

## Fächerübergreifende Modulprüfung III am 9.12.2020 – Lösungsskizze

(Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl)

**1. Prüfen Sie den Bescheid auf seine Rechtmäßigkeit und suchen Sie dabei nach Argumenten, mit denen Elena die beantragte Bewilligung doch erwirken könnte; gehen Sie aber auch auf alle Gegenargumente ein. Wie soll Elena prozessual vorgehen, um ihr Ziel zu erreichen? (21 P, 9 ZP) = ~ 25 %**

*Rechtmäßigkeit des Bescheides (14 P, 7 ZP)*

- Der Bescheid wurde nach dem Sachverhalt von der zuständigen Behörde erlassen, mithin der LReg (§ 39 Abs 1 StbG) von OÖ, wo Elena ihren Hauptwohnsitz (Linz) hat (§ 39 Abs 2 StbG).
- Doch die Behörde hat Elena mit dem Bescheid ein paar Tage nach Antragseinbringung überrascht, sie also offenbar entgegen § 45 Abs 3 AVG nicht zum Ergebnis ihrer Ermittlungen angehört.
- Dieser Fehler wird allerdings mit der Beschwerde saniert, wenn Elena durch den Bescheid Kenntnis von den Beweisergebnissen erlangt. Fehlen diese Informationen im Bescheid, kann – und muss – das VwG Elena Parteiengehör gewähren, um den Verfahrensfehler zu sanieren.
- + ZP für weitere Erwägungen zur Frage, ob hier überhaupt ein im Rechtsmittelweg relevanter Verfahrensfehler vorliegt, zumal Elena nach dem geltenden StbG ja keinen Anspruch auf Bewilligung hat.
- \* Inhaltlich hat die Behörde Elenas Antrag richtig beurteilt: Nach § 28 StbG ist erwachsenen Österreicher\*innen kraft Verleihung die Beibehaltung der Staatsbürgerschaft nur dann zu bewilligen, wenn dies im Interesse der Republik liegt (Abs 1 Z 1), Abstammungsösterreicher\*innen hingegen zudem, wenn ein besonders berücksichtigungswürdiger Grund in ihrem Privat- und Familienleben vorliegt (Abs 2).
- Elena ist „nur“ Österreicherin kraft Verleihung; ihr Antrag beruft sich bloß auf das Eheleben, ein Interesse der Republik wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Daher wurde der Antrag zu Recht abgewiesen.
- \* Dass das StbG Abstammungsösterreicher\*innen die Doppelstaatsbürgerschaft großzügiger erlaubt als Österreicher\*innen kraft Verleihung, könnte allerdings gleichheitswidrig sein,
- denn das StbG differenziert insoweit zwischen Staatsbürger\*innen aufgrund der Geburt, was nach Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG durch triftige Gründe gerechtfertigt sein muss.
- Da die Regelung das Privat- und Familienleben iSd Art 8 EMRK berührt, bedarf sie zudem nach Art 14 iVm Art 8 EMRK einer besonderen Rechtfertigung.
- Mit dem grundsätzlichen Verbot von Doppelstaatsbürgerschaften will sich Österreich die volle Loyalität seiner Staatsbürger\*innen sichern. Deshalb verlangt das StbG vor Einbürgerungen idR auch das Ausscheiden aus dem bisherigen Staatsverband (§ 10 Abs 3).
- Bei Abstammungsösterreicher\*innen vermutet das StbG wohl eine engere Bindung zu Österreich und stuft die Annahme einer weiteren Staatsangehörigkeit bei ihnen daher als weniger bedenklich ein als bei Österreicher\*innen kraft Verleihung. Mit Blick auf das genannte Ziel könnten daher zwischen Abstammungsösterreicher\*innen und Österreicher\*innen kraft Verleihung wesentliche Unterschiede bestehen.
- Die Annahme der engen Bindung ist zwar nicht lebensfremd, weil Abstammungsösterreicher\*innen idR von Geburt an in Österreich aufwachsen und daher mit diesem Staat stärker verbunden sind als eingebürgerte Österreicher\*innen,
- doch gibt es auch eingebürgerte Personen, die – wie Elena – hier aufgewachsen und Österreich daher de facto gleich verbunden sind wie Abstammungsösterreicher\*innen. Zumindest ihnen müsste daher die Doppelstaatsbürgerschaft unter denselben Bedingungen bewilligt werden.
- + Ihre Benachteiligung kann man auch nicht als Härtefall abtun, weil es legistisch problemlos möglich ist, sie in die günstigere Regelung einzubeziehen.
- + Die Differenzierung kann auch nicht mit dem Argument gerettet werden, dass das StbG für die Einbürgerung grundsätzlich das Ausscheiden aus dem bisherigen Staatsverband verlangt (§ 10 Abs 3) und daher verhindern

will, dass Einbürgerungswerber\*innen diesen „Loyalitätstest“ unterlaufen, indem sie ihre Staatsangehörigkeit zunächst zwar aufgeben, aber gleich nach ihrer Einbürgerung die alte Staatsangehörigkeit wieder annehmen.

