

# Wirksamer Schutz vor Säumnis in Verfahren nach dem NAG?

*Auch in Verfahren nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) kommt es leider mitunter zu Verfahrensverzögerungen. Die – teilweise gesetzlich verkürzten – Entscheidungsfristen können nicht immer eingehalten werden. Gerade im Bereich des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechts zeigen sich Lücken bzw Unzulänglichkeiten im verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzregime gegen die Säumnis der Behörden und der Verwaltungsgerichte. Gegenstand dieses Beitrags sind Rechtsschutzdefizite und rechtspolitische Vorschläge für deren Beseitigung. Daraus können auch allgemeine Anregungen für die Rechtsschutzregime des VwGVG und VwGG gegen behördliche bzw verwaltungsgerichtliche Säumnis abgeleitet werden.*

**Georg Rihs**

## A. Einleitung

Der Gesetzgeber legt für Verwaltungsverfahren notwendiger- und sinnvollerweise Entscheidungsfristen fest. Die vom Gesetzgeber vorgesehene „allgemeine“ Entscheidungsfrist beträgt sechs Monate ab Einbringung eines Antrags bei der Behörde.<sup>1)</sup> Die Verwaltungsverfahrensvorschriften sehen mit der Säumnisbeschwerde und dem Fristsetzungsantrag spezifische Rechtsbehelfe gegen die Säumnis der erstinstanzlichen Behörden und der Verwaltungsgerichte vor. Diese Rechtsbehelfe sind wesentlich, weil nur durch wirksamen Rechtsschutz auch gegen die Säumnis eine wirksame Durchsetzung subjektiver öffentlicher, materiellrechtlicher Ansprüche gewährleistet ist.<sup>2)</sup> Die Praxis erweist allerdings, dass diese Rechtsbehelfe mitunter nicht zu einer Beschleunigung der Verfahren führen, sondern unter Umständen sogar erhebliche Verzögerungen verursachen.

Im Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht ist die Verfahrensdauer über einen Erstantrag vielfach ausschlaggebend dafür, ob ein Antragsteller sein Recht auf Niederlassung bzw Aufenthalt in Österreich in der Folge überhaupt ausüben kann. Bereits im Zeitpunkt der Antragstellung muss ein Antragsteller die allgemeinen Voraussetzungen, insbesondere den Rechtsanspruch auf eine ortsübliche Unterkunft und eine alle Risiken umfassende Krankenversicherung, nachweisen. Dies verursacht ihm laufend (mitunter erhebliche) Kosten. Eine Überschreitung der gesetzlichen Entscheidungsfristen erhöht diese Kosten (im Fall des Verschuldens der Behörde rechtswidrigerweise). Drittstaatsangehörige Antragsteller, die nicht zur visumfreien Einreise und zum visumfreien Aufenthalt in Österreich berechtigt sind, halten sich vor der positiven Entscheidung der Niederlassungs- bzw Aufenthaltsbehörde und Mitteilung an die zuständige Berufsvertretungsbehörde<sup>3)</sup> regelmäßig nicht in Österreich auf. In dieser Situation müssen sie während der Dauer des Verfahrens unabhängig von dessen Aus-

gang und der Möglichkeit eines Aufenthalts in Österreich eine ortsübliche Unterkunft und eine umfassende Krankenversicherung in Österreich nachweisen und damit zumindest in diesem Zeitraum bis zur positiven Entscheidung der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde die Kosten einer „doppelten Lebenshaltung“ gewärtigen, ohne in Österreich tatsächlich Unterkunft nehmen oder Versicherungsleistungen beziehen zu können.

Bei Erstanträgen entscheidet die Niederlassungs- bzw Aufenthaltsbehörde über die erstmalige Erteilung eines Aufenthaltstitels und damit über eine neue, bis dahin nicht vorhandene Rechtsposition des Antragstellers; dabei ist die Frage der Verfahrensdauer – und des Rechtsschutzes im Fall der Überschreitung der gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsfrist – besonders heikel. Ungebührliche Verzögerungen über die gesetzlichen Entscheidungsfristen hinaus haben in dieser Phase daher unter Umständen sogar zur Folge, dass ein Antragsteller die ihm gesetzlich eingeräumte Rechtsposition (Aufenthalt bzw Niederlassung in Österreich) letztlich nicht erlangen kann.

Im Verlängerungsverfahren vor der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde bringen Verfahrensverzögerungen regelmäßig eine zeitlich begrenzte faktische Beschränkung der Bewegungsfreiheit mit sich, weil der auf dem Aufenthaltstitel ausgewiesene Zeitraum der Gültigkeit

1) Siehe § 73 Abs 1 AVG. Vgl zur Entscheidungspflicht der Behörden bspw Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>11</sup> (2019) Rz 916 ff; Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>6</sup> (2018) Rz 369 ff.

2) So etwa Öhlinger, *Untätigkeit von Gerichten und Verwaltungsbehörden und Rechtsstaatsprinzip*, in Holoubek/Lang (Hrsg), *Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit* (2011) 11 (20 f).

3) Zum Verfahren vor der Inlandsbehörde und zur Mitteilung an die örtlich zuständige Berufsvertretungsbehörde im Ausland siehe § 23 Abs 2 NAG.

abgelaufen ist.<sup>4)</sup> Angesichts der besonderen Situation der Antragsteller und der im niederlassungs- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren teilweise verkürzten gesetzlichen Entscheidungsfrist stellt sich die Frage nach der (In-)Effizienz des allgemeinen Rechtsschutzes gegen die Säumnis von Verwaltungsbehörden im niederlassungs- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren noch deutlicher als in anderen Rechtsbereichen.

## B. Praktische Überlegungen zur Relevanz der Verfahrensdauer anhand von drei Beispielen

Das Einbringen eines Erstantrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels vermittelt grundsätzlich – egal ob im Inland oder im Ausland – kein Recht auf Aufenthalt oder Niederlassung.<sup>5)</sup> Das bedeutet, dass sich das Recht auf Ein- und Ausreise bzw kurzfristigen Aufenthalt der Erstantragsteller bis zur Erteilung des Aufenthaltstitels nach den allgemeinen Bestimmungen des FPG richtet. Die Antragstellung begründet kein vorläufiges Aufenthaltsrecht. Zusammenfassend verschafft der Erstantrag dem Antragsteller keine Rechtsposition, (noch) kein Aufenthalts- oder Bleiberecht. Eine gesicherte Rechtsposition erlangt der Antragsteller erst mit positiver Erledigung seines Antrags, dh mit Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels.<sup>6)</sup> Die praktische Bedeutung des zeitlichen Verlaufs und der Dauer des Verfahrens soll zunächst beispielhaft anhand dreier Aufenthaltstitel vor Augen geführt werden:

### 1. Aufenthaltsbewilligung-Studierende

Drittstaatsangehörige Studenten benötigen für den Aufenthalt zum Zweck des Studiums einen Aufenthaltstitel „Aufenthaltsbewilligung-Studierende“ gem § 64 NAG. Die besondere Voraussetzung für diesen Aufenthaltstitel ist die Zulassung zu einem Studium in Österreich. Studierende müssen darüber hinaus auch die Voraussetzungen des 1. Teiles des NAG erfüllen,<sup>7)</sup> jedoch keinen Nachweis von Deutschkenntnissen gem § 21a NAG erbringen<sup>8)</sup>. Für Antragsteller bedeutet dies, dass sie vor der Antragstellung (unter anderem)

- die Zulassung zu einem Studium in Österreich,
- eine ortsübliche Unterkunft wie bspw einen Heimplatz in einem Studentenheim,
- eine alle Risiken abdeckende und in Österreich leistungspflichtige Krankenversicherung und
- ausreichende finanzielle Mittel

nachweisen müssen.

Gerade bei Studenten wirkt sich die Dauer des Verfahrens wesentlich auf die Planbarkeit der Ausbildung (und in der Folge auf die weitere Lebensplanung) aus. Der Studienbeginn ist praktisch ausschließlich zu Beginn des Studienjahres möglich, eine spätere Einreise verzögert den Studienbeginn häufig um ein ganzes Studienjahr. Dies kann unter Umständen bei der Verlängerung des Aufenthaltstitels dazu führen, dass der Antragsteller aufgrund des Studienplans den für die Verlängerung

nachzuweisenden Studienerfolg für das erste, zum Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels bereits „angebrochene“ Studienjahr nicht erbringen kann.<sup>9)</sup> Die Kosten für den Heimplatz, die Studiengebühren sowie die Finanzierung des Studiums in Österreich laufen unabhängig vom Stand des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens. Da diese Kosten mit der Dauer des Verfahrens steigen, kann eine Verschleppung des Verfahrens unter Umständen den Antritt des Studiums überhaupt verunmöglichen, obwohl ein Antragsteller alle Voraussetzungen für den Aufenthaltstitel „Aufenthaltsbewilligung-Studierende“ erfüllt.

Besonders gravierend ändert sich die Rechtslage zuungunsten des Antragstellers, wenn er im Laufe des Verfahrens das 24. Lebensjahr vollendet: Ab Vollendung des 24. Lebensjahres gilt ein wesentlich höherer Richtsatz für den erforderlichen Nachweis, dass der Aufenthalt des Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen wird.<sup>10)</sup> Wenn ein Drittstaatsangehöriger – wie vom NAG grundsätzlich vorgesehen<sup>11)</sup> – seinen Antrag auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung bei der zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland<sup>12)</sup> gestellt hat, leitet diese den Antrag der Niederlassungsbehörde postalisch weiter.<sup>13)</sup> Durch den Postlauf kommt es mitunter schon in diesem frühen Stadium des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens zu Verzögerungen.

4) Zwar kann die Behörde über begründeten Antrag gem § 24 Abs 1 NAG eine Bestätigung über die rechtzeitige Antragstellung (in der Praxis so genannte „Notvignette“) im Reisedokument anbringen. Diese Bestätigung soll die problemlose Aus- und Wiedereinreise während der Dauer des Verlängerungsverfahrens ermöglichen; vgl *Kind* in Abermann/Czech/Kind/Peyrl (Hrsg), NAG<sup>2</sup> (2019) zu § 24 NAG, Rz 17. Form und Inhalt sind in § 10 NAG-DV, BGB II 2005/451, geregelt. Die Gültigkeit dieser „Notvignette“ ist allerdings zeitlich auf drei Monate befristet und kann während eines Verlängerungsverfahrens nur einmal ausgestellt werden. Darüber hinaus gilt sie nicht im Schengen-Raum, sondern ausschließlich für Österreich.

5) Vgl etwa § 21 Abs 1 NAG.

6) Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass dem Fremden ein Visum zur einmaligen Einreise auszustellen ist, wenn „dem Fremden, der sich im Ausland befindet, ein Aufenthaltstitel zu erteilen wäre“ (sic); § 23 Abs 2 NAG. Dies entspricht jedoch (noch) nicht der beantragten „Rechtsposition“ im Sinn eines Aufenthaltstitels, sondern ist eine Notwendigkeit, weil Aufenthaltstitel grundsätzlich persönlich an den Antragsteller auszufolgen sind (§ 19 Abs 7 NAG).

7) Siehe § 64 Abs 1 NAG.

8) Siehe § 21a Abs 1 NAG *e contrario*.

9) § 64 Abs 2 NAG; siehe zu der grundsätzlichen strengen Rsp VwGH 16. 1. 2018, Ra 2017/22/0219; 21. 6. 2018, Ra 2017/22/0155. Unter Umständen wird die Verzögerung bei der Einreise aufgrund der Verfahrensdauer als „unvorhergesehenes, unabwendbares Ereignis“ iSd § 64 Abs 2 letzter Satz NAG zu beurteilen sein, das der Einflussphäre des Antragstellers entzogen ist und damit den mangelnden Studienerfolg im Verlängerungsverfahren rechtfertigen kann.

10) Siehe § 11 Abs 2 Z 4, Abs 5 NAG bzw § 293 ASVG. Näheres vgl [https://www.bmi.gv.at/302/files/Beilage\\_Unterhaltsbroschuere.pdf](https://www.bmi.gv.at/302/files/Beilage_Unterhaltsbroschuere.pdf).

11) Gem § 21 Abs 2 Z 6 NAG idF Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018, BGBl I 2018/56, ist für Studenten die Inlandsantragstellung nach rechtmäßiger Einreise und während des rechtmäßigen Aufenthalts zulässig.

12) Siehe § 3 Abs 3 NAG.

13) § 22 Abs 1 NAG.

## 2. Rot-Weiß-Rot-Karte

Drittstaatsangehörige, die sich zur Ausübung einer entsprechend qualifizierten Erwerbstätigkeit in Österreich niederlassen möchten, können einen Aufenthaltstitel Rot-Weiß-Rot-Karte gem § 41 NAG beantragen. Dieser Aufenthaltstitel vermittelt den (beschränkten) Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt und umfasst damit auch eine Beschäftigungsbewilligung für die Beschäftigung bei jenem Arbeitgeber, der für den Antragsteller eine Beschäftigungszusage abgegeben hat.<sup>14)</sup>

Besondere Voraussetzung für die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte ist eine ausreichende Punktezahl gem AuslBG und ein entsprechendes Arbeitsplatzangebot eines österreichischen Arbeitgebers.<sup>15)</sup>

Der Antrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte kann auch vom zukünftigen Arbeitgeber für den Antragsteller im Inland und schriftlich gestellt werden.<sup>16)</sup> Dies ist eine Ausnahme vom Grundsatz der persönlichen Antragstellung<sup>17)</sup> im niederlassungsrechtlichen Verfahren. Dadurch fällt zumindest ein möglicher Grund für Verzögerungen im regulären Verfahren – der „Postweg“ von der österreichischen Berufsvertretungsbehörde im Ausland zur Niederlassungsbehörde in Österreich – weg.

Ein Antragsteller muss darüber hinaus auch die allgemeinen Voraussetzungen des 1. Teils des NAG (ortsübliche Unterkunft, alle Risiken umfassende Krankenversicherung, ausreichende finanzielle Mittel) für die Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllen.

Sowohl für den Antragsteller als auch für seinen zukünftigen Arbeitgeber ist Zeit Geld – die mit der Rot-Weiß-Rot-Karte dokumentierte Niederlassungs- und Beschäftigungsbewilligung gilt erst ab Erteilung, dh ab Ausstellung der Karte. Jede Verzögerung mindert die Attraktivität für den Antragsteller – dem Konzept nach eine für den österreichischen Arbeitsmarkt wichtige Schlüsselkraft – und für den Arbeitgeber.

## 3. Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit

Drittstaatsangehörige ohne Erwerbsabsicht können sich in Österreich niederlassen, wenn sie im Vergleich zu anderen Aufenthaltstiteln entsprechend höhere Erwerbseinkünfte oder Ersparnisse nachweisen können.<sup>18)</sup> Darüber hinaus unterliegt der Aufenthaltstitel für den Antragsteller im Regelfall einer Quotenpflicht.<sup>19)</sup>

Auch für diesen Aufenthaltstitel müssen die Antragsteller die Voraussetzungen des 1. Teils des NAG erfüllen. Das bedeutet, dass ein Antragsteller (unter anderem) eine ortsübliche Unterkunft und eine umfassende Krankenversicherung nachweisen muss.

In der Praxis dauern Verfahren zur Erteilung dieses Aufenthaltstitels erfahrungsgemäß besonders lang, weil die Niederlassungsbehörde die Verfahren Quotenplatz für Quotenplatz abarbeitet.<sup>20)</sup> Unter Umständen erfolgt die Erteilung des Aufenthaltstitels mehr als ein Jahr nach Antragseinbringung.

Auch bei diesen Verfahren führt eine Verzögerung zu erheblich höheren Kosten für die Antragsteller, die die

Kosten für eine ortsübliche Unterkunft und eine umfassende Krankenversicherung in Österreich während des Verfahrens jedenfalls tragen müssen, ohne daraus ein Aufenthaltsrecht ableiten zu können.

## C. Gesetzliche Entscheidungsfristen im erstinstanzlichen Verfahren

### 1. Beginn des Fristenlaufs

Grundsätzlich beginnt die Entscheidungsfrist für die zuständigen Behörden mit dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der Stelle eingelangt ist, bei der er *einzubringen* war (§ 8 VwGVG); das VwGVG verwendet nicht den Begriff der Behörde, sondern jenen der Stelle. Nach dem eindeutigen Wortlaut sind Erstanträge grundsätzlich bei der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland *einzubringen*.<sup>21)</sup> Nach dem Wortlaut des § 8 VwGVG beginnt die Entscheidungsfrist mit dem Zeitpunkt der *Einbringung* des Antrags bei der österreichischen Berufsvertretungsbehörde bzw im Fall der Inlandsantragstellung durch die Antragstellung bei der zuständigen Niederlassungs- bzw Aufenthaltsbehörde zu laufen.

Die Rechtsansicht, dass der Fristenlauf erst mit Einlangen des Antrags bei der zuständigen Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde im Inland beginnt, findet keine Deckung im NAG: Das NAG erklärt die örtlich zuständige Berufsvertretungsbehörde als „zur Entgegennahme des Antrags zuständig“.<sup>22)</sup> Auch der allgemeine verfahrensrechtliche Grundsatz, dass die Frist im Fall der Einbrin-

14) Grundlegend Kreuzhuber/Hudsky, Arbeitsmigration (2011) Rz 220f.

15) Siehe § 41 Abs 1 und 2 NAG iVm § 20d Abs 1 Z 2 bis 4 AuslBG.

16) Siehe § 20d Abs 1 erster Satz NAG.

17) § 19 Abs 1 NAG.

18) Siehe § 44 NAG.

19) Eine Ausnahme von der Quotenpflicht ist nur für Inhaber von Legitimationskarten vorgesehen, die den Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“ unmittelbar nach ihrer Versetzung in den Ruhestand beantragen: § 44 Abs 2 NAG. Zur Quotenpflicht grundlegend Muzak, Rechtsfragen der Kontingentierung von Bewilligungen am Beispiel des Aufenthaltsgesetzes, ÖJZ 1996, 495; zu den damit zusammenhängenden – nach wie vor nicht gelösten – verfassungsrechtlichen Problemen vgl Kunesch, Verfassungsrechtliche Aspekte der Quotenregel – eine historische Aufarbeitung, migralex 2015, 2.

20) Die Details zur quotenpflichtigen Niederlassung sind in § 12 NAG geregelt. Die Quoten werden jährlich durch die Niederlassungsverordnung (NLV) gem § 13 NAG festgelegt. Wenn der BMI zu Jahresbeginn keine neue NLV erlässt, ist die NLV aus dem Vorjahr mit der Maßgabe anzuwenden, dass in jedem Monat höchstens ein Zwölftel der in der NLV des Vorjahres geregelten Aufenthaltstitel erteilt wird; siehe § 13 Abs 7 NAG. Soweit ersichtlich, wurde für das Jahr 2020 noch keine NLV erlassen, sodass die NLV 2019, BGBl II 2019/29, unter Anwendung der eben genannten Regel anzuwenden ist.

21) § 21 Abs 1 NAG.

22) § 3 Abs 3, § 21 NAG; der VwGH weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Anordnung der Zuständigkeit der Berufsvertretungsbehörde für Erstanträge keine „Zuständigkeitsnorm zur Entscheidung in der Sache, sondern eine Erfolgsvoraussetzung für die Erteilung von Aufenthaltstiteln“ und damit eine „Zuständigkeitsanordnung“ für die Zuständigkeit der Antragseinbringung ist: VwGH 26.2.2015, Ra 2014/22/0152.

gung bei einer unzuständigen Behörde und Weiterleitung an die zuständige Behörde gem § 6 Abs 1 AVG erst mit dem Einlangen bei der zuständigen Behörde beginnt,<sup>23)</sup> ändert nichts an diesem Ergebnis: Der Gesetzgeber des NAG hat im Ausland die Zuständigkeit der Berufsvertretungsbehörde und im Inland die Zuständigkeit der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde festgelegt. Die Weiterleitung von der – sachlich und örtlich zuständigen – Berufsvertretungsbehörde im Ausland an die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde im Inland ist kein Fall des § 6 Abs 1 AVG, sondern ein behördeninterner Vorgang ohne verzögernde Wirkung auf den Beginn der Entscheidungsfrist für die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde.

## 2. Entscheidungsfristen im Verfahren vor der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde

### a) Aufenthaltsbewilligung-Studierende: 90 Tage

Der Gesetzgeber des NAG sieht vor, dass über Anträge von Studierenden innerhalb von 90 Tagen zu entscheiden ist: *„Entscheidungen über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung als Student sind von der zuständigen Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde unverzüglich, längstens jedoch binnen 90 Tagen zu treffen.“*<sup>24)</sup>

Die 90-tägige Frist dient laut ParlMat zum FrRÄG 2018<sup>25)</sup> der Umsetzung von Art 34 der *„Forscher- und Studenten-Richtlinie“* 2016/801.<sup>26)</sup> Diese Bestimmung sieht vor, dass *„die zuständigen Behörden (...) den Antragsteller so rasch wie möglich, jedoch spätestens 90 Tage nach Einreichung des vollständigen Antrags schriftlich über die Entscheidung unterrichten“*. Erwägungsgrund 30 zur Richtlinie begründet dies damit, dass die Mitgliedstaaten *„innerhalb einer bestimmten Frist einen Aufenthaltstitel ausstellen (sollen), wenn die allgemeinen und besonderen Zulassungsbedingungen erfüllt sind“*.

Die – knappe – 90-tägige Entscheidungsfrist wird von den Aufenthaltsbehörden in der Praxis mitunter auch bei einfachen Verfahren zur Erteilung dieses Aufenthaltstitels nicht eingehalten, bei denen der Antragsteller bereits bei Antragstellung sämtliche Unterlagen vorgelegt und die Anspruchsgrundlagen nachgewiesen hat.

### b) Rot-Weiß-Rot-Karte: Acht Wochen

Über Anträge auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte ist innerhalb von acht Wochen zu entscheiden: *„Entscheidungen über die Erteilung eines Aufenthaltstitels ‚Rot-Weiß-Rot – Karte‘ sind von der zuständigen Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde und der zuständigen Behörde gemäß §§ 20d oder 24 AuslBG [das ist das AMS, Anm] unverzüglich, längstens jedoch binnen 8 Wochen ab Einbringung des Antrags, zu treffen.“*<sup>27)</sup> Der österreichische Gesetzgeber hat diese Frist selbst festgelegt. In den Parlamentarischen Materialien zum FNG-Anpassungsgesetz 2013 finden sich nur minimale Hinweise<sup>28)</sup> auf die tatsächlich einschlägige Richtlinie (EU) 2011/98<sup>29)</sup> (auch kurz *„Rahmenrichtlinie“*). Art 5 Abs 2 dieser Richtlinie sieht vor, dass über Anträge

*„sobald wie möglich, spätestens aber innerhalb von 4 Monaten nach Einreichung“* zu entscheiden ist. Der Gesetzgeber hat somit eine kürzere Entscheidungsfrist als unionsrechtlich geboten normiert.

Die achtwöchige Frist ist knapp bemessen. Innerhalb der acht Wochen ist eine schriftliche Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle bzw ein Gutachten der Landesgeschäftsstelle des AMS einzuholen.<sup>30)</sup> Die regionale Geschäftsstelle hat den Regionalbeirat anzuhören und innerhalb einer vierwöchigen Frist gegenüber der Niederlassungsbehörde das Vorliegen der besonderen Voraussetzungen (Punktezahle etc) schriftlich zu bestätigen.<sup>31)</sup> Erfahrungsgemäß kommt es im Verfahren vor dem Arbeitsmarktservice immer wieder zu Rückfragen und Diskussionen über die Berechnung der Punktezahle. Darüber hinaus tagt die regionale Geschäftsstelle zwar in regelmäßigen Abständen; die Möglichkeit der Einhaltung der vierwöchigen Entscheidungsfrist für das AMS bzw der – insgesamt – achtwöchigen Frist ab Antragstellung für den Abschluss des niederlassungsrechtlichen Verfahrens hängt jedoch (unter anderem) – vom Antragsteller bzw vom zukünftigen Arbeitgeber nicht beeinflussbar – vom Zeitpunkt der Einberufung dieses Gremiums ab.<sup>32)</sup> Die zuständigen Behörden (Niederlassungsbehörde, AMS) sind erkennbar bemüht, die achtwöchige Frist einzuhalten. Dies ist allerdings aufgrund der Fülle der zu klärenden Tatsachen- und Rechtsfragen nicht immer möglich.

23) Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren (2013) zu § 8 VwGVG Anm 8; Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 8 VwGVG, K 3; Götzl in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler (Hrsg), Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 8 VwGVG, Rz 4.

24) Siehe § 64 Abs 6 NAG idF Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018, BGBl I 2018/56.

25) ErlRV 189 BlgNR 26. GP 10.

26) Richtlinie (EU) 2016/801 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit, ABI L 132 vom 21. 5. 2016, 21.

27) § 41 Abs 3 NAG. Vgl in der Lit Peyrl in Abermann/Czech/Kind/Peyrl (Hrsg), NAG<sup>2</sup> (2019) zu § 41 NAG, Rz 12.

28) Siehe etwa den Allgemeinen Teil der ParlMat zum FNG-Anpassungsgesetz, BGBl I 2013/68, ErlRV 2144 BlgNR 24. GP 8.

29) Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 12. 2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABI L 343 vom 23. 12. 2011, 1.

30) Peyrl in Abermann/Czech/Kind/Peyrl (Hrsg), NAG<sup>2</sup> (2019) zu § 41 NAG, Rz 12. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Verfahrenskonstruktion vgl Marth, Das neue Verfahren für unselbständige Schlüsselkräfte, migralex 2003, 19; Kind, AuslBG (2018) zu § 20d.

31) § 20d vierter Satz AuslBG. Vgl Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG<sup>2</sup> (2018) zu § 20d AuslBG, insb Rz 6 ff.

32) Das Arbeitsmarktservicegesetz (AMSG) enthält diesbezüglich keine Vorgaben: siehe §§ 20 ff AMSG.



### c) Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit: sechs Monate

Das NAG enthält keine besondere, vom AVG oder VwGVG abweichende Entscheidungsfrist für diesen Aufenthaltstitel. Daher gelangt die allgemeine Entscheidungsfrist von sechs Monaten (§ 73 AVG, § 8 VwGVG) zur Anwendung.

### 3. Fristberechnung

Die Fristen, die, wie oben unter C.1 ausgeführt, ab dem Zeitpunkt der Einbringung des Antrags bei der zuständigen Behörde, dh im Ausland bei der Berufsvertretungsbehörde bzw im Fall der Zulässigkeit der Inlandsantragstellung bei der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde im Inland, zu laufen beginnen, sind nach den allgemeinen Regeln der §§ 32 und 33 AVG zu berechnen.<sup>33)</sup>

Das bedeutet, dass bei den nach Tagen bestimmten Fristen der Tag, auf den der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll – der Tag der Antragstellung –, nicht mitzurechnen ist.<sup>34)</sup> Bei nach Wochen oder Monaten bestimmten Fristen endet die Frist mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tag entspricht, an dem die Frist begonnen hat. Fehlt dieser Tag im letzten Monat, so endet die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.<sup>35)</sup>

Beginn und Fristenlauf werden durch Samstage, Sonntage oder gesetzliche Feiertage nicht behindert.<sup>36)</sup> Fällt das Ende einer Frist auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag, Karfreitag oder 24. Dezember, so ist der nächste Tag, der nicht einer der vorgenannten Tage ist, als letzter Tag der Frist anzusehen.<sup>37)</sup>

### 4. Begriff der Säumnis

Säumnis der Behörde liegt vor, wenn die Behörde nicht innerhalb der gesetzlichen Entscheidungsfrist entschieden hat.<sup>38)</sup>

Unter Entscheidung ist im gegenständlichen Fall die Erteilung des Aufenthaltstitels oder ein negativer Bescheid über den verfahrenseinleitenden Antrag zu verstehen. Die Behörde kommt ihrer Verpflichtung zur rechtzeitigen Entscheidung innerhalb der gesetzlichen Entscheidungsfrist nach der Rsp nur nach, wenn die Entscheidung innerhalb der Frist erlassen, dh außenwirksam an den Adressaten zugestellt wurde.<sup>39)</sup> Die rein behördeninterne Erledigung oder die Mitteilung, dass der Aufenthaltstitel zur Abholung bereitliegt, reicht nicht aus, um eine Säumnis zu vermeiden.

Die Erteilung von Aufenthaltstiteln erfolgt nach dem Konzept des NAG im Fall der positiven Erledigung regelmäßig nicht durch einen Bescheid, sondern durch „persönliche Ausfolgung“ des beantragten Aufenthaltstitels.<sup>40)</sup> Sofern ein Antragsteller sich rechtmäßig im Inland aufhält und eine Zustelladresse im Inland aufweist, besteht auch die Möglichkeit der Zustellung des Aufenthaltstitels.<sup>41)</sup> Lediglich im Fall einer negativen Entscheidung fertigt

die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde einen Bescheid aus.<sup>42)</sup>

Säumnis liegt somit vor, wenn die zuständige Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde ab Einbringung des Antrags nicht innerhalb der geregelten Frist entweder

- den beantragten Aufenthaltstitel ausgefolgt oder
- eine negativen, dh abweisenden Bescheid erlassen und an den Antragsteller zugestellt

hat.

### D. Rechtsschutz bei Säumnis der Niederlassungs- bzw Aufenthaltsbehörde

#### 1. Verfassungs- und einfachgesetzlicher Rahmen

Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Säumnisbeschwerde findet sich in Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG („Verletzung der Entscheidungspflicht durch die Behörde“), die Antragslegitimation ist in Art 132 Abs 1 B-VG geregelt. Der Gesetzgeber hat diese verfassungsrechtliche Vorgabe im VwGVG umgesetzt. Die wesentlichen verfahrensrechtlichen Vorschriften zur Umsetzung finden sich in § 8 und § 16 VwGVG.

Die Regelung der Entscheidungsfristen ist grundsätzlich dem einfachen Gesetzgeber überlassen, der davon allgemein in § 8 VwGVG sowie in einzelnen Materiegesetzten wie dem NAG<sup>43)</sup> Gebrauch gemacht hat.

33) § 11 VwGVG iVm §§ 32, 33 AVG; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>11</sup> (2019) Rz 920.

34) § 32 Abs 1 AVG.

35) § 32 Abs 2 AVG.

36) § 33 Abs 1 AVG. Das bedeutet, dass der Fristenlauf einer nach Tagen berechneten Frist bei einer Antragstellung am Freitag ungeachtet des Wochenendes am Samstag beginnt.

37) § 33 Abs 2 AVG.

38) Siehe § 8 VwGVG. Die Entscheidungspflicht ist in Art 130 Abs 1 Z 3 und Art 132 Abs 3 B-VG verfassungsrechtlich verankert; *Mayer/Muzak*, *B-VG*<sup>5</sup> (2015) zu Art 130 B-VG, Anm I.5; *Ziniel*, *Verfahrensbeschleunigende Rechtsbehelfe* (2017) 59.

39) *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>11</sup> (2019) Rz 920, insb FN 1187 mwN.

40) Siehe § 19 Abs 7 NAG; die Arten der Aufenthaltstitel sind in § 8 Abs 1 NAG abschließend geregelt, die Form ist in der Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung (NAG-DV), BGBl II 2005/451 idGF, näher festgelegt.

41) So § 19 Abs 7 NAG idF Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015 (FrRÄG 2015), BGBl I 2015/70. Nach dem Informationsstand des Autors hat die Niederlassungsbehörde von dieser Ermächtigung vor dem Erlass des BMI im Zusammenhang mit Covid-19 praktisch nicht Gebrauch gemacht und grundsätzlich auf der persönlichen Ausfolgung des Aufenthaltstitels bestanden; dies möglicherweise auch aus praktischen Gründen wie der Bezahlung der Gebühren unmittelbar vor Ausfolgung etc.

42) Dies ergibt sich etwa aus § 19 Abs 9 NAG oder § 21 Abs 4 NAG, wo von einem „verfahrensabschließenden Bescheid“ die Rede ist. Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass im Fall einer positiven Erledigung des jeweils möglichen Zusatzantrags aus Gründen des Privat- und Familienlebens (Absehen von einem Erteilungshindernis im Fall des § 19 Abs 9 NAG, Ausnahme vom Gebot der Auslandsantragstellung in § 21 Abs 4 NAG) nur im Fall einer beabsichtigten Zurück- oder Abweisung ein gesonderter Bescheid zu erlassen ist. Im Fall der Stattgabe wird der Antrag mit der Ausfolgung des Aufenthaltstitels positiv (mit-)erledigt.

43) Zu den hier beispielsweise angeführten verkürzten Entscheidungsfristen im Verfahren nach dem NAG siehe oben C.2.

Da das Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht in mittelbarer Bundesverwaltung durch die Landeshauptmänner vollzogen wird, sind prinzipiell die Landesverwaltungsgerichte zur Entscheidung über Säumnisbeschwerden zuständig.

## 2. Säumnisbeschwerde

### a) Zulässigkeit

Wenn die Behörde die Sache nicht innerhalb der gesetzlichen Frist entschieden hat, kann der Antragsteller Säumnisbeschwerde erheben. Sofern gesetzlich keine kürzere Entscheidungsfrist vorgesehen ist, beträgt diese sechs Monate. Das NAG enthält – wie oben unter C.2 näher dargelegt – abweichende kürzere Entscheidungsfristen. Wird eine Säumnisbeschwerde vor Ablauf der Entscheidungsfrist erhoben, ist sie von der Behörde zurückzuweisen.

In die Frist werden die Zeit, während derer das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung einer Vorfrage ausgesetzt ist, sowie die Zeit eines Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof, vor dem Verfassungsgerichtshof oder vor dem Gerichtshof der Europäischen Union nicht eingerechnet. Ein bloß faktisches Aussetzen des Verfahrens berührt die Entscheidungspflicht des Verwaltungsgerichts nicht.<sup>44)</sup> Ein Aussetzungsbeschluss kann nicht im Fristsetzungsverfahren bekämpft werden;<sup>45)</sup> dieser muss daher gesondert im Wege einer Revision an den VwGH bzw einer Beschwerde an den VfGH angefochten werden.

### b) Einbringung bei der säumigen Behörde

Da die allgemeinen Verfahrensbestimmungen für Bescheidbeschwerden auch auf Säumnisbeschwerden anwendbar sind, sind diese bei der säumigen Behörde einzubringen und hat die säumige Behörde die Bestimmungen über das Vorverfahren anzuwenden. Bis zur Vorlage der Beschwerde an das Verwaltungsgericht (durch die säumige Behörde selbst) sind sämtliche Schriftsätze und somit auch die Säumnisbeschwerde selbst bei der belangten Behörde einzubringen.<sup>46)</sup>

Die Säumnisbeschwerde ist gebührenpflichtig. Die Gebühr beträgt € 30 und ist mit der Einbringung der Beschwerde fällig.<sup>47)</sup>

### c) Verfahren

Für das Verfahren über Säumnisbeschwerden gilt grundsätzlich das 2. Hauptstück des VwGVG, das das allgemeine Verfahren inklusive Vorverfahren vor der Behörde regelt.

Das 3. Hauptstück mit besonderen Verfahrensbestimmungen für bestimmte Beschwerdeverfahren, bspw Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde, Verwaltungsstrafsachen und Maßnahmen unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, enthält (bedauerlicherweise) keine Sondervorschriften für das Säumnisbeschwerdeverfahren.

## 3. Entscheidung durch die säumige Behörde („Zweite Chance“)

### a) Sachentscheidung

Die säumige Behörde selbst hat die Möglichkeit, innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Einbringung der Säumnisbeschwerde den Bescheid zu erlassen („nachzuholen“).<sup>48)</sup> Diese Entscheidungsfrist beginnt mit Einlangen der Säumnisbeschwerde bei der säumigen Behörde zu laufen.<sup>49)</sup> Nach ungenütztem Ablauf dieser Frist, dh wenn sie keinen Bescheid erlassen und damit die „zweite Chance“ nicht genutzt hat, ist sie verpflichtet, dem Verwaltungsgericht die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorzulegen.<sup>50)</sup>

Gegen den von der säumigen Behörde „nachgeholt“ Bescheid ist das Rechtsmittel der Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig. Wenn die Behörde einen „nachgeholt“ Bescheid später als drei Monate nach Einlangen der Säumnisbeschwerde erlässt, ist sie zwar aufgrund des nach Ablauf von drei Monaten nach Einbringung einer zulässigen und rechtzeitigen Beschwerde *ex lege* eingetretenen Zuständigkeitsübergangs auf das Verwaltungsgericht unzuständig.<sup>51)</sup> Die Unzuständigkeit muss aber in einer Beschwerde geltend gemacht werden, widrigenfalls der Bescheid der säumigen Behörde ungeachtet deren Unzuständigkeit in Rechtskraft erwächst.<sup>52)</sup>

44) VwGH 2. 7. 2019, Fr 2019/12/0028.

45) VwGH 30. 5. 2017, Fr 2017/19/0009.

46) § 12 VwGVG.

47) Siehe die Verordnung des BMF betreffend die Gebühr für Eingaben beim Bundesverwaltungsgericht sowie bei den Landesverwaltungsgerichten (BuLVwG-Eingabengebührverordnung – BuLVwG-EGebV), BGBl II 2014/387 idGF.

48) § 16 Abs 1 VwGVG.

49) Grundlegend VwGH 27. 5. 2015, Ra 2015/19/0075; in der Lit vgl *Schulev-Steindl*, Säumnisschutz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 2014, 437 (438).

50) § 16 Abs 2 VwGVG.

51) Voraussetzung des Zuständigkeitsübergangs ist allerdings, dass dieser nur im Fall einer „zulässigen und berechtigten Säumnisbeschwerde“ eintritt (VwGH 19. 9. 2017, Ro 2017/20/0001), sodass das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit in diesem Stadium mit dem Argument der fehlenden Berechtigung der Beschwerde durch Zurückweisung ablehnen könnte, weil die dreimonatige „Nachfrist“ nur durch eine – nach dem Zeitpunkt der Säumnisbeschwerde zu beurteilende – zulässige und berechtigte Beschwerde ausgelöst wird. Dies ist eine weitere Hürde für den Rechtsschutz gegen Säumnis einer Verwaltungsbehörde, weil eine Sachentscheidung im Fall einer Zurückweisung der Säumnisbeschwerde wegen fehlenden Übergangs der Entscheidungsfrist unterbleibt und nicht einmal über die Berechtigung der Säumnisbeschwerde abgesprochen wird, sodass der Rechtsschutzsuchende nach Zurückweisung durch das Verwaltungsgericht keine inhaltliche Überprüfung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bewirken kann. Sachgerechter und im Sinn eines wirksamen Rechtsschutzes effizienter erschiene es, den Zuständigkeitsübergang nach Ablauf der Entscheidungsfrist und der dreimonatigen Nachfrist unabhängig von der sachlichen Berechtigung der Säumnisbeschwerde anzunehmen.

52) Vgl VwGH 19. 9. 2017, Ro 2017/20/0001.

#### b) Einstellung des Säumnisbeschwerdeverfahrens

Wenn die säumige Behörde noch vor Einleitung des Verfahrens über die Säumnisbeschwerde<sup>53)</sup> oder innerhalb der Nachfrist von drei Monaten ab Einbringung der Säumnisbeschwerde den Bescheid erlässt, ist das Verfahren einzustellen.<sup>54)</sup>

Die förmliche, dh bescheidförmige Einstellung des Säumnisbeschwerdeverfahrens dient dem Rechtsschutzgedanken und soll dem Beschwerdeführer die Möglichkeit geben, gegen die Einstellung im Wege eines eigenen Beschwerdeverfahrens vorzugehen, wenn er die Ansicht vertritt, dass die Verwaltungsangelegenheit durch den ergangenen Bescheid nicht oder nicht zur Gänze erledigt worden ist.<sup>55)</sup>

#### 4. Fortgesetzte Untätigkeit der säumigen Behörde

In der Literatur wurde darauf hingewiesen, dass für den Fall der pflichtwidrigen Nichtvorlage der Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens an das Verwaltungsgericht durch die säumige Behörde eine Rechtsschutzlücke besteht.<sup>56)</sup> Nach der jüngeren, mittlerweile ständigen Rechtsprechung<sup>57)</sup> und Lehre<sup>58)</sup> kann der Antragsteller bzw Beschwerdeführer nach Ablauf der dreimonatigen Frist die Säumnisbeschwerde unmittelbar beim zuständigen Verwaltungsgericht vorlegen, für das seinerseits die Entscheidungsfrist mit Vorlage durch den Beschwerdeführer (neu) zu laufen beginnt.

#### 5. Entscheidung durch das Verwaltungsgericht

Mit Vorlage bzw nach Ablauf der dreimonatigen Entscheidungsfrist ab Einlangen der Säumnisbeschwerde – im Fall der Zulässigkeit und Berechtigung –<sup>59)</sup> bei der säumigen Behörde geht die Zuständigkeit zur Entscheidung auf das Verwaltungsgericht über, und zwar unabhängig davon, ob die Behörde die Säumnisbeschwerde vorgelegt hat oder nicht. Aufgrund der restriktiven Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann das angerufene Verwaltungsgericht selbst eine Sachentscheidung über die Säumnisbeschwerde vermeiden und die Beschwerde zurückweisen, wenn es die Berechtigung der Säumnisbeschwerde in Zweifel zieht und damit seine Zuständigkeit ablehnt, weil der Zuständigkeitsübergang gem § 16 Abs 2 VwGVG eine „zulässige und berechnigte Säumnisbeschwerde“ voraussetzt.

Sofern die Säumnisbeschwerde nicht etwa mangels Ablaufs der Entscheidungsfrist zurück- oder mangels Berechtigung abzuweisen ist, hat das Verwaltungsgericht eine Sachentscheidung über den Antrag zu treffen und auch über den Antrag auf Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels zu entscheiden.

Der Gesetzgeber sieht in diesem Fall im Wesentlichen zwei alternative Möglichkeiten vor:

##### a) Teilerkenntnis

Das Verwaltungsgericht kann<sup>60)</sup> sein Erkenntnis vorerst auf die Entscheidung einzelner Rechtsfragen beschränken und der Behörde auftragen, den versäumten Be-

scheid unter Zugrundelegung der vom Verwaltungsgericht geäußerten Rechtsanschauung binnen bestimmter, acht Wochen nicht übersteigender Frist zu erlassen.<sup>61)</sup> Wenn die säumige Behörde nicht innerhalb der vom Verwaltungsgericht gesetzten Frist entscheidet, wird das Verwaltungsgericht endgültig zur Entscheidung zuständig.<sup>62)</sup> In der Literatur wurde zu Recht auf die verzögernde Wirkung eines Teilerkenntnisses hingewiesen, durch das die Entscheidungsfristen zunächst für die Behörde, in weiterer Folge für das Verwaltungsgericht neu zu laufen beginnen.<sup>63)</sup>

Die Rechtskraft eines Teilerkenntnisses im Sinn eines „Grundsatzerkennnisses“ bindet die Behörde und das Verwaltungsgericht.<sup>64)</sup>

Gegen das Teilerkenntnis selbst kann der Beschwerdeführer Rechtsmittel an die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts erheben.<sup>65)</sup>

53) Dieser Fall tritt ein, wenn die Behörde den Bescheid vor Einlangen der Säumnisbeschwerde mündlich oder schriftlich erlässt, wobei dies vor allem im Mehrparteienverfahren bei der bereits erfolgten Erlassung eines Bescheids gegenüber einer der Parteien wahrscheinlich ist. Vgl etwa Haas, Das Säumnisbeschwerdeverfahren, in Eberhard (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2016) 76 (93 f).

54) § 16 Abs 1 VwGVG.

55) VwGH 19.9.2017, Ro 2017/20/0001, insb Rn 17.

56) Haas, Das Säumnisbeschwerdeverfahren, in Eberhard (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2016) 76 (97 ff); Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 16 VwGVG, K 14; Winkler in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler (Hrsg); Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 16 VwGVG, Rz 3.

57) Grundlegend VwGH 22.11.2017, Ra 2017/19/0421 mzwN (*obiter dictum*); seither stRsp des VwGH, vgl 21.11.2018, Fr 2018/04/0006; 14.11.2019, Fr 2019/22/0012; 14.11.2019, Fr 2019/22/0013; 25.11.2019, Fr 2018/11/0009.

58) Cede, Rechtsschutz bei unterbliebener Beschwerdevorlage, AnwBl 2017, 16; Hauer, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts<sup>4</sup> (2019) Rz 254.

59) Zur Problematik dieser Einschränkung siehe unten D.5.

60) Das Ermessen muss im Sinn des Grundsatzes der Verfahrensökonomie ausgeübt werden: So etwa VwGH 4.7.2016, Ra 2014/04/0015 uva.

61) § 28 Abs 7 VwGVG. Diese Variante wird in der Literatur auch als „Teilerkenntnis“ und „dritte Chance“ bezeichnet; vgl Schulev-Steindl, Säumnisschutz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 2014, 437 (439); Zinief, Verfahrensbeschleunigende Rechtsbehelfe im öffentlichen Recht (2017) 102 ff.

62) Vgl Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 28 VwGVG, K 57; Winkler in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler (Hrsg); Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 28 VwGVG, Rz 37. Die Entscheidungsfrist für das Verwaltungsgericht beginnt im Fall der neuerlichen Säumigkeit der Behörde infolge eines Teilerkenntnisses mit Auftrag zur Entscheidung an die säumige Behörde mit Ablauf der Frist neu zu laufen: § 34 Abs 1 zweiter Satz VwGVG; in der Lit vgl Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 34 VwGVG, K 7; Reisner in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler (Hrsg); Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 34 VwGVG, Rz 11.

63) So deutlich und ausführlich Winkler in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler (Hrsg); Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 28 VwGVG, Rz 34.

64) So VwGH 10.12.2018, Ra 2017/12/0078; 15.12.2019, Ro 2017/11/0004.

65) Vgl Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 28 VwGVG, K 55. Die dort geäußerte rechtsschutzfreundliche Rechtsansicht, dass auch gegen ein in der Folge aufgrund dieser Rechtsansicht erlassenes weiteres Erkenntnis des Verwaltungs-

## b) Sachentscheidung durch Erkenntnis

### aa) Abweisung der Säumnisbeschwerde

Das Verwaltungsgericht kann die Säumnisbeschwerde abweisen, wenn kein „überwiegendes Verschulden“ der säumigen Behörde vorliegt. Die Zuständigkeit fällt dann auf die erstinstanzliche Behörde zurück.

Soweit ersichtlich, gibt es keine Rechtsprechung, ab wann eine neuerliche Säumnisbeschwerde nach erfolgter Abweisung eingebracht werden kann. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist davon auszugehen, dass eine neue Säumnisbeschwerde erfolgversprechend ist, wenn neue Tatsachen vorliegen, die ein zwischenzeitig eingetretenes überwiegendes Verschulden der Behörde nahelegen. Die Säumnis, für die der Zeitpunkt des Einbringens des verfahrenseinleitenden Antrags ausschlaggebend ist, liegt in diesem Fall ja weiterhin vor, sodass im Fall einer neuerlichen Säumnisbeschwerde nicht die Zulässigkeit, sondern die materielle Berechtigung zu prüfen ist.

Gegen die Abweisung der Säumnisbeschwerde kann der Beschwerdeführer Rechtsmittel an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts erheben.

### bb) Sachentscheidung und Einstellung des Säumnisbeschwerdeverfahrens

Im Fall einer Sachentscheidung hat das Verwaltungsgericht über den verfahrenseinleitenden Antrag – das ist der Antrag auf Erteilung des jeweiligen Aufenthaltstitels – zu entscheiden. Die Sachentscheidung ergeht in der Form eines Erkenntnisses.<sup>66)</sup> Für dieses Verfahren gelten die allgemeinen Verfahrensvorschriften des VwGVG.

Vor seiner Sachentscheidung wird das Verwaltungsgericht häufig eine mündliche Verhandlung durchführen. In diesem Zusammenhang ist auf die Möglichkeit des Verwaltungsgerichts zu verweisen, ungeachtet des § 24 VwGVG von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abzusehen, wenn der Sachverhalt abschließend feststeht und der Beschwerdeführer im Ausland aufhältig und nicht zu einer Reise in das oder zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt ist.<sup>67)</sup> Auch das konsequente Anwenden dieser Vorschrift könnte eine Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung mit sich bringen. Allerdings sind die Voraussetzungen für die Anwendung verhältnismäßig einschränkend geregelt und darüber hinaus verfassungsrechtlich problematisch.<sup>68)</sup>

Im Fall der Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels hat die Behörde die Herstellung einer Aufenthaltstitelkarte zu beauftragen und diese auszufolgen.<sup>69)</sup> Der Wortlaut dieser Vorschrift legt nahe, dass das Aufenthaltsrecht im Fall der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bereits mit dem Ausspruch des Verwaltungsgerichts – und nicht erst mit der Ausfolgung des Aufenthaltstitels (siehe dazu ausführlicher oben C.4) – entsteht, sodass der Antragsteller mit dem Ausspruch des Verwaltungsgerichts sein Aufenthaltsrecht erlangt.<sup>70)</sup>

Im Fall einer Abweisung des verfahrenseinleitenden Antrags mit Erkenntnis steht dem Beschwerdeführer der Rechtszug an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zu.

## 6. Kritik

Die säumige Behörde hat aufgrund der gesetzlichen Regelungen über die Entscheidungsfrist und den Rechtsschutz gegen Säumnis zunächst die gesetzliche Entscheidungsfrist einzuhalten, in weiterer Folge ab Einbringung einer Säumnisbeschwerde nochmals (mindestens) drei Monate Zeit, um in der Sache zu entscheiden. Die säumige Behörde hat bei Berücksichtigung der Entscheidungsfrist von sechs Monaten und der dreimonatigen Frist nach Einlangen der Säumnisbeschwerde somit mindestens neun Monate Zeit, eine Entscheidung über den verfahrenseinleitenden Antrag zu treffen. Angesichts der gesetzlich vorgesehenen verkürzten Entscheidungsfristen (90 Tage bei einer Aufenthaltsbewilligung-Studierende, acht Wochen bei der Rot-Weiß-Rot-Karte) ist diese allgemeingültige und damit auch in aufenthalts- und niederlassungsrechtlichen Verfahren anwendbare dreimonatige „Nachfrist“ („zweite Chance“ zur Nachholung des Bescheides), die unabhängig von der gesetzlichen Entscheidungsfrist für das Behördenverfahren gilt, äußerst großzügig bemessen und wohl gleichheitsrechtlich problematisch.

Die Auslegung des § 19 Abs 10 NAG ergibt, dass im Fall der Stattgabe einer Säumnisbeschwerde durch das Verwaltungsgericht das Aufenthaltsrecht entsteht (das Verwaltungsgericht „den Aufenthaltstitel erteilt“). Dies ist für den Antragsteller grundsätzlich günstiger, als wenn er auf die Ausfolgung des Aufenthaltstitels durch die säumige Behörde warten müsste, und ist daher als rechtsschutzfreundlich zu begrüßen. Aus systematischen Überlegungen müsste das Aufenthaltsrecht im Gegenzug folgerichtig auch im erstinstanzlichen Verfahren bereits mit der stattgebenden Entscheidung der Behörde und nicht erst mit der Ausfolgung (oder allenfalls Zustellung) des Aufenthaltstitels entstehen. Durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in diesem Sinn für das erstinstanzliche Verfahren wäre es vermeidbar, dass etwa ein Antragsteller wegen des Ablaufs seines visumfreien Aufenthalts oder seines Einreisevisums allein aufgrund

---

gerichts noch die Revision zulässig sein soll und der VwGH über die Zulässigkeit im Einzelfall zu entscheiden hat, ist zu begrüßen. Allerdings könnte die Rechtskraft- und Bindungswirkung des Teilerkenntnisses einer nachfolgenden Revision im fortgesetzten Verfahren entgegenghalten werden. Soweit ersichtlich, hat der VwGH über die Frage der Anfechtbarkeit/Zulässigkeit einer Revision aufgrund eines rechtskräftigen und bindenden Teilerkenntnisses noch nicht entschieden. Im Zweifel sollte daher aus Vorsichtsgründen gegen ein den Beschwerdeführer belastendes Teilerkenntnis Revision erhoben werden, ohne die Entscheidung der Behörde im fortgesetzten Verfahren abzuwarten, die an die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts gebunden ist.

66) § 28 Abs 1 VwGVG.

67) § 19 Abs 12 NAG.

68) *Kind* äußert mit Hinweis auf Art 136 Abs 2 B-VG – berechnigte – kompetenzrechtliche und grundrechtliche Zweifel an der Verfassungskonformität dieser Bestimmung und fordert eine restriktive Auslegung: *Kind* in Abermann/Czech/Peyrl/Kind (Hrsg), NAG<sup>2</sup> (2019) zu § 19 NAG, Rz 89.

69) § 19 Abs 10 NAG.

70) Diese Regelung steht in einem Spannungsverhältnis zu dem allgemeineren Grundsatz, dass Aufenthaltstitel konstitutiv durch Ausfolgung an den Antragsteller erteilt werden. Der VwGH hat jedoch die unmittelbare konstitutive Wirkung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bestätigt: So etwa VwGH 15. 12. 2005, Ra 2015/22/0125 mwN und die stRsp.



von technischen Notwendigkeiten (Bestellung und Druck des Aufenthaltstitels bei der Staatsdruckerei), die von ihm nicht beeinflussbar sind, aus- und für die Empfangnahme des Aufenthaltstitels wieder einreisen muss.

Als Resümee ist festzuhalten, dass der Rechtsschutz gegen Säumnis der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde langwierig, verfahrensrechtlich komplex und risikobehaftet ist. Die Rechtsprechung hat die bestehende Rechtsschutzlücke im Fall der fortgesetzten Säumigkeit der Verwaltungsbehörde und Nichtvorlage der Beschwerde geschlossen. Dem Verwaltungsgericht kommt im Fall des Übergangs der Entscheidungsbefugnis volle Kognitionsbefugnis zu, sodass es Abhilfe gegen die Säumnis schaffen kann. Die unionsrechtlich gebotenen kurzen Entscheidungsfristen, bspw über Anträge von Studierenden, werden durch die allgemeine „Nachfrist“ von drei Monaten und die daran anknüpfende sechsmonatige Entscheidungsfrist für Verwaltungsgerichte nach dem VwGVG konterkariert.

#### E. Gesetzliche Entscheidungsfristen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Die allgemeine Entscheidungsfrist für das Verwaltungsgericht beträgt – sofern nicht gesetzlich anderes vorgeesehen ist – sechs Monate.<sup>71)</sup>

In Verfahren betreffend die Erteilung eines Aufenthaltstitels Rot-Weiß-Rot-Karte sind die Ausnahmebestimmungen für Verfahren nach dem AuslBG einschlägig. Diese sehen im Bescheidbeschwerdeverfahren<sup>72)</sup> betreffend die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte eine (geringfügig) kürzere Entscheidungsfrist vor: § 20g AuslBG verlangt eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts spätestens drei Monate nach Einlangen der Bescheidbeschwerde.<sup>73)</sup> Die zuständige regionale Geschäftsstelle kann binnen zehn Wochen nach Einlangen der Beschwerde eine Beschwerdeentscheidung treffen. Im Fall einer Revision (nicht im Fall einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof) ist das Verfahren bis zur Entscheidung des VwGH auszusetzen.<sup>74)</sup>

In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass das Verfahren vor dem AMS im Rahmen des niederlassungsrechtlichen Verfahrens lediglich ein Zwischenverfahren bildet, das mit einer Mitteilung an die Niederlassungsbehörde oder einem negativen Bescheid über das Vorliegen der Voraussetzungen zur Zulassung als Schlüsselkraft endet. Ungeachtet der (geringfügig) kürzeren Frist für die Erlassung einer Beschwerdeentscheidung (zehn Wochen anstelle von drei Monaten) und der dreimonatigen Entscheidungsfrist für das Bundesverwaltungsgericht kann daher ein Rechtsmittel in diesem Zwischenverfahren zu erheblichen Verzögerungen im niederlassungsrechtlichen Verfahren führen, das erst nach einer positiven Mitteilung des AMS fortgesetzt wird.

#### F. (Vorbeugender) Rechtsschutz bei Säumnis des Verwaltungsgerichts

##### 1. Allgemeines

Eine Säumnis des Verwaltungsgerichts kann in jedem Verfahren vor einem Verwaltungsgericht unabhängig vom Anlassfall eintreten. Im Zusammenhang mit Verwaltungsverfahren nach den NAG kommen in diesem Zusammenhang insb reguläre Bescheidbeschwerdeverfahren und Säumnisbeschwerdeverfahren vor einem Verwaltungsgericht in Betracht. Maßgeblich für die Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften betreffend den Säumnisschutz ist die Säumnis des Verwaltungsgerichts, unabhängig davon, welche Verfahrenshandlung des Antragstellers (Bescheidbeschwerde, Säumnisbeschwerde, Maßnahmenbeschwerde usw) das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht eingeleitet hat.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Verfassungsgerichtshof im Fall einer überlangen Verfahrensdauer im Anwendungsbereich des Art 6 EMRK – und auch des Art 47 Abs 2 GRC – nachträglich einen Verstoß gegen das Gebot einer Entscheidung innerhalb angemessener Frist feststellen kann.<sup>75)</sup> Eine solche Feststellung setzt allerdings ein Erkenntnis eines Verwaltungsgerichts als

71) § 38 Abs 1 VwGG.

72) Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen beziehen sich ausdrücklich auf das Bescheidbeschwerdeverfahren und gelangen daher bedauerlicherweise in einem Säumnisbeschwerdeverfahren nicht zur Anwendung. Fraglich ist, ob diese unterschiedliche Behandlung angesichts des Ziels der Regelung – Verfahrensbeschleunigung –, das für alle Verfahren nach dem AuslBG gilt, dem Gleichheitssatz entspricht. Die Einschränkung auf Beschwerden gegen Bescheide ist gleichheitsrechtlich bedenklich und könnte durch Aufhebung der Wortfolge „gegen Bescheide“ in § 20g AuslBG saniert werden.

73) Sowohl die Bestimmung über die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts (§ 20g Abs 1 AuslBG) als auch jene über die Möglichkeit der Beschwerdeentscheidung stellen auf das „Einlangen“ ab. Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung darüber, ob das Einlangen bei der erstinstanzlichen Behörde (AMS) oder beim Verwaltungsgericht für die Frist des Abs 1 relevant ist. Auch die ParlMat geben darüber keinen Aufschluss. Sollte die Dreimonatsfrist ab Einlangen der Beschwerde beim AMS zu berechnen sein, bliebe dem Bundesverwaltungsgericht lediglich eine zweiwöchige Frist, um über Beschwerden zu entscheiden, wenn das AMS erst nach Ablauf der zehnwöchigen Frist den Akt an das BVwG vorlegt. Es ist daher davon auszugehen, dass mit dem fristauslösenden „Einlangen“ für die dreimonatige Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts das Einlangen beim Bundesverwaltungsgericht, der Zeitpunkt der „Vorlage“ durch das AMS, gemeint ist. Eine ausdrückliche Klarstellung wäre legislatisch wünschenswert.

74) Die ParlMat begründen diese Regelung damit, dass dadurch die Rechtssicherheit erhöht wird. Der Antragsteller erhält damit „Gewissheit darüber, dass das bei der Behörde anhängige Aufenthaltstitelverfahren ausgesetzt wird und er/sie daher etwa im Falle einer Auslandsantragstellung entsprechend disponieren kann“; siehe ErlRV 1516 BlgNR 25. GP 10 zur AuslBG-Novelle durch BGBl I 2017/66. Diese Bestimmung hat einen ähnlichen Normgehalt wie § 19 Abs 2 zweiter Satz NAG für das Verfahren vor der Niederlassungsbehörde, bezieht sich aber ausdrücklich nur auf Revisionsverfahren, sodass die Unterbrechungswirkung im Fall einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof zweifelhaft ist. Allerdings steht wohl auch in diesem Fall § 19 Abs 2 zweiter Satz NAG einer neuerlichen Antragstellung auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte entgegen.

75) Vgl bspw VfSlg 17.307/2004, 17.644/2005, 19.715/2012. In dem Fall, dass eine Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses die Rechtsverletzung nicht beseitigen würde, beschränkte sich der Verfassungsgerichtshof auf die Feststellung einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren. Auch Art 47 GRC kommt als Prüfmaßstab in Betracht: VfSlg 19.773/2013.

Beschwerdegegenstand voraus, sodass in diesem Fall keine Säumnis des Verwaltungsgerichts (mehr) vorliegt.

## 2. Verfassungsrechtliche Grundlage

Die verfassungsrechtliche Grundlage für Rechtsschutz gegen Säumnis der Verwaltungsgerichte ist im Zusammenhang mit den Zuständigkeiten des Verwaltungsgerichtshofes in Art 133 Abs 1 Z 2 B-VG geregelt. Demnach entscheidet der Verwaltungsgerichtshof über Anträge auf Fristsetzung wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch ein Verwaltungsgericht. Antragslegitimiert ist, wer im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt zu sein behauptet.

Der einfache Gesetzgeber hat die Entscheidungspflicht der Verwaltungsgerichte in § 34 VwGVG, das Verfahrensrecht in § 38 VwGG normiert.

## 3. Fristsetzungsantrag

### a) Zulässigkeit

Antragslegitimiert sind jeweils die Beschwerdeführer bzw Antragsteller im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht. Die Entscheidungsfrist für die Verwaltungsgerichte beträgt sechs Monate, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nichts anderes bestimmt ist.<sup>76)</sup> Die im NAG geltenden (kürzeren) Entscheidungsfristen sind ausdrücklich an die erstinstanzlich zuständigen Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörden gerichtet und gelten damit nicht für Verwaltungsgerichte. Sie begründen damit keine kürzeren Entscheidungsfristen der Verwaltungsgerichte.

Ein vor Ablauf der Entscheidungsfrist des Verwaltungsgerichts eingebrachter Fristsetzungsantrag ist als unzulässig zurückzuweisen.<sup>77)</sup>

Fraglich war nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform, wann die Entscheidungsfrist des Verwaltungsgerichts in Säumnisbeschwerdeverfahren beginnt: Die Mehrzahl der Lehrmeinungen stellt auf das Einlangen der Beschwerde beim Verwaltungsgericht ab. Cede hat überzeugend und mit guten Gründen eine auf den Wortlaut des § 34 Abs 1 VwGVG („über verfahrenseinleitende Anträge von Parteien“) gestützte Interpretation vorgestellt, wonach die Entscheidungsfrist bereits mit Einbringung der Säumnisbeschwerde bei der säumigen Behörde zu laufen beginnen sollte.<sup>78)</sup> Der VwGH hat zu dieser Frage inzwischen eindeutig Stellung bezogen: Die Entscheidungsfrist des Verwaltungsgerichts beginnt erst mit der Vorlage der Beschwerde an das Verwaltungsgericht – und nicht bereits mit der Einbringung des Antrags bzw dem Einlangen der Beschwerde bei der Behörde – zu laufen.<sup>79)</sup> Im Sinn eines effizienten Rechtsschutzes erschiene es zweckmäßiger, den Beginn des Fristenlaufs mit dem Zeitpunkt des Einlangens bei der Behörde zu definieren. Schließlich hat der Antragsteller keinen Einfluss darauf, wann die Behörde die Säumnisbeschwerde an das Verwaltungsgericht weiterleitet.

### b) Einbringung beim säumigen Verwaltungsgericht

Nach der allgemeinen Regelung für Schriftsätze im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof sind die verfahrenseinleitenden Fristsetzungsanträge grundsätzlich beim säumigen Verwaltungsgericht einzubringen.<sup>80)</sup> Das Verwaltungsgericht ist verpflichtet, den Fristsetzungsantrag unter Anschluss der Akten des Verfahrens dem Verwaltungsgerichtshof vorzulegen, sofern der Fristsetzungsantrag nicht zurückzuweisen ist.<sup>81)</sup>

Die Gebühr für Fristsetzungsanträge beträgt € 240.<sup>82)</sup>

### c) Verfahren

Die für das Fristsetzungsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof maßgeblichen Vorschriften sind im § 38 VwGG bzw den vom Verweis des § 38 Abs 4 VwGG erfassten Bestimmungen des VwGG zu finden.

Auch für Fristsetzungsanträge gilt das Vorverfahren vor den Verwaltungsgerichten, die diese zurückweisen können oder andernfalls dem Verwaltungsgerichtshof unter Anschluss der Verfahrensakte vorlegen müssen.<sup>83)</sup>

## 4. Entscheidung durch das Verwaltungsgericht

Das Verwaltungsgericht kann im Verfahren über einen Fristsetzungsantrag selbst Mängelbehebungsaufträge erlassen<sup>84)</sup> und den Fristsetzungsantrag im Rahmen des Vorverfahrens gem § 30a VwGG wegen

- Versäumung der Einbringungsfrist (in diesem Fall: Nicht-Verstreichen der Entscheidungsfrist),
- Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes,
- entschiedener Sache oder
- Mangel der Berechtigung (fehlender Antragslegitimation)

beschlussförmig zurückweisen.<sup>85)</sup>

Im Fall einer Zurückweisung wegen Unzulässigkeit steht dem Antragsteller das Rechtsmittel eines Vorlageantrags

76) § 38 Abs 1 VwGVG; abweichende Bestimmungen betreffend (verkürzte) Entscheidungsfristen der Verwaltungsgerichte sind, soweit ersichtlich, selten. Sie finden sich bspw wie bereits erwähnt in § 20g AuslBG, im Asylrecht etwa in § 22a BFA-VG (Schubhaftbeschwerde) – vgl dazu Flickinger, Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Fremden- und Asylsachen, migralex 2018, 71 (78) –; darüber hinaus zB in § 348 BVergG 2016 (Nachprüfungsantrag), § 355 Abs 2 BVergG 2016 (Feststellungsantrag), § 92 BVergGKonz (Nachprüfungsantrag), § 99 Abs 2 BVergGKonz (Feststellungsantrag), § 27 Abs 2 SchPflG (Beschwerde gegen Untersagung des Besuchs von Privatschulen ohne Öffentlichkeitsrecht oder des häuslichen Unterrichts), § 73 Abs 5 SchUG.

77) VwGH 12. 11. 2014, Fr 2014/20/0028; 18. 12. 2014, Fr 2014/01/0048; 17. 8. 2015, Fr 2015/18/0012; 1. 7. 2016, Fr 2016/20/0013; 14. 1. 2020, Fr 2019/12/0017.

78) Cede, Rechtsschutz bei unterbliebener Beschwerdevorlage, AnwBl 2017, 16 (26).

79) So etwa VwGH 23. 9. 2014, Fr 2014/01/0032, seither stRsp.

80) § 24 Abs 1 VwGG.

81) § 30a Abs 8 VwGG.

82) § 24a Z 1 VwGG.

83) § 30a Abs 8 VwGG.

84) § 30a Abs 8 iVm Abs 2 VwGG.

85) § 30a Abs 8 iVm Abs 1 VwGG.

an den Verwaltungsgerichtshof zu.<sup>86)</sup> Auch der Vorlageantrag ist beim Verwaltungsgericht einzubringen. Infolge eines Vorlageantrags hat das Verwaltungsgericht dem Verwaltungsgerichtshof den Fristsetzungsantrag unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorzulegen.

Das Verwaltungsgericht kann auch noch jederzeit nach Einbringung eines Fristsetzungsantrags durch den Beschwerdeführer bzw Antragsteller vor Vorlage an den Verwaltungsgerichtshof eine Sachentscheidung treffen und den Antragsteller des Fristsetzungsantrags damit klaglos stellen.<sup>87)</sup> In diesem Fall fällt das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers im Fristsetzungsverfahren (nachträglich) weg. Das Verwaltungsgericht muss den Fristsetzungsantrag ungeachtet dessen an den Verwaltungsgerichtshof weiterleiten, der das Verfahren über den Fristsetzungsantrag wegen Gegenstandslosigkeit beschlussförmig einzustellen hat.<sup>88)</sup>

### 5. Fortgesetzte Untätigkeit des Verwaltungsgerichts

Problematisch und gesetzlich nicht geregelt ist der Fall, dass das Verwaltungsgericht weder eine formale Entscheidung über den Fristsetzungsantrag trifft, etwa in Form einer Zurückweisung, noch diesen dem Verwaltungsgerichtshof vorlegt.<sup>89)</sup>

### 6. Entscheidung durch den Verwaltungsgerichtshof

Gegenstand des Verfahrens über den Fristsetzungsantrag vor dem Verwaltungsgerichtshof ist nicht die Verwaltungs-sache selbst, sondern ausschließlich die behauptete Verletzung der Entscheidungspflicht durch das Verwaltungsgericht.<sup>90)</sup> Dem Verwaltungsgerichtshof ist es daher von vornherein verwehrt, eine Sachentscheidung, also etwa über die Erteilung eines Aufenthaltstitels, anstelle des säumigen Verwaltungsgerichts zu treffen.<sup>91)</sup>

Der Verwaltungsgerichtshof hat dem säumigen Verwaltungsgericht aufzutragen, innerhalb einer Frist von bis zu drei Monaten

- das Erkenntnis oder den Beschluss zu erlassen und eine Ausfertigung, Abschrift oder Kopie dem Verwaltungsgerichtshof vorzulegen<sup>92)</sup> oder
- anzugeben, warum eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht vorliegt.<sup>93)</sup>

Die Frist kann einmal verlängert werden, wenn das Verwaltungsgericht das Vorliegen von in der Sache gelegenen Gründen nachzuweisen vermag, die eine fristgerechte Erlassung des Erkenntnisses oder des Beschlusses unmöglich machen. Wird das Erkenntnis oder der Beschluss erlassen, so ist das Verfahren über den Fristsetzungsantrag vom VwGH mit Beschluss einzustellen.

Wenn das säumige Verwaltungsgericht innerhalb der vom Verwaltungsgerichtshof gesetzten Nachfrist keine Entscheidung trifft, hat der Verwaltungsgerichtshof gem § 42a VwGG einen endgültigen Entscheidungsauftrag zu erlassen. Das Gesetz sieht keine maximale Frist für den Erledigungsauftrag vor. Es obliegt dem Verwal-

tungsgerichtshof, diese Frist nach eigenem Ermessen festzusetzen.

Problematisch ist, dass im Fall weiter andauernder Säumnis bzw weiterhin unterlassener Nachholung durch das Verwaltungsgericht kein weiterer Fristsetzungsantrag eingebracht werden darf, weil dafür die gesetzliche Grundlage fehlt.<sup>94)</sup> Der Verwaltungsgerichtshof verweist den Antragsteller in diesem Fall auf allfällige amtschaf-tungs-, disziplinar- und strafrechtliche Konsequenzen.<sup>95)</sup>

### 7. Kritik

Im Vergleich zum Säumnisbeschwerdeverfahren fällt auf, dass der Gesetzgeber dem Verwaltungsgericht keine „Nachfrist“ für die Entscheidung einräumt. Dies könnte ein Indiz für ein im Vergleich zum Säumnisbeschwerdeverfahren rasches und straffes Verfahren sein. Das Fehlen einer solchen Frist hat allerdings den gegenteiligen Effekt, weil dem Antragsteller kein Rechtsmittel gegen die Weigerung des Verwaltungsgerichts zur Vorlage des Akts an den Verwaltungsgerichtshof zur Verfügung steht. Eine analoge Anwendung der Rechtsprechung zur Säumnisbeschwerde, die der Beschwerdeführer im Fall

86) § 30b Abs 1 VwGG.

87) Der VwGH behandelt diesen Fall gleich wie den Fall, dass das Verwaltungsgericht nach Anordnung gemäß § 38 Abs 4 VwGG die Entscheidung nachholt: VwGH 24. 3. 2015, Fr 2015/21/0001 uva. Das „Nachholen“ der zu erlassenden Entscheidung vor endgültiger Entscheidung durch den VwGH gem § 42a VwGG hat Kostenfolgen: Der Kostenersatz für den Schriftsatzaufwand beträgt lediglich die Hälfte; vgl § 56 Abs 1 zweiter Satz VwGG.

88) Gruber in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler (Hrsg), Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 33 VwGG, Rz 1, mwN aus der Rsp des VwGH. Dies hat insofern Kostenfolgen, als der Wegfall des Rechtsschutzinteresses bei der Kostenentscheidung gem § 58 Abs 2 VwGG nicht zu berücksichtigen ist und damit dem Antragsteller grundsätzlich Kostenersatz gebührt. Die Höhe des Kostenersatzes in Verfahren über einen Fristsetzungsantrag ist in § 56 VwGG geregelt.

89) Schulev-Steindl, Säumnisschutz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 2014, 437 (441); Mayer/Muzak, B-VG<sup>5</sup> (2015) zu § 38 VwGG, Anm VI; Gruber in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler (Hrsg), Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 38 VwGG, Rz 2. Der Verwaltungsgerichtshof hatte, soweit ersichtlich, über einen solchen Fall noch nicht zu entscheiden. Die rechtsschutzfreundliche Rsp des VwGH zum Säumnisbeschwerdeverfahren – siehe oben D.3.c. – lässt sich auf das Verfahren über einen Fristsetzungsantrag nicht übertragen, weil den Verwaltungsgerichtshof im Verfahren über einen Fristsetzungsantrag anders als das Verwaltungsgericht im (Säumnis-)Beschwerdeverfahren keine Entscheidungsfrist trifft, deren Beginn durch die unmittelbare Vorlage des Fristsetzungsantrags beim Verwaltungsgerichtshof ausgelöst werden könnte.

90) VwGH 21. 3. 2017, Ra 2017/12/0019; 20. 9. 2017, Ra 2017/19/0219; 24. 7. 2019, Fr 2019/01/0011.

91) VwGH 24. 7. 2019, Fr 2019/01/0011. Nach der alten Rechtslage vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle hatte der Verwaltungsgerichtshof – konventionskonform – volle Kognitionsbefugnis. Siehe dazu etwa Lang, Säumnisfolgen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in Holoubek/Lang (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 219 (224).

92) Gesetzlich ist nicht geregelt, wie im Fall einer Nichtvorlage des Erkenntnisses oder Beschlusses durch das Verwaltungsgericht vorzugehen ist. Eine Übermittlung durch den Antragsteller scheint verfahrensökonomisch sinnvoll und sollte aus Rechtsschutzgründen zulässig sein.

93) Auch dies hat (lediglich) Kostenfolgen: Im Fall des Nachweises der Gründe, die eine fristgerechte Erlassung unmöglich gemacht haben, gebührt dem Antragsteller kein Kostenersatz; siehe § 56 Abs 2 VwGG.

94) VwGH 12. 9. 2017, Fr 2017/09/0009.

95) VwGH 12. 9. 2017, Fr 2017/09/0009.

einer Überschreitung der Frist für die „zweite Chance“ dem Verwaltungsgericht unmittelbar vorlegen kann, das dann über die Säumnisbeschwerde zu entscheiden hat, gibt es im Verfahren über einen Fristsetzungsantrag nicht. Somit ist die Rechtsposition des Antragstellers bereits in diesem frühen Stadium des Fristsetzungsverfahrens äußerst schwach und im Fristsetzungsverfahren selbst schwer durchsetzbar.<sup>96)</sup>

„Unterstützend“ können allenfalls (in der Praxis verhältnismäßig zahnlose) „disziplinar-, amtschaftungs- und strafrechtliche“ Hilfsmittel geltend gemacht werden, die jedoch keine unmittelbaren und greifbaren Ergebnisse im Hinblick auf die Durchsetzung des verfahrensgegenständlichen subjektiven öffentlichen Rechts – wie der Erteilung eines Aufenthaltstitels – versprechen.

Das gravierendste Defizit liegt darin begründet, dass der Verwaltungsgerichtshof – anders als mittlerweile im Revisionsverfahren<sup>97)</sup> und nach der früheren Rechtslage bei der Säumnisbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof – keine Befugnis zu einer Sachentscheidung hat, selbst wenn die Sache zur Entscheidung reif ist. Dieser Umstand wird dadurch noch erschwert, dass ein Fristsetzungsantrag im Anschluss an ein Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht nur ein einziges Mal statthaft ist, selbst bei anhaltender Untätigkeit des Verwaltungsgerichts.

In niederlassungs- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren ist das Stellen weiterer Anträge während eines anhängigen Verfahrens nach dem NAG einschließlich jener bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts unzulässig.<sup>98)</sup> Betrachtet man die teilweise – zumindest von Gesetzes wegen vorgesehenen – kurzen Entscheidungsfristen für die Niederlassungs- bzw. Aufenthaltsbehörde, ist ein Fristsetzungsantrag kein zielführender Rechtsbehelf zur Durchsetzung der Entscheidungspflicht der Behörde. Vielmehr ist es aufgrund der Unzulänglichkeit des Rechtsschutzes gegen Säumnis der Verwaltungsgerichte in den meisten Fällen ratsam, die Beschwerde beim Verwaltungsgericht zurückzuziehen und einen neuen Erstantrag einzubringen, in der Hoffnung, dass die erstinstanzliche Behörde ihre Entscheidungspflicht diesmal fristgerecht wahrnimmt.

Festzuhalten bleibt, dass der Rechtsschutz gegen Säumnis der Verwaltungsgerichte unzureichend und praktisch nicht effizient ist.

## G. Grundrechtliche Problematik

### 1. Anwendbarkeit der GRC

Neben den einfachgesetzlichen Vorschriften über Entscheidungsfristen müssen der österreichische Gesetzgeber, die Verwaltungsgerichte und Behörden grundrechtliche Garantien berücksichtigen bzw. umsetzen.

Unionsrechtlich gilt für Verwaltungsverfahren von Organen der Europäischen Union Art 41 Abs 1 Grundrechtecharta.

Ein Recht auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist *durch ein Gericht* ist grundrechtlich in Art 6 EMRK verankert. Art 6 EMRK ist allerdings nur für Rechtsmit-

telverfahren betreffend zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen (civil rights) oder strafrechtliche Anklagen (criminal charges) anwendbar. Auf Verfahren, die dem Kernbereich des öffentlichen Rechts zuzuordnen sind, ist die Verfahrensgarantie des Art 6 EMRK nicht anwendbar. Insbesondere zählen dazu auch Verfahren über die Zuerkennung oder Verweigerung des Aufenthaltsrechts in einem Staatsgebiet.<sup>99)</sup>

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts – dh auch bei der Umsetzung von Richtlinien – sieht Art 47 GRC ebenso wie Art 6 EMRK ein Recht auf ein faires Verfahren und effektiven Rechtsschutz vor einem Gericht vor. Der Anwendungsbereich des Art 47 GRC ist jedoch im Gegensatz zu Art 6 EMRK nicht auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder strafrechtliche Anklagen beschränkt<sup>100)</sup> und gilt somit auch für Angelegenheiten „im Kernbereich des öffentlichen Rechts“, also auch für Verwaltungsverfahren betreffend den Aufenthalt.

Das Recht auf ein faires Verfahren im Anwendungsbereich des Art 47 GRC – also etwa im Zusammenhang mit den in diesem Beitrag beispielhaft vorgestellten Aufenthaltstiteln Aufenthaltsbewilligung-Studierende und Rot-Weiß-Rot-Karte, die unionsrechtliche Richtlinien umsetzen –<sup>101)</sup> beinhaltet ein Recht auf

- wirksamen Rechtsschutz gegen Säumnis und
- Entscheidung eines Gerichts innerhalb angemessener Frist.

Aus gleichheitsrechtlichen Überlegungen muss dieses Grundrecht wohl auch für Aufenthaltstitel außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts, also etwa für den oben unter C.2.c beispielsweise vorgestellten Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“, gelten.

### 2. Recht auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist

#### a) Bedeutung für erstinstanzliche Verfahren?

Für den Anwendungsbereich des Unionsrechts beinhaltet das „Recht auf eine gute Verwaltung“ ein „Recht auf Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist“ durch Organe der Europäischen Union (Art 41 GRC).

Dieses Recht verpflichtet allerdings ausdrücklich lediglich die Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union. Aus der fehlenden Erwähnung der Behör-

96) Dazu kommen die negativen Kostenfolgen im Fall eines „Nachholens“ der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht nach Einbringung des Fristsetzungsantrags und vor Vorlage an den Verwaltungsgerichtshof, die jedoch angesichts des Fehlens eines Rechtsbehelfs, der die unmittelbare Anrufung des VwGH ermöglicht, weniger gravierend erscheinen.

97) Siehe § 42 Abs 4 VwGG.

98) § 19 Abs 2 zweiter Satz NAG.

99) *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (2016) § 24 Rz 14.

100) *Kröll* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Grundrechtecharta<sup>2</sup> (2019) zu Art 47 GRC, Rz 12.

101) Siehe dazu oben C.2.a und C.2.b.



den der Mitgliedstaaten in Art 41 GRC wird geschlossen, dass innerstaatliche Behörden auch bei Vollziehung von Unionsrecht nicht an Art 41 Grundrechtecharta gebunden sind.<sup>102)</sup> Allerdings wird in der Lehre vertreten, dass Art 41 Grundrechtecharta für nationale Gerichte, insbesondere den Verfassungsgerichtshof, als Ergebnis der vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Verfahrensgrundsätze eine „Auslegungshilfe“ darstellen soll.<sup>103)</sup>

Eine unmittelbare Bindung österreichischer Behörden an das „Recht auf eine gute Verwaltung“ und die daraus abzuleitenden Verfahrensgarantien ist jedoch nicht anzunehmen.

In den Verfahren vor den österreichischen Verwaltungsbehörden ist Art 47 Abs 2 GRC nicht relevant, weil dieser Rechtsmittelverfahren vor einem Gericht regelt und damit erst für Rechtsmittelverfahren, nicht für erstinstanzliche Verfahren einschlägig ist.<sup>104)</sup>

#### b) Bedeutung für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten

Für Rechtsmittelverfahren vor Gerichten, die in Angelegenheiten im Anwendungsbereich des Unionsrechts – also etwa im Zusammenhang mit Verfahren betreffend die Aufenthaltstitel „Aufenthaltsbewilligung-Studierende“ und „Rot-Weiß-Rot-Karte“ entscheiden, gilt Art 47 Grundrechtecharta. Dieser normiert im Anwendungsbereich des Unionsrechts (unter anderem) ein Recht auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist durch das Gericht. Im Fall eines Rechtsmittelverfahrens vor einem österreichischen Verwaltungsgericht (Bescheidbeschwerdeverfahren, Säumnisbeschwerdeverfahren) im Anwendungsbereich des Unionsrechts ist die Verfahrensdauer anhand des Art 47 Abs 2 GRC und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH zu beurteilen.

Der EuGH verweist bei Anwendung des Art 47 Grundrechtecharta im Zusammenhang mit der Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 EMRK bzw wendet die vom EGMR entwickelten Kriterien an.<sup>105)</sup> Demnach sind für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer im Einzelfall folgende Kriterien zu prüfen:

- die Bedeutung/Interessen des Betroffenen am Verfahrensgegenstand,
- die Komplexität der Rechtssache,
- das Verhalten des Betroffenen und
- das Verhalten der zuständigen Behörde.

Auffällig ist, dass der EGMR in seiner Rechtsprechung zur Angemessenheit der Verfahrensdauer in der Vergangenheit ausschließlich die eben aufgezählten Kriterien zur Beurteilung heranzieht und nationale gesetzliche Entscheidungsfristen (wie die sechsmonatigen Entscheidungsfristen im österreichischen Verwaltungsverfahren) außer Acht lässt.<sup>106)</sup>

Auch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist die Angemessenheit der Verfahrensdauer nicht nach Maßgabe einer präzisen, abstrakt festgelegten

Obergrenze zu bestimmen.<sup>107)</sup> In vereinzelten Entscheidungen hat der EuGH jedoch ausdrücklich auf das Fehlen unionsrechtlicher Vorschriften für die Verfahrensdauer hingewiesen und mit diesem Fehlen die Anwendbarkeit der genannten Kriterien begründet.<sup>108)</sup> Dies lässt den Schluss zu, dass im Fall einer unionsrechtlichen Entscheidungsfrist, etwa in einer Richtlinie, die dort vorgesehene Entscheidungsfrist als – möglicherweise maßgebliches – Kriterium für die Beurteilung der Angemessenheit einer Entscheidungsfrist heranzuziehen ist.

Der Unionsgesetzgeber hat mit der Festlegung von Fristen in Richtlinien eine allgemeingültige Bewertung der Angemessenheit der Verfahrensdauer für einen bestimmten Verfahrensgegenstand vorgenommen, die sowohl die Bedeutung und das Interesse des Verfahrensgegenstandes für den Betroffenen als auch die Komplexität der Rechtssache berücksichtigt. Daher schlägt der Autor vor, diese Fristen als wesentlichen Maßstab für die Beurteilung der Dauer eines Beschwerdeverfahrens heranzuziehen: Auch Beschwerdeverfahren sollten innerhalb jener Frist abgeschlossen werden, die der Gemeinschaftsgesetzgeber für das erstinstanzliche Verfahren vorsieht. Selbstverständlich sind bei der Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer das Verhalten des Betroffenen und der Behörde zu berücksichtigen, jedoch sollte in dem Fall, dass der Betroffene das Verfahren nicht schuldhaft verzögert und es nach Kräften fördert, eine gerichtliche Erledigung innerhalb der unionsrechtlich verankerten Frist für das erstinstanzliche Verfahren möglich und durchsetzbar sein.<sup>109)</sup> Auch der Verfassungsgerichtshof müsste daher bei der Beurteilung der Angemessenheit

102) Sander in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Grundrechtecharta<sup>2</sup> (2019) zu Art 41 GRC, Rz 12.

103) Sander in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Grundrechtecharta<sup>2</sup> (2019) zu Art 41 GRC, Rz 16.

104) Über den Rechtsbehelf gegen eine Behördenentscheidung, die im Anwendungsbereich des Unionsrechts ergangen ist, muss das Gericht innerhalb angemessener Frist entscheiden; vgl Kröll in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Grundrechtecharta<sup>2</sup> (2019) zu Art 47, Rz 108f.

105) EuGH 16. 7. 2009, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Kommission, C-385/07 P, EU:C:2009:456, Rn 177 ff; EuGH 26. 11. 2013, Groupe Gascogne/Kommission, C-58/12 P, EU:C:2013:770, Rn 85 und 86.

106) EGMR 30. 10. 1991, Wiesinger/Österreich, 11.796/85, Rn 60; vgl in der Lit Thienel, Die angemessene Verfahrensdauer (Art 6 Abs 1 EMRK) in der Rechtsprechung der Straßburger Organe, ÖJZ 1993, 473, bei FN 243 und FN 244.

107) EuGH 26. 11. 2013, Groupe Gascogne/Kommission, C-58/12 P, EU:C:2013:770, Rn 85 und 86; EuGH 14. 6. 2016, Marchiani/Parlament, C-566/14 P, EU:C:2016:437, Rn 99 und 100.

108) EuGH 28. 2. 2013, Rs C-334/12, Jaramillo/Kommission; EuGH 13. 12. 2016, Al-Ghabra/Kommission, Rn 52.

109) Ähnliches wurde in der Literatur mit Hinweis auf VwGH 19. 9. 2006, 2006/05/0149 = VwSlg 17.010 A/2006, vorgeschlagen; vgl Hanslik, Besondere Entscheidungsfristen und Säumnisschutz, in Holoubek/Lang (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 297 (306). Soweit ersichtlich, hat der Verwaltungsgerichtshof eine kürzere Entscheidungsfrist der erstinstanzlichen Behörde nur in einem weiteren Fall und damit bislang ausschließlich im Zusammenhang mit der Bgld BauG und der dort vorgesehenen dreimonatigen Entscheidungsfrist in bestimmten Baubewilligungsverfahren auch im Berufungsverfahren für anwendbar qualifiziert: VwGH 23. 9. 2011, 2008/05/0080.

der Dauer eines niederlassungs- bzw. aufenthaltsrechtlichen Verfahrens, auf das eine unionsrechtlich bedingte Frist zur Anwendung gelangt, diese unionsrechtliche Frist bei der Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer (des erstinstanzlichen Verfahrens) und bei der allfälligen Feststellung einer Überschreitung<sup>110)</sup> berücksichtigt.

### 3. Recht auf wirksamen Rechtsbehelf

#### a) Grundrechtliche Anforderungen an die Wirksamkeit

Relevant sind die unionsrechtlichen Fristen auch im Zusammenhang mit der Frage nach einem wirksamen Rechtsbehelf im Fall der Säumnis der Behörde, weil dem Antragsteller im Fall der Überschreitung der Frist gem Art 47 Abs 1 GRC ein wirksamer Rechtsbehelf zur Beschleunigung des Verfahrens zur Verfügung stehen muss. Sowohl die EMRK (Art 13) als auch die GRC (Art 47 Abs 1) enthalten ein Grundrecht auf ein wirksames Rechtsmittel. Dieses Grundrecht umfasst auch ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegen Untätigkeit bzw Säumnis der zuständigen Instanzen.<sup>111)</sup>

Die Grundrechtsverbürgungen des Art 13 EMRK und des Art 47 GRC sind akzessorisch, dh gelten im Anwendungsbereich des jeweiligen Grundrechtskatalogs (EMRK) bzw des Unionsrechts (GRC). Da Entscheidungen über das Aufenthaltsrecht (abgesehen von jenen, die das Privat- und Familienleben iSd Art 8 EMRK betreffen) nicht von der EMRK umfasst sind, sind Art 13 EMRK und die diesbezügliche Rsp des EGMR im Bereich des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechts nicht unmittelbar einschlägig. Bezüglich jener Verfahren, die unionsrechtlich vorgegebene Aufenthaltstitel umsetzen, ist die Rsp des EGMR zu Art 13 EMRK aufgrund des diesem nachgebildeten Art 47 Abs 1 GRC jedoch relevant.<sup>112)</sup>

Für die Anforderungen an die Verfahrensordnungen der Mitgliedstaaten hat der EGMR ausgesprochen, dass diese einen adäquaten Rechtsbehelf vorsehen müssen, um Abhilfe gegen eine unangemessene Verfahrensdauer zu schaffen.<sup>113)</sup> Dieser Rechtsbehelf muss so ausgestaltet sein, dass er entweder präventiv, dh verfahrensbeschleunigend, wirkt, oder *ex post* eine angemessene Kompensation für die Folgen der Verzögerung bewirkt.<sup>114)</sup> Die Mitgliedstaaten trifft eine Gewährleistungspflicht, die das Einrichten entsprechender Rechtsbehelfe gegen die Säumnis ihrer Behörden und Verwaltungsgerichte mit umfasst.<sup>115)</sup>

Da diese Grundsätze aufgrund des § 47 Abs 1 GRC im Anwendungsbereich des Unionsrechts und auch im Rahmen des mittelbaren Vollzugs durch die österreichischen Niederlassungsbehörden und Verwaltungsgerichte gelten müssen, ist der österreichische Gesetzgeber gefordert, einen wirksamen Rechtsbehelf zur Abhilfe gegen Verzögerungen im Anwendungsbereich des Unionsrechts zu schaffen. Zumindest zur Einhaltung der unionsrechtlich vorgegebenen Fristen müssen den Betroffenen entsprechend effiziente Rechtsbehelfe zur Durchsetzung zur Verfügung stehen. Dies ist dem Gesetzgeber in den geltenden einschlägigen Verfahrensordnungen (VwGVG,

VwGG, teilweise Sonderbestimmungen im NAG) nicht gänzlich gelungen.

#### b) Rechtslage vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle

Die einschlägige Rechtsprechung des EGMR zur Rechtslage vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle, BGBl I 2012/59, hat die Rechtsbehelfe des Devolutionsantrags und der Säumnisbeschwerde grundsätzlich als konventionskonform und iSd Art 13 EMRK ausreichend beurteilt:<sup>116)</sup>

- Der EGMR qualifizierte den Devolutionsantrag gegen Säumnis der Behörde erster Instanz aufgrund der Sachentscheidungsbefugnis der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde als effektiven Rechtsbehelf.<sup>117)</sup>
- Die Säumnisbeschwerde gem Art 132 B-VG (idF vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012) war ein effektiver Rechtsbehelf, weil die Behörde in diesem Fall innerhalb von drei Monaten entscheiden musste und der Verwaltungsgerichtshof im Fall eines Übergangs der Zuständigkeit nach diesen drei Monaten selbst volle Kognitionsbefugnis hatte. Der EGMR verwies auch auf das statistische Argument der Bundesregierung, dass 67,2 % der Verfahren nach Säumnisbeschwerden von der jeweils säumigen Behörde selbst innerhalb der Dreimonatsfrist erledigt wurden.<sup>118)</sup>

#### c) Aktuelle Rechtslage nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012

In der Literatur wurde auch die Rechtslage nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 und dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl I 2013/33, mit den Rechtsbehelfen der Säumnisbeschwerde und des Fristsetzungsantrags allgemein und ohne nähere Untersuchung materieszpezifischer Besonderheiten für grundsätzlich konventionskonform befunden.

110) Siehe die Hinweise oben, F., insb FN 66.

111) *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (2016) § 24 Rz 190.

112) *Kröll* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Grundrechtecharta<sup>2</sup> (2019) zu Art 47 GRC, Rz 15.

113) Vgl grundlegend EGMR 26. 10. 2000, Rumpf/Deutschland, Rn 50f., Kudła/Polen, 30.210/96, Rn 152; EGMR 2. 9. 2010, 46.366/06.

114) EGMR 26. 10. 2000, *Kudła/Polen*, 30.210/96, Rn 158.

115) Siehe dazu *Pabel* in Grabenwarter (Hrsg), Europäischer Grundrechtsschutz [2014] § 19 Justizgrundrechte, Rz 11.

116) Dazu ausführlicher *Kreutzer*, Säumnis: Rechtsschutz gegen überlange Verfahren (2010) 226 ff.

117) EGMR 9. 10. 2003, 74.159/01, *Egger*, Rn 2.

118) EGMR 30. 1. 2001, 29.800, *Basic*, Rn 37; EGMR 30. 1. 2001, 30.160, *Pallanich*, Rn 30. Aktuelles Zahlenmaterial zur Dauer der Verfahren nach Säumnisbeschwerden und Fristsetzungsverfahren liegt nach dem Informationsstand des Verfassers nicht vor und lässt sich auch den veröffentlichten Tätigkeitsberichten der Verwaltungsgerichte und des VwGH nicht entnehmen.

den.<sup>119)</sup> Allerdings wies *Schulev-Steindl* zu Recht auf die Bedenklichkeit der „*nicht unbeträchtlichen Verlängerung der Verfahrensdauer*“ hin, die allerdings in erster Linie die rechtliche Beurteilung der Rechtsschutzregime aus dem Blickwinkel der Angemessenheit der Verfahrensdauer (Art 6 EMRK bzw Art 47 Abs 2 GRC) betrifft.<sup>120)</sup> Die Lehre hat begründete Bedenken in Hinblick auf die Wirksamkeit der aktuell vorgesehenen Rechtsbehelfe gegen Säumnis österreichischer Behörden bzw Verwaltungsgerichte angemeldet.<sup>121)</sup>

Im Säumnisbeschwerdeverfahren sind die Anforderungen des EGMR (prinzipiell) verwirklicht: Das Verwaltungsgericht entscheidet (implizit) über die Säumnis der erstinstanzlichen Behörde und hat volle Kognitionsbefugnis. Damit kann das Verwaltungsgericht die Entscheidung der säumigen Behörde nachholen und dadurch Abhilfe gegen Säumnis schaffen. Der Rechtsbehelf ist damit – losgelöst von der Frage der Verfahrensdauer – „effektiv“ im Sinn der Rechtsprechung des EGMR. Jedoch ist fraglich, ob damit eine ausreichende Beschleunigung des Verfahrens erzielt werden kann. Immerhin bedeutet die gesetzliche Entscheidungsfrist von sechs Monaten, die für das Verwaltungsgericht im Säumnisbeschwerdeverfahren anzuwenden ist, eine erhebliche Verlängerung im Verhältnis zu den verkürzten Entscheidungsfristen im erstinstanzlichen Verfahren. Soweit ersichtlich, gibt es allerdings keine Rechtsprechung des EGMR oder des EuGH, die im Zusammenhang mit der Effektivität des Rechtsschutzes auf die Verfahrensdauer vor dem über den Rechtsbehelf entscheidenden Gericht abstellt; lediglich das Fehlen jeglichen Rechtsschutzes gegen Verfahrensverzögerungen dieses Gerichts – in Österreich des Verwaltungsgerichtshofes – begründet einen Verstoß gegen das Gebot eines wirksamen Rechtsbehelfs.<sup>122)</sup>

Das Fristsetzungsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof entspricht den vom EGMR entwickelten Kriterien an einen wirksamen Rechtsbehelf nicht: Der Verwaltungsgerichtshof kann nach dem geltenden VwGG dem säumigen Verwaltungsgericht lediglich gem § 42a VwGG auftragen, das Erkenntnis oder den Beschluss innerhalb einer festzusetzenden Frist nachzuholen. Die zur Begründung der Konventionskonformität ins Treffen geführte Rechtsprechung des EGMR zum Fristsetzungsantrag in § 91 GOG überzeugt nicht: Die (älteren) Entscheidungen des EGMR zu diesem Rechtsbehelf nehmen primär auf die Verfahrensdauer (Art 6 EMRK) und nicht auf die Wirksamkeit des Rechtsbehelfs Bezug.<sup>123)</sup> Das Fehlen einer vollen Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes im Verfahren über einen Fristsetzungsantrag stellt daher nach Ansicht des Autors ein erhebliches Rechtsschutzdefizit dar. Eine Verfahrenspartei kann ihren Anspruch auf eine Entscheidung über ihren Antrag nicht wirksam durchsetzen, sodass durch die Ausgestaltung des Rechtsbehelfs des Fristsetzungsantrags kein wirksamer Rechtsbehelf iSd Art 13 EMRK gewährleistet ist.

Wendet man die Rechtsprechung des EGMR zu Art 13 EMRK aufgrund der Anordnung des Art 47 Abs 1 EMRK auf niederlassungsrechtliche Verfahren im Anwendungsbereich des Unionsrechts (zB Aufenthaltsbewilligung-Stu-

dierende, Rot-Weiß-Rot-Karte) an, erscheint (zumindest) die durch § 42a VwGG beschränkte Entscheidungsbefugnis des VwGH (Anordnung einer endgültigen Erledigungsfrist ohne Sanktionsmöglichkeiten und Rechtsfolgen) unionsrechtlich bedenklich, weil sie keinen wirksamen Rechtsbehelf gegen Säumnis der Verwaltungsgerichte darstellt.

Die aufgezeigte Unwirksamkeit des Rechtsschutzes wird im niederlassungs- bzw aufenthaltsrechtlichen Verfahren noch dadurch verschlimmert, dass das Erheben eines Fristsetzungsantrags, einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof und/oder einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof das Einbringen eines neuen Antrags ausschließt. Diese Rechtslage stellt einen erheblichen Rechtsnachteil für Antragsteller dar und hält sie faktisch davon ab, den vorgesehenen (wenngleich, wie dargelegt, nicht effizienten) Rechtsbehelf eines Fristsetzungsantrags zu ergreifen.

Eine Überprüfung der Unionsrechtskonformität des § 42a VwGG mit dem Grundrecht auf ein faires Verfahren und einen wirksamen Rechtsbehelf scheidet auch daran, dass § 42a VwGG eine Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes festlegt, dessen Entscheidungen im Fristsetzungsverfahren einer Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof entzogen sind. Lediglich in Verfahren im Anwendungsbereich der EMRK könnte der EGMR eine Klärung der Konventionskonformität des § 42a VwGG herbeiführen. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts wäre nur ein Vorabentscheidungsverfahren – welches der VwGH selbst einleiten müsste – oder ein Vertragsverletzungsverfahren geeignet, eine Klärung über die Vereinbarkeit des § 42a VwGG mit dem Recht auf ein wirksames Rechtsmittel iSd Art 47 Abs 1 GRC herbeizuführen.

Der Gesetzgeber wäre daher gefordert, die bestehenden Rechtsschutzdefizite durch eine Bereinigung der Rechtslage zu beseitigen, etwa durch Verkürzung der Entscheidungsfristen für die zweite Instanz am Maßstab der Fristen für die erstinstanzlichen Behörden, durch

119) *Ziniel*, Verfahrensbeschleunigende Rechtsbehelfe im Öffentlichen Recht (2017) 174 mH auf *Fister/Fuchs/Sachs*, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren (2013) zu § 34 VwGVG, Anm 1.

120) *Schulev-Steindl*, Säumnisschutz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 2014, 437 (443); *Ziniel* (FN 120) 175. Ähnlich weiters *Pabel* in *Fischer/Pabel/N. Raschauer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 422 f (insb Rn 90).

121) So insb *Mayer/Muzak*, B-VG<sup>5</sup> (2015) zu § 38 VwGG, Anm IV, 961 f, und *Gruber* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler* (Hrsg), Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup> (2017) zu § 42a VwGG, Rz 2.

122) Der EGMR hat seine Urteile betreffend Österreich in der Vergangenheit eher mit einer unangemessenen Verfahrensdauer iSd Art 6 EMRK als mit dem Fehlen eines wirksamen Rechtsbehelfs begründet: So etwa EGMR 23.5.2007, 37.301/03, Hauser-Sporn, Rn 40; EGMR 26.6.2007, 18.294/03, Stempfer, Rn 48; EGMR 26.10.2007, 8140/04, Vitzhum, Rn 31.

123) EGMR 30.1.2001, Nr. 23.459/94, Holzinger: Der Beschwerdeführer hatte dort den Rechtsbehelf des Art 91 GOG nicht ergriffen, sodass die innerstaatlichen Rechtsmittel nicht ausgeschöpft waren und der EGMR daher gem Art 35 EMRK keine Konventionsverletzung feststellen konnte (Rn 22); ebenso EGMR 1.2.2005, 32.042/02, Ecker. Auch in EGMR 18.10.2011, 22.833/07, Tuma, stellte der EGMR allein auf die Verfahrensdauer, Art 6 EMRK, ab (Rn 29).

die Einräumung einer vollen Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes im Verfahren über Fristsetzungsanträge und durch Ermöglichen der Einbringung weiterer Anträge während laufender Verfahren vor dem VfGH und VfzGH im NAG.

## H. Resümee

Das NAG sieht verschiedentlich verkürzte Entscheidungsfristen der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde vor. Diese Entscheidungsfristen sind in erster Linie unionsrechtlich vorgegeben. So haben die Behörden über Anträge auf Erteilung des Aufenthaltstitels Aufenthaltbewilligung-Studierende innerhalb von 90 Tagen, auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte innerhalb von acht Wochen zu entscheiden. Der Rechtsschutz gegen Säumnis der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörden ist aus Sicht der Antragsteller unbefriedigend: Lediglich im Zusammenhang mit dem Schlüsselkraftverfahren zur Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte hat der österreichische Gesetzgeber den Verwaltungsgerichten kürzere als die allgemeine, sechsmonatige Entscheidungsfrist gesetzt und diese mit drei Monaten festgesetzt.

Die allgemeine, sechsmonatige Entscheidungsfrist für Verwaltungsgerichte ist im Verhältnis zu den verkürzten Entscheidungsfristen für die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde zu lang, um die unionsrechtlich vorgegebenen Ziele (etwa attraktive und geordnete Zuwanderung für hochqualifizierte Schlüsselkräfte bzw Studenten, rasche Rechtssicherheit für die Antragsteller) wirksam umzusetzen.

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts gilt im Verfahren nach dem NAG das Grundrecht des Art 47 GRC („fares Verfahren“), das sowohl ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegen Säumnis (Art 47 Abs 1 GRC) als auch gegen unangemessen lange Verfahrensdauer (Art 47 Abs 2 GRC) beinhaltet.

Zur Angemessenheit der Verfahrensdauer gibt es keine Rechtsprechung des EGMR oder des EuGH, die die allgemeine sechsmonatige Entscheidungsfrist des VwGVG für Verwaltungsgerichte in Verfahren infrage stellen würde, in denen die erste Instanz eine kürzere Frist einzuhalten hat. Die einschlägigen, im Unionsrecht grundgelegten verfahrensrechtlichen Fristen sind ausschließlich an die

vollziehenden Behörden in den Mitgliedstaaten gerichtet und können mit den bestehenden Rechtsbehelfen (Säumnisbeschwerde, Fristsetzungsantrag) kaum wirksam durchgesetzt werden. Diese Rechtslage steht in einem Spannungsverhältnis zu den unionsrechtlichen Grundrechten, die auf die Verfahren aufgrund einschlägiger unionsrechtlicher Richtlinien gesetzlich geschaffener Aufenthaltstitel anwendbar sind.

Der Rechtsbehelf des Fristsetzungsantrags ist kein wirksamer Rechtsbehelf gegen eine Säumnis der Verwaltungsgerichte. Das Fristsetzungsverfahren ist schon deshalb problematisch, weil kein Rechtsschutz gegen das Unterlassen der gesetzlich gebotenen Vorlage des Fristsetzungsantrags an den Verwaltungsgerichtshof gegeben ist. In weiterer Folge fehlt es an einer umfassenden Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes, sodass dieser keine wirksame Abhilfe gegen die Säumnis schaffen kann. Der Ausschluss weiterer Rechtsmittel, etwa eines neuerlichen Fristsetzungsantrags bei fortgesetzter Säumnis eines Verwaltungsgerichts, stellt ein weiteres Rechtsschutzdefizit dar.

Die Unzulässigkeit der Einbringung eines neuen (Erst-)Antrags nach dem NAG während eines höchstgerichtlichen Verfahrens erschwert es Antragstellern im niederlassungs- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren zusätzlich, ihr Recht auf ein faires und zeitgerechtes Verfahren durchzusetzen.

Der Rechtsschutz gegen Säumnis der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde ist damit nicht lückenlos gewährleistet und (zumindest in Teilen) unwirksam. Die verkürzten Entscheidungsfristen der erstinstanzlichen Behörden sind daher in der Praxis leider schwer durchsetzbar. Es läge am Gesetzgeber, die aufgezeigten Unzulänglichkeiten des Rechtsschutzes gegen Säumnis – allgemein und im Bereich des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechts – zu beseitigen.

124) § 20g AuslBG; siehe auch oben unter E. Die Behörde hat eine Frist von 10 Wochen, um eine Beschwerdeentscheidung zu treffen. Wenn die Behörde diese Frist von 10 Wochen ausschöpft und auch das Verwaltungsgericht die dreiwöchige Frist verstreichen lässt, sind bereits 5 Monate und 2 Wochen vergangen, bis der Antragsteller einen Fristsetzungsantrag einbringen kann. Diese Frist ist nur geringfügig kürzer als die allgemeine sechsmonatige Frist des § 73 AVG und führt zu keiner wesentlichen Beschleunigung.