

Diakonie

Stellungnahme der Diakonie Österreich zum Entwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das BFA-Verfahrensgesetz geändert werden (996 d.B.)

Vorbemerkungen:

Die Diakonie Österreich betrachtet die, in diesem Entwurf geplanten, gravierenden Änderungen im Asylsystem mit großer Sorge und spricht sich klar gegen die Aussetzung des Europarechts und der Einführung von Schnellverfahren zur Zurückweisung ohne Asylverfahren an der Grenze aus. Österreich befindet sich nicht im Notstand. Asyl und Menschenrechte dürfen deshalb auch nicht ausgesetzt werden. Österreich hat – so wie alle anderen europäischen Staaten – die Verpflichtung sein Asylsystem anzuwenden. Die Lösung liegt nach wie vor in einem gemeinsamen und solidarischen Auftreten der EU-Länder und nicht im Separatismus....

Zu den einzelnen Änderungen

§ 3 (4) Aberkennungs-Überprüfungsautomatismus

Die Diakonie appelliert, das unbefristete Aufenthaltsrecht bei Anerkennung des Status des Asylberechtigten beizubehalten. Die unbefristete Aufenthaltsberechtigung hat sich als sinnvoll und integrationsfördernd erwiesen. Die EU-Richtlinie räumt den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit des befristeten Aufenthaltsrechts ein, wobei dieses dann mindestens drei Jahre betragen muss. Es ist nicht nachvollziehbar, warum Österreich nicht die günstigere nationale Bestimmung beibehält. Die bestehende Gesetzeslage sieht einige Aberkennungstatbestände vor, unter anderen auch, wenn sich die Lage im Verfolgerstaat so weit geändert hat, dass der Flüchtlingsstatus nicht mehr gerechtfertigt ist. Die Genfer Flüchtlingskonvention und das Asylgesetz sehen jedenfalls eine Einzelfallprüfung vor, wobei eine Aberkennung nicht zulässig wäre, wenn aufgrund drohender schwerwiegender Verfolgungshandlungen wie Folter, Ermordung naher Angehöriger, etc. die Rückkehr in den Herkunftsstaat trotz geänderter Umstände nicht zumutbar wäre.

Aufgrund der stark ansteigenden Anzahl von Anträgen auf internationalen Schutz sowie der größeren Anzahl positiver Asylentscheidungen wäre das BFA und die nachgeordneten Gerichte mit einer nicht unbeträchtlichen Anzahl zusätzlicher Verfahren belastet. Es wird befürchtet, dass das BFA säumig wird, weil es die Verfahren nicht binnen der gesetzlichen Fristen durchführen können. Gemäß internationaler Konventionen wie der Genfer Flüchtlingskonvention stehen Schutzberechtigten eine Reihe von Rechten zu, wie etwa jenes auf Erwerbstätigkeit. Flüchtlinge werden eine weit längere Phase der Unsicherheit über ihren Status hinnehmen müssen, wenn neben der dreijährigen Befristung des Aufenthalts eine längere Verfahrensdauer bis zur Anerkennung des Status tritt. Vor Einführung einer Maßnahme wie die befristete Asylgewährung könnten die Erfahrungen anderer EU-Staaten Hinweise über die Effizienz liefern.

Es ist einigermaßen befremdlich, wenn in Österreich eine Befristung des Schutzstatus eingeführt werden soll, während Deutschland diese Bestimmung mit 1. August 2015 abgeschafft hat. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge begrüßte diese Entscheidung ausdrücklich und wies darauf hin, dass in

95 % der Fälle der Status ohnehin nicht widerrufen worden sei und es eine deutliche Entlastung erwartet werde¹.

Wir empfehlen die Beibehaltung der aktuellen Gesetzesbestimmung sowie die Aufenthaltsberechtigung für subsidiär Schutzberechtigte unbefristet zu erteilen. De facto wird das

¹ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Pressemitteilung vom 13. 8.2015 www.bamf.de

Aufenthaltsrecht dem Gros der subsidiär Schutzberechtigten verlängert, weil der Schutzbedarf im Regelfall längerfristig besteht.

§ 3 (4a) AsylG Analyse der Staatendokumentation

Die mit den letzten Novellen eingeführten Nebenregelungen, etwa dem BFA-G oder dem BFA-VG neben dem eigentlichen Materiengesetz Asylgesetz sowie dem weiterhin anzuwendenden AVG sind einer nachvollziehbaren Systematik nicht dienlich. So ist auch nicht verwunderlich, dass die Aufgaben der Staatendokumentation sich zunächst in BFA-G finden und nun diese den Aufgabenbereich erweiternde Regelungen im AsylG zu finden sind.

Es wäre sicherzustellen, dass Analysen zur Einschätzung der Situation im Herkunftsstaat von unabhängigen Experten getroffen werden. Die Einrichtung der Staatendokumentation im Innenministerium /BFA und die Zusammensetzung der Gremien mit SC Dr. Vogl/BMI als Beiratsvorsitzender lassen Zweifel an der Unabhängigkeit aufkommen, selbst wenn Neutralität und Objektivität durch die im Beirat beschlossenen Standards angestrebt werden sollen. Im Gegensatz zum derzeitigen Auftrag, Lageberichte zu sammeln und wissenschaftlich aufzubereiten soll nun die Lagebeurteilung in Form von Analysen durchgeführt werden. Insbesondere die Einschätzung, ob eine Veränderung „dauerhaft“ ist, verlangt eine Prognose. Die Prognose ist jedoch Aufgabe von Entscheider*innen in Verfahren zu internationalem Schutz – und sollte demnach nicht Aufgabe der Staatendokumentation in ihrer derzeitigen institutionellen Einbindung und Ausstattung sein. Vor diesem Hintergrund ist es bedenklich, dass aufgrund eines Berichts der Staatendokumentation systematisch ex-lege Aberkennungsverfahren einzuleiten sind.

Weiters spricht gegen die Einleitung solcher systematischen Aberkennungsverfahren, dass diese zu einem massiven Verwaltungsaufwand und auch zu großer Verunsicherung der anerkannten Flüchtlinge führen werden.

§ 51a Karte für Asylberechtigte

Grundsätzlich wird die Erteilung einer Karte für Asylberechtigte begrüßt, da damit ein moderner Nachweis der Identität und des Aufenthaltsrechts zur Verfügung steht und Asylberechtigte nicht gezwungen sind, sich überall mit ihrem Konventionsreisepass auszuweisen. Die Diakonie weist darauf hin, dass aufgrund des Weiterbestehens des Aufenthaltsrechts bis zu einer rechtskräftigen Aberkennung des Status eine zeitliche Befristung der Gültigkeit nicht zweckdienlich wäre. Würde eine Befristung auf der Karte vermerkt werden, würden sich in der Praxis zahlreiche Probleme für die rechtlich noch zum Aufenthalt berechtigten Flüchtlinge ergeben.

§ 35 (1) Befristung der Familienzusammenführung

Die geplante zeitliche Begrenzung für den Nachzug von Familienangehörigen Asylberechtigter dürfte schon aufgrund organisatorischer Abläufe dazu führen, dass der Familiennachzug scheitert. Die Antragstellung im Ausland binnen drei Monaten erscheint als unnötige Härte die wohl allein den Zweck hat, Flüchtlinge von Österreich fernzuhalten. Auch die Europäische Kommission hält die Nichtumsetzung der Befristung für die am besten geeignete Lösung:² *„Flüchtlinge haben in diesem Zeitraum häufig mit praktischen Schwierigkeiten zu kämpfen, die die Familienzusammenführung konkret behindern können. [...] Nach Auffassung der Kommission sollten die Mitgliedstaaten,*

² Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2003/86/EG des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, COM (2014) 210 final v. 3.4.2014, S. 28.

insbesondere bei der Anwendung einer Frist, die Möglichkeit vorsehen, dass der Zusammenführende den Antrag im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats einreicht, um die Wirksamkeit des Rechts auf Familienzusammenführung zu gewährleisten“.

Es ist unklar, wann die Frist für die Antragstellung zu laufen beginnt, ob der Antrag als gestellt angesehen wird, auch wenn die bei der Botschaft einzureichenden Unterlagen nicht vollständig sind. Weiters wäre bei dieser extrem kurzen Frist von drei Monaten zu bedenken, dass der Antrag nicht vom Asylberechtigten in Österreich gestellt werden kann, sondern die Familienangehörigen den Antrag auf einen Einreisetitel bei einer österreichischen Vertretungsbehörde zu stellen haben. Diese Antragsvoraussetzungen unterscheiden sich von Regelungen in anderen EU-Staaten wie beispielsweise der Bundesrepublik Deutschland (siehe § 29 AufenthG). Die deutsche Regelung geht offenbar davon aus, dass es dem in der EU lebenden Zusammenführenden zumutbar wäre, einen Antrag innerhalb von drei Monaten zu stellen. Eine richtlinienkonforme Ausgestaltung des Rechts auf Familienzusammenführung würde also bedeuten, dass der Antrag vom Zusammenführenden und nicht von den in der Herkunftsregion lebenden Familienmitgliedern zu stellen ist. Die geplante Einführung einer Antragsfrist für im Ausland aufhältige Familienangehörige wäre nicht richtlinienkonform.

Nach Ablauf dieser Dreimonatsfrist soll der Familiennachzug nur dann ermöglicht werden, wenn die Asylberechtigten in der Lage sind, Unterkunft und Unterhaltsmittel in einer Höhe nachweisen, wie dies für den Nachzug im Rahmen des NAG, also von erwerbstätigen Drittstaatsangehörigen gilt. Für das BFA als zuständige Behörde ergibt sich dadurch ein weiterer Prüfungsumfang.

Die Erteilungsvoraussetzungen für den Familiennachzug, die sich an den ASVG-Richtsätzen orientieren, lassen die spezielle Situation von Flüchtlingen völlig unberücksichtigt. Es sei daran erinnert, dass diese Personengruppe nicht freiwillig ihre Heimat verlassen hat und auch Rückkehr zur Aufrechterhaltung des Familienlebens nicht möglich ist. Für ein Ehepaar mit 3 Kindern müsste das Einkommen der zusammenführenden Person rund 2100,-Euro netto betragen.

Abs 2 Familiennachzug bei subsidiären Schutz

Nicht nachvollziehbar und aus humanitärer Sicht katastrophal ist der Entfall erleichterter Familienzusammenführung bei subsidiär Schutzberechtigten. Die bisher geltende „Wartefrist“ bis zur ersten Verlängerung nach einem Jahr entfällt gänzlich mit der Folge, dass die Familienangehörigen nach dem Gesetzesentwurf erst drei Jahre nach Zuerkennung des subsidiären Status an die Bezugsperson einen Antrag stellen dürfen. Dabei müssen auch die Existenzmittel, Unterkunft und Krankenversicherung nachgewiesen werden. Vor allem betroffen von der Abschaffung erleichterter Familienzusammenführung sind Frauen und Kinder in Krisen- und Kriegsregionen wie beispielsweise in Syrien, Irak, Afghanistan. De facto werden die verschärften Voraussetzungen für den Familiennachzug dazu führen, dass diese künftig deutlich öfter als bisher nicht auf dem legalen Weg versuchen werden nachzukommen, sondern auch die Familienangehörigen auf den illegalen Weg ausweichen müssen.

Zu bedenken ist, dass sich die in § 35 (4) Zi 3 vorgesehene Prüfung von Art. 8 EMRK lediglich auf die Erteilungsvoraussetzungen gemäß § 60 Abs 2 Zi 1-3 beziehen, die generelle Wartefrist von drei Jahren keine Relevanz im Sinne des Art.8 EMRK entfalten soll. Eine Überprüfung der Verletzung von Art. 8 EMRK kann nicht per Gesetz ausgeschlossen werden.

Die nunmehr auf drei Jahre erweiterte Differenzierung beim Familiennachzug zwischen Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten erscheint auch im Hinblick auf die Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention als verfassungswidrig:

Nach Rechtsprechung des EGMR kann eine Maßnahme, die an sich keine Verletzung der EMRK darstellt, gegen die Rechte der EMRK in Verbindung mit Art. 14 EMRK verstoßen, weil sie im Gesamten als Diskriminierung einzuordnen ist. Voraussetzung für die Anwendung des Art. 14 EMRK ist allerdings, dass der Sachverhalt in den Regelungsbereich einer Konventionsgarantie fällt, was durch den Eingriff in Art. 8 EMRK jedenfalls zu bejahen ist. Der EGMR führt dazu in ständiger Rechtsprechung aus, dass eine Regelung/Maßnahme dann diskriminierend wirkt, wenn sie hinsichtlich der Gewährleistung der Ausübung eines Rechts zwischen Personen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, unterscheidet, ohne dass es hierfür einen objektiven und angemessenen Rechtfertigungsgrund gibt und/oder zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Zweck kein angemessenes Verhältnis besteht.³ Zwar bedeutet nicht jede differenzierende Maßnahme eine Verletzung von Art. 14 EMRK, lediglich eine unterschiedliche Behandlung ohne sachliche Rechtfertigung bedeutet einen Verstoß. Es muss ein legitimes Ziel mit der Ungleichbehandlung verfolgt werden und zwischen angestrebtem Ziel und eingesetztem Mittel muss eine Verhältnismäßigkeit festgestellt werden können. Die Rechtfertigung wird in den Erläuterungen darin gesehen, dass die FamilienzusammenführungsRL (2003/86/EG) keine Anwendung finde. Dass das Unionsrecht eine Differenzierung erlaubt, reicht für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung allerdings noch nicht aus, da der Gesetzgeber in der Umsetzung einen Spielraum eingeräumt ist. Ebenso wenig sieht der EGMR eine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung in der politischen Intention von Staaten, Schutzsuchende abzuschrecken.⁴

Die Diakonie erachtet es daher als fraglich, ob es sachlich gerechtfertigt ist, Personen mit subsidiären Schutz - im Unterschied zu Asylberechtigten - das Familienleben drei Jahre zu verwehren, wo insbesondere im Hinblick auf die Rechte von subsidiär Schutzberechtigten und Asylberechtigten durch die Neufassung der StatusRL eine Harmonisierung vollzogen wurde⁵. Auch durch den aktuellen Gesetzesentwurf erfolgen im Hinblick auf den gewährten Status durch die Befristung der Asylberechtigung Angleichungen hinsichtlich der Aufenthaltsperspektive.

Die Diakonie hat zudem massive Bedenken gegen die Wartezeit für den Familiennachzug von Familienmitgliedern von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen. Zahlreiche Gesetzesbestimmungen zielen darauf ab, die Familienzusammenführung zu ermöglichen (Family tracing), der Gesetzesentwurf sieht jedoch nur von den Erteilungsvoraussetzungen ab, behält jedoch die Wartezeit von 3 Jahren nach Statuszuerkennung. Bei einer derzeit sehr langen Verfahrensdauer insbesondere bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen besteht die Gefahr, dass selbst unmündige (unter 14 Jährige) Minderjährige mehrere Jahre von ihren Familien getrennt bleiben oder diese gar nicht mehr nachholen können. Zudem ist zu befürchten, dass die Zahl der unmündigen Minderjährigen Antragsteller*innen stark steigen wird. Dass diese Befürchtung durchaus realistisch ist, zeigen die Statistiken, wonach bereits in den ersten zwei Monaten dieses Jahres fast ebenso viele unmündige Minderjährige einen Antrag gestellt haben wie im gesamten letzten Jahr (620 zu 663).

Diese Regelung ist mit dem Kinderwohl keinesfalls vereinbar.

§ 19 Abs 6 AsylG: Einvernahme durch das BFA im Säumnisverfahren

Es soll eine Regelung eingeführt werden, die es dem BVwG ermöglicht, in einem Verfahren aufgrund einer Säumnisbeschwerde das BFA mit der Einvernahme zu beauftragen. Damit soll vermieden werden, dass bei Säumnis ein Verfahren ohne Einvernahme durch das BFA zu führen ist.

³ EGMR, 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a.bzw EGMR, *Hode and Abdi v United Kingdom*, 6.11.2012, Nr. 22341/09.

⁴ Vgl. EGMR, 06.11.2012, „Hode und Abdi gg das Vereinigte Königreich“, Beschwerde-Nr. 22341/09, Rn 51-55

⁵ Art. 23 Abs. 1 RL 2011/95/EU: „Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass der Familienverband aufrechterhalten werden kann.“

Die Diakonie erachtet als bedenklich, dass trotz Zuständigkeitsübergang an das BVwG eine Einvernahme vom BFA durchgeführt werden soll, obwohl diesem keine Entscheidungsbefugnis zukommt. Durch den Zuständigkeitsübergang wird das Gericht sachlich zuständig und sind jedenfalls die gerichtlichen Grundprinzipien zu wahren. Dies betrifft vor allem den Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 25 Abs. 7 VwGVG). Die Einvernahme kann keinesfalls die mündliche Verhandlung vor dem Gericht ersetzen. **Darüber hinaus liegt darin ein Verstoß gegen den in Art 94 B-VG normierten Grundsatz der Trennung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung.**

§ 22 Abs 1 AsylG: Verlängerung der Entscheidungsfrist im erstinstanzlichen Verfahren

Die geplante Regelung sieht eine vorübergehende Ausnahme zum allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht vor. Danach soll das BFA für die Entscheidung über Asylanträge, die bis zum 31.05.2018 eingebracht werden, statt 6 Monate, 15 Monate, in begründeten Einzelfällen sogar 18 Monate Zeit haben. Es sind keinerlei Sonderbestimmungen für besonders vulnerable Gruppen, wie unbegleitete Minderjährige, schwer kranke oder traumatisierte Menschen vorgesehen. Begründet wird dies damit, dass aufgrund des starken Zustroms im vergangenen Jahr und der „*allgemeinen organisatorischen Rahmenbedingungen*“ eine Entscheidung innerhalb von sechs Monaten nicht gewährleistet werden kann.

Eine Verlängerung der Entscheidungsfrist läuft den bisherigen langjährigen politischen Forderungen⁶ nach rascheren Asylverfahren diametral entgegen. Für Betroffene verlängert sich mit einer Verlängerung der Entscheidungsfrist die Zeit des Wartens und der Unsicherheit. Während des Asylverfahrens besteht nur ein sehr eingeschränkter Arbeitsmarktzugang, der Asylsuchenden die Aufnahme unselbstständiger Arbeit praktisch verunmöglicht.⁷

Die Verlängerung der Entscheidungsfrist mit der Sicherstellung des Rechtsschutzes zu begründen ist nicht nachvollziehbar. Zwar fällt mit Erhebung der Säumnisbeschwerde eine Entscheidungsinstanz weg, doch ist die Entscheidung, eine solche Beschwerde zu erheben oder nicht, selbstverständlich der*dem Asylwerber*in überlassen. Vielmehr wird mit der vorgeschlagenen Fristverlängerung ein Rechtsbehelf genommen, da Säumnisbeschwerden nun, selbst wenn nahezu keine Asylanträge mehr eingebracht werden, erst 15 bzw. 18 Monate nach Antragseinbringung eingebracht werden können und Asylsuchende, in deren Verfahren auch nach über einem Jahr noch keine Verfahrensschritte gesetzt wurden, sich nicht dagegen wehren können.

Die Diakonie spricht sich klar für eine Abstandnahme von dieser Bestimmung aus.

§§ 36 ff AsylG: Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen

⁶ Vgl. z.B. ÖVP-Aktionsplan 2016+; abrufbar unter: <https://www.oevp.at/asyl/OeVP-Aktionsplan-2016-GRENZEN-SETZEN.psp>; Zugriff am 19.04.2016

⁷ Der Arbeitsmarktzugang während des Asylverfahrens ist durch einen Erlass des damaligen Sozialministers aus 2004 (sogenannter „Bartensteinerlass“) stark eingeschränkt. Beschäftigungsbewilligungen dürfen an AsylwerberInnen aber nur im Bereich von Kontingenten für Saisonbeschäftigung ausgestellt werden.

Die Diakonie schließt sich den von RA Dr. Ronald Frühwirth geäußerten Bedenken in seiner Stellungnahme vom 10.04.2016 zum Gesetzesentwurf betreffend die Einführung von Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen im 5. Abschnitt des 4. Hauptstückes des Asylgesetzes 2005 vollinhaltlich an:

Zur Heranziehung von Art 72 AEUV

„Der Gesetzesentwurf stützt sich auf die Bestimmung des Art 72 AEUV, die sogenannte ordre-public-Klausel, die es den Mitgliedstaaten ermöglicht, in Wahrnehmung ihrer Zuständigkeiten „für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“ vom Sekundärrecht der Union abweichende Regelungen zu erlassen. Es findet sich zur Auslegung dieser Bestimmung – soweit ersichtlich – noch keine Rechtsprechung des EuGH. Im Schrifttum wird aber überwiegend die Meinung vertreten, die Anwendung dieser Bestimmung erfordere „außergewöhnliche Umstände“ und eine „stichhaltige“ Begründung (vgl Feik in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 72 AEUV, Rz 1 mwN).

Den Materialien zum Gesetzesentwurf fehlt es jedenfalls an einer solchen stichhaltigen Begründung, warum die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet und damit die Abschaffung des Asylrechts in Österreich zu rechtfertigen wären. Es heißt dort lediglich, der „massive Zustrom an Schutzsuchenden (rund 89.000 Asylantragsteller) im Jahr 2015 [habe] das österreichische Aufnahmesystem vor gewaltige Herausforderungen gestellt“. Zudem habe sich „die staatliche Sicherheitslage dramatisch verschärft“. Eine Herausforderung mögen die hohen Antragszahlen allemal dargestellt haben, weshalb sich aber die staatliche Sicherheitslage dramatisch verschärft habe, ergibt sich aus den Materialien nicht. Es wird dafür kein einziges Argument geliefert. Stattdessen wird aus den genannten Behauptungen sodann der Schluss abgeleitet, dass ein „vergleichbarer, neuerlicher Ansturm an Schutzsuchenden im Jahr 2016 [...] die Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen und öffentlichen Dienste nicht nur weiter beeinträchtigen, sondern diese vollends zum Erliegen bringen“ würde (vgl zu alldem Seite 6). Die Materialien bleiben jegliche Begründung schuldig, weshalb durch die Aufnahme von schutzsuchenden Menschen die Gefahr des Zusammenbruchs staatlicher Einrichtungen und der öffentlichen Dienste drohen würde.

Nun gibt es leider mangels Rechtsprechung des EuGH zu Art 72 AEUV keine weiteren Anhaltspunkte, wann Abweichungen vom Sekundärrecht der Union unter Berufung auf diese Bestimmung zulässig sein können. In den Materialien zum Gesetzesentwurf wird als Vergleichsmaßstab der Schengener Grenzkodex (VO (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.03.2006, idF VO (EU) Nr. 1051/2013). bemüht, der die Einführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen unter bestimmten Voraussetzungen, konkret bei Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“, wodurch „die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit in einem Mitgliedstaat ernsthaft bedroht“ sind (vgl Art 23 Abs 1 Schengener Grenzkodex), erlaubt. Die Materialien zum Gesetzesentwurf bemühen in diesem Zusammenhang eine Stellungnahme der Europäischen Kommission, in der die Einführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen durch Österreich und Deutschland als „angemessene Antwort auf die Gefährdung“ betrachtet wird, „die für die innere Sicherheit und die öffentliche Ordnung festgestellt wurde und die sich aus dem ungeordneten Zustrom einer außergewöhnlich hohen Zahl von Personen“ ergeben habe (vgl Seite 6 des Entwurfs). Dazu ist zu sagen, dass die Auslegung von Unionsrecht nicht der Europäischen Kommission, sondern vielmehr dem Europäischen Gerichtshof obliegt und dieser auch die Unionsrechtskonformität der vorgenommenen Abweichungen vom

*Sekundärrecht überprüfen wird können. An Rechtsprechung zu vergleichbaren Fällen fehlt es aber bis dato.*⁸

Der EuGH hat jedoch bereits ausgeführt, dass Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit nur ganz bestimmte außergewöhnliche Fälle betreffe. **Aus ihnen lässt sich kein allgemeiner, dem Vertrag immanenter Vorbehalt ableiten, der jede Maßnahme, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit getroffen wird, vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausnimmt. Würde ein solcher Vorbehalt unabhängig von den besonderen Tatbestandsmerkmalen der Bestimmungen des Vertrages anerkannt, so könnte das die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen** (vgl. EuGH C-186/01, RS Dori, vom 11.03.2003, Rn 31)

Nach der Rechtsprechung des EuGH schützt die öffentliche Sicherheit sowohl die innere, als auch die äußere Sicherheit des Staates. Die öffentliche Sicherheit ist nach der Judikatur des EuGH gefährdet, wenn die Existenz eines Staates im Hinblick auf das Funktionieren seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben seiner Bevölkerung bedroht sind (EuGH 10. 7. 1984, 72/83, *Campus Oil*, Slg 1984, 2727).⁹

Diese Voraussetzungen sind weder derzeit, noch waren sie zu einem früheren Zeitpunkt gegeben. Durch die in den Erläuterungen genannten 89.000 Anträge auf internationalen Schutz im Jahr 2015 ist die Existenz des Staates im Hinblick auf das Funktionieren seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben seiner Bevölkerung keinesfalls bedroht. Die Fluchtbewegung auch mehrerer tausend schutzsuchender Menschen hat keine mit organisierter Kriminalität oder terroristischen Zwischenfällen vergleichbaren Auswirkungen auf öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit in Österreich.

Die Diakonie möchte darüber hinaus festhalten, dass es bei der Frage der Einschränkung/Aussetzung des europäischen Sekundärrechts jedenfalls auch einer Verhältnismäßigkeit der geplanten Maßnahmen bedarf. Verhältnismäßigkeit bedeutet nach der Rechtsprechung des EuGH, dass die gesetzte Maßnahme zur Erreichung der Ziele geeignet und erforderlich ist. Die Erforderlichkeit einer Maßnahme verlangt, dass das Ziel nicht auch durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden kann.

„Betroffen und in ihrem Funktionieren gefährdet“ sind nach den Erläuterungen in erster Linie das Asylsystem (Asylverfahren und Grundversorgung), der Arbeitsmarkt und das Sozialsystem. Diese Systeme seien nämlich an den tatsächlichen Kapazitätsgrenzen für eine menschenwürdige Aufnahme von Schutzsuchenden angelangt.

Diese Argumentation lässt jedoch gänzlich unberücksichtigt, dass nicht jede Person, die einen Antrag auf internationalen Schutz in Österreich gestellt hat, das Recht auf inhaltliche Prüfung der Asylgründe und somit der eventuellen Gewährung von internationalem Schutz in Österreich hat. Gemäß der Regelungen der Dublin Verordnung (VO 604/2013) gibt es einen klaren Kriterienkatalog, der die Zuständigkeitsfrage zur Prüfung des Verfahrens klärt. Der vorübergehende Ausschluss dieser Regelungen durch die geplante Änderungen im fünften Hauptstück, ohne darzulegen, in wie vielen Fällen Österreich aufgrund der Zuständigkeitskriterien tatsächlich verpflichtet wäre eine inhaltliche

⁸Frühwirth: Stellungnahme zum Gesetzesentwurf betreffend Einführung von Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen im 5. Abschnitt des 4. Hauptstückes des Asylgesetzes 2005 vom 10.04.2016

⁹ *Windisch-Graetz in Mayer/Stöger*, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 45 AEUV Rz 116

Prüfung durchzuführen, zeigt das überschießende Vorgehen der geplanten Regelungen. Weder das Sozialsystem, noch der Arbeitsmarkt können von Personen im Zulassungsverfahren in dem die Zuständigkeitsfrage zu klären ist belastet werden, weil diese nach den österreichischen Regelungen weder Anspruch auf Mindestsicherung, noch Arbeitsmarktzugang haben. **Die Verhältnismäßigkeit des gänzlichen Ausschluss der gemeinsamen europäischen Regelungen im Asylverfahren wird daher jedenfalls zu verneinen sein.** Wie bereits dargelegt, **bedeutet „erforderlich“ dass das Ziel nicht auch durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden kann.** Eine Erklärung weshalb beispielweise die konsequente Bearbeitung der „Dublin“-Verfahren nicht ausreichend wäre, bleibt der Entwurf schuldig.

Zum primärrechtlich gewährleisteten Recht auf Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz (Art 18 GRC)

*„Im Entwurf wird eingeräumt, dass Art 72 AEUV nur die Abweichung von Regelungen des Sekundärrechts, nicht aber vom Primärrecht der Union ermöglicht. Wichtige Rechtsquelle des insofern „notstandsfesten“ Primärrechts der Union ist die Grundrechtecharta der Union (GRC). In Art 18 GRC ist ein „Recht auf Asyl“ verankert, das nach Maßgabe der Bestimmungen der sogenannten „Genfer Flüchtlingskonvention“ (GFK) zu gewährleisten ist. Die Materialien zum Entwurf sprechen davon, dass Art 18 GRC lediglich als Verweisungsnorm ausgestaltet sei, wonach die GFK im Rahmen der Unionsgesetzgebung zu beachten sei und halten apodiktisch fest, dass aus Art 18 GRC allerdings kein „primärrechtlich garantiertes Recht auf Asylgewährung“ abzuleiten wäre. Diese Behauptung wird weder durch einen Hinweis auf Rechtsprechung, noch auf die Literatur untermauert. Sie nimmt offenbar auf die Ausführungen in Obwexers Gutachten Bezug. Dieser statuiert ebenso apodiktisch, aus Art 18 GRC ließe sich kein subjektiver Anspruch und damit kein primärrechtliches Recht auf Asyl ableiten und zitiert einen einzigen Kommentar zu dieser Frage. **Dabei lässt er völlig außer Acht, dass es eine Reihe von gewichtigen Stimmen gibt, die die gegenteilige Ansicht vertreten und meinen, dass sich aus Art 18 GRC sehr wohl ein Recht auf Asyl im Sinne eines subjektiven Anspruchs auf Asylgewährung ergebe; dafür spreche zum einen der Wortlaut („Recht auf Asyl“) und zum anderen die Aufnahme dieses Rechts in die GRC** (vgl idS etwa Thallinger, in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar (2014), Art 18 GRC, Rz 11 und 14 mwN etwa auf Grabenwarter; siehe zur reichhaltigen Diskussion im Schrifttum etwa auch Gil-Bazo, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union’s Law*, *Refugee Survey Quarterly*, Bd. 27 [2008] Heft 3, 33-52, 45 von einem „right of individuals“ sprechend oder den Heijer, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, Art 18 Rz 18.28); weiters Huber, *Die Bedeutung der Charta der Grundrechte für das Asyl- und Flüchtlingsrecht*, in: Barwig/Dobbelstein (Hrsg), *Den Fremden akzeptieren*, *Festschrift für Giesbert Brinkmann*, 2012, 213-222, 219 und Kiel, *Asyl als Menschenrecht*, in: Krajewski/Reuß/Tabbara (Hrsg), *Gesellschaftliche Herausforderungen des Rechts. Eigentum - Migration - Frieden und Solidarität. Gedächtnisschrift für Helmut Rittstieg*, 2015, 163 – 214, insb 176-179).*

Es kann also keine Rede davon sein, es wäre einhellige Meinung, dass sich aus Art 18 GRC kein subjektives Recht auf Asyl ableiten ließe. Geht man von einem solchen subjektiven Recht aus, bedeutet dies aber auch, dass Asylsuchende daraus – und damit aus dem Primärrecht – abgeleitet einen Anspruch darauf haben, „dass ihr Antrag nach den gesetzlichen, insb sekundärrechtlichen Bedingungen erledigt wird und dass ihnen, sofern sie die darin aufgestellten Voraussetzungen

erfüllen, Asyl und die damit verbundenen Rechte gewährt werden“ (Thallinger, in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar (2014), Art 18 GRC, Rz 11).

Von dieser Ansicht ausgehend wird durch die vorgeschlagenen Bestimmungen des Entwurfs Primärrecht der Union verletzt, da Asylsuchende nach dem neuen Verfahrensbestimmungen keinen Anspruch darauf haben, dass ihr Antrag auf internationalen Schutz überhaupt geprüft wird.¹⁰

Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Beschwerde und effektiven Rechtsschutz und damit im Zusammenhang zur Notwendigkeit, einen Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung auszugestalten

„Selbst wenn all die vorhin genannten Argumente nicht greifen würden und man davon ausginge, dass es mit dem Unionsrecht konform ginge, das unionsrechtliche Sekundärrecht zum Asylrecht außer Kraft zu setzen, haben die Bestimmungen verfassungsgesetzlichen Anforderungen zu genügen. Davon gehen auch die Verfasser des Gesetzesentwurfes aus.

Das vorgeschlagene Prozedere besagt nun, dass ein Antrag auf internationalen Schutz persönlich in einer Registrierungsstelle zu stellen ist. Bevor es dann zur Erstbefragung nach § 19 Abs 1 AsylG kommt, wird die Zulässigkeit einer Einreiseverweigerung in Form einer Zurückweisung oder Zurückschiebung geprüft. Eine solche soll in alle Nachbarstaaten Österreichs zulässig sein, außer Gründe des Art 2, 3 oder 8 EMRK lassen eine Antragstellung in Österreich geboten erscheinen. Der mit der Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz obligatorisch verbunden faktische Abschiebeschutz soll in diesen Fällen jedoch noch nicht greifen.

In den Erläuternden Bemerkungen wird – des Ausführungen Obwexers nahezu wörtlich folgend – die Ansicht vertreten, dass „im Falle einer Aus- oder Zurückweisung in einen Staat, in dem keine Verletzung von Art 3 EMRK droht, dem Rechtsbehelf nicht zwingend aufschiebende Wirkung zukommen“ müsse. Der Entwurf folgt damit erkennbar der Ansicht, nur eine Außerlanderschaffung in den Herkunftsstaat oder einen Staat, in dem eine Kettenabschiebung droht, wäre geeignet, eine Verletzung von Art 3 EMRK darzustellen. Nachdem er dies scheinbar für alle Nachbarstaaten Österreichs ausschließt, geht der Entwurf davon aus, es bedarf keines Rechtsbehelfs, dem aufschiebende Wirkung zukommt.

Dabei wird Grundlegendes übersehen: Auch eine Außerlanderschaffung in andere EU-Mitgliedstaaten kann geeignet sein, eine Verletzung von Art 3 EMRK zu bewirken. Dies zeigen zahlreiche Entscheidungen europäischer Gerichte sowie des Verfassungsgerichtshofs und Verwaltungsgerichtshof etwa zu Griechenland oder Ungarn. Und der Entwurf geht schlicht über den Aspekt einer Verletzung von Art 8 EMRK hinweg. Die Gewährung eines Rechtsbehelfs mit aufschiebender Wirkung ist schließlich nicht nur zur Hintanhaltung einer Verletzung von Art 3 EMRK geboten, sondern auch zur Vermeidung einer Verletzung von Art 8 EMRK. Dies ist in der Rechtsprechung anerkannt, wie insbesondere zwei wichtige Entscheidungen des VfGH und des EGMR zeigen:

¹⁰ Frühwirth: Stellungnahme zum Gesetzesentwurf betreffend Einführung von Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen im 5. Abschnitt des 4. Hauptstückes des Asylgesetzes 2005 vom 10.04.2016

Der VfGH beschäftigte sich in der Entscheidung VfSlg 19.841/2014 mit der Verfassungskonformität der automatischen Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes bei der Einbringung von Folgeanträgen in Dublin-Verfahren (§ 12a Abs 1 AsylG) und erachtete die entsprechende Bestimmung als verfassungswidrig, wegen „Widerspruchs mit dem Rechtsstaatsprinzip“. Wörtlich hielt er fest: „Der generelle und ausnahmslose Ausschluss des faktischen Abschiebeschutzes in § 12a Abs1 AsylG 2005 führt dazu, dass auch in besonderen Fällen, insbesondere wenn es zu maßgeblichen Änderungen der Umstände im Zusammenhang mit Art 3 EMRK im zuständigen "Dublin-Staat" kommt oder wenn das Privat- und Familienleben des Fremden eine entsprechende Veränderung erfährt, eine (erneute) Interessenabwägung zu Gunsten des Asylwerbers unmöglich ist. Die Bestimmung des § 12a Abs1 AsylG 2005 war deshalb zu undifferenziert ausgestaltet und daher wegen Widerspruchs mit dem Rechtsstaatsprinzip verfassungswidrig.“

*Nun könnte zur Verteidigung der vorgeschlagenen Neuregelung eingewendet werden, diese würde sich nicht als „undifferenziert ausgestaltet“ iSd zitierten Entscheidung des VfGH erweisen, da ja explizit davon die Rede ist, dass eine Zulässigkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme am Maßstab von Art 2, 3 und 8 EMRK zu prüfen sei. In diesem Zusammenhang ist aber auf die – im angeführten Erkenntnis des VfGH mehrfach zitierte – Entscheidung des EGMR in der Sache Mohammed gegen Österreich (EGMR 6.6.2013, Mohammed, Appl. 2283/12) hinzuweisen. Auch der EGMR setzte sich mit der Nichtgewährung faktischen Abschiebeschutzes bei Stellung eines Folgeantrags im Dublinverfahren auseinander und sah in der Konstruktion von § 12a Abs 1 AsylG in der damals geltenden Fassung eine Verletzung von Art 13 iVm Art 3 EMRK und damit eine Verletzung im Recht auf eine wirksame Beschwerde, weil kein wirksamer Rechtsbehelf zur Geltendmachung „vertretbaren Vorbringens zu Art 3 EMRK“ Verfügung stand. Diesem Fall lag eine drohende Abschiebung nach Ungarn im Rahmen des Dublin-Verfahrens zu Grunde. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass ihm in Ungarn eine Verletzung seiner von Art 3 EMRK gewährleisteten Grundrechtssphäre drohen würde. Der EGMR hielt fest, dass bei einem vertretbaren Vorbringen zu Art 3 EMRK ein Zugang zu einem Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung offenstehen müsse. Dies war im Anwendungsbereich des § 12a AsylG nicht der Fall. Und dies ist auch bei den neuen Verfahrensbestimmungen des Entwurfes nicht der Fall. Betroffene Asylsuchende können zwar eine drohende Verletzung ihrer durch Art 2, 3 oder 8 EMRK gewährleisteten Grundrechte geltend machen. Die Entscheidung darüber, ob dieses Vorbringen für die Einleitung eines Asylverfahrens ausreichend ist, obliegt aber dem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes in der Registrierstelle. **Eine Überprüfung dieser Entscheidung ist der betroffenen Person durch Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde gegen die Zurückweisung oder Zurückschiebung nur ex post – also nach der Durchsetzung der Außerlanderschaffung – möglich. Damit wäre aber die behauptete Grundrechtsverletzung schon eingetreten. Die Einbringung einer Maßnahmenbeschwerde und damit die Eröffnung der Möglichkeit, die Zulässigkeit der Außerlandesbringung im Nachhinein einer Kontrolle zu unterziehen wird nicht als ausreichend angesehen werden können, um den Anforderungen an eine wirksame Beschwerde iSd Art 13 iVm Art 2, 3 oder 8 EMRK gerecht zu werden.** Diese Meinung wurde im Übrigen auch vom Verwaltungsgerichtshof in dem an den Verfassungsgerichtshof gerichteten Antrag auf Aufhebung von § 12a Abs 1 AsylG vertreten, der zur*

Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens führte, das der oben zitierten Entscheidung des VfGH (VfSlg 19.841/2014) zugrunde lag¹¹.“

Die Diakonie verweist in diesem Zusammenhang noch zusätzlich darauf, dass der BKA Verfassungsdienst zur AsylG -Novelle 2003 selbst ausführte, dass eine derartige Regelung im Hinblick auf Art. 3 und Art. 13 EMRK bedenklich erscheint¹²:

*Geht man davon aus, dass im Fall der Stellung eines Asylantrages anlässlich der Grenzkontrolle bzw. innerhalb des Grenzkontrollbereiches infolge der gesetzlichen Normierung, dass sämtliche Nachbarstaaten Österreichs „sichere Drittstaaten“ seien, eine Zurückweisung jedenfalls erfolgen soll, ohne dass die Bestimmungen des § 19 des Entwurfes bzw. des § 57 Abs. 1 und 2 FrG 1997 Anwendung finden sollen, so ist nicht ausgeschlossen, dass sich eine Zurückweisung in den Drittstaat als Verletzung des Gebotes des „non refolement“ darstellt. Eine Abwägung der allenfalls vom Asylwerber vorgebrachten Gründe für das Bestehen einer subjektiven Verfolgungssituation im Herkunftsstaat (bzw. jenem Staat, in den er vom „sicheren Drittstaat“ aus weitergeschoben würde) hätte dem Wortlaut des § 17 des Entwurfes gerade nicht zu erfolgen. **Da eine wirksame Beschwerde gegen diesen Akt der Zurückweisung mangels Aufenthalts des Fremden im Bundesgebiet zumindest als wesentlich erschwert zu betrachten ist, bestehen gegen § 17 in der Fassung des Entwurfes Bedenken sowohl im Hinblick auf eine Verletzung des „non refolement“ - Gebotes, da auf eine Gefahr einer Verletzung der durch Art. 2 und 3 EMRK gewährleisteten Rechte zwingend nicht Bedacht zu nehmen ist, als auch im Hinblick auf die Nichtgewährung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde iSd Art. 13 EMRK.***

„Aber nicht nur die erst im Nachhinein mögliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Zurückweisung oder Zurückschiebung macht die Maßnahmenbeschwerde zu einem nicht ausreichend wirksamen Rechtsbehelf. Betroffenen fehlt es in diesem Verfahren schlicht am Zugang zum Recht. Die Durchführung eines alle möglichen Aspekte einer Grundrechtsverletzung eröffnenden Verfahrens wird schlicht unmöglich sein. Dies beginnt schon damit, dass betroffene Asylsuchende aus dem Staat, in den sie zurückgewiesen oder zurückgeschoben wurden, die Beschwerde erheben müssen. Dies muss schriftlich und in deutscher Sprache erfolgen. Dafür werden Betroffene Rechtsberatung und Rechtsvertretung benötigen, die sie außerhalb des Bundesgebietes nur schwer erhalten werden können. Und ganz wesentlich ist, dass es zur umfassenden Prüfung, ob durch eine Zurückweisung oder Zurückschiebung eine Verletzung von Art 2, 3 oder 8 EMRK eingetreten ist bzw eine solche Verletzung droht, einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht bedürfen wird. Bei dieser Verhandlung können Betroffene aber nicht anwesend sein, da ihnen die Einreise in das Bundesgebiet und damit die Teilnahme an der Verhandlung nicht erlaubt und nicht möglich ist. Als weitere Hürde ist noch zu bedenken, dass mit Einbringung einer Maßnahmenbeschwerde die Entrichtung einer Gebühr in Höhe von Eur 30,00 fällig ist und im Falle des Unterliegens Kostenersatzpflicht besteht. Die Kosten für eine verlorene Beschwerde belaufen sich auf einen Betrag zwischen Eur 426,20 und Eur 887,20, je nachdem, ob mündlich verhandelt wird oder nicht.“

¹¹ Ebd.

¹² https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME_00055_14/imfname_000000.pdf, Seite 8

Zusammengefasst lässt sich also sagen, dass die Möglichkeit der Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Zurückweisung oder Zurückschiebung im Nachhinein verfassungsgesetzlichen Anforderungen nicht genügt, weil das vorgeschlagene verfahrensrechtliche Prozedere im Widerspruch zum Recht auf wirksame Beschwerde gemäß Art 13 iVm Art 2, 3 und 8 EMRK und zum Rechtsstaatsprinzip der Bundesverfassung steht.¹³

Zu den Bestimmungen des Schengener Grenzkodex

„Die vorgesehenen neuen Regelungen greifen zudem nur dann, wenn auf Basis von § 10 Abs 2 Grenzkontrollgesetz mittels Verordnung Grenzkontrollen an den Binnengrenzen wieder eingeführt werden. Die Bundesministerin für Inneres hat auf Basis dieser Bestimmung mit Verordnung vom 15.09.2015 für das gesamte Bundesgebiet bestimmt, dass für einen bestimmten, seither mehrmals und derzeit bis zum 16.05.2016 verlängerten Zeitraum die Binnengrenzen zu allen Nachbarstaaten Österreichs nur an Grenzübergangsstellen überschritten werden dürfen (BGBl II 260/2015 idF BGBl II 62/2016). Damit erfolgte eine Wiedereinführung der Grenzkontrollpflicht (vgl § 11 Abs 1 Grenzkontrollgesetz) an allen Binnengrenzen des österreichischen Bundesgebietes. Als Rechtsgrundlage für die Wiedereinführung von Binnengrenzen ist allerdings nicht nur die Bestimmung des § 10 Abs 2 Grenzkontrollgesetz, sondern insbesondere auch das Unionsrecht zu beachten. Schließlich gilt innerhalb des Geltungsbereichs des Schengener Grenzkodex die Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen (vgl Art 20 Schengener Grenzkodex).

Die Möglichkeiten der Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen sind in Titel III Kapitel 2 des Grenzkodex geregelt, konkret in den Artikeln 23 und 24 (allenfalls auch Artikel 25 und 26). Artikel 23 sieht vor, dass die Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen nur im Falle einer „ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit“ und nur für einen begrenzten Zeitraum von (zunächst) höchstens 30 Tagen – mit Verlängerungsmöglichkeit – zulässig ist.

Gemäß der Bestimmung des Art 28 finden bei Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen alle einschlägigen Bestimmungen des Titels II der Verordnung entsprechend Anwendung. In diesem Titel II finden sich in Art 13 die Bestimmungen zur Einreiseverweigerung. In Absatz 2 leg cit heißt es, dass die Einreiseverweigerung „nur mittels einer begründeten Entscheidung unter genauer Angabe der Gründe für die Einreiseverweigerung erfolgen“ darf. Diesbezüglich hat ein entsprechendes Standardformular unter Angabe der Gründe für die Einreiseverweigerung ausgefolgt zu werden, welches als Anhang der Verordnung beigefügt ist (Anhang V Teil B Grenzkodex). Zudem müssen von einer Einreiseverweigerung betroffene Personen „schriftliche Angaben“ zu Kontaktstellen erhalten, die sie über eine rechtliche Vertretung zur Erhebung eines Rechtsbehelfs gegen die Einreiseverweigerung informieren (vgl Art 13 Abs 3 Grenzkodex).¹⁴“

Rechtsstaatsprinzip nach Art 18 B-VG

¹³ Frühwirth: Stellungnahme zum Gesetzesentwurf betreffend Einführung von Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen im 5. Abschnitt des 4. Hauptstückes des Asylgesetzes 2005 vom 10.04.2016

¹⁴ Ebd.

Art. 18 B-VG impliziert die Verpflichtung des Gesetzgebers, das Handeln der Verwaltung inhaltlich hinreichend zu determinieren. Gesetzliche Regelungen, die zu unbestimmt sind oder in anderer Weise das Handeln der Verwaltungsorgane nicht hinreichend genau bestimmen, sondern diesen einen zu großen Spielraum belassen, sind verfassungswidrig.¹⁵

Das verankerte Rechtsstaatsprinzip gebietet somit, dass Gesetze einen Inhalt haben müssen, durch den das Verhalten der Behörde vorherbestimmt ist. Es ist jedoch verfassungsgesetzlich zulässig, wenn der einfache Gesetzgeber einer Verwaltungsbehörde ein Auswahlmessen einräumt und die Auswahlentscheidung an – die Behörde bindende – Kriterien knüpft (vgl. zB VfSlg 5810/1968, 12.399/1990, 12.497/1990, 16.625/2002). Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes kommt es für die Beurteilung, ob die in einzelnen Fällen nicht leicht zu ziehende Grenze zwischen einer noch ausreichenden materiellen Bestimmtheit des Gesetzes und einer (verfassungswidrigen) formalen Delegation nicht überschritten ist, darauf an, ob die mit Verordnung getroffene (Durchführungs-)Regelung auf ihre inhaltliche Gesetzmäßigkeit überprüft werden kann (G 280,281/91, G 325/91 vom 13.12.1991).

Der geplante Entwurf spricht davon, dass die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates feststellt, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet sind. Wann die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet ist, wird im Gesetzesentwurf nicht näher konkretisiert. Es werden keine Kriterien genannt, die - die im Gesetz genannte - Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit indiziert. Lediglich in den Erläuterungen wird auf die gewaltigen Herausforderungen des letzten Jahres Bezug genommen.

Die Diakonie erachtet es aus rechtstaatlicher Perspektive aufgrund der mit der Erlassung der Verordnung eintretenden gravierenden Einschränkungen im Asylrecht als unerlässlich, dass die Kriterien für das Vorliegen eines Notstandes im Gesetz näher konkretisiert werden, um eine Beurteilung anhand im Vorfeld festgelegter Determinanten zu ermöglichen.

Der Umstand, dass die Erlassung einer Verordnung an das Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates geknüpft ist, ändert nichts daran, dass das durchzuführende Gesetz iS des Art 18 Abs 2 B-VG inhaltlich hinreichend bestimmt sein muss (vgl VfGH vom 13.12.1991, G280/91).

Keine Sonderregelungen betreffend Anträge von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen

Die Diakonie erachtet es darüber hinaus als rechtlich unzureichend, dass der Gesetzesentwurf keine Regelungen enthält, die auf die Besonderheit von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen Rücksicht nimmt.

Sowohl die Grundrechte-Charta der Europäischen Union (Art. 24), als auch das Verfassungsrecht (Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl. I Nr. 4/2011) sehen spezielle Schutzbestimmungen für Kinder vor. Demnach muss bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Einrichtungen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein. Die Verpflichtung zu vorrangiger Berücksichtigung verleiht dem Wohl des Kindes besonderes Gewicht. Daraus ergibt sich

¹⁵ Vgl Öhlinger: Verfassungsrecht, 7. Auflage, Rz 584

für den Gesetzgeber die Pflicht, im Rahmen seiner Kompetenzen entsprechende Schutzvorschriften zu erlassen.¹⁶

Nach den aktuellen Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes (§ 12 FPG) ist für den Eintritt der Handlungsfähigkeit ungeachtet der Staatsangehörigkeit des Fremden österreichisches Recht maßgeblich. Im geplanten Entwurf finden sich jedoch keine Regelungen, wer die Rechte unbegleiteter minderjährige Flüchtlinge im Verfahren vor den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes in den Registrierstellen wahr und im Namen der Minderjährigen Erklärungen abgeben kann, die gegen eine Zurückweisung bzw. Zurückschiebung sprechen.

Die Diakonie erachtet es daher unter Bedachtnahme auf die europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben als dringend geboten, unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen auch für Verfahren nach dem 5. Hauptstück des AsylG 2005 eine*n gesetzliche*n Vertreter*in zur Seite zu stellen. Dies scheint vor allem auch für die Möglichkeit der Erhebung eines Rechtsmittels im Hinblick auf die eingeschränkte Handlungsfähigkeit unerlässlich.

Die aktuellen Regelungen im FPG sehen diesbezüglich vor, dass Fremde, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und deren Interessen von ihrer*m gesetzlichen Vertreter*in nicht wahrgenommen werden können, im eigenen Namen nur Verfahrenshandlungen zu ihrem Vorteil setzen können. Gesetzliche*r Vertreter*in wird mit Einleitung eines solchen Verfahrens der Jugendwohlfahrtsträger der Hauptstadt des Bundeslandes, in dem sich der Minderjährige aufhält (§ 12 Abs. 3 FPG). Eine explizite Nennung, dass diese Regelung für alle im österreichischen Bundesgebiet aufhaltigen unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge anzuwenden ist, würde aus rechtsstaatlichen Erwägungen Klarheit schaffen.

§ 39 FPG: Verlängerung der Anhaltedauer auf 14 Tage

Wie den Erläuterungen zu entnehmen ist, kann Österreich nur in Übereinstimmung mit den völker- und unionsrechtlich garantierten Grundrechten vom europäischen Sekundärrecht abweichen. Es sind die in der Grundrechtecharta gewährten Rechte jedenfalls zu wahren. **Im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Erweiterung des Freiheitsentzuges ist dabei jedenfalls Art 6 GRC – der dieselben Garantien wie Art 5 EMRK bestimmt – maßgeblich.**

Die Diakonie möchte diesbezüglich auf die ständige Rechtsprechung der Höchstgerichte und des EGMR verweisen, wonach in allen Fällen die Verpflichtung besteht, **eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen an der Sicherung des Verfahrens und der Sicherung der persönlichen Freiheit der*s Betroffenen vorzunehmen.** Die Freiheitsentziehung muss im Hinblick auf das verfolgte Ziel notwendig bzw. erforderlich sein und es darf kein gelinderes Mittel zur Verfügung stehen. Zudem muss die Freiheitsentziehung angemessen sein: Die durch sie verursachten Nachteile dürfen nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu verfolgten Ziel stehen.

Gem Art 5 Abs 4 EMRK hat darüber hinaus jede Person, der die Freiheit entzogen ist, das Recht, zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihrer Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist¹⁷. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einer rezenten Entscheidung vom 03.09.2015 (Ro 2015/21/0032) judiziert, dass in Fällen, in denen eine Entscheidung "in Durchführung des Rechts der Union" iSd Art 51 Abs 1 GRC ergeht, Art 47 GRC einen unmittelbar aus dieser Bestimmung ableitbaren Anspruch auf Verfahrenshilfe gewährleistet. Es können im innerstaatlichen Recht ausreichende Komplementärmechanismen existieren, diese müssten aber sicherstellen, dass der/die Fremde

¹⁶ Vgl Jarass, Charta EU-Grundrechte, Art 24 Rn 16

¹⁷ vgl Schramm in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar, Art 6 Rz 26

effektive Unterstützung (insbesondere) in einer Beschwerdeverhandlung erhält, um einen wirksamen Zugang zum Gericht im Sinn des Art. 47 Abs. 3 GRC zu verschaffen.¹⁸

Die Diakonie erachtet es, aufgrund des mit der Anhaltung verbundenen massiven Grundrechtseingriff als dringend notwendig, für Personen, die aufgrund des § 39 Abs 5a FPG angehalten werden, klare Regelungen zur Verfahrenshilfe bzw Rechtsberatung zu schaffen. Insbesondere ist auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive keine sachliche Rechtfertigung erkennbar, weshalb Personen, die nach § 76 FPG angehalten werden Zugang zu Rechtsberatung gewährt bekommen und diese Möglichkeit diesem Personenkreis verwehrt wird.

§ 16 Abs 1 BFA-VG: Zur zweiwöchigen Beschwerdefrist für Entscheidungen des BFA, die mit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme einhergehen

Die in den erläuternden Bemerkungen zitierten Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes zeigen auf, dass die mit dem nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle im FNG Anpassungsgesetz¹⁹ beibehaltene zweiwöchige Beschwerdefrist in Asylverfahren bzw. gegen Bescheide des BFA²⁰, nicht nur bei deren Inkrafttreten, sondern auch nach deren Wiederverlautbarung mit geringfügigen Anpassungen im Rahmen des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2015 verfassungswidrig war. Nunmehr wird offenbar zur Vorbeugung von Unklarheiten aufgrund der (wiederholten) Aufhebung (von Teilen) der Bestimmung festgelegt, dass Beschwerden gegen Entscheidungen über Anträge auf internationalen Schutz, die mit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme verbunden sind, weiterhin von der zweiwöchigen Beschwerdefrist erfasst sind. Ebenso wird in den Erläuterungen dargelegt, dass dies auch für den Fall zurückweisender Entscheidungen aufgrund des § 5 AsylG (Dublin-Verfahren) gelten soll.

Der Verfassungsgerichtshof hat die bisherigen Abweichungen von der im VwGVG vorgesehenen 4-Wochen-Frist als verfassungswidrig aufgehoben, weil er diese als nicht "unerlässlich" iSd Art 136 Abs 2 B-VG ansah (zuletzt VfGH 23.2.2016, G 589/2015)

Der geplante Entwurf scheint aus verfassungsrechtlicher Sicht abermals bedenklich, weil lediglich die Verkürzung der Beschwerdefrist im Hinblick auf die langen Entscheidungsfristen, dem angestrebten Ziel der Verkürzung („*Beschleunigung des Verfahrens*“) nicht nachvollziehbar ist.

¹⁸ Vgl. Hinterberger: Verfahrenshilfe in verwaltungsgerichtlichen Verfahren und Verfassungsrecht, Juridikum 2016/1, 58 ff.

¹⁹ Bundesgesetz, mit dem das BFA-Einrichtungsgesetz, das BFA-Verfahrensgesetz, das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz und das Grenzkontrollgesetz sowie das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 geändert werden (FNG-Anpassungsgesetz)

²⁰ Ausgenommen Beschwerden gegen zurückweisende Bescheide des BFA, hier galt eine Frist von einer Woche zur Erhebung der Beschwerde.