



Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte
Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Asylgesetz 2005 und das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 geändert werden

verfasst von Stephanie Krisper
(Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, BIM)

Die vorliegende Stellungnahme widmet sich lediglich den intendierten Änderungen im Fremdenpolizeigesetz zu Rechtsberatung und Schubhaft. Daraus ist nicht zu schließen, dass das BIM dem nicht besprochenen Teil des Gesetzesentwurfes zustimmt. Es werden die Umsetzung der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger vom 24.12.2008 (RückführungsRL) als auch die Vereinbarkeit mit menschenrechtlichen Verpflichtungen besprochen.

Fremdenpolizeigesetz

Rechtsberatung

§ 63 bzw. 63a (Rechtsberatung bei Rückkehrentscheidungen und Rückkehrverboten bzw. Abschiebung, Schubhaft, gelinderem Mittel und sonstiger Befehls- und Zwangsgewalt)

Das BIM begrüßt, dass in Entsprechung des Art. 13 der RückführungsRL mit den §§ 63 und 63a ein System der Rechtsberatung bei Verfahren zur Erlassung von Rückkehrentscheidungen und Rückkehrverboten sowie ein gleichwertiges System der Rechtsberatung bei Abschiebung, Schubhaft, gelinderem Mittel und sonstiger Befehls- und Zwangsgewalt eingeführt wird.

Abs. 1: Es wird im Abs. 1 des § 63 als auch des § 63a normiert, dass dem Fremden **von Amts wegen** eine rechtskundige Person mit Spezialwissen auf dem Gebiet des Fremdenwesens zur Seite zu stellen ist. Ein derartiges Prozedere würde den Zugang zu Rechtsberatung an sich verbessern. Dies stellt eine sehr begrüßenswerte Novellierung dar. *Siehe jedoch unter Abs. 5.*

Weiters erfolgt die Gewährung der Rechtsberatung in Umsetzung der Vorgabe des Art. 13 Abs. 4 der RückführungsRL für den Drittstaatsangehörigen **kostenlos**; der Zugang zu kostenloser Rechtsberatung steht dem Fremden auch bei früher abgegebenem Verzicht jederzeit wieder frei. Diese Kostenfreiheit der Inanspruchnahme von Rechtsberatung wird vom BIM begrüßt; zum Zugang zur Rechtsberatung siehe Abs. 5.

Abs. 2: In Abs. 2 des § 63 als auch des § 63a wird in Umsetzung des Art. 13 Abs. 1 der RückführungsRL spiegelbildlich festgehalten, dass die Personen, die als RechtsberaterInnen fungieren, **unabhängig** sind, ihre Aufgaben **weisungsfrei** wahrzunehmen und die Beratungstätigkeit objektiv und nach bestem Wissen durchzuführen haben.

A-1010 Wien, Freyung 6, 1. Hof, Stiege II
Tel.: +43-(0)1-4277/27420, Fax: +43-(0)1-4277/27429
e-mail: bim.staatsrecht@univie.ac.at, Internet: <http://bim.lbg.ac.at>

In seinen erläuternden Bemerkungen erklärt das BM.I, die Normierung, dass eine Tätigkeit als RechtsberaterIn im Zulassungsverfahren gemäß § 64 AsylG 2005 einer Tätigkeit als RechtsberaterIn nach diesem Bundesgesetz nicht entgegenstehe, für sinnvoll zu erachten, „um Synergieeffekte zu schaffen und sowohl in Verfahren nach diesem Bundesgesetz als auch in Verfahren nach dem AsylG 2005 auf den gleichen Personenkreis zurückzugreifen und diesen zu Rechtsberatern zu bestellen“. Einerseits kann das BIM das Argument über Vorteile möglicher inhaltlicher Synergieeffekte nachvollziehen. Andererseits sieht das BIM die Unabhängigkeit der §63/63a-RechtsberaterInnen bei **Personengleichheit mit RechtsberaterInnen im zugelassenen Asylverfahren** durch das dadurch sich ergebende stärkere Abhängigkeitsverhältnis zum BM.I gefährdet. Es bleiben daher neben einem Verständnis für diese strukturelle Lösung **Bedenken über die unabhängige Stellung** der §63/63a-RechtsberaterInnen bestehen. Diese erhärten sich in der Besprechung des § 64 Abs. 3-5.

Abs. 3: Der Abs. 3 normiert jeweils für § 63 als auch § 63a, dass RechtsberaterInnen den/die Fremde/n nicht nur zu beraten, sondern auf dessen Ersuchen hin auch zu **vertreten** haben. Diese Normierung des Rechtsschutzes wird vom BIM als seit langem geforderte, äußerst relevante rechtsstaatliche Verbesserung sehr willkommen geheißen.

Abs. 4: Gemäß der Abs. 4 der §§ 63 und 63a hat aus ökonomischen Gründen die Rechtsberatung **in den Amtsräumen der Behörde** stattzufinden. Diese räumlichen Vorgaben sind problematisch, weil durch die räumliche Nähe der Anschein einer personellen bzw. persönlichen Nähe zur Behörde gegeben ist. Die Vertraulichkeit der Beratung ist dadurch auch gefährdet. Dies kann dem Aufbau eines für Rechtsberatung und -vertretung notwendigen Vertrauensverhältnisses nur abträglich sein. Die Vorgaben des Abs. 4 sind daher als äußerst bedenklich anzusehen. Das BIM urgiert daher seine **Streichung**.

Abs. 5: Die Abs. 5 der §§ 63 und 63a regeln, dass die Belehrung gemäß des jeweiligen Abs. 1 über den **Verzicht auf Rechtsberatung** auf jede geeignete Art und Weise erfolgen kann, insbesondere mit einem Formblatt. Das Formblatt ist in einer dem/der Fremden verständlichen Sprache oder einer Sprache, bei der vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass er sie versteht, zu Verfügung zu stellen. Weiters besteht eine Verordnungsermächtigung für die Frau Bundesminister die nähere Form und Gestaltung dieses Formblattes festzulegen. Diese sehr detaillierte Regelung über die verfahrensrechtlich selbstverständliche Möglichkeit des Verzichtes auf Rechtsberatung mittels Formblattes lässt das BIM urgieren, ebenso detailliert die **Information über die Möglichkeit einer Rechtsberatung** zu regeln. Eine effiziente Information ist für die Inanspruchnahme des entsprechenden Rechtes von grundlegender Bedeutung. In diesem Sinne könnte wie für den Verzicht ein eigenes Formblatt für die Information über Rechtsberatung zur Verfügung gestellt werden. Das BIM schlägt daher die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in das neue Gesetz vor.

§ 64 Abs. 1 (Rechtsberater)

Abs. 1: Der erste Absatz der Bestimmung legt fest, dass RechtsberaterInnen ein abgeschlossenes rechtswissenschaftliches Studium nachzuweisen haben. Sollte dies nicht der Fall sein, muss von der betroffenen Person nachgewiesen werden, dass sie mindestens fünf Jahre hauptamtlich und durchgehend rechtsberatend auf dem Gebiet des Fremdenwesens in einer kirchlichen oder privaten Organisation tätig war oder ist. Ein derartiges Anforderungsprofil für RechtsberaterInnen scheint dem BIM für die Sicherung einer qualitativ hochwertigen Rechtsberatung und -vertretung zielführend.

Abs. 2: Gemäß Abs. 2 obliegen die Auswahl und die **Bestellung der §63/63a-RechtsberaterInnen** dem BM.I. Die Frau Bundesminister kann auch eine juristische Person mit der Besorgung der Rechtsberatung gemäß §§ 63 oder 63a betrauen. Im Falle einer solchen Betrauung endet das Bestellungsverhältnis von RechtsberaterInnen. Im Gegensatz zur Auswahl der §63/63a-RechtsberaterInnen besteht bei der Auswahl der RechtsberaterInnen im zugelassenen Asylverfahren nach § 66 Abs.4 AsylG aF bzw. § 65

Abs. 1 AsylG nF ein **Vorschlagsrecht des UNHCR, der Länder und Gemeinden sowie des Beirates für Asyl- und Migrationsfragen**. Das BIM regt an, ein derartiges Vorschlagsrecht auch für die Auswahl der §63/63a-RechtsberaterInnen vorzusehen.

Abs. 3: Gemäß Abs. 3 richtet sich die Dauer des Rechtsberatungsverhältnisses nach der Dauer des mit der Frau Bundesminister abgeschlossenen Vertrages. Die Mindestvertragsdauer ist mit **fünf Jahren** festgelegt. Vertragsverhältnisse können **mit sofortiger Wirkung gekündigt** werden, wenn RechtsberaterInnen **wiederholt und beharrlich Pflichtverletzungen** begehen. Während das BIM die Mindestvertragsdauer von fünf Jahren aufgrund der sich daraus ergebenden relativen finanziellen Unabhängigkeit begrüßt, scheint die Möglichkeit sofortiger Kündigung wegen wiederholter und beharrlicher Pflichtverletzung **in Hinblick auf die folgenden Abs. 4 und 5 fragwürdig**.

