

An Frau
Mag.^a Katharina Klement
Parlamentsdirektion
1017 Wien

20. April 2016

Betrifft:

Gesamtändernder Abänderungsantrag betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das BFA-Verfahrensgesetz geändert werden

**Stellungnahme des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte
im Begutachtungsverfahren**

Die geplante **Änderung des Asylgesetzes**, die entgegen ersten Ankündigungen nun doch in eine – wenngleich angesichts der damit verbundenen grund- und menschenrechtlichen und rechtsstaatlichen Bedenken demokratiepolitisch skandalös kurze – Begutachtung von einer Woche gegangen ist, ruft aus mehreren Gründen Widerspruch hervor:

1. Einleitende Anmerkungen

Ein Notverordnungsrecht der Bundesregierung, wenn auch im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrats, in einem grundrechtlich sensiblen Bereich, in dem es um das Recht auf Asyl bzw. um das Recht auf internationalen Schutz geht, ist aus demokratiepolitischer und rechtsstaatlicher Sicht höchst bedenklich. Alleine die umfangreichen Erläuterungen zum Entwurf zeigen, wie herausfordernd die Auslegung der hier zur Disposition stehenden europa- und völkerrechtlichen Bestimmungen ist, die auch Auswirkungen auf die gesamte EU haben könnte. Sollte Österreich nämlich wegen einer behaupteten Bedrohung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der inneren Sicherheit unter Berufung auf den Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) das einschlägige EU-Recht nicht mehr anwenden und Schnellverfahren an der Grenze einführen, könnte dies andere EU-Mitgliedstaaten zu ähnlichen Maßnahmen verleiten, die höchstwahrscheinlich EU-Recht widersprechen. Die Folge wäre auch eine Gefährdung verpflichtender menschenrechtlicher Standards im Asylbereich, die durch die Genfer Flüchtlingskonvention, die EU-Grundrechtecharta und die Europäische Menschenrechtskonvention vorgegeben sind.

2. Zu Artikel 72 AEUV und zur Frage, ob Österreich daraus die Kompetenz ableiten kann, vom EU-Recht abweichende Regelungen zu erlassen

2.1. Die Erläuterungen beziehen sich maßgeblich auf ein von *Walter Obwexer* und *Bernd-Christian Funk* erstelltes Gutachten. Dieses stützt die Kompetenz, abweichend von EU-Recht Sonderregelungen zu erlassen, auf Artikel 72 AEUV, der bestimmt, dass die EU-Bestimmungen über den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ nicht „die Wahrnehmung der Zuständigkeiten des Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“ betreffen. Richtig ist, dass es zu Artikel 72 AEUV bisher keine Rechtsprechung des EuGH gibt, dieser

aber letztlich zuständig ist darüber zu entscheiden, wie diese Bestimmung zu verstehen und auszulegen ist. Anlass könnte ein Vertragsverletzungsverfahren sein, das von der Kommission oder einem anderen Mitgliedstaat gegen Österreich eingebracht wird oder ein Vorabentscheidungsverfahren, das von einem mitgliedstaatlichen Gericht in einem Einzelfall an den EuGH herangetragen wird. Sollte ein solches Verfahren von einem mitgliedstaatlichen Gericht in einem Fall angestrengt werden, in dem der abgewiesene Asylbewerber/nicht zur Antragstellung zugelassene Asylbewerber sich in Haft befindet und ein Dringlichkeitsverfahren beantragt und genehmigt wird, müsste der EuGH innerhalb von drei Monaten entscheiden. Die Zuverlässigkeit der Aussagen im Gutachten könnten daher relativ zeitnah auf die Probe gestellt werden.

2.2. Mangels Rechtsprechung des EuGH können hilfsweise die in der wissenschaftlichen Literatur vertretenen Ansichten herangezogen werden, die aber für den EuGH nicht bindend sind. Tatsächlich findet sich in den vom Gutachten zitierten wissenschaftlichen Kommentaren – aber auch darüber hinaus – eine Mehrheit von Stimmen, die in Art 72 AEUV eine Ermächtigung der Mitgliedstaaten sehen, im Falle einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der inneren Sicherheit vom geltenden Sekundärrecht abzuweichen. Auffällig am Gutachten ist allerdings, dass Minderheitspositionen nicht zitiert werden oder die Positionen der Kommentatoren nicht vollständig zitiert werden. Nicht zitiert wird zB *Thym*¹, der darauf hinweist, dass im Unterschied zu Art 36 AEUV Art 72 AEUV nicht ausdrücklich vorsieht, dass die Mitgliedstaaten vom geltenden Recht abweichen dürfen. Er sieht in Art 72 AEUV eine Norm, die eine Auslegungshilfe für den Umfang der EU-Kompetenzen sowie für den möglichen Inhalt von Sekundärrecht sein will und die auch operative Maßnahmen von EU-Organen ausschließt. Nicht zitiert wird auch *Feik*², der zwar auch meint, dass unter außergewöhnlichen Umständen die Mitgliedstaaten vom Sekundärrecht abweichen dürfen, dass aber Art 72 AEUV vorwiegend als Norm zu sehen ist, die eine Kompetenzabgrenzung zu Lasten der Union vornehmen will. Auch die im Gutachten zitierten Autoren *Breitenmoser/Weyeneth*³ stellen die im Gutachten verwendete Position selbst wieder in Frage, wenn sie (im Gutachten nicht zitiert) selbst darauf hinweisen, dass es sich bei Art 72 AEUV auch nur um eine Schranke für die EU-Kompetenzen handeln könnte und nicht um eine Befugnisnorm für die Mitgliedstaaten. Einige der Autoren, die eine solche Befugnis befürworten, legen die Schwelle aber wesentlich höher als es das Gutachten tut und verlangen beispielsweise, dass es um den *Bestand* des Staates, seiner Einrichtungen und wichtigen Dienste gehen muss und nicht nur um eine Funktionsbeeinträchtigung.⁴ Die wissenschaftliche Literatur ist daher bei weitem nicht so einhellig und eindeutig, wie vom Gutachten dargestellt.

2.3. Für die Auslegung als Kompetenzausübungsnorm, die die EU-Kompetenzen beschränken will, und nicht als Befugnisnorm, sprechen der Wortlaut und systematische Gegebenheiten: Eine Befugnis der Mitgliedstaaten, vom geltenden Unionsrecht abzuweichen, ist im Art 72 AEUV explizit nicht verankert. Dies steht im Unterschied zu anderen Bestimmungen des Primärrechts, die Abweichungen jeweils explizit vorsehen und mit Auflagen versehen. So sieht Art 36 AEUV ausdrücklich Beschränkungen des freien Warenverkehrs durch die Mitgliedstaaten vor, beschreibt diese (Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverbote) und verfügt Auflagen (keine willkürliche Diskriminierung, keine verschleierte Handelsbeschränkungen). Wenn Art 72 AEUV als Befugnisnorm gedacht war, dann wäre zu erwarten gewesen, dass der Primärrechtsgesetzgeber dies explizit macht, spezifiziert und mit präzisen Auflagen versieht. Anderenfalls hätte er damit alle Bestimmungen, die dem Ziel der Schaffung eines

¹ Beck'scher Online Kommentar, Art 72 AEUV Rn 1

² In *Mayer/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV*, Art 72 Rn 1 f.

³ In *Von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), Art 72 Rn 20.

⁴ ZB *Rossi* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), *EUV/AEUV*, Art 72 AEUV Rn 4. Vgl in diesem Zusammenhang auch den Notstandsbegriff des Art 15 EMRK.

Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) dienen, selbst mit einem generellen Vorbehalt versehen.

2.4. Den Mangel einer expliziten Ermächtigung der Mitgliedstaaten kompensiert das Gutachten mit der Annahme einer impliziten Ermächtigung. Diese sei ua deshalb gegeben, weil anderenfalls Art 72 AEUV nur eine Verdoppelung des Art 4 Abs 2 EUV wäre, und eine solche könne dem Primärrechtsgeber nicht unterstellt werden kann (Gutachten S 17). Dazu ist festzustellen, dass sich solche Verdoppelungen im Primärrecht mehrfach finden, zB im Hinblick auf die Geltung der Grundrechte in Art 6 EUV und in Art 67 AEUV. Sie geben den politischen Wunsch wieder, ohne rechtliche Notwendigkeit gewisse Anliegen mehrfach zu betonen. Den Mitgliedstaaten war es immer schon wichtig, ihre Souveränitätssensibilitäten gerade dann im Primärrecht abgebildet zu sehen, wenn sie gleichzeitig einer Übertragung von Kompetenzen an die Union zustimmen.

2.5. Dem Art 72 AEUV kommt eine über Art 4 Abs 2 EUV hinausgehende Bedeutung durchaus auch dann zu, wenn man ihn als Schranke für die Ausübung der EU-Kompetenzen im Bereich des RFSR sieht. Er verpflichtet den Unionsgesetzgeber insbesondere im Bereich des RFSR, die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit zu ermöglichen und den EU-Einrichtungen in diesem Bereich keine operativen Befugnisse zu übertragen. Beides hat im bisher bestehenden Sekundärrecht durchaus Niederschlag gefunden. Dies gilt für Bestimmungen wie Art 23 Schengener Grenzkodex, Art 21 und 24 der RL 2004/83 und Art 7 Abs 4 der RL 2008/115. Für diese speziellen Bestimmungen zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der nationalen Sicherheit bildet Art 72 AEUV eine materielle Rechtsgrundlage, auf die sich die Mitgliedstaaten im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses berufen können und bei deren Missachtung die Mitgliedstaaten den EuGH im Wege der Nichtigkeitsklage anrufen könnten. Die Existenz dieser sekundärrechtlichen „ordre public Klauseln“ belegt hingegen auch, dass Art 72 AEUV auch vom Gesetzgeber der Union nicht so verstanden wird, dass er die Notwendigkeit spezieller „ordre public Klauseln“ ersetzen könnte, und sich die Mitgliedstaaten in Abwesenheit solcher spezieller Klauseln auf Art 72 AEUV direkt berufen könnten. Diese speziellen Klauseln sehen gewisse Auflagen vor, oder auch, wie Art 23 des Schengener Grenzkodex, die Einhaltung gewisser Verfahren und Befristungen. Für das Asylwesen sieht das Unionsrecht zusätzlich zu den in individuellen Fällen anwendbaren Art 21 und 24 der RL 2004/83 spezielle Bestimmungen in Art 78 Abs 3 AEUV und in der MassenzustromRL (2001/55) vor. Selbst wenn man in Art 72 AEUV eine Befugnisnorm sieht, müsste man davon ausgehen, dass ein Mitgliedstaat zunächst vergeblich versucht hat, die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Mechanismen vorzuschlagen (siehe dazu Punkt 3).

2.6. Wenn sich das Gutachten darauf beruft, dass die Kommission in ihrer Mitteilung zur österreichischen Absicht, vorübergehend wieder Grenzkontrollen an den Binnengrenzen einzuführen, Österreich zubillige, dass eine Gefahr für die öffentliche und die staatliche Sicherheit drohe, dann tut sie dies exakt im Rahmen der Bestimmungen des Art 23 Schengen Grenzkodex und ausschließlich für die Zwecke dieser Bestimmungen. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die Kommission Österreich ermächtigt hat, andere Maßnahmen als die notifizierten Grenzkontrollen zu ergreifen und sich für darüberhinausgehende Maßnahmen auf Art 72 AEUV berufen zu können.

2.7. Unrichtig ist schließlich die Annahme des Gutachtens (S 42), dass der EuGH aus „der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit“ des Art 72 AEUV den Grundsatz des „finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit“ abgeleitet habe und damit Einschränkungen für Sozialleistungen gerechtfertigt habe. In dem als Beleg angeführten Urteil in der Rs Garcia – Nieto geht es um Sozialleistungen für Unionsbürger, für die die Richtlinie 2004/38 ausdrückliche Beschränkungen

vorsieht. Zur Rechtfertigung zieht der EuGH den 10. Erwägungsgrund der Richtlinie und nicht eine ordre public Klausel heran.

3. Stellt die vom EU-Recht abweichende Regelung zudem eine überschießende, unverhältnismäßige Maßnahme dar?

3.1. Betreffend das Asylwesen sieht Artikel 78 Absatz 3 AEUV, der auch als eine Maßnahme iSd Art 9 der Genfer Flüchtlingskonvention verstanden werden könnte, vor: Befinden sich Mitgliedstaaten aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Flüchtlingen in einer Notlage, so kann der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments vorläufige Maßnahmen erlassen. Dazu zählt auch die „Massenzustrom-RL“ 2001, die unverständlicherweise bisher nicht angewendet wurde (Anträge können auch von den Mitgliedstaaten gestellt werden). Sie ist für den Fall eines Massenzustroms von Flüchtlingen gedacht, die aus Gebieten vertrieben oder evakuiert wurden, in denen „ein bewaffneter Konflikt oder dauernde Gewalt herrscht“ oder die „ernsthaft von systematischen oder weit verbreiteten Menschenrechtsverletzungen bedroht waren oder Opfer solcher geworden sind“, und deshalb nicht sicher und dauerhaft zurückkehren können. Das sehr flexible Instrument gewährt für drei Jahre eine sofortige, aber eben vorübergehende Aufnahme dann, wenn die Gefahr besteht, „dass das Asylsystem diesen Zustrom nicht ohne Beeinträchtigung seiner Funktionsweise und ohne Nachteile für die um Schutz nachsuchende Personen auffangen kann“. Ohne das Recht auf einen Asylantrag zu beeinträchtigen, ist das Ziel der Richtlinie die Rückführung von Vertriebenen, sofern sich die Situation im Heimatstaat stabilisiert hat. Sowohl aus EU-rechtlicher als auch aus menschenrechtlicher Sicht erhebt sich demnach die Frage, ob Österreich (so wie die anderen Mitgliedstaaten, die vom EU-Recht abweichende Maßnahmen treffen) nicht verpflichtet gewesen wäre, die Anwendung dieses genau für solche Situationen geschaffene Instrument als – im Verhältnis zur geplanten Novelle – möglicherweise verhältnismäßigere Maßnahme zu beantragen.

3.2. In diesem Kontext ist auch darauf hinzuweisen, dass die vom Gutachten ins Treffen geführte Rolle eines Mitgliedstaats, bei einem Unionsversagen gleichsam für die Union als Stellvertreter einzuspringen, wohl nur dann eine vertretbare Position darstellt, wenn es sich um die Herstellung eines unionsrechtskonformen Zustands handelt und nicht um die Herstellung eines unionsrechtswidrigen Zustands oder eines für die Zukunft gewünschten Zustands (Verteilung nach einer Quote) des Unionsrechts.

4. Ist das in der Novelle zum Asylgesetz vorgesehene „Notverordnungsrecht“ verfassungsrechtlich zulässig?

4.1. Der VfGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung klar zum Ausdruck gebracht, dass der Verordnungsgeber auch dann, wenn er im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates tätig wird, vollumfänglich an das Legalitätsprinzip gebunden ist.⁵ Er hat dies konkret im Zusammenhang mit der Frage einer sog. „formalgesetzlichen Delegation“ getan: Eine solche liegt dann vor, wenn sich der Gesetzgeber seiner von der Verfassung vorgegebenen Aufgabe entledigt und diese auf die Vollziehung überträgt. Der VfGH hat dazu judiziert, dass der Nationalrat eine ihm durch die Bundesverfassung eingeräumte Zuständigkeit ohne besondere Ermächtigung des Verfassungsgesetzgebers weder übertragen noch auf sie verzichten kann. Er kann sie ohne verfassungsgesetzliche Ermächtigung weder einschränken noch ausdehnen.⁶

⁵ VfSlg 12.947/1991; siehe auch schon VfSlg 5994/1969.

⁶ VfSlg 4340/1962.

4.2. Misst man § 36 AsylG-Entwurf an den Aussagen in den genannten Erkenntnissen, so finden sich die dort relevanten Problempunkte bestätigt: Der Gesetzgeber räumt der Vollziehung hier „vollkommen freie Hand“⁷ ein, darüber zu bestimmen, ob „die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet sind“. Hier kann auch nicht das Gegenargument greifen, dass diese Begriffe nicht unbestimmt, sondern – da Art 72 AEUV entnommen – unionsrechtlich determiniert seien. Denn wie auch in der Lehre trefflich hervorgestrichen wird: „Hinsichtlich des im Einzelfall erforderlichen Schutzes der innerstaatlichen öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit genießen die Mitgliedstaaten einen weiten Einschätzungsspielraum“.⁸ Dieser große Spielraum wird sogar in den Gesetzesmaterialien zu 36 AsylG-Entwurf umfassend belegt.⁹ Dennoch erfolgt nicht einmal der Versuch einer Begründung, warum es trotzdem nicht der demokratisch legitimierte Gesetzgeber sein soll, der im Hinblick auf eine konkrete Gefährdungslage auch die konkret erforderlichen Regelungen trifft, auch nicht, warum der Gesetzgeber hier nicht einmal Richtlinien vorgibt, wann eine solche Gefährdungslage vorliegt.¹⁰

4.3. § 36 AsylG-Entwurf legt auch keine Frist, vor allem keine Maximalfrist für das Bestehen einer „Notverordnung“ und damit den Zeitraum der Geltung der Asyl-Sonderbestimmungen fest. Dass die Frist nicht unverhältnismäßig lange sein darf, wird nur in den Erläuterungen erwähnt,¹¹ aber ebenso, dass auch eine Verlängerung möglich ist. Wenn dort auch auf die Maßgeblichkeit der Existenz einer Verordnung des BMI gemäß § 10 Abs 2 GrekoG hingewiesen wird, so stellt dies ebenfalls keine gesetzgeberische Determinante für die Gültigkeitsdauer der Verordnung dar. Auch dieser Aspekt des § 36 AsylG-Entwurf stellt für sich eine formalgesetzliche Delegation dar.¹² In diesem Zusammenhang liegt es nahe, einen wertungsmäßigen Vergleich zum echten Notverordnungsrecht nach Art 18 Abs 3 bis 5 und Art 97 Abs 3 und 4 B-VG vorzunehmen, das selbst für die dort angesprochene Extremsituation eine Befristung der Verordnungsgeltung auf maximal vier Wochen vorsieht.

4.4. Augenfällig ist auch, dass die Bundesverfassung ausdrücklich vorsieht, dass diese echten Notverordnungen nicht gegen die Verfassung verstoßen dürfen. Umso fragwürdiger ist es, wenn in den Erläuterungen zu § 36 AsylG-Entwurf die Auffassung vertreten wird, dass der Ordnungsgeber sogar vom Unionsrecht abweichende Regelungen in Kraft setzen dürfe.¹³

4.5. Wertungsmäßig ist letztlich auch auf VfSlg 16.327/2001 zu verweisen, wo es zu einer Aufhebung einer die umfassende Suspendierung der Bundesverfassung für landesgesetzliche Vorschriften über die Organisation und Zuständigkeit von Vergabekontrolleinrichtungen bewirkenden Verfassungsbestimmung des Bundesvergabegesetzes kam, weil dies dem rechtsstaatlichen und dem demokratischen Prinzip widersprach. Denn genauso wenig wie der Verfassungsgesetzgeber eine umfassende Suspendierung von Verfassungsrecht vornehmen darf, darf dies der Asylgesetzgeber für Bestimmungen des Asylrechts tun.

4.6. Im Lichte der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung ist daher von einer Aufhebung des § 36 AsylG-Entwurfs, sollte er tatsächlich beschlossen werden, durch den VfGH auszugehen.

⁷ VfSlg 4340/1962.

⁸ Röben, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, Art 72 AEUV, Rn 12.

⁹ Ibid, 15 f.

¹⁰ VfSlg 5994/1969.

¹¹ Röben (Fn 8), 27.

¹² VfSlg 4340/1962.

¹³ Röben (Fn 8), insb 26.

5. Menschenrechtliche Bedenken

5.1. Selbst wenn Österreich tatsächlich von sekundärrechtlichen Bestimmungen des Unionsrechtes abweichen dürfte, müssen, so auch die Gesetzesmaterialien, menschenrechtliche Garantien gewahrt bleiben (S. 17). Art. 46 iVm Art 43 der Verfahrens-Richtlinie sichern Garantien für die Umsetzung des in Artikel 13 EMRK und Artikel 47 EU-Grundrechtecharta (GRC) genannten Rechtes auf einen wirksamen Rechtsbehelf und Recht auf ein faires Verfahren auch im Schnellverfahren.

5.2. Das Non-Refoulement-Gebot iVm dem Recht auf eine wirksame Beschwerde verlangen den Zugang zu einem Rechtsmittel gegen eine Ausweisung oder Zurückweisung, dem aufschiebende Wirkung zukommt, wenn eine Verletzung von Art 3 EMRK droht. Die Erläuterungen gehen aber davon aus, dass einem Rechtsmittel nicht in allen Fällen eine aufschiebende Wirkung zukommen muss, nämlich „im Falle einer Aus- oder Zurückweisung in einen Staat, in dem keine Verletzung von Art 3 EMRK droht“ (S 17). Betroffenen müsse dann lediglich das Recht eingeräumt werden, gegen die Aus- oder Zurückweisung eine wirksame Beschwerde (vom Drittstaat aus) erheben zu können. Dies nimmt der Entwurf scheinbar für alle Nachbarstaaten Österreichs an.

5.3. Diese Auffassung ist aber mit der ständigen Rechtsprechung des EGMR zu Art 13 iVm Art 3 EMRK und Entscheidungen des EuGH zu Art 47 GRC in ähnlich gelagerten Fällen (Dublin) nicht vereinbar. Im Fall *Mohammed gegen Österreich* hat der EGMR festgestellt, dass aufgrund der schwerwiegenden und irreversiblen Natur von Verletzungen des Art 3 EMRK einem Rechtsmittel gegen negative Entscheidungen zum Vorliegen von Non-Refoulement-Tatbeständen jedenfalls aufschiebende Wirkung zukommen muss.¹⁴ Weiters entspricht das im §§ 38 ff AsylG-Entwurf vorgesehene Verfahren wohl kaum der Anforderung des EGMR einer „unabhängigen und gründlichen Untersuchung“ eines Schutzantrages.¹⁵ Eine formlose Zurückweisung genügt dem jedenfalls nicht.¹⁶

5.4. Ebenso hat der Gerichtshof der Europäischen Union jüngst festgestellt, dass einem Bescheid, der unmittelbar zur Zurückweisung führen kann, aufschiebende Wirkung zukommen muss, um Art 47 GRC iVm Art 13 EMRK nicht zu verletzen.¹⁷

5.5. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des VfGH zur Verfassungswidrigkeit eines generellen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln. Dies würde den „Berufungswerber in verfassungsrechtlich verbotener Weise einseitig mit den Folgen einer potentiell unrichtigen Entscheidung belasten“.¹⁸ Ebenso hat der VfGH schon 1995 erkannt, „dass die faktische Möglichkeit der Rückkehr nicht die effektive Rechtsschutzgewähr substituieren kann“.¹⁹ Bei Folgeanträgen hingegen hat der VfGH eine verkürzte aufschiebende Wirkung für verfassungskonform erklärt, da das Asylgesetz in diesem Falle eine automatische nochmalige Überprüfung des Refoulement-Schutzes vor Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes vorsieht.²⁰

¹⁴ EGMR 06.06.2013, *Mohammed gegen Österreich*, 2283/12, § 72, unter Verweis ua auf EGMR 5.2.2002, *Čonka gegen Belgien*, 51564/99, §§ 81-83; EGMR 21.1.2011, *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, 30696/09, §§ 290-293.

¹⁵ EGMR 06.06.2013, *Mohammed gegen Österreich*, 2283/12, § 72.

¹⁶ EGMR 23.02.2012, *Hirsi Jamaa gegen Italien*, 27765/09, §§ 197-200.

¹⁷ EuGH 17.12.2015, *Abdoulaye Amadou Tall gegen Centre public d'action sociale de Huy*, C-239/14, § 58; siehe auch EuGH 18.12.2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve gegen Moussa Abdida*, C-562/13, § 63.

¹⁸ VfSlg 17.340/2004 Abschnitt 4.7.4.3.

¹⁹ VfSlg 17.340/2004 mit Verweis auf VfSlg 14.374/1995.

²⁰ VfSlg 19.215/2010.

5.6. Angesichts der chaotischen rechtlichen Entwicklungen und bedenklichen Aufnahmebedingungen in vielen Mitgliedsstaaten ist eine Anwendung des sicheren Drittstaatsprinzips als Grundlage für Schnellverfahren ohne aufschiebende Wirkung fraglich. 2014 hat der VfGH den generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln im Dublin-Verfahren unter Verweis auf das bereits zitierte Urteil des EGMR im Fall *Mohammed gegen Österreich* für verfassungswidrig erklärt, da „[u]ngeachtet des grundsätzlich hohen rechtsstaatlichen Niveaus der ‚Dublin-Staaten‘ [...] nicht ausgeschlossen werden [kann], dass eine Änderung der Umstände für den Fremden iSd Art 2 und Art 3 EMRK eintritt“. ²¹ Daher ist anzunehmen, dass die Notverordnungsparagraphen des AsylG-Entwurfs weder einer Prüfung durch den EGMR und GHEU noch durch den VfGH standhalten würden.

5.7. Auch aus Art 33 GFK ergeben sich zusätzlich Duldungspflichten betreffend die Einreise, wenn dritte Staaten „nicht mehr fähig oder bereit sind, vor einer Verfolgung zu beschützen“. ²² Zudem verbürgen Art 3 EMRK bzw Art 19 GRC notstandsfeste Rechte, die auch in Zeiten eines Notstands nicht außer Kraft gesetzt werden dürfen.

5.8. Um einer Verletzung des Verbots der Kollektivausweisung nach Art 4 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK und Art 19 Abs 1 GRC vorzubeugen, muss die Einzelfallprüfung an der Grenze auch gewissen Verfahrensgarantien entsprechen, insbesondere Ausbildung des Personals, Zugang zu Information über das Verfahren, Übersetzung, und die Möglichkeit des Rechtsbeistandes. ²³

5.9. Nicht zuletzt stellt sich dadurch die Frage, ob die Durchführung von Massenschnellverfahren selbst mit den im AsylG-Entwurf vorgesehenen – und bedenklichen – Mindeststandards zu einer Entlastung der österreichischen Behörden führen würde. Im Gegenteil ist wohl die Massenunterbringung von Schutzsuchenden im Grenzgebiet eine kostspielige Lösung, die nach Ausbildung von Grenzbeamten, Engagement von Übersetzungshilfen und Rechtsbeistand die zur Durchführung ordentlicher Asylverfahren notwendigen Ressourcen im Inland beanspruchen würde. Es ist daher davon auszugehen, dass das Not-Verfahren keineswegs zu einer Entlastung des Systems insgesamt führt, sondern lediglich eine Umschichtung von Ressourcen zu menschenrechtlich bedenklichen Maßnahmen mit sich bringt.

Wien, am 20. April 2016

Für das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte (BIM):



Dr.ⁱⁿ Bettina Scholdan, Mag. Walter Suntinger, ao. Univ. Prof. Dr. Hannes Tretter

²¹ VfSlg 19.841/2014; weiters EuGH 21.12.2011, *Gheu, N. S. gegen Secretary of State for the Home Department*, C-411/10.

²² *Davy*, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht, Bd I, 1996, 138.

²³ Siehe EGMR 21.10.2014, *Sharifi ua gegen Italien und Frankreich*, 16643/09, § 240-243; EGMR 23.02.2012, *Hirsi Jamaa gegen Italien*, § 185.