

**Sozialleistungen an „international Schutzberechtigte und
Schutzsuchende“ –
Möglichkeiten zur Differenzierung gegenüber Staatsange-
hörigen**

Gutachten für die Österreichische Bundesregierung

Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Universität Wien

Projektleitung: Univ. Prof. Dr. Robert Rebhahn

Mitarbeit: Mag. Thomas Pfalz und Mag. Dominik Stella

29. März 2016

Gliederung

A.	Einleitung	5
B.	Schutzberechtigte	9
I.	Derzeitige österr Rechtslage.....	9
II.	Flüchtlinge	14
1.	Gleichbehandlung / Nichtdiskriminierung.....	14
a)	Flüchtlingskonvention	14
b)	Status-RL 2011/95/EU	17
c)	Österreichische Verfassung	20
2.	Inhaltliche Vorgaben - Originäre Leistungsansprüche	22
a)	Österreichisches Verfassungsrecht	23
i.	Im Allgemeinen	23
ii.	Minderjährige	27
b)	Exkurs zur Lage in Deutschland	28
c)	EMRK	31
d)	Mindestniveaus im Sekundärrecht	33
i.	Keine Vorgaben für die gesamte Wohnbevölkerung.....	33
ii.	Vorgaben in den Richtlinien zum humanitären Schutz	35
e)	Grundrechtecharta.....	37
i.	Grundlagen	37
ii.	Allgemeines zum Inhalt des Art 1 GRC	38
iii.	Zum „allgemeinen“ einheitlichen Mindeststandard	40
f)	Relevanz der Aufnahme-RL ?.....	43
g)	Völkerrechtliche Verpflichtungen	43
3.	Einzelne Fragen	44
a)	Sachleistungen	44
i.	Grundsätzliche Zulässigkeit	44
ii.	Materielle Aspekte	47
b)	Obliegenheit zu Integrationsbemühungen	48
i.	Obliegenheit	48
ii.	Kürzung bei mangelndem Bemühen	50
iii.	Kürzung und Entfall bei fehlender Mitwirkung	51
iv.	Obliegenheit zu gemeinnütziger Arbeit.....	53
c)	Zuweisung des Wohnsitzes.....	54
i.	Zur Obliegenheit.....	54
ii.	Kürzung bei Verlassen des zugewiesenen Wohnorts	59
d)	Höchstgrenze für Mindestsicherung.....	62
e)	Geringere Leistung oder Wartezeit spezifisch für Flüchtlinge ?	63
f)	Wartezeit für alle.....	65
i.	Einheitliche Leistung zum Lebensunterhalt	65
ii.	Aufspaltung in Grund- und Ergänzungsleistung	68
g)	Familienbeihilfe.....	70
h)	Pflegegeld	73
i)	„Eigentlich“ wäre ein anderer MS zuständig ?	74
III.	Subsidiär Schutzberechtigte	76
1.	Grundlagen.....	76
2.	Gleichbehandlungspflichten.....	77

a)	Status-RL	78
b)	Verfassungsrecht	79
3.	Inhaltliche Vorgaben	79
a)	Status-RL – „Kernleistungen“	79
b)	Weiteres	84
4.	Einzelne Fragen	85
a)	Gewährung nur der Grundversorgung ?	85
b)	Sozialhilfeleistungen	85
i.	„Einheitliche“ Mindestsicherung	86
ii.	Aufspaltung in Grund- und Ergänzungsleistung	86
c)	Sachleistungen	87
d)	Familienbeihilfe	88
e)	Weiteres	88
IV.	Zur Lage bei Massenzustrom	89
1.	Richtlinie 2001/55/EG zu Massenzustrom von Vertriebenen	89
2.	Relevanz der Zahlen im positiven Unionsrecht?	93
3.	Modifikation des ausdrücklich Vorgesehenen bei Massenzustrom?	95
a)	Faktische Probleme	95
b)	Zur Verantwortung für die grob ungleichgewichtige Verteilung	96
c)	Diskutierte Modifikationen	100
d)	Zur Frage einer „absoluten Belastungsgrenze“	101
e)	Berechtigt die grob ungleichgewichtige Verteilung zu Abweichungen? ..	106
f)	Folgerungen	110
g)	Zusammenfassung und aktuelle Entwicklung	111
C.	Schutzsuchende (Antragstellende vor Entscheidung)	113
I.	Österreichische Rechtslage - Grundversorgung	113
II.	Inhaltliche Vorgaben	114
1.	Allgemeines	114
2.	Aufnahme-RL 2013/33/EU	115
a)	Grundlagen	115
b)	Art 17 Abs 2 und 5	118
i.	Allgemeines	118
ii.	Höherer nationaler Standard	120
iii.	Niveau bei Sachleistungen	123
c)	Abweichende Leistungsmodalitäten für begrenzte Zeit (Art 18 Abs 9) ...	124
d)	Einschränkung und Entziehung von Leistungen (Art 20)	125
i.	Zulässige Konstellationen	125
ii.	Stets zu beachtendes Mindestniveau	126
e)	Zwischenergebnis	128
f)	Grundrechtliche Erwägungen	128
g)	Einzelfragen	129
i.	Unterbringung	129
ii.	Entfall der Leistungen bei Weigerung in Bezug auf die Unterkunft	130
iii.	(Andere) Sachleistungen	132
iv.	Medizinische und psychologische Versorgung	133
v.	Wartefrist ?	135
vi.	Integrationsobliegenheit ?	135
III.	Erweiterter Gestaltungsspielraum bei ungleichgewichtiger Verteilung	135

D.	Personen, deren Antrag auf Schutz abgewiesen wurde	136
I.	Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie	136
II.	Mindeststandard nach der Rückführungs-RL	137
1.	Von Art 14 Rückführungs-RL erfasster Personenkreis	137
2.	Von Art 14 vorgeschriebener Mindeststandard	139
a)	Allgemeines	139
b)	Mindestbedingungen und Komplementärleistungen	140
c)	Leistungen „soweit wie möglich“	142
d)	Relevanz der Grundrechtecharta	144
e)	Zu Mitwirkungsobliegenheiten	144
III.	Leistungspflicht aus anderen Rechtsquellen	145
E.	Zusammenfassung	147

A. Einleitung

Nach dem Gutachtensauftrag¹ geht es um die Möglichkeiten zur Differenzierung bei Sozialleistungen im Verhältnis zu österr Staatsbürgern² insb bei Asylberechtigten, subsidiär Schutzberechtigten sowie Asylwerbern.³ Der Auftrag nennt auch Unionsbürger. Gemeint ist aber nicht die Möglichkeit zu Differenzierung zwischen Staatsbürgern und Unionsbürgern, sondern die zwischen Unionsbürgern auf der einen Seite sowie Asylberechtigten bzw subsidiär Schutzberechtigten sowie Asylwerbern auf der anderen Seite.

Näher geht es um den Gestaltungsspielraum bei Sozialleistungen bei vier Personengruppen:

- Personen, die internationalen Schutz – dh Asyl oder subsidiäre Schutzberechtigung – *suchen* (im Folgenden als **Asylwerber** oder **Antragsteller** bezeichnet);
- Personen, die internationalen Schutz als **Flüchtlinge** (Asylberechtigte) *haben*;
- Personen, die internationalen Schutz als **subsidiär Schutzberechtigte** *haben*;

¹ Der Auftrag erging an das Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien.

Die Arbeit am Gutachten erfolgte durch die am Titelblatt genannten Mitwirkenden in Erfüllung ihrer Dienstpflichten an diesem Institut, also ohne zusätzliches Entgelt.

Mag. Dullinger verfasste im Rahmen eines Werkvertrages einen Entwurf für die Ausführungen zur Rückführungs-RL.

² Wie im Gutachtensauftrag wird aus Gründen der leichten Lesbarkeit nur die männliche Form verwendet.

³ „1. Der Auftragnehmer übernimmt den Auftrag zur Erstellung eines Gutachtens zum Thema:

Überprüfung der Rechtslage bezüglich Sozial- und Familienleistungen (Grundversorgung, bedarfsorientierte Mindestsicherung, Familienbeihilfe etc.), sowie deren Ersatz durch Sachleistungen, Verweigerung bzw. Gewährung unter Auflagen oder nur in Teilen.

Zu untersuchen sind folgende Möglichkeiten

- Differenzierung bei Sozialleistungen zwischen Staatsbürgern, Unionsbürgern, Asylberechtigten bzw. subsidiär Schutzberechtigten sowie Asylwerbern; Differenzierung nach geeigneten Kriterien bzw. Etablierung von Voraussetzungen wie Mindestaufenthaltsdauer;

- Umstellung von Geld- auf Sachleistungen für Asylwerber und -berechtigte;

- Reduktion bzw. Regress der Grundversorgung, sofern ein anderer Mitgliedstaat nach der Dublin III-Verordnung zuständig ist;

- Reduktion bzw. Regress der Grundversorgung für rechtskräftig negativ beschiedene Personen analog den Möglichkeiten nach der Rückführungsrichtlinie: Definition eines Mindestniveaus für die Versorgung

- Reduktion bzw. Regress der Grundversorgung für Asylwerber bei unzureichender Mitwirkung (insbesondere bei der Einquartierung und Überstellung in Quartiere)

- Definition eines Mindestniveaus für die Versorgung

Dabei soll auch die Rechtslage vergleichbarer Staaten dargestellt und verglichen werden. Als andere Länder werden Deutschland, Schweden und Niederlande einbezogen; das Einbeziehen der beiden zuletzt genannten Länder hängt von einer entsprechenden Mitwirkung der österr. Vertretungsbehörden bei der Beschaffung der Unterlagen ab.

Die Untersuchung wird mit rechtsdogmatischen Methoden erstellt und soll den Raum für rechtspolitische Gestaltung aufzeigen. Sie wird als in sich geschlossenes Manuskript samt erforderlichen Anlagen (Normtexte usw) übergeben werden.“

- Personen, deren Antrag auf Asyl und subsidiären Schutz *abgelehnt* wurde oder deren Schutzstatus beendet ist (**Rückkehrverpflichtete**).

Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte gemeinsam werden als **Schutzberechtigte** bezeichnet.

Auf eine fünfte Gruppe – andere Migranten aus Drittstaaten, die sich im Zuge der Massenmigration seit 2015 in Österreich tatsächlich aufhalten – wird nicht gesondert eingegangen,⁴ weil Drittstaatsangehörige, die sich ohne Berechtigung hier aufhalten, idR keinen Antrag auf Sozialleistungen stellen werden (oder durch einen Asylantrag einen vorübergehenden Aufenthaltstitel erlangen können).

Unter „Sozialleistungen“ sind hier an sich alle Leistungen zu verstehen, welche die Existenz iWS sichern sollen, wie Geldleistungen oder Sachleistungen für Verpflegung, Unterkunft, medizinische Versorgung, sowie die Familienbeihilfe. Im Vordergrund der Ausführungen stehen die Leistungen zur Deckung des allg Lebensbedarfes und zur Unterkunft, auf Leistungen zur medizinischen Versorgung und auf Familienleistungen wird nur am Rande eingegangen. Aus österr Sicht geht es insb um Grundversorgung für Schutzsuchende sowie Mindestsicherung für Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte.

Das Gutachten hat nur zur Aufgabe, den Gestaltungsspielraum und damit die Handlungsmöglichkeiten Österreichs auszuloten – es hat hingegen nicht die Aufgabe oder die Intention, Empfehlungen zur Frage abzugeben, inwieweit Handlungsmöglichkeiten genutzt werden sollen!

Die Handlungsmöglichkeiten Österreichs bei den genannten Fragen werden – blickt man auf die Konkretheit der Vorgaben – in erster Linie durch das Unionsrecht beschränkt. Im Primärrecht sind hier primär relevant die Bestimmungen der Art 77 bis 80 AEUV, insb Art 79 und 80, sowie die Grundrechtecharta, insb die Art 1 und 18. Nach Art 67 Abs 2 und 79 AEUV entwickelt die Union eine gemeinsame Politik ua für die Bereiche Asyl und Einwanderung, die „in allen Phasen ... eine angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten“, gewährleisten soll.⁵ Die Union zielt ferner auf die Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) auf Grundlage von Art 78 AEUV. Sie hat dazu eine Reihe von Richtlinien erlassen, von denen die wichtigsten nun

⁴ Nach jüngsten Zeitungsberichten wurden 2015 über 90.000 Personen in Österreich „aufgegriffen“, die sich zum betreffenden Zeitpunkt hier illegal, also ohne Aufenthaltstitel oder sonstige Berechtigung, aufgehalten haben. Diese Zahl sagt aber nichts über die Zahl jener, die hier länger illegal leben; diese kann geringer oder höher sein.

⁵ Zu den primärrechtlichen Grundlagen siehe zB Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 143; Janda, Migranten im Sozialstaat, 392.

bereits in einer Neufassung („dritte Phase“) vorliegen. Die GRC ist für MS jedenfalls bei der Durchführung von Unionsrecht, und damit bei der Anwendung bzw Umsetzung dieser Sekundärrechtsakte verbindlich (Art 51 GRC).

Die hier wichtigsten Sekundärrechtsakte sind:

- die Richtlinie 2013/33/EU zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), die **Aufnahme-RL**,⁶
- die **Status-RL** bzw Qualifikations-RL 2011/95/EU;⁷ und
- die Rückführungs-RL 2008/115/EG.⁸

Von Relevanz bzw von Interesse sind ferner die Asylverfahrens-RL 2013/32/EU⁹, die Dublin III VO 604/2013 (zur Bestimmung des zuständigen MS)¹⁰, und die Massenzustrom-RL 2001/55/EG¹¹. Diese Sekundärrechtsakte wurden mit Ausnahme der Massenzustrom-RL als Rechtsakte des Rates und des Parlaments erlassen.

Der Gestaltungsspielraum des österr Gesetzgebers bei Sozialleistungen an die genannten Gruppen wird ferner durch die österr Verfassung begrenzt. Zu fragen ist zum einen nach originären Leistungsansprüchen und zum anderen nach Pflichten zur Gleichbehandlung mit anderen Personengruppen (derivative Ansprüche). Relevant sind insb die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), die in Österreich im Verfassungsrang steht, sowie der Gleichheitssatz nach Art 7 B-VG und Art 1 BVG-RD. Die EMRK ist über-

⁶ Richtlinie 2013/33/EU zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung).

Sie hat die Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten ersetzt.

⁷ Richtlinie 2011/95/EU 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.

Sie hat die Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes ersetzt.

⁸ Richtlinie 2008/115/EG vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger.

⁹ Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung).

¹⁰ Verordnung (EU) 604/2013 vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung).

¹¹ Richtlinie 2001/55/EG vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten.

dies als Inhalt des Unionsrechts zu beachten.

Die genannten Rechtsquellen sind solche des positiven Rechts, also von Menschen geschaffen; sie können daher in den jeweils vorgesehenen Wegen auch geändert werden. Dies unterscheidet sie von Regeln, die aus einer religiösen Offenbarung oder Überlegungen zu Vernunft und Ethik abgeleitet werden; die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf das positive Recht.

Die Auslotung der Handlungsmöglichkeiten erfolgt in einem ersten Schritt anhand der unmittelbar einschlägigen Bestimmungen, insb jenen des Unionsrechts. In einem zweiten Schritt wird überlegt, inwieweit ein Massenzustrom ein Abweichen von den daraus folgenden Regeln erlaubt, insb wenn der Massenzustrom nur in einen oder einige wenige MS erfolgt.

B. Schutzberechtigte

Im Folgenden soll untersucht werden, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß bei der Gewährung von Sozialleistungen zwischen Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten auf der einen sowie Staatsbürgern und Unionsbürgern auf der anderen Seite unterschieden werden darf.

Das Unionsrecht kennt und unterscheidet schon in Art 78 AEUV zwei Gruppen von Schutzberechtigten, die Asylberechtigten bzw Flüchtlinge iSd GFK sowie die subsidiär Schutzberechtigten. Diese Unterscheidung wird in der Status-RL beibehalten, auch wenn diese RL (vgl deren Art 1) auf einen möglichst „einheitlichen Status“ der beiden Gruppen im Aufenthalt zielt. Für hier relevante Leistungen knüpft aber die Status-RL noch an die Unterscheidung an.

Die Unterscheidung ist auch deshalb bedeutsam, weil die GFK direkt nur für die Flüchtlinge ieS anwendbar ist, nicht auch auf subsidiär Schutzberechtigte.¹² Ferner erfasst Art 18 GRC, das Grundrecht auf Asyl, dem Wortlaut nach nur Asylberechtigte und damit nicht auch subsidiär Schutzberechtigte. Dafür spricht zum einen, dass Art 18 GRC das Grundrecht auf Asyl (nur) „nach Maßgabe“ der GFK vorsieht, zum anderen die Verweisung auf die Verträge, die wie gesagt in Art 78 AEUV die Unterscheidung zwischen Asyl und subsidiärer Schutzberechtigung treffen.

Die folgenden Ausführungen knüpfen daher an diese Unterscheidung an. Die Kriterien für die Zuordnung von Personen zu einer der beiden Gruppen sind hier nicht zu erörtern.

Der Begriff „Flüchtling“ wird im Folgenden nur für Flüchtlinge iSd Status-RL verwendet, also für Personen, deren Flüchtlingseigenschaft bereits (deklarativ) festgestellt wurde. Nicht erfasst davon sind insb subsidiär Schutzberechtigte und Antragstellende.

I. Derzeitige österr Rechtslage

Als allg Sozialleistung für Flüchtlinge insb zur Deckung des allg Lebensbedarfes kommt die Bedarfsorientierte Mindestsicherung (in weiterer Folge BMS oder Mindestsicherung) in Betracht. Dasselbe gilt grds auch für subsidiär Schutzberechtigte. Nach Art 4 Abs 3 Z 2 der Art 15a B-VG Vereinbarung zur BMS¹³ gehören zu den Personen, die Anspruch auf die

¹² EuGH (GK) 1.3.2016 C-443/14 u C-444/14 *Alo* Rz 31; vgl auch ErwG 33 Status-RL. *Thym* in Kluth/Heusch (Hrsg), Beck'scher Online Kommentar Ausländerrecht⁹ (2015) Art 78 AEUV, Rz 17; *Rossi* in Callies/Ruffert, EUV/AEUV⁴ (2011) Art 78 AEUV Rz 6.

¹³ Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15a B-VG über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung, BGBl I 96/2010.

BMS haben, jedenfalls „Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte“. LandesG zur BMS nennen denn auch Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte als Berechtigte.

Für Asylwerber (Antragsteller) ist hingegen die Grundversorgung vorgesehen, zu der es ebenfalls eine Art - 15a B-VG Vereinbarung (aus 2004) sowie ein BundesG und neun LandesG gibt. Diese Vereinbarung zur Grundversorgung aus 2004 nennt unter den danach schutzbedürftigen Personen in Art 2 Abs 1 Z 3 auch „Fremde mit Aufenthaltsrecht gemäß § 8 iVm § 15 AsylG“. § 8 AsylG betraf auch im Jahr 2004 die heute als subsidiär Schutzberechtigte bezeichneten Personen. Die BMS gab es 2004 noch nicht. Das potentielle Einbeziehen der subsidiär Schutzberechtigten in die Grundversorgung war und ist heute meist durch jenes in die BMS überlagert oder verdrängt, wobei die genaue Lage in den Bundesländern unterschiedlich war und ist.¹⁴ In letzter Zeit gibt es allerdings Regelungen oder Bestrebungen, die subsidiär Schutzberechtigten von der BMS auszunehmen, sodass das Einbeziehen in die Grundversorgung wieder voll relevant wird. Ferner bleiben nach Art 2 Abs 1 Z 6 der GVV Asylberechtigte für die Dauer von vier Monaten nach der Asylgewährung in der Gruppe der danach schutzbedürftigen Fremden, können also während dieser Zeit weiter Grundversorgung erhalten.

Im Folgenden wird nur die BMS dargelegt; zur Grundversorgung siehe unten C.I.

Im Rahmen der Mindestsicherung sollen durch pauschalisierte Geldleistungen die Grundbedürfnisse (Lebensunterhalt, Wohnbedarf, Hilfe bei Krankheit und Mutterschaft) von bedürftigen Menschen mit dauerhaftem Aufenthalt in Österreich gedeckt werden. Die BMS wurde 2010 eingeführt und hat die bis dahin geltenden Vorschriften zur Sozialhilfe weitgehend ersetzt.¹⁵ Kompetenzrechtlich zählt die Mindestsicherung zum Bereich des Armenwesens gem Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG. Demnach ist der Bund zur Grundsatzgesetzgebung berechtigt; Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung fallen in die Kompetenz der Länder. Ein Grundsatzgesetz des Bundes wurde bis heute nicht erlassen. Stattdessen haben sich Bund und Länder in einer Vereinbarung nach Art 15a B-VG auf Grundsätze und bundesweite Mindeststandards geeinigt.¹⁶

Die BMS stellt sozialrechtlich ein System der Fürsorge dar und basiert daher auf den

¹⁴ Vgl UNHCR, Subsidiäre Schutzberechtigte in Österreich (Februar 2015), 24 ff, sowie unten.

¹⁵ In manchen Bundesländern bestehen die zum Teil noch anwendbaren Sozialhilfegesetze neben den Mindestsicherungsgesetzen weiter, was zu einer im Detail kaum überblickbaren Rechtslage führt.

¹⁶ Falls die landesgesetzlichen Regelungen der Mindestsicherung den Vorgaben der Vereinbarung nicht entsprechen, kann der VfGH nach Art 138a B-VG auf Antrag der Bundesregierung oder einer anderen Landesregierung lediglich die Verletzung der 15a-Vereinbarung feststellen.

Prinzipien der Bedürftigkeit und der Subsidiarität. Nach Art 2 Abs 2 der Art 15a Vereinbarung zur BMS sollen Leistungen daher nur gewährt werden, wenn eigene Mittel (Einkommen sowie Vermögen)¹⁷ zur Bedarfsdeckung nicht ausreichen und – bei Arbeitsfähigen – die Bereitschaft zum Einsatz der eigenen Arbeitskraft besteht. Die BMS verwirklicht nicht ein arbeitsloses Grundeinkommen, sondern sieht bei Erwerbsfähigen Leistungen zum Lebensunterhalt nur vor, wenn Erwerbsbereitschaft besteht. Allerdings kann man sie nicht wirklich als bloß „vorübergehende“ Leistung kennzeichnen, weil sie auch bei Erwerbsfähigen – bei fehlendem Angebot an Erwerbsgelegenheiten – zur Dauerleistung werden kann.

Art 4 der Vereinbarung legt fest, welchen Personen(gruppen) die Landesgesetzgeber Ansprüche auf BMS einräumen sollen. Nach Art 4 Abs 3 sind dies alle Personen, die zu einem dauernden Aufenthalt im Inland berechtigt sind. In Z 2 leg cit werden ausdrücklich Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte genannt.¹⁸ Asylwerber sollen dagegen keinen Anspruch auf BMS erhalten, weil bei diesen kein potentiell dauerndes Aufenthaltsrecht vorliegt (vgl Art 4 Abs 4 der Vereinbarung).¹⁹

Die Vorschriften der meisten Bundesländer unterscheiden bei den Leistungen nicht nach dem aufenthaltsrechtlichen Status der Berechtigten. Anders ist es bislang in drei Ländern.²⁰ In Salzburg haben subsidiär Schutzberechtigte keinen Anspruch auf Leistungen der BMS, sondern nur Anspruch auf Grundversorgung. Ähnlich ist die Rechtsstellung subsidiär Schutzberechtigter im Burgenland: § 4 Abs 1 Z 5 Bgld MSG begrenzt den Anspruch dieser Personen auf BMS mit der Höhe der Leistungen aus der Grundversorgung. In Kärnten besteht eine Mehrzahl von Leistungen der BMS; hier haben subsidiär Schutzberechtigte nur Anspruch auf einige dieser Leistungen (Lebensunterhalt, Wohnbedarf, Schutz bei Krankheit, Schwangerschaft und Entbindung). In Niederösterreich hat der Landtag am 18.2.2016 den Ausschluss der subsidiär Schutzberechtigten von der BMS beschlossen.²¹

Die BMS wird primär durch *Geldleistungen* erbracht. Nach den meisten landesgesetzlichen Vorschriften können anstelle von Geldleistungen *Sachleistungen* erbracht werden,

¹⁷ Vgl Art 13 der Vereinbarung. Bestimmte Einkünfte wie etwa Pflegegeld und Leistungen der freien Wohlfahrtspflege dürfen nicht angerechnet werden. Ersparnisse, die das Fünffache des monatlichen Mindeststandards für Alleinstehende nicht überschreiten, müssen nicht aufgebraucht werden (2016: 4.188,80 €).

¹⁸ Vgl § 4 Abs 1 Z 4, 5 Bgld MSG; § 4 Ktn MSG; § 5 Abs 2 Z 3 NÖ MSG; § 4 Abs 1 Z 2 lit b OÖ MSG; § 4 Abs 2 Z 3, 4 Stmk MSG; § 4 Abs 2 Z 4 Sbg MSG; § 3 Abs 2 lit e, f Tiroler MSG; § 3 Abs 1 Vbg MSG; § 5 Abs 2 Z 1 Wr MSG.

¹⁹ So auch ausdrücklich § 5 Abs 3 Z 3 NÖ MSG; § 4 Abs 3 Z 2 Stmk MSG; § 3 Abs 2 lit b Vbg MSG.

²⁰ In Oberösterreich ist eine Änderung geplant.

²¹ § 4 Abs 3 Z 3 Sbg MSG iVm § 5 Abs 3 Z 2 Sbg Grundversorgungsg.

wenn dies den Zielen der BMS besser entspricht, insbesondere weil die Geldleistungen nicht zweckentsprechend (dh zur Abdeckung der geschützten Bedarfe) verwendet werden.²² Generell ist ein Ersatz eines Teiles der Geld- durch Sachleistungen bisher nicht vorgesehen.

Aufgrund des Subsidiaritätsprinzips der BMS wird von den Hilfsbedürftigen verlangt, die *eigene Arbeitskraft* soweit zumutbar einzusetzen, was auch die Teilnahme an Maßnahmen zur besseren Erwerbsfähigkeit und Vermittelbarkeit umfasst. Kommen Hilfsbedürftige dieser Pflicht nicht nach, ist zunächst eine stufenweise Kürzung der Leistungen (meist nur für den Lebensunterhalt) von bis zu 50 % vorgesehen. Eine darüber hinausgehende Kürzung bis zu 100 % ist regelmäßig „in besonderen Fällen“ möglich; in den Mindestsicherungsgesetzen wird die wiederholte, beharrliche oder ausdrückliche Weigerung zum Einsatz der Arbeitskraft genannt.²³ Nach § 7 Abs 6 Stmk MSG ist eine Kürzung iHv maximal 75 % möglich; die Bestimmungen des Tiroler MSG erlauben nur eine stufenweise Kürzung des zur Sicherung des Lebensunterhaltes vorgesehenen Betrages um maximal 50 %.

Bei *fehlender Mitwirkung* der Berechtigten ist nach den meisten geltenden Vorschriften die Abweisung des Antrages bzw das Einstellen oder Kürzen der Leistungen möglich.²⁴ In Kärnten, Salzburg und Burgenland kann die Behörde bei fehlender Mitwirkung den von ihr bisher festgestellten Sachverhalt zugrunde legen; in Oberösterreich außerdem den Antrag auf BMS in diesem Fall mangels Entscheidungsgrundlage zurückweisen.²⁵ Nach § 23 Abs 4 Sbg MSG, § 15 Abs 6 Stmk MSG und § 30 Abs 2 Tiroler MSG kann die Gewährung von BMS allgemein von Bedingungen abhängig gemacht werden, die die hilfsbedürftige Person zu erfüllen hat. Darunter wird wohl insb die Mitwirkung im Verfahren zur Feststellung der Hilfsbedürftigkeit fallen. § 38 Abs 4 Vbg MSG sieht bei fehlender Mitwirkung unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit Abweisung, Kürzung oder Gewährung unter Auflagen vor. Der Schutz bei Krankheit, Schwangerschaft und Entbindung ist nach der genannten Vorschrift aber auch bei fehlender Mitwirkung des Hilfsbedürftigen zu gewähren.

Durch Kürzungen dürfen der Wohnbedarf der hilfsbedürftigen Person sowie der Wohnbedarf und der Lebensunterhalt von mit ihr im gemeinsamen Haushalt lebenden Le-

²² § 8 Abs 2 Bgld MSG; § 9 Abs 4 Ktn MSG; § 13 Abs 1 und § 15 Abs 3 OÖ MSG; § 9 Abs 2 Sbg MSG; § 9 Abs 2 Stmk MSG; § 8 Abs 1 Vbg MSG; § 18 Abs 1 Wr MSG.

²³ § 7 Abs 5 Bgld MSG; § 7a Ktn MSG; § 7 Abs 6 S 2 NÖ MSG; § 11 Abs 5 OÖ MSG; § 8 Abs 5 Sbg MSG; § 8 Abs 6 Vbg MSG; § 15 Abs 1 Wr MSG.

²⁴ Vgl zB § 20 NÖ MSG, nach dessen Abs 3 Kürzungen oder Einstellungen „verhältnismäßig zu erfolgen“ haben; § 16 Abs 1 Wr MSG.

²⁵ § 13 Abs 3 Bgld MSG; § 54 Abs 3 Ktn MSG; § 20 Abs 2 OÖ MSG; § 23 Abs 3 Sbg MSG.

bensgefährten oder unterhaltsberechtigten Angehörigen idR nicht beeinträchtigt werden.²⁶ Nach § 11 Abs 7 S 2 OÖ MSG soll die Bedarfsdeckung in diesem Fall vorzugsweise durch Sachleistungen erfolgen.

Im Hinblick auf die Höhe der Leistungen wird derzeit, wie gesagt, in der Mehrzahl der Bundesländer nicht nach der Staatsbürgerschaft oder dem aufenthalts- oder fremdenrechtlichen Status unterschieden. Die Höhe der Geldleistungen hängt außer von einem allfälligen anrechenbaren Einkommen insb vom Alter (voll- oder minderjährig) der Hilfsbedürftigen und davon ab, ob diese alleine oder in einer Haushaltsgemeinschaft leben. Als Mindeststandard zur Sicherung des Lebensunterhalts sowie des Wohnbedarfs für Alleinstehende gilt nach der Art - 15a-Vereinbarung der jeweilige Ausgleichszulagenrichtsatz aus der Pensionsversicherung abzüglich der Krankenversicherungsbeiträge iHv 5,1 % (§ 73 ASVG). Dementsprechend sehen alle Länder außer Tirol und Vorarlberg für Alleinstehende grundsätzlich eine monatliche Geldleistung iHv € 838 vor; davon dienen 25 % zur Sicherung des Wohnbedarfs.²⁷ In Tirol und Vorarlberg werden rund € 630 zur Sicherung des Lebensunterhaltes und zusätzlich die tatsächlichen Kosten einer ortsüblichen (Tirol) bzw angemessenen (Vbg) Wohnung gezahlt.

Die Landesgesetze sehen zum Teil unterschiedliche Leistungen vor. Die Sicherung des Lebensunterhaltes, des Wohnbedarfs sowie der Schutz bei Krankheit, Schwangerschaft und Entbindung wird jedenfalls gewährleistet. Das Bgld MSG geht etwa über diese (Kern-)Leistungen nicht hinaus. In mehreren Ländern (zB Kärnten, Vorarlberg) werden zusätzliche Leistungen, meist im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung und ohne Rechtsanspruch, gewährt.

In den meisten Mindestsicherungsgesetzen der Länder wird betont, dass die BMS die Führung eines menschenwürdigen Lebens ermöglichen soll.²⁸ Es ist jedoch fraglich, ob die Leistungen der BMS nach Auffassung der Landesgesetzgeber selbst nicht über das hinausgehen, was für eine menschenwürdige Existenz tatsächlich notwendig ist. Diese Frage stellt sich, weil sämtliche Mindestsicherungsgesetze bereits bei geringfügigen Verstößen gegen die Hilfsbedürftigen treffende Pflichten eine Kürzung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts um 50 % vorsehen.

²⁶ § 7 Abs 6 Bgld MSG; § 7a Ktn MSG; § 20 Abs 4 NÖ MSG; § 11 Abs 7 OÖ MSG; § 8 Abs 5 Sbg MSG; § 7 Abs 7 Stmk MSG; § 19 Abs 2 Tiroler MSG; § 8 Abs 6 S 2 Vbg MSG; § 15 Abs 1 Wr MSG.

²⁷ Bei darüber hinausgehenden Wohnkosten kann in den meisten Ländern zusätzliche Wohnbeihilfe (ohne Rechtsanspruch) beantragt werden.

²⁸ ZB § 1 Abs 2 Vbg MSG.

II. Flüchtlinge

Im Folgenden wird zuerst erörtert, inwieweit Österreich zur Gleichbehandlung von Flüchtlingen iSd GFK und der Status-RL mit Staatsbürgern oder zumindest mit anderen Drittstaatsangehörigen verpflichtet ist. In der Folge wird auf inhaltliche Fragen des Leistungsstandards eingegangen.

1. Gleichbehandlung / Nichtdiskriminierung

Die wichtigsten Vorgaben finden sich in der GFK und in der Status-RL.

a) Flüchtlingskonvention

Die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) ist primär ein völkerrechtlicher Vertrag.²⁹ Sie wurde 1954 vom Nationalrat ratifiziert. Ergänzt wurde sie durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967, das die Beschränkungen der Konvention aus 1951 auf die Ereignisse nach 1945 als Fluchtursache beseitigt hat. Als völkerrechtlicher Vertrag kann die GFK von den Vertragsstaaten gem ihrem Art 44 jederzeit mit einer Frist von einem Jahr gekündigt werden. Allerdings beseitigt eine Kündigung nicht die Verbindlichkeit im Rahmen des Unionsrechts.

Nach Art 78 Abs 1 AEUV muss die Asylpolitik der Union mit der GFK im Einklang stehen, und Art 18 GRC verbürgt das Grundrecht auf Asyl nach Maßgabe der GFK. Fraglich ist, inwieweit das Unionsrecht über die Verpflichtungen aus der GFK hinausgeht, indem es ein Grundrecht auf Asyl einräumt. Nach dem Wortlaut des Art 18 GRC ist eine Erweiterung nicht zwingend, weil diese Bestimmung das Grundrecht (nur) „nach Maßgabe“ der GFK vorsieht. Dies muss hier nicht vertieft werden.

Art 7 Abs 1 GFK bestimmt: „Wo dieses Abkommen keine günstigere Bestimmung enthält, muß ein vertragschließender Staat den Flüchtlingen die gleiche Behandlung zuteil werden lassen, wie sie gewöhnlich Ausländer erhalten.“³⁰ Die Bestimmung verlangt allgemein die Gleichbehandlung von Flüchtlingen mit Ausländern. In den MS der Union wird der

²⁹ Konvention über die Rechtstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951; BGBl 55/1955.

Die Überwachung der Einhaltung der Genfer Flüchtlingskonvention obliegt dem Hohen Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen (UNHCR), der ua jährlich der Generalversammlung der Vereinten Nationen Bericht erstattet. Vgl dazu *Zieck* in Zimmermann (Hrsg), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Oxford, 2011) Art 35.

³⁰ Vgl UNHCR COMMENTARY ON THE REFUGEE CONVENTION 1951 ARTICLES 2-11, 13-37, Published by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees 1997, zu Art 7 Abs 1: “If aliens generally are enjoying certain rights, or benefits in any given country, refugees living in, visiting or dealing with that country shall be entitled to the same rights, or benefits.”

Maßstab die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen sein, nicht jene der Unionsbürger, weil das Unionsrecht den Unionsbürgern in allen MS weitgehende Aufenthalts- und Gleichstellungsrechte gibt, sie aus Sicht von Drittstaaten und damit Flüchtlingen Staatsangehörigen weit näher stehen als Drittstaatsangehörigen. Nach Auffassung des UNHCR verpflichtet Art 7 Abs 1 GFK darüber hinaus zur Gewährung jener Rechte an Flüchtlinge, welche der Vertragsstaat Ausländern aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen gewähren soll, aber nicht gewährt.

Im vorliegenden Zusammenhang ist aus der GFK darüber hinaus va Kapitel IV zu „Wohlfahrt“ relevant. Die Bestimmungen dazu verlangen von den Vertragsstaaten zum Teil, Flüchtlinge wie eigene Staatsangehörige zu behandeln, zum Teil nicht schlechter als andere Ausländer zu behandeln. Sie enthalten also ein Gleichbehandlungsgebot bzw ein Diskriminierungsverbot.³¹ Als solche sind diese in Österreich nicht unmittelbar anwendbare Normen. Allerdings sind einschlägige Normen des Unionsrechts, wie gesagt, im Sinne der GFK auszulegen.

Art 21 GFK verlangt, Flüchtlinge, die sich erlaubterweise im Inland aufhalten, bei der Unterkunft nicht schlechter als „gewöhnlich Ausländer unter den gleichen Umständen“ zu behandeln.

Art 23 GFK betrifft „Öffentliche Unterstützungen“: „Die vertragschließenden Staaten sollen den Flüchtlingen, die sich erlaubterweise auf ihrem Gebiete aufhalten, die gleiche Behandlung in der öffentlichen Unterstützung und Hilfeleistung gewähren, wie sie ihren eigenen Staatsbürgern zuteil wird.“ Österreich hat zu dieser Bestimmung einen (zulässigen) Vorbehalt angebracht, nachdem „öffentliche Unterstützung und Hilfeleistung“ nur die „öffentliche Fürsorge (Armenversorgung)“ umfasst.³² Soweit die Pflichten aus dem Unionsrecht weiter reichen, ist dieser Vorbehalt jedoch dadurch überlagert. Dasselbe gilt in Bezug auf die Möglichkeiten zur Differenzierung, welche die Formulierung „sollen“ allenfalls eröffnete.³³

³¹ *Leckie/Simperingham* in Zimmermann (Hrsg), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Oxford, 2011) Art 21 Rz 48 ff: Diskriminierungsverbot; *Lester* in Zimmermann, Art 23 Rz 38: Gleichbehandlungsgebot.

³² Zur öffentlichen Fürsorge zählen im österreichischen Sozialrecht steuerfinanzierte Leistungen an Hilfsbedürftige, dh insbesondere Leistungen der Mindestsicherung.

³³ *Lester* in Zimmermann, Art 23 Rz 26 f: „The language ‚shall accord‘ denotes an obligation that is mandatory in nature, rather than discretionary or recommendatory. As noted above, only five States have entered reservations in relation to this provision on the basis that they regard it as recommendatory or discretionary only. In the course of the debate two States, Italy and Austria, foreshadowed that they may need to enter reservations owing to concerns about their capacity to meet the obligations for which Art. 23 provided. In response to their concerns, the Chairman expressed the following view:

Art 24 GFK betrifft „Arbeitsgesetzgebung und Sozialversicherung“. Die vertragsschließenden Staaten werden danach den Flüchtlingen, die sich erlaubterweise in ihrem Gebiete aufhalten, die gleiche Behandlung zuteil werden lassen, wie sie den eigenen Staatsangehörigen in folgenden Punkten gewährt wird. Hier von Interesse ist Punkt b), der sagt: „Sozialversicherung (gesetzliche Bestimmungen über Arbeitsunfälle, Berufskrankheiten, Entbindungen, Krankheit, Arbeitsunfähigkeit, Alter, Todesfall, Arbeitslosigkeit, Familienverpflichtungen und sonstige Verpflichtungen, die nach den heimischen Gesetzen oder Verordnungen unter das Sozialversicherungswesen fallen)“.³⁴ „Sozialversicherung“ meint hier beitragsfinanzierte Leistungen.³⁵ Hingegen verlangt Art 24 – wie aus Abs 1 lit b sublit ii hervorgeht – nicht die Gleichstellung bei Leistungen, „which are payable wholly out of public funds“. Die Anwendbarkeit auf rein steuerfinanzierte Leistungen ist also zu verneinen.³⁶ Bei den Beratungen wurde intensiv diskutiert, ob auch Leistungen, die „partially“ steuerfinanziert sind, aufgenommen werden sollen. Dies wurde abgelehnt, weil der Ausschluss von Flüchtlingen nicht auch bei Leistungen zulässig sein soll, zu denen sie oder ihr Arbeitgeber für sie Beiträge geleistet hat.³⁷

Auf einzelne Fragen zu Unterbringung, Sicherung des Lebensunterhaltes und Gesundheitsversorgung wird später eingegangen. Generell wird die GFK diesbezüglich wohl nicht mehr verlangen als das Unionsrecht.

Zu erwähnen ist ferner Art 26 zu „Bewegungsfreiheit“. Danach sollen die Vertrags-

...the position of both Italy and Austria was at present quite exceptional, and of such a nature that it could best be covered by a reservation. The fact that certain Governments, for historical reasons, found themselves in such a position after the Second World War did not constitute a sufficient reason for a change in the text.’

As such, notwithstanding these reservations, the mandatory character of this provision has been an uncontroversial and consistent element of the text throughout its drafting history.”

In diesem Bereich besteht demnach eine völkerrechtlich bindende Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit eigenen Staatsbürgern, die über die verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl Art 1 Abs 2 BVG-RD) hinausgeht.

³⁴ Art 24 Abs 1 lit b: “Social security (legal provisions in respect of employment injury, occupational diseases, maternity, sickness, disability, old age, death, unemployment, family responsibilities and any other contingency which, according to national laws or regulations, is covered by a social security scheme), subject to the following limitations: ... (ii) National laws or regulations of the country of residence may prescribe special arrangements concerning benefits or portions of benefits which are payable wholly out of public funds, ...”

³⁵ Diesbezüglich ist die Vorgabe in Österreich ohne Zweifel erfüllt, weil das Einbeziehen in die Sozialversicherung allein vom Ausüben einer Erwerbstätigkeit abhängt, und auch eine Tätigkeit aufgrund eines wegen fehlender Bewilligung nach dem AuslBG ungültigen Arbeitsvertrages in die Versicherung einbezogen ist.

³⁶ Vgl UNHCR -Commentary aus 1997 zu Art 24 p 7: “Sub-paragraph (b) (i) applies to social security schemes based on contributions by workers and/or employers, which may possibly be subsidised out of public funds.”

³⁷ Lester in Zimmermann, Art 24 Rz 46 ff.

staaten den Flüchtlingen, die sich erlaubterweise auf ihrem Gebiete aufhalten, „das Recht gewähren, ihren Wohnort zu wählen und frei innerhalb ihres Gebietes herumzureisen, genau so, wie dies auch Ausländern unter den gleichen Umständen freisteht.“

Hingewiesen sei auf die in den Art 21, 23, 24 und 26 GFK jeweils enthaltenen Worte „Flüchtlinge, die sich erlaubterweise in ihrem Gebiete aufhalten“. Dies beruht wohl primär darauf, dass der Wortlaut der GFK die Vertragsstaaten nicht verpflichtet, Flüchtlinge aufzunehmen, sondern in Art 33 („nur“) sagt, kein Vertragsstaat „darf einen Flüchtling in irgendeiner Form in ein Gebiet ausweisen oder zurückweisen, wo sein Leben oder seine Freiheit aus Gründen seiner Rasse, seiner Religion, seiner Nationalität, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Ansichten bedroht wäre.“ Für das Erfüllen der Voraussetzung „die sich erlaubterweise in ihrem Gebiete aufhalten“ kommt es daher wesentlich auf die im jeweiligen Vertragsstaat geltende Regelung zur Aufenthaltserlaubnis an – im Falle der MS daher auch auf die Vorgaben des Unionsrechts. Solange Flüchtlinge danach aufenthaltsberechtigt sind, spielt die genannte Voraussetzung für die hier interessierenden Leistungsansprüche keine Rolle.³⁸

b) Status-RL 2011/95/EU

Art 29 Abs 1 Status-RL verlangt, dass „Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist [...], die notwendige Sozialhilfe wie Staatsangehörige des Mitgliedstaates erhalten.“ Nach Abs 2 können die MS, abweichend davon, die Sozialhilfe für subsidiär Schutzberechtigte auf *Kernleistungen* beschränken, die sie im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige gewähren. Für Flüchtlinge iSd RL besteht keine derartige Einschränkung. Nach ErwG 45 soll Schutzberechtigten „zur Vermeidung sozialer Härtefälle ... ohne Diskriminierung im Rahmen der Sozialfürsorge angemessene Unterstützung in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts“ gewährt werden. Auch aus Satz 3 des ErwG 45 geht hervor, dass Satz 1 im Verhältnis Asylberechtigte / Staatsbürger zur Anwendung gelangen soll.

Nach Art 32 sorgen die MS dafür, dass Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, Zugang zu Wohnraum unter Bedingungen erhalten, die den Bedingungen gleichwertig sind, die für andere Drittstaatsangehörige gelten, die sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten.³⁹

³⁸ *Battjes in Hailbronner/Thym*, EU Immigration and Asylum law, Directive 2011/95/EU Art 20 para 431.

³⁹ Dies ist etwa für Wohnbeihilfen im Rahmen der Mindestsicherungs- und Sozialhilfegesetze der Länder relevant; vgl etwa §§ 11 Sbg MSG; § 9 Wiener MSG.

Nach Art 30 tragen die MS dafür Sorge, dass Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, zu denselben Bedingungen wie Staatsangehörige des diesen Schutz gewährenden Mitgliedstaats Zugang zu medizinischer Versorgung haben.

Nach Art 33 zur Freizügigkeit innerhalb des Mitgliedstaats gestatten die MS die Bewegungsfreiheit von Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, in ihrem Hoheitsgebiet unter den gleichen Bedingungen und Einschränkungen wie für andere Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten.

In Bezug auf Sozialhilfe und medizinische Versorgung verlangt die Status-RL bei Flüchtlingen somit die Gleichbehandlung im Verhältnis zu Staatsbürgern, in Bezug auf den Zugang zu Wohnraum und die Freizügigkeit im Aufnahmeland (nur) jene im Verhältnis zu Drittstaatsangehörigen.

Im Vordergrund der folgenden Ausführungen steht Art 29. Zu dieser Bestimmung ist fraglich, ob es sich um ein striktes Gleichbehandlungsgebot oder um ein Diskriminierungsverbot i.e.S. handelt. Bei einem Diskriminierungsverbot wären sachlich gerechtfertigte Unterschiede zulässig, wenn sie im Hinblick auf ein zulässiges Differenzierungsziel geeignet, erforderlich und angemessen sind. Bei einem strikten Gleichbehandlungsgebot würde man (jedenfalls) fragen, ob (bei gleicher Lage) gleich behandelt wird; fraglich ist, ob dann – wie beim Diskriminierungsverbot – auch eine mittelbare Benachteiligung erfasst und ohne Rechtfertigung verboten ist.

Die Frage nach dem Verständnis von Art 29 Abs 1 stellt sich insb im Hinblick auf den Zusatz „notwendige“ zu „Sozialhilfe“. Wird damit lediglich auf jene Hilfsbedürftigkeit als Leistungsvoraussetzung Bezug genommen, die auch bei Staatsangehörigen verlangt wird, oder folgt daraus eine Einschränkung des Gleichbehandlungsgebotes? Im zweiten Fall müsste das gebotene, aber u.U. geringere Leistungsniveau der Sozialhilfe wohl anhand des individuellen Bedarfs des Schutzberechtigten bestimmt werden.⁴⁰ Für ein Diskriminierungsverbot dürfte ErwG 33 sprechen, der „ohne Diskriminierung“ sagt und die Vorgabe mit der Vermeidung „sozialer Härtefälle“ motiviert. Der EuGH hat sich jüngst zu Art 29 Abs 2 geäußert. Zu einer Wohnsitzauflage nur für subsidiär Schutzberechtigte sagt er: „Hierzu ist festzustellen, dass Art. 29 der Richtlinie 2011/95 im Rahmen der Prüfung der dritten Frage nicht relevant ist, da sich Personen mit subsidiärem Schutzstatus und deutsche Staatsangehörige im Hinblick auf das Ziel, die Integration von Drittstaatsangehörigen zu erleichtern, nicht in einer vergleichba-

⁴⁰ Vgl. Battjes in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law, Directive 2011/95/EU Art 29 para 522: „Arguably, this term implies a material standard for social assistance by reference to what is necessary for the refugee.“

ren Situation befinden.“ Daraus geht jedenfalls hervor, dass bei Abs 2 – und damit wohl auch bei Abs 1 – stets zu prüfen ist, ob die (ungeschriebene) Tatbestandsvoraussetzung der vergleichbaren Lage erfüllt ist. Dies erweitert den Raum zulässiger Differenzierungen. Im Zitierten liegt hingegen wohl keine Aussage zur Frage, ob Abs 2 (oder Abs 1) eine Gleichbehandlungspflicht oder ein Diskriminierungsverbot normiert, weil das vom EuGH Gesagte auch mit einer vollen Gleichbehandlungspflicht vereinbar ist, wenn die Lage vergleichbar ist.

Für das Gebot strikter Gleichbehandlung dürfte Art 23 GFK sprechen: „The Contracting States shall accord to refugees lawfully staying in their territory the same treatment with respect to public relief and assistance as is accorded to their nationals.“ Das Unionsrecht zum Status im Aufenthalt von Flüchtlingen ist an der GFK orientiert. In der Folge spräche bei Art 29 Abs 1 mehr für dessen Verständnis als striktes Gleichbehandlungsgebot.⁴¹ Ein Verbot mittelbarer Benachteiligung wird man dem Art 23 GFK hingegen wohl nicht entnehmen können, auch weil diese Figur bei Abschluss der GFK und ihrer Erweiterung noch nicht etabliert war.

Anzusprechen sind in diesem Kontext auch die Diskriminierungsverbote der GRC. Art 21 Abs 2 GRC verbietet „unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verfassung in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“. Träger dieses Grundrechts sind jedenfalls natürliche Personen. Der Wortlaut lässt (ebenso wie der des Art 18 Abs 1 AEUV) offen, ob nur Unionsbürger sich auf das Recht berufen können oder auch Drittstaatsangehörige. Die Funktion des Grundrechts und der enge Zusammenhang mit den Grundfreiheiten sprechen dafür, das Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit auf Ungleichbehandlungen zwischen Unionsbürgern zu beschränken; Drittstaatsangehörige sind dann nicht erfasst.⁴²

Die Diskriminierungsverbote des Art 21 Abs 1 GRC gelten im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch in Bezug auf Drittstaatsangehörige. Allerdings verwirklicht eine Schlechterbehandlung von Schutzsuchenden allein aufgrund dieser Eigenschaft keines der dort ausdrücklich genannten missbilligten Merkmale.⁴³

Ein Gleichbehandlungsgebot und ein Diskriminierungsverbot gehen stets von der jeweils bestehenden Regelung für jene Gruppe aus, mit deren Angehörigen eine andere Gruppe gleich zu behandeln ist. Dementsprechend verbietet die Status-RL es nicht, die Leistungen für

⁴¹ Art 24 Abs 1 lit b sublit bb GFK erlaubt zwar Sonderregelungen für steuerfinanzierte Leistungen, bei denen keine strikte Gleichbehandlung gefordert wird. Allerdings ist dies nicht auf Art 23 GFK erstreckbar.

⁴² *Hölscheidt* in Meyer, GRC⁴ Art 21 Rz 58; *Jarass*, GRC² Art 21 Rz 43; *Epiney* in Calliess/Ruffert EUV/AEUV⁴ Art 18 AEUV Rz 45.

⁴³ Vgl *Jarass*, GRC² Art 21 Rz 19 – 25; *Hölscheidt* in Meyer, GRC⁴ Art 21 Rz 39 – 50.

Staatsangehörige, zB jene der BMS, zu verschlechtern. Auch Art 34 Abs 3 GRC enthält kein Verschlechterungsverbot.⁴⁴

c) Österreichische Verfassung

Wie später darzulegen ist, verpflichtet die österr Verfassung den Bundesgesetzgeber nicht oder nicht umfassend zur Einrichtung von Sozialsystemen und zur Gewährleistung sozialer Leistungen. Die österr Gesetzgeber sehen aber zahlreiche Sozialleistungen vor, auch beitragsunabhängige. Fraglich ist daher, inwieweit die Verfassung verpflichtet, hier Flüchtlinge – sofort oder nach gewisser Zeit – gleich zu behandeln. Anzumerken ist, dass der österr Verfassungsgesetzgeber derzeit bestehende Gleichbehandlungspflichten einschränken könnte.

Die zentrale Norm ist der Gleichheitssatz des Art 7 B-VG und das in ständiger Judikatur des VfGH daraus abgeleitete allgemeine Sachlichkeitsgebot. Daraus ergeben sich im Allgemeinen auch Vorgaben im Hinblick auf den Zugang zu Sozialsystemen sowie auf die Leistungshöhe. Art 7 B-VG gewährt jedoch nur Staatsbürgern einen Anspruch auf rechtliche Gleichbehandlung,⁴⁵ nach der Judikatur des VfGH nun auch Unionsbürgern.⁴⁶

Mit der Einführung des BVG-RD wurde auch für Fremde ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Gleichbehandlung geschaffen, dieser gilt im Verhältnis zu Inländern jedoch nach Art 1 Abs 2 leg cit nur sehr eingeschränkt.⁴⁷ Demnach müssen Österreicher und Fremde nur gleichbehandelt werden, soweit dies nach Art 14 EMRK erforderlich ist. Art 14 EMRK verbietet Diskriminierungen beim Ausüben von Konventionsrechten. Der Staat muss daher die in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen vorgesehenen Rechte (insb Leben, körperliche Integrität, Familie, Eigentum) von Fremden ebenso schützen wie bei Inländern. Außerhalb dieses Bereiches darf jedoch zwischen Österreichern und Fremden differenziert werden. So ist es auch nach dem BVG-RD grds zulässig, für Österreicher günstigere Regelungen im Sozialbereich vorzusehen.⁴⁸ Fraglich kann nur sein, inwieweit dies auch für Leistungen zum Lebensunterhalt uneingeschränkt gilt. Dies hängt von den Vorgaben der EMRK zu diesen Leistungen ab, auf die später eingegangen wird.

Die Ungleichbehandlung von Inländern und Fremden als solche bedarf somit, soweit

⁴⁴ Tettinger/Stern/Nußberger, Europäische Grundrechte-Charta, Art 34 Rn 128; *Blauensteiner/Tobisch/Wutzl* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014) Art 34 Rz 40.

⁴⁵ *Ennöckl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* § 5 Rz 11.

⁴⁶ Vgl *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* § 14 Rz 79 mN in FN 71.

⁴⁷ Ausführlich *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008), 439 ff; vgl auch *Berka*, Grundrechte Rz 898.

⁴⁸ *Berka*, Grundrechte Rz 898.

keine Konventionsrechte betroffen sind, keiner besonderen Rechtfertigung.⁴⁹ Eine sozialrechtliche Begünstigung von Inländern gegenüber Fremden ist insoweit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Allerdings muss die Regelung ansonsten dem Sachlichkeitsgebot entsprechen. Auf dieses Gebot können sich auch Fremde berufen.⁵⁰ Auch Regelungen, die nur Fremde betreffen, müssen daher dem Sachlichkeitsgebot entsprechen. Werden verschiedene Gruppen von Fremden unterschiedlich behandelt, müssen sachliche Gründe für diese Differenzierung sprechen. Sachwidrig wäre eine Regelung, die alle Fremden gleich behandelt, wenn zwischen einzelnen Gruppen wesentliche tatsächliche Unterschiede bestehen.⁵¹

Fraglich ist, wie Unionsbürger in dieses System einzuordnen sind. Der VfGH bezieht sie nun in den Art 7 B-VG ein, was es „erleichtert, Differenzierungen zwischen Unionsbürgern und anderen Fremden als unbedenklich anzusehen.“⁵² Auch wenn man dem nicht folgte, sind – mit *Pöschl* – Unionsbürger als Fremde zu sehen, die wegen unionsrechtlichen, nicht aber verfassungsrechtlichen Erfordernissen weitgehend gleich wie Inländer zu behandeln sind.⁵³ Daraus folgt, dass Drittstaatsangehörige und damit auch Flüchtlinge nach Art 1 Abs 1 BVG-RD Gleichbehandlung mit Unionsbürgern verlangen können, wenn die Differenzierung nicht sachlich begründet werden kann. Eine sachliche Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen ist im Rahmen des österr Verfassungsrechts jedoch im Regelfall möglich.⁵⁴ Nach den Materialien zum BVG-RD können berücksichtigungswürdige Unterschiede zwischen Nichtösterreichern nämlich insb schon durch Staatsverträge begründet sein. Die bevorzugende Behandlung der Bürger der Vertragsstaaten sei durch die Herstellung der Gegenseitigkeit sachlich gerechtfertigt.⁵⁵ Zum einen bestehen zwischen den Staaten der EU auf dem Gebiet des Sozialrechts besondere privilegierte Beziehungen; das Unionsrecht verpflichtet die MS zu einer bestimmten Behandlung der Unionsbürger. Zum anderen und vor allem begründet die Union eine weit engere Verbindung mit den Angehörigen anderer MS als sie mit Drittstaatsangehörigen besteht. Unionsbürger und Schutzberechtigte befinden sich insofern in einer ungleichen Lage. Daher ist es im Hinblick auf das österreichische Verfassungsrecht zulässig, Unionsbürger anders als (schutzberechtig-

⁴⁹ *Pöschl*, Gleichheit 439 f; VfSlg 12.704/1991, 17.200/2004, 17.578/2005.

⁵⁰ *Berka*, Grundrechte 897.

⁵¹ *Pöschl*, Gleichheit 157 f.

⁵² *Pöschl* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer § 14 Rz 79.

⁵³ *Pöschl*, Gleichheit 446 ff.

⁵⁴ *Pöschl*, Gleichheit 446 („regelmäßig nicht zu beanstanden“).

⁵⁵ ErläutRV 732 BlgNR 13. GP 3. Vgl *Pöschl*, Gleichheit 429 ff.

te) Fremde zu behandeln.⁵⁶ Aufgrund der vertragsrechtlichen Verpflichtungen zum EWR wird dies in Bezug auf EWR-Bürger und andere Drittstaatsangehörige gelten. Somit kann bei der Behandlung von Drittstaatsangehörigen im Bereich des Sozialstaats aus verfassungsrechtlicher Sicht vielfach auf sachliche Unterscheidungsmerkmale zurückgegriffen werden (zB Aufenthaltsrecht und -dauer, Ausüben einer Erwerbstätigkeit), auch wenn deren Anwendung gegenüber Unionsbürgern unzulässig ist.

