

Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek

Univ.-Prof. Dr. Michael Lang

Linde

Das Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofs (Art 144a B-VG)

*Magdalena Pöschl**

I. Die (neue) Ordnung der Dinge

1. Zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit
2. Gesetzes- oder Urteilsbeschwerde?
3. AsylGH
 - 3.1 Entscheidung konkreter Asylsachen
 - 3.2 Grundsatzentscheidung
 - 3.3 Beschwerde an den VfGH
 - 3.4 Zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit oder Urteilsbeschwerde?

II. Das Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des AsylGH nach Art 144a B-VG

1. Maßgebliche Rechtsnormen
2. Beschwerdegegenstand
3. Beschwerdelegitimation
4. Parteien des Beschwerdeverfahrens
5. Prüfungsmaßstab
 - 5.1 Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter
 - 5.2 Sonstige verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte
 - 5.3 Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm

III. Resümee

* Der vorliegende Beitrag wurde im Jänner 2009 abgeschlossen.

Die seit vielen Jahren diskutierte Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit schien im Herbst 2007 in greifbarer Nähe: Nachdem die Expertengruppe für Staats- und Verwaltungsreform einen entsprechenden Entwurf vorgelegt¹ und das Bundeskanzleramt hierüber ein Begutachtungsverfahren eingeleitet hatte, sah es so aus, als könnte dieses Vorhaben tatsächlich realisiert werden. Doch finden angesagte Reformen oft nicht statt: Schon im Dezember desselben Jahres wurde eine B-VG-Novelle beschlossen,² die die Vorschläge der Expertengruppe in diesem Punkt nicht übernahm. Stattdessen wurde der Rechtsschutz im Asylwesen einer einschneidenden Reform unterzogen, die nicht nur alle gut eingeführten Instrumente unseres Rechtsschutzsystems konfundiert, sondern auch dem VfGH eine zusätzliche Kompetenz beschert hat. Zum besseren Verständnis dieser neuen Ordnung der Dinge empfiehlt sich ein kurzer Rückblick.

I. Die (neue) Ordnung der Dinge

1. Zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Expertengruppe hat in ihrem Entwurf eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem sogenannten „9+1-Modell“ vorgeschlagen, also die Schaffung von neun Verwaltungsgerichten der Länder und eines Verwaltungsgerichtes des Bundes.³ Flankierend dazu sollten Sonderbehörden mit gerichtsähnlicher Stellung wie UVS, UBAS, Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag uam aufgelöst werden.⁴ Gegen Bescheide bzw Maßnahmen der dann noch verbleibenden Verwaltungsbehörden sollte das erstinstanzliche Verwaltungsgericht des Landes bzw Bundes angerufen werden können⁵ und nach ihm der VwGH und der VfGH.⁶

¹ Vgl Art 129 ff B-VG idF des Entwurfes der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform im Bundeskanzleramt, in Begutachtung gegeben als 94/ME 23. GP am 23. 7. 2007, im Folgenden kurz: Entwurf Expertengruppe, s zu diesem näher und mwN *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008).

² BGBl I 2008/2.

³ Vgl Art 129 ff B-VG Entwurf Expertengruppe.

⁴ Art 151 Abs 37 Z 4 B-VG Entwurf Expertengruppe; näher *Damjanovic*, Weisungsfreie Behörden: der Vorschlag für eine Neufassung des Art 20 Abs 2 B-VG, JRP 2007, 222 ff; *Kopetz*, Abschaffung aller „Sonderbehörden“, JRP 2007, 239 ff.

⁵ Art 130 Abs 1 Z 1 und 2 sowie Art 131 B-VG Entwurf Expertengruppe.

⁶ S für den VfGH Art 144 B-VG Entwurf Expertengruppe. Dass gegen Entscheidungen des Verwaltungsgerichts erster Instanz auch Beschwerde an den VwGH erhoben werden kann, ist im Entwurf der Expertengruppe zwar nicht explizit vorgesehen, aber wohl vorausgesetzt, wenn Art 132 die Beschwerdelegitimation für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten regelt und Art 133 festlegt, unter welchen Voraussetzungen der VwGH an ihn erhobene Beschwerden ablehnen (Variante 1) bzw zulassen (Variante 2) kann; s auch schon *Jablonec*, Die Rolle des Verwaltungsgerichtshofes im neuen System, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 15 (21 f).

Die Aufgaben zwischen diesen beiden Gerichtshöfen waren nach dem Entwurf dabei so verteilt wie bisher: Der VfGH prüft die Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten und in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm, der VwGH die Verletzung in einfachgesetzlich gewährleisteten Rechten.⁷ Beide Gerichtshöfe waren nach dem Entwurf auch weiterhin ermächtigt, die Behandlung von Beschwerden unter bestimmten Voraussetzungen abzulehnen.⁸ Neben diesem Ablehnungsmodell stellte der Entwurf für den VwGH – und nur für ihn – auch noch ein Revisionsmodell zur Diskussion: Danach wäre der VwGH nur anrufbar, wenn das erstinstanzliche Verwaltungsgericht eine Revision an ihn zulässt; im Fall der Nichtzulassung der Revision sollte nach diesem Modell aber auch eine außerordentliche Revision an den VwGH möglich sein.⁹

2. Gesetzes- oder Urteilsbeschwerde?

Noch ein zweiter Punkt stand bei der Rechtsschutzreform zur Debatte – die Frage, in welcher *Reihenfolge* VfGH und VwGH angerufen werden können. Nach dem Expertenentwurf sollte hier alles beim Alten bleiben, der VfGH also zuerst anrufbar sein; für den Fall, dass seine „Grobprüfung“ nicht zur Aufhebung des Bescheides führte, sollte die Beschwerde dem VwGH zur „Feinprüfung“ abgetreten werden können.¹⁰ Ergänzend zum bestehenden Rechtsschutzsystem und dieses gleichsam vertiefend sah der Expertenentwurf aber zusätzlich eine sog. „Gesetzesbeschwerde“ vor: Mit ihr sollte die Partei eines letztinstanzlichen Gerichtes, die bei diesem vergeblich einen Normprüfungsantrag an den VfGH angeregt hatte, die ihr bedenklich erscheinende Norm zumindest nachträglich beim VfGH anfechten können.¹¹

Auch dazu sind freilich Alternativen denkbar. So wurde schon im Österreich-Konvent diskutiert, ob es nicht besser wäre, unmittelbar gegen Entscheidungen des VwGH (und auch des OGH) eine Beschwerde an den VfGH mit der Behauptung zuzulassen, diese Entscheidung verletze den Beschwerdeführer in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm.¹² Der Rechtsunterworfenen, der beim VwGH oder OGH vergeblich eine Normprüfung angeregt hat, könnte sich zwar auch auf diese Weise im Nachhinein an den VfGH wenden. Die Einwände gegen eine solche Urteilsbeschwerde lagen

⁷ Art 133 Abs 1 Z 1 und Art 144 Abs 1 B-VG Entwurf Expertengruppe.

⁸ Art 133 Abs 2 Variante 1 und Art 144 Abs 2 B-VG Entwurf Expertengruppe.

⁹ Art 133 Abs 2 Variante 2 B-VG Entwurf Expertengruppe.

¹⁰ Art 144 Abs 3 B-VG Entwurf Expertengruppe.

¹¹ Art 139 Abs 1 Z 2, 140 Abs 1 Z 2 B-VG Entwurf Expertengruppe.

¹² S zu dieser Diskussion mwN *Jablonec*, Die Gesetzesbeschwerde, in FS Machacek/Matscher (2008) 219 (222 f); *ders.*, Die österreichischen Höchstgerichte und deren Verhältnis zueinander, JRP 2008, 4 ff.

freilich auf der Hand: Der VfGH würde durch sie zu einem „Supergericht“, das die Entscheidungen der beiden anderen Gerichte in allen Einzelheiten kontrolliert – ein Modell, das nicht nur mit dem bestehenden Rechtssystem bricht, sondern auch erhebliche Reibungsverluste zu produzieren droht.¹³ Um diesen Effekt zu entschärfen, wurden verschiedene Vorschläge unterbreitet; besonders interessant ist im vorliegenden Kontext ein von *Schnizer* und *Stoisits* verfasster Entwurf, nach dem der VfGH bei einer Urteilsbeschwerde die Gesetzesauslegung des VwGH bzw OGH als solche akzeptieren muss – mit der Konsequenz, dass er die Entscheidung dieser beiden Höchstgerichte nicht als verfassungswidrig verwerfen, sondern nur prüfen darf, ob das Gesetz in der vom VwGH oder OGH zugrunde gelegten Deutung verfassungskonform ist.¹⁴ Dieser Vorschlag wurde zwar aus verschiedenen Gründen nicht weiterverfolgt,¹⁵ und er findet wie die Urteilsbeschwerde als solche, die im Konvent mehrheitlich aufgegeben wurde,¹⁶ auch im Entwurf der Exper-

¹³ Vgl zB *Holzinger*, Subsidiäre Verfassungsbeschwerde und neue Instrumente des Rechtsschutzes im Lichte des Österreich-Konvents, in BMI (Hrsg), Terror – Prävention – Rechtsschutz (2005) 103 (110); *Jabloner*, JRP 2008, 5 ff; *Mayer*, Die österreichischen Höchstgerichte und deren Verhältnis zueinander, JRP 2008, 11; sowie aus deutscher Erfahrung *Jestaedt*, Gleichordnung der Grenzgerichte oder Überordnung des Verfassungsgerichts, JRP 2008, 17; s aber auch *Grabenwarter*, Die österreichischen Höchstgerichte und deren Verhältnis zueinander, JRP 2008, 13.

¹⁴ Vgl Art 144 B-VG idF der von *Schnizer/Stoisits* im Ausschuss 9 eingebrachten „Textvorschläge zur Einführung einer ‚Verfassungsbeschwerde‘ und zur Erweiterung der Anfechtungslegitimation“ (606/AVORL-K, 2): „Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen Entscheidungen von Gerichten, soweit der Beschwerdeführer durch die Entscheidung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Die Beschwerde kann erst nach Erschöpfung des Instanzenzuges erhoben werden, wobei die Ergreifung außerordentlicher Rechtsbehelfe nicht erforderlich ist. *Der Verfassungsgerichtshof hat bei seiner Entscheidung den Inhalt der Rechtsvorschriften zu Grunde zu legen, den das Gericht angenommen hat*“ (Hervorhebungen nicht im Original) sowie die Anmerkungen dazu (606/AVORL-K, 3): „Mit der vorgeschlagenen Verpflichtung des Verfassungsgerichtshofes, seiner Entscheidung jenen Inhalt der angewendeten Rechtsvorschriften zu Grunde zu legen, den das Gericht angenommen hat, soll bundesverfassungsgesetzlich klargestellt werden, dass in aller Regel dem Obersten Gerichtshof bzw. dem Verwaltungsgerichtshof – und nicht dem Verfassungsgerichtshof – die Befugnis zukommt, letzt verbindlich über den normativen Gehalt der vom Verfassungsgerichtshof zu prüfenden unterverfassungsgesetzlichen Rechtsvorschriften zu entscheiden.“

¹⁵ Vgl dazu die Diskussion in der 17. Sitzung des Ausschusses 9 vom 23. 9. 2004, 17/P-REG-K, 10, sowie die anschließend von *Schnizer/Stoisits* eingebrachte überarbeitete Version der „Textvorschläge zur Einführung einer ‚Verfassungsbeschwerde‘ und zur Erweiterung der Anfechtungslegitimation“, 621/AVORL-K, in der die Anordnung, der VfGH habe seiner Prüfung den Inhalt der Rechtsvorschriften zu Grunde zu legen, den das Gericht angenommen hat, gestrichen wurde.

¹⁶ S nur den abschließenden Bericht des Ausschusses 9 des Österreich-Konvents, 19/AUB-K, 27.

tengruppe keinen Niederschlag.¹⁷ Wie sich noch zeigen wird,¹⁸ hat er sich aber in veränderter Form am Ende doch Geltung verschafft.

3. AsylGH

3.1 Entscheidung konkreter Asylsachen

Der Entwurf der Expertengruppe wurde schließlich mit dem geschilderten Inhalt in Begutachtung geschickt. Die zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit stieß dabei jedoch nicht auf ungeteilte Zustimmung; vor allem das Lob der Länder war so verhalten, dass man noch politischen Handlungsbedarf sah. Die in der Folge angefertigte Regierungsvorlage¹⁹ zur B-VG-Novelle 2008²⁰ übernahm daher zwar vieles vom Expertenentwurf, verzichtete aber vorerst auf die Einrichtung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Als eine Art „Eilzug“ wurde dafür – und zwar ohne Durchführung eines Begutachtungsverfahrens – der Asylgerichtshof (AsylGH) auf den Weg geschickt, der mit 1. Juli 2008 an die Stelle des UBAS getreten ist (Art 151 Abs 39 Z 1 B-VG). Wie dieser ist auch der AsylGH nach Art 129c B-VG dazu berufen, in Asylsachen²¹ nach Erschöpfung des Instanzenzuges über Bescheide der Verwaltungsbehörden (Z 1) und über Säumnisbeschwerden zu entscheiden (Z 2).

3.2 Grundsatzentscheidung

Abweichend von dem Konzept, das die Expertengruppe für eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgesehen hatte, sind Entscheidungen des AsylGH nur mehr beim VfGH anfechtbar (Art 144a B-VG), nicht mehr hingegen beim VwGH, und zwar weder für den Asylwerber noch für den Bundesminister für Inneres (BMI).²² Der VwGH soll in das Verfahren vor dem

¹⁷ Im Regierungsprogramm zur 23. GP war allerdings – flankierend zur Einführung erstinstanzlicher Verwaltungsgerichte – im Verhältnis zwischen VwGH und VfGH eine Umkehrung der Sukzessivbeschwerde vorgesehen: Entscheidungen erstinstanzlicher Verwaltungsgerichte sollten demnach zuerst beim VwGH angefochten werden können, und erst nach der Entscheidung des VwGH sollte der VfGH anrufbar sein. Das läuft im Ergebnis auch auf eine Urteilsbeschwerde gegen Entscheidungen des VwGH hinaus, s dazu *Jabloner*, JRP 2008, 4.

¹⁸ I.3.3.

¹⁹ RV 314 BlgNR 23. GP.

²⁰ BGBl I 2008/2.

²¹ Der Begriff „Asylsachen“ in Art 129c Z 1 B-VG hat nach Ansicht des VfGH 7. 11. 2008, U 48/08, dieselbe Bedeutung wie der gleichlautende Begriff in der früheren Fassung des Art 129c B-VG betreffend die Zuständigkeit des UBAS. Zu alternativen Deutungsmöglichkeiten s *Wiederin*, Der gerichtliche Rechtsschutz in Asylsachen, *migraLex* 2008, 6 f; *Muzak* in *Muzak/Rohrböck*, Der Asylgerichtshof (2008) 30 ff.

²² Entscheidungen des AsylGH sind keine Bescheide; daher kommt eine Beschwerde an den VwGH nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG nicht in Betracht. Das Fehlen einer solchen Beschwerdemöglichkeit stellt keine Gesamtänderung der Bundesverfassung dar: VfGH 7. 11. 2008, U 48/08; 3. 12. 2008, U 131/08.

AsylGH nun nur mehr von Amts wegen eingebunden werden: Stellt sich dem AsylGH in einem solchen Verfahren eine Rechtsfrage,²³ die in einer erheblichen Zahl anhängiger oder in naher Zukunft zu erwartender Verfahren auftritt oder der grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil von der bisherigen Rechtsprechung des VwGH abgewichen würde, weil eine solche Rechtsprechung fehlt oder weil sie die zu lösende Rechtsfrage uneinheitlich beantwortet, so hat darüber auf Antrag des jeweils zuständigen Spruchkörpers des AsylGH ein verstärkter Senat, der sog. „Kammersenat“, in einer Grundsatzentscheidung abzusprechen.²⁴ Die Erlassung einer solchen Grundsatzentscheidung kann ferner der BMI beantragen, und zwar aus Anlass einer Entscheidung des AsylGH, aber ohne Auswirkungen auf den entschiedenen Anlassfall.²⁵ Anträge aus der Mitte des AsylGH hat der Kammersenat abzulehnen, wenn seiner Ansicht nach eine Rechtsfrage der beschriebenen Art nicht vorliegt.²⁶ Auf Antrag des BMI muss der Kammersenat hingegen jedenfalls eine Grundsatzentscheidung treffen,²⁷ also auch dann, wenn er die materiellen Voraussetzungen dafür nicht als gegeben ansieht.²⁸

²³ Zum Begriff der „Rechtsfrage“, die sich in einem Asylverfahren stellen muss, näher *Wiederin*, *migraLex* 2008, 8 f; *Müller*, Das Verfahren über Grundsatzentscheidungen im Asylrecht, *ÖJZ* 2008, 509 (510); *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 54 ff.

²⁴ Art 129e Abs 1 Satz 2 B-VG; § 42 Abs 1 AsylG 2005. Einzelrichter bzw. Senat sind bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zur Antragstellung verpflichtet, s. schon *Wiederin*, *migraLex* 2008, 10; *Müller*, *ÖJZ* 2008, 510; *Rohrböck* in *Muzak/Rohrböck* 180; aA *Balthasar*, Anmerkungen zum Instanzenzug in Asylsachen – 1. Teil, *migraLex* 2008, 62 FN 26, der die Antragstellung dem „(pflichtgemäße[n]) Ermessen“ des AsylGH überlassen will. Leitlinie dieses Ermessens sei das Ziel der Grundsatzentscheidung, „möglichst früh Rechtsklarheit zu erlangen“; dies habe der antragsberechtigte Spruchkörper des AsylGH mitzubedenken, zumal wenn die Einleitung eines Grundsatzentscheidungsverfahrens „zu Lasten schleuniger Entscheidung des konkreten Einzelfalles ginge und damit in Rechte des konkreten Asylwerbers [...] eingriffe“. Grundsatzentscheidungsverfahren verzögern die Entscheidung des konkreten Anlassfalles freilich immer; folgte man *Balthasar*, müsste der jeweils zuständige Spruchkörper also nie eine Grundsatzentscheidung beantragen. Ob ein Einzelrichter oder Senat eine solche Entscheidung – sofern die Antragsvoraussetzungen vorliegen – beantragt oder nicht, läge dann in Wahrheit nicht in seinem pflichtgemäßen, sondern in seinem völlig freien Ermessen – ein Ergebnis, das der Verfassungsgesetzgeber wohl nicht ernstlich beabsichtigt haben kann.

²⁵ Art 129e Abs 1 letzter Satz B-VG; § 42 Abs 3 AsylG 2005; s. dazu auch noch unten II.3. bei FN 80.

²⁶ § 42 Abs 2 AsylG 2005.

²⁷ Art 129e Abs 1 letzter Satz B-VG, wonach auf Antrag des BMI eine Grundsatzentscheidung zu treffen „ist“. Merkwürdigerweise ist diese Entscheidungszuständigkeit des AsylGH in der allgemeinen Zuständigkeitsbestimmung des Art 129c B-VG nicht erwähnt: Diese beruft den AsylGH nur zur Entscheidung über Bescheide der Verwaltungsbehörden in Asylsachen (Z 1) und über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht in Asylsachen (Z 2). Art 129e Abs 1 letzter Satz B-VG muss daher wohl als fugitive Zuständigkeitsnorm gedeutet werden, s. schon *Wiederin*, *migraLex* 2008, 9.

²⁸ § 42 Abs 3 AsylG 2005 sieht zwar vor, dass der Kammersenat eine Grundsatzentscheidung zu treffen hat, „wenn dies der Bundesminister für Inneres aus Anlass einer Entscheidung des Asylgerichtshofes aus den Gründen des Abs. 1 beantragt“ (Hervorhebungen nicht im

Einmal erlassene Grundsatzentscheidungen hat der AsylGH nach Art 132a Abs 2 B-VG dem VwGH vorzulegen.²⁹ Dieser ist nach § 73 VwGG dazu ermächtigt, „[u]nzulässige Vorlagen“ zurückzuweisen,³⁰ was keinen rechten Sinn ergibt; denn eine Vorlage, die durch die eine Vorschrift geboten ist, kann schwerlich zugleich nach einer anderen Vorschrift unzulässig sein.³¹ Gemeint ist wohl, dass der VwGH den (der Vorlage immanenten) Antrag³² zurückzuweisen hat, über eine Grundsatzentscheidung abzusprechen, die zu erlassen der Kammer Senat mangels der materiellen Voraussetzungen bereits nach § 42 Abs 2 AsylG 2005 hätte ablehnen müssen. Soweit der VwGH einen solchen Antrag nicht zurückweist, hat er über die ihm vorgelegte Grundsatzentscheidung immer in der Sache selbst abzusprechen;³³ er ist dabei berechtigt, seine Anschauung sowohl im Spruch als auch in der Begründung an die Stelle jener des AsylGH zu setzen und die Grundsatzent-

Original). Nach § 42 Abs 2 und 4 AsylG 2005 kann der Kammer Senat aber die Erlassung nur solcher Grundsatzentscheidungen ablehnen, die ein Einzelrichter bzw Senat des AsylGH beantragt. In diesem Sinn stellen auch die Erl zur RV 314 BlgNR 23. GP 12 klar: „Gemäß Art. 129e Abs. 1 letzter Satz soll auf Antrag des Bundesministers für Inneres eine Grundsatzentscheidung verpflichtend zu treffen sein“; s auch *Wiederin*, *migraLex* 2008, 10, nach dem „für den AsylGH all das eine Grundsatzfrage zu sein hat, was der BMI für eine solche hält“; ebenso *Kolonovits*, *Neuer Asylgerichtshof in Österreich – Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Aspekte der Neuregelung des Rechtsschutzes in Asylsachen*, in *Hilpold/Perathoner* (Hrsg), *Immigration und Integration* (in Druck); *Faber/Frank*, *Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes – das Beschwerdeverfahren nach Art 144a B-VG*, *JB1* 2008, 477 (486); *Feik/Klaushofer*, *Die Einrichtung eines Asylgerichtshofes*, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 2008 (2008) 133 [142]; aA *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 62 ff, der fehlerhafte Anträge des BMI als absolut nichtig ansieht.

²⁹ Die Vorlagepflicht besteht nach Art 132a Abs 2 B-VG schlechthin für „Grundsatzentscheidungen des Asylgerichtshofes“ bzw nach § 42 Abs 5 AsylG 2005 für „Grundsatzentscheidungen der Kammer Senat“, also auch für solche, die auf Antrag des BMI gefällt worden sind. Dass Art 132a Abs 1 B-VG den VwGH dazu beruft, „über Grundsatzentscheidungen des Asylgerichtshofes nach Art 129e Abs 1 2. Satz“ zu erkennen, lässt nicht den Schluss zu, der VwGH habe über Grundsatzentscheidungen, die nach Art 129e Abs 1 letzter Satz vom BMI beantragt worden sind, nicht zu befinden; s auch *Wiederin*, *migraLex* 2008, 10 FN 41.

³⁰ Als Anwendungsfall einer solchen Zurückweisung nennen die Materialien die Vorlage einer Grundsatzentscheidung, die eine Rechtsfrage zum Gegenstand hat, die bereits durch Grundsatzentscheidung beantwortet ist: AB 371 BlgNR 23. GP 15.

³¹ S schon *Wiederin*, *migraLex* 2008, 10 sowie noch unten im Text vor FN 39.

³² Mag auch das VwGG nur von einer „Vorlage“ sprechen, s dazu *Müller*, *ÖJZ* 2008, 511.

³³ Art 132a Abs 2 Satz 2 B-VG bestimmt insofern überschießend: „Der Verwaltungsgerichtshof hat immer in der Sache selbst zu entscheiden.“ Wie der zugleich beschlossene § 73 VwGG zeigt, ist das apodiktische „immer“ in Art 132a Abs 2 Satz 2 B-VG vorbehaltlich der Zulässigkeit der Vorlage zu verstehen. Dementsprechend verfügt dann auch § 76 Abs 1 Satz 1 VwGG: „Der Verwaltungsgerichtshof hat über eine Grundsatzentscheidung – sofern die Vorlage nicht als unzulässig zurückzuweisen ist – immer in der Sache selbst zu entscheiden.“

scheidung nach jeder Richtung abzuändern.³⁴ Eine Bestätigung der Grundsatzentscheidung kann auch stillschweigend geschehen: Entscheidet der VwGH nicht innerhalb von sechs Monaten nach der Vorlage, so „gilt“ die Grundsatzentscheidung des AsylGH als bestätigt.³⁵

Sobald der VwGH über die Grundsatzentscheidung (ausdrücklich oder stillschweigend) entschieden hat, wird sie nach Art 132a Abs 1 letzter Satz B-VG „für alle Fälle verbindlich, in denen die mit ihnen beantwortete Rechtsfrage zu lösen ist“.³⁶ Diese Verbindlichkeit besteht, wie die Materialien klarstellen, nicht nur für den Anlassfall, sondern für *alle* Fälle, also selbst für solche, die beim VfGH anhängig sind.³⁷ Bis zur Entscheidung des VwGH kommt der Grundsatzentscheidung hingegen keine Außenwirkung zu; sie ist bloß eine Art „Entscheidungsentwurf“ bzw ein Antrag des AsylGH, eine Rechtsfrage in bestimmtem Sinn zu entscheiden.³⁸ Deshalb muss der VwGH eine Grundsatzentscheidung, die der AsylGH ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen erlassen hat, mE auch nicht aufheben. Es genügt, dass er die Vorlage nach § 73 VwGG zurückweist; denn diese

³⁴ § 76 Abs 1 VwGG.

³⁵ Art 132a Abs 2 B-VG; § 76 Abs 2 VwGG. Nach Art 132a Abs 2 B-VG kann einfachgesetzlich eine Hemmung oder Unterbrechung der Sechsmonatsfrist vorgesehen werden; dementsprechend sind nach § 76 Abs 3 VwGG in die Entscheidungsfrist die Zeiten eines Normprüfungsverfahrens vor dem VfGH, eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH und die Zeit, die dem AsylGH nach § 74 Abs 2 VwGG für notwendige Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens eingeräumt worden ist, nicht einzurechnen.

³⁶ Wörtlich gleichlautend § 76 Abs 4 VwGG.

³⁷ Vgl RV 314 BlgNR 23. GP 12: „Grundsatzentscheidungen des Asylgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes sind für *alle* Fälle – also nicht nur für den Anlassfall (bzw die Anlassfälle) – verbindlich, in denen die mit ihnen beantwortete Rechtsfrage zu lösen ist (unabhängig davon, ob diese Fälle beim Bundesasylamt, beim Asylgerichtshof, beim Verwaltungsgerichtshof oder beim Verfassungsgerichtshof anhängig sind)“ (Hervorhebung im Original). AA, ohne auf die Materialien einzugehen, *Hesse*, Anmerkungen zum Asylgerichtshof aus der Sicht des Kabinetts des Bundeskanzlers, *migraLex* 2008, 5, nach dem die Grundsatzentscheidung „wie jede Leitentscheidung eines Gerichtes, nur das Gericht selbst und den ihm untergeordneten AGH“ binde. Anders auch *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 71 ff, der die Wendung „alle Fälle“ in Art 132a Abs 2 B-VG bloß auf die beim AsylGH anhängigen Fälle bezieht, dies in der Annahme, eine Bindung des VfGH an die Grundsatzentscheidung würde gegen das rechtsstaatliche Prinzip verstoßen, s dazu unten II.5.3.

³⁸ Dementsprechend wird die Verbindlichkeit der Grundsatzentscheidung auch nicht in Art 129e B-VG geregelt, sondern in Art 132a Abs 1 B-VG, und auch dort erst, *nachdem* Satz 2 die Pflicht des VwGH statuiert, immer in der Sache selbst zu entscheiden, und Satz 3 festgelegt hat, dass eine Grundsatzentscheidung als vom VwGH bestätigt gilt, wenn dieser binnen sechs Monaten nicht entscheidet. Die systematische Stellung des vierten Satzes lässt wohl den Schluss zu, dass nur Grundsatzentscheidungen allgemein verbindlich sind, über die der VwGH ausdrücklich oder stillschweigend abgesprochen hat. Das bestätigt auch die Erl zur RV 314 BlgNR 23. GP 4, wonach eine Grundsatzentscheidung des AsylGH, über die der VwGH nicht innerhalb von sechs Monaten entschieden hat, „als bestätigt [gilt] und [...] damit für alle anhängigen und künftigen Fälle verbindlich [ist]“ (Hervorhebungen nicht im Original).

(prozessuale) Entscheidung verhindert, dass die Grundsatzentscheidung des AsylGH nach Art 132a Abs 2 B-VG iVm § 76 Abs 2 VwGG als bestätigt „gilt“ und damit allgemein verbindlich wird.³⁹

Grundsatzentscheidungen werden also in einem mehrstufigen Prozess erlassen, der – für sich genommen bekannte – Elemente der gerichtlichen Entscheidungsfindung und des Rechtsschutzes in ungewohnter Weise miteinander kombiniert: Die *materiellen Voraussetzungen* der Grundsatzentscheidung lehnen sich an zwei verschiedene Instrumente des geltenden Rechts an; dementsprechend unterschiedlich sind auch die Funktionen, die sie jeweils erfüllen. Soweit dem AsylGH zum einen die Erlassung und Vorlage einer Grundsatzentscheidung geboten ist, wenn er von der Rechtsprechung des VwGH abweichen will, wenn eine solche Rechtsprechung fehlt oder sie eine Rechtsfrage uneinheitlich beantwortet, knüpft Art 129e Abs 1 B-VG an die Voraussetzungen an, unter denen der VwGH bisher eine Beschwerde in Asylsachen nicht ablehnen durfte (und jenseits des Asylrechts auch weiterhin nicht ablehnen darf).⁴⁰ Die Grundsatzentscheidung soll hier offenbar den Wegfall der Beschwerde an den VwGH ein Stück weit ausgleichen und diesen Gerichtshof – im Sinne einer Qualitätssicherung – in Asylsachen zumindest in die Klärung besonders bedeutsamer Rechtsfragen einbinden. Soweit der AsylGH zum anderen Grundsatzentscheidungen über Rechtsfragen erlassen muss, die in einer erheblichen Zahl von Fällen auftreten, nimmt sich Art 129e Abs 1 B-VG ein Vorbild an der Regelung des § 38a VwGG betreffend Massenverfahren.⁴¹ Insoweit erfüllen Grundsatzentscheidungen anscheinend die verfahrensökonomische Funktion, drohende Massenverfahren abzuwehren oder ihren Abschluss immerhin zu beschleunigen.

In *formaler* Hinsicht ist bemerkenswert, dass die Grundsatzentscheidung durch das Zusammenwirken zweier Gerichte entsteht:⁴² Den ersten Schritt setzt der AsylGH durch die Fällung und anschließende Vorlage der Grundsatzentscheidung an den VwGH; den zweiten Schritt setzt der VwGH, indem

³⁹ So betrachtet dürfte die Zurückweisung der Vorlage, anders, als es zunächst aussieht (s dazu *Wiederin*, *migraLex* 2008, 10; *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 65 f; *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner*), doch ihr Ziel erreichen.

⁴⁰ Art 131 Abs 3 B-VG, § 33a VwGG; näher *Wiederin*, *migraLex* 2008, 8; *Müller*, *ÖJZ* 2008, 510; *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner*.

