfragen, wie zB die Frage, ob sich iSd § 12a Abs 4 Z 2 AsylG 2005 „seit der letzten Entscheidung die objektive Situation im Herkunftsstaat entscheidungsrelevant geändert hat“, nicht durch Grundsatzentscheidung gelöst werden.¹¹⁹⁴

¹¹⁹⁴ Vgl auch MUZAK, Asylgerichtshof, 54 f mit einem praktischen Beispiel: Die Grundsatzentscheidung könne „keinesfalls verbindlich festlegen, ob und in welchem Umfang Handlungen gegen bestimmte Personengruppen gesetzt werden. Sie kann lediglich die Frage klären, ob bestimmte tatsächlich gesetzte Handlungen rechtlich so zu qualifizieren sind“, dass sie eine GFK-relevante Verfolgungsgefahr begründen. Vgl des Weiteren WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (8), MÜLLER, Grundsatzentscheidungen, 509 (509 f) sowie KOLONOVITS, Asylgerichtshof, 276.

Ob sich aus der Einschränkung der Zuständigkeit des AsylGH gem Art 129c Z 1 und 2 B-VG auf Asylsachen ergebe, dass es sich um eine Rechtsfrage handeln muss, „die sich spezifisch im Zusammenhang mit dem Asylrecht stellt“¹¹⁹⁵, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.¹¹⁹⁶ Hinsichtlich der Zulässigkeit der Lösung von Fragen des Verfassungsrechtes¹¹⁹⁷ oder des Europarechtes¹¹⁹⁸ mittels Grundsatzentscheidung zeigt sich die Lehre zurückhaltend.

Die Materialien zu den eingefügten Sonderbestimmungen des VwGG stellen fest, der Inhalt einer Grundsatzentscheidung sei „nicht die Sachentscheidung in einer konkreten Rechtssache [...], sondern die Beantwortung einer abstrakten Rechtsfrage, die sich beim Asylgerichtshof aus Anlass eines anhängigen Verfahrens stellt.“¹¹⁹⁹ WIEDERIN vertritt in diesem Zusammenhang – jedoch offenbar ohne Bezugnahme auf die zitierten Materialien – die Auffassung, Voraussetzung einer Grundsatzentscheidung sei nicht bloß „die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm in einem anhängigen Verfahren“ (Präjudizialität), sondern, „dass die Lösung dieses Rechtsproblems Bedingung für die Entscheidung des Falles ist“. Dass die „Klärung abstrakter Rechtsfragen“ nicht durch Grundsatzentscheidungen erfolgen dürfe, vertritt WIEDERIN jedenfalls in Bezug auf „Anträge aus der Mitte des AsylGH“ iSd Art 129e Abs 1 S 2 B-VG. Der BMI dürfe gem S 3 leg cit hingegen „losgelöst von der Entscheidung anhängiger Causen die Klärung abstrakter Rechtsfragen initiieren“ lassen.¹²⁰⁰

¹¹⁹⁵ So MÜLLER, Grundsatzentscheidungen, 509 (509 f). Es dürfe sich also nicht um eine „allgemeine Frage zB des Verwaltungsverfahrensrechts oder des Zustellrechts, die keinen spezifischen Bezug zum Asylrecht aufweist“, handeln. Dieser Auffassung ist prinzipiell zuzustimmen, da der Bundesverfassungsgesetzgeber, wie MÜLLER, aaO mit Blick auf die schon angesprochene weitreichende Verbindlichkeit von Grundsatzentscheidungen zutreffend ausführt, „wohl nicht ausgerechnet den AsylGH dazu berufen [hat], im Zusammenwirken mit dem VwGH durch allgemein verbindliche Rechtssätze über den Bereich der Asylsachen hinaus die Bundes- und Landesverwaltungen zu binden“. Andererseits sind damit aber eben Fragen des allgemeinen Verwaltungsverfahrens von der ohnehin schon spärlichen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen des AsylGH ausgeschlossen, wie dies vergleichsweise beim UBAS nicht der Fall gewesen ist. Der VwGH hat sich im Rahmen der Behandlung von Berufungen gegen UBAS-Bescheide – selbstverständlich – auch zu Fragen des allgemeinen Verwaltungsverfahrens geäußert, auch wenn diese „keinen spezifischen Bezug zum Asylrecht“ aufgewiesen haben. Für eine Einschränkung auf den „sachlichen Bereich ‚Asylsachen‘“ im Übrigen auch ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 181.

¹¹⁹⁶ Für MUZAK, Asylgerichtshof, 81 hingegen könnte aus Art 129e B-VG „eine Beschränkung auf Normen spezifisch asylrechtlicher Provenienz“ nicht entnommen werden. Daher kämen als Gegenstand einer Grundsatzentscheidung auch Bestimmungen des vom AsylGH anzuwendenden AVG in Betracht, wenngleich sich die Verbindlichkeit der darin getroffenen Aussagen „auf Verfahren in Asylsachen“ beschränken würde und davon „andere dem AVG unterliegende Verwaltungsverfahren nicht erfasst“ seien.

¹¹⁹⁷ Vgl MUZAK, Asylgerichtshof, 82 f. WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (9) bezweifelt nachvollziehbarer Weise, dass man dem Verfassungsgesetzgeber unterstellen könne, er habe beabsichtigt, „den VfGH an Verfassungsauslegungen im Gewande von Grundsatzentscheidungen zu binden“. Jedenfalls bestehe ein Vorrang der Lösung verfassungsrechtlicher Fragen gem Art 138, 139, 140 und 140a B-VG.

¹¹⁹⁸ Vgl MÜLLER, Grundsatzentscheidungen, 509 (510) jedenfalls in Bezug auf ungeklärte gemeinschaftsrechtliche Fragen. Diesfalls habe der AsylGH zufolge des Auslegungsmonopols des EuGH zuerst ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten. Bei – durch den EuGH bereits – geklärten oder – nach dem Wortlaut – eindeutigen Fragen sei eine Grundsatzentscheidung allerdings möglich. Diese Ansicht auch vertretend WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (9) und MUZAK, Asylgerichtshof, 83 ff. MUZAK fügt noch an, dass eine dennoch ergangene Grundsatzentscheidung dem Anwendungsvorrang unmittelbaren Gemeinschaftsrechtes unterliege.

¹¹⁹⁹ So AB 2007, 15.

¹²⁰⁰ Vgl WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (9) und ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 181. Dieser Ansicht auch MUZAK, Asylgerichtshof, 81 f. Mit etwas anderer Akzentuierung äußern sich FABER/FRANK, Art 144a B-VG, 477 (480) zu dieser Frage. Inhalt einer Grundsatzentscheidung sei nämlich nie die Entscheidung in einer bestimmten Asylsache, sondern immer die Beantwortung einer Rechtsfrage, die „von einer bestimmten Rechtssache losgelöst ist.“ Niemals „stellt die Grundsatzentschei-

In der Tat normiert § 42 Abs 3 S 1 AsylG 2005, dass der BMI die Erlassung einer Grundsatzentscheidung „aus Anlass einer Entscheidung“ des AsylGH beantragen kann, und nicht etwa anlässlich eines anhängigen Verfahrens, wie dies Abs 1 legit im Bezug auf Grundsatzentscheidungen normiert, denen „Anträge aus der Mitte des AsylGH“ zugrundeliegen. Jedenfalls kann auch der BMI die Erlassung einer Grundsatzentscheidung nur „aus den Gründen des Abs. 1“, und zwar des § 42 AsylG 2005, beantragen.

§ 42 Abs 1 AsylG 2005 enthält demnach jene – vier – Arten von Rechtsfragen, die einer Lösung mittels Grundsatzentscheidung zugänglich sind.¹²⁰¹ Von „einer erheblichen Anzahl“ iSd Art 129e Abs 1 S 2 B-VG bzw § 42 Abs 1 Z 2 AsylG 2005 könne man im Fall von etwa 100 Verfahren sprechen.¹²⁰² MUZAK gelangt zum Ergebnis, dass der Anwendungsbereich „ein relativ weiter ist.“ Einseitig würden sich wohl häufig Fragen iSd § 42 Abs 1 Z 1 lit b AsylG 2005 stellen, „die noch nicht Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Erkenntnisse waren“, andererseits stelle die Variante gem § 42 Abs 1 Z 2 AsylG 2005 „überhaupt nicht auf den Inhalt der zu lösenden Rechtsfrage“, sondern nur „auf ein rein quantitatives Element“ ab.¹²⁰³ Obwohl der Anwendungsbereich in der Tat „ein relativ weiter“ ist, hat er bisher dennoch zu keiner einzigen Grundsatzentscheidung in der Praxis geführt.¹²⁰⁴

VI.J.2.c) Einleitung des Grundsatzentscheidungsverfahrens

Art 129e Abs 1 S 2 und 3 B-VG unterscheidet zwei Fälle einer möglichen Einleitung: Erstens „auf Antrag des Einzelrichters oder Senates“, zweitens „auf Antrag“ des BMI. Auf den Unterschied, dass erstere ihren Antrag gem § 42 Abs 1 AsylG 2005 nur anlässlich eines beim AsylGH anhängigen Verfahrens, letzterer gem Abs 3 S 1 legit nur „aus Anlass einer Entscheidung“ des AsylGH, stellen dürfen, ist im letzten Unterkapitel bereits hingewiesen worden. Es stellt sich die Frage, ob dieser Unterschied der einzige Grund der separaten Anordnung – im B-VG in einem anderen Satz desselben Absatzes, im AsylG 2005 in einem anderen Absatz – der beiden Fälle einer möglichen Einleitung ist. In der Lehre wird jedenfalls davon ausgegangen, dass der Einzelrichter sowie der Senat bei Vorliegen der Voraus-

dung selbst den Abspruch über ein bestimmtes Asylverfahren dar.“ Diese Aussagen stehen allerdings mit denen WIEDERINS, ROHRBÖCKS und MUZAKS nicht im Widerspruch.

¹²⁰¹ Vgl zu den einzelnen Tatbeständen KOLONOVITS, Asylgerichtshof, 274 f.

¹²⁰² Vgl WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (8), MÜLLER, Grundsatzentscheidungen, 509 (510).

¹²⁰³ Vgl MUZAK, Asylgerichtshof, 56 ff.

¹²⁰⁴ Gelegentlich geht der AsylGH auf vom Beschwerdeführer getätigte Anregungen auf Erlassung einer Grundsatzentscheidung (knapp) ein. Vgl zB AsylGH 26. 1. 2009, A5 239875-0/2008: „Abschließend regte der Beschwerdeführer eine Grundsatzentscheidung in der Frage an, ob und inwieweit, unter Berücksichtigung einer zitierten Vorabentscheidung des EuGH, die Abschiebung abgelehnter Asylwerber, die mit österreichischen Staatsbürgern verheiratet sind, zulässig ist. [...] Auch im Zusammenhang mit der ‚angeregten‘ Grundsatzentscheidung ist festzuhalten, dass sich im gegenständlichen Fall für den Asylgerichtshof keine Anhaltspunkte für eine oder mehrere Rechtsfragen ergeben, die im Sinne der Voraussetzungen des § 42 AsylG Gegenstand einer solchen Entscheidung sein könnten.“

setzungen „zur Stellung eines Antrages verpflichtet“ seien, während im „Schweigen der Verfassung“ zu der den BMI betreffenden Rechtslage eine Ermessenseinräumung gesehen wird.¹²⁰⁵

ME ergibt sich allerdings bei strenger Wortlautinterpretation – „sind auf Antrag [...] zu entscheiden“ sowie „Auf Antrag [...] ist [...] zu treffen“ in Art 129e Abs 1 S 2 und 3 B-VG bzw „hat [...] auf Antrag [...] zu entscheiden“ sowie „hat [...] zu treffen“ in § 42 Abs 1 und 3 AsylG 2005 – in beiden Fällen (lediglich) die Pflicht zur Erlassung einer Grundsatzentscheidung, wenn ein entsprechender Antrag vorliegt, aber in keinem der beiden Fälle, die verpflichtende Antragstellung bei Vorliegen der Voraussetzungen. Jedenfalls spricht der Wortlaut aufgrund der Verwendung entsprechender Grammatik dafür, dass der Verpflichtungsgrad zur Antragstellung bei Einzelrichter und Senat einerseits sowie beim BMI andererseits exakt der gleiche ist, da die gegenteilige Annahme – Verpflichtung hier, Ermessen dort – zur Folge hätte, dass man ein und demselben Begriff im ersten Fall dieses, im nächsten Fall etwas anderes unterstellen würde.

Andererseits überzeugt aber die von den genannten Autoren getätigte Aussage, wonach im Falle einer mangelnden verpflichtenden Antragstellung durch Einzelrichter und Senat bei Vorliegen der Voraussetzungen, es diesen freistünde, von der Rechtsprechung des VwGH abzuweichen, ohne einen verstärkten Senat – und in der Folge auch den VwGH – damit zu befassen. Im Sinne einer teleologischen Interpretation ist also in der Tat davon auszugehen, dass Einzelrichter und Senat bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer Grundsatzentscheidung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, den Antrag zu stellen.

Der BMI ist – ganz nach dem Wortlaut – hingegen zur Antragstellung wirklich nur berechtigt.¹²⁰⁶ Andernfalls hätte er – bzw einer oder mehrere seiner Mitarbeiter in seiner Verantwortung – die Pflicht, jede der tausenden Entscheidungen des AsylGH auf das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erlassung einer Grundsatzentscheidung hin zu überprüfen. *MUZAK* hält es für möglich, in der Antragsbefugnis des BMI ein „Korrektiv“ zu untätig gebliebenen Einzelrichtern bzw Senaten zu erblicken.¹²⁰⁷ Gem § 42 Abs 3 S 2 AsylG 2005 hat der BMI-Antrag jedenfalls keine Auswirkung auf den bereits entschiedenen Anlassfall.

¹²⁰⁵ Vgl *WIEDERIN*, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (10), *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 180, *MUZAK*, Asylgerichtshof, 61 f und *FA-BER/FRANK*, Art 144a B-VG, 477 (485 FN 72).

¹²⁰⁶ So auch ausdrücklich VfGH 7. 11. 2008, U48/08: Der BMI sei „ermächtigt“, einen Antrag auf Einleitung eines Grundsatzentscheidungsverfahrens zu stellen.

¹²⁰⁷ Vgl *MUZAK*, Asylgerichtshof, 61.

VI.J.2.d) Ablehnung des Antrages durch den Kammersenat

Für das weitere, vor dem AsylGH stattfindende Verfahren betreffend Grundsatzentscheidungen ist ausschließlich § 42 AsylG 2005 maßgeblich. Gem § 42 Abs 2 AsylG 2005 kann der für die Grundsatzentscheidung zuständige Kammersenat die Behandlung einer Rechtsfrage ablehnen, wenn die Voraussetzungen gem Abs 1 leg cit nicht gegeben sind. Aus der Gesetzesystematik und den Materialien ergibt sich, dass nur Anträge von Einzelrichtern und Senaten abgelehnt werden können, zumal erst der nachfolgende Abs 3 leg cit Anträge des BMI regelt.¹²⁰⁸

Nach dem Gesetzeswortlaut „kann“ der Kammersenat mangels Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen die Behandlung einer Rechtsfrage ablehnen, er hat dies allerdings nicht verpflichtend zu tun, womit ihm diesbezüglich Ermessen eingeräumt wäre. Ob den zuständigen Kammersenat eine Verpflichtung zur Ablehnung trifft, oder ob diese in seinem Ermessen steht, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.¹²⁰⁹ ME ist in diesem Fall dem Resultat der Wortlautinterpretation zu folgen. Vor allem vor dem Hintergrund, dass sich der Gesetzgeber in einem Absatz darüber sowie in einem Absatz darunter – § 42 Abs 1 sowie 3 AsylG 2005 betreffend die Einleitung des Grundsatzentscheidungsverfahrens – einer imperativ formulierten Anordnung bedient, ist nicht einzusehen, weshalb er mit dem Wort „kann“ in Abs 2 leg cit nicht etwas anderes zum Ausdruck bringen hat wollen – nämlich eine entsprechende Ermächtigung (im Gegensatz zu einer Verpflichtung). Dies hat freilich zur Folge, dass der Kammersenat – mangels verpflichtender Ablehnung – Anträge in Behandlung nehmen „kann“, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen. Ob dies dem *telos* der Regelung entspricht, sei dahingestellt. Ggf müsste der Gesetzgeber eine Klarstellung treffen, bis dahin sprechen mE die besseren Gründe für eine bloße Ablehnungsermächtigung.

Wie dargelegt, gehen sowohl der Wortlaut des § 42 AsylG 2005 als auch die Materialien davon aus, dass Anträge des BMI auf Erlassung einer Grundsatzentscheidung nicht abgelehnt werden dürfen. Damit habe „für den AsylGH all das eine Grundsatzfrage zu sein [...], was der BMI für eine solche hält.“¹²¹⁰ MUZAK scheint sich mit dieser unbefriedigenden Situation nicht zufrieden geben zu wollen und statuiert zunächst, dass die Stellung eines Antrages des BMI auf Erlassung einer Grundsatzentscheidung „keiner der im B-VG für das hoheitliche Handeln von Verwaltungsorganen definierten Rechtsformen zuzurechnen“ sei. Dies sei im B-VG allerdings kein Unikum, wobei die Lehre in diesen

¹²⁰⁸ Zunächst bestimmt RV 2007 I, 12, dass Grundsatzentscheidungen auf Antrag des BMI „verpflichtend zu treffen“ seien. Dementsprechend legt AB 2007, 9 ausdrücklich fest, dass bei Anträgen des BMI eine Ablehnung nicht in Betracht komme.

¹²⁰⁹ Für WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (10) „kann und muss“ der Kammersenat eine Grundsatzentscheidung, die auf einem Antrag „aus der Mitte des AsylGH“ beruht, verweigern, wenn es an deren Voraussetzungen fehlt. Ebenso FÄBER/FRAK, Art 144a B-VG, 477 (485 FN 70). ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 180 scheint sich am hingegen am Wortlaut zu halten und bekräftigt dies mit der Verwendung des Begriffes „Ablehnungsermächtigung“.

¹²¹⁰ So WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (10).

Fällen die Meinung vertrete, dass „bei diesen Akten [...] jeglicher Erzeugungsfehler zur absoluten Nichtigkeit“ führe. Da schließlich (auch auf einfachgesetzlicher Ebene) kein Fehlerkalkül für derartige Anträge des BMI existiere, seien unzulässige – weil zB keine grundsätzliche Frage betreffende – Anträge des BMI auf Erlassung einer Grundsatzentscheidung letztendlich absolut nichtig.¹²¹¹ Dieser Weg ist sicherlich ein gangbarer, der sich in das System der angestellten Überlegungen zur absoluten Nichtigkeit von fehlerhaften Verwaltungsakten mangels normierten Fehlerkalküls harmonisch einfügt.¹²¹²

VI.J.2.e) Rechtsfolgen einer unzulässigerweise unterbliebenen Grundsatzentscheidung

Welche Rechtsfolgen aber hat es, wenn – erstens – der zuständige Einzelrichter oder Senat trotz Vorliegens der Voraussetzungen keinen Antrag auf Einleitung eines Grundsatzentscheidungsverfahrens stellt oder – zweitens – der Kammer Senat trotz Vorliegens der Voraussetzungen einen solchen Antrag ablehnt? In beiden Fällen trifft der AsylGH keine Grundsatzentscheidung, obwohl er hierzu gem Art 129e Abs 1 S 2 B-VG verpflichtet gewesen wäre. Für MÜLLER bedeutet die „Nichtvorlage einer Rechtsfrage, die einer Grundsatzentscheidung durch den AsylGH bedarf, [...] eine Verletzung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung und damit eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter“ iSd Art 83 Abs 2 B-VG.¹²¹³

Der Autor beruft sich dabei auf ein Erk des VfGH betreffend die unterlassene Einholung einer Vorausbentscheidung beim EuGH; darin heißt es: „Würde ein innerstaatliches Organ entgegen der Anordnung in Art177 Abs3 EGV eine vorlagepflichtige Frage der Interpretation des Gemeinschaftsrechtes dem EuGH nicht zur Vorabentscheidung vorlegen, so verletzte dieses staatliche Organ die gesetzliche Zuständigkeitsordnung, zu der eben auch Art177 EGV zählt und entzöge den Parteien des bei ihm anhängigen Verfahrens insofern den gesetzlichen Richter, als eine dem EuGH zur Entscheidung vorbehaltene Frage nicht durch diesen gelöst werden könnte.“¹²¹⁴

Die unterlassene Fällung einer gebotenen Grundsatzentscheidung beurteilt das Verfassungsgericht jedenfalls anders. So bestehe kein Recht des Asylwerbers, ein Grundsatzentscheidungsverfahren einzuleiten, „und zwar deshalb, weil – dem erklärten Willen des Verfassungsgesetzgebers zufolge – Inhalt einer solchen Grundsatzentscheidung nicht der konkrete Einzelfall, sondern – davon losgelöst – die abstrakte Klärung einer grundsätzlichen Rechtsfrage ist, die nicht nur für den konkreten Einzelfall verbindlich sein soll. Anders als Zuständigkeitsvorschriften sehen die Regelungen über die

¹²¹¹ Vgl MUZAK, Asylgerichtshof, 62 ff.

¹²¹² Vgl zum Fehlerkalkül oben VI.H.2.k).

¹²¹³ Vgl MÜLLER, Grundsatzentscheidungen, 509 (511). Diese Ansicht – unter Verweisung auf die parallele Situation bei Vorausbentscheidungen des EuGH – teilend auch FABER/FRANK, Art 144a B-VG, 477 (485 f) und KIENAST, Asylgerichtshof, 185.

¹²¹⁴ So VfGH 11. 12. 1995, B2300/95 (VfSlg 14.390/1995).

Grundsatzentscheidungen somit eine verfassungsrechtliche Verpflichtung bestimmter richterlicher Organe vor, bei der Beantwortung grundsätzlicher Rechtsfragen ein besonderes Verfahren einzuhalten, dessen Ergebnis in die Entscheidungen des AsylGH in einzelnen Fällen einfließt. Mit den vier – verfassungsgesetzlichen – Tatbeständen [...] konnten und sollten keine Zuständigkeitsfestlegungen in einer für solche Normen erforderlichen Präzision getroffen werden, deren Einhaltung einer nachprüfenden Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof am Maßstab des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter unterliegen [...], weshalb „[e]ine Verletzung des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter durch die Unterlassung der Einholung einer Grundsatzentscheidung [...] von vornherein nicht in Betracht [kommt].“¹²¹⁵

Das Höchstgericht vertritt also die Auffassung, die vier Tatbestände des Art 129e Abs 1 S 2 B-VG stellen – anders als etwa ex-Art 234 EGV bzw nunmehr Art 267 AEUV betreffend Vorabentscheidungen des EuGH – keine Zuständigkeitsvorschrift dar, deren Verletzung zu einer Verletzung des vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gem Art 83 Abs 2 B-VG führt – sondern lediglich „eine verfassungsrechtliche Verpflichtung [...], ein besonderes Verfahren einzuhalten“. Während es für den VfGH eine Verletzung besagten Rechtes darstellt, „wenn statt eines Senates ein Einzelrichter entscheidet oder umgekehrt“¹²¹⁶, soll dies also nicht der Fall sein, wenn statt eines fünfköpfigen Kammersenates ein zweiköpfiger Senat oder ein Einzelrichter entscheidet und dem Asylwerber darüber hinaus die ohnehin dürftige verwaltungsgerichtliche Kontrolle entzogen wird.

ME ist in dieser Sache *MÜLLER* zu folgen, der in der „Nichtvorlage einer Rechtsfrage, die einer Grundsatzentscheidung durch den AsylGH bedarf, [...] eine Verletzung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung“ sieht, zumal das Verfassungsgericht – wenn überhaupt – nicht nachvollziehbar durtut, aus welchen Gründen die verfassungsgesetzlich angeordnete Befassung eines fünfköpfigen Kammersenates in präzise bestimmten Fällen keine Zuständigkeitsvorschrift darstellen soll – insbes auch unter Berücksichtigung der zitierten Judikatur betreffend die Entscheidung durch Einzelrichter statt des vorgeschriebenen Senates. Wenig Aufklärung bringt auch die Aussage, wonach der Asylwerber zur Einleitung eines Grundsatzentscheidungsverfahrens nicht berechtigt sei, da diese – bei aller Richtigkeit – mE in keinem logischen Zusammenhang mit der folgenden Behauptung über die Zuständigkeitsordnung steht – gleichwohl der VfGH letztere Aussage als Schlussfolgerung ersterer betrachten dürfte (arg „somit“).

¹²¹⁵ So VfGH 7. 11. 2008, U48/08. Auf dieses Erk verweisend VfGH 25. 2. 2011, U1789/09 ([...], „dass ein Recht des Asylwerbers auf Einleitung eines Verfahrens zur Einholung einer Grundsatzentscheidung nicht besteht.“).

¹²¹⁶ So die in FN 1065 genannten Erk des VfGH.

VI.J.2.f) Das weitere Verfahren vor dem AsylGH

Wird die Erlassung einer Grundsatzentscheidung beantragt und deren Behandlung – im Falle des Antrages eines Einzelrichters oder Senates – nicht abgelehnt, hat der Vorsitzende des Kammersenates den Präsidenten des AsylGH gem § 41 Abs 4 AsylG 2005 darüber in Kenntnis zu setzen. Der Präsident hat unverzüglich alle übrigen Richter des AsylGH und das BAA von der Anhängigkeit eines solchen Verfahrens zu informieren.

Ist bei einem Kammersenat ein Grundsatzentscheidungsverfahren anhängig, können gem § 41 Abs 6 AsylG 2005 „bei den Einzelrichtern und Senaten anhängige Verfahren – einschließlich des Anlassfalles für die Grundsatzentscheidung – mit Verfahrensanordnung ausgesetzt werden, wenn die Grundsatzentscheidung auch für diese Verfahren maßgeblich sein könnte. Der Ablauf gesetzlicher Entscheidungsfristen wird gehemmt“ – also nicht unterbrochen. Für ROHRBÖCK bedeutet das Wort „können“ „mangels entsprechender Ermessensdeterminanten müssen‘, wenn auch nur eine vertretbare Möglichkeit besteht, die Grundsatzentscheidung könne sich auf den Ausgang des betreffenden Verfahrens inhaltlich auswirken.“¹²¹⁷

Die ausgesetzten Verfahren sind nach Maßgabe des § 41 Abs 7 AsylG 2005 fortzusetzen. Gem § 41 Abs 8 AsylG 2005 sind die Aussetzung und Fortsetzung des Verfahrens dem Beschwerdeführer und dem BAA mitzuteilen, wobei ROHRBÖCK im Hinblick auf die Tatsache, dass durch die Unterbrechung auch die Entscheidungsfrist gehemmt wird, die Frage aufwirft, ob die Unterbrechung „nicht in Form eines zustellungspflichtigen Beschlusses zu ergehen hätte“¹²¹⁸.

Schließlich sind gem § 41 Abs 9 AsylG 2005 Grundsatzentscheidungen der Kammersenate auf geeignete Weise, „jedenfalls im RIS“¹²¹⁹, zu veröffentlichen und gem § 41 Abs 5 AsylG 2005 „von Amts wegen“ vom Präsidenten des AsylGH dem VwGH vorzulegen.¹²²⁰ „Das weitere Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bestimmt sich nach den Regelungen des VwGG.“¹²²¹

¹²¹⁷ So ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 182.

¹²¹⁸ So ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 182.

¹²¹⁹ So AB 2007, 10.

¹²²⁰ So auch Art 132a Abs 2 S 1 B-VG und § 72 S 1 VwGG. ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 183 bemängelt im Übrigen zu Recht das Nichtbestehen einer Frist zur Vorlage an den VwGH.

¹²²¹ So AB 2007, 9.

VI.J.2.g) Rechtsfolgen einer unzulässigen Vorlage

Unzulässige Vorlagen sind gem § 73 VwGG „in jeder Lage des Verfahrens“ zurückzuweisen. Zuerst ist zu klären, was genau unter einer unzulässigen Vorlage zu verstehen ist. Die Vorlage einer Grundsatzentscheidung ist in § 42 Abs 5 AsylG 2005 und in § 72 VwGG geregelt. Unzulässig könnte demnach die Vorlage sein, wenn sie nicht durch den Präsidenten des AsylGH, sondern etwa durch einen beliebigen Einzelrichter erfolgt, oder wenn ihr nicht „die Akten des Verfahrens“ iSd § 72 S 2 VwGG angeschlossen sind. *MÜLLER* schlägt für den Fäll, dass „wesentliche Angaben“ fehlen oder die Rechtsprechung „nicht hinreichend aufgearbeitet“ worden ist, vor, dass die Vorlage gem §§ 78 iVm 62 Abs 1 VwGG und § 13 Abs 3 AVG zur Mängelbehebung an den AsylGH zurückzustellen sei.¹²²² Im Wege des Mängelbehebungsverfahrens können daher alle verbesserungsfähigen Mängel iSd § 13 Abs 3 AVG¹²²³ saniert werden, wozu wohl auch die von mir genannten gehören werden.

Unter Bezugnahme auf § 73 VwGG ist von der Lehre jedoch auch ein anderes Problem diskutiert worden. *WIEDERIN* hat die Frage gestellt, wie der VwGH eine ihm vorgelegte Grundsatzentscheidung zu behandeln habe, welche Art 129e Abs 1 S 2 B-VG zuwider ergangen ist – etwa weil keine grundsätzliche Rechtsfrage vorliegt. Der Autor geht offenbar davon aus, dass der Gesetzgeber für solche Fälle die Zurückweisung gem § 73 VwGG konzipiert habe. Die Zurückweisung der Vorlage ließe die Grundsatzentscheidung, welche nicht ergehen hätte dürfen, aber unaugustastet. Abgesehen davon verlange Art 132a Abs 2 S 2 B-VG eine meritorische Entscheidung. Unter Berufung auf die hL zu zu Unrecht ergangenen Bescheiden spricht sich *WIEDERIN* schließlich dafür aus, „die zu Unrecht ergangene Grundsatzentscheidung ersatzlos zu beheben.“¹²²⁴ Auch *MUZAK* und *KOLONOVITS* sprechen sich, *WIEDERIN* folgend, für eine Pflicht des VwGH, zur Aufhebung von zu Unrecht vom AsylGH getroffenen Grundsatzentscheidungen aus.¹²²⁵

Dahingegen meint *MÜLLER*, dass der VwGH, wenn er zum Ergebnis gelangt, „dass keine der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Grundsatzentscheidung vorliegt“, oder „wenn sich herausstellen sollte, dass die Grundsatzentscheidung beim AsylGH nicht auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Weg zustande gekommen ist“, die Vorlage gem § 73 VwGG als unzulässig zurückzuweisen habe. Eine vom

¹²²² Vgl *MÜLLER*, Grundsatzentscheidungen, 509 (511 f). Der Autor äußert sich aaO auch insofern zum erforderlichen Inhalt einer vorgelegten Grundsatzentscheidung, als „dem VwGH eine in jeder Hinsicht entscheidungsreife Grundsatzentscheidung ‚pfannenfertig‘ vorliegen müsse.“

¹²²³ Vgl *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG I, § 13, RZ 26 ff.

¹²²⁴ Vgl *WIEDERIN*, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (10). Er beruft sich dabei auf *HENGSTSCHÄGER/LEEB*, AVG III, § 66, RZ 97 ff, wonach der Bescheid gem § 66 Abs 4 AVG ersatzlos zu beheben sei, wenn dieser gar nicht ergehen hätte dürfen, etwa weil die Erlassung eines Bescheides überhaupt unzulässig gewesen ist oder ihn die Behörde nicht erlassen hätte dürfen. Ebenso *THIENEL/SCHULEV-STEINDL*, Verwaltungsverfahren, 274 und *WALTER/MAYER*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 547.

¹²²⁵ Vgl *MUZAK*, Asylgerichtshof, 65 f und *KOLONOVITS*, Asylgerichtshof, 278.

VwGH zurückgewiesene Vorlage entfalte keine Rechtswirkungen des Art 132a Abs 2 S 4 B-VG, also keine Bindungswirkung.¹²²⁶

MÜLLER nähert sich dem Problem, wie mit Grundsatzentscheidungen umzugehen sei, die – zB mangels Vorliegens einer grundsätzlichen Frage – gar nicht ergehen hätten dürfen, also auf anderem Wege als *WIEDERIN*. Während sich letzterer für die ersatzlose Behebung derartiger Grundsatzentscheidungen durch den VwGH ausspricht, befürwortet ersterer eine Pflicht zur Zurückweisung und spricht sich dafür aus, dass diesfalls keine Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung iSd Art 132a Abs 2 S 4 B-VG eintrete. Die letzte Annahme findet im Gesetzeswortlaut freilich keine Deckung mehr, weshalb der Lösungsvorschlag von *WIEDERIN* – basierend auf der herrschenden Auffassung zur Behandlung von Akten, die gar nicht ergehen hätten dürfen – der überzeugendere ist.

VI.J.2.h) Das Verfahren vor dem VwGH

Wie bereits erwähnt, sind gem Art 132a Abs 2 S 1 B-VG und § 72 VwGG Grundsatzentscheidungen des AsylGH dem VwGH von Amts wegen vorzulegen. Parteien des nun folgenden Verfahrens vor dem VwGH sind gem § 71 VwGG der AsylGH, der BMI, das BAA und der Asylwerber. Dieses Verhältnis zwischen dem seine subjektiven Interessen wahrnehmenden Asylwerber einerseits und „den staatlichen Organen, die öffentliche Interessen vertreten“, andererseits hat *ROHRBÖCK* treffend als „einseitig und im Lichte eines ‚fairen Verfahrens‘ (Waffengleichheit) wohl nicht unproblematisch“ bezeichnet.¹²²⁷

Die Grundsatzentscheidung ist gem § 74 Abs 1 VwGG sodann den Parteien – mit Ausnahme des AsylGH – zu übermitteln, welche dazu schriftliche Äußerungen bzw Gegenäußerungen tätigen können. Bei Ergänzungsbedürftigkeit des Sachverhaltes muss der VwGH gem § 74 Abs 2 VwGG die notwendigen Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens durch den AsylGH durchführen lassen.¹²²⁸ Ob der VwGH eine Verhandlung durchführt, bleibt gem § 75 VwGG ihm überlassen.

VI.J.2.i) Die Entscheidung des VwGH

Die Regelung des § 76 Abs 1 VwGG betreffend die Entscheidungsbefugnis des VwGH im Grundsatzentscheidungsverfahren ist deutlich § 66 Abs 4 AVG betreffend die Entscheidungsbefugnis von Berufungsbehörden im allgemeinen Administrativverfahren nachgebildet. Demnach kommt dem VwGH

¹²²⁶ Vgl *MÜLLER*, Grundsatzentscheidungen, 509 (512).

¹²²⁷ Vgl *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 183.

¹²²⁸ *MUZAK*, Asylgerichtshof, 70, FN 184 und *ROHRBÖCK*, Asylgerichtshof, 184 weisen zu Recht darauf hin, dass es sich bei solchen Aufträgen zur Sachverhaltsergänzung nur um Fragen der Grundsätzlichkeit, also der Zulässigkeit, handeln könne, da Grundsatzentscheidungen auf Rechtsfragen beschränkt sind.

eine umfassende reformatorische Entscheidungsbefugnis zu. Der Gerichtshof hat „immer in der Sache selbst zu entscheiden“, wobei er berechtigt ist, „sowohl im Spruch als auch in der Begründung seine Anschauung an die Stelle jener des Asylgerichtshofes zu setzen und die Grundsatzentscheidung nach jeder Richtung abzuändern.“ *Muzak* spricht insofern zutreffend von einer „Ausnahme vom bisher nur hinsichtlich der Säumnisbeschwerde durchbrochenen System einer kassatorischen Verwaltungsgerichtsbarkeit.“¹²²⁹

Bemerkenswert ist die Anordnung in Art 132a Abs 2 S 3 B-VG und § 76 Abs 2 VwGG, wonach die Grundsatzentscheidung des AsylGH als bestätigt gilt, wenn der VwGH nicht innerhalb von sechs Monaten nach ihrer Vorlage entscheidet. Für *Müller* handle es sich dabei um einen in der österreichischen Rechtsordnung „bisher nicht bekannten Fall einer Rechtssetzung durch Unterlassung“. Es sei „mehr als problematisch, die Unterlassung einer Entscheidung mit Rechtswirkungen auszustatten, die denen einer bestätigenden Senatsentscheidung entsprechen“, wenn man an die Fälle denke, welche zur Unterlassung führen können, zB „die bloße Untätigkeit eines überlasteten Berichters“ oder das „Versehen“ der zuständigen Geschäftsstelle des VwGH. Schließlich sei diese Regelung „als Ergebnis einer verfassungsrechtlichen Sonderregelung“ zwar „verfassungsrechtlich unangreifbar“, sie bleibe aber ein „verfassungsrechtliches Monstrum.“¹²³⁰

Für *Muzak* hingegen erscheine es sogar „nicht unvertretbar“, diesen „massiven Einschnitt in das Rechtsschutzsystem des B-VG“, der in der „unwiderleglichen gesetzlichen Vermutung“ liege, als „einen so gravierenden Eingriff in die Rechtsschutzfunktion des VwGH zu begreifen“, dass er als baugesetzwidrig – genauer dem rechtsstaatlichen Grundprinzip zuwiderlaufend – zu qualifizieren sei. Der Autor führt in diesem Zusammenhang ins Treffen, dass durch die Bindung des Höchstgerichtes an die sechsmonatige Frist insbes „bei hohem Aktenanfall jenes Qualitätsniveau, das eine höchstgerichtliche Entscheidung auszeichnen sollte“ – möglicherweise – nicht erreicht werden könne.¹²³¹

Kolonovits hingegen betrachtet im Lichte der „Ausgestaltung des rechtsstaatlichen Prinzips im Jahr 1920 [...] die verfassungsrechtliche Ausnahme von der Zuständigkeit des VwGH im Fall der ‚Verfristung‘“ nicht als Gesamtänderung, bejaht also die Baugesetzkonformität dieser Regelung. Er beruft sich dabei (erneut) auf die Rechtslage zu Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, das diese betreffende Schrifttum von *Kelsen/Froehlich/Merkel* aus dem Jahre 1922, wonach diesfalls „eine Rechtskontrolle durch ein besonderes Verwaltungsgericht überflüssig“ sei, sowie die konkrete Aus-

¹²²⁹ So *Muzak*, Asylgerichtshof, 95.

¹²³⁰ So *Müller*, Grundsatzentscheidungen, 509 (513).

¹²³¹ Vgl *Muzak*, Asylgerichtshof, 77 f.

gestaltung des VwGH, welcher „organisatorische Vorkehrungen“ zur Einhaltung der 6-Monatsfrist treffen könne.¹²³²

VI.J.2.j) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Gesetzeswortlaut und Materialien

Abgesehen von der Tatsache, dass es dem Asylwerber nicht möglich ist, ein Grundsatzentscheidungsverfahren einzuleiten und man daher davon sprechen kann, dass ihm der Zugang zum VwGH verwehrt bleibt, sowie den zuletzt behandelten Folgen des Verstreichens der Entscheidungsfrist durch den VwGH, hat vor allem die verfassungsrechtlich angeordnete – und einfachgesetzlich wiederholte – Bindungswirkung von Grundsatzentscheidungen für Aufsehen gesorgt. Gem Art 132a Abs 2 S 4 B-VG und § 76 Abs 4 VwGG sind Grundsatzentscheidungen nämlich für alle Fälle verbindlich, in denen die mit ihnen beantwortete Rechtsfrage zu lösen ist. Die Materialien des Verfassungsgesetzgebers unterstreichen noch einmal, was intendiert ist: Grundsatzentscheidungen seien für „alle Fälle – also nicht nur für den Anlassfall (bzw. die Anlassfälle) – verbindlich, in denen die mit ihnen beantwortete Rechtsfrage zu lösen ist (unabhängig davon, ob diese Fälle beim Bundesasylamt, beim Asylgerichtshof, beim Verwaltungsgerichtshof oder beim Verfassungsgerichtshof anhängig sind).“¹²³³

Dass die Grundsatzentscheidung auch für den VfGH verbindlich sein soll, wird auch in den Materialien zur Urteilsbeschwerde gem Art 144a B-VG betont. Eine Entscheidung des AsylGH, der eine rechtskräftige Grundsatzentscheidung zugrunde liegt, könne mit der Behauptung, die darin vorgenommene rechtliche Beurteilung sei denkunmöglich, nämlich nicht mehr erfolgreich angefochten werden. Der VfGH könne nur zum Ergebnis gelangen, dass die Grundsatzentscheidung der aktuellen Entscheidung des AsylGH „denkunmöglichlicherweise“ zugrunde gelegt oder dass ihr Inhalt „denkunmöglich oder in verfassungswidriger Weise ausgelegt“ worden ist.¹²³⁴

Die beiden zuletzt genannten Varianten gebieten also nur eine grundsatzentscheidungskonforme Auslegung nachfolgender asylgerichtlicher Entscheidungen. Über die Recht- oder auch Verfassungsmäßigkeit der Grundsatzentscheidung soll sich der VfGH aber kein Urteil mehr bilden dürfen. Was der AsylGH im Zusammenspiel mit dem VwGH, bzw im Falle des ungenützten Ablaufes der sechsmonatigen Frist des Art 132a Abs 2 S 3 B-VG der AsylGH alleine, einmal als Grundsatzentscheidung festgestellt hat, soll scheinbar für alle – nationalen – Instanzen für immer unantastbar sein.

¹²³² Vgl KOLONOVITS, Asylgerichtshof, 286.

¹²³³ So RV 2007 I, 12.

¹²³⁴ So RV 2007 I, 13.

So lapidar und apodiktisch die Verfassungsmaterialien dieses für Österreich neuartige Rechtsinstitut begleiten, so ergiebig versucht ihm das Schrifttum im rechtsdogmatischen Diskurs näher zu kommen. Die wichtigsten Beiträge möchte ich – kommentierend und prinzipiell chronologisch – in der Folge darstellen.

VI.J.2.k) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Wiederin

WIEDERIN kommt aufgrund der angeordneten *erga-omnes*-Wirkung von Grundsatzentscheidungen zum Schluss, dass diese „die Verbindlichkeit einer generell-abstrakten Norm“ hätten und es sich dabei folglich um „Verordnungserlassung durch Gerichte“ handle. Einen Ausweg aus dem Dilemma der fehlenden Möglichkeit einer Korrektur sieht WIEDERIN in der „Herzog-Mantel-Theorie“. Diese, wohl in erster Linie im Zusammenhang mit (innerstaatlichen) Durchführungsverordnungen entwickelte Theorie besagt, dass „eine Durchführungsverordnung bei Änderung ihrer – im Sinne des Art18 Abs2 B-VG erforderlichen – gesetzlichen Grundlage im Falle eines Widerspruchs zur Neufassung gleichzeitig mit ihrer ursprünglichen gesetzlichen Grundlage außer Kraft“ trete¹²³⁵ bzw, dass eine Durchführungsverordnung „mit dem Gesetz steht und fällt, das ihrer Erlassung im Sinne des Art. 18 Abs. 2 B-VG die gesetzliche Grundlage geboten hat“.¹²³⁶

Umgelegt auf Grundsatzentscheidungen bedeute dies, dass bei Aufhebung einer Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung „gleichzeitig die Verbindlichkeit aller auf sie gründenden“, dh diese Bestimmungen auslegenden, Grundsatzentscheidungen ende. Dem VfGH bleibe „Befugnis und Pflicht, auf die Verfassungs- oder Gesetzwidrigkeit der Grundsatzentscheidung mit der Aufhebung der sie tragenden Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen zu reagieren. Damit ist der Rechtsstaatlichkeit als Grundprinzip Genüge getan.“¹²³⁷

Unter der Prämisse WIEDERINS, dass die Grundsatzentscheidung den VfGH in einem solchen Ausmaß binde, dass er der Norm, auf dem diese beruht bzw, die sie auslegt, jenen Inhalt beimessen müsse, dem ihn die Grundsatzentscheidung unterstellt hat, stellt sich allerdings die Frage, auf welchem Wege verfassungs- oder gesetzwidrige Grundsatzentscheidungen an den VfGH herangetragen werden sollen, um sodann das jeweilige Gesetz oder die jeweilige Verordnung aufheben zu können. Denn sowohl nach dem ausdrücklichen Wortlaut in Art 132a Abs 2 S 4 B-VG als auch nach den zitierten

¹²³⁵ Vgl VfGH 17. 3. 2006, V24/05 (VfSlg 17.816/2006). Vgl auch VfGH 26. 2. 1991, V166/90 (VfSlg 12.634/1991): „Ändert sich die – im Sinne des Art18 Abs2 B-VG erforderliche – gesetzliche Grundlage einer Durchführungsverordnung, so wird diese Durchführungsverordnung im Falle eines Widerspruches zur Neufassung ihrer ursprünglichen gesetzlichen Grundlage nicht gesetzwidrig iSd Art139 B-VG; sie tritt vielmehr gleichzeitig mit ihrer ursprünglichen gesetzlichen Grundlage außer Kraft, sofern die Neufassung des Gesetzes keine Grundlage iSd Art18 Abs2 B-VG bietet“.

¹²³⁶ Vgl VwGH 16. 9. 1997, 94/05/0081.

¹²³⁷ So WIEDERIN, Gerichtlicher Rechtsschutz, 6 (10 f).

Materialien soll der VfGH in Hinblick auf Grundsatzentscheidungen keine Kognitionsbefugnis haben. Es wäre aber möglich, dass der VfGH anlässlich einer Beschwerde iSd Art 144a B-VG mit einem Gesetz konfrontiert ist, welches zugleich auch Grundlage der als verfassungswidrig erachteten Grundsatzentscheidung gewesen ist. In solchen Fällen müsste der VfGH ein amtswegiges, „abstraktes“ Normprüfungsverfahren gem Art 139 Abs 1 S 1 bzw 2 bzw Art 140 Abs 1 S 1 und 2 B-VG einleiten.

Weiters in Frage kommen einerseits „konkrete“ Normprüfungsverfahren auf Antrag der in den leg cit genannten Organe und Behörden. Diese könnten also bei entsprechendem Verdacht der Verfassungs- oder Gesetzwidrigkeit einer Grundsatzentscheidung einen Antrag auf Einleitung eines Normprüfungsverfahrens hinsichtlich des der Grundsatzentscheidung zugrundeliegenden Gesetzes, bzw hinsichtlich der entsprechenden Verordnung, stellen. Zu beachten ist aber, dass eine Antragstellung iSd Art 139 Abs 1 bzw Art 140 Abs 1 B-VG nur nach Maßgabe des Art 89 Abs 2 B-VG verpflichtend ist – und damit nicht für die Bundesregierung, die Landesregierung, den National- sowie den Bundesrat.

Art 89 Abs 2 B-VG betreffend die noch übrig bleibenden Gerichts- und Verwaltungsbehörden sieht als Voraussetzung des Antrages aber die Präjudizialität der in Frage stehenden Norm vor. Das bedeutet, „dass zur Antragstellung (nach Art 140 B-VG) nur jene Organe legitimiert sind, die bei der Entscheidung über eine Rechtssache ein Gesetz, gegen welches sie aus dem Grunde der Verfassungswidrigkeit Bedenken hegen, anzuwenden haben“. Daraus folge weiter, dass von der Antragstellung jene Organe ausgeschlossen seien, die die Rechtssache nicht zu entscheiden haben.¹²³⁸ Die Anwendung der jeweiligen Norm, welche der Grundsatzentscheidung zugrunde gelegen ist, wird aber in erster Linie durch den AsylGH erfolgen, eventuell auch (noch) durch den VwGH. Dh, dass der AsylGH den Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes (einer Verordnung) anlässlich einer von ihm selbst (mit)gefassten Grundsatzentscheidung stellen müsste.

Zu guter Letzt besteht mE auch die Möglichkeit eines Individualantrages iSd Art 139 Abs 1 S 3 bzw Art 140 Abs 1 S 4 B-VG. Es ist denkbar, dass eine Person sich durch ein Gesetz (eine Verordnung) in ihren Rechten verletzt erachtet, welches Grundlage für eine behauptetermaßen verfassungswidrige Grundsatzentscheidung geboten hat. Des Weiteren wird dieses Gesetz (diese Verordnung) „ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden“ sein, da dem Asylwerber kein zumutbarer Rechtsweg eröffnet ist, die Normbedenken in anderer (zumutbarer) Weise an den VfGH heranzutragen.¹²³⁹

¹²³⁸ So VfGH 8. 3. 2007, V34/06 (VfSlg 18.097/2007) in ständiger Rechtsprechung.

¹²³⁹ Vgl zur Umwegen(-un-)zumutbarkeit des Individualantrages zB ÖHLINGER, Verfassungsrecht, RZ 1024 f oder WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, Verfassungsrecht, RZ 1117.

Die von *WIEDERIN* aufgezeigte Möglichkeit der Korrektur von verfassungswidrigen Grundsatzentscheidungen über den Umweg der Aufhebung des Gesetzes (der Verordnung), welches der Grundsatzentscheidung zugrundeliegt, bzw welches durch diese ausgelegt worden ist, ist also eine durchaus gangbare.

VI.J.2.I) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Müller

MÜLLER differenziert bezüglich der Bindung des VfGH an Grundsatzentscheidungen hingegen zuerst danach, ob das Höchstgericht deren Zulässigkeit oder deren Inhalt zu prüfen habe. Er tätigt hinsichtlich der Zulässigkeitsfrage sodann die Aussage, dass es eine Verletzung des vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter darstelle, „wenn zu Unrecht eine Grundsatzentscheidung eingeholt wurde, ebenso, wenn ihre Einholung zu Unrecht unterblieben ist“.¹²⁴⁰ Die zweite Aussage steht jedenfalls im Widerspruch zur verfassungsgerichtlichen Judikatur, wie bereits oben dargestellt worden ist.¹²⁴¹ Aber auch der Inhalt der ersten Aussage ist in dieser Arbeit bereits angesprochen worden.¹²⁴² *MÜLLER* vertritt, wie dargestellt, die Auffassung, unzulässige Vorlagen des AsylGH seien vom VwGH zurückzuweisen, während *WIEDERIN* und *MUZAK* für eine Pflicht des VwGH eintreten, die zu Unrecht ergangene Grundsatzentscheidung ersatzlos zu beheben.

Zu fragen wäre in diesem Zusammenhang noch, wie mit zu Unrecht ergangenen Grundsatzentscheidungen des AsylGH umzugehen sei, welche vom VwGH nicht ersatzlos behoben, sondern bestätigt bzw geändert worden sind – jedenfalls aber dem Rechtsbestand angehören. Zumaldest der VfGH würde unter Zugrundelegung seiner diesbezüglichen Judikatur wohl nicht zum Ergebnis gelangen, dass diesfalls eine Verletzung im Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter vorliege. Die oben dargestellte Kritik an dieser Ansicht hätte auch hier ihre volle Berechtigung.¹²⁴³

Hinsichtlich der verfassungsgerichtlichen Prüfung des Inhaltes von Grundsatzentscheidungen nimmt *MÜLLER* Bezug auf die von *WIEDERIN* vorgestellte Korrekturmöglichkeit verfassungswidriger Grundsatzentscheidungen iSd „Herzog-Mantel-Theorie“. Angesichts einiger, für mich nicht immer nachvollziehbarer, Zweifel an der Folgerichtigkeit *WIEDERINS* These,¹²⁴⁴ stünde man für *MÜLLER* letztlich vor dem Faktum, „dass von einer Grundsatzentscheidung kraft der verfassungsgesetzlich angeordneten

¹²⁴⁰ So *MÜLLER*, Grundsatzentscheidungen, 509 (513 f).

¹²⁴¹ Siehe oben VI.J.2.e).

¹²⁴² Siehe oben VI.J.2.g).

¹²⁴³ Siehe erneut oben VI.J.2.e).

¹²⁴⁴ Vgl zB *MÜLLER*, Grundsatzentscheidungen, 509 (514): „Ein theoretisches Gebäude, das die Grundsatzentscheidung als un trennbares Teil der Sachentscheidung deuten und daher mit dem Bescheid beseitigen will, ist mit dem Gedanken, dass die Grundsatzentscheidung in Wahrheit eine bindende Gesetzesinterpretation ist und daher nur mit dem dadurch – gegebenenfalls – verfassungswidrig gewordenen Gesetz beseitigt werden kann, nicht in Einklang zu bringen.“

Bindungswirkung das Gesetz [...], (partiell) aber auch die Grundrechte verdrängt (plakativer: ausgeschaltet) werden können [...], ohne dass sie weder der VfGH noch eine andere Institution aufheben“ könne. Darin liege allerdings „nicht nur ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Prinzip“, sondern auch gegen „das demokratische Prinzip der Bundesverfassung“¹²⁴⁵.

VI.J.2.m) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Faber/Frank

Aber nicht bei allen Autoren scheint die verfassungsrechtlich angeordnete Bindungswirkung (auch) des VfGH an Grundsatzentscheidungen Bedenken hinsichtlich der Grundprinzipienkonformität auszulösen. *FABER/FRANK* begnügen sich damit, festzustellen, dass während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Grundsatzentscheidung des AsylGH noch nicht rechtskräftig sei und folglich „niemand ein rechtliches Interesse an der Aufhebung“ haben könne. „Hat aber der VwGH ,in der Sache selbst‘ erkannt, [...] liegt eine ‚Grundsatzentscheidung [...] des Verwaltungsgerichtshofes‘ vor, die als solche vom VfGH gar nicht überprüft werden könnte“. Aber auch im Falle der „Bestätigung“ der Grundsatzentscheidung infolge Verstreichens der sechsmonatigen Frist iSd Art 132a Abs 2 S 3 B-VG „scheint es geboten, die Grundsatzentscheidung [...] kraft Fiktion dem VwGH ,zuzurechnen“, da die Bestimmung offenbar so zu verstehen sei, dass Grundsatzentscheidungen in diesen Fällen als vom VwGH „gebilligt gelten.“¹²⁴⁶

VI.J.2.n) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Muzak

Auch *MUZAK*, der sich mit der verfassungsgesetzlich normierten Bindungswirkung von Grundsatzentscheidungen ausgiebig beschäftigt hat, spricht den Grundsatzentscheidungen generell-abstrakten Charakter zu. Ihre Rechtswirkung liege letztlich „in einer rechtsverbindlichen Auslegung anderer Rechtsnormen“, womit sie einer „authentischen Interpretation“ nahekämen.¹²⁴⁷ Der Begriff der authentischen Interpretation taucht im Zusammenhang mit Kompetenzfeststellungserkenntnissen iSd Art 138 Abs 2 B-VG auf. Die vom VfGH zu einem Rechtssatz zusammenfassende Feststellung ist gem § 56 Abs 4 Verfassungsgerichtshofgesetz¹²⁴⁸ [VfGG] vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt kundzumachen, wobei einem solchen Rechtssatz „die Wirkung einer authentischen Interpretation

¹²⁴⁵ So *MÜLLER*, Grundsatzentscheidungen, 509 (514). AaO setzt sich der Autor auch mit der Aussage von *HAUER*, Gerichtsbarkeit, 231 auseinander, wonach es sich beim VwGH „als dem Letztverantwortlichen für Grundsatzentscheidungen um ein dem VfGH ebenbürtiges Höchstgericht“ handle, weshalb offenbar eine Letztbeurteilung von Grundsatzentscheidungen durch den VfGH entbehrliech sei. *MÜLLER* kritisiert daran zu Recht, dass das verfassungsrechtliche Problem übersehen werde, „dass es damit keine ex-post-Kontrolle einer Grundsatzentscheidung nach deren Zustandekommen gibt.“

¹²⁴⁶ So *FABER/FRANK*, Art 144a B-VG, 477 (481). Diese Ansicht vertreten die Autoren freilich entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut in RV 2007 I, 12 („Grundsatzentscheidungen des Asylgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes“), auf den sie auch verweisen.

¹²⁴⁷ Vgl *MUZAK*, Asylgerichtshof, 67 f.

¹²⁴⁸ Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 – VfGG BGBI 1953/85 (WV), zgd BGBI I 2010/111.

der Kompetenzregelungen der Bundesverfassung im Rang eines Bundesverfassungsgesetzes“ zu komme; „er ist auch für den Verfassungsgerichtshof bindend“¹²⁴⁹.

Im Folgenden setzt sich *Muzak* mit den Konsequenzen der offenbar vom Verfassungsgesetzgeber gewollten Bindung (selbst) des VfGH an Grundsatzentscheidungen auseinander. Eine derartige Konstruktion würde mehrere Grundprinzipien der Bundesverfassung „für den Bereich des Asylverfahrens einschränken“: Das demokratische Prinzip, „da der AsylGH weder demokratisch legitimiert ist noch in sonst irgendeiner Weise der parlamentarischen Kontrolle unterliegt“,¹²⁵⁰ das gewaltentrennende Prinzip, „da erstmals ein Gericht legislative Aufgaben übernimmt“ und vor allem das rechtsstaatliche Grundprinzip, da die „Überprüfbarkeit genereller Normen auf ihre Verfassungskonformität“ als einer seiner wesentlichen Bestandteile angesehen werde.¹²⁵¹

Vor dem Hintergrund, dass für den VfGH (bereits) „der Verlust der Maßstabsfunktion der Verfassung für einen Teilbereich der Rechtsordnung (unabhängig von der Bedeutung dieses Teilbereichs) das rechtsstaatliche Prinzip verletzt“ und dieser seine eigene Zuständigkeit zur Normenkontrolle als „zentrales Element des rechtsstaatlichen Baugesetzes“ angesehen habe, kommt *Muzak* – angesichts der Vielzahl der Beschwerden im Asylrecht und der zeitlichen Unbeschränktheit der mangelnden verfassungsgerichtlichen Kontrolle – zum Ergebnis, dass im Vergleich dazu der den AsylGH betreffende „Eingriff in die Kognitionsbefugnis des VfGH [...] deutlich weiter geht“.¹²⁵²

Um jedoch die Konsequenz eines Verstoßes gegen eines oder mehrere Grundprinzipien unserer Bundesverfassung zu vermeiden, bemüht *Muzak* die Methode der baugesetzkonformen Interpretation. In diesem Sinne schlägt er vor, die Wortfolge „für alle Fälle“ in Art 132a Abs 2 S 4 B-VG „einschränkend“ so zu verstehen, „dass damit nur beim AsylGH anhängige Fälle gemeint sind.“ Der Autor führt zur Stützung dieser These „Wortlaut und Systematik“ ins Treffen, zumal die „systematische Einordnung der Bestimmungen in die Regelungen über den AsylGH“ dafür spreche. *Muzak* konzediert aller-

¹²⁴⁹ So VfGH 28. 6. 2003, G208/02 (VfSlg 16.929/2003). Das bis dato letzte gem Art 138 Abs 2 B-VG ergangene Erk stammt vom 15. 10. 1999, KII-1/98 (VfSlg 15.637/1999), dessen Spruch in BGBl I 1999/201 kundgemacht worden ist.

¹²⁵⁰ Zur Untermauerung dieser Aussage beruft sich *Muzak*, Asylgerichtshof, 69, FN 181 auf VfGH 6. 10. 2006, G151/05 (VfSlg 17.961/2006), in dem konstatiert wird, dass „es auch im Sinne des die Rechtsordnung beherrschenden demokratischen Gedankens bedenklich [ist], die Schaffung genereller Normen, also von Akten der materiellen Gesetzgebung unabhängigen Organen zu übertragen, die – anders als bei der Verordnungserlassung durch oberste Organe und deren weisungsgebundenen nachgeordneten Organen – weder der unmittelbaren noch der mittelbaren parlamentarischen Kontrolle unterliegen.“

¹²⁵¹ Vgl *Muzak*, Asylgerichtshof, 72.

¹²⁵² *Muzak*, Asylgerichtshof, 73 f beruft sich hier auf VfGH 11. 10. 2001, G12/00 ua (VfSlg 16.237/2001) – das einzige eine Gesamtänderung der Bundesverfassung feststellende Erk überhaupt. An anderer Stelle hebt der VfGH noch einmal die Bedeutung der ihm zukommenden Prüfungskompetenz hinsichtlich genereller Normen hervor: „Der Eingriff in das Rechtsstaatsprinzip durch Ausschaltung der verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfungskompetenz zeigt sich auch dadurch, dass die Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH in einer weiteren Hinsicht beeinträchtigt wird:“ [Anmerkung: Es folgen nun weitere Ausführungen.].

dings, dass diese Sichtweise dem in den Materialien zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Willen widerspreche. Hinsichtlich der Bindung des VwGH an Grundsatzentscheidungen widmet sich der Autor zunächst jenen Fällen, in denen der VwGH innerhalb der sechsmonatigen Frist reformatorisch entscheidet. Diesfalls sei eine abweichende spätere Entscheidung in Form eines verstärkten Senates gem § 13 Abs 1 Z 1 VwGG zulässig. Infolge fruchtlosen Fristablaufs als bestätigt geltende Grundsatzentscheidungen, seien – da „ausnahmsweise ohne Mitwirkung des VwGH erzeugt“ – dem AsylGH zuzurechnen. Aber auch in diesen Fällen habe „im Zuge grundprinzipienkonformer Interpretation“ zu gelten, dass Grundsatzentscheidungen „bloß den AsylGH selbst und das Bundesasylamt“ – also weder den VwGH noch den VfGH – binden.¹²⁵³

Zuzustimmen ist *Muzak* jedenfalls, wenn er die infolge Fristablaufs als bestätigt geltenden Grundsatzentscheidungen dem AsylGH zurechnet. Abgesehen von dem von ihm genannten Grund sprechen auch die Materialien eine eindeutige Sprache. Wenn von „Grundsatzentscheidungen des Asylgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes“ die Rede ist, werden wohl nicht jene – vorläufigen – Grundsatzentscheidungen des AsylGH gemeint sein, die gerade zur Überprüfung beim VwGH anhängig sind, zumal diesen mangels formeller Rechtskraft noch keine Bindungswirkung zukommt. Insofern ist *Faber/Frank* nicht zu folgen.¹²⁵⁴

Das Hauptergebnis von *Muzaks* angestellter baugesetzkonformer Interpretation liegt aber darin, dass eine einschränkende Auslegung der Worte „für alle Fälle“ in Art 132a Abs 2 S 4 B-VG dazu führe, dass damit nur die beim AsylGH anhängigen Fälle gemeint seien und folglich Grundsatzentscheidungen nur den AsylGH und das BAA bänden.

Der VfGH meint „daß – angesichts der Verpflichtung zur baugesetzkonformen Interpretation (vgl. etwa VfSlg. 11403/1987) – einer Verfassungsbestimmung im Zweifel kein Inhalt beizumessen ist, der sie in Widerspruch zu den leitenden Grundsätzen des Bundesverfassungsrechts (Art44 Abs3 B-VG) stellen würde. Zu einem solchen Widerspruch könnten Eingriffe in die Grundprinzipien der Bundesverfassung, wie etwa eine Einschränkung der Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH oder eine Durchbrechung der Grundrechtsordnung, nicht nur führen, wenn schwerwiegende und umfassende Eingriffe in die Grundprinzipien vorgenommen werden; vielmehr können auch bloß partiell wirkende Maßnahmen – gehäuft vorgenommen – im Effekt zu einer Gesamtänderung der Bundesverfassung führen“¹²⁵⁵.

¹²⁵³ Vgl *Muzak*, Asylgerichtshof, 76 ff.

¹²⁵⁴ Siehe dazu oben bei FN 1246.

¹²⁵⁵ So VfGH 29. 9. 1988, G72/88 ua (VfSlg 11.829/1988).

Auf das Wesentliche komprimiert konstatiert also der VfGH, dass es zu einem „Widerspruch zu den leitenden Grundsätzen des Bundesverfassungsrechtes“ iSd Art 44 Abs 3 B-VG durch „Eingriffe in die Grundprinzipien der Bundesverfassung, wie etwa eine Einschränkung der Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH [...]“ – und damit zu einer Gesamtänderung – komme. Wenn also die – laut Erk schwerwiegende oder gehäufte – „Einschränkung der Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH“ einen „Widerspruch zu den leitenden Grundsätzen des Bundesverfassungsrechtes“ iSd Art 44 Abs 3 B-VG darstelle, ist ernsthaft zu überlegen, ob auch die gegenständliche „Einschränkung der Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH“ im Bereich des Asylverfahrens zu dieser Konsequenz führt. *Muzak* hat unter Berufung auf ein anderes Erk angedeutet, dass dieser Schluss prinzipiell zulässig sei.¹²⁵⁶ Dieser Ansicht bin ich geneigt mich anzuschließen, wobei das von mir zitierte Erk diesbezüglich mE eine noch deutlichere Sprache spricht.

Die Schlussfolgerung der Gesamtänderung erscheint für mich – angesichts des nicht differenzierenden Wortlautes (arg „alle“) und der diesbezüglich an Eindeutigkeit nicht zu überbietenden Materialien¹²⁵⁷ – zumindest nicht weniger stichhaltig und argumentierbar, als das Annehmen eines „Zweifels“, was aber laut dem von mir zitierten Erk jedenfalls Voraussetzung einer baugesetzkonformen Interpretation ist.¹²⁵⁸ Worin dieser „Zweifel“ – wohl am Wortlaut und an den Materialien – im vorliegenden Falle aber liegen soll, ist für mich nicht einsichtig. Auch das von *Muzak* angeführte Argument der Systematik vermag noch keinen Zweifel zu begründen, zumal die in Rede stehenden Bestimmungen nicht bei den Regelungen über den AsylGH, sondern in Abschnitt „C. Verwaltungsgerichtshof“ zu finden sind.

Muzak behandelt des Weiteren noch die Frage der Verbindlichkeit der Grundsatzentscheidungen für den Anlassfall und konstatiert, dass der Verfassungsgesetzgeber diese Frage offen gelassen habe; iVm Art 129f B-VG ergebe sich ein entsprechender Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers.¹²⁵⁹ Wie *Muzak* feststellt, sprechen sich die Materialien eindeutig für eine Verbindlichkeit der Grundsatzentscheidung „nicht nur“ – dh aber jedenfalls: auch – „für den Anlassfall (bzw die Anlassfälle)“¹²⁶⁰ aus. Es ist kein Grund ersichtlich, diesbezüglich vom Willen des Verfassungsgesetzgebers abzuweichen.

¹²⁵⁶ Siehe oben FN 1252.

¹²⁵⁷ Vgl erneut RV 2007 I, 12: „Grundsatzentscheidungen des Asylgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes sind für alle Fälle – also nicht nur für den Anlassfall (bzw. die Anlassfälle) – verbindlich, in denen die mit ihnen beantwortete Rechtsfrage zu lösen ist (unabhängig davon, ob diese Fälle beim Bundesasylamt, beim Asylgerichtshof, beim Verwaltungsgerichtshof oder beim Verfassungsgerichtshof anhängig sind).“

¹²⁵⁸ Vgl erneut VfGH 29. 9. 1988, G72/88 ua (VfSlg 11.829/1988): „daß [...] einer Verfassungsbestimmung im Zweifel kein Inhalt beizumessen ist, der sie in Widerspruch zu den leitenden Grundsätzen des Bundesverfassungsrechts (Art44 Abs3 B-VG) stellen würde“.

¹²⁵⁹ Vgl *Muzak*, Asylgerichtshof, 79 f.

¹²⁶⁰ So (erneut) RV 2007 I, 12.

Schließlich spricht sich *MUZAK* nachvollziehbarer Weise angesichts des nicht zwischen Alt- und Neufällen differenzierenden Art 132a Abs 2 S 4 B-VG dafür aus, dass sich die Verbindlichkeit von Grundsatzentscheidungen auch auf Übergangsfälle iSd Art 151 Abs 39 Z 4 B-VG zu beziehen habe.¹²⁶¹

MUZAK fasst seine Ausführungen dahingehend zusammen, dass man mithilfe der von ihm vorgeschlagenen (einschränkenden) grundprinzipienkonformen Interpretation, zwar die Bindung des VwGH und des VfGH an Grundsatzentscheidungen verneinen könne – dh der VwGH könne im dargestellten Sinn abweichend judizieren, der VfGH „Entscheidungen des AsylGH auch dann aufheben, wenn diese auf einer rechtswidrigen Grundsatzentscheidung beruhen“ –, die unrechtmäßige Grundsatzentscheidung als solche könne aber auch unter Zugrundelegung dieser Interpretation nicht aufgehoben werden.

Die Ansicht *WIEDERINS*, wonach rechtswidrige Grundsatzentscheidungen iSd „Herzog-Mantel-Theorie“ durch Aufhebung der generellen Norm, auf welcher diese beruhen, ebenfalls beseitigt würden, habe allerdings den Schwachpunkt, dass eine Aufhebung der generellen Norm nicht in Frage komme, wenn ihnen der AsylGH bloß einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt hat. Eine gegenteilige Position könne man (nur) dann vertreten, wenn man – so wie offenbar *WIEDERIN* – annimmt, der VfGH sei an die verfassungswidrige Auslegung durch den AsylGH in einem solchen Ausmaß gebunden, dass ihm nichts anderes übrig bliebe, als die Aufhebung der – an sich nicht verfassungswidrigen – generellen Norm. Letztlich fehlten allerdings Anhaltspunkte im Verfassungstext für die Annahme, der VfGH müsse „jegliche vom AsylGH vorgenommene denkunmögliche Gesetzesanwendung mittragen“¹²⁶².

Der Unterschied der beiden Sichtweisen dürfte also darin liegen, dass *WIEDERIN* eine strikte Bindung des VfGH an die in der Grundsatzentscheidung zu Tage tretende Auslegung durch den AsylGH und den VwGH annimmt, dem Höchstgericht also die Möglichkeit nehmen will, die Grundsatzentscheidung verfassungskonform zu interpretieren. Für *MUZAK* hingegen fehle es an Anhaltspunkten für eine solch rigorose Annahme. Die bereits zitierten Materialien des Verfassungsgesetzgebers deuten freilich in die Richtung, dass der VfGH auch an denkunmögliche Auslegungen gebunden sei.¹²⁶³

¹²⁶¹ Vgl *MUZAK*, Asylgerichtshof, 86.

¹²⁶² So *MUZAK*, Asylgerichtshof, 87 ff.

¹²⁶³ Vgl erneut RV 2007 I, 4: „Entscheidungen des Asylgerichtshofes, die auf einer verbindlichen Grundsatzentscheidung (des Asylgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes) beruhen, können beim Verfassungsgerichtshof allerdings nicht mit der Behauptung angefochten werden, die in der Grundsatzentscheidung vorgenommene rechtliche Beurteilung sei denkunmöglich“.

VI.J.2.o) Bindungswirkung der Grundsatzentscheidung – Kolonovits

Entsprechend der allgemeinen Auffassung qualifiziert auch *KOLONOVITS* in einem Vortrag im Frühherbst 2008 Grundsatzentscheidungen als durch Gerichte erlassene generelle Normen „mit Außenwirkung“.¹²⁶⁴ Der Autor widmet sich sodann der Frage, der Entscheidung welchen Gerichtes die umfassende Bindungswirkung zukommen soll – jener des AsylGH oder jener des VwGH. *KOLONOVITS* kommt im Einklang mit dem Verfassungswortlaut und den Materialien zu dem nachvollziehbaren Schluss, dass mit „Grundsatzentscheidungen“ iSd Art 132a Abs 2 S 4 B-VG idR nur jene Entscheidungen des VwGH gemeint sein können, welche durch das Höchstgericht iSd S 2 leg cit „in der Sache selbst“ ergangen sind. Nur im Ausnamefall des S 3 leg cit wird darunter die als bestätigt geltende Entscheidung des AsylGH zu verstehen sein.¹²⁶⁵ Dieses Verständnis der letztlich verbindlichen Entscheidung ist auch schon oben vertreten worden.¹²⁶⁶

Hinsichtlich der Frage, ob der VfGH auch an verfassungswidrige Grundsatzentscheidungen gebunden sei, spricht sich *KOLONOVITS* für eine baugesetzkonforme Interpretation der Wortfolge „für alle Fälle“ in Art 132a Abs 2 S 4 B-VG im – soeben beschriebenen – Sinne *MUZAKS* aus. Wie dieser hält der Autor fest, der VfGH sei an verfassungswidrige Auslegungen in Grundsatzentscheidungen nicht gebunden, sondern das Höchstgericht könne „das Gesetz verfassungskonform auslegen und die Entscheidung des AsylGH, weil sie dem Gesetz – wenn auch unter Bindung an die Grundsatzentscheidung – einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt, aufheben.“ Mit diesem Ergebnis könne man zumindest verfassungswidrigen Grundsatzentscheidungen „im Einzelfall“ beikommen.

WIEDERINS vorgeschlagener Lösungsweg hinsichtlich der Aufhebung verfassungswidriger Grundsatzentscheidungen iSd „Herzog-Mantel-Theorie“ vermeide eine Rechtsschutzlücke im Übrigen nur, wenn das jeweilige, der Grundsatzentscheidung zugrunde liegende, Gesetz tatsächlich verfassungswidrig ist, wozu aber dessen bloße verfassungswidrige Auslegung in Form einer Grundsatzentscheidung nicht hinreiche.¹²⁶⁷ Auch damit liegt *KOLONOVITS* auf der Linie *MUZAKS*.

¹²⁶⁴ So *KOLONOVITS*, Grundsatzentscheidung, 2 (3).

¹²⁶⁵ Vgl *KOLONOVITS*, Grundsatzentscheidung, 2 (4 f.).

¹²⁶⁶ Siehe oben bei FN 1254.

¹²⁶⁷ Vgl *KOLONOVITS*, Grundsatzentscheidung, 2 (5 ff) sowie in diesem Sinne bereits *KOLONOVITS*, Asylgerichtshof, 281 ff.

VI.J.2.p) Veröffentlichung von Grundsatzentscheidungen

§ 42 Abs 9 AsylG 2005 statuiert für „Grundsatzentscheidungen der Kammersemente“ das Erfordernis einer Veröffentlichung „auf geeignete Weise“ – „gemäß § 19 AsylGHG jedenfalls im RIS“¹²⁶⁸. Es stellt sich nun die Frage, ob § 42 Abs 9 AsylG 2005 für Grundsatzentscheidungen der Kammersemente eine *lex specialis* zu § 19 AsylGHG betreffend sämtliche (übrige) Entscheidungen des AsylGH¹²⁶⁹ darstellen soll. Wenngleich der Hinweis in den Materialien auf § 19 AsylGHG Gegenteiliges impliziert, ist doch dem Gesetzgeber nicht zuzusinnen, dass er eine inhaltsleere Anordnung treffen hat wollen. Bejaht man also den Charakter einer Sonderregelung, stellt sich die Frage nach der geeigneten Weise der Publizierung von Grundsatzentscheidungen von Kammersementen.

Bevor man sich dieser Frage widmet, scheint es sinnvoll, zuerst zu klären, worauf sich die Publizierungsverpflichtung tatsächlich bezieht. Wären nämlich in der Tat nur „Grundsatzentscheidungen von Kammersementen“ zu veröffentlichen, bezöge sich die Publizierungsverpflichtung auf eine Entscheidung des AsylGH, welche noch einer Prüfung durch den VwGH unterliegt und von letzterem gem § 76 Abs 1 S 2 VwGG „nach jeder Richtung“ abgeändert werden kann. Es ist daher ROHRBÖCK zu folgen, der die Publikationsverpflichtung auf „die finale Entscheidung im Grundsatzentscheidungsverfahren“ bezieht.¹²⁷⁰ Auch KOLONOVITS spricht sich deutlich für eine Pflicht zur Kundmachung des letztlich verbindlichen Rechtsaktes aus: dh im Regelfall müsse die Entscheidung des VwGH über die Grundsatzentscheidung des Kammersementes des AsylGH kundgemacht werden, nur im Ausnahmefall infolge Fristverlaufes die als bestätigt geltende Entscheidung des AsylGH.¹²⁷¹

Als geeignete Weise der Veröffentlichung betrachtet MUZAK angesichts der Rechtswirkungen von Grundsatzentscheidungen als generelle Normen die Kundmachung im BGBl. Der Autor nennt als analogen Fall die Rechtssätze des VfGH in Kompetenzfeststellungsverfahren gem Art 138 Abs 2 B-VG und § 56 Abs 4 VfGG.¹²⁷²

VI.J.2.q) Die der Grundsatzentscheidung folgende Entscheidung des AsylGH

Der Vollständigkeit halber soll noch ausdrücklich angesprochen werden, was sich ohnedies aus dem dargestellten System des Grundsatzentscheidungsverfahrens ergibt. Wie bereits erwähnt, sei Inhalt einer Grundsatzentscheidung „nicht die Sachentscheidung in einer konkreten Rechtssache [...], son-

¹²⁶⁸ So AB 2007, 10.

¹²⁶⁹ Siehe dazu oben VI.H.8.

¹²⁷⁰ Vgl ROHRBÖCK, Asylgerichtshof, 189.

¹²⁷¹ Vgl KOLONOVITS, Grundsatzentscheidung, 2 (4 f).

¹²⁷² Vgl MUZAK, Asylgerichtshof, 90 f.

dern die Beantwortung einer abstrakten Rechtsfrage, die sich beim Asylgerichtshof aus Anlass eines anhängigen Verfahrens stellt.“¹²⁷³ Die Materialien betonen aber auch an anderer Stelle, dass Entscheidungen des AsylGH auf einer Grundsatzentscheidung beruhen können,¹²⁷⁴ verdeutlichen also, dass nicht die Grundsatzentscheidung selbst den Abspruch über ein bestimmtes Asylverfahren darstelle bzw die Rechtssphäre des Asylwerbers gestalte, „sondern allein die das Asylverfahren beendende Entscheidung des AsylGH, mag sie auch in Bindung an die Grundsatzentscheidung (zu) ergehen (haben).“¹²⁷⁵ Genau betrachtet ergeht diese Entscheidung aber schon außerhalb des Grundsatzentscheidungsverfahrens.

VI.J.3. Beschwerde an den VfGH

„Wie bisher soll der Asylwerber die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof haben.“¹²⁷⁶ In diesem Sinne erkennt der VfGH gem Art 144a Abs 1 B-VG „über Beschwerden gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes, [insbes] soweit der Beschwerdeführer durch die Entscheidung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht [...] in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.“ Diese Bestimmung hat in den Katalog der Kompetenzen des VfGH aufgenommen werden müssen, da Art 144 Abs 1 B-VG, dem die Regelung nachgebildet ist, (lediglich) auf „Bescheide der Verwaltungsbehörden einschließlich der unabhängigen Verwaltungssenate“ abstellt, und dem Asylwerber andernfalls kein verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Entscheidungen des AsylGH zukäme.

Art 144a Abs 2 B-VG sieht wie sein Vorbild Art 144 Abs 2 S 1 B-VG die Möglichkeit vor, die Beschwerde abzulehnen, „wenn sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder von der Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist.“ Die zweite Variante wird immer dann zum Tragen kommen, wenn die Rechtswidrigkeit der asylgerichtlichen Entscheidung nicht in die Verfassungssphäre reicht, sondern (insbes) bloße inhaltliche Rechtswidrigkeit oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften iSd § 42 Abs 2 Z 1 und 3 VwGG vorliegt – und die Rechtswidrigkeit somit kein Niveau der „Denkunmöglichkeit“ erreicht. Die Beschränkung des VfGH auf das Aufgreifen solcher Rechtswidrigkeiten, welche in die Verfassungssphäre reichen, kommt auch regelmäßig in der verfassungsgerichtlichen Judikatur zum Ausdruck, wodurch sichtbar wird, welche (allfälligen) Rechtswidrigkeiten des AsylGH nun nicht mehr durch ein Höchstgericht aufgegriffen wer-

¹²⁷³ Siehe dazu oben bei FN 1199.

¹²⁷⁴ Vgl RV 2007 I, 4.

¹²⁷⁵ So treffend FABER/FRANK, Art 144a B-VG, 477 (480). Diese Annahme freilich auch voraussetzend die übrigen hier behandelten Autoren, insbes MUZAK, Asylgerichtshof und KOLONOVITS, Grundsatzentscheidung.

¹²⁷⁶ So RV 2007 I, 4.

den können.¹²⁷⁷ Diese Ablehnung kann gem § 19 Abs 3 Z 1 VfGG ohne weiteres Verfahren und ohne vorangegangene Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden.

Eine Abtretung der Beschwerde an den VwGH, wie sie Art 144 Abs 3 B-VG vorsieht, „kommt im Hinblick auf die mangelnde Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes zur Fällung anderer als Grundsatzentscheidungen von vornherein nicht in Betracht.“¹²⁷⁸

Auf einfachgesetzlicher Ebene erklärt § 88a VfGG die §§ 82 bis 88 VfGG auf Verfahren betreffend Urteilsbeschwerden für anwendbar.¹²⁷⁹ Danach hat der Fremde gem § 82 Abs 1 VfGG sechs Wochen nach Zustellung der Entscheidung des AsylGH Zeit, Beschwerde an den VfGH zu erheben. Die Beschwerde hat die in § 82 Abs 2 VfGG aufgezählten Angaben zu enthalten; ihr ist gem § 85 Abs 2 S 1 VfGG durch Beschluss des VfGH nur dann aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, „insoweit dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug [...] für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.“¹²⁸⁰

Die behauptete Verletzung welcher vfggR in der Praxis die größte Rolle spielt, ist in dieser Arbeit bereits behandelt¹²⁸¹ und vom Schrifttum – teilweise, jedenfalls aber in Bezug auf das durch das Rass-Diskr-BVG verbürgte Recht – antizipiert worden.¹²⁸²

¹²⁷⁷ Vgl zB VfGH 15. 12. 2010, U2970/09: „Der Verfassungsgerichtshof ist daher nicht berechtigt, außer im Falle der Verletzung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten durch den Asylgerichtshof oder wenn dieser den von ihm angewendeten generellen Normen einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt, seine Rechtsansicht an die Stelle jener des Asylgerichtshofs zu setzen. Ebenso wie der Verwaltungsgerichtshof entscheidet der Asylgerichtshof über Fragen der Auslegung des einfachen Gesetzes endgültig und sind im Bereich seiner Zuständigkeit alle anderen Behörden an seine Rechtsanschauung gebunden. [...] Ob die Entscheidung des Asylgerichtshofes in jeder Hinsicht dem Gesetz entspricht, ist [...] vom Verfassungsgerichtshof nicht zu prüfen.“ Vgl auch VfGH 28. 2. 2011, U429/10: „Die Beschwerde enthält hinsichtlich der Zurückweisung des Antrages auf Verfahrenshilfe kein substantiiertes Vorbringen. Vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes erscheint die Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes als so wenig wahrscheinlich, dass die Beschwerde diesbezüglich keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (vgl. VfSlg. 18.809/2009).“ Vgl des Weiteren VfGH 9. 3. 2011, U827/10: „Die Beschwerde enthält hinsichtlich der Zurückweisung des Antrages auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung kein substantiiertes Vorbringen. Die Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes erscheint als so wenig wahrscheinlich, dass die Beschwerde diesbezüglich keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat.“

¹²⁷⁸ So RV 2007 I, 4.

¹²⁷⁹ Den einzelnen Verfahrensfragen widmen sich *FABER/FRANK*, Art 144a B-VG, 477 näher. Wie die Autoren jedoch zutreffend feststellen (aaO, 477 (489)), werfe die „sinngemäße Anwendung der Verfahrensbestimmungen für die Bescheidbeschwerde im Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des AsylGH nach Art 144a B-VG [...] weniger Fragen auf, als es die gänzlich neuartige verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gerichtsentscheidungen zunächst vermuten ließe“, weshalb hier – freilich unter Ausklammerung der sich im Zusammenhang mit Grundsatzentscheidungen ergebenden Probleme – eine nähere Erörterung unterbleiben kann.

¹²⁸⁰ *FABER/FRANK*, Art 144a B-VG, 477 (484) bejahren zutreffend die Vollzugstauglichkeit jeder ab- oder zurückweisenden Sachentscheidung des AsylGH.

¹²⁸¹ Siehe oben VI.C.

¹²⁸² *MUZAK*, Asylgerichtshof, 95 ff erwähnt in diesem Zusammenhang – abgesehen von dem Recht auf Gleichbehandlung Fremder untereinander – vor allem Art 3 und 8 EMRK.

Grundsatzentscheidungen unterliegen als generelle Normen nicht der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Art 144a B-VG. Inwieweit der VfGH im Rahmen der Überprüfung einer Entscheidung des AsylGH iSd Art 144a B-VG an in Grundsatzentscheidungen getroffene Aussagen gebunden ist, ist im Kapitel über Grundsatzentscheidungen ausgiebig erörtert worden.

Der Tätigkeitsbericht des VfGH aus dem Jahre 2010¹²⁸³ führt an, dass in diesem Jahr rund 3.000 Asylfälle an ihn herangetragen worden seien, was 60 % des gesamten Aktenanfalles ausmache. Überdies habe sich die ursprüngliche Annahme, „dass im Jahr 2011 die aus der Aufarbeitung der vom Asylgerichtshof übernommenen Rückstände des Unabhängigen Bundesasylsenates resultierende Belastung des Verfassungsgerichtshofes enden würde“, insofern als unzutreffend herausgestellt, als „die Statistik des Asylgerichtshofes des Jahres 2010 noch immer einen Rückstand von rund 7.000 Altverfahren“ ausweise. Aufgrund dieser dem VfGH aufgeburdeten „Zusatzbelastung“ dürfte es kaum zu vermeiden sein, „dass sich in absehbarer Zeit die durchschnittliche Verfahrensdauer für alle Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof verlängern wird, ein Umstand, der aus rechtsstaatlicher Sicht mehr als unerwünscht ist.“¹²⁸⁴

¹²⁸³ Abrufbar unter

http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/8/4/6/CH0003/CMS1303461231276/taetigkeitsbericht_2010.pdf
(letzter Zugriff am 26. September 2011).

¹²⁸⁴ Vgl die Seiten 5 ff des Tätigkeitsberichtes.

VI.K. Rechtsberatung

Als letztes Kapitel dieser Arbeit gilt es, den 3. Abschnitt des 8. Hauptstückes des AsylG 2005 betreffend die rechtliche Beratung des Asylwerbers darzustellen. Diese Rechtsberatung soll dem Fremden während des Zulassungsverfahrens sowie während des zugelassenen Verfahrens vor dem BAA und auch während eines eventuellen Verfahrens vor dem AsylGH – sohin während des gesamten Asylverfahrens – zur Verfügung stehen.

VI.K.1. Die ursprüngliche Rechtslage

Das AsylG 2005 hat in der Stammfassung die Institute der „Rechtsberatung im Zulassungsverfahren“ (§ 64) sowie der „Flüchtlingsberater“ (§ 66) vorgesehen; § 65 AsylG 2005 iDf BGBI I 2005/100 hat ein „Anforderungsprofil für Rechtsberater“ – dh für solche gem § 64 – enthalten. § 64 Abs 1 leg cit hat vorgesehen, im Zulassungsverfahren dem Asylwerber „rechtskundige Personen mit Spezialwissen im Bereich Asyl- und Fremdenwesen“ zur Seite zu stellen. Gem § 65 Abs 2 S 1 leg cit hat der BMI die Rechtsberater im Zulassungsverfahren ausgewählt und bestellt.

Flüchtlingsberater iSd § 66 leg cit sind dahingegen vom BMI zur „Unterstützung von Fremden in Angelegenheiten des Asylrechts“ – also auch für den Zeitraum während des zugelassenen Verfahrens vor dem BAA sowie während eines eventuellen Rechtsmittelverfahrens vor dem UBAS bzw dem AsylGH – zu bestellen gewesen. Anders als für die „Rechtsberater im Zulassungsverfahren“ ist für die „Flüchtlingsberater“ kein Anforderungsprofil gesetzlich normiert worden. Die Materialien heben sogar hervor, dass die „Flüchtlingsberater nicht das Studium der Rechtswissenschaften begonnen oder abgeschlossen haben“¹²⁸⁵ müssten.

VI.K.2. VfGH Juni 2009: Kein Erfordernis einer anwaltlichen Vertretung im Asylverfahren

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage ist am 19. Dezember 2008 eine Beschwerde beim AsylGH eingelangt, in welcher der Beschwerdeführer eine zurückweisende Entscheidung des BAA iSd § 68 Abs 1 AVG und die damit verbundene Ausweisung bekämpft und gleichzeitig einen „Antrag auf ‚Verfahrenshilfe im erforderlichen Umfang‘ insbesondere die unentgeltliche Beigabeung eines Rechtsanwaltes als Verfahrenshilfevertreter“ gestellt habe. Mit Erk vom 12. Jänner 2009 hat der AsylGH die Beschwerde abgewiesen und den Antrag auf Verfahrenshilfe „als unzulässig zurückgewiesen.“¹²⁸⁶

¹²⁸⁵ So RV 2005, 75.

¹²⁸⁶ Vgl AsylGH 12. 1. 2009, A2 307610-2/2008.

Gegen dieses asylgerichtliche Erk richtet sich eine Beschwerde an den VfGH gem Art 144a B-VG. In Bezug auf die beantragte, im AsylG 2005 nicht vorgesehene, unentgeltliche Verfahrenshilfe führt das Verfassungsgericht unter Berufung auf seine Judikatur zunächst aus, dass „Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen“ müssten. Dem „rechtsschutzsuchenden Asylwerber [muss] neben dem sprachlichen grundsätzlich auch das rechtliche Verständnis der Entscheidung ermöglicht werden“. Darüber hinaus müsse es ihm möglich sein, „sich ‚der Hilfe einer fachkundigen (wenngleich nicht notwendigerweise rechtskundigen) Person als Beistand‘ zu bedienen; einen Anspruch auf unentgeltliche Beigabe eines Rechtsanwaltes zur Vertretung des Asylwerbers im asylrechtlichen Verfahren wurde vom Verfassungsgerichtshof jedoch aus dem rechtsstaatlichen Prinzip nicht abgeleitet.“

„An dieser Ansicht hält der Verfassungsgerichtshof auch im Hinblick auf die Stellung des AsylGH im Rechtsschutzsystem fest: [...] Den erwähnten besonderen Bedürfnissen des Asylwerbers – insbesondere hinsichtlich des sprachlichen und rechtlichen Verständnisses der im Verfahren vor dem AsylGH zu berücksichtigenden (rechtlichen) Fragestellungen – hat der Gesetzgeber mit der in den §§64 f. AsylG normierten Rechtsberatung – eingeschränkt auf das Zulassungsverfahren – und der im §66 leg.cit. vorgesehenen Einrichtung eines Flüchtlingsberaters Rechnung getragen“, weshalb es einem Asylwerber auch möglich sei, „in einem Verfahren vor dem AsylGH seine Interessen und Rechte entsprechend geltend zu machen, ohne dass eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich ist.“ Der VfGH hat die Beschwerde daher abgewiesen.¹²⁸⁷

Auch in seiner nachfolgenden Judikatur stellt der VfGH „mit Blick auf das rechtsstaatliche Prinzip“ klar, „dass es im Verfahren vor dem Asylgerichtshof keiner Vertretung durch einen Rechtsanwalt bedarf.“¹²⁸⁸ Allerdings dürfe der AsylGH einen Antrag der Beschwerdeführerin auf die Gewährung „einer kostenlosen Rechtsberatung/Flüchtlingsberatung“ nicht nur „unter dem Aspekt eines Verfahrenshilfeantrages“ behandeln, „ohne sich mit dem darüber hinausgehenden [...] Begehren der Beschwerdeführerin, rechtliche Beratung und Vertretung (auch) durch Beistellung eines Flüchtlingshelfers gemäß §66 AsylG 2005 zu erhalten, auseinanderzusetzen. Das Fehlen jeglicher Erörterung des diesbezüglichen, mit dem Antrag auf Verfahrenshilfe in engem Zusammenhang stehenden (wesentlichen) Vorbringens belastet die bekämpfte Entscheidung aber mit in die Verfassungssphäre reichen der Willkür.“¹²⁸⁹

¹²⁸⁷ Vgl VfGH 25. 6. 2009, U561/09.

¹²⁸⁸ Vgl VfGH 3. 9. 2009, U556/09 sowie 2. 10. 2010, U3078/09 ua.

¹²⁸⁹ So VfGH 3. 9. 2009, U556/09. In diesem Sinne auch jüngst VfGH 3. 5. 2011, U2170/10 ua: „Gerade im vorliegenden Fall erscheint es angesichts der offensichtlichen Sprach- und Rechtsunkundigkeit der Beschwerdeführerinnen jedoch als verfehlt, die Beschwerdeangaben nicht ebenso als Anträge auf Beistellung eines Flüchtlingsberaters (nunmehr: Rechtsberater) zu werten“, sondern lediglich als Antrag auf Verfahrenshilfe.

VI.K.3. VfGH Oktober 2010: Erfordernis eines Abspruchs in der Sache über einen Antrag auf Beigabe eines Flüchtlingsberaters

Abgesehen von terminologischen Änderungen durch das am 1. Jänner 2010 in Kraft getretene FrÄG 2009 – der Rechtsberater iSd § 64 AsylG 2005 idF BGBI I 2005/100 heißt fortan durchgängig „Rechtsberater im Zulassungsverfahren“, der Flüchtlingsberater iSd § 66 leg cit nunmehr „Rechtsberater“ – ist diese Rechtslage auch im Jahr 2010 maßgebend gewesen.¹²⁹⁰

Am 3. November 2009 hat ein Asylwerber Beschwerde beim AsylGH gegen einen zurückweisenden Bescheid des BAA und die damit verbundene Ausweisung erhoben, wobei er „gleichzeitig Anträge auf Verfahrenshilfe sowie auf Beigabe eines Flüchtlingsberaters gestellt“ habe. Der AsylGH hat die Beschwerde am 13. November 2009 mit Erk abgewiesen und die Anträge zurückgewiesen,¹²⁹¹ wogen sich eine auf Art 144a B-VG gestützte VfGH-Beschwerde gerichtet hat.

Das Verfassungsgericht verweist zunächst einerseits auf sein Erk vom 25. Juni 2009, U561/09, worin es festgestellt hat, dass es im Verfahren vor dem AsylGH einer anwaltlichen Vertretung des Asylwerbers nicht bedürfe. In der Folge führt der VfGH allerdings andererseits auch das am 3. September 2009 ergangene Erk U556/09 an, in dem das Höchstgericht gerügt hat, der AsylGH dürfe einen Antrag auf Gewährung „einer kostenlosen Rechtsberatung/Flüchtlingsberatung“ nicht nur „unter dem Aspekt eines Verfahrenshilfeantrages“ behandeln, da er sonst wegen Willkür das Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander verletze.

Mit diesen Ausführungen begnügt sich das Verfassungsgericht im gegenwärtig interessierenden Erk aber nicht.

Gem § 66 Abs 2 AsylG 2005 idF BGBI I 2005/100 habe nämlich die Vertretung durch einen Flüchtlingsberater auf Verlangen des Fremden zu erfolgen, wobei aus dem Gesetzeswortlaut nicht hervorgehe, an wen dieses Verlangen zu richten ist. Die Verwendung des Begriffes „Verlangen“ in anderen Gesetzen (zB § 14 Abs 6 und 7, § 17 Abs 2, § 17a, § 57 Abs 3 AVG) zeige, dass dem rechtlichen Verlangen der einen Seite eine rechtliche Pflicht zum Tätigwerden der anderen Seite korrespondiert. „Schon dies legt zunächst nahe, dass sich das Verlangen auf Beigabe eines Flüchtlingsberaters im Asylverfahren gemäß §66 Abs2 AsylG 2005 an die jeweilige Behörde richtet, zumal keine Vorschrift

¹²⁹⁰ Für *FUNK/STERN*, Einwanderungs- und Asylpolitik, 248 handelt es sich bei dieser Umbenennung um „eine Verschönerung der Bezeichnungen ohne rechtsstaatlichen Mehrwert.“ In der Tat hat sich durch die besagte Novelle im Bereich der Rechtsberatung materiell nichts geändert.