- + Denn um das zu verhindern, würde es genügen, nur die Wiedererlangung der aufgegebenen Staatsangehörigkeit an strengere Bedingungen zu binden, die Annahme anderer Staatsangehörigkeiten aber so zuzulassen wie bei Abstammungsösterreicher\*innen.
- § 28 StbG benachteiligt Staatsbürger\*innen folglich ohne triftigen Grund aufgrund ihrer Geburt, weshalb der auf diese Bestimmung gestützte Bescheid Elena in ihrem Recht auf Gleichheit verletzt.
- Diskutabel ist, ob der Bescheid in Art 8 Abs 1 EMRK eingreift. Dagegen spricht, dass Art 8 EMRK kein Recht auf eine bestimmte Staatsangehörigkeit vermittelt; dafür spricht, dass der Bescheid Elena vor die Wahl stellt, ihr Eheleben nur sehr eingeschränkt fortzuführen oder die – für ihre Identität gewiss bedeutsame – Staatsbürgerschaft aufzugeben.
- + Bejaht man einen Eingriff, beruht dieser auf einem Gesetz, nämlich § 28 Abs 1 StbG; das dort statuierte Verbot der Doppelstaatsbürgerschaft ist bei großzügiger Betrachtung zwar ein geeignetes Mittel, um die in Art 8 Abs 2 EMRK genannte öffentliche Ordnung zu schützen (aA vertretbar).
- + Dieses Ziel ist aber durch die Annahme einer weiteren Staatsangehörigkeit nicht notwendig gefährdet, sodass § 28 Abs 1 StbG über das Ziel hinausschießt, wenn er das Familienleben keinesfalls berücksichtigt.
- + ZP, wenn jemand in verfassungskonformer Auslegung annimmt, bei Elena liege eine Bewilligung der Doppelstaatsbürgerschaft bereits im Interesse der Republik iSd § 28 Abs 1 Z 1 StbG, weil Österreich im Fall der Verweigerung die EMRK (je nach Ergebnis Art 14 iVm Art 8 EMRK und/oder nur Art 8 EMRK) verletzen würde (diese Auslegung des § 28 StbG vertritt VfSlg 20.330/2019).

#### *Rechtsweg (8 P, 2 ZP)*

- (–\*) Laut Sachverhalt hat den Bescheid die zuständige Behörde erlassen, das ist die LReg (§ 39 Abs 1 StbG) von OÖ, wo Elena ihren Hauptwohnsitz hat (§ 39 Abs 2 StbG). (wenn nicht schon oben vergeben)
- \* Daher kann Elena gegen den Bescheid binnen einer Frist von vier Wochen ab Zustellung des Bescheids (§ 7 Abs 4 Z 1 VwGVG) Beschwerde an das LVwG OÖ erheben (Art 130 Abs 1 Z 1, Art 131 Abs 1 B-VG; § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG iVm § 3 Z 3 AVG).
- Sie ist beschwerdelegitimiert, weil sie als Bescheidadressatin behaupten kann, der Bescheid verletze ihr Recht auf Gleichheit und / oder auf Achtung des Familienlebens (Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG).
- Die Beschwerde muss den Form- und Inhaltvorschriften entsprechen (§ 9 VwGVG) und ist bei der oö LReg einzubringen (§ 12 VwGVG),
- + die auf eine Beschwerdeentscheidung verzichten wird, weil sie an das StbG gebunden ist, ihre Entscheidung daher nicht korrigieren kann / alternativ: die in der Beschwerdeentscheidung dem Antrag in verfassungskonformer Auslegung des § 28 Abs 1 Z 1 StbG stattgeben kann.
- In der Beschwerde sollte Elena anregen, das LVwG möge, falls es eine verfassungskonforme Auslegung des StbG ausschließt, nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG eine Normprüfung beim VfGH beantragen,
- genauer: eine Prüfung der Wortfolge „sie die Staatsbürgerschaft durch Abstammung erworben haben und“ in § 28 Abs 2 StbG (§ 62 Abs 1 VfGG).
- Das LVwG ist zur Anfechtung verpflichtet, wenn es Bedenken gegen die Anwendung des StbG aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit hat (Art 89 Abs 2 iVm Art 135 Abs 4 B-VG).
- Folgt das LVwG dieser Anregung und hebt der VfGH die genannte Wortfolge auf, müsste das LVwG über Elenas Beschwerde auf Basis der bereinigten Rechtslage (Art 140 Abs 7 B-VG) entscheiden und ihr folglich wohl die Beibehaltung der österreichischen Staatsbürgerschaft bewilligen.
- + Folgt das LVwG der Anregung nicht und weist es die Beschwerde ab, kann Elena unter Wahrung der Formvorschriften binnen sechs Wochen ab Zustellung des Erkenntnisses (§§ 15, 17 f, 82 VfGG) Beschwerde an den VfGH (Art 144 Abs 1 B-VG) erheben und die Verletzung in Rechten wegen Anwendung eines verfas-

sungswidrigen Gesetzes geltend machen. Im Fall der Stattgabe wäre das VwG verpflichtet, über Elenas Antrag auf Basis der bereinigten – großzügigeren – Rechtslage zu entscheiden (Art 140 Abs 7 B-VG) und müsste ihr daher wohl die Bewilligung erteilen.

**2. Sind die geschilderten Handlungen bzw Rechtsakte aller genannten Verwaltungsorgane rechtmäßig? Unabhängig davon: Was könnte Lutz dagegen unternehmen? (47 P, 21 ZP) = ~ 50%**

*Weisung des BMI*

Rechtmäßigkeit (6 P, 2 ZP)

- \* Der BMI stützt seine Weisung auf das PassG, dessen Vollzug in seinen Wirkungsbereich fällt (§ 2 Abs 1 und 2 iVm § 4 Abs 1 SPG),
- \* er adressiert den LPDir von OÖ, der ihm – als Leiter der LPD OÖ (§ 7 Abs 1 SPG) – im Passwesen grundsätzlich nachgeordnet ist (§ 2 Abs 1 und 2 iVm § 4 Abs 2 SPG).
- \* Der BMI verlangt vom LPDir, er möge „nach dem Passgesetz gegen Lutz Höllinger einschreiten“; damit kann nur eine Passentziehung gemeint sein (§ 15 PassG). Zuständig ist dafür aber nicht die LPD, sondern die BVB bzw im Gebiet einer Gemeinde, für das die LPD zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, der Bgm (§ 16 Abs 1 Z 1 PassG; s auch § 4 Abs 3 SPG).
- \* Dennoch ist die Weisung für den – unzuständigen – LPDir verbindlich, weil sie von einem zuständigen Organ stammt und ihre Befolgung nicht gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde (Art 20 Abs 1 B-VG; § 44 Abs 1 und 2 BDG).
- + Auch Willkür, die nach der Rsp des VwGH Weisungen unwirksam macht, liegt hier nicht vor.
- Sonstige rechtliche Bedenken gegen eine Weisung muss ein Beamter seinem Vorgesetzten zwar nach § 44 Abs 3 BDG mitteilen,
- das gilt allerdings nicht, wenn die angeordnete Maßnahme – wie hier – wegen Gefahr im Verzug unaufrückbar ist. Dass der LPDir nicht remonstriert hat, war daher keine Dienstpflichtverletzung.
- + Nicht nur rechtmäßig, sondern nach Art 78b Abs 3 B-VG und § 7 Abs 5 SPG sogar geboten war, dass der BMI die dem LPDir erteilte Weisung dem LH von OÖ zur Kenntnis gebracht hat.

Was kann Lutz unternehmen? (1 P)

- Lutz kann und muss nichts gegen die Weisung unternehmen, weil sie nicht ihn, sondern nur den LPDir adressiert.

*Anruf des LPDir*

Rechtmäßigkeit und Rechtsweg (5 P, 3 ZP)

- \* Zur telefonischen Mitteilung, dass Lutz der Pass entzogen werde und er diesen bei der LPD abzugeben habe, fehlt dem LPDir nach dem Gesagten schon die Zuständigkeit. Fraglich ist aber, ob hier überhaupt ein wirksamer Rechtsakt vorliegt: Der Anruf könnte prima vista ein Bescheid sein, also ein außenwirksamer Befehl einer Verwaltungsbehörde an eine individuell-konkrete Person.
- Auf einen Bescheiderlassungswillen lässt auch schließen, dass der LPDir den Passentzug „förmlich“ verfügt.
- Mündlich kann ein Bescheid aber nur erlassen werden, wenn er in Anwesenheit der Parteien verkündet und sein Inhalt niederschriftlich festgehalten wird (§ 62 Abs 1 und 2 AVG),
- eine telefonische Mitteilung entfaltet nach der Rsp des VwGH hingegen keine Rechtswirkungen.
- + Die Anordnung des LPDir ist auch kein AuvBZ, weil ein telefonisch erteilter Befehl im Fall der Nichtbefolgung nicht unmittelbar mit Zwang durchsetzbar ist.
- + Der Anruf des LPDir ist daher ein schlicht-hoheitliches Handeln im Kontext der Vollziehung des PassG und als solches – da zur Sicherheitsverwaltung gehörig – grundsätzlich bekämpfbar (§ 88 Abs 2 SPG),
- + dies aber nur, wenn es den Beschwerdeführer denkmöglich in seinen Rechten verletzt, was hier nicht der Fall ist, weil der Anruf Lutz weder wirksam Pflichten auferlegt noch seine Rechtssphäre sonst berührt.

- Gegen den Anruf des LPDir kann und muss Lutz also nichts unternehmen.

### *Bescheid des Bgm von Linz*

#### Rechtmäßigkeit

Entziehung des Reisepasses: (16 P, 2 ZP)

- (–\*) Sachlich zuständig zur Entziehung des Reisepasses ist die BVB bzw im Gebiet einer Gemeinde, für das die LPD zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, der Bgm (§ 16 Abs 1 Z 1 PassG). wenn nicht schon oben vergeben
- \* Die örtliche Zuständigkeit richtet sich im Inland nach dem Hauptwohnsitz des Passinhabers, hier also Linz (§ 16 Abs 2 PassG).
- \* Da für das Gebiet der Gemeinde Linz die LPD zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist (§ 8 Z 5 SPG), war der Bgm von Linz zur Entziehung des Reisepasses zuständig.
  - Sein Bescheid wurde aber offenkundig ohne vorangehendes Ermittlungsverfahren erlassen,
  - was § 56 AVG ua bei Mandatsbescheiden nach § 57 AVG zulässt.
  - Ob ein Mandatsbescheid oder ein „gewöhnlicher“ Bescheid vorliegt, ist nach objektiven Maßstäben zu beurteilen; entscheidend ist nach der Rsp, ob sich der Bescheid unmissverständlich auf § 57 AVG stützt, was hier zu bejahen ist: Der Bescheid trifft „wegen Gefahr im Verzug ohne weiteres Verfahren und unaufschiebbar“ Anordnungen, behauptet also das Vorliegen der Voraussetzungen des § 57 Abs 1 AVG,
  - die auch erfüllt sind: Lutz‘ Ausreise steht unmittelbar bevor, und ein Passenzug nach der Ausreise käme zu spät. Die dadurch hervorgerufene Gefahr im Verzug rechtfertigt es, den Passenzug ohne Ermittlungsverfahren anzuordnen.
- \* Fraglich ist, ob der Mandatsbescheid auch inhaltlich dem Gesetz entspricht: § 15 Abs 1 PassG erlaubt die Entziehung eines Passes, wenn nachträglich Tatsachen bekannt werden oder eintreten, die die Versagung der Ausstellung des Reisepasses rechtfertigen.
- \* Ein Versagungsgrund liegt nach § 14 Abs 1 Z 4 PassG vor, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Aufenthalt des Passwerbers im Ausland die innere oder äußere Sicherheit der Republik Österreich gefährden würde.
  - Dass Lutz‘ Aufenthalt in Honduras die Sicherheit der Republik gefährden würde, ist zumindest vertretbar, weil auch von „Foreign Fighters“ ohne terroristischen Hintergrund nach ihrer Rückkehr potenziell eine Gefahr für die österreichische Bevölkerung ausgeht.
  - Nicht einschlägig ist der Versagungsgrund des § 14 Abs 1 Z 5 PassG für Mitglieder terroristischer Vereinigungen iSd § 278b StGB. Denn die Handlungen der Bufones Rebeldes, denen Lutz sich anschließen will, sind auf die Wahrung der Menschenrechte gerichtet,
  - sodass von ihren Mitgliedern allenfalls verübte Taten gemäß § 278c Abs 3 StGB nicht als terroristische Straftaten gelten: Auf deren Ausführung sind terroristische Vereinigungen iSd § 278b StGB aber ausgerichtet.
- \* Der Mandatsbescheid des Bgm ist daher (nur) in § 14 Abs 1 Z 4 PassG gedeckt. Fraglich ist jedoch, ob die gesetzliche Grundlage verfassungskonform ist. Die Passentziehung hindert Lutz nämlich daran, Österreich bzw den Schengen-Raum zu verlassen, greift also in seine Ausreisefreiheit (Art 4 Abs 3 StGG, Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK) ein.
  - Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK lässt solche Eingriffe zwar ua im Interesse der nationalen und öffentlichen Sicherheit zu, ein Grund, dem die Sicherheit der Republik iSd § 15 Abs 1 iVm § 14 Abs 1 Z 4 PassG gewiss subsumierbar ist.
  - Doch Art 4 Abs 3 StGG erlaubt Eingriffe in die Ausreisefreiheit nur wegen der Wehrpflicht, deren Sicherung § 15 Abs 1 iVm § 14 Abs 1 Z 4 PassG gerade nicht dient.
  - Art 4 Abs 3 StGG ist also günstiger als Art 2 4. ZPEMRK und daher nach Art 53 EMRK maßgeblich. Da der in § 15 Abs 1 iVm § 14 Abs 1 Z 4 PassG verfügte Eingriff in die Ausreisefreiheit nicht in Art 4 Abs 3 StGG gedeckt ist, ist das PassG insoweit verfassungswidrig (aA möglich, wenn Art 4 Abs 3 StGG ein ungeschriebener Gesetzesvorbehalt unterstellt wird).

- + Der Passentziehungstatbestand des § 15 Abs 1 iVm § 14 Abs 1 Z 4 kann in Fällen wie Lutz auch nicht auf einen in Art 2 PersFrG genannten Grund gestützt werden, der eine Freiheitsentziehung erlaubt und daher qua Größenschluss auch einen Eingriff in die Auswanderungsfreiheit erlauben müsste.
- + ZP für den Versuch, die Verfassungskonformität des – weit formulierten – § 14 Abs 1 Z 4 PassG durch eine einschränkende Auslegung zu retten, mit dem Ergebnis, dass der Pass nicht hätte entzogen werden dürfen, weil keine „Tatsachen“ iSd Z 4 vorliegen: Lutz bereitet eine Reise vor, die ihn uU traumatisiert, was uU dazu führt, dass er irgendwann in Österreich gewalttätig wird: Das sind nur Vermutungen.

Pflicht zur Abgabe des Reisepasses: (2 P, 3 ZP)

- \* Nach § 15 Abs 5 PassG sind vollstreckbar entzogene Reisepässe der Passbehörde unverzüglich vorzulegen; diese Voraussetzungen liegen hier vor:
  - Die vom Bgm verfügte Passentziehung ist sofort vollstreckbar, weil die Vorstellung gegen einen gefahrenpolizeilichen Mandatsbescheid keine aufschiebende Wirkung hat (§ 57 Abs 2 AVG).
- + Passbehörde ist zwar der Bgm von Linz, doch der Magistrat fungiert als sein Hilfsapparat (Art 117 Abs 7 B-VG), sodass die Aufforderung des Bgm, den Pass dort abzugeben, rechtmäßig ist.
- + Die Pflicht, den vollstreckbar entzogenen Reisepass abzugeben, resultiert aber unmittelbar aus § 15 Abs 5 PassG, weshalb eine bescheidförmige Anordnung nicht erforderlich ist, was nahelegt, die Aufforderung des Bgm, Lutz möge den Pass abgeben, als bloße Belehrung über die Rechtslage zu deuten.
- + Die gegenläufige Aufforderung des LPDir, Lutz möge den Pass bei der LPD abzugeben, kann Lutz ignorieren, da sie, wie gezeigt, keine Rechtswirkungen entfaltet.

Was kann Lutz unternehmen? (1 P, 2 ZP)

- \* Gegen den Mandatsbescheid kann Lutz bei der bescheiderlassenden Behörde, also beim Bgm von Linz, binnen zwei Wochen Vorstellung erheben (§ 57 Abs 2 AVG),
  - + was den Bgm verpflichtet, binnen weiterer zwei Wochen das Ermittlungsverfahren einzuleiten, widrigenfalls der Mandatsbescheid ex lege außer Kraft tritt (§ 57 Abs 3 AVG).
- + Erlässt der Bgm nach dem Ermittlungsverfahren einen neuen Bescheid, kann Lutz diesen Bescheid binnen vier Wochen beim LVwG OÖ mit Beschwerde bekämpfen (Art 130 Abs 1 Z 1, Art 131 Abs 1 B-VG; § 3 Abs 2 Z 1VwGVG iVm § 3 Z 3 AVG) und darin gegebenenfalls verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 15 Abs 1 iVm § 14 Abs 1 Z 4 PassG vorbringen und die Anfechtung dieser Normen beim VfGH anregen.

Anruf der LPD-Beamtin (2 P)

- Der Anruf entspricht § 2 Abs 4 AGV; er dient als Information und ist zwar als schlicht-hoheitlich zu qualifizieren, aber rechtlich unerheblich, weil er keine Auswirkungen auf Lutz' Rechtssphäre hat.
- Deshalb muss und kann Lutz dagegen auch nichts unternehmen.

AGV des BMI

Rechtmäßigkeit (8 P, 5 ZP)

- Die AGV stützt sich auf Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG und meint damit wohl die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, zu deren Vollziehung der BMI zwar zuständig ist (§ 2 f, § 4 Abs 1 SPG),
  - \* Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG ermächtigt aber nicht zur Erlassung von Verordnungen und gibt der AGV damit keine gesetzliche Deckung.
- + Auch § 49 SPG deckt die AGV nicht, weil es keine „in außergewöhnlich großem Umfang auftretende allgemeine Gefahren“ gibt, sondern allenfalls einzelne Gefährder.
- \* Die in der AGV normierte Pflicht, ein Kontakttagebuch zu erstellen, greift in das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK) und auf Datenschutz (§ 1 DSGVO) ein,
  - + und zwar nicht nur in Lutz' Recht, sondern auch in das Recht seiner Kontaktpersonen.

- \* Die Lutz auferlegte Pflicht dient offenbar dazu, das Netzwerk von Gefährder\*innen zu eruieren, um weitere Personen davon abzuhalten, sich zu Kampfhandlungen ins Ausland zu begeben, also Zielen, die nach Art 8 Abs 2 EMRK und § 1 Abs 2 DSGVO einen Eingriff rechtfertigen können: nationale Sicherheit, öffentliche Ruhe und Ordnung sowie Verhinderung strafbarer Handlungen.
- Die Erstellung des Kontakttagebuches ist zur Aufdeckung eines Netzwerkes auch fraglos geeignet;
- + daran ändert nichts, dass die – für das Ziel möglicherweise ebenfalls relevante – Kommunikation unter 5 Minuten nicht verzeichnet werden muss, denn um grundrechtskonform zu sein, muss ein Eingriff das Ziel nicht optimal verwirklichen, sondern nur einen Beitrag zur Zielerreichung leisten.
- \* Die AGV schießt aber über das Ziel hinaus, weil sie zu weitreichende Ermächtigungen zur Datenverarbeitung und -übermittlung enthält, da sie die Zwecke der Datenverarbeitung nicht ausreichend begrenzt, die Datenverarbeitung nicht auf das erforderliche Ausmaß beschränkt (§ 3 Abs 1 AGV) und eine pauschale Übermittlung der Daten an andere Behörden erlaubt (§ 3 Abs 2 AGV), und
- die Behörde nicht verpflichtet, für das Schutzziel unbrauchbare Daten sofort und andere Daten in angemessener Frist zu löschen, sondern ganz im Gegenteil der Behörde sogar aufträgt, sämtliche Daten mindestens sechs Monate aufzubewahren (§ 3 Abs 3 AGV).
- Zudem ist die Pflicht, alle über 5-minütigen Kontakte in den letzten zwei Monaten zu verzeichnen, praktisch nicht erfüllbar und daher unverhältnismäßig i.e.S.
- + Die in § 2 Abs 1 Z 1 AGV normierte Pflicht ist zudem reichlich unbestimmt, weil sie offen lässt, ob auch Personen erfasst werden müssen, mit denen schriftlich kommuniziert wurde, und wenn ja, wie die über 5-minütige Dauer einer solchen Kommunikation festzustellen ist.
- + Diese Unklarheit verletzt die strengen Determinierungsanforderungen, die Art 18 Abs 1 B-VG iVm Art 8 EMRK und § 1 DSGVO an Grundrechtseingriffe stellt, zumal wenn sie – wie hier – strafbewehrt (§ 4 AGV) sind (Art 7 EMRK).<sup>Nennung einer Verfassungsnorm genügt</sup>

Was kann Lutz unternehmen? (7 P, 4 ZP)

- \* Lutz kann die AGV mit Individualantrag nach Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG beim VfGH bekämpfen.
- \* Ein solcher Antrag setzt voraus, dass die AGV unmittelbar in Lutz' Rechte eingreift, was der Fall ist, weil § 2 Abs 1 AGV Lutz zur Erstellung des Kontakttagebuches verpflichtet und § 3 AGV die Behörde zur Verarbeitung, Weitergabe und Verarbeitung seiner Daten ermächtigt.
- \* Diese Eingriffe sind nach Art und Ausmaß ausreichend bestimmt und zudem aktuell, weil sie Lutz jetzt treffen, nicht irgendwann in der Zukunft.
- \* Lutz steht auch kein zumutbarer Umweg zur Verfügung, um seine Normbedenken an den VfGH heranzutragen, weil ihm die Pflicht zur Erstellung des Kontakttagebuches und zur Duldung der Datenverarbeitung gerade nicht durch Bescheid auferlegt wird und weil er auch keine bescheidmäßige Ausnahme von dieser Pflicht erwirken kann. § 2 AGV zu übertreten und ein Strafverfahren nach § 4 AGV zu provozieren, ist Lutz nicht zumutbar.
- + Er kann sich von der Tagebuchpflicht auch nicht befreien, indem er die Passentziehung bekämpft, weil die Vorstellung keine aufschiebende Wirkung hat, die Tagebuchpflicht aber sofort greift. Außerdem wäre im Passentziehungsverfahren die AGV nicht präjudiziell, sodass er seine Normbedenken auf diesem Weg gerade nicht an den VfGH herantragen könnte.
- Die Aktualität des Rechtseingriffs könnte aber im Laufe des Verfahrens vor dem VfGH verloren gehen, weil die AGV am 31.12.2020 außer Kraft tritt, der VfGH vorher aber kaum über sie entscheiden wird:
- + Der VfGH hat zwar gerade Session; sie endet aber noch im Dezember. Dass der VfGH in dieser Session über die GÜV entscheidet, ist schon deshalb unrealistisch, weil er die verordnungserlassende Behörde zuvor anhören muss (§ 58 Abs 2 VfGG).
- Nach seiner langjährigen Judikatur müsste der VfGH den Individualantrag in der Folge zurückweisen, weil die Zulässigkeitsvoraussetzung der Aktualität des Rechtseingriffs nicht nur im Antragszeitpunkt, sondern auch im Entscheidungszeitpunkt vorliegen muss.

- Freilich könnte sich der Verordnungsgeber dann der verfassungsgerichtlichen Kontrolle durch eine gezielte Befristung seiner Verordnungen entziehen, wie das im vorliegenden Fall ja zu geschehen scheint.
- + Rechtsstaatlich ist es daher überzeugender, mit der neueren Rsp des VfGH Art 139 Abs 4 B-VG beim Wort zu nehmen, den Individualantrag auch nach dem Außerkrafttreten der Verordnung als zulässig anzusehen und festzustellen, dass die Verordnung gesetzwidrig war.
- + Für die Zulässigkeit des Antrags spricht zudem, dass die in § 3 Abs 3 AGV erteilte Ermächtigung an die Sicherheitsbehörden, die ermittelten Daten mindestens sechs Monate aufzubewahren, über den 31.12.2020 hinauswirkt.

**3. Sind die gegenüber Elena gesetzten Maßnahmen verfassungskonform, und was soll sie unternehmen, um ihre Freiheit möglichst rasch wiederzuerlangen? (15 P, 7 ZP) = ~ 15%**

*Sind die Maßnahmen verfassungskonform? (8 P, 5 ZP)*

- Die Festnahme und die Anhaltung greifen in Elenas 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).
- \* Festnahme und Anhaltung sind im REG gedeckt: Elena ist nach ihrer Rückreise aus Honduras als Rückkehrerin iSd § 2 REG zu qualifizieren, die nach § 3 REG verpflichtet ist, sich sofort nach ihrer Ankunft im Bundesgebiet einer Sicherheitsevaluierung durch das BVT zu unterziehen und bis zu deren Abschluss in den dafür vorgesehenen Räumlichkeiten zu verbleiben. Das BVT ist gem § 4 REG ermächtigt, diese Pflichten zwangsweise durchzusetzen, womit eine Befugnis zur Freiheitsentziehung einhergeht.
- \* Fraglich ist aber, ob § 3 REG einem Festnahmegrund iSd Art 2 Abs 1 PersFrG dient: In Art 2 Abs 1 Z 2 PersFrG findet § 3 REG keine Deckung, weil das REG auch Personen erfasst, die (wie Elena) nicht einer bestimmten strafbaren Handlung verdächtig sind.
- + Auch eine Beugehaft iSd Art 2 Abs 1 Z 4 PersFrG liegt nicht vor, denn der im REG angeordnete Freiheitsentzug dient nicht bloß dazu, die Mitwirkung an der gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheitsevaluierung zu erzwingen. Die Sicherheitsevaluierung dauert nach dem REG vielmehr an, bis der Rückkehrer seine Ungefährlichkeit bewiesen hat.
- Damit läuft die im REG angeordnete Freiheitsentziehung auf eine Präventivhaft hinaus, die das PersFrG nur bei Personen erlaubt, die aufgrund einer psychischen Krankheit sich oder andere gefährden (Art 2 Abs 1 Z 5). Eine solche Krankheit setzt das REG aber nicht voraus.
- + Art 5 Abs 1 lit c EMRK erlaubt eine Präventivhaft zwar darüber hinaus, um jemanden an der Begehung einer strafbaren Handlung zu hindern; diese Ermächtigung tritt aber nach Art 53 EMRK hinter das – insoweit günstigere – PersFrG zurück.
- Selbst gemessen an dem – nicht im PersFrG gedeckten – Eingriffsziel der Gefahrenabwehr ist der in § 3 f REG angeordnete Freiheitsentzug überschießend, weil er undifferenziert alle Rückkehrer aus einem Gebiet erfasst, für das eine Reisewarnung wegen erhöhter terroristischer Aktivität gilt (§ 2 REG). Unter diesen Rückkehrern können aber auch Personen sein, von denen keinerlei Gefahr ausgeht, man denke etwa an Sebastian, der nur in Honduras ist, um das Unternehmen seines Vater zu führen.
- Das REG gibt der Behörde auch keine Möglichkeit, ungefährliche Rückkehrer von der Freiheitsentziehung auszunehmen, weil es ausnahmslos jede zurückkehrende Person als Rückkehrer qualifiziert (§ 2 REG) und ausnahmslos jeden Rückkehrer einer Sicherheitsevaluierung unterwirft (§ 3 Abs 1 REG).
- Dazu kommt noch ein Gleichheitsproblem: Die konkret für Honduras ausgesprochene Reisewarnung ist selektiv, weil sie nur Honduras erfasst, nicht aber vergleichbare andere Staaten; zugleich ist sie zu undifferenziert, weil sie auch Regionen erfasst, in denen es gar keine terroristische Aktivität gibt. Diese Gleichheitswidrigkeit<sup>(Nennung einer genügt)</sup> schlägt auf das REG durch, das an die Reisewarnung anknüpft.

- + zumal die Reisewarnung ihrerseits nicht bekämpfbar ist, weil sie mangels Normativität weder als Verordnung noch als Bescheid oder AuvBZ zu qualifizieren ist und einfachgesetzlich auch keine Verhaltensbeschwerde nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG eröffnet ist.
- + Zudem sieht das REG entgegen Art 5 Abs 2 PersFrG keine alternativen, gelinderen Sicherungsmittel vor, die anstelle eines Freiheitsentzuges anzuwenden sind.
- \* Auch bleibt völlig unklar, wie ein Rückkehrer seine Ungefährlichkeit beweisen soll, weshalb § 3 Abs 2 REG zu unbestimmt ist;
- + streng genommen stellt § 3 Abs 2 REG für die Freilassung sogar eine unerfüllbare Bedingung auf, weil zwar die Gefährlichkeit einer Person prognostiziert, nicht aber ihre Ungefährlichkeit bewiesen werden kann.

*Was soll Elena unternehmen? (7 P, 2 ZP)*

- \* Dass die Beamten des BVT Elena bei ihrer Ankunft am Flughafen anhalten und in ihr Büro eskortieren, kommt einer Festnahme gleich, die sich in einer Haft fortsetzt, da Elena in streng überwachten Räumlichkeiten festgehalten wird, bis sie ihre Ungefährlichkeit bewiesen hat.
- \* Diese Akte sind mit Maßnahmenbeschwerde (Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG) anfechtbar, und zwar nach § 88 Abs 1 SPG, da die Vollziehung des REG in Ausübung der Sicherheitspolizei (§ 1 REG) erfolgt.
- \* Elena sollte die Beschwerde daher unter Wahrung der Inhalts- und Formerfordernisse (§ 9 VwGVG) umgehend an das LVwG NÖ (die AuvBZ werden in Wien-Schwechat gesetzt) erheben, die direkt beim LVwG einzubringen ist (§ 88 Abs 4 SPG; § 3 Abs 2 Z 2 VwGVG),
- und darin behaupten, dass die Ausübung unmittelbarer sicherheitsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht und sie daher in ihrem Recht auf persönliche Freiheit gem Art 1 Abs 1 PersFrG und auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt.
- \* Elena sollte zudem beantragen, dass das LVwG ihrer Maßnahmenbeschwerde aufschiebende Wirkung zuerkennt (§ 22 Abs 1 VwGVG), was zur Folge hätte, dass Elena (vorläufig) freizulassen wäre.
- Die Voraussetzungen für eine aufschiebende Wirkung liegen vor: Wenngleich von Elena, die aus einem bewaffneten Konflikt nach Österreich zurückkehrt, theoretisch eine Gefahr ausgehen könnte, fehlen konkrete Anhaltspunkte für ein zwingendes öffentliches Interesse an ihrer Inhaftierung. Zugleich wäre ein fort-dauernder Freiheitsentzug für Elena ein unverhältnismäßiger Nachteil, weil gelindere Mittel (zB Überwachungsmaßnahmen) zur Gefahrenabwehr ausreichen,
- + und weil das Gesetz streng genommen eine zeitlich unbefristete Anhaltung anordnet, indem es die Beendigung der Anhaltung von einer unerfüllbaren Bedingung abhängig macht, siehe schon oben.
- Elena sollte in der Maßnahmenbeschwerde zudem anregen, das LVwG möge § 3 f REG gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG beim VfGH anfechten. Folgt das LVwG dieser Anregung und hebt der VfGH das Gesetz als verfassungswidrig auf, müsste das LVwG über Elenas Beschwerde auf Basis der bereinigten Rechtslage (Art 140 Abs 7 B-VG) entscheiden und die Rechtswidrigkeit der Anhaltung feststellen.
- + Die Anfechtung beim VfGH wird die Erledigung der Maßnahmenbeschwerde zwar erheblich verzögern, weil das LVwG sie bis zur Entscheidung des VfGH nicht abschließen kann (§ 62 Abs 3 VfGG). Mit der in Art 6 Abs 1 PersFrG normierten Pflicht, binnen einer Woche zu entscheiden, kommt das LVwG deshalb aber nicht in Konflikt. Diese Entscheidungsfrist besteht nämlich nicht, wenn die Anhaltung vorher endet: Genau das ist der Fall, wenn das LVwG der Maßnahmenbeschwerde aufschiebende Wirkung zuerkennt.

**4. Hätte der BMI nach geltendem Recht erreichen können, dass Elena nicht nach Österreich zurückkehren kann, insbesondere, indem ihr die Staatsbürgerschaft entzogen wird? (7 P, 2 ZP) = ~ 10%**

- \* Als Staatsbürgerin darf Elena nach Art 3 Abs 2 4. ZPEMRK das Recht auf Einreise in ihren Heimatstaat nicht entzogen werden,
- und zwar selbst dann nicht, wenn sie keinen Reisepass mehr hätte (§ 2 Abs 1 PassG), sodass die Entziehung des Reisepasses allein kein taugliches Mittel ist, um das Ziel des BMI zu erreichen.

- Zu prüfen ist aber, ob der BMI Elenas Staatsbürgerschaft entziehen lassen könnte, sodass sie sich als Fremde nicht mehr auf Art 3 Abs 2 4. ZPEMRK und § 2 PassG berufen könnte,
- sondern zur Einreise nach Österreich grundsätzlich ein Visum bräuchte (§ 15 Abs 2 FPG), das mit der Begründung versagt werden könnte, ihr Aufenthalt gefährde die öffentliche Sicherheit (§ 21 Abs 2 Z 7 FPG).
- + Der BMI kann die Entziehung nicht mit Weisung anordnen, weil die Vollziehung des Staatsbürgerschaftsrechts in § 39 StbG der LReg übertragen ist, die als oberste Behörde (Art 19 Abs 1 B-VG) keinen Weisungen unterliegt.
- § 35 StbG ermächtigt den BMI aber, die Entziehung der Staatsbürgerschaft bei der LReg zu beantragen.
- \* Als Entziehungstatbestand kommt hier § 33 Abs 2 StbG in Betracht, der erstens voraussetzt, dass ein Staatsbürger freiwillig für eine organisierte bewaffnete Gruppe aktiv an Kampfhandlungen im Ausland im Rahmen eines bewaffneten Konfliktes teilnimmt, was auf Elena wohl zutrifft.
- \* Zweitens verlangt § 33 Abs 2 StbG, dass die betroffene Person durch die Entziehung nicht staatenlos wird: Das wäre bei Elena aber der Fall, da sie – um Österreicherin zu werden – als Kind die spanische Staatsangehörigkeit aufgegeben hat und – um die österreichische Staatsbürgerschaft nicht zu verlieren – als Erwachsene die honduranische Staatsangehörigkeit noch nicht angenommen hat. (Das könnte sich erst ändern, wenn Elenas Rechtsmittel gegen den abweisenden Bescheid erfolgreich wäre, wovon der Sachverhalt aber nichts erwähnt).
- + Anderes gilt nach § 32 StbG nur, wenn jemand in den Militärdienst eines fremden Staates eintritt. Das ist bei Elena aber nicht der Fall, weil sie sich einer zivilen Widerstandsgruppe angeschlossen hat.

### **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 38) 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: 99 Punkte (90 ohne Aufbau, Klarheit, Stringenz), 39 Zusatzpunkte

ab 38 P: Genügend, ab 50 P: Befriedigend, ab 68 P: Gut, ab 80 P: Sehr gut

**Hinweis:** Die Rechtsvorschriften im Anhang des Falles entsprechen nicht zur Gänze den Originalvorschriften; sie wurden teils sprachlich vereinfacht, um die Lösung des Falles zu erleichtern. AGV und REG sind frei erfunden.