

Exposé

zum Dissertationsvorhaben mit dem Arbeitstitel

Menschen mit Behinderungen im Fremden- und Asylrecht

Verfasserin

Mag.^a iur. Rosa-Maria Mayerl

Angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.ⁱⁿ iur.)

Betreuer

Univ.-Prof. Dr. Franz Merli

Studienkennzahl lt. Studienblatt:
Studienrichtung lt. Studienblatt:
Dissertationsfach:

A 783 101
Rechtswissenschaften
Öffentliches Recht

Wien, Jänner 2023

Inhaltsverzeichnis

I.	Problemaufriss	2
II.	Forschungsfragen.....	3
III.	Methoden	4
IV.	Gang der Untersuchung	4
A.	Ausgewählte Themen des Prüfungsgegenstandes	5
1.	<i>Ist in bestehenden Aufenthaltsregime Platz für MmB? (Beispiel Unionsrecht).....</i>	<i>5</i>
2.	<i>Reaktionen der Judikatur auf die Bedürfnisse von Fremden mit Behinderungen (Beispiel Selbsterhaltungsfähigkeit).....</i>	<i>7</i>
3.	<i>Geflüchtete mit Behinderungen – unsichtbar, vergessen und übersehen?</i>	<i>8</i>
4.	<i>Behinderungen als Hindernis aufenthaltsbeendender Maßnahmen und Abschiebungen?</i>	<i>9</i>
B.	Prüfungsergebnisse und Abhilfemöglichkeiten.....	10
V.	Grobgliederung	13
VI.	Vorläufiger Zeitplan	14
VII.	Literaturverzeichnis (Auszug)	15

I. Problemaufriss

Zum Stichtag am 1. Jänner 2022 lebten in Österreich 1,587 Millionen Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen.¹ Diese Gruppe an Fremden² ist jedoch nicht homogen. Menschen mit Behinderungen (MmB) bringen andere Voraussetzungen und Bedürfnisse mit als der „Idealtypus“ jener Fremden, auf welche das österreichische Fremden- und Asylrecht zugeschnitten ist: Wenn in der behördlichen Praxis die Antragstellung grundsätzlich persönlich zu erfolgen hat, schafft dies Hürden für Personen, die aufgrund einer physischen Behinderung bewegungseingeschränkt sind oder wegen psychischen Behinderungen nicht dazu in der Lage sind, dem flexibel Folge zu leisten. MmB sind auf dem Arbeitsmarkt schlechter gestellt und in erhöhtem Maße armutsgefährdet, dennoch ist ein rechtmäßiger Aufenthalt idR an die Arbeits- bzw. Selbsterhaltungsfähigkeit geknüpft. Auch wenn Aufenthaltstitel das Erreichen besonderer Sprachqualifikationen voraussetzen, werden dadurch Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen ausgeschlossen. Für MmB ergeben sich daher (auch im Fremden- und Asylrecht) reale Nachteile – ein Fakt, der dem Gesetzgeber durchaus bekannt ist – sieht er doch in vielen Bereichen unterschiedliche Regelungen für MmB und jene ohne vor.³ Ein noch so funktionales Fremden- und Asylrechtssystem ist daher ungenügend, wenn es nicht auf die Bedürfnisse von MmB eingeht. Das Gastarbeiter:innenrecht des 20. Jahrhunderts unterzog ausländische Arbeitskräfte noch einer Gesundheitsuntersuchung und verwehrte ihnen im Falle unzureichender Ergebnisse die Einreise.⁴ Einen derartigen Ausschluss von Fremden, die als gesundheitlich ungeeignet angesehen werden, kennt das heutige Fremdenrecht nicht mehr. Inwiefern es allerdings am Bild leistungsstarker Arbeitsmigrant:innen festhält oder sich, wie insb. von der UN-Behindertenrechtskonvention⁵ (UN-BRK) ausdrücklich gefordert, durch „angemessene Vorkehrungen“ auf die Bedürfnisse von MmB einstellt, soll Gegenstand eingehender Prüfung werden.⁶

Fremde mit Behinderungen stellen eine rechtswissenschaftlich wie auch politisch weitgehend unbeachtete Gruppe dar. Diese Unsichtbarkeit zeigt sich bereits darin, dass in Österreich keine aktuellen Statistiken zu Fremden mit Behinderungen existieren bzw. keine Daten erhoben werden. Im Rahmen des Mikrozensus wurde 2015 festgestellt, dass der Anteil an Menschen mit einer Beeinträchtigung, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft innehaben, zwischen 11,9-13,1% liegt.⁷ Für geflüchtete Personen gibt es nur Schätzungen, die für Deutschland und Österreich von einem Anteil von etwa 15-20% an Menschen mit Behinderungen ausgehen.⁸ Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema ist ebenfalls gering: Am meisten Beachtung finden Fremde mit Behinderungen im internationalen bzw.

¹ Vgl. *STATISTIK AUSTRIA*, Statistisches Jahrbuch. Migration & Integration (2022) 22.

² Im Rahmen des Exposés wird der Begriff „Fremde“ gewählt, um über Personen zu sprechen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Dennoch sind diese Menschen in vielen Fällen alles andere als „fremd“ und haben ihre Lebensmittelpunkt bereits lange Zeit in Österreich. Zu einer kritischen Auseinandersetzung mit den verschiedenen Begrifflichkeiten siehe *Peyrl et al*, Fremdenrecht: Asyl - Ausländerbeschäftigung - Einbürgerung - Einwanderung - Verwaltungsverfahren⁷ (2018) 13.

³ Vgl. *Pöschl*, Armut und Gleichheit, JRP 2016, 121 (126).

⁴ Vgl. etwa Art 4 Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Türkischen Republik über die Anwerbung türkischer Arbeitskräfte und deren Beschäftigung in Österreich BGBl 1964/164 idF BGBl 1965/121.

⁵ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen BGBl III 2008/155.

⁶ Spezifische Regelungen für MmB wurden bereits in Bezug auf Sprach- und Integrationsnachweise (§ 21a Abs 4 Z 2 NAG, § 9 Abs 5 Z 2 IntG, § 10 Abs 3 Z 2 IntG) und im Staatsbürgerschaftsrecht zur Selbsterhaltungsfähigkeit (§ 10 Abs 1 StbG) erlassen.

⁷ Im Vergleich liegt der Anteil an MmB unter den österreichischen Staatsbürger:innen zwischen 18,2-19,2%. Die jeweiligen Rahmenwerte ergeben sich, da sowohl Beeinträchtigungen, die kürzer als ein halbes Jahr andauern, und jene, die länger andauern, abgefragt wurden. Vgl. *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz*, Bericht der Bundesregierung über die Lage der Menschen mit Behinderungen in Österreich 2016 (2017) 270.

⁸ Vgl. *Österreichischer Behindertenrat*, NAP Behinderung 2022-2030. Vorschläge des Österreichischen Behindertenrats zum Thema Europa und Internationales (2022) 4.

unionsrechtlichen Diskurs⁹, insb. mit einem Fokus auf Asylwerber:innen¹⁰. Für den österreichischen Raum gibt es Publikationen zu einzelnen Problemfeldern, in erster Linie zur Identifikation besonders schutzbedürftiger Personen im Asyl- und Grundversorgungsrecht¹¹. Es mangelt allerdings an einer wissenschaftlichen Aufarbeitung der Gesamtsituation von Fremden mit Behinderungen¹² und einer Analyse der einschlägigen Judikatur. Diese Lücke sucht das Dissertationsvorhaben zu schließen und Fremde mit Behinderungen als eigene Gruppe mit spezifischen Hürden im österreichischen Fremden- und Asylrecht unter Bezugnahme des internationalen Rahmens zu untersuchen. Erzielt wird eine umfassende Prüfung der für MmB relevanten fremden- und asylrechtlichen Regelungen auf ihre Vereinbarkeit mit nationalen und internationalen Rechtsvorschriften über die Rechte und den Schutz behinderter Menschen, die über die Einzelanalyse spezifischer Problemfelder hinausgeht.

II. Forschungsfragen

Im Rahmen dieses Forschungsziels sollen die folgenden Forschungsfragen den Gang der Untersuchung leiten und beantwortet werden:

1. Inwiefern verwirklicht das österreichische Fremdenrecht das Recht von MmB auf Freizügigkeit und auf Staatsangehörigkeit, wie es einfachgesetzlich, unionsrechtlich und in menschenrechtlichen Dokumenten (etwa nach Art 18 UN-BRK) garantiert wird?
 - 1.1. Innerhalb welcher Grenzen ist das Kriterium der finanziellen Selbsterhaltungsfähigkeit als Voraussetzung für einen rechtmäßigen Aufenthalt mit dem grundrechtlichen Schutz von MmB vereinbar?
2. Gibt es Ansätze für eine behindertenspezifische Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in der österreichischen Judikatur und inwiefern ist eine solche geboten und umsetzbar?
3. Ermöglichen die verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Österreich es Fremden mit Behinderungen, selbstbestimmt¹³ zu ihrem Aufenthaltsrecht zu gelangen?

