

45/SN-259/ME



Menschenrechtsbeirat
Geschäftsstelle
Bundesministerium für Inneres

A-1014 WIEN, Bräunerstraße 5
Telefon: +43/1/53 126 – 5145
Fax: +43/1/53 126 – 5212
Mail: office@menschenrechtsbeirat.at
www.menschenrechtsbeirat.at

**Stellungnahme des Menschenrechtsbeirates zum
Begutachtungsentwurf des BMI zum Asyl- und
Fremdenpolizeigesetz 2005**

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen	3
I. Asylgesetz	3
I.1. Überblick	3
I.2. Die vom Beirat kritisierten Bestimmungen im Einzelnen	4
1. Status des Asylberechtigten	4
2. Rechte und Pflichten des Asylwerbers	6
3. Verfahrensbestimmungen	7
4. Zurückschiebung traumatisierter Personen	14
5. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Berufungen	15
6. Bisherige Empfehlungen des Beirates zum gegenständlichen Thema	17
II. Fremdenpolizeigesetz	18
II.1. Überblick	18
II.2. Die vom Beirat kritisierten Bestimmungen im Einzelnen	19
1. Sonderbestimmungen für Minderjährige	19
2. Verfahrensfreie Maßnahmen	21
3. Aufenthaltsverbot, insb. nach Aufenthaltsverfestigung	22
4. Zwangsbehandlung, Zwangsernährung in sowie Dauer der Schubhaft	23
5. Schlepperei und Beihilfe zu unbefugtem Aufenthalt	29
6. Scheinehen, Scheinadoptionen	29
Anlage 1: Erweiterte Erwägungen des Beirates zu § 30 AsylG	31

VORBEMERKUNGEN

Der MRB begrüßt das Bestreben der Gesetzentwürfe, die Verfahren vor den Asylbehörden beschleunigen zu wollen, insbesondere auch durch Verstärkung der personellen Ressourcen. Gerade unter den Gesichtspunkten der Verfahrensbeschleunigung und eines klaren Gesetzesaufbaus erscheint dem MRB jedoch das Vorhaben einer Gesamtkodifikation des Asyl- und des Fremdenpolizeigesetzes (mit zusammen mehr als 200 Paragraphen, mehreren strukturellen Änderungen und zahlreichen neuen Verfahrensbestimmungen und Einzelformulierungen) problematisch. Eine solche Neukodifikation bringt in der Anwendungspraxis unweigerlich Umstellungsschwierigkeiten, Unsicherheiten und Auslegungszweifel mit sich, die ihrerseits mindestens für eine Übergangszeit zu unterschiedlichen Praktiken und Entscheidungsdivergenzen führen müssen. Die dadurch herbeigeführten Verfahrensverzögerungen und der Mehraufwand in erster und zweiter Instanz (letztlich auch beim VwGH) sind geeignet, das angestrebte Ziel der Verfahrensbeschleunigung zu konterkarieren.

Es wird daher angeregt, das Konzept einer Gesamtkodifikation nochmals zu überdenken.

In seiner nachfolgenden Stellungnahme greift der Beirat die aus seiner Sicht wichtigsten menschenrechtlichen Aspekte des Begutachtungsentwurfs heraus, dies jedoch ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Zudem sei darauf verwiesen, dass – wenn in der Folge von „Empfehlungen“ die Rede ist – diese nicht als Empfehlungen gem. § 15a Abs. 1 SPG zu verstehen sind.

Jedenfalls begrüßt der Menschenrechtsbeirat (MRB) die Entscheidung des BMI, im Rahmen des Begutachtungsverfahrens – und auch bereits davor – mit dem Beirat in einen Diskurs über die menschenrechtlich relevanten Aspekte des Entwurfs zum neuen Asyl- und Fremdenpolizeigesetz 2005 eingetreten zu sein.

I. ASYLGESETZ

I.1. Überblick

In einem im Jänner dieses Jahres abgehaltenen Gespräch mit VertreterInnen des BMI hatten Mitglieder der Arbeitsgruppe „AsylG 2005“ die Gelegenheit gehabt, ihre Bedenken gegenüber der zu diesem Zeitpunkt ausgesendeten „Diskussionsgrundlage für den Entwurf eines AsylG 2005“ zu äußern. Einzelne der dabei erörterten Problempunkte wurden auch berücksichtigt und finden sich in dem zur Begutachtung vorliegenden Gesetzesentwurf nun nicht mehr bzw. in abgeschwächter Form. Nach wie vor finden sich jedoch aus grund- und verfassungsrechtlicher Sicht bedenkliche Bestimmungen im Begutachtungsentwurf wieder. Die wichtigsten sind:

- Die Beschränkung des erlaubten Aufenthalts während des Zulassungsverfahrens auf einen bestimmten Bezirk (§ 13) in Verbindung mit der Bestimmung des § 48 Abs. 2 (Ermächtigung, Asylwerber die nicht zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind, bis zur erkennungsdienstlichen Behandlung und Durchsuchung am Verlassen der Erstaufnahmestelle zu hindern).
- Die von den Grundsätzen des AVG abweichenden Regeln über die Zustellung von zurück- oder abweisenden Bescheiden in § 23 Abs. 3 und 4, durch welche letztlich das Recht auf gewillkürte Vertretung unterlaufen wird.
- Schwere Bedenken im Hinblick auf Art. 3 EMRK wirft die Zurückschiebung traumatisierter Personen i.R. des Dublin-Verfahrens auf (§ 30). Insbesondere wäre vorher sicherzustellen, dass den betroffenen Personen im jeweiligen Land eine ausreichende Versorgung ihrer Krankheit zur Verfügung steht.
- In seinem Erkenntnis zur AsylG-Novelle 2003 vom 15.10.2004 hat der VfGH den ausnahmslosen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Berufungen gegen Ausweisungen als verfassungswidrig eingestuft. Die in §§ 36 f neu getroffene Regelung über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung von Berufungen gegen zurückweisende Entscheidungen durch das BAA belastet Rechtsschutzsuchende jedoch erneut mit allen negativen Folgen einer Entscheidung.
- Die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens per Aktenvermerk (§ 27), der in keiner Weise bekämpft werden kann und der gem. § 79 Abs. 2 Z 2 FPG letztlich die Grundlage für eine Anordnung der Schubhaft bildet. Ist die Verhängung der Schubhaft über Asylwerber nun zwar systematisch im FPG enthalten (§ 79 Abs. 2 FPG), so wird nachfolgend auf diese Bestimmung – da von ihr ausschließlich Asylwerber betroffen sind – im Rahmen der Stellungnahme zum AsylG eingegangen.

I. 2. Die vom Beirat kritisierten Bestimmungen im Einzelnen

1. Status des Asylberechtigten

Erwägungen des Beirates:

§ 3 Abs. 2:

Die Einschränkung der Asylgewährung für sur-place-Flüchtlinge (wenn auch nur für jene, die einen Folgeantrag stellen) mag – noch – der Statusrichtlinie entsprechen, sie erscheint

jedoch **nicht GFK-konform** und auch im Lichte diverser Bestimmungen der EMRK problematisch.¹

Die Norm ist zufolge der zwingenden Textierung („...wird...nicht zuerkannt) einer verfassungskonformen Interpretation schwer zugänglich.

Empfehlung:

Änderung des Textes:

„...es sei denn, es handelt sich um in Österreich erlaubte Aktivitäten, die insbesondere nachweislich Ausdruck einer bereits im Heimatland bestehenden Überzeugung sind“

oder:

„Der Folgeantrag (§ 2 Z 19) eines Fremden auf Zuerkennung des Asylstatus kann abgewiesen werden, wenn die Verfolgungsgefahr auf Umständen beruht, die...“

§ 11 Abs. 1

sollte im letzten Satz statt des Verweises auf § 8 Abs. 1 zur besseren Verständlichkeit die gemeinten *verba legalia* wiedergeben (§ 8 Abs. 1 enthält in Z 1 auch verfahrensrechtliche Voraussetzungen, die hier wohl nicht gemeint sind).

Menschenrechtlich problematisch scheint das Fehlen eines Hinweises darauf, dass auch die Reise *in* diesen Landesteil (ebenso wie der Aufenthalt dortselbst) dem Asylwerber zumutbar sein muss²

Empfehlung:

Änderung des Textes: *„...und kann ihnen die Anreise in diesen Teil des Staates und der Aufenthalt dort zugemutet werden...“*

oder

¹ So ist ohneweiters etwa der Fall eines Asylwerbers denkbar, der im ersten Rechtsgang lediglich subsidiären Schutz erhalten hat, im Zuge seines weiteren Aufenthaltes eine Frau anderer Religion kennen gelernt, diese geheiratet und zu deren Religion übergetreten ist und deshalb in seinem Heimatstaat nunmehr Verfolgung befürchten müsste. Derartiges wäre keinerlei Missbrauch, sondern Ausübung von (hier gleich mehreren) Grundrechten, der Betreffende könnte in Österreich jedoch kein Asyl (mehr) erhalten, wiewohl der nach der GFK zweifellos Flüchtling wäre.

² So ist der Fall denkbar, dass im Herkunftsstaat X zum Entscheidungszeitpunkt zwar eine Provinz, in der der Asylwerber nicht verfolgt würde, existiert, diese aber für das Individuum oder auch in aller Regel nur unter unzumutbaren Gefahren (zB Gebirgswanderung) oder aber nur mit Hilfe von Schleppern erreichbar wäre (Beispiel aus der jüngeren Vergangenheit: Afghanistan)

Klarstellung in den EB, dass der Begriff des „zumutbaren Aufenthalts“ die Zumutbarkeit der Anreise dorthin mit umfasst.

2. Rechte und Pflichten des Asylwerbers

Erwägungen des Beirates:

§ 12 Abs. 1 Z 1 und 3 sowie Abs. 3

geht in der Aufzählung der Mitwirkungspflichten stellenweise zu weit:

- die Verwendung des Wortes „unverzüglich“ scheint verunglückt, weil gleichbedeutend mit „sofort“, ohne dass auf individuelle Umstände abgestellt werden könnte;
- es wird von Asylwerbern oft nicht erwartet werden können, Angaben über den Verbleib nicht mehr vorhandener Dokumente zu machen, insb. dann, wenn diese vor längerer Zeit verloren gegangen sind;
- ob, wann und wo genau uU früher ein „Antrag auf internationalen Schutz“ gestellt wurde, ist schon deshalb schwer beantwortbar, weil dieser Begriff – auch international – relativ neu ist (hier wäre gegebenenfalls besonderes Augemerkt auf die praktische Fragestellung zu legen!);
- an „Gründen, die zum Antrag auf internationalen Schutz geführt haben“, kann ein Asylwerber wohl nur die subjektiven Gründe nennen;
- Gründe und Tatsachen, nach denen die Behörde ausdrücklich fragt“ sind in keiner Weise mehr determiniert, auch der Hinweis in den EB auf die – nach dortiger Ansicht zumindest teilweise – Unzulässigkeit von Fragen nach der sexuellen Orientierung verkennt, dass für Asylwerber aus anderen Kulturkreisen zahlreiche Themenkreise existieren, die schambesetzt, wenn nicht zunächst tabu sind.

Inwieweit die hier doch deutliche Abweichung von den Regeln des AVG unerlässlich iSd. Art. 11 Abs. 2 B-VG ist, scheint fraglich.

Die hier nochmals eigens erwähnte Meldepflicht binnen 3 Tagen (Abs. 1 Z 3) scheint, insoweit an die Verletzung dieser Verpflichtung zwingende Folgen (die also nicht der freien Beweiswürdigung unterliegen) geknüpft sind, überzogen; auch hier stellt sich deutlich die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art 11 Abs. 2 B-VG.

Empfehlung:

- Änderung des Textes in § 12 Abs. 1 Z 1 statt „...unverzüglich...“ „ohne unnötigen Aufschub“ o.ä.

- Entrümpelung des Katalogs der Mitwirkungspflichten insb. in Abs. 3
- die Nicht-Beantwortung derartiger Fragen bzw. das Nicht-Erwähnen dieser Sachverhalte sollte weiterhin der freien Beweiswürdigung zu überlassen, damit auf die oben angedeuteten Besonderheiten im Einzelfall Rücksicht genommen werden kann.
- Jedenfalls sollte in den EB darauf hingewiesen werden, dass bei Anwendung all dieser Normen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren ist.

§ 13

Die hier vorgesehene Beschränkung des erlaubten Aufenthalts von Asyl-Antragstellern auf einen bestimmte *Bezirk* schränkt nicht nur die Bewegungsfreiheit der Betroffenen ein, sondern auch und vor allem ihren *freien Zugang zu gewillkürter Vertretung und zu medizinischer Betreuung*. Im Gegensatz zu anderen Staaten der EU hat der allergrößte Teil der in Österreich niedergelassenen Rechtsanwälte seinen Sitz in der jeweiligen Landeshauptstadt, gem. § 13 iVm dem FPG wäre schon das Aufsuchen eines dort ansässigen Anwalts / einer Anwältin aber je nach Umständen des Falles gleichbedeutend mit einer Verwaltungsübertretung, maW nicht erlaubt. (Gleiches gilt für das Aufsuchen eines Arztes / einer Ärztin, von Verwandten, NGOs etc.).

Vor diesem Hintergrund, aber auch aus dem Grunde der Praktikabilität scheint eine „Gebietsbeschränkung“ nicht sinnvoll, jedenfalls dann nicht, wenn sie sich auf einzelne Verwaltungsbezirke beschränkt.

Allfällige Gebietsbeschränkungen aus sicherheitspolizeilichen Gründen sollten, wenn überhaupt, sinnvollerweise im Fremdenrecht bzw. im SPG, nicht aber im AsylG geregelt werden.

Empfehlung:

§ 13 Z 1 sollte ersatzlos entfallen.

3. Verfahrensbestimmungen

Erwägungen des Beirates:

§ 17 Abs. 7 und 8

stellen – nach wie vor (die Regelungen sind dem derzeit geltenden Recht entnommen) deutliche Abweichungen vom AVG dar, ihre Unerlässlichkeit iSd. Art. 11 Abs. 2 B-VG wäre insb. in Hinblick auf die tatsächliche Anzahl von „missbräuchlich“ gestellten „fortlaufenden

Folgeanträgen“ (so die EB), aber auch vor dem Hintergrund von in den letzten Monaten eklatant gesunkenen Antragszahlen überhaupt konkret darzustellen, um der bisherigen Jud des VfGH zu derartigen Abweichungen zu entsprechen.

Diese Bestimmungen nehmen zudem zumindest „sur-place-Flüchtlingen“ ohne ersichtlichen Grund eine Instanz im Verfahren: Hat ein Asylwerber wegen Änderungen in seinem Heimatland, die sich während seines laufenden Verfahrens ergeben, neue Gründe, Verfolgung zu befürchten, würde ein weiterer Antrag an sich eine „neue Sache“ definieren, dennoch wäre er ausschließlich von der Berufungsbehörde zu erledigen.

Empfehlung:

Evaluierung dieser beiden Bestimmungen insb. im Hinblick auf die tatsächliche Zahl von „fortlaufenden Folgeanträgen“; ist diese Zahl nicht so hoch, dass diese Bestimmungen nicht tatsächlich eine deutliche Entlastung des Asyl-Verwaltungs-Systems mit sich bringen, sollten Abs. 7 und 8 ersatzlos entfallen.

oder

Überarbeitung dieser Bestimmungen dahingehend, dass jedenfalls Anträgen, die (auch) auf neue Sachverhalte im Heimatland gründen, der sonst übliche Weg durch beide Instanzen offen steht.

Zumindest sollte es aber dem UBAS anheim gestellt werden, ob er aus Zweckmäßigkeit eine eigene Prüfung oder Auftrag an das Bundesasylamt bevorzuge).

§ 19 Abs. 1

Die hier vorgesehene (Erst-)Befragung von Asylwerbern durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes stößt insb. iVm der weiter oben erörterten erweiterten Mitwirkungspflicht von Asylwerbern auf erhebliche Bedenken: der größte Teil der in Österreich anerkannten Flüchtlinge hat Verfolgung durch staatliche Organe erlitten, ausgeübt auch, wenn nicht vor allem durch uniformierte Organwalter. Misstrauen gegenüber uniformierten Beamten war und ist für diese Menschen deshalb geradezu überlebenswichtige Grundhaltung.

AsylwerberInnen deshalb generell zunächst von (uniformierten!) Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes befragen zu lassen (wenn auch nicht zu den näheren Fluchtgründen) birgt – wie schon die EB richtig erkennen - in einer großen Zahl von Fällen die Gefahr in sich, von Beginn des Verfahrens an gerade jene vollständigen und wahrheitsgetreuen Angaben nicht zu erhalten, auf die die Autoren dieses Gesetzesentwurfs nach den EB verstärkten Wert legen, es dürfte solcherart auch nicht zur Effizienz des Verfahrens beitragen.

Empfehlung:

Entfall der Bestimmung des § 19 Abs. 1

oder

Klarstellung in den EB oder einem Durchführungserlass, dass derartige Befragungen nicht von uniformierten Beamten durchzuführen sind.

§ 19 Abs. 3

stellt insoweit, als er Einvernahmen (uU auch alle Einvernahmen eines Asylwerbers, vgl. Abs. 2, der persönliche Befragung nicht zwingend vorschreibt und die EB) von Asylwerbern als (zentrale!) Erkenntnisquelle für den zu erlassenden Bescheid auch im Wege der Telekommunikation vorsieht, wohl eine Abweichung vom AVG-Verfahren vor (das AVG geht, vgl. schon § 14 Abs. 2 Z1 von der Anwesenheit der Beteiligten aus) und stößt auf schwere Bedenken:

Die dadurch entstehende Kostenersparnis vermag die Unerlässlichkeit iSd Art. 11 Abs. 2 B-VG wohl nicht herzustellen, dies umso mehr, als auch die in den EB angesprochene Richtlinie über die Mindestgarantien von einem Prinzip der persönlichen Anhörung spricht. Eine nur fernmündliche Einvernahme würde wohl auch dem Recht auf Parteigehör und in einem Verfahren, in dem zentral auf die persönliche Glaubwürdigkeit abgestellt wird, wohl auch der Verpflichtung gem. § 37 AVG nicht entsprechen, auch scheint die Teilnahme eines gewillkürten Vertreters dies falls kaum möglich. Regelungen über die Teilnahme und Rechte von gewillkürten Vertretern in derartigen Fällen fehlen völlig.

Der letzte Satz von § 19 Abs. 3 stellt hingegen eine an sich begrüßenswerte – im AVG schon grundgelegte – Verbesserung dar.

Empfehlung:

§ 19 Abs. 3 erster Satz sollte ersatzlos entfallen, der (derzeit) zweite Satz sollte lauten: „*Alle Einvernahmen können unter Verwendung....*“

§ 23 Abs. 2

durchbricht den Grundsatz, dass auch Ladungen gültig (nur) an den gewillkürten Vertreter zuzustellen sind. Zu den diesbezüglichen Bedenken siehe auch Ausführungen zu Abs. 3 und 4.

Empfehlung:

Änderung des Textes: *„Ladungen im Zulassungsverfahren sind dem Asylwerber persönlich und dem Rechtsberater, gleichzeitig jedoch auch einem etwaigen gewillkürten Vertreter zuzustellen.“*

§ 23 Abs. 3 und Abs. 4

bricht den in Verwaltungsverfahren geltenden Grundsatz, dass ein jeder Bescheid erst wirksam wird, wenn und sobald er dem Vertreter zugestellt ist. Dieses Prinzip ist zentraler Bestandteil des Regelwerks über gewillkürte Vertreter gem. § 10 AVG, diesen ist (allein gültig) zuzustellen bzw. der Bescheid zu verkünden (vgl. hierzu auch: *Walter – Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁸, Rz 143 mwN).

Ein Abgehen von diesem Grundsatz unterläuft letztlich das Recht auf gewillkürte Vertretung, und damit eines der zentralen Parteienrechte in AVG-Verfahren.

Die in den EB hierfür angeführten Gründe scheinen nicht tragfähig genug, um diese sehr deutliche Abweichung von Grundsätzen des AVG-Verfahrens im Lichte des Art 11 Abs. 2 B-VG als unerlässlich erscheinen zu lassen.

Diese Abweichung wiegt umso schwerer, als nunmehr allen Berufungen im Einzelfall die aufschiebende Wirkung aberkannt werden können soll, es sind ohne weiters – zahlreiche – Fälle denkbar, in welchen dem Vertreter ein fehlerhafter Bescheid zwar „schnellst möglich“ (d.i. nicht einmal „unverzüglich“ geschweige denn „gleichzeitig“), trotzdem aber erst nach erfolgter Abschiebung des Klienten zugeht, womit letztlich auch diese Norm dem Gebot eines wirksamen Rechtsschutzes entgegensteht.

Verkannt wird dabei nicht das Interesse an der Effektivierung von Entscheidungen, bzw. daran, dass die – vertretenen – Adressaten derartiger Entscheidungen sich nicht eben dieser Effektivierung durch „Abtauchen“ o.ä. entziehen. Zur Durchsetzung dieses Interesses aber eine der Säulen eines modernen Rechtsstaates – eben das Recht auf gewillkürte Vertretung in vollem Umfang – zu untergraben, scheint weit überschießend.

In dieser Form scheint die Norm daher verfassungswidrig.

Empfehlung:

Abs. 3 bis 5 sollten ersatzlos entfallen, Regelungen zur Verhinderung des sog. „Abtauchens“ unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 1 Abs. 3 PersFrG) allenfalls im FPG getroffen werden.

§ 24 Abs. 1 und 2 iVm § 26

Wie oben zu § 12 Abs. 1 Z 4 ausgeführt, scheint es überschießend und verfassungsrechtlich problematisch (vgl. die Zielkataloge des PersFrG und von Art. 5 EMRK), an die (bloße) Verletzung einer Meldepflicht (zudem binnen 3 Tagen) ex lege nicht nur die Einstellung des Verfahrens zu knüpfen, sondern die sofortige Erlassung eines Festnahmeauftrages (Abs. 2 iVm § 26 Abs. 1), sohin einen Freiheitsentzug.

Das Asylverfahren ist bei allen Besonderheiten ein antragsbedürftiges Verwaltungsverfahren, das primär der Feststellung behaupteter Bedürftigkeit nach Asyl bzw. nunmehr „internationalem Schutz“ und nicht (primär) der Erlassung eines Ausweisungsbescheides (Art 2 Abs. 1 Z 7 PersFrG bzw. Art 5 Abs. 1 lit f EMRK) dient.

Eine Verletzung von Mitwirkungspflichten in einem antragsbedürftigen Verwaltungsverfahren ist nach den allgemeinen Regeln des AVG und der Jud. der öffentlichen Gerichtshöfe im Wege der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, allenfalls erscheint eine Einstellung des Verfahrens (nebst daran geknüpftem Wegfall diverser rechtlicher Privilegien gegenüber anderen Fremden) verfassungs- und menschenrechtlich denkbar.

Empfehlung:

Der Verweis auf § 26 in § 24 Abs. 2 sowie der § 26 sollten entfallen, Konsequenzen einer Einstellung des Verfahrens wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten, insb. der Meldepflicht allenfalls an anderer Stelle iVm dem FPG geregelt werden, wobei der Zielkatalog von PersFrG und Art 5 EMRK zu beachten wäre.

§ 24 Abs. 3

An die Tatsache, dass der Behörde der Aufenthalt eines Asylwerbers nicht bekannt ist (also nach den verba legalia nicht etwa an eine Handlung eines Asylwerbers allein sondern vor allem an den Kenntnisstand einer Behörde) die Rechtsfolge zu knüpfen, dass ein Verfahren nicht nur eingestellt, sondern – qua ex lege fingierter Zurückziehung der Berufung – mit rechtskräftigem und vollstreckbarem Bescheid beendet ist, scheint eine doch deutliche Abweichung von den Regeln des AVG darzustellen, deren Unterlässlichkeit bzw. Notwendigkeit (Art 11 Abs. 2 B-VG) in dieser Form fragwürdig ist. Zudem werden hier das Institut der Einstellung, wie es schon früher im Asylverfahren vorgesehen war, und das der Wiedereinsetzung ohne Not miteinander vermengt.

Hingewiesen sei darauf, dass ein von einer solchen „fingierten Zurückziehung“ der Berufung betroffener Fremder sehr häufig erst dann von der Existenz eines rechtskräftigen und (quasi Abschiebung) vollstreckbaren Bescheides erfahren wird, wenn er – im Zuge einer Kontrolle nach dem FPG – festgenommen und über ihn die Schubhaft verhängt wurde, das in Abs. 4

der Wiedereinsetzung nachgebildete Institut der Neueröffnung des Verfahrens über Antrag wird daher in solchen – häufigen – Fällen vom Asylwerber schwer bis gar nicht in Anspruch genommen werden können, muss doch in einem solchen Antrag das Vorliegen von Quasi-Wiedereinsetzungsgründen vorgebracht und bescheinigt werden.

Die vorgeschlagene Regelung scheint zudem in ihrer Zielsetzung inkonsistent: In § 25 Abs. 2 ist (wie schon im AsylG idF Novelle 2003) vorgesehen, dass das Zurückziehen eines Antrags auf internationalen Schutz nicht möglich ist bzw. im Verfahren vor dem UBAS als Zurückziehung der Berufung gilt, was in den seinerzeitigen EB mit der hohen Bedeutung eines meritorischen Abspruchs über die Schutzbedürftigkeit des Asylwerbers auch vor dem Hintergrund völkerrechtlicher Verpflichtungen der Republik (Art 3 EMRK, Art 33 GFK) begründet wurde. Während in § 25 Abs. 2 solcherart eine meritorische Entscheidung begünstigt, ja geradezu erzwungen wird, wird in der hier vorgesehenen Norm an relativ unbedeutend scheinende Tatbestände wie der Verletzung der Meldepflicht das genaue Gegenteil – Verhinderung einer meritorischen Entscheidung – hier im Berufungsverfahren – geknüpft.

Die vorgeschlagene Regelung scheint daher auch im Lichte allfälliger Besonderheiten des Asylverfahrens unsachlich.

Angesichts der notorisch hohen Quote von erfolgreichen Rechtsmitteln im Asylverfahren, die zumindest ein Indiz für eine gewisse erhöhte Fehleranfälligkeit des erstinstanzlichen Verfahrens darstellt, trägt die vorgeschlagene Norm zudem die Gefahr in sich, dass in größerer Zahl schutzbedürftige Fremde (deren Antrag irrtümlich bzw. fehlerhaft ab- oder zurückgewiesen wurde) ohne tatsächlich wirksame Rechtsschutzinstrumente (vgl oben zu den Schwierigkeiten der Quasi-Wiedereinsetzung) indirekt oder auch direkt (!) in einen Verfolgerstaat abgeschoben werden.

Empfehlung:

Abs. 3 sollte ersatzlos entfallen, Abs. 2 lauten: „*Anhängige Asylverfahren sind einzustellen, wenn...*“ (siehe auch Empfehlung zum Entfall des 2. Satzes in § 24 Abs. 2)

§ 27

Die im ersten Satz vorgesehene Einleitung eines Ausweisungsverfahrens durch die Asylbehörde per Aktenvermerk (dazu siehe unten) zieht für den Asylwerber weitreichende Konsequenzen nach sich, über ihn kann von der Fremdenpolizei nach dem FPG (derzeit in Begutachtung) die Schubhaft verhängt werden.

Damit bildet ein Aktenvermerk, der niemandem zuzustellen ist und gegen den auch keinerlei Rechtsschutzmöglichkeit besteht, mit die Grundlage eines Freiheitsentzuges, der zudem nach den neuen Regeln des FPG von unbegrenzter Dauer sein kann.

Während in der politischen Diskussion die Rede davon war, dass diese Form der „Sicherungshaft“ für straffällig gewordene Asylwerber vorgesehen werden sollte, wird das für die o.e. Einleitung des Ausweisungsverfahrens nötige „besondere öffentliche Interesse“ am besonders raschen Asylverfahren in Abs. 4 leg.cit *nicht* taxativ, sondern lediglich demonstrativ an strafrechtliche Tatbestände geknüpft, dh.: die Einleitung des Ausweisungsverfahrens *nebst Verhängung der Schubhaft kann ohne weiters auch aus völlig anderen Gründen geschehen*, eine Überprüfung bzw. ein Rechtsschutz ist wie erwähnt nicht vorgesehen.

Vor diesem Hintergrund wirft diese Norm (iVm den einschlägigen Normen des FPG) schwerwiegende Bedenken in Hinblick auf Art 5 EMRK, das PersFrG und auch auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Fremden untereinander (Willkürverbot) auf.

Im Zusammenspiel mit weiteren Normen (vgl. insb. oben zu §§ 13 sowie 23 Abs. 2 und 3, schließlich § 79 Abs. 2 FPG) führt der 2. Satz von § 27 Abs. 1 in letzter Konsequenz dazu, dass Asylwerbern, denen im Zulassungsverfahren mitgeteilt wird, dass beabsichtigt ist, ihren Antrag (wg. Drittstaatsicherheit, Zuständigkeit nach der Dublin-VO) zurück- bzw. abzuweisen, letztlich während das gesamten Verfahrens freier Zugang zu gewillkürter Vertretung eingeschränkt bis unmöglich gemacht wird. Insbesondere wenn an der hier intendierten raschen Festnahme derartiger Asylwerber festgehalten wird, wäre daher an anderen Stellen des AsylG sicherzustellen, dass jegliche Beschränkung des Zugangs zu derartiger Vertretung vermieden wird.

Empfehlung:

Änderung des Textes: in Abs. 4 sollte jedenfalls das Wort „*insbesondere*“ ersatzlos entfallen.

§ 28 Abs. 1

Die im letzten Satz zutagetretende Änderung des Charakters der Zulässigkeitsentscheidung (auch nach den EB nun nur mehr eine Prognoseentscheidung), maW die Möglichkeit, dass ein Verfahren auch nach Erklärung der Zulässigkeit zu jedem Zeitpunkt für unzulässig erklärt werden kann, stellt einen aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit unbefriedigenden Rückschritt dar: Asylwerber können solcherart bis zum letzten Tag eines uU jahrelangen Asylverfahrens, d.i. bis zur Zustellung eines Bescheides zweiter Instanz nicht sicher davon ausgehen, dass über ihren Antrag überhaupt meritorisch entschieden wird. Zurückweisungen, die uU erst Monate, wenn nicht Jahre nach Einleitung des Verfahrens

ergehen, dienen nach den Erfahrungen aus der Praxis mit ähnlichen Regelungen der Vergangenheit auch nicht der Verfahrensbeschleunigung, sie führen im Gegenteil regelmäßig zu enormen zusätzlichen Verzögerungen und erheblichem Mehraufwand für die Verwaltung, der „Gewinn“ an strikt rechtsrichtigen Entscheidungen wiegt diese Nachteile kaum auf.

Empfehlung:

§ 28 Abs. 1 letzter Satz sollte ersatzlos entfallen.

4. Zurückschiebung traumatisierter Personen

Erwägungen des Beirates:

§ 30

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage soll nunmehr auch der Antrag von Traumatisierten – zB wegen sich aus der Dublin-VO ergebenden Gründen – zurückgewiesen werden können.

Es erscheint unbefriedigend, durch fluchtauslösende Ereignisse traumatisierte Menschen ohne Unterschied dem selben Regime zu unterwerfen wie andere Asylwerber, die in diesem Zusammenhang an anderer Stelle vorgesehenen Maßnahmen (Verhängung der Schubhaft, Zurück- bzw. Abschiebung) scheinen geeignet, in einer Mehrzahl von Fällen tatsächlich bestehende Traumata zu verschlimmern und können solcherart in extremis schon vor einer Zurück- bzw. Abschiebung unmittelbar gegen Art 3 EMRK verstoßen.

Zudem ist erfahrungsgemäß nicht sichergestellt, dass in den neuen Mitgliedsländern der EU tatsächlich traumatisierte Asylwerber entsprechende Unterbringung, Versorgung und uU auch Behandlung erfahren können. Eine Zurückweisung dieser Asylwerber in solche Länder könnte daher – wiewohl in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der Dublin-VO – auch indirekt einen Verstoß gegen Art 3 EMRK darstellen (dazu mehr in den erweiterten Erwägungen des Beirates in Anhang 1).

Empfehlung:

Dem Schutzgedanken wird nur durch eine Zulassung zum Verfahren Rechnung getragen. Damit wird nicht die Einführung von Sonderverfahren vorgeschlagen, sondern, eine gesetzliche Klarstellung, dass für besonders schutzbedürftige Gruppen eine Rücküberstellung massive Konsequenzen haben kann, die im Zulassungsverfahren abgewogen werden müssen. Eine Störung gem. § 30 muss

dabei eines von mehreren, individuell zu prüfenden Rücküberstellungshindernissen darstellen.

Änderung des Textes: „....hat eine Mitteilung nach § 29 Abs. 3 Z 5 nicht zu erfolgen und das Verfahren ist zuzulassen....“

5. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Berufungen

Erwägungen des Beirates:

§§ 36f

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis G 237-238/03 vom 15.10.2004 den ausnahmslosen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Berufungen gegen (vom Bundesasylamt erlassenen) Ausweisungen als verfassungswidrig eingestuft.

Dies wurde u.a. auch mit den Schwierigkeiten eines Berufungswerbers begründet, ein Berufungsverfahren aus dem Ausland zu führen. (vgl. näher a.a.O S 156f).

Die in § 36 Abs. 1 vorgesehene Regelung (aufschiebende Wirkung von Berufungen gegen Ausweisungen iZ. mit Zurückweisungen nur, wenn sie vom BAA zuerkannt wird) wirft erhebliche Bedenken auf, weil sie der Intention des VfGH im angesprochenen Erkenntnis nicht entsprechen dürfte. Dies vor allem deshalb, weil es dieselbe Behörde, nämlich das BAA, ist, welche über einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung für eine solche Berufung zu entscheiden hätte (§ 37 Abs. 1), und kaum zu erwarten ist, dass ein und dieselbe Behörde innerhalb weniger Tage bei Beurteilung derselben Angelegenheit eine unterschiedliche Entscheidungsrichtung einschlägt. Berufungen gegen diese Entscheidungen des BAA sind zwar (§ 37 Abs. 4) möglich, haben aber keine aufschiebende Wirkung mehr.

Damit scheint der Rechtsschutzsuchende aber – erneut – mit allen negativen Folgen einer Entscheidung belastet, die diesbezüglichen Ausführungen in den EB zur RV scheinen nicht tragfähig.

Empfehlung:

Zum Institut der ausnahmsweisen Zuerkennung aufschiebender Wirkung von Rechtsmitteln bzw. Rechtsbehelfen gegen an sich vollstreckbare Bescheide besteht seit vielen Jahren bewährtes Recht (§ 30 VwGG). Es erscheint sinnvoll, an diese Bestimmung anzuknüpfen, insoweit die Entscheidung über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bei der für die meritorische Entscheidung zuständigen

angerufenen Behörde verbleiben und die im vorliegenden Entwurf aufgezählten Kriterien demonstrativ zusammengefasst werden.

Änderung des Textes:

§ 38 Abs. 1 sollte lauten:

„Der Unabhängige Bundesasylsenat hat auf Antrag eines Berufungswerbers einer Berufung gegen eine Ausweisung, die mit einer zurückweisenden Entscheidung verbunden wurde, aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und bei Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug der bekämpften Entscheidung für den Berufungswerber oder einen Dritten ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.“

§ 38 Abs. 2 sollte lauten:

„Bei der Entscheidung nach Abs. 1 ist insbesondere auf die Art 2, 3 und 8 EMRK und das Protokoll Nr. 6 zur Konvention einerseits und auf die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 lit e der Dublin – Verordnung sowie auf die Notwendigkeit der effektiven Umsetzung des Gemeinschaftsrechts Bedacht zu nehmen.“

§ 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 40

Während die anderen Ziffern von § 38 Abs. 1 auf Anträge Abstellen, die nach bisheriger Textierung bzw. Lesart als „offensichtlich unbegründet“ zu gelten haben bzw. gegolten haben, stellt die Z 2 lediglich auf das bloße Faktum eines längeren Aufenthalts (gem. § 40 Z 1: drei Monate) im Bundesgebiet vor Asyl-Antragsstellung ab. Dieses Faktum wird auch häufig, wenn nicht regelmäßig auf sog. Sur-place-Flüchtlinge zutreffen. Bei Behauptung von nachträglich eingetretenen Gründen, Verfolgung zu befürchten, scheint eine Aberkennung der aufschiebenden Wirkung von Berufungen aber nicht sinnvoll.

Empfehlung:

Entfall von § 38 Abs. 1 Z 2

oder

Klarstellung in den EB, dass eine Aberkennung der aufschiebenden Wirkung von Berufungen nach §§ 38 Abs. 1 Z 2 iVm 40 Z1 nicht erfolgen sollte, wenn nachträglich eingetretene Gründe für die Befürchtung von Verfolgungsgefahr (d.i. die Eigenschaft als „sur-place-Flüchtlinge) behauptet werden.

6. Bisherige Empfehlungen des Beirates zum gegenständlichen Thema

Empfehlungen des Menschenrechtsbeirates zur AsylG Novelle 2003 (Juni 2003)

230 ³ (1)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, hinsichtlich der genannten Bestimmungen des Entwurfs den Art. 3 und 13 EMRK sowie dem 6. Zusatzprotokoll zur EMRK Rechnung zu tragen und drohende Lücken im Refoulement-Schutz zu schließen.
231 (2)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, die vorgeschlagenen verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen unter den Gesichtspunkten der Grundrechtskonformität und der Vereinbarkeit mit Art. 11 Abs. 2 B-VG zu überprüfen und zu modifizieren.
232 (3)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, eine Überarbeitung des § 6 des Entwurfes sowie eine Beibehaltung der Pflicht der Behörde, auch „sonstige Hinweise auf Verfolgungsgefahr im Herkunftsstaat“ zu prüfen.
233 (4)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, das angesprochene Ungleichgewicht zwischen Beweisgewinnung und Vorentscheidung einerseits und Rechtsschutz andererseits zu korrigieren sowie das Institut der Rechtsberatung von Beginn des Zulassungsverfahrens an einzurichten. Zugleich wäre klarzustellen, dass dadurch die Beiziehung frei gewählter Rechtsbeistände (Rechtsanwälte) nicht ausgeschlossen wird.
234 (5)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt eine grundrechtskonforme Präzisierung und Überarbeitung dieser Bestimmungen (s. Empfehlung 233).
235 (6)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, die Vorgangsweise zur Feststellung einer Traumatisierung zu klären und für eine spezifische Schulung der in den Erstaufnahmezentren eingesetzten BeamtInnen zu sorgen. Die Feststellung der Voraussetzungen des § 24 b hat nach Ansicht des MRB von Amts wegen zu erfolgen, da nur diese Vorgangsweise den Grundsätzen der materiellen Wahrheit und der Offizialmaxime Rechnung trägt.
236 (7)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, bei Hinweis auf Traumatisierung vor Einholung einer gutachterlichen Stellungnahme keine negative Entscheidung über den Asylantrag zu treffen und Abschiebungsschutz auch in jenen Fällen zu gewähren, in denen erst im Berufungsverfahren neue Tatsachen dazu vorgebracht werden.
237 (8)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, in der Asylgesetznovelle die besondere Schutzwürdigkeit unbegleiteter minderjähriger AsylwerberInnen zu berücksichtigen und mit der Kinderrechtskonvention und dem Jugendwohlfahrtsgesetz in Einklang zu bringen. Weiters empfiehlt der MRB, weiterhin Clearingstellen oder vergleichbare Einrichtungen für Minderjährige im Zulassungsverfahren vorzusehen.

³ Fortlaufende Nummerierung der Empfehlungen des MRB. In Klammer findet sich die thematische Nummerierung, hier: zur AsylG-Novelle 2003.

II. FREMDENPOLIZEIGESETZ

II.1. Überblick

In seiner Sitzung am 1. März hat der MRB die Arbeitsgruppe zur Asylrechtsnovelle 2005 dazu ermächtigt, auch die aus menschenrechtlicher Sicht relevanten Regelungen dieses neuen FPG in ihre Betrachtungen mit einzubeziehen. Ohne bereits auf die Bemerkungen auf den folgenden Seiten ausführlich einzugehen, soll einleitend kurz auf die aus menschenrechtlicher Perspektive bedenklichsten Bestimmungen hingewiesen werden:

- Als schlichtweg die Empfehlung des MRB zur Vereinheitlichung der Altersgrenze für die Handlungsfähigkeit mit Eintritt der Volljährigkeit⁴ und den Gedanken der besonderen Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen ignorierend wird § 12 Abs. 1 des Entwurfes beurteilt, worin als Zeitpunkt für den Eintritt der Handlungsfähigkeit die Vollendung des 14. Lebensjahres festgesetzt wird.
- Die Möglichkeit zur Zwangsuntersuchung, Zwangsbehandlung und Zwangsernährung von Schubhäftlingen hat in § 82 Abs. 1 mit einem Verweis auf § 69 StVG Eingang gefunden.
- Grund- und verfassungswidrig, und auch durch die Einführung einer regelmäßigen Haftprüfung durch die UVS bei einer 6 Monate übersteigenden Anhaltung wettzumachen, erscheint weiters der Entfall einer jeglichen Absoluten Obergrenze für die Dauer der Schubhaft (§ 83 Abs.4 und 6).
- Bedenklich ist weiters Ausweitung der verfahrensfreien Maßnahmen im 1. und 2. Abschnitt des 3. Hauptstücks (§§ 34 ff FPG 2005), sowohl was den Katalog an Maßnahmen, vor allem aber was ihre Eingriffstiefe anbelangt.
- Im Gegensatz zur geltenden Rechtslage ist nach dem Entwurf auch die „Verbannung“ iSd der Verhängung eines Aufenthaltsverbotes über im Inland aufgewachsene und voll integrierte Fremde möglich, wenn sie von einem Strafgericht zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren worden sind (§ 64 Z 4), ohne dass dabei an bestimmte Tatbestände angeknüpft würde.

Zudem darf auf die Stellungnahme zu den Strafbestimmungen der §§ 118 f hingewiesen werden.

⁴ Siehe dazu Empfehlung Nr. 34 (bzw. Nr. 2 im Bericht über „Minderjährige in Schubhaft“) aus dem Jahr 2000.

II. 2. Die vom Beirat kritisierten Bestimmungen im Einzelnen

1. Sonderbestimmung für Minderjährige

Erwägungen des Beirates

§ 12

Bereits in seiner Stellungnahme zur FrG-Novelle 2002 wies der Menschenrechtsbeirat darauf hin, dass Minderjährige gem. § 21 ABGB unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen. Dies gelte besonders für fremde Minderjährige, die aufgrund ihrer Herkunft noch weniger mit der österreichischen Rechtsordnung vertraut sind und sprachliche Barrieren zu überwinden hätten, und deshalb als besonders schutzbedürftig anzusehen seien. Bereits damals erachtete der MRB die Anpassung der Altersgrenze für den Eintritt der Handlungsfähigkeit an die Bestimmungen des Asylgesetzes für wünschenswert, da – wie im Asylverfahren – auch im fremdenrechtlichen Verfahren regelmäßig belastende Rechtsakte gegen Minderjährige gesetzt werden.

Im Gegensatz zur derzeitigen Rechtslage (§ 95 Abs. 1 FrG: „*Minderjährige Fremde, die das 16. Lebensjahr vollendet haben ...*“) sollen nunmehr Minderjährige schon ab Vollendung des 14. Lebensjahres ohne gesetzliche Vertretung Gegenstand eines fremdenpolizeilichen Verfahrens werden können. Die gegenüber dem Asylverfahren (Altersgrenze: 18 Jahre) noch weitere Absenkung der Altersgrenze scheint menschenrechtlich äußerst problematisch und unverständlich. Entgegen den Erläuterungen zu § 12 kann in aller Regel nicht angenommen werden, dass 14- bis 16-Jährige auch nur annähernd in der Lage sind, ihre Rechte allein wahrzunehmen und zu vertreten. Der UN-Kinderrechtsausschuss steht in seiner Praxis zur Frage von Altersgrenzen generell auf dem Standpunkt, Altersgrenzen, die Schutzzwecken dienen, möglichst hoch zu halten, und nur solche, die einer Förderung der Verselbständigung von Kindern/Jugendlichen dienen, herabzusetzen (zB bei Partizipation). Im Bereich der unbegleiteter Minderjähriger steht wohl ganz zentral der Schutzzweck im Vordergrund, gerade hier Vertretungspflichten zu reduzieren erscheint jedenfalls nicht im besten Interesse des betroffenen Jugendlichen. Generell ist darauf hinzuweisen, dass die völkerrechtlichen Pflichten Österreichs nach der Kinderrechtskonvention (siehe insbesondere Art. 1 und Art. 22 KRK) jedenfalls weiterhin für alle Kinder bis 18 Jahre erhalten bleiben, unabhängig davon was, ein innerösterreichisches Einzelgesetz zu einem bestimmten Bereich festlegt.

Die Herabsetzung der Altersgrenze für die Handlungsfähigkeit scheint zudem umso unverständlicher, als Minderjährige ab Vollendung des 14. Lebensjahres gem. § 25 Abs. 3 des Entwurfes zwar auch selbst die Erteilung eines Visums beantragen können, die Ausstellung eines solchen Visums in diesem Fall aber der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf. So genannte unbegleitete Minderjährige können daher ab Vollendung des

14. Lebensjahres zwar Gegenstand jeglicher fremdenpolizeilicher Verfahren und darin vorgesehner Zwangsmaßnahmen (auch Schubhaft, Abschiebung etc.) werden, nicht jedoch z.B. selbstständig ein Visum beantragen.

Exkurs: Bezugnehmende bisherige Empfehlungen des MRB

Ad § 12 – Sonderbestimmungen für Jugendliche

34. (2.)	<p>Der Beirat empfiehlt, eine Gesetzesänderung im Fremden-gesetz zur Vereinheitlichung des Eintritts der Handlungsfähigkeit mit Eintritt der gesetzlichen Volljährigkeit und zur Angleichung der gesetzlichen Vertretung durch den Jugendwohlfahrtsträger bis zum Erlangen der Volljährigkeit zu initiieren. Das Fremden-gesetz wäre dahingehend zu ändern, dass</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fremde, die gesetzlich volljährig sind, im Verfahren nach dem Fremden-gesetz handlungsfähig sind (analog zu § 25 Abs. 1 AsylG); - Fremde, die noch nicht gesetzlich volljährig sind, und deren Interessen nicht von ihrem gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden, im eigenen Namen nur Verfahrenshandlungen zu ihrem Vorteil setzen können (Angleichung des § 95 Abs. 3 FrG); - bei unbegleiteten Minderjährigen der örtlich zuständige Jugendwohlfahrtsträger mit Einleitung eines Verfahrens nach dem Fremden-gesetz gesetzlicher Vertreter wird; - Minderjährige in Verfahren nach dem FrG nur in Gegenwart des gesetzlichen Vertreters einvernommen werden dürfen (analog zu § 27 Abs. 3 AsylG).
237 (8)	<p>Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, in der Asyl-gesetz-novelle die besondere Schutzwürdigkeit unbegleiteter minderjähriger AsylwerberInnen zu berücksichtigen und mit der Kinderrechtskonvention und dem Jugendwohlfahrtsgesetz in Einklang zu bringen. Weiters empfiehlt der MRB, weiterhin Clearingstellen oder vergleichbare Einrichtungen für Minderjährige im Zulassungsverfahren vorzusehen.</p>
37. (5.)	<p>Der Beirat empfiehlt, dass bis zur Angleichung der Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit im Fremden- und Asyl-gesetz – und der Bestimmung des Jugendwohlfahrtsträgers zum gesetzlichen Vertreter – die Fremden-behörde unbegleitete Minderjährige ab 16 Jahren auch im fremdenrechtlichen Verfahren besonders darauf hinweist, dass sie gemäß § 95 Abs. 1 FrG zur mündlichen Verhandlung „eine an der Sache nicht beteiligte Person ihres Vertrauens“ beiziehen können. Sofern der/die betroffene Minderjährige keine derartige Person namhaft machen kann, soll ihm regelmäßig die Möglichkeit eröffnet werden, dass (vorbehaltlich seiner Zustimmung) der Jugendwohlfahrtsträger von seiner Einvernahme in Kenntnis gesetzt wird und er/sie einen Vertreter/eine Vertreterin als beizuziehende Vertrauensperson namhaft machen kann.</p>
44. (12.)	<p>Der Beirat empfiehlt, in den einschlägigen fremdenrechtlichen Bestimmungen – insbesondere in den §§ 95 FrG und 25 AsylG – eine Regelung aufzunehmen, wonach die Behörde im Zweifel von einer tatsächlichen Minderjährigkeit auszugehen hat, soweit das Gegenteil nicht evident ist.</p>

Feststellungen des Beirates:

Nach § 12 FPG sind minderjährige Fremde, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, in Verfahren nach den Hauptstücken 2 bis 7 handlungsfähig. Die Beziehung eines gesetzlichen Vertreters und einer Vertrauensperson ist der Bestimmung zufolge zwar möglich, eine Verpflichtung der Fremdenbehörde zum besonderen Hinweis auf dieses Recht ist allerdings nicht vorgesehen.

Die Regelung, im eigenen Namen Verfahrenshandlungen nur zu ihrem Vorteil setzen zu können bezieht sich im Gegensatz zur Empfehlung des MRB nur auf Minderjährige, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Die Erläuterungen zu § 12 sprechen davon, dass es einer „*durchgehenden Tendenz dieses Gesetzes, als auch des Asylgesetzes 2005*“ entspreche, die Handlungsfähigkeit mit der Vollendung des 14. Lebensjahres festzulegen. Der Gedanke der besonderen Schutzwürdigkeit unbegleiteter Minderjähriger ist darin keinesfalls verankert.

In Bezug auf die Altersfeststellung ist in § 12 Abs. 4 die Bestimmung über das Handwurzelröntgen weggefallen. Die empfohlene Zweifelsregel in Bezug auf die Feststellung der Minderjährigkeit findet sich jedoch nicht.

2. Verfahrensfreie Maßnahmen

Erwägung des Beirates

§§ 34 ff

Es fällt auf, dass der Katalog dieser Maßnahmen, vor allem aber ihre Eingriffstiefe (auch im Zusammenhalt mit § 13 des Entwurfes)

- erheblich ausgeweitet wurde,
- in mehreren Punkten hinter dem Standard des Sicherheitspolizeigesetzes zurückbleibt bzw. ohne nähere Begründung von diesem abweicht und
- in einzelnen Fällen Eingriffsbefugnisse nach der StPO substituiert bzw. unterläuft (§§ 34 Abs. 1 Z 4, 35 Z 4, 37 Z 3, 38 Abs. 1 Z 2, 39), wobei auch unberücksichtigt bleibt, dass die Ausdehnung der gerichtlichen Strafbarkeit nach den §§ 118, 119 (Schlepperei und unbefugter Aufenthalt) ohnehin die (kriminalpolizeilichen) Ermittlungs- und Eingriffsbefugnisse erweitert.

Dies gilt insbesondere für die gegenüber dem geltenden Recht beträchtlich ausgeweiteten Befugnisse zur Durchsuchung von Räumen, Fahrzeugen usw. (§ 37, wobei eine Angabe des Untersuchungszwecks, nämlich der Suche nach illegal auffälligen Personen, fehlt) und von Personen (§ 38). Diese Befugnisse stehen in einem Spannungsverhältnis zu Art. 8 EMRK und sollten überdacht werden.

Die Festnahmebefugnisse nach § 40 Abs. 1 Z 1 und 2 sowie nach § 40 Abs. 3 Z 4 stoßen auf verfassungsrechtliche Bedenken (BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit, Art. 5 EMRK), zumal der in den Erläuterungen erwähnte Verdacht einer Verwaltungsübertretung nach den §§ 123 und 124 des Entwurfes und die Festnahmevoraussetzungen nach § 35 VStG hier nicht verlangt werden.

Empfehlungen:

Der MRB empfiehlt daher, die Bestimmungen über verfahrensfreie Maßnahmen im Hinblick auf eine bessere Abstimmung mit dem SPG und der StPO zu überarbeiten und von überschießenden Eingriffen abzusehen.

3. Aufenthaltsverbot, insbesondere nach Aufenthaltsverfestigung

Erwägungen des Beirates:

§§ 63, 64

Die Bestimmungen des § 63 Abs. 2 Z 12 und 13 erscheinen insofern nicht ausgewogen als

- sie – im Gegensatz zur Grundsatzvorschrift des § 63 Abs. 2 Z 1 – keine gerichtliche Verurteilung wegen der erwähnten Tatbestände voraussetzen und
- der Tatbestand des § 278 StGB (kriminelle Vereinigung, früher: Bande) nicht auf eine Stufe mit den Tatbeständen der kriminellen Organisation und der terroristischen Vereinigung gestellt werden kann.

Im Gegensatz zur alten Rechtslage (so genanntes „Aufenthaltsverbots-Verbot“) könnte über in Österreich aufgewachsene und voll integrierte Fremde (so genannte „zweite Generation“) nunmehr ein Aufenthaltsverbot verhängt werden, wenn sie von einem Strafgericht zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren oder mehr verurteilt worden sind. Die Rechtsfolge eines Aufenthaltsverbotes wegen eines einzigen (wenn auch mit erheblicher Strafe bedrohten) Delikts gegen Fremde, die in Österreich langjährig rechtmäßig niedergelassen, unter Umständen hier geboren sind, kommt – im Anschluss an eine zu verbüßende Straftat – einer Doppelbestrafung gleich. Im Regelfall werden solche Fremde zu ihrem formalen „Heimatstaat“ so gut wie gar keinen Bezug haben, zumeist auch zufolge

ihrer sehr frühzeitigen Niederlassung in Österreich auch die Landessprache des betreffenden Staates schlecht oder gar nicht beherrschen. Aufenthaltsverbote nach der neu vorgeschlagenen Bestimmung würden deshalb in nicht geringer Zahl gegen Art. 8 EMRK verstoßen.

Hier wäre auch noch zu prüfen, ob damit den Verpflichtungen nach der Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen entsprochen wird, deren Art. 12 einen Ausweisungsschutz normiert, der von den Mitgliedstaaten nur durchbrochen werden kann, wenn der Fremde „eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit darstellt“.

Empfehlung:

Der MRB spricht sich nachdrücklich gegen die Erweiterung der Möglichkeiten zur Erlassung eines Aufenthaltsverbotes bei aufenthaltsverfestigten Fremden (§ 64 Z 3 und 4) aus. Geht man davon aus, dass die entsprechenden Bestimmungen des geltenden Rechtes (§ 38 Abs. 1 Z 3 und Abs. 4 FrG 1997) die einfachgesetzliche Festlegung eines Mindeststandards nach Art. 8 EMRK enthalten, so wäre die Handhabung der erwähnten Neuregelungen mit dem ernsthaften Risiko der Verfassungswidrigkeit behaftet.

4. Zwangsbehandlung, Zwangsernährung in sowie Dauer der Schubhaft

Erwägungen des Beirates:

§ 82

Im Einklang mit bisherigen Grundhaltungen in Fragen der Schubhaft hält der MRB Abs. 1 Satz 2 (sinngemäße Anwendung des § 69 des Strafvollzugsgesetzes) für eine dem Zweck der Schubhaft nicht adäquate Maßnahme, die mit unverhältnismäßigen Eingriffen in Persönlichkeitsrechte verbunden ist (siehe dazu auch Empfehlung Nr. 204 des MRB, Seite 27 der Stellungnahme). Angesichts der Tatsache, dass in einem Teil der Polizeianhaltezentren einem „Freipressen durch Hungerstreik“ auch ohne gravierende Zwangsmaßnahmen erfolgreich entgegengewirkt werden kann und dass dies unter Einbeziehung der Schubhaftbetreuung auch im Raum Wien in zunehmendem Maß gelingt, erscheint die radikale Maßnahme einer Zwangsernährung, von der im Strafvollzug praktisch kein Gebrauch mehr gemacht wird, bei Schubhaft nicht indiziert.

Im Übrigen warnt der MRB vor dem mit einer allfälligen praktischen Anwendung solcher Maßnahmen verbundenen Schwierigkeiten und Folgeproblemen (ärztliche Ethik; zu befürchtende Zunahme von Selbstbeschädigungen usw.).

Unbeschadet seiner grundsätzlichen Bedenken weist der MRB darauf hin, dass eine – der Genehmigung durch das Bundesministerium für Justiz im Strafvollzug (§ 69 Abs. 1 letzter Satz) entsprechende – Einzelfallkontrolle durch eine für die Schubhaft verantwortliche Sicherheitsbehörde unerlässlich erscheint. In inhaltlicher Beziehung bedürfte die Zulassung einer derart gravierenden Zwangsmaßnahme nach heutiger Auffassung wohl einer näheren gesetzlichen Determinierung (§ 69 StVG stammt aus dem Jahre 1969!) als auch entsprechender Begleit- und Durchführungsbestimmungen.

Empfehlung:

Der MRB empfiehlt die Aufnahme einer Regelung zur Ermöglichung einer Zwangsernährung oder Zwangsbehandlung zu überdenken.

§ 83 Abs. 4 und 6

Nach derzeitiger Rechtslage (§ 69 Abs. 6 FrG) darf ein Fremder „wegen des selben Sachverhaltes (...) innerhalb eines Zeitraums von 2 Jahren nicht länger als 6 Monate in Schubhaft angehalten werden (...)“. Die hier geregelte Obergrenze für die Dauer der Schubhaft ist im neuen Entwurf ersatzlos entfallen. Vorgesehen ist zwar in § 82 Abs. 6, dass für den Fall der Anhaltung über mehr als 6 Monate innerhalb eines Zeitraums von 24 Monaten (sei es, dass die Anhaltung mehr als 6 Monate dauert oder aber innerhalb von zwei Jahren die zusammenzurechnenden Zeiträume 6 Monate übersteigen) eine automatische und regelmäßige (gerichtsformige) Haftprüfung durch den UVS stattzufinden hat. Es erscheint dennoch bedenklich, dass eine Sicherungshaft zur Beendigung einer Verwaltungsübertretung (der rechtswidrige Aufenthalt im Bundesgebiet selbst ist nach wie vor nicht mehr als die Übertretung einer Verwaltungsvorschrift) zeitlich völlig ohne Obergrenze vorgesehen wird, während die StPO für die Untersuchungshaft (die wegen des Verdachts von uU schwerwiegenden Straftaten verhängt wird) sehr wohl in aller Regel Obergrenzen kennt.

Schon bisher konnten Fremde, deren Abschiebung in den ersten Monaten ihrer Haft nicht bewerkstelligt werden konnte, zum allergrößten Teil auch bei weiterer Fortsetzung der Schubhaft bis zur gesetzlichen Höchstdauer von 6 Monaten nicht abgeschoben werden. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Haftzweck der Schubhaft (Abschiebung) erreicht werden kann, sinkt statistisch gesehen mit zunehmender Haftdauer deutlich ab.

Das Institut der Schubhaft ohne jede absolute zeitliche Obergrenze erscheint daher den Vorgaben des PersFrG und des Art 5 EMRK nicht mehr zu entsprechen. Die vorgesehene

amtswegige Haftprüfung durch den UVS wird zwar begrüßt, sie sollte jedoch nicht erst nach sechs Monaten einsetzen. In verfassungsrechtlicher Sicht erscheint eine nähere Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes umso eher geboten, je eingriffsnäher die grundrechtsrelevante Regelung ist. Daher sollten vor allem auch Kriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Gesetz selbst konkretisiert werden um dem UVS einen Prüfungsmaßstab vorzugeben.

Empfehlung:

Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt daher, eine absolute zeitliche Obergrenze der Schubhaft beizubehalten und Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Dauer der Schubhaft in das Gesetz aufzunehmen. Darüber hinaus wird vorgeschlagen, die amtswegige Prüfung durch den UVS nicht erst nach sechs Monaten, sondern bereits deutlich früher einsetzen zu lassen.

Exkurs: Bezugnehmende bisherige Empfehlungen des MRB

Ad § 80 – Gelinderes Mittel und § 82 Abs. 2 – Durchführung der Schubhaft

50. (18.)	Der Beirat empfiehlt, eine Inschubhaftnahme von minderjährigen Fremden unter 14 Jahren gesetzlich zu verbieten.
51. (19.)	Der Beirat empfiehlt, durch Gesetz die Verpflichtung zur Anordnung eines gelinderen Mittels gegenüber Minderjährigen, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, auch auf eine erziehungsberechtigte Begleitperson, bei der die Voraussetzungen zur Verhängung der Schubhaft vorliegen, auszudehnen.
52. (20.)	Der Beirat empfiehlt, in das Gesetz eine Abschließende Aufzählung jener Tatbestände aufzunehmen, in denen die Behörde von der Anordnung gelinderer Mittel über Minderjährige Absehen und die Schubhaft verhängen kann. Dabei sollte die Zulässigkeit der Schubhaft bei Minderjährigen auf folgende Fälle beschränkt werden: <ul style="list-style-type: none"> - Minderjährige, gegen die bereits einmal ein gelinderes Mittel angeordnet wurde und die sich durch „Untertauchen“ dem fremdenpolizeilichen Verfahren entzogen haben und eine Wiederholung dieses Verhaltens auf Grund bestimmter Annahmen zu befürchten ist; - Straffällige Minderjährige, sofern sie von einem inländischen Gericht zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten rechtskräftig verurteilt wurden; - Straffällige Minderjährige, sofern sie von einem inländischen Gericht zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden sind und in der Folge einem aus diesem Grund verhängten Aufenthaltsverbot zuwider in das Bundesgebiet eingereist sind.

185. (23)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, § 66 (1) FrG dahingehend zu ändern, dass in Analogie zu Minderjährigen bei schwer kranken Personen und schwangeren Frauen die Behörde gelindere Mittel anzuwenden hat. Nach Maßgabe des Einzelfalles sollte dieser besonders schützenswerten Personengruppe die notwendige fachgerechte medizinische, psychiatrische oder soziale Versorgung zugeführt werden. Zur Abdeckung der Kosten sollte auch für diese Personengruppen das in diesem Bericht vorgeschlagene Versicherungssystem, nach dem Vorbild der Bundesbetreuung, ausgeweitet werden
209. (47)	Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt, Personen mit Anzeichen von Traumatisierungen nicht in Haft anzuhalt n, dies auf geeignete Weise gesetzlich festzulegen und dafür Sorge zu tragen, derartig haftunfähige Personen einer professionellen Hilfe zuzuführen.

Feststellungen des Beirates:

In Bezug auf das gelindere Mittel sind die Bestimmungen in § 80 FPG dieselben geblieben: gegen Minderjährige *hat* die Behörde gelindere Mittel anzuwenden, es sei denn, sie hätte Grund zur Annahme, dass der Zweck der Schubhaft damit nicht erreicht werden kann.

Ein ausdrückliches Verbot der Einschubhaftnahme unter 14-Jähriger findet sich nicht, ebensowenig die empfohlene Aufzählung der Tatbestände, bei jenen von der Anordnung gelinderer Mittel abgesehen werden kann. Auch die empfohlene Ausdehnung der Ist-Bestimmung über das gelindere Mittel auf schwer kranke Personen und schwangere Frauen bzw. die Regelung, traumatisierte Personen nicht in Haft anzuhalten, wurden nicht umgesetzt.

Die empfohlene Ausdehnung der Anordnung eines gelinderen Mittels auch auf eine erziehungsberechtigte Begleitperson eines Minderjährigen, der das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat – auch wenn bei ihr die Voraussetzungen zur Verhängung der Schubhaft vorliegen – wurde nicht umgesetzt.

Ad § 83 – Dauer der Schubhaft

53. (21.)	Der Beirat empfiehlt, die maximale Dauer der Schubhaft bei Minderjährigen gesetzlich auf zwei Monate zu beschränken.
--------------	---

Ad § 82 - Zwangsernährung

204. (42)	Der Menschenrechtsbeirat hält die allfällige Durchführung von Zwangsmaßnahmen im Sinne einer zwangsweisen Ernährung im Hungerstreik befindlicher Schubhäftlinge unter grundrechtlichen Gesichtspunkten für unverhältnismäßig.
--------------	---

Feststellungen des Beirates:

Nach der Judikatur des EGMR ist eine Zwangsernährung nur zulässig, wenn sie medizinisch unbedingt notwendig ist. Da die Schubhaft eine Maßnahme im Verwaltungsverfahren und keine Strafe ist, erscheint es schwer vorstellbar, dass eine Zwangsernährung medizinisch notwendig ist, wenn durch eine bloße Haftunfähigkeitserklärung der Schaden abzuwenden wäre.

Auch die „Word Medical Association Declaration on Hunger Strikers“ (www.wma.net/e/policy/h31.htm) sieht die Durchführung einer medizinischen Behandlung als ärztliches Privileg und an die gültige Einwilligung des zu Behandelnden gebunden.

In einem Schreiben des Bundesministers für Justiz an den Bundesminister für Inneres vom 26. März 2002 wird festgehalten *„dass im österreichischen Strafvollzug keine Zwangsernährungen durchgeführt werden, sondern vielmehr die Justizanstalten mit psychologischen Mitteln Eskalationen vermeiden. Dies hat zur Folge, dass weder die JustizwachbeamtenInnen noch die ÄrztInnen der Allgemeinmedizin im österr. Strafvollzug nähere Erfahrungen im Umgang mit hungerstreikenden Häftlingen haben. Lediglich die oben genannten MitarbeiterInnen der sogenannten Betreuungsdienste (PsychologInnen, PsychiaterInnen und SozialarbeiterInnen ebenso wie die Seelsorger) bemühen sich in fachlich geführten Gesprächen, die Häftlinge vom Hungerstreik abzubringen.“*

Ad § 82 Abs. 1 1. Satz

130. (1.)	<p>Empfehlung des Menschenrechtsbeirates zur „Gemeinsamen Unterbringung von Ehegatten und Verwandten in Schubhaft“</p> <p>Entsprechend dem § 1 Abs. 4 PersFrG sind Festgenommene oder Angehaltene unter Achtung der Menschenwürde und mit möglicher Schonung zu behandeln. Sie dürfen nur solchen Beschränkungen unterworfen werden, die dem Zweck der Anhaltung angemessen oder zur Wahrung der Sicherheit und Ordnung am Ort der Anhaltung notwendig sind. Ausgehend davon, dass es sich bei der Schubhaft um keine Straftat, sondern um eine Sicherungsmaßnahme handelt, empfiehlt der Menschenrechtsbeirat hinsichtlich der gemeinsamen Anhaltung von Ehegatten (in den tatsächlich nachvollziehbaren Fällen auch von Lebensgefährten), Geschwistern sowie Kinder und Eltern:</p> <ul style="list-style-type: none"> - im PAZ Wien Rossauer Lände in einem eigenen Traktteil durch die Umwidmung von sechs Hafträumen die Voraussetzungen für die Errichtung von Gemeinschaftszellen (à zwei Personen) zu schaffen; - hinsichtlich anderer PAZ die Möglichkeit der gemeinsamen Unterbringung in einer Zelle zu eröffnen, sofern dies aufgrund der Belegzahl, der baulichen und personellen Voraussetzungen in den PAZ möglich ist und keine Sicherheitsbedenken dazu bestehen; - im Wege der Schubhaftkoordination bei entsprechendem Wunsch seitens der Angehaltenen die österreichweite Zuteilung in ein PAZ zu sorgen, wo eine gemeinsame Unterbringung möglich ist;
--------------	---

- die entsprechend rechtlichen Voraussetzungen (insb. § 68 Fremden-gesetz und § 4 Anhalteordnung) im Zuge der in diesem Jahr vorgesehenen Novellierung zu schaffen;

- dort, wo die gemeinsame Unterbringung des oben angeführten Personenkreises nicht möglich ist, zur Aufrechterhaltung der familiären bzw. persönlichen Bindungen die Verbesserung der Besuchsmöglichkeiten innerhalb eines PAZ (erforderlichenfalls auch außerhalb der Besuchszeiten) zu ermöglichen.

Feststellungen des Beirates

§ 82 Abs. 1 1. Satz verweist auf § 53c Abs. 1 VStG, wonach weibliche Häftlinge jedenfalls getrennt von männlichen Häftlingen anzuhalten sind. Eine Möglichkeit zur gemeinsamen Anhaltung von Ehegatten (ggf auch Lebensgefährten), Geschwistern oder ganzen Familien besteht demnach nicht.

Minderjährige Schubhäftlinge sind gem. § 82 Abs. 2 von Erwachsenen getrennt anzuhalten. Wenn jedoch auch gegen einen Elternteil oder Erziehungsberechtigten die SH verhängt wurde, so sind Mj. gemeinsam mit diesem anzuhalten, es sei denn, dass ihr Wohl eine getrennte Anhaltung verlangt.

Ad § 105 Abs. 2 – Übermittlung von Daten

139. Der Beirat empfiehlt,

(9.)

- das Informationsblatt über die Schubhaftbetreuung nach dem Vorbild des von der BPD Wien verwendeten Informationsblattes zu überarbeiten ;

- den VertreterInnen der Schubhaftbetreuungsorganisationen den Zugang zu jenen Schubhäftlingen zu ermöglichen, die auf eine im Informationsblatt angebotene Betreuung vorerst verzichtet haben, um den VertreterInnen der Organisationen die Gelegenheit zu geben, nähere Informationen über die Betreuung zu erteilen und allfällige Missverständnisse aufzuklären.

- analog zu der erfolgten Änderung des § 56 Abs. 1 Z 3 SPG im Rahmen des Gewaltschutzgesetzes, ein **Änderung des FrG mit der Maßgabe zu initiieren, dass eine Weitergabe aller relevanten Daten an die Schubhaftbetreuungsorganisationen ermöglicht wird.**

Feststellung des Beirates

Eine Regelung über die Weitergabe von Daten an die Schubhaftbetreuungsorganisationen findet sich im Begutachtungsentwurf nicht.

5. Schlepperei und Beihilfe zu unbefugtem Aufenthalt

Erwägungen des Beirates:

§§ 118 und 119

Der MRB verkennt nicht, dass in diesem Bereich die Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 28.11.2002 eine Ausweitung der gerichtlichen Strafbarkeit erfordert, meint jedoch, dass über das Maß des nach dessen Vorgaben erforderlichen keinesfalls hinausgegangen werden soll.

Insbesondere hält es der MRB für unbedingt geboten, in dem neu kriminalisierten Bereich (§ 118 Abs. 1 – unentgeltliche Schlepperei; § 119 – Beihilfe zu unbefugtem Aufenthalt) die Vorsatzform des *dolus eventualis* auszuschließen, um nicht Personen dem Risiko strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen, die nicht Teil organisierter Schleppereiaktivitäten sind und auch nicht sein wollen (zB Fahrzeuglenker, die Fremde mitnehmen, ohne zuvor deren Reisepapiere geprüft zu haben; Rechtsanwälte und andere Vertreter; Mitarbeiter von NGOs, die Fremde beraten oder vertreten; Private, die Fremde kurzfristig beherbergen, ohne zuvor ihren Aufenthaltsstatus kontrolliert zu haben udgl.).

Da die Zielrichtung des EU-Rahmenbeschlusses darin besteht, die gesamte „Kette“ organisierter Schleppereiaktivitäten (einschließlich einer organisierten Unterbringung im Transit) strafrechtlich zu erfassen, erscheint es ausreichend, die in den §§ 118 Abs. 1 und 119 beschriebenen Verhaltensweisen nur unter der Voraussetzungen Absichtlichen oder wissentlichen Handelns (§ 5 Abs. 2 und 3 StGB) zu pönalisieren.

Empfehlung:

Der Beirat empfiehlt, die in den §§ 118 Abs. 1 und 119 beschriebenen Verhaltensweisen nur unter der Voraussetzungen absichtlichen oder wissentlichen Handelns (§ 5 Abs. 2 und 3 StGB) zu pönalisieren

6. Scheinehen, Scheinoptionen

Erwägungen des Beirates:

§§ 121, 122

Die geplante Kriminalisierung auch des Eingehens einer sog. Scheinehe bzw. einer sog. Scheinoption durch einen Österreicher oder einen zur Niederlassung berechtigten Fremden erscheint in hohem Maße kontraproduktiv, weil damit die Chance auf ein späteres Eingeständnis zweckwidriger Inanspruchnahme solcher Rechtsformen durch die erwähnten

Personen – im Gegensatz zum Status quo – verbaut wird und diese Personen nicht mehr als Zeugen in Zivil- und Strafverfahren zur Verfügung stehen.

Empfehlung:

Da schon nach geltendem Recht geeignete Mittel zur Bekämpfung von Scheinehen zur Verfügung stehen (Ehegesetz, Aufenthaltsverbot) und diese Handhaben durch das 10. Hauptstück des vorliegenden Entwurfes noch deutlich erweitert werden, empfiehlt der MRB, von der vorgesehenen Neukriminalisierung in diesem Bereich derzeit abzusehen und die Wirkungen der nichtstrafrechtlichen Maßnahmen abzuwarten.

Anlage 1: Erweiterte Erwägungen des Beirates zu § 30 Begutachtungsentwurf AsylG

Besondere Schutzbedürftigkeit: Traumatisierte

Die Definition von Traumatisierung in der nun vorliegenden Bestimmung des § 30 folgt dem Gedanken, dass nicht ein einziges Störungsbild fokussierbar ist, sondern die Beeinträchtigung durch eine ereignisbezogene krankheitswertige Störung im Zentrum steht. Damit wird der Realität einer Vielfalt posttraumatischer Störungen Rechnung getragen und deren Auswirkung auf die Artikulations- und Handlungsfähigkeit als zentrales Kriterium erfasst. Daraus wird im Gesetzestext aber kein adäquater Schutz abgeleitet.

Aufhebung des Abschiebeschutzes für Traumatisierte

Verstärkung der Symptomatik durch vermeintliche Schutzbestimmungen

Schubhaft und Ausweisung stellen eine Quelle eben jener Folgeerkrankungen und Dauerschäden dar, vor denen §30 zu schützen vorgibt. So stellte der Menschenrechtsbeirat fest: *„Nach derzeitigem Stand weist keines der polizeilichen Anhaltezentren eine adäquate und professionelle psychische Betreuung auf. Nur vereinzelt bestehen Verträge mit FachärztInnen aus dem Gebiet der Psychiatrie. Dennoch kann selbst in diesen Fällen, unter Bedachtnahme auf die jedenfalls psychisch belastenden Bedingungen in Haft, nicht von einer adäquaten Betreuung für traumatisierte Personen ausgegangen werden. Unter Verweis auf 1.10.3 der Dienstanweisung über den polizeiärztlichen Dienst bei den Bundespolizeibehörden, wonach bei der Beurteilung der Haftfähigkeit jedenfalls auch auf die jeweils im Bereich des Polizeiarrestes konkret zur Verfügung stehenden personellen und von der Ausstattung her gegebenen Betreuungs- bzw. Pflegemöglichkeiten angemessen Rücksicht zu nehmen ist, ist davon auszugehen, dass traumatisierte Personen mangels adäquater Betreuung in PAZ nicht angehalten werden können.“⁵*

Jedoch auch ohne diese Situation in den PAZ in die Abwägung der Konsequenzen einer auch für traumatisierte Flüchtlinge geltenden Dublinregelung mit einzubeziehen, stellen Schubhaft und die dadurch bedingte Trennung des Familienverbands, Ausweisung und Rücküberstellung in den „zuständigen“ Staat eine auch für psychisch Gesunde nur schwer zu bewältigende Belastung dar. Es sollte nachvollziehbar sein, dass diese Erlebnisse, die damit verbundene Ohnmacht und Angst nahezu zwangsläufig zu einer Verschärfung der psychischen Krisensituation und zu Retraumatisierungen führen müssen.

⁵ Bericht des Menschenrechtsbeirats zur medizinischen Betreuung von angehaltenen Personen, beschlossen am 5.3.2002, S. 67ff.

Die de facto nicht existierende Behandlungsmöglichkeit in Ländern, in die Dublin-Rücküberstellungen aus Österreich vorwiegend vorgenommen werden, verstärken diese Befürchtungen, wie Berichte zur Aufnahmesituation illustrieren.

In der Slowakei, in Tschechien und Polen sind weder psychologische Betreuung noch psychotherapeutische Behandlung vorgesehen. Besonders kritisch ist die große Anzahl der Inhaftierungen in Tschechien und Polen zu sehen, wobei in beiden Ländern die gesamte Familie, d.h. auch Kinder inhaftiert werden. In Tschechien wird dabei zwischen „moderaten“ und einem „strengen“ Modalitäten unterschieden. In letzteren sind insbesondere verhaltensauffällige Insassen untergebracht, egal ob diese Auffälligkeit auf die psychische Situation, z.B. auf eine posttraumatische Störung zurückzuführen ist. In diesem Trakt sind die Insassen den ganzen Tag zu viert in einer vergitterten Zelle eingesperrt, der Zugang zu Duschen und sichtgeschützten Toiletten ist eingeschränkt.⁶

Nach Polen rücküberstellte AsylwerberInnen erhalten in der Regel eine Abschiebeanordnung, d.h. eine Ausweisung. Diese ist für die Dauer des Asylverfahrens zwar ausgesetzt, ermöglicht aber dennoch die Anhaltung in Haft. Zwar ist vorgesehen, dass Opfer von Folter und Gewalt nicht inhaftiert werden, in der Praxis ist diese Ausnahme aber nur möglich, wenn ein diesbezügliches ärztliches Gutachten vorliegt. Es gibt weder in den Aufnahmezentren noch in den Hafteinrichtungen geschultes Personal, das einen Bedarf an psychologischer Hilfe erkennen würde.⁷ Doch auch wenn die bedürftigen Personen identifiziert würden, kann ihnen nicht geholfen werden. Nach Angaben der Caritas Warschau ist in keinem der 14 staatlich verwalteten Aufnahmezentren psychologische oder psychotherapeutische Hilfe möglich. Seitens der NGOs ist für AsylwerberInnen eine einzige Psychologin im Rahmen eines EFF Projekts tätig. Der Zugang zur Behandlung posttraumatischer Störungen ist de facto nicht gegeben.⁸

Dem Schutzgedanken wird nur durch eine Zulassung zum Verfahren Rechnung getragen. Damit wird nicht die Einführung von Sonderverfahren vorgeschlagen, sondern, eine gesetzliche Klarstellung, dass für besonders schutzbedürftige Gruppen eine Rücküberstellung massive Konsequenzen haben kann, die im Zulassungsverfahren abgewogen werden müssen. Eine Störung gem. § 30 muss dabei eines von mehreren, individuell zu prüfenden Rücküberstellungshindernissen darstellen.

⁶ Information- and Cooperation Forum (ICF): Bericht über die Aufnahmesituation in den Ländern Deutschland, Österreich, Polen, Tschechische Republik, Slowakei, Ungarn und Slowenien. Februar 2005.

⁷ Ebd. sowie: Flüchtlingsrat Nordrhein-Westfalen: Die Situation tschechischer Asylbewerber und Flüchtlinge in Polen und Auswirkungen der EU Verordnung Dublin II, 2004.

⁸ Stellungnahme des Flüchtlingsrats NRW, 22.12.2004.

Krankheitsbedingte Einschränkung beim effektiven Gebrauch von Rechtsmitteln

Zum Kern der Krankheitswertigkeit einer Störung zählt die Beeinträchtigung der Fähigkeit, eigene Interessen wahrzunehmen. Die Beeinträchtigung in der Wahrnehmung eigener Interessen umfasst zweifellos auch das Ergreifen von Rechtsmitteln. Die Anforderungen, die an AsylwerberInnen gestellt werden, wollen sie gegen eine Zurückweisung ihres Antrags die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel ausschöpfen, übersteigen jedoch bereits die Möglichkeiten psychisch gesunder Personen:

So wird den AntragstellerInnen zugemutet – ohne jegliche Anleitung und ohne Rücksicht auf deren Sprach- und Schreibkenntnisse – eine Berufung zu verfassen. Zusätzlich muss – wiederum ohne Anleitung oder Hinweis auf diese Notwendigkeit – die aufschiebende Wirkung derselben beantragt werden. Im Falle der Ablehnung müssen die Betroffenen gegen die „Nicht-Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung“ berufen, wollen sie die Chance auf eine mögliche spätere Wiedereinreise wahren. Weiters müssen sie, um eine Einstellung des Verfahrens zu vermeiden entweder einen Zustellbevollmächtigten beauftragen, wobei auch hier völlig ungeklärt bleibt, wie dies aus der Schubhaft oder zumindest in der Situation einer auf die Bezirksgrenzen eingeschränkten Bewegungsfreiheit erfolgen soll.

Noch ohne weiter auf die faktischen Schwierigkeiten der Zustellung der Berufungsentscheidung und einer etwaigen Wiedereinreise einzugehen, sollte klar werden, dass ein derartiges Prozedere die Handlungsfähigkeit eines jeden Asylwerbers und einer jeden Asylwerberin übersteigt. Umso mehr gilt das für die in §30 beschriebene Personengruppe, die per definitionem ihre Interessen nicht ausreichend wahrnehmen kann.

Simulation von Trauma?

De facto ist es für Laien unmöglich, das Gesamtbild posttraumatischer Störungen für ExpertInnen glaubhaft zu simulieren. Dies bestätigen mehrere Studien zu dieser Thematik (siehe Friedmann S. 92, in Friedmann et. al.: Psychotrauma. 2004, Springer Verlag). In einer zusätzlich dazu am 15.3. eingeholten schriftlichen Auskunft führt Ass. Prof. Dr. Friedmann, Leiter der Spezialambulanz für transkulturelle Psychiatrie am AKH Wien, dazu aus: „Aus Sicht erfahrener PsychotraumatologInnen ist die vermeintliche diagnostische Schwierigkeit keine. So erwies es sich z.B. an der Universitätsklinik für Psychiatrie in Wien als außerordentlich schwierig, sogar mit professionellen Schauspielern und trotz vorhergehender Beratung durch PsychiaterInnen, selbst relativ einfache Krankheitsbilder wie die Depression glaubhaft darzustellen.“ Zu den möglichen Quellen zur Einholung des aktuellen Forschungsstands seien die Arbeitsgemeinschaft Psychotraumatologie in der Österr. Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie oder die Vereinigung deutschsprachiger SozialpsychiaterInnen, die dem Thema einen Teil ihrer Tagung im März 2005 widmet, zu nennen.