

ZI 13/1 05/47

BG, mit dem das Asylgesetz 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden (GZ BMI 76201/1383-III/1/c/05/TM)

und

BG, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) erlassen sowie das FrG 1997, das GebG 1957, das FLAG 1967 und das Kinderbetreuungsgeldgesetz (GZ BMI 76201/1462-III/1/c/05) geändert werden

Referent : Dr. Georg Fialka, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren !

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung der Entwürfe und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Seiner Beurteilung des vorliegenden Entwurfs hat der österreichische Rechtsanwaltskammertag folgende Erwägungen vorangestellt:

Das Asylrecht bewegt sich im Spannungsfeld zwischen humanitärer Tradition und globaler Migration.

Es steht aber auch im Spannungsfeld zwischen volkswirtschaftlichem Wohlstand einerseits und subjektiv erlebter Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und der persönlichen Sicherheit, was Arbeitsplatz, Altersversorgung etc. betrifft, andererseits.

Das Asylrecht hat im Spannungsfeld zwischen individueller Verfolgtheit und Bedrohung einerseits und zunehmender Selbstbezogenheit und dem Rückzug ins Private andererseits administrativ realisierbare und politisch akzeptable Lösungen anzubieten.

In einer durch Massenmedien und Massentransportmittel rasch kleiner gewordenen Welt kommen auch ferne Krisen und Konflikte mit allen ihren Folgen rasch näher heran.

Auch geographisch ferne Natur- und Gesellschaftskatastrophen, haben unmittelbar Auswirkungen auch auf unsere Gesellschaft (zB. Tsunami-Katastrophe in Südost-Asien).

Eine zunehmende Wahrnehmung von, aber auch zunehmende Abstumpfung breiter Bevölkerungsschichten gegenüber derlei alltäglichen gewordenen Krisen und Katastrophen tritt ein.

Medienberichte über zahlreiche von Asylwerbern begangene Straftaten beunruhigen breite Bevölkerungskreise und nehmen diese begreiflicherweise gegen die Anliegen der Asylwerber insgesamt ein.

Dem Gesetzgeber des Asylrechts stellt sich in dieser Situation keine leichte Aufgabe, will er einen Kompromiss zwischen humanitärer Tradition und aktueller Abstumpfung gegenüber menschlichen Katastrophen zustande bringen.

Der österreichische Gesetzgeber hat dabei den Vorteil, ein grundsätzlich offenes und – wie man von diversen Spendenaktionen her weiß – auch durchaus großzügigen Volk anzusprechen.

Allerdings scheint dieser österreichische Gesetzgeber selbst nicht so recht an diese Eigenschaften des Volkes zu glauben, und so meint er anscheinend, das Asylrecht in ein Repellationsrecht umfunktionieren zu müssen. Jedenfalls der vorliegende Entwurf scheint von dieser Zielsetzung geleitet.

Im Folgenden sollen vorerst schlaglichtförmig nur jene Regelungen aufgezeigt werden, die dies am deutlichsten erkennbar machen. Etliche davon lassen nichts von der humanitären Tradition und den rechtsstaatlichen Fundamenten Österreichs mehr erkennen.

AsylG 2005 :

Als Grund für die gegenständliche Regierungsvorlage wurde eine aus Anlass des VfGH-Erkenntnisses vom 15.10.2004, G 237/03, erforderliche „Reparatur“ des Asylgesetzes dargelegt. Das genannte Erkenntnis hatte lediglich die in vielerlei Hinsicht überschießende AsylG-Nov 2003 in die verfassungsrechtlichen Schranken zurückverwiesen. Unter Berücksichtigung dieses Erkenntnisses wäre ab dem 15.10.2004 die Durchführung eines sowohl GFK- als auch EMRK-konformen Asylverfahrens in Österreich möglich gewesen.

Nicht so sehr legislative Mängel, sondern die Behebung der gravierenden personellen und materiellen Mängel im Bereich der Asylbehörden beider Instanzen (Bundesasylamt, Unabhängiger Bundesasylsenat) wären einer Verbesserung bedürftig. Die damit allenfalls verbundenen Mehrkosten wären sicher geringer als jener einer kompletten Neukodifikation mit allen sich aus einer solchen ergebenden "Anlaufschwierigkeiten" und Rechtsunsicherheiten.

Damit erklären sich wohl auch zum Teil die in der Vorlage dargelegten Mehrkosten, die teilweise aber insofern unerklärlich bleiben, als der vorliegende Entwurf verfahrenskostenvermeidende – wenn auch rechtsstaatlich inakzeptable – Verfahrensvereinfachungen ("Leitentscheidungsverfahren") vorsieht.

Gerade in Zusammenhang mit der Problematik der „überlangen Dauer von Asylverfahren“ ist auffällig, daß aus zahlreichen der nunmehr vorgeschlagenen Regelungen ein mehr oder weniger offenes Mißtrauen einerseits gewillkürten Rechtsvertretern von Asylwerbern, und andererseits auch dem UBAS gegenüber hervorleuchtet, was zum völlig verfehlten Eindruck führen könnte, dass die oft extrem lange Verfahrensdauer auf diese beiden Institutionen zurückzuführen wäre.

Tatsächlich aber ist die überlange Dauer von Asylverfahren in erster Linie auf die permanente personelle und materielle Unterdotierung sowohl des Bundesasylamts als auch des UBAS zurückzuführen, in zweiter Linie aber auch auf wiederholtes „Herumdoktern“ des Gesetzgebers an den Rechtsgrundlagen, was jeweils eine Fülle an Klarstellungen durch die Höchstgerichte erforderlich gemacht hat, mit erst dadurch bewirkten Verzögerungen der Verfahren.

Es ist daher höchst bedenklich, wenn nun um den Preis des umfassenden Rechtsschutzes und der Rechtssicherheit gerade in einem derart sensiblen Rechtsbereich einerseits gewillkürte Vertreter im Zulassungsverfahren bestenfalls noch „Beobachterstatus“ eingeräumt und auch außerhalb des Zulassungsverfahrens fristauslösende Zustellungen nicht mehr direkt erhalten. Insgesamt entsteht der Eindruck erweckt wird, daß zur Bewältigung ohnehin rückläufiger Asylwerberzahlen eine Art „Asylpolizeigesetz“ mit dem Bundesasylamt als „Bundesasylkriminalamt“ erforderlich sein sollte, und letztlich sogar Versäumnisse in der Sphäre der Berufungsbehörde zu Lasten der Betroffenen gehen sollen, insofern als die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln durchwegs vom Regel- zum Ausnahmefall, wenn werden soll.

Weiters zu kritisieren ist das in der vorgeschlagenen Form grundrechtswidrige System des ausnahmslosen Freiheitsentzuges einerseits als gesetzlich zwingend angeordnete Folge eines im Zeitpunkt der Asylantragsstellung unrechtmäßigen Aufenthalts und andererseits als Reaktion auf eine -auch bloß vermeintliche !- Verletzung der den Asylwerbern auferlegten Mitwirkungspflichten.

Als äußerst kritikwürdig hervorzuheben ist zudem die Abkehr von der Zulassung traumatisierter Asylsuchender zum österreichischen Asylverfahren trotz an sich gegebener Aufnahmezuständigkeit eines anderen Staates, sowie das völlige Fehlen eines Aufenthaltsregimes für Fremde, deren Ausweisung nicht bloß vorübergehend eine nicht von § 8 erfaßte Verletzung des Artikels 3 EMRK darstellen würde.

Auch das vorgeschlagene System der Gebietsbeschränkung während des Zulassungsverfahrens erscheint weder praktikabel noch angebracht zu sein.

Zu den vorgeschlagenen Neuregelungen im einzelnen :

§ 8 Abs.1 bedarf hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Zuerkennung des Status eines subsidiär Schutzberechtigten notwendig einer Erweiterung auf alle Fremden, deren Aufenthaltsbeendigung eine Verletzung der dort genannten Grundrechtsgüter darstellen würde; die Beschränkung des § 8 auf Anlaßfälle, in denen der drohende, nicht asylrelevante Grundrechtseingriff vom Heimatstaat ausgeht, erscheint im Hinblick auf eine nicht zu vernachlässigende Zahl von Fremden, bei denen sich weniger die Frage eines Grundrechtseingriffes bei der Heimkehr als vielmehr in erster Linie jene eines Grundrechtseingriffes bereits durch die Außerlanderschaffung selbst (egal in welchen Zielstaat) stellt, als zu eng gefaßt (vgl. dazu näher die Anmerkungen zu § 10 Abs.3 und § 30).

Die durch **§ 10 Abs.3** geschaffene Differenzierung zwischen Fremden mit lediglich vorübergehend vorliegenden Abschiebungshindernissen im Sinne des Art. 3 EMRK und subsidiär Schutzberechtigten gemäß § 8 erscheint weder erforderlich noch im Hinblick auf den jeweils unterschiedlichen Status (aufgeschoben ausgewiesen oder befristet aufenthaltsberechtigt) und auf die jeweils bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten (siehe nur die in den Materialien zu § 10 vorgeschlagene „Suche nach einzelfallgerechten Ausnahmelösungen“ für den Fall, daß sich die Abschiebungshindernisse als längerdauernd erweisen) sachgerecht.

Abgesehen davon steht § 10 Abs.3 auch in Widerspruch zu § 10 Abs.2 Z.2, weil ein -wenn auch nur vorübergehend drohender- Eingriff ins Grundrecht nach Artikel 3 EMRK bereits die Unzulässigkeit der Ausweisung im Entscheidungszeitpunkt indiziert.

Sachgerecht wäre hier ein für alle Artikel 3 EMRK-Fälle einheitliches Statusregime gemäß § 8 f., wobei einem allfälligen Wegfall der Außerlanderschaffungs-Hindernisse vor Ablauf der Mindestbefristung gemäß § 8 Abs.4 ohnehin durch § 9 Abs.1 Z.1 ausreichend beigegeben würde.

§ 11 Abs.2 negiert die ständige Rechtsprechung zur „innerstaatlichen Fluchtalternative“, wonach zusätzlich zu den in Abs.1 angeführten Kriterien auch noch eine gewisse Dauerhaftigkeit des Bestands einer solchen Fluchtalternative erforderlich ist. Eine bloß auf den Entscheidungszeitpunkt abstellende Beurteilung hätte demgegenüber zur Folge, daß die (Erreichbarkeit der) Fluchtalternative bereits bei Rückkehr des Asylsuchenden ins Heimatland schon wieder nicht mehr bestehen könnte (wie dies zB angesichts der ständig wechselnden Frontlinien während des Afghanistankrieges der Fall war; vgl. zB VwGH 17.09.2003, 2000/20/0209) oder der Asylsuchende in ein Gebiet zurückkehren müßte, das unter der latenten Gefahr einer Rückeroberung durch die Verfolger steht (wie zB bzgl. des Nordirak vor dem US-Einmarsch, vgl. zB VwGH 21.03.2002, 99/20/0401). Um sich den Regelungsinhalt der Bestimmung leichter merken zu können, käme etwa die Kurzbezeichnung "lex Srebrenica" in Betracht.

Der von § 12 vorausgesetzte eloquente, kooperative und kompetente Asylwerber ist eine Art "legistische Fata-Morgana".

Dem Asylwerber werden umfangreiche Mitwirkungspflichten am Verfahren auferlegt. Fast jeder durchschnittliche Österreicher wäre überfordert, wollte man derlei verfahrensrechtliche Anforderungen an ihn stellen.

Dass der durchschnittliche Asylant weder mit der hiesigen Amtssprache noch mit den hiesigen Verfahren irgendwie vertraut ist und ein vor Verfolgung und Bedrohung Geflohener sich auch nicht auf sein Asylland vorbereiten kann wie ein Pauschalreisender auf seine Fernreise, scheint dem Verfasser des vorliegenden Entwurfs nicht bewusst zu sein. Wohl nur unzureichend durch „Rechtsberater“ und Dolmetscher, sicherlich nicht jedoch durch „Merkblätter“ und ähnliches, könnten Sprach- und kulturell bedingte – Verständnis-Barrieren überwunden werden. Schon innerhalb Europas bestehen höchst unterschiedliche Verfahrensregeln für solche und ähnliche Verfahren und selbst ein österreichischer Jurist vermag nicht ohne weiteres ein englisches oder skandinavisches Verfahren und dessen einzelne Verfahrensschritte richtig zu beurteilen. Wie unrealistisch ist daher die Annahme, der Asylant würde durch schriftliche Rechtsbelehrung seiner verfahrensrechtlichen Pflichten kundig. Völlig ungeregelt ist in diesem Zusammenhang die Rolle und Aufgabe des Dolmetschers. Soll er bloß Übersetzen, hilft er nichts für das Verständnis vom Verfahren; soll er aber Rechtsbelehrung erteilen, so müsste ihm eine entsprechende Schulung, Unterweisung und Kompetenz vermittelt werden. Eine solche sieht der Entwurf aber nicht vor.

Selbst wenn man allen AsylantInnen außergewöhnliche sprachliche Kompetenz (in ihrer Muttersprache) zubilligt, bleibt immer noch fraglich, wie der Dolmetscher ihre Äußerungen versteht und übersetzt und wie vom hiesigen Beamten oder „Rechtsberater“ diese übersetzte Äußerung ausgelegt wird. Auch die „umgekehrte Kommunikation“ ist zumindest ebenso problematisch, selbst wenn hier dem Beamten oder Rechtsberater ebensolche sprachliche Kompetenz und der Verzicht auf „Juristendeutsch“ zugewilligt wird. Hier besteht - unvermeidbar – die Gefahr eines Informations- oder Inhaltsverlustes, wie er bei jedem „Stille-Post-Spiel“ unterläuft.

Angesichts dessen aber Asylanten mit strengsten Sanktionen zu konfrontieren, wenn sie etwas unvollständig oder missverständlich ausdrücken oder verstehen, stellt aber eine rechtsstaatlich nicht zu rechtfertigende Benachteiligung dieser rechts- und sprachunkundigen Verfahrensparteien dar.

Soviel zum Wert der persönlichen Einvernahme unter den vom Entwurf vorgezeichneten Bedingungen

Die in **§ 12 Abs.1 Z.4** vorgesehene, dreitägige Frist zur Bekanntgabe von Adreßänderungen ist in bezug auf im Ausland aufhältige Asylwerber jedenfalls als zu kurz anzusehen, was im Hinblick auf die in § 24 vorgesehenen Rechtsfolgen (Verfahrenseinstellung) unbillig ist.

Die in **§ 13 Z.2** vorgesehenen Ausnahmen für die Gebietsbeschränkung während des Zulassungsverfahrens sind zu eng gefaßt. Es mag gerade für Asylwerber in diesem Verfahrensstadium erforderlich sein, eine in einem anderen Bezirk ansässige Rechtsberatung (Anwalt, NGO) in Anspruch zu nehmen (bestes Beispiel: Traiskirchen - Wien) oder auch zu anderen Zwecken den „Versorgungsbezirk“ kurzfristig zu verlassen (zB um Ärzte, Familienangehörige, Bekannte, Kontaktpersonen ihrer politischen Gruppierung etc. aufzusuchen). Speziell auch am Beispiel Wiens zeigt sich die mangelnde Sachgerechtigkeit einer „Gebietsbeschränkung“ auf Verwaltungsbezirke.

Dies alles umso mehr, als es sich bei der Nichtbeachtung der „Gebietsbeschränkung“ um eine Verwaltungsübertretung handeln soll.

Zu **§ 14** siehe die Anmerkungen zu § 68 FPG 2005.

Die in **§ 15 Abs.1** aus Anlaß der Gestattung der Wiedereinreise abverlangte „Vorlage der Berufungsentscheidung“ stellt einen überzogenen Formalismus dar. Praktisch wird es häufig Fälle geben, in denen dem Fremden nur eine Kopie der Entscheidung vorliegt, oder in denen er zwar von der Existenz einer solchen Entscheidung Kenntnis hat, diese ihm aber nicht vorliegt (zB weil sie am Postweg vom Zustellbevollmächtigten ins Ausland verloren ging).

Wenn nun aber nach Abs.3 bereits für den Nachweis der „Verfahrensidentität“ der Abgleich mit gespeicherten Erkennungsdaten ausreichen soll, dann sollte für die Einreisegestattung auch schon die (ohnehin ins AIS einzutragende) Existenz der Berufungsentscheidung genügen.

Dies wäre auch aus Rechtsschutzgründen mit Blick auf die Beschwerdeführung gegen Zurückweisungen trotz existierender positiver Berufungsentscheidungen wünschenswert.

Angesichts der -trotz aller vorgesehenen Belehrungspflichten- für Asylsuchende in der Regel nur beschränkt durchschaubaren materiell- und verfahrensrechtlichen Grundlagen des Asylverfahrens ist die in **§ 16 Abs.2** vorgesehene Bevorzugung der zeitlich ersten, von einem Elternteil abgegebenen Erklärung abzulehnen. Die zeitlich erste Erklärung eines Elternteils ist schon aus Gründen möglicher Übereilung nicht unbedingt die dem Kindeswohl am ehesten entsprechende, weshalb bei einander widerstreitenden Erklärungen von Elternteilen grundsätzlich derjenigen der Vorzug gegeben werden sollte, welche dem a priori anzunehmenden Interesse des Kindes an der Erlangung internationalen Schutzes bzw. einer subsidiären Schutzberechtigung am nächsten kommt.

Die gesetzliche Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylwerber durch den jeweils örtlich zuständigen Jugendwohlfahrtsträger hat schon bisher häufig zu Problemen geführt insofern als im Falle von Zuständigkeitsänderungen während des Verfahrens die befaßten Jugendwohlfahrtsträger hiervon nicht oder erst verspätet Kenntnis erlangt haben, sodaß erhobene Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen waren bzw. Rechtsmittelfristen ungenützt verstrichen.

Es sollte daher ergänzend zu **§ 16 Abs.3 und 4** vorgesehen werden, daß im Falle einer Änderung des Aufenthaltsorts unbegleiteter minderjähriger Asylwerber der nach dem nunmehrigen Aufenthaltsort zuständig gewordene Jugendwohlfahrtsträger erst mit förmlichem Eintritt in das Verfahren (zB nach Art einer „Vollmachtsbekanntgabe“ gemäß § 36 Abs.1 ZPO) gesetzlicher Vertreter wird, daß der bisher zuständige Jugendwohlfahrtsträger dies bis zur seitens der Asylbehörde vorzunehmenden Verständigung vom förmlichen Verfahrenseintritt auch bleibt und daß Rechtsmittel- sowie sonstige Fristen (einschließlich der Frist zur Beschwerdeerhebung vor den Höchstgerichten), die sich im Zeitpunkt eines förmlichen Verfahrenseintritts im Lauf befinden, mit diesem Zeitpunkt neuerlich in Gang gesetzt werden.

§ 16 Abs.3 zweiter Satz läßt im übrigen die Vertretungsverhältnisse hinsichtlich minderjähriger Asylwerber offen, die zwar keinen gesetzlichen Vertreter haben, aber auch keiner Betreuung bedürfen, zB weil sie von Verwandten aufgenommen sind; es ist nicht wünschenswert, auch in solchen Fällen die Rechtsberater mit der Verfahrensfortführung zu belasten (Abs.4).

Im Hinblick auf die in §§ 25 Abs.1 Z.2 und 44 ohnehin, wenn auch nur (anderweitig) aufenthaltsberechtigte Asylwerber erfassend, vorgesehene Gegenstandslosigkeit eines nicht persönlich eingebrachten Asylantrages sollte zumindest vom Erfordernis der persönlichen Antragstellung in **§ 17 Abs.1** , wie aber auch generell, Abstand genommen werden.

Der Rechtsanwalt darf mitkommen – wie nett! (**§ 19 Abs. 5**)

Die im vorliegenden Entwurf dem berufsmäßigen Parteienvertreter zugebilligte Funktion ist geradezu skandalös. Ist schon der Asylant suspekt, wie suspekt ist erst zB. ein Rechtsanwalt, der so ein Subjekt vertritt? Der vorliegende Entwurf hat diese Überlegung konsequent umzusetzen versucht. Begleitung erlaubt! – aber sonst möge sich der Rechtsanwalt gefälligst im Hintergrund halten. Bescheide werden – auch bei aufrechter Zustellvollmacht – nicht ihm sondern der Partei direkt zugestellt. Dass die von ihm vertretene Partei infolge von Rechtsunkunde, persönlicher und sozialer Desorientiertheit, Angst, Sorge, Suche nach Solidarität etc. vielleicht nicht – mehr – dort angetroffen werden kann, wohin die Behörde einen Bescheid oder eine Ladung zuzustellen versucht, regelt der Entwurf durch Festlegung strikter Rechtsfolgen. Die Devise ist klar: Lieber dem Asylanten nicht persönlich zustellen zu können und damit das Verfahren einstellen zu können, als seinem Rechtsanwalt zuzustellen und am Ende gar ein rechtsstaatliches Verfahren zu Ende führen zu müssen.

§ 25 Abs.1 Z.2 sollte dementsprechend lauten „*wenn der Fremde den Antrag trotz Aufforderung nicht persönlich in einer Erstaufnahmestelle einbringt (§ 44)*“ (zu § 44 Abs.2 siehe weiter unten).

Soweit mit dem Erfordernis der persönlichen Antragstellung Mißbräuchen begegnet werden soll (faktische Erlangung eines durchgehenden Abschiebungsschutzes iSv. § 13 durch laufende schriftliche Antragstellungen),

wäre dieses Erfordernis auf jene Fälle zu beschränken, in denen der Antragsteller einer Aufforderung zur persönlichen Antragseinbringung in der Vergangenheit tatsächlich bereits nicht entsprochen hat.

Da es in Asylverfahren im Regelfall auf eine Beurteilung der persönlichen Glaubwürdigkeit des Asylwerbers ankommt, ist die in **§ 19 Abs.2 erster Satz** vorgesehene Beschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes auf Fälle, in denen die persönliche Einvernahme durch das zur Entscheidung berufene Organ „ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich“ ist, strikt abzulehnen. Die Einvernahme hat daher ausnahmslos durch jenes Organ zu erfolgen, welches zur Genehmigung der Entscheidung berufen sein wird.

Auch wenn es wünschenswert erscheinen mag, daß es während des Berufungsverfahrens vor dem UBAS zu keinen Verzögerungen durch einen Wechsel des entscheidenden Mitglieds kommt, erscheint die in **§ 20 Abs.2** vorgesehene Beschränkung der Möglichkeit des Verlangens nach einem Vernehmungsorgan desselben Geschlechts auf die Berufung der besonderen Situation, in der sich Opfer von Eingriffen in die sexuelle Selbstbestimmung befinden, nicht gerecht zu werden; vielmehr werden sich Anhaltspunkte für das Vorliegen solcher Eingriffe häufig auch erst im Rahmen der Berufungsverhandlung ergeben, womit das vom selben - andersgeschlechtlichen- UBAS-Mitglied fortgesetzte Berufungsverfahren mangelbehaftet würde (vgl. zB VwGH vom 03.12.2003, 2001/01/0402), was im übrigen gleichermaßen auch für die -nur in den Materialien erwähnte- Beziehung andersgeschlechtlicher Dolmetscher zu gelten hätte.

Im Hinblick auf die potenziell abträglichen Rechtsfolgen von unrichtig übersetzten Asylentscheidungen (uzw. sowohl für den Asylsuchenden als auch für den Rechtsträger gemäß § 1 AHG) wäre es sinnvoll, daß Wiedereinsetzungsanträgen im Sinne des **§ 22 Abs.1** ex lege die aufschiebende Wirkung zukommt (was ansonsten von der Stattgebung eines entsprechenden Antrages gemäß § 71 Abs.6 AVG abhinge).

Ob allerdings durch § 22 Abs.1 letzter Satz überhaupt der laut Materialien beabsichtigte Ausschluß der von der bisherigen Rspr. zu § 29 Abs.1 AsylG 97 in einer fehlerhaften Übersetzung des Bescheidspruches gesehenen Bescheidnichtigkeit (vgl. zB VwGH vom 29.03.2001, 2000/20/0473 mwN.) erzielt werden kann, dürfte fraglich sein.

Die -augenscheinlich dem § 41 Abs.3 FrG 92 bzw. § 61 Abs.3 FrG 97 nachempfundenen- Bestimmungen über die Einbindung gewillkürter Vertreter (**§ 23 Abs.2 und 3**) sind schon aus Gründen der Rechts(schutz)sicherheit entschieden abzulehnen.

Nicht nur, daß auch zwischen Asylsuchenden und ihren gewillkürten Vertretern mitunter massive Verständigungsprobleme bestehen, welche zur Versäumung von Einvernahmen und Fristen führen können, ist auch keine mit der Schubhaftverhängung vergleichbare Situation gegeben und eine Notwendigkeit der Abweichung von § 10 AVG in keiner Weise erkennbar.

Ein unterstellter „Missbrauch des Vertretungsrechts“ rechtfertigt nicht eine Einschränkung des Rechtsschutzes aller Asylsuchenden, zumal auch davon auszugehen ist, daß die Vornahme von Zustellungen durch Sicherheitsorgane direkt an den Asylsuchenden regelmäßig auch mit der Ergreifung fremdenpolizeilicher Sicherungsmaßnahmen einher gehen wird und somit aber mit einer zusätzlichen Erschwernis, was die Ergreifung (außer)ordentlicher Rechtsmittel anlangt.

Die Kürze der Fristen im Zulassungsverfahren rechtfertigt solche Einschreitungen, die sogar die Effizienz der dem Rechtsberater aufgebürdeten Verständigungspflichten in Frage stellen, jedenfalls nicht.

Wie noch aus den Materialien hervorgeht, sollten ursprünglich gesetzliche Vertreter von minderjährigen Asylwerbern sehr wohl auch persönliche Zustellungen erhalten, dies mit Blick auf deren „überwiegendes Rechtsschutzinteresse“; es ist indes nicht einsehbar, inwiefern das Rechtsschutzinteresse eines minderjährigen Asylwerbers höher zu veranschlagen sein sollte als dasjenige eines volljährigen Asylwerbers - umso schlimmer, daß in der Vorlage nun gleich hinsichtlich beider Personengruppen auf Rechtssicherheit verzichtet wird.

Durch **§ 23 Abs.4** (Bescheidzustellung durch Sicherheitsorgane) soll offenbar sichergestellt werden, des Asylwerbers sogleich lebhaft zu werden und freiheitsbeschreitende Maßnahmen sogleich vollziehen zu können

Die Konzeption des **§ 24** ist insofern zweischneidig, als einerseits die Asylbehörde vorab nur selten beurteilen wird können, inwieweit die mangelnde Feststellbarkeit des Aufenthaltsorts eines Asylwerbers auf dessen Verletzung von Mitwirkungspflichten zurückzuführen ist (häufiges Beispiel: Fehler der Meldebehörde), andererseits aber der Asylwerber den Wegfall von Hindernissen binnen 14 Tagen der Behörde anzuzeigen hat - wobei aber offen bleibt, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen der Asylwerber selbst vom betreffenden Hindernis keine Kenntnis hatte.

Der als Folge der Verfahrenseinstellung nach **§ 24 Abs.2 iVm. § 26** vorgesehene Festnahmeauftrag dürfte vom Katalog der Festnahmegründe nach Artikel 5 Abs.1 EMRK bzw. Artikel 2 Abs.1 PersFrG nicht umfaßt und daher verfassungswidrig sein:

Auch wenn § 10 die Verbindung verschiedener asylbehördlicher Entscheidungen mit einer Ausweisung vorsieht, dient die Festnahme gemäß § 26 doch nur der Vorführung vor die Asylbehörde zwecks Fortsetzung des dortigen Beweisverfahrens und nicht etwa auch bereits der „Sicherung der Ausweisung“ (Art. 5 Abs.1 lit.f EMRK bzw. Art. 2 Abs.1 Z.7 PersFrG), von der in diesem Verfahrensstadium ja noch keine Rede sein kann (siehe § 27 Abs.1).

Soweit eine solche Festnahme die Erfüllung gesetzlicher Mitwirkungspflichten - iSv. § 12- im Auge haben sollte, ist bei Erlassung des Festnahmeauftrages in aller Regel noch gar nicht bekannt, ob eine Verletzung solcher Pflichten durch den Asylwerber überhaupt vorliegt (Art. 5 Abs.1 lit.b EMRK bzw. Art. 2 Abs.1 Z.4 PersFrG, jeweils zweiter Fall).

Die Verfahrenseinleitung durch bloßen Aktenvermerk, wie sie in **§ 27 Abs. 1** vorgesehen ist, erscheint rechtsstaatlich extrem fragwürdig. Hier drängen sich Assoziationen an "geheime Verfahren" auf, wie sie wohl eher in Herkunftsländern der Asylanten anzutreffen sind, nicht aber hiezulande eingeführt werden sollten.

§ 27 Abs.4 Z.1 erscheint insoweit überschießend und im Hinblick auf den Gleichheitssatz zumindest bedenklich, als auch eine Verurteilung wegen eines Bagatelldelikts bereits die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens ermöglicht und damit verbunden das Risiko von Fehlentscheidungen aufgrund des abzuführenden „Schnellverfahrens“ (Abs.3) in sich birgt, wohingegen in Z.2 und 3 explizit nur auf die (naheliegende) Begehung eines Verbrechens durch den Asylwerber abgestellt wird.

Aus Rechtsschutzgründen sollte auch die Mitteilung über das Ende der Dublin-Konsultationen an den Asylwerber in **§ 28 Abs.2** (ebenso wie auch in **§ 32 Abs.2**) normiert werden.

§ 30 vermag ob seiner vermeintlich asylwerberfreundlichen Textierung nicht über den massiven Verlust hinwegzutäuschen, der durch die mangelnde Fortschreibung des § 24b Abs.1 AsylG-Nov 2003 eintreten würde. Man will potenziell Traumatisierten zwar eine Abweisung ihres Antrages bereits im Zulassungsverfahren ersparen, nicht aber eine Zurückweisung nach §§ 4 oder 5 und nimmt somit in Kauf, daß sich die „belastungsabhängige krankheitswertige psychische Störung“ durch die drohende Zurückschiebung bzw. auch durch den im Dritt- oder Dublin-Vertragsstaat erst mit einiger Verzögerung erlangbaren gesicherten Status noch zusätzlich verschärft.

Soweit einer Ausweisung in einem solchen Fall Art. 3 EMRK entgegen stünde, wird diese Verschärfung zwar durch den diesfalls gemäß § 10 Abs.3 zu gewährenden Aufschub etwas abgefedert, was aber bereits einen Größenschluß voraussetzt, stellt doch § 10 Abs.3 nur auf drohende EMRK-Widrigkeiten „von vorübergehender Dauer“ ab.

Doch selbst diese „Lösung“ würde einerseits im Hinblick auf die auch schon durch ein schwebendes Ausweisungsverfahren hervorgerufenen Belastungen und andererseits im Hinblick auf die „Minderwertigkeit“ dieses „Aufgeschobenenstatus“ gegenüber einer Asylgewährung wie auch gegenüber einer subsidiären Schutzgewährung den besonderen Bedürfnissen dieser Personengruppe ebenfalls nicht gerecht.

Wenn schon nicht aus humanitärer Großzügigkeit, so doch zumindest aufgrund der Eingriffsnähe der vorgeschlagenen Regelungen in bezug auf Artikel 3 EMRK, sollte somit die in § 24b Abs.1 AsylG-Nov 2003 vorgesehene Zulassung potenzieller Folteropfer und Traumatisierter zum österreichischen Asylverfahren unbedingt beibehalten werden; dies auch vor dem Hintergrund, daß das Abstellen auf eine „belastungsabhängige krankheitswerte psychische Störung“ in § 30 ohnehin weitaus konkreter und enger gefaßt ist als die Zulassungsvoraussetzung nach § 24b Abs.1 AsylG-Nov 2003 (wonach bereits ein Hinweis auf „Folter“ -ohne krankheitswerte

Dauerfolgen- zur Zulassung ausreichte), sodaß auch ein (in der Vollzugspraxis der AsylG-Nov 2003 mitunter kritisierte) „Mißbrauch“ dieses Benefiziums nunmehr verläßlich auszuschließen sein sollte.

Die Konzeption des Flughafenverfahrens in **§§ 31-33** ist, auch wenn sie weitgehend dem geltenden Recht entspricht, latent grundrechtswidrig:

Der EGMR vertrat im Amuur-Urteil vom 25.06.1996 (ÖJZ 1996/38) wie auch in späteren Entscheidungen (zB Nr. 45355/99, Shamsa) die Ansicht, daß bei Beurteilung der Frage, ob eine Freiheitsentziehung im Sinne von Artikel 5 Abs.1 EMRK vorliegt, von der konkreten Einzelfallsituation auszugehen ist und eine Reihe von Kriterien berücksichtigt werden muß, wie zB die Art, Dauer und Auswirkungen; der Unterschied zwischen Entzug und Beschränkung der Freiheit sei lediglich eine Frage des Grades und der Intensität und nicht eine der Natur oder der Substanz. Im den genannten Fällen gelangte der EGMR zum Ergebnis, daß das Festhalten von Asylwerbern während des laufenden Verfahrens im Flughafentransit einer Freiheitsentziehung gleichkam, die wegen Fehlens der in Artikel 5 EMRK vorgesehenen Garantien und Rechtsbehelfe einen EMRK-Verstoß begründete.

Der VfGH ist dieser Sichtweise bereits zweimal iZm. dem sog. „Sondertransit“ gefolgt (VfSlg. 15465/1999 und B 435/01). Es sind aber inzwischen auch Beschwerden betreffend die Zurückweisung von Asylwerbern im „allgemeinen Transit“ gegen Österreich beim EGMR anhängig (zB Nr. 74762/01, Mahdid).

Die verwiesene Rechtsprechung macht deutlich, daß die gesetzlichen Grundlagen für die „Sicherung der Zurückweisung“ im Flughafen-Transit unzulänglich sind. Die Voraussetzungen, daß einerseits die Aufenthaltsdauer im Transit beschränkt und andererseits die Möglichkeit der freiwilligen Ausreise jederzeit gewährleistet sein muß (und zwar nicht bloß theoretisch !), können speziell bei Asylwerbern im laufenden Verfahren und im Hinblick auf die mögliche Verfahrensdauer (auch wenn gesetzlich an sich ein rasches Verfahren vorgesehen wäre) nur schwerlich erfüllt werden. Da solcherart aber die Grenze zwischen bloßer Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung eine fließende ist und Verstöße gegen Artikel 5 EMRK zumindest in -ob ihrer Zahl indes keineswegs vernachlässigbaren !- Einzelfällen nicht ausgeschlossen werden können, wäre eine präzisere gesetzliche Regelung der Umstände und Dauer der „Sicherung der Zurückweisung“ im Flughafentransit ebenso unbedingt erforderlich wie ein EMRK-konformes Rechtsschutzinstrumentarium.

So wenig im Familienverfahren nach **§ 34** die getrennte Einvernahme von Familienmitgliedern (arg. „... gesondert zu prüfen; die Verfahren sind unter einem zu führen.“) mit Rücksicht auf die in den Materialien erwähnte Unzumutbarkeit zB der Vernehmung von Opfern sexueller Gewalt in Anwesenheit ihrer Angehörigen an sich zu beanstanden wäre, ist doch zu berücksichtigen, daß es sich hierbei nicht um den Regelfall handelt.

Gerade im Hinblick auf die gemeinsame Führung der Verfahren aller Familienmitglieder und auf deren gemeinsames rechtliches Schicksal (Abs.4), bzw. auch auf die Möglichkeit, nicht nur über das eigene, sondern auch über die Verfahren aller Familienmitglieder zu disponieren (§ 36 Abs.3), sollte daher jedem Familienmitglied im Verfahren seiner Angehörigen die „volle“

Beteiligtenstellung zukommen und damit auch die Möglichkeit, so wie schon in § 11 Abs.2 AsylG 97 vorgesehen, im Verfahren des Angehörigen „aus eigenem alles vorzubringen, was ihnen für dieses Verfahren maßgeblich erscheint“; diese Möglichkeit sollte daher grundsätzlich auch die Teilnahme an den Vernehmungen der Angehörigen miteinschließen, wovon lediglich für die in § 20 (bzw. auch in § 67e AVG) vorgesehenen Fälle und nur wenn der/die Betroffene dies nicht seiner-/ihrerseits explizit ablehnt, eine Ausnahme normiert werden sollte.

Es ist kein stichhaltiger Grund dafür ersichtlich, die Durchsetzung einer Ausweisung lediglich bis zur Entscheidung des Bundesasylamtes über einen Antrag, der Berufung aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, auszusetzen (**§ 37 Abs.3**), und nicht auch noch bis zur diesbezüglichen Entscheidung des UBAS gemäß § 37 Abs.4, welche ohnehin binnen zwei Wochen zu ergehen hat. Gerade vor dem Hintergrund der in § 37 Abs.1 angeführten, schwerwiegenden Gründe für eine Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung erscheint das dadurch eröffnete Risiko einer „Irrtumspetpetuierung“ durch ein und dieselbe Behörde als unangemessen hoch, und der dagegen zu erlangende Rechtsschutz durch den UBAS somit im Regelfall nur mehr noch ein solcher ex post factum zu sein.

Darüber hinaus bereiten auch vermeintliche res iudicata-Fälle („Folgeanträge“) in der Praxis immer wieder besondere rechtliche Probleme, weshalb aus verfassungsrechtlichen Gründen ("gesetzlicher Richter") - auch mit Blick auf die in Abs.1 angeführten, schwerwiegenden Gründe- jedenfalls der Vorzug zu geben ist, geht es doch keineswegs bloß um eine Außerlanderschaffung in Staaten, für die eine Regelvermutung nach §§ 4,5 gilt, sondern in der Regel um die Rückschaffung in den Herkunftsstaat !

Die Möglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch das Bundesasylamt, noch vor einer Berufungsvorlage, ist nicht grundsätzlich abzulehnen, sie ist aber für sich genommen, ohne eine auch das Berufungsverfahren gemäß § 37 Abs.4 mitumfassende faktische Effizienz, zu wenig und steht die vorgeschlagene Regelung somit wiederum in Konflikt mit Art. 11 Abs.2 B-VG und vor allem aber mit Art. 2, 3 und 13 EMRK.

Hinzu kommt, daß gemäß dem vorgeschlagenen § 79 Abs.2 FPG 2005 der verfrühte Eintritt der Durchsetzbarkeit einer noch nicht rechtskräftigen Ausweisungsentscheidung bereits die Grundlage für eine Schubhaftverhängung bilden kann, was im Hinblick auf eine in diesem Verfahrensstadium noch mögliche Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den UBAS als unangemessen anzusehen ist.

So sehr es zu begrüßen ist, daß die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gemäß **§ 38** nur in den in Abs.1 taxativ aufgeführten Fällen in Betracht kommen soll, so sehr fehlt dieser -als lex specialis zu § 64 Abs.2 AVG gedachten- Bestimmung allerdings, bis auf die Konkretisierung des „längerdauernden Aufenthalts“ gemäß Z.2 in § 40, auch jegliche

Determinante dafür, welches Interesse letztlich über den Einzelfall hinaus für eine Aberkennung ausschlaggebend sein könnte (etwa das in § 64 Abs.2 AVG genannte, durch „Gefahr in Verzug“ bedrohte „öffentliche Wohl“?).

Die bloße Erfüllung eines der in Abs.1 genannten Tatbestände bedeutet per se nämlich noch keineswegs, daß der Ausschluß der aufschiebenden Wirkung deshalb auch „dringend geboten“ wäre.

Solange nicht näher normiert wird, aus welchen Gründen in den angeführten Fällen die aufschiebende Wirkung auszuschließen sein könnte, steht diese Bestimmung in Konflikt mit Art. 11 Abs.2 B-VG sowie mit dem Sachlichkeits- und Gleichbehandlungsgebot.

Den Berufungswerber die Folgen einer eventuellen Säumnis des UBAS tragen zu lassen, wenn dieser über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht zeitgerecht entscheidet, so wie dies **§ 38 Abs.2 und 4** vorsieht, erscheint jedenfalls unbillig und unsachlich und bringt auch diese Regelung in Konflikt mit Artikel 11 Abs.2 B-VG und Art. 2, 3 und 13 EMRK.

Die in **§ 39 Abs.5 Z.2** vorgesehene Verordnungsermächtigung der Bundesregierung zur Festlegung weiterer sicherer Herkunftsstaaten ist strikt abzulehnen, wird damit doch das dem Abs.4 zugrunde liegende Konzept der „normativen Vergewisserung“ (Prüfung durch den Nationalrat) in bezug auf die Staaten, welche aus der Sicht der Bundesregierung als sichere Herkunftsstaaten in Betracht kommen, umgangen.

Asylwerber wären damit nicht nur auf eine rechtzeitige Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ihrer Berufung durch den UBAS angewiesen (§ 38 Abs.2 und 4), sondern liefe auch die eine eventuelle Verordnungsprüfung durch den VfGH dem Ziel einer allgemeinen Verfahrensbeschleunigung diametral zuwider.

Hingegen ist die in **§ 39 Abs.5 Z.1** vorgesehene Verordnungsermächtigung als sachgerecht anzusehen.

Die Wendung „*und der gestellte Antrag darauf gerichtet ist, ... zu verzögern*“ in **§ 40** wäre wohl richtigerweise sowohl auf die Z.1 als auch auf die Z.2 zu beziehen und nicht bloß auf die Z.2, andernfalls auch die Z.1 iZm. § 38 Abs.1 Z.2 keinen normativen Gehalt hätte.

§ 41 erscheint insgesamt entbehrlich. Anstatt dem UBAS auch noch die Entscheidung über die Zulässigkeit neu vorgebrachter Tatsachen und Beweismittel aufzubürden, von denen sich erfahrungsgemäß ohnehin ein Gutteil relativ zwanglos einem der in Abs.1 angeführten Tatbestände zuordnen läßt, wäre es - auch im Sinne der angestrebten Verfahrensbeschleunigung- sinnvoller, entsprechend dem gemäß § 18 für alle Verfahrensstadien gleichermaßen geltenden Prinzip der Officialmaxime die materielle Wahrheitsfindung in den Vordergrund zu stellen.

Schon die Erfahrung mit dem - wenn auch noch nicht einmal ein Jahr lang in Kraft befindlichen- Neuerungsverbot nach § 32 Abs.1 AsylG-Nov 2003 hat gezeigt, daß die Verwertung von erst während des Berufungsverfahrens, speziell auch erst während der Berufungsverhandlung (arg. „In Berufungen ...“), -in welcher Weise auch immer- neu hervorgekommener Tatsachen und Beweismittel in der Praxis kaum Probleme bereitet, sodaß es sich beim Neuerungsverbot in Wahrheit um nichts als eine alle Beteiligten gleichermaßen belastende, unnötige formale Hürde handelt.

Gerade den wenig sprachgewandten, im hiesigen Verfahren völlig unerfahrenen Asylwerber überfordern die sich für ihn aus dem Neuerungsverbot ergebenden Präziserungs- und Mitwirkungspflicht im Verfahren erster Instanz.

Im Gegenteil böte die Anwendung des Abs.2 durch den UBAS noch zusätzlichen Stoff zur Untermuerung von Höchstgerichtsbeschwerden, weil die vorgesehene gesetzliche Klarstellung nichts daran ändert, dass die Relevanz neuer Tatsachen und Beweismittel in jedem Einzelfall angemessen beurteilt werden muss.

Auf ein „Neuerungsverbot“ sollte daher im Sinne einer raschen und effizienten Führung von Asylverfahren von vornherein verzichtet werden; dies ungeachtet seiner vom VfGH in grundsätzlicher Hinsicht festgestellten Zulässigkeit wie auch der Unbedenklichkeit eines solchen verfahrensgestaltenden Instruments in anderen Verfahrenstypen (zB vor höherinstanzlichen Zivilgerichten oder auch vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts).

§ 42 Abs.2 letzter Satz ist im Hinblick auf die mangelnde Anwendbarkeit des § 66 Abs.2 AVG im Berufungsverfahren gegen die Nichtzulassung dringend dahin zu ergänzen, daß das infolge der UBAS-Entscheidung zugelassene Verfahren unter Bindung des Bundesasylamtes an die Rechtsansicht des UBAS weiterzuführen ist.

Entgegen den Materialien besteht eine solche Bindung nämlich im Verhältnis zwischen Ober- und Unterbehörde im Verwaltungsverfahren generell nicht, sodaß ein „Endlos-Pingpong“-Spiel zwischen Bundesasylamt und UBAS allein über die Frage der Zulassung des Verfahrens möglich wäre, dem seitens des UBAS nur durch eine -binnen acht Wochen kaum mögliche !- materielle Entscheidung ein Ende gesetzt werden könnte.

Die Erfahrung hat gezeigt, dass solche „Pingpongspiele“ teils (vgl. anstatt vieler zB VwGH vom 21.09.2004, 2003/01/0435), gleichsam um das Bundesasylamt wegen einzelner mangelhafter Entscheidungen zu „disziplinieren“, erfolgen, teils aus der Anschauung heraus, daß die Führung umfangreicher Ermittlungen -speziell zu den von der Unterinstanz unerörtert gebliebenen Themen- nicht Sache einer Berufungsbehörde wäre.

Die gesetzliche Möglichkeit der Bindung des Bundesasylamtes an die Rechtsanschauung des UBAS wäre daher auch ein entscheidender Beitrag zur Verfahrensbeschleunigung.

Besonders bedenklich erscheint das vorgeschlagene System der Leitentscheidung (**§ 43**). An die Stelle von Sachentscheidungen im Einzelfall soll die Anwendung einer Präjudizentscheidung treten. Hier dürfte dem Entwurf ein Missverständnis des Begriffes "Case law" unterlaufen sein. Vorgesehen ist nämlich nicht eine auf Sachverhaltensermittlung im Einzelfall gegründete, sich an Entscheidungen in vergleichbaren Fällen orientierende Sachentscheidung, sondern gleichsam die analoge Anwendung einer in einem ähnliche gelagerten Fall ergangenen Entscheidung. Statt eines "Case law-Verfahrens" sieht der Entwurf ein "Vorurteilsverfahren" vor, das aus rechtsstaatlichen Gründen vehement abgelehnt werden muss.

§ 44 Abs.2 erster Satz sollte in eine „kann“-Bestimmung umgewandelt werden, zumal die in der vorgeschlagenen Fassung zwingend vorgesehene Vorführung in einer -von der st. Rspr. als Ausnahmesituation anerkannten-Lage, in der sich illegal eingereiste Asylwerber regelmäßig befinden, nicht unbedingt als vertrauensbildende Maßnahme anzusehen ist und in den meisten Fällen auch mit einer Aufforderung im Sinne des § 44 Abs.1 das Auslangen zu finden sein wird (dies besonders auch in jenen Fällen, wo Asylsuchende sich initiativ eben zwecks Asylantragstellung an ein Sicherheitsorgan gewendet haben und der Asylantrag nicht erst als Folge der Betretung beim unrechtmäßigen Aufenthalt gestellt wurde).

Darüber hinaus steht diese Bestimmung in der vorgeschlagenen Form aus den bereits zu §§ 24 Abs.2 iVm. 16 dargelegten Erwägungen in Widerspruch zum Verfassungskatalog an Freiheitsentziehungsgründen, da im Stadium der Asylantragstellung noch keineswegs als Regelfall von der Einleitung eines Ausweisungsverfahrens auszugehen ist (siehe nur § 27 Abs.1, wo diesbezüglich explizit auf bereits durchgeführte Ermittlungen und auf eine darauf gestützte Annahme abgestellt wird), ebenso wenig wie davon, daß der Asylwerber einer Aufforderung zur persönlichen Antragseinbringung nicht nachkommen wird.

Zu betonen ist dabei auch, daß es -abgesehen vom in § 47 erwähnten Fall- nicht den Sicherheitsorganen obliegt, die im Rahmen der Befragung gemäß §§ 19 Abs.1 und 45 Abs.2 gewonnenen Informationen dahingehend zu bewerten, ob ein Ausweisungsverfahren einzuleiten sein wird, sodaß anders als bei einer fremdenpolizeilichen Schubhaftverhängung zur Sicherung einer Ausweisung der Verfassungsbruch nahezu vorprogrammiert ist, wenn das festnehmende Organ alleine aufgrund einer verfassungsrechtlich fragwürdigen Gesetzesanordnung jedenfalls die Vorführung veranlassen muß, ohne dabei das Bestehen aller verfassungsmäßigen Voraussetzungen für eine Freiheitsentziehung auch nur im entferntesten einschätzen zu können.

Im Ergebnis lassen die §§ 25 Abs.1 Z.2, 44 Abs.2 und 45 Abs.1 Z.2 sowie Abs.3 auch völlig offen, wie mit nicht zum Aufenthalt in Österreich berechtigten Asylsuchenden zu verfahren ist, die in der Erstaufnahmestelle nicht versorgt werden können, trifft diese doch keinerlei Verpflichtung, den bei einer Sicherheitsbehörde gestellten Antrag in der Folge auch persönlich einzubringen.

Spätestens bei der nächsten größeren Fluchtbewegung würde es daher eine neue, innerstaatliche Form von „refugees in orbit“ geben; was aber gerade durch den Regelungsinhalt von § 45 verhindert werden sollte. !

Zur Durchsuchungsermächtigung nach **§ 46 Abs.2** ist darauf hinzuweisen, daß der Gesetzeswortlaut „ ... sind zu durchsuchen, soweit nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Fremden ... diese (Gegenstände) auch nicht auf Aufforderung vorlegen“ des in dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspricht.

Es sollte daher unzweideutig normiert werden, daß eine Durchsuchung eine vorherige, erfolglose Aufforderung zur Vorlage dieser Gegenstände voraussetzt.

Die bereits iZm. dem Festnahmeauftrag (§ 26) und der Vorführung (§ 44 Abs.2) dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen auch bezüglich der Eingriffsermächtigung nach **§ 48** nichts.

Soferne aus **§ 54 Abs.1 Z.1** abzuleiten sein sollte, daß in Hinkunft wieder beabsichtigt ist, Aufenthaltskarten mit einem „Ablaufdatum“ zu befristen anstatt sie mit dem Hinweis zu versehen, daß sie bis zu den in §§ 52 Abs.1 bzw. 53 Abs.1 erwähnten Zeitpunkten gelten (welche von Sicherheitsorganen jederzeit im AIS abgefragt werden können), wäre dies im Hinblick einerseits auf den mit laufenden Verlängerungen (wie nach dem AsylG 91 in Dreimonatsabständen) verbundenen Verwaltungsmehraufwand und andererseits im Hinblick auf die Erschwernisse speziell für weitab der Bundesasylämter untergebrachte bzw. wohnhafte Personen zu überdenken.

Die Regelung des Erkennungsdienstes nach **§ 55** sollte um eine Ausnahmebestimmung ergänzt werden, wonach eine erkennungsdienstliche Behandlung zu unterbleiben hat, wenn der Asylwerber bereits -aus welchem Anlaß immer (siehe § 56 Abs.1)- erkennungsdienstlich behandelt wurde und kein Grund zur Annahme besteht, daß ein Eurodac-Fall vorliegt.

Schon bisher ist es aus Anlaß etwa der Ausstellung von Konventionsreisedokumenten oder Lichtbildausweisen für Fremde immer wieder zur unreflektierten Anordnung neuerlicher erkennungsdienstlicher Behandlungen ehemaliger Asylsuchender gekommen, was von der Datenschutzkommission mitunter auch als unzulässiger, weil unnötiger Datenerhebungszugriff aufzugreifen war (zB DSK vom 06.07.2004, K120.893/0007-DSK/2004).

Hinsichtlich der Übermittlung von Asylwerberdaten an den Herkunftsstaat ist mit **§ 56 Abs.11** eine weitere, bedenkliche Aufweichung des Grundsatzes festzustellen, daß Asylwerber als potenzielle Flüchtlinge anzusehen und ihr Abbruch jedes Kontakts zum Heimatland sowie ihr Schutzbedürfnis vor demselben zumindest solange zu respektieren sind, als nicht das Gegenteil feststeht.

