



Ludwig Boltzmann Institut
Menschenrechte

BMI – Abteilung III/1 – Legistik
Per E-Mail: bmi-III-1@bmi.gv.at

In Kopie an das
Präsidium des Nationalrates
Per E-Mail: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 18.05.2017

Stellungnahme zum Entwurf betreffend das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 Teil II

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	3
II. Anordnung der Unterkunftsnahme von Asylsuchenden nach Zulassung zum Asylverfahren (§ 15b AsylG)	4
a. Konformität mit grund- und menschenrechtlichen Standards und sekundärem Unionsrecht	4
b. Charakterisierung als Verfahrensordnung	5
III. Wohnsitzauflage in Verbindung mit Gebietsbeschränkung (§§ 52a und 57 FPG)	7
a. Allgemeine Anmerkungen	8
b. Konformität mit grund- und menschenrechtlichen Standards	11
IV. Verpflichtung zur Mitwirkung und Beschaffung eines Reisedokumentes samt Zwangsstrafe (§ 46 Abs. 2, 2a und 2b FPG, § 3 Abs. 3 BFA-VG)	15
a. Garantien der Rückführungsrichtlinie	16
b. Konformität mit grund- und menschenrechtlichen Standards	17
V. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen Geduldete (§§ 8 Abs. 3a, 9 Abs. 2 und 10 Abs. 1 AsylG; §§ 46 Abs. 1 und 52 Abs. 2 FPG)	19
VI. Befristete Verlängerung der Entscheidungsfrist des BVwG (§ 21 Abs. 2b BFA-VG)	20
VII. Abschließende Bemerkungen	22

I. Einleitung

Das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte (BIM) nimmt hiermit zu diesem Gesetzesentwurf, mit dem das österreichische Asyl- und Fremdenrecht in sensiblen Bereichen novelliert werden soll, Stellung und ersucht, die untenstehenden Ausführungen, vor allem zur grund- und menschenrechtlichen Dimension, in die weiteren Diskussionen mit aufzunehmen.

Mit dem vorliegenden Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das BFA-Verfahrensgesetz und das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 Teil II – FrÄG 2017 Teil II) sollen, werden Maßnahmen beabsichtigt, die mit signifikanten Eingriffen in die Grund- und Menschenrechte von Asylsuchenden und Personen ohne Aufenthaltsrecht einhergehen. Es sollen primär Maßnahmen umgesetzt werden, die im Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 „zur Eindämmung der Migration sowie einer intensivierten Rückkehrberatung und Rückkehrvorbereitung beschlossen wurden“. In Zusammenschau mit den Änderungen der Regierungsvorlage zum ersten Teil des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2017 und der geltenden Rechtslage sollen die vorgeschlagenen „insgesamt zu einer effizienteren Verfahrensführung, einer verstärkten Rückkehrberatung und -vorbereitung sowie zu einer Steigerung der Ausreisen unrechtmäßig aufhältiger Fremder führen“.¹

Mit der Annahme dieses Ministerialentwurfs würde im österreichischen Asyl- und Fremdenrecht vor allem ein Regime etabliert, das – mitsamt limitierter Rechtsschutzmöglichkeiten – der Verwaltung die Mittel zur Verfügung stellt, die persönliche Freiheit von Personen, die in Österreich um Schutz ansuchen, vom Beginn des Verfahrens bis zu einer eventuellen Abschiebung durchgängig einzuschränken und teilweise gänzlich zu entziehen.

Die geplanten Eingriffe in wesentliche Grund- und Menschenrechte werden damit begründet, dass sich „[i]n der Vergangenheit [...] immer wieder gezeigt [hat], dass Fremde nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens einer damit einhergehenden Ausreiseverpflichtung nicht nachkommen und in Kenntnis der Verpflichtung in der Fortsetzung des unrechtmäßigen Aufenthalts verharren.“ Der „beharrliche unrechtmäßige Verbleib“ dieser Personen berge die Gefahr der Beeinträchtigung eines geordneten Fremdenwesens und stelle eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dar. Die vorgeschlagenen Maßnahmen zielten daher darauf ab, „die Ausreise von unrechtmäßig im Bundesgebiet aufhältigen Fremden zu forcieren“.² Auffällig ist, dass diese Annahmen des Ministerialentwurfs, die einer gesamten Personengruppe mit ohnehin prekärem Rechtsstatus pauschal unrechtmäßiges Verhalten unterstellen, weder empirisch noch anderweitig fundiert sind. Auch dem BIM liegen keine Studien oder Analysen vor, die diese Position belegen könnten. Zudem ist nicht ersichtlich, wie die Forcierung von Rückführungen zu einer „Eindämmung der Migration“ beitragen kann.

¹ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen, Seite 1.

² Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Vorblatt und WFA, Seite 7.

II. Anordnung der Unterkunftsnahme von Asylsuchenden nach Zulassung zum Asylverfahren (§ 15b AsylG)

Bei Asylsuchenden, die zum Verfahren zugelassen sind, soll „aus Gründen des öffentlichen Interesses, der öffentlichen Ordnung oder für eine zügige Bearbeitung und wirksame Überwachung des Antrags auf internationalen Schutz“³ die Behörde die Möglichkeit bekommen, den Betroffenen per Verfahrensordnung aufzutragen, in von den für die Grundversorgung zuständigen Gebietskörperschaften zur Verfügung gestellten Quartieren Unterkunft zu beziehen.

An die Verletzung der Anordnung sind im Entwurf konkrete Folgen geknüpft: Sie soll die Festnahme und Anhaltung (§ 39 AsylG neu) legitimieren und bei der Verhängung von Schubhaft (§ 76 Abs. 3 Z 8 FPG neu) zu berücksichtigen sein. Zudem soll die Verletzung eine Verwaltungsübertretung darstellen und mit Geldstrafe von 100 Euro bis zu 1.000 Euro (im Wiederholungsfall 1.000 bis 5.000 Euro), im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen (im Wiederholungsfall bis zu drei Wochen), bestraft werden.

Der vorgeschlagene § 15b AsylG wirft somit einerseits Fragen im Hinblick auf die Konformität mit in Unionsrecht und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) normierten grund- und menschenrechtlichen Standards sowie mit den Vorgaben der Aufnahmerichtlinie (2013/33/EU) auf, andererseits ist die Charakterisierung als Verfahrensordnung zu diskutieren.⁴

a. Konformität mit grund- und menschenrechtlichen Standards und sekundärem Unionsrecht

Der Entwurf bezieht sich zwar auf Art. 7 der Aufnahmerichtlinie, übersieht jedoch, dass für derartige Einschränkungen der persönlichen Freiheit von Asylsuchenden, denen bereits ein Aufenthaltsrecht zukommt,⁵ das Primärrecht der Europäischen Union (EU) grundrechtliche Garantien vorsieht, die in die Aufnahmerichtlinie eben nicht (explizit) eingegangen sind. Die Richtlinie ist jedoch jedenfalls grundrechtskonform auszulegen.

Art. 18 der Grundrechtecharta der EU (GRC) sieht vor, dass das Recht auf Asyl nach Maßgabe der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) gewährleistet wird. Und Art. 26 GFK⁶ garantiert jenen Flüchtlingen, die sich rechtmäßig im Gebiet eines Vertragsstaates befinden, das Recht auf Bewegungsfreiheit. Dieses umfasst in jedem Fall das Recht, den Wohnort zu wählen und innerhalb des Staatsgebiets nach denselben Regeln zu reisen, wie dies auch AusländerInnen unter den gleichen Umständen freisteht.⁷

³ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen, Seite 1.

⁴ Darüber hinaus ist unklar, inwieweit die vorgeschlagene Bestimmung dem Bestimmtheitsgebot gem. Art. 18 Abs. 1 B-VG gerecht wird. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen zur Wohnsitzauflage unter III. verwiesen.

⁵ Im österreichischen Kontext somit zumindest all jenen Asylsuchenden, denen nach § 13 Abs. 1 AsylG im laufenden (zugelassenen) Verfahren ein Aufenthaltsrecht zukommt.

⁶ Die GFK hat in Österreich – neben der Anwendung über den Weg der Richtlinie und Art. 18 der Grundrechtecharta – einfachgesetzlichen Charakter.

⁷ Siehe hierzu z.B. Marx, R., Article 26, in Zimmermann, A. (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1163-1164; Tsourdi, E., Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?, Refugee Survey Quarterly, 2016, 35, 7-28; Hathaway, J., The Rights of Refugees under International Law, 2011, Cambridge University Press, 695-719.

In der einschlägigen Literatur wird zur Reichweite von Art. 26 GFK ausgeführt:

“[...] Host governments enjoy reasonable latitude lawfully to limit the freedom of movement and residence of refugees arriving in their territory. [...] But once the refugee is lawfully present – which includes admission to a procedure for verification of refugee status, [...] – Art. 26 requires the termination of all refugee-specific limits on choice of residence and freedom of movement.”⁸

Die vorgeschlagene Bestimmung steht somit in Widerspruch zu primärem Unionsrecht. Aus dem Gesetzesentwurf geht nicht hervor, wie Art. 18 GRC und damit auch Art. 26 der GFK ausreichend Rechnung getragen wird.⁹

Unter Annahme der Übereinstimmung der Aufnahme richtlinie mit Art. 26 GFK bleibt dennoch fraglich, inwieweit mit Teilen der vorgeschlagenen Regelung nicht auch Vorgaben der Richtlinie selbst missachtet würden. So muss angemerkt werden, dass das Unionsrecht hier gegenständlich zwar die Möglichkeit eröffnet, die Gewährung von materiellen Leistungen an die Bedingung zu knüpfen, dass sich die betroffene Person tatsächlich am zugewiesenen Ort aufhält, darüber hinausgehende Durchsetzungsmöglichkeiten sind jedoch nicht vorgesehen.¹⁰ Der Vorschlag, eine Verletzung der Anordnung der Unterkunftnahme im Rahmen der Schubhaftentscheidung zu Lasten von Betroffenen zu berücksichtigen, ist somit als eher unionsrechtswidrig zu qualifizieren.

Unbeschadet des bisher Gesagten erweist sich der Vorschlag, eine Anordnung der Unterkunftnahme zum Zwecke der „zügige[n] Bearbeitung und wirksame[n] Überwachung des Antrag[s]“¹¹ vornehmen zu können, als fragwürdig, wenn der Gesetzgeber gleichzeitig sowohl für die Erst- als auch nach vorliegendem Ministerialentwurf für die Rechtsmittelinstanz in Abweichung zu für sonstige Verwaltungsverfahren festgelegtem eine auf 15 bzw. 12 Monate verlängerte Entscheidungsfrist als angemessen erachtet. Auf die Ausführungen zur Verlängerung der Entscheidungsfrist für das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) unter VI. wird verwiesen.

b. Charakterisierung als Verfahrensordnung

Mit der „Anordnung der Unterkunftnahme“ entscheidet die Behörde in einer Verwaltungssache rechtswirksam. Dabei soll es sich laut Ministerialentwurf jedoch um keinen Bescheid handeln, sondern um eine bloße Verfahrensordnung, die nicht unmittelbar eigenständig angefochten werden kann. Vor allem im Hinblick auf die nachteiligen Folgen eines solchen Verwaltungsaktes für Betroffene muss diese Charakterisierung in Zweifel gezogen werden. Denn der Gesetzgeber ist vor dem Hintergrund des Rechtsschutzsystems des B-VG verpflichtet, im Falle von Eingriffen in subjektive Rechte von Einzelnen die Bescheidform zu wählen.¹²

⁸ Vgl. Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, 2011, Cambridge University Press, 718-719.

⁹ Zudem mangelt es § 15b AsylG an einer Verhältnismäßigkeits- und Notwendigkeitsklausel. Eine solche wäre jedoch spätestens vor dem Hintergrund von Art. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK geboten.

¹⁰ Vgl. Peek/Tsourdi, in Hailbronner/Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law² (2016) Asylum Reception Conditions Directive 2013/22/EU, Part D V, Art. 8 Rz 15 f.*

¹¹ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen, Seite 1.

¹² Vgl. Öhlinger/Eberhard, 2012, *Verfassungsrecht⁹*, S. 65 oder Walter/Mayer, 1996, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁸*, S. 241 f.

Im Konkreten zeigt sich, dass die Anordnung zur Unterkunftsnahme in Zusammenschau mit den möglichen Eingriffen in Grund- und Menschenrechte sowie den im Verletzungsfall drohenden Konsequenzen – bis hin zu einer Ersatzfreiheitsstrafe, die bei oft mittellosen Asylsuchenden keine unwahrscheinliche Option darstellt – das klare Rechtsschutzinteresse von Betroffenen¹³ mit sich bringt, gegen ebendiese unmittelbar und nicht erst mit verfahrensabschließendem Bescheid vorzugehen. Eine Charakterisierung als Bescheid ist daher geboten.

Dass wesentliche Interessen von Asylsuchenden betroffen sein können, stellen bereits die Erläuterungen zum Ministerialentwurf selbst dar, indem sie ausführen, dass zusätzlich zum Vorliegen der in § 15b AsylG neu dargelegten Kriterien eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die „Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse Minderjähriger auch im Sinne der Jugendwohlfahrt“¹⁴ sowie eine Einzelfallprüfung vor dem Hintergrund der Interessen auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK notwendig sein werden. Bedenklich scheint in diesem Zusammenhang und vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips, dass die Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht per Gesetz festgehalten werden soll (Siehe auch FN 9).

Aus diesen Darlegungen erschließt sich jedoch jedenfalls, dass die Anordnung zur Unterkunftsnahme so gestaltet ist, dass eine sorgfältige Prüfung grund- und menschenrechtlicher Vorgaben im Einzelfall unumgänglich ist, und dass eine solche im Hinblick auf das Rechtsschutzinteresse von Betroffenen jedenfalls nicht im Zuge einer bloßen Verfahrensordnung abgehandelt werden kann. Der Gesetzgeber gesteht implizit ein, dass nach der im Vorschlag vorgesehenen Konzeption solche Anordnungen wesentliche Interessen von Asylsuchenden betreffen (können), bis hin zu Verletzungen von Art. 8 EMRK.

Selbst bei Betrachtung von Fällen, die sich nicht nur aufgrund von krassen Mängeln in der Verwaltungspraxis ergeben, sondern regelmäßig zutragen können, ist diese Annahme zutreffend. Reisen beispielsweise Familienangehörige getrennt voneinander in Österreich ein, und wird aufgrund ungenauer Ermittlungen zu familiären Verbindungen vonseiten der Behörde nicht erkannt, dass ein schützenswertes Familienleben nach Art. 8 EMRK vorliegt, kann die Situation entstehen, dass die Wiederherstellung der Einheit der Familie auf dem Rechtsweg erst nach Monaten oder gar Jahren im Zuge der Bekämpfung des erstinstanzlichen Asylbescheids herbeigeführt werden kann. Setzen sich die Betroffenen über die EMRK-widrige Verfahrensordnung hinweg, sind Ersatzfreiheitsstrafen möglich.

Zum selben Ergebnis der notwendigen Qualifikation als Bescheid kommt auch die Argumentation, dass sich die vorgeschlagene Bestimmung als Äquivalent zur Anordnung des gelinderen Mittels erweist. Es ist nicht ersichtlich, warum gegenüber dem gelinderen Mittel eine Differenzierung hinsichtlich der Rechtsatzform – Verfahrensordnung statt (Mandats-)Bescheid – zulässig sein soll. Eine solche erscheint sachlich nicht gerechtfertigt und führt zu einer Ungleichbehandlung von Fremden untereinander.

Nicht zuletzt kommt auch die Betrachtung der unionsrechtlichen Garantien des Art. 7 Aufnahmerichtlinie iVm Art. 47 GRC zum selben Ergebnis. Nach Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass gegen Entscheidungen gemäß Art. 7, die Asylsuchende individuell betreffen, ein Rechtsbehelf nach den im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen

¹³ Siehe hierzu VfGH 03.03.2014, U2416/2013 und VfGH 02.10.2010, U3078/09 ua.

¹⁴ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 1, Änderung des Asylgesetzes 2005, Z 5.

Verfahren eingelegt werden kann. Zumindest in der letzten Instanz ist die Möglichkeit einer auf Sach- und Rechtsfragen gerichteten Überprüfung durch eine Justizbehörde vorzusehen. Aus der entsprechenden Judikatur des VfGH zu den Anforderungen im Zusammenhang mit dem Entzug von Grundversorgungsleistungen ergibt sich, dass Asylsuchende im Regelfall ihren bestehenden Anspruch wirksam durchsetzen können müssen.¹⁵ Diese Rechtsprechung ist analog auf die Anordnung der Unterkunftnahme übertragbar, da Art. 26 für den Entzug von Grundversorgungsleistungen dasselbe Rechtsschutzsystem vorsieht wie für einen Beschluss über den Aufenthaltsort nach Art. 7.

III. Wohnsitzauflage in Verbindung mit Gebietsbeschränkung (§§ 52a und 57 FPG)

Ein weiteres Element des „in sich abgestimmten Systems“ des Ministerialentwurfs stellt die „Wohnsitzauflage“ verbunden mit einer Gebietsbeschränkung dar: Drittstaatsangehörigen mit rechtskräftiger Rückkehrentscheidung soll mit Mandatsbescheid (§ 57 AVG) aufgetragen werden können, bis zur Ausreise in vom BFA bestimmten Quartieren des Bundes Unterkunft zu beziehen. Damit soll eine verstärkte Rückkehrberatung und Rückkehrhilfe einhergehen.¹⁶

Aus den Erläuterungen, nicht jedoch aus dem Gesetzestext, ergibt sich, dass es sich bei diesen Quartieren um Bundesbetreuungseinrichtungen gemäß § 6 Abs. 2a GVG-Bund neu handelt.¹⁷ In diesen sollen vor Ort verstärkt Rückkehrberatungen und Rückkehrvorbereitungen angeboten und durchgeführt werden.¹⁸ Nach § 6 Abs. 2a GVG-Bund neu „können [Fremde mit rechtskräftiger Rückkehrentscheidung] zur Vorbereitung und Unterstützung ihrer Ausreise in [...] Betreuungseinrichtungen des Bundes im unbedingt erforderlichen Ausmaß versorgt werden, wobei jedenfalls Unterbringung, Verpflegung und medizinische Versorgung geleistet werden.“ Laut Erläuterungen sollen keine „Geldleistungen wie etwa Taschengeld, Bekleidungsgeld und Schulgeld umfasst“ sein.¹⁹ Es soll auch kein Rechtsanspruch auf Versorgung durch den Bund eingeräumt werden.²⁰ Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass jedenfalls auch für Menschen ohne Aufenthaltsrecht Standards gewährleistet werden sollen, die mit dem Recht auf Menschenwürde (Art. 1 EU GRCh) konform sind.²¹

Mit Aufnahme in die Unterkunft soll der Aufenthalt bis zur Ausreise auf den politischen Bezirk²² beschränkt sein, solange ihm/ihr die Versorgung zur Verfügung gestellt wird (unabhängig davon, ob die Versorgung in Anspruch genommen wird), maximal bis zur

¹⁵ VfGH 15.10.2016, A 15/2015 Rn 24 f.

¹⁶ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen, Seite 2.

¹⁷ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen, Seiten 1-2.

¹⁸ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 12 (§ 57).

¹⁹ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Erläuterungen zu Artikel 4 (Änderung des Grundversorgungsgesetzes – Bund 2005), zu Z 1 (§ 6 Abs. 2a), Seite 18.

²⁰ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 4 (Änderung des Grundversorgungsgesetzes – Bund 2005), Z 1 (§ 6 Abs. 2a), Seite 18.

²¹ Vgl. dazu auch die Rechtsprechung des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte (Überwachungsorgan der Europäischen Sozialcharta) hinsichtlich der Rechte von irregulären MigrantInnen, z.B. Conference of European Churches (CEC) v. the Netherlands, No. 90/2013; FIDH v. France, Nr. 14/2003.

²² Gebiet der Bezirksverwaltungsbehörde, in dem sich Betreuungseinrichtung befindet.

Ausreise (Gebietsbeschränkung, § 52a FPG neu). Verpflichtungen aus einer Gebietsbeschränkung sollen aus taxativ aufgezählten Gründen ruhen.²³

Die Missachtung einer Wohnsitzauflage stellt – genauso wie die Missachtung einer Anordnung der Unterkunftsnahme (siehe unter I.) oder einer Gebietsbeschränkung – eine Verwaltungsübertretung dar (§ 121 Abs. 1a FPG neu) und wird mit Geldstrafe von 100 bis 1.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Wochen bestraft; bei Wiederholung drohen höhere Strafen.²⁴ Im Mandatsbescheid sind auch die Folgen einer allfälligen Verletzung zur Kenntnis zu bringen (§ 57 Abs. 4 FPG neu).²⁵ Gleichzeitig kann aber eine Missachtung einer Wohnsitzauflage oder einer Gebietsbeschränkung bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch zur Anordnung der Schubhaft führen.²⁶

In diesem Sinne werden im Folgenden nach allgemeinen Anmerkungen die vorgeschlagenen Bestimmungen auf deren Vereinbarkeit mit grund- und menschenrechtlichen Standards, die sich aus Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht ergeben, überprüft.

Dabei zeigt sich, dass Fragen zur Kategorisierung der Wohnsitzauflage und deren Abgrenzung bzw. Verhältnis zu anderen Auflagen (zB § 56 FPG idGF) sowie zum gelinderen Mittel (§ 77 FPG idGF) unbeantwortet bleiben. Weiters mangelt es den vorgeschlagenen Bestimmungen zur Wohnsitzauflage insbesondere an Bestimmtheit im Hinblick auf das ausgeprägte Rechtsschutzinteresse von Betroffenen. Zudem wird deutlich, dass in der derzeit vorgeschlagenen Form eine klare Abgrenzung zum Freiheitsentzug (im Sinne des Rechts auf Freiheit und Sicherheit) nicht eindeutig möglich ist.

a. Allgemeine Anmerkungen

Unklares Verhältnis der Wohnsitzauflage zu gelinderem Mittel und anderen Auflagen

Die „Wohnsitzauflage“ soll laut Erläuterungen ein „Anschlussstück zur Anordnung der Unterkunftsnahme“ (vorgeschlagener § 15b AsylG neu, siehe unter I.) und die „Ergänzung zur Frist für die freiwillige Ausreise gemäß § 55 FPG und allfällig damit verbundene Auflagen gemäß § 56“ wie z.B. die Verpflichtung in bestimmten Quartieren Unterkunft zu beziehen, darstellen.²⁷ Unklar bleibt aber, ob es für die Betroffenen einen Unterschied zur Auflage nach § 56 FPG idGF (z.B. hinsichtlich Bewegungsfreiheit) geben soll.

Wie bereits im Zusammenhang mit der Einführung der während einer Frist für die freiwillige Ausreise in bestimmten Räumen Unterkunft zu nehmen (§ 56 Abs. 2 Z 5 FPG idGF) kritisiert

²³ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, § 52a Abs. 2 FPG neu: wenn die Rückkehrentscheidung wegen der nachträglichen Einbringung eines Antrags auf internationalen Schutz vorübergehend nicht durchführbar oder wegen der nachträglichen Zuerkennung des Status eines Asylberechtigten oder der Erteilung eines Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen gegenstandslos ist; Fälle einer Duldung gemäß § 46a; sowie Fälle einer Freiheitsentziehung nach dem FPG, insbesondere einer Beugehaft oder Schubhaft, oder nach anderen Materiengesetzen. Siehe dazu auch siehe Erläuterungen zu Z 11 (Erläuterungen, Seiten 11-12) (§ 52a).

²⁴ Geldstrafe 1.000 bis 5.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit Freiheitsstrafe bis zu drei Wochen (§ 121 Abs. 1a FPG neu).

²⁵ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 12.

²⁶ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 12 (§ 57) bzw Z 11 (Erläuterungen Seiten 11-12) (§ 52a). Vgl. auch vorgeschlagener §§ 76 Abs. 3 Z 8 und 121 Abs. 1a FPG.

²⁷ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 12 (§ 57).

wurde,²⁸ scheint auch die nunmehr vorgeschlagene Wohnsitzauflage einer möglichen Form eines gelinderen Mittels gemäß § 77 Abs. 3 Z 1 FPG idgF zu entsprechen – jedoch ohne vorher einen entsprechenden Sicherungsbedarf festgestellt haben zu müssen. Auch bei einem gelinderen Mittel müssen die Schubhaftvoraussetzungen vorliegen. Nichtsdestotrotz scheint im Ministerialentwurf davon ausgegangen zu werden, dass sich Wohnsitzauflage und Schubhaft darin unterscheiden, dass bei ersterer die Schubhaftvoraussetzungen nicht vorliegen müssen.

Unklarheit hinsichtlich Bedeutung der Wohnsitzauflage für Betroffene, insb. hinsichtlich ihrer Bewegungsfreiheit und Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes

Problematisch erscheint, dass dem vorgeschlagenen Gesetzestext samt Erläuterungen nicht zu entnehmen ist, was die Wohnsitzauflage für die Betroffenen in der Praxis konkret bedeutet, insbesondere was das Ausmaß der Freiheitseinschränkung betrifft. Details (z.B. Hausordnung und Folgen einer Missachtung, Ausmaß der Meldepflichten, Ausmaß der Bewegungsfreiheit innerhalb der politischen Gemeinde, Möglichkeit soziale Kontakte aufzunehmen) können bei der Bewertung eine entscheidende Rolle einnehmen, da sich ein Freiheitsentzug iSv Art. 5 EMRK auch aus einer Kumulierung von Details ergeben kann (siehe unten). Aus dem Entwurf geht weiters nicht klar hervor, woraus sich eine Verletzung der Wohnsitzauflage mit folgenschweren Konsequenzen wie Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen sowie Schubhaft ergibt. Unklar ist, ob z.B. die einmalige Verletzung einer Hausordnung für eine Verletzung der Wohnsitzauflage ausreichend sein soll. Außerdem wird im Ministerialentwurf nicht geregelt, ab welchem Zeitpunkt die Freiheitseinschränkung enden muss – andernfalls könnte die Wohnsitzauflage jahrelang andauern. Es wird somit ersichtlich, dass es der vorgeschlagenen gesetzlichen Bestimmung zur Wohnsitzauflage an Bestimmtheit im Sinne von Art. 18 Abs. 1 B-VG mangelt.

Zu enge Ausnahmen von der Gebietsbeschränkung

Von der Gebietsbeschränkung gibt es nur sehr enge Ausnahmen.²⁹ Notwendige Ausnahmen wie Rechtsberatungstermine sind nicht vorgesehen.

Unklare gesetzliche Regelung zu den Voraussetzungen für eine Wohnsitzauflage

Eine Anordnung einer Wohnsitzauflage soll dann möglich sein, wenn eine Rückkehrentscheidung bereits rechtskräftig erlassen wurde und entweder keine Frist zur freiwilligen Ausreise gewährt wurde (§ 55 FPG idgF) oder nach Ablauf der Frist zur freiwilligen Ausreise „bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Drittstaatsangehörige seiner Ausreiseverpflichtung weiterhin nicht nachkommen wird“. Bei der Beurteilung, ob solche „bestimmte Tatsachen“ vorliegen, sind im Gesetzesentwurf demonstrativ aufgezählte Handlungen oder Unterlassungen des/der Drittstaatsangehörigen zu berücksichtigen.³⁰ Allerdings enthalten die Erläuterungen „weitere Umstände“, die „in

²⁸ UNHCR Stellungnahme 10/SN-378/ME XXIV. GP; Caritas 15/SN-378/ME XXIV. GP; Agenda Asyl, 29/SN-378/ME XXIV. GP.

²⁹ § 52a Abs. 3 FPG neu verweist nur auf die Geltung von § 56 Abs. 3 Satz 2 FPG.

³⁰ Explizit erwähnt werden die Nichtinanspruchnahme eines Rückkehrberatungsgesprächs entgegen einer Anordnung oder trotz eines nachweislichen Angebotes der Rückkehrberatungsstelle; der Wechsel des Wohnsitzes oder Ort des gewöhnlichen Aufenthalts nach Ablauf der Frist für die freiwillige Ausreise ohne Inkenntnissetzung des BFA; die mangelnde Mitwirkung „an den zur Erlangung einer Bewilligung oder eines Reisedokumentes notwendigen Handlungen im Sinne der § 46 Abs. 2 und 2a“;³⁰ die Erklärung, der Ausreiseverpflichtung nicht nachkommen zu wollen; die (versuchte) Täuschung über Herkunftsstaat oder

Betracht kommen können“.³¹ Nachdem eine freiheitseinschränkende Maßnahme vorliegt, wäre eine präzisere gesetzliche Formulierung angemessen.

Der Ministerialentwurf sieht auch Bestimmungen zum Ruhen der Verpflichtungen aufgrund einer Wohnsitzauflage vor.³² Diese sind ident mit den Bestimmungen zum Ruhen der Verpflichtungen aus einer Gebietsbeschränkung (siehe oben). Unter den taxativ aufgezählten Umständen soll die Wohnsitzauflage keine Rechtswirkung entfalten. Fallen die Gründe weg, soll die Wohnsitzauflage allerdings ohne Erlassung eines neuerlichen Bescheides wiederaufleben.³³ Angesichts des Vorliegens einer freiheitseinschränkenden Maßnahme wäre die Erlassung eines weiteren Bescheids angemessen.

Mandatsbescheid nicht ausreichend

Die Anordnung einer Wohnsitzauflage soll per Mandatsbescheid, also ohne vorausgegangenem Ermittlungsverfahren, erfolgen. Laut Erläuterungen liege „Gefahr in Verzug“ in beiden Konstellationen der Wohnsitzauflage vor, da von einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auszugehen sei.³⁴

Grundsätzlich können Mandatsbescheide gemäß § 57 AVG – also Bescheide ohne vorausgegangenem Ermittlungsverfahren – u.a. erlassen werden, wenn es sich bei Gefahr in Verzug um unaufschiebbare Maßnahmen handelt. Diese Voraussetzung ist nur gegeben, wenn der Eintritt eines Schadens zu erwarten ist, falls die Behörde die Verfügung nicht sofort erlässt, sondern vorher ein Ermittlungsverfahren durchführen würde. Somit ist die „Unaufschiebbarkeit“ der Maßnahme im Verhältnis zur notwendigen Dauer des Ermittlungsverfahrens zu sehen.³⁵ Die Behörde muss bei ihrer Entscheidung die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß des drohenden Schadens sowie die Dringlichkeit einer Abwehrmaßnahme und die voraussichtliche Dauer des Ermittlungsverfahrens und dessen Vorteile berücksichtigen.³⁶ Dem ordentlichen Rechtsmittel gegen den Mandatsbescheid, also der Vorstellung, kommt keine aufschiebende Wirkung zu (da der Grund für den Entfall des Ermittlungsverfahrens in der Unaufschiebbarkeit der betreffenden Anordnung liegt).³⁷

Fraglich ist, ob im Rahmen eines Mandatsbescheids einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie auch in den Erläuterungen angesprochen wird – wenn auch nur im Rahmen von Art. 8 EMRK –, ausreichend Rechnung getragen werden kann. Schließlich stellt sich die Frage, ob die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit mit „Gefahr in Verzug“

Identität im Asylverfahren oder im Verfahren zur Erlassung der Rückkehrentscheidung zu berücksichtigen (§ 57 Abs. 2 FPG neu).

³¹ Wie z.B. „falsche oder widersprüchliche Angaben zum Vorliegen einer Voll- oder Minderjährigkeit bzw. voneinander abweichende Altersangaben in Verfahren vor verschiedenen Behörden [...] sowie die Verschweigung von vorhandenen Identitätsdokumenten. Hievon sollen beispielsweise jene Fälle erfasst sein, in denen Drittstaatsangehörige im Verfahren vor dem Bundesamt angeben, über keine Identitätsdokumente zu verfügen, während sie im Verfahren vor anderen Behörden (bspw. dem Standesamt im Zuge einer Eheschließung) oder Gerichten solche vorlegen“. Siehe Erläuterungen zu Z 12 (§ 57).

³² § 57 Abs. 3 FPG neu: „wenn und solange 1. die Rückkehrentscheidung gemäß § 59 Abs. 6 vorübergehend nicht durchführbar oder gemäß § 60 Abs. 3 gegenstandslos ist, 2. sein Aufenthalt im Bundesgebiet gemäß § 46a geduldet ist oder 3. ihm die persönliche Freiheit entzogen ist.“

³³ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 12 (§ 57).

³⁴ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 12 (§ 57).

³⁵ Hengstschläger/Leeb, § 57 AVG, Stand 1.7.2005, Z 4.

³⁶ Hengstschläger/Leeb, § 57 AVG, Stand 1.7.2005, Z 7.

³⁷ Hengstschläger/Leeb, § 57 AVG, Stand 1.7.2005, Z 8.

gleichgesetzt werden kann. Auch die fehlende aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels wirft Fragen auf, zumal es sich hier um zumindest freiheitsbeschränkende Maßnahmen handelt.

b. Konformität mit grund- und menschenrechtlichen Standards

Die Erläuterungen erwähnen nur das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, welches im Zusammenhang mit einer Wohnsitzauflage von Relevanz sein könnte. Sie erläutern, dass die Erlassung einer Wohnsitzauflage „jedenfalls abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls zu ergehen“ hat, Art. 8 EMRK zu berücksichtigen sei, und dass die Wohnsitzauflage „als ultima ratio nur dann angeordnet werden [soll], wenn der Drittstaatsangehörige seiner Verpflichtung zur Ausreise bislang nicht nachgekommen ist und aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls anzunehmen ist, dass er auch weiterhin seiner Ausreiseverpflichtung nicht nachkommen wird.“³⁸

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass einerseits auch andere grund- und menschenrechtliche Standards von Relevanz sind (siehe gleich unten), andererseits die in den Erläuterungen erwähnte Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne des Legalitätsprinzips im Gesetz verankert werden sollte.

Wie bereits oben ausgeführt, wird deutlich, dass im Zusammenhang mit der Wohnsitzauflage aus dem Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen eine besonders genaue gesetzliche Determinierung erforderlich wird (Legalitätsprinzip).³⁹ Aus dem Entwurf ist nicht ersichtlich, dass dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot Genüge getan wird.

Aus dem Ministerialentwurf alleine geht nicht hervor, dass es sich bei der Wohnsitzauflage um einen Freiheitsentzug im klassischen Sinn handelt. Mangels anderslautender Bestimmung gehen wir davon aus, dass Betroffene die Bundesbetreuungsstellen zumindest unter bestimmten Bedingungen verlassen dürfen. Würde man jedoch die vorgeschlagene Gesetzesbestimmung im Lichte des Arbeitsprogramms der Bundesregierung 2017/18 (welches mit vorliegendem Ministerialentwurf laut Erläuterungen umgesetzt werden sollte) auslegen, so müsste es sich bei den Betreuungsstellen um die im Arbeitsprogramm erwähnten „geschlossenen Rückkehrzentren“ ohne Bewegungsfreiheit handeln.⁴⁰ Diesfalls würde die Wohnsitzauflage jedenfalls in den Anwendungsbereich des Rechts auf Freiheit und Sicherheit fallen.

Im Folgenden ist daher und auch vor dem Hintergrund der erwähnten Unbestimmtheit der Bestimmungen des Entwurfs – ungeachtet unserer wohlwollenden Annahme, dass kein

³⁸ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 12 (§ 57).

³⁹ Öhlinger/Eberhard (2016), Verfassungsrecht¹¹, Rz 604.

⁴⁰ Das Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 (Kapitel 4.6) spricht von der Einrichtung von „Rückkehrreinrichtungen sowie Rückkehrzentren für die Durchsetzung einer neu zu fassenden Ausreiseanhaltung“, in denen eine intensive Rückkehrberatung sowie Unterstützung bei der jederzeit möglichen freiwilligen Ausreise erfolgen soll. Nach Ablauf der Rückkehrfrist und mangelnder Ausreise soll eine Verwaltungsstrafbestimmung zum Tragen kommen sowie unter Umständen eine Unterbringung in einem Rückkehrzentrum mit Bewegungsbeschränkung (geschlossene Einrichtung). Letzteres soll der Fall sein u.a. wenn eine ausreisepflichtige Person eine Gebietsbeschränkung hat, oder bei rechtskräftig festgestellter bewusster Täuschung der Asylbehörde über die Identität.

Freiheitsentzug intendiert ist – auf die Garantien des Rechts auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 EMRK, dem PersFrG⁴¹ oder Art. 6 GRC einzugehen.

Abhängig von der konkreten Ausgestaltung könnte die im Ministerialentwurf vorgeschlagene Wohnsitzauflage einen Freiheitsentzug im Sinne des Rechts auf Freiheit und Sicherheit darstellen. Ein solcher Freiheitsentzug kann nämlich sehr unterschiedliche Formen annehmen,⁴² was vor allem im Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in *Guzzardi gegen Italien* deutlich wird: Der EGMR stellte hier eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK fest, obwohl es sich um keine klassische Anhaltung in einem Gefängnis handelte, sondern um eine Verbannung auf eine kleine italienische Insel.⁴³ Der EGMR argumentierte folgendermaßen:

„It is admittedly not possible to speak of "deprivation of liberty" on the strength of any one of these factors taken individually, but cumulatively and in combination they certainly raise an issue of categorisation from the viewpoint of Article 5. In certain respects the treatment complained of resembles detention in an "open prison" or committal to a disciplinary unit [...]. The Court considers on balance that the present case is to be regarded as one involving deprivation of liberty.“⁴⁴

Um zu bestimmen, ob ein Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 EMRK⁴⁵ vorliegt, ist von der konkreten Situation der Person auszugehen und müssen unterschiedliche Kriterien berücksichtigt werden, z.B. die Art, Dauer, Auswirkungen und Art der Umsetzung der Maßnahme.⁴⁶ Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK enthält sowohl ein objektives (Beschränkung auf einen bestimmten eingeschränkten Ort für einen nicht vernachlässigbaren Zeitraum) als auch ein subjektives Element (Person hat nicht gültig zugestimmt).⁴⁷ Relevante objektive Faktoren, die berücksichtigt werden müssen, sind ua die Möglichkeit den Ort zu verlassen, das Ausmaß der Überwachung und Kontrolle über die Bewegungsfreiheit der Person, das Ausmaß an Isolation und die Verfügbarkeit von sozialen Kontakten.⁴⁸ Ein Element von Zwang in der Ausübung von Polizeibefugnissen von *stop and search* ist bezeichnend für

⁴¹ Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit, StF: BGBl. Nr. 684/1988, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008.

⁴² European Court of Human Rights (2014) Guide on Article 5 of the Convention: Right to Liberty and Security, Z 3: „deprivation of liberty is not confined to the classic case of detention following arrest or conviction, but may take numerous other forms“, verfügbar unter http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf (15.05.2017).

⁴³ Herr Guzzardi konnte sich relativ frei bewegen, es gab keine physischen Grenzen, allerdings war das Gebiet schwer zugänglich. Herr Guzzardi verbrachte seine Zeit hauptsächlich mit Menschen, die der gleichen Maßnahme wie er unterlagen und Polizisten, es gab nur wenige Gelegenheiten für soziale Kontakte, allerdings hatte er seine Kernfamilie um sich. Es gab strenge Überwachung. Herr Guzzardi durfte seine Unterkunft nicht zwischen 22:00 und 7:00 Uhr verlassen, es sei denn, er hatte dies zuvor rechtzeitig angemeldet. Er musste zweimal täglich zu Kontrollbesuchen zu den Behörden oder diesen Namen von Gesprächspartner bekanntgeben, wenn er das Telefon benutzen wollte. Er benötigte die Zustimmung der Behörden für Besuche nach Sardinien oder das Festland, diese fanden selten und unter strenger Überwachung statt. Bei Verletzung einer seiner Verpflichtungen drohte ihm Arrest. Er verbrachte dort ca. 16 Monate.

⁴⁴ EGMR, *Guzzardi v. Italien*, § 95.

⁴⁵ BGBl. Nr. 210/1958 zuletzt geändert durch BGBl. III Nr. 30/1998

⁴⁶ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 5, Verweise auf *Guzzardi v. Italy*, § 92; *Medvedyev and Others v. France* [Große Kammer], § 73; *Creangă v. Romania* [Große Kammer], § 91.

⁴⁷ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 7, Verweise auf *Storck v. Germany*, § 74; *Stanev v. Bulgaria* [GC], § 117.

⁴⁸ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 8, Verweise auf *Guzzardi v. Italy*, § 95; *H.M. v. Switzerland*, § 45; *H.L. v. the United Kingdom*, § 91; and *Storck v. Germany*, § 73.

einen Freiheitsentzug, ungeachtet der kurzen Dauer der Maßnahme.⁴⁹ Die Tatsache, dass einer Person keine Handschellen angelegt wurden, sie nicht in eine Zelle gebracht oder anders physisch zurückgehalten wird, stellt keinen entscheidenden Faktor bei der Feststellung eines Freiheitsentzugs dar.⁵⁰

Soweit bekannt, würden Personen, auf die eine Wohnsitzauflage anwendbar wäre, in einer Betreuungseinrichtung des Bundes, in der unbefugtes Betreten verboten ist,⁵¹ im unbedingt erforderlichen Ausmaß versorgt werden, wobei jedenfalls Unterbringung, Verpflegung und medizinische Versorgung geleistet werden. Laut Erläuterungen sollen keine „Geldleistungen wie etwa Taschengeld, Bekleidungsgeld und Schulgeld umfasst“ sein.⁵² Ihr Aufenthalt wäre auf den politischen Bezirk beschränkt. Es ist anzunehmen, dass die Hausordnung regeln würde, wann und unter welchen Umständen die Person die Betreuungsstelle verlassen bzw. Besuch empfangen dürfte oder wann Nachtruhe ist. Mangels Bereitstellung von Taschengeld wäre es wohl nicht möglich, öffentliche Verkehrsmittel zu verwenden und sich weiter weg von der Betreuungsstelle zu bewegen. Vermutet werden kann, dass sich die sozialen Kontakte auf Menschen beschränken werden, die sich in einer ähnlichen Situation wie die betroffene Person befinden sowie auf Personal der Betreuungsstelle bzw. Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes. In Summe könnten diese Annahmen und Vermutungen auf einen Freiheitsentzug iSv Art. 5 Abs. 1 EMRK hindeuten.

Gerade eben erwähnte Details entscheiden also über die Anwendbarkeit des Rechts auf Freiheit und Sicherheit. Zudem spielt auch die Dauer der Wohnsitzauflage eine Rolle in diesem Zusammenhang. Mangels Festlegung einer Maximaldauer könnte diese für Jahre bestehen.

Geht man vom Vorliegen eines Freiheitsentzugs aus, so ergeben sich daraus spezielle Verpflichtungen für Österreich: Die Freiheit darf laut Art. 5 EMRK und Art. 1 Abs. 2 bzw. Art. 2 PersFrG nur in den taxativ aufgezählten Fällen entzogen werden – einer dieser Fälle ist die rechtmäßige Festnahme oder Anhaltung, weil die Person von einem gegen sie schwebenden Ausweisungsverfahren betroffen ist (Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK).⁵³ Für einen damit in Zusammenhang stehenden Freiheitsentzug ergeben sich folgende Verpflichtungen, die für die Wohnsitzauflage im Falle der Anwendbarkeit des Rechts auf Freiheit und Sicherheit zu berücksichtigen wären und denen im derzeitigen Ministerialentwurf nicht ausreichend Rechnung getragen wird:

- Der Freiheitsentzug ist nur so lange gerechtfertigt wie das Ausweisungsverfahren läuft – werden solche Verfahren nicht mit gebotener Sorgfalt [*due diligence*] verfolgt, ist die Anhaltung nicht mehr erlaubt.⁵⁴ Ein Freiheitsentzug ist insbesondere nur dann gerechtfertigt, wenn es eine realistische Aussicht auf Abschiebung gibt und die

⁴⁹ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 10, Verweise auf *Krupko and Others v. Russia*, § 36; *Foka v. Turkey*, § 78; *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, § 57; *Shimovolos v. Russia*, § 50; and *Brega and Others v. Moldova*, § 43.

⁵⁰ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 11, Verweis auf *M.A. v. Cyprus*, § 193.

⁵¹ Verweis auf § 5 Abs. 1 GVG-Bund idGF.

⁵² Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Erläuterungen zu Artikel 4 (Änderung des Grundversorgungsgesetzes – Bund 2005), zu Z 1 (§ 6 Abs. 2a), Seite 18.

⁵³ Ähnlich Art. 2. Abs. 1 Z 7 PersFrG: „wenn dies notwendig ist, um eine beabsichtigte Ausweisung [...] zu sichern“.

⁵⁴ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 106, Verweise auf *EGMR (Große Kammer) A. and Others v. the United Kingdom*, § 164; *Amie and Others v. Bulgaria*, § 72.

Behörden mit der gebotenen Sorgfalt vorgehen und Vorbereitungen für die Abschiebung treffen.⁵⁵

- Um nicht willkürlich zu sein, muss der Freiheitsentzug im guten Glauben erfolgen; er muss eng mit dem Haftgrund verbunden sein; der Ort und die Bedingungen des Freiheitsentzugs müssen angemessen sein; die Dauer des Freiheitsentzugs darf nicht das vernünftigerweise Notwendige für die verfolgten Zwecke übersteigen.⁵⁶
- Der Freiheitsentzug darf in seiner Natur nicht bestrafend sein und soll mit angemessenen Safeguards einhergehen.⁵⁷
- Die Freiheit darf nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden.⁵⁸ Das Gesetz muss aber selbst in Konformität mit Art. 5 EMRK und dessen Prinzipien (Rechtsstaatlichkeit [*rule of law*], Rechtssicherheit/rechtliche Bestimmtheit [*legal certainty*], Verhältnismäßigkeit, Schutz gegen Willkür)⁵⁹ stehen. Der Freiheitsentzug darf „nur gesetzlich vorgesehen werden, wenn dies nach dem Zweck der Maßnahme notwendig ist; die persönliche Freiheit darf jeweils nur entzogen werden, wenn und soweit dies nicht zum Zweck der Maßnahme außer Verhältnis steht“.⁶⁰
- Bei einem Freiheitsentzug ist vor allem das Prinzip der Rechtssicherheit/rechtlichen Bestimmtheit von besonderer Wichtigkeit. Daher ist es notwendig, dass die Bedingungen für den Freiheitsentzug im nationalen Recht klar definiert sind und dass das Gesetz selbst in seiner Anwendung vorhersehbar ist. Das Gesetz muss ausreichend präzise sein, sodass die betroffene Person die Folgen ihrer Handlungen vorhersehen kann.⁶¹
- Eine festgenommene oder angehaltene Person ist „unter Achtung der Menschenwürde und mit möglicher Schonung der Person zu behandeln und darf nur solchen Beschränkungen unterworfen werden, die dem Zweck der Anhaltung angemessen oder zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort seiner Anhaltung notwendig sind.“⁶²

Zusammengefasst bedeutet dies, dass die Wohnsitzauflage, sollte sie umgesetzt werden, grundsätzlich so ausgestaltet sein sollte, dass kein Freiheitsentzug iSd Rechts auf Freiheit und Sicherheit vorliegt. Sollten sich die hier skizzierten Bedenken bzw. Vermutungen bewahrheiten, ist auf die Einhaltung der dargestellten grund- und menschenrechtlichen Garantien und ihre entsprechende gesetzliche Verankerung hinzuweisen. In der vorgeschlagenen Konzeption wäre ein Freiheitsentzug auch nicht zu rechtfertigen.

⁵⁵ Vgl. EGMR, *Singh v. the Czech Republic*, No. 60538/00, 25 January 2005; *Mikolenko v. Estonia*, No. 10664/05, 8 October 2009; *M. and Others v. Bulgaria*, No. 41416/08, 26 July 2011, *Longa Yonkeu v. Latvia*, No. 57229/09, 15 November 2011.

⁵⁶ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 107.

⁵⁷ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 108, Verweis auf *Azimov v. Russia*, § 172.

⁵⁸ Art. 5 EMRK und Art. 1 Abs. 2 bzw. Art. 2 PersFrG.

⁵⁹ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 25.

⁶⁰ Art. 2 Abs. 3 PersFrG.

⁶¹ ECtHR (2014) Guide on Article 5 of the Convention, Z 26, Verweise auf EGMR (Große Kammer) *Del Río Prada v. Spain*, § 125; *Creangă v. Romania*, § 120; and EGMR (Große Kammer) *Medvedyev and Others v. France*, § 80.

⁶² Art. 2 Abs. 4 PersFrG.

IV. Verpflichtung zur Mitwirkung und Beschaffung eines Reisedokumentes samt Zwangsstrafe (§ 46 Abs. 2, 2a und 2b FPG, § 3 Abs. 3 BFA-VG)

Der Ministerialentwurf beabsichtigt, Personen, die zur Ausreise verpflichtet sind, jedoch über kein Reisedokument verfügen, obgleich dieses für die Durchführung der Ausreise erforderlich wäre, zusätzlich zur allgemeineren Mitwirkungspflicht ausdrücklich zu verpflichten, ein solches Dokument bei der zuständigen ausländischen Behörde aus eigenem zu beschaffen. Eine solche Verpflichtung soll auch per Bescheid auferlegt werden können. Die Pflicht der Behörde, die für die Abschiebung erforderlichen Bewilligungen bei der für den Fremden zuständigen ausländischen Behörde zu beschaffen, soll nunmehr als Ermächtigung statt als Verpflichtung verstanden werden.⁶³

Kommt eine Person der per Mandatsbescheid auferlegten Verpflichtung nicht nach, soll zur Erzwingung der zur Erlangung eines Reisedokumentes erforderlichen Handlung eine Zwangsstrafe (wie die Beugehaft) angeordnet werden können. Eine Ausnahme zur Zwangsstrafe ist (nur) für Fälle vorgesehen, bei denen aus Gründen, die die Person nicht zu vertreten hat, die Erfüllung der Verpflichtung nicht möglich ist. Zur Durchsetzung der Vollstreckung soll mit Festnahmeauftrag vorgegangen werden.

Dieses Vorhaben wirft grundlegende Fragen nach der Konformität mit Unionsrecht sowie der EMRK und dem PersFrG auf.⁶⁴

Bevor auf diese eingegangen wird, ist jedoch auf einen offensichtlichen legislativen Fehler hinzuweisen, wonach eine Zwangsstrafe nur dann entfällt, wenn „die Erfüllung der mit Bescheid gemäß Satz 1 auferlegten Verpflichtung [...] aus Gründen, die [der Fremde] nicht zu vertreten hat, nicht möglich ist.“ In den Erläuterungen wird hierzu ausgeführt, dass dies „insbesondere bei einer akuten Krankheit des Fremden der Fall sein“⁶⁵ soll.⁶⁶ Personen, deren Rückkehr das Non-Refoulement-Gebot verletzen würde, denen jedoch nur der Status von Geduldeten zukommt, wären nach dem Wortlaut („nicht möglich ist“, anstatt „nicht vertretbar ist“ oder „nicht zumutbar ist“) der Bestimmung in Zusammenschau mit den Erläuterungen jedoch durchaus umfasst. Sie wären trotz festgestellter Rückkehrgefährdung verpflichtet, Schritte zu setzen, um ebendiese voranzutreiben, bzw. könnten mit Beugehaft zu diesen gezwungen werden, was die vorgeschlagene Bestimmung als inhaltlich widersinnig erscheinen lässt. Zudem ist ein klarer Widerspruch zu Art. 15 Abs. 4 der Rückführungsrichtlinie zu erkennen und erscheint die Übereinstimmung mit der geforderten Verhältnismäßigkeit der Haft nach Art. 5 EMRK und Art. 2 PersFrG, insbesondere in Bezug auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, wie untenstehend ausgeführt, zweifelhaft. Denn, ist eine tatsächliche Ausreise aus Gründen des Art. 3 EMRK nicht zu vertreten, kann auch eine Inhaftierung zu diesem Zwecke kaum verhältnismäßig sein. Wir verweisen zudem auf

⁶³ Siehe zur bisherigen rechtswidrigen Praxis der Behörden, die durch diese Novelle eine neue Rechtsgrundlage erhalten soll, VwGH 23.03.2017, Ro 2017/21/0005.

⁶⁴ Etwaige Widersprüche zum System des VVG, das eine stufenweise Vorgehensweise erfordert, werden hier nicht weiter behandelt.

⁶⁵ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 8.

⁶⁶ Die Erläuterungen sprechen an dieser Stelle in Widerspruch zur vorgeschlagenen Bestimmung von „wenn deren Erfüllung für den Fremden aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht möglich ist“, anstatt von „wenn deren Erfüllung für den Fremden aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist.“

die untenstehenden Ausführungen zur Rechtswidrigkeit der Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegen Geduldete, bei denen eine Rückführung aufgrund des Non-Refoulement-Verbots ausscheidet (siehe IV.).

a. Garantien der Rückführungsrichtlinie

Im vorgeschlagenen Ministerialentwurf wird mit der geplanten Einführung von Beugehaft zum Zweck der Beschaffung von Dokumenten zur Ausreise der Versuch unternommen, eine Inhaftierungsmöglichkeit im Rahmen der Rückführung von Drittstaatsangehörigen außerhalb des Schubhaftregimes zu etablieren. Dabei wird jedoch übersehen, dass dennoch sekundäres Unionsrecht zu beachten bleibt.

Art. 15 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie lautet:

„Sofern in dem konkreten Fall keine anderen ausreichenden, jedoch weniger intensiven Zwangsmaßnahmen wirksam angewandt werden können, dürfen die Mitgliedstaaten Drittstaatsangehörige, gegen die ein Rückkehrverfahren anhängig ist, nur in Haft nehmen, um deren Rückkehr vorzubereiten und/oder die Abschiebung durchzuführen.“

Mit dieser Bestimmung grenzt die Richtlinie einerseits ab, welche freiheitsentziehenden Maßnahmen von den Garantien der Richtlinie umfasst sind. So fallen all jene Fälle unter die Richtlinie, die zum Zwecke der Vorbereitung der Rückkehr und/oder der Abschiebung erfolgen. Zum anderen geht daraus hervor, dass Drittstaatsangehörige, gegen die ein Rückkehrverfahren anhängig ist, im Rahmen dessen nicht für andere Zwecke inhaftiert werden dürfen. Auch in Zusammenschau mit Art. 2 der Richtlinie kann nichts Anderes gelten.⁶⁷

Die Zwangsstrafe der Beugehaft, die im Wesentlichen das Ziel verfolgt, die Beschaffung der für die Ausreise notwendigen Dokumente sicherzustellen, ist somit jedenfalls von der Rückführungsrichtlinie erfasst. Dies muss so gesehen werden, selbst wenn die Beugehaft nicht als Schubhaft im engeren Sinn, also für Personen, die sich sonst dem Verfahren gänzlich entziehen würden, sondern als Zwangsstrafe zur Herbeiführung gesetzeskonformen Verhaltens konzipiert ist, da der Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 („in Haft nehmen“) sich nicht auf spezielle Formen der Haft bezieht und aus Art. 2 der Richtlinie keine entsprechende Ausnahmeregelung zu entnehmen ist. Eine (einschränkende) Definition des Begriffs „Inhaftnahme“ kennt die Richtlinie ebenfalls nicht. Daraus ergibt sich unzweifelhaft, dass die durch die Richtlinie vorgesehenen Garantien – hier wären vor allem die Art. 15-17 der Rückführungsrichtlinie einschlägig – auch für Fälle der Beugehaft gelten müssen.

Dem derzeitigen Entwurf ist nicht zu entnehmen, dass die vorgeschlagene Beugehaft in Rückkehrverfahren diesen Anforderungen der Rückkehrrichtlinie – sei es in Bezug auf die Haftdauer, die Anforderungen an die Entscheidung der Verwaltungs- oder Justizbehörde, den Rechtsschutz, oder die Vorgabe, Personen, deren Abschiebung nicht in Aussicht steht, nicht zu inhaftieren – zu genügen sucht.

Im Gegenteil wird in den Erläuterungen ausgeführt, dass es denkbar wäre,

⁶⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, dass selbst unter der Annahme, die Beugehaft falle nicht unter die Richtlinie, nach Art. 2 derselben gewisse Garantien dennoch zur Anwendung kommen müssen, wie jene nach Art. 4 Abs. 4, Art. 8 Abs. 4 und 5, Art. 9 Abs. 2 lit a, Art. 14 Abs. 1 lit. b und d sowie Art. 16 und 17.

„Zwangsstrafen nach dem VVG zum Zweck der Erfüllung von Pflichten nach Abs. 2 oder 2a zu verhängen, obwohl die Anordnung der Schubhaft im Einzelfall nicht zulässig wäre, etwa weil deren zulässige Höchstdauer gemäß § 80 bereits ausgeschöpft ist, Fluchtgefahr im Einzelfall nicht vorliegt oder der ausländische Staat bzw. dessen Behörde zwar bekanntermaßen keine Ersatzreisedokumente für die Abschiebung ausstellt (und es daher am Sicherheitsbedarf mangelt), wohl aber zur Aufnahme freiwilliger Rückkehrer bereit ist und der Fremde daher – ungeachtet der faktischen Unmöglichkeit der Abschiebung – zur eigenständigen Beschaffung eines Reisedokumentes gemäß Abs. 2a verpflichtet ist.“⁶⁸

Hier wird also deutlich, dass der Ministerialentwurf die Tatsache, dass es sich bei der Beugehaft zum Zwecke der Beschaffung von Reisedokumenten um eine Inhaftierung nach der Rückführungsrichtlinie handelt, außer Acht lässt bzw. explizit eine Vorgangsweise vorsieht, die im Widerspruch zur Richtlinie steht. Der Argumentation in den Erläuterungen, dass die Beugehaft „lediglich der Erzwingung der Erfüllung von Mitwirkungspflichten [dient]“⁶⁹, mit der angedeutet wird, es handle sich eventuell um keinen Fall der Inhaftierung zum Zwecke der Vorbereitung oder Durchführung von Abschiebungen, ist nicht zu folgen. Die Beschaffung von Reisedokumenten ist, soweit diese nicht vorliegen, ein notwendiger Bestandteil jedes Rückführungsverfahrens. Dies geht spätestens aus der bekannten Realität solcher Verfahren hervor, in denen das Nicht-Vorliegen von Reisedokumenten in vielen Fällen das einzige Hindernis zur Durchführung von Abschiebungen darstellt.⁷⁰

b. Konformität mit grund- und menschenrechtlichen Standards

Unabhängig von den Vorgaben der Rückführungsrichtlinie, die hier einschlägig wären, ist die vorgeschlagene Bestimmung vor dem Hintergrund der grund- und menschenrechtlichen Garantien von Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK⁷¹ sowie Art. 2 Abs. 1 Z 4 PersFrG zu sehen. Beide sehen grundsätzlich zwar die Möglichkeit vor, Personen zum Zwecke der Erzwingung der Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung zu inhaftieren, stellen aber gleichzeitig hohe Anforderungen an gesetzliche Bestimmungen, die derartiges normieren. Diesen kann das im Entwurf vorgeschlagene System der Zwangsstrafen nicht vollständig genügen.

Bevor darauf eingegangen wird, ist an dieser Stelle anzumerken, dass im Einzelfall jedenfalls auch die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK und die hierzu ergangene Judikatur des EGMR geprüft werden muss, soweit in Frage steht, dass die Beugehaft eingesetzt wird, um unter dem Vorwand einer bestehenden gesetzlichen Verpflichtung Zwecke zu verfolgen, die von ihrer Substanz unter Art. 5 Abs. 1 lit. f zu subsumieren wären. Insbesondere ist hier zu erwähnen, dass eine Inhaftierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. f unzulässig ist, wenn keine realistische Aussicht auf Abschiebung besteht oder behördliche Sorgfalt nicht gegeben ist.⁷²

Wie auch in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf ausgeführt, ist

⁶⁸ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 8.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Vgl. Kukovetz, B., Catch-22 des irregulären Aufenthalts. Handlungspraxen zwischen Abschiebung und Niederlassung, Dissertation, 2015.

⁷¹ Die Anwendbarkeit von Art. 5 GRC ist ebenfalls gegeben, zumal die Rückführungsrichtlinie einschlägig ist.

⁷² EGMR, Mikolenko v. Estonia, §§ 66-67. Auf die entsprechende und hierzu gleichlautende Judikatur des VwGH zum Schubhaftregime in Österreich ist zu verweisen.

„entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsvollstreckungsrecht (§ 2 Abs. 1 VVG) [...] jeweils das gelindeste noch zum Ziel führende Zwangsmittel anzuwenden. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist im Zusammenhang mit der Vollstreckung unvertretbarer Leistungen die Geldstrafe im Verhältnis zur Haft grundsätzlich das gelindere Zwangsmittel (zB. VwGH 19.12.1996, 96/11/0323).“⁷³

In diesem Sinne hat auch der EGMR klargestellt, dass eine Inhaftierung nach Art. 5 Abs. 1 lit b EMRK nur dann rechtmäßig ist, wenn sie nicht mit gelinderen Mitteln herbeigeführt werden kann.⁷⁴ Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bringt zu dem mit sich, dass ein Ausgleich zwischen der Wichtigkeit der unmittelbaren Erfüllung der entsprechenden Verpflichtung in einer demokratischen Gesellschaft und der Wichtigkeit des Rechts auf persönliche Freiheit vorgenommen werden muss.⁷⁵ In diesem Zusammenhang müssen das Wesen der Verpflichtung samt ihres Ziels und Zwecks, die inhaftierte Person und die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die Länge der Haft berücksichtigt werden.⁷⁶

Betrachtet man die besonderen Umstände, in der sich Personen befinden, die von der Zwangsstrafe einer Beugehaft zum Zwecke der Beschaffung von Reisedokumenten umfasst wären, und erkennt man die Intention, die hinter dem Ministerialentwurf steht, wird klar, dass die vorgeschlagene Bestimmung äußerst schwer mit den erwähnten menschenrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen ist. Bei abgelehnten Asylsuchenden handelt es sich oft um Personen, die über wenig finanzielle Ressourcen verfügen, weshalb das abgestufte System der VVG in vielen Fällen ungeeignet sein wird, diese Personengruppe zu adressieren. Gleichzeitig halten die Erläuterungen an mehreren Stellen fest, dass die Nichtbefolgung der auferlegten Pflichten zur Verhängung „der Beugehaft“ bzw. „insbesondere der Beugehaft“, führen können soll.⁷⁷ Es steht daher zu befürchten, dass der Entwurf die Verhängung von Beugehaft als primäre Zwangsmaßnahme im Blick hat und verkennt, dass ein solches Vorgehen der Behörden „im Geiste des Gesetzes“ im Widerspruch zu Art. 5 EMRK und Art. 2 PersFrG stehen würde.

Weiters ist zu bedenken, dass mit der vorgeschlagenen Bestimmung eine bisher der Behörde selbst zukommende Verpflichtung, die für die Rückführung notwendigen Dokumente zu beschaffen, auf (ehemalige) Asylsuchende übertragen wird, der Entwurf jedoch Aussagen dazu vermissen lässt, weshalb es der Behörde bisher nicht möglich war, ihrer Verpflichtung nachzukommen. Wie bereits erwähnt, fehlt es auch an einer empirischen oder sonstigen Grundlage, die eine gesetzmäßig eröffnete Möglichkeit der Freiheitsentziehung rechtfertigen könnte.

⁷³ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen zu Artikel 2, Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005, Z 8.

⁷⁴ EGMR, *Khodorkovskiy v. Russia*, § 136

⁷⁵ EGMR (Große Kammer), *Saadi v. the United Kingdom*, § 70

⁷⁶ EGMR, *Vasileva v. Denmark*, § 38; *Epple v. Germany*, § 37.

⁷⁷ Vgl. Erläuterungen, Seite 2, unten: „(...) kann zur Erzwungung jener zur Beschaffung der erforderlichen Dokumente gebotenen Handlungen (...) Beugehaft angeordnet werden (...)“; Seite 3: „Die Nichtbefolgung (...) soll zur Verhängung von Zwangsstrafen (...), insbesondere der Beugehaft, führen können.“ und Seite 8: „(...) um die Verletzung dieser Pflichten gegebenenfalls zur Grundlage der Verhängung von Zwangsstrafen (...), insbesondere der Beugehaft (...), machen zu können.“ Bei Darstellung des stufenweisen Vorgehens gemäß VVG wird außerdem – entgegen diesem Stufenbau – ausgeführt, dass für den Fall der (erstmaligen) Nichterfüllung innerhalb der aufgetragenen Erfüllungsfrist „das jeweilige Zwangsmittel (Höhe der Geldstrafe oder Dauer der Haft) anzudrohen [ist]“ (Erläuterungen, Seite 9).

Im Hinblick auf den besonders einschneidenden Charakter des vorgeschlagenen Grundrechtseingriffs und die geforderte Verhältnismäßigkeit kann ein solches Vorgehen nicht nachvollzogen werden. Zudem ist fraglich, inwieweit vor diesem Hintergrund gerechtfertigt werden kann, von den Vorgaben von Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK in Zusammenschau mit der entsprechenden EGMR-Judikatur abzuweichen.

Und letztlich können mit dieser Bestimmung auch Fälle der Inhaftierung eintreten, in denen es der Behörde möglich gewesen wäre, selbst die Beschaffung der Dokumente ohne Mitwirkung von Betroffenen zu erreichen. Zwar ist bekannt, wie in den Erläuterungen ausgeführt wird, dass manche ausländische Behörde „keine Ersatzreisedokumente für die Abschiebung ausstellt (und es daher am Sicherheitsbedarf mangelt), wohl aber zur Aufnahme freiwilliger Rückkehrer bereit“. Dabei wird jedoch übersehen, dass nur durch die (eventuell mit Zwangsmaßnahmen herbeigeführte) Erfüllung der Pflicht, vor der ausländischen Behörde Angaben zu tätigen, um ein Reisedokument zu erlangen, keine Freiwilligkeit eintritt, sondern (bloß) gesetzeskonformes Verhalten. Weshalb eine dieser ausländischen Behörden die notwendigen Dokumente ausstellen sollte, obgleich bei Betroffenen weiterhin keine Freiwilligkeit vorliegt, ist nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund ist daher wiederum die Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Bestimmung anzuzweifeln.

Der Vollständigkeit halber ist zudem zu betonen, dass jedenfalls die Annahme des Ministerialentwurfs, „es [wäre] daher denkbar, Zwangsstrafen nach dem VVG zum Zweck der Erfüllung von Pflichten nach Abs. 2 oder 2a zu verhängen, obwohl die Anordnung der Schubhaft im Einzelfall nicht zulässig wäre“, zumindest in Fällen, wo eine Unzulässigkeit sich aus der Dauer der kumulierten Inhaftierung ergibt, in krassem Widerspruch zum Verhältnismäßigkeitsgebot nach Art. 5 EMRK und Art. 2 PersFrG steht.

V. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen Geduldete (§§ 8 Abs. 3a, 9 Abs. 2 und 10 Abs. 1 AsylG; §§ 46 Abs. 1 und 52 Abs. 2 FPG)

Wie bereits dargelegt, ist der grundsätzliche Sinngehalt einer Bestimmung, die die Umsetzung einer Rückkehr erleichtern möchte, die nach dem Non-Refoulement-Gebot unzulässig ist, nicht gegeben.

Der Vorschlag, aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen Geduldete vorzusehen, bei denen eine festgestellte Rückkehrgefährdung besteht, steht zudem in Widerspruch zu unionsrechtlichen Vorgaben. Die Rückführungsrichtlinie enthält als Hauptinstrument im Bereich der Aufenthaltsbeendigung von hier Betroffenen keine Bestimmung, wie mit einer Unmöglichkeit der Durchsetzbarkeit der umzugehen ist. Lediglich in Art. 9 sind Fälle aufgezählt, wonach eine Abschiebung aufzuschieben ist. Aufschiebung bedeutet jedoch schon vom Wortsinne her, dass die Durchführung der Abschiebung zumindest irgendwann einmal möglich sein muss.⁷⁸

Unabhängig davon würde in derartigen Konstellationen die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme – und somit der behördliche Befehl, in jenen Staat zurückzukehren, in dem eine Verletzung des Folterverbotes droht – jedenfalls bereits eine Verletzung von Art. 3 EMRK und Art. 19 Abs. 2 GRC bedeuten. Das Refoulement-Verbot

⁷⁸ Vgl. Hörich, Abschiebungen 92 mit Verweis auf die englische Fassung des Art. 9: „Member States shall postpone...“.

verbietet nicht nur die Abschiebung in den Verfolgerstaat, sondern bereits die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme.⁷⁹ Dies hat der EGMR erst jüngst explizit bestätigt.⁸⁰

Wenn also bereits beim Erlass einer Rückkehrentscheidung feststeht, dass ihre Durchsetzung eine Verletzung des Non-Refoulement-Gebots darstellen würde und die Abschiebung somit absehbar unmöglich bleibt, erweist sich auch die Erlassung einer Rückkehrentscheidung als verfassungs- und unionsrechtswidrig.

VI. Befristete Verlängerung der Entscheidungsfrist des BVwG (§ 21 Abs. 2b BFA-VG)

Der Ministerialentwurf sieht in § 21 Abs. 2b BFA-VG neu – in Abweichung von § 34 Abs. 1 VwGVG – eine vorübergehende Verlängerung der Entscheidungsfrist des BVwG hinsichtlich Beschwerden gegen Entscheidungen über Anträge auf internationalen Schutz von sechs auf zwölf Monate vor.⁸¹ Diese Bestimmung soll per 1. November 2017 in Kraft und mit 31. Mai 2018 außer Kraft treten bzw. für bis Ende Mai 2018 anhängig gemachte Beschwerden gelten.⁸² In den Erläuterungen zum Ministerialentwurf wird ausgeführt, dass die Verlängerung auf „der erfahrungsgemäß hohen Beschwerdequote bei Verfahren über Anträge auf internationalen Schutz“ sowie „der zu erwartenden Auswirkung, die die im Jahr 2015 einsetzende außerordentliche Mehrbelastung des Bundesamtes nunmehr auch auf das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) haben wird“, beruht.⁸³

Vor dem Hintergrund der bereits erfolgten vorübergehenden Ausdehnung der Entscheidungsfrist des BFA durch BGBl. I Nr. 24/2016 von sechs auf 15 Monate, haben Asylsuchende also fortan mit einer Entscheidungsdauer von bis zu 27 Monaten zu rechnen.

Es ist richtig, dass – wie in den Erläuterungen angemerkt⁸⁴ – die Verfahrensrichtlinie keine Höchst- oder Mindestdauer für Entscheidungen im Rechtsmittelverfahren vorsieht. Allerdings ist diese Richtlinie im Lichte von EU-Primärrecht, insbesondere der GRC, zu interpretieren. Daraus ergibt sich, dass Asylverfahren innerhalb einer angemessenen Frist abzuschließen sind: Laut EuGH gewährleistet das Recht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 GRC) „ebenso wie die zwingend aus dem Effektivitätsgrundsatz folgenden Gebote, [...], dass die Dauer des gesamten Prüfungsverfahrens über den Antrag auf internationalen Schutz eine angemessene Zeitspanne nicht überschreitet, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist“.⁸⁵ Weiters hat gemäß Art. 47 GRC „[j]ede Person [...] ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird“. Schließlich

⁷⁹ Vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 212 f mit Verweis auf die umfassende Rsp des EGMR; sowie Tretter in Korinek/Holoubek/et al (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band III Grundrechte, Art. 3 EMRK 10. Lfg. (2011) Rz 218 ff.

⁸⁰ EGMR, Paposhvili v. Belgien [GC], 13.12.2016, Nr 41.738/10; siehe aber auch EGMR, Ahmed v Österreich, 17.12.1996, Slg. EGMR 1996, VI-2206.

⁸¹ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Artikel 3, Änderung des BFA-Verfahrensgesetzes, Z 2.

⁸² Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Artikel 3, Änderung des BFA-Verfahrensgesetzes, Z 9, § 56 Abs. 10 neu; Z 10, § 58 Abs. 5 neu. Vorgesehene verkürzte Entscheidungsfristen sollen von der vorgeschlagenen Neuerung unberührt bleiben (Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen, Seiten 16-17).

⁸³ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen, Seite 4.

⁸⁴ Ministerialentwurf 311/ME XXV. GP, Erläuterungen, Seiten 16-17.

⁸⁵ EuGH, C-604/12, H. N. gegen Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General, 8.5.2014, Z 56.

führt die Verfahrensrichtlinie selbst in ihrer Präambel explizit an, dass es grundsätzlich im Interesse von sowohl asylsuchender Person als auch des Staats liegt, dass Asylverfahren so rasch wie möglich abgeschlossen werden, dies natürlich unter Beibehaltung eines qualitativ hochwertigen Asylverfahrens.⁸⁶

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es sich bei einer Dauer eines Asylverfahrens von bis zu 15 plus 12 Monaten um eine „angemessene Frist“ im Sinne der GRC handeln kann. Aus der Rechtsprechung des EGMR ergibt sich, dass folgende Faktoren bei der Beurteilung der Angemessenheit der Dauer eines Asylverfahrens berücksichtigt werden sollen: die Komplexität des Falls, das Verhalten der asylsuchenden Person, die Handlungsweise der Asylbehörden und was für die asylsuchende Person „auf dem Spiel steht“ (Refoulement-Verbot, Recht auf Asyl).⁸⁷ Bei der Beurteilung zu berücksichtigen ist, dass lange Verfahren auch lange Zeiten von Unsicherheit hinsichtlich der rechtlichen Position mit sich bringen.⁸⁸ Gerade bei Freiheitsentzug ist es von besonderer Wichtigkeit, dass das Asylverfahren so schnell wie möglich abgeschlossen ist.⁸⁹

Konkret für diese Novelle bedeutet dies, dass es äußerst fraglich ist, ob die Dauer von 15+12 Monate eine „angemessene Frist“ im Sinne der EU GRC darstellt:

- Grundsätzlich geht es in Asylverfahren für die betroffene asylsuchende Person um sehr viel – es geht um die Entscheidung, ob sie nach Verlust der Beziehung zum Herkunftsstaat einen rechtlichen Status erhält, der sie nicht nur von einer Rückführung in eine Verfolgungssituation bewahrt, sondern ihr erlaubt, in einer neuen politischen Gemeinschaft „Fuß zu fassen“ und z.B. Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten. Eine Verfahrensdauer von mehr als zwei Jahren ist vor diesem Hintergrund jedenfalls als beträchtlich einzustufen, insbesondere, wenn man die psychische Gesundheit, das Aufrechterhalten von Qualifikationen sowie den Erwerb von Deutschkenntnissen miteinbezieht.
- Miteinzubeziehen in die Beurteilung der Angemessenheit der Frist ist die angedachte Anordnung der Unterkunftnahme während des Asylverfahrens, die zu einer Beschränkung der Bewegungsfreiheit führt.
- Schließlich muss es auch im Sinne des Staates sein, Asylverfahren so rasch wie möglich – unter Aufrechterhaltung notwendiger Qualität – abzuschließen. So ist eine effizientere Verfahrensführung auch Ziel der vorgeschlagenen Novelle (wenn auch vornehmlich im Hinblick auf die Rückführung von Drittstaatsangehörigen) sowie des Arbeitsprogramms der Bundesregierung 2017/18, insbesondere Kapitel 4.6 „Migration dämpfen“, mit dem die vorgeschlagene Novelle umgesetzt werden soll („Straffung der Verfahrensabläufe im Asylverfahren“⁹⁰). Eine effizientere Verfahrensführung bei gleichzeitiger Gewährleistung von Verfahrensgarantien soll – angesichts einer

⁸⁶ Verfahrensrichtlinie, Neufassung, Präambel Erwägungsgrund 18: „Es liegt im Interesse sowohl der Mitgliedstaaten als auch der Personen, die internationalen Schutz beantragen, dass über die Anträge auf internationalen Schutz so rasch wie möglich, unbeschadet der Durchführung einer angemessenen und vollständigen Prüfung der Anträge, entschieden wird.“

⁸⁷ ECRE/Dutch Council for Refugees (2014) The application of the EU Charter of Fundamental Rights to asylum procedural law, 103, bezugnehmend auf EGMR (Große Kammer), *Sürmeli v. Germany*, Nr. 75529/01, 08.06.2006, Z 128.

⁸⁸ Reneman, M., ‘Speedy asylum procedures in the EU’, 25 *International Journal of Refugee Law*, 2013, issue 4, 718.

⁸⁹ Reneman, M., ‘Speedy asylum procedures in the EU’, 718.

⁹⁰ Geplant ist hier laut Arbeitsprogramm die Neugestaltung der Einvernahmestrukturen, insbesondere bei der Erstbefragung. Neben Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes sollen auch zusätzlich aufzunehmende Verwaltungsbedienstete für die Erstbefragung herangezogen werden.

Entscheidung, die von größter Wichtigkeit für das Leben einer asylsuchenden Person ist – jedenfalls auch für das Asylverfahren gelten. Bei einer effizienteren Verfahrensführung müsste in Zusammenschau mit einer Aufstockung von Personalressourcen die Mehrbelastung, die durch die hohen Antragszahlen von 2015 entstanden ist, gemeistert werden können, ohne dass es zu einer weiteren Ausdehnung der Entscheidungsfrist kommen muss.

VII. Abschließende Bemerkungen

Die obigen Ausführungen machen deutlich, dass der gegenständliche Entwurf einer Novelle im Asyl- und Fremdenrecht, mit dem ein „in sich abgestimmtes“ System der Freiheitsbeschränkung intendiert wird, noch wesentliche Fragen hinsichtlich der Konformität mit verfassungs-, europa- und völkerrechtlich gewährleisteten Grund- und Menschenrechten von Asylsuchenden und Personen ohne Aufenthaltsrecht offenlässt. Eine empirische oder sonstige Grundlage für die Notwendigkeit derartiger Eingriffe bietet der Entwurf nicht an. Einzelne Bestimmungen, wie insbesondere jene zur Einführung des Beugehaftsystems im Rahmen von Rückführungen, stehen weitgehend gar in offensichtlichem Widerspruch zu geltendem Unionsrecht. Vor diesem Hintergrund ersucht das BIM, vom Beschluss dieses Entwurfs gänzlich abzusehen.

Für das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte,

Adel-Naim Reyhani, Margit Ammer