



Maria Bertel*

Fremdenpolizei und sachliche Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverwaltungsgericht und Landesverwaltungsgerichten

» ZfV 2016/43

§ 9 FPG 2005 sieht eine grundsätzliche Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte für Beschwerden gegen Entscheidungen der Landespolizeidirektionen vor. Je nach Auslegung des Art 131 Abs 2 B-VG, der die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverwaltungsgericht und Landesverwaltungsgericht vornimmt, scheint jedoch auch eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts plausibel begründbar. Anhand des durch das Bundesgesetz BGBl I 24/2016 neu eingeführten § 41 AsylG 2005, der auf § 9 FPG 2005 verweist, sollen die verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten und die sich daraus ergebenden Folgen untersucht werden.

- » **Deskriptoren:** Bundesverwaltungsgericht; Fremdenpolizei; Kompetenztatbestand; Landesverwaltungsgerichte; Sicherheitsverwaltung; Zuständigkeitsabgrenzung.
- » **Rechtsquellen:** Art 131 Abs 2, Abs 4 B-VG; § 9 FPG 2005; § 41 AsylG 2005.

I. Fragestellung

II. Rechtsrahmen für die Zuständigkeitsabgrenzung

- A. Die „Rechtssache“ im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG
- B. Die „Angelegenheit“ im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG
- C. Zusammenhang von „Rechtssache“, „Angelegenheit“ und „unmittelbarer Bundesverwaltung“

III. Prüfung von § 41 Abs 2 AsylG 2005 in Verbindung mit § 9 Abs 1 und 4 FPG 2005 im Lichte der dargelegten Ansätze

IV. Bewertung: „Fremdenpolizei“ als eigene Angelegenheit im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG

V. Folgen für die Verfassungskonformität von § 9 Abs 1 und 4 FPG 2005

- A. Verteilungskriterium Angelegenheit im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG „Sicherheitsverwaltung“ (Ansatz 1, Variante 1)
- B. Verteilungskriterium Angelegenheit im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG „Fremdenpolizei“ (Ansatz 1, Variante 2)
- C. Verteilungskriterium Rechtssache im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG (Ansatz 2)

VI. Zusammenfassung

I. Fragestellung

Die bundesverfassungsgesetzlich festgelegte Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem BVwG und den LVwG kann nicht auf alle Abgrenzungsfragen klare Antworten geben.¹ Jüngste Entwick-

lungen im Asylrecht² in Verbindung mit einer kurzen Passage in einer unlängst ergangenen Entscheidung des VfGH³ rücken die Frage der Zuständigkeitsabgrenzung wieder in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit.

* Die Autorin war im Rahmen ihrer Tätigkeit im Verfassungsdienst des Amtes der Tiroler Landesregierung mit der hier in Rede stehenden Rechtsfrage befasst. Ungeachtet dessen gibt der Beitrag ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.

1 Verena Madner, Organisation, Besetzung und Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, in Fischer/Pabel/Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 203 (232).

2 BGBl I 100/2005, zuletzt geändert durch BGBl I 24/2016.

3 VfGH 24. 6. 2015, G 193/2014.

Konkret stellt sich anlässlich der Einführung von § 41 AsylG 2005 i d F BGBl I 24/2016⁴ die Frage, ob § 9 FPG 2005,⁵ der gegen Entscheidungen der Landespolizeidirektionen grundsätzlich die LVwG (Abs 1) und in einigen wenigen Fällen das BVwG (Abs 4) für zuständig erklärt, verfassungskonform ist.

Nach § 41 Abs 2 AsylG 2005 ist „gegen eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung gemäß § 40 iVm §§ 41 oder 45 FPG Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG an das jeweils zuständige Landesverwaltungsgericht (§ 9 Abs. 1 FPG)“ zu erheben. Die Bundesverfassungsmäßigkeit der Zuständigkeit der LVwG kann jedoch hinterfragt werden, weil die Vollziehung des § 40 AsylG 2005 iVm § 41 FPG 2005 und § 45 FPG 2005 iVm § 5 Abs 1 FPG 2005 den Landespolizeidirektionen, die organisatorisch Bundesbehörden sind, obliegt, und damit an sich ein Fall der Vollziehung durch eine Bundesbehörde in unmittelbarer Bundesverwaltung vorzuliegen scheint, die nach Maßgabe der bundesverfassungsgesetzlichen Vorgaben eine Zuständigkeit des BVwG begründen müsste. Art 131 Abs 2 B-VG zufolge ist nämlich die Zuständigkeit des BVwG für eine „[Beschwerde] gemäß Art. 130 Abs. 1 in Rechtssachen in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt“ wird, gegeben. Vom einfachen Gesetzgeber ist jedoch eine Zuständigkeit der LVwG vorgesehen. Dies lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber seiner Entscheidung für eine landesverwaltungsgerichtliche Zuständigkeit ein anderes Verständnis von Art 131 Abs 2 B-VG zugrunde legt.

Für die Klärung der Fragen, welcher Auslegungsvariante der Vorzug gegeben werden soll und welche Folgen daran anknüpfen, werden zunächst der verfassungsrechtliche Rahmen für die Zuständigkeitsabgrenzung und die dazu vertretenen Positionen in der Lehre dargelegt (II.). Anschließend wird eine konkrete Prüfung von § 41 Abs 2 AsylG 2005 iVm § 9 Abs 1 und 4 FPG 2005, die sich an den unter II. unterschiedenen Ansätzen orientiert, vorgenommen. Dabei soll gezeigt werden, dass abhängig von der gewählten Auslegung von Art 131 Abs 2 B-VG⁶ die tatsächliche Zuständigkeitsabgrenzung variieren kann (III.). Die unter III. erfolgende konkrete Prüfung wird sodann einer Bewertung unterzogen (IV.). Schließlich werden die sich daraus ergebenden Folgen für die Zuständigkeitsabgrenzung nach § 9 Abs 1 und 4 FPG 2005 (V.) analysiert, bevor mit einer Zusammenfassung (VI.) geschlossen wird.

II. Rechtsrahmen für die Zuständigkeitsabgrenzung

Art 131 B-VG bildet die Grundlage für die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen LVwG, BVwG und BFG. Gemäß Art 131 Abs 2 B-VG „ist das Verwaltungsgericht des Bundes [zuständig,] über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 in Rechtssachen in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden“, zu erkennen; Abs 3 trifft Bestimmungen über die Zuständigkeit des BFG. Treffen die in Art 131 Abs 2 und 3 B-VG genannten Kriterien nicht zu, dann sieht Art 131 Abs 1 B-VG die Zuständigkeit der LVwG vor. Die konkrete Bestimmung der Zuständigkeit der LVwG ergibt sich daher erst aus dem Ausschluss der Zuständigkeit des BVwG.⁷ Die Zuständigkeitsabgrenzung ist für klar der unmittelbaren oder der mittelbaren Bundesverwaltung zuordenbare Fälle unproblematisch. Ist die Zuordnung unklar, wie zB im Bereich der Universitäten⁸ oder in der Sicherheitsverwaltung, zeigt sich jedoch, dass Art 131 Abs 2 B-VG nicht immer eine eindeutige Lösung bietet.⁹ So wurden auch schon in der Lehre Stimmen laut, die die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem BVwG und den LVwG kritisch sehen, in dieser ein „aleatorisches Element“¹⁰ erblicken oder diese – in Bezug auf die Formulierung des Art 131 Abs 2 B-VG – als „ungewohnt, holprig, kryptisch“¹¹ bezeichnen. Vor diesem Hintergrund ist es unerlässlich, eine Analyse der in Art 131 Abs 2 B-VG genannten Kriterien vorzunehmen. Dabei sollen zunächst die Begriffe „Rechtssache“ iSd Art 131 Abs 2 B-VG (A.) und „Angelegenheit“ iSd Art 131 Abs 2 B-VG (B.), sodann die Wendung „Rechtssachen in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden“ (C.) untersucht werden.

A. Die „Rechtssache“ im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG

Relativ unproblematisch scheint die Frage, was eine „Rechtssache“ iSd Art 131 Abs 2 B-VG sein soll.¹² Unter einer Rechtssache iSd Art 131 Abs 2 B-VG sind demnach abstrakte Verfahrenstypen (und nicht individuelle Verfahren) zu verstehen.¹³ *Andreas*

4 § 41 Abs 2 AsylG neu lautet auszugsweise: „Wird gegen eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung gemäß § 40 iVm §§ 41 oder 45 FPG Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG an das jeweils zuständige Landesverwaltungsgericht (§ 9 Abs. 1 FPG) erhoben und die Beschwerde durch das Landesverwaltungsgericht zurück- oder abgewiesen, gilt der Antrag auf internationalen Schutz als nicht eingebracht [...]“.

5 BGBl I 100/2005, zuletzt geändert durch BGBl I 24/2016.

6 So auch schon *Laura Pavlidis*, Die sachliche Zuständigkeitsabgrenzung der Verwaltungsgerichte 1. Instanz: Probleme und Widersprüche, ÖJZ 2013, 805 (808): „Je nachdem, wie restriktiv man Art 131 Abs 2 B-VG versteht, kommt man zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen.“

7 So auch *Erich Pürgy*, Die Landesverwaltungsgerichte erster Instanz: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 49 (56), wonach „vereinfacht formuliert [...] die Landesverwaltungsgerichte somit immer dann zuständig [sind], wenn weder eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes noch des Bundesfinanzgerichtes vorliegt“.

8 VfGH 4. 3. 2015, E 923/2014.

9 *Ewald Wiederin*, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 29 (38).

10 *Laura Pavlidis* (FN 6) ÖJZ 2013, 807.

11 *Wiederin* (FN 9) 37.

12 *Andreas Janko*, Bundesfinanzgericht, Bundesverwaltungsgericht oder Landesverwaltungsgerichte?, in *Janko/Leeb* (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 47 (54 f); dahingehend ist wohl auch *Madner* (FN 1) 231 zu verstehen.

13 *Pavlidis* (FN 6) ÖJZ 2013, 807, mit Bezugnahme auf *Janko* (FN 12) 51 ff.

Janko führt „zB das Verfahren zur Erteilung einer gewerblichen Betriebsanlagengenehmigung, das (Anmelde-)Verfahren zum Erwerb der Gewerbeberechtigung, das Verfahren zum Entzug eines Führerscheins, das wasserrechtliche Verfahren zur Festlegung eines Schutzgebietes, das Verfahren zur Erteilung eines baupolizeilichen Beseitigungsauftrags etc“ an.¹⁴

B. Die „Angelegenheit“ im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG

Zum Begriff der Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG werden in der Lehre verschiedene Auffassungen vertreten:

Janko hat einen Ansatz entwickelt, dem zufolge es sich beim Begriff Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG „jedenfalls [...] um die] in einem bestimmten einfachen Gesetz enthaltenen Rechtsvorschriften“¹⁵ handelt. Offen bleibt dabei, ab wann von einer Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG gesprochen werden kann und ob noch eine weitere Unterteilung (im Hinblick auf die Zuständigkeitsabgrenzung) denkbar ist.¹⁶ Eine Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG umfasst nach *Janko* in der Regel „mehrere Rechtssachen“.¹⁷ Nach dieser Auffassung ist eine Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG umfassend zu betrachten, weshalb eine „Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts [...] zwingend entsprechende Zuständigkeitsvorschriften für alle ‚Rechtssachen‘ der betreffenden ‚Angelegenheit‘ voraus[setzt]“.¹⁸ Für den Bereich der Sicherheitsverwaltung zB bedeutet diese Sichtweise, dass „Angelegenheiten [...], die [...] direkt von den Landespolizeidirektionen [...] und damit ausschließlich von Bundesbehörden (im organisatorischen Sinn) besorgt werden, als solche der unmittelbaren Bundesverwaltung [zwar] grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art 131 Abs 2 B-VG fallen müssten“.¹⁹ Da jedoch eine „Pflicht“ zu einer „gesamthaften Betrachtung“²⁰ bestehe, müssten für eine Zuständigkeit des BVwG alle Rechtssachen iSd Art 131 Abs 2 B-VG in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen sein, was für die Sicherheitsverwaltung nicht zutrifft.

*Verena Madner*²¹ vertritt demgegenüber die Auffassung, dass der soeben skizzierte Begriff der Angelegenheiten zu weit geht. *Madners* Ansatz zufolge ist „[d]ie terminologische Bezugnahme auf ‚Angelegenheiten‘ [...] als Verweis] auf das Muster der Vollziehung unmittelbar durch Bundesbehörden“²² zu verstehen. Demnach ist „die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts [...] ausgehend von der Zuständigkeit für die Vollziehung von Rechtssachen zu ermitteln“²³ wobei die Zuständigkeit für die Vollzie-

hung von Rechtssachen daran anschließend meines Erachtens wieder in Beziehung zur Angelegenheit zu setzen sein wird.²⁴

Konsequent fortgeführt, ergibt sich nach dieser Auslegung meines Erachtens für den Bereich der Sicherheitsverwaltung, in dem die Landespolizeidirektionen nach dem Muster der unmittelbaren Bundesverwaltung vollziehen, eine Zuständigkeit des BVwG.²⁵

Wie verschiedentlich ausgeführt wird,²⁶ ist der Begriff der „Angelegenheit“ iSd Art 131 Abs 2 B-VG zusätzlich mit einem kompetenzrechtlichen Verständnis von „Angelegenheit“ verknüpft. Dieser Konnex kommt auch in den Gesetzesmaterialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 zum Ausdruck, in welchen von „(kompetenzrechtlicher) Angelegenheit“²⁷ die Rede ist. Das Vorliegen eines eigenen Kompetenztatbestandes (das heißt einer kompetenzrechtlichen Angelegenheit) kann daher indizieren, dass es sich um eine Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG handelt.²⁸ Die Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG muss sich dabei nicht mit einem Kompetenztatbestand decken, kann dies aber tun.²⁹

Schließlich wird die Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG in Bezug zur unmittelbaren Bundesverwaltung gesetzt.³⁰ Nach der herrschenden Lehre kommt es bei der Zuständigkeitsbegründung nach Art 131 Abs 2 B-VG nicht auf die Möglichkeit der Besorgung einer Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG in unmittelbarer Bundesverwaltung (bzw deren Nennung in Art 102 Abs 2 B-VG) an, sondern auf die tatsächliche Besorgung der Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG in unmittelbarer Bundesverwaltung.³¹ Den Gesetzesmaterialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 zufolge kann eine Angelegenheit umgekehrt auch nicht deshalb, weil sie in Art 102 Abs 2 B-VG nicht genannt ist, automatisch der mittelbaren Bundesverwaltung zugerechnet werden.³²

In vielen Fällen, nämlich dort, wo die Vollziehungsverhältnisse klar sind, ist die Bestimmung der Zuständigkeit nach

¹⁴ *Janko* (FN 12) 54 f.

¹⁵ *Janko* (FN 12) 53 f.

¹⁶ *Janko* (FN 12) 53 f.

¹⁷ *Janko* (FN 12) 52.

¹⁸ *Janko* (FN 12) 69; Hervorhebung im Original.

¹⁹ *Janko* (FN 12) 69; Hervorhebung im Original.

²⁰ *Janko* (FN 12) 69.

²¹ *Madner* (FN 1) 231.

²² *Madner* (FN 1) 231.

²³ *Madner* (FN 1) 231.

²⁴ Dies dürfte sich auch aus der Argumentation von *Madner* (FN 1) 232 folgern lassen, die an späterer Stelle die Nicht-Zuständigkeit des BVwG „für Angelegenheiten, die weder in unmittelbarer noch in mittelbarer Bundesverwaltung vollzogen werden“ feststellt.

²⁵ *Madner* (FN 1) 232 verweist für die Sicherheitsverwaltung darauf, dass diese weder in mittelbarer noch in unmittelbarer Bundesverwaltung besorgt werde und daher keine Zuständigkeit des BVwG begründet sei.

²⁶ *Pavlidis* (FN 6) ÖJZ 2013, 807; und *Janko* (FN 12) 51 ff.

²⁷ ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 15.

²⁸ ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 15.

²⁹ *Janko* (FN 12) 52 f. *Wiederin* (FN 9) 35 verweist auf den föderalen Bezug der Zuständigkeitsabgrenzung.

³⁰ Für eine genauere Abgrenzung, was unter die unmittelbare Bundesverwaltung fällt, siehe *Wiederin* (FN 9) 38 in Anlehnung an die Gesetzesmaterialien (ErläutRV 1618 BlgNR, 24. GP) und 39 ff betreffend mögliche Einwände.

³¹ So zB *Madner* (FN 1) 228 f; *Pürgy* (FN 7) 56; und *Fischer/Zeinhofer*, Organisation, Besetzung und Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte, in *Fischer/Pabel/Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 147 (195 f).

³² ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 15: „Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes gemäß dem vorgeschlagenen Art. 131 Abs. 2 erster Satz knüpft daran an, dass eine Angelegenheit in unmittelbarer Bundesverwaltung (im Sinne des Art. 102 B-VG) besorgt wird; dies unabhängig davon, ob die betreffende Angelegenheit in Art. 102 Abs. 2 B-VG genannt ist oder sich ihre Besorgung in unmittelbarer Bundesverwaltung aus anderen Bestimmungen ergibt“; und *Janko* (FN 12) 64.

Art 131 Abs 2 B-VG unproblematisch.³³ Je mehr jedoch „die Trennlinie zwischen den Vollziehungsbereichen verschwimmt“,³⁴ desto schwieriger wird die Abgrenzung. In diesen Bereichen zeigen sich auch die Folgen der verschiedenen Auslegungsansätze für Art 131 Abs 2 B-VG. Je nachdem, welcher Ansatz gewählt wird, kann sich die Auslegung zentralistischer oder föderalistischer auswirken.³⁵ So ist der zweite Ansatz (von *Janko*) im Vergleich zum ersten Ansatz (von *Madner*) „BVwG“-freundlicher. Es reicht nämlich dabei schon aus, dass eine Rechtssache iSd Art 131 Abs 2 B-VG durch eine Bundesbehörde nach dem Vollziehungsmuster der Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzogen wird. Eine gesonderte Zuordnung zu einer (umfassend zu betrachtenden) Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG kann demnach keine Änderung der Zuständigkeit gemäß Art 131 Abs 2 B-VG bewirken. Während also nach dem ersten Ansatz die Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG als „Verteilungseinheit“³⁶ fungiert, ist dies nach dem zweiten Ansatz die Rechtssache iSd Art 131 Abs 2 B-VG.

C. Zusammenhang von „Rechtssache“, „Angelegenheit“ und „unmittelbarer Bundesverwaltung“

Voraussetzung für die Begründung einer Zuständigkeit des BVwG ist, dass eine Bundesbehörde vollzieht. Daran schließt die Frage an, ob dies nach dem ersten Ansatz in Bezug zu einer Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG zu setzen ist oder ob nach dem zweiten Ansatz vorgegangen wird und damit auf die Rechtssache iSd Art 131 Abs 2 B-VG abgestellt wird.

Die Ansicht, dass die Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG als Verteilungskriterium³⁷ fungiert, hat zur Folge, dass gesamthafte Betrachtungen³⁸ möglich sind und damit zersplitterte Zuständigkeiten vermieden werden können.³⁹ Allerdings stellt sich hier immer die Frage, wie eng oder weit die jeweilige Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG verstanden werden soll. Je nach Auslegung können sich Unterschiede in der Zuständigkeitsverteilung zwischen BVwG und LVwG ergeben.⁴⁰

Wird nach dem zweiten Ansatz vorgegangen und die Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG „auf das Muster der Vollziehung unmittelbar durch Bundesbehörden“⁴¹ bezogen, dann hat dies zur Folge, dass bei der Bestimmung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit beim jeweiligen Verfahrenstyp der Rechtssache (und der Frage, ob die Vollziehung durch eine Bundesbehörde geschieht) angesetzt wird.⁴² Der Vorteil dieser Betrachtungsweise liegt darin, dass schwierige Abgrenzungsfragen, die

sich aus der genauen Abgrenzung einer Angelegenheit ergeben können,⁴³ wegfallen. Nachteil dieser Betrachtungsweise ist, dass zersplitterte Zuständigkeiten entstehen können.⁴⁴

III. Prüfung von § 41 Abs 2 AsylG 2005 in Verbindung mit § 9 Abs 1 und 4 FPG 2005 im Lichte der dargelegten Ansätze

Im Folgenden soll nun anhand der beiden dargelegten Ansätze eine Prüfung von § 41 Abs 2 AsylG 2005 iVm § 9 Abs 1 und 4 FPG 2005 vorgenommen werden, wobei innerhalb des ersten Ansatzes noch einmal zwei Varianten unterschieden werden können.

Zum einen ist als Variante 1 des ersten Ansatzes die vom Gesetzgeber offensichtlich erfolgte Zuordnung zur Sicherheitsverwaltung und die damit einhergehende Annahme, dass die Sicherheitsverwaltung eine Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG darstellt, zu untersuchen.

Zum anderen ist als Variante 2 des ersten Auslegungsansatzes auch in Betracht zu ziehen, dass die Fremdenpolizei eine Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG darstellen könnte. Nach dem zweiten Ansatz kommt es, wie bereits dargelegt, nicht auf die Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG, sondern auf die Rechtssache iSd Art 131 Abs 2 B-VG als Verteilungskriterium an.

Konkret stellt sich die zu prüfende Rechtslage folgendermaßen dar: Die in § 41 Abs 2 AsylG 2005 genannten Tatbestände „Hinderung an der Einreise“, „Zurückweisung“ und „Zurückschiebung“ sind gemäß der Definition in § 2 Abs 2 FPG 2005 der „Fremdenpolizei“ zuzuordnen und damit gemäß § 5 Abs 1 FPG 2005 von den Landespolizeidirektionen zu besorgen. Die Landespolizeidirektionen sind organisatorisch Bundesbehörden und agieren nach dem Muster der unmittelbaren Bundesvollziehung. Es handelt sich also unzweifelhaft um Vollziehung durch Bundesbehörden in unmittelbarer Bundesverwaltung.⁴⁵ Damit ist nach beiden oben dargelegten Ansätzen die erste Voraussetzung für eine Zuständigkeitsbegründung des BVwG, dass nämlich überhaupt die Vollziehung durch eine Bundesbehörde erfolgt, gegeben.

Da nun § 9 FPG 2005 in Abs 1 grundsätzlich die Zuständigkeit der LVwG gegen Entscheidungen der Landespolizeidirektionen vorsieht, ist zu prüfen, ob diese Bestimmung von einer der unter II. angeführten Auslegungsvarianten (des Art 131 Abs 2 B-VG) getragen wird.

Nach dem ersten Ansatz ist als Verteilungskriterium die Zuordnung der Rechtssache iSd Art 131 Abs 2 B-VG zu einer Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG herzustellen. Es kommen dabei, wie dargelegt, zwei „Angelegenheiten“ iSd Art 131 Abs 2 B-VG in Frage.

Zum ersten könnte ein Verfahren bzw Vorgehen gemäß § 41 Abs 2 AsylG 2005 als Teil der Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG

33 *Pavlidis* (FN 6) ÖJZ 2013, 810 f.

34 *Pavlidis* (FN 6) ÖJZ 2013, 807.

35 *Pavlidis* (FN 6) ÖJZ 2013, 808.

36 *Pavlidis* (FN 6) ÖJZ 2013, 806.

37 *Pavlidis* (FN 6) ÖJZ 2013, 806.

38 *Janko* (FN 12) 69.

39 *Janko* (FN 12) 53.

40 Vgl zB *Pavlidis* (FN 6) ÖJZ 2013, 808 am Beispiel „Zivildienstwesen“.

41 *Madner* (FN 1) 231.

42 *Madner* (FN 1) 231.

43 *Janko* (FN 12) 53 für eine Abgrenzung der Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG nach „kompetenzrechtlichen“ Kriterien.

44 Vgl *Janko* (FN 12) 53.

45 *Michael Höllbacher*, Unmittelbare Bundesverwaltung (2013) 94.

„Sicherheitsverwaltung“ begriffen werden. Dies ergibt sich daraus, dass § 41 Abs 2 AsylG 2005 der Fremdenpolizei (§ 2 Abs 2 FPG 2005) zugeordnet wird und diese wiederum als Teil der Sicherheitsverwaltung eingeordnet werden kann.⁴⁶ Als Teil der Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG „Sicherheitsverwaltung“ wäre bei der nach dieser Auffassung (Ansatz 1, Variante 1) vertretenen umfassenden Betrachtungsweise keine Zuständigkeit des BVwG gegeben, sondern eine solche der LVwG.⁴⁷

Zum zweiten ist jedoch auch noch eine alternative Zuordnung denkbar (Ansatz 1, Variante 2). So könnte auch die „Fremdenpolizei“ als eigene Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG begriffen werden. Im Sinne einer umfassenden Betrachtungsweise der Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG Fremdenpolizei gelangt man dann zum Ergebnis, dass eine Zuständigkeit des BVwG begründet ist, weil die Fremdenpolizei von Bundesbehörden nach dem Muster der unmittelbaren Bundesverwaltung vollzogen wird.

Die Anwendung von Ansatz 2 (Bezugnahme nur auf die Rechtssache iSd Art 131 Abs 2 B-VG) führt dazu, dass aufgrund der Zuständigkeit der Landespolizeidirektion nach § 41 Abs 2 AsylG 2005 iVm § 5 Abs 1 FPG (Vollziehung durch eine Bundesbehörde nach dem Muster der unmittelbaren Bundesverwaltung) eine Zuständigkeit des BVwG begründet ist.

IV. Bewertung: „Fremdenpolizei“ als eigene Angelegenheit im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG

Die vom Gesetzgeber gewählte Bezugnahme in § 41 Abs 2 AsylG 2005 auf § 9 Abs 1 FPG 2005 und damit die Feststellung, dass eine Zuständigkeit der LVwG vorliegt, legt nahe, dass der Gesetzgeber nach dem ersten Ansatz vorging und eine Zuordnung zur Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG „Sicherheitsverwaltung“ vorgenommen hat.

Es sprechen meines Erachtens jedoch gute Gründe dafür, eine alternative Zuordnung zu einer eigenen Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG „Fremdenpolizei“ vorzunehmen oder überhaupt nach dem zweiten Ansatz vorzugehen.

Für die Ansicht, dass die Fremdenpolizei als eine eigene Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG einzustufen ist, spricht, dass die Vollziehung durch die Landespolizeidirektionen nicht dem „Sondertypus“ der Sicherheitsverwaltung nachgebildet ist, sondern die Vollziehung gerade durch Bundesbehörden erfolgt. Auch eine Ausnahme liegt nicht vor, weil die Vollziehung durch die Bundesbehörden „Landespolizeidirektionen“ auch als unmittelbare Bundesverwaltung zu qualifizieren ist.⁴⁸ Ein solches Anknüpfen legt auch die Judikatur des VfGH nahe.

Anlässlich eines Antrages gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG auf Aufhebung von bestimmten Passagen im SPG durch das VwG

Wien hat sich der VfGH⁴⁹ folgendermaßen zum Thema der Sicherheitsverwaltung und der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den VwG geäußert: „In den Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung fallen die Haupttypen des Verwaltungshandelns jedenfalls unter die Generalklausel des Art. 131 Abs. 1 B-VG und damit in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte der Länder, da die Sicherheitsverwaltung weder in unmittelbarer noch in mittelbarer Bundesverwaltung besorgt wird [...]. Dieser Zuständigkeit folgt die Zuständigkeit zur Entscheidung über eine Beschwerde wegen behaupteten Fehlverhaltens eines Organs nach § 5 SPG in Ausübung der Sicherheitspolizei im Bereich der Sicherheitsverwaltung schlechthin. *Geht es hingegen etwa in einer Richtlinienbeschwerde um das Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Ausübung der Fremdenpolizei, so wäre in Anwendung dieses Systems, da diese von Bundesbehörden vollzogen wird, gemäß Rückverweisung auf Art. 131 Abs. 2 B-VG das Verwaltungsgericht des Bundes zuständig.*“⁵⁰

Dem Erkenntnis ist entnehmbar, dass der VfGH für den Bereich der Fremdenpolizei das BVwG als zuständig erachtet, weil in der Fremdenpolizei anders als in der sonstigen Sicherheitsverwaltung Bundesbehörden vollziehen. Daraus ergibt sich, dass die Fremdenpolizei eine eigene Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG darstellt.

Für die Position, dass die Fremdenpolizei eine eigene Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG darstellt, spricht darüber hinaus die Tatsache, dass es sich bei der Fremdenpolizei um einen eigenen Kompetenztatbestand gemäß Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG handelt. Den Gesetzesmaterialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012⁵¹ zufolge ist auf die einheitliche Regelung der Zuständigkeit für die jeweilige „(kompetenzrechtliche) Angelegenheit“ abzustellen. Wird die Fremdenpolizei als eine eigene Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG erachtet, dann kann dieser kompetenzrechtlichen Komponente Rechnung getragen werden.

Des Weiteren kann nach dem von *Janko* verfolgten Ansatz der Begriff der Angelegenheit „mit den in einem bestimmten einfachen Gesetz enthaltenen Rechtsvorschriften“⁵² begrenzt und auf das dem Gesetz (oder Teilen davon) zugrunde liegende Kompetenzregime abgestellt werden. Dies bedeutet dann, dass „die zur Sicherheitsverwaltung zusammengefassten Kompetenzbegriffe [...] jeweils gesondert darauf hin zu überprüfen [sind], ob sie in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen sind oder nicht“.⁵³ Damit können je nach Bereich der Sicherheitsverwaltung unterschiedliche verwaltungsgerichtliche Zuständigkeiten bestehen, abhängig davon, ob die Besorgung einer (kompetenzrechtlichen) Angelegenheit der unmittelbaren Bundesverwaltung zuzuordnen ist oder nicht. Indikator dafür ist, ob eine Rechtssache (iSd Art 131 Abs 2 B-VG) von einer Bundesbehörde vollzogen wird.

⁴⁶ Vgl. hierzu § 2 SPG, der neben der Sicherheits- und der Fremdenpolizei auch das Pass- und Meldewesen, die Überwachung des Eintrittes in das Bundesgebiet und des Austrittes aus ihm, das Waffen-, Munitions-, Schieß- und Sprengmittelwesen sowie das Pressewesen und Vereins- und Versammlungsangelegenheiten als Teile der Sicherheitsverwaltung nennt.

⁴⁷ Siehe *Janko* (FN 12) 69.

⁴⁸ *Höllbacher* (FN 45) 94.

⁴⁹ VfGH 24. 6. 2015, G 193/2014.

⁵⁰ VfGH 24. 6. 2015, G 193/2014, Rz 50; eigene Hervorhebung.

⁵¹ ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 15 f.

⁵² *Janko* (FN 12) 53.

⁵³ *Lukas Diem*, Zuständigkeiten im Fremdenrecht. Überlegungen aus verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Sicht, *migralex* 2015, 11 (18).

Zu überlegen wäre im Übrigen noch, ob im Sinne eines solchen Ansatzes nicht auch noch nach den Kompetenzregimes innerhalb der Fremdenpolizei unterschieden werden müsste. Dass dem nicht so ist, ergibt sich daraus, dass die Aufgaben der Fremdenpolizei insgesamt von den Landespolizeidirektionen und damit einheitlich von Bundesbehörden in unmittelbarer Bundesverwaltung zu besorgen sind.

Eine kompetenzrechtliche Betrachtungsweise legt nahe, die verschiedenen Bereiche der Sicherheitsverwaltung (wie zB die Fremdenpolizei) als eigene Angelegenheiten zu begreifen, weil sich diese auf eigene Kompetenztatbestände (in Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG) stützen. Da der Begriff der Angelegenheit des Art 131 Abs 2 B-VG jedoch nicht zwingend mit einem Kompetenztatbestand gleichzusetzen ist, ist zu prüfen, ob auch die Sicherheitsverwaltung als Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG erachtet werden kann.

Wichtigstes Argument dafür, die Sicherheitsverwaltung als eigene Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG zu begreifen, ist der Verfassungstext, dem zufolge eine kompetenzrechtliche Verknüpfung des Begriffs eben nicht unbedingt geboten erscheint.

Für diese Auffassung sprechen auch die Gesetzesmaterialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, wonach keine geteilten Zuständigkeiten innerhalb einer Angelegenheit entstehen sollen.⁵⁴

Voraussetzung für eine solche Sichtweise ist freilich die Zuordnung der Fremdenpolizei zur Sicherheitsverwaltung. Dies hätte zur Folge, dass die Angelegenheit „Sicherheitsverwaltung“ mehrere „kompetenzrechtliche Angelegenheiten“, das heißt mehrere Kompetenztatbestände, umfasst und damit unter einer Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG (auch) eine „über eine Kompetenzmaterie hinausgehende Einheit zu verstehen“⁵⁵ wäre. Somit würden alle zur Sicherheitsverwaltung iSd § 2 Abs 2 SPG zählenden Bereiche unter die Angelegenheit „Sicherheitsverwaltung“ iSd Art 131 Abs 2 B-VG fallen und es bestünde für diese Fälle jedenfalls eine Zuständigkeit der LVwG. Die Konsequenz wäre ein sehr weiter Begriff der Angelegenheiten (iSd Art 131 Abs 2 B-VG), der letztlich zu einer Reduktion der Zuständigkeiten des BVwG führen kann.⁵⁶ Mit dem schon zitierten VfGH-Erkenntnis⁵⁷ ist diese Auffassung jedoch nicht vereinbar.

V. Folgen für die Verfassungskonformität von § 9 Abs 1 und 4 FPG 2005

Wie soeben dargelegt, zeitigen die verschiedenen Auslegungsvarianten verschiedene Folgen.

Nach dem ersten Ansatz („Verteilungskriterium Angelegenheit“) in der Variante 1 (Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG „Sicherheitsverwaltung“) ist eine grundsätzliche Zuständigkeit der LVwG gegeben (A.).

⁵⁴ ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 15 f.

⁵⁵ Diem (FN 53) migralex 2015, 18.

⁵⁶ In diese Richtung Madner (FN 1) 230.

⁵⁷ VfGH 24. 6. 2015, G 193/2014.

Wird der erste Ansatz („Verteilungskriterium Angelegenheit“) in der Variante 2 angewendet (Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG „Fremdenpolizei“), ergibt sich daraus eine grundsätzliche Zuständigkeit des BVwG (B.).

Der zweite Ansatz („Verteilungskriterium Rechtssache“) hat schließlich – ebenso wie der erste Ansatz in der zweiten Variante – eine grundsätzliche Zuständigkeit des BVwG zum Ergebnis (C.).

Unabhängig von der gewählten Auslegungsvariante ist jedoch § 9 Abs 1 und 4 FPG 2005 aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch.

A. Verteilungskriterium Angelegenheit im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG „Sicherheitsverwaltung“ (Ansatz 1, Variante 1)

Wird die Fremdenpolizei als Teil der Angelegenheit „Sicherheitsverwaltung“ qualifiziert, die in der die Sicherheitsverwaltung charakterisierenden Sonderform vollzogen wird,⁵⁸ ist grundsätzlich die Zuständigkeit der LVwG anzunehmen.

Sollte diese Betrachtungsweise zutreffen, wäre zwar § 9 Abs 1 FPG 2005 (Zuständigkeit der LVwG bei Beschwerden gegen Entscheidungen der Landespolizeidirektionen) verfassungskonform. Als problematisch wäre dann jedoch § 9 Abs 4 FPG 2005 einzustufen. Diese Bestimmung sieht vor, dass für bestimmte von der Landespolizeidirektion zu vollziehende Angelegenheiten die Zuständigkeit des BVwG festgelegt wird. Wenn § 9 Abs 1 FPG 2005 mit der grundsätzlichen Zuständigkeit der LVwG verfassungskonform ist, dann handelt es sich bei § 9 Abs 4 FPG 2005 um eine Verschiebung der Zuständigkeit gemäß Art 131 Abs 4 Z 2 lit b B-VG von den LVwG auf das BVwG. Dafür wäre die Zustimmung der Länder erforderlich gewesen. Diese ist, soweit ersichtlich, nicht erfolgt.

B. Verteilungskriterium Angelegenheit im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG „Fremdenpolizei“ (Ansatz 1, Variante 2)

Wird die Fremdenpolizei, wie oben dargelegt, als eine *eigene* Angelegenheit qualifiziert, dann muss § 9 Abs 1 FPG 2005 als eine „verschobene“ Zuständigkeit nach Art 131 Abs 4 Z 1 B-VG eingeordnet werden.⁵⁹

⁵⁸ In diesem Sinne etwa Ronald Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) Art 131 B-VG Rz 17, dem zufolge bei der Vollziehung durch die Sicherheitsbehörden des Bundes unabhängig von der von ihnen zu besorgenden Angelegenheit keine Zuständigkeit des BVwG besteht (unter Hinweis auf die ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 15, siehe schon oben); und Wiederin (FN 9) 40, der die Sicherheitsverwaltung insgesamt als „eigenen Vollzugstypus“ in Art 78a Abs 1 B-VG verankert sieht, sodass nur dann, wenn nicht zu den Sicherheitsbehörden zählende Bundesbehörden mit der Vollziehung einzelner Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung betraut sind (wie das BFA), unmittelbare Bundesverwaltung und damit eine Zuständigkeit des BVwG vorliegt.

⁵⁹ Wolf Szymanski, § 9 FPG 2005, in Schrefler-König/Szymanski (Hrsg), Fremdenpolizei- und Asylrecht. Kommentar (Stand: 1. 1. 2015) Rz 1. Zu § 9 Abs 1 FPG 2005 siehe außerdem zB Diem (FN 53) migralex 2015, 17; zur Zuständigkeit siehe auch Rudolf Feik, Fremdenrecht, in Bachmann/Baumgart-

Art 131 Abs 4 Z 1 B-VG ermöglicht die Verschiebung von Zuständigkeiten des BVwG (bzw des BFG) auf die VwG der Länder.⁶⁰ Dafür ist jedoch die Zustimmung der Länder erforderlich.

Die Zuständigkeit nach Art 131 Abs 4 Z 1 B-VG ergibt sich daraus, dass es sich in § 9 Abs 1 und 4 FPG 2005 „durchwegs um Rechtssachen in Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden“,⁶¹ handelt und deshalb grundsätzlich für den Bereich der Fremdenpolizei eine Zuständigkeit des BVwG besteht.⁶² Die Zuständigkeit der LVwG in § 9 Abs 1 FPG 2005 ist also als eine „verschobene“ Zuständigkeit anzusehen, der die Länder hätten zustimmen müssen. Diese Zustimmung wurde jedoch seinerzeit offensichtlich nicht eingeholt.⁶³

Somit ist der geltende § 9 FPG 2005, soweit er eine Zuständigkeit der LVwG festlegt, wegen Nichteinholung oder wegen Unterlassung der Einholung der Zustimmung der Länder nach Art 131 Abs 4 Z 1 B-VG verfassungswidrig.

C. Verteilungskriterium Rechtssache im Sinne des Art 131 Abs 2 B-VG (Ansatz 2)

Bestimmt man die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit ausgehend von der Rechtssache iSd Art 131 Abs 2 B-VG, dann gelangt man aufgrund der zur Vollziehung in unmittelbarer Bundesverwaltung zuständigen Landespolizeidirektion zum Ergebnis, dass gemäß Art 131 Abs 2 B-VG die Zuständigkeit des BVwG begründet ist. Daraus folgt das unter B. Dargelegte.

ner/Feik/Fuchs/Giese/Jahnel/Lienbacher (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht¹⁰ (2014) 139 (170).

⁶⁰ Siehe zB Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2015) 310 f.

⁶¹ Szymanski (FN 59) § 9 FPG 2005 Rz 1; ebenso Diem (FN 53) migralex 2015, 18.

⁶² So auch Diem (FN 53) migralex 2015, 18.

⁶³ Es ist darauf hinzuweisen, dass eine bloße Übermittlung des betreffenden Gesetzesbeschlusses an die Länder nicht ausreichend, sondern gem Art 42a B-VG vielmehr „ein Ersuchen um Erteilung der Zustimmung oder [ein] Hinweis darauf [...], dass eine Zustimmung des jeweiligen Landes erforderlich ist“; siehe Peter Bußjäger, Art 42a B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (11. Lfg, 2013) Rz 6.

VI. Zusammenfassung

Das Beispiel des § 41 Abs 2 AsylG 2005 zeigt, dass noch längst nicht alle Fragen im Zusammenhang mit der Zuständigkeitsabgrenzung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit beantwortet sind. Für die Fremdenpolizei ist davon auszugehen, dass diese nicht als Teil der Angelegenheit (iSd Art 131 Abs 2 B-VG) „Sicherheitsverwaltung“ einzuordnen ist, sondern eine eigene Angelegenheit darstellt, die in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen ist, was die Zuständigkeit des BVwG nach sich zieht.

Ebenso gültig scheint eine Auslegung, wonach das Hauptaugenmerk auf der Zuständigkeit zur Vollziehung der Rechtssache (konkret das Verfahren nach § 41 Abs 2 AsylG 2005) abgestellt wird. Auch eine solche zieht eine Zuständigkeit des BVwG nach sich.

Unabhängig vom Ausgang der Beurteilung ist § 9 FPG 2005 als verfassungsrechtlich problematisch einzustufen: Während sich nach dem ersten Auslegungsansatz in der Variante 2 (Verteilungskriterium Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG „Fremdenpolizei“) und nach dem zweiten Auslegungsansatz (Verteilungskriterium Rechtssache iSd Art 131 Abs 2 B-VG) § 9 Abs 1 FPG 2005 als verfassungswidrig erweist, ist nach dem ersten Auslegungsansatz in der Variante 1 (Verteilungskriterium Angelegenheit iSd Art 131 Abs 2 B-VG „Sicherheitsverwaltung“), demzufolge die Fremdenpolizei nicht als eigene Angelegenheit und nicht als in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen erachtet wird, § 9 Abs 4 FPG 2005 als verfassungswidrig zu qualifizieren. Für die jeweils erfolgte Zuständigkeitsverschiebung hätte nämlich gemäß Art 131 Abs 4 Z 2 lit b B-VG die Zustimmung der Länder eingeholt werden müssen.



Die Autorin:

Dr. Maria Philomena Bertel bakk.phil.
Elise-Richter-Stelleninhaberin (FWF)
Institut für Öffentliches Recht, Staats- und
Verwaltungslehre
Universität Innsbruck
Innrain 52d
A-6020 Innsbruck
✉ maria.bertel@uibk.ac.at
🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Bertel/Maria

Foto: privat

LexisNexis Zeitschriften

Das Wichtigste. Das Neueste.
Gedruckt & digital.



Testen Sie ALLE 11 Zeitschriftenportale 30 Tage lang kostenlos! Jetzt registrieren unter: zeitschriften.lexisnexis.at