

UNABHÄNGIGER VERWALTUNGSSENAT BURGENLAND  
Neusiedler Straße 35-37/8  
7001 Eisenstadt

Parteienverkehr:  
Di: 08.00-12.00 Uhr

Tel. 02682/66811 Kl. 13 (DW)  
Fax: 02682/66811/90  
DVR: 0660558

Zahl: E 13/00/91.001/76

Eisenstadt, am 10 04 1997

Entwurf eines Fremden Gesetzes 1997  
Begutachtungsverfahren, Stellungnahme

Bezug: 76.201/106-IV/11/97/A

An das  
Bundesministerium für Inneres

Postfach 100  
1014 Wien

Betrifft GESETZENTWURF	
Zi. <u>M</u> -GE/19 <u>87</u>	
Datum: 14. APR. 1997	
Verteilt <u>H9</u> 15. April 1997	

*H. Giesch Karant*

Die Zusammenführung des Aufenthaltsgesetzes mit dem Fremden Gesetz wird begrüßt. Durch die Neufassung der Legitimation für die Haftbeschwerde (§ 72 Abs. 1 FrG) wird zumindest eine Judikaturdivergenz zwischen Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof beendet. Zu einzelnen ho. besonders interessierenden Bestimmungen wird wie folgt Stellung genommen:

1. Zu § 56 Abs. 1 Z. 1 FrG:

Die Wortfolge "die Überwachung ihrer" sollte durch das Wort "ihre" ersetzt werden, um auszudrücken, daß die Abschiebung dann zulässig ist, wenn die Ausreise eines Fremden, gegen den ein Aufenthaltsverbot oder eine Ausweisung durchsetzbar ist, notwendig ist. Die "Überwachung" der Ausreise ist lediglich eine Konsequenz der Abschiebung, aber kein Grund für das Verhalten zur Ausreise.

2. Zu § 60 FrG:

Die Abschiebung stellt sich als Vollstreckung eines Aufenthaltsverbotes oder einer Ausweisung dar. Beide Rechtstitel werden durch Bescheid geschaffen. Daß die Abschiebung mit Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen ist, ergibt sich von selbst und muß nicht

- 2 -

ausdrücklich im neuen § 60 (und jetzigen § 40) erwähnt werden. Die dortige Zitierung der Abschiebung wurde vom Verwaltungsgerichtshof gemeinsam mit dem Hinweis auf § 36 Abs. 1 FrG in der Vergangenheit - im Gegensatz zum Verfassungsgerichtshof - zum Anlaß genommen, die Abschiebung als unmittelbare Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt beim Verwaltungssenat mittels Maßnahmenbeschwerde für anfechtbar zu erklären. Zur Vermeidung u.a. dieser Judikaturdivergenz und aufgrund der grundsätzlichen Überlegung, wonach Maßnahmen zur Vollstreckung von Bescheiden keine selbständigen Maßnahmen darstellen, die beim Verwaltungssenat mittels Beschwerde angefochten werden können, sollte die Aufzählung der Abschiebung im § 60 entfallen.

3. Zu § 61 Abs. 1 zweiter Satz und § 66 FrG:

Der vorgeschlagene zweite Satz des § 61 Abs. 1 FrG sieht vor, daß über Fremde, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, die Schubhaft nur verhängt werden darf, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen sei, sie würden sich dem Verfahren entziehen. Diese Neuregelung gibt insoweit nur die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wieder, als sie den Sicherungszweck definiert. Dieser Sicherungszweck ist nach der derzeitigen Regelung (des ersten Satzes) unabhängig vom rechtmäßigen Aufenthalt zu prüfen, sodaß sich die vorgeschlagene Ergänzung erübrigt, sofern man nicht einen Grund für eine unterschiedliche Auslegung schaffen will. Zudem stellt die Neuregelung auf "Verfahren" (zur Erlassung eines Aufenthaltsverbotes oder einer Ausweisung) ab und bezieht sich nicht auf die Zurückschiebung und Abschiebung. Ein Grund für diese unterschiedliche Behandlung ist auch den Erläuterungen nicht zu entnehmen.

Schwerste Bedenken eröffnet die vorgeschlagene Regelung eines gelinderen Mittels nach § 66 Abs. 1:

Mißverständlich ist, was unter "Verhängung" der Schubhaft verstanden wird, ist sie doch mit Bescheid anzuordnen und dann faktisch zu vollziehen. Die Wendung, die Behörde könne "trotz Anordnung der Schubhaft von deren Verhängung... Abstand nehmen, wenn ....."

- 3 -

sollte daher überarbeitet werden. Während § 66 Abs. 1 auf die "Anwendung" des gelinderen Mittels "trotz" (gemeint wohl: nach) angeordneter Schubhaft Bezug nimmt, sieht Abs. 4 die "Verhängung" der Schubhaft vor, wenn (gemeint wohl: nachdem) der Fremde im Sinne des Abs. 3 pflichtwidrig gehandelt hat. Dieser Widerspruch wäre aufzuklären. Abs. 3 läßt allenfalls durch den Zusammenhang aber nicht zweifelsfrei erkennen, daß die dort normierte Pflicht NUR für Personen gilt, "gegen die das gelindere Mittel angewendet" wurde oder wird. Wie dieses gelindere Mittel von der Behörde "anzuwenden" ist, insbesondere ob es mit Bescheid anzuordnen ist, verschweigt das Gesetz.

§ 66 stellt nach seinem Wortlaut und nach der damit verbundenen und auch aus den Erläuterungen ersichtlichen Absicht darauf ab, daß der Vollzug der Schubhaft, welche zuvor mit Bescheid angeordnet wurde, entfallen kann, wenn der Sicherungszweck durch Anwendung gelinderer Mittel erreicht werden kann. Damit wird § 61 Abs. 1 FrG, wonach bei Notwendigkeit der Sicherung die Schubhaft rechtmäßig ist (weshalb nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Prüfung eines gelinderen Mittels bisher entbehrlich war) relativiert. Da der Wortlaut auch auf die Verhängung Bezug nimmt, womit wohl die bescheidmäßige Anordnung und nicht die faktische Einlieferung in ein Gefängnis zu verstehen ist, wird bei Inkrafttreten dieser Regelung in jedem Schubhaftbescheid diese Verhältnismäßigkeitsprüfung nachvollziehbar darzulegen und deren (für den Schubhäftling negatives) Ergebnis zu begründen sein.

Welche Gründe für die Annahme, das gelindere Mittel sei ausreichend, um den Sicherungszweck zu erreichen, heranzuziehen sind, verschweigen das Gesetz und die Erläuterungen. Welche Unterschiede im Sachverhaltsbereich die Sicherung der Verfahren durch Schubhaft oder durch ein gelinderes Mittel notwendig erscheinen lassen sind für den Verwaltungssenat nicht augenscheinlich und diesbezüglich der Interpretation Tür und Tor geöffnet. Daher sind in der Verwaltungspraxis noch stärkere Unterschiede als bisher bei der Verhängung der Schubhaft zu befürchten. Auch die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Schubhaft durch den Verwaltungssenat wird auf § 66 FrG abzustellen haben. Eine Beschwerdeflut, gestützt auf diese

- 4 -

Vorschrift, ist in Haftprüfungssachen zu erwarten, was weiters den Verwaltungsgerichtshof zusätzlich belasten wird. Von dieser Neuregelung sollte daher gänzlich Abstand genommen werden, zumal sie geeignet ist, das Institut der Schubhaft in der Praxis in Frage zu stellen.

Sollte sie verbleiben, wären zumindest demonstrative Gründe (wie z.B. länger dauernder Aufenthalt, gesicherter Unterhalt, Unbescholtenheit außer Übertretungen im Zusammenhang mit dem illegalen Grenzübertritt) anzuführen und festzulegen, für welchen Personenkreis (z.B. mit Inlandsbeziehungen) sie gelten soll.

#### 4.1. Zu § 69 Abs. 2 FrG:

Aus sprachlichen Gründen sollte die Alternative im ersten Satz lauten: ".....oder ihr Ziel noch erreicht werden kann."

#### 4.2. Zu § 69 Abs. 4 Z. 2 FrG:

Während derzeit auf die nicht im erforderlichen Ausmaß erfolgende Mitwirkung des Fremden an der Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit (was eine konkrete Aufforderung der Fremdenbehörde zu einer solchen Mitwirkung voraussetzt) Bezug genommen wird, stellt die Neuregelung nur darauf ab, daß die Feststellung der Identität nicht möglich ist. Diese Beurteilung obliegt den Fremdenbehörden und müßten die Unmöglichkeit und die für diese Beurteilung maßgebenden Gründe aktenkundig festgehalten werden, um dem Verwaltungssenat im Haftprüfungsverfahren eine Rechtmäßigkeitsprüfung der darauf gestützten verlängerten Schubhaft zu erlauben. Nach den bisherigen Erfahrungen dürften hier - was diese Aktenführung anlangt - erhebliche Probleme auftauchen.

Dieser Verlängerungsgrund ermöglicht die Aufrechterhaltung der Schubhaft bis zum Ablauf der vierten Woche nach Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit (längstens bis sechs Monate). Da illegale Grenzgänger regelmäßig ohne Reisepapiere einreisen und auch deren Beschaffung aus der Heimat regelmäßig unmöglich ist, verbleibt die Beschaffung von Heimreisezertifikaten, welche (neben

- 5 -

der Einreisebewilligung) die Identität und Staatsangehörigkeit bestätigen, über Vertretungsbehörden. Auf die Schwierigkeiten, die bis zur Unmöglichkeit reichen, bei der Beschaffung von Heimreisezertifikaten für Angehörige insbesondere bestimmter afrikanischer Staaten sei in diesem Zusammenhang hingewiesen. Wenn aber kein Heimreisezertifikat erhältlich ist und auch sonst die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit (durch Beschaffung von Urkunden) nicht möglich ist, kann der Fremde (nach Auffassung vieler) rechtmäßig bis zu sechs Monaten in Schubhaft angehalten werden, ohne daß das Ziel der Schubhaft, nämlich die Abschiebung erreicht werden kann. Nach anderer Auffassung ist in diesem Fall unter Hinweis auf den jetzigen § 48 Abs. 2 (neu § 69 Abs. 2) und unter Zugrundelegung des Erkenntnisses des VfGH vom 05 12 1994, Zahl B 1075/94, die Schubhaft hingegen aufzuheben, weil bei ungeklärter Identität eine Abschiebung unmöglich ist. Eine gesetzliche Klärstellung, ob die Regelung des Abs. 2 dem Abs. 4 vorgeht, erscheint wünschenswert.

Aufgrund der bisherigen Verwaltungspraxis ist auch für die Zukunft zu erwarten, daß sogenannte Unabschiebbare bis zu sechs Monaten weiterhin in Schubhaft angehalten werden, ohne daß die Fremdenbehörde den Schubhäftling konkret zu irgendeiner Maßnahme auffordert, seine Identität und Staatsangehörigkeit nachzuweisen. Das Abgehen von der ausdrücklich normierten Mitwirkungspflicht überläßt es allein den Fremdenbehörden ohne irgendeine Veranlassung zur Feststellung der Identität durch alleinige Behauptung der mangels Urkunden nicht feststehenden Identität, die Dauer der Schubhaft zu bestimmen, ohne daß dem Schubhäftling - wegen Nichtmitwirkung - eine Schuld für deren Dauer zugerechnet werden könnte. Der Verwaltungsgerichtshof hat bisher zu Recht erkannt, daß es nicht der belangten Behörde zuzurechnen sei, sondern daß es sich der Schubhäftling selbst zuzuschreiben habe, wenn die Schubhaft deshalb länger dauere, weil er an der Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit nicht im erforderlichen Ausmaß mitgewirkt habe. Eine Belassung des derzeitigen Gesetzestextes erscheint daher insoweit besser, sofern dieser Verlängerungsgrund überhaupt aufrecht erhalten wird, sollte doch eine "Schubhaft" letztlich der Abschiebung und nicht (nur) der Identitätsfeststellung dienen.

#### 4.4. Zu § 69 Abs. 5 FrG:

Bei dieser unverändert gebliebenen Vorschrift wird auf die unverzügliche niederschriftliche Inkenntnissetzung abgestellt. Da Niederschriften nach dem AVG mit dem Fremden aufzunehmen sind, wozu sein Vertreter zu laden ist, ergibt sich die Situation, daß der regelmäßig deutsch sprechende Vertreter (im allfälligen Beisein seines Mandanten) über die Verlängerung von einem Behördenorgan mündlich in Kenntnis gesetzt wird, worüber eine Niederschrift aufgenommen wird oder der nicht vertretene Fremde muß in einer ihm verständlichen Sprache unter regelmäßiger Beiziehung eines Dolmetschers informiert werden, worüber wieder eine Niederschrift, die allerdings nur in Deutsch aufgenommen werden kann, errichtet werden muß. Inwieweit dieser unverständliche Aufwand dem Schubhäftling nützt, vermag der Verwaltungssenat nicht zu erkennen.

Eine (allenfalls nachweisliche und daher wohl schriftlich zu erteilende) Information des nicht vertretenen Fremden in einer ihm verständlichen Sprache über den Umstand und den Grund für die Haftverlängerung VOR Ablauf der zweimonatigen Haftdauer oder eine solche Information an einen allfälligen Vertreter in deutscher Sprache sollte wohl ausreichen, um das mit dieser Regelung angestrebte Verwaltungsziel zu erreichen. Eine tatsächliche (allenfalls beabsichtigte) "Betreuung" des Häftlings durch Fremdenpolizeireferenten findet anlässlich dieser "Verlängerung" regelmäßig nicht statt.

In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, daß die Sinnhaftigkeit dieser (nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs) Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der verlängerten Schubhaft ohnehin zweifelhaft ist.

#### 4.5. Zu § 69 Abs. 6 FrG:

In den Erläuterungen dieses Begutachtungsentwurfes (Seite 57) wird auf eine Prüfung der Frage, ob die Schubhaft wegen Unerreichbarkeit eines Heimreisezertifikates innerhalb der Sechsmonatsfrist

- 7 -

nicht aufzuheben sei, abgestellt. Ein entsprechender Gesetzeswortlaut, wie er noch im Begutachtungsentwurf zum Fremdenrechtsänderungsgesetz, welcher mit Schreiben des BMI vom 17.05.1996 zur Begutachtung versendet wurde, fehlt - aus welchen Gründen immer - im gegenständlichen Entwurf.

5. Zu § 72 Abs. 1 FrG:

Die Rechtmäßigkeit der erwähnten Verwaltungsakte hat der Unabhängige Verwaltungssenat für die Vergangenheit im Rahmen der Beschwerdegründe, für die fortgesetzte Schubhaft im Hinblick darauf zu prüfen, ob alle Voraussetzungen für ihre Rechtmäßigkeit vorliegen. Eine weitere Abgrenzung des Prüfungsumfanges traf der Verwaltungsgerichtshof dergestalt, daß Umstände, die nach den derzeitigen §§ 36 und 37 bzw. 54 FrG in einem eigenen Verfahren von den Fremdenbehörden zu prüfen sind, nicht vom Unabhängigen Verwaltungssenat im Haftprüfungsverfahren zu beurteilen sind. Dies sollte ins Gesetz übernommen werden, allenfalls als Voraussetzung für die (Un)Zulässigkeit einer Beschwerde. Im Hinblick auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof vom 24.01.1997, Zahl 96/02/0499, scheint - unter der Voraussetzung, daß man die in diesem Erkenntnis erkennbare Einschränkung der Prüfungskompetenz des Verwaltungssenates haben will - eine Kompetenzabgrenzung, die dem UVS die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Haft aus dem Grunde der Unabschiebbarkeit des Häftlings entzieht, sinnvoll. Dies deshalb, weil die Frage der tatsächlichen Abschiebbarkeit, aus welchen Gründen immer sie in Frage gestellt wird (z.B. Unerreichbarkeit eines Heimreisezertifikates, keine Flugverbindung), von den Fremdenbehörden, die den Vollzug der Titelbescheide zu bewerkstelligen haben und nicht vom Verwaltungssenat im Rahmen der Haftprüfung - im Umweg über die Beschwerdebehauptung einer Pflichtwidrigkeit nach § 48 Abs. 1 oder 2 FrG - beantwortet werden sollte.

6. Zu § 72 Abs. 4 FrG:

Durch diese unveränderte Regelung wird die Fremdenbehörde zwar verpflichtet, die Beschwerde, nicht jedoch den bezughabenden Fremdenakt, dem Unabhängigen Verwaltungssenat ohne unnötigen Aufschub

- 8 -

vorzulegen. Eine diesbezügliche Ergänzung wäre wünschenswert, weil die noch dazu fristgebundene Entscheidung des Verwaltungssenates ohne diesen Akt nicht getroffen werden kann.

7. Zu § 73 Abs. 3 zweiter Satz FrG:

Das Wort "Antrag" wäre durch das Wort "Auftrag" zu ersetzen, weil auf einen Verbesserungsauftrag Bezug genommen wird.

8. Zu § 73 Abs. 4 zweiter Satz FrG:

Das Wort "Beschwerdepunkte" wäre im Hinblick auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 09 06 1995, Zahl 95/02/0128, durch das Wort "Beschwerdegründe" zu ersetzen.

Dem Präsidium des Nationalrates wurden 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme übermittelt.

Mit freundlichen Grüßen  
Für den Verwaltungssenat:

Dr. Traxler

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung: