



Autoren: Mag. Andrea Huber/ Mag. Sebastian Schumacher/ Dr. Johannes Windisch

# STELLUNGNAHME

*von amnesty international Österreich*

**zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem  
das AsylG 1997 (AsylG-Novelle 2003),  
das Bundesbetreuungsgesetz,  
das Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat und  
das Meldegesetz geändert werden,  
das Asylgesetz 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005  
erlassen sowie  
das Bundesbetreuungsgesetz,  
das Personenstandsgesetz,  
das UBAS-Gesetz und  
das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991  
geändert werden**

**April 2005**

**amnesty international Österreich** / Moeringgasse 10 / A-1150 Wien / tel +43 1 78008 / fax +43 1 78008-44  
info@amnesty.at / www.amnesty.at / Spendenkonto: PSK 1.030.000  
amnesty international ist Trägerin des Friedensnobelpreises und hat beratenden Status bei den Vereinten Nationen und beim Europarat

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

# Inhaltsverzeichnis

---

Grundsätzliches.....	5
----------------------	---

## I. Zum Asylgesetz - AsylG 2005

---

Grundsätze eines fairen Verfahrens .....	7
<b>1. ZUGANG ZUM ASYLVERFAHREN .....</b>	<b>9</b>
1.1. Verfahrensfreie Zurückweisung - § 42 FPG .....	9
1.2. Botschaftsverfahren - § 35 AsylG .....	10
1.3. Wiedereinreise - § 15 AsylG .....	11
<b>2. FLÜCHTLINGSBEGRIFF UND REFOULEMENTSCHUTZ .....</b>	<b>12</b>
2.1. Flüchtlingsbegriff im AsylG .....	12
2.2. Verfolgung - § 2 Z. 9 AsylG .....	12
2.3. Verfolgungsgrund - § 2 Z. 10 AsylG .....	13
2.4. Status des Asylberechtigten - § 2 . 14 AsylG .....	14
2.5. Familienangehörige - § 2 Z. 18 AsylG .....	14
2.6. Status des Asylberechtigten - § 3 AsylG .....	15
2.7. Nachfluchtgründe - § 3 AsylG .....	15
2.8. Innerstaatliche Fluchtalternative - § 3 (1) Z. 1, § 8 (3), § 11 AsylG .....	17
2.9. Asylausschlussgründe - § 3 Abs. 3 Z. 2, § 6 AsylG .....	18
2.10. Aberkennung des Status des Asylberechtigten - § 7 AsylG .....	18
2.11. Subsidiärer Schutz - §§ 8, 9 AsylG .....	19
<b>3. VORFÜHRUNG UND DURCHSUCHUNG .....</b>	<b>21</b>
3.1. Durchsuchung und Sicherstellung - § 38 FPG .....	21
3.2. Vorführung - § 44 AsylG .....	22
3.3. Freiheitsentziehung - § 48 AsylG .....	22
3.4. Auskunftsverlangen, Identitätsfeststellung, Durchsuchung - §§ 34 ff. FPG .....	22
<b>4. ZULASSUNGSVERFAHREN - VERFAHRENSABLAUF .....</b>	<b>22</b>
4.1. Mitwirkungspflicht - § 12 AsylG .....	22
4.2. Verfahrensablauf - § 17 AsylG .....	24
4.3. Befragungen und Einvernahmen - § 19 AsylG .....	25
4.4. Einvernahmen v. Opfern bei Eingriffen in d. sexuelle Selbstbestimmung - § 20 .....	27
4.5. Ermittlungsverfahren - § 18 AsylG .....	27
4.6. Entscheidungen - § 22 AsylG .....	27
4.7. Zurückziehung von Anträgen und Gegenstandslosigkeit - § 25 AsylG .....	28
4.8. Zulassungsverfahren - §§ 28, 29 AsylG .....	28
4.9. Rechtsberater - §§ 63, 64 AsylG .....	30
4.10. Gebietsbeschränkung - § 13 AsylG .....	32
4.11. Traumatisierung - § 30 AsylG .....	32
<b>5. DRITTSTAATSSICHERHEIT .....</b>	<b>33</b>
5.1. Zurückweisung in einen "sicheren Drittstaat" § 4 AsylG .....	33
5.2. Ausnahmen von der Drittstaatsklausel .....	35
<b>6. DUBLIN-VERFAHREN .....</b>	<b>35</b>
6.1. Zurückweisung in EU-Staaten - § 5 AsylG .....	37
<b>7. AUSWEISUNGSVERFAHREN .....</b>	<b>37</b>
7.1. Verbindung von Asylentscheidungen mit einer Ausweisung - § 10 AsylG .....	37
7.2. Unzulässigkeit der Ausweisung - § 10 Abs. 2 und Abs. 3 AsylG .....	38
7.3. Vorzeitige Einleitung des Ausweisungsverfahrens - § 27 AsylG .....	39

<b>8. AUFSCHIEBENDE WIRKUNG IM BERUFUNGSVERFAHREN .....</b>	<b>40</b>
8.1. Fehlende aufschiebende Wirkung bei Zurückweisungen - § 36 (1) iVm § 37 AsylG .....	40
8.2. Aufschiebende Wirkung bei Abweisungen - §§ 38 ff. AsylG .....	41
<b>9. NEUERUNGSVERBOT - § 41 ASYLG .....</b>	<b>42</b>
<b>10. ZUSTELLUNGEN .....</b>	<b>43</b>
10.1. Zustellung von Ladungsbescheiden - § 23 Abs. 2 AsylG .....	43
10.2. Zustellung von Bescheiden - § 23 Abs. 3 AsylG .....	44
10.3. Zustellungen im Ausland - § 15 (4) iVm § 15 (2), § 12 (1) Z. 4, § 24 AsylG .....	45
<b>11. EINSTELLUNG DES VERFAHRENS .....</b>	<b>46</b>
11.1. Tatbestände der Einstellung - § 24 Abs. 1 AsylG .....	46
11.2. Rechtsfolgen - § 24 Abs. 2 AsylG .....	47
<b>12. ANHALTUNG &amp; SCHUBHAFT BEI ASYLWERBERN .....</b>	<b>48</b>
12.1. Schubhaft - § 79 FPG .....	48
12.2. Zulässige Schubhaftdauer - § 83 FPG .....	51
<b>13. UBAS-LEITENTSCHEIDUNGEN - §§ 43, 60 ASYLG .....</b>	<b>41</b>
<b>14. DATENSCHUTZ - § 56 ASYLG, §§ 107 FF. FPG .....</b>	<b>42</b>
<b>15. STAATENDOKUMENTATION - § 59 ASYLG .....</b>	<b>54</b>
<b>16. UNBEGLEITETE MINDERJÄHRIGE ASYLWERBER .....</b>	<b>54</b>
16.1. Handlungsunfähigkeit - § 16 AsylG .....	54
16.2. Unbegleitete minderjährige Asylwerber .....	55
<b>17. FLUGHAFENVERFAHREN .....</b>	<b>56</b>
17.1. Anhaltung am Flughafen - § 32 Abs. 1 AsylG .....	56
17.2. Einvernahme - § 33 Abs. 2 AsylG .....	57
17.3. UBAS-Verfahren - § 33 Abs. 4 AsylG .....	57
17.4. Berufungsfrist - § 33 Abs. 3 AsylG .....	58
17.5. Asylantrag "während der Abschiebung" - § 31 Abs. 2 AsylG .....	58
<b>18. FAMILIENVERFAHREN .....</b>	<b>58</b>
18.1. Familienverfahren im Inland - § 34 AsylG .....	58
18.2. Getrennte Einvernahmen .....	59
18.3. Faktischer Abschiebeschutz .....	59
18.4. Durchschlagen von Ausschlussgründen .....	59
18.5. Familienverfahren im Ausland - § 35 AsylG .....	59
<b>19. UNZULÄSSIGKEIT ZURÜCKZIEHUNG EINES ASYLANTRAGS - § 25 ABS. 2 ASYLG ...</b>	<b>60</b>
<b>20. SONSTIGES .....</b>	<b>61</b>
20.1. Asylverzicht .....	61
20.2. Einführung des Begriffs "Zivilpersonen" .....	61
20.3. Entfall der Antragstellung in den Amtssprachen der Vereinten Nationen .....	62

## **II. Zum Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG**

<b>1. BEGRIFFSBESTIMMUNGEN - § 2 ABS. 4 FPG .....</b>	<b>62</b>
<b>2. AMTSBESCHWERDE - § 10 FPG .....</b>	<b>62</b>
<b>3. MINDERJÄHRIGE .....</b>	<b>63</b>
3.1. Handlungsfähigkeit - § 12 Abs. 1 bis Abs. 3 FPG .....	63
3.2. Altersfeststellung - § 12 Abs. 4 FPG .....	64
<b>4. GRUNDSÄTZE DER VOLLZIEHUNG - § 13 FPG .....</b>	<b>65</b>
<b>5. PASSPFLICHT - §§ 16 - 18 FPG .....</b>	<b>65</b>
<b>6. ERTEILUNG VON VISA - §§ 21 FF. FPG .....</b>	<b>66</b>
6.1. Widerspruch zum Botschaftsverfahren - § 35 AsylG .....	66
6.2. Ausnahmen von der Sichtvermerkpflcht - § 30 FPG .....	66
<b>7. RECHTMÄßIGER AUFENTHALT - §§ 31, 34 .....</b>	<b>67</b>
<b>8. SOG. VERFAHRENSFREIE MAßNAHMEN .....</b>	<b>67</b>
8.1. Auskunftsverlangen - § 34 FPG .....	67
8.2. Identitätsfeststellung - § 35 FPG .....	69

8.3.	Ermächtigung zum Betreten und zur Durchsuchung - § 37, § 124 (2) FPG .....	70
8.4.	Durchsuchung von Personen - § 38 FPG .....	71
8.5.	Festnahme - § 40 FPG .....	72
8.6.	Hinderung an der Einreise und Zurückweisung - § 42 FPG .....	73
<b>9.</b>	<b>DULDUNG</b> .....	<b>73</b>
9.1.	Lichtbildausweis - § 48 Abs. 1, § 100 FPG .....	73
9.2.	Gebietsbeschränkung - § 48 Abs. 3 FPG .....	74
9.3.	Fehlender Rechtsschutz - § 48 Abs. 2, § 9 Abs. 2 FPG .....	74
9.4.	Identitätsfeststellung - § 35 Z. 5 FPG .....	75
<b>10.</b>	<b>VERBOT ABSCHIEBUNG, ZURÜCKSCHIEBUNG &amp; ZURÜCKWEISUNG - §§ 52 FF. FPG</b>	<b>75</b>
<b>11.</b>	<b>BEFUGNISSE DER FREMDENPOLIZEI - §§ 54, 55 FPG</b> .....	<b>76</b>
<b>12.</b>	<b>AUSWEISUNG, AUFENTHALTSVERBOTE</b> .....	<b>76</b>
12.1.	Aufschiebende Wirkung .....	76
12.2.	Aufenthaltsverbot - § 63 FPG .....	77
12.3.	Unzulässigkeit eines Aufenthaltsverbotes - § 64 FPG .....	78
12.4.	Entzug des Aufenthaltsrechts von Asylwerbern - § 68 FPG .....	78
<b>13.</b>	<b>SCHUBHAFT</b> .....	<b>79</b>
13.1.	Schubhaft über Asylwerber - § 79 FPG (Verweis) .....	79
13.2.	Schubhaftdauer - § 83 FPG .....	79
13.3.	UVS-Haftprüfung - § 83 Abs. 6 FPG .....	80
13.4.	Gelinderes Mittel - § 80 FPG .....	80
13.5.	Minderjährige - Durchführung der Schubhaft - § 82 FPG .....	81
13.6.	Zwangsuntersuchung, Zwangsbehandlung, Zwangsernährung - § 82 FPG .....	81
<b>14.</b>	<b>RECHTSSCHUTZ - §§ 85 FF. FPG</b> .....	<b>84</b>
<b>15.</b>	<b>ERKENNUNGS- UND ERMITTLUNGSDIENST - §§ 102 - 111 FPG</b> .....	<b>84</b>
<b>16.</b>	<b>SCHEINEHE UND SCHEINADOPTIONEN - §§ 112 - 114 FPG</b> .....	<b>84</b>
	iVm der Änderung des Personenstandsgesetzes (PStG)	
<b>17.</b>	<b>BEFÖRDERUNGSUNTERNEHMEN - §§ 115, 116 FPG</b> .....	<b>85</b>
<b>18.</b>	<b>STRAFBESTIMMUNGEN</b> .....	<b>86</b>
18.1.	Schlepperei - § 118 Abs. 1 FPG .....	86
18.2.	Beihilfe zum unbefugten Aufenthalt - § 119 FPG .....	89
18.3.	Scheinehen, Scheinoptionen - §§ 121, 122 FPG .....	89
18.4.	Unbefugter Aufenthalt - § 123 FPG .....	90
<b>III.</b>	<b>Zur Änderung des UBAS-Gesetzes</b>	<b>91</b>
<b>IV.</b>	<b>Zur Änderung des Bundesbetreuungsgesetzes</b>	<b>91</b>
	Grundversorgungsgesetz - Bund 2005	

# Grundsätzliches.

---

amnesty international bringt einleitend seine Besorgnis darüber zum Ausdruck, dass sich Formulierungen im Gesetz und insbesondere in den Erläuternden Bemerkungen durch eine **auffallend xenophobe Sprache** auszeichnen und geeignet sind, fremdenfeindliche und rassistische Strömungen in der Bevölkerung wie auch bei den vollziehenden Behörden zu erzeugen bzw. zu verstärken. Gesetzliche Bestimmungen und die bezug habenden Erläuternden Bemerkungen nehmen in auffallendem Ausmaß Pauschalverdächtigungen von Fremden vor. Hervorzuheben ist weiters die Allgegenwart eines Missbrauchsverdachtes und die mannigfachen Querverbindungen zum Strafrecht.

Auch der weitreichende Transfer von sicherheitspolizeilichen und strafrechtlichen Bestimmungen - vom Sicherheitspolizeigesetz und der Strafprozessordnung - ins Fremdenpolizeigesetz bzw. die erhebliche Erweiterung von Befugnissen der Sicherheitsbehörden erweckt den Eindruck eines sicherheitspolizeilichen und strafrechtlichen Sondergesetzes für ausländische Staatsangehörige und ist daher geeignet, fremdenfeindliche Tendenzen zu verstärken und zu erzeugen. Bezeichnend in diesem Sinn ist auch der Titel des Gesetzes "Fremdenpolizeigesetz" anstelle des bisherigen "Fremdengesetzes".

- Parallele der Schubhaftbestimmungen zum gerichtlichen Haftbefehl, wodurch die Stellung eines Asylantrags de facto einem strafrechtlichen Delikt gleichgesetzt wird ("Die in Abs. 3 und 4 getroffenen Regelungen stellen zwei Parallelen zum gerichtlichen Haftbefehl dar. So wie beim richterlichen Haftbefehl, aber auch wie bei dem Beschluss auf Verhängung der Untersuchungshaft soll es bei der Erlassung des Schubhaftbescheides zunächst zu keinem weitwendigen (!) Verfahren kommen."; "so wie beim gerichtlichen Haftbefehl soll es zunächst zu keinem weitwendigen Verfahren kommen", "auch hier soll ein Zustand wie er im Strafprozess herrscht, hergestellt werden")
- Verfahrensfreie Maßnahmen in §§ 34 ff. FPG: Identitätsfeststellung, Auskunftsverlangen, Betreten und Durchsuchen von Räumlichkeiten, Durchsuchung von Personen – ohne konkreten individualisierten "Verdacht"
- § 13 Abs. 2 FPG: Zwangsmaßnahmen zulässig bis zum Maßstab "Gefährdung des Lebens oder einer nachhaltigen (!) Gefährdung der Gesundheit"
- Datenübermittlung, Erkennungs- und Ermittlungsdienst (§ 56 AsylG, §§ 102 – 111 FPG)
- EB zu § 35, wonach es in Österreich derzeit offenbar geltende Praxis ist, dass Organe der öffentlichen Sicherheit „wider besseres Wissen, um eine Ausweiseistung zu erreichen, jemanden verdächtigen, um im Weigerungsfall eine Festnahmebefugnis ausüben zu können“.
- Zeitlich unbegrenzte Schubhaftdauer
- Zwangsuntersuchung, -behandlung und -ernährung ("sowohl quantitativ als auch qualitativ bedeutsame Gruppe", "die im StVG bewährten Instrumente zur notwendigen weiteren Aufrechterhaltung des Schubhaftverhältnisses sollen den Fremdenpolizeibehörden in die Hand gegeben werden", "Großteil der Entlassungen wegen krankheitsbedingter Haftunfähigkeit wegen Hungerstreik" (keine Angabe der Zahlen)
- gerichtliche Strafbarkeit "Beihilfe zum unbefugten Aufenthalt": Kriminalisierung von Rechtsvertretern von Asylwerbern und Migranten
- Regelungsbereich "Scheinehen", "Scheinadoptionen"
- §§ 54, 55 FPG
- Höhe der Verwaltungsstrafen (im Verhältnis zu Verwaltungs- und Ersatzfreiheitsstrafen in anderen Materien)
- beispielhafte Formulierungen in den Erläuternden Bemerkungen: "Problem mit manchen Asylwerbern im Bereich der Sicherheits- und Kriminalpolizei" (EB, S. 1), "sich dem Verfahren entziehen", "Lösungen für straffällige Asylwerber", "oft behauptet, sie seien traumatisiert", "immer wieder benutzt, um Verfahren zu verzögern oder sich dem Verfahren zu entziehen", "Asylantragsstellung auf der Gangway" (ohne Angabe von Zahlen), "straffällige Fremde, die – auch knapp vor Ende der Strafhaft – einen Asylantrag stellen",

"asylrechtliche Anschlussnormen mit stark fremdenpolizeilichem Konnex", "Neuschaffung gerichtlicher Tatbestände", "Asyltourismus", "taktische Verzögerungen hintanhalten", "dauerhaftes Entziehen durch 'Untertauchen'", Entzug des Aufenthaltsrechts zugelassener Asylwerber (§ 68 FPG), Zustellung an Asylwerber persönlich und durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, die "somit in die Lage versetzt werden sollen, alle notwendigen fremdenpolizeilichen Maßnahmen zu ergreifen", "wiederholte Zurückziehungen und Neuantragstellungen" (keine Angabe von Zahlen), "soll verhindert werden, dass gefährliche Fremde – etwa Terroristen – unter dem Regime der Familienzusammenführung nach Österreich kommen", "typische polizeiliche Bestimmungen, die ein geordnetes Fremdenwesen gewährleisten", "nicht jede Motivationshilfe schließt eine freiwillige Gestattung aus" (§ 13 FPG), "Festnahme und Anhaltung in Polizeigewahrsam", Verwendung des Begriffs "Tatverdacht" gegenüber Personen, die über "rechtswidrige Einreise, Aufenthalt oder Ausreise Auskunft geben könnten", "sehr hohe Geneigtheit der betroffenen Asylwerber, sich dem Verfahren zu entziehen", "Anreiz dafür geschaffen, offensichtlich nur um Asyl anzusuchen, um der Schubhaft zu entgehen.", "Abs. 4 macht die Wahrnehmung von 'Schwarzarbeit' für die Aufenthaltsbeendigung nutzbar", "so genannte Integrationsverweigerer", "um ein Mittel gegen straffällige oder die öffentliche Ordnung störende Asylwerber in der Hand zu haben", "weil es wiederholt zum Auftritt (!) mündiger Minderjähriger ohne Begleitperson kommt"

Eine Kurzfassung der Stellungnahme wird in Kürze auf der homepage [www.amnesty.at](http://www.amnesty.at) als Download zur Verfügung stehen.

## I. Zum Asylgesetz - AsylG 2005<sup>1</sup>

---

amnesty international weist eingangs auf die Problematik der vollständigen **Neukodifikation** hin, da diese die bestehende Judikatur zum Fremden- und Asylrecht in weiten Teilen obsolet macht und darüber hinaus dazu führt, dass drei verschiedene Asylgesetze parallel anzuwenden sind. Die Neukodifikation wird daher zu einer Verfahrensverzögerung in allen Instanzen führen, das Ziel der Verfahrensbeschleunigung durch den vom Gesetzgeber gewählten Weg nicht erreicht, sondern geradezu verhindert.

Die EB führen aus, die Neukodifikation sei erforderlich geworden, da das Asylgesetz 1997 seit seiner Erlassung viermal teilweise umfangreich novelliert wurde und ebenso oft Bestimmungen durch den Verfassungsgerichtshof aufgehoben wurden. Hieraus das Erfordernis der erneuten Novellierung abzuleiten erscheint nicht überzeugend, zumal gerade das teilaufhebende Erkenntnis vom 15.10.2004 noch am selben Tag mit der Ankündigung einer weiteren Verschärfung des Asylrechts kommentiert wurde. Die schwere Lesbarkeit des Asylgesetzes idF 2003 (EB, S. 2) ist keine Folge der Novellierung an sich oder der Erkenntnisse des VfGH, sondern die Folge der ungenügenden legislativen Kompetenz und der unsystematischen Gliederung der Novelle 2003. Der Entwurf in keiner Weise die praktischen Probleme, die beim AsylG 2003 aufgetreten sind und ist in diesem unübersichtlichen, in vielen Bereichen unklaren Gesetz bereits der Bedarf nach der nächsten Novelle angelegt. Es wurde nicht einmal zugewartet, bis die sog. Verfahrensrichtlinie der EU formell verabschiedet ist.

amnesty international hält grundlegende Änderungen des AsylG 2003 für erforderlich, da dieses in menschenrechtlicher Hinsicht problematisch ist und die Vollziehung des Gesetzes in der Praxis erhebliche Mängel aufgezeigt hat. Eine Neufassung müsste jedoch ein klares, übersichtliches und an den Grundsätzen eines fairen Verfahrens orientiertes Gesetz zum Ziel haben, das mittel- und langfristigen Bestand hat. Hierfür wäre ein umfangreicher Diskussionsprozess unter Einbindung der Experten aus der Praxis erforderlich.

Hervorzuheben ist auch, dass eine **Evaluierung der Asylgesetz-Novelle 2003** von Seiten des Bundesasylamtes bzw. des Innenministeriums - im Gegensatz zur Behauptung in den EB - zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Ministerialentwurfs nicht vorlag. Vom Leiter des Bundesasylamtes wurden die Ergebnisse einer solchen Evaluierung für April angekündigt. Somit wurde eine

---

<sup>1</sup> Aus Gründen der Konsistenz werden die für Asylwerber maßgeblichen Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) im AsylG-Teil der Stellungnahme mitbehandelt.



vollständige Neukodifikation eines weniger als 10 Monate in Geltung befindlichen Gesetzes verfasst und in Begutachtung versandt, bevor eine Evaluierung dieses neuen Gesetzes vorlag. Auch von einer "Einbindung" der NGOs in die Erstellung des Entwurfs (EB, S. 1) kann keine Rede sein.

Das von den EB vorgegebene Ziel einer "**lesbaren Fassung** des Asylrechts", das "systematisch und klar im Aufbau" ist, wird durch die vorgelegte Novelle nicht erreicht.

Zu den mehrfachen Verweisen auf die sog. **Status-Richtlinie** (2004/83/EG) des Rates vom 29.4.2004 sowie zu Parallelen zur sog. **Verfahrensrichtlinie** (KOM(2002)326 endg./2) vom 9.11.2004 ist anzumerken, dass diese in einer Reihe von Bestimmungen menschenrechtlich bedenklich sind und völkerrechtlichen Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten zuwiderlaufen.

EU-Rechtsakte können völkerrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nicht einschränken. Darüber hinaus stellt die bezugnehmende Richtlinie explizit lediglich "Mindeststandards" dar. Die Präambel der Richtlinie 2003/83/EG spricht in Pkt. 6 ausdrücklich vom Ziel der Richtlinie, ein Mindestmaß an Schutz in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten und hebt in Pkt. 8 hervor, dass es "in der Natur von Mindestnormen [liegt], dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben sollten, günstigere Regelungen [...] einzuführen oder beizubehalten [...]." Die Richtlinie entbindet daher die Mitgliedstaaten nicht davon, diese GFK- und EMRK-konform auszulegen und umzusetzen.

Der mit der Behandlung der Verfahrensrichtlinie befasste LIBE-Ausschuss des EU-Parlaments hat kürzlich ein Arbeitspapier vorgelegt, in welchem die politisch akkordierte Richtlinie äußert kritisch beurteilt und zwei Optionen in Aussicht gestellt werden: Die Überarbeitung der Richtlinie in Bezug auf die wichtigsten Punkte oder die Prüfung, ob die Richtlinie beim Europäischen Gerichtshof angefochten werden kann.

Der kritischen Würdigung der vorgeschlagenen Einzelbestimmungen wird zunächst eine Klarstellung, was ein faires Asylverfahren ausmacht, vorangestellt, da der Entwurf grundlegende Verfahrensprinzipien verletzt oder außer Acht lässt. Die Darstellung ist zugleich als dringende Empfehlung von amnesty international zu verstehen, den Ablauf des Asylverfahrens nach diesen Grundsätzen zu regeln.

## GRUNDSÄTZE EINES FAIREN VERFAHRENS

Ein rechtsstaatliches Asylverfahren muss in der Weise gestaltet sein, „dass es gewährleistet, letztlich zu einem rechtlich richtigen Ergebnis zu führen“<sup>2</sup> ohne dabei elementare Grundrechte von Asylwerbern zu verletzen. Die Minimalanforderungen an ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren können in mindestens vier Gruppen geteilt werden:

1. **Verfahrensbestimmungen, welche die Verfahrensförmigkeit herstellen**  
Darunter sind Bestimmungen zu verstehen, die zwingend vorliegen müssen, damit überhaupt von einem rechtlichen Verfahren gesprochen werden kann: Zuständigkeit einer Behörde, Anerkennung einer Person als Partei, Entscheidungsfindung mit offenem Ausgang, Erzeugung einer rechtlich verbindlichen Anordnung, Entscheidungspflicht, etc. Die Ungewissheit des Ausgangs zu Verfahrensbeginn grenzt das rechtliche Verfahren von anderen Handlungsabläufen ab, deren Ergebnisse bereits von Anbeginn an feststehen (Rituale, Schauprozesse).<sup>3</sup>
2. **Verfahrensbestimmungen, die zu einem richtigen Ergebnis führen**  
Hauptsächliche Aufgabe des rechtsstaatlichen Verfahrens ist die Erzeugung einer rechtlich verbindlichen Anordnung, die den Geltungsanspruch der Richtigkeit für sich erheben kann. Ein richtiges Verfahrensergebnis hängt von der Feststellung des wahren Sachverhalts und der richtigen Anwendung von Rechtsnormen ab. Die Erzeugung einer rechtlich richtigen Entscheidung wird im Verwaltungsverfahren durch eine Reihe von Grundsätzen abgesichert: Grundsatz der materiellen Wahrheit, Parteiengehör, Begründungspflicht einer Entscheidung, Einräumung von ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln, etc.
3. **Verfahrensbestimmungen, welche die Rechte von Verfahrensparteien schützen**  
In einem Verwaltungsverfahren stehen Individuen den mit Hoheitsgewalt ausgestatteten

<sup>2</sup> VfGH Erk. 15.10.2004, G 237, 238 ua, S 150.

<sup>3</sup> Vgl. Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren (1969) 38ff.

Verwaltungsbehörden gegenüber. Ein rechtsstaatliches Verfahren sieht Bestimmungen vor, die angesichts der ungleichen Machtverteilung Verfahrensparteien vor behördlicher Willkür schützen. Bei Verfahrensbestimmungen, die in die Grundrechtssphäre eingreifen, ist stets auf ihre Verhältnismäßigkeit zu achten. Eingriffe, welche die menschliche Würde verletzen, sind ausnahmslos unzulässig – selbst dann, wenn sie der Erzeugung einer richtigen Entscheidung dienlich wären.<sup>4</sup> Vielmehr garantiert das rechtsstaatliche Verfahren einer Person die Anerkennung als Rechtssubjekt, das durch sein Handeln das Verfahrensgeschehen beeinflussen kann.

- 4. Verfahrensbestimmungen, welche die Interessen der Rechtsgemeinschaft schützen**  
Recht ist als soziales Steuerungsinstrument zu verstehen, das durch Ausgleich widerstreitender Interessen den Zusammenhalt der Gesellschaft erhalten und fördern soll. Am Ausgang rechtlicher Verfahren sind daher nicht nur die unmittelbar Beteiligten, sondern ist auch die Rechtsgemeinschaft interessiert. Vorrangiges Anliegen der Rechtsgemeinschaft ist, dass in einem effektiven Verfahren in angemessener Zeit über strittige Fragen Rechtssicherheit erlangt und die Auseinandersetzung durch die Verbindlichkeit und Unabänderlichkeit der Entscheidung beendet wird (Rechtsfriede). Die Wahrung der Interessen der Rechtsgemeinschaft darf allerdings nicht zu einer illegitimen Verletzung von Grundrechten der Verfahrensparteien führen.

Das Asylverfahren ist wegen seiner Rahmenbedingungen ein besonders anspruchsvolles Verfahren, dessen rechtsstaatliche Ausgestaltung im Sinne der aufgezeigten Grundsätze eine beachtliche Herausforderung darstellt:

1. Zunächst ist zu betonen, dass Asylwerber im Regelfall der deutschen Sprache nicht mächtig sind und über keinerlei Kenntnisse des österreichischen Rechtssystems verfügen. Besonders schwierig gestaltet sich die Ausgangssituation, wenn der Asylwerber aus einer anderen Rechtskultur stammt (z.B. China) und nicht einmal eine abstrakte Vorstellung vom Ablauf eines Verwaltungsverfahrens hat. Für diese Fälle kann der Grundgedanke des österreichischen Verwaltungssystems, einer Partei im Allgemeinen jene Handlungsfähigkeit zuzubilligen, die sie ohne professionelle Hilfe zur Wahrnehmung ihrer Interessen befähigt, nur bedingt aufrechterhalten werden. Ein faires Asylverfahren muss daher auf interkulturelle Besonderheiten eingehen und einen Verfahrensablauf vorsehen, der es Asylwerbern ohne rechtliche Vorkenntnisse ermöglicht, ihre Rechte wahrzunehmen. Das Verfahren ist grundsätzlich möglichst einfach auszugestalten, übersteigerter Formalismus ist genauso zu vermeiden wie komplizierte Spezialregelungen. Ferner ist eine parteinehmende rechtliche Beratung, noch besser eine kostenlose Verfahrenshilfe, zu gewähren.
2. Neben den interkulturellen Differenzen kann die Handlungsfähigkeit von Asylwerbern auch wegen ihrer psychischen oder physischen Verfassung stark beeinträchtigt sein. So ist es etwa Menschen mit posttraumatischer Belastungsstörung oftmals nicht möglich, über Erlebtes (unmittelbar) zu berichten. Neben der notwendigen medizinischen Betreuung ist auf die besonderen Bedürfnisse dieser Gruppe auch im Asylverfahren zu achten. Einvernahmen sind so durchzuführen, dass sie nicht retraumatisierend wirken. Falls erforderlich muss die Geschwindigkeit des Verfahrens der speziellen Ausnahmesituation von traumatisierten Menschen angepasst werden. Eine gesteigerte Prozessfürsorge und Manuduktion wird in diesen Fällen häufig unbedingt erforderlich sein, um auch für diese Personengruppe den Grundsatz eines fairen Verfahrens aufrecht zu erhalten.
3. Im Mittelpunkt des Asylverfahrens steht die Einvernahme von Asylwerbern, die allerdings nur durch Hinzuziehung von Dolmetschern durchgeführt werden kann. In diesem Feld stellen nicht nur allgemeine Kommunikationsschwierigkeiten, die jeder Dolmetschsituation inhärent sind, sondern auch die Verfügbarkeit von Dolmetschern für ausgefallene Sprachen besondere Schwierigkeiten dar. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass auch bei einer professionellen und kulturnahen Dolmetschung Verzerrungen und Dolmetschfehler an der Tagesordnung sind. Ein faires Asylverfahren stellt sicher, dass die ihm inhärenten Kommunikationsschwierigkeiten nicht zu Lasten von Asylwerbern gehen. So muss die Richtigstellung einer falschen Dolmetschung in jeder Etappe des Verfahrens zulässig sein.

---

<sup>4</sup> Vgl. etwa das Verbot bestimmter Vernehmungspraktiken oder Verabreichung eines Wahrheitsserums bzw. den Einsatz eines Lügendetektors.



4. Die Stichhaltigkeit der in der Einvernahme gewonnenen Ergebnisse ist vor dem Hintergrund der politischen Lage des Herkunftslandes zu beurteilen. Dies setzt neben aktuellen Länderinformationen und der Beiziehung von Sachverständigen eine hohe fachliche Kompetenz des Entscheidungsorgans voraus. Gerade bei schlechter Informationslage, widersprüchlichen Länderberichten oder rasch veränderlichen Entwicklungen ist das Urteilsvermögen des Entscheidungsorgans in einem besonders hohen Maße gefordert. Vor diesem Hintergrund garantiert ein faires Asylverfahren den Verfahrensparteien, Entscheidungen von einer übergeordneten Instanz vollständig überprüfen zu lassen.
5. Die in Asylverfahren zu behandelnden Rechtsfragen weisen oftmals einen hohen Grad an Komplexität auf, weil ihre Beantwortung nicht allein von nationalen Bestimmungen, sondern von einer Vielzahl internationaler Rechtsvorschriften abhängt. Eine Besonderheit des Asylrechts ist ferner, dass die in den internationalen Schutzinstrumenten der GFK und EMRK festgelegten Garantien für ihre Anwendung auf Einzelfälle entsprechend konkretisiert werden müssen. Mit der Konkretisierung sind stets anspruchsvolle Werturteile verbunden (z.B. ob eine Zwangsabtreibung asylbegründend ist), welche wegen der Entscheidungspflicht der Rechtssprechung auch zu Fragen gefällt werden müssen, die im gesellschaftlichen Diskurs äußerst kontrovers diskutiert werden. Ein rechtsstaatlich eingerichteter Instanzenzug soll hier die Auseinandersetzung zumindest von einer Einzelbehörde auf mehrere Behörden ausdehnen, um einen breiteren Konsens zu schwierigen Auslegungsfragen zu ermöglichen.
6. Zweck des Asylverfahrens ist die Gewährung von Schutz für verfolgte Menschen, die Eingriffe in ihr Leben, ihre körperliche Integrität, ihre Freiheit oder andere schwerwiegende Nachteile im Fall der Auslieferung an ihren Herkunftsstaat zu befürchten haben. Entscheidungen sind daher immer Entscheidungen über mögliche Eingriffe in elementare Grundrechte. Fehlentscheidungen können dramatische Folgen haben, können die Verfahrenspartei in Lebensgefahr bringen. In Hinblick auf diese Grenzsituation muss ein faires Asylverfahren jedes Ansuchen mit der größtmöglichen Genauigkeit und Sorgfalt behandeln. Dies gilt für den gesamten Ablauf des Verfahrens. Eine Außerlanderschaffung darf erst zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem endgültige Klarheit über einen Asylantrag erlangt wurde, keinesfalls jedoch während eines noch nicht abgeschlossenen (Rechtsmittel)Verfahrens.
7. Asylverfahren werden seit einigen Jahren von großem öffentlichen Interesse begleitet. Im Mittelpunkt des Interesses steht die faire Ausgestaltung des Verfahrens bei gleichzeitiger zügiger Erledigung von Asylanträgen. Weder die Öffentlichkeit noch die Verfahrensparteien sollen oft jahrelang Unklarheit über die Zulässigkeit eines Asylantrags haben. Ein faires Asylverfahren stellt sicher, dass Entscheidungen in angemessener Zeit getroffen werden, ohne jedoch durch eine Beschleunigung die Qualität von Verfahren und die Rechte von Betroffenen zu beeinträchtigen.

## 1. ZUGANG ZUM ASYLVERFAHREN

### 1.1. Verfahrensfreie Zurückweisung an der Grenze und innerhalb des "unmittelbaren Grenzkontrollbereichs" - § 42 FPG

Gemäß § 42 FPG sind die Sicherheitsbehörden ermächtigt, Fremde an der Einreise zu hindern, die versuchen, "außerhalb eines unmittelbaren Grenzbereiches (§ 2 Abs. 4 Z. 17) nicht rechtmäßig ins Bundesgebiet einzureisen." Abs. 2 erweitert den Anwendungsbereich insofern, als die Sicherheitsbehörden nicht nur anlässlich der Grenzkontrolle zur Zurückweisung ermächtigt werden, sondern auch gegenüber Fremden "die eingereist sind, auf Flugplätzen, in Häfen und im Zugsverkehr innerhalb des Grenzkontrollbereiches (!) und sonst innerhalb des unmittelbaren Grenzbereiches(!)." Gemäß § 7 Grenzkontrollgesetz<sup>5</sup> umfasst der Grenzkontrollbereich den "im Inland gelegenen Bereich innerhalb von 10 Kilometern im Umkreis der Grenzübergangsstelle." § 2 Abs. 4 Z. 17 FPG definiert den "unmittelbaren Grenzbereich" als "der im Inland innerhalb von einem Kilometer nach der Grenze gelegenen Bereich."

<sup>5</sup> Grenzkontrollgesetz, BGBl. Nr. 435/1996

Die Bestimmung des § 42 FPG erinnert daher an die im Ministerialentwurf zur Asylgesetznovelle 2003 beabsichtigte Zurückweisungsmöglichkeit ohne Verfahren im Grenzkontrollbereich und damit auch 1 km bzw. 10 km innerhalb des Bundesgebietes, das in Widerspruch zu Art. 3 iVm Art. 13 EMRK sowie Art. 4 des 4. ZPMRK stand und in der Regierungsvorlage fallen gelassen wurde. Unbestrittenmaßen gilt die EMRK und das B-VG auf dem gesamten österreichischen Staatsgebiet, auch auf dem 10 km von Grenzkontrollstellen bzw. 1 km von der Grenze entfernten Gebiet.

Die Bestimmung des § 1 Abs. 2 FPG, wonach u. a. § 42 FPG auf Asylwerber nicht anwendbar ist, kann ihren Zweck nicht erreichen, da Schutzsuchende gemäß § 2 Z. 13 AsylG erst mit Einbringung in der Erstaufnahmestelle Asylwerber sind.

Damit enthält das Asylgesetz 2005 nach wie vor die Möglichkeit, Fremde verfahrensfrei in einen Dritt- oder Dublinstaat zurückzuweisen, wenn sie am und sogar wenn sie innerhalb des "unmittelbaren Grenzkontrollbezirks" oder innerhalb des "unmittelbaren Grenzbereiches" aufgegriffen werden.

Der EGMR fordert bei behaupteter Refoulementgefahr eine individuelle Prüfung jedes einzelnen Falles, die Möglichkeit einer wirksamen Beschwerde sowie die aufschiebende Wirkung dieser Beschwerde.<sup>6</sup>

Auch ist die Gewährung oder Nichtgewährung von Asylverfahren, je nachdem, ob der Asylsuchende 10.000m oder 10.001m von der Staatsgrenze entfernt aufgegriffen werden, eine evidente Verletzung des Gleichheitsgebotes aus Art 7 B-VG iVm Art I RassDiskrVerbG, das Entscheidungskriterium der Grenznahe kann keine sachliche Rechtfertigung sein.<sup>7</sup> Eine andere Interpretation würde jedoch bedeuten, dass ein Asylantrag innerhalb des "unmittelbaren Grenz(kontroll)bereichs" nicht gestellt werden könnte und wäre damit verfassungswidrig. Es käme dem Versuch gleich, innerhalb einer "Bannmeile" die österreichische Jurisdiktion für Asylwerber außer Kraft zu setzen.

Nebenbei ist das Regime der Zurückweisung (§ 42 FPG) innerhalb des österreichischen Staatsgebietes systemwidrig. § 42 FPG normiert, dass „Fremde am Betreten des Bundesgebietes zu hindern sind“. Ein Asylsuchender, der 1 km bzw. bis zu 10 km von der Staatsgrenze entfernt aufgegriffen wird, kann jedoch nicht mehr am Betreten des Bundesgebiets gehindert werden. Systematisch korrekt wäre es, auf solche Fälle den § 46 FPG (Zurückschiebung) oder die bescheidförmig zu verhängende Ausweisung (§ 56 FPG) anzuwenden.

Zum Rechtsschutz im Rahmen einer verfahrensfreien Zurückschiebung siehe auch Ausführungen zu II.8.6. (§ 42 FPG)

§ 42 der Vorlage steht darüber hinaus sogar in krassem Widerspruch zu § 13 AsylG 2005, wo faktischer Abschiebeschutz vom Stellen eines Asylantrages bis zu einer durchsetzbaren Entscheidung garantiert wird.

§ 42 verletzt das Refoulementverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie das Gleichheitsgebot aus Art. 7 B-VG iVm Art. I RassDiskrVerbG.

## 1.2. Botschaftsverfahren - § 35 AsylG

amnesty international vertritt die Auffassung, dass Refoulementschutz iSd. Art 3 EMRK nicht nur bedeutet, Verfolgte nicht außer Landes zu schaffen, sondern auch, sie nicht an der Grenze zurückzuweisen, wenn ansonsten Folter oder Misshandlung drohen. Auch wäre es unlogisch, würde man illegal Einreisende besser behandeln und schützen als Schutzsuchende, die sich vorschriftsmäßig bei einem Grenzposten melden.<sup>8</sup> Nebenbei wird durch eine solche Praxis das

<sup>6</sup> Vgl EGMR 11.7.2000, Fall *Jabari*, Z 40, 49f.

<sup>7</sup> Zur Ausweitung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes auf Ausländer untereinander siehe *Berka*, Kommentar zu Art 7 B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht. Kommentar 1. Lfg (2001) 19: Ausgangspunkt war demnach Art I RassDiskrVerbG, das den Gleichheitsgrundsatz auf das Verhältnis von Ausländern untereinander ausdehnte (vgl VfSlg 13.836). In seiner jüngeren Praxis weitete der VfGH Art I RassDiskrVerbG in der Weise zu einem Jedermannsrecht aus, dass Ausländer nun generell Beschwerde gegen eine unsachliche Regelung ohne vernünftigen Grund oder willkürliche Vollziehung erheben können (vgl zB VfSlg 14.393, 14.421, 14.694); vgl *Korinek*, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassische Diskriminierung, in FS Rill (1995) 183; vgl *Stolzlechner*, Die politischen Rechte der Ausländer in Österreich (1980) 94ff; vgl *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 755ff; vgl *Muzak*, Rechtsfragen, 17.

<sup>8</sup> Vgl *Council of Europe*, Consultative Assembly, Report on the Granting of the Right of Asylum to European Refugees, Document 1986, 29.9.1965, 7.

organisierte Schlepperwesen erst ermöglicht, da es dann für viele Flüchtlinge als einzige Möglichkeit erscheint, sich dem organisierten Verbrechen anzuvertrauen, um Schutz in Europa zu erhalten.

Dies anerkannte auch der Gesetzgeber in § 57 FrG 1997, indem er nicht nur Zurückschiebung und Abschiebung bei Refoulementgefahr verbot, sondern auch die Zurückweisung, also nicht nur Aufenthaltsbeendigung bereits anwesender Fremder, sondern auch echte Einreiseverhinderung. (Siehe zu § 52 FPG)

Die Einreiseverweigerung an der Grenze kann Verantwortlichkeit nach Art 3 EMRK auslösen und Refoulement darstellen. Dasselbe gilt auch für diejenigen Fälle, in denen Verfolgte sich noch in ihrem Heimatland oder einem Drittstaat befinden, von dem ihnen Refoulement droht. Von den Straßburger Konventionsorganen wurde ausgesprochen, dass die EMRK auch in Botschaften jedes Vertragsstaats uneingeschränkt anwendbar ist.<sup>9</sup>

Dem trug das Botschaftsverfahren des AsylG 1997 Rechnung. Es ist daher abzulehnen, dass bei österreichischen Vertretungsbehörden seit 1.5.2004 lediglich Anträge auf Asylerstreckung von Familienangehörigen eingebracht werden können.<sup>10</sup>

Wie schon im AsylG 2003 sieht § 35 Abs. 2 AsylG 2005 ohne sachliche Rechtfertigung bei subsidiär Schutzberechtigten eine Schutzgewährung an Familienangehörige frühestens (!) nach drei Jahren vor. amnesty international tritt daher für die Streichung dieser Frist ein.

Weiterhin unbereinigt bleibt das völlige Fehlen eines Rechtsschutzes im Botschaftsverfahren.

### 1.3. Wiedereinreise - § 15 AsylG

Die Regelung des § 19 Abs. 3 AsylG 2003 wurde geringfügig verändert in § 15 AsylG 2005 übernommen. Danach soll Asylwerbenden, die mangels aufschiebender Wirkung ihrer Berufung bereits in einen anderen Staat (Dritt-, Dublin- oder Herkunftsstaat) abgeschoben wurden, und deren Berufung stattgegeben wurde, "an der Grenzübergangsstelle unter Vorlage der Berufungsentscheidung" die Wiedereinreise gestattet werden, sofern sie "ihre Verfahrensidentität nachweisen" können.

Die theoretisch gestattete Wiedereinreise durch § 15 AsylG 2005 vermag die zuvor stattgefundene Verletzung des Art 3 EMRK iVm Art. 13 EMRK nicht zu sanieren. Bereits im AsylG 2003 scheiterte die Bestimmung in allen Fällen, in welchen der Asylwerber zwischenzeitlich aus dem Nachbarland weitergeschoben wurde oder er nicht mehr erreichbar war. Die Wiedereinreisemöglichkeit steht nur offen, wer bis zur österreichischen (!) Grenzübergangsstelle gelangen kann, was weder bei Rücküberstellungen in ein Dublin- oder Drittland (erfolgreiche "Berufung gegen eine zurückweisende Entscheidung") ohne Grenze zu Österreich noch bei bereits erfolgter Abschiebung ins Herkunftsland (erfolgreiche "Berufung gegen eine [...] abweisende Entscheidung") der Fall ist. Hinzu kommt, dass der Betreffende die Berufungsentscheidung vorlegen muss.

Wäre der Versuch einer Sanierung zu Unrecht erfolgter Abschiebungen ernst gemeint, müsste zumindest auch die Wiedereinreise nach Kontaktieren einer österreichischen Vertretungsbehörde gewährleistet werden und müsste - durch Vereinbarung zwischen den EU-Mitgliedstaaten - zusätzlich die Wiedereinreise an jeder EU-Außengrenze gestattet werden. Des weiteren müssten die Kosten der Rück- und Wiedereinreise von der öffentlichen Hand getragen werden.

Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Berufungsverfahren stellt generell eine Verletzung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde dar. Es ist unabdingbar, dass der Asylwerber sich während des Verfahrens im potentiellen Schutzstaat aufhält (siehe dazu I.8. – Aufschiebende Wirkung im Berufungsverfahren).

Da dieser Grundsatz im vorliegenden Entwurf nicht erfüllt ist, müsste zumindest neben einer erfolgreichen Berufung auch eine erfolgreiche Beschwerde bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts sowie die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch BAA, UBAS, VwGH oder VfGH

<sup>9</sup> EGMR, 18.12.1996, Fall *Loizidou*.; vgl EKMR 25.09.1965, *Fall X. gegen BRD*; vgl EKMR 10.7.1976, *Fall Zypern gegen Türkei*; vgl EKMR 14.07.1977, *Fall X. and Y. gegen Schweiz*.

<sup>10</sup> Diesbezüglich lehnt amnesty international auch die Einschränkung dieser Antragsberechtigung auf Familienangehörige von Konventionsflüchtlingen und den Ausschluss von Familienangehörigen von Refoulementgeschützten („subsidiär Schutzberechtigten“) ab: siehe Punkt I.18.5. (Familienverfahren im Ausland - § 35 AsylG).

zur Wiedereinreise berechtigen. Andernfalls ist die Wiedereinreise schon deshalb illusorisch, weil die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts für die Berufungsentscheidung regelmäßig die Anwesenheit des Berufungswerbers zur ergänzenden Einvernahme voraussetzt.

## 2. FLÜCHTLINGSBEGRIFF UND REFOULEMENTSCHUTZ

### 2.1. Flüchtlingsbegriff im AsylG

Während das Asylgesetz hinsichtlich des Flüchtlingsbegriffs bisher auf die Genfer Flüchtlingskonvention verwies, enthält die Asylgesetznovelle 2005 erstmals Bestimmungen zum Flüchtlingsbegriff.

Da die Genfer Flüchtlingskonvention innerstaatlich unmittelbar anwendbar ist, ist eine weitere Umsetzung im Asylgesetz entbehrlich und birgt die massive Gefahr der Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen sowie einer Divergenz zwischen zwei österreichischen Gesetzen im gleichen Rang (GFK - Asylgesetz). Da die intendierte Novelle hinsichtlich Verfolgungshandlung, Verfolgungsgrund, innerstaatlicher Fluchtalternative und nichtstaatlicher Verfolgung von der GFK in ihrer internationalen und nationalen Interpretation abweicht, wird § 73 AsylG ("Die Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention bleiben unberührt.") geradezu zum Sinnbild dieses Widerspruchs.

Österreich verletzt mit den geplanten Regelungen in § 2 Z. 9, § 2 Z. 10, § 3 Abs. 2 letzter Satz, § 3 Abs. 3 Z. 1, § 8 Abs. 3 sowie § 11 AsylG 2005 die Genfer Flüchtlingskonvention. amnesty international fordert daher für die ersatzlose Streichung dieser Bestimmungen.

Die Normierung des Flüchtlingsbegriffs im Asylgesetz ist nicht nur nicht erforderlich, sondern nachgerade kontraproduktiv, da sie die Instanzen mit der Divergenz zwischen GFK und AsylG sowie damit beschäftigen wird, zu den inzwischen ausjudizierten Fragen des Flüchtlingsbegriffs erneut Judikatur zu entwickeln. Die genannten Regelungen stehen daher auch dem Ziel einer Verfahrensbeschleunigung diametral entgegen.

### 2.2. Verfolgung - § 2 Z. 9 AsylG

§ 2 Z. 9 enthält selbst keine Begriffsbestimmung von "Verfolgung", sondern verweist lediglich auf Art. 9 Abs. 1 der Status-Richtlinie. Die EB zitieren diese Bestimmung und führen aus, als Verfolgungshandlungen seien jene Handlungen zu verstehen, "die aufgrund ihrer Art oder Wiederholung so gravierend sind, dass sie eine schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellen, insbesondere der Rechte, von denen gemäß Art. 15 Abs. 2 EMRK keine Abweichung zulässig ist, oder die in einer Kumulierung unterschiedlicher Maßnahmen, einschließlich einer Verletzung der Menschenrechte, bestehen, die so gravierend ist, dass eine Person davon - wie in ähnlich beschriebener Weise - betroffen ist." Weiters wird auf die in Art. 9 Abs. 2 der Status-Richtlinie enthaltene demonstrative Aufzählung von Handlungen verwiesen.<sup>11</sup>

Die Status-Richtlinie, und über das Instrument der Verweisung auch das Asylgesetz stehen in Widerspruch zur Genfer Flüchtlingskonvention, was anhand einiger Beispiele erläutert werden soll:

- Die Formulierung "schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte, insbesondere der Rechte, von denen gemäß Art. 15 Abs. 2 EMRK keine Abweichung zulässig ist" schränken den Begriff der Verfolgung in unzulässiger Weise ein. Die GFK versteht unter Verfolgung einen ungerechtfertigten Eingriff in die vom Heimatstaat zu schützende Sphäre des Einzelnen und schränkt damit den Flüchtlingschutz einerseits nicht auf "schwerwiegende" Menschenrechtsverletzungen ein, andererseits enthält sie keine Einschränkung auf die "grundlegenden Menschenrechte" und schon gar nicht nur jene, die gemäß EMRK notstandsfest sind.

<sup>11</sup> "insbesondere die Anwendung physischer oder psychischer Gewalt, einschließlich sexueller Gewalt, gesetzliche administrative, polizeiliche und/ oder justizielle Maßnahmen, die als solche diskriminierend sind oder in diskriminierender Weise angewandt werden, unverhältnismäßige oder diskriminierende Strafverfolgung oder Bestrafung, Verweigerung gerichtlichen Rechtsschutzes mit dem Ergebnis einer unverhältnismäßigen oder diskriminierenden Bestrafung, Strafverfolgung oder Bestrafung wegen Verweigerung des Militärdienstes in einem Konflikt, wenn der Militärdienst Verbrechen oder Handlungen umfassen würde, die unter die Ausschlussklauseln des Art. 12 Abs. 2 der Statusrichtlinie fallen, und Handlungen, die an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfen oder gegen Kinder gerichtet sind." (EB, S. 9, Art. 9 Abs. 2 Status-Richtlinie)



- Entgegen der gewählten Definition stellt eine Bedrohung des Lebens oder der Freiheit eines Menschen wegen seiner Rasse, Religion, politischen Gesinnung etc. stets (!) eine Verfolgung dar.<sup>12</sup> Darüber hinaus sind Verletzungen anderer Menschenrechte (z. B. Recht auf freie Religionsausübung oder Meinungsfreiheit) dann relevant, wenn deren Beeinträchtigung in einer Intensität erfolgt, die den Verbleib im Heimatland unzumutbar macht.
- Des Weiteren muss eine Verfolgung auch nicht bereits stattgefunden haben, wie die gewählte Formulierung vermuten lassen könnte, sondern ist relevant, ob die Gefahr einer solchen Verfolgung im Falle der Rückkehr zum Entscheidungszeitpunkt vorliegt.
- Wehrdienstverweigerung und Desertion sind nicht nur dann asylrelevant, wenn der Asylwerber an Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit o. ä. teilnehmen hätte müssen, sondern es besteht ein Schutzanspruch auch dann, wenn der Wehrdienstverweigerer/ Deserteur aus GFK-relevanten Gründen im Krieg absichtlich an den gefährlichsten Fronten eingesetzt wird, aus solchen Gründen eine unverhältnismäßig hohe Strafe für seine Verweigerung zu erwarten hätte u. a.

Die EB erwähnen zwar erstmals Beschneidung im Zusammenhang mit der Definition der "Verfolgungshandlung", tun dies aber mit dem Satz ab, die "Beschneidung von Frauen [bedürfe] keiner expliziten Erwähnung, da diese - als gegen eine bestimmte soziale Gruppe gerichtet - in Art. 9 Abs. 2 lit. a und lit. f Statusrichtlinie erfasst ist." Die Praxis insb. der ersten Instanz zeigt jedoch in vielfach schockierender Weise, dass die explizite Erwähnung der Beschneidung als Verfolgungsform sehr wohl erforderlich ist.

Die Formulierung zeigt aber gleichzeitig die leider weitverbreitete Auffassung auf, frauenspezifische Fluchtgründe könnten per se "nur" Verfolgung einer sozialen Gruppe darstellen.

Darüber hinaus verkürzt die in den EB gewählte Formulierung frauenspezifische Fluchtgründe auf Genitalverstümmelung. Angesichts der in der Praxis in einer ganzen Reihe von Verfahren offenkundigen Interpretationsfehler der GFK sollten die EB - über die Beschneidung hinaus - den expliziten Hinweis enthalten, dass wohlbegründete Furcht vor Verfolgung auch geschlechtsspezifische Formen annehmen kann und dass in diesen Fällen neben dem Verfolgungsgrund "soziale Gruppe" auch die Verfolgungsgründe Religion, Nationalität/ ethnische Gruppierung sowie politische Gesinnung zu prüfen sind. Bei Frauen sind diese besonderen Verfolgungsformen insb. Zwangsabtreibung, Zwangssterilisation, Zwangsverheiratung, Sanktionen wegen Verstoß gegen religiöse oder soziale Normen, häusliche Gewalt, Ehrenmorde oder Frauenhandel.

Da vorgeschlagen wird, die Definition des § 2 Z. 9 als nicht erforderlich und nicht in Einklang mit dem Flüchtlingsbegriff der GFK ersatzlos zu streichen, befürwortet amnesty international einen Hinweis auf frauenspezifische Fluchtgründe in den EB zu § 3.

amnesty international schlägt darüber hinaus vor, den GFK-konformen Vollzug des Asylgesetzes durch das Bundesasylamt dringend zu evaluieren.

### **2.3. Verfolgungsgrund - § 2 Z. 10 AsylG**

Auch die Definition des Verfolgungsgrundes in § 2 Z. 10 ist entbehrlich und steht potentiell in Konflikt mit der Genfer Konvention. Ein Beispiel der Divergenz zur GFK ist der Hinweis in den EB, eine soziale Gruppe müsse "in dem betreffenden Land eine deutlich abgegrenzte Identität" haben, der einerseits unklar ist und andererseits in der GFK keine Deckung findet.

Potentiell GFK-widrig wäre auch eine Auslegung wie in den EB angeführt, wonach "geschlechterbezogene Aspekte [...] berücksichtigt [werden], [...] aber für sich allein genommen noch nicht die Annahme [rechtfertigen], dass Verfolgung vorliegt." Entgegen dieser Formulierung kann geschlechtsspezifische Verfolgung sehr wohl "für sich allein genommen" asylrelevant sein, wenn Personen aufgrund ihrer geschlechtsspezifischen Merkmale Verfolgungshandlungen ausgesetzt sind, d. h. nicht verfolgt würden, wenn dieses Merkmal nicht vorläge (z. B. Genitalverstümmelung). Die EB sind in dieser Hinsicht auch in sich widersprüchlich, zumal sie zuvor festhalten, die "Beschneidung von Frauen [bedürfe] keiner expliziten Erwähnung, da diese -

<sup>12</sup> UNHCR-Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft (Genf 1979, Rz. 51); UNHCR - Auslegung von Artikel 1 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (April 2001)



als gegen eine bestimmte soziale Gruppe gerichtet - in Art. 9 Abs. 2 lit. a und lit. f Statusrichtlinie erfasst" seien.

Entgegen den EB (trotz Formulierung "insbesondere") muss sich die politische Gesinnung auch nicht zwangsläufig auf eine "Angelegenheit beziehen, die die in Art. 6 genannten potenziellen Verfolger sowie deren Politiken oder Verfahren betrifft". Die politische Gesinnung kann sich auch auf "Politiken" nichtstaatlicher Gruppen beziehen, sofern der Heimatstaat den Schutzsuchenden aufgrund dieser Gesinnung verfolgt oder ihm den Schutz verweigert.

#### **2.4. - Status des Asylberechtigten - § 2 Z. 14 AsylG**

§ 2 Z. 14 definiert den Status des Asylberechtigten als "dauerndes Einreise- und Aufenthaltsrecht", das Österreich Fremden nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gewährt.

Tatsächlich umfasst der Konventionsstatus weit mehr als nur das dauernde Einreise- und Aufenthaltsrecht, sondern alle in Art. 3 - 30 GFK verankerten Rechte: Diskriminierungsverbot, Freiheit der Religionsausübung, personenrechtliche Stellung, Eigentumserwerb, Schutz gewerblichen Eigentums, Vereinsfreiheit, Justizgewährungsanspruch, Recht auf unselbständige Erwerbstätigkeit, Rechte in Bezug auf selbständige Erwerbstätigkeit und freie Berufe, im Wohnungswesen und hinsichtlich des Rechts auf Bildung sowie öffentliche Unterstützung und Hilfeleistung etc.

amnesty international befürwortet daher eine Formulierung, aus der hervorgeht, dass der Status des Asylberechtigten das dauernde Einreise- und Aufenthaltsrecht sowie den Genuss der in der GFK verankerten Rechte umfasst.

#### **2.5. Familienangehörige - § 2 Z. 18 AsylG**

Die verfassungsrechtlichen Bedenken der Wiener Landesregierung bleiben weiterhin aufrecht, da der Antrag der Wiener Landesregierung auf Aufhebung des gleich lautenden § 1 Z. 6 AsylG idGF lediglich aus formalen Gründen zurückgewiesen wurde.

Alarmierend und MRK-widrig ist § 2 Z. 18 AsylG, indem er die Familieneigenschaft von Ehegatten nur dann anerkennt, wenn die Ehe bereits im Heimatstaat bestanden hat.

Aufrecht bleiben die Bedenken hinsichtlich der von § 10 Abs. 4 AsylG idGF in § 35 Abs. 2 des Entwurfs übernommenen 3-Jahresfrist nach Schutzgewährung, für die weiterhin keine sachliche Rechtfertigung vorstellbar scheint, auch die EB lassen eine Erklärung vermissen.

Weiter aufrecht bleiben die Bedenken, dass Familienangehörige iSd. Art. 8 EMRK, welche nicht der „Kernfamilie“ iSd. § 2 Z. 18 des Entwurfs angehören, keinen Antrag im Familienverfahren gem. § 35 Abs. 1 des Entwurfs stellen können. Folgende von Art. 8 EMRK erfasste Konstellationen außerhalb der Kernfamilie werden nicht erfasst:

- Außereheliche Gemeinschaft: Es wird nicht nur eine bestehende Ehe durch Art 8 EMRK geschützt, sondern auch erst beabsichtigtes Eheleben, wenn ausreichende Hinweise für die Annahme eines künftigen Familienlebens bestehen (EGMR 28.5.1985, Fall *Abdulaziz* ua; vgl. EGMR 18.12.1986, Fall *Johnston* u. a, Z. 56). Auch eine außereheliche Beziehung zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts ist als „Familienleben“ geschützt, wenn die Partner ständig zusammenleben und einen gemeinsamen Haushalt führen.
- Gleichgeschlechtliche Beziehungen: Gleichgeschlechtliche Beziehungen werden vom Schutzbereich des „Privatlebens“ erfasst (vgl. EKMR 15.5.1996, Fall *Röösli*). Auch eine solche Beziehung stellt unter ähnlichen Umständen wie eine langandauernde, stabile heterosexuelle außereheliche Lebensgemeinschaft ein Abschiebungshindernis dar.
- Beziehung zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern: Beziehungen zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern, die eine „faktische Familieneinheit mit zusätzlichen Elementen einer Abhängigkeit, die über normale, gefühlsmäßige Verbindungen hinausgeht,“ bilden, wie finanzieller Abhängigkeit oder Pflegebedürftigkeit, sind ebenfalls als „Familienleben“ geschützt. Der EGMR bejahte im Ausweisungsfall *Moustaquim* sogar das Vorliegen von Familienleben zwischen dem bereits volljährigen Beschwerdeführer und seinen Eltern, ohne das Vorliegen einer solchen Abhängigkeit zu verlangen. (EGMR 18.2.1991, Fall *Moustaquim*, Z. 36; vgl. auch EGMR 21.10.1997, Fall *Boujlifa*, Z. 36)

- Sonstige Verwandte außerhalb der Kernfamilie: Auch die Beziehungen zwischen nahen Verwandten außerhalb der „Kernfamilie“ stehen unter dem Schutz von Art 8 Abs. 1 EMRK, wenn ein qualifiziertes „effektives Familienleben“ vorliegt, das sich in einem gemeinsamen Haushalt, finanzieller Abhängigkeit, Pflegebedürftigkeit oder speziellen, engen praktischen Banden äußert (vgl. EGMR 13.6.1979, Fall *Marckx*; EKMR 9.3.1988, Fall *Price*). Wenn die „Großfamilie“ durch „tatsächlich gelebte Bande eng miteinander verbunden“ ist, können auch Beziehungen zwischen Großeltern und Enkeln (vgl. EGMR 13.6.1979, Fall *Marckx*, Z. 45), zwischen Geschwistern (vgl. EGMR 18.2.1991, Fall *Moustaquim*, Z. 36) oder zwischen Tante und Nichte (vgl. EGMR 13.6.1979, Fall *Marckx*, Z. 46) unter dem Schutz des Familienlebens gem. Art 8 EMRK stehen, wie auch der UBAS – in verfassungskonformer Interpretation des Art 8 EMRK und entgegen dem Wortlaut der bisherigen Rechtslage – entschied.

Es kann zwar festgehalten werden kann, dass der EGMR eine grundsätzliche positive Verpflichtung der Konventionsstaaten zur Herstellung der Familiengemeinschaft auf ihrem Territorium verneint. So ist der „elsewhere approach“ in Nachzugsfällen anwendbar, wonach – auch bei Vorliegen von schützenswertem Familien- oder Privatleben iSd Art. 8 EMRK – kein Nachzug gestattet werden muss, wenn das Familienleben im Heimatstaat aufgenommen werden kann (EGMR 28.5.1985, Fall *Abdulaziz*, Z. 68; EGMR 19.2.1996, Fall *Gül*, Z. 42; EGMR 28.11.1996, Fall *Ahmut*, Z. 70.). Bei Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten liegt es jedoch in der Natur der Sache, dass diese wegen drohender Verfolgung eben nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren können, um dort ihr Familienleben fortzuführen oder aufzunehmen.

## 2.6. Status des Asylberechtigten - § 3 AsylG

Gemäß § 3 Abs. 1 ist einem Antragsteller der Status eines Asylberechtigten zuzuerkennen, "wenn ihm im Heimatland Verfolgung droht." Während bislang in § 7 AsylG idF 2003 Asyl zu gewähren war, "wenn *glaubhaft* ist, dass [...] Verfolgung droht", wird nunmehr durch die geänderte Formulierung der Bestimmung die *Beweislast* in unzulässiger Weise dem Asylwerber auferlegt. Tatsächlich müssen die Elemente des Flüchtlingsbegriffs vom Antragsteller lediglich glaubhaft gemacht werden. Gerade Flüchtlinge sind typischerweise nicht in der Lage, ihre Furcht vor Verfolgung mit schriftlichen Unterlagen oder anderen Beweismitteln zu untermauern. In Hinblick auf die Beweisnot, die mit der besonderen Situation der Antragsteller verbunden ist, sollten daher "die Beweisanforderungen [...] nicht zu hoch gestellt werden." (UNHCR-Handbuch, Rz. 197 ff) Dem Asylverfahren ist eine Pflicht des Asylwerbers, die von ihm aufgestellten Behauptungen förmlich zu beweisen, fremd; es genügt vielmehr die Glaubhaftmachung bzw. Bescheinigung der Angaben (VwGH 92/01/0888 vom 23.02.1994).

amnesty international fordert daher ein, die Formulierung "wenn glaubhaft ist" beizubehalten.

amnesty international schlägt weiters vor, anlässlich der Neukodifikation die Einschränkung des Flüchtlingsbegriffs auf Art. 1 Abschnitt A Z.1 zu überdenken und in § 3 auf Flüchtlinge "im Sinn des Art. 1 GFK" zu verweisen. Damit könnte eine Schutzlücke jener Flüchtlinge (Art. 1 A Z. 2) vermieden werden, denen von anderen Organen oder Organisationen der VN Schutz gewährt wurde, der aber aus irgendwelchen Gründen später weggefallen ist.

## 2.7. Nachfluchtgründe - § 3 AsylG

Gemäß § 3 Abs. 2 AsylG 2005 kann Verfolgung auch auf Ereignissen beruhen, die eingetreten sind, nachdem der Fremde seinen Herkunftsstaat verlassen hat oder auf Aktivitäten des Fremden beruhen, die er seit Verlassen des Herkunftsstaates gesetzt hat. Im Falle eines Folgeantrages wird jedoch der Status des Asylberechtigten nicht zuerkannt, wenn die Verfolgungsgefahr auf subjektiven Nachfluchtgründen beruht, "es sei denn, es handelt sich um in Österreich erlaubte Aktivitäten, die nachweislich Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung sind." Die EB nennen als Beispiele schon im Herkunftsstaat bestehender Überzeugung die "Fortsetzung einer politischen oder sexuellen Orientierung oder Einstellung".

Die EB beziehen sich auf die Statusrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten festlegen *können* (Anm. nicht müssen!), dass ein Antragsteller, der einen Folgeantrag stellt, in der Regel nicht als Asylberechtigter anerkannt wird, wenn die Verfolgungsgefahr auf Umständen beruht, die der Antragsteller nach Verlassen seines Herkunftsstaates selbst herbeigeführt hat (Art. 5 Abs. 3 leg. cit.).

Österreich ist auf völkerrechtlicher Ebene zur Einhaltung der GFK verpflichtet. Selbst GFK-widrige EU-Richtlinien ändern nichts an dieser völkerrechtlichen Verpflichtung, sondern gebieten die völkerrechtskonforme Umsetzung.

Die Bestimmung schränkt den Schutz von Flüchtlingen in GFK-widriger Weise ein. Die GFK kennt den Begriff der "Nachfluchtgründe" gar nicht, sondern stellt allein darauf ab, ob eine Person "aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung [...] den Schutz [ihres Heimatlandes] nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will." Aus dieser Definition lässt sich keinerlei Anhaltspunkt dafür finden, dass der Schutzsuchende sein Herkunftsland (bereits) aus Furcht vor Verfolgung verlassen haben muss oder dass er eine relevante politische Gesinnung, Religion oder soziale Gruppe nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt annehmen darf. Es ist irrelevant, ob der Flüchtling die Verfolgung durch z. B. politische Handlungen ausgelöst hat oder diese durch "andersartiges Verhalten" hätte vermeiden können. "Eine Person wird Flüchtling 'sur place' auf Grund von Ereignissen, die sich während ihrer Abwesenheit in ihrem Heimatland ereignen. [...] Eine Person kann aufgrund eigener Handlungen zum Flüchtling 'sur place' werden, z. B. wenn sie sich mit Personen assoziiert, die als Flüchtlinge anerkannt sind, oder wenn sie in dem Land ihres Wohnsitzes ihre politische Einstellung zum Ausdruck bringt." (UNHCR, Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft (Genf 1979), Rz. 95 und 96). Das Handbuch empfiehlt, allein darauf abzustellen, ob der Herkunftsstaat von solchen Aktionen Kenntnis erlangt hat und wie diese bei den Behörden dieses Staates beurteilt werden. Es kann daher nicht darauf ankommen, dass die Aktivitäten nach österreichischem Recht erlaubt und nachweislich Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung sind. Eine Person kann ihre Überzeugung z.B. betreffend das totalitäre Regime ihres Herkunftsstaates auch erst nach Verlassen ihres Herkunftsstaates ändern.

amnesty international ist der Ansicht, dass die Bestimmung nicht nur gegen den Flüchtlingsbegriff in Art. 1 GFK, sondern auch gegen das in Art. 3 GFK verankerte Diskriminierungsverbot verstößt. Dieses verpflichtet die Vertragsstaaten, die Bestimmungen des Abkommens auf Flüchtlinge anzuwenden, "ohne bei ihnen einen Unterschied wegen Rasse, Religion oder ihres Herkunftslandes zu machen." Soweit ein Asylwerber daher von seinem Recht auf Religionsfreiheit erst nach rechtskräftiger Beendigung eines Asylverfahrens (siehe insb. Bestimmung, wonach Berufungen als zurückgezogen gelten, § 24 Abs. 3) Gebrauch macht, verstößt die gegenständliche Bestimmung gegen Art. 3 GFK.

Andere Gründe für eine mögliche Diskriminierung wie insb. politische Meinung oder soziale Gruppe sind zwar in Art. 3 GFK nicht angesprochen, "finden allerdings in der Rechtsordnung anderweitig [insb. im BVG gegen rassistische Diskriminierung] Deckung." (*Rohrböck*, AsylIG 1997, Orac-Verlag, S. 25)

Darüber hinaus schützen sowohl Art. 19 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (BGBl. 1973 II S. 1534) als auch Art. 10 der EMRK d sowie der gleiche und wirksame Schutz zu gewähren. Vom Recht auf freie Meinungsäußerung sind sowohl das Recht umfasst, sich eine Meinung zu bilden als auch diese – in jeder Verständigungsform zu äußern. Auf den Zeitpunkt, in dem die (politische) Meinung gebildet wurde, kommt es nicht an. Bereits die tatsächliche Behinderung der Meinungsäußerung stellt einen Eingriff dar. Gemäß Art. 14 EMRK sind die in der EMRK garantierten Rechte ohne Diskriminierung zu gewährleisten.

§ 3 Abs. 2 AsylIG hat hingegen die Diskriminierung einer Person zur Folge, die eine politische Gesinnung erst nach ihrer Flucht entwickelt, da Nachfluchtgründe bei der Gewährung von Asyl nicht berücksichtigt werden, wenn sie nicht "Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung sind."

Auch vom Recht auf Religionsfreiheit der Art. 18 IPBPR und Art. 9 EMRK wird (ausdrücklich) das Recht umfasst, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln. Auch dieses Recht muss gemäß Art. 14 EMRK (Art. 26 IPBPR) ohne Diskriminierung gewährleistet werden.

Des Weiteren erscheint die Unterscheidung in Nachfluchtgründe, die im Rahmen des originären Asylantrages behandelt werden und solcher Nachfluchtgründe, welche erst nach rechtskräftiger Beendigung entstehen, als unsachliche Ungleichbehandlung und damit problematisch im Sinne des Sachlichkeitsgebotes des Art. 18 B-VG.

Zu besonders bedenklichen Ergebnissen gelangt man bei Zusammenschau dieser Bestimmung mit der Einstellungsregelung des § 24 Abs. 3. Während bei einem Asylwerber, welcher zum Verfahren in Österreich zugelassen wird, eine z. B. durch die erlittene Verfolgung ausgelöste politische Gesinnung zur Anerkennung führt, führt derselbe Sachverhalt bei einer Dublin-Rücküberstellung zur Verweigerung des Schutzes.

## **2.8. Innerstaatliche Fluchtalternative - § 3 Abs. 3 Z. 1, § 8 Abs. 3, § 11 AsylG**

Gemäß § 3 Abs. 3 Z. 1 sind Asylanträge abzuweisen, wenn dem Fremden eine innerstaatliche Fluchtalternative iSd. § 11 offen steht. Die EB zu § 11 verweisen auf die Statusrichtlinie und formulieren selbst, diese "[räume] die Möglichkeit ein, bei Prüfung des Antrags [...] feststellen zu können, dass [...] in einem Teil des Herkunftsstaates keine begründete Furcht vor Verfolgung bzw. keine tatsächliche Gefahr, einen ernsthaften Schaden zu erleiden, besteht [...]." Als Beispiel führen die EB an, dass "eine Provinz [...] in der Hand von Rebellen ist, die den Antragsteller verfolgen, er aber im restlichen Staatsgebiet frei von Verfolgung leben kann."

Tatsächlich geht § 11 über dieses Beispiel nicht-staatlicher Verfolgung in konventionswidriger Weise weit hinaus und mutet dem Schutzsuchenden zu, den Schutz von "Parteien oder Organisationen" in Anspruch zu nehmen, "die den Staat oder einen wesentlichen Teil des Staatsgebietes beherrschen."

Das Instrument der "Innerstaatlichen Fluchtalternative" ist in der GFK nicht verankert, sondern wurde von den westlichen Industriestaaten im Laufe der 90er Jahre "erfunden". GFK-konform interpretiert kommt der Vorhalt einer solchen internen Fluchtalternative jedoch bei staatlicher Verfolgung überhaupt nicht in Frage, da es laut Art. 1 A GFK darauf ankommt, dass der Flüchtling "den Schutz dieses Landes (!) [seines Heimatlandes oder des Landes seines gewöhnlichen Aufenthalts] nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen [der Verfolgung] nicht in Anspruch nehmen will." Für alle Fälle, in denen die befürchtete Verfolgung von staatlichen Stellen ausgeht, gutgeheißen oder geduldet wird, ist das Vorliegen einer "innerstaatlichen Fluchtalternative" damit zwangsläufig ausgeschlossen. (siehe auch UNHCR, Auslegung von Artikel 1 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, S. 5)

Fluchtalternative bedeutet nicht, dass der Asylwerber sich irgendwelchen lokalen Machthabern (Beispiel PKK oder PUK im Nordirak?, Clan in Somalia?) anschließen muss, um nicht verfolgt zu werden. Selbst die Vereinten Nationen wie beispielsweise die UNMIK sind kein geeigneter Schutzadressat, da sie die Elemente einer Staatsmacht nicht erfüllt und diese nicht ersetzen können. Die Beispiele Ruanda, Srebrenica und D. R. Kongo führen dies dramatisch vor Augen. Auch das Erfordernis der Wirksamkeit und Dauerhaftigkeit des Schutzes in einem Landesteil lassen in aller Regel "Parteien oder Organisationen" mit bloßer Gebietsgewalt über einen Landesteil als völlig ungeeignet erscheinen, um den von der GFK geforderten Schutz des Heimatstaates zu substituieren.

Auch der von den EB (S. 17) formulierte Zumutbarkeitsmaßstab steht in Widerspruch sowohl mit der GFK als auch der EMRK:

Laut EB kann "vom Antragsteller erwartet werden, in seinen Herkunftsstaat zurückzukehren, wenn ihm dort "weder Verfolgung noch eine Verletzung der Art. 2 oder 3 EMRK oder des 6. ZPMRK droht." Der EGMR wendet jedoch Refoulementschutz nicht nur bei Verletzungen von Art. 2 und 3 EMRK sowie des 6. Zusatzprotokoll an, sondern es können auch Verletzungen von Art. 5 und 6 EMRK (und potentiell auch weitere in der EMRK oder ihren ZP verankerten Rechte) ein Rückschiebeverbot auslösen. Da der in § 11 verankerte "Ausschlussgrund" der innerstaatlichen Fluchtalternative sowohl für die Flüchtlingseigenschaft (§ 3 Abs. 3 Z. 1) als auch für den subsidiären Schutz (§ 8 Abs. 3) zur Anwendung kommt, würde die Anwendung des § 11 AsylG 2005 eine Verletzung der EMRK darstellen.

Aber auch eine GFK-konforme Interpretation des Instruments "innerstaatliche Fluchtalternative" setzt weit mehr voraus, als dass der Flüchtling im fraglichen Landesteil weder Verfolgung noch einer Verletzung von Art. 2 und 3 EMRK oder des 6. ZPMRK ausgesetzt ist. Die EB führen - unter Berufung auf Art. 15 der Statusrichtlinie - aus, das Schutzgesuch sei abzuweisen, wenn dem Betroffenen in einem Landesteil kein "ernsthafter Schaden" iS. "Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe oder Folter oder unmenschliche Behandlung oder Bestrafung [...] oder eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konfliktes"



droht. Eine derartige Interpretation ist jedoch mit der Genfer Flüchtlingskonvention und der zu ihr ergangenen Judikatur völlig unvereinbar. Vielmehr muss der Schutz im fraglichen Gebiet dauerhaft sein und es muss sich um "ein bewohnbares und sicheres Umfeld frei von drohender Verfolgung handeln, in der die Person gemeinsam mit ihren Angehörigen unter vergleichbaren wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bedingungen wie andere unter normalen Umständen lebende Bewohner des Landes ein 'normales' Leben führen kann, einschließlich der Ausübung und Inanspruchnahme der bürgerlichen und politischen Rechte."<sup>13</sup>

amnesty international fordert daher die ersatzlose Streichung des § 11, da er in Widerspruch sowohl zur GFK als auch zur EMRK steht.

## 2.9. Asylausschlussgründe - § 3 Abs. 3 Z. 2, § 6 AsylG

Gemäß § 3 Abs. 3 Z. 2 sind Asylanträge abzuweisen, wenn der Fremde einen Asylausschlussgrund iSd. § 6 gesetzt hat. § 6 vermischt Ausschlussgründe mit den Ausnahmen vom Rückschiebeverbot der GFK. Die GFK legt als Ausschlussgründe die in Art. 1 Abschnitt F und Abschnitt D formulierten Tatbestände fest. Entgegen § 6 Abs. 1 Z. 3 und Z. 4 AsylG 2003 sind Ausschlussgründe nach der GFK jedoch nur schwere, nicht-politische Verbrechen, die außerhalb (!) des Zufluchtsstaates gesetzt wurden. Verbrechen, die ein Flüchtling im Gastland begangen hat, fallen allenfalls unter Art. 33 Abs. 2 GFK, stellen jedoch keine Asylausschlussgründe dar - wie die EB auf Seite 14 -fälschlicher Weise anführen.

§ 6 AsylG 2005 steht daher in Widerspruch zur GFK, wenn er in Abs. 1 Z. 3 und Z. 4 sowie in Abs. 2 die "Gefahr für die Sicherheit der Republik Österreich aus gewichtigen Gründen" und die rechtskräftige Verurteilung wegen eines besonders schweren Verbrechens als Asylausschlussgründe determiniert, anstatt als Ausnahmen vom Rückschiebeverbot gemäß § 33 Z. 2 GFK.

§ 6 Abs. 3 sieht vor, dass ein Asylantrag bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes "ohne weitere Prüfung abgewiesen" werden kann. Damit wird verkannt, dass die Anwendung eines Ausschlussgrundes grundsätzlich die vorherige Bejahung der Flüchtlingseigenschaft voraussetzt (inclusion before exclusion). Laut den "UNHCR-Richtlinien zum internationalen Schutz, Anwendung der Ausschlussklauseln" vom September 2003 sind Ausnahmen nur dann denkbar, wenn Anklage vor einem internationalen Strafgericht erhoben wurde, wenn offensichtliche Beweise für ein außerordentlich schweres Verbrechen vorliegen (insb. Fälle nach Art. 1 F lit. c) oder in Rechtsmittelverfahren, in denen der Ausschluss im Mittelpunkt steht. Die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft vor der Erörterung allfälliger Ausschlussgründe ist insbesondere deshalb von maßgeblicher Bedeutung, als in einer Interessensabwägung das Überwiegen der Verwerflichkeit der Straftat gegenüber den Schutzinteressen des Verfolgten geprüft werden muss und dabei Art und Ausmaß der drohenden Verfolgung miteinbezogen werden muss. Diese Abwägung ist jedoch nicht möglich, wenn lediglich der (mögliche) Ausschlussgrund, nicht aber die Elemente des Flüchtlingsbegriffs erörtert werden (für Art. 1 F lit. b GFK: VwGH 31.1.2002, ZI. 99/20/0372; vgl. UBAS 5.4.2002, ZI. 216.705/0-VI/42/00). Die Regelung des § 6 Abs. 3 widerspricht daher der - unmittelbar anwendbaren - GFK und der zu dieser ergangenen Judikatur.

## 2.10. Aberkennung des Status des Asylberechtigten - § 7 AsylG

Die völkerrechtlich zulässigen Beendigungsgründe sind in Art. 1 Abschnitt C GFK abschließend geregelt. Art. 33 Abs. 2 GFK normiert des Weiteren Ausnahmen vom Rückschiebeverbot (von Konventionsflüchtlingsen), die jedoch von der EMRK überlagert werden. § 7 AsylG 2005 geht über die völkerrechtlich zulässigen Beendigungsgründe jedoch hinaus. Insbesondere ist Abs. 1 Z. 2 bedenklich, wonach der Flüchtlingsstatus abzuerkennen ist, wenn der Konventionsflüchtling "den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen in einem anderen Staat" hat. Dies ist vor allem deshalb problematisch, als die Regelungen zum Schutz des Familienlebens (auch in der Dublin-Verordnung bei gleichzeitigem Fehlen eines EU-weit geltenden Konventionsstatus) unzureichend sind und der Familienbegriff in § 2 Z. 18 zu eng formuliert ist. Ist ein Konventionsflüchtling daher gezwungen, die Beziehung zu seinen Familienangehörigen durch regelmäßige Besuche in einem anderen Staat aufrechtzuerhalten, so droht die Aberkennung des Flüchtlingsstatus. Erwirbt ein

<sup>13</sup> UNHCR, Auslegung von Artikel 1 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (April 2001), S. 5; UNHCR-Positionspapier "Interne Neuansiedelung als sinnvolle Alternative zur Asylsuche" (Februar 1999); UNHCR-Handbuch zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft (Genf 1979) Rz. 91



Flüchtling eine neue Staatsangehörigkeit und den Schutz dieses Landes, so wäre die Aberkennungsmöglichkeit bereits durch den Verweis auf Art. 1 Abschnitt C GFK gegeben, ohne dass der Tatbestand des "Mittelpunkts der Lebensbeziehungen in einem anderen Staat" eingeführt werden müsste. Sofern die Ziffer 2 den Tatbestand der Art. 1 E GFK vor Augen hat, so geht die gewählte Formulierung über die von der GFK erfassten Fälle weit hinaus. Gemäß Art. 1 E findet die GFK auf eine Person nur dann keine Anwendung, wenn sie "von den zuständigen Behörden des Landes, in dem sie ihren Aufenthalt genommen hat, als eine Person anerkannt wird, welche die Rechte und Pflichten hat, die mit dem Besitz der Staatsangehörigkeit dieses Landes verknüpft sind."

Eine erhebliche Verschlechterung entsteht weiters dadurch, dass die Unzulässigkeit der Aberkennung nach Ablauf von 8 Jahren ab Asylantragstellung gestrichen wurde. Diese Bestimmung war ins AsylG 1997 aufgenommen worden, weil nach 8 Jahren Aufenthaltsdauer in aller Regel ein Abschiebungshindernis besteht. Die Erläuternden Bemerkungen sind daher nicht nachvollziehbar. Geradezu zynisch ist die Begründung, "das Abzielen auf die Dauer von 8 Jahren seit Einbringung des [...] Antrags [scheine] im Hinblick auf die weiteren Verfahrensbeschleunigungen [...] verzichtbar" und würde "eine Verzögerung der sozialen Verfestigung um 3 Jahre aus Gründen, die etwa ausschließlich Behörden zuzuschreiben sind, eine einseitige Schlechterstellung des Asylwerbers darstellen."

Eine tatsächliche Verfahrensbeschleunigung ist gerade nicht zu erwarten, da die bestehende einschlägige Judikatur durch die gänzliche Neukodifikation (ohne nachvollziehbaren Grund) obsolet wird. Die unklaren gesetzlichen Bestimmungen des Entwurfs und die nach wie vor fehlende Ausstattung, insbesondere des Unabhängigen Bundesasylsenates, mit den nötigen Ressourcen, sind weitere verfahrensverzögernde Elemente, die "ausschließlich der Behörde zuzuschreiben sind." In den letzten Jahren haben gerade die wiederholten Novellen zum Asylgesetz, verbunden mit komplizierten Übergangsregelungen und Zurückverweisungen von Verfahren auf untergeordnete Instanzen (z. B. durch das AsylG 1997 vom VfGH, VwGH und BMI zum UBAS) zu jahrelangen Verfahren geführt. Nunmehr trägt der Asylwerber noch mehr als bisher das Risiko für die Unfähigkeit der Asylbehörden, über Anträge in angemessener Verfahrensdauer rechtskonform zu entscheiden.

amnesty international ist der Überzeugung, dass die Beibehaltung der "sozialen Verfestigung" nach 8 Jahren seit Asylantragstellung unverzichtbar ist und in § 7 unbedingt wieder aufgenommen werden sollte. Eine solche Regelung wäre auch sinnvoll in Hinblick auf die Tatsache, dass nach achtjährigem Aufenthalt eine aufenthaltsbeendende Maßnahme in aller Regel wegen Art. 8 EMRK unzulässig sein wird, der Betreffende jedoch infolge der Aberkennung keinerlei Status mehr hat und dadurch "illegalisiert" würde.

Entsprechend Art. 1 C Z. 5 GFK schlägt amnesty international dringend vor, in § 7 AsylG 2005 eine humanitäre Klausel zu verankern, wonach selbst bei maßgeblicher Änderung der Umstände ein Beendigungsgrund nicht vorliegt, wenn es der Flüchtling aus triftigen Gründen, die auf frühere Verfolgung zurückgehen, ablehnt, den Schutz seines Heimatlandes in Anspruch zu nehmen. Die GFK hat dabei Flüchtlinge vor Augen, die besonders grausame Formen der Verfolgung erlitten haben oder jene ihrer Angehörigen mit ansehen mussten und denen aus diesem Grund nicht zugemutet werden kann, den Schutz ihres Heimatlandes in Anspruch zu nehmen. (siehe auch UNHCR, Cessation of Refugee Status under Art. 1 C (5) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees; ExCom Nr. 69; vgl. auch Art. 34 GFK - Erleichterung von Integration und Einbürgerung für Flüchtlinge)

### **2.11. Subsidiärer Schutz - §§ 8, 9 AsylG**

§ 8 Abs. 1 Z. 2 ist zu eng formuliert, indem lediglich Verstöße gegen Art. 2 und 3 EMRK sowie des 6. und 13. Zusatzprotokolls als relevante Refoulement-Verletzungen verankert werden. Demgegenüber werden in der Judikatur des EGMR zunehmend auch Verletzungen anderer, in der EMRK garantierten Rechte als relevant in Bezug auf den Rückschiebeschutz gesehen. Insbesondere können auch Verletzungen der Art. 5 (EGMR 26.6.1992, Fall *Drozd und Janousek*) und Art. 6 (EGMR 7.7.1989, Fall *Soering*, bestätigend EGMR 26.6.1992, Fall *Drozd und Janousek*) im Zielstaat einer Abschiebung ein Refoulementverbot begründen und es kommt auch eine Verletzung des Art. 7 EMRK als solcher Tatbestand in Frage. Auch das 12. und 13. Zusatzprotokoll sollten (ab Inkrafttreten) nicht ausgeklammert werden. amnesty international weist darauf hin, dass sich § 8 Abs. 1 Z. 2 in Einklang mit völker- und verfassungsrechtlichen

Verpflichtungen allgemein auf Refoulementverbote aus der EMRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle beziehen muss.

§ 8 Abs. 4 stellt nun klar, dass die befristete Aufenthaltsberechtigung gleichzeitig mit der positiven Refoulemententscheidung auszufolgen ist, wobei die Geltungsdauer nach Zuerkennung "mindestens ein Jahr" beträgt. Zu beanstanden ist an der gewählten Regelung, dass zwar eine Mindestfrist für die Zuerkennung des Status bei Erteilung festgelegt wird, bei Verlängerung des Status fehlt jedoch eine derartige Regelung völlig, sodass selbst eine auf wenige Wochen befristete Erteilung möglich wäre. amnesty international fordert daher dringend die Verankerung einer Mindestfrist auch für die Verlängerung des Status ein.

In Abs. 4 wurde weiters eine amtswegige Prüfung der Verlängerung des subsidiären Status gewählt. Dies ist zwar grundsätzlich gegenüber der bisherigen, antragsgebundenen Verlängerung zu bevorzugen, jedoch besteht auch bei der nunmehr gewählten Verlängerungsregelung die erhebliche Gefahr von - durch die Behörde verursachte - *Lücken im Aufenthaltsrecht*, wenn diese nicht rechtzeitig die amtswegige Verlängerung vornimmt. amnesty international befürwortet daher, die Regelung des § 15 Abs. 2 AsylG 2003 beizubehalten, wonach die "Aufenthaltsberechtigung [...] bis zur Entscheidung über die Verlängerung durch das Bundesasylamt Gültigkeit [behält]."

Im Zusammenhang mit dem Status des subsidiären Schutzes ist generell anzumerken, dass die hierfür maßgebliche Gefährdung von jener eines Konventionsflüchtlings nicht erheblich abweicht. Die Befristungsregelungen führen stets zu unerwünschten und nicht gerechtfertigten aufenthaltsrechtlichen Lücken. amnesty international vertritt die Auffassung, dass subsidiär Schutzberechtigten grundsätzlich ein dem Flüchtlingsstatus gleichwertiger Status gewährt werden sollte. Im vorliegenden Kontext ist anstelle der befristeten Ausstellung und Verlängerung des Status jedenfalls das Modell der Zuerkennung und Aberkennung bei Wegfall der Gründe bei grundsätzlich unbefristeter Zuerkennung des Status vorzuziehen. Dieses Modell käme auch der Verwaltungsökonomie entgegen.

Bedenklich erscheint die Bestimmung des § 8 Abs. 5, wonach der Antrag auf subsidiären Schutz abzuweisen ist, wenn "der *Herkunftsstaat des Asylwerbers nicht festgestellt werden*" kann. Die EB führen hierzu aus, es solle verhindert werden, dass Asylwerber, "die am Verfahren nicht mitwirken und einen offensichtlich falschen Herkunftsstaat angeben - in Wahrheit aber aus einem sicheren Staat kommen - einen Vorteil gegenüber einem Asylwerber aus dem gleichen Herkunftsstaat haben, diesen aber wahrheitsgemäß angeben." Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden, da unglaubwürdige Angaben über den Heimatstaat im Rahmen der Beweiswürdigung ohnehin zur Abweisung des Antrags führen. Die Formulierung "nicht festgestellt werden kann" birgt einen zu weiten Interpretationsspielraum für die Behörde. In der Praxis wird vielfach das - für Flüchtlinge geradezu typische - Nichtvorliegen von Reisedokumenten für die Feststellung als ausreichend erachtet, der Heimatstaat könne nicht festgestellt werden. Diese Befürchtung vermag auch der Hinweis in den EB auf "glaubwürdige Aussagen über [den] Herkunftsstaat, die nicht - etwa im Wege einer Sprachanalyse - falsifiziert werden" nicht zu zerstreuen.

Dies bestätigt die im Rahmen des Wahrnehmungsberichtes vorgenommene Bescheidanalyse:<sup>14</sup>

*"Die Feststellung, wonach die Identität des Asylwerbers nicht feststehe, stützt sich in allen Fällen auf das Nichtvorliegen eines Identitätsdokumentes. Die Beurteilung von Dokumenten findet sich – mit einer Ausnahme - ausschließlich hinsichtlich vorgelegter Identitätsdokumente in der Form, dass die Identität als festgestellt gilt. Bei Nichtvorlage von Identitätsdokumenten wird ausgeführt, dass die "Identität nicht festgestellt" wird. Diese Textbausteine werden unabhängig davon verwendet, ob die Behörde von der Unglaubwürdigkeit des Asylwerbers ausgeht oder die Angaben als glaubwürdig der Beurteilung zugrunde legt."*

Zur Tauglichkeit von Sprachanalysen siehe zu I.4.1. (Mitwirkungspflichten, § 12 AsylG)

Auch im Rahmen des § 8 ist der Aberkennungstatbestand des Abs. 1 Z. 2 überschießend, indem auf den "Mittelpunkt der Lebensbeziehungen in einem anderen Staat" Bezug genommen wird. Beendigungstatbestände sollten allein darauf abstellen, ob der Betroffene den ihm gewährten Schutz (noch) benötigt. Die EB lassen durch die Formulierung, der Entzug sei möglich, "wenn der

<sup>14</sup> Forum Asyl (Hrsg.), Evaluierung der Erstaufnahmestellen, Asylgesetz-Novelle 2003, Wahrnehmungsbericht und Bescheidanalyse (2004)

Fremde in einen sicheren Staat weitergezogen ist" einen darüber hinausgehenden Anwendungsbereich erkennen.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Status eines subsidiär Schutzberechtigten - im Gegensatz zum Konventionsflüchtling - mangels geeigneter Dokumente keinerlei Möglichkeit zum Besuch von Freunden oder Familienmitgliedern in anderen (EU-)Staaten bietet. Da die Gefährdung im Heimatland - und damit die Notwendigkeit internationalen Schutzes - wie bei Konventionsflüchtlingen viele Jahre andauern kann, sollte subsidiär Schutzberechtigten zumindest im EU-Raum eine gewisse Bewegungsfreiheit eingeräumt werden, insbesondere zumal die Dublin-Verordnung Familienbande nur unzureichend berücksichtigt und die Zuständigkeitsregelungen der EU daher zur Trennung von Familien führen können.

Der Beendigungsgrund des § 9 Abs. 1 Z. 2 ist überschießend und sollte jenem der GFK nachempfunden werden und ein Widerruf des subsidiären Schutzes nur dann erfolgen, wenn der Betroffene "von den zuständigen Behörden des Landes, in dem [er seinen] Aufenthalt genommen hat, als eine Person anerkannt wird, welche die Rechte und Pflichten hat, die mit dem Besitz der Staatsangehörigkeit dieses Landes verknüpft sind." (vgl. Art. 1 E GFK)

Auch bei den Beendigungstatbeständen des subsidiären Schutzes schlägt amnesty international - in Parallele zu Art. 1 C Z. 5 GFK - in § 9 Abs. 1 Z. 1 AsylG 2005 die Verankerung einer humanitären Klausel vor, wonach selbst bei maßgeblicher Änderung der Umstände ein Beendigungsgrund nicht vorliegt, wenn es der subsidiäre Schutzberechtigte aus triftigen Gründen, die auf frühere Verfolgung zurückgehen, ablehnt, den Schutz seines Heimatlandes in Anspruch zu nehmen (siehe dazu § 7).

### **3. VORFÜHRUNG UND DURCHSUCHUNG**

#### **3.1. Durchsuchung und Sicherstellung - § 38 FPG**

Durchsuchung der Kleidung und Behältnisse von Fremden, wenn "der Verdacht besteht, dass diese nicht rechtmäßig in das Bundesgebiet eingereist sind oder sich nicht rechtmäßig in diesem aufhalten und Beweismittel bei sich haben, die für ein Verfahren nach diesem Bundesgesetz von Bedeutung sind." Nach Abs. 2 ist der Fremde vor einer Durchsuchung "aufzufordern, alle mitgeführten Beweismittel freiwillig herauszugeben." (§ 38 FPG)

§ 39 FPG ermächtigt die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, Gegenstände und Dokumente "vorläufig sicherzustellen", die für ein Verfahren nach diesem Bundesgesetz als Beweismittel benötigt werden. Als Beweismittel gelten auch Gegenstände und Dokumente, "die im Zuge der Effektuierung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbotes, insbesondere zur Erlangung eines Dokumentes zur Abschiebung, benötigt werden." (Abs. 2)

#### **3.2. Vorführung - §§ 44, 45 AsylG**

In Widerspruch zu Art 5 EMRK dient § 44 Abs. 2 des FPG-Entwurfs nicht dazu, die Ausweisung des betroffenen Asylwerbers zu sichern, auch wenn der Entwurf in unzutreffender Weise davon spricht, Asylwerber der Erstaufnahmestelle „zur Sicherung der Ausweisung“ vorzuführen. In Wahrheit ist der Zweck der Vorführung, dass Asylwerber ihren gestellten Asylantrag nochmals bei der Erstaufnahmestelle „einbringen“, d. h. die Sicherung des Asylverfahrens. Das „Ausweisungsverfahren“ iSd. Art 5 Abs. 1 lit. f EMRK kann jedoch zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht eröffnet worden sein.

Die ausnahmslose Anhaltung und Vorführung von titellos eingereisten Asylwerbern ist in Hinblick auf Art 5 Abs. 1 lit. f EMRK bzw. Art. 2 Abs. 1 Z. 7 PersFrBVG bedenklich. In diesem Sinne ist es zur Festnahme und Anhaltung eines Fremden nämlich notwendig, dass gegen den Betroffenen ein Ausweisungsverfahren formell eröffnet wurde und sich die Behörden aktiv bemühen, die Ausweisung zu vollziehen.

§ 45 ordnet an, dass die Vorführung bei der Erstaufnahmestelle zu unterbleiben hat, wenn der Asylwerber in Schub-, Straf- oder Untersuchungshaft angehalten wird oder wenn "auf Grund besonderer, nicht vorhersehbarer Umstände die Versorgung in der Erstaufnahmestelle nicht möglich ist." (Abs. 1 Z. 2) Die Regelung hat die Konsequenz, dass Asylwerbern, die in Schubhaft genommen werden, auch noch die Beiziehung von Rechtsberatern, die in den EASt wenigstens

zur Verfügung stehende minimale ärztliche Betreuung (insb. in Hinblick auf Traumatisierung erforderlich, siehe § 30) und die bessere Verfügbarkeit von Dolmetschern in der Muttersprache entzogen wird. Die unterschiedliche Einräumung von Verfahrensstandards abhängig von einer Ressourcenfrage wiederum ist schlicht inakzeptabel.

### 3.3. Freiheitsentziehung - § 48 AsylG

§ 48 Abs. 1 des Entwurfs gibt als Zweck der Festnahme nicht einmal die Sicherung der Ausweisung an, sondern allein die Vorführung vor die Asylbehörden. Zweck der Festnahme ist somit die Sicherung des Asylverfahrens, welches jedoch keinen Tatbestand des Art. 5 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 2 Abs. 1 PersFrBVG bildet.

Betreffend § 48 Abs. 3 des Entwurfs (Flughafenverfahrens) wäre auf die Ausführungen zu § 32 Abs. 1 des Entwurfs hinzuweisen, wonach auch die Anhaltung am Flughafen in jedem Einzelfall die von Art 5 Abs. 1 EMRK geforderten Voraussetzungen zu erfüllen hat.<sup>15</sup> Zur Anhaltung am Flughafen siehe I.17.1. (Anhaltung am Flughafen - § 32 Abs. 1 AsylG)

### 3.4. Auskunftsverlangen, Identitätsfeststellung, Durchsuchung von Räumen und Personen - §§ 34, 35, 37-39 FPG

Nach den Bestimmungen der §§ 34, 35, 37-39 FPG sollen die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes weitreichende Kompetenzen erhalten, in die Privatsphäre (Art 8 EMRK) und das verfassungsgesetzlich gewährleistete Hausrecht betroffener Fremder und aller Personen einzugreifen, von denen anzunehmen ist, sie könnten Auskunft über die betroffenen Fremden erteilen.

Bemerkenswert ist dabei die Feststellung des BMI in den EB des Entwurfes zu § 35, wonach es in Österreich derzeit offenbar geltende Praxis ist, dass Organe der öffentlichen Sicherheit „wider besseres Wissen, um eine Ausweisleistung zu erreichen, jemanden verdächtigen, um im Weigerungsfall eine Festnahmebefugnis ausüben zu können“. Freiheitsentziehungen, welche von Beamten „wider besseres Wissen“ und ohne gesetzliche Grundlage angewendet werden, erfüllen jedoch den Tatbestand des Amtsmissbrauchs (§ 302 StGB). Die Vorgesetzten der betreffenden Beamten wären hierauf wohl gem. § 84 StPO zur Anzeige der Sachverhalte bei der zuständigen Staatsanwaltschaft verpflichtet, statt vom Gesetzgeber mehr Befugnisse für die betreffenden Beamten zu fordern.

Die geplanten weitreichenden Befugnisse sind überzogen und unverhältnismäßig und in ihrer Weite in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig iSd. Art 8 Abs. 2 EMRK. Weiters erhalten die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes weit reichende Befugnisse, Hausdurchsuchungen bei unzweifelhaft unbescholtenen Personen durchzuführen, nur weil sie mit Fremden verkehren, Personendurchsuchungen durchzuführen und Gegenstände zu beschlagnahmen, all dies außerhalb der StPO und ohne richterlichen Befehl, was nicht in Übereinstimmung mit dem BVG zum Schutze des Hausrechtes und Art. 8 EMRK erscheint.

## 4. ZULASSUNGSVERFAHREN – VERFAHRENSABLAUF

### 4.1. Mitwirkungspflichten - § 12 AsylG

Es steht außer Frage, dass die Mitwirkung von Asylwerbern am Verfahren für seine erfolgreiche Durchführung unerlässlich ist. Daher spricht grundsätzlich nichts gegen die ausdrückliche Normierung einer Mitwirkungspflicht im Verfahren.<sup>16</sup> Abzulehnen ist eine Mitwirkungspflicht allerdings dann, wenn die Parteien dieser objektiv nicht nachzukommen vermögen oder als Folge ihrer Verletzung unverhältnismäßige Sanktionen in Kauf zu nehmen hätten. Beides trifft auf den vorliegenden Gesetzesentwurf zu.

§ 12 Abs. 1 Ziffer 1 sieht vor, dass Asylwerber „*unverzüglich* alle zur Begründung des Antrags auf internationalen Schutz erforderlichen Anhaltspunkte wahrheitsgemäß darzulegen“ haben. Diese

<sup>15</sup> Vgl. Kriebaum, Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich, in Grabenwarther/Thienel (Hrsg), Kontinuität und Wandel der EMRK (1998) 71 (85).

<sup>16</sup> So nehmen auch Lehre und Judikatur übereinstimmend trotz fehlender Bestimmung im AVG eine Mitwirkungspflicht der Parteien an der Feststellung des Sachverhaltes an. Vgl. Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>8</sup> (2003) Rz 321f.  
Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.



Regelung korrespondiert mit der Intention, das Asylverfahren in möglichst kurzer Zeit zum Abschluss zu bringen und Asylwerber dazu anzuhalten, unmittelbar nach ihrer Antragstellung (die in der Regel kurz nach ihrer Einreise erfolgt) sämtliche Angaben vollständig und wahrheitsgemäß zu machen. Wie der Verfassungsgerichtshof treffend ausgeführt hat, befinden sich Asylwerber nach ihrer Einreise jedoch oftmals in einem psychischen und physischen Ausnahmezustand.<sup>17</sup> Diese Situation kann gerade bei traumatisierten Flüchtlingen dazu führen, dass diese nicht von Anfang an in der Lage sind, alle von der Behörde gewünschten Angaben unverzüglich und wahrheitsgemäß zu machen. Auch Missverständnisse oder interkulturelle Probleme können dafür ein Grund sein. Die vorgeschlagene Bestimmung wird der Lebensrealität von Flüchtlingen nicht gerecht. Statt einer übersteigerten Mitwirkungspflicht sollte eine kultursensible Ausrichtung des Asylverfahrens die gewünschte Mitarbeit von Asylwerbern am Verfahren sicherstellen.

Die Mitwirkungspflicht besteht nicht nur gegenüber den Asylbehörden, sondern verpflichtet Asylwerber gem. § 12 Abs. 1 Ziffer 2 auch dazu, „bei Untersuchungen durch einen Sachverständigen persönlich anwesend zu sein“. Unter Untersuchungen sind nach den EB Sprachanalysen oder ärztliche Untersuchungen zu verstehen. Davon nicht umfasst sind Eingriffe in die körperliche Integrität (wobei in den EB auf Mundhöhlenabstriche verwiesen wird). Die hier statuierte Mitwirkungspflicht ist zu weitgehend und daher aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich, weil selbst dann eine Verpflichtung zur Mitwirkung an einer Untersuchung besteht, wenn diese wissenschaftlichen Anforderungen nicht genügt. Zu denken ist hier etwa an den Einsatz außerwissenschaftlicher Methoden wie morphologischer Vermessungen oder Handwurzelröntgen zur Altersfeststellung sowie an die Durchführung von Sprachanalysen. Alle drei Methoden werden von breiten Teilen der jeweiligen Fachdisziplinen als weitgehend ungeeignet eingestuft, seriöse Untersuchungsergebnisse zu produzieren.<sup>18</sup>

Sprachanalysen können nur dann zu wissenschaftlich fundierten Ergebnissen führen, wenn diese mit der gebotenen Sorgfalt von einem dazu befähigten Sachverständigen durchgeführt werden. Dieser muss nicht nur perfekte und ins Detail gehende Kenntnisse der zu analysierenden Sprache besitzen, sondern auch über eine Ausbildung in der forensischen Linguistik verfügen. Eine derartige Ausbildung wird in Österreich derzeit nicht angeboten. Die Untersuchung muss neben einer umfassenden Sprachprobe der zu untersuchenden Person auch Vergleichsproben aus den sprachlichen Gemeinschaften, denen diese vermutlich angehört, enthalten. Insgesamt ist eine Sprachanalyse, die auf wissenschaftlich anerkanntem Niveau durchgeführt wird, mit hohem Aufwand und damit auch hohen Kosten verbunden. Die Ergebnisse haben stets eine nur bedingte Aussagekraft. So können etwa verschiedene Länderaufenthalte oder Besonderheiten in der Sprachbiographie des Untersuchten zu unrichtigen Einschätzungen führen. amnesty international ist keine einzige im Rahmen von Asylverfahren durchgeführte Sprachanalyse bekannt, welche den angeführten Mindeststandards entsprechen würde. Oftmals werden derartige Analysen von selbst ernannten „Experten“ durchgeführt und weisen nicht einmal die Grundvoraussetzungen eines Sachverständigengutachtens auf. Vor dem Hintergrund dieser Erfahrungswerte ist daher zu befürchten, dass Asylwerber zur Mitwirkung an unhaltbaren Untersuchungen verpflichtet werden, was aus rechtsstaatlicher Sicht unter keinen Umständen zu rechtfertigen ist.

Die Mitwirkungspflicht sieht weiters in § 12 Abs. 1 Ziffer 4 vor, dass Asylwerber, selbst wenn sie Österreich verlassen haben, innerhalb von längstens drei Tagen ihre „Anschrift“ den Asylbehörden mitzuteilen haben. Gerade in Fällen, in denen Asylwerber in anderen Staaten in polizeilichem Gewahrsam oder in Schubhaft festgehalten werden, ist ein Nachkommen dieser Mitwirkungspflicht unmöglich.

Ein Verstoß gegen die Mitwirkungspflichten kann unabhängig vom Verschuldensgrad, also auch bei leichter Fahrlässigkeit, zu schwerwiegenden Nachteilen für Asylwerber führen. So bewirkt z.B. das unterlassene Mitteilen einer neuen Meldeadresse den rechtskräftig negativen Abschluss eines Berufungsverfahren, selbst wenn dem Asylgesuch stattzugeben wäre (§ 24 Abs. 2).

Vom Gesetzgeber werden diese Sanktionen indirekt damit gerechtfertigt, dass Asylwerber von den sie betreffenden Verpflichtungen in Kenntnis gesetzt werden würden, es damit also gerechtfertigt sei, deren Verletzung zu ahnden. Das In-Kennntnis-Setzen soll – wie auch nach der derzeitigen

<sup>17</sup> Vgl. VfGH 15. Oktober 2004, G 237, 238 ua, S. 151.

<sup>18</sup> Zum Thema Altersfeststellung vgl. den vom Menschenrechtsbeirat im Jahr 2000 veröffentlichten Bericht zum Problem „Minderjährige in Schubhaft“, in dem der Beirat die Durchführung eines Handwurzelröntgens ausdrücklich zurückweist.  
**Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.**



Rechtslage – insbesondere durch die Aushändigung von Informationsblättern in den Erstaufnahmestellen erfolgen (§ 12 Abs. 4, § 17 Abs. 10).

Das Netzwerk SprachenRechte hat zu den derzeit im Asylverfahren ausgehändigten Informationsblättern im Juni 2004 wissenschaftliche Gutachten in Auftrag gegeben, welche die Verständlichkeit der Informationsblätter und insbesondere ihre Eignung, ein bestimmtes Verhalten zu motivieren, prüfen sollten. Die aus ethnologischer, linguistischer, psychiatrischer und psychotherapeutischer Sicht erstellten Gutachten kommen einhellig zum Ergebnis, dass die Informationsblätter weder für ihre Adressaten verständlich sind, noch zu erwarten ist, dass durch diese die Handlungsfähigkeit von Asylwerbern wesentlich gesteigert werden kann bzw. diese zu einem bestimmten Verhalten motivieren können.<sup>19</sup>

amnesty international gibt daher zu bedenken, dass die geplanten Handlungsverpflichtungen im Lichte verfahrensrechtlicher Standards unverhältnismäßig sind und nicht dadurch abgedeckt werden können, dass Asylwerbern schriftliches Informationsmaterial ausgehändigt wird. Das Wissen um das richtige Verhalten in einem rechtlichen Verfahren korrespondiert mit den Lebenswelten von Asylwerbern, d. h. in dieser Frage mit den (auch impliziten) Regeln der Herkunftsgesellschaft und mit der jeweiligen Rechtskultur. Es versteht sich von selbst, dass das richtige prozedurale Handeln nicht durch schriftliche Information „von heute auf morgen“ erlernbar ist, sondern das Ergebnis eines Sozialisationsprozesses darstellt. Die Hoffnungen des Gesetzgebers in die instruktive Wirkung ausgehändigter schriftlicher Rechtsinformation sind daher stark zu relativieren.

Es ist daher aus rechtsstaatlicher Sicht nicht zu rechtfertigen, prozedurale Sanktionsnormen einzuführen, die Verhaltensweisen bestrafen sollen, ohne dass den Normadressaten die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens bewusst ist. Genau dies sieht der Entwurf durch die Einführung übersteigerter Mitwirkungspflichten vor.

amnesty international spricht sich daher dafür aus, das Asylverfahren entsprechend der Systematik des Verwaltungsrechts als ein niederschwelliges Verfahren einzurichten, welches auch von Verfahrensparteien ohne rechtliche Vorbildung bewältigt werden kann. Ein Asylverfahren muss darüber hinaus auf kulturelle Unterschiede und sprachliche Barrieren besonders Rücksicht nehmen. Verfahrenssanktionen dürfen nur dann Anwendung finden, wenn den Verfahrensparteien ein bestimmtes Fehlverhalten zuordenbar und auch bewusst ist und die Sanktion in einem angemessenen Verhältnis zur verwirklichten Handlung steht. Die Aushändigung von schriftlichem Informationsmaterial ist jedenfalls keine legitime Rechtfertigung für die Normierung von dem Verwaltungsverfahren sonst fremden Handlungsverpflichtungen.

#### **4.2. Verfahrensablauf - § 17 AsylG**

Der vorgelegte Entwurf widerspricht in zahlreichen Einzelbestimmungen, aber auch in seiner Gesamtsystematik, mehrfach den Grundsätzen eines fairen Verfahrens.

Die Bestimmung des § 17 Abs. 3 sieht vor, dass für in Österreich nachgeborene Kinder von Asylwerbern, subsidiär Schutzberechtigten oder Asylberechtigten keine Einbringung des Asylantrages in der Erstaufnahmestelle gefordert wird. Stattdessen können Anträge auch bei einer der Außenstellen des Bundesasylamts eingebracht oder schriftlich gestellt werden. Während nach dem Gesetzestext eine schriftliche Antragstellung für einen Neugeborenen ausreicht, bemerken die EB, dass die schriftliche Antragstellung jedenfalls bei einer Außenstelle des Bundesasylamts zu erfolgen hat. Es ist nicht einsichtig, warum die Antragstellung für Säuglinge eine persönliche Anwesenheit bei einer Außenstelle erfordert und nicht im schriftlich-postalischen Wege erledigt kann.

§ 17 Abs. 5 ist insofern ein Abgehen von den Bestimmungen des AVG, als ein Fremder, der einen Asylantrag bei einer dafür nicht zuständigen Behörde stellt, von dieser nicht gem. § 6 Abs. 1 AVG an die zuständigen Asylbehörden zu verweisen ist, sondern die Sicherheitsbehörden zu verständigen sind. Es mangelt hier allerdings an einer Anschlussbestimmung, die regelt, was in diesen Fällen die Aufgabe der Sicherheitsbehörden darstellt. Zur Vorführung (§ 44) siehe I.3.2. (Vorführung - § 44 AsylG)

§ 17 Abs. 7 enthält die Fiktion, einen in der Rechtsmittelfrist gestellten weiteren Antrag als Berufung zu behandeln. Eine ex lege Umdeutung eines Antrages in ein Rechtsmittel scheint

<sup>19</sup> Die einzelnen Gutachten sind unter [www.sprachenrechte.at](http://www.sprachenrechte.at) abrufbar.

problematisch, weil ein Antrag eine völlig andere Intention als ein Berufungsschriftsatz verfolgt. So erfüllt ein Antrag freilich keine der für die Zulässigkeit der Berufung geforderten formalen Mindestanforderungen (Bescheidnennung, Begründung, Berufungsantrag; vgl. § 63 Abs. 3 AVG). Damit müsste in allen Fällen ein Verbesserungsauftrag gem. § 13 Abs. 3 AVG erteilt werden, bzw. die Berufung als unzulässig zurückgewiesen werden. Ob eine derartige Bestimmung in Einklang mit der durch Art. 11 Abs. 2 B-VG gebotenen Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrens zu bringen ist und dem Rechtsstaatsgebot entspricht, muss bezweifelt werden.

Zu dem in § 17 Abs. 9 und 10 geregelten Merkblatt wird auf die Ausführungen zu § 12 verwiesen.

#### **4.3. Befragungen und Einvernahmen - § 19 AsylG**

Die Einvernahme von Asylwerbern ist Dreh- und Angelpunkt eines jeden Asylverfahrens: Die Aussagen von Asylwerbern sind nicht nur der inhaltliche Ausgangspunkt für das gesamte weitere Verfahren, sondern dienen auch als Grundlage für die Beurteilung ihrer Glaubwürdigkeit. Von Asylwerbern wird erwartet, bereits unmittelbar nach ihrer Einreise in widerspruchsfreier, geordneter, glaubwürdiger, vollständiger und abschließender Form über ihre Flucht und ihre Verfolgung Auskunft zu geben. Unwahre, unvollständige oder widersprüchliche Angaben können zu einem späteren Zeitpunkt gar nicht oder nur in Ausnahmefällen richtig gestellt werden.

Unbestritten unterliegt die Einvernahmesituation von Asylwerbern anspruchsvollen Rahmenbedingungen: Einerseits kann die Kommunikation nicht direkt, sondern nur über die Mittlerfunktion von Dolmetschern erfolgen, andererseits verlangen die besondere psychosoziale Situation (Erschöpfung, Traumatisierung, etc.) von Asylwerbern und die oftmals bestehenden interkulturellen Differenzen eine außerordentliche Gesprächskompetenz aller Beteiligten. Es ist eine unerlässliche Aufgabe des Asylverfahrens, eine Gesprächssituation zu schaffen, die es Asylwerbern ermöglicht, in einer vertrauensvollen und stressfreien Atmosphäre ihr Asylgesuch darzulegen. Nur dann sind die Asylwerbern auferlegten Verpflichtungen, wenn auch nur annäherungsweise, einlösbar.

Leider lässt der Begutachtungsentwurf Maßnahmen zur Sicherstellung einer für alle Beteiligten zufrieden stellenden Einvernahmesituation weitgehend vermissen und überwälzt das Risiko einer missglückten Kommunikation beinahe ausschließlich auf die Asylwerber. Besonders problematisch erscheint die in § 19 Abs. 1 AsylG vorgesehene Ersteinvernahme von Asylwerbern durch uniformierte und bewaffnete Sicherheitsorgane. Wenn diese auch nur die näheren Umstände der Flucht sowie die gewählte Reiseroute ermitteln sollen, ist die Einvernahme durch Polizeiorgane im Asylverfahren ausnahmslos abzulehnen. Nicht nur, dass das uniformierte Auftreten von Polizisten der Sensibilität der Situation nicht gerecht wird, verfügen diese auch über keine entsprechende Schulung in der Gesprächsführung mit Flüchtlingen. Es ist auch kein organisatorischer Grund ersichtlich, der diese Maßnahme rechtfertigen kann.

Bedenklich stimmt außerdem, dass mit der „Befragung“ eine Sonderform der Einvernahme ins Gesetz eingeführt wird, deren rechtlicher Charakter im Unklaren bleibt. Zwar bestimmt § 19 Abs. 1, dass sich Befragungen „nicht auf die *näheren* Fluchtgründe zu beziehen haben“ und die EB halten fest, dass von den Sicherheitsorganen „nicht im *Detail*“ gefragt werden soll, welche Gründe den Asylwerber dazu bewogen haben, seinen Herkunftsstaat zu verlassen. Der Wortlaut des Gesetzes und auch die Ausführung der EB sehen es jedoch als zulässig an, dass *oberflächliche* Befragungen zu den Asylgründen erfolgen können. Dies ergibt sich auch daraus, dass in den EB zu § 28 ausgedrückt wird, dass die Behörde bereits auf der Grundlage der Befragungsergebnisse sich dazu entschließen kann, einen Asylantrag inhaltlich abzuweisen.<sup>20</sup> Davon abgesehen kann auch von Seiten des Asylwerbers die Notwendigkeit bestehen, bereits bei der Befragung zu seinen näheren Gründen der Antragstellung Aussagen zu treffen, etwa um gegen eine behauptete Drittstaatssicherheit aufzutreten. Es scheint daher ausgesprochen problematisch, vor die „reguläre“ Einvernahme eine „reduzierte“ Befragung durch Sicherheitsorgane zu schalten, nicht zuletzt deshalb, weil unbegleitete minderjährige Flüchtlinge während dieser Befragung (und auch Durchsuchung) ohne den als ihren gesetzlichen Vertreter bestellten Rechtsberater bleiben, der erst in der Einvernahme durch die Behörde zu ihnen stößt.

amnesty international tritt daher entschieden gegen die Einführung einer polizeilichen Befragung im Asylverfahren ein und verlangt die Einvernahme von Asylwerbern ausschließlich in

<sup>20</sup> Näheres dazu siehe die Ausführungen zu § 28 und § 29.

Ermittlungsverfahren durch die (zivilen) Organe der Asylbehörden. Die Einvernahmen müssen selbstverständlich allen im AVG festgelegten Verfahrensgrundsätzen entsprechen.

§ 19 Abs. 3 sieht vor, dass von allen Einvernahmen Tonaufzeichnungen angefertigt werden können. Die Erläuternden Bemerkungen relativieren diese Bestimmung allerdings dahingehend, dass die Entscheidung, ob eine Tonaufzeichnung durchgeführt wird, letztlich von der Behörde getroffen wird, „wenn es im Einzelfall sinnvoll ist“. amnesty international vertritt die Auffassung, dass Tonaufzeichnungen von Einvernahmen eine wichtige Maßnahme zur Verbesserung der Qualität von Asylverfahren darstellen und begrüßt die Neuregelung daher. Allerdings sollten Tonaufzeichnungen *ausnahmslos* von allen Einvernahmen angefertigt werden. Ferner ist sicherzustellen, dass die Parteien genauso wie bei schriftlichen Akten Zugang zu Tonaufzeichnungen haben und von diesen auch Kopien erhalten können.

Ferner ermöglicht § 19 Abs. 3 die Einvernahme von Asylwerbern außerhalb der Räumlichkeiten der Asylbehörden unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung. Offen lässt diese Bestimmung, wie genau diese Einvernahme abgewickelt werden soll. amnesty international spricht sich dafür aus, dass ein Asylwerber auch bei mehrmaliger Einvernahme nur von jenem Amtsorgan einvernommen werden soll, das schließlich auch den antragserledigenden Bescheid erlässt, unabhängig davon, welche Entscheidung dieser enthält. Als bedenklich stuft amnesty international Einvernahmen durch Videokonferenzen ein: Bei Gerichten wird von dieser Möglichkeit wegen des erheblichen Aufwandes und der damit verbundenen hohen Kosten nur in Ausnahmefällen – etwa Einvernahme eines im Ausland befindlichen Zeugen oder als Maßnahme des Opferschutzes bei Eingriffen in die sexuelle Selbstbestimmung – Gebrauch gemacht. Für das Asylverfahren scheinen Einvernahmen über Videokonferenzen jedoch kaum sinnvoll zu sein. Zu befürchten ist, dass dadurch nicht nur der Grundsatz der Unmittelbarkeit verletzt wird, sondern es auch nicht gelingt, jene vertrauliche Atmosphäre für die Einvernahme herzustellen, die der besonderen psychosozialen Situation, in der Asylwerber sich häufig befinden, gerecht zu werden. Zudem kann so das Recht des Asylwerbers auf Rechtsberatung bzw. Anwesenheit eines Rechtsberaters bei seiner zweiten Einvernahme nicht verwirklicht werden. Auch das Tätigwerden gewillkürter Rechtsvertreter wird durch eine derartige Einvernahmesituation erheblich erschwert.

Die Bestimmung des § 19 Abs. 4, wonach im Zulassungsverfahren gemachten „Angaben“ verstärkte Glaubwürdigkeit zukommt, ist ersatzlos zu streichen. Im engeren Sinn kann eine deskriptive Aussage nur wahr oder falsch, eine normative Aussage nur richtig oder falsch/unrichtig sein. Dies gilt auch dann, wenn eine Aussage nicht endgültig verifiziert oder falsifiziert werden kann. Abzulehnen ist eine wahrheitsanaloge Verwendung des Prädikats ›glaubwürdig‹, um damit zu bezeichnen, ob eine Aussage wahr/richtig oder falsch ist. Vielmehr bezieht sich ›glaubwürdig‹ nicht auf die Aussage selbst, sondern auf ihren Urheber. Die Glaubwürdigkeit einer Person lässt sich vor allem anhand ihres Verhaltens beurteilen.

Die Bestimmung ist vernunftwidrig, weil „Angaben“ generell eine „verstärkte Glaubwürdigkeit“ unabhängig ihres tatsächlichen Wahrheitswertes zukommt, nur weil sie im Zulassungsverfahren gemacht werden. Zum Beispiel ist die Aussage: „Die Hauptstadt von Nigeria ist Lagos“ falsch, unabhängig davon ob sie in- oder außerhalb des Zulassungsverfahrens gemacht wird. Es ergibt keinen Sinn, falschen oder unrichtigen Aussagen „verstärkte Glaubwürdigkeit“ (im Sinne eines Wahrheitswertes) zukommen zu lassen, nur weil diese zu einem bestimmten Zeitpunkt getroffen werden. Auch der Versuch, der Bestimmung den Sinn beizumessen, dass nicht den „Angaben“, sondern dem Asylwerber im Zulassungsverfahren verstärkte Glaubwürdigkeit zukommen soll, ergibt keinen Sinn, weil sich dessen Glaubwürdigkeit nur aus seinem Gesamtverhalten und nicht allein aus seinem Verhalten im Zulassungsverfahren heraus beurteilen lässt.

Wahrscheinlich will der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung eine Beweisregel einführen, wie mit zeitlich versetzten, einander widersprechenden Aussagen umzugehen ist. Die EB führen dazu aus: „Es hat sich in der Praxis gezeigt, dass die Aussagen [gemeint ist hier wohl: die im Zulassungsverfahren gemacht werden] den höchsten Beweiswert haben.“ Diese Beweisregel ist allerdings untauglich, was das folgende Beispiel zeigen soll: Gibt ein Asylwerber im Zulassungsverfahren zu Protokoll, dass er Schutz vor Verfolgung suche, so kommt dieser Aussage selbst dann verstärkte Glaubwürdigkeit zu, wenn in einer weiteren Einvernahme die Antragstellung damit begründet wird, in Österreich arbeiten zu wollen. Selbst wenn das Entscheidungsorgan der zweiten Aussage höhere Glaubwürdigkeit zumisst, so kommt dennoch den im Zulassungsverfahren gemachten ersten Angaben verstärkte Glaubwürdigkeit zu.

Vor diesem Hintergrund vertritt amnesty international die Auffassung, dass die in § 19 Abs. 4 vorgesehene Beweisregel nicht nur den im AVG vorgesehenen Grundsatz der freien Beweiswürdigung verletzt, sondern auch zu widersinnigen Ergebnissen führt, weshalb diese Bestimmung ersatzlos zu streichen ist.

Die in § 19 Abs. 5 vorgesehene Mitnahme von Vertrauenspersonen sollte nicht nur bei Einvernahmen, sondern auch bei anderen Verfahrenshandlungen, wie insbesondere Sachverständigenuntersuchungen, möglich sein.

Bei der Einvernahme von Asylwerbern werden in aller Regel Dolmetscher dem Verfahren beigezogen. Trotz deren unbestritten wichtiger Funktion, hat der Themenkomplex Dolmetschen im Asylverfahren in keiner einzigen Bestimmung des quantitativ recht umfangreichen Asylgesetzentwurfs Beachtung gefunden! Weder finden sich Regelungen, welche Personen überhaupt als Dolmetscher bestellt werden dürfen, noch Bestimmungen über deren Rechte, Pflichten und Aufgaben. Um jedoch ein faires Asylverfahren zu gewährleisten, ist es notwendig, prozedurale Mindeststandards für den Einsatz von Dolmetschern im Asylverfahren zu normieren, die eine hohe Qualität der Dolmetschungen sicherstellen. amnesty international regt die Aufnahme von Bestimmungen für Dolmetscher an und verweist in diesem Zusammenhang auf den vom Netzwerk SprachenRechte erarbeiteten Katalog.<sup>21</sup>

#### **4.4. Einvernahmen von Opfern bei Eingriffen in die sexuelle Selbstbestimmung - § 20 AsylG**

§ 20 entspricht inhaltlich § 24b Abs. 2 und Abs. 2a des AsylG 2003. Nach wie vor besteht die Problematik der Bestimmung darin, dass Opfer von Eingriffen in die sexuelle Selbstbestimmung (insb. Frauen) diese zunächst vor einem Organwalter des anderen Geschlechts artikulieren müssen, um auf die Möglichkeit der Einvernahme durch eine idR. Referentin hingewiesen zu werden. ("Asylwerber, die ihre Furcht vor Verfolgung auch auf Eingriffe in ihre sexuelle Selbstbestimmung gründen [...]") Angesichts der Häufigkeit geschlechtsspezifischer Fluchtgründe bei weiblichen Flüchtlingen sollte die Einvernahme von Asylwerberinnen durch Referentinnen als Standard festgeschrieben werden.

Eine Regelung für weibliche Dolmetscher fehlt weiterhin völlig und führt damit die Bestimmung des § 20 Abs. 1 nahezu ad absurdum. Ein Hinweis in den EB (S. 22), wonach "wenn es notwendig und möglich ist, etwa auch weibliche Dolmetscher für entsprechende Verfahren zu bestellen" sind, ist jedenfalls nicht hinreichend. Dieser Passus müsste zumindest in den Gesetzestext des § 20 Abs. 1 integriert werden.

Da es Opfern von sexuellen Übergriffen manchmal erst nach Jahren möglich ist, über Erlebtes zu sprechen, darf das Recht auf ein Verhandlungsorgan/Dolmetscher desselben Geschlechts nicht dadurch beschränkt werden, dass dieses Verlangen im Berufungsschriftsatz angemeldet werden muss, wie es Absatz 2 bestimmt. amnesty international tritt daher dafür ein, dass in wohlbegründeten Fällen dem Wunsch von Asylwerbern nach einem bestimmten Geschlecht ihres Einvernahmeorgans/Dolmetschers auch dann Rechnung zu tragen ist, wenn die Bestimmung des § 20 nicht auf sie zutrifft.

#### **4.5. Ermittlungsverfahren - § 18 AsylG**

Angesichts der massiven Defizite in der Würdigung frauenspezifischer Fluchtgründe, insb. durch die erste Instanz, sollte zumindest in den EB festgehalten werden, dass im Rahmen des Ermittlungsverfahrens in einschlägigen Verfahren auf frauenspezifische Herkunftslandinformation besonders Bedacht zu nehmen ist, insb. auf die Stellung der Frau im Rechtssystem, die politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte von Frauen, kulturelle und soziale Normen und die Auswirkung ihrer Missachtung sowie frauenspezifische Risiken im Falle der Rückkehr bzw. Abschiebung.

#### **4.6. Entscheidungen - § 22 AsylG**

Ungeachtet der Kritik zur Inschubhaftnahme von Asylwerbern (siehe I.12. - Anhaltung und Schubhaft bei Asylwerbern - § 79 FPG), ist eine prioritäre Behandlung eines Asylantrages, wenn sich der Asylwerber in Schubhaft befindet, zu begrüßen. Allerdings sollte bei Verletzung der Entscheidungsfrist von drei Monaten dem Asylwerber nicht nur ein Devolutionsantrag zustehen,

<sup>21</sup> Veröffentlicht auf [www.sprachenrechte.at](http://www.sprachenrechte.at).



sondern dieser unverzüglich aus der Schubhaft entlassen werden, wenn eine längere Verfahrensdauer zu erwarten ist und daher eine Aufrechterhaltung der Schubhaft als unverhältnismäßig erscheint.

Gemäß § 22 Abs. 1 sind Entscheidungen gemäß § 4 (Zurückweisung wegen Drittstaatssicherheit) eine in einer dem Asylwerber verständlichen Sprache gehaltene Übersetzung der maßgeblichen Gesetzesbestimmung beizugeben. Es ist nicht erkennbar, weshalb sich diese Bestimmungen lediglich auf § 4, nicht aber auf Bescheide gemäß §§ 3, 5 und 6 beziehen. Diese unsachliche Ungleichbehandlung ist abzulehnen. Darüber hinaus wird vorgeschlagen, die - für Asylwerber in aller Regel unverständlichen - Übersetzung der maßgeblichen Gesetzesbestimmung um eine für Asylwerber verständliche Erklärung ihres Inhalts und ihrer Auswirkung zu ergänzen.

#### 4.7. Zurückziehung von Anträgen und Gegenstandslosigkeit - § 25 AsylG

Die durch die Asylgesetznovelle 2003 eingeführte Unzulässigkeit, einen Asylantrag nach Einbringung wieder zurückzuziehen, findet sich nunmehr auch im Begutachtungsentwurf zum Asylgesetz 2005 wieder. amnesty international hält die bereits zur Asylrechtsnovelle 2003 vorgebrachte Kritik aufrecht, wonach die amtswegige Fortführung eines durch Antrag eingeleiteten Verfahrens gegen den Willen des Antragstellers dessen Persönlichkeitsrechte in bedenklicher Weise verletzt.<sup>22</sup> Die bisherige Rechtslage wird nunmehr dadurch verschärft, dass § 12 Asylwerber, die "kein Interesse an der Fortführung ihres Verfahrens haben", trotzdem zur Mitwirkung an diesem verpflichtet. Ferner hat sich nach dem In-Kraft-Treten der Asylrechtsnovelle 2003 herausgestellt, dass die Unzulässigkeit einer Antragszurückziehung in der Praxis zu paradoxen Effekten führt: Selbst wenn dem Antragsteller die Aussichtslosigkeit seines Antrags bewusst wird, kann er diesen nicht – wie dies die Gewährung von Rückkehrhilfe vorsieht – zurückziehen, um freiwillig in sein Herkunftsland zurückzukehren, sondern muss den Ausgang eines von ihm nicht mehr gewünschten Verfahrens abwarten. Noch skurriler gestaltet sich die Situation im Fall eines Dublin-Verfahrens: So wurden Fälle bekannt, in welchen Asylwerber in andere EU-Mitgliedstaaten überstellt wurden, obwohl sie schon längst den Wunsch geäußert hatten, das Asylverfahren zu beenden und in ihren Herkunftsstaat zurückzukehren.<sup>23</sup>

#### 4.8. Zulassungsverfahren - §§ 28, 29 AsylG

Mit großer Bestürzung nimmt amnesty international die Neugestaltung des so genannten Zulassungsverfahrens zur Kenntnis. Bereits die Einführung des Zulassungsverfahrens durch die Asylrechtsnovelle 2003 war von ernsthaften Bedenken begleitet<sup>24</sup>, die sich leider in der praktischen Umsetzung dieses Instituts bestätigt haben.<sup>25</sup> Die im vorgelegten Begutachtungsentwurf angedachte Neuregelung des Zulassungsverfahrens belässt nicht nur die bestehenden Missstände, sondern bringt auch eine deutliche Verschlechterung des Rechtsschutzes mit sich.

Zunächst ist festzustellen, dass der Begutachtungsentwurf den Begriff „Zulassung“ in völlig missverständlicher Weise verwendet. Es fallen hierunter nämlich nicht nur Entscheidungen, mit denen sich Österreich zur Durchführung eines inhaltlichen Asylverfahrens für unzuständig erklärt, sondern auch inhaltliche Entscheidungen. Ferner ist die Zulässigkeit eines Antrags keine Gewähr dafür, dass dieser nicht zu einem späteren Zeitpunkt als unzulässig zurückgewiesen wird (vgl. § 28 Abs. 1 letzter Satz)!

Neben diesen sprachlich-systematischen Unzulänglichkeiten bestehen gegen die Neuregelung jedoch schwere verfassungsrechtliche Bedenken: § 28 Abs. 1 sieht nämlich vor, dass im als Grobprüfungsverfahren eingerichteten Zulassungsverfahren abweisende inhaltliche Entscheidungen mit der Wirkung getroffen werden können, dass das Verfahren als nicht zugelassen gilt, obwohl der Antrag materiell geprüft wurde. Das Verfahren ist nämlich nur dann zuzulassen, „wenn das Verfahren nicht vor der Zulassung inhaltlich entschieden wird.“ Auch wenn diese Formulierung dem ersten Anschein nach widersprüchlich erscheint, so ist damit genau die Intention des Begutachtungsentwurfs ausgedrückt. In den EB heißt es dazu: „ein Verfahren ist zuzulassen, wenn der Antrag auf internationalen Schutz voraussichtlich ... nicht zurückzuweisen oder ausnahmsweise im Zulassungsverfahren abzuweisen ist.“ Abs. 3 sieht dazu ferner vor, dass

<sup>22</sup> Diese Bestimmung ist einmalig im gesamten Verwaltungsrecht und widerspricht § 13 Abs. 7 AVG, der vorsieht, dass Anbringen in jeder Lage des Verfahrens zurückgezogen werden können.

<sup>23</sup> Vgl. Wahrnehmungsbericht des Forums Asyl zur Asylgesetznovelle 2003, 57f.

<sup>24</sup> Siehe dazu die Stellungnahme von amnesty international zur Asylrechtsnovelle 2003.

<sup>25</sup> Siehe dazu Wahrnehmungsbericht.

ein im Zulassungsverfahren abgewiesener Antrag erst dann als zugelassen gilt, „wenn oder sobald einer gegen diese Entscheidung ergriffenen Berufung aufschiebende Wirkung zukommt.“

Da §§ 36 ff vorsehen, dass die aufschiebende Wirkung einer Berufung vom Bundesasylamt aberkannt werden kann, kommt es dazu, dass ein inhaltlich behandelter Asylantrag als nicht zugelassen gilt, was nicht nur in sich widersprüchlich ist, sondern auch eine gefährliche Schutzlücke erzeugt (siehe dazu ausführlich unter I.8. - Aufschiebende Wirkung).

Nach § 29 Abs. 2 erfolgt innerhalb von 48 – längstens 72 Stunden - nach der Einbringung des Asylantrags eine *Befragung*<sup>26</sup> des Asylwerbers durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdiensts. Nach den EB ist offensichtlich daran gedacht, dass Entscheidungen im Zulassungsverfahren bereits auf der Grundlage dieser rudimentären Befragungsergebnisse getroffen werden können, allenfalls können dazu noch „sonstige vorliegende Ergebnisse allfällig weiterer Ermittlungen der Asylbehörden“ herangezogen werden. Dem Asylwerber kann somit bereits nach der polizeilichen Befragung, also noch bevor er die Gelegenheit zu einer Darlegung seiner Asylgründe in einer die Grundsätze des Parteienghört wählenden Einvernahme hatte, mitgeteilt werden, „dass beabsichtigt ist, den Antrag auf internationalen Schutz zurückzuweisen“ bzw. „den Antrag (gänzlich) *abzuweisen*.“ (EB) Von ihrer geplanten Ab- oder Zurückweisung wird die Behörde den Asylwerber gem. § 29 Abs. 3 in Kenntnis setzen. Erst dann, also *nach* der Mitteilung, dass der Asylantrag in der Sache selbst abgewiesen werden soll, wird dem Asylwerber *erstmalig* eine Einvernahme durch die Behörde gewährt. Inhalt dieser Einvernahme ist jedoch vorrangig nicht, dass die Behörde den Sachverhalt unbefangen in alle Richtungen ermittelt, sondern dass der Asylwerber zur Wahrung des Parteienghört die Möglichkeit hat, gegen das „bisherige Beweisergebnis“ und die vorläufig gefasste ablehnende Entscheidung „weitere Tatsachen oder Beweismittel anzuführen oder vorzulegen.“ (§ 29 Abs. 5)

Zur diesbezüglichen Problematik in Drittstaats- und Dublinverfahren siehe I.5.1. (Zurückweisung in einen "sicheren Drittstaat" - § 4 AsylG) und I.6.1. (Zurückweisung in EU-Staaten - § 5 AsylG).

Damit ergibt sich folgendes Bild: In einem als Grobprüfungsverfahren konstituierten „Zulassungsverfahren“<sup>27</sup>, das unmittelbar nach der Ankunft von Flüchtlingen in den Erstaufnahmestellen unter Ausschluss der Öffentlichkeit und selbst ohne Anwesenheit eines Rechtsberaters durchgeführt wird, können Asylanträge bereits nach einer rudimentären Befragung und einer weitgehend eingeschränkten Einvernahme inhaltlich unter Ausschluss der aufschiebenden Wirkung abgewiesen werden - mit dem Ergebnis, dass das Verfahren als nicht zugelassen gilt! Ab diesem Zeitpunkt können fremdenpolizeiliche Maßnahmen, insbesondere eine Ausweisung, eingeleitet werden. Die Zulassung zum ordentlichen Asylverfahren kann nur dadurch erreicht werden, indem gegen die Entscheidung eine Berufung erhoben wird, der vom UBAS die aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. Die Neuregelung ermöglicht es damit, dass Anträge von Asylwerbern nur wenige Tage nach ihrer Einreise ohne sorgfältige Prüfung ihrer Verfolgungsgründe inhaltlich entschieden und sie aus Österreich ausgewiesen werden.

Die Erfahrungswerte zum seit Mai 2004 eingerichteten Zulassungsverfahren zeigen zudem, dass das Bundesasylamt keineswegs nur „ausnahmsweise“ im Zulassungsverfahren Asylanträge inhaltlich abweist, sondern von dieser Möglichkeit umfassenden Gebrauch macht. Das Forum Asyl hat im Rahmen seines Wahrnehmungsberichts zur Asylrechtsnovelle 2003 insgesamt 56 Bescheide, mit denen Asylanträge im Zulassungsverfahren abgewiesen wurden, analysiert und dabei schwere Mängel festgestellt<sup>28</sup>, die in ihrer Gesamtheit geeignet sind, dem Zulassungsverfahren den Charakter eines rechtsstaatlichen Verfahrens abzuspochen. Auch in Zukunft ist zu erwarten, dass in Zulassungsverfahren nicht nur ausnahmsweise, sondern in zahlreichen Fällen sofort inhaltlich entschieden wird.

Die nur eingeschränkte Prüfung von Asylanträgen und der fehlende effiziente Rechtsschutz gegen abweisende Entscheidungen sind in hohem Maße besorgniserregend. Das Zulassungsverfahren entspricht in keiner Weise den Grundvoraussetzungen eines fairen Asylverfahrens. Die angedachte Konzeption verstößt nicht nur gegen völker- und gemeinschaftsrechtliche Mindestanforderungen, sondern auch gegen innerstaatliche Anforderungen an ein rechtsstaatliches

<sup>26</sup> Siehe dazu die Ausführungen zu § 19 Abs. 1.

<sup>27</sup> EB: „Daher werden Verfahren in Zukunft – wie schon im Rahmen der AsylG-Novelle 2003 normiert – mit einem Zulassungsverfahren beginnen, in dem eine *Grobprüfung* des Antrags vorgenommen wird.“

<sup>28</sup> Forum Asyl (Hrsg.), Evaluierung der Erstaufnahmestellen, Asylgesetz-Novelle 2003, Wahrnehmungsbericht, Bescheidanalyse (2004).

Asylverfahren. Die Bestimmungen verletzen neben dem Gleichheitssatz<sup>29</sup> auch das Rechtsstaatlichkeitsgebot. Ferner ist nicht ersichtlich, inwieweit dieses deutliche Abrücken vom System des AVG als unerlässlich im Sinne des Art. 11 Abs. 2 B-VG geboten sein soll.

amnesty international warnt eindringlich vor der Beschlussfassung des vorgelegten Zulassungsverfahrens. Dieses ist in seiner Konzeption dazu geeignet, schwere Grund- und Menschenrechtsverstöße zu ermöglichen. amnesty international schlägt stattdessen vor, dass im Zulassungsverfahren innerhalb von 20 Tagen ausschließlich über die Zuständigkeit Österreichs zur Durchführung eines materiellen Asylverfahrens entschieden werden soll. Vergeht diese Frist – sofern nicht Konsultationen nach dem Dubliner Übereinkommen geführt werden – ohne Ergebnis, gilt das Verfahren als zugelassen. Ein einmal zugelassener Antrag kann zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr gem. § 4 und § 5 als unzulässig zurückgewiesen werden. In *allen* Fällen sind Asylwerber von speziell geschulten Asylbeamten nach den im Verwaltungsrecht vorgesehenen Grundsätzen einzuvernehmen. Von „Befragungen“ durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ist Abstand zu nehmen. Es muss ausnahmslos jedem Asylwerber eine sorgfältige Prüfung seines Asylantrages gewährt werden.

§ 29 Abs. 1 bestimmt, dass das Zulassungsverfahren, soweit dies im Interesse des Asylwerbers liegt, auch außerhalb der Erstaufnahmestelle geführt werden kann. Nach den EB soll diese Bestimmung „nur auf ganz besondere Fälle“ (als Beispiel genannt wird eine hochschwängere Frau) eingeschränkt werden. Grundsätzlich ist diese Ausnahmeregelung zu begrüßen, sie lässt jedoch folgende Fragen offen: In welcher Weise wird die vorgesehene Rechtsberatung außerhalb der Erstaufnahmestellen sichergestellt? Wem kommt in solchen Fällen bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen das gesetzliche Vertretungsrecht zu? Da diese Bestimmung ohnehin nur in besonderen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen soll, wohingegen der Entwurf davon ausgeht, „dass die weitaus überwiegende Anzahl der Zulassungsverfahren in der Erstaufnahmestelle geführt werden“, schlägt amnesty international angesichts der aufgeworfenen Fragen vor, dass in solchen Ausnahmefällen die Betroffenen direkt zum Verfahren zugelassen werden.

§ 29 Abs. 3 und 4: Zur Rechtsberatung siehe sogleich I.4.9. (Rechtsberater §§ 63, 64 AsylG).

#### **4.9. Rechtsberater - §§ 63, 64 AsylG**

Gegen die im AsylG 2003 gewählte Konstruktion einer Rechtsberatung für Asylwerber wurde bereits bei ihrer Einführung im Rahmen der Asylrechtsnovelle 2003 Bedenken geäußert. Zwar wurde der Vorstoß begrüßt, für eine rechtliche Unterstützung von Asylwerbern zu sorgen, jedoch die konkrete Ausgestaltung dieses Instituts aus zwei Gründen als problematisch empfunden: Zum einen wurde das Naheverhältnis und die Abhängigkeit der „unabhängigen“ Rechtsberater vom Bundesministerium für Inneres (bzw. dem ihm untergeordneten Bundesasylamt) kritisiert, zum anderen ihre eingeschränkten Handlungsfähigkeiten im System des Asylverfahrens.<sup>30</sup>

Ein halbes Jahr nach In-Kraft-Treten der Asylrechtsnovelle hat eine Evaluierung der Beschäftigungsform und der konkreten Arbeitsweise der Rechtsberater die Bedenken nicht nur bestätigt, sondern erhöht.<sup>31</sup> Rechtsberater werden als freie Dienstnehmer ohne Honorar- und Beschäftigungsgarantie oder gar Auslastungsgarantie und daher in einer hohen persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit von ihrem Dienstgeber<sup>32</sup> beschäftigt. Ihre Unabhängigkeit wird auch dadurch beeinträchtigt, dass die Behörde Einfluss darauf hat, welcher Rechtsberater zu einer Einvernahme beigezogen wird.

Im Rahmen einer im Dezember 2004 vorgenommenen Bescheidanalyse haben sich die Bedenken der NGOs anlässlich der Novelle 2003 bestätigt, dass die Institution der EASSt-Rechtsberatung vom Innenministerium lediglich als "Kosmetik" für den erheblich eingeschränkten Rechtsschutz von Asylwerbern eingerichtet wurde:

*"Bei den im Rahmen der Bescheidanalyse untersuchten 56 Verfahren sind RechtsberaterInnen in nur 27 Verfahren überhaupt eingeschritten. Hinweise auf, vom/ von*

<sup>29</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb Anträgen, die im Zulassungsverfahren inhaltlich entschieden werden, ein deutlich schlechterer Rechtsschutz zuteil werden soll als Anträgen, die nach ihrer Zulassung abgewiesen werden.

<sup>30</sup> Siehe dazu die Stellungnahme von amnesty international zur Asylrechtsnovelle 2003.

<sup>31</sup> Forum Asyl, Wahrnehmungsbericht, 20ff.

<sup>32</sup> Entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut des § 39b Abs. 3 AsylG 1997 idF BGBl. I 105/2003 wurden die Dienstverträge nicht mit dem Bundesministerium für Inneres, sondern mit dem Österreichischen Integrationsfonds abgeschlossen.

*der RechtsberaterIn in das Verfahren eingebrachte Herkunftslandinformation schienen im Rahmen der Bescheidanalyse nur in Verfahren vor der EAST-West auf. Regelmäßig wurde auf Rückfrage des/r Referenten/-in an den/ die RechtsberaterIn "keine Fragen, keine Anträge" protokolliert. Dies indiziert einerseits, dass im Beratungsgespräch keine ausreichende Erörterung der Fluchtgründe möglich sein dürfte und andererseits, dass dieses Gespräch nicht als parteiliche Beratung konzipiert ist.*

*In jenen Fällen, in welchen eine "Intervention" des/r Rechtsberaters/-in erfolgte, wurde das Vorbringen vom/ von der Referenten/-in übergangen, Beweisanträgen des/r Rechtsberaters/-in in keinem der untersuchten Verfahren entsprochen und ist keinem der untersuchten Bescheide ein Bezug auf das Einschreiten des/r Rechtsberaters/-in zu entnehmen. Vom/ von der RechtsberaterIn gestellte Fragen wurden von EntscheiderInnen nicht - im Sinne weiterer Fragestellung - aufgegriffen. Es findet sich auch keine Begründung, aus welchem Grund die Behörde den jeweiligen Beweisantrag als nicht relevant erachtet hat. In keinem einzigen der untersuchten Bescheide wurde auf Fragen, Anträge oder Stellungnahmen des/r Rechtsberaters/-in auch nur mit einem Wort eingegangen; derartiges Einschreiten von RechtsberaterInnen findet im Bescheid schlicht keine Erwähnung." (Forum Asyl, Evaluierung der Erstaufnahmestellen, Asylgesetz-Novelle 2003, Wahrnehmungsbericht, Bescheidanalyse, Dezember 2004)*

Der Gesetzesentwurf zeigt keine Ansätze der Verbesserung (weshalb die vorgebrachte Kritik aufrecht bleibt), sondern liefert zu den bestehenden Mängeln neue hinzu. Gem. § 29 Abs. 5 und § 63 Abs. 4 hat der Rechtsberater bei einer Einvernahme „zur Wahrung des Parteiengehörs...anwesend zu sein.“ Diese Formulierung zeigt deutlich, dass Rechtsberater vor allem eine die Behörde unterstützende Funktion einnehmen sollen. Ihre Anwesenheit dient insbesondere dazu, durch eine Betreuung von Asylwerbern den Verfahrensablauf zu erleichtern, nicht aber etwa für ihre Interessen aktiv einzutreten. Ihnen kommt damit vorrangig eine systemunterstützende, stabilisierende Funktion zu – ein parteisches Agieren im Interesse von Asylwerbern, was die zentrale Aufgabe von Rechtsvertretern im Rechtsstaat ausmacht, ist nicht erwünscht. Ihre (passive?) Anwesenheit dient eben nur der „Wahrung des Parteiengehörs.“

Der Gesetzesentwurf führt in § 64 Abs. 5 nach dem Vorbild des Beamtendienstrechts eine Unvereinbarkeitsbestimmung für Rechtsberater ein, wonach sie sich während der Dauer ihres Vertragsverhältnisses jeglicher Nebenbeschäftigung zu enthalten haben, die geeignet erscheint, die gewissenhafte Wahrnehmung ihrer Aufgaben hinten zu halten oder den Eindruck einer ihrer Aufgaben widersprechenden Wahrnehmung ihrer Pflichten zu erwecken<sup>33</sup> oder die Amtsverschwiegenheit zu gefährden. Zunächst ist es nicht nachvollziehbar, warum Rechtsberater, die ihre Tätigkeit vielfach als Teilzeitbeschäftigung ohne Mindestauslastung auf der Grundlage eines freien Dienstvertrages ausüben, eine derartige Beschränkung auferlegt werden soll. Anders als bei Beamten, die in aller Regel finanziell abgesichert sind, ist die Ausübung einer Nebenbeschäftigung für Rechtsberater in vielen Fällen existenznotwendig. Mit Blick auf ihre berufliche Ausrichtung nahe liegend, sind einige von ihnen als Flüchtlingsberater bei NGOs beschäftigt. Da Rechtsberater ja nicht als Beamte tätig sind, sondern ihnen nach der Auffassung des Gesetzgebers eine unabhängige Stellung zukommen soll, ist nicht ersichtlich, in welcher Form sie ein bestimmtes Ansehen nach außen zu wahren hätten und weshalb dieses durch eine nebenberufliche Tätigkeit gefährdet sein sollte. Vielmehr ist zu befürchten, dass es die Intention dieser Bestimmung ist, jedes parteiliche Engagement für Flüchtlinge außerhalb ihrer Rechtsberatertätigkeit zu unterbinden, etwa die rechtliche Beratung von Asylsuchenden als Flüchtlingsberater von NGOs. Während allerdings im Beamtendienstrecht vorgesehen ist, sich vorab eine bestimmte Nebenbeschäftigung von der Dienststelle genehmigen lassen zu können, obliegt die Beurteilung, „ob und in wie weit seine Nebenbeschäftigungen in dieses Verbot fallen“ (EB), dem Rechtsberater selbst. Befindet allerdings der Dienstgeber, dass die Nebenbeschäftigungen unvereinbar sind, wird der Dienstvertrag nach § 64 Abs. 3 fristlos aufgelöst. Da weder in § 64 noch in § 74 geregelt wird, was mit zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Unvereinbarkeitsbestimmung aufrechten Nebenbeschäftigungen zu geschehen hat, ist anzunehmen, dass bereits zu diesem Zeitpunkt die Dienstverhältnisse mit missliebigen Rechtsberatern aufgelöst werden können.

<sup>33</sup> Der Satzteil des § 64 Abs. 5 Z 2 ist vollkommen unverständlich formuliert.



#### 4.10. Gebietsbeschränkung - § 13 AsylG

Nach Art. 2 des 4. ZP zur EMRK hat jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen. Gem. Abs. 3 darf die Ausübung dieser Rechte keinen anderen Einschränkungen unterworfen werden als denen, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung des "ordre public", der Verhütung von Straftaten, des Schutzes der Gesundheit oder der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Ein "geduldeter" Asylwerber hält sich während seines Asylverfahrens grundsätzlich im Sinne der EMRK wohl rechtmäßig im Bundesgebiet auf ("rechtmäßig" muss vertragsautonom interpretiert werden, es kann nicht darauf ankommen, was der österreichische Gesetzgeber unter "rechtmäßig" versteht, bzw. ob der österreichische Gesetzgeber zwischen "rechtmäßig" (wirklich rechtmäßig) und "Duldung" (ein bisschen rechtmäßig) unterscheidet.

#### 4.11. Traumatisierung - § 30 AsylG

Die Bestimmung des § 24b Abs. 1 AsylG 2003, wonach Folteropfer und Traumatisierte unter bestimmten Umständen zum Verfahren zuzulassen sind, wird im vorliegenden Entwurf bedauerlicher Weise beseitigt. Folter und Traumatisierung sollen künftig keinerlei Auswirkung auf die Zulassung des Verfahrens mehr haben. Hinkünftig ist die Rechtsfolge von Folter oder Traumatisierung lediglich, dass eine Abweisung des Antrags nicht im Zulassungsverfahren erfolgen soll. Darüber hinaus wird künftig in Abs. 2 Traumatisierung einschränkend und schwer verifizierbar als "belastungsabhängige krankheitswertige (!) psychische Störung, die den Asylwerber daran hindert, seine Interessen am Verfahren wahrzunehmen; für ihn die Gefahr eines Dauerschadens oder von Spätfolgen darstellt oder die Gefahr einer gleichartigen psychischen Störung" definiert, wobei wiederum eine Einschränkung auf fluchtauslösende Traumatisierung erfolgt.

Zur Definition der Traumatisierung ist anzumerken, dass diese eine erhebliche Einschränkung gegenüber dem üblicherweise verwendeten Traumatisierungsbegriff darstellt.<sup>34</sup>

Die Beurteilung derart komplexer medizinischer und psychologischer Sachverhalte stellt - noch mehr als bisher (siehe Wahrnehmungsbericht des Forum Asyl) - eine Überforderung der diesbezüglich nicht geschulten Referenten dar. In einer Studie<sup>35</sup> der Universität Konstanz wurde durch eine Testreihe mit 16 Einzelentscheidern des BAFI (Bundesamt für Flüchtlinge, BRD) abgeklärt, inwiefern eine schnelle Identifikation traumatisierter Asylbewerber durch speziell geschulte Entscheider möglich ist. Die Studie kommt zum Ergebnis, dass "es EinzelentscheidernInnen des BAFI selbst nach einer speziellen Schulung<sup>36</sup> und bei der Verwendung von Untersuchungsinstrumenten bisher nicht möglich ist, Anzeichen auf eine PTBS verlässlich zu erkennen."

Vor dem Hintergrund der Sonderregelung, nämlich der besonderen Schutzbedürftigkeit dieser Gruppe, ist die Unterscheidung hinsichtlich des Zeitpunkts der Traumatisierung wiederum nicht sachgerecht. Auch den Erläuterungen ist ein Hinweis auf das Motiv dieser Einschränkung nicht zu entnehmen. Vergegenwärtigt man sich, in wie vielen Fällen sowohl die fluchtauslösenden Ereignisse als auch die Flucht selbst gleichermaßen zur Traumatisierung "beitragen", wird diese Unterscheidung nachgerade absurd und nicht diagnostizierbar.

<sup>34</sup> Trauma, griechisch: eine Wunde, die aufbricht bedeutet "die Konfrontation mit einem Ereignis, das real stattgefunden hat, dem sich das Individuum schutz- und hilflos ausgeliefert fühlt und bei dem die gewohnten Abwehrmechanismen und Verarbeitungsstrategien erfolglos sind. Reizüberflutung und Reizüberwältigung sind so machtvoll, dass automatisch Angst entsteht, die nicht mehr beherrschbar ist. Als Folge treten kurz- und langfristige psychische Störungen auf. (Arbeitsgruppe Psychotraumatologie im Rahmen der Österreichischen Gesellschaft für Psychiatrie, Stellungnahme zum Asylverfahren, im speziellen in Bezug auf den Umgang mit Traumatisierungen vom 3. Dezember 2004, für die Arbeitsgruppe: Dr. David Vyssoki/ Dr. Sonja Laure)

<sup>35</sup> "Prävalenz der Posttraumatischen Belastungsstörung bei Asylbewerbern in Deutschland und Versuch der Erfassung der Störung im Rahmen der Asylverfahrenspraxis", Ulrike Gäbel, Martina Ruf, Margarete Schaeer, Michael Odenwald, Frank Neuner, Psychologische Forschungs- und Modellambulanz für Flüchtlinge, Universität Konstanz und vivo, Konstanz, Seite 18

<sup>36</sup> Die EntscheiderInnen hatten bereits vor Beteiligung an der Studie den Status von Sonderbeauftragten für Folteropfer und Traumatisierte und wurden nochmals in einer zweitägigen Schulung zum Konzept der PTBS sowie in der Durchführung der PDS (Posttraumatic Stress Diagnostic Scale) geschult, um im Anschluss an ihre Anhörungen eine Erstuntersuchung durchführen zu können.

Einzig Konsequenz von Folter und Traumatisierung ist künftig, dass die (abweisende) Entscheidung nicht mehr im Zulassungsverfahren erfolgen soll, d. h. wohl nicht mehr durch die Erstaufnahmestelle, sondern durch eine der Außenstellen des Bundesasylamts. Damit wird zum einen implizit die unzureichende fachliche Qualifikation der Erstaufnahmestelle eingestanden, zum anderen wird die Bestimmung dadurch völlig inhaltsleer. Für den Betroffenen macht es keinen Unterschied, ob sein Antrag verfahrensrechtlich im Zulassungsverfahren oder außerhalb des Zulassungsverfahrens zurück- oder abgewiesen wird und hat selbst die Missachtung der Bestimmung letztlich keinerlei Konsequenz: Da Erstaufnahmestellen und Außenstellen lediglich verschiedene Organisationseinheiten derselben Behörde, kann der Asylwerber die Missachtung des § 30 nicht einmal als Entscheidung durch die unzuständige Behörde bekämpfen. Weiters ist die Geltendmachung dieser Verfahrensbestimmung durch das weiträumige Fehlen einer aufschiebenden Wirkung und die Einstellungsbestimmung ausgehöhlt.

amnesty international hatte die im AsylG 2003 erstmalig anerkannte besondere Schutzbedürftigkeit von Folteropfern und Traumatisierten mittels einer Sonderbestimmung begrüßt und bedauert, dass die erfolgreiche Geltendmachung von Traumatisierung in Verfahren nach dem AsylG 2003 beim Gesetzgeber den Reflex der Abschaffung dieser Bestimmung ausgelöst hat.

amnesty international ist besorgt angesichts des in den EB wiederum undifferenziert zum Ausdruck gebrachten generellen Missbrauchsverdachts, indem ausgeführt wird, derzeit werde "im Zulassungsverfahren von Asylwerbern [...] oft behauptet, sie seien traumatisiert." Der Gesetzgeber verkennt dabei, dass es in der Natur der Materie liegt, dass die Antragsteller dieses Verfahrens in erheblichem Ausmaß Folter oder Traumatisierung erlitten haben. Darüber hinaus wird die bisherige Regelung fälschlich so dargestellt, als wäre die bloße Behauptung einer Traumatisierung hinreichend für die Zulassung des Verfahrens gewesen. Dies ist vor dem Hintergrund des Gesetzestextes "medizinisch belegbare Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen" schlicht unzutreffend.

Besorgniserregend ist, dass durch die Abschaffung des § 24b Abs. 1 AsylG 2003 in Verbindung mit §§ 79 ff. des geplanten FPG Opfer von Folter und Traumatisierte den exzessiven Bestimmungen über die Verhängung der Schubhaft ausgesetzt sind. Auch im FPG findet sich keine Bestimmung, wonach Folteropfer und Traumatisierte nicht in Schubhaft genommen werden sollen/dürfen.

Dem besonderen Schutzbedürfnis von Folteropfern und Traumatisierten wird durch die Regelung des § 30 in keiner Weise Rechnung getragen. Vielmehr kann diese Bestimmung - insb. vor dem Hintergrund der unzureichenden Diagnosefachkunde und -kapazitäten - nur als inhaltsleeres Feigenblatt beschrieben werden.

Im weiteren wird auf die Stellungnahme des Netzwerks für interkulturelle Psychotherapie mit ausführlichen Ausführungen zu Traumabegriff und Diagnostik sowie zur krankheitsbedingten Einschränkung beim effektiven Gebrauch von Rechtsmitteln verwiesen.

#### **4.12. Faktischer Abschiebeschutz - § 13 AsylG**

Siehe zur aufschiebenden Wirkung

## **5. DRITTSTAATSVERFAHREN**

### **5.1. Zurückweisung in einen "sicheren Drittstaat" - § 4 AsylG**

Weder die GFK noch die EMRK kennen das Prinzip der „anderweitigen Sicherheit“. Bei Anwendung von Listen „sicherer Drittstaaten“ kann es zu Kettenabschiebungen kommen, wozu der UNHCR ausgeführt hat:

„The policy whereby an asylum-seeker arriving from a so-called „safe third country“ is returned to that country without his substantive claim having been considered is based on the assumption that there is an international principle by virtue of which a person who has left his country in order to escape persecution must apply for recognition of refugee status and/or for asylum in the first safe country he has been able to reach. Although the persistent repetition of this assumption has led to accept it uncritically, the reality is that no such principle exists and that the claim which has been advanced to this effect appears to be the product of a

misreading of the principle of „first country of asylum“. As such, removals of asylum-seekers to third countries carried out solely on the basis of the supposed principle risk running counter to accepted principles of refugee protection and may involve breaches of the international obligations of the removing country under the 1951 Convention.“<sup>37</sup>

Drittstaatssicherheit besteht gem. § 4 Abs. 1, wenn einem Fremden in einem Staat, in dem er nicht iSd. § 8 bedroht ist, ein Verfahren zur Einräumung der Rechtsstellung eines Flüchtlings nach der GFK offen steht "oder im Wege über andere Staaten gesichert ist", er während dieses Verfahrens zum Aufenthalt berechtigt ist und er dort Schutz vor Abschiebung in den Herkunftsstaat - auch im Wege über andere Staaten - hat, sofern er in diesem gemäß § 8 Abs. 1 bedroht ist. Dasselbe gilt für die Abschiebung in Staaten, die in einem solchen Verfahren bereits eine Entscheidung getroffen haben. Nach Abs. 3 sind diese Voraussetzungen in einem Staat *widerlegbar* (AsylG 2003: "regelmäßig") dann gegeben, wenn er die GFK ratifiziert und gesetzlich ein Asylverfahren eingerichtet hat, das die Grundsätze der GFK und der EMRK sowie der Protokolle Nr. 6, 11 und Nr. 13 EMRK umgesetzt hat.

Die Regelung des AsylG 2003 wurde damit im Wesentlichen beibehalten, eingefügt wurde der Verweis auf die Grundsätze des 6. und 13. ZPMRK.

In Verbindung mit der fehlenden aufschiebenden Wirkung hat § 4 AsylG potentiell Verletzungen von Art. 3 iVm. Art. 13 EMRK zur Folge. Diese werden durch die, den Rechtsschutz massiv beeinträchtigenden Zustellungsbestimmungen des § 23 Abs. 3 und die Entscheidung des BAA selbst über die allfällige Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung potenziert. (Zur massiven Problematik der Ansiedlung von Entscheidungen über die aufschiebende Wirkung beim BAA siehe I.8.1. (Fehlende aufschiebende Wirkung bei Zurückweisungen - § 36 Abs. 1 iVm § 37 AsylG)).

Laut EB (S. 12) soll "bei Staaten außerhalb Europas nicht die formale Anwendbarkeit der EMRK entscheidend sein, sondern, dass diese Staaten die Standards der genannten europäischen Menschenrechtsnormen erfüllen."

Hierzu ist anzumerken, dass die Formulierung in den EB die Anwendung der Drittstaatenklausel auf Staaten außerhalb Europas nahe legt, was beispielsweise bei Staaten Nordafrikas denkbar, jedoch höchst problematisch wäre. Diese Staaten gewährleisteten gar keinen bzw. keinen wirksamen Flüchtlingschutz. Die Befürchtung der künftigen Anwendung von § 4 auf außereuropäische Staaten wird auch durch die Anmerkung in den EB zu § 2 Z. 17 nicht widerlegt, wonach die Schweiz und Liechtenstein die einzigen Nachbarstaaten Österreichs sind, die als Drittstaaten anzusehen sind, da sich die - geographisch entbehrliche Anmerkung lediglich auf Nachbarstaaten bezieht. § 2 Z. 17 definiert Drittstaaten allgemein als "jeden Staat, der nicht Mitgliedstaat der Europäischen Union ist." Eine Einschränkung der Anwendung der Drittstaatenklausel ergibt sich daher nur insoweit, als der Asylwerber "über den fraglichen Drittstaat eingereist", durch diesen also zumindest durchgereist sein muss. Die EB lassen offen, bei welchen außereuropäischen Staaten die Anwendung der Drittstaatenklausel intendiert ist bzw. für zulässig erachtet wird.

Die GFK überträgt die primäre Verantwortung für internationalen Schutz jenem Staat, in dem der Asylantrag gestellt wurde. Eine Abschiebung in einen anderen Staat darf daher nur stattfinden, wenn der fragliche Staat die Übernahme des Betroffenen und den Zugang zu einem fairen und effizienten Verfahren zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft zusichert, der Asylwerber mit diesem Land irgendwelche Verbindungen hat und dort eine dauerhafte Lösung vorliegt. Die Beweislast für die Sicherheit im Drittland obliegt zur Gänze dem Staat, in welchem der Asylantrag gestellt wurde.

Fragwürdig ist weiters, warum die Erfüllung der - formal ratifizierten - Standards lediglich in Staaten außerhalb Europas relevant ist, während bei Staaten Europas die bloß formale Anwendbarkeit dieser Standards genügen soll. Entgegen dieser einschränkenden Formulierung kommt es - in Übereinstimmung mit der Judikatur des UBAS und VwGH zur Anwendung der Drittstaatenklausel - selbstverständlich auch in Staaten Europas nicht nur auf die formalgesetzlichen Rahmenbedingungen, sondern auch auf die Anwendung in der Praxis an.<sup>38</sup> Völkerrechtlich

<sup>37</sup> UNHCR, The safe third country policy in the light of the international obligations of countries vis-à-vis refugees and asylum-seekers (1993) Z 1.1-1.2.

<sup>38</sup> vgl. UBAS vom 25.03.1998, Zl. 200.248/0-I/03/98, VwGH vom 23.07.1998, Zl. 98/20/0175, VwGH vom 11.11.1998, Zl. 98/01/0284

gefordert ist, dass durch legislative, administrative und andere Maßnahmen ein völkerrechtskonformer Zustand hergestellt - d. h. *tatsächlich erreicht* - wird. (s. *Dahm/ Delbrück/ Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/1, Berlin 1989, 101; vgl. EGMR, *Irland gg. Großbritannien*<sup>39</sup>).

Die Einführung eines unterschiedlichen Standards für Drittstaatsverfahren innerhalb bzw. außerhalb Europas wäre bedenklich im Sinne des Sachlichkeitsgebotes.

Im Falle einer Einreise über einen Staat, der die drei formalen (!) Kriterien erfüllt, wird laut EB "ohne konkrete und spezifische Behauptung des Betroffenen [...] von gegebenem Schutz im Drittstaat auszugehen sein und werde dies regelmäßig bei der Schweiz und bei Liechtenstein anzunehmen sein. § 4 Abs. 3 erhält damit eine Regelvermutung aufrecht, die "nur durch konkrete und spezifische Behauptungen des Betroffenen" widerlegt werden kann und damit zu einer Beweislastumkehr führt. Tatsächlich werden solche "Behauptungen" dem Asylwerber nicht ohne rechtliche Vertretung möglich sein, die jedoch insb. infolge einer Kombination aus Gebietsbeschränkung, Ausschluss der aufschiebenden Wirkung, fehlendem Abschiebeschutz zwischen erstinstanzlicher Entscheidung und Antragstellung hinsichtlich aufschiebender Wirkung, Zustellungsregel und exzessiver Schubhaftverhängung massiv beeinträchtigt ist. Zur Problematik der Befragung durch Organe der Sicherheitsbehörden und anschließender Mitteilung der beabsichtigten Zurückweisung siehe I.4.8. (Zulassungsverfahren - §§ 28, 29 AsylG).

Die - vom AsylG 2003 übernommene - Formulierung, wonach im Drittstaat ein Asylverfahren "auch im Wege über andere Staaten" offen stehen muss, lässt weiterhin Abschiebungen in Staaten zu, die den Schutzsuchenden erneut an einen Viert- oder Fünftstaat (so auch explizit in den EB S. 12) verweisen. Die Regelung birgt damit ein erhebliches Risiko von Kettenabschiebungen in sich.

## 5.2. Ausnahmen von der Drittstaatsklausel

Positiv anzumerken ist, dass Abs. 4 nunmehr ausdrücklich das Verbot der Zurückweisung des Antrags regelt, wenn diese zu einer Verletzung des Art. 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben) führen würde (siehe EXCOM Beschluss Nr. 15 (XXX)). Weitere Gründe, wonach Schutz im Drittstaat unbeachtlich ist (EWR-Bürger, Eltern, Ehegatten oder minderjährigen Kindern wurde Asyl oder subsidiärer Schutz gewährt) entsprechen der geltenden Rechtslage.

§ 4 Abs. 5 spiegelt § 5a Abs. 3 AsylG 2003 wider, allerdings treten Drittstaats-Bescheide nur dann außer Kraft, wenn die faktische Unmöglichkeit der Abschiebung des Asylwerbers in den Drittstaat "*nicht in seinem Verhalten begründet*" ist. Die EB lassen offen, in welchen Fällen die faktische Unmöglichkeit der Abschiebung "im Verhalten des Asylwerbers begründet" sind. Die Regelung könnte zu refugee-in-orbit-Situationen führen, da es bei der Zurückweisung des Asylantrags ohne Einräumung eines Aufenthaltsrechts bleibt, obwohl die Abschiebung in den Drittstaat dauerhaft unmöglich ist.

Der Zeitpunkt des Außer-Kraft-Tretens richtet sich nach dem "Einlangen der Mitteilung der Fremdenpolizeibehörde bei den Asylbehörden", womit diesbezüglich das bisherige Rechtsschutzdefizit übernommen wird. Der Betroffene kann auch bei Vorliegen des, das Außer-Kraft-Treten auslösenden Tatbestands die entsprechende Mitteilung der Fremdenpolizei nicht herbeiführen.

## 5.3. Aufschiebende Wirkung

Siehe I.8.1. (Fehlende aufschiebende Wirkung bei Zurückweisungen - § 36 Abs. 1 iVm § 37 AsylG) - kein effektives Rechtsmittel iSv. Art. 13 EMRK.

# 6. DUBLIN-VERFAHREN

## 6.1. Zurückweisung in EU-Staaten - § 5 AsylG

Entgegen den rechtlichen und faktischen Gegebenheiten in manchen EU-Staaten fingiert auch das AsylG 2003 die GFK- und EMRK-Konformität von Asylverfahren in diesen Staaten, indem laut EB (S. 13) "davon auszugehen [ist], dass diese Staaten ein faires, den rechtsstaatlichen und völkerrechtlichen Vorschriften entsprechendes Asylverfahren einräumen." Dies ist jedoch

<sup>39</sup> 18.01.1978, Series A 25, § 240



tatsächlich nicht der Fall, sondern es bestehen zum Beispiel hinsichtlich der neuen Mitgliedstaaten Slowakei, Slowenien, Ungarn und der Tschechischen Republik wie auch hinsichtlich des italienischen Asylsystems und der Situation in Griechenland aktuell massive Bedenken. Im Lichte der vor der EU-Erweiterung ergangenen Judikatur ist zu bezweifeln, dass diese Staaten sichere Drittstaaten sind.

**Italien:** Der UBAS war nach gründlicher Auseinandersetzung mit der Sach- und Rechtslage in Italien der Auffassung, dass Italien nicht sicher ist. Die Rechtslage ist vielmehr derart verworren, dass ein Asylwerber in Italien vor einer Kettenabschiebung nicht wirksam geschützt ist. Die italienische Rechtslage ermöglicht es, Fremde vor Abschluss der gerichtlichen Überprüfungsverfahren außer Landes zu schaffen und seien solche Fälle auch tatsächlich dokumentiert worden, wo offenbar schon während offener Rechtsmittelfrist gegen die erstinstanzliche Entscheidung abgeschoben wurde. An dieser Rechtslage hat sich seit Inkrafttreten einer Novelle Italiens (Gesetz vom 30.07.2002, Nr. 189) nichts verbessert, sondern ist vielmehr ein vorläufiges Bleiberecht für die Dauer des Verfahrens noch illusorischer geworden. Das Verbot der Kettenabschiebung im Zusammenhang mit dem Erfordernis eines wirksamen Rechtsschutzes stellt aber ein zentrales Element der GFK und der MRK dar. (UBAS vom 17.10.2002, ZI. 220.884/30-II/04/02)

**Slowakei:** Zuletzt hat der UBAS am 20.01.2004, ZI. 237.064, festgestellt, dass die Slowakei kein sicherer Drittstaat ist. Es fehlt an der Effektivität des Rechtsschutzes und es droht die Gefahr der Kettenabschiebung, der Refoulementschutz ist mangelhaft. (Kurze Antragsfristen, zu hoch angesetztes Mindestmaß an Schwere bei Refoulementgefahr, mangelnde Antragsmöglichkeit nach Ablauf einer regulären Aufenthaltsberechtigung und mangelnder Refoulementschutz bei entgegenstehenden öffentlichen Interessen, eingeschränkte Berufungsfrist des Art. 10 des slowakischen Asylgesetzes<sup>40</sup>). Im ersten Halbjahr 2004 suchten 6.400 Flüchtlinge in der Slowakei um Asyl an, davon wurden die Anträge von 751 Antragstellern überprüft und nur 0,2 % positiv beschieden, davon eine einzige tschechische Asylwerberin.<sup>41</sup> Von Jänner bis Oktober 2004 suchten 10.097 Personen um Asyl an, nur 7 wurden anerkannt.<sup>42</sup>

**Slowenien:** Es existiert eine nur dreitägige Rechtsmittelfrist für Asylwerber, die aus "sicheren Drittstaaten" einreisen. Der Schutz vor Kettenabschiebungen ist mangelhaft. Bei Personen, die keinen Zugang zum Asylverfahren erhalten, erfolgt keinerlei Prüfung von Refoulementverboten.<sup>43</sup>

**Tschechische Republik:** Es bestehen Bedenken wegen mangelhaftem Refoulementschutz nach Art. 3 EMRK. Kettenabschiebungen sind daher möglich. Der Refoulementschutz ist nicht einmal bei Gefahr der Todesstrafe gesetzlich abgesichert. Eine zweijährige Sperrfrist für Asylantragstellung nach Verlassen der Tschechischen Republik im Falle einer Rückkehr bedeutet die Verweigerung des Verfahrenszuganges überhaupt (UBAS vom 18.10. 2002, 227.336; UBAS vom 16.04.2002, ZI. 225.885). Im ersten Halbjahr suchten 3.468 Personen um Asyl an, 66 Personen wurde Asyl gewährt, die Anerkennungsrate beträgt damit 1,9%.

**Ungarn:** Es bestehen Rechtsschutzlücken im Aufenthaltsrecht während des Asylverfahrens, es kann zur Verweigerung eines inhaltlichen Asylverfahrens kommen. Gleichsam besteht die Gefahr von Kettenabschiebungen. Aktuell bestätigt werden die Bedenken hins. Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die aufschiebende Wirkung von Berufungen in Drittstaaten in einer Anfragebeantwortung von UNHCR Wien vom 19.08.2004. Die Zahl der Asylanträge im ersten Halbjahr 2004 beträgt 745, 71 Asylanerkennungen (Anerkennungsrate daher 7 %).

**Griechenland:** Bedenken hinsichtlich des Zugangs zu einem Verfahren nach Rücküberstellung (aufgrund Präsidenschaftserlass No. 61/1999); Bedenken hinsichtlich des Refoulementschutzes (VwGH vom 24.06.2004, ZI. 2001/20/0472); laut UNHCR besteht nach Rücküberstellung ein reales Risiko der Abschiebung aus Griechenland in Verletzung des Refoulementverbotes; 2003 betrug die Anerkennungsquote für Asyl und subsidiären Schutz in erster Instanz 0 %, im Berufungsverfahren 1 %; für 2004 wird von derselben Quote ausgegangen; Gefahr der Abschiebung selbst für anerkannte Schutzbedürftige; unzureichende

<sup>40</sup> für viele: UBAS 22.12.1998, ZI. 206.792/0-II/04/98; VwGH 15.2.2001, ZI. 99/20/0060

<sup>41</sup> APA vom 6.9.04 – "UNHCR: Slowakei erteilt zu wenig positive Asylbescheide"

<sup>42</sup> Pressemitteilung UNHCR Slowakei vom 6.12.2004

<sup>43</sup> UBAS 9.10.2002, ZI. 231.145/1-II/04/02; UBAS 16.5.2001, ZI. 221.200/4-II/04/01

Aufnahmekapazitäten; bedenkliche Bedingungen in Aufnahmezentren; Bedenken hinsichtlich der Unabhängigkeit der Berufungsinstanz (UNHCR – "Note on access to the asylum procedure of asylum-seekers returned to Greece", November 2004). Norwegen soll kürzlich die Anwendung der Dublin-Verordnung in Bezug auf Griechenland überhaupt ausgesetzt haben.

Nach der Judikatur des VfGH hat Österreich vom Selbsteintrittsrecht des Dubliner Übereinkommens Gebrauch zu machen, wenn die Ausweisung/ Abschiebung eines Asylwerbers in diesen Staat - insb. wegen der Gefahr der Kettenabschiebung - die Europäische Menschenrechtskonvention (insb. Art. 3 und Art. 8 iVm. Art. 13 EMRK) verletzen würde.<sup>44</sup> In diesen Fällen hat Österreich in das Verfahren einzutreten und die Flüchtlingseigenschaft in einem Verfahren in Österreich zu klären. In seinem Erkenntnis vom 15.10.2004, ZI. G 237, 238/03 ua. führt der VfGH aus, dass die Judikatur zur inhaltlich gleichen Regelung des Dublin-Übereinkommens auch für das Selbsteintrittsrecht des Art. 3 Abs. 2 der Dublin-Verordnung zutrifft.<sup>45</sup>

§ 5 Abs. 3 spiegelt § 5a Abs. 3 AsylG 2003 wider, allerdings treten Dublin-Bescheide nur dann außer Kraft, wenn die faktische Unmöglichkeit der Abschiebung des Asylwerbers in den Dublin-Staat "*nicht in seinem Verhalten begründet liegen*". Die EB lassen auch hier offen, in welchen Fällen die faktische Unmöglichkeit der Abschiebung "im Verhalten des Asylwerbers begründet" ist. Die Regelung könnte zu refugee-in-orbit-Situationen führen, da es bei der Zurückweisung des Asylantrags bleibt, obwohl die Abschiebung in den Drittstaat dauerhaft unmöglich ist.

Demgegenüber postuliert die Dublin-Verordnung<sup>46</sup> in ihrer Präambel das Ziel, diese Verordnung solle jedem Asylwerber die Gewähr dafür bieten, dass sein Antrag von einem der Mitgliedstaaten (!) geprüft wird. Außerdem sollen "refugee-in-orbit"-Situationen verhindert werden, d. h. Asylwerber sollen nicht von einem in den nächsten Mitgliedstaat abgeschoben werden, ohne dass einer dieser Staaten sich für die Prüfung des Asylantrags für zuständig erklärt.

Der Zeitpunkt des Außerkrafttretens richtet sich wiederum nach dem "Einlangen der Mitteilung der Fremdenpolizeibehörde bei den Asylbehörden", womit diesbezüglich das bisherige Rechtsschutzdefizit übernommen wird. Der Betroffene kann auch bei Vorliegen des, das Außerkraft-Treten auslösenden Tatbestands die entsprechende Mitteilung der Fremdenpolizei nicht herbeiführen.

## 6.2. Aufschiebende Wirkung

Siehe I.8.1. (Fehlende aufschiebende Wirkung bei Zurückweisungen - § 36 Abs. 1 iVm § 37 AsylG) - kein effektives Rechtsmittel iSv. Art. 13 EMRK.

# 7. AUSWEISUNGSVERFAHREN

## 7.1. Verbindung von Asylentscheidungen mit einer Ausweisung - § 10 AsylG

Gemäß § 10 Abs. 1 ist jede abschlägige Asylentscheidung mit einer Ausweisung zu verbinden (Zurückweisung, Abweisung von Asyl- und Refoulementschutz, Aberkennung des Flüchtlingsstatus ohne Zuerkennung subsidiären Schutzes, Aberkennung des subsidiären Schutzes).

Die verfassungsrechtlichen Bedenken des UBAS zu seiner Zuständigkeit für die Erlassung von Ausweisungen bleiben weiterhin aufrecht und sind Gegenstand eines anhängigen VfGH-Verfahrens. Der UBAS wandte sich an den VfGH in einem Anlassfall, in dem er aufgrund der Übergangsbestimmungen der AsylG-Novelle 2003 (BGBl. I Nr. 101/2003) in erster Instanz über eine Ausweisung abzusprechen hatte, da das Bundesasylamt – nach alter Rechtslage – noch keine Ausweisung zu erlassen hatte. Der verfassungsrechtliche Einwand des Unabhängigen Bundesasylsenates bestand darin, dass der UBAS durch Art. 129c B-VG als "Berufungsbehörde in

<sup>44</sup> VfGH Selbsteintrittspflicht Österreichs (8. März 2001, ZI. G 117/00; VwGH vom 23.01.2003, ZI. 2000/01/0498 ua; VwGH vom 03.12.2003, ZI. 2003/01/0136; UBAS vom 12.07.2001, ZI. 222.745/14-II/04/01 u. a.)

<sup>45</sup> VfGH vom 15. Oktober 2004, ZIen G 237, 238/03-35, G 16, 17/04-28, G 55/04-28, S. 154, 155

<sup>46</sup> Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist; ABI. L50/1 vom 25. Februar 2003

Asylsachen" eingerichtet wurde, er nun aber in erster Instanz über eine Ausweisung zu entscheiden habe und diese eine Angelegenheit des Fremden- und nicht des Asylrechts darstelle.

## 7.2. Unzulässigkeit der Ausweisung - § 10 Abs. 2 und Abs. 3 AsylG

Die Lücke hinsichtlich der Beachtung von Art. 8 EMRK durch die Asylbehörde bei Erlassung einer Ausweisung nach dem Asylgesetz (vgl. § 37 FrG idgF) wurde nunmehr durch § 10 Abs. 2 geschlossen. Nicht nachvollziehbar ist dagegen der in den EB (S. 17) angeführte Anwendungsfall von "irrtümlich vom Fremden angenommenen Nachfluchtgründen." Über diesen, praktisch wohl nicht sehr relevanten Beispielfall ist eine Ausweisung unzulässig, wenn dadurch das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Privat- und Familienleben verletzt wird. Zutreffend ist, dass bislang eine Schlechterstellung auf Ebene des einfachen Gesetzes darin bestand, dass Art. 8 zwar explizit bei einer fremdenpolizeilichen Ausweisung gemäß § 37 FrG (idgF), nicht aber bei einer Ausweisung auf Basis des Asylgesetzes erwähnt wurde.

Abs. 3 führt einen Durchsetzungsaufschub von Seiten der Asylbehörde ein, "wenn die Durchführung der Ausweisung [Anm.: Abschiebung] aus Gründen, die in der Person des Asylwerbers liegen, eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen würde und diese nicht von Dauer sind." In diesen Fällen hat die Asylbehörde gleichzeitig mit der Ausweisung auszusprechen, "dass die Durchführung für die notwendige Zeit aufzuschieben ist."

Hierzu ist anzumerken, dass der Passus "nicht von Dauer" unscharf gegenüber dem subsidiären Schutz in § 8 abgegrenzt ist. Selbst Asylgründe und auch die Gründe für die Gewährung von subsidiärem Schutz müssen - wie die Normierung der Aberkennung in §§ 7 und 9 zeigt - nicht "von Dauer" sein. Wenig bestimmt erscheint auch der Passus "in der Person des Asylwerbers gelegen". Eine gewisse Interpretationshilfe wird zumindest durch die in den EB (S. 17) angeführten Beispielfälle einer fortgeschrittenen Schwangerschaft, Spitalsaufenthalt oder vorübergehendem sehr schlechtem Gesundheitszustand oder der Verbüßung einer Straftat gegeben, wobei die Vollstreckung von Straftat schon bisher nicht die Erteilung eines Durchsetzungsaufschubes voraussetzt.

Es erscheint daher eine Präzisierung des § 10 Abs. 3, der offenbar Fälle von auf wenige Wochen beschränkte Transportunfähigkeit (Abschiebehindernis nicht bezogen auf den Zielstaat) vor Augen hat, z. B. durch die Einführung einer Mindest- und Maximalfrist (vgl. FrG/ FPG höchstens 3 Monate) für die Erteilung des Durchsetzungsaufschubs geboten. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass fehlende adäquate medizinische Versorgung im Zielstaat in Ausnahmefällen ein Refoulementverbot begründen kann (EGMR 2.5.1997, *Fall D. gegen Vereinigtes Königreich*) und sohin sichergestellt sein muss, dass in solchen Fällen subsidiärer Schutz (für die Dauer des Vorliegens dieser Refoulementgründe) und nicht bloß ein Durchsetzungsaufschub gewährt wird. Der Passus der EB (S. 17), wonach bei "auf Dauer nicht durchsetzbarer Ausweisung [...] über humanitäre Aufenthaltstitel eine Lösung im Einzelfall zu suchen sein wird" deutet eine solche Tendenz an. Kann ein Antragsteller wegen fehlender medizinischer Versorgung im Heimatstaat auf Dauer - wegen sonstiger Verletzung des Art. 3 - nicht abgeschoben werden, so ist subsidiärer Schutz zu gewähren und darf der Betroffene nicht auf die Möglichkeit (!) eines humanitären Aufenthaltstitels verwiesen werden.

Vor dem Hintergrund, dass sich die Dauer des vorübergehenden Abschiebungshindernisses insb. in Krankheitsfällen nicht verlässlich beurteilen lassen wird, sollte klargestellt werden, welche Behörde aufgrund welcher Bestimmung nach Ablauf des von der Asylbehörde ausgesprochenen Durchsetzungsaufschubs diesen allenfalls verlängern kann. Hier drängt sich zwar der in § 40 FrG als Anschlussregelung auf (idgF, vgl. § 70 FPG-Entwurf), dieser ist jedoch zum einen als Kann-Bestimmung formuliert, zum anderen bezieht er sich explizit nur auf die Dauer eines Freiheitsentzuges sowie die Regelung persönlicher Verhältnisse des Betroffenen.

Die Regelungen des Durchsetzungsaufschubs in Asyl- und Fremdenengesetz sollten harmonisiert werden, um unsachliche Ungleichbehandlung zu vermeiden. In diesem Sinne sollte auch die Asylbehörde - in Anlehnung an das geltende und das geplante Fremdenengesetz - Betroffenen einen Durchsetzungsaufschub auch für die Regelung ihrer persönlichen Verhältnisse (z. B. Obsorgeangelegenheiten, laufende Zivilverfahren oder Privatbeteiligung in Strafverfahren, Verfahren vor dem UVS) gewähren können.

### 7.3. Vorzeitige Einleitung des Ausweisungsverfahrens - § 27 AsylG

§ 27 führt die Möglichkeit ein, noch vor erstinstanzlicher Asylentscheidung - allein basierend auf einer Prognose - ein Ausweisungsverfahren in Form eines bloßen Aktenvermerks einzuleiten. Darüber hinaus wird bereits eine Mitteilung nach § 29 Abs. 3 Z. 4 und 5 als Einleitung eines Ausweisungsverfahrens - hier in Form einer bloß mündlichen Mitteilung - "fingiert". Die an die Einleitung des Ausweisungsverfahrens unmittelbar geknüpfte Rechtsfolge ist die Zulässigkeit der Verhängung der Schubhaft über Asylwerber (§§ 79 ff. FPG). § 27 ist damit in mehrfacher Hinsicht höchst bedenklich.

Fall 1: "Rechtfertigen die bisher vorliegenden Ermittlungen die Annahme, dass der Antrag [...] ab- oder zurückzuweisen sein wird und besteht ein besonderes öffentliches Interesse an der beschleunigten Durchsetzung eines Verfahrens, hat die Behörde mit Aktenvermerk dieses Ausweisungsverfahrens einzuleiten [...]." Eine Definition des "besonderen öffentlichen Interesses" findet sich in Abs. 4<sup>47</sup>, das jedoch besorgniserregender Weise lediglich eine demonstrative (!) Aufzählung enthält und damit der Asylbehörde einen unzulässig weiten Anwendungsspielraum lässt.

Fall 2: Weit über die, an gerichtlich strafbare Handlungen anknüpfende Aufzählung hinaus "gilt" gemäß § 27 Abs. 1 zweiter Satz jedoch eine "Bekanntgabe nach § 29 Abs. 3 Z. 4 und 5 im Zulassungsverfahren als Einleitung eines Ausweisungsverfahrens."

Die Mitteilung gemäß § 29 Abs. 3 Z. 4 und 5 erfolgt obligatorisch nach der (ersten) Einvernahme (allenfalls sogar nach bloßer Befragung durch die Sicherheitsbehörde, die sich nicht auf die näheren Fluchtgründe beziehen darf!), wenn die Zurück- oder Abweisung beabsichtigt ist - ist also gemessen an der Praxis der Regelfall. Die "Einvernahme zur Wahrung des Parteiengehörs" erfolgt erst im Anschluss an diese Mitteilung! Siehe Ausführungen zu I.4.3. (Befragungen und Einvernahmen - § 19 AsylG) sowie zu I.4.8. (Zulassungsverfahren (§§ 28, 29)).

Die durch § 27 geschaffene "antizipierte Ausweisung" ist unzulässig und daher ersatzlos zu streichen.

Zum einen wird solcherart die Asylentscheidung in einem Stadium vorweggenommen, in welchem im Fall 1 u. U. noch nicht einmal eine Einvernahme und/ oder noch keine Ermittlungen (siehe § 18), und im Fall 2 u. U. lediglich eine Befragung durch die Sicherheitsorgane stattgefunden hat und in dem jedenfalls noch kein Parteiengehör eingeräumt worden ist. Es fragt sich angesichts dessen, worauf sich die Prognoseentscheidung der Behörde hinsichtlich der voraussichtlichen Ab- oder Zurückweisung gründet. Darüber hinaus wird solcherart eine antizipierte Entscheidung vorgenommen.

Das Rechtsstaatsprinzip wird dadurch ausgehebelt, dass die Einleitung des Verfahrens in Form eines Aktenvermerks (Fall 1) bzw. in Form einer bloß mündlichen Mitteilung (Fall 2) erfolgt und damit der Rechtsschutz völlig ausgeschaltet ist. Es handelt sich um keinen im Wege der Berufung bekämpfbaren Bescheid. Der Betroffene erlangt nicht einmal Kenntnis von der Einleitung eines Ausweisungsverfahrens gegen ihn, da im Fall 1 lediglich ein Aktenvermerk angefertigt wird und ihm im Fall 2 lediglich die beabsichtigte Ab- oder Zurückweisung seines Antrags, nicht aber die damit verbundene Einleitung eines Ausweisungsverfahrens mitgeteilt wird.

Besonders besorgniserregend ist, dass gemäß Abs. 2 die Fremdenpolizei zwar von der Einleitung eines solchen Ausweisungsverfahrens, nicht aber von der Beendigung eines solchen zu verständigen ist (z. B. durch nachträgliche Zulassung des Verfahrens, § 27 Abs. 1 vorletzter Satz). Dieses Defizit ist dringend zu beheben, um vorhersehbaren Verletzungen der GFK und EMRK entgegenzuwirken.

<sup>47</sup> Z. 1. die wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung, die von Amts wegen zu verfolgen ist und vorsätzlich begangen wurde, rechtskräftig verurteilt worden sind;

Z. 2. gegen die wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung, die in die Zuständigkeit des Gerichtshofs erster Instanz fällt und nur vorsätzlich begangen werden kann, eine Anklage durch die Staatsanwaltschaft erhoben worden ist oder

Z. 3. die bei der Begehung eines Verbrechens (§ 17 StGB) auf frischer Tat betreten worden ist."



## 8. AUFSCHIEBENDE WIRKUNG IM BERUFUNGSVERFAHREN

Die aufschiebende Wirkung einer Berufung ist der Kern eines wirksamen Rechtsmittels und damit der Kern des Schutzes durch die EMRK.

Im Fall *T.I. gegen Vereinigtes Königreich*<sup>48</sup> betonte der EGMR, dass die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten aus Art 3 EMRK nicht nur aus dem Verbot bestehe, Personen vor Abschiebung in Staaten zu schützen, wo ihnen Misshandlung droht, sondern auch die Abschiebung in Staaten verbiete, die nicht die notwendigen Garantien bieten, Personen vor Weiterschlebung zu schützen.

Die EB führen betreffend als offensichtlich unbegründet abgewiesener Anträge auf S 3 der EB aus, für die Wirkung des Rechtsmittels wird das - vom VfGH als verfassungskonform interpretierte - System der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gewählt. Damit könne sich "die zweite Instanz bei der Überprüfung auf die vollen Erhebungen der ersten Instanz stützen." Die EB verweisen dabei auf §§ 36, 37-40 des AsylG-Entwurfes.

Dies ist jedoch insbesondere für § 37 des Entwurfes (zurückweisende Entscheidungen) unzutreffend, da dort eben keine vollen Erhebungen durchgeführt werden, sondern gem. §§ 4 oder 5 AsylG-Entwurf ein Antrag a limine ohne inhaltliche Prüfung zurückgewiesen wird. Bei einer Überprüfung der Nichtzuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 37 Abs 4 des Entwurfes kann sich daher der UBAS auch auf keine inhaltlichen Erhebungen der ersten Instanz stützen. Bei Zurückweisungen entspricht daher das gewählte System (bereits deshalb) nicht dem VfGH-Erkenntnis vom 15.10.2004 (G 237, 238/03 ua).

### 8.1. Fehlende aufschiebende Wirkung bei Zurückweisungen - § 36 Abs. 1 iVm § 37 AsylG

Berufungen gegen mit zurückweisende Entscheidungen verbundene Ausweisungen sollen nunmehr grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommen (§ 36 Abs. 1 des Entwurfes). Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung erfolgt nur über Antrag (!) und durch die erstinstanzliche Behörde selbst (!), d. h. das BAA und nicht den UBAS, wenn Refoulement droht. Eine Berufung gegen eine entsprechende abweisende Entscheidung des BAA an den UBAS betreffend aufschiebende Wirkung hat jedenfalls nach § 37 des Entwurfes keine aufschiebende Wirkung.

Dieses System ist höchst problematisch. Ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 37 Abs. 1 des Entwurfes setzt voraus, dass - insbesondere im Rahmen einer „Dublin“-Entscheidung – das BAA bereits das Drohen von Refoulement verneint hat. Da das BAA bereits in der Zurückweisungsentscheidung Refoulement bereits vorher hinsichtlich des Selbsteintrittsrecht zu prüfen hatte, wird wohl die gleiche Behörde nicht ihre eigene Entscheidung unmittelbar im Nachhang für unzutreffend und rechtswidrig erklären. Unverständlich erscheint auch angesichts der vollen Erhebungspflicht des BAA der Hinweis auf das Vorbringen des Antragstellers und neue bzw. neu hervorgekommene Tatsachen zwischen Bescheid und Rücküberstellung. Dies kann wohl nicht bedeuten, dass das BAA hinkünftig für Zurückweisungsbescheide zuerst einen Zufallsbefund erstellt und ihrer Erhebungspflicht (Parteienghör und inhaltliche Tatsachen-Recherche) erst nach einem Antrag auf aufschiebende Wirkung gem. § 37 Abs. 1 AsylG nachkommt.

Das gewählte System eröffnet jedenfalls keinen effektiven Rechtsschutz gegen potentiell rechtswidrige Entscheidungen des BAA und widerspricht dem VfGH-Erkenntnis vom 15.10.2004 (G 237, 238/03 ua). Die Verfassungskonformität im Sinne des Art. 11 Abs. 2 B-VG ist nicht gegeben.

Weiters besteht eine Rechtsschutzlücke zwischen Bescheidzustellung und Antragsstellung gem. § 37 Abs. 1 AsylG, da für diesen Zeitraum kein faktischer Abschiebeschutz besteht.

Bis zum Inkrafttreten der Asylgesetznovelle (gleichzeitig Erweiterung der EU) wurden die Nachbarländer Slowenien, Slowakei, Ungarn und Tschechische Republik in der Judikatur regelmäßig als nicht sichere Drittstaaten eingestuft. Gleichzeitig hat der VfGH zum Dubliner Übereinkommen eine Judikatur gebildet, wonach Österreich vom Selbsteintrittsrecht des Dubliner Übereinkommens Gebrauch zu machen hat, wenn die Ausweisung/ Abschiebung des Asylwerbers

<sup>48</sup> EGMR 7.3.2000, Fall *T.I.*, dazu noch näher unten unter dem Gesichtspunkt des Dubliner Übereinkommens/der VO „Dublin II“.

in diesen Staat - insb. wegen der Gefahr der Kettenabschiebung - die EMRK (insb. Art. 3 und Art. 8 iVm Art. 13 EMRK) verletzen würde. In diesen Fällen hat Österreich in das Verfahren einzutreten und die Flüchtlingseigenschaft in einem Verfahren in Österreich zu klären (VfSlg 16.122/2001).

Auch der VfGH weist in seinem Erkenntnis vom 15.10.2004, G 237/03 u. a. darauf hin, dass laut EGMR das Dubliner Übereinkommen die Mitgliedstaaten nicht von ihren Verpflichtungen aus der Konvention entbindet (vgl. EGMR 7.3.2000, *T.I. gegen Vereinigtes Königreich*). Dies gilt nunmehr auch für die VO Dublin-II, in der es wiederum ein Selbsteintrittsrecht gibt, welches Österreich bei verfassungskonformer Interpretation zu nützen hat, wenn durch Abschiebung in einen anderen EU-Staat Refoulement drohen würde (so zu Art. 3 Abs. 4 des Dubliner Übereinkommens VfSlg 16.122/2001, 16.160/2001). Die EB behaupten somit unzutreffend, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung europarechtlich geboten wäre.

Auch bei „Dublin“-Verfahren zu beachten ist dabei Art. 13 EMRK, zu dem der EGMR (11.7.2000, *Jabari gegen Türkei*) ausdrücklich verlangt, dass Berufungen gegen Asylanträge im Hinblick auf die Wahrung der Rechte des Art 13 EMRK die Möglichkeit der Zuerkennung aufschiebenden Wirkung zukommen muss. Eine Selbstverständlichkeit in einem Rechtsstaat ist es auch, dass es sich bei der über die Beschwerde entscheidende Behörde nicht um dieselbe handeln darf, gegen die das in Beschwerde gezogene Verfahren geführt wird (EGMR, 15.11.1996, *Calogero Diana*). Ist auch durch § 37 Abs. 4 eine Beschwerdemöglichkeit an den UBAS vorgesehen, ist doch der einzige wirksame Rechtsbehelf der Antrag gem. § 37 Abs. 1 des Entwurfes an die erstinstanzlich entscheidende Behörde selbst.

Der VfGH weist in seinem Erkenntnis vom 15.10.2004, G 237/03 u. a. weiters darauf hin, dass "es nicht angeht, den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung so lange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch erledigt ist". Der VfGH führt weiter aus: "Der ausnahmslose Ausschluss der aufschiebenden Wirkung würde selbst in jenen besonderen Fällen eine Interessenabwägung zu Gunsten des Asylwerbers unmöglich machen und damit den Berufungswerber in verfassungsrechtlich verbotener Weise einseitig mit den Folgen einer potentiell unrichtigen Entscheidung belasten." Die faktische Möglichkeit der Rückkehr könne nicht die effektive Rechtsschutzgewähr substituieren (so bereits VfSlg. 14.374/1995). Somit – so der VfGH weiter - ist es „grundsätzlich zulässig, einem Rechtsmittel gegen eine negative Entscheidung im Zulassungsverfahren nicht - wie in § 64 Abs. 1 AVG vorgesehen - generell aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, sondern dem UBAS die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung im Einzelfall zu überlassen (und mit der Vollstreckung bis zu dessen Entscheidung bzw. sieben Tage zuzuwarten)."

## **8.2. Aufschiebende Wirkung bei inhaltlicher Abweisung von Asylanträgen - §§ 38 ff. AsylG**

§ 38 Abs. 1 des Entwurfes regelt die Möglichkeit der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer Berufung, wobei der UBAS dieser die aufschiebende Wirkung (wieder) zuerkennen kann (Abs. 3). Erscheint diese Regelung im Sinne des VfGH-Erkenntnis vom 15.10.2004 (G 237, 238/03 ua) auch grundsätzlich verfassungskonform, so sind doch die einzelnen Tatbestände für die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung (Abs. 1 Z 1 bis 4) bedenklich weit gefasst. Allein die Mitgliedschaft eines Staates in der EU (§ 39 Abs. 1 des Entwurfes) macht ihn noch nicht zum sicheren Herkunftsstaat, wie das Beispiel der Slowakei zeigt, in denen etwa Roma noch immer Verfolgung zu gewärtigen haben (Verfolgung durch nichtstaatliche Akteure, Zwangssterilisierung an Roma-Frauen).

Auch nach Beschluss Nr. 30 (XXXIV) des UNHCR- Exekutivkomitees darf Berufungen lediglich bei „offensichtlich unbegründeten oder missbräuchlichen“ Asylanträgen die aufschiebende Wirkung aberkannt werden.

Längerer Aufenthalt des Asylwerbers vor Asylantragstellung (3 Monate) iSd. § 38 Abs. 1 Z 2 des Entwurfes ist dabei besonders problematisch, da § 38 Abs. 1 Z 2 weit überschießend nicht nur „rechtsmissbräuchliche“ Asylanträge einschließt, sondern auch sur-place-Flüchtlinge, in deren Herkunftsland sich z. B. nach bereits längerem Aufenthalt in Österreich die Lage ändert oder die sich in Österreich erst nach bereits längerem Aufenthalt exilpolitisch betätigen.

Auch § 38 Abs. 1 Z 3 ist weit überschießend gefasst. Unsachlich ist dabei die Erfassung jeder Täuschung irgendeines österreichischen Gerichtes oder irgendeiner österreichischen Behörde.

Demgegenüber können für die Beurteilung eines Antrags als "offensichtlich unbegründet" wohl nur für das Asylverfahren relevante Umstände relevant sein.

Im Fall *Powell und Rayner*<sup>49</sup> stellte der Gerichtshof fest, dass sich aus Art 13 EMRK ergebe, dass bei behauptetem drohendem Refoulement („arguable claim“ - „vertretbarer Anspruch“) ein Anspruch selbst dann als „arguable“ („vertretbar“) angesehen werden könne, wenn er von den Konventionsorganen letztlich als „offensichtlich unbegründet“ abgewiesen wird. „Offensichtliche Unbegründetheit“ sei ein Terminus, der weiter zu sehen sei als seine Wortbedeutung auf den ersten Blick schließen ließe. Auch ernsthafte Beschwerden („serious claims“) könnten letztendlich als offensichtlich unbegründet abgewiesen werden, trotz ihres vertretbaren („arguable“) Charakters.

Für den Refoulementschutz bedeutet das, dass ein Asylwerber, der einen vertretbaren („arguable“) Fall vorbringt, nach der EMRK das Recht erhalten muss, sowohl Zugang zu einem Verfahren zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft/Asylverfahren (oder einem sonstigen Schutz gewährenden Verfahren), als auch Zugang zu einem nationalen Rechtsmittel im Fall einer negativen Entscheidung und dadurch drohender Abschiebung zu erhalten. Selbst der Umstand, dass ein Anspruch später als „offensichtlich unbegründet“<sup>50</sup> beurteilt wird, entlässt die Konventionsstaaten nicht aus dieser Verantwortung.

Weiters gibt amnesty international auch zu § 38 des Entwurfes zu bedenken, dass eine Rechtsschutzlücke zwischen Bescheidzustellung und Erhebung der Berufung besteht, da erst diese einen faktischen Durchsetzungsaufschub auslöst (§ 38 Abs. 3). Für diesen Zeitraum fehlt der faktische Abschiebeschutz, was in Hinblick auf den wirksamen Rechtsschutz iSd. Art. 13 EMRK bedenklich erscheint.

## 9. NEUERUNGSVERBOT - § 41 ASYLG

Angesichts der anspruchsvollen Kommunikationssituation und der dem Asylverfahren inhärenten Verständigungsprobleme muss es Asylwerbern auch in zweiter Instanz ohne Einschränkungen möglich sein, ihre Asylgründe darzulegen. So hat auch der Verfassungsgerichtshof unmissverständlich festgehalten, dass sich Asylwerber zum Zeitpunkt ihrer Einvernahme „in der Regel in einem physischen und psychischen Ausnahmezustand befinden.“<sup>51</sup> Dieser Ausnahmezustand kann dazu führen, dass in der erstinstanzlichen Einvernahme unvollständige und unrichtige Angaben gemacht werden. Ein weiteres Problem besteht in der Notwendigkeit einer korrekten Übersetzung, die sich allerdings für Asylwerber unmittelbar nicht überprüfen lässt. Dazu der VfGH: „Die Ursache für ein neues Vorbringen in der zweiten Instanz kann durchaus sein, dass ein Vorbringen in der ersten Instanz unkorrekt oder unvollständig übersetzt oder protokolliert wurde. Dies ist jedoch aus dem Akteninhalt des erstinstanzlichen Aktes nicht ersichtlich und kann daher in aller Regel nicht als Verfahrensmangel geltend gemacht werden.“<sup>52</sup> Diese Erwägungen haben den Verfassungsgerichtshof dazu veranlasst, durch eine Teilaufhebung des in der Asylrechtsnovelle 2003 vorgesehenen Neuerungsverbot dieses wesentlich zu entschärfen.

Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber nunmehr auch im vorliegenden Begutachtungsentwurf an der Beschränkung von Vorbringen in der zweiten Instanz festhalten will. Zunächst ist zu betonen, dass Asylwerber auf der Grundlage des angeführten VfGH-Erkenntnisses berechtigt sind, Neuerungen in zweiter Instanz vorzubringen, falls sie dazu im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens (physisch oder psychisch) nicht in der Lage waren. Die Behauptung eines Asylwerbers, zu einem bestimmten Vorbringen in erster Instanz nicht in der Lage gewesen zu sein, stellt auf ein rein subjektives Unvermögen ab, das von der Berufungsbehörde nicht widerlegbar sein wird. Das Neuerungsverbot ist damit weitgehend wirkungslos, weshalb schon allein aus pragmatischen Gründen zu der Rechtslage vor der Asylrechtsnovelle 2003 zurückgekehrt werden sollte. Davon abgesehen, ist ein Neuerungsverbot nicht nur dem

<sup>49</sup> EGMR 21.2.1990, Fall *Powell und Rayner*.

<sup>50</sup> „Offensichtlich unbegründet“ im Sinne der EMRK; die Figur der „offensichtlichen Unbegründetheit“ existiert mit variierendem Bedeutungsgehalt in verschiedenen europäischen nationalen Rechtssystemen und muss nicht das gleiche bedeuten wie „offensichtliche Unbegründetheit“ im Sinne der Konvention; vgl *Mole*, *Asylum*, 33.

<sup>51</sup> VfGH 15. Oktober 2004, G 237, 238 ua, S. 151.

<sup>52</sup> Grundlegend zu dieser Thematik: *Pöllabauer/Schumacher*, Kommunikationsprobleme und Neuerungsverbot im Asylverfahren, *Migralex* 01/2004, 20 – 28.

Verwaltungsverfahren allgemein, sondern auch dem Asylwesen im Speziellen wesensfremd und aus rechtsstaatlicher Sicht nicht zu rechtfertigen. Dies gilt auch für ein abgeschwächtes Neuerungsverbot, wie es der Begutachtungsentwurf vorsieht. amnesty international spricht sich daher entschieden gegen die neuerliche Beschlussfassung eines Neuerungsverbotes aus und empfiehlt vor dem Hintergrund der Besonderheit des Asylverfahrens neue Tatsachen und Beweise auch in zweiter Instanz zuzulassen.

§ 41 Abs. 2 sieht vor, dass über die Zulässigkeit des Vorbringens neuer Tatsachen und Beweise nicht entschieden werden muss, wenn diese für die Entscheidung des Unabhängigen Bundesasylsenates nicht maßgeblich sind. Hier liegt ein Denkfehler vor: Nicht die Berufungspartei muss die Zulässigkeit neuer Tatsachen und Beweise erreichen, sondern die Berufungsbehörde hat diese gegebenenfalls wegen unerlaubter Neuerungen als unzulässig zurückzuweisen. Es muss aber in jedem Fall eine endgültige Entscheidung über die vorgebrachten Tatsachen und Beweise getroffen werden. Würde über das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweise entsprechend dem Gesetzesentwurf nicht entschieden werden, würde letztlich offen bleiben, auf Grundlage welcher Tatsachen der UBAS seine Entscheidung getroffen hat. In diesen Fällen ist eine Überprüfung des Berufungsbescheides durch den Verwaltungsgerichtshof nicht möglich, weil dieser gem. § 41 Abs. 1 VwGG „den angefochtenen Bescheid auf Grund des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhalts im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte...zu überprüfen“ hat. Diese Bindung an den Sachverhalt besteht aber nur insoweit, als die Behörde diesen in einem von wesentlichen Mängeln freien Verfahren festgestellt hat. Nur insoweit besteht auch ein Neuerungsverbot gegenüber dem VwGH.<sup>53</sup> Bleibt offen, ob bestimmte von der Partei vorgebrachte Tatsachen nun Bestandteil der Sachverhaltsfeststellung wurden oder nicht, sind die Anforderungen des § 41 Abs. 1 VwGG nicht erfüllt.<sup>54</sup> § 41 Abs. 2 dürfte daher mit hoher Wahrscheinlichkeit gem. Art. 130 B-VG iVm § 41 VwGG verfassungswidrig sein.

## 10. ZUSTELLUNGEN

### 10.1. Zustellung von Ladungsbescheiden - § 23 Abs. 2 AsylG

Die mit AsylG 2003 eingeführte Regelung, nach welcher Ladungen im Zulassungsverfahren nur dem Asylwerber oder (!) seinem Rechtsberater in der EASSt zuzustellen sind (§ 24a Abs. 9 AsylG 2003) wird bedenklicher Weise beibehalten, mit der Maßgabe, dass nun Ladungen zumindest dem Asylwerber und (!) seinem Rechtsberater zuzustellen sind. Weiterhin bedenklich ist, dass dadurch de facto die Vertretung durch einen gewillkürten Vertreter während des Zulassungsverfahrens in inakzeptabler Weise eingeschränkt wird. Wird dem Vertreter eine Ladung nicht zugestellt, so wird ihm – insb. angesichts der raschen Verfahrensschritte – auch die Anwesenheit bei der Einvernahme und somit eine Vertretung überhaupt verunmöglicht.

Nach geltender Rechtslage "kann [der Vertreter] vom Rechtsberater über Ladungen und den Stand des Verfahrens verständigt werden, wenn der Asylwerber dies wünscht." (§ 39a Abs. 5 AsylG 2003) Auch diese Bestimmung wurde grundsätzlich beibehalten und lediglich die Kann-Bestimmung durch eine Ist-Bestimmung ersetzt ("ist [der Vertreter] vom Rechtsberater über Ladungen und den Stand des Verfahrens zu verständigen, wenn der Asylwerber dies wünscht."

Die Veränderung ist marginal und stellt diese Regelung nach wie vor eine inakzeptable Einschränkung der Rechtsvertretung im Asylverfahren dar:

- 1.) Der Zusatz "wenn der Asylwerber dies wünscht" ist insofern absurd, als die Erteilung einer Vertretungsvollmacht eben gerade den Wunsch des Asylwerbers darstellt, dass der Rechtsvertreter über Ladungen und den Stand des Verfahrens informiert wird.
- 2.) Die Erteilung einer Vertretungsvollmacht löst die Verpflichtung (!) für die Behörde aus, Ladungen, Bescheide etc. dem Vertreter zuzustellen. § 23 Abs. 2 AsylG 2005 sieht nach wie vor keine Zustellung des Bescheides durch die Behörde an den Vertreter vor.
- 3.) Die gegenständliche Regelung delegiert die Verpflichtung der Behörde (!) an den Rechtsberater in der EASSt.

<sup>53</sup> Vgl. Mayer, B-VG Kommentar<sup>3</sup> (2002) § 41VwGG II.1.

<sup>54</sup> Der VwGH könnte hier in vielen Fällen mit zulässigen Neuerungen konfrontiert werden, was zu einer zusätzlichen Belastung des Gerichtshofs führen würde.



4.) Der Bestimmung ist nicht zu entnehmen, wann der Rechtsberater die "Verständigung" des Rechtsvertreters wahrzunehmen hat.

amnesty international ist – wie schon anlässlich der Vorgängerbestimmung im AsylG 2003 - äußerst besorgt, dass die genannte Bestimmung eine Beschränkung der Parteienrechte intendieren oder diese zumindest de facto zur Folge haben.

## 10.2. Zustellung von Bescheiden - § 23 Abs. 3 AsylG

Über diese, bereits bedenkliche Bestimmung hinausgehend, soll mit der AsylG-Novelle aber eine inakzeptable Beschneidung der gewillkürten Vertretung eingeführt werden, indem auch die Zustellung "durchsetzbarer zurück- oder abweisender Entscheidungen" trotz Bestehen einer Vertretungsvollmacht nur (!) an den volljährigen Asylwerber selbst vorzunehmen sind. Dem Vertreter ist lediglich "eine Durchschrift des zugestellten Schriftstücks schnellst möglich zukommen zu lassen" (§ 23 Abs. 3). Die Rechtswirkungen (insb. Ende des faktischen Abschiebeschutzes) treten aber bereits mit Zustellung an den Asylwerber ein. Ausnahmen gelten lediglich für minderjährige Asylwerber und Asylwerber, die ein Aufenthaltsrecht aufgrund eines anderen Bundesgesetzes haben. Ersteres ist selbstverständlich, letzteres zeigt, dass der Eintritt der Rechtswirkungen (Durchsetzbarkeit des Bescheides durch Schubhaft und Abschiebung) vor Einschreiten des Rechtsvertreters intendiert ist.

Gleichzeitig sieht das Asylgesetz in den §§ 36 ff. einen weitgehenden Ausschluss der aufschiebenden Wirkung vor und verabsäumt darüber hinaus, einen faktischen Rechtsschutz zwischen Zustellung der erstinstanzlichen Entscheidung und einem allfälligen Antrag auf aufschiebende Wirkung vorzusehen. Ein solcher faktischer Abschiebeschutz besteht erst dann (wieder), wenn ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gestellt wurde (d. h. bei der Behörde eingelangt ist; § 37 Abs. 3).

Diese Rechtsschutzlücke ergibt sich aus § 23 Abs. 3 iVm. § 37 Abs. 1 und § 38 Abs. 1 des Entwurfs. Wird dem Asylwerber eine Zurückweisung wegen Drittstaatssicherheit (§ 4 des Entwurfs) oder Zuständigkeit eines anderen Staates (§ 5 des Entwurfs) zugestellt, ist die damit verbundene Ausweisung gem. § 10 Abs. 1 Z. 1 mangels aufschiebender Wirkung ab Zustellung sofort durchsetzbar („effektuiert“). Ebenso ist eine Abweisung, verbunden mit Ausweisung gem. § 10 Abs. 1 Z. 2 des Entwurfs, welcher gem. § 38 Abs. 1 des Entwurfs die aufschiebende Wirkung aberkannt wurde, nach Zustellung sofort durchsetzbar. Ab Zustellung an den Asylwerber kann jedoch Berufung gegen die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung erhoben bzw. kann ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gem. § 37 Abs. 1 gestellt werden; erst damit wird ein „Durchsetzungsaufschub“ ausgelöst. Da dem gewillkürten Vertreter lediglich eine „Durchschrift des zugestellten Schriftstücks schnellst möglich zukommen zu lassen ist“, wird wohl eine Rechtsschutzlücke von zumindest einigen Tagen entstehen, bevor ein rechtskundiger gewillkürter Vertreter die Berufung gegen die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung erheben bzw. einen Antrag gem. § 37 Abs. 1 des Entwurfs stellen kann. Einem sprach- und rechtsunkundigen Asylwerber selbst wird dies wohl nicht möglich sein. Dennoch kann die durchsetzbare zurück- oder abweisende Entscheidung bereits vor Kenntnis seines Rechtsanwaltes effektuiert sein.

§ 23 Abs. 3 AsylG 2005 stellt damit eine völlige Aushöhlung des Rechtsschutzes dar. Die Folge der Zustellung dieser Bescheide ist nicht "nur" die Verhängung der Schubhaft (§ 79ff FPG), sondern die Abschiebung. Eben diese (voreilige) Vollstreckung des erstinstanzlichen Bescheides (siehe Fehlerquote dieser Instanz von 67 % im Jahr 2004!!!) kann vom Asylwerber - wenn überhaupt - nur dann verhindert werden, wenn es ihm gelingt, rechtzeitig einen Antrag auf aufschiebende Wirkung zu stellen. Dies wird den in aller Regel rechtsunkundigen Asylwerbern nur mit Hilfe eines Rechtsvertreters möglich sein.

Diese Abweichungen vom AVG sind nicht iSd. Art. 11 Abs. 2 B-VG „zur Regelung des Gegenstandes erforderlich“. Die Inanspruchnahme der Bedarfskompetenz des Bundes zur Regelung des Verfahrensverfahrens bewirkt, dass abweichende Regelungen in Materiegesetzen nur zulässig sind, wenn dies durch 'besondere Umstände' erforderlich (VfSlg 8583, 13.831, 13.838, 14.381, 15.218, 15.529, 15.369) oder 'unerlässlich' ist (VfSlg 11.564, 14.153, 15.351).

§ 23 Abs. 3 AsylG bewirkt eine Abweichung von § 10 AVG, in welchem die Möglichkeit von Verfahrensparteien vorgesehen wird, sich durch eigenberechtigte natürliche Personen vertreten zu

lassen, wobei sich Inhalt und Umfang der Vertretungsbefugnis nach den Bestimmungen der Vollmacht richten. Eine allgemeine Vertretungsvollmacht schließt die Zustellbevollmächtigung im allgemeinen ein (vgl. VwSlgNF 2027A, 5222 A, 9598 A, 11.112 A). Hat jemand eine im Inland wohnende Person gegenüber der Behörde zum Empfang von Schriftstücken bevollmächtigt, so hat die Behörde diese Person als Empfänger zu bezeichnen (§ 9 Abs. 1 ZustellG). Ist daher ein Zustellbevollmächtigter bestellt, so kann eine Zustellung wirksam nur an diesen erfolgen; eine Zustellung an den Vertretenen ist unwirksam (VsSlgNF 3949A – verst Sen; 10.327 A – verst Sen; VwGH 30.03.1993, ZI 92/11/0236). Des Weiteren bewirkt die Zustellregelung eine Abweichung von § 21 AVG, wonach Zustellungen im Verwaltungsverfahren nach dem Zustellgesetz vorzunehmen sind.

Nach den EB zu § 23 Abs. 3 des Entwurfs ist der Zweck der ausschließlichen Zustellung an den Asylwerber persönlich (nicht jedoch an dessen gewillkürten Vertreter) durchsetzbare zurück- oder abweisende Entscheidungen „so schnell wie möglich effektuieren“ können. Dies kann jedoch wohl nicht bedeuten, die Erforderlichkeit der Bestimmung ergebe sich aus dem Zweck, Asylwerber bereits vor Erhebung einer allfälligen Berufung bzw. Antragstellung gem. § 37 Abs. 4 des Entwurfs abzuschieben und somit den Rechtsschutz auszuhebeln. In diesem Kontext ist auch die Regelung zu sehen, nach welcher die Zustellung von durchsetzbaren Bescheiden durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu erfolgen hat (§ 23 Abs. 4).

Der Begründung, die Bestimmung des § 23 Abs. 3 sei zur Verhinderung allfälligen "Untertauchens" erforderlich, ist entgegenzuhalten, dass hierfür die bisherigen Bestimmungen (§ 61 Abs. 3 FrG) hinreichend wären. Die Intention der genannten Zustellungsregelung kann - in Verbindung mit §§ 36 ff. und dem fehlenden faktischen Abschiebeschutz - nur so verstanden werden, dass die rechtliche Uninformiertheit von Asylwerbern ausgenutzt wird und die Fremdenpolizei die Abschiebung vollziehen können soll, bevor ein Rechtsvertreter überhaupt einschreiten kann. Während die durch § 61 Abs. 3 FrG idGF angeordnete Zustellung an den Fremden insofern "korrigierbar" ist, als die einer Abschiebung notwendig zugrunde liegende Ausweisung weiterhin dem Rechtsvertreter zuzustellen ist, schafft § 23 Abs. 3 AsylG 2005 nicht korrigierbare, vollendete Tatsachen und ermöglicht die Abschiebung unter Ausschaltung des Rechtsvertreters.

Laut § 10 Abs. 1 u. 2 AVG können sich Beteiligte vertreten lassen und richten sich Inhalt und Umfang der Vertretungsbefugnis nach den Bestimmungen der Vollmacht. Die Regelung des § 23 Abs. 3 stellt eine unzulässige Abweichung vom AVG/ Zustellgesetz dar und steht daher in Widerspruch zu Art 11 Abs. 2 B-VG. Die Zustellungsregelung beeinträchtigt darüber hinaus den durch Art. 13 EMRK geforderten effektiven Rechtsschutz. Zur aufschiebenden Wirkung siehe ausführlich unter I.8. (Aufschiebende Wirkung - §§ 36 ff. AsylG).

Auch die Wiener Rechtsanwaltskammer kritisierte die geplante Bestimmung in einer Presseaussendung vom 28.02.2005 massiv als "Angriff auf das Beratungsrecht durch Rechtsanwälte" und verwies auf das in einem demokratischen Rechtsstaat "unantastbare Recht auf gesicherte und vertrauliche Beratung und Vertretung durch Rechtsanwälte." Von Verfassungsrechtler Prof. DDr. Heinz Mayer wurde diese Regelung als "krass verfassungswidrig" bezeichnet. (Der Standard vom 08.03.2005, S. 8) Verfassungsrechtler Prof. Dr. Bernd-Christian Funk bezeichnete die Regelung als Durchbrechung des Grundsatzes der Vertretungsfreiheit. (Der Standard vom 08.03.2005, S. 8)

### **10.3. Zustellungen im Ausland - § 15 Abs. 4 iVm § 15 Abs. 2, § 12 Abs. 1 Z. 4, § 24 AsylG**

Die Zustellung von Bescheiden im Ausland ist unsystematisch, in praktischer Hinsicht geradezu absurd und darüber hinaus in Verbindung mit § 24 (Einstellung) problematisch in Hinblick auf Art. 18 B-VG (Sachlichkeitsgebot) geregelt.

In § 15 Abs. 4 ordnet der Gesetzgeber an, dass Berufungsentscheidungen in Asylsachen (sowohl hinsichtlich zurück- als auch abweisende Bescheide erster Instanz) "an der letzten vom Asylwerber der Behörde bekannt gegebenen Zustelladresse zuzustellen ist". Dies gilt nur in Verfahren, in welchen der Berufung keine aufschiebende Wirkung erteilt wurde, da der Asylwerber hier trotz laufenden Verfahrens bereits abgeschoben wurde. Des Weiteren ordnet § 15 Abs. 4 an, bei Zustelladresse im Ausland gelte "die Zustellung mit dem Eintreffen der Entscheidung an dieser Adresse als bewirkt."

§ 12 Abs. 1 Z. 4 macht die Bekanntgabe von Aufenthaltsort und Anschrift zu einem Teil der sog. "Mitwirkungspflichten". Danach haben Asylwerber die Verpflichtung, am Verfahren mitzuwirken

und dabei insbesondere "der Behörde, auch nachdem sie Österreich, aus welchem Grund auch immer (!), verlassen haben, ihren Aufenthaltsort und ihre Anschrift so rasch wie möglich, jedenfalls längstens binnen drei Tagen (!), zu melden", d. h. selbst nachdem sie aus Österreich abgeschoben wurden!

§ 15 Abs. 2 (eigentlich die Bestimmung über Wiedereinreise) hält die Notwendigkeit einer diesbezüglichen Belehrung darüber fest, "dass [der Asylwerber] sich für Zustellungen in Verfahren eines Zustellbevollmächtigten bedienen" können. Dies steht jedoch in eklatantem Widerspruch zu § 23 Abs. 3 desselben Gesetzes, in dem angeordnet ist, dass trotz Zustellbevollmächtigtem nur (!) dem Asylwerber selbst zuzustellen ist. Die diesbezügliche Belehrung führt daher den Asylwerber in die Irre. Nach § 15 Abs. 2 sollen Asylwerber darüber belehrt werden, "dass sie der Behörde auch vom Ausland aus ihren Aufenthaltsort und ihre Anschrift bekannt zu geben und Änderungen so rasch wie möglich, jedenfalls binnen drei Tagen, zu melden haben." Wann und von wem der Asylwerber hierüber zu belehren ist, findet sich in § 15 Abs. 2 allerdings nicht. Nur "soweit möglich" (!), ist dem Asylwerber hierüber ein schriftliches Informationsblatt in einer ihnen verständlichen Sprache auszufolgen.

Die genannten Regelungen sind praktisch nicht umsetzbar, rechtlich problematisch und mit unsachlicher Ungleichbehandlung behaftet.

Es erscheint bereits absurd, Mitwirkungspflichten am Verfahren - mit den genannten weitreichenden Folgen - festzuschreiben, nachdem Österreich den Betreffenden abgeschoben hat. (Siehe dazu I.10.3. (Zustellungen im Ausland - § 15 (4) iVm § 15 (2), § 12 (1) Z. 4, § 24).

Belehrungen, "etwa in Form einer Niederschrift" (EB zu § 12 Abs. 4) sowie in Form von schriftlichen Informationsblättern ("soweit möglich", § 12 Abs. 4, § 15 Abs. 2) haben sich in der Praxis - insb. aufgrund ihrer am Gesetzestext orientierten Formulierung - als untauglich erwiesen. (siehe Wahrnehmungsbericht des Forum Asyl, Dezember 2004) Zur Untauglichkeit schriftlicher Informationsblätter siehe unter I.4.1. (Mitwirkungspflichten - § 12 AsylG).

Zu § 15 Abs. 4 fällt auf, dass nur die "Entscheidung über die Berufung" an der letzten vom Asylwerber bekannt gegebenen Zustelladresse zuzustellen ist. Unter Berücksichtigung des Hintergrundes, nämlich der Abschiebung vor Entscheidung im Berufungsverfahren, ist zwar noch nachvollziehbar, warum dies für erstinstanzliche Verfahren nicht angeordnet wird. In keiner Weise nachvollziehbar ist dagegen, dass nicht auch Beschlüsse über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung (vom Bundesasylamt gemäß § 37 Abs. 1 bzw. vom UBAS gemäß § 38 Abs. 3) erfasst sind. Dies hat die äußerst bedenkliche Folge, dass zwar zum einen die Zustellung nur an den Asylwerber persönlich - und nicht an seinen Vertreter - zu erfolgen hat (§ 23 Abs. 3), zum anderen aber eine Zustellungsregel betreffend nachträglicher Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung an den bereits abgeschobenen Asylwerber völlig fehlt.

Enorme Rechtsunsicherheit birgt weiters der Passus, wonach die Zustellung im Ausland "mit Eintreffen der Entscheidung" an der letzten der Behörde bekannt gegebenen Adresse als "bewirkt gilt" (§ 15 Abs. 4). Da auf das "tatsächliche Eintreffen" abgestellt wird, bleibt die Frage der bewirkten oder nicht bewirkten Zustellung völlig im Unklaren. Es wird in aller Regel niemals festgestellt werden können, ob und noch weniger, wann ein Schriftstück zugestellt wurde. Damit ist auch unklar, wie die Rechtsmittelfrist berechnet werden soll, zumal ja nicht die Übermittlung einer "Durchschrift" an den Rechtsvertreter, sondern die Zustellung an den Asylwerber persönlich maßgeblich ist.

Besonders bedenklich ist der Unterschied der Rechtsfolgen je nachdem, ob anknüpfend an die Mitwirkungspflichten eine Einstellung in erster oder zweiter Instanz erfolgt. Siehe dazu sogleich unter I.11. (Einstellung des Verfahrens - § 24).

## 11. EINSTELLUNG DES VERFAHRENS

### 11.1. Tatbestände der Einstellung - § 24 Abs. 1 AsylG

§ 24 AsylG 2005 soll künftig die Einstellung des Verfahrens mit dem Begriff "sich dem Verfahren entziehen" - und damit mit den in § 12 eingeführten Mitwirkungspflichten - verknüpfen. Asylwerber "entziehen" sich gemäß § 24 Abs. 1 dem Verfahren, wenn "der Behörde ihr Aufenthaltsort wegen

Verletzung der Mitwirkungspflichten (§ 12) weder bekannt noch sonst durch die Behörde leicht feststellbar ist."

Zu den Mitwirkungspflichten siehe oben zu I.4.1. (Mitwirkungspflichten - § 12 AsylG).

Die umfassende und teilweise wenig bestimmte Formulierung der Mitwirkungspflichten macht die Einstellungs-Bestimmung ebenso problematisch wie die unterschiedlichen Rechtsfolgen je nach Verfahrensstand.

### **11.2. Rechtsfolgen - § 24 Abs. 2 AsylG**

Gemäß § 24 Abs. 2 ist das Asylverfahren in erster Instanz einzustellen, wenn eine "Entscheidung ohne eine allenfalls weitere Einvernahme [...] nicht erfolgen kann."

In der Berufungsinstanz hingegen "gelten [Berufungen] als zurückgezogen (§ 24 Abs. 3) mit der Rechtsfolge, dass das Berufungsverfahren als rechtskräftig (negativ) einzustellen ist." Diese Rechtsfolge kann der Betroffene nur dann und nur dadurch abwenden, dass er binnen vierzehn Tagen ein "unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis" glaubhaft macht, "an dem [ihn] kein Verschulden oder nur minderer Grad des Versehens trifft", weswegen er verhindert war, seinen Aufenthaltsort bekannt zu geben (§ 24 Abs. 4).

Die offenbar zur Abschwächung der massiven rechtlichen Konsequenzen intendierte Ausnahme eines "unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses ohne Verschulden oder nur aufgrund eines minderen Grades des Versehens" (sofern binnen 14 Tagen geltend gemacht), kann angesichts der damit verbundenen rechtlichen Überforderung eines Asylwerbers im Ausland nur als zynisch bewertet werden; umso mehr, als hierüber nicht einmal eine Belehrungspflicht verankert wird. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass das Instrument der Wiedereinsetzung dem Asylwerber auch ohne gesonderte Bestimmung des AsylG, schon aufgrund AVG zur Verfügung steht, sodass es sich tatsächlich nicht um einen "Ausgleich" für die massiven Rechtsfolgen des § 24 handelt.

Zur Problematik der Zustellungen im Ausland siehe I.10.3. (Zustellungen im Ausland - § 15 Abs. 4 iVm § 15 Abs.2, § 12 Abs. 1 Z.4., § 24).

Besonders bedenklich ist die Diskrepanz der Rechtsfolgen je nach Verfahrensstand. Eine Fortsetzung des Verfahrens ist nur in erster Instanz möglich, in zweiter Instanz ist diese nicht möglich.

Während in erster Instanz gemäß § 24 Abs. 3 das Verfahren dann nicht einzustellen, sondern zu entscheiden ist, wenn eine solche "ohne eine allenfalls weitere Einvernahme" des Asylwerbers erfolgen kann, ist im Berufungsverfahren ausnahmslos einzustellen - mit der Rechtsfolge eines rechtskräftig negativen Verfahrens, die nur bei Vorliegen und rechtzeitiger Geltendmachung von Wiedereinsetzungsgründen durchbrochen werden kann. Beim Vergleich der Rechtsfolgen kommt zusätzlich zum Tragen, dass der Umstand des "Sich-dem-Verfahren-Entziehens" sogar aus der Abschiebung abgeleitet werden kann (§ 12 Abs. 1 Z. 4 - "aus welchem Grund auch immer Österreich verlassen").

Es ist keine sachliche Begründung ersichtlich, weshalb der UBAS nicht - wie das BAA - inhaltlich entscheiden sollte, wenn dies ohne weitere Einvernahme des Asylwerbers möglich ist. Des Weiteren ist keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich, warum Verfahren vor dem UBAS nicht wie vor dem BAA - zumindest - binnen drei Jahren fortgesetzt werden können, "sobald die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts möglich ist." Mangels Anhaltspunkten für den Hintergrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen drängt sich geradezu der Verdacht auf, dass dem UBAS Verfahren betreffend die tatsächliche Sicherheit von Asylwerbern in Dublin-Staaten endgültig entzogen werden soll.

Die Bestimmung ist daher in Hinblick auf das Sachlichkeitsverbot des Art. 18 B-VG bedenklich.

Besonders problematisch ist die Regelung der Einstellung in jenen Fällen, in welchen aufgrund der Dublin-Verordnung eine Rücküberstellung nach Österreich erfolgt und Österreich damit unmissverständlich seine Zuständigkeit zur Durchführung des Asylverfahrens zum Ausdruck bringt. Wurde jedoch das Verfahren zwischenzeitlich infolge § 24 eingestellt und infolgedessen rechtskräftig (negativ) abgeschlossen, so steht dem Asylwerber unweigerlich die Abschiebung ins Heimatland bevor. Dies widerspricht dem der Dublin-Verordnung zugrunde liegenden Prinzip, wonach zumindest ein EU-Mitgliedstaat zur - inhaltlichen ! - Prüfung des Schutzgesuches



zuständig ist und auch eine Überprüfungsinstanz zum Mindeststandard eines fairen Verfahrens gehört. Die Bedeutung der Berufungsinstanz für eine rechtlich richtige Entscheidung wird aus dem Faktum offenkundig, dass die Fehlerquote der ersten Instanz im Zeitraum zwischen 1. Jänner und 31. Oktober 2004 67 % betrug (Aufhebungsquote des UBAS)!

UNHCR hat Bedenken in Bezug auf eine ähnliche Bestimmung im griechischen Asylverfahren (Präsidentserlass No. 61/1999) geäußert, in welcher ein reales Risiko von Refoulementverletzungen zu sehen sei. Zur Einstellung von Asylverfahren hielt der UNHCR fest:

*"In UNHCR's opinion, the asylum applicant should not be penalized for not knowing about arrangements on the determination of responsibilities for asylum claims. Explicit or implicit withdrawal, the latter for example through disappearance, while leading to the discontinuation of the procedure and the closing of the file (rather than a rejection), should always permit for reopening upon return. Claims that have been 'interrupted' should therefore be reopened in all cases following return. Where a decision denying asylum following an examination on the merits was issued following departure, the applicant should equally be given the opportunity to appeal the decision if s(he can show valid reasons for review of the claim. In any case, an effective opportunity should be given to contest deportation on the basis of a possible violation of the non-refoulement principle." (UNHCR, Note on access to the asylum procedure of asylum seekers returned to Greece, November 2004)*

Potentiell verfassungswidrig ist die Bestimmung dort, wo Abschiebungshindernisse von der ersten Instanz nicht EMRK-konform berücksichtigt wurden und diese nunmehr nicht mehr geltend gemacht werden können, weil in diesem Verfahrensstand keine Fortführung des Verfahrens mehr möglich ist. Es steht kein wirksames Rechtsmittel iSd. Art. 13 EMRK zur Verfügung.

Nicht zu Ende gedacht erscheint auch die Bestimmung des § 24 Abs. 3, wonach die Einstellung durch den UBAS "mit Bescheid festzustellen" ist. Da auch hier die Zustellregelung des § 23 Abs. 3 im Sinne "nur persönliche Zustellung" an den Asylwerber gilt, stellt sich die Frage, wie hier - trotz offenbar nicht vorhandener Zustelladresse im Ausland - die Zustellung erfolgen soll (an die "letzte bekannte Adresse im Ausland"?, "gilt mit Eintreffen als bewirkt"?). Nicht zuletzt an dieser Fallkonstellation wird deutlich, dass der Zustellung an den Rechtsvertreter nicht nur aus Gründen des Rechtsschutzgedanken, sondern auch aus Gründen der Praktikabilität der Vorzug zu geben wäre.

## 12. ANHALTUNG & SCHUBHAFT BEI ASYLWERBERN

### 12.1. Schubhaft - § 79 FPG

Die Schubhaft kann gemäß § 79 Abs. 2 in folgenden Fällen über Asylwerber verhängt werden:

Z. 1. *wenn eine durchsetzbare - wenn auch nicht rechtskräftige - Ausweisung verhängt wurde:*

Nach § 10 AsylG ist jede zurückweisende, abweisende oder aberkennende Entscheidung einer Asylbehörde mit einer Ausweisung zu verbinden. Da die aufschiebende Wirkung durch §§ 36 ff AsylG im Dublin- und Drittstaatsverfahren generell ausgeschlossen ist und auch in inhaltlichen Verfahren aberkannt werden kann, liegt in einem erheblichen Teil der Asylverfahren mit Entscheidung des Bundesasylamtes (Erstaufnahmestelle oder Außenstelle) eine durchsetzbare Entscheidung - und damit ein die Schubhaft rechtfertigender Tatbestand vor.

Z. 2. *wenn ein Ausweisungsverfahren nach den Bestimmungen des Asylgesetzes eingeleitet wurde:*

a) Dieser Tatbestand überschneidet sich mit Z. 1., da mit jeder erstinstanzlich negativen Entscheidung eine Ausweisung zu verbinden ist.

b) Darüber hinaus werden die Fälle der "vorzeitigen Einleitung eines Ausweisungsverfahrens" gemäß § 27 AsylG erfasst. Nach dieser Bestimmung ist ein Ausweisungsverfahren "vorzeitig" (d. h. vor Bescheiderlassung) einzuleiten, wenn die "vorliegenden Ermittlungen die Annahme rechtfertigen, dass der Asylantrag zurück- oder abgewiesen" werde und ein besonderes öffentliches Interesse an der beschleunigten Durchsetzung besteht (siehe dazu I.7.3. (Vorzeitige Einleitung des Ausweisungsverfahrens - § 27 AsylG)). Besonders bedenklich ist, dass in diesen Fällen das Ausweisungsverfahren lediglich mit Aktenvermerk eingeleitet wird, der dem Betroffenen

weder zugestellt noch sonst zur Kenntnis gebracht wird und gegen welchen kein Rechtsmittel zur Verfügung steht.

c) Darüber hinaus erfährt die Anwendung der Schubhaft eine massive Erweiterung, indem eine Bekanntgabe nach § 29 Abs. 3 Z. 4 und Z. 5 AsylG bereits als Einleitung eines Ausweisungsverfahrens gilt (§ 27 Abs. 1). (Zu § 29 Abs. 3 siehe I.4.8. - Zulassungsverfahren - §§ 28, 29 AsylG) Somit reicht bereits die, lediglich in Form einer nicht bekämpfbaren Verfahrensordnung abgegebene Mitteilung (ev. sogar durch Sicherheitsorgane nach Befragung, die nicht über die näheren Fluchtgründe erfolgen darf) zur Verhängung der Schubhaft aus, dies außerdem noch bevor (!) der Asylwerber mit einem Rechtsberater Kontakt hatte und bevor eine Einvernahme zur Wahrung des Parteigehörs stattgefunden hat (Verweisung auf Rechtsberater erst nach Mitteilung gemäß § 29 Abs. 3, siehe § 29 Abs. 4).

*Z. 3. wenn gegen ihn vor Stellung des Asylantrags eine durchsetzbare Ausweisung (§ 56 oder 57) oder ein durchsetzbares Aufenthaltsverbot (§ 63) verhängt worden ist.*

*Z. 4. wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass der Antrag des Fremden mangels Zuständigkeit zur Prüfung zurückgewiesen wird:*

Wegen der Überschneidung dieses Tatbestands mit Z. 1 und Z. 2 (Prognose der Unzuständigkeit Österreichs im Asylverfahren) legt die gesonderte Normierung die Befürchtung nahe, dass bereits die Grenzpolizei diese Einschätzung treffen und unmittelbar nach Einreise eines Flüchtlings die Schubhaft verhängt werden wird. (Siehe dazu auch Ausführungen zu II.8.5. (Festnahme § 40))

Nach Abs. 1 lit. f EMRK ist Freiheitsentziehung nur dann EMRK-konform, wenn der betroffene Ausländer unberechtigt eingereist ist und daher entfernt werden soll, wenn er rechtmäßig festgenommen worden oder in Haft gehalten wird, um ihn daran zu hindern, unberechtigt in das Staatsgebiet einzudringen, oder weil gegen ihn ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren läuft. Neben dem Vorliegen einer dieser Tatbestände muss eine regelmäßige Überprüfung stattfinden, um zu gewährleisten, dass die Haft noch immer unter allen Umständen verhältnismäßig ist, und dass die von Art 5 Abs. 1 EMRK geforderten Umstände alle vorliegen.<sup>55</sup>

Eine routinemäßige Anhaltung aller Asylwerber nach ihrer Ankunft verstößt daher gegen Art 5 EMRK.<sup>56</sup> Die Absicht von Asylwerbern ist nicht, illegal einzureisen und illegalen Aufenthalt zu nehmen, sondern einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen. Diesen können sie jedoch in aller Regel erst im Staatsgebiet des Aufnahmestaates stellen. Daher schließt auch Art 31 GFK eine Bestrafung von Flüchtlingen wegen illegaler Einreise oder illegalem Aufenthalt aus.

Auch wenn zuvor allenfalls eine Ausweisungsentscheidung gefällt oder die Einreise verweigert wurde, würde während eines nachfolgenden Asylverfahrens aufrechterhaltene Freiheitsentziehung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen, wenn keine spezifische Rechtfertigung wie das tatsächliche Risiko des Untertauchens oder eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliegt,<sup>57</sup> d. h. wenn die Freiheitsentziehung nicht notwendig ist, um die Außerlanderschaffung zu sichern.<sup>58</sup>

Art 5 iVm Art 14 EMRK verbietet jedenfalls die selektive Inhaftierung bestimmter Gruppen von Asylwerbern nach Rasse, Religion oder Herkunftsstaat/-region. Auch die Inhaftierung von Asylwerbern als abschreckende Maßnahme, um andere potenzielle Asylwerber zu entmutigen, ist kein zulässiger Zweck einer Freiheitsentziehung iSd. Art 5 EMRK. Die Festnahme und Freiheitsentziehung eines Fremden darf ausschließlich einem der in Art 5 Abs. 1 lit. f EMRK genau umschriebenen Zwecke dienen, d. h. um ihn an der Einreise zu hindern, bzw. um ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren zu sichern.<sup>59</sup> Daraus ergibt sich umgekehrt, dass eine Ausschaffungs- oder Auslieferungshaft nicht mehr zulässig ist, sobald feststeht, dass die Wegweisung des Betroffenen nicht möglich ist.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Vgl. *Gomien/Harris/Zwaak*, Law and Practice of the ECHR, 142; vgl. auch *Barreto*, 2nd colloquy on the ECHR, 65 (67f).

<sup>56</sup> In diesem Sinne auch *Blake*, 2nd colloquy on the ECHR, 78 (84f).

<sup>57</sup> *Blake*, 2nd colloquy on the ECHR, 78 (85).

<sup>58</sup> *Kopetzki*, Das Recht auf persönliche Freiheit. PersFrG; Art 5 EMRK in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich III (1997) 261 (340ff), *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen, 124ff.

<sup>59</sup> Vgl. EGMR 15.11.1996, Fall *Chahal*, Z 129-132; vgl. *Kopetzki*, Das Recht auf persönliche Freiheit. PersFrG; Art 5 EMRK in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich III (1997) 261 (340ff).

<sup>60</sup> *Trechsel*, Zwangsmaßnahmen im Ausländerrecht, AJPII 1994, 43 (48).

Eine zulässige Freiheitsentziehung setzt daher voraus, dass gegen den Betroffenen ein Ausweisungsverfahren schwebt, das heißt dieses formell eröffnet ist und sich die Behörden aktiv bemühen, die Ausweisung zu vollziehen.<sup>61</sup> Dabei verlangt der in Art 5 EMRK inhärente Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass die Rechtmäßigkeit der Haft entfällt, wenn das Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren nicht mit der gebotenen Beschleunigung durchgeführt wird.<sup>62</sup> Im Fall Quinn beispielsweise befand der Gerichtshof eine Verletzung des Art 5 EMRK wegen der zwei Jahre währenden Dauer der Auslieferungshaft.<sup>63</sup> Auch im jüngst entschiedenen Fall Singh gegen Tschechien (Beschwerde Nr. 60538) entschied der EGMR, dass die fortgesetzte Schubhaft trotz Unwilligkeit der Behörden des Herkunftsstaates, Heimreisedokumente auszustellen, nach zweieinhalb Jahren unverhältnismäßig sei. Die Fälle *Quinn* und *Singh* legen dabei nahe, dass nach (spätestens) zwei Jahren Schubhaft ohne Aussicht auf die faktische Möglichkeit der Außerlanderschaffung jedenfalls die Freiheitsentziehung in Schubhaft unverhältnismäßig ist.

Liegt eine positive Entscheidung vor, wonach der Betroffene aufgrund eines Refoulement-Verbotes oder wegen Asylgewährung nicht abschiebbar ist oder wenn sich herausstellt, dass eine Abschiebung faktisch unmöglich ist, wird eine weitere Ausweisungshaft jedenfalls unzulässig, da die Basis - Sicherung der Ausweisung - weggefallen ist.<sup>64</sup>

Darüber hinaus müssen auch die spezifischen Garantien des Art 5 Abs. 2 und 4 EMRK eingehalten werden, d. h. die festgenommene Person muss in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe der Festnahme informiert werden und hat Anspruch auf ehest mögliche Haftprüfung durch ein Tribunal.<sup>65</sup>

§ 79 FPG erscheint im Hinblick auf Art. 5 EMRK insbesondere dort nicht verfassungskonform, wo als Haftgrund die Asylantragsstellung (Abs. 2 Z 2) oder allein das Vorliegen eines Zuständigkeitsverfahrens zwischen zwei „Dublin-Staaten“ statuiert wird (Abs. 2 Z 4). Auch bezüglich Abs. 2 Z 1 und 3 erfüllt der Entwurf nicht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art 5 EMRK.

Die EB ziehen in skandalöser Weise eine Parallele mit einem gerichtlichen Haftbefehl und setzen damit die Stellung eines Asylantrags de facto mit einem strafrechtlichen Delikt gleich: "Die in Abs. 3 und 4 getroffenen Regelungen stellen zwei Parallelen zum gerichtlichen Haftbefehl dar. So wie beim richterlichen Haftbefehl, aber auch wie bei dem Beschluss auf Verhängung der Untersuchungshaft soll es bei der Erlassung des Schubhaftbescheides zunächst zu keinem weitwendigen (!) Verfahren kommen." Bei der Stellung eines Asylantrags handelt es sich um ein völkerrechtlich garantiertes Recht auf Schutz (GFK, Art. 14 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Grundrechtscharta) und stellt die Einreise unter Umgehung der Grenzkontrolle kein strafrechtliches Delikt dar, welches die Parallele zur Verhängung der Untersuchungshaft rechtfertigen würde. Mit dieser Formulierung der EB leistet der Gesetzgeber einem fremdenfeindlichen Klima Vorschub.

Gemäß § 79 Abs. 3 FPG wird der Bescheid gemäß § 57 AVG als Mandatsbescheid erlassen und dem Fremden persönlich zugestellt, während die Zustellung einer weiteren Ausfertigung an den Zustellungsbevollmächtigten lediglich anschließend "unverzüglich zu veranlassen" ist. Wenngleich diese Form der Zustellung bereits in § 61 Abs. 3 FrG vorgesehen war, erhält sie nunmehr durch die parallel im Asylgesetz getroffene Zustellungsregelung (§ 23 AsylG), den weitreichenden Ausschluss der aufschiebenden Wirkung und den fehlenden faktischen Abschiebeschutz zwischen Bescheidzustellung (an den Asylwerber) und einem Antrag auf aufschiebende Wirkung eine neue Dimension. Hinzu kommt die Bestimmung, wonach der Zugang zum Rechtsberater erst nach der (vorläufigen) Mitteilung über die beabsichtigte Zurück- oder Abweisung und damit erst nach dem die Schubhaft auslösenden Sachverhalt besteht und die Gestaltung der Verträge der Schubhaftbetreuungsorganisationen, welche das Verfassen von Rechtsmitteln für Asylwerber (einschlägig hier insb. Anträge auf aufschiebende Wirkung) explizit ausschließt und selbst das Vermitteln von Rechtsbeiständen nicht als Aufgabe der Betreuungsorganisationen anführt.

<sup>61</sup> *Wiederin*, Voraussetzungen der Schubhaft, ZUV 1/1996, 13.

<sup>62</sup> *Kälin/Caroni*, Die Bedeutung der EMRK, 38; *Trechsel*, Zwangsmaßnahmen im Ausländerrecht, AJP 1994, 43 (53); *Frowein/Peukert*, EMRK, 118; so auch EKMR 6.10.1976, Fall *Lynas*, und 3.3.1978, Fall *Caprino*; der EGMR folgte dieser Rechtsansicht: 24.9.1992, Fall *Kolompar*, sowie 22.3.1995, Fall *Quinn*; vgl auch EGMR 15.11.1996, Fall *Chahal*, Z 112f.

<sup>63</sup> EGMR 22.3.1995, Fall *Quinn*.

<sup>64</sup> *Wiederin*, Voraussetzungen der Schubhaft, ZUV 1/1996, 13 (18).

<sup>65</sup> Vgl *Kälin/Caroni*, Die Bedeutung der EMRK, 37.

Die Zusammenschau der genannten Bestimmungen im Asylgesetz und des Fremdenpolizeigesetzes kann nur als völlige Demontage des Rechtsschutzes von Asylwerbern und als Verletzung des Gebots eines wirksamen Rechtsmittels (Art. 3 und 5 MRK in Verbindung mit Art. 13 MRK) qualifiziert werden.

## **12.2. Zulässige Schubhaftdauer - § 83 FPG**

§ 83 des FPG-Entwurfes, wonach Asylwerber künftig zeitlich unbegrenzt angehalten werden können, erscheint im Hinblick auf die von Art 5 EMRK geforderte Raschheit des Verfahrens nicht gerechtfertigt und unverhältnismäßig. Wenn etwa feststeht, dass die Abschiebung nicht durchgeführt werden kann, weil in vertretbarer Zeit kein Heimreisezertifikat erlangt werden kann (§ 83 Abs. 4 Z 2 FPG-Entwurf) oder die Behörde nicht in vertretbarer Zeit die Identität des Schutzsuchenden feststellen kann (§ 83 Abs. 4 Z 1 FPG-Entwurf), so hat die Enthaftung zu erfolgen, da der Haftzweck des Art 5 Abs. 1 lit. f EMRK weggefallen ist und insbesondere die Haftgründe oftmals außerhalb des Einflussbereichs des Asylwerbers liegen.

Die Verankerung einer Schubhaftbestimmung ohne jegliche Beschränkung ihrer höchstzulässigen Dauer steht in eklatantem Widerspruch zum Schutz der persönlichen Freiheit.

## **13. UBAS-LEITENTSCHEIDUNGEN - §§ 43, 60 ASYLG**

amnesty international begrüßt die Einführung von Leitentscheidungen und verspricht sich davon neben einer einheitlichen Rechtssprechung die Steigerung der Effizienz von Asylverfahren. So könnte etwa bei größeren Fluchtbewegungen die Verfolgung bestimmter Gruppen außer Streit gestellt werden und damit zahlreiche gleich gelagerte Anträge zügig behandelt werden, was zu einer Entlastung der Asylbehörden führen würde. Damit diese Bestimmung allerdings die notwendige Effizienz entfalten kann, ist es freilich erforderlich, dass Leitentscheidungen eine Bindungswirkung auch gegenüber dem Bundesasylamt zukommt. Da eine entsprechende Regelung im Entwurf fehlt, wird die Aufnahme einer solchen ausdrücklich empfohlen.

Da ein unvertretener Asylwerber, dessen Antrag den Anlassfall für die Einberufung eines großen Senats bildet, in einem derartigen Verfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit überfordert wäre, wird dringend angeregt, in diesen Fällen einen Verfahrenshelfer beizugeben (analog zu § 51a VStG). Angesichts der Auswirkungen der Entscheidung auf andere Verfahren muss ein "Gleichgewicht der Kräfte" hergestellt und es muss gewährleistet werden, dass die Verfahrenspartei des Asylwerbers qualifiziert vertreten ist.

## **14. DATENSCHUTZ - § 56 ASYLG, §§ 107 ff. FPG**

Nach der Datenschutzkonvention des Europarates vom 28.1.1981 (ETS No. 108) und der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG vom 24.10.1995 dürfen personenbezogene Daten nur nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden, nur für gesetzlich festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Personenbezogene Daten müssen den Zwecken entsprechen, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, dafür erheblich sein und dürfen nicht darüber hinausgehen. Die Daten dürfen nicht länger, als es für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, erforderlich ist, in einer Form aufbewahrt werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht. (Art 5 Datenschutzkonvention; Art 6 Datenschutzrichtlinie)

Nach der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs. 3 DSG 2000 sind, soweit die Verwendung von personenbezogenen Daten nicht im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgt, Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 EMRK, genannten Gründen notwendig sind. Derartige Gesetze dürfen die Verwendung von Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen und müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der



Betroffenen festlegen. Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden.

Im Hinblick darauf sind die im AsylG-Entwurf und FPG-Entwurf enthaltenen Ermächtigungen in mehreren Punkten bedenklich.

Die Ermächtigung des § 56 Abs. 1 AsylG-Entwurf zur Verarbeitung von Daten ist in Hinblick auf §§ 6 ff DSGVO zu weit gefasst. Die Ermächtigung der Datenverarbeitung „in Vollziehung dieses BG, für Zwecke der Durchführung der GFK im Ausland, für Zwecke [...] der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit“ ist bedenklich weit gefasst, würde wohl in jedem Fall von Verwaltungshandeln irgendeinen Ermächtigungstatbestand eröffnen und keinerlei Angemessenheitsprüfung enthalten.

Auch die weit überschießende Übermittlungsermächtigung des § 56 Abs. 2 AsylG-Entwurf ist höchst bedenklich. Die unbestimmte Einschränkung, nur Empfänger, „soweit sie [die Daten] zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben benötigen“, wird weit überschießende Datenübermittlungen zur Folge haben, da eine klare Feststellung fehlt, welche Behörden welche Daten für welche Aufgaben benötigen.

In Zusammenhang mit den überschießenden Auskunftspflichten der §§ 107 und 109 FPG weist amnesty international insbesondere auf die besondere Schutzbedürftigkeit sensibler Daten iSd. § 4 Z 2 DSGVO 2000 und iSd. Art 6 der Datenschutzkonvention des Europarates hin.

Demgegenüber steht zu befürchten, dass durch die Gerichte gem. § 107 FPG beauskunftete sensible strafrechtliche Daten (sensible Daten iSd. Art 6 der Datenschutzkonvention des Europarates) nach § 56 Abs. 2 AsylG an verschiedenste Stellen übermittelt werden. Gleiches steht für durch die Sozialversicherungsträger gem. § 109 FPG beauskunftete sensible Gesundheitsdaten (§ 4 Z. 2 DSGVO 2000) zu befürchten.

Die in Art 56 Abs. 11 AsylG enthaltene Ermächtigung, personenbezogene Daten von Asylwerbern an den Herkunftsstaat zu übermitteln, wenn dies „zur Vollziehung der Fremdenpolizei, der Sicherheitspolizei oder der Kriminalpolizei unbedingt erforderlich ist“, ist betreffend der Zweckbestimmungen bedenklich weit gefasst und enthält keinerlei Verhältnismäßigkeitsprüfung. Wenn die Übermittlung an den Herkunftsstaat für die genannten, rein administrativen Zwecke „unbedingt erforderlich“ ist – nach den EB soll es dazu ausreichen, dass Verfahren ansonsten verzögert würden - , so soll diese Übermittlung ohne Berücksichtigung schützenswerter Interessen des Asylwerbers oder seiner im Herkunftsstaat verbliebenen Familie erfolgen dürfen. Der Schutz des Asylwerbers und seiner Familie in Österreich oder im Herkunftsstaat muss jedoch bei einem realen Risiko drohender Menschenrechtsverletzungen absoluten Vorrang gegenüber verwaltungsrechtlichen Interessen österreichischer Behörden haben.

Diesbezüglich steht die Bestimmung in Widerspruch zur Verfassungsbestimmung des § 1 Abs. 2 DSGVO 2000, wonach angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festgelegt werden müssen.

Der letzte Satz des Art 56 Abs. 11 AsylG-Entwurf verkennt, dass bei ins Ausland geflüchteten politischen Flüchtlingen der betreffende Verfolgerstaat entweder ohnedies weiß, dass und wieso er z. B., bestimmte Regime-Gegner politisch verfolgt oder aber gerade durch die Nachforschungen von Seiten österreichischer Behörden der Heimatstaat auf den Asylwerber (und seine Familie) aufmerksam wird. Es wird außerdem verkannt, dass in manchen Staaten bereits die Republikflucht unter Strafe gestellt wird und die Behörden durch die Datenübermittlung Nachfluchtgründe geradezu heraufbeschwören.

Besonderes im Rahmen des Botschaftsverfahrens siehe I.18.5. (Familienverfahren im Ausland - § 35 AsylG).

Zu Datenübermittlungen im FPG siehe II.15. (Erkennungs- und Ermittlungsdienst - §§ 102 - 111 FPG).

## **15. STAATENDOKUMENTATION - § 59 ASYLG**

Neu eingeführt wird eine Bestimmung betreffend der Führung einer sog. "Staatendokumentation" für die im Asylverfahren "relevanten Tatsachen zur Situation in den betreffenden Staaten samt den

Quellen." Gemäß § 59 Abs. 2 ist der Zweck dieser Dokumentation die "Sammlung von Tatsachen", die für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Angaben eines Asylwerbers, für die Beurteilung der Verfolgungsgefahr sowie für die Qualifizierung eines Staates als "sicherer Herkunftsstaat" oder "sicherer Drittstaat" relevant sind.

Die Führung der Staatendokumentation obliegt dem Bundesasylamt, welches sich gemäß § 59 Abs. 8 hierfür Dritter bedienen kann. Des weiteren wird durch § 59 Abs. 4 ein "Beirat für die Führung der Staatendokumentation eingerichtet, der "insbesondere Empfehlungen für die Führung der Dokumentation, die Sammlung von relevanten Tatsachen und die Bewertung der Quellen sowie das Erstellen der Analyse abgibt" und dessen Mitglieder vom Bundesminister für Inneres ernannt werden.

Herkunftslandinformation ist das zentrale Beweismittel im Asylverfahren. Eine zentral geführte, "einheitliche" Staatendokumentation ist nur dann denkbar und verwirklichtbar, wenn diese von einer Institution durchgeführt wird, die hohe Qualität und vor allem Unabhängigkeit bei der Sammlung und Bewertung solcher Information sicherstellt. Auch eine Verfahrensbeschleunigung durch den Zugriff aller Parteien auf eine umfangreiche Dokumentation kann nur erzielt werden, wenn diese Dokumentation von hohem Vertrauen aller Verfahrensbeteiligten getragen wird. Die Führung einer solchen "einheitlichen" Staatendokumentation wird daher im Ergebnis nur dann ihr Ziel erreichen, wenn sie tatsächlich vom Bundesasylamt ausgelagert und an eine Institution übertragen wird, deren Unabhängigkeit außer Frage steht.

Ein Ausschluss der Vorlage anderer als der in der "zentralen Staatendokumentation" gesammelten Dokumente ist jedenfalls generell undenkbar, die Beweisquellen dürfen in keiner Art und Weise eingeschränkt werden.

§ 59 Abs. 5 normiert die Öffentlichkeit der Staatendokumentation - mit Ausnahme von Dokumenten, die der Geheimhaltung unterliegen. Die EB führen als Beispiel "entsprechend geheime Berichte der österreichischen Vertretungsbehörden" an. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Verwendung geheimer oder anonymer Informationen als Beweismittel für zurück- oder abweisende Entscheidungen nicht zulässig ist. Mangels Definition des Begriffs "Öffentlichkeit" in diesem Zusammenhang ist höchst bedenklicher Weise davon auszugehen, dass nur der Kreis der in § 59 Abs. 6 Z. 1 bis Z. 7 genannten Personen und Institutionen zugreifen kann, womit der Asylwerber und sein Vertreter von Informationen ausgeschlossen würden, die von den Asyl- (und anderen) Behörden offenbar sehr wohl als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden (sollen).

Höchst bedenklich ist die Bestimmung des Abs. 6, wonach die "öffentliche" (!?) Staatendokumentation nur bestimmten Behörden und Personen (insb. Behörden, Gerichten, Rechtsberatern und UNHCR) unentgeltlich zur Verfügung steht, wobei in Z. 1 bis Z. 7 nicht Genannte für die Auskunftserteilung Verwaltungsabgaben zu entrichten haben.

Auffallend ist, dass Asylwerber nicht zu dem privilegierten Kreis derjenigen gehören, die sich auf der Suche nach Beweismaterial für ihre Fluchtgründe unentgeltlich der Staatendokumentation bedienen können. Dies ist umso problematischer, als selbst mittellose Asylwerber von diesen Kosten auch nicht im Wege der Verfahrenshilfe befreit werden können. Auch Rechtsvertreter (inkl. Rechtsanwälte) und selbst Flüchtlingsberater (gem. § 65) sind bei Abfragen der Staatendokumentation gebührenpflichtig. Die EB (S. 3) führen dazu aus, "auf [die Staatendokumentation] können österreichische Behörden und die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sowie gewisse ausländische Behörden kostenfrei, andere interessierte Personen gegen Entgelt greifen." Damit werden bezeichnender Weise der Asylwerber, sein Vertreter und Flüchtlingsberater offenbar nur als "interessierte Personen" betrachtet.

Die Aufbürdung von Verwaltungsgebühren auf Verfahrensparteien ist entschieden abzulehnen. Im Ergebnis wird das Verfahren für den Antragsteller umso teurer, je weniger sorgfältig die Asylbehörde in ihrer Entscheidung die vorliegenden Herkunftslandinformationen berücksichtigt. Damit werden die Kosten dafür, dass die Behörde nicht willens oder in der Lage ist, relevante Herkunftslandinformation zu berücksichtigen, auf den Asylwerber, bzw. im Fall seiner Mittellosigkeit auf NGOs abgewälzt.

Diese Einschätzung wird durch die Ergebnisse der Bescheidanalyse vom Dezember 2004 unterstützt, welche bei einem nach dem Zufallsprinzip ausgewählten Sample von 56 Bescheiden<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Für die Bescheidanalyse wurden 32 Bescheide gemäß §§ 7,8 AsylG der Erstaufnahmestelle-Ost sowie 24 Bescheide der Erstaufnahmestelle-West herangezogen. Die Bescheide wurden grundsätzlich nach dem Zufallsprinzip ausgewählt  
Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

u. a. zu folgenden Ergebnissen gelangte:

*"Von den insgesamt in allen 56 Bescheiden enthaltenen 406 Seiten Herkunftsländerinformation bezogen sich nur 5 Seiten auf individuelles Vorbringen der Antragsteller (1,2 %). Diese insgesamt 5 Seiten - auf den Einzelfall bezogenen - Feststellungen wurden in 8 der 56 untersuchten Bescheide (14,3 %) in einem Umfang zwischen 3 Zeilen und einer halben Seite vorgefunden.*

*In 9 Verfahren wurden keinerlei Feststellungen zur Herkunftsländersituation gemacht (16 %). Nur in 25 der 47 untersuchten Verfahren, in denen überhaupt Feststellungen dieser Art vorgefunden wurden, wurden diesbezüglich Quellen (zumindest auch) aus dem Jahr 2004 herangezogen (53,2 %). Damit werden in 46,8 % der Verfahren keine aktuellen Herkunftsländerinformationen verwendet und der Bescheid auf überaltete Beweisquellen gestützt. In 1 Bescheid stammt die aktuellste herangezogene Quelle aus dem Jahr 1999, in 7 Bescheiden werden als aktuellste Quelle Berichte aus 2001 angeführt, in 4 Bescheiden ist die aktuellste Quelle 2002 und in weiteren 8 Bescheiden 2003. [...]*

*In 28 der 47 Verfahren (60 %), in denen Herkunftsländerinformation angeführt wurde, wird entweder überhaupt keine Quelle dieser Information angegeben oder ist diese nicht zuordenbar.*

*Trotz Anhaltspunkten für ein Ermittlungsverfahren ist 54 von 56 Bescheiden (96,4 %) gemeinsam, dass ihnen keine einzelfallbezogenen Recherchen in Bezug auf die individuelle Fluchtgeschichte des Asylwerbers zu entnehmen sind. In immerhin 6 weiteren Verfahren bezog sich die der Behörde zur Verfügung stehende Herkunftsländersituation zumindest im Ansatz auf Vorbringen des Antragstellers (siehe oben, insg. 8 Verfahren mit auf den Einzelfall bezogenen Feststellungen).<sup>67</sup>*

Verfahrensparteien wie der Asylwerber selbst sowie sein Rechtsvertreter und jedenfalls die vom Innenminister selbst zur Beratung von Antragstellern bestellten Flüchtlingsberater sind jedenfalls in den Kreis derjenigen aufzunehmen, die unentgeltlich Zugang zur Staatendokumentation haben. Andernfalls fehlt eine grundlegende Voraussetzung für ein faires Verfahren.

Unabhängig davon muss zumindest außer Zweifel gestellt werden, dass die für die Entscheidung maßgeblichen Dokumente weiterhin im Akt enthalten sind und im Wege der Akteneinsicht zur Verfügung stehen. Ein Pauschalverweis auf die vom BAA geführte Staatendokumentation mit dem Hinweis auf die dort mögliche (kostenpflichtige) Abfrage würde jedes einzelne Verfahren mit einem in die Verfassungssphäre reichenden Verfahrensmangel belasten.

Angesichts der massiven Defizite in der Würdigung frauenspezifischer Fluchtgründe, insb. durch die erste Instanz, sollte in den EB festgehalten werden, dass bei der Staatendokumentation auf frauenspezifische Herkunftsländerinformation besonders Bedacht zu nehmen ist, insb. auf die Stellung der Frau im Rechtssystem, die politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte von Frauen, kulturelle und soziale Normen und die Auswirkung ihrer Missachtung sowie frauenspezifische Risiken im Falle der Rückkehr bzw. Abschiebung.

## 16. UNBEGLEITETE MINDERJÄHRIGE ASYLWERBER

### 16.1. Handlungsfähigkeit - § 16 AsylG

Wie bisher (§ 25 AsylG 2003) ist jeder Elternteil für sich zur Vertretung eines Kindes befugt. Neu eingeführt werden "Kollisionsregeln" bei widerstreitenden Willenserklärungen der beiden Elternteile.

Gemäß Art. 3 der Kinderrechtskonvention (BGBl. 1992 II S. 122) ist bei allen Maßnahmen von Seiten öffentlicher oder privater Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten,

---

und dabei lediglich auf eine gewisse Repräsentation verschiedener Herkunftsländer geachtet. Eine besonders häufige Erledigung durch die Erstaufnahmestellen war dabei bei Asylwerbern aus Nigeria sowie aus Serbien-Montenegro ersichtlich, außerdem waren Verfahren betreffend Asylwerbern aus der Mongolei, Guinea-Bissau, Ukraine, Angola, der Türkei und Israel unter den ausgewählten Bescheiden. Die untersuchten Bescheide wurden im Zeitraum zwischen 26.05. und 01.10.2004 ausgefertigt.

<sup>67</sup> Evaluierung der Erstaufnahmestellen - Asylgesetz-Novelle 2003, Wahrnehmungsbericht Forum Asyl vom Dezember 2004, Bescheidanalyse.

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes der Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Art. 22 verpflichtet die Vertragsstaaten sicherzustellen, dass ein Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt, angemessen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der ihm flüchtlings- und menschenrechtlich festgelegten Rechte erhält; und zwar unabhängig davon, ob es sich in Begleitung seiner Eltern oder einer anderen Person befindet oder nicht.

## 16.2. Unbegleitete minderjährige Asylwerber

Entsprechend dem Ergebnis des Wahrnehmungsberichtes vom Dezember 2004 wurde die durch die unklare Regelung des AsylG 2003 entstandene Lücke in der Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylwerber nunmehr durch die Klarstellung behoben, dass die Vertretungsbefugnis erst mit Zulassung und (!) Zuweisung an eine Betreuungsstelle an den örtlich zuständigen Jugendwohlfahrtsträger wechselt. Positiv ist auch die Zweifelsregel des § 16 Abs. 4, wonach der - bisher allein als gesetzlicher Vertreter eingeschrittene - Rechtsberater gesetzlicher Vertreter bleibt, bis diese nach Abs. 3 erstmals einem Jugendwohlfahrtsträger zufällt. Eine wichtige Ergänzung wurde durch Abs. 4 vorgenommen, wonach ein gesetzlicher Vertreter auch dann zuständig bleibt, wenn der Aufenthaltsort eines UMF (vorübergehend) nicht bekannt ist. (Zu den Bedenken der Begrifflichkeit "sich dem Verfahren entziehen" in Verbindung mit siehe allerdings I.4.1. (Mitwirkungspflichten - § 12)).

Die Abkehr vom sog. "Versteinerungsprinzip", wonach der erstmals örtlich zuständige Jugendwohlfahrtsträger für die Dauer des gesamten Verfahrens zuständig bleibt, trägt dem Umstand Rechnung, dass eine Vertretung die räumliche Nähe des Vertreters zum Schutzbefohlenen voraussetzt.

Für unmündige Minderjährige, deren Interessen von ihren gesetzlichen Vertretern (Eltern) nicht wahrgenommen werden können, wird durch § 16 Abs. 5 der Rechtsberater ab Stellung (!) des Asylantrags zuständig gemacht. Daran fällt auf, dass für mündige unbegleitete Minderjährige die gesetzliche Vertretungsbefugnis erst mit der Einbringung, für unmündige Minderjährige aber bereits ab Stellung des Asylantrags entsteht. Es stellt sich - ungeachtet der Notwendigkeit eines gesetzlichen Vertreters zwischen Stellung und Einbringung des Asylantrages - die Frage, wie der in den EASt tätige Rechtsberater von dieser Zuständigkeit überhaupt Kenntnis erlangen und wie er diese trotz räumlicher Distanz ausüben soll.

Zum Problemkreis der Zuständigkeit von Rechtsberatern für unbegleitete minderjährige Asylwerber außerhalb der EASt ist insgesamt anzumerken, dass für die erforderliche personelle und finanzielle Ausstattung (Reisekosten) der Rechtsberater Sorge zu tragen ist, sodass diese zur Wahrung ihrer Aufgabe in andere Bundesländer reisen können. Insbesondere kommt es zur Zuständigkeit trotz räumlicher Distanz bei Zulassungsverfahren, die gemäß §§ 29 Abs. 1 oder 45 außerhalb der Ersteinvernahmestelle geführt werden, wo jedoch dessen ungeachtet die Verpflichtung der Rechtsberater gem. § 63 Abs. 5 besteht, "an jeder Einvernahme im Zulassungsverfahren teilzunehmen." Art. 3 Abs. 3 der Kinderrechtskonvention verpflichtet die Vertragsstaaten, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen und Einrichtungen [auch] hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals den Normen entsprechen und einer ausreichenden Aufsicht unterstehen.

Bei Schließung der genannten Vertretungslücke wurde jedoch auch im nunmehrigen Gesetzesentwurf eine unsystematische, verworrene Regelung geschaffen und erneut Lücken und Unklarheiten der gesetzlichen Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylwerber geschaffen:

- Besonders besorgniserregend ist die Vertretungslücke, die durch die Einführung einer "reduzierten" Befragung durch die Sicherheitsorgane vor der "regulären" Einvernahme entsteht. Gemäß § 63 Abs. 5 haben Rechtsberater aber nur "bei jeder Einvernahme" teilzunehmen. Bei Befragungen durch die Sicherheitsorgane sind unbegleitete minderjährige Flüchtlinge daher völlig unvertreten.
- Bedenklich ist die völlig fehlende gesetzliche Vertretung in jenen Fällen, in welchen das Zulassungsverfahren gemäß § 45 nicht in der Erstaufnahmestelle geführt wird. Gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 unterbleibt die Vorführung eines Asylwerbers, wenn dieser in Schub-, Straf- oder Untersuchungshaft angehalten wird. In diesen Fällen ist die Frage der gesetzlichen Vertretung ungeklärt.



- Gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 wird das Zulassungsverfahren außerhalb der EASt geführt, wenn "auf Grund besonderer, nicht vorhersehbarer Umstände die Versorgung in der Erstaufnahmestelle nicht möglich ist." Der Rechtsberater wird zwar gemäß § 16 Abs. 3 für mündige Minderjährige erst ab Einbringung des Antrags in der EASt zuständig. § 17 Abs. 6 fingiert jedoch die Einbringung des Antrags, wenn die Vorführung nach § 45 unterbleibt. So wird zwar der Rechtsberater gesetzlicher Vertreter des betroffenen Minderjährigen, offen bleibt jedoch, wie er hiervon Kenntnis erlangen und wie er die Vertretung trotz räumlicher Distanz zum Wohle des Schutzbefohlenen wahrnehmen soll.
- § 29 Abs. 1 ermöglicht ein Zulassungsverfahren auch außerhalb der EASt, "soweit es im Interesse des Asylwerbers liegt, kann das Zulassungsverfahren auch außerhalb der EASt geführt werden." Die grundsätzlich - z. B. aufgrund notwendiger medizinischer Versorgung u. ä. - begrüßenswerte Regelung hat zur Konsequenz, dass im Zulassungsverfahren der Rechtsberater nicht gesetzlicher Vertreter wird. Auch die Zweifelregel des § 16 Abs. 4 kommt hier nicht zur Anwendung, da die Formulierung voraussetzt, dass "im bisherigen Verfahren nur der Rechtsberater die gesetzliche Vertretung inne hatte." Der Jugendwohlfahrtsträger wiederum wird vor Zulassung des Verfahrens nicht zuständig.
- Eine weitere Lücke ergibt sich aus der nach wie vor verworrenen Regelung, wann ein Verfahren "zulässig" ist. § 28 Abs. 1 hat die verwirrende Folge, dass es "zulässige, aber nicht zugelassene Verfahren" gibt. Siehe dazu I.4.8. (Zulassungsverfahren - §§ 28, 29 AsylG).

Schließlich stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt im Verfahren die Zuweisung in die Grundversorgung erfolgen wird. Erfolgt diese (wie bisher) nach Erlassung des erstinstanzlichen Bescheids, so wechselt die Zuständigkeit vom Rechtsberater zum Jugendwohlfahrtsträger genau in jenem heiklen Moment, in welchem ein Antrag auf aufschiebende Wirkung eingebracht werden müsste. Da eine Reihe von Entscheidungen (siehe §§ 36 ff.) unmittelbar nach Erlassung durchsetzbar ist und der faktische Abschiebeschutz erst wieder mit dem Antrag auf aufschiebende Wirkung besteht, bedeutet jeder Tag der Aktenübermittlung vom Rechtsberater an den Jugendwohlfahrtsträger ein Abschieberisiko für den unbegleiteten Minderjährigen.

Nach wie vor fehlen im Gesetzesentwurf Verständigungspflichten des Rechtsberaters und des Jugendwohlfahrtsträgers über das Entstehen und die Beendigung der gesetzlichen Vertretungsbefugnis zur Gänze. Dies wird in einer Reihe der angeführten Konstellationen de facto das Fehlen eines gesetzlichen Vertreters zur Folge haben und ist dringend durch die gesetzliche Verankerung solcher Verständigungspflichten zu sanieren.

## 17. FLUGHAFENVERFAHREN

### 17.1. Anhaltung am Flughafen - § 32 Abs. 1 AsylG

amnesty international weist erneut darauf hin, dass Anhaltung im Transitbereich eines „internationalen“ Flughafens sehr wohl Freiheitsentziehung iSd. Art. 5 EMRK bzw. PersFrBVG ist. Auch die Transitzonen österreichischer Flughäfen sind österreichisches Staatsgebiet, in ihnen ist daher die EMRK anwendbar. Der Gesetzestext lautet, Asylwerber „dürfen jederzeit ausreisen“, die EB zu § 32 des Entwurfes schlussfolgern daraus, dass es sich deshalb um keine Anhaltung handle. Entgegen dieser Ansicht hat jedoch der EGMR richtigerweise entschieden, dass die bloße Tatsache, dass es Asylwerbern offen stehe, das Land, in dem sie Asyl begeherten, zu verlassen, eine Freiheitsentziehung nicht ausschließen könne, zumal diese Möglichkeit theoretisch werde, wenn kein anderes Land mit vergleichbarem Schutzniveau bereit sei, sie aufzunehmen, so der EGMR im Fall *Amuur* (25.6.1996, RDJ 1996-III, Z. 48). In Fällen, in denen eine Person aufgrund des Non-Refoulement-Prinzips nicht in den Staat, aus dem sie angereist ist, zurückgeschickt werden kann, und kein anderer Staat sie aufnimmt, in dem ihr keine Folter oder Misshandlung droht, ist auch der nach dem Ausland hin offene Raum, der sonst nach allen Seiten verschlossen ist, Freiheitsentziehung, da der Ausgang zum Ausland hin bloß theoretisch offen steht. Diesbezüglich stellt das Verbot der Einreise und der Anhaltung an einem bestimmten Ort im Grenzkontrollbereich oder im Bereich der Erstaufnahmestelle den Zwang dar, der Freiheitsentziehung begründet (vgl. *Kriebaum*, Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich, in *Grabenwarther/ Thienel* (Hrsg), *Kontinuität und Wandel der EMRK* (1998) 71 (85).

Anhaltung am Flughafen hat daher in jedem Einzelfall die von Art 5 Abs. 1 EMRK geforderten Voraussetzungen zu erfüllen.

Auch die Dauer der möglichen Anhaltung erscheint problematisch. Zwar gehen die EB von einer "maximalen Dauer der Zurückweisung" von vier Wochen aus (EB, s. 29). Dies ist jedoch schon rechnerisch aufgrund der Entscheidungsfrist des BAA von einer Woche, der Äußerungsfrist des UNHCR von einer Woche, der Berufungsfrist von sieben Tagen und der Entscheidungsfrist des UBAS von zwei Wochen (sohin insg. 5 Wochen) unzutreffend. Darüber hinaus ist die Entscheidungsfrist des BAA gemäß § 28 Abs. 2 "für die Dauer der Konsultationen gehemmt" und beginnt diese "mit Ende der Konsultationen neu zu laufen." Die Sicherung der Zurückweisung kann - und wird erfahrungsgemäß - daher insbesondere im Fall von Konsultationen nach der Dublin-Verordnung länger als die angeführten vier (tatsächlich fünf) Wochen dauern.

### **17.2. Einvernahme - § 33 Abs. 2 AsylG**

Nicht nachvollziehbar und nicht sachlich gerechtfertigt ist die Sonderverfahrensregel des § 33 Abs. 2, wonach im Flughafenverfahren jedenfalls eine Einvernahme genügt. § 19 Abs. 2 sieht für Asylverfahren grundsätzlich "zumindest" eine Einvernahme im Zulassungsverfahren und "zumindest" eine im materiellen Verfahren vor.

Auch aus den EB ist keine Rechtfertigung für eine Einschränkung auf lediglich eine Einvernahme ersichtlich. Die Bestimmung widerspricht daher dem Sachlichkeitsgebot und dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 18 B-VG. Durch diese Bestimmung ist die Wahrung des Parteiengehörs, die in "Normalverfahren" durch die Aushändigung einer Aktenabschrift und Frist zur Vorbereitung (unter Einbindung des Rechtsberaters) gemäß § 29 Abs. 4 zumindest theoretisch besteht (siehe Wahrnehmungsbericht des Forum Asyl, Dezember 2004), nachgerade ausgeschlossen.

Darüber hinaus besteht in Verfahren an der Erstaufnahmestelle am Flughafen keine Einbindung des Rechtsberaters (außer bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen). § 29 Abs. 4 sieht vor, dass ein Asylwerber nach einer Mitteilung gemäß § 29 Abs. 3 Z. 3 bis 5 (beabsichtigte Zurück- oder Abweisung) zu einem Rechtsberater zu verweisen und dieser gemeinsam mit dem Asylwerber zu einer "Einvernahme zur Wahrung des Parteiengehörs" zu laden ist, wobei dem Rechtsberater "unverzüglich die relevanten Aktenbestandteile zugänglich zu machen" sind. Da beim Flughafenverfahren hingegen lediglich eine Einvernahme erfolgt und Sonderbestimmungen über die Einbindung eines Rechtsberaters fehlen, erfolgt keine Beratung durch einen Rechtsberater und keine Einvernahme in dessen Anwesenheit. Anderes kann auch aus § 63 Abs. 4 nicht entnommen werden. Diese Bestimmung sieht vor, dass Rechtsberater Asylwerber "nach einer Mitteilung nach § 29 Abs. 3 Z. 3 bis 5 und vor jeder dieser Mitteilung folgenden (!) Einvernahme im Zulassungsverfahren [...] zu beraten" haben. Rechtsberater sind nur verpflichtet, "an allen Einvernahmen zur Wahrung des Parteiengehörs im Zulassungsverfahren teilzunehmen."

Da es eine solche Einvernahme zur Wahrung des Parteiengehörs im Flughafenverfahren nicht gibt, erfolgt keine Einbindung des Rechtsberaters und werden Asylwerber daher am Flughafen gegenüber solchen im "Normalverfahren" in einem weiteren Punkt schlechter gestellt, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung ersichtlich wäre.

### **17.3. UBAS-Verfahren - § 33 Abs. 4 AsylG**

Gemäß § 33 Abs. 4 hat auch die Verhandlung vor dem UBAS am Flughafen zu erfolgen und hat die Berufungsentscheidung binnen zwei Wochen ab Vorlage der Berufung zu ergehen. Es ist sicherzustellen, dass der Zugang des Rechtsvertreters, des vom UBAS geladenen Dolmetschers sowie allenfalls von Zeugen und Sachverständigen zum Ort der mündlichen Verhandlung ebenso sichergestellt ist wie die Öffentlichkeit des Verfahrens.<sup>68</sup>

Gerade angesichts der knappen personellen Ressourcen des UBAS erscheint es über die Maßen ineffizient, dass deren Mitglieder, Schreibkraft, Dolmetscher und Sachverständige zum Flughafen anreisen müssen, um eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Auch die knappe Frist für

<sup>68</sup> Für das Flughafengelände im engeren Sinn kommen strikte Zugangsbeschränkungen inklusive zuvor durchzuführender Sicherheitsüberprüfung zur Anwendung. Am Gelände des sog. Sondertransits wäre derzeit ein Zugang ohne vorherige Sicherheitsüberprüfung möglich und stehen Einvernahmeräume mit Computern zur Verfügung. Dennoch ist der Zugang für Verfahrensparteien, -beteiligte und Öffentlichkeit auch in der Praxis - insb. Dienstanweisung der BPD Schwechat - sicherzustellen.

Berufungsentscheidungen ist angesichts der regelmäßig erforderlichen Recherchen und Vorlaufzeit für die Ausschreibung von Verhandlungen (Dolmetscher, Sachverständige, allenfalls Zeugen) unrealistisch.

#### **17.4. Berufungsfrist - § 33 Abs. 3 AsylG**

Die problematische, verkürzte Berufungsfrist im Flughafenverfahren von 7 Tagen wurde beibehalten (§ 33 Abs. 3). Auf die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips sowie des Sachlichkeitsgebotes wurde bereits in der Stellungnahme zur AsylG-Novelle 2003 sowie im Wahrnehmungsbericht vom Dezember 2004 hingewiesen.

Wiederholt hat der Verfassungsgerichtshof festgehalten, dass Rechtsschutzeinrichtungen nicht nur die Erlangung einer rechtsrichtigen Entscheidung, sondern auch ein 'Mindestmaß an faktischer Effizienz' für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen, wobei zu einem fairen Verfahren auch die Effektivität des Rechtsschutzes gehört.<sup>69</sup> Rechtsschutz darf nicht nur formal, sondern muss im Einzelfall effektiv gestaltet sein.<sup>70</sup>

Darüber hinaus ist eine Abweichung vom AVG (hier § 63 Abs. 5 AVG – zweiwöchige Berufungsfrist) nur zulässig, sofern sie zur Regelung des Gegenstandes unerlässlich ist. Inwiefern das Flughafenverfahren eine Verkürzung der Berufungsfrist um die Hälfte unerlässlich macht, ist auch den Erläuterungen nicht zu entnehmen. Sie ändert nichts an der Tatsache, dass Asylwerber in aller Regel sprach- und rechtskundig sind und die Effektivität des Rechtsmittels den Zugang zu einem Rechtsvertreter erfordert, welcher im Sondertransit des Flughafens erheblich erschwert ist. Die Beschränkung der Bewegungsfreiheit während der Sicherung der Zurückweisung kann jedenfalls nicht auch noch zum Nachteil der Betroffenen als Argumentation für eine Verkürzung der Berufungsfrist herangezogen werden.

Bereits 1998 hat der Verfassungsgerichtshof die im AsylG 1997 vorgesehene Berufungsfrist von zwei Tagen in sog. "Schnellverfahren" wegen Verletzung des Rechtsstaatsprinzips und wegen Verletzung von Art 11 Abs. 2 B-VG aufgehoben.

Die Verkürzung der Berufungsfrist verletzt daher das Rechtsstaatsprinzip des Art 18 B-VG und ist bedenklich iSd. Art 11 Abs. 2 B-VG sowie hinsichtlich unsachlicher Ungleichbehandlung von Asylwerbern im Flughafenverfahren gegenüber anderen Antragstellern.

#### **17.5. Asylantrag "während der Abschiebung" - § 31 Abs. 2 AsylG**

Bei Asylantragstellung "während der Abschiebung über einen Flughafen" ist der Antragsteller der Erstaufnahmestelle am Flughafen vorzuführen und ein Flughafenverfahren durchzuführen. An dieser Formulierung ist zu beanstanden, dass sie nicht hinlänglich bestimmt erscheint. Auch die EB tragen mit der Wortwahl "im Rahmen einer Abschiebung" nicht zur Bestimmbarkeit bei. Es bleibt offen, ab welchem Zeitpunkt die Antragstellung "während der Abschiebung" erfolgt.

Die EB führen auf Seite 3 aus, das Flughafenverfahren solle auch Fremde erfassen, die "im Rahmen der Abschiebung über einen Flughafen - also meist "auf der Gangway" - um Asyl ansuchen. Das Innenministerium bleibt jedoch - wie auch im Zusammenhang mit der Einführung der Zwangsernährung in Schubhaft - jegliche statistische Daten über die Häufigkeit dieser Fälle schuldig.

## **18. FAMILIENVERFAHREN**

### **18.1. Familienverfahren im Inland - § 34 AsylG**

Zu § 34 Abs. 1 des Entwurfes und dem engen Familienbegriff (Ehegatten und minderjährige unverheiratete Kinder) wird auf die Ausführungen zu § 2 Z. 18 des Entwurfes verwiesen.

Unklar erscheint der Anwendungsbereich des 2. Halbsatzes von § 34 Abs. 2 sowie § 34 Abs. 3 Z. 1 des Entwurfes (Fortsetzung des Familienlebens in einem anderen Staat). Wie bereits zu § 2 Z. 18 des Entwurfs ausgeführt, liegt es bei Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten in der

<sup>69</sup> vgl. insb. VfSlg 11196; 12683; 13003; 13182; 13305; 13834

<sup>70</sup> VfSlg 10291/ 1984

Natur der Sache, dass sie wegen drohender Verfolgung nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren können, um dort ihr Familienleben fortzuführen.

Der Beispielfall der EB, eine EU-Bürgerin, welche mit einem in Österreich Asylberechtigten verheiratet ist, werde im Familienverfahren in Österreich einen Asylantrag stellen, ist praktisch absurd. Das beschriebene Ehepaar kann sich bereits aufgrund des EU-Rechts *in jedem beliebigen EU-Staat* (d.h. auch in Österreich) niederlassen und dort selbstständig oder unselbstständig erwerbstätig sein (Art. 39 EGV; Richtlinie 64/221; Richtlinie 68/360; Verordnung 1612/68). Warum also die EU-Bürgerin, welche im Rahmen der Freizügigkeit ihren Ehegatten in der gesamten EU überallhin „mitnehmen“ kann, in Österreich um Asyl ansuchen sollte, ist nicht nachvollziehbar.

### 18.2. Getrennte Einvernahmen

Auf gesetzlicher Ebene wird durch § 34 Abs. 4 zwar normiert, dass Asylanträge von Familienangehörigen "gesondert zu prüfen" sind, eine gesonderte und getrennte Einvernahme wird dagegen nur in den EB (S. 30) angesprochen. Die Erfahrungen der Praxis haben gezeigt, dass Ehefrauen regelmäßig nicht gesondert und/ oder nicht getrennt von ihrem Ehegatten einvernommen werden bzw. die Einvernahme in einer Viertelstunde abgeführt wird. (Siehe Forum Asyl - Wahrnehmungsbericht, Dezember 2004).

Da in der Praxis Einvernahmen von Familienangehörigen eben nicht wie in den EB ausgeführt "selbstredend" getrennt geführt werden, sollte dieses Erfordernis nicht nur in den EB, sondern auf gesetzlicher Ebene verankert werden. Dies ist umso mehr erforderlich, als § 24 Abs. 5 die Möglichkeit vorsieht, gänzlich ohne Einvernahme zu entscheiden, "wenn Verfahren entscheidungsreif" sind und daher die Gefahr besteht, über Anträge im Familienverfahren ohne gesonderte Einvernahme aller Angehörigen zu entscheiden.

### 18.3. Faktischer Abschiebeschutz

Gemäß § 36 Abs. 3 hat die von einem Familienmitglied eingebrachte Berufung zur Folge, dass diese Berufung sich auch auf die Bescheide der anderen Familienmitglieder bezieht und kommt die aufschiebende Wirkung im zurück- oder abgewiesenen Verfahren allen Familienmitgliedern zu, sobald zumindest einer Berufung die aufschiebende Wirkung zukommt. Dies muss denkllogisch zur Folge haben, dass auch faktischer Abschiebeschutz iSd. § 37 Abs. 3 für alle Angehörigen im Familienverfahren besteht, sobald ein Familienmitglied einen Antrag auf aufschiebende Wirkung eingebracht hat. Dies sollte zur Vermeidung von Unklarheiten in § 37 Abs. 2 festgehalten werden.

Wie zur aufschiebenden Wirkung ausgeführt, muss die Fremdenpolizeibehörde nicht nur von rechtskräftigen Entscheidungen in Kenntnis gesetzt werden (§ 22 Abs. 4), sondern auch von der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung. In Familienverfahren muss sich diese Mitteilung folglich auch auf die Angehörigen im Familienverfahren beziehen, auf die sich die aufschiebende Wirkung gemäß § 36 Abs. 3 erstreckt.

### 18.4. Durchschlagen von Ausschlussgründen

Die EB zu § 34 verweisen auf die Anwendbarkeit des § 6 AsylG; auf die Anwendbarkeit des § 11 "hingegen nur, wenn dies auch auf den 'Ankerflüchtling' zutrifft." (EB, S. 29).

Diese Anmerkung kann wohl nur so verstanden werden, dass der bei einem Familienmitglied vorliegende Ausschlussgrund iSd. § 6 AsylG auf die anderen Familienmitglieder durchschlägt. Dies widerspricht jedoch der Bestimmung, wonach alle Familienangehörigen denselben Schutzzumfang erhalten, wobei das stärkste Recht den Schutzzumfang aller Familienmitglieder bestimmt (§ 34 Abs. 4, EB S. 29). Liegt daher ein Ausschlussgrund nur für ein Familienmitglied vor, bei einem anderen jedoch die Flüchtlingseigenschaft, so ist dennoch gemäß § 34 Abs. 4 allen Familienmitgliedern der gleiche, stärkste Schutzzumfang zu gewähren. Trifft hingegen § 6 auf alle Angehörigen zu, so erübrigt sich der Anwendungshinweis der EB.

### 18.5. Familienverfahren im Ausland - § 35 AsylG

Die Antragstellung bei einer österreichischen Berufsvertretungsbehörde im Ausland spiegelt im Wesentlichen die durch die AsylG-Novelle 2003 geschaffene Rechtslage wider (§§ 16, 10 Abs. 4).

Weiterhin unbereinigt bleibt damit das völlige Fehlen eines Rechtsschutzes im Botschaftsverfahren, da gegen eine Mitteilung des Bundesasylamts kein Rechtsmittel möglich ist.



Ebenso beibehalten wurde die problematische Einschränkung, wonach Familienangehörigen von subsidiär Schutzberechtigten frühestens (!) nach drei Jahren die Einreise durch Erstreckung im Botschaftsverfahren gewährt wird (§ 35 Abs. 2).

Zum Familienbegriff wird auch in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen zu § 2 Z. 18 verwiesen. Weiterhin steht der Familienbegriff des AsylG nicht im Einklang mit der Spruchpraxis des EGMR, der Familienbegriff der Asylgesetznovelle ist zu eng.

Neu eingeführt wurde die Befassung des Innenministeriums vor Mitteilung des Bundesasylamtes über die Wahrscheinlichkeit der Gewährung eines Status (§ 35 Abs. 4). Hiermit solle - so die EB - "verhindert werden, dass gefährliche Fremde - etwa Terroristen - unter dem Regime der Familienzusammenführung nach Österreich kommen." Dies spiegelt zum einen den, in einer ganzen Reihe von Bestimmungen zum Ausdruck kommenden und bedenklichen pauschalen Kriminalitätsverdacht Schutzsuchenden gegenüber wider; zum anderen gehen "öffentliche Interessen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK" weit über die in der GFK (und auch die in § 6 AsylG) verankerten Asylausschlussgründe hinaus.

Es ist zu befürchten, dass sich durch diese Bestimmung der fehlende Rechtsschutz im Botschaftsverfahren noch massiver auswirken wird. Letztlich kann das Innenministerium unter diesem Titel die Einreise zur Familienzusammenführung ohne Begründung oder Beweismittel, mit dem pauschalen Verweis auf "öffentliche Interessen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK" verweigern.

Darüber hinaus legt diese Bestimmung - in Verbindung mit der systematischen Abschaffung des Datenschutzes durch § 56 - nahe, dass das Innenministerium die Behörden des Heimatstaates zu involvieren beabsichtigt. Dies ist angesichts der damit verbundenen Gefährdung für die betroffenen Familienangehörigen höchst bedenklich, zumal dadurch die Aufmerksamkeit der Behörden des Heimatstaates selbst bei völlig ungerechtfertigtem "Terrorismusverdacht" auf die Betroffenen gelenkt und damit ein Verfolgungsgrund geradezu herbeigeführt wird. Zum anderen ermöglicht er den Behörden des Verfolgerstaates, gemeinstraftrechtliche Delikte der Betroffenen vorzuschieben, um zumindest der Familie eines Verfolgten habhaft zu bleiben. Die Praxis der Sippenhaftung in einer ganzen Reihe von Herkunftsstaaten von Flüchtlingen ist ebenso als bekannt vorauszusetzen wie die Praxis der Strafbarkeit von Republikflucht in manchen Staaten.

Anzumerken ist auch, dass damit die Kompetenz der Asylbehörde, das allfällige Vorliegen von Ausschließungsgründen festzustellen, ausgehöhlt wird.

Sofern die Bestimmung des § 35 Abs. 4 2. Satz beibehalten wird, ist jedenfalls der Wortlaut "den öffentlichen Interessen nach Art. 8 Abs. 2 EMKR widerspricht" durch das "Vorliegen klarer und glaubwürdiger Beweise für das Vorliegen von Asylausschlussgründen iSd Art. 1 F GFK" zu ersetzen sowie klarzustellen, dass ein solcher Ausschluss nicht auf der Basis anonymer oder geheimer Information erfolgen darf und die Beweislast beim Innenministerium liegt. Des weiteren ist der defizitäre Rechtsschutz zu sanieren.

## **19. UNZULÄSSIGKEIT DER ZURÜCKZIEHUNG EINES ASYLANTRAGS - AMTSWEGIGES ASYLVERFAHREN - § 25 ABS. 2**

Die - im Verwaltungsverfahren einzigartige - Vermischung von antragsgebundener Einleitung eines Verfahrens und amtswegiger Fortführung (Unzulässigkeit der Zurückziehung eines Antrags) des AsylG 2003 wurde beibehalten und damit weiterhin eine Abweichung vom AVG, deren Unerlässlichkeit iSd. Art 11 Abs. 2 B-VG fraglich ist.

Gemäß § 13 Abs. 8 AVG kann der verfahrenseinleitende Antrag in jeder Lage des Verfahrens geändert werden. In einem Verfahren, das auf Antrag durchzuführen ist, hat der Antragsteller ein subjektives Recht auf Einleitung, Durchführung und Erledigung. Dieses subjektive Recht in eine Pflicht umzuinterpretieren und ein *antragsgebundenes* Verfahren von Amts wegen weiterzuführen – auch gegen den Willen des Antragstellers – stößt auf Bedenken hinsichtlich des Rechts auf den gesetzlichen Richter:

*Walter/Mayer* führen aus: „Führt eine Behörde ein Verfahren durch, ohne dass ein diesbezüglicher Antrag einer Partei vorliegt, so verletzt ein dieses Verfahren meritorisch erledigender Bescheid

nach der Judikatur des VfGH das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter.<sup>71</sup> Wird ein Antrag zurückgezogen, ist ein erstinstanzliches Verfahren formlos einzustellen; die Berufungsbehörde hat diesfalls den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben.<sup>72</sup> Der VwGH stellte fest: „Es liegt im Wesen eines jeden Antrages, daß er bis zur Rechtskraft der Entscheidung zurückgezogen werden kann.“<sup>73</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung beider Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts<sup>74</sup> konnten aber auch schon vor der Neufassung des § 13 Abs. 7 AVG durch die Novelle BGBl I Nr. 158/1998 Anträge in jeder Lage des Verfahrens bis zur Erlassung des Bescheides, im Fall einer Berufung auch bis zur Erlassung des Berufungsbescheides zurückgezogen werden.“<sup>75</sup>

Fraglich ist, ob Mischformen hinsichtlich antragsgebundenem und amtswegigem Verfahren zulässig sind oder ob, hat sich der Gesetzgeber für ein Verfahren auf Antrag entschieden, der Grundsatz der Änderungs- und Zurückziehungsmöglichkeit beibehalten werden muss.

Verglichen mit anderen Verwaltungsmaterien würde die angestrebte Konstruktion des Asylverfahrens insgesamt bedeuten, dass beispielsweise ein Antrag auf eine Baubewilligung nicht zurückgezogen werden kann, sondern auch gegen den Willen des Antragstellers ein Verfahren geführt wird, der überdies zur Durchführung des Verfahrens in Beugehaft genommen werden könnte.

## 20. SONSTIGES

### 20.1. Asylverzicht

Der mit AsylG-Novelle 2003 eingeführte "Asylverzicht" wurde gestrichen. Die Regelung stand in Widerspruch zur Genfer Flüchtlingskonvention, da der Schutz von Flüchtlingen eine Verpflichtung der Vertragsstaaten darstellt, der diese sich auch durch Einführung eines "Asylverzichts" nicht entledigen können.

### 20.2. Einführung des Begriffs "Zivilpersonen"

An mehreren Stellen des AsylG 2005 wird der Begriff "Zivilperson" verwendet (§§ 8 Abs. 1 Z. 2, 37 Abs. 1 Z. 2, 38 Abs. 3 Z. 2), ohne dass dieser sich in den Begriffsbestimmungen des § 2 wieder findet. Es ist davon auszugehen, dass der Begriff dem humanitären Völkerrecht<sup>76</sup> entlehnt ist.

Der GFK ebenso wie der EMRK ist jedoch der Begriff der "Zivilperson" völlig fremd und knüpft der daraus resultierende Schutzanspruch nicht an diese Eigenschaft an.

Die GFK schließt Personen nur dann vom Anwendungsbereich aus, wenn Ausschlussstatbestände iSd. Art. 1 F vorliegen und kennt darüber hinaus nur die Ausnahmen vom Rückschiebeverbot aus Art. 33 Abs. 2 GFK, welche jedoch durch die EMRK überlagert werden. Im Rahmen von zurückweisenden Entscheidungen erscheint die Einschränkung des § 37 Abs. 1 Z. 2 auf "Zivilpersonen" daher nicht als sachgerechtes Kriterium für die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung. § 4 Abs. 3 AsylG 2005 bezieht sich explizit auf das in einem Drittstaat zur Verfügung stehende "Verfahren nach den Grundsätzen dieser Konvention [Anm.: GFK] und der Grundsätze der EMRK." Eine Einschränkung des Schutzes auf Zivilpersonen iSd. humanitären Völkerrechts würde jedoch den Grundsätzen von GFK und EMRK nicht entsprechen.

<sup>71</sup> *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>5</sup>, Rz 264 mit Verweis auf VfSlg 4730, 5419, 5685.

<sup>72</sup> *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>5</sup>, Rz 264 mit Verweis auf VwGH 3.7.1984, 82/07/0020.

<sup>73</sup> VwGH 28.5.1997, 94/13/0273.

<sup>74</sup> Siehe dazu die Fundstellenachweise bei *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>7</sup>, Rz 151 Z 4.

<sup>75</sup> VwGH 24.05.2000, 97/12/0185.

<sup>76</sup> Die Genfer Abkommen und ihre Zusatzprotokolle unterscheiden zwischen Zivilpersonen und Kombattanten. Unter "Zivilpersonen" sind jene Personen zu verstehen, die nicht an den Feindseligkeiten teilnehmen und die sich während ihres Aufenthalts in [neutralen Zonen] keiner Arbeit militärischer Art widmen (vgl. Art. 15 Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten). Im Gegensatz dazu fallen Angehörige von bewaffneten Kräften einer am Konflikt beteiligten Partei sowie Angehörige von Milizen und Freiwilligenkorps, die zu diesen bewaffneten Kräften gehören unter den Begriff "Kombattanten"; ebenso wie Angehörige anderer Milizen und Freiwilligenkorps einschließlich organisierter Widerstandsbewegungen, die zu einer am Konflikt beteiligten Partei gehören und außerhalb oder innerhalb ihres eigenen Gebietes tätig sind; Angehörige regulärer bewaffneter Kräfte, die sich zu einer von der Gewahrmacht nicht anerkannten Regierung oder Behörde bekennen (Vgl. Art. 4 Genfer Konvention über die Behandlung von Kriegsgefangenen).

Auch im Zusammenhang mit subsidiärem Schutz ist das Abstellen auf "Zivilpersonen" in § 8 Abs. 1 Z. 2 nicht sachgerecht und geeignet, der EMRK zuwiderlaufende Verfahrensergebnisse zu erzeugen. § 8 Abs. 1 verweist einerseits auf Verletzungen nach Art. 2 und 3 EMRK sowie des 6. und 13. ZPMRK (Fall 1) und andererseits auf "Zivilpersonen, [für die] eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes" besteht (Fall 2). Zwar sind diese Refoulementgründe alternativ ("oder"), dennoch ist der Bezug auf "Zivilpersonen" zumindest irreführend: Auch Bürgerkriegssituationen können den - offenbar mit Fall 2 gemeinten - Schutz aus Art. 3 EMRK begründen. Darüber hinaus kann die in der gegenständlichen Bestimmung beschriebene "willkürliche Gewalt" sogar die Flüchtlingseigenschaft begründen, wenn sie gegen Angehörige einer ethnischen oder religiösen Gruppe gerichtet ist, Krieg als Mittel der Verfolgung benutzt wird bzw. Gruppenverfolgung vorliegt.

### 20.3. Entfall der Antragstellung in den Amtssprachen der Vereinten Nationen

Im vorgelegten Begutachtungsentwurf fehlt die im AsylG 1997 in § 24 Abs. 2 normierte Bestimmung, wonach Asylwerber Eingaben auch in Amtssprachen der Vereinten Nationen verfassen können, die von Amts wegen ins Deutsche zu übersetzen sind. Damit sind fortan sämtliche schriftliche Anbringen von Asylwerbern in der Amtssprache Deutsch zu verfassen, andernfalls diese mit einem Verbesserungsauftrag zurückzustellen sind. Bisher hat § 24 Abs. 2 AsylG 97 zumindest jenen Asylwerbern, die den Amtssprachen der Vereinten Nationen mächtig waren, in einem beschränkten Ausmaß (fehlende Rechtskenntnisse), die Möglichkeit gegeben, selbständig Verfahrenshandlungen zu setzen. Statt der notwendigen Erweiterung der Bestimmung auch auf andere Sprachen, wird diese nun ganz gestrichen, was einen Rückfall in die Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten des AsylG 1991 bedeutet. Die Handlungsfähigkeit von Asylwerbern wird damit noch weiter eingeschränkt.

amnesty international spricht sich nachdrücklich dagegen aus, nur deutschsprachige Eingaben im Asylverfahren zuzulassen. Vielmehr wird empfohlen, Asylwerbern entgegen der Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu erlauben, im (schriftlichen) Verkehr mit den Behörden, ihre eigene Sprache verwenden zu dürfen. Übersetzungen haben weiterhin von Amts wegen (und daher auf Kosten der öffentlichen Hand) zu erfolgen.

## II. Zum Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG

### 1. BEGRIFFSBESTIMMUNGEN - § 2 ABS. 4 FPG

Der Begriff des Asylwerbers ist in § 2 Z. 13 AsylG 2005 und in § 2 Abs. 4 FPG unverständlicher Weise unterschiedlich definiert. Die Begriffsdefinitionen sollten aufeinander abgestimmt werden.

Z. 17 definiert den "unmittelbaren Grenzbereich" als "der im Inland innerhalb von einem Kilometer nach der Grenze gelegenen Bereich." Im Vergleich dazu umfasst der Grenzkontrollbereich nach § 7 Grenzkontrollgesetz den "im Inland gelegenen Bereich innerhalb von 10 Kilometern im Umkreis der Grenzübergangsstelle." Die Regelung des § 2 Abs. 4 Z. 17 im FPG anstelle einer Regelung im Grenzkontrollgesetz erscheint unsystematisch und die Einführung eines "unmittelbaren Grenzbereichs" (im Gegensatz zum "unmittelbaren Grenzkontrollbereich") als nicht sachlich gerechtfertigtes Sonderrecht für das FPG.

Siehe dazu auch die Ausführungen zum Zugang zum Asylverfahren unter I.1.1. (Verfahrensfreie Zurückweisung an der Grenze - § 42 FPG).

### 2. AMTSBESCHWERDE - § 10 FPG

Mit § 10 FPG wird die Möglichkeit einer Amtsbeschwerde des Innenministers beim Verwaltungsgerichtshof gegen Bescheide des UVS (§ 10 mit Verweis auf § 86 FPG) sowohl in Schubhaftverfahren als auch in Verwaltungsstrafverfahren nach dem FPG sowie bei

Entscheidungen über Maßnahmenbeschwerden gem. Art. 129 Abs. 1 Z. 2 B-VG eingeführt.<sup>77</sup> Demgegenüber war bisher die Ergreifung einer Amtsbeschwerde durch § 74 FrG nur im Schubhaftbeschwerdeverfahren eingeräumt und stand der Sicherheitsdirektion des Bundeslandes offen, deren UVS über die Beschwerde gegen den Schubhaftbescheid, die Festnahme oder die Anhaltung entschieden hat.

Das Instrument einer Amtsbeschwerde gegen Bescheide des UVS im Verwaltungsstrafverfahren sowie bei Maßnahmenbeschwerden ist im AVG nicht vorgesehen. Durch § 10 FPG wird damit wiederum ein Sonderrecht für fremdenpolizeiliche Angelegenheiten eingeführt, das durch das Interesse an einer einheitlichen Rechtsprechung nicht gerechtfertigt werden kann, da es zu divergierender Judikatur des UVS im Rahmen aller Maßnahmebeschwerden kommen kann und nicht nur jener gegen Amtshandlungen nach dem FPG. § 10 FPG erscheint daher problematisch in Hinblick auf die Bedarfskompetenz des Art. 11 Abs. 2 B-VG, da die Sonderregelung sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Liegt die Rechtfertigung dieser Bestimmung tatsächlich in der Schaffung eindeutiger und einheitlicher Judikatur, so müssten Amtsbeschwerden überdies (künftig) tatsächlich sowohl zum Vorteil als auch zum Nachteil des Betroffenen ergriffen werden. In der Praxis wurde bislang von der Möglichkeit der Amtsbeschwerde (derzeit § 38 Abs. 5 AsylG 2003) ausschließlich zum Nachteil des Asylwerbers Gebrauch gemacht.

### 3. MINDERJÄHRIGE

#### 3.1. Handlungsfähigkeit - § 12 Abs. 1 bis Abs. 3 FPG

Alarmierend ist die Senkung der Altersgrenze für die Handlungsfähigkeit Minderjähriger in § 12 FPG auf 14 Jahre (vgl. derzeit § 95 FrG - 16 Jahre). Die Begründung in den EB, wonach "diese Fremden in der Regel durchaus in der Lage sind, ihre Interessen in gebotenum Ausmaß selbst zu vertreten" und wonach es "nunmehr [...] einer durchgängigen Tendenz dieses Gesetzes, als auch des Asylgesetzes 2005 [entspricht], die Handlungsfähigkeit mit dem vollendeten 14. Lebensjahr festzulegen", ist unzutreffend und strikt abzulehnen.

Durch die Senkung der Altersgrenze im FPG wird die Divergenz zu den Bestimmungen des AsylG und ABGB hinsichtlich der Handlungsfähigkeit Minderjähriger noch verschärft, anstatt harmonisiert. Dies führt zum absurden Resultat, dass ein Minderjähriger im fremdenpolizeilichen Verfahren als handlungsfähig angesehen wird, während er - zu Recht - im Asylverfahren die Unterstützung durch einen gesetzlichen Vertreter benötigt. Diesen Anpassungsbedarf hat auch der Menschenrechtsbeirat in seinem Bericht "Minderjährige in Schubhaft" aufgezeigt und angesichts der unterschiedlichen Folgen bei der Vertretung durch den Jugendwohlfahrtsträger für eine legislative Anpassung plädiert.

Geradezu zynisch erscheint die Anmerkung in den EB, wonach Minderjährige "zu einer mündlichen Verhandlung einen gesetzlichen Vertreter beiziehen und eine an der Sache nicht beteiligte Person ihres Vertrauens beiziehen können." Soweit Minderjährige in Begleitung ihrer Eltern sind, wird die gesetzliche Vertretung gemäß ABGB ohnehin bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres von diesen wahrgenommen. Bei einem unbegleiteten Minderjährigen dagegen wird die Möglichkeit der Beiziehung eines gesetzlichen Vertreters durch § 12 nachgerade ausgeschlossen. Eine angemessene Wahrung ihrer Interessen wäre für die Betroffenen daher nur durch einen gewillkürten Vertreter gewährleistet. Zur Bestellung eines gewillkürten Vertreters ist jedoch Prozessfähigkeit erforderlich, die gemäß § 9 AVG nach den Vorschriften des ABGB zu beurteilen ist. Darüber hinaus wird es einem Minderjährigen in aller Regel nicht möglich sein, das Entgelt für einen Rechtsbeistand aufzubringen; die Möglichkeit der Verfahrenshilfe besteht jedoch nur vor dem UVS oder den Höchstgerichten.

Gemäß § 21 Abs. 2 ABGB sind Minderjährige Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Gemäß § 187 ABGB ist einem Minderjährigen ein Vormund zu bestellen, wenn

<sup>77</sup> Begründung EB: "Mit dem Tätigwerden der UVS verliert der Bundesminister für Inneres in Teilbereichen jede Möglichkeit, regelnd auf die Rechtsfindung einzuwirken. Um allenfalls in Fällen, in denen Fremde nicht selbst den Verwaltungsgerichtshof anrufen, die Möglichkeit höchstgerichtlicher Rechtsprechung zu eröffnen, wird dem BMI die Möglichkeit der Amtsbeschwerde (Art. 131 Abs. 2 B-VG) eingeräumt" (S. 4), auch als "Handhabe gegen möglicherweise divergierende Judikatur verschiedener UVS."



nicht wenigstens einer Person die beschränkte gesetzliche Vertretung im Rahmen der Obsorge zusteht. Dabei hat ein Vormund primär für die Person des Minderjährigen zu sorgen (§ 188 ABGB). Die Obsorge umfasst Pflege und Erziehung, Vermögensverwaltung sowie gesetzliche Vertretung (§ 144 ABGB). Auf die Staatsbürgerschaft kommt es gemäß Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA, seit 07.08.1990) nicht an. Dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) und dem Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG) ist eine Situation, in welcher es für einen Minderjährigen keinen Obsorgeberechtigten gibt, völlig fremd. Im Bereich von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen wird das Fehlen eines Erziehungsberechtigten offenbar in Kauf genommen.

Das durch § 12, insb. Abs. 2 geschaffene Sonderrecht für nicht-österreichische Minderjährige ist strikt abzulehnen, stellt eine unsachliche Ungleichbehandlung dar und steht in Widerspruch zur Kinderrechtskonvention<sup>78</sup>.

Minderjährige genießen den besonderen Schutz der Gesetze, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und ihrem Status. Entgegen der Begründung der EB sind Personen dieses Alters nicht in der Lage, ihre Interessen in einem Verfahren selbst in gebotener Ausmaß wahrzunehmen, umso weniger als die Betroffenen regelmäßig aus einem anderen Rechtskreis kommen und der deutschen Sprache nicht mächtig sind.

Weiters wird durch § 12 Abs. 2 eine unzulässige Einschränkung der gesetzlichen Vertretung bewirkt, indem die Rechte des gesetzlichen Vertreters hier offenbar taxativ aufgezählt und damit auf Akteneinsicht, Beweisanträge sowie die Einbringung bestimmter Rechtsmittel beschränkt ist. Demgegenüber umfasst die gesetzliche Vertretung die Befugnis, im Namen des Minderjährigen sämtliche (!) Verfahrenshandlungen zu setzen (siehe § 10 AVG). In die gleiche Richtung geht die einschränkende Formulierung in den EB, wonach ein gesetzlicher Vertreter "zu einer mündlichen Verhandlung" beigezogen werden könne. Entgegen dieser Anmerkung sind sowohl gesetzliche Vertretung als auch Beiziehung einer Vertrauensperson auch in Einvernahmen etc. zu gewährleisten und nicht nur in mündlichen Verhandlungen, zu welchen es ausschließlich vor dem UVS (Schubhaftbeschwerde, Maßnahmenbeschwerde, Verwaltungsstrafverfahren) kommen kann.

Die Einschränkung der Befugnisse eines gesetzlichen Vertreters durch § 12 FPG stellt eine unzulässige, weil nicht zum Zweck des Gegenstandes 'unerlässliche' Abweichung von § 10 AVG dar und ist damit problematisch in Bezug auf Art. 11 Abs. 2 B-VG.

### 3.2. Altersfeststellung - § 12 Abs. 4 FPG

Problematisch ist auch die Regelung des § 12 Abs. 4, wonach die Feststellung des Alters "der Sicherheitsbehörde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens" obliegt und sie hierbei "sämtliche tauglichen und rechtlich zulässigen Beweismittel zur Klärung des Sachverhalts heranzuziehen" hat.

Der Menschenrechtsbeirat hat in seinem Bericht "Minderjährige in Schubhaft" im Jahr 2000 auch zur Altersfeststellung Stellung genommen und nach eingehender Befassung mit den zur Verfügung stehenden Methoden festgehalten, dass "derzeit offenkundig keine allgemein anerkannte wissenschaftliche Methode [existiert], die eine exakte Altersfeststellung gewährleistet." Der Beirat gibt weiters "zu bedenken, dass amtsärztliche Gutachten, die einer Entscheidung einer bescheiderlassenden Behörde zugrunde gelegt werden, nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs [... den] Erfordernissen eines Sachverständigengutachtens entsprechen müssen." Wenn keine anerkannte wissenschaftliche Methode zur Altersfeststellung existiert und selbst amtsärztliche Gutachten die Erfordernisse eines Sachverständigengutachtens erfüllen müssen, erübrigt sich eine Stellungnahme zur Altersfeststellung durch Organe des Sicherheitsdienstes.

Erneut nicht berücksichtigt wurde die Empfehlung des Menschenrechtsbeirates, in den einschlägigen fremdenrechtlichen Bestimmungen eine Regelung aufzunehmen, wonach die Behörde im Zweifel von einer tatsächlichen Minderjährigkeit auszugehen hat, soweit das Gegenteil nicht evident ist.

Die "Richtlinien über allgemeine Grundsätze und Verfahren asylsuchender unbegleiteter Minderjähriger" des UNHCR empfehlen folgendes Vorgehen:

<sup>78</sup> UN-Konvention über die Rechte des Kindes 1989; BGBl. 1993/7, in Österreich in Kraft getreten am 05.09.1992

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

*"Wenn man hinsichtlich des Kindesalters auf Schätzungen angewiesen ist, sollte folgendes beachtet werden:*

- *Bei der Einschätzung des Alters ist nicht nur das körperliche Erscheinungsbild heranzuziehen, sondern auch seine psychische Reife;*
- *Wenn man sich zur Feststellung des wahrscheinlichen Alters des Kindes wissenschaftlicher Methoden bedient, sollten gewisse Genauigkeitstoleranzen zulässig sein. Die Methoden müssen verlässlich und menschenwürdig sein.*
- *Im Zweifelsfall sollte zugunsten des Kindes entschieden werden, wenn das Alter ungewiss ist."*

Besonders problematisch ist die Bestimmung, wonach der Jugendwohlfahrtsträger im "Fall offenkundiger Unrichtigkeit" nicht zu verständigen und zu hören ist. Beamte der Sicherheitsbehörden sind fachlich nicht geeignet, eine Altersbestimmung zu treffen und wird durch diese Regelung jegliche Kontrollmöglichkeit entzogen und ein Einschreiten des Jugendwohlfahrtsträgers von vornherein verhindert.

Dem Abs. 4 letzter Satz, wonach eine "Weigerung des Fremden, an der Klärung des Sachverhalts mitzuwirken, [...] von der Sicherheitsbehörde im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen" sei, mangelt es an der erforderlichen Bestimmtheit. Weder aus dem Gesetz, noch aus den EB geht hervor, welche Umstände vom "Sachverhalt" umfasst sind, bei welchem vom Minderjährigen eine Mitwirkung gefordert wird (nur Alter oder darüber hinausgehend). In der Folge ist unklar, wie der Minderjährige diese implizite Mitwirkungspflicht erfüllen kann (nur durch Vorlage von Dokumenten oder auf andere Weise?) und ist daher der Behörde ein zu weitgehender Beurteilungsspielraum eingeräumt.

## **4. GRUNDSÄTZE DER VOLLZIEHUNG - § 13 FPG**

§ 13 Abs. 1 ermächtigt die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, "alle rechtlich zulässigen Mittel einzusetzen, die nicht in Rechte einer Person eingreifen. Besorgniserregend ist die Interpretation in den EB, wonach ein Eingriff in die Rechte von Personen dann nicht gegeben ist, wenn die Zustimmung des Berechtigten vorliegt und es daher zwar keine Zustimmung darstellt, wenn sich jemand "lediglich in Unvermeidliches fügt", aber "auch nicht jede Motivationshilfe (!) eine freiwillige Gestattung aus[schließt]." (EB zu § 13)

Höchst besorgniserregend ist auch der Umfang der Ermächtigung zur Durchsetzung der nach dem FPG eingeräumten Befugnisse mit unmittelbarer Zwangsgewalt (Abs. 2), da diese erst dann zu beenden ist, "wenn mit ihr eine Gefährdung des Lebens oder eine nachhaltige Gefährdung der Gesundheit einhergeht."

Die im FPG eingeführten Befugnisse gehen über jene des SPG/ StPO weit hinaus, was gemessen am Zweck des Gesetzes (Einhaltung von Einreisebestimmungen) überschießend und unverhältnismäßig erscheint. Daran vermag auch der in den EB erwähnte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nichts zu ändern: Die Grenze der Verhältnismäßigkeit wird jedenfalls weit vor dem in Abs. 2 genannten Maßstab einer "Gefährdung des Lebens oder einer nachhaltigen (!) Gefährdung der Gesundheit" überschritten.

Der Hinweis in den EB, wonach "Aufnahmeauswahl, Schulung und fördernde Dienstaufsicht" dafür zu sorgen haben, dass der einzelne Beamte "zur notwendigen Abwägung befähigt" sind, stellt keinesfalls eine ausreichende Sicherstellung einer verhältnismäßigen Ausübung dieser Befugnisse dar.

## **5. PASSPFLICHT - §§ 16 - 18 FPG**

Positiv anzumerken ist, dass die Ausnahme von der Passpflicht nun endlich neben Konventionsflüchtlingen auch für subsidiär Schutzberechtigte anerkannt wird, die sich regelmäßig in derselben Situation wie erstere befinden und daher nicht in der Lage sind, Reisedokumente vorzuweisen.

Negativ anzumerken ist, dass sich der bisherige § 2 Abs. 5 Z. 2 FrG in § 18 FPG nicht mehr wieder findet. Wird jedoch einer Person ein Aufenthaltstitel in Bescheidform erteilt, eben weil er nicht in der Lage ist, sich ein Reisedokument seines Herkunftsstaates zu beschaffen (§ 14 Abs. 5 FrG), so muss diese Person konsequenter Weise auch von der Passpflicht ausgenommen werden.

## 6. ERTEILUNG VON VISA - §§ 21 ff. FPG

### 6.1. Widerspruch zum Botschaftsverfahren - § 35 AsylG

Die Formulierung in § 21 Abs. 1 Z. 2 und § 22 FPG steht in Widerspruch zum Botschaftsverfahren des Asylgesetzes für Familienangehörige von Konventionsflüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten. Im Familienverfahren gemäß § 35 AsylG 2005 ist nach Mitteilung des Bundesasylamtes über die Wahrscheinlichkeit der Schutzgewährung ein Einreisevisum durch die Vertretungsbehörde zu erteilen. § 21 Abs. 1 Z. 2 dagegen normiert die gesicherte Wiederausreise des Fremden als zwingende Voraussetzung der Visumerteilung. Auch § 22 (Humanitäre Visa) bezieht sich nur auf das Vorliegen von Versagungsgründen nach § 21 Abs. 7 Z. 2, nicht aber auf die gesicherte Wiederausreise.

Auch die in Abs. 5 angeführten relativen Versagungsgründe kommen durch die gewählte Regelung ohne Unterschied auch für die Erteilung von Einreisevisa in Familienverfahren vor einer österreichischen Vertretungsbehörde zum Tragen. Damit wird Schutzsuchenden die Vorlage einer "alle Risiken abdeckenden Krankenversicherung" sowie - im Falle eines Aufenthalts in einem durch Verordnung gemäß § 23 Abs. 1 festgelegten Staat - die Vorlage eines Gesundheitszeugnisses abverlangt, was sie in aller Regel nicht erfüllen können.

Auch die verfahrensrechtliche Regelung für Antragsteller, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wird in sog. "Botschaftsverfahren" nach § 35 AsylG 2005 erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Soll ein Minderjähriger von einem Elternteil auf diesem Weg in Sicherheit gebracht werden, ist dem Unter-14Jährigen die Antragstellung bei der Vertretungsbehörde überhaupt nicht möglich, und wird auch die Vorlage der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nur beim Bundesasylamt, nicht aber an der Botschaft möglich sein. Das sog. "Botschaftsverfahren" würde damit in der Praxis ad absurdum geführt.

Zumal die Bestimmungen des FPG auf das Botschaftsverfahren des Asylgesetzes anwendbar gemacht werden, müssen entsprechende Sonderregelungen für die Betroffenen vorgesehen werden. Des weiteren sollte in § 25 Abs. 5 klargestellt werden, dass Verfahren nach § 35 AsylG 2005 von Verwaltungsabgaben befreit sind. In den EB wird dagegen lediglich auf Dienst- und Diplomatenvisa sowie auf Amtssitzabkommen verwiesen.

Nach wie vor nicht berücksichtigt wurde im vorliegenden Entwurf, dass das Beibringen von Reisedokumenten (in dem Visum ersichtlich gemacht werden kann) für Flüchtlinge wie auch ihre Angehörigen vielfach nicht oder nur mit erheblicher Gefährdung möglich ist. Die EB zu § 24 führen aus, die Vorlage eines gültigen Reisedokuments stelle eine Formalvoraussetzung und der Besitz eines solchen Dokuments eine materielle Voraussetzung dar und sei ein Visumantrag ohne Bezug auf ein Reisedokument zurückzuweisen. Der Zusatz, dies gelte in Fällen nicht, in denen der Fremde zur Vorlage eines Reisedokuments nicht in der Lage ist und ihm "aus humanitären Gründen in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen" ein Visum ausgestellt werden soll, erscheint nicht hinreichend, da diese Anordnung sich zum einen offenkundig auf die humanitären Visa des § 22 bezieht (und damit nicht auf das Botschaftsverfahren) und zum anderen offen bleibt, wie die Einreise unter solchen Umständen erfolgen soll. Die Fälle der Visaerteilung im Botschaftsverfahren sollten ausdrücklich im Gesetz angeführt und ein Instrument vergleichbar einem "Laissez-passer" für die Erteilung eines Einreisevisums für Angehörige von Konventionsflüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten verankert werden.

### 6.2. Ausnahmen von der Sichtvermerkspflicht - § 30 FPG

§ 30 Abs. 5 knüpft das Aufenthaltsrecht des Kindes nach wie vor an das der Mutter. Sichtvermerksfreiheit für Kinder in den ersten sechs Lebensmonaten kann nur dann auch vom

Vater abgeleitet werden, "wenn ihm Pflege und Erziehung des Kindes allein zukommt" und die Mutter darüber hinaus nicht auf die Obsorge verzichtet hat.<sup>79</sup>

Entgegen dieser Priorisierung der Mutter-Kind-Beziehung geht die österreichische Rechtsordnung stets von der Gleichwertigkeit der Elternrechte und –pflichten aus und sind "nach Familienrecht bei ehelichen Kindern beide Elternteile obsorgeberechtigt; auch bei Lebensgemeinschaften und nach einer Scheidung ist gemeinsame Obsorge möglich." Dennoch ist der rechtmäßige Aufenthalt des Vaters nach wie vor irrelevant. (*Muzak/ Taucher/ Pinter*, Fremden- und Asylrecht, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 109)

Art. 5 des 7. ZPMRK legt die Gleichberechtigung der Ehegatten untereinander und in ihren Beziehungen zu ihren Kindern, sowohl während der Ehe als auch bei Auflösung der Ehe fest. Die Regelung des § 30 Abs. 5 erscheint daher nach wie vor bedenklich in Hinblick auf Art. 5 des 7. ZPMRK und das aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Sachlichkeitsgebot.

Darüber hinaus schützt Art. 8 EMRK das Familienleben vor staatlichen Maßnahmen, die das Zusammenleben oder Zusammensein der Eltern oder eines Elternteils mit dem Kind verhindern (EGMR vom 07.08.1996, Fall *Johansen*, EGMR vom 09.06.1998, Fall *Bronda*; EGMR vom 11.10.2001, Fall *Sommerfeld* (EuGRZ 2001, 588, Z. 43)). Die Ausklammerung des Aufenthaltsrechts des Vaters führt dazu, dass die Fortsetzung des Zusammenlebens des Kindes mit dem zurückbleibenden, aufenthaltsberechtigten Vater unmöglich wird und stellt damit einen Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Familienleben dar.

Eine Ausnahme von der Sichtvermerkplicht wird für Konventionsflüchtlinge sowie subsidiär Schutzberechtigte durch § 30 Abs. 6 nur hinsichtlich der Einreise, nicht aber hinsichtlich des Aufenthalts normiert. Angesichts der in § 20 Abs. 1 abschließend geregelten Visaformen würden weder ein Konventionsreisepass noch eine Karte für subsidiär Schutzberechtigte (§ 53 AsylG 2005) den Erfordernissen der Sichtvermerkplicht genügen. Konventionsflüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte müssten daher auch hinsichtlich des Aufenthalts von der Sichtvermerkplicht ausgenommen werden. (Sie werden ohnehin von der Passpflicht bzw. von der Pflicht zum Nachweis der Aufenthaltsberechtigung gemäß § 32 FPG erfasst.)

In § 30 Abs. 6 müssen Konventionsflüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte nicht nur für die Einreise, sondern auch für den Aufenthalt von der Sichtvermerkplicht befreit werden, zumal sie diese zwangsläufig nicht erfüllen können, jedoch ohnehin die Verpflichtung zum Nachweis der Aufenthaltsberechtigung des § 32 zur Anwendung kommt.

## 7. RECHTMÄßIGER AUFENTHALT - §§ 31, 34 FPG

Durch die Koppelung von § 31 (rechtmäßiger Aufenthalt) mit der Verwaltungsstrafbestimmung des unrechtmäßigen Aufenthalts (§ 123 FPG) können über Asylwerber trotz faktischem Abschiebeschutz Verwaltungsstrafen wegen unrechtmäßigem Aufenthalts verhängt werden, ebenso im Falle der Erteilung eines Abschiebeaufschubs (§ 56 Abs. 2 FrG).

Dieser Widerspruch wurde nunmehr zumindest bei der Duldung (§ 48 FPG) und beim Durchsetzungsaufschub (§ 70 FPG) beseitigt. Bei Asylwerbern besteht er jedoch nach wie vor, obwohl auch diese im Bundesgebiet geduldet sind (siehe § 13 AsylG 2005). § 31 Abs. 2 sollte daher explizit auch Asylwerber mit faktischem Abschiebeschutz umfassen oder die Formulierung "deren Aufenthalt geduldet wird (§ 48 FPG, § 13 AsylG)" gewählt werden.

§ 32 Abs. 4 ist dringend um Konventionsreisepässe gemäß § 97 FPG 2005 sowie Ausweise für Vertriebene gemäß § 80 Abs. 3 FPG 2005 zu ergänzen.

## 8. SOG. VERFAHRENSFREIE MASSNAHMEN

### 8.1. Auskunftsverlangen - § 34 FPG

<sup>79</sup> Der VfGH hatte mit Erkenntnis vom 8. März 2000, Zl. G 1/00-6 die Wortfolge "sofern die Mutter über einen Aufenthaltstitel verfügt oder Sichtvermerks- und Niederlassungsfreiheit besteht" in § 28 Abs. 2 FrG 1997 wegen der Ausnahmslosigkeit dieser Regelung aufgrund gleichbehandlungsrechtlicher Bedenken aufgehoben.



Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes werden durch § 34 FPG ermächtigt, von Personen Auskunft zu verlangen, "von denen anzunehmen ist, sie könnten über die rechtswidrige Einreise, den rechtswidrigen Aufenthalt, die rechtswidrige Ausreise oder über strafbare Handlungen nach dem FPG Auskunft erteilen." Nach Abs. 2 ist die Ausübung von Zwangsgewalt zur Durchsetzung dieser Befugnis unzulässig. Die EB führen aber aus, der Betroffene solle "verpflichtet [sein], sich dieser Befragung zu stellen und wird ihm in der konkreten Situation nicht möglich sein, sich eine Befragung durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu verbieten. Freilich [habe] das Organ keine Möglichkeit, durch Ausübung von Zwang zu einer inhaltlichen Aussage zu kommen." Verwiesen wird auf die Erläuterungen zu § 13 Abs. 1.

§ 13 Abs. 1 regelt die "Grundsätze für den Eingriff in die Rechte von Personen" und enthält die Befugnisse der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes bei der Erfüllung der ihnen nach dem FPG übertragenen Aufgaben. Nach Abs. 1 dürfen alle rechtlich zulässigen Mittel eingesetzt werden, die nicht in die Rechte einer Person eingreifen. In den EB wird ausgeführt, es sei dabei an "schlichte Befragung, beratende Tätigkeit, Aufforderung den gesetzmäßigen Zustand freiwillig herzustellen oder die Ermittlung nicht personenbezogener Daten" zu denken. Ein Eingriff in die Rechte von Personen sei auch dann nicht gegeben, wenn die Zustimmung des Berechtigten vorliege. Mit Zustimmung sei daher auf Grundlage des § 13 Abs. 1 das Betreten von Grundstücken und Räumen, das Durchsuchen von Räumen, Fahrzeugen, Behältnissen und der Kleidung von Menschen, die Mitnahme von Menschen oder Gegenständen zur Sicherheitsdienststelle zulässig. Zwar wird festgehalten, dass keine Zustimmung vorliegt, wenn sich jemand lediglich in Unvermeidliches fügt, andererseits aber - so die EB - schließe "auch nicht jede Motivationshilfe (!) eine freiwillige Gestattung aus."

Diese Formulierung ist alarmierend und lässt befürchten, dass von den "Motivationshilfen" in Form von Druckausübung und Einschüchterung Gebrauch gemacht wird und die Einschränkungen der Zwangsanwendung aus § 13 unwirksam werden.

Die extensive Ermächtigung zu Auskunftsverlangen ist besorgniserregend. Da Flüchtlingen in aller Regel keine Möglichkeit zur legalen Einreise offen steht, findet diese Bestimmung auch auf alle Personen Anwendung, die Kontakt mit Asylwerbern und Flüchtlingen haben. Da Asylwerber - mangels legalem Zugang zu einem Asylverfahren - in aller Regel rechtswidrig eingereist sind, findet die Bestimmung auf Mitarbeiter von NGOs und Flüchtlingsheimen sowie Rechtsanwälte und deren Mitarbeiter Anwendung. Die Ermächtigung des § 34 führt daher dazu, dass jede Person (Rechtsberater, Rechtsanwälte, Freunde, Bekannte und Familienangehörige), die auch nur irgendeinen Kontakt mit einem Nicht-Staatsbürger (Migranten, Asylwerbern, Flüchtlingen) hat, von den Organen des Sicherheitsdienstes - allenfalls unter Einsatz der in den EB zu § 13 Abs. 1 genannten "Motivationshilfen" - dazu aufgefordert werden kann, Mitteilungen über fremdenpolizeilich relevante Sachverhalte abzugeben.

Damit verbunden ist einerseits ein massiver Eingriff in die Rechte dieser Personen (jederzeitige Möglichkeit, von Sicherheitsorganen angehalten und befragt zu werden; siehe auch Identitätsfeststellung und Durchsuchungsregelung in §§ 35, 36) und andererseits ein massiver Eingriff in das Beratungs- und Betreuungsverhältnis, das ein den Berufsgeheimnissen vergleichbares Vertrauensverhältnis notwendig voraussetzt. Eine Berücksichtigung gesetzlich geschützter Berufsgeheimnisse fehlt völlig, sodass auch Rechtsanwälte und Ärzte verpflichtet sind, "sich der Befragung durch Sicherheitsorgane zu stellen."

Die Bestimmung ist umso problematischer, als keine ausreichende Determinierung über den Inhalt der Befragungen getroffen wird. § 34 spricht lediglich von den "Zwecken der Besorgung der Fremdenpolizei" und auch die EB treffen mit der Formulierung "über fremdenpolizeilich relevante Sachverhalte" keine weitergehende Determinierung.

Ins Leere geht die Befugnis im Rahmen der Z. 4 (Auskünfte über strafbare Handlungen nach diesem Bundesgesetz), da in diesem Bereich bereits durch SPG und StPO ausreichende Befugnisse eingeräumt sind. Die Verschiebung bzw. Wiederholung von den allgemein der Sicherheitsexekutive zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eingeräumten Befugnissen in das Fremdenrecht (nunmehr bezeichnend Fremdenpolizeigesetz) hat damit eine fremdenfeindliche Komponente, da sie eine pauschal negative Haltung gegenüber den betroffenen Personengruppen ausdrückt.

Offenkundig wird die Unverhältnismäßigkeit der gegenständlichen Regelung durch einen Vergleich mit den Befugnissen des SPG. § 34 SPG ermächtigt Organe des Sicherheitsdienstes, von

Menschen Auskunft zu verlangen, von denen anzunehmen ist, dass sie in Fällen der allgemeinen Hilfeleistungspflicht sachdienliche Hinweise über das Vorliegen einer Gefährdung und über ihre Gefahrenquelle (!) geben können. Im Gegensatz zur beabsichtigten Regelung im Fremdenpolizeigesetz handelt es sich hier um Befugnisse zum Schutz von bedeutenden Rechtsgütern (Gefährdung von Leben, Gesundheit, Freiheit oder Eigentum von Menschen). Darüber hinaus ist im Rahmen des SPG auf den amtlichen Charakter sowie die Freiwilligkeit der Mitwirkung hinzuweisen, wenn durch das Einholen der Auskünfte personenbezogene Daten ermittelt werden sollen (§ 54 Abs. 1 SPG) und ist die Befugnis auf die Dauer der aufrechten Gefahr eingeschränkt.

## 8.2. Identitätsfeststellung - § 35 FPG

Die Möglichkeit zu Auskunftsverlangen des § 34 wird in § 35 ergänzt durch die Befugnis, die Identität einer Person festzustellen, u. a. wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, sie könne über die rechtswidrige Einreise, den rechtswidrigen Aufenthalt oder die rechtswidrige Ausreise eines Fremden Auskunft erteilen (Z. 2, siehe oben zu § 34). Die EB führen dazu alarmierender Weise aus, dass diese Befugnis in Zukunft besteht, "ohne dass hierfür ein individualisierter konkreter Tatverdacht vorgebracht werden" muss. Bereits der Begriff des "Tatverdacht" in diesem Zusammenhang legt eine bedenkliche Haltung gegenüber den betroffenen Personen offen, da sie rechtswidrige Einreise und Aufenthalt in die Nähe von kriminellen Delikten rückt und sogar potentielle Kenntnis einer dritten Person über rechtswidrige Einreise oder Aufenthalt als Straftatbestand begreift.

Bemerkenswert ist dabei die Feststellung des BMI in den EB des Entwurfes zu § 35, wonach es in Österreich derzeit offenbar geltende Praxis ist, dass Organe der öffentlichen Sicherheit „wider besseres Wissen, um eine Ausweiseistung zu erreichen, jemanden verdächtigen, um im Weigerungsfalle eine Festnahmebefugnis ausüben zu können“. Freiheitsentziehungen, welche von Beamten „wider besseres Wissen“ und ohne gesetzliche Grundlage angewendet werden, erfüllen jedoch den Tatbestand des Amtsmissbrauchs (§ 302 StGB). Die Vorgesetzten der betreffenden Beamten wären hierauf wohl gem. § 84 StPO zur Anzeige der Sachverhalte bei der zuständigen Staatsanwaltschaft verpflichtet, statt damit vom Gesetzgeber mehr Befugnisse für die betreffenden Beamten zu fordern.

Weiters ist besorgniserregend, dass "die Art, wie Identitätsdaten im Einzelfall festgestellt werden, ausdrücklich offen gelassen" wird und "die Durchsetzung der Verpflichtung, seine Identität Preis zu geben, [...] durch eine Mitwirkungs- und eine Duldungspflicht des Betroffenen sichergestellt" ist (EB zu § 35). Die Organe des Sicherheitsdienstes werden darüber hinaus ermächtigt, "die Identitätsfeststellung unmittelbar durchzusetzen" und sogar dazu, "auch andere personenbezogene Daten zu ermitteln".

Im Ergebnis wird dadurch Mitarbeitern von NGOs, Rechtsanwälten oder auch Personen mit nicht-österreichischem Freundeskreis eine Ausweispflicht auferlegt. Bei jeder Person, die beruflich oder privat Kontakt zu Nicht-Österreichern hat, werden die Organe des Sicherheitsdienstes "Grund zur Annahme" haben, dass diese Person Auskunft über die rechtswidrige Einreise (siehe Flüchtlinge in aller Regel), den rechtswidrigen Aufenthalt (siehe weitgehend kein Aufenthaltsrecht im Asylverfahren) oder die rechtswidrige Ausreise eines Fremden geben könnte (Z.2), umso mehr als explizit kein "individualisierter konkreter Tatverdacht vorgebracht werden muss." Machen die Sicherheitsbehörden von ihrer Ermächtigung zur Identitätsfeststellung Gebrauch, so besteht eine Mitwirkungs- und Duldungspflicht (!), die sogar unmittelbar durchgesetzt werden kann.

Die extensive Ermächtigung zur Identitätsfeststellung ist damit im Ergebnis die Einführung einer Ausweispflicht für NGO-Mitarbeiter und Personen mit nicht-österreichischem Freundeskreis und stellt damit einen diskriminierenden Eingriff in die Rechte dieser Personen dar.

Darüber hinaus ist die Regelung zu unbestimmt, da keine Determinierung erfolgt, welche Identitätsdaten festgestellt werden dürfen (vgl. § 35 Abs. 2 SPG).

Die Ermächtigung zur Identitätsfeststellung in Z. 4 "wenn der dringende Verdacht besteht, dass sich an ihrem Aufenthaltsort eine gerichtlich strafbare Handlung nach diesem Bundesgesetz ereignet hätte oder sie über eine solche Auskunft erteilen könne" stellt wiederum einen Sachverhalt dar, der bereits durch das SPG bzw. die StPO abgedeckt ist und dessen Wiederholung im FPG nicht erforderlich, sondern allenfalls geeignet ist, fremdenfeindliche Grundhaltungen zu verstärken. Ebenso wird der "dringende Verdacht" (!), dass sich am

Aufenthaltsort der Person "Fremde befinden, die nicht zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind" bereits durch § 35 Z. 3 FPG abgedeckt, wobei die unterschiedslose Nennung dieses "Tatbestandes" neben den übrigen (flüchtige Straftäter, gefährlicher Angriff) ohnehin problematisch erscheint.

Die Unverhältnismäßigkeit von § 35 FPG erweist sich am Vergleich mit § 35 SPG als überzogen, wonach nur dann eine Ermächtigung zur Feststellung der Identität einer Person besteht, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, sie stehe im Zusammenhang mit einem gefährlichen Angriff (Z. 1), der dringende (!) Verdacht besteht, dass sich am Aufenthaltsort dieser Person eine mit beträchtlicher Strafe bedrohte Handlungen (!) ereignen oder flüchtige Straftäter oder einer Straftat Verdächtige (!) verbergen (Z. 2).

§ 35 FPG ist daher überschießend und unverhältnismäßig, da die Befugnisse über jene des Sicherheitspolizeigesetzes weit hinausgehen und nicht einmal einen konkreten individualisierten, geschweige denn einen "dringenden Verdacht" wie im SPG voraussetzen.

### **8.3. Ermächtigung zum Betreten und zur Durchsuchung - § 37, § 124 Abs. 2 FPG**

Die extensiven Befugnisse der §§ 34, 35 werden noch erweitert um die Befugnis zum Betreten und Durchsuchen (!) von Grundstücken, Räumen, Betriebsstätten, Arbeitsstellen sowie Fahrzeugen, u. a. soweit "aufgrund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass darin mindestens fünf Fremde aufhältig sind und sich darunter Fremde befinden, die nicht rechtmäßig in das Bundesgebiet eingereist sind oder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten."

Wer Organen des Sicherheitsdienstes als Verantwortlicher nicht gemäß § 37 Abs. 1 Zutritt zu Grundstücken, Betriebsstellen, Arbeitsstellen, Räumen oder Fahrzeugen gewährt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen." (§ 124 Abs. 2)

Die schon bisher problematische Regelung des § 71 FrG bezog sich nur auf das Betreten, nicht aber Durchsuchen von Räumlichkeiten zur Durchsetzung eines Festnahmeauftrages oder zur Vollstreckung eines Schubhaftbescheides. Diese Ermächtigung erging nach aktueller Rechtslage explizit in Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt und war den Betroffenen vorzuweisen! Das Betretungsrecht (nicht Durchsuchungsrecht) bei Annahme auf Grund bestimmter Tatsachen, dass mehr als fünf Fremde in einer Räumlichkeit Unterkunft genommen haben und sich darunter nicht rechtmäßig aufhältige Fremde befinden, war zumindest dadurch eingeschränkt, dass eine "Überprüfung gemäß § 32 sonst unmöglich oder erheblich erschwert wäre." (§ 71 Abs. 2 Z. 2 FrG) Die Vorgabe des § 71 Abs. 3, wonach derartige Amtshandlungen "mit Vermeidung unnötigen Aufsehens, jeder nicht unumgänglich nötigen Belästigung oder Störung der Betroffenen sowie mit möglichster Schonung ihres Rufes vorzunehmen" war, wurde in der Neuregelung ebenso fallen gelassen wie die Ausstellung einer Bescheinigung über die Vornahme der Amtshandlung auf Verlangen binnen 24 Stunden.

Die Ermächtigung zur Durchsuchung wird in den EB damit begründet, dass "sich die gesuchte Person bei einer Betretungsbefugnis ohne gleichzeitige Durchsuchungsbefugnis im Fall ihres Verborgenhaltens dem fremdenpolizeilichen Zugriff entziehen könnte." Die Befugnisserweiterung in Bezug auf Fahrzeuge wird mit der Bekämpfung der Schlepperei begründet.

Soweit sich § 37 FPG auf gerichtlich strafbare Delikte wie Schlepperei bezieht, ist dem entgegenzuhalten, dass hier ohnehin die Befugnisse des SPG und der StPO zur Anwendung kommen, sodass durch das FPG eine Doppelgleisigkeit - mit gegenüber dem SPG maßgeblich erweiterten Eingriffsbefugnissen - geschaffen wird und wiederum rechtswidrige Einreise und Aufenthalt ebenso wie unerlaubte Erwerbstätigkeit in die Nähe kriminalstrafrechtlicher Tatbestände gerückt werden. Die vorläufige Sicherstellung von "Gegenständen, die der Täter mit sich führt, oder zur Tatbegehung verwendete Beförderungsmittel oder Behältnisse" im Zusammenhang mit Schlepperei ist bereits durch § 118 Abs. 7 abgedeckt.

Die Bedenken hinsichtlich einer unverhältnismäßigen Doppelgleisigkeit werden wiederum am Vergleich mit der parallelen Eingriffsbefugnis des SPG deutlich. § 39 SPG ermächtigt zum Betreten nur dann, "sofern dies zur Erfüllung der Hilfeleistungspflicht oder zur Abwehr eines gefährlichen Angriffs (!) erforderlich (!)" ist. Eine Ermächtigung zur Durchsuchung besteht nur, "soweit dies der Suche nach einem Menschen dient, dessen Leben oder Gesundheit unmittelbar gefährdet erscheint (Z. 1), nach einem Menschen, von dem ein gefährlicher Angriff ausgeht (Z. 2) oder nach einer Sache, die für einen gefährlichen Angriff bestimmt ist." Die Durchsuchung von Transportmitteln ist - nochmals eingeschränkt - nur zulässig, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen

anzunehmen ist, dass mit derartigen Transportmitteln grenzüberschreitend gerichtlich strafbare Handlungen begangen werden.

Die extensive Anwendung dieser Bestimmung ist umso mehr zu befürchten, als die EB ausführen, für die Annahme der "Notwendigkeit des Vorliegens bestimmter Tatsachen als Voraussetzung zur Befugnisausübung" kämen "nicht bloß die Umstände einer konkreten Situation in Betracht", sondern auch etwa "die Kenntnis der Behörde über frühere Vorfälle, glaubwürdige Zeugenaussagen oder örtlich-zeitliche Nahebeziehungen zu fremdenpolizeilich relevanten Sachverhalten." Für die Ausübung der extensiven, eingriffsintensiven Ermächtigung ist demnach bereits ein von einem Sicherheitsorgan ins Treffen geführter "Generalverdacht" bei Flüchtlingsheimen oder Beratungsstellen oder die Berufung auf die "allgemeine Lebenserfahrung" ausreichend.

Alarmierend ist, dass von der Ermächtigung auch sämtliche Flüchtlingsheime, Beratungsstellen und auch Rechtsanwaltskanzleien umfasst sind. Angesichts der zuvor dargestellten fehlenden Möglichkeiten einer legalen Einreise von Flüchtlingen und dem eingeschränkten Aufenthaltsrecht während des Asylverfahrens können Sicherheitsorgane diese Bestimmung als Ermächtigung zum Betreten und zur Durchsuchung von Flüchtlingsheimen und Beratungsstellen heranziehen. Die Bestimmung stellt potentiell eine Verletzung gesetzlich geschützter Berufsgeheimnisse dar, zumal auf gesetzlicher Ebene ein Verbot des Betretens und der Durchsuchung von Kanzleiräumlichkeiten völlig fehlt und in den EB lediglich ausgeführt wird, die Sicherheitsorgane hätten "danach zu trachten (!), die Verhältnismäßigkeit und gesetzlich geschützte Berufsgeheimnisse zu wahren."

Die Einschränkung auf verhältnismäßige Maßnahmen sollte nicht bloß durch einen Verweis auf § 39 Abs. 7 SPG erfolgen, sondern explizit zumindest dessen Wortlaut als § 37 Abs. 2 wiedergegeben werden: "Bei Handhabung der Befugnisse [...] ist besonders darauf zu achten, dass Eingriffe in die Rechtssphäre der Betroffenen die Verhältnismäßigkeit (§ 29 SPG) wahren und dass Verletzungen gesetzlich geschützter Berufsgeheimnisse möglichst vermieden werden." Der Wortlaut des § 71 Abs. 3 FrG idgF ist überdies ins FPG zu übernehmen und wie in § 71 Abs. 2 Z. 2 vorzusehen, dass ein allfälliger Durchsuchungsauftrag (§ 78 FPG 2005) dem Betroffenen vorzuweisen ist.

#### **8.4. Durchsuchung von Personen - § 38 FPG**

§ 38 ermächtigt zum Durchsuchen der Kleidung und der mitgeführten Behältnisse von Personen "zum Zwecke der Sicherstellung von Beweismitteln (§ 39)" bei Festnahme sowie bei Verdacht auf unrechtmäßige Einreise oder Aufenthalt. Nach Abs. 2 ist der Fremde vor einer Durchsuchung "aufzufordern, alle mitgeführten Beweismittel freiwillig herauszugeben."

Der VfGH stellte mit E vom 15.10.2004 (G 237, 238/03 ua) fest: "Ein Grundrechtseingriff durch Durchsuchung [...] kann nur dann als verhältnismäßig angesehen werden, wenn die Identität und die Berechtigung zum Aufenthalt anders nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand feststellbar wäre. Dies insb. dann, wenn der Betroffene nicht kooperativ an der Sachverhaltsfeststellung mitwirkt oder erhebliche Zweifel an seinem Vorbringen bestehen, die durch die Durchsuchung ausgeräumt werden können." Die Durchsuchung gem. § 38 FPG darf demnach nur als ultima ratio angewendet werden.

Die Regelung des § 38 erscheint in Anbetracht der Passpflicht und der Verpflichtung zum Nachweis der Aufenthaltsberechtigung (§ 32) sowie der weitgehenden Ermächtigung zur Identitätsfeststellung (§ 35) und der Ermächtigung zur Überprüfung der Einreise und des Aufenthalts (§ 36) und der daran umfassend geknüpften Festnahmeermächtigung (§ 40) überschießend. Ist im Zuge der Ausübung der Ermächtigung gemäß § 35 oder § 36 FPG "auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen", dass sich ein Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält (§ 40 Abs. 1 Z. 1) oder kommt dieser seiner Verpflichtung zum Nachweis der Aufenthaltsberechtigung nicht nach (§ 40 Abs. 1 Z. 2), so ist daran bereits die Ermächtigung zur Festnahme geknüpft! Die Durchsuchung festgenommener Personen wird dann bereits durch § 38 Abs. 1 Z. 1 FPG abgedeckt.

Die Durchsuchung in darüber hinausgehenden Fällen erscheint daher weder erforderlich noch verhältnismäßig. Weder der eine solche Durchsuchung rechtfertigende Sachverhalt noch der Begriff der "Beweismittel" erscheinen bei Zusammenschau der genannten Bestimmungen hinreichend determiniert, insbesondere bei jenen Tatbeständen, die offenbar eine Durchsuchung, aber keine Festnahme rechtfertigen. Um "Gegenstände und Dokumente, die im Zuge der



Effektuierung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbotes, insbesondere zur Erlangung eines Dokuments für die Abschiebung, benötigt werden" (§ 39 Abs. 2), kann es sich wohl nur handeln, wenn auch die Voraussetzungen einer Festnahme gemäß § 40 FPG vorliegen. Für welches "Verfahren nach diesem Bundesgesetz" darüber hinaus eine Sicherstellung von Beweismitteln bei "Verdacht auf unrechtmäßige Einreise oder Aufenthalt" bestehen soll, wird selbst in den EB offen gelassen.

Ein Eingriff in die durch Art. 8 EMRK geschützte Privatsphäre erfordert hingegen eine ausreichende Determinierung, wenn sie durch die in Art. 8 Abs. 2 angeführten öffentlichen Interessen gerechtfertigt sein soll. Darüber hinaus fehlt es angesichts der angeführten Gesamtschau der Bestimmungen an der durch Art. 8 EMRK geforderten Erforderlichkeit dieser Eingriffsbefugnis zur Wahrnehmung der in Art. 8 Abs. 2 genannten Interessen.

Die Formulierung "Verdacht" der nicht rechtmäßigen Einreise steht in auffallendem Kontrast zur üblichen Formulierung "wenn auf Grund bestimmter (!) Tatsachen anzunehmen ist" und lässt befürchten, dass ein bloßer Pauschalverdacht (Aussehen!?) hinreichend ist, um einen derart weitgehenden Eingriff in geschützte Rechte zu rechtfertigen.

Die Unverhältnismäßigkeit der Regelung wird verdeutlicht, vergleicht man die Ermächtigung zur Durchsuchung in der geplanten Novelle wiederum mit der Durchsuchungsregelung des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG) - das immerhin die Grundlage für die Befugnisse der Sicherheitsbehörden bei Gefahrenabwehr (!) und Fahndung (!) darstellt. § 40 SPG ermächtigt Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes nur dann, Festgenommene (!) zu durchsuchen, "um sicherzustellen, dass diese während ihrer Anhaltung weder ihre eigene körperliche Sicherheit noch die anderer gefährden und nicht flüchten" (Abs. 1) oder "Menschen zu durchsuchen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, diese stünden mit einem gegen Leben, Gesundheit, Freiheit oder Eigentum gerichteten gefährlichen Angriff in Zusammenhang und hätten einen Gegenstand bei sich, von dem Gefahr ausgeht" (Abs. 2).

§ 38 Abs. 1 Z. 2 ist überschießend und in Anbetracht der ohnehin umfangreichen - oben ausgeführten - Ermächtigungen ersatzlos zu streichen.

### **8.5. Festnahme - § 40 FPG**

§ 40 Abs. 3 übernimmt - trotz Umformulierung - inhaltlich die Regelung des geltenden § 34a AsylG 2003 und ist damit höchst problematisch iSd. Art. 5 EMRK und des Art. 2 PersFrBVG.

Die Bestimmung widerspricht § 44 Abs. 2 AsylG, wonach Fremde, die einen Antrag auf internationalen Schutz bei einer Sicherheitsbehörde oder einem Organ des Sicherheitsdienstes stellen, der Erstaufnahmestelle vorzuführen sind.

Durch § 40 Abs. 3 Z. 4 FPG wird die Festnahmebefugnis gegenüber Asylwerbern sogar auf jene Fälle erweitert, in welchen noch nicht einmal ein vorzeitiges Ausweisungsverfahren (§ 27 AsylG) eingeleitet wurde, sondern können Asylsuchende bereits dann festgenommen werden, wenn "auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass der Asylantrag des Fremden mangels Zuständigkeit Österreichs zur Prüfung zurückgewiesen werden wird."

Die Beurteilung der Zuständigkeit Österreichs zur Durchführung des Asylverfahrens wird hier explizit von den Sicherheitsbehörden durchgeführt. Die EB sprechen von Fällen "schon vor Einschaltung der Asylbehörden aber nach Stellung eines Asylantrages", bei welchen "offensichtlich ist, dass es zur Ausweisung des Asylwerbers kommen wird, weil sein Antrag auf Asyl zurückzuweisen ist." Dies werde "vor allem und regelmäßig bei Eurodac-Treffern der Fall sein."

Die Beurteilung der Zuständigkeit für das Asylverfahren ist von den Asylbehörden zu prüfen und festzustellen, eine Verlagerung dieser Entscheidung auf die Sicherheitsbehörden ist unzulässig.

Österreich hat nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen, wenn die Ausweisung/ Abschiebung - insb. wegen der Gefahr einer Kettenabschiebung - die Europäische Menschenrechtskonvention verletzen würde.<sup>80</sup> Den Sicherheitsbehörden fehlt es an dem erforderlichen Fachwissen, um in Dublin-Staaten vorliegende Refoulement-Gründe und in der Folge die Selbsteintrittspflicht beurteilen zu können.

<sup>80</sup> VfGH vom 8.3.2001, Zl. G117/00; VwGH vom 23.01.2003, Zl. 2000/01/0498; VwGH vom 03.12.2003, Zl. 2003/01/0136; UBAS vom 12.07.2001, Zl. 222.745/14-II/04/01 u. a.; Anwendbarkeit dieser Judikatur auf die Dublin-Verordnung siehe VfGH vom 15.10.2004, Zlen. 237 238/03-35; G 16, 17/04-28, G 55/04-28, S. 154, 155

Die Bestimmung lässt befürchten, dass die Inschubhaftnahme von Asylsuchenden unmittelbar nach Grenzübertritt zum Regelfall wird, da das Innenministerium - unzutreffender Weise - von der Sicherheit aller Nachbarstaaten ausgeht.

Im Ergebnis wird durch § 40 Abs. 3 Z. 4 das Stellen des Asylantrages als ausreichender Festnahme- und Schubhaftgrund konstruiert und damit eine Beugehaft für Asylantragsteller eingeführt, welche durch Art. 5 EMRK und Art. 2 PersFrBVG nicht gedeckt ist.

Das Recht auf Verständigung eines Angehörigen und eines Rechtsbeistandes "ohne unnötigen Aufschub" sollten nicht bloß durch einen Verweis auf § 47 SPG erfolgen, sondern ebenso explizit normiert werden wie das Erfordernis, dass bei Festnahme und Anhaltung auf die Achtung der Menschenwürde des Betroffenen und auf die möglichste Schonung seiner Person Bedacht zu nehmen ist.

## **8.6. Hinderung an der Einreise und Zurückweisung - § 42 FPG**

Siehe Ausführungen zum Zugang zum Asylverfahren unter I.1.1. (Verfahrensfreie Zurückweisung - § 42 FPG).

Der Entwurf lässt unberücksichtigt, dass die EMRK und auch § 52 FPG unverändert zu berücksichtigen, Refoulementgründe daher zu prüfen sind und Entscheidungen darüber mittels einer wirksamen Beschwerde (Art 13 EMRK) überprüfbar sein müssen. Schon die bisherige Regelung der verfahrensfreien Zurückschiebung bzw. der Zurückweisung gab diesbezüglich Anlass zu verfassungsrechtlichen Bedenken. § 52 Abs. 3 FPG räumt ja statt eines rechtsstaatlichen Verfahrens lediglich das Recht ein, sich auf das Refoulementverbot zu berufen und Gründe darzulegen, was quasi ein „Minimalverfahren“ im Rahmen der Setzung einer faktischen Amtshandlung darstellt.<sup>81</sup> Dass die Behörde vom Beamten, der die Zurückschiebung/-weisung durchführt, „in Zweifelsfällen vom Sachverhalt in Kenntnis zu setzen ist“, zudem ohne dem Fremden ein Recht auf Erledigung einzuräumen, ist keine wirksame Beschwerde iSd. Art 13 EMRK.<sup>82</sup> Zudem haben fachlich nicht qualifizierte Grenzkontrollorgane darüber zu entscheiden, ob Asylwerber nach Österreich einreisen dürfen oder nicht. Die Verpflichtung, „in Zweifelsfällen“ die Behörde vom Sachverhalt in Kenntnis zu setzen, ändert deshalb nichts, da wieder der Zollwachebeamte zu entscheiden hat, ob ein solcher Zweifelsfall vorliegt.<sup>83</sup>

Nach der Regelung des § 42 FPG fällt nun sogar dieser minimale „Rechtsschutz“ weg, das einzelne, dafür nicht qualifizierte Grenzkontrollorgan hat im Moment zu entscheiden, ob dem Asylsuchenden Refoulement durch Kettenabschiebung droht. amnesty international stellt auch in Frage, ob die verschiedenen, an der Vollziehung des neuen § 42 FPG beteiligten Beamten in der Praxis Kenntnis davon haben werden, dass § 52 FPG auch weiterhin auf solche Fälle anwendbar sein wird.

Ansonsten besteht in Fällen der Zurückschiebung/-weisung nur das allgemeine Recht auf Beschwerde an den örtlich zuständigen UVS. Eine Beschwerde ist jedoch nur im Nachhinein möglich, ohne dass es die Möglichkeit eines vorläufigen Rechtsschutzes gäbe. Praktisch ist wohl auch die Beschwerdeerhebung vom Ausland aus kaum möglich, außer der Fremde erteilt noch vor seiner Zurückschiebung/-weisung einem Rechtsvertreter eine Vollmacht, was faktisch unmöglich ist.

Dadurch steht § 42 FPG des Entwurfes in Widerspruch zum Recht auf wirksame Beschwerde (Art 13 EMRK) sowie zum Gleichheitsgebot aus Art 7 B-VG iVm Art I RassDiskrVerbG und ist damit verfassungswidrig.

## **9. DULDUNG**

### **9.1. Lichtbildausweis - § 48 Abs. 1, § 100 FPG**

---

<sup>81</sup> Muzak, Kommentar, 180.

<sup>82</sup> Wiederin, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen, 45ff; Muzak, Kommentar, 180f.

<sup>83</sup> Davy, Asyl II, 240; Davy nennt „Zollwachebeamte“: Davy, Asyl II, 240. Nunmehr sind für die Durchführung der Grenzkontrolle die Grenzkontrollorgane gem § 12 Grenzkontrollgesetz, BGBl 435/1996, zuständig.

Der bisherige Abschiebungsaufschub (§ 56 Abs. 2 FrG idgF) wird in "Duldung" umbenannt. Positiv anzumerken ist die Einführung eines Lichtbildausweises (§ 100 FPG) für eine Person, deren Abschiebung aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht möglich ist. Damit wird dem in der Praxis langjährig bestehenden Problem Rechnung getragen, dass Betroffene ihre Duldung gegenüber den Behörden nicht nachweisen können. Der Verpflichtung zum Nachweis der Aufenthaltsberechtigung (hier der Duldung) kann ein Betroffener im vorliegenden Fall schließlich nur dann Rechnung tragen, wenn er - von den zuständigen Behörden - hierzu befähigt wird.

## 9.2. Gebietsbeschränkung - § 48 Abs. 3 FPG

Neu eingeführt werden soll die Möglichkeit einer Gebietsbeschränkung, die durch die Sicherheitsbehörde erster Instanz auferlegt werden kann sowie die Normierung von Verwaltungsstrafbestimmungen (Euro 2.180 und 3 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe bei Uneinbringlichkeit; im "Wiederholungsfall" Euro 4.360 und 6 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe bei Uneinbringlichkeit), wenn der Betroffene außerhalb des Duldungsbereiches angetroffen wird (§ 123 Abs. 1 Z. 2 FPG).

Kritikwürdig an dieser Bestimmung ist, dass keinerlei Kriterien vorgegeben werden, in welchen Fällen die Sicherheitsbehörde eine derartige Gebietsbeschränkung anordnen soll. Ebenso wird nicht ausreichend konkretisiert, auf welchen Bereich diese Einschränkung der Bewegungsfreiheit vorgenommen werden kann und welche Erwägungen bei der Festlegung dieses Gebietes maßgeblich sind. § 48 Abs. 3 spricht lediglich von einem "bestimmten Bereich des Bundesgebietes", der "jedenfalls den Sprengel einer Bezirksverwaltungsbehörde" umfasst.

Des weiteren ist keinerlei Möglichkeit vorgesehen, zum Zwecke eines Besuchs von Familien oder Freunden, eines Rechtsvertreters, für Zwecke medizinischer Behandlung oder der Ausübung der Religionsfreiheit um zumindest vorübergehende Befreiungen dieser Gebietsbeschränkung anzusuchen und diese gewährt zu erhalten.

Nach Art. 2 des 4. ZP zur EMRK hat jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen. Gem. Abs. 3 darf die Ausübung dieser Rechte keinen anderen Einschränkungen unterworfen werden als denen, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung des "ordre public", der Verhütung von Straftaten, des Schutzes der Gesundheit oder der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Ein "geduldeter" Fremder hält sich im Sinne der EMRK wohl rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Der Begriff "rechtmäßig" ist vertragsautonom zu interpretieren und kann es daher nicht darauf ankommen, was der österreichische Gesetzgeber unter "rechtmäßig" versteht, bzw. ob der österreichische Gesetzgeber zwischen "rechtmäßig" (wirklich rechtmäßig) und "Duldung" (ein bisschen rechtmäßig) unterscheidet.

§ 48 Abs. 2 FPG-Entwurf sieht Einschränkungen der Bewegungsfreiheit vor, wenn diese "zur Vollziehung der Fremdenpolizei oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit notwendig" sind und lässt damit den Zweck der Einschränkung der Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen letztlich offen. Die Bestimmung des § 48 FPG steht damit in Widerspruch zu Art. 2 des 4. ZPMRK, da weder dem Erfordernis der Notwendigkeit noch der ausreichenden Determiniertheit Rechnung getragen ist.

Zur Verhältnismäßigkeit der Verwaltungsstrafen siehe II.18.4. (Unbefugter Aufenthalt - § 123 FPG).

## 9.3. Fehlender Rechtsschutz - § 48 Abs. 2, § 9 Abs. 2 FPG

Gemäß § 9 Abs. 2 ist gegen die Versagung einer Duldung weder eine Vorstellung noch eine Berufung zulässig. Damit wird - wie bisher (§ 94 Abs. 5 FrG) - der Rechtsschutz in diesem Bereich gänzlich entzogen. Insbesondere dort, wo die Duldung wegen der Unmöglichkeit der Abschiebung aus rechtlichen Gründen gewährt wird (Feststellung der Unzulässigkeit der Abschiebung durch die Fremdenpolizei gem. § 53 FPG - vgl. §§ 8 AsylG), steht dies in Widerspruch zu Art. 13 EMRK (insb. iVm. Art. 3 und Art. 8).

Zu kritisieren ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Duldung gemäß § 48 Abs. 2 "unter der auflösenden Bedingung der rechtlich und faktisch möglichen Abschiebung auszusprechen" ist und es somit keines contrarius actus bedarf. Damit wird im Ergebnis die Aberkennung des Status der Duldung konstruiert, ohne dass der (vermeintlich) geänderte Sachverhalt in einer förmlichen, begründeten Entscheidung dargelegt werden müsste. Die Fremdenpolizeibehörde kann damit zu

jedem Zeitpunkt eine Abschiebung in die Wege leiten, ohne dass die Aberkennung der Duldung dem Betroffenen zur Kenntnis gelangt oder er diese ggf. im Rechtsweg bekämpfen könnte.

Das in den EB als Intention angeführte "gewisse Maß an Rechtssicherheit" wird damit de facto wieder beseitigt und - in Fällen der rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung - wiederum das Defizit des fehlenden wirksamen Rechtsmittels (Art. 13 EMRK, insb. iVm. Art. 3 und 8 EMRK) erzeugt.

#### **9.4. Identitätsfeststellung - § 35 Z. 5 FPG**

§ 35 Z. 5 ermächtigt die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Feststellung der Identität einer Person, "wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, sie würde sich als geduldeter Fremder außerhalb des Duldungsbereichs aufhalten."

Angesichts der Passpflicht, der Bestimmungen über den Nachweis der Aufenthaltsberechtigung (§ 32) und der Ermächtigung zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Einreise und des Aufenthalts (§ 36) stellt sich generell die Frage nach Zweck und Erforderlichkeit dieser Ermächtigung. Fraglich ist, aufgrund welcher "bestimmter Tatsachen" ein Organ des Sicherheitsdienstes zu der Annahme gelangen wird können, dass sich ein geduldeter Fremder außerhalb des Duldungsbereiches aufhält.

Zu den erheblichen Bedenken gegenüber § 35 generell siehe Ausführungen zu verfahrensfreien Maßnahmen unter II.8.2. (Identitätsfeststellung - § 35 FPG).

## **10. VERBOT DER ABSCHIEBUNG, ZURÜCKSCHIEBUNG UND ZURÜCKWEISUNG - §§ 52 ff. FPG**

Das Vorliegen von Refoulementverboten ist nicht nur auf Antrag, sondern von Amts wegen festzustellen. Dies wird zwar in den EB zutreffend festgestellt ("hervorzuheben, dass § 53 jederzeit von den Fremdenpolizeibehörden von Amts wegen wahrzunehmen ist"), nicht aber im Gesetzeswortlaut. § 53 ist diesbezüglich zu korrigieren.

Wie § 8 Abs. 1 Z. 2 AsylG 2005 ist auch § 52 Abs. 1 FPG zu eng formuliert, indem lediglich Verletzungen des Art. 2 und 3 EMRK sowie des 6. Zusatzprotokolls als relevante Refoulement-Verletzungen verankert werden. Auf das 13. Zusatzprotokoll wurde hier offenbar vergessen, während es in § 8 Abs. 1 AsylG angeführt ist.

Die Einschränkung auf Art. 2 und Art. 3 EMRK ist gegenüber der Judikatur des EGMR zu einschränkend formuliert, da dieser zunehmend auch Verletzungen anderer, in der EMRK garantierten Rechte, als relevant in Bezug auf den Rückschiebeschutz erachtet. Insbesondere können auch Verletzungen der Art. 2 (EKMR 16.1.1997, *Fall M.A.R.*), Art. 5 (EGMR 26.6.1992, *Fall Drozd und Janousek*) und Art. 6 (EGMR 7.7.1989, *Fall Soering*, bestätigend EGMR 26.6.1992, *Fall Drozd und Janousek*) im Zielstaat einer Abschiebung ein Refoulementverbot begründen und kommt auch eine Verletzung des Art. 7 EMRK als solcher Tatbestand in Frage. Auch das 12. und 13. Zusatzprotokoll sollten (ab Inkrafttreten) nicht ausgeklammert werden. amnesty international weist darauf hin, dass sich § 8 Abs. 1 Z. 2 in Einklang mit völker- und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen allgemein auf Refoulementverbote aus der EMRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle beziehen muss.

Der Verweis auf das Vorliegen einer innerstaatlichen Fluchtalternative iSd § 11 AsylG 2005 ist zu streichen, da § 11 AsylG GFK-widrig ist. Durch den Verweis auf diese Bestimmung geht der Anwendungsbereich der "innerstaatlichen Fluchtalternative" weit über den in den EB angeführten Fall nicht-staatlicher Verfolgung, in dem "die Heimatprovinz von Rebellen besetzt ist, er aber im restlichen Staatsgebiet frei von Verfolgung leben kann." Siehe dazu unter I.2.8. (Innerstaatliche Fluchtalternative - § 11 AsylG).

§ 52 Abs. 6 FPG übersieht, dass es seit Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls<sup>84</sup> am 01.11.1998 keine Europäische Kommission für Menschenrechte mehr gibt. Des weiteren wäre diese Bestimmung dringend um vorläufige Maßnahmen zu erweitern, die vom CAT-Komitee

<sup>84</sup> Zusatzprotokoll Nr. 11 vom 11. Mai 1994 (SEV Nr. 155), Inkrafttreten 01.11.1998; Neubekanntmachung der EMRK mit BGBl. Nr. III 30/1998



ausgesprochen werden (UN-Übereinkommen gegen Folter vom 10.12.1984, BGBl. 1990/641; Art. 108 Abs. 1 VerfO<sup>85</sup>); dies umso mehr als die EB zu § 52 u. a. auf dieses UN-Übereinkommen verweisen.

In § 52 Abs. 7 wurde der Fall der Unmöglichkeit der Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung in Mitgliedstaaten der Europäischen Union übersehen. Auch hiervon ist das Bundesasylamt unverzüglich in Kenntnis zu setzen.

Zum fehlenden wirksamen Rechtsschutz im Verfahren bei Zurückweisung oder Zurückschiebung siehe oben zu § 42 FPG I.1.1. (Verfahrensfreie Zurückweisung - § 42 FPG).

§ 53 Abs. 4 schränkt den faktischen Abschiebeschutz ein, sodass vor Prüfung von Refoulementverboten eine Abschiebung erfolgen kann, wenn "über die Frage der Unzulässigkeit einer Abschiebung in einen bestimmten Staat die Entscheidung einer Asylbehörde vorliegt." Die Bestimmung lässt außer Acht, dass sich die Gefährdungssituation - seit Entscheidung durch die Asylbehörde - aufgrund von Nachfluchtgründen geändert haben kann. Eine Zurückweisung eines Antrags nach § 53 FPG und in der Folge eine Einschränkung des Abschiebeschutzes während des Verfahrens kommt hingegen nur dann in Frage, wenn es sich um eine entschiedene Sache iSd. AVG handelt.

§ 53 FPG berücksichtigt solche Umstände jedoch nur dann, wenn die vorhergehende Entscheidung von der Fremdenpolizeibehörde gemäß § 53 FPG getroffen wurde (Abänderung des Bescheides bei maßgeblicher Änderung des Sachverhalts), nicht aber wenn zuvor die Asylbehörde entschieden hat. Diese unsachliche Divergenz sollte beseitigt werden.

Der völlig unterschiedliche Rechtsstatus bei Feststellung von Refoulementverboten durch die Fremdenpolizei (Duldung) und bei Feststellung derselben Gefährdung durch die Asylbehörden (Status eines subsidiär Schutzberechtigten) stellt - weiterhin - eine unsachliche Ungleichbehandlung dar.

## **11. BEFUGNISSE DER FREMDENPOLIZEI - §§ 54, 55 FPG**

Wie bereits unter den allgemeinen Bemerkungen ausgeführt ist die Tendenz der Verlagerung von Ermächtigungen der Sicherheitspolizei in das Fremdenengesetz (bezeichnenderweise nunmehr Fremdenpolizeigesetz) abzulehnen. Sie erweckt den Eindruck eines sicherheitspolizeilichen und strafrechtlichen Sondergesetzes für ausländische Staatsangehörige und ist daher geeignet, fremdenfeindliche Tendenzen zu verstärken und zu erzeugen.

Verzichtbar und im FPG fehl am Platz ist beispielsweise auch § 54 Abs. 3 FPG, wonach "nach Beendigung einer gerichtlich strafbaren Handlung [...] die Sicherheitsbehörden, unbeschadet ihrer Aufgaben nach der Strafprozessordnung die maßgeblichen Umstände, einschließlich der Identität des dafür Verantwortlichen, zu klären" haben. Die Erläuterungen zu § 54 FPG, wonach diese Ermächtigungen von § 22 Abs. 3 SPG nicht umfasst sind, bestätigt den Eindruck eines Sonderpolizeigesetzes für nicht-österreichische Staatsbürger geradezu. Bestimmungen und Ermächtigungen in Bezug auf den Schutz vor und die Aufklärung von gerichtlich strafbaren Handlungen haben ihren Platz ausnahmslos in SPG und StPO. Dasselbe gilt für § 55 FPG.

Siehe dazu auch die Ausführungen unter II.8. (Sog. "verfahrensfreien Maßnahmen" - §§ 35 ff. FPG).

## **12. AUSWEISUNG, AUFENTHALTSVERBOTE**

### **12.1. Aufschiebende Wirkung - § 61 FPG**

Positiv anzumerken ist, dass dem VfGH-Erkenntnis vom 15.10.2004 durch § 61 FPG nunmehr insofern Rechnung getragen wurde, als die aufschiebende Wirkung nicht mehr generell ausgeschlossen ist. Einer Berufung kann jedoch die aufschiebende Wirkung aberkannt werden, "wenn die sofortige Ausreise des Fremden im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist." Die Handhabung dieser Bestimmung wird anhand der vom VfGH geforderten Einzelfallprüfung in der Praxis zu beobachten sein.

<sup>85</sup> Verfahrensordnung des Ausschusses gegen Folter (UN Doc. CAT/C/3/Rev. 4 (09.08.2002))

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

Durch § 60 wurde nunmehr auch ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 30.01.2003, Zl. 2002/21/0168 umgesetzt, das Ausweisungen "gleichsam auf Vorrat und damit die Verletzung subjektiver Rechte" von Fremden beanstandet hatte.<sup>86</sup>

## 12.2. Aufenthaltsverbot - § 63 FPG

Die Liste derjenigen Tatbestände, die die Verhängung eines Aufenthaltsverbotes rechtfertigen, soll erheblich erweitert werden:

Z. 12: "der Fremde Mitglied einer kriminellen Vereinigung oder kriminellen Organisation ist"

Z. 13: "bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Fremde einer kriminellen Organisation oder terroristischen Vereinigung angehört oder angehört hat"

Z. 14: "bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Fremde durch sein Verhalten, insbesondere durch die öffentliche Beteiligung an Gewalttätigkeiten, durch den öffentlichen Aufruf zur Gewalt oder durch hetzerische Aufforderungen oder Aufreizungen, die nationale Sicherheit gefährdet"

Z. 15: "wenn der Fremde öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder terroristische Taten von vergleichbarem Gewicht billigt oder dafür wirbt" - vgl. StGB, was ist die parallele Sanktion für Österreicher?

Zu Ziffer 12 und Ziffer 13 ist anzumerken, dass die dort beschriebenen Verhaltensweisen gerichtlich strafbare Tatbestände im Strafgesetzbuch (StGB) darstellen. Bei Verdachtsmomenten der Sicherheitsbehörden in diese Richtung hat diese eine Anzeige bei der Staatsanwaltschaft einzuleiten. Die Beurteilung des Straftatbestandes obliegt den zuständigen Gerichten. Eine "antizipierte" Beurteilung durch die Sicherheitsbehörden erscheint daher unzulässig und eine vorgezogene aufenthaltsbeendende Maßnahme ohne eine gerichtliche Entscheidung über das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieser Delikte problematisch im Sinne der Unschuldsvermutung. Unklar ist der Unterschied zwischen dem in Z. 12 und dem in Z. 13 beschriebenen Tatbestand.

Zu den Ziffern 14 und 15 ist anzumerken, dass Maßnahmen gegen die dort beschriebenen Verhaltensweisen durchaus gerechtfertigt erscheinen. amnesty international gibt jedoch zu bedenken, dass die Normierung eines ein Aufenthaltsverbot rechtfertigenden Tatbestands zu einer Diskriminierung führt, wenn diese Tatbestände nicht als Verwaltungsstrafdelikte oder gerichtlich strafbare Delikte – und zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit dessen, der diese Verhaltensweisen setzt – verankert werden. Während nämlich für österreichische Staatsangehörige bei Setzung derselben, tatsächlich verpönerswerte Handlungen keinerlei Sanktion zu gewärtigen haben, führt er bei nicht-österreichischen Staatsbürgern zu einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme bei gleichzeitigem Wiedereinreiseverbot.

amnesty international ist daher der Ansicht, dass betreffend "öffentliche Beteiligung an Gewalttätigkeiten", "hetzerische Aufforderungen oder Aufreizungen, die die nationale Sicherheit gefährdet" und insbesondere für den in Z. 15 umschriebenen Tatbestand einen allgemeinen Regelungsbedarf gibt. Die Verankerung der Strafbarkeit einer Person, die "öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder terroristische Taten von vergleichbarem Gewicht billigt oder dafür wirbt" wird von amnesty international seit Jahren weltweit eingefordert. Dieser Tatbestand stellt jedoch strafrechtlich relevanten Handlungsunwert dar unabhängig von der Staatsbürgerschaft des Täters.

Für die neu eingefügten Aufenthaltsverbotstatbestände fordert amnesty international daher zum einen klare, transparente und für jedermann geltende Straf- bzw. Verwaltungsstrafbestimmungen. Zum anderen kann nicht der bloße Verdacht ausreichen, sondern muss dieser Tatbestand von der zuständigen Behörde bzw. dem zuständigen Gericht in einem rechtsförmigen Verfahren festgestellt worden sein.

Zu Z. 10 ("Scheinadoption") siehe zu II.16. (Scheinehe und Scheinadoption - §§ 112-114 FPG).

<sup>86</sup> Sofern der Fremde in einem Berufungsverfahren gegen eine Ausweisung zum Zeitpunkt der Berufungsentscheidung erwiesener Maßen nicht mehr im Bundesgebiet aufhältig ist, haben die Berufungsbehörden nur festzustellen, ob die Ausweisung zum Zeitpunkt der Erlassung rechtmäßig war.

### 12.3. Unzulässigkeit eines Aufenthaltsverbotes - § 64 FPG

Wenn ein Fremder 10 Jahre in Österreich niedergelassen ist (Möglichkeit der Verleihung der Staatsbürgerschaft) oder wenn der Aufenthalt des Fremden im Bundesgebiet vor seinem vollendeten dritten Lebensjahr begründet wurde und er hier langjährig rechtmäßig niedergelassen ist (Z.4), kann ein Aufenthaltsverbot erlassen werden, wenn eine Verurteilung zu einer mindestens unbedingten einjährigen (Z.3) oder zweijährigen Freiheitsstrafe (Z.3) vorliegt.

Es ist für amnesty international nicht nachvollziehbar, warum die Unzulässigkeit der Verhängung eines Aufenthaltsverbots für in Österreich geborene oder von klein auf aufgewachsene Fremde entfallen soll, wo eine Aufenthaltsbeendigung für diese Gruppe aus Gründen des Art. 8 EMRK ohnehin nicht in Frage kommt.

So hat der EGMR bei "Zuwanderern der zweiten Generation" eine Judikatur entwickelt, die eine Außerlanderschaffung dieser Personengruppe bei Verwirklichung auch schwerer Straftaten im Regelfall nicht zulässt, weil die in jedem Fall durchzuführende Interessensabwägung zugunsten des Fremden ausgeht. Im Fall *Nasri*<sup>87</sup> wird dies besonders deutlich (siehe auch Fall *Bouchelkia*<sup>88</sup>). Der taubstumme Beschwerdeführer, ein Einwanderer der zweiten Generation, wurde wegen einer schweren Vergewaltigung verurteilt, die unter normalen Umständen eine aufenthaltsbeendende Maßnahme rechtfertigen würde. Nach einer ausführlichen Darlegung der einzelnen Aspekte kam der EGMR jedoch zum Schluss, die Abschiebung sei wegen der schweren Behinderung in diesem Fall nicht verhältnismäßig. Allgemein wiegen für den EGMR Drogendelikte, insbesondere Drogenhandel<sup>89</sup> und Vergewaltigung<sup>90</sup> besonders schwer. Zuhälterei<sup>91</sup> und bewaffneter Raub<sup>92</sup> wiegen schwerer als (einfache) Vermögensdelikte.<sup>93</sup> Die „kriminelle Vorgeschichte“, Wiederholungstäterschaft bzw. Rückfall<sup>94</sup> spielt ebenso eine große Rolle. Begehung im Jugendalter und längeres Wohlverhalten seit den Straftaten<sup>95</sup> wirken sich zugunsten des Betroffenen aus. Besonderes Gewicht misst der EGMR der Situation des Betroffenen im Heimatstaat bei, ob der Betroffene die dortige Sprache beherrscht<sup>96</sup> und sonstige Bindungen zum Heimatstaat<sup>97</sup> hat.

Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass der EGMR straffällige Einwanderer der zweiten Generation weitgehend vor Außerlanderschaffung schützt, sodass gegen Fremde gem. § 64 Z. 4 (von klein auf niedergelassen und integriert) gem. Art. 8 EMRK überhaupt kein Aufenthaltsverbot erlassen werden dürfte.

amnesty international verkennt nicht, dass die Zulässigkeit des Aufenthaltsverbots auch weiterhin gem. § 69 (Schutz des Privat- und Familienlebens) zu prüfen ist. Jedoch ist zu befürchten, dass erstinstanzliche fremdenpolizeiliche Behörden trotz klar überwiegender Interessenslage für den Fremden trotzdem ein Aufenthaltsverbot gegen diesen verfügen. Dies war vor der Einführung von § 38 Abs. 1 FrG 1997 in der Praxis auch regelmäßig der Fall, weshalb diese Schutzbestimmung nach langjähriger Forderung der Bewährungshilfe und anderer Organisationen im Fremdenrecht zur Klarstellung determiniert wurde. amnesty international fordert den Gesetzgeber nachdrücklich dazu auf, von einer Aufweichung des Schutzes für in Österreich geborene oder von klein auf hier aufgewachsene Migranten Abstand zu nehmen.

### 12.4. Entzug des Aufenthaltsrechts von Asylwerbern - § 68 FPG

Gemäß § 68 FPG kann einem Asylwerber das nach § 14 AsylG gewährte Aufenthaltsrecht entzogen werden, "wenn aufgrund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass sein Aufenthalt die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet oder anderen in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen zuwiderläuft." Demonstrativ werden als Gründe, die diese

<sup>87</sup> EGMR 13.7.1995, Fall *Nasri*

<sup>88</sup> EGMR 29.1.1997, Fall *Bouchelkia*, Z 51

<sup>89</sup> EGMR 7.8.1996, Fall *C. gegen Belgien*, Z 35; 19.2.1998, Fall *Dalia*, Z 54; 26.9.1997, Fall *Mehemi*, Z 37

<sup>90</sup> EGMR 29.1.1997, Fall *Bouchelkia*, Z 51; 13.7.1995, Fall *Nasri*, Z 42

<sup>91</sup> EGMR 24.4.1996, Fall *Boughanemi*, Z 44

<sup>92</sup> EGMR 21.10.1997, Fall *Boujlifa*, Z 44

<sup>93</sup> EGMR 26.3.1992, Fall *Beljoudi*, Z 12, 75.

<sup>94</sup> EGMR 26.3.1992, Fall *Beljoudi*, Z 75

<sup>95</sup> EGMR 18.2.1991, Fall *Moustaquim*, Z 44

<sup>96</sup> EGMR 26.3.1992, Fall *Beljoudi*, Z 77; 13.7.1995, Fall *Nasri*, 45; 19.2.1998, Fall *Dalia*, Z 53

<sup>97</sup> EGMR 18.2.1991, Fall *Moustaquim*, Z 45; 29.1.1997, Fall *Bouchelkia*, Z 46; 26.9.1997, Fall *Mehemi*, Z 36; 19.2.1998, Fall *Dalia*, Z 53

Annahme rechtfertigen die Tatbestände des Aufenthaltsverbots aus § 63 Abs. 2 Z. 1 bis 5, 8-10, 12-15 genannt.

Die Bestimmung erscheint angesichts ihrer Unbestimmtheit problematisch iSd. Art. 18 B-VG. Die Formulierung "öffentliche Ordnung und Sicherheit" in Verbindung mit einer bloß demonstrativen Aufzählung lässt der Behörde einen zu weiten Interpretationsspielraum.

Der einzige, den EB zu entnehmende Hinweis auf die Ausübung dieser Befugnis besteht in der Anmerkung, die "nicht genannte Tatbestandsvoraussetzung des § 62, etwa Mittellosigkeit" kämen nicht in Betracht. Durch diesen Verweis ist schon deshalb für die Konkretisierung wenig gewonnen, als § 62 die Gegenstandslosigkeit der Ausweisung normiert und damit in keinem Zusammenhang zu § 68 steht.

Mit der Formulierung, es bedürfe eines "Mittels gegen straffällige oder die öffentliche Ordnung störende Asylwerber", zeugen die EB erneut von einem negativen Pauschalverdacht gegen Asylwerber. Einen Beitrag zur Konkretisierung des § 68 leistet diese Bemerkung hingegen nicht. Es stellt sich die Frage, an welche Sachverhalte bei der "Störung der öffentlichen Ordnung" (ohne strafrechtlichen Bezug - siehe "oder") gedacht ist. Im Falle des Verdachts einer strafbaren Handlung sind Straf- und Strafprozessrecht die gebotene Handhabe. Besteht gegenüber einer Person der ausreichende Verdacht der Begehung einer strafbaren Handlung und Anhaltspunkte für Flucht- oder Tatbegehungsfahr, so wird unter den Voraussetzungen der StPO die Untersuchungshaft zu verhängen sein. Liegen diese Voraussetzungen jedoch nicht vor, so stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung und Notwendigkeit eines Sonder(straf)rechts, indem gegen die Betroffenen in der Folge - trotz faktischem Abschiebeschutz - Verwaltungsstrafen wegen unrechtmäßigen Aufenthalts verhängt werden können. Eine Begründung, was der Gesetzgeber mit dem Entzug des Aufenthaltsrechts bezweckt, ist weder dem Gesetz noch den Erläuternden Bemerkungen zu entnehmen.

## 13. SCHUBHAFT

### 13.1. Schubhaft über Asylwerber - § 79 Abs. 2 FPG

Siehe zum Asylgesetz unter I.12.1. (Schubhaft - § 79 FPG).

### 13.2. Schubhaftdauer - § 83 FPG

Nur vermeintlich wird die höchstzulässige Dauer der Schubhaft durch § 83 Abs. 2 FPG auf grundsätzlich *zwei Monate* reduziert. Tatsächlich sind die in Abs. 3 und 4 angeführten Ausnahmefälle derart umfangreich, dass die Regel zur Ausnahme wird (Motto "grundsätzlich außer immer").

Abs. 3: Eine *Höchstdauer von 6 Monaten* besteht lediglich in jenen Fällen, in welchen eine Außerlanderschaffung nicht erfolgen kann, weil die zuständigen Behörden noch nicht über einen Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit der Abschiebung gemäß § 53 FPG entschieden haben. Da der Regelfall bei Schutzbedürfnis die Stellung eines Asylantrages und damit die Zuständigkeit der Asylbehörden für die Prüfung von Abschiebeverboten ist, kommen Anträge gemäß § 53 FPG in der Praxis kaum vor.

Tatsächlich ist der Regelfall nicht eine zeitlich begrenzte Schubhaftdauer, sondern die mit Abs. 4 eingeführte Schubhaft ohne jegliche Einschränkung ihrer Dauer:

*Z. 1. - wenn die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit nicht möglich ist:*

Dieser Tatbestand kann von der Fremdenpolizeibehörde bereits dann angenommen werden, wenn der Fremde über kein Reisedokument verfügt, was bei Flüchtlingen geradezu typischer Weise eben nicht der Fall ist.

Die fehlende Möglichkeit, seine Identität und/ oder Staatsbürgerschaft nachzuweisen, muss nicht am Betroffenen liegen, dennoch führt der Umstand fehlender Beweismittel für Identität und Staatsbürgerschaft zu einer zeitlich uneingeschränkten Schubhaftdauer. De facto kommt diese Bestimmung einer Strafe ohne Verfahren gleich.

*Z. 2. - wenn die für die Einreise erforderliche Bewilligung für die Ein- oder Durchreise eines anderen Staates nicht vorliegt:*

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.



Der Anwendungsbereich dieses Tatbestands sind fehlende Zustimmung eines Dublin- oder Drittstaates zur Rückübernahme sowie fehlende Heimreisezertifikate. Der Asylwerber zahlt in der Folge mit seiner - verfassungs- und menschenrechtlich geschützten - persönlichen Freiheit dafür, dass Behörden bei der Entscheidung zur Rückübernahme säumig sind oder der Heimatstaat Staatsbürgerrechte verweigert. Bei einer Reihe von Herkunftsstaaten ist notorisch bekannt, dass diese für ihre Staatsbürger keine Heimreisezertifikate ausstellen oder aber - aufgrund fehlender Personenstandsregister - zur Bestätigung oder Nichtbestätigung der Staatsbürgerschaft einer Person schlicht nicht in der Lage sind.

Im Ergebnis werden Asylwerber damit für das Verhalten der Behörden ihres Heimatstaates oder eines anderen Staates mit zeitlich unbeschränkter Haft bestraft.

*Z. 4. - weil Schubhaft nach § 79 Abs. 2 FPG verhängt worden ist - somit über alle Asylwerber:*

Im Ergebnis ist zeitlich unbeschränkte Schubhaftdauer über jeden Asylwerber zulässig. Für einen nicht rechtmäßig aufhältigen Fremder, welcher kein Schutzgesuch stellt, beträgt dagegen die höchstzulässige Schubhaftdauer zwei Monate. Siehe dazu zum Asylgesetz unter I.12.1. (Schubhaft - § 79 FPG) und I.12.2. (Zulässige Schubhaftdauer - § 83 FPG).

Die zulässige Höchstdauer der Schubhaft ist auch im Kontext der Haftbedingungen zu sehen und zu beurteilen. Angesichts der Tatsache, dass die sog. "Polizeianhaltezentren" ursprünglich für Zwecke bloß kurzfristiger Anhaltung errichtet wurden, stellte sich bereits die bisherige Höchstdauer von 6 Monaten als problematisch dar. Die Kommissionen des Menschenrechtsbeirates haben in vielfacher Hinsicht die schlechten Bedingungen in der Schubhaft kritisiert. Die derzeit für den Vollzug der Schubhaft verwendeten Hafträumlichkeiten sind ebenso wie das "Anhalteregime" (rgm. nur 1 Stunde Hofgang, kaum Beschäftigungsmöglichkeiten, z. T. nicht einmal sog. Zellenöffnung oder gar gelockerter Vollzug, völlig fremdbestimmter Tagesablauf) völlig ungeeignet, um Anhaltungen dieser Dauer vorzunehmen.

Die Verankerung einer Schubhaftbestimmung ohne jegliche Beschränkung ihrer höchstzulässigen Dauer steht in eklatantem Widerspruch zum Schutz der persönlichen Freiheit.

### **13.3. UVS - Haftprüfung - § 83 Abs. 6 FPG**

Werden 2 Monate als grundsätzliche Höchstdauer der Schubhaft deklariert (§ 83 Abs. 2), so ist nicht einsichtig, weshalb die regelmäßige Haftprüfung durch den UVS erst nach 6 Monaten beginnen soll. Nach Ansicht von amnesty international muss daher die amtswegige Haftprüfung bereits nach 2 Monaten Schubhaft einsetzen.

amnesty international weist darüber hinaus darauf hin, dass eine personelle Aufstockung der UVS durch qualifiziertes Personal mit asyl- und menschenrechtlichem Fachwissen erforderlich sein wird, um diese neue Zuständigkeit wahrnehmen zu können.

### **13.4. Gelinderes Mittel - § 80 FPG**

Neu eingeführt wird durch § 80 Abs. 4, dass die Dauer des über einen Fremden verhängten gelinderen Mittels nur zur Hälfte auf die höchstzulässige Schubhaftdauer anzurechnen ist, d. h. bei Anwendung des gelinderen Mittels verdoppelt sich die höchstzulässige Schubhaftdauer.

Absurd wird diese Bestimmung in Zusammenhang mit den EB zu Abs. 5, wonach die "Unterbringung [Anm. im gelinderen Mittel] zweckmäßigerweise auch in einem Anhaltezentrum (Polizeianhaltezentrum) erfolgen [kann]."

Das gelindere Mittel sollte stets und nicht nur bei Minderjährigen anzuwenden sein, wenn der Zweck der Schubhaft dadurch erreicht werden kann.

### **13.5. Minderjährige - Durchführung der Schubhaft - § 82 FPG**

Aus Abs. 2 folgt, dass Fremde unter 16 Jahren in Schubhaft angehalten werden dürfen. Die Bestimmung legt eine unsachliche Ungleichbehandlung gegenüber § 54 Abs. 1 VStG nahe, der im Bereich der Verwaltungsstrafen ein Verbot der Haft an Jugendlichen unter 16 normiert. Es ist sachlich nicht gerechtfertigt, dass bei Jugendlichen nach Begehung von Verwaltungsstrafen andere Maßstäbe angewandt werden als bei Kindern und Jugendlichen, bei denen ein Verwaltungsverfahren gesichert wird oder die gar nur einen Asylantrag gestellt haben (siehe zu § 79).

Geradezu zynisch - und in sich unlogisch - sind die EB zu § 80, die ausführen, Sondervorschriften gegenüber § 54 VStG seien erforderlich, "weil es wiederholt zum Auftritt (!) mündiger Minderjähriger ohne Begleitperson kommt und weil bei Abschiebung von Ehepaaren das Zurückbleiben der Kinder im Bundesgebiet nicht in Betracht kommt." Die EB rechtfertigen die In Schubhaftnahme von unter 16-Jährigen folglich damit, dass es sich um unbegleitete Minderjährige handelt. Absurder Weise wird damit der u. a. in der Kinderrechtskonvention verankerte besondere Schutz von Minderjährigen offenbar gerade deshalb eingeschränkt, weil es keinen Obsorgeberechtigten gibt. Dies mutet umso absurder an, als damit implizit eingestanden wird, dass es für unbegleitete Minderjährige den im ABGB zwingend vorgesehenen Obsorgeberechtigten nicht gibt. Handelt es sich dagegen um einen Minderjährigen in Begleitung seiner Eltern, so vermeint der Gesetzgeber offenbar, die In Schubhaftnahme des Minderjährigen gemeinsam mit seinen Eltern stelle einen humanitären Akt dar, um getrennte Abschiebung zu verhindern.

Der Menschenrechtsbeirat hat in seinem Bericht "Minderjährige in Schubhaft" im Jahr 2000 empfohlen, "die Unterbringung von Minderjährigen in Schubhaft nur in solchen Unterbringungseinrichtungen durchzuführen, die die Einhaltung von Mindeststandards für die Unterbringung von Jugendlichen garantieren." Weiters empfahl der Beirat, "solange in Österreich keine Einrichtungen geschaffen worden sind, die den international normierten und empfohlenen Standards entsprechen, von der Verhängung der Schubhaft über Minderjährige mangels geeigneter Unterbringungsmöglichkeit Abstand zu nehmen."

### 13.6. Zwangsuntersuchung, Zwangsbehandlung und Zwangsernährung - § 82 FPG

Auffallend ist, dass eine derart eingriffsintensive Befugnis wie jene von Zwangsuntersuchung, -behandlung und -ernährung in Schubhaft explizit an keiner Stelle im FPG erwähnt wird, sondern unter der Überschrift "Durchführung der Schubhaft" über einen bloßen Verweis auf § 69 StVG ins FPG aufgenommen wird.<sup>98</sup>

In den EB wird ausgeführt, diese Maßnahme sei aufgrund "absichtlich herbeigeführter Selbstgefährdungen" und Hungerstreiks notwendig, die eine weitere Anhaltung ab einem gewissen Stadium verunmöglicht (Anm.: Haftunfähigkeit, § 7 Abs. 1 AnhO). Offen bleibt, was darunter zu verstehen ist, dass es sich laut EB um eine "qualitativ bedeutsame Gruppe" handle. Aber auch den Nachweis der "quantitativ bedeutsamen Gruppe" bleiben die EB schuldig, zumal sie zwar eine Zahl der krankheitsbedingten Entlassungen aufgrund Haftunfähigkeit anführen, eine Statistik der Entlassungen infolge Hungerstreiks jedoch schuldig bleiben. Zur Einführung einer derart eingriffsintensiven Maßnahme ist es unzureichend, wenn schlicht postuliert wird, es handle sich bei den Entlassungen infolge Haftunfähigkeit "zum Großteil" um durch Hungerstreik hervorgerufene. Tatsächlich lassen die Erfahrungen der Schubhaftbetreuungsorganisationen - gemessen an den Belagszahlen der österreichweit vorhandenen Polizeianhaltezentren - auf eine Zahl von etwa 200 schließen. Gemessen an der in den EB angeführten Zahl von 1.072 krankheitsbedingten Entlassungen kann bei dieser Größenordnung die Formulierung vom "Großteil" nur als tendenziös bezeichnet werden.

Das Innenministerium wird aufgefordert, die Statistik jener Fälle vorzulegen, in welchen die Haftentlassung tatsächlich infolge Hungerstreiks erfolgt ist, da mangels Angabe dieser Zahlen offenbar auch krankheitsbedingte Haftentlassungen (von Schwangerschaft bis Blinddarmdurchbruch) als Rechtfertigung für derart massive Zwangsmassnahmen herangezogen werden.

Unabhängig von der tatsächlichen Zahl dieser Fälle stellt Zwangsernährung jedoch eine unzulässige Maßnahme dar, da es sich im Ergebnis um eine eigenmächtige Heilbehandlung handelt.

Art. 8 EMRK schützt den Grundrechtsträger in seinem Recht, selbst über seinen Körper zu bestimmen. Ärztliche Untersuchungen oder Behandlungen bedürfen daher der Einwilligung des Patienten. Solche, die zwangsweise angeordnet werden, stellen einen Eingriff dar.

Der EGMR stellte im Fall *Herczegfalvy gegen Österreich*<sup>99</sup> klar, dass die Zulässigkeit einer zwangsweisen Behandlung allein an therapeutischen Zielen zu messen ist. Darüber hinaus obliegt

<sup>98</sup> § 82 Abs. 1 letzter Satz: "Darüber hinaus ist für den Vollzug der Schubhaft § 69 des Strafvollzugsgesetzes (StVG), BGBl. Nr. 144/1969, mit Ausnahme des letzten Satzes des Abs. 1, sinngemäß anzuwenden.

<sup>99</sup> EGMR vom 24.09.1992, Serie A 244

die Entscheidung den Medizinern, auf Basis der anerkannten, wissenschaftlichen Regeln und Methoden vorzugehen und ist eine zwangsweise Behandlung nur dann zulässig, um die physische und psychische Gesundheit des Patienten zu erhalten, *wenn dieser unfähig ist, für sich selbst zu entscheiden*. Erst, wenn die Willensfähigkeit des Patienten nicht mehr vorliegt, ist ein Arzt nach den Regeln der medizinischen Ethik allenfalls zu einer Behandlung des Patienten ohne dessen Zustimmung ermächtigt.

Auch das Europäische Anti-Folterkomitee betont das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in einer Haftsituation und lässt erkennen, dass Ausnahmen vom Erfordernis der freien und informierten Einwilligung des Patienten nicht nur einen besonderen Grad an Determiniertheit erfordern, sondern darüber hinaus nur zulässig sein können, wenn sie auf die gesamte Bevölkerung anwendbar sind:

*The CPT-Standards:*

*"Every patient capable of discernment is free to refuse treatment or any other medical intervention. Any derogation from this principle should be based upon law and only relate to clearly and strictly defined exceptional circumstances which are applicable to the population as a whole.*

*A classically difficult situation arises when the patient's decision conflicts with the general duty of care incumbent on the doctor. This might happen when the patient is influenced by personal beliefs (eg. refusal of a blood transfusion) or when he is intent on using his body, or even mutilating himself, in order to press his demands, protest against an authority or demonstrate his support for a cause.*

*In the event of a hunger strike, public authorities or professional organisations in some countries require the doctor to intervene to prevent death as soon as the patient's consciousness becomes seriously impaired. In other countries, the rule is to leave clinical decisions to the doctor in charge, after he has sought advice and weighed up all the relevant facts." (para 47 ff.)*

*General Report 3 - Health care*

*"48. As regards the issue of medical research with prisoners, it is clear that a very cautious approach must be followed, given the risk of prisoners' agreement to participate being influenced by their penal situation. Safeguards should exist to ensure that any prisoner concerned has given his free and informed consent.*

*The rules applied should be those prevailing in the community, with the intervention of a board of ethics."*

Auch aus der "Declaration on Hunger Strikers"<sup>100</sup> der World Medical Association folgt, dass eine Behandlung ohne Einwilligung des Patienten erst zulässig ist, wenn dieser nicht mehr in der Lage ist, eine Entscheidung zu treffen bzw. wenn er komatös ist:

*"Preamble*

*"1. [...] It is the duty of the doctor to respect the autonomy which the patient has over his person. A doctor requires informed consent from his patients before applying any of his skills to assist them, unless emergency circumstances, have arisen in which case the doctor has to act in what is perceived to be the patient's best interests. [...]*

*2. [...] Ruling in favour of intervention may undermine the autonomy which the patient has over himself. [...]*

*4. The ultimate decision on intervention or non-intervention should be left with the individual doctor without the intervention of third parties whose primary interest is not the patient's welfare. [...]*

*Guidelines for the management of hunger strikers:*

*1. Definition: A hunger striker is a mentally competent person who has indicated that he has decided to embark on a hunger strike and has refused to take food and/ or fluids for a significant interval.*

<sup>100</sup> angenommen durch die 43. World Medical Assembly Malta im November 1991 und überarbeitet durch die 44. World Medical Assembly Marbella/ Spanien im September 1992

2. *Ethical behaviour:* [...] 3. Doctors or other health care personnel may not apply undue pressure of any sort on the hunger striker to suspend the strike. *Treatment or care of the hunger striker must not be conditional upon him suspending his hunger strike.* [...] 4. *Artificial feeding:* When a hunger striker has become confused and is therefore unable to make an unimpaired decision or has lapsed into coma, the doctor shall be free to make the decision for his patient as to further treatment which he considers to be in the best interest of that patient [...]."

In diesem Zusammenhang sind auch die "Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel"<sup>101</sup> zu zitieren, welche unterschiedliche Behandlungsstandards für Angehaltene ausschließen und die Involvierung von medizinischem Personal in Zwangsmaßnahmen verbieten. Derartige Zwangsmaßnahmen wären jedoch erforderlich, wenn vor Eintreten eines komatösen Zustands Zwangsbehandlung oder -ernährung erfolgen soll:

*"Principle 1: Health personnel [...] charged with the medical care of prisoners and detainees have a duty to provide them with protection of their physical and mental health and treatment of disease of the same quality and standard as is afforded to those who are not imprisoned or detained. [...]"*

*Principle 5: It is a contravention of medical ethics for health personnel [...] to participate in any procedure for restraining a prisoner or detainee unless such a procedure is determined in accordance with purely medical criteria as being necessary for the protection of the physical health or the safety of the prisoner or detainee himself, of his fellow prisoners or detainees, or of his guardians [...]"*

Zwangsbehandlung oder -ernährung kommt daher überhaupt erst dann in Frage, wenn der Patient komatös ist und eine unmittelbare Lebensgefahr besteht, andernfalls stellt eine Zwangsbehandlung oder -ernährung einen unzulässigen Eingriff ins Selbstbestimmungsrecht des Körpers (Art. 8 EMRK) und im Ergebnis eine eigenmächtige Heilbehandlung bzw. eine Körperverletzung dar. Ein komatöser Zustand in Schubhaft darf jedoch in der Praxis schon deshalb nicht auftreten, weil zuvor der Tatbestand der Haftunfähigkeit eintritt.

Darüber hinaus ist die Regelung höchst bedenklich, da die EB eine Entscheidungsbefugnis der Fremdenpolizei über die Durchführung der Zwangsbehandlung und -ernährung nahe legen: Die EB sprechen davon, dass "den Fremdenpolizeibehörden (!) die im StVG bewährten Instrumente zur notwendigen weiteren Aufrechterhaltung des Schubhaftverhältnisses [Anm.: kein Tippfehler] in die Hand gegeben werden" sollen. Dass diese Maßnahme "nur unter ärztlicher Aufsicht" erfolgen soll, ist ein weiteres Indiz für die Entscheidungsbefugnis nicht eines Arztes, sondern der Fremdenpolizei und der Durchführung lediglich unter Aufsicht eines Arztes.

Höchst problematisch ist auch das völlige Fehlen von Kriterien, anhand derer die Entscheidung über die Durchführung einer Zwangsbehandlung oder -ernährung erfolgen soll. Der Hinweis auf einen "hohen Verhältnismäßigkeitsmaßstab" ist hierfür völlig unzureichend, zumal sich generell die Frage stellt, welche Umstände im Kontext der Schubhaft (vgl. Strafhaft) überhaupt eine Interessenabwägung zu Lasten des Selbstbestimmungsrechts über den Körper rechtfertigen sollen. Der Vermerk der EB, wonach "schon alleine auf Grund der hohen Kosten von Zwangsernährung [...] mit einem maßhaltenden Einsatz zu rechnen" sei, vermag diese Maßnahme in keiner Weise abzuschwächen und ist als entscheidungsrelevanter Umstand oder gar als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung darüber hinaus völlig ungeeignet.

Völlig offen bleibt auch, wie Zwangsbehandlung oder Zwangsernährung erfolgen und wie diese in der Schubhaft vollzogen werden sollen (vgl. Strafhaft - eigene Abt. in Krankenhäusern).

Im Ergebnis widerspricht die geplante Regelung daher in mehrfacher Hinsicht internationalen Standards: Zum einen soll eine Zwangsbehandlung oder -ernährung offenbar vor dem zulässigen Zeitpunkt der fehlenden Willensfähigkeit vorgenommen werden (CPT, WMA), zum anderen handelt es sich um unzulässige, weil von den auf die sonstige Bevölkerung anwendbaren Bestimmungen abweichende Eingriffe ins Selbstbestimmungsrecht (CPT). Darüber hinaus scheint die Entscheidung nicht den Ärzten (EGMR, WMA), sondern der Fremdenpolizei zu obliegen (siehe sogleich) und ist nicht von den anerkannten wissenschaftlichen medizinischen Methoden getragen (EGMR, WMA).

<sup>101</sup> Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, angenommen von der UN-Generalversammlung am 18.12.1982 durch Res. 37/194



Die Umsetzung der Anordnung einer Zwangsbehandlung oder -ernährung stellt potentiell eine eigenmächtige Heilbehandlung iSd § 110 StGB und u. U. eine Körperverletzung iSd. § 83 StGB dar, die Anordnung selbst ist als Anstiftung zur eigenmächtigen Heilbehandlung strafrechtlich relevant. Auf die problematische Doppelrolle von Amtsärzten (Weisungsgebundenheit gegenüber Behörde - ärztliche Ethik) ist in diesem Zusammenhang besonders hinzuweisen.

## 14. RECHTSSCHUTZ - §§ 85 ff. FPG

Das Beschwerderecht vor dem UVS wird durch § 85 einer Person eingeräumt, die "nach diesem Bundesgesetz festgenommen worden ist oder unter Berufung auf das Asylgesetz 2005 angehalten wird oder wurde." Die Beschwerde kann sich auf die Rechtswidrigkeit des Schubhaftbescheides, die Festnahme oder die Anhaltung beziehen. Damit verweist § 85 Abs. 1 zwar auf die Anhaltung nach dem Asylgesetz, nicht aber auf Festnahmen nach dem Asylgesetz (§ 44 Abs. 2, § 48 AsylG 2005). Zur Vermeidung einer unsachlichen Ungleichbehandlung muss das Beschwerderecht vor dem UVS auch Festnahmen nach dem Asylgesetz umfassen.

## 15. ERKENNUNGS- UND ERMITTLUNGSDIENST - §§ 102 - 111 FPG

Es steht zu befürchten, dass Behörden, allein um herauszufinden, welche andere Behörden erkennungsdienstliche Daten von Fremden evident halten, ihre eigenen evident gehaltenen – und auch sensiblen – Daten an eine Fülle anderer Behörden weiterleiten werden.

Weiters darf gem. § 102 Abs. 5 FPG bei Daten nach erkennungsdienstlicher Behandlung gem. § 107 Abs. 1 Z 6 und 7 des FPG die Löschung erst erfolgen, wenn der Betroffene das 80. Lebensjahr vollendet hat bzw. bereits 5 Jahre verstorben ist. In Zusammenschau mit der in § 35 des FPG enthaltenen umfassenden Befugnis zur Identitätsfeststellung ergibt sich, dass insbesondere im Fall des § 107 Abs. 1 Z 7 des FPG (die Identitätsfeststellung ist anders nicht möglich) die *Behörde Daten völlig unbescholtener Personen über Jahrzehnte zu speichern hat*, auch wenn eine weitere Speicherung ihren Zweck nicht mehr erfüllt. Dies steht in Widerspruch zu Art 5 der Datenschutzkonvention und Art 6 der Datenschutzrichtlinie.

Zu den Ausführungen betreffend Datenschutzkonvention des Europarates vom 28.1.1981, Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG vom 24.10.1995 und Datenschutzgesetz (DSG 2000) siehe zum AsylG unter I.14. (Datenschutz - § 56 AsylG).

Zur Datenschutzproblematik wird weiters auf die Stellungnahme der ARGE Daten (Österreichische Gesellschaft für Datenschutz) verwiesen.

## 16. SCHEINEHEN UND SCHEINADOPTIONEN - §§ 112 – 114 FPG IVM DER ÄNDERUNG DES PERSONENSTANDSGESETZES - PSTG

Nach der Intention des Begutachtungsentwurfs sollen zukünftig Personenstandsbehörden durch Mitteilungs- und Anfragepflichten an der Vollziehung von fremdenpolizeilichen Aufgaben verstärkt mitwirken.

Nach § 108 Abs. 3 FPG haben Personenstandsbehörden und Zivilgerichte den Sicherheitsbehörden Anträge auf Namensänderung, Adoption und Verehelichung von Fremden mitzuteilen. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist sehr weit gefasst: Einerseits sind von der Mitteilungspflicht Anträge auf Verehelichung *aller* Fremden, also auch EWR-BürgerInnen, in Österreich heiratender TouristInnen, etc, umfasst. Andererseits erfolgt die Datenübermittlung bei *allen* ausländischen oder binationalen Eheschließungen, auch ohne Vorliegen konkreter Verdachtsmomente einer „Scheinehe“. Ein derartig weitgehender Eingriff in die Privatsphäre eheschließender Menschen verstößt gegen das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Privatleben und das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG). Die Datenübermittlung heiratender EWR-BürgerInnen verwirklicht zudem eine gemeinschaftsrechtlich verpönte Schlechterstellung, da ja nur diese – im Gegensatz zu Inländern – mit einer Datenweitergabe an die Fremdenpolizei im Heiratsfall zu rechnen haben.

§ 114 sieht vor, dass bei Vorliegen einer Anfrage gemäß § 43 Abs. 3 PStG (BGBl. 60/1983) die Behörde das Vorliegen eines durchsetzbaren Aufenthaltsverbotes (§ 63 Abs. 2 Z. 1, 5, 12-15) oder von amtswegigen Ermittlungen wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung nach dem FPG zu prüfen und das Vorliegen solcher Umstände binnen 10 Tagen dem Standesamt mitzuteilen hat (Abs. 1 und 2). Dies gilt "auch für die im § 2 Abs. 2 PStG angeführten Personen, sofern ihnen ein Ehefähigkeitszeugnis (§ 45 PStG) ausgestellt werden soll." (Abs. 4)

Der Regelungskomplex der §§ 114 FPG und 43, 45 PStG betrifft in Wahrheit nicht "Scheinehen", sondern die Verhinderung der Eheschließung von Personen, die in ihrer Vergangenheit ein bestimmtes Verhalten gesetzt haben. So haben Personenstandsbehörden eine Eheschließung ausnahmslos zu versagen, wenn die Auskunft einer Sicherheitsbehörde gem. § 114 vorliegt. Da nach dem Gesetzesentwurf eine Eheschließung nicht nur in Österreich, sondern mittels der Versagung eines Ehefähigkeitszeugnisses für den österreichischen Ehegatten auch im Ausland verhindert werden soll, kommt die Mitteilung gem. § 114 FPG einem Heiratsverbot gleich.<sup>102</sup>

Bei Vorliegen einer derartigen Mitteilung hat der Standesbeamte die Vornahme der Trauung ebenso wie bei Nichtvorliegen der Ehefähigkeit abzulehnen. Ferner ist bei Vorliegen einer fremdenpolizeilichen Mitteilung dem österreichischen Ehegatten die Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses zu verweigern.

Nach der Rechtsprechung der Straßburger Organe darf gem. Art 12 EMRK auch Straftätern das Eingehen einer Ehegemeinschaft nicht verwehrt werden, selbst wenn die Ehegatten wegen einer Freiheitsstrafe in der Folgezeit keine eheliche Lebensgemeinschaft führen können, denn auch unter diesen Umständen muss die Eheschließung in der freien Entscheidung der Betroffenen liegen (vgl. EKMR, Bericht vom 13.12.1979, *Hamer*; Bericht vom 10.7.1980, *Draper*). Ausländerrechtliche Maßnahmen wie Ausweisung oder Einreiseverbot stellen eine Verletzung des Art 12 dar, wenn konkrete Heiratspläne bestanden und außerhalb des betroffenen Staates nicht realisiert werden können (EKMR, Entscheidung vom 16.7.1965, X., Beschwerde Nr. 7175/75).

Darüber hinaus ist amnesty international der Ansicht, dass § 114 Abs. 1 Z 2 FPG-Entwurf in inakzeptabler Weise die Unschuldsvermutung verletzt, da es ausreicht, dass (irgendwelche) Ermittlungen wegen einer nach dem FrG gerichtlich strafbaren Handlung geführt werden. Nebenbei angemerkt sei auch, dass durch die schlechte legistische Formulierung nach dem Wortlaut des § 43 Abs. 3 Personenstandsgesetz bei Eheschließungen mit einem Drittstaatsangehörigen eine Anfrage gem. § 114 Abs. 1 Z 2 auch betreffend den österreichischen Verlobten einzuholen wäre. Warum ein österreichischer der Schlepperei Verdächtiger bis zum Abschluss der Ermittlungen nicht heiraten dürfen soll, ist nicht nachvollziehbar und entbehrt jeder Rechtfertigung.

Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zur „Bekämpfung der Scheinehe“ (§ 108 Abs. 3 und § 114 FPG; § 43 und § 45 PStG) verletzen die verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte auf Datenschutz, Recht auf Schutz der Privatsphäre und des Privat- und Familienlebens sowie des Rechts auf Eheschließung. Der gesamte Scheinehekomplex, insbesondere das Verbot für bestimmte Menschen, eine Ehe einzugehen, erweckt besorgniserregende Assoziationen. amnesty international spricht sich daher eindringlich dafür aus, von der Beschlussfassung dieser hochproblematischen Bestimmungen Abstand zu nehmen.

## 17. BEFÖRDERUNGSUNTERNEHMEN - §§ 115, 116 FPG

Die durch die EMRK garantierten Rechte hängen von ihrer verfahrensrechtlichen Durchsetzbarkeit ab, wenn sie „praktisch und effektiv“ und nicht „theoretisch und illusorisch“ sein sollen, wie das die Konvention erfordert.<sup>103</sup>

Entscheidend für das aus Art 3 EMRK abgeleitete Refoulement-Verbot ist immer, dass der Zufluchtstaat die Misshandlung des Betroffenen nicht ermöglichen darf, egal ob durch Aufenthaltsbeendigung oder Aufenthaltsverhinderung. An der Grenze ist dies gleichermaßen gültig, auch wäre es unlogisch, würde man illegal Einreisende besser behandeln und schützen, nicht aber Schutzsuchende, die sich vorschriftsmäßig bei einem Grenzposten melden. Abzulehnen

<sup>102</sup> Vgl. dazu *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar (1996) 422f.

<sup>103</sup> EGMR 13.5.1980, Fall *Artico*, Z 33.

ist die Praxis, zu differenzieren, ob der (illegale) Einreiseversuch gelungen ist oder nicht. Schutzsuchenden ist daher zur Verhinderung von Refoulement ein effektiver Zugang zu Asylverfahren zu gewähren.

Wenn, wie oben erläutert, die Einreiseverweigerung an der Grenze Verantwortlichkeit nach Art 3 EMRK auslösen und Refoulement darstellen kann, so muss dies auch für diejenigen Fälle gelten, in denen der Ausländer sich noch in seinem Heimatland befindet und ihm die Einreise in den Vertragsstaat durch Verweigerung der Ausstellung eines Einreisevisums verwehrt wird. Die Straßburger Organe stellten bereits früh fest, dass auch Beamte eines Vertragsstaates im Ausland an die EMRK - und somit auch das aus Art 3 EMRK abgeleitete Refoulement-Verbot – gebunden sind.<sup>104</sup>

Insofern unterminiert auch das Prinzip der Haftung von Beförderungsunternehmen, das neben der Verpflichtung, Passagiere auf eigene Kosten wieder zurückzutransportieren, auch Geldstrafen an die Unternehmen vorsieht, die Geltung der EMRK und die Grundprinzipien des internationalen Flüchtlingsrechts.

Die „carrier sanctions“ geben daher in unzulässiger Weise die staatliche Verantwortung für die Einreiseüberwachung und Zugangskontrolle zu ihrem Territorium an private Unternehmen ab, die nicht an die Einhaltung der EMRK gebunden sind.

Das Human Rights Committee der UN sah hierin sogar eine Verletzung des Art 12 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte.<sup>105</sup> Auch die Parlamentarische Versammlung des Europarates stellte bereits 1991 fest:

*„Some countries have imposed airline sanctions which undermine the basic principles of refugee protection and the right of refugees to claim asylum while placing a considerable legal, administrative and financial burden upon carriers, and moving the responsibility away from the immigration officers.“<sup>106</sup>*

## 18. STRAFBESTIMMUNGEN

### 18.1. Schlepperei - § 118 Abs. 1 FPG

Während § 104 FrG idgF die gerichtliche Strafbarkeit an den Vorsatz knüpft, "dass dies gegen einen nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteil für ihn oder einen anderen geschieht", soll Schlepperei nunmehr unabhängig von der vorsätzlichen Bereicherung(sabsicht) gerichtlich strafbar sein.

Eine Einschränkung auf die vorsätzliche Begehung des Deliktes findet sich in § 104 Abs. 1 FPG nicht, sodass nach dem Gesetzeswortlaut sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Förderung der rechtswidrigen Einreise oder Durchreise eines Fremden in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einen Nachbarstaat Österreichs gerichtlich strafbar sind. Die in den EB ausgedrückte Intention, nur die vorsätzliche Begehung unter Strafdrohung zu stellen, findet sich im Gesetzestext nicht wieder.

Im Kontext Flüchtlinge ist darauf hinzuweisen, dass Schlepperei „zwei Gesichter“ hat. Sie ist einerseits organisierte Kriminalität, auf der anderen Seite aber die einzige Möglichkeit für Flüchtlinge, Zuflucht in Europa zu finden. Die restriktive Flüchtlingspolitik der EU und der Erfolg der Schlepper bedingen einander, wie auch aus einer von UNHCR in Auftrag gegebenen Studie vom Juli 2000 hervorgeht: „Immer mehr Asylbewerber müssen wegen der restriktiven Asylpolitik in Europa mit Hilfe von Menschenschmugglern illegal einreisen. Für viele politisch Verfolgte sind Schlepperringe inzwischen die einzige Möglichkeit, nach Europa zu gelangen.“ (UNHCR-Pressesaussendung vom 07. Juli 2000 anlässlich der Veröffentlichung der Studie) Es ist

<sup>104</sup> Insofern ist die Anwendbarkeit nicht auf das Territorium des EMRK-Mitgliedsstaats begrenzt. Ein Staat ist auch für die Handlungen seiner Organe im Ausland verantwortlich. Die EMRK wurde von der EKMR für die Handlungen deutscher Botschaftsangehöriger in Marokko (25.09.1965, *Fall X. gegen BRD*), für türkisches Militär in Nordzypern (10.7.1976, *Fall Zypern gegen Türkei*) und auch für schweizerische Zollwachebeamte in Liechtenstein (14.07.1977, *Fall X. and Y. gegen Schweiz*) als anwendbar erklärt. Vgl auch EGMR 26.6.1992, *Fall Drozd und Janousek*; 18.12.1996, *Fall Loizidou*.

<sup>105</sup> (CCPR/C//Add.103, 19.11.1998)

<sup>106</sup> Recommendation 1163 (1991) of the Parliamentary assembly of the Council of Europe on the arrival of asylum seekers at European airports, 43rd ordinary session, Z 10.

bezeichnend, dass noch vor etwa 10 Jahren der positiv besetzte Begriff des "Fluchthelfers" gebräuchlich war. Heute spricht man dagegen nur noch von kriminellen Schleppern, ohne zu differenzieren zwischen jenen, die gefährdeten Menschen zur Flucht verhelfen und jenen, die diese mit ausbeuterischen Absichten und mit regelmäßig lebensgefährlichen Methoden transportieren.

Mit der Einführung gerichtlicher Strafbarkeit, abgekoppelt von einer Bereicherungsabsicht wird auch Fluchthilfe, welche ohne die zu verpönde Absicht der Erlangung irgendeines persönlichen Vorteils geleistet wird, sondern in humanitärer Unterstützung einer schutzbedürftigen Person erfolgt, künftig gerichtlich strafbar. Ebenso ist beispielsweise ein Elternteil gerichtlich strafbar, wenn er seine von Verfolgung bedrohten Familienangehörigen nach Österreich in Sicherheit zu bringen versucht.

Fluchthilfe stellt jedoch keine zu verurteilende Straftat dar und steht die gerichtliche Strafbarkeit ebenso wie die hohe Strafandrohung in keinem Zusammenhang mit dem Handlungsunwert der Tat. Wie bisher sollte die gerichtliche Strafbarkeit an den Bereicherungsvorsatz gebunden sein.

Entgegen der Behauptung in den EB, dass die Adaptierung des gegenständlichen Tatbestands als Umsetzung der Richtlinie des Rates vom 28. November 2002<sup>107</sup> erforderlich sei, ermächtigt gerade Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie die Mitgliedstaaten dazu, keine Sanktionen zu verhängen, wenn die Förderung der rechtswidrigen Ein- oder Durchreise das Ziel der humanitären Unterstützung der betroffenen Person ist.

Es fällt weiters auf, dass - wie bisher - der Straftatbestand jeweils nur auf die Ein- oder Durchreise in einen EU-Staat oder Nachbarstaat Österreichs abstellt. Daraus kann nur gefolgert werden, dass die Intention nicht in der Bekämpfung der Ausbeutung und Gefährdung von Menschen, sondern ausschließlich die Verhinderung der Ein- oder Durchreise auf dem Gebiet der EU bzw. der (angrenzenden) Nachbarstaaten ist.

Im Falle eines Bereicherungsvorsatzes wird der Strafraum durch § 118 Abs. 2 von einem auf zwei Jahre Freiheitsstrafe erhöht. Im Wiederholungsfall (Verurteilung wegen Schlepperei innerhalb der letzten fünf Jahre) beträgt der Strafraum künftig drei Jahre (vormals 2 Jahre), bei gewerbsmäßiger Begehung sechs Monate bis zu fünf Jahren (anstelle von bis zu fünf Jahren). Wer Schlepperei als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, ist künftig mit Freiheitsstrafe von einem bis zehn Jahren zu ahnden.

Auffallend ist, dass die Strafraum jener Bestimmungen, welche primär den Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität der Geschleppten vor Augen haben (Bestrafung im Falle, dass der Fremde in einen qualvollen Zustand versetzt wird, Gefährdung des Lebens eines Fremden), im Gegensatz zu den genannten Tatbeständen nicht angehoben wurden (wie bisher 6 Monate bis 5 Jahre bzw. 1 bis 10 Jahre).

Gemäß Abs. 6 kann mit der Zurück- oder Abschiebung des Fremden zugewartet werden, wenn und solange dies erforderlich ist, um diesen zum Sachverhalt zu vernehmen. Besorgniserregend sind in diesem Zusammenhang die EB, aus denen hervorgeht, dass das Strafverfolgungsinteresse des Staates gegen den/ die Täter als Rechtfertigung für eine Freiheitsentziehung der Betroffenen bzw. deren Verlängerung herangezogen wird. Die EB führen nämlich aus, "aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Grundrechtseingriffen [werde] abzuleiten sein, dass eine allfällig durch diese Maßnahmen verlängerte Freiheitsbeschränkung so kurz wie möglich zu sein hat und nur bei Aussicht auf erfolgreiche Sachverhaltsklärung anzuwenden ist."

Eine derartige Beuge- oder Präventivhaft für Zeugen einer gerichtlichen Straftat ist unzulässig und völlig unverhältnismäßig. Gemäß Art. 2 Abs. 1 Z. 4 PersFrBVG ist eine Anhaltung nur zulässig, um die Erfüllung einer durch das Gesetz vorgesehenen Verpflichtung durchzusetzen (Art. 2 Abs. 1 Z. 4 PersFrBVG). Die Verpflichtung zur Zeugenaussage wird im Strafprozessrecht durch §§ 159, 160 StPO umgesetzt und ist Beugehaft über einen Zeugen nach diesen Bestimmungen nur dann zulässig, wenn ein geladener und erschienener Zeuge vor Gericht die Aussage ohne gesetzlichen Grund verweigert (§ 160 StPO). Bei nicht gerechtfertigtem Ausbleiben nach einer Ladung ist zwar eine Vorführung, aber keine Anhaltung zulässig (§ 159 StPO). Auch nach AVG sind allenfalls Zwangsstrafen oder eine Vorführung zulässig, wenn jemand einer Ladung ohne gerechtfertigte Gründe nicht Folge leistet und muss darüber hinaus diese Folge in der Ladung angedroht worden

<sup>107</sup> Richtlinie des Rates vom 28. November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt (2002/90/EG)



sein (§ 19 Abs. 3 AVG). Die EB deuten jedoch an, dass Opfer von Schlepperei generell angehalten werden können, unabhängig davon, ob sie einer Ladung zur Zeugenaussage Folge leisten und unabhängig davon, ob sie überhaupt eine Ladung – unter Androhung der sonstigen Vorführung – erhalten haben.

Gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK darf einer Person nur dann die Freiheit entzogen werden, wenn es sich um eine "rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung wegen Nichtbefolgung (!) einer rechtmäßigen gerichtlichen (!) Anordnung oder zur Erzwingung einer gesetzlichen Verpflichtung (!)" handelt. Daraus folgt, dass zum einen nur die Erzwingung einer gesetzlichen Verpflichtung zu einer Freiheitsentziehung berechtigt (und nicht bereits das grundsätzliche Strafverfolgungsinteresse des Staates gegen einen Dritten) und zum anderen eine Freiheitsentziehung unzulässig ist, solange der Betreffende die Befolgung einer solchen Verpflichtung nicht verweigert.

Die in den EB angedeutete Beugehaft des Opfers für Einvernahmen steht daher in einem erheblichen Spannungsverhältnis sowohl zum PersFrBVG als zu Art. 5 EMRK.

Der Entwurf verabsäumt zur Gänze die Verankerung von Bestimmungen zum Schutz für Opfer von Menschenhandel wie sie durch die EU-Richtlinie 2004/81/EG vom 29.04.2004<sup>108</sup> und durch die in Kürze vom Europarat beschlossene sog. "Convention against Trafficking" vorgesehen sind.

amnesty international hält folgende Regelungen zum Schutz der Opfer von Menschenhandel für dringend erforderlich:<sup>109</sup>

- Korrekte Identifizierung gehandelter Personen, was die entsprechende Schulung der zuständigen Personen und Behörden in einer gender- und kultursensitiven Weise voraussetzt.
- Verpflichtung der Zurverfügungstellung von Schutz- und Unterstützungsmechanismen unabhängig von der Bereitschaft und Fähigkeit des Opfers, mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren. Maßnahmen sollten nach vollständiger Information der betroffenen Person und in deren Einverständnis nach einer individuellen Erhebung des Bedarfs gesetzt.
- Gehandelte Menschen dürfen nicht als Kriminelle oder geschleppte Migranten behandelt werden. Diese Personen dürfen nicht aus dem Staatsgebiet entfernt werden, bevor ihr Status als gehandelte Person festgestellt worden ist und eine Überlegungsfrist eingeräumt wurde, um Informationen über ihre Rechte erhalten und diese in Anspruch nehmen zu können. Opfer von Menschenhandel dürfen weder inhaftiert noch wegen Verletzung von Einreisebestimmungen bestraft werden.
- (Vorübergehende) Aufenthaltsberechtigungen für Opfer von Menschenhandel dürfen nicht von der Bereitschaft oder Fähigkeit des Opfers abhängig gemacht werden, im Strafverfahren als Zeuge gegen den/ die Menschenhändler auszusagen, sondern müssen an den Rechten, der Gefährdung und den Bedürfnissen des Opfers ausgerichtet sein.
- Repatriierung oder Resettlement von gehandelten Personen muss in Übereinstimmung mit den Menschenrechten, sicher und dauerhaft sein - und wenn möglich freiwillig. Auch auf die Sicherheit von Familienmitgliedern muss Bedacht genommen werden und die Bereitschaft des Zielstaates zur Aufnahme und zur sozialen Integration sichergestellt sein. Die Vertraulichkeit der Information muss - aus Achtung des Rechts auf Privatleben und aus Gründen der Sicherheit der betroffenen Person - gewahrt werden.
- Kein Opfer darf in ein Land ausgewiesen werden, in dem es der Gefahr der Folter oder Misshandlung oder anderer schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen, z. B. erneutem Menschenhandel ausgesetzt wäre.
- Es müssen effektive und zugängliche Mechanismen zur Entschädigung von Opfern geschaffen werden.
- Im besonderen müssen Kinderrechte geschützt werden, indem bei minderjährigen gehandelten Personen das beste Interesse des Kindes entsprechend der UN

<sup>108</sup> Richtlinie 2004/81/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder deren Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren.

<sup>109</sup> "Memorandum on the draft European Convention on Action against Trafficking in Human Beings: Protection of the Rights of Trafficked Persons" von amnesty international und Anti-slavery International vom Mai 2004 sowie "Comments on revised draft European Convention against Trafficking in Human Beings" vom 28. Juni 2004

Kinderrechtskonvention immer im Vordergrund zu stehen hat. Auf die besonderen Bedürfnisse und Rechte von Kindern ist Bedacht zu nehmen.

### 18.2. Beihilfe zum unbefugten Aufenthalt - § 119 FPG

Der bisherige Verwaltungsstraftatbestand des § 107a FrG, wonach das Verschaffen oder sonst Erleichtern eines "unbefugten Aufenthalts im Bundesgebiet" gegen einen Vermögensvorteil (!) als Verwaltungsübertretung mit Geldstrafe bis Euro 3.600 geahndet werden konnte, wird erheblich verschärft.

Alarmierender Weise wird der Tatbestand nunmehr ins gerichtliche Strafrecht übernommen und darüber hinaus erheblich erweitert. Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr (!) bedroht ist, wer einem Fremden den unbefugten Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines EU-Mitgliedstaates "mit dem Vorsatz erleichtert,

- a) sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes Entgelt unrechtmäßig zu bereichern oder (!)
- b) dadurch die Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen zu bewirken.

Die Verbindung der beiden Anwendungsfälle mit einem "oder" hat zur Folge, dass die gerichtliche Strafbarkeit von einer unrechtmäßigen Bereicherung abgekoppelt wird. Wer einen Antrag auf aufschiebende Wirkung stellt oder eine Berufung verfasst, hat ohne Zweifel den Vorsatz, dadurch die Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen zu bewirken und macht sich mit seiner Vertretungshandlung nunmehr gerichtlich strafbar. Der weitgehende Ausschluss der aufschiebenden Wirkung und die erhebliche Einschränkung des vorläufigen Aufenthaltsrechtes (inkl. Entzug gemäß § 68 FPG) haben indirekt auch zur Folge, dass die genannten Rechtsmittel den Tatbestand "Erleichtern des unbefugten Aufenthalts" erfüllen, da Asylwerber vielfach eben nur einen faktischen Abschiebeschutz haben und damit nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig sind.

Des weiteren ist der Tatbestand der "unrechtmäßigen Bereicherung" im gegebenen Zusammenhang zu unbestimmt. Es ist fraglich, wann von der Unrechtmäßigkeit eines Entgelts auszugehen ist, ob darunter z. B. bereits die entgeltliche Unterbringung eines nicht rechtmäßig aufhältigen Fremden durch einen Pensionsinhaber zu verstehen ist.

Die geplante Regelung wird der Sonderberichterstatlerin für Menschenrechtsverteidiger zu berichten sein.

### 18.3. Scheinehen, Scheinadoption - §§ 121, 122 FPG

Sowohl der Tatbestand der "Scheinehe" als auch jener der "Scheinadoption" sollen künftig unabhängig von der Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtlich strafbar sein.

Die Strafdrohung für das gewerbsmäßige Vermitteln oder Anbahnen von Ehen soll von einem auf drei Jahre Freiheitsstrafe angehoben und neben der Erteilung oder Beibehaltung eines Aufenthaltstitels auch der Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft und die Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen vom strafbegründenden Tatbestand umfasst sein.

Der bisherige § 106 Abs. 2 FrG, wonach Fremde, deren Eheschließung vermittelt oder angebahnt wurde, nicht als Beteiligte zu bestrafen sind, wurde erheblich eingeschränkt, obwohl auch die EB explizit ausführen, dass der Fremde "weiterhin als Opfer zu sehen ist." Der Ausschluss der Strafbarkeit gilt nunmehr nämlich nur, wenn die sog. Scheinehe zum Zweck der Erlangung eines Aufenthaltstitels eingegangen wurde. Möglicherweise handelt es sich bei der Auslassung des Erwerbs der österreichischen Staatsbürgerschaft oder der Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen (siehe Abs. 1 bis 3) nur um ein Redaktionsversehen. Andernfalls fehlt eine sachliche Rechtfertigung für die divergierende Regelung der Strafbarkeit. Dieselbe Einschränkung trifft § 122 Abs. 4.

amnesty international gibt in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass sowohl bei Adoption als auch bei Ehe der Gesetzgeber zuvor klare, für den Normunterworfenen erkennbare Verhaltensmaßstäbe festlegen müsste:

Der legistische "Kern" der Ehe erschöpft sich in der zivilrechtlich normierten, gegenseitigen sozialen Beistandspflicht sowie erbrechtlichen Konsequenzen. Weder ABGB noch EheG sind hingegen sonstige Verhaltensmaßstäbe (insb. auch nicht die Verpflichtung einer gemeinsamen Wohnung) zu entnehmen, die Ehepartner nach Ansicht des Gesetzgebers für eine "legitime Eheführung" erfüllen müssen.

Die Besonderheit im Bereich der Adoption liegt darin, dass eine Beziehung erst geschaffen werden und ein gemeinsames Familienleben eben gerade zukünftig aufgebaut soll. Bereits bei Antragstellung feststellen zu wollen, ob die Herstellung einer solchen Beziehung funktionieren wird, ist weder möglich, noch existiert eine klare, legistisch verankerte Verhaltenserwartung über eine Eltern-Kind-Beziehung. Der Gesetzgeber hätte hier zunächst klarzustellen, was er als Kernzweck einer Adoption versteht und sohin, wann er eine solche als berechtigt/ gerechtfertigt betrachtet und wann nicht.

Dagegen erscheint es nicht vertretbar, eine dem Betroffenen nicht vorhersehbare Verhaltenserwartung an Sanktionen zu knüpfen, insbesondere wenn die Sanktion in der gerichtlichen Strafbarkeit besteht.

Bezeichnend ist eine Formulierung in den EB, wonach "Österreicher [...] durch versprochene (und letztlich auch lukrierte) Geldsummen besonders zur Eingehung von Scheinehen *verleitet* (!) werden können", im Verhältnis zu den vielerorts in Gesetz und EB vorgenommenen Pauschalverdächtigung von Fremden, der Allgegenwart eines Missbrauchsverdacht und der mannigfachen Querverbindungen zum Strafrecht.

#### **18.4. Unbefugter Aufenthalt - § 123 FPG**

Klarzustellen ist in Abs. 3, dass Asylwerber mit faktischem Abschiebeschutz (§ 13 AsylG, § 68 FPG) keine Verwaltungsübertretung begehen.

Es mutet absurd an, wenn einem Asylwerber im Verfahren auf der einen Seite kraft gesetzlicher, sanktionierter Anordnung aufgetragen wird, sich der Behörde verfügbar zu halten (siehe unter I.4.1. (Mitwirkungspflichten -- § 12 AsylG)); siehe auch Festnahmeauftrag gem. § 26 AsylG), auf der anderen Seite aber bei Einhaltung dieser Verpflichtung Verwaltungsstrafen wegen "unberechtigten Aufenthalts" zu verhängen. Hinzu kommt, dass der Betroffene diesen "Tatbestand" geradezu zwangsläufig über einen längeren Zeitraum (Dauer des Asylverfahrens) setzt und de facto täglich erneut mit einer solchen Geldstrafe sanktioniert werden kann.

Aber auch bei sonstigen Fremden (unabhängig von der Asylwerbereigenschaft) weist amnesty international darauf hin, dass die Höhe der Verwaltungsstrafen in keinem Verhältnis zum Unwertsgehalt des Verhaltens steht. Die Strafdrohung von Euro 2.180 und 3 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe sowie Euro 4.360 und 6 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe "im Wiederholungsfall" ist wiederum geeignet, einen fremdenfeindlichen Reflex auszulösen, da sie mit dem "unbefugten Aufenthalt" einen Unwertsgehalt verknüpft, der überhöht im Verhältnis zu anderen, sanktionierten Verhaltensweisen steht. Als Beispiele seien angeführt:

- vgl. Fahren trotz Alkoholisierung von 1,6 Promille: Euro 1.162 bis 5.813 (bei Uneinbringlichkeit 2 bis 6 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe)
- vgl. Unterlassen der Hilfeleistungspflicht/ Verständigung der Polizei durch einen Lenker, dessen Fahrzeug ursächlich an einem Verkehrsunfall beteiligt war: Euro 36 bis 2.180 (bei Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 24 Stunden bis 6 Wochen)
- vgl. Gefährdung von Fußgängern, die Schutzwege vorschriftsmäßig benützen: Euro 72 bis 2.180 (bei Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu 2 Wochen)
- vgl. Verstoß gegen, im Bewilligungsverfahren auferlegte Auflagen für Exporte von Kriegsmaterial: Euro 7.260 (§ 8 KMG )

## **III. Zur Änderung des UBAS-Gesetzes**

---

Der Entfall von § 7 Abs. 1 wird in den EB damit begründet, dass diese Bestimmung in das AsylG transferiert wird, „um alle für die Durchführung des Verfahrens notwendigen Bestimmungen an einem Ort zu finden.“ Allerdings findet sich in § 60 Abs. 1 AsylG der Inhalt des bestehenden § 7 Abs. 1 UBASG nur in reduzierter Form. Ist in § 7 Abs. 1 UBASG vorgesehen, dass die Anrufung eines Senates erforderlich ist, wenn „die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung

nicht einheitlich beantwortet wird“, so fehlt diese Bestimmung im Entwurf des § 60 Abs. 1 AsylG, was dem Ansinnen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (trotz des § 60 Abs. 2 AsylG) abträglich ist.

Für die Einführung des in § 12 Abs. 2 und 3 vorgesehenen „Controllingausschusses“ gibt es keine Notwendigkeit, da diese Aufgaben ohnehin von der Leitung und der Vollversammlung zufrieden stellend wahrgenommen werden. Auch ist es nicht sinnvoll, den ohnehin überlasteten UBAS-Mitgliedern die zusätzliche Aufgabe einer Controllingtätigkeit aufzubürden. Von einer Beschlussfassung dieser Bestimmungen ist daher Abstand zu nehmen. Genauso wenig ist es für amnesty international nachvollziehbar, weshalb durch § 13a die Dienstzeiten und der Umgang mit Akten für die UBAS-Mitglieder im Gesetz geregelt werden sollen. Da die bestehenden Regelungen im UBASG als ausreichend und die Arbeit des UBAS als zufrieden stellend erachtet werden, kann auch für diesen Regelungskomplex keine Notwendigkeit erkannt werden.

## **IV. Zur Änderung des Bundesbetreuungsgesetzes Grundversorgungsgesetz - Bund 2005**

---

amnesty international betont, dass die Abdeckung des grundlegendsten Lebensbedarfs von Asylwerbern notwendig ist, um diesen die Teilnahme am Asylverfahren zu ermöglichen. Ohne Deckung dieses grundlegendsten Lebensbedarfs könnten Asylwerber das Verfahrensergebnis gar nicht abwarten, wodurch ihnen letztlich die in der GFK verbrieften Rechte dauerhaft vorenthalten würden. Sinn und Zweck, nämlich die Schutzgewährung, würden auch dadurch vereitelt, dass Asylwerbern Ladungen und Bescheide mangels Zustelladresse nicht zugehen können. Aus fehlender Existenzsicherung resultiert daher de facto eine Verweigerung des Asylverfahrens.

Auch die Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27.1.2003 über die Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylwerbern in den Mitgliedstaaten, ABI 2003 L 31 S 18-25, gebietet die Schaffung eines Rechtsanspruches und die Schaffung einer unabhängigen Überprüfungsinstanz im Falle des (gänzlichen oder teilweisen) Entzugs der materiellen Aufnahmebedingungen. Der Geltungsbereich der Richtlinie umfasst alle Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen, die an der Grenze oder im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates Asyl beantragen ab Antragstellung (Art 13) bis über den Asylantrag endgültig entschieden wurde (Art 2c, Art 3 Abs. 1 RL). Für diese Personen haben die Mitgliedstaaten die in der Richtlinie festgelegten sog. "materiellen Aufnahmebedingungen" zu gewährleisten (insb. Unterkunft, Verpflegung, Kleidung, medizinische Versorgung). Materielle Aufnahmebedingungen können nur in taxativ aufgezählten Ausnahmefällen entzogen oder eingeschränkt werden, wobei der Zugang zur medizinischen Notversorgung keinesfalls verweigert werden darf. Entscheidungen müssen objektiv, unparteiisch, begründet und nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip erfolgen. Gegen den Entzug oder die Einschränkung der materiellen Aufnahmebedingungen muss ein Rechtsmittel zur Verfügung stehen (§ 21 Abs 1 der EU-RL).

Ist auch durch den UVS nunmehr eine unabhängige Rechtsmittelinstanz für Rechtsmittel gegen den Entzug oder die Einschränkung der durch den Bund gewährten Grundversorgung gegeben, so darf nicht übersehen werden, dass auf Länderebene kein vergleichbarer Rechtsschutz besteht.

Es ist daher unzulässig, dass der Bund gem. § 6 Abs 2 GVG-B 2005 bei Nichtherstellung des Einvernehmens mit einem Land nach sieben Tagen die Versorgung von Asylwerbern einstellt und – so die EB – ihrem Schicksal überlässt, sie mögen sich direkt an das jeweilige Land um Sozialhilfe wenden. Dabei sei darauf hingewiesen, dass mehrere Bundesländer mit der Erfüllung der Grundversorgungsvereinbarung säumig sind und weder auf der Ebene Grundversorgung Land noch Sozialhilfe einen adäquaten Rechtsschutz gegen die Verweigerung der Versorgung vorsehen.



Österreich als Mitglied der EU hat für die adäquate Umsetzung der Richtlinie 2003/9/EG zu sorgen, wobei sich der Bund europarechtlich dieser Verpflichtung nicht entledigen kann, indem er sie auf (unwillige) Gliedstaaten überträgt.

Eine der Grundproblematiken im Bereich der Unterbringung und Versorgung von Asylwerbern ist nach wie vor die unklare bzw. strittige Kompetenzverteilung. amnesty international ruft daher Österreich dringend dazu auf, die Kompetenzfrage klar und angemessen auf verfassungsrechtlicher Ebene zu lösen und für die Schaffung der notwendigen Kompetenzen zu sorgen, allen Asylwerbern die aus der Richtlinie 2003/9/EG erfließenden Rechte zuteil werden zu lassen, egal auf welcher innerstaatlichen Ebene dies auch praktisch erfolgt.