

Fächerübergreifende Modulprüfung III am 28.1.2016 – Lösungsskizze
(Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl)

1a) Ist der Bescheid vom 16.10.2015 aus den Gründen rechtswidrig, die der Bürgermeister nennt? (8 P, 5 ZP)

Behauptung 1: Gleichheitswidrigkeit des Bescheides (3 P, 5 ZP)

- Nach der Judikatur des VfGH schützt der Gleichheitssatz nicht nur natürliche Personen, sondern ebenso Gebietskörperschaften; daher kann sich auch eine Gemeinde auf Art 7 B-VG berufen.
- Vapnataks Vorbringen kann nicht mit dem Argument abgetan werden, der Gleichheitssatz gewähre keine Gleichheit im Unrecht,
- + denn Vapnatak verlangt nur, die BMI möge das Burgenland wie andere Länder von einem Durchgriff verschonen: Damit fordert er kein „Unrecht“, weil die BMI nach dem BVG-U nicht zu einem Durchgriff verpflichtet, sondern nur ermächtigt ist (Art 3 Abs 1 leg cit: „kann“).
- + Macht die BMI von ihrem Durchgriffsrecht aufgrund parteipolitischer Erwägungen im Burgenland Gebrauch, nicht aber in ÖVP-regierten Ländern in gleicher Lage, könnte ihr eine Gleichheitswidrigkeit also durchaus vorgeworfen werden,
- + der VfGH zieht solche Vergleiche aber bei der Prüfung der Vollziehung nicht:
- * Er qualifiziert Bescheide nur dann als gleichheitswidrig, wenn sie für sich genommen, dh ohne Vergleich, willkürlich sind, auf einem gleichheitswidrigen Gesetz beruhen oder dem Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellen.
- + Solche Fehler behauptet aber auch Vapnatak nicht. Nach der Judikatur des VfGH ist der Durchgriffsbescheid daher nicht gleichheitswidrig.
- + Man kann aber mit guten Gründen der Meinung sein, dass das VwG den Gleichheitssatz umfassender prüfen und auch eine ungleichmäßige Ermessenshandhabung als gleichheitswidrig qualifizieren muss.

Behauptung 2: Der Bescheid hat seine Grundlage verloren (5 P)

- * Das BVG-U erlaubt einen Durchgriff, wenn die BReg mit V einen Bedarf an Unterbringungsplätzen festgestellt hat (Art 2 Abs 2) und wenn weiters ein Land im Vormonat seine Aufnahmequote nicht erfüllt und auch der Bezirk seinen Richtwert unterschritten hat (Art 3 Abs 2). Dabei sind für den Durchgriff primär Gemeinden heranzuziehen, die ihren Richtwert ebenfalls verfehlen (Art 3 Abs 4).
- * Diese Voraussetzungen lagen bei Erlassung des Durchgriffsbescheids (16.10.2015) vor.
- * Am 19.11.2015 wurden in Siegraben 30 Asylsuchende aufgenommen: Damit hat Mattersburg seinen Richtwert erfüllt und – da Mattersburg als einziger Bezirk säumig war – auch das Burgenland. Die in Art 3 Abs 2 BVG-U genannten Voraussetzungen für einen Durchgriff sind also weggefallen.
- Art 3 Abs 7 BVG-U gebietet in diesem Fall den Widerruf des Durchgriffsbescheids, dies auch wenn – wie hier – die in Anspruch genommene Gemeinde ihren Richtwert nicht erfüllt. Zusätzlich verlangt Art 3 Abs 7 BVG-U für einen Widerruf aber, dass eine Unterbringung von Asylsuchenden in der Gemeinde in absehbarer Zeit nicht erforderlich ist.
- Diese Voraussetzung kann man angesichts der hohen Zahl an Asylanträgen und der knappen Erfüllung der Quote vertretbar verneinen. Auch der weitere Verlauf des Sachverhalts zeigt ja, wie rasch ein Bedarf wieder auftreten kann. So eindeutig wie Vapnatak glaubt, besteht die Widerrufspflicht der BMI also nicht.

b) Angenommen, diese Gründe treffen zu: Welche Schritte muss der Bürgermeister setzen, um den Abbruch der Wohneinheiten zu erzwingen? Nennen Sie alle Argumente, die er für seine Zwecke geltend machen könnte. (18 P, 13 ZP)

Ursprüngliche Rechtswidrigkeit des Bescheides (4 P, 3 ZP)

- * Nach Art 3 Abs 6 BVG-U kann der Durchgriffsbescheid mit Beschwerde beim BVwG bekämpft werden.

- Der Durchgriffsbescheid wurde aber „gegenüber dem Grundstückseigentümer“ erlassen (Art 3 Abs 8 BVG-U), hier also gegenüber dem Bund. Daher ist fraglich, ob auch die Gemeinde Marz ein Beschwerderecht hat;
- *diese Frage kann hier aber dahinstehen, weil die 4-wöchige Beschwerdefrist (§ 7 Abs 4 VwGVG) ohnedies verstrichen ist;
- * Der Bescheid wurde nämlich am 16.10.2015 durch Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde Marz zugestellt (Art 3 Abs 8 BVG-U). Am 20.11.2015 (Pressekonferenz) ist eine Beschwerde daher verfristet.
- + Da der Durchgriffsbescheid nun rechtskräftig ist, könnte der Bgm allenfalls anregen, dass die BMI ihn nach § 68 Abs 2 AVG aufhebt;
- + das würde voraussetzen, dass aus dem Bescheid niemandem ein Recht erwächst. Ob das der Fall ist, kann man unterschiedlich beurteilen: Einerseits ordnet der Bescheid nur an, dass Wohneinheiten auf der Bundesliegenschaft zu errichten sind (Art 3 Abs 1 und 6 BVG-U).
- + Andererseits besteht der Sinn dieses Bescheides gerade darin, den Bund zu einer – auch bau- und raumordnungswidrigen (Art 3 Abs 5 BVG-U) – Grundstücksnutzung zu berechtigen. Ob § 68 Abs 2 AVG den Bund allerdings vor sich selbst (der BMI) schützen soll, ist zweifelhaft. Insgesamt sprechen daher gute Gründe dafür, dass die BMI den Bescheid nach § 68 Abs 2 AVG aufheben darf.

Nachträglicher Wegfall der Voraussetzungen nach Art 3 Abs 7 BVG-U (14 P, 10 ZP)

- * Nimmt man an, dass die Voraussetzungen des Durchgriffs weggefallen sind und kein weiterer Bedarf absehbar ist, müsste die BMI den Bescheid nach Art 3 Abs 7 BVG-U widerrufen, und zwar von Amts wegen oder auf Antrag.
- Da Art 3 Abs 7 BVG-U nicht regelt, wer einen Widerruf beantragen darf, richtet sich die Antragslegitimation nach § 8 AVG: Danach ist Partei, wer an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder rechtlichen Interesses beteiligt ist.
- + Das ist jedenfalls der Bund, dem gegenüber der Bescheid ja erlassen wurde (Art 3 Abs 8 BVG-U),
- + möglicherweise aber auch die Gemeinde: Der Bescheid ist nämlich nach Art 3 Abs 8 BVG-U durch Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde oder auf dem zu bebauenden Grundstück zuzustellen: Das zeigt, so könnte man argumentieren, dass sich der Bescheid auch an die Gemeinde richtet.
- * Tatsächlich ersetzt der Durchgriffsbescheid ja alle landesrechtlich erforderlichen Bewilligungen (Art 3 Abs 6 BVG-U), also auch die Baubewilligung,
- und zwar auch dann, wenn der angeordnete Bau die bau- und raumordnungsrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt: Die BVB prüft diese Voraussetzungen (abgesehen vom Brandschutz) gerade nicht (Art 3 Abs 5 BVG-U) und auch die BMI ist bei der Erlassung des Durchgriffsbescheides nicht an das Bau- oder Raumordnungsrecht gebunden (Art 3 Abs 6 BVG-U).
- Örtliche Raumplanung und örtliche Baupolizei sind Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs (Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG, § 31 BauG),
- * die zu besorgen ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht der Gemeinde ist (Art 118 B-VG).
- Dieses Recht wird zwar durch das BVG-U auf Verfassungsstufe modifiziert,
- die Gemeinde könnte aber argumentieren, dass sie dieses – durch das BVG-U modifizierte – Recht auf Selbstverwaltung auch durchsetzen können muss. Deshalb müsse sie einen Widerrufsanspruch stellen können, um einen dem BVG-U nicht mehr entsprechenden Durchgriffsbescheid zu beseitigen,
- und zwar durch den Bgm, der die Gemeinde nach außen vertritt (§ 25 Abs 1 GemO).
- + Eine Säumnis der BMI könnte der Bgm nach Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG mit Säumnisbeschwerde beim VwG bekämpfen,
- + und zwar nach Art 131 Abs 1 B-VG beim LVwG, weil das BVG-U nicht ausschließlich durch Bundesbehörden vollzogen wird, sondern auch durch die BVB (Art 3 Abs 5 BVG-U)
- + und weil das BVG-U die Zuständigkeit (anders als bei der Beschwerde, Art 3 Abs 6 leg cit) nicht abweichend regelt (aA vertretbar).

- + Örtlich zuständig wäre nach § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG iVm § 3 Z 1 AVG das LVwG Burgenland.
- Wird der Durchgriffsbescheid aufgehoben, verliert die Errichtung der Wohneinheiten ihre rechtliche Grundlage.
- Da die Wohneinheiten Gebäude iSd § 2 Abs 2 BauG sind und ihre Nutzfläche mehr als 200 m² beträgt, bedürfen sie nach § 18 Abs 1 BauG einer Baubewilligung.
- Diese Bewilligung darf aber nach § 18 Abs 5 iVm § 3 Z 1 BauG nicht erteilt werden, weil der Flächenwidmungsplan laut Sachverhalt solche Wohnflächen im Grünland nicht erlaubt.
- Da mit dem Wegfall des Durchgriffsbescheides die in Art 3 Abs 6 BVG-U ex lege fingierte Bewilligung nachträglich weggefallen ist, hätte die Baubehörde zunächst dem Eigentümer (= Bund) die nachträgliche Einbringung eines Baubewilligungsantrages aufzutragen, dann die Baubewilligung zu versagen und schließlich die Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes, dh den Abbruch der Wohneinheiten anzuordnen (§ 26 Abs 1 BauG).
- * Auch dafür wäre der Bgm zuständig (§ 30 Abs 1 BauG).

Anmerkung: Gegen das Antragsrecht der Gemeinde lassen sich freilich auch Einwände erheben: + Die öffentliche Kundmachung des Bescheides ändert nichts an der Tatsache, dass der Bescheid nach dem BVG-U dem Eigentümer gegenüber zu erlassen ist: Das schließt andere Bescheidadressat/inn/en und damit auch Antragsberechtigte nach Art 3 Abs 7 BVG-U aus. + Sähe das BVG-U die Gemeinde als Bescheidadressatin an, hätte es eine Zustellung an den Bgm ja ohne weiteres vorsehen können. + Dass die Gemeinde weder gegen einen rechtswidrigen Bescheid noch gegen einen rechtswidrig unterbliebenen Widerruf vorgehen kann, beschränkt zwar ihr Recht auf Selbstverwaltung. Das geschieht aber im Verfassungsrang. + Diskutabel wäre allenfalls eine Verletzung des rechtsstaatlichen Prinzips.

Wer nach der Argumentation für den Bgm auch Gegeneinwände formuliert, bekommt bis zu vier ZP.

2. Verfassen Sie gegen das Straferkenntnis ein zweckentsprechendes Rechtsmittel, in dem Sie alle Argumente anführen, die für Daniela nützlich sein könnten. (19 P, 6 ZP)

(Für die korrekte Form der Beschwerde: 5 –*)

An
den Landeshauptmann des Burgenlandes
Europaplatz 1
7000 Eisenstadt

Marz, 28.1.2016

Beschwerdeführerin: Daniela Hofhauser, Pensionsstraße 30, 7271 Marz

Belangte Behörde: Landeshauptmann des Burgenlandes

Bescheidbeschwerde
gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG

Gegen den Bescheid des Landeshauptmannes vom 4.1.2016, Geschäftszahl xxx, zugestellt am 7.1.2016, betreffend die Verhängung einer Geldstrafe von 3.000 €, erhebe ich wegen Verletzung meiner Rechte in offener Frist Beschwerde und stelle den

Antrag,

das Landesverwaltungsgericht des Burgenlandes möge den Bescheid ersatzlos beheben und gemäß § 24 VwGVG eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen.

Begründung

[Darstellung des Verwaltungsgeschehens]: S Angabe.

–* Der angefochtene Bescheid wurde mir am 7.1.2016 zugestellt. Die heute, am 28.1.2016, zur Post gegebene Beschwerde ist daher rechtzeitig (§ 7 Abs 4 VwGVG) und auch sonst zulässig, weil ich als

Bescheidadressatin beschwerdelegitimiert bin und auf mein Beschwerderecht nicht verzichtet habe (§ 7 Abs 2 VwGVG).

Die Beschwerde ist auch begründet, denn der angefochtene Bescheid ist in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig:

- * Zunächst ist zur Erlassung eines Strafbescheides nicht der LH, sondern die BVB des vermeintlichen Tatortes zuständig (§ 333 Abs 1 GewO, § 27 Abs 1 VStG), hier also die BH Mattersburg.
- * Die belangte Behörde hat zudem wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt, weil sie mir entgegen § 40 Abs 1 VStG nie die Gelegenheit gegeben hat mich zu rechtfertigen.
- * Schließlich ist der Bescheid auch inhaltlich rechtswidrig: Er lastet mir an, ein Gewerbe ohne die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung betrieben zu haben. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung unterfällt die Versorgung von Asylsuchenden aber nicht der GewO. Sie erfasst nämlich nur gewerbsmäßige Tätigkeiten (§ 1 Abs 1 GewO), dh Tätigkeiten, die selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben werden, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (§ 1 Abs 2 GewO).
- + Nun mag man die Erwerbsabsicht meiner Tätigkeit bejahen, weil mir das Land für die Versorgung der Asylsuchenden einen (kärgerlichen) Tarif bezahlt hat. Diese Tätigkeit wurde auch regelmäßig ausgeübt, weil sie längere Zeit erfordert (§ 1 Abs 4 GewO).
- Selbständig ist eine Tätigkeit nach der GewO aber nur, wenn sie auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird (§ 1 Abs 3 GewO).
- Das setzt ein Mindestmaß an unternehmerischer Gestaltungsmöglichkeit voraus, sodass die Unternehmerin ihre Gewinne erhöhen kann, ebenso wie sie allfällige Verluste hinnehmen muss. An solchen Gestaltungsmöglichkeiten fehlt es hier:
- Die Anforderungen an die Unterbringung von Asylsuchenden sind zum einen durch Art 1 BVG-U festgeschrieben: Danach muss die Unterbringung einen angemessenen Wohnraum, einen Schlafplatz und ausreichende Sanitäreinrichtungen umfassen und darf weder gesundheits- noch umweltgefährdend sein.
- Zum anderen ist der Tarif, den das Land für die Unterbringung bezahlt, gesetzlich so niedrig bemessen, dass ich de facto keine Möglichkeit hatte, meinen Gewinn zu erhöhen. Als ich nach Wegfall des Gemeindeförderzuschusses das Versorgungsniveau senkte, wurde mein Vertrag sofort gekündigt. Tatsächlich war ich also nicht selbständig tätig, sondern wie eine Dienstnehmerin des Landes ohne weiteren Spielraum verpflichtet, die strengen gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen.
- + + Gegen die Anwendbarkeit der GewO spricht ferner, dass die Versorgung von Asylsuchenden nach Art 4 Abs 1 GVV dem Land obliegt. Dieses darf sich zur Erfüllung seiner Aufgaben zwar nach Art 4 Abs 2 GVV Privater bedienen: Die Privaten sind dann aber nur Verwaltungshelfer des Landes. Sie werden dafür von einer Behörde „besonders bestellt und in Pflicht genommen“, sodass ihre Tätigkeit schon nach § 2 Abs 1 Z 10 GewO von der GewO ausgenommen ist.
- Selbst wenn man die GewO auf meine Tätigkeit für anwendbar hält, war die Verhängung einer Strafe nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO aber rechtswidrig. Denn ich habe die Pension, in der ich die Asylsuchenden versorgt habe, kürzlich von meinem gewerbeberechtigten Vater geerbt. Da ich das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet habe, bin ich nach § 41 Abs 1 Z 3 GewO ex lege berechtigt, diese Pension fortzubetreiben.
- Dass mein Vater seine Gewerbeberechtigung Ende 2014 ruhend gemeldet und den Betrieb vorübergehend stillgelegt hat, schadet nach § 41 Abs 3 GewO nicht.
- + Dabei räume ich ein, dass ich – vorausgesetzt, man bejaht die Anwendbarkeit der GewO – den Fortbetrieb der Pension nach § 43 Abs 1 GewO der BVB ohne unnötigen Aufschub hätte anzeigen sollen, was noch nicht geschehen ist.
- + Diese Ordnungswidrigkeit ist mir aber nicht vorgeworfen worden und wäre auch nicht nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO strafbar.
- * Selbst wenn man – entgegen meinem Vorbringen – die GewO auf meine Tätigkeit für anwendbar hält, ein Fortbetriebsrecht verneint und daher den Straftatbestand des § 366 Abs 1 Z 1 GewO als erfüllt ansieht, wäre die verhängte Strafe weit überhöht:

- Ich bin gerade volljährig geworden, unbescholten und habe aus den dargelegten Gründen begrifflicherweise nicht angenommen, dass mein Verhalten gegen die GewO verstößt. Außerdem habe ich die Pension nur kurze Zeit betrieben, und diese (vermeintliche) Straftat hatte nur geringe Folgen. Indem die Behörde all das außer Acht lässt, verletzt sie die Grundsätze der Strafbemessung (§ 19 VStG).
- Zusammengefasst verletzt mich der Bescheid daher in meinem Recht, keine gesetzwidrige Strafe dulden zu müssen und – da eine sachlich unzuständige Behörde entschieden hat – außerdem in meinem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG).
- + Da die Behörde die Rechtslage gehäuft verkannt hat, verletzt mich ihre Geldstrafe wegen einer nicht der GewO unterliegenden Erwerbstätigkeit außerdem in meinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Eigentum (Art 5 StGG) und Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG).
- Da der Bescheid von einer unzuständigen Behörde erlassen wurde und ich den behaupteten Straftatbestand nicht verwirklicht habe, ist der Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Daniela Hofhauser

3a) Ist der Erlass formal und inhaltlich rechtskonform? (15 P, 4 ZP)

- * Der „Erlass“ adressiert nur scheinbar allein die Behörden. Tatsächlich gestaltet er die Rechtslage sowohl der Arbeitgeber/innen als auch der Asylsuchenden, weil er das Beschäftigungsfeld von Asylsuchenden auf Saisonarbeit und Erntehilfe verengt.
- * Da auch alle anderen Voraussetzungen (Behörde, generell-abstrakter Adressatenkreis, Normativität, Hoheitsverwaltung) vorliegen
- und durch die Veröffentlichung auf der Homepage auch ein Mindestmaß an Publizität vorliegt, ist der Erlass als Rechtsverordnung des Sozialministers zu qualifizieren.
- Als solche wurde sie entgegen § 4 Abs 1 Z 2 BGBIG nicht im BGBl II kundgemacht.
- Die V ist aber auch inhaltlich rechtswidrig: Nach Art 18 Abs 2 B-VG muss sie nämlich „auf Grund der Gesetze“ erlassen werden, dh sie darf das AuslBG nur konkretisieren.
- * Die V geht jedoch weit über das Gesetz hinaus: Während das AuslBG Asylsuchende bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zu jeder Beschäftigung zulässt, schließt die V diesen Personenkreis fast von jeder Beschäftigung aus.
- * Damit greift die V auch in die Erwerbsfreiheit ein (Art 6 StGG), weil sie die Freiheit der Arbeitgeber/innen beschränkt, Asylsuchende zu beschäftigen. Dieser Eingriff ist nur gerechtfertigt, wenn er zur Erreichung eines legitimen Ziels geeignet, erforderlich und auch ieS verhältnismäßig ist.
- + Asylsuchende können sich hingegen nicht auf die Erwerbsfreiheit berufen, weil ein Arbeitsmarktzugang nur Staatsbürger/innen (Art 6 StGG) bzw. Unionsbürger/innen (Art 15 GRC) gewährt ist.
- Die V begründet den Ausschluss der Asylsuchenden zum einen mit ihrem vorläufigen Aufenthaltsrecht, „das auf Grund der künftig wesentlich rascher abgeschlossenen Asylverfahren in der Regel nur von kurzer Dauer sein wird.“ Tatsächlich will das AsylG, dass Asylsuchende, deren Antrag keine Erfolgsaussichten hat, das Land rasch wieder verlassen: Deshalb entscheidet das BFA in kurzer Frist, ob sie zum Verfahren zugelassen werden (§ 28 AsylG) und verbindet negative Entscheidungen mit einer Aufenthaltsbeendigung (§ 10 AsylG).
- Asylsuchende schon vor der Zulassung zum Asylverfahren in den Arbeitsmarkt zu integrieren, könnte die vom AsylG beabsichtigte rasche Außerlandesbringung bei aussichtslosen Asylanträgen erschweren. Deshalb sieht § 4 AuslBG auch vor, dass eine Beschäftigungsbewilligung für Asylsuchende erst nach einem dreimonatigen Aufenthalt erteilt werden kann.
- Dass der Erlass Asylsuchende aber auch noch pauschal vom Arbeitsmarkt ausschließt, wenn sie zum Asylverfahren zugelassen sind, ist mit den Zielen des AsylG nicht mehr erklärbar;
- + zumal das Aufenthaltsrecht zugelassener Asylsuchender, anders als der Erlass annimmt, nicht von kurzer Dauer ist: Ihre Asylverfahren und damit auch ihr Aufenthaltsrecht können jahrelang dauern;
- + die Erwartung, von der der Sozialminister in seinem Erlass im Jahr 2004 ausgegangen ist, trifft also jedenfalls gegenwärtig nicht mehr zu.

- Der Erlass stützt den weitgehenden Ausschluss der Asylsuchenden vom Arbeitsmarkt auch auf die „derzeitige Arbeitsmarktsituation“. Sie kann gewiss rechtfertigen, Asylsuchende erst nachrangig zum Arbeitsmarkt zuzulassen.
- Das ordnet § 4 AuslBG auch an: Danach dürfen Asylsuchende nur beschäftigt werden, wenn für einen Arbeitsplatz eine inländische oder integrierte ausländische Arbeitskraft nicht verfügbar ist (§ 4b Abs 1 AuslBG). Asylsuchende vom Arbeitsmarkt generell – also unabhängig von der Nachfragesituation – auszuschließen, ist mit dem Schutz des Arbeitsmarktes hingegen nicht mehr zu rechtfertigen.
- Das gilt umso mehr, wenn Asylsuchende, wie im vorliegenden Fall, einen Mangelberuf ausüben könnten, der am Arbeitsmarkt so dringend benötigt wird, dass § 4b Abs 2 AuslBG eine Arbeitsmarktprüfung von vornherein entfallen lässt.
- + Der Ausschluss solcher Asylsuchender konterkariert geradezu das NAG, das Inhaber/innen von Mangelberufen durch die Rot-Weiß-Rot-Karte gezielt für Österreich gewinnen will (§ 41 Abs 2 Z 1 NAG).
- Der Ausschluss Asylsuchender vom Arbeitsmarkt ist daher zwar grundsätzlich geeignet, um die Aufenthaltsbeendigung nicht zugelassener Asylsuchender sicherzustellen und den Arbeitsmarkt zu schützen; für einen pauschalen Ausschluss aller Asylsuchenden unabhängig von ihrem Verfahrensstatus und den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes ist ein legitimes Ziel aber nicht erkennbar. Insoweit greift der Erlass unverhältnismäßig schwer in die Erwerbsfreiheit der Arbeitgeber/innen ein.
- Da Asylsuchende sich von anderen Fremden nicht so wesentlich unterscheiden, dass ein derart weitreichender Ausschluss vom Arbeitsmarkt gerechtfertigt ist, verletzt der Erlass außerdem ihr Recht auf Gleichbehandlung Fremder untereinander (BVG-Rassendiskriminierung).

b) Angenommen, der Erlass ist rechtswidrig: Was kann Spanreich dann tun, um die drei Asylsuchenden doch legal bei sich zu beschäftigen? (5 P, 6 ZP)

- * Spanreich sollte beim AMS eine Beschäftigungsbewilligung beantragen. Wie angekündigt, wird das AMS diesen Antrag zwar abweisen, weil es als nachgeordnete Verwaltungsbehörde auch an rechtswidrige Verordnungen gebunden ist.
- * Den abweisenden Bescheid kann Spanreich aber mit Beschwerde beim VwG bekämpfen und vorbringen, in ihren Rechten verletzt worden zu sein.
- + Neben dem Recht, unter den gesetzlichen Voraussetzungen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt zu bekommen, kann sie sich auch auf ihre Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) berufen.
- + Zuständig ist für diese Beschwerde das BVwG (Art 131 Abs 2 B-VG), sofern das AuslBG – wozu Art 102 Abs 2 B-VG ermächtigt – in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzogen wird und nicht eine Zuständigkeit des LVwG vorsieht (Art 131 Abs 4 B-VG).
- Das VwG hat die V nicht anzuwenden, weil sie nicht gehörig kundgemacht ist (Art 135 Abs 4 iVm Art 89 Abs 1 B-VG).
- Lässt man die V außer Acht, wäre Spanreich die Beschäftigungsbewilligung zu erteilen, weil die drei Asylsuchenden Mangelberufe ausüben, bei denen eine Arbeitsmarktprüfung entfällt (§ 4b Abs 2 AuslBG) und weil andere Hindernisse nicht ersichtlich sind.
- Diese Bewilligung könnte das VwG selbst erteilen, weil es den entscheidungserheblichen Sachverhalt wohl ohne besonderen Aufwand feststellen kann (§ 28 Abs 2 VwGVG).
- + Versagt das VwG hingegen die Beschäftigungsbewilligung, müsste Spanreich gegen das Erkenntnis des VwG nach Art 133 B-VG Revision an den VfGH bzw nach Art 144 B-VG Beschwerde an den VfGH erheben und anregen,
- + dass der VfGH die V von Amts wegen in Prüfung zieht und aufhebt (Art 139 Abs 3 B-VG).
- + In der Folge hätte der VfGH Spanreichs Beschwerde stattzugeben, weil die V auf ihren Fall nicht mehr anzuwenden wäre (Art 139 Abs 6 B-VG, Ergreiferprämie).
- + Im zweiten Rechtsgang hätte das VwG die Beschäftigungsbewilligung dann zu erteilen.

- = Punkt; + = Zusatzpunkt

Aufbau, Klarheit, Stringenz: 7 -, davon 2 -*

Benotung: Die Lösungsskizze ist lang und relativ detailliert, es kann nicht erwartet werden, dass alle aufgezeigten Probleme gesehen werden. Dementsprechend hoch ist auch die Zahl der Zusatzpunkte, die noch steigen kann, wenn jemand sinnvolle Erwägungen zu hier nicht angesprochenen Problemen anstellt oder die angesprochenen Probleme in vertretbarer Weise anders löst. Die mit * gekennzeichneten Punkte (gesamt 29) scheinen für eine positive Beurteilung zentral. Die Schwelle für ein Genügend wird daher dort angesetzt, kann aber auch durch andere als mit * gekennzeichnete Punkte oder durch Zusatzpunkte erreicht werden:

Gesamt: 72 Punkte, 34 Zusatzpunkte

ab 29 P: Genügend, ab 41 P: Befriedigend, ab 51 P: Gut, ab 61 P: Sehr gut

Hinweis: Die Rechtsvorschriften im Anhang des Falles entsprechen nicht zur Gänze den Originalvorschriften; sie wurden teils sprachlich vereinfacht und punktuell modifiziert oder ergänzt, um die Lösung des Falles zu erleichtern.