Abs. 4: Abs. 4 enthält einen **Verhaltenskodex** für RechtsberaterInnen. So haben sich diese während der Dauer ihres Vertragsverhältnisses gemäß Z 1 bis 3 jeglichen Verhaltens zu enthalten, das geeignet ist,

- „1. **die gewissenhafte Wahrnehmung seiner Aufgaben hintanzuhalten;**
2. **den Eindruck einer seinen Aufgaben widersprechenden Wahrnehmung seiner Pflichten zu erwecken oder**
3. **die Amtsverschwiegenheit zu gefährden.“**

Das BMI urgiert **in Hinblick auf den folgenden Abs.5 die Streichung dieses Absatzes**.

Abs. 5: Abs. 5 bestimmt, dass RechtsberaterInnen in der Ausübung ihres Amtes **Beamte** iSv § 74 Abs. 1 Z 4 StGB und **zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet** sind. Wurde eine juristische Person mit der Besorgung der Rechtsberatung betraut, so **haftet sie im Rahmen des Amtshaftungsgesetzes** und die für sie tätigen Organe im Rahmen des Organhaftpflichtgesetzes. Bei wiederholter, schwerer Pflichtverletzung kann die Betrauung aufgelöst werden. Diesfalls stehen der juristischen Person keinerlei Ansprüche gegen den Bund zu, die über die Entschädigung für abgeschlossene Beratungen hinausgehen.

Das BIM hält Abs. 5 für alarmierend: Während §66 Abs. 5 nF für die BeraterInnen im zugelassenen Asylverfahren iSv Abs. 2 des §63 bzw. §63a vorsieht, dass diese ihre Tätigkeit objektiv und nach bestem Wissen durchzuführen haben, sollen die §63/63a-RechtsberaterInnen auch in Ausübung ihrer Tätigkeit, d.h. auch im Falle, dass sie die Rechtsvertretung übernommen haben, Beamte sein und der Amtsverschwiegenheit unterliegen. Eine derartige hierarchische Einbindung in die Struktur des BM.I ermöglicht Weisungen, in jedem Falle aber Einflussnahme auf die Arbeit der RechtsberaterInnen als auch auf ihre Möglichkeiten, öffentlich über Wahrnehmungen im Rahmen ihrer Tätigkeit als §63/63a-RechtsberaterInnen zu sprechen. Weiters können RechtsberaterInnen aufgrund ihrer Stellung als Beamte bei Missbrauch der Amtsgewalt bestraft werden. Darüber hinaus wird die geplante Rechtsberatung durch ihre jederzeitige Absetzbarkeit nach Abs. 4 zu einem lediglich formal unabhängigen Konstrukt.

Abs. 4 und 5 lassen jegliche schon in der Besprechung der Abs. 2 und 4 der §63 bzw. §63a anklingenden Zweifel an der Unabhängigkeit der §63/63a-Rechtsberatung zu einer vehementen Ablehnung an der legislativen Ausformulierung der Position des §63/63a-Rechtsberaters erhärten. Diese wird in einem menschenrechtlich höchst sensiblen Bereich den Anforderungen von Art 6 EMRK nicht gerecht.

Diese Kritik des BIM erstreckt sich auch auf die fast wort-, jedoch sinngleiche Bestimmung für RechtsberaterInnen vor dem AsylGH in **§66a Abs 7 AsylG nF**. Das BIM urgiert die **Streichung von Abs. 4 und 5 der §63 bzw. §63a sowie von §66a Abs 7 AsylG**.

In Hinblick auf Art. 5 geben die Möglichkeit sofortiger Kündigung wegen wiederholter und beharrlicher Pflichtverletzung nach Abs. 3, aber insbesondere die Verhaltensvorgaben nach Abs. 4 (in besonderem der sehr weit interpretierbaren Z2) derartig viele Möglichkeiten für willkürliche Angriffe auf die Unabhängigkeit des §63/63a-Rechtsberaters, dass diese Unabhängigkeit als inexistent anzusehen ist.

Das BIM fordert daher eine **Streichung der Abs. 3-5**.

Fehlende Umsetzung der RückführungsRL

Kontakt zu Rechtsberatung/-vertretung

Nach Art 16 Abs 2 der RückführungsRL soll inhaftierten Drittstaatsangehörigen auf Wunsch gestattet werden, „**zu gegebener Zeit**“ mit RechtsvertreterInnen, Familienangehörigen und den zuständigen Konsularbehörden Kontakt aufzunehmen.

Ebenso soll gemäß Art 16 Abs 4 und 5 RückführungsRL einschlägig tätigen zuständigen nationalen und internationalen Organisationen sowie nicht-staatlichen **Organisationen** der **Zugang zu den Hafteinrichtungen** ermöglicht werden, allenfalls unter der Bedingung einer Genehmigung. Die Angehaltenen sollen systematisch Informationen über ihre Rechte und Pflichten in Bezug auf die Hafteinrichtung erhalten, insbesondere über ihren nach einzelstaatlichem Recht geltenden Anspruch auf Kontaktaufnahme zu jenen Organisationen. Eine **richtlinienkonforme Änderung der relevanten Bestimmungen in der AnhO**, d.h. von § 21 Abs 3 und 4 AnhO¹, finden sich nicht im Gesetzesentwurf. Das BIM regt eine derartige Änderung an.

Menschenrechtlich bedenkliche Umsetzung der RückführungsRL

Die Tatsache, dass das BM.I die in Art 20 Abs 1 geschaffene separate **verlängerte Umsetzungsfrist bis zum 24. Dezember 2011** für „Rechtsberatung in Schubhaft“ gemäß Art 13 Abs 4 in Anspruch nimmt, lässt das BIM darauf hinweisen, dass Österreich schon heute nach Art 13 EMRK und Art 47 der Grundrechtscharta der Europäischen Union zur Gewährung eines wirksamen Rechtsbehelfes verpflichtet ist. Daher wäre eine **ehestmögliche Umsetzung** menschenrechtlich gefordert.²

Schubhaftverhängung

§ 76 Abs 3 FPG, vorletzter und letzter Satz: Die neu eingefügten Sätze sehen eine Übersetzung des im Schubhaftbescheid enthaltenden Spruches und der Rechtsmittelbelehrung vor und beschränken beim Vorliegen einer unrichtigen Übersetzung die Möglichkeit der Rechtsmittel auf die **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand iSd § 71 AVG**. Dies beschränkt nach Ansicht des BIM die Anfechtungsrechte im Falle schwerwiegender Übersetzungsfehler unverhältnismäßig und wäre **zu streichen**.

§ 80 (Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Schubhaftverhängung)

Abs 4 FPG: Der Entwurf sieht unter den von der RL genannten Voraussetzungen die Möglichkeit einer **Haftdauer** von höchstens 18 Monaten innerhalb eines Zeitraumes von 3 Jahren vor. Das BIM weist darauf hin, dass eine **Verlängerung** der nach dem gültigen § 80 Abs 4 vorgesehenen Haftdauer nicht mit dem in Art 4 Abs 3 RückführungsRL verankerten **Günstigkeitsprinzip** im Einklang stehen würde.

Wien, 28. Januar 2011

¹ „(3) Besuche

1. von Rechtsvertretern, Vertretern inländischer Behörden, diplomatischer oder konsularischer Vertretungen des Heimatstaates sowie von Organen, die durch für Österreich verbindliche internationale Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte eingerichtet sind, oder

2. deren Bedeutung für die Regelung wichtiger persönlicher Angelegenheiten glaubhaft gemacht werden, dürfen jederzeit im erforderlichen Ausmaß empfangen werden; nach Möglichkeit sind sie während der Arbeitsstunden abzuwickeln. Besuche von Vertretern der Schubhaftbetreuung sind während der Arbeitsstunden, darüber hinaus in Absprache mit dem Kommandanten abzuwickeln.

(4) Besuche Privater, nicht jedoch von Rechtsvertretern, dürfen auch inhaltlich überwacht werden; (...).“

² Siehe auch die wiederholten Empfehlungen des österreichischen Menschenrechtsbeirates, zuletzt die Empfehlung Nr. 354 vom Dezember 2010: "Der MRB empfiehlt daher, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass Menschen in Schubhaft durch eine effektive Rechtsberatung Informationen darüber erhalten, welche Möglichkeiten ihnen offen stehen, um bei österreichischen Behörden und beim EGMR Rechtsschutz zu suchen."