¹²⁹¹ Vgl AsylGH 13. 11. 2009, D13 402762-1/2008.

des Asylgesetzes Sanktionen für den Fall vorsieht, dass ein (vom Bundesminister für Inneres bestellter) Flüchtlingsberater dem an ihn gerichteten Verlangen eines Asylwerbers auf Vertretung im Verfahren nicht nachkommt.“

Der VfGH wirft weiters die Frage auf, ob es sich bei der Erledigung eines Antrages auf Beigabe eines Flüchtlingsberaters gem § 66 Abs 2 Z 3 legt um eine Verfahrensanordnung oder einen verfahrensrechtlichen Bescheid handelt, denn nur letztere sind selbständig bekämpfbar. Ausschlaggebend für die Beantwortung dieser Frage sei letztlich des Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen, „dh ob es ihm zumutbar ist, im Interesse der Verfahrensökonomie mit seiner Berufung gegen die verfahrensrechtliche Erledigung bis zur Erlassung des in der Sache ergehenden Bescheides zuzuwarten und die Erledigung gemeinsam mit dem verfahrensbeendenden Bescheid anzufechten, oder ob wegen der mit der Verfahrensanordnung für ihn verbundenen Nachteile (Rechtsschutzdefizite) die sofortige Anfechtung möglich sein muss und deshalb ein verfahrensrechtlicher Bescheid geboten ist“.

„Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes spricht schon das Rechtsschutzbedürfnis von Asylwerbern im Asylverfahren dafür, dass über den Antrag auf Beigabe eines Flüchtlingsberaters mittels gesondert bekämpfbarer verfahrensrechtlicher Entscheidung abzusprechen ist: [...] Die nachteiligen Folgen einer mangelhaften Vertretung im Asylverfahren können sich frühestens mit der (negativen) Entscheidung des AsylIGH zeigen. Für den Asylwerber und dessen Rechtsschutzinteresse ist es aber nicht ausreichend, erst die endgültige Sachentscheidung des AsylIGH mit der Begründung bekämpfen zu können, sie sei deshalb nachteilig für ihn ausgegangen, weil ihm für das Verfahren kein Flüchtlingsberater zur Beratung bzw. Vertretung beige stellt worden sei. Das Verfahrensergebnis hängt entscheidend vom Vorbringen des Asylwerbers im Verfahren ab, wofür er den Rechtsbeistand in Anspruch nehmen können muss. Fehlendes Vorbringen kann nicht ohne weiteres nachgeholt oder ergänzt werden. Ein bloß nachträglicher Rechtsschutz griffe daher zu kurz, weswegen die Nichtbeigabe eines Flüchtlingsberaters der sofortigen Bekämpfbarkeit bedarf.“

Für verfahrensrechtliche Bescheide, für die der Instanzenzug nicht besonders geregelt ist, würden diesbezüglich grundsätzlich dieselben Vorschriften gelten, die für den Instanzenzug in der jeweiligen, den Gegenstand des Verfahrens bildenden Verwaltungsangelegenheit maßgebend sind. „Bereits daraus folgt, dass die Entscheidung über die Beigabe eines Flüchtlingsberaters gemäß §66 Abs2 Z3 AsylG 2005, als solche eine verfahrensrechtliche Entscheidung in Asylsachen, der jeweiligen Behörde obliegt, in deren Verfahren das Verlangen geäußert wird. [...] Der AsylIGH wäre daher im gegenständlichen Fall verpflichtet gewesen, den Antrag des Beschwerdeführers auf Beigabe

eines Flüchtlingsberaters nicht zurückzuweisen, sondern – im Wege einer verfahrensrechtlichen Entscheidung – in der Sache über die Beigabe eines Flüchtlingsberaters abzusprechen.“

Insofern, als „nicht von vornherein auszuschließen [war], dass sich die rechtswidrige Zurückweisung des Antrages auf Beigabe eines Flüchtlingsberaters auf das Ergebnis des Verfahrens vor dem AsylGH ausgewirkt hat,“ sei der Beschwerdeführer in seinem vfggR auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt worden.¹²⁹²

Mit diesem Erk stellt der VfGH vor allem klar, dass ein Antrag auf Gewährung „einer kostenlosen Rechtsberatung/Flüchtlingsberatung“ nicht nur „unter dem Aspekt eines Verfahrenshilfeantrages“ zu sehen sei, was zur Folge habe, dass der AsylGH über diesen Antrag mittels verfahrensrechtlichen Bescheides in der Sache abzusprechen habe – anstatt ihn zurückzuweisen.

VI.K.4. Das neue System der Rechtsberatung

Ein ME vom 13. Dezember 2010 hat – indem „auf die aktuelle Judikatur des Verfassungsgerichtshofes reagiert [wird]“¹²⁹³ – vorgesehen, dass einem Asylwerber im Verfahren vor dem AsylGH auf Antrag ein Rechtsberater beizugeben ist.¹²⁹⁴ Dieser Antrag wäre jedoch in gewissen, taxativ aufgezählten Fällen vom zur Entscheidung berufenen BAA, bzw., nach Vorlage der Beschwerde an den AsylGH, von einem Einzelrichter des AsylGH, abzuweisen gewesen.¹²⁹⁵

Dieser ME hat schließlich – gemeinsam mit einem ME vom 13. September 2010¹²⁹⁶ betreffend einer zusätzlichen Mitwirkungspflicht des Asylwerbers in Gestalt eines verpflichtenden „Zur-Verfügung-Haltens“ während der ersten 120 Stunden des Zulassungsverfahrens in der EASt¹²⁹⁷ – Eingang gefunden in eine RV vom 23. Februar 2011. Ebenso unter Berufung „auf die aktuelle Judikatur des Verfassungsgerichtshofes [...] wird nunmehr ein adaptiertes System der Rechtsberatung durch das gesamte Asylverfahren hindurch vorgesehen“¹²⁹⁸, womit also eine – grundsätzlich zu begrüßende – Vereinheitlichung des Systems der Rechtsberatung für den Zeitraum des gesamten Asylverfahrens angestrebt wird.

¹²⁹² Vgl VfGH 2. 10. 2010, U3078/09 ua. Darauf verweisend die Erk VfGH vom 15. 12. 2010, U597/10, U474/10 ua, U870/10, U3068/09, U618/10, U769/10 und U220/10 sowie die Erk VfGH 28. 2. 2011, U429/10, 9. 3. 2011, U827/10, 3. 5. 2011, U2576/10 und U2630/10 dD.

¹²⁹³ So 251/ME XXIV. GP, 6. Damit wird augenscheinlich vor allem das zuletzt behandelte VfGH-Erk gemeint gewesen sein.

¹²⁹⁴ Vgl § 66a AsylG 2005 idF 251/ME XXIV. GP.

¹²⁹⁵ Vgl § 66a AsylG Abs 4 2005 idF 251/ME XXIV. GP.

¹²⁹⁶ 192/ME XXIV. GP.

¹²⁹⁷ Siehe dazu oben VI.B.1.d).

¹²⁹⁸ So RV 2011, 6.

§ 64 AsylG 2005 regelt wie bisher die Rechtsberatung im Zulassungsverfahren, welche amtswegig zu erfolgen hat. § 65 AsylG 2005 regelt nunmehr die Rechtsberatung im zugelassenen Verfahren vor dem BAA „nach Maßgabe der faktischen Möglichkeiten“, auf sie besteht gem Abs 1 S 3 leg cit kein Rechtsanspruch.

Schließlich ist gem § 66 Abs 1 AsylG 2005 in einem Beschwerdeverfahren vor dem AsylGH gegen zurück- oder abweisende Bescheide des BAA, denen keine Folgeanträge zugrundeliegen, dem Asylwerber amtswegig ein Rechtsberater zur Seite zu stellen. Dieser hat den Asylwerber gem § 66 Abs 2 AsylG 2005 beim Einbringen einer Beschwerde und im Beschwerdeverfahren vor dem AsylGH zu beraten. Die Höhe der Entschädigung der Rechtsberater vor dem AsylGH legt der Bundeskanzler, jene vor dem BAA der BMI fest.

§ 66a AsylG 2005 regelt für alle drei Typen von Rechtsberatern das Anforderungsprofil. Während der Gesetzeswortlaut der ersten vier Absätze ziemlich selbsterklärend ist,¹²⁹⁹ ergibt sich nur aus den Materialien, dass die Mindestvertragsdauer der gem Abs 5 leg cit abzuschließenden Verträge fünf Jahre beträgt.¹³⁰⁰ Der BMI bzw der Bundeskanzler können gem Abs 6 leg cit mit der Besorgung der Rechtsberatung auch juristische Personen betrauen, welche dafür aber einige Voraussetzungen ausstattungsmäßiger und finanzieller Natur genügen müssen. Abs 9 leg cit sieht vor, dass der BMI bzw der Bundeskanzler die Betrauung einzelner juristischer Personen mit sofortiger Wirkung aufheben können, wenn ein Rechtsberater „wiederholte und beharrliche Pflichtverletzungen begeht.“

Die Änderungen die Rechtsberatung betreffend treten – anders als die übrigen Bestimmungen des FrÄG 2011, welche bereits ab 1. Juli 2011 gelten – erst mit 1. Oktober 2011 in Kraft. Die Übergangsbestimmung des § 75 Abs 16 AsylG 2005 sieht vor, dass Asylwerber, deren Beschwerdeverfahren iSd § 66 AsylG 2005 am 30. September 2011 vor dem AsylGH anhängig ist, einen Rechtsberater beantragen können. Im Ausschussbericht ist schließlich noch festgelegt worden, dass über einen solchen Antrag ein Einzelrichter mit Verfahrensanordnung zu entscheiden hat.

¹²⁹⁹ So haben Rechtsberater gem § 66a Abs 1 AsylG 2005 entweder den erfolgreichen Abschluss eines rechtswissenschaftlichen Studiums oder mehrjährige (wohl berufliche) Tätigkeiten im Bereich des Fremdenrechtes nachzuweisen.

¹³⁰⁰ Vgl RV 2011, 48.

VI.K.5. Die neue Rechtslage vor dem Hintergrund der VfGH-Judikatur

Vorauszuschicken ist, dass der VfGH das alte System der Rechtsberatung nicht für verfassungswidrig befunden hat; im Gegenteil hat er im zitierten Erk vom 25. Juni 2009, U561/09 festgehalten, dass der Gesetzgeber den sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden besonderen Bedürfnissen des Asylwerbers – insbesondere hinsichtlich des sprachlichen und rechtlichen Verständnisses der im Verfahren vor dem AsylGH zu berücksichtigenden (rechtlichen) Fragestellungen – durch die Bestimmungen der §§ 64 bis 66 AsylG 2005 idF BGBl I 2005/100 Rechnung getragen habe.

Auch in seinem Erk vom 2. Oktober 2010, U3078/09 ua erblickt der VfGH keine Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen zur Rechtsberatung. Gleichwohl hält das Verfassungsgericht fest, dass sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht ergeben habe, an wen das Verlangen auf Beistellung eines Rechtsberaters zu richten gewesen sei. Des Weiteren schreibt der VfGH der in Frage stehenden Regelung (§ 66 Abs 2 AsylG 2005 in seiner Stammfassung) einen bestimmten Inhalt zu, der sich so ohne Weiteres tatsächlich nicht aus dem Gesetzeswortlaut ergibt – nämlich, dass das Verlangen, also der Antrag auf Beigabe eines Rechtsberaters, an den AsylGH zu richten sei, der mittels verfahrensrechtlichen Bescheides zu entscheiden habe. Der VfGH stellt zu diesem Zweck einigermaßen umfangreiche Überlegungen an, welche um eine rechtsschutzfreundliche Auslegung des Gesetzes kreisen. Aus all dem darf wohl mit Fug und Recht geschlossen werden, dass sich der Gesetzgeber hinsichtlich der Regelung der Rechtsberatung in der Stammfassung (zumindest) den Vorwurf der Unschärfe gefallen lassen muss, wenngleich – aus Sicht des VfGH – noch nicht das Niveau einer Verletzung des Bestimmtheitsgebotes erreicht gewesen sein dürfte.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass keine unmittelbare (rechtliche) Notwendigkeit des Gesetzgebers zur Änderung der Rechtslage bestanden hat, zumal diese vom VfGH mehrere Male gebilligt worden ist.

Die nun geltende Rechtslage scheint den in mehreren verfassungsgerichtlichen Erk geäußerten Anforderungen auf den ersten Blick zu genügen. Dass sich der Asylwerber „der Hilfe einer fachkundigen (wenngleich nicht notwendigerweise rechtskundigen) Person als Beistand“ bedienen können muss, ist durch § 66 Abs 1 iVm § 66a AsylG 2005 betreffend das Anforderungsprofil der Rechtsberater nunmehr sichergestellt. Anträge auf Rechtsberatung werden Asylwerber künftig nicht mehr stellen müssen, da ihnen amtswegig kostenlos ein Rechtsberater zur Seite zu stellen ist. Damit erübrigen sich auch allfällige Erörterungen zu der Art der Erledigung entsprechender Anträge.

Auf der anderen Seite stellt sich die berechtigte Frage, welche Rechtsberatung künftig jene Asylwerber erhalten werden, welche einen Folgeantrag gestellt haben. Diese sind nämlich gem § 66 Abs 1 S 1 AsylG 2005 von der amtswegigen Beigabe von Rechtsberatern ausgeschlossen. Vor dem Hintergrund der behandelten höchstgerichtlichen Judikatur, auf die auch der Gesetzgeber rekurriert,¹³⁰¹ ergibt sich eine Rechtsschutz- sowie Gesetzeslücke.

Der VfGH jedenfalls statuiert das Erfordernis eines Mindestmaßes an faktischer Effizienz der Rechtsschutzeinrichtungen – konkret die Hilfe einer fachkundigen Person als Beistand zwecks Ermöglichung des rechtlichen Verständnisses der Entscheidung – ohne Ansehung darauf, ob der rechtsschutzsuchende Asylwerber Folgeantragsteller ist oder nicht. Anders als nach der bisherigen Rechtslage, besteht nunmehr aber auch nicht mehr die Möglichkeit eines „Verlangens“, dh des Stellens eines Antrages auf Beigabe eines Rechtsberaters. Wenngleich dieses Verlangen einigermaßen unklar formuliert gewesen ist, hat es doch dem VfGH als Basis dienen können, das Rechtsberatungssystem im Asylverfahren in einer Weise zu interpretieren, welche – nach Ansicht des VfGH – dem Rechtsstaatsprinzip genügt.

Da dies nicht mehr möglich ist, der VfGH – mangels Differenzierung – aber auch solchen Asylwerbern Rechtsberater beigeben möchte, welche einen Folgeantrag gestellt haben, liegt eine Gesetzeslücke vor. Der Gesetzgeber verstößt damit mE gegen den Gleichheitssatz iVm dem vfggR auf Gleichbehandlung Fremder untereinander und sollte diese Differenzierung daher aufheben oder doch zumindest auch für Folgeanträge stellende Asylwerber eine Rechtslage schaffen, die den vom VfGH genannten Erfordernissen eines Mindestmaßes an faktischer Effizienz der Rechtsschutzeinrichtungen genügt.

¹³⁰¹ Vgl RV 2011, 6: Es werde auf die „aktuelle Judikatur des Verfassungsgerichtshofes [...]“ reagiert“.

SCHLUSSBEMERKUNG – AUSBLICK

Das Verfahren vor dem Asylgerichtshof ist vor allem im speziellen AsylG 2005 sowie im auf das allgemeine Administrativverfahren zugeschnittenen AVG geregelt. Insofern unterscheidet sich die geltende Rechtslage nicht von jener, welche auch den Vorgänger der nunmehrigen zweiten Instanz in Asylsachen – den Unabhängigen Bundesasylsenat – betroffen hat. Zur Auslegung der einschlägigen Bestimmungen – sowohl im Bereich des materiellen und formellen Asylrechtes als auch des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechtes – kann damit auch zu einem großen Teil auf die zu Bescheidenen des Unabhängigen Bundesasylsenates ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zurückgegriffen werden.

Dass durch die den AsylGH errichtende Verfassungsnovelle – welche eine Verwaltungsbehörde durch ein Verwaltungsgericht ersetzt und die Kontrollmöglichkeiten von Entscheidungen dieser Rechtsmittelinstanz durch innerstaatliche Gerichte wesentlich eingeschränkt hat – trotzdem nicht „alles beim Alten“ geblieben ist, hat etwa der Verfassungsgerichtshof eindrücklich gezeigt, indem er festgestellt hat, dass an die Eigenständigkeit der Begründung von Entscheidungen nunmehr ein anderer (strengerer) Maßstab anzulegen sei.

Im angesprochenen Erkenntnis hebt der Verfassungsgerichtshof die Entscheidung des Asylgerichtshofes schließlich wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot auf. Bedauerlich ist, dass nur mehr solche und ähnlich schwerwiegende – in die Verfassungssphäre reichende – Verfahrensmängel vor einem innerstaatlichen Gericht angefochten werden können. Dem Asylgerichtshof unterlaufene Rechtswidrigkeiten unterhalb dieser Schwelle sind vom Asylwerber – anders als beim Unabhängigen Bundesasylsenat – beim Verwaltungsgerichtshof nämlich nicht mehr bekämpfbar. Dieser Punkt der Novelle bleibt unter Gesichtspunkten der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtsschutzfreundlichkeit sicherlich der schmerzlichste.

Wagt man einen Blick in Richtung „Verwaltungsreform“, so dürften auf Basis eines Ministerialentwurfes vom 15. Februar 2010 zur „Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle“ (129/ME XXIV. GP), wie darin auch extra betont wird, die verfassungsgesetzlichen Regelungen betreffend den Asylgerichtshof inhaltlich keine Änderung erfahren. Das Asylwesen wäre demnach von einem zu etablierenden System der Landes- und Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit – „9+2“-Modell – ausgeklammert – und damit die unterschiedliche Behandlung von Betroffenen – hier Asylwerber, dort übrige Fremde – im Bereich von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen perpetuiert.

KURZZUSAMMENFASSUNG

Eine Dissertation mit dem Titel „Das Verfahren vor dem Asylgerichtshof“ ist dem öffentlichen Recht, genauer, dem Verwaltungsrecht zuzuordnen. Im Mittelpunkt des Interesses steht das Verfahrensrecht eines Gerichtes, weshalb weiters von einer Arbeit im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechtes gesprochen werden kann. (Asylrechtliche) Fragen des besonderen Verwaltungsrechtes – wie insbesondere jene nach den Voraussetzungen, unter denen ein Flüchtling Anspruch auf Schutz in einem Staat hat, der nicht sein Heimatstaat ist – stehen nicht im Vordergrund.

Es geht um die Darstellung und Problematisierung jener Rechtsvorschriften, welche für den Fall relevant sind, dass ein Schutzsuchender mit einer ablehnenden Entscheidung hinsichtlich seines Asylantrages durch die erste Instanz konfrontiert ist und diese Entscheidung bekämpfen möchte. Seit 1. Juli 2008 muss sich der Asylwerber hierzu an den Asylgerichtshof [AsylGH] wenden, welcher den bis dahin zuständigen Unabhängigen Bundesasylsenat [UBAS] ersetzt hat.

Das Verständnis des formellen Asylrechtes bezüglich der Rechtsmittelinstanz bedingt natürlich einerseits auch einige Ausführungen zum Verfahren vor der erstinstanzlichen Behörde – dem Bundesasylamt [BAA] –, zum materiellen Asylrecht sowie auch zum Organisationsrecht des Gerichtes, da die einzelnen Materien zu eng miteinander verzahnt sind, als dass sie isoliert dargestellt werden könnten. Auf der anderen Seite sollen aber auch jene Rechtsgebiete (oberflächlich) behandelt werden, welche sowohl thematisch – die Abgrenzung des Eigenen vom Fremden betreffend – als auch insofern mit dem Asylrecht eng zusammenhängen, als Novellierungen der angesprochenen Materien meist gemeinsam erfolgen; die Rede ist vom Fremdenpolizeigesetz sowie vom Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz. Weiters lässt sich das Verfahrensrecht eines Gerichtes nicht sinnvoll begreifen, wenn man nicht auch auf dessen verfassungsrechtliche Einbettung eingeht. Aus diesem Grund soll der AsylGH in mehrererlei Hinsicht eine bestimmte Qualifizierung erfahren.

Weniger mit Rechtsdogmatik, als vielmehr mit dem Umstand, dass wir alle aus der Geschichte lernen können und wir sie deshalb nie außer Acht lassen sollten, hat zu tun, dass diese Arbeit mit Ausführungen zur Geschichte des Asyls und seinen Ausprägungen in der Vergangenheit beginnt.

Die Ausführungen zum Verfahrensrecht des AsylGH haben das Ziel, die sich in diesem Zusammenhang stellenden wesentlichen Fragen anzusprechen, wobei darauf Wert gelegt worden ist, insbesondere (auch) jene Punkte anzusprechen, welche „Problematisierungspotential“ bergen. In diesem

Sinne beginnen die Ausführungen zum Verfahren mit der Darstellung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze, die auch der AsylIGH zu beachten hat. Es wird sodann fortgesetzt mit der Behandlung

- der Kompetenzen des AsylIGH,
- der Parteistellung und den Partierechten im Rahmen von Verfahren vor dem AsylIGH,
- der Beschwerde an den AsylIGH,
- der Verhandlung vor dem AsylIGH sowie
- der Entscheidung des AsylIGH.

In allen diesen Punkten wird abgesehen vom Schrifttum auch ausgiebig auf die Judikatur rekurriert, wobei hier drei Schichten zu unterscheiden sind:

1. Die Judikatur des AsylIGH. Hier äußert sich der AsylIGH (vor allem) zu Bestimmungen des materiellen und formellen Asylrechtes selbst. Er tut dies häufig unter Berufung auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes [VwGH].
2. Die Judikatur des VwGH. Der VwGH hat während der zehnjährigen Lebensdauer des UBAS eine umfangreiche Judikatur entwickelt, die in vielen Punkten auch noch für den AsylIGH gilt.
3. Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes [VfGH]. Ist die „Verfassungssphäre“ des Asylwerbers betroffen – also die Grundrechte – kann sich der Asylwerber auch an diesen Gerichtshof wenden.

Wenngleich durch die den AsylIGH errichtende Verfassungsnovelle eine Verwaltungsbehörde durch ein Gericht abgelöst worden ist – was prinzipiell zu begrüßen ist –, können Asylwerber Entscheidungen der nunmehrigen zweiten Instanz in Asylsachen nicht mehr beim VwGH anfechten, womit sie dieser Rechtskontrollemöglichkeit verlustig geworden sind. Entscheidungen des AsylIGH können Asylwerber nur noch beim VfGH anfechten, was angesichts der diesbezüglichen sachlichen Einschränkung auf „verfassungsrelevante“ Verfahrensmängel keinen Ersatz bietet.

Viel Raum wird schließlich noch dem neu etablierten Rechtsinstitut der Grundsatzentscheidung gewidmet, an deren Erzeugung sowohl der AsylIGH als auch der VwGH beteiligt sind. Auch hier kann man jedoch von keinem Ersatz zu der vormals bestehenden Möglichkeit, UBAS-Bescheide beim VwGH anzufechten, sprechen, da der Asylwerber hier nicht antragslegitimiert ist. Abgesehen davon, wirft die Grundsatzentscheidung ob ihrer intendiert weitreichenden Wirkung schwerwiegende, bis in das Terrain der Grundprinzipien reichende, verfassungsrechtliche Fragen auf.

ABSTRACT

A doctoral dissertation titled „The Proceedings before the Asylum Court“ is allocated to the public law, more precisely, to the administrative law. The key focus is set on the procedural law of a court, consequently this thesis can be subsumed under the field of general administrative law. Issues of special administrative law – in particular those regarding the conditions under which a refugee is entitled to protection in a country that is not his country of origin – are not in the centre of interest.

This thesis is about the representation and problematisation of those provisions, which are relevant to the case that a refugee is faced with an adverse decision regarding his application of asylum and wants to appeal against the decision. Since 1 July 2008 an asylum seeker has to address himself to the Asylum Court [Asylgerichtshof, AsylIGH], which has replaced the previously competent Independent Federal Asylum Review Board [Unabhängiger Bundesasylsenat, UBAS].

The understanding of procedural law concerning the appellate court requires of course some consideration to the proceedings before the first instance authority – the Federal Asylum Agency [Bundesasylamt, BAA] –, the substantive law to asylum as well as the organizational law of the court, as the individual matters are interlinked too closely to each other as that they could be presented in an isolated manner. On the other hand, also those fields of law should be reconsidered, which thematically are related to the asylum law: The Aliens Police Act [Fremdenpolizeigesetz, FPG] and the Settlement and Residence Act [Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, NAG]. Furthermore, it would be difficult to comprehend the procedural law of a court, if the issue of its constitutional periphery was not addressed.

Less concerned with legal doctrine, but rather with reference to the fact that we all can learn from history, this thesis begins with remarks on the history of asylum and its manifestations in the past.

The explanations on the procedural law of the AsylIGH aim to address key issues in that context, while value was placed on address in particular those issues that may have the potential of problematisation. In this sense, the explanations start with the presentation of the general principles of procedure, which also have to be taken into account by the AsylIGH. The dissertation continues with the presentation of

- the authorities of the AsylIGH,
- the party status and the party rights,

- the appeal to the court,
- the trial as well as
- the court decision.

All these matters will be discussed on the basis of literature and judicature, in which three layers can be distinguished:

1. The judicature of the AsylGH. Here the AsylGH comments on (in particular) substantive und procedural asylum law, oftentimes under reference to the judicature of the Higher Administrative Court [Verwaltungsgerichtshof, VwGH].
2. The judicature of the VwGH. A comprehensive judicature to rulings of the UBAS was developed by the VwGH, which largely is also applicable for the AsylGH.
3. The judicature of the Constitutional Court [Verfassungsgerichtshof, VfGH]. If basic rights are concerned, the asylum seeker may also address himself to the VfGH.

Although an administrative authority (UBAS) has been replaced by a court (AsylGH) – which is welcome – the asylum seeker can no longer appeal to the VwGH, but only to the VfGH, which doesn't offer a replacement of the same value in the face of the restriction as to the admittance to the VfGH.

Finally, a major part of this thesis is devoted to the newly introduced Leading Decision, on which creation both the AsylGH and the VwGH are involved. Again one cannot speak of any compensation as compared to the previous legal situation as the asylum seeker is not eligible to file an application. Apart from that, fundamental constitutional issues are raised by the introduction of the Leading decision because of its legally intended far-reaching effects.

VERZEICHNIS DER RECHTSQUELLEN UND DER GESETZGEBERISCHEN MATERIALIEN¹³⁰²

Kurzzitat	Vollständiger Titel
1. ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210, zgd BGBl III 1998/30.
4. ZPEMRK	Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind BGBl 1969/434, zgd BGBl III 1998/30.
6. ZPEMRK	Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe BGBl 1985/138, zgd BGBl III 1998/30.
7. ZPEMRK	Protokoll Nr. 7 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1988/628, zgd BGBl III 1998/30.
AB 1998	AB 1167 BlgNR XX. GP [Verwaltungsverfahrensnovellen 1998 BGBl I 1998/158].
AB 2007	AB 371 BlgNR XXIII. GP [Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetz BGBl I 2008/4].
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 JGS 946 („Patent vom 1ten Junius 1811“), zgd BGBl I 2010/58.
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Resolution 217 A (III) vom 10. Dezember 1948.
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ABI 1997/C 340/1 bzw BGBl III 1999/86, konsolidiert in ABI 2010/C 83/1.
AHG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1948, womit die Haftung des Bundes, der Länder, der Bezirke, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für den in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schaden geregelt wird (Amtshaf- tungsgesetz) BGBl 1949/20, zgd BGBl I 1999/194.
AsylG 1968	Bundesgesetz vom 7. März 1968 über die Aufenthaltsberechtigung von Flüchtlingen im Sinne der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge BGBl 1968/126.
AsylG 1991	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1991) BGBl 1992/8.
AsylG 1997	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997 – AsylG) BGBl 1997/76.
AsylG 2005	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 – AsylG 2005) BGBl I 2005/100, zgd BGBl I 2011/38.
AsylG-DV 2005	Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des Asylgesetzes 2005 (Asylgesetz-Durchführungsverordnung 2005 - AsylG-DV 2005) BGBl II 2005/448.
AsylGHG	Bundesgesetz über den Asylgerichtshof (Asylgerichtshofgesetz – AsylGHG) BGBl I 2008/4, zgd BGBl I 2010/111.
AsylG-Nov 2003	Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 1997 (AsylG-Novelle 2003), das Bundesbetreu- ungsgesetz, das Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat und das Meldege- setz geändert werden BGBl I 2003/101.

¹³⁰² Gesetze (sowie generelle Rechtsnormen schlechthin) werden – sofern sie in der gesamten Arbeit mehr als einmal erwähnt werden – mit einer Abkürzung versehen (zB AsylG 2005, B-VG) und scheinen in diesem Fall im Rechtsquellenverzeichnis auf. Auch bei nur einmalig erwähnten Gesetzen findet sich jedoch die vollständige Bezeichnung in der Fußnote.

AufG	Bundesgesetz, mit dem der Aufenthalt von Fremden in Österreich geregelt wird (Aufenthaltsgesetz - AufG) BGBl 1992/466.
Aufnahme-RL	Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. 1. 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten ABI 2003/L 31/18.
AuslBG	Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG) BGBl 1975/218, zgd BGBl I 2011/25.
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG BGBl 1991/51 (WV), zgd 2010/111.
BDG	Bundesgesetz vom 27. Juni 1979 über das Dienstrecht der Beamten (Beamten-Dienstrechtsgezetz 1979 – BDG 1979) BGBl 1979/333, zgd BGBl I 2010/111.
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz BGBl 1970/22, zgd BGBl I 2011/7.
BMG	Bundesgesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien (Bundesministeriengesetz 1986 - BMG) BGBl 1986/76 (WV), zgd BGBl I 2009/3.
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929, wiederverlautbart unter BGBl 1930/1, zgd BGBl I 2011/60.
Dublin-VO	Verordnung (EG) Nr 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist ABI 2003/L 50/1, zgd Verordnung (EG) Nr 1103/2008 ABI 2008/L 304/81.
E-GovG	Bundesgesetz über Regelungen zur Erleichterung des elektronischen Verkehrs mit öffentlichen Stellen (E-Government-Gesetz – E-GovG) BGBl I 2004/10 idF BGBl I 2010/111.
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ABI 1997/C 340/1 bzw BGBl III 1999/86, zgd ABI 2005/L 157/11 bzw BGBl III 2006/185.
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG BGBl I 2008/87 (WV), zgd BGBl I 2009/20.
EGVG 1991	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 – EGVG BGBl 1991/50 idF BGBl I 1998/28.
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) BGBl 1958/210, zgd BGBl III 2002/179.
Eurodac-VO	Verordnung (EG) 2725/2000 des Rates vom 11. 12. 2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens ABI 2000/L 316/1.
EUV	Vertrag über die Europäische Union ABI 1997/C 340/1 bzw BGBl III 1999/85, konsolidiert in ABI 2010/C 83/1.
Folterübereinkommen	Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe BGBl 1987/492.
FPG	Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG) BGBl I 2005/100, zgd BGBl I 2011/38.
FPG 1954	Bundesgesetz vom 17. März 1954, betreffend die Ausübung der Fremdenpolizei (Fremdenpolizeigesetz) BGBl 1954/75.

FrÄG 2009	Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Gebührengegesetz 1957, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009) BGBl I 2009/122.
FrÄG 2011	Bundesgesetz, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Asylgesetz 2005, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 und das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 – FrÄG 2011) BGBl I 2011/38.
Freizügigkeits-RL	Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG ABI 2004/L 158/77.
FrG 1992	Bundesgesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Fremden (Fremdengesetz - FrG) BGBl 1992/838.
FrG 1997	Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden (Fremdengesetz 1997 - FrG) BGBl 1997/75.
GCEU	Charta der Grundrechte der Europäischen Union ABI 2007/C 303/01, konsolidiert in ABI 2010/C 83/389.
GFK	Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge. In innerstaatliches Recht übernommen durch BGBl 1955/55.
GOG	Gesetz vom 27. November 1896, womit Vorschriften über die Besetzung, innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte erlassen werden (Gerichtsorganisationsgesetz – GOG) RGBI 1896/217, zgd BGBl I 2010/111.
GVG-B 2005	Bundesgesetz, mit dem die Grundversorgung von Asylwerbern im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird (Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 – GVG-B 2005) BGBl 1991/405, zgd BGBl I 2011/38.
MeldeG	Bundesgesetz über das polizeiliche Meldewesen (Meldegesetz 1991 – MeldeG) BGBl 1992/9 idF BGBl I 2009/135.
NAG	Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz - NAG) BGBl I 2005/100, zgd BGBl I 2011/38.
PersFr-BVG	Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684, zgd BGBl I 2008/2.
RassDiskr-BVG	Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung BGBl 1973/390.
ReichsschubG	Gesetz, in Betreff der Regelung der polizeilichen Abschaffung und des Schubwesens RGBI 1871/88.
RStDG	Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und Richteramtsanwärterinnen und Richteramtsanwärter (Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz – RStDG) BGBl 1961/305, zgd BGBl I 2010/111.

Rückführungs-RL	Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger ABI 2008/L 348/98.
RV 1997	RV 686 BlgNR XX. GP [AsylG 1997 BGBl I 1997/76].
RV 2003	RV 120 BlgNR XXII. GP [AsylG-Nov 2003 BGBl I 2003/101].
RV 2005	RV 952 BlgNR XXII. GP [Fremdenrechtspaket 2005 BGBl I 2005/100].
RV 2007 I	RV 314 BlgNR XXIII. GP [B-VG-Änderung und B-VG-Bereinigung BGBl I 2008/2].
RV 2007 II	RV 294 BlgNR XXIII. GP [Verwaltungsverfahrens- und Zustellrechtsänderungsgesetz 2007 BGBl I 2008/5].
RV 2009 I	RV 88 BlgNR XXIV. GP [Novelle AsylG 2005, FPG und NAG BGBl I 2009/29].
RV 2009 II	RV 330 BlgNR XXIV. GP [Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 BGBl I 2009/122].
RV 2011	RV 1078 BlgNR XXIV. GP [Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 BGBl I 2011/38].
SPG	Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz – SPG) BGBl 1991/566, zgd BGBl I 2011/33.
Status-RL	Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. 4. 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes ABI 2004/L 304/12, zgd Berichtigung ABI 2005/L 204/24.
StbG	Bundesgesetz über die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 – StbG BGBl 1985/311) (Kundmachung des Bundeskanzlers und des Bundesministers für Inneres vom 19. Juli 1985, mit der das Staatsbürgerschaftsgesetz 1965 wiederverlautbart wird), zgd BGBl I 2011/38.
StbG 1925	Bundesgesetz vom 30. Juli 1925 über den Erwerb und den Verlust der Landes- und Bundesbürgerschaft BGBl 1925/285.
Stb-ÜG 1945	Gesetz vom 10. Juli 1945 Ober die Überleitung in die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschafts-Überleitungsgesetz – St-ÜG.) StGBI 1945/59.
StGB	Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBl 1974/60, zgd BGBl I 2011/66.
StGG	Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder RGBl 1867/142, zgd BGBl 1988/684.
UBASG	Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat (UBASG) BGBl I 1997/77.
UNHCR-Handbuch	Handbuch des UNHCR über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft. Für Näheres siehe FN 160.
UNHCR-Richtlinien	Richtlinien des UNHCR zum Internationalen Schutz. Für Näheres siehe FN 161.
UNHCR-Statut	<i>Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950.</i>
Verfahrens-RL	Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. 12. 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft ABI 2005/L 326/13, zgd Berichtigung ABI 2006/L 236/35.

Vertrag von Lissabon	Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ABI 2007/C 306/01 und ABI 2008/C 115/1 bzw BGBl III 2009/132.
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 – VfGG BGBl 1953/85 (WV), zgd BGBl I 2010/111.
VStG	Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG BGBl 1991/52 (WV), zgd BGBl I 2010/111.
VVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG BGBl 1991/53 (WV), zgd BGBl I 2008/3.
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG BGBl 1985/10 (WV), zgd BGBl I 2010/111.

LITERATURVERZEICHNIS

Kurzzitat	Vollständiger Titel
BABO, Kirchenasyl – Kirchenhikesie	BABO, Kirchenasyl – Kirchenhikesie: Zur Relevanz eines historischen Modells im Hinblick auf das Asylrecht der Bundesrepublik Deutschland (2003).
BÄCHTOLD-STÄUBLI, Handwörterbuch	BÄCHTOLD-STÄUBLI, Handwörterbuch des deutschen Aberglaubens, Band 6: Mauer – Pflugbrot (1935).
BALTHASAR, Anmerkungen II	BALTHASAR, Anmerkungen zum Instanzenzug in Asylsachen (Teil II), migraLex2008, 92.
BALTHASAR, UBAS	BALTHASAR, Vom UBAS zum „Bundesverwaltungsgericht“ – Ein Pyrrhussieg für den Rechtsstaat?, migraLex 2007, 56.
BRAUNEDER, Verfassungsgeschichte	BRAUNEDER, Österreichische Verfassungsgeschichte ¹¹ (2009).
BRUCKNER, NAG	BRUCKNER, Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) – Die Neukodifikation des österreichischen Zuwanderungsrechts. migraLex 2006, 3.
BURGER, Passwesen und Staatsbürgerschaft	BURGER, Passwesen und Staatsbürgerschaft in: HEINDL/SAURER (Hrsg), Grenze und Staat: Paßwesen, Staatsbürgerschaft, Heimatrecht und Fremdengesetzgebung in der österreichischen Monarchie 1750 – 1867 (2000), 1 – 172.
BUßJÄGER, Scharfe Schelte	BUßJÄGER, Scharfe Schelte am Verfassungsgesetzgeber, Die Presse 2009/16/05.
CZABA, AsylG 2005	CZABA, III g 9 – AsylG 2005 in: HEIDL/LOEBENSTEIN/VEROSTA (Hrsg), Das österreichische Recht. Loseblattausgabe, Lfgn 1827/1828 (2005).
DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I	DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht: Völkerrechtliche Bindungen staatlicher Schutzgewährung, dargestellt am österreichischen Recht. Band I: Völkerrechtlicher Rahmen (1996).
DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht II	DAVY, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht: Völkerrechtliche Bindungen staatlicher Schutzgewährung, dargestellt am österreichischen Recht. Band II: Innerstaatliche Ausgestaltung (1996).
DOMEI, Amtspartei	DOMEI, Die Amtspartei im Verwaltungsverfahren (2006).
EINWALLNER, Asyl- und Fremdenrecht	EINWALLNER, Asyl- und Fremdenrecht im Jahr 2010 – Bloß noch Spielball der Politik?, juridikum 2010, 68.
ENNÖCKL, Maßnahmenbeschwerde	ENNÖCKL in EISENBERGER/ENNÖCKL/HELM, Die Maßnahmenbeschwerde (2006).
FABER/FRANK, Art 144a B-VG	FABER/FRANK, Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes – das Beschwerdeverfahren nach Art 144a B-VG, JBI 2008, 477.
FEIK, Fremdenrecht	FEIK, Fremdenrecht in: BACHMANN (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht ⁷ (2008), 79 – 128.
FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005	FRANK/ANERINHOF/FILZWIESER, AsylG 2005 – Asylgesetz 2005 ⁴ (2008).
FRIEBERGER, Beweisverbote	FRIEBERGER, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren (1997).
FRÜHWIRTH, Asylgerichtshof	FRÜHWIRTH, Der Asylgerichtshof, das Zwitterwesen, juridikum (2008), 59.
FRÜHWIRTH, Asylgerichtshof revisited	FRÜHWIRTH, Asylgerichtshof revisited, juridikum (2009), 59.
FUNK, Präsenz von Asylwerbern	FUNK, Präsenz von Asylwerbern in der Erstaufnahmestelle, migraLex 2010, 110.

