



## **Refugee Law Clinic (RLC) der Universität Graz**

### **STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF DES FREMDENRECHTSÄNDERUNGSGESETZ 2018 (FrÄG 2018)**

#### **1. Vorbemerkungen**

Das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018, ist der letzte Akt in einer Reihe von Novellierungen, die im Fremden- und Asylrecht in den letzten Jahren vorgenommen wurden. Ziel des zur Begutachtung vorliegenden Gesetzentwurfs ist zum einen die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben insbesondere im Bereich des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes sowie dem Ausländerbeschäftigungsgesetz. Zum anderen sollen die fremdenrechtlichen Maßnahmen des von der Bundesregierung festgelegten Regierungsprogrammes 2017 („Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017-2022“) umgesetzt werden.

Die lange Reihe der bisherigen Novellierungen haben das Fremden- und Asylrecht nicht nur zu einer äußerst komplexen und verworrenen Materie gemacht. Diese ist vielmehr auch Ausdruck eines zunehmend restriktiven Zuganges zu Migration im Allgemeinen, und Flucht und Asyl im Konkreten, der hinsichtlich der grundrechtlichen Sensibilität der Materie in vielen Bereichen mehr als bedenklich ist. So ist der Gesetzesentwurf von pauschalen Unterstellungen und Misstrauen gegenüber Asylsuchenden aber auch Asylberechtigten geprägt, die Niederschlag in grundrechtlich bedenklichen Neuerungsvorschlägen finden. Ist die grundsätzliche Unterstellung des „Asylmissbrauchs“ von Asylsuchenden oder Asylberechtigten und das Absprechen eines Schutzbedürfnisses klar abzulehnen, so erscheinen insbesondere auch jene Regelungen des Gesetzesentwurfs, die eine Steigerung der Effizienz der asyl- und fremdenrechtlichen Verfahren nach sich ziehen sollen, als wenig geeignet um dieses Ziel zu erreichen.

Die *Refugee Law Clinic* der Universität Graz hat zum Ziel, Studierenden der Rechtswissenschaften bereits während des Jus-Studiums in Kooperation mit einschlägigen Vereinen und Institutionen (Antidiskriminierungsstelle Steiermark, Caritas, ZEBRA und Diakonie) sowie Rechtsanwältinnen (Kanzlei Frühwirth, Kanzlei Kocher & Bucher, Kanzlei Önal) eine spezielle asyl- und fremdenrechtliche praxisrelevante Ausbildung zu ermöglichen, die ihnen den Einstieg in den Bereich der Rechtsberatung erlaubt. Sie kombiniert eine theoretische Ausbildung im Bereich des Asyl- und Fremdenrechts mit der Möglichkeit dieses Wissen praktisch anzuwenden und an aktuellen, realen Fällen mitzuarbeiten. In Zusammenarbeit mit den Kanzleien und Nicht-Regierungsorganisationen verfassen Studierende Beschwerdeentwürfe und Stellungnahmen in Asylverfahren oder führen umfangreiche rechtliche Recherchen zu Judikatur und zur Lage in den Herkunftsländern durch.

Im nachfolgenden Abschnitt nimmt die *Refugee Law Clinic*<sup>1</sup> der Universität Graz zu ausgesuchten vorgeschlagenen Änderungen im Detail Stellung.

## 2. Analyse von (ausgewählten) Vorschlägen im Einzelnen

### Übersicht

- a. Zu Artikel 2 (Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005)
  - § 46 Abs. 7
  - § 76 Abs. 2
- b. Zu Artikel 3 (Änderung des Asylgesetzes 2005)
  - § 7 Abs. 2
  - § 17a
  - § 35 Abs.5
  - § 50 AsylG 2005
- c. Zu Artikel 4 (Änderung des BFA-Verfahrensgesetzes)
  - § 9 Abs. 4
  - § 16 Abs. 1
  - § 18
  - § 35a und § 39a
  - § 38 und § 39
- d. Zu Artikel 7 (Änderung des Staatsbürgerschaftsgesetzes 1985)
  - § 11a Abs. 4 Z 1 und Abs. 7

### a. Zu Artikel 2 (Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005)

#### Zu § 46 Abs. 7

Durch die Einführung des vorgeschlagenen Abs. 7 sollen ÄrztInnen in Zukunft verpflichtet sein, dem BFA über einen bevorstehenden Entlassungstermin einer Person, gegen die bereits ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme eingeleitet ist zu informieren um die Abschiebung durchführen zu können. Dies erscheint aus mehrerer Hinsicht problematisch.

Die ärztliche Schweigepflicht wird nicht nur berufsrechtlich nach § 54 ÄrzteG geschützt, sondern auch strafrechtlich nach § 121 StGB. Sie darf nur durchbrochen werden, wenn die Offenbarung des Geheimnisses nach Art und Inhalt zum Schutz höherwertiger Interessen der öffentlichen Gesundheitspflege oder der Rechtspflege unbedingt erforderlich ist.<sup>2</sup>

Die vorgesehene partielle Aufhebung der Schweigepflicht führt zu einer massiven Belastung des Vertrauensverhältnisses zwischen ÄrztInnen und ihren PatientInnen. Die ärztliche Schweigepflicht dient nicht nur dem Schutz der Privatsphäre von PatientInnen, vielmehr ist sie auch Voraussetzung dafür, dass sich PatientInnen bedenkenlos ihren ÄrztInnen anvertrauen und

<sup>1</sup> Unter Mitwirkung von (in alphabetischer Reihenfolge): Manuel Ammer, Julia Bauer, Thomas Becker, Joseph Buttinger, Teresa Fritz, Ronald Frühwirth, Daniela Grabovac, Sebastian Grill, Florian Hasel, Lisa Heschl, Susanne Jelenik, Valerie Klein, Klaus Kocher, Agnes Romanin, Stefan Salomon, Paul Schwarzl, Julius Spieldiener und Alma Stankovic.

<sup>2</sup> § 54 Abs. 2 lit a bis c ÄrzteG.

sich in ihre Obhut begeben können. Der Gesetzgeber erkennt dies durch § 121 StGB an, indem er die Schweigepflicht als so wichtig empfindet, dass ihre Verletzung strafrechtlich sanktioniert wird. Gemäß den Erläuterungen sieht die vorgeschlagene Norm nicht die Weitergabe von sensiblen bzw. personenbezogenen Daten vor, sondern bezieht sich lediglich auf die Bekanntgabe des Entlassungsdatums um eine Abschiebung durchführen zu können. Begründet wird dies mit dem überwiegenden Interesse an einem geordneten und effizienten Vollzug des Asyl- und Fremdenwesens. Jedoch erscheint die partielle Aufgabe der ärztlichen Schweigepflicht zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit äußerst bedenklich.

So kann das Vertrauensverhältnis zwischen ÄrztInnen und ihren PatientInnen nachhaltig verletzt werden, sollten Letztere die Befürchtung haben, dass sich ihre Abschiebung aufgrund einer medizinischen Behandlung beschleunigen könnte. In letzter Konsequenz könnte dies Personen, gegen die ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme davon abhalten sich in häufig notwendige ärztliche Behandlung zu begeben. Des Weiteren können aus der Tatsache der Entlassung aus einer Krankenanstalt, insbesondere bei psychischen Erkrankungen, keine Rückschlüsse auf den tatsächlichen Gesundheitszustand einer Person gezogen werden. Der Gesetzgeber scheint bei diesem Neuerungsvorschlag von der Prämisse auszugehen, dass Krankheiten stets linear verlaufen, mit der Entlassung als Endpunkt. Dem sei jedoch entgegengehalten, dass Entlassungen häufig nur eine Momentaufnahme in einem langwierigen Genesungsprozess sind.

Die Erläuterungen zum vorgeschlagenen Abs. 7 verweisen darauf, dass die ärztliche Schweigepflicht nur durchbrochen werden darf, wenn dies zum Schutz höherwertiger Interessen der Rechtspflege unbedingt erforderlich erscheint, wobei eine Interessensabwägung stets durchgeführt werden muss. Dabei wird nicht näher ausgeführt, wer diese Interessensabwägung durchzuführen hat. Der/die behandelnde ÄrztIn? In diesem Zusammenhang sei des Weiteren anzumerken, dass der neuvorgeschlagene Abs. 7 keinerlei Sanktionen für ÄrztInnen die das Entlassungsdatum nicht an das Bundesamt mitteilen vorsieht. Die Unbestimmtheit der neuen Bestimmung hinsichtlich der Durchführung der Interessensabwägung und der Sanktionslosigkeit lässt die Bestimmung als zahnlos erscheinen, was wiederum die Sinnhaftigkeit der Einführung von Abs. 7 in Frage stellt insbesondere vor dem Hintergrund der Belastung des Vertrauensverhältnisses zwischen ÄrztInnen und ihren PatientInnen.

#### Zu 76 Abs 2 FPG

Mit der Neufassung des § 76 Abs. 2 FPG soll einerseits der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) Rechnung getragen<sup>3</sup> und Art. 8 (3) lit e der Richtlinie 2013/33/EU umgesetzt werden. Folglich soll die vorgeschlagene Z 1 die Anordnung der Schubhaft gegen Asylsuchende dahingehend abändern, dass neben Fluchtgefahr und Verhältnismäßigkeit die vom Asylsuchenden ausgehende Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gegeben sein muss. Der folgenden Analyse wird vorangestellt, dass die Schubhaft für Asylsuchende während eines laufenden Asylverfahrens grundsätzlich zu hinterfragen ist. Die Schubhaft ist systematisch dem Asylverfahren nachgelagert, und daher erst nach Abschluss des

---

<sup>3</sup> Vgl. VwGH, 05.10.2017, Ro 2017/21/0009.

Asylverfahrens anwendbar. Der faktische Abschiebeschutz des § 12 AsylG bietet Asylsuchenden bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung Schutz und die Notwendigkeit der Schubhaft für Asylsuchende scheint nicht gegeben.

Der Entwurf stellt jetzt zwar klar, was vom VwGH in seiner Entscheidung vom 05.10.2017,<sup>4</sup> festgehalten wurde, dass Fluchtgefahr keinesfalls ausreichend sein kann um Asylsuchende in Schubhaft zu nehmen. Wenn jedoch zusätzlich eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der Sicherheit von ihm ausgeht kann Schubhaft angeordnet werden, wenn dies verhältnismäßig ist. Hierbei verweist der neue § 76 Abs. 2 Z 1 FPG auf die Definition der Gefährdung in § 67 FPG, die sich an der vom EuGH entwickelten Rechtsprechung orientiert, nach der „...der Begriff „öffentliche Ordnung“ jedenfalls voraussetzt, dass außer der Störung der sozialen Ordnung, die jeder Gesetzesverstoß darstellt, tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“<sup>5</sup> und der Begriff der öffentlichen Sicherheit „...sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit eines Mitgliedstaats umfasst, so dass die Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben der Bevölkerung ebenso wie die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen die öffentliche Sicherheit berühren können.“<sup>6</sup> Der Freiheitsentzug der mit der Schubhaft einhergeht kann somit nur als *ultima ratio* im Falle einer schwerwiegenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in Frage kommen.

Bedenklich erscheint folglich, die aus den Erläuterungen hervorgehende Absicht, sich bei der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit an § 53 Abs. 2 FPG, der unter anderem Verstöße gegen das Führerscheingesetz oder die StVO beinhaltet, zu orientieren. Dabei wird auf die Rechtsprechung des VwGH verwiesen, der jedoch zur Konkretisierung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nur im Hinblick auf Aufenthaltsverbote und nicht in Bezug auf die Schubhaft § 53 Abs. 2 FPG sinngemäß herangezogen hat. Aus grundrechtlicher Perspektive ist der Freiheitsentzug ungleich schwerere Maßnahme als ein Aufenthaltsverbot (oder ein Rückkehrverbot) und muss dementsprechend an strengeren Maßstäben gemessen werden.

Es ist daher zu befürchten, dass die Schubhaft gem. § 76 Abs. 2 FPG nicht nur auf Fälle schwerwiegender Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, sondern durchaus extensiv schon bei Verwaltungsübertretungen und sog. Bagatellfällen eingesetzt werden soll. Da die angestrebte Gesetzesänderung die Beurteilungsmaßstäbe für die Gefährdung der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung damit deutlich herabsetzen würde, könnte sich erneut ein Widerspruch zum Unionsrecht insbesondere hinsichtlich der Bestimmtheit von Art. 8 (3) lit e der Aufnahme-RL und dessen Interpretation durch den EuGH (siehe oben) ergeben.

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> EuGH, Zh. und O., C-554/13, EU:C:2015:377, Rn. 60 und die dort angeführte Rechtsprechung, zu Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2008/115, sowie EuGH, T., C-373/13, EU:C:2015:413, Rn. 79 und die dort angeführte Rechtsprechung, zu den Art. 27 und 28 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung [EWG] Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG [ABl. L 158, S. 77, berichtigt im ABl. 2004, L 229, S. 35].

<sup>6</sup> Vgl. in diesem Sinne EuGH, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 43 und 44.

## b. Zu Artikel 3 (Änderung des Asylgesetzes 2005)

### Zu § 7 Abs. 2 AsylG 2005

Die Neuerung des § 7 Abs. 2 AsylG besteht darin, dass bereits beim Vorliegen „konkreter Hinweise“, dass ein in Art. 1 Abschnitt C Z 1, 2 oder 4 der GFK angeführter Endigungsgrund eingetreten sei, ein beschleunigtes Verfahren zur Aberkennung des Status des Asylberechtigten einzuleiten ist. Als Hinweise gelten insbesondere die Einreise des Asylberechtigten in seinen Herkunftsstaat oder die Beantragung und Ausfolgung eines Reisepasses seines Herkunftsstaates.

Aus den Erläuterungen ergibt sich nicht die Notwendigkeit warum die Einleitung eines beschleunigten Verfahrens gem. § 7 Abs. 2 AsylG bei bloßen Hinweisen für die angesprochenen Endigungsgründe einzuleiten sei. Es wird weder die Häufigkeit solcher Fälle dargelegt, noch eine Begründung präsentiert, inwiefern sich dies positiv auf die Verfahrensökonomie oder die Verfahrensdauer auswirken soll. In den Erläuterungen findet sich diesbezüglich nur, die Änderung sei „verfahrensrechtlicher Natur, eine Erweiterung der Asylaberkennungsstatbestände erfolge nicht“.<sup>7</sup> Die Erweiterung besteht allerdings darin, dass ein beschleunigtes Verfahren schon durch bloße Hinweise der genannten Endigungsgründe eingeleitet werden soll, wobei mangels empirischer Daten, wie oft eine Beendigung aus diesen Gründen vorkommt, nicht ersichtlich ist, inwiefern diese Änderung tatsächlich im Stande wäre einen verfahrensökonomischen Vorteil zu schaffen.

In den Erläuterungen findet sich des Weiteren folgende Aussage: „Als Hinweise, dass ein solcher Endigungsgrund eingetreten ist, sollen vor dem Hintergrund *der ständigen Rechtsprechung des VwGH* gemäß dem vorgeschlagenen letzten Satz insbesondere die Einreise des Asylberechtigten in seinen Herkunftsstaat oder die Beantragung und Ausfolgung eines Reisepasses gelten“. Dabei wird nicht genannt, um welche ständige Rechtsprechung des VwGH es sich tatsächlich handelt. Nach eingehender Recherche konnte eine solche „ständige Rechtsprechung“ nur in Bezug auf die Beantragung bzw. Verlängerung eines Reisepasses als Asylaberkennungsgrund gem. Art. 1 C1 Z1 GFK G gefunden werden.<sup>8</sup> Jedoch wird in dieser auch explizit betont, dass im Einzelfall dieser Umstand auch zu einem anderen Ergebnis führen kann, und zwar wenn die Freiwilligkeit des zu beurteilenden Handelns in Frage steht. Im Erkenntnis 94/20/0838 verneint der VwGH beispielsweise die Freiwilligkeit Asylsuchender bei der Kontaktaufnahme, wenn der Reisepass nur zum Zweck der Eheschließung beantragt wird.

Im Handbuchs über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft von UNHCR (UNHCR Handbuch) wird der Asylbeendigungsgrund des „freiwilligen unter Schutz Stellens“ von Art. 1 C Z1 GFK erläutert.<sup>9</sup> Dort werden 3 Voraussetzungen genannt, die vorliegen müssen, um einen Beendigungsgrund darzustellen:

1. Freiwilligkeit: der Flüchtling muss aus freien Stücken handeln.
2. Absicht: der Flüchtling muss mit seinem Handeln beabsichtigen, sich erneut dem Schutz des Landes, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, zu unterstellen.

<sup>7</sup> Hier sei zu erwähnen, dass in diesen Fällen gem. § 7 (1) AsylG schon von Amts wegen das Aberkennungsverfahren eingeleitet werden müsste, was der Behauptung der Erläuterung entgegensteht und somit doch eine Erweiterung ist oder es sonst ein Widerspruch zu § 7 (1) AsylG ist.

<sup>8</sup> Siehe VwGH, 15.05.2003, 2001/01/0499; VwGH, 29.10.1998, 96/20/0820; VwGH, 24.10.1996, 96/20/0587; VwGH, 27.03.1996, 95/01/0665; VwGH, 25.11.1994, 94/19/0376; VwGH, 25.11.1994, 94/19/0032.

<sup>9</sup> UNHCR, Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, Genf 2013, S. 32.

3. Erneute Inanspruchnahme: der Flüchtling muss diesen Schutz auch tatsächlich erhalten.

Zu Art. 1 C Z4 GFK (Freiwillige Rückkehr und Niederlassung in dem Land, dem die Furcht vor Verfolgung gegolten hatte) führte der UNHCR im Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft weiteres aus:

„In der Klausel ist von freiwilliger Rückkehr und Niederlassung die Rede. Dies ist im Sinne einer Rückkehr in das Land der Staatsangehörigkeit bzw. des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes zu verstehen, mit dem Ziel, dort dauernden Wohnsitz zu nehmen. Besucht ein Flüchtling vorübergehend sein ehemaliges Heimatland und bedient sich dabei nicht eines Passes dieses Landes, sondern benutzt z.B. einen Reiseausweis, der ihm von dem Land seines Aufenthaltes ausgestellt wurde, so stellt dies keine Rückkehr und Niederlassung dar und hat nicht den Verlust der Flüchtlingseigenschaft im Sinne dieser Klausel zur Folge.<sup>10</sup>

„Handelt der Flüchtling nicht freiwillig, so hört er auch nicht auf, ein Flüchtling zu sein. Wird er von einer amtlichen Stelle, z.B. einer Behörde des Landes, in dem er seinen Wohnsitz hat, angewiesen, gegen seinen Willen eine Handlung vorzunehmen, die ihm als erneute Inanspruchnahme des Schutzes des Landes, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, ausgelegt werden könnte, wird er z.B. angewiesen, bei seinem Konsulat einen Pass des betreffenden Landes zu beantragen, so hört er nicht auf, ein Flüchtling zu sein, weil er eine solche Anordnung befolgt hat. Er kann auch durch Umstände, auf die er keinen Einfluss hat, gezwungen sein, die Dienste des Landes, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, in Anspruch zu nehmen. Eine solche Handlung kann nicht als „freiwillige Wiederinanspruchnahme des Schutzes“ angesehen werden und bewirken, dass einer Person die Rechtsstellung als Flüchtling genommen wird.“<sup>11</sup>

Auch die Autoren Böckmann-Winkler und Liphart-Kirchmeir beschäftigen sich ausgiebig mit den Asylaberkennungsgründen in Art. 1 Abschnitt C der GFK<sup>12</sup>. In dem Kommentar wird unter Verweis auf zahlreiche einschlägige Judikatur betont, dass allein die Beantragung eines Reisepasses oder die Einreise ins Herkunftsland in vielen Fällen keinesfalls den Tatbestand des „freiwilligen unter Schutzstellens“ verwirklichen und der Gesichtspunkt der Freiwilligkeit sowie etwaige Motive eingehend berücksichtigt werden müssen.<sup>13</sup>

In Anbetracht der fehlenden Ausführungen bezüglich Notwendigkeit und dem Vorkommen von derartigen Aberkennungsfragen, kann nicht nachvollzogen werden inwiefern eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 1 Abschnitt C Z 1, Z 2 oder Z 4 durch die Möglichkeit einer Prüfung im beschleunigten Verfahren gerechtfertigt ist, welche bereits durch Hinweise ausgelöst werden kann, welche in der Praxis jedoch nicht automatisch zu einer Aberkennung führen.

---

<sup>10</sup> UNHCR Handbuch, S. 32, Abs. 134.

<sup>11</sup> Ibid., S. 29, Abs. 120. Vgl. auch VwGH, 18.12.1996, 95/20/0628; VwGH, 29.10.1998, 96/20/0820.

<sup>12</sup> Böckmann-Winkler, Liphart-Kirchmeir, in: Schrefler-König/Szymanski, Fremdenpolizei- und Asylrecht § 7 AsylG 2005, abgerufen am 6.5.2018:rdb.at.

<sup>13</sup> Vgl. hierbei vor allem die von den Autoren aufgeführte Judikatur des VwGH, dass bei einer bloß „temporären“ Unterschutzstellung durch Besuchsreisen in den Herkunftsstaat nicht ohne Weiteres auf die Inanspruchnahme von „Schutz“ geschlossen werden kann. VwGH, 04.10.1995, 95/01/0055; VwGH, 16.01.1996, 95/20/0153.

### Zu § 17a AsylG 2005

Mit dem neuangedachten § 17a Abs. 1 AsylG 2005 gilt mit der Einbringung eines Antrags auf internationalen Schutz durch den Fremden, auch für jedes minderjährige, ledige Kind, dem kein Aufenthaltsrecht für mehr als 90 Tage nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz zukommt und zu dessen Vertretung der Fremde befugt ist, als gestellt und eingebracht. Es handelt sich folglich um eine Antragsfiktion, welche prinzipiell als legitimes und nützliches Mittel zur Förderung der Verfahrensökonomie angesehen werden kann.

Als grundrechtlich fragwürdig erscheint jedoch Absatz 4 des genannten, neuen Paragraphen, nach welchem der Antrag des Kindes nach Z 1 gem. § 5 AsylG automatisch zurückzuweisen ist, sobald gegen seinen Vertreter eine rechtskräftige Anordnung zur Außerlandesbringung besteht; beziehungsweise nach Z 2 der Antrag des Kindes *ohne weiteres* ab- oder zurückzuweisen ist, wenn gegen den/die VertreterIn eine rechtskräftige aufenthaltsbeendende Maßnahme besteht und vom Kind keine eigenen Verfolgungsgründe geltend gemacht wurden.

Aus den Erläuterungen ergibt sich als wesentlicher Grund für die Neuerung nur die Verfahrensbeschleunigung. Des Weiteren wird zur Rechtfertigung der Einklang mit dem Unionsrecht unter Verweis auf Art. 20 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (im Folgenden: „Dublin-VO“) vorgebracht, wonach die Situation eines Minderjährigen untrennbar mit der Situation des Familienangehörigen verbunden und für die Prüfung des Antrags eines Kindes somit jener Mitgliedsstaat zuständig ist, der für die Prüfung des Antrages des Familienangehörigen zuständig ist.

In den Erläuterungen wird zwar erwähnt, dass auch vor einer Zurückweisung des Antrags des Kindes in jedem Fall zu prüfen ist, ob eine reale Gefahr von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung in dem anderen Mitgliedstaat droht. Dabei kann es jedoch nicht nachvollzogen werden, warum die Pflicht zur Prüfung einer realen Gefahr von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, nur in den Erläuterungen Eingang gefunden hat und sich dieses grundrechtliche Prinzip nicht im Gesetzestext wiederfindet. Die Behörde muss explizit dazu verpflichtet sein, die Situation des Kindes speziell zu prüfen und auch dessen Rechte in Betracht nehmen. Aus Art. 20 Abs. 3 Dublin-VO ergibt sich zwar wie angemerkt schlüssig, dass kein neues Verfahren für ein nachgeborenes Kind stattzufinden hat, jedoch muss nach ständiger Rechtsprechung Art. 3 EMRK trotzdem im Einzelfall selbst geprüft werden. Außerdem wird völlig verkannt, dass sich durch die Geburt eines Kindes der Sachverhalt für die gesamte Familie ändern kann und sich für die gesamte Familie andere Umstände ergeben können, welche Beachtung finden müssen.

Zu § 17a (4) Z 2 AsylG 2005 ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, dass sich in den Erläuterungen keine Aussage konkret zu dieser Neueinführung findet. Es ist lediglich eine Behauptung zu finden, dass diese Norm der Verfahrensbeschleunigung diene, sowie ein Verweis auf Art. 32 Abs. 2 iVM Art. 31 Abs. 8 lit. a der RL 2013/32/EU (im Folgenden: „Verfahrens-RL“) mit dem erneuten Hinweis, dass diese Vorgabe mit dem Unionsrecht im Einklang stehe. Der Verweis auf die konkret genannten europarechtlichen Normen kann in keiner Weise nachvollzogen werden, da sich diese mit offensichtlich unbegründeten Anträgen befasst und mit Sachverhalten, bei denen ausschließlich Umständen vorgebracht werden, welche für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft nach der StatusRL 2011/95/EU nicht von Belang sind und der Möglichkeit in diesem Fall ein Verfahren im Einklang mit den Grundsätzen und Garantien nach Kapitel II der VerfahrensRL beschleunigen kann. Die angedachte Norm § 17a (4) Z 2 AsylG

2005 dreht sich jedoch um einen gänzlich anderen Sachverhalt; der einzige gemeinsame ersichtliche Kontext besteht darin, dass beide Konzepte der Verfahrensbeschleunigung dienen sollen. Dies scheint aber als einzige Begründung für eine derartig drastische Verfahrensänderung als nicht ausreichend und ungeeignet.

Wie zuvor ausgeführt, sieht § 17a (4) Z 2 AsylG 2005 vor, dass der Antrag des Kindes ohne weiteres ab- oder zurückzuweisen sei, wenn gegen den/die VertreterIn eine rechtskräftige aufenthaltsbeendende Maßnahme besteht und keine eigenen Verfolgungsgründe für das Kind vorgebracht werden. Dabei ist es nicht ersichtlich, wie für das minderjährige Kind eigene Verfolgungsgründe geltend gemacht werden können: Nach Absatz 1 besteht eine Antragsfiktion, mit der Einbringung eines Antrages auf internationalen Schutz, gilt der Antrag auch für jedes im Bundesgebiet aufhältige drittstaatszugehörige Kind als gestellt und eingebacht; nach Absatz 2 und Absatz 3 ist die Geburt eines drittstaatsangehörigen nachgeborenen Kindes binnen zwei Wochen anzuzeigen, allein mit der Anzeige gilt der Antrag auf internationalen Schutz für das Kind als gestellt und eingebracht.

Folglich ist es in keinem Verfahrensschritt möglich, für minderjährige Kinder eigene Gründe geltend zu machen. Dadurch stellt sich die Frage wie der Grundsatz des Parteienghört gem. § 37 AVG eingehalten werden soll, welcher auch den Rechtsanspruch der Partei zum Inhalt hat, zur Sache selbst und zum Ergebnis der Beweisaufnahme zwecks Wahrung ihrer Rechte oder rechtlichen Interessen Stellung zu nehmen.<sup>14</sup> Es ist nicht ersichtlich wie den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen gegeben werden soll. Eine Einzelprüfung wäre jedenfalls Pflicht, um diesem Grundsatz zu entsprechen und um den maßgebenden Sachverhalt für das Kind bzw. auch den geänderten Sachverhalt der Familie feststellen zu können.

Insbesondere im Hinblick auf Z 1 ist überdies an die Entscheidung *Tarakhel v. Switzerland*<sup>15</sup> mit ihren Grundsätzen zu erinnern, nach welcher asylsuchende Familien mit Kindern einer besonders schutzwürdigen Gruppe angehören, deren inhärentes Recht nach Art. 3 EMRK verletzt sein kann, wenn die altersgerechte Beherbergung für Kinder sowie die Familieneinheit im zuständigen Staat nicht gewährleistet werden kann. Eine automatische Rückschiebung ist nicht zulässig, bevor eine vermeintliche Verletzung von Art. 3 EMRK nicht geprüft worden und die Unterbringung der Familie nicht gesichert ist. Auch wenn sich die im Urteil besprochene Situation in Italien geändert haben mag, so sind trotzdem die Grundsätze dieser Entscheidung zu beachten, und es muss die Situation der Familie als Einheit einer solchen Entscheidung zu Grunde gelegt werden. Die Verletzlichkeit von Kindern stellt dabei einen entscheidenden Faktor dar und hat nach dieser Entscheidung Vorrang gegenüber Erwägungen zu genießen, die sich auf den Status illegaler Einwanderer beziehen.

Der EGMR hat vor allem auch darauf hingewiesen, dass die Kinderrechtskonvention die Staaten darin bestärkt, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass ein Kind, das den Flüchtlingsstatus anstrebt, Schutz und humanitäre Unterstützung genießt, unabhängig davon, ob das Kind allein oder in Begleitung seiner Eltern ist. Die Entscheidung unterstreicht des Weiteren exemplarisch die Tatsache, dass sich der Sachverhalt für die ganze Familie durch die Geburt von Kindern verändern kann und die Situation als Familie gesamt bedacht werden muss. Ferner ergibt sich auch aus den Erläuterungen keine Berücksichtigung der UN-Konvention über die Rechte des Kindes. Eine solche hätte aber, in Anbetracht der

---

<sup>14</sup> VwGH, 16.11.1993, 90/07/0036.

<sup>15</sup> EGMR, 04.11.2014, 29217/12.



Tatsache, dass gerade die Rechte der Kinder dadurch gefährdet werden und im Hintergrund der EGMR-Rechtsprechung, stattfinden müssen.

Um die Problematik zu Z 2 konkret darzustellen, kann an mehrere realistische und erfahrungsgemäß lebensnahe Fallkonstruktionen gedacht werden: So könnte ein nachgeborenes Kind schwer krank sein, und im Herkunftsstaat keine ausreichende Gesundheitsversorgung bzw. kein ausreichender Zugang zu dieser bestehen. Ist der Herkunftsstaat Somalia, könnte einem Mädchen dort die Genitalverstümmelung drohen. Ist der Herkunftsstaat Afghanistan die Zwangsverheiratung. In allen drei Fällen würde sich der Sachverhalt maßgeblich ändern und ein Verbot der Abschiebung gem. § 50 FPG darstellen, da eine Verletzung von Art. 3 EMRK drohen würde. Doch finden die geänderten Umstände in die Bewertung der Situation überhaupt keinen Eingang, da nach § 17a Abs. 4 Z2 AsylG *ohne weiteres* der Antrag des Kindes ab- oder zurückzuweisen ist, und wie zuvor dargestellt nicht ersichtlich ist, in welchen Verfahrensschritt die Verfolgungsgründe des Kindes vorgebracht werden können sollen.

Zusammengefasst kann gesagt werden, dass durch die automatische Ab- oder Zurückweisung des Antrages des Kindes, weder den Rechten des Kindes noch den vermeintlich geänderten Umständen der ganzen Familie Rechnung getragen wird. Dadurch können sich maßgebliche Verletzungen von Verfahrensrechten wie des Parteigehörs gem. §37 AVG, der Rechten des Kindes, sowie von Art. 3 EMRK ergeben. Auch wenn in den Erläuterungen lapidar angeführt wird, dass vor einer Zurückweisung gem. § 5 AsylG eine reale Gefahr von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung zu prüfen ist, ist dies nicht zufriedenstellend, da ein so wesentlicher Aspekt jedenfalls im Gesetzestext anzuführen ist und nicht nur in den Erläuterungen Erwähnung finden darf. Gerade im Falle eines Kindes muss der ihn betreffende Sachverhalt des Einzelfalles genauestens beleuchtet und alle Umstände mitbedacht werden. Es erscheint nicht legitim, im Falle einer vulnerablen Gruppe wie jener der Kinder eine Gefahr für die Beachtung ihrer Rechte und eine damit einhergehende Gefahr für ihr Wohl und der Übergehung ihrer Rechte zugunsten der Verfahrensbeschleunigung zu schaffen.

Dementsprechend wird die Ansicht vertreten, dass die Worte „*ohne weiteres*“ jedenfalls aus dem Gesetzestext zu entfernen sind. Stattdessen muss die Situation des Kindes und deren vermeintlichen Verfolgungsgründe automatisch vor einer vermeintlichen Ab- oder Zurückweisung nach Z 1 oder Z 2 deren Anträge geprüft werden, da wie zuvor ausgeführt, auch sonst keine Möglichkeit besteht deren vermeintlichen Verfolgungsgründe oder eine bevorstehende Verletzung von Art. 3 EMRK vorzubringen. Es hat jedenfalls eine Einvernahme des Kindes trotz der Antragsfiktion stattzufinden, da ansonsten jedenfalls der Grundsatz des Parteigehörs § 37 AVG und Art. 4 des Bundesgesetzes über die Rechte von Kindern verletzt wird und darüber hinaus ein nicht gerechtfertigtes Verletzungspotential von Art. 3 EMRK für die ganze betroffene Familie geschaffen wird.

#### Zu § 35 Abs 5 AsylG 2005

Aus gegebenem Anlass wird angeregt, dass im Zuge der anstehenden Novellierung des AsylG auch die Bestimmung des § 35 Abs. 5 AsylG im Hinblick auf das Recht auf Familiennachzug von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen (UMF) an die neue Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) angeglichen wird. In seiner Entscheidung vom 12.04.2018<sup>16</sup> hat der

<sup>16</sup> EuGH, A, S gegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, C-550/16, EU:C:2018:248.

EuGH schließlich klargestellt, dass UMF ihr Recht auf Familiennachzug nicht verlieren, wenn sie zum Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz minderjährig waren und während des laufenden Asylverfahrens volljährig werden.

Während bis jetzt für die Feststellung der Eigenschaft als Familienangehöriger von UMFs auf das Alter zum Zeitpunkt des Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gem. § 35 AsylG abgestellt wurde,<sup>17</sup> wird angesichts dieser rezenten EuGH Entscheidung nun allerdings auch in Österreich das Alter des UMF zum Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz entscheidend sein. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre eine Klarstellung und Umformulierung der Definition eines Familienangehörigen iSd § 35 Abs. 5 AsylG daher dringend geboten.

#### Zu §50 AsylG 2005 iVm §§35a und 39a BFA-VG 2005

Es wird hierbei auf die relevante Stelle im Text unter Punkt c. - Zu Artikel 4 (Änderung des BFA-Verfahrensgesetzes), spezifisch zu §§ 35a und 39a BFA-VG 2005 verwiesen, da die Anmerkungen bez. §50 AsylG 2005 sinngemäß zu denen bez. §§35a und 39a BFA-VG 2005 gehören.

#### **c. Zu Artikel 4 (Änderung des BFA-Verfahrensgesetzes)**

##### Zu § 9 Abs. 4 BFA-VG 2005

Das 3. Hauptstück des BFA-VG hat allgemeine Verfahrensbestimmungen zum Gegenstand, in seinem § 9 werden Kriterien gem. Art. 8 EMRK angeführt, welche bei Fällung einer Rückkehrentscheidung, Anordnung zur Außerlandesbringung, Erlassung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbotes zu berücksichtigen sind, wenn dies zur Erreichung der im Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist.

Der bisherige § 9 Abs. 4 BFA-VG hat Sonderregelungen für besonders Integrierte ("aufenthaltsverfestigte Drittstaatsangehörige") zum Gegenstand. Gegen jene, denen die Staatsbürgerschaft gem. § 10 Abs. 1 StbG (Mindestaufenthalt zehn Jahre) vor Verwirklichung des maßgeblichen Sachverhalts hätte verliehen werden können, darf gem. § 9 Abs. 4 Z 1 keine Rückkehrentscheidung erlassen werden, es sei denn dass

- auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Drittstaatsangehörige einer kriminellen Organisation,<sup>18</sup> einer terroristischen Vereinigung angehört oder angehört hat,<sup>19</sup> terroristische Straftaten begeht oder begangen hat,<sup>20</sup> Terrorismus finanziert oder finanziert hat,<sup>21</sup> eine Person für terroristische Zwecke ausbildet oder sich ausbilden lässt<sup>22</sup> oder eine Person zur Begehung einer terroristischen Straftat anleitet oder angeleitet hat;<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Vgl. etwa VwGH, 28.01.2016, Ra 2015/21/0230 und VfGH, 18.09.2015, E 360-361/2015.

<sup>18</sup> § 278a StGB.

<sup>19</sup> § 278b StGB.

<sup>20</sup> § 278c StGB.

<sup>21</sup> § 278d StGB.

<sup>22</sup> § 278e StGB.

<sup>23</sup> § 278f StGB.

- auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Drittstaatsangehörige durch sein Verhalten, insbesondere durch die öffentliche Beteiligung an Gewalttätigkeiten, durch den öffentlichen Aufruf zur Gewalt oder durch hetzerische Aufforderungen oder Aufreizungen, die nationale Sicherheit gefährdet, oder
- ein Drittstaatsangehöriger öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder terroristische Taten von vergleichbarem Gewicht billigt oder dafür wirbt.<sup>24</sup>

Außerdem darf gegen von klein auf im Inland aufgewachsene und hier langjährig rechtmäßig niedergelassene gemäß Z 2 leg. cit. eine Rückkehrentscheidung nicht erlassen werden.

Der Gesetzesentwurf der hier unter Begutachtung steht, sieht die ersatzlose Streichung dieser Regelung, d.h. des § 9 Abs. 4 BFA-VG, vor, welche aus vielerlei Hinsicht problematisch erscheint. Zum einen dient die jetzige Regelung der Rechtssicherheit von Drittstaatsangehörigen, deren Aufenthalt in Österreich sich bereits verfestigt hat, insbesondere jener Personen die von klein an in Österreich aufgewachsen sind. Zum anderen sollte diese Regelung nach der Regierungsvorlage der BFA-VG Novelle<sup>25</sup> zu § 9 Abs. 4 der Rechtsprechung des EGMR Rechnung tragen und auch für „Aufenthaltsverfestigte“ unter den in Z 1 angeführten Voraussetzungen Rückkehrentscheidungen zulassen. § 9 Abs. 4 BFA-VG dient somit der Schaffung klarer sachgerechter Kriterien. Die Streichung desselben bedeutet, dass Rückkehrentscheidungen gegen besonders integrierte Drittstaatsangehörige („aufenthaltsverfestigte Drittstaatsangehörige“) nun „prinzipiell“ zulässig sind. Der Ermessensspielraum der Behörde wäre dabei grundsätzlich sehr weit und nur durch die Rechtsprechung eingeschränkt. Es erscheint daher aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit bedenklich, die aktuelle Rechtslage zu ändern.

Die Aufhebung von § 9 Abs. 4 BFA-VG bedeutet jedenfalls nicht, dass die genannte Gruppe nun ohne weiteres abgeschoben werden könnte. Jeder Rückkehrentscheidung hat ein Verfahren, in welchem die von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien gem. Art. 8 EMRK geprüft werden müssen, voranzugehen. Bei „aufenthaltsverfestigten Personen“ ist dabei davon auszugehen, dass es in den wenigsten Fällen tatsächlich zu einer Abschiebung kommen wird. Im Besonderen trifft dies auf hier aufgewachsene Personen nach § 9 Abs. 4 Z 2 BFA-VG zu, die regelmäßig ihr komplettes soziales Umfeld und ihre Familie im Inland haben werden. Jedoch wird sich der Verfahrensaufwand durch die Streichung der formellen Kriterien mit Sicherheit erhöhen, da dadurch auch in Konstellationen in denen Abschiebungen nach der alten Rechtslage ausgeschlossen waren, ein weiterer Verfahrensschritt zur Prüfung der Kriterien nach Art. 8 EMRK durchgeführt werden muss.

Die Erläuterungen zum Ministerialentwurf verweisen auf das EGMR Urteil *Kaya v. Deutschland*,<sup>26</sup> in dem der Gerichtshof strenge Kriterien für die Zulässigkeit von Rückkehrentscheidungen gegenüber aufenthaltsverfestigten Drittstaatenangehörigen festlegt. Insbesondere muss die umfassende und komplexe Verhältnismäßigkeitsprüfung, welche eine Rückkehrentscheidung nur zulässt, wenn das Verbrechen des Täters schwerer wiegt als sämtliche Anknüpfungspunkte an das Wohnsitzland, nun in einem extra Verfahren angewandt werden. Eine Erhöhung der Rückkehrentscheidungen ist durch die Streichung von § 9 Abs. 4 also nicht zu

<sup>24</sup> § 53 Abs. 3 Z 6 bis 8 FPG.

<sup>25</sup> BGBl. I Nr. 70/2015.

<sup>26</sup> EGMR, 28.09.2007, 31753/02.

erwarten - im Gegensatz zum Verfahrensaufwand für die Behörden, da die Formalkriterien des § 9 Abs. 4 BFA-VG nicht mehr gelten und daher die sonstigen Voraussetzungen<sup>27</sup> überprüft werden müssen.

Hervorzuheben sein noch einmal die Problematik der Streichung von § 9 Abs. 4 Z 2. Personen, die von klein auf im Inland aufgewachsen und langjährig rechtmäßig niedergelassen sind, verlieren ihren Abschiebeschutz. In den erläuternden Bestimmungen der letzten Regierungsvorlage wurde insbesondere auf Z 1 leg. cit. eingegangen, mit dem Ziel ein probates Mittel gegen IS-Kämpfer und sog. „foreign fighters“ zu haben. Ohne eine weitere inhaltliche Auseinandersetzung mit Z 2 leg. cit. plädiert man nun für eine komplette Streichung von Absatz 4. Nach dieser Novelle könnte eine Rückkehrentscheidung gegenüber Personen erlassen werden, die seit Jahrzehnten rechtmäßig in Österreich niedergelassen sind. Aus rechtspolitischer Perspektive stellt sich hier die Frage, mit welcher Rechtfertigung Menschen, die ihr ganzes Leben in Österreich verbracht haben und durch diese Gesellschaft geprägt wurden, in ein fremdes Land ausgewiesen werden sollen, in dem sie vielleicht noch nie waren. Auch wenn diese Menschen keinen österreichischen Pass haben, sind sie nicht weniger Produkte des österreichischen Systems und fallen damit nicht weniger unter seine Verantwortung als österreichische StaatsbürgerInnen.

Zusammenfassend und in Hinblick auf oben getätigte Ausführungen lässt sich feststellen, dass die Aufhebung von § 9 Abs. 4 in erster Linie Symbolpolitik darstellt, welche eine „Verschärfung des Asyl- und Fremdenrechts“ suggerieren soll, der tatsächliche Nutzen jedoch fraglich ist. Zu erwarten ist vielmehr eine zum Teil deutliche Ausweitung des finanziellen Aufwandes, jedenfalls dann, wenn bei der Umsetzung menschenrechtliche und europarechtliche Mindeststandards konsequent eingehalten werden sollen. Damit steht die Streichung dieser Regelung auch in Kontrast zu den Grundsätzen der Sparsamkeit und Effizienz der Verwaltung. Die Streichung von § 9 Abs. 4 BFA-VG ist weder effizienzsteigernd, noch kostensparend. Darüber hinaus wird die Rechtssicherheit für Drittstaatsangehörige erheblich verringert. In Österreich aufgewachsene und langjährig rechtmäßig niedergelassene Drittstaatsangehörige werden mit der Möglichkeit einer Ausweisung in ein ihnen fremdes Land bedroht.

### Zu § 16 BFA-VG 2005

Bereits des Öfteren war die Frage, ob eine Verkürzung der allgemeinen vierwöchigen Beschwerdefrist durch Sonderbestimmungen des BFA-VG sachlich gerechtfertigt sei, Gegenstand vor dem Verfassungsgerichtshof (VfGH). Dabei wurde diese in sämtlichen Novellierungen als verfassungswidrig erklärt.<sup>28</sup>

In den erläuternden Bemerkungen der vorliegenden Gesetzesnovelle wird der Zweck einer Beschleunigung für jene Verfahren, die eine Aberkennung des Status des Asylberechtigten erfolgt<sup>29</sup> und für jene Verfahren, in denen eine Zurückweisung des Antrags auf internationalen Schutz vorgenommen wird, artikuliert; in diesen aufgezählten Verfahren muss dabei gleichzeitig eine aufenthaltsbeendende Maßnahme ausgesprochen werden. Die Verfahrensverkürzung

---

<sup>27</sup> § 9 Abs. 2 BFA-VG.

<sup>28</sup> Vgl. VfGH, 24.06.2015, G 171/2015 u.a.; VfGH, 23.02.2016, G 589/2015 u.a.; VfGH, 26.09.2017, G 134/2017-12; VfGH, 26.09.2017, G 207/2017-8.

<sup>29</sup> Vgl. § 7 Abs. 2 AsylG.

diene, lt. den Erläuterungen, dabei dem öffentlichen Interesse und sei rechtskonform, da einerseits in den genannten Anwendungsfällen für das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) eine verkürzte Entscheidungsfrist gelte,<sup>30</sup> andererseits in den Zurückweisungsentscheidungen des § 16 Abs. 2 BFA-VG der Prüfungsumfang des BFA und des BVwG ohnehin stark eingeschränkt sei und nur Zuständigkeitsfragen im Sinne der Verordnung und allenfalls Rechtsfragen zu § 5 Abs. 3 AsylG (vermutete Sicherheit im zuständigen Staat) erörtert werden müssen. Des Weiteren wird argumentiert, dass für die einzuhaltende Überstellungsfrist von Dublin-Verfahren zur Beschwerdefrist noch zusätzlich „zwei bis fünf Wochen“ für die Bescheidzustellung, Vorlagezeiten und Vorlaufzeiten einzuplanen seien, und somit eine Reduzierung eben dieser Rechtsmittelfrist unerlässlich sei.<sup>31</sup>

Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass nach wie vor Fallkonstellationen vorliegen, in denen die Verfahrensverkürzung die gerichtliche Entscheidungsfindung nicht erfasst. Es trifft zu, dass § 21 Abs. 2 BFA-VG eine grundsätzliche Verkürzung der Entscheidungsfrist von acht Wochen normiert, allerdings nur dann, wenn der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt. Das BVwG hat jedoch insbesondere in jenen Fällen, in denen eine aufenthaltsbeendende Maßnahme eine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2, 3 oder 8 EMRK mit sich bringen würde, eine aufschiebende Wirkung durch Beschluss auszusprechen.<sup>32</sup> Dabei ist zu erwähnen, dass die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes losgelöst von Aspekten des Anlassfalles zu beurteilen ist,<sup>33</sup> weshalb die Rechtsmittelfristverkürzung auch für Personen, die eine aufschiebende Wirkung zuerkannt bekämen, gelten würde. Bei aufschiebender Wirkung kommt jedoch die gerichtliche zwölfmonatige Entscheidungsfrist nach § 21 Abs. 2b BFA-VG zur Anwendung und damit wiederum eine bloß einseitige Belastung des Verfahrens zulasten des Beschwerdeführers. Schließlich würde dies nach höchstgerichtlicher Judikatur des Verfassungsgerichtshofes einer unerlässlichen Erforderlichkeit iSd Art. 136 Abs. 2 B-VG nicht entsprechen und damit eine Verkürzung der Rechtsmittelfrist sachlich nicht rechtfertigen.<sup>34</sup>

Ein weiterer vom Gesetzgeber genannter Aspekt, der für die Verkürzung der Rechtsmittelfrist spreche, sei, dass ohnehin eine „Klärung schwieriger Sachverhaltsfragen und die Erörterung schwieriger Rechtsfragen<sup>35</sup> in weitaus geringerem Maße zu leisten sind“. Zunächst ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber selbst scheinbar schwierige Sachverhalts- und Rechtsfragen nicht gänzlich ausschließt, diesen jedoch nur geringe praktische Bedeutung zumisst, da diese nur in einem „geringerem Maße“ auftreten würden. Des Weiteren ist zu beachten, dass es sich bei Konstellationen bezüglich des Auftretens von Grundrechtsverletzungen iSd der Art. 2, 3 und 8 EMRK im Rahmen von Dublin-Verfahren sehr wohl um schwierige Rechtsfragen handelt wie es einerseits durch die Vielzahl von Urteilen der nationalen Höchstgerichte sowie des EuGH und des EGMR belegt ist. Andererseits ist zu beachten, dass gerade in Asylverfahren, die Aufhebungs- bzw. Abänderungsquote der verwaltungsbehördlichen Bescheide, durch Erkenntnisse der Gerichte im Vergleich zu anderen Rechtsmaterien des öffentlichen Rechts - gemäß Aussagen des Bundesverwaltungsgerichts - besonders hoch ist. 2017 wurden von 4000 Dublin Verfahren 900 vom Bundesverwaltungsgericht anders entschieden.<sup>36</sup> Somit kann auch in Dublin Verfahren keinesfalls von Rechtsfragen einfacher Natur ausgegangen werden.

<sup>30</sup> Vgl. § 21 Abs. 2 BFA-VG.

<sup>31</sup> Vgl. 38/ME XXVI. GP - Ministerialentwurf - Erläuterungen.

<sup>32</sup> Vgl. §. 17 Abs. 1 BFA-VG.

<sup>33</sup> Vgl. VfSlg, 11.190/1986; VfSlg, 16.534/2002; VfSlg, 17.242/2004 mwN.

<sup>34</sup> Vgl. VfSlg. 19.922/2014; VfGH, G 207/2017-8; VfGH, G 134/2017-12 vom 26.09.2017 mwN, sowie BGBl. I ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP.

<sup>35</sup> Vgl. VfGH, aaO Rz. 65.

<sup>36</sup> Vgl. Verwaltungsrichtervereinigung, <https://uvsvereinigung.wordpress.com/2018/04/09/asylverfahren-bundesverwaltungsgericht-revidiert-42-prozent-der-negativ-bescheide/>.

Schließlich führt der Gesetzgeber als letztes Argument eine durch eine zu lange andauernde Rechtsmittelfrist begründete zu stark verkürzte Überstellungsfrist im Rahmen des Dublin Verfahrens an. Die Überstellungsfrist beträgt gem. Art. 29 Abs. 1 Dublin III (EU-VO Nr. 604/2013) sechs Monate. Der Gesetzgeber berechnet für Bescheidzustellung, Vorlagezeiten und Vorlaufzeiten „zwei bis fünf Wochen“. Addiert man diese vage Zeitspanne mit der allgemeinen Beschwerdefrist von vier Wochen, würde dies eine Maximalsumme von neun Wochen ergeben, womit jedenfalls die Überstellungsfrist eingehalten werden könnte. Zählt man dann noch die Entscheidungsfrist der Bundesverwaltungsgerichte gemäß § 22 Abs. 2b BFA-VG von acht Wochen hinzu ergibt dies eine maximale Dauer von 17 Wochen, womit die Überstellungsfrist von sechs Monaten bei weitem nicht erreicht wäre. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Überstellungsfrist kein Problem in der Angabe einer vierwöchigen Zeitspanne von „Bescheidzustellung, Vorlagezeiten und Vorlaufzeiten“ sieht, aber dabei die Verkürzung der Rechtsmittelfrist um zwei Wochen für gerechtfertigt hält, ohne die durchaus mögliche Optimierung dieser Verfahrensabschnitte vorzunehmen.

Der Vollständigkeit halber ist noch zu untersuchen, ob eine zweiwöchige Beschwerdefrist im Asylverfahren ein effektives Rechtsmittel darstellt, da gemäß dem rezenten Judikat des Verfassungsgerichtshofes Abweichungen von der allgemeinen Rechtsmittelfrist nur dann zulässig sind, wenn sie „nicht anderen Verfassungsbestimmungen, etwa dem Rechtsstaatsprinzip und dem daraus abgeleiteten Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes widersprechen“.<sup>37</sup> Dies ist nur dann gewährleistet, wenn es Rechtsschutzsuchenden ermöglicht wird, Rechtsmittel in einer Weise auszuführen, die dem Inhalt der anzufechtenden Entscheidung in „tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht adäquat ist als auch dem zu dieser Entscheidung führenden, allenfalls mit Mängeln belastenden Verfahren“.<sup>38</sup> Das Asylverfahren hat sich (nicht erst) in jüngster Zeit durch die Einführung der zweigliedrigen Verwaltungsgerichtsbarkeit, unionsrechtlicher Bestimmungen, häufiger nationalstaatlicher Novellierungen und gesonderten Verfahrensnormen in verschiedensten Sondergesetzen zu einer hochkomplexen Rechtsmaterie entwickelt. Hinzutreten regelmäßig sprachliche Barrieren der BeschwerdeführerInnen. Die Betroffenen werden durch die Bescheiderlassung der Behörde massiv in ihrer Rechtsposition berührt. Des Weiteren können durch rechtswidrige aufenthaltsbeendende Maßnahmen Verletzungen von Fundamentalgarantien wie Art. 2, 3 und 8 EMRK drohen. Zwar normiert § 52 BFA-VG die Beigabe einer in der Rechtsberatung tätigen Person für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, jedoch hat diese lediglich zu beraten und zu unterstützen – es ergibt sich daraus kein Vertretungsanspruch. Das beratende Gespräch wird dabei nicht am selben Tag der Bescheiderlassung stattfinden, wodurch sich eine neuerliche Verkürzung für potentielle BeschwerdeführerInnen ergibt. Aus den genannten Gründen erscheint die Fristverkürzung auf zwei Wochen auch mit dem Prinzip des effektiven Rechtsmittels in Widerspruch zu stehen.<sup>39</sup>

Die Rechtfertigungsargumentation des Gesetzgebers bezüglich der Verkürzung von Rechtsmittelfristen im Asylverfahren scheint somit nicht zu überzeugen - es lässt sich keine Unerlässlichkeit iSd Art. 136 Abs. 2 B-VG ableiten um eine Verkürzung der Beschwerdefrist sachlich zu rechtfertigen. Ebenso würde die Halbierung der Rechtsmittelfrist dem aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierenden Grundsatz des effektiven Rechtsmittels widersprechen.

<sup>37</sup> Vgl. VfSlg, 19.922/2014; VfSlg, 19.969/2015; VfGH, 26.09.2017, G 134/2017-12.

<sup>38</sup> Vgl. VfSlg. 15.529; VfGH, 26.09.2017, G 134/2017-12.

<sup>39</sup> Vgl. Matti, Zeit sich zu beschweren – Zur Zulässigkeit sondergesetzlicher Regelungen über die Beschwerdefrist in: Zeit im Recht - Recht in der Zeit, 51ff.

Der Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass Rechtsschutz und Effizienz zwei divergierende Maßstäbe seien, die gegeneinander abgewogen werden müssen. Jedoch gilt es zu beachten, dass bedenkliche Bestimmungen mit höherer Wahrscheinlichkeit angefochten werden und damit Entscheidungen erst recht verzögert werden. Dies gilt ebenso für Einzelentscheidungen: Je sorgfältiger die Behörden vorgehen, umso eher die Akzeptanz und umso niedriger die Anzahl an Beschwerden. Zusätzlich benötigen Novellierungen auch immer (höchst-) gerichtlicher Entscheidungen um Rechtsklarheit für die notwendige Routine der Behörden und für die Betroffenen herstellen zu können. Ob die stetig zunehmende Anzahl an differenzierten Normen eher zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen als eine etwaige Vereinfachung des Systems erscheint fraglich. „Verfahren können nicht nur durch weniger, sondern auch durch mehr Rechtsstaatlichkeit beschleunigt werden, insbesondere, wenn qualitätsvolle Verfahren die Akzeptanz der Entscheidungen erhöhen“.<sup>40</sup>

### Zu § 18 Abs. 1 Z 3 BFA-VG 2005

Der geplante Änderungsentwurf sieht im BFA-Verfahrensgesetz eine Ausweitung der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung auch bei falschen Angaben oder Verschweigen wichtiger Informationen betreffend die Identität oder Staatsangehörigkeit von Asylsuchenden vor. Im Gegensatz zur geltenden Fassung kommt es im Entwurf nicht mehr darauf an, dass Asylsuchende über die Folgen belehrt wurden. Damit soll Art. 31 Abs. 8 lit c RL 2013/32/EU umgesetzt und eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden. Eine derartig ausgeweitete Aberkennungsmöglichkeit der aufschiebenden Wirkung löst jedoch massive Bedenken im Hinblick auf Art. 18 B-VG und das vom VfGH mehrfach betonte besondere Rechtsschutzbedürfnis von Asylsuchenden aus.

Nach dem aus Art. 18 B-VG abgeleiteten Bestimmtheitsgebot bedarf jedes hoheitliche Verwaltungshandeln einer „hinreichend bestimmter“ gesetzlichen Grundlage. Ein Gesetz, dem keine ausreichende Determinierung entnommen werden kann, ist demnach verfassungswidrig. Richtlinien der EU stellen prinzipiell nicht unmittelbar anwendbare Rechtsakte dar, die erst in nationales Recht umgewandelt und konkretisiert werden müssen. Die Umsetzung hat durch formelle Gesetze oder auf der Grundlage hinreichend bestimmter gesetzlicher Ermächtigungen durch Verordnungen zu erfolgen.<sup>41</sup>

Die Verwendung sogenannter unbestimmter Gesetzesbegriffe ist – auch im Rahmen der Umwandlung von Richtlinien in nationales Recht – mit Art. 18 B-VG nur dann vereinbar, wenn die Begriffe einen soweit bestimmbaren Inhalt haben, dass Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach richten und die Anwendung der Begriffe durch das Gericht auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüft werden kann.<sup>42</sup> Angesichts der unterschiedlichen Lebensgebiete, Sachverhalte und Rechtsfolgen, die Gegenstand und Inhalt gesetzlicher Regelungen sein können, ist ganz allgemein davon auszugehen, dass Art. 18 B-VG einen dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad verlangt.<sup>43</sup> Nach der Rechtsprechung des VfGH muss die Rechtsordnung, um jeder Person die Möglichkeit zu geben, sich dem Recht gemäß zu verhalten und den Unrechtsgehalt ihres Handelns und Unterlassens eindeutig zu erkennen, die Freiheitssphäre vom Gebiet des Unerlaubten durch eine deutliche Grenzziehung scheiden.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Vgl. Selim, Instrumente zur Verfahrensbeschleunigung im österreichischen Asylrecht, in: migraLex 2017, 2.

<sup>41</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht (2016) Rz 611.

<sup>42</sup> Z.B. VfSlg, 19.771/2013 mwN.

<sup>43</sup> Vgl. VfSlg, 13.785/1994; VfSlg, 16.993/2003; VfSlg, 18.895/2009.

<sup>44</sup> Vgl. VfSlg, 3207/1957; VfSlg, 4037/1961; VfSlg, 8695/1979.

In Ermangelung einer gesetzlichen Definition bzw. einer klaren Formulierung erscheint der Passus im neuen § 18 Abs. 1 Z 3 BFA-VG „Verschweigen wichtiger Informationen“ als nicht ausreichend determiniert. An keiner Stelle der Novellierung wird die inhaltliche Bedeutung dieses Passus‘ dargelegt – es wird nicht erkennbar gemacht, was als „Verschweigen“ zu werten ist, ob es beispielsweise mutwillig geschehen muss oder es ausreicht, dass bestimmte Informationen aus Versehen nicht genannt wurden. Auch wird nicht determiniert, inwiefern es sich um „wichtige“ Informationen handeln könnte, weshalb durchaus eine Ausuferung im Bereich der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung drohen könnte. Die Sachverhaltsermittlung im Asylverfahren erscheint ohnehin besonders anspruchsvoll, da einerseits zentrale Informationen teilweise nur im Ausland gewonnen werden können, andererseits persönliche Informationen ausschließlich im Rahmen der Mitwirkungspflicht Asylsuchender zu gewinnen sind. Da es sich bei diesen häufig um traumatisierte Personen handelt, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind bzw. es zu Kommunikationsproblemen mit DolmetscherInnen kommen kann,<sup>45</sup> ist die Informationsgewinnung oftmals gehemmt. Es ist daher essentiell, den Betroffenen darzulegen, welche Informationen im Verfahren als „wichtig“ gelten.

Des Weiteren erscheint es problematisch, dass die Betroffenen nicht über die Folgen des Verschweigens wichtiger Tatsachen aufgeklärt werden müssen. Es ist durchaus ein lebensnahes Szenario, dass Asylsuchende sich der Wichtigkeit gewisser Informationen nicht bewusst sind und diese ohne Aufklärung daher nicht preisgeben. In Zusammenschau mit Z 25 der Präambel der RL 2013/32/EU ergibt sich außerdem, dass Betroffene die Gelegenheit erhalten sollen, mit den Behörden zu kooperieren und effektiv mit ihnen zu kommunizieren, um den Sachverhalt darlegen zu können. Es ist daher essentiell, dass Asylsuchende über die Folgen des Verschweigens von wichtigen Informationen aufgeklärt werden, insbesondere da ihnen mit dieser Aufklärung erst bewusstwerden könnte, bei welchen Informationen es sich um „wichtige“ handelt.

Ausreichend Instrumente zur Verfahrensbeschleunigung finden sich im Übrigen schon jetzt im derzeit gültigen BFA-VG. Es sei in diesem Zusammenhang exemplarisch auf das in § 20 BFA-VG normierte Neuerungsverbot verwiesen. Angesichts der Tragweite, die mit der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde angesichts der damit eintretenden Durchsetzbarkeit der mit der Antragsabweisung verbundenen Rückkehrentscheidung einhergeht, begegnet die vorgesehene Neuregelung gravierenden Bedenken. Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde als Grundprinzip eines rechtsstaatlichen Verfahrens sollte nicht unter Heranziehung völlig unbestimmter Rechtsbegriffe aberkannt werden können.

#### Zu §§ 35a und 39a BFA-VG 2005

Der neu einzuführende § 39a BFA-VG sieht die Möglichkeit für Organe des Sicherheitsdienstes vor, Sicherheitskopien von sichergestellten Datenträgern (insb. Mobiltelefone) anzufertigen und auszuwerten, wenn im Zuge eines Asylverfahrens die Feststellung der Identität (Abs. 1) oder der Fluchtroute (Abs. 2) von Asylsuchenden anhand der vorliegenden Beweismittel nicht möglich ist. Der neue § 35a BFA-VG soll in diesem Zusammenhang dem BFA ermöglichen, eine solche Auswertung anzuordnen, falls die Voraussetzungen des § 35 BFA-VG erfüllt sind und noch keine Auswertung durch die Sicherheitsorgane stattgefunden hat.

---

<sup>45</sup> Pöllabauer/Schumacher, Kommunikationsprobleme und Neuerungsverbot im Asylverfahren, in: migraLex 2004, 20.



Diese Bestimmung ermöglicht die behördliche Verwendung von personenbezogenen Daten ohne die Zustimmung der betroffenen Asylsuchenden, was ohne Zweifel einen *schwerwiegenden Grundrechtseingriff* darstellt. Da eine Gefahr der Verletzung von insbesondere Art. 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben) und § 1 DSG 2000 (Grundrecht auf Datenschutz) besteht, ist diese Neuregelung als höchst problematisch anzusehen.

§ 1 DSG 2000 verleiht jedermann das Recht auf Geheimhaltung seiner personenbezogenen Daten, vor allem in Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens. Eine Beschränkung dieses Rechts durch ein Gesetz ist nur innerhalb der Schranken des Art. 8 Abs. 2 EMRK möglich. Ein Eingriff muss daher einem öffentlichen Interesse dienen (in diesem Fall wohl am ehesten der öffentlichen Ordnung) und zu dessen Erreichung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Als einziger Grund für diese Maßnahme wird in den Erläuterungen die Effizienz des Asylverfahrens genannt.

Es ist zumindest eine krasse Überbewertung des Problems, wenn der Gesetzesentwurf davon ausgeht, der geplante Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz von Asylsuchenden wäre in einer demokratischen Gesellschaft zur Verteidigung der öffentlichen Ordnung notwendig und verhältnismäßig. Diese Argumentation funktioniert zwischen den Zeilen mit Unterstellungen gegenüber Asylsuchenden. Ihnen wird vorgeworfen, das Asylverfahren verschleppen zu wollen und die Behörden nicht wahrheitsgemäß über ihre Identität und Fluchtroute zu informieren. Anhaltspunkte oder sogar Daten die diese Annahme untermauern fehlen allerdings in den Erläuterungen. Den Antragsstellern wird pauschal die Unglaubwürdigkeit ihrer Aussagen im Verfahren unterstellt und den Angaben zu Identität und Fluchtroute überhaupt keine Beweiskraft zugesprochen.

Durch die Mitwirkungspflichten des § 15 AsylG 2005 sind Asylsuchende gesetzlich dazu verpflichtet, alle zur Begründung seines Antrags erforderlichen Informationen (wie Identität und Fluchtroute) wahrheitsgemäß darzulegen. Die Autoren des Gesetzesentwurfs gehen davon aus, Asylsuchende würden dieser Pflicht allgemein nicht nachkommen und somit gegen die Bestimmungen des AsylG verstoßen. Der Entwurf bezieht sich folglich auf Probleme, die einzeln im Asylverfahren auftauchen können, bezichtigt jedoch de facto alle Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz stellen, der Verfahrenverschleppung beziehungsweise der Täuschung österreichischer Behörden. Diese Unterstellungen werden dann als Legitimation für schwerwiegende Grundrechtseingriffe postuliert.

In diesem Zusammenhang sei noch die geplante Einführung des § 50 Abs. 3 AsylG erwähnt, der eine erhöhte Fälschungssicherheit der Verfahrenskarten durch die Anbringung elektronischer Datenträger vorsieht. Auch hier stützt sich die Begründung auf indirekte Unterstellungen, die jeglicher faktischer Basis entbehren, und das prinzipielle Misstrauen gegenüber Asylsuchenden zum Ausdruck bringen.

Eine zweite verfassungsrechtliche Schwierigkeit bereitet die geplante Norm in Zusammenhang mit dem *Determinierungsgebot* des Art. 18 B-VG. Dieses ist laut VfGH-Judikatur besonders streng in grundrechtssensiblen Bereichen. Nach ständiger Rechtsprechung müssen Gesetze, die eine Ermittlung und Verwendung personenbezogener Daten vorsehen, ausreichend präzise sein und für jedermann vorhersehbar regeln, unter welchen Voraussetzungen Grundrechtseingriffe zulässig sind.<sup>46</sup> Der VfGH verlangt hierbei eine materienspezifische Regelung, die die Fälle von zulässigen Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz konkretisiert und

<sup>46</sup> Vgl. VfSlg, 16.369/2001; VfSlg, 18.643/2008; VfSlg, 19.657/2012; VfGH, 12.03.2013, G 76/12.

begrenzt. Beispielsweise hat der VfGH eine Bestimmung des SPG aufgehoben, die in bei einer DNA-Ermittlung von Verdächtigen nicht hinreichend bezüglich der verschiedenen Deliktstypen differenzierte.<sup>47</sup>

Auch in dieser Hinsicht müssen also Bedenken in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Bestimmung geäußert werden. Der Gesetzesentwurf sieht die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs dann gegeben, wenn die Identität bzw. die Fluchtroute Asylsuchender „anhand der vorliegenden Beweismittel nicht festgestellt werden kann“. Durch die pauschalisierte Unglaubwürdigkeit, die den Betroffenen durch die neue Regelung unterstellt wird, kann der/die Einzelne unmöglich vorhersehen, ob die Auswertung von Daten in seinem Fall erlaubt ist, wie es der VfGH allerdings verlangt. Überdies werden im Gesetzestext keine konkreten Beschränkungen in der Aufnahme und Auswertung der sichergestellten Daten vorgesehen, was wiederum nicht in Einklang mit der relevanten VfGH-Judikatur steht. Es kann also gesagt werden, dass die Bestimmung in der geplanten Form den Determinierungsanforderungen des VfGH nicht gerecht wird und den Betroffenen in diesem Fall keine Rechtssicherheit geboten wird.

In Bezug auf die fehlenden Beschränkungen der Datenverwertung im geplanten Gesetz ist noch zu erwähnen, dass sich weder im Gesetzestext selbst, noch in den Erläuterungen Anhaltspunkte finden, welche konkreten Daten in welchen Fällen ausgewertet werden dürfen. Während diese Entscheidung zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit im Strafverfahren durch richterliche Genehmigung legitimiert wird, wird diese Kompetenz hier den Organen des Sicherheitsdienstes bzw. dem BFA selbst überlassen. Es erfolgt daher keine Überprüfung durch eine unabhängige Stelle, es handeln hier ausschließlich weisungsgebundene Organwalter, was mit Hinblick auf die möglichen Grundrechtsverletzungen sehr problematisch erscheint.

Ebenso wenig finden sich in den Materialien Hinweise auf eine etwaige Verpflichtung der Behörden zur Löschung der ausgewerteten Daten. Aufgrund der fehlenden Vorgaben kann davon ausgegangen werden, dass hinsichtlich der Datenlöschung die allgemeine Lösungsfrist von 5 Jahren zur Anwendung kommt. Auch die Länge dieser Frist ist kritikwürdig, bedenkt man die potentiell hohe Sensibilität der sichergestellten Daten.

Nach Abs. 3 des geplanten § 39a BFA-VG sind die sichergestellten Datenträger dem Fremden unverzüglich zurückzustellen, sobald sie für die Auswertung nicht mehr erforderlich sind. Dies habe laut Erläuterungen den Zweck, „den Grundrechtseingriff durch die Sicherstellung von Datenträgern so gering wie möglich zu halten“. Dabei wird allerdings übersehen, dass der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz nicht durch die Sicherstellung des Datenträgers, sondern durch die Auswertung und Gewinnung von Daten und deren Verwendung im Verfahren passiert. Dieser Eingriff wird keineswegs dadurch gemildert, dass dem Betroffenen nach Auswertung seiner Daten der Datenträger zeitnah wieder übergeben wird.

In den Erläuterungen zu § 35a BFA-VG wird die Wahrung der Verhältnismäßigkeit außerdem dadurch begründet, dass sichergestellte Datenträger nur einmal ausgewertet werden dürfen. Was diese Maßnahme zur Linderung des Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz beitragen soll, lässt sich nicht erschließen, wenn man bedenkt, dass auch mittels einer einmaligen Auswertung sämtliche personenbezogene Daten der betroffenen Person sichergestellt und anschließend verwendet werden können.

---

<sup>47</sup> Vgl. VfSlg. 19.738/2013.

Die relativ weiten Befugnisse, die dem Sicherheitsdienst bzw. dem BFA eingeräumt werden, wiegen umso schwerer, bedenkt man das Fehlen eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes, der vor einer unzulässigen Datenverwertung schützen kann. Da die handelnden Organe mit Befehls- und Zwangsgewalt tätig werden, ist eine Maßnahmenbeschwerde das einzige zur Verfügung stehende Rechtsmittel. Dieses dient allerdings nur dazu, eine etwaige Rechtswidrigkeit im Nachhinein festzustellen, der Grundrechtseingriff ist zu diesem Zeitpunkt schon passiert und kann durch die Beschwerde nicht rückgängig gemacht werden. Das führt zu einer massiven Einschränkung des Rechtsschutzes in einem – wie dargelegt – äußerst grundrechtssensiblen Bereich. Eine nachträgliche richterliche Kontrolle ist hier eindeutig zu wenig, vielmehr würde ein effektives Rechtsmittel einer vorangehenden gerichtlichen Zustimmung zur Datenauswertung bedürfen.

Generell ist die Begründung der geplanten Regelungen äußerst dünn und die Argumente betreffend die Grundrechtskonformität und die Verhältnismäßigkeit wirken eher wie Beschwichtigungsversuche als rechtliche Argumentation. Das ist umso problematischer, wenn man das Ausmaß der potenziellen Grundrechtsverletzungen im Verhältnis zu dem „Problem“, das damit gelöst werden soll, vergleicht. Wie bereits erwähnt finden sich in den Erläuterungen keine konkreten Punkte – nicht einmal mögliche Indizien – für die Notwendigkeit der vorgeschlagenen Normen. Die diesbezüglichen Vorwürfe der Unglaubwürdigkeit gegenüber Asylsuchenden werden nicht direkt angesprochen, sondern im Subtext transportiert, um den Anschein einer Rechtfertigung zu erwecken. Darüber hinaus beruhen auch diese Unterstellungen nicht auf objektiv überprüfbaren Fakten, sondern werden als Behauptungen ohne Weiteres einfach in den Raum gestellt. Man bekommt den Eindruck, als werde hier die Lösung eines Problems präsentiert, das in der Form gar nicht existiert. Gerade im Kontext der genannten grund- und verfassungsrechtlichen Überlegungen muss die geplante Regelung und die dürftige Darstellung ihrer Notwendigkeit kritisch gesehen werden.

Die Bestimmungen der §§ 35a und 39a BFA-VG verursachen außerdem Probleme im Zusammenhang mit europarechtlichen Vorgaben. Die Kriterien zur Bestimmung des zuständigen EU Mitgliedstaates finden in der Rangfolge, in der sie im Folgenden zusammengefasst aufgezählt sind, Anwendung.<sup>48</sup> Gem. § 5 AsylG 2005 ist ein Asylantrag als unzulässig zurückzuweisen, wenn ein anderer Staat vertraglich oder auf Grund der Dublin - Verordnung zur Prüfung des Asylantrages oder des Antrages auf internationalen Schutz zuständig ist. Mit der Zurückweisungsentscheidung ist auch festzustellen, welcher Staat zuständig ist. Es ist zu prüfen, welcher Staat zur Prüfung des Asylantrages oder des Antrages auf internationalen Schutz zuständig ist. Durch die Auswertung der auf mitgeführten Datenträgern (Mobiltelefone, USB-Sticks, Digitalkameras und andere Geräte mit integriertem Speicher) gespeicherten Geodaten soll zukünftig die Reiseroute genau ermittelt werden und ein Aufnahmege such an den entsprechenden Mitgliedstaat auf das Ergebnis dieser Auswertung gestützt werden.

Betrachtet man die Kriterien für die Zuständigkeitsermittlung eines Mitgliedstaates für Asylsuchende, so wird klar, dass bei Einhaltung der Rangordnung dieser Kriterien die Prüfung mit Hilfe von Beweismitteln und Indizien, wie beispielsweise die Auswertung eines Mobiltelefons, erst im Rahmen des Kriteriums der ersten illegalen Einreise stattfindet.<sup>49</sup> Vor diesem Hinter-

---

<sup>48</sup> Art 8 ff Dublin III VO.

<sup>49</sup> Vgl. Art 13 Dublin III VO.

grund ist es fragwürdig, ob ein solch großer Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz verhältnismäßig und gerechtfertigt ist, da man davor schon zahlreiche andere Kriterien geprüft haben muss.

Des Weiteren muss das Fehlen jeglicher empirischen Daten kritisiert werden, welche belegen, dass der Nachweis durch Geodaten zur Zustimmung eines Landes führen, den Antrag auf internationalen Schutz zu übernehmen. Es finden sich keine Anhaltspunkte für Geodaten als Indizien in einschlägigen Kommentaren oder der Judikatur. In der DurchführungsVO zu Dublin III im Verzeichnis B (1) Z 7 werden die Indizien aufgelistet, die ein Mitgliedstaat vorbringen kann um eine illegale Einreise in das Hoheitsgebiet eines anderen Landes gem. Art. 13 Dublin III VO zu begründen. Es werden u.a. Berichte/Bestätigung der Angaben durch eine internationale Organisation, Fahrausweise, Hotelrechnungen, Terminkarten für Besuche beim Arzt, Daten, aus denen hervorgeht, dass der Antragsteller die Dienste eines Reisebüros in Anspruch genommen hat und "sonstige Indizien gleicher Art" angeführt. Die Auswertung von Mobiltelefonen und den dann vorliegenden Geodaten ist nicht ausdrücklich angeführt, was darauf schließen lässt, dass Geodaten höchstens unter den subsidiären Tatbestand "Indizien gleicher Art" subsumiert werden können. Allerdings unterscheiden sich Geodaten durch den mit ihrer Sammlung zusammenhängenden massiven Eingriff in die Privatsphäre Einzelner von den anderen angeführten Indizien, was ihre Subsumierung unter diesen Tatbestand unwahrscheinlich erscheinen lässt. Aufgrund des Eingriffs in die Privatsphäre gem. Art. 8 EMRK als auch die wahrscheinliche Verletzung des Rechts auf Datenschutz, erscheint es folgerichtig, dass Geodaten in DurchführungsVO zu Dublin nicht als Indiz angeführt werden.

Des Weiteren stellt sich auch die Frage, wie kosteneffizient eine Auswertung von Mobiltelefonaten ist. Neben einem großen Verwaltungsaufwand ziehen die Auswertungen der Daten hohe Kosten nach sich und verhindern somit eine Effizienzsteigerung. In Anbetracht, dass die Mitgliedstaaten ein Verfahren aufgrund von Geodaten, die auf eine andere illegale Einreise schließen lassen, nicht mit Sicherheit übernehmen, widerspricht den Zwecken des geänderten Gesetzes. Es führt eher zu längeren und kostspieligeren Verfahren, als zu einer Beschleunigung.

Die Beweiskraft der Indizien für ein Aufnahmegesuch nach Art. 21 Dublin III VO muss nach Art. 22 (3) Dublin III VO hinsichtlich der Zuständigkeit für die Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz in einer Einzelfallprüfung bewertet werden. Außerdem wird Asylsuchenden mit dieser Bestimmung abermals unterstellt, dass er lügt und seine Fluchtroute verschleiern will. Es wird auch komplett außer Acht gelassen, dass das Handy auf dem Weg in die EU/ nach Österreich vertauscht werden könnte, es verloren geht und/oder ein anderer Asylsuchende das Mobiltelefon wiederfindet. Die Beweise, die darauf zu finden sind, bringen nicht mehr Rechtssicherheit in ein Verfahren, sondern erschweren es durch Daten, die nicht hinreichend nachgewiesen werden können. Außerdem sind diese Daten nicht fälschungssicher, da man Handydaten auch leicht durch einen Virus oder ähnliches manipulieren kann.

Gem. § 39 (4) BFA-VG ist eine Übermittlung von ausgewerteten Daten zum Zweck der Strafverfolgung an die für die Strafverfolgung zuständigen Behörden zulässig. In den Erläuterungen steht geschrieben, dass die ausgewerteten Daten in folgenden Fällen übermittelt werden können: nämlich, wenn sie Hinweise auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten geben, wie z.B. Kinderpornographie oder Menschenhandel. Eine solche Übermittlung ist hinsichtlich sämtlicher auf den ausgewerteten Datenträgern befindlicher Daten zulässig, sofern sich aus diesen "Hinweise" auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten ergeben. Jedoch wird in der Norm nicht

genau festgelegt für welche Delikte die Übermittlung der ausgewerteten Daten zulässig ist, was genau als Hinweise für ein strafrechtlich relevantes Verhalten zählt und in welchem Zeitrahmen die Übermittlung der Daten zulässig ist. Die Norm verstößt folglich gegen das Determinierungsgebot, bietet keine Rechtssicherheit und ist somit durch den schwerwiegenden Eingriff in das Recht auf Datenschutz verfassungswidrig. Sie schützt nicht vor willkürlichen Eingriffen verwaltungsbehördlicher Organe, da die "Hinweise" für ein strafrechtlich relevantes Verhalten zu ungenau definiert sind.

Diese Verwendung der sichergestellten Daten zum Zweck der Strafverfolgung ist des Weiteren deshalb problematisch, weil es im Strafverfahren an sich den Grundsatz gibt, dass Ermittlungen (auch die Auswertung von Daten) nur insoweit angestellt werden dürfen, als ein begründeter Verdacht besteht, die betroffene Person hätte ein Delikt begangen. Dieses Prinzip wird hier umgangen, da die Behörden laut Erläuterungen sämtliche Daten, die sich auf sichergestellten Datenträgern befinden, für die Strafverfolgung verwenden können. Es handelt sich hierbei um einen sogenannten Erkundungsbeweis, im Zuge dessen die Organe des Sicherheitsdienstes Datenträger auswerten können, ohne dass der geforderte Anfangsverdacht einer Straftat vorliegt, was aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch zu sehen ist.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass die vorgeschlagene Formulierung in § 35a iVm § 39a BFA-VG missverstanden werden kann. Der neu einzuführende § 35a BFA-VG ermächtigt das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl eine Auswertung von sichergestellten Datenträgern von Asylsuchenden anzuordnen, sofern die Voraussetzungen des § 39a vorliegen und eine Auswertung durch die Sicherheitsorgane nicht bereits erfolgt ist. Die neue Bestimmung des § 39a (1) BFA-VG erlaubt die Auswertung, wenn man die Bestimmung nach ihrem Wortlaut liest, unter folgenden zwei Voraussetzungen: Die Auswertung darf von dem öffentlichen Sicherheitsdienst vorgenommen werden, wenn im Zuge eines Asylverfahrens die Identität (Abs. 1) von Asylsuchenden anhand der vorliegenden Beweismittel nicht möglich ist oder wenn ein Auftrag des BFA gem. § 35a vorliegt. § 39 (2) BFA-VG erlaubt eine Datenauswertung vom öffentlichen Sicherheitsdienst zum Zweck der Feststellung der Reiseroute, wenn diese anhand der vorliegenden Beweismittel nicht festgestellt werden kann, oder wenn ein Auftrag des BFA gem. § 35 BFA-VG vorliegt.

Somit liegt hier ein doppelter Querverweis vor, der den Anschein eines Zirkelschlusses erweckt: § 35a verweist bezüglich der Voraussetzungen eines Auftrags des BFA auf § 39a BFA-VG. Dieser nennt im selben Atemzug mit den anderen Voraussetzungen (Identität und Fluchtroute) den Auftrag des BFA wiederum als selbstständige Voraussetzungen für die Auswertung des öffentlichen Sicherheitsdienstes festlegt. Dies erweckt den Anschein und suggeriert, dass sich das BFA durch den Auftrag an sich selbst zur Antragsstellung legitimieren könnte. Auch wenn nach eingehender Auseinandersetzung nachvollzogen werden kann, wie die Bestimmung ausgelegt werden sollte, ist dies legislativ schwer verständlich und unlogisch.

Ein Gesetz sollte für jeden verständlich und logisch nachvollziehbar geschrieben sein, was in den neu einzuführenden § 35a und 39a BFA-VG nicht gegeben ist. Stattdessen muss man die Bestimmungen durch das Fehlen von zusammenhängenden logischen und kohärenten Schlussfolgerungen des Öfteren lesen um zu verstehen, was die genauen Voraussetzungen für eine Anordnung der Auswertung von Daten des BFA sind, woraus sich eine fehlende Rechtssicherheit für alle Beteiligten ergibt.

### Zu §§38 und 39 BFA-VG 2005

Im Rahmen des vorgesehenen FrÄG ist im GVG-B 2005 eine grundsätzliche Beitragspflicht von Asylsuchenden hinsichtlich der mit der Gewährung von Grundversorgungsleistungen durch den Bund verbundenen Kosten vorgesehen. Zu diesem Zweck werden die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, anlässlich der Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz mitgeführtes Bargeld Asylsuchender bis zu einem bestimmten Höchstbetrag sicherzustellen und dem Bundesamt zu übermitteln.<sup>50</sup> Die Umsetzung der vorgesehenen Regelung erfolgt in § 2 Abs. 1b – 1e GVG-B sowie in den §§ 38 Abs. 1 und 39 BFA-VG.

Auch wenn der Ministerialentwurf davon spricht, dass erstmals eine verpflichtende Beitragspflicht eingeführt wird, enthält § 3 GVG-B bereits jetzt – ausreichend – Möglichkeiten, nicht hilfsbedürftige Asylsuchende oder andere Fremde, entweder von der Grundversorgung iSd § 2 GVG-B im Rahmen einer Kannbestimmung auszuschließen<sup>51</sup> oder, wenn Grundversorgung geleistet wurde, aber eine Versorgung aus eignen Mitteln möglich gewesen wäre, den Ersatz der notwendigen Betreuungskosten vorzuschreiben.<sup>52</sup>

Der vorgeschlagene § 2 Abs. 1b GVG-B sieht nun eine Verpflichtung vor, dass „Asylsuchende (...) verpflichtet [sind], aus ihren sichergestellten Bargeld<sup>53</sup> zur Bestreitung der Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistung an sie und an allfällige ihnen gegenüber unterhaltsberechtigten Familienangehörige,<sup>54</sup> soweit diese nicht selbst ausreichend Bargeld mit sich führen, verbunden sind, pro Tag und Person einen finanziellen Beitrag (...) zu leisten.“

Allerdings ist fraglich ob eine derartige Regelung und mit ihr auch die vorgesehene Erweiterung der Ermächtigung gem. § 39 Abs. 1 und 1b GVG-B mit den Unionsrecht und im Besonderen mit der Aufnahme-RL 2013/33/EU vereinbar ist.<sup>55</sup> Art. 17 Abs. 3 und 4 der RL 2013/33/EU lauten wie folgt:

“(3) Die Mitgliedstaaten können die Gewährung aller oder bestimmter materieller Leistungen sowie die medizinische Versorgung davon abhängig machen, dass die Antragsteller nicht über ausreichende Mittel für einen Lebensstandard verfügen, der ihre Gesundheit und ihren Lebensunterhalt gewährleistet.

(4) Die Mitgliedstaaten können von den Antragstellern verlangen, dass sie für die Kosten der in dieser Richtlinie im Rahmen der Aufnahme vorgesehenen materiellen Leistungen sowie der medizinischen Versorgung gemäß Absatz 3 ganz oder teilweise aufkommen, sofern sie über ausreichende Mittel verfügen, beispielsweise wenn sie über einen angemessenen Zeitraum gearbeitet haben.

Stellt sich heraus, dass ein Antragsteller zum Zeitpunkt der Gewährung der materiellen Leistungen sowie der medizinischen Versorgung über ausreichende Mittel verfügt hat, um diese Grundbedürfnisse zu decken, können die Mitgliedstaaten eine Erstattung von dem Antragsteller verlangen.”

Nach einer ausführlichen Analyse der Materialien des Gesetzgebungsprozesses<sup>56</sup> zu den identischen Vorgängerregelungen<sup>57</sup> des Art. 17 Abs. 3 und 4 der RL 2013/33/EU kommen *Groenendijk* und *Peers* zum Schluss, dass die Frage, ob von Asylsuchenden ein Beitrag zu den

<sup>50</sup> ErläutME FrÄG 2018 38/ME XXVI. GP 3.

<sup>51</sup> § 3 Abs. 1 Z 2 und Z 6 GVG-B.

<sup>52</sup> § 3 Abs. 2 GVG-B.

<sup>53</sup> § 39 Abs.1 oder 1b BFA-VG.

<sup>54</sup> § 2 Abs. 2 Z 22 AsylG 2005.

<sup>55</sup> Vgl. *Groenendijk* und *Peers*, Can Member States seize asylum-seekers' assets?, 24.01.2016, <https://eulawanalysis.blogspot.co.at/2016/01/can-member-states-seize-asylum-seekers.html>

<sup>56</sup> Vgl. *Ibid.*

<sup>57</sup> Art 13 Abs 3 und 4 RL 2003/9/EG.

Kosten verlangt werden kann, ausführlich diskutiert wurde, insbesondere im Zusammenhang mit dem Zugang von Asylsuchenden zum Arbeitsmarkt und dem dadurch generierten Einkommen. Gemäß RL 2013/33/EU können die Staaten den Zugang zu den, in der RL vorgesehenen Leistungen von einer Bedürftigkeitsprüfung abhängig machen. Ziel der vorgesehenen Prüfung ist es, festzustellen, ob jemand ausreichend Mittel für einen Lebensstandard verfügt, der ihre Gesundheit und ihren Lebensunterhalt gewährleistet, nicht ob jemand eine gewisse Menge an Bargeld oder Vermögen besitzt.

Die RL legt Mindeststandards festlegt um eine unionsweite Gleichbehandlung von AntragstellerInnen zu sichern (Erwägung 8) und u.a. dazu beitragen, Sekundärmigration aufgrund von unterschiedlichen Aufnahmevorschriften zurückzudrängen (Erwägung 12). Der EuGH<sup>58</sup> betont in seinen Entscheidungen, dass es den Mitgliedsstaaten nicht offen steht andere Bedingungen, einer in der RL geregelten Angelegenheit, zu schaffen, da dies eine Verschärfung der Regelung darstelle und den oben genannten Zielen widerspricht.

Im Gegensatz § 17 Abs. 3 legt Abs. 4 fest, wann ein Beitrag zur Kostenbeteiligung verlangt werden kann. Der Mitgliedsstaat hat also im Rahmen eines Verfahrens festzustellen, ob Asylsuchende über ausreichende Mittel verfügen. Als Beispiel für eine Situation, in der eine Kostenbeteiligung vorgesehen werden kann, führt der Unionsgesetzgeber an, dass der/die Asylsuchende arbeitet und setzt damit voraus, dass eine Kostenbeteiligung nur dann vorgesehen werden sollte, wenn der/die Asylsuchende über irgendeine regelmäßige Einnahmequelle verfügt. Selbstverständlich muss das Verfahren zur Feststellung im Rahmen der Umsetzung mit den Grundprinzipien des Unionsrechts entsprechen und daher fair und verhältnismäßig sein, insbesondere muss eine individuelle Entscheidung ergehen, die die Umstände der einzelnen Person beachtet.

Die pauschale Sicherstellung eines bestimmten Bargeldbetrages, der noch dazu im Rahmen einer Durchsuchung festgestellt werden kann, zum Zweck der Kostenbeteiligung scheint zudem, den vom EuGH – in Entscheidung in Bezug auf die Aufnahme-RL - immer wieder betonten Wahrung der Grundrechte, insbesondere aus dem Blickwinkel des Art. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, wonach die Menschenwürde zu achten und zu schützen ist, entgegen zu stehen.<sup>59</sup> Vor allem scheinen durch die vorgesehene Regelung zusätzliche Voraussetzungen, die nicht durch Art. 17 der RL 2013/33/ entspricht, geschaffen zu werden. Die vorgeschlagene Neuregelung scheint aus diesen Gründen unionsrechtswidrig zu sein.

Die geplante Neuregelung erweitert die Ermächtigung zur Sicherstellung von Beweismitteln auf „Beweismittel und Bargeld“. Somit soll auch mitgeführtes Bargeld iHv maximal 840 Euro pro Person unter Belassung von jedenfalls Euro 120.- sichergestellt werden können. In der VfGH-Entscheidung zu einer Vorgängerregelung zum in Geltung stehenden § 39 BFA-VG betonte der Gerichtshof, dass es sich bei der Sicherstellung von Beweismitteln um einen Eingriff in das Eigentumsrecht und einen solchen in das Recht auf Privatsphäre nach Art. 8 EMRK handelt, aber ein solcher auf Beweismittel beschränkter, kurzfristiger Eingriff in das Eigentumsrecht verfassungsrechtlich zulässig sei, da das öffentliche Interesse an der korrekten Ermittlung des Sachverhaltes gerechtfertigt ist.<sup>60</sup>

Wenn aber schon die vorübergehende Sicherstellung von Beweismitteln einen Eingriff in die erwähnten Grundrechte darstellt, gilt dies umso mehr für die nun vorgesehene Sicherstellung

<sup>58</sup> Vgl. u.a. EuGH, Ben Alaya, C-491/13, EU:C:2014:2187; EuGH, Koushkaki, C-84/12, EU:C:2013:862.

<sup>59</sup> Vgl. EuGH, Saciri, C-79/13, EU:C:2014:103, Rn 35; EuGH, Cimade und GISTI, C 179-11, EU:C:2012:594, Rn 56.

<sup>60</sup> VfGH, 15.10.2004, G 237/03 u.a.

(bzw. „Abnahme“<sup>61</sup>) von Bargeld. Nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 1 1. ZPEMRK bedürfen Eigentumseingriffe, außer der gesetzlichen Grundlage, einer Rechtfertigung im Allgemeininteresse und müssen schließlich zudem verhältnismäßig sein. Sie müssen demnach ein ausgewogenes Gleichgewicht (*fair balance*) zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses der Gemeinschaft und dem Grundrechtsschutzes des Einzelnen herstellen und dürfen nicht in diesem Sinne unverhältnismäßig sein.<sup>62</sup> Gleiches gilt für den Eingriff in Art. 8 EMRK.

In der vorgesehenen Form, in der der Eigentumseingriff und der Eingriff in das Recht auf Privatsphäre nur zu dem Zweck erfolgt, dass ein Teil der Kosten des Zulassungsverfahrens des Bundes abgedeckt wird, scheint das Vorhaben nicht geeignet, die Allgemeinheit zu entlasten und eine Verhältnismäßigkeit zu wahren. Die Dauer des Zulassungsverfahrens stellt nur einen Bruchteil der Verfahrensdauer und damit auch der mit einem Asylverfahren einhergehenden Kosten dar. Schon dieser Aspekt erweckt den Anschein der Unsachlichkeit der vorgeschlagenen Regelung, zumal sich die Frage stellt, weshalb gerade für diesen verhältnismäßig sehr kurzen Abschnitt des Asylverfahrens eine Kostenbeteiligung zur Vorschreibung gelangt.

Völlig unsachlich erscheint auch die Bezugnahme auf vorhandenes Bargeld. Andere vermögenswerte Gegenstände lösen offenbar keine Kostenbeteiligungspflicht aus. Liegt aber der vorgeschlagenen Regelung die Intention zugrunde, Asylsuchende im Falle vorhandener Geldmittel zu einer Beteiligung an den mit der Gewährleistung der Grundversorgung einhergehenden Kosten zu verhalten, so lässt das Gesetzesvorhaben völlig im Dunkeln, weshalb es dabei allein auf die Höhe vorhandener und mitgeführter Bargeldmittel abstellt.

Besonders bedenklich erscheint schließlich auch der Umstand, dass die Befugnis zur mit Befehls- und Zwangsgewalt vorzunehmende Durchsuchung von Kleidung und Behältnissen mangels entsprechender Einschränkung anscheinend auch Kinder umfassen soll.

Für die Umsetzung der Anordnungen zur Sicherstellung wird mit Kosten zwischen 360.000 Euro und etwas weniger als 1.1 Millionen Euro gerechnet. Diese Kosten sind vor allem im Hinblick auf die Erfahrungen, in anderen europäischen Staaten mit darüberhinausgehenden Maßnahmen lukriert wurden, sehr hoch. In Dänemark kann der Staat ebenfalls auf Vermögen über einen Wert von 10.000 Kronen zugreifen. Seit der Einführung des als „Schmuckgesetz“ bekanntgewordenen Regelungen Anfang 2016, wurde diese aber bis Januar 2018 nur in 8 Fällen angewandt, obwohl das dänische Recht vorsieht das Asylsuchende nach Vermögen durchsucht werden können.<sup>63</sup>

In der Schweiz können im Rahmen der Vermögenwertabgabe<sup>64</sup> Vermögenswerte über 1000 und bis 15 000 Franken abgenommen werden. „Allerdings kommt die Massnahme selten zur Anwendung, weil die Flüchtlinge meist mittellos sind. Laut dem Staatssekretariat für Migration wurden im [Jahr 2015] 112 Personen total 210 000 Franken abgenommen. Insgesamt meldeten sich in den Empfangszentren 50 000 Personen.“<sup>65</sup> In Deutschland müssen Asylsuchende, bevor sie eine Leistung nach dem deutschen Asylbewerberleistungsgesetz bekommen, Ein-

<sup>61</sup> ErläutME FrÄG 2018 38/ME XXVI. GP 27 ad § 39 Abs 1 BFA-VG.

<sup>62</sup> EGMR, 23.09.1982, 7151/75 (Sporrong und Lönnroth/SWE), Rn 69.

<sup>63</sup> Johan Blem Larsen, To år med smykkeloven: Knap 174.000 kroner beslaglagt, men ingen smykker, 21.01. 2018, <https://www.dr.dk/nyheder/politik/aar-med-smykkeloven-knap-174000-kroner-beslaglagt-men-ingen-smykker>.

<sup>64</sup> Art 87 chAsylgesetz; Art 10 chAsylverordnung 2 über Finanzierungsfragen.

<sup>65</sup> Hermann Rudolf, Flüchtlinge dürfen nicht vermögend sein, NZZ 26.02.2016, <https://www.nzz.ch/international/europa/umstrittene-asylgesetze-fluechtlinge-duerfen-nicht-vermoegend-sein-ld.5719>.



kommen und Vermögen, über das verfügt werden kann, aufbrauchen. Es kann auch eine Sicherheit verlangt werden, soweit Vermögen vorhanden ist.<sup>66</sup> Da der Vollzug durch die Bundesländer erfolgt, gibt es keine einheitliche Vorgehensweise. Es zeigt sich aber auch hier, dass Flüchtlinge, soweit darüber Aufzeichnungen geführt werden, über keine großen Vermögenswerte verfügen.<sup>67</sup>

#### **d. Zu Artikel 7 (Änderung des Staatsbürgerschaftsgesetzes 1985)**

##### Zu §11a Abs. 4 und Abs. 7 StbG

Die Änderung des § 11a Abs. 4 StbG 1985 sieht die Streichung der Möglichkeit für Asylberechtigte, die Staatsbürgerschaft nach 6 Jahren beantragen zu können, vor. Die Anhebung der Wartezeit für Asylberechtigte, soll wie den Erläuterungen zum Ministerialentwurf zu entnehmen ist, in Einklang mit den völkerrechtlichen Vorgaben, die sich aus Art. 34 der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (GFK)<sup>68</sup> und Art. 6 Abs. 4 des Europäischen Übereinkommens über Staatsangehörigkeit<sup>69</sup> stehen.

Die Einführung des privilegierten Zugangs zur österreichischen Staatsbürgerschaft für Asylberechtigte nach 6 Jahren wurde in der Regierungsvorlage zu BGBl. I 37/2006 folgendermaßen begründet: „Die Bevorzugung von Asylberechtigten ist notwendig, um einerseits dem Art. 34 der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (GFK), BGBl. Nr. 55/1955 IdGF., und andererseits Art. 6 Abs. 4 des Europäischen Übereinkommens über Staatsangehörigkeit, BGBl. Nr. 39/2000, Genüge zu tun.“

Die vorgeschlagene Streichung der Privilegierung des geltenden § 11a Abs. 4 StbG sowie der Verweis auf die geltenden völkerrechtlichen Bestimmungen erscheint in Hinblick auf die oben genannte Intention der Einführung der 6 Jahre Wartezeit für Asylberechtigte widersprüchlich. Einen weiteren Widerspruch stellt die in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf getätigte Behauptung dar, die Streichung der Privilegierung würde „unter Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben“ durchgeführt werden. Art. 34 GFK (BGBl. Nr. 55/1955) besagt im Wesentlichen, dass die vertragsschließenden Staaten die Gleichstellung und Einbürgerung von Flüchtlingen erleichtern und entsprechende Einbürgerungsverfahren beschleunigt werden sollen.

Die angedachte Streichung der Privilegierung von Asylberechtigten und die Anhebung der Wartezeit auf 10 Jahre steht diesem Bekenntnis entgegen und steht damit im Widerspruch zu Art. 34 GFK. Für Asylberechtigte geht im Vergleich zur geltenden Rechtslage damit eine gravierende Verschlechterung der Einbürgerungsvoraussetzungen einher. Abgesehen vom offenkundigen Motiv, eine dauerhafte Aufenthaltsverfestigung von Asylberechtigten in Zukunft möglichst zu erschweren, stellt sich die Frage, warum die Bevorzugung von Asylberechtigten bei der Vergabe der Staatsbürgerschaft nun nicht mehr auf Grund der erwähnten (unveränderten) völkerrechtlichen Vorgaben erforderlich sein soll.

Bedenklich und missverständlich erscheint auch die Aussage in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf, dass

<sup>66</sup> §§ 7 und 7a dAsylsuchendeleistungsgG.

<sup>67</sup> Dokumentation: Vollzug der §§ 7 und 7a Asylbewerberleistungsgesetz in den Bundesländern, <https://www.bundestag.de/blob/476068/3e556da4e33c7faa9e61076f53077cce/wd-6-095-16-pdf-data.pdf>.

<sup>68</sup> BGBl. Nr. 55/1955 IdGF.

<sup>69</sup> BGBl. III Nr. 39/2000.

„[n]unmehr [...] die Einbürgerung eines Asylberechtigten frühestens nach zehn Jahren rechtmäßigen und unterbrochenen Aufenthalt in Österreich erfolgen können [soll], soweit – wie schon bisher – die anderen allgemeinen Verleihungsvoraussetzungen erfüllt sind.“

Dies erweckt den Eindruck, dass Asylberechtigte in keinem Fall mehr einen Rechtsanspruch auf Einbürgerung nach 6 Jahren haben, selbst wenn die Voraussetzungen des § 11 a Abs. 6 StbG (Z 1 Nachweis über Deutschkenntnisse gemäß dem B2-Niveau oder Z 2 nachhaltige persönliche Integration) erfüllt sind. „Fremde“, damit erfasst werden auch Asylberechtigte, haben aber noch immer nach Abs. 6 nach 6 Jahren, bei Vorliegen der normierten Voraussetzungen (Z 1 oder Z 2) einen Rechtsanspruch auf Einbürgerung.

Dies veranschaulicht einen zentralen Punkt des Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018: Symbolpolitik mit geringem realpolitischem Nutzen, die in diesem Fall auf dem Rücken der nachhaltigen Integration von Asylberechtigten ausgetragen wird. Gerade Asylberechtigte befinden sich in einer besonderen Situation. Im Gegensatz zu anderen „Fremden“ haben Asylberechtigte keine Möglichkeit, sich dem Schutz ihres Heimatlandes zu unterstellen oder ihre Staatsbürgerschaft effektiv wahrzunehmen. Gerade Asylberechtigte sind daher auf eine dauerhafte Lösung in Form von Integration angewiesen.

Graz, 15. Mai 2018

Die *Refugee Law Clinic* der Universität Graz

Vertreten durch (in alphabetischer Reihenfolge)

Thomas Becker, Ronald Frühwirth, Daniela Grabovac, Lisa Heschl, Susanne Jelenik, Klaus Kocher, Stefan Salomon, Paul Schwarzl und Alma Stankovic