

Fächerübergreifende Modulprüfung III am 3.10.2019 – Lösungsskizze

(Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl)

1. Ist die Verordnung des Bildungsministers gesetzes- bzw verfassungskonform? (Lassen Sie unionsrechtliche Aspekte unberücksichtigt.) (13 P, 7 ZP)

Zuständigkeit (1 P)

- * Der Bildungsminister (BM) war zur Erlassung der SF-V nach § 2 Abs 3 SchulzeitG zuständig.

Verfahren und Kundmachung (2 P)

- Verfahrensfehler liegen nicht vor, weil das SchulzeitG für die Verordnungserlassung keine Verfahrensvorschriften trifft.
- * Allerdings verlautbarte der BM die SF-V entgegen § 4 Abs 1 Z 2 BGBIG nicht im BGBl II, sodass die SF-V gesetzwidrig kundgemacht wurde.

Inhaltliche Rechtmäßigkeit (10 P, 7 ZP)

- * § 2 Abs 3 SchulzeitG erlaubt eine Schulfreierklärung aus verschiedenen Gründen, von denen für die SF-V nur die „im öffentlichen Interesse gelegenen Gründe“ in Betracht kommen.
- Ausweislich ihrer Präambel soll die SF-V die Schüler/innen durch die Schulfreierklärung zu verantwortungsbewussten Bürger/innen heranbilden, die an den gemeinsamen Aufgaben der Menschheit mitwirken. Diese Zielsetzung entspricht den in § 2 SchOG festgelegten Aufgaben der Schule und liegt daher sicher im öffentlichen Interesse.
- + Es ist auch vertretbar anzunehmen, dass die Schulfreierklärung für die Teilnahme an einer Klimademonstration geeignet ist, das Verantwortungsbewusstsein der Schüler/innen für die Aufgaben der Menschheit zu heben.
- Nach § 2 Abs 3 SchulzeitG muss sich die Schulfreierklärung aber auf die „unumgänglich notwendige Zeit“ beschränken. Diese Voraussetzung erfüllt § 1 SF-V nicht, weil er nicht nur die Versammlungszeit, sondern den ganzen Tag für schulfrei erklärt.
- + Ob die Schulfreierklärung für sechs Freitage im Voraus „unumgänglich notwendig“ ist, lässt sich zumindest bezweifeln.
- * § 2 SF-V nimmt Schüler/innen mit nichtdeutscher Muttersprache von der Schulfreierklärung aus, behandelt sie also schlechter als alle anderen Schüler/innen, obwohl auch sie an der Klimademonstration teilnehmen können wollen.
- Diese Benachteiligung kann Staatsbürger/innen ebenso treffen wie Ausländer/innen. Sie bedarf daher sowohl nach Art 7 B-VG als auch nach Art 1 Abs 1 BVG-RD einer Rechtfertigung,
- an die strenge Maßstäbe anzulegen sind, weil die Muttersprache – anders als Sprache allgemein – ein unveränderliches Persönlichkeitsmerkmal und somit ein verpöntes Unterscheidungskriterium ist.
- Da § 2 SF-V zugleich die Versammlungsfreiheit berührt, bedarf er außerdem einer Rechtfertigung nach Art 14 EMRK iVm Art 11 EMRK.
- + Art 16 EMRK deckt die Ausnahmebestimmung des § 2 SF-V schon deshalb nicht, weil sie gerade nicht auf den Ausländerstatus abstellt.
- Die Ungleichbehandlung von Schüler/innen mit nichtdeutscher Muttersprache soll der (schulischen) Integration dienen, die zwar ein legitimes Ziel ist.
- + Man kann auch noch vertreten, dass die Ausnahme von der Schulfreistellung, also die Schulpflicht, zur Zielerreichung nicht offenkundig ungeeignet ist, weil der Schulbesuch die Integration gezielter fördert als eine Teilnahme an Demonstrationen.
- Bei vorurteilsfreier Betrachtung ist die Differenzierung aufgrund der Muttersprache aber überschießend, weil auch Schüler/innen mit nichtdeutscher Muttersprache – wie Lucías Fall zeigt – integriert sein und sogar fließend Deutsch sprechen können.

- + Um Schüler/innen mit Integrationsbedarf zu erfassen, müsste die SF-V daher statt auf die Muttersprache auf die Deutschkenntnisse der Schüler/innen abstellen.
- + Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass dies einen zu hohen Verwaltungsaufwand verursachen würde, die SF-V also eine zulässige Durchschnittsbetrachtung anstellt. Denn die Feststellung der Deutschnote ist nicht aufwendiger als die Feststellung der Muttersprache, eher im Gegenteil.
- * Die Ausnahme von „integrationsbedürftigen“ Schüler/innen aus der Schulfreierklärung diskriminiert somit Schüler/innen aufgrund ihrer Muttersprache und verletzt daher Art 7 B-VG, Art 1 BVG-RD und Art 14 iVm Art 11 EMRK.
- + Gleichheitskonform interpretiert, ermächtigt § 2 Abs 3 SchulzeitG den BM nicht, eine diskriminierende Regelung zu erlassen. Daher ist § 2 SF-V auch nicht vom SchulzeitG gedeckt.

2. Prüfen Sie auf der Grundlage Ihrer Antwort zu Frage 1, wie das LVwG nach Abschluss eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens vorzugehen und zu entscheiden hat! (15 P, 7 ZP)

- Die SF-V ist in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig: Sie wurde gesetzwidrig kundgemacht, der durch § 1 SF-V für schulfrei erklärte Zeitraum beschränkt sich nicht auf die „unumgänglich notwendige Zeit“ gemäß § 2 Abs 3 SchulzeitG, und die in § 2 SF-V normierte Ausnahme für „integrationsbedürftige“ Schüler/innen ist diskriminierend.
- * Nach der neueren Rsp des VfGH sind auch gesetzwidrig kundgemachte V „gehörig kundgemacht“ iSd Art 89 Abs 1 B-VG, wenn sie ein Mindestmaß an Publizität und damit rechtliche Existenz erlangen. Sie sind bis zu ihrer Aufhebung allgemein verbindlich und auch von Gerichten anzuwenden.
- * Die SF-V weist durch die Verlautbarung im Fernsehen und auf der Homepage des Bildungsministeriums ein Mindestmaß an Publizität auf. Sie ist daher vom LVwG Oö anzuwenden.
- * Da die SF-V gesetzwidrig ist, hat das LVwG Oö aber ihre Aufhebung beim VfGH zu beantragen (Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG, Art 89 Abs 2 iVm Art 135 Abs 4 B-VG).
- Das LVwG Oö darf die SF-V jedoch nur soweit anfechten, als sie im anhängigen Beschwerdeverfahren anzuwenden – dh präjudiziell – ist (Art 89 Abs 2 B-VG, § 57 Abs 2 VfGG).
- Präjudiziell ist jedenfalls § 2 SF-V, der Lucía von der Schulfreierklärung ausnimmt mit der Folge, dass sie durch die Teilnahme an der Versammlung ihre Schulpflicht verletzt. Darauf stützt die BVB die Verhängung der Strafe, die das LVwG zu überprüfen hat.
- + Fraglich ist, ob neben dem Ausnahmetatbestand auch der Grundtatbestand, also § 1 SF-V präjudiziell ist. Die Judikatur ist in dieser Hinsicht nicht einheitlich. Die Frage kann aber dahinstehen, denn
- selbst wenn das LVwG Oö nur § 2 SF-V anfecht, hätte der VfGH nach Art 139 Abs 3 Z 3 B-VG die gesamte SF-V aufzuheben, weil sie in gesetzwidriger Weise kundgemacht wurde.
- Nach Art 139 Abs 3 letzter Satz B-VG darf sich der VfGH nur dann auf die angefochtene Norm beschränken, wenn die Aufhebung der gesamten V „offensichtlich den rechtlichen Interessen der Partei zuwiderläuft“, die einen Antrag gemäß Art 139 Abs 1 Z 3 oder 4 B-VG gestellt hat oder deren Rechtssache Anlass für die amtswegige Einleitung des Ordnungsprüfungsverfahrens war.
- + Die Aufhebung der gesamten SF-V wäre zwar für Lucía nachteilig, weil mit der SF-V nicht nur die gleichheitswidrige Ausnahmebestimmung für „integrationsbedürftige“ Schüler/innen fällt, sondern die gesamte Schulfreierklärung. Daher hätte Lucía auch nach der bereinigten Rechtslage gegen § 24 Abs 4 SchPflG verstoßen und sich strafbar gemacht.
- + Art 139 Abs 3 letzter Satz B-VG gestattet eine Beschränkung auf die angefochtene Norm aber nur für Verfahren nach Art 139 Abs 1 Z 2 bis 4 B-VG, nicht hingegen für einen Gerichtsantrag gemäß Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG, wie er hier zu stellen ist.

- + Ficht das LVwG die gesamte SF-V an, wäre Art 139 Abs 3 letzter Satz B-VG von vornherein nicht anwendbar, weil Art 139 Abs 3 B-VG nur regelt, wann der VfGH über den Anfechtungsumfang hinausgehen kann; eine Ermächtigung hinter dem Anfechtungsumfang zurückzubleiben, enthält Art 139 Abs 3 B-VG nicht.
- * Das LVwG Oö hat im fortgesetzten Beschwerdeverfahren aufgrund der bereinigten Rechtslage zu entscheiden (Art 139 Abs 6 B-VG).
- * Das Straferkenntnis wurde von der zuständigen Behörde erlassen (sachlich: § 24 Abs 4 SchPflG iVm § 50 Abs 2 Linzer Stadtstatut; örtlich: § 27 Abs 1 VStG), die laut Sachverhalt auch ein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren geführt hat.
- Lucía unterliegt als Vierzehnjährige, die die vierte Klasse einer AHS besucht, der Schulpflicht (§§ 1, 3, 5 und 9 Abs 1 SchPflG), für deren Erfüllung sie selbst verantwortlich ist (§ 24 Abs 1 SchPflG).
- Da (auch nach der Aufhebung der SF-V für Lucía) keine Schulfreierklärung für den 27.9.2019 gilt, ist Lucía dem Unterricht an insgesamt vier Schultagen (§ 2 Abs 1 und 2 SchulzeitG) ferngeblieben, ohne dafür einen Rechtfertigungsgrund iSd § 9 Abs 2 und 3 SchPflG oder eine Erlaubnis iSd § 9 Abs 4 SchPflG vorweisen zu können.
- + Auch als „außergewöhnliches Ereignis im Leben [...] des Schülers“ (§ 9 Abs 3 Z 3 SchPflG) kann die Teilnahme an den Versammlungen nicht angesehen werden, weil diese Versammlungen inzwischen ja regelmäßig stattfinden.
- Lucía hat daher den Tatbestand des § 24 Abs 4 SchPflG erfüllt. Dies ist ihr zuzurechnen, weil sie strafmündig ist (§ 4 Abs 1 VStG) und nichts auf eine mangelnde Einsichtsfähigkeit hinweist (§ 4 Abs 2 VStG).
- Da § 24 Abs 4 SchPflG ein Ungehorsamsdelikt ist und Lucía nicht glaubhaft machen kann, dass sie kein Verschulden trifft, hat sie zudem fahrlässig gehandelt (§ 5 Abs 1 VStG).
- * Das LVwG Oö hat daher die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und das Straferkenntnis der Bürgermeisterin zu bestätigen. [P ebenfalls vergeben, wenn begründet angenommen wird, dass der VfGH nur § 2 SF-V aufhebt, sodass das LVwG das Straferkenntnis aufzuheben hat, weil Lucía diesfalls von der Schulfreistellung des § 1 SF-V erfasst wäre.]
- + Zu einem anderen Ergebnis könnte das LVwG Oö gelangen, wenn es Lucías Verhalten entweder als Ausübung ihrer Versammlungsfreiheit nach § 6 VStG für gerechtfertigt hält oder wenn es einen Entschuldigungsgrund darin sieht, dass Lucía darauf vertrauen konnte, nach Aufhebung des rechtswidrigen § 2 SF-V nicht bestraft zu werden. Diesfalls hätte das LVwG der Beschwerde stattzugeben und das Straferkenntnis aufzuheben. [ein Argument reicht]
- + Jedenfalls hätte das LVwG Oö über die Kosten (§ 52 VwGGV) und darüber abzusprechen, inwieweit eine Revision – soweit sie nicht bereits nach § 25a Abs 4 VwGG („Bagatelldelikt“) ex lege ausgeschlossen ist – zulässig ist (§ 25a Abs 1 VwGG).

3. Qualifizieren Sie zum einen Lucías Verbringung in das Camp sowie ihren dortigen Aufenthalt und zum anderen die Erziehungsvereinbarung und prüfen Sie die Rechtmäßigkeit dieser Rechtsakte! (24 P, 11 ZP)

Verbringung in die Erziehungsanstalt und Anhaltung (14 P, 8 ZP)

Rechtsaktqualifikation (3 P)

- * Dass der Behördenvertreter Lucía unter Androhung von Zwang (§ 1 iVm § 5 KJIG) auffordert, ihr in das Camp zu folgen, kommt einer Festnahme gleich.
- Dies setzt sich in einer Anhaltung fort, da Lucía für eine Nacht und drei Tage im Camp festgehalten wird; auch das geschieht mit Zwang: In der Anstalt befinden sich Organe der Bundespolizei, die an der Vollziehung des gesamten KJIG mit Zwang mitzuwirken haben (§ 5 KJIG).
- * Festnahme und Anhaltung sind als Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt einzustufen.

Rechtmäßigkeit (11 P, 8 ZP)

- * Die Festnahme und die Anhaltung greifen in Lucías Persönliche Freiheit ein. Nach dem PersFrG bedarf eine Freiheitsentziehung einer gesetzlichen Grundlage, die einem der in Art 2 Abs 1 genannten Eingriffsziele dient (Art 1 Abs 2) und verhältnismäßig ist (Art 1 Abs 3).
- § 1 KJIG ermächtigt die BVB, Minderjährige in eine Erziehungsanstalt zu bringen und sie dort anzuhaltend. Insofern haben Festnahme und Anhaltung eine gesetzliche Grundlage.
- * Fraglich ist aber, ob § 1 KJIG einem Festnahmegrund iSd Art 2 Abs 1 PersFrG dient. In Betracht kommt nur Z 6, der Freiheitsentziehungen „zum Zweck notwendiger Erziehungsmaßnahmen bei einem Minderjährigen“ gestattet.
- + Damit sind im Kindeswohl gelegene fürsorgerische Maßnahmen gemeint, die der Persönlichkeitsentwicklung dienen.
- Wie § 3 KJIG zeigt, soll die Anhaltung in der Erziehungsanstalt aber die Integration Minderjähriger fördern,
- + sie verfolgt also gar keine notwendige Erziehungsmaßnahme iSd Art 2 Abs 1 Z 6 PersFrG.
- Selbst wenn man in der Integrationsförderung eine notwendige Erziehungsmaßnahme iSd Art 2 Abs 1 Z 6 PersFrG sähe, wäre das KJIG unverhältnismäßig:
- + Zweifelhaft ist schon, ob eine Internierung, also die Entfernung aus der Gesellschaft, ein geeignetes Mittel ist, um Minderjährige in die Gesellschaft zu integrieren.
- * Jedenfalls ist die Anhaltung in der Erziehungsanstalt aber unverhältnismäßig i.e.S.: Die Freiheitsentziehung ist – gerade wenn Minderjährige dadurch von ihren Eltern getrennt werden – ein massiver Freiheitseingriff, der außer Verhältnis zu dem Ziel steht, die Integration von Kindern zu fördern.
- + Zudem trifft das KJIG keine Vorkehrungen dafür, dass die Anhaltung in der Erziehungsanstalt binnen Wochenfrist von einem Richter bzw im Fall einer Anhaltung auf unbestimmte Dauer regelmäßig überprüft wird (Art 6 PersFrG).
- Zu diesen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das KJIG kommen gravierende Vollziehungsfehler. Zwar war die BVB (also nach § 50 Linzer Stadtstatut die Bürgermeisterin) zur Festnahme zuständig, und die Bundespolizei war auch ermächtigt, an der Festnahme mitzuwirken (§§ 1 und 5 KJIG).
- § 1 KJIG war auf Lucía aber offensichtlich nicht anwendbar: Sie hat zwar an vier Freitagen ihre Schulpflicht verletzt; nichts im Sachverhalt weist aber darauf hin, dass deshalb Lucías Kindeswohl gefährdet ist oder dass sie auch nur unzureichend integriert ist.
- Lucía spricht im Gegenteil fließend Deutsch, obwohl sie sich erst drei Jahre in Österreich aufhält.
- + Für ihre Integration spricht ferner, dass sie in den Vorstand der FFF-Bewegung gewählt wurde und sich für Versammlungen engagiert, die selbst der BM dem Grunde nach wertschätzt.
- + Der Behördenvertreter hat bei der Festnahme zwar Lucías Menschenwürde nicht verletzt, ihre Person geschont und er ist auch sonst nicht unverhältnismäßig vorgegangen; daher ist Art 1 Abs 4 PersFrG nicht verletzt.
- Ob er Lucía gemäß Art 4 Abs 6 PersFrG ausreichend über die Gründe ihrer Festnahme unterrichtet hat, ist fraglich: Zwar hat ihr der Behördenvertreter mitgeteilt, dass sie für Erziehungsmaßnahmen in ein Camp verbracht wird; warum die BVB diese Erziehungsmaßnahmen für nötig hält, hat Lucía aber nicht erfahren.
- Dass Lucía in denkunmöglicher Anwendung des § 1 KJIG in das Erziehungscamp verbracht und dort für eine Nacht und drei Tage angehalten wurde, verletzt außerdem Lucías und Alfonsos Recht auf Achtung ihres Familienlebens (Art 8 EMRK).
- + Vertretbar ist ferner, dass Lucías Anhaltung in einem Erziehungscamp Alfonsos Recht missachtet, seine Tochter nach seinen Vorstellungen zu erziehen (Art 2 letzter Satz 1. ZPEMRK).
- + Diskutabel ist schließlich, dass diese Maßnahme Art 1 Abs 1 letzter Satz BVG Kinderrechte verletzt, weil bei Lucías Freiheitsentziehung das Wohl des Kindes wohl keine vorrangige, sondern eher eine vorgeschobene Erwägung war.

Erziehungsvereinbarung (10 P, 3 ZP)

Rechtsaktqualifikation (5 P)

- * Nach § 3 Abs 1 Satz 1 KJIG hat die BVB im Namen des Landes mit jedem im Camp untergebrachten Minderjährigen eine Erziehungsvereinbarung zu schließen, deren Inhalt § 3 Abs 2 KJIG vorgibt. Der Begriff der „Vereinbarung“ deutet zunächst auf einen (privatrechtlichen) Vertrag hin.
- * Zugleich verpflichtet aber § 4 KJIG Minderjährige bei sonstiger Strafe, diese Vereinbarung abzuschließen; anders als der Ausdruck „Vereinbarung“ suggeriert, fehlt diesem Rechtsakt also – auch mit Blick auf den fortgesetzten Freiheitsentzug im Camp – die Freiwilligkeit.
- Daran ändert auch nichts, dass die Minderjährigen zum Teil zwischen mehreren Kursen wählen können, denn auch wenn es ihnen frei steht, welchen Kurs sie wählen, müssen sie sich nach § 3 Abs 2 KJIG doch zumindest für einen solchen Kurs entscheiden.
- Der Sache nach ermächtigt das KJIG die BVB, also eine Verwaltungsbehörde, einem individuell bestimmten Minderjährigen einseitig eine gesetzlich näher bestimmte Handlungspflicht aufzuerlegen, die nach § 3 Abs 3 KJIG zudem außenwirksam zu verkünden und auszuhändigen ist.
- Ungeachtet seiner irreführenden Bezeichnung im KJIG ist dieser Rechtsakt daher als Bescheid zu qualifizieren. [Punkte werden ebenfalls vergeben, wenn mit guter Begründung ein Vertrag angenommen wird.]

Rechtmäßigkeit (5 P, 3 ZP)

- Die BVB hat als zuständige Behörde (§§ 2 und 3 KJIG iVm § 50 Abs 2 Linzer Stadtstatut) den Bescheid Lucia in der gesetzlich vorgesehenen Weise (§ 3 Abs 3 KJIG) durch Verlesung und Aushändigung zugestellt; da sie Lucia die in § 3 Abs 2 KJIG vorgesehene Auswahl eines Kurses ermöglicht hat, sind auch keine Verfahrensfehler ersichtlich.
- Die in dem Bescheid angeordneten Kursbesuche sind zumindest nicht gesetzlos ergangen, weil § 3 KJIG die BVB zur Vorschreibung solcher Kurse ermächtigt.
- + Die Vorschreibung von Kursen gemäß § 3 Abs 2 KJIG kommt einer ergänzenden Schulpflicht gleich und ist wie diese verfassungsrechtlich unbedenklich.
- + Ob der Pflichtkurs „Zehn Gebote für das gute Zusammenleben“ wirklich die in § 3 Abs 2 KJIG genannte freiheitlich-demokratische Grundordnung Österreichs vermittelt, lässt sich mangels näherer Angaben im Sachverhalt nicht feststellen.
- Der Pflichtkurs „Dankbarkeit gegenüber Österreich“ hat mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung Österreichs aber nichts zu tun und ist daher jedenfalls gesetzwidrig.
- Insoweit greift der Bescheid außerdem in Lucias Gedankenfreiheit (Art 9 EMRK) ein, die vor staatlicher Indoktrinierung schützt, und er verletzt diese Freiheit auch, weil er sich nur zum Schein auf das Gesetz stützt.
- + Die für diese Freiheit erforderliche Grundrechtsmündigkeit liegt bei einer mündigen Minderjährigen wie Lucia jedenfalls vor.
- Durch die Anordnung des genannten Kurses missachtet der Bescheid außerdem das in Art 2 letzter Satz 1. ZPEMRK garantierte Recht der Eltern, konkret des Vaters von Lucia, die Erziehung seiner Tochter entsprechend seinen eigenen weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.

4. Was spricht für und was gegen die Rechtmäßigkeit dieser Ausweisungsbescheide, und wie schätzen Sie Alfonsos Chancen auf Sozialhilfe ein? (16 P, 5 ZP)

Argumente für die Rechtmäßigkeit (7 P, 3 ZP)

- * Das BFA ist zur Erlassung der Bescheide zuständig (§ 3 Abs 2 Z 4 BFA-VG; § 5 Abs 1a Z 2 FPG) und hat auch ein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren geführt.
- * Nach § 66 Abs 1 FPG können EWR-Bürger ausgewiesen werden, wenn ihnen aus den Gründen des § 55 Abs 3 NAG das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht nicht oder nicht mehr zukommt.

- + Eine Ausnahme besteht nur für EWR-Bürger, die zur Arbeitssuche eingereist sind und weiterhin mit Erfolgsaussicht Arbeit suchen oder die ein Daueraufenthaltsrecht haben. Beides trifft auf Alfonso nicht zu:
- + Er sucht nicht nach Arbeit, sondern will sich ehrenamtlich engagieren, und für ein Daueraufenthaltsrecht fehlt ihm die erforderliche fünfjährige Aufenthaltsdauer (§ 53a Abs 1 NAG).
- * Nach § 55 Abs 3 NAG geht ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht ua dann verloren, wenn die in § 51 Abs 1 NAG normierten Voraussetzungen für dieses Aufenthaltsrecht nicht mehr vorliegen.
- * § 51 Abs 1 NAG normiert für ein Aufenthaltsrecht von EWR-Bürgern, die – wie Alfonso derzeit – nicht erwerbstätig sind, zwei Voraussetzungen: Ausreichende Existenzmittel und ein umfassender Krankenversicherungsschutz für sich und ihre Familienangehörigen.
- Alfonso hat zwar eine Krankenversicherung für sich und Lucía abgeschlossen; damit ist sein Ersparnis aber fast erschöpft. Deshalb erkundigt er sich auch beim Magistrat nach staatlichen Unterstützungsleistungen, um die Zeit bis zu seinem Stipendium zu überbrücken. Daraus kann die BVB schließen, dass Alfonsos Existenzmittel nicht mehr ausreichen, sodass eine der in § 51 Abs 1 NAG normierten Voraussetzungen für sein Aufenthaltsrecht weggefallen ist. Das wiederum berechtigt das BFA nach § 66 Abs 1 FPG, eine Ausweisung zu verfügen.
- bei guter Argumentation + 1 ZP Auch die in § 66 Abs 2 FPG genannten Umstände stehen einer Ausweisung nicht entgegen: Alfonso lebt erst seit drei Jahren in Österreich, weder sein Alter noch sein Gesundheitszustand lassen eine Ausweisung unverhältnismäßig erscheinen. Familiäre Bindungen im Inland bestehen nur zu seiner Tochter, die ebenfalls ausgewiesen wird. Auch seine soziale und kulturelle Integration im Bundesgebiet ist nicht auffallend hoch, umgekehrt weist nichts darauf hin, dass er – zumal nach einem so kurzen Auslandsaufenthalt – zu seinem Herkunftsstaat keine Bindungen mehr hätte.
- Da sich Lucías Aufenthaltsrecht von Alfonso ableitet, gelten die bei ihm genannten Gründe auch für sie (§ 52 Abs 1 Z 2 NAG) [Diese Feststellung kann ebenso bei den Argumenten gegen die Rechtmäßigkeit getroffen werden; sie wird aber insgesamt nur einmal bepunktet].

Argumente gegen die Rechtmäßigkeit (6 P, 2 ZP)

- Gegen die Ausweisung könnte zunächst eingewendet werden, dass § 51 Abs 1 NAG von Unionsbürgern zwar eine Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel verlangt, dies aber mit dem Zusatz „so dass sie während ihres Aufenthalts weder Sozialhilfeleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen müssen“. Das weist darauf hin, dass das Aufenthaltsrecht erst verloren geht, wenn einer Gebietskörperschaft durch den Aufenthalt eines Unionsbürgers Kosten entstehen. Das ist hier aber nicht der Fall: Alfonso nimmt (noch) keine Sozialhilfe in Anspruch, sondern versucht anscheinend, ohne staatliche Unterstützung durchzukommen, indem er in eine günstige Unterkunft übersiedelt.
- * Gegen die Ausweisung der Calderóns spricht außerdem Art 14 Abs 3 Freizügigkeits-RL, nach dem nicht einmal die Inanspruchnahme von Sozialleistungen automatisch zu einer Ausweisung führen darf.
- Wie der 16. ErwGr der Freizügigkeits-RL konkretisiert, ist eine Ausweisung wegen Mittellosigkeit erst dann gestattet, wenn Unionsbürger Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats unangemessen in Anspruch nehmen. Ob ein Sozialhilfebezug unangemessen ist, richtet sich zufolge des 16. ErwGr nach der Dauer der Schwierigkeiten und des Aufenthalts, nach den persönlichen Umständen und dem gewährten Sozialhilfebetrag.
- Im Lichte dieser Kriterien wäre ein Sozialhilfebezug durch Alfonso nicht unangemessen: Seine Schwierigkeiten dauern nur vier Monate, sind also vorübergehend; zudem verfügt er über 2150 €, sodass er die Sozialhilfe nicht in vollem Umfang benötigen würde.
- Selbst wenn Alfonso Sozialhilfe in Anspruch nähme, bliebe sein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht daher nach der Freizügigkeits-RL aufrecht.

- + In unionsrechtskonformer Auslegung ist daher anzunehmen, dass die in § 51 Abs 1 NAG normierte Voraussetzung ausreichender Existenzmittel wegen eines so kurzfristigen und geringfügigen Sozialhilfebedarfes nicht wegfällt; folglich tritt auch der in § 55 Abs 3 NAG vorgesehene Verlust des Aufenthaltsrechts nicht ein.
- bei guter Argumentation + 1 ZP Selbst wenn man von einem Verlust des Aufenthaltsrechts ausgeht, stehen der Ausweisung die in § 66 Abs 2 FPG genannten Umstände entgegen: Lucía ist in Österreich sehr gut integriert; sie spricht fließend Deutsch und engagiert sich für den Klimaschutz – ein politisches Ziel, das selbst der BM wertschätzt. Auch Alfonso setzt sich für dieses Ziel ein, derzeit sogar ehrenamtlich. Zuvor hat er seine hohe Ausbildung am österreichischen Arbeitsmarkt eingebracht, und in einigen Monaten wird er wegen seiner hervorragenden Studienleistungen wieder ein Stipendium erhalten. Die ausgeprägte Integration der Calderóns lässt ihre Ausweisung allein wegen eines vorübergehenden finanziellen Engpasses unverhältnismäßig erscheinen.

Chancen auf Sozialhilfe (3 P)

- * Anspruch auf Sozialhilfe hat Alfonso mangels fünfjährigem Aufenthalt in Österreich nach § 4 Abs 2 SHG nur, wenn dies unionsrechtlich geboten ist, dies ist hier der Fall:
- Aufgrund seines – wie gezeigt: weiterhin bestehenden – unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts (§ 51 Abs 1 NAG, Art 7 Abs 1 und Art 14 Abs 1 Freizügigkeits-RL) ist er nach Art 24 Abs 1 Freizügigkeits-RL gleich wie Staatsangehörige zu behandeln,
- und zwar, wie sich aus Art 24 Abs 2 Freizügigkeits-RL ergibt, auch hinsichtlich der Sozialhilfe.

5. Verfassen Sie für Alfonso und Lucía ein zweckentsprechendes Rechtsmittel! (12 P, 5 ZP)

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

An das Bundesverwaltungsgericht (Außenstelle Linz)
Derfflingerstraße 1
4020 Linz

Madrid, 31.12.2019

Beschwerdeführer: Alfonso Calderón, Calle de Kelsen 2, 28049 Madrid

Beschwerdeführerin: Lucía Calderón, Calle de Kelsen 2, 28049 Madrid

belangte Behörde: Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA)

Gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch die am 20.12.2019 erfolgten Abschiebungen durch Organe der Bundespolizei im Auftrag des BFA erheben die Beschwerdeführer wegen Verletzung ihrer Rechte in offener Frist

Maßnahmenbeschwerde gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG

an das Bundesverwaltungsgericht (§ 7 Abs 1 Z 3 BFA-VG).

I. Beschwerdegründe

[Darstellung des Verwaltungsgeschehens]: S Angabe

- * Die Abschiebung verletzte die Beschwerdeführer in ihrem Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen abgeschoben zu werden, sowie in ihrem Aufenthaltsrecht (§ 51 NAG, § 52 Abs 1 Z 2 NAG) [eine gerügte Rechtsverletzung reicht], dies aus folgenden Gründen:

- * Eine Abschiebung setzt nach § 46 Abs 1 FPG eine durchsetzbare Ausweisung voraus, die hier nicht vorlag,
- * weil die Hinterlegung der Ausweisungsbescheide ohne vorausgehenden Zustellversuch (§ 23 ZustG) am 21.11.2019 keine Zustellung bewirkt hat:
- + Die Beschwerdeführer wären zwar nach § 8 Abs 1 ZustG verpflichtet gewesen, die Änderung ihrer Abgabestelle unverzüglich dem BFA mitzuteilen, da sie vom schwebenden Ausweisungsverfahren Kenntnis hatten.
- § 8 Abs 2 ZustG erlaubt eine Zustellung durch Hinterlegung ohne vorausgehenden Zustellversuch aber nur, wenn die neue Abgabestelle nicht ohne Schwierigkeiten festgestellt werden kann,
- eine Voraussetzung, die hier nicht vorlag: Das BFA hätte die neue Abgabestelle problemlos durch eine Meldeauskunft feststellen können, weil die Beschwerdeführer ihre Wohnsitzänderung der Meldebehörde gemeldet hatten;
- + offensichtlich wusste das BFA von dieser Wohnsitzänderung sogar, hätte es doch andernfalls keine Abschiebung durchführen lassen können.
- + Selbst bei wirksamer Zustellung und Eintritt der Rechtskraft der Ausweisungsbescheide wäre die Abschiebung am 20.12.2019 rechtswidrig gewesen, da die Ausweisungsbescheide gemäß § 70 Abs 3 FPG einen einmonatigen Durchsetzungsaufschub gewährt haben.

Die Beschwerdeführer stellen daher die

II. Anträge

- + 1. eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen,
 - * 2. die Abschiebungen vom 20.12.2019 für rechtswidrig erklären, und
 - 3. die gesetzlich zustehenden Kosten zusprechen.
- + Weiters wird angeregt, das BVwG möge die beiden Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden.

*Alfonso Calderón &
Lucía Calderón*

Aufbau, Klarheit, Stringenz (9 –, davon 3 –*)

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 36) 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: 89 Punkte, 35 Zusatzpunkte

ab 36 P: Genügend, ab 50 P: Befriedigend, ab 65 P: Gut, ab 75 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.