Warten auf ... ?

Verfassungs- und unionsrechtliche Perspektiven auf den Mindestsicherungszugang nach einem positiv abgeschlossenen Asylverfahren (Niederösterreichisches Mindestsicherungsgesetz, NÖ MSG)[1]

Petra Sußner

1. Einleitung

Bereits im Februar 2016 hat der NÖ Landesgesetzgeber in Sachen Mindestsicherung von sich reden gemacht: Subsidiär Schutzberechtigte wurden mit der Novelle LGBl 24/2016 vom Bezug der Bedarfsorientierten Mindestsicherung ausgeschlossen und auf – die grundsätzlich für Asylwerber*innen vorgesehenen – Leistungen aus der Grundversorgung[2] zurückgestuft.[3] Mit Ende 2016 ist nun die 15a-Vereinbarung zur Bedarfsorientierten Mindestsicherung[4] ausgelaufen und eine Einigung über bundesweit einheitliche Mindeststandards gescheitert. Nachdem der Bundesgesetzgeber keinen Gebrauch von seiner Grundsatzgesetzgebungskompetenz (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG) gemacht hat, liegt der Ball gänzlich bei den Ländern. Wie *Hiesel* in der letzten Ausgabe des *juridikum* bereits herausgearbeitet hat, steigt damit auch die Wahrscheinlichkeit landesgesetzlich verfügter Kürzungen.[5] Vorreiter scheint erneut das Land NÖ zu sein. Mit der unmittelbar am 1.1.2017 in Kraft getretenen Novelle LGBl 103/2016 wendet seine Gesetzgebung sich nicht mehr nur gegen subsidiär Schutzberechtigte, sondern auch gegen Asylberechtigte: § 11 NÖ-MSG sieht niedrigere Richtsätze – die sog „Mindeststandards – Integration" – , für diejenigen vor, die sich innerhalb der letzten sechs Jahre weniger als fünf Jahre in Ö aufgehalten haben (Abs 2 und 3 leg cit). Während § 5 Abs 3 Z 4 NÖ-MSG subsidiär Schutzberechtigte explizit als nicht anspruchsberechtigt benennt, wendet sich § 11 NÖ-MSG an Flüchtlinge, österreichische Staatsbürger*innen und andere Fremde in gleichem Maße. Lediglich im Ergebnis

1 Für den Austausch im Vorfeld dieses Artikels bedanke ich mich allen voran bei Stephan Klammer sowie bei Marina Kaspar, Emanuel Matti und Maximilian Weh.

2 Die monatlichen Kostenhöchstsätze aus der Grundversorgung betragen derzeit € 215 an Verpflegungsgeld/erwachsener Einzelperson sowie € 150 an Mietzuschuss/erwachsener Einzelperson. Personen, die in betreuten Unterkünften leben, haben einen Taschengeldanspruch iHv € 40/Monat, BGBl NUMMER 2016/48.

3 Hiesel, Mindestsicherung neu. Erste Gedankenskizzen, juridikum 1/2017, 84-85.

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

5 Vgl Hiesel, juridikum 1/2017.

werden es wohl va Flüchtlinge sein, die sich bei positivem Asylverfahrensabschluss noch nicht lange genug in Ö aufgehalten haben, um die Wartefrist des § 11 NÖ MSG zu erfüllen. Während subsidiär Schutzberechtigte dementsprechend zur Gänze und ausdrücklich vom Bezug der Bedarfsorientierten Mindestsicherung ausgeschlossen sind, sind Asylberechtigte lediglich mittelbar und im Rahmen einer Kürzung von den landesgesetzlichen Restriktionen betroffen. Dieser Unterschied scheint mit den unions- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen zu korrespondieren: Während ein kategorischer Ausschluss von Flüchtlingen wohl als klarer Unionsrechtsverstoß einzustufen wäre,[6] ist die Rechtslage im Hinblick auf subsidiär Schutzberechtigte weniger eindeutig; ein expliziteres einfachgesetzliches Vorgehen erscheint weniger aufsehenerregend.
Das Hauptaugenmerk dieses Artikels liegt darauf, ob es dem NÖ Landesgesetzgeber gelungen ist, mit § 11 NÖ-MSG im verfassungs-und unionsrechtlichen Rahmen des Zulässigen bleiben. Zu diesem Zweck wendet er sich vorerst der Entstehungsgeschichte und den faktischen Rahmenbedingungen des § 11a NÖ MSG zu. In einem nächsten Schritt fragt er nach den einschlägigen völkerrechtlichen Zh der Bestimmung, um sich schließlich mit unionsrechtlichen Vorgaben und verfassungsrechtlichen Spannungsfeldern zu befassen. Um jedoch die Kontinuität, die zw § 5 Abs 3 Z 4 und § 11 NÖ-MSG über das Asylverfahren hergestellt wird, nicht aus den Augen zu verlieren – und damit einen Einblick in Existenzfragen nach positivem Asylverfahrensabschluss geben zu können – wirft der Artikel einleitend einen Blick auf den bereits 2016 erfolgten Ausschluss von subsidiär Schutzberechtigten von der Mindestsicherung.