⁹ *Morgan/Stalford*, Disabled People and the European Union: equal citizens? in *Barnes/Mercer* (Hrsg), The Social Model of Disability: Europe and the Majority World (2005) 98; *O'Brien*, Social blind spots and monocular policy making: the ECJ's migrant worker model, *Common Market Law Review* 2009, 1107; *Waddington*, The potential for, and barriers to, the exercise of Active EU Citizenship by persons with disabilities, in *Halvorsen et al* (Hrsg), The Changing Disability Policy System: Active Citizenship and Disability in Europe Volume 1 (2017) 196.

¹⁰ Etwa *O'Sullivan/Ferri*, The Recast Reception Conditions Directive and the Rights of Asylum Seekers with Disabilities: Opportunities, Challenges and the Quest for Reform, *European Journal of Migration and Law* 2020, 307; *De Weck/Motz*, Die Relevanz von Krankheit oder Behinderung für die Flüchtlingseigenschaft und für das Refoulement-Verbot gemäss Art. 3 EMRK, *Asyl* 2017, 9; *Motz*, The Refugee Status of Persons with Disabilities (2021); *Jakuleviciene*, Vulnerable Persons as a New Sub-Group of Asylum Seekers? in *Chetail/De Bruycker/Maiani* (Hrsg), Reforming the Common European Asylum System (2016) 353; *Crock et al*, Where Disability and Displacement Intersect: Asylum Seekers and Refugees with Disabilities, *International Journal of Refugee Law* 2012, 735.

¹¹ Vgl *Matti*, Wer braucht wie viel Schutz? *juridikum* 2016, 329; *Noisternig*, Standards im Asylverfahren im Hinblick auf die Aufnahmerichtlinie (2018, Dissertation); *Uranüs*, Identifikation von Folteropfern im Asylverfahren, in *Carvill Schellenbacher/Dahlvik/Fassmann/Reinprecht* (Hrsg), Migration und Integration - wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich, *Jahrbuch* 4/2018 (2018) 71.

¹² So etwa für Deutschland *Welti/Walter*, Migration und Behinderung. Rechtliche Aspekte, in *Westphal/Wansing* (Hrsg), Migration, Flucht und Behinderung (2018) 123.

¹³ Der UN-BRK liegt der Gedanke der selbstbestimmten Lebensführung von MmB zugrunde (Vgl Präambel lit n, Art 3 lit a, Art 9 Abs 1, Art 19 Überschrift, Art 20, Art 26 Abs 1 UN-BRK). Gemeint ist die umfassende Kontrolle über das eigene Leben: MmB sollen also in der Lage dazu sein, Entscheidungen selbst zu treffen, durchzusetzen und zu verantworten, was auch geeignete Rahmenbedingungen sowie die Wahlmöglichkeit zwischen akzeptablen Alternativen voraussetzt. Siehe dazu *Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres*, Begleitdokument zu BGBl. III Nr. 105/2016, sozialministerium.at (Stand November 2016) 5f.

III. Methoden

Im Rahmen der Dissertation soll mittels rechtsdogmatischer Analyse die innerstaatliche Fremden- und Asylrechtslage auf ihre Vereinbarkeit mit dem (grundrechtlichen) Schutz von MmB untersucht werden. Der Inhalt der einschlägigen nationalen, europäischen und internationalen Rechtsvorschriften wird mittels der gängigen Auslegungsmethoden ermittelt, wobei den Besonderheiten internationaler Rechtsquellen Rechnung getragen wird.¹⁴ Die Prüfung und Beantwortung der Forschungsfragen erfolgt durch eine eingehende Literaturrecherche sowie eine Judikaturanalyse. Aufgrund der stark völkerrechtlich determinierten Rechtslage des Asylrechts, wird in diesem Bereich auch vereinzelt rechtsvergleichend gearbeitet und erörtert, ob Ableitungen für die österreichische Rechtslage möglich sind, etwa bezüglich der Umsetzung eines behindertenspezifischen Flüchtlingsstatus, wie ihn die angelsächsische Rechtsprechung kennt. Um die Defizite des Fremden- und Asylrechtssystems zu erkennen, ist es notwendig zuvor die Bedürfnisse von MmB zu identifizieren. Daher wird auch auf statistische Untersuchungen und Literatur der Migrationsforschung und Sozialwissenschaften zurückgegriffen. Im fünften Teil der Arbeit sollen im Hinblick auf die zuvor identifizierten Lücken im bestehenden Schutz von Fremden mit Behinderungen auch rechtspolitische Überlegungen zu Änderungen der fremden- und asylrechtlichen sowie der sozialrechtlichen Rechtslage angestellt und klar als solche gekennzeichnet werden.

IV. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Dissertation erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der Behinderung, da dem einfachen Gesetzgeber, Verfassungsgesetzgeber, völkerrechtlichen Verträgen sowie dem Unionsrecht unterschiedliche Vorstellungen zugrunde liegen, was eine Behinderung ausmacht. Das Ziel ist die Schaffung eines geeigneten Arbeitsbegriffes, um das Dissertationsvorhaben abzustecken und in der Folge gezielt auf bestehende Problemfelder für die definierte Gruppe eingehen zu können. Im zweiten Teil wird der Maßstab der Prüfung herausgearbeitet: Die nationalen und internationalen Rechtsquellen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen werden dargestellt und darauf untersucht, inwiefern sie Anwendung auf Fremde finden und wen sie berechtigen oder verpflichten. Vordergründiger Referenzpunkt wird die UN-Behindertenrechtskonvention bilden, da sie das erste menschenrechtliche Instrument darstellt, das sich dem umfassenden Schutz von MmB widmet¹⁵, und, trotz mangelnder Durchführungsgesetzgebung nach ihrer Genehmigung unter Erfüllungsvorbehalt, auf verschiedenen Wegen Eingang in das nationale Recht findet.¹⁶ Der dritte Teil widmet sich der Darstellung des Prüfungsgegenstandes - materiellrechtliche sowie verfahrensrechtliche Besonderheiten für Menschen mit Behinderungen werden für die verschiedenen Aufenthaltsregime herausgearbeitet und systematisiert. Die Untersuchung folgt dem Ablauf eines fremden- bzw. asylrechtlichen Verfahrens: Zunächst werden die Voraussetzungen der verschiedenen Aufenthaltsregime für einen rechtmäßigen Aufenthalt untersucht. Dazu gehören etwa Spracherfordernisse und das Kriterium der Selbsterhaltungsfähigkeit, welches, mit Ausnahme des internationalen Schutzes, eine

¹⁴ Vgl. Potacs, *Rechtstheorie*² (2019) 68ff, 180ff.

¹⁵ Vgl. Rothfritz, *Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen* (2009) 140ff.

¹⁶ Vgl. zur Wirkung für die Rechtsanwendung im Rahmen der völkerrechtskonformen Interpretation *Universität Innsbruck*, Gutachten über die aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erwachsenden Verpflichtungen Österreichs (2014) Rz 47ff; zur Diskussion einer unmittelbaren Anwendbarkeit der UN-BRK über das Unionsrecht *Universität Innsbruck*, Gutachten Rz 133f; zur Umsetzung der UN-BRK durch den Nationalen Aktionsplan Behinderung *Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz*, Nationaler Aktionsplan Behinderung 2022–2030 (2022); für Überlegungen zur Möglichkeit der Heranziehung der UN-BRK für eine menschenrechtliche Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der GFK siehe *Motz*, *Flüchtlinge mit Behinderungen*, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* 2018, 65.

grundlegende Voraussetzung für einen rechtmäßigen Aufenthalt darstellt und eine besondere Belastung für MmB bedeutet, weswegen es auch in der Judikatur des VfGH und VwGH behandelt wurde.¹⁷ Anschließend werden die Aufenthaltsregime übergreifende Fragestellungen untersucht. Dies betrifft einerseits Besonderheiten des Verfahrens, wie Prozessfähigkeit, selbstbestimmte Teilnahme und Zugang zu Informationen, Barrierefreiheit und Identifikation vulnerabler Personen, und andererseits die Schnittstelle von Aufenthaltsrecht und Sozialrecht, da MmB in einem erhöhten Maß auf Leistungen des Sozialrechts angewiesen sind.¹⁸ In diesem Regelungsbereich zeigt sich ein interessanter Einsatz an „Härtefallklauseln“ – Bestimmungen, die eine ausnahmsweise Leistungsgewährung an Fremde (bzw. fremde MmB) ermöglichen, um Härtefällen vorzubeugen – so etwa für die Sozialhilfe¹⁹ und ehemals für das Pflegegeld²⁰. Die Vor- und Nachteile dieser Gestaltung sollen untersucht werden. Schließlich stellt sich die Frage, inwiefern Behinderungen eine Berücksichtigung im Rahmen von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen und Abschiebungen finden. Ausgehend von den Ergebnissen der hier exemplarisch aufgezeigten Untersuchung erfolgt im vierten Teil die Gegenüberstellung des Prüfungsmaßstabes und -gegenstandes. Der bestehende Schutz und seine Lücken werden identifiziert und auf ihre Vereinbarkeit mit den Bestimmungen zum Schutz von MmB geprüft. Im abschließenden fünften Kapitel werden Abhilfemöglichkeiten aufgezeigt. Einerseits im Rahmen der bestehenden Gesetzeslage und Rechtsprechung, andererseits mit Blick auf rechtpolitische Überlegungen zu Änderungsvorschlägen für das innerstaatliche Recht und Unionsrecht.

A. Ausgewählte Themen des Prüfungsgegenstandes

1. Ist in bestehenden Aufenthaltsregime Platz für MmB? (Beispiel Unionsrecht)

EWR-Bürger:innen und Schweizer:innen können sich in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts ohne weitere Voraussetzungen frei in Österreich aufhalten. Zu einem weiteren Aufenthalt sind sie jedoch nur berechtigt, wenn sie Arbeitnehmer:innen bzw. Selbstständige sind oder als Nichterwerbstätige und Auszubildende über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen (insb. Art 7 RL 2004/38/EG²¹, umgesetzt in §§ 51, 57 NAG²²). Zum Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt (insb. Art 16 RL 2004/38/EG, umgesetzt in Art 53a, 57 NAG) sind diese Voraussetzungen für einen ununterbrochenen Zeitraum von fünf Jahren nachzuweisen. Trotz des umfassenden Arbeitnehmer:innenbegriffes, den Artikel 45 AEUV verankert, können sich für MmB Lücken ergeben, insb. für jene, die nur eine sehr begrenzte Anzahl an Stunden arbeiten, ein sehr geringes Einkommen erhalten, oder in Behindertenwerkstätten arbeiten. Aus der

¹⁷ VfGH 1.3.2013, G106/12 ua; 4.10.2018, G 133/2018; VwGH 18.4.2018, Ro 2017/22/0002.

¹⁸ Für die EU galt 2019, dass 68% der über 16-Jährigen mit einer Aktivitätsbeschränkung armutsgefährdet wären, wenn sie keine Sozialleistungen empfangen würden. Der Begriff der Aktivitätsbeschränkung beschreibt eine Dimension von Gesundheit/Behinderung, bei welcher eine langjährige Einschränkung bei der Ausübung normaler Aktivitäten aufgrund von Gesundheitsproblemen vorliegt. Vgl *eurostat*, Disability statistics - poverty and income inequalities, ec.europa.eu (Stand Jänner 2021).

¹⁹ Vgl § 6 Abs 2 Bundesgesetz betreffend Grundsätze für die Sozialhilfe (Sozialhilfe-Grundsatzgesetz) BGBl I 2019/41 idF BGBl I 2022/78: „Die Landesgesetzgebung kann darüber hinaus vorsehen, dass Sozialhilfe im Einzelfall [...] auf der Grundlage des Privatrechts geleistet werden kann, soweit der Lebensunterhalt und der Wohnbedarf nicht anderweitig gesichert sind oder gesichert werden können und dies zur Vermeidung besonderer Härten unerlässlich ist und sich die betroffene Person rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. § 3 Abs. 5 gilt sinngemäß.“

²⁰ Bis 1.1.2012 enthielten alle Landespflegegeldgesetze Härtefallklauseln, gemäß denen nach Ermessen der Entscheidungsträger von der Voraussetzung der österreichischen Staatsbürgerschaft für die Leistungsgewährung abgesehen werden konnte, sofern es die persönlichen, familiären oder wirtschaftlichen Verhältnisse des Fremden zur Vermeidung einer sozialen Härte geboten erscheinen ließen. Vgl *Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld⁴ (2017) Rz 3.92.

²¹ RL 2004/38/EG des EP und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der MS frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr 1612/68 und zur Aufhebung der RL 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, AB L 2004/158, 77.

²² Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz BGBl I 2005/100.

Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass unter bestimmten Voraussetzungen unterstützte Arbeitsleistung vom Arbeitnehmer:innenbegriff umfasst ist, Beschäftigungen auf dem so genannten tertiären Arbeitsmarkt jedoch nicht (Vgl. EuGH C-344/87, *Bettray*, ECLI:EU:C:1989:226; C-456/02, *Trojani*, ECLI:EU:C:2004:488; C-316/13, *Fenoll*, ECLI:EU:C:2015:200).²³

Die bereits angesprochene Voraussetzung der ausreichenden finanziellen Mittel, die sich als roter Faden durch die verschiedenen Aufenthaltsregime zieht, ist ebenso für EWR-Bürger:innen und Schweizer:innen von Bedeutung. Auch wenn für sie im Vergleich zu Drittstaatsangehörigen weniger strikte Regeln für den Nachweis ausreichender Existenzmittel gelten, muss das Ausmaß ihrer Mittel dennoch höher sein als der Grenzwert unter welchem Sozialhilfe gewährt wird.²⁴ Zusätzlich zur Höhe, ist es für die in Frage stehende Gruppe oftmals ein Problem, einen entsprechenden Nachweis für die Zeitspanne von fünf Jahren zu erbringen, da eine durchgängige Anstellung bei Vorliegen einer Behinderung schwieriger zu halten ist.²⁵ Diese Voraussetzungen der unionsrechtlichen Freizügigkeit wirken sich nicht nur als Schranke der Mobilität für MmB aus, sondern auch für andere Gruppen wie etwa Frauen.²⁶ In Bezug auf MmB zeigt sich allerdings eine geringe wissenschaftliche Untersuchung.²⁷ Sofern EWR-Bürger:innen und Schweizer:innen als „Nichterwerbstätige“ ihr Freizügigkeitsrecht in Anspruch nehmen, erhalten sie, von Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich keine Sozialleistungen oder Leistungen der sozialen Fürsorge im empfangenden Mitgliedstaat (MS).²⁸ Eine Möglichkeit²⁹, trotzdem die ausreichenden Existenzmittel vorzuweisen, wäre Sozialleistungen zu exportieren. Jedoch besteht in dieser Hinsicht nur eine Koordinierung der verschiedenen Systeme der sozialen Sicherheit der MS durch die Koordinierungsverordnung (VO 883/2004³⁰), welche Leistungen der sozialen Fürsorge von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt (Artikel 3 Abs 5 lit a VO 883/2004). Leistungen für MmB, die unter die soziale Fürsorge fallen, sind daher nicht exportfähig.³¹ Hinzu kommt, dass kein unionsweiter Behindertenbegriff/-status existiert und keine automatische Anerkennung von einer in einem MS festgestellten Behinderung erfolgt.³² MmB können also in die Situation kommen, dass sie die Qualifikationen für behindertenspezifische Leistungen in ihrem Herkunftsstaat erfüllen, im

²³ Vgl. *Waddington in Halvorsen et al* 196 (197); *Reissner*, Die Integration von Menschen mit Behinderung ins Arbeitsleben – arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Rahmenbedingungen, in *Reissner/Mair* (Hrsg.), Menschen mit Behinderung im Arbeits- und Sozialrecht² (2021) 1 (31ff).

²⁴ Vgl. KOM(2009) 313 final, 8f.

²⁵ Erhebungen von eurostat aus dem Jahr 2019 ergaben, dass 28,4% aller Personen über 16 Jahren mit einer Aktivitätsbeschränkung der Gefahr von Armut oder sozialer Exklusion ausgesetzt sind. Bei Menschen ohne derartige Limitation liegt das Risiko nur bei 18,4 %. Ferner leben Personen mit Aktivitätsbeschränkung in Haushalten mit weitaus geringerer Erwerbstätigkeit (22,8 % im Vergleich zu 6,5%), was als Resultat eines erschwerten Zugangs zum Arbeitsmarkt verstanden wird. Vgl. dazu *eurostat*, Persons by risk of poverty, material deprivation, work intensity of the household, age and sex of the person - intersections of EU 2020 Strategy poverty target indicators, data.europa.eu (Stand 22.01.2021); *eurostat*, Disability statistics - poverty and income inequalities, ec.europa.eu (Stand Jänner 2021).

²⁶ Vgl. etwa *Morgan/Stalford in Barnes/Mercer* 98 (100); *Lundström*, Family life and the freedom of movement of workers in the European Union. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1996, 250; *Ackers/Stalford*, A Community for Children? Children, Citizenship and Internal Migration in the European Union. *Children and Youth Services Review* 1999, 987; *O'Brien*, Civis capitalist sum: Class as the new guiding principle of EU free movement rights. *Common Market Law Review* 2016, 937; *Shutes/Walker*, Gender and free movement: EU migrant women's access to residence and social rights in the U.K. *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2018, 137.

²⁷ So auch schon *Morgan/Stalford in Barnes/Mercer* 98 (100).

²⁸ Vgl. *Pöschl*, Freizügigkeit und Sozialstaat, *ZÖR* 74, 929.

