

# TE Vfgh Erkenntnis 2005/9/28 B1324/04

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.09.2005

## Index

41 Innere Angelegenheiten

41/02 Staatsbürgerschaft, Paß- und Melderecht, Fremdenrecht

## Norm

B-VG Art83 Abs2

B-VG Art129a Abs1 Z2

AsylG 1997 §5 Abs1, §44

AVG §64

Dublin II-VO des Rates vom 18.02.03. EG 343/2003 Art13, Art19, Art20

FremdenG 1997 §56

## Leitsatz

Verletzung im Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter durch als Zurückweisung zu deutende Abweisung eines Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Abschiebung eines Asylwerbers aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Berufung gegen die Ausweisung nach Zurückweisung des Asylantrages wegen Zuständigkeit eines anderen Staates zur Entscheidung iSd Dublin II-VO; Abschiebung vor Durchsetzbarkeit der Ausweisung keine bloße Vollstreckungsmaßnahme sondern anfechtbarer Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt

## Spruch

Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Bescheid im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt worden.

Der Bescheid wird aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Inneres) ist schuldig, dem Beschwerdeführer zuhanden seines Rechtsvertreters die mit € 2.340,- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Der Beschwerdeführer, ein behauptetermaßen nigerianischer Staatsangehöriger, reiste eigenen Angaben zufolge am 15. März 2004 nach Österreich ein und stellte am selben Tag einen Asylantrag.

Mit Bescheid vom 18. März 2004 erließ die Bundespolizeidirektion Eisenstadt ein - unbekämpft gebliebenes - Aufenthaltsverbot für die Dauer von 5 Jahren wegen Mittellosigkeit und schloss in diesem Bescheid gleichzeitig die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Berufung gemäß §64 Abs2 AVG aus.

Mit Bescheid des Bundesasylamtes vom 7. April 2004 wurde der Asylantrag gemäß §5 Abs1 Asylgesetz 1997, BGBl. I Nr. 76/1997 idF BGBl. I Nr. 126/2002 (d.h. vor der AsylG-Novelle 2003; im Folgenden kurz: AsylG), wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen und festgestellt, dass für die Prüfung des Asylantrages gemäß Art13 iVm Art16 Abs1 litc der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates (im Folgenden: Dublin II-VO) die Niederlande zuständig sei. Ferner wurde der Beschwerdeführer aus dem Bundesgebiet in die Niederlande ausgewiesen. Die Rechtsmittelbelehrung enthielt den Hinweis, dass diese Ausweisung gemäß Art19 Abs2 bzw. Art20 Abs1 litd Dublin II-VO sofort durchsetzbar sei und einer Berufung keine aufschiebende Wirkung zukomme.

In Folge der Berufung des Beschwerdeführers behob der unabhängige Bundesasylsenat mit Bescheid vom 20. April 2004 den Bescheid des Bundesasylamtes wegen Verfahrensmängel und verwies die Angelegenheit zur neuerlichen Durchführung des Verfahrens an das Bundesasylamt zurück.

Von der bereits für den 23. April 2004 geplanten Abschiebung des Beschwerdeführers in die Niederlande wurde nach Zustellung des Berufungsbescheides abgesehen.

Mit nahezu wortidenter Begründung wies das Bundesasylamt in seinem Bescheid vom 29. April 2004 den Asylantrag neuerlich zurück, erklärte die Niederlande zur Prüfung des Asylantrags für zuständig und wies den Beschwerdeführer in die Niederlande aus. Die vom unabhängigen Bundesasylsenat aufgetragenen weiteren Ermittlungen erachtete die erstinstanzliche Behörde als "nicht entscheidungsrelevant".

Auch dieser Bescheid enthielt nach der Rechtsmittelbelehrung den Hinweis, dass die Ausweisung sofort durchsetzbar sei und einer dagegen erhobenen Berufung keine Aufschiebung zukomme.

Am 7. Mai 2004 wurde der Beschwerdeführer auf dem Luftweg nach Amsterdam abgeschoben. Die gegen den neuerlichen erstinstanzlichen Bescheid erhobene Berufung ist beim unabhängigen Bundesasylsenat anhängig. Mit Schriftsatz vom 7. Juni 2004 beantragte der durch einen Rechtsanwalt vertretene Beschwerdeführer, seiner Berufung aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Weder über diesen Antrag noch über die Berufung ist eine Entscheidung des unabhängigen Bundesasylsenates bislang ergangen.

2. Mit Schriftsatz vom 7. Juni 2004 erhob der Beschwerdeführer eine Beschwerde nach Art129a Abs1 Z2 B-VG und §67c AVG an den unabhängigen Verwaltungssenat Burgenland (im Folgenden: UVS), in der er die Feststellung beantragte, dass seine Abschiebung rechtswidrig erfolgte, und im Wesentlichen vorbrachte, dass die Abschiebung auf Grund der aufschiebenden Wirkung der Berufung nicht hätte durchgeführt werden dürfen.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies der UVS die Beschwerde gemäß §67c Abs3 AVG unter Auferlegung näher bestimmter Kosten als unbegründet ab. Nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie Ausführungen zum Vorrang des Gemeinschaftsrechtes begründete der UVS seine Entscheidung damit, dass Art19 Abs2 bzw. Art20 Abs1 lite Dublin II-VO ausdrücklich die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen die Unzuständigkeitsentscheidung ausschließe. Anderes gelte nur, wenn die zuständigen Behörden im Einzelfall nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts anders entscheiden, wenn es nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig sei. Demgegenüber sehe §64 Abs1 AVG vor, dass jeder Berufung von Gesetzes wegen aufschiebender Wirkung zukomme. Dazu führt die belangte Behörde aus:

"Während somit die genannten Bestimmungen der Verordnung (EG) 343/2003 vom generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung mit der Möglichkeit, eine solche einzelfallbezogen zuzuerkennen ausgehen, geht §64 AVG vom gerade umgekehrten System, nämlich genereller aufschiebender Wirkung, mit der Möglichkeit diese einzelfallbezogen abzuerkennen, aus.

Es war daher [...] davon auszugehen, dass der den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen widersprechende §64 AVG von Art19 Abs2 (betreffend Entscheidungen nach Aufnahmeersuchen) bzw. Art20 Abs1 lite (betreffend Entscheidungen nach Wiederaufnahmeersuchen) der Verordnung (EG) 343/2003 in seiner Anwendbarkeit verdrängt wurde.

Nach der von Schmid/Frank/Anerinhof, aaO., geäußerten weiterführenden Ansicht hinsichtlich der Möglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im Einzelfall treffen die in der Verordnung genannten Ausnahmen für Österreich nicht zu. Der letzte Halbsatz der angeführten Normen beziehe sich nämlich grammatikalisch zweifelsfrei auf

die Gerichte oder zuständigen Stellen (arg.: 'ihrem innerstaatlichen Recht'). Diesen müsse die innerstaatliche Rechtslage einer Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung für den Einzelfall erlauben. Nur dann gelte der Grundsatz des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung nicht. §64 Abs1 AVG sei seinem Wortlaut nach eindeutig keine Rechtsgrundlage für die Zuerkennung aufschiebender Wirkung im Einzelfall.

Nun hat der Unabhängige Bundesasylsenat (UBAS) in seiner Rechtsprechung (vgl. UBAS vom 19.02.2004, Zl. 246.640/0-VII/43/04, und vom 02.03.2004, Zl. 247.349/0-IX/25/04) ebenfalls anerkannt, dass einer vom Bundesasylamt erlassenen Ausweisung nach §5 AsylG aF gemäß Artikel 19 Abs2 bzw. Artikel 20 Abs1 lite der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 aufschiebende Wirkung nicht zukommt und die Ausweisung grundsätzlich sofort mit Erlassung durchsetzbar ist. Jedoch ging der UBAS in seinen Entscheidungen davon aus, dass das Bundesasylamt von einer 'überschießenden Verdrängung' und damit gänzlichen Außerkraftsetzen österreichischen Rechts, namentlich des §64 Abs1 AVG, durch die Verordnung ausgegangen wäre. Eine solche Auslegung - so der UBAS - stehe jedoch mit dem Wortlaut der EG-Verordnung im Widerspruch, weil diese ausdrücklich die nationale Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ermögliche. Wollte man §64 AVG keinen EG-verordnungswidrigen Inhalt unterstellen, in dem diese Bestimmung allen Berufungen automatisch ex lege die aufschiebende Wirkung zuerkennt, könne §64 Abs1 AVG unter Zugrundelegung der österreichischen Verfassungsordnung und der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes und Verwaltungsgerichtshofes nur dahingehend verstanden werden, dass von Amts wegen im Einzelfall über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung abzusprechen wäre. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes sei der UBAS verhalten, diesen im Einzelfall zu gewähren.

Der Unabhängige Bundesasylsenat erkannte daher einzelfallbezogen den Berufungen gegen Bescheide des Bundesasylamtes, womit Ausweisungen nach §5 AsylG aF erlassen wurden, aufschiebende Wirkung zu. Ungeachtet dessen, dass dies in der Literatur zum Teil kritisiert wurde (Schmid/Frank/Anerinhof, Asylgesetz, 2. Aufl. §5a AsylG, K11) stellte dies klar, dass auch der UBAS in seiner Judikatur davon ausging, dass §64 Abs1 AVG zumindest hinsichtlich der generellen von Gesetzes wegen erfolgten Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung von den genannten Bestimmungen der Verordnung (EG) 343/2003 verdrängt wurde.

Nun ist dazu anzumerken, dass der EuGH zwar bei der Beurteilung, ob nationales Recht gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, auch auf die Praxis der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Auslegung von nationalem Recht Bedacht nimmt, jedoch sich ein Mitgliedstaat nicht darauf berufen kann, dass Gemeinschaftswidrigkeit einer nationalen Norm trotz seines gegen Gemeinschaftsrecht verstoßenden Inhaltes nicht vorliegt, wenn die nationale Auslegung so erfolgt, dass die Anwendung der an sich dem Gemeinschaftsrecht widersprechenden Norm nicht gemeinschaftswidrig erfolgt. Auch unter diesem Blickwinkel war davon auszugehen, dass im hier vorliegenden Fall §64 Abs1 AVG durch die oben wiedergegebenen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 verdrängt wurde. Sowohl in der bisherigen Judikatur (vgl. die Judikatur des UBAS) als auch Literatur (vgl. Thallinger, Das neue Asylgesetz - ein verfassungsrechtlicher Grenzgänger, ZfV 2004/325, S. 165ff.; Muzak, Verfahrensrechtliche Fragen der AsylG-Nov 2003 - Teil 2, migralex 2004 S.17, FN 16; Schmid, Dublin II Verordnung, migralex 2003, S.70) wurde dies nicht bezweifelt. Dem dieser Ansicht entgegenstehenden Beschwerdevorbringen, die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 sehe für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit vor, einer Berufung die aufschiebende Wirkung abzuerkennen, war daher nicht zu folgen. Vielmehr war den Bestimmungen des Art19 Abs2 und Art20 Abs1 lite der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 das Gegenteil zu entnehmen, nämlich dass Berufungen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt und diesen nur im Einzelfall von der Behörde zuerkannt werden kann, wenn dies in der Rechtsordnung des Mitgliedstaates vorgesehen ist.

Berücksichtigt man nun die Rechtsprechung des Unabhängigen Bundesasylsenates zur Frage der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im Einzelfall betreffend Entscheidungen nach §5 AsylG aF, ergibt sich, dass die in Österreich vom UBAS geübte innerstaatliche Praxis einer 'EG-verordnungskonformen Interpretation' des §64 Abs1 AVG letztlich nicht als im Widerspruch zu den Bestimmungen der EG-Verordnung 343/2003 anzusehen ist, jedoch andererseits die Verdrängung des §64 Abs1 AVG nicht zu verhindern vermag.

Somit ist im Ergebnis festzuhalten, dass auf Grund der angeführten Bestimmungen der Verordnung (EG) 343/2003 einer Berufung gegen einer vom Bundesasylamt gemäß §5 AsylG aF erlassenen Ausweisung von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Jedoch kann aufgrund der Rechtsprechung des UBAS die aufschiebende Wirkung im

Einzelfall im Berufungsverfahren vom UBAS zuerkannt werden, wenn es sich um Fälle handelt, in denen der Asylantrag vor dem 01.05.2004 eingebracht wurde.

Ob die einzelfallbezogene Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nunmehr durch §32 Abs2 AsylG nF im Verfahren wegen ab dem 01.05.2004 gestellter Asylanträge nicht mehr möglich ist, und ob durch den gänzlichen Ausschluss der Möglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung eine Verfassungswidrigkeit gegeben ist (vgl. dazu Thallinger, Das neue Asylgesetz - ein verfassungsrechtlicher Grenzgänger, Zfv, 2004/325, S.166ff.; Muzak, Verfahrensrechtliche Fragen der AsylG-Nov 2003 - Teil 2, migralex 2004 S.17ff., Khakzadeh, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur AsylG-Nov 2003, migralex, S. 63, unter Hinweis auf Muzak, aaO.), war im vorliegenden Fall keiner weiteren Beurteilung zu unterziehen. Diese Bestimmung war hier nicht anzuwenden, weil es sich um einen vor dem 01.05.2004 eingebrachten Asylantrag handelte.

Auf den hier vorliegenden Fall angewendet bedeuten die oben angeführten Erwägungen letztlich, dass der Berufung des Beschwerdeführers gegen den vom Bundesasylamt erlassenen Ausweisungsausspruch aufgrund der Verdrängung des §64 Abs1 AVG durch Art20 Abs1 lite der Verordnung (EG) 343/2003 keine aufschiebende Wirkung zukam, eine solche aufgrund der durch den UBAS vorgenommenen verfassungskonformen Interpretation des §64 AVG jedoch (in diesem Einzelfall) zuerkannt hätte werden können. Bis zum 07.05.2004 (dem Tag der Abschiebung des Beschwerdeführers) erfolgte eine derartige Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung jedoch nicht. Ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wurde vom Beschwerdeführer überdies erst mit Schreiben vom 07.06.2004 gestellt."

Der Beschwerdeführer habe die Möglichkeit gehabt, gegen den Bescheid des Bundesasylamtes ein Rechtsmittel einzulegen und die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu erhalten. Dass der Beschwerdeführer den Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung jedoch erst mit Schriftsatz vom 7. Juni 2004 gestellt habe, sei ihm selbst zuzurechnen. Weiters sei dem Beschwerdeführer offen gestanden, die Gewährung eines Abschiebungs- oder Durchsetzungsaufschubes nach dem Fremdengesetz 1997 zu beantragen, was er jedoch unterlassen habe.

3. In der dagegen erhobenen Beschwerde nach Art144 B-VG wird die Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten geltend gemacht und die Aufhebung des angefochtenen Bescheides unter Kostenanspruch begehrt. Der Beschwerdeführer vertritt zum einen die Auffassung, dass durch die Dublin II-VO der Grundrechtsschutz, insb. Art3 und 13 EMRK, auf Grund des Ausschlusses einer aufschiebenden Wirkung bei Rechtsbehelfen nicht gewährleistet sei, sodass deren Bestimmungen, insoweit sie von den Regelungen des §64 Abs1 AVG abweichen, die nationale Norm nicht verdrängen könnten. Der Ansicht des UVS, dass - gemäß gemeinschaftskonformer Interpretation des §64 AVG - einer Berufung die aufschiebende Wirkung einzelfallbezogen zuerkannt werden könne, tritt die Beschwerde zum anderen mit dem Hinweis entgegen, dass eine solche Vorgangsweise nicht normativ determiniert sei. Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gegen den erstinstanzlichen Ausweisungsbescheid widerspreche den Art3 und 13 EMRK. Weiters bringt die Beschwerde vor:

"Damit ein Rechtsmittel wirksam sein kann, muss es auch in Anspruch genommen werden können. Dies erfordert vor allem im fremdenpolizeilichen Verfahren die Anwesenheit der betroffenen Person im Inland. Infolge des grundsätzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung einer an den Bundesasylsenat gerichteten Berufung ist jedoch keine 'wirksame' Beschwerdemöglichkeit im Sinne des Art13 EMRK gegeben. Es mangelt ihr an 'faktischer Effizienz', wie dies der Verfassungsgerichtshof (im Erkenntnis vom 1.12.1995, Zl. G1306/95, Slg. 14374), ausgedrückt hat. Somit widerspricht der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfes gem. Art19 Abs2 (und gem. Art20 Abs1 lite) der Verordnung (EG) dem Artikel 3 und 13 der EMRK. Die belangte Behörde hätte daher diese Verordnung nicht anwenden dürfen; zumindest hätte sie diese Bestimmung verfassungskonform und entsprechend der EMRK so auslegen müssen, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfes nicht zwingend gegeben ist, und daher jedenfalls dann, wenn die nationale Rechtsordnung die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels vorsieht, diese auch anzuwenden ist.

Im übrigen wird darauf hingewiesen, dass der Verfassungsgerichtshof in seinem jüngsten Erkenntnis zur Aufhebung von Teilen des Asylgesetzes (darunter den zweiten Satzes des §32 Abs2 sowie §5a Abs1 zweiter Satz) den generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung gegen Entscheidungen gemäß §5 im Zulassungsverfahren für verfassungswidrig erklärt hat, u.a. auch mit dem Argument, dass der generelle Ausschluss der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels durch die Verordnung (EG) nicht zwingend vorgegeben sei, da der raschen Durchführung

einer Ausweisung mögliche Nachteile des Asylwerbers - etwa die faktische Schwierigkeit, vom Ausland ein Berufungsverfahren durchzuführen, oder Beeinträchtigungen, die sogar unter den Artikel 3 EMRK oder Artikel 8 EMRK fallen können - entgegenstehen könnten.

Wäre nun die in Beschwerde gezogene Abschiebung auf der Grundlage des Asylgesetzes i.d.F. der Asylgesetz-Novelle 2003, BGBl. I Nr. 101/2003, getroffen worden, dann wäre die Abschiebung - im Lichte dieses Erkenntnisses - verfassungswidrig. Dies muss umso mehr für eine Abschiebungsmassnahme der Behörde gelten, die auf der Grundlage des Asylgesetzes i.d.F. BGBl. I Nr. 126/2002 erlassen worden ist, die die aufschiebende Wirkung einer Berufung ausdrücklich zuerkennt (§64 Abs1 AVG) und damit dem Asylwerber während des noch nicht abgeschlossenen Asylverfahrens ausdrücklich Abschiebeschutz gewährt (§21 Abs2 und 3 Asylgesetz aF)."

4. Der UVS legte als belangte Behörde die Verwaltungsakten vor und beantragte die Abweisung der Beschwerde. In der Sache verteidigte die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid.

II. Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

Die AsylG-Novelle 2003, BGBl. I Nr. 101/2003, trat am 1. Mai 2004 in Kraft. Jener Bescheid, der gemäß den Ausführungen der belangten Behörde Grundlage der Abschiebung war, stammt vom 29. April 2004. Die Abschiebung selbst erfolgte am 7. Mai 2005. Gemäß §44 des AsylG idF der AsylG-Novelle 2003 sind Verfahren, bei denen der Asylantrag vor dem 1. Mai 2004 gestellt wurden, nach dem AsylG vor der genannten Novelle zu Ende zu führen. Der Asylantrag wurde am 15. März 2004 gestellt, sodass die §§5a und 32 Abs2 idF der AsylG-Novelle noch nicht anzuwenden waren.

Vor dem Hintergrund des sog. Dubliner Übereinkommens (Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrages, BGBl. III Nr. 165/1997) bzw. der diesem Übereinkommen nachfolgenden Dublin II-VO ordnet §5 Abs1 AsylG (idF vor der AsylG-Novelle 2003) an, dass ein Asylantrag als unzulässig zurückzuweisen ist, wenn ein anderer Staat "vertraglich zur Prüfung des Asylantrages zuständig" ist. Mit der Zurückweisung sei auch die Feststellung, welcher Staat zuständig ist, sowie die Ausweisung in jenen Staat zu verbinden. §5 AsylG, BGBl. I Nr. 76/1997 idF BGBl. I Nr. 4/1999, lautet folgendermaßen:

"§5. (1) Ein nicht gemäß §4 erledigter Asylantrag ist als unzulässig zurückzuweisen, wenn ein anderer Staat vertraglich zur Prüfung des Asylantrages zuständig ist. Mit dem Zurückweisungsbescheid hat das Bundesasylamt auch festzustellen, welcher Staat zuständig ist. Ein solcher Bescheid ist mit einer Ausweisung zu verbinden.

(2) Gemäß Abs1 ist auch vorzugehen, wenn ein anderer Staat vertraglich dafür zuständig ist zu prüfen, welcher Staat zur Prüfung des Asylantrages zuständig ist.

(3) Eine Ausweisung gemäß Abs1 und 2 gilt stets auch als Feststellung der Zulässigkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung in den bezeichneten Staat."

Gemäß §64 AVG haben rechtzeitig eingebrachte Berufungen aufschiebende Wirkung (Abs1). Nach Abs2 kann die aufschiebende Wirkung von der Behörde jedoch ausgeschlossen werden, wenn die vorzeitige Vollstreckung im Interesse einer Partei oder des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Gemäß §21 Abs1 AsylG ist zwar die Verhängung eines Aufenthaltsverbotes wegen Mittellosigkeit unter bestimmten Voraussetzungen zulässig; solange das Verfahren über seinen Asylantrag nicht beendet ist, darf ein Asylwerber nach §21 Abs2 AsylG jedoch generell nicht zurück- oder abgeschoben werden (VwGH verst Sen 20.10.2000, 99/20/0406; 15.5.2003, 2001/01/0222).

Art 19 Dublin II-VO (ABl. L 50/1 vom 25.2.2003) regelt die Entscheidung des Mitgliedstaates, einen Asylantrag wegen Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaates nicht zu prüfen und den Asylwerber an den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen; Abs2 lautet:

"Artikel 19

...

(2) Die Entscheidung nach Absatz 1 ist zu begründen. Die Frist für die Durchführung der Überstellung ist anzugeben, und gegebenenfalls der Zeitpunkt und der Ort zu nennen, zu dem bzw. an dem sich der Antragsteller zu melden hat, wenn er sich auf eigene Initiative in den zuständigen Mitgliedstaat begibt. Gegen die Entscheidung kann ein

Rechtsbehelf eingelegt werden. Ein gegen die Entscheidung eingelegter Rechtsbehelf hat keine aufschiebende Wirkung für die Durchführung der Überstellung, es sei denn, die Gerichte oder zuständigen Stellen entscheiden im Einzelfall nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts anders, wenn es nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig ist."

Die Anordnung des Art19 Abs2 betrifft den Fall der erstmaligen Aufnahme eines Asylwerbers, wogegen Art20 Abs1 lite Dublin II-VO die Wiederaufnahme eines Asylwerbers regelt und folgendermaßen lautet:

"Artikel 20

...

e) der ersuchende Mitgliedstaat teilt dem Asylbewerber die Entscheidung des zuständigen Mitgliedstaats über seine Wiederaufnahme mit. Diese Entscheidung ist zu begründen. Die Frist für die Durchführung der Überstellung ist anzugeben und gegebenenfalls der Ort und der Zeitpunkt zu nennen, an dem bzw. zu dem sich der Asylbewerber zu melden hat, wenn er sich auf eigene Initiative in den zuständigen Mitgliedstaat begibt. Gegen die Entscheidung kann ein Rechtsbehelf eingelegt werden. Ein gegen diese Entscheidung eingelegter Rechtsbehelf hat keine aufschiebende Wirkung für die Durchführung der Überstellung, es sei denn, die Gerichte oder zuständigen Stellen entscheiden im Einzelfall nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts anders, wenn es nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig ist.

Erforderlichenfalls stellt der ersuchende Mitgliedstaat dem Asylbewerber ein Laissez-passer nach dem Muster aus, das gemäß dem Verfahren nach Artikel 27 Absatz 2 festgelegt wird.

Der zuständige Mitgliedstaat teilt dem ersuchenden Mitgliedstaat gegebenenfalls mit, dass der Asylbewerber eingetroffen ist bzw. dass er sich nicht innerhalb der vorgegebenen Fristen gemeldet hat."

§56 Fremden-Gesetz 1997, BGBl. I Nr. 75/1997 (im Folgenden: FrG), regelt die Abschiebung von Fremden; Abs1 lautet:

"§56. (1) Fremde, gegen die ein Aufenthaltsverbot oder eine Ausweisung durchsetzbar ist, können von der Behörde zur Ausreise verhalten werden (Abschiebung), wenn

1. die Überwachung ihrer Ausreise aus Gründen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung oder Sicherheit notwendig scheint oder
2. sie ihrer Verpflichtung zur Ausreise nicht zeitgerecht nachgekommen sind oder
3. auf Grund bestimmter Tatsachen zu befürchten ist, sie würden ihrer Ausreiseverpflichtung nicht nachkommen oder
4. sie dem Aufenthaltsverbot zuwider in das Bundesgebiet zurückgekehrt sind."

III. Der Verfassungsgerichtshof hat über die - zulässige - Beschwerde erwogen:

1. Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wird durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt, wenn die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt (zB VfSlg. 15.372/1998, 15.738/2000, 16.066/2001, 16.298/2001 und 16.717/2002) oder wenn sie in gesetzwidriger Weise ihre Zuständigkeit ablehnt, etwa indem sie zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert (zB VfSlg. 15.482/1999, 15.858/2000, 16.079/2001 und 16.737/2002).

1.1 Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zum Fremdenpolizeigesetz 1954 sowie zum Fremden-Gesetz 1992 stellte die Abschiebung selbst keine (bescheidmäßig zu verfügende) Vollstreckungsverfügung, sondern eine der Vollstreckung vorangegangener Bescheide dienende Maßnahme dar, die nicht als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt qualifiziert werden konnte (vgl. VfSlg. 13.885/1994 mwN).

Eine Anwendung von "Befehls- und Zwangsgewalt" zwecks Abschiebung iSd §56 FrG, die nicht bloß der Vollstreckung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbotes diene, erachtete der Gerichtshof jedoch als gemäß Art129a Abs1 Z2 B-VG beim unabhängigen Verwaltungssenat bekämpfbare Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. Dies war etwa dann der Fall, wenn der Fremde - entgegen eines gesetzlich normierten Abschiebungsverbotes - abgeschoben wurde, da eine solche Abschiebung nicht bloß als zulässige Vollstreckung vorangegangener Bescheide gewertet werden konnte, weil ihre Zulässigkeit noch gar nicht feststand (VfSlg. 13.885/1994).

Wird daher ein Asylwerber abgeschoben, noch ehe die Ausweisung durchsetzbar ist und obwohl eine Abschiebung nach §56 FrG die Durchsetzbarkeit des Ausweisungsbescheides voraussetzt, stellt sich eine solche Abschiebung n i c h t

bloß als zulässige Vollstreckung der Ausweisung dar; sie ist unter diesen Voraussetzungen jedenfalls als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu qualifizieren, die vor dem unabhängigen Verwaltungssenat bekämpft werden kann.

1.2 Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer aus dem Bundesgebiet in die Niederlande gemäß §5 Abs1 AsylG ausgewiesen. Diese Ausweisung wurde durch Abschiebung gemäß §56 FrG von der Fremdenpolizeibehörde umgesetzt (vgl. dazu Rohrböck, AsylG [1999], Zu §5 Rz 270). Nach §56 Abs1 FrG setzt eine Abschiebung u.a. die Durchsetzbarkeit einer Ausweisung voraus. Der Beschwerdeführer hatte gegen den (die Ausweisung verfügenden) Bescheid des Bundesasylamtes Berufung erhoben, sodass der Berufung gemäß §64 Abs1 AVG aufschiebende Wirkung zukam, weil dies von der erstinstanzlichen Behörde auch nicht gemäß §64 Abs2 AVG ausgeschlossen wurde. Die Ausweisung nach §5 AsylG war daher im Zeitpunkt der Abschiebung noch nicht durchsetzbar.

1.3 Die belangte Behörde hat demgegenüber die Auffassung vertreten, dass die aus §64 Abs1 AVG resultierende aufschiebende Wirkung der Berufung - auf Grund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts, das eine solche Regelung bei einer Ausweisung nach §5 AsylG ausschließe - ex lege nicht bestanden habe und sie vielmehr der unabhängige Bundesasylsenat iSe "EG-verordnungskonformen Interpretation des §64 Abs1 AVG" hätte zuerkennen können, was er im vorliegenden Fall jedoch nicht getan habe. Demnach sei die Ausweisung sofort durchsetzbar gewesen.

Entgegen der Ansicht der belangten Behörde verlangt die Dublin II-VO keineswegs, dass einer Berufung gegen den erstinstanzlichen Bescheid keinesfalls aufschiebende Wirkung zukommen darf. Daher steht §64 AVG auch nicht im Widerspruch zur Dublin II-VO:

Der Verfassungsgerichtshof hob mit Erk. vom 15. Oktober 2004, G237/03 u.a., §32 Abs2 zweiter Satz sowie §5a Abs1 zweiter Satz AsylG idF der AsylG-Novelle 2003, BGBl. I Nr. 101/2003, wegen des Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip und gegen Art11 Abs2 B-VG auf. Er begründete dies damit, dass der ausnahmslose Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Berufung selbst in besonderen Fällen eine Interessenabwägung zu Gunsten des Asylwerbers unmöglich machen würde und damit den Berufungswerber in verfassungsrechtlich verbotener Weise einseitig mit den Folgen einer potentiell unrichtigen Entscheidung belastet.

Zur Rechtslage nach Aufhebung der genannten Gesetzesstellen führte der Gerichtshof unter Punkt III.4.7.4.3 Folgendes aus:

"Der verbleibende erste Satz des §32 Abs2 AsylG bewirkt, dass nur der Berufung über den Ausspruch über die Zuständigkeit keine aufschiebende Wirkung zukommt, während der Berufung hinsichtlich der Durchführung der Ausweisung aufschiebende Wirkung zukommt (§64 Abs1 AVG), wenn sie nicht aberkannt wird (§64 Abs2 AVG). Die Dublin II-VO steht dieser Auslegung nicht entgegen, weil sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, Rechtsmitteln aufschiebende Wirkung zuzuerkennen."

Im Hinblick auf die in Art140 Abs5 B-VG vorgesehene Befugnis des Verfassungsgerichtshofes, für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Bestimmungen eine Frist zu setzen, ging er in Punkt IV. des Erk. vom 15. Oktober 2004 ferner davon aus, dass

"nach der Aufhebung §64 Abs1 AVG anzuwenden ist, wodurch jeder Berufung gegen Bescheide nach §5 AsylG aufschiebende Wirkung zukäme und damit auch der verfassungsrechtlich nicht verpönte Zweck, Missbräuchen durch Aberkennung der aufschiebenden Wirkung entgegenzuwirken, vereitelt wäre. Diese Folge der Aufhebung kann aber während der Zeit bis zu einer Neuregelung in Missbrauchsfällen durch Aberkennung der aufschiebenden Wirkung nach §64 Abs2 AVG vermieden werden. Daher erübrigt sich auch in diesem Fall eine Fristsetzung."

2. Die belangte Behörde hat die Maßnahmenbeschwerde zwar als unbegründet abgewiesen, im Ergebnis aber die Eigenschaft des angefochtenen Verwaltungsaktes als gemäß Art129a Abs1 Z2 B-VG bekämpfbaren Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangs- und Befehls Gewalt verneint, indem sie die bekämpfte Abschiebung als Vollziehung vorangegangener Bescheide qualifizierte. Damit hat sie in Wahrheit eine Sachentscheidung verweigert. Sie hat dadurch den Beschwerdeführer in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt. Der angefochtene Bescheid war aus diesem Grund aufzuheben, ohne dass auf das weitere Beschwerdevorbringen einzugehen war.

IV. 1. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §88 VfGG. In den zugesprochenen Kosten ist Umsatzsteuer in Höhe von € 360,-- sowie eine Eingabegebühr gemäß §17a VfGG in Höhe von € 180,-- enthalten.

2. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VfGG ohne vorangegangene mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden.

**Schlagworte**

Asylrecht, Auslegung eines Bescheides, Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt, Fremdenrecht, Übergangsbestimmung, Verwaltungsverfahren, Wirkung aufschiebende

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:2005:B1324.2004

**Dokumentnummer**

JFT\_09949072\_04B01324\_00

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)