2. Zur Vorgeschichte: Der in § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG normierte Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter

Um als subsidiär schutz- oder asylberechtigt zu gelten, bedarf es jeweils einer Voraussetzung: Eines positiv abgeschlossenen Asylverfahrens. Während Asylberechtigte als Flüchtlinge iSd Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) anerkannt werden (§ 3 Abs 1 AsylG), erfüllen subsidiär Schutzberechtigte die Kriterien des dort normierten Flüchtlingsbegriffs zwar nicht (weil sie etwa nicht aus einem der in Art I A 2 GFK genannten Gründen verfolgt werden), sind in ihrem Herkunftsland allerdings – etwa durch Kriegshandlungen – Gefährdungen ausgesetzt, die aufenthaltsbeendenden Maßnahmen menschenrechtlich entgegenstehen (§ 8 AsylG). Die über den jeweiligen Status vermittelten Aufenthaltstitel unterscheiden sich in qualitativer und quantitativer Hinsicht.[7] Die entscheidende

6 Vgl bereits Rebhahn/Pfalz/Stella, Sozialleistungen an „international Schutzberechtigten und Schutzsuchende" – Möglichkeiten zur Differenzierung gegenüber Staatsangehörigen. Gutachten für die österreichische Bundesregierung, (2016) 63-64, www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/5/0/0/CH3434/CMS1459340430592/gutachten_sozialleistungen_schutzberechtigte.pdf (21.3.2017).

7 Ein augenscheinliches Bsp bietet die Dauer der Aufenthaltsberechtigung: Während subsidiär Schutzberechtigten gem § 8 Abs 4 AsylG erstmalig lediglich eine einjährige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen ist, sieht § 3 Abs 4 AsylG nach Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft eine dreijährige Aufenthaltsberechtigung vor.

Frage an dieser Stelle: Legitimiert diese Unterscheidung auch sozialrechtliche Differenzierungen? Das einschlägige Unionsrecht spricht auf den ersten Blick dafür: Art 29 der RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 12. 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (StatusRL) berechtigt die Mitgliedstaaten – bei einer grundsätzlichen Anordnung von Gleichbehandlung gegenüber eigenen Staatsangehörigen – in Abs 2, Sozialleistungen für subsidiär Schutzberechtigte auf „Kernleistungen" zu beschränken. Eine solche Option eröffnet Art 29 der StatusRL gegenüber Asylberechtigten nicht. IdS hat der VwGH zur Vorgängerbestimmung des Art 29 StatusRL[8] erkannt, dass ein Ausschluss von subsidiär Schutzberechtigten aus dem Anwendungsbereich des Burgenländischen Soziahilfegesetzes nicht unionsrechtswidrig sei. Die geforderten Kernleistungen seien im Rahmen der Grundversorgungsleistungen – auf die subsidiär Schutzberechtigte auch damals verwiesen wurden – gewährleistet.[9]
Warum wurde die unionsrechtliche Zulässigkeit des § 5 Abs Z 4 NÖ MSG vor dem Hintergrund dieser Judikatur nun abermals zum Thema gemacht?[10] Auf welcher Grundlage haben Betroffene die Gerichtsbarkeit erneut mit dieser Frage befasst?[11] Im Wortlaut des Art 29 StatusRL ist eine solche Grundlage nicht unmittelbar erkennbar, da keine Änderungen gegenüber der Vorgängerbestimmung vorgenommen wurden. Mögliche Anhaltspunkte für eine Neubeurteilung finden sich in der Judikatur des EuGH und im systematischen Zh der neugefassten RL. So war der EuGH in der Rechtssache *Kamberaj*[12] inzw mit der Frage befasst, inwiefern Sozialleistungen für langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörige im Lichte des Art 11 Abs 1 lit d der RL 2003/109/EG des Rates vom 25. 11. 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (DaueraufenthaltsRL) gegenüber eigenen Staatsbürger*innen beschränkbar sind. Art 11 DaueraufenthaltsRL normiert ein dem Art 29 StatusRL ähnlich gelagertes Gleichbehandlungsgebot und erklärt in lit d ebenfalls eine Beschränkung auf Kernleistungen für zulässig. Diese Beschränkungsermächtigung ist jedoch aus Sicht des EuGH im Hinblick auf das Ziel der Integration von dauerhaft ansässigen Drittstaatsangehörigen und deren Recht auf Gleichbehandlung eng auszulegen. Nun wenden *Rebhahn/Pfalz/Stella* ua mE zu Recht ein, dass diese Entscheidung schon deshalb nicht unmittelbar auf die gegenständliche Konstellation umlegbar ist, da das Ziel der Integration im Hinblick auf subsidiär Schutzberechtigte nicht im selben Maß vordergründig ist, wie

8 Art 28 der RL 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 Inhat des zu gewährenden Schutzes.
9 VwGH 15.12.2011, 2008/10/0001.
10 Vgl Rebhahn/Stella/Pfalz, Sozialleistungen 79-84.
11 Vgl etwa Landesverwaltungsgericht NÖ 2.1.2017, LVwG-AV-1025/001-2016.
12 EuGH 24.4.2012, C-571-10.

bei langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen.[13] Umgekehrt lässt sich aus dem Judikat allerdings eine affirmative Haltung gegenüber einem Gleichbehandlungsgebot herauslesen, die auch im gegebenen Zh für ein restriktives Verständnis der Einschränkung von Sozialleistungen für subsidiär Schutzberechtigte sprechen könnte. Unterstützt wird eine solche Perspektive von systematisch-teleologischen Erwägungen. Während der Wortlaut der jeweils einschlägigen Bestimmungen der StatusRL zwar ident ist, hat sich deren Kontext mit der Neufassung der StatusRL verändert: Gem Erwägr 39 ist dieser – abgesehen von notwendigen und sachlich gerechtfertigten Ausnahmeregelungen – an einer Gewährung derselben Rechte und Leistungen zu denselben Bedingungen für Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte gelegen.[14] Misst man* diesem Kontext nun eine ähnlich tragende Bedeutung bei, wie in der Rechtssache *Kamberaj*, ist durchaus denkbar, dass § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG in einem anderen unionsrechtlichen Licht zu beurteilen ist, als der Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter aus dem Anwendungsbereich des Bgld SHG im Jahr 2011.

Mit diesen Überlegungen konnte die Problematik des § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG freilich nur angeschnitten werden; noch völlig unbeleuchtet sind die verfassungsrechtlichen Fragen, die sich iZhm der Ungleichbehandlung von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten ergeben. Um die Aufmerksamkeit auch hier auf das NÖ MSG richten zu können, möchte ich mich auf die Frage beschränken, welche konkreten Auswirkungen ein enges Verständnis der Einschränkungsbefugnis auf Kernleistungen iSd Art 29 Abs 2 StatusRL hätte. Würde es § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG unionsrechtlich unzulässig machen? Einen mE praktikablen Vorschlag machen *Rebhahn/Pfalz/Stella*. Sie differenzieren zw einem umfangbezogenen und einem leistungsartbezogenen Begriffsverständnis. Während ersteres eine lineare Reduktion auf Kernleistungen zulässig machen würde, würde ein leistungsartbezogener Ansatz Beschränkungen nur bei einzelnen (Nicht-Kern)Leistungen gestatten.[15] Da das NÖ MSG ein einheitliches Mindestsicherungssystem vorsieht, käme eine entsprechende Beschränkung unionsrechtlich nicht in Betracht. Die angesprochenen Autoren halten einen umfangbezogenen Ansatz für „nicht unvertretbar"[16], gehen jedoch überwiegend von einem leistungsartbezogenen Verständnis aus. In jedem Fall ist mE von einer Fragestellung auszugehen, die einer Neubeurteilung zugänglich ist. Sie ist nicht nur für subsidiär Schutzberechtigte existenziell, sondern berührt auch eine global gegenwär-

13 Rebhahn/Stella/Pfalz, Sozialleistungen 81.

14 Mit diesem Anspruch bewegt sich der Unionsgesetzgeber in einer Tendenz, die sich auch in Beiträgen der internat Lit beobachten lässt. Vgl etwa: „This book argues that the Refugee Convention functions as a form of lex specialis for all persons in need of international protection, providing an appropriate legal status irrespective of the source of the State's protection obligation. [...] The rights contained in the Refugee Convention are not innately superior to those in the universal human rights instruments, being largely based on and extended by the latter [...] By tracing the historical development of international protection, this book explains why, as a matter of law, persons protected by the extended principle of non-refoulement ought to receive a legal status equivalent to that accorded by the Refugee Convention." McAdam, Complementary Protection in International Refugee Law (2007) 5-6.

15 Rebhahn/Stella/Pfalz, Sozialleistungen 81-84.

16 Ebd 148.

tige Frage: Inwiefern ist die historisch gewachsene Trennung von Flüchtlingen und anderen Schutzbedürftigen noch gerechtfertigt?

3. Zur Wartefrist des § 11a NÖ MSG

Während subsidiär Schutzberechtigten nach positivem Abschluss ihres Asylverfahrens derzeit keine Anspruchsberechtigung iSd NÖ MSG zukommt, haben Asylberechtigte grundsätzlich Zugang zur Bedarfsorientierten Mindestsicherung. Allerdings sieht § 11a Abs 1 NÖ MSG für „Hilfe suchende Personen, die sich innerhalb der letzten sechs Jahre weniger als fünf Jahre in Österreich aufgehalten haben" geringere Bezugssätze vor: Einzelpersonen stehen max € 572,50/Monat zur Deckung von Lebensunterhalt und Wohnbedarf zur Verfügung (§ 11a Abs 2 Z 2 sowie Abs 3 Z 2 NÖ MSG). Die regulären Richtsätze zur Deckung von notwendigem Lebensunterhalt und Wohnbedarf liegen demgegenüber bei € 844,46/Monat (§ 11 NÖ MSG iVm § 1 Abs 1 Z 1 sowie Abs 2 Z 1 NÖ MSV)[17]. Der Monatswert der Armutsgefährdungsschwelle beläuft sich im Vgl dazu – laut EU Indikatoren zur sozialen Eingliederung (EU SILC 2015) – derzeit auf € 1.163[18]; die „Mindeststandards – Integration" unterschreiten diesen Wert dementsprechend um 51 %.

Anwendbar sind die „Mindeststandards Integration" auf sämtliche Hilfesuchende – Fremde wie Staatsbürger*innen. Prima facie liegt also Gleichbehandlung vor. Auf den zweiten Blick zeigt sich, dass Flüchtlinge in ungleich höherem Ausmaß betroffen sein werden: Für das ordentliche Asylverfahren sieht die ö Rechtslage eine Dauer von max 21 Monaten (§ 22 Abs 1 AsylG, § 21 BFA-Verfahrensgesetz, § 34 Abs 1 VwGVG) vor. Bei gesetzmäßiger ordentlicher Asylverfahrensführung ergibt sich für anerkannte Flüchtlinge daraus ein Regelausschluss vom regulären Mindestsicherungsbezug für eine Dauer von min 39 Monaten, da sie sich erst seit max 21 Monaten in Ö befinden.

Dabei scheint es sich um keine versehentliche, sondern um eine vom Landesgesetzgeber intendierte Legislativwirkung zu handeln: „Mit der gegenständlichen Novelle [LGBl 2016/103] soll den geänderten Rahmenbedingungen betreffend Arbeitsmarkt und steigenden Flüchtlingszahlen und dem daraus resultierenden Anstieg der anspruchsberechtigen Personen [...] Rechnung getragen werden. [...] Im Sinne einer sozialen Gerechtigkeit soll der Anspruch auf die volle Höhe der Bedarfsorientierten Mindestsicherung davon abhängig gemacht werden, dass die Hilfe suchende Person sich innerhalb der letzten 6 Jahre zumindest 5 Jahre in Österreich aufgehalten hat. [...]. Damit soll einerseits das System vor Überlastungen geschützt werden, andererseits soll ein klares Zeichen nach

17 LGBl 2016/104.

18 Bundesanstalt Statistik Austria, Tabellenband EU-SILC 2015 Einkommen, Armut und Lebensbedingungen, www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/2/0/8/CH3434/CMS1460623165106/tabellenband_eu-silc_2015.pdf (21.3.2017).

außen gesetzt werden, um die Attraktivität Österreichs als Zielregion für Flüchtlinge einzudämmen."[19]

Tatsächlich zeigt sich angesichts der oben angesprochenen zeitlichen Lücke zw Regeldauer des Asylverfahrens und voller Anspruchsberechtigung, dass die Wartefrist für Asylberechtigte wohl den Regelfall und nicht – wie für ö Staatsangehörige[20] – die Ausnahme darstellen wird. § 11a NÖ MSG wirkt sich faktisch ungleich aus, trifft Flüchtlinge wesentlich häufiger verwirklicht mE daher einen Fall mittelbarer Ungleichbehandlung. Wie bereits angesprochen gehe ich davon aus, dass eine unmittelbare Spielart dieser Diskriminierung (etwa in Form einer dezidierten Wartefrist für Flüchtlinge) zu Recht als offener Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art 29 Abs 1 StatusRL gehandelt wird.[21] Hinsichtlich der Zulässigkeit einer mittelbaren Ungleichbehandlung schlagen *Rebhahn/Stella/Pfalz* die Differenzierung zw einem strikten Gleichbehandlungsgebot und eines Diskriminierungsverbotes ieS vor: Wäre Art 29 StatusRL als striktes Gleichbehandlungsgebot zu verstehen, umfasse dieser uU keine mittelbaren Diskriminierungskonstellationen. Als Diskriminierungsverbot würde er umgekehrt sachlich rechtfertigbare Ungleichbehandlungen zulassen, umfasse aber auch mittelbare Diskriminierungskonstellationen.[22] Möchte man dieser Kategorisierung folgen, wäre Art 29 StatusRL mE nicht als Gleichbehandlungsgebot zu bezeichnen, worauf noch näher einzugehen sein wird. Ebenfalls ansprechen werde ich, ob die gegenständliche mittelbare Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigbar erscheint – eine Frage, die mich nicht nur entlang des Unionsrechts, sondern va auch mit Blick auf die einschlägigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen interessiert. Beginnen möchte ich allerdings mit den völkerrechtlichen Rahmenbedingungen.

3.1. Zu Art 23 GFK

§ 11a Abs 1 NÖ MSG verwirklicht, wie erwähnt, nicht nur eine Wartefrist, er lässt sich angesichts seiner Bindung an den Aufenthalt in Ö auch als Wohnsitzklausel verstehen. Solche Wohnsitzklauseln sind iZhm Sozialleistungen kein Novum, sondern haben bereits in den GFK-Verhandlungen Aufmerksamkeit erfahren.

Zur Relevanz der GFK für die in diesem Beitrag behandelten Fragen ist eingangs festzuhalten, dass es sich bei der Konvention um ein seitens des ö Bundesgesetzgebers ratifiziertes völkervertragliches Instrument handelt. Der VwGH stuft sie als „unmittelbar anzuwendendes, einfaches Bundesrecht [ein], das „self executing" ist".[23] Per *se* befindet sich die GFK daher

19 NÖ MSG, Änderung, Ltg-1146/A-1/79-2016, www.landtag-noe.at/service/politik/landtag/LVXVIII/11/1146/1146A.pdf (21.3.2017).