War die Datenübermittlung nach § 21 Abs.2 AsylG 97 noch grundsätzlich unzulässig, außer bei nicht feststehender Identität und einer negativen Refoulement-Prüfung, so soll sie nunmehr zur Vollziehung der Fremden-,

Sicherheits- oder Kriminalpolizei zulässig sein, auch wenn den Heimatbehörden der Umstand der Asylantragstellung zu verschweigen ist.

Hält man sich hierzu den Parade Fall eines klassischen politischen Flüchtlings vor Augen, so ist augenfällig, daß bereits der Verrat des Aufenthaltslandes an die Heimatbehörden für ihn fatal sein könnte, zumal klassische Verfolgerstaaten ihre Verfolgungen nicht auf ihr eigenes Staatsgebiet und die Personen des Verfolgten beschränken, sondern Repressalien sich auch gegen die im Lande verbliebenen richten.

Ein Asylgesetz, das aber nicht einmal einem klassischen politischen Flüchtling ausreichend Schutz vor seinen Verfolgern bietet, sondern im Gegenteil sogar den Verrat seines Aufenthaltslandes an diese erlaubt, verfehlt seinen Zweck jedenfalls.

Abgesehen davon ist die Übermittlung von in Asylverfahren gewonnenen Daten an den Herkunftsstaat zu sicherheits- und kriminalpolizeilichen Zwecken, jedenfalls solange ein Asylverfahren anhängig ist, schon allein deshalb als grob unsachlich abzulehnen, weil es einerseits überhaupt erst durch einen freiwilligen Akt des Betroffenen, namentlich durch seine Asylantragstellung, zur Gewinnung dieser Daten gekommen ist, und aber andererseits die vorgeschlagene Verwendung dieser Daten zu den genannten Zwecken mit dem eigentlichen Grund ihrer Erhebung nicht in Einklang zu bringen ist, sondern ihm vielmehr sogar diametral zuwider läuft.

Die in **§ 59** vorgesehene Einrichtung einer einheitlichen Staatendokumentation ist im Sinne einer Qualitätssteigerung speziell von Entscheidungen des Bundesasylamtes zweifelsohne zu begrüßen.

Im Hinblick auf die bekanntlich ohnehin über alle Maßen angespannte Personalsituation der Asylbehörden sollten wertvolle Ressourcen eingespart werden, indem -allenfalls unter Kostenbeteiligung- auf bestehende Dokumentationen zurückgegriffen wird (zB auf das bereits seit Jahren bestehende, bewährte Gemeinschaftsprojekt von Rotem Kreuz und UNHCR, www.ecoi.net). Angesichts der ohnehin schon seit Jahren genutzten Zugriffsmöglichkeiten auf ausländische Datenbanken (zB auf das vom deutschen Bundesamt für Migration und Flüchtlinge unterhaltene „Asylfact“) erscheint eine solche eigene Dokumentation derzeit nicht unbedingt erforderlich.

Die Einräumung von Amtsbeschwerden, wie in **§ 61** wiederum vorgesehen, ist grundsätzlich zu begrüßen.

Probleme haben sich damit aber in der Vergangenheit, nicht nur in Asylsachen, immer wieder dadurch ergeben, daß der zur Amtsbeschwerdeführung berechnete Minister nicht selbst am Anlaßverfahren beteiligt ist und sich der Lauf der Amtsbeschwerdefrist gemäß § 26 Abs.1 Z.4 VwGG nach der „Kenntniserlangung“ vom zu bekämpfenden Bescheid richtet (vgl. zB zur Amtsbeschwerde nach dem AsylG 97 VwGH vom 25.03.1999, 98/20/0283).

Im Sinne der Rechtssicherheit der Verfahrensparteien sollte daher, zur Vermeidung von auf unbestimmte Zeit „schwebend unwirksamen“ rechtskräftigen Entscheidungen, zusätzlich normiert werden, daß Zustellungen

von Bescheiden, gegen die ein Amtsbeschwerderecht offen steht, auch direkt an den zur Amtsbeschwerdeführung berechtigten Minister zu erfolgen haben; dies hätte außerdem den verwaltungsvereinfachenden Nebeneffekt, daß Verfahrensparteien sich anlässlich der Beschwerdeführung gegen solche Entscheidungen die -in der Praxis häufig „vergessene“- weitere Bescheidausfertigung gemäß § 29 VwGG ersparen könnten, sodaß es auch im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren zu weniger Verzögerungen durch Mängelbehebungen käme.

Vehement abzulehnen ist das geradezu als "rechtsstaatliche Mogelpackung" zu bezeichnende Institut des "Rechtsberaters" und des "Flüchtlingsberaters" (§§ 63 ff), denen auf Grund ihrer – dazu noch zeitlich befristeten – Bestellung und Besoldung durch den BMI tatsächlich jegliche "Unabhängigkeit" fehlt, die nicht einer "Verschwiegenheit" dem von ihnen betreuten Asylwerber gegenüber unterliegen, sondern der "Amtsverschwiegenheit" (?!), die nicht dem Interesse des jeweiligen Asylwerbers, sondern zu "Objektivität" verpflichtet sind. Da für diese besoldeten Berater auch nur geringere als für berufsmäßige Parteienvertreter in derlei Verfahren sonst geltende Ausbildungserfordernisse vorgesehen sind, lässt sich ableiten, dass der Entwurf für Asylwerber einen "Rechtsschutz minderer Art" für ausreichend hält.

Der österreichische Rechtsanwaltskammertag spricht sich vehement dagegen aus, dass durch Verwendung der Begriffe "Rechtsberater" eine Erwartung und ein Vertrauen der Asylwerber in eine Institution bzw. eine bestimmte Person erweckt wird, die dieser Erwartung infolge ihrer faktischen Abhängigkeit vom BMI und ihrer fehlenden Qualifikation als berufsmäßiger Parteienvertreter nicht entspricht.

Die in § 74 vorgeschlagenen Übergangsbestimmungen tragen der Problematik der überlangen Verfahrensdauer Rechnung:

Die Weiterführung der bei Inkrafttreten bereits anhängigen Verfahren nach dem bis dahin geltenden Recht, mit bloß geringfügigen und für den Verfahrensverlauf nicht allzu relevanten Anpassungen, stellt einen wesentlichen Beitrag dazu dar, daß Verfahren in fortgeschrittenem Stadium nicht bloß deshalb wieder von vorn begonnen werden, weil sich die Rechtslage geändert hat. Dies war immerhin in der Vergangenheit nur allzu häufig der Fall, etwa als Folge unklarer Übergangsbestimmungen vom AsylG (vgl. zB VwGH 31.03.1993, 92/01/0831), oder als Folge der verfassungsgerichtlichen Aufhebung des bereits in § 20 Abs.2 AsylG 91 enthaltenen Neuerungsverbot (VfGH 01.07.1994, G 92/94; VwGH 14.12.1995, 95/19/0086), oder als Folge der Neukonzeptionierungen des AsylG 97 (§ 44 AsylG 97 Stammfassung) und dadurch hervorgerufener Zuständigkeitsstreitigkeiten (vgl. zB VfGH 13.06.1998, G 78/98; VwGH 29.10.1998, 96/20/0203; VfGH 08.10.2002, G 142/02).

Bundesbetreuungsgesetz (Grundversorgungsgesetz - Bund 2005) :

Die als **§ 2 Abs.7** vorgeschlagene Bündelung der gesetzlichen Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylwerber ist zweifelsohne sachgerecht, wobei allerdings auch hier das bereits zu § 16 Abs.3 und 4 AsylG 2005 Dargelegte berücksichtigt werden sollte, ist es doch gerade bei Verfahren betreffend die Entziehung der Versorgung (§§ 9 iVm. 2 Abs.4 bis 6) häufig so, daß der Betroffene nach Verlassen der Betreuungseinrichtung nur außerhalb des Sprengels des bisher zuständig gewesenen Jugendwohlfahrtsträgers eine Unterkunft finden kann, sodaß sich auch hier die im Asylverfahren selbst mit dem Wechsel des örtlich zuständigen Jugendwohlfahrtsträgers einhergehenden Probleme gleichermaßen ergeben.

Die Wendung „jedoch nicht für einen sieben Tage übersteigenden Zeitraum“ in **§ 6 Abs.2** widerspricht den in Artikel 13 bis 16 der Richtlinie 2003/9/EG („Aufnahmerichtlinie“) vorgesehenen und zuletzt durch das Bundesbetreuungsgesetz idF. BGBl. I Nr. 32/2004 iVm. der Grundversorgungsvereinbarung BGBl. I Nr. 80/2004 an sich auch zeitgerecht vor dem 06.02.2005 umgesetzten sog. „materiellen Aufnahmebedingungen“ insofern als durch den in den Materialien nahegelegten Verweis von Asylwerbern auf die Sozialhilfe des Aufenthalts-Bundeslandes der gemäß Artikel 13 der Aufnahmerichtlinie sicherzustellende Mindeststandard jedenfalls für mindestens eine bestimmte Zeit kraß unterschritten werden dürfte:

Artikel 13 Abs.5 der Aufnahmerichtlinie sieht zwar neben der Versorgung in Form von Sachleistungen -Unterbringung- auch jene mittels Geldleistungen oder Gutscheinen vor, verlangt dabei aber die wertmäßige Orientierung an Mindeststandards. Für einen erst kurz im Land befindlichen Asylwerber, dessen Zulassungsverfahren gerade erst sieben Tage zurückliegt, besitzen aber schon mangels praktischer Möglichkeiten zur Effektuierung bloße Geldleistungen oder Gutscheine kaum einen Wert.

Folge der vorgeschlagenen Regelung wäre somit, daß Asylwerber sich einerseits persönlich darum kümmern müßten, dafür zu sorgen, welches Bundesland für sie aufkommen wird (ohne daß sie jedoch über die Kenntnisse geschweige denn über die erforderlichen Ressourcen verfügen würden, sich gegen eine Verweigerung [ausreichender] Sozialhilfeleistungen überhaupt zur Wehr setzen zu können), sowie daß sie andererseits bis zur Erlangung von Sozialhilfe in einem angemessenen Umfang jedenfalls in Verhältnissen leben müßten, welche die Mindeststandards gemäß der Aufnahmerichtlinie beträchtlich unterschreiten.

Darüber hinaus ist fraglich, inwieweit das mit der vorgeschlagenen Regelung verfolgte Kalkül, die mit der Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der Grundversorgungsvereinbarung zum Teil unwilligen bzw. säumigen Länder zu „disziplinieren“, überhaupt erreichbar ist :

Artikel 11 der Grundversorgungsvereinbarung sieht klare Regelungen über die Aufteilung der Versorgungskosten von Asylwerbern vor, und zwar unabhängig davon, ob eine Zuteilung gemäß Artikel 3 Abs.2 Z.1 erfolgt ist oder nicht (dies

erhellte schon die Bezugnahme auf die Verfahrensdauer ab der Antragstellung -und nicht etwa erst ab Ende des Zulassungsverfahrens, welches ja in der Regel in vom Bund geführten Erstaufnahmezentren verbracht wird- in Artikel 11).

Auch wenn es aus Sicht des Bundes wünschenswert wäre, wenn alle Länder die Grundversorgungsvereinbarung erfüllen und Versorgungsplätze in ausreichender Zahl zur Verfügung stellen würden, ist es doch aus Sicht der Länder kostenmäßig neutral, unter welchem Titel (Grundversorgung Bund, Grundversorgung Land oder Sozialhilfe) und von wem ein Asylwerber während der ersten zwölf Monate seines Verfahrens betreut wird.

Soweit allerdings die Kostenaufteilungsregeln des Artikels 11 dahin zu verstehen sein sollten, daß davon nur die Kosten der „Grundversorgung“ im eigentlichen Sinn erfaßt wären, nicht aber auch jene Kosten, welche etwa den Ländern durch die „Armenversorgung“ von Asylwerbern im Rahmen der Sozialhilfe erwachsen, so würde es sich bei der vorgeschlagenen Regelung um eine „faktische finanzielle Kostenverschiebung zu Lasten der Länder“ im Sinne des Artikels 12 Abs.1 handeln, wofür der Bund den Ländern erst recht wieder vollen Kostenersatz zu leisten hätte, sodaß eine allenfalls verfolgte „Disziplinierung“ einzelner Länder auch hier ins Leere ginge.

Dazu kommt noch, daß bekanntlich nur einzelne Länder ihren Verpflichtungen aus der Grundversorgungsvereinbarung nicht nachkommen, während wiederum andere Länder ihre Quoten übererfüllen. Wird nun aber ein Asylwerber mangels eines Einvernehmens sieben Tage nach Ende des Zulassungsverfahrens aus der Betreuungsstelle des Bundes entlassen, so ist damit keineswegs gesagt, daß er in der Folge ausgerechnet bei jenem Land um Sozialhilfe einkommen wird, mit dem zuvor kein Einvernehmen herstellbar war.

Soweit die vorgeschlagene Regelung das -unausgesprochene- Kalkül verfolgen sollte, Versorgungskosten für Asylwerber einzusparen, welche ab Ende der Siebentagesfrist und bis zur Erlangung von Sozialhilfe in ausreichendem Umfang quasi „in der Luft hängen“ und dabei weder der Staats- noch den Länderkassen zur Last fallen, werden einerseits sozialwirtschaftlich abträgliche Nebeneffekte wie zB der zu erwartende Anstieg von Schwarzarbeit oder Eigentumskriminalität übersehen, und ist andererseits die Regelung auch mit Blick auf die dringend erforderliche Kalmierung der Ausländerpolitik (Stichwort: Entkriminalisierung) sowie nicht zuletzt eben auch mit Blick auf die Verpflichtungen aus der Aufnahmerichtlinie abzulehnen.

Im Zusammenspiel mit den §§ 12 Abs.1 Z.4 und 24 AsylG 2005 birgt die vorgeschlagene Regelung außerdem auch einen in praktischer Hinsicht nicht auf vernachlässigbare Einzelfälle beschränkten „Fallstrick“ für Asylwerber, die nach Ablauf von sieben Tagen ab Ende ihres Zulassungsverfahrens, mangels eines „Einvernehmens“ im Sinne des § 6 Abs.1, auf sich selbst gestellt würden und von deren „Entziehung vom Asylverfahren“ somit a priori auszugehen

wäre, wenn sie -was nur den wenigsten von ihnen gelingen dürfte- der Asylbehörde nicht innerhalb von drei Tagen eine neue Meldeadresse bekannt geben.

Auch daher ist die vorgeschlagene Regelung im Ergebnis entschieden abzulehnen.

§ 9 Abs.3a sollte aus Gründen der Übersichtlichkeit richtigerweise als „Abs. 2a“ und **Abs.3b** richtigerweise als „Abs.3a“ bezeichnet werden.

UBASG :

Die vorgeschlagene Regelung des **§ 13a**, insbesondere dessen **Abs.1 zweiter Satz** und **Abs.5**, dürften augenscheinlich nicht den in § 33 Abs.4 AsylG 2005 vorgesehenen Fall der Berufungsverhandlung in der Flughafen-Erstaufnahmestelle im Auge haben, ebenso wenig wie den denkbaren Fall, daß Verfahrenshandlungen, wie zB die Aufnahme eines Ortsaugenscheins, außerhalb der Dienststelle erfolgen müssen, wie aber auch, daß UBAS-Mitglieder sich zwecks Recherchetätigkeiten oder auch zur Teilnahme an Informations- und Fortbildungsveranstaltungen außerhalb aufzuhalten haben. Maßstab für den Anspruch auf Bereitstellung von Sachmitteln, auf finanzielle Entschädigungen und auf Kostenersatz für Dienstverrichtungen außerhalb der Dienststelle hat daher die dienstliche Veranlassung zu sein, will man nicht mit der vorgeschlagenen Regelung eine UBAS-Mitglieder im Ergebnis gröblich benachteiligende lex specialis zu den entsprechenden Regelungen des BDG schaffen.

Abermals ist aber auch hier -wie bereits im Rahmen der Anmerkungen zum Entwurf des AsylG 2005- dem aus dem Entwurf und noch viel mehr aus den Materialien dazu herausleuchtenden Mißtrauen gegenüber dem UBAS und seinen Mitgliedern aus Sicht der Rechtsanwaltschaft eine entschiedene Absage zu erteilen; der seit Bestehen des UBAS entstandene Aktenrückstau ist in erster Linie das Ergebnis einer permanenten materiellen und personellen Unterdotierung beider Asylbehörden sowie in zweiter Linie auch der Effekt eines sich ständig ändernden Normbestandes im Asylwesen, mitnichten jedoch die Kehrseite der „mehr oder weniger freien Zeiteinteilung der UBAS-Mitglieder“.

FPG 2005 :

Die Änderung der Bezeichnung des Gesetzes in Fremdenpolizeigesetz ist durchaus sachgerecht. Der Entwurf lässt etliche polizeistaatliche Rechtsinhalte erkennen. Grundrechtliche Errungenschaften der letzten 150 Jahre, wie etwa der grundsätzliche Schutz des Hausrechts werden beispielsweise in Frage gestellt. Auch terminologisch bestehen Ungereimtheiten zum Asylgesetz, wie etwa der unterschiedliche Drittstaatsangehörigenbegriff.

Im Folgenden werden nur einzelne Bestimmungen kommentiert, was aber nicht bedeutet, dass gegen die nicht explizit erwähnten Bestimmungen keine Bedenken bestehen.

Zu den Amtsbeschwerderechten nach **§ 10** siehe die Anmerkungen zu § 61 AsylG 2005 mit der Maßgabe, daß zwar die Anknüpfung der Amtsbeschwerdefrist an die Zustellung der Entscheidung an die Behördenpartei im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen ist, daß aber dennoch im Sinne einer Verwaltungsvereinfachung die Direktzustellung von Entscheidungen an den amtsbeschwerdeberechtigten Minister überlegt werden sollte.

§ 15 Abs.4 Z.1 bedarf insofern einer Einschränkung, als im Fall der Anwendung des Artikels 5 Abs.2 SDÜ (ausnahmsweise Zulassung durch einen Vertragsstaat trotz fortbestehender schengenweiter Ausschreibung) durch Österreich die Einreise des betreffenden Fremden nicht als rechtswidrig angesehen werden kann (vgl. § 22 Abs.1).

In **§ 22** sollte eine Trennung zwischen „besonders berücksichtigungswürdigen Fällen“ einer- und „humanitären Gründen“ andererseits als Erteilungsvoraussetzung humanitärer Visa erfolgen, zumal die Junktimierung bereits im geltenden § 10 Abs.4 diese Bestimmung weitgehend ihrer -an sich sehr sinnvollen- praktischen Anwendbarkeit entkleidet hat.

Die Rechtsprechung zu § 10 Abs.4 FrG 97 hat diese Bestimmung dementsprechend als nur auf „besondere Gefährdungen“ (vornehmlich solche nach § 57 FrG 97) bzw. „Notlagen“ anwendbar erklärt (vgl. zB VwGH vom 18.01.2005, 2004/18/0407), was schlichte „berücksichtigungswürdige Fälle“, wie zB die Sterbebegleitung eines Angehörigen, medizinische Spezialbehandlungen oder die Teilnahme an Familienanlässen, in eher unsachlicher Weise ausspart.

Eher unbeabsichtigt dürfte zudem, wie auch die Materialien erhellen, der Wortlaut des Abs.3 so ausgefallen sein, daß humanitäre Visa an Fremde mit einem aufrechten Aufenthaltsverbot (§ 21 Abs.7 Z.1) ausschließlich als „Formblatt für die Anbringung eines Visums“ erteilt werden könnten, und somit also nur, wenn der Fremde entweder über kein gültiges Reisedokument oder aber nur über ein nicht anerkanntes Reisedokument verfügen.

Aufgrund der ausdrücklichen Ausnahme von Flugtransitvisa vom Katalog jener Visa, welche unmittelbar durch Sicherheitsbehörden an Grenzübertrittsstellen ausgestellt werden können (§ 5 Abs.3) sollte entweder der vorgeschlagene **§ 28 Abs.2** um eine die Sicherheitsbehörden zur ad hoc-Ausstellung von Flugtransitvisa ermächtigende Bestimmung ergänzt oder aber die Ausnahme hinsichtlich dieses Visatypus in § 5 Abs.3 eliminiert werden.

Auch wenn es grundsätzlich jedem Reisenden selbst obliegt, bereits vor Reiseantritt für allenfalls erforderliche Flugtransitvisa zu sorgen, wäre die „Transitsicherung“ als Folge des Fehlens eines solchen Titels (§ 44 Abs.1 Z.3) in der Regel für den Betroffenen mit beträchtlichen Unbillen verbunden

(verpaßte Anschlußflüge, Rückflugskosten uäm.), was letztlich auch dem internationalen Ansehen Österreichs höchst abträglich sein dürfte.

Zur Zurückweisung, Sicherung der Zurückweisung und Transitsicherung (§§ 42 - 44) siehe schon die Anmerkungen zu §§ 31 ff. AsylG 2005, dies mit der Maßgabe, daß die in § 43 Abs.4 vorgeschlagene Einziehung einer zeitlichen Obergrenze, innerhalb welcher der Fremde -bei sonstiger Unzulässigkeit der Zurückweisung- zur Ausreise faktisch in der Lage sein muß, welche Obergrenze dementsprechend auch für die Sicherung der Zurückweisung zu gelten haben wird, zu begrüßen ist.

Allerdings fehlt eine derartige zeitliche Obergrenze iZm. der Transitsicherung, weshalb auch hier eine solche Obergrenze (die sich aus Gleichheitsgründen an § 43 Abs.4 orientieren müßte) ebenso erforderlich wäre wie die sonstigen, bereits iZm. dem asylrechtlichen Flughafenverfahren monierten (Grund)Rechts(schutz)garantien.

Dabei wäre insbesondere auch im Fall des § 44 Abs.1 Z.2 sicherzustellen, daß Fremde nicht zum Spielball divergierender Interessen zweier Staaten werden, mit der Folge, daß sie sich letztlich -abgesehen von Reiseunterbrechungen- unbegrenzt im „Sondertransit“ (§ 44 Abs.2) aufzuhalten hätten.

Die -vom Konzept her dem bisherigen „Abschiebungsaufschub“ (§ 56 FrG) entsprechende- Duldung (§ 48) ist als solche nicht zu beanstanden.

Allerdings ist zumindest in Bezug auf rechtliche Abschiebungshindernisse (§ 52 Abs.1 und 2), aufgrund der Eingriffsnähe in verfassungsgesetzlich geschützte Rechtsgüter, die in § 48 Abs.2 vorgeschlagene „auflösende Bedingung der rechtlich möglichen Abschiebung“ und somit der ex lege-Eintritt des Duldungswiderrufs entschieden abzulehnen; dies würde im Übrigen auch den -hinsichtlich der Grundrechtsgewährleistungen nach Art. 2 und 3 EMRK durch Art. 13 EMRK zwingend in effektiver Weise sicherzustellenden- Rechtsschutz auf einen im wesentlichen ineffektiven Rechtsschutz ex post factum, somit auf Maßnahmenbeschwerdeverfahren gegen die erfolgte Abschiebung vor den UVS, reduzieren.

Auch wenn oder gerade weil das Fehlen des Erfordernisses eines „contrarius actus“ (mit Bezug auf rechtliche Abschiebungshindernisse) auch das derzeitige System des Abschiebungsaufschubes mit einem beträchtlichen Rechtsschutz-Defizit belastet, sollte dies umso mehr Anlaß sein, die vorgeschlagene Duldung in dieser Hinsicht menschenrechtskonform auszugestalten, so wie dies auch bezüglich der subsidiären Schutzberechtigung in § 9 AsylG 2005 vorgesehen ist.

Das im Hinblick auf rechtliche Hindernisse zur Duldung (§ 48) Vorgesagte gilt, was die Ineffizienz des Rechtsschutzes anlangt, auch in bezug auf das in **§ 52 Abs.3** für den Fall der Geltendmachung rechtlicher Hindernisse aus Anlaß einer Zurückweisung oder Zurückschiebung vorgesehene Procedere (vgl. dazu ausführlich zur diesbezüglich bereits seit dem FrPolG unveränderten Rechtslage Davy in ZfV 1992, 243 ff.).

Der vorgeschlagene Abs.5 bzw. § 53 Abs.2 sollte daher hinsichtlich des Erfordernisses einer bescheidmäßigen Absprache -endlich- auch auf Fälle von Zurückweisungen und Zurückschiebungen erweitert werden, zumal ein allfälliges Schutzbedürfnis (in Bezug auf den jeweiligen Zielstaat) unabhängig von der Form der Außerlanderschaffung besteht.

Die in **§ 57 Abs.2 und Abs.5 Z.2** -in ersterem sogar als zwingende Anordnung !- vorgesehene Möglichkeit einer Ausweisung wegen Arbeitslosigkeit widerspricht -zumindest was noch nicht aufenthaltsverfestigte Fremde iSd. § 58 Abs.1 bzw. auch bei diesen das Erfordernis eines Abstellens auf ein Bestreben zur Unterhaltssicherung aus eigener Kraft anlangt- Artikel 16 Abs.1 lit.a Unterabsatz 2 sowie Artikel 17 der -bis 03.10.2005 umzusetzenden- Richtlinie 2003/86/EG, wonach in solchen Fällen die Beiträge der Familienangehörigen zum Haushaltseinkommen zu berücksichtigen sind und eine Interessenabwägung vorzunehmen ist.

Der in **§ 68** vorgeschlagene Entzug des Aufenthaltsrechts von Asylwerbern stellt eine im Hinblick auf den weiter bestehenden faktischen Abschiebungsschutz gemäß § 13 AsylG 2005 ebenso unnötige wie unsachliche, bloße Disziplinierung dar, zumal den Betroffenen damit in erster Linie die Möglichkeit genommen wird, ihre Identität, ihre Asylwerberschaft und ihre Aufenthaltsberechtigung nachzuweisen, womit auch die Häufigkeit von - letztlich während des offenen Asylverfahrens ohnehin kaum zielführenden- Schubhaftverhängungen zunehmen würde.

§ 68 sollte demnach -ebenso wie § 14 letzter Satz AsylG 2005- ersatzlos entfallen

Im Übrigen soll gemäß § 1 Abs.2 die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes ohnehin erst nach rechtskräftigem Abschluß des Asylverfahrens zulässig sein.

Die in **§ 82 Abs.1** mittels Verweises auf die sinngemäße Anwendbarkeit des § 69 StVG vorgeschlagene Zwangsuntersuchung, Zwangsbehandlung und Zwangsernährung von Schubhäftlingen erscheint im Hinblick auf die Qualität der Schubhaft nicht als Strafhaft, sondern als bloße Verwaltungsanhaltung, als unangemessen.

Dementsprechend unpassend ist auch der hierzu in den Materialien enthaltene Verweis darauf, daß „*sich vor allem Fremde, gegen die nach zum Teil schweren Straftaten ein Aufenthaltsverbot verhängt wurde, des Mittels des Hungerstreiks (bedienen), um ihre Entlassung ... zu erzwingen*“, haben doch - selbst wenn diese Behauptung auch in der Realität zutreffen sollte- verurteilte Straftäter ihre Strafe bis zu Beginn der Schubhaft entweder bereits verbüßt oder aber sind sie im Hinblick auf gewährte Strafnachsichten sonstigen (unbescholtenen) Schubhäftlingen zumindest in fremdenpolizeilicher Hinsicht gleichzuhalten; auch das weitere Argument der „Kostenauslese“ iZm. der Zwangsernährung macht diesen Vorschlag um nichts erträglicher.

Es wird daher auch weiterhin einer lediglich zu Verwaltungszwecken verhängten Haft die verfassungsrechtlich zwingend erforderliche Verhältnismäßigkeit fehlen, sobald Haftunfähigkeit droht, und wären zur Abwendung der Haftunfähigkeit ergriffene Zwangsmaßnahmen

regelmäßig als unmenschliche Behandlung iSd. Artikels 3 EMRK, ebenfalls mit der Folge der Unverhältnismäßigkeit der Haft, anzusehen.

Bei der in **§ 83 Abs.6** vorgeschlagenen, regelmäßigen amtswegigen Überprüfung der Schubhaft durch den UVS handelt es sich entgegen den Materialien um kein echtes „habeas corpus“-Verfahren im Sinne des Artikels 5 Abs.4 EMRK, mangelt es doch bereits an einer entsprechenden Antragstellung durch den Schubhäftling selbst.

Dieser Mangel wird zwar durch das dem Schubhäftling durch § 85 eingeräumte Beschwerderecht ausgeglichen, jedoch wäre es schon zur Vermeidung unnötiger Doppelgleisigkeiten angebracht, diese beiden Rechtsschutzinstrumente zusammenzuführen, ohne damit jedoch das jederzeitige Beschwerderecht nach § 85 zu beschneiden.

Darüber hinaus enthält § 83 Abs.6 nur äußerst dürftige Hinweise auf das anzuwendende Verfahrensrecht, wobei insbesondere zu bemängeln ist, daß nach der vorgeschlagenen Konzeption das unabdingbare Parteiengehör des -noch dazu in den meisten Fällen unvertretenen- Schubhäftlings innerhalb der einwöchigen Entscheidungsfrist abzuwickeln wäre, sodaß schon angesichts zu erwartender Sprachprobleme eine mündliche Verhandlung an sich unabdingbar wäre. Überhaupt dürfte ein Gutteil der im zweiten Abschnitt des vierten Teils des AVG vorgesehenen Sonderbestimmungen für das UVS-Verfahren auf das amtswegige Haftprüfungsverfahren unanwendbar sein, zumal sich diese Sonderbestimmungen durchwegs auf antragsgebundene Verfahren beziehen.

Es wäre in diesem Zusammenhang höchst wünschenswert, ein die Waffengleichheit zwischen Sicherheitsbehörde und Schubhäftling sicherstellendes Verfahrensrecht für dieses amtswegige Haftprüfungsverfahren zu schaffen, mit allen Garantien eines echten „habeas corpus“-Verfahrens, einschließlich der Möglichkeit, für das gesamte Schubhaftverfahren ab Überschreitung der in § 83 Abs.6 genannten Sechsmonatsfrist bis zum Haftende -analog § 51a VStG- einen Verfahrenshelfer beigelegt erhalten zu können.

Es wäre aber abgesehen davon auch angezeigt, mit Bezug auf die zumindest in den Fällen des **§ 83 Abs.4 Z.1 bis 3** von vornherein nicht beschränkte Schubhaftdauer gesetzliche Determinanten der Verhältnismäßigkeit und damit auch Begrenzungen der Haftdauer einzuführen, zumal der in den Materialien verwiesene EGMR-Fall Chahal, was den Anlaß der Aufenthaltsbeendigung anlangt (Terrorismusbekämpfung), zweifelsohne als besonders krasser Ausnahmefall zu gelten hat.

Beispielsweise hat der EGMR in einer erst jüngst getroffenen Entscheidung (25.01.2005, Nr. 60.538/00, Singh) eine im Ergebnis im Verhältnis zur Anlaß-Verurteilung der Beschwerdeführer wegen Schlepperei um ein Vielfaches längere Schubhaftanhaltung als unverhältnismäßig angesehen, sodaß davon ausgegangen werden muß, daß eine im wesentlichen anlaßunabhängige (weil rein an praktischen Abschiebungshindernissen orientierte), zeitlich unbegrenzt mögliche Schubhaft nicht erst im jeweiligen Einzelfall als unverhältnismäßig anzusehen ist, sondern etwa bei „minder-schweren“ Anlässen, welche als Regelfall zu gelten haben (wie zB bei bloß

unrechtmäßigem Aufenthalt, Mittellosigkeit oder Schwarzarbeit), die Sicherheitsbehörden auch weiterhin mit der bisherigen Schubhaft-Höchstdauer gemäß § 69 Abs.4 FrG das Auslangen finden sollten.

Im Vergleich zum geltenden Recht teilweise sehr einschneidende Änderungen finden sich mit Bezug auf den Personenkreis der begünstigten Drittstaatsangehörigen, speziell der Angehörigen von Österreicherin, in den **§§ 88 bis 90**:

Die Ungleichbehandlung von Angehörigen von Österreichern gegenüber Angehörigen von anderen EWR-Bürgern bzw. Schweizern wird bereits in den Begriffsbestimmungen grundgelegt: Aus der Zusammenschau von Z.13, Z.10 und Z.1 des § 2 Abs.4 ergibt sich, dass der Begriff der "begünstigten Drittstaatsangehörigen" Verwandte von Österreichern nicht umfaßt, sondern auf Verwandte von anderen EWR-Bürgern und Schweizer Bürgern beschränkt ist.

Auf Angehörige von Österreichern wird in § 90 eigens bezuggenommen. Diese Norm zieht den Kreis der Erfassten allerdings enger: Während nun in § 2 Abs.4 Z.13 als begünstigte Drittstaatsangehörige neben Ehegatten und bestimmten Verwandten in aufsteigender Linie "eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten eines EWR-Bürgers oder Schweizer Bürgers in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, darüber hinaus, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird" normiert werden, berücksichtigt § 90 neben Ehegatten und bestimmten Verwandten in aufsteigender Linie nur "eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten von österreichischen Staatsbürgern in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, darüber hinaus, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird."

§ 90 letzter Satz erklärt nun bestimmte Regeln für begünstigte Drittstaatsangehörige von EWR-Bürgern und Schweizern auch für Angehörige von Österreichern für anwendbar: Dies betrifft § 88 Abs 2 (Befreiung von Stempelgebühren und Verwaltungsabgaben) und § 89 (eingeschränkte Zulässigkeit von Aufenthaltsverboten, Ausweisungen, Zurückweisungen und bestimmter Sicherungsmaßnahmen; etc.).

Die voneinander abweichenden Begriffsdefinitionen der §§ 2 Abs. 4 Z.13 und 90 führen allerdings dazu, daß ein kleinerer Kreis von Angehörigen von Österreichern als jener von Angehörigen von EWR-Bürgern in den Genuß dieser vorteilhaften Bestimmungen gelangen kann.

Darüber hinaus gelten - da § 90 auf sie nicht verweist - bestimmte vorteilhafte Normen ausschließlich für Angehörige von anderen EWR-Bürgern und Schweizern, also gar nicht für Angehörige von Österreichern:

- § 88 Abs.1 iVm § 30 Abs.2 (Niederlassungsfreiheit und damit Anspruch auf Erteilung eines Visums);
- § 9 Abs.3 und Abs.4 (Berufungsmöglichkeit gegen Entscheidungen im Zusammenhang mit Anträgen auf Erteilung von Einreisetiteln);
- § 11 Abs.4 iVm Abs.2, Abs.3 und Abs.6 (schriftliche Ausfertigung von Entscheidungen von Vertretungsbehörden, die dem Standpunkt des

Antragstellers nicht vollinhaltlich Rechnung tragen, inhaltliche Standards, Begründungspflichten udgl.)

Im Erkenntnis vom 17.06.1997, B 592/96, befaßte sich der VfGH mit begünstigenden Bestimmungen für Drittstaatsangehörige von EWR-Bürgern im FrG 1992, dessen § 28 Österreicher vom Begriff der "EWR-Bürger" ausschloß und in § 29 begünstigende Regelungen für Drittstaatsangehörige von EWR-Bürgern vorsah. Der Gerichtshof sah darin eine offenkundige Schlechterstellung von Österreichern, für die sich im konkreten Zusammenhang aber keinerlei sachliche Rechtfertigung finden lasse. § 29 FrG 1992 sei daher jedenfalls dahin auszulegen, daß die Aufenthaltsbewilligung von Drittstaatsangehörigen sämtlicher EWR-Bürger, also auch die Aufenthaltsbewilligung von Drittstaatsangehörigen österreichischer Staatsbürger, einheitlichen (begünstigenden) Regelungen unterworfen ist. Allein dies entspreche auch dem aus Art. 8 iVm. Art. 14 EMRK erfließenden Gebot, die in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten.

Ebenso wurden etwa im Erkenntnis vom 20.06.2001, G 5/01, Bestimmungen des AuslBG, die günstigere Regelungen für Drittstaatsangehörige von anderen EWR-Bürgern als für Drittstaatsangehörige von Österreichern vorsahen, wegen Verletzung des Rechts auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander (Art. 1 Abs.1 BVG BGBl. 390/1973) aufgehoben.

Für die oben beschriebene, ausdrückliche Ungleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen von Österreichern gegenüber Drittstaatsangehörigen anderer EWR-Bürger sind keine sachlichen Gründe zu ersehen (die Materialien schweigen sich zu § 90 geflissentlich aus) und verstoßen die vorgeschlagenen Bestimmungen des FPG 2005 daher gegen Art. 8 iVm. Art. 14 EMRK, gegen das BVG BGBl. 390/1973 bzw. auch gegen den Gleichheitssatz.

Zur in **§ 108 Abs.1** vorgeschlagenen Datenübermittlung an die Staatsbürgerschaftsbehörde betreffend außer Kraft getretene Aufenthaltsverbote ist darauf hinzuweisen, daß die zur Erklärung in den Materialien verwiesene Bestimmung des § 15 StbG durch das Erkenntnis des VfGH vom 13.12.1995, VfSlg. 13.393, insofern eine Klarstellung erfahren hat, als eine Unterbrechung der Anwartschaft auf die Staatsbürgerschaft nicht nur dann nicht eintritt, wenn sich ein Aufenthaltsverbot in der Folge als unbegründet erwiesen hat (§ 15 Abs.2 StbG), sondern auch dann nicht, wenn ein Aufenthaltsverbot zwar seinerzeit rechtmäßig verhängt wurde, die Gründe hierfür aber in der Folge weggefallen sind und nunmehr keine negativen Auswirkungen auf die Verleihung der Staatsbürgerschaft mehr haben. Dies betrifft somit insbesondere auch Fälle, in denen ein Aufenthaltsverbot gemäß dem derzeitigen § 44 FrG 1997 (bzw. dem vorgeschlagenen § 67 Abs.1) nachträglich aufgehoben wurde, sodaß seitens der Staatsbürgerschaftsbehörden auch weiterhin mit der von der zuständigen Sicherheitsbehörde einzuholenden (und aufgrund von deren aufrechtem Datenbestand

erstellten; vgl. § 106) Stellungnahme das Auslangen wird gefunden werden können.

Der Anwendungsbereich des vorgeschlagenen **§ 108 Abs.3** ist im Hinblick auf § 1 DSGVO und Art. 8 EMRK zu weit gefasst:

Einerseits sind von der Mitteilungspflicht der Personenstands- an die Sicherheitsbehörde Anträge auf Verehelichung aller Fremden, also auch solche von EWR-Bürgern, in Österreich heiratenden Touristen udgl., umfaßt, andererseits ist fraglich, ob für die Weitergabe solch persönlicher Daten an Polizeibehörden ohne einen konkreten Anlaß, allein aufgrund gelegentlicher, mißbräuchlicher Eheschließungen, eine ausreichende Grundlage besteht.

Sollte der Anwendungsbereich nicht auf Drittstaatsangehörige eingeschränkt werden, würde zudem auch noch eine gemeinschaftsrechtlich verpönte Schlechterstellung von EWR-Bürgern vorliegen, da ja nur diese – im Gegensatz zu Inländern – mit einer Datenweitergabe an die Fremdenpolizei im Heiratsfall zu rechnen haben.

Der Regelungskomplex des **§ 114 iVm. den §§ 43, 45 PSiG** betrifft entgegen der Betitelung des zehnten Hauptstücks keineswegs a priori Scheinehen, sondern die Verhinderung der Eheschließung von Personen, die in der Vergangenheit ein bestimmtes Verhalten gesetzt haben. So haben Personenstandsbehörden eine Eheschließung ausnahmslos zu versagen, wenn die Auskunft einer Sicherheitsbehörde gemäß § 114 vorliegt, derzufolge gegen den ehewilligen Fremden entweder ein Aufenthaltsverbot wegen gerichtlicher Verurteilungen vorliegt oder Ermittlungen wegen gerichtlich strafbarer Handlungen nach diesem Gesetz (zB Schlepperei) geführt werden. Da nach dem Entwurf eine Eheschließung nicht nur in Österreich, sondern mittels der Versagung eines Ehefähigkeitszeugnisses für den österreichischen Ehegatten auch im Ausland verhindert werden soll, kommt eine Mitteilung gemäß § 114 insgesamt einem -durch Art. 12 EMRK ebenso wie durch Art. 23 Abs.2 CCPR verpönten- Heiratsverbot gleich.

Nach der Rechtsprechung der EMRK-Organe verstößt ein derartiges Verbot klar gegen das Grundrecht auf Eheschließung. So hat die Kommission eine Verletzung von Art. 12 EMRK bei der Verweigerung der Eheschließung für (lebenslängliche !) Strafgefangene erkannt und die Kommission und der Gerichtshof ein dreijähriges Eheverbot nach der dritten Scheidung als Verstoß gegen das Recht auf Eheschließung gewertet (siehe Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar (1996) 422f).

Unklar bleibt schließlich auch noch, wie seitens der Personenstandsbehörde - sei es aus Anlaß der Beantragung eines Ehefähigkeitszeugnisses für einen Österreicher, oder sei es aus Anlaß der bescheidmäßigen Ablehnung desselben im Hinblick auf eine Mitteilung gemäß § 114- überhaupt sichergestellt werden soll, daß der betreffende Österreicher letztlich überhaupt mit dem von der Mitteilung gemäß § 114 betroffenen Fremden eine Ehe eingehen wird bzw. will; abgesehen davon, daß somit ein Bescheid einer Verwaltungsbehörde sich auf noch nicht verwirklichte Tatsachen stützen

soll (uzw. bloß auf eine angebliche bzw. selbst zutreffendenfalls jederzeit wieder lösbare Verlobung), kann der Zweck der vorgeschlagenen Regelung auch sehr leicht dadurch umgangen werden, daß aus Anlaß der Einholung eines Ehefähigkeitszeugnisses (welches ja nicht auf den Verlobten bezugnimmt) ein unverdächtiger Verlobter „vorgeschoben“ wird.

Der vorgeschlagene Regelungskomplex ist daher als ebenso weit über- wie danebenschießend und auch als ebenso grob unsachlich wie verfassungswidrig entschieden abzulehnen.

Zu den in **§§ 115 und 116** vorgeschlagenen Pflichten der Beförderungsunternehmer und Sanktionen gegen diese ist auf das Erkenntnis des VfGH vom 24.10.2001, G 224/01, zu verweisen. Die dort dargelegten Bedenken ob der fehlenden Bestimmtheit der Umschreibung der Befördererpflichten treffen praktisch uneingeschränkt auch auf die in § 115 Abs.1 auferlegte „Vergewisserung“ wie auch auf die in § 116 Abs.1 auferlegte Verpflichtung zur Leistung eines Pauschalbetrages für jeden „ohne Reisedokument und ohne das erforderliche Visum nach Österreich gebrachten“ Fremden (gleichwohl ob der Fremde solche Dokumente anlässlich der „Vergewisserung“ vor Reiseantritt noch hatte bzw. ob es sich um nicht erkennbare Fälschungen handelt), zu.

Zur in **§ 116 Abs.2** vorgeschlagenen Haftungsbefreiung des Beförderungsunternehmers bei nachträglicher Gewährung von Asyl oder Abschiebungsschutz ist ebenfalls auf das vorgenannte VfGH-Erkenntnis zu verweisen, wonach es sich in Ansehung der Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention von selbst versteht, daß Beförderungsunternehmen im Ergebnis nicht daran gehindert werden sollten, auch nicht ausreichend dokumentierte Flüchtlinge nach Österreich zu bringen; ebenso versteht es sich aber auch von selbst, daß die „Vergewisserung“ nach § 115 Abs.1 nicht auch noch eine Vorabprüfung der voraussichtlichen Erfolgchancen von Asylbegehren mitumfassen kann, bzw. daß es unsachlich ist, Beförderungsunternehmer, besonders zumal ihnen die beabsichtigte Asylantragstellung von ihrer Klientel nur selten vorab bekannt gegeben wird, auch noch eine Art von Mißerfolgshaftung für die Asylverfahren der Klientel übernehmen zu lassen.

Aus denselben Gründen wie bereits zu §§ 115 f. dargelegt, sollte auch die Kostentragungspflicht von Beförderungsunternehmern in **§ 117 Abs.4** auf Fälle von Pflichtverletzungen nach § 115 Abs.2 bis 3 beschränkt bleiben.

Am Wortlaut der Strafbestimmungen für das Eingehen und Vermitteln von Scheinehen und Scheinadoptionen (**§§ 121 und 122, je Abs.1 bis 3**) ist die vermutlich unreflektierte Einführung von zivilrechtlichen Termini ins Strafrecht (arg. „weiß oder wissen mußte“) zu kritisieren: „Wissen“ stellt im allgemeinen eine besondere Vorsatzform dar, „Wissenmüssen“ hingegen auf grobe Fahrlässigkeit ab, die es als solche aber im Strafrecht nicht gibt (dies ganz abgesehen davon, daß offen gelassen wird, warum bezüglich des

„Wissenmüssens“ eine vergangenheitsbezogene Formulierung gewählt wurde).

Auch wenn diese Kritikpunkte für die geltenden §§ 106 f. FrG gleichermaßen gelten, hätte gerade angesichts des sog. „Scheinehepakets“ als einem der deklarierten Schwerpunkte des vorliegenden Gesetzesvorhabens doch etwas mehr an legislatischer Sorgfalt erwarten dürfen.

Zur -§ 114 Abs.4 FrG entsprechenden- Übergangsbestimmung des **§ 128 Abs.4** fehlt eine dem § 114 Abs.7 FrG entsprechende Bestimmung; eine solche wäre aus Gründen der Rechtssicherheit unabdingbar, zumal naturgemäß die Meinungen der Parteien, der Sicherheitsbehörden und aber auch der Höchstgerichte dazu, ob ein Aufenthaltsverbot auch noch in den Bestimmungen des neuen Gesetzes eine Grundlage fände, erheblich divergieren können und eine beschlußförmige Einstellung des Höchstgerichtsverfahrens nach allen Seiten verbindlich Klarheit schafft.

NAG :

Eines der auffälligsten Grundkonzepte dieses Gesetzesvorhabens besteht in der geplanten Differenzierung zwischen Angehörigen einerseits von EWR-Bürgern und andererseits von Österreichern: Nur mehr noch diejenigen EWR-Bürger, die einen Freizügigkeitssachverhalt verwirklichen, sollen für sich und ihre Angehörigen die vollen, in der Richtlinie 2004/38/EG eingeräumten Freizügigkeitsrechte in Anspruch nehmen können - demnach teilen sich laut Entwurf (wie sich auch schon aus der Differenzierung in §§ 88 und 90 des FPG 2005 abgezeichnet hat) die im geltenden Recht als sog. „begünstigte Drittstaatsangehörige“ bezuggenommenen Fremden in zwei Gruppen :

a) Drittstaatsangehörige von EWR-Bürgern, die einen Freizügigkeitssachverhalt verwirklichen, also zB als Arbeitnehmer nach Österreich einwandern; aus den Materialien zu § 51 ergibt sich eine -wenn auch praktisch wohl nur eher begrenzte- Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auch auf österreichische Staatsbürger und deren Drittstaatsangehörige: *"Sofern aber ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt „Freizügigkeitsfall“, sind die Regeln über Angehörige von EWR-Bürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben (§ 58), auch für diese Familienangehörigen [von Österreichern], die Drittstaatsangehörige sind, kraft Gemeinschaftsrecht unmittelbar anzuwenden."*

b) Drittstaatsangehörige von Österreichern, die keinen Freizügigkeitssachverhalt verwirklichen. Für diese Drittstaatsangehörigen gelten niedrigere Altersgrenzen (18 statt 21 Jahre), sie müssen nunmehr ebenfalls die Integrationsvereinbarung eingehen, sind teilweise zur Auslandsantragstellung verpflichtet und haben auch keinen automatischen Arbeitsmarktzugang mehr (sind also grundsätzlich bezüglich einer Beschäftigungsaufnahme wie aber auch zum Teil hinsichtlich der Erlangung bestimmter Aufenthaltstitel quotenpflichtig).

Wenngleich die Materialien verschiedenenorts zutreffend darauf verweisen, daß die Rechtsvorteile aus der Richtlinie 2004/38/EG europarechtlich nur aus der Verwirklichung von Freizügigkeitssachverhalten ableitbar sind (vgl. zB die Materialien zu § 9), dürfte hier ganz augenscheinlich die ständige Rechtsprechung des VfGH zum Verbot der sog. „Inländerdiskriminierung“ übersehen werden (vgl. zB VfSlg. 14863/97, 14963/97, 15683/99 sowie die in den Anmerkungen zu §§ 88 bis 90 FPG 2005 verwiesene Rechtsprechung), weshalb die „Lebensdauer“ zahlreicher Bestimmungen des NAG, ihr Inkrafttreten in der vorgeschlagenen Form vorausgesetzt, insgesamt nur eine höchst beschränkte sein dürfte.

Der erkennbar dem geltenden Katalog an relativen Versagungsgründen für Aufenthaltstitel nach § 10 Abs.2 FrG 1997 nachgebildete **§ 11 Abs.2** läßt in seiner Z.4 den bisherigen Ausnahmetatbestand vermissen, daß die sich aus der Erfüllung eines gesetzlichen Anspruchs ergebende finanzielle Belastung einer Gebietskörperschaft der Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht entgegen steht.

Auch das diesbezügliche Abstellen auf „feste und regelmäßige eigene Einkünfte“ in **§ 11 Abs.5** dürfte in Widerspruch zum bereits iZm. § 57 Abs.2 FPG 2005 verwiesenen Art. 16 der Richtlinie 2003/86/EG stehen.

Ein sachlicher Grund für die in **§ 2 Abs.1 Z.15** vorgesehene Erweiterung der bisherigen „Verpflichtungserklärung“ auf eine umfassende Haftungserklärung mit mindestens fünfjähriger Bindung des Bürgen ist nicht erkennbar; in Anbetracht der existenzbedrohlichen Folgen solcher weitreichenden Haftungserklärungen würde dieses Instrument der Unterhaltssicherung zu einem „Begütertenprivileg“ werden, was nicht zuletzt mangels jeglichen erkennbaren Anlasses unter anderem mit dem Gleichbehandlungsgebot in unlösbarem Konflikt stünde.

Im Hinblick auf den umfassenden Mindestumfang einer solchen Haftungserklärung, wie in § 2 Abs.1 Z.15 definiert, ist außerdem **§ 11 Abs.6** unverständlich, soweit damit eine solche Erklärung lediglich als Substituens für den Nachweis einzelner der in § 11 Abs.2 Z.2 bis 4 genannten Aufenthaltserfordernisse für ausreichend erklärt werden sollte, wäre doch die einzig sinnvolle Auslegung beider Bestimmungen gleichzeitig eine unsachliche, nämlich daß für Fremde, denen es lediglich am Nachweis einer einzigen dieser Voraussetzungen mangelt, dennoch eine im Sinne des § 2 Abs.1 Z.15 allumfassende Haftungserklärung vorgelegt werden müßte (somit von einem solchen Fremden letztlich bedeutend mehr an Sicherheiten verlangt würden als wenn er alle Erfordernisse aus eigenem erfüllte).

Als eine der wenigen positiv hervorzuhebenden Errungenschaften des vorliegenden Gesetzesentwurfes ist die in **§ 12 Abs.2** nunmehr endlich vorgesehene, transparente Quotenbewirtschaftung hervorzuheben.

Das anders jedoch nichts daran, daß die mit dem vorliegenden Entwurf einmal mehr perpetuierte, restriktive Handhabung des Quotensystems (etwa mit dem Effekt, daß der Familiennachzug nach wie vor aus Quotengründen mit bis zu dreijährigen Wartezeiten einhergehen soll; § 12 Abs.4 letzter Satz)

vorhersehbare, längerfristige gesellschaftliche Entwicklungen beharrlich ignoriert (vgl. dazu schon die Stellungnahme des ÖRAK zum Entwurf der NLV 2004).

Zu **§ 76** siehe die Anmerkungen zu § 22 FPG 2005.

Insgesamt regt der Österreichische Rechtsanwaltskammertag an, die vorliegenden Entwürfe einer grundlegenden, an den Grundwerten des österreichischen Verfassungsrechts orientierten Überarbeitung zu unterziehen. Die vorliegenden Entwürfe müssen bedauerlicherweise, als "rechtsstaatlich missraten" qualifiziert werden.

Wien, am 14. April 2005

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident