

Fächerübergreifende Modulprüfung III am 27.6.2013 - Lösungsskizze
(Magdalena Pöschl)

1. Was kann Mariam am 21. Mai 2007 gegen die beschriebenen Vorkommnisse unternehmen und wie stehen ihre Erfolgsaussichten? (25 P, 9 ZP)

a) AuvBZ (8 P, 2 ZP)

Rechtsweg:

- Gegen Mariam werden zunächst mehrere AuvBZ (Festnahme, erkennungsdienstliche Behandlung, zweimalige Durchsuchung von Kleidern und Gepäck) gesetzt, die sie nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG, § 67a Z 2 AVG und § 67c Abs 1 AVG binnen sechs Wochen mit Maßnahmenbeschwerde an den UVS bekämpfen kann,*
- und zwar, da sich die AuvBZ in Niederösterreich ereignen, beim UVS Niederösterreich (§ 67c Abs 1 AVG).
- Gibt der UVS dieser Beschwerde nicht statt, kann Mariam – da der Instanzenzug dann erschöpft ist – unter Wahrung der Formvorschriften (§§ 24, 28 f VwGG, §§ 15, 17 f, 82 VfGG) binnen sechs Wochen ab Bescheidzustellung Beschwerde nach Art 131 B-VG an den VwGH bzw nach Art 144 B-VG an den VfGH erheben,
- + mit jeweils unterschiedlicher Beschwerdebehauptung: Vor dem VwGH kann sie zB eine Verletzung des Rechts geltend machen, Zwangsakte nur unter den im AsylG vorgesehenen Voraussetzungen dulden zu müssen, vor dem VfGH eine Verletzung ihrer persönlichen Freiheit (PersFrG, Festnahme) und ihres Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK, Durchsuchung von Person und Gepäck; erkennungsdienstliche Behandlung).

Erfolgsaussichten:

- Die Beschwerde hat aber nur teilweise Aussicht auf Erfolg: Da Mariam ohne Aufenthaltsberechtigung einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, darf sie nach § 47 Abs 1 Z 1 AsylG festgenommen werden, um der Erstaufnahmestelle vorgeführt zu werden,*
- beide Voraussetzungen erlauben nach § 29 Abs 6 Z 1 und § 44 Abs 5 Z 1 und 3 AsylG auch ihre erkennungsdienstliche Behandlung.*
- Auch dass Mariams Kleider und Gepäck anlässlich ihrer Festnahme durchsucht wurden, ist dem Grunde nach in § 44 Abs 2 Z 1 AsylG gedeckt, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie Gegenstände bei sich hat, die Aufschluss über ihre Identität, Staatsangehörigkeit, ihren Reiseweg oder ihre Fluchtgründe geben können,*
- allerdings hätte Mariam nach § 44 Abs 2 letzter Halbsatz AsylG vor der Durchsuchung aufgefordert werden müssen, diese Gegenstände vorzulegen, was nicht geschehen ist.
- Dass diese Durchsuchung nach ihrer Vorführung vor der Erstaufnahmestelle Traiskirchen noch einmal wiederholt wurde, war schon dem Grunde nach rechtswidrig, weil nichts darauf hinweist, dass am Weg nach Traiskirchen neue, für das Asylverfahren aufschlussreiche Gegenstände in Mariams Kleider und Gepäck gelangt sein könnten.
- + Da die zweite Durchsuchung vor der Einvernahme erfolgt, findet sie auch keine Deckung in § 44 Abs 3 AsylG.

b) Abweisung des Antrages auf internationalen Schutz (17 P, 7 ZP)

Rechtsweg

- Gegen den abweisenden Bescheid des Bundesasylamtes kann Mariam nach Art 129c Z 1 B-VG Beschwerde an den AsylGH erheben,*
- und zwar binnen zwei Wochen (§ 22 Abs 3 AsylG iVm § 63 Abs 5 AVG),
- wobei diese Beschwerde nur bei der erstinstanzlichen Behörde, nicht auch beim AsylGH eingebracht werden kann (§ 22 Abs 3 vorletzter Satz AsylG, wonach § 63 Abs 5 letzter Satz AVG nicht gilt).

- Gibt der AsylGH dieser Beschwerde nicht statt, kann Mariam binnen sechs Wochen ab Zustellung der Entscheidung des AsylGH unter Wahrung der Formvorschriften (§§ 15, 17 f, 82 VfGG) gestützt auf Art 144a B-VG Beschwerde an den VfGH erheben,
- + mit der Behauptung, der Bescheid verletze sie in Art 3 EMRK, weil ihr durch die Abschiebung nach Afghanistan unmenschliche Behandlung drohe, allenfalls auch wegen Verletzung in ihrem durch das BVG Rassendiskriminierung gewährleisteten Recht auf nichtwillkürliche Entscheidung.
- + Beim VwGH kann Mariam die Entscheidung des AsylGH nicht bekämpfen, weil der VwGH nur für Beschwerden gegen verwaltungsbehördliche Bescheide (bzw gegen Säumnis bei der Bescheiderlassung), nicht auch gegen gerichtliche Entscheidungen zuständig ist (Art 130 B-VG).

Erfolgsaussichten

- + Das BAA war zur Entscheidung über Mariams Antrag zuständig (§ 58 Abs 1 AsylG),
- + auch dass Mariam in der Erstaufnahmestelle zunächst von einem Sicherheitsorgan zu ihrer Identität und Reiseroute und erst dann von einem Organ des Bundesasylamtes zu den Fluchtgründen einvernommen wurde, entspricht § 19 Abs 1 und 2 AsylG.
- Rechtswidrig war aber die mangelnde Unterstützung, die Mariam durch ihren Rechtsberater erfahren hat: Indem er ihr nur eine Übersetzung des AsylG übergeben hat und bei der Einvernahme schweigend anwesend war, erfüllte er seine in § 64 Abs 2 AsylG normierte Beratungspflicht nicht.*
- Diese unterlassene Rechtsberatung muss sich das BAA aber nicht als Verfahrensfehler zurechnen lassen, denn der Rechtsberater ist unabhängig, untersteht also nicht den Weisungen des BAA (§ 66a Abs 2 AsylG).
- Hinzu kommt, dass Mariam nach § 65 Abs 1 AsylG auf eine beratende Unterstützung durch den Rechtsberater auch gar keinen Anspruch hat.
- + Daher könnte Mariam die unterlassene Beratung nur der Bundesministerin für Inneres zur Kenntnis bringen, die den Vertrag mit dem Rechtsberater bei wiederholter und beharrlicher Pflichtverletzung kündigen kann (§ 66a Abs 5 AsylG),
- + was Mariam freilich nichts mehr nützen würde und worauf sie abermals keinen Anspruch hat.
- Ein dem BAA zurechenbarer Verfahrensfehler läge allerdings vor, wenn dem BAA die unterlassene Rechtsberatung aufgefallen wäre und es Mariam dennoch nicht nach § 13a AVG angeleitet hätte.
- Hinweise darauf hätte das Organ des BAA bei der Einvernahme gewinnen können; immerhin ist der Rechtsberater hier zwar anwesend, schweigt aber während der gesamten Befragung.
- Rechtswidrig könnte der Bescheid weiters sein, weil er Mariams Antrag inhaltlich falsch beurteilt: Nach § 3 Abs 1 AsylG ist Asyl zu gewähren, wenn glaubhaft ist, dass jemandem im Herkunftsstaat Verfolgung iSd GFK droht, dh wenn er/sie sich aus wohlbegründeter Furcht, aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Gesinnung verfolgt zu werden, außerhalb des Heimatlandes befindet und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des Schutzes dieses Landes zu bedienen.*
- Die von Mariam beschriebenen Vorkommnisse, insb die ihr zugefügte physische Gewalt, die verbalen Attacken und sonstigen Erniedrigungen sind gravierend genug, um eine Verfolgung iSd GFK glaubhaft zu machen;
- auch wenn diese Verfolgung von Privaten ausgeht, ist sie dem Staat zuzurechnen, da er diese privaten Repressalien nicht unterbindet.
- Mariam wird nach ihrem Vorbringen verfolgt, weil sie eine Frau mit westlicher Lebenseinstellung ist; das könnte den Fluchtgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe verwirklichen.*
- Die Judikatur versteht darunter eine Gruppe von Personen, die idR einen ähnlichen Hintergrund, ähnliche Gewohnheiten und Status haben und die ohne diese Merkmale nicht verfolgt würden, was bei afghanischen Frauen, die sich den Vorschriften des Islam nicht unterwerfen wollen, angenommen werden kann (und von der Judikatur auch angenommen wird) (aA vertretbar).
- + Vertretbar wäre aber auch, dass Mariams westliche Lebenseinstellung eine „politische Gesinnung“ und damit ebenfalls ein Fluchtgrund iSd GFK ist.

- Wer aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Gesinnung verfolgt wird, muss sich, anders als das BAA annimmt, nicht an die im Verfolgerstaat herrschenden Anschauungen anpassen, sondern hat ein Recht auf internationalen Schutz.
- Selbst wenn die Behörde verkennt, dass Mariam iSd GFK verfolgt wird, hätte sie Mariam nach § 8 Abs 1 AsylG zumindest subsidiären Schutz zuerkennen müssen, weil ihr nach ihrem Vorbringen in Afghanistan unmenschliche bzw erniedrigende Behandlung und damit eine Verletzung des Art 3 EMRK droht.*
- Indem der Bescheid ungeachtet dessen Mariams Ausweisung für zulässig erklärt, verletzt er sie zum einen in ihrem durch das AsylG und die GFK gewährleisteten Recht auf Nichtabschiebung, zum anderen in ihrem durch Art 3 EMRK verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht, keiner erniedrigenden Behandlung ausgesetzt zu werden, sodass Mariams Beschwerde vor dem AsylGH und in der Folge auch vor dem VfGH gute Aussicht auf Erfolg hat.

2. Was hat der Sachbearbeiter nun weiter zu tun? (16 P, 4 ZP)

a) Verfahrensrechtlich

- Das Reisebürogewerbe ist nach § 94 Z 56 GewO iVm § 95 Abs 1 GewO ein Zuverlässigkeitsgewerbe;*
- daher muss der Sachbearbeiter prüfen, ob Mariam die Antrittsvoraussetzungen für das Reisebürogewerbe erfüllt und dies bejahendenfalls längstens binnen drei Monaten mit Bescheid feststellen (§ 340 Abs 2 GewO), andernfalls wäre das Fehlen der Voraussetzungen mit Bescheid festzustellen und die Gewerbsausübung zu untersagen (§ 340 Abs 3 GewO).*
- Ist der positive Feststellungsbescheid in Rechtskraft erwachsen, muss der Sachbearbeiter Mariam außerdem umgehend in das Gewerberegister eintragen (§ 340 Abs 2 GewO).

b) Materiell-rechtlich

- Die allgemeinen Voraussetzungen für den Gewerbeantritt erfüllt Mariam zweifellos: Sie ist volljährig (§ 8 Abs 1 GewO), verwirklicht keinen Gewerbeausschlussgrund (§ 13 GewO), will ein erlaubtes Gewerbe betreiben (§ 15, § 94 Abs 1 Z 56 GewO), hat ihren Wohnsitz in Österreich (§ 39 Abs 1 GewO)*
- und ist als Asylberechtigte auch aufenthaltsberechtigt (§ 14 GewO iVm § 2 Abs 1 Z 15 AsylG).*
- Auch besteht nach dem Sachverhalt kein Grund daran zu zweifeln, dass Mariam die für das Reisebürogewerbe erforderliche besondere Zuverlässigkeit aufweist (§ 95 Abs 1 GewO).*
- Da das Reisebürogewerbe ein reglementiertes Gewerbe ist (§ 94 Abs 1 Z 56 GewO), muss Mariam zudem die erforderliche Befähigung nachweisen, was sie nach dem Sachverhalt eindeutig nicht kann;*
- doch kann sie ihre fehlende Befähigung durch einen Geschäftsführer supplieren, der seinerseits die für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen erfüllt und damit insb auch über die Befähigung zum Reisebürogewerbe verfügt (§ 16 Abs 1, § 39 Abs 1 GewO).*
- Luka erfüllt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 8–14 GewO, denn auch er ist volljährig, vom Gewerbe nicht ausgeschlossen und in Österreich aufenthaltsberechtigt,
- er erfüllt auch die nach § 18 GewO maßgeblichen Voraussetzungen des § 1 Abs 1 Z 2 der Befähigungsnachweise-VO für das Reisebürogewerbe, weil er eine Fachakademie für Tourismus abgeschlossen hat (lit a) und eine einjährige einschlägige Praxis im Reisebüro seines Vaters vorweisen kann (lit b).*
- Er hat seinen Wohnsitz aber in Bosnien und damit entgegen § 39 Abs 2a GewO weder in Österreich noch in einem EWR-Staat (Z 3) noch – mangels entsprechender Hinweise im Sachverhalt – in einem Staat, mit dem Österreich ein Zustell- und Vollstreckungsabkommen (Z 1) abgeschlossen hat.*
- Nach § 39 Abs 2 vorletzter Satz GewO muss sich ein Geschäftsführer, der einen Befähigungsnachweis supplieren soll, außerdem im Ausmaß von 20 Wochenstunden als Arbeitnehmer im Betrieb betätigen, was Luka nicht tut,

- und – da er fünf Tage in der Woche in Bosnien verbringt – ist er wohl nicht einmal in der Lage, sich iSd § 39 Abs 2 GewO in Mariams Reisebüro entsprechend zu betätigen (aA vertretbar).
- Da das Reisebürogewerbe ein Zuverlässigkeitsgewerbe ist, genügt außerdem nicht, dass dieser Geschäftsführer der Behörde angezeigt wird; die Bestellung muss auch mit Bescheid genehmigt worden sein (§ 95 Abs 2 GewO).
- + Mariam hat eine solche Genehmigung nicht ausdrücklich beantragt, sondern ihrer Anmeldung nur eine „Anzeige“ der Geschäftsführerbestellung beigelegt. Diese Anzeige könnte die Gewerbebehörde zwar in einen Antrag umdeuten, hätte ihn dann aber mangels der Voraussetzungen abzuweisen;
- + (dass § 95 Abs 2 GewO das Fehlen der Voraussetzungen des § 39 Abs 2a GewO nicht als Versagungsgrund nennt, dürfte ein legislatives Versehen sein; vertretbar ist aber auch, die Versagung der Genehmigung allein aus diesem Grund als rechtswidrig anzusehen)
- bzw ihre Anzeige – da ein Antrag erforderlich wäre – als unzulässig zurückzuweisen
- und mit Bescheid festzustellen, dass Mariam mangels Befähigung bzw mangels geeigneten Geschäftsführers die Voraussetzungen für den Gewerbeantritt nicht erfüllt, und ihr die Ausübung des Gewerbes zu untersagen (§ 340 Abs 3 GewO),
- + dies, wie § 340 Abs 3 GewO ausdrücklich sagt, „unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs 1 Z 1“,
- + dh dass die Gewerbebehörde über Mariam zusätzlich eine Strafe wegen unbefugter Gewerbsausübung zu verhängen hätte, wenn sie das Gewerbe ausübt, obwohl das Vorliegen der Voraussetzungen nicht bescheidmäßig festgestellt wurde (§ 95 Abs 1 GewO).

3. Anna will ihre Studie unbedingt durchführen: Was raten Sie ihr, nach Erhalt des Gutachtens zu tun und wie stehen ihre Erfolgsaussichten? (17 P, 4 ZP)

a) Rechtsweg

- Indem § 91 Abs 4 der Satzung der Universität Klagenfurt die Durchführung von Forschungsprojekten verbietet, die die Ethikkommission für ethisch unvertretbar befunden hat, greift er auch in Rechte von Diplomanden ein,
- zwar droht ihnen nach der Satzung bei Nichtbefolgung des Forschungsverbotes keine unmittelbare Sanktion,
- doch hat ihr Projekt wegen § 91 Abs 5 der Satzung von vornherein keine Aussicht, betreut und approbiert zu werden. Das wird sie von ihrem Forschungsvorhaben abhalten, wirkt also wie eine Sanktion.
- Fraglich ist allerdings, wodurch dieser Rechtseingriff eigentlich bewirkt wird: Das Forschungsverbot tritt nach § 91 Abs 4 der Satzung erst mit dem negativen Gutachten der Ethikkommission ein.

Rechtsweg 1:

- Da Gutachten nicht normativ sind, könnte Anna versuchen, § 91 Abs 4 und 5 der Satzung nach Art 139 B-VG beim VfGH anzufechten.*
- Ein solcher Individualantrag setzt voraus, dass die genannten Bestimmungen unmittelbar in Annas Rechte eingreifen,
- was hier der Fall ist, wenn man das Gutachten als Tatbestandsmerkmal des satzungsmäßigen Forschungsverbotes auffasst: Dann erfolgt der Eingriff bei Vorliegen des negativen Gutachtens unmittelbar aufgrund der Satzung.
- Dieser Eingriff ist auch nach Art und Ausmaß ausreichend bestimmt und zudem aktuell, weil Anna ihre Studie jetzt durchführen will, nicht irgendwann in der Zukunft.
- Zulässigkeitsvoraussetzung eines Individualantrages ist schließlich, dass Anna kein zumutbarer Umweg zur Verfügung steht, um ihre Normbedenken an den VfGH heranzutragen,
- was auch der Fall ist, weil das Forschungsverbot nach der Satzung gerade nicht durch Bescheid verhängt wird und weil Anna auch keine bescheidmäßige Ausnahme von diesem Verbot erwirken kann.

Rechtsweg 2:

- + Denkbar wäre allerdings auch, das „Gutachten“ der Ethikkommission entgegen seiner Bezeichnung durch die Satzung als normativ und damit als Bescheid zu begreifen, zum einen weil erst das Gutachten das Forschungsverbot wirksam werden lässt,
- + zum zweiten, weil sich der Adressat dieses Forschungsverbotes bei dieser Deutung auch gegen rechtswidrige Gutachten der Ethikkommission zur Wehr setzen könnte,
- + ein Rechtsschutz, der bei Eingriffen in die Forschungsfreiheit durch Art 17 StGG auch verfassungsrechtlich geboten ist, sodass eine verfassungskonforme Interpretation dafür spricht, das Gutachten als Bescheid aufzufassen,
- + der dann – da kein administrativer Instanzenzug eröffnet ist (Berufung an den Senat nach § 25 Abs 1 Z 12 UG wurde auch akzeptiert) – unter den bereits (oben 1a) genannten Voraussetzungen beim VwGH oder VfGH zu bekämpfen wäre,
- + beim VfGH wäre eine Verletzung der Forschungsfreiheit zu rügen, beim VwGH eine Verletzung des Rechts, nur unter den in der Satzung genannten Voraussetzungen in seiner Forschung beschränkt zu werden.
- + Hält Anna die Satzung für rechtswidrig, ist eine Beschwerde an den VfGH zweckmäßiger, weil der VfGH die Satzung von Amts wegen in Prüfung nehmen könnte (Art 139 Abs 1 B-VG), während der VwGH erst einen Prüfungsantrag an den VfGH stellen müsste.
(Hinweis für die Bewertung: Rechtsweg 1 und 2 sind gleichwertig; es genügt, wenn einer von beiden erwogen wird. Daher ist der eine Rechtsweg mit regulären, der andere mit Zusatzpunkten versehen. Wer beide Rechtswege diskutiert, kann entsprechend mehr Punkte sammeln.)

b) Erfolgsaussichten

Rechtsweg 1 und 2:

- + Verfassungsrechtlich bedenklich könnte die Satzung zunächst sein, weil sie „ethisch unvertretbare“ Forschungen verbietet, aber nicht näher regelt, wann eine Forschung ethisch unvertretbar ist. Das entspricht nicht den hohen Bestimmtheiterfordernissen, die nach der Rsp des VfGH für eingriffsnahen Normen gelten.
- Dem könnte man entgegenhalten, dass die Satzung durch die Auswahl der vorlagepflichtigen Forschungsvorhaben ihre Schutzziele deutlich zu erkennen gibt: Der Ethikkommission vorzulegen sind Forschungsprojekte, „die die physische oder psychische Integrität, die Privatsphäre oder sonstige überwiegende Interessen von Versuchspersonen beeinträchtigen können“.
- Die Kontrolle der Ethikkommission soll also offenbar Forschungen verhindern, die überwiegende Interessen von Versuchspersonen beeinträchtigen; nur solche Forschungen sind daher als ethisch unvertretbar zu qualifizieren.
- In diesem Verständnis verletzt die Ethikkontrolle auch nicht die Forschungsfreiheit. Sie greift in dieses Recht zwar ein und dieser Eingriff ist auch intentional,*
- doch ein Verbot solcher Forschungen ist durch den Schutz der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte der Versuchspersonen, insb durch Art 2 und 8 EMRK, sogar geboten (aA vertretbar).*
- + Fraglich bleibt dann noch, ob solche Forschungsverbote überhaupt in einer Satzung erlassen werden dürfen.
- + Nach § 19 Abs 1 UG sind in der Satzung die für eine Universität erforderlichen „Ordnungsvorschriften“ zu erlassen, die dann in Abs 2 beispielhaft aufgezählt werden.
- + Diese Beispiele legen nahe, dass die Satzung nur die inneren Angelegenheiten der Universität zu regeln hat. Ob Forschungsverbote über diese Belange hinaus reichen, ist diskutabel (vertretbar sind beide Positionen).

Rechtsweg 1:

- Wird die Satzung mit Individualantrag bekämpft, wäre zusätzlich geltend zu machen, dass die Satzung keinen Rechtsschutz gegen rechtswidrige negative Gutachten gewährt,*

– etwa gegen Gutachten, die – wie im vorliegenden Fall – entgegen § 91 Abs 3 der Satzung ohne vorherige Anhörung der Projektleiterin erstattet werden, oder die – wie Mariam findet – ein Forschungsprojekt als ethisch unvertretbar qualifizieren, obwohl durch die Satzung geschützte Interessen der Versuchsteilnehmer gar nicht beeinträchtigt sind.

– Dieses Rechtsschutzdefizit verletzt Art 17 StGG bzw das Rechtsstaatsgebot.

Rechtsweg 2:

+ Wird das Gutachten als Bescheid gedeutet und bekämpft, wäre zusätzlich geltend zu machen, dass die Ethikkommission Anna entgegen § 91 Abs 3 der Satzung keine Gelegenheit gegeben hat, zu den Bedenken der Ethikkommission Stellung zu nehmen,

+ dieser Verfahrensfehler ist erheblich und sein Vorbringen daher in der Beschwerde an den VfGH erfolgversprechend, weil Anna die Bedenken der Ethikkommission möglicherweise zerstreut hätte,

+ in die Verfassungssphäre reicht dieser Fehler aber wohl nicht (aA vertretbar), sodass die Beschwerde an den VfGH nur erfolgversprechend ist, wenn die Satzung als gesetz- bzw verfassungswidrig qualifiziert wird.

(Hinweis für die Bewertung: Auch hier genügt, dass die Frage der Rechtmäßigkeit des Gutachtens bei einem Rechtsweg thematisiert wird.)

