



Stellungnahme der Diakonie Österreich zum Entwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Asylgesetz 2005, das BFA-Verfahrensgesetz, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 und das Grenzkontrollgesetz geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 – FrÄG 2017 – Teil II)

Vorbemerkungen:

Die Diakonie Österreich bedauert, dass mit dem vorliegenden Entwurf abermals keinerlei Beitrag für die Stärkung des Flüchtlingsschutzes in Österreich vorgelegt wurde. Ganz im Gegenteil: Er beinhaltet abermals Bestimmungen, die nicht im Einklang mit den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben stehen und die Rechte von Schutzsuchenden abermals massiv einschränken.

Das oberste Ziel eines Asylrechtes muss jedoch sein, Menschen, die Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention oder der Europäischen Menschenrechtskonvention benötigen, so rasch wie möglich zu identifizieren, ihnen Hilfestellungen zukommen zu lassen und sie beim Start in ein neues Leben in Sicherheit und Würde zu unterstützen.

Einmal mehr legt die Regierung damit ein Gesetz vor, dass geflüchteten Menschen grundsätzlich mit Misstrauen begegnet und sie offensichtlich von vornherein als Sicherheitsproblem wahrnimmt, die nichts anderes im Sinn haben als das System zu missbrauchen.

Zudem ist der vorliegende Entwurf bereits die zweite Novellierung fremdenrechtlicher Regelungen des heurigen Jahres, während die erste noch nicht einmal beschlossen und die letzte Novelle erst im Juni 2016 in Kraft getreten ist.

Abermals wird damit kein Beitrag zu einer Vereinfachung des österreichischen Asyl- und Fremdenrechts geleistet, das bereits jetzt nur noch von ganz wenigen Expert*innen nachvollzogen werden kann. Für die große Zahl der Rechtsanwender*innen und erst Recht für die Rechtsunterworfenen wurde wiederum keine Erleichterung geschaffen.

Mit der vorliegenden Novelle sollen weitere Freiheitsbeschränkungen bis hin zur Freiheitsentziehung eingeführt werden.

Eine Beugehaft kann demnach wiederholt angeordnet werden und im Anschluss daran die Schubhaft bis zur Maximaldauer verhängt werden. Einen Rechtsschutz sieht die vorgeschlagene Regelung allerdings nicht vor und steht damit im klaren Widerspruch zum Unionsrecht, da eine Inhaftnahme jedenfalls die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung vorsehen muss.

Der Entwurf sieht ferner vor, dass Menschen deren Aufenthalt geduldet ist gleichzeitig zur „freiwilligen“ Ausreise verpflichtet werden. Anders als bisher soll nunmehr eine Rückkehrentscheidung ausgesprochen und erst in einem weiteren Spruchpunkt der Aufenthalt geduldet werden.

Geduldete können jedoch auch Menschen sein, die aus rechtlichen Gründen nicht zwangsweise abgeschoben werden dürfen, weil ihnen in ihrer Heimat Verfolgung, Folter oder andere unmenschliche Behandlungen drohen.

Aus formaler Sicht ist eine solche Vorgangsweise völlig sinnlos: Wozu ein aufwändiges Verfahren (Rückkehrentscheidung) führen um anschließend den Aufenthalt zu dulden? Nur um jemandem die Unrechtmäßigkeit des Aufenthalts „vor Augen zu führen“, obwohl eine Abschiebung jedoch rechtlich nicht zulässig ist?

Nach Ansicht der Diakonie ist diese Bestimmung verfassungsrechtlich extrem bedenklich, da sie sowohl im Widerspruch zur Genfer Flüchtlingskonvention als auch zur Europäischen Grundrechtecharta steht. Diese verbieten nicht nur eine Abschiebung, sondern bereits die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme, wenn im Herkunftsstaat eine Verletzung des Folterverbotes droht. Auch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte erlaubt eine derartige Vorgangsweise nicht.

Mit dieser Bestimmung soll offensichtlich Druck auf Personen ausgeübt werden, sich durch „freiwillige Rückkehr“ einer lebensgefährlichen Situation auszuliefern, obwohl völker- und menschenrechtliche Vorgaben eine Abschiebung verbieten!

Darüber hinaus sieht der Entwurf vor, dass die Asylbehörde zum Verfahren zugelassenen Asylwerber*innen anordnen kann in einem bestimmten Grundversorgungsquartier Unterkunft zu beziehen. Dies soll ohne Bescheid und nur durch eine nicht separat bekämpfbare Verfahrensanordnung der Asylbehörde geschehen, die nicht unmittelbar bekämpft werden könnte.

Die Diakonie erkennt darin eine Verletzung des Rechtes auf einen wirksamen Rechtsbehelf. Eine derartige Anordnung wäre wohl nur mittels Bescheidform und damit zusammenhängendem (unmittelbaren) Rechtsschutz denkbar.

Dazu kommt, dass es Im Sinne der Verfahrensökonomie und der raschen Bearbeitung der Asylverfahren wenig zweckmäßig und geradezu kontraproduktiv erscheint, wenn sich das BFA mit der Organisation und der Zuweisung einer Unterkunft beschäftigen muss.

Die Diakonie Österreich erachtet die Änderungsvorschläge dieses Gesetzesentwurfes als rechtlich problematisch und teilweise völkerrechtlich, menschenrechtlich und verfassungsrechtlich bedenklich. Jedenfalls aber sind sie unnötig, weil sie keinen positiven Beitrag zur Weiterentwicklung des österreichischen Asylsystems zu leisten vermögen.

Es wird somit empfohlen diesen Gesetzesvorschlag zur Gänze zurückzuziehen und von seiner Umsetzung Abstand zu nehmen.

Zu den einzelnen Änderungen

Asylgesetz

- §§ 8 Abs 3a, § 9 Abs 2 AsylG:

Nach der geltenden Rechtslage ist in Fällen, in denen Gründe für die Gewährung von Asyl oder subsidiärem Schutz vorliegen, dennoch der Antrag auf internationalen Schutz abzuweisen oder ein gewährter Schutz abzuerkennen, wenn die Person einen Ausschlussgrund gemäß § 9 Abs 2 AsylG gesetzt hat, zB von einem inländischen Gericht wegen eines Verbrechens verurteilt wurde. Gleichzeitig ist aber im jeweiligen Bescheid festzustellen, dass eine Abschiebung in den Herkunftsstaat unzulässig ist, da dies eine reale Gefahr einer Verletzung u.a. von Art 2 oder 3 EMRK bedeuten würde oder für die betroffene Person eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde. Der Aufenthalt der*des Fremden ist in einem solchen Fall zwar nicht rechtmäßig, aber gemäß § 46a Abs 1 Z 2 FPG geduldet.

Mit der Novelle soll nunmehr auch in diesen Fällen eine Rückkehrentscheidung erlassen werden und erst in einem weiteren Spruchpunkt ausgesprochen werden, dass der Aufenthalt geduldet ist. Begründet wird dies mit Vorgaben der Rückführungsrichtlinie sowie damit, dass den betroffenen Personen unmissverständlich vor Augen zu führen sei, dass er*sie unrechtmäßig aufhältig und auch zur Ausreise verpflichtet sei, auch wenn diese Ausreiseverpflichtung aus rechtlichen Gründen nicht mittels Abschiebung vollstreckt werden könne.

Nach Ansicht der Diakonie steht die geplante Änderung jedoch im Widerspruch zu den unionsrechtlichen Vorgaben:¹ Hauptinstrument der EU zur Bekämpfung "illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger"² ist die RückführungsRL. Das maßgebliche Ziel der RückführungsRL ist es, eine "wirksame Rückkehrpolitik" zu schaffen.³ Die Kernbestimmung der RückführungsRL ist im in Art 6 der RückführungsRL mit dem Titel "Beendigung des illegalen Aufenthalts" festgelegt. Nach dieser ist der irreguläre⁴ Aufenthalt entweder durch eine Rückkehrentscheidung oder Regularisierung zu beenden.⁵ Die erste Verfahrensoption für die Mitgliedstaaten ist demnach, dass sie eine Rückkehrentscheidung erlassen.⁶ Voraussetzung für den Erlass der Rückkehrentscheidung ist jedoch deren Durchsetzbarkeit. Der Rückkehrentscheidung kann bzw soll zunächst durch die freiwillige Ausreise Folge geleistet werden. Reist die Person nicht freiwillig aus, ist die Entscheidung in Form der zwangsweisen Abschiebung durchzusetzen.⁷ Die RückführungsRL enthält aber keine Bestimmungen wie mit einer Unmöglichkeit einer Durchsetzbarkeit umzugehen ist. Lediglich in Art. 9 der RückführungsRL sind Fälle aufgezählt, wonach eine Abschiebung aufzuschieben ist. Eine Aufschiebung bedeutet schon vom Wortsinne her, dass die Durchführung der Abschiebung zumindest irgendwann einmal möglich sein muss.⁸

Dh im Falle, dass bereits beim Erlass einer Rückkehrentscheidung feststeht, dass die Durchsetzbarkeit eine Verletzung des Non-Refoulement-Gebots darstellen würde und die Abschiebung absehbar nicht möglich erscheint, ist die Erlassung einer Rückkehrentscheidung nicht im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben. In den Fällen des § 8 Abs. 3a und § 9 Abs 2 AsylG wird aber oftmals davon auszugehen sein, dass eine Abschiebung aus verfassungsrechtlichen Gründen zumindest langfristig nicht möglich ist, weshalb auch die Erlassung einer Rückkehrentscheidung nicht zulässig ist.

Darüber hinaus würde bereits die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme – und somit der behördliche Befehl in den jenen Staat zurückzukehren in dem eine Verletzung des Folterverbotes droht – eine Verletzung von Art 3 EMRK und Art 19 Abs 2 GRC bedeuten. Das Refoulement-Verbot des Art 3 EMRK und Art 19 Abs 2 GRC verbietet nicht nur die Abschiebung von Fremden in den Verfolgerstaat sondern bereits die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme.⁹ Dies hat der EGMR erst jüngst in seiner Entscheidung Paposhvili vs Belgium¹⁰ nochmals explizit bestätigt.

¹ Die weiteren Ausführungen stellen einen Auszug des Beitrags von *Hinterberger/Klammer*: „Abschiebungsverbote aus gesundheitlichen Gründen: Die aktuelle Rechtsprechung des EGMR und EuGH zu Non-Refoulement und deren Auswirkungen auf die österreichische, deutsche und spanische Rechtslage – eine Verbesserung der rechtlichen Situation schwer kranker Drittstaatsangehöriger?“, *Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht 2017, im Druck*, dar.

² Art 3 Z 2 RückführungsRL.

³ Siehe Erwägungsgründe 4, 6 RückführungsRL sowie EuGH 30.5.2013, C-534/11, EU:C:2013:343, *Arslan*, Rn 42, 60: "wirksame Rückführung"; vgl *Hörich*, Abschiebungen 31f mwN.

⁴ In vorliegender Arbeit wird der Begriff anstelle von „illegal aufhältig“ is der RückführungsRL verwendet; zu den Gründen siehe *Hinterberger*, Die Mehrebenenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität in *Thym/Klarmann* (Hrsg), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht (2017) 160ff.

⁵ Vgl *Peers/Guild/Acosta Arcarazo/Groenendijk/Moreno-Lax* (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law. Volume 2: EU Immigration Law² (2012) 490; *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters* (Hrsg), European Migration Law² (2014) 392; *Hörich*, Abschiebungen, 73ff.

⁶ Art 3 Z 4 RückführungsRL; *Hörich*, Abschiebungen, 73.

⁷ Art 8 RückführungsRL.

⁸ Vgl *Hörich*, Abschiebungen 92 mit Verweis auf die englische Fassung des Art 9: „Member States shall postpone...“.

⁹ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 212 f mit Verweis auf die umfassende Rsp des EGMR; sowie *Tretter* in *Korinek/Holoubek/et al* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band III Grundrechte, Art 3 EMRK 10. Lfg. (2011) Rz 218 ff.

¹⁰ EGMR 13.12.2016, Nr 41.738/10. große Kammer.

Schon daher erweist sich die vorgeschlagene Bestimmung als offensichtlich verfassungswidrig. Die Diakonie empfiehlt daher dringend von der geplanten Änderung abzusehen.

- § 15b AsylG:

Mit der vorgeschlagenen Fassung des § 15b AsylG soll eine Anordnung der Unterkunftnahme nach Zulassung zum inhaltlichen Asylverfahren eingeführt werden. Die Anordnung soll mittels Verfahrensanordnung des BFA ergehen. Mit dem verfahrensabschließenden Bescheid im Asylverfahren soll über die Fortdauer abgesprochen werden. Laut den Erläuterungen sei eine unmittelbar an die Anordnung der Unterkunftnahme anknüpfende Rechtsschutzmöglichkeit nicht erforderlich, weil es sich um keine Freiheitsbeschränkung oder Freiheitsentziehung handle und keine Leistungen nach dem GVG-Bund 2005 eingeschränkt oder entzogen werden (vgl. 311/ME 25. GP, Ministerialentwurf – Erläuterungen, Seite 5). Gleichzeitig wird in den Erläuterungen aber ausgeführt, dass die vorgeschlagene Bestimmung vor dem Hintergrund des Art 7 Abs 2 Aufnahme richtlinie (RL 2013/33/EU) beschlossen werden soll. Aus unionsrechtlicher Sicht zeigt sich aber, dass die vorgeschlagene Bestimmung zum einen gegen die Vorgaben des Art 7 Aufnahme richtlinie verstößt und sich als gleichheitswidrig erweist. Zum anderen steht die vorgeschlagene Bestimmung offensichtlich mit den Anforderungen an einen wirksamen Rechtsbehelfes gem Art 26 Asylverfahrensrichtlinie iVm Art 47 GRC in Widerspruch.

A. Zum Verstoß gegen die Vorgaben des Art 7 Aufnahme richtlinie und das BVG-Rassendiskriminierung

Art 7 Aufnahme richtlinie gibt klare Vorgaben zu Aufenthaltsort und Bewegungsfreiheit von Personen die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben. Gem Art 7 Abs 1 Aufnahme richtlinie dürfen sich Antragsteller*innen im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates oder in einem ihnen vom Mitgliedstaat zugewiesenen Gebiet frei bewegen. Darunter lässt sich die vorgeschlagene Wohnsitzaufnahme allerdings nicht subsumieren, weil es nicht den betroffenen Antragsteller*innen obliegt, wo sie innerhalb des zugewiesenen Gebiets Unterkunft nehmen wollen. Daneben dürfen die Mitgliedstaaten aber gem Art 7 Abs 2 Aufnahme richtlinie einen Beschluss über den Aufenthaltsort des Antragstellers fassen. Ein derartige Beschluss darf nur aus Gründen des öffentlichen Interesses, der öffentlichen Ordnung oder wenn es für eine zügige Bearbeitung und wirksame Überwachung des betreffenden Antrags auf internationalen Schutz erforderlich ist gefasst werden. Eine Wohnsitzauflage kommt sohin lediglich unter diesen Voraussetzungen in Betracht.

Als Durchsetzungsmechanismus der Pflicht zur Unterkunftnahme nach Zulassung sieht das Unionsrecht die Möglichkeit vor, die Gewährung von materiellen Leistungen an die Bedingung zu knüpfen, dass sich der Antragsteller tatsächlich am zugewiesenen Ort aufhält. Diese Durchsetzungsmöglichkeit ist abschließend. Andere Durchsetzungsmechanismen und Konsequenzen sieht das Unionsrecht nicht vor (vgl. dazu *Peek/Tsourdji*, in Hailbronner/Thym (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law² (2016) Asylum Reception Conditions Directive 2013/22/EU, Part D V, Art 8 Rz 15 f). Im FrÄG 2017 Teil II wird aber vorgeschlagen, dass gem § 76 Abs 3 Z 8 FPG ein Verletzung der Anordnung der Unterkunftnahme gem § 15b AsylG im Rahmen Anordnung von Schubhaft zu Lasten des*r Antragstellers*in zu berücksichtigen ist. Eine derartige Konsequenz ist in der Aufnahme richtlinie nicht vorgesehen und daher unionsrechtswidrig.

Darüber hinaus erweist sich die vorgeschlagene Bestimmung des § 15b AsylG als Äquivalent zur Anordnung des gelinderen Mittel gem § 77 Abs 3 Z 1 FPG. Einen Verstoß gegen das gelindere Mittel der Unterkunftnahme in vom Bundesamt bestimmten Räumen ist gem § 76 Abs 3 Z 7 FPG bei der Anordnung von Schubhaft gleichermaßen zu berücksichtigen, wie eine Verletzung der Anordnung der Unterkunftnahme nach § 15b AsylG. Beim vorgeschlagenen Regelungsregime der Anordnung der

Unterkunftnahme ist jedoch nicht ersichtlich, warum gegenüber dem gelinderen Mittel eine Differenzierung hinsichtlich der Rechtssatzform – Verfahrensordnung statt (Mandats-)Bescheid – zulässig sein soll: Die Anordnung des gelinderen Mittels hat gem § 77 Abs 8 FPG mittels Mandatsbescheid zu erfolgen, woran unmittelbar die Rechtsschutzmöglichkeit der Vorstellung anknüpft. Warum eine derartige Rechtsschutzmöglichkeit nicht auch bei der vergleichbaren Anordnung einer Unterkunftnahme nach § 15b AsylG eingeräumt wird, ist sachlich nicht gerechtfertigt. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass sowohl die Anordnung des gelinderen Mittels nach § 77 Abs 3 Z 1 BFA-VG, als auch die Anordnung der Unterkunftnahme nach Zulassung, vergleichbare behördliche Befugnisse darstellen und Verstöße in beiden Fällen im Rahmen der Schubhaftprüfung nach § 77 Abs 3 FPG von Bedeutung sind. Daher stellt die bloße Anordnung der Unterkunftnahme mittels Verfahrensordnung nach § 15b AsylG eine Schlechterstellung hinsichtlich des Rechtsschutzes, gegenüber der Anordnung mittels Mandatsbescheid gem § 77 Abs 8 FPG, dar. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt und führt zu einer Ungleichbehandlung von Fremden untereinander. Daher erachtet die Diakonie die vorgeschlagene Bestimmung vor dem Hintergrund des BVG-Rassendiskriminierung als verfassungswidrig.

B. Zum Verstoß gegen Art 26 Aufnahme richtlinie und Art 47 GRC

Die Anordnung der Unterkunftnahme nach Zulassung gem § 15b Abs 1 AsylG mittels Verfahrensordnung bedarf auch bezüglich der unionsrechtlichen Anforderungen an einen wirksamen Rechtsschutz näherer Betrachtung. Rechtsschutz wird gem Abs 1 der vorgeschlagenen Bestimmung erst dann gewährleistet, wenn über die Verfahrensordnung im verfahrensabschließenden Bescheid abgesprochen wurde. In den Erläuterungen wird diesbezüglich ausgeführt, dass diese Regelung rechtlich zulässig sein, weil die VAO keine materiell-rechtliche Entscheidung beinhalte, die einer unmittelbar anknüpfenden Rechtsschutzmöglichkeit bzw einer selbstständigen Anfechtungsmöglichkeit bedürfe (vgl 311/ME 25. GP, Ministerialentwurf – Erläuterungen, Seite 5). Dabei verkennt der Entwurf sowohl unionsrechtliche Vorgaben, als auch die dazu ergangene höchstgerichtliche Judikatur.

Gem Art 26 Abs 1 Aufnahme richtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass [...] gegen Entscheidungen gemäß Artikel 7 Aufnahme richtlinie, die Antragsteller*innen individuell betreffen, ein Rechtsbehelf nach den im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Verfahren eingelegt werden kann. Zumindest in der letzten Instanz ist die Möglichkeit einer auf Sach- und Rechtsfragen gerichteten Überprüfung durch eine Justizbehörde vorzusehen. Die Wirkungen der Verfahrensordnung nach § 15b AsylG treten mit ihrer Erlassung in Kraft. Der gegen diese Entscheidung gesetzlich vorgesehene Rechtsschutz kommt aber erst mit der Entscheidung gegen den Asylbescheid zu, wobei dem BFA im Asylverfahren gem § 22 Abs 1 AsylG eine verlängerte Entscheidungsfrist von 15 Monaten offen steht.¹¹ Diese Konstruktion widerspricht den Anforderungen an einen Rechtsschutz gem Art 26 Aufnahme richtlinie. Diesbezüglich ist auf die Rsp des VfGH zu den Anforderungen des Art 26 Aufnahme richtlinie im Zusammenhang mit dem Entzug von Grundversorgungsleistungen hinzuweisen.

Demnach ist entsprechend den unionsrechtlichen Vorgaben und insb des Art 47 GRC für den Rechtsschutz entscheidend, dass ein Asylwerber im Regelfall seinen bestehenden Anspruch wirksam durchsetzen können muss (VfGH 15.10.2016, A 15/2015 Rn 24 f). Diese Rechtsprechung ist hinsichtlich dem Erfordernis der Wirksamkeit auf die Fälle des Art 7 Aufnahme richtlinie übertragbar. Dies, weil Art 26 Aufnahme richtlinie für den Entzug von Grundversorgungsleistungen dasselbe

¹¹ Die Praxis hat aber gezeigt, dass das BFA diese gesetzliche Bestimmung der Entscheidungsfrist vielfach verletzt, weshalb betroffene Personen an die Erhebung einer Säumnisbeschwerde angewiesen sind, wobei der zu bekämpfende Bescheid aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung des Säumnisschutzes wiederum um mehrere Monate verzögern kann.

Rechtsschutzsystem vorsieht wie für einen Beschluss über den Aufenthaltsort nach Art 7 Aufnahme richtlinie. Sohin wird durch die vorgeschlagene Bestimmung den Anforderungen an einen Rechtsbehelf nach Art 26 Aufnahme richtlinie nicht entsprochen. Aufgrund des Widerspruchs zum Unionsrecht werden die Vollzugsbehörden von der vorgeschlagenen Bestimmung im Zuge der Inzidentkontrolle abzusehen haben. Der Gesetzgeber sollte daher von der Bestimmung des § 15b AsylG in der vorgeschlagenen Form Abstand nehmen.

Darüber hinaus verletzt Österreich durch die vorgeschlagene Bestimmung auch die völkerrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus der Genfer Flüchtlingskonvention ergeben. Gem Art 26 GFK wird Flüchtlingen, die sich rechtmäßig im Gebiet eines Konventionsstaates befinden, das Recht gewährt, ihren Aufenthalt frei zu wählen und sich frei zu bewegen, vorbehaltlich der Bestimmungen, die allgemein auf Ausländer unter den gleichen Umständen Anwendung finden. In der Literatur wird vertreten, dass vom rechtmäßigen Aufenthalt auch ein vorübergehender Aufenthalt erfasst ist, der auch durch den Status als Asylwerber für die Dauer des Asylverfahrens begründet werden kann.¹² Somit kommt aus völkerrechtlicher Sicht eine Anordnung der Unterkunftnahme nach Zulassung nicht in Betracht, solange der betroffenen Person ein Aufenthaltsrecht nach § 13 AsylG zukommt und nicht festgestellt wurde, dass es sich bei ihr um keinen Flüchtling iSd GFK handelt.

FPG

- § 46 Abs 2a FPG

Mit dem vorgeschlagenen § 46 FPG soll die Systematik zur Erlangung eines Reisedokumentes für die Abschiebung umgestaltet werden. Die bisherige Gesetzeslage sah vor, dass die Behörde für Fremde, die über kein für die Abschiebung erforderliches Reisedokument verfügen – also in der Regel über keinen Reisepass – bei der für ihn* sie zuständigen ausländischen Behörde ein Ersatzreisedokument einzuholen hat. Es war daher Aufgabe des BFA, um die Ausstellung eines Ersatzreisedokumentes bei der ausländischen (Vertretungs-) Behörde zu ersuchen und die hierfür notwendigen Daten zu übermitteln (vgl § 33 Abs 3 BFA-VG betreffend die Übermittlung erforderlicher personenbezogener Daten eines Fremden an den Herkunftsstaat zur Beschaffung eines Ersatzreisedokumentes).

In der Praxis war es bereits bisher der Fall, dass auf Grundlage der aktuellen gesetzlichen Bestimmungen unrechtmäßig aufhältigen Fremden mittels Bescheid die Verpflichtung aufgetragen wurde mit der zuständigen ausländischen Behörde des Herkunftsstaats (Botschaft, Konsulat) Kontakt aufzunehmen und an den notwendigen Handlungen zur Erlangung eines Ersatzreisedokuments mitzuwirken und dieses dem Bundesamt vorzulegen. Sollte dieser Verpflichtung nicht gefolgt werden, wurde der* dem Fremden eine Haftstrafe von 14 Tagen angedroht. (Beugehaft)

Der Verwaltungsgerichtshof (Ro 2017/21/0005 vom 23.03.2017) erteilte dieser Verwaltungspraxis jedoch eine Absage und stellte fest, dass ein derartiges Vorgehen von der geltenden Gesetzeslage nicht gedeckt sei.

Der aktuelle Gesetzesentwurf sieht nun in § 46 Abs 2a vor, dass ein* e Fremde* r, die* der über kein Reisedokument verfügt und dessen Ausreise ohne ein solches nicht erfolgen kann, verpflichtet ist, sich ein solches Dokument von der für ihn zuständigen ausländischen Behörde aus eigenem zu beschaffen.

Gem § 46 Abs 2b FPG soll ihr* ihm diese Verpflichtung mittels Bescheid auferlegt werden, wobei die Nichteinhaltung der auferlegten Verpflichtung gem § 3 Abs 3 BFA-VG selbst vollstreckt werden kann,

¹² Hathaway, The Rights of Refugees under International Law (2005) 658.

also insbesondere auch Zwangsmaßnahmen gem § 5 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VVG) – Beugehaft - auferlegt werden können.

Den Materialien zur geplanten Änderung ist dazu zu entnehmen, dass die bescheidmäßige Auferlegung dieser Verpflichtungen erforderlich sei, um die Verletzung dieser Pflichten gegebenenfalls zur Grundlage der Verhängung von Zwangsstrafen nach dem VVG, insbesondere der Beugehaft, machen zu können. Dabei sei zu beachten, dass Zwangsstrafen, einschließlich der Haft, auch mehrmals hintereinander angeordnet werden können bzw so oft wiederholt werden können, bis der im Bescheid konkret auferlegten Verpflichtung tatsächlich entsprochen werde.

Die Diakonie äußert massive Bedenken an den geplanten Änderungen. Das Recht auf persönliche Freiheit ist in Österreich sowohl durch das Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684 idF BGBl I 2008/2, als auch durch Art 5 EMRK verfassungsrechtlich geschützt. Gegenstand des Grundrechts auf persönliche Freiheit ist der Schutz der physischen Bewegungsfreiheit eines Menschen. In das Grundrecht auf persönliche Freiheit wird immer dann eingegriffen, wenn staatliche Maßnahmen einem Menschen die Freiheit entziehen.¹³

In den Erläuterungen wird an mehreren Stellen festgehalten, dass die Nichtbefolgung der auferlegten Pflichten zur Verhängung „der Beugehaft“ bzw. „insbesondere der Beugehaft“, führen können soll.¹⁴ Es steht daher zu befürchten, dass der Gesetzgeber die Verhängung von Beugehaft als primäre Zwangsmaßnahme im Blick hat.

Das VVG sieht in § 5 zwar Zwangsstrafen vor, um die Verpflichtung zu einer Duldung oder Unterlassung oder einer Handlung, die sich wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit nicht durch Dritte bewerkstelligen lässt, durchzusetzen. Zwangsstrafen sind allerdings unzulässig, wenn die Erfüllung der mit Bescheid auferlegten Verpflichtungen dem Fremden aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nicht möglich sind. Dies entspricht der bisherigen Rsp des VwGH zu § 5 VVG (vgl VwGH 25.5.2004, 2003/11/0238; 28.2.2012, 2010/05/0106). Die Vollstreckung von Zwangsstrafen nach § 5 Abs 2 VVG hat mit der Androhung des Nachteils zu beginnen. Mit der Anordnung der Zwangsstrafe ist für den Fall der Wiederholung oder des weiteren Verzuges ein stets schärferes Zwangsmittel anzudrohen (vgl § 5 Abs 2 VVG), insofern handelt es sich dabei um ein gestaffeltes System (vgl *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹⁰ (2014) Rz 1322). Bei einer Zwangsstrafe muss es sich um das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel iSd § 2 Abs 1 VVG handeln (VwGH 24.11.1998, 97/05/0207, vgl dazu *Hauer/Leukauf*, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*6 (2003) 1799). Daraus ergibt sich, dass der Geldbetrag von 726 Euro bzw die höchstzulässige Haftdauer von vier Wochen nicht bei der ersten Anordnung von Zwangsstrafen ausgeschöpft werden darf. Dies wird auch in der Judikatur des VwGH deutlich, wobei – im Hinblick auf die Wahl des gelindesten Mittels – keine Verletzung in Rechten vorliegt, wenn nochmals die höchste Geldstrafe verhängt wird, bevor das erste Mal eine Haftstrafe angeordnet wird (VwGH 9.10.2014, 2013/05/0110). Insgesamt zeigt sich in der Systematik des § 5 Abs 2 VVG, dass die Verhängung der strengsten Zwangsstrafe im

¹³ Vgl *Berka*, *Verfassungsrecht* Rz 1358; VfSlg 15.465/1999; und Punkt II. A. 1. a. »Beschränkung der Bewegungsfreiheit«.

¹⁴ Vgl Erläuterungen, Seite 2, unten: „(...) kann zur Erzwingung jener zur Beschaffung der erforderlichen Dokumente gebotenen Handlungen (...) Beugehaft angeordnet werden (...)“; Seite 3: „Die Nichtbefolgung (...) soll zur Verhängung von Zwangsstrafen (...), insbesondere der Beugehaft, führen können.“ und Seite 8: „(...) um die Verletzung dieser Pflichten gegebenenfalls zur Grundlage der Verhängung von Zwangsstrafen (...), insbesondere der Beugehaft (...), machen zu können.“ Bei Darstellung des stufenweisen Vorgehens gemäß VVG wird außerdem – entgegen diesem Stufenbau – ausgeführt, dass für den Fall der (erstmaligen) Nichterfüllung innerhalb der aufgetragenen Erfüllungsfrist „das jeweilige Zwangsmittel (Höhe der Geldstrafe oder Dauer der Haft) anzudrohen [ist]“. (Erläuterungen, Seite 9).

Rahmen der ersten Anordnung unzulässig ist. Sofern eine Ersatzvornahme in Betracht kommt ist von der Verhängung von Zwangsstrafen überhaupt abzusehen (VwGH 17.12.1991, 91/07/0121). Dies bedeutet, sofern die Erlangung eines Heimreisezertifikats durch das BFA in Betracht kommt, darf eine Zwangsstrafe nicht verhängt werden.

Darüber hinaus sind die geplanten Änderungen nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar.

Nach dem Wesen des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes handelt es sich bei der angedrohten „Beugehaft“ um keine Strafe, sondern lediglich um ein verwaltungsbehördliches Zwangsmittel mit dem Ziel die Durchführung der Abschiebung zu ermöglichen. Gemäß Art 15 Abs 1 lit b der Richtlinie 2008/115/EG (idF Rückführungsrichtlinie) dürfen Mitgliedstaaten Fremde, gegen die ein Rückkehrverfahren anhängig ist, nur in Haft nehmen, um deren Rückkehr vorzubereiten und/oder die Abschiebung durchzuführen, wenn Fluchtgefahr besteht oder die betreffende Person die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgehen oder behindern. Genau dieses Verhalten – die Behinderung oder Umgehung der Durchführung des Rückkehrverfahrens – soll nunmehr mit der neu geschaffenen Bestimmung zur Verhängung von Beugehaft führen. Demnach kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Rückführungsrichtlinie auf die geplanten Bestimmungen zur Beugehaft anzuwenden ist.

In diesem Zusammenhang wird auf die grundrechtlichen Verpflichtungen aus der Rückführungsrichtlinie hingewiesen: Eine Inhaftnahme ist nur zulässig, wenn diese auch verhältnismäßig ist. Dies wird insbesondere durch Erwägungsgrund 16 der RL deutlich, wonach eine Inhaftierung nur begrenzt zum Einsatz kommen und im Hinblick auf die eingesetzten Mittel und die angestrebten Ziele dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegen soll. Eine Inhaftnahme ist daher nur dann gerechtfertigt, wenn „keine anderen ausreichenden, jedoch weniger intensiven Zwangsmaßnahmen wirksam angewandt werden können“.

Zusätzlich ist bei einer Inhaftnahme nach der Rückführungsrichtlinie jedenfalls auf sämtliche Verfahrensgarantien der Rückführungsrichtlinie (Kapitel IV) Bedacht zu nehmen. Dies beinhaltet eine schriftliche Anordnung der Inhaftnahme unter Angabe der Gründe, eine Haftprüfung, spezifische Haftbedingungen sowie Sonderbestimmungen für Minderjährige und Familien.

Der aktuelle Entwurf lässt derartige Garantien gänzlich vermissen und steht daher jedenfalls im Widerspruch zum Unionsrecht. Insbesondere der fehlende Rechtsschutz – hierzu vergleichbar etwa § 22a BFA-VG: Rechtsschutz bei Festnahme, Anhaltung und Schubhaft – erweist sich auch als verfassungsrechtlich bedenklich.

Darüber hinaus gilt es dabei zu bedenken, dass die unionsrechtlichen Vorgaben der Inhaftnahme bereits im Schubhaftregime der §§ 76 ff FPG durch den österreichischen Gesetzgeber umgesetzt wurden (vgl. dazu ErläutRV 582 BlgNR, 25. GP). Gem. § 80 Abs 4 Z 1 FPG kann demnach auch die Anhaltung in Schubhaft verlängert werden, weil die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit nicht möglich ist.

Die Diakonie spricht sich daher angesichts der vorhandenen rechtlichen Möglichkeiten dafür aus, dass von der geplanten Änderung Abstand genommen wird. Für den Fall der Beibehaltung der geplanten Bestimmung bedarf es jedoch jedenfalls einer Nachbesserung im Hinblick auf Rechtsschutz und Verfahrensgarantien.

- §§ 52a, 57 FPG:

Mit dem geplanten § 57 soll die Möglichkeit geschaffen werden, einer*inem Drittstaatsangehörigen, gegen die*den rechtskräftig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde, mittels Mandatsbescheids aufzutragen, in einem bestimmten Quartier des Bundes zu wohnen; und zwar dann, wenn keine Frist zur freiwilligen Ausreise gewährt wurde oder wenn nach Ablauf der Frist aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie*er weiterhin nicht ausreisen wird. Solche Tatsachen sollen beispielsweise sein, dass ein angebotenes Rückkehrberatungsgespräch nicht angenommen wurde oder während des Verfahrens über den Herkunftsstaat oder die Identität getäuscht wurde. Personen, die bereits gem § 46a FPG geduldet sind, sollen vor der Bestimmung nicht umfasst sein.

Nach den Erläuterungen soll es sich dabei um Quartiere des Bundes nach § 6 Abs 2 GVG-Bund handeln, „in denen vor Ort verstärkt Rückkehrberatungen und Rückkehrvorbereitungen angeboten und durchgeführt werden“.

Zusätzlich soll nach dem vorgeschlagenen § 52a FPG der Aufenthalt von jenen Fremden, die gemäß § 6 Abs 2a GVG-Bund in einer Betreuungseinrichtung des Bundes versorgt werden, ex lege auf den jeweiligen politischen Bezirk beschränkt sein.

Nach den vorgeschlagenen Bestimmungen soll diese Freiheitsbeschränkung beinahe uneingeschränkt gelten. Lediglich zur Erfüllung von gesetzlichen Verpflichtungen, der Inanspruchnahme einer medizinischen Versorgung oder Behandlung und der Befolgung von Ladungen soll das Verlassen des politischen Bezirks erlaubt sein.

Nach Ansicht der Diakonie sind die Ausnahmetatbestände, die zum Verlassen des politischen Bezirks ermächtigen, zu eng gefasst. Es bedarf jedenfalls einer Erweiterung für die Inanspruchnahme von Rechtsberatungen bzw. müssen die in § 56 Abs 3 FPG idGF aufgezählte Tatbestände als demonstrative Aufzählung verstanden werden.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive gilt es nach Ansicht der Diakonie zu beachten, dass die geplante Freiheitsbeschränkung einen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Privatleben gem. Art 8 EMRK darstellt. Nach Art 8 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privatlebens. Ganz allgemein schützt das Grundrecht die Privatsphäre gegen unnötige Kenntniserlangung durch den Staat.¹⁵ Art 8 EMRK regelt somit den Grundsatz der Selbstbestimmung bzw das Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung und gewährleistet den umfassenden Schutz der (unmittelbaren) Persönlichkeitssphäre.¹⁶ Es bedarf daher in jedem Einzelfall einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, ob der Eingriff in das Privatleben notwendig und erforderlich ist. Auch wenn in den Erläuterungen darauf Bezug genommen wird, dass keine systemische Wohnsitzauflage erfolgen soll, sondern diese abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalles zu ergehen hat, wäre es im Hinblick auf das Legalitätsprinzip wünschenswert, wenn die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch in den Gesetzestext Einzug findet.

In diesem Zusammenhang ist es nach Ansicht der Diakonie auch nicht nachvollziehbar, weshalb die geplanten Maßnahmen mittels Mandatsbescheid auferlegt werden sollen. In den Erläuterungen wird dies damit begründet, dass Gefahr in Verzug bestehe. Gefahr in Verzug ist in Bezug auf § 57 AVG nur gegeben, wenn der Eintritt eines Schadens zu erwarten ist, falls die – zu dessen Verhinderung taugliche – Verfügung nicht sofort ergeht, sondern erst nach einem vollständigen Ermittlungsverfahren. Es geht danach also um eine Unaufschiebbarkeit, die ins Verhältnis zur notwendigen Dauer des Ermittlungsverfahrens gesetzt werden muss. Bei dieser Beurteilung sind die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß des drohenden Schadens, die Dringlichkeit der Abwehrmaßnahme, die voraussichtliche Dauer

¹⁵ David Koxeder, Die Anwesenheitspflicht in Erstaufnahmestellen (Teil II) (FN , FABL 3/2014-I, 25 (48).

¹⁶ Ebd.

des Ermittlungsverfahrens und dessen Vorteile abzuwägen.¹⁷ Die Erläuterungen bleiben jegliche Erklärung in diese Richtung schuldig und begnügen sich vielmehr mit Ausführungen darüber, dass eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vorliege. Selbst wenn man eine solche annehmen würde, kann diese jedoch nicht mit „*Gefahr in Verzug*“ – und das ist das ausschlaggebende Tatbestandsmerkmal – gleichgesetzt werden.

- § 76 FPG:

Die Novelle sieht vor, dass die Verletzung der neu geplanten Verpflichtungen und Auflagen (Anordnung der Unterkunftnahme, Wohnsitzauflage, Gebietsbeschränkung, Verpflichtung zur Beschaffung der notwendigen Dokumente für die Rückkehr) in § 76 Abs 3 FPG mitaufgenommen werden soll. Darin sind jene Tatbestände aufgezählt, die die Annahme rechtfertigen, dass sich der*die Fremde dem Verfahren oder der Abschiebung entziehen wird oder dass der*die Fremde die Abschiebung wesentlich erschweren wird.

Das Recht auf persönliche Freiheit ist ein grundlegendes Menschenrecht. Deshalb darf Haft stets nur dann verhängt werden, wenn im Einzelfall festgestellt wurde, dass sie notwendig, in Anbetracht aller Umstände angemessen und in Bezug auf einen legitimen Zweck auch verhältnismäßig ist. Dabei bedarf es einer Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Sicherung der Außerlanderschaffung und dem privaten Interesse an der Schonung der persönlichen Freiheit des*r Betroffenen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes reicht das bloße Unterbleiben der Ausreise nicht, sondern müssen noch weitere Umstände und Handlungen hinzutreten.¹⁸ Eine Verletzung einer Mitwirkungspflicht oder Auflage bedeutet nicht automatisch, dass sich die betroffene Person einer Abschiebung entziehen wird. In diesem Zusammenhang sei nochmals auf die Ausführungen zur vorgeschlagenen Bestimmung § 15b AsylG hingewiesen.

BFA-VG

- § 21 Abs 2b BFA-VG:

Mit dem vorgeschlagenen § 21 Abs 2b BFA-VG wird von der Entscheidungspflicht des BVwG gem § 34 Abs 1 VwGVG abgewichen. Diese allgemeine Regelung des VwGVG sieht vor, dass das Verwaltungsgerichte über Beschwerden binnen sechs Monaten nach deren Einlangen zu entscheiden haben. § 34 Abs 1 VwGVG normiert aber, dass von dieser Frist durch Bundes- oder Landesgesetz abgewichen werden darf. Insofern muss hinsichtlich Abweichungen von der allgemeinen Entscheidungsfrist keine Erforderlichkeitsprüfung nach Art 136 Abs 2 B-VG erfolgen. Zu beachten bleibt aber, dass im Asylbeschwerdeverfahren ein hohes Interesse der Beschwerdeführer*innen an einer raschen Entscheidung des BVwG besteht, zumal diese in der Ungewissheit leben müssen, ob der bekämpfte Bescheid behoben und ein Asylrecht gewährt wird, oder gegebenenfalls einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme Folge zu leisten ist. Dieses Interesse von Asylwerber*innen spricht insbesondere vor dem Hintergrund des Art 8 EMRK gegen die Verlängerung der Entscheidungsfrist.

In diesem Zusammenhang ist aber auch auf die Bestimmung des § 16 Abs 1 BFA-VG hinzuweisen, mit der die im Falle der Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme im Asylverfahren, die Beschwerdefrist auf zwei Wochen verkürzt wird. Diese Verkürzung scheint zum einen schon jetzt vor dem Hintergrund des Rsp des VfGH (vgl VfGH 23.2.2016, G589/2015 ua; 24.6.2015, G171/2015 ua) als verfassungswidrig. Zum anderen ist eine Verkürzung der Rechtsmittelfrist auf zwei Wochen nicht zur Verfahrensbeschleunigung geeignet und erforderlich iSd Art 136 Abs 2 B-VG, wenn die

¹⁷ Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, 2005, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, 656 f.

¹⁸ VfGH 21.12.2010, 2007/21/0498.

Entscheidungsfrist der Behörde gem § 22 Abs 1 BFA-VG auf 15 Monate, und jene des BVwG nunmehr auf 12 Monate verlängert wird.

Daher sollte der Gesetzgeber im Rahmen des FrÄG 2017 Teil II jedenfalls die Bestimmung des § 16 Abs 1 BFA-VG ersatzlos beheben.