⁴¹ S auch *Wiederin*, *migraLex* 2008, 8; *Müller*, *ÖJZ* 2008, 13; *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 58 f; *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner*; *Faber/Frank*, *JB1* 2008, 486 FN 76 sowie (zum Verhältnis zwischen dem – dem § 38a VwGG nachgebildeten – § 86a VfGG und Grundsatzentscheidungsverfahren) 487 f. Eine gewisse Ähnlichkeit besteht schließlich auch zwischen Grundsatzentscheidung und der (früheren) Leitentscheidung des § 42 AsylG 2005 idF vor der Novelle BGBl I 2008/4; allerdings war diese Entscheidung nicht auf die Klärung reiner Rechtsfragen beschränkt.

⁴² S in diesem Punkt auch *Müller*, *ÖJZ* 2008, 509, der eine „Mitentscheidungskompetenz“ des VwGH annimmt, sowie das Erkenntnis des VfGH 7. 11. 2008, U 48/08, das von einem „Zusammenwirken richterlicher Organe zur Klärung näher bestimmter Rechtsfragen“ spricht.

er über diese Grundsatzentscheidung (ausdrücklich oder stillschweigend) erkennt. Dass der AsylGH hier dem VfGH eine Rechtsfrage vorzulegen hat, erinnert in gewisser Weise an das schon früher zur Diskussion gestellte Revisionsmodell, in dem auch das *Untergeicht* entscheidet, mit welchen Fällen das übergeordnete Gericht befasst wird.⁴³ Das hier geschaffene Modell geht allerdings noch weiter: Erstens wird dem VfGH – anders als bei der Revision – nicht ein konkreter Rechtsfall vorgelegt, sondern nur eine abstrakte Rechtsfrage, die sich in einem beim AsylGH anhängigen Verfahren stellt. Zweitens erfolgt diese Vorlage – neuerlich anders als bei der Revision – nicht auf Antrag einer Partei, sondern unabhängig vom Willen der Parteien in jedem Fall von Amts wegen durch den AsylGH selbst. Insofern weist dieses Modell auch starke Parallelen zur Vorlage eines Gerichts iSd Art 234 EGV an den EuGH auf.

In ihrer *Wirkung* ähnelt die Grundsatzentscheidung schließlich einer Kompetenzfeststellung des VfGH (Art 138 Abs 2 B-VG): Hier wie dort stellt ein Gericht den Inhalt einer Norm nach Art einer authentischen Interpretation fest. Und wie die Kompetenzfeststellung wird auch die Grundsatzentscheidung allgemein verbindlich,⁴⁴ allerdings erst, wenn der VfGH über sie (ausdrücklich oder stillschweigend) abgesprochen hat.

3.3 Beschwerde an den VfGH

Beim VfGH kann zwar eine konkrete Entscheidung des AsylGH, die auf einer solchen Grundsatzentscheidung beruht, nach Art 144a Abs 1 B-VG angefochten werden; dies aber, wie die Materialien ausdrücklich betonen, *nicht* mit der Begründung, die angewendete Grundsatzentscheidung sei denkmöglich bzw unterstelle dem Gesetz einen verfassungswidrigen Inhalt.⁴⁵ Auch das ist ein aus der Reformdiskussion bekanntes Element – es erinnert an den im Konvent unternommenen Versuch, die Urteilsbeschwerde zu „retten“, und heißt im Klartext: Der VfGH hat seiner Beurteilung das Gesetz genau in der Deutung zugrunde zu legen, die der VfGH diesem Gesetz gegeben hat. Der VfGH erhält so eine Art Deutungshoheit über das Gesetz, was aber wohl nur bedeuten kann: über das einfache Gesetz sowie Verord-

⁴³ Dazu oben I.1. bei FN 9.

⁴⁴ S auch *Wiederin*, *migraLex* 2008, 10, nach dem Grundsatzentscheidungen „die Rechtslage mit Wirkung *erga omnes* konkretisieren“; ebenso *Feik/Klaushofer* in *Lienbacher/Wielinger* 143; s auch *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 68 ff; *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner*; *derselbe*, *migraLex* 2009; s ferner *A. Hauer*, *Gerichtbarkeit des öffentlichen Rechts* (2008) 229, der Grundsatzentscheidungen als „verfassungsrechtlich vorgesehene Rechtsquellen eigener Art“ einstuft.

⁴⁵ S RV 314 BlgNR 23, GP 13: „Im Hinblick auf die Verbindlichkeit von Grundsatzentscheidungen kann eine Entscheidung des Asylgerichtshofes, der eine (rechtskräftige) Grundsatzentscheidung zugrunde liegt, mit der Behauptung, die darin vorgenommene rechtliche Beurteilung sei denkmöglich, beim Verfassungsgerichtshof nicht mehr mit Erfolg angefochten werden“; s auch noch unten II.5.3.

nungen. Dass der VwGH hingegen auch Verfassungsvorschriften mit bindender Wirkung für den VfGH deuten können soll, wollte der Verfassungsgesetzgeber wohl nicht anordnen;⁴⁶ ebenso wenig, dass der VwGH über die Rechtskonformität genereller Normen verbindlich absprechen und damit die Normprüfungskompetenz des VfGH beschränken darf.⁴⁷

Keiner Grundsatzentscheidung zugänglich sind mE auch Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit internationalen oder supranationalen Normen stellen. Denn die Grundsatzentscheidung steht ja auf einer Stufe mit jener Norm, die sie verbindlich auslegt, und hat damit sogar die Kraft, diese Norm zu ändern. Dem Verfassungsgesetzgeber kann aber schwerlich zugesonnen werden, er habe ein nationales Gericht zur verbindlichen Deutung und folglich auch zur Änderung von Normen ermächtigen wollen, die der Staat Österreich selbst gar nicht einseitig ändern kann.⁴⁸

Soweit – wie im Gemeinschaftsrecht – ein eigenes Verfahren zur Klärung von Rechtsfragen besteht, muss der AsylGH dieses Verfahren beschreiten. Die Vorlagepflicht nach Art 234 EGV ist im hier einschlägigen Bereich (Titel IV des EGV) durch Art 68 Abs 1 EGV zwar eingeschränkt;⁴⁹ soweit sie besteht, muss der AsylGH dieser Pflicht jedoch nachkommen und die Entscheidung des EuGH abwarten, ehe er eine Grundsatzentscheidung fällt.⁵⁰ Besteht ein solches Klärungsverfahren nicht, so muss der AsylGH die offene Rechtsfrage (etwa die Deutung einer Vorschrift der GFK) selbst lösen; dies kann aber nicht in Form einer allgemein verbindlichen Grundsatzentscheidung geschehen.

3.4 Zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit oder Urteilsbeschwerde?

Soweit also in groben Zügen das neue Rechtsschutzsystem in Asylsachen und die Herkunft der Elemente, aus dem es sich zusammensetzt; was bleibt, ist die Preisfrage: Was ist das eigentlich? Ist dieses neue Modell der Rest einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit, mit der Besonderheit, dass das erst-

⁴⁶ S auch *Wiederin*, *migraLex* 2008, 9; *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 82; *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner*.

⁴⁷ *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 82; *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner*.

⁴⁸ Das schließt natürlich nicht aus, dass eine Grundsatzentscheidung bei der Auslegung einer innerstaatlichen Norm auch Normen des Völker- oder Gemeinschaftsrechts anwendet; der Inhalt einer völker- oder gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift kann nur nicht die in der Grundsatzentscheidung zu klärende Hauptfrage sein.

⁴⁹ Vgl auch dazu *Wiederin*, *migraLex* 2008, 9; *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 83 ff; *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner*; *Faber*, *Gemeinschaftsrecht im Verfahren nach Art 144 und Art 144a B-VG*, in diesem Band; s auch *Balthasar*, *migraLex* 2008, 65.

⁵⁰ S auch *Müller*, *ÖJZ* 2008, 510. Stellt sich erst im Laufe des Grundsatzentscheidungsverfahrens (gegebenenfalls sogar erst nach der Vorlage an den VwGH, s § 76 Abs 3 VwGG) heraus, dass als Vorfrage für die Erlassung der Grundsatzentscheidung eine vorlagepflichtige Frage des Gemeinschaftsrechts zu klären ist, dann muss eben in diesem Stadium der EuGH befassen (s *Faber* in diesem Band) und auf der Basis der von ihm gefällten Vorabentscheidung eine Grundsatzentscheidung getroffen werden.

instanzliche Verwaltungsgericht – anders als im Expertenentwurf vorgeschlagen – ein fachlich (auf Asylsachen) spezialisiertes Gericht ist, gegen dessen Entscheidungen nicht – wie man erwarten würde – der VwGH angerufen werden kann, sondern nur der VfGH als Sonderverwaltungsgericht?

Oder haben wir es hier mit dem ersten Fall einer Urteilsbeschwerde zu tun,⁵¹ also einer Beschwerde gegen ein Organ, das mit dem VwGH nicht nur den Familiennamen „Gerichtshof“ teilt,⁵² sondern das mit ihm auch sonst auf einer Stufe steht, weil es in Asylsachen an Stelle des VwGH, ansonsten aber wie dieser über Beschwerden gegen verwaltungsbehördliche Bescheide entscheidet? Der VfGH nimmt vielleicht Letzteres an, wenn er Beschwerden gegen Entscheidungen des AsylGH mit „U“ – wie Urteilsbeschwerde – kennzeichnet.

II. Das Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des AsylGH nach Art 144a B-VG

1. Maßgebliche Rechtsnormen

Wie immer man diese Beschwerde zuordnen will, sie ist jedenfalls Neuland, in dem sich viele Fragen stellen – auch deshalb, weil dem Gesetzgeber nach der Schöpfung dieser komplizierten Konstruktion anscheinend die Energie ausgegangen ist: Die organisatorischen Unterschiede zwischen dem UBAS und dem AsylGH muss man, wie *Wiederin* treffend bemerkt hat, „mit der Lupe suchen“.⁵³ Der AsylGH war dem Gesetzgeber auch – anders als VfGH und VwGH – kein eigenes Verfahrensgesetz wert; das Verfahren vor diesem neuen Gericht ist vielmehr verstreut im AsylGHG, im AsylG, im VwGG und im Übrigen im AVG geregelt,⁵⁴ wobei der AsylGH – wie zuvor auch der

⁵¹ S bereits *Jabloner*, Kritisches zur neuen Asylgerichtsbarkeit, *migraLex* 2008, 3; *ders.*, JRP 2008, 7.

⁵² Dass die Bezeichnung „Gerichtshof“ den AsylGH wohl als ein Höchstgericht ausweisen soll, konstatiert schon *Wiederin*, *migraLex* 2008, 8; zweifelnd, ob der AsylGH wirklich als Höchstgericht angesehen werden kann, *Muzak*, *migraLex* 2008, 86.

⁵³ *Wiederin*, *migraLex* 2008, 8; zustimmend *Kolonovits* in *Hilpold/Perathoner*; s auch *Muzak*, *migraLex* 2008, 15, der wesentliche Unterschiede zwischen UBAS und AsylGH bezweifelt.

⁵⁴ Vgl das Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetz, BGBl I 2008/4, mit dem ua ein Bundesgesetz über den Asylgerichtshof (Asylgerichtshofgesetz – AsylGHG) erlassen wurde; nach § 23 AsylGHG ist auf das Verfahren vor dem AsylGH – soweit sich aus dem B-VG, dem AsylG 2005 und dem VwGG nicht anderes ergibt – das AVG mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden, dass an die Stelle des Begriffs „Berufung“ der Begriff „Beschwerde“ tritt. AsylG 2005, VwGG und AVG wurden unter einem mit dem Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetz novelliert. Vgl zum Verfahren vor dem AsylGH näher *Muzak*, *migraLex* 2008, 86 ff; *Rohrböck* in *Muzak/Rohrböck* 147 ff; *Schiffkorn*, Die Entscheidungs- und Kognitionsbefugnis des Asylgerichtshofes: Anwendbarkeit des § 66 AVG im asylgerichtlichen Verfahren? *FABL* 1/2009-I, 5 ff.

UBAS – reformatorisch entscheidet.⁵⁵ Insoweit bleibt also vieles beim Alten.

Für das Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des AsylGH wurde in das B-VG ein neuer Art 144a eingefügt, der den Text des Art 144 B-VG praktisch wörtlich wiederholt, von drei Abweichungen abgesehen: Erstens wird die Beschwerde hier nicht gegen Bescheide einer Verwaltungsbehörde erhoben, sondern gegen „Entscheidungen des Asylgerichtshofes“ (Art 144a Abs 1 B-VG). Zweitens darf der VfGH Beschwerden nicht an den VwGH abtreten – konsequenterweise, kann der VwGH doch von den Parteien überhaupt nicht mehr, also auch nicht über den Umweg des VfGH angerufen werden. Ungeachtet der Unzuständigkeit des VwGH darf der VfGH drittens Beschwerden ablehnen, die keine hinreichende Aussicht auf Erfolg haben oder von deren Entscheidung (ungeachtet bestehender Erfolgsaussichten) die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist (Art 144a Abs 2 B-VG) – eine Ermächtigung, die bei *Bescheid*beschwerden nicht besteht: Ihre Behandlung darf der VfGH nur in Fällen ablehnen, die von der Zuständigkeit des VwGH *nicht* ausgeschlossen sind (Art 144 Abs 3 B-VG),⁵⁶ mit dieser Einschränkung wollte der historische Verfassungsgesetzgeber eine „Entlastung des Verfassungsgerichtshofes herbei[...]führen, ohne daß damit eine Minderung des Rechtsschutzes des einzelnen verbunden wäre“.⁵⁷ Im Beschwerdeverfahren nach Art 144a B-VG sind die Weichen offenbar anders gestellt: Der VfGH soll sich auch von aussichtsreichen Beschwerden entlasten können, obwohl das für den Asylwerber zu einem Rechtsschutzdefizit führt.⁵⁸

⁵⁵ S §§ 23 und 41 Abs 3 AsylG 2005 iVm § 66 Abs 4 AVG; s auch *A. Hauer*, Gerichtsbarkeit (FN 44) 229, sowie *Schiffkorn*, FABL 1/2009-I, 8 f. Zur – rechtspolitisch umstrittenen – Frage, ob Verwaltungsgerichte kassatorisch oder reformatorisch entscheiden sollen, s jeweils mwN *Walter*, Kassatorische oder reformatorische Entscheidungen?, in FS zum 100-jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (1976) 391 ff; *Grabenwarter*, Auf dem Weg zur Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, JRP 1998, 269 (277 ff); *Jabloner*, Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1998, 161 (163 ff); *Olechowski*, Zwischen Kassation und Reformation, ÖJZ 1999, 581 ff. Zur Lösung, die die Expertengruppe dazu für die Verwaltungsgerichte erster Instanz vorgeschlagen hatte, s insb *Pabel*, Verwaltungsprozessrecht, JRP 2007, 287 (289 ff), und *Merli*, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 65 (71 f).

⁵⁶ S auch die Erl zur RV 314 BlgNR 23. GP 4.

⁵⁷ Vgl EB zur RV zu BGBl 1981/350, 427 BlgNR 15. GP 11.

⁵⁸ Insoweit hat sich der Rechtsschutz für Asylwerber offensichtlich verschlechtert, und zwar nicht nur im Vergleich zur Rechtslage vor der B-VG-Novelle, sondern auch im Vergleich zum Rechtsschutz, der in allen anderen Verwaltungsmaterien besteht. Die Ausnahme bestimmter Verwaltungsmaterien von der Zuständigkeit des VwGH ist daher zwar – wie *Hesse*, *migraLex* 2008, 4, hervorhebt – tatsächlich „keine Besonderheit“, wohl aber – was *Hesse* nicht erwähnt – das gleichzeitige Ablehnungsrecht des VfGH. S in diesem Sinn auch *Wiederin*, *migraLex* 2008, 12, der von einer „Ermächtigung zur Justizverweigerung“ spricht; kritisch zB auch *Jabloner*, *migraLex* 2008, 3; *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 96 f;

Im VfGG wurde die Einführung des neuen Beschwerdeverfahrens im Wesentlichen durch die Einfügung eines § 88a nachvollzogen, nach dem alle für das Bescheidbeschwerdeverfahren getroffenen Regelungen „sinngemäß“ für das Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des AsylGH gelten, mit Ausnahme des § 87 Abs 3 VfGG, der die Abtretung der Beschwerde an den VwGH regelt.⁵⁹

Die Frage, die sich im Zuge der Diskussion über eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahr 2007 immer wieder gestellt hat – Sollen die Verwaltungsgerichte funktional eher dem Typus einer administrativen Berufungsinstanz entsprechen oder doch eher dem Typus des Verwaltungsgerichtshofes?⁶⁰ – scheint der Gesetzgeber also ziemlich klar im ersten Sinn beantwortet zu haben. Das ändert aber nichts daran, dass nach Art 144a B-VG Beschwerde gegen die Entscheidung eines *Gerichts* im organisatorischen Sinn geführt wird, dass der für die Verwaltungsgerichtsbarkeit charakteristische Wechsel von der Staatsfunktion Verwaltung zur Staatsfunktion Gerichtsbarkeit also nicht erst vor dem VfGH stattfindet, sondern bereits vor dem AsylGH stattgefunden hat – dieser Umstand muss bei einer *sinngemäßen* Anwendung der §§ 82 ff VfGG gebührend veranschlagt werden.

2. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand des Verfahrens nach Art 144a B-VG sind „Entscheidungen“ des AsylGH, das wiederum sind – nach dem zugleich mit der B-VG-Novelle 2008 erlassenen AsylGHG – Beschlüsse und Erkenntnisse, also prozessuale Entscheidungen (wie die Zurückweisung einer an den AsylGH erhobenen Beschwerde) ebenso wie die Sacherledigung einer Beschwerde.⁶¹

Kolonovits in Hilpold/Perathoner; s im Zusammenhang mit den Zwei-Richter-Senaten des AsylGH ferner VfGH 3. 12. 2008, U 131/08, wonach die B-VG-Novelle eine „erhebliche Absenkung des rechtsstaatlichen Standards verwaltungsgerichtlicher Kontrolle sowohl auf organisationsrechtlicher als auch auf verfahrensrechtlicher Ebene“ bewirkt hat, die „gerade noch“ keine Gesamtänderung bewirkt.

⁵⁹ Abgesehen von diesen besonderen Verfahrensbestimmungen gelten für das Art-144a-Verfahren die allgemeinen Verfahrensregeln der §§ 15 ff VfGG. Anpassungen wurden auch dort kaum vorgenommen, vgl etwa § 19 Abs 3 Z 1 VfGG (Erstreckung der Ablehnung der Behandlung einer Beschwerde ohne weiteres Verfahren und ohne vorangegangene Verhandlung auf Beschwerden nach Art 144a B-VG); §§ 33 f VfGG (Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und der Wiederaufnahme des Verfahrens auch in Verfahren nach Art 144a B-VG).

⁶⁰ S dazu *Holoubek/Lang* (Hrsg), *Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2008) passim.

⁶¹ Vgl § 22 Abs 1 Satz 2 AsylG 2005, wonach Entscheidungen des AsylGH in der Sache selbst „in Form eines Erkenntnisses, alle anderen in Form eines Beschlusses“ ergehen; s auch *Faber/Frank*, JBl 2008, 479.

Bloße Verfahrensordnungen wird man – wie im Bescheidbeschwerdeverfahren – nicht als eigenständig anfechtbar ansehen können.⁶² Das gilt zB, wenn der AsylGH ein Beschwerdeverfahren unterbricht, weil eine Grundsatzentscheidung gefällt,⁶³ ein Prüfungsantrag an den VfGH gestellt⁶⁴ oder dem EuGH eine Rechtsfrage vorgelegt wird,⁶⁵ es gilt ferner, wenn ein Kammersenat die Erlassung einer Grundsatzentscheidung ablehnt,⁶⁶ und schließlich auch, wenn der Präsident oder ein Kammervorsitzender des AsylGH einem seiner Spruchkörper über Antrag einer Partei eine Frist für die Vornahme bestimmter Verfahrenshandlungen setzt.⁶⁷ Alle diese Entscheidungen

⁶² Das nimmt auch der VfGH an: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/vfgh/kompetenzen.html#12>. Allgemein zur Anfechtung von Verfahrenserledigungen in der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit *Thienel*, Die Kontrolle der Verwaltungsgerichte I. Instanz durch den Verwaltungsgerichtshof, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 121 (140).

⁶³ S § 42 Abs 6 AsylG 2005, der zur Aussetzung jener Verfahren ermächtigt, für deren Ausgang eine Grundsatzentscheidung maßgeblich sein könnte; s auch *Wiederin*, *migraLex* 2008, 10 FN 39; *Faber/Frank*, *JB1* 2008, 479.

⁶⁴ S für das Anfechtungsrecht des AsylGH Art 89 Abs 2–4 iVm Art 129e Abs 3 B-VG sowie §§ 57 Abs 3, 61b, 62 Abs 3, 66 VfGG, wonach das anfechtende Gericht im Anlassverfahren bis zur Verkündung bzw Zustellung des Erkenntnisses des VfGH nur Maßnahmen setzen darf, die durch das Erkenntnis des VfGH nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten.

⁶⁵ Vgl § 23 AsylGHG iVm § 38a AVG, wonach der AsylGH, wenn er beim EuGH einen Antrag auf Fällung einer Vorabentscheidung gestellt hat, bis zum Einlangen der Vorabentscheidung nur Maßnahmen setzen darf, die durch die Vorabentscheidung nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten.

⁶⁶ § 42 Abs 2 AsylG 2005, s schon oben bei FN 26, sowie *Wiederin*, *migraLex* 2008, 10 FN 39; *Faber/Frank*, *JB1* 2008, 479.

⁶⁷ Dementsprechend erklärt § 62 Abs 3 AsylG 2005 die Abweisung eines Fristsetzungsantrages auch für „unanfechtbar“; aA *Faber/Frank*, *JB1* 2008, 480, die eine solche Abweisung als beschwerdefähig ansehen, weil sie als verfahrensrechtliche Entscheidung in Beschlussform zu ergehen habe. § 62 Abs 3 AsylGH trete in dieser Hinsicht hinter Art 144a Abs 1 B-VG zurück; er schließe nur eine asylgerichtshofsinterne Überprüfung von Entscheidungen über Fristsetzungsanträge aus, nicht aber eine Beschwerde nach Art 144a B-VG. Einen asylgerichtshofsinternen Rechtszug gegen Entscheidungen über Fristsetzungsanträge könnte § 62 Abs 3 AsylG 2005 allerdings nur dann ausschließen, wenn ein solcher Rechtszug zuvor einmal geschaffen worden ist: Es gibt aber keine Bestimmung im AsylG 2005, die einen solchen Rechtszug eröffnet. Die besseren Gründe sprechen daher mE für die Annahme, dass der – immerhin gemeinsam mit der B-VG-Novelle 2008 erlassene – § 62 Abs 3 AsylG 2005 nur klarstellende Funktion hat, also verdeutlichen soll, dass Entscheidungen über Fristsetzungsanträge keine Entscheidungen iSd Art 144a B-VG und daher beim VfGH nicht anfechtbar sind, übrigens ebenso wenig wie Entscheidungen über die für § 62 Abs 3 AsylG 2005 Vorbildlichen (Erl zur RV 371 BlgNR 23. GP 10) Fristsetzungsanträge nach § 91 GOG beim übergeordneten Gericht bekämpft werden können (zB OGH 20. 2. 2003, 6 Ob 13/03k). Nicht begründen lässt sich die Unanfechtbarkeit von Entscheidungen über einen Fristsetzungsantrag nach Art 144a B-VG hingegen mit der Annahme, diese Entscheidungen seien der Justizverwaltung zuzuordnen (so zB *Rohrböck* in *Muzak/Rohrböck* 188), weil dies dem Selbstverständnis des Gesetzgebers nicht entspricht: Die Materialien rechnen Entscheidungen über Fristsetzungsanträge nach § 91 GOG zur Ge-

unterbrechen, hemmen das Verfahren oder treiben es umgekehrt voran, sie schließen es aber nicht ab und unterliegen daher für sich nicht der Kontrolle des VfGH.

Beim VfGH nicht selbständig bekämpfbar ist auch die Grundsatzentscheidung des AsylGH,⁶⁸ die zunächst ja bloß ein „Entscheidungsentwurf“ bzw ein Antrag an den VwGH ist, eine bestimmte Rechtsfrage im vorgeschlagenen Sinn zu beantworten. Allgemein verbindlich wird die Grundsatzentscheidung erst, wenn der VwGH über sie entschieden hat;⁶⁹ ab dann liegt aber eine Entscheidung des VwGH vor,⁷⁰ die von vornherein nicht der Kontrolle des VfGH unterliegt.⁷¹ Ob dem VwGH auch eine Grundsatzentscheidung zuzurechnen ist, über die er nicht ausdrücklich abgesprochen hat, sondern die – mangels Entscheidung binnen sechs Monaten – nach Art 132a B-VG nur als von ihm bestätigt „gilt“, ist unklar,⁷² kann hier aber dahinstehen. Denn selbst wenn solche Entscheidungen dem AsylGH zuzurechnen wären, müsste ihre Anfechtung nach Art 144a B-VG scheitern: Mit ihrer

richtbarkeit, nicht zur Justizverwaltung (AB 991 BlgNR 17. GP 15); dies steht in Einklang mit Judikatur (zB OGH 15. 5. 1996, 3Ob2037/96x) und Literatur (zB *Schoibl*, Der Fristsetzungsantrag nach § 91 GOG – eine Maßnahme zur Beschleunigung des Gerichtsverfahrens? JBl 1991, 14 (16 mwN in FN 16); *Spehar/Fellner* [Hrsg], Richterdienstgesetz [RDG] und Gerichtsorganisationsgesetz [GOG]³ [1999] 589).

⁶⁸ Ebenso *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 75 f; *Faber/Frank*, JBl 2008, 480 f.

⁶⁹ Vgl oben I.3.2. bei FN 38 und 44.

⁷⁰ Vgl Art 132a Abs 2 B-VG, wonach der VwGH immer in der Sache selbst zu entscheiden hat, und die Konkretisierung dieser Anordnung in § 76 Abs 1 VwGG, wonach der VwGH „berechtigt [ist], sowohl im Spruch als auch in der Begründung seine Anschauung an die Stelle jener des Asylgerichtshofes zu setzen und die Grundsatzentscheidung nach jeder Richtung abzuändern“. Diese Formulierung entspricht nahezu wörtlich § 66 Abs 4 AVG, der die Entscheidungskompetenz der Berufungsbehörde umschreibt und der ganz herrschend so gedeutet wird, dass die (Sach-)Entscheidung der Berufungsbehörde vollständig an die Stelle der Entscheidung der Unterinstanz tritt. Das legt nahe, dass auch die Grundsatzentscheidung des VwGH jene des AsylGH verdrängt, so auch *Faber/Frank*, JBl 2008, 481; s aber auch noch FN 72.

⁷¹ Beschwerde kann nach Art 144a Abs 1 B-VG nur gegen „Entscheidungen des Asylgerichtshofes“ geführt werden.

⁷² Für eine Zurechnung an den VwGH *Faber/Frank*, JBl 2008, 481; für eine Zurechnung aller Grundsatzentscheidungen an den AsylGH *Müller*, ÖJZ 2008, 509. Eine dritte Lösung legen die Materialien nahe, die von verbindlichen „Grundsatzentscheidung[en] des Asylgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes“ sprechen (Erl zur RV 314 BlgNR 23. GP 4 und 13). Dem könnte die Prämisse zugrunde liegen, dass eine Grundsatzentscheidung, die der VwGH kraft Fiktion stillschweigend bestätigt hat, als solche des AsylGH gilt (vorsichtig in diesem Sinn *Kolonovits*, Der neue Rechtsakt der Grundsatzentscheidung [Art 129e, 132a B-VG] – Verbindlichkeit auch für den VfGH?, *migraLex* 2009, 2[4 ff]); sie entspräche dann typologisch einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung, die beim VwGH erfolglos angefochten und insofern auch von ihm „bestätigt“, aber weiterhin der Verwaltungsbehörde zuzurechnen ist. Für solche Grundsatzentscheidungen ergibt auch § 42 Abs 9 AsylG 2005 einen Sinn, wonach Grundsatzentscheidungen der Kammersenate auf geeignete Weise zu veröffentlichen sind. Warum daneben keine eigene Kundmachungsvorschrift für die dem VwGH zuzurechnenden Grundsatzentscheidungen besteht, bleibt dann freilich unklar, s zum Problem insgesamt *Kolonovits*, *migraLex* 2009, 4 ff.

(stillschweigenden) Bestätigung durch den VfGH wird eine Grundsatzentscheidung nämlich nach Art 132a Abs 2 B-VG „für alle Fälle“ – dh wie aus den Materialien hervorgeht: selbst für den VfGH⁷³ – verbindlich und ist schon damit seiner nachprüfenden Kontrolle entzogen.⁷⁴

3. Beschwerdelegitimation

Die Legitimation, sich über eine Entscheidung des AsylGH iSd Art 144a B-VG zu beschweren, kommt zweifellos dem Asylwerber zu, wenn er behauptet, diese Entscheidung verletze ihn in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten oder in seinen Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm.⁷⁵

Nicht beschwerdelegitimiert ist hingegen sein Prozessgegner im asylgerichtlichen Verfahren: Weder das Bundesasylamt, das das begehrte Asyl verweigert hat und das vor dem AsylGH auch Parteistellung hat,⁷⁶ noch der BMI als die oberste sachlich in Betracht kommende Verwaltungsbehörde sind berechtigt, beim VfGH Beschwerde mit der Behauptung zu führen, der AsylGH habe in einem Fall zu Unrecht Asyl zugesprochen.⁷⁷ Eine solche Beschwerdemöglichkeit hätte – angesichts der Judikatur des VfGH zu Art 144 B-VG⁷⁸ – ausdrücklich und im Verfassungsrang gewährt werden müssen; das ist aber nicht geschehen.

Dass diese Judikatur des VfGH nicht unbestreitbar ist, ist aus der Literatur freilich auch bekannt.⁷⁹ Wie wenig sich der Ausschluss der Amtsbeschwerde von selbst versteht, zeigt sich gerade, wenn die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine zweite Stufe erhält. Denn hier treten ja zwei Parteien – der Bürger und die Verwaltung – „als Gleiche“ mit widerstreitenden Interessen vor ein Gericht, das diesen Streit unabhängig und neutral – eben als Gericht – entscheiden soll. In einem Zivil-, aber auch in einem gerichtlichen Strafprozess kann die jeweils unterlegene Partei – der Kläger ebenso wie der Beklagte, der Verurteilte ebenso wie im Fall eines Freispruches der Staatsanwalt – das übergeordnete Gericht anrufen und eine neuerliche Entscheidung

⁷³ S dazu schon oben I.3.3.

⁷⁴ AA *Balthasar*, *migraLex* 2008, 63 FN 40, der die Grundsatzentscheidung in dieser Konstellation dem AsylGH zurechnet und die Möglichkeit einer Anfechtung nach Art 144a B-VG bejaht; dies offenbar unter der – hier nicht geteilten, weil mit dem Wortlaut des Art 132a B-VG und den Materialien (s oben bei FN 37) unvereinbaren – Prämisse, der VfGH sei an Grundsatzentscheidungen nicht gebunden.

⁷⁵ S auch *Faber/Frank*, *JB1* 2008, 481 sowie zu Beschwerdefrist, formalen Voraussetzungen einer Beschwerde und Kostenersatz, die gegenüber dem Verfahren nach Art 144 B-VG keine Besonderheiten aufweisen, *dies*, aaO 482 f, 488.

⁷⁶ § 41 Abs 1 AsylG 2005 iVm § 67b Z 1 AVG.

⁷⁷ S auch *Faber/Frank*, *JB1* 2008, 481 f.

⁷⁸ S mwN *Fuchs*, *Das Bescheidbeschwerdeverfahren* (Art 144 B-VG), in diesem Band.