Zuletzt ist auf das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK in Verbindung mit dem Grundrecht auf Eigentum nach Art 1 1. ZPEMRK einzugehen.⁵⁷ Der EGMR sieht mittlerweile prinzipiell auch beitragsunabhängige Sozialleistungen als vermögenswerte Rechte, die in den Schutzbereich von Art 1 1. ZPEMRK fallen.⁵⁸ In Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK läuft diese Rechtsprechung darauf hinaus, dass beim Zugang zu gesetzlich vorgesehenen Sozialleistungen jedenfalls nicht auf die Staatsangehörigkeit abgestellt werden darf.⁵⁹ Differenzierungen nach dem Aufenthaltsrecht, der Dauer des Aufenthalts oder nach der Erwerbstätigkeit scheinen nach der Judikatur des EGMR dagegen weiterhin zulässig.⁶⁰

2. Inhaltliche Vorgaben - Originäre Leistungsansprüche

Neben dem aus der Status-RL iVm der GFK folgenden Gebot der Gleichbehandlung mit Staatsbürgern insb in Bezug auf Sozialhilfe sind auch inhaltliche Vorgaben zu beachten. Diese sind bei allen hier interessierenden, vier Gruppen insb für die Konkretisierung mancher Detailfragen relevant. Zuerst wird ein Überblick über die allgemeinen Vorgaben der verschiedenen Richtlinien zu den materiellen Leistungen gegeben. In der Folge geht es um die Vorgaben, die aus Verfassung und Grundrechten für die Leistungen, insb jene zur Sicherung des Lebensbedarfes, folgen. Dazu wird zuerst auf die österr Verfassung eingegangen. Daran schließt – als Exkurs – ein Blick auf die Lage in Deutschland, auch weil diese von vielen als

⁵⁶ Vgl auch VfSlg 17.672/2005, wo der VfGH die Beschränkung des passiven Wahlrechts zur Arbeiterkammer auf österr Staatsbürger, EU-Bürger und Bürger aus Staaten, mit denen die EU (damals EG) ein Assoziationsabkommen geschlossen hat, als verfassungskonform beurteilte. Vgl auch VfSlg 18.163/2007 wonach der Gesetzgeber den Zugang zum Rechtsanwaltsberuf österreichischen Staatsbürgern und EWR-Bürgern vorbehalten dürfe.

⁵⁷ Vgl *Grabenwarter*, Sozialstandards in der Europäischen Menschenrechtskonvention in Becker/von Maydell/Nußberger (Hrsg), Die Implementierung internationaler Sozialstandards (2006) 83 (85 ff).

⁵⁸ EGMR 30.9.2003, 40892/98 *Poirrez* = ÖJZ 2005, 586.

⁵⁹ *Grabenwarter*, Sozialstandards in der EMRK 90 mwN.

⁶⁰ Vgl *Scheinin/Krause*, The meaning of Article 1 of the First Protocol for social security rights in the light of the *Gaygusuz* judgement, in Van den Bogaert (Hrsg), Social security, non-discrimination and property (Antwerpen, 1997) 59 (73).

Vorbild für die Auslegung der GRC gesehen wird. Dem folgen Überlegungen zum Unionsrecht und damit zur GRC. Die Status-RL selbst enthält, wie dargelegt, primär Vorschriften zur Gleichbehandlung.

a) Österreichisches Verfassungsrecht

Fraglich ist, inwieweit nach der österr Verfassung schutzsuchende Fremde originäre Ansprüche auf soziale Unterstützung haben. Dies würde bedeuten, dass diesen Personen aus ihrer eigenen Rechtsposition unmittelbar aufgrund einer Verfassungsnorm ein subjektives Recht auf Sozialleistungen zukommt.⁶¹ Die Lage wird hier allein nach originär österr Recht betrachtet; auf EMRK und GRC wird später eingegangen. Zum originär österr Recht ist zwischen der allg Lage und jener zu Minderjährigen zu unterscheiden.

i. Im Allgemeinen

Das B-VG enthält, anders als das deutsche Grundgesetz, nach hA keine Sozialstaatsklausel und verpflichtet den Gesetzgeber nicht zur Einrichtung von Systemen der sozialen Sicherheit.⁶² In der verfassungsrechtlichen Literatur wurden zwar mehrfach Versuche unternommen, aus dem demokratischen Prinzip, den liberalen und politischen Grundrechten oder aus der Kompetenzverteilung eine Verbürgung für den Sozialstaat abzuleiten.⁶³ Diese Ansätze konnten einer rechtsdogmatischen Überprüfung jedoch nicht standhalten und wurden daher weder von der herrschenden Auffassung noch von der Judikatur übernommen.⁶⁴ Der Bundesgesetzgeber ist durch die österr Verfassung nicht verpflichtet umfassende Sozialsysteme vorzusehen. Gleiches gilt für die Landesgesetzgeber.

In weiterer Folge ist relevant, ob einzelne Personen verfassungsrechtlich gesicherte Ansprüche auf Sozialleistungen haben. Nach herrschender Auffassung enthalten weder das B-VG noch das Staatsgrundgesetz 1867 soziale Grundrechte.⁶⁵ Dieser für viele unbefriedigende Befund hat in der Literatur zu verschiedenen Versuchen geführt, soziale Gewährleistungen

⁶¹ Ein solches Recht findet sich zB in Art 12 Schweizer Bundesverfassung – Recht auf Hilfe in Notlagen.

⁶² VfSlg 4753/1964; *Schäffer/Klaushofer*, Zur Problematik sozialer Grundrechte, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1 § 20 Rz 8 ff; *Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz 1039; *Wiederin*, Umverteilung und Existenzsicherung durch Sozialversicherungsrecht: Verfassungsrechtliche Absicherung sozialer Mindeststandards auch ohne „Sozialstaatsprinzip“? in Kneihls/Lienbacher/Runggaldier, Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht (2005) 79 (80); *derselbe*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld zwischen Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64, 53.

⁶³ Vgl den Überblick bei *Oppitz*, Die Rechtslage in Österreich, in Hofmann et al (Hrsg), Armut und Verfassung (1998) 161; sowie bei *Wiederin*, Sozialstaatlichkeit 70 (Fn 59).

⁶⁴ *Wiederin*, Umverteilung 80 ff mwN.

⁶⁵ Statt vieler *Grüner*, Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Gewährleistung des Existenzminimums (Teil 1), JRP 2009, 97 (98).

aus anderen – liberalen wie politischen – Grundrechten oder aus Verfassungsprinzipien (insb dem demokratischen Prinzip) abzuleiten. Argumentiert wird meist damit, dass die Ausübung der Freiheitsrechte oder der politischen Rechte – zB aktives und passives Wahlrecht – sowie die Beteiligung am demokratischen Gemeinwesen insgesamt ein gewisses Mindestmaß im Hinblick auf Lebensstandard und Lebensverhältnisse voraussetzen.⁶⁶ Nach hM würde dadurch jedoch der Schutzbereich der Grundrechte in unzulässiger Weise auf die Voraussetzungen einer effektiven Ausübung erweitert. Nach *Pernthaler*⁶⁷ verpflichte der Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG) den Staat dazu, durch „ausgleichende Eingriffe in die Sozialordnung tiefgreifende wirtschaftliche und gesellschaftliche Ungerechtigkeiten und Störungen dieser Ordnung zu beseitigen.“ Auch diese Meinung stimmt mit dem herrschenden Verständnis von Art 7 B-VG nicht überein. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz garantiert nämlich nur die rechtliche Gleichheit, verpflichtet jedoch nicht zur umfassenden Herstellung faktischer Gleichheit.⁶⁸ Der VfGH hat bereits 1964 festgehalten, dass die österr Verfassung keine Verpflichtung zu einer sozialen Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik kennt.⁶⁹

Fraglich ist, ob weitere Verpflichtungen des Staates zu sozialen Gewährleistungen aus der Würde des Menschen abgeleitet werden könnten. Wie später näher darzulegen ist, hat das deutsche Bundesverfassungsgericht aus Art 1 GG (Menschenwürde) iVm Art 20 GG (Sozialstaatsklausel) ein Grundrecht auf Gewährleistung eines Existenzminimums abgeleitet. Aus dieser Judikatur kann jedoch für die genuin österr Verfassungslage nur wenig gewonnen werden. In Art 1 GG wird die unantastbare Würde des Menschen als Grundrecht und oberstes Schutzgut der deutschen Rechtsordnung festgelegt. Im österr Verfassungsrecht ist die Menschenwürde hingegen nicht umfassend und ausdrücklich verfassungsrechtlich verankert.⁷⁰ Der Begriff „Menschenwürde“ kommt im österr Verfassungsrecht nur in Art 1 Abs 4 BVG über

⁶⁶ *Oberndorfer*, Soziale Verantwortung im österreichischen Verfassungsrecht, in *Mock/Schambeck* (Hrsg), Verantwortung in Staat und Gesellschaft (1977) 297 (305).

⁶⁷ *Pernthaler*, Über Begriff und Standort der Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, JBl 1965, 57 (71); aA *Wiederin*, Umverteilung und Existenzsicherung durch Sozialversicherungsrecht: Verfassungsrechtliche Absicherung sozialer Mindeststandards auch ohne "Sozialstaatsprinzip"? in *Kneihs/Lienbacher/Runggaldier*, Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht? (2005) 79 (89).

⁶⁸ *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 559 mwN.

⁶⁹ VfSlg 4753/1964.

⁷⁰ Vgl dazu und zum Folgenden *Kneihs*, Schutz von Leib und Leben, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1 § 9 Rz 57 ff; vgl auch *Klaus Burger*, Das Verfassungsprinzip der Menschenwürde in Österreich (2002), der allerdings keinen dogmatisch nachvollziehbaren Unterbau für die Ableitung eines Grundprinzips (!) der Menschenwürde aus der österreichischen Verfassung bieten kann.

den Schutz der persönlichen Freiheit vor.⁷¹ Der Grund für diesen bedeutenden Unterschied in den Verfassungsordnungen Deutschlands und Österreichs liegt in ihrer historischen Entwicklung. In Deutschland wurde das Grundgesetz nach dem Zweiten Weltkrieg neu geschaffen. Als Reaktion auf die Gräueltaten des Nationalsozialismus wurde der absolute Schutz der menschlichen Würde an die Spitze der Verfassung der neuen Bundesrepublik gestellt. In Österreich wurde dagegen 1945 durch das Verfassungs-Überleitungsgesetz das B-VG in der Fassung von 1929 wieder eingeführt. Überdies enthält das deutsche Grundgesetz stark ausgeprägte soziale Garantien, die der österr Bundesverfassung grundsätzlich fremd sind.

Dennoch geht die herrschende Auffassung davon aus, dass auch in Österreich die Menschenwürde weitgehend verfassungsrechtlich gesichert ist.⁷² Dieses Ergebnis folge aus einer systematischen Interpretation verschiedener Verfassungsnormen. So verbieten Art 7 B-VG und Art 1 BVG-RD⁷³ unsachliche Diskriminierungen;⁷⁴ Art 3 EMRK und Art 1 PersFr-BVG bieten Schutz vor Folter, Erniedrigung, Demütigung und menschenunwürdiger Behandlung; Art 8 EMRK gewährt ein Recht auf Selbstbestimmung und Achtung der Privatsphäre. Die österr Bundesverfassung schützt demnach an verschiedener Stelle jeweils einzelne Aspekte der Menschenwürde. Der VfGH sieht die Menschenwürde bei einer gröblichen Missachtung des Betroffenen als Person beeinträchtigt.⁷⁵ *Kneihs* schließt aus der Erwähnung in Art 1 Abs 4 PersFr-BVG, dass der Verfassungsgesetzgeber den Begriff der Menschenwürde und seine Verankerung in der österreichischen Grundrechtsordnung bereits vorausgesetzt hat.⁷⁶

Für die vorliegende Untersuchung kann daher festgehalten werden: Die Menschenwürde bildet in Österreich kein eigenständiges verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht.⁷⁷ Die verschiedenen grundrechtlichen Verbürgungen der Bundesverfassung führen jedoch im

⁷¹ „Wer festgenommen oder angehalten wird, ist unter Achtung der Menschenwürde und mit möglicher Schonung der Person zu behandeln und darf nur solchen Beschränkungen unterworfen werden, die dem Zweck der Anhaltung angemessen oder zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort seiner Anhaltung notwendig sind.“

⁷² *Kneihs* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, § 9 Rz 59; *Berka*, Grundrechte Rz 378 f.

⁷³ Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 390/1973.

⁷⁴ Nach *Pernthaler*, Ungeschriebene Grundrechte und Grundrechtsprinzipien, in FS Öhlinger (2004) 462 verbürgt der Gleichheitssatz des Art 7 B-VG die unteilbare Allgemeinheit der Menschenwürde und setzt Gerechtigkeitsabwägungen voraus, die den Höchstwert der Menschenwürde der konkreten Situation entsprechend sachgerecht umsetzen müssen.

⁷⁵ VfSlg 19.856/2014 mwN.

⁷⁶ *Kneihs* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, § 9 Rz 65. Die darauf folgende Aussage, der Verfassungsgesetzgeber habe 1988, als er den Begriff der Menschenwürde in das Bundesverfassungsrecht eingeführt hat, ein ähnliches Begriffsverständnis vor Augen gehabt, wie es zu dieser Zeit in Deutschland und der Schweiz bestanden habe, steht jedoch dazu in Widerspruch.

⁷⁷ So auch *Kneihs* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, § 9 Rz 69. AA *Burger*, Das Verfassungsprinzip der Menschenwürde, 259 ff.

Ergebnis dazu, dass die Menschenwürde auch in Österreich weitgehend geschützt wird. Da die Menschenwürde im österr Verfassungsrecht jedoch nur mittelbar über die einzelnen Grundrechte geschützt wird und gerade keine sozialen Grundrechte bestehen, kann – anders als in Deutschland – aus der Menschenwürde kein Anspruch auf Gewährleistung eines Existenzminimums abgeleitet werden. Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht ein Grundrecht auf Existenzminimum aus der Menschenwürde (Art 1 GG) in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot (Art 20 GG) ableitet. Eine Art 20 GG vergleichbare Sozialstaatsklausel existiert im österr Verfassungsrecht jedoch wie gesagt nicht. In Anbetracht dessen spricht *Öhlinger* von einer verfassungspolitischen Notwendigkeit, einen Anspruch auf ein Existenzminimum zu positivieren.⁷⁸ Auch *Grüner* kommt nach eingehender Untersuchung zu dem Schluss, dass die Frage nach einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Existenzminimums verneint werden muss.⁷⁹ Im Regelfall bleibt es mit Blick auf das österr Verfassungsrecht⁸⁰ somit bei dem Befund *Wiederins*, wonach Österreich zu den wenigen Staaten der Erde gehört, die ihre Einwohner ohne Verfassungsbruch verhungern lassen können.⁸¹

Schließlich enthalten die verschiedenen Landesverfassungen der Bundesländer eine Vielzahl von sozial „gefärbten“ Garantien.⁸² Die Landesverfassungen binden den jeweiligen Landesgesetzgeber bei der Regelung der Versorgung von Schutzsuchenden. Bei den meisten dieser Bestimmungen handelt es sich jedoch um nicht justiziable Programmsätze und Zielbestimmungen. Nach *Kneihs* gilt dies für sämtliche Landesverfassungen mit einschlägigen Bestimmungen, namentlich des Burgenlandes, Niederösterreichs, Oberösterreichs, Salzburgs, Vorarlbergs sowie Tirols, die „weder unmittelbar einklagbare subjektive Rechte gewähren noch ganz konkrete Bedingungen festlegen, unter denen das Land Hilfsbedürftigen zu helfen hat.“⁸³ *Pernthaler* bejaht hingegen zu Art 12 OÖ. Landesverfassung (Krankenpflege, Behindertenhilfe und Sozialhilfe) und Art 13 Tiroler Landesverfassung (Unterstützung in Notlagen, Behindertenhilfe) das Bestehen von durchsetzbaren sozialen Rechten.⁸⁴ Beide Landesverfas-

⁷⁸ *Öhlinger* in *Öhlinger/Floretta*, Die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen (1978) 41.

⁷⁹ *Grüner*, JRP 2009, 97 (105).

⁸⁰ Zu den Vorgaben der GRC vgl unten f.

⁸¹ *Wiederin*, Umverteilung 97.

⁸² Vgl die Übersicht bei *Schäffer/Klaushofer*, Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1 § 20 Rz 13 (Fn 27).

⁸³ *Kneihs*, Mindestsicherung im Mehrebenensystem, JRP 2008, 58 (61 f). Die Landesverfassungen Kärntens, der Steiermark und Wiens normieren keine sozialen Grundrechte oder sozialstaatliche Staatszielbestimmungen.

⁸⁴ *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung III (1990), 444; so auch *Schreiner*, Grundrechte und Landesverfassung, ZÖR 1999, 89 (95 f) und (zur OÖ Landesverfassung) *Pesendorfer*, Landesverfassung, in *Rebhahn* (Hrsg), Beiträge zum Kärntner Landesrecht (1995) 19 (38).

sungen gewähren diesen sozialen Schutz jedoch nur „nach Maßgabe“ bzw. „im Rahmen der Gesetze“, sodass wohl gerade nicht von verfassungsunmittelbaren Ansprüchen ausgegangen werden kann.⁸⁵ In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG nach Ansicht des VfGH den Bund ermächtigt, die Versorgung von Asylwerbern und Personen, die subsidiären Schutz beantragen, in alleiniger Zuständigkeit zu regeln und zu vollziehen.⁸⁶ Bestimmungen der Landesverfassungen wären auf diese bundesgesetzliche Regelung nicht anwendbar.

ii. Minderjährige

Fraglich ist, ob die Lage in Bezug auf Kinder anders ist. Zu beachten ist dazu das BVG Kinderrechte.⁸⁷ Dieses BVG geht auf die Kinderrechtskonvention zurück. Daher ist „Kind“ iSd BVG Kinderrechte jede Person, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.⁸⁸ Nach *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* werden darin „Ansprüche in vorwiegend programmatischer Form normiert“, die Bestimmungen schaffen Bindungen für die Gesetzgebung und die Vollziehung.“⁸⁹ Einschlägig könnte hier Art 1 BVG Kinderrechte sein: „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.“⁹⁰ *Schäffer/Klaushofer* sagen: „Gegenwärtig gewährleistet das österreichische Bundesverfassungsrecht – zumindest *expres- sis verbis* – nur in Art. 1, 2 und 6 BVG Kinderrechte soziale Grundrechte als durchsetzbare verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte.“⁹¹ Allerdings ist sehr fraglich, ob aus Art 1 BVG Kinderrechte tatsächlich ein soziales Grundrecht folgt, insb ein Anspruch auf finanzielle Leistungen. Aus dem Wortlaut folgt dies nicht eindeutig; insb enthält das BVG keinerlei konkrete Vorgaben zu Art und Umfang der Leistungen. Auch die Entstehungsgeschichte spricht nicht dafür.⁹² Der VfGH hat Art 1 BVG Kinderrechte (genauer dessen S 2) bislang nur als

⁸⁵ Zurecht zweifelnd daher *Berka*, Grundrechte Rz 1038.

⁸⁶ VfSlg 17.942/2006.

⁸⁷ Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I 4/2011.

⁸⁸ Vgl Art 1 UN-Kinderrechtskonvention.

⁸⁹ *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht - Bd III Grundrechte² (2015) Rz 41.030-01.

⁹⁰ Vgl auch Art 2 Abs 2: „Jedes Kind, das dauernd oder vorübergehend aus seinem familiären Umfeld, welches die natürliche Umgebung für das Wachsen und Gedeihen aller ihrer Mitglieder, insbesondere der Kinder ist, herausgelöst ist, hat Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand des Staates.“ Ferner Art 6: „Jedes Kind mit Behinderung hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die seinen besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen.“

⁹¹ *Schäffer/Klaushofer* in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd VII § 20 Rz 12.

⁹² Laut den Materialien folgt das BVG Kinderrechte im Wesentlichen den Vorarbeiten des Österreich-Konvents (IA 935/A 24. GP 3). Im Österreich-Konvent hat sich der Ausschuss 4 mit dem

Interpretationsmaxime (Vorrang des Kindeswohls) in seine Rechtsprechung einbezogen.⁹³

b) Exkurs zur Lage in Deutschland

Ganz anders als in Österreich sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben in Deutschland aufgrund der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts (= BVerfG). Da dieser Judikatur, die sich insb auf Art 1 GG zur Menschenwürde stützt, häufig „Vorbildcharakter“ für die Auslegung von Art 1 GRC zugemessen wird, soll darauf eingegangen werden.

Das BVerfG hat aus Art 1 GG (Menschenwürde) iVm Art 20 GG (Sozialstaatsklausel) ein Grundrecht auf Gewährleistung eines Existenzminimums abgeleitet.⁹⁴ Dabei handelt es sich um ein Menschenrecht, das allen Personen zusteht, die sich in Deutschland aufhalten, und daher auch Asylwerbern (striktes Territorialitätsprinzip).⁹⁵ Die Entscheidung vom 18. Juli 2012 betraf zwei Leistungsberechtigte nach dem deutschen Asylbewerberleistungsgesetz. Bei den Klägern handelte es sich um einen irakischen Staatsbürger mit negativem Asylbescheid, der nach § 60a dAufenthaltsG⁹⁶ „geduldet“ wurde, sowie um eine inzwischen deutsche Staatsbürgerin, die im fraglichen Zeitraum (soweit aus dem Urteil ersichtlich) kein Aufenthaltsrecht in Deutschland hatte und demgemäß zur Ausreise verpflichtet war.⁹⁷ Im konkreten Fall beurteilte das BVerfG die Leistungen nach dem damaligen Asylbewerberleistungsgesetz als evident unzureichend, um eine menschenwürdige Existenz zu gewährleisten. Der Gesetzgeber hatte die vorgesehenen Leistungen lange Zeit nicht angepasst. Die Höhe der Leistungen lag (daher) in etwa um 35 % unter jener der allgemeinen Sozialhilfe, bei einzelnen Leistungen (Sicherung des sozio-kulturellen Bedarfs von Kindern und Jugendlichen) betrug der Abstand zur allgemeinen Sozialhilfe bis zu 73 %.

Das BVerfG betonte den unmittelbar verfassungsrechtlichen Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Dieser Anspruch umfasse jene Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind. Es handle sich dabei um ein einheitliches Grundrecht, das sowohl die *physische Existenz*

Erstellen eines Entwurfes für einen neuen Grundrechtekatalog befasst. Art 1 BVG-Kinderrechte entspricht wörtlich einem Textvorschlag dieses Ausschusses (Bericht des Österreich-Konvents, Teil 4A II.2). Im vom Ausschuss 4 entworfenen Grundrechtekatalog wurden die Rechte der Kinder, wie sie nun im BVG Kinderrechte normiert sind, jedoch dem Titel Gleichheitsrechte und nicht dem Titel Soziale Rechte zugeordnet, was gegen das Vorliegen subjektiver Leistungsansprüche spricht.

⁹³ VfGH 9.10.2015, G 152/2015 mwN aus der Judikatur.

⁹⁴ Vgl insb BVerfG 9.2.2010, 1 BvL 1/09; 18.7.2012, 1 BvL 10/10 ua.

⁹⁵ BVerfG 9.2.2010, 1 BvL 1/09; 18.7.2012, 1 BvL 10/10 ua Rz 89. Vgl zB *Born*, Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Leistungen für Asylbewerber (2014) 351 f.

⁹⁶ Wohl vergleichbar mit den Aufenthaltsrechten aus berücksichtigungswürdigen Gründen nach §§ 54 – 57 AsylG.

⁹⁷ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 ua Rz 60, 66.

(Nahrung, Kleidung, Unterkunft, Heizung, Gesundheit, Hygiene) als auch ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen Leben gewährleiste. Dieser letztgenannte Aspekt wird auch als *sozio-kulturelles Existenzminimum* bezeichnet. Der konkret notwendige Umfang der existenzsichernden Leistungen könne nicht aus der Verfassung abgeleitet werden. Entscheidend seien die gesellschaftlichen Anschauungen darüber, was für ein menschenwürdiges Dasein erforderlich ist, sowie die konkrete Lebenssituation der Hilfsbedürftigen. Dem Gesetzgeber komme bei der Festlegung des Niveaus der Existenzsicherung ein Gestaltungsspielraum zu. Er sei jedoch angehalten, die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht zu erfassen. Die Festlegung der konkreten Höhe liegt im Ermessen des Gesetzgebers. Die Festlegung darf nicht willkürlich erfolgen und muss den zitierten Zweck erfüllen. Die Höhe der Leistung müsse daher in einem transparenten und sachgerechten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs der hilfsbedürftigen Personen festgelegt werden. Das für eine menschenwürdige Existenz Erforderliche sei stets anhand der individuellen Umstände des/der Betroffenen zu bemessen.⁹⁸

Das BVerfG hat im Hinblick auf Art 1 GG betont, dass aus der Menschenwürde ein einheitliches Existenzminimum resultiert, das auch ein Minimum an gesellschaftlicher, kultureller und politischer Teilhabe erfordert.⁹⁹ Das BVerfG gesteht dem Gesetzgeber hier (sozio-kulturelles Existenzminimum) aber einen weiteren Gestaltungsspielraum zu als bei der Gewährleistung der physischen Existenz des Menschen. In der deutschen Literatur wurde vor der Entscheidung des BVerfG argumentiert, dass die Leistungen, die das sozio-kulturelle Existenzminimum sichern, in bestimmten Fällen (genannt wird die fehlende Bereitschaft zur Selbsthilfe) gekürzt oder auch vollständig gestrichen werden könnten.¹⁰⁰ Die Möglichkeit des gänzlichen Entfalls wurde damit begründet, dass nur der Schutz der physischen Existenz unmittelbar aus der Menschenwürde nach Art 1 GG folge. Der Gesetzgeber sei zwar auch zur Gewährleistung der sozio-kulturellen Existenz verpflichtet, hier aber wegen des Sozialstaatsgebots des Art 20 GG.¹⁰¹ Das BVerfG hat dieser Argumentation eine Absage erteilt. Das Gericht hält ausdrücklich fest, dass der Anspruch auf ein einheitliches Existenzminimum aus Art 1 GG folge. Dieser verfassungsunmittelbare Anspruch ist durch sozialstaatliche Leistungen (Art 20 GG) auszugestalten.

Das BVerfG hat es ausdrücklich abgelehnt, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestal-

⁹⁸ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 ua Rz 92.

⁹⁹ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 ua Rz 120.

¹⁰⁰ Soria, JZ 2005, 644 (651).

¹⁰¹ Soria, JZ 2005, 649 mit Verweis auf die ältere Judikatur. Auf Österreich umgelegt führt dieses Argument zu dem Schluss, dass mangels Sozialstaatsgebots keine Verpflichtung zur Gewährleistung des sozio-kulturellen Existenzminimums besteht.

tung der Leistungen diese aus migrationspolitischen Erwägungen (Vermeiden von Anreizen zur Migration) niedriger ansetzen dürfe.¹⁰² Die Menschenwürde dürfe nicht migrationspolitisch relativiert werden.¹⁰³

Auch bei der Bemessung der notwendigen Leistungen für eine sozio-kulturelle Existenzsicherung ist nach dem BVerfG auf die Umstände des Einzelfalles Bedacht zu nehmen. Relevante Faktoren könnten hier die (erwartete) Dauer des Aufenthalts und die erfolgte (und gegebenenfalls politisch erwünschte) soziale und ökonomische Integration sein. Bei der Einschätzung der voraussichtlichen Dauer des Aufenthalts haben Gesetzgeber und Vollziehung von realitätsgerechten, objektiv nachvollziehbaren Annahmen auszugehen.¹⁰⁴

Nach hA in Deutschland besteht ein Mindestniveau an Versorgung, dass in keinem Fall unterschritten werden darf.¹⁰⁵ Dazu gehört das zum Führen einer menschenwürdigen Existenz auch in Ausnahmesituationen unbedingt Erforderliche. Dies umfasst jedenfalls: ausreichende Nahrung, die den individuellen Hunger des einzelnen decken muss; eine basale und in Notfällen ausreichende medizinische Versorgung; den konkreten Lebensverhältnissen entsprechende Kleidung (insb wenn der Staat für diese Lebensverhältnisse verantwortlich ist); Unterbringung in trockenen, geheizten Unterkünften; die Art der zu gewährleistenden Unterbringung hängt insb von ihrer Dauer ab, dabei ist auf die sonstigen Grundrechte (insb Art 8 EMRK) Bedacht zu nehmen; Hygiene.¹⁰⁶

¹⁰² BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 ua Rz 121.

¹⁰³ Wohl deutlich anders ist die Lage in der Schweiz. Dort hat das Bundesgericht, nach Einführung des Art 12 Bundesverfassung, die Möglichkeit bejaht, Leistungen der Existenzsicherung in Notlagen auf eine minimale „Überlebenshilfe“ zu kürzen (BGE 18.3.2005, 131 I 166). Der verfassungsrechtliche Anspruch umfasse einzig die unerlässlichen Mittel (Nahrung Kleidung, Obdach, medizinische Grundversorgung) um überleben zu können. Der Beschwerdeführer habe seine Mitwirkungspflicht im Asylverfahren verletzt, was eine Kürzung der Sozialhilfe rechtfertigt, solange „das zum Überleben Notwendige noch gewährleistet ist“. Untergrenze bilde dabei die physische Integrität. Im Hinblick auf die Art der Leistungsgewährung wird ausdrücklich betont, dass der Grundrechtsschutz auch durch Sachleistungen erfolgen kann. Als Kriterium für eine zulässige Differenzierung bei der Leistungshöhe nennt das Gericht abermals, ob der Anwesenheitsstatus des Betroffenen auf Integration abzielt oder nicht. Bei Personen, die verpflichtet sind, die Schweiz zu verlassen, insbesondere bei Personen mit negativem Asylbescheid, können die Leistungen entsprechend geringer sein als bei Personen mit (zumindest vorübergehendem) Aufenthaltsrecht. Dabei seien weder Integrationsinteressen zu verfolgen, noch müssten dauerhafte Sozialkontakte gewährleistet werden.

¹⁰⁴ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 ua Rz 95.

¹⁰⁵ Vgl. *Groth* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht § 1 SGB XII Rz 5; *Soria*, Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums, JZ 2005, 644 (647).

¹⁰⁶ § 27a Abs 1 des deutschen Sozialgesetzbuchs XII konkretisiert diese Vorgaben mit Ausnahme der medizinischen Versorgung für den Bereich der allgemeinen Sozialhilfe und lautet: „Der für die Gewährleistung des Existenzminimums notwendige Lebensunterhalt umfasst insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf Heizung und Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile, persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens sowie Unterkunft und Heizung. Zu den persönlichen Bedürfnissen des täglichen Lebens gehört in vertretbarem Umfang

c) EMRK

Als nächstes ist zu prüfen, inwieweit die EMRK Anknüpfungspunkte für soziale Grundrechte enthält, wobei insb deren Artikel 2, 3 und 8 in Betracht kommen.¹⁰⁷ Fraglich ist, inwieweit diese Grundrechte den Staat nicht nur zum Unterlassen von Eingriffen in den Schutzbereich (status negativus), sondern auch zu einem aktiven Tun (status positivus) verpflichten.¹⁰⁸ Der EGMR folgt in seiner Rechtsprechung keiner einheitlichen Linie, weswegen eine Prognose über zukünftige Entwicklungen der Judikatur kaum verlässlich möglich ist.

Im Hinblick auf das Recht auf Leben (Art 2 EMRK) hat der EGMR mehrfach die Verpflichtung des Staates betont, das Leben seiner Einwohner durch angemessene Maßnahmen zu schützen.¹⁰⁹ Daraus wurde etwa abgeleitet, dass die Vertragsstaaten Angriffe auf das Leben durch Dritte hintanhalten und daher sicherheitspolizeiliche Maßnahmen sowie eine möglichst effektive Verfolgung von Straftaten gewährleisten müssen. In der Entscheidung *Nitecki*¹¹⁰ ging es um den Anspruch auf Kostenerstattung für ein lebenswichtiges Medikament. Der EGMR betonte in diesem Zusammenhang den Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers bei der Regelung der Gesundheitsversorgung, sagte aber auch, dass eine Verletzung von Art 2 EMRK vorliegen kann, wenn ein Konventionsstaat das Leben eines Menschen durch die Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung, die der Bevölkerung allgemein („generally“) zur Verfügung gestellt wird, in Gefahr bringt. Die nichtdiskriminierende Versorgung mit lebensnotwendigen Ressourcen kann daher einen Aspekt des Rechts auf Leben nach Art 2 EMRK darstellen.¹¹¹ In der Literatur gibt es eine Vielzahl an Autoren, die aus Art 2 EMRK eine Pflicht des Staates zur Hilfe in lebensgefährlichen Notlagen ableiten wollen.¹¹² Voraussetzung ist dabei jeweils, dass ohne den Eingriff des Staates das Überleben der betroffenen Person(en) ernsthaft gefährdet wäre.

Von besonderer Bedeutung zur Begründung positiver staatlicher Pflichten ist Art 3

eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft; dies gilt in besonderem Maß für Kinder und Jugendliche. Für Schülerinnen und Schüler umfasst der notwendige Lebensunterhalt auch die erforderlichen Hilfen für den Schulbesuch.“

¹⁰⁷ Dazu ausführlich *Frohwerk*, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR (2012); *Berka*, Grundrechte §§ 13, 14, 18; *Kirnbauer*, Der grund- und menschenrechtliche Anspruch auf ein Existenzminimum (Dissertation, 2013) 79 ff; *Grabenwarter*, Sozialstandards in der Europäischen Menschenrechtskonvention in Becker/von Maydell/Nußberger (Hrsg), Die Implementierung internationaler Sozialstandards (2006) 83.

¹⁰⁸ Näher dazu *Jaekel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht (2001) 117 ff.

¹⁰⁹ ZB EGMR 17.1.2008, 59548/00, Dodov/Bulgarien.

¹¹⁰ EGMR 21.3.2002, 65653/01.

¹¹¹ Vgl *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 76 in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht III (2011).

¹¹² *Frowein*, in Frowein/Peukert (Hrsg), EMRK³ (2009) Art 2 Rz 7; *Meyer-Ladewig*, EMRK³ (2011) Art 2 Rz 10; vgl auch *Kirnbauer*, Existenzminimum 83 f mwN.

EMRK. Es entspricht inzwischen gefestigter Rechtsprechung, dass Personen nicht in Staaten abgeschoben oder rückgeführt werden dürfen, wenn ihnen dort Tod, Folter, Verfolgung oder eine sonstige unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung droht. Der österr VwGH hat bereits 2002 entschieden, dass eine unmenschliche Behandlung auch dann droht, wenn im Zielland die Grundversorgung mit Lebensmitteln, Trinkwasser, medizinischer Betreuung und Unterkunft nicht gesichert ist.¹¹³ Nach der Judikatur des EGMR erwachse Schutzsuchenden aus Art 3 EMRK zwar kein subjektives Recht auf bestimmte soziale Mindeststandards im Hinblick auf Obdach und andere materielle Unterstützung, jedoch sei es menschenrechtswidrig, Schutzsuchende in einen Staat (konkret: Griechenland) zu überstellen, in dem ihre elementaren Grundbedürfnisse nicht gedeckt sind.¹¹⁴ Die Rückführung nach Italien erachtete er nur als zulässig, wenn die abschiebenden Schweizer Behörden von italienischer Seite eine konkrete auf die individuellen Personen bezogene Garantie zur ordnungsgemäßen Unterkunft erlangen.¹¹⁵ Aus demselben Grund hat der EuGH die Rückführung im Rahmen des Dublin-Verfahrens nach Griechenland für unzulässig angesehen, weil dort die erforderliche Versorgung nicht gewährleistet sei.¹¹⁶

Die Schlüsse, die aus solchen Entscheidungen gezogen werden können oder müssen, liegen für *Wiederin* auf der Hand: Wenn die fehlende Grundversorgung im Ausland eine Verletzung von Art 3 EMRK bedeutet, muss auch im Inland eine solche Versorgung gewährleistet werden. Aufgrund von Art 7 B-VG haben Inländer in weiterer Folge Anspruch auf eine zumindest gleichwertige Versorgung.¹¹⁷ Wegen der Ableitung des Anspruches aus der EMRK würde dies auch bedeuten, dass aufgrund von Art 14 EMRK auch im Inland lebende Ausländer die gleiche Ansprüche haben.

Allerdings ist sehr fraglich, ob dieser Schluss zwingend aus der Judikatur des EGMR folgt. Mit der Rechtsprechung des EGMR zu sozialen Leistungsansprüchen hat sich jüngst *Frohwerk* ausführlich befasst.¹¹⁸ Er kommt zu dem Schluss, dass der EGMR eine Verletzung von Konventionsrechten wegen unterlassener Hilfe in sozialen Notlagen nur in sehr seltenen Ausnahmefällen bejaht hat. Die Gemeinsamkeit dieser Fälle liegt darin, dass die fehlende Unterstützung des Staates wegen der Umstände im Einzelfall besonders vorwurfsvoll er-

¹¹³ VwGH 29.1.2002, 2001/01/0030; 15.10.2002, 98/21/0158; 5.11.2003, 2001/01/0361.

¹¹⁴ EGMR (GK) 21.1.2011 Nr. 30696/09 *M.S.S gegen Belgien und Griechenland* Rz 249 ff. ZB VwGH 24.01.2013 2011/21/0126.

¹¹⁵ EGMR 4.11.2014, 29217/12, *Tarakhel/Schweiz*; 2.4.2013 Nr. 27725/10 *Mohammed Hussein gegen Niederlande und Italien* Rz 70.

¹¹⁶ EuGH 21.12.2011 C-411/10, C-493/10 *N.S.* ua.

¹¹⁷ *Wiederin*, Sozialstaatlichkeit, 71 f.

¹¹⁸ *Frohwerk*, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR (2012).

scheint. Es geht wohl um Fälle, in denen der Staat eine Art Garantenstellung innehat, insb weil ihm die Verletzung von Konventionsrechten durch Dritte über einen längeren Zeitraum bekannt war oder weil staatliches Handeln die soziale Notlage mittelbar selbst ausgelöst hat. Auch *Schübel-Pfister* spricht in diesem Zusammenhang ausdrücklich von einer Garantenstellung des Staates bei „besonderen Obhutsverhältnissen“. ¹¹⁹ Nach *Grabenwarter* kann sich aus Art 3 EMRK uU ein Anspruch gegen den Staat auf Abhilfe vor unmenschlichen Lebensumständen ergeben. ¹²⁰ Auch er betont jedoch, dass die bisherige Rechtsprechung Ausnahmefälle betrifft und Art 3 jeweils nur einen sozialen „Mindest-Mindest-Standard“ zu eröffnen scheint. (Die heutige EGMR-Richterin) *Nußberger* spricht von einer „allerunterste[n] Grenzlinie“ in existenzbedrohenden Situationen. Die Konventionsstaaten seien zur Existenzsicherung in Extremfällen verpflichtet, nicht mehr, aber auch nicht weniger. ¹²¹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass originäre Ansprüche auf Sozialleistungen – auch bei Schutzberechtigten und Schutzsuchenden – nur in Ausnahmefällen auf Grundlage der Art 2 und 3 EMRK denkbar sind.

d) Mindestniveaus im Sekundärrecht

i. Keine Vorgaben für die gesamte Wohnbevölkerung

Nun ist zu überlegen, inwieweit das Unionsrecht im Rahmen des Sekundärrechts Vorgaben zu Leistungen für die „Sicherung des Lebensbedarfes“ enthält. Zuerst ist zu fragen, ob es dazu allgemeine, also für die gesamte Wohnbevölkerung einschlägige Vorgaben gibt. Die Vorschriften zur Koordinierung des Sozialrechts sowie die Unionsbürger-RL enthalten keine inhaltlichen Vorgaben, sondern knüpfen an das vom MS jeweils Vorgesehene an und verlangen Gleichbehandlung. Dasselbe gilt auch für Art 11 der RL 2003/109 zu lange aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen. Um in diesen Regelungsbereichen zur unionalen Vorgabe eines inhaltlichen Mindestniveaus zu gelangen, müsste man diese Normen erst – deutlich über Wortlaut und Zweck hinaus – um das Gebot an die MS erweitern, für die eigenen Staatsangehörigen (bzw alle dort rechtmäßig sich Aufhaltenden) Sozialleistungen in Höhe eines Mindestniveaus vorzusehen. Es ist fraglich, ob die Union die Kompetenz hätte, dies im Sekundär-

¹¹⁹ *Schübel-Pfister* in *Karpenstein/Mayer*, EMRK² § 2 Rz 39. Im Hinblick auf schutzsuchende Fremde wäre von einer solchen Stellung des Staates etwa auszugehen, wenn solche Personen in abgesperrten grenznahen Gebieten bleiben müssen. Diesfalls wäre der Staat nach Art 2, 3 EMRK wohl verpflichtet eine basale Grundversorgung zur Verfügung zu stellen.

¹²⁰ *Grabenwarter*, Sozialstandards in der EMRK 105.

¹²¹ *Nußberger*, Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur sozialen Verpflichtetheit des Staates, ZIAS 2003, 366 (374, 378).

recht vorzusehen.¹²² Ebenso fraglich ist es, ob es legitim wäre, die genannten Rechtsquellen mit Hilfe von Art 1 GRC in die erwähnte Richtung „umzudeuten“. UE ist dies nicht zulässig.

Die in der GRC für die „Sicherung des Lebensunterhalts“ primär einschlägige Norm ist Art 34 Abs 3: „Um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen, anerkennt und achtet die Union das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.“ Nach den offiziellen Erläuterungen zur Charta¹²³ zählt Art 34 zu jenen Bestimmungen, die „may contain both elements of a right and of a principle“, also Elemente sowohl eines Recht ieS wie (nur) eines Grundsatzes iSd Art 52 Abs 5 GRC enthalten,¹²⁴ ohne dass damit klar würde, welche Teile jeweils gemeint sind. In der Literatur wird Art 34 Abs 3 GRC auch als reiner Grundsatz eingeordnet.¹²⁵ Wesentlich erscheint, dass Art 34 – wie einige andere Bestimmungen – sagt „nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“. Die Bedeutung dieses sogenannten „refrain“ ist sehr umstritten, treffend dürfte wohl sein, dass er die Intensität der Vorgabe im Vergleich zu Bestimmungen ohne refrain verringert.¹²⁶ Vertreten wird auch, dass sich die Bestimmung ausschließlich an die Union wendet, so dass sich keine Verpflichtung der MS, soziale Unterstützungsleistungen vorzusehen, ableiten lässt.¹²⁷ Hier ist wesentlich, dass es, wie eben dargelegt, keinen Sekundärrechtsakt gibt, der die MS explizit zu Leistungen zur Sicherung des Lebensbedarfes an die Wohnbevölkerung verpflichtet. Daher führen die MS bei dieser Frage Unionsrecht nicht durch, und es ist auch kein anderer Ansatzpunkt für eine Verbindlichkeit der Bestimmung für die MS zu dieser Frage ersichtlich.¹²⁸

Das Unionsrecht enthält somit jedenfalls im Rahmen des Sekundärrechts keine für die gesamte Wohnbevölkerung einschlägigen Vorgaben zu Leistungen für die „Sicherung des

¹²² Art 153 Abs 1 lit c AEUV betrifft nur „soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer“, nicht den aller. Und Art 153 Abs 1 lit j AEUV, „Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung“, gehört nicht zu den in Art 153 Abs 3 genannten Fällen, in denen die Union Richtlinien erlassen kann.

¹²³ ABl 2007/C 303/02.

¹²⁴ „Die Bestimmungen dieser Charta, in denen Grundsätze festgelegt sind, können durch Akte der Gesetzgebung und der Ausführung der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie durch Akte der Mitgliedstaaten zur Durchführung des Rechts der Union in Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten umgesetzt werden. Sie können vor Gericht nur bei der Auslegung dieser Akte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden.“

¹²⁵ *Blauensteiner/Tobisch/Wutzl* in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar Art 34 Rz 41.

¹²⁶ Vgl zB *Rebhahn*, Rechte des Arbeitslebens, in Grabenwarter/Hatje/Müller-Graf (Hrsg), Enzyklopädie des Unionsrechts Band II - Grundrechte (2014) § 16 Rn 46 ff.

¹²⁷ *Blauensteiner/Tobisch/Wutzl* in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar Art 34 Rz 26.

¹²⁸ Dies schließt nicht aus, dass Art 34 Abs 3 GRC dort für die MS verbindlich ist, wo sie Sekundärrecht durchführen.

Lebensbedarfes“.

ii. Vorgaben in den Richtlinien zum humanitären Schutz

Die hier interessierenden Richtlinien verwenden zu den Vorgaben betreffend das Niveau der von den MS jeweils zu gewährenden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts eine Reihe von Begriffen. Auch wenn diese nicht primär die Leistungen an Schutzberechtigte betreffen, ist es schon an dieser Stelle sinnvoll, einen Überblick über diese Begriffe und die mit ihnen verbundenen Niveaus bzw Standards zu geben, um so das vom geltenden Sekundärrecht Vorgesehene zu umreißen.

Dabei ist jeweils relevant, ob das vorgegebene Leistungsniveau für alle MS einheitlich und damit „absolut“ oder aber – entsprechend den Lebensstandards in den MS – unterschiedlich und damit „relativ“ bestimmt wird. Ein einheitliches, „absolutes“ Niveau könnte allerdings nur das in Gütern und Dienstleistungen ausgedrückte Niveau betreffen. Der in Geld ausgedrückte Betrag dieses materiellen Niveaus wäre hingegen stets für jeden MS gesondert zu bestimmen, zum einen wegen der unterschiedlichen Währungen, zum anderen wegen der unterschiedlichen Kosten der Lebenshaltung und damit auch einer „Sicherung des Lebensunterhalts“.

Die Aufnahme-RL kennt, wie später darzulegen ist, drei Standards bzw Niveaus. Erstens sieht Art 17 Abs 2 allgemein materielle Leistungen vor, die „einem angemessenen Lebensstandard entsprechen, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet“. Nach Art 17 Abs 5 bemisst sich dieser Standard (nur) dann, wenn die MS die materiellen Leistungen (überwiegend) in Geld oder Gutscheinen gewähren, (bloß in einem ersten Schritt) auf Grundlage jenes Leistungsniveaus, das dieser MS eigenen Staatsangehörigen für einen angemessenen Lebensstandard gewährleistet (in Österreich also grds der BMS). Da die MS aber davon abweichen können, wenn dieses Niveau über dem von Art 17 Abs 2 Verlangten liegt, normiert Art 17 Abs 2 Aufnahme-RL insoweit einen „absoluten“ Standard.

Zweitens verlangt Art 20 Abs 5 Aufnahme-RL auch in den Fällen, in denen die materiellen Leistungen (des Art 17 Abs 2) gekürzt oder entzogen werden dürfen, dass der MS einen „würdigen Lebensstandard“ gewährleistet. Da diese Vorgabe nicht in einem Verweis auf die nationalen Standards des jeweiligen MS besteht, bezeichnet sie ebenfalls ein „absolutes“ Niveau. Drittens verlangt Art 18 Abs 5 Aufnahme-RL, der jedenfalls in Bezug auf die Unterkunft relevant ist, dass auch bei besonderen Aufnahmemodalitäten zumindest „die Grundbedürfnisse gedeckt“ werden, was einen „absoluten“ Standard beinhaltet. Aus systematischer

Interpretation folgt, dass der „würdige“ unter dem „angemessenen“ Lebensstandard liegt, und dass auch die „Grundbedürfnisse“ unter dem „angemessenen“ Lebensstandard liegen.

Art 29 Abs 1 Status-RL verlangt wie dargelegt, dass „Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist [...], die notwendige Sozialhilfe wie Staatsangehörige des Mitgliedstaates erhalten.“ Nach Abs 2 können die MS abweichend davon, die Sozialhilfe für subsidiär Schutzberechtigte auf Kernleistungen beschränken. Abs 1 und prima facie auch Abs 2 normieren einen „relativen“ Standard.

Die Massenzustrom-RL sieht in Art 13 Abs 1 und 2 vor: Die MS tragen dafür Sorge, dass Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, angemessen untergebracht werden oder gegebenenfalls Mittel für eine Unterkunft erhalten, und dass diese „die notwendige Hilfe in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts“ erhalten. Zentral ist hier also die Wendung „notwendige Hilfe“ – wobei hier anders als in Art 29 Abs 1 Status-RL weder „wie Staatsbürger“ angefügt ist noch spezifisch auf die „notwendige Sozialhilfe“ Bezug genommen wird. Überdies wird wieder das Wort „angemessen“ verwendet. Art 13 enthält einen „absoluten“ Standard.

Die Rückführungs-RL 2008/115/EG ist ua auf negativ beschiedene Asylwerber anzuwenden. Sie enthält keine allg Vorgabe zum Lebensstandard der Rückkehrverpflichteten, sondern nur einige spezifische „Garantien“ bzw Grundsätze (Art 14). Diese sind „soweit wie möglich“ zu beachten, solange die Frist für die freiwillige Ausreise (Art 7) nicht abgelaufen oder die Vollstreckung der Abschiebung aufgeschoben ist (Art 9). ErwG 12 sagt: „Die Festlegungen hinsichtlich der Sicherung des Existenzminimums dieser Personen sollten nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften getroffen werden.“ ErwG 17 sagt: „In Haft genommene Drittstaatsangehörige sollten eine menschenwürdige Behandlung“ erfahren. Dies wird auch für nicht in Haft genommene Rückkehrverpflichtete anwendbar sein.¹²⁹ Soweit Art 14 Rückführungs-RL Vorgaben enthält, handelt es sich dabei um einen „absoluten“ Standard.

Was das Verhältnis dieser verschiedenen Standards zueinander anbelangt, so ist jedenfalls innerhalb der Aufnahme-RL eine klare Aussage insoweit möglich, als „würdiger Lebensstandard“ und „Grundbedürfnisse“ niedriger anzusetzen sind als „angemessener Lebensstandard“. Fraglich ist hingegen, wie die Standards der verschiedenen RL sich zueinander verhalten, insb ob man davon ausgehen kann und muss, dass der Unionsgesetzgeber beim Erlass der verschiedenen RL ein „kohärentes“ System verfolgt hat, welches das jeweils vorgeschriebene

¹²⁹ Nach der Judikatur des EuGH kann es aber erforderlich sein, gewisse Komplementärleistungen zusätzlich zu den Leistungen, die sich aus Art 14 ergeben; vgl unten D.II.2.

Niveau im Hinblick auf die Gründe, die für die Pflicht zur Leistung sprechen, bestimmt.

e) Grundrechtecharta

i. Grundlagen

Die GRC, die den Rang von Primärrecht hat, ist gem ihrem Art 51 Abs 1 jedenfalls dann für die MS verbindlich, wenn diese Unionsrecht „durchführen“, also insb bei der Umsetzung von Richtlinien. Fraglich ist, inwieweit aus der GRC Vorgaben zur „Sicherung des Lebensunterhalts“ der Personen, die sich in einem MS rechtmäßig oder tatsächlich aufhalten, abzuleiten sind. Hier interessiert die Lage primär zu Personen, die sich hier rechtmäßig aufhalten, weil das Sekundärrecht Schutzberechtigten und – jedenfalls während des Verfahrens – Schutzsuchenden das Recht zum Aufenthalt gibt.¹³⁰

Die GRC weist, wie erwähnt, in Art 34 eine Bestimmung auf, welche die Frage der „Sicherung des Lebensunterhalts“ ausdrücklich anspricht. Gleichwohl wird dieselbe Frage von vielen primär Art 1 GRC zugeordnet, der besagt „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen“. Diese Zuordnung materieller Lebensbedingungen zur Menschenwürde entspricht der vom BVerfG geschaffenen Tradition zum deutschen Grundgesetz. Im Rahmen der GRC spricht gegen sie allerdings die speziellere Regelung in Art 34 (systematische Interpretation). Die Zuordnung ist auch in der Sache nicht selbstverständlich oder ohne Zweifel.¹³¹ Im Folgenden wird aber die Bedeutung von Art 1 GRC für die „Sicherung des Lebensunterhalts“ beleuchtet.¹³²

Die verschiedenen hier einschlägigen Richtlinien kennen, wie gesagt, unterschiedliche Mindeststandards. Die (neue) Aufnahme-RL kennt neben dem allgemeinen Standard der angemessenen Lebensbedingungen den „würdigen“ Lebensstandard (und allenfalls noch jenen der „Grundbedürfnisse“), der unter dem erstgenannten Standard liegt. Jedenfalls nach ErwG 35 dieser RL stehen diese Standards im Einklang mit Art 1 GRC. Die Status-RL erlaubt für subsidiär Schutzberechtigte die Leistungen zur Sozialhilfe auf die Kernleistungen zu beschränken. Jedenfalls nach ErwG 16 dieser RL steht auch dies im Einklang mit Art 1 GRC.

¹³⁰ Zur Lage bei Rückkehrverpflichteten vgl unten D.

¹³¹ Vgl *Rixen* in Heselerhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der europäischen Grundrechte, § 9 Rn 17. *Rixen* bezweifelt, dass das Fehlen des (physischen) Existenzminimums im Rahmen des Art 1 GRC eine Menschenwürdeverletzung darstellen kann, da die GRC in Art 34 Abs 3 GRC eine speziellere Regelung enthält. Art 1 könne dann nur in Extremfällen fehlender Versorgung einschlägig sein, etwa, wenn die zur Verfügung gestellten Mittel eine lebenserhaltende Ernährung unmöglich machen und dies auch intendieren, weil der Betroffene gerade wegen seiner vermeintlichen Minderwertigkeit oder Andersartigkeit getroffen werden soll.

¹³² In diese Richtung auch *Dupré* in Peers/Hervey/Kenner/Ward, The EU Charter of Fundamental Rights (2014) 01.31.

Die Rückführungs-RL sieht keinen allg Mindeststandard vor, sie wahrt nach ihrem ErwG 24 gleichwohl die Grundrechte der Charta. Nach Auffassung des Unionsgesetzgebers der Richtlinien verwirklichen daher unterschiedliche Leistungsniveaus die Vorgaben des Art 1 GRC, nicht nur der allg Mindeststandard der Aufnahme-RL.

ii. *Allgemeines zum Inhalt des Art 1 GRC*

Art 1 GRC lautet: „Würde des Menschen - Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.“ Fraglich ist hier die Bedeutung dieser Norm in Bezug auf die Pflicht der MS, materielle Bedingungen zur Sicherung des Lebensbedarfes bereitzustellen. Vor allem in der deutschen Literatur wird gesagt, als Vorbild für Art 1 GRC habe Art 1 des deutschen Grundgesetzes gedient.¹³³ Die offiziellen Erläuterungen zur Charta belegen diese Vorbildfunktion nicht. Auch in der deutschen Literatur wird gesagt, dass das deutsche Verfassungsverständnis nicht einfach auf die europäische Rechtsquelle angewendet werden könne, vielmehr sei von einem genuin unionalen Grundrechtsstandard auszugehen.¹³⁴

Es wird gesagt, dass durch Art 1 GRC ein absoluter Kernbereich menschlicher Existenz geschützt werden soll, der im Wesentlichen den Schutz und die Achtung der körperlichen und geistigen Integrität sowie die Sicherung der elementaren Lebensgrundlagen umfasst.¹³⁵ Vor allem aus der zweiten Gewährleistung könnte man einen Leistungsanspruch gegen den Staat auf ein materielles Existenzminimum ableiten.¹³⁶

Vorweg ist zu fragen, ob ein von der GRC vorgegebenes Niveau an Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für alle MS einheitlich und damit „absolut“ oder aber – entsprechend den Lebensstandards in den MS – unterschiedlich und damit „relativ“ zu bestimmen wäre. Ein einheitliches Niveau könnte sich, wie gesagt, nur auf die davon umfassten Güter und Dienstleistungen beziehen (materielles Niveau), nicht auf den für diese in einem MS erforderlichen Geldbetrag. Für eine unterschiedliche Bestimmung des materiellen Niveaus könnten die nach wie vor beträchtlichen Unterschiede im Lebensstandard in den MS und die Tatsache sprechen, dass es um den Lebensunterhalt im Umfeld des – höheren oder niedrige-

¹³³ Breuer in Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter, Enzyklopädie Europarecht II – Europäischer Grundrechtsschutz (2014) § 7 Rz 2.

Dies gilt insb für das sozio-kulturelle Existenzminimum. Vgl Fuchs/Segalla in Houloubek/Lienbacher, GRC-Kommentar (2014) Art 1 Rz 26. Siehe auch Haedrich, Das Asylbewerberleistungsgesetz, das Existenzminimum und die Standards der EU-Aufnahme-RL, ZAR 2010, 227, 231; Janda, Migranten im Sozialstaat (2012), 293; Peek/Tsourd in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 17 para 258.

¹³⁴ Vgl Breuer wie vorige Fn.

¹³⁵ Tettinger/Stern/Höfling, Europäische Grundrechte-Charta, Art 1 Rn 20.

¹³⁶ Tettinger/Stern/Höfling, Europäische Grundrechte-Charta, Art 1 Rn 26.

ren – Lebensstandards des betreffenden MS geht. Für eine unionseinheitliche Bestimmung sprechen hingegen durchgreifend drei Argumente. Erstens hängt das Mindestniveau an Gütern und Dienstleistungen primär von den Grundbedürfnissen und nicht von der Umgebung ab. Zweitens ist das Verständnis von Menschenwürde ohne Zweifel unionseinheitlich, so dass daraus abgeleitete Anforderungen an eine staatliche Sicherung des Existenzminimums ebenfalls unionseinheitlich zu sehen sind. Die Menschenwürde verlangt in einem MS mit höherem Lebensstandard nicht mehr an Gütern und Dienstleistungen als in einem MS mit geringerem Lebensstandard; nur der dafür erforderliche Geldbetrag wird (entsprechend dem Preisniveau) idR verschieden sein. Drittens hat der Blick auf die Mindeststandards der Richtlinien gezeigt, dass diese weit überwiegend einen absoluten Standard vorgeben, der Unionsgesetzgeber also einen solchen Standard als im Einklang mit der GRC stehend sieht.

Ein aus Art 1 GRC abgeleiteter Mindeststandard ist somit ein unionseinheitlicher Standard an Gütern und Dienstleistungen.

In der Folge ist fraglich, ob dieser einheitliche Standard stets derselbe ist oder ob es Situationen gibt, in denen vom allgemeinen einheitlichen Standard nach unten oder oben abgewichen werden muss bzw darf. In Bezug auf ein Abweichen nach oben ist an Sonderbedarfe zu denken. In Bezug auf ein Abweichen nach unten ist an drei Situationen zu denken. Erstens geht es um Fälle, in denen die Leistung gekürzt wird oder entfällt, weil der Empfänger eine zumutbare Obliegenheit (zB zu Erwerb, Integration oder Wohnsitznahme) nicht erfüllt. Hier kann die Leistung stets durch Erfüllen der Obliegenheit erlangt werden. Wie später darzulegen ist (vgl unten B.II.3.b. und c), ist hier auch ein Unterschreiten eines allgemeinen Mindeststandards zulässig. Zweitens geht es um Fälle, in denen die Leistung als Sanktion für ein eigenverantwortliches Verhalten des Empfängers gekürzt wird, ohne dass die Kürzung vom Empfänger in der Folge vermieden werden kann. Darauf muss hier nicht näher eingegangen werden, weil diese Fallgruppe hier nicht relevant ist. Hingewiesen sei aber darauf, dass Art 20 Aufnahme-RL in manchen der dort genannten Fälle eine solche Sanktion vorsieht.¹³⁷ Ferner sei darauf verwiesen, dass das deutsche Bundessozialgericht jüngst eine Kürzung der Regelleistung nach SGB II (entspricht funktionell der BMS, allerdings bei wohl deutlich geringerem Betrag) um 30 % gebilligt hat, um mit einer Rückzahlungspflicht für fünf Jahre vorher unrechtmäßig bezogene Leistungen aufzurechnen.¹³⁸ Diese deutliche Reduktion der laufenden Leistung zum Lebensunterhalt ist nach Auffassung des BSG mit der Gewähr-

¹³⁷ Und zwar für die Fälle des Art 20 Abs 1 lit c und Abs 2.

¹³⁸ BSG 14 AS 20/15 R; Medieninformation Nr. 7/16 vom 6.3.2016.

leistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 GG vereinbar, insb weil die Aufrechnung „an eine vorwerfbare Veranlassung des Erstattungsanspruchs durch den Leistungsberechtigten und damit an seine Eigenverantwortung als Person an[knüpft], die Teil der Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz zugrunde liegenden Vorstellung vom Menschen ist.“ Drittens ist an Fälle zu denken, in denen das Sekundärrecht „nur“ eine Gleichstellung mit den Staatsbürgern verlangt (wie insb in Art 29 Status-RL), das Recht des MS jedoch keine Leistung vorsieht. Auch aus Art 1 GRC wird dann keine „absolute“ Vorgabe folgen (dazu unten B.II.3.b).

iii. *Zum „allgemeinen“ einheitlichen Mindeststandard*

Im Folgenden geht es nur um den „allgemeinen“ einheitlichen Standard in Situationen, in denen keine der eben beschriebenen Sonderkonstellationen vorliegt.

Dazu ist zuerst zu fragen, ob etwa einer der „absoluten“ Mindeststandards der genannten Richtlinien als „Konkretisierung“ dieses allgemeinen Mindeststandards aus Art 1 GRC anzusehen ist. Dafür könnte der allg Standard des Art 17 Abs 2 Aufnahme-RL in Betracht kommen (Österreich sieht dazu die Grundversorgung vor). Für diese Gleichsetzung könnte das Urteil *Saciri* sprechen, wo der EuGH zur alten Aufnahme-RL aus 2003 sagt: „Im Übrigen stehen die allgemeine Systematik und der Zweck der Richtlinie 2003/9 wie auch die Wahrung der Grundrechte, insbesondere [des] Art. 1 der Charta der Grundrechte, die Menschenwürde zu achten und zu schützen, dem entgegen, dass einem Asylwerber, und sei es auch nur vorübergehend nach Einreichung eines Asylantrags, der mit den in dieser Richtlinie festgelegten Mindestnormen verbundene Schutz entzogen wird.“¹³⁹ Wenig später sagt das Urteil: „Daraus ergibt sich, dass die Höhe der finanziellen Unterstützung zwar von dem jeweiligen Mitgliedstaat festgelegt wird, aber für ein menschenwürdiges Leben ausreichen muss, bei dem die Gesundheit und der Lebensunterhalt der Asylwerber gewährleistet sind.“¹⁴⁰ Wie bereits dargelegt, verwirklichen nach Auffassung des Unionsgesetzgebers der Richtlinien jedoch unterschiedliche Leistungsniveaus die Vorgaben des Art 1 GRC, nicht nur der allg Mindeststandard des Art 17 Abs 2 Aufnahme-RL, sondern auch jene Standards, die unter diesem liegen. Vor diesem Hintergrund ist die zitierte Aussage des Urteils *Saciri* in Bezug auf Art 1 GRC als

¹³⁹ EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 35 unter Verweis auf EuGH 27.9.2012 C-179/11 *Cimade und GISTI* Rn 56.

¹⁴⁰ EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 40. Allerdings ist hier wie stets zu beachten, dass das unterstützende Heranziehen eines Grundrechts zur Auslegung von Sekundärrecht durch den EuGH nicht notwendig bedeutet, dass der EuGH auch den konkreten Inhalt des ausgelegten Sekundärrechtsakts vom Grundrecht als erfordert ansieht; dies wird man nur annehmen können, wenn der EuGH den Akt gerade wegen des Grundrechts in bestimmter Weise auslegt.

Unterstützung für die Auslegung der konkreten Richtlinienbestimmung und nicht als Aussage zu dem von Art 1 GRC stets Gebotenen zu verstehen – nicht nur soweit es um die oben erwähnten besonderen Situationen geht, sondern auch zum allgemeinen einheitlichen Mindeststandard. Für diese tendenziell restriktive Auffassung spricht auch die erkennbar ablehnende Haltung der MS als Verfassungsgeber, in die GRC zwingende Leistungspflichten aufzunehmen und die beschränkten Reichweite des Kapitels „Solidarität“.¹⁴¹

Oben wurde erwähnt, dass gesagt wird, durch Art 1 GRC solle ein absoluter Kernbereich menschlicher Existenz geschützt werden, der im Wesentlichen den Schutz und die Achtung der körperlichen und geistigen Integrität sowie die Sicherung der elementaren Lebensgrundlagen umfasst.¹⁴² Danach sicherte Art 1 GRC die materiellen Voraussetzungen die vor allem für die physische Existenz erforderlich sind, insb Nahrung, Kleidung, Unterkunft. Auch das Ministerkomitee des Europarats stellt in seiner Empfehlung aus 2000¹⁴³ – nur – auf die Befriedigung der elementaren Bedürfnisse, das physiologisch Notwendige, ab, zu denen überdies die medizinische Grundversorgung gezählt wird. Die hoheitliche Pflicht zum Schutz vor Existenznot kann als eine den europäischen Verfassungstraditionen gemeinsame Wertung angesehen werden. Folglich lässt sich als Inhalt des Art 1 GRC zumindest ein Anspruch auf das zum physischen Überleben Notwendige ableiten.

Was im Einzelnen an Gütern und Dienstleistungen zum physischen Existenzminimum gehört, kann aus der Bestimmung nicht unmittelbar abgeleitet werden. Die Konkretisierung liegt beim nationalen oder europäischen Gesetzgeber, dem dabei ein Gestaltungsspielraum zukommt.¹⁴⁴ Die Bestimmung des Leistungsumfangs hat sich dabei am konkreten Bedarf zu orientieren; die Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins hängen von den Rahmenbedingungen und vom einzelnen Menschen ab. Daher ist es uU erforderlich, festzustellen, ob die Betroffenen Unterstützung durch Angehörige oder auf anderweitige Art erfahren. Der Gehalt des Art 1 GRC würde dann darin liegen, dass der Staat existenzsichernde Hilfen orientiert am individuellen Bedarf leistet.¹⁴⁵ Der Gesetzgeber muss und darf – schon wegen der Handhabbarkeit der Regelungen – aber typisieren bzw pauschalisieren; jedoch müssen Abweichungen für atypische Sachverhalte möglich sein. Fraglich ist, ob auch die Rsp des BVerfG zu übernehmen ist, wonach die Höhe der Leistungen auf verlässlich ermittelten Daten basie-

¹⁴¹ Vgl *Bungenberg* in Grabenwarter/Hatje/Müller-Graf (Hrsg), Enzyklopädie des Unionsrechts Band II - Grundrechte (2014) § 17 Rn 5 ff.

¹⁴² Tettinger/Stern/Höfling, Europäische Grundrechte-Charta, Art 1 Rn 20.

¹⁴³ Recommendation No. R (2000) 3 v. 19.1.2000.

¹⁴⁴ Vgl zum GG *Janda*, Migranten im Sozialstaat (2012), 122 f.

¹⁴⁵ Zu Art 1 Abs 1 GG siehe *Janda*, Migranten im Sozialstaat, 123.

ren muss, um zu prüfen, ob sie zur Bedarfsdeckung ausreichen.

Geht der Gesetzgeber davon aus, dass bestimmte Personengruppen Minder- oder Mehrbedarfe haben, so sind Unterschiede in der Leistungsgewährung zulässig, wenn es für die Unterscheidung relevante Gründe gibt. Bei Migranten erlaubt der Hinweis auf ein niedrigeres Existenzniveau in den Herkunftsländern oder anderen MS es jedoch nicht, die Leistungen deshalb zu reduzieren. In Bezug auf das physische Existenzminimum werden sich bei Flüchtlingen somit keine Unterschiede zu Staatsangehörigen ergeben.

Fraglich ist, inwieweit – über Leistungen zum physischen Existenzminimum hinaus – die deutsche Judikatur zum sozio-kulturellen Existenzminimum und damit zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben Inhalt des Art 1 GRC ist. Diese Frage ist zwar bei Flüchtlingen aufgrund des Gleichstellungsgebotes idR nicht unmittelbar relevant, wohl aber für andere Personengruppen. In der deutschsprachigen Literatur wird die Frage weithin bejaht, der EuGH hat es aber bislang, soweit zu sehen, noch nicht gesagt. In Art 34 Abs 3 GRC könnte insoweit ein Anhaltspunkt für den fraglichen Schutzzumfang gesehen werden, als dort von der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung die Rede ist. Art 34 Abs 3 GRC ist jedoch weniger als Recht der Einzelnen auf soziale Unterstützung denn als Verpflichtung der Union zur Achtung der mitgliedstaatlichen Fürsorgesysteme ausgestaltet; Bindungsadressat ist nach verbreiteter Auffassung nur die Union, nicht die Mitgliedstaaten. Ob der Menschenwürdegarantie des Art 1 GRC eine Pflicht entnommen werden kann, die Teilhabe am sozialen Leben durch Geldleistungen zu ermöglichen, ist daher zweifelhaft. Die Anerkennung einer grundrechtlichen Leistungsdimension stellt wohl schon in Bezug auf das physische Existenzminimum eine Ausnahme im europäischen System dar, was gegen eine extensive Auslegung spricht.¹⁴⁶

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass eine Vorgabe von Art 1 GRC zur Sicherung des Existenzminimums nicht die Wahrung des „angemessenen Lebensstandards“ aus Art 17 Abs 2 Aufnahme-RL verlangt, sondern auch ein geringerer Standard mit Art 1 GRC vereinbar ist. Insb trifft dies auf den „würdigen Lebensstandard“ zu. Art 1 GRC verlangt wenn, dann nur die Gewährleistung des physischen Existenzminimums, nicht auch eines „sozio-kulturellen“.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass sich über den „Umweg“ der vom Sekun-

¹⁴⁶ Art 1 GRC kann allenfalls der Schutz vor Maßnahmen entnommen werden, die eine Pflege sozialer, insbesondere familiärer Beziehungen und eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben erschweren, etwa unverhältnismäßige Beschränkungen der Bewegungsfreiheit. Zurückhaltung wird hingegen beim Vorhaben geboten sein, die Teilhabe am sozialen Leben durch Geldleistungen zu ermöglichen, die Ausfluss einer Art 1 GRC entnommenen Leistungspflicht sind.

därrecht vorgesehenen Leistungen an Migranten, insb Schutzsuchende, iVm Art 1 GRC – unter Verdrängung des Art 34 GRC – auch für die jeweiligen Staatsangehörigen ein unionsrechtlich gebotenes Mindestniveau an Leistungen zur Existenzsicherung ergeben könnte.

f) Relevanz der Aufnahme-RL ?

Fraglich ist, ob sich aus der Aufnahme-RL, die nach Art 1 nur Antragsteller auf internationalen Schutz erfasst, Anhaltspunkte für jenes Niveau an Leistungen ergeben können/müssen, die nach der Status-RL gewährt werden müssen. Dafür könnte sprechen, dass bei Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten bereits festgestellt ist, dass sie Schutz verdienen, während bei Antragstellern dies noch nicht feststeht und nicht selten nur die Behauptung der Schutzbedürftigkeit vorliegt. Nach Art 17 Abs 5 S 1 Aufnahme-RL bemessen sich die Leistungen in Form von Geldleistungen oder Gutscheinen grds nach dem Leistungsniveau, das der betreffende MS anwendet, um eigenen Staatsangehörigen einen angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten. Nach Art 17 Abs 5 S 2 Aufnahme-RL können die MS Antragsteller jedoch weniger günstig behandeln, insb wenn „das, auf eigene Staatsangehörige anzuwendende Leistungsniveau darauf abzielt, einen Lebensstandard zu gewährleisten, der über dem nach dieser Richtlinie für Antragsteller vorgeschriebenen Lebensstandard liegt.“ Die Verpflichtung aus Art 17 Aufnahme-RL geht in Bezug auf Flüchtlinge somit nicht über Art 29 Abs 1 Status-RL hinaus. Schon deshalb ergeben sich aus der Aufnahme-RL keine Anhaltspunkte für jenes Niveau an Leistungen, die nach der Status-RL Flüchtlingen gewährt werden müssen.

g) Völkerrechtliche Verpflichtungen

Österreich hat sich in mehreren völkerrechtlichen Verträgen zur sozialen Versorgung seiner Einwohner verpflichtet. Zu nennen sind hier die Europäische Sozialcharta (ESC) und der UN-Sozialpakt.¹⁴⁷ Für diese Rechtsquellen gilt, ebenso wie für die GFK, dass sie keine subjektiven Rechte einzelner Personen begründen.¹⁴⁸ Das Einhalten der verschiedenen Pakte wird nur mittels Berichtssystems überwacht.

Die ESC, die in der Revidierten Fassung aus 1996 vorliegt und von Österreich mit Erfüllungsvorbehalt iSd Art 50 Abs 2 B-VG (und mit Vorbehalten) ratifiziert wurde, enthält keine speziellen Bestimmungen zu Flüchtlingen. Die allg Bestimmungen erfassen aber auf-

¹⁴⁷ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966. In Österreich 1978 in Kraft getreten und durch BGBl 590/1978 kundgemacht.

¹⁴⁸ *Schäffer/Klaushofer* in Merten/Papier/Kucsco-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1 § 20 Rz 44.

grund eines Appendix zur Charta¹⁴⁹ auch anerkannte Flüchtlinge,¹⁵⁰ nicht jedoch subsidiär Schutzberechtigte. Hier von Interesse sind insb Art 13 (Recht auf Fürsorge),¹⁵¹ Art 17 (Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz), Art 30 (Recht auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung) sowie Art 31 (Recht auf Wohnung). Die daraus ableitbaren Vorgaben werden aber wohl nicht über das hinausgehen, was heute bereits aus dem Unionsrecht folgt.

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der UN aus 1948 enthält in Art 25 Abs 1 eine Aussage zum adäquaten Lebensstand.¹⁵² Im UN-Sozialpakt anerkennen die Vertragsstaaten insb in Art 9 das Recht auf soziale Sicherheit, welches ausdrücklich die Sozialversicherung einschließt. Auch hier werden die Vorgaben nicht über das hinausgehen, was heute bereits aus der GRC folgt.

3. Einzelne Fragen

Im Folgenden sollen verschiedene Regelungen / Maßnahmen im Hinblick auf Gleichbehandlungspflicht und inhaltliche Vorgaben erörtert werden.

a) Sachleistungen

i. Grundsätzliche Zulässigkeit

In letzter Zeit wird verstärkt die teilweise Umstellung der Leistungen der BMS von Geld- auf Sachleistungen oder Direktleistungen (wohl: Gutscheine) nicht nur im Einzelfall, sondern als Regel diskutiert, insb in Bezug auf Leistungen für Wohnen, Essen, Energie und Weiterbildung. Gefordert wird ein Verhältnis von Sach- und Geldleistungen von 50:50. Die Substitution von Geld- durch Sachleistungen verringert die Autonomie und Wahlmöglichkeiten der Leistungsbezieher. Er vergrößert aber die Wahrscheinlichkeit, dass die betreffenden

¹⁴⁹ “2. Each Party will grant to refugees as defined in the Convention relating to the Status of Refugees, signed in Geneva on 28 July 1951 [and in the Protocol of 31 January 1967]1, and lawfully staying in its territory, treatment as favourable as possible, and in any case not less favourable than under the obligations accepted by the Party under the said convention and under any other existing international instruments applicable to those refugees.”

¹⁵⁰ Vgl dazu EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, 5 October 2015, Statement of interpretation on the rights of refugees under the European Social Charter.

¹⁵¹ Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Fürsorge zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

1. sicherzustellen, daß jedem, der nicht über ausreichende Mittel verfügt und sich diese auch nicht selbst oder von anderen, insbesondere durch Leistungen aus einem System der Sozialen Sicherheit, verschaffen kann, ausreichende Unterstützung und im Fall der Erkrankung die Betreuung, die seine Lage erfordert, gewährt werden; ...“

¹⁵² “Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.”

Bedarfe tatsächlich gedeckt werden; es soll wohl auch verhindert werden, dass Asylberechtigte das Geld an Verwandte im Herkunftsstaat senden. Ein weiteres Motiv für eine Umstellung ist wohl, die Anreize für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zusätzlich zu erhöhen.

Sieht das nationale Recht für alle Bezieher der BMS primär oder partiell Sachleistungen statt Geldleistungen vor, so verletzt die Anwendung dieser Regelung auf Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte offenkundig keine Gleichbehandlungspflichten. Fraglich kann sein, ob eine breitflächige Erbringung von Sach- statt Geldleistungen mit den inhaltlichen Vorgaben vereinbar ist. Dies hängt vom Ausmaß der Sachleistungen ab. Grundsätzlich kann das zur Deckung des physischen Existenzminimums und eines Teiles des sozio-kulturellen Minimums Erforderliche wohl auch durch Sachleistungen bereitgestellt werden. Anders ist es bei jenem – deutlich geringeren – Teil des sozio-kulturellen Minimums, das zum Erfüllen individueller Wünsche dienen soll und daher in Geld bereitgestellt werden muss. Auf die Frage, ob die genannte Ausgestaltung mit dem Sachlichkeitsgebot der österr Verfassung vereinbar ist, muss in diesem Gutachten nicht eingegangen werden.

Problematisch wäre es hingegen, Sachleistungen nur für Flüchtlinge vorzusehen – wie dies etwa derzeit in den Niederlanden diskutiert wird.¹⁵³ Geht man von einem strikten Gleichbehandlungsgebot aus, so ist dies unzulässig. Geht man hingegen von einem Diskriminierungsverbot aus, so könnte wohl zwischen der Unterkunft und der Deckung des sonstigen Lebensbedarfes unterschieden werden. Unterkunft kann zwar auch im Rahmen der BMS als Sachleistung gewährt werden, faktisch ist dies aber wohl die Ausnahme. Wird die Unterkunft nun nur für Schutzberechtigte großflächig (nur) als Sachleistung zur Verfügung gestellt, so kann dies vorübergehend dann gerechtfertigt sein, wenn der Bedarf an Wohnraum für Schutzberechtigte in kurzer Zeit aufgrund eines starken Zustroms deutlich ansteigt und es daher zu Schwierigkeiten bei der Unterbringung im Wege des Marktes kommt (etwa weil die plötzlich

¹⁵³ Laut Auskunft der österr Botschaft vom 16.2.2016 ist die Lage dazu bei Asyl- bzw. Schutzberechtigten wie folgt:

„Vor dem Hintergrund des großen Flüchtlingszustroms wird seitens der NL Regierung seit Ende vorigen Jahres angedacht, die finanziellen Leistungen an anerkannte Flüchtlinge/subsidiär Schutzberechtigte einzuschränken, indem man z.B. die Sozialhilfe an diese Personen zum Großteil als Sachleistung erbringen möchte (Einbehaltung von Miete, Krankenversicherungsbeiträge etc.) und nur mehr € 200 bis € 250 im Monat zur Auszahlung gelangen sollte. Eine Entscheidung hierüber ist jedoch noch nicht getroffen.

Auch wird eine verpflichtende Unterbringung von anerkannten Flüchtlingen in gemeinsamen Wohnheimen (statt wie bisher Einzelwohnungen) in Erwägung gezogen. Entscheidungen hierüber finden in NL auf dezentraler Ebene statt (Gemeindekompetenz), so dass generelle Aussagen hierüber kaum möglich sind.“

gestiegene Nachfrage zu starken Preissteigerungen führt).¹⁵⁴ Darüber hinaus ist zu erwägen, dass die Sachleistung der Unterkunft mit jener integrationspolitischen Erwägung begründet und gerechtfertigt werden kann, welche die Wohnsitzobliegenheit anzuordnen erlaubt.¹⁵⁵ Bei der Deckung des sonstigen Lebensbedarfes ist ein Grund für eine Differenzierung hingegen nicht ersichtlich. Das danach Zulässige wird auch mit der österr Verfassung, insb dem Sachlichkeitsgebot, vereinbar sein.

Bedenken gegen die Zulässigkeit von Sachleistungen könnten allerdings aus ErwG 45 der Status-RL folgen. Primär geht es dort um Leistungen der Sozialhilfe an subsidiär Schutzberechtigte und dazu zu den „Kernleistungen“: „Bei der Sozialhilfe sollten die Modalitäten und die Einzelheiten der Gewährung der Kernleistungen für Personen, denen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, durch das nationale Recht bestimmt werden. Die Möglichkeit der Einschränkung der Sozialhilfe auf Kernleistungen ist so zu verstehen, dass *zumindest eine Mindesteinkommensunterstützung* sowie Unterstützung bei Krankheit oder bei Schwangerschaft und bei Elternschaft umfasst sind, soweit diese Leistungen nach dem nationalen Recht eigenen Staatsangehörigen gewährt werden.“ (HvV) Die Bezugnahme auf eine Mindesteinkommensunterstützung könnte darauf hindeuten, dass das Gewähren von Sachleistungen unzulässig ist. Allerdings findet eine solche Einschränkung im Normtext weder Niederschlag noch Stütze. Dieser verlangt nur die Gleichbehandlung. Selbst wenn man aus Art 34 Abs 3 GRC eine Pflicht der MS ableiten wollte, den im MS Wohnenden eine „soziale Unterstützung“ für ein menschenwürdiges Dasein zu gewährleisten, verpflichtete diese Bestimmung nicht dazu, dies in Form einer Geldleistung zu tun. Da das Unionsrecht die MS zu einer solchen Geldleistung schon für Staatsangehörige nicht verpflichtet, kann man nicht annehmen, dass es eine solche Pflicht (nur) für Schutzberechtigte enthält, weil dies über die Gleichstellungspflicht hinausginge.

Bei Flüchtlingen (und bei subsidiär Schutzberechtigten) ist die Gewährung von Sachleistungen, die auch für Staatsangehörige vorgesehen sind, zulässig – jedenfalls dann, wenn sie jene Bedarfe abdeckt, für die auch eine Mindesteinkommensunterstützung dienen soll. Bei der Unterkunft kann die Gewährung als Sachleistung auch dann zulässig sein, wenn dies bei

¹⁵⁴ Die Lage ist dann bei Schutzberechtigten auch anders als bei anderen Migranten. Sie sind – soweit sie überhaupt (mangels Erwerb oder Vermögen) auf BMS angewiesen sind, von Anfang an auf öffentliche Unterstützung für die Unterkunft angewiesen. Für Drittstaatsangehörige im Allgemeinen bestimmt § 8 Abs 2 NAG hingegen: „Aufenthaltstitel dürfen einem Fremden nur erteilt werden, wenn ... 2. der Fremde einen Rechtsanspruch auf eine Unterkunft nachweist, die für eine vergleichbar große Familie als ortsüblich angesehen wird; ...“ Unionsbürger haben nach der neuesten Judikatur des EuGH idR wohl keinen sofortigen Anspruch auf BMS; vgl unten B.II.3.e.

¹⁵⁵ Vgl. unten c.

Staatsangehörigen nur ausnahmsweise erfolgt.

ii. Materielle Aspekte

Da Thema dieses Gutachtens die Zulässigkeit von Differenzierungen gegenüber Staatsangehörigen ist, ist es nicht erforderlich, ausführlich auf inhaltliche Aspekte der Sachleistungsgewährung einzugehen, insb wenn Flüchtlinge diesbezüglich den Staatsangehörigen voll gleichgestellt sind. Einige Hinweise genügen.

Eine ausschließliche Versorgung durch Sachleistungen beschränkt Individualität und Autonomie, sie kann mit religiösen und kulturellen Interessen kollidieren. Auch bei Gleichstellung der Flüchtlinge mit Staatsangehörigen sind in Bezug auf die Leistungen wohl die Vorgaben der GRC zu beachten. Die Menschenwürde (Art 1 GRC) schützt in Verbindung mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 7 GRC) auch einen Freiraum für Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung.¹⁵⁶ Damit ist angesprochen, ob Sachleistungen geeignet sind, das Existenzminimum sicherzustellen. Das kann hier nicht umfassend geprüft werden.

Als Ausgangspunkt kann zum physischen Existenzminimum wohl gesagt werden, dass bei individueller Unterkunft (also nicht Gemeinschaftsunterkunft), Verpflegung, Kleidung und anderen Bedarfsgegenständen das Existenzminimum auch durch Sachleistungen gewährleistet werden kann. Allerdings wird die Möglichkeit zu autonomer Auswahl dabei wenn möglich eröffnet werden müssen. Gutscheine, welche die Auswahl aus einem – wenn auch im Vergleich zum Markt – begrenzten Angebot ermöglichen, geben der Autonomie mehr Raum als das Bereitstellen von Sachmitteln. In aller Regel werden daher bei Schutzberechtigten nur Gutscheine den materiellen Vorgaben entsprechen, zumal schon mit diesen verhindert werden kann, dass die Leistung zum Unterhalt an Verwandte exportiert wird. Die Gewährung in Form von Gutscheinen und das Einbeziehen entsprechender Güter in das dadurch eröffnete Angebot ermöglicht es auch, religiöse Speise- und Kleidungssitten zu befolgen. Auf individuelle Ernährungsgewohnheiten muss nicht Rücksicht genommen werden, wohl aber auf individuelle Besonderheiten wie Allergien, die dazu führen, dass mit den über Gutscheine beziehbaren Gütern der Lebensunterhalt nicht gedeckt werden kann; in diesem Fall ist das Angebot zu erweitern (oder Geldleistung vorzusehen).

Im Interesse der Autonomie der Empfänger wird aber jedenfalls ein gewisser Teil des Existenzminimums in Geld auszubezahlen sein. Dieser dient dann auch der Abdeckung des sozio-kulturellen Existenzminimums; bei dem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen

¹⁵⁶ Tettinger/Stern/Tettinger, Europäische Grundrechte-Charta, Art 7 Rn 10 ff.

Leben kommt der Autonomie eine größere Bedeutung zu als beim physischen Existenzminimum.

b) Obliegenheit zu Integrationsbemühungen

i. Obliegenheit

Die Vorschriften zur BMS verlangen bei erwerbsfähigen Personen den Einsatz der Arbeitskraft (vgl bereits oben B.I). So bestimmt zB § 14 Abs 1 Wiener MG: „Hilfe suchende oder empfangende Personen sind verpflichtet, zumutbare Beschäftigungen anzunehmen, sich nach- oder umschulen zu lassen, an einer Maßnahme zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt teilzunehmen und von sich aus alle zumutbaren Anstrengungen zur Erlangung einer Beschäftigung zu unternehmen.“¹⁵⁷ Wird diese „Pflicht“, genauer diese Obliegenheit, nicht erfüllt, so sehen die LandesG zur BMS idR Leistungskürzungen vor. So bestimmt zB § 15 Abs 1 Wiener MG: „Wenn eine Hilfe suchende oder empfangende Person ihre Arbeitskraft nicht in zumutbarer Weise oder nicht so gut wie möglich einsetzt oder an arbeitsintegrativen Maßnahmen nicht entsprechend mitwirkt, ist der im Rahmen der Bemessung auf sie entfallende Mindeststandard zur Deckung des Lebensunterhalts stufenweise bis zu 50 vH zu kürzen. Bei fortgesetzter beharrlicher Weigerung, die Arbeitskraft so gut wie möglich einzusetzen oder an arbeitsintegrativen Maßnahmen teilzunehmen, ist eine weitergehende Kürzung bis zu 100 vH zulässig.“ Das Wiener MG erlaubt also auch den vollen Entfall der BMS. Das Wiener SozialhilfeG, das in Bezug auf die Sicherung des Lebensbedarfes allerdings durch das WMG verdrängt wird, sah nur eine Kürzung bis zu 50 % vor.¹⁵⁸

Diese Bestimmungen und die Parallelbestimmungen in den G der anderen Bundesländer gehen also von der Obliegenheit aus, dass erwerbsfähige Personen ihre Arbeitsmöglichkeiten nutzen (manche sprechen von „Fördern und Fordern“). Dadurch soll das Subsidiaritätsprinzip der BMS gewahrt bleiben und eine möglichst vollständige (Wieder-)Eingliederung in das Erwerbsleben ermöglicht werden.

¹⁵⁷ Angemerkt sei: In Deutschland fordern nicht wenige, dass der dort bestehende gesetzliche Mindestlohn für Flüchtlinge in derselben Weise abgesenkt werde wie für Langzeitarbeitslose. Art 26 Abs 4 Status-RL bestimmt: „Die in den Mitgliedstaaten geltenden Rechtsvorschriften über das Arbeitsentgelt, den Zugang zu Systemen der sozialen Sicherheit im Rahmen der unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit sowie sonstige Beschäftigungsbedingungen finden Anwendung.“ Dasselbe folgt aus Art 24 Z 1 lit a GFK. Fraglich ist daher, ob die Tatsache des Zuzugs als Schutzberechtigter sofort der langdauernden Arbeitslosigkeit gleichgestellt werden darf – oder erst, wenn die Schutzberechtigten im Aufnahmeland bereits lange arbeitslos waren.

¹⁵⁸ § 13 Abs 5 Wiener SozialhilfeG: „Ist der Hilfesuchende trotz Arbeitsfähigkeit und Arbeitsmöglichkeit (§ 9 Abs. 1) nicht gewillt, seine Arbeitskraft zur Beschaffung seines Lebensbedarfes einzusetzen, so ist der Richtsatz bis zu 50% zu unterschreiten.“

Diese Bereitschaft bzw Obliegenheit kann auch von Flüchtlingen verlangt werden.¹⁵⁹ Daran ändert es nichts, dass der Status von Flüchtlingen potentiell nur vorübergehend ist. Nach Art 11 Abs 1 lit e) Statuts-RL erlischt die Eigenschaft als Flüchtling nämlich, „wenn er nach Wegfall der Umstände, aufgrund deren er als Flüchtling anerkannt worden ist, es nicht mehr ablehnen kann, den Schutz des Landes in Anspruch zu nehmen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt“, wobei „die Veränderung der Umstände erheblich und nicht nur vorübergehend“ sein muss. Ändern sich die Umstände nämlich nicht, so haben Flüchtlinge (von anderen Fällen des Erlöschens abgesehen) ein dauerndes Aufenthaltsrecht. Die „Anwartschaft“ darauf bietet eine ausreichende Basis, um die Gleichbehandlung auch in Bezug auf die Obliegenheit zu bejahen.

Allerdings wird bei einem Teil der Flüchtlinge die Fähigkeit fehlen, in Österreich (legal) erwerbstätig zu sein, insb weil die Kenntnis einer hier nützlichen Sprache fehlt, die vor der Flucht erworbenen fachlichen Kenntnisse hier nicht verwertbar sind, die fachlichen Kenntnisse überhaupt fehlen, die Kenntnis und Vertrautheit mit den hiesigen Rahmenbedingungen (Gebräuche, Umgangsmodalitäten) des Lebens und der Erwerbsarbeit in einer westlichen Gesellschaft und Marktwirtschaft fehlen, oder in manchen Fällen schon die grundlegenden „Kulturtechniken“ (Lesen, Schreiben, Rechnen) fehlen. Damit fehlen aber auch die Voraussetzungen, an welche die Obliegenheit zur Erwerbstätigkeit in den Gesetzen zur BMS sinnvollerweise ansetzen kann.

Mit dem Gleichbehandlungsgeboten der GFK und der Status-RL erscheint es aber sehr wohl vereinbar, die Leistungen zum Lebensunterhalt dann an die Obliegenheit zu knüpfen, an Maßnahmen ernsthaft teilzunehmen, welche die Voraussetzungen dafür schaffen sollen, dass die Flüchtlinge in Österreich erwerbsfähig werden (Förderung der employability). Dazu zählen insb Sprachkurse und Kurse zur Förderung der Integration, aber auch fachliche Schulungsmaßnahmen sowie Maßnahmen, welche grundlegenden Kulturtechniken vermitteln. Dies fällt dann im zB Wiener MG unter die Anforderung, „sich nach- oder umschulen zu lassen, an einer Maßnahme zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt teilzunehmen“.

Zulässig ist aber nur eine Obliegenheit, die vom Flüchtling auch erfüllbar ist. Relevant

¹⁵⁹ Zu politischen Meinung in Deutschland vgl BM Nahles FAZ 31.1.2016: „Alle Menschen, die in Deutschland leben, egal welcher ethnischen Herkunft, müssen sich anstrengen, Arbeit suchen und für sich und ihre Familie aufkommen, so gut sie eben können. Für die Flüchtlinge heißt das im Speziellen: Wer Hilfe in Anspruch nimmt, muss sein ganzes Können, seine Arbeitskraft und – übrigens wie alle anderen auch – sein eigenes Vermögen einbringen. Wer das nicht tut, der wird hier dauerhaft keine Unterstützung erhalten. Wer signalisiert, dass er sich nicht integrieren will, dem werden wir die Leistungen kürzen. Aus meiner Sicht sollte man das auch an die Wahrnehmung von Sprachkursen knüpfen und daran, sich an die Grundregeln unseres Zusammenlebens zu halten.“

für eine Verletzung darf nicht das Erreichen eines bestimmten Erfolgs sein, sondern nur das mangelnde Bemühen darum. Überdies wird die Obliegenheit auch sonst zumutbar sein müssen. Dazu sind ähnliche Überlegungen maßgebend wie zur Arbeitswilligkeit. Von Personen, die wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes arbeitsunfähig sind, kann daher keine Teilnahme an anstrengenden berufsbildenden Kursen verlangt werden. Die Teilnahme an Kursen, die keine körperliche oder psychische Belastung mit sich bringen, wird im Regelfall dagegen zumutbar sein. Im Hinblick auf das wöchentliche Ausmaß der verpflichtenden Maßnahmen ist etwa auch auf familiäre Betreuungspflichten Bedacht zu nehmen.

ii. Kürzung bei mangelndem Bemühen

Das Gebot zu ausreichenden Integrationsbemühungen selbst bereitet keine Probleme in Bezug auf die Vorgaben zu einem Mindestniveau. Differenzierter ist die Lage in Bezug auf eine Kürzung der Leistungen (BMS) bei Verletzung der Obliegenheit zu sehen. Da für Staatsangehörige bzw alle anderen Bezieher von BMS gleichartige Sanktionen vorgesehen sind, ist es mit dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar, wenn die Leistungen zum Lebensunterhalt bei Nichterfüllen der Obliegenheit – nach einer diesbezüglichen Belehrung – in derselben Weise gekürzt werden wie sie nach den MindestsicherungsG bei insb fehlender Arbeitswilligkeit gekürzt werden, also zB um 50 %.¹⁶⁰ Das bestehende System sieht idR eine stufenweise Kürzung vor; erst im Wiederholungsfall können die Geldleistungen zur Gänze gestrichen werden.

Bedenken könnten in Bezug auf inhaltliche Vorgaben bestehen, insb bei einer Kürzung um 100 %. Der EuGH hat zur (alten) Aufnahme-RL im Urteil *Cimade* gesagt, dass die Leistungen an Antragsteller nur in den dort in Art 16 genannten Fällen gekürzt werden dürfen. Die Status-RL enthält allerdings keine Bestimmungen zur Kürzung von Leistungen, sondern gebietet in Art 29 Abs 1 nur, dass Flüchtlinge „die notwendige Sozialhilfe wie Staatsangehörige dieses Mitgliedstaats erhalten“. Dies spricht dafür, dass die allg Möglichkeiten zu Kürzung bei Verletzung einer zulässigen Obliegenheit auch bei Flüchtlingen angewendet werden können. Andernfalls wären Flüchtlinge den Staatsangehörigen nicht gleichgestellt, sondern bessergestellt. Die Möglichkeit zu Kürzungen ist auch mit dem Sachlichkeitsgebot der österr

¹⁶⁰ Vgl auch Art 2 GFK: „Jeder Flüchtling hat gegenüber dem Lande, wo er sich aufhält, Pflichten, die insbesondere darin bestehen, daß er sich dessen Gesetzen und Verordnungen sowie den Maßnahmen, die zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung getroffen wurden, unterwirft.“

Der UNHCR-Commentary aus 1997 sagt zu Art 2, dass diese Bestimmung – wohl: insofern – eine imperfect obligation enthalte, als sie keine Sanktionen vorsehe, dass Art 2 „partly states only the obvious, namely that a refugee, like any other person, must obey the laws and regulations in force in the country where he is.“ Dies ist wohl dahin zu deuten, dass Art 2 selbst nicht zu bes Sanktionen ermächtigt, dass aber die allg im Aufnahmeland vorgesehenen Rechtsfolgen auch bei Flüchtlingen eintreten dürfen.

Verfassung vereinbar.

iii. Kürzung und Entfall bei fehlender Mitwirkung

Fraglich kann daher nur sein, ob das Unionsrecht bei Schutzberechtigten (und Schutzsuchenden) die MS zur Gewährleistung eines absoluten Mindestniveaus an Leistungen zur Existenzsicherung verpflichtet, auch wenn der MS dieses eigenen Staatsangehörigen insb bei Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten nicht gewährleistet. Auf die Frage eines allgemeinen einheitlichen Mindestniveaus wurde bereits eingegangen. Hier geht es spezifisch um die Lage bei Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten.

Zu überlegen ist, ob etwa das in Art 20 Aufnahme-RL bei Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten vorgesehene Niveau eines „würdigen Lebensstandards“ hier ebenfalls einzuhalten ist. Bejaht man dies, so würde sich über den „Umweg“ der vom Sekundärrecht vorgesehenen Leistungen an Schutzsuchende iVm Art 1 GRC – unter Verdrängung des Art 34 GRC – wohl auch für die jeweiligen Staatsangehörigen ein unionsrechtlich gebotenes Mindestniveau an Leistungen zur Existenzsicherung ergeben, das auch an erwerbsfähige, aber erwerbsunwillige Personen zu bezahlen ist.

Für das Übertragen spricht, dass die Status-RL nach ihrem Zweck wohl den Schutzberechtigten neben der Gleichstellung mit den Staatsangehörigen auch ein auf jeden Fall zu gewährleistendes Mindestniveau an Leistungen sichern will, auch weil sie vielleicht davon ausgeht, dass jeder MS ein solches Mindestniveau kennt.¹⁶¹

Für die Zulässigkeit von Kürzung und Entfall der Leistungen dann, wenn die auch für Staatsbürger geltenden Mitwirkungsobliegenheiten nicht eingehalten werden, und damit gegen das Übertragen eines Mindeststandards der „würdigen Lebensbedingungen“¹⁶² sprechen jedoch – uE durchgreifend – folgende Überlegungen.

- Erstens gebietet Art 29 Status-RL nur die Gleichbehandlung, ohne ein Mindestniveau ausdrücklich vorzusehen. Dieser Einwand könnte allerdings mit einer Auslegung, welche die Aufnahme-RL systematisch heranzieht und unter Berufung auf Art 1 GRC überwunden werden.

- Allerdings kann, zweitens, gerade die Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen des Aufnahmelandes auch die Anwendung der Nachteile und Härten des jeweiligen Sozialsystems

¹⁶¹ Ob dies zutrifft, kann hier nicht untersucht werden. Jedenfalls in Italien war dies bis in die jüngste Vergangenheit hinein eher zu verneinen.

¹⁶² Eine Kürzung der BMS um 50 Prozent wird diesem Standard noch genügen, insb wenn man berücksichtigt, dass die Kürzung durch die – allen Beziehern zugemutete – Erwerbsbereitschaft vermieden werden kann.

bedeuten. Aufgrund der Gleichbehandlung der Schutzberechtigten mit den Staatsangehörigen (die bei subsidiär Schutzberechtigten überdies nur eingeschränkt angeordnet ist) kann man nicht generell sagen, dass der Unionsgesetzgeber Schutzberechtigte nicht schlechter stellen wolle als Antragsteller. Dies räumt die Bedenken aus, die aus einer Zusammenschau mit der Aufnahme-RL bestehen können.

- Drittens erscheint es mit der Menschenwürde vereinbar, jede Leistung zum Lebensunterhalt davon abhängen zu lassen, dass die Obliegenheit zu Handlungen, welche zu eigenem Erwerb führen oder die Voraussetzungen dafür verbessern, auch erfüllt werden. Der Wunsch der Gesellschaft, welche die Leistung zum Lebensunterhalt finanzieren soll, dass potentielle Empfänger alle zumutbaren eigenen Anstrengungen unternehmen, um sich selbst zu erhalten, beeinträchtigt die Menschenwürde nicht. In der Folge kann aber auch das in einer liberalen Gesellschaft einzig effektive Mittel diesen Wunsch durchzusetzen, also bei beharrlicher Verweigerung die Leistung zu verweigern, die Menschenwürde nicht beeinträchtigen. Die Betroffenen haben jederzeit die Möglichkeit, die Leistungen durch Erfüllen der Obliegenheit wieder zu erlangen bzw ihren Lebensunterhalt selbst zu sichern. Diese Aussage bedeutet nicht, dass der Entfall der Leistungen sozialpolitisch der beste Weg ist, um den „aktivierenden Wohlfahrtsstaat“ zu verwirklichen.¹⁶³ Hier geht es aber nicht um diese sozialpolitische Gestaltungsfrage, sondern um die Vereinbarkeit des Entfalls mit der Menschenwürde. Für diese Vereinbarkeit spricht nicht nur, dass Solidarität von zumutbarer Eigenverantwortung begleitet sein muss, sondern va, dass es das eigene, vermeidbare Handeln des potentiellen Leistungsempfängers ist, das zum Entfall führt. Vor allem in Deutschland wird aber auch anderes vertreten.

- Viertens spricht gegen eine Pflicht des MS, einen Mindeststandard an Schutzberechtigte auch dann zu leisten, wenn diese die Obliegenheit zu möglichen und zumutbaren Handlungen nicht erfüllen, dass auf diese Weise die MS zu einem Mindestniveau an Sozialleistungen (jedenfalls faktisch) auch an eigene Staatsangehörige verpflichtet würden, die ihrer Erwerbsobliegenheit nicht nachkommen, und damit in einem Bereich, in dem die GRC nach den üblichen Maßstäben nicht anwendbar ist. Eine unionsrechtliche Pflicht, erwerbsfähigen, aber

¹⁶³ Vgl zur Diskussion zB *Eichenhofer*, Recht des aktivierenden Wohlfahrtsstaates (2015). Die Grundlage der Wende „vom konsumtiven zum aktivierenden Sozialstaat“ sieht *Eichenhofer* in der sozialphilosophischen Lehre des Kommunitarismus, insb von *Etzioni* (S 87 ff). Danach trage nicht nur die Gesellschaft Verantwortung für den Einzelnen, sondern auch die Einzelnen hätten Verantwortung für die Gesellschaft. Soziale Rechte seien Rechte auf Teilhabe, diese setzten Mitwirkung, wo dies möglich ist, sowie Mitverantwortung voraus, Solidarität müsse von zumutbarer Eigenverantwortung begleitet sein. Aktivierung sei nicht Beschränkung, sondern Verwirklichung von Rechten (S 100).

erwerbsunwilligen Menschen jedenfalls etwas zu bezahlen, bedeutet in der Sache ein (wenn auch niedriges) arbeitsloses Grundeinkommen. Bei systematischer Betrachtung des Rechts kann es aber auch dem Unionsgesetzgeber nicht zugesonnen werden, eine derart grundlegende Entscheidung gleichsam durch die Seitentür getroffen zu haben.

Die verbindliche Entscheidung insb zur Frage, ob der völlige Entfall bei Verletzung einer an sich zulässigen Obliegenheit mit Art 1 GRC vereinbar ist, wird erst der EuGH treffen können. Solange dieser aber nicht gegenteilig entschieden hat, ist es sehr gut vertretbar zu sagen: Die Obliegenheit (auch) der Flüchtlinge zu zumutbaren Erwerbs- und Integrationsbemühungen mit der Folge, dass die BMS bei Verletzung der Obliegenheit gekürzt wird und bei beharrlichem Verweigern entfällt, ist in jenem Ausmaß, in dem dies auch für Staatsangehörige vorgesehen ist, zulässig.

iv. Obliegenheit zu gemeinnütziger Arbeit

Verschiedentlich angesprochen wird eine Obliegenheit von Flüchtlingen zu gemeinnütziger Arbeit, uU mit geringer Entlohnung.¹⁶⁴ Eine solche Verpflichtung ist im österr Recht zur BMS (oder zu Notstandshilfe) derzeit nicht vorgesehen. Sie wurde zum österr Recht der BMS im Allgemeinen, soweit zu sehen, bislang auch nicht intensiver diskutiert. In Deutschland wurde sie hingegen immer wieder diskutiert und sie ist teilweise auch für Langzeitarbeitslose verwirklicht.¹⁶⁵

Die Obliegenheit kann daher im Hinblick auf GFK und Status-RL nicht einfach aufgrund Gleichbehandlung bei der BMS zulässig sein. Fraglich ist, ob dies zwingend gegen die Zulässigkeit in dieser Hinsicht spricht. Bezieher von BMS sind, wie dargelegt, zur Arbeitsbereitschaft verhalten. Bei einem Teil der Schutzberechtigten, die aufgrund des Standes ihrer derzeitigen Kenntnisse und Fähigkeiten (insb Sprache, Fachkenntnisse) am österr Arbeitsmarkt nicht vermittelbar sind, kann diese Obliegenheit jedoch nicht effektiv werden. Die Obliegenheit zu gemeinnütziger Arbeit wäre, was die Arbeitsleistung selbst betrifft, nur ein Substitut für die ansonsten zugemutete Erwerbsarbeit. Das wesentliche Hindernis für die fragliche Obliegenheit ist allerdings prima facie, dass die gemeinnützige Arbeit nicht oder nur gering entlohnt würde. Flüchtlinge wären daher zu „mehr“ verhalten als andere Bezieher von BMS. Dem steht gegenüber, dass die gemeinnützige Arbeit – jedenfalls eine gewisse Zeit hindurch –

¹⁶⁴ In Kärnten können (nur) Gemeinden Flüchtlinge mit gemeinnütziger Arbeit beschäftigen, das Entgelt dafür wird bis zu einem Betrag von 4,50 € je Stunde nicht angerechnet. Allerdings bietet kaum eine Gemeinde die Gelegenheit dazu. Diskutiert wird dort ferner ein „Soziales Jahr“ mit gemeinnütziger Arbeit.

¹⁶⁵ § 16d SGB II.

integrationspolitische Ziele verfolgen kann, die auch dem Flüchtling nutzen (insb Beschäftigung, Gewöhnung an die Verhältnisse im Aufnahmeland, sozialer Kontakt). Fraglich ist, ob dies für die Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung ausreicht. Man könnte erwägen, nach dem Ausmaß der fehlenden employability zu unterscheiden und zu sagen, bei besonders starkem Mangel (zB keine am Arbeitsmarkt verwertbaren Sprachkenntnisse) fehlt schon die Vergleichbarkeit mit den anderen Empfängern von BMS. Ferner könnte man erwägen, dass der erwähnte Integrationsnutzen in Verbindung mit einem geringen Entgelt, das auf die BMS nicht angerechnet wird und die wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeiten des Flüchtlings erhöht, eine unterschiedliche Behandlung für eine gewisse Zeit nach Zuerkennung des Schutzberechtigtenstatus rechtfertigt. Keine Probleme zur Gleichbehandlung bestehen aber erst, wenn die Obliegenheit zur gemeinnützigen Arbeit für alle Bezieher von BMS vorgesehen ist (oder für alle, die am Arbeitsmarkt abstrakt nicht leicht vermittelbar sind). Soweit die Obliegenheit zu gemeinnütziger Arbeit zulässig ist, gilt zu Sanktionen bei Verletzung der Obliegenheit das oben zu den Integrationsbemühungen Gesagte.

c) Zuweisung des Wohnsitzes

i. Zur Obliegenheit

Nach Berichten sind viele Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte bestrebt, in Ballungszentren zu leben, wofür verschiedene Gründe ursächlich sein dürften, insb aber bessere Chancen und vorhandene Community. Fraglich ist, ob die MS von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten verlangen können, dass sie sich an einem bestimmten Ort oder in einer bestimmten Region aufhalten – jedenfalls für eine bestimmte Zeit oder bis zum Erreichen eines bestimmten Integrationsstandes.¹⁶⁶

Dies sei primär am Grundrecht auf Freizügigkeit der Person gem Art 2 4. ZPEMRK, als Teil des österr Verfassungsrechts und des Unionsrechts, gemessen. Nach dessen Abs 1 hat Jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen. Beschränkungen dieses Rechts sind nach Abs 2 zulässig, soweit sie gesetzlich vorgesehen sind und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder öffentlichen Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, des Schutzes der Gesundheit oder der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Die fragliche Wohnsitzzuweisung als Obliegenheit beschränkt die Freizügigkeit nun nicht in dem Sinn, dass ein anderer Wohnsitz verboten wäre oder unmittelbar (durch physische Gewalt) durchge-

¹⁶⁶ In Deutschland haben Mitglieder der Regierung dies jüngst gefordert.

setzt würde. Sie beschränkt sie aber durch den Entzug der Mittel zur Deckung des Lebensbedarfes. Der VfGH hat schon in zwei älteren Entscheidungen ausgesprochen, dass bereits unangemessene Aufenthaltsabgaben dieses Grundrecht verletzen können.¹⁶⁷ Dies gilt umso mehr für den Verlust der Mittel zur Deckung des Lebensbedarfes. Die Wohnsitzobliegenheit ist daher ein Eingriff in Art 2 4. ZPEMRK, der nur zulässig ist, wenn er dem materiellen Gesetzesvorbehalt des Abs 2, und damit ua dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

Abs 2 nennt nun integrationspolitische Ziele und Interessen, die mit einer Wohnsitzklausel verfolgt werden, nicht ausdrücklich als möglichen Rechtfertigungsgrund. Es ist aber gut vertretbar, diese auch als Maßnahme zur Aufrechterhalten der öffentlichen Ordnung zu sehen. Die rasche Integration von Migranten in die Gesellschaft und auch den Arbeitsmarkt des Aufnahmelandes liegt durchaus im Interesse der öffentlichen Ordnung;¹⁶⁸ die mit der Wohnsitzobliegenheit angestrebte möglichst gleichmäßige Verteilung dient dazu, die Bildung von „Parallelgesellschaften“ zu vermeiden. Partiiell wird sie wohl auch sicherheitspolitische Interessen verwirklichen.

Art 33 Status-RL sieht das Recht vor, sich innerhalb des MS in demselben Ausmaß frei zu bewegen wie andere Drittstaatsangehörige. Auch wenn darin die freie Wahl des Wohnsitzes nicht ausdrücklich genannt ist, ist dies vom Schutzgehalt des Art 33 wohl erfasst.¹⁶⁹ Art 32 Abs 2 Status-RL sagt, unmittelbar vorangehend, im Zusammenhang mit dem „Zugang zu Wohnraum“: „Bei der Anwendung eines nationalen Verteilungsmechanismus für Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, sind die MS bestrebt“, beim Zugang zu Wohnraum Diskriminierungen zu vermeiden und Chancengleichheit zu gewährleisten. Dieser Text erlaubt ohne Zweifel einen solchen Verteilungsmechanismus; dasselbe folgt aus der englischen und französischen Fassung.¹⁷⁰ GA Cruz-Villalon dreht allerdings im Schlussantrag zur Rs *Alo* die Bedeutung des Satzes um und meint, die Bestimmung rechtfertige einen möglichen Verteilungsmechanismus „nur zwecks Erfüllung der Verpflichtungen

¹⁶⁷ VfSlg 3221/1957, 7135/1973.

¹⁶⁸ Dies geht bis zur Verteilung der Schüler auf möglichst viele Schulen, um so Probleme mit der Konzentration auf wenige Schulen zu vermeiden und die Integration zu fördern.

¹⁶⁹ Vgl GA Cruz-Villalon SA zu EuGH C-443/14 *Alo* Rz 31 ff. Es ging dort (allerdings) zum einen um eine Wohnsitzauflage als echter Pflicht, deren Verletzung auch bestraft werden konnte. Zum anderen waren die Betroffenen bereits seit 1998 bzw 2001 in Deutschland (mit geduldetem Aufenthalt), die strittige Wohnsitzauflage stammte aber erst aus 2012 (also nach einem über zehnjährigen Aufenthalt).

¹⁷⁰ Vgl *Battjes in Hailbronner/Thym*, EU Immigration and Asylum law, Directive 2011/95/EU Art 32 para 538: “Article 32(2) imposes the obligation to pursue an active policy against discrimination of protection beneficiaries as regards housing, while allowing Member States to pursue a ‘practice’ of dispersing such beneficiaries.”

eines Mitgliedstaats zur Umsetzung staatlicher Politik, mit der eine Diskriminierung beim Zugang zu Wohnraum verhindert werden soll.“¹⁷¹ Es mag sein, dass dieses Verständnis durch die spanische Fassung der Richtlinie begünstigt wurde, mit anderen Sprachfassungen erscheint sie nicht vereinbar. Es wird auch dem offenkundigen Zweck der Bestimmung nicht gerecht und macht diese ineffektiv.

GA Cruz-Villalon und nun auch der EuGH sagen jedoch treffend, dass eine Beschränkung der Wohnortwahl wenn, dann nur aus integrationspolitischen Gründen vorgesehen werden darf, und nicht etwa allein aus Gründen der gleichen finanziellen Belastung verschiedener Untereinheiten des MS.¹⁷² Dieses Ziel kann auch durch Ausgleichszahlungen zwischen den Untereinheiten erreicht werden. Näher hält der Generalanwalt eine Wohnsitzauflage allerdings nicht schon aus „abstrakten, an migrations- und integrationspolitische Erwägungen anknüpfende[n] Gründe[n]“ für verhältnismäßig und zulässig, vielmehr könnten „nur gewichtige, an konkrete migrations- und integrationspolitische Erwägungen anknüpfende Gründe gegebenenfalls“ eine Wohnsitzauflage rechtfertigen.¹⁷³ „Derartige Gründe können insbesondere unter speziellen Umständen eindeutiger sozialer Spannungen mit Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung, etwa wegen der Konzentrierung einer signifikanten Zahl von Sozialleistungsbeziehern, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, gegeben sein.“ Der Generalanwalt berücksichtigt dabei aber zu wenig, dass schon das Vermeiden dieser Spannungen im Interesse der öffentlichen Ordnung liegt, und dass solche Spannungen bei einer größeren Zahl von Migranten nur durch eine an der Bevölkerungszahl orientierte Verteilung vermieden werden können.

Art 33 Status-RL verlangt allerdings Gleichbehandlung mit anderen Drittstaatsangehörigen. Auch Art 26 GFK zu „Bewegungsfreiheit“ sieht vor, dass die Vertragsstaaten den Flüchtlingen das Recht gewähren sollen, „ihren Wohnort zu wählen ... genau so, wie dies auch Ausländern unter den gleichen Umständen freisteht.“ Das österr Fremdenrecht sieht, soweit zu sehen, nun keine allg Regeln betreffend das Vorschreiben eines Wohnorts vor. Fraglich ist dann, ob sich Vorgaben dazu mittelbar ergeben. Bei der Arbeitsmigration wird nun zwar die Arbeitsmarktbeurteilung in das Verfahren zur Aufenthaltsberechtigung einbezogen, allerdings ist schon fraglich, ob dies wirklich einen Bezug zur regionalen Arbeits- und Wohnungslage herstellt. Bei der zahlenmäßig weit bedeutenderen Familiennachzugsmigration

¹⁷¹ GA Cruz-Villalon SA zu EuGH C-443/14 Alo Rz 48.

¹⁷² Vgl GA Cruz-Villalon SA zu EuGH C-443/14 Alo Rz 85 ff; EuGH (GK) 1.3.2016 C-443/14 u C-444/14 Alo 56.

¹⁷³ GA Cruz-Villalon SA zu EuGH C-443/14 Alo Rz 98.

fehlt hingegen jeder Bezug der Bewilligung zum Wohnort. Man kann daher wohl nicht sagen, dass das österr Recht Drittstaatsangehörigen das Aufenthaltsrecht nicht ohne Ansehen des (geplanten) Wohnortes zuerkennt. Auch wenn es anders wäre, müsste eine – implizite – Beschränkung in der Wahl des Wohnortes bei anderen Drittstaatsangehörigen der Voraussetzung „unter den gleichen Umständen“ in Art 26 GFK entsprechen.¹⁷⁴ Wollte man die Wohnortbindung auf diesem Weg erlauben, so müsste daher das österr Fremdenrecht in Richtung einer (den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügenden) Wohnortbindung geändert werden.

Der EuGH hat in dem am 1. März 2016 verkündeten Urteil *Alo* die Frage der Zulässigkeit einer Wohnsitzauflage allerdings weit „schnörkelloser“ beurteilt als GA Cruz-Villalon. Das Urteil der Großen Kammer stellt sowohl zu Art 29 als auch zu Art 33 Status-RL im Wesentlichen auf die Integrationsschwierigkeiten von Drittstaatsangehörigen, die Sozialhilfe beziehen und internationalen Schutz genießen, und deren Vergleich mit der jeweils maßgeblichen Vergleichsgruppe ab. Bei Art 33 sind dies andere Drittstaatsangehörige. Daher sieht das Urteil für die Zulässigkeit der Wohnsitzauflage letztlich nur die Frage als entscheidend an, „ob der Umstand, dass ein Drittstaatsangehöriger, der Sozialhilfe bezieht, internationalen Schutz – im vorliegenden Fall subsidiären Schutz – genießt, impliziert, dass er in stärkerem Maß mit Integrationsschwierigkeiten konfrontiert sein wird als ein anderer Drittstaatsangehöriger, der sich rechtmäßig in Deutschland aufhält und Sozialhilfe bezieht. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn Drittstaatsangehörige, die sich aus anderen als humanitären, politischen oder völkerrechtlichen Gründen rechtmäßig in Deutschland aufhalten, aufgrund der vom vorlegenden Gericht angeführten nationalen Vorschrift, nach der ihr Aufenthalt in der Regel davon abhängt, dass sie ihren Lebensunterhalt selbst sichern können, erst nach einem ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt von gewisser Dauer im Aufnahmemitgliedstaat Sozialhilfe in Anspruch nehmen können. Ein solcher Aufenthalt könnte nämlich darauf hindeuten, dass die betreffenden Drittstaatsangehörigen hinreichend in diesen Mitgliedstaat integriert sind, so dass sie sich im Hinblick auf das Ziel, die Integration von Drittstaatsangehörigen zu erleichtern, nicht in einer Situation befänden, die mit der von Personen mit internationalem Schutzstatus vergleichbar ist.“¹⁷⁵

¹⁷⁴ Art 6 GFK definiert den Ausdruck „unter den gleichen Umständen“: Im Sinne dieses Abkommens besagen die Worte „unter den gleichen Umständen“, daß alle Bedingungen (einschließlich der Dauer und der Bedingungen des vorübergehenden oder gewöhnlichen Aufenthaltes) erfüllt werden müssen, wie sie von der in Frage stehenden Person zur Ausübung des betreffenden Rechtes zu erfüllen wären, wenn sie nicht ein Flüchtling wäre. Ausgenommen hievon sind nur jene Bedingungen, die ihrer Natur nach von einem Flüchtling nicht erfüllt werden können.

¹⁷⁵ EuGH (GK) 1.3.2016 C-443/14 u C-444/14 *Alo* Rz 62 f. Man geht wohl nicht fehl in der

Der EuGH stellt also entscheidend darauf ab, ob sich Schutzberechtigte und andere Drittstaatsangehörige in Bezug auf das Erfordernis, den Wohnort aus Integrationsgründen zu bestimmen, in vergleichbarere Lage befinden – und eröffnet die Möglichkeit, dies in weitem Umfang zu verneinen. Im Ergebnis darf der Aufnahmestaat der Bildung von „Ghettos und Parallelgesellschaften“ entgegenwirken. Als Grund für eine Nichtvergleichbarkeit der Lage nennt das Urteil *Alo* „insbesondere“, dass andere Drittstaatsangehörige – im Gegensatz zu Schutzberechtigten – nicht sogleich Anspruch auf Leistungen zur Existenzsicherung haben, sondern erst nach einer Zeit ununterbrochenen Aufenthalts, während dem sie ihren Lebensunterhalt selbst gesichert haben, weil dies dafür spreche, dass – anders als bei Schutzberechtigten – bereits eine hinreichende Integration vorliegt. Das österr Niederlassungsrecht entspricht prima facie dieser Anforderung. § 11 Abs 2 NAG bestimmt: „Aufenthaltstitel dürfen einem Fremden nur erteilt werden, wenn ... 4. der Aufenthalt des Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen könnte“. Nach § 11 Abs 3 kann von diesem Erfordernis bei einem Aufenthaltstitel, der aus Gründen des Familienlebens erteilt wird, zwar abgesehen werden, allerdings ist bei der Entscheidung darüber ua „der Grad der Integration“ zu berücksichtigen. Das österr Niederlassungsrecht ist allerdings bekanntlich völlig unübersichtlich. Es kann hier daher nicht abschließend beurteilt werden, ob es den vom EuGH genannten Unterschied unter Berücksichtigung aller Konstellationen insgesamt ausreichend (konsequent) verwirklicht. Der EuGH lässt durch die Formulierung „insbesondere“ jedoch erkennen, dass auch andere Unterschiede in Betracht kommen. Dabei ist insb an die Folgen eines Massenzustroms zu denken, der das Erfordernis integrationspolitischer Vorkehrungen drastisch erhöhen wird. Solch ein Massenzustrom stand im Sachverhalt zum Urteil *Alo* noch nicht zur Diskussion. Vielmehr zeigt dieser Sachverhalt, dass der EuGH die Zulässigkeit einer Wohnsitzauflage sehr großzügig beurteilt. Die Betroffenen waren nämlich bereits seit 1998 bzw 2001 in Deutschland (mit geduldetem Aufenthalt), die strittige Wohnsitzauflage stammte aber erst aus 2012. Überdies ging es um eine Wohnsitzauflage als echter Pflicht, deren Verletzung auch bestraft werden konnte. Wenn der EuGH selbst nach einem mehr als zehnjährigen Aufenthalt es noch für denkbar hält, dass eine Wohnsitzpflicht durch integrationspolitische Ziele gerechtfertigt werden kann, so muss dies nach einem Massenzustrom jedenfalls zulässig sein.

Die Vorlage zum Urteil *Alo* betraf subsidiär Schutzberechtigte. Man kann daher fragen, ob die Auffassung des EuGH auch für Flüchtlinge gilt. Dies ist zu bejahen. Zum einen

Annahme, dass der EuGH die aktuelle Lage „bedacht“ hat.

spricht der EuGH selbst am Ende des eben Zitierten nur von „Personen mit internationalem Schutzstatus“, zum anderen legt das Urteil vorher dar, dass Art 33 Status-RL auch bei subsidiär Schutzberechtigten im Sinne der GFK auszulegen sei.¹⁷⁶ Da das Urteil zu Art 33 erging, erfasst es daher auch die Lage bei Flüchtlingen.

Schon vor diesem Urteil, jedenfalls aber seither, ist die Zuweisung eines Wohnortes bei Vorhandensein eines migrationspolitischen Interesses zur Abwehr von Störungen der öffentlichen Ordnung daher an sich zulässig, insb und jedenfalls bei einem verhältnismäßig großen Zustrom innerhalb kurzer Zeit. Das Recht zur Freizügigkeit im MS ist dann faktisch insoweit eingeschränkt, als der regelmäßige Aufenthaltsort nicht frei gewählt werden kann.

Fraglich kann in Bezug auf alle angesprochenen Rechtsquellen überdies sein, wie lange nach Zuerkennung des Schutzstatus die Wohnsitzobliegenheit aufrechtbleiben kann. GA Cruz-Villalon sagt treffend, dass bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Wohnsitzauflage deren Dauer und räumliche Ausdehnung zu berücksichtigen ist. Die Obliegenheit wird jedenfalls bei hinreichender individueller Integration oder bei Wegfall der migrationspolitischen Gründe aufzuheben sein. Darüber hinaus könnte es eine Zeitgrenze geben, die – in Anlehnung an die RL 2011/51/EU – bei maximal fünf Jahren liegt. Überdies gibt es für die Zuweisung eines Aufenthaltsortes Grenzen in Bezug auf die erforderliche Größe des Gebietes, in dem der Aufenthalt genommen werden soll. Die Zuweisung zu einer bestimmten Gemeinde wird nur bei großen Städten zulässig sein, ansonsten ist die kleinste zulässige Einheit wohl der politische Bezirk (außer dieser ist selbst sehr klein).

ii. Kürzung bei Verlassen des zugewiesenen Wohnorts

Die Obliegenheit zum Aufenthalt in der zugewiesenen Region bereitet an sich keine Probleme in Bezug auf die Vorgaben zu einem Mindestniveau. Anders scheint es zu sein, sobald als Sanktion bei Verletzung der Obliegenheit die Leistungen (BMS) gekürzt werden. Allerdings gibt es dazu prima facie weder dieselben noch ähnliche Probleme zu überlegen wie zur Obliegenheit zu Integrations- und Arbeitswilligkeit. Die Schutzberechtigten erhalten ja alle vorgesehenen Leistungen, wenn die Unterkunft sich im zugewiesenen Gebiet befindet und die Schutzberechtigten sich dort regelmäßig aufhalten.

Die Wohnsitzobliegenheit ist auch ein geeignetes und bei stärkerem Zuzug in begrenzter Zeit auch erforderliches Mittel, um die vorhin genannten Ziele zu erreichen. Sie ist ein im Vergleich „gelindes“ Mittel, diese Ziele durchzusetzen, weil sie den Berechtigten keine Leistungen absolut vorenthält, sondern nur verlangt, dass die zu Solidaritätsleistungen Berechtig-

¹⁷⁶ EuGH (GK) 1.3.2016 C-443/14 u C-444/14 *Alo Rz* 35 f.

ten auch selbst insoweit solidarisch mit der (zahlenden) schon länger ansässigen Bevölkerung *und* mit den anderen Leistungsberechtigten sind, als sie einen Beitrag zur Möglichkeit einer gelungenen Integration in die Gesellschaft und den Arbeitsmarkt leisten. Der Eingriff in Art 2 4. ZPEMRK ist daher gerechtfertigt.

In Bezug auf die GFK spricht Art 23 *prima facie* gegen die Zulässigkeit der Kürzung, weil Staatsangehörige die öffentliche Unterstützung ohne Bindung an einen Wohnort erhalten. Allerdings sind auch deren Art 21 zur Unterkunft und Art 26 zur Bewegungsfreiheit zu beachten, die nur die Gleichbehandlung mit Drittstaatsangehörigen verlangen. Soweit die Wohnsitzobliegenheit nach diesen Bestimmungen der GFK zulässig ist, muss es bei systematischer Interpretation der GFK auch zulässig sein, bei Verletzung der Wohnsitzpflicht eine Kürzung der Sozialleistungen vorzusehen, weil dies dann das zur Durchsetzung einer Wohnortpflicht vorgesehene Mittel ist.

GA Cruz-Villalon deutet im SA zu Rs *Alo* allerdings ein Problem in Bezug auf Art 29 Status-RL an, weil er offenbar meint, dass die Bezahlung der Sozialhilfe nur bei Wohnsitznahme am zugewiesenen Ort die dort vorgesehene Pflicht zur Gleichbehandlung verletze;¹⁷⁷ Staatsangehörige erhalten die Leistungen ja ohne Bindung an einen Wohnort. *Prima facie* scheint dieser Einwand zuzutreffen. Allerdings berücksichtigt er zu wenig den bereits erwähnten Art 32 Abs 2 Status-RL, der wie dargelegt ein Verteilungssystem zulässt. Dies ist bei systematischer Interpretation der RL zu berücksichtigen.

Der EuGH misst im Urteil *Alo* dem Art 32 Abs 2 Status-RL zwar keine Bedeutung bei,¹⁷⁸ löst die Frage aber viel „einfacher“. Zur Frage, ob Art 29 einer Wohnsitzauflage entgegensteht, „die ... einer Person mit subsidiärem Schutzstatus im Fall des Bezugs bestimmter Sozialleistungen mit dem Ziel erteilt wird, die Integration von Drittstaatsangehörigen in den Mitgliedstaat, der diesen Schutz gewährt hat, zu erleichtern“, sei „festzustellen, dass Art. 29 der Richtlinie 2011/95 im Rahmen der Prüfung [dieser] Frage nicht relevant ist, da sich Personen mit subsidiärem Schutzstatus und deutsche Staatsangehörige im Hinblick auf das Ziel, die Integration von Drittstaatsangehörigen zu erleichtern, nicht in einer vergleichbaren Situation befinden.“¹⁷⁹ Daraus ist wohl zu schließen, dass Art 29 die Gleichbehandlung insoweit nicht verlangt, als Schutzberechtigte sich in einer anderen Lage befinden als Staatsangehörige. Dies ist in Bezug auf den Grund der Wohnsitzauflage, nämlich Integrationsschwierigkeiten,

¹⁷⁷ GA Cruz-Villalon SA zu EuGH C-443/14 *Alo* Rz 66.

¹⁷⁸ EuGH (GK) 1.3.2016 C-443/14 u C-444/14 *Alo* Rz 32: Diese Klarstellung ist nämlich im Hinblick auf den Gegenstand von Art. 32 dahin zu verstehen, dass den Mitgliedstaaten nur ermöglicht werden soll, einen solchen Mechanismus in ihre Politik des Zugangs zu Wohnraum zu integrieren.

¹⁷⁹ EuGH (GK) 1.3.2016 C-443/14 u C-444/14 *Alo* Rz 59.

und deren Ziel, die Integration zu erleichtern, klar zu bejahen.

In der Folge können, soweit es um die genuin unionsrechtlichen Vorgaben geht, die Leistungen bei Verletzung der Obliegenheit jedenfalls gemindert werden. Fraglich ist, ob auch ein vollständiger Entfall zulässig ist. Relevant könnte hier bei systematischer Interpretation Art 20 Aufnahme-RL sein. Dieser regelt die Einschränkung und den Entzug der im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen. Nach Abs 1 können die Leistungen eingeschränkt oder in begründeten Ausnahmefällen entzogen werden,¹⁸⁰ darunter (lit a) wenn ein Schutzsuchender ohne Genehmigung oder Unterrichtung der Behörden den zugewiesenen Aufenthaltsort verlässt. Nach Art 20 Abs 5 Aufnahme-RL sind die MS aber auch bei Entzug oder Einschränkung der Leistungen jedenfalls verpflichtet, einen „würdigen Lebensstandard“ aller Antragsteller zu gewährleisten. Fraglich ist daher, ob dies einem völligen Entfall der Leistung (BMS) bei Wahl eines anderen als des zugewiesenen Wohnsitzes entgegensteht. Prima facie ist dies zu bejahen. Folge wäre, dass der MS die Leistung allenfalls kürzen kann, und zwar nur so weit, als damit das Verschaffen einer anderen Unterkunft möglich ist; zu fragen wäre dann, ob der MS auf ein „Unterbringungszentren“ verweisen kann.

Gegen eine aus der Aufnahme-RL abgeleitete Unzulässigkeit der vollständigen Kürzung spricht jedoch, dass die Status-RL, anders als die Aufnahme-RL (in Art 18), die MS nicht verpflichtet, den begünstigten Personen eine Unterkunft bereitzustellen. Die Pflicht der MS in der Aufnahme-RL, auch bei Verletzung der „Aufenthaltspflicht“ einen würdigen Lebensstandard zu gewährleisten, kann daher als Ausfluss dieser zugrundeliegenden Pflicht gesehen werden. Dann ist die Einschränkung der Sanktion auch bei systematischer Interpretation nicht notwendig übertragbar. Der Entfall der Leistung verletzt aus ähnlichen Gründen wie jenen, die oben zur Erwerbs- und Integrationsobliegenheit genannt wurden, auch nicht Art 1 GRC. Die freie Wahl des Wohnortes gehört nicht zum Inhalt der Menschenwürde; und der Verpflichtete kann die volle Leistung erlangen, wenn er der aus Integrationszielen erfolgten Wohnsitzzuweisung entspricht. Schließlich kann, wenn man Art 32 Abs 2 Status-RL wie oben vertreten versteht, der danach zulässige Verteilungsmechanismus nur durchgesetzt werden und die Bestimmung daher nur effektiv werden, wenn die Begünstigten nicht die Möglichkeit haben, sich einfach eine andere Wohnung auf Kosten der Sozialhilfe zu suchen. Dies ist bei bereits Schutzberechtigten deutlich relevanter als bei Antragstellern, zum einen weil sie voraussichtlich länger im Aufnahmeland sein werden, zum anderen weil ihr Status schon verfes-

¹⁸⁰ Nach der deutschen Fassung wäre auch die Einschränkung nur in begründeten Ausnahmefällen möglich. Die englische Fassung ist insofern präziser „Member States may reduce or, in exceptional and duly justified cases, withdraw material reception conditions“.

tigt ist, eine geringere Sanktion daher weniger greifen wird.

Das Einführen einer Wohnsitzobliegenheit für Schutzberechtigte und das Kürzen der BMS bei deren Verletzung ist daher grundsätzlich zulässig.

d) Höchstgrenze für Mindestsicherung

In letzter Zeit wird wiederholt eine Höchstgrenze für die Leistungen der BMS diskutiert. Gefordert wird etwa eine „Deckelung“ aller Geldtransferleistungen des Bundes, der Länder und der Gemeinden mit 70 Prozent des Medianeinkommens (ausgenommen Versicherungsleistungen, Pflegeleistungen, Familienbeihilfe). Diese Höchstgrenze würde sich erst bei mehreren Kindern auswirken, und wird auch aus diesem Grund kritisiert.

In Bezug auf das Gleichbehandlungsgebot der Status-RL und der GFK ist eine Höchstgrenze für die BMS unbedenklich, sofern sie für alle Leistungsberechtigten gilt. Eine Höchstgrenze nur für Flüchtlinge – etwa weil unter ihnen die Zahl der Familien mit vielen Kindern weitaus höher sei als bei den anderen Leistungsberechtigten – verstößt klar gegen die Gleichbehandlungspflicht in Bezug auf Flüchtlinge.

Zu prüfen ist aber auch, ob die BMS mit Höchstgrenze allen Schutzberechtigten einen Lebensstandard ermöglicht, der den Vorgaben des Unionsrechts entspricht. Art 1 GRC ist von den MS in Bezug auf Schutzberechtigte jedenfalls zu beachten, weil sie in Bezug auf diese bei der Anwendung von Art 29 Status-RL Unionsrecht durchführen. Jeder aus dem Unionsrecht abgeleitete, nicht auf das nationale Niveau bezogene Mindeststandard – sei es ein unmittelbar aus Art 1 GRC gewonnener oder der „angemessene“ oder der „würdige“ der Aufnahme-RL – weist nun zwar eine absolute Dimension auf, allerdings wird jeder dieser Standards stets im Kontext der Lebensbedingungen des jeweiligen MS zu sehen sein.

Daher ist für das Erreichen eines Mindestniveaus primär relevant, ob eine relevante Zahl von Familien mit höherer Kinderzahl aufgrund von Erwerbstätigkeit nur ein Nettoeinkommen in Höhe der Höchstgrenze (oder darunter) zur Verfügung hat, um das Leben zu bestreiten. Dabei ist es ohne Belang, ob bzw. dass manche dieser Familien Anspruch auf ergänzende BMS haben (könnten), wenn sie diesen Anspruch nicht geltend machen. Wenn in einem MS eine relevante Zahl von Familien mit mehreren Kindern mit dem Höchstbetrag als Nettoeinkommen auskommt, dann ist dies ein starkes Indiz dafür, dass damit in diesem MS der unional gebotene Mindeststandard möglich ist, gleichgültig welchen der erwähnten Standards man hier für maßgebend hält.

Das Zutreffen der genannten Voraussetzung folgt allerdings nicht notwendig daraus, dass die Höchstgrenze bei 70 % des Nettomedianeinkommens der Erwerbstätigen liegt. Zum

einen handelt es sich dabei um das Medianeinkommen der einzelnen Erwerbstätigen; in vielen Fällen sind in Österreich aber beide Partner einer Ehe oder Lebensgemeinschaft erwerbstätig. Zum anderen ist fraglich, ob das Medianeinkommen die richtige Bezugsgröße ist, um ein Mindestniveau zu beurteilen. Relevanter könnte dafür das Nettoerwerbseinkommen der unteren beiden Dezile der Erwerbsgemeinschaften mit mehreren Kindern, die keine ergänzende BMS beziehen, sein. Ob bei diesen die genannte Voraussetzung erfüllt ist, kann hier nicht beurteilt werden.

Das Nettoerwerbseinkommen vergleichbarer Familien bzw Erwerbsgemeinschaften dürfte für den vom Unionsrecht vorgezeichneten Mindeststandard aber wohl nicht nur wegen der faktischen Indizwirkung relevant sein. Das Recht und die Politik der Union zielen auf eine möglichst hohe Erwerbsquote (vgl zB Art 151 Abs 1 AEUV: hohes Beschäftigungsniveau). Der Anreiz, eine Erwerbstätigkeit zu ergreifen, wird deutlich gemindert, wenn mit Sozialleistungen eine gleich hohes oder höheres Nettoeinkommen erzielt werden kann wie/als durch Erwerbstätigkeit. Unter Berücksichtigung des genannten Zieles dürfte es daher im Unionsrecht zulässig sein, bei der Festlegung der Gesamthöhe von Sozialleistungen, die Erwerbseinkommen substituieren sollen (dies trifft bei zweckbezogenen Leistungen wie der Familienbeihilfe nicht zu), das im unteren Einkommensbereich erzielbare Nettoeinkommen auch dann zu berücksichtigen, wenn es um das Einhalten eines unionalen, nicht relativen Mindeststandard geht. Dies kann hier nicht weiter verfolgt werden.

Das Einführen einer für alle Berechtigten geltenden Höchstgrenze für die BMS ist daher aus Sicht der Status-RL grundsätzlich zulässig, sofern der Höchstbetrag das Mindestniveau sichert.

Auf die Frage, ob die Höchstgrenze mit dem Sachlichkeitsgebot der österr Verfassung vereinbar ist, muss in diesem Gutachten nicht eingegangen werden. Das eben Gesagte wird aber auch dazu relevant sein.

e) Geringere Leistung oder Wartezeit spezifisch für Flüchtlinge ?

In der Diskussion wird auch eine Wartezeit für die Leistungen an Schutzberechtigte angesprochen. Dazu ist zu unterscheiden zwischen einer Wartezeit insb auf die BMS nur für Schutzberechtigte und einer Wartezeit, die für alle gilt.

Art 24 Status-RL sieht vor, dass die Aufenthaltstitel für Flüchtlinge (und für subsidiär Schutzberechtigte) für einen bestimmten Zeitraum, also befristet, ausgestellt werden können (mindestens drei Jahre bzw ein und danach zwei Jahre), aber verlängerbar sein müssen. Art 29 ff Status-RL enthalten keine Sonderregelungen für den Fall, dass ein MS von dieser Möglich-

keit Gebrauch macht (also den Status nur „auf Zeit“ einräumt), sodass diese Vorschriften auch in diesem Fall uneingeschränkt anwendbar sind.

Art 29 Abs 1 Status-RL sagt: „Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, in dem Mitgliedstaat, der diesen Schutz gewährt hat, die notwendige Sozialhilfe wie Staatsangehörige dieses Mitgliedstaats erhalten.“ Die Pflicht aus Art 29 beginnt nach diesem Wortlaut mit der Zuerkennung des internationalen Schutzes. Der EuGH hat zum Beginn des Anspruchs nach der alten Aufnahme-RL aus 2003 im Urteil *Cimade* gesagt: „Der Zeitraum, in dem den Asylwerbern die materiellen Aufnahmebedingungen, die Unterkunft, Verpflegung und Kleidung sowie Geldleistungen zur Deckung des täglichen Bedarfs umfassen, gewährt werden müssen, beginnt nach Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2003/9 mit der Antragstellung.“¹⁸¹

Eine vergleichbar eindeutige Anordnung fehlt zu Art 29 Status-RL. Daher wird es jedenfalls zulässig sein, für die Berechtigung auf Leistungen nach Art 29 ein im nationalen Recht vorgesehenes Erfordernis eines Antrags auf die Sozialleistungen auch auf Schutzberechtigte anzuwenden. Darüber hinaus wäre es aber mit Art 29 nicht vereinbar, eine weitere Wartefrist nur für Schutzberechtigte vorzusehen,¹⁸² weil kein Grund ersichtlich ist, demzufolge sich Staatsangehörige und Schutzberechtigte in Bezug auf die Wartefrist nicht in vergleichbarer Lage befinden sollten.

Verschiedentlich angesprochen werden ferner geringere Leistungen zur Existenzsicherung spezifisch für „Flüchtlinge“ – wobei allerdings (wie häufig bei den Diskussionen) unklar ist, welche Gruppe(n) damit genau gemeint sind. Bei Flüchtlingen iSd Status-RL verletzt das Vorsehen geringerer Leistungen allein aus dem Grund, dass die Empfänger Flüchtlinge sind, offenkundig die Gleichstellungsgebote dieser Richtlinie wie der GFK. Dasselbe gilt zu subsidiär Schutzberechtigten, soweit die Status-RL die Gleichstellung vorschreibt.

Eine spezifische Wartezeit für Flüchtlinge in Bezug auf die ihnen nach der Status-RL zu gewährenden Leistungen ist daher unionsrechtlich unzulässig. Dasselbe gilt für nationale Regelungen, welche ein Gleichstellungsgebot nicht beachten. Auf die Frage, ob die Schlechterstellung mit der österr Verfassung vereinbar wäre, ist daher nicht einzugehen.

¹⁸¹ EuGH 27.9.2012 C-179/11 *Cimade und GISTI* Rn 39. Art 13 Abs 1 der RL 2003/9 bestimmt: „Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Asylbewerbern ab Antragstellung materielle Aufnahmebedingungen gewährt werden.“

¹⁸² Vgl EuGH (GK) 1.3.2016 C-443/14 u C-444/14 *Alo* Rz 48 (und 50): Art 29 Abs 1 „bedeutet insbesondere, dass der Zugang dieser Personen zur Sozialhilfe nicht von der Erfüllung von Bedingungen abhängig gemacht werden darf, die den Angehörigen des den Schutz gewährenden Mitgliedstaats nicht auferlegt werden.“ Allerdings steht dies unter dem Vorbehalt der vergleichbaren Lage.

Art 2 Abs 1 Z 6 der Art - 15a Vereinbarung zur Grundversorgung nennt „Fremde, denen ab 1. Mai 2004 Asyl in Österreich gewährt wird (Asylberechtigte), während der ersten vier Monate nach Asylgewährung“ noch unter den danach Schutzbedürftigen. In der Praxis sollen anerkannte Flüchtlinge BMS auch erst nach Ablauf der vier Monate erhalten.¹⁸³ Auf Grund des oben zum Beginn des Anspruchs nach Art 29 Abs 1 Status-RL Gesagten müsste der Anspruch auf BMS aber ab Anerkennung als Flüchtling gewährt werden. Die Verlängerung des Anspruchs auf Grundversorgung erfolgt wohl va wegen der Unterbringung. Das weitere Einbeziehen in die Grundversorgung ist unproblematisch, wenn daneben Anspruch auf BMS besteht und die Leistungen der Grundversorgung darauf angerechnet werden.

f) Wartezeit für alle

Verschiedentlich wird vorgeschlagen, dass die vollen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes (Mindestsicherung) für alle – also auch für Staatsbürger – erst nach einer Wartezeit zustehen sollen. Gedacht ist wohl an das Erfordernis eines mehrjährigen rechtmäßigen Aufenthalts im Inland; denkbar wäre auch das Erfordernis einer mehrjährigen Erwerbstätigkeit. Bei Flüchtlingen denken die Vertreter des Vorschlags dann wohl primär an das Weitergewähren der Leistungen, die Antragsstellern erbracht werden, also nur der Grundversorgung, vielleicht auch an den Entfall von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes während der Wartezeit. Hingewiesen wird zu diesem Vorschlag auf eine ähnliche Regelung in Dänemark. Dieser MS ist allerdings – so wie Großbritannien und Irland – nicht an die Status-RL (und andere RL im Bereich der Asylpolitik) gebunden.¹⁸⁴

Im Folgenden wird zuerst von der derzeitigen, im Wesentlichen einheitlichen Leistung zum Lebensunterhalt der BMS ausgegangen, und sodann die Lage bei einer Aufspaltung der BMS in Grund- und Ergänzungsleistung angesprochen. Wie auch sonst liegt im Erörtern der denkbaren Möglichkeiten keine Empfehlung einer Maßnahme.

i. Einheitliche Leistung zum Lebensunterhalt

Die aufenthaltsbezogene Wartezeit würde insb für jene österr Staatsangehörigen relevant sein, die lange oder bislang nur im Ausland gelebt haben. Die erwerbsbezogene Wartezeit würde überdies jene österr Staatsangehörigen ausschließen, die in den letzten Jahren nicht erwerbstätig waren, insb also Berufsanfänger. Mit dem genuin österr Verfassungsrecht wäre eine solche Regelung aufgrund des oben Dargelegten wohl vereinbar. Anders als etwa in

¹⁸³ Das zB Wiener MindestsicherungsG gibt den Anspruch in § 5 Abs 2 aber „Asylberechtigten“ und damit ab Zuerkennung, ohne eine viermonatige Wartefrist erkennen zu lassen. Das Wiener Grundversorgungsgesetz wiederholt in § 1 Abs 2 Z 5 den Art 2 Abs 1 Z 6 der Art - 15a Vereinbarung.

¹⁸⁴ Vgl ErwG 51 Status-RL.

Deutschland wird ein Anspruch auf Existenzsicherung der Staatsangehörigen gegen den eigenen Staat hier nicht als zentrales Element der Staatsbürgerschaft gesehen.¹⁸⁵ Mit dem Gleichheitssatz wäre die fragliche Regelung (in der Folge) wohl ebenfalls vereinbar, weil eine gewisse sozioökonomische Integration in den österr (Sozial)Staat ein sachliches Differenzierungskriterium gerade bei beitragsunabhängigen Leistungen ist.

Versteht man Art 29 Abs 1 Status-RL als Gleichstellungsgebot, so ist eine Wartefrist, die auch für eigene Staatsangehörige gilt, prima facie damit vereinbar.¹⁸⁶ Dasselbe kann zu Art 23 GFK gesagt werden. Aus dem UNHCR-Commentary dazu geht nur eine Pflicht zur Anwendung der für Staatsangehörige geltenden Vorschriften hervor.¹⁸⁷

Die Beurteilung fällt jedoch wohl anders aus, wenn man Art 29 Status-RL als Diskriminierungsverbot versteht. Zwar stellt die erwähnte Regelung prima facie keine unmittelbare Benachteiligung von Flüchtlingen dar. Es liegt aber jedenfalls eine mittelbare Benachteiligung vor, weil eigene Staatsangehörige das Erfordernis des Mindestaufenthalts in aller Regel erfüllen werden, Flüchtlinge hingegen nicht.¹⁸⁸ Dasselbe gilt, in abgeschwächter Intensität, auch bei erwerbsbezogener Wartezeit.

Mittelbare Benachteiligungen sind nur zulässig, wenn sie gerechtfertigt werden können. Zu den ökonomischen Grundfreiheiten wie zur Unionsbürgerschaft sieht der EuGH ein rechtfertigendes Ziel im Schutz des finanziellen Gleichgewichts des Sozialsystems eines MS;¹⁸⁹ zur Unionsbürgerschaft auch, zumindest in manchen Urteilen, im Erfordernis einer ausreichenden Verbindung mit dem Aufnahmestaat.¹⁹⁰ Dahinter steht die Überlegung, dass Leistungen eines Solidarverbandes nicht ohne weiteres (sollen) verlangt werden können, sondern nur bei Vorleistungen oder einer ausreichenden sozioökonomischen Integration in den Verband. Allerdings ist fraglich, ob diese Rechtfertigungsgründe hier herangezogen werden können.

¹⁸⁵ Vgl. *Wiederin*, VVDStRL 64, 70: „Die herrschende Meinung [...] hat sich hierin auch durch den Vorwurf, dass Österreich bei dieser Interpretation zu den letzten Staaten Europas zähle, die ihre Bürger ohne Verfassungsbruch verhungern lassen können, nicht beirren lassen.“

¹⁸⁶ ErwG 41 Status-RL kann dafür aber nicht als Argument herangezogen werden, auch wenn er sagt „Such taking into account should normally not result in a more favourable treatment than that provided to their own nationals.“ Die Aussage steht nämlich im Kontext von „besonderen Bedürfnissen und den speziellen Integrationsproblemen“.

¹⁸⁷ UNHCR-Commentary zu Art 23.

¹⁸⁸ Die rare Ausnahme ist, wenn der Fluchtgrund erst nach Beginn des Aufenthalts im nunmehrigen Asylland durch eine Änderung im Heimatstaat eintritt.

¹⁸⁹ EuGH 21.7.2011, C-503/09, Stewart, Slg 2011, I-06497, Rz 89 f mwN aus der Judikatur.

¹⁹⁰ ZB EuGH 23.3.2004, C-138/02, Collins, Slg 2004, I-02703, Rz 69 f. *Rebhahn*, Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf den Zugang zu Sozialleistungen – insb zur Ausgleichszulage (EuGH-Urteil Brey), wbl 2013, 605 (607).

Einzugehen ist dazu auf die Lage, die nun bei Migration von Unionsbürgern besteht. Art 24 Unionsbürger-RL 2004/38/EG und Art 18 AEUV verbieten eine Diskriminierung (auch) bei Sozialleistungen. Unstrittig ist, dass Unionsbürgern die vollen Leistungen nach (frühestens) fünf Jahren rechtmäßigem Aufenthalt in einem anderen MS zustehen. Heftig umstritten war, ob wegen Art 24 Unionsbürger-RL Unionsbürger sogleich (bzw nach Ablauf von drei Monaten) Anspruch auf „social assistance“, in Österreich die BMS, erwerben – und damit auch das Aufenthaltsrecht. Es dürfte nun – nach den Urteilen Dano, Alimanovic und Garcia Nieto – Auffassung des EuGH sein, dass die MS nicht verpflichtet sind, nicht erwerbstätigen migrierenden Unionsbürgern von Anfang bis zum Ablauf von (zumindest) fünf Jahren Leistungen der „Sozialhilfe“ zu erbringen, auch wenn diese selbst über keine ausreichenden Mittel zum Lebensunterhalt verfügen.¹⁹¹ GA Wathelet spricht in diesem Zusammenhang ausdrücklich von der Gefahr einer Massenzuwanderung.¹⁹² Insofern ist hier eine Wartezeit nur für Unionsbürger und damit deren – wohl unmittelbare¹⁹³ – Benachteiligung zulässig. Allerdings sind zwei Unterschiede zu bedenken. Faktisch haben Unionsbürger jedenfalls die Möglichkeit zum Aufenthalt in ihrem Heimat-MS und können die dort vorgesehenen Leistungen der „social assistance“ erlangen; Schutzberechtigte haben diese Möglichkeit (vorübergehend) nicht. Rechtlich geht es bei den Unionsbürgern auch um das Aufenthaltsrecht, das bei Personen, die auf social assistance angewiesen wären, verweigert werden kann. Schutzberechtigte haben hingegen unbestritten ein Aufenthaltsrecht. Diese Unterschiede sprechen eher dagegen, dass man die Überlegungen auf Schutzberechtigte übertragen kann – auch wenn diese grds weniger „Verbindung“ mit dem Aufnahmeland haben als Unionsbürger (aufgrund der Unionsbürgerschaft).

Die Zulässigkeit einer Wartezeit für die einheitliche BMS ist daher schon im Hinblick auf Art 29 Abs 1 Status-RL zweifelhaft.

Bei anderer Beurteilung wäre zusätzlich zu prüfen, inwieweit das Nichtgewähren oder nur teilweise Gewähren mit den inhaltlichen Vorgaben vereinbar ist. Art 1 GRC ist von den MS in Bezug auf Schutzberechtigte jedenfalls zu beachten, weil sie in Bezug auf diese bei der Anwendung von Art 29 Status-RL Unionsrecht durchführen. Daher müsste das Mindestniveau

¹⁹¹ EuGH 11.11.2014 C-333/13 Dano; EuGH (GK) 15.9.2015 C-67/14 Alimanovic; 25.2.2016 C-299/14 Garcia Nieto.

¹⁹² SA GA Wathelet 26.3.2015 C-67/14 Alimanovic Rn 91: „Räumte [man] Unionsbürgern, die nicht verpflichtet sind, über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts zu verfügen, das Recht auf Sozialhilfeleistungen ein, bestünde die Gefahr, dass dadurch eine Massenzuwanderung ausgelöst wird, die eine unangemessene Inanspruchnahme der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit nach sich ziehen könnte.“

¹⁹³ Vergleichsgruppe sind Staatsangehörige, die bislang im Ausland gelebt haben.

gewährleistet werden (also ein „würdiger Lebensstandard“). Gegen das Fehlen jeglicher Leistungen spricht auch ErwG 12 Status-RL: „Das wesentliche Ziel dieser Richtlinie besteht darin ...sicherzustellen, dass diesen Personen in allen Mitgliedstaaten ein Mindestniveau von Leistungen geboten wird.“ Dänemark ist an diese Vorgabe nicht gebunden.

Die Einführung einer Wartezeit für die Leistung auf die derzeitige, einheitliche BMS ist daher auch dann, wenn sie für alle Staatsangehörige gilt, problematisch, jedenfalls wenn sie Flüchtlinge ohne jede Leistung lassen würde.

ii. Aufspaltung in Grund- und Ergänzungsleistung

Von manchen wird in der Diskussion erwogen, die derzeitige BMS aufzuspalten – in eine Grundleistung, die wie jetzt primär nur den rechtmäßigen Aufenthalt voraussetzt, und eine ebenfalls steuerfinanzierte Zusatzleistung. Dazu ist wiederum fraglich, ob es ein sachliches Kriterium gibt, an das die Zusatzleistung anknüpfen könnte.

Gedacht ist wohl an ein Kriterium, das eine mehrjährige Verbundenheit mit Österreich als Solidarverband voraussetzt. Für diese Verbundenheit könnte an mehrjährige Erwerbstätigkeit oder rechtmäßigen Aufenthalt gedacht werden. Ferner könnte erwogen werden, auf die voraussichtliche Dauer des Aufenthalts im Land abzustellen. Bei Personen, die das Aufnahmeland voraussichtlich mittelfristig wieder verlassen werden, könnte uU von einem geringeren Bedarf an sozialer Unterstützung ausgegangen werden. Allerdings erscheint ein Abstellen auf die Lage in der Vergangenheit nicht nur besser handhabbar als ein Abstellen auf die unsichere künftige Entwicklung, sondern kann auch an eine bestehende Verbundenheit mit der Solidargemeinschaft anknüpfen.

Stellt die Zusatzleistung auf Erwerbstätigkeit ab, so wäre im österr Recht allerdings der Einfluss des Einführens der Zusatzleistung auf die Notstandshilfe zu überlegen. Die Zusatzleistung wäre ebenfalls bedürftigkeitsabhängig und setzte Erwerbstätigkeit voraus, wäre aber anders als die Notstandshilfe steuerfinanziert. Wie auch sonst liegt im Erörtern der denkbaren Möglichkeiten keine Empfehlung einer Maßnahme.

Versteht man Art 29 Abs 1 Status-RL und Art 23 GFK als Gleichstellungsgebot, so ist eine Wartefrist, die auch für eigene Staatsangehörige gilt, damit wie gesagt prima facie vereinbar. Die Beurteilung könnte jedoch anders ausfallen, wenn man Art 29 Status-RL als Diskriminierungsverbot versteht.

Dann ist primär zu fragen, ob eines der beiden genannten Kriterien zu einer Benachteiligung von Schutzberechtigten führt. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nicht vor. Beim Kriterium des längeren Aufenthaltes liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, weil Angehö-

rige der Wohnbevölkerung das Kriterium typischerweise erfüllen werden, Schutzberechtigte hingegen nicht.¹⁹⁴ Beim Kriterium der längeren Erwerbstätigkeit liegt aus demselben Grund wohl – wenn auch in abgeschwächter Intensität – ebenfalls eine mittelbare Benachteiligung vor. Dieses Kriterium schließt zwar nicht wenige Angehörige der Wohnbevölkerung ebenfalls aus, insb Jüngere vor Eintritt in das Erwerbsleben (was politisch stark gegen dieses Kriterium sprechen könnte), allerdings ist es abstrakt gleichwohl geeignet, Schutzberechtigte zu benachteiligen.

Dann ist nach dem üblichen Prüfungsschema primär nach einem rechtfertigenden Ziel zu fragen. Dafür sind drei in Betracht zu ziehen: Verbundenheit mit dem Land der Leistung; sowie Verringerung des Anreizes für Zuwanderung; sowie – nur beim Erfordernis von Erwerbstätigkeit – Honorierung einer Vorleistung an die Solidargemeinschaft dieses Landes.

Die Honorierung einer Vorleistung ist ein zulässiges Regelungsziel. Das Abstellen auf das Erfordernis ist zur Erreichung dieses Zieles geeignet und auch erforderlich (außer man stellt nur auf den Aufenthalt ab). Die Anwendung des Kriteriums dürfte, wenn die verlangte Frist nicht allzu lang ist, auch verhältnismäßig bzw angemessen sein.

Auch das Ziel, auf die Verbundenheit mit dem Leistungsland und dessen Solidargemeinschaft abzustellen, kann an sich legitim sein; dies zeigen jene Urteile des EuGH, in denen er – wie zB zu Studienbeihilfen – das Erfordernis eines mehrjährigen Aufenthaltes gebilligt hat. Fraglich kann allerdings sein, ob dieses Ziel auch bei einer bedürftigkeitsabhängigen Leistung, welche zur Sicherung des Lebensunterhaltes dient, legitim ist. Bejaht man dies, so sind beide Erfordernisse zur Erreichung des Zieles geeignet und erforderlich und bei nicht allzu langer Frist wohl auch verhältnismäßig bzw angemessen.

Fraglich ist auch, ob das Ziel einer Verringerung des Anreizes für Zuwanderung im Unionsrecht ein legitimes Regelungsziel ist. Zur Migration von mittellosen Unionsbürgern hat der EuGH es wohl als legitimes Ziel angesehen. Dies spricht dafür, dass es grds auch bei Drittstaatsangehörigen legitim ist. Allerdings ist fraglich, ob dies auch in Bezug auf Schutzberechtigte gelten kann, bei denen sich die Union zu einem Zugangsrecht aus humanitären Gründen verpflichtet hat. Allerdings könnte man eine ähnliche Frage auch zur Migration von Unionsbürgern stellen, bei denen das Unionsrecht mit der Unionsbürgerschaft ebenfalls ein Zugangsrecht geschaffen hat. Bejaht man die Legitimität des Zieles, so sind beide Erfordernisse zur Erreichung des Zieles geeignet und erforderlich und bei nicht allzu langer Frist wohl

¹⁹⁴ Die rare Ausnahme ist, wenn der Fluchtgrund erst nach Beginn des Aufenthalts im nunmehrigen Asylsland durch eine Änderung im Heimatstaat eintritt.

auch verhältnismäßig bzw angemessen.

Vergleichend kann gesagt werden, dass das Abstellen auf eine mehrjährige Erwerbstätigkeit im Inland Schutzberechtigte deutlich weniger benachteiligt als die beiden anderen Kriterien, gerade weil es auch nicht wenige hier Ansässige von der Zusatzleistung ausschließt (insb Junge direkt nach Abschluss der Ausbildung). Das Abstellen auf einen mehrjährigen Aufenthalt im Inland ist überdies in einem Sozialsystem, das (wie das zB Dänemarks) in wichtigen Fragen auf dieses Kriterium abstellt, systemkonformer als in einem Sozialsystem, das wie jenes Österreichs weithin auf der Erwerbstätigkeit aufbaut.

Es ist hier nicht möglich, eine Aufspaltung in Bezug auf das österr Verfassungsrecht und das sonstige Recht der Union (Koordinierung von Sozialvorschriften, Unionsbürger-RL) zu beurteilen. In Bezug auf die Koordinierungsvorschriften ist va fraglich, ob die Zusatzleistung innerhalb der Union zu exportieren wäre. Dafür ist entscheidend, ob man sie als Leistung der Sozialhilfe oder als Leistung bei Arbeitslosigkeit ansieht. Letztere sind seit der letzten Änderung grds zu exportieren, wenn auch jeweils nur für befristete Zeit, dies aber wiederholt. Dasselbe gilt aber schon derzeit für die Notstandshilfe. Wenn die Zusatzleistung zur Notstandshilfe subsidiär ausgestaltet wird (oder diese ersetzt) ändert sich in Bezug auf den Export wohl nichts Wesentliches. Zur Unionsbürger-RL sei angemerkt: Fraglich wäre, ob im Abstellen auf eine mehrjährige Erwerbstätigkeit im Inland eine mittelbare Diskriminierung von Unionsbürgern liegt – sodass Erwerbstätigkeit in einem anderen MS gleichzuhalten wäre.

Würde die BMS in eine nur vom Aufenthalt abhängige Grundleistung und eine Zusatzleistung aufgespalten, so hängt die Antwort auf die Frage, ob Flüchtlingen nur die Grundleistung erbracht werden muss und sie von der Zusatzleistung ausgeschlossen werden dürfen, dann, wenn man Art 29 Abs 1 als Diskriminierungsverbot (und nicht nur als Gleichstellungsgebot) versteht, von der Rechtfertigung der Benachteiligung ab. Diese kann, wie meist in solchen Fällen, nicht mit Sicherheit beurteilt werden. Es erscheint aber nicht ausgeschlossen, dass der EuGH eine Rechtfertigung bejahen lässt, beim Erfordernis einer mehrjährigen Erwerbstätigkeit eher als bei jenem eines mehrjährigen Aufenthalts.

g) Familienbeihilfe

Die Familienbeihilfe gebührt nach § 3 FLAG Personen, die nicht österr Staatsbürger sind, nur unter besonderen Voraussetzungen. Nach § 3 Abs 2 FLAG haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe.

Entscheidend ist hier primär die Auslegung von Art 24 Abs 1 lit b GFK. Dieser spricht von Gleichbehandlung in Bezug auf „Sozialversicherung (gesetzliche Bestimmungen über

Arbeitsunfälle, ... Familienverpflichtungen ...)“.¹⁹⁵ „Familienverpflichtungen“ kann sich jedenfalls auf Familienleistungen im Rahmen der unzweifelhaft von Art 24 erfassten Bereiche beziehen, wie insb Mitversicherung und Hinterbliebenenleistungen.¹⁹⁶ Art 24 ist, wie dargelegt, nur auf (zumindest primär) beitragsfinanzierte Leistungen anwendbar. Die Familienbeihilfe wird in Österreich nicht als beitrags-, sondern als steuerfinanzierte Leistung gesehen. Zu Art 24 ist allerdings nicht die nationale Einordnung maßgebend, sondern die tatsächliche Lage aus der Sicht der Norm. Die Familienbeihilfe wird aus einem Fonds bezahlt,¹⁹⁷ der wesentlich durch Abgaben finanziert wird, die wiederum – wie die Beiträge zur Sozialversicherung – von der Entgelthöhe der Dienstnehmer abhängen. Allerdings fehlt jedenfalls bei der Familienbeihilfe für alle Nichtdienstnehmer eine beitragsähnliche Finanzierung (und die Abgaben dienen nicht nur der Finanzierung der Familienbeihilfe).¹⁹⁸ Auch aus Sicht der ökonomischen Statistiken sind die Beiträge zum FLAG nicht klar der Beitragsfinanzierung zuordenbar. Im Rahmen der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung werden sie nicht als Sozialbeiträge, sondern als sonstige Produktionsabgaben verbucht, im Rahmen des ESSOSS (Europäisches System der Integrierten Sozialschutzstatistik) als „beitragsähnliche zweckgebundene Steuern“.¹⁹⁹ All dies spricht dagegen, die Familienbeihilfe in Bezug auf Art 24 GFK als beitragsfinanzierte Leistung anzusehen, und gegen die Anwendung von Art 24 GFK auf sie.

Ordnet man die Familienbeihilfe nicht unter Art 24 GFK ein, dann wird fraglich, ob sie unter Art 23 GFK fällt, also unter „öffentliche Unterstützung und Hilfeleistung“. Der UNHCR-Commentary geht auf „family allowances“ nicht explizit ein, will die Bestimmung aber auf „social and medical assistance“ angewendet sehen. Dies wird verstanden als „all assistance granted ... under which persons without sufficient resources are granted means of subsistence and the care necessitated by their condition, other than non-contributory pensions and benefits paid in respect of war-injuries or injuries due to foreign occupation“. Diese Um-

¹⁹⁵ Art 24 Abs 1 lit a nennt zwar Familienbeihilfen, ist aber nicht einschlägig, weil es dort erkennbar um Ansprüche gegen den Arbeitgeber geht (Remunerationen, einschließlich Familienbeihilfen, wo diese einen Teil der Remunerationen darstellen“).

¹⁹⁶ Der Wortlaut des Art 24 wurde fast zur Gänze aus Art 6 ILO-Übereinkommen 97 über Wanderarbeiter aus 1949 übernommen wurde. Die Auslegung von Art 24 sollte daher im Lichte der Bestimmungen dieser Konvention erfolgen. Die englische Fassung des Art 6 spricht wie jene der GFK von „family responsibilities“, die deutsche Fassung von „Unterhaltspflichten“.

¹⁹⁷ Zur (unübersichtlichen) Lage vgl zB *Festl/Lutz/Schratzenstaller*, Mögliche Ansätze zur Unterstützung von Familien (WIFO 2010):

¹⁹⁸ Vgl auch VfSlg 4232/1962 und VwGH 25.9.1961, 2564/59 („kein Zusammenhang zwischen dem Kreis der Personen, die potentiell für einen Anspruch auf Leistungen aus dem Familienlastenausgleich in Frage kommen, und dem Kreis der Personen, deren Lohnsumme die Bemessungsgrundlage für den Dienstgeberbeitrag bildet“).

¹⁹⁹ Vgl *Mayrhuber/Knittler*, Struktur und Finanzierungsformen der Sozialausgaben 2008, WIFO-Monatsberichte 5/2010, 445 ff (455 f).

schreibung führt zur schwierigen Frage, ob die österr Familienbeihilfe „means of subsistence necessitated by their condition“ darstellt. Dies ist zu verneinen, weil die Familienbeihilfe unabhängig von einem Bedürftigkeitstest geleistet wird, also die typische finanzielle Belastung durch Kinder für alle Eltern erleichtern will. In Bezug auf die Verbindlichkeit der GFK als völkerrechtlicher Vertrag ist überdies der Vorbehalt Österreichs zu beachten, wonach unter den in Art 23 angeführten Leistungen nur solche der „Öffentlichen Fürsorge (Armenversorgung)“ zu verstehen sind – worunter nur bedürftigkeitsabhängige Leistungen fallen können. In diesem Sinn hat der VwGH bereits 1992 entschieden, dass eine nach der GFK Schutzberechtigte aus Art 23 keinen Anspruch auf die damalige – ebenfalls aus dem Familienlastenausgleichsfonds finanzierte – Leistung der Geburtenbeihilfe ableiten kann, weil es sich dabei um keine Fürsorgeleistung handelt.²⁰⁰

Die Schlussfolgerung, dass die Familienbeihilfe nicht auch an Flüchtlinge zu zahlen ist, scheint dann unbefriedigend, wenn ein Elternteil erwerbstätig ist und daher für diesen Beiträge zum FLAF bezahlt werden. Anknüpfend an die Materialien zu Art 24 GFK wird man diese Bestimmung (nur) in diesem Fall extensiv interpretieren (müssen), sodass die Familienbeihilfe zu erbringen ist.

Zu prüfen ist ferner, ob Art 29 Status-RL betreffend Leistungen der „Sozialhilfe“ eingreift. Die Begriffe des Unionsgesetzgebers dürfen nicht im Lichte der nationalen Begriffsbildungen verstanden werden. Überdies ist der Sprachgebrauch der Status-RL eher diffus. ErwG 44 verwendet in der deutschen Fassung hintereinander vier verschiedene Begriffe, ohne dass klar wird, was jeweils genau gemeint ist:²⁰¹ Sozialfürsorge, Sozialleistungen, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts und Sozialhilfe. Die englische und die französische verwenden jeweils nur drei Begriffe. Auch der deutsche Text ist daher wie folgt zu lesen: „Insbesondere zur Vermeidung sozialer Härtefälle ist es angezeigt, Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, ohne Diskriminierung im Rahmen der Sozialfürsorge angemessene Unterstützung in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu gewähren. Bei der Sozialhilfe ...“

²⁰⁰ VwGH 14.12.1992, 92/15/0146.

²⁰¹ „Insbesondere zur Vermeidung sozialer Härtefälle ist es angezeigt, Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, ohne Diskriminierung im Rahmen der Sozialfürsorge angemessene Unterstützung in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu gewähren. Bei der Sozialhilfe ...“

“Especially to avoid social hardship, it is appropriate to provide beneficiaries of international protection with adequate social welfare and means of subsistence, without discrimination in the context of social assistance. With regard to social assistance, ...”

“Afin, en particulier, d’éviter les difficultés sociales, il est opportun que les bénéficiaires d’une protection internationale se voient accorder, sans discrimination, dans le cadre de l’assistance sociale, une protection sociale et des moyens de subsistance adéquats. En ce qui concerne la protection sociale, les ...”

sene Unterstützung in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu gewähren. Bei der Sozialfürsorge ...“ Dann ist fraglich, ob die österr Familienbeihilfe unter Sozialfürsorge / social assistance / assistance sociale fällt. Orientiert man sich an der Terminologie der VO zur Koordinierung der Sozialsysteme, so ist diese Frage zu verneinen.²⁰² Vor allem die fehlende Abhängigkeit von Bedürftigkeit spricht gegen die Subsumtion unter Art 29. Die Orientierung der Status-RL an der GFK (wobei der österr Vorbehalt hier nicht zu beachten ist) spricht jedenfalls nicht für die Subsumtion der Familienbeihilfe unter Art 29. Dem steht gegenüber, dass die Familienbeihilfe – gerade bei Personen, die einkommensschwach oder auf Sozialhilfe ieS (BMS) angewiesen sind – der Sicherung des Lebensunterhalts dient.²⁰³ In Anbetracht der zwei Argumente, die gegen die Subsumtion sprechen, spricht mehr dafür, die Familienbeihilfe nicht unter Art 29 zu subsumieren.

Der Ausschluss von Flüchtlingen von der Familienbeihilfe ist mit Art 1 BVG Kinderrechte vereinbar, weil aus dem allg Anspruch auf Fürsorge selbst dann, wenn man dies als soziales Grundrecht verstehen sollte, kein ausreichend konkreter Auftrag in Bezug auf eine – neben der BMS – zusätzliche Leistung zum Lebensunterhalt folgt.

Zusammenfassend spricht mehr dafür, die österr Familienbeihilfe weder unter Art 24 GFK noch unter Art 23 GFK noch unter Art 29 Abs 1 Status-RL zu subsumieren. Dann besteht keine Pflicht, die Leistung an Flüchtlinge zu erbringen.²⁰⁴

h) Pflegegeld

Das Pflegegeld²⁰⁵ knüpft in erster Linie an eine Grundleistung an, insb eine Pension oder eine gleichartige Leistung (§ 3 BPGG). Die Grundleistung ist in der Regel von der Staatsbürgerschaft unabhängig, in der Folge ist es auch das Pflegegeld. Auch ohne Grundleistung kann ein Anspruch bestehen, hier jedoch nur für österr Staatsbürger und für Personen, die ihnen in einer prima facie taxativen Aufzählung gleichgestellt werden (§ 3a BPGG). Dazu zählen Asylberechtigte, nicht aber – soweit zu sehen – subsidiär Schutzberechtigte.

²⁰² Vgl insb Art 3 VO 883/2004.

²⁰³ Vgl auch ErwG 38 Status-RL: „Bei der Gewährung der Ansprüche auf die Leistungen gemäß dieser Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten dem Wohl des Kindes ... Rechnung tragen.“

²⁰⁴ Das FLAG stellt auch bei anderen, „kleineren“ Leistungen auf die Staatsangehörigkeit ab, die dort aber durch dreijährigen Aufenthalt in Österreich substituiert werden kann. Diese fallen wohl weder unter Art 23 und 24 GFK noch unter Art 29 Status-RL.

Der OGH hat in 10 Ob 46/10b (obiter) gemeint, dass die GFK die Gleichstellung von Konventionsflüchtlingen mit Inländern beim Anspruch auf Unterhaltsvorschuss (dieser wird gemäß § 39 Abs 5 FLAG aus dem FLAF finanziert) verlange. Allerdings setzt sich diese Entscheidung mit den zitierten Art 12 (Personalstatut), 23 und 24 GFK nicht näher auseinander. Wenn, dann lässt sich die Auffassung auf Art 12 stützen (vgl Neumayr in Schwimann-ABGB Kommentar zu § 2 UVG).

²⁰⁵ Bundespflegegeldgesetz — BPGG BGBl 110/1993 idgF.

Zum Pflegegeld ist fraglich, ob es eher unter die Bestimmungen zu Sozialhilfeleistungen (Art 29 Status-RL) oder jene zu medizinischer Versorgung (Art 30) fällt. Der EuGH hat auch das österr Pflegegeld in seiner (verfehlten) Judikatur als Leistung bei Krankheit iSd Koordinierungs-VO angesehen,²⁰⁶ wohl weil derartige Leistungen in vielen MS aus den Systemen der Krankenversicherung bzw –versorgung geleistet werden. Diese Einordnung zum Koordinierungsrecht ist zwar für die Normen zu den Rechten im Aufenthalt von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten nicht verbindlich. Es ist aber nicht auszuschließen, sondern eher zu erwarten, dass der EuGH für die Rechte im Aufenthalt der Schutzberechtigten an diese Zuordnung zur Leistungen bei Krankheit „anknüpfen“ wird. Art 30 Status-RL zu „Medizinische Versorgung“ erfasst nach dem insoweit klaren Wortlaut nur „medizinische“ (Sach-)Leistungen und nicht auch Geldleistungen mit Einkommensersatzfunktion (wie zB ein Krankengeld). Allerdings bedeutet die genannte Zuordnung zum Bereich Krankheit, dass Pflegeleistungen unter „medizinische Versorgung“ fallen. Wenn ein MS diese Leistungen nicht als Sachleistungen erbringt, sondern zur Bezahlung von Sachleistungen eine Geldleistung vorsieht, so könnte auch diese unter Art 30 fallen. Bestärkt würde dieses Ergebnis, wenn man dem UNHCR-Commentary folgend unter Art 23 GFK auch Leistungen der „medical assistance“ subsumiert.²⁰⁷

Lehnt man die Zuordnung zu Art 30 Status-RL betreffend „Medizinische Versorgung“ ab, so wird fraglich, ob das Pflegegeld unter Art 29 Abs 1 Status-RL fällt, also unter „Sozialfürsorge“ bzw „social assistance“. Dazu ist nun wesentlich, dass in Österreich die erforderlichen Pflegeleistungen iSd BPGG dann, wenn das Pflegegeld und das eigene Einkommen und Vermögen nicht ausreichen, von der Sozialhilfe bezahlt werden. Fraglich ist daher letztlich nur, ob diese Sozialhilfe unter Art 29 fällt. Dies ist wohl zu bejahen.²⁰⁸

Die Status-RL verlangt daher im Ergebnis, dass das Pflegegeld auch Flüchtlingen gewährt wird.

i) „Eigentlich“ wäre ein anderer MS zuständig ?

Kurz anzusprechen ist ein weiterer zuweilen erwogener „Grund“ für ein Nichtgewähren der vollen sonst vorgesehenen Leistungen, nämlich dass nach dem Dublin-System „eigentlich“ ein anderer MS zuständig (gewesen) wäre. Der EuGH hat allerdings im Urteil

²⁰⁶ EuGH 21.2.2006 C-286/03 *Hosse*.

²⁰⁷ Der österr Vorbehalt zu Art 23 GFK spielt hier keine Rolle, weil es um die Bedeutung der GFK für das Unionsrecht geht, sodass die für die GFK im Allgemeinen maßgebende Auslegung relevant ist.

²⁰⁸ Zur Judikatur des OGH zu Art 29 Abs 2 und Pflegegeld vgl unten III.4.e.

Cimade schon zur Aufnahme-RL entschieden, dass ein MS, der einen anderen MS als für die Entscheidung über den Asylantrag für zuständig ansieht, die Verpflichtung zur Leistungsgewährung solange selbst erfüllen muss, bis der andere MS den Antragsteller tatsächlich übernimmt, uzw ohne Anspruch auf Kostenersatz.²⁰⁹ Das Dublin-Verteilungssystem bleibt sohin nach Auffassung des EuGH ohne jede effektive Rechtsfolge. Umso weniger kann ein MS, der die Schutzberechtigung zuerkannt hat, die Leistungen zur Existenzsicherung vorenthalten (oder von einem anderen MS Rückersatz verlangen), wenn ein anderer MS nach der Verteilungs-VO zuständig gewesen wäre.

Das eben Gesagte führt allerdings zu dem Schluss, dass auf Basis des derzeitigen Sekundärrechts die von Spitzenfunktionären der Union und einiger MS immer wieder in Bezug genommene Verteilung nach „Kontingenten“ nicht effektiv durchsetzbar wäre. Es wird zwar immer wieder, zuletzt am Gipfel am 19. Februar 2016, betont: „Asylum seekers do not have the right to choose the Member State in which they seek asylum“.²¹⁰ Aufgrund des eben zuvor aus dem Urteil *Cimade* Geschlossenen ist ja selbst die „Steuerung“ des Aufenthaltslandes mithilfe „negativer Anreize“ in Form von Leistungskürzungen – die im Vergleich zu „härten“ Mitteln der Durchsetzung einer Verlegung des Aufenthaltsortes das weitaus gelindere Mittel wäre – nicht zulässig.

Bestärkt wird diese Auffassung im Übrigen durch die Massenzustrom-RL. Diese sieht zwar vor, dass bei einem Massenzustrom die Vertriebenen auf verschiedene MS je nach Aufnahmekapazität aufgeteilt werden sollen. Die Regeln dazu sind aber nicht nur sanktionslos. Art 26 Abs 1 dieser RL sieht überdies vor: „Während der Dauer des vorübergehenden Schutzes arbeiten die Mitgliedstaaten bei der Verlegung des Wohnsitzes von Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, von einem Mitgliedstaat in einen anderen zusammen, wobei die betreffenden Personen einer derartigen Verlegung zugestimmt haben müssen.“ Die Verlegung darf danach nur mit Zustimmung der Betroffenen erfolgen. Die Diskrepanz der erwähnten politischen Aussagen dazu kann kaum größer sein.

Der Unionsgesetzgeber müsste also erst den Worten Taten folgen lassen, wenn die Sozialleistungen wegen Aufenthalts in einem anderen MS als jenem, dem die Schutzberechtigten durch eine generelle Regelung oder durch individuelle Entscheidung „zugewiesen“ wurden, sollen gekürzt werden können. Rechtspolitisch sei angemerkt, dass das Vorenthalten der Sozialleistungen in allen nach den (erst zu schaffenden) Verteilungsregeln „unzuständigen“

²⁰⁹ EuGH 27.9.2012 C-179/11 *Cimade und GISTI* Rn 55 ff.

²¹⁰ Sinngemäß wird häufig gesagt: Flüchtlinge wollen in die Union, und könnten sich (daher) nicht aussuchen, in welchem MS sie Aufnahme finden.

MS jenes Mittel ist, mit dem bei offenen Binnengrenzen und Massenzustrom die Zuweisung an den „zuständigen“ MS am ehesten durchgesetzt werden kann.

III. Subsidiär Schutzberechtigte

1. Grundlagen

Das Unionsrecht unterscheidet schon in Art 78 Abs 2 AEUV zwischen Flüchtlingen (Personen mit Asylstatus) und subsidiär Schutzberechtigten. Die Status-RL 2011 hat allerdings den Status der beiden Gruppen weitgehend angenähert,²¹¹ deutlich mehr als die Vorgänger-RL 2004/83. Diese Annäherung ist eine politische Entscheidung des Sekundärrechtsgesetzgebers (vgl ErwG 39 Status-RL).

Nach herrschender Auffassung, die auch der Unionsgesetzgeber teilt, ist die GFK nur auf Flüchtlinge, nicht auch auf subsidiär Schutzberechtigte anwendbar.²¹² Dies kommt ua in ErwG 33 der Status-RL zum Ausdruck: „Der subsidiäre Schutzstatus sollte den in der Genfer Flüchtlingskonvention festgelegten Schutz für Flüchtlinge ergänzen.“ Dementsprechend wird hier davon ausgegangen, dass die GFK auf subsidiär Schutzberechtigte nicht anwendbar ist. Es gibt auch sonst keinen völkerrechtlichen Katalog zu den Rechten subsidiär Schutzberechtigter, welcher der GFK vergleichbar wäre.²¹³

Dementsprechend ergeben sich Vorgaben zu den Sozialleistungen an subsidiär Schutzberechtigten nur aus dem Unionsrecht, insb der Status-RL, und dem österr Verfassungsrecht, sowie in Bezug auf beide aus der EMRK (insb deren Art 3).²¹⁴ Aufgrund der Annäherung des Status von subsidiär Schutzberechtigten an jenen der Flüchtlinge in der Status-RL ist die GFK aber auch für jene bei der Auslegung der Status-RL relevant – außer diese differenziert (wie in Art 29).

Fraglich ist, ob der Status der subsidiär Schutzberechtigten als „vorübergehend“ anzusehen ist. Nach Art 16 Abs 1 und 24 Status-RL ist dies zu bejahen.²¹⁵ Nach GA Cruz-Villalon

²¹¹ Vgl ErwG 39 Status-RL. Vgl zu Kapitel VII der Status-RL den Überblick bei *Battjes* in *Hailbronner/Thym*, EU Immigration and Asylum law, Directive 2011/95/EU Art 20 para 433.

²¹² Vgl *Dörig* in *Hailbronner/Thym*, EU Immigration and Asylum law, Directive 2011/95/EU Art 1 para 14: “As far as subsidiary protection is concerned, the GC plays no significant role in its interpretation.”

²¹³ Vgl *Battjes* in *Hailbronner/Thym*, EU Immigration and Asylum law, Directive 2011/95/EU Art 20 para 433: “There is no catalogue of benefits for persons eligible for subsidiary protection in international law, similar to the Geneva Convention.”

²¹⁴ Zur Lage vgl insb UNHCR, Subsidiäre Schutzberechtigte in Österreich (2015).

²¹⁵ Art 16 Abs 1: „Ein Drittstaatsangehöriger oder ein Staatenloser hat keinen Anspruch auf subsidiären Schutz mehr, wenn die Umstände, die zur Zuerkennung des subsidiären Schutzes geführt haben, nicht mehr bestehen oder sich in einem Maße verändert haben, dass ein solcher Schutz nicht

spricht jedoch die RL 2011/51/EU „für den fehlenden vorläufigen Charakter des subsidiären Schutzstatus“.²¹⁶ Die RL 2011/51/EU hat bewirkt, dass der Anwendungsbereich der RL 2003/109 zu langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen erweitert wurde: „Personen, die internationalen Schutz genießen, sollten deshalb in dem Mitgliedstaat, der ihnen internationalen Schutz gewährt hat, zu denselben Bedingungen wie andere Drittstaatsangehörige ein langfristiges Aufenthaltsrecht erlangen dürfen.“²¹⁷ Ohne dies hier vertiefen zu können, kann man wohl sagen, dass der Status der subsidiär Schutzberechtigten solange „vorläufig“ ist, bis die Voraussetzungen zum Erwerb des langfristigen Aufenthaltsrechts erfüllt sind.

2. Gleichbehandlungspflichten

Primär zu prüfen ist, ob und inwieweit bei der Gewährung von Sozialleistungen zwischen subsidiär Schutzberechtigten und Staatsbürgern (und in der Folge uU Flüchtlingen) unterschieden werden kann.

Vorweg ist dazu auf Art 78 AEUV einzugehen. Diese Bestimmung sieht in Abs 2 einen „einheitlichen“ Status jeweils nur in Bezug auf jede der beiden Gruppen gesondert vor, nicht aber einen einheitlichen Status im Aufenthalt für beide Gruppen. Wäre letzteres gewollt gewesen, so hätte Art 78 Abs 2 leicht auch in diesem Sinn formuliert werden können (indem für das Recht zum Aufenthalt je ein getrennter, aber (unions)einheitlicher Status sowie für das Recht im Aufenthalt ein für beide Gruppen (unions)einheitlicher Status erlassen werden soll). Art 78 Abs 2 wurde aber nicht so formuliert. Daher ist davon auszugehen, dass Art 78 AEUV keinen einheitlichen Status im Aufenthalt verlangt. GA Cruz-Villalon hat allerdings jüngst vertreten, dass in Art 78 Abs 1 AEUV mit der Wendung „gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz“ die GFK als „gemeinsamer Referenzrahmen“ auch für subsidiär Schutzberechtigte anerkannt worden sei.²¹⁸ In der zitierten Wendung „gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz“ bezieht sich „gemeinsam“ jedoch weit eher und hinreichend deutlich nur auf die Politik (in) der Union und nicht auf den Status der danach genannten Gruppen. Dies zeigt auch die simple

mehr erforderlich ist.“

Auch der Status als Flüchtling ist nach Art 11 Abs 1 lit e) Statuts-RL insofern „vorläufig“, als die Eigenschaft als Flüchtling erlischt, „wenn er nach Wegfall der Umstände, aufgrund deren er als Flüchtling anerkannt worden ist, es nicht mehr ablehnen kann, den Schutz des Landes in Anspruch zu nehmen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt“, wobei „die Veränderung der Umstände erheblich und nicht nur vorübergehend“ sein muss.

²¹⁶ GA Cruz-Villalon SA zu EuGH C-443/14 Alo Rz 80.

²¹⁷ Vgl ErwG 4 RL 2011/51/EU:

²¹⁸ GA Cruz-Villalon SA zu EuGH C-443/14 Alo Rz 93. Der Ausdruck „Referenzrahmen“ ist allerdings reichlich unklar, aber (deshalb?) sehr beliebt.

Überlegung, dass andernfalls die GFK auch für Personen maßgebend wäre, denen nur vorübergehender Schutz zuteil wird.

Aufgrund der politischen Entscheidung des Unionsgesetzgebers, den Status der subsidiär Schutzberechtigten weitgehend jenem der Flüchtlinge anzunähern, kann allerdings „beim Inhalt von Bestimmungen der Richtlinie, die unterschiedslos Rechte begründen, nicht wieder danach differenziert werden, ob die Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, unter die Genfer Konvention fallen oder nicht“.²¹⁹

a) Status-RL

Art 29 Abs 1 Status-RL zu „Sozialhilfeleistungen“ verlangt, dass „Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist [...], die notwendige Sozialhilfe wie Staatsangehörige des Mitgliedstaates erhalten.“ Abs 2 bestimmt: „Abweichend von der allgemeinen Regel nach Absatz 1 können die Mitgliedstaaten die Sozialhilfe für Personen, denen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, auf Kernleistungen beschränken, die sie im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige gewähren.“ Der englische Text spricht von „core benefits“.

Die Vorgängerbestimmung zu Abs 2 wurde in die Status-RL 2004/83/EG auf Wunsch des Rates aufgenommen. Der Entwurf der Kommission für die Neufassung wollte Abs 2 entfallen lassen, die Bestimmung wurde aber auf Wunsch des Rates wieder aufgenommen. Daraus geht die klare Absicht des Unionsgesetzgebers hervor, dass bei den subsidiär Schutzberechtigten die Gleichbehandlungspflicht nicht denselben Umfang hat wie bei Flüchtlingen, sondern sich nur auf ein geringeres Niveau von Leistungen, die „Kernleistungen“, bezieht.

Die Gleichbehandlungspflicht in Bezug auf diese Kernleistungen besteht nach Art 29 Abs 2 ab Zuerkennung des Status als subsidiär Schutzberechtigter. Die Status-RL sieht zwar vor, dass die subsidiäre Schutzberechtigung nur auf Zeit zuerkannt wird, knüpft daran aber keine Rechtsfolgen in Bezug auf die Leistungen, insb auch nicht zu Art 29. Daher kann von dem dort Vorgesehenen nicht mit dem Argument abgewichen werden, es handle sich um „Asyl auf Zeit“.

Fraglich könnte sein, was für die Differenzierung zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten bei „Sozialhilfeleistungen“ spricht, wodurch sie – außer durch die Anlage im Primärrecht – gerechtfertigt werden kann. Für die Differenzierung spricht zum einen, dass die Vorgabe der GFK zur vollen Gleichstellung nur für Flüchtlinge iSd GFK besteht. Zum anderen spricht dafür, dass die Leistungspflichten des Aufnahmelandes aufgrund der unter-

²¹⁹ GA Cruz-Villalon SA zu EuGH C-443/14 Alo Rz 93.

schiedlichen Gründe für den Schutz auch verschieden bemessen werden können. Nur der Status als Flüchtling knüpft nämlich an individuelle Verfolgung an, während jener der subsidiär Schutzberechtigten insb bei schwerer Gefährdung durch innerstaatliche oder internationale Konflikte begründet werden kann, also in einer potentiell weit größeren Zahl von Fällen. Die Differenzierung erfolgt daher nicht deshalb, weil subsidiär Schutzberechtigte individuell weniger schutzbedürftig wären, und auch nicht (allein) aus Kostengründen, sondern weil die Rahmenbedingungen für den Schutz und die Möglichkeit, diesen breitflächig zu tragen, deutlich verschieden sind. Die Differenzierung im Unionsrecht ist daher auch mit dem Gleichheitssatz des Unionsrechts vereinbar.²²⁰

b) Verfassungsrecht

Das österr Verfassungsrecht verlangt, wie dargelegt, nicht notwendig die Gleichbehandlung von Fremden mit Staatsbürgern, wohl aber die Gleichbehandlung von Fremden untereinander bei gleicher Lage. Die Differenzierung zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten kann aber aus dem eben zum Unionsrecht genannten Grund auch vor dem österr Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.

3. Inhaltliche Vorgaben

a) Status-RL – „Kernleistungen“

Art 29 Abs 1 Status-RL erlaubt den MS bei subsidiär Schutzberechtigten, die „notwendige Sozialhilfe“ auf die „Kernleistungen“ zu beschränken, und verpflichtet sie, die „Kernleistungen im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige zu gewähren“. Es ist aber erforderlich, in den einschlägigen Gesetzen eine allfällige Beschränkung ausdrücklich und unter Berufung auf die Möglichkeit dazu zu normieren.²²¹

In der Folge ist fraglich, was unter „Kernleistungen“ fällt. Art 29 selbst sagt nicht, was darunter zu verstehen ist. Insb ist fraglich, ob der MS den Betrag der sonst vorgesehenen So-

²²⁰ Erwogen werden könnte, einen zusätzlichen Grund für die Differenzierung darin zu sehen, dass die Wahrscheinlichkeit für den Wegfall des Grundes für den Status als international Schutzberechtigter bei subsidiär Schutzberechtigten typischerweise (wenn auch nicht in allen Fällen) deutlich höher sein wird als bei Flüchtlingen. Der Aufenthalt ist dann typischerweise weit mehr „vorläufig“. Bei Personen, die das Aufnahmeland voraussichtlich mittelfristig wieder verlassen werden, kann wohl von einem geringeren Bedarf an sozialer Unterstützung ausgegangen werden. Zum einen muss bei einem vorübergehenden Aufenthalt ein dem allgemeinen inländischen Wohlfahrtsniveau nicht entsprechender Lebensstandard eher in Kauf genommen werden, zum anderen müssen in diesem Fall keine dauerhaften Sozialkontakte gepflegt werden (in diesem Sinn Schweizer Bundesgericht 18.3.2005, 131 I 166).

²²¹ Vgl EuGH (GK) 24.4.2012 C-571/10 Kamberaj Rn 87.

zialhilfe für subsidiär Schutzberechtigte linear kürzen kann (etwa auf 50 %) oder ob Österreich diese in der Grundversorgung lassen kann.

(1) In Bezug auf die Entstehungsgeschichte wurde bei Beratung der alten Status-RL 2004/83 vorgeschlagen, die Kernleistungen durch Verweis auf die Mindestnormen für die Aufnahme von Asylwerbern zu definieren. Nach dem Vorschlag des Rates sollten die Leistungen zumindest der Hilfe entsprechen, die Asylwerbern gemäß der Aufnahme-RL 2003/09 gewährt wird.²²² Dieser Vorschlag wurde aber nicht übernommen; die Kernleistungen können also nicht unmittelbar anhand der Aufnahme-RL bestimmt werden. Dies allein spricht allerdings nicht zwingend gegen eine Übernahme dieses Standards.

ErwG 45 Status-RL, der zur Frage der Kernleistungen Stellung nimmt, besagt: „Bei der Sozialhilfe sollten die Modalitäten und die Einzelheiten der Gewährung der Kernleistungen für Personen, denen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, durch das nationale Recht bestimmt werden. Die Möglichkeit der Einschränkung der Sozialhilfe auf Kernleistungen ist so zu verstehen, dass zumindest eine Mindesteinkommensunterstützung sowie Unterstützung bei Krankheit oder bei Schwangerschaft und bei Elternschaft umfasst sind, soweit diese Leistungen nach dem nationalen Recht eigenen Staatsangehörigen gewährt werden.“ Aus ErwG 45 ist hier von Interesse die „Mindesteinkommensunterstützung“. Der Erwägungsgrund meint damit wohl eine Basisleistung zur Sicherung der Existenz. Dazu tritt dann insb die Unterstützung bei Elternschaft, wobei fraglich ist, welche Leistungen damit erfasst sein sollen.

Den Begriff „Kernleistungen“ verwendet auch Art 11 Abs 4 RL 2003/109 zu langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, allerdings vor einem anderen Hintergrund. Art 11 Abs 1 lit d RL 2003/109 verlangt bei langfristig Aufenthaltsberechtigten nämlich Gleichbehandlung ua bei „Sozialhilfe und Sozialschutz im Sinn des nationalen Rechts“, sie kann hier nach Abs 4 aber auf die Kernleistungen beschränkt werden. Der EuGH hat zur RL 2003/109 im Urteil Kamberaj gesagt, die Ausnahme für Kernleistungen sei eng auszulegen.²²³ Die Mindestsicherung zählt dort wohl zu den Kernleistungen der Sozialhilfe iSd Art 11 Abs 4 RL 2003/109. Allerdings ist der Kontext von „Kernleistungen“ in den beiden RL verschieden. Zum einen geht es in der Status-RL um die Kernleistungen in Bezug auf (nur) die „Sozialhilfe“, in der RL 2003/109 hingegen um die Kernleistungen in Bezug auf „Sozialhilfe und Sozialschutz“. Die Grundgesamtheit, vor deren Hintergrund „Kernleistungen“ zu sehen ist, wird

²²² Rat Dokument Nr 10576/03 vom 19 Juni 2003, 28.

²²³ EuGH (GK) 24.4.2012 C-571/10 Kamberaj Rn 85-87.

also von der RL 2003/109 deutlich weiter umschrieben als in der Status-RL. Zum anderen geht es in der Status-RL um Leistungen an subsidiär Schutzberechtigte, in der RL 2003/109 hingegen um Leistungen an Drittstaatsangehörige, die sich schon lange im MS aufhalten. Diese Drittstaatsangehörigen wurden vom Aufnahmeland für längere Zeit (uU durch mehrmalige Entscheidung) zum Aufenthalt individuell zugelassen und sie haben sich hier bereits – idR auch durch Erwerbstätigkeit zumindest eines Familienmitglieds – „eingelebt“. Dies führt zu einem wesentlich höheren Grad an Verbundenheit und Integration als bei den subsidiär Schutzberechtigten, was in der Folge wiederum ein höheres Niveau an Sozialleistungen rechtfertigt (nach Ansicht vieler auch aufgrund der Vorleistungen, die insb durch Erwerbstätigkeit für das Aufnahmeland erbracht wurden). Aufgrund dieser Unterschiede wird „Kernleistungen“ in der Status-RL nicht dasselbe bedeuten wie in der RL 2003/109, sondern potentiell enger zu verstehen sein.

(2) Bei näherer Betrachtung werfen der Normtext des Art 29 und der ErwG 45 dazu primär die Frage auf, ob „Kernleistungen“ *eher durch den Umfang oder eher im Hinblick auf die Leistungsart und damit „gegenständlich“ zu bestimmen* ist.

Bei einem Ansatz, der am Umfang ansetzt, verlangte Art 29, dass der Kern des für Staatsangehörigen vorgesehenen Umfanges geleistet wird. Zulässig wäre dann auch eine reduzierte Form einer für Staatsangehörigen vorgesehenen Leistung, solange nur deren „Kern“ erreicht wird (wobei zusätzlich das Erfordernis eines Mindeststandards eingreifen wird). Bei einem leistungsartbezogenen, „gegenständlichen“ Ansatz wäre hingegen von jenen Leistungen auszugehen, die der MS im Bereich der „Sozialhilfe“ vorsieht, und nur zulässig, aus der Gesamtheit dieser Leistungen jene auszuschließen, die nicht zu den Kernleistungen zählen. Die Entscheidung zwischen den beiden Ansätzen ist praktisch höchst bedeutsam. Nur beim umfangbezogenen Ansatz wäre es etwa zulässig, die derzeit an sich einheitliche Leistung der BMS für subsidiär Schutzberechtigte betragsmäßig auf deren „Kern“ zu kürzen.

Der Normtext des Art 29 Abs 2 in der deutschen Fassung spricht deutlich für den leistungsartbezogenen Ansatz, insb wegen des Relativsatzes „die sie im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige gewähren.“ Dieser deutet daraufhin, dass das Gleichbehandlungsgebot in Bezug auf die einzelnen vom MS vorgesehenen Leistungen gilt, und nicht auf den umfänglichen Kern der Gesamtheit der Leistungen. Der französische und der englische Text weisen in dieselbe Richtung.²²⁴ Auch der ErwG 45 Sta-

²²⁴ Die englische und die französische Fassung von Art 29 Abs 2 und ErwG 45 Satz 2 lauten:

“2. By way of derogation from the general rule laid down in paragraph 1, Member States may limit social assistance granted to beneficiaries of subsidiary protection status to core benefits which

tus-RL weist wohl in diese Richtung. Dieser umschreibt die Kernleistungen primär gegenständlich als Leistungen aus bestimmtem Anlass für eine bestimmte Art des Bedarfes. Dasselbe gilt für die französische und die englische Fassung.²²⁵

Die leistungsartbezogene Interpretation von Kernleistungen eröffnet jedenfalls weniger Möglichkeiten zur Beschränkung als die umfangbezogene. Dies liegt prima facie auf der Linie des in ErwG 39 genannten Zieles „nach Einführung eines einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anspruch auf subsidiären Schutz“ in Bezug auf Rechte und Leistungen im Aufenthalt. Allerdings hängt bei der leistungsartbezogenen Interpretation von Kernleistungen die Möglichkeit zur Beschränkung wesentlich auch von der Ausgestaltung der Leistung(en) im MS ab. MS mit einheitlicher Leistung an „Sozialhilfe“ zur Einkommenssicherung haben weit weniger Möglichkeit dazu als MS mit einem differenzierten Leistungssystem, die zwischen einer Grundleistung und Zusatzleistungen unterscheiden.

Aus diesen beiden Befunden könnten zwei (alternative) Einwände gegen die leistungsartbezogene Auslegung von Kernleistungen abgeleitet werden. Entweder schöpfen die in ErwG 45 genannten Leistungen – insb wenn sie weit verstanden werden – den Bereich dessen, was üblicherweise unter „Sozialhilfe“ verstanden wird, wohl im Wesentlichen aus. Die Möglichkeit zur „Beschränkung“ wäre dann ohne realen Gehalt, die Verfasser hätten einen falschen Eindruck erweckt (oder erwecken wollen). Oder es kommt auf die Ausgestaltung der Leistungen durch einen MS, der von der Möglichkeit zur Beschränkung Gebrauch machen will (insb durch Aufteilung auf Grund- und Zusatzleistungen), an – und damit auf dessen Geschick bei der Ausgestaltung. Beide Alternativen sind wenig ansprechend. Vor allem die Überlegung, dass Art 29 Abs 2 bei leistungsartbezogenem Verständnis uU keine reale Bedeutung hat, weckt erhebliche Zweifel an diesem Verständnis, weil dann eine Bestimmung, auf die es dem Unionsgesetzgeber offenkundig ankam, in vielen Fällen kaum praktische Wirksamkeit entfalten würde.

will then be provided at the same level and under the same eligibility conditions as nationals.”

“2. Par dérogation à la règle générale énoncée au paragraphe 1, les États membres peuvent limiter aux prestations essentielles l’assistance sociale accordée aux bénéficiaires du statut conféré par la protection subsidiaire, ces prestations essentielles étant servies au même niveau et dans les mêmes conditions d’accès que ceux applicables à leurs propres ressortissants.”

²²⁵ “The possibility of limiting such assistance to core benefits is to be understood as covering at least minimum income support, assistance in the case of illness, or pregnancy, and parental assistance, in so far as those benefits are granted to nationals under national law.”

“La possibilité de limiter l’assistance aux prestations essentielles doit s’entendre comme couvrant au minimum l’octroi d’une aide sous la forme d’un revenu minimal, d’une aide en cas de maladie ou de grossesse et d’une aide parentale, dans la mesure où de telles prestations sont accordées aux ressortissants au titre du droit national.”

Der österr VwGH hat 2011 im Ergebnis das umfangbezogene Verständnis vertreten.²²⁶ Das Bgld Landesrecht schloss subsidiär Schutzberechtigte von der damaligen Sozialhilfe aus und sah nur die – geringere – Grundversorgung vor. Der VwGH meinte, dass die Grundversorgung eben jene Kernbedürfnisse decke, welche auch die Sozialhilfe abdecke. Ferner wird gesagt: Ein darüber hinausgehendes Mindesteinkommen sei im Bgld SozialhilfeG nicht vorgesehen und müsse schon daher nicht an subsidiär Schutzberechtigte erbracht werden.

Die autoritative Auslegung von Art 29 Abs 2 wird erst der EuGH geben können. Dem Wortlaut und dem Kontext der Bestimmung sowie der Judikatur in der Vergangenheit würde es entsprechen, wenn er den leistungsartbezogenen Ansatz wählt – und damit die Bedeutung von Abs 2 stark reduziert.

Allerdings hat gerade die Judikatur zu den Ansprüchen auf Sozialleistungen – konkret zu jenen für migrierende Unionsbürger – gezeigt, dass der EuGH bei Änderung der realen Lage durchaus in der Lage ist, seine Judikatur zu „nuancieren“, dh auch grundlegend zu ändern.²²⁷ Zwar ging es dort prima facie um die verstärkte Beachtung des Sekundärrechts, in der Sache ging es aber um die Reichweite der Vorgaben des Unionsrechts zu Sozialleistungen qua Gleichstellungsgebot. Zur Migration von Unionsbürgern dürfte es nun die Auffassung des EuGH sein, dass die MS nicht verpflichtet sind, nicht erwerbstätigen migrierenden Unionsbürgern von Anfang bis zum Ablauf von (zumindest) fünf Jahren Leistungen der „Sozialhilfe“ zu erbringen, auch wenn diese selbst über keine ausreichenden Mittel zum Lebensunterhalt verfügen.²²⁸ Demgegenüber würde die leistungsartbezogene Deutung von Art 29 Abs 2 (neben Flüchtlingen) auch subsidiär Schutzberechtigte von Anfang an und potentiell auf Dauer (bis an das Lebensende) in Bezug auf die „Sozialhilfe“ weitgehend den Staatsangehörigen gleichstellen – obwohl keine konkrete Verbundenheit mit der Solidargemeinschaft vorliegt. Gegen diese Zusammenschau könnte eingewendet werden, dass Unionsbürger zwar nicht gegen das Aufnahmeland, wohl aber gegen ihren Heimat-MS Anspruch auf Sozialhilfe haben, während dieser Anspruch bei subsidiär Schutzberechtigten real ins Leere läuft. Dieser Unterschied könnte aber auch dann angemessen berücksichtigt sein, wenn subsidiär Schutzberechtigte einen umfangmäßig bestimmten, reduzierten Anspruch auf Sozialhilfe im Aufnahmeland haben. Dazu könnte an einen der Mindeststandards der Aufnahme-RL angeknüpft werden –

²²⁶ VwGH 15.12.2011, 2008/10/0001.

²²⁷ Gemeint ist damit insb die Judikaturwende, die durch die beiden Urteile Trojani und Dano markiert ist.

²²⁸ Vgl oben B.II.3.e.; *Windisch-Grätz*, Zugang zu Sozialleistungen unter Berücksichtigung des Aufenthaltsstatus, DRdA 2015, 444 (447 ff).

hier eher an den „angemessenen“ als an den „würdigen Lebensstandard“, weil letzterer dort für den Fall einer Pflichtverletzung vorgesehen ist. Dem „angemessenen Lebensstandard“ entspricht nach Auffassung des österr Gesetzgebers derzeit die Grundversorgung.

Eine primär am Normtext orientierte Auslegung spricht für ein leistungsartbezogenes Verständnis von Art 29 Abs 2: Auszugehen ist von den für Staatsangehörige vorgesehenen Leistungen, von diesen müssen nur die Kernleistungen erbracht werden, diese aber voll; wird die Leistung zum Lebensunterhalt (Mindestsicherung ieS) als einheitliche Leistung vorgesehen, muss sie daher auch subsidiär Schutzberechtigten in voller Höhe erbracht werden. Bei den nachfolgenden Überlegungen wird daher in erster Linie vom leistungsartbezogenen Verständnis ausgegangen. Allerdings ist auch das umfangbezogene Verständnis nicht unvertretbar, weil nur dieses der Bestimmung, genauer der Differenzierung zwischen Abs 1 und Abs 2, praktische Wirksamkeit verleiht. Auf die alternative Lage bei umfangbezogener Deutung wird daher jeweils hingewiesen.

b) Weiteres

Zu Art 1 GRC kann allgemein auf die Ausführungen zu Flüchtlingen verwiesen werden. Der Unionsgesetzgeber geht wie gesagt davon aus, dass auch Art 29 Abs 2 Status-RL und die dort vorgesehene Beschränkung auf die Kernleistungen der Sozialhilfe dem Art 1 GRC genügt. Dies zeigt, dass der Unionsgesetzgeber das, was ein MS für seine Staatsbürger allgemein vorsieht, nicht notwendig als das von der Menschenwürde Gebotene ansieht. Noch deutlicher wird dies, wenn man den „würdigen Lebensstandard“ des Art 20 Aufnahme-RL einbezieht. Das von Art 1 GRC zur Existenzsicherung Geforderte ist – unionseinheitlich – absolut und nicht in Relation zu dem in einem MS vorgesehenen Sozialniveau zu bestimmen. Auch das Niveau der BMS ist daher nicht das, was Art 1 GRC unbedingt fordert. Auf der anderen Seite wird aber idR davon auszugehen sein, dass das von einem MS allgemein – für seine Staatsangehörigen – vorgesehene Leistungsniveau Art 1 GRC genügt; dies ist aber eine widerlegbare Vermutung. Sieht ein MS für Schutzberechtigte jedoch – insb aufgrund von Art 29 Abs 2 Status-RL – nicht alle Leistungen vor, die für Staatsangehörige vorgesehen sind, so ist zu fragen, ob das dadurch bewirkte Niveau Art 1 GRC entspricht.

Fraglich ist, ob sich aus der Aufnahme-RL Anhaltspunkte für jenes Niveau an Leistungen ergeben können/müssen, die nach der Status-RL an subsidiär Schutzberechtigte gewährt werden müssen. Dafür könnte sprechen, dass bei subsidiär Schutzberechtigten bereits festgestellt ist, dass sie Schutz verdienen, während bei Antragstellern dies noch nicht feststeht und nicht selten nur die Behauptung der Schutzbedürftigkeit vorliegt. Nach Art 17 Abs 5 S 1

Aufnahme-RL bemessen sich die Leistungen in Form von Geldleistungen oder Gutscheinen grds nach dem Leistungsniveau, das der betreffende MS anwendet, um eigenen Staatsangehörigen einen angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten. Nach Art 17 Abs 5 S 2 Aufnahme-RL können die MS Antragsteller jedoch weniger günstig behandeln, insb wenn „das, auf eigene Staatsangehörige anzuwendende, Leistungsniveau darauf abzielt, einen Lebensstandard zu gewährleisten, der über dem nach dieser Richtlinie für Antragsteller vorgeschriebenen Lebensstandard liegt.“ Die Aufnahme-RL rechnet also damit, dass das Leistungsniveau für Staatsangehörige des MS über dem „angemessenen Lebensstandard“ des Art 17 Abs 2 Aufnahme-RL liegen kann (so auch ErwG 24). Die Beschränkung der Leistungen auf die „Kernleistungen“ nach Art 29 Abs 2 Status-RL kann dann auch in diesem Sinn gedeutet werden. Die Verpflichtung aus Art 17 Aufnahme-RL geht somit nicht über das von Art 29 Abs 2 Status-RL geforderte Leistungsniveau hinaus. Überdies ist Art 29 Abs 2 die spezifische Bestimmung. Daher folgen aus der Aufnahme-RL keine Anhaltspunkte für das Niveau an Leistungen, die an subsidiär Schutzberechtigte gewährt werden müssen.

4. Einzelne Fragen

a) Gewährung nur der Grundversorgung ?

Manche Bundesländer sehen vor, dass subsidiär Schutzberechtigte keinen Anspruch auf BMS sondern nur Anspruch auf Grundversorgung haben.²²⁹

Folgt man der leistungsartbezogenen Interpretation, dann ist es mit Art 29 Abs 2 nicht vereinbar, für subsidiär Schutzberechtigte dieselben Leistungen vorzusehen, welche spezifisch für Schutzsuchende / Antragsteller vorgesehen sind, in Österreich also die Grundversorgung. Der Grund dafür ist schon die Tatsache, dass es sich bei diesen Leistungen nicht um solche handelt, die für Staatsangehörige vorgesehen sind.

Folgt man hingegen der umfangbezogenen Interpretation, dann wäre es mit Art 29 Abs 2 nicht von vornherein unvereinbar, für subsidiär Schutzberechtigte nur den Weiterbezug der Grundversorgung vorzusehen. Fraglich ist dann jedenfalls, ob diese Leistungen das Niveau der „Kernleistungen“ der „Sozialhilfe“ erreichen.

b) Sozialhilfeleistungen

Die Frage, welche Leistungen insb zur Sicherung des Lebensbedarfes gebühren, hängt von dem zu Art 29 Abs 2 Status-RL maßgebenden Verständnis ab. Nach beiden Varianten

²²⁹ ZB nennt das NÖ GrundversorgungsgG schon länger subsidiär Schutzberechtigte als (potentiell) Anspruchsberechtigte. Im Februar 2016 hat der Landtag beschlossen, diese Gruppe aus der Aufzählung der Berechtigten zur BMS zu streichen.

wäre es selbstverständlich unzulässig, subsidiär Schutzberechtigte von allen Leistungen auszuschließen. Im Folgenden wird zuerst von der derzeitigen, im Wesentlichen einheitlichen Leistung zum Lebensunterhalt der BMS ausgegangen, und sodann die Lage bei Aufspaltung der BMS in Grund- und Ergänzungsleistung angesprochen.

i. „Einheitliche“ Mindestsicherung

(1) Geht man vom leistungsartbezogenen Verständnis aus, so kommt es primär darauf an, welche Leistungen für Staatsangehörige vorgesehen sind. Gibt es nur eine einzige / einheitliche Leistung zur Sicherung des allg Lebensbedarfes, dann ist diese nach Art 29 Abs 2 auch an subsidiär Schutzbedürftige unter denselben Voraussetzungen und va in derselben Höhe zu gewähren wie an Staatsangehörige. Gibt es hingegen verschiedene Leistungen, die im Rahmen der Sozialhilfe der Sicherung des allg Lebensbedarfes dienen, dann gebietet Art 29 Abs 2 nur die Gewährung der „Kernleistungen“.

Bei der derzeitigen Ausgestaltung der BMS sind die Leistungen zur Deckung des Lebensunterhaltes und des angemessenen Wohnbedarfes wohl als einheitliche Leistung anzusehen, bei denen eine Trennung in Kernleistung und weitere Leistung nicht möglich ist.²³⁰ Folgt man der leistungsartbezogenen Interpretation, so zählen diese Leistungen bei der derzeitigen Ausgestaltung der BMS zu den „Kernleistungen“ der Sozialhilfe iSd Art 29 Abs 2, und zwar schon deshalb, weil sie als einheitliche Leistung ausgestaltet sind.

(2) Folgt man hingegen dem umfangbezogenen Verständnis, dann wäre es mit Art 29 Abs 2 nicht von vornherein unvereinbar, für subsidiär Schutzberechtigte auch dann nur einen Teil der Leistung zur Sicherung des allg Lebensbedarfes vorzusehen, wenn es nur eine einzige Geldleistung dazu gibt. Zu fragen wäre dann, ob diese Leistung das Niveau der „Kernleistungen“ der „Sozialhilfe“ erreicht. Dieselbe Frage wäre zu stellen, wenn für subsidiär Schutzberechtigte – für eine bestimmte Zeit – statt des Kerns der BMS die Leistung nur der Grundversorgung vorgesehen würde. Geht man von der Umschreibung der diesbezüglich gebührenden Leistungen in der Aufnahme-RL aus, dann wäre dies in Bezug auf die Höhe bzw den Umfang wohl zu bejahen.

ii. Aufspaltung in Grund- und Ergänzungsleistung

Bereits zu Flüchtlingen wurde eine Aufspaltung der derzeitigen BMS erwähnt – in eine Grundleistung, die wie jetzt primär nur den rechtmäßigen Aufenthalt voraussetzt, und eine

²³⁰ Dies trifft wohl auch für das Kärntner MSG zu, das die Leistungen deutlicher trennt als andere Gesetze. Nach dessen § 4 Abs 4 haben subsidiär Schutzberechtigte „Anspruch auf Leistungen nach §§ 12, 13 und 14“, das sind die Leistung zum Lebensunterhalt – Mindeststandards und Wohnbedarf sowie Leistungen bei Krankheit, Schwangerschaft und Entbindung.

ebenfalls steuerfinanzierte Zusatzleistung, welche an eine mehrjährige Erwerbstätigkeit oder einen mehrjährigen rechtmäßigen Aufenthalt im Inhalt gebunden wäre.

Bei Aufspaltung wäre zu Art 29 Abs 2 Status-RL primär zu prüfen, ob nur die Grundleistung eine Kernleistung ist, nicht auch die Zusatzleistung. Dies dürfte insb von der relativen Höhe von Grund- und Ergänzungsleistung abhängen. Von einer Ergänzungsleistung kann nur gesprochen werden, wenn diese merklich niedriger ist als die Grundleistung.

Auch wenn nur die Grundleistung zu den Kernleistungen zählt, wäre weiter erforderlich, dass die Grundleistung allein ausreicht, um den über Art 29 Abs 2 eingreifenden Mindeststandard des Art 1 GRC zu erfüllen (was impliziert, dass die aktuelle Ausgestaltung der BMS über das hinausgeht, was zur Führung eines menschenwürdigen Lebens bei subsidiär Schutzberechtigten unbedingt erforderlich ist). Zu diesem Mindeststandard ist zu erwägen, ob er bei subsidiär Schutzberechtigten wegen des voraussichtlich nur vorübergehenden Aufenthaltes zumindest einige Zeit lang unter jenem der länger im Land Lebenden liegen kann, uzw in Bezug auf ein sozio-kulturelles Existenzminimum.

Dann ist zu überlegen, ob das Kriterium für die Zusatzleistung – längerer Aufenthalt oder längere Erwerbstätigkeit in Österreich – an einem in Art 29 Abs 2 enthaltenen Diskriminierungsverbot zu messen ist. Dagegen spricht entscheidend, dass diese Bestimmung ausdrücklich den Ausschluss von subsidiär Schutzberechtigten von Nicht-Kernleistungen erlaubt, und damit insofern gerade eine Benachteiligung. Sollte man dies anders sehen, so wären hier dieselben Erwägungen einschlägig wie oben zu Flüchtlingen dargelegt.

Bei Aufspaltung der BMS in eine nur vom Aufenthalt abhängige Grundleistung und eine Zusatzleistung, die mehrjährige(n) Erwerbstätigkeit oder Aufenthalt in Österreich voraussetzt, ist es möglich, nur die Grundleistung als Kernleistung zu qualifizieren, vorausgesetzt die Grundleistung ist ausreichend höher als die Zusatzleistung.

c) Sachleistungen

Schon oben wurde zur Lage bei Flüchtlingen auf die Frage eingegangen, ob sich aus ErwG 45 Status-RL durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit von Sachleistungen ergeben; dort wird als Teil der Kernleistungen „zumindest eine Mindesteinkommensunterstützung“ genannt. Allerdings findet eine Einschränkung auf Geldleistungen im Normtext weder Niederschlag noch Stütze. Dieser verlangt nur die Gleichbehandlung. Daher wird auch bei subsidiär Schutzberechtigten die Gewährung von Sachleistungen jedenfalls dann zulässig sein, wenn sie jene Bedarfe abdeckt, für die auch eine Mindesteinkommensunterstützung dienen soll. Dies gilt bei beiden Lesarten des Art 29 Abs 2.

Fraglich ist die Zulässigkeit, wenn subsidiär Schutzberechtigte Anspruch auf die Sachleistungen der Grundversorgung (insb in Bezug auf die Unterkunft) haben und daneben Anspruch auf BMS, auf welche die Leistungen der Grundversorgung angerechnet werden. Auch bei leistungsartbezogenem Verständnis werden dagegen keine Bedenken bestehen, falls diese Gestaltung entweder nur greift, wenn die Berechtigten sie wünschen, oder wenn sie für diese günstiger ist (vgl Art 3 Status-RL). Letzteres kann insb zutreffen, falls dies das Finden einer Unterkunft erleichtert, va in der ersten Zeit nach Zuerkennung des Status. Bei umfangbezogenem Verständnis bestehen auch in anderen Fällen keine Bedenken.

d) Familienbeihilfe

Die Familienbeihilfe²³¹ gebührt nach § 3 FLAG BGBl 376/1967 idgF Personen, die nicht österr Staatsbürger sind, nur unter besonderen Voraussetzungen. Nach § 3 Abs 4 FLAG „haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.“

Fraglich ist, ob Art 29 Status-RL die Zahlung der Familienbeihilfe an subsidiär Schutzberechtigte verlangt. Oben wurde bereits dargelegt, dass schon die Subsumtion unter Art 29 Abs 1 fraglich ist und mehr gegen die Subsumtion spricht. Dazu tritt, dass der Unionsgesetzgeber subsidiär Schutzberechtigte bei Leistungen zum Lebensunterhalt nur eingeschränkt gleichzustellen verlangt. Die Familienbeihilfe zählt daher nicht zu den „Kernleistungen“ iSd Art 29 Abs 2. Für dieses Ergebnis spricht überdies, dass bereits die BMS gesonderte Zahlungen für Kinder vorsieht. Die Familienbeihilfe tritt zu diesen hinzu, zählt also nicht zum „Kern“ der Leistungen zum Lebensunterhalt von Kindern.

Der Gesetzgeber kann subsidiär Schutzberechtigte vom Bezug der Familienbeihilfe ausschließen.

e) Weiteres

Für die Obliegenheit zu Integrationsbemühungen gilt – bei beiden Lesarten des Art 29 Abs 2 – das zu Flüchtlingen Ausgeführte.

Ebenso gilt in Bezug auf die Zuweisung des Wohnsitzes und eine daran anknüpfende

²³¹ Das FLAG Gesetz stellt auch bei anderen, „kleineren“ Leistungen auf die Staatsangehörigkeit ab, die dort aber durch dreijährigen Aufenthalt in Österreich substituiert werden kann. Dies anderen Leistungen zählen wohl weder zu den von Art 29 erfassten Leistungen, sicher aber nicht zu den „Kernleistungen“.

Obliegenheit das zu Flüchtlingen Ausgeführte.

Ferner kann in Bezug auf eine Höchstgrenze der BMS, eine allgemeine Wartezeit und eine Verweisung auf den „eigentlich“ zuständigen MS auf die Ausführungen zu Flüchtlingen verwiesen werden.

Zum Pflegegeld wurde zur Gleichstellung von Flüchtlingen bereits dargelegt, dass Pflegeleistungen in Anbetracht der EuGH-Judikatur zum Koordinierungsrecht eher unter Art 30 Status-RL zu Medizinischer Versorgung fallen, und in der Folge auch das diese vertretende Pflegegeld. Bei dieser Einordnung ist das Pflegegeld auch subsidiär Schutzberechtigten zu gewähren. Lehnt man diese Einordnung ab, käme als einschlägige Norm hier nur Art 29 Abs 2 Status-RL in Betracht. Fraglich ist dann, ob das Pflegegeld zu den „Kernleistungen“ zählt. Der OGH hat dies bejaht,²³² weil der ErwG zu Art 29 auch „Unterstützung bei Krankheit“ nennt. Allerdings berücksichtigt diese Aussage zu wenig den primär maßgeblichen Normtext, der Leistungen bei Krankheit (heute) in Art 30 gesondert regelt. Im Rahmen des Art 29 Abs 2 Status-RL sollte das Pflegegeld daher nicht zu den Kernleistungen gezählt werden.

IV. Zur Lage bei Massenzustrom

Gesondert einzugehen ist noch auf die Lage bei einem Massenzustrom. Dazu gibt es die RL 2001/55. In der Folge wird zuerst überlegt, inwieweit das bestehende Unionsrecht auf die Quantität der Schutzsuchenden und Schutzberechtigten ausdrücklich Bedacht nimmt.

1. Richtlinie 2001/55/EG zu Massenzustrom von Vertriebenen

Art 78 Abs 2 lit c AEUV nennt als Teil des gemeinsamen Asylsystems „eine gemeinsame Regelung für den vorübergehenden Schutz von Vertriebenen im Falle eines Massenzustroms“. Die Union hat auf Grundlage dieser Kompetenz (bzw deren Vorgängerbestimmung) die Richtlinie 2001/55 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen erlassen. Hintergrund ist die – seither nicht immer präsent gewesene – Erfahrung eines starken Zustroms von vertriebenen Personen, die nicht in ihr Heimatland zurückkehren können. Diese Zuströme bedeuten immer auch eine starke Belastung für die nationalen Asylsysteme.

(1) Mit der Richtlinie 2001/55 soll unabhängig vom Verfahren über internationalen Schutz sofortiger „vorübergehender Schutz“ geboten werden können. Unter „vorübergehender Schutz“ versteht die RL „ein ausnahmealber durchzuführendes Verfahren, das im Falle eines Massenzustroms oder eines bevorstehenden Massenzustroms von Vertriebenen aus Drittlän-

²³² RIS-Justiz RS0129314.

dern, die nicht in ihr Herkunftsland zurückkehren können, diesen Personen sofortigen, vorübergehenden Schutz garantiert, insbesondere wenn auch die Gefahr besteht, dass das Asylsystem diesen Zustrom nicht ohne Beeinträchtigung seiner Funktionsweise und ohne Nachteile für die betroffenen Personen oder andere um Schutz nachsuchende Personen auffangen kann“. Ziele der Richtlinie sind soziale Mindeststandards für diese Personen, die Schaffung eines Solidaritätsmechanismus zwischen den MS zur ausgewogenen Verteilung und das Ermöglichen eines zeitlich beschränkten Aufenthaltsstatus für die Schutzsuchenden.²³³

Falls „die Bestimmungen der Richtlinie 2001/55/EG ... angewendet werden“, findet die Aufnahme-RL gem deren Art 3 Abs 3 keine Anwendung.

Nach Art 17 Abs 1 Massenzustrom-RL können die betroffenen Personen während des vorübergehenden Schutzes jederzeit einen Asylantrag stellen. Daraus folgt, dass der Zugang zum Asylverfahren auch nicht temporär verweigert werden darf. Anders als der Kommissionentwurf²³⁴ ermächtigt Art 17 die MS nicht ausdrücklich, das Asylverfahren vorübergehend auszusetzen. Abs 2 anerkennt jedoch die Möglichkeit, dass nach Ablauf des vorübergehenden Schutzes noch unbearbeitete Asylanträge vorliegen. Die Bestimmung lässt jedoch die Gründe dafür offen. Fraglich ist daher, ob die MS nach wie vor das Asylverfahren für die Dauer des vorübergehenden Schutzes aussetzen können.²³⁵

Die Massenzustrom-RL ist zum einen in § 62 AsylG, zum anderen in den Vorschriften zur Grundversorgung umgesetzt (vgl Art 8 Grundversorgungsvereinbarung).

(2) Nach Art 2 lit c Massenzustrom-RL sind Vertriebene Drittstaatsangehörige, die ihr Herkunftsland oder ihre Herkunftsregion haben verlassen müssen und wegen der in diesem Land herrschenden Lage nicht sicher und dauerhaft zurückkehren können, und die gegebenenfalls in den Anwendungsbereich von Art 1 Abschnitt A der GFK oder von sonstigen internationalen oder nationalen Instrumenten, die internationalen Schutz gewähren, fallen. Erfasst sind insbesondere Personen, die aus Gebieten geflohen sind, in denen „ein bewaffneter Konflikt oder dauernde Gewalt herrscht“ oder die „ernsthaft von systematischen oder weitverbreiteten Menschenrechtsverletzungen bedroht waren oder Opfer solcher geworden sind“. Anders als von Art 15 Status-RL wird eine individuelle Gefährdung nicht verlangt.²³⁶

Unter Massenzustrom ist der Zustrom einer großen Zahl Vertriebener zu verstehen, die aus einem bestimmten Land oder einem bestimmten Gebiet kommen, unabhängig davon, ob

²³³ Art 1 und ErwG 8 der Richtlinie 2001/55/EG:

²³⁴ Siehe KOM(2000) 303 endg., 35.

²³⁵ Skordas in Hailbronner, EU Immigration and Asylum law, Directive 2001/55/EC Art 17 para 2.

²³⁶ Skordas aaO Art 2 para 13-14.

der Zustrom in die Gemeinschaft spontan erfolgte oder durch ein Evakuierungsprogramm unterstützt wurde.²³⁷ Daraus folgt, dass der aggregierte Zustrom einer größeren Anzahl von Personen aus mehreren Gebieten nicht zur Anwendung der Richtlinie führt. Zudem führt die sukzessive Ankunft von Vertriebenen nicht schlechthin zur Anwendung der Richtlinie. Dies kann sich jedoch ändern, wenn der Zustrom zunimmt und das gewöhnliche Asylsystem diesen nicht verarbeiten kann. Außerdem sei es nicht möglich, im Vorhinein zu definieren, ab welcher Anzahl an Vertriebenen von einem Massenzustrom gesprochen werden kann. Die Anzahl muss jedenfalls erheblich sein; dies ist eine politische Entscheidung und muss vom Rat im Einzelfall getroffen werden.²³⁸ Die Kommission hat als weitere Voraussetzung die Überlastung des Asylsystems verlangt; dies ist nach der Richtlinie jedoch keine zwingende Voraussetzung. Das Flüchtlingshochkommissariat hat in diesem Zusammenhang angemerkt, dass ein Massenzustrom nicht in absoluten Zahlen definiert werden sollte, sondern jeweils nur in Bezug auf die Kapazitäten und Ressourcen des Aufnahmelandes.²³⁹

Das Bestehen eines Massenzustroms von Vertriebenen wird durch einen Beschluss des Rates festgestellt, der mit qualifizierter Mehrheit und auf Vorschlag der Kommission ergeht.²⁴⁰ Jeder MS kann die Kommission zu einem Vorschlag auffordern. Aufgrund des Beschlusses wird in allen MS der vorübergehende Schutz zugunsten der Vertriebenen, die Gegenstand des Beschlusses sind, eingeführt. Die Aufnahme in den MS erfolgt gem Art 4 zunächst für ein Jahr und kann bei Fortbestehen der Gründe durch einen Ratsbeschluss, der ebenfalls mit qualifizierter Mehrheit ergeht, verlängert werden. Die Höchstdauer des vorübergehenden Schutzes beträgt drei Jahre.

Die Massenzustrom-RL geht, soweit zu sehen, davon aus, dass die MS Personen zum vorübergehenden Schutz zulassen. Art 25 Abs 1 sagt: Die MS „nehmen im Sinne der Gemeinschaftssolidarität Personen auf, die für den vorübergehenden Schutz in Betracht kommen.“ Sie geben dafür ihre Aufnahmekapazität bekannt. Abs 2 sagt sodann: „Die betreffenden Mitgliedstaaten tragen ... dafür Sorge, dass die in dem Beschluss des Rates nach Artikel 5 festgelegten in Betracht kommenden Personen, die sich noch nicht in der Gemeinschaft befinden, ihren Wunsch erklärt haben, in ihr Hoheitsgebiet aufgenommen zu werden.“ Diese Regelung ist unklar, aus ihr folgt aber wohl keine Pflicht der MS Personen zuzulassen. Allerdings könn-

²³⁷ Manche Autoren schließen aus dieser Formulierung, dass für das Vorliegen eines Massenzustroms bereits die Ankunft der Vertriebenen im Gemeinschaftsgebiet notwendig ist. *Skordas* aaO Art 2 para 24.

²³⁸ KOM(2000) 303 endg., 14.

²³⁹ Rat Dokument Nr. 11620/00, 13.

²⁴⁰ Art 5 Richtlinie 2001/55/EG.

te sich aus Abs 2 die Pflicht ergeben im Herkunftsland festzustellen, wer in die Union für vorübergehenden Schutz möchte.

(3) Nach Art 13 Abs 1 tragen die MS „dafür Sorge, dass Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, angemessen untergebracht werden oder gegebenenfalls Mittel für eine Unterkunft erhalten“. Nach Abs 2 sehen die MS vor, „dass die Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, die notwendige Hilfe in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sowie im Hinblick auf die medizinische Versorgung erhalten, sofern sie nicht über ausreichende Mittel verfügen.“

Die Massenzustrom-RL sieht also nicht einen Mindeststandard vor, der sich aus den Sozialhilfeleistungen des Aufnahmelandes ableitet, und daher keine Gleichstellungspflicht. Vielmehr verlangt sie (nur) „angemessene“ Unterbringung und „notwendige“ Sozialleistungen. Die Erwägungsgründe enthalten keine weiteren Aufschlüsse dazu.

In Österreich ist zu den Leistungen § 8 Abs 4 Grundversorgungsvereinbarung einschlägig: „Im Falle einer Massenfluchtbewegung kann die Grundversorgung dieser Fremden beschränkt werden. Die Befriedigung der Grundbedürfnisse darf nicht gefährdet sein, auf Art. 8 EMRK ist Bedacht zu nehmen.“

(4) Die Richtlinie geht davon aus, dass jeder MS nur bestimmte Aufnahmekapazitäten besitzt.²⁴¹ Sie zielt auf „Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbundenen Belastungen auf die Mitgliedstaaten.“ ErwG 20 sagt: „Es sollte ein Solidaritätsmechanismus geschaffen werden, um dazu beizutragen, dass die Belastungen, die sich im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Aufnahme dieser Personen und den damit verbundenen Folgen ergeben, auch ausgewogen auf die Mitgliedstaaten verteilt werden. Der Mechanismus sollte zwei Aspekte umfassen: zum einen die Finanzierung, zum anderen die tatsächliche Aufnahme der betreffenden Personen in den Mitgliedstaaten.“ In Bezug auf die Finanzierung wird auf den Europäischen Flüchtlingsfonds verwiesen. In Bezug auf die „ausgewogene Verteilung“ erschöpft sich die RL jedoch in der Verheißung. Konkret wird aber so gut wie nichts dazu vorgesehen. Für den Fall, dass mehr Personen in einem MS vorübergehenden Schutz beantragen als Kapazitäten angegeben wurden, sieht Art 25 Abs 3 „Maßnahmen“ des Rates vor, konkret benannt wird allein die Empfehlung, den betroffenen MS zusätzliche Unterstützung zu

²⁴¹ Vgl Art 25 Abs 1: „Die Mitgliedstaaten ... geben - anhand von Zahlen oder allgemein - ihre Aufnahmekapazität an. Diese Angaben werden in dem Beschluss des Rates nach Artikel 5 aufgeführt. Nach Annahme dieses Beschlusses können die Mitgliedstaaten zusätzliche Aufnahmekapazitäten durch eine entsprechende Mitteilung an den Rat und die Kommission angeben.“

erteilen. In Bezug auf den Wechsel von einem MS in einen anderen sagt Artikel 26 Abs 1 sogar: „Während der Dauer des vorübergehenden Schutzes arbeiten die MS bei der Verlegung des Wohnsitzes von Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, von einem MS in einen anderen zusammen, wobei die betreffenden Personen einer derartigen Verlegung zugestimmt haben müssen.“ Die Verlegung setzt danach also sogar die Zustimmung der Betroffenen voraus – was es offenkundig erschweren bis verhindern kann, das Ziel einer ausgewogenen Verteilung zu erreichen. Zur Schlussfolgerung vgl unten 3.

2. Relevanz der Zahlen im positiven Unionsrecht?

Als nächstes ist der Frage nachzugehen, inwieweit quantitative Elemente und damit die Frage der Belastung des Aufnahmelandes in den unionsrechtlichen Bestimmungen zu Schutzberechtigten und -suchenden eine Rolle spielen. Dabei geht es nicht um die Frage, ob quantitative Erwägungen für die Aufnahme von Schutzsuchenden relevant sind, sondern, ob diese für das Leistungsniveau der Sozialleistungen Bedeutung haben könnten.

Betrachtet man die primärrechtlichen Grundlagen der europäischen Asylpolitik, insb Art 78 AEUV, sind auf den ersten Blick kaum „quantitative Elemente“ erkennbar. Auch in der GFK werden quantitative Elemente und damit das Ausmaß der Belastung nicht ausdrücklich erwähnt. Gleiches gilt für die nach Art 78 Abs 1 AEUV ebenfalls zu beachtenden Verträge zum internationalen Menschenrechtsschutz, wie die EMRK. Anders ist es bei Art 78 Abs 2 und 3 AEUV. Abs 2 lit c ermächtigt die Union zum Erlass von Regelungen für den vorübergehenden Schutz im Falle eines Massenzustroms. Nach Art 78 Abs 3 kann der Rat vorläufige Maßnahmen für den Fall erlassen, dass sich ein oder mehrere MS aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in einer Notlage befinden.²⁴² Das quantitative Element stellt hier eine objektive Voraussetzung für die Maßnahmen dar. Die Bestimmungen enthalten aber keinen Hinweis darauf, dass sich daraus Einschränkungsmöglichkeiten bei Sozialleistungen ergeben sollen. Eine deutliche Verankerung finden quantitative Elemente hingegen an sich in der Solidaritätsklausel des Art 80 AEUV. Danach gilt für die europäische Asyl- und

²⁴² Gestützt auf Art 78 Abs. 3 hat der Rat im September 2015 zwei Beschlüsse zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland erlassen. Bei diesen vorläufigen Maßnahmen handelt es sich um die Umsiedlung von 40.000 bzw. 120.000 Antragstellern aus Griechenland und Italien in andere MS (vgl jeweils Art. 4 der Beschlüsse). Ziel dieser Maßnahmen ist ausweislich des Art 1 der Beschlüsse Italien und Griechenland dabei zu unterstützen, eine durch den plötzlichen Zustrom von Drittstaatsangehörigen in die betreffenden MS geprägte Notlage besser zu bewältigen. Quantitative Elemente sind in diesem Zusammenhang somit Ausgangspunkt der Maßnahme. Hinsichtlich der Rechtsfolge geht es dabei jedoch alleine um eine Verteilung sich bereits in den beiden MS aufhaltender Antragsteller. Eine Erleichterung der begünstigten Länder in Bezug auf die Sozialleistungen wurde nicht ausgesprochen.

Flüchtlingspolitik und ihre Umsetzung der Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den MS, einschließlich in finanzieller Hinsicht. Diese darin angesprochene Solidarität ist aber jene zwischen den MS (etwa durch eine Lastenverteilung). Zweifelhaft ist aber, ob sich aus dem Ziel der solidarischen Lastenteilung konkrete Gestaltungsmöglichkeiten für die MS ergeben, auch wenn einzelne MS im Vergleich zu anderen mit einem besonders hohen Zustrom konfrontiert werden. In der Grundrechtecharta ist auf Art 18 und 19 zu blicken. Art 18 GRC zum Asylrecht enthält keine unmittelbare oder mittelbare Bezugnahme auf quantitative Elemente. Gleiches gilt für Art 19 GRC, nach dessen Abs 1 Kollektivausweisungen unzulässig sind.

Nun zum Sekundärrecht. In der Status-RL finden sich keine quantitativen Elemente. Die Asylverfahren-RL legt die Verfahrensgrundsätze für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes fest. Auf den ersten Blick enthält die Richtlinie an mehreren Stellen Bezugnahmen auf Kapazitätsengpässe in Folge einer großen Anzahl an Antragstellern und daher auf quantitative Elemente.²⁴³ Allerdings folgt aus diesen Bestimmungen, dass Kapazitätsengpässe Verfahrens- oder Friständerungen rechtfertigen können. An keiner Stelle ist von Sozialleistungen die Rede. Ein für Leistungen relevanter Verweis auf Kapazitätsengpässe findet sich jedoch in der Aufnahme-RL. Art 18, der die Modalitäten für die im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen regelt, nennt das Kriterium der Unterbringungskapazität. Nach Art 18 Abs 9 können die MS in begründeten Ausnahmefällen für einen angemessenen Zeitraum, der so kurz wie möglich sein sollte, andere Modalitäten der im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen festlegen als in Art 18 vorgesehen, wenn die üblicherweise verfügbaren Unterbringungskapazitäten vorübergehend erschöpft sind.²⁴⁴ Auch die Massenzustrom-RL bedenkt die Aufnahmekapazitäten der MS, ohne daraus aber konkrete Folgerungen zu ziehen. Das darin geforderte Leistungsniveau ist zwar niedriger als nach den anderen Richtlinien, allerdings unabhängig von der konkreten Belastung eines MS.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das sekundärrechtliche Asyl- und Flücht-

²⁴³ So normiert Art 6 Abs 5, dass die MS den Registrierungszeitraum auf zehn Arbeitstage verlängern können, wenn eine große Anzahl von Personen gleichzeitig internationalen Schutz beantragt. Nach Art 14 Abs 1 UAbs 2 können die MS die persönliche Anhörung der Antragsteller vorübergehend durch andere als die eigentlich zuständige Behörde durchführen lassen, wenn das Standardverfahren aufgrund der großen Anzahl gleichzeitig eingehender Anträge auf internationalen Schutz unmöglich ist. Auch Art 31 Abs 3 lit b und Art 43 Abs 3 beinhalten Sonderregelungen für den Fall einer großen Anzahl von Schutzanträgen. In diesem Fall können die MS nach Art. 31 Abs 3 das Prüfungsverfahren um neun Monate verlängern bzw gemäß Art 43 Abs 3 die besonderen Grenzverfahren auch in den Fällen anwenden, in denen die Antragsteller normalerweise in der Nähe der Grenze oder Transitzone untergebracht werden.

²⁴⁴ Dazu näher unten C.II.2.c.

lingsrecht zwar an verschiedenen Stellen quantitative Elemente aufgreift, die auch in Kapazitätskriterien zum Ausdruck kommen. Hieran werden aber keine Rechtsfolgen geknüpft, die – mit Ausnahme von Art 18 Abs 9 Aufnahme-RL – wegen vergleichsweiser oder absolut zu großer Belastung eines MS eine Einschränkung bei Sozialleistungen ausdrücklich vorsehen.

3. Modifikation des ausdrücklich Vorgesehenen bei Massenzustrom?

In der Folge ist zu überlegen, ob das vom Sekundärrecht va in der Status-RL Vorgesehenen bei einem Massenzustrom modifiziert werden kann, wenn und weil der Unionsgesetzgeber die mit einem Massenzustrom von Schutzberechtigten und Schutzsuchenden verbundenen Folgen – jedenfalls in Bezug auf manche Konstellationen – nicht ausreichend erkannt und/oder geregelt hat. Dazu ist zuerst auf die reale Lage und die Verantwortlichkeit dafür einzugehen.

a) Faktische Probleme

Das Unionsrecht setzt im Primärrecht und mit Blick auf Sozialleistungen im Sekundärrecht ein äußerst striktes Korsett bei den Vorgaben in Bezug auf Schutzberechtigte und -suchende. Allerdings berücksichtigt es in den zentralen Normen des Sekundärrechts allenfalls verbal, jedoch kaum real, dass ein Massenzustrom zu großen Problemen führen kann und wird. Es geht dabei weniger um finanzielle Hilfe für belastete MS,²⁴⁵ sondern primär um die anderen Probleme, welche ein starker Zustrom in begrenzter Zeit mit sich bringt (insb Unterbringung, Integration in Ausbildung und Erwerb). Die allg Normen nehmen auf einen Massenzustrom nicht wirklich Bedacht. Die Massenzustrom-RL greift nach ihrem Wortlaut nur ein, wenn es einen entsprechenden Ratsbeschluss gibt, also nicht bei Vorliegen eines Massenzustroms. Sie verdrängt wenn, dann nur die Aufnahme-RL, nicht aber die Status-RL (vielleicht weil man 2001 meinte, ein Massenzustrom werde nur von Personen erfolgen, die schon prima facie damals nicht schutzberechtigt waren). Sie enthält zwar allgemeine Worte zur solidarischen Verteilung, aber keine konkreten Mittel dazu. Nur in ihrem sehr eingeschränkten Anwendungsbereich sieht sie – wohl – ein niedrigeres Niveau an Sozialleistungen vor als die Status-RL und wohl auch als die Aufnahme-RL. Nur insoweit berücksichtigt der Unionsgesetzgeber die Tatsache eines Massenzustroms und die dadurch verursachte Belastung ausdrücklich – faktisch hat sich dies bislang jedoch nicht ausgewirkt.

Der Massenzustrom betrifft derzeit nur einige MS, die an der Gemeinsamen Asylpolitik und damit am Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS) teilnehmen, nämlich

²⁴⁵ Finanzielle Hilfe kann aus verschiedenen Quellen der Union kommen.

Schweden, Deutschland und Österreich; Großbritannien, Irland und Dänemark haben sich vom GEAS überhaupt ferngehalten. Österreich hatte allein 2015 Asylanträge in Höhe von etwa 1 % der Wohnbevölkerung; nur zwei andere MS kommen auf einen höheren oder ähnlich hohen Prozentsatz. Wäre diese Quote in allen MS der Union, die am GEAS teilnehmen, erreicht worden, so wären 2015 insgesamt mehr als 4 Millionen Schutzsuchende aufgenommen worden. In den anderen MS des GEAS ist die Quote deutlich geringer.

Dies belegt eine völlig ungleichgewichtige²⁴⁶ Verteilung.²⁴⁷ Diese ist, wie noch darzulegen ist, zum einen durch das Versagen der unionalen Vorkehrungen verursacht, die zu einer faktisch freien Wahl des Aufnahmelandes geführt haben, und damit zur Konzentration in einigen MS. Eine (wenn auch nicht die einzige) wesentliche Ursache für die bevorzugte Wahl nur einiger MS durch die Schutzsuchenden ist die vergleichsweise Prosperität und das damit verbundene höhere Niveau an Sozialleistungen (welfare magnetism-These).²⁴⁸

b) Zur Verantwortung für die grob ungleichgewichtige Verteilung

Die Union hat sich selbst im Bereich der Zuwanderungs- und Asylpolitik hoch ge-

²⁴⁶ Die Kommission hat einen aus ihrer Sicht angemessenen Verteilungsschlüssel entwickelt; A EUROPEAN AGENDA ON MIGRATION COM(2015) 240 final, Annex I. Auf Österreich entfallen danach 2,6 % und auf Deutschland 18,4 %. Auf zB Frankreich würden 14,1%, auf Portugal 3,8% entfallen; die Zahlen dort sind weitest davon entfernt.

“This relocation key will be based on the following elements:

a) the size of the population (40%) as it reflects the capacity to absorb a certain number of refugees;

b) total GDP52 (40%) as it reflects the absolute wealth of a country and is thus indicative for the capacity of an economy to absorb and integrate refugees;

c) average number of spontaneous asylum applications and the number of resettled refugees per 1 million inhabitants over the period 2010-2014 (10%) as it reflects the efforts made by Member States in the recent past;

d) unemployment rate (10%) as an indicator reflecting the capacity to integrate refugees.”

²⁴⁷ Die übermäßige Belastung zeigt sich auch, wenn man die Schutzsuchenden und –berechtigten in die Zahlen des Scoreboard der EU-Kommission zu ökonomischen Ungleichgewichten einbezieht / einbezüge. Dieses Scoreboard stellt seit 2015 auch auf die Veränderung der Erwerbsquote, die Quote langfristiger Arbeitslosigkeit und die Quote der Jugendarbeitslosigkeit ab. Würde man hier die Schutzsuchenden und –berechtigten sogleich einbeziehen (ob dies erfolgt, ist unbekannt), so würde sich in den betroffenen MS eine bedeutende Veränderung in die nicht gewünschte Richtung ergeben, also ein klares Indiz für ein ökonomisches Ungleichgewicht.

²⁴⁸ Die Asylbewerberzahlen für 2015 zeigen eine sehr hohe Korrelation zwischen dem Wohlstand eines Mitgliedstaates (und den damit korrelierten Leistungen) und den Anträgen je Million Einwohner des Mitgliedstaates; vgl FAZ 10.3.2016, 19. Der Zustrom insb zu den osteuropäischen Mitgliedstaaten ist vergleichsweise minimal (die Ausnahme zu Ungarn war bekanntlich nur vorübergehend). Die Sozialhilfe ist schon in Italien deutlich weniger günstig als in Österreich, ebenso in den MOE-Ländern Als „anekdotische Evidenz“ sei genannt: die BMS für Alleinstehende in Hainburg nahe der Slowakei liegt sogar deutlich unter dem Nettogehalt von Gymnasiallehrern im benachbarten Bratislava.

steckte Ziele und Aufgaben gesetzt.²⁴⁹ Es ist wohl allgemeine Auffassung, dass die Union – verstanden als Unionsorgane und MS – diese Aufgaben in letzter Zeit nicht erfüllt hat.²⁵⁰ Es genügt, die wesentlichen Punkte hervorzuheben.

Entgegen Artikel 77 Abs 1 AEUV ist in manchen, hier wesentlichen MS „die Personenkontrolle und die wirksame Überwachung des Grenzübertretts an den Außengrenzen“ *nicht* „sichergestellt“, ebenso wenig gibt es ein „integriertes Grenzschutzsystem an den Außengrenzen“. Die Verheißung des Art 78 Abs 1 lit e von „Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Antrags auf Asyl oder subsidiären Schutz zuständig ist“ wurde zwar auf dem Papier erfüllt, in der Praxis wurden und werden in hier relevanten MS jedoch die Personen, die voraussichtlich einen Asylantrag stellen werden, nicht entsprechend diesen Regeln erfasst und behandelt; das Dublin III System besteht nur (mehr) auf dem Gesetzblatt der Union. In der Folge haben Schutzsuchende und andere Personen die Möglichkeit, sich das Aufenthaltsland und damit das präsumtive Aufnahmeland fak-

²⁴⁹ Artikel 77 AEUV „(1) Die Union entwickelt eine Politik, mit der ...

b) die Personenkontrolle und die wirksame Überwachung des Grenzübertretts an den Außengrenzen sichergestellt werden soll;

c) schrittweise ein integriertes Grenzschutzsystem an den Außengrenzen eingeführt werden soll. ...“

Artikel 78 (1) Die Union entwickelt eine gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz, mit der jedem Drittstaatsangehörigen, der internationalen Schutz benötigt, ein angemessener Status angeboten und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung gewährleistet werden soll. Diese Politik muss mit dem Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 und dem Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie den anderen einschlägigen Verträgen im Einklang stehen.

(2) Für die Zwecke des Absatzes 1 erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen in Bezug auf ein gemeinsames europäisches Asylsystem, das Folgendes umfasst:

- a) einen in der ganzen Union gültigen einheitlichen Asylstatus für Drittstaatsangehörige;
- b) einen einheitlichen subsidiären Schutzstatus für Drittstaatsangehörige, die keinen europäischen Asylstatus erhalten, aber internationalen Schutz benötigen;
- c) eine gemeinsame Regelung für den vorübergehenden Schutz von Vertriebenen im Falle eines Massenzustroms;
- d) gemeinsame Verfahren für die Gewährung und den Entzug des einheitlichen Asylstatus beziehungsweise des subsidiären Schutzstatus;
- e) Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Antrags auf Asyl oder subsidiären Schutz zuständig ist;
- f) Normen über die Aufnahmebedingungen von Personen, die Asyl oder subsidiären Schutz beantragen;
- g) Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern zur Steuerung des Zustroms von Personen, die Asyl oder subsidiären beziehungsweise vorübergehenden Schutz beantragen.

(3) Befinden sich ein oder mehrere MS aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in einer Notlage, so kann der Rat auf Vorschlag der Kommission vorläufige Maßnahmen zugunsten der betreffenden Mitgliedstaaten erlassen. Er beschließt nach Anhörung des Europäischen Parlaments.“

²⁵⁰ Vgl zB den Außenminister Luxemburgs Asselborn zur Flüchtlingskrise am 25.2.2016: „Wir haben keine Linie mehr, wir steuern irgendwie in eine Anarchie hinein“.

tisch frei auszusuchen – solange dieser MS sich im Übrigen an die Vorschriften der Union hält und/oder keine faktischen „Abwehrmaßnahmen“ (wie Grenzzäune) trifft. Österreich war faktisch dazu verhalten, viele Schutzsuchenden aufzunehmen (und noch viel mehr einfach durchreisen zu lassen), weil andere MS des GEAS ihre Pflichten aus dem Dublin-System nicht erfüllten. In der Folge tragen die Mehrzahl der MS des GEAS bei weitem nicht jenen Anteil an einer angemessenen Verteilung der Schutzsuchenden, der sich ergäbe wenn der in Art 80 AEUV genannte Grundsatz der Solidarität auch nur annäherungsweise gelebt würde.

Art 80 AEUV bestimmt nämlich: „Für die unter dieses Kapitel fallende Politik der Union und ihre Umsetzung gilt der Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten, einschließlich in finanzieller Hinsicht. Die aufgrund dieses Kapitels erlassenen Rechtsakte der Union enthalten, immer wenn dies erforderlich ist, entsprechende Maßnahmen für die Anwendung dieses Grundsatzes.“

Die Bestimmung spricht von der „gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten“. Dies meint offenkundig in erster Linie die tatsächliche Verteilung der Schutzsuchenden, schon weil die finanziellen Lasten gesondert genannt sind. Würden alle MS ihren „gerechten“ Anteil tragen, so wären von den geschätzt 1,4 Millionen Antragstellern des Jahres 2015 deutlich weniger auf Österreich und die anderen Hauptzielländer entfallen. Die aktuelle Lage widerspricht ferner diametral dem mit der Status-RL auch verfolgten Ziel, Sekundärmigration einzudämmen,²⁵¹ auch weil der ungleichgewichtige Zustrom wesentlich durch unterschiedliche soziale Standards verursacht erscheint.

Art 78 Abs 3 AEUV sieht vor: „Befinden sich ein oder mehrere Mitgliedstaaten aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in einer Notlage, so kann der Rat auf Vorschlag der Kommission vorläufige Maßnahmen zugunsten der betreffenden Mitgliedstaaten erlassen.“ Der Rat könnte danach auch Freistellungen der betroffenen MS von Teilen des Sekundärrechts beschließen; genannt wird das Einführen eines Visumzwanges.²⁵² Dann wird, als gelinderes Mittel, auch eine Reduktion der Sozialleistung zulässig sein.

Die Kommission hat es bisher allerdings nicht für opportun oder erforderlich angesehen, einen für die tatsächlichen Aufnahmeländer wirksamen Vorschlag nach Art 78 Abs 3 AEUV zu machen. Sie hat sich bisher darauf beschränkt, einen Vorschlag für die Verteilung

²⁵¹ ErwG 13: Die Angleichung der Rechtsvorschriften über die Zuerkennung und den Inhalt der Flüchtlingseigenschaft und des subsidiären Schutzes sollte dazu beitragen, die Sekundärmigration von Personen, die internationalen Schutz beantragt haben, zwischen Mitgliedstaaten einzudämmen, soweit sie ausschließlich auf unterschiedlichen Rechtsvorschriften beruht.

²⁵² Rossi in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Art 78 AEUV Rz 33. AA Thym in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Kommentar (2011) Art 78 Rz 48.

von ca 160.000 in Griechenland und Italien Angekommenen zu machen, der allerdings bislang kaum umgesetzt wurde.²⁵³ Darüber hinaus hat sie das Ziel verfolgt, eine auf Dauer verbindliche Verteilung aller, die einen Antrag stellen werden, auf die MS und damit ein zahlenmäßig unbegrenztes Verteilungssystem beschließen zu lassen; dieses Ziel ist politisch derzeit kaum durchsetzbar.

Das Versagen der Union – verstanden als Unionsorgane und MS – in der aktuellen Flüchtlingskrise liegt aber nicht nur im Faktischen, sondern – und dies ist hier wesentlich – schon im Rechtsrahmen. Gem Art 80 S 2 AEUV müssen die aufgrund dieses Kapitels erlassenen Rechtsakte der Union „immer wenn dies erforderlich ist, entsprechende Maßnahmen für die Anwendung dieses Grundsatzes“ der Solidarität enthalten. Diese Verheißung bzw Verpflichtung wurde weder in der Aufnahme-RL noch in der Asylverfahrens-RL noch in der Status-RL erfüllt; auch die „Vorkehrungen“ der Massenzustrom-RL sind diesbezüglich, wie gezeigt, völlig ineffektiv. Der geistige Grund für diese Lücken liegt zum einen – soweit es nur um die „gerechte Aufteilung der Verantwortlichkeiten“ unter den MS geht – in der Annahme, dass sich diese entweder von selbst ergeben werde oder dass es ohnehin zu keiner krisenhaften Lage kommen werde. Zum anderen – soweit es um das völlige Absehen von Belastungsaspekten geht – dürfte die Lücke im Glauben begründet sein, dass sich die Wirklichkeit stets nach „schönen“ Normen richten werde. Diese Einstellung zeigt sich auch in der Fülle der Regelungen zu Verfahren und Rechtsschutz sowie zu den Rechten im Aufenthalt, die von vielen Kennern als eher labyrinthisch angesehen werden; manche sprechen auch von „Schönwetter“-Recht. Die Verantwortung für die fehlerhafte Rechtslage trägt in erster Linie die Kommission (in der Vergangenheit). Sie hat das Monopol der „Gesetzesvorlage“ in der Union, und ist daher primär für den Inhalt des Sekundärrechts verantwortlich. Nochmals erwähnt sei die These auch führender Organe der Union, es gebe ein „Recht auf Asyl in EU, nicht in einem bestimmten MS“ – eine These, die das geltende Sekundärrecht in keiner Weise verwirklicht und der die bisherige Praxis diametral widerspricht.

Die Mängel des Unionsrechts wirken sich dann besonders stark aus, wenn dank faktisch offener Grenzen zu den Migranten, die aller Voraussicht nach schutzberechtigt sein werden (derzeit va Flüchtlinge aus Syrien), eine große und potentiell unbeschränkte Zahl von Personen hinzutritt, die voraussichtlich wie nach Prüfung nicht schutzberechtigt sind, aber die „günstige Gelegenheit“ nutzen, um sich einen Aufenthalt in der Union und dort in dem von

²⁵³ Zum beträchtlichen Teil wohl auch deshalb, weil die Angekommenen sich selbst auf den Weg in andere MS gemacht haben.

ihnen bevorzugten MS zu verschaffen.

Antragsteller, die sich als nicht schutzberechtigt erweisen, können und sollen (nach der Rückführungs-RL und nun auch vordringender Auffassung) zwar in ihr Heimatland rückgeführt werden. Nach den bisherigen Erfahrungen ist die Rückführung jedoch wenig bis kaum realistisch, teils aus externen Gründen (insb fehlende Bereitschaft der Heimatländer),²⁵⁴ teils aus internen Gründen (jahrelange Dauer der von der Union mit zahlreichen Klagemöglichkeiten ausgestatteten Verfahren). Damit erwerben im Ergebnis alle, die wollen, allein durch die Antragstellung und damit die Behauptung, schutzberechtigt zu sein, ein bislang kaum/nicht zeitlich begrenztes Aufenthaltsrecht in jenem MS, den sie sich dank der Mängel des Unionsrechts bislang frei auswählen können. Das geltende Unionsrecht ist eine Einladung an alle, die auch aus anderen als Schutzgründen nach Europa wollen.

Die Beschlüsse des Europäischen Rates vom 18.3.2016 sollen die skizzierte Lage in Bezug auf den Zustrom aus der Türkei verringern. Es bleibt abzuwarten, ob sie die Gesamtlage im Vergleich zur zweiten Jahreshälfte 2015 verändern.

c) Diskutierte Modifikationen

Als Modifikation aufgrund des Massenzustroms und insb der grob ungleichgewichtigen Verteilung auf die MS des GEAS wird in Österreich va eine „Obergrenze“ für die Aufnahme diskutiert. In Bezug auf Sozialleistungen geht es politisch bislang va um die Leistungen zur Existenzsicherung bei Schutzberechtigten, insb bei subsidiär Schutzberechtigten. Gedacht wird primär an das Absenken auf das Niveau der Grundversorgung. Dies ist, wie oben dargelegt, nach Art 29 Status-RL jedenfalls dann unzulässig, wenn man „Kernleistungen“ leistungsartbezogen versteht (außer die BMS selbst würde auf dieses Niveau gesenkt). Diese von der Politik diskutierte und von Landtagen zum Teil bereits beschlossene Maßnahme steht bei den folgenden Überlegungen im Vordergrund.

In Bezug auf das Motiv für diese (und andere) Maßnahmen zu Sozialleistungen kommen zwei in Betracht.

– Das eine Motiv wäre, dass die Zahl der bereits im Land befindlichen Schutzberechtigten bereits eine – nicht relativ, sondern absolut verstandene – „Belastungsgrenze“ erreicht hat, welche die volle Versorgung dieser (und die Aufnahme weiterer Antragsteller) als nicht

²⁵⁴ Nicht erfolgreich war die Kommission bisher auch beim Abschluss von Rückführungsabkommen mit Herkunftsländern – obwohl die Rückführung jedenfalls bei Massenzustrom ein notwendiges Korrelat zu den Vorgaben der Union zur Aufnahme allein aufgrund eines Antrages wären.

Auch hier hat die Union, wie häufig, nicht die Begleitmaßnahmen gesetzt, die erforderlich wären, um die Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten der MS durch das Unionsrecht zu ergänzen bzw zu kompensieren.

zumutbar erscheinen lässt. Diesem Motiv würde es entsprechen, die Abweichung auch auf Schutzberechtigte anzuwenden, die bereits im Land sind.

– Das andere Motiv wäre das Vermeiden von Anreizen, die derzeit bestehende faktische Wahlfreiheit der Antragsteller in Bezug auf das Aufnahmeland zulasten nur einiger Länder ausnutzen zu können, und damit eine Maßnahme, die Antragsteller zur Wahl eines weniger belasteten Landes veranlassen soll. Die so motivierte Maßnahme würde auf das Überschreiten einer im Vergleich zu anderen MS des GEAS „relativen Belastungsschwelle“ reagieren. Dementsprechend würden die Abweichungen nur für Schutzberechtigte zur Anwendung kommen, die nach Erreichen dieser „Belastungsschwelle“ Aufnahme finden.

Im Vordergrund der folgenden Ausführungen stehen Maßnahmen, die durch das zweitgenannte Motiv veranlasst und geprägt sind – auch weil dies der derzeit von der österr Politik wohl verfolgten Argumentation entspricht. Auf die Frage einer „absoluten Belastungsgrenze“ ist einzugehen, weil dies den Rahmen für Überlegungen zu den Sozialleistungen bildet. Die folgenden Überlegungen können nur die Hauptlinien einer denkbaren Argumentation darlegen, diese aber nicht vertiefen; auch Nachweise sind schon deshalb nur sehr eingeschränkt möglich.

d) Zur Frage einer „absoluten Belastungsgrenze“

Massenmigration stellt jede aufnehmende Gesellschaft vor Probleme. Die relevanten Faktoren für die Möglichkeit, sie positiv zu bewältigen, sind neben der Zahl im Verhältnis zur ansässigen Bevölkerung vor allem: der Zeitraum, in dem die Migration erfolgt (es geht um die Quantität in der Zeit); die (Un)Möglichkeit, die Migranten schnell zu integrieren, was insb von Kenntnis der Umgangssprache, (Aus)Bildung, kultureller Nähe/Verschiedenheit²⁵⁵ und Wirtschaftslage bzw Wohlfahrtsniveau abhängt; sowie die materiellen Aufnahmebedingungen, die geboten werden (sollen). Die Probleme sind umso größer, je größer die Zahl jener ist, die innerhalb kurzer Zeit aufgenommen werden wollen, je ungünstiger die Bedingungen bei Ausbildung, Kultur und Wirtschaftslage für eine rasche Integration sind, und je bessere Aufnahmebedingungen geboten werden (sollen).

Aufgrund der Lage zur Rückführung ergibt sich die tatsächliche Belastung eines Landes faktisch nicht aus der Zahl bzw dem Anteil der Schutzberechtigten, sondern bislang weit-

²⁵⁵ Angemerkt sei, dass es mit der humanitären Begründung des Rechts auf Aufnahme kaum vereinbar ist, die Schutzberechtigten zu verpflichten, dass diese „unsere Werte“ übernehmen, oder diese Übernahme zu erwarten. Berechtigt ist dann nur die Erwartung, dass die Schutzberechtigten sich an die Gesetze halten, solange diese nicht geändert sind – nicht jedoch auch die Erwartung, dass die als Schutzberechtigte Aufgenommen mittelfristig nicht auf deren Abänderung dringen.

gehend aus jener der Antragsteller, einschließlich jener, die nur einwandern wollen.

Es liegt nahe anzunehmen, dass ein Massenzustrom mit zunehmender Zahl zu einem parallelen Ansteigen der für die Lebenserhaltung der Aufgenommenen erforderlichen Anstrengungen und der Anforderungen an das Wirtschafts-, Sozial- und Gesellschaftssystem des Aufnahmelandes führt, was – insb bei großer Zahl in kurzer Zeit (Unterbringung) und hohem Ausbildungsbedarf – wiederum zunehmend zu Verwerfungen in diesen Systemen führt, die mit zunehmendem Anteil der Migranten im Verhältnis zur bereits ansässigen Bevölkerung diese Systeme sukzessive gefährden, ernsthaft beeinträchtigen und schließlich zerstören. Es dürfte einer verbreiteten Auffassung entsprechen, dass es aufgrund daher – jedenfalls präpositiv – eine „absolute Belastungsgrenze“ gibt.²⁵⁶

Der Realisierung einer „absoluten Belastungsgrenze“ steht die Pflicht – genauer die selbstaufgelegte Zusage – der MS der Union (oder zumindest jener des GEAS) gegenüber, erstens Antragsteller aufzunehmen und zu prüfen, ob sie schutzberechtigt sind, zweitens den Schutzberechtigten ein (zumindest vorübergehendes) Aufenthaltsrecht zu gewähren, und drittens die Rückkehrverpflichteten nur nach einem ausgefeilten Verfahren außer Landes zu bringen und bis dahin zu versorgen. Diese Pflicht bzw Zusage sei nach Ansicht mancher potentiell unbegrenzt. Sie äußert sich zum einen in konkreten unionalen Pflichten des Sekundärrechts zur Aufnahme von Schutzsuchenden, insb jene der Asylverfahrens-RL. Diese wiederum gründen in menschenrechtlich fundierten Geboten und Werten zur Aufnahme von Flüchtlingen, die sich die Union gegeben hat. Ferner wird dafür Art 3 EMRK in Bezug genommen. Hier ist nur der menschenrechtliche Aspekt anzusprechen, weil er für die weiteren Überlegungen zur Freistellung von Pflichten zur Gewährung von Sozialleistungen relevant ist.

Fraglich ist jedoch, ob diese Pflicht bzw Zusage zur Aufnahme – wie gesagt auch von Antragstellern, die nicht schutzberechtigt sind – auch jenseits der Belastungsgrenze verpflichtet. Diese Frage stellte sich bei sehr großem Zustrom in die Union potentiell auch bei der von vielen angemahnten „europäischen Lösung“,²⁵⁷ worunter wohl eine gleichmäßige, angemessene Verteilung auf die MS des GEAS zu verstehen ist – allerdings erst bei einer Zahl, die

²⁵⁶ Der Generalsekretär von Amnesty Österreich hat als Beispiel einer Belastungsgrenze aus seiner Sicht auf den Libanon verwiesen (ORF Radio Morgenjournal 23.2.2016), wo die Zahl der Flüchtlinge bei etwa 30 % der ansässigen Bevölkerung liegt – das wären auf Österreich übertragen fast 3 Millionen und auf die Union übertragen 150 Millionen. Zu den Auswirkungen im Libanon vgl zB Böhm, Was hält ein Land aus? Das Beispiel Libanon, Zeit ONLINE 7.5.2015. Es liegt nahe, dass die dort geschilderten Auswirkungen schon unter Zerstörung der bestehenden Systeme eines MS fallen würden.

²⁵⁷ Entgegen verbreiteter Auffassung verschwinden reale Probleme und Konflikte nur manchmal allein durch Verlagerung auf eine höhere Ebene, hier die der EU.

ungleich höher wäre als die bisherige. Die „europäische Lösung“ löst das Problem einer Belastungsgrenze also nicht, sondern schiebt es uU nur hinaus.

Gegen eine unbegrenzte Aufnahmepflicht sprechen verschiedene Erwägungen, die hier nur angedeutet werden können. Auch Grundrechte gelten nicht unbeschränkt, sondern können – auch nach Art 52 GRC – eingeschränkt werden. Dies gilt auch zu Art 1 und 18 GRC, wobei dies bei Art 1 eher durch negative Bestimmung schon des Schutzbereiches erfolgt.²⁵⁸ Bei Konflikten mit anderen verfassungshohen Werten ist dann eine Balance – in deutscher Terminologie: eine „praktische Konkordanz“ – herzustellen. Wird die Belastungsgrenze überschritten, so wird dies die Strukturen des jeweiligen MS und damit diesen selbst gefährden. Der AEUV berücksichtigt die Möglichkeit einer Gefährdung partiell ausdrücklich in Art 78 Abs 3. Danach kann der Rat vorläufige Maßnahmen beschließen, wenn sich ein MS „aufgrund eines plötzlichen Zustroms ... in einer Notlage“ befindet. Nach *Rossi* setzt Art 78 Abs 3 „eine Notlage von einer gewissen Intensität [voraus], die in jedem Fall vorliegt, wenn es zu Versorgungsengpässen, Sicherheitsrisiken oder gar der Gefahr von politischen Destabilisierungen kommt“.²⁵⁹ Art 78 AEUV anerkennt wohl auch das Interesse, eine solche Notlage zu vermeiden. Die Notlage kann, über Art 78 Abs hinaus, an sich auch eintreten, wenn es sich nicht um einen plötzlichen Zustrom handelt.

Zu nennen ist ferner Art 4 Abs 2 EUV: „Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen ... zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit.“ Darin kommt klar zum Ausdruck, dass das Unionsrecht die grundlegenden Funktionen des Staates in den MS achtet, also auch nicht beeinträchtigen soll, insb nicht durch das Verlangen eines Verhaltens, welche diese gefährdet. Wenn selbst die Verfassungsidentität zu achten ist, so muss dies umso mehr für die Voraussetzungen für das Funktionieren einer Verfassung gelten. Nach Art 3 Abs 2 EUV bietet „die Union ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit ...“. Daraus folgt, dass sie von MS nichts verlangen soll/darf, was diese Sicherheit gefährdet. Nach Art 3 Abs 1 EUV ist es „Ziel der Union .., den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern.“ Daraus geht hervor, dass die Union – jedenfalls auch – das Ziel hat, das Wohlergehen der hier schon lebenden Men-

²⁵⁸ Vgl *Callies* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Art 1 GRCh Rz 29.

²⁵⁹ *Rossi* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Art 78 AEUV Rz 32.

schen zu fördern und damit nicht massiv zu gefährden, also nicht nur die Interessen von Menschen verfolgen darf, die noch nicht zu diesen zählen. Überdies fördert die Union nach Art 3 Abs 3 EUV „den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt“, und damit den sozialen Zusammenhalt der Menschen, die in ihrem Gebiet leben. Schließlich ist an die sozialen Ziele der Verträge, insb in Art 153 AEUV, zu erinnern.

Die Unionsverfassung enthält somit eine Reihe von Bestimmungen, aus denen verfassungshohe Werte folgen, die einer menschenrechtlich begründeten *unbegrenzten* Aufnahmespflicht gegenübergestellt werden können. Die Gewährung humanitären Schutzes ist ohne Zweifel eine Staatsaufgabe der MS und der Union, allerdings ebenso ohne Zweifel weder die einzige noch jene, die allen anderen zurückdrängt. Es ist ein sehr gut vertretbarer Topos der Interpretation einer Verfassung, diese so auszulegen, dass das die Rechtsordnung tragende System nicht gefährdet wird; der EuGH dürfte diese Erwägung implizit in seinem Urteil Pringle zur EZB (OMT-Programm) beachtet haben. Zu erinnern ist hier auch an Art 4 Abs 3 EUV: „Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben.“ Bisher wurden daraus vor allem Pflichten der MS abgeleitet (entsprechend dem Vorverständnis, dass nur diese zu verpflichten wären), wobei nicht einmal Grenzen von deren Loyalitätspflicht in den Blick kamen. Die Bestimmung ist allerdings nicht einseitig, sondern zweiseitig formuliert, verpflichtet also auch die Union zur Loyalität. Dazu zählt insb die Pflicht, die Existenz der MS und von deren Strukturen nicht zu gefährden. In einem Bundesstaat würde man von einer entsprechenden Pflicht des Oberstaates gegenüber den Gliedstaaten sprechen; umso mehr muss dies in einer Organisation gelten, die nicht die Dichte eines Bundesstaates hat.

In manchen Situationen, zu denen die hier mit „Belastungsgrenze“ umschriebene zählt, wird die Abgleichung der genannten widerstreitenden Positionen dazu führen, dass die menschenrechtlichen Pflichten als Gebote der Union zurücktreten.

Dagegen kann auch Art 3 EMRK nicht ins Treffen geführt werden. Von dieser Vorgabe darf zwar gem Art 15 EMRK selbst bei öffentlichem Notstand nicht abgewichen werden. Allerdings ist Art 3 EMRK im vorliegenden Zusammenhang – der (Nicht)Aufnahme von weiteren Schutzsuchenden – nicht einschlägig. Die EMRK garantiert nämlich kein Recht auf Aufenthalt oder Asyl;²⁶⁰ Art 3 greift vielmehr nach dem EGMR erst bei Ausweisung ein.²⁶¹

²⁶⁰ Vgl zB EGMR 23.2.2012, no. 27765/09, Jamaa ua gegen Italien, Rz 113: “The Court also notes that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols (see Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, 30 October 1991, § 102, Series A no. 215, and Ahmed

In der Folge stellt sich die Frage, wann die genannte „Belastungsgrenze“ erreicht wäre. Dazu sei vorweg an eine vor allem im Privatrecht seit langem bekannte Unterscheidung erinnert, jene zwischen Unmöglichkeit (aus faktischen oder rechtlichen Gründen) und Unzumutbarkeit. Beide Gründe befreien im Privatrecht von der Leistungspflicht, die Unzumutbarkeit gerade dann, wenn die geschuldete Leistung noch faktisch möglich ist, deren Erfüllung jedoch von der Rechtsordnung nicht zugemutet wird. Man darf diese Überlegung wohl als gemeineuropäisch ansehen.²⁶² Sie beinhaltet auch das, was im deutschsprachigen Raum als Lehre von der Geschäftsgrundlage bekannt ist. Auch im Völkerrecht ist die Einrede der „necessity“ bekannt, wenn die Verletzung einer sonst bestehenden Pflicht „is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril“.²⁶³ Das Unionsrecht ist nun nicht nur eine unvollständige Rechtsordnung, sondern auch insofern unvollkommen, als es neben der Fülle an Detailregelungen und einigen hochabstrakten Regeln bislang wenig „Prinzipien mittlerer Reichweite“ gibt, wohl weil die Zeit zu deren Entwicklung noch zu kurz war. Gerade zu diesen Prinzipien mittlerer Reichweite zählt die Einrede der Unzumutbarkeit.

Bei der Belastungsgrenze geht es nun nicht um faktische Unmöglichkeit,²⁶⁴ weil diese erst kurz vor dem Zusammenbrechen des Mitgliedstaates erreicht sein wird, sondern um die früher einsetzende Unzumutbarkeit. Man könnte dafür jedenfalls an die zitierte Deutung von „Notlage“ in Art 78 AEUV anknüpfen, also wenn der Zustrom die Funktionsfähigkeit von Staat und Gesellschaft gefährdet.²⁶⁵

v. Austria, 17 December 1996, § 38, Reports 1996-VI.”; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ § 20 Rz 26 mwN.

²⁶¹ Würde man Art 3 EMRK entgegen dem Wortlaut und dem Gewollten ein Recht Schutzsuchender auf Aufnahme entnehmen, so müsste diese Abweichung dann bei der Anwendung von Art 15 EMRK berücksichtigt werden. Es gibt zwar sehr gute Gründe dafür, dass ein Vertragsstaat auch bei Notstand niemanden der Folter oder unmenschlichen Behandlung durch Tun unterwirft. Eine ganz andere Frage ist jedoch, ob ein Vertragsstaat auch „in time of war or other public emergency threatening the life of the nation“ verpflichtet sein soll, weitere Personen aufzunehmen.

²⁶² Vgl Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR), insb Principle nr 44 (“No grossly excessive demands”) und rules III.1:110 und 3.104.

²⁶³ Vgl Article 25 der ILC Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001): “Necessity 1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.”

²⁶⁴ Bei objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit ist an die Parömie zu erinnern „ultra posse nemo tenetur“, die wohl auch einen im Unionsrecht anzuerkennenden Grundsatz ausdrückt.

²⁶⁵ Die hier angedeutete Belastungsgrenze wird deutlich unter jenem Wert liegen, den manche

Das bisher Gesagte betrifft (nur) den menschenrechtlichen Aspekt einer „Obergrenze“. Dieser bildet den Hintergrund für konkrete unionale Pflichten des Sekundärrechts zur Aufnahme von Schutzsuchenden. Soweit eine „Belastungsgrenze“ aus menschenrechtlicher Sicht zulässig ist, öffnet dies die Möglichkeit für eine Modifikation der konkreten Aufnahmepflichten. Dazu sei neben Art 78 AEUV insb auf Art 72 AEUV verwiesen, der sich im Kapitel I „Allgemeine Bestimmungen“ des Titels V findet: „Dieser Titel berührt nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.“ Art 72 ist daher in Bezug auf Kapitel II zu Grenzkontrollen und Asyl anwendbar. Die Bestimmung erlaubt den MS, bei Zutreffen des Tatbestandes von sekundärrechtlichen Vorschriften abzuweichen, die auf der Grundlage von Titel V erlassen worden.²⁶⁶ Darauf näher einzugehen ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

Näher muss auf die Frage einer Freistellung von der Pflicht zur Aufnahme hier nicht eingegangen werden, weil es in diesem Gutachten um Sozialleistungen geht.

e) Berechtigt die grob ungleichgewichtige Verteilung zu Abweichungen?

Zu Sozialleistungen an Schutzberechtigte und Schutzsuchende ist fraglich, welche Folgen sich aus dem dargelegten Nichterfüllen der Aufgaben, welche sich die Union im Bereich der Zuwanderungs- und Asylpolitik gesetzt hat, und damit aus dem Versagen der Union und ihres Rechts schon vor Erreichen der eben angesprochenen Belastungsgrenze für die Pflichten der besonders belasteten MS ergeben. Insb ist fraglich, ob die grob ungleichgewichtige Verteilung von Schutzberechtigten und -suchenden es den belasteten MS erlaubt, von den ausdrücklichen Vorgaben der Richtlinien abzuweichen.

Vorweg sei daran erinnert, dass zum einen zur verbindlichen Auslegung des Unionsrechts der EuGH berufen ist, und dass zum anderen Richtlinien wie die Status-RL im Verhältnis Bürger – Staat dann unmittelbar anwendbar sind, wenn sie hinreichend bestimmt sind. Jedenfalls Art 29 Abs 1 Status-RL ist für eine unmittelbare Anwendung ausreichend bestimmt. Auch Art 29 Abs 2 dürfte für eine unmittelbare Anwendung ausreichend bestimmt sein, weil es um eine Gleichbehandlungspflicht bzw ein Diskriminierungsverbot geht und die einzige Frage in der Folge ist, was zu den „Kernleistungen“ zählt. Ein österr Gericht – hier das Bundes- oder ein Landesverwaltungsgericht – könnte daher uU auch ohne Vorlage an den EuGH ein österr LandesG zur Mindestsicherung, welches nach Auffassung dieses Gerichts

unter Hinweis etwa auf den Libanon vertreten. Es handelt sich dabei um ein Land mit (heute) völlig anderer Gesellschafts- und Sozialstruktur, das sich überdies nicht jene Ziele normativ vorgegeben hat, die oben aus den Verträgen zitiert wurden.

²⁶⁶ Vgl zB *Herrnfeld* in Schwarze, EU-Kommentar³ Art 72 AEUV Rz 3 mwN.

diese Bestimmung der Status-RL verletzt, unbeachtet lassen. Allerdings wird es uU zur vorherigen Vorlage an den EuGH verpflichtet sein, wenn man aufgrund des Folgenden davon ausgeht, dass die Rechtslage im Hinblick auf die Lage bei grob ungleichgewichtiger Verteilung nicht hinreichend geklärt ist.

Gegen die fragliche Modifikation der Pflichten könnten einige allgemeine Einwände erhoben werden. Zu denken ist erstens an das Argument, dass man am positiven Recht festhalten müsse. Gegen die Modifikation kann ferner vorgebracht werden, dass man aus dem rechtswidrigen Handeln eines anderen – hier des Sekundärrechtsgesetzgebers in Bezug auf Art 80 AEUV und dem anderer MS – sowie dem faktischen Versagen des Herrschaftsverbandes, der die Normen erlassen hat, kein Recht ableiten könne, selbst nur eingeschränkt an dessen Recht gebunden zu sein. Der EuGH hat gesagt, die Einhaltung der unionsrechtlichen Normen durch die MS sei auch aus dem Grund der Solidarität zwischen den MS geboten.²⁶⁷ Gerade die Bezugnahme auf die Solidarität weist jedoch darauf hin, dass die Lage anders sein kann und wird, wenn andere MS ihre vom Vertrag hier sogar spezifisch verlangte Solidarität grob missachten.²⁶⁸ Schließlich ist an die – kritikwürdige – Judikatur des EuGH insb zu ökonomischen Freiheiten zu denken, wonach budgetäre Belastungen kein Rechtfertigungsgrund bei der Anwendung allgemeiner Grundsätze seien; umso weniger erlaubten sie das Abweichen von präziseren Normen. Allerdings geht es hier nicht (oder nicht in erster Linie) um Budgeterwägungen, sondern um Abweichungen, um die Pflichten, die aus ungleichgewichtiger Verteilung folgen, zu reduzieren und die Anreize zu Sekundärmigration zu verringern.

Vor dem Hintergrund der juristischen Methodenlehre im deutschsprachigen Raum würde man dann fragen, ob die Verträge für den Fall einer stark ungleichgewichtigen Belastung eines oder weniger MS des GEAS eine planwidrige Lücke – durch das Fehlen einer einschränkenden Regelung – enthalten, und ob diese – hier – zu einer teleologischen Reduktion der Pflichten gegenüber der Union und den Schutzberechtigten führen kann. Allerdings sind die Figuren der „planwidrigen Lücke“ und der teleologischen Reduktion in der Auslegungs-

²⁶⁷ EuGH Rs. 39/72 Kommission/Italien, ECLI:EU:C:1973:13 Rn 24 f: „Der Vertrag erlaubt es den Mitgliedstaaten, die Vorteile der Gemeinschaft für sich zu nutzen, er erlegt ihnen aber auch die Verpflichtung auf, deren Rechtsvorschriften zu beachten. Stört ein Staat aufgrund der Vorstellung, die er sich von seinem nationalen Interesse macht, einseitig das mit der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft verbundene Gleichgewicht zwischen Vorteilen und Lasten, so stellt dies die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor dem Gemeinschaftsrecht in Frage ... Ein solcher Verstoß gegen die Pflicht zur Solidarität, welche die Mitgliedstaaten durch ihren Beitritt zur Gemeinschaft übernommen haben, beeinträchtigt die Rechtsordnung der Gemeinschaft bis in ihre Grundfesten.“

²⁶⁸ Die in Art 80 AEUV zum Ausdruck kommende Solidaritätspflicht ist weitaus präziser und „greifbarer“ als in anderen Fällen, in denen auf sie Bezug genommen wird, insb als im Bereich der Haushaltspolitik; vgl bereits *Rebhahn*, Solidarität in der Wirtschafts- und Währungsunion (2015), 122.

praxis des EuGH als solche so gut wie nicht verankert.²⁶⁹ Der EuGH erreicht seine Ergebnisse, die vom Wortlaut abweichen, auf andere Weise.

In diesem Fall könnte er etwa erwägen, dass das Sekundärrecht bei der Festlegung des vorgesehenen Mindeststandards das Ziel des Art 80 AEUV, eine gerechte Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten, nicht ausreichend und kohärent verwirklicht hat. Dieses Ziel betrifft, nachdem die „finanzielle Hinsicht“ gesondert erwähnt wird, klar die Aufteilung der Antragsteller und Schutzberechtigten. Der Unionsgesetzgeber hat dieses Ziel nicht ausreichend und kohärent verwirklicht, weil er die MS dazu verpflichtet, auch dann die Vorgaben zu Sozialleistungen einzuhalten, wenn erstens diese „gerechte Aufteilung“ verfehlt wird und dies zweitens auch durch das höhere Niveau an Sozialleistungen wesentlich bedingt ist. Die Regelung verfehlt also bei deutlich ungleichgewichtiger Verteilung jedoch nicht nur das primärrechtliche Ziel des Art 80 AEUV, sie läuft dann auch dem Ziel einer solidarischen Asylpolitik diametral zuwider. Der Unionsgesetzgeber hat offenkundig diesen Fall nicht ausreichend bedacht. Dies legt dann eine korrigierenden Auslegung des Art 29 Status-RL nahe, welche die in der Vorgabe der nationalen Sozialleistungen liegende Anreizwirkung auf jenes Maß zurückführt, das durch Art 1 GRC als Mindestniveau vorgeschrieben ist.

Anknüpfend an Art 80 AEUV kann ferner vorgebracht werden, dass es sich bei den Vorgaben des Art 29 Status-RL nicht um Anordnungen einer überpositiven Autorität - vergleichbar einer geoffenbarten, unabänderlichen Heiligen Schrift - geht, sondern um einen Ausfluss des Gesamtwillens der MS und der von diesen geschaffenen Unionsorgane. Diese verlangen aber, wenn sie nur von einigen MS die volle, schriftgetreue Anwendung des Sekundärrechts fordern, von diesen ein „Sonderopfer“, während die Mehrheit der Träger des Gesamtwillens es vorzieht, abseits zu stehen. Ein derart ungleichgewichtiges Verständnis des Unionsrechts ist dem Unionsgesetzgeber wohl nicht zusinnbar, hier insb wegen Art 80 AEUV. Die Auffassung, dass die MS das Unionsrecht „aus Solidarität“ einhalten müssen, kann nicht durchgreifen, wenn jene, die dies verlangen, selbst in derselben Angelegenheit unsolidarisch sind.²⁷⁰

Für diese Einschränkung der Pflichten spricht ferner, dass die besonders belasteten MS das rechtswidrige Abseitsstehen vieler MS weder vorhersehen konnten noch mussten und dass sie – anders als viele anderen MS – ihre Pflichten bis dahin sehr wohl erfüllt haben. Insbesondere trifft den einzelnen Mitgliedstaat kein Verschulden an seiner überdurchschnittlichen Be-

²⁶⁹ Vgl *Rebhahn*, Methodenlehre des Unionsrechts, in Klang I³ Nach §§ 6, 7 ABGB.

²⁷⁰ Erinnerung sei an die *Maxime*: *Ex turpi causa non oritur actio*.

lastung durch die ungleiche Verteilung innerhalb der Union.

Schließlich kann für das Einschränken der Pflichten – durchaus wesentlich – ins Treffen geführt werden, dass es dazu beiträgt zu verhindern, dass bei dem betreffenden MS die oben dargelegte Belastungsgrenze überschritten wird – mit all den Folgen, die sich damit für Schutzsuchende wie für die Wohnbevölkerung knüpfen. Die Verringerung der Sozialleistungen für (künftige) Schutzberechtigte ist eine die Schutzsuchenden jedenfalls weitaus weniger belastende Maßnahme als die Abwehr dieser Personen an der Grenze, also ein deutlich „milderes“ Mittel. Dieses kann daher auch schon früher eingesetzt werden.

Die erwähnten Einwände gegen die fragliche Modifikation treten in Anbetracht dieser Argumente zurück. In der Folge zieht die Modifikation auch nicht unmittelbar eine Folgerung aus der Rechtswidrigkeit oder dem Versagen anderer Teile der Union, sondern stellt eine im Recht selbst gefundene, vom *prima facie* Angeordneten abweichende Lösung dar.

Die EMRK ist, soweit sie als Teil des Unionsrechts und als Teil des österr Verfassungsrechts verbindlich ist, auf Grund der Einbettung in diese jedenfalls im eben dargelegten Sinn zu verstehen. Soweit es um die Verbindlichkeit als völkerrechtlicher Vertrag geht, bleibt festzuhalten, dass aus der EMRK, wie gesagt, nur in Ausnahmefällen Vorgaben folgen, die hier relevant sind.²⁷¹

Kommt die Freistellung von der vollen Leistungspflicht nach Art 29 Status-RL, wie gesagt, nur für Schutzberechtigte in Betracht, die bei Einführung der Änderung/Reduktion durch den MS noch keinen Antrag gestellt haben, so ist diese Maßnahme in Bezug auf diese Personen vertretbar. Sie haben (bei entsprechender Kommunikation) die Wahl zwischen Österreich mit geringeren Leistungen als von Art 29 Status-RL geboten und vielen anderen MS, die ihre Leistungen an Art 29 ausrichten (mögen diese Leistungen im Effekt in manchen MS auch geringer sein als die reduzierten in Österreich). Aufgrund dieser Wahlmöglichkeit kann auch die Benachteiligung der Schutzberechtigten, die ihren Antrag erst nach Einführung der Reduktion stellen, im Vergleich zu früheren Antragstellern sachlich gerechtfertigt werden.

Fraglich kann noch sein, ob die Möglichkeit eines MS, sich auf die dargelegte Modifikation des unionalen Sekundärrechts zu berufen, durch die Kompetenz des Rates nach Art 78 Abs 3 AEUV ausgeschlossen ist. Dagegen spricht entscheidend, dass es keine exogene Ursache, sondern gerade das unsolidarische Verhalten der anderen MS – die den Rat dominieren werden – ist, welches zu der Sonderbelastung führt.

Auch die oben erörterte Belastungsgrenze würde der Möglichkeit eines MS, sich auf

²⁷¹ Vgl oben B.II.2.d.

die dargelegte Modifikation des unionalen Sekundärrechts zu berufen, als solche nicht entgegenstehen. Dort geht es um die Entbindung von der Pflicht, Antragsteller aufzunehmen, hier hingegen „nur“ darum, dass künftigen Antragstellern eine geringere Sozialleistung erbracht wird. Dies ist im Vergleich zum ersten eine deutlich weniger in das Sekundärrecht und die Interessen der Antragsteller eingreifende Maßnahme. Überdies greifen die beiden Modifikationen in unterschiedlichen Situationen ein, weil wegen der unterschiedlichen Intensität die Voraussetzungen für das Überschreiten der „Belastungsschwelle“ erheblich unter jenen für das Überschreiten der „Belastungsgrenze“ liegen werden. Würde man wegen des Bestehens einer Belastungsgrenze das hier zur Belastungsschwelle Gesagte ausschließen, so wären die besonders belasteten MS verpflichtet, bis zum Erreichen der Belastungsgrenze (und der damit verbundenen schweren Gefährdung für die Funktionsfähigkeit ihrer Systeme) zuzuwarten, während die anderen MS des GEAS (voraussetzungsgemäß) weiter abseits stehen. Allerdings besteht eine faktische Relation zwischen der Freistellung von der Pflicht zur Aufnahme bei Erreichen der Belastungsgrenze und jener von der Pflicht zu vollen Leistungen bei Erreichen der Belastungsschwelle. Eine Modifikation der Pflichten eines übermäßig belasteten MS zu Leistungen an Schutzberechtigte, um den Anreiz zur Migration in diesen MS zu verringern, setzt nämlich voraus, dass ein solcher Anreiz bestehen kann. Eine Modifikation der Leistungspflichten kommt daher nicht in Betracht, wenn dieser MS den Zustrom schon durch eine Beschränkung der Aufnahme deutlich verringert; Verringerung des tatsächlichen Zustroms und Verringerung der Leistungen sind daher einander ausschließende Alternativen.

Zu erwägen ist noch, ob ein MS sich auf die erörterte Möglichkeit zur Modifikation der sekundärrechtlichen Pflichten nur dann berufen kann, wenn er vorher eine Änderung des Sekundärrechts (hier insb der Vorschriften zu den Leistungen) ernsthaft verlangt hat. Dafür spricht, dass erst damit der Wunsch nach Modifikation den Unionsorganen und den anderen MS kommuniziert wird. Allerdings folgt daraus nicht, dass die Modifikation erst Platz greift, wenn über den Wunsch intensiv beraten wurde.

f) Folgerungen

Konkret würde das eben Vertretene es va erlauben, jedenfalls bei subsidiär Schutzberechtigten die Leistungen auf das für Asylwerber vorgesehene Niveau zu senken, aber nur bei künftig Ankommenden. Das Absenken des Anreizes, Schutz nicht gerade in einem besonders belasteten MS zu suchen, erfordert und rechtfertigt eine spezifische Maßnahme, die gerade diese Personengruppe betrifft. Aus Sicht des Unionsrechts gilt dasselbe auch für Flüchtlinge, uzw einschließlich der GFK als Teil des Unionsrechts. Bei diesen steht dem Absenken jedoch

prima facie die GFK als für Österreich verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag entgegen. Es bedarf noch zusätzlicher Überlegungen, ob die grob ungleichgewichtige Belastung auch in dieser Hinsicht zu einer partiellen Freistellung von Art 23 und 7 GFK führen kann, insb weil das Unionsrecht die Möglichkeiten Österreichs, Flüchtlinge ohne Verletzung von Art 33 GFK zurückzuweisen, einschränkt.

Überdies kann das Dargelegte auch bei anderen Fragen relevant sein, auch wenn es nicht nur Neuankommende betrifft. Insb ist die erörterte Abschwächung der Intensität unionaler Pflichten geeignet, sonst bestehende Bedenken auszuräumen. Dies trifft etwa auf allfällige Bedenken zu, die in Bezug auf einen vollen Entfall der BMS bei Verletzung einer Wohnortbliegenheit bestehen mögen.

Eine allgemeine Wartezeit für alle wäre hingegen auch bei Überschreiten einer Belastungsschwelle problematisch, weil sie Schutzberechtigte ohne jede Leistung ließe. Allfällige Bedenken, die sich gegen die Aufspaltung der BMS in eine Grund- und eine Zusatzleistung bestehen können, würden jedoch durch die Überlegungen zur grob ungleichgewichtigen Verteilung jedenfalls beseitigt. Da eine derartige Aufspaltung für alle eingreifen würde, auch für Staatsangehörige, gilt dies dann auch für Schutzberechtigte, die bei Einführung der Änderung bereits im Lande sind.

g) Zusammenfassung und aktuelle Entwicklung

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass gute Gründe für die Befugnis eines MS, der durch einen Massenzustrom im Vergleich zu anderen MS des GEAS bei den Antragstellungen besonders belastet ist, bestehen, seine Sozialleistungen an Schutzberechtigte unter das in Art 29 Status-RL vorgesehene Niveau abzusenken – allerdings nur für nach Beschluss neue Antragsteller. Das dazu Dargelegte geht über die primär am Text der unmittelbar einschlägigen Normen orientierte Auslegung hinaus, es übersteigt aber nicht – nimmt man das Methodenverständnis des EuGH als Maßstab – das bei „rechtsfortbildender Auslegung“ Zulässige.

Die bisher angestellten Überlegungen zur Modifikation der Leistungspflichten kommen jedoch nicht unmittelbar zum Tragen, wenn die Belastung die MS des GEAS in etwa gleichmäßig trifft. Dies ist noch nicht der Fall, wenn Schutzsuchende in einem von der Union koordinierten Plan (wie dem am 18.3.2016 mit der Türkei vereinbarten) in einige MS verteilt werden, es sich jedoch um ein freiwilliges Programm handelt und eine relevante Zahl von MS sich daran nicht in angemessenem Verhältnis beteiligt. Allerdings kann dieser Plan es nicht mehr erforderlich machen, den Anreiz, der bei unkoordiniertem Zustrom von Schutzsuchen-

den durch vergleichsweise höhere Sozialleistungen ausgeübt wird, durch eine Reduktion dieser Leistungen zu verringern. Dies trifft dann und solange zu, wenn/als der Plan den weiteren Zustrom in bislang besonders belastete MS zumindest deutlich verringert. Konkret bedeutet dies: Falls und solange der am 18.3.2016 von der EU beschlossene Plan den unkoordinierten Massenzustrom verhindert, kommen die hier zur relativen Belastungsschwelle angestellten Überlegungen nicht zum Tragen – auch wenn manche MS weiter stärker belastet sind.

Hier offenbleiben muss, ob es bei weiterem Anhalten des Massenzustroms in einen besonders belasteten MS eine weitere Schwelle unterhalb der „Belastungsgrenze“ gibt, ab deren Erreichen es mit dem Unionsrecht vereinbar ist, das Abweichen von den konkreten unionalen Vorgaben zu Sozialleistungen auch auf Schutzberechtigte anzuwenden, die bei Inkrafttreten der ersten Maßnahme bereits anwesend waren.

C. Schutzsuchende (Antragstellende vor Entscheidung)

I. Österreichische Rechtslage - Grundversorgung

Für Schutzsuchende, das heißt Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, über den noch nicht rechtskräftig abgesprochen worden ist, ist die Grundversorgung vorgesehen. Diese soll die Grundbedürfnisse des täglichen Lebens von Asylwerbern oder sonstigen hilfs- und schutzbedürftigen Fremden abdecken. Das System beruht auf einer Vielzahl von Gesetzen, die einerseits der europäischen Gesetzgebung sowie andererseits dem Umstand geschuldet sind, dass auf nationaler Ebene zwei verfassungsrechtliche Kompetenztatbestände betroffen sind, die eine Koordination zwischen Bund und Länder erfordern.²⁷²

Die zentrale nationale Rechtsgrundlage stellt die Grundversorgungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern gem Art 15a B-VG (GVV) dar. Ziel dieser Vereinbarung ist es, eine möglichst einheitliche Versorgung der Menschen im Bundesgebiet sicherzustellen, durch klare Aufgabenteilung zwischen Bund und Ländern Rechtssicherheit zu schaffen und unter Vermeidung regionaler Überbelastungen eine gleichmäßige Verteilung der Menschen im Bundesgebiet zu erreichen. Darüber hinaus enthält die GVV einen Katalog der abrechnungsfähigen Leistungen im Rahmen der Grundversorgung. Es handelt sich dabei um keine abschließende Definition der Grundversorgung, sondern es werden jene Bereiche aufgezählt, deren Kosten unter Berücksichtigung der festgelegten Kostenhöchstsätze zwischen den Parteien der Vereinbarung verrechnet werden können.²⁷³ Die GVV begründet keine Ansprüche für Asylwerber und sonstige Fremde,²⁷⁴ sondern sieht eine Aufgabenverteilung vor.

Kompetenzlage und Zuständigkeitsverteilung der GVV führen zu einfachgesetzlichen Regelungen auf Bundes- und Landesebene. In Umsetzung der GVV und der früheren Aufnahme-RL 2003/9 trat 2005 das Grundversorgungsgesetz-Bund 2005 (GVG-B 2005) in Kraft. Die Länder erließen eigene Grundversorgungsgesetze.²⁷⁵

²⁷² Asyl- und Fremdenwesen gem Art 10 Abs 1 lit 3 und 7 B-VG, Armenwesen gem Art 12 Abs 1 lit 1 leg cit.

²⁷³ Art 10 GVV. Die Gesamtkosten werden zwischen Bund und Ländern im Verhältnis sechs zu vier aufgeteilt und untereinander verrechnet.

²⁷⁴ Siehe Art 1 Abs 5 GVV.

²⁷⁵ Vgl Burgenländisches Landesbetreuungsgesetz (LGBL 42/2006), Kärntner Grundversorgungsgesetz (LGBL 43/2006 idF LGBL 15/2013), Niederösterreichisches Grundversorgungsgesetz (LGBL 15/2007 idF LGBL 114/2013), Oberösterreichisches Grundversorgungsgesetz (LGBL 12/2007 idF LGBL 90/2013), Salzburger Grundversorgungsgesetz (LGBL 35/2007 idF LGBL 64/2010), Steiermärkisches Betreuungsgesetz (LGBL 10/2005 idF LGBL 9/2012), Tiroler Grundversorgungsgesetz (LGBL 21/2006 idF LGBL 130/2013), Wiener Grundversorgungsgesetz (LGBL 46/2004 idF LGBL 56/2010). Lediglich in Vorarlberg wurde die Grundversorgung im Mindestsicherungsgesetz mitgere-

Nach Art 2 GVV soll die Grundversorgung hilfs- und schutzbedürftige Fremde erfassen, die unterstützungswürdig sind. Grundvoraussetzungen sind daher die Hilfs- und Schutzbedürftigkeit. Hilfsbedürftig ist, wer den Lebensbedarf für sich und die mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebenden unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln beschaffen kann und ihn auch nicht oder nicht ausreichend von anderen Personen oder Einrichtungen erhält. Wer schutzbedürftig ist, legen die Z 1 bis 6 des Abs 1 fest.²⁷⁶ Jedenfalls sind Asylwerber von der GVV erfasst.

Auf den „Leistungskatalog“ muss hier nicht im Detail eingegangen werden.

II. Inhaltliche Vorgaben

1. Allgemeines

Die wichtigsten Vorgaben zu Leistungen an Personen, die internationalen Schutz beantragen, stammen aus dem Unionsrecht. Die Asylpolitik der EU zielt auch auf die Gewährleistung eines Mindestschutzstandards für diese Personen; dies entspricht dem Gebot der angemessenen Behandlung Drittstaatsangehöriger in Art 67 Abs 2 und 79 AEUV.²⁷⁷ Die primär maßgebliche Norm ist die Aufnahme-RL, welche die „angemessene Behandlung“ für Schutzsuchende konkretisiert. Die RL legt einheitliche Mindeststandards fest, die sicherstellen sollen, dass Asylwerber in jedem Mitgliedsland vergleichbare, ein menschenwürdiges Dasein ermöglichende Bedingungen vorfinden. Die Vereinheitlichung soll auch dazu beitragen, „die auf unterschiedliche Aufnahmevorschriften zurückzuführende Sekundärmigration von Antragstellern einzudämmen.“²⁷⁸ Darüber hinaus enthält die Aufnahme-RL weitere Verpflichtungen, etwa zu besonders bedürftigen oder in Haft befindlicher Personen. Dem Missbrauch soll durch Festlegung von Einschränkungs- oder Entziehungsgründen vorgebeugt werden.

Fraglich ist, inwieweit die Vorgaben der GFK zu Gleichbehandlung und Leistungen bereits für Antragsteller gelten. In Art 21, 23 und 24 GFK ist jeweils die Rede von „Flüchtlingen, die sich erlaubterweise in ihrem Gebiete aufhalten“. Der englische Text spricht hier von „refugees lawfully staying in their territory“, während er in Art 18 „refugee lawfully in their territory“ verwendet. Die erste Wendung enthält höhere Anforderungen und erfordert, dass die Person zum Aufenthalt berechtigt ist.²⁷⁹ Fraglich ist dann, ob sich die Aufenthaltserlaubnis

gelt (§ 7 Mindestsicherungsgesetz LGBl 64/2010 idF LGBl 44/2013).

²⁷⁶ Die Aufzählung ist zum Teil durch die Rechtsentwicklung seit 2004 überholt.

²⁷⁷ Zu den primärrechtlichen Grundlagen siehe *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 143; *Janda*, Migranten im Sozialstaat, 392.

²⁷⁸ ErwG 12 RL 2013/33/EU:

²⁷⁹ Vgl UNHCR Commentary Art 11 p 6: “If a refugee is allowed to establish himself in a

auf den Aufenthalt als (anerkannter) Flüchtling beziehen muss oder ob es ausreicht, dass der Aufenthalt als Asylsuchender (Antragsteller) ausreicht. Das Sekundärrecht der Union geht offenbar davon aus, dass die Vorgaben der GFK zu Leistungen nicht bereits auch für Antragsteller gelten, weil andernfalls für Flüchtlinge und Antragsteller dieselben Regelungen gelten müssten. Diese Auffassung, dass die GFK für die Antragsteller noch nicht verbindlich ist, wird hier zugrunde gelegt.

Aus der Status-RL ergeben sich, soweit zu sehen, keine Anhaltspunkte für Vorgaben zu Leistungen an Antragsteller.

Das Max-Planck-Institut für Sozialrecht hat 2015 eine umfangreiche rechtsvergleichende Untersuchung zu „Sozialer Schutz für Flüchtlinge im Rechtsvergleich: Auf dem Weg zu gemeinsamen Standards für Schutzsuchende in der EU“ durchgeführt. Die „Einführung und Auswertung“²⁸⁰ sowie die einzelnen Landesberichte wurden in der Zeitschrift ZIAS 2015, Heft 3 und 4 veröffentlicht.

2. Aufnahme-RL 2013/33/EU

a) Grundlagen

Der persönliche Anwendungsbereich der Aufnahme-RL erstreckt sich gem Art 3 auf „alle Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einschließlich an der Grenze, in den Hoheitsgewässern oder in den Transitzonen internationalen Schutz beantragen, solange sie als Antragsteller im Hoheitsgebiet verbleiben dürfen, sowie für ihre Familienangehörigen, wenn sie nach einzelstaatlichem Recht von diesem Antrag auf internationalen Schutz erfasst sind.“ Antragsteller ist nach Art 2 lit b ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat über den noch nicht endgültig entschieden wurde. Es reicht offenbar das bloße „Anstreben“ des Status als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter, selbst wenn von Anfang an die Wahrscheinlichkeit der Feststellung bzw Zuerkennung dieses Status minimal sein sollte.²⁸¹ Allerdings wäre es ver-

country and takes up residence there, he is lawfully staying in the country”.

UNHCR Commentary Art 18 p 2: “A refugee may be “lawfully in the territory” of a Contracting State, even if he is not “lawfully staying there”. The expression used in the present Article, and also in Articles 26 and 32, comprises all refugees who are physically present in the territory, provided that their presence is not unlawful. It includes short-time visitors and even persons merely travelling through the country.”

²⁸⁰ *Becker/Schlegelmilch*, ZIAS 2015, 1 ff.

²⁸¹ Für die Definition des Antrags auf internationalen Schutz wird auf Art 2 lit h der Status-RL verwiesen. Es handelt sich dabei um „das Ersuchen eines Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen um Schutz durch einen Mitgliedstaat, wenn davon ausgegangen werden kann, dass der Antragsteller die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder die Gewährung des subsidiären Schutzstatus anstrebt,

tretbar, dass das Recht einen Antrag zu stellen nur zusteht, wenn die Zuerkennung der Schutzberechtigung konkret denkmöglich ist; das ist hier nicht weiter zu verfolgen.

In der Vorgängerrichtlinie 2003/9/EG war der persönliche Anwendungsbereich noch auf Asylwerber ieS (also auch Personen, die den Flüchtlingsstatus anstreben) beschränkt worden. Erst mit der Status-RL wurde das Konzept des subsidiären Schutzes Bestandteil des asylpolitischen Acquis der EU.²⁸² Die von der Kommission in Auftrag gegebene Studie zur Überprüfung der Umsetzung und Anwendung der Aufnahme-RL hatte gezeigt, dass eine große Mehrheit der MS sich bereits früher dafür entschieden hat, die Richtlinie auch auf Personen anzuwenden, die subsidiären Schutz beantragt haben.²⁸³ Möglich war und ist dies auf Grund der in beiden Aufnahme-RL vorgesehenen Option, die Richtlinie auch auf Verfahren zur Bearbeitung von Ersuchen um andere Formen der Schutzgewährung anzuwenden.

In Übereinstimmung mit der Status-RL sieht die Neufassung der Aufnahme-RL einen einheitlichen, umfassenden internationalen Schutzstatus vor, der neben der Flüchtlingseigenschaft auch den subsidiären Schutzstatus (Art 2 lit a Status-RL) umfasst.²⁸⁴ Daraus folgt, dass während des Aufnahmeverfahrens nicht zwischen diesen beiden Personengruppen bei der Leistungsgewährung differenziert werden darf.

Der persönliche Anwendungsbereich der Aufnahme-RL umfasst auch jene Antragsteller, die ein Verfahren nach der Verordnung 604/2013/EU (Dublin III) durchlaufen.²⁸⁵ ErwG 11 normiert, dass die Richtlinie „in allen Phasen und auf alle Arten von Verfahren, die internationalen Schutz betreffen [...] Anwendung findet.“²⁸⁶

Nach Art 3 Aufnahme-RL ist der Anwendungsbereich nur solange eröffnet, als Antragsteller im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbleiben dürfen. Wie lange die Berechtigung andauert, regelt Art 9 Asylverfahren-RL. Darauf ist hier nicht näher einzugehen. Erwähnt sei nur, dass die Aufnahme-RL gem Art 2 lit b nicht für Personen gilt, über deren An-

und wenn er nicht ausdrücklich um eine andere, gesondert zu beantragende Form des Schutzes außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Richtlinie ersucht.“

²⁸² Siehe Kommission, Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2003/9/EG, KOM(2007) 745 endg., 3.

²⁸³ Odysseus Academic Network, Comparative overview of the implementation of the Directive 2003/9, Q.13.B, 33 f.

²⁸⁴ Siehe auch ErwG 13 RL 2013/33/EU. Vgl *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 2 para 11.

²⁸⁵ *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 2 para 15 f.

²⁸⁶ Siehe auch ErwG 11 der Dublin III-Verordnung. Vgl EuGH 27.9.2012 C-179/11 *GISTI* Rn 50 zur Vorgängerrichtlinie 2003/9/EG, wonach Leistungen an Asylwerber auch dann zu gewähren sind, wenn der Mitgliedstaat beschließt, einen anderen Mitgliedstaat um Aufnahme oder Wiederaufnahme des Asylverfahrens zu ersuchen. Nur die tatsächliche Überstellung des Asylwerbers durch den ersuchenden Mitgliedstaat beendet die Zuständigkeit für die Leistungsgewährung (Rn 55).

trag bereits „endgültig entschieden“ wurde. Was unter einer endgültigen Entscheidung zu verstehen ist, definiert Art 2 lit e der Asylverfahrensrichtlinie 2013/32/EU.²⁸⁷ Nicht erfasst sind danach Asylberechtigte, subsidiär Schutzberechtigte sowie Personen, deren Anträge bereits rechtskräftig zurück- oder abgewiesen wurden.

Nicht anwendbar ist die Aufnahme-RL gem Art 3 Abs 3, wenn die Bestimmungen der Massenzustrom-RL angewendet werden – was aber bislang nicht relevant geworden ist.

Gem Art 17 Abs 1 Aufnahme-RL haben Schutzsuchende ab Antragstellung Anspruch auf Versorgung durch die MS.²⁸⁸ Die RL sieht keine Möglichkeit vor, bei sehr geringer Wahrscheinlichkeit der Zuerkennung des Schutzstatus von den Vorgaben der RL zu Leistungen abzuweichen; für die Leistungspflicht genügt nach der RL allein die Antragstellung.²⁸⁹ Aus Art 17 folgt ferner, dass es unzulässig wäre, die Leistungsgewährung vom Ablauf einer Wartezeit nach Antragstellung abhängig zu machen. Ebenso unzulässig ist es, für einen bestimmten Zeitraum nach Antragstellung materielle Leistungen zu gewähren, die unter dem Mindestniveau der Richtlinie liegen.²⁹⁰

Im vorliegenden Zusammenhang wesentlich ist, dass die aktuelle Aufnahme-RL kein Verschlechterungsverbot und keine Stillhalteklauseel bezüglich der materiellen Leistungen enthält.²⁹¹ Kann festgestellt werden, dass die nationale Versorgung von Schutzsuchenden über dem von der RL geforderten Niveau lag, kann dieses abgesenkt werden. Dies gilt dann nicht nur bei der erstmaligen Umsetzung der neuen Aufnahme-RL, sondern auch später.²⁹² Auch aus Art 34 Abs 3 GRC folgt kein Verschlechterungsverbot.²⁹³

²⁸⁷ Vgl *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 2 para 14.

²⁸⁸ Vgl auch EuGH 27.9.2012 C-179/11 *GISTI* Rn 39; EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 33.

²⁸⁹ Es dürfte sich wohl um die einzige Sozialleistung handeln, bei der allein das Begehren danach die Leistungspflicht auslöst.

²⁹⁰ So auch *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 17 para 253. Vgl auch EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 35; EuGH 27.9.2012 C-179/11 *GISTI* Rn 56.

²⁹¹ *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 4 para 51.

²⁹² Selbst zu dem in einer Richtlinie enthaltenen ausdrücklichen Verschlechterungsverbot hat der EuGH entschieden, dass dieses den MS nicht jede Verschlechterung der nationalen Regelungen im Bereich der RL verbietet, sondern nur Rechtfertigung und Offenlegung der Gründe abverlangt; Gründe, die in keinem Zusammenhang mit der Umsetzung der RL oder deren Änderung stehen, können demnach eine Verschlechterung der bisherigen Rechtslage rechtfertigen; EuGH 24.6.2010 C-98/09 *Sorge* Rn 36.

²⁹³ Tettinger/Stern/Nußberger, Europäische Grundrechte-Charta, Art 34 Rn 128; *Blauensteiner/Tobisch/Wutzl* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014) Art 34 Rz 40.

b) Art 17 Abs 2 und 5

i. Allgemeines

Art 17 Abs 2 bestimmt, „dass die im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen einem angemessenen Lebensstandard entsprechen, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet.“²⁹⁴ Die hier entscheidenden Begriffe sind angemessen und Lebensunterhalt, in der englischen Fassung „adequate“ und „subsistence“.

Probleme bereitet seit jeher die Definition des Umfangs der materiellen Unterstützung. Aus der Evaluierung der Kommission und der Odysseus-Studie aus 2007 ging hervor, dass die bereitgestellten Geldleistungen in zahlreichen MS nicht ausreichten, um den Lebensunterhalt zu bestreiten und die Höhe der Beträge nur selten das Mindestniveau der Sozialleistungen für Inländer erreichte.²⁹⁵ Der von der Kommission 2008 vorgelegte Entwurf zur Neufassung der Aufnahme-RL sah daher einen zusätzlichen Absatz zum Leistungsniveau vor und versuchte darin, einen Bezug zur Sozialhilfe für Staatsbürger herzustellen. Art 17 Abs 5 des Entwurfs sah vor, „dass der Gesamtbetrag, auf den sich die Asylwerbern im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen belaufen, dem Betrag der Sozialhilfe entspricht, der eigenen Staatsangehörigen gewährt wird, die eine solche Unterstützung beantragt haben. Etwaige diesbezügliche Unterschiede sind zu begründen.“²⁹⁶ Infolge massiver Kritik legte die Kommission 2011 einen neuen Vorschlag vor.²⁹⁷ Dieser bildet, mit kleineren Abänderungen, die Grundlage für die Aufnahme-RL 2013.

Art 17 Abs 5 lautet nun: „Wenn die MS im Rahmen der Aufnahme materielle Leistungen in Form von Geldleistungen oder Gutscheinen gewähren, bemisst sich deren Umfang auf Grundlage des Leistungsniveaus (im Entwurf 2011: „von Bezugsgrößen“), das der betreffende MS nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder nach den Gepflogenheiten anwendet, um eigenen Staatsangehörigen einen angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten (im Entwurf 2011 angehängt: „zum Beispiel der Mindesthöhe der Sozialhilfe). Die MS

²⁹⁴ “Member States shall ensure that material reception conditions provide an adequate standard of living for applicants, which guarantees their subsistence and protects their physical and mental health.”

²⁹⁵ Siehe Odysseus Studie, Q.12.B, 29 ff; KOM(2007) 745 endg., 6.

²⁹⁶ Nach Ansicht des UNHCR bezog sich diese Bestimmung ausschließlich auf Situationen, in denen der Wert der materiellen Leistungen die Mindestsozialleistungen von Inländern übersteigt. UNHCR, Stellungnahme zum Vorschlag der Kommission für eine Neufassung der Aufnahme-RL, KOM(2008) 815 endg., Z 8.

²⁹⁷ Kommission, Geänderter Vorschlag zur Neufassung der Aufnahme-RL 2011, KOM(2011) 320 endg.

können Antragstellern in dieser Hinsicht eine weniger günstige Behandlung im Vergleich mit eigenen Staatsangehörigen zuteilwerden lassen, insbesondere (Entwurf 2011: „in begründeten Einzelfällen) wenn materielle Unterstützung teilweise in Form von Sachleistungen gewährt wird oder wenn das, auf eigene Staatsangehörige anzuwendende, Leistungsniveau darauf abzielt, einen Lebensstandard zu gewährleisten, der über dem nach dieser Richtlinie für Antragsteller vorgeschriebenen Lebensstandard liegt.“²⁹⁸ Der eher knappe ErwG 24 sagt: „Um sicherzustellen, dass die Antragstellern gewährte materielle Unterstützung den in dieser Richtlinie festgeschriebenen Grundsätzen entspricht, müssen die Mitgliedstaaten anhand relevanter Bezugsgrößen den Umfang dieser Unterstützung bestimmen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der gewährte Betrag dem für eigene Staatsangehörige entsprechen sollte. Die Mitgliedstaaten können für Antragsteller eine weniger günstige Behandlung als für eigene Staatsangehörige vorsehen, so wie es in dieser Richtlinie präzisiert ist.“²⁹⁹ Dies gibt wohl keine zusätzlichen Aufschlüsse über das von Art 17 Verlangte.

Unstrittig dürfte sein, dass die Aufnahme-RL nicht verlangt, dass Antragsteller im Rahmen des nationalen Sozialhilfesystems versorgt werden müssen, die MS für sie also ein gesondertes System vorsehen können. Davon getrennt zu sehen ist die Frage des Leistungsniveaus. Eine Vorgabe dazu ist unabhängig davon zu beachten, ob die Schutzsuchenden in ein separates System eingegliedert werden. Unstrittig ist auf der anderen Seite, dass Schutzsuchende in Rahmen der nationalen Sozialhilfesysteme versorgt werden können.³⁰⁰

Auch wenn der ausdrückliche Verweis auf das nationale Sozialhilfeniveau verworfen wurde, liegt es *prima facie* nahe anzunehmen, dass die Richtlinie als *Ausgangspunkt* einen Bezug zur Sozialhilfe für eigene Staatsangehörige herstellt. Art 17 Abs 5 S 1 sieht nämlich die Leistungen für Staatsangehörige, welche diesen einen angemessenen Lebensstandard gewährleisten sollen, als „Grundlage“ für die Bemessung der Leistungen an Antragsteller vor. Relevante Bezugsgröße ist in Österreich insoweit die Höhe der BMS.

²⁹⁸ “Where Member States provide material reception conditions in the form of financial allowances or vouchers, the amount thereof shall be determined on the basis of the level(s) established by the Member State concerned either by law or by the practice to ensure adequate standards of living for nationals. Member States may grant less favourable treatment to applicants compared with nationals in this respect, in particular where material support is partially provided in kind or where those level(s), applied for nationals, aim to ensure a standard of living higher than that prescribed for applicants under this Directive.”

²⁹⁹ “To ensure that the material support provided to applicants complies with the principles set out in this Directive, it is necessary that Member States determine the level of such support on the basis of relevant references. That does not mean that the amount granted should be the same as for nationals. Member States may grant less favourable treatment to applicants than to nationals as specified in this Directive.”

³⁰⁰ So auch EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 49.

Manche sprechen sich gegen eine Orientierung des von der RL gebotenen Leistungsniveaus am nationalen Sozialhilfesystem aus, schon weil die Richtlinie keinerlei Bezug auf die nationalen Sozialhilfesysteme nehme, sondern nur auf „einen angemessenen Lebensstandard“. Auch wenn die MS Schutzsuchende in die nationalen Systeme eingliedern könnten, habe die Richtlinie ein separates Leistungssystem für Schutzsuchende vor Augen.³⁰¹

Für die Zulässigkeit eines geringeren Leistungsniveaus (in Österreich: als der BMS) spricht schon der Wortlaut von Art 17 Abs 5 S 1. Der Normtext sagt nämlich „auf Grundlage des“ bzw „on the basis of“ und nicht etwa einfach „nach dem“ bzw „according to“. Unzweifelhaft gestattet Art 17 Abs 5 S 2 ein Abweichen vom nationalen Sozialhilfeniveau. Dieser gestattet dies ausdrücklich in zwei Konstellationen. Die Beifügung „insbesondere“ („in particular“) lässt darauf schließen, dass weitere Konstellationen zulässig sein könnten, sofern diese sachlich begründet werden. Das zeigt auch Anhang 1 Nr. 5 der Richtlinie, der den MS eine Begründungspflicht auferlegt, wenn sie ein niedrigeres Leistungsniveau vorsehen wollen.³⁰² *Peek/Tsourdi* sagen: “The final compromise leaves this issue largely to the discretion of the Member States.”³⁰³

Eine rechtsvergleichende Untersuchung des MPI für Sozialrecht hat gezeigt: „Beim Unterhalt sehen nicht wenige Länder eine – grundsätzlich mögliche – Differenzierung gegenüber einem allgemeinen Hilfeniveau vor.“³⁰⁴

ii. Höherer nationaler Standard

Die zweite Alternative des Art 17 Abs 5 S 2 setzt voraus, dass die nationalen Vorschriften einen Lebensstandard gewährleisten, der über dem durch die Richtlinie festgelegten liegt. Mit Blick auf die erste Alternative wird dies insb relevant werden, wenn die materielle Unterstützung ausschließlich oder überwiegend in Geldleistungen oder Gutscheinen erbracht wird. Die Aufnahme-RL rechnet also damit, dass das Leistungsniveau für Staatsangehörige des MS über dem von Art 17 Abs 2 Geforderten liegen kann.³⁰⁵

Um feststellen zu können, ob das nationale Leistungsniveau über dem von der Richtli-

³⁰¹ *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 17 para 256.

³⁰² Siehe auch *Born*, Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Leistungen für Asylbewerber, 336 ff.

³⁰³ *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 17 para 265.

³⁰⁴ *Becker/Schlegelmilch*, ZIAS 2015, 37 f.

³⁰⁵ Denkbar wäre auch, dass das Leistungsniveau für Staatsangehörige unter jenem liegt, das die RL für Antragssteller vorschreibt. Die Union hat bekanntlich kein Sekundärrecht zum materiellen Sozialrecht geschaffen.

nie Geforderten liegt, muss dieses bestimmt werden. Art 17 Abs 2 sagt, dass die materiellen Leistungen „einem angemessenen Lebensstandard entsprechen [müssen], der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet.“ Diese vage Umschreibung eröffnet einen interpretativen Spielraum schon auf der Ebene des Unionsrechts.

Wesentlich erscheint, dass der Maßstab des Art 17 Abs 2 und das damit festgelegte Mindestniveau unionseinheitlich zu verstehen ist. Die Bezugnahme auf ein nationales Niveau erfolgt erst in Art 17 Abs 5, kann also nicht zur Bestimmung des von Abs 2 Geforderten herangezogen werden.³⁰⁶ Für diese unionseinheitliche, „autonome“ Bestimmung spricht unmissverständlich ErwG 11: „Es sollten Normen für die Aufnahme von Antragstellern festgelegt werden, die diesen ein menschenwürdiges Leben ermöglichen und vergleichbare Lebensbedingungen in allen Mitgliedstaaten gewährleisten.“³⁰⁷ In dieselbe Richtung weist ErwG 12: „Einheitliche Bedingungen für die Aufnahme von Antragstellern sollten dazu beitragen, die auf unterschiedliche Aufnahmevorschriften zurückzuführende Sekundärmigration von Antragstellern einzudämmen.“

Die unionseinheitliche Auslegung und der Hinweis in ErwG 11 auf „vergleichbare Lebensbedingungen in allen Mitgliedstaaten“ sprechen zwingend dafür, dass das von Art 17 Abs 2 geforderte Leistungsniveau – in Sachen und Diensten ausgedrückt – aus Sicht aller MS des GEAS festzulegen ist, also nicht in Relation zum Lebensstandard im jeweiligen Aufnahmeland. Anders kann der von ErwG 12 genannte Zweck in Bezug auf Leistungen nicht verwirklicht werden.

Der Wortlaut des Art 17 Abs 2 lässt zunächst darauf schließen, dass die Richtlinie nur zentrale Grundbedürfnisse absichern will.³⁰⁸ Auch die Rechtsprechung des EGMR deutet in diese Richtung.³⁰⁹ So erwachse Schutzsuchenden aus Art 3 EMRK zwar kein subjektives Recht auf bestimmte soziale Mindeststandards im Hinblick auf Obdach und andere materielle Unterstützung, jedoch sei es menschenrechtswidrig, Schutzsuchende in einen Staat zu über-

³⁰⁶ Dies setzt auch Art 17 Abs 2 S 2 2. Alternative voraus.

³⁰⁷ ErwG 7 der Richtlinie 2003/9/EG sprach noch von Mindestnormen, die im „Normalfall“ ein menschenwürdiges Leben ermöglichen sollen.

³⁰⁸ Peek in Hailbronner, EU Immigration and Asylum law (2010), Directive 2003/9/EC Art 13 para 8; Handoll, Directive 2003/9 on Reception Conditions of Asylum Seekers: ensuring ‘Mere Subsistence’ or a ‘Dignified Standard of Living’?, in: Baldaccini, Whose Freedom, Security and Justice? (2007), 217. Auch der EuGH spricht von „Grundbedürfnissen“, die die Leistungen zu decken haben (EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 48).

³⁰⁹ EGMR 21.1.2011 Nr. 30696/09 *M.S.S gegen Belgien und Griechenland* Rz 249 ff.

stellen, in dem ihre elementaren Grundbedürfnisse nicht gedeckt sind.³¹⁰

Zentral ist, dass die Leistungen den „Lebensunterhalt“ gewährleisten müssen. Zu dessen Bestimmung enthält der Normtext der Richtlinie keine konkreteren Vorgaben. Aus der Bezugnahme auf die Gesundheit in Art 17 Abs 2 (wo es ja nicht um die medizinische Versorgung selbst geht) kann man ableiten, dass die Versorgung der Antragsteller so ausgestaltet sein muss, dass keine Krankheiten hervorgerufen oder begünstigt oder bestehende Krankheiten verstärkt werden. Auf der anderen Seite könnte die Regelung des Art 19 zur medizinischen Versorgung, die nur eine basale Versorgung fordert, auch beim Lebensunterhalt dafür sprechen, dass hier kein höheres Niveau vorgeschrieben ist.

Fraglich ist dann, wie dieses Niveau zu konkretisieren ist. Einen Anhaltspunkt, welchen Lebensstandard die Richtlinie verlangt, können die Erwägungsgründe der Richtlinie bieten, insb ErwG 11 und 35. Diese begründen die Mindeststandards für die Aufnahmebedingungen für Schutzsuchende ausdrücklich mit menschenrechtlichen Erwägungen und verweisen hierzu nicht nur auf die GRC, sondern auch auf die EMRK und speziellere Rechtsakte wie die UN Kinderrechtskonvention.³¹¹ Auch ohne diese Bezugnahme wäre die RL so zu interpretieren, dass sie im Einklang mit der GRC steht. Der EuGH hat bereits, in der Rechtsache *Cimade* den menschenrechtlichen Bezug der Mindestaufnahmebedingungen herausgearbeitet. Wird demnach einem Schutzsuchenden – wenngleich nur vorübergehend – der mit den Mindestnormen verbundene Schutz entzogen, wird seine Menschenwürde verletzt.³¹² Auf einige Fragen zu diesem Leistungsniveau ist später einzugehen.³¹³

Fraglich ist, ob die Richtlinie einen einheitlichen Leistungsumfang für alle Schutzsuchenden verlangt. Der Leistungsumfang kann jedenfalls partiell von den individuellen Bedürfnissen der Schutzsuchenden abhängen.³¹⁴ Die Richtlinie anerkennt nämlich einen besonderen Bedarf besonders schutzbedürftiger Personen. Allerdings wird wohl schon bei Schutz-

³¹⁰ EGMR 2.4.2013 Nr. 27725/10 *Mohammed Hussein gegen Niederlande und Italien* Rz 70.

³¹¹ Nach ErwG 35 zielt die Richtlinie „vor allem darauf ab, die uneingeschränkte Wahrung der Menschenwürde zu gewährleisten und die Anwendung der Art 1, 4, 6, 7, 18, 21, 24 und 47 der Charta der Grundrechte (GRC) zu fördern“.

³¹² EuGH 27.9.2012 C-179/11 *GISTI* Rn 56.

³¹³ Vgl allg *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 17 para 254:

“This text must be read together with recital 11 as well as Article 1 CFR on human dignity. A restrictive interpretation cannot be justified. The aim of ensuring the dignity of the applicants is incompatible with a system of reception conditions that reduces human needs to vital needs. National legislation must ensure that asylum seekers are enabled to conduct their lives with a minimum of social interaction and self-determination.”

³¹⁴ *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 17 para 257.

suchenden das gelten, was ErwG 41 Status-RL zu Asylberechtigten sagt: “Such taking into account should normally not result in a more favourable treatment than that provided to their own nationals.”³¹⁵

iii. Niveau bei Sachleistungen

Nach Art 17 Abs 5 S 2 erste Alternative können die MS ein geringeres Leistungsniveau für Schutzsuchende ua vorsehen, wenn die Versorgung teilweise in Form von Sachleistungen erbracht wird. Art 17 Abs 5 setzt dafür nicht voraus, dass die Sachleistungserbringung die Kosten reduziert. Folglich können Sachleistungen auch erbracht werden, wenn deren Kosten, etwa auf Grund des Verwaltungsaufwandes, über den Kosten von Geldleistungen oder Gutscheinen liegen.

Fraglich ist dann, auf welches Leistungsniveau abgesenkt werden darf. Dies hängt auch von der Frage ab, ob die Absenkung durch Sachleistungsgewährung nur dann möglich ist, wenn der national gewährleistete Lebensstandard über dem durch die Richtlinie vorgegebenen liegt oder auch, wenn das Niveau gleich ist. Die Konjunktion „oder“ zwischen den beiden Tatbeständen legt prima facie nahe, dass die Absenkung auch dann zulässig ist, wenn keine Differenz in den Niveaus besteht. Dies würde allerdings bedeuten, dass bei Sachleistungsgewährung auf ein Niveau abgesenkt werden kann, das unter dem durch die Richtlinie sonst vorgesehenen Lebensstandard liegt. Dies würde jedoch der grundlegenden Vorgabe in Art 17 Abs 2 widersprechen, der einen „angemessenen Lebensstandard“ vorsieht. Art 17 Abs 5 will offenkundig nur die Frage regeln, inwieweit der Standard für Schutzsuchende am Standard für Staatsangehörige orientiert sein muss, nicht aber Art 17 Abs 2 einschränken.

Auch bei Sachleistungsgewährung muss daher der „angemessene Lebensstandard“ gewährleistet sein. Art 17 Abs 5 S 2 zweite Alternative hat daher „nur“ die Bedeutung, Sachleistungen erstens auch dann zu erlauben, wenn diese für Staatsangehörige nicht vorgesehen sind, und zweitens zu erlauben, dass bei Sachleistungen vom Standard für Staatsangehörige nach unten abgewichen wird, wenn dieser über dem Standard des Art 17 Abs 2 liegt. Diese Möglichkeit entspricht auch dem Ziel der Richtlinie, Sekundärmigration zu verhindern, weil dieses Ziel voraussetzt, dass nicht die nationalen Standards, sondern der Mindeststandard der Richtlinie tatsächlich verwirklicht wird.

Folgt man dem, dann ist die Frage, ab welchem Anteil an Sachleistungen nicht mehr von Gewährung in Form von Geldleistungen oder Gutscheinen gesprochen werden kann,

³¹⁵ Anders die Forderungen der Odysseus-Studie, Q.12.B, 31; danach könnten selbst Leistungen, die in gleicher Höhe Staatsangehörigen gewährt werden, auf Grund von Mehrbedarfen der Schutzsuchenden nicht ausreichend sein.

nicht sehr bedeutsam, weil in beiden Fällen Art 17 Abs 2 zu beachten ist. Dies wird wohl erst zutreffen, wenn die Gewährung in Form von Geldleistungen oder Gutscheinen weniger als die Hälfte des Wertes der erbrachten materiellen Unterstützung ausmacht, der Anteil an Sachleistungen also mehr als 50 % dieses Wertes.

c) Abweichende Leistungsmodalitäten für begrenzte Zeit (Art 18 Abs 9)

Die MS können nach Art 18 Abs 9 Aufnahme-RL in begründeten Ausnahmefällen für einen angemessenen Zeitraum andere Modalitäten der materiellen Leistungen festlegen, wenn a) eine Beurteilung der spezifischen Bedürfnisse des Antragstellers gem Art 22 erforderlich ist oder b) die üblicherweise verfügbaren Unterbringungskapazitäten vorübergehend erschöpft sind. „Jedenfalls müssen auch bei anderen Aufnahmemodalitäten die Grundbedürfnisse gedeckt werden“.

Die MS haben damit eine Möglichkeit vorgesehen, Vorgaben vorübergehend nicht einzuhalten. Die Bestimmung sieht trotz der Wendung „Zeitraum, der so kurz wie möglich sein sollte“ keine Höchstfrist vor.³¹⁶ Problematisch ist seit jeher die Reichweite der Bestimmung. So wird Abs 9 von manchen als generelle Ausnahme gedeutet, die Abweichungen bei sämtlichen materiellen Leistungen zulasse.³¹⁷ Andere wollen den Anwendungsbereich lediglich auf die Unterbringung von Schutzsuchenden beschränken.³¹⁸ Für die erste Variante spricht primär der Titel des Art 18 (Modalitäten der im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen), der sämtliche materielle Leistungen umfasst. Dem wird entgegengehalten, dass Abs 9 nur von anderen Modalitäten der Leistungsgewährung „als in diesem Artikel vorgesehen“ spricht. Die anderen Absätze des Art 18 betreffen jedoch nur die Unterbringung. Für eine engere Auslegung sprechen wohl entscheidend jene Gründe, die abweichende Modalitäten rechtfertigen können. Lit b nimmt ausdrücklich auf mangelnde Unterbringungskapazitäten Bezug. Auch lit a lässt sinnvollerweise nur den Schluss zu, dass sich Abs 9 auf Art und Weise der Unterbringung bezieht, etwa wenn es erforderlich ist, dass ein Schutzsuchender für die Beurteilung seiner spezifischen Bedürfnisse temporär in einem Krankenhaus oder getrennt von der Familie untergebracht wird.³¹⁹

³¹⁶ Nach einem Entwurf sollte die Vorschrift nur einen Zeitraum von zwei Monaten abdecken. Siehe Art. 15 II des Ratsdokumentes 5300/02 Asile 1 v. 16. 1. 2002.

³¹⁷ So offenbar Meyer, Mindestaufnahmebedingungen für Asylbewerber: Nivellierung auf geringem Niveau oder Fortschritt für eine gemeinsame Asylpolitik in Europa? NVwZ 2004, 547, 550.

³¹⁸ Peek/Tsourdi in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 18 para 291; Janda, C-79/13 v. 27.02.2014 Urteil mit Anmerkung, ZESAR 2014, 430.

³¹⁹ Peek/Tsourdi in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 18 para 294.

Folgt man dieser Auffassung, so greift Art 18 Abs 9 nur ein, wenn die Abweichung durch Gründe gerechtfertigt werden soll, die spezifisch mit der Unterbringung zu tun haben. Dies lässt noch die Frage offen, ob die Bestimmung in diesem Fall – insb bei Erschöpfung der Unterbringungsmöglichkeiten – auch Abweichungen bei den sonstigen materiellen Leistungen zulässt. Dafür könnte der letzte Satz von Abs 9 sprechen. Werden Schutzsuchende aus Gründen des Abs 9 vorübergehend abweichend von Art 18 untergebracht, so müssen „bei derartig anderen Aufnahmemodalitäten unter allen Umständen die Grundbedürfnisse gedeckt“ werden. Dies bezieht sich nicht notwendig nur auf die Grundbedürfnisse der Unterbringung, sondern kann auf alle Bedürfnisse bezogen werden – sofern die Abweichung bei der Unterkunft zu diesen Abweichungen führt.³²⁰ Dies kann nur bei Sachleistungen einschlägig sein. Der EuGH hat zur alten Aufnahme-RL gesagt, „die Vollausslastung der Aufnahmenetze rechtfertigt keinerlei Abweichung“ von „Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern“. ³²¹ Allerdings war dies keine Aussage zu den „Grundbedürfnissen“; es ging vielmehr um den Verweis auf das allg Sozialhilfesystem wegen Vollausslastung und um Geldleistungen.

Unklar ist allerdings, was unter den Grundbedürfnissen des Abs 9 zu verstehen ist. Diese müssen sich vom angemessenen Lebensstandard des Art 17 Abs 2 unterscheiden, soll die Anordnung sinnvoll sein. In Bezug auf die Unterbringung ist daran zu denken, dass Beschränkungen der Privatsphäre und Persönlichkeitsentfaltung temporär zulässig sind. Gleichwohl muss sichergestellt sein, dass die Unterbringung keine negativen Auswirkungen auf die Gesundheit der Schutzsuchenden hat. Allenfalls kann es sich auch bei den Modalitäten der Verpflegung auswirken – aber wohl kaum bei anderen Fragen.

Für das Gesamtverständnis des von der Richtlinie geforderten Leistungsniveaus wird man daher aus Art 18 Abs 9 kaum etwas ableiten können. Man kann nur sagen, dass die „Grundbedürfnisse“ bei der Unterkunft und unmittelbar damit verbundenen Fragen unter dem liegen, was von Art 17 Abs 2 vorgesehen ist.

d) Einschränkung und Entziehung von Leistungen (Art 20)

i. Zulässige Konstellationen

Art 20 Aufnahme-RL regelt die Einschränkung und den Entzug der im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen. Zulässig ist dies – prima facie: nur – in den in

³²⁰ AA Peek/Tsourdi in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 18 para 291.

³²¹ EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 50.

Art 20 Abs 1 bis 3 genannten Fälle.³²² Diese Fälle sind hier zu nennen, weil sie für das Verständnis des Mindestniveaus bei deren Verwirklichung relevant sind. Nach Abs 1 können die Leistungen eingeschränkt oder in begründeten Ausnahmefällen entzogen werden,³²³ wenn ein Schutzsuchender a) ohne Genehmigung oder Unterrichtung der Behörden den zugewiesenen Aufenthaltsort verlässt, b) seinen Melde- und Auskunftspflichten oder Aufforderungen zu persönlichen Anhörungen im Verfahren während einer im nationalen Recht festgesetzten angemessenen Frist nicht nachkommt oder c) im Aufnahmemitgliedstaat bereits einen Folgeantrag gem Art 2 lit q Asylverfahren-RL gestellt hat. Gem Abs 3 können die MS die Leistungen einschränken oder entziehen, wenn ein Schutzsuchender verschwiegen hat, dass er über ausreichend Finanzmittel verfügt und daher zu Unrecht materielle Leistungen bezogen hat. Lediglich zur Einschränkung sollen die MS nach Abs 2 ermächtigt sein, wenn nachgewiesen werden kann, dass Schutzsuchende ohne berechtigten Grund nicht alsbald nach der Ankunft im MS den Antrag gestellt haben.

Fraglich ist, ob Art 20 die Möglichkeiten zur Beschränkung und Entziehung von materiellen Leistungen erschöpfend regelt oder ob die MS auch aus anderen Gründen Einfluss auf Leistungshöhe nehmen können. Zu denken wäre etwa an die Weigerung, an Integrationsmaßnahmen (zB Sprachkurse oder Kurse zur Einführung in die Lebenswelt Europas) ernsthaft teilzunehmen oder – nach Zulassung zum Arbeitsmarkt – eine Beschäftigung anzunehmen.

Der Wortlaut des Art 20 spricht für eine abschließende Regelung. Auch der EuGH hat in der Rechtsache *Cimade* gesagt, dass „nur in den in Art. 16 der Richtlinie 2003/9 aufgeführten Fällen die in ihr festgelegten Aufnahmebedingungen [...] eingeschränkt oder entzogen werden [dürfen].“³²⁴ Dann ist bei Antragstellern jede über Art 20 Abs 1 bis 3 hinausgehende nationale Beschränkungs- oder Entzugsmaßnahme – zB (anders als bei Schutzberechtigten) wegen des Nichtbesuches eines Integrationskurses³²⁵ – richtlinienwidrig.³²⁶ Die Frage muss hier nicht vertieft werden.

ii. *Stets zu beachtendes Mindestniveau*

Nach Art 20 Abs 5 der Aufnahme-RL sind die MS auch bei Entzug oder Einschrän-

³²² Zu Art 20 Abs 4 vgl unten g.ii.

³²³ Nach der deutschen Fassung wäre die Einschränkung auch nur in begründeten Ausnahmefällen möglich. Die englische Fassung ist insofern präziser „Member States may reduce or, in exceptional and duly justified cases, withdraw material reception conditions“.

³²⁴ EuGH 27.9.2012 C-179/11 *Cimade* Rz 57.

³²⁵ Politisch besteht hier wohl auch ein Zusammenhang mit der Nichtzulassung zur Erwerbstätigkeit, welche die Integration ja auch förderte.

³²⁶ So zB *Peek/Tsouri* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 20 para 310.

kung der Leistungen jedenfalls verpflichtet, Zugang zu medizinischer Versorgung in Übereinstimmung mit Art 19 und einen „würdigen Lebensstandard“ aller Antragsteller zu gewährleisten. Demgegenüber verlangte die Aufnahme-RL 2003/9/EG lediglich den Zugang zu medizinischer Notversorgung. Daraus folgt, dass die Neufassung ein anderes, höheres Mindestniveau vor Augen hat. Das zeigt schon die Bezugnahme auf Art 19, der eindeutig über die medizinische Notversorgung hinausgeht, indem er die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten und schweren psychischen Störungen umfasst.

Fraglich ist, was mit „würdiger Lebensstandard“ gemeint ist. Der Wortlaut (arg „und“) lässt zunächst darauf schließen, dass der geforderte Lebensstandard über die medizinische Versorgung hinausgehen muss.³²⁷ Wie erwähnt, nimmt die Richtlinie aber auch an anderer Stelle Bezug auf die Menschenwürde. So spricht etwa ErwG 11 von Normen, die ein *menschenwürdiges Leben* ermöglichen sollen. Zudem hat der EuGH in der Rechtssache *Saciri* festgehalten, dass die materiellen Leistungen hoch genug sein müssen, um die Grundbedürfnisse der Schutzsuchenden zu decken und ihnen ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen.³²⁸ Damit ist das allgemeine Leistungsniveau der Aufnahme-RL angesprochen. Andererseits sagt ErwG 25, dass die im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen eingeschränkt oder entzogen werden dürfen, wobei gleichzeitig ein *menschenwürdiger Lebensstandard* für alle Antragsteller zu gewährleisten ist. Die Menschenwürde kann jedoch kaum gleichzeitig das Mindestmaß für die allgemeinen materiellen Leistungen und jene bei deren Einschränkung oder Entzug abgeben. Zwar könnte man für den Fall, dass Schutzsuchende Finanzmittel verheimlichen noch sagen, dass bei Kürzung oder Entzug der materiellen Leistungen der Schutzsuchende selbst mit seinen Finanzmitteln einen menschenwürdigen Lebensstandard sicherstellen könne.³²⁹ Bei den anderen Gründen des Art 20 Abs 1 und 2 ist dies jedoch nicht möglich. Entweder führt jede Beschränkung/Entzug der Leistungen zur Unterschreitung des menschenwürdigen Standards, wenn dieser durch das Niveau der allgemeinen Leistungen festgelegt ist – oder das allgemeine Niveau des Art 17 geht über das von der Menschenwürde unbedingt Geforderte hinaus.

Daraus könnte bei systematischer Betrachtung zu folgern sein, dass der stets zu beachtende, aus der Menschenwürde folgende Mindeststandard (nur) jener des „würdigen Lebensstandards“ ist, der jedenfalls nach den Vorstellungen des Unionsgesetzgebers unter jenem der

³²⁷ So auch *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 20 para 331.

³²⁸ EuGH 27.2.2014 C-179/13 *Saciri* Rn 48.

³²⁹ Vgl *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 20 para 333.

„angemessenen Lebensbedingungen“ des Art 17 Aufnahme-RL liegt.³³⁰

e) Zwischenergebnis

Zusammenfassend kennt die Aufnahme-RL somit (zumindest) zwei Standards bzw Niveaus. Erstens sieht Art 17 Abs 2 allgemein materielle Leistungen vor, die „einem angemessenen Lebensstandard entsprechen, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet“. Zweitens verlangt Art 20 Abs 5 auch bei Entziehung der materiellen Leistungen, dass der MS einen „würdigen Lebensstandard“ gewährleistet. Aus systematischer Interpretation folgt, dass der „würdige“ unter dem „angemessenen“ Lebensstandard liegt. Dazu tritt Art 18 Abs 5, der jedenfalls in Bezug auf die Unterkunft relevant ist und verlangt, dass auch bei besonderen Aufnahmemodalitäten zumindest „die Grundbedürfnisse gedeckt“ werden. Allerdings wird man daraus für das Gesamtverständnis des von der Richtlinie geforderten Leistungsniveaus kaum etwas ableiten können. Man kann nur sagen, dass die „Grundbedürfnisse“ bei der Unterkunft und unmittelbar damit verbundenen Fragen unter dem liegen, was von Art 17 Abs 2 vorgesehen ist.

f) Grundrechtliche Erwägungen

Zu Art 1 GRC kann allgemein auf die Ausführungen zu Flüchtlingen verwiesen werden. Der Unionsgesetzgeber geht wie gesagt davon aus, dass auch Art 17 Abs 2 und 5 Aufnahme-RL und die dort vorgesehene Möglichkeiten zum Abweichen von dem, was für Staatsangehörige vorgesehen ist, dem Art 1 GRC genügen. Dies zeigt, dass der Unionsgesetzgeber das, was ein MS für seine Staatsbürger allgemein vorsieht, nicht notwendig als das von der Menschenwürde Gebotene ansieht. Noch deutlicher wird dies, wenn man den „würdigen Lebensstandard“ des Art 20 Aufnahme-RL einbezieht. Das von Art 1 GRC zur Existenzsicherung Geforderte ist – unionseinheitlich – absolut und nicht in Relation zu dem in einem MS vorgesehenen Sozialniveau zu bestimmen. Auch das Niveau der BMS ist daher nicht das, was Art 1 GRC unbedingt fordert. Auf der anderen Seite wird aber idR davon auszugehen sein, dass das von einem MS allgemein – für seine Staatsangehörigen – vorgesehene Leistungsniveau Art 1 GRC genügt; dies ist aber eine widerlegbare Vermutung. Sieht ein MS für Schutzsuchende jedoch – hier aufgrund von Art 17 Abs 5 Aufnahme-RL – nicht alle Leistungen der

³³⁰ Dagegen spricht auch nicht das Urteil EuGH 27.9.2012 C-179/11 *Cimade* Rz 56 f, weil es dort nicht um die im Text genannte Alternative ging, sondern um das Nichtgewähren jeder Leistung. Die Aussage, wonach wegen der Achtung der Menschenwürde die Verpflichtungen aus der Aufnahme-RL auch während des Dublin-Verfahrens bis zur tatsächlichen Überstellung des Schutzsuchenden bestehen und daher der mit den Mindestnormen festgelegte Schutz auch nicht vorübergehend entzogen werden dürfe, enthält daher nicht zwingend die Aussage, dass nur der allgemeine Standard des Art 17 der Menschenwürde genüge.

Sozialhilfe vor, die für Staatsangehörige vorgesehen sind, so ist zu fragen, ob das dadurch bewirkte Niveau Art 1 GRC entspricht.

Die von der österr Grundversorgung zur Verfügung gestellten Güter und Leistungen entsprechen dem Mindeststandard des Art 1 GRC, wenn man diesen wie dargelegt unionseinheitlich versteht. Auch die Rechtsprechung des EGMR deutet in diese Richtung, indem sie auf die elementaren Grundbedürfnisse abstellt.³³¹

Auch wenn man anderer Auffassung sein sollte, ändert sich das Ergebnis nicht. Bei der Auslegung des Art 1 GRC in Bezug auf Schutzsuchende ist dann nämlich der Charakter dieses Status zu berücksichtigen. Das System der Aufnahme-RL basiert auf der Annahme eines vorübergehenden, nicht auf Dauer angelegten Aufenthalts *als* Schutzsuchende.³³² Daraus folgt, dass der Regelbedarf geringer angesetzt werden darf als bei Personen, die sich voraussichtlich länger im Land aufhalten werden. Bei Antragstellern steht letzteres noch nicht fest (zumal nicht wenige Anträge unbegründet sind). Selbst das bekanntlich besonders strenge Bundesverfassungsgericht lässt eine Frist zu, während der Asylwerber nicht Anspruch auf die Regelleistungen der Sozialhilfe haben. Eine vierjährige Wartezeit erschien dem Bundesverfassungsgericht jedenfalls 2012 als zu lange.³³³ Im deutschen Asylbewerberleistungsgesetz wurde die Wartezeit des § 2 Abs 1 daraufhin von 48 auf 15 Monate verkürzt.³³⁴ Der temporäre Charakter wird sich jedenfalls beim sozio-kulturellen Existenzminimum auswirken. So hält auch der EuGH fest, dass „die Höhe der finanziellen Unterstützung zwar vom jeweiligen MS festgelegt wird, aber für ein menschenwürdiges Leben ausreichen muss, bei dem die Gesundheit und der Lebensunterhalt der Asylwerber gewährleistet sind.“³³⁵

Ein Abweichen der Leistungen an Antragsteller von dem für Staatsangehörige vorgesehenen Niveau der Leistungen zur Existenzsicherung kann daher mit Art 1 GRC und Art 3 EMRK vereinbar sein.

g) Einzelfragen

i. Unterbringung

Aus Art 18 Abs 1 Aufnahme-RL geht klar hervor, dass die Unterbringung in Form von

³³¹ EGMR 21.1.2011 Nr. 30696/09 *M.S.S gegen Belgien und Griechenland* Rz 249 ff. EGMR 2.4.2013 Nr. 27725/10 *Mohammed Hussein gegen Niederlande und Italien* Rz 70.

³³² Dies zeigt auch Art 31 der Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU, der einen Zeitrahmen für die behördliche Entscheidung in Asylverfahren normiert.

³³³ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10.

³³⁴ dBGBI I 2014, 2187. Ob das Bundesverfassungsgericht angesichts der seit 2012 veränderten Umstände heute ebenso entscheiden würde, stehe dahin.

³³⁵ EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 40.

Sachleistungen erbracht werden kann, insb in Unterbringungszentren oder geeigneten kleineren Räumlichkeiten. Die MS können hier die Unterkunft also auch dann als Sachleistung erbringen, wenn diese Form bei Staatsangehörigen – wie im System der BMS – nicht vorgesehen ist (allerdings kennen auch die österr Sozialhilfegesetze die Bereitstellung von Wohnraum als Sachleistung). Die Bereitstellung der Unterkunft muss dem allg Gebot des Art 17 Abs 2 entsprechen, also insb „den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleisten“ (Maßstab der Gesunderhaltung). Auf die Modalitäten dieser Sachleistungsgewährung ist hier nicht im Einzelnen einzugehen.³³⁶

Der MS kann die Mittel für die Unterkunft aber auch als Geldleistung bereitstellen. Nach dem Urteil *Saciri* „müssen diese Leistungen für ein menschenwürdiges Leben ausreichen, bei dem die Gesundheit und der Lebensunterhalt der Asylwerber gewährleistet sind, indem sie insbesondere in die Lage versetzt werden, eine Unterkunft zu finden, gegebenenfalls auf dem privaten Wohnungsmarkt.“ Die Aufnahme-RL fordert jedoch nicht, „dass Asylbewerber eine Unterkunft nach ihren persönlichen Vorlieben wählen können müssten.“³³⁷ Die Leistungen müssen so hoch sein, dass minderjährige Kinder bei ihren Eltern wohnen können.³³⁸

Art 18 Abs 9 erlaubt den MS, wie bereits dargelegt, „in begründeten Ausnahmefällen“ in Bezug auf die Unterkunft „andere Modalitäten“ als die in Abs 1 vorgesehenen festzulegen, wenn „die üblicherweise verfügbaren Unterbringungskapazitäten vorübergehend erschöpft sind“. Auch dann müssen aber „die Grundbedürfnisse gedeckt“ werden. Nach dem Wortlaut und der Systematik der Richtlinie sind damit klar andere Modalitäten der Sachleistungsgewährung zur Unterbringung gemeint. Der MS ist also bei Erschöpfung der Unterbringungskapazitäten nicht verpflichtet, für die Unterkunft Geldleistungen bereit zu stellen. Anderes folgt auch nicht aus dem Urteil *Saciri*, weil es dort nicht um diese Frage ging, sondern darum, ob bei Vollausslastung der Kapazitäten geringere Geldleistungen erbracht werden dürfen als sonst im vom MS angewendeten allg System vorgesehen.³³⁹ Art 18 Abs 9 wird auch anzuwenden sein, wenn die Kapazitäten aufgrund eines Massenzustroms voraussichtlich für längere Zeit erschöpft sind.

ii. *Entfall der Leistungen bei Weigerung in Bezug auf die Unterkunft*

³³⁶ Vgl dazu auch oben B.II.3.a.

³³⁷ EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 42 f.

³³⁸ EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 45. Nach Art 23 Abs 5 der Aufnahme-RL 2013/33 wird das Recht der Kinder zum Zusammenleben mit ihren Eltern nun generell garantiert.

³³⁹ EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 47 ff. Der EuGH verlangt die Einhaltung der Mindestvorschriften der RL, deren Festlegung erfolgt aber auch durch Art 18 Abs 9.

Der EuGH hat zur (alten) Aufnahme-RL bereits entschieden, dass die von Art 17 vorgesehenen Leistungen nur in den Fällen gekürzt werden können, die in Art 20 vorgesehen sind.³⁴⁰ Nach Abs 1 können die Leistungen eingeschränkt oder in begründeten Ausnahmefällen entzogen werden,³⁴¹ wenn ein Schutzsuchender ua a) ohne Genehmigung oder Unterrichtung der Behörden den zugewiesenen Aufenthaltsort verlässt, b) seinen Melde- und Auskunftspflichten oder Aufforderungen zu persönlichen Anhörungen im Verfahren während einer im nationalen Recht festgesetzten angemessenen Frist nicht nachkommt.

Fraglich ist insb, ob Sanktionen möglich sind, wenn Schutzsuchende bei Einquartierung und Überstellung in Quartiere nicht ausreichend mitwirken, also jemand zB bei Zuweisung eines anderen Quartiers das bisherige nicht verlassen will.³⁴² Art 7 Abs 3 Aufnahme-RL bestimmt: „Die Mitgliedstaaten dürfen die im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen an die Bedingung knüpfen, dass sich Antragsteller tatsächlich an dem Ort aufhalten, der von den Mitgliedstaaten festgelegt wird.“ Art 18 Abs 1 erlaubt die Unterbringung ua in Unterbringungszentren und anderen geeigneten Quartieren als Sachleistung. Aus einer Zusammenschau der beiden Bestimmungen folgt, dass der MS den Schutzsuchenden ein bestimmtes Quartier zuweisen kann. Art 18 Abs 6 bestimmt: „Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Antragsteller nur dann in eine andere Einrichtung verlegt werden, wenn dies notwendig ist.“ Dies setzt voraus, dass die Zuweisung eines anderen Quartiers an sich zulässig ist (wann die Verlegung „notwendig“ ist, ist hier nicht zu prüfen). Der EuGH hat zu Geldleistungen für die Unterkunft gesagt, die Aufnahme-RL fordere nicht, „dass Asylbewerber eine Unterkunft nach ihren persönlichen Vorlieben wählen können müssten.“³⁴³ Dies gilt umso mehr für die Bereitstellung als Sachleistung.

³⁴⁰ EuGH 27.9.2012 C-179/11 *Cimade und GISTI* Rn 57.

³⁴¹ Nach der deutschen Fassung wäre die Einschränkung auch nur in begründeten Ausnahmefällen möglich. Die englische Fassung ist insofern präziser „Member States may reduce or, in exceptional and duly justified cases, withdraw material reception conditions“.

³⁴² Nach Art 20 Abs 4 haben die MS die Möglichkeit, für grobe Verstöße gegen die Vorschriften der Unterbringungszentren und für grob gewalttätiges Verhalten Sanktionen festzulegen. Welche Sanktionen danach zulässig sein sollen, regelt Abs 4 nicht. Da Art 20 (und auch Kapitel III) eindeutig von der Einschränkung und dem Entzug materieller Leistungen spricht, liegt nahe, dass dies auch für Abs 4 gelten soll. Fraglich ist jedoch, wieso nicht wie in den anderen Absätzen ausdrücklich auf diese Maßnahmen verwiesen wird. Daraus könnte man ableiten, dass der Richtliniengeber andere Sanktionen wie zB die Verlegung in ein anderes Unterbringungszentrum, den Ausschluss von sozialen Aktivitäten oder von zusätzlich entlohnter Hausarbeit vor Augen hatte; so zB *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 20 para 322. Dafür spricht auch der Wortlaut des Abs 5, wonach „Entscheidungen über die Einschränkung oder den Entzug [...] oder über Sanktionen [...] jeweils für den Einzelfall, objektiv und unparteiisch getroffen und begründet [werden].“ Sanktionen wären demnach von Einschränkung und Entzug zu unterscheiden.

³⁴³ EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 42 f.

Fraglich ist dann, ob die MS die materiellen Leistungen vorenthalten dürfen, wenn sich Schutzsuchende nicht in dem zugewiesenen Quartier aufhalten, also insb weigern das bisherige Quartier zu verlassen. Art 7 und Art 20 Abs 1 lit a erlauben dies ohne Zweifel, wenn der Schutzsuchende den zugewiesenen Aufenthaltsort verlässt. Art 20 Abs 1 lit a wird aber – aufgrund systematischer Interpretation – dahingehend zu verstehen sein, dass dies auch zulässig ist, wenn der Schutzsuchende sich weigert, den bisherigen Aufenthaltsort zu verlassen und sich am neu zugewiesenen Aufenthaltsort aufzuhalten. Fraglich kann dann noch sein, ob unter „Aufenthaltsort“ nur eine Gemeinde oder auch das zugewiesene konkrete Quartier zu verstehen ist. Wenn der MS die Unterkunft als Sachleistung erbringt, ist dies klar zu bejahen, weil das vom MS dazu vorgesehene Sachleistungssystem sonst nicht effektiv werden kann.³⁴⁴

Wird die Unterkunft als Sachleistung erbracht, und weigern sich die Schutzsuchenden, die konkret zugewiesene Unterkunft zu nutzen, so können die MS (auch) die anderen materiellen Leistungen entfallen lassen. Bei Zuweisung einer anderen Unterkunft gilt dies, wenn die Verlegung „notwendig“ ist.³⁴⁵

iii. (Andere) Sachleistungen

Nach der Begriffsbestimmung des Art 2 lit f Aufnahme-RL können die im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen (Unterkunft, Verpflegung, Kleidung) in Form von Sach- oder Geldleistungen oder Gutscheinen oder in einer Kombination dieser Leistungen erbracht werden. Zusätzlich gebührt ein Barbetrag zur Deckung des täglichen Bedarfs (Taschengeld); die Erbringung als Sachleistung oder Gutschein ist hier eindeutig ausgeschlossen. Mit Ausnahme dieses Taschengeldes normiert die Richtlinie somit keinen Vorrang zugunsten einer bestimmten Leistungsform. Die MS haben ein Wahlrecht (arg „oder“), in welcher Form sie die materiellen Leistungen erbringen wollen.³⁴⁶

Der MS kann daher vorsehen, dass die gesamte Versorgung der Schutzsuchenden

³⁴⁴ *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 7 para 83: An asylum seeker may be designated to take residence in a particular place without restricting his freedom of movement. para 96: Residence in a particular place may be necessary if the system of material reception conditions is based on benefits in kind as concerns food and clothing. para 98: The provision is of particular importance if Member States establish a system of benefits granted in kind. Asylum seekers who do not take up residence in this particular place are not entitled to material reception conditions, i. e. food and clothing. Thus, Member States are able to guarantee the effective functioning of a system of benefits provided in kind.

³⁴⁵ Hier nicht weiter verfolgt, ob eine Kürzung auch aufgrund von Art 8 Aufnahme-RL möglich ist. Art 8 Abs 3 lit e erlaubt die Inhaftnahme „wenn dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung erforderlich ist“. Art 8 Abs 4 verpflichtet die MS dazu, „Bestimmungen für Alternativen zur Inhaftnahme [vorzusehen] wie zum Beispiel Meldeauflagen, die Hinterlegung einer finanziellen Sicherheit oder die Pflicht, sich an einem zugewiesenen Ort aufzuhalten.“

³⁴⁶ Bestätigend EuGH 27.2.2014 C-79/13 *Saciri* Rn 49.

(vom Taschengeld abgesehen) durch Sachleistungen oder Gutscheine erfolgt. Die Leistungen müssen aber der allg Vorgabe des Art 17 Abs 2 genügen, also „einem angemessenen Lebensstandard entsprechen, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet“.

Insb verlangt der Maßstab der Gesunderhaltung zB, dass es bei der Verpflegung zu keinen Mangelerscheinungen auf Grund einseitigen Nahrungsangebots kommt. Ferner muss die notwendige Kleidung zur Verfügung gestellt werden, die an die Wetterbedingungen in Österreich angepasst ist. Eine ausreichende Hygiene muss durch genügend Sanitärartikel sichergestellt sein. Im Übrigen kann – als Ausgangspunkt – auf die Ausführungen zur Gewährung von Sachleistungen an Schutzberechtigte verwiesen werden. Allerdings wird das zu Schutzberechtigten Maßgebende für Schutzsuchende in manchen Fällen nur eingeschränkt zutreffen. So ist insb bei Gemeinschaftsunterkünften die Selbstbestimmung deutlich mehr beschränkt als bei individueller Unterkunft. Solange Gesundheit und Lebensunterhalt gewährleistet werden, sind unter vorübergehenden außerordentlichen Belastungen aber Beschränkungen der individuellen Lebensführung zulässig. Bei der Versorgung mit Sachmitteln kann die Auswahl mehr beschränkt sein als bei Schutzberechtigten. Dasselbe gilt für die „Teilhabe am gesellschaftlichen Leben“. Bei Schutzsuchenden können die Leistungen zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen auf das unbedingt Erforderliche begrenzt werden, das wiederum von der konkreten Situation und den wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten abhängt. Darüber hinaus wird den Schutzsuchenden durch das zwingend zu gewährende Taschengeld ermöglicht, ihr Leben etwas nach individuellen Vorstellungen zu gestalten.

iv. Medizinische und psychologische Versorgung

Nach Art 19 Aufnahme-RL³⁴⁷ müssen Schutzsuchende die erforderliche medizinische Versorgung erhalten. Diese umfasst „zumindest die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten und schweren psychischen Störungen“ (im Richtlinienentwurf 2011 noch: „oder posttraumatischen Belastungsstörungen“). Gem Abs 2 gewähren die MS Antragstellern mit besonderen Bedürfnissen „bei der Aufnahme die erforderliche medizinische oder sonstige Hilfe, einschließlich erforderlichenfalls einer geeigneten psychologischen Betreuung.“ Dieser Standard soll selbst im Fall von Sanktionen (Art 20 Abs 5) erhalten bleiben. Der Verweis auf „schwere“ psychische Störungen enthält eine Schranke, die bei

³⁴⁷ Art 19 entspricht nahezu der Vorgängerbestimmung in der Aufnahme-RL 2003/9. Neu hinzugekommen ist die Verpflichtung, die unbedingt erforderliche Behandlung von schweren psychischen Störungen zu gewährleisten, sowie Personen iSd Art 21 erforderlichenfalls eine geeignete psychologische Betreuung anzubieten.

„sonstigen“ Krankheiten nicht besteht. Daraus kann man ableiten, dass bei psychischen Erkrankungen nur eine eingeschränkte Behandlung intendiert ist. Damit wird den MS das Ermessen eingeräumt, psychische Erkrankungen nach der Schwere zu klassifizieren.³⁴⁸

Was die Leistungen betrifft, so ist „Notversorgung“ hinreichend klar und zeichnet sich durch das plötzliche Eintreten eines krankhaften Zustandes aus, der umgehender Behandlung bedarf. Im Gegensatz zu der Behandlung von Krankheiten ist sie in ihrem Umfang umfassend zu gewähren und nicht auf das „unbedingt erforderliche“ eingeschränkt. Sie umfasst daher jedenfalls die erste Hilfe bei Unfällen und Akuterkrankungen, Schmerztherapien sowie unvermeidbare Operationen. Die Wendung „unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten“ ist nach Ansicht mancher weniger klar.³⁴⁹ Man meint, darunter könne nicht nur eine reine Grundversorgung verstanden werden, sondern auch eine Versorgung, die mit jener der Staatsangehörigen nach nationalem Recht vergleichbar ist.³⁵⁰ Faktisch geben einige MS Schutzsuchenden den gleichen Zugang wie eigenen Staatsangehörigen zur medizinischen Versorgung,³⁵¹ während andere nur eine basale Versorgung bereitstellen.³⁵² Es gibt auch MS, wie etwa Deutschland, die einen Mittelweg gehen und Sonderregime für Schutzsuchende mit reduziertem Leistungsspektrum vorsehen.³⁵³ Die RL verlangt nach ihrem Wortlaut nur die „unbedingt erforderliche“ Behandlung, allerdings auch in anderen Fällen als Notfällen. Aus dem Zusatz „unbedingt“ geht klar hervor, dass die RL die Pflicht der MS in diesem Bereich gegenüber dem, was an Versorgung „erforderlich“ ist, einschränken will. Geht man davon aus, dass die Krankenvorsorgesysteme der MS nur, aber immerhin das Erforderliche leisten, so bleibt die Pflicht gegenüber Asylwerbern dahinter zurück. Nicht unbedingt erforderlich ist jedenfalls die Behandlung eines Zustandes, der sich bei Unterlassen der Behandlung in absehbarer Zeit nicht wesentlich verschlechtern wird (die Beurteilung kann sich bei sehr langer Dauer des Verfahrens daher ändern).

Zur medizinischen Versorgung verlangt Art 19 Aufnahme-RL somit nicht die Gleich-

³⁴⁸ *Slingenberg*, The Reception of Asylum Seekers under International Law, 76. Wohl weiter *Born*, Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Leistungen von Asylbewerber, 341. Die sprachliche Trennung sei auf das Bestreben zurückführen, den Antragstellern vor allem Zugang zur Behandlung von häufig auftretenden posttraumatischen Belastungsstörungen zu garantieren, wie dies im Richtlinienentwurf 2011 intendiert war.

³⁴⁹ *Odysseus-Studie* Q.27.B, 68.

³⁵⁰ *Peek/Tsourdi* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum law (2016), Directive 2013/33/EU Art 19 para 302.

³⁵¹ So zB in Österreich. Auch Großbritannien gewährt Schutzsuchende einen gleichberechtigten Zugang zum NHS. So auch Polen, Niederlande und Tschechien. Vgl KOM(2007) 745 endg., 8.

³⁵² So zB Litauen und Slowenien. Siehe *Odysseus-Studie* Q.27.B, 68.

³⁵³ *Kaltenborn*, Die Neufassung des Asylbewerberleistungsgesetzes und das Recht auf Gesundheit, NZS 2015, 161.

behandlung mit eigenen Staatsangehörigen, wie dies noch im Richtlinienentwurf 2008 zumindest für Personen mit besonderen Bedürfnissen geplant war.³⁵⁴ Unzweifelhaft enthält die Richtlinie auch nur Vorgaben bezüglich der Leistungspflicht und damit der Frage, wann die MS Schutzsuchende versorgen müssen. Wie diese Versorgung erfolgt bzw welche Leistungen erbracht werden, liegt demgegenüber im Ermessen der MS. Einschränkungen auf Ebene des Leistungsumfangs (Therapie) sind daher wohl zulässig.³⁵⁵

v. *Wartefrist* ?

Eine Wartefrist ist – wie der EuGH bereits entschieden hat – nach Wortlaut und Zweck der Richtlinie, auch in Anbetracht von Art 1 GRC, unzulässig.³⁵⁶

vi. *Integrationsobliegenheit* ?

Verschiedentlich wird derzeit schon für Antragsteller der Abschluss einer Integrationsvereinbarung vorgesehen. Soweit zu sehen denkt man bei diesen aber nicht an Sanktionen, wenn sie eine Anforderung daraus (zB Deutschkurs) nicht erfüllen. Folgt man der Auffassung des EuGH, dann wäre eine Sanktion, zB eine Kürzung der Leistungen, unzulässig, weil Art 20 Aufnahme-RL die Fälle, in denen die von Art 17 vorgesehenen Leistungen gekürzt werden können, abschließend regelt.³⁵⁷

III. Erweiterter Gestaltungsspielraum bei ungleichgewichtiger Verteilung

Zu fragen ist schließlich, ob sich auch bei Antragstellern Modifikationen zu den Vorgaben ergeben können, wenn die oben dargelegte grob ungleichgewichtige Verteilung vorliegt.

In Bezug auf die materiellen Leistungen an sich ist dies wohl zu verneinen, wenn man im Sinne des oben Dargelegten davon ausgeht, dass die MS entscheiden können, den Antragstellern nur den von Art 17 Abs 2 Aufnahme-RL vorgesehenen Standard zu gewährleisten, auch wenn dieser unter jenem der Sozialfürsorge für Staatsangehörige liegt.

Dem oben dargelegten Anlass für Modifikationen, nämlich einer grob ungleichgewichtigen Belastung der MS, würde es an sich entsprechen, wenn die belasteten MS die Antragsteller für Leistungen auf jene MS verweisen könnten, die sich unsolidarisch verhalten, insb wenn einer dieser MS nach der Dublin III VO für das Verfahren zuständig ist. Allerdings

³⁵⁴ KOM(2008) 815 endg., 32. Siehe auch KOM(2011) 320 endg., 7.

³⁵⁵ So auch *Schreiber*, Gesundheitsleistungen im europäischen Flüchtlingssozialrecht, ZESAR 2010, 107.

³⁵⁶ EuGH 27.9.2012 C-179/11 *Cimade und GISTI* Rn 39.

³⁵⁷ EuGH 27.9.2012 C-179/11 *Cimade und GISTI* Rn 57.

würde dies die Antragsteller, solange sie sich nicht tatsächlich im anderen MS befinden, ohne jede Unterstützung lassen. Dies wäre auch bei grob ungleichgewichtiger Belastung in Bezug auf Art 1 GRC problematisch.

Modifikationen sind jedoch bei unzureichender Mitwirkung der Antragsteller denkbar. Der EuGH lässt diese nur in den in Art 20 ausdrücklich genannten Fällen zu, zu denen aber insb nicht die mangelnde Mitwirkung an Integrationsmaßnahmen zählt. Dazu wird die übermäßige Belastung einen stärkeren Druck zur Mitwirkung rechtfertigen als sonst.

D. Personen, deren Antrag auf Schutz abgewiesen wurde

Für die Pflicht der MS zu Sozialleistungen an Personen, deren Antrag auf Schutz abgewiesen wurde, ist die Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie) einschlägig.³⁵⁸

I. Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie

Diese Richtlinie enthält Normen und Verfahren für die Rückführung von in den Mitgliedstaaten illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen (Artikel 1 Rückführungs-RL). Drittstaatsangehörige sind gem Art 3 Z 1 „alle Personen, die nicht Unionsbürger im Sinne von Art 17 Abs 1 EG-Vertrag sind und die nicht das Gemeinschaftsrecht auf freien Personenverkehr nach Art 2 Abs 5 des Schengener Grenzkodex genießen“. Gem Art 2 Abs 1 findet die RL Anwendung auf „illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhältige Drittstaatsangehörige.“ Dazu zählen auch, aber nicht nur Personen, deren Antrag auf Schutz bestandskräftig abgewiesen wurde; hier interessiert nur die Lage bei Personen, die einen Antrag auf Schutz gestellt hatten. In Art 2 Abs 2 werden jene Personen genannt, auf die die RL nicht angewendet werden muss.

Illegaler Aufenthalt im Sinne dieser RL ist gem § 3 Z 2 „die Anwesenheit von Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Art 5 des Schengener Grenzkodex oder andere Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats“. Nach ErwG 9 „[...] sollten Drittstaatsangehörige, die in einem Mitgliedstaat Asyl beantragt haben, so lange nicht als illegal im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats aufhältige Person gelten, bis eine abschlägige Entscheidung über den Antrag oder eine Entscheidung, mit der sein Aufenthaltsrecht als Asylbewerber beendet wird, bestandskräftig geworden ist.“ Daraus folgt, dass

³⁵⁸ Mag. Dullinger verfasste im Rahmen eines Werkvertrages einen Entwurf für die Ausführungen zur Rückführungs-RL, der zu großen Teilen in die Endfassung eingegangen ist.

Asylbewerber, die eine rechtskräftige abschlägige Entscheidung über ihren Antrag oder eine rechtskräftige Entscheidung, mit der ihr Aufenthaltsrecht als Asylbewerber beendet wird, erhalten haben, illegal aufhältig im Sinne dieser RL sind.³⁵⁹

II. Mindeststandard nach der Rückführungs-RL

Die Rückführungs-RL sieht in Art 14 „Garantien“ bzw. „Grundsätze“ vor, welche die MS in Bezug auf illegal aufhältige Personen zu beachten haben. Primär ist darauf einzugehen, auf welche Personen und in welchem Zeitraum Art 14 verbindlich ist.

1. Von Art 14 Rückführungs-RL erfasster Personenkreis

Schon aus dem Anwendungsbereich der Rückführungs-RL ergibt sich die Voraussetzung eines illegalen Aufenthalts in einem Mitgliedstaat. Dies bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass der Antrag auf Asyl eines Drittstaatsangehörigen negativ beschieden wurde. Der EuGH hat in der Rs Arslan entschieden,³⁶⁰ dass die Rückführungs-RL zumindest bis zur Ablehnung des Antrags in erster Instanz auf Asylbewerber nicht anzuwenden ist. Da ErwG 9 aber auf die bestandskräftige Ablehnung abstellt, wird die RL und deren Art 14 erst danach anwendbar sein. Bis zu diesem Zeitpunkt ist somit in Bezug auf Leistungen die Aufnahme-RL anwendbar. Die RL spricht nur von Antrag auf Asyl und dessen Ablehnung. Darunter ist aber auch die Ablehnung der Zuerkennung des Status als subsidiär Schutzberechtigter zu verstehen.

Steht fest, dass der Antrag einer Person auf internationalen Schutz abgelehnt wurde, so erlässt der MS gem Art 6 Rückführungs-RL eine Rückkehrentscheidung. Art 13 schreibt auch dazu die Möglichkeit zu einem Rechtsbehelf vor. Die Rückkehrentscheidung sieht idR eine Frist für die freiwillige Ausreise vor. Diese beträgt gem Art 7 Abs 1 grundsätzlich eine angemessene Dauer zwischen sieben und 30 Tagen.³⁶¹ Kommt es nicht zur freiwilligen Ausreise, so ordnet der MS gem Art 8 die Abschiebung an. Art 13 schreibt auch dazu die Möglichkeit zu einem Rechtsbehelf vor. Art 9 regelt den Aufschub der Abschiebung. Art 9 Abs 1 nennt Fälle, in denen die Abschiebung aufzuschieben ist. Art 9 Abs 2 bestimmt: „Die Mitgliedstaaten können die Abschiebung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls um einen angemessenen Zeitraum aufschieben. Die Mitgliedstaaten berücksichtigen insbe-

³⁵⁹ So auch *Lutz* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, RL 2008/115/EG Rz 53. Vgl auch Draft Commission, Return Handbook 7f.

³⁶⁰ EuGH 30.5.2013 C-534/11 Arslan. Dieses Urteil erging 2013 noch im Zusammenhang mit der RL 2005/85 unter Hinweis auf den Erwägungsgrund 9 der RL 2008/115/EG.

³⁶¹ Ausnahmen hiezu finden sich in Art 7 Abs 2 - 4.

sondere a) die körperliche oder psychische Verfassung der betreffenden Drittstaatsangehörigen; b) technische Gründe wie fehlende Beförderungskapazitäten oder Scheitern der Abschiebung aufgrund von Unklarheit über die Identität.“ Die Wendung „können“ steht im Gegensatz zu jener in Abs 1 „schieben auf“. Dies weist darauf hin, dass die MS hier keine Pflicht trifft aufzuschieben. Dafür spricht auch, dass Art 9 Abs 2 die MS von der Pflicht zur Abschiebung freistellen soll.³⁶² Eine Pflicht zum Aufschub besteht hingegen in Situationen, „in denen ein Mitgliedstaat verpflichtet ist, die Vollstreckung einer Rückkehrentscheidung infolge der Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen diese Entscheidung auszusetzen.“³⁶³

Die Mindestbedingungen des Art 14 kommen nun, wie gesagt, nur innerhalb der nach Artikel 7 für die freiwillige Ausreise gewährten Frist und der Fristen, während derer die Vollstreckung einer Abschiebung nach Artikel 9 aufgeschoben ist, zur Anwendung. Der Zeitraum, in dem Art 14 nach rechtskräftiger Ablehnung des Antrages anwendbar ist, hängt also wesentlich von Inhalt und Reichweite des Art 9, insb von dessen Abs 2, ab. Die Bekämpfung der Rückführungsentscheidung sowie die Aufschiebung der Abschiebung kann zu einem langen, an sich illegalen, Aufenthalt in einem Mitgliedstaat führen.³⁶⁴ Dieser führt aber nicht dazu, dass die Rückführungs-RL nicht mehr anwendbar wäre.³⁶⁵

Fraglich ist, ob die Rückführungs-RL und damit deren Art 14 weiterhin anwendbar ist, wenn auch der Aufschub der Abschiebung abgelaufen ist. In der Literatur wird unter Berufung auf Art 2 Abs 1 und Art 3 Rückführungs-RL vertreten, dass dies zu bejahen sei.³⁶⁶ In Bezug auf Art 14 wird dabei allerdings die speziellere Regelung in Art 14 selbst übersehen: „Die Mitgliedstaaten stellen außer in Fällen nach Artikel 16 und 17 sicher, dass innerhalb der nach Artikel 7 für die freiwillige Ausreise gewährten Frist und der Fristen, während derer die Vollstreckung einer Abschiebung nach Artikel 9 aufgeschoben ist, die folgenden Grundsätze in Bezug auf Drittstaatsangehörige soweit wie möglich beachtet werden“. Daraus geht klar

³⁶² Auch *Lutz* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, RL 2008/115/EG Rz 169 geht offenkundig vom Fehlen einer Pflicht aus.

³⁶³ EuGH 18.12.2014 C-562/13 *Abdida* Rz 57.

³⁶⁴ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang Art 4 Abs 2 Rückführungs-RL: „Von dieser Richtlinie unberührt bleibt jede im gemeinschaftlichen Besitzstand auf dem Gebiet Asyl und Einwanderung festgelegte Bestimmung, die für Drittstaatsangehörige günstiger sein kann.“ In Anbetracht dieser Bestimmung kann man fragen, ob auf Personen, deren Antrag auf Schutz bereits abgelehnt wurde, deren Rückführung aber fünf Jahre lang nicht erfolgte, die RL 2003/109 zu lange aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen anwendbar ist. Dies ist nach deren Art 3 Abs 2 lit b) bis d) (a maiore ad minus) zu verneinen.

³⁶⁵ Vgl *Lutz* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, RL 2008/115/EG Art 14 Rz 272.

³⁶⁶ *Lutz* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, RL 2008/115/EG Art 1 Rz 16, Art 14 Rz 263, 272.

hervor, dass Art 14 nach Ablauf des Aufschubes der Abschiebung nicht mehr anwendbar ist. Ab diesem Zeitpunkt sieht die Rückführungs-RL somit keine Pflicht zur Gewährleistung eines Mindeststandards mehr vor. Ab diesem Zeitpunkt greift, soweit zu sehen, auch keine andere Vorschrift des unionalen Sekundärrechts mehr in Bezug auf Leistungspflichten gegenüber illegal Aufhältigen ein. Die GRC ist dann jedenfalls nicht länger aufgrund der Durchführung von Sekundärrecht zu Leistungen anwendbar. Das Sekundärrecht verpflichtet die MS – erst – ab Ablauf der Aufschiebungsfrist nicht mehr zu Leistungen an Personen, deren Antrag auf Schutz abgelehnt wurde. Zu fragen bleibt allerdings, ob die MS danach etwa aufgrund einer anderen Erwägung weiter iSd Art 51 GRC „durchführen“, etwa der Pflicht zur Rückführung. Das muss hier offenbleiben.

2. Von Art 14 vorgeschriebener Mindeststandard

a) Allgemeines

Für rechtskräftig negativ beschiedene Personen sieht Art 14 Rückführungs-RL Garantien und Grundsätze vor, die „soweit wie möglich“ beachtet werden müssen. Während in der Überschrift zu Art 14 der Begriff „Garantien“ verwendet wird, spricht dessen Abs 1 von Grundsätzen. Auch wenn die Rückführungs-RL nur von Garantien und Grundsätzen spricht, ergibt eine systematische Interpretation unter Beachtung der Grundrechte (ErwG 24), dass es sich dabei um einen Mindestkatalog von Rechten handelt.³⁶⁷ Diese Mindestbedingungen gelten nach Art 16f nicht für Inhaftierte.

Im Entstehungsprozess der Rückführungs-RL wurde angedacht, die Leistungen unter Verweis auf das Leistungsniveau für Schutzsuchende nach der Aufnahme-RL zu regeln. Dieser Vorschlag ist zum Teil auf heftige Kritik gestoßen, weil befürchtet wurde, dass dieser Verweis den Eindruck eines „upgrading“ erwecken könnte.³⁶⁸ Nunmehr enthält die Rückführungs-RL einen eigenen Leistungskatalog. Aus dieser Entstehungsgeschichte kann abgeleitet werden, dass der Mindeststandard nach Art 14 unter jenem der Aufnahme-RL liegt.

Ferner ist auf ErwG 12 hinzuweisen, der lautet: „Die Situation von Drittstaatsangehörigen, die sich unrechtmäßig im Land aufhalten, aber noch nicht abgeschoben werden können,

³⁶⁷ Lutz in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, RL 2008/115/EG Rz 264; EuGH 18.12.2014 C-562/13 Abdida Rz 60.

³⁶⁸ Vgl Lutz in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, RL 2008/115/EG Rz 262. Im Wesentlichen wären die Bedingungen aber nicht über das aktuelle Niveau des Art 14 hinausgegangen, da nicht auf alle Rechte aus der RL 2003/9/EC verwiesen werden sollte. Insbesondere auf die Regelungen betreffend den Zugang zum Arbeitsmarkt und die materiellen Aufnahmebedingungen sollte nicht verwiesen werden (Lutz, ebenda). Es war somit von Beginn an eine Schlechterstellung gegenüber Asylbewerbern beabsichtigt.

sollte geregelt werden. Die Festlegungen hinsichtlich der Sicherung des Existenzminimums dieser Personen sollten nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften getroffen werden. [...]“ Somit liegt die Ausgestaltung der Sicherung des Existenzminimums von rechtskräftig negativ beschiedenen Personen in der Kompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten. Abgesehen von Art 14 enthält die RL keine weiteren Vorgaben dazu. Allerdings ist, solange die Rückführungs-RL anwendbar ist, die GRC zu beachten, und damit auch bei der Gewährung der Leistungen, die sich aus Art 14 ergeben.³⁶⁹

b) Mindestbedingungen und Komplementärleistungen

Art 14 Rückführungs-RL sieht in Abs 1 lit a - d folgende Grundsätze vor:

- a) Aufrechterhaltung der Familieneinheit mit den in demselben Hoheitsgebiet aufhaltenden Familienangehörigen;
- b) Gewährung medizinischer Notfallversorgung und unbedingt erforderlicher Behandlung von Krankheiten;
- c) Gewährleistung des Zugangs zum Grundbildungssystem für Minderjährige je nach Länge ihres Aufenthalts;
- d) Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen.³⁷⁰

Die Bedeutung der Vorgaben der literae c) und b) ist weit klarer als jene der literae a) und d). Lit b) entspricht im Kern der Vorgabe in der Aufnahme-RL, bleibt aber jedenfalls bei psychischen Störungen dahinter zurück. Auffallend ist, dass Art 14 keine expliziten Vorgaben in Bezug auf Unterkunft und Leistungen zum Lebensunterhalt enthält. Implizit können sich diese aber aus den lit d) und a) in bestimmten Situationen ergeben. So wird sich aus den spezifischen Bedürfnissen einer Minderjährigen und der Aufrechterhaltung der Familieneinheit ergeben, dass jedenfalls in diesem Fall eine diesen Bedürfnissen Rechnung tragende Unterkunft zur Verfügung zu stellen ist.

Weiteren Aufschluss über die Mindestbedingungen gibt die Rsp des EuGH.³⁷¹ Nach dem Urteil *Abdida* kann es in bestimmten Konstellationen nötig sein, auch über die Garantien des Art 14 Rückführungs-RL hinaus Leistungen zu erbringen.³⁷² Zwar obliegt gem ErwG 12 die Festlegung hinsichtlich der Sicherung des Existenzminimums von Drittstaatsangehörigen,

³⁶⁹ Vgl zur GRC schon B.II.2.e.

³⁷⁰ Vgl dazu die Definition in Art 3 Z 9 Rückführungs-RL: Minderjährige, unbegleitete Minderjährige, Menschen mit Behinderungen, ältere Menschen, Schwangere, Alleinerziehende mit minderjährigen Kindern und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben.

³⁷¹ EuGH 18.12.2014 C-562/13 *Abdida*.

³⁷² Vgl auch *Lutz* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, RL 2008/115/EG Rz 266, 269.

die sich unrechtmäßig im Land aufhalten, aber noch nicht abgeschoben werden können, den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften. Die Mitgliedstaaten müssen aber ihre innerstaatlichen Regelungen derart gestalten, dass sie mit den Verpflichtungen, die sich aus der Richtlinie ergeben im Einklang stehen.³⁷³ Der EuGH hat entschieden, dass ein Mitgliedstaat gem Art 14 Abs 1 lit b Rückführungs-RL verpflichtet ist, im Rahmen des Möglichen die Grundbedürfnisse eines an einer schweren Krankheit leidenden Drittstaatsangehörigen zu befriedigen, wenn dieser über keine Mittel verfügt, um selbst für die Befriedigung seiner Bedürfnisse zu sorgen. Die Gewährung von Leistungen nach Art 14 Abs 1 lit b könnte nämlich ihre tatsächliche Wirkung verlieren, wenn sie nicht mit der Befriedigung der Grundbedürfnisse des betroffenen Drittstaatsangehörigen einhergeht.³⁷⁴ Es steht dem Mitgliedstaat allerdings frei, „die Form festzulegen, die diese Befriedigung der Grundbedürfnisse des betroffenen Drittstaatsangehörigen anzunehmen hat.“³⁷⁵

Aus dieser Entscheidung und der gewählten Begründung ergeben sich zwei wesentliche Schlussfolgerungen. Einerseits gibt die Rückführungs-RL entgegen ErwG 12 ein gewisses Mindestmaß an Leistungen vor, wenn eine der Leistungen nach Art 14 Abs 1 lit a - d zusteht, und diese Leistung sonst ihre tatsächliche Wirkung verlieren würde. Die Mitgliedstaaten sind dann verpflichtet jene *Komplementärleistungen* zu gewähren, die nötig sind, um die Wirksamkeit der Leistungen nach Art 14 Abs 1 lit a - d sicherzustellen. UE ist hier von einer Einzelfallbetrachtung auszugehen. Die Begründung des EuGH lässt darauf schließen, dass diese Verpflichtung nicht nur im Fall der lit b besteht, sondern auch in den anderen Fällen.³⁷⁶ Andererseits gibt die Rückführungs-RL kein Mindestmaß an Leistungen vor, wenn keine der in lit a - d angeführten Garantien für die rechtskräftig negativ beschiedene Person einschlägig ist oder Art 14 nicht anwendbar ist (vgl ErwG 12). Das erstere folgt schon daraus, dass es in diesen Fällen keine Maßnahmen gibt, die ihre tatsächliche Wirkung verlieren könnten.³⁷⁷

Die Rückführungs-RL selbst verlangt daher schon in ihrem Anwendungsbereich keine Leistungen zur Existenzsicherung, soweit aus Art 14 und den Erwägungen zu den Komplementärleistungen nicht anderes folgt. Der MS kann allerdings gem Art 4 Abs 3 günstigere

³⁷³ EuGH 18.12.2014 C-562/13 Abdida Rz 54.

³⁷⁴ EuGH 18.12.2014 C-562/13 Abdida Rz 59f.

³⁷⁵ EuGH 18.12.2014 C-562/13 Abdida Rz 61.

³⁷⁶ Vgl auch *Lutz* in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, RL 2008/115/EG Rz 269, der diesen Grundsatz ebenfalls auf die anderen Leistungen gem Art 14 ausdehnt. So auch Draft Commission, Return Handbook 75.

³⁷⁷ Die Mindestbedingungen nach Art 14 Abs 1 lit b und d sind im Übrigen gem Art 4 Abs 4 auch auf manche Personen anwendbar, die nach Art 2 Abs 2 lit a vom Anwendungsbereich der RL an sich ausgenommen sind.

Bedingungen anwenden. Die Versorgung der Rückkehrverpflichteten im Rahmen der österr Grundversorgung erfüllt jedenfalls die Vorgaben der RL.

c) Leistungen „soweit wie möglich“

Nach Art 14 Abs 1 Rückführungs-RL sind die darin vorgesehenen Mindestleistungen nicht absolut und ohne Bedingung zu gewähren, sondern nur „soweit wie möglich“. Soweit ersichtlich liegt keine Rsp des EuGH zur Auslegung dieser Einschränkung vor. Aus der Formulierung „soweit wie möglich“ geht hervor, dass das eben skizzierte Mindestniveau kein absolutes Niveau für Leistungen darstellt, sondern in bestimmten Fällen – trotz des geringen Niveaus – sogar noch unterschritten werden darf.

Prima facie sollen die Leistungen aus Art 14 nur für einen eher kurzen Zeitraum zustehen. Die Frist zur freiwilligen Ausreise beträgt eine angemessene Dauer zwischen sieben und 30 Tagen (Art 7 Abs 1). Soweit diese Fristen eingehalten werden, ist kein Raum für eine Einschränkung aufgrund der Worte „soweit möglich“. Allerdings kann die Aufschiebung der Abschiebung (Art 9) zu einem langen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat führen. Soweit dies nur wenige Personen betrifft, wird ebenfalls kein Raum für eine Einschränkung aufgrund der Worte „soweit möglich“ bestehen.

Allerdings ist es denkbar, dass infolge eines Massenzustroms von Personen, die behaupten schutzbedürftig zu sein, dies aber nicht sind, sich in der Folge eine große Zahl von Personen in einem MS aufhält, die zwar negativ beschieden wurden und rückkehrpflichtig sind, deren tatsächliche Rückkehr aber aufgrund langer Verfahren zu Rückkehrentscheidung und Abschiebung oder aufgrund eines Aufschubs der Abschiebung nicht erfolgt. In der Folge gibt es dann eine große Zahl von Personen, auf die Art 14 anwendbar ist. In diesem Fall können die Worte „soweit wie möglich“ zum Tragen kommen.

Art 14 Abs 1 Rückführungs-RL enthält implizit (auch) einen Verweis auf die Kapazitäten der Mitgliedstaaten und damit – ähnlich wie Art 18 Aufnahme-RL – ein quantitatives Element.³⁷⁸ Art 14 Abs 1 ermöglicht dadurch die Berücksichtigung externer Faktoren und räumt den Mitgliedstaaten das Ermessen ein, bei Kapazitätsengpässen Leistungen einzuschränken. Zu beachten ist hier aber jedenfalls, dass die Rückführungs-RL bestimmte Kapazitäten stillschweigend voraussetzt. Stellt ein Mitgliedstaat diese Kapazitäten nicht zur Verfügung, kann er sich nicht auf diese Formulierung berufen, um sich zu rechtfertigen. Führt ein Massenzustrom jedoch zu einer großen Zahl von Rückkehrverpflichteten, die sich weiter im Land aufhalten und auf die Art 14 anwendbar ist, so kann dies das Versorgungssystem des

³⁷⁸ Zu Art 18 Aufnahme-RL vgl oben C.II.2.c.

MS vor große Herausforderungen stellen, insb wenn es gleichzeitig eine große Zahl von tatsächlich Schutzberechtigten sowie von Schutzsuchenden gibt. Bei Personen, die nicht schutzberechtigt sind, trifft den MS keine besondere humanitäre Verantwortung diesen Personen gegenüber, und den MS kann in diesem Fall auch kein Vorwurf in Bezug auf eine zu geringe Kapazität treffen. Die Worte „soweit wie möglich“ erlauben es in diesem Fall, von Art 14 abzuweichen. Allgemein wird der MS dabei der Sorge um Schutzberechtigte Vorrang gegenüber jener für Rückkehrverpflichtete einräumen dürfen. Überdies wird die Befugnis zu Abweichungen umso größer sein, je größer die Zahl der Rückkehrverpflichteten ist, die länger im MS verweilen dürfen oder auch nur tatsächlich verweilen.

Fraglich ist aber, unter welchen konkreten Umständen die einzelnen Leistungen eingeschränkt werden dürfen. Insb bei Art 14 lit a und c, welche die Aufrechterhaltung der Familieneinheit mit den in demselben Hoheitsgebiet aufhaltigen Familienangehörigen und die Gewährleistung des Zugangs zum Grundbildungssystem für Minderjährige je nach Länge ihres Aufenthalts garantieren, ist eine Modifikation im Gefolge eines Massenzustroms denkbar. Zu denken ist insb daran, dass dann zu wenige Quartiere vorhanden sind (etwa weil diese für Schutzberechtigte und Antragsteller benötigt werden) oder zu wenig Familienquartiere zur Verfügung stehen. In beiden Fällen ist es zulässig, die Zuteilung von Familienquartieren einzuschränken bzw Wartefristen einzuführen/zu verlängern. Sinngemäß gilt dies auch für Schulplätze für Minderjährige, deren Anzahl nicht ohne weiteres beliebig vermehrbar ist.

Bei Art 14 lit b ist bei Einschränkungen ein höherer Maßstab anzulegen, weil ohnehin nur eine medizinische Notfallversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten zu gewähren ist. Eine Einschränkung dieser Garantien ist nur unter schwerer Beeinträchtigung des zu Behandelnden möglich. Auch ist das Einführen/Verlängern einer Wartefrist nur selten möglich. Die Auswirkungen eines Eingriffs in diese Garantien sind in der Regel schwerer als bei Eingriffen in lit a und c.

Art 14 lit d, der die Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen garantiert, umfasst verschiedene Personengruppen und verschiedenste Szenarien. Es ist hier nicht möglich pauschal zu beurteilen, unter welchen Umständen welche Leistungen an welche Personengruppe eingeschränkt werden können.

Art 14 Rückführungs-RL erlaubt einem MS somit dann, wenn eine große Zahl von Rückkehrverpflichteten, auf die Art 14 anwendbar ist, längere Zeit nicht rückgeführt wird und dies zu Kapazitätsproblemen führt, vom Mindeststandard des Art 14 nach unten abzuweichen.

Diese Möglichkeit setzt nicht voraus, dass eine stark ungleichgewichtige Verteilung

von Schutzsuchenden und -berechtigten oder Rückkehrverpflichteten zwischen den MS besteht³⁷⁹. Es ist daher weder erforderlich noch sinnvoll zu fragen, ob in dieser Konstellation von Art 14 abgewichen werden kann. Die dazu vertretene Auffassung, dass das Absenken der Leistungen den Anreiz mindern soll, im betreffenden MS einen Antrag zu stellen, wird hier bereits durch Art 14 entsprochen.

d) Relevanz der Grundrechtecharta

Solange die Rückführungs-RL anwendbar ist, haben die MS bei deren Anwendung auch die GRC zu beachten. Fraglich könnte in der Folge sein, ob das Unterbleiben von Leistungen, zu denen Art 14 nicht verpflichtet, stets mit Art 1 GRC vereinbar ist. Die Rückführungs-RL selbst geht offenbar davon aus, dass dies der Fall ist. In der Sache geht es darum, ob die MS stets für alle Personen, die sich tatsächlich – wenn auch unerlaubt – auf ihrem Gebiet befinden, eine gewisse Minimalverantwortung für deren Lebensunterhalt trifft (entsprechend dem vom BVerfG zu Art 1 GG vertretenen Territorialitätsgrundsatz³⁸⁰). Die Entscheidung dazu kann nicht spezifisch an die Lage bei Schutzsuchenden (etwa, dass ein nicht begründeter Schutzantrag gestellt wurde) anknüpfen, weil sich die Frage nach dieser Verantwortung auch bei allen anderen Rückkehrverpflichteten stellt. Es ist hier nicht möglich, dies abschließend zu beurteilen. Auch wenn man der Auffassung ist, dass Art 1 GRC mehr verlangt als die Rückführungs-RL, wird dem Art 1 jedenfalls der oben dazu dargelegte Minimalstandard genügen.

Die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art 1 GRC stellt sich auch in Bezug auf die von Art 14 aufgrund von „soweit als möglich“ erlaubten Reduktionen. Die Rückführungs-RL geht von der Vereinbarkeit aus, allerdings ohne die zulässige Reduktion zu konkretisieren.

e) Zu Mitwirkungsobliegenheiten

Insb bei langfristigem Aufschub der Abschiebung kann sich die Frage stellen, ob Obliegenheiten zu Erwerbstätigkeit oder gemeinnütziger Arbeit sowie zur Wohnsitznahme sinnvoll und zulässig sind. Auszugehen ist davon, dass es hier keine Pflicht zur Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen gibt und auch sonst keine generelle Vorgabe für Leistungen zur Existenzsicherung. Der MS ist daher grds frei, sachlich gerechtfertigte Obliegenheiten zu normieren. Näher ist zu differenzieren. Soweit es um Leistungen geht, welche der MS über die Rückführungs-RL hinaus erbringt (wie zB in Österreich die Grundversorgung), folgen aus der RL keine Hindernisse für die fragliche Obliegenheit. Soweit es um Komplementärleistungen geht,

³⁷⁹ Dazu B.IV.3.

³⁸⁰ Vgl oben B.II.2.c. Dieser wird sich allerdings heute faktisch wohl nur durchhalten lassen, wenn die Grenzen nicht weit offen sind.

welche die RL nach Auffassung des EuGH implizit verlangt, wird die Obliegenheit nur soweit zulässig sein, als sie die praktische Wirksamkeit der „Garantie“ nicht beeinträchtigt (zB Erwerbsobliegenheit der Eltern während der Zeit der Schule).

III. Leistungspflicht aus anderen Rechtsquellen

Für Personen, die in den Anwendungsberiech des Art 14 Rückführungs-RL fallen, ist noch fraglich, ob sich aus dem nationalen Verfassungsrecht oder dem für Österreich verbindlichen Völkerrecht eine über die Verpflichtungen aus Art 14 hinausgehende Leistungspflicht ergibt.³⁸¹ Dieselbe Frage stellt sich in Bezug auf jene rechtskräftig negativ beschiedenen Personen, welchen unionsrechtlich nicht einmal die Leistungen aus Art 14 zustehen.

Es wurde bereits dargelegt, dass das originär österreichische Verfassungsrecht nach hA keine Sozialstaatsklausel enthält und den Gesetzgeber nicht zur Einrichtung von Systemen der sozialen Sicherheit verpflichtet.³⁸² Nach herrschender Auffassung enthalten auch weder das B-VG noch das Staatsgrundgesetz 1867 soziale Grundrechte.³⁸³ Da die Menschenwürde im österreichischen Verfassungsrecht nur mittelbar über die einzelnen Grundrechte geschützt wird und keine sozialen Grundrechte bestehen, kann aus der Menschenwürde kein Anspruch auf Gewährleistung eines Existenzminimums abgeleitet werden. Im Ergebnis lässt sich daher aus dem originär österreichischen Verfassungsrecht keine Leistungspflicht, die über das Niveau des Art 14 Rückführungs-RL hinausgeht bzw keine Leistungspflicht für Personen, die nicht unter Art 14 fallen, ableiten.

Zur Frage ob aus der EMRK subjektive Rechte auf bestimmte soziale Mindeststandards im Hinblick auf Obdach und andere materielle Unterstützung erwachsen, hat der EGMR entschieden, dass Schutzsuchenden aus Art 3 EMRK zwar kein subjektives Recht auf bestimmte soziale Mindeststandards im Hinblick auf Obdach und andere materielle Unterstützung erwachse, jedoch sei es menschenrechtswidrig, Schutzsuchende in einen Staat zu über-

³⁸¹ Draft Commission, Return Handbook 75; Lutz in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, RL 2008/115/EG Rz 270.

³⁸² Vgl oben B.II.2.b.; sowie VfSlg 4753/1964; Schäffer/Klaushofer, Zur Problematik sozialer Grundrechte, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1 § 20 Rz 8 ff; Berka, Die Grundrechte (1999) Rz 1039; Wiederin, Umverteilung und Existenzsicherung durch Sozialversicherungsrecht: Verfassungsrechtliche Absicherung sozialer Mindeststandards auch ohne „Sozialstaatsprinzip“? in Kneihls/Lienbacher/Runggaldier, Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht (2005) 79 (80); derselbe, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld zwischen Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64, 53.

³⁸³ Statt vieler Grüner, Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Gewährleistung des Existenzminimums (Teil 1), JRP 2009, 97 (98).

stellen, in dem ihre elementaren Grundbedürfnisse nicht gedeckt sind.³⁸⁴ Da diese Entscheidung unterschiedlich interpretiert wird, ist unsicher, inwieweit originäre Ansprüche auf Sozialleistungen aus der EMRK resultieren. Festgehalten werden kann aber, dass originäre Ansprüche auf Sozialleistungen nur in Ausnahmefällen auf Grundlage der Art 2 und 3 EMRK denkbar sind.³⁸⁵

Die ESC ist nach ihrem Anhang (Abs 1) in ihren hier wesentlichen Teilen auf Ausländer nur insoweit anzuwenden, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind. Diese Voraussetzungen liegen bei rechtskräftig negativ beschiedenen Personen nicht vor.³⁸⁶ Die ESC ist auf diese daher nicht anwendbar.

³⁸⁴ EGMR (GK) 21.1.2011 Nr. 30696/09 *M.S.S gegen Belgien und Griechenland* Rz 249 ff. ZB VwGH 24.01.2013 2011/21/0126.

³⁸⁵ Vgl dazu oben B.II.2.d.

³⁸⁶ Vgl zur ESC auch oben B.II.2.g.

E. Zusammenfassung

Die Zusammenfassung erwähnt nur wesentliche Ergebnisse, nicht die dahinter stehenden Erwägungen. („Flüchtlinge“ meint nur Flüchtlinge iSd Status-RL).

B. I. bis III. Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte

Bei Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten ist im Rahmen der bedarfsorientierten Mindestsicherung (= BMS) die Gewährung von Sachleistungen, die auch für Staatsangehörige vorgesehen sind, zulässig – jedenfalls wenn sie jene Bedarfe abdeckt, für die eine Mindesteinkommensunterstützung dienen soll. Bei der Unterkunft kann die Gewährung als Sachleistung auch zulässig sein, wenn dies bei Staatsangehörigen nur ausnahmsweise erfolgt.

Die Obliegenheit von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten zu zumutbaren Erwerbs- und Integrationsbemühungen mit der Folge, dass die BMS bei Verletzung der Obliegenheit gekürzt wird und bei beharrlichem Verweigern entfällt, ist in jenem Ausmaß zulässig, in dem dies für Staatsangehörige in Bezug auf Erwerbs- und Ausbildungsbemühungen vorgesehen ist.

Die Zuweisung eines Wohnortes ist bei Vorhandensein eines migrationspolitischen Interesses zulässig, insb nach einem verhältnismäßig großen Zustrom innerhalb kurzer Zeit. In der Folge ist das Kürzen der BMS bei Verletzung der Wohnsitzobliegenheit zulässig.

Das Einführen einer für alle Berechtigten geltenden Höchstgrenze für die BMS ist aus Sicht der Status-RL zulässig, sofern der Höchstbetrag das Mindestniveau sichert.

Eine spezifische Wartezeit für Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte in Bezug auf die ihnen nach der Status-RL zu gewährenden Leistungen ist unionsrechtlich unzulässig.

Die Einführung einer Wartezeit für die Leistung auf die derzeitige, einheitliche BMS ist auch dann, wenn sie für alle Staatsangehörige gilt, problematisch, jedenfalls wenn sie Flüchtlinge ohne jede Leistung lassen würde.

Würde die BMS in eine nur vom Aufenthalt abhängige Grundleistung und eine (geringere) Zusatzleistung aufgespalten, so hängt die Antwort auf die Frage, ob Flüchtlingen nur die Grundleistung erbracht werden muss und sie von der Zusatzleistung ausgeschlossen werden dürfen, dann, wenn man Art 29 Abs 1 Status-RL als Diskriminierungsverbot (und nicht nur als Gleichstellungsgebot) versteht, von der Rechtfertigung der Benachteiligung ab. Diese kann, wie meist in solchen Fällen, nicht mit Sicherheit beurteilt werden. Es erscheint aber nicht ausgeschlossen, dass der EuGH eine Rechtfertigung bejahen lässt, beim Erfordernis einer mehrjährigen Erwerbstätigkeit eher als bei jenem eines mehrjährigen Aufenthalts.

Es spricht mehr dafür, die österr Familienbeihilfe weder unter Art 24 GFK noch unter Art 23 GFK noch unter Art 29 Abs 1 Status-RL zu subsumieren. Dann besteht keine Pflicht, die Leistung an Flüchtlinge zu erbringen.

Es ist nach der Judikatur des EuGH schon im Aufnahmeverfahren nicht zulässig, Leistungen an Asylwerber vor der tatsächlichen Überstellung mit der Begründung zu verweigern, dass nach dem Dublin-System ein anderer Mitgliedstaat zuständig wäre. Umso mehr gilt dies für Schutzberechtigte.

Bei **subsidiär Schutzberechtigten** spricht eine primär am Normtext orientierte Auslegung für ein leistungsartbezogenes Verständnis von „Kernleistungen“ in Art 29 Abs 2 Status-RL. Auszugehen ist danach von den für Staatsangehörige vorgesehenen Leistungen, von diesen müssen nur die Kernleistungen erbracht werden, diese aber voll. Allerdings ist das alternative umfangbezogene Verständnis nicht unvertretbar.

Folgt man der leistungsartbezogenen Interpretation, dann ist es mit Art 29 Abs 2 Status-RL nicht vereinbar, für subsidiär Schutzberechtigte dieselben Leistungen vorzusehen, welche spezifisch für Schutzsuchende (Antragsteller) vorgesehen sind, in Österreich also die Grundversorgung (vgl auch B.IV).

Folgt man der leistungsartbezogenen Interpretation, so zählen die Leistungen zur Deckung des Lebensunterhaltes und des angemessenen Wohnbedarfes bei der derzeitigen einheitlichen Ausgestaltung der BMS zu den „Kernleistungen“ der Sozialhilfe iSd Art 29 Abs 2. Sie müssen daher auch subsidiär Schutzberechtigten in voller Höhe erbracht werden (vgl auch B.IV).

Bei Aufspaltung der BMS in eine nur vom Aufenthalt abhängige Grundleistung und eine Zusatzleistung, die mehrjährige(n) Erwerbstätigkeit oder Aufenthalt in Österreich voraussetzt, ist es möglich, nur die Grundleistung als Kernleistung zu qualifizieren, vorausgesetzt die Grundleistung ist ausreichend höher als die Zusatzleistung.

Der Gesetzgeber kann subsidiär Schutzberechtigte vom Bezug der Familienbeihilfe ausschließen.

B. IV. Das sekundärrechtliche Asyl- und Flüchtlingsrecht greift zwar an verschiedenen Stellen quantitative Elemente auf, die auch in Kapazitätskriterien zum Ausdruck kommen. Hieran werden aber keine Rechtsfolgen geknüpft, die – mit Ausnahme von Art 18 Abs 9 Aufnahme-RL – wegen vergleichsweiser oder absolut zu großer Belastung eines MS eine Einschränkung bei Sozialleistungen ausdrücklich vorsehen.

Gleichwohl gibt es gute Gründe für die Befugnis eines Mitgliedstaates, der durch ei-

nen **Massenzustrom** im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten des GEAS bei den Antragstellungen **stark unverhältnismäßig belastet** ist, seine Sozialleistungen an Schutzberechtigte unter das in Art 29 Status-RL vorgesehene Niveau abzusenken, um den Anreiz diesen Mitgliedstaat zu wählen zu verringern – allerdings nur für nach Beschluss der Änderung neue Antragsteller und soweit dies erforderlich ist, um einer Zunahme der ungleichgewichtigen Verteilung entgegenzuwirken. Konkret erlaubt dies es dann *va*, bei künftigen subsidiär Schutzberechtigten die Leistungen auf das für Asylwerber vorgesehene Niveau zu senken. Falls und solange der am 18.3.2016 von der EU beschlossene Plan jedoch einen unkoordinierten Massenzustrom verhindert, kommen die hier zur relativen Belastungsschwelle angestellten Überlegungen nicht zum Tragen

C. Schutzsuchende – Antragsteller

Die Aufnahme-RL kennt (zumindest) zwei Standards. Erstens sieht Art 17 Abs 2 Aufnahme-RL allgemein materielle Leistungen vor, die „einem angemessenen Lebensstandard entsprechen, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet“. Zweitens verlangt Art 20 Abs 5 Aufnahme-RL auch bei Entziehung der materiellen Leistungen, dass der MS einen „würdigen Lebensstandard“ gewährleistet. Der „würdige“ Lebensstandard liegt unter dem „angemessenen“.

Die unionseinheitliche Auslegung und der Hinweis in ErwG 11 auf „vergleichbare Lebensbedingungen in allen Mitgliedstaaten“ sprechen zwingend dafür, dass das von Art 17 Abs 2 Aufnahme-RL geforderte Leistungsniveau – in Sachen und Diensten ausgedrückt – aus Sicht aller Mitgliedstaaten des GEAS festzulegen ist, also nicht in Relation zum Lebensstandard im jeweiligen Aufnahmeland.

Auch bei Sachleistungsgewährung muss der „angemessene Lebensstandard“ gewährleistet sein. Art 17 Abs 5 S 2 zweite Alternative Aufnahme-RL hat daher „nur“ die Bedeutung, bei Sachleistungen erstens diese auch dann zu erlauben, wenn diese für Staatsangehörige nicht vorgesehen sind, und zweitens erlauben, dass vom Standard für Staatsangehörige nach unten abgewichen wird, wenn dieser über dem Standard des Art 17 Abs 2 liegt. Ein Abweichen der Leistungen an Antragsteller von dem für Staatsangehörige vorgesehenen Niveau der Leistungen zur Existenzsicherung kann mit Art 1 GRC und Art 3 EMRK vereinbar sein.

Die Mitgliedstaaten können bei Antragstellern die Unterkunft auch dann als Sachleistung erbringen, wenn diese Form bei Staatsangehörigen – wie im System der BMS idR – nicht vorgesehen ist.

Wird die Unterkunft als Sachleistung erbracht, und weigern sich die Schutzsuchenden,

die konkret zugewiesene Unterkunft zu nutzen, so können die Mitgliedstaaten (auch) die anderen materiellen Leistungen entfallen lassen. Bei Zuweisung einer anderen Unterkunft gilt dies, wenn die Verlegung „notwendig“ ist.

Zur medizinischen Versorgung verlangt Art 19 Aufnahme-RL nicht die volle Gleichbehandlung der Asylwerber mit eigenen Staatsangehörigen.

D. Rückkehrverpflichtete

Die Rückführungs-RL selbst verlangt schon in ihrem Anwendungsbereich keine Leistungen zur Existenzsicherung, soweit aus Art 14 und den Erwägungen zu den Komplementärleistungen nicht anderes folgt. Der MS kann allerdings gem Art 4 Abs 3 günstigere Bedingungen anwenden. Die Versorgung der Rückkehrverpflichteten im Rahmen der österr Grundversorgung erfüllt jedenfalls die Vorgaben der RL.

Art 14 Rückführungs-RL erlaubt einem MS dann, wenn eine große Zahl von Rückkehrverpflichteten, auf die Art 14 anwendbar ist, längere Zeit nicht rückgeführt wird und dies zu Kapazitätsproblemen führt, vom Mindeststandard des Art 14 nach unten abzuweichen.

Ist sowohl die Frist zur freiwilligen Ausreise wie (in der Folge) jene eines Aufschubes der Abschiebung abgelaufen, so ist Art 14 Rückführungs-RL nicht mehr anwendbar. Erst ab diesem Zeitpunkt verpflichtet das Sekundärrecht die MS nicht mehr zu Leistungen an Personen, deren Antrag auf Schutz abgelehnt wurde.