<i>FUNK/STERN</i> , Einwanderungs- und Asylpolitik	<i>FUNK/STERN</i> , Die österreichische Einwanderungs- und Asylpolitik: völkerrechtliche, europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte in: <i>HILPOLD/PERATHONER</i> (Hrsg), <i>Immigration und Integration – Völkerrechtliche und europarechtliche Antworten auf eine zentrale Herausforderung der Zeit</i> (2010), 237 – 259.
<i>GRABENWARTER</i> , Art 14 StGG	<i>GRABENWARTER</i> , Art 14 StGG in: <i>KORINEK/HOLOUBEK</i> (Hrsg), <i>Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar. Loseblattausgabe – 7. Lfg</i> (2005).
<i>GRABENWARTER</i> , Landesverwaltungsgerichte	<i>GRABENWARTER</i> , Landesverwaltungsgerichte oder unabhängige Verwaltungssenate als Instrument der Rechtskontrolle der Landesverwaltungen in: <i>BUßJÄGER</i> (Hrsg), <i>Vollzug von Bundesrecht durch die Länder</i> (2002), 79 – 104.
<i>GRABENWARTER</i> , Verfahrensgarantien	<i>GRABENWARTER</i> , Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997).
<i>GRABENWARTER</i> , Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit	<i>GRABENWARTER</i> , Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2008).
<i>HAUER</i> , Gerichtsbarkeit	<i>HAUER</i> , Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts (2008).
<i>HENGSTSCHLÄGER/LEEB</i> , AVG I	<i>HENGSTSCHLÄGER/LEEB</i> , AVG – 1. Teilband – §§ 1 – 36 AVG (2004).
<i>HENGSTSCHLÄGER/LEEB</i> , AVG II	<i>HENGSTSCHLÄGER/LEEB</i> , AVG – 2. Teilband – §§ 37 – 62 AVG (2005).
<i>HENGSTSCHLÄGER/LEEB</i> , AVG III	<i>HENGSTSCHLÄGER/LEEB</i> , AVG – 3. Teilband – §§ 63 – 67h AVG (2007).
<i>HENGSTSCHLÄGER/LEEB</i> , AVG IV	<i>HENGSTSCHLÄGER/LEEB</i> , AVG – 4. Teilband – §§ 68 – 82a AVG (2009).
<i>HENSSLER</i> , Formen des Asylrechts	<i>HENSSLER</i> , Formen des Asylrechts und ihre Verbreitung bei den Germanen (1953).
<i>HESSE</i> , Anmerkungen	<i>HESSE</i> , Anmerkungen zum Asylgerichtshof aus Sicht des Kabinetts des Bundeskanzlers, migraLex 2008, 4.
<i>HICKISCH</i> , FremdenG 1997	<i>HICKISCH</i> , III g 10 – FremdenG 1997 in: <i>HEINL/LOEBENSTEIN/VEROSTA</i> (Hrsg), <i>Das österreichische Recht. Loseblattausgabe, Lfg 1375/1376</i> (1999).
<i>JABLONER</i> , Asylgerichtsbarkeit	<i>JABLONER</i> , Kritisches zur neuen Asylgerichtsbarkeit, migraLex 2008, 2.
<i>JABLONER</i> , Verfassungsrechtliche Grundordnung	<i>JABLONER</i> , Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, JRP (2001), 34.
<i>KIENAST</i> , Asylgerichtshof	<i>KIENAST</i> , Tritt die Ausgestaltung des Asylgerichtshofs den Rechtsstaat mit dem Fuß?, ecolex 2008, 185.
<i>KLINGENBRUNNER</i> , Fremdenrechtsnovelle	<i>KLINGENBRUNNER</i> , Die Fremdenrechtsnovelle 2009, migraLex 2009, 38.
<i>KOLONOVITS</i> , Asylgerichtshof	<i>KOLONOVITS</i> , Neuer Asylgerichtshof in Österreich – Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Aspekte der Neuregelung des Rechtsschutzes in Asylsachen in: <i>HILPOLD/PERATHONER</i> (Hrsg), <i>Immigration und Integration – Völkerrechtliche und europarechtliche Antworten auf eine zentrale Herausforderung der Zeit</i> (2010), 262 – 291.
<i>KOLONOVITS</i> , Grundsatzentscheidung	<i>KOLONOVITS</i> , Der neue Rechtsakt der Grundsatzentscheidung (Art 129e, 132a B-VG) – Verbindlichkeit auch für den VfGH?, migraLex 2009, 2.
<i>KOLONOVITS</i> , Vorbemerkungen	<i>KOLONOVITS</i> , VerbotsG – Vorbemerkungen in: <i>KORINEK/HOLOUBEK</i> (Hrsg), <i>Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar (Loseblattausgabe)</i> , 8. Lfg (2007).
<i>KÜHNE</i> , Ostensio reliquiarum	<i>KÜHNE</i> , Ostensio reliquiarum: Untersuchungen über Entstehung, Ausbreitung und Funktion der Heiltumsweisungen im römisch-deutschen Regnum (2000).
<i>KUTSCHER/POSCHALKO/SCHMALZL</i> , NAG	<i>KUTSCHER/POSCHALKO/SCHMALZL</i> , Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht (2006).
<i>LANNER</i> , Kodex Verfassungsrecht	<i>LANNER</i> , Kodex Verfassungsrecht ²⁴ (2006).

<i>LEEB</i> , Freie Beweiswürdigung	<i>LEEB</i> , Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Verwaltungsverfahren in: <i>HOLOUSEK/LANG</i> (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006), 341 – 383.
<i>LEHOFER</i> , Parteienrechte	<i>LEHOFER</i> , Parteienrechte im Verwaltungsverfahren in: <i>HOLOUSEK/LANG</i> (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006), 411 - 430.
<i>MARTH</i> , Bleiberecht	<i>MARTH</i> , Das „Bleiberecht“ im Asylverfahren – Die Änderungen durch die Asylgesetz-Novelle, BGBl I 2009/29, migraLex 2009, 45.
<i>MARTH</i> , Fristsetzungsverfahren	<i>MARTH</i> , Das Fristsetzungsverfahren nach der Entscheidung des VfGH U 1648/09, migraLex 2010, 91.
<i>MARTSCHIN</i> , Verfahrensrecht	<i>MARTSCHIN</i> in: <i>MARTSCHIN/SCHMID</i> , Das Verfahrensrecht der Unabhängigen Verwaltungssenate (2008).
<i>MAYER</i> , Anwesenheitspflicht	<i>MAYER</i> , Die „Anwesenheitspflicht“ von Asylwerbern, migraLex 2010, 36.
<i>MAYER</i> , Humanitäres Bleiberecht	<i>MAYER</i> , Das humanitäre Bleiberecht – ein schrankenloses Ermessen?, migraLex 2008, 36.
<i>MÜLLER</i> , Grundsatzentscheidungen	<i>MÜLLER</i> , Das Verfahren über Grundsatzentscheidungen im Asylrecht, ÖZ 2008/53, 509.
<i>MUZAK</i> , Abschiebeschutz	<i>MUZAK</i> , Die Einschränkungen des faktischen Abschiebeschutzes im Asylverfahren, migraLex 2010, 2.
<i>MUZAK</i> , Asylgerichtshof	<i>MUZAK</i> in: <i>MUZAK/ROHRBÖCK</i> , Der Asylgerichtshof (2008).
<i>MUZAK</i> , Bleiberecht	<i>MUZAK</i> , „Bleiberecht“ für integrierte Fremde nach negativer Asylentscheidung?, migraLex 2007, 79.
<i>MUZAK</i> , Verfahren	<i>MUZAK</i> , Das Verfahren vor dem Asylgerichtshof, migraLex 2008, 86.
<i>MUZAK</i> , Zukunft	<i>MUZAK</i> , Die Zukunft des Asylverfahrens, migraLex 2008, 13.
<i>ÖHLINGER</i> , Verfassungsrecht	<i>ÖHLINGER</i> , Verfassungsrecht ⁸ (2009).
<i>ÖHLINGER/POTACS</i> , Gemeinschaftsrecht	<i>ÖHLINGER/POTACS</i> , Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht ³ (2006).
<i>PAAR</i> , § 25 AsylGHG	<i>PAAR</i> , Verfassungskonformität des Ausschlusses der Amtshaftung nach § 25 Asylgerichtshofgesetz?, migraLex 2010, 86.
<i>PEPELNIK</i> , Asylgerichtshof	<i>PEPELNIK</i> , Anwaltszwang vor dem neu geschaffenen Asylgerichtshof? AnwBI 2008, 443.
<i>PSENDORFER</i> , Angemessene Verfahrensdauer	<i>PSENDORFER</i> , Angemessene Verfahrensdauer im Verwaltungsverfahren in: <i>HOLOUSEK/LANG</i> (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006), 275 – 294.
<i>PEYRL</i> , Bleiberecht	<i>PEYRL</i> , Neuregelung des Aufenthaltsrechts aus humanitären Gründen („Bleiberecht“), RdA 2009, 283.
<i>PFLEGER</i> , Ausweisung	<i>PFLEGER</i> , Die asylrechtliche Ausweisung, Dissertation (2009).
<i>PISKA</i> , Geschäftsverteilung	<i>PISKA</i> , Das Prinzip der festen Geschäftsverteilung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit (1995).
<i>POTACS</i> , Amtswegigkeit und Parteianträge	<i>POTACS</i> , Amtswegigkeit und Parteianträge im Verwaltungsverfahren in: <i>HOLOUSEK/LANG</i> (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006), 231 – 244.

<i>PUTZER/ROHRBÖCK</i> , Asylrecht	<i>PUTZER/ROHRBÖCK</i> , Asylrecht – Leitfaden zur neuen Rechtslage nach dem AsylG 2005 (2007).
<i>RASCHAUER</i> , Anwesenheitspflicht	<i>RASCHAUER</i> , Anwesenheitspflicht im Erstaufnahmезentrum, migraLex 2010, 38.
<i>RASCHAUER</i> , Effizienzgrundsatz	<i>RASCHAUER</i> , Der Effizienzgrundsatz im Abgaben- und Verwaltungsverfahren in: <i>HOLOUBEK/LANG</i> (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006), 95 – 109.
<i>RASCHAUER</i> , Verwaltungsrecht	<i>RASCHAUER</i> , Allgemeines Verwaltungsrecht ³ (2009).
<i>ROHRBÖCK</i> , Asylgerichtshof	<i>ROHRBÖCK</i> in: <i>MUZAK/ROHRBÖCK</i> , Der Asylgerichtshof (2008).
<i>SCHMID</i> , Verfahrensrecht	<i>SCHMID</i> in: <i>MARTSCHIN/SCHMID</i> , Das Verfahrensrecht der Unabhängigen Verwaltungssenate (2008).
<i>SCHULTZ-SÜCHTING</i> , Kirchenasyl	<i>SCHULTZ-SÜCHTING</i> , Kirchenasyl: Zeitgeschichtliche und rechtliche Aspekte (2000).
<i>STOWASSER</i> , Stowasser	<i>STOWASSER</i> , Stowasser: Österreichische Schulausgabe; Lateinisch – deutsches Schulwörterbuch, Auflage 1997 (1997).
<i>SZYMANSKI</i> , FrÄG 2009	<i>SZYMANSKI</i> , Das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – Oder der Boulevard freut sich, doch das Recht ist für Rechtsanwender und Rechtsunterworfene schwer durchschaubar, migraLex 2009, 99.
<i>THIENEL</i> , Allgemeine Grundsätze	<i>THIENEL</i> , Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrens – verfassungsrechtliche, gemeinschaftsrechtliche und gesetzliche Verankerung in: <i>HOLOUBEK/LANG</i> (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006), 41 – 94.
<i>THIENEL</i> , Band II	<i>THIENEL</i> , Österreichische Staatsbürgerschaft – Band II – Verfassungsrechtliche Grundlagen und materielles Staatsbürgerschaftsrecht (1990).
<i>THIENEL</i> , Verfahren	<i>THIENEL</i> , Das Verfahren der Verwaltungssenate ² (1992).
<i>THIENEL</i> , Verwaltungsverfahrensnovellen	<i>THIENEL</i> , Verwaltungsverfahrensnovellen 2001 (2002).
<i>THIENEL/SCHULEV-STEINDL</i> , Verwaltungsverfahrensrecht	<i>THIENEL/SCHULEV-STEINDL</i> , Verwaltungsverfahrensrecht ⁵ (2009).
<i>THUN-HOHENSTEIN/CEDE/HAFNER</i> , Europarecht	<i>THUN-HOHENSTEIN/CEDE/HAFNER</i> , Europarecht ⁶ (2008).
<i>TRAULSEN</i> , Das sakrale Asyl	<i>TRAULSEN</i> , Das sakrale Asyl in der alten Welt: Zur Schutzfunktion des Heiligen von König Salomo bis zum Codex Theodosianus (2004).
<i>TREMMEL</i> , Grundrecht Asyl	<i>TREMMEL</i> , Grundrecht Asyl: die Antwort der christlichen Sozialetik (1992).
<i>VOGL/TAUCHER/BRUCKNER/MARTH/DOSKOZIL</i> , Fremdenrecht	<i>VOGL/TAUCHER/BRUCKNER/MARTH/DOSKOZIL</i> , Fremdenrecht (2006).
<i>WAGNER</i> , VfGH 29. 9. 2007, B 328/07	<i>WAGNER</i> , VfGH 29. 9. 2007, B 328/07, migralex 2008, 42.
<i>WALTER</i> , Aufbau	<i>WALTER</i> , Der Aufbau der Rechtsordnung ² (1974).
<i>WALTER/MAYER</i> , Verwaltungsverfahrensrecht	<i>WALTER/MAYER</i> , Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts ⁸ (2003).
<i>WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER</i> , Bundesverfassungsrecht	<i>WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER</i> , Bundesverfassungsrecht ¹⁰ (2007).
<i>WENDELIN</i> , Schub und Heimatrecht	<i>WENDELIN</i> , Schub und Heimatrecht in: <i>HEIDL/SAURER</i> (Hrsg), Grenze und Staat: Paßwesen, Staatsbürgerschaft, Heimatrecht und Fremdengesetzgebung in der österreichischen Monarchie 1750 – 1867 (2000), 173 – 346.

<i>WIEDERIN</i> , Art 8 EMRK	<i>WIEDERIN</i> , Art 8 EMRK in: <i>KORINEK/HOLOUSEK</i> (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar. Loseblattausgabe (Lfg 2002).
<i>WIEDERIN</i> , Gerichtlicher Rechtsschutz	<i>WIEDERIN</i> , Der gerichtliche Rechtsschutz in Asylsachen, migraLex 2008, 6.
<i>WIEDERIN</i> , Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten	<i>WIEDERIN</i> , Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren in: <i>HOLOUSEK/LANG</i> (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006), 125 – 143.
<i>ZELENY</i> , Teil I	<i>ZELENY</i> , Enthält die österreichische Bundesverfassung ein antinationalsozialistisches Grundprinzip? (Teil I). juridikum (2004), 182.

LEBENSLAUF

Zur Person

Name	Alexander Ferdinand Kdolsky
Geburtsdatum und -ort	12. November 1981 in Wien
Staatsbürgerschaft	Österreich
Familienstand	ledig
Akademischer Grad	Mag. iur.

Schulbildung

- September 1988 bis Juni 1992 Öffentliche Volksschule Prückelmayrgasse, 1230 Wien
- September 1992 bis Juni 1996 [Schulverbund Mittelschule Anton-Krieger-Gasse](#), 1230 Wien
- September 1996 bis Juni 2001 [Bundeshandelsakademie Maygasse](#), 1130 Wien
- Schwerpunktausbildung Controlling und Jahresabschluss im vierten und fünften Jahrgang
 - 3-wöchiger Aufenthalt in England („Work Experience“)
 - Reife- und Diplomprüfung mit gutem Erfolg bestanden

Zivildienst

- Oktober 2001 bis September 2002 Altenpfleger bei [Caritas Socialis GmbH](#), 1230 Wien

Universitäre Bildung

- Oktober 2002 bis Februar 2008 Diplomstudium Rechtswissenschaften an der Universität Wien
 - Diplomandenseminare in öffentlichem Recht
- Seit März 2008 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
 - Dissertationsthema: Das Verfahren vor dem Asylgerichtshof
 - Absolvierung der Schwerpunktausbildung Kultur- und Religionsrecht im Ausmaß von 14 Semesterwochenstunden

Berufserfahrung

- August 1999 Ferialpraktikum bei [MIELE GmbH](#), 1101 Wien
(Kaufmännisch-administrative Tätigkeiten)
- August 2000 Ferialpraktikum bei [Wertheim GmbH](#), 1100 Wien
(Eigenverantwortlicher Sachbearbeiter im Einkauf)
- Oktober 2000 bis Juni 2001 Horthilfe bei Kindergarten der [Kinderfreunde Wagenmannngasse](#), 1230 Wien im Ausmaß von zehn Stunden pro Woche (neben 5. Jahrgang Hak)
- April 2011 bis Mai 2011 Zusammenstellung bzw Aufbereitung von Causen großer Wirtschaftskanzleien für die Einreichung an Wettbewerbe (Chambers, IFLR, Legal 500) zwecks Rating im Auftrag von [Law Marketing](#), 1190 Wien auf selbständiger Basis
- Seit November 2002 Fachberater, zuständig für Teilzahlungsanträge bei [Media Markt GmbH](#), 1130 Wien im Ausmaß geringfügiger Beschäftigung
- Seit Mai 2011 Juristischer Redakteur bei [Weka-Verlag](#), 1200 Wien auf selbständiger Basis.
Eigenverantwortliche Bearbeitung/Verfassung juristischer Fachartikel

Sprachkenntnisse

- Deutsch (Muttersprache)
- Englisch (Fließend in Wort und Schrift)
- Spanisch (Grundkenntnisse in Wort und Schrift)
- Italienisch (Grundkenntnisse in Wort und Schrift)

EDV-Kenntnisse

- MS Office
- Professional Planner

Interessen

- Aufmerksame Verfolgung des aktuellen Geschehens
- Sprachen
- Geschichte
- Lesen
- Kunst und Kultur im Allgemeinen
- Ausdauer- und Kraftsport