



Geschäftsstelle
Menschenrechtsbeirat
Bundesministerium für Inneres

1014 Wien, Minoritenplatz 9
Tel: 01/53 126-3501
Fax: 01/53 126-3504
office@menschenrechtsbeirat.at
www.menschenrechtsbeirat.at

Herrn
MMag. Stephan Wiener
Referat III/1/c - Fremdenlegistik
Bundesministerium für Inneres
Herrengasse 7
1014 Wien

Stellungnahme

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

GZ: BMI-LR1355/0007-III/1/c/2010

Vorbemerkung

Der Entwurf sieht grundlegende Änderungen des Fremden- und Staatsbürgerschaftsrechts vor. Nicht alle davon betreffen den Aufgabenkreis des Menschenrechtsbeirates in gleicher Weise. Einige wichtige Neuregelungen bezwecken aber eine Veränderung gerade jener Rechtslage, die der Beirat in den letzten Jahren stark kritisiert hat. Dies trifft insbesondere auf die Bestimmungen über die Rechtsberatung von Personen in Schubhaft zu. In der vorliegenden Stellungnahme setzt sich der Beirat daher vor allem mit jenen Themen auseinander, die wegen ihrer menschenrechtlich defizitären Regelung in den letzten Jahren zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten gehört haben.

Zu Artikel 1 Änderung des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes

P. 28: Aufenthaltstitel

§ 41a NAG – „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“

Abs 10:

Die Schaffung dieses neuen Aufenthaltstitels (mit freiem Zugang zum Arbeitsmarkt) ist sehr zu begrüßen. Allerdings stellt Abs 10 für so genannte „humanitäre Fälle“ darauf ab, ob die betreffenden Personen seit 1. Mai 2004 durchgängig im Bundesgebiet aufhältig sind. Dieser strikte Stichtag ist für den vorliegenden Regelungszusammenhang nicht adäquat. Bekanntlich werden Fälle oft dadurch zu „humanitären“, dass Menschen eine schon lang dauernden (rechtmäßigen) Aufenthalt in Österreich nachweisen können und dadurch ein hohes Maß an Integration aufweisen (vgl auch § 58 Abs 2 Z 1 u 9 FPG idF des Entwurfs). Dies ist vom absoluten Einreisedatum unabhängig; gerade in den letzten Jahren medial bekannt gewordene Fälle haben immer wieder gezeigt, dass auch nach dem 1. Mai 2004 eingereiste Personen betroffen waren. Auch für die Judikatur des EGMR und des VfGH ist die Dauer des Aufenthalts ein wesentliches sachliches Kriterium für das humanitäre Bleiberecht. Der vorgesehene Stichtag ist also für den Zweck unangemessen; er birgt Potential für Diskriminierungen und ist für den Vollzug viel zu unflexibel. An seine Stelle sollte ein mindestens fünfjähriger Aufenthalt in Österreich treten.

Abs 11:

Nach § 41a Abs 11 NAG begründen Anträge gemäß Abs. 10 dieser Bestimmung kein Aufenthalts- oder Bleiberecht nach diesem Bundesgesetz. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Behörde über einen solchen Antrag hat die zuständige Fremdenpolizeibehörde jedoch mit der Durchführung der eine Rückkehrentscheidung umsetzenden Abschiebung zuzuwarten, wenn

1. ein Verfahren zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung erst nach einer Antragstellung gemäß Abs. 10 eingeleitet wurde und
2. die Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ gemäß Abs. 10 wahrscheinlich ist, wofür die Voraussetzungen des Abs. 10 jedenfalls vorzuliegen haben.

Hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen der Z 2 hat die zuständige Fremdenpolizeibehörde vor Durchführung der Abschiebung eine begründete Stellungnahme der Behörde einzuholen. Verfahren gemäß Abs. 10 gelten als eingestellt, wenn der Fremde das Bundesgebiet verlassen hat.

Wie die erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung betonen, bildet Abs 11 § 44 Abs 5 der geltenden Rechtslage ab.

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 8.12.2010 die genannte Bestimmung in Prüfung gezogen und führt diesbezüglich Folgendes aus:

„Der Wortlaut dieser Bestimmung ("gelten als eingestellt") dürfte in Anbetracht der Gesetzesmaterialien keinen anderen Schluss zulassen, als dass die - nicht an einen Willensakt der Behörde gebundene - Einstellung des Verfahrens einzig an das Verlassen des Bundesgebietes geknüpft ist und unberücksichtigt bleibt, aus welchen Gründen der Antragsteller ausgereist ist („Dabei ist unbeachtlich, ob die Ausreise freiwillig oder mittels Abschiebung erfolgt.“ [AB 387 BlgNR 24. GP zu Z 22 des Abänderungsantrages]).

Mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip erachtet es der Verfassungsgerichtshof vorläufig für verfassungsrechtlich bedenklich, dass das mit der Antragstellung gemäß Abs. 4 verbundene Recht auf Durchführung eines Verfahrens zur Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels dem Antragsteller nur solange zukommt, als er sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhält, und unmittelbar wegfällt, sobald der Antragsteller - aus welchen Gründen auch immer - das Bundesgebiet verlassen hat. Diese Bestimmung dürfte die Niederlassungsbehörde verpflichten, undifferenziert von einem als eingestellt geltenden Verfahren auszugehen (VfSlg. 13.837/1994 mwH).“

Unvorgreiflich der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes in dieser Rechtssache teilt der Menschenrechtsbeirat die soeben dargelegten Bedenken des Verfassungsgerichtshofes und empfiehlt, den letzten Satz des § 41a Abs 11 NAG ersatzlos zu streichen.

Der Menschenrechtsbeirat kann aber auch nicht erkennen, worin die sachliche Rechtfertigung dafür liegt, dass bei einer Antragstellung nach § 41a Abs 10 ein – wenn auch abgeschwächter – vorläufiger Aufenthaltsschutz besteht, während im Falle einer Antragstellung nach Abs 9 dieser Vorschrift überhaupt kein Schutz vor Abschiebung existiert.

§ 43 NAG – „Niederlassungsbewilligung“

Auch § 43 stellt – wie bisher § 44 – für humanitäre Fälle auf die Einreise vor dem 1. Mai 2004 ab. Aus Sicht des Menschenrechtsbeirats gelten hier die gleichen Bedenken, wie sie zu § 41a NAG ausgeführt wurden.

§ 44b NAG – Besondere Verfahrensbestimmungen

Nach § 44b Abs 3 NAG begründen Anträge gemäß §§ 41a Abs. 3 oder 43 Abs. 3 kein Aufenthalts- oder Bleiberecht nach diesem Bundesgesetz. Ebenso stehen sie der Erlassung und Durchführung fremdenpolizeilicher Maßnahmen nicht entgegen und können daher in fremdenpolizeilichen Verfahren keine aufschiebende Wirkung entfalten. Verfahren gemäß §§ 41a Abs. 3 oder 43 Abs. 3 gelten als eingestellt, wenn der Fremde das Bundesgebiet verlassen hat.

Der Verweis auf 41a Abs. 3 wird wohl auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen sein, da diese Regelung nicht die Erteilung eines „humanitären Aufenthaltsrechts“ betrifft.

Ansonsten gilt das zu § 41 Abs 11 NAG Gesagte.

Zu Artikel 2 Änderung des Fremdenpolizeigesetzes 2005

P. 14: 1. Abschnitt – Rückkehrentscheidung

§ 53 FPG – Einreiseverbot

Nach § 53 Abs 2 des Entwurfes ist ein mit der Rückkehrentscheidung zu verbindendes Einreiseverbot für die Dauer von mindestens zwei Jahren, höchstens jedoch für fünf Jahre – in den Fällen des Abs 3 für höchstens zehn Jahre bzw. sogar unbefristet – zu erlassen. Die automatische Verbindung einer Rückkehrentscheidung mit einem Einreiseverbot sowie die strikte zeitliche Vorgabe widersprechen der RückführungsRL: Grundsätzlich hat die Rückkehrentscheidung nämlich eine angemessene Frist für die freiwillige Ausreise vorzusehen (vgl Art 7 der RL). Nur wenn (ausnahmsweise) keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt wurde oder der Rückkehrentscheidung nicht nachgekommen wurde, gehen Rückkehrentscheidungen nach Art 11 Abs 1 der RL mit einem Einreiseverbot einher. Nach Abs 2 dieser Vorschrift wäre darüber hinaus die Dauer des Einreiseverbotes in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalls festzusetzen.

P. 15: 2. Abschnitt – Schutz des Privat- und Familienlebens

§ 58 FPG – Schutz des Privat- und Familienlebens

Abs 2 Z 9 sieht als Kriterium bei der Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens die Frage vor, „ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet“ ist. Damit soll das VfGH Erk 7.10.2010, B 950/10 berücksichtigt werden (Erl 25). Dies ist positiv, die Formulierung bringt den Grundgedanken des VfGH aber nicht präzise zum Ausdruck. Bei den hier gemeinten Fällen langer Verfahrensdauer geht es nämlich nicht darum, ob diese den Fremdenpolizeibehörden zurechenbar (von diesen verschuldet) ist, sondern darum, ob die Verantwortung dafür in der staatlichen Sphäre liegt, dh keine schuldhaftige Verzögerung durch die betroffene Person vorliegt. Dies ist etwa auch dann der Fall, wenn die Behördenorgane kein Verschulden trifft (zB bei Arbeitsüberlastung oder wiederholtem, zT erfolgreichem Erheben von Rechtsmitteln). Es sollte daher heißen: „...ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden auf von ihm nicht verschuldete Verfahrensverzögerungen zurückzuführen ist.“

P. 16: 3. Abschnitt – Sonstige Verfahrensbestimmungen im Zusammenhang mit Rückkehrentscheidungen und Rückkehrverboten

§ 62 FPG – Verkürzung, Gegenstandslosigkeit und Aufhebung

Nach § 62 Abs 2 kann die Dauer des Einreiseverbotes auf Antrag des Drittstaatsangehörigen auf die Hälfte des festgesetzten Zeitraumes herabgesetzt werden. Voraussetzung hierfür ist ein zumindest 18monatiger Aufenthalt im Ausland. Bei einem zweijährigen Einreiseverbot bedeutet dies, dass es zwar auf 12 Monate verkürzt werden kann, sechs Monate davon aber jedenfalls nicht genutzt werden können. Damit dauert im Effekt jedes Einreiseverbot mindestens 18 Monate. Auch dies widerspricht der RückführungsRL und der danach verpflichtenden Orientierung am Einzelfall (Art 11 Abs 2).

P. 17: 4. Abschnitt – Rechtsberatung (§§ 63 – 64 FPG)

Allgemeines

Die Bestimmungen werden im Prinzip sehr begrüßt. Der Menschenrechtsbeirat hat in den letzten Jahren vor allem für Personen in Schubhaft wiederholt, insbesondere in seinem Bericht „Rechtsschutz für Schubhäftlinge“ (2008), die Einführung einer kostenlosen und effektiven Rechtsberatung nach dem Modell des Flüchtlingsberaters im AsylG empfohlen. Dem ist das BM.I mit dem vorliegenden Entwurf nachgekommen. Eine solche Rechtsberatung ist unumgänglich, um drittstaatsangehörigen Fremden ein faires rechtsstaatliches Verfahren zu sichern. Sie ist auch menschenrechtlich mehrfach geboten: nicht nur wegen Art 13 EMRK, sondern auch wegen Art 47 der Grundrechtscharta der EU, der die Einführung wirksamer Rechtsbehelfe zur Sicherung unionsrechtlich garantierter Rechte vorsieht. Mittlerweile sind auch die sog. RückführungsRL der EU und ein Erkenntnis des VfGH (2.10.2010, U 3078/09) umzusetzen, sodass die Sache keinen Aufschub mehr duldet. Zu begrüßen ist, dass der Entwurf in einigen Punkten über die Minimalanforderungen des Unionsrechts hinausgeht.

Dennoch weisen die vorgeschlagenen Bestimmungen noch einige Defizite auf (die Bedenken zu § 63a FPG gelten sinngemäß auch für § 63):

§ 63a FPG – Rechtsberatung bei Abschiebung, Schubhaft, gelinderem Mittel und sonstiger Befehls- und Zwangsgewalt

Abs 2 – Unabhängigkeit der Rechtsberater

Es fragt sich, was die Garantie der „Unabhängigkeit“ der Rechtsberater – neben ihrer ausdrücklich normierten Weisungsfreiheit – bedeutet. Die Materialien erklären es nicht; es liegt auch im Regelungszusammenhang nicht auf der Hand. Im Gegenteil könnten große Probleme für die Unabhängigkeit der Rechtsberater entstehen, wenn durch die Art der Betrauung und die Auswahl der betrauten Personen wirtschaftliche Abhängigkeiten vom BMI erzeugt würden. In diesem Fall wäre die Unabhängigkeitsgarantie bloß formal und sinnlos. Unvereinbarkeiten und damit ähnliche Unabhängigkeitsprobleme würden entstehen, wenn dieselbe Person Aufgaben als Rechtsberater nach FPG sowie nach AsylG oder gar noch sonstige Betreuungstätigkeiten im Bereich des Fremdenrechts (zB Rückkehrberatung, Schubhaftbetreuung) kumulativ besorgte.

Der Menschenrechtsbeirat hält es daher für notwendig, spezifische Garantien für die Unabhängigkeit der Rechtsberater vorzusehen. Dies könnte etwa durch ein Vorschlagsrecht bei der Bestellung (vgl zB § 65 Abs 2 AsylG), durch Statuierung von Unvereinbarkeiten und/oder durch eine Pflicht zur „Streuung“ auf mehrere Personen erfolgen. Nachdrücklich ist darauf hinzuweisen, dass jede Art von Monopolstellung einer Person bei der Rechtsberatung im Zuständigkeitsbereich des BMI der Unabhängigkeit und auch dem notwendigen Anschein dieser Unabhängigkeit entgegensteht.

Abs 4 – Ort der Rechtsberatung

Dass die Rechtsberatung auch bei Personen, die sich nicht in Haft befinden, in den Amtsräumen der Behörde stattfinden muss, ist unzumutbar und unsachlich. Es beeinträchtigt den Anschein der Unabhängigkeit der Rechtsberater nach außen, weil es für den Beratenen zumindest den äußeren Eindruck einer engen Verbundenheit mit der Behörde oder einer Überwachung der Rechtsberatung durch diese erweckt.

Abs 4 – Zutrittsrecht zu Haftzellen

Für den Fall, dass die zu beratende Person sich in Schubhaft befindet, normiert § 63a Abs 4, dass die Rechtsberatung an ihrem Ort stattzufinden hat. Zur Umsetzung dieser Bestimmung müssten die Rechtsberater ein Zutrittsrecht zu den Haftzellen erhalten. Derzeit normiert § 21 AnhO ein solches Recht nur für „Rechtsvertreter“ und bestimmte andere Personen, zu denen Rechtsberater jedenfalls nicht zählen. Schon hier sei darauf aufmerksam gemacht, dass in diesem Punkt unbedingt eine Änderung der AnhO notwendig ist.

Zumindest auf Ebene der AnhO müsste auch Art 16 der RückführungsRL umgesetzt werden: Dieser ermöglicht es allen einschlägig tätigen nationalen und internationalen sowie nicht-staatlichen Organisationen, Hafteinrichtungen zu besuchen (Art 16 Abs 4) und sieht eine verpflichtende Information der Angehaltenen über ihr Recht auf Kontaktaufnahme mit diesen Organisationen und Stellen vor (Art 16 Abs 5). Noch besser wäre es, die entsprechenden Pflichten ins FPG aufzunehmen.

Abs 5 – Information über die Rechtsberatung

Die Regelung in Abs 5 versucht den Empfehlungen des Menschenrechtsbeirats Rechnung zu tragen, Rechtsberatung in der Schubhaft nicht nur anzubieten, sondern die Schubhäftlinge auch in geeigneter und ausreichender Form über diese Möglichkeiten zu informieren. Dazu sieht der Entwurf – sinnvoller Weise – „insbesondere“ die Verwendung eines Formblattes vor. Über dessen Inhalt ist aber nichts geregelt.

Hier sollte eine Ergänzung dahin erfolgen, dass der Fremde ausdrücklich über das Angebot einer Rechtsberatung *und* über die Verzichtsmöglichkeit zu belehren ist. Überdies sollte auf die Alternative hingewiesen werden, auf eigene Kosten einen Rechtsanwalt zu beauftragen.

§ 64 FPG – Anforderungsprofil für Rechtsberater

Abs 1 – Qualifikationen der Rechtsberater

Die Voraussetzung einer fünfjährigen Tätigkeit als Rechtsberater (anstelle eines Abschlusses des rechtswissenschaftlichen Studiums) ist grundsätzlich zweckmäßig. Es sollte jedoch klargestellt werden, dass diese Zeitspanne unmittelbar vor der Bestellung zum Rechtsberater liegen muss. Dies ist angesichts der schnellen Entwicklung des Fremdenrechts notwendig.

Unklar ist, ob auch Bedienstete des Bundes, insb. auch des BMI, zu Rechtsberatern bestellt werden können. Mit dem Unabhängigkeitserfordernis (vgl § 63 Abs 2 und § 63a Abs 2) stünde dies wohl nicht in Einklang.

Abs 2 – Bestellung der Rechtsberater

Anders als der Menschenrechtsbeirat es immer empfohlen hat, ist kein Vorschlagsrecht anderer Personen oder Organe vorgesehen. Wie der Beirat ausgeführt hat, kämen dazu etwa der UNHCR oder der Beirat für Asyl- und Migrationsfragen in Betracht (vgl auch § 65 Abs 2 AsylG). Ein solches Vorschlagsrecht wäre auch als für den Anschein der Unabhängigkeit dieser Rechtsberater sehr wichtig.

Abs 2 – Betrauung einer juristischen Person mit der Rechtsberatung

Nach dem Entwurf kann der BMI nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen mit der Besorgung der Rechtsberatung betrauen. Dies ist nicht grundsätzlich abzulehnen, weil etwa auch für Rechtsanwaltskanzleien die Organisationsform der juristischen Person vorgesehen ist. Handelt es sich jedoch nicht um eine Rechtsanwaltskanzlei, so entstehen folgende Probleme:

1. Es ist unklar, wer im Fall der Betrauung einer juristischen Person mit der Rechtsberatung jene natürlichen Personen auswählt, die die Rechtsberatung dann de facto durchführen. Damit ist vor allem unklar, wer für das Vorliegen der Qualifikationsvoraussetzungen nach Abs 1 zu sorgen hat. Da diese Qualifikationsvoraussetzungen auf natürliche Personen zugeschnitten sind (Studienabschluss, „hauptamtliche“ Tätigkeit in einer Organisation), können diese Kriterien bei der juristischen Person selbst nämlich gar nicht vorliegen. Demnach müsste also die juristische Person dafür verantwortlich gemacht werden, dass sie die richtigen natürlichen Personen auswählt. Außerdem müssten entsprechende Kontrollbefugnisse des BMI über die Auswahl normiert sein.
2. Ein noch schwierigeres Problem stellt sich in Bezug auf die Unabhängigkeit der Rechtsberater (§ 63 Abs 2). Bei einer juristischen Person müsste nämlich gesichert sein, dass auch für die Unabhängigkeit der die Rechtsberatung de facto besorgenden natürlichen Personen gesorgt ist. Auch hier wäre (wie bei der Erfüllung der Qualifikationsvoraussetzungen) der Verantwortungsbereich innerhalb der juristischen Person klarzustellen. Auch hier müssten angemessene Kontrollbefugnisse betreffend die Ausübung dieser Verantwortung vorgesehen werden.
3. Auch für die Zustellung behördlicher Schriftstücke müsste (ähnlich wie in § 13 Abs ZustellG für berufsmäßige Parteienvertreter) Vorsorge getroffen werden.
4. Es ist unklar, ob die Betrauung mit Rechtsberatung zwingend für das ganze Bundesgebiet erfolgt. § 64 Abs 2 letzter Satz des Entwurfes sieht ein Ende früherer Bestellungen im Falle der Bestellung einer juristischen Person vor, woraus man eine zwingende Zuständigkeit für das ganze Bundesgebiet ableiten könnte (andernfalls würden Lücken in der Rechtsberatung entstehen). Dies ist klarzustellen.
5. Abs 4 normiert Pflichten, die gemäß Abs 5 zu einer Auflösung des Betrauungsverhältnisses führen können. In Bezug auf juristische Personen müsste klargestellt werden, dass auch Pflichtverletzungen der für sie tätigen natürlichen Personen (die nicht selbst zu Rechtsberatern bestellt wurden), relevant sind.
6. Dass für die Entschädigung von juristischen Personen gemäß § 64 Abs 6 des Entwurfs Pauschalbeträge vorgesehen sind, die sich am Angebot der juristischen Person orientieren, ist eine unsachliche Differenzierung im Verhältnis zu natürlichen Personen. Es fragt sich auch, wozu diese Regelung überhaupt notwendig ist, zumal die Entschädigung ohnedies durch Verordnung festgesetzt wird.

P. 21: Festnahmeauftrag und Übernahmeauftrag

§ 74 - Festnahmeauftrag

Es ist nicht nachvollziehbar, warum in Zukunft ein Festnahmeauftrag schon dann möglich sein soll, wenn man vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung gelinderer Mittel (nicht nur der Schubhaft) ausgehen kann. In den Materialien wird es jedenfalls nicht begründet. Es handelt sich wohl um einen nicht notwendigen und unangemessenen Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit.

P. 23 – 34: Schubhaft und gelinderes Mittel (§§ 76 – 81 FPG)

§ 76 FPG – Schubhaft

Gemäß dem neuen letzten Satz von § 76 Abs 3 müssen Spruch und Rechtsmittelbelehrung des Schubhaftbescheids in eine dem Fremden „verständlichen Sprache“ übersetzt werden. Dies soll Art 12 Abs 2 der RückführungsRL umsetzen, wonach den betroffenen Drittstaatsangehörigen auf Wunsch eine schriftliche oder mündliche Übersetzung der „wichtigsten Elemente“ einer Rückkehrentscheidung einschließlich von Informationen über mögliche Rechtsbehelfe in einer verständlichen Sprache zur Verfügung zu stellen ist. Problematisch ist es hier, überhaupt keine Übersetzung der Begründung des Bescheids vorzusehen, nicht einmal in ihren Kernelementen. Da nur auf ihrer Basis die Zweckmäßigkeit eines Rechtsmittels beurteilt werden kann, ist auch sie als wichtiges Element des Bescheids anzusehen. Zu übersetzen wären also auch die wesentlichen Teile der Begründung.

§ 77 FPG – Gelinderes Mittel

Die vorgeschlagene Fassung des § 77 Abs 1 will die grundsätzliche Pflicht zur Anwendung gelinderer Mittel statt der Schubhaft auf Minderjährige bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres beschränken. Eine solche Herausnahme 16- und 17-jähriger Minderjähriger aus dieser Anordnung stünde jedoch nicht im Einklang mit Art 17 Abs 1 der Rückführungsrichtlinie, dass allgemein „bei unbegleiteten Minderjährigen und Familien mit Minderjährigen die Haft nur im äußersten Falle und für die kürzestmögliche angemessene Dauer eingesetzt (wird).“

Der UN-Kinderrechtsausschuss hat darüber hinaus in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 6 Abs 61 festgehalten: „*Gemäß Art 37 des (Kinderrechts-) Übereinkommens.....sollte unbegleiteten Kindern im Regelfall nicht die Freiheit entzogen werden. Eine Inhaftierung kann nicht allein... gerechtfertigt werden... durch seinen Auswanderer- oder Einbürgerungsstatus bzw. dessen Nichtvorhandensein.*“ Nach der UNHCR-Richtlinie sollten asylsuchende Kinder überhaupt nicht in Haft gehalten werden.

Schon die geltende Regelung des § 77 FPG, nach der etwa im Jahre 2008 trotz des gesetzlichen Vorrangs gelinderer Mittel immerhin 181 Minderjährige - eohl in aller Regel nach Vollendung des 16. Lebensjahres – in Schubhaft genommen worden sind , erscheint im Lichte der Richtlinie und der erwähnten internationalen Grundsätze problematisch. Deren Verschlechterung wird vom Menschenrechtsbeirat nachdrücklich abgelehnt.

§ 79 FPG – Minderjährige in der Schubhaft

§ 79 Abs 5, der die Begleitung von Schubhäftlingen durch Minderjährige regelt, wirft eine Reihe von Problemen auf:

1. Das Verhältnis zu § 76 Abs 1a FPG („Unmündige Minderjährige dürfen nicht in Schubhaft angehalten werden.“) ist zu klären. Wenn § 79 Abs 5 sich auch auf unmündige Minderjährige beziehen soll, so müsste dies ausdrücklich gesagt werden.
2. Alle Minderjährigen sind „Kinder“ im Sinne der UN-Kinderrechtskonvention und des soeben vom Nationalrat beschlossenen „Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern“ (im Folgenden: KR-BVG). Die Grundsätze der Art 1 und 2 dieses neuen BVG sind auch im FPG zu berücksichtigen; Kinder haben danach Anspruch auf „den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig ist“ und muss bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen „das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein“ (Art 1). Noch dazu hat jedes Kind, das dauernd oder vorübergehend aus seinem familiären Umfeld herausgelöst istl Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand des Staates“ (Art 2 Abs 2). Unzweifelhaft stellt die Anhaltung der Eltern eines Minderjährigen in Schubhaft unabhängig von dessen aktuellem Aufenthaltsort eine Situation dar, die im Interesse des

Kindeswohls einen besonderen Schutz- und Fürsorgeanspruch gegenüber dem Staat im Sinne der erwähnten Grundsätze auslöst. Entweder wird dadurch nämlich das Kind aus seinem „familiären Umfeld herausgelöst“ oder ist diese Situation unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls einem solchen gleichzuhalten.

Daraus folgt nach Auffassung des Menschenrechtsbeirats, dass zwar die Rechte und Pflichten der obsorgeberechtigten Eltern des Minderjährigen vorrangig zu berücksichtigen sind, die Initiative zur Wahrung des Kindeswohls in der in Rede stehenden Ausnahmesituation des Minderjährigen (Aufenthalt außerhalb des Heimatstaates, Schubhaft der Eltern) aber nicht den Eltern allein überlassen werden darf, sondern auch der Behörde zukommt. In diesem Sinne werden im Zusammenhang mit § 79 Abs 5 folgende ergänzende Regelungen angeregt:

- a. Informationspflicht gegenüber den Eltern und den Minderjährigen selbst über die bestehenden Aufenthalts- und Unterbringungsmöglichkeiten inner- und außerhalb des Haftzentrums.
 - b. Beratungspflicht gegenüber Eltern und Minderjährigen, gegebenenfalls unter Beiziehung des Jugendwohlfahrtsträgers.
 - c. Gesetzliche Verankerung einer grundsätzlichen Verpflichtung zur Bereitstellung familiengerechter Unterbringungsmöglichkeiten (durch Einrichtung von geeigneten Familienhafträumen in Polizeianhaltezentren oder besondere Familienunterbringung im Sinne des Erlasses vom 19. November 2010/Familienunterkunft Wien 10., Zinnergasse).
3. In zwei Belangen sollte § 79 Abs 5 FPG auch sprachlich noch verbessert werden. Zum einen sollte es heißen, „wenn Fremde in Schubhaft angehalten *werden*“ (nicht „angehalten sind“), zum anderen geht es nicht um das Begleiten „von Minderjährigen“, sondern um jenes „durch Minderjährige“.

§ 80 FPG – Dauer der Schubhaft

Hier ist der bisherige § 80 Abs 4 aus menschenrechtlicher Sicht günstiger als die RückführungsRL: Er sieht eine Höchsthaftdauer von 6 bzw allenfalls 10 Monaten (innerhalb von zwei Jahren) vor. Dagegen darf nach Art 15 Abs 5 der RückführungsRL die im innerstaatlichen Recht vorgesehene Höchsthaftdauer nur bei der ersten Entscheidung 6 Monate nicht übersteigen; dieser Zeitraum darf aber um höchstens 12 Monate verlängert werden, wenn die Abschiebemaßnahme aufgrund der mangelnden Kooperation des betreffenden Drittstaatsangehörigen oder aufgrund von Verzögerungen bei der Übermittlung der erforderlichen Unterlagen durch Drittstaaten wahrscheinlich länger dauern wird. Diese in der RL zugelassene Höchsthaftdauer von 18 Monaten (in drei Jahren) schöpft der Entwurf also voll aus.

Es fragt sich, warum die geltende Fassung von § 80 Abs 4 (Aufrechterhaltung der Schubhaft innerhalb eines Zeitraumes von zwei Jahren nicht länger als sechs Monate bzw. im Ausnahmefall der Zurechenbarkeit der Verhinderung der Abschiebung zum Verhalten des Fremden nicht länger als zehn Monate) nicht beibehalten werden kann. Dies würde mit dem in der RL verankerten Günstigkeitsprinzip (Art 4 Abs 3) in Einklang stehen. Da kein nachvollziehbarer Grund für die Verlängerung erkennbar ist, empfiehlt der Menschenrechtsbeirat die Beibehaltung der geltenden Rechtslage.

Zu Artikel 3 – Änderungen des Asylgesetzes 2005

P. 12: Anforderungsprofil für Rechtsberater

§ 65 Abs 2 u 6-8 AsylG – Anforderungsprofil für Rechtsberater im Zulassungsverfahren

Hier will der vorliegende Entwurf die Möglichkeit der Betreuung einer juristischen Person mit der Rechtsberatung auch für den Rechtsberater im Asylverfahren einführen. Gegen diese Regelung sprechen die gleichen Bedenken, wie sie zu § 64 Abs 2 FPG erläutert wurden.

P. 13: Beratende Unterstützung im Asylverfahren

§ 66 AsylG – Beratende Unterstützung im zugelassenen Verfahren vor dem Bundesasylamt

§ 66 sieht vor, dass in den Außenstellen des Bundesasylamtes eine beratende Unterstützung eingerichtet werden „kann“. Dies ist im Prinzip positiv, die Einrichtung sollte jedoch zur Pflicht gemacht werden. Andernfalls wäre die Regelung ineffizient und bliebe völlig unklar, wann von der Ermächtigung Gebrauch zu machen ist und wann nicht.

P. 14: Rechtsberatung im Verfahren vor dem Asylgerichtshof

§ 66a AsylG – Rechtsberatung im Verfahren vor dem Asylgerichtshof

§ 66a Abs 6-8 AsylG sieht auch für das Verfahren vor dem Asylgerichtshof die Ermächtigung vor, mit der Rechtsberatung eine juristische Person zu betrauen. Gegen diese Regelung sprechen die gleichen Bedenken, wie sie zu § 64 Abs 2 FPG erläutert wurden. Unverständlicher Weise ist hier – abweichend von § 64 Abs 2 FPG – immerhin klargestellt, dass die juristische Person die Verantwortung für die Auswahl entsprechend qualifizierter Rechtsberater trägt (Abs 7).