⁷⁹ S auch dazu die Nachweise bei *Fuchs* in diesem Band.

des Streitiges begehren. Dass dieses Recht in Asylstreitigkeiten nach Art 144a B-VG nur dem Asylwerber, nicht hingegen dem Bundesasylamt bzw dem BMI zukommt, liegt so gesehen nicht auf der Hand.

Das an dieser Stelle unterdrückte Beschwerderecht kommt freilich andernorts wieder hervor, nämlich als Recht des BMI, aus Anlass einer Entscheidung des AsylGH eine Grundsatzentscheidung zu beantragen.⁸⁰ Wird ein solcher Antrag gestellt, so „ist“ nach Art 129e Abs 1 letzter Satz B-VG eine Grundsatzentscheidung zu fällen, und zwar wie erwähnt auch dann, wenn dieser Antrag gar keine vorlagepflichtige Rechtsfrage zum Gegenstand hat.⁸¹ Da auch diese Grundsatzentscheidung dem VwGH vorzulegen ist,⁸² erhält der BMI wenn schon kein Beschwerderecht beim VfGH, dann doch immerhin eine Art Beschwerderecht beim VwGH. Denn mittelbar macht der BMI mit seinem Antrag ja geltend, dass der AsylGH in einem konkreten Fall seine Vorlagepflicht an den VwGH verletzt hat.⁸³ Sein Antrag soll nach § 42 Abs 3 AsylG 2005 allerdings „keine Auswirkungen auf den entschiedenen Anlassfall“ haben – offenbar, um den Eindruck zu vermeiden, der BMI habe stärkere Rechte als der Asylwerber, der die Erlassung einer Grundsatzentscheidung beim AsylGH ja nicht beantragen kann.⁸⁴

4. Parteien des Beschwerdeverfahrens

Von der Beschwerdelegitimation zu unterscheiden ist die Frage, wer im Verfahren nach Art 144a B-VG Partei ist. Auch diese Frage ist nicht trivial, zumal das VfGG sie – anders als das VwGG – nicht allgemein regelt.⁸⁵ Im Bescheidbeschwerdeverfahren, dessen Regeln sinngemäß anzuwenden das VfGG ja für das Verfahren nach Art 144a B-VG anordnet, wird als Partei

⁸⁰ Zugleich ist dieses Antragsrecht ein Ausgleich für die dem BMI vor der B-VG-Novelle 2008 offenstehende Amtsbeschwerde an den VwGH, s schon *Jabloner*, *migraLex* 2008, 2; *Faber/Frank*, *JBl* 2008, 482; *Kolonovits in Hilpold/Perathoner*.

⁸¹ S oben I.3.2. bei FN 28.

⁸² S oben I.3.2. bei FN 29.

⁸³ S auch *Muzak in Muzak/Rohrböck* 61 f.

⁸⁴ S etwa *Hesse*, *migraLex* 2008, 4: „In Bezug auf Einzelfälle besteht also absolute Waffengleichheit zwischen dem Innenminister und dem Asylwerber“; relativierend hingegen *Jabloner*, *migraLex* 2008, 2: „im Einzelfall [erscheint] der Grundsatz der Waffengleichheit nicht verletzt [...]. Die Schiefelage des Rechtsschutzsystems bleibt aber bestehen, wäre es doch naiv anzunehmen, der BMI würde gern Grundsatzentscheidungen herbeiführen wollen, die die Position der Asylwerber verbessern.“

⁸⁵ Diese Regelungslücke wird im Allgemeinen mit der Vielfalt an Verfahren begründet, die der VfGH zu führen hat: Ein einheitlicher Parteibegriff ließe sich für derart verschiedene Verfahren nicht bilden, s schon *Melichar*, *Die Anwendung der Zivilprozeßordnung im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof*, in *FS Schima* (1969) 287 (289); s auch *Hagen*, *Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren* (1971) 67; vgl demgegenüber für das Verfahren vor dem VwGH die Parteienregelung in §§ 21 f VwGG.

stets der Beschwerdeführer – hier also der Asylwerber – angesehen,⁸⁶ neben ihm aber auch die belangte Behörde.⁸⁷

Belangt ist nach § 82 Abs 2 Z 2 VfGG die Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat. Im Verfahren nach Art 144a B-VG wäre dies der AsylGH, schließlich ist es ja seine Entscheidung, die der Asylwerber mit Beschwerde bekämpft.⁸⁸ Spätestens jetzt beginnt es aber im Gebälk zu knirschen: Soll sich ein Gericht, das über einen Rechtsstreit zwischen Asylwerber und Behörde *unabhängig* abgesprochen hat, in der nächsten Instanz wirklich als *gegenerische Partei* des Beschwerdeführers wiederfinden? Dem Gesetzgeber scheint das tatsächlich vorzuschweben; so ist in Art 151 Abs 39 Z 4 B-VG zu lesen, VfGH und VwGH hätten Beschwerdeverfahren gegen Bescheide des UBAS ab dem 1. Juli 2008 mit der Maßgabe weiterzuführen, dass als belangte Behörde der *AsylGH* gilt. Wenn der AsylGH als belangte Behörde sogar bei Beschwerden gegen Bescheide fungieren soll, die er gar nicht selbst erlassen hat, dann ist ihm diese Rolle wohl erst recht in jenen Verfahren zgedacht, in denen seine eigenen Entscheidungen bekämpft werden.

Solange sich der AsylGH als unabhängig versteht, wird er diese Rolle aber nicht wahrnehmen können. Er wird gewiss – wie die belangte Verwaltungsbehörde – im Beschwerdeverfahren vor dem VfGH aufzufordern sein, die Akten vorzulegen (§ 20 Abs 2 VfGG) und zu den Beschwerdevorwürfen eine Gegenschrift zu erstatten (§ 83 Abs 1 VfGG);⁸⁹ ebenso wird er zur Ver-

⁸⁶ Die Parteistellung des Beschwerdeführers ergibt sich schon aus § 19 Abs 1 VfGG, wonach zu einer mündlichen Verhandlung jedenfalls der Antragsteller und die „Gegenpartei“ zu laden sind (Hervorhebung nicht im Original).

⁸⁷ Das VfGG ist mit der Bezeichnung der Behörde als Partei in § 17 Abs 1 noch zurückhaltend: Danach sind einer Eingabe so viele Ausfertigungen und Beilagen anzuschließen, „daß jeder nach dem Gesetze zur Verhandlung zu ladenden Partei (Behörde)“ ein Exemplar zugestellt werden kann. Im Zusammenhang mit der Ladung zur Verhandlung spricht § 19 Abs 1 VfGG aber bereits vom Antragsteller und der „Gegenpartei“; ab dann ist im VfGG in den allgemeinen Bestimmungen ohne weitere Differenzierung schlechthin von „Partei“ bzw. „Parteien“ die Rede, so in § 24 (Vertretung), § 25 (mündliche Verhandlung), § 26 (Verkündung bzw. Zustellung von Erkenntnissen) und § 29 (Verhandlungsprotokoll). Gleich ist die Diktion auch in den besonderen Bestimmungen zur Beschwerde nach Art 144 und Art 144a B-VG: So kann nach § 83 Abs 2 „den Parteien“ zur Vorbereitung der Verhandlung die Erstattung weiterer Äußerungen und Gegenäußerungen freigestellt werden. § 84 Abs 2 VfGG bestimmt sodann – § 19 Abs 1 VfGG konkretisierend –, dass zur mündlichen Verhandlung der Beschwerdeführer (§ 19 VfGG; Antragsteller), die belangte Behörde (§ 19 VfGG; Gegenpartei) und etwa sonst Beteiligte zu laden sind. Eindeutig als Partei wird die belangte Behörde schließlich in § 88 VfGG aufgefasst, wonach der Ersatz der Prozesskosten der „Partei“ auferlegt werden kann, „die unterliegt oder die den Beschwerdeführer klaglos gestellt hat“ – Letzteres wird im Bescheidbeschwerdeverfahren regelmäßig die belangte Behörde tun.

⁸⁸ S. auch *Faber/Frank*, JBl 2008, 484; zur deren Annahme, der AsylGH sei auch dann „belangte Behörde“, wenn der Präsident oder Kammervorsitzende über einen Fristsetzungsantrag entschieden hat, s. schon oben II.2. FN 67.

⁸⁹ Die Gegenschrift kann vom Einzelrichter bzw. im Fall einer Senatsentscheidung vom Senatsvorsitzenden erstattet werden; ein Senatsbeschluss ist für die Gegenschrift nicht erforderlich: s. *Faber/Frank*, JBl 2008, 485.

handlung zu laden und dort anzuhören sein (§ 84 Abs 2 VfGG). Denn es sichert ja die Qualität des Verfahrens, wenn dem VfGH alle für und wider die Asylgewährung sprechenden Argumente vorgetragen werden. Als unabhängiges Gericht darf der AsylGH aber weder in die Rolle einer Partei gedrängt noch dürfen ihm Parteirechte zugestanden werden. Nicht konfrontiert werden sollte er daher mit der Aufforderung, öffentliche Interessen gegen die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung geltend zu machen (§ 85 Abs 2 VfGG). Auch kann der AsylGH kein Recht haben, beim VfGH die Aberkennung der einer Beschwerde zuerkannten aufschiebenden Wirkung zu beantragen: Ein solches Antragsrecht räumt § 85 Abs 2 VfGG zwar der belangten Behörde ein, es kann bei richtiger Würdigung aber nicht *sinngemäß* auch dem AsylGH zustehen.

Wohl aber sollte dieses Recht dem Bundesasylamt als jener Behörde zuerkannt werden, die schon vor dem AsylGH als Prozessgegner des Asylwerbers aufgetreten ist. Ebenso wäre dieser Behörde Gelegenheit zu geben, zum Antrag auf aufschiebende Wirkung Stellung zu nehmen. Beides lässt das VfGG auch zu, wenn man im Bundesasylamt einen „etwa sonst Beteiligten“ sieht (§ 85 Abs 2 VfGG).⁹⁰ In dieser Funktion wäre das Bundesasylamt dann auch zu einer Verhandlung zu laden (§ 84 VfGG); ein Recht auf Zustellung und Beantwortung der Beschwerde hätte diese Behörde hingegen nicht (§§ 17 Abs 1, 83 Abs 1 VfGG).⁹¹ Mit interpretatorischen Turnübungen kann man hier also nur ein Stück weit über die Runden kommen; ans Ziel gelangt man nicht. Es wäre daher wünschenswert, würde das VfGG in dieser Hinsicht den neuen Gegebenheiten angepasst bzw klargestellt. Erwägenswert wäre bei dieser Gelegenheit auch, dem BMI – in Anlehnung an § 22 VwGG – das Recht einzuräumen, für das Bundesasylamt in das Beschwerdeverfahren vor dem VfGH einzutreten.

⁹⁰ AA *Faber/Frank*, JBl 2008, 484, gestützt auf VfSlg 8042/1977, wonach sonst Beteiligte iSd §§ 84 f VfGG nur „Personen“ sind, „die im vorangegangenen Verwaltungsverfahren Parteistellung genossen haben“. Dass diese Entscheidung die Beteiligtenstellung natürlichen oder juristischen Personen vorbehält, ist zwar denkbar, wäre mE aber nicht besonders plausibel. Denn mag auch die Beschwerdelegitimation im Verfahren nach Art 144 B-VG nur diesem (engen) Personenkreis zugestanden werden, so ist doch der Kreis der Parteien im VfGG selbst erkennbar weiter gezogen, weil er auch die belangte Behörde, also eine „Amtspartei“, umfasst. Warum als „sonst Beteiligte“ dann wieder nur natürliche und juristische Personen in Betracht kommen sollten, ist nicht recht ersichtlich. So gesehen liegt die Betonung der zitierten Entscheidungspassage vielleicht auch nur darauf, dass der Beteiligte im vorangegangenen Verwaltungsverfahren Parteistellung haben musste. Diese Voraussetzung erfüllt das Bundesasylamt als Partei des asylgerichtlichen Verfahrens (FN 76) aber *mutatis mutandis* allemal.

⁹¹ S auch VfSlg 3372/1958, wonach der Beteiligte „erst bei der Verhandlung zu Wort [kommt]“.

5. Prüfungsmaßstab

Die Frage, was sich am Beschwerdeverfahren ändert, wenn eine gerichtliche Entscheidung angefochten wird, stellt sich schließlich auch beim Prüfungsmaßstab, den der VfGH an die bekämpfte Entscheidung anzulegen hat. Nach Art 144a B-VG muss der Beschwerdeführer wie im Verfahren nach Art 144 B-VG die Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten oder in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm geltend machen: Die jeweils gerügte Rechtsverletzung ist dann der Prüfungsmaßstab für den VfGH. Gründe, an das Beschwerdevorbringen strengere oder mildere Maßstäbe anzulegen als im Bescheidbeschwerdeverfahren, sind nicht ersichtlich.⁹²

Fraglich ist aber, ob der VfGH wenn schon nicht an den Beschwerdeführer, so doch an das Gericht als das kontrollierte Organ andere Maßstäbe anlegen soll als an eine Verwaltungsbehörde. Immerhin ist das Gericht doch, so könnte man sagen, unabhängig, also frei von politischen Einflüsterungen, und das gerichtliche Personal ist überdies fachlich besonders qualifiziert. Diese organisatorischen Garantien, so ließe sich dieser Gedanke fortspinnen, liefern doch bereits für sich eine gewisse Richtigkeitsgewähr, die einen anderen, nämlich lockereren Prüfungsmaßstab rechtfertigt, als man ihn an eine Verwaltungsbehörde anlegt. Und die Versuchung, so zu denken, könnte angesichts der Beschwerdemassen, die den VfGH täglich erreichen,⁹³ noch beträchtlich steigen. Doch sollte man ihr nicht leichtfertig nachgeben. Denn es trifft zwar zu, dass die gerichtliche Organisation eine gewisse Entscheidungsqualität vorkehren *soll*; ob das wirklich so *ist*, muss aber – ehe man sich darauf verlässt – erst einmal sichergestellt sein, dies zumal bei einem Gericht, das wie der AsylGH gerade erst neu geschaffen wurde, sich aber in organisatorischer Hinsicht kaum von jener Verwaltungsbehörde unterscheidet, aus der es hervorgegangen ist.⁹⁴ Zu Recht nimmt daher auch der VfGH

⁹² In diesem Sinn auch die Erl zur RV 314 BlgNR 23. GP 4: „Wie bisher soll der Asylwerber die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof haben. Der vom Verfassungsgerichtshof anzuwendende Prüfungsmaßstab bleibt grundsätzlich unverändert.“

⁹³ Diese Belastung ist dramatisch. Der VfGH rechnete schon im Tätigkeitsbericht 2007 (15) mit einem zusätzlichen Aktenanfall von jährlich etwa 2.000 Asylfällen ab 2009 – eine Prognose, die sich als realistisch erwiesen hat: So sind im ersten Halbjahr nach 1. 7. 2008 (dem Tag, an dem der AsylGH seine Tätigkeit aufgenommen hat) 1.202 Beschwerden gegen Entscheidungen des AsylGH beim VfGH eingegangen (Pressemitteilung des VfGH vom 30. 12. 2008). Im Vergleich dazu betrug der Gesamtanfall an Bescheidbeschwerden im Jahr 2007 2.422 (Tätigkeitsbericht 2007, Beilage 2), im Jahr 2006 2.558 (Tätigkeitsbericht 2006, Beilage 2), im Jahr 2005 3.720 (Tätigkeitsbericht 2005, Beilage 2), im Jahr 2004 1.620 (Tätigkeitsbericht 2004, Beilage 2), im Jahr 2003 1.814 (Tätigkeitsbericht 2003, Beilage 2), im Jahr 2002 1.925 (Tätigkeitsbericht 2002, 18) und im Jahr 2001 2.261 (Tätigkeitsbericht 2001, 17).

⁹⁴ S schon oben II.1. bei FN 53.

nicht an, dass er seinen Prüfungsmaßstab in Ansehung der Organisation des AsylGH herabsetzen könne, eher ist sogar das Gegenteil der Fall. Bereits in einem seiner ersten einschlägigen Erkenntnisse stellte der VfGH für gerichtliche Entscheidungen höhere Anforderungen auf.⁹⁵ Einer Berufungsbehörde sei es zwar im Interesse der Verfahrensökonomie noch erlaubt, näher bezeichnete Teile des angefochtenen Bescheides zum Inhalt ihrer Entscheidung zu erheben, ohne sie zu wiederholen. Diese Begründungstechnik sei aber nicht mehr hinnehmbar, wenn ein Gericht entscheidet, das wie der AsylGH nicht mehr der nachprüfenden Kontrolle durch den VwGH unterliegt. Ergäben sich Sachverhalt, Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung nicht aus der Gerichtsentscheidung selbst, sondern erst aus einer Zusammenschau mit dem angefochtenen Bescheid, so seien „grundlegend[e] rechtsstaatlich[e] Anforderungen an die Begründung“ einer erstinstanzlichen Gerichtsentscheidung verletzt.

Anscheinend hat auch der Verfassungsgesetzgeber selbst die Umwandlung des UBAS in ein Gericht allein noch nicht als ausreichende Sicherheit angesehen; anders wäre nicht zu erklären, dass er den AsylGH dazu verpflichtet, dem VwGH jede Abweichung von seiner Judikatur und überdies auch jede Rechtsfrage vorzulegen, die durch die Judikatur des VwGH noch nicht oder nicht einheitlich beantwortet ist.⁹⁶ Nach einem Vertrauensvorschuss sieht das nicht aus. Damit ist nun auch das erste Recht angesprochen, das geltend zu machen für den Beschwerdeführer in einem Verfahren nach Art 144a B-VG naheliegt.

5.1 Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter

In jeder Materie relevant, aufgrund der Neuordnung der Dinge aber gerade hier besonders wichtig ist das in Art 83 Abs 2 B-VG garantierte Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter. Zum einen sind die Mitglieder des AsylGH nun ja tatsächlich „Richter“ schon im ursprünglichen Sinn des Art 83 Abs 2 B-VG; dementsprechend sieht Art 129e Abs 2 B-VG in Nachbildung des Art 87 Abs 3 B-VG für den AsylGH auch den Grundsatz der festen Geschäftsverteilung vor. Nach diesem Grundsatz muss, wie der VfGH bereits in seinem ersten einschlägigen Erkenntnis klargestellt hat,⁹⁷ die Verteilung der Geschäfte auf die einzelnen Spruchkörper des AsylGH durch Regeln von vornherein feststehen. In der Folge darf niemand Einfluss auf die Verteilung der Geschäfte nehmen, und die Einhaltung dieser Regeln muss nachprüfbar sein. Anders als bei Verwaltungsbehörden hat der Rechtsunterworfenen daher beim AsylGH Anspruch auf die Entscheidung durch einen ganz *bestimmten* Organwalter. Wird eine Rechtssache von einem anderen als

⁹⁵ VfGH 7. 11. 2008, U 67/08; s dann auch VfGH 3. 12. 2008, U 131/08.

⁹⁶ Art 129e Abs 1 iVm Art 132a B-VG; s schon oben I.3.2.

⁹⁷ VfGH 8. 10. 2008, U 5/08; s auch *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 49 ff.

dem nach der Geschäftsverteilung vorgesehenen konkreten Einzelmitglied oder Senat entschieden, so verletzt dies den Asylwerber in seinem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter.

Darüber hinaus ist dieses Recht im vorliegenden Zusammenhang aber auch insofern von Bedeutung, als das Grundsatzentscheidungsverfahren auffallende Ähnlichkeiten zum Vorabentscheidungsverfahren nach Art 234 EGV aufweist:⁹⁸ Verletzt ein nationales Gericht seine Pflicht, dem EuGH eine Rechtsfrage vorzulegen, so konstatiert der VfGH in ständiger Judikatur – und zwar nach einer Feinprüfung⁹⁹ – eine Verletzung des Art 83 Abs 2 B-VG.¹⁰⁰ Die Gründe, die den VfGH zu dieser Beurteilung im Leiterkenntnis VfSlg 14.390/1995 veranlasst haben, sind auch auf die Grundsatzentscheidung übertragbar. Wie dem EuGH nach Art 234 EGV ist auch dem VwGH nach Art 132a B-VG die Klärung bestimmter Rechtsfragen vorbehalten, über die er verbindlich abspricht. Der AsylGH bleibt dabei – nicht anders als das nach Art 234 EGV vorlagepflichtige Gericht – zur Entscheidung des konkreten Rechtsstreites zuständig, freilich – neuerlich parallel zur Vorabentscheidung – unter Bindung an die Grundsatzentscheidung des VwGH. So kommt es hier wie dort zu einem Zusammenwirken zwischen zwei Gerichten, und die Mitwirkung des VwGH und des EuGH wird gleichermaßen vereitelt, wenn der AsylGH einem dieser beiden Gerichte eine Rechtsfrage pflichtwidrig nicht vorlegt. Dementsprechend nahm auch die Literatur eine Verletzung des Art 83 Abs 2 B-VG an, wenn der AsylGH seiner Vorlagepflicht an den VwGH nicht nachkommt.¹⁰¹

Vor diesem Hintergrund musste zunächst überraschen, dass der VfGH dies ganz anders sieht: In seinem Erkenntnis U 48/08 vom 7. 11. 2008 konstatiert der Gerichtshof zwar, dass die „Art. 129e Abs. 1 und Art. 132a B-VG [...] ein Zusammenwirken richterlicher Organe zur Klärung näher bestimmter Rechtsfragen vor[sehen]“, meint dann aber nach einer kurzen Schilderung des Grundsatzentscheidungsverfahrens weiter:

„Ein *Recht* des Asylwerbers, ein solches Verfahren einzuleiten, ist hingegen nicht vorgesehen, und zwar deshalb, weil – dem erklärten Willen des Verfassungsgesetzgebers zufolge – Inhalt einer solchen Grundsatzentscheidung nicht der konkrete Einzelfall, sondern – davon losgelöst – die abstrakte Klärung einer grundsätzlichen Rechtsfrage ist, die *nicht nur für den konkreten Einzelfall* verbindlich sein soll.“¹⁰²

⁹⁸ S schon oben I.3.2.

⁹⁹ ZB VfSlg 15.139/1998, 15.766/2000.

¹⁰⁰ VfSlg 14.390/1995, 14.607/1996, 14.889/1997, 15.507/1999, 16.118/2001, 16.132/2001, 16.183/2001, 16.391/2001, 16.988/2003, 17.411/2004, 17.500/2005; VfGH 8. 10. 2007, B 1851/06.

¹⁰¹ Vgl Müller, ÖJZ 2008, 511, 513 f; Kienast, Tritt die Ausgestaltung des Asylgerichtshofes den Rechtsstaat mit dem Fuß? *ecolex* 2008, 185; Faber/Frank, JBl 2008, 485 f.

¹⁰² Hervorhebungen nicht im Original.

Der VfGH folgert also aus der generell-abstrakten Wirkung der Grundsatzenscheidung, der individuelle Asylwerber habe kein Recht, die Einholung einer solchen Entscheidung zu erzwingen. Das ist nicht leicht zu verstehen; denn konsequent zu Ende gedacht würde es bedeuten, dass ein Individuum niemals generell-abstrakte Normen oder behördliche Maßnahmen mit Breitenwirkung erzwingen kann: Grundrechtliche Gewährleistungspflichten des Gesetzgebers wären dann schlechthin ausgeschlossen; ebenso die Anfechtung genereller Normen durch Individuen, und schließlich auch subjektive Rechte auf ein behördliches Vorgehen, das – wie etwa das polizeiliche Einschreiten bei Gegendemonstrationen – die Interessen nicht bloß einer, sondern vieler Personen schützt: In all diesen Fällen hat der VfGH das Vorliegen subjektiver Rechte bisher aber aus guten Gründen bejaht.

Sein Argument im vorliegenden Erkenntnis geht wohl – und so wird es eher verständlich – auf die sog Schutznormtheorie zurück,¹⁰³ der zufolge eine Norm des objektiven Rechts ein subjektives Recht nur dann vermittelt, wenn sie „der Behörde auch und gerade im Interesse der betroffenen Personen bestimmte Pflichten auferleg[t]“¹⁰⁴; wenn „eine Person ein Interesse an der Erfüllung einer Pflicht [hat], ein Interesse, das für die gesetzliche Festlegung der verpflichtenden Norm maßgebend war“¹⁰⁵; wenn eine Rechtspflicht „nicht bloß der Wahrung öffentlicher Interessen, sondern [...] zumindest auch dem Schutz bestimmter privater Interessen zu dienen bestimmt“ ist.¹⁰⁶ Auf die Beachtung bloß öffentlicher Interessen könne hingegen „der Natur der Sache nach – jedenfalls soweit nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet ist [...] – weder physischen noch juristischen Personen ein Rechtsanspruch zustehen“.¹⁰⁷

Im Verbund gelesen lassen diese Judikaturformeln freilich viele Fragen offen: So zunächst, ob es für ein subjektives Recht auf die (gewöhnlich schwer erweisliche) Schutzintention des Gesetzgebers ankommt oder nur auf den Schutzeffekt einer Norm. Mit dem individuellen Interesse als zu schützendem Rechtsgut verwendet die Judikatur weiters ein manipulatives Kriterium; denn die Grenzen zwischen öffentlichen und individuellen Interessen sind fließend: Wenn man will, lassen sich öffentliche Interessen in aller Regel auch als für den Einzelnen nützlich und damit als individuell interpretieren und umgekehrt. Unklar bleibt bei diesen Judikaturformeln schließlich, ob individuelle Interessen durch eine Norm vordringlich geschützt sein müs-

¹⁰³ Zu dieser näher und mwN *Grabenwarter*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht (Gutachten), ÖJT Band I/1 (2006) 21 ff; *Pöschl*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht (Referat), ÖJT Band I/2 (2008) 15 ff; *dieselbe*, Wirtschaftliche Interessen und subjektive Rechte, FS Wimmer (2008) 494 (499 ff); *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte (2008) 73 ff.

¹⁰⁴ ZB VwSlg 14.826 A/1998 mwN.

¹⁰⁵ VwSlg 9151 A/1976, 13.411 A/1991, 14.826 A/1998; VwGH 23. 5. 2002, 2001/07/0133.

¹⁰⁶ VfSlg 17.220/2004; s auch VwSlg 6684 A/1965; VwGH 26. 2. 2003, 2000/03/0328.

¹⁰⁷ VwGH 30. 9. 1992, 89/03/0224; s auch schon VwSlg 15.582 A/1929; VwGH 3. 3. 1965, ZI 31/61; 13. 12. 1983, 83/07/0266; 12. 12. 2002, 2002/07/0109.

sen oder ob es genügt, dass sie gleichrangig neben öffentlichen Interessen, oder gar, dass sie im Verhältnis zu diesen nachrangig geschützt sind, sofern eine Norm sie nur überhaupt schützt. Eine „Theorie“, die ihre Entscheidungsparameter derart in Schwebelasse lässt, kann in der Praxis nahezu jedes Ergebnis begründen, das einem Gericht richtig erscheint. Und in der Tat ist dies auch die eigentliche Funktion der Schutznormtheorie: Sie ermöglicht den Gerichten dort, wo der Gesetzgeber keine Entscheidung über das Vorliegen eines subjektiven Rechts getroffen hat, diese Entscheidung – was unausweichlich ist – selbst zu treffen, sie aber – was dem Selbstverständnis des Gerichts eher entspricht – als aus dem Gesetz abgeleitet erscheinen zu lassen.¹⁰⁸ Unausgesprochen sind die Gerichte bei ihrer Entscheidung oft auch von funktionellen Erwägungen geleitet: So werden subjektive Rechte nicht nur, aber jedenfalls dann verneint, wenn die Annahme eines subjektiven Rechts die massenhafte Beteiligung von Parteien an einem Verfahren oder gar Popularklagen zur Folge hätte. In der Praxis erfüllt die Schutznormtheorie damit nicht nur die Aufgabe, schutzwürdige Interessen des Einzelnen zu identifizieren, sondern zumindest im gleichen Maß auch die für Behörden und Gerichte geradezu existentielle Funktion, sich vor einer massenhaften Arbeitsbelastung zu schützen.¹⁰⁹

Die vorliegende Entscheidung des VfGH zur Vorlagepflicht des AsylGH ist ein besonders anschauliches Beispiel für diese Beobachtungen. Der VfGH wendet in ihr die Kriterien der Schutznormtheorie in der jeweils strengsten Variante an: Er weist auf die Absicht des Verfassungsgesetzgebers hin, die Grundsatzentscheidung mit generell-abstrakter Wirkung auszustatten, und deutet damit an, der Verfassungsgesetzgeber habe mit diesem Instrument nicht oder jedenfalls nicht primär den Schutz der Interessen des im Anlassfall konkret betroffenen Asylwerbers intendiert. Dass die Grundsatzentscheidung den Interessen dieses Asylwerbers im Effekt dennoch dient, genügt hier also nicht; ebenso wenig, dass die Grundsatzentscheidung nicht ausschließlich öffentliche, sondern zumindest auch individuelle Interessen schützt – wie auch § 71 VwGG zeigt, der dem Asylwerber des Anlassfalles im Grundsatzentscheidungsverfahren vor dem VwGH Parteistellung zuerkennt. Dass man all das ebenso gut anders bewerten könnte, zeigt das Leiterkenntnis VfSlg 14.390/1995 zur gemeinschaftsrechtlichen Vorlagepflicht: Welchen Schutzzweck die Vorabentscheidung hat, wird hier nicht einmal thematisiert, obwohl dieses Instrument nach hA die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in sämtlichen Mitgliedstaaten sicherstellen,¹¹⁰ also ein Interesse schützen soll, das man wohl als überindividuell bezeichnen kann. Nicht thematisiert hat der VfGH in dieser Entscheidung ferner, dass

¹⁰⁸ Näher Pöschl, ÖJT Band I/2 (2008) 21 f.

¹⁰⁹ Näher und mit Beispielen Pöschl in FS Wimmer (2008) 509 ff; s auch Schulev-Steindl, Besprechung zu VfGH 25. 9. 2007, V 12/07, RdU 2008/40, 63 (64).

¹¹⁰ S mwN Schwarze in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar² (2009) Art 234 EGV, Rz 1 ff.

die Vorabentscheidung Bindungswirkungen über den konkreten Anlassfall hinaus entfaltet, mögen Qualität und Details dieser Wirkung auch im Einzelnen strittig sein.¹¹¹ Er setzt entweder voraus, dass die Mitwirkung des EuGH zumindest *auch* den Interessen der Partei im Anlassfall dient¹¹² und dass dieser Schutzeffekt – sei er nun intendiert oder nicht – genügt, um ein subjektives Recht der Partei an der Einhaltung der Vorlagepflicht anzunehmen. Oder er nimmt implizit an, dass die in Art 234 EGV statuierte Vorlagepflicht erst, aber immerhin durch Art 83 Abs 2 B-VG „subjektiviert“ wird.¹¹³

Jedenfalls hat der VfGH nie bezweifelt, dass Art 234 EGV (ex Art 177 EGV) eine Zuständigkeitsvorschrift ist: Er betont im Leiterkenntnis VfSlg 14.390/1995 vielmehr ausdrücklich, dass auch diese Bestimmung zur „gesetzlichen Zuständigkeitsordnung“ gehört. Da das zur Entscheidung des konkreten Rechtsfalles zuständige nationale Gericht an die Vorabentscheidung des EuGH gebunden ist, wirke der EuGH an diesem Verfahren als gesetzlicher Richter mit. Zur Vorlagepflicht beim VwGH stellt der VfGH hingegen nach der oben¹¹⁴ zitierten Passage fest:

„Anders als Zuständigkeitsvorschriften sehen die Regelungen über die Grundsatzentscheidungen somit eine verfassungsrechtliche Verpflichtung bestimmter richterlicher Organe vor, bei der Beantwortung grundsätzlicher Rechtsfragen ein besonderes Verfahren einzuhalten, dessen Ergebnis in die Entscheidungen des AsylGH in einzelnen Fällen einfließt.“¹¹⁵

Warum die Art 129e B-VG und Art 132a Abs 2 B-VG – übrigens anders als die Materialien annehmen¹¹⁶ – keine Zuständigkeit des VwGH begründen und was diese Vorschriften von der Zuständigkeitsbestimmung des Art 234 EGV unterscheidet, führt der VfGH an dieser Stelle nicht aus. Er erwähnt seine Judikatur zur gemeinschaftsrechtlichen Vorlagepflicht ebenso wenig wie die Literatur, die aus dieser Judikatur folgert, eine Verletzung der Vorlagepflicht an den VwGH verletze Art 83 Abs 2 B-VG.¹¹⁷ Stattdessen stützt der VfGH seine Entscheidung nun aber auf ein zweites Standbein:

„Mit den vier – verfassungsgesetzlichen – Tatbeständen [, die den gesetzlichen Regelungen für (einer nachprüfenden Kontrolle durch ein anderes

¹¹¹ S mwN Kadelbach, Die Wirkung von im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteilen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das EuGH-Verfahren in Steuersachen (2000) 119 (124 ff); *Schima* in *Mayer* (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 12. Lieferung (2003) Art 234 EGV, 191 ff (insb Rz 194); *Schwarze* in *Schwarze*, Art 234 EGV Rz 63 ff (insb 66).

¹¹² S zu diesem Zweck der Vorlagepflicht nur *Schwarze* in *Schwarze*, Art 234 EGV Rz 1, 4.

¹¹³ S etwa *Holoubek*, Vorlageberechtigung und Vorlageverpflichtung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das EuGH-Verfahren in Steuersachen (2000) 45 (63 f).

¹¹⁴ Im Text vor FN 102.

¹¹⁵ Hervorhebungen nicht im Original.

¹¹⁶ Erl RV 314 BlgNR 23. GP 4: „im Hinblick auf die mangelnde Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes zur Fällung *anderer* als Grundsatzentscheidungen“ (Hervorhebung nicht im Original).

¹¹⁷ Kritisch dazu und zur Entscheidung insgesamt *Faber* in diesem Band FN 97.

Gericht nicht unterliegende) Entscheidungen über die Ablehnung einer Beschwerde (Art. 131 Abs. 3 B-VG) bzw. die Verstärkung des Senats sowie Beschlüsse im Fall von Massenverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (§§ 13 und 38a VwGG) nachgebildet sind (vgl. *Wiederin*, Der gerichtliche Rechtsschutz in Asylsachen, migralex 2008, 6, 8)], konnten und sollten keine Zuständigkeitsfestlegungen in einer für solche Normen *erforderlichen Präzision* getroffen werden, deren Einhaltung einer nachprüfenden Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof am Maßstab des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter unterliegen.“¹¹⁸

Der Sache nach knüpft der VfGH hier wohl an seine Judikatur an, wonach ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht iSd Art 144 B-VG nur vorliegt, wenn „ein hinlänglich individualisiertes Parteiinteresse an der Einhaltung einer objektiven Verfassungsnorm besteht“.¹¹⁹ *Wieso* die Vorlagetatbestände des Art 129e Abs 1 B-VG nicht hinreichend präzise geregelt sein sollten, bleibt dennoch unklar. Diese Tatbestände sind, worauf der VfGH auch ausdrücklich hinweist, der Regelung der Ablehnung in Art 131 Abs 3 B-VG, der Verstärkung eines Senates in § 13 VwGG und § 38a VwGG betreffend Massenverfahren nachgebildet, also drei Vorschriften, die der VfGH anwendet, ohne dass dabei das Problem einer mangelnden Präzisierung ersichtlich geworden wäre. Die in Art 131 Abs 3 B-VG umschriebenen Ablehnungsvoraussetzungen entsprechen außerdem weitgehend den Voraussetzungen, unter denen ein Berufungsgericht nach § 502 Abs 1 ZPO eine Revision zuzulassen hat; verweigert es die Zulassung, so kann der Revisionswerber das Revisionsgericht direkt anrufen (§ 505 Abs 4 ZPO), das bei der Prüfung dieser „außerordentlichen“ Revision nicht an die Entscheidung des Berufungsgerichts gebunden ist (§ 508a Abs 1 ZPO); es entscheidet vielmehr neu und kontrolliert damit implizit auch die Entscheidung des Berufungsgerichts. Warum eine solche Kontrolle dem VfGH im Verhältnis zum AsylGH nicht möglich sein sollte, leuchtet nicht recht ein, zumal der Vorlagetatbestand des Art 129e Abs 1 B-VG sogar noch präziser ist als seine Vorbilder: Diese verlangen eine Sachentscheidung des übergeordneten Gerichts zunächst nämlich sehr allgemein dann, wenn diese Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der „grundsätzliche Bedeutung“ (Art 131 Abs 3 B-VG) bzw. „zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung“ (§ 502 Abs 1 ZPO) zukommt; erst dann werden beispielhaft¹²⁰ die drei Fälle genannt, dass die bekämpfte Entscheidung von der Rechtsprechung des angerufenen Gerichts abweicht, dass eine einschlägige Rechtsprechung fehlt oder dass sie uneinheitlich ist.

Diese drei Fälle – und nur sie – hat der Verfassungsgesetzgeber für den ersten Vorlagetatbestand des Art 129e Abs 1 B-VG übernommen: Wenn er

¹¹⁸ Hervorhebungen nicht im Original.

¹¹⁹ Vgl VfSlg 12.838/1991 und die dort zitierte Vorjudikatur sowie VfSlg 17.507/2005.

¹²⁰ Vgl Art 131 Abs 3 B-VG („insbesondere weil“) und § 502 Abs 1 ZPO („etwa weil“).

diese Vorlagepflicht nicht demonstrativ, sondern taxativ umschreibt, dann wohl, weil er dem AsylGH bei der Vorlage – anders als dem VwGH bei der Ablehnung und dem Revisionsgericht bei der Revisionszulassung – gerade keinen Entscheidungsspielraum belassen wollte. Das wiederum legt nahe, dass die Einhaltung der Vorlagepflicht jedenfalls in diesen Fällen einer nachprüfenden Kontrolle des VfGH zugänglich sein müsste, und in der Tat: Festzustellen, ob zu einer Rechtsfrage Judikatur des VwGH besteht, ob sie uneinheitlich ist oder ob eine Entscheidung des AsylGH von der Judikatur abweicht, wäre für den VfGH zwar äußerst mühsam, aber doch gewiss möglich.

Inwieweit die Vorlagetatbestände des Art 129e B-VG zu unpräzise für eine nachprüfende Kontrolle sind, ergibt sich auch nicht aus dem Klammerhinweis des VfGH, ein Beschluss des VwGH, eine Beschwerde abzulehnen, einen verstärkten Senat zu bilden oder nach § 38a VwGG vorzugehen, unterliege nicht der Kontrolle durch ein anderes Gericht: Das beweist weder, dass eine solche Kontrolle bei diesen Tatbeständen schon dem Grunde nach unmöglich ist, noch – was dieser Hinweis wohl eher andeuten will –, dass eine nachprüfende Kontrolle so wenig wie beim VwGH auch beim AsylGH beabsichtigt sein konnte. Denn der Verfassungsgesetzgeber hat die Entscheidungen des VwGH ja ganz allgemein keiner nachprüfenden Kontrolle unterworfen¹²¹ – offenbar, weil er in den organisatorischen Garantien dieses Gerichtes eine ausreichende Gewähr für die Rechtsrichtigkeit seiner Entscheidungen sieht. Den AsylGH schätzt der Verfassungsgesetzgeber aber erkennbar anders ein, wenn er gegen Entscheidungen des AsylGH zum Ersten eine Beschwerde an den VfGH zulässt und den AsylGH zum Zweiten verpflichtet, dem VwGH von sich aus alle grundsätzlichen Rechtsfragen vorzulegen. Dass der Vorlagetatbestand des Art 129e Abs 1 B-VG dem Ablehnungstatbestand des Art 131 Abs 3 B-VG nachgebildet ist, soll nach alldem nur sicherstellen, dass Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung weiterhin vom VwGH beantwortet werden; es legt aber gerade nicht nahe, dass auf eine nachprüfende Kontrolle der Vorlagepflicht ebenso verzichtet werden sollte wie auf eine gerichtliche Kontrolle der Ablehnungspraxis des VwGH.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der VfGH auch in dieser Hinsicht vergleichbare Erwägungen bei der gemeinschaftsrechtlichen Vorlagepflicht nicht angestellt, insbesondere nie bezweifelt hat, dass diese Vorlagepflicht für eine nachprüfende Kontrolle hinreichend präzise umschrieben ist, obwohl die Feststellung einer solchen Pflicht bisweilen schwierig und mit erheblichem Aufwand verbunden ist.¹²² Auch dass der VfGH nicht ausdrücklich dazu ermächtigt ist, das zur Einholung einer Vorabentscheidung einzuhaltende Verfahren zu überprüfen, hat ihn bisher nicht gehindert, die pflichtwidrige Nichteinholung einer solchen Entscheidung als Verletzung des

¹²¹ Die Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen dem VwGH und dem VfGH durch den VfGH (Art 138 Abs 1 Z 2 B-VG) ist eine unausweichliche Ausnahme.

¹²² Vgl zB *Holoubek in Holoubek/Lang* (FN 113) 60 ff; *Faber* in diesem Band bei FN 56.

Art 83 Abs 2 B-VG zu qualifizieren. Demgegenüber beschließt der Gerichtshof seine Ausführungen zum Grundsatzentscheidungsverfahren im Erkenntnis U 48/08 in folgender Weise:

„Art. 144a B-VG hat aber den Verfassungsgerichtshof zur Überprüfung von Beschwerden gegen Entscheidungen des AsylGH – unter Zugrundelegung eines unveränderten Prüfungsmaßstabes (EB zur RV 314 BlgNR 23. GP) – berufen. Der Verfassungsgerichtshof hat demnach nur die Entscheidung des AsylGH als solche – und nicht die Grundsatzentscheidung bzw. das zu ihrer Einholung einzuhaltende Verfahren – auf die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter subjektiver Rechte zu überprüfen.“

Dass der VfGH an die Vorlagepflicht beim VwGH und diejenige beim EuGH so unterschiedliche Maßstäbe anlegt, kann nicht auf der jeweils unterschiedlichen Gestaltung dieser Vorlagepflicht beruhen: Der VfGH nennt hier keine wesentlichen Unterschiede, und es gibt auch keine. Erklärbar ist seine Entscheidung letztlich nur mit *funktionellen* Erwägungen, die die Gerichte – und so auch den VfGH – unausgesprochen bei der Frage leiten, ob ein subjektives Recht vorliegt oder nicht: Während die Annahme eines subjektiven Rechts auf eine Vorlage nach Art 234 EGV die Behörden und nunmehr auch den AsylGH zur Vorlage an den EuGH zwingt – diese Vorlage dem VfGH also erspart –, hätte die Annahme, der Asylwerber habe ein Recht auf eine Vorlage nach Art 132a Abs 2 B-VG, für den VfGH schwer wiegende Folgen. Der VfGH hätte diesfalls in jedem einzelnen Beschwerdeverfahren zu prüfen, ob die bekämpfte Entscheidung des AsylGH der Judikatur des VwGH entspricht, ob sie auf einer uneinheitlichen Judikatur des VwGH beruht oder ob sie eine grundsätzliche Rechtsfrage entscheidet, zu der noch keine Judikatur des VwGH vorliegt. Bei massenhaften Asylbeschwerden wäre dies fraglos eine enorme Belastung, durch die der VfGH zudem indirekt an die Stelle des VwGH träte,¹²³ obwohl der Verfassungsgesetzgeber eine Beschwerde an den VwGH gerade ausgeschlossen hat. Das *kann*, möchte man meinen, vom Verfassungsgesetzgeber doch nicht gewollt gewesen sein.

Dass die vom VfGH nun gewählte Lösung vom Verfassungsgesetzgeber beabsichtigt war, muss indes ebenso bezweifelt werden: Denn sie bedeutet, dass eine Verletzung der Vorlagepflicht für den AsylGH ohne jede Konsequenz bleibt: Die Nichteinholung einer Grundsatzentscheidung ist nämlich nach dem angesprochenen Erkenntnis nicht nur nach Art 83 Abs 2 B-VG unangreifbar. Sie stellt, wie der Gerichtshof sodann hinzufügt, auch keinen Verfahrensfehler dar, den der Asylwerber als Willkür bekämpfen kann, weil das Verfahren zur Einholung bzw Erlassung einer Grundsatzentscheidung „gesondert von dem vom Einzelnen vor dem AsylGH geführten Asylverfahren zu betrachten ist“. Das bedeutet – hoffentlich – noch nicht, dass der VfGH eine Gleichheitsverletzung selbst dann verneinen würde, wenn der

¹²³ S schon *Faber/Frank*, JBl 2008, 486.

AsylGH die Einholung einer Grundsatzentscheidung etwa unter Hinweis auf die Hautfarbe des konkreten Asylwerbers unterließe: In einem solchen Fall käme zur objektiven Verletzung der Vorlagepflicht noch hinzu, dass diese Missachtung des Gesetzes aus subjektiven, in der Person des Asylwerbers liegenden Gründen geschieht. Eine solche Diskriminierung ist freilich nur eine besonders offenkundige Form der Gesetzlosigkeit; anerkennt man, dass sie den Gleichheitssatz verletzt, dann ist nicht zu sehen, warum Gleiches nicht auch bei „bloß“ objektiver Willkür gelten sollte, zumal der VfGH die objektive Willkür ja gerade mit der Begründung in den Gleichheitssatz einbezogen hat, subjektive Willkür sei „relativ selten“ und der Gleichheitssatz, wäre er darauf beschränkt, ein für die Vollziehung weitgehend bedeutungsloses Recht.¹²⁴ Nach derzeitigem Stand der Judikatur hat der Asylwerber jedenfalls gegen die (objektiv) willkürliche Nichteinholung einer Grundsatzentscheidung keine Handhabe. Nicht einmal ein Amtshaftungsanspruch kommt bei einer Verletzung der Vorlagepflicht in Betracht, weil Entscheidungen des AsylGH nach § 25 AsylGHG von der Amtshaftung ausgenommen sind.¹²⁵

Wie die bisherige Praxis zeigt, sieht der AsylGH unter solchen Bedingungen keinerlei Veranlassung, seine Vorlagepflicht zu erfüllen – warum auch? Die Vorlagepflicht droht damit über kurz oder lang *de facto totes Recht* zu werden; dann freilich könnte keine Rede davon sein, dass es auch nach Einsetzung des AsylGH „keine maßgebliche Rechtsfrage im Asylrecht geben wird, die nicht durch die Rsp des VwGH geprägt sein wird“,¹²⁶ wie zur Beschwichtigung der Kritiker dieser Reform behauptet wurde. Derzeit steht vielmehr das Gegenteil dieser Ankündigung zu befürchten, dass der AsylGH – wie bislang – auch in Zukunft *keine* Grundsatzentscheidung einholen wird. Dazu motivieren könnte den AsylGH allenfalls die Sorge, dass eine dauerhafte Missachtung der Vorlagepflicht den Verfassungsgesetzgeber dazu veranlassen könnte, den AsylGH (wieder) der Kontrolle des VwGH zu unterstellen. Vielleicht werden solche Überlegungen den AsylGH auf längere Sicht zu einer sporadischen „Bewirtschaftung“ seiner Vorlagepflicht bewegen, gewiss aber nicht dazu, diese Vorlagepflicht in jedem Fall ernsthaft zu erfüllen. Das kann, wie man wohl zugeben muss, vom Verfassungsgesetzgeber auch nicht gewollt gewesen sein.

Zwischen diesen beiden – gleichermaßen unbefriedigenden – Lösungen hätte es noch einen dritten Weg gegeben: Der VfGH hätte die Verletzung der Vorlagepflicht einerseits als Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter und eine grobe Verletzung dieser Pflicht als Willkür qualifizieren, sich aber andererseits vor einer Überlastung durch eine entsprechende Hand-

¹²⁴ VfSlg 4480/1963, näher *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 742 ff.

¹²⁵ Die Verfassungskonformität dieses Ausschlusses bezweifelnd *Muzak* in *Muzak/Rohrböck* 106.

¹²⁶ *Hesse*, *migraLex* 2008, 4.

habung seines Ablehnungsrechtes schützen können: Denn der Verfassungsgesetzgeber ermächtigt den VfGH ja, die Behandlung einer Beschwerde ungeachtet ihrer Erfolgsaussichten abzulehnen, wenn von einer Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist – eine Voraussetzung, die bei Verletzungen des Art 83 Abs 2 B-VG sehr häufig zutrifft.¹²⁷ Nach einer solchen Ablehnung gibt es allerdings im Verfahren nach Art 144a B-VG kein Netz mehr, in das die Beschwerde fällt, denn der Weg zum VwGH ist dem Asylwerber ja versperrt. Der VfGH hätte daher mit einer Ablehnung eine Vielzahl von Urteilen dauerhaft im Rechtsbestand belassen müssen, obwohl er ihre Rechtswidrigkeit für möglich halten muss. Damit ist die Tücke auch des dritten Weges identifiziert: Er vermeidet zwar Brüche in der Judikatur zum Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, und er führt auch nicht zu Ergebnissen, die der Verfassungsgesetzgeber keinesfalls beabsichtigen konnte, dürfte also dessen Willen noch am ehesten entsprechen; doch wird der VfGH bei dieser Deutung dazu gezwungen, zu seinem eigenen Schutz vor Überlastung sehenden Auges möglicherweise rechtswidrige Urteile in großer Zahl „freizuzeichnen“ – ein Vorgehen, das dem Selbstverständnis eines Gerichts wohl so sehr widerspricht, dass es vergleichsweise noch leichter fällt, die Rechtswidrigkeit der bekämpften Urteile von vornherein zu verneinen.

Der Verfassungsgesetzgeber musste wissen, dass der VfGH von seiner Organisation her nicht in der Lage ist, die an ihn umgeleiteten Beschwerdemassen für alle Beteiligten zufriedenstellend zu bewältigen; dennoch hat er ein Rechtsschutzsystem geschaffen, in dem die Verantwortung für die Einhaltung des Gesetzes letztlich allein auf dem VfGH lastet. Im Ergebnis bürdet der Verfassungsgesetzgeber dem VfGH damit eine Entscheidung auf, die zu treffen in einer Demokratie dem Gesetzgeber überantwortet ist, die Entscheidung nämlich, wie und vor allem: an welchen Stellen die vorhandenen, aber notorisch knappen Ressourcen für den Rechtsschutz eingesetzt werden. Dass die Abschiebung dieser politischen Verantwortung an den VfGH ein Missstand ist, versteht sich. So betrachtet lässt sich das Erkenntnis U 48/08 auch als ein Versuch des VfGH verstehen, die politische Verantwortung wieder an den Verfassungsgesetzgeber zurückzuspielen: Ist die Grundsatzentscheidung und damit die Vorabkontrolle durch den VwGH nämlich de facto bedeutungslos, dann wird die – im Vorfeld dieser Reform stets bestrittene – Verschlechterung des Rechtsschutzes im Asylrecht offensichtlich. Der Verfassungsgesetzgeber muss dann entweder zu dieser Verschlechterung stehen oder – seinen anderslautenden Beteuerungen entsprechend – die Kontrolle durch den VwGH wiederherstellen.

¹²⁷ *Holzinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht II/2, 5. Lieferung (2002), Art 83 Abs 2 B-VG Rz 15; *Morscher/Christ*, Aktuelles zum gesetzlichen Richter, AnwBl 2007, 75 (81).

5.2 Sonstige verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte

Einmal gefällte Grundsatzentscheidungen sind – sollten sie je ergehen – für den AsylGH verbindlich. Legt er sie seiner Entscheidung denkunmöglich zugrunde oder unterstellt er einer Grundsatzentscheidung einen verfassungswidrigen Inhalt, so ist auch das, wie den Materialien zu entnehmen ist, ein tauglicher Beschwerdegrund vor dem VfGH.¹²⁸ Für ein solches Vorbringen kommt im Asylverfahren das Recht auf Gleichbehandlung Fremder untereinander, insbesondere das Verbot willkürlicher Verweigerung von Asyl oder subsidiärem Schutz, in Betracht; ferner Art 2 und 3 EMRK bei Refoulementprüfungen und Art 8 EMRK bei Ausweisungen. Nach der für diese Rechte geläufigen Grundrechtsformel wird ab nun also nicht nur gefragt werden müssen, ob die angefochtene Entscheidung einem Gesetz, sondern auch, ob sie einer Grundsatzentscheidung einen denkunmöglichen bzw verfassungswidrigen Inhalt unterstellt. Da die Grundsatzentscheidung eine Auslegungsfrage *beantwortet*, ist freilich zu erwarten, dass sich bei ihrer Auslegung nicht mehr allzu viele, im günstigsten Fall gar keine Fragen mehr stellen, sodass die denk mögliche, aber fehlerhafte Anwendung einer Grundsatzentscheidung eher die Ausnahme sein wird. Häufiger wird die Missachtung einer Grundsatzentscheidung offensichtlich und damit wohl auch so grob sein, dass sie ein verfassungsgesetzlich gewährlestetes Recht verletzt. Auch hier gerät der VfGH in die Lage zu prüfen, ob der AsylGH die – nun eben zur Grundsatzentscheidung erstarkte – Judikatur des VwGH beachtet. Zu einem solchen Rollentausch zwischen VwGH und VfGH wird es freilich dann nicht kommen, wenn Grundsatzentscheidungen bloß sporadisch ergehen.

Sieht man von der Besonderheit der Grundsatzentscheidung ab, so lassen sich die Standards, die der VfGH aus den Grundrechten für die Verwaltung abgeleitet hat, auf den AsylGH übertragen. Dementsprechend meint auch der VfGH, dass die aus dem BVG Rassendiskriminierung für die Verwaltung abgeleiteten Schranken „sinngemäß“ auch für Entscheidungen des AsylGH gelten,¹²⁹ und er wendet auch die Art 3 und 8 EMRK auf Entscheidungen des AsylGH gleich wie im Bescheidbeschwerdeverfahren an.¹³⁰

¹²⁸ S Erl zur RV 314 BlgNR 23. GP 4: „Entscheidungen des Asylgerichtshofes, die auf einer verbindlichen Grundsatzentscheidung [...] beruhen, können beim Verfassungsgerichtshof [...] nicht mit der Behauptung angefochten werden, die in der Grundsatzentscheidung vorgenommene rechtliche Beurteilung sei denkunmöglich. Wohl aber wäre die Behauptung zulässig, der Asylgerichtshof habe die Grundsatzentscheidung seiner Entscheidung in denkunmöglicher Weise zugrunde gelegt [...] oder der Grundsatzentscheidung einen denkunmöglichen oder verfassungswidrigen Inhalt unterstellt.“

¹²⁹ VfGH 6. 11. 2008, U 97/08; 7. 11. 2008, U 48/08; 7. 11. 2008, U 67/08; 3. 12. 2008, U 131/08; 10. 12. 2008, U 80/08.

¹³⁰ VfGH 8. 10. 2008, U 5/08; 7. 11. 2008, U 48/08.

5.3 Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm

In einem Verfahren nach Art 144a B-VG kann der Asylwerber neben der Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte auch die Verletzung von Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm geltend machen. Keine generelle Norm in diesem Sinn ist allerdings die Grundsatzentscheidung selbst. Die beim Massenbeschwerdeverfahren diskutierte Frage – Welche Wirkung hat die Entscheidung des VwGH nach § 38a VwGG und nun auch die des VfGH nach § 86a VfGG?¹³¹ – ist für die Grundsatzentscheidung durch das positive Recht, und zwar im Verfassungsrang, eindeutig beantwortet: Die Grundsatzentscheidung ist, wie Art 132a Abs 2 B-VG bestimmt, allgemein verbindlich, und zwar, wie die Materialien erläuternd klarstellen, auch für den VfGH, der die Grundsatzentscheidung des VwGH nicht als denkmöglich oder verfassungswidrig beanstanden kann.¹³² Der VfGH muss seinen Entscheidungen also das Gesetz – wie seinerzeit im Konvent zur Rettung der Urteilsbeschwerde vorgeschlagen¹³³ – in jener Deutung zugrunde legen, die ihm der VwGH durch die Grundsatzentscheidung gegeben hat.

Ist das Gesetz in dieser Deutung verfassungswidrig, dann muss der VfGH es in Prüfung nehmen und aufheben. Damit wird auch die Grundsatzentscheidung gegenstandslos, weil sich die in ihr beantwortete Rechtsfrage nicht mehr stellt.¹³⁴ Die ganze Konstruktion ist zugegebenermaßen umständlich und ungewohnt, baugesetzwidrig ist sie mE aber nicht, weil nicht zu sehen ist, welches Baugesetz die verbindliche Deutung einer Norm durch ein Gericht verbietet, solange die Norm in *dieser* Deutung weiterhin der Kontrolle des VfGH unterliegt.¹³⁵

¹³¹ Vgl dazu mwN den Beitrag von *Fuchs* in diesem Band.

¹³² Vgl abermals die Erl zur RV 314 BlgNR 23. GP 4 (FN 128), 12 (FN 37) und 13 (FN 45); ferner AB 370 BlgNR 23. GP 3.

¹³³ Dazu oben I.2.

¹³⁴ S auch *Wiederin*, migraLex 2008, 11, nach dem die Grundsatzentscheidung mit der Norm, die sie auslegt, das rechtliche Schicksal teilt: „Wird eine Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung aufgehoben, so endet gleichzeitig die Verbindlichkeit aller auf sie gründenden Grundsatzentscheidungen“; ihm folgend *Feik/Klaushofer* in *Lienbacher/Wielinger*, 144. Gegen diese Lösung kann nicht eingewendet werden, sie „funktioniere“ nur bei Normen, die der VfGH aufheben kann, nicht hingegen bei Staatsverträgen (so wohl *Balthasar*, migraLex 2008, 64 FN 48). Staatsverträge sind nämlich, wie oben I.3.3. schon dargelegt, einer Grundsatzentscheidung von vornherein nicht zugänglich. Auch wenn man davon absieht, ist die von *Balthasar*, migraLex 2008, 64, angebotene Alternative aber kein gangbarer Weg. Gegen seine Annahme, eine rechtswidrige Grundsatzentscheidung sei auf demselben Weg wie die durch sie ausgelegte Norm anfechtbar (dh nach Art 140 B-VG, wenn ein Gesetz, nach Art 139 B-VG, wenn eine Verordnung, und nach Art 140a B-VG, wenn ein Staatsvertrag ausgelegt wird), spricht die aus den Materialien (FN 132) deutlich erkennbare Absicht des Verfassungsgesetzgebers, auch den VfGH an die Grundsatzentscheidung zu binden.

¹³⁵ S auch *Wiederin*, migraLex 2008, 11, nach dem „der Rechtsstaatlichkeit als Grundprinzip Genüge getan“ ist, weil der VfGH auf die Rechtswidrigkeit einer Grundsatzentscheidung

Soweit eine Grundsatzentscheidung ein Gesetz „nur“ unrichtig auslegt, ohne ihm dabei einen verfassungswidrigen Inhalt zu unterstellen, kann das Gesetz mit diesem neuen Inhalt zwar nicht vom VfGH aufgehoben, wohl aber durch dieselbe Rechtsform wieder korrigiert werden: Ist der Gesetzgeber der Ansicht, dass eine von ihm erlassene Vorschrift durch die Grundsatzentscheidung fehlgedeutet wird, muss er tun, was er auch sonst tut, wenn eine Judikatur seinen politischen Absichten zuwiderläuft: Er muss die fragliche Norm eben neu, und zwar so formulieren, dass die in der Grundsatzentscheidung gewählte Deutung ausgeschlossen ist.

III. Resümee

Das durch die B-VG-Novelle 2008 eingerichtete Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des AsylGH wirft eine Reihe schwieriger Probleme auf. Erstmals ist der VfGH nun ermächtigt, *gerichtliche* Urteile zu kontrollieren; doch hat der Gesetzgeber dafür keine eigene Verfahrensordnung geschaffen, sondern nur die Vorschriften des Bescheidbeschwerdeverfahrens für sinngemäß anwendbar erklärt. Dass Regeln, nach denen ein Gericht einen Verwaltungsakt kontrolliert, auch für ein zweitinstanzliches Gerichtsverfahren passen, steht indes noch nicht von vornherein fest, sondern muss erst auf Schritt und Tritt geprüft werden. Einige dieser Regeln erweisen sich bei näherer Betrachtung als nicht adäquat, und nicht jede der dadurch entstehenden Unstimmigkeiten lässt sich im Auslegungsweg beheben.

Schwierigkeiten im Verfahren nach Art 144a B-VG bereitet ferner und noch bei weitem mehr, dass der AsylGH – anders als eine Verwaltungsbehörde – nicht mehr der nachprüfenden Kontrolle des VwGH unterliegt; durch die Pflicht, Grundsatzentscheidungen zu erlassen und dem VwGH vorzulegen, ist der AsylGH vielmehr einer Vorabkontrolle durch den VwGH unterstellt und erst dann einer nachprüfenden Kontrolle durch den VfGH. So kommt es zu einem merkwürdigen Rollentausch: Der VwGH ist durch seine Grundsatzentscheidungskompetenz ermächtigt, einfache Gesetze nicht nur verbindlich auszulegen, sondern bei Licht besehen auch zu ändern. Und der VfGH gerät in die Lage zu prüfen, ob eine Entscheidung des AsylGH der Judikatur des VwGH entspricht. In die Rolle des jeweils anderen Gerichtshofes müssen VfGH und VwGH nur dann nicht schlüpfen, wenn der AsylGH von sich aus keine Grundsatzentscheidungen vorlegt, was er – nach derzeitigem Stand der Judikatur – auch pflichtwidrig tun kann, ohne dass dies Konsequenzen hat. Ob der VwGH die ihm von Verfassung wegen zugeordnete Vorabkontrolle ausüben kann, liegt damit letztlich im unkontrollierbaren Ermessen des AsylGH.

mit der Aufhebung der sie tragenden Gesetzes- oder Ordnungsbestimmung reagieren kann. AA Müller, ÖJZ 2008, 13; Muzak in *Muzak/Rohrböck*, 71 ff; Kolonovits, *migraLex* 2009.

Es mag ein verdecktes Ziel dieser Reform gewesen sein, die Diskussion über die Urteilsbeschwerde am Laufen zu halten.¹³⁶ Doch zeigt gerade das hier geschaffene Modell, dass die Urteilsbeschwerde zu schweren Kompetenzkonfusionen und Dysfunktionalitäten führt und in der gewählten Form den Rechtsschutz zudem deutlich verschlechtert. Als Vorbild für eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit ist dieses Modell keinesfalls zu empfehlen. Es ist vielmehr zu hoffen, dass der AsylGH ehestmöglich in das System einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit integriert wird, wie sie im Entwurf der Expertengruppe vorgesehen war.

¹³⁶ S auch den Befund *Wiederins*, *migraLex* 2008, 12: „Was der Öffentlichkeit als überhastete Maßnahme erschien, war ein wohl vorbereiteter Schuss aus der Hüfte, der prompt ins Schwarze traf“; s ferner *Jabloner*, *JRP* 2008, 7.