20 Zur Vergleichsgruppe der EU Bürger*innen s Hiesel, juridikum 4/2017. An dieser Stelle sei lediglich vermerkt, dass Fremde jenseits von Flüchtlingen und EU Bürger*innen in den ersten 5 Jahren ihres Aufenthalts idR nicht zum anspruchsberechtigten Personenkreis iSd § 5 NÖ MSG zu zählen sind.

21 Rebhahn/Stella/Pfalz, Sozialleistungen 63-64.

22 Ebd 18.

23 VwGH, 21.12.2000, 2000/01/0126.

nicht in einem rechtshierarchisch übergeordneten Verhältnis zum NÖ MSG. Allfällige Widersprüche zwischen GFK und NÖ MSG sind dementsprechend nur insofern von Bedeutung, als der GFK die Funktion eines einschlägigen Auslegungsmaßstabs zukommt: Auf innerstaatlicher Ebene wird sie über das Gebot der völkerrechtskonformen Interpretation vermittelt;[24] unionsrechtlich ergibt sich aus dem Kompetenztatbestand des Art 78 Abs 1 AEUV, dass einschlägige Bestimmungen „im Einklang" mit der GFK zu stehen haben.
Als problematisch könnte sich § 11a NÖ MSG vor diesem Hintergrund mit Blick auf Art 23 GFK erweisen. Dieser bestimmt, dass die „vertragschließenden Staaten [...] den Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in ihrem Staatsgebiet aufhalten, auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge und sonstigen Hilfeleistungen die gleiche Behandlung wie ihren eigenen Staatsangehörigen gewähren". Ö hat diese Bestimmung unter dem Vorbehalt ratifiziert, dass Leistungen aus der öffentlichen Fürsorge und sonstige Hilfeleistungen iSd Art 23 GFK als Leistungen aus der Armenversorgung (vgl den Kompetenztatbestand des Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG), zu verstehen sind. Steuerfinanzierte Leistungen an Hilfsbedürftige wie die Bedarfsorientierte Mindestsicherung gelten typischerweise als Elemente der Armenversorgung.[25]
Rebhahn/Pfalz/Stella stufen Art 23 GFK als striktes Gleichbehandlungsgebot ein. Ein Verbot mittelbarer Diskriminierung sei diesem nicht zu entnehmen, „auch weil diese Figur bei Abschluss der GFK noch nicht etabliert"[26] gewesen sei. Für das einschlägige Unionsrecht ergäben sich daher keine entsprechenden Implikationen. Dieser Ansicht kann nicht uneingeschränkt beigetreten werden. So ist etwa *Hathaway* nach einer Befassung mit den *travaux préparatoires* der GFK zu folgendem Schluss gelangt:

> „Not only are refugees entitled to access all of the same public relief and assistance benefits provided to citizens, but they may not be denied that relief or assistance on the grounds that under a particular country's system such benefits are provided only to citizens with a close affiliation to a particular region or community. *Indeed, the drafters formally recorded the view that ‚refugees should not be required to meet any conditions of local residence or affiliation which may be required of nationals.*"[27]

Wenngleich *Hathaway* die Frage der mittelbaren Diskriminierung damit nur implizit anspricht, ist seine Conclusio für den gegebenen Zh ungleich relevanter. Sein Bsp behandelt nämlich just eine Wohnsitzklausel-Konstellation, wie sie nun über § 11a NÖ MSG verwirklicht wurde („*conditions of local residence or affiliation*"): § 11a NÖ MSG verlangt von Staatsbürger*innen wie Flüchtlingen in gleichem Ausmaß eine fünfjährige lokale Bindung an Ö. Eine Anforderung, die Flüchtlinge – wie bereits angesprochen – schon angesichts der vorgesehenen Regelverfahrensdauern für Asylverfahren idR nicht erfüllen

24 VfGH, 28.11.2003, KR 4/00.
25 Vgl Rebhahn/Pfalz/Stella, Sozialleistungen 15.
26 Rebhahn/Pfalz/Stella, Sozialleistungen 19.
27 Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law (2005) 808-811.

werden. Es handelt sich iaW um eine Anforderung, die ganz augenscheinlich eine mittelbare Diskriminierung verwirklicht und die dem subjektiv historischen Willen der Vertragserrichter*innen ebenso augenscheinlich zuwiderläuft.[28] Zur Veranschaulichung spreche ich daher iF von einem in Art 23 GFK normierten Diskriminierungsverbot.

3.2. Zu Art 29 Abs 1 StatusRL

Korrelierend mit diesem Diskriminierungsverbot findet sich in Art 29 Abs 1 StatusRL die bereits mehrfach erwähnte, folgende Bestimmung: „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." Wie auch die ö Bundesregierung mE zu Recht annimmt, ist diese Bestimmung als Ausdruck der gem Art 23 GFK bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zu verstehen.[29] Schon vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass § 11a NÖ MSG als unionsrechtlich unzulässig einzustufen sein wird. Erhärtet werden diese Bedenken aus dem systematischen Zh der Bestimmung, der aus meiner Sicht für eine Miterfassung mittelbarer Ungleichbehandlungskonstellationen spricht.

Art 29 StatusRL selbst gibt nicht zu erkennen, sich in das Schema Gleichbehandlungsgebot - Diskriminierungsverbot einordnen zu wollen. Terminologische Anhaltspunkte für eine Orientierung am klassischen Diskriminierungsrecht finden sich etwa in Erwägr 45 der StatusRL.[30] Dieser statuiert, dass *„[i]nsbesondere zur Vermeidung sozialer Härtefälle* [...] *ohne Diskriminierung [...]* Sozialleistungen *und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu gewähren*" sind. In seiner diskriminierungsrechtlichen Judikatur geht der EuGH wiederum davon aus, dass mittelbare Diskriminierungen ebenso verpönt sind wie unmittelbare. Eine mittelbare Diskriminierung ist ihm zu Folge verwirklicht, wenn eine Maßnahme bewirkt, dass Personen mit spezifischen Merkmalen in besonderer Weise benachteiligt werden.[31] Möchte man* auf einer terminologischen Ebene bleiben, wäre in diesem Zh noch einmal die Rechtssache *Kamberaj* zu erwähnen. Dort spricht der EuGH von einem Gleichbehandlungsgebot. Daraus für Art 29 Abs 1 Sta-

---

28 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass weder der Wortlaut des Art 23 GFK noch dessen systematischer Zh für eine Beschränkung auf unmittelbare Diskriminierungskonstellationen sprechen. Vgl auch Lester in Zimmermann/Machts/Dörschner, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary (2011) Art 23.

29 Ministerialentwurf des Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres betreffend die teilweise Zurückziehung der österreichischen Vorbehalte zur Genfer Flüchtlingskonvention vom 7. April 2014, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00030/imfname_347066.pdf (21.3.2017).

30 Zur Einschlägigkeit des Erwägr vgl auch Battjes in Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law (2016), Directive 2011/95/EU Art 29 sowie Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild, EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition. Vol 3 (2015) Chapter 4, Art 29.

31 EuGH 16.7.2015, C 83/14, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD Rn 94ff.

tusRL einen Ausschluss mittelbarer Diskriminierungskonstellationen abzuleiten, würde mE schon einen systemischen Widerspruch zum angesprochenen Erwägr aufbauen. Zusammenfassend gehe ich daher davon aus, dass Art 29 Abs 1 StatusRL auch mittelbare Ungleichbehandlungskonstellationen wie die vorliegende umfasst. Schwierig erachte ich die Ebene einer sachliche Rechtfertigung: Der Landesgesetzgeber gibt in seinen bereits zitierten Mat[32] zu erkennen, das Sozialsystem vor Überlastung schützen und die Attraktivität als Zufluchtsland senken zu wollen. Schon das Ziel der Attraktivitätssenkung erscheint problembehaftet, zumal es dem in der Präambel der GFK zum Ausdruck gebrachten Wunsch nach internationaler Zusammenarbeit zur Vermeidung überproportionaler Belastungen einzelner Vertragsstaaten abträglich und daher im Licht einer redlichen Vertragspraxis in seiner Legitimität anzuzweifeln sein dürfte. Darüber hinaus dürfte § 11a NÖ MSG eine Verletzung des Art 23 GFK verwirklichen, was dessen Verhältnismäßigkeit bzw Tauglichkeit als Mittel zur Zielerreichung jedenfalls in Frage stellt. Schließlich lassen die Mat ein Tatsachensubstrat vermissen, das über die Erforderlichkeit der eingeführten Wartefrist für Flüchtlinge Aufschluss geben könnte: Das Flüchtlingsaufkommen ist nur pauschal angesprochen, die entsprechende Belastung des Sozialsystems nur oberflächlich beziffert.[33] In ein hinterfragenswertes Licht hat diese oberflächliche Befassung eine Kritik seitens der *Armutskonferenz* gerückt: Diese führt ins Treffen, dass die Ausgaben für die Bedarfsorientierte Mindestsicherung lediglich 0,8 % des NÖ Sozialbudgets ausmachten.[34]

3.3. Zum Verfassungsrecht

Aufbauend ergeben sich verfassungsrechtliche Spannungsfelder sowohl aus Gesichtspunkten der EMRK als auch des *BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung* (BVG-RD).

3.3.1. Zu Art 14 EMRK

Art 14 der EMRK normiert ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, das es für unzulässig erklärt, Normadressat*innen in diskriminierender Weise Konventionsrechte vorzuenthalten. Zur Erfüllung des Tatbestands muss das in Rede stehende Konventionsrecht nicht selbst verletzt sein; bereits eine (auch zulässige, mittelbare) Beeinträchtigung eröffnet den Anwendungsbereich.[35] Als potentiell vorenthaltene Konventionsrechte kommen im gegenständlichen Zh sowohl Art 1 des 1. ZPMRK (Recht auf Eigentum) als auch Art 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben) in Frage.

---

32 NÖ Mindestsicherungsgesetz (NÖ MSG), Änderung, Ltg-1146/A-1/79-2016.
33 Ebd.
34 Armutskonferenz, Fakten statt Mythen, BMS Faktencheck, www.armutskonferenz.at/files/bms_faktencheck_4_behauptung-bms-unfinanzierbar.pdf (21.3.2017).
35 Vgl Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 622-620 sowie die dort zit Judikatur.

3.3.1.1. Zu Art 1 1. ZPMRK

Im Lichte eines zusehends breiter verstandenen Eigentumsbegriffs hat der EGMR in seiner jüngeren Judikatur auch steuerfinanzierte Sozialleistungen – sofern die gesetzlichen Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind – nicht länger vom Anwendungsbereich des Art 1 1. ZPMRK ausgeschlossen. Wenngleich die Lit noch zurückhaltend auf diese Judikaturlinie reagiert und auch eine einschlägige Befassung des VfGH bis dato aussteht,[36] ist ein Verständnis von § 11a NÖ MSG als Anwendungsfall des Rechts auf Eigentum nicht länger auszuschließen. In diesem Fall wäre ein – unter Bezug auf die E des EGMR vom 16.9.1996 *Gaygusuz gg Ö* – ergangenes Erkenntnis des VfGH[37] als potentiell einschlägig zu handeln: Darin hat der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art 14 EMRK iVm Art 1 1. ZPMRK bejaht, weil ö Staatsbürger*innen solange zum Bezug von Notstandshilfe berechtigt waren, solange diese die einfachgesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllten, während der Bezug für (bestimmte) nicht-ö Staatsbürger*innen auch bei Erfüllung dieser Voraussetzungen mit 52 Wochen gedeckelt war.
Wenngleich sich hinsichtlich der Übertragbarkeit dieser E auf steuerfinanzierte Sozialleistungen keine abschließende Aussage treffen lässt, ist doch ein Spannungsverhältnis zw Art 14 iVm Art 1 1. ZPMRK und § 11a NÖ MSG eröffnet.

3.3.1.2. Zu Art 8 EMRK

Verhältnismäßig klarer ist der Anwendungsbereich des Art 14 EMRK über Art 8 EMRK eröffnet; jedenfalls soweit im Einzelfall Leistungen zur Deckung des Wohnbedarfs (vgl § 10 NÖ MSG) erfasst sind. So hat der EGMR in *Bah gg Vereinigtes Königreich*[38] ausgesprochen: „Having thus defined the scope of its examination, the Court begins by observing that there is no right under Article 8 of the Convention to be provided with housing [...]. However, as the Court has previously held with regard to other social benefits (see, for example, Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 55, ECHR 2005-X), where a Contracting State decides to provide such benefits, it must do so in a way that is compliant with Article 14." Mit dem NÖ MSG hat sich der Landesgesetzgeber dazu entschlossen, Sozialleistungen zu erbringen; von einer Bindung an das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK wird vor diesem Hintergrund – angesichts einer wohl erfüllten Beeinträchtigung des Rechts auf Privat- und Familienleben – auszugehen sein.[39]
Zusammenfassend ist die Anwendbarkeit des Art 14 EMRK aus mehreren Gesichtspunkten angezeigt. Bejaht man* sie, ist wiederum auch von einer Verletzung auszugehen: So

---

36 Vgl Eberhard, Soziale Grundrechtsgehalte im Lichte der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik (2012) 529 sowie die dort zit Lit.
37 VfGH 11.3.1998, G 363/97 ua.
38 EGMR 29.9.2011, 56328/07.
39 Vgl dazu auch Pöschl, Gleichheit 627.

hat der EGMR in der bereits angesprochenen Rechtssache *Gaygusuz gg Ö* zum Ausdruck gebracht, dass Differenzierungen entlang der Nationalität aus dem Gesichtspunkt von Art 14 EMRK nicht nur einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen. Sie sind überhaupt nur mittels besonders schwerwiegender Gründe zu legitimieren. Das in dieser Rechtssache entscheidende Fehlen der ö Staatsbürger*innenschaft stufte der EGMR als solchen Differenzierungsgrund der Nationalität ein. Nachdem es auch Asylberechtigten typischerweise an der ö Staatsbürger*innenschaft mangelt, ist anzunehmen, dass auch im Fall des § 11a NÖ MSG besonders schwerwiegende Gründe zur Rechtsfertigung der Diskriminierung dargetan werden müssten. Angesichts des bereits angesprochenen, eher dünnen Tatsachensubstrats in den gesetzgeberischen Mat und der problematischen Zielsetzung des Gesetzgebers könnte eine solche Rechtsfertigung aber vor entsprechenden Schwierigkeiten stehen. In die Verletzungssphäre werden diese Schwierigkeiten nicht zuletzt aus nationalen Judikaturgesichtspunkten gerückt: So setzt der VfGH budgetären Legislativschritten insofern Schranken, als diese wirtschaftlich Schwächere nicht grundsätzlich härter treffen dürfen und breit zu streuen sind.[40] Es ist in Zweifel zu ziehen, ob eine Regelung, die sich im wesentlichen gegen Flüchtlinge richtet und diese weit unter die Armutsgefährdungsschwelle abschlägt, mit diesen Grundsätzen in Einklang zu bringen ist.

3.3.2. Zu Art I BVG-RD

Neben der EMRK könnte auf verfassungsrechtlicher Ebene auch Art 1 BVG-RD ein Konfliktfeld mit § 11a NÖ MSG eröffnen. Der Judikatur des VfGH folgend normiert Art Abs 1 BVG-RD ein allgemeines Sachlichkeitsgebot für Fremde, dessen Einhaltung nach der Formel der Erkennbarkeit eines vernünftigen Grundes für die (Un)Gleichbehandlung und der Einhaltung der Verhältnismäßigkeit zu überprüfen ist.[41] Auch aus diesem Gesichtspunkt wäre § 11a NÖ MSG auf die Sachlichkeit der Ungleichbehandlung zu überprüfen, was die bereits angesprochenen Bedenken aktualisiert.[42] Untermauert wird dieses Konfliktfeld zw Art I BVG-RD und § 11a NÖ MSG über Abs 2, dem zu Folge es zwar legitim ist, ö Staatsbürger*innen besondere Rechte einzuräumen, nicht jedoch, wenn dabei Art 14 EMRK verletzt wird. Bejaht man* im obigen Sinn eine Verletzung des Art 14 EMRK, gelangt man* auch zu einer Verletzung des Art I Abs 2 BVG-RD.

---

40 VfGH 27.9.2000, G 59/00 ua.

41 VfGH 29.6.1995, B 2317/94.

42 Dass der VfGH auf die Untermauerung einer sachlichen Rechtfertigung durch ein entsprechendes Tatsachensubstrat Wert legt, hat sich in der Vergangenheit bereits gezeigt. So hat er etwa in der zuletzt zit E B 2317/94 eine Verletzung des Art I BVG-RD erkannt, weil Fremden die Verleihung der Staatsbürger*innenschaft unter Berufung auf Gefahren verweigert wurde, die nicht tatsächlich belegt wurden.

4. Fazit

Im Ergebnis zeigt sich, dass sowohl subsidiär Schutzberechtigte als auch Asylberechtigte nach dem Abschluss ihres Asylverfahrens vor existenziellen Schwierigkeiten stehen werden. Während die Ausschlusskonstellation des § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG mE angesichts der Änderung des systemischen Zh zumindest einer unionsrechtlichen Neubeurteilung zu unterziehen sein wird, steht § 11a NÖ MSG aus mehreren Gesichtspunkten unter hohem verfassungs- und unionsrechtlichem Druck. Die besondere Verletzungsoffenheit der Bestimmung ergibt sich aus der mittelbaren Ungleichbehandlung von Asylberechtigten und der problematischen Zielsetzung sowie dem dünnen Tatsachensubstrat, die zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung zur Verfügung stehen:
So normiert § 11a NÖ MSG, dass Hilfe suchende Personen, die sich in den letzten 6 Jahren weniger als 5 Jahre in Ö aufgehalten haben, lediglich zum Bezug verminderter Leistungen berechtigt sind; diese unterschreiten die Armutsgefährdungsschwelle um 51 %. Nachdem die gesetzlich vorgesehene Dauer eines ordentlichen Asylverfahrens max 21 Monate beträgt, ist für Flüchtlinge im Regelfall von einem 39 monatigen Ausschluss vom regulären Mindestsicherungsbezug auszugehen. Der Landesgesetzgeber rechtfertigt diesen Schritt pauschal mit steigenden Flüchtlingszahlen, einer oberflächlich bezifferten Belastung des Sozialsystems und dem Ziel, Österreichs Attraktivität für Flüchtlinge zu senken. Aus völkerrechtlichen Gesichtspunkten ist diese Rechtfertigung von vornherein als unerheblich einzustufen, da das Gleichbehandlungsgebot des Art 23 GFK (im Hinblick auf Sozialleistungen sind Flüchtlinge und ö Staatsangehörige gleich zu behandeln) absolut sein und mittelbare wie unmittelbare Ungleichbehandlungen umfassen dürfte. Unionsrechtlich gesehen gerät § 11a NÖ MSG allem voran mit Art 29 Abs 1 StatusRL in Konflikt. Diese Bestimmung umfasst mE unmittelbare Ungleichbehandlungskonstellationen wie die vorliegende und dürfte in ihrer Zulässigkeit an einer sachlichen Rechtfertigbarkeit scheitern. Diskriminierungsrechtliche Erwägungen sind auch auf verfassungsrechtlicher Ebene zentral: So man* iVm Art 8 EMRK und/oder Art 1 1. ZPMRK von einem eröffneten Anwendungsbereich des Art 14 EMRK ausgehen sollte, wird auch eine Verletzung desselben anzunehmen sein; insbes weil eine Rechtfertigung wohl nur durch bes schwerwiegende Gründe zu erreichen sein wird. Angezeigt ist eine Verfassungswidrigkeit schließlich auch durch das Sachlichkeitsgebot des Art I BVG-RD. Ob der politische Wille des Landesgesetzgebers diesem unions- und verfassungsrechtlichen Druck standzuhalten in der Lage ist, werden letztlich die Gerichte zu entscheiden haben.

Mag.[a] Petra Sußner ist für die sozialrechtliche Grundlagenarbeit des Diakonie Flüchtlingsdiensts zuständig. Derzeit liegt ihr Schwerpunkt auf den landesgesetzlichen Novellen zur Bedarfsorientierten Mindestsicherung. Daneben forscht und publiziert sie im Feld Geschlecht und Migration; zuletzt an der Freien Universität Amsterdam; petra.sussner@diakonie.at