



DR. MICHAEL SCHILCHEGGER

RECHTSANWALT

MMag. Dr. iur. Michael Schilchegger
Rechtsanwalt

Gattermeyerweg 25
A-4040 Linz
T: 0732/26 92 58
E: office@oerecht.at

ADVM-Code: R409829
UID: ATU73896947

Einziehungskonto (Kanzleikonto):
IBAN AT86 2032 0321 0047 6261
Anderkonto (Fremdgeldkonto):
IBAN AT82 2032 0321 0048 3802

Allgemeine Sparkasse Oberösterreich
Bankaktiengesellschaft
BIC/SWIFT: ASPKAT2LXXX

An den
Verfassungsgerichtshof
Freyung 8
1010 Wien

per Web-ERV

Linz, 22.05.2024

Antragsteller: XXX,
geb. XXX,
gesetzlich vertreten durch
XXX,
geb. XXX,
wohnhaft in:
XXX

vertreten
durch: MMag. Dr. Michael Schilchegger
Rechtsanwalt
Gattermeyerweg 25
A-4040 Linz
Code R409829

**Belangter
Rechtsträger:** Republik Österreich (Bund), vertreten durch
die österreichische Bundesregierung
p.A. Bundeskanzleramt Österreich
Ballhausplatz 2, A-1010 Wien

wegen: §§ 8 Abs. 3a Satz 2 und 3,
§ 9 Abs. 2 S 2 Asylgesetz 2005

ANTRAG

gemäß Art 140 Abs. 1 lit c B-VG

Konto für Gebühreneinzug (AEV)
IBAN AT86 2032 0321 0047 6261

per Web-ERV
unter Berufung auf die
erteilte Vollmacht (§ 8 Abs. 1 RAO)
1-fach

1. Vollmachtsbekanntgabe

Der Antragsteller hat Herrn MMag. Dr. Michael Schilchegger, Rechtsanwalt in Linz, mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung bevollmächtigt und beauftragt (§ 8 Abs. 1 RAO). Es wird ersucht, Zustellungen zu Händen des ausgewiesenen Rechtsvertreters vorzunehmen.

2. Antragsteller

Der umseits bezeichnete Antragsteller ist minderjähriger österreichischer Staatsbürger. Er besucht aktuell die [Schule]. Als Schüler ist der Antragsteller zur höchstpersönlichen Teilnahme in der Schule zu Unterrichtszeiten verpflichtet (§§ 43, 45 SchUG). Er nimmt momentan regelkonform am Unterricht teil. In der Schule und im schulischen Umfeld hat der Antragsteller unterrichtsbedingt unmittelbaren persönlichen Kontakt zu anderen Schülern und sonstigen Personen, darunter Staatsbürger und Drittstaatsangehörige aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten, deren Aufenthaltsberechtigung in der Schule des Antragstellers auf asylrechtlichen Bestimmungen basiert (§§ 8, 9 AsylG).

Beweis: Schulnachricht vom 16.02.2024; ./A
weitere Beweise im Bestreitungsfall vorbehalten.

Die österreichische Rechtsordnung gewährt weder dem Antragsteller selbst noch seinen Lehr- und Aufsichtspersonen effektive Mittel zur Gewaltprävention, um die Ausübung von psychischer und physischer Gewalt gegen seine Person vor, während und nach der Teilnahme am Schulunterricht zu verhindern. Die Rechtsordnung räumt dem Antragsteller auch kein subjektives Recht ein, ein Aufenthaltsverbot bereits amtlich bekannt gewordener Gewalttäter und Gefährder im schulischen Umfeld einwandfrei zu erwirken.

3. Zu den verletzten Grundrechten des Antragstellers

a. Staatliche Schutzpflichten gegenüber Kindern

Art 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern normiert:

„Jedes Kind hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.“

Art 5 Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern normiert:

„Jedes Kind hat das Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, die Zufügung seelischen Leides, sexueller Missbrauch und andere Misshandlungen sind verboten. Jedes Kind hat das Recht auf Schutz vor wirtschaftlicher und sexueller Ausbeutung.“

Während Art 1 *leg cit* unter einem Gesetzesvorbehalt steht, verschafft das Grundrecht des Antragstellers auf eine gewaltfreie Erziehung gemäß Art 5 *leg cit* dem Antragsteller einen verfassungsrechtlich verbürgten Rechtsanspruch.

b. Staatliche Schutzpflichten der Europäischen Grundrechtecharta

„Jeder Mensch hat das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit.“ (Art 3 Abs. 1 GRC). Die Grundrechte, die in der Europäischen Grundrechtecharta grundgelegt und durch Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes konkretisiert wurden, können vor dem Verfassungsgerichtshof als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geltend gemacht werden (vgl. Wutscher in Holoubek/Lienbacher, GRC -Kommentar² Art 6 GRC Rz 11 mwN).

c. Staatliche Schutzpflichten der Europäischen Menschenrechtskonvention

„Jeder Mensch hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit“ (Art 5 Abs. 1 S 1 EMRK). Auch wenn die herrschende Lehre dem Begriff der „Sicherheit“ in diesem Zusammenhang – ebenso wie zu Art 6 GRC und zu Art 1 Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit – nur eine eingeschränkte Bedeutung zuerkennt, so wird doch zugleich anerkannt, dass aufgrund anderer Fundamentalgarantien der Konvention, insbesondere Art 2, Art 3 und Art 8 EMRK, im Ergebnis wirksame staatliche Gewährleistungspflichten zum Schutz des Einzelnen vor Gewaltausübungen durch Dritte bestehen (vgl. Czech in Kahl/Khakzadeh/Schmid [Hrsg], Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 1 PersFrG Rz 5 mwN).

Die im Folgenden angefochtenen Normen verletzen in diesem Sinne die Grundrechte des Antragstellers auf eine staatliche Gewährleistung seiner persönlichen Sicherheit gemäß Art 3 Abs. 1 EMRK und Art 6 GRC sowie auch seine Grundrechte gemäß Art 2, Art 3 und Art 8 EMRK. Letztlich sind Art und Umfang der staatlichen Pflichten zur Gewaltprävention nicht aus dem Wortlaut der Konventionsgarantien, sondern nach der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zu bestimmen. So leitete der EGMR etwa aus Art 8 EMRK und (allenfalls) Art 2 EMRK ein Grundrecht des Einzelnen auf *effektiven Schutz* gegenüber dem Staat ab, vor den nachteiligen und ernsthaften Effekten des Klimawandels auf Leben, Gesundheit, Wohlbefinden und Lebensqualität geschützt zu

sein. Hieraus ergeben sich positive Handlungspflichten für den Gesetzgeber (EGMR 9.4.2024 [KlimaSeniorinnen ua/CH], Nr. 53600/20).

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist der Antragsteller in seiner Eigenschaft als minderjähriger Schüler als besonders schutzbedürftig anzusehen, insbesondere, während er sich in der Obhut der Schule befindet (vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 20 Rz 24 mwN; EGMR 10.7.2012 [Kayak/TUR], Nr. 60444/08; EGMR 18.6.2013 [Nencheva ua/BUL], Nr. 48609/06). Schulkinder sind in ständiger Rechtsprechung des EGMR als besonders vulnerable Gruppe anerkannt (EGMR 28.1.2014 (O’Keefe/IRE), Nr. 35810/09, Rz 144 ff).

Aus Art 3 EMRK werden Schutzpflichten der Konventionsstaaten abgeleitet, die Grundrechtsträger vor der Setzung der grundrechtlich verbotenen Verhaltensweisen durch Dritte schützen (vgl. *Palmstorfer* in Kahl/Khakzadeh/Schmid [Hrsg], Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 3 EMRK Rz 15 mwN). Die staatlichen Gewährleistungspflichten bestehen somit auch gegenüber potentiellen Opfern von Gewaltanwendungen, die nicht von staatlichen Stellen ausgehen. Staaten sind daher verpflichtet, Belästigungen und Gewaltanwendungen angemessen zu begegnen und derartige Akte effektiv zu unterbinden, selbst in Fällen, in denen es sich bei Tätern um strafunmündige Minderjährige handelt (vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 20 Rz 75 mwN; EGMR 24.7.2012 [Dordevic/CRO] Nr. 41526/10).

Die staatlichen Schutzpflichten setzen jedenfalls in solchen Fällen ein, in denen der Staat die Gefährdungslage hätte erkennen können (*Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 20 Rz 73 mwN).

Die Erkennbarkeit einer Gefährdung ist jedenfalls anzunehmen in Bezug auf Personen, die „eine Gefahr für die Allgemeinheit oder für die Sicherheit der Republik Österreich“ darstellen oder „von einem inländischen Gericht wegen eines Verbrechens (§ 17 StGB) rechtskräftig verurteilt worden“ sind (vgl. § 9 Abs. 2 AsylG).

Ausgehend von einer erkannten Gefährdungslage ist der staatliche Schutz sodann am Gebot der Effektivität zu messen (vgl. EGMR 28.1.2014 (O’Keefe/IRE), Nr. 35810/09, Rz 144 ff.: „... the required measures should, at least, provide effective protection in particular of children and other vulnerable persons and should include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge“).

Auf die vorstehend genannte Gruppe von bekannten Gefährdern sowie an der fehlenden Effektivität staatlicher Maßnahmen in Bezug auf den Umgang mit diesen wird in weiterer Folge zurückzukommen sein (s. insb. Kapitel 6.).

4. Zur überproportionalen Ausübung von Gewaltkriminalität durch Drittstaatsangehörige

a. Vorbemerkungen

Der Antragsteller behauptet nicht, dass Drittstaatsangehörige schlechthin gewalttätig wären und bestreitet nicht, dass Gewaltkriminalität mitunter von Staatsbürgern ausgeht. Es bestehen aber tatsächliche und rechtliche Besonderheiten, die eine Differenzierung in Bezug auf den Aufenthaltsstatus gebieten und die Unsachlichkeit der angefochtenen Normen in Bezug auf Gewaltprävention gegenüber Kindern und Jugendlichen belegen.

b. Zu tatsächlichen Besonderheiten der Gewaltkriminalität

Gewalt hat oft mit Migration zu tun (<https://www.sn.at/panorama/oesterreich/gewalt-hat-oft-mit-migration-zu-tun-103661455>). Der Anteil strafgerichtlich verurteilter ausländischer Staatsangehöriger in Relation zur Gesamtmenge aller Verurteilten stieg in den Jahren 2001 bis 2005 von 23,6 auf 30,8 % und betrug von 2006 bis 2009 noch knapp unter 30% (2020: Quelle: BMJ-Sicherheitsbericht 2021, S. 53). In den letzten Jahren erhöhte sich der Anteil weiter (2020: 40,8 %, 2021: 41,3 %, 2022: 42,6 %; Quelle: Statista). Anfang 2023 lebten in Österreich rund 1,7 Millionen Ausländer; das entspricht einem Bevölkerungsanteil von 19 %. Fremde sind in der Kriminalitätsstatistik um mehr als das Zweifache überrepräsentiert.

Eine aktuelle Detailstudie des IHS fasst die Datenlage wie folgt zusammen:

„Im Zeitraum von 2005 bis 2018 wurden durchschnittlich rund 2% aller ÖsterreicherInnen und rund 4% aller Nicht-ÖsterreicherInnen polizeilich zur Anzeige gebracht. Hauptbetroffen sind dabei Jugendliche und Junge Erwachsene. Unter den Nicht-ÖsterreicherInnen sind Zuwanderungspopulationen besonders belastet, im Zeitraum von 2005 bis 2018 wurden rund 8% aller in Österreich aufhältigen AfghanInnen und 7% aller RussInnen zur Anzeige gebracht. Auch in diesen Gruppen sind Jugendliche und Junge Erwachsene besonders betroffen. Das Kriminalitätsrisiko dieser Altersgruppen ist bei AfghanInnen gegenüber ÖsterreicherInnen 2 bis 2,5 Mal höher.“

- Kuschej/Angleitner, Delinquenz afghanischer StaatsbürgerInnen in Österreich (2020) 15.

Ergänzend zu Kriminalstatistiken gelangen Dunkelfeldstudien zu Gewaltkriminalität unter Jugendlichen zu einem differenzierten, im Ergebnis aber eindeutigen Befund:

„(...) Zuwanderer treten häufiger mit kriminellen Taten in Erscheinung als einheimische Personen. Dies ist zumindest das Bild, das anhand von Polizeilichen Kriminalstatistiken gewonnen werden kann. So lag in Deutschland im Jahr 2017 beispielsweise die Tatverdächtigenbelastungszahl (TVBZ) von Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit bei 1.878, bei Personen ohne deutsche Staatsbürgerschaft hingegen bei 7.986, dh 4,3mal so hoch. Die TVBZ gibt an, wie viele Personen pro 100.000 Personen der Bevölkerung polizeilich als Tatverdächtige registriert wurden. Es handelt sich also um eine relative Zahl, die die jeweilige Größe der Population berücksichtigt. In Österreich liegen die Zahlen bei 2.218 (österreichische

Staatsangehörige) bzw bei 7.885 (Personen ohne österreichische Staatsbürgerschaft), was einem Verhältnis von 3,6 entspricht.“ (...) „Die verschiedenen Probleme der Polizeilichen Kriminalstatistik können weitestgehend durch sog Dunkelfeldstudien behoben werden.“ (...) „Hinsichtlich der Gewaltkriminalität – berücksichtigt wurde das Begehen von Körperverletzungen, Raubtaten, Erpressungen und sexuellen Übergriffen – unterscheiden sich Jugendliche mit und ohne Migrationshintergrund recht deutlich voneinander: Die Prävalenzrate liegt bei den Jugendlichen mit Migrationshintergrund mit 10,7 % etwa doppelt so hoch wie bei den Jugendlichen ohne Migrationshintergrund (5,9 %).“ (...) „Mit Blick auf die Gewaltkriminalität gilt, dass Jugendliche ohne Migrationshintergrund nicht am geringsten belastet sind (5,9 %) – Jugendliche mit asiatischen Migrationshintergrund weisen die geringste Prävalenzrate auf (4,9 %). Die höchsten Raten sind demgegenüber für Jugendliche mit jugoslawischen (14,8 %), arabischen/nordafrikanischen (12,9 %) und türkischem (12,6 %) Migrationshintergrund zu beobachten.“ (...) „Es ist daher eher nicht ausschließlich die schlechtere sozio-ökonomische Situation (und in Bezug auf Jugendliche vor allem die Bildungsbenachteiligung), die bei Jugendlichen mit Migrationshintergrund zu einer erhöhten Gewaltbelastung beiträgt. Zu beachten sind vielmehr spezifische Normvorstellungen.“ (...) „Befragungen unter Jugendlichen haben gezeigt, dass Jugendliche mit türkischen, arabischen bzw nordafrikanischen Wurzeln deutlich häufiger die Ansicht teilen, dass es Männern erlaubt ist, physische Gewalt zur Durchsetzung der eigenen Interessen einzusetzen (ua Baier et al 2009). Dieses Männlichkeitsbild kann dabei durch eine patriarchale und autoritäre Erziehung vermittelt sein. Es ist davon auszugehen, dass Geflüchtete häufiger gewaltlegitimierende Männlichkeitsnormen durch solche Sozialisationsprozesse internalisiert haben, die sie in Konfliktfällen dazu motivieren, physische Gewalt einzusetzen. (...)“

- Baier/Kliem, Gewaltkriminalität von Geflüchteten – Befunde aus Deutschland, JSt 2019, 109 ff mwN.

Während die Erforschung der Ursachen und der Empfehlung geeigneter Maßnahmen zu uneinheitlichen Ergebnissen gelangt, ist der soziologische Befund einer Überrepräsentanz fremder Jugendlicher bei Gewaltdelikten und Mehrfachtäterschaft in der Sozialwissenschaft und Kriminologie einhellig und auf Basis der vorhandenen Datenlage gut abgesichert:

„(...) Zu Kriminalitätsrisiken bei im Aufnahmeland aufgewachsenen Jugendlichen aus Migrantenfamilien liegen in Westeuropa mittlerweile zahlreiche Studien vor, die als repräsentative Selbstberichtsurveys oder auch qualitativ angelegt sind. Aus Schülerbefragungen ergibt sich das Bild, dass allgemein weit verbreitete, jugendtypische leichtere Delikte wie Ladendiebstähle oder Sachbeschädigungen bei Jugendlichen mit Migrationshintergrund eher nicht häufiger vorkommen als bei autochthonen Jugendlichen. Allerdings sind Jugendliche aus Einwandererfamilien bei generell selteneren, schwereren Diebstahls- und vor allem bei Gewaltdelikten und der Mehrfachtäterschaft häufig überrepräsentiert (s etwa Naplava 2005; Walburg 2007; Baier et al 2009), auch wenn mehrfach und intensiv Straffällige auch unter Migranteng jugendlichen eine kleine Minderheit darstellen. Als zentrale, direkte Erklärungsfaktoren für delinquentes Verhalten im Jugendalter zählen – herkunftsübergreifend – delinquenzbegünstigende Normorientierungen (zB eine hohe Gewaltakzeptanz) sowie, teilweise damit zusammenhängend, ein häufiges unstrukturiertes außerhäusliches Zusammensein mit anderen (insbesondere ebenfalls delinquenten) Jugendlichen (Walburg 2018).“

- Walburg, Migration und Kriminalität - komplexe Zusammenhänge und differenzierte Befunde, JSt 2019, 102.

Auch bei schwerer Gewalt gegen Kinder sind Einwanderer überrepräsentiert. Nach einer Schweizer Studie der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften gilt dies vor allem für Familien aus afrikanischen Ländern, aus Brasilien und aus dem arabischen Raum (<https://www.bazonline.ch/migranten-verpruegeln-ihre-kinder-haeufiger-624531920150>).

Statistische Auswertungen im Tätigkeitsbericht der Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie des Jahres 2022 (<https://www.interventionsstelle-wien.at/download/?id=855>) belegen, dass 14,6 % aller Gewaltopfer in Wien minderjährig sind (S. 34). 5.404 Kinder und Jugendliche, die in Wien leben, haben im Jahr 2022 zuhause Gewalt miterlebt. Es ist aber davon auszugehen, dass die Dunkelziffer höher ist, zumal nur ein Bruchteil aller Gewalttaten tatsächlich öffentlich gemacht wird (S. 40). Was die Personengruppe der Gefährder anlangt, verfügen 44,1 % der Gefährder über die österreichische Staatsbürgerschaft, sie sind daher gemessen am Anteil an der Wiener Gesamtbevölkerung (65,8 %) unterrepräsentiert. 42,1 % der Gefährder stammen aus Nicht-EU-Staaten bzw. ist deren Herkunft ungeklärt (S. 44). Diese Gruppe ist gemessen an ihrem Bevölkerungsanteil deutlich überrepräsentiert.

Das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung erhebt keine Zahlen zu Fällen körperlicher Gewalt gegen Schüler und Schülerinnen. Einer parlamentarischen Anfragebeantwortung ist allerdings zu entnehmen, dass die staatliche Reaktion auf Gewalterfahrungen im schulischen Umfeld im Wesentlichen in dem Versuch besteht, Gewalttäter mit pädagogischen Mitteln von weiteren Gewalttaten abzuhalten (vgl. [4312/AB vom 26.01.2021 zu 4343/J \[XXVII. GP\]](#): „... *Qualifizierung der Lehrkräfte, Stärkung der emotionalen und sozialen Kompetenzen der Schülerinnen und Schüler bis hin zum gezielten Einsatz des multiprofessionellen Unterstützungssystems*“). In der wirklichen Welt sind derartige Instrumente weder geeignet noch ausreichend, Straftaten und Gewalterfahrungen im schulischen Umfeld zu verhindern.

c. _____ Zu Differenzierungen im Aufenthaltsrecht von Grundrechtsträgern

Völkerrechtlich, unionsrechtlich und verfassungsrechtlich ist zunächst festzuhalten, dass ein Weltstaat nicht existiert. Existent sind Staaten und solcherart abgegrenzte staatliche Verantwortlichkeiten in Bezug auf deren eigenes Territorium und eigene Grundrechtsträger. Die Staatsbürgerschaft ist ein Band, das der Person besondere staatsbezogene Rechten und Pflichten verleiht. Art 3 des 4. ZPMRK verbietet einem Staat, seine Staatsangehörigen

auszuweisen (zur „Selbstverständlichkeit“ dieser Verpflichtung Pöschl in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht 4. ZPEMRK Art 3 Rz 1 ff mwN; zur Beurteilung nach völkerrechtlichen Gesichtspunkten vgl. Doehring, ZaöRV 45, 1985, 372 ff mwN).

Aus diesem Grund kann die Ausweisung eigener Staatsbürger *niemals* ein geeignetes Mittel zur effektiven Gewaltprävention sein. Die Wahl dieses Mittels ist dem Staat absolut verwehrt. In Bezug auf eigene gewalttätige Staatsbürger ist es völker- und verfassungsrechtlich unumgänglich, den Schutz anderer Grundrechtsträger vor diesen Personen mit *anderen* Mitteln zu gewährleisten, wobei das realisierbare Schutzniveau infolge einer Abwägung mit Grundrechten des Täters notwendigerweise eingeschränkt sein muss, beispielsweise durch temporäre Freiheitsentziehung, durch die einem Gewalttäter zumindest eine gewisse Zeit eine neuerliche Delinquenz zu Lasten anderer Grundrechtsträger verunmöglicht wird.

Anderes gilt jedoch für die Ausweisung von *Drittstaatsangehörigen*. In Fällen, die keinen Bezug zum Unionsrecht aufweisen, kommt den einzelnen Mitgliedstaaten ein weiterer Gestaltungsspielraum in der Frage zu, wem ein Aufenthaltsrecht eingeräumt wird. Der Gesetzgeber ist daher berechtigt, rein innerstaatliche Sachverhalte nach seinen eigenen Vorstellungen von den Erfordernissen eines *geordneten Fremdenwesens* zu regeln (VfSlg 18.968/2009). Einer Ausweisung fremder Staatsbürger steht daher kein prinzipielles verfassungsrechtliches Gebot nach Art des Art 3 des 4. ZPMRK entgegen. Dort, wo der Staat effektive Maßnahmen gegen Gewalt gegen Schutzbedürftige in Form einer umgehenden Ausweisung setzen *kann*, hat er aber die Pflicht, diese Maßnahmen zu setzen und nicht von Gesetzes wegen ohne Abwägung der betroffenen Schutzgüter auszuschließen.

Unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten gegenüber eigenen Staatsbürgern und vulnerablen Personen wie dem Antragsteller, hat ein geordnetes Fremdenwesen dafür Sorge zu tragen, dass Drittstaatsangehörige, die „eine Gefahr für die Allgemeinheit oder für die Sicherheit der Republik Österreich“ darstellen oder „von einem inländischen Gericht wegen eines Verbrechens (§ 17 StGB) rechtskräftig verurteilt worden“ sind oder deren Gewalttätigkeit auf sonstige Weise erwiesen wurde – deren sozialschädliche Eigenschaft als Gefährder somit dem Staat bekannt bzw. erkennbar ist (s.o.; vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK⁷ § 20 Rz 73 mwN; EGMR 28.1.2014 (O’Keefe/IRE), Nr. 35810/09, Rz 144 ff) – unverzüglich außer Landes geschafft werden, um ein weiteres Zusammentreffen mit schutzbedürftigen Personen in Österreich auszuschließen.

Sarajuddin Rasuly, seit 24 Jahren Afghanistan-Sachverständiger und Dolmetscher für Gerichte und Asylbehörden, gelangt nach fachlicher Analyse der Jugenddelinquenz von Drittstaatsangehörigen zu folgender Empfehlung: „[...] Wenn junge Afghanen kommen und sofort mehrere, auch kleinere, Straftaten begehen, sollte man sie abschieben. Die werden sich nicht mehr integrieren. Nur durch solch ein hartes Vorgehen kann gutes Zusammenleben zwischen Österreichern und Afghanen funktionieren. [...]“ (Interview in der Zeitschrift „Profil“ vom 02.07.2021, s. <https://www.profil.at/oesterreich/afghanistan-experte-solche-asylwerber-kommen-bereits-kriminell-nach-oesterreich/401431483>).

Die vorhandene Datenlage indiziert, dass mit der tatsächlichen Ausschaffung fremder Straftäter auch eine generalpräventive Wirkung gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen verbunden ist, die aufgrund einer einzigen Ausschaffung zumindest mehrere Monate währt (<https://www.spiegel.de/politik/deutschland/jugendkriminalitaet-der-fluechtige-mehmet-effekt-a-526462.html>). Die effektive Ausschaffung gewalttätiger Drittstaatsangehöriger ist für Staaten zugleich das gelindeste als auch das effektivste Mittel, die Ausübung seiner grundrechtlichen Schutzpflichten gegenüber Grundrechtsträgern zu gewährleisten.

5. Zur Anfechtungslegitimation des Antragstellers

a. Vorbemerkungen

Der Antragsteller wird durch die im Folgenden angefochtenen einfachgesetzlichen Normen (Kapitel 6.) unmittelbar, aktuell und persönlich in seinen vorstehend genannten Grundrechten (Kapitel 3.) verletzt. Die angefochtenen und verfassungswidrigen Normen sind in Form eines Gesetzes, ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für den Antragsteller wirksam geworden. Ihr Effekt besteht darin, dass der Antragsteller in seinem schulischen Alltagsleben dem ungeschmäleren Risiko des Zusammentreffens mit behördlich bekannten Gefährdern und schweren Straftätern ausgesetzt wird, *die ihr Aufenthaltsrecht in Österreich bereits verloren haben*. Diese Normen sind weder notwendig noch verhältnismäßig, sondern stehen den verfassungsrechtlich verbürgten staatlichen Schutzpflichten gegenüber gewaltfrei agierenden Schulkindern in Österreich – unabhängig von deren Herkunft und Staatsbürgerschaft – entgegen.

b. Zur persönlichen Betroffenheit des Antragstellers

Gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn das Gesetz ohne

Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. Wie der Verfassungsgerichtshof in seiner mit VfSlg 8009/1977 beginnenden ständigen Rechtsprechung ausgeführt hat, ist daher grundlegende Voraussetzung für die Antragslegitimation, dass das Gesetz in die Rechtssphäre der betroffenen Person unmittelbar eingreift und sie – im Fall seiner Verfassungswidrigkeit – verletzt.

Zwar ist der Antragsteller kein unmittelbarer Normadressat der § 8 Abs. 3a Satz 2 und 3 und § 9 Abs. 2 Satz 2 AsylG (BGBl I 100/2005 idF BGBl I 122/2009). Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner ständigen Rechtsprechung aber auch solchen Rechtspersonen eine Betroffenheit zuerkannt, die nach Zweck und Inhalt von angefochtenen Regelungen nicht unmittelbar von einer Regelung adressiert werden, wenn durch die Regelung nicht nur deren persönliche Situation berührt wird, sondern auch in die – insbesondere auch durch verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geprägte – *Rechtssphäre* eingegriffen wird (vgl. VfSlg 13.038/1992, 13.558/1993, 19.349/2011, 19.892/2014).

Die angefochtene Regelung ist nach ihrem Sinn und Zweck eine solche, die den weiteren Aufenthalt von Gefährdten und schweren Straftätern ohne Aufenthaltsberechtigung im Bundesgebiet und im schulischen Umfeld ermöglicht. Die Duldung des Aufenthalts fremder Gewalttäter und die Aufrechterhaltung eines pauschalen Abschiebeverbotes für diesen Personenkreis setzt den minderjährigen Antragsteller als Schüler aber Risiken und Gefahren aus, die dem Staat bekannt oder jedenfalls erkennbar sind und greift solcherart in seine geschützte Grundrechtssphäre ein (vgl. EGMR 9.4.2024 [*KlimaSeniorinnen ua/CH*], Nr. 53600/20).

c. *Kein zumutbarer Umweg zur Normenanfechtung*

Dem Antragsteller steht auch kein zumutbarer Umweg zur Verfügung, um seine Normenbedenken an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen und die aufgrund der unzureichenden Gesetzeslage herbeigeführte Gefährdung seiner körperlichen Integrität abzuwehren. Die österreichische Rechtsordnung stellt keinen alternativen Rechtsweg zur Verfügung. Der Antragsteller hat keine Parteistellung in fremdenrechtlichen Verfahren und hat keine Informationen, welchen fremden Gefährdten in seinem persönlichen Umfeld ein Abschiebeschutz gemäß § 8 Abs. 3a Satz 2 und 3 und § 9 Abs. 2 Satz 2 AsylG zuerkannt wurde.

Eine denkbare Anforderung, wonach der Antragsteller zur Erlangung einer geschützten Antragslegitimation zuerst eine tatsächliche Verletzung seiner grundrechtlichen Integrität

durch amtsbekannte Gefährder erleiden müsste, ist offenkundig unzumutbar, da ein solches Zusammentreffen tödlich enden kann (zu realen Fallkonstellationen vgl. etwa <https://kurier.at/chronik/oesterreich/mordfall-leonie-zeigt-die-luecken-im-asylsystem-auf/401431429>; https://de.wikipedia.org/wiki/Terroranschlag_in_Wien_2020 u.a.).

Der Verfassungsgerichtshof hat bereits mehrfach anerkannt, dass bei Vorliegen besonderer Umstände das Kriterium der Unzumutbarkeit entfallen kann (etwa bei der Vorratsdatenspeicherung: VfSlg 19.892/2014 mwN). Berücksichtigt man im Sinne dieser Rechtsprechung das Gewicht des drohenden Nachteils für den Antragsteller für den Fall einer Gewaltausübung gegen seine Person durch staatlich bekannte Straftäter und Gefährder ohne jeden Aufenthaltstitel, ist er zweifelsohne zur Antragstellung legitimiert (vgl. abermals EGMR 9.4.2024 [*KlimaSeniorinnen ua/CH*], Nr. 53600/20).

6. Zu den angefochtenen Normen im Einzelnen

a. Zum unionsrechtlichen Hintergrund

Ein geordnetes Fremdenwesen in Übereinstimmung mit dem Recht der Europäischen Union setzt voraus, dass Drittstaatsangehörige, die eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen, ihr Aufenthaltsrecht im Staat verlieren und abgeschoben werden.

Art 14 der Richtlinie 2011/95/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes („StatusRL“) normiert daher (auszugsweise):

„[...]“

(3) Die Mitgliedstaaten erkennen einem Drittstaatsangehörigen oder einem Staatenlosen die Flüchtlingseigenschaft ab, beenden diese oder lehnen ihre Verlängerung ab, falls der betreffende Mitgliedstaat nach Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft feststellt, dass

a) die Person gemäß Artikel 12 von der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft hätte ausgeschlossen werden müssen oder ausgeschlossen ist;

b) eine falsche Darstellung oder das Verschweigen von Tatsachen seinerseits, einschließlich der Verwendung falscher oder gefälschter Dokumente, für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ausschlaggebend war.

(4) Die Mitgliedstaaten können einem Flüchtling die ihm von einer Regierungs- oder Verwaltungsbehörde, einem Gericht oder einer gerichtsähnlichen Behörde zuerkannte Rechtsstellung aberkennen, diese beenden oder ihre Verlängerung ablehnen, wenn

a) es stichhaltige Gründe für die Annahme gibt, dass er eine Gefahr für die Sicherheit des Mitgliedstaats darstellt, in dem er sich aufhält;

b) er eine Gefahr für die Allgemeinheit dieses Mitgliedstaats darstellt, weil er wegen einer besonders schweren Straftat rechtskräftig verurteilt wurde.

[...]“

b. Zum innerstaatlichen Schutz von Fälschern und schweren Straftätern vor Abschiebung

In Österreich begründet die „falsche Darstellung oder das Verschweigen von Tatsachen [...], einschließlich der Verwendung falscher oder gefälschter Dokumente“ keinen gesetzlichen Aberkennungsgrund, was den unionsrechtlichen Vorgaben widerspricht (EuGH 23.05.2019, Rs C-720-17 [*Bilali*]). Darüber hinaus verhindern die fremdenrechtlichen Normen sogar in Bezug auf erweislich schwere Straftäter und Gefährder ohne Asylrecht, deren weiteren Aufenthalt in Österreich und ein Zusammentreffen mit Minderjährigen zu beenden.

§§ 8 und 9 Asylgesetz (BGBl I 100/2005, zuletzt geändert durch BGBl I 145/2017) lauten (Hervorhebungen nicht im Original):

Status des subsidiär Schutzberechtigten

§ 8. (1) Der Status des subsidiär Schutzberechtigten ist einem Fremden zuzuerkennen,

1. der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, wenn dieser in Bezug auf die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten abgewiesen wird oder

2. dem der Status des Asylberechtigten aberkannt worden ist,

wenn eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen Herkunftsstaat eine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten würde oder für ihn als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde.

(2) Die Entscheidung über die Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten nach Abs. 1 ist mit der abweisenden Entscheidung nach § 3 oder der Aberkennung des Status des Asylberechtigten nach § 7 zu verbinden.

(3) Anträge auf internationalen Schutz sind bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abzuweisen, wenn eine innerstaatliche Fluchtalternative (§ 11) offen steht.

(3a) Ist ein Antrag auf internationalen Schutz bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten nicht schon mangels einer Voraussetzung gemäß Abs. 1 oder aus den Gründen des Abs. 3 oder 6 abzuweisen, so hat eine Abweisung auch dann zu erfolgen, wenn ein Aberkennungsgrund gemäß § 9 Abs. 2 vorliegt. Diesfalls ist die Abweisung mit der Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme und der Feststellung zu verbinden, dass eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen Herkunftsstaat unzulässig ist, da dies eine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten würde oder für ihn als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde. Dies gilt sinngemäß auch für die Feststellung, dass der Status des subsidiär Schutzberechtigten nicht zuzuerkennen ist.

(4) Einem Fremden, dem der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wird, ist vom Bundesamt oder vom Bundesverwaltungsgericht gleichzeitig eine befristete Aufenthaltsberechtigung als subsidiär Schutzberechtigter zu erteilen. Die Aufenthaltsberechtigung gilt ein Jahr und wird im Falle des weiteren Vorliegens der Voraussetzungen über Antrag des

Fremden vom Bundesamt für jeweils zwei weitere Jahre verlängert. Nach einem Antrag des Fremden besteht die Aufenthaltsberechtigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Verlängerung des Aufenthaltsrechts, wenn der Antrag auf Verlängerung vor Ablauf der Aufenthaltsberechtigung gestellt worden ist.

(5) In einem Familienverfahren gemäß § 34 Abs. 1 Z 2 gilt Abs. 4 mit der Maßgabe, dass die zu erteilende Aufenthaltsberechtigung gleichzeitig mit der des Familienangehörigen, von dem das Recht abgeleitet wird, endet.

(6) Kann der Herkunftsstaat des Asylwerbers nicht festgestellt werden, ist der Antrag auf internationalen Schutz bezüglich des Status des subsidiär Schutzberechtigten abzuweisen. Diesfalls ist eine Rückkehrentscheidung zu verfügen, wenn diese gemäß § 9 Abs. 1 und 2 BFA-VG nicht unzulässig ist.

(7) Der Status des subsidiär Schutzberechtigten erlischt, wenn dem Fremden der Status des Asylberechtigten zuerkannt wird.

Aberkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten

§ 9. (1) Einem Fremden ist der Status eines subsidiär Schutzberechtigten von Amts wegen mit Bescheid abzuerkennen, wenn

1. die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten (§ 8 Abs. 1) nicht oder nicht mehr vorliegen;
2. er den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen in einem anderen Staat hat oder
3. er die Staatsangehörigkeit eines anderen Staates erlangt hat und eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen neuen Herkunftsstaat keine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention oder für ihn als Zivilperson keine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde.

(2) Ist der Status des subsidiär Schutzberechtigten nicht schon aus den Gründen des Abs. 1 abzuerkennen, so hat eine Aberkennung auch dann zu erfolgen, wenn

1. einer der in Art. 1 Abschnitt F der Genfer Flüchtlingskonvention genannten Gründe vorliegt;
2. der Fremde eine Gefahr für die Allgemeinheit oder für die Sicherheit der Republik Österreich darstellt oder
3. der Fremde von einem inländischen Gericht wegen eines Verbrechens (§ 17 StGB) rechtskräftig verurteilt worden ist. Einer Verurteilung durch ein inländisches Gericht ist eine Verurteilung durch ein ausländisches Gericht gleichzuhalten, die den Voraussetzungen des § 73 StGB, BGBl. Nr. 60/1974, entspricht.

In diesen Fällen ist die Aberkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten mit der Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme und der Feststellung zu verbinden, dass eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen Herkunftsstaat unzulässig ist, da dies eine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten würde oder für ihn als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde.

(3) Ein Verfahren zur Aberkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten ist jedenfalls einzuleiten, wenn der Fremde straffällig geworden ist (§ 2 Abs. 3) und das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs. 1 oder 2 wahrscheinlich ist.

(4) Die Aberkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten ist mit dem Entzug der Aufenthaltsberechtigung als subsidiär Schutzberechtigter zu verbinden. Der Fremde hat nach Rechtskraft der Aberkennung Karten, die den Status des subsidiär Schutzberechtigten bestätigen, der Behörde zurückzustellen.

Indem der Bundesgesetzgeber anordnet, dass zwar einerseits der Aufenthaltstitel entzogen wird, zugleich aber „eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in

seinen Herkunftsstaat unzulässig“ sein soll, hat er eine Rechtslage geschaffen, die den fortgesetzten Aufenthalt von Personen, die eine Gefahr für die Allgemeinheit oder für die Sicherheit der Republik Österreich darstellen oder die wegen eines Verbrechens rechtskräftig verurteilt worden sind, faktisch absichert. Die angefochtenen Normen verwehren es der Fremdenpolizei, erst aus Anlass der gesetzlich gebotenen Ausschaffung auf Ebene der Vollziehung zu prüfen, inwieweit einer Vollziehung der Ausschaffung im Einzelfall noch grundrechtliche Bedenken entgegenstehen. Diese Abwägungsentscheidung nimmt der Bundegesetzgeber zugunsten fremder Gefährder ohne Aufenthaltsberechtigung und zu Lasten aller anderen schutzwürdigen Grundrechtsträger pauschal vorweg, obwohl bereits die Regelung impliziert, dass gerade diese Gruppe von Fremden andere Personen gefährdet. Alternative Schutzregelungen, etwa eine fortgesetzte Sicherungshaft auf österreichischem Boden, sieht das österreichische Recht nicht vor. Andere denkbare Maßnahmen, etwa Schulverweise, sind zum Schutz vulnerabler Personen vor fremden Gefährdern ungeeignet, da derartige Maßnahmen das Problem nur innerhalb des österreichischen Territoriums und innerhalb österreichischer Schulen verlagern.

Diese dem österreichischen Fremdenrecht *offenkundig systematisch immanente Unordnung* steht im offenen Widerspruch zu den unionsrechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben. Die einleitend zitierten staatlichen Schutz- und Gewährleistungsrechte gegenüber vulnerablen Grundrechtsträgern (Kapitel 3.), die sich rechtmäßig im Schutz- und Verantwortungsbereich des österreichischen Staates aufhalten, werden durch die angefochtenen Regelungen zwangsläufig verletzt.

c. Zum Anfechtungsumfang

Nach ständiger Rsp des VfGH ist der Anfechtungsumfang so zu wählen, dass einerseits die aus Sicht des Anlassfalles bestehende Rechtswidrigkeit beseitigt werden kann und andererseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als zur Beseitigung der Rechtswidrigkeit notwendig ist (VfSlg. 13.772/1994, 14.691/1996). Darüber hinaus darf der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommen und müssen die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden (VfSlg. 13.464/1990; 14.740/1997).

Nach neuerer, zutreffender Rsp macht aber eine zu weite Fassung des Anfechtungsumfangs den Antrag nicht zur Gänze unzulässig, sondern führt, ist der Antrag in der Sache begründet, im Falle der Aufhebung nur eines Teils der angefochtenen Bestimmungen im Übrigen zu

seiner teilweisen Abweisung (vgl. VfSlg 19.746/2013 u.a.; Oswald, Die Abgrenzung des Anfechtungsumfangs bei der konkreten Normenkontrolle, JBl 2016, 413 [420 ff]).

Gegenständlich wird das grundrechtlich gebotene Mindestschutzniveau für vulnerable Personen wie den Antragsteller durch ersatzlose Streichung des § 8 Abs. 3a Satz 2 und 3 und § 9 Abs. 2 Satz 2 AsylG hergestellt. Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof einen systematischen Regelungszusammenhang in der Gewährung und Aberkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten erkennt und sohin den Anfechtungsumfang im Hauptantrag für zu eng erachtet, wird ein Eventualantrag auf Aufhebung der §§ 8,9 AsylG in der am Tag der Antragstellung geltenden und vorstehend zitierten Fassung gestellt.

5. Anträge

Aufgrund der vorstehend dargelegten Normbedenken wird

beantragt,

der Verfassungsgerichtshof möge

I. § 8 Abs. 3a Satz 2 und 3 und § 9 Abs. 2 Satz 2 AsylG (BGBl I 100/2005 idF BGBl I 122/2009) als verfassungswidrig aufheben,

in eventu

II. §§ 8 und 9 AsylG (BGBl I 100/2005, zuletzt geändert durch BGBl I 145/2017) als verfassungswidrig aufheben,

in eventu

III. nach einem allfälligen Außerkrafttreten der angefochtenen Normen aussprechen, dass diese verfassungswidrig waren

und

IV. dem Antragsteller den Ersatz der regelmäßig anfallenden Kosten gemäß §§ 27, 65a VfGG zusprechen.