4. Verfassen Sie für Mariam ein zweckentsprechendes Rechtsmittel, in dem Sie alle Argumente vorbringen, die ihren Standpunkt stützen könnten! (17 P, 5 ZP)

a) Rechtsweg

– Die Auflösung der Versammlung ist ein AuvBZ, den Mariam nach Art 129a B-VG und § 67a Z 2 AVG binnen sechs Wochen mit Maßnahmenbeschwerde beim UVS Kärnten (§ 67c Abs 1 AVG) bekämpfen kann.*

+ Die Auflösung kann zwar auch als Verordnung qualifiziert werden, die dann nach Art 139 B-VG mit Individualantrag beim VfGH zu bekämpfen wäre. Dieser Rechtsweg ist aber nicht zweckmäßig, weil der VfGH die Auflösung als AuvBZ einstuft.

b) Formales

– Beschwerde an den UVS Kärnten mit Adresse,*

– Beschwerdeführerin Mariam Khan, Unterschrift, Adresse, Ort und Datum,*

– Belangte Behörde: LPD Klagenfurt,*

– Maßnahmenbeschwerde nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG, § 67a Abs 1 Z 2 und § 67c AVG,*

– Schilderung des Sachverhaltes („Siehe Angabe“ genügt),*

– Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auflösung und auf Ersatz der Verfahrenskosten.*

c) Begründung

– Die Auflösung der Versammlung verletzt Mariam zum einen in ihrem Recht, unter den Voraussetzungen des VersG ungestört eine Versammlung durchführen zu dürfen, zum anderen in ihrer durch Art 11 EMRK garantierten Versammlungsfreiheit.

– Die Behörde stützt diese Auflösung zunächst auf das Argument, Mariam habe die Versammlung der Behörde nicht ordnungsgemäß angezeigt, was nur bedeuten kann, sie habe dies nicht rechtzeitig getan.

– Diese Behauptung trifft aber nicht zu: Mariam hat die für den 20.8. um 15.00 Uhr geplante Versammlung am 19.8. um 12.08 Uhr, also im Einklang mit § 2 Abs 1 VersG (sogar mehr als) 24 Stunden vorher angezeigt und kann das auch durch eine Empfangsbestätigung nachweisen.*

– Dass ihre Anzeige bei der Behörde an einem Sonntag, dh nicht zu den Amtsstunden eingelangt ist, schadet schon deshalb nicht, weil die Behörde ihr Fax-Geräte empfangsbereit gehalten hat.

– Dass die Kanzleikraft der Behörde den Eingangsstempel fälschlich zu spät datiert hat, ändert daran nichts.

- Das zweite Argument für die Auflösung war, Mariam dürfe als Ausländerin keine Versammlungen zur Verhandlung öffentlicher Angelegenheiten veranstalten; das trifft nach § 8 VersG zwar zu,*
- § 8 VersG verletzt aber Art 11 EMRK iVm Art 14 EMRK,
- weil er Ausländer allein aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit bei der Wahrnehmung ihrer Versammlungsfreiheit benachteiligt, ohne dass dafür ein sachlicher Grund ersichtlich wäre.
- + Daher wird angeregt, der UVS möge diese Bestimmung beim VfGH als verfassungswidrig anfechten und nach Aufhebung des § 8 VersG durch den VfGH im fortgesetzten Verfahren die Auflösung der Versammlung – mangels Rechtsgrundlage – für rechtswidrig erklären.
- + Selbst wenn der UVS aber mit einem Teil der Lehre annehmen sollte, dass § 8 VersG durch Art 16 EMRK gedeckt
- + und der Begriff der „öffentlichen Angelegenheiten“ in § 8 VersG dementsprechend einschränkend als „politische Angelegenheiten“ (Art 16 EMRK) zu verstehen ist,
- + war die Auflösung rechtswidrig, weil Mariams Versammlung keine „politische Angelegenheit“ in diesem eng zu verstehenden Sinn verhandelt, sondern nur die allgemeine Forderung aufstellt, der Staat möge die Bürger nicht bevormunden. (Anm.: Dieses Argument muss man nicht für richtig halten; man kann es aber – der Aufgabenstellung entsprechend – advokatorisch vorbringen).
- Davon abgesehen hätte die Behörde die Versammlung wegen der – vermeintlich – unterbliebenen Anzeige bzw wegen § 8 VersG zufolge § 13 Abs 1 VersG auch nur unter der zusätzlichen Bedingung auflösen dürfen, dass dies „nach Umständen“, dh nach der Judikatur durch ein in Art 11 Abs 2 EMRK genanntes Interesse geboten ist,*
- ein solches Interesse war aber im vorliegenden Fall nirgendwo in Sicht, weshalb die Auflösung auch § 13 Abs 1 VersG und Art 11 EMRK verletzt.

5. Was kann Mariam gegen diese zwei Bescheide unternehmen und wie stehen ihre Erfolgsaussichten? (23 P, 12 ZP)

a) Versagung der Staatsbürgerschaft (14 P, 8 ZP)

Rechtsweg

- Zuständig zur Entscheidung über Einbürgerungsanträge ist die Kärntner LReg (§ 39 Abs 1 und 2 StbG), die als oberste Behörde (Art 19 B-VG) in letzter Instanz entscheidet,*
- sodass gegen ihren Bescheid unter den bereits genannten (oben 1a) Voraussetzungen Beschwerde an den VfGH bzw VwGH zulässig wäre,*
- wobei beim VwGH die Verletzung im Recht auf Verleihung der Staatsbürgerschaft bei Erfüllung der im StbG statuierten Voraussetzungen geltend zu machen wäre und beim VfGH die Verletzung im Recht auf willkürfreie Entscheidung (BVG Rassendiskriminierung) sowie die Verletzung in Rechten wegen Anwendung gesetz- bzw verfassungswidriger Verordnungen.

Erfolgsaussichten

- Der Bescheid der LReg verletzt Mariam in ihren Rechten, weil er auf einer mehrfach rechtswidrigen Staatsbürgerschaftsprüfung beruht: Erstens wäre diese Prüfung nach § 1 Abs 1 StbP-V nicht mündlich, sondern schriftlich mit single choice abzuhalten gewesen.*
- Zweitens hat die Behörde die Prüfung unrichtig beurteilt. Mariams Antwort auf die Frage nach dem obersten Verfassungsprinzip war nämlich richtig:
- Die Menschenwürde ist in der österreichischen Verfassung explizit nur punktuell (in Art 3 EMRK und im PersFrG), aber nicht als allgemeines Prinzip garantiert,
- + auch die Menschenwürdegarantie in Art 1 GRC, die nach dem Charta-Erkenntnis des VfGH möglicherweise einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht gleichzuhalten ist, gilt nach Art 51 Abs 1 GRC nur bei der Durchführung des Rechts der Union, also gerade nicht allgemein,
- schon gar nicht bildet die – in keiner Verfassungsbestimmung allgemein garantierte – Menschenwürde das einzige Baugesetz der Verfassung,

- + ein Baugesetz ist freilich das liberale Prinzip, also die Gesamtheit der im Verfassungsrang garantierten Grundrechte.
- + Dass die von der LReg ausgegebene Lernunterlage in diesem Punkt fehlerhaft ist, hat wohl zur Folge, dass die LReg der Lernunterlage entsprechende Antworten als richtig akzeptieren müsste,
- bedeutet aber nicht, dass richtige Antworten nur deshalb als falsch gewertet werden dürfen, weil sie der Lernunterlage nicht entsprechen,
- denn nach § 10a Abs 1 Z 2 StbG, § 2 Z 1 StbP-V muss Mariam Grundkenntnisse der demokratischen Ordnung der Republik Österreich nachweisen, nicht Kenntnisse einer vom Ministerium herausgegebenen Lernunterlage beliebigen Inhalts.
- Problematisch ist drittens die Prüfungsfrage nach dem Reindling (, die in Kärnten bei Staatsbürger-schaftsprüfungen tatsächlich gestellt wird!): Sie war zwar durch lit g der K-StbP-V gedeckt, die das „Kulinarische Kärnten“ zum Prüfungsstoff erklärt,*
- doch ist höchst fraglich, ob die K-StbP-V insoweit § 10a Abs 1 Z 2 StbG und § 2 StbP-V entspricht, die nur „Grundkenntnisse ... der Geschichte des jeweiligen Bundeslandes“ verlangen,*
- wozu – wenn der Ausdruck „Geschichte“ nicht inhaltsleer sein soll – Kulinarik und damit auch ein Germkuchen wohl nicht gehört. (Akzeptiert wird aber auch, wenn jemand Kulinarik zur Kultur iwS und diese wiederum zur Geschichte iS einer allgemeinen Landeskunde zählt und die K-StbP-V daher nicht beanstandet; die Frage sollte aber immerhin thematisiert werden.)
- Eine vierte Rechtswidrigkeit liegt darin, dass nach § 1 Abs 2 StbP-V nicht bestandene Prüfungen wiederholt werden dürfen, was Mariam nicht gewährt wurde, sodass ihr die Staatsbürgerschaft ohne ausreichende Ermittlungen verweigert wurde.*
- + Problematisch ist schließlich fünftens, dass Prüfungen nach § 1 Abs 1 StbP-V nur halbjährlich stattfinden müssen. Diese Bestimmung steht in einem Spannungsverhältnis zur sechsmonatigen Entscheidungsfrist des § 73 Abs 1 AVG und könnte daher gesetzwidrig sein.
- + Dass der Bescheid erst drei Monate nach der Staatsbürgerschaftsprüfung erlassen wurde, somit insgesamt mehr als 9 Monate nach Mariams Antrag, überschreitet zwar die in § 73 Abs 1 AVG normierte Entscheidungsfrist erst recht,
- + diese Säumnis hätte Mariam aber nach Art 132 B-VG durch Säumnisbeschwerde an den VwGH geltend machen müssen.
- + Sie war freilich gut beraten, das nicht zu tun, weil Mariam die für die Einbürgerung erforderliche Aufenthaltsdauer von 6 Jahren (§ 11a Abs 4 Z 1 StbG) spätestens am 4. Juni 2013 (§ 13 iVm § 28 Abs 1 AsylG), also knapp vor Erlassung des Bescheides erfüllt hat, sodass die Behörde Mariams Antrag bei fristgerechter Entscheidung wegen Nichterfüllung der erforderlichen Aufenthaltsdauer hätte abweisen müssen.
- Der VfGH müsste nach all dem anlässlich Mariams Beschwerde lit g K-StbP-V (und ev die Wortfolge „einmal im Kalenderhalbjahr“ in § 1 Abs 1 StbP-V) von Amts wegen prüfen und als gesetzwidrig aufheben und im Anschluss daran Mariams Beschwerde stattgeben, weil der Bescheid sie durch die Anwendung rechtswidriger genereller Normen in ihren Rechten verletzt;
- + allenfalls auch, weil er willkürlich ergangen ist, denn die Art der Prüfung (mündlich statt single choice) und die unterbliebene Wiederholung widerspricht offensichtlich der StbP-V. Beide Rechtswidrigkeiten wären jedenfalls auch vom VwGH wahrzunehmen.

b) Löschung der Registereintragung (9 P, 4 ZP)

Rechtsweg

- Der BM für Wirtschaft, Familie und Jugend entscheidet als oberstes Organ (Art 19 B-VG) in letzter Instanz,*
- sodass Mariam gegen seinen Bescheid unter den bereits (oben 1a) genannten Voraussetzungen Beschwerde an den VwGH bzw an den VfGH erheben kann,*

- beim VwGH hätte sie die Verletzung ihres Rechts geltend zu machen, nicht entgegen § 363 GewO aus dem Gewerbeverzeichnis gelöscht zu werden, beim VfGH mangels Staatsbürgerschaft zwar nicht die Verletzung ihrer Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG), bei grober Rechtswidrigkeit aber allenfalls Willkür (BVG Rassendiskriminierung).

Erfolgsaussichten

- Der Bescheid stützt sich auf § 363 Abs 4 GewO, der die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde ermächtigt, unter bestimmten Voraussetzungen die Löschung einer Gewerbeverzeichniseintragung zu verfügen, die nach § 340 Abs 1 GewO aufgrund der Gewerbebeanmeldung erfolgt ist.
- Der BM für Wirtschaft, Familie und Jugend ist im Berufsrecht sachlich in Betracht kommende Oberbehörde, also zuständig (§ 381 Abs 1 GewO, § 2 Abs 1 Z 2 BMG).
- Das von Mariam betriebene Reisebürogewerbe ist aber ein Zuverlässigkeitsgewerbe, das nicht nach § 340 Abs 1 GewO aufgrund der Gewerbebeanmeldung, sondern zufolge § 340 Abs 2 GewO erst nach Rechtskraft des positiven Feststellungsbescheides in das Gewerbeverzeichnis einzutragen ist.
- Eine Löschungsermächtigung für Registereintragungen, die entgegen § 95 Abs 1 GewO ohne vorangehenden Bescheid erfolgt sind, sieht § 363 GewO nicht vor.
- Daraus kann man zwei Schlüsse ziehen: Der Löschungsbescheid ist entweder rechtsgrundlos und daher aufzuheben,
- oder man nimmt an, dass § 363 Abs 4 GewO, der die Löschung einer unrichtigen Eintragung aufgrund einer Gewerbebeanmeldung erlaubt, erst recht erlauben muss, dass Eintragungen gelöscht werden, denen sogar die Bescheidgrundlage fehlt: Dann wäre der Löschungsbescheid durch § 363 Abs 4 GewO gedeckt, ohne dass Abs 1 gesondert zu prüfen wäre.
- + Im einen wie im anderen Fall fehlt es Mariam aber mangels Bescheides nach § 95 Abs 2 GewO weiterhin an einer Gewerbeberechtigung (aA gestützt auf § 363 Abs 4 letzter Satz GewO vertretbar).
- + Einen Bescheid über ihre Gewerbeberechtigung könnte Mariam zwar nach § 73 Abs 2 AVG durch einen Devolutionsantrag an den LH erzwingen,
- + dieser müsste aber – s bereits Frage 2 – feststellen, dass Mariam die Voraussetzungen für die Gewerbsausübung nicht erfüllt und ihr die Gewerbsausübung untersagen,
- + weshalb Mariam gut beraten wäre, 1. einen Geschäftsführer zu bestellen, der – anders als Luka – alle Voraussetzungen des § 39 GewO erfüllt, 2. die Genehmigung dieses Geschäftsführers zu beantragen und 3. das Gewerbe dann noch einmal anzumelden.

6. Aufbau, Sprache, Stringenz der Argumentation: 10 P

– = Punkt; + = Zusatzpunkt

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 40) 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: 108 Punkte, 34 Zusatzpunkte

Ab 40 P: genügend

Ab 50 P: befriedigend

Ab 65 P: gut

Ab 85 P: sehr gut