



**Menschenrechtsbeirat**  
**Der Vorsitzende**  
Bundesministerium für Inneres

Univ. Prof. Dr. Gerhart WIELINGER  
Landesamtsdirektor i.R.

1014 Wien, Minoritenplatz 9  
Tel: 01/53 126-3500  
Fax: 01/53 126-3504  
office@menschenrechtsbeirat.at  
www.menschenrechtsbeirat.at

## **Stellungnahme des Menschenrechtsbeirates**

zum Entwurf eines BG, mit dem das AsylG 2005, das FPG 2005, das GVG – Bund 2005, das NAG, das StbG und das TilgG geändert werden

### **I. Grundsätzliches**

Der Entwurf verfolgt das Ziel einer Steigerung der „Effizienz“ fremdenrechtlicher Verfahren (Erl 1). Zu diesem Zweck sieht er insbesondere neue Instrumente der Beschleunigung von Asylverfahren und zusätzliche Tatbestände der Verhängung von Schubhaft vor. Es ist festzuhalten, dass diese Maßnahmen im Ergebnis eine erhebliche Verschärfung des Fremdenrechts insgesamt, besonders des Asylrechts herbei führen.

Der MRB erachtet es nicht als seine Aufgabe, diese Zielsetzung und die zu ihrer Umsetzung gewählten Maßnahmen politisch zu bewerten. Er sieht es als legitim, die missbräuchliche Inanspruchnahme des Asylschutzes zu bekämpfen und für die Glaubwürdigkeit des österreichischen Asylsystems zu sorgen. Der MRB muss jedoch auf jene Probleme hinweisen, die der Entwurf in menschenrechtlicher bzw. rechtsstaatlicher Hinsicht aufwirft. Bekanntlich bedeuten behördliche Entscheidungen auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechts nämlich häufig Eingriffe in Grundrechte, die den betroffenen Personen sowohl durch innerstaatliches Verfassungsrecht als auch durch Völkerrecht garantiert sind. Maßnahmen der Verfahrensbeschleunigung laufen darüber hinaus tendenziell Gefahr, die Effizienz des individuellen Rechtsschutzes zu beeinträchtigen. Solche Konsequenzen wären angesichts der existenziellen Auswirkungen asyl- und fremdenrechtlicher Bescheide höchst bedenklich.

Der MRB möchte durch seine Stellungnahme daher dazu beitragen, dass solche Konsequenzen so gut und so verlässlich wie möglich vermieden werden. Bemerkenswerter Weise betont der Entwurf selbst ausdrücklich, sein Effizienzziel nur „unter Wahrung aller rechtsstaatlichen Garantien“ verfolgen zu wollen. Der MRB sieht die folgende Kritik daher als Unterstützung dieser Zielsetzung.

Einige der Vorschläge, die der MRB hier aus menschenrechtlicher Sicht erstattet, sind auch von der Überlegung bestimmt, dass die Gesetzestechnik gerade im Asyl- und Fremdenrecht so klar und einfach wie möglich sein sollte, um Zweifelsfälle tunlichst zu vermeiden, Rechtssicherheit zu erzeugen und damit den Ausschluss verfassungswidriger Praktiken wirksam sicher zu stellen.

Zu den einzelnen Bestimmungen hat der MRB die folgenden Bedenken:

### **II. Zu den einzelnen Bestimmungen**

#### **1. Zu Art 1 Z 9 (§ 10 Abs 6 AsylG) – ex lege Weiterbestand von Ausweisungen**

Die vorgeschlagene Neuregelung sieht vor, dass Ausweisungen nach Abs. 1 leg.cit. binnen 18 Monaten ab einer Ausreise des Fremden aufrecht bleiben.

Die in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung erwähnte „sachlich gerechtfertigte“ Abgrenzung zur fremdenpolizeilichen Ausweisung ist nicht ganz nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass die einzige Besonderheit der asylrechtlichen Ausweisung ihre Zielstaatsbezogenheit ist, die notwendig ist, weil sich die Refoulement-Prüfung der Asylbehörden nur auf den Herkunftsstaat bezieht.

Mit der Neuregelung soll anscheinend der Titel zur Außerlanderschaffung über die Ausreise hinaus aufrecht bleiben, um der Fremdenpolizei im Falle der neuerlichen Einreise ohne neuen Asylantrag eine auf § 53 FPG gestützte Ausweisung zu ersparen. Die hier normierte ex-lege-Wirkung der asylrechtlichen Ausweisung scheint aber zu weit zu gehen und eine neue Art von Aufenthaltsverbot zu normieren: Es kommt nämlich nicht klar zum Ausdruck, dass diese ex-lege Wirkung wegfällt, wenn ein NAG-Titel nach § 43 Abs. 2 und § 44 Abs. 3 NAG erteilt wird (vgl. § 59 Abs. 2 FPG). Nach dem Gesetzestext unzulässig scheinen auch die im AVG normierten Durchbrechungen der Rechtskraft (insb. Wiederaufnahme des Verfahrens). Ein solches Verständnis der neuen Norm sollte unbedingt vermieden werden.

Unklar erscheint überdies, wie die Behörden die 18-monatige Frist berechnen sollen, wenn der Fremde zu einem der Behörde unbekanntem Zeitpunkt freiwillig ausgeweisert ist.

Empfohlen wird folgende Formulierung:

„(6) Ausweisungen nach Abs. 1 bleiben binnen 18 Monaten ab einer Ausreise des Fremden aufrecht. § 59 Abs. 2 sowie §§ 68 ff. AVG bleiben unberührt.“

## **2. Zu Art 1 Z 11 u 12 (§ 12 Abs. 4 – 6, § 14 Abs. 1a AsylG) – Folgeanträge**

### § 12 Abs. 4 Z. 2:

§ 12 Abs. 4 versucht jene Fälle zu umschreiben, in denen ein Folgeantrag voraussichtlich Erfolg haben wird (*Erl. zu § 12 Abs. 2 bis 6*). Dieses Anliegen ist grundsätzlich legitim und wird vom MRB nicht in Frage gestellt. Die Formulierung in Abs. 4 Z. 2 ist jedoch aus menschenrechtlichem Blickwinkel zu eng gefasst:

a. Wenn nur ein neu „hervorgekommener“ Sachverhalt einen Folgeantrag legitimiert, so sind – wenn man denselben Begriff in § 69 Abs. 1 Z. 2 AVG zu Grunde legt – nach hL und hRSpr nur die so genannten „nova reperta“ erfasst: Das sind Sachverhalte, die schon zum Zeitpunkt der ursprünglichen Bescheiderlassung vorhanden waren, aber erst später bekannt wurden. Diese Formulierung ist zu eng, weil auch in der Zwischenzeit neu entstandene Sachverhalte („nova producta“) den Asylschutz bewirken können.

b. In diesem Zusammenhang fragt sich auch, warum auf die „bisher vorliegenden Ermittlungen“ abgestellt wird: Die Erfolgsaussichten eines Folgeantrags können sich auch aus neuen Beweismitteln ergeben. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der Rechtskraftlehre und ausgerichtet an der Terminologie des AVG müssten im Ergebnis folgende Fälle erfasst sein:

- Fälle, in denen ein anderer Sachverhalt als jener *hervorkommt*, der bei der Zurück- oder Abweisung des Asylansuchens angenommen wurde;
- Fälle, in denen sich der maßgebliche Sachverhalt nach Bescheiderlassung geändert hat (zB Verhaftung von Familienangehörigen, Regierungswechsel im Herkunftsland, Verschärfung des Verfolgungsklimas, psychische Krankheit); sowie

- Fälle, in denen neue Beweismittel vorgelegt werden (zB Zeugen, Fotos, Fehlen rechtlicher Beratung bei der Erhebung von Rechtsmitteln),

c. Letztlich ist es etwas missverständlich, dass § 12 Abs 4 Z 2 jetzt von einem „maßgeblich geänderten Sachverhalt“ spricht. Bei der Zulässigkeit von Folgeanträgen darf es nicht darauf ankommen, ob die Änderung des Sachverhalts maßgeblich war, sondern ob es sich um eine Änderung des für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Sachverhalts handelt. Diese Fälle sind es, die eine neue rechtliche Beurteilung zur Folge haben müssen.

d. § 12 Abs 4 Z 2 sollte daher lauten:

„2. nach einer sonstigen zurückweisenden oder abweisenden Entscheidung *keine Änderung des maßgeblichen Sachverhalts* im Hinblick auf eine reale Gefahr einer Verletzung von Art 2, 3 oder 8 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention *vorliegt*. *Solche Änderungen können sich aus*

- a. *neu hervorgekommenen Sachverhalten,*
- b. *nach Rechtskraft der Entscheidung entstandenen Sachverhalten und*
- c. *neu hervorgekommenen oder neu entstandenen Beweismitteln ergeben.“*

#### Abs 5 u 6:

Bei knapp vor der Abschiebung gestellten Folgeanträgen soll der faktische Abschiebeschutz in Hinkunft nun überhaupt nicht mehr bestehen (Abs 5). Es steht aber außer Zweifel, dass die Grundrechte der Art 2, 3 und 8 iVm Art 13 EMRK auch für jene Fälle gelten, in denen ein Folgeantrag relativ knapp vor der bereits festgelegten Abschiebung erfolgt. Auch solche Anträge müssen nicht immer missbräuchlich sein und können in bestimmten Konstellationen gerechtfertigt sein. Für diese Fälle müsste die Regelung einen „effizienten Rechtsschutz“ im Sinn der Judikatur des VfGH sicher stellen. Die im Entwurf für die Zuerkennung des faktischen Abschiebeschutzes gewählte Konstruktion ist für diesen Rechtsschutz jedoch unzureichend:

a. Zum einen macht die Formulierung „kann ... zuerkennen“ nicht deutlich, dass dann, wenn in Ausnahmefällen die Art 2, 3 oder 8 iVm Art 13 EMRK zu beachten sind, regelmäßig ein Verbot der Abschiebung – und damit eine Pflicht zur Zuerkennung des Abschiebeschutzes – besteht.

b. Als Grund für die ausnahmsweise Zuerkennung kommen – über Z 1 und 2 hinaus – auch Fälle in Frage, in denen sich nicht die „objektive Situation im Herkunftsstaat“, sondern die persönliche Situation des Fremden geändert hat (zB psychische Krankheit) oder neue Beweismittel (zB über die Verfolgung von Familienmitgliedern) vorliegen. Mit elektronischen Kommunikationsmitteln kann ein Asylwerber hiervon unter Umständen sehr rasch erfahren.

c. Der Rechtsschutz des Fremden in Fällen, in denen das BAA von der Ermächtigung in Abs 6 nicht Gebrauch macht, ist eindeutig unzureichend. Ein Antragsrecht des Fremden soll nämlich nicht bestehen. Besonders hinzuweisen ist hier auf die jüngste Judikatur des VfGH, wonach Antragsrechte zur Durchsetzung der Grundrechte im Fremdenrecht unabdingbar sind (VfGH 27.6.2008, G 246/07). Der generelle Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Ausweisungsverfahren wird im Widerspruch zum rechtsstaatlichen Prinzip gesehen: „Den öffentlichen Interessen an der Raschheit der Durchführung der Ausweisung können mögliche Nachteile des Berufungswerbers entgegen stehen, wie etwa die faktische Schwierigkeit, vom Ausland aus ein Berufungsverfahren zu führen, oder Beeinträchtigungen, die sogar in den

Schutzbereich des Art 3 EMRK (zB Durchführung der Ausweisung von schwangeren oder kranken Personen) oder Art 8 EMRK fallen können. Eine solche Interessenabwägung kann aber nur im Einzelfall vorgenommen werden. Der ausnahmslose Ausschluss der aufschiebenden Wirkung würde selbst in jenen besonderen Fällen eine Interessenabwägung zu Gunsten des Asylwerbers unmöglich machen und damit den Berufungswerber in verfassungsrechtlich verbotener Weise einseitig mit den Folgen einer potentiell unrichtigen Entscheidung belasten“. Diese Rechtsauffassung hat der VfGH auch im Besonderen für Dublin-Verfahren festgehalten. Vor allem hat er auch betont, dass die faktische Möglichkeit der Rückkehr die Rechtsschutzgewähr nicht substituieren kann (VfSlg 17.340/ 2004, 17.639/2005).

d. Angesichts dieser gravierenden Rechtsfolgen (völliger Verlust des Abschiebeschutzes) könnte das „nachweisliche zur Kenntnis Bringen“ einer Abschiebung (Abs 5 Z 1) in verfassungskonformer Interpretation als Bescheid qualifiziert werden. Wenn dies zutrifft, so gibt es dagegen aber ein Rechtsmittel, das letztlich wiederum zur Verzögerung der Abschiebung führt.

Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Problematik kann der MRB Abs 5 und 6 in der vorliegenden Fassung nicht billigen.

Wenn Abs 5 und 6 aus realpolitischen Gründen als unentbehrlich gesehen werden, sollten zumindest etwa folgende Modifikationen erfolgen:

„(6) ... kann ... den faktischen Abschiebeschutz in Ausnahmefällen zuerkennen ... wenn

1. ... zu keinem früheren Zeitpunkt stellen konnte ... oder
2. *Änderungen des maßgeblichen Sachverhalts iS von § 12 Abs 4 Z 2 lit a-c vorliegen.*

Wurde der Folgeantrag binnen zwei Tagen vor einer bereits festgelegten Abschiebung gestellt, ist *die Zuerkennung des Abschiebeschutzes* nur bei Vorliegen der Voraussetzung der Z 2 zulässig. *Ein Vorbringen des Asylwerbers ist zu substantiieren und glaubhaft zu machen. Liegt die Gefahr einer Rechtsverletzung iS von Art 2, 3 oder 8 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention vor, so muss der faktische Abschiebeschutz zuerkannt werden.*“

Bei Schaffung einer solchen Bestimmung wäre nicht zu befürchten, dass Fremde knapp vor der Abschiebung aussichtslose Anträge stellen, bloß um im Bundesgebiet bleiben zu können. Bei der empfohlenen Formulierung genügt nämlich nicht die bloße Behauptung von Sachverhaltsänderungen durch den Asylwerber, vielmehr müsste er solche, sofern sie der Behörde nicht ohnedies von Amts wegen bekannt werden, substantiieren und glaubhaft machen, sodass die Behörde rasch ihre Begründetheit beurteilen kann. Dies ist etwa dann realistisch, wenn eine entsprechende Tatsachenbasis, zB ein Originaldokument aus dem Heimatstaat, vorliegt. Selbst wenn dies so knapp vor der Abschiebung selten vorkommt, darf der Abschiebeschutz in solchen Fällen nicht völlig ausgeschlossen sein.

#### § 14 Abs 1a:

Diese Bestimmung über die Ermöglichung der Wiedereinreise sollte diese Einreise nach einer positiven Entscheidung des Asylgerichtshofs auch faktisch sicher stellen. Dies ist in der derzeitigen Formulierung nicht der Fall, weil schon die Zustellung der Entscheidung an den Fremden oft auf Schwierigkeiten stoßen wird. Besser wäre es, die Grenzkontrollstellen von einer solchen Entscheidung in Kenntnis zu setzen und den Fremden bei der Wiedereinreise nur noch seine Verfahrensidentität nachweisen zu lassen. Die Bestimmung sollte daher lauten:

(1a) Einem Fremden, dem ein faktischer Abschiebeschutz nicht zukam (Abs 4 oder 5), ist an der Grenzübergangsstelle die Wiedereinreise zu gestatten, wenn *der Asylgerichtshof die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes als nicht rechtmäßig erklärt hat und er seine Verfahrensidentität nachweisen kann. Die Abs 2 bis 4 gelten sinngemäß.*“

### **3. Zu Art 1 Z 14 (§ 15 Abs. 1 Z 6 AsylG) – radiologische Untersuchung**

Die vorgeschlagene Neuregelung sieht vor, dass dem Bundesasylamt und dem Asylgerichtshof nunmehr die Möglichkeit eingeräumt wird radiologische Untersuchungen zur Alterseingrenzung anzuordnen.

Der im Begutachtungsentwurf gewählten Formulierung zufolge kann das Bundesasylamt bzw. der Asylgerichtshof *„die Vornahme einer radiologischen Untersuchung“* zur Alterseingrenzung anordnen“. Um Missverständnissen vorzubeugen erscheint an dieser Stelle die Verwendung einer Pluralkonstruktion klarer, damit das Wort „ein“ nicht als Zahlwort interpretiert werden kann und bei nicht eindeutigem Ergebnis weitere Untersuchungen zulässig sind. Radiologische Untersuchungen können überdies mehrere Körperteile, insb. Handwurzel, Schlüsselbein und Zähne betreffen.

Zur Erstellung einer in den Materialien genannten multifaktorellen Altersanalyse wird nach den Erläuterungen eine Kombination unterschiedlicher radiologischer (und nicht radiologischer) Untersuchungen als notwendig erachtet. Nach den derzeitigen internationalen Empfehlungen kommt einer Kombination von körperlicher, psychosozialer, zahnmedizinischer und radiologischer Untersuchung die höchste Aussagekraft zu. Die Erläuterungen heben dies ausdrücklich hervor; es muss aber auch im Text des Gesetzes zum Ausdruck kommen. Die genannte Wortfolge *„einer radiologischen Untersuchung zur Alterseingrenzung“* ist keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine solche multifaktorelle Altersanalyse und könnte sogar als Ausschluss der Zulässigkeit einer Kombination mehrerer Methoden verstanden werden.

Des Weiteren erscheint es zweckmäßig, die Regelung, dass entsprechend dem Grundsatz „in dubio pro minor“ im Zweifel von den Altersangaben des Asylwerbers auszugehen ist, in den Gesetzestext aufzunehmen und nicht nur in den Materialien darauf zu verweisen.<sup>1</sup> Denn selbst wenn die Vornahme mehrerer Untersuchungsmethoden die Wahrscheinlichkeit der Annäherung an das so genannte chronologische Alter der Person erhöht, kann bei seriöser Betrachtung nur von einer Alterseingrenzung und nicht von einer Altersfeststellung gesprochen werden (vgl. VwGH 16.04.2007, 2005/01/0463).

Dass die Behörde die mangelnde Mitwirkung des Asylwerbers an der radiologischen Untersuchung im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigen kann, entspricht dem in § 45 Abs 2 AVG normierten Grundsatz; dessen Anwendbarkeit im Asylverfahren braucht nicht eigens hervorgehoben zu werden. Klar muss nur sein, dass eine radiologische Untersuchung nie gegen den Willen des Betroffenen stattfinden darf. Zu betonen ist, dass eine Weigerung zur Mitwirkung an einer radiologischen Untersuchung ihre Ursache nicht unbedingt in einer mangelnden Kooperationsbereitschaft haben muss. Sie kann auch in einer Unkenntnis der Untersuchungsmethode und in befürchteten gesundheitlichen Risiken wurzeln, insbesondere wenn der Asylwerber aus einem anderen Kulturkreis stammt und noch nie ein Röntgengerät gesehen oder benutzt hat. Die Anordnung der Untersuchung oder sogar schon der Anblick des Geräts könnten uU vorhandene Ängste oder Traumata verstärken. Überdies

---

<sup>1</sup> Vgl. MRB-Empfehlung Nr. 44 vom Juli 2000.

könnte die Weigerung einer Asylwerberin ihre sachliche Rechtfertigung auch in einer Angst vor noch unbekannter Schwangerschaft haben. Es muss somit unbedingt vermieden werden, dass eine Weigerung in solchen Fällen zum Nachteil des Betroffenen ausschlägt. Das Hervorheben des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung könnte von den Rechtsanwendern dahingehend fehlinterpretiert werden, dass eine Weigerung im Regelfall zum Nachteil des Betroffenen auszuschlagen habe, was in den beispielhaft angeführten Fällen unsachlich wäre. Um solchen Fehlinterpretationen vorzubeugen, sollte man dieser Satzteil des § 15 Abs 1 Z 6 ersatzlos streichen.

In jedem Fall ist eine Aufklärung durch einen fachkundigen Arzt erforderlich, um Missverständnissen so weit wie möglich vorzubeugen. Diese Aufklärung muss in einer dem Fremden verständlichen Sprache erfolgen; allenfalls wird die Beiziehung einer dolmetschenden Person notwendig sein.

Vorbehaltlich einer abweichenden Beurteilung durch das Bundesministerium für Gesundheit regt der MRB daher an, § 15 Abs. 1 Z 6 etwa wie folgt zu ändern:

*„6. eine behauptete Minderjährigkeit, auf die er sich in einem Verfahren nach diesem Bundesgesetz beruft, durch unbedenkliche Urkunden oder sonstige geeignete und gleichwertige Bescheinigungsmittel nachzuweisen. Gelingt dies dem Fremden nicht, so hat eine multifaktorelle Altersanalyse stattzufinden. Sofern es notwendig und in Hinblick auf das Gesundheitsrisiko verhältnismäßig ist, kann das Bundesasylamt oder der Asylgerichtshof im Rahmen dieser Analyse dem jeweiligen Stand der Wissenschaft entsprechend und nach fachlicher Aufklärung die Vornahme von radiologischen Untersuchungen zur Alterseingrenzung anordnen. Im Zweifelsfall ist von dem vom Asylwerber angegebenen Geburtsdatum (Alter) auszugehen.“*

Analoge Bestimmungen wären auch in § 12 Abs. 4 FPG, § 29 Abs. 4 NAG und § 5 Abs. 1 StbG aufzunehmen.

#### **4. Zu Art 1 Z 17 (§ 18 Abs. 2 AsylG) – DNA Analyse**

Zum vorgeschlagenen § 18 Abs 2 AsylG ist anzumerken, dass Asylwerberinnen und Asylwerber bereits jetzt über die Möglichkeit verfügen, freiwillig den Nachweis eines Verwandtschaftsverhältnisses mittels DNA-Analyse zu erbringen. Im Unterschied zur Altersfeststellung durch radiologische Untersuchungen, die auf Grund von § 4 Abs 3 StrahlenschutzG einer gesetzlichen Verankerung bedarf, ist eine solche Notwendigkeit bei einer freiwilligen Beweiserbringung nicht zu erkennen. Hinzugekommen ist die Belehrungspflicht seitens der Behörde für den Fall, dass die betroffene Person den Nachweis des Verwandtschaftsverhältnisses durch Urkunden oder sonstige Bescheinigungsmittel nicht erbringen kann.

Im Unterschied zu anderen medizinischen Untersuchungen, die Freiwilligkeit verlangen, kommt hier hinzu, dass die aus dem Nachweis erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten sind. Unter Berücksichtigung der in der Regel sehr beschränkten finanziellen Mittel von Asylwerberinnen und Asylwerbern wird die Vornahme einer DNA-Analyse zur Kostenfrage und daher in der Praxis in vielen Fällen unterbleiben (müssen). Die nun vorgeschlagene Formulierung zur Belehrungspflicht seitens der Behörden erweckt den Eindruck, dass die Nichtvornahme einer DNA-Analyse im Rahmen der Beweiswürdigung gegen die betroffene Person verwendet werden könnte. Zur Unterstreichung der in den Erläuterungen zum

Ausdruck gebrachten Intention wird daher folgende Ergänzung des Abs. 2 zweiter Satz vorgeschlagen:

„Das mangelnde Verlangen des Fremden auf Vornahme einer DNA-Analyse ist keine Weigerung des Fremden, an der Klärung des Sachverhaltes mitzuwirken *und darf keine Auswirkungen auf die Beweiswürdigung haben.*“

Es käme auch in Betracht, für mittellose Asylwerber eine Kostentragung durch den Bund vorzusehen, um diesen den Nachweis eines Verwandtschaftsverhältnisses zu ermöglichen.

Eine analoge Bestimmung wäre auch in § 12a FPG aufzunehmen.

Anders zu beurteilen ist die Regelung der Vornahme einer DNA-Analyse auf eigene Kosten im Verfahren nach dem StbG (§ 5 Abs 2). Die Bestreitung dieser Kosten dürfte in der Regel wegen anzunehmenden Integration am Arbeitsmarkt leichter fallen und auch die Rechtsfolgen sind aufgrund eines bereits bestehenden Aufenthaltstitels als weniger schwerwiegend zu bewerten.

## **5. Zu Art 1 Z 20 und 21 (§ 22 Abs 3, 10 u 12 AsylG) – Rechtsschutz gg Entscheidungen des BAA**

### § 22 Abs 3:

Die Neufassung des § 22 Abs. 3 AsylG weicht vom Grundsatz des § 63 Abs. 5 AVG ab, dass auch die Einbringung einer fristgerechten Berufung bei der Berufungsbehörde als rechtzeitige Einbringung gilt. Dies führt dazu, dass im Falle der Einbringung einer Beschwerde beim Asylgerichtshof diese nach § 6 AVG *auf Gefahr des Einschreiters* an das BAA weiterzuleiten ist und daher die Frist leicht versäumt werden kann.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich hier die Frage, ob die damit vorgeschlagene Abweichung vom AVG in Einklang mit Art. 11 Abs. 2 B-VG steht, sie insb. „zur Regelung des Gegenstandes erforderlich“ ist.

Der VfGH hat sich bereits mehrmals mit der Frage befasst, inwieweit vom AVG abweichende Regelungen im Fremden- und Asylrecht „erforderlich“ in diesem Sinn (Art 11 Abs 2 B-VG) sind. Bereits in den Erk. VfSlg. 13.831/1994, 13.834/1994 und 13.838/1994 hat er zum Asylgesetz 1991 ausgesprochen, dass das Asylverfahren Besonderheiten aufweise, die Abweichungen vom AVG erforderlich machen können. Solche Abweichungen seien aber nur dann „erforderlich“, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes „unerlässlich“ sind. Eine unerlässliche Abweichung könne sich etwa in Verbindung mit der Begünstigung des Asylwerbers zum vorläufigen Aufenthalt ergeben oder aus Umständen, wie etwa dem Erfordernis der alsbaldigen Klärung der Frage, ob der Asylwerber Schutz in einem sicheren Drittstaat findet (vgl. VfSlg. 15.218/1998). Im Erk. VfSlg. 15.218/1998 hielt der VfGH unter Bezugnahme auf diese Rspr eine Abweichung allerdings für nicht erforderlich, wenn diese gegen den Grundsatz der faktischen Effektivität von Rechtsschutzeinrichtungen verstoße. Bei Asylwerbern sei insb. darauf Bedacht zu nehmen, dass sie idR nicht der deutschen Sprache mächtig seien. Demgemäß hob der VfGH eine Bestimmung auf, die – bei Berufungen gegen Bescheide, mit denen die Drittstaatsicherheit, vertragliche Unzuständigkeit oder offensichtliche Unbegründetheit festgestellt wurde – eine Verkürzung der Berufungsfrist auf bloß zwei Tage vorsah. Solche Vorschriften seien nicht nur „nicht unerlässlich“, sondern ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (vgl. auch VfSlg. 15.369/1998 und 15.529/1999).

Vor dem Hintergrund dieser Judikatur ist die vorgeschlagene Regelung verfassungsrechtlich bedenklich: Das in Aussicht genommene Ziel – die Entlastung des Asylgerichtshofes von nicht notwendiger Administrativtätigkeit – kann sie nämlich wohl nicht erreichen: Die bei diesem Gerichtshof in Zukunft fälschlicher Weise einlangenden Rechtsmittel müssten weiterhin administrativ bearbeitet werden; neu wäre nur, dass ihre Weiterleitung an das BAA „auf Gefahr des Einschreiters“ ginge. Die „Unerlässlichkeit“ der damit normierten Abweichung vom AVG ist für den MRB nicht zu sehen.

#### § 22 Abs 10:

Der neue § 22 Abs. 10 steht in unmittelbarem Zusammenhang mit § 12 Abs. 4 und § 41a AsylG. Vor allem gegen die letztgenannte Bestimmung ergeben sich Bedenken (näher dazu unten). In diesem Zusammenhang ist es aus rechtsstaatlichen Gründen und im Hinblick auf Art. 2, 3 und 8 EMRK aber auch problematisch, eine Abschiebung in den zuständigen Dublin-Staat, insbesondere aber auch in den Herkunftsstaat, gerade bei Personen ohne deutsche Sprachkenntnis auf Grundlage eines erstinstanzlichen mündlichen Bescheides vorzusehen, von dem nicht einmal eine schriftliche Ausfertigung zuzustellen ist. Die Bedeutung von Sprachschwierigkeiten als Hindernis für die Effektivität des Rechtsschutzes hat auch der VfGH mehrfach hervorgehoben (VfSlg 15.218/1998, 15.369/1998, 15.529/1999).

Als Ausgleich wäre zumindest vorzusehen, dass der mündlich zu erlassende Bescheid dem Betroffenen in eine ihm verständliche Sprache zu übersetzen ist. Darüber hinaus ist klarzustellen, dass den Betroffenen im Verfahren vor dem Asylgerichtshof volle Verfahrensrechte einschließlich rechtlichen Gehörs zustehen.

Dabei wäre etwa folgende Formulierung denkbar:

„(10)... ergehen mündlich in Bescheidform. Der *Bescheid ist dem Fremden in eine ihm verständliche Sprache zu übersetzen.* ..... Über die amtswegige Überprüfung hat der Asylgerichtshof *ein Verfahren durchzuführen, in dem dem Fremden alle Parteirechte nach AVG zustehen.* Der *Asylgerichtshof* hat mit Beschluss zu entscheiden.“

#### § 22 Abs 12:

Auch bei dieser Bestimmung stellt sich die Frage, ob die vorgeschlagenen Abweichungen vom AVG im Sinne des Art. 11 Abs. 2 B-VG erforderlich sind. Vor dem Hintergrund der oben zitierten Judikatur zu dieser Bestimmung bestehen massive Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit, zumal das AVG bei der Dauer der Rechtsmittelfristen – ebenso wie andere Verfahrensordnungen – gerade nicht zwischen Zurückweisungs- und Abweisungsentscheidungen differenziert. Auch die Verhältnismäßigkeit einer Verkürzung der Beschwerdefrist auf eine Woche zum Zweck der „Straffung des Verfahrensablaufes“ ist – wegen der mit der zurückweisenden Entscheidung verbundenen Ausweisungsentscheidung – höchst fraglich. Es besteht nämlich keine angemessene Relation zwischen der erzielbaren „Verfahrensstraffung“ und der damit verbundenen Einschränkung des Rechtsschutzes. Die Rechtsfolgen dieser Verkürzung der Rechtsmittelfrist sind umso gravierender, als Abs 10 in der vorgeschlagenen Fassung die mündliche Bescheiderlassung vorschreibt und nicht einmal die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung vorsieht. Vor allem in diesem Regelungskontext dürfte die Beschwerdefrist von einer Woche, die der VfGH einmal als „Mindestmaß“ im Asylverfahren qualifiziert hat (Vfslg 15.218/1998), keinesfalls ausreichen. Diese Abweichung vom AVG sollte daher gänzlich vermieden werden und ganz entfallen.

Darüber hinaus ist in der Fassung des Entwurfs offenbar ein redaktionelles Versehen unterlaufen: Es müsste statt „... und einer damit verbunden ...“ heißen: „... und eine damit verbundene ...“.

## **6. Zu Art 1 Z 38 (§ 38 Abs 1 Z 7 AsylG) – Ausschluss einer aufschiebenden Wirkung**

§ 38 Abs. 1 bestimmt, in welchen Fällen das BAA einer Beschwerde gegen eine abweisende Entscheidung über einen Antrag auf internationalen Schutz und die damit verbundene Ausweisung die aufschiebende Wirkung aberkennen kann. Dieser Katalog soll nun um den Fall der Z 7 erweitert werden, „wenn ein besonderes öffentliches Interesse an einer beschleunigten Durchführung des Verfahrens besteht (§ 27 Abs. 2 und 3).“

Dies erscheint in Verbindung mit dem neu formulierten § 27 Abs 3 Z 2 und 3 unverhältnismäßig: Denn damit wäre die sofortige Durchsetzbarkeit einer Ausweisung sogar schon wegen eines Verdachts auf einen bloßen „Wurstsemmeldiebstahl“ möglich, sofern es nur zu einer Anklage durch die Staatsanwaltschaft kommt.

Dass der VfGH in Fällen mit „Kann-Formulierung“ eine verfassungskonforme Interpretation für möglich und geboten erachtet hat (vgl. VfSlg. 17.340/2004), entbindet den Gesetzgeber nicht von der Verpflichtung, schon bei der Novellierung von Gesetzen verfassungskonform vorzugehen, um einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen. Ausdrücklich vorgesehen werden sollte daher zumindest eine Pflicht zur Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Verfahrensbeschleunigung (je nach Gewichtung: bloß Anklage oder Verurteilung; Art des Delikts; Strafhöhe bei bereits erfolgter Verurteilung; Haftgrund bei U-Haft) und den Interessen des Fremden am Verbleib im Bundesgebiet (Art. 8 EMRK-Kriterien; allenfalls Einbeziehung der Situation im Zielstaat iSv Art. 3 EMRK-Grobprüfung). Ohne solche Ergänzung wäre die neue Z 7 verfassungsrechtlich bedenklich. Hinzuweisen ist auch darauf, dass § 38 Abs 2 zwar dem Asylgerichtshof die Möglichkeit einer Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einräumt, dies für den Fremden aber schon zu spät sein kann. Unter Berücksichtigung des Gesagten könnte die Regelung etwa lauten:

„7. ein besonderes öffentliches Interesse an einer beschleunigten Durchführung des Verfahrens besteht (§ 27 Abs 2 und 3) *und die aufschiebende Wirkung nicht wegen der Gefahr einer Verletzung von Art 2, 3 oder 8 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention geboten ist.*“

Zur Vermeidung von Härtefällen wird weiters empfohlen, von den strafbaren Handlungen, bei denen gemäß § 27 Abs 3 Z 2 schon die bloße Anklage zur beschleunigten Durchführung des Verfahrens ermächtigt, geringfügige Delikte auszuklammern.

## **7. Zu Art 1 Z 41 (§ 41a AsylG) – amtswegige Überprüfung von Bescheiden des BAA**

Gegen die Aberkennung des faktischen Abschiebeschutzes nach dem vorliegenden Entwurf steht dem Fremden keinerlei Rechtsmittel zu. Vielmehr hat der Asylgerichtshof deren Rechtmäßigkeit gemäß § 41a in einer Art „sukzessiven Kompetenz“ amtswegig zu prüfen. Dafür stehen ihm acht Wochen zur Verfügung (Abs 3). Dennoch kann der Fremde schon nach Ablauf *eines einzigen* Arbeitstages abgeschoben werden; auch dann, wenn der Gerichtshof noch gar nicht entschieden hat und die Erfolgsaussichten der Beschwerde gut sind (§ 41a Abs 2 2. Satz). Entscheidet der Gerichtshof nachträglich positiv, so hat der inzwischen

abgeschobene Fremde nur mehr eine Berechtigung zur Wiedereinreise (§ 14 Abs 1a). Diese Konstruktion beruht auf mehreren unrealistischen Annahmen: Zum einen wird es höchst selten vorkommen, dass der Asylgerichtshof binnen eines einzigen Arbeitstages die Berechtigung eines Folgeantrags seriös beurteilen kann und in dieser kurzen Zeit die personellen Ressourcen dafür hat. Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass keine Pflicht des Asylgerichtshofs zur Entscheidung innerhalb dieser Eintagesfrist vorgesehen ist, er also nicht einmal einen Journdienst einrichten und sofort eine Art Vorprüfung über den voraussichtlichen Erfolg des Folgeantrags vornehmen muss. Mindestens genau so unrealistisch ist es, dass dem Ausgewiesenen im Fall einer nachträglichen Entscheidung zu seinen Gunsten die Organisation der Ausreise aus seinem Heimatstaat und in der Folge die Wiedereinreise nach Österreich gelingt; dies wird gerade in jenen Fällen schwierig sein, in denen dem Asylantrag letztlich stattzugeben ist. Dazu kommt, dass schon die Zustellung einer Entscheidung des Asylgerichtshofs an den Fremden im Ausland oft auf Schwierigkeiten stoßen wird. Die vorliegende Regelung gewährleistet somit gerade für die schutzwürdigsten Fälle keinen effektiven Rechtsschutz. Keinesfalls sollte als Voraussetzung für die Wiedereinreise die „Vorlage“ der Entscheidung des Asylgerichtshofs verlangt werden.

Um einen besseren Rechtsschutz sicher zu stellen, sollte § 41a Abs 2 bis 4 etwa folgendermaßen lauten:

„(2) Die Aufhebung des Abschiebeschutzes gemäß § 12 Abs 4 und eine aufrechte Ausweisung sind mit der Erlassung der Entscheidung gemäß § 12 Abs 4 durchsetzbar. Mit der Durchführung der die Ausweisung umsetzenden Abschiebung ist bis zum Ablauf der dem Einlangen der gemäß § 22 Abs 10 zu übermittelnden Verwaltungsakten beim Asylgerichtshof *folgenden Woche* zuzuwarten.

(3) Der Asylgerichtshof hat das Bundesasylamt unverzüglich vom Einlangen der Verwaltungsakten zu verständigen und *nach Möglichkeit innerhalb der folgenden Woche, spätestens* binnen acht Wochen zu entscheiden. Das Bundesasylamt *ist* von der Entscheidung über die amtswegige Überprüfung zu verständigen.

(4) *Von einer Entscheidung des Asylgerichtshofs nach § 41a, mit der die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes als nicht rechtmäßig erklärt wurde, sind überdies die Grenzkontrollstellen zu verständigen.*“

## **8. Zu Art 1 Z 44 (§ 57 Abs 10 AsylG) – Datenübermittlung**

Die Ermächtigung zur Übermittlung personenbezogener Daten von Asylwerbern zum Zweck der Beschaffung von Einreisebewilligungen soll nunmehr auf Personen ausgedehnt werden, denen kein „faktischer Abschiebeschutz“ zukommt.

Der MRB hat mehrmals darauf hingewiesen, dass gegen den zweiten Satz des § 57 Abs 10 AsylG Bedenken bestehen, er insb. die Richtlinie 2005/85/EG („AsylverfahrensRL“) nicht ausreichend umsetzt und dadurch Defizite in der Vollzugspraxis entstehen. Diesen Bedenken wird im Entwurf in keiner Weise Rechnung getragen; vielmehr wird der persönliche Anwendungsbereich der Regelung sogar noch ausgedehnt. Zwar ist ihre richtlinienkonforme Interpretation möglich und geboten, was auch das BMI durchaus anerkennt (Schreiben des BMI an den Vorsitzenden des MRB vom 3. Juni 2009). Um Interpretationsschwierigkeiten in der Praxis zu vermeiden, wäre es aber nötig, den Text der Bestimmung anzupassen. Dazu ist die Gelegenheit der Novellierung des AsylG zu ergreifen. Folgende Änderungen wären nötig:

Art 22 der RL verbietet den Staaten, Informationen über einzelne Asylanträge, aber auch über die „Tatsache, dass ein Asylantrag gestellt wurde“, unmittelbar an die Stellen weiter zu geben, die den Asylwerber seinen Angaben zufolge verfolgt haben. Dieses Verbot der Datenweitergabe muss auch bei der Einholung von Informationen durch solche Stellen berücksichtigt werden. Es steht außer Frage, dass dieses Übermittlungsverbot so lange gilt, so lange der Asylantrag nicht rechtskräftig erledigt wurde. Weiters steht außer Frage, dass es auch Kontakte erfasst, bei denen der Asylantrag nicht ausdrücklich erwähnt wird, aus denen der Empfänger aber mittelbar erkennen kann, dass die betreffende Person einen Asylantrag gestellt hat.

In Anbetracht dieser Interpretation geht die in § 57 Abs 10 normierte Ausnahme vom Übermittlungsverbot zu weit. Zum einen erlaubt sie nämlich Informationsweitergaben schon *vor Rechtskraft* des Asylbescheids; zum anderen ermächtigt sie zur Übermittlung aller Daten, sofern sie nur zur Beschaffung von Einreisebewilligungen „erforderlich sind“. Damit steht der Zweck, eine Einreisebewilligung zu erhalten, im Vordergrund; die Übermittlung von Daten, aus denen der Empfänger die Tatsache des Asylantrags mittelbar erfährt oder leicht schließen kann, ist keineswegs ausgeschlossen. So hat diese Bestimmung in der Praxis etwa dazu geführt, dass Asylwerber sich eine Gegenüberstellung mit offiziellen Vertretern jener Staaten gefallen lassen mussten, gegen deren Verfolgung sie Schutz beantragt hatten, obwohl ihr Asylverfahren aber noch nicht rechtskräftig beendet war. Es steht außer Frage, dass aus den Umständen solcher Gegenüberstellungen – selbst wenn der Asylantrag nicht ausdrücklich erwähnt wird – meist mittelbar auf die Tatsache der Stellung eines solchen Antrags geschlossen werden kann. Dies erhöht die Verfolgungsgefahr für den Betroffenen, selbst wenn der Schutz in zweiter Instanz gewährt wird, für die Familienmitglieder.

§ 57 Abs 10 sollte daher folgender Satz angefügt werden: „*Vor Rechtskraft des Bescheids darf aber keine Datenübermittlung oder -einholung erfolgen, aus der erkennbar wird, dass ein Asylantrag gestellt wurde.*“

#### **9. Zu Art 2 Z 4 (§ 12 Abs. 4 FPG) – radiologische Untersuchung**

Auf die Anmerkungen oben zu Art 1 Z 14 (§ 15 Abs. 1 Z 6 AsylG) wird hingewiesen.

#### **10. Zu Art 2 Z 5 (§ 12a FPG) – DNA Analyse**

Auf die Anmerkungen oben zu Art 1 Z 17 (§ 18 Abs. 2 AsylG) wird hingewiesen.

#### **11. Zu Art 2 Z 6 (§ 31 Abs 1 Z 3 FPG) – rechtmäßiger Aufenthalt**

§ 31 FPG regelt den rechtmäßigen Aufenthalt von Fremden. Nach der Neufassung der Z 3 soll ein – grundsätzlich rechtmäßiger – Aufenthalt eines Fremden in Österreich, der über einen Aufenthaltstitel eines anderen Schengen-Staates verfügt, zu einem unrechtmäßigen werden, sobald er einer von diesem Aufenthaltstitel nicht umfassten (somit unerlaubten) Erwerbstätigkeit nachgeht.

Diese Bestimmung ist im Lichte des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) zu interpretieren, das durch die Kundmachung im Bundesgesetzblatt (BGBl. III Nr. 90/1997) zu einer innerstaatlich verbindlichen Norm geworden ist.

Nach Art 21 Abs. 1 dieses Übereinkommens können sich Drittausländer, die Inhaber eines gültigen, von einer der Vertragsparteien ausgestellten Aufenthaltstitels sind, aufgrund dieses Dokuments und eines gültigen Reisedokuments höchstens bis zu drei Monaten frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen, soweit sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a, c und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen und nicht auf der nationalen Ausschreibungsliste der betroffenen Vertragspartei stehen.

Ein von einem Vertragsstaat ausgestellter Aufenthaltstitel berechtigt daher schon nach der derzeit geltenden Regelung des § 31 Abs. 1 Z. 3 FPG – wie im Übrigen auch der Verwaltungsgerichtshof bereits festgestellt hat (5.4.2005, 2005/18/0093) – nur insoweit zum Aufenthalt in Österreich, als dies im SDÜ vorgesehen ist. Das Aufenthaltsrecht eines nach dem SDÜ berechtigten Drittausländers umfasst aber nicht das Recht der Aufnahme einer dem AuslBG unterliegenden Beschäftigung. Wenn diese schon derzeit gültige Rechtslage mit der vorgeschlagenen Neuregelung der Z 3 lediglich klargestellt werden sollte, so wäre die Änderung systematisch im AuslBG vorzunehmen und nicht im FPG.

Sollte aber – abweichend vom Gesagten – gemeint sein, dass der Aufenthalt des Fremden im Bundesgebiet jeweils nur zu dem Zweck genutzt werden darf, den der zugrunde liegende „Aufenthaltstitel“ vermittelt und eine Überschreitung aufenthaltsrechtlich sanktioniert werden soll, wäre eine Änderung des – die Ausweisung Fremder mit Aufenthaltstitel regelnden – § 54 FPG notwendig. Es wäre ein Ausweisungsverfahren vorzusehen.

Die derzeit vorgeschlagene Änderung findet sich daher – abgesehen davon, dass ihr Regelungsinhalt unklar ist – jedenfalls an systematisch verfehlter Stelle. Ihr Inhalt sollte im Sinn des oben Ausgeführten klargestellt werden, ansonsten sollte sie zur Gänze entfallen.

## **12. Zu Art 2 Z 17 (§ 76 Abs 2a FPG) – Schubhaft**

§ 76 Abs 2a formuliert fünf neue Tatbestände, bei deren Vorliegen die Fremdenpolizeibehörde zwingend die Schubhaft über Asylwerber anzuordnen hat; diese Pflicht soll nur dann nicht bestehen, wenn der Verhängung der Schubhaft „besondere Umstände in der Person des Asylwerbers ... entgegenstehen.“ Gegen diese Bestimmung hat der MRB die folgenden Bedenken:

a. Die Verhängung der Schubhaft ist ein Eingriff in das Grundrecht auf persönliche Freiheit, das allen Menschen in Österreich garantiert ist (Art 5 EMRK, Art 1 PersFrBVG). Es gilt der verfassungsrechtliche Grundsatz, dass jeder – auch gesetzlich vorgesehene – Freiheitsentzug nur stattfinden darf, wenn er nach dem Zweck der Maßnahme „notwendig“ ist und zu diesem Zweck nicht außer Verhältnis steht („Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“). Diese Verhältnismäßigkeit ist in jedem Einzelfall zu prüfen; dabei ist immer zu fragen, ob der angestrebte (legitime) Zweck nicht auch durch ein „gelinderes Mittel“ erreicht werden kann. Gerade bei präventiven Freiheitsentziehungen ist individuell zu prüfen, ob der Sicherungszweck nicht auf andere Weise als durch Haft erzielbar ist (vgl etwa VfSlg 14.981/1997, 17.288/2004, 17.891/2006, 18.196/2007, 18.145/2007; VwGH 30.8.2007, 2007/21/0043 uam). Die Schubhaft muss die „ultima ratio“ sein (VwGH 30.8.2007, 2007/21/0043; 20.12.2007, 2007/21/0261; 17.7.2008, 2008/21/0355).

Der neue § 76 Abs 2a FPG bringt dieses strikte Erfordernis der Einzelfallprüfung und die Subsidiarität der Schubhaft im Verhältnis zu „gelinderen Mitteln“ nicht zum Ausdruck. Er ist vielmehr grob missverständlich: Die gewählte Formulierung „... hat ... anzuordnen, wenn ...

*(nicht) besondere Umstände ... entgegenstehen*“ bedeutet nämlich geradezu eine Pflicht zur Verhängung der Schubhaft, deren Notwendigkeit im Ausnahmefall zu widerlegen ist und nicht durch Erwägungen über das Ausreichen gelinderer Mittel hinterfragt werden muss. In besonderem Maß gelten diese Bedenken in Hinblick auf Z 1 der Bestimmung (vgl unten c.).

Zu betonen ist, dass VfGH und VwGH schon den geltenden § 76 Abs 2 FPG unter diesem Gesichtspunkt beanstandet haben. Schon diese Bestimmung sieht keine individuelle Verhältnismäßigkeitsprüfung vor; der VfGH musste deren Notwendigkeit im Einzelfall in „verfassungskonformer Interpretation“ der Bestimmung annehmen (VfSlg 17.891/2006, 18.196/2007, 18.145/2007). Bei der vorliegenden Formulierung wäre aber eine solche verfassungskonforme Interpretation kaum möglich: Anders als Abs 2 sieht Abs 2a nämlich eine strikte Pflicht zur Anordnung der Schubhaft vor, wenn nicht bestimmte Ausnahmen vorliegen.

b. Die im Entwurf für die Unzulässigkeit der Schubhaft gebrauchte Wendung „besondere Umstände in der Person des Asylwerbers ... entgegenstehen“ ist im Lichte des Gesagten unzureichend: Sie bringt nicht zum Ausdruck, dass die Notwendigkeit der Schubhaft zu prüfen ist; vielmehr impliziert sie, dass geradezu ihre Entbehrlichkeit begründet werden muss. Außerdem ist die Wendung viel zu eng: Die Erfolgsaussichten des gelinderen Mittels müssen keineswegs in der Person des Asylwerbers, sondern können auch in Gegebenheiten seiner Unterkunft, seiner familiären Situation (vgl etwa VfSlg 14.981/1997) oder der Krankheit von Familienangehörigen liegen (VwGH 30.8.2007, 2007/21/0043).

c. Zu den einzelnen Ziffern der Bestimmung ist zu sagen, dass sie keineswegs jene Fälle formulieren, in denen der Sicherungszweck – sozusagen „pauschal“ – nur durch Haft erreicht werden kann. Gegen die Z 1 bestehen besondere Bedenken: Sie stellt nämlich auf einen bloß objektiven Umstand, die Zuständigkeit eines anderen Dublin-Staates für das Asylverfahren ab. VfGH und VwGH haben zum ähnlich formulierten Abs 2 Z 4 immer wieder darauf hingewiesen, dass der Umstand allein, dass ein Asylantrag unzulässig ist und es zu einer alsbaldigen Abschiebung kommen wird, die Verhängung der Schubhaft nicht begründen kann. Selbst wenn der Asylwerber schon zuvor in einem anderen Staat Asyl beantragt hat und dann illegal nach Österreich eingereist ist, rechtfertigt dies noch nicht den Schluss, er werde unrechtmäßig in einen anderen Schengenstaat weiterziehen und sich dem behördlichen Zugriff in Österreich entziehen (VfSlg 17.288/2004; VwGH 30.8.2007, 2007/21/0043). Auch in diesen Fällen müssen Überlegungen angestellt werden, ob der Sicherungszweck nicht auch durch gelindere Mittel erreicht werden kann (VfSlg 17.891/2006, 18.196/2007; VwGH 30.8.2007, 2007/21/0043 uam). Die Schubhaftnahme ist nur zulässig, wenn „in einem erhöhten Grad“ ein Untertauchen des betreffenden Fremden zu befürchten ist (VwGH 30.8.2007, 2007/21/0043; 20.12.2007, 2007/21/0261; 17.7.2008, 2008/21/0355). Die Formulierung in Abs 2a Z 1 geht über diese Judikatur völlig hinweg.

d. Die Z 2 und 3 gehen offenbar von einer „erhöhten Gefahr des Untertauchens“ schon dann aus, wenn der Asylwerber die Gebietsbeschränkung (§ 12 Abs 2 AsylG) einmal oder seine Meldeverpflichtung (§ 12 Abs 3 AsylG) mehr als einmal verletzt hat. Eine so strenge Regelung erscheint unverhältnismäßig, zumal dann, wenn auch unverschuldete Verstöße erfasst sind.

Im Ergebnis vertritt der MRB daher die Auffassung, dass die Anwendbarkeit einer derartigen Bestimmung auf massive Fälle von Verletzungen der Kooperationspflichten mit österreichischen Behörden beschränkt werden sollte. Zudem müsste man eine Pflicht zur umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall vorsehen.

**13. Zu Art 4 Z 25 (§ 29 Abs. 4 NAG) – radiologische Untersuchung**

Auf die Anmerkungen oben zu Art 1 Z 14 (§ 15 Abs. 1 Z 6 AsylG) wird hingewiesen.

**14. Zu Art 5 Z 1 (§ 5 Abs. 1 StbG) – radiologische Untersuchung**

Auf die Anmerkungen oben zu Art 1 Z 14 (§ 15 Abs. 1 Z 6 AsylG) wird hingewiesen.