

Abschiebungen: Neuer Sachverhalt gebietet neue Prüfung

Kein Gesetz verbietet es, Fehler zu korrigieren. Ein Gastkommentar.

VON WILFRIED EMBACHER

Wien. Langsam lichtet sich der Nebel, aber ob die Abschiebungen von Kindern und deren Familien rechtmäßig waren, ist weiterhin umstritten. Die meisten Äußerungen der vergangenen Wochen betrafen Nebenasperte oder waren von akademischem Interesse. Dabei genügt es zunächst, zwei Fragen zu stellen (und zu beantworten):

1. Wurde § 13 Abs. 2 Fremdenpolizeigesetz angewandt, und wie? Er sieht vor, dass die Art. 2, 3 und 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention in jedem Stadium einer fremdenpolizeilichen Amtshandlung besonders zu beachten sind. Die Abschiebung ist eine fremdenpolizeiliche Amtshandlung, Art. 8 EMRK schützt das Privat- und Familienleben. Bei Kindern ist zusätzlich zur besonderen Beachtung des Art. 8 das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern maßgeblich. Dieses erfordert die Prüfung, ob die Abschiebung im besten Interesse des Kindes ist. Jedes Kind hat zumindest ab zwölf das Recht, dazu angehört zu werden.

Kindeswohl vorrangig zu beachten

Bisher hat das Innenministerium auf Rückkehrenscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, an die es gebunden sei, verwiesen. Dieser Hinweis ist irrelevant, weil zum Zeitpunkt der Abschiebung ein geänderter Sachverhalt vorlag. Das Ministerium war daher zu einer eigenständigen, aktuellen Prüfung unter vorrangiger Beachtung des Kindeswohls verpflichtet. Solange nicht offengelegt wird, wie diese Prüfung durchgeführt wurde, ist eine Diskussion über die Richtigkeit ihres Ergebnisses nutzlos.

2. Warum wurde kein humanitäres Bleiberecht (§ 55 AsylG) erteilt? Unerledigte Anträge darauf gab es seit Mai 2020, somit wurde die Pflicht verletzt, binnen sechs Monaten zu entscheiden (§ 73 AVG). Der Aufenthaltstitel kann jederzeit von Amts wegen erteilt werden. § 60 Abs. 3 Z 2 FPG sieht sogar ausdrücklich vor, dass eine Rückkehrenscheidung gegenstandslos wird, wenn ein Aufenthaltstitel gemäß § 55 AsylG erteilt wird. Es ist daher unrichtig, dass eine höchstgerichtliche Entscheidung auch für geänderte Sachverhalte gilt und eine zwingende Bindung an veraltete Rückkehrenscheidungen bestand.

Diese Rechtsgrundlagen begründen Handlungspflichten des Innenministeriums, diese Pflichten wurden missachtet. Kein Gesetz verbietet es, Fehler zu korrigieren.

Mag. Embacher ist RA in Wien (am Verfahren beteiligt).

Kindeswohl, Elternschuld und Bleiberecht

Reaktion. Warum Unredlichkeit von Eltern doch mit Vorteilen für Kinder vereinbar ist. Eine Antwort auf Helmut Koziol.

VON MICHAEL WUKOSCHITZ

Wien. Gut integrierte Minderjährige werden unter großem Polizeiaufgebot und medialem Interesse nach Georgien bzw. Armenien abgeschoben, nachdem ihre Eltern behördliche Entscheidungen ignoriert hatten. Tritt das Kindeswohl hinter die – von Helmut Koziol im Rechtspanorama vom 15. Februar sogenannte – Unredlichkeit der Eltern zurück?

Fremden- und Asylrecht ist zwar nicht mein Fachgebiet, als Vater eines Jugendlichen und aufgrund langjähriger Tätigkeit in der außerschulischen Jugendberufshilfe bin ich aber für die Rechte von Kindern und Jugendlichen besonders sensibilisiert. Koziol unterstützt die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts, wonach sich die von der Abschiebung betroffenen Minderjährigen das Verhalten ihrer Eltern zurechnen lassen müssten, und führt dazu zivilrechtliche Bestimmungen des ABGB ins Treffen.

Horizontale statt vertikale Beziehung

Das Zivilrecht regelt die Beziehungen der Normunterworfenen untereinander, gibt also einen Rahmen für horizontale Rechtsbeziehungen vor, während das öffentliche Recht auf die Beziehung zwischen den Normunterworfenen und dem Staat abzielt und damit vertikale Rechtsbeziehungen betrifft. Das Fremden- und Asylrecht gehört

zum öffentlichen Recht. Bei der Übertragung zivilrechtlicher Prinzipien darauf ist wegen der unterschiedlichen Art der Rechtsbeziehungen zumindest Vorsicht geboten.

Auch im Detail erscheinen Koziols Ausführungen ergänzungsbedürftig: Die schadenersatzrechtliche Zurechnung des Verschuldens eines gesetzlichen Vertreters an den Leistungspflichtigen (§ 1313a ABGB) setzt eine eigene Leistungspflicht des Vertretenen gegenüber dem Ersatzberechtigten voraus. Ein minderjähriges Kind muss sich das Fehlverhalten der Mutter also nur dann zurechnen lassen, wenn und soweit es selbst gegenüber dem Geschädigten zu einer Leistung verpflichtet war. Für die Erfüllung gesetzlicher Leistungs- oder Sorgfaltspflichten, die gegenüber der Allgemeinheit bestehen, gilt § 1313a nicht. Warum § 1313a dennoch ein Argument für die Zurechnung des Elternverhaltens liefern soll, erläutert Koziol nicht.

Für die Ersitzung ist redlicher Besitz erforderlich, wobei bei Besitzerwerb und -ausübung durch Stellvertreter sowohl der Vertreter als auch der Erwerber gutgläubig sein müssen. Gleiches gilt für den gutgläubigen Erwerb einer Sache. Kinder unter sieben Jahren können Besitz nur durch ihren gesetzlichen Vertreter erwerben und müssen sich daher zwangsläufig dessen allfällige Unredlichkeit zurechnen lassen. Ersitzung und gutgläubiger Erwerb gehen aber stets

mit einem äquivalenten Rechtsverlust des bisherigen Rechteinhabers einher. Erlangt eine gut integrierte Minderjährige ein Aufenthaltsrecht, verliert dadurch hingegen niemand ein Recht. Warum die zivilrechtlichen Wertungen für Ersitzung und gutgläubigen Erwerb dennoch gleichermaßen im Asylrecht zu beachten sein sollen, erklärt Koziol nicht, sondern postuliert dies bloß.

Zuzustimmen ist Koziol darin, dass auch verfassungsmäßig garantierte Rechte in der Regel nicht absolut sind, sondern mit gegenläufigen anderen Rechten und Interessen abgewogen werden müssen. Wenn Art 1 des BVG über die Rechte von Kindern vorsieht, dass bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein muss, steht das zwar einer Abwägung mit anderen Rechtsgütern nicht entgegen, bedeutet aber jedenfalls, dass dem Kindeswohl im Zweifel der Vorrang einzuräumen ist. Ob dem im Anlassfall gerecht wurde, kann zumindest bezweifelt werden.

Normative Kraft des Faktischen

Bleibt noch das Argument, die Gewährung eines Bleiberechts würde die Kinder von „Rechtsbrechern“ besser stellen als jene von rechtstreuen Eltern und damit unzulässiges Verhalten „belohnen“. Auch insoweit geht es freilich wiederum um das Verhalten der Eltern und nicht der Kinder selbst. Die Rechtsordnung anerkennt zudem auch in anderen Bereichen eine „normative Kraft des Faktischen“. Ein Beispiel ist – als Gegenstück zu der von Koziol ins Treffen geführten Ersitzung – die Verjährung: Klagt ein Gläubiger über einen gewissen Zeitraum seinen Anspruch nicht ein, kann er ihn allein deshalb nicht mehr durchsetzen. Dies gilt (wie vom OGH jüngst entschieden) auch dann, wenn ein Schuldner dem Gläubiger die Anspruchsverfolgung durch Namensänderung und unbekanntem Aufenthalt erheblich erschwert (6 Ob 213/20x). Auch hier könnte man argumentieren, dass der Schuldner für seine beherrschende Leistungsverweigerung „belohnt“ würde und der Gläubiger damit letztlich der „Dumme“ wäre.

Die Rechtsordnung verfolgt aber auch das Ziel, mit der Legitimierung länger bestehender Fakten Rechtssicherheit zu schaffen, mag dies auch im Einzelfall vielleicht einem strikten Gerechtigkeitsinn widersprechen. Auch unter diesem Aspekt wäre ein Bleiberecht für die Minderjährigen durchaus argumentierbar. Wichtiger erscheint aber: Menschlichkeit kann auch erfordern, etwas zu gewähren, worauf gerade kein Anspruch besteht. Ein Rechtsstaat sollte sich solche Menschlichkeit gerade gegenüber Kindern leisten können – anstatt sie aufgrund des Verhaltens ihrer Eltern in ein formales „Herkunftsland“ abzuschicken, zu dem sie de facto keinerlei Bezug haben.

Dr. Michael Wukoschitz ist Rechtsanwalt in Wien.

LEGAL § PEOPLE

Branchen-News aus der Welt des Rechts

Einsteiger der Woche

Mit Anfang Februar ist **Alina Regal** als Counsel zu Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte (BEIRA) gewechselt. Sie bringt über zehn Jahre Erfahrung als Transaktionsanwältin mit und hat ihre Schwerpunkte in den Bereichen M&A, Restrukturierungen sowie VC und Startup-Beratung. „Der Wechsel von Alina Regal ist ein wichtiger Schritt bei der von BEIRA verfolgten Vergrößerung der Corporate-Praxis“, freut sich **Michael Barnert**, Partner von BEIRA, über den Neuzugang.



Alina Regal ist seit Februar neu als Counsel bei BEIRA. [Beigestellt]



Melissa Glaser verstärkt das Team von Vavrovsky Heine Marth. [Beigestellt]



Katharina Bisset und Michael Lanzinger unterstützen bei Mobbing. [Beigestellt]

Die Wirtschaftsrechtskanzlei Vavrovsky Heine Marth freut sich über weitere Verstärkung des Teams: **Melissa Glaser** unterstützt die Kanzlei seit Februar 2021 als Rechtsanwaltsanwältin. Die Juristin mit umfassender Auslandserfahrung wird in den Bereichen Immobilienrecht und Konfliktlösung tätig sein. Sie ist Absolventin der Universität Wien. Bereits während ihres Studiums hat Glaser

eine Schwerpunktausbildung im Bereich Liegenschafts- und Bau-recht absolviert.

Tipps der Woche

Für die steuerliche Beurteilung grenzüberschreitender Geschäfte sind Fragen rund um die Betriebsstättenbesteuerung von zentraler Bedeutung. Das Standardwerk zur Betriebsstättenbesteuerung wurde

von Professor **Stefan Bendlinger** einer Gesamtrevision unterzogen und ist Anfang 2021 bei LexisNexis erschienen.

Der BDO Steuerleitfaden „Unternehmen Arztpraxis“ ist in Kooperation mit der Österreichischen Ärztekammer entstanden und bietet nicht nur Praxistipps in Sachen Steuern, sondern begleitet durch den gesamten Lebenszyklus einer

Ordination. Gemeinsam mit Professor **Markus Metztl**, Leiter Finanzen und Steuern der Österreichischen Ärztekammer, sowie Hofrat **Johannes Zahrl**, Kammeramtsdirektor der Österreichischen Ärztekammer, haben **Patrica Andretsch**, Steuerberaterin und Leiterin des Competence Center Ärzte und Freie Berufe, und **Maria Berger**, Senior Manager Tax und Prokuristin bei BDO, nun einen umfassenden Leitfaden für alle wirt-

schaftlichen Belange von Ordinationen geschaffen.

Belästigungen, falscher Umgang und Hass im Netz sind auf Social-Media-Plattformen leider schon fast normal. Wenn man beleidigende, sexuelle oder hasserfüllte Nachrichten erhält, muss man sich selbst darum kümmern, diese zu speichern, damit man sie als Beweis bei der Polizei oder auch beim Gericht vorlegen kann. Genau hier setzt NetzBeweis an. NetzBeweis wurde von der Nerds of Law OG in Kooperation mit Technikern entwickelt. Die Nerds of Law sind die Rechtsanwälte **Katharina Bisset** und **Michael Lanzinger**, die unter anderem auf Onlinerecht spezialisiert sind.

LEGAL & PEOPLE

ist eine Verlagsserie der „Die Presse“ Verlags-Gesellschaft m.b.H. & Co KG
Koordination: René Gruber
E-Mail: rene.gruber@diepresse.com
Telefon: +43/(0)1/514 14 263