²⁹ Es darf nicht übersehen werden, dass den Vorteilen der Exportfähigkeit von Sozialleistungen Grenzen gesetzt sind, speziell in Situationen, in denen MmB von MS mit geringen Leistungen in MS mit höheren Lebenshaltungskosten ziehen.

³⁰ VO 883/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), *ABl L* 2004/166, 1.

³¹ Vgl. *Waddington in Halvorsen et al* 196 (200).

³² Vgl. *Bolderson et al*, Definitions of disability in Europe: A comparative analysis: Final report (2002) 66ff; Bestrebungen zur gegenseitigen Anerkennung des Behindertenstatus wurden im Rahmen des Pilotprojekts „European Disability Card“ getestet, beliefen sich allerdings auf Leistungen im Bereich von Freizeitaktivitäten und Verkehr. Vgl. KOM(2021) 101 (6); *Chiattelli et al*, Study assessing the implementation of the pilot action on the EU Disability Card and associated benefits (2021) 16ff.

Aufnahmestaat jedoch nicht, wodurch eine Barriere für die Freizügigkeit entsteht. Das unionsrechtliche Aufenthaltssystem kennt, neben den vorgestellten Regime, keine (Ausnahme-)Regelung, die auf die besondere Situation von MmB eingehen bzw. Härtefälle vermeiden kann.³³ Somit ergibt sich in der Lebensrealität vieler EWR-Bürger:innen und Schweizer:innen mit Behinderung, dass sie sich zum Teil bereits seit Jahren in Österreich aufhalten, ihr Aufenthalt aber unsicher oder sogar ungeklärt ist

Hypothese: EWR-Bürger:innen und Schweizer:innen sind, wenn auch nicht rechtlich, oftmals faktisch vom Aufenthaltsrecht ausgeschlossen und von der unionsrechtlichen Freizügigkeit, dem Kernstück der Unionsbürgerschaft³⁴, können sie nur erschwert oder gar nicht Gebrauch machen.

2. Reaktionen der Judikatur auf die Bedürfnisse von Fremden mit Behinderungen (Beispiel Selbsterhaltungsfähigkeit)

Für das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht existiert seit 2013 mit § 10 Abs 1 StbG³⁵ eine Sonderbestimmung, die vorsieht, dass ein nicht gesicherter Lebensunterhalt insb. dann nicht zu vertreten ist, wenn er auf einer Behinderung oder auf einer dauerhaften schwerwiegenden Krankheit beruht. Diese Ausnahme beruht auf einer Entscheidung des VfGH³⁶, der festgestellt hatte, dass das ausnahmslose Erfordernis der Selbsterhaltungsfähigkeit für das Erlangen der Staatsbürgerschaft eine Verletzung von Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG³⁷ und des Sachlichkeitsgebotes des Art 1 Abs 1 BVG-Rassendiskriminierung³⁸ bedeute. Denn eine Behinderung führe zu einem erschwerten oder gänzlich eingeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt und so zu einer Benachteiligung behinderter gegenüber nichtbehinderter Menschen. Diese lasse sich auch nicht rechtfertigen, auch nicht durch finanzielle Belastungen der Gebietskörperschaften. Einen mit ähnlichen Argumenten ausgeführten Antrag des VwGH³⁹ betreffend des im NAG normierten ausnahmslosen Erfordernisses zur Selbsterhaltungsfähigkeit zur Erlangung eines unbefristeten Aufenthaltsrechts (Daueraufenthalt-EU) im Anlassfall für Subsidiär Schutzberechtigte (§ 11 Abs 1 Z 4 NAG) wies der VfGH⁴⁰ jedoch, begründend mit den unterschiedlichen Zielsetzungen und Regelungsbereichen des StbG 1985 und des NAG 2005, ab. In diesem Fall können im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung finanzielle Belastungsaspekte des Staates eine entsprechende Schranke rechtfertigen.⁴¹ Diese Entscheidung soll kritisch beleuchtet und Überlegungen zur Vereinbarkeit der Voraussetzung notwendiger Existenzmittel mit dem strengen Prüfmaßstab⁴² des Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG und dem Sachlichkeitsgebot gem Art 1 Abs 1 BVG-Rassendiskriminierung auch für die im NAG geregelten Aufenthaltsregime angestellt werden. Es stellt sich die Frage, ob die beiden Gesetze tatsächlich in jedem Fall nicht vergleichbare Rechtspositionen vermitteln oder ob nach der Dauerhaftigkeit des Aufenthalts unterschieden werden muss. Auch dem vom VfGH vorgebrachten Argument, MmB erhielten im Regime des

³³ Anders etwa das Asylgesetz für Drittstaatsangehörige mit den Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen (§§ 55-57 AsylG); zur Inflexibilität des Unionsrecht in Bezug auf Frauen, die dem Arbeitsmarkt aufgrund einer Schwangerschaft und Karenz für gewisse Zeiten nicht zur Verfügung stehen, vergleiche etwa *Shutes/Walker*, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2018, 137 (144ff).

³⁴ Vgl *Morgan/Stalford in Barnes/Mercer* (Hrsg) 98 (99 ff).

³⁵ Bundesgesetz über die österreichische Staatsbürgerschaft BGBl 1985/311.

³⁶ VfGH 01.03.2013, G106/12 ua.

³⁷ B-VG BGBl 1930/1.

³⁸ Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung BGBl 1973/390.

³⁹ VwGH 18.4.2018, Ro 2017/22/0002.

⁴⁰ VfGH 4.10.2018, G 133/2018.

⁴¹ Vgl *Holoubek*, *Verhältnismäßigkeit und Sachlichkeit: Überlegungen zu ihrer Bedeutung in der Struktur der Gleichheitsprüfung*, *ZÖR* 2019, 867 (871).

⁴² Vgl Pöschl, *Gleichheit vor dem Gesetz* (2007) 689ff.

NAG ohnehin durch § 11 Abs 3 NAG ausreichenden Schutz, ist genauer nachzugehen. § 11 Abs 3 NAG ermöglicht eine Erteilung eines Aufenthaltstitels trotz Nichterfüllung der Voraussetzung, wie etwa der Selbsterhaltungsfähigkeit, wenn andernfalls Art 8 EMRK verletzt würde. Der vom VfGH angestellte Verweis⁴³ auf die Rsp von VwGH⁴⁴ und EGMR⁴⁵ zeigt allerdings, dass nicht an die Person mit Behinderung oder den Umstand der Behinderung selbst gedacht wird, sondern an eine aus der Behinderung resultierende Unterstützungsbedürftigkeit durch Angehörige, was diametral zum zentralen Anliegen der UN-BRK, MmB als selbständige Subjekte und nicht als Objekte mitleidiger Fürsorge zu positionieren⁴⁶, steht. § 11 Abs 3 NAG setzt voraus, dass andernfalls Art 8 EMRK verletzt würde, die Erteilung eines Aufenthaltstitels trotz fehlender Selbsterhaltungsfähigkeit erfolgt daher nur in bestimmten Anwendungsfällen und eine Behinderung stellt im Zuge der vorzunehmenden Interessensabwägung auch nur eines von vielen Kriterien dar.⁴⁷

3. *Geflüchtete mit Behinderungen – unsichtbar, vergessen und übersehen?*⁴⁸

Im Asylverfahren werden vulnerable Personen (darunter auch MmB) nicht als solche identifiziert, denn das Vorliegen einer Behinderung oder chronischen Erkrankung wird bei der Erstaufnahme in Österreich nicht routinemäßig erhoben.⁴⁹ Eine derartige Erfassung wäre jedoch nach unionsrechtlichen Vorgaben (RL 2013/33/EU⁵⁰) geboten und ist Voraussetzung dafür, dass Geflüchtete mit Behinderungen geeignete Unterstützung erhalten und ihren Bedürfnisse während der gesamten Dauer des Asylverfahrens Rechnung getragen werden kann (Art 22 RL 2013/33/EU).⁵¹ Auch in der Folge wird nicht erhoben, wie viele der geflüchteten Menschen Behinderungen haben, sodass tatsächlich von einer unsichtbaren Gruppe gesprochen werden kann. Im Prozess der Statusdeterminierung für Asylwerber:innen stellen sich weitere Fragen: Die Voraussetzungen für den Status als Flüchtling sind in Art 1A (2) d GFK⁵² normiert. Dazu gehört auch die wohlbegründete Furcht vor Verfolgung. Dieser Zustand, der sowohl ein subjektives als auch objektives Element enthält, kann für MmB (insb. jene mit psychischen Beeinträchtigungen) Schwierigkeiten bereiten, da sie uU keine oder aber ein, im Vergleich zu anderen Personen, erhöhtes Maß an Furcht empfinden.⁵³ Eine mögliche Reaktion auf diese Situation ist eine behindertenspezifische Auslegung des Verfolgungsbegriffs der GFK, aufgrund dessen MmB unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Vulnerabilität Asyl

⁴³ VfGH 4.10.2018, G 133/2018 Rz 45.

⁴⁴ VwGH 21.12.2010, 2009/21/0002.

⁴⁵ EGMR 21.06.1995, 19465/92, *Nasri gegen Frankreich*, Rn 41 ff.

⁴⁶ Vgl *Schäffer/Klaushofer*, § 20 Zur Problematik sozialer Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte² VII/1(2014) 762 (Rn 55).

⁴⁷ Vgl krit *Peyerl et al*, NAG² § 11 Rz 22.

⁴⁸ Zu dieser Beschreibung von Geflüchteten mit Behinderungen des United Nations High Commissioner for Refugees António Guterres siehe *Women's Refugee Commission*, *Disabilities Among Refugees and Conflict-Affected Populations*, womensrefugeecommission.org (Stand Juni 2008) 1.

⁴⁹ Vgl *Österreichischer Behindertenrat*, NAP Behinderung 2022-2030. Vorschläge des österreichischen Behindertenrats zum Thema Europa und Internationales, behindertenrat.at (Stand November 2020).

⁵⁰ RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABI L 2013/180, 96.

⁵¹ Siehe dazu die Ausführungen bei *Noisternig*, *Standards* (Dissertation, 2018) 132ff; KOM (2007) 745, 9f.

⁵² Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge BGBl 1955/ 55 idF BGBl III 2022/27.

⁵³ Vgl *Crock et al*, *International Journal of Refugee Law* 2012,735 (743ff); zu einem behindertenspezifischen Verfolgungsbegriff in der angelsächsischen Rechtsprechung etwa für Neuseeland: *Refugee Appeal Nos. 76380, 76381, 76382 & 76383*, Nos. 76380, 76381, 76382 & 76383, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 30 June 2010, aufrufbar unter: https://www.refworld.org/cases,NZL_RSAA,4c6a4e2c2.html (abgefragt 24.11.2022); *AC (Egypt)* [2011] NZIPT 800015 (New Zealand IPT); für die USA: *Tchoukhrova et al. v. Gonzalez*, 430 F.3d 1222 (US Court of Appeals for the 9th Circ. 2005); für Kanada: *TNL (Re)*, No. T95-07647, [1997] CRDD No. 251 (RPD); für Australien: RRT Case No. 1401757, [2014] RRTA 652, Australia: Refugee Review Tribunal, 25 August 2014, aufrufbar unter: https://www.refworld.org/cases,AUS_RRT,5480223a4.html (abgefragt 24.11.2022); Der VwGH stellt in VwGH 16.02.2016, Ra 2014/20/0165 fest, dass es (bei Geflüchteten mit starken psychischen Beeinträchtigungen) ausschließlich auf die objektive Nachvollziehbarkeit ankäme, verweist jedoch im selben Satz darauf, dass nach eigener stRsp psychische Erkrankungen im Hinblick auf konstatierte Unstimmigkeiten im Aussageverhalten eines Asylwerbers zu berücksichtigen seien.

zugesprochen wird.⁵⁴ Abgesehen davon können MmB auch in erhöhtem Ausmaß von manchen Eingriffen erheblicher Intensität betroffen sein, etwa sexueller Ausbeutung oder unfreiwilliger Internierung. Ebenso können MmB Eingriffe in erhöhtem Maß belasten, sodass für sie eine Verfolgung zu bejahen ist, auch wenn diese bei Personen ohne Behinderung nicht vorläge.⁵⁵ In der angelsächsischen Rechtsprechung⁵⁶ findet eine Auseinandersetzung statt, ob etwa die drohende Verweigerung medizinischer Versorgung oder anderer existenzsichernder Rechte die Intensität von Verfolgung im Sinne der Flüchtlingskonvention erreichen kann.⁵⁷ Inwiefern sich Ansätze für einen behindertenspezifischen Verfolgungsbegriff in der österreichischen Rechtsprechung finden und wie sich ein solcher umsetzen ließe, soll untersucht werden.⁵⁸ Als weitere Voraussetzung muss die Verfolgung nach der GFK aus einem der fünf genannten Gründe erfolgen.⁵⁹ Einschlägig für MmB ist die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe. Eine Verfolgung von erheblicher Eingriffsintensität verneinend, ließ der VfGH die Frage, ob psychisch erkrankte oder anderweitig behinderte Personen als eine bestimmte soziale Gruppe anzusehen seien, zunächst offen⁶⁰, erkannte idF jedoch eine solche für geistig behinderte Personen an.⁶¹ Der NAP Behinderung zeigt weitere Aspekte auf, die eine prekäre Situation für Geflüchtete mit Behinderungen schaffen und ebenfalls Gegenstand der Prüfung sein werden: So bestehen Defizite bzgl. barrierefreier Unterkünfte und Gebärdensprachdolmetscher:innen sowie in der Gesundheitsversorgung von Asylwerber:innen mit psychischen Beeinträchtigungen.⁶²

4. Behinderungen als Hindernis aufenthaltsbeendender Maßnahmen und Abschiebungen?

MmB werden ebenso wie andere Fremde vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen und Abschiebungen geschützt. Sollten die Voraussetzungen für aufenthaltsbeendende Maßnahmen (§§ 52ff, 66ff FPG⁶³) erfüllt sein, sind diese dennoch nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die öffentlichen Interessen an ihnen schwerer wiegen als der Schutz des Privat- und Familienlebens der einzelnen Personen (§ 9 Abs 1 und 2 BFA-VG iVm Art 8 EMRK). Teil des Privatlebens sind auch die physische und psychische Integrität eines Menschen.⁶⁴ Auch im Lichte der Rsp des VfGH, dass auch eine Behinderung einen Umstand darstellen kann, der als Aspekt des Privat- und Familienlebens zu berücksichtigen ist (VfGH 4.10.2018, G 133/2018

⁵⁴ Vgl *Motz*, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2018, 65; *Crock et al*, International Journal of Refugee Law 2012, 735 (744); *UNHCR*, UNHCR Resettlement Handbook (2011) 84.

⁵⁵ Vgl *Crock et al*, International Journal of Refugee Law 2012, 735 (747f).

⁵⁶In den USA: *Tchoukhrova et al. v. Gonzalez*, 430 F.3d 1222 (US Court of Appeals for the 9th Circ. 2005); In Kanada: *TNL (Re)*, No. T95-07647, [1997] CRDD No. 251 (RPD); Decision MA1-08719 (In Camera), MA1-08719, Canada: Immigration and Refugee Board of Canada, 16 April 2002, aufrufbar unter: <https://www.refworld.org/cases,IRBC,479f3b7c2.html> (abgefragt 24.11.2022).

⁵⁷ Vgl *De Weck/Motz*, Asyl 2017, 9 (12ff).

⁵⁸ Auf einen behindertenspezifischen Verfolgungsbegriff hindeutend VfGH 14.02.2019, Ra 2018/18/0442 Rz 22f: Der VfGH erkannte, dass für die Feststellung, ob einer Bf mit maßgeblicher Wahrscheinlichkeit Verfolgung im Sinne einer schwerwiegenden Verletzung grundlegender Menschenrechte drohe, auch eine Auseinandersetzung der mit den bei Rückkehr zu erwartenden persönlichen Lebensumständen der Bf (wie ihrer Einbettung in ein familiäres und soziales Umfeld und der Gestaltung ihres Tagesablaufs) stattzufinden habe, damit beurteilt werden könne, welchen Risiken die Bf als Person mit geistiger Behinderung bei Rückkehr in ihre Herkunftsregion begegnen würde. Dabei komme zweifelsfrei auch der Frage, welches Ausmaß die psychische Behinderung der Bf habe, maßgebliche Bedeutung zu.

⁵⁹ Ebenso auch Art. 10 Abs. 1 lit d RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABI L 2011/337, 9.

⁶⁰ Vgl etwa VfGH 16.02.2016, Ra 2014/20/0165; 19.06.2018, Ra 2018/20/0262; 18.10.2018, Ra 2018/19/0461.

⁶¹ Vgl VfGH 14.02.2019, Ra 2018/18/0442 Rz 25; davon ebenfalls ausgehend VfGH 27.09.2022, Ra 2021/01/0305.

⁶² *Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz*, NAP 2022–2030 23.

⁶³ Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisepapieren (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG) BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2022/106.

⁶⁴ Vgl *Wiederin in Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht¹⁶ (2022) Art 8 EMRK, Rz 34; *Oswald*, Das Bleiberecht (2012) 70f.

Rz 45), ist eine entsprechende Analyse der innerstaatlichen Judikatur zu Fällen von MmB, deren medizinische oder soziale Betreuung im Zielstaat als nicht gesichert anzusehen ist, geplant. Abschiebungen, Zurückschiebungen und Zurückweisungen sind ferner gem §§ 45a, 50 FPG dann unzulässig, wenn Art 2 und 3 EMRK, das Protokoll Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe, verletzt würden oder für den Fremden als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konflikts verbunden wäre. Unzulässig ist die Abschiebung einer Fremden weiters, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass dort ihr Leben oder ihre Freiheit aus Gründen ihrer Rasse, ihrer Religion, ihrer Nationalität, ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder ihrer politischen Ansichten bedroht wäre. Die restriktive Linie des EGMR zu Artikel 3 EMRK wurde durch den Fall *Paposhvili v Belgium*⁶⁵ etwas aufgeweicht, wodurch Art 3 EMRK einer Abschiebung von Fremden mit ernststen Gesundheitsproblemen auch dann entgegensteht, wenn „[...]substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy.“⁶⁶. Die Rezeption der *Paposhvili v Belgium* Entscheidung läuft in einigen Mitgliedsstaaten des Europarates eher schleppend.⁶⁷ In Österreich verweist die Judikatur jedoch regelmäßig auf die in *Paposhvili v Belgium* aufgestellten Kriterien.⁶⁸ Eine Übersicht, über die in Österreich ergangene Judikatur, wann aufenthaltsbeendende Maßnahmen und Abschiebungen von MmB gegen Art 2, 3 bzw 8 EMRK verstoßen, soll im Rahmen der Dissertation erarbeitet werden. In einigen Fällen wird sich dies als eindeutig erweisen, etwa wenn MmB aufgrund ihrer Behinderung ernstlich Gefahr laufen im betroffenen Staat getötet oder ritueller Gewalt ausgesetzt zu werden.⁶⁹ Weniger offenkundig ist die Situation jedoch bei einem nicht behindertengerechten Bildungswesen oder einem alternativlosen Leben im Heim.⁷⁰

B. Prüfungsergebnisse und Abhilfemöglichkeiten

Die konkreten Ergebnisse der Prüfung können zum jetzigen Stand nicht vorweggenommen werden, sondern müssen der tatsächlichen Untersuchung vorbehalten bleiben. Es lassen sich allerdings Kategorien identifizieren, wobei es durchaus auch Überschneidungen geben kann: Sofern die geltende Rechtslage den Schutz von MmB nicht bereits ausreichend verwirklicht, kann eine unzureichende Beachtung der Bedürfnisse von MmB zu einem Verstoß gegen höherrangige Normen, insb. zu einer Grundrechtsverletzung, führen (Beispiele der Selbsterhaltungsfähigkeit, aufenthaltsbeendender Maßnahmen, ebenfalls vorstellbar bei verfahrensrechtlichen Bestimmungen). Es kann ferner eine mangelhafte Umsetzung oder Beachtung internationalen Rechts vorliegen, etwa, wenn Österreich seiner Verpflichtung zur Umsetzung der in der Aufnahmerichtlinie (RL 2013/33/EU) enthaltenen Bestimmungen für vulnerable Personen nicht nachkommt oder, anders als dies Artikel 31 UN-BRK vorsieht, zu Fremden mit Behinderungen keine Statistiken erstellt oder Daten erhebt. Schließlich können auch sekundärrechtliche Bestimmungen des Unionsrechts in einem Widerspruch zu Primärrecht oder der UN-BRK stehen (uU die Rsp des EuGH zur Definition der

⁶⁵ EGMR 13.12.2016 (GK), 41738/10, *Paposhvili v Belgium*.

⁶⁶ EGMR 13.12.2016 (GK), 41738/10, *Paposhvili v Belgium* Rz 183.

⁶⁷ Vgl *Desmond, From D v UK to Paposhvili v Belgium: the Evolving Meaning of ‘very exceptional’ in the Strasbourg Court’s Article 3 Medical Expulsion Jurisprudence and its Reception in Council of Europe Member States*, *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law* 2022, 5 (13).

⁶⁸ Vgl VwGH 21.02.2017, Ro 2016/18/0005 ua; VfGH 11.06.2019, E3796/2018 ua.

⁶⁹ Vgl *Welti/Walter in Westphal/Wansing* 123 (137); *Motz, The Refugee Status* 1.

⁷⁰ Vgl zur diesbezüglich uneinheitlichen Rsp. in Deutschland: *Welti/Walter in Westphal/Wansing* 123 (136f).

Arbeitnehmer:innen im Verhältnis zu Art 21 GRC⁷¹). Eine Lücke kann sich schließlich auch dadurch ergeben, dass staatliche Organe bzw. Organe der EU, den ihnen im Rahmen von Staatszielen und Grundsätzen eingeräumten Spielraum, sowie Verwaltungsbehörden und Gerichte ihre Gestaltungsspielräume nicht oder nur sehr eingeschränkt nutzen. Beispielhaft kann die zurückhaltende Rsp des EuGH⁷² zu den Art 21 und 26 GRC und die des EGMR zum Schutz kranker⁷³ Menschen vor Abschiebung⁷⁴ angeführt werden. Je nach Kategorie variiert in der Folge die Durchsetzbarkeit zur Schließung der Lücken. Hier zeigt sich die Tendenz, dass Bestimmungen, die den Schutz von MmB bezwecken und die über ein Diskriminierungsverbot hinausgehen, idR als Grundsätze formuliert sind, so etwa Art 7 Abs 1 Satz 4 B-VG oder Art 26 GRC⁷⁵ (Integration von Menschen mit Behinderung). Die österreichische Umsetzung der UN-BRK in der schwächstmöglichen Form⁷⁶ ohne folgende Durchführungsgesetzgebung zeugt ebenfalls von einer Zurückhaltung, das Potential der für MmB geschaffenen Bestimmungen voll auszunützen.⁷⁷ Ein Teil der Bestimmungen bietet Fremden mit Behinderungen daher von vornherein keine Möglichkeit, sich im Falle von Unzulänglichkeiten von fremden- und asylrechtlichen Normen auf sie zu berufen: Die UN-BRK vermittelt keine unmittelbaren Leistungsansprüche.⁷⁸ Der Gleichheitssatz zielt nicht auf umfassende faktische Gleichheit ab und auch aus Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG, der nicht nur unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen verbietet, sondern nach den Materialien außerdem eine gewisse Begünstigung von (fremden) MmB fordert, ist kein originäres Recht auf die Einräumung derartiger Begünstigungen ableitbar.⁷⁹

Hypothese: Die Rechtslage vermittelt das Bild, dass der Schutz von MmB im Fremden- und Asylrecht in Österreich bereits zu einem gewissen Grad bedacht wird, aus Sorge vor möglichen weitgehenden staatlichen (finanziellen) Belastungen wird er allerdings nicht konsequent umgesetzt und oft nicht subjektiv-rechtlich verankert, wodurch sich Lücken im Rechtsschutz ergeben können.

Anknüpfend an die in der Prüfung erarbeiteten Ergebnisse und Kategorien findet eine Auseinandersetzung mit möglichen Abhilfemöglichkeiten statt. Für die Kategorie der Verstöße gegen höherrangiges nationales Recht erfolgt die Abhilfe durch bekannte

⁷¹ Vgl *O'Brien*, Social blind spots and monocular policy making: the ECJ's migrant worker model, Common Market Law Review 2009, 1107 (1134ff).

⁷² Untersuchungen der Judikatur des EuGH zu Diskriminierung aufgrund von Behinderung von *Delia Ferri* ergaben, dass sich der EuGH nur in Einzelfällen in seinen Entscheidungen auf die Artikel 21 und 26 GRC (Primärrecht) bezieht und sich in erster Linie mit der Gleichbehandlungsrahmen-RL und der UN-BRK auseinandersetzt. Das Außerachtlassen der Charta ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der EuGH die Reichweite des EU-Antidiskriminierungsrechts zu begrenzen sucht, da eine Erweiterung des Anwendungsbereichs einschneidende wirtschaftliche Auswirkungen und finanzielle Folgen für Mitgliedstaaten bringen könnte. Vgl *Ferri*, The Unorthodox Relationship between the EU Charter of Fundamental Rights, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Secondary Rights in the Court of Justice Case Law on Disability Discrimination, European Constitutional Law Review 2020, 275 (282ff, 297).

⁷³ Die wiederholte Einbeziehung kranker Menschen im Exposé erklärt sich daher, dass je nach verwendetem Begriff der Behinderung auch Krankheit von vornherein oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Behinderung darstellen oder zu einer solchen führen kann. Vgl *Rothfritz*, UN-BRK 173f; EuGH C-335/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:222 Rz 41ff.

⁷⁴ Das gemeinsame Sondervotum der RichterInnen *Tulkens*, *Bonello* und *Spielmann* zu *N./Vereinigtes Königreich* kritisiert, dass die ursprünglich restriktive Linie des EGMR zur Vereinbarkeit der Abschiebung kranker Personen in einen anderen Staat mit Art 3 EMRK vorrangig davon motiviert gewesen sei, ein Ergebnis zu vermeiden, das staatliche Ressourcen überanstrengen und die Tore für medizinisch motivierte Immigration öffnen würde. Überlegungen, die, nach den drei RichterInnen, nicht nur dem absoluten Charakter des Artikel 3 EMRK, sondern auch der Natur der Konventionsrechte zuwiderliefen, da diese leerliefen, wenn ihr Genuss durch politische Erwägungen wie Haushaltsbeschränkungen eingeschränkt würde.; Vgl EGMR 27.5.2008, 26565/05, *N./Vereinigtes Königreich*, Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Bonello and Spielmann Rz 8.

⁷⁵ Vgl EuGH C-356/12, *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350, Rz 78.

⁷⁶ *Schäffer/Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* 762 (Rz 34).

⁷⁷ Eine ähnliche Bewertung des NAP für die Jahre 2012-2020 äußert auch die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, welche von einer „Politik der vagen Zugeständnisse und Versprechungen“ spricht- so ÖAR, NAP Behinderung: Politik der vagen Zugeständnisse und Versprechungen, bizeps.or.at (Stand 9.8.2012).

⁷⁸ Vgl *Kneihls* in *Korinek/Holoubek et al*, Bundesverfassungsrecht¹⁶ Art 7 Abs 1 Sätze 3 und 4 Rz 6.

⁷⁹ AB 785 BlgNR 20. GP 5; *Pöschl*, Gleichheit 695ff.

Rechtsschutzmöglichkeiten des geltenden Rechts - etwa die Aufhebung verfassungswidriger Gesetzesbestimmung (wie im Fall des § 10 Abs 1 Z 7 StbG 1985 idF BGBl I 2006/37 sowie Abs 5 leg cit idF BGBl I 2009/122 zum ausnahmslosen Erfordernis der Selbsterhaltungsfähigkeit). Als notwendig kann sich auch eine Praxisänderung erweisen, wenn etwa Verwaltungsbehörden entgegen rechtlicher Grundlage jedenfalls auf eine persönliche Antragstellung bestehen. Insbesondere Verstöße gegen die UN-BRK können ein Tätigwerden der respektiven Gesetzgeber notwendig machen. An der Schnittstelle von Aufenthalts- und Sozialrecht wird unter anderem auch die Frage nach sozialen Grundrechten aufgeworfen: Angeführt werden kann die Sozialhilfe, welche für den Empfang von Leistungen Fremder (ausgenommen Asylberechtigter) idR einen dauernden rechtmäßige Aufenthalt voraussetzt.⁸⁰ Sofern MmB diese aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen, aber aufgrund von Bedürftigkeit dennoch auf Sozialleistungen angewiesen wären, können ihnen nach geltendem Recht ausnahmsweise (nach den Ausführungsgesetzen der Länder gestützt auf § 6 Abs 1 SH-GG) trotzdem Leistungen gewährt werden.⁸¹ Für jene Fällen, in denen keinerlei Leistungen der Existenzsicherung gewährt werden, ist mit Blick auf die Ausarbeitungen und Entwürfe des Österreichkonvents 2004⁸² und der Armutskonferenz 2020⁸³ sowie aktueller Diskurse in der Lehre zu sozialen Grundrechten⁸⁴ und sozialer Gerechtigkeit⁸⁵ zu untersuchen, ob ein Bedarf nach sozialen Grundrechten besteht, wie solche ausgestaltet seien könnten und welche Wirksamkeit sie hätten.

⁸⁰ Vgl *Kaspar*, Mindestsicherung und Migration (2021) 254ff.

⁸¹ Inwiefern die Gestaltung der Sozialhilfe den unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben generell entspricht und den Rechten von Fremden mit Behinderungen (insb Art 28 UN-BRK Recht auf einen angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz) genügt, wird im vierten Teil der Dissertation erörtert.

⁸² Vgl *Österreich Konvent*, Beratungsergebnisse, konvent.gv.at (Stand 2005) 95 ff.

⁸³ Vgl *Armutskonferenz*, Entwurf Bundesverfassungsgesetz soziale Sicherheit, armutskonferenz.at (abgefragt 7.12.2022).

⁸⁴ Vgl etwa *Holoubek*, Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen (2022) 26ff; *Schulze*, Mit deutlichem Abstand zu „unmenschlicher und erniedrigender Behandlung“: Plädoyer für den Ausbau des Grundrechtskatalogs, JRP 2020, 189.

⁸⁵ Vgl etwa *Davy/Axer*, Zweiter Beratungsgegenstand: Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung? in *Sacksofsky et al* (Hrsg), Erosion von Verfassungsvoraussetzungen: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Erlangen vom 1. bis 4. Oktober 2008 (2009) 122.

V. Grobgliederung

1 Einführung in das Thema

- 1.1 Problemaufriss und Forschungsfragen
- 1.2 Begriff der Behinderung

2 Maßstäbe der Prüfung: Vorgaben zum Schutz und den Rechten von MmB

- 2.1 Subjektive Rechte Einzelner
 - 2.1.1 Einfachgesetzliche Bestimmungen
 - 2.1.2 Verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte
 - 2.1.3 Unionsrechtliche Bestimmungen
- 2.2 Bindung der Staatsorgane
 - 2.2.1 Staatszielbestimmungen und Grundsätze
 - 2.2.2 Völkerrechtliche Rechtsquellen
 - 2.2.3 Soft Law

3 Prüfungsgegenstand: Berücksichtigt die geltende Rechtslage MmB?

- 3.1 Fremdenrechtliche Untersuchung
 - 3.1.1 Recht auf Aufenthalt
 - 3.1.1.1 Aufenthaltsrecht nach dem Niederlassung- und Aufenthaltsgesetz (NAG)
 - 3.1.1.1.1 Drittstaatsangehörige
 - 3.1.1.1.1.1 Allgemeine Voraussetzungen
 - 3.1.1.1.1.2 Besondere Voraussetzungen
 - 3.1.1.1.2 EWR-Bürger:innen und Schweizer:innen
 - 3.1.1.2 Aufenthaltsrecht nach dem Asylgesetz (AsylG)
 - 3.1.1.2.1 Internationaler Schutz
 - 3.1.1.2.2 Aufenthaltsrecht aus berücksichtigungswürdigen Gründen
 - 3.1.2 Integration
 - 3.1.3 Recht auf Staatsbürgerschaft
 - 3.1.4 Schutz vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen
- 3.2 Übergreifende Fragestellungen
 - 3.2.1 Verfahrensrechtliche Besonderheiten für MmB
 - 3.2.2 Sozialrecht
 - 3.2.2.1 Zugang zu Leistungen für nichtösterreichische Staatsbürger:innen
 - 3.2.2.2 Ausgestaltung von Leistungen

4 Ergebnisse der Prüfung

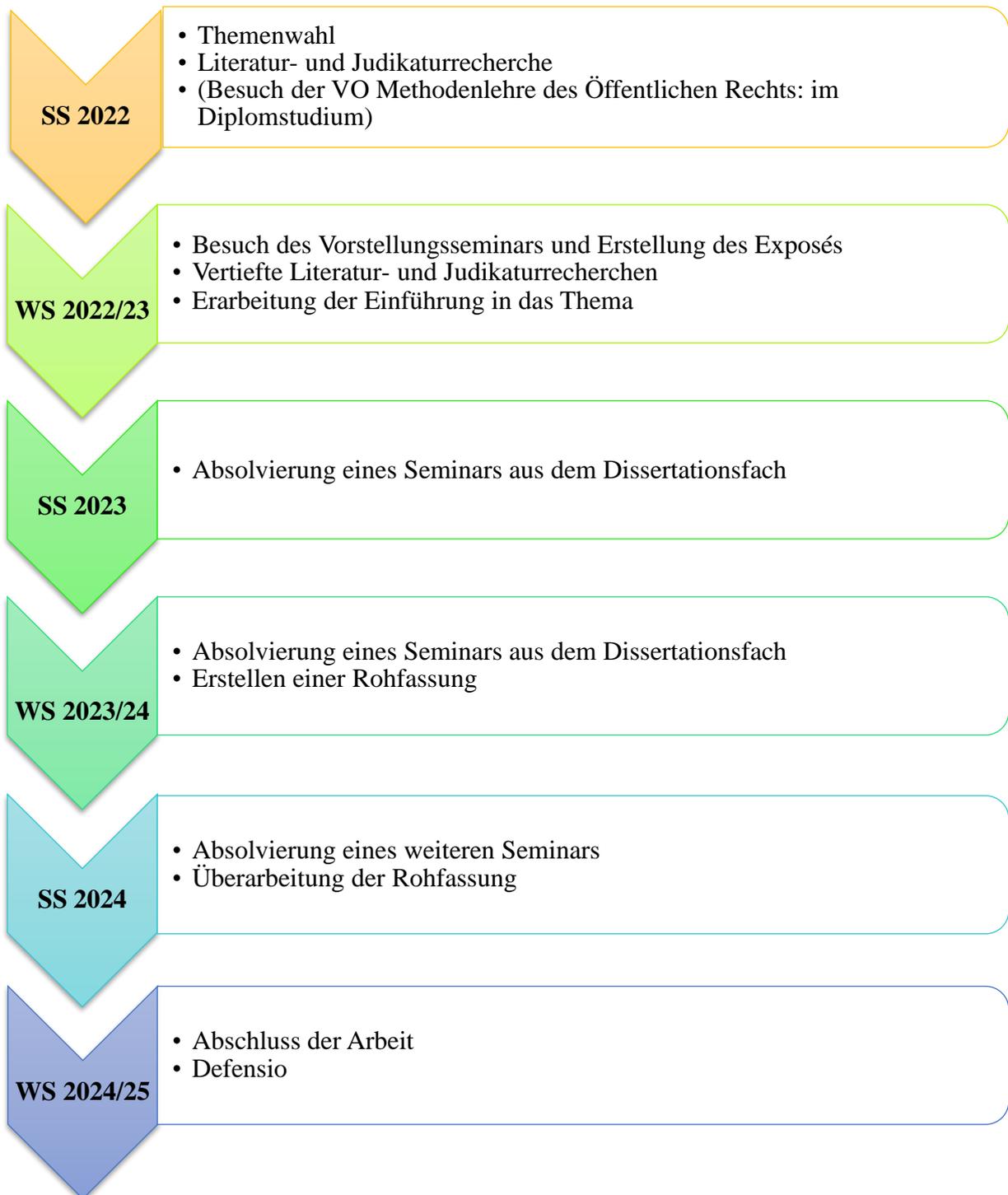
- 4.1 Ausreichende Berücksichtigung der Bedürfnisse von MmB
- 4.2 Identifikation der Lücken im bestehenden Schutz
 - 4.2.1 Verstoß gegen innerstaatliches Recht
 - 4.2.2 Mangelhafte Umsetzung internationalen Rechts
 - 4.2.3 Widersprüche innerhalb des Unionsrechts
 - 4.2.4 Zurückhaltende Nutzung von Gestaltungsspielräumen
 - 4.2.5 Durchsetzbarkeit

5 Abhilfemöglichkeiten und Perspektiven

- 5.1 De lege Lata
- 5.2 Praxisänderung
- 5.3 Gesetzesänderung
 - 5.3.1 Änderungsvorschläge für das innerstaatliche Recht
 - 5.3.2 Änderungsvorschläge auf Unionsrechtsebene
 - 5.3.3 Bedarf nach sozialen Grundrechten?

6 Conclusio

VI. Vorläufiger Zeitplan



VII. Literaturverzeichnis (Auszug)

- Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG: Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz inkl Integrationsgesetz² (2019)
- Abermann*, Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis (2007)
- Aichele*, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Art 12 der UN-Behindertenrechtskonvention (2013)
- Arsenjeva*, Annotated review of European Union law and policy with reference to disability, disability-europe.net (Stand Jänner 2019)
- Böhringer*, § 46: Rechte älterer und behinderter Menschen, in *Heselhaus/Nowak* (Hrsg), Handbuch der Europäischen Grundrechte² (2020) 1020
- O'Brien*, Civis capitalist sum: Class as the new guiding principle of EU free movement rights, *Common Market Law Review* 2016, 937
- O'Brien*, Social blind spots and monocular policy making: the ECJ's migrant worker model, *Common Market Law Review* 2009, 1107
- Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz*, Nationaler Aktionsplan Behinderung 2022–2030. Österreichische Strategie zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention (2022)
- Crock et al*, Where Disability and Displacement Intersect: Asylum Seekers and Refugees with Disabilities, *International Journal of Refugee Law* 2012, 735
- Davy*, Der Gleichheitssatz des österreichischen Rechts und Menschen mit Behinderung, in *FS Funk* (2003) 63
- Davy/Axer*, Zweiter Beratungsgegenstand: Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung? in *Sacksofsky et al* (Hrsg), Erosion von Verfassungsvoraussetzungen: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Erlangen vom 1. bis 4. Oktober 2008 (2009) 122
- Desmond*, From *D v UK* to *Paposhvili v Belgium*: the Evolving Meaning of 'very exceptional' in the Strasbourg Court's Article 3 Medical Expulsion Jurisprudence and its Reception in Council of Europe Member States, *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law* 2022, 5
- Engels/Celikates/Nussbaum*, Die Grenzen der Gerechtigkeit (2014)
- Essers/ Pennings*, Gaps in social security protection of mobile persons: Options for filling these gaps, *European Journal of Social Security* 2020, 163
- Ferri*, The Unorthodox Relationship between the EU Charter of Fundamental Rights, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Secondary Rights in the Court of Justice Case Law on Disability Discrimination, *European Constitutional Law Review* 2020, 275
- Ferri/Broderick*, The European Court of Human Rights and the Human Rights Model of Disability, in *Czech et al* (Hrsg), *European Yearbook on Human Rights* 2019 (2020) 261
- Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht. Kommentar (2016)
- Foster*, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights. Refuge from Deprivation* (2007)
- Ganner/Rieder/Voithofer/Welti*, Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Österreich und Deutschland (2021)
- Ganner*, Grundzüge des Alten- und Behindertenrechts³ (2020)
- Halvorsen et al*, The Changing Disability Policy System: Active Citizenship and Disability in Europe Volume 1 (2017)
- Hofmann et al*, Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich (1998)
- Holoubek*, Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen (2022)
- Jakuleviciene*, Vulnerable Persons as a New Sub-Group of Asylum Seekers? in *Chetail et al* (Hrsg), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (2016)
- Janda*, *Migranten im Sozialstaat* (2012)
- Kaspar*, *Mindestsicherung und Migration* (2021)

- Fenzl*, Behindertenrechte in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund-und Menschenrechte in Österreich III (1997) 523
- Morgan/Stalford*, Disabled People and the European Union: equal citizens? in *Barnes/Mercer* (Hrsg), The Social Model of Disability: Europe and the Majority World (2005) 98
- Motz*, The Refugee Status of Persons with Disabilities (2021)
- Österreichischer Behindertenrat*, NAP Behinderung 2022-2030: Vorschläge des Österreichischen Behindertenrats zum Thema Europa und Internationales, behindertenrat.at (Stand November 2020)
- Oswald*, Das Bleiberecht (2012)
- Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus*, Fremdenrecht: Asyl - Ausländerbeschäftigung - Einbürgerung - Einwanderung - Verwaltungsverfahren⁷ (2018)
- Pöschl*, Armut und Gleichheit, JRP 2016, 121
- Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2007)
- Rebhahn*, Migration – Perspektiven des Arbeitsrechts und des Sozialrechts □ in ÖJT (Hrsg), Öffentliches Recht Migration und Mobilität. 19. ÖJT Band I/2 (2016) 108
- Reissner*, Die Integration von Menschen mit Behinderung ins Arbeitsleben – arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Rahmenbedingungen, in *Reissner/Mair* (Hrsg), Menschen mit Behinderung im Arbeits- und Sozialrecht ² (2021) 1
- Rüple/Giselher*, Das Verbot willkürlicher Gleichbehandlung in seiner Bedeutung für soziale Grundrechte, in FS Ermacora (1988) 475
- O’Sullivan/Ferri*, The Recast Reception Conditions Directive and the Rights of Asylum Seekers with Disabilities: Opportunities, Challenges and the Quest for Reform, European Journal of Migration and Law 2020, 307
- O’Sullivan/Ferri*, What about Refugees with Disabilities? The Interplay between EU Asylum Law and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, European Journal of Migration and Law 2016, 327
- Scharpf*, The European Social Model: Problems of Comprehension, JCMS 2002, 645
- Schmalenbach*, Recht auf Rechtsfähigkeit für Menschen mit Behinderungen nach Art 12 BRK, NLMR 2014, 271
- Schäffer/Klaushofer*, § 20 Zur Problematik sozialer Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte² VII/1 (2014)
- Schmaus*, Abschiebung einer AIDS-Kranken nach Uganda verletzt nicht Art 3 EMRK, migraLex 2010, 28
- Schmitt*, Nicht hinreichend gesicherter Lebensunterhalt kein (absolutes) Hindernis für die Verleihung der Staatsbürgerschaft, migraLex 2013, 72
- Schrattbauer et al*, Migration, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik (2018)
- Schulze*, "Zugang zum Recht" - eine Einordnung verfahrensbezogener Vorkehrungen, iFamZ 2021, 140
- Spiegel*, Neue Wege zu existenzsichernden Sozialleistungen für nicht erwerbstätige Unionsbürger:innen, DRdA 2022, 209
- Universität Innsbruck*, Gutachten über die aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erwachsenden Verpflichtungen Österreichs (2014)
- Weber*, Zur völkerrechtskonformen Auslegung von Verfassungsrecht, in FS Thaler (2019) 429
- Welti/Walter*, Migration und Behinderung. Rechtliche Aspekte, in *Westphal/Wansing* (Hrsg), Migration, Flucht und Behinderung (2018) 123
- Wiederin*, Umverteilung und Existenzsicherung durch Sozialversicherungsrecht: Verfassungsrechtliche Absicherung sozialer Mindeststandards auch ohne „Sozialstaatsprinzip“? in *Kneihs/Lienbacher/Runggaldier* (Hrsg), Